בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
Human Rights Watch-תאגיד ללא מטרות רווח מס 13-2875808 ואח' נ' שר הפנים - אריה דרעי ואח'
עת"מ 36759-05-18
סוג עניין: מנהל האוכלוסין
תאריך פתיחה: 16 מאי 2018
רמת חיסיון: פתוח לציבור

בית משפט המחוזי
בירושלים
16 -05- 2018
נתקבל / נבדק
חתימה
(5)

בבית המשפט המחוזי בירושלים

בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

בעניין:

העותרים

1. **Human Rights Watch** תאגיד לא למטרות רווח
מס' 13-2875808 (מאוגד במדינת ניו-יורק, ארה"ב)

2. **עומר שאקר (Omar Shakir)** (דרכון אמריקאי מס' [redacted])

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי שפר עומר-מן
ו/או סופיה ברודסקי ו/או מיכל פסובסקי
מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812
טל: 03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950
דוא"ל: contact@sfard.co.il

-- נגד --

המשיבים

1. **שר הפנים- אריה דרעי**

2. **משרד הפנים - הממונה על מתן ההיתרים במינהל שירות למעסיקים ולעובדים זרים**

באמצעות ב"כ, מפרקליטות מחוז ירושלים, רחוב מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים. ת.ד 49333 ירושלים 9149301
טל: 02-5419555, פקס: 02-6468053

עתירה מנהלית

זוהי עתירה מנהלית לפי סעיף 5 *לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000* (להלן: "החוק"), לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד:

א) להורות למשיב מס' 1 לבטל את החלטתו לשלול את אשרת השהייה של העותר מס' 2 (להלן: "העותר").

ב) להורות למשיבים מס' 1 ו-2 לבטל בנוסף את החלטתם שלא להאריך את היתר העסקתו של

העותר שניתן לעותר מס' 1 (להלן: "הארגון") מכוח חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991, ותחת זאת להאריכו בהתאם לנוהל מומחים זרים.

במקביל לעתירה זו מוגשת גם <u>בקשה לצו ביניים ולצו ארעי</u> לפי סעיף 9 לחוק ולפי תקנה 9א *לתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין)*, לפיה בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על עיכוב כניסתה לתוקף של החלטת המשיב לשלול את אשרת השהייה של העותר מס' 2 ואת החלטת המשיבים שלא להתיר את הארכת העסקתו על-ידי העותר מס' 1 בהתאם ל"נוהל הטיפול בבקשות למתן היתר העסקה ורישיון שהייה ועבודה למומחים זרים" (נוהל מס' 0041.3.5) (להלן: הנוהל), וכפועל יוצא להתיר את שהייתו של העותר בישראל והכל עד למתן פסק-דין סופי בעתירה זו.

<u>ואלה נימוקי העתירה:</u>

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בהחלט פוליטית מסוכנת של המשיב מס' 1 וכפועל יוצא ממנה גם החלטה של המשיב מס' 2, למנוע מהעותר, שהוא חוקר ידוע, מוכר ומוערך בתחום זכויות האדם, לשהות בישראל ולייצג בה את העותר מס' 1 שהינו אחד מארגוני זכויות האדם הבינלאומיים הגדולים, החשובים, הוותיקים ובעלי המוניטין המקצועי הטובים בעולם.

2. עניינה של עתירה זו בשימוש קיצוני ומסוכן בסמכות בעייתית שניתנה למשיב מס' 1 בתיקון מס' 28 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952 שנתקבל בכנסת במרץ אשתקד (להלן: "תיקון מס' 28"), שלא לתת אשרה ורישיון למי ש"פרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל". כמו-כן עתירה זו עניינה בפרשנות חסרת כל סבירות ומידתיות שניתנה לסמכות זו. עניינה של עתירה זו גם בהחלטה לדחות את בקשת הארגון להאריך את היתר העסקה שניתן להם מכוח **חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991** על מנת להעסיק את העותר מס' 2 בישראל. שתי החלטות אלו שלובות זו בזו.

3. ההחלטה מושא עתירה זו התקבלה לאחר שמשרד ממשלתי ישראלי ביצע פעילות **חסרת תקדים** של **איסוף מידע על <u>עמדותיו והשקפותיו של פעיל זכויות אדם</u> וכן מידע על <u>פעילותו הציבורית שאין חולק שהיא חוקית</u>**. ההחלטה התקבלה לאחר שהמשרד לעניינים אסטרטגיים, בלחץ ארגון שאף עתר בנושא לבית המשפט הנכבד,

יצר **תיק פוליטי** העוסק בעמדותיו ובפעילותו של העותר כאמור, ושעיקרו **התבטאויות של העותר מלפני שנים בעת היותו סטודנט!**

4. על-יסוד חקירה זו שהתחקתה אחר עמדות אידאולוגיות והתבטאויות של אזרח פעיל זכויות אדם, שכל מי שמכיר את ההיסטוריה של מעקבים פוליטיים על-ידי ממשלות נגד אזרחים אמור לקבל כאב בטן למשמע העובדה שממשלת ישראל אוספת מידע כזה על אנשים, החליט המשיב מס' 1 כי העותר הינו "פעיל חרם" ולפיכך שלל את היתר השהייה שניתן לו.

5. זאת ועוד: החקירה והמעקבים הפוליטיים האמורים הובילו את המשרד לעניינים אסטרטגיים שערך אותם, ואת משרד הפנים שבחן אותם, למסקנה שמאז הצטרף העותר מס' 2 לשורות העותר מס' 1, קרי בשנתיים האחרונות, "לא עלו נתונים אודות פעילות כאמור". כלומר, ההחלטה לבטל את אשרת השהייה של העותר התקבלה תוך מודעות לעובדה שגם אליבא דמשיבים העותר אינו קורא בשנים האחרונות לחרם על ישראל. זאת, בניגוד לתבחינים שהמשיבים עצמם קבעו ליישום תיקון מס' 28.

6. **העותרים יטענו בראש ובראשונה כי לנוכח ההיסטוריה של הפרשה הזו, ובה ניסיון קודם למנוע כליל מהארגון להחזיק נציג <u>כלשהו</u> בישראל ובשטחים הכבושים, ניסיון שכשל בשל תגובה חריפה וגינויים קשים של המהלך הבלתי דמוקרטי הזה, הרי שהמוטיבציה להחלטה להרחיק את העותר איננה תמיכתו הנטענת בעבר בחרמות אלא <u>השאיפה למנוע מגוף ביקורתי כלפי מדיניות ממשלת ישראל לקיים פעילות תחקירית כאן ובשטחים הכבושים.</u>**

7. **לפיכך העותרים יטענו לחוסר תום לב חמור שדבק בהחלטה אשר גם שורבבו בה שיקולים זרים.**

8. העותרים יטענו בנוסף כי הסמכות שנקבעה בסעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל במסגרת תיקון 28 גם אם מאפשרת מניעת אשרה ממי שטרם נכנס לישראל ושוהה בה **אינה מתירה שלילה של אשרה שכבר ניתנה.**

9. העותרים יטענו לחלופין ובנוסף כי הסמכות שנקבעה בסעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל **הינה בלתי חוקתית** באשר היא נוגדת עקרונות יסודיים של השיטה המשפטית בישראל, ערכים דמוקרטיים בסיסיים וכן זכויות יסוד כגון חופש הביטוי, חופש המצפון והזכות להשתתף בחיים הציבוריים.

10. העותרים יטענו כי הנגזרת ההכרחית של הסמכות שניתנה בתיקון מס' 28 היא הקמת מערך של **מעקבים פוליטיים אחר אזרחים** וזאת גם כשאין כל חשד שהם ביצעו עבירות

על החוק או שהם מסכנים את ביטחון המדינה באופן שיצדיק איסוף מידע עליהם. **זוהי תוצאה מקפיאת דם שכן המשמעות היא <u>הקמת מאגרי מידע על עמדות פוליטיות, השקפות והתבטאויות של אזרחים</u>. זהו לא מדרון חלקלק במובן הרגיל של המילה, זהו מדרון משומן היטב בחומר סיכה שיביא <u>בהכרח</u> (וכבר מביא) לצניחה לתהומות של רדיפה פוליטית כלפי מבקרי משטר.**

11. העותרים יטענו כי גם אם יקבע שהסמכות שניתנה בתיקון מס' 28 צולחת את מבחני החוקתיות, הרי שהפרשנות שניתנה לה על-ידי המשיב מס' 1 ובעקבותיו המשיב מס' 2 הינה **בלתי סבירה, ובלתי מידתית** ואף אינה עומדת ב**תבחינים** שפרסם משרד הפנים לשימוש בסמכות האמורה, וזאת שכן העותר, בהיותו פעיל זכויות אדם, <u>קרא שלא לשתף פעולה עם הפרת זכויות אדם הנובעת מהכיבוש וההתנחלות</u> וככאלה לא מדובר בקריאות שתכלית התיקון לחוק מתפרשת עליהן; וכן כיוון שלא ניתן לומר שפעילותו היא "עקבית ומתמשכת" כפי שנדרש בתבחינים, <u>שהרי מזה שנתיים שגם המשיבים לא סבורים שהוא קרא לחרם</u>.

12. לחלופי-חלופין יטענו העותרים שמתקיימים החריגים לסמכות שניתנה לשר הפנים בתיקון 28 וחריגים אלא קבועים בסעיף 2(ה) לחוק הכניסה לישראל והנוגעים הן <u>לשירות ההומניטארי</u> שהעותרים מעניקים לקרבנות של הפרת זכויות אדם, והן <u>לפגיעה במעמדה של ישראל ויחסי החוץ שלה</u>.

13. עוד יובהר כי הרחקתו של העותר מישראל תגרום נזק עצום גם לו וגם לארגון. העותר, כמו קודמיו בתפקיד, הוצב בישראל משום שעבודת הארגון, כדי שתיעשה באופן מיטבי ותממש את שליחותו, מצריכה נגישות בלתי אמצעית של החוקר מטעמו לקרבנות הישראלים והפלסטינים של הפרת זכויות אדם, וכן דורשת שהחוקר המרכזי מטעם הארגון יכיר מקרוב ובאופן אישי את המציאות בישראל ובשטחים הכבושים. העותר נבחר לתפקיד לאחר סינון של 350 מועמדים וכפי שניתן להתרשם מהניסיון המקצועי ומההשכלה שלו שיפורטו להלן – אין ספק כי קשה לחשוב על מישהו שמתאים יותר ממנו לתפקיד.

14. לפיכך, הרחקתו תגרום לפגיעה חמורה בעבודת הארגון כי האיש שנבחר על ידו כמתאים ביותר לבצע את העבודה לא יוכל לבצעה. זאת ועוד: הרחקתו של העותר תוריד לטמיון או לפחות תפגע קשות בעבודה רבה של חקירה וכתיבת דוחות שהעותר החל מאז החל לבצע את תפקידו בחודש אוקטובר 2016, לרבות שלושה עשר החודשים האחרונים בהם הוא עורך תחקירים מישראל ומהשטחים הפלסטינים, על בסיס אשרות שניתנו לו על-ידי המשיבים.

15. לפני שנעבור לפירוט העובדות שביסוד עתירה זו והטענות המשפטיות שמחייבות לדעת העותרים ביטול ההחלטות מושא העתירה, נבקש לומר עוד את זאת: ישראל אינה המדינה הראשונה שהעותר מוצב בה כחוקר זכויות אדם. כפי שיפורט בחלק העובדתי העותר פעל במקומות רבים ברחבי הגלובוס וצבר ניסיון רב בהתמודדות עם משטרים שלא אהבו את הביקורת שהוא או ארגונו הטיחו בהם. עד היום נאלץ העותר לעזוב שתי מדינות: מצרים אותה עזב בשל מסע הסתה שנוהל נגדו ויצר סכנה לשלומו לאחר שחיבר דו"ח על טבח שביצעו שלטונות מצרים במפגינים בכיכר ראבעה, וסוריה אותה נאלץ לעזוב ובשלב מאוחר יותר לא הותר עוד להיכנס אליה ככל הנראה כדי לסכל את כתיבתו הביקורתית על המשטר בה. **עתירה זו מוגשת בכדי שישראל לא תצטרף לרשימה לא מחמיאה זו של מדינות שחששו כל כך מביקורת שהביאו לעזיבתו של המבקר אל מחוץ לתחומיהן.**

ב. הרקע העובדתי ומיצוי ההליכים

I. הצדדים לעתירה

16. עותר מס' 1 הינו ארגון זכויות האדם הבינלאומי הנודע Human Rights Watch ומעסיקו של עותר מס' 2 (להלן: "הארגון" ו-"העותר" בהתאמה).

17. עותר מס' 2 הינו אזרח אמריקאי העובד כמומחה בכיר בארגון זכויות האדם הבינלאומי הנודע Human Rights Watch, שהינו העותר מס' 2 בעתירה זו. העותר שוהה בישראל באשרת עבודה ב/1 שהיא תולדה של היתר העסקה אשר הונפק ביום 12.3.17 לארגון כדי להעסיקו כעובד תושב חוץ בענף מומחים, בהתאם לנוהל (נוהל הטיפול בבקשות למתן היתר העסקה ורישיון שהייה ועבודה למומחים זרים).

18. משיב מס' 1 הינו שר הפנים, ח"כ אריה דרעי, המופקד על פי **חוק הכניסה לישראל התשי"ב – 1952** (להלן: החוק ו/או חוק הכניסה לישראל) על הנפקה של אשרות כניסה לישראל וכן מוסמך לבטלן. החלטתו של משיב מס' 1 לבטל את אשרת השהייה של העותר וכפועל יוצא שלא להתיר את הארכת היתר העסקתו ע"י הארגון, הינה הנושא של עתירה זו.

19. משיב מס' 2, הממונה על מתן ההיתרים במשרד הפנים, מופקד על פי **חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991** על מתן היתרים להעסקת עובדים זרים. בעקבות החלטתו של שר הפנים כאמור לעיל החליט משיב זה לדחות את בקשת הארגון להאריך את היתר

ההעסקה שניתן לו כדי להעסיק את העותר. גם החלטה זו הכרוכה ונובעת מההחלטה לבטל את היתר השהייה של העותר, היא הנושא של עתירה זו.

II . ארגון Human Rights Watch (העותר מס' 1) ופעילותו באזורנו

20. ארגון HRW הינו אחד מארגוני זכויות האדם הגדולים, הוותיקים והחשובים הפועלים כיום בעולם. הארגון מקיים מערך מחקר נרחב המבוסס על אנשי מקצוע המתעדים הפרת זכויות אדם בכל רחבי הגלובוס.

21. משרדי הנהלת HRW ממוקמים בניו יורק ולארגון משרדים רשומים ב-24 מדינות בעולם, ובתוך כך בלבנון, בירדן ובתוניסיה. בסה"כ לארגון נוכחות תחקירית ב-36 מדינות, בהן גם מדינות עם משטר דיקטטורי ושלהן רקורד קשה ביותר של הפרת זכויות אדם. מדי שנה מפרסם הארגון למעלה מ-100 דו"חות ופרסומים נוספים על מצב זכויות האדם בכ-90 מדינות שונות. הפרסומים השונים של הארגון מסוקרים באופן קבוע על ידי התקשורת הבינלאומית והמקומית, וחוקריו מנהלים קשר רציף עם עיתונאים בכל הנוגע לעבודתם. כחלק מהעבודה השוטפת של הארגון אנשיו נפגשים עם נציגי ממשלות, עם גופי או"ם, עם גופים בינלאומיים ועם מוסדות פיננסיים ותאגידים מסחריים. בנוסף תחקירני הארגון נפגשים עם קרבנות של הפרת זכויות אדם ומתעדים פרקטיקות ומדיניויות של ממשלות וגם של ישויות שאינן מדינתיות המפירות זכויות אדם.

22. בשל פעילותו זו המביאה מידי שנה לתודעה של מיליוני בני אדם ברחבי העולם מידע אמין וחשוב על המתרחש בתחום זכויות האדם, פעילות שכאמור מבוצעת גם במשטרים בלתי דמוקרטיים בעליל ולעיתים תוך סיכונים עצומים לתחקירני הארגון, ובזכות מקצועיותו חסרת הפשרות, נהנה הארגון ממוניטין עצום ואף זכה בשורה של פרסים בהם **פרס נובל לשלום בשנת 1997,** כחלק מקואליציה, ובזכות חלקו המרכזי של הארגון כאחד ממייסדי הקמפיין הבינלאומי לאסור את השימוש במוקשים.

23. פעילותו הענפה של הארגון נעשית באמצעות 18 חטיבות מחקר שאחת מהן, חטיבת המזרח התיכון וצפון אפריקה, אחראית על כל 19 המדינות באזור וביניהן ישראל והשטחים הכבושים שבשליטתה. הנושאים בהם עסק הארגון, למשל, בשנים 2015-2017, כללו בין היתר את תופעת ההתעללויות בהן נוהג ארגון דאעש כולל אלימות מינית, אונס ועינויים; התקפות נשק כימי על-ידי כוחות הממשל הסוריים בחאלב; שיטת האפוטרופסות בערב הסעודית; עינויים במצרים; תקיפות אוויריות בתימן על ידי קואליציה בראשות סעודיה והוצאות להורג באיראן. נציין כי התקשורת הישראלית מסקרת לעתים קרובות את דיווחי הארגון האמורים.

24. כחלק מפעילות הארגון באזורנו, תחקיריו בוחנים את מצב זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים - הן בגדה המערבית והן ברצועת עזה. זהו תפקידו של העותר מס' 2 בארגון. הארגון מכסה את ישראל והשטחים הכבושים כמעט שלושה עשורים, במהלכם לאנשי הארגון הייתה גישה הן לישראל והן לגדה המערבית, אם כי בעשור האחרון הגישה לעזה פחתה. כחלק מעבודתם באזורנו נציגי הארגון נפגשים עם נציגים רשמיים של מדינת ישראל וביניהם נציגים של הצבא, המשטרה, משרד המשפטים ומשרד החוץ. בשנת 2016 ביקש משרד החוץ מהארגון להתערב במקרה אשר כלל הפרת זכויות אדם של אזרחים ישראליים, והארגון נענה לבקשה זו. נוכחותם של אנשי הארגון במדינה מקלה על גישתם של קורבנות של הפרות זכויות האדם, בין אם הם ישראלים או פלסטינים, לארגון.

25. הארגון אינו מקדם חרמות על ישראל, משיכת השקעות ו/או הטלת סנקציות בהקשר של הסכסוך הישראלי/פלסטיני. אולם הארגון מכיר בזכותם של יחידים לנקוט בפעולות לא אלימות לקידום אמונתם, לרבות על ידי השתתפותם בחרם.

26. יחד עם-זאת יצוין כי הארגון מצא בדו"ח שפרסם בשנת 2016, "כיבוש בע"מ", שחברות שונות הפועלות בהתנחלויות תורמות להפרת זכויות אדם של פלסטינים ומרוויחות מהפרות אלה, והכל תוך הפרת הדין הבינלאומי. על בסיס ממצאים אלה הארגון המליץ לחברות לעצור פעילויות עסקיות הקשורות בהתנחלויות. הארגון אינו קורא לחרם צרכני. ההמלצות האמורות לא נועדו להפעיל לחץ על מדינת ישראל ולהביאה לתוצאה פוליטית מסוימת, אלא לספק הדרכה לחברות מסחריות כיצד עליהן לפעול על מנת לעמוד באחריות המוטלת עליהן בכל הנוגע להגנה על זכויות אדם. זאת על בסיס ההבנה של הארגון כי חברות מסחריות אינן יכולות לעשות עסקים בהתנחלויות מבלי לסתור את אחריותם על פי העקרונות המנחים של האו"ם בדבר עסקים וזכויות אדם. במילים אחרות: לא מדובר במהלך שמטרתו ליצור לחץ פוליטי אלא למנוע פגיעה בזכויות אדם, והרי זהו ייעודו של הארגון, ככל ארגון זכויות אדם.

27. מכל מקום, בחודשים שחלפו מאז ניתנה הויזה למר שאקר לישראל, פרסם הארגון מספר דו"חות ופרסומים שהיו תולדה של עבודתו, וביניהם:

א. פרסום המבקר ומגנה את ארגון החמאס על החזקתם הכפויה שני האזרחים הישראלים אברה מנגיסטו והישאם א-סייד ברצועת עזה- https://www.hrw.org/news/2017/05/03/2-israelis-who-entered-gaza-held-incommunicado;

ב. פרסום הבוחן את מצב זכויות האדם בשטחים לרגל מלאת 50 שנה לכיבוש הישראלי- https://www.hrw.org/news/2017/06/04/israel-50-years-occupation-abuses;

ג. דו"ח על שלילת התשובות של פלסטינים ממזרח ירושלים - https://www.hrw.org/news/2017/08/08/israel-jerusalem-palestinians-stripped-status

ד. דו"ח שהוגש לוועדת האו"ם לביעור האפליה נגד נשים בג'נבה לקראת סקירתה את מצב זכויות הנשים בישראל: https://www.hrw.org/news/2017/10/10/human-rights-watch-submission-cedaw-committee-israels-periodic-report-68th-session;

ה. פנייה לרשות הפלסטינית וכן דו"ח פומבי המגנים את האופי המגביל של חוק בדבר פשיעה מקוונת שנחקק על ידי הרשות הפלסטינית והמצמצם באופן בלתי מידתי ושרירותי את זכויותיהם של הפלסטינים לחופש ביטוי, לפרטיות ולהגנה על מידע- https://www.hrw.org/news/2017/12/20/palestine-reform-restrictive-cybercrime-law .

ו. פרסום הבוחן את האפליה והאלימות ממנה סובלות נשים ברשות הפלסטינית וקריאה לרשות הפלסטינים לבצע רפורמות בנושא - https://www.hrw.org/news/2018/05/10/palestine-marry-your-rapist-law-repealed.

III . רקע אישי על העותר מס' 2

28. העותר מס' 2 הינו אזרח אמריקאי וחוקר ידוע, מנוסה ומוערך מאוד בתחום זכויות האדם. לאורך השנים העותר צבר השכלה וניסיון מקצועי רב בתחום זכויות האדם ובין היתר הוא השלים תארים אקדמיים בלימודי ערבית ומשפטים עם התמקדות בתחום זכויות האדם (מהאוניברסיטאות האמריקניות היוקרתיות סטנפורד וג'ורג'טאון). הניסיון המקצועי שלו אינו מותיר מקום לספק בדבר היותו פעיל זכויות אדם מובהק: בשנת 2007 הוענקה לעותר מלגת פולברייט (Fulbright) על ידי מחלקת המדינה האמריקאית בכדי לבצע מחקר על רפורמה פוליטית וכלכלית בסוריה; הוא ייצג עצורים ממחנה המעצר גואנטנמו שבקובה בהליכי הביאס קורפוס בבתי המשפט הפדראליים בארה"ב; הוא היה ממחברי הדו"ח "Living Under Drones" של בתי הספר למשפטים של אוניברסיטת סטנפורד וניו יורק, בו תועדו תוצאות תקיפות שביצעה ארצות הברית באמצעות כלי טיס בלתי מאוישים בפקיסטן; הוא העביר הרצאות רבות בנושא זכויות אדם, כולל בבתי הספר למשפטים באוניברסיטת הרווארד, ייל וקולומביה; בשנים 2013-2014, בתקופת עבודה קודמת וקצרה כעמית בעל מלגה בארגון (העותר 1) הוא

חקר ותיעד הפרת זכויות האדם במצרים, ובין היתר כתב דו"ח שעסק בהרג ההמוני של מפגינים ב-2013, לרבות טבח ראבעה. אגב, פרסום הדו"ח על מצרים הצית מערכה של הסתה נגד הארגון ונגד העותר אישית ובשל החשש לביטחונו הוא נאלץ לעזוב את קהיר ואינו מעז לשוב למצרים.

29. הארגון בחר בעותר לשמש בתפקיד חוקר הארגון בנושא ישראל ופלסטין מבין למעלה מ-350 אנשים שהגישו את מועמדותם למשרה זו, זאת לאור ניסיונו העשיר בבדיקת עובדות בשטח ובתיעוד. הארגון רואה חשיבות רבה ביותר כי העותר ימשיך בתפקיד זה כחוקר של הארגון וכנציגו בישראל וזאת בין היתר לאור נסיונו והשכלתו, מערכות היחסים שיצר, הידע שרכש, והעבודה המשמעותית בה הוא מתעסק כיום.

IV. מתן האשרה בהתאם לנוהל העסקת מומחים זרים וההחלטה לשקול אותה מחדש

30. ביום 14.7.16 הגיש הארגון בקשה למשיב מס' 2, להיתר להעסקתו של העותר כמומחה זר בהתאם לנוהל. ביום 31.8.16 הגיש הארגון מסמכים להשלמת הבקשה האמורה. ביום 20.2.17 התקבל מענה מטעמו של המשיב מס' 2 לפיו בקשתו של הארגון **נדחתה**. זאת לאור חוות-דעת שהנפיק משרד החוץ לפיה העותר מס' 1 **אינו ארגון זכויות אדם אלא ארגון העוסק "בפוליטיקה בשירות התעמולה הפלסטינית, תוך הנפת דגל 'זכויות אדם' לשווא".**

העתק מתשובתו של משיב מס' 2 מיום 20.2.17 מצ"ב ומסומן **נספח 1**

31. תשובה זו של משרד הפנים וציטוט עמדתו של משרד החוץ בה, גררה גינויים חריפים רבים מאוד ובין היתר גם ממחלקת המדינה האמריקאית, שדובר מטעמה הבהיר שהממשל האמריקאי רואה בעותר מס' 1 ארגון זכויות אדם רציני וחשוב ושדו"חות מחלקת המדינה מסתמכים לא אחת על תחקיריו.

32. בעקבות הסערה שנוצרה בימים שלאחר דחיית בקשת היתר ההעסקה של הארגון, התפרסמו בכלי התקשורת הישראליים והזרים, דבריו של דובר משרד החוץ, מר עמנואל נחשון, לפיהם יותר לעותר להיכנס לישראל תחת אשרת תייר וכי בכוונת הרשויות לבצע בחינה מחודשת של בקשת הארגון להיתר להעסקתו של העותר כמומחה זר.

העתק מדיווח על הפרשה מעיתון "הארץ" מיום 24.2.17 מצ"ב ומסומן **נספח 2**

33. לאור פרסומים אלו ביום 26.2.17 פנו ב"כ העותרים מטעם הארגון למשיב מס' 2, בניסיון לברר האם אכן מתקיימת בחינה מחודשת של בקשת הארגון להיתר העסקתו

של העותר כמומחה זר. המשיב מס' 2 התבקש לעדכן את הארגון מה הניבה בחינה מחודשת זו.

העתק מפנייתם של ב"כ העותרים מטעם הארגון מיום 26.2.17 מצ"ב ומסומן **נספח 3**

34. ביום 12.3.17 **העניק הממונה (המשיב מס' 2) היתר לארגון להעסיק את העותר כעובד תושב חוץ בענף מומחים בהתאם לנוהל.** תוקפו של ההיתר נקבע לשנה, עד ליום 31.3.18. במסגרת היתר זה הונפקה לעותר ויזת עבודה מסוג ב/1 עם כניסתו לישראל ביום 26.4.17.

העתק היתר ההעסקה שניתן לארגון, מיום 12.3.17, מצ"ב ומסומן **נספח 4**

35. מאז כניסתו של העותר לישראל הוא עבד במסגרת הארגון ולא התקבלה שום תלונה מצד המשיבים או כל גורם ממשלתי אחר על עבודתו.

36. במועד שאינו ידוע לעותרים, הוגשה עתירה של ארגון בשם "שורת הדין" לבית המשפט המחוזי בירושלים ובה נתבקש בית המשפט להורות על ביטול אשרת העבודה של העותר (להלן: "עתירת שורת הדין"). העותרים למדו על הגשת העתירה מדיווחים בכלי התקשורת והעותרת שם לא טרחה להמציא לעותרים כאן את כתבי בית הדין כך שהם לא היו צד להליך.

37. ביום 16.11.17 הודיע פרופ' שלמה מור יוסף, מנכ"ל רשות האוכלוסין במשרד הפנים, לב"כ העותרים כי בהמשך להודעת משיב מס' 1 מיום 22.10.17 במסגרת עתירת שורת הדין (עת"מ 47430-04-17 **ארגון "שורת הדין" נ' שר הפנים**), שר הפנים החליט, לאחר בחינת המלצת המשרד לנושאים אסטרטגיים, כי יש לשקול מחדש את מעמדו של העותר בשל פעילותו לקידום חרמות על ישראל.

העתק מהודעתו של פרופ' מור יוסף מיום 16.11.17 מצ"ב ומסומן **נספח 5**

38. ביום 27.11.17 פנו ב"כ העותרים לפרופ' מור יוסף בבקשה לקבל את כלל החומרים שהיו על שולחנו של המשיב מס' 1 בעת קבלת ההחלטה לשקול מחדש את מעמדו של העותר, וזאת על מנת לאפשר לעותרים לממש את זכותם לטיעון אפקטיבי המתבסס על עיון בחומר הנוגע בדבר.

39. ביום 7.12.17 התקבלו החומרים האמורים במשרד ב"כ העותרים והם כללו שני מסמכים בלבד:

I. דו"ח של המשרד לעניינים אסטרטגיים המבוסס בעיקר על התחקות אחר התבטאויות העותר במשך שנים רבות וכן סיכום של פעילותו בארגונים ותאי סטודנטים שונים מתקופת היותו סטודנט;

II. המלצת המשרד לעניינים אסטרטגיים המתבססת על החקירה הנ"ל, לשלול את אשרת העבודה של העותר, וזאת על אף ההתרעה של משרד החוץ (התרעה אותה לא קיבלו העותרים לידיהם והיא רק מוזכרת בהמלצת המשרד לעניינים אסטרטגיים) **בדבר הנזק הבינלאומי התקשורתי והדיפלומטי הכבד שהדבר יגרור.**

העתק מדו"ח ומהמלצת המשרד לעניינים אסטרטגיים מצ"ב ומסומן **נספח 6**

V. המעקב אחר העותר

40. העובדות המצויינות בדו"ח המשרד לעניינים אסטרטגיים, שעל בסיסו התקבלה החלטתו של משיב מס' 1 נוגעים להתרחשויות שאירעו בטרם התקבלה ההחלטה להעניק את היתר ההעסקה ואת אשרת הכניסה והשהייה. המעקב אחר העותר מתפרש אחורה לתקופת היותו סטודנט וממשיך עד למאי 2017.

41. דו"ח המשרד לעניינים אסטרטגיים כולל מידע על תאי סטודנטים שבהם היה העותר פעיל, התבטאויות שלו בכנסים ודברים שכתב ברשתות החברתיות.

42. **קשה להאמין שכך נעשה בשנת 2017 במדינת ישראל: משרד ממשלתי מבצע מחקר אחר עמדותיו הפוליטיות ופעילותו החוקית של אזרח שהוא מגן זכויות אדם, ויוצר "תיק" שהוא מאגר מידע פוליטי מובהק.**

43. **קשה להאמין שבשנת 2017 במדינת ישראל מתחקות הרשויות אחר התבטאויות חוקיות של אדם בעת שהיה סטודנט לפני שנים והכל כדי להטיל סנקציות על מי שמבקר את מדיניות הממשלה. המדובר במעשה מקרתיסטי שאינו הולם מדינה דמוקרטית שחרתה על דגלה את חופש הביטוי, הדעה והמצפון.**

44. מכל מקום, עיון בדו"ח המשרד לעניינים אסטרטגיים אשר הועבר לידי ב"כ העותרים מראה כי למעט רכיב אחד, כל המידע הכלול בו והנוגע לעותר עוסק בתקופה שטרם מונה לתחקירן של הארגון ונציגו בישראל ובשטחים, וברובו מתייחס לתקופה לפני שנים בה עוד היה סטודנט. פעילות זו כפי שיטען בהמשך, מעבר לעובדה שאין בה ולו אלמנט אחד של אנטי-ישראליות (להבדיל מביקורת של מדיניות ממשלת ישראל) התמקדה בהפרת זכויות אדם הנובעת מהכיבוש, והינה כולה פעילות **פוליטית לגיטימית, גלויה ושוחרת שלום.**

45. ראוי לציין שההתבטאויות של העותר המצוטטות בדו"ח המשרד לעניינים אסטרטגיים הם מהשנים 2010, 2012 ו-2013 והאחרונה שלהם מ-2015 (למעט עניין התאחדות הכדורגל העולמית – FIFA שבהחלטה מושא עתירה זו הוחרג ממילא כלא מהווה בסיס להחלטה). ההתבטאויות ברובן עוסקות בהימנעות מקשר כלכלי עם חברות שלראיית העותר מפירות זכויות אדם בשטחים הכבושים.

VI. ההחלטה מושא עתירה זו

46. ביום 15.1.18 בתום בחינת החומרים על בסיסם התקבלה החלטתו של משיב מס' 1 לפיה יש לבחון מחדש את מעמדו של העותר, הגישו עותרים 1 ו-2 באמצעות הח"מ את תגובתם לפרופ' מור יוסף. בתמצית, נטען בה כי הטענה שהעותר ו/או הארגון תומכים באופן אקטיבי ומתמשך בחרם, משיכת השקעות ו/או הטלת סנקציות על ישראל הינה טענה חסרת כל שחר. כמו-כן נטען כי מתקיימים בעניינו של העותר התנאים לשימוש בחריג הקבוע בסעיף 2(ה) לחוק הכניסה לישראל. לבסוף נטען כי סעיף 2(ד) לחוק (כפי שתוקן בתיקון מס' 28 לחוק, להלן: "תיקון מס' 28" או "התיקון") **הינו בלתי חוקתי ודינו להתבטל**.

47. בהתאם לאמור התבקש משיב מס' 1 לדחות את המלצת המשרד לעניינים אסטרטגיים ולהותיר את אשרת השהייה של העותר על כנה. לנוכח התקרבות המועד בה האשרה של העותר עתידה לפוג התבקש משרד הפנים אף להאריך את תוקף האשרה של העותר.

העתק מתגובת העותרים מיום 15.1.18 מצ"ב ומסומן **נספח 7**

48. כאמור, במקביל ובטרם פגה אשרת השהייה של העותר והיתר ההעסקה של הארגון ביום 28.1.18 הוגשה באמצעות ב"כ העותרים בקשת הארכה למשיב מס' 2, וזאת 60 יום בטרם סיום האשרה, כנדרש בנוהל.

49. היות ושקילת העניין התארכה, פנו ב"כ העותרים מספר פעמים למשרד הפנים ובסופו של דבר הוארכה באופן זמני אשרת השהיה והעבודה של העותר.

50. ביום 7.5.18 התקבלה במשרד הח"מ מכתבו של מר משה נקש, מנהל אגף ההיתרים ברשות האוכלוסין וההגירה, אשר הודיע על החלטתו של משיב מס' 1 לבטל את אשרת העבודה של העותר וכפעול יוצא מר נקש הודיע גם על החלטת המשיבים לדחות את הבקשה להאריך את היתר העסקה של הארגון ואת אשרת השהייה והעבודה של העותר.

51. החלטה זו של משיב מס' 1 התקבלה כך נטען לאור היותו אדם "התומך באופן אקטיבי ומתמשך באסטרטגיה הקוראת לחרם". בהמשך נטען כי החלטה זו אינה מהווה סירוב עקרוני וגורף לארגון אלא מתייחסת לעותר באופן פרטני.

52. בהחלטה נמסר עוד כי ממועד הצטרפותו של העותר לארגון ועד היום (תקופה של למעלה מ-19 חודשים) **לא מצאו אנשי המשרד לעניינים אסטרטגיים ו/או אנשי משרד החוץ כל מידע על התבטאויות של העותר המבטאות תמיכה בחרם**, אולם מר נקש הבהיר כי עובדה זו "אינה מבטלת את כל פעילותו של הנדון [העותר] לפני מועד זה".

העתק של ההחלטה מיום 7.5.18 מצ"ב ומסומן **נספח 8**

53. ביום 8.5.18 הוציא השר לביטחון פנים, שר ההסברה ושר לנושאים אסטרטגיים, ח"כ גלעד ארדן, הודעה לעיתונות בנוגע להחלטה להרחיק את העותר, ובה נאמר "**נגרום להם [לפעילי חרם] לשלם מחיר על פעילותם כנגד ישראל**".

העתק של ההודעה של השר ארדן מצ"ב ומסומן **נספח 9**

54. החלטה זו עומדת בבסיס עתירה זו.

ג. הטיעון המשפטי

I. <u>הטיעון בקצרה</u>

55. העותרים יטענו שמשניתנה אשרת שהייה ועבודה בישראל לעותר והיתר העסקה לארגון, הנטל הוא על המשיבים להצדיק את שלילתם. לפיכך, יטען כי בעתירה זו המשיבים הם שצריכים לשכנע את בית המשפט הנכבד מדוע זכות קנויה של העותרים נשללה.

56. עוד יטענו העותרים שהסמכות המסורה לשר הפנים בסעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל **ממוקדת בדחיית בקשה לתת אשרה <u>ואינה מסמיכה את השר לשלול אשרה שכבר ניתנה</u>.**

57. במילים אחרות, העותרים יטענו כי התיקון לחוק לא נועד ואינו מאפשר שלילת אשרות וגירוש של אזרחים זרים השוהים בישראל על פי חוק, אלא רק למנוע את כניסתם של זרים שהם מקדמים חרם נגד המדינה. העותרים יטענו שהתבחינים חידדו תכלית זו וצמצמו את תחום החלת החוק לארגונים ופעילים המרכזיים הקוראים לחרם נגד ישראל.

ייטען כי כל פרשנות אחרת לא רק שאינה מתיישבת עם מטרתו של המחוקק בעת כניסת התיקון לתוקף, ואף מהווה חריגה מהסמכות שהמוקנית למשיבים לפי סעיף ד(2) לחוק, אלא שתוביל להפרות חמורות של זכויות אדם של אזרחים זרים וזכויות יסוד של תושבים ואזרחים ישראליים, כפי שיפורט בהמשך.

58. עוד יטענו העותרים שהמוטיבציה העומדת בבסיס ההחלטה איננה השאלה האם העותר אכן תמך וקידם בעברו חרמות אלא <u>השאיפה למנוע מגוף ביקורתי כלפי מדיניות ממשלת ישראל לקיים פעילות תחקירית כאן (בישראל) ובשטחים הכבושים.</u> זוהי מוטיבציה פסולה, והחלטה בהתאם לה היא חסרת תום לב ונגועה בשיקולים זרים, גם על-פי התבחינים שפרסם משרד הפנים והעוסקים ביישום תיקון מס' 28 לחוק הכניסה לישראל (״התבחינים למניעת כניסה לישראל של פעילי חרם״ שפרסמה רשות האוכלוסין וההגירה ביום 24.7.17, עליהם נרחיב בהמשך).

59. העותרים יטענו בנוסף שממילא לא מתקיימים התנאים שקבעו התבחינים שפרסם משרד הפנים בנוגע ליישום התיקון לחוק, באשר העותר אינו עומד בדרישה שהוא תומך ומקדם חרם באופן אקטיבי, עקבי, רציף ומתמשך – <u>שהרי אף אליבא דמשיבים פעילותו (ככל שניתן לראות בה כפעילות חרם) נפסקה עם הצטרפותו לארגון</u> לפני למעלה מ-19 חודשים. לפיכך ההחלטה שסוטה מהתבחינים שביקשו לאזן בין התכלית של התיקון להיאבק בחרמות נגד ישראל והערך הגדול והחשוב של חופש הביטוי הפוליטי, היא החלטה שנוגעה בחוסר סבירות קיצונית.

60. העותרים יטענו עוד כי דינה של החלטת המשיבים להתבטל בהיותה נסמכת על סמכות שנקבעה אמנם בחוק לפני שנה וחצי, אולם חוק זה מפר עקרונות יסוד וזכויות יסוד ועושה זאת במידה שעולה על הנדרש ולפיכך יש לבטלו מחמת פסול חוקתי.

61. העותרים יטענו לחלופין שהפרשנות הנכונה לסמכות שניתנה לשר הפנים בתיקון מס' 28 (ככל שהיא חולשת על שלילת אשרה שניתנה, להבדיל מאי-מתן אשרה מלכתחילה) אינה כוללת מקרים שבהם קריאה להימנעות מקשר כלכלי נובעת מאמונה שקשר כזה מוביל להפרת זכויות אדם קונקרטית ורצון להמנע מסיוע להפרה זו, אלא נועדה למקרים שבהם החרם נועד להפעיל לחץ פוליטי לשינוי מדיניות הממשלה ביחס לסכסוך. לפיכך, יטענו העותרים, המקרה של העותר כלל לא נכנס לגדרי התיקון לחוק.

62. **אגב, המשמעות של עמדת המשיבים שהימנעות העותר מביטויים שהם רואים כ"קריאה לחרם" עם הצטרפותו לארגון - אינה מאיינת את העילה לשלילת אשרה לפי סעיף 2(ד), היא שמצופה מעל ארגון המבקש להעסיק עובדים בישראל לבצע תחקירים מרחיקי לכת <u>אודות ההיסטוריה של הפעילויות וההתבטאויות הפוליטיות</u>**

של מועמדים לעבודה אצלם. מצופה, אם כן, מהארגון העותר, שהוא ארגון זכויות אדם בינלאומי, לבצע תחקיר כאמור ולהימנע מלהעסיק אנשים שהיו שהתבטאו או היו מעורבים בהתבטאויות או בפעילות פוליטיות **בדרכי שלום** בטרם נשכרו לעבודה על-ידו, תחת הצבת הדרישה שהמתקבלים לעבודה יעמדו בכללי הארגון בכל הנוגע להתבטאויות פומביות שלהם מיום תחילת העבודה. זו עמדה בלתי מתקבלת על הדעת ואין ארגון זכויות אדם אחד ראוי לשמו בעולם שיסכים לבצע חקירות כאלה של המועמדים לעבוד אצלו. העותרים יטענו כי לא הוצגה כל ראיה לכך שהעותר לא עמד בדרישה לשים בצד את פעילותו והתבטאויותיו הפוליטיות מן העבר בכדי לייצג את הארגון, שאינו מבטא שום עמדה ביחס לתנועת ה-BDS, באופן הולם. ואכן, המשיבים מכירים בכך שהעותר עשה בדיוק כך ולא קרא לחרם מאז הצטרפותו לארגון בתפקידו הנוכחי.

63. בנוסף, המשמעות של עמדת המשיבים לפיה הימנעות העותר מביטויים שהם רואים כ"קריאה לחרם" עם הצטרפותו לארגון אינה מאיינת את העילה לשלילת אשרה היא פגיעה בחופש העיסוק של הארגון. משמעות של עמדה זו הלכה למעשה היא שהארגון מחויב בעת העסקתו של מועמד כזה או אחר לקבל אך ורק מועמדים אשר בהיסטוריה הפרטית שלהם ובטרם הצטרפותם לארגון עומדים בקווי המדיניות של מדינת ישראל כפי שזו קבעה.

64. העותרים עוד יטענו שלנוכח הנזק העצום שייגרם הן לארגון והן לעותר משלילת האשרה ואי-הארכתה, ובשים לב לכך שהמשיבים מודים שהעותר לא קרא לחרם ב-19 החודשים האחרונים, הרי שההחלטה מושא עתירה זו אינה מידתית באופן חריג.

65. בנוסף העותרים יטענו כי מתקיימים בענייננו של העותר שני חריגים שפורטו בתבחינים – החריג ההומניטארי והחריג המדיני.

66. להלן נפרט את המסגרת המשפטית של טיעוננו והעקרונות הנורמאטיביים שחולשים עליו ולאחר מכן נפרט טענותינו אחת לאחת.

II. <u>המסגרת המשפטית</u>

67. חוק הכניסה לישראל מעניק למשיב מס' 1 את הסמכות להורות על מתן או על סירוב כניסה והנפקת אשרת שהייה לאזרח זר, וכן להורות על הארכת או ביטול רישיון ישיבה שכבר הונפק לאזרח זר השוהה בארץ. עם זאת כמובן שהחלטה זו כפופה לכללי המשפט המינהלי ובין היתר עליה להיות סבירה ומידתית.

68. סעיף 2(ד) לחוק (כפי שתוקן בתיקון מס' 28 לחוק, להלן: "תיקון מס' 28" או "התיקון"), מסמיך את המשיב מס' 1 לסרב לתת אשרה ורישיון ישיבה לאזרח זר במקרה שהוא או הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם, פרסמו ביודעין "קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, או התחייב להשתתף בחרם כאמור". סעיף 2(ה) מאפשר למשיב מס' 1 לחרוג מהאמור בסעיף 2(ד) "מטעמים מיוחדים שירשמו".

וזו לשונם של סעיפים 2(ד) ו-2(ה):

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

69. באשר לסמכות להעניק היתר העסקה לעובד זר בישראל הרי שזו מוסדרת **בחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991** ומקנה למשיב מס' 2 את הסמכות לתת היתרים ולהארכתם. מכוח חוק זה פרסם משרד הפנים את הנוהל.

70. כאמור לעיל, ביום 24.7.17 פרסמה רשות האוכלוסין "תבחינים למניעת כניסה לישראל של פעילי חרם" המגדירים את תנאי היישום של תיקון מס' 28 (להלן: "התבחינים"). לפי התבחינים, עילת חרם לפי סעיף 2(ד) תחול על פעילים רק כאשר אלה נוקטים בפעילות "**ממשית, עקבית ורציפה** לקידום חרמות במסגרת ארגוני הדה-לגיטימציה הבולטים או באופן עצמאי" (ההדגשה שלנו).

71. כדי שהתיקון יחול על ארגון על הארגון לתמוך ולקדם חרמות על ישראל באופן "**אקטיבי, רציף ומתמשך**".

72. עוד קובעים התבחינים, וזאת לגבי ארגונים כך: *"עובדת היותו של ארגון אנטי-ישראלי או פרו-פלסטיני, או היותו בעל אג'נדה ביקורתית כלפי מדיניות ממשלת ישראל, אינה מהווה, כשלעצמה, עילה כדי למנוע כניסה לישראל"*. המשמעות של סעיף זה בתבחינים היא שמניעת כניסה לישראל מתוך מניע של מניעת ביקורת או מניעת פעילות שנתפסת כמנוגדת למדיניות הממשלה – היא פסולה ולא חוקית.

73. בתוך כך מפורטים במסמך התבחינים, כרשימה לא סגורה, גם את "הטעמים המיוחדים שירשמו" ואשר על בסיסם המשיב רשאי לחרוג מהאמור בתיקון מס' 28 וזאת בהתאם לסעיף 2(ה) לחוק הכניסה לישראל. על פי מסמך התבחינים המקרים אשר יצדיקו חריגה מהתיקון הם אותם מקרים בהם מידת הנזק של הסירוב עולה על התועלת. במסמך פירוט של מקרים אשר יכולים לענות על להגדרה זו ובהם הרלבנטיים לענייננו הם: **שיקולים מדיניים ושיקולים הומניטריים**.

העתק התבחינים מצ"ב ומסומן **נספח 10**

74. כרקע נוסף אך רלבנטי למסגרת הנורמטיבית החולשת על הסוגיה שלפנינו, נבקש להזכיר שבית המשפט הגבוה לצדק עסק בשאלת חוקתיות החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם, התשע"א – 2011 ובדעת רוב אישר את הגדרת "חרם על ישראל" ואת הקביעה שקריאה פומבית לחרם כאמור היא עוולה נזיקית. עם זאת בג"צ פסל סעיף שקבע כי ניתן לתבוע ללא הוכחת נזק (בג"ץ 5239/11 **אורי אבנרי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 15.04.2015).

75. לענייננו מה שרלבנטי הוא קביעת בית המשפט הגבוה לצדק שתכליתו המרכזית של החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם היא "הרצון להגן על אזרחי המדינה ותושביה מפני פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית" (פרשת אבנרי נ' הכנסת, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר).

76. בהתאם לתכלית זו (של פגיעה קונקרטית באזרחים מפני פגיעה כלכלית) נקבע כי האיזון הנדרש לשם עמידה בדרישת המידתיות מאפשר הטלת חובת פיצוי על נזק שנגרם אך לא חיוב כספי שאינו מוגבל בנזק קונקרטי מוכח:

> "די בסעיף 2(א) וסעיף 2(ב) – סעיפים אלה פוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש, כאמור, בחופש הביטוי של העותרים, במובן של הטלת חובה לפצות את הניזוקים בעבור הנזק שגרמו. סעיף 2(ג) מפר איזון עדין זה; הוא מגביל באופן ניכר את חופש הביטוי המוקנה לעותרים על-ידי יצירת אפקט מצנן ברמה מוגברת, גם לטעמו של מי שרואה כמוני ביתר מתינות את החשש מהאפקט המצנן, ומנגד הוא מגן על אלה אשר הקריאה להחרימם הופנתה אליהם **אף כאשר לא נגרם להם נזק**. לכאורה ישנו איפוא אמצעי אחר אשר ישרת את המטרה שבא להשיג החוק, ואשר פגיעתו בחופש הביטוי של העותרים תהא פחותה – ודי בכך כדי לקבוע כי סעיף 2(ג) אינו חוקתי".

(פרשת אבנרי נ' הכנסת, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין)

III. ***<u>טענה ראשונה: החלטת המשיבים חורגת מהסמכות המוקנית להם בחוק</u>***

77. לשונו של סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל ברורה: **"לא <u>יינתנו</u> אשרה ורישיון ישיבה**... אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם, פרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל..." (ההדגשה שלנו).

78. על פני ניסוחו, החוק מקנה למשיב מס' 1 סמכות **<u>להימנע מאישור כניסה או ממתן אשרה</u>** לאזרח זר, שאינו תושב קבע או אזרח ישראלי, מהטעמים הנמנים בסעיף. החוק <u>אינו</u> מקנה למשיב את הסמכות לבטל **אשרה או רישיון שכבר הונפקו לאזרח זר ששוהה בישראל באופן חוקי.**

79. אומנם למשיב מס' 1 שיקול דעת רחב לבטל אשרות ורישיונות שכבר הונפקו, זאת לפי סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל. אולם, היסטוריית החקיקה של תיקון מס' 28 והנוסח הסופי של הסעיף מלמדים על כך שמטרת התיקון הייתה **למנוע כניסתם** של אזרחים זרים המקדמים חרם נגד מדינת ישראל וישראלים. ככל שהסעיף הזה מסמיך את המשיבים לאסוף חומרים על התבטאויותיהם של נתינים זרים, הוא מגביל סמכות זו להתבטאויות שנעשו עד למועד הבקשה לקבלת אשרה או רשיון. תיקון מס' 28 אינו מסמיך את המשיבים לנהל מעקב אחרי התבטאויותיהם של אזרחים זרים אשר כבר נכנסו לישראל

80. לעניין זה ראו למשל את פרוטוקול דברי הכנסת מיום 6.3.2017 ובמיוחד דבריו של ח"כ דוד אמסלם (יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה), בקריאה השנייה והשלישית של התיקון. כפי שעולה מדבריו של ח"כ אמסלם, אף שכבר הוקנתה למשיב מס' 1 הסמכות להפעיל את שיקול דעתו ולמנוע **כניסתם** של אזרחים זרים ממגוון עילות, מטרת התיקון היא לחדד בפני המשיב שר הפנים את סמכותו זו, ולמנוע את כניסתם של פעילי חרם נגד ישראל.

81. התבחינים ליישום התיקון, שכותרתם כאמור, "התבחינים **למניעת כניסתה לישראל** של פעילי חרם", אף הם מנוסחים בצורה שמלמדת על מטרה ספציפית ומוגבלת – **והיא למנוע כניסה ולא לבטל אשרות שעודן בתוקף.**

82. ניסוחים ברורים אלו משקפים את הכרתו של המחוקק בכך שישנו הבדל ניכר משמעותי – ובמקרים מסוימים אף גורלי – בין סירוב כניסה לבין ביטול אשרה שניתנה, וזאת הן מבחינת האיזון בין האינטרסים והזכויות העומדים להיפגע כתוצאה מההחלטה, והן מבחינת האופן שבו משקיף המשפט המינהלי על הפעולה. הבחנה זו היא הסיבה שבעוד שאין חובה לקיים שימוע טרם קבלת החלטה לסרב כניסתו של אדם או להנפיק לו רישיון ישיבה, על הרשויות לקיים שימוע טרם קבלת החלטה לבטל אשרה שבתוקף.

83. והדברים ברורים ומתבקשים: מרגע שניתנה אשרה הרי שיש לאזרח הזר זכות והוא מחשב את צעדיו בהתאם לה ויש לו ציפיות לגיטימיות שאשרה זו תכובד. שלילת האשרה היא פגיעה במה שכבר ניתן ולפיכך מהווה זכות.

84. לעניין זה יפות קביעותיו של כבוד השופט שמגר בבג"צ 549/75 <u>סרטי נוח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות</u>, פ"ד ל(1) 757, 764-763 (1976):

> ... כלל גדול הוא, שהודגש ובואר על-ידי בית-משפט זה לא אחת, **כי כאשר רשות שהעניקה רשיון מבקשת לחזור בה מהחלטתה הקודמת ולבטל את הרשיון, חובה עליה לתת תחילה לבעל הרשיון את ההזדמנות להשמיע את טענותיו**, וזאת לאחר שהועמד על כך כי קיימת כוונה לשלול את הרשיון שהוענק כבר. לשון אחרת, כללי הצדק הטבעי מחייבים כי כאשר הרשות עומדת לשלול מאזרח רשיון אותו כבר העניקה לו, תהיה לו ההזדמנות לפרוש בפני הרשות נימוקיו נגד ביטול הרשיון כדי שיהיו בפניה הנימוקים בעד הביטול ונגדו, **לפני הכרעה העלולה להצר צעדיו של האזרח על-ידי <u>שלילת זכות שכבר הוענקה לו.</u> כלל זה מתחייב מן ההגינות ויש לו כמובן גם ערך מעשי: בדרך זו יכולה הרשות להיות מראש מודעת לכך מה המצב שנוצר אחרי הענקת הרשיון ומה הנזק שייגרם עם ביטולו וההחלטה תינתן איפוא על בסיס ידיעה מלאה ולא על-סמך בחינת צד אחד של המטבע בלבד**" (ההדגשות אינן במקור).

85. הפגיעה הפוטנציאלית באזרח (ובעניינו גם בארגון) מביטול אשרה שניתנה (או היתר העסקה שניתן) גבוהה משמעותית מזו של סירוב כניסה (או דחיית בקשה להיתר העסקה), ועל כן הרשות מחויבת לעמוד בדרישות נוספות וברף גבוה יותר בבואה לקבל החלטה לבטל אשרה של אזרח זר השוהה בארץ כדין. כלומר, ניסוח הסעיף לחוק והתבחינים ליישומו מלמד על כך שהמחוקק הבין היטב את המשמעות של ביטול אשרות על רקע פעילות או התבטאות פוליטית אל מול סירוב כניסה או אי-מתן אשרה לאדם

שטרם נכנס לישראל, ונזהר ונמנע מחקיקת חוק אשר לו פוטנציאל להוביל לשלילת מעמדם של מאות או אף אלפי אזרחים זרים המתגוררים בישראל בתוקף היתרים ורישיונות מכוח עבודתם ופרנסתם, בין אם הם עובדי סיעוד, עובדי חקלאות או מומחים; בין אם הם סטודנטים, חוקרים או אמנים, וחמור מאלו: אם הם בני זוג או הורים או ילדים של אזרחים ישראליים או תושבי קבע בישראל. פירוש החוק כחל על כל אלה מנוגד להיסטוריה החקיקתית שלו וגם עלול להוביל להפרה רבתי של זכויות חוקתיות גם של אזרחי ישראל, ביניהן הזכות לחיי משפחה.

86. ואכן הח״מ אינם מכירים אף מקרה אחד מלבד המקרה מושא עתירה זו שבו נשללה מכוח סעיף 2(ד), אשרה של אזרח זר השוהה בישראל כדין, בעוד שבמהלך השנה וחצי האחרונות סורבה כניסתם של זרים רבים בגבולות המדינה לכאורה מכוח התיקון.

87. זאת ועוד: פרשנות אחרת של סעיף 2(ד), המאפשרת שלילת רשיונות ישיבה והיתרי העסקה קיימים וגירוש מהמדינה כל מי שאינו אזרח או תושב קבע שתומך או שאי פעם תמך בחרם נגד המדינה, יוצרת מצב שאותו הדעת אינה סובלת, שהרשויות תוכלנה לערוך תחקירים פוליטיים מהסוג שנעשה כנגד העותר כלפי כל אזרח זר שנמצא בישראל כדין, כהכנה לשלילת מעמדו. הדבר עשוי לצנן את חופש הביטוי בתוך ישראל, שהרי כלל אוכלוסיית הזרים יחששו להתבטא בצורה ביקורתית כלפי הרשויות הישראליות, גם ללא קשר לקריאה לחרם, מחשש כי המשיבים יגרשו אותם מן הארץ כדי להשתיק את הביקורת.

88. **תרחיש אורווליאני זה אינו תיאורתי, שהרי כך פעלו המשיבים בעניינו של העותר.** המשיבים הנפיקו לעותר ולארגון היתר עבודה ואשרת שהייה ובאמצעותם הוא נכנס לישראל והחל לעבוד פה. במסגרת עבודה זו העותר והארגון פרסמו ברבים ביקורת על התנהלותן של הרשויות הישראליות (כמו גם על התנהלותם של הרשות הפלסטינית וחמאס). בתגובה, המשרד לעניינים אסטרטגיים אסף מידע על העותר ועל הארגון, לרבות מעקב אחרי התבטאויותיו של העותר בתוך ישראל. משלא מצא כי העותר עסק בקריאה לחרם מאז כניסתו לתפקיד, החליט המשרד לעניינים אסטרטגיים לחטט בעברו הסטודנטלי ועל סמך עבר זה – המשיבים הורו על גירוש העותר מן הא רץ. פרשנות זו של המשיבים היא הזמנה ל״ציד מכשפות״ כלפי אזרחים זרים הנמצאים בארץ כדין. המחוקק לא הסמיך את המשיבים לפעול כך ואל למשיבים להרחיב את הסמכות שניתנה להם, תוך כרסום המרחב הפתוח שבלעדיו חברה דמוקרטית אינה יכולה להתקיים.

89. אם-כן, עמדת העותרים היא כי משניתנה אשרה ניתן לשלול אותה אך ורק מהטעמים שנקבעו בדין ובפסיקה ולא על יסוד העילה שנקבעה בתיקון לחוק ואשר כוונה לסירוב למתן אשרה ולא לשלילתה.

IV. <u>טענה שניה: החלטת המשיבים נגועה בשיקולים זרים</u>

90. מבחן מרכזי בבחינת סבירות ההחלטה המנהלית הוא בחינת השיקולים אשר הניעו את הגורם המנהלי בעת קבלת החלטתו על מנת לוודא שהיא התקבלה בתום לב וללא שנשקלו שיקולים זרים.

91. במקרה דנן ייטען כי בבסיס ההחלטה של המשיבים זרוע חוסר תום לב קיצוני. ההחלטה המקורית של המשיבים שלא להתיר את היתר העסקה של הארגון מרמז כי **<u>מלכתחילה הכוונה הייתה להכשיל את האפשרות שהארגון יפעל באמצעות נציג כלשהו בישראל ובשטחים הכבושים. זו הייתה המטרה מתחילת הדרך.</u>**

92. בל נשכח שמלכתחילה סירבו המשיבים להעניק לארגון היתר העסקה ותלו זאת <u>בארגון</u> ולא <u>בעותר</u>. לצורך כך הכפישו את שמו של הארגון וטפלו בו שהוא "ארגון פרופגנדה" שמרים את דגל זכויות האדם לשווא. לא פחות!

93. והנה, צירוף מקרים מופלא, לאחר שמהלך זה נכשל, מצאו שבעצן הבעיה טמונה בעותר (בגין התבטאויות ופעילות מן העבר הרחוק, שנעשתה בטרם ניתן היתר ההעסקה ואשרת הישיבה), ולא בארגון. כך הושגה המטרה לשים רגליים לעבודת הארגון באזורנו.

94. העובדה שלאחר שההחלטה למנוע מהארגון היתר העסקה, על ההשתלחות במכוערת בארגון שנכללה בה, יצרה סערה רבתי שאילצה את המשיבים לחזור בהם ולהעניק היתר בניגוד לרצונם, יוצרת את החשד המבוסס שהרצון למנוע מהארגון לפעול כאן היא שעומדת גם ביסוד החלטתם הנוכחית המתמקדת כביכול בעותר. ובכדי לממש את התכלית של מניעת נציגות לארגון בישראל – נאלצו המשיבים לפנות אל ההיסטוריה הרחוקה בביוגרפיה של העותר ולשלוף משם התבטאויות ולפרשן כעומדות בתנאי החוק.

95. בהינתן שני אלו – הניסיון למנוע פעילות של הארגון בישראל בכלל וההיזקקות לעבר הרחוק של העותר מלפני שהחל לעבוד בארגון, מוכיחים כי החלטתם הנוכחית של המשיבים אינה יכולה אלא להתפרש כניסיון להוציא לפועל את ההחלטה המקורית בדרך

עקיפה, דרך העותר. משהניסיון למנוע מהארגון להעסיק נציג כלשהו בישראל, וכינויו של הארגון בכינויי גנאי על-ידי משרד החוץ, גררו גינויים כה רבים, פנו המשיבים להשיג את אותה התוצאה דרך פסילת העותר.

96. **העמדה לפיכך של העותרים היא שהמוטיבציה להחלטה איננה השאלה האם העותר אכן תמך וקידם בעברו חרמות אלא <u>השאיפה למנוע מגוף ביקורתי כלפי מדיניות ממשלת ישראל לקיים פעילות תחקירית כאן ובשטחים הכבושים.</u>**

97. זהו כמובן שיקול פסול וזר כפי שאומרים התבחינים במפורש ("עובדת היותו של ארגון אנטי-ישראלי או פרו-פלסטיני, או היותו בעל אג'נדה ביקורתית כלפי מדיניות ממשלת ישראל, אינה מהווה, כשלעצמה, עילה כדי למנוע כניסה לישראל").

98. המשיבים צריכים להרים נטל כבד מאוד לשכנע שלא כך הדבר ועמדת העותרים תהיה שככל שלא יעמדו בו הרי שההחלטה בטלה בשל אי חוקיות ושיקולים זרים.

V. <u>טענה שלישית: לא מתקיימים תנאי התבחינים</u>

99. בניגוד גמור לאמור בהמלצת המשרד לעניינים אסטרטגיים ולהחלטת המשיב מס' 1, העותר אינו פועל באופן **אקטיבי, רציף, עקבי ומתמשך** לקידום חרם, משיכת השקעות או הטלת סנקציות על ישראל או על ישראלים.

100. כאמור, בהחלטת המשיבים מושא עתירה זו אישרו המשיבים כי "ממועד הצטרפותו [של העותר לארגון] לא עלו נתונים אודות פעילות כאמור". המדובר בתקופה של קרוב לשנתיים ולכן קביעת המשיבים כי למרות זאת ניתן לטעון שהעותר "תומך באופן אקטיבי ומתמשך באסטרטגיה הקוראת לחרם".

101. בכבוד הראוי, <u>ראשית</u> הדרישה בתבחינים היא שהפעילות תהיה בגדר **תמיכה <u>וקידום</u> ממשיים, עקביים ורציפים של חרמות** (ולא "תמיכה באופן אקטיבי ומתמשך באסטרטגיה הקוראת לחרם"). אבל <u>שנית</u> וזה החשוב, <u>הכיצד ניתן לקבל שמי שגם אם נקבל שתמך בחרם לפני שנים וזה כמעט שנתיים אינו מבטא תמיכה זו ואינו קורא לחרם - הוא תומך "אקטיבי" שתמיכתו "מתמשכת" "רציפה" או "עקבית"</u>?

102. המדובר באי-עמידה יסודי בתנאי התבחינים ולפיכך ומטעם זה יש לבטל את החלטת המשיבים.

103. פרשנות אחרת יוצרת אבסורד הפוגע במטרה ובתכלית של התיקון לחוק. היא מביאה לכך שמי שתמך אי פעם בחרמות אין לו שום סיבה להפסיק את פעילותו למען חרם. זו בוודאי לא הייתה כוונת יוזמי החוק וגם לא כוונת מנסחי התבחינים שבמפורש בחרו לכלול שלוש מילים שמבטאות כולן את הרעיון שהפעילות עמה מתמודד הסעיף לא נעצרה: **התמשכות, רציפות, עקביות.**

104. **<u>שלישית</u>, העותרים סבורים עוד כי לנוכח העובדה שהיתר השהייה והעבודה בישראל ניתן לעותר <u>כעובד ונציג הארגון</u> (ולא כתייר או אדם פרטי) הבחינה של פעילותו הייתה צריכה להצטמצם לפעילות במסגרת הארגון וכל פעילותו הישנה מלפני שהתקבל לעבוד בארגון היא חריגה ממסגרת הסמכות ומהווה שיקול זר ופסול.**

105. העותר קיבל ויזה בהתאם וכעניין כרוך בהיתר שניתן **לארגון** כדי להעסיקו. העותר שוהה בישראל לפיכך כ**עובד הארגון ונציגו בישראל**. לאור אלה שיקול הדעת האם לאשרר או לשלול את האשרה אמורה הייתה להתקבל על בסיס <u>בחינה של פעילותו של הארגון ושל מר שאקר כנציגו בלבד</u>. אילו היה העותר מגיע לישראל כתייר ייתכן שלפעילותו כאדם פרטי הייתה רלבנטיות לצורך שאלת השימוש בסמכות שניתנה למשיב 1 במסגרת התיקון. הניסיון לבצע הפרד ומשול בין העותר והארגון הוא מלאכותי לחלוטין.

106. ואשר לארגון ובהקשר של ישראל, כפי שנאמר בחלק העובדתי, הארגון אינו מקדם חרמות, משיכת השקעות ו/או סנקציות. לעותר, כמו לכל חברי צוות הארגון יש השקפות פוליטיות אשר בהן החזיק בטרם החל לעבוד בארגון, אך מרגע שהצטרפו ל-HRW, אנשי הצוות מפרידים בין השקפות אלה לבין עבודתם שבמסגרתה הם רכיב אחד מתוך מכלול ושבו כל תוצר עבודה נבדק על-ידי ארבעה אנשים או יותר בטרם מפורסם. בהתאם, כמו כל עובד אחר העותר מחויב בהתבטאויותיו הציבוריות למדיניות ולעמדות הארגון, ובתוך כך בנוגע לסוגיית החרם, משיכת השקעות והטלת סנקציות בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני כפי שזו הוצגה לעיל.

107. היות ולארגון יש עמדות פומביות שהעותר מחוייב להם, גם בנוגע לסוגיית החרם, הרי שעל המשיב היה לבחון את תחולת סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל במשקפיים של הארגון בלבד ופעילותו של העותר בארגון.

108. המשיבים דחו בהחלטתם טענה זו ולמעשה החלטתו של שר הפנים מבוססת על פעילותו של העותר **בטרם** הצטרף לארגון ורובה מלפני **שנים רבות**. עיון בדו"ח המשרד לעניינים אסטרטגיים אשר הועבר לעותרים מראה כי למעט סוגיית פיפ"א (שהמשיבים אישרו כי יש להתעלם ממנה), כל המידע הכלול בו והנוגע לעותר **עוסק בתקופה שטרם**

מונה לתחקירן של הארגון ונציגו בישראל ובשטחים, וברובו מתייחס לתקופה לפני שנים בה עוד היה סטודנט. פעילות זו, מעבר לעובדה שאין בה ולו אלמנט אחד של אנטי-ישראליות (להבדיל מביקורת של מדיניות ממשלת ישראל) התמקדה בהפרת זכויות אדם הנובעת מהכיבוש, והינה כולה פעילות פוליטית לגיטימית, גלויה ושוחרת שלום.

109. כאמור, עמדת העותרים היא כי ביסוס ההחלטה על הפעילות וההתבטאויות הישנות הן גם שיקול זר באשר היה צריך לבחון את הארגון שהוא כאן כנציגו וגם סטיה מהתבחינים שדורשים "אקטיביות," "התמשכות" ו"רציפות" של הפעילות לקידום חרם.

VI. <u>טענה רביעית: קריאה להימנעות ממעורבות בפגיעה בזכויות אדם אינה קריאה לחרם</u>

110. גם אם נבחן את פעילותו והתבטאויותיו של העותר מלפני שנים ואשר תועדו במסמך המשרד לעניינים אסטרטגיים, הרי שיתברר כי פעילותו של העותר התמקדה בהפרת זכויות אדם הנובעת מהכיבוש, ולפיכך בקריאה להימנעות מקשר כלכלי עם חברות שלראייתו פעילותן גורמת לפגיעה בזכויות אדם.

111. העותרים סבורים שפירוש של התיקון לחוק הכניסה לישראל אשר רואה בקריאה להימנעות מקשר כלכלי שנועד למנוע פגיעה בזכויות אדם כ"חרם על ישראל" שמצדיק מניעת אשרה או ביטול אשרה שניתנה, היא פרשנות שחוטאת לתכלית של החוק ויוצרת פגיעה בלתי מדתית שעולה על הנדרש כדי לקדם את יעדו.

112. כאמור לעיל, התכלית של חוקי מניעת החרם הם להגן על ישראל מפני לחץ כלכלי ותרבותי שנועד לכפות עליה מדיניות כזו או אחרת.

113. הימנעות מתרומה לכלכלה של חברה עסקית או של יישוב בנימוק שתרומה כזו מסייעת להפרת זכויות אדם היא פעולה שמיקודה שונה מזו שחוקי החרם ביקשו למנוע. יש הבדל גדול בין העמדה המצפונית, המוסרית הזו **שמטרתה להימנע ממה שנתפס כשותפות עם הפרת זכויות אדם** ואשר אכן יש בה יש יסוד של **"ביקורת כלפי מדיניות ממשלת ישראל"**, לבין רעיון החרם כאקט שנועד **לפגוע במדינת ישראל.** אם-כך, גם בהתאם למסמך התבחינים, אין עילה לביטול האשרה.

114. זאת ניתן גם לגזור מהקביעות בפרשת אבנרי נ' הכנסת בנוגע לתכלית החוק: "**למנוע פגיעה** במדינת ישראל באמצעות חרם, וכן להגן על אזרחי המדינה מפני פגיעה כלכלית, תרבותית ואקדמית", באמצעות חיוב בפיצוי קונקרטי על נזק ספיציפי בלבד.

115. שלילת האשרה משדרת מסר קשה ביותר לציבור הישראלי ולעולם כולו בנוגע לשאלה האם החברה הישראלית חברה פתוחה לוויכוחים, גם בשאלות רגישות הנוגעות לאופייה של החברה וערכיה; האם היא תאפשר את התנהלותם בפתיחות תוך שמירה קפדנית על הזכות ועל החירות של בעלי דעות שונות להביע עמדות שאינן פופולאריות? שלילת האשרה משמעה שמדינת ישראל אינה סובלנית לקולות ביקורתיים בתחום זכויות האדם והיא מעדיפה השתקתם באיצטלות כאלה ואחרות על-פני התמודדות עניינית עם ביקורתם.

VII. <u>טענה חמישית: התיקון לחוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 28) אינו חוקתי</u>

116. לצד הדברים שנכתבו לעיל, עמדתנו היא כי תיקון מס' 28 ל**חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952** אינו צולח את מבחני החוקתיות ודינו להתבטל. לפיכך, אנו סבורים כי גם אם בית המשפט הנכבד יקבע כי פעילות העותר עונה על תנאי התבחינים והחוק, על בית המשפט להורות על ביטול החלטת המשיבים מפאת היותו של התיקון בלתי חוקתי ופסול.

117. עמדתנו היא שתיקון מספר 28 לחוק הכניסה לישראל מבטא גישה בלתי דמוקרטית בעליל לפיה מדינה רשאית לחסום כניסה של זרים, וחמור מכך כמו בענייננו – הרחקת אזרחים זרים שקיבלו היתר שהייה ועבודה - בשל השקפותיהם הפוליטיות תוך הפרת זכותם לחופש ביטוי, לחופש המצפון, לחירות הפעולה הפוליטית ובהקשרים מסוימים שלא רלבנטיים לתיק זה, אף לחופש דת.

118. סמכות המאפשרת שלילת אשרה כאמור יוצרת פגיעה באנשים בשל עמדתם המצפונית, ובשל ביטוי פוליטי שלהם. המדובר בביטוי ובעמדה שאיננה נכנסת לחריגים הידועים של חופש הביטוי כגון גזענות או הסתה לאלימות. הטלת סנקציה על ביטויים ועמדות מצפוניות כאלו הינה הפרה ברוטאלית של זכויות אדם יסודיות שאין לה תקדים באף חברה דמוקרטית המכבדת את זכויות האדם.

119. בבג"צ <u>אבנרי</u> נקבע אמנם שהתכלית של הגנה על ישראל מפני חרמות היא תכלית ראויה, אך עם-זאת נקבע בנוסף שהסקנציה חייבת להיות מדתית ולפיכך נפסל הסעיף

המאפשר תביעה ללא הוכחת נזק בשל קריאה לחרם. נקבע כי מדובר בסקנציה בלתי מדתית וכי יש להסתפק בפיצוי נזיקי רגיל לניזוקים מהקריאה לחרם.

120. בנוגע לתיקון 28 לחוק הכניסה לישראל, המדובר בקל וחומר: הסנקציה של מניעת כניסה ועוד יותר מכך שלילת אשרה קיימת והרחקת אדם מישראל (אם יתפרש שסעיף 2(ד) מאפשר אף זאת), אינה בגדר פיצוי לאף ניזוק ואינה יכולה להיות מוצדקת בשום פרמטר של מדתיות.

121. בדיוק כשם שהפסיקה הישראלית קבעה באופן ברור שהתרופה כנגד ביטוי שקרי הפוגע בשמו הטוב של אדם ומהווה לשון הרע עליו הוא תביעת נזיקין אך לא מניעה מראש של הביטוי (בפרשה הידועה של ע"א 214/89 **אריה אבנרי נ' אברהם שפירא**, מג(3) 840 (1989)), כך גם בעניינו מניעת הכניסה לישראל ועל אחת כמה וכמה הרחקה מישראל היא סנקציה בלתי מידתית ובעיקר בהנתן חוק החרם. נזכיר כי בפרשת אבנרי נ' שפירא קבע השופט (כתוארו אז) ברק את הדברים החשובים האלה:

> *[...] חופש הביטוי, שהוא תנאי ויסוד לזכויות אדם אחרות, לרבות השם הטוב, ולמשטר הדמוקרטי כולו. טעות, ולו קטנה, בהנחת היסודות עשויה להביא לטעות רבתי ביציבותו של המבנה כולו. מכאן הזהירות הרבה שעלינו לגלות בנושא זה"*

122. בניגוד להגשת תביעה אזרחית על-ידי מי שרואה את עצמו כנפגע אינדיבידואלית מקריאה לחרם, הסנקציה של מניעת כניסה ושלילת אשרה קיימת, אינה מעניקה פיצוי לאף ניזוק אלא נועדה להעניק למדינה כלי להפעלת לחץ על אנשים בשל התבטאויות שאינן נושאות חן בעיניה. אנו סבורים שגם החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם הלך רחוק מדי כשיצר סנקציה נזיקית למי שמתבטאים ופועלים בזירה הפוליטית, אך הפגיעה שם קטנה בהרבה וממוקדת מזו שיוצר התיקון בעניינו, והיא ניתנת בפיקוח בית המשפט.

123. פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דורש שפגיעה חוקתית בחירות, ובעניינו בחירות הביטוי, תיעשה באופן מידתי, לתכלית ראויה ובאופן שאינו עולה על הנדרש. **להבנתנו התיקון לא צולח תנאים אלו.**

124. אין שום דרך לראות בהטלת סנקציה על מי שמבקר את מדיניותה של ממשלת ישראל ואף מי שמחליט להמנע ו/או לתמוך בהימנעות מקשרים כלכליים עם חברות או פרויקטים כאלה ואחרים מסיבות אידאולוגיות / מצפוניות /דתיות – כסנקציה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל. להבנתנו ערכיה של מדינת ישראל הם ערכים של פלורליזם, חופש ביטוי וחירות המצפון והדת. מהו הערך שהסנקציה הזו מקדמת?

125. וגם אם יאמר שמניעת הכניסה / שלילת האשרה הולמת ערכים של מדינת ישראל הרי שהיא עושה זאת באופן בלתי מידתי בעליל. בהכניסו את כל הספקטרום שבין מי שמביע ביקורת בהתנחלות ותמיכה בהימנעות מקשר כלכלי עם פרוייקט זה ועד מי ששולל את זכות קיומה של מדינת ישראל וקורא להשמדתה – לסל אחד – מאבד התיקון מתוקפו החוקתי שכן הוא אינו מידתי.

126. אם כן, אנו סבורים כי התיקון הוא **בלתי חוקתי**, גם אינו משרת **תכלית ראויה ופגיעתו בחופש הביטוי היא באופן מובהק לא מידתית.** מכאן שדינו של התיקון להתבטל ולעבור מן העולם. לפיכך עמדתנו היא שעל המשיב מס' 1 להימנע מלהפעיל את שיקול הדעת שכביכול מסור לו על-פי התיקון לחוק, שכן הפעלת הסמכות נגועה באי-חוקתיות גלויה וחמורה.

VIII. <u>טענה שישית: אי סבירות קיצונית והיעדר מידתיות</u>

127. העותרים יטענו כי החלטת המשיבים נגועה בחוסר סבירות קיצונית שכן שיקולים שלא היה מקום לשקול נשקלו ושיקולים שהיה מקום לשקול לא קיבלו את משקלם הראוי או לא נשקלו כלל.

128. **<u>אי-סבירות הנובעת מאי-עמידה בתנאים הקבועים בתבחינים:</u>** העותרים מניחים שהתבחינים ביקשו לתרגם את העילה הקבועה בחוק ולצקת לה תוכן שיבטא איזון בין האינטרסים והשיקולים השונים הנוגעים למניעת כניסה לישראל על רקע פוליטי. אי-עמידה בתנאי התבחינים, אם כך, היא סטייה שמשמעותה שנגע של אי-סבירות קיצונית דבק בהחלטה, זאת **גם אליבא דמשיב מס' 1 שאישר את התבחינים.** כפי שהעותרים טענו לעיל אין בפעילותו של העותר נקיטה בפעילות "**ממשית, עקבית ורציפה** לקידום חרמות" ומשכך החלטת המשיבים מהווה סטייה מהתבחינים ובכך מהווה החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני.

129. **<u>החלטת המשיבים אינה מידתית:</u>** בבחננו את מידתיות ההחלטה, יסוד ממבחן המידתיות קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית. חומרת הפגיעה הן בעותר והן בארגון, כפי שתוארה לעיל, ובשים לב לכך שאין טענה כי העותר קידם חרמות מאז החל לעבוד בארגון, הופכות את ההחלטה לבלתי מידתית.

130. טענת המשיבים כי באפשרות הארגון להגיש בקשה חדשה להעסקת מומחה אחר לאו טענה היא. אם העותר יורחק הרי שעבודה עצומה תרד לטמיון ויעברו חודשים רבים

ואולי אף יותר עד שאפשר יהיה למצוא מחליף שגם יהיה בעל הכישורים המתאימים ועד שישלים את הדרוש כדי לקחת על עצמו את התפקיד. המדובר בעבודה של שלוש שנים שתרד לטמיון, עבודה הכרוכה בהשקעת משאבים עצומים מצד הארגון. הארגון החל בתהליך חיפוש אחר מעומד ראוי לתפקיד העותר כבר במאי 2015, הארגון השקיע 31 חודשים בהכשרה של העותר, כאשר זה כולל תקופת עבודה קודמת של שנה כעמית בעל מלגה במצרים.

131. הארגון רואה חשיבות רבה ביותר כי העותר הוא זה שימשיך בתפקיד זה כחוקר של הארגון וכנציג בישראל וזאת לאור בין היתר, מערכות היחסים שהעותר יצר, הידע שרכש, והעבודה המשמעותית בה הוא מתעסק כיום. הארגון השקיע משאבים עצומים בהכשרתו של העותר. הפגיעה בארגון בכך שלעותר לא יותר להמשיך את תפקידו באזור הינה פגיעה בלתי מידתית וחמורה ומשמעותה השהיית הפעילות של הארגון באזור. מדינת ישראל אינה המדינה הראשונה למנוע כניסה ולהורות על גירוש עבור נציגי הארגון, לרוב לאחר שהארגון השמיע ביקורת על השלטונות. כך פעלו גם שלטונות **צפון קוריאה, קובה, ונצואלה, סודאן ואוזבקיסטאן.** בכך מדינות אלה הכריחו את הארגון להסית משאבים מתחקיריו ודיווחיו על הפרות זכויות אדם במדינות אלה ולהתמודד עם הצעדים שננקטו נגד נציגיו – וכך המשיבים עשו בענייננו של העותר.

132. העותרים יטענו כי הפגיעה אינה מסתכמת בארגון המדובר בפגיעה ישירה וחמורה גם בעותר עצמו. העותר העתיק את חייו לישראל בשביל תפקידו בארגון, זהו מקום מגוריו במשך למעלה משנה, הוא יצר קשרים מקצועיים ואישיים וייצר לעצמו פה חיים.

133. העותרים יטענו כי באיזון בין הפגיעה החמורה בעותר ובפעילות הארגון כפועל יוצא מהחלטתם של המשיבים לבין הסיכון האפשרי הגלום בהימצאותו של העותר באזור, החלטה מושא עתירה זו הינה בלתי מידתית. כפי שנטען לעיל העותרים והמשיבים מסכימים שניהם כי העותר אינו נוקט בפעילות "ממשית, עקבית ורציפה" לקידום חרמות, לכל הפחות החל מאוקטובר 2016, עם הצטרפותו לארגון. על כן דומה ששלילת ההיתר הינה כלי ענישתי, שהרי אין טענה לחשש לפעילות המקדמת חרם אשר מתקיימת בעת זו. כך גם ניתן לראות בהתבטאותו של השר לביטחון פנים, שר ההסברה ושר לנושאים אסטרטגיים, גלעד ארדן, אשר תחת משרד יצא הדו"ח אודות העותר. ביום 8.5.18 עם פרסום הידיעה שיחרר השר את תגובתו להחלטה מושא עתירה זו ואמר בכל הנוגע לפעילי חרם "נגרום להם לשלם מחיר על פעילותם כנגד ישראל" (נספח מס' 8).

134. אם כן באיזון בין הפגיעה והשבתת הפעילות של הארגון באזור והפגיעה הקונקרטית בעותר אל מול מטרת ההחלטה האמיתית, מניעת פעילות הארגון באזור וענישת

העותר, אין החלטה זו צולחת את מבחני המידתיות. אף אם יקבלו העותרים את הטענה כי מטרת המשיבים אינה ענישתית, הרי משאין המשיבים טוענים כי כיום קיימת בפעילות העותר קידום חרם, גם בקונסטלציה זו אין ההחלטה צולחת את מבחני המידתיות.

IX. <u>טענה שביעית: התקיימות של החריג ההומניטרי</u>

135. פעילותו של העותר, כמו גם פעילות הארגון שהוא עובדו ונציגו, נועדה לסייע לקרבנות של הפרת זכויות אדם.

136. כפי שפורט לעיל התבחינים מפרטים שהחריג לסמכות למנוע כניסה (ולשלול היתר שהייה) כולל גם טעם הומניטארי.

137. פעילות לחיזוק ביצור והגנה על זכויות אדם הוא טעם הומניטארי קלאסי. היא מצדיקה סטייה מהכלל שמבטא סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל וזאת לנוכח החשיבות שאמור המשפט הישראלי לייחס לזכויות האדם.

138. העותרים יטענו לפיכך שמתקיים חריג זה.

X. <u>טענה שמינית: התקיימות החריג בדבר שיקול מדיני</u>

139. לחלופי-חילופין, יטענו העותרים כי מתקיים החריג שגם הוא מצויין בתבחינים, בדבר צורך מדיני להתיר את שהיית העותר בישראל.

140. ביטול האשרה והיתר העבודה של העותר וכפועל יוצא מכך ביטול היתר העסקה של הארגון משמעה פגיעה קשה חמורה ובלתי הפיכה בעקרונות דמוקרטיים יסודיים של הקניית חירות למבקרי מדיניות הממשלה ובראש ובראשונה למי שתפקידם ולשליחותם המקצועית מערבת ביקורת השלטון, כגון עיתונאים או ארגוני זכויות אדם, לפעול ולהביע את דעתם.

141. ההחלטה לשלול את ההיתרים מהארגון ומהעותר מעמידה את ישראל בשורה אחת עם מדינות ספורות שנקטו בדרך זו ומנעו את כניסתם של נציגי הארגון כגון קובה, סודן, וצפון קוריאה. מועדון שספק אם ישראל מעוניינת להיות חברה בו.

142. אין ספק שהדבר מתקבל בעולם כניסיון להצר את צעדיו של הארגון ולא של העותר בלבד ולפיכך ההשפעה והנזק שכבר נגרמו ועוד יגרמו למדינת ישראל בעקבות החלטה זו רבה מאוד. האפקט שיש להחלטה זו ניכר מהדיווחים העיתונאיים. כך גם קבע משרד החוץ בחוות-דעתו שהוזכרה בהמלצת המשרד לעניינים אסטרטגיים, לפיה ביטול היתר

העבודה **של העותר** תגרום לנזק משמעותי למדינת ישראל, נזק שאפשר וראוי להימנע ממנו. זאת, ככל הנראה לאור הבנת משרד החוץ כי הארגון הינו אחד מארגוני זכויות האדם הגדולים, הוותיקים והחשובים הפועלים כיום בעולם וכי ביטול אשרת היתר העבודה של העותר, כנציג של הארגון, משליכה באופן ישיר על הארגון.

143. לאור זאת, כך הבינו כנראה גם במשרד החוץ, הנזק שיגרם בעקבות ההחלטה לישראל יהיה עצום. זאת לאור התובנה של כל מי ששומע על ההחלטה שהיא אינה נוגעת רק לעותר וגם לא נועדה להצר רק את צעדיו-שלו, אלא בראש ובראשונה להצר את צעדיו של הארגון. תובנה זו יוצרת לישראל דימוי של מדינה שאינה מסוגלת להתמודד עם ביקורת של ארגון זכויות אדם מרכזי, דבר שמתאים למדינות שאינן דמקורטיות ושבהן יש מחיר לביקורת. תובנה שהמשיבים הצליחו להפנים כשחזרו בהם מדחיית מתן היתר ההעסקה לארגון, אך אינם מצליחים להפנים כעת ואולי מפנימים אך בשל לחץ פוליטי מעדיפים להקריב את האינטרס של המדינה.

ד. סוף דבר

144. לאור כל האמור לעיל, מתבקש המשפט הנכבד להורות כאמור בפתח עתירה זו למשיבים להתייצב ולתת טעם מדוע לא תבוטל החלטת המשיב 1 לשלול את היתר השהייה של העותר ומדוע לא תבוטל החלטת המשיבים שלא להאריך את היתר העסקה שניתן לארגון כדי להעסיק בישראל את העותר.

145. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות המשפט של העותר וכן בשכ"ט עורכי דינו בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: 16/5/18

_____ _____

_____

מיכאל ספרד, עו"ד אמילי שפר עומר-מן, עו"ד סופיה ברודסקי, עו"ד

ב"כ העותרים