

העותרים:

1. בשער – קהילה אקדמית למען החברה בישראל
2. האקדמיה למען ישראל דמוקרטית
3. פרופ' פנחס איש שלום
4. ד"ר גל אמיר
5. פרופ' דוד אנוך
6. ד"ר זיו בורר
7. פרופ' ארנה בן נפתלי
8. פרופ' מיכל בן נפתלי
9. פרופ' דני בן צבי
10. פרופ' יעל ברדה,
11. פרופ' ניר גוב
12. פרופ' עודד גולדרייך
13. פרופ' דנה גולדרייך רון
14. פרופ' עמנואל גרוס
15. ד"ר נטלי דודזון
16. פרופ' יובל דור
17. ד"ר ברית הדר
18. פרופ' רות הכהן פינצ'ובר
19. פרופ' אלון הראל
20. פרופ' סיליה וסרשטיין פסברג
21. פרופ' דרור ורמן
22. פרופ' עלי זלצברגר
23. פרופ' צבי טריגר
24. פרופ' יוסי יובל
25. ד"ר עמוס ישראל
26. פרופ' מרגית כהן
27. ד"ר נעמי כורם
28. ד"ר שמוליק לדרמן
29. ד"ר ליאור לוי
30. פרופ' דוד לוי-פאור
31. ד"ר דורין לוסטיג
32. פרופ' אליאב ליבליך
33. ד"ר תמר מגידו
34. ד"ר עודד נעמן
35. ד"ר אילן סבן
36. ד"ר מיכל סליטרניק
37. פרופ' ניר ספיר

38. ד"ר מיטל פינטו
39. ד"ר אריאל צמח
40. פרופ' עילי קובץ
41. פרופ' דוד קרצמר
42. פרופ' שירה רוה
43. ד"ר רולי רוזן
44. פרופ' יעל רונן
45. ד"ר שירן רייכנברג
46. פרופ' נווה רימלט
47. ד"ר גיל שגיא
48. פרופ' דב שגיא
49. פרופ' יאיר שגיא
50. פרופ' שפרה שגיא
51. פרופ' דימיטרי שומסקי
52. פרופ' גילה שטופלר
53. פרופ' יעל שטרנהל
54. פרופ' אדם שנער
55. ד"ר ליאור שפר
56. ד"ר יופי תירוש

ע"י יונתן ברמן ו/או אורי אדלשטיין ואח'
ממשרד ד"ר רענן הר-זהב, אדלשטיין, ברמן, עורכי דין
רח' הברזל 32 (בניין A, קומה 5), תל-אביב
טל': 03-5602225 ; פקס: 03-5601755
דוא"ל: yonatan@heblaw.co.il

נ ג ד

המשיבים:

1. הכנסת

ע"י הייעוץ המשפטי לכנסת

2. שר הפנים

3. היועצת המשפטית לממשלה

ע"י מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה

עתירה למתן צו על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, בה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), שהוסף לחוק במסגרת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 40), תשפ"ה-2025 (להלן: **תיקון מס' 40**) – בטל.

העתק פרסום תיקון מס' 40 ברשומות מיום 23.2.2025 מצורף ומסומן ע/1.

תוכן עניינים

I. מבוא	4
II. הרקע העובדתי-נורמטיבי הדרוש לעתירה	7
א. הצדדים להליך	7
ב. תיקון מס' 40 לחוק הכניסה לישראל	8
III. הטיעון המשפטי	12
א. מהות הביטוי החוסם כניסה לישראל ושהייה בה – ביטוי לגיטימי המוגן על ידי חופש הביטוי ושאין מקום להוציאו מ"שוק הדעות"	12
ב. ההבחנה בין עילות מניעת הכניסה השונות שבסעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל	17
ג. מניעת כניסה בשל ביטויים מוגנים – פגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי ישראל	21
ד. עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי מדינת ישראל	28
ה. האפקט המצנן של סעיף 2(ד)(4)	32
ו. פגיעה בחופש העיסוק	34
ז. הפגיעה אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ואינה לתכלית ראויה	35
ח. מבחני המידתיות לא מתקיימים	36
ט. סמכות שר הפנים לפי סעיף 2(ה) אינה מאיינת את אי חוקתיות סעיף 2(ד)(4)	38
IV. סוף דבר	41

I. מבוא

1. עניינה של עתירה זו בהוראת סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, אשר לפיה "לא יינתנו אשרה ורישיון ישיבה מכל סוג שהוא, לאדם שאינו אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע במדינת ישראל, אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם... פרסם, בכתב או בעל פה, דברי תמיכה בהעמדה לדין של אזרחים ישראלים במדינת חוץ או בבית דין בין-לאומי בשל פעולות שעשו במסגרת תפקידם בצבא הגנה לישראל או באחת מזרועות הביטחון של מדינת ישראל".
2. הוראה זו פוגעת באופן בלתי חוקתי בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי מדינת ישראל בכלל, ובאופן ספציפי בחופש הביטוי של אנשי אקדמיה ישראלים ושל מוסדות אקדמיים בישראל. בנוסף לכך היא פוגעת באופן ספציפי בחופש הביטוי של מוסדות ובעלי מקצוע, שמטיבם מקיימים קשרים בינלאומיים, כמו מוסדות תרבות ועובדיהם, ארגוני זכויות אדם ועובדיהם, עמותות פילנטרופיות, איגודים מקצועיים, גופים עסקיים ועוד. היא אף פוגעת בחופש העיסוק של אזרחי ישראל בתחום המחקר האקדמי ובתחומים אחרים.
3. חופש הביטוי אינו רק הזכות לבטא דעות, לפרסם ולהשמיע, אלא גם החופש לשמוע דעות, לצרוך מידע, להיחשף למחשבות ורעיונות, להתדיין על כל אלה ולגבש דעה. לשם כך נדרשות, בין היתר, חשיפה בלתי אמצעית למידע ויכולת לקיים דיאלוג ישיר. חקיקה שיש בה כדי להגביל את יכולתם של אזרחי ותושבי ישראל להיחשף לדעות מסוימות, דוגמת חקיקה המונעת כניסה לישראל של מי שמביעים השקפה מסוימת, פוגעת בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי המדינה.
4. בחוקקה את סעיף 2(ד)(4) הכנסת מבקשת להוציא אל מחוץ לתחום הלגיטימיות עמדה שאף על פי שאינה נוחה לממשלה על פי השקפתה, ואף אינה נוחה לחלק מרשויות המדינה, היא עמדה משפטית שלא ניתן לקבוע מראש ובאופן גורף כי אינה לגיטימית, ובנסיבות עובדתיות מסוימות היא אף מחויבת מכוח הדין הבינלאומי. זאת, ללא כל קשר לעמדותינו המהותיות ביחס לנסיבות הקונקרטיות של המלחמה הנוכחית.
5. כפי שיפורט להלן בהרחבה, בהתאם ל"עקרון המשלימות" בדין הבינלאומי, במקרים בהם רשויות המדינה בעלת סמכות השיפוט אינן מקיימות הליכי חקירה או העמדה לדין בגין פשעים בינלאומיים (או שהן מקיימות הליכי חקירה והעמדה לדין אך אינן רוצות או אינן מסוגלות לקיים בתום לב הליכים כאלה באופן כן), עשויה לקום סמכות לגופים שיפוטניים בינלאומיים או מדינתיים אחרים. הבעת עמדה לפיה כמה סמכות כזו, שקולה למעשה להבעת עמדה לפיה, כעניין שבעובדה, רשויות מדינת ישראל אינן פועלות באופן מספק כדי לחקור הפרות של הדין הבינלאומי. מדובר בטענה עובדתית שגם אם יש כאלה שישברו שאפשר לחלוק עליה, להתווכח עמה או לחשוב שאין לה בסיס, היא אינה טענה שמוצדק להשתיק את השיח בקשר אליה או לפעול כדי למנוע כל דיון ביחס אליה. לא בכדי במסגרת הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת הביע נציג היועצת המשפטית לממשלה את העמדה כי הוראת חוק זו מעוררת קושי, נוכח הפגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ישראל, האפקט המצנן שיש לה על אזרחי ישראל והסיכון השלטוני של דעה המצויה בליבת חופש הביטוי כדעה לא לגיטימית.
6. יתר על כן, ההגבלות שקובע סעיף 2(ד)(4) הן בעלות אפקט מצנן על עצם נכונותם של אנשי אקדמיה מחו"ל – גם כאלה שאינם עוסקים בתחומים משפטיים – להגיע לישראל. זאת ביודעם כי התבטאויותיהם

המקצועיות והפרטיות בכנסים, במאמרים וברשתות החברתיות ייבחנו על ידי הרשויות בישראל, כי הם עשויים לנחות בישראל ולקבל הודעה בנמל התעופה כי כניסתם למדינה מסורבת, וכי גם לאחר שייכנסו לישראל אשרת השחייה שלהם עלולה להישלל אם יביעו עמדה בעניין זה או אם יסתבר שהביעו עמדה כזו בעבר. אותו אפקט מצנן יחול גם על אנשי אקדמיה ומוסדות אקדמיים בישראל, שיימנעו מארגון כנסים בנושאים שעל סדר היום הציבורי בהשתתפות אנשי אקדמיה מחו"ל, ויעדיפו לקיים אותם במדינות אחרות, באופן שיפגע באפשרות של הקהילה האקדמית בישראל והציבור הישראלי בכללותו להיחשף לעמדות והשקפות שונות. לא ניתן לצפות, הן מעשית והן נורמטיבית, מחוקרים ומוסדות בישראל "לבדוק בציציות" של כל אורח פוטנציאלי טרם הזמנתו, ולבחון האם התבטא בעבר בעניין זה. יצוין, כי פגיעה זו רחבה הרבה יותר מהתחום האקדמי, ולמעשה מגבילה כל תחום עיסוק בישראל אשר מערב הזמנה של אורחים מחוץ לארץ.

7. כבר היום מספר אנשי האקדמיה המגיעים לישראל הולך ופוחת בשל המצב הביטחוני ובשל ביקורת על מדיניות הממשלה, וכבר היום היכולת לקיים שיתוף פעולה עם אנשי אקדמיה בעולם נפגעת. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל יעצים את הפגיעה באקדמיה הישראלית, ויקשה עוד יותר על שיתופי פעולה. גם אנשי אקדמיה שאינם מחרימים היום את ישראל ואת המוסדות האקדמיים בה עשויים לשנות את עמדתם בעניין זה לאחר שהמדינה "תחרים" אותם, והדבר יקשה על הזמנת אנשי אקדמיה זרים לישראל ויפגע בשיתופי פעולה מחקריים, ובשיתוף הפעולה הדרוש, למשל, לצורך קבלת המלצות לקידום בישראל. התיקון לחוק הכניסה לישראל מציג את מדינת ישראל כמדינה לא דמוקרטית המנסה להשתיק קולות שאינם נוחים לה, למנוע חשיפה של אזרחיה למידע מסוים או להשקפות שאינן נושאות חן בעיניה, ולהתנער מחובותיה לפי הדין הבינלאומי. ככזה, הוא רק יעודד חרם של מוסדות אקדמיים בישראל, ועשוי אף לעודד חרם בשלל תחומים נוספים כמו תרבות, מסחר ועוד. ודוק, תוצאת הסעיף תהיה לא רק סימונם של אלה שקוראים להעמדה לדין, אלא תפעל גם בקרב אנשים שאינם מחזיקים בדעות אלו, שכן קיים חשש סביר שעצם פרקטיקת הסימון תרחיק מישראל אנשים נוספים שמתנגדים לסימונם של אנשים על בסיס דעותיהם.

8. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל אינו צולח אף לא אחד משלבי הביקורת החוקתית. ראשית, החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שבה חופש הביטוי, פלורליזם רעיוני וחופש אקדמי הם ערכי יסוד. החוק אף לא נועד לתכלית ראויה. השתקת טענות לאחריותיות בינלאומית של מדינת ישראל ושל אזרחי ישראל באופן גורף, גם במקרים בהם רשויות המדינה אינן חוקרות או אינן מעמידות לדין בגין עבירות על הדין הבינלאומי, אינה יכולה להיות תכלית ראויה. מעבר לכך, היות שהחוק אינו יכול להביא להשתקת טענות כאלה מחוץ לישראל, ברור שכל תכליתו היא למנוע חשיפה של השקפות בעניין זה בפני אזרחי ותושבי ישראל ולמנוע דיון ציבורי פלורליסטי ומלא. גם זו אינה תכלית ראויה.

9. מעבר לכך, תחום פרישתו של סעיף 2(ד)(4) הוא רחב ביותר, ובהתאם פגיעתו בחופש הביטוי היא קשה במיוחד. ההוראה מתייחסת לכל מי ש"פרסם, בכתב או בעל פה, דברי תמיכה ...". היא אינה מוגבלת רק למי שפועל באופן אקטיבי להעמדה לדין של אזרחי ישראל במדינה אחרת או בבית דין בינלאומי, או למי שניתן להצביע על קשר הסתברותי כלשהו בין כניסתו לישראל לבין העמדה לדין עתידית של אזרחי ישראל (וזאת מבלי שנתייחס לשאלת חוקתיותן של מגבלות מסוג זה, אילו היו נקבעות). כל מי שנשא נאום, כל מי שציץ, כל מי שחתם על עצומה, כל מי שהתבטא ברשתות החברתיות או שיתף התבטאויות של אחרים – בין אם זה בתחומי המקצועי ובין אם לאו – כל מי שפרסם מאמר אקדמי או מאמר דעה, כל מי

שהתראיין וכל מי שהביע עמדה בעניין זה – בין שמדובר בעמדה חד-פעמית, אקראית ובלתי מנומקת, בין שמדובר בעמדה מנומקת היטב ומבוססת-עובדות והנמקה משפטית – תיאסר כניסתו לישראל. בהתאם לסעיף 2(ד)(4) אף די בכך שאדם "פועל בעבור" ארגון או גוף שהביע דעה בעניין זה, כדי לאסור את כניסתו לישראל, ואין זה משנה אם המבקש לקבל אשרה או רישיון כלל לא התבטא בעניין זה וכלל אינו עוסק בו.

10. לפיכך, החוק אינו מקיים את שלושת מבחני המשנה של עקרון המידתיות. ראשית, אין קשר רציונלי, ולו קלוש, בין התכלית המוצהרת של התיקון לחוק לבין הוראות סעיף 2(ד)(4), שהיא, לפי דברי ההסבר להצעת החוק, "למנוע מגורמים עוינים לפעול בשטחי המדינה לקידום פגיעה בה, באזרחיה ובנושאי תפקידים מטעמה, בביטחונה, ביחסי החוץ שלה ובקשרי המסחר שלה". אין דבר וחצי דבר בין תכלית זו לבין מניעת כניסה של מי שהביע את עמדתו לפיה בהעדר חקירה ראויה של חשדות לפשעי מלחמה או בהעדר העמדה לדין בישראל, יש מקום לפעול להעמדה לדין מכוח "עקרון המשלימות". החוק לא מונע את כניסתו של מי שמתכוון לפעול בשטח ישראל כדי לקדם פגיעה בה, אלא את מי שהביע עמדה בעניין העמדה לדין של אזרחי ישראל. מעבר לכך, החוק לא ימנע התבטאויות בעניין זה, אלא רק ימנע כניסה לישראל של מי שמתבטאים בעניין, ולא יפחית כהוא זה מן האפשרות שאזרחי ישראל יועמד לדין בבית משפט במדינה אחרת או בבית דין בינלאומי. למעשה, העדרו של כל קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית המוצהרת, מעיד על כך שהתכלית המוצהרת היא תכלית למראית עין בלבד. התכלית האמיתית היא, כאמור, השתקת טענות לאחריות בינלאומית בישראל ופגיעה בדיון הציבורי בישראל.

11. אפילו ניתן היה לקבל את הטענה כי התכלית המוצהרת של התיקון לחוק היא תכליתו האמיתית, לא היה מתקיים מבחן המשנה השני של המידתיות. אילו תכלית החוק הייתה מניעת פעילות של גורמים עוינים בשטחי המדינה לקידום פגיעה במדינה ובאזרחיה, כפי שנטען בדברי ההסבר, צריך היה למקד את איסור הכניסה לישראל רק במי שפועל מהותית כדי לקדם פגיעה במדינת ישראל או אזרחיה, ולמצער במי שקיימת אפשרות ממשיה שינצל את שהותו בישראל כדי לפגוע במדינה או באזרחיה. התמקדותו של החוק בכל מי שהביע עמדה לפיה יש להעמיד לדין אזרחים ישראלים בהעדר טיפול הולם מצד הרשויות בישראל (ואף במי שפועל בארגון או גוף שהביע עמדה כזו, גם אם לא הביע עמדה כזו בעצמו), מביאה לכך שהרוב המוחלט של מי שהחוק חל עליהם אינם אנשים הפועלים לקידום הפגיעה הנטענת בדברי ההסבר של הצעת החוק. מניעת כניסה של כל מי שהביע עמדה לפיה יש להעמיד לדין אזרחים ישראלים, היא מקרה מובהק של *casting the net too wide*, אם התכלית היא אכן מניעת קידום פגיעה במדינה ובאזרחיה מתוך שטח המדינה.

12. לבסוף, וגם זאת תחת ההנחה המוטלת בספק כי תכליתו המוצהרת של התיקון היא כנה, מבחן המשנה השלישי של המידתיות אינו מתקיים – כאמור, תועלתו של התיקון לקידום התכלית המוצהרת היא זניחה עד לא קיימת. אל מול זאת, כפי שתואר למעלה, הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק של אזרחי ותושבי ישראל היא קשה. כך בכלל, וכך בפרט כשהדברים נוגעים לאנשי אקדמיה ומוסדות אקדמיים, למוסדות תרבות ועובדיהם, לארגוני זכויות אדם ועובדיהם, לעמותות פילנתרופיות, לאיגודים מקצועיים, לגופים עסקיים ועוד.

13. ויודגש – עתירה זו לא נועדה לבטא עמדה מצד העותרים כי יש מקום להעמיד לדין חיילי צה"ל או אנשי כוחות הביטחון בבתי דין בינלאומיים או בבתי משפט של מדינות אחרות, ואף אין בה כדי לבטא עמדה בשאלה האם רשויות המדינה חוקרות באופן ראוי הפרות של הדין הבינלאומי. בשאלות אלה עשויות

להיות דעות ועמדות שונות, וכל עותר או עותרת מחזיקים בדעתם שלהם בעניין זה. אולם בעניין אחד כלל העותרים תמימי דעים – העמדה שסעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל מסמן כדעה שמקומה מחוץ ל"שוק הדעות" היא דעה שהמחוקק אינו רשאי לסמן כדעה בלתי לגיטימית. היא עמדה שגם אם לא מסכימים איתה, הרי שמותר להשמיע אותה ולקיים דיון לגביה, הן בין אזרחי ותושבי ישראל לבין עצמם, והן בינם לבין אזרחים זרים. מניעת כניסה של מי שמביע עמדה זו פוגעת באפשרות להיחשף בישראל לכלל הדעות וההשקפות ולקיים שיח בעניין זה. העותרים אף תמימי דעים שסעיף 2(ד)(4) פוגע באופן קשה ביכולת לקיים קשרים בינלאומיים גם בתחומי עיסוק שאינם קשורים כלל לנושא אליו מתייחס התיקון, משום שאין ביכולתם לבחון, ואין זה ראוי שיבחנו, כל התבטאות של כל אורח פוטנציאלי בטרם יזמינו אותו לישראל. בכך סעיף 2(ד)(4) הסעיף פוגע בליבת חופש הביטוי של אזרחי ישראל, כמו גם בחופש העיסוק.

14. עד כאן הדברים בקליפת אגוז, ומכאן – בהרחבה.

II. הרקע העובדתי-נורמטיבי הדרוש לעתירה

II.A. הצדדים להליך

15. העותרת 1, בשער – קהילה אקדמית למען החברה בישראל, היא עמותה רשומה המאגדת מעל 2,000 חברות וחברי סגל אקדמי מכל מוסדות ההשכלה הגבוהה בישראל, ביניהם כלות וחתני פרס נובל ופרס ישראל, נשיאות, נשיאים ורקטורים לשעבר, שרותמים את שלל תחומי המומחיות שלהם בנושא אקדמיה, מדע, מחקר, מדיניות השכלה גבוהה ועוד, למען החברה בישראל במגוון ערוצים.

16. העותרת 2, האקדמיה למען ישראל דמוקרטית, היא עמותה רשומה שמטרותיה הן קידום המדע, החינוך והמחקר האקדמי החופשי בישראל, בין היתר באמצעות תמיכה בעצמאות אקדמית, הגנה על חופש המחקר וההוראה, עידוד חדשנות מדעית, וקידום הנגשת ידע אקדמי לציבור הרחב. זאת תוך הדגשת חשיבותו של מחקר עצמאי ואובייקטיבי לפיתוח חברה דמוקרטית בישראל, קידום עקרונות של מקצועיות, יושרה וערכים ליברליים-דמוקרטיים בישראל, ובין היתר באמצעות פיתוח והטמעת סטנדרטים אתיים במוסדות ציבור, עידוד שיח ציבורי מבוסס עובדות ומומחיות, זכויות אדם ושלטון החוק כאבני יסוד של החברה הישראלית, פעילות לשמירה על שלטון החוק ולמען טוהר מידות בשירות הציבורי ומנהל תקין.

17. העותרים 3-56 הם אנשי אקדמיה אזרחי ישראל בעלי מומחיות בשלל תחומים, בהם משפטים, יחסים בינלאומיים, ספרות, חינוך, סוציולוגיה ואנתרופולוגיה, פסיקה, מתמטיקה, מדעי הרוח, מדעי המחשב, רפואה, פסיכולוגיה, מוסיקה, היסטוריה, מדעי החיים, כלכלה, פילוסופיה, מדעי היהדות, מדע המדינה, מדיניות ציבורית, מדעי הטבע, מדעי כדור הארץ, הנדסה ונירוביולוגיה.

18. המשיבה 1, הכנסת, היא הרשות המחוקקת והיא משיבה בהליך זה בהתאם להוראת סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994.

19. המשיב 2, שר הפנים, הוא השר הממונה על ביצוע חוק הכניסה לישראל לפי סעיף 15 לחוק.

20. המשיבה 3, היועצת המשפטית לממשלה, היא הפרשנית המוסמכת של הדין כלפי הרשות המבצעת.

II.ב. תיקון מס' 40 לחוק הכניסה לישראל

21. קודם לחקיקתו של תיקון מס' 40, היה נוסחו של סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל (שהוסף לחוק בשנת 2017 במסגרת תיקון מס' 28) כדלקמן –

"לא יינתנו אשרה ורישיון ישיבה מכל סוג שהוא, לאדם שאינו אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע במדינת ישראל, אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם, פרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, או התחייב להשתתף בחרם כאמור."

22. נגד תיקון מס' 28 הוגשו שתי עתירות, שנמשכו על ידי מגישיהן בהמלצת בית המשפט (בג"ץ 3965/17 **הראל נ' הכנסת** (28.2.2018); בג"ץ 5092/18 **הראל נ' הכנסת** (11.11.2019)). **העתירה הנוכחית אינה עוסקת בהוראה שעניינה כניסה לישראל ושהייה בה של מי שפרסם קריאה לחרם.**

23. כמפורט להלן, במסגרת תיקון מס' 40 הוספו לסעיף 2(ד) שלוש עילות נוספות המונעות מתן אשרה ורישיון – פרסום דברי הכחשת השואה (סעיף קטן (2)); פרסום דברי הכחשת טבח השבעה באוקטובר (סעיף קטן (3)); ופרסום דברי תמיכה בהעמדה לדין של אזרחים ישראלים במדינת חוץ או בבית דין בין-לאומי בשל פעולות שעשו במסגרת תפקידם בצה"ל או באחת מזרועות הביטחון של מדינת ישראל (סעיף קטן (4)). **עתירה זו עוסקת רק בעילה האחרונה שהוספה לסעיף 2(ד) במסגרת תיקון מס' 40.**

24. ביום 29.11.2021 הונחה על שולחן הכנסת, כהצעת חוק פרטית מטעמו של ח"כ יריב לוין, הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון – אי מתן אשרה ורישיון ישיבה בישראל), תשפ"ב-2021 (פ/2596/24). בהצעת החוק הוצע לתקן את חוק הכניסה לישראל, בין היתר כך שייקבע בסעיף 2(ד)(3) כי "לא יינתנו אשרה ורישיון מכל סוג שהוא, לאדם שאינו אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע במדינת ישראל, אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם פרסם ביודעין אחד מאלה – ... (3) תמיכה בהעמדה לדין בינלאומי של אזרחים ישראלים בשל פעולות שעשו במסגרת תפקידם בצבא ההגנה לישראל או באחת מזרועות הביטחון של מדינת ישראל".

הכנסת ה-24 פוזרה בטרם קודמו הליכי החקיקה.

העתק הצעת החוק כפי שהונחה על שולחן הכנסת ביום 29.11.2021 מצורף ומסומן **ע/2**.

25. ביום 20.2.2023, לאחר כינונה של הכנסת ה-25, הונחה על שולחן הכנסת, כהצעת חוק פרטית מטעמו של ח"כ זאב אלקין, הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון – אי-מתן אשרה ורישיון ישיבה בישראל), תשפ"ג-2023 (פ/2455/25), הזהה בנוסחה ובדברי ההסבר שלה להצעת החוק מטעם ח"כ יריב לוין בכנסת ה-24.

העתק הצעת החוק כפי שהונחה על שולחן הכנסת ביום 20.2.2023 מצורף ומסומן **ע/3**.

26. ביום 17.7.2024 אישרה מליאת הכנסת את הצעת החוק בקריאה טרומית, לאחר שהוצגה על ידי יוזמה. בעד הצעת החוק הצביעו 26 חברי כנסת, ונגדה הצביעו שני חברי כנסת, ללא נמנעים.

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 17.7.2024 מצורף ומסומן **ע/4**.

27. ביום 28.10.2024 קיימה ועדת הפנים והגנת הסביבה דיון בהכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה. במהלך הדיון, לפי הצעת הייעוץ המשפטי של הכנסת, תוקן נוסחו של סעיף 2(ד)(3) כך שהמילים "תמיכה בהעמדה

לדין בינלאומי" שהופיעו בהצעת החוק, הוחלפו במילים "תמיכה בהעמדה לדין במדינת חוץ או בבית דין בין-לאומי", והוועדה אישרה את העברת הצעת החוק להצבעה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת.

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 28.10.2024 מצורף ומסומן ע/5.

28. ביום 30.10.2024 פורסמה הצעת החוק ברשומות בשם הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 41) (אי-מתן אשרה ורישיון ישיבה בישראל), תשפ"ה-2024 (ה"ח הכנסת 1067, עמ' 18), והונחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה.

העתק הפרסום ברשומות מיום 30.10.2024 מצורף ומסומן ע/6.

29. ביום 19.11.2024 התקיים במליאת הכנסת דיון באישור הצעת החוק בקריאה ראשונה. נוכח מינויו של מציע החוק זאב אלקין לשר, הצעת החוק הוצגה על ידי ח"כ מישל בוסקילה. לאחר הצגת הצעת החוק ניצלו כל הדוברים את הזמן שהוקצה לדיון בהצעת החוק לנאומים בעניינים שאינם נוגעים להצעה. בתום הדיון אושרה הצעת החוק בקריאה ראשונה בהצבעה של 19 תומכים וללא מתנגדים ונמנעים.

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 19.11.2024 מצורף ומסומן ע/7.

30. ביום 5.2.2025 התקיים דיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה לצורך הכנת הצעת החוק להצבעה בקריאה שנייה ושלישית.

במסגרת הדיון נציגת משרד הפנים, תהילה פרימן, הבהירה כי משרד הפנים מתנגד להצעת החוק. וכך, למשל, בעמ' 14 לפרוטוקול הדיון, נכתב מפי נציגת משרד הפנים:

"אנחנו חושבים שהחוק בנוסח הקיים מאפשר לשר הפנים שיקול דעת מאוד מאוד רחב ועדיף לא לגעת. שר הפנים רק מבקש להעלות את הקשיים, שזה דווקא עלול לפגוע בשיקול הדעת שלו."

31. במהלך הדיון פירט נציג היועצת המשפטית לממשלה, נדב גולני, את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה בדבר הקושי שמעלה הוראת החוק מושא עתירה זו. בשל חשיבותם של הדברים נביא מתוכם בהרחבה:

"נדב גולני: ...

תחת המסגרת המשפטית הזאת אנחנו לא רואים קושי בכך שתימנע כניסה לישראל מנ[ת]ין זר שהכחיש את השואה או את טבח ה-7 באוקטובר, מעשים שמהווים עבירה פלילית במדינת ישראל. לעומת זאת ההצעה למנוע כניסה מזר שפרסם תמיכה בהעמדה לדין בין-לאומי של אזרחים ישראלים מעוררת מורכבות.

...

כן. ההצעה הזאת מעוררת מורכבות, שכן למרות הקושי שיכול להיות טמון בהתבטאויות האלה, הן חוסות במדינת ישראל תחת חופש הביטוי ואינן מהוות עבירה פלילית. כפי שציינו לזר עצמו אין זכות קנויה להיכנס לישראל, אך להגבלה המוצעת כאן יש השלכות על מימוש הזכות לחופש הביטוי של אזרחים ישראלים שאותם יש מקום לשקול, לדעתנו.

קודם כול, חקיקה בנושא הזה מהווה אמירה שלטונית, מלווה במשמעויות משפטיות, בדבר טיב ההתבטאויות שלשיטתה של המדינה חוצות גבול.

...

החקיקה בנושא הזה מהווה אמירה שלטונית שמלווה במשמעויות משפטיות בדבר התבטאויות שלשיתתה של המדינה חוצות את גבולות השיח הלגיטימי שניתן לשאת במדינה דמוקרטית. ... נכון. ההצעה עוסקת בזרים, אבל הדבר עלול בעקיפין ליצור אפקט מצנן לגבי התבטאויות של הציבור בישראל. ...

כפי שצינו לדעתנו לדבר הזה עלול להיות אפקט מצנן בנוגע להתבטאויות של הציבור בישראל. **בעניינים שמצויים בליבת חופש הביטוי.**

מישל בוסקילה (הימין הממלכתי):

לא נורא שיצננו את האמירות האומללות האלה.

נדב גולני:

כמו קריאה לקידום חקר האמת או הבעת ביקורת לגיטימית על המוסדות השלטוניים או על גופי השלטון במדינת ישראל.

במשפט הישראלי גבולות השיח הלגיטימי נקבעות באמצעות קביעת עבירות פליליות או יצירת עוולות אזרחיות, כמו איסור הסתה לטרור בחוק המאבק לטרור. ובעניינו קריאה להעמדה לדין של אזרחים ישראלים בשל שירותם בכוחות הביטחון, למרות הבעייתיות שיכולה להיות בהתבטאויות האלה, **ההתבטאויות האלו אינן מהוות עבירה פלילית או עוולה אזרחית במשפט הישראלי.**

דבר השני, ההצעה הזאת יכולה לפגוע בישראלים שמבקשים לקיים בישראל מפגשים מסוגים שונים. מפגשים אקדמיים, תרבותיים, פוליטיים ואחרים, עם זרים שמביעים דעות מסוג מסוים.

...

ההצעה יכולה לפגוע בישראלים שמבקשים לקיים מפגשים עם זרים שמחזיקים בדעות מסוג מסוים שחוסות תחת חופש הביטוי במדינת ישראל. הדבר הזה עלול להקשות על מימוש זכותם של אותם ישראלים לחופש הביטוי, תוך יצירת הבחנה סלקטיבית ונוקשת על בסיס השקפה פוליטית או מקצועית בהם התבטאויות שאינן אסורות על פי הדין.

...

לאור ההשלכות שיש כאן על יחסי החוץ ועל התחום המדיני, אנחנו חושבים שנדרש שגורמי הממשלה הרלוונטיים, ובראשם המל"ל ומשרד החוץ שנמצאים כאן, יתייחסו לשאלה, **האם מניעת כניסה מזרים שתומכים בהעמדה לדין בין-לאומי של ישראלים תתרום לקידום המאבק בהליכים הבין-לאומיים הללו או שמא תפגע במאבק הזה ובמעמד של ישראל.**

...

אני אסיים בכך שאני אגיד, שניתן לשקול ולקבוע הגבלה של כניסה לישראל ביחס לזרים שנקטו פעולות מעשיות, שיש אפשרות ממשית שיביאו ויקדמו בפועל העמדה לדין של אזרחים ישראלים להבדיל מזרים שרק הביעו תמיכה בכך."

עמ' 22-26 לפרוטוקול הדיון.

32. במהלך הדיון החליטה הוועדה להוסיף על שלוש העילות שנקבעו בהצעת החוק עילה נוספת – הכחשת אירועי שבעה באוקטובר 2023 – ואישרה את הצעת החוק לדיון בקריאה שנייה ושלישית.

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 5.2.2025 מצורף ומסומן ע/8.

33. ביום 10.2.2025 הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית.
- העתק הצעת החוק כפי שהונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית ביום 10.2.2025 מצורף ומסומן **ע/9**.
34. ביום 19.2.2025 עבר תיקון מס' 40 לחוק הכניסה לישראל במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית, בהצבעה של 12 תומכים וללא מתנגדים ונמנעים
- העתק העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול מליאת הדיון במליאת הכנסת מיום 19.2.2025 מצורף ומסומן **ע/10**.
35. ביום 23.2.2025 פורסם החוק ברשומות (**נספח ע/1** לעיל).
- להלן נוסחו של חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 40), תשפ"ה-2025 כפי שפורסם ברשומות –
- בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952,¹ בסעיף 2, במקום סעיף קטן (ד) יבוא:
- "(ד) לא יינתנו אשרה ורישיון ישיבה מכל סוג שהוא, לאדם שאינו אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע במדינת ישראל, אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם עשה ביודעין אחד מאלה:
- (1) פרסם קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, או התחייב להשתתף בחרם כאמור;
- (2) פרסם, בכתב או בעל פה, דברי הכחשת השואה כמשמעותם בחוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986;²
- (3) פרסם, בכתב או בעל פה, דברי הכחשת טבח 7 באוקטובר 2023 (טבח שמיני עצרת) כמשמעותם בחוק איסור הכחשת אירועי טבח 7 באוקטובר 2023 (טבח שמיני עצרת), התשפ"ה-2025;³
- (4) פרסם, בכתב או בעל פה, דברי תמיכה בהעמדה לדין של אזרחים ישראלים במדינת חוץ או בבית דין בין-לאומי בשל פעולות שעשו במסגרת תפקידם בצבא הגנה לישראל או באחת מזרועות הביטחון של מדינת ישראל."
36. בעקבות חקיקת החוק פנו ביום 4.3.2025 חלק מן העותרים באמצעות הח"מ אל היועצת המשפטית לממשלה, היועצת המשפטית לכנסת, שר הפנים ויו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה. בפנייה עמדו העותרים על אי-חוקיותו של סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, וביקשו לפעול לביטולו. במקביל התבקשה היועצת המשפטית לממשלה להבהיר לשר הפנים כי סעיף 2(ד)(4) אינו חוקתי, וכי עד לביטולו אין לפעול על פיו.
- העתק פניית ב"כ העותרים מיום 4.3.2025 מצורף ומסומן **ע/11**.
37. ביום 25.3.2025 השיבה הלשכה המשפטית של הכנסת כי "עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת לעניין החוק שבנדון הובאה בפירוט במהלך דיוני חקיקת החוק בוועדת הכנסת", תוך הפנייה לפרוטוקולים של ועדת

הפנים והגנת הסביבה, והוסיפה כי "לייעוץ המשפטי לכנסת אין סמכות לפעול לביטול הוראת חוק שנחקקה או להורות לשר לפעול כמבוקש בפנייתכם".

העתק תשובת הלשכה המשפטית של הכנסת מיום 25.3.2025 מצורף ומסומן ע/12.

תשובה זו מדגישה את הגישה הבאה לידי ביטוי במאמרו של העותר 54, אדם שנער, "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות", ICON-S-IL Blog (24.8.2020), זמין ב:

<https://tinyurl.com/veerp3m>

38. ביום 30.3.2025 התקבלה הודעת דוא"ל ממחלקת פניות הציבור של מחלקת ייעוץ וחקיקה, בה נכתב כי "הפנייה הועברה לבירור עם המחלקה הרלוונטית בייעוץ וחקיקה". חרף חלוף למעלה מחודש נוסף מאז הודעה זו וחרף חלוף פרק זמן העולה על התקופה הקבועה בסעיף 2(א) בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 מאז פניית ב"כ העותרים מיום 4.3.2025, לא התקבלה התייחסות נוספת ממחלקת ייעוץ וחקיקה או מן הנמענים האחרים של פניית ב"כ העותרים. ומכאן עתירה זו.

העתק ההודעה מיום 30.3.2025 מצורף ומסומן ע/13.

III. הטיעון המשפטי

39. כפי שיפורט להלן, סעיף 2(ד)(4) פוגע בזכות החוקתית לחופש ביטוי של אזרחי ותושבי ישראל ובזכות החוקתית לחופש עיסוק של אזרחי ותושבי ישראל, וזאת באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

40. על מנת למסגר את אופן הפגיעה בזכות נעמוד ראשית על מהותם של הביטויים הבאים בגדרי סעיף 2(ד)(4) ועל השלכות הכלל האוסר כניסה לישראל ושהייה בה של מי שנופל בגדרי הוראת סעיף זה. לאחר מכן נעמוד על ההבחנה בין העילה שבסעיף 2(ד)(4) לבין העילות האחרות הקבועות בסעיפים 2(ד)(1)-(3) (שעתירה זו אינה עוסקת בהם). בהמשך לכך נפרט את אופן הפגיעה בחופש הביטוי וחופש העיסוק ואת אי עמידתה של הפגיעה בתנאי פסקת ההגבלה.

III.A. מהות הביטוי החוסם כניסה לישראל ושהייה בה – ביטוי לגיטימי המוגן על ידי חופש הביטוי ושאינו מקום להוציאו מ"שוק הדעות"

41. על מנת להבהיר את השלכות חקיקתו של סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל ואת אי-חוקיותו, נעמוד ראשית על מהותו של הביטוי המביא לחסימת הכניסה לישראל ושהייה בה. לאחר מכן נעמוד גם על ההבדלים המהותיים בין ביטוי זה לבין הביטויים האחרים, המביאים לחסימת הכניסה לישראל לפי סעיפים 2(ד)(1)-(3) לחוק. נציין כבר עתה, ונעמוד על הדברים בהרחבה בהמשך, כי הפגיעה החוקתית העומדת במרכז עתירה זו היא הפגיעה בחופש הביטוי של העותרים ושל אזרחי ותושבי ישראל.

42. כאמור, סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל קובע כי לא יינתנו אשרה ורישיון ישיבה לאדם אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם "פרסם, בכתב או בעל פה, דברי תמיכה בהעמדה לדין של אזרחים

ישראלים במדינת חוץ או בבית דין בין-לאומי בשל פעולות שעשו במסגרת תפקידם בצבא הגנה לישראל או באחת מזרועות הביטחון של מדינת ישראל".

43. החוק מבקש להוציא אל מחוץ לתחום הלגיטימיות עמדה שאף על פי שאינה נוחה לממשלה על פי השקפתה, ואף שאינה נוחה לחלק מרשויות המדינה, היא עמדה משפטית שלא ניתן לקבוע מראש ובאופן גורף כי אינה לגיטימית, ובנסיבות עובדתיות מסוימות היא אף עמדה מתחייבת מכוח הדין הבינלאומי.

44. טענתו של אדם פלוני, כי במקרים בהם מתבצעים על ידי אזרחי או תושבי ישראל מעשים המהווים עבירה על פי הדין הבינלאומי ומדינת ישראל לא פועלת באופן מספק כדי לחקור ולהעמיד לדין, יש להפעיל את סמכות השיפוט האוניברסלית של ערכאה בינלאומית או ערכאה מדינתית אחרת, היא **טענה משפטית**, הנגזרת מעקרונות מקובלים בדין הבינלאומי ובדין המקומי, אשר גם מדינת ישראל הכירה בהם.

45. בהתאם ל"עקרון המשלימות" (Complementary Principle) בדין הבינלאומי, במקרים בהם רשויות המדינה בעלת הזיקה הטריטוריאלית או הפרסונלית לעבירה על הדין הבינלאומי אינן מקיימות הליכי חקירה או העמדה לדין בגין פשעים בינלאומיים (או שהן מקיימות הליכי חקירה והעמדה לדין אך אינן רוצות או אינן מסוגלות לקיים בתום לב הליכים כאלה באופן כן), עשויה לקום סמכות לגופים שיפוטיים בינלאומיים. **הבעת עמדה לפיה קמה סמכות כזו, שקולה למעשה להבעת עמדה לפיה, כעניין שבעובדה, רשויות מדינת ישראל אינן פועלות באופן מספק כדי לחקור הפרות של הדין הבינלאומי.** מדובר בטענה שניתן לחלוק עליה עובדתית, אך ודאי שהיא אינה טענה בלתי לגיטימית שיש לפעול כדי להוציא אל חוץ לגדרי השיח. כפי שציין נציג מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים בדיון בוועדה הפנים והגנת הסביבה – **מדובר בהתבטאות המצויה "בליבת חופש הביטוי"** (סעיף 31 לעיל ונספח ע/8 לעיל).

46. "עקרון המשלימות" הוא עקרון בסיסי בדין הבינלאומי, והוא מעוגן בסעיף 17 לחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי (Rome Statute of the International Criminal Court), שעליה חתמה גם מדינת ישראל (אף על פי שלא אשררה אותה, וזאת לא מטעמים הקשורים לעקרון המשלימות). עם החתימה על חוקת בית הדין, הצהירה מדינת ישראל:

"Being an active consistent supporter of the concept of an International Criminal Court, and its realization in the form of the Rome Statute, the Government of the State of Israel is proud to thus express its acknowledgment of the importance, and indeed indispensability, of an effective court for the enforcement of the rule of law and the prevention of impunity.

As one of the originators of the concept of an International Criminal Court, Israel, through its prominent lawyers and statesmen, has, since the early 1950's, actively participated in all stages of the formation of such a court. Its representatives, carrying in both heart and mind collective, and sometimes personal, memories of the holocaust - the greatest and most heinous crime to have been committed in the history of mankind - enthusiastically, with a sense of acute sincerity and seriousness, contributed to all stages of the preparation of the Statute. Responsibly,

possessing the same sense of mission, they currently support the work of the ICC Preparatory Commission.”

ראו: <https://tinyurl.com/bdzc6dp>.

47. גם הרשויות בישראל הכירו בתחולתו של "עקרון המשלימות". עקרון זה הוצג, למשל, בדו"ח ועדת טירקל כאחת ההצדקות לחקירת הפרות של הדין הבינלאומי על ידי מדינת ישראל –

"עקרון המשלימות, כפי שהוא מוכר בחוקת רומא, מושתת על שיקולים מבוססים של מדיניות משפטית ומסמל את החשיבות המיוחדת במשפט הבינלאומי הפלילי לקיום חובת החקירה המדינתית, ועל התוצאות שאי קיום חובה זו טומנות בחובה".
הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, דו"ח שני (פברואר 2023), עמ' 79.

וכן –

"המשפט הבינלאומי הפלילי, באמצעות עיקרון המשלימות, מטיל על מדינות את החובה לחקור ולהעמיד לדין את מי שביצע פשעי מלחמה. כמו כן, עומדת חובת החקירה בפני עצמה, במובן זה שלאי קיומה של החובה נודעות משמעויות משפטיות נוספות על אלו החלות על המבצעים בפועל של הפרות רציניות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. דיני אחריות המדינה מייחסים מעשים פרטניים למדינה הרלוונטית ומטילים על המדינה אחריות להתמודד עם ההפרות".
שם, עמ' 84.

לדו"ח ועדת טירקל ראו: https://www.gov.il/he/pages/turkel_committee.

48. בדומה, בהתאם ל"עקרון השיוריות" (subsidiarity), במקרים בהם רשויות המדינה בעלות סמכות השיפוט אינן מקיימות הליכי חקירה או העמדה לדין בגין פשעים בינלאומיים, עשויה לקום סמכות לבתי משפט מדינתיים אחרים.

49. עקרון המשלימות ועקרון השיוריות אינם עקרונות חדשניים, והם נטועים בלב הקונצנוס של תפיסת המשפט הבינלאומי בכל העולם. ספק אם ניתן למצוא חוקרים רציניים בתחום המשפט הבינלאומי שסבורים כי מדובר בעקרונות שאינם משקפים את המשפט הבינלאומי. ראו, מיני רבים:

עמיחי כהן, "המשפט הפלילי הבינלאומי", משפט בינלאומי 445, 471-472 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016);

ארנה בן-נפתלי ויובל שני, המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 321-322 (2006);

JANN K. KLEFFNER, COMPLEMENTARITY IN THE ROME STATUTE AND NATIONAL CRIMINAL JURISDICTIONS (2008);

MOHAMMED M. EL-ZEIDY, THE PRINCIPLE OF COMPLEMENTARITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: ORIGIN, DEVELOPMENT AND PRACTICE (2nd ed., 2008);

Markus Benzing, *The Complementarity Regime of the ICC: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, 7 MAX PLANK Y.B. U.N. L. 591 (2003);

Christoph Burchard, *Complementarity as Global Governance*, in THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY FROM THEORY TO PRACTICE, Vol. I, 167–197 (Stahn & El Zeidy eds., 2011);

John T. Holmes, *The Principle of Complementarity*, in THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: THE MAKING OF THE ROME STATUTE – ISSUES, NEGOTIATIONS, RESULTS 58 (Roy S. Lee ed., 2nd ed. 2002).

50. המחוקק הישראלי אימץ אף הוא את "עקרון השיוויון", והכיר בכך שהעמדה לדין בישראל של אזרח זר בגין הפרת הדין הבינלאומי, אף אם ביצע את העבירה מחוץ לתחום השיפוט של מדינת ישראל ואף אם נפגע העבירה אינו אזרח ישראל, היא לגיטימית ואף מחויבת המציאות בנסיבות מסוימות. זאת בסעיף 16(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שכותרתו "עבירות נגד משפט העמים", המקנה לבתי המשפט בישראל סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס להפרות מסוימות של הדין הבינלאומי –

"דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן; והוא, אף אם נעברו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב ישראל, ויהא מקום עשיית העבירה אשר יהא".

וראו דנ"פ 4603/97 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 160, פס' 11 לפסק דינו של השופט אור (1998).

51. סעיף 16(א) לחוק העונשין נחקק במסגרת תיקון מס' 39, ובדברי ההסבר לו נכתב, בין השאר –

"הסעיף המוצע מסדיר את התחולה האוניברסלית, בשל זיקת העבירה מסוג *Delicta Juris Gentium* לקהילת העמים ודרכה גם למדינת ישראל כחברה בקהילייה זו.

...

העבירה היא אוניברסלית ולכן גם פליליות המעשה היא אוניברסלית. ניתן לצאת אפוא מנקודת מוצא של קיום פליליות במקום המעשה, ואין מקום לדרוש את הוכחתה."

ה"ח 2098, עמ' 122 (6.1.1992).

ראו בעניין זה גם: רות לפידות ודורון וייץ "סמכות השיפוט האוניברסלית בישראל" המשפט ט' 95, 102-104 (תשס"ד).

52. כפי שעולה מסעיף 16(א) לחוק העונשין, במקרים מסוימים מדינת ישראל ומדינות אחרות התחייבו באמנות בינלאומיות להעמיד לדין גם את מי שאינם אזרחיהן או תושביהן בגין עבירות על הדין הבינלאומי שבוצעו מחוץ לתחום שיפוטן, וגם כאשר הנפגע אף הוא אינו אזרח או תושב המדינה (ראו, למשל: סעיף 146 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (כ"א 30, עמ' 559); סעיף 5(2) לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים 1984 (כ"א 1039, עמ' 249)).

53. הצטרפותה של מדינת ישראל לאמנות אלה אף מבהירה כי דברי תמיכה בהעמדה לדין של אזרחי ישראל בבתי משפט בינלאומיים או במדינות אחרות אינן מהוות בפני עצמן תמיכה בפגיעה בריבונותה של מדינת ישראל. זאת משום שמדינת ישראל נתנה את הסכמתה כי בנסיבות מסוימות קיימת סמכות לבתי משפט בינלאומיים ומדינתיים להעמיד לדין את אזרחיה, ממש כשם שאמנות אלה והחקיקה הישראלית העניקו למדינת ישראל סמכות דומה ביחס לאזרחים זרים, מבלי שהדבר ייחשב לפגיעה בריבונותן של מדינות אחרות.

54. כשם שמדינת ישראל התחייבה באמנות שונות להעמיד לדין אזרחי מדינות זרות במקרים מסוימים של עבירה על הדין הבינלאומי, גם במקרים שבהם העבירה לא בוצעה בתחום שיפוטה ונפגע העבירה אינו תושב או אזרח המדינה, וכשם שהמחוקק הישראלי הקנה לבתי המשפט בישראל סמכות אוניברסלית בעניינים אלה, כך גם מדינות אחרות התחייבו כאמור, וכך גם במדינות אחרות בתי המשפט הוסמכו לדון בעבירות שביצעו אזרחים זרים בניגוד לאותן אמנות בינלאומיות.

ראו, למשל, באנגליה – Section 134 Criminal Justice Act 1988 (CJA) (סמכות אוניברסלית בעניין עבירות עינויים); Section 1 Geneva Conventions Act 1957 (סמכות אוניברסלית בעניין עבירות לפי אמנות ז'נבה);

בארה"ב – 18 U.S. Code § 1091 (סמכות אוניברסלית בעניין עבירת רצח עם); 18 U.S. Code §§ 2340-2340A (סמכות אוניברסלית בעניין עבירות עינויים); 18 U.S. Code § 2442 (סמכות אוניברסלית בעניין גיוס או ניצול ילדים חיילים);

באוסטרליה – Sections 15.4 & 268.117(1) Criminal Code Act 1995 (סמכות אוניברסלית בעניין רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה);

בקנדה – Section 6 Crimes Against Humanity and War Crimes Act S.C. 2000 c.24 (סמכות אוניברסלית בעניין רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה).

55. בהצטרפה למשפחת העמים, ובהצטרפה לאמנות כמו אמנת ג'נבה הרביעית והאמנה נגד עינויים, מדינת ישראל קיבלה על עצמה את החובה ואת הזכות להעמיד לדין אזרחים של מדינה אחרת בגין עבירות מסוימות שבוצעו מחוץ לתחום שיפוטה ושלא כלפי אזרחיה שלה. בו בזמן היא הכירה בכך שבמקרים מסוימים לגיטימי ואפילו חובה שגוף שיפוטי בינלאומי או מדינה פלונית יחקרו ויעמידו לדין אזרחים של מדינה אלמונית, גם בהעדר זיקה פרסונלית או טריטוריאלית למדינה המעמידה לדין.

56. אף אם לא נוח לרשויות המדינה שיש מי שקוראים להעמדה לדין של אזרחי ישראל בבתי משפט מחוץ לישראל, ואף אם היא רשאית לפעול כדי למנוע זאת (למשל באמצעות חקירה פלילית אפקטיבית של הפרות של הדין הבינלאומי על ידי חייליה והעמדה לדין במקרים בהם נעברה עבירה, קביעת הנחיות שיביאו למניעת הפרות של הדין הבינלאומי, הקמת ועדת חקירה ממלכתית לבדיקת אירועים מסוימים וכיוצא באלה), הרי שתפיסה לפיה תמיכה בהעמדה לדין מחוץ לישראל היא התבטאות מחוץ לתחום הלגיטימי, אינה מתיישבת עם התפיסה המשפטית העומדת מאחורי האמנות שאליהן הצטרפה ישראל ועם הדין הפלילי שלה עצמה.

57. בהינתן האמור לעיל, "הביטוי האסור" המביא לשלילת האפשרות להיכנס לישראל ולשהות בה באופן זמני לפי סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, הוא ביטוי של תמיכה בעמדה משפטית מקובלת בדין הבינלאומי, בדין הישראלי ובדין של מדינות אחרות, וביישומו בהקשר הישראלי באמצעות הבעת העמדה לפיה בתי דין בינלאומיים או בתי משפט מדינתיים צריכים ליישם בנסיבות מסוימות בהקשר הישראלי את סמכותם האוניברסלית לחקור או להעמיד לדין מכוח עקרון המשלימות או מכוח עקרון השיוריות. במילים אחרות, מניעת הכניסה נעשית אך בשל כך שפלוגי מחזיק בעמדה שגם הדין הישראלי מחזיק בה.
58. הבעת עמדה לפיה קמה סמכות לבית משפט בינלאומי או מדינתי אחר לחקור או להעמיד לדין חיילים בצה"ל או אנשי כוחות הביטחון, שקולה למעשה להבעת עמדה לפיה, כעניין שבעובדה, רשויות מדינת ישראל אינן פועלות באופן מספק כדי לחקור הפרות של הדין הבינלאומי. אפשר לחלוק על טענה עובדתית זו, אך אין מקום לקביעה כי מדובר באמירה בלתי לגיטימית תהיינה הנסיבות העובדתיות אשר תהיינה.

III.ב. ההבחנה בין עילות מניעת הכניסה השונות שבסעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל

59. כפי שתואר לעיל, עוד קודם לחקיקתו של תיקון מס' 40 קבע סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל הוראות בדבר מניעת מתן אשרה ורישיון ישיבה למי ש"הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם, פרסם בודיעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, או התחייב להשתתף בחרם כאמור".
60. במסגרת תיקון מס' 40 נוספו שלוש עילות חדשות למניעת אשרה ורישיון ישיבה – פרסום דברי הכחשת שואה; פרסום דברי הכחשת טבח 7 באוקטובר; ופרסום "דברי תמיכה בהעמדה לדין של אזרחים ישראלים במדינת חוץ או בבית דין בין-לאומי בשל פעולות שעשו במסגרת תפקידם בצבא הגנה לישראל או באחת מזרועות הביטחון של מדינת ישראל".
61. עתירה זו מופנית אך ורק כלפי עילה הרביעית הקבועה בסעיף 2(ד)(4). מדובר בעילה השונה מהותית משלוש העילות האחרות שבסעיף 2(ד).
62. **ראשית, היסודות העובדתיים הקבועים בעילת הסירוב לתת אשרה ורישיון ישיבה בישראל בסעיף 2(ד)(4) אינם יסודות העשויים לבסס עוולה אזרחית או עבירה פלילית, וזאת בשונה מן היסודות העובדתיים המפורטים בסעיפים 2(ד)(1)-(3).**
63. לעניין פרסום הכחשת השואה ופרסום הכחשת טבח השבעה באוקטובר – סעיף 2(ד)(2) מחיל את איסור הכניסה לישראל והשהייה בה על מי ש"פרסם, בכתב או בעל פה, דברי הכחשת השואה כמשמעותם בחוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986", וסעיף 2(ד)(3) מחיל את האיסור על מי ש"פרסם, בכתב או בעל פה, דברי הכחשת טבח 7 באוקטובר 2023 (טבח שמיני עצרת) כמשמעותם בחוק איסור הכחשת אירועי טבח 7 באוקטובר 2023 (טבח שמיני עצרת), התשפ"ה-2025". בשני המקרים מדובר במניעת כניסה לישראל של מי שביצע מעשים שעל פי הדין הישראלי היו מהווים עבירה פלילית אילו בוצעו בתחום מדינת ישראל.
64. סעיף 2 לחוק איסור הכחשת השואה קובע עונש של חמש שנות מאסר בגין עבירה של הכחשת השואה. סעיף 3 לחוק איסור הכחשת אירועי טבח 7 באוקטובר 2023 קובע עונש של חמש שנות מאסר בגין הכחשת

הטבח, אם ההכחשה נעשתה "בכוונה להגן על ארגון הטרור חמאס ושותפיו, להביע להם אהדה או להזדהות עימם". במסגרת תיקון מס' 40 לחוק הכניסה לישראל נקבע בסעיפים 2(ד) ו-3 כי מי שמתקיימים בו יסודותיה העובדתיים של אחת משתי העבירות הפליליות הללו, לא יורשה להיכנס לישראל ולא יוכל לשהות בה. **לעומת זאת, סעיף 2(ד)4 לחוק הכניסה לישראל אוסר על כניסה ושהייה בישראל של מי שביצע מעשים שאין בהם כל פליליות.**

65. בעוד שהמחוקק הישראלי הוציא אל מחוץ לתחום הלגיטימיות ביטויים שיש בהם כדי להכחיש את השואה וביטויים שיש בהם כדי להכחיש את טבח 7 באוקטובר (ובהתקיים תנאים נוספים כאמור לעיל), **התפיסה לפיה במקרים שבהם המדינה אינה חוקרת כראוי או אינה מעמידה לדין עשויה לקום סמכות אוניברסלית של בתי משפט בינלאומיים או מדינתיים אינה מחוץ לתחום הלגיטימיות לפי הדין בישראל, אלא דווקא עולה בקנה אחד, באופן עקרוני, עם הדין בישראל ועם מחויבויותיה הבינלאומיות.**

66. **באשר למי ש"פרסם קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 [להלן: חוק החרם], או התחייב להשתתף בחרם כאמור", כאמור בסעיף 2(ד)1 לחוק הכניסה לישראל –** הגם שאין מדובר בעבירה פלילית, פרסום קריאה פומבית כזו היא פעולה, שכאשר מתווספים עליה יסודות נוספים, מהווה עוולה אזרחית, לפי סעיף 2 לחוק החרם. זאת להבדיל מן הביטויים הבאים בגדרי סעיף 2(ד)4 לחוק הכניסה לישראל, שאינם מהווים יסודות של עוולה אזרחית כלשהי.

67. בהקשר זה יש להדגיש פעם נוספת את עמדת מחלקת ייעוץ וחקיקה בוועדת הפנים והגנת הסביבה, שבמסגרתה נעשתה הבחנה בין סוגי הביטויים שבשלוש העילות הראשונות בסעיף 2(ד), ביטויים שלגביהם המחוקק הישראלי קבע באמצעות איסורים פליליים ועוולה אזרחית כי הם מחוץ לגבול הלגיטימיות, לבין סוג הביטוי שבעילה הרביעית שהוא, כהגדרת נציג היועצת המשפטית לממשלה, **"בליבת חופש הביטוי"**. לפי עמדתו, סעיף 2(ד)4 לחוק הכניסה לישראל יוצר אפקט מצנן גם על חופש הביטוי של אזרחי ישראל ומוציא אל מחוץ לגדר הלגיטימיות התבטאויות של אזרחי ישראל החוסות תחת חופש הביטוי. וכדבריו (בנספח 8/ע לעיל) –

"ההצעה הזאת מעוררת מורכבות, שכן למרות הקושי שיכול להיות טמון בהתבטאויות האלה, הן חוסות במדינת ישראל תחת חופש הביטוי ואינן מהוות עבירה פלילית[ת]. כפי שצינו לזר עצמו אין זכות קנויה להיכנס לישראל, אך להגבלה המוצעת כאן יש השלכות על מימוש הזכות לחופש הביטוי של אזרחים ישראלים שאותם יש מקום לשקול, לדעתנו. קודם כול, חקיקה בנושא הזה מהווה אמירה שלטונית, מלווה במשמעויות משפטיות, בדבר טיב ההתבטאויות שלשיטתה של המדינה חוצות גבול.

...

במשפט הישראלי גבולות השיח הלגיטימי נקבעות באמצעות קביעת עבירות פליליות או יצירת עוולות אזרחיות, כמו איסור הסתה לטרור בחוק המאבק לטרור. ובעניינו קריאה להעמדה לדין של אזרחים ישראלים בשל שירותם בכוחות הביטחון, למרות הבעייתיות שיכולה להיות בהתבטאויות האלה, ההתבטאויות האלו אינן מהוות עבירה פלילית או עוולה אזרחית במשפט הישראלי."

68. קיימים הבדלים מהותיים נוספים בין סעיף 2(ד)(1) לבין סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, המדגישים את רוחב התפרשותו ואת אי חוקתיותו של סעיף 2(ד)(4), אף אם נצא מנקודת הנחה שסעיף 2(ד)(1) הוא חוקתי.

69. ראשית, סעיף 2(ד)(4) עוסק בפרסום **"דברי תמיכה"** בהעמדה לדין. לעומת זאת, סעיף 2(ד)(1) אינו מסתפק ב"דברי תמיכה" בחרם ודורש פרסום **"קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל"** או **"התחייבות] להשתתף בחרם כאמור"**.

70. על ההבדל בין פרסום "דברי תמיכה" לבין פרסום "קריאה פומבית", ועל הפער בפגיעה החוקתית בחופש הביטוי ניתן ללמוד מפסק הדין בבג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (15.4.2015) (להלן: **בג"ץ חוק החרם**). פסק הדין בבג"ץ **חוק החרם** דן, בין היתר, במשמעות הביטוי "קריאה פומבית לחרם", המופיע הן בחוק החרם והן בחוק הכניסה לישראל, ואשר משמעותו זהה בשני החוקים לאור הוראותיו של סעיף 2(ד)(1) המפנה לחוק החרם.

71. השופט (כתוארו אז) עמית עמד על ההבחנה בין הבעת דעה, שעליה לא חל חוק החרם, לבין "קריאה פומבית" שהיא שימוש במילים לצורך הנעה לפעולה –

"החוק [חוק החרם, י.ב.] אינו אוסר או מגביל בדרך כלשהי את הביטוי נגד מוסד או מפעל פלוני, ואפילו אינו מונע פעולה לחרם, ועל כן, יכול ראובן לשכנע את שמעון שלא לרכוש מוצרים של מפעל מסויים. החוק אוסר אך את הפרסום של קריאה פומבית. ... **יש להבחין אפוא בין שימוש במילים כדי להביע דעה לבין שימוש במילים כפעולה**. אמנם בקריאה לחרם עסקינן, קריאה שבמשפט האמריקני תסווג כביטוי, להבדיל מהשתתפות בחרם הנתפסת כהתנהגות, אך לטעמי, הקריאה לחרם בהיותה הנעה לפעולה, אינה ביטוי רגיל, אלא נמצאת במשרעת שבין ביטוי גרידא לבין התנהגות."

בג"ץ חוק החרם, פס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) עמית.

72. להבדיל מחוק החרם ומסעיף 2(ד)(1) לחוק הכניסה לישראל העוסקים ב"קריאה לחרם", סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל עוסק ב"דברי תמיכה" בהעמדה לדין. לא רק "קריאה" למוסדות בינלאומיים או לבתי משפט מדינתיים לחקור או להעמיד אחרת ישראלי לדין באה בגדרי סעיף 2(ד)(4), אלא כל דבר תמיכה בכך. תמיכה כזו יכולה להיות במסגרת מאמר אקדמי המנתח עובדתית את המתרחש בישראל ומנתח משפטית – אף כעניין של הדין הנוהג – את עקרון המשלימות ואת עקרון השוויון, בדברים שנישאו בהקשר זה בכנס אקדמי, בפרסום פוסט או אפילו בשיתוף פוסט של אדם אחר ברשתות החברתיות וכיוצא באלה.

73. **הבדל משמעותי נוסף נובע ממהותם של הפרסומים.** סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל מגביל כניסה של מי שהביע דעה, המבוססת על עמדה משפטית מקובלת בדבר "עקרון המשלימות" ו"עקרון השוויון" ביחס להפרות של הדין הבינלאומי, ועל טענה עובדתית לפיה ישראל אינה חוקרת כראוי הפרות כאלה. **טענה עובדתית זו – כי ישראל אינה חוקרת כראוי הפרות של הדין הבינלאומי – חוסה בליבת חופש הביטוי.** מדובר בתמיכה בפעולה, שגם אם ישראל מתנגדת לה, הרי שבנסיבות עובדתיות מסוימות היא עשויה להיות מותרת ואף מחויבת לפי אמנות בינלאומיות שעליהן חתומה מדינת ישראל, לפי דיניהן של מדינות אחרות ואף לפי הדין הפלילי במדינת ישראל.

74. להבדיל מדברי תמיכה בהעמדה לדין המצויים בליבת חופש הביטוי, הרי שבפסיקתו של בית משפט זה התקבעה ברוב דעות העמדה כי קריאה לחרם על ישראל היא סוג של ביטוי שההגנה עליו פחותה בשל מהותו, הנתפסת על ידי הפסיקה בישראל ככזו שדווקא מיועדת לפגוע בחופש הביטוי ובשיח החופשי. כך, למשל, בבג"ץ **חוק החרם** קבע השופט מלצר –

"הקריאות לחרם כנגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק – אינן עונות לתכליתו הקלאסית של חופש הביטוי. בניגוד לעמדת העותרים לפיה הקריאות לחרם מקדמות 'שיח פוליטי פתוח ומפרה', למעשה הקריאות הללו אינן מעוניינות בהכרעות פוליטיות על בסיס רצון חופשי, אלא מבקשות לכפות עמדות, וזאת באמצעות אמצעים כלכליים ואחרים...

הדברים הנ"ל מקבלים נופך מיוחד בהקשר להחרמת האקדמיה הישראלית. קריאה שכזו להחרמת הקהילה האקדמית בישראל, או של מרצים ישראלים חותרת תחת החופש האקדמי עצמו ומונעת מחקר והוראה, שמטרתם, בין השאר, חיפוש אחר האמת. זוהי למעשה החרמה של האינטלקטואליות עצמה, שכן חרם משתיק את השיח."

בג"ץ **חוק החרם**, פס' 30 לפסק דינו של השופט מלצר.

75. בדומה לכך, השופט (כתוארו אז) עמית, קבע –

"החרם הוא כלי יוצא דופן בארגז הכלים של חופש הביטוי. החרם נועד לכפות שינויים באופן פוגעני. במקום להתעמת ולהתאמת עם דעות סותרות, מטרתו של החרם היא אמנם לפעול כנגד מדיניות מסוימת אך החרם עושה זאת בדרך של השתקת הדעות האחרות, אם בדרך כלכלית ואם בדרך של נידוי תרבותי ואקדמי. במקום לכבד את דעות האחר ולתת להן את מקומן בשוק החפשי של הדעות, הקורא לחרם נוטל מבעל הדעה השונה את הלגיטימציה, ומוציא אותו אל מחוץ למחנה. ... חרם אקדמי-תרבותי מהווה סתימת פיות במובן הפשוט של המילה, מונופול של דוכן אחד ויחיד בשוק הדעות, אנטי-תזה מובהקת לחופש הביטוי ולרעיון של שוק דעות חפשי. החרם התרבותי-אקדמי על ישראל, נועד לשתיק ולהשתיק את הביטוי הפוליטי, לכפות דעה אחת ו'אמת' אחת ... הנה כי כן, החרם הוא כלי כוחני בארגז הכלים הדמוקרטי, שהצדקתו במקרי קיצון אינה יונקת בהכרח את כוחה מהטעמים שבבסיס חופש הביטוי."

בג"ץ **חוק החרם**, פס' 12-13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) עמית. וראו גם פס' ו' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

76. בפרשה אחרת, בדונו בסעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל, בית המשפט קבע כי ההצדקה למניעת כניסתו של מי שקורא לחרם נובעת מתפיסתה של הקריאה לחרם כ"השתקה אלימה של השיח הפוליטי" (בר"ם Alqasem 7216/18 נ' **משרד הפנים**, פס' 18 לפסק דינו של השופט הנדל (18.10.2018) (להלן: **עניין אלקאסם**)).

77. יצוין כי שופטי המיעוט בבג"ץ **חוק החרם** חלקו על המסקנות שצוטטו לעיל וסברו כי גם על קריאה לחרם חלים באופן מלא הרציונלים של ההגנה על חופש הביטוי (ראו פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן ופס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר). חלק מן העותרים כאן סבורים כי הצדק בעניין זה הוא עם שופטי המיעוט. אולם משנתקבלה בפסיקתו של בית משפט זה העמדה לפיה חוקתיותן של הגבלות על קריאה לחרם נבחנות מתוך הנחה לפיה הקריאה לחרם אינה עונה על הרציונלים של ההגנה על חופש הביטוי, קל לעשות את ההבחנה בין מגבלות על הקריאה לחרם לבין מגבלות על ביטויים המצויים בליבת

חופש הביטוי, דוגמת דברי תמיכה בהעמדה לדין בבתי משפט בינלאומיים או מדינתיים מכוח עיקרון המשלימות המוכר (גם על ידי ישראל).

78. לפי תפיסתו של בית המשפט העליון "קריאה לחרם" היא ביטוי שראוי להסיר משוק הדעות (כמו גם הכחשת השואה והכחשת טבח השבעה באוקטובר בכוונה להגן על ארגון הטרור חמאס ושותפיו, להביע להם אהדה או להזדהות עימם). שונים הם פני הדברים ביחס לדברי תמיכה בהעמדה לדין בערכאה בינלאומית או במדינה אחרת, שגם אם הם צורמים לאוזניים מסוימות וגם אם אינם נוחים לרשויות המדינה, הם סוג של ביטוי שאינו אלא אימוץ של עקרונות הדין הבינלאומי והישראלי בשילוב עם טענה עובדתית לפיה ישראל אינה חוקרת כראוי הפרות של הדין הבינלאומי. הטענה כי עמדה כזו היא עמדה שיש לעקור אותה משוק הדעות היא טענה שאין לה בסיס.

79. הבחנה נוספת בין ההוראה החלה על קריאה לחרם על מדינת ישראל לבין ההוראה החלה על תמיכה בהעמדה לדין של אזרח ישראלי, היא זיקתו של העניין השני **למעשים** נטענים של מי שהובעה תמיכה בהעמדתו לדין, להבדיל מן הקריאה לחרם. **בג"ץ חוק החרם** בית המשפט עמד, בין היתר, על כך שחוק החרם חל **רק** על קריאה לחרם מחמת זיקה למדינה, למוסדותיה או לאזור הנמצא בשליטת המדינה, **ולא** על קריאה לחרם הנובעת ממעשיו של אדם או מפעל וכיוצא באלה, ובפרט כאשר מדובר בקריאה לחרם בגין מעשים בלתי חוקיים נטענים. בית המשפט עמד על כך שקריאה לחרם הנובעת ממעשים בלתי חוקיים נטענים של אדם או גוף לא תביא להפעלת הסנקציות הקבועות בחוק החרם (**בג"ץ חוק החרם**, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ראו גם: ע"מ 2966/19 Human Rights Watch נ' **שר הפנים**, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל (5.11.2019) (להלן: **עניין Human Rights Watch**)).

80. לעומת זאת, סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל חל על תמיכה בהעמדה לדין **בשל מעשים בלתי חוקיים נטענים** של חיילים או אנשי כוחות הביטחון, אשר לפי הטענה אינם נחקרים כראוי על ידי מדינת ישראל. מי שמביע עמדה כי **בשל מעשיו הנטענים של אדם** יש להעמידו לדין פלילי, לא תותר כניסתו לישראל. לפיכך, היקף תחולתו של סעיף 2(ד)(4) הוא רחב יותר ופוגע באופן קשה יותר בחופש הביטוי בהשוואה לסעיף 2(ד)(1).

81. על כן, גם אם נניח כי סעיף 2(ד)(1) לחוק הכניסה לישראל, העוסק בקריאה לחרם, הוא חוקתי (הגם שבית המשפט לא דן באופן מקיף בטענות בעניין אי חוקתיותו), הרי שכפי שעולה מבג"ץ **חוק החרם**, קיימים הבדלים מהותיים בין הביטויים הנתפסים ברשתו של סעיף 2(ד)(1) לבין הביטויים שעליהם חל סעיף 2(ד)(4), שבו עוסקת עתירה זו.

III.ג. מניעת כניסה בשל ביטויים מוגנים – פגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי ישראל

82. הזכות העומדת במרכזה של עתירה זו אינה זכותם של מי שאינם אזרחי או תושבי ישראל להיכנס לישראל או להשמיע את דעותיהם דווקא בתחומי מדינת ישראל (וזאת הגם שחלפו הימים בהם התפיסה לפיה למדינה זכות ריבונית להחליט מי יבוא בשעריה משמעה העדרה של חובה להביא בחשבון ולאזן גם את זכויותיהם של מי שמבקשים להיכנס לישראל. ראו: ע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ**, חוות דעתה של הנשיאה ביניש (11.8.2009)).

83. **הזכות הנפגעת העומדת על הפרק היא זכותם של אזרחי ותושבי ישראל לקיים שיח פתוח ולהיחשף לעמדות ולדעות**, אף אם מדובר בדעות או עמדות שאינן נוחות לשלטון ואף אם אינן בקונצנזוס. הזכות הנפגעת היא זכותם של אזרחי ותושבי ישראל לקיים דיאלוג חופשי עם מי שמביעים עמדות או דעות מסוימות, תוך הדירה של דעות ועמדות מסוימות מ"שוק הרעיונות", אף על פי שאין מדובר בדעות שהשמעתן מהווה עוולה אזרחית או עבירה פלילית.

84. בית המשפט הכיר בכך שמניעת רישיון ואשרת ישיבה למי שאינו אזרחי ישראל עלולה לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות של אזרחי ישראל, ועל כן דורשת, באותם מקרים, בחינה חוקתית של עמידת הפגיעה בתנאי פסקת ההגבלה. כך, לדוגמה, בבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006) ובבג"ץ 466/08 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012), קבעו רוב השופטים כי מניעת מתן אשרה ורישיון ישיבה למי שאינם אזרחי ישראל אך הם בני זוגם של אזרחי או תושבי ישראל **פוגעת בזכות החוקתית לחיי משפחה של אזרחי ותושבי ישראל** (הגם שרוב השופטים בשני פסקי הדין לא פסלו את החוק שנדון שם, רובם הסכימו כי מניעת הכניסה פוגעת בזכות חוקתית של ישראלים).

85. באותה מידה ששלילת האפשרות של מי שאינם אזרחי או תושבי ישראל לקבל אשרה ורישיון ישיבה עלולה לפגוע בזכות לחיי משפחה של אזרחי ישראל, כך שלילה כזו עלולה לפגוע גם בזכויות חוקתיות אחרות של אזרחי ישראל, כמו חופש הביטוי (בג"ץ 3052/19 **לוחמים לשלום נ' שר הביטחון**, חוות דעתה של השופטת ברק-ארז (6.5.2019)). בהתאם לכך, יש לבחון האם הוראות סעיף 2(ד)(4) פוגעות בחופש הביטוי של אזרחי ישראל, ואם כן – לבחון האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

86. חופש הביטוי הוא זכות יסוד חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, פס' 26 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2008); ע"א 751/10 **פלוני נ' דיין-אורבך**, פ"ד סה(3) 369, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) עמית (2012); **בג"ץ חוק החרם**, פס' 22 לפסק דינו של השופט מלצר; אהרן ברק, כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, עמ' 707 ואילך (2014)).

87. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל פוגע בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי ישראל. כידוע, חופש הביטוי אינו רק הזכות לבטא דעות, לפרסם ולהשמיע, אלא גם **החופש לשמוע דעות, לצרוך מידע, להיחשף למחשבות ורעיונות, להתדיין על כל אלה ולגבש דעה** –

"חופש הביטוי הוא חירותו של כל אדם להשמיע את אשר על ליבו, ואם רצונו בכך, גם לשמוע את מה שיש לאחרים להשמיע."

בג"ץ 7150/16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים**, פס' 30 לפסק דינו של השופט שטיין (21.9.2020).

"חופש הביטוי הוא מושג מורכב. הוא זכות מסוג 'חירות'. הוא כולל בחובו את הזכות לקבל מידע ולהגיב עליו, לשמוע ולהישמע, לראות ולשמוע."

בג"ץ 2194/04 **מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (28.6.2006).

88. לא פעם נקבע כי "חופש הביטוי מבטיח החלפת דעות בין בני הציבור ובכך מאפשר גיבוש עמדה באשר לנושאים העומדים על סדר היום הלאומי" (בג"ץ 869/92 זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מו(2) 692, 701 (1992)). כאשר המדינה נוטלת לעצמה את הסמכות לפעול למיגור או לצמצום הבעתה של דעה או עמדה מסוימת, היא פוגעת לא רק במי שמבקש לבטא את הדעה או העמדה, אלא גם בזכותם של מי שמעוניינים להיחשף לדעות ולעמדות אלה, ובזכותם של מי שמבקשים לקיים שיח ולגבש עמדה המבוססת על חשיפה גם לטענות שאינן נוחות לשלטון.

89. כבר בראשית ימיה של המדינה קבע בית המשפט העליון כי הזכות להיחשף למידע ולדעות היא זכות יסוד, ועל כן צנזורה פוגעת בדמוקרטיה ופוגעת לא רק במי שמוטלות מגבלות על הביטוי שלו עצמו, אלא גם על נמעניו של הביטוי –

"שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה."

בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז 2415, 2408 (1962).

90. התפיסה לפיה הזכות להיחשף למידע ולדעות מהווה חלק מחופש הביטוי מעוגנת באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (כ"א 1040, כרך 31), שנחתמה ואושררה על ידי מדינת ישראל, שם נקבע בסעיף 19(2) כי "**לכל אדם תהיה הזכות לחופש הביטוי; זכות זו תכלול את החופש לבקש, לקבל ולקנות ידיעות ואידיאות מכל סוג, ללא התחשבות בגבולות, אם בעל פה, אם בכתב, אם בדפוס, אם בצורת אמנות, או בכל אמצעים אחרים שיבחר בהם**". הוראה דומה מצויה גם בסעיף 19 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948.

91. בעוד שהפסיקה בישראל לא דנה בהרחבה במגבלות על קבלת מידע או חשיפה לדעות שמקורן מחוץ לישראל כחלק מן הזכות החוקתית לחופש ביטוי, בית המשפט העליון בארה"ב עסק בכך בהרחבה. כך, למשל, כבר בשנת 1965 בית המשפט העליון בארה"ב דן בחקיקה שעסקה בקבלת דברי דואר שנשלחו ממדינות אחרות, שבהם תעמולה פוליטית קומוניסטית הקוראת לשימוש בכוח או באלימות או להפלת הממשלה או לחתרנות פוליטית באמצעים אלימים. בית המשפט העליון בארה"ב פסק כי חקיקה, הדורשת אישור מראש של הנמען כתנאי לקבלת דברי דואר שאינם אטומים והכוללים תוכן כאמור לעיל, ובאופן זה מטילה עליו נטל אקטיבי כדי להיחשף לביטויים אלה, **פוגעת בחופש הביטוי של הנמענים בארה"ב המוקנה להם מכוח התיקון הראשון לחוקה**, ולכן בטלה (*Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965)).

92. פסקי דין רבים של בית המשפט העליון בארה"ב קבעו כי הזכות להיות חשופים למידע ולרעיונות היא חלק אינהרנטי מחופש הביטוי. כך, למשל, נפסק –

"[W]e have held that, in a variety of contexts, **'the Constitution protects the right to receive information and ideas.'** ... This right is an inherent corollary of the rights of free speech and press that are explicitly guaranteed by the

Constitution, in two senses. First, the right to receive ideas follows ineluctably from the sender's First Amendment right to send them... More importantly, **the right to receive ideas is a necessary predicate to the recipient's meaningful exercise of his own rights of speech, press, and political freedom.**"

Board of Education, Island Trees Union Free School District No. 26 v. Pico, 457 U.S. 853, 867 (1982).

עוד לעניין הזכות לקבל מידע, להיחשף למידע ולדעות ולהחליט לאלו דעות ומידע להיחשף כחלק מן הזכות החוקתית לחופש ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בארה"ב, ראו: *Martin v. City of* ; *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 356 (2010) ; *Struthers*, 319 U.S. 141, 143 (1943).

93. גם בהתאם לצ'ארטר של האיחוד האירופי בעניין זכויות יסוד (EU Charter of Fundamental Rights), המהווה חלק מדיני האיחוד האירופי, חופש הביטוי כולל את הזכות לקבל מידע ולהיחשף לרעיונות ללא התערבות ממשלתית וללא תלות בגבולות מדיניים. סעיף 11(1) לצ'ארטר קובע –

"Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and **to receive and impart information and ideas** without interference by public authority and regardless of frontiers."

94. בדומה, האמנה האירופית בדבר זכויות אדם (European Convention on Human Rights) קובעת בסעיף 10 כי חופש הביטוי כולל את הזכות להיחשף למידע ולדעות, ובהתאם בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק כי צעדים שנקטו ממשלות החברות באמנה שהיה בהן כדי לחסום חשיפה לרעיונות או מידע מהווים פגיעה בחופש הביטוי והפרה של סעיף 10 (ראו, למשל: *Cengiz and Others v. Turkey* ; applications nos. 48226/10 and 14027/11), 1 December 2015).

95. בתי המשפט בארה"ב קבעו פעמים אחדות כי מגבלות על כניסה או שהייה של אזרחים זרים בארה"ב על בסיס הבעת דעה מהווה פגיעה בזכותם של אזרחי ארה"ב לחופש ביטוי. בנוסף נקבע כי הממשלה רשאית למנוע כניסה של אזרח גם במקרים שבהם נגרמת לאזרחי ארה"ב פגיעה בחופש הביטוי, אך לשם כך נדרשת הנמקה שהיא על פניה לגיטימית ותמת לב ("facially legitimate and bona fide"). בהמשך נקבע בפסיקה כי הנמקה לגיטימית כזו אינה יכולה להתבסס באופן בלעדי על התבטאויות המוגנות על ידי חופש הביטוי.

96. כך, למשל, ב-*American Academy of Religion v. Chertoff*, 463 F. Supp. 2d 400 (S.D.N.Y. 2006) נדון עניינו של מרצה בעל אזרחות שוויצרית, שקיבל ויזה לכניסה ושהייה בארה"ב לאחר שקיבל משרה באוניברסיטת נוטרדאם שבאינדיאנה. עוד לפני הגעתו לארה"ב בוטלה הוויזה שניתנה לו, והודע לו שהוא רשאי להגיש בקשה חדשה. לאחר שלא ניתנה החלטה בבקשה החדשה, המרצה נקט בהליך משפטי יחד עם שלושה ארגוני מרצים בארה"ב, שטענו כי מניעת כניסתו של המרצה פוגעת בחופש הביטוי שלהם כאזרחי ארה"ב. בית המשפט דחה את טענת הממשלה לפיה לארגונים המרצים אין זכות עמידה בעניין משום שלא נפגעו מההחלטה, ועמד על כך שמניעת כניסה של אזרח זר עשויה לפגוע בחופש הביטוי של אזרחי ארה"ב (שם, בעמ' 414-415) –

“It is a well-settled principle of constitutional law that the First Amendment includes not only a right to speak, but also a right to receive information and ideas. ... This broad right to receive information includes a right by citizens of the United States ‘to have an alien enter and to hear him explain and seek to defend his views.’ ... Thus, **the First Amendment rights of American citizens are implicated when the Government excludes an alien from the United States on the basis of his political views, even though the nonresident alien has no constitutionally or statutorily protected right to enter the United States to speak.** ...

A citizen’s right to have an alien enter the United States to speak is hardly absolute. Indeed, it is quite conditional. ... Nonetheless, there are limitations: ‘The Executive has broad discretion over the admission and exclusion of aliens, but that discretion is not boundless. It extends only as far as the statutory authority conferred by Congress and may not transgress constitutional limitations. It is the duty of the courts ... to say where those statutory and constitutional boundaries lie.’ ...

Only where the Government is unable to provide a facially legitimate and bona fide reason for excluding the alien, thereby revealing that, the true reason for exclusion was the content of the alien’s speech, may a court remedy the constitutional infirmity by enjoining the Government from excluding the alien in contravention to the First Amendment.”

(יצוין בשולי הדברים כי תוצאת ההחלטה הנ"ל הייתה הוראה של בית המשפט לקבל החלטה חדשה בעניינו של המרצה בתוך 90 ימים. להשלמת התמונה, ואף שלדברים אין השלכה על הטיעון המשפטי בעניינו, לגופם של דברים הממשלה החליטה תחילה, לאחר ששקלה מחדש, שלא להתיר את כניסתו, אך לא בשל דעות שהביע אלא בשל תרומה לארגון שסיפק סיוע לארגון טרור, ובשנת 2007 ניתנה החלטת בית המשפט שלא להתערב בהחלטה החדשה. בית המשפט לערעורים החליט להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי משום שלא ניתנה למרצה הזדמנות להביא ראיות לכך שלא ידע כי התרומה ניתנה לארגון שסייע לארגון טרור (*American Academy of Religion v. Napolitano*, 573 F.3d 115 (2d Cir. 2009)), ולאחר מכן הממשלה החליטה לתת למרצה רישיון ישיבה ל-10 שנים וההליך התייתר (לפירוט ההתפתחויות ראו ההחלטה המסכמת בבקשה לפסיקת הוצאות: *American Academy of Religion v. Napolitano*, 06 Civ. 588 (PAC), 2011 WL 1239573 (S.D.N.Y. Mar. 25, 2011)). מובן שאין בכך כדי לגרוע מן הקביעות, לפיהן הסירוב לאפשר כניסה לארה"ב פגע בחופש הביטוי של אזרחי ארה"ב).

97. במקרה אחר – *Allende v. Shultz*, 845 F.2d 1111 (1st Cir. 1988) – נדון בבית משפט פדרלי לערעורים ערעור של הממשלה בעניינה של אלמנתו של נשיא צ'ילה לשעבר, שהוזמנה לארה"ב למתן הרצאות בפני אזרחי ארה"ב. כניסתה לארה"ב סורבה בשל חברותה בארגון קומוניסטי, והיא נקטה בהליך משפטי יחד עם אנשי אקדמיה ואחרים שהזמינו אותה לתת הרצאות בארה"ב. בית המשפט בערכאה הראשונה קבע,

בשלב הראשון, כי לאזרחי ארה"ב שנקטו בהליך המשפטי זכות עמידה בהליך משום ש**מניעת הכניסה פוגעת בזכותם של אזרחי ארה"ב לפי התיקון הראשון לחוקה להיות חשופים למידע ורעיונות** (עמ' 1114 לפסק הדין בערעור), ובהמשך קבע כי יש לפסול את ההחלטה שלא לאפשר את הכניסה לארה"ב (עמ' 1115-1116).

בית המשפט לערעורים דחה את ערעור הממשלה וקבע כי הממשלה רשאית למנוע כניסה של מי שמבקש להיכנס לארה"ב כדי לקחת חלק בפעילות מזיקה ("to engage in harmful activities"), אולם ביטויים אינם עומדים בהגדרה זו. בית המשפט לערעורים אף עמד על כך שהממשלה נימקה את הסירוב בכך שבעבר המשיבה נשאה נאומים שבהם תקפה את ארה"ב וקראה לפירוקה מנשק גרעיני, ועל כן קיים חשש שהיא תישא נאומים שיזיקו לאינטרסים של מדינות החוץ של ארה"ב, אך קבע שאין לסרב לתת לה אשרת כניסה לארה"ב אך בשל "speech related activities" (בעמ' 1121) –

"The determination that her entry to the United States at the time of the application in question would be 'prejudicial to the foreign policy interests of the United States' reflects a concern over the anticipated content of her proposed speeches on the basis of prior speeches. ... [S]ince **the government may not deny a visa to Mrs. Allende under the Immigration and Nationality Act upon the mere allegation of either harmful entry or harmful speech**, we need not reach the issue of whether the denial of a visa for speech-related activities prior to the passage of Section 901 was unlawful."

98. במקרה אחר נדונו בהליך מאוחד תביעות נגד החלטות הממשל לסרב לאשר את כניסתו של שר הפנים של ניקרגואה; לסרב לאשר את כניסתו של אזרח איטליה שהיה בעבר גנרל בצבא איטליה וחבר הסנאט האיטלקי ולאחר מכן היה לפעיל שלום וחבר בארגון, שלפי סברת הממשל האמריקאי נשלט על ידי המפלגה הקומוניסטית הסובייטית; ולסרב לאשר את כניסתן של שתי נשים אזרחיות קובה החברות בארגון בעל זיקה למפלגה הקומוניסטית. בין יוזמי ההליך המשפטי היו, בין היתר, מרצים באוניברסיטאות, עיתונאים, מנהיגים דתיים, ארגונים התומכים בפירוק ארה"ב מנשק גרעיני, ותכניות ללימודי נשים באוניברסיטאות בארה"ב, אשר הזמינו את אותם אנשים שכניסתם סורבה להרצות עבורם או אצלם.

בית המשפט בערכאה הראשונה קבע, כמו בהליכים הקודמים שאליהם התייחסנו, כי מניעת כניסה של אדם שאינו אזרח לארה"ב על בסיס ביטויים שהשמיע מהווה פגיעה בזכויותיהם של אזרחי ארה"ב לפי התיקון הראשון לחוקה ((*Abourezk v. Reagan*, 592 F. Supp. 880, 886 (D.D.C. 1984)), ולכן יש לבחון האם סיבת הסירוב היא על פניה לגיטימית ותמת לב ("facially legitimate and bona fide"). בית המשפט הוסיף וקבע שעל מנת שסיבת הסירוב תהיה על פניה לגיטימית, היא אינה יכולה להיות מבוססת אך ורק על התבטאויות (שם, בעמ' 887) –

"In the absence of additional details, it could reasonably be concluded that the Department of State denied visas to these alien applicants because it did not agree with or feared the content of whatever communication they

might make while in this country. This conclusion would be especially relevant in these cases where the visa denials were defended, at least in part, on the ground that the Department of State considered the aliens' proposed 'activities' in the United States to be prejudicial, yet the only activities that had been planned were protected speech and association.

In the view of the Court, an alien invited to impart information and ideas to American citizens in circumstances such as these may not be excluded under subsection (27) solely on account of the content of his proposed message. **For although the government may deny entry to aliens altogether, or for any number of specific reasons, it may not, consistent with the First Amendment, deny entry solely on account of the content of speech....**

the government's theory would allow it to exercise its foreign relations power so as to keep the content of speech from American citizens."

על אף האמור, בית המשפט בערכאה הראשונה אישר את ההחלטה למנוע את כניסת התובעים באותם הליכים לאחר שעייין בחומר במעמד צד אחד, והשתכנע שההחלטה למנוע את כניסתם התבססה לא רק על ביטויים של אותם אנשים, אלא על השתייכות לארגונים או ממשלות העוינים את ארה"ב.

ואולם, הקביעה האחרונה בפסק הדין נהפכה במסגרת ערעור שהוגש לבית המשפט הפדרלי לערעורים (Abourezk v. Reagan, 785 F.2d 1043 (1986)). כמו בהליכים שתוארו לעיל, בית המשפט לערעורים קבע כי לאזרחי ארה"ב זכות עמידה משום שזכותם החוקתית לפי התיקון הראשון לנהל שיח פתוח ("to engage in open discourse") מושפעת מאופן יישום סמכויות הממשלה (שם, עמ' 1050-1051).

לגופם של דברים, בית המשפט לערעורים קבע שכדי למנוע כניסת אזרחים זרים לארה"ב, לא די בכך שהם מבטאים דעות שנויות במחלוקת ולא די בכך שהם בעלי אמונות מסוימות. על הממשלה להצביע על כך שהם מתכוונים לבצע פעולות מזיקות בעת שהותם בארה"ב. לשם כך, לא די להוכיח את השתייכותם הארגונית, ועל הממשלה להראות שמדובר במי שמתכוונים בעת שהותם בארה"ב לבצע פעולות (להבדיל מהתבטאויות) שיביאו לפגיעה בסדר או בביטחון (למעט אם מדובר בהשתייכות ארגונית לסוגים מסוימים של ארגונים שאינם רלוונטיים לעניין זה) (שם, בעמ' 1053-1058).

99. מן האמור עולה שהן במשפט הישראלי והן בדין המשווה, מקובל העיקרון לפיו גם אם אין לאזרח זר זכות קנויה להיכנס לתחום המדינה, יש לבחון האם ההחלטה לסרב לבקשתו להיכנס למדינה ולשהות בה עלולה לפגוע בזכויות חוקתיות של אזרחי המדינה, ובחופש הביטוי בפרט. במקרים שבהם מסורבת כניסתו של אזרח זר למדינה בשל דעותיו או התבטאויותיו, יש בכך כדי לפגוע בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי מדינת ישראל, ביכולתם להיחשף לדעות שונות ולגבש את דעתם, וביכולתם לנהל שיח פתוח וחופשי.

100. במשפט האמריקאי, כאשר סירוב הכניסה פוגע בחופש הביטוי של אזרחי ארה"ב, נדרשת הממשלה להציג הנמקה שהיא על פניה לגיטימית ותמת לב ("facially legitimate and bona fide"), כשביטויים

כשלעצמם של המבקש להיכנס לארה"ב, ללא פעולות שהן מעבר לביטויים, אינם מוכרים לבדם כנימוק מספק כדי לפגוע בזכותם של אזרחי ארה"ב לפי התיקון הראשון לחוקה. על פי הדין הישראלי, פגיעה חוקתית כזו בחופש הביטוי מחייבת בחינה של האמצעי העומד על הפרק במשקפי פסקת ההגבלה, כפי שנעשה בהמשך הדברים.

III.ד. עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי מדינת ישראל

101. סעיף 2(ד)(4) פוגע בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי ישראל משום שהוא חוסם את כניסתם לישראל של מי שמביעים עמדה או דעה שאינה לרוחו של השלטון, ובאופן זה מונע דיון חופשי ומלא בסוגייה זו.
102. נשוב ונפנה בהקשר זה לדבריו של נציג מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים בדיון בוועדה הפנים והגנת הסביבה מיום 5.2.2024 –

"ההצעה הזאת יכולה לפגוע בישראלים שמבקשים לקיים בישראל מפגשים מסוגים שונים. מפגשים אקדמיים, תרבותיים, פוליטיים ואחרים, עם זרים שמביעים דעות מסוג מסוים.

...

ההצעה יכולה לפגוע בישראלים שמבקשים לקיים מפגשים עם זרים שמחזיקים בדעות מסוג מסוים שחוסות תחת חופש הביטוי במדינת ישראל. הדבר הזה עלול להקשות על מימוש זכותם של אותם ישראלים לחופש הביטוי, תוך יצירת הבחנה סלקטיבית ונוקשת על בסיס השקפה פוליטית או מקצועית בהם התבטאויות שאינן אסורות על פי הדין."

שם, עמ' 24-25.

103. נפתח בדוגמה "קלה" – הפקולטה למשפטים באוניברסיטה פלוגית בישראל מעוניינת לקיים כנס במשפט בינלאומי שיעסוק בשאלת סמכות השיפוט האוניברסלית של מדינות זרות ושל בתי משפט בינלאומיים ביחס לעבירות על הדין הבינלאומי שנטען כי בוצעו על ידי חיילים במדינות שונות בעולם, לרבות בישראל. בכנס כזה ניתן לדון, להתווכח ולקיים שיח אקדמי ביחס לשאלות עובדתיות ומשפטיות כמו האם פעולות מסוימות מהוות עבירה על הדין הבינלאומי, האם מנגנוני החקירה של ישראל ומדינות אחרות ראויים, האם ישראל ומדינות אחרות חוקרות ומעמידות לדין את מי שעברו על הדין הבינלאומי, והאם בנסיבות העובדתיות שנדונו קמה לבית דין בינלאומי כלשהו או בית משפט מדינתי אחר סמכות להעמיד לדין אזרחים ישראלים בגין מעשים שבוצעו בישראל, באזורים הנתונים לשליטתה או באזורים אחרים.

104. **מדובר בכנס אשר הנושאים הנדונים בו חוסים באופן ברור תחת חופש הביטוי, והמדינה אינה רשאית למנוע את קיומו. מדובר בנושאים שמותר לדון בהם, ויש שאף יאמרו – ראוי ביותר לדון בהם. דומה שלא יכולה להיות מחלוקת שאם רשות מרשויות המדינה תנסה לפעול למניעת קיומו של כנס כזה, מדובר יהיה בפגיעה בלתי חוקית ובלתי חוקתית בחופש הביטוי של מי שמבקשים לקיים את הכנס ושל כלל הציבור המעוניין לקחת חלק בכנס שכזה.**

105. אלא שבהתאם לסעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, ניתן יהיה להזמין לכנס כזה רק דוברים שהם אזרחי או תושבי ישראל (למעט דוברים זרים שעמדתם מתיישרת עם עמדת הממשלה, לפיה היא חוקרת כראוי הפרות של הדין הבינלאומי). מומחים במשפט בינלאומי העוסקים בנושאים כמו חקירת עבירות על הדין הבינלאומי או סמכות שיפוט אוניברסלית, שהביעו עמדה לפיה ישראל אינה חוקרת כראוי עבירות על

הדין הבינלאומי ולכן, מכוח עקרון המשלימות או עקרון השיוריות, קמה למוסדות שיפוטיים אחרים סמכות לשפוט ישראלים בנסיבות מסוימות, לא יוכלו להגיע לישראל ולהשתתף בכנס.

106. הדברים נכונים לגבי כל מי שהתבטא בכל דרך בעניין זה – מי שפרסם מאמר אקדמי, מי שנשא דברים בכנס אקדמי, מי שפרסם פוסט או פוסטים ברשתות החברתיות, ומי שאפילו שיתף פוסט או ציוץ של אדם אחר שבו דברי תמיכה בהעמדה לדין כאמור בסעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל. כל אלה לא יוזמנו מראש בשל החשש כי לא יוכנסו לישראל, ואם יוזמנו לא יבואו, מחשש שכאשר ינחתו בישראל יימסר להם שהם מנועי כניסה והם יועברו למתקן המסורבים בשדה התעופה ויגורשו מישראל, והכל בשל התבטאויות החוסות תחת חופש הביטוי.

107. גם מי שלא פרסם דברי תמיכה בהעמדה לדין כאמור בסעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל עשוי להימנע מלהגיע ולהשתתף בכנס כזה, שכן אם במהלך הדיון האקדמי יביע עמדה כאמור (או יאמר דברים שישתמעו כעמדה כזו), אשרת התייר שבה הוא מחזיק עלולה להישלל והוא עלול להיות מגורש, ובכל מקרה לא תותר שוב כניסתו לישראל בעתיד.

108. **אף על פי שנושא הכנס הוא לגיטימי והדיון בו חוסה תחת חופש הביטוי, סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל יביא לכך שמדובר יהיה בכנס שתוכנו יהיה דל ולא מלא, ושבו לא ניתן יהיה לקיים באופן מלא שיח אקדמי ביקורתי. התוצאה היא שכנסים כאלה לא יתקיימו בישראל.**

109. ייתכן שיוזם הצעת החוק סבור שמיגור השיח בעניין זה בתחומי מדינת ישראל הוא רצוי (וראו דברי ח"כ מישל בוסקילה בדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 5.2.2024 (נספח ע/8 לעיל בעמ' 24 – "לא נורא שיצננו את האמירות האומללות האלה"). אולם מדובר בפגיעה חמורה בחופש הביטוי של אזרחי ישראל וביכולת לקיים שיח חופשי ופתוח.

110. הדברים האמורים נכונים לא רק ביחס לכנס שיעסוק ספציפית בסמכות השיפוט האוניברסלית של מדינות זרות ושל בתי משפט בינלאומיים ביחס לעבירות על הדין הבינלאומי שנטען כי בוצעו על ידי חיילי צה"ל. האפקט המצנן האמור יחול גם על שורה של כנסים אחרים בנושאים כלליים יותר ובשלל תחומים – משפטים, היסטוריה, מדעי המדינה, סוציולוגיה, לימודי המזרח התיכון ועוד.

111. הסברה שאפקט מצנן זה על אזרחי ישראל יתרום באופן כלשהו לניסיונות למנוע שיח כזה מחוץ לישראל היא מגוחכת. הדיון האקדמי והלא-אקדמי בנושא החלת "עקרון המשלימות" או "עקרון השיוריות" על פעולות של חיילי צה"ל ואנשי כוחות הביטחון מתוך תפיסה כי ישראל אינה חוקרת באופן ראוי ואינה מעמידה לדין את אזרחיה בגין הפרות של דיני הלחימה או בשל עבירות אחרות על הדין הבינלאומי, הוא **דיון שמתקיים מחוץ לישראל וימשיך להתקיים**. האפקט היחיד של סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל הוא שהדיון המתקיים בכל רחבי העולם יהיה דיון חסר ומושתק בתחומי מדינת ישראל, תוך פגיעה בזכותם של אזרחי ישראל להיחשף למכלול הדעות והעמדות ולכל המידע.

112. **בכך נוהג המחוקק הישראלי כבת יענה – הוא סבור שאם מדינת ישראל תטמון את ראשה בחול ותפגע ביכולת של אזרחיה ותושביה להיחשף למידע ולקיים דיון מלא בנושאים מן הסוג האמור, הדיון לא יתקיים. אך מצב הדברים הוא הפוך – הדיון ממשיך וימשיך להתקיים בכל העולם, דווקא תוך הגבלה של יכולתם של אזרחים זרים התומכים בהעמדה לדין כאמור בסעיף 2(ד)(4) להיחשף גם לעמדות אחרות**

של אזרחי ישראל. זאת ועוד, עצם ההגבלה הישראלית עלולה להיות טיעון מנצח עבור אלה הסוברים כי ישראל מבקשת להשתיק דיון בעבירות על המשפט הבינלאומי.

113. השפעתו של סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל רחבה הרבה יותר מהפגיעה ביכולת לקיים כנסים ספציפיים שעשויה להיות להם זיקה לנושא ההעמדה לדין כאמור בסעיף זה (דבר שאינו בלתי לגיטימי). היא תביא גם להימנעות מראש של אנשי אקדמיה להגיע לכנסים, הרצאות או ביקורים שאין להם דבר וחצי דבר עם תמיכה בהעמדה לדין. איש אקדמיה שפרסם פוסט ברשת חברתית ובו דברי תמיכה בהעמדה לדין כאמור, יבחר שלא להגיע גם לכנסים העוסקים במדעי התעופה והחלל, בספרות אנגלית במאה ה-18, בבניה מלאכותית או בכל נושא אחר. בכך גם ניתק כל קשר לתכלית (הבלתי לגיטימית כשלעצמה) למנוע בישראל ביטויים של תמיכה בהעמדה לדין של חיילי צה"ל או אנשי כוחות הביטחון.

114. הוראת סעיף 2(ד)(4) היא רחבה וגורפת, ונחזור לעניין זה בשעה שנדון במידתיות הפגיעה בזכות. הסעיף חל על כל מי שהביע "דברי תמיכה בהעמדה לדין". החוק אינו מסתפק, למשל, במניעת כניסה של מי שמבקש להיכנס לישראל כדי לאסוף ראיות להעמדה לדין של אזרחי ישראל מחוצה לה או במי שמבקש להיכנס לישראל כדי לפגוע בחיילי צה"ל בדרך אחרת. הוא מונע את כניסתו לישראל של כל מי שאי פעם הביע עמדה בעניין זה, בין אם בימים אלה, בין אם בעבר הקרוב, ובין אם לפני שנים רבות.

115. תחולתה של ההוראה האמורה היא רחבה מיני ים. היא חלה על מי שכתב מאמר אקדמי משפטי שבו ניתח את הדין הבינלאומי והגיע למסקנה כי יש הצדקה לפי הדין הבינלאומי לפתוח בחקירה או להעמיד לדין מחוץ לישראל אנשי צבא מסוימים או אנשי כוחות הביטחון מסוימים לפי ניתוח זה. היא חלה על מי שהשתתף בכנס אקדמי והביע בו עמדה כאמור. היא חלה על מי שהביע עמדה על פיה לפי הדין המצוי על מדינות החתומות על אמנת רומא לעצור אישים מסוימים שהוצאו נגדם צווי מעצר אם נחתו בתחומן. היא חלה על מי שהשתתף בהפגנה ונשא שלט המאשים חיילים בצה"ל בעבירות לפי הדין הבינלאומי או מביע תמיכה בהעמדה לדין. היא חלה על מי שחתם על עצומה בעניין זה. היא חלה על מי שהביע עמדה כזו, בין באופן חד-פעמי ובין באופן מתמשך, ברשתות החברתיות או אפילו על מי ששיתף הודעה שבה באה לידי ביטוי תמיכה כזו.

116. הוראת החוק האמורה עשויה לחול על אנשי אקדמיה שהביעו דעה בפורום מקצועי או סתם ברשתות החברתיות. היא חלה על אנשי אקדמיה המבקשים להגיע לכנסים או להגיע כחוקרים אורחים, בין שהם מתכוונים להציג את עמדתם המקצועית בעניין בכנס העוסק במשפט בינלאומי (דבר שאינו בלתי לגיטימי) אולי אל מול דוברים בעלי עמדה מנומקת אחרת, ובין שהגיעו לכנס שעוסק בארכיאולוגיה של רומי העתיקה, שאין לו כל קשר לדעה שהביעו, ושבואינם מתעניין בעמדתם בנושא זה.

117. אם לא די בכך, ההגבלה חלה לא רק במקרים שבהם המבקש להיכנס לישראל או לשהות בה פרסם דברי תמיכה בהעמדה לדין. די בכך ש"הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם" פרסמו דברי תמיכה כאלה. המשמעות היא הטלת "חרם כניסה לישראל" על כל מי שעובד, למשל, במוסד אקדמי שפרסם דברי תמיכה במימוש הסמכות האוניברסלית של בתי משפט בינלאומיים או מדינתיים לפי עקרון המשלימות או עקרון השירות בהקשר הישראלי. המשמעות היא איסור כניסה של כל עובד של ארגון בינלאומי או אפילו חברה מסחרית, אם הארגון או החברה פרסמו דברי תמיכה כאלה. כל זאת אף אם האדם עצמו, המבקש להיכנס לישראל, מעולם לא הביע את דעתו בעניין ואם לביקורו בישראל אין כל קשר לעמדות שהובעו על ידי הגוף "שהוא פועל עבורו" (ובעניין זה נשוב ונפנה לפסק הדין האמריקאי בעניין *Abourezk* בו נקבע כי פגיעה

בזכותם של תושבי ארה"ב לחופש ביטוי באמצעות מניעת כניסה של אדם שהוזמן לשאת דברים אינה יכולה להיות מוצדקת על בסיס שייכות ארגונית לבדה).

118. הוראת החוק חלה על סטודנטים המבקשים ללמוד בישראל, על אזרחים זרים המבקשים לבקר בישראל את בני משפחותיהם אזרחי ישראל, על יהודים המבקשים להגיע לביקור בישראל כדי לשקול מעבר אליה. די במאמר אקדמי, בפרסום בפייסבוק, בפרסום ברשת החברתית X או בהשתתפות בהפגנה כדי לחסום את הכניסה לישראל, וזאת במנותק לחלוטין מן השאלה האם האדם שכניסתו נמנעה פועל באופן אקטיבי כדי להביא להעמדה לדין של אזרחי ישראל מחוץ לישראל.

119. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל פורץ נתיב חדש לתופעת המקרתיזם המתגברת ממילא בישראל – כבר היום קיימים ארגונים המפרסמים רשימות של "מרצים שמאלנים", המפעילים "מלשינון" לסטודנטים כדי שידווחו על דעות ואמירות של מרצים, הפונים בדרישות לבטל כנסים במוסדות אקדמיים וכיוצא בזה. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל הוא הזמנה פתוחה לגופים שכאלה לנטר את הרשת, לזהות כנסים ולחפש התבטאויות של מוזמנים ברשתות החברתיות, בפרסומים אקדמיים או במקומות אחרים, ולפעול אל מול הרשויות בדרישה למנוע כניסה לישראל.

ראו לדוגמה: "דורשים מנשיא אוניברסיטת ת"א ושר החינוך: בטלו את כל האירועים בעד העזתים באוניברסיטה!" בקישור – [/https://imti.org.il/project/74799](https://imti.org.il/project/74799)

120. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל יעצים את ניתוקה של האקדמיה הישראלית מן השיח הבינלאומי יגביר את הבידוד שלה, ויפגע בקשרים הבינלאומיים ובמחקר המדעי בישראל. הגעה לישראל תהיה כרוכה בסיכון לסירוב בשל הבעת עמדה ביקורתית על המלחמה בעזה או בעניינים אחרים הנוגעים לצה"ל ולכוחות הביטחון, והמבקשים להיכנס לישראל יהיו נתונים לסריקת התבטאויותיהם וניסיון לפרש לפרשן, בין על ידי רשויות ההגירה בישראל ובין על ידי ארגונים כמו אלה שצוינו לעיל, שעבודתם מתמקדת בחיפוש "עוכרי ישראל" באקדמיה.

121. מניסיונם של העותרים, מספר אנשי האקדמיה המגיעים לישראל הולך ופוחת בשל המצב הביטחוני ובשל ביקורת על מדיניות הממשלה, וכבר היום היכולת לקיים שיתוף פעולה עם אנשי אקדמיה בעולם נפגעת. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל יעצים את הפגיעה באקדמיה הישראלית, ויקשה עוד יותר על שיתופי פעולה. גם אנשי אקדמיה שאינם מחרימים היום את ישראל ואת המוסדות האקדמיים בה עשויים לשנות את עמדתם בעניין זה לאחר שהמדינה "תחרים" אותם, והדבר יקשה לא רק על הזמנת אנשי אקדמיה זרים לישראל, אלא גם יפגע בהזמנת אנשי אקדמיה ישראליים למוסדות בחו"ל, ויפגע בשיתופי פעולה מחקריים, ובשיתוף הפעולה הדרוש, למשל, לצורך קבלת המלצות לקידום בישראל. התיקון לחוק הכניסה לישראל מציג את מדינת ישראל כמדינה לא דמוקרטית המנסה להשתיק קולות שאינם נוחים לה, למנוע חשיפה של אזרחיה למידע מסוים או להשקפות שאינן נושאות חן בעיניה, ולהתנער מחובותיה לפי הדין הבינלאומי. ככזה, הוא רק יעודד חרם של מוסדות אקדמיים בישראל, ועשוי אף לעודד חרם בשלל תחומים נוספים כמו תרבות, מסחר ועוד.

III.ה. האפקט המצנן של סעיף 2(ד)(4)

122. אופן יישומו של סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, ואפילו העדר יישומו, אינו משליך כהוא זה על שאלת חוקתיותו. כפי שצוין לעיל, לחוק יש אפקט מצנן, אפילו מקפיא, על חופש הביטוי של אזרחי ישראל – איש לא יקיים כנס אקדמי בנושא מסוים כאשר קיים חשש שחלק מן המוזמנים ייעצרו בכניסה לישראל בגלל דעה לגיטימית שהביעו. איש לא יזמין מומחים למשפט בינלאומי שעיקר עיסוקם בתחום סמכות אוניברסלית או דיני לחימה, כאשר קיים חשש שכניסתם לישראל תיחסם. רבים מאלה שיוזמנו לישראל כלל לא יבואו מחשש שמאמר, פוסט, ציוץ או שיתוף שפרסמו יביא לכך שיבלו לילה כשהם כלואים במתקן המסורבים שבנתב"ג – וחלק מהעותרים כבר נתקלו בחששות כאלה מצד קולגות בחו"ל, כולל תומכי ישראל מובהקים שביקרו בה פעמים רבות. כמפורט לעיל, התוצאה היא פגיעה באפשרות לקיים שיח פתוח וחופשי בישראל ופגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי ישראל.

123. בית משפט זה עמד על חשיבות בחינתו של ה"אפקט המצנן" על חופש הביטוי בשעה שנדונה חוקתיותו של חוק, גם אם אין בו הגבלה ישירה של הביטוי –

"דווקא בתחום הרגיש של חופש הביטוי יש מקום לבחון לא רק מצבים של פגיעה 'ישירה' בו, אלא גם מצבים של יצירת 'אפקט מצנן' מפני ביטוי. מקורה של דוקטרינת 'האפקט מצנן' הוא במשפט האמריקני, שם היא נדונה בעיקרו של דבר בהקשר לחקיקה שיוצרת הרתעה מפני מימוש לגיטימי של הזכות לחופש ביטוי, הגם שזו אינה אוסרת באופן ברור על מימוש הזכות (ראו: Frederick Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, 58 B.U. L. Rev (1978); Brandice Canes-Wrone & Michael C. Dorf, *Measuring the Chilling Effect*, 90 NYU L. Rev 1095 (2015)). במקור, שימשה דוקטרינה זו בעיקר לצורך ביקורת שיפוטית על חקיקה שנוסחה בצורה עמומה או רחבה מדי. אולם, בהמשך היא נדונה גם בהקשרים אחרים, כמו למשל לצורך דיון בתביעות לשון הרע המוגשות למטרות השתקה (ראו: GEORGE W. PRING & PENELOPE CANAN, *SLAPPS'S – GETTING SUED FOR SPEAKING OUT* (1995) ואף בהקשר קרוב לענייננו – חשש מפני 'צינון' של חופש הביטוי בשל קביעת נורמה של פיקוח נוסף על שידורי תוכן בעלי "חשיבות ציבורית" להבדיל משידורים אחרים (ראו: *Community-Service Broadcasting of Mid-America, Inc. v. FCC*, 593 F.2d 1102 (D.C Cir. 1978)). בעיקרו של דבר, דוקטרינת האפקט המצנן הטמיעה את התפיסה כי בחינה חוקתית של שאלת הפגיעה בחופש הביטוי מחייבת התבוננות רחבה יותר ביחס להשפעתו של המעשה השלטוני על מימוש הזכות לחופש הביטוי."

בג"ץ 2996/17 **ארגון העיתונאים בישראל נ' ראש הממשלה**, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (23.1.2019).

124. "אפקט מצנן" על הביטוי הוא כשלעצמו פגיעה בחופש הביטוי, וזאת גם אם הרשויות אינן נוקטות בפועל פעולה כלשהי מכוח החוק. מטעם זה אף נפסק שיש לקיים ביקורת חוקתית על חקיקה שיש בה אפקט מצנן על חופש הביטוי גם טרם יישומה (ראו: בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת**, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (17.9.2014)).

125. מעבר ל"אפקט המצנן" של קיום כנסים או הזמנת והגעת אורחים (בין שהתבטאויותיהם באות בגדר סעיף 2(ד)(4) ובין שלא, ובין שהחוק יופעל כלפיהם ובין שלא), סעיף 2(ד)(4) מסמן סוג מסוים של ביטוי כביטוי בלתי לגיטימי, ויוצר "אפקט מצנן" ישירות על התבטאויות של אזרחי ותושבי ישראל. גם על עניין זה עמד

נציג מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 2.5.2024 (נספח ע/8 לעיל) –

"החקיקה בנושא הזה מהווה אמירה שלטונית שמלווה במשמעויות משפטיות בדבר התבטאויות שלשיתתה של המדינה חוצות את גבולות השיח הלגיטימי שניתן לשאת במדינה דמוקרטית. ... נכון. ההצעה עוסקת בזרים, אבל הדבר עלול בעקיפין ליצור אפקט מצנן לגבי התבטאויות של הציבור בישראל. ...

כפי שצינו לדעתנו לדבר הזה עלול להיות אפקט מצנן בנוגע להתבטאויות של הציבור בישראל. **בעניינים שמצויים בליבת חופש הביטוי.**"

126. הזכות לחופש ביטוי מחייבת את המדינה לשמור על ניטרליות ביחס להטלת מגבלות על דעות ועמדות (בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פס' 77 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (13.5.2020)). חברי הממשלה וחברי הכנסת רשאים להחזיק בעמדות ודעות מסוימות, רשאים לבטא דעות אלה, ורשאים לנקוט בצעדים מינהליים וחקיקתיים כדי לקדם את דעותיהם (בכפוף למגבלות המשפט המינהלי והחוקתי) בהקשרים אלה לא מוטלת עליהם חובה להיות ניטרליים. **אך בכל הנוגע לעצם ביטוי של עמדות ודעות ולהגבלות המוטלות על הבעתן, הם מחויבים לשמור על ניטרליות, ולמעט במקרים נדירים (למשל במקרים של הסתה לגזענות וכיוצא באלה) הם אינם רשאים לקבוע כי עמדה או דעה של אזרחי ישראל היא בלתי לגיטימית ושיש לפעול כדי למגר אותה מ"שוק הדעות".**

על חובת הניטרליות של המדינה כלפי ביטויים על בסיס תוכנם ראו, למשל: *Police Dept. of City of R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 ; *Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95-96 (1972) (1992).

127. כך, למשל, הגם שממשלת ישראל הנוכחית סבורה כי אין מקום למינוי ועדת חקירה ממלכתית לחקר אירועי ה-7 באוקטובר, ברור שהיא אינה רשאית לסמן את הדעה לפיה יש להקים ועדת חקירה כזו כדעה בלתי לגיטימית באמצעות מניעת כניסה של כל אזרח זר, שהביע תמיכה בהקמת ועדת חקירה. אילו הכנסת הייתה מחוקקת חוק האוסר על כניסה לישראל של מי שהביע דברי תמיכה בהקמת ועדת חקירה ממלכתית – גם אם הביטוי עצמו לא היה נאסר על אזרחי ישראל – קל היה לראות שמדובר באמירה שלטונית לפיה הדעה כי יש להקים ועדה כזו היא בלתי לגיטימית ויש להוציאה מ"שוק הדעות".

128. וכך, למשל, הגם שממשלת ישראל הנוכחית מתנגדת לגיוס בני ישיבות, היא אינה רשאית להפוך את הדעה לפיה יש לגייסם לבלתי לגיטימית באמצעות מניעת כניסה לישראל של אזרחים זרים שביטאו תמיכה בגיוס בני ישיבות.

129. דוגמאות אלה מבהירות את ההבדל בין זכותן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת לקדם מדיניות התואמת את תפיסותיהן (בכפוף למגבלות המשפט המינהלי והחוקתי) לבין חובתן לשמור על ניטרליות ביחס לעצם הבעת דעה הנוגדת את תפיסותיהן. חברי הממשלה וחברי הכנסת רשאים להחזיק בעמדה לפיה אין מקום להעמדה לדין של חיילי צה"ל או אנשי כוחות הביטחון בבתי משפט בינלאומיים או בתי משפט של מדינות אחרות. **אך הם אינם רשאים להוציא אל הפועל אמצעים המסמנים עמדה הנוגדת את עמדתם כעמדה שהיא כשלעצמה אינה לגיטימית.** אמצעים כאלה, גם אם אין בהם הגבלה ישירה של

הביטוי של אזרחי ותושבי ישראל, מסמנים את עמדתם של חלק מהם כבלתי לגיטימית, מצננים את הביטוי של עמדותיהם, ופוגעים בחופש הביטוי שלהם.

III.ו. פגיעה בחופש העיסוק

130. סעיף 2(ד)(4) פוגע גם בזכות החוקתית לחופש עיסוק של העותרים, של אנשי אקדמיה נוספים ושל בעלי מקצועות נוספים.

131. כידוע, לא רק חסימת כניסה למקצוע מהווה פגיעה בחופש העיסוק, אלא גם הטלת מגבלות עקיפות הפוגעות באופן מימוש העיסוק, בביצוע חופשי של העיסוק ובחופש הפעולה בתוך המקצוע (ראו, למשל: בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673 (1999)). גם פגיעה הנגרמת בשל הטלת מגבלות עקיפות על אפשרות המימוש של העיסוק היא פגיעה בחופש העיסוק החוקתי הדורשת בחינה לפי מבחני פסקת ההגבלה (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 260, 235 (2002); בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(1) 375, 352 (2008)). "חופש העיסוק הוא ביסודו חופש הנתון לאדם לפעול בעסקיו בלא הפרעה, בין מצד פרטים אחרים ובין מצד השלטון. זוהי במהותה זכות בעלת אופי הגנתי, שנועדה להבטיח לאדם מרחב מחיה משלו בלא הפרעה, בלא התערבות המדינה ובלא התערבות אחרים" (בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (7.12.2006)).

132. העיסוק האקדמי מבוסס כל כולו על היכולת לנהל קשרים חוצי גבולות ושיתופי פעולה בינלאומיים עם מוסדות אקדמיים אחרים ועם חוקרים אחרים. לא מיותר לחזור כאן על ההשלכות של סעיף 2(ד)(4) על העיסוק האקדמי – ההגבלות שקובע סעיף 2(ד)(4) הן בעלות אפקט מצנן על עצם נכונותם של אנשי אקדמיה מחו"ל – גם כאלה שאינם עוסקים בתחומים משפטיים – להגיע לישראל. זאת בידוע כי בשל התבטאויותיהם הם עשויים לנחות בישראל ולקבל הודעה בנמל התעופה כי כניסתם למדינה מסורבת, וכי גם לאחר שייכנסו לישראל אשרת השהייה שלהם עלולה להישלל אם יביעו עמדה בעניין זה או אם יסתבר שהביעו עמדה כזו בעבר. אותו אפקט מצנן יחול גם על אנשי אקדמיה ומוסדות אקדמיים בישראל, שיימנעו מארגון כנסים בנושאים שעל סדר היום הציבורי בהשתתפות אנשי אקדמיה מחו"ל, ויעדיפו לקיים אותם במדינות אחרות.

133. כאמור לעיל, כבר היום מספר אנשי האקדמיה המגיעים לישראל הולך ופוחת בשל המצב הביטחוני ובשל ביקורת על מדיניות הממשלה, וכבר היום היכולת לקיים שיתוף פעולה עם אנשי אקדמיה בעולם נפגעת. סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל יעצים את הפגיעה באקדמיה הישראלית, ויקשה עוד יותר על שיתופי פעולה. גם אנשי אקדמיה שאינם מחרימים היום את ישראל ואת המוסדות האקדמיים בה עשויים לשנות את עמדתם בעניין זה לאחר שהמדינה "תחרים" אותם, והדבר יקשה לא רק על הזמנת אנשי אקדמיה זרים לישראל, אלא גם יפגע בהזמנת אנשי אקדמיה ישראליים למוסדות בחו"ל, ויפגע בשיתופי פעולה מחקרניים, ובשיתוף הפעולה הדרוש, למשל, לצורך קבלת המלצות לקידום בישראל. החוק יעודד חרם של מוסדות אקדמיים בישראל, ועשוי אף לעודד חרם בשלל תחומים נוספים כמו תרבות, מסחר ועוד.

134. בהתאם לכך, יש לבחון גם את הפגיעה בחופש העיסוק במשקפי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק.

III.ז. הפגיעה אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ואינה לתכלית ראויה

135. החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שבה חופש הביטוי, פלורליזם רעיוני וחופש אקדמי הם ערכי יסוד.

136. בנוסף, החוק לא נועד לתכלית ראויה. השתקת טענות לאחריותיות בינלאומית של מדינת ישראל ושל אזרחי ישראל באופן גורף, גם במקרים בהם רשויות המדינה אינן חוקרות או אינן מעמידות לדין בגין עבירות על הדין הבינלאומי, אינה יכולה להיות תכלית ראויה. כפי שפורט בהרחבה לעיל, העיקרון לפיו כאשר מדינה אינה חוקרת כראוי עבירות על הדין הבינלאומי שביצעו אזרחיה או אינה מעמידה אותם לדין קמה סמכות לבתי משפט בינלאומיים ולבתי משפט זרים מעוגן בדין הבינלאומי, לרבות באמנות שעליהן חתומה מדינת ישראל. עקרון זה מעוגן בחקיקה במדינות רבות, ותמונת המראה שלו (סמכות אוניברסלית של בתי המשפט בישראל לפי סעיף 16(א) לחוק העונשין) היא חלק מן הדין הישראלי הפנימי.

137. השתקת טענה משפטית לגיטימית, לפיה במקרים מסוימים הדין מחייב העמדה לדין בפני ערכאות משפטיות מחוץ לישראל לא יכולה להיות תכלית ראויה. בדומה, גם השתקת טענות עובדתיות כי ישנם מקרים שבהם בוצעו עבירות על הדין הבינלאומי על ידי צה"ל או טענות עובדתיות לפיהן ישראל אינה פועלת כראוי כדי להתמודד עם הפרות אלה לא יכולה להיות תכלית ראויה.

138. מעבר לכך, היות שהחוק אינו יכול להביא להשתקת טענות כאלה מחוץ לישראל, ברור שכל תכליתו היא למנוע חשיפה של השקפות בעניין זה בפני אזרחי ותושבי ישראל ולמנוע דיון ציבורי פלורליסטי ומלא, בניגוד מוחלט לרציונלים הבסיסיים של חופש הביטוי. גם זו אינה תכלית ראויה.

139. תכליתו המוצהרת של החוק, לפי האמור בדברי ההסבר להצעת החוק כפי שפורסמו לקראת הקריאה הראשונה, היא "למנוע מגורמים עוינים לפעול בשטחי המדינה לקידום פגיעה בה, באזרחיה ובנושאי תפקידים מטעמה, בביטחונה, ביחסי החוץ שלה ובקשרי המסחר שלה" (ראו נספח ע/6 לעיל). אלא שכפי שציין לאחרונה השופט (כתוארו אז) סולברג (בדעת מיעוט אך לא לעניין זה), דברי ההסבר מנוסחים על ידי הייעוץ המשפטי של ועדות הכנסת, ועל כן ספק אם יש לתת להם משקל נכבד (בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 162-177 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) סולברג (1.1.2024)).

140. אלא שגם אילו זו הייתה תכליתו של החוק, הרי שאין כל קשר בין סעיף 2(ד)(4) לבין תכלית זו. סעיף 2(ד)(4) מונע את כניסתו של מי שהוא (או ארגון שאליו הוא משתייך) הביע דעה מסוימת ולא את מי שמתכוון לפעול בצורה מסוימת בשטח ישראל לצורך קידום פגיעה במדינה או אזרחיה (ראו פסקי הדין **בעניין Abourezk** ו**בעניין Allende** לעיל). נעמוד על כך ביתר הרחבה כאשר נתייחס למבחן המשנה הראשון של המידתיות. אך ניתן לומר כבר עכשיו שהעובדה שהחוק אינו מגשים ואינו יכול להגשים בשום צורה את תכליתו המוצהרת, מלמדת כי התכלית המוצהרת היא תכלית מדומה.

141. דבריו של יוזם החוק (לאחר מינוי היוזם המקורי לכהונת שר), ח"כ מישל בוסקילה, בוועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 2.5.2024, שאותם כבר הזכרנו ("לא נורא שיצננו את האמירות האומללות האלה"), מלמדים שתכליתו של סעיף 2(ד)(4) (שהיא גם התכלית היחידה שהחוק באמת ישיג) היא צינון ביטוי מסוים בקרב אזרחי ותושבי ישראל. תכלית החוק אינה מניעת פעולה, אלא מניעת התבטאות אשר, כאמור, אינה מהווה עבירה פלילית או עוולה אזרחית, ושהיא עמדה לגיטימית, אשר תיוגה כלפי אזרחי ישראל כעמדה המצויה מחוץ לשוק הרעיונות ולשיח הלגיטימי אינה יכולה להיחשב תכלית ראויה.

III.ח. מבחני המידתיות לא מתקיימים

142. הגם שכאמור לעיל, תכליתו המוצהרת של החוק ("למנוע מגורמים עוינים לפעול בשטחי המדינה לקידום פגיעה בה...") היא תכלית מדומה, לצורך בחינת מידתיות הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק מכוח סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל, נניח כי זוהי תכליתו.

143. ראשית, **אין קשר רציונלי**, ולו קלוש, בין התכלית המוצהרת של התיקון לחוק לבין הוראות סעיף 2(ד)(4). אין דבר וחצי דבר בין התכלית המוצהרת לבין מניעת כניסה של מי שהביע את עמדתו לפיה בהעדר חקירה ראויה של עבירות על הדין הבינלאומי או בהעדר העמדה לדין בישראל, יש מקום לפעול להעמדה לדין מכוח "עקרון המשלימות". החוק לא מונע את כניסתו של מי שמתכוון **לפעול** בשטח ישראל כדי לקדם פגיעה בה, אלא את מי **שהביע עמדה** בעניין העמדה לדין של אזרחי ישראל.

144. פסיקת בתי המשפט בארה"ב שתיארנו לעיל קבעה את המובן מאליו – יש להבחין בין כוונה לבצע פעילות שתפגע בסדר או בביטחון בארה"ב לבין התבטאות לפני הכניסה למדינה או כוונה להתבטא (ראו סעיפים 98-96 לעיל). התבטאות או כוונה להתבטא אינה יכולה להיחשב לפעילות לפגיעה במדינה. הדברים נכונים גם בהקשר הישראלי – מניעת כניסה לישראל בשל התבטאות עבר או מניעת כניסה בשל כוונה להתבטא באופן מסוים בתחום מדינת ישראל, אינה מבססת קשר כלשהו לתכלית של מניעת פעילות נגד המדינה.

145. בפסק הדין **בעניין אלקאסס הנ"ל**, בית המשפט קבע כי תכליתו של סעיף 2(ד) כנוסחו אז (אשר עסק רק בקריאה לחרם לפני תיקון מס' 40) היא בעלת "אופי מניעתי ולא עונשי", וכי ההסדר "אינו מתיימר לבוא חשבון עם פעילי התנועה, ולהענישם בשל מעשיהם" (שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל; ראו גם **עניין Human Rights Watch הנ"ל**, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל). סעיף 2(ד)(4) העוסק בדברי תמיכה בהעמדה לדין אינו מקיים קשר רציונלי לתכלית מניעתית כזו. ההסדר לא ימנע התבטאויות בעניין זה, אלא רק ימנע כניסה לישראל של מי שמתבטאים בעניין, ולא יפחית כהוא זה מן האפשרות שאזרח ישראלי יועמד לדין בבית משפט במדינה אחרת או בבית דין בינלאומי. כאמור, העדרו של כל קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית המוצהרת, מעיד על כך שהתכלית המוצהרת היא תכלית למראית עין בלבד. התכלית האמיתית (והבלתי ראויה) היא, כאמור, השתקת טענות לאחריותיות בינלאומית בישראל, פגיעה בדיון הציבורי בישראל וצינון ביטויים החוסים תחת חופש הביטוי.

146. אפילו ניתן היה לקבל את הטענה כי התכלית המוצהרת של התיקון לחוק היא תכליתו האמיתית, **לא היה מתקיים מבחן המשנה השני של המידתיות**, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אילו תכלית החוק הייתה מניעת פעילות של גורמים עוינים בשטחי המדינה לקידום פגיעה במדינה ובאזרחיה, כפי שנטען בדברי

ההסבר, צריך היה למקד את איסור הכניסה לישראל רק במי שפועל מהותית כדי לקדם פגיעה במדינת ישראל או אזרחיה, או במי שקיימת אפשרות ממשית שינצל את שהותו בישראל כדי לפגוע במדינה או באזרחיה. התמקדותו של החוק בכל מי שהביע עמדה לפיה יש להעמיד לדין אזרחים ישראלים בהעדר טיפול הולם מצד הרשויות בישראל (ואף במי שפועל בארגון או גוף שהביע עמדה כזו, גם אם לא הביע עמדה כזו בעצמו), מביאה לכך שמצד אחד הרוב המוחלט של מי שהחוק חל עליהם אינם אנשים הפועלים לקידום הפגיעה הנטענת בדברי ההסבר של הצעת החוק; ומצד שני, החוק כלל לא חל על אנשים שפועלים או יפעלו לקידום פגיעה בישראל אך לא התבטאו בפומבי בעניין העמדה לדין של חיילי צה"ל או אנשי כוחות הביטחון.

147. מניעת כניסה של כל מי שהביע עמדה לפיה יש להעמיד לדין אזרחים ישראלים, היא מקרה מובהק של *casting the net too wide*, אם התכלית היא אכן מניעת קידום פגיעה במדינה ובאזרחיה מתוך שטח המדינה. במסגרת דוקטרינה המכונה *overbreadth doctrine*, בית המשפט העליון של ארה"ב ובתי משפט פדרליים בערכאות נמוכות יותר פסלו לא פעם חקיקה או הוראות מינהל שהגבילו ביטויים או פעולות באופן רחב יותר מן הנדרש לצורך השגת התכלית.

ראו, למשל: *Board of Airport Comm'rs v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987) (שם נפסלו הגבלות על ביטויים בשדה תעופה, שמטרתן המוצהרת הייתה למנוע שיבושים בשדה התעופה, משום שחלו באופן רחב מדי גם על ביטויים שלא היה בהם כדי לגרום לשיבושים); *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) (שם נפסלו מגבלות על חופש הביטוי באינטרנט משום שתפסו ברשת ביטויים רחבים מן הנדרש כדי להגשים את המטרה של הגנה על קטינים); *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002) (שם נפסלה חקיקה שנועדה למנוע ניצול ילדים לפורנוגרפיה, משום שהגבילה ביטויים שאינם מהווים ניצול כזה ולכן נקבע כי היא רחבה מדי).

148. דוקטרינת ה-*overbreadth* בדין האמריקאי יכולה לשמש במסגרת הדין הישראלי כדי לבחון האם האמצעי שננקט עומד במבחן המשנה השני של המידתיות. וכך, למשל, בעניינו, העובדה שסעיף 2(ד)(4) תופס ברשתו סוגים רבים של מקרים שבהם הפגיעה בחופש הביטוי כלל אינה משרתת את התכלית המוצהרת של החקיקה, כפי שהדגמנו לעיל, יש בה כדי ללמד שלא נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה כדי לקיים את התכלית המוצהרת של החוק.

149. לבסוף, וגם זאת תחת ההנחה המוטלת בספק כי תכליתו המוצהרת של התיקון היא כנה, מבחן המשנה השלישי של המידתיות אינו מתקיים – כאמור, תועלתו של התיקון לקידום התכלית המוצהרת היא זניחה עד לא קיימת. אל מול זאת, כפי שתואר למעלה, הפגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ותושבי ישראל היא קשה. כך בכלל, וכך בפרט כשהדברים נוגעים לאנשי אקדמיה ומוסדות אקדמיים, למוסדות תרבות ועובדיהם, לארגוני זכויות אדם ועובדיהם, לעמותות פילנתרופיות, לאיגודים מקצועיים, לגופים עסקיים ועוד.

III.ט. סמכות שר הפנים לפי סעיף 2(ה) אינה מאיינת את אי חוקתיות סעיף 2(ד)(4)

150. במסגרת תיקון מס' 28 לחוק הכניסה לישראל משנת 2017 (אז נחקק סעיף 2(ד) בנוסחו הקודם, שהתייחס רק למניעת קבלת אשרה ורישיון בשל קריאה פומבית לחרם או התחייבות להשתתף בו), נחקק גם סעיף 2(ה) לחוק הכניסה לישראל, הקובע כדלקמן –

”על אף האמור בסעיף קטן (ד), שר הפנים רשאי לתת אשרה ורישיון ישיבה כאמור באותו סעיף קטן, מטעמים מיוחדים שיירשמו.”

151. לאחר תיקון מס' 40 לחוק הכניסה לישראל, החריג שבסעיף 2(ה) חל על כל עילות מניעת הכניסה לישראל והשהיה בסעיף 2(ד), לרבות העילה הקבועה בסעיף 2(ד)(4), שבה עוסקת עתירה זו.

152. החריג הקבוע בסעיף 2(ה) אינו מאיין את הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק הגלומה בסעיף 2(ד)(4), ואינו הופך את הפגיעה בהם למידתית. ההסדר הנורמטיבי שמייצר שילוב שתי הוראות החוק יוצר ברירת מחדל של פגיעה רחבה ביותר בחופש הביטוי ובחופש העיסוק, שלא נועדה לתכלית ראויה ושאינה מידתית, לצד חריג עמום ונטול אמות מידה. **כאשר נקודת המוצא היא פגיעה בזכות והחריג הוא הגנה עליה, וגם זאת רק כאשר מתקיימים "טעמים מיוחדים", לא ניתן לומר כי מתקיימים התנאים לפגיעה בזכות חוקתית.**

153. נקודת המוצא של ההסדר הנורמטיבי היא כי בקשת רחבה מאוד של מקרים לא תותר הכניסה לישראל, באופן שיש בו כדי לפגוע בחופש הביטוי בצורה קשה ביותר ובאופן שאינו מגשים את תכליתה המוצהרת של החקיקה, ושתופס ברשתו מצבים החורגים הרבה מעבר לנדרש כדי להגשים את אותה תכלית מוצהרת. המבנה הנורמטיבי צריך להיות הפוך – נקודת המוצא היא הגנה על הזכות, ובמקרים מיוחדים וחריגים ניתן להתיר פגיעה בה, בכפיפות לפסקת ההגבלה.

154. על העיוות שבהסדר, שבו נקודת המוצא היא פגיעה בזכות והחריג הוא הגנה עליה, עמד השופט לוי –

”משטר משפטי המעניק הגנה חוקתית לזכויות-האדם אינו יכול להשלים עם נקודת מוצא נורמטיבית המניחה שלילתן של זכויות-יסוד ככלל מנחה. **לא ניתן לקבל, כי בשיטה שקבעה את כבוד האדם כערך חוקתי מוגן יורשה היחיד לקיים את זכויותיו היסודיות במקרים 'חריגים' בלבד.**”

בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 384, פס' 43 לפסק דינו של השופט לוי (2006).

155. בית משפט זה עסק בהסדרים נורמטיביים הפוגעים בזכויות יסוד שבהם נקבעו חריגים מסוימים, וקבע לא פעם כי חריגים מסוג זה או גמישות מסוימת בשיקול הדעת אינם מקהים את הפגיעה בזכות החוקתית (ראו, למשל: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 848-849, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012); בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים, פס' 80 לפסק דינה של הנשיאה חיות ((12.7.2023).

156. יצוין כי תכליתו של סעיף 2(ה) כפי שהיא עולה מן ההיסטוריה החקיקתית שלו, אינה לברור מבין המקרים הבאים בגדר סעיף 2(ד) את המקרים שאינם מקיימים את תכליתו המוצהרת או שבהם הפגיעה בחופש הביטוי עולה על הנדרש. כפי שעולה מן ההיסטוריה החקיקתית של תיקון מס' 28 לחוק הכניסה לישראל

משנת 2017, תכליתו של סעיף 2(ה) להתיר כניסה במקרים שבהם, **למרות** התקיימות תנאי סעיף 2(ד)(4), מוצדק לשיטת שר הפנים לעשות זאת **מטעמים הומניטריים חריגים**.

157. כך, למשל, בדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 7.11.2016 להכנת תיקון מס' 28 לקריאה ראשונה, אמר ח"כ בצלאל סמוטריץ', אחד מיוזמי התיקון, ביחס לתכליתו של סעיף 2(ה) – "בסוף, המציאות היא מורכבת ויש **מקרים חריגים**. ולפעמים יש **איזה מקרה הומניטרי**, שמישהו בשנה שעברה קרא לחרם, אבל עכשיו הסבתא שלו מאושפזת... אנחנו מנחים אותו עכשיו לא לתת. זו ברירת המחדל..." (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון). עו"ד נועם כאהן מן הלשכה המשפטית של משרד הפנים הבהירה כי "**רק במקרים חריגים, הומניטריים**, לשיקול דעת שר הפנים, הכניסה הזאת תאושר" (עמ' 17 לפרוטוקול).

לפרוטוקול הדיון מיום 7.11.2016 ראו: <https://tinyurl.com/453yb354>.

158. החרגה של מקרים הומניטריים מסוימים מן החוק אין בה כדי לרפא כחוא זה את הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק. ואולם אפילו אם סעיף 2(ה) היה מפורש באופן רחב יותר וחל לא רק על מקרים הומניטריים אלא גם על מקרים נוספים, לא היה בכך כדי לרפא את נקודת המוצא הפוגעת בחופש הביטוי, את הפגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ישראל באמצעות מניעת כניסתם של אזרחים זרים למדינה אך ורק בשל התבטאויות החוסות תחת חופש הביטוי, ואת תיוג העמדה – שהבעתה אינה עבירה פלילית או עוולה אזרחית – כעמדה שאינה לגיטימית.

159. מעבר לכך, **החריג שבסעיף 2(ה) אינו מפחית כחוא זה מן האפקט המצנן של החוק**. אדם שהוזמן לכנס או המבקש לבקר קרובי משפחה בישראל, לא יכלכל את התנהגותו תוך הסתמכות על החריג. הוא לא יתחייב לשאת דברים בכנס, לשמש כמרצה חוקר או להעביר קורס אקדמי בישראל, ירכוש כרטיס טיסה, ינחת בישראל, ויהיה נתון לתשאולים ובדיקות בשדה התעופה, והכל מתוך תקווה שמא אולי יחליט שר הפנים (מתי והיכן? בעוד המבקש להיכנס לישראל שוהה במשך לילה שלם במתקן המסורבים של נתב"ג?) להתיר את כניסתו "מנימוקים מיוחדים שיירשמו".

160. **החריג שבסעיף 2(ה) הוא חריג כללי, עמום ונעדר כל אמות מידה להפעלת שיקול הדעת מכוחו**. בית משפט זה עמד לא פעם על הפסול החוקתי שבהסמכה לפגוע בזכות שהיא עמומה וכללית, ושבה הכנסת מותרת לרשות המבצעת לקבוע את היקף הפגיעה בזכות יסוד –

"הסמכה בחוק שאינה קובעת במפורש את הסמכות לפגוע בזכות יסוד או שקובעת זאת בצורה רחבה וכללית אינה רצויה ... עיקרון הפרדת הרשויות מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, היא שתקבע את הסמכות המינהלית לפגוע בזכויות יסוד ואת אמות המידה הכלליות להפעלתה. מקום שקיימת פגיעה בזכויות הפרט, מתחדד הצורך בליבון פרלמנטרי פומבי של השיקולים החוקתיים והערכיים הצריכים לעניין, באופן שיבטיח [...] ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש' ... חשיבות ההסדרה בחקיקה של הסמכות המינהלית לפגוע בזכות יסוד והקריטריונים להפעלתה אף נגזרת מעיקרון שלטון החוק, הדורש שכל מעשה חקיקה יהיה 'ברור וודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם' ... **הסמכה שאינה מפורשת או הסמכה שמוסחת בצורה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם**. ... העדר הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות יסוד – הסמכה הכוללת אמות מידה ברורות ואחידות להבניית שיקול הדעת המינהלי – **עלולה אף להביא להגדלת הסיכון לטעות, לאכיפה סלקטיבית, וכתוצאה מכך לשרירותיות מסוימת ביישום הדין**. כמו כן, מטבע הדברים, מצב דברים זה – שבו פעילות המינהל אינה מוסדרת

ומפורטת בחוק – **מקשה על היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיו הפרטניות של המינהל**. ... הסעיף אינו מפרט, ולו בקווים כלליים, אילו שיקולים רשאי השר לשקול במסגרת סמכותו זו ומהם הטעמים שבגינם רשאי הוא לשלול רישיון ישיבה, ובכלל זה רישיון לישיבת קבע. למעשה, **מדובר בחקיקה סתומה (vague), אשר אינה כוללת הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי**."

בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 53-54 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (13.9.2017).

161. החרג בסעיף 2(ה) ("שיקולים מיוחדים שיירשמו") אינו "חריג" כלל. הוא הוראה כללית, נעדרת אמות מידה כלשהן. הוא ההגדרה של חקיקה עמומה וסתומה שאינה כוללת הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי. ככזו, היא הוראה שבהכרח תביא להגדלת הסיכון לטעות, לאכיפה סלקטיבית ולשרירותיות, כדברי בית המשפט בעניין אבו ערפה הנ"ל. היות שהיא אינה יכול לסייע לציבור להכווין את התנהגותו, היא גם אינה מפחיתה כחוא זה מן האפקט המצנן של החקיקה.

162. בשל העמימות והעדר אמות מידה כלשהן להפעלת סמכות שר פנים לפי סעיף 2(ה), אין בסעיף 2(ה) כדי לצמצם את הפגיעה הבלתי חוקתית הגלומה בסעיף 2(ד)(4) – ובאופן ספציפי את העדר הקשר הרציונלי בינו לבין התכלית המוצהרת של החוק ואת היותו רחב יתר על המידה (overbroad) ביחס לתכליתו המוצהרת – ואין בו כדי לרפא את הפגם החוקתי בהסדר מושא עתירה זו.

163. יצוין כי גם בית המשפט העליון בארה"ב, בהחילו את דוקטרינת ה-overbreadth שהוזכרה לעיל (ראו סעיפים 147-148 לעיל), סירב לא פעם לאשר את חוקתיותם של דברי חקיקה שפגעו בחופש הביטוי באופן רחב והעולה על הנדרש, גם אם כללו חריגים מסוימים בעלי פוטנציאל לצמצם במידת מה את הפגיעה. זאת הן במקרים שבהם נקבעו חריגים ברורים, אשר לא צמצמו את הפגיעה בחופש הביטוי באופן מספק, והן במקרים בהם החריגים היו עמומים ונעדרי אמות מידה.

כך, למשל, ב-*United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010), בית המשפט העליון עסק בחקיקה שתכליתה למנוע התעללות בבעלי חיים והפצת פרסומים של התעללות בבעלי חיים, אך חלה באופן רחב על ביטויים רבים שלא הגשימו תכלית זו. בית המשפט העליון עמד על כך שהחוק כולל חריגים מסוימים לאיסור על הפצת פרסומים, אך אין כל אפשרות לקרוא את החריגים כך שיחולו על כל סוגי הפרסומים שהאיסור על פרסומם אינו מגשים את תכלית החקיקה (שם, בעמ' 478-480), ופסל את החוק.

באופן ספציפי נפסק כי חריגים למגבלות על חופש הביטוי, שהם עמומים וניתנים ליישום ופרשנות שונים, אינם מרפאים פגיעה רחבה יתר על המידה בחופש הביטוי ואף עשויים לחזק את האפקט המצנן של המגבלות. ראו למשל: *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 881-882 (1997).

יצוין כי במקרים מסוימים אף נפסק כי חריגים להגבלות עשויים דווקא לחדד ולהגביר את הפגיעה בחופש הביטוי משום שהם מביאים להתייחסות בלתי שוויונית למי שמבקשים לממש את חופש הביטוי שלהם – *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43, 52-53 (1994).

164. הדברים יפים גם לענייננו – סעיף 2(ד)(4) לחוק הכניסה לישראל חל, כפי שתואר לעיל, על קשת עצומה ורחבה של ביטויים המוגנים על ידי חופש הביטוי, ורוחבו מביא לכך שמניעת כניסה לישראל של רוב, אם לא כל, מי שפרסם ביטוי מן הביטויים הנתפסים ברשתו, כלל לא מגשימה את תכליתו המוצהרת של החוק. החרג בסעיף 2(ה), יהא אופן יישומו אשר יהא, אינו יכול לצמצם את תחולתו של סעיף 2(ד)(4) כך

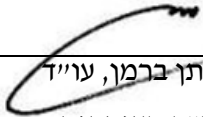
שפגיעתו תהיה רק לתכלית ראויה ורק במידה שאינה עולה על הנדרש. היקף החריג הוא עמום, והפעלתו נתונה לשיקול דעתו של שר הפנים מבלי שהותוו על ידי המחוקק אמות מידה להפעלת שיקול הדעת. מעבר לכך, קיומו של החריג הכללי והעמום אינו מאפשר הכוונת התנהגות ולכן אינו מצמצם את האפקט המצנן של סעיף 2(ד)(4).

165. סעיף 2(ה) אינו מביא לכך שהפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להגשים את תכליתו המוצהרת של החוק, ואין בו כדי להביא את סעיף 2(ד)(4) אל תוך מתחם החוקתיות, אף לא בקירוב.

IV. סוף דבר

166. בהינתן כל האמור, סעיף 2(ד)(4) אינו צולח את משוכות הביקורת החוקתית. הוא פוגע בחופש הביטוי ובחופש העיסוק של אזרחי ותושבי ישראל באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות פסקת ההגבלה, ודינו בטלות.

167. נוכח האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על-תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו מוחלט. כמו כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו.


 יונתן ברמן, עו"ד
 ב"כ העותרים

6.5.2025