

1. [redacted], ת.ז. [redacted]
2. [redacted], ת.ז. [redacted], יליד 2012
3. [redacted], ת.ז. [redacted], יליד 2016

ע"י ב"כ עוה"ד סיגי בן ארי; אסנת כהן ליפשיץ;
מוריה פרידמן שריר; מונא חדאד מ"גישה -
מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב, 6777008
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130
דוא"ל: info@gisha.org

העותרים

- נגד -

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. מנהלת תיאום וקישור לרצועת עזה
3. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (מינהלי)
רחוב מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים.
ת.ד. 49333, מיקוד: 9149301.
טלפון: 02-5419555; פקס: 02-6468053
דוא"ל: DA-JER-civil@justice.gov.il

המשיבים

עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה מינהלית במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים **לאשר את בקשת העותרת ושני בניה שמענם רשום בגדה המערבית, לעבור מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע.**

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.

העתירה נתמכת בתצהיר העותרת שנחתם בפני עורך דין ברצועת עזה ונשלח לח"מ, לאחר תיאום טלפוני. בשל הקושי בקיום מפגשים בין העותרת לבין ב"כ, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את התצהיר ואת ייפוי הכוח שנחתמו ונשלחו בפקס.

ואלו נימוקי העתירה:

סמכות עניינית

ביום 20.1.2019 ניתן פס"ד משלים בבג"ץ 8856/18 פלונית ואח' נ' שר הביטחון ואח' הקובע כי בהתאם בהתאם לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים (תיקון מס' 117) התשע"ח-2018 (ס' 5 לחוק ופרט 3א לתוספת הרביעית) "לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים מסורה הסמכות לדון בעתירות שעניינן מעבר מרצועת עזה לאזור דרך ישראל". בהתאם לכך, מוגשת העתירה דן לבית משפט נכבד זה.

הצדדים

1. **העותרת 1**, פלסטינית ילידת 1993, מענה רשום במרשם האוכלוסין הוא בגדה המערבית והיא מתגוררת ברצועת עזה. **העותרים 2-3** הם בניה הקטינים שגם כתובתם רשומה בגדה המערבית.
2. **המשיב 1** (להלן: **המתפ"ש**), הינו האחראי על יישום המדיניות האזרחית בשטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה, ואמון על תיאום וקישור מול האוכלוסייה הפלסטינית ברצועת עזה.
3. **המשיב 2** (להלן: **מת"ק עזה** או **המשיב**) הוא הממונה על יישום המדיניות האזרחית של ממשלת ישראל ברצועת עזה, לרבות הנפקת היתרי כניסה לרצועת עזה עבור אזרחי ישראל, וכפוף למשיב 2.
4. **המשיב 3** הוא המפקד הצבאי של אזור הגדה המערבית מכח כללי המשפט הבינלאומי.

תקציר העובדות ומיצוי ההליכים

5. העותרת 1 (להלן: **העותרת** או: **האם**), נולדה בעזה בשנת 1993 ועברה עם הוריה ומשפחתה לגדה בשנת 1999, בהיותה בת 6. מענם של בני המשפחה, כולל מענה שלה, נרשם בגדה. בשנת 2011, נישאה לתושב פלסטיני מעזה ועברה להתגורר עימו ברצועה. לשניים נולדו 2 בנים, הם העותרים 2-3 (להלן: **הילדים** או: **הבנים**). כתובתם של הילדים נרשמה בגדה, ככתובת אימם. במהלך השנים ביקרה העותרת את משפחתה בגדה פעמיים; בשנת 2013 ובשנת 2015.

העתק ת"ז העותרת ותעודות הלידה של הילדים מצ"ב ומסומן ע/1.

6. בעלה של העותרת, מר [REDACTED], ת.ז. [REDACTED], הוא חקלאי המגדל עופות ומפרנס את משפחתו בדוחק רב. בשל המצב הקשה, החליטה המשפחה כי העותרת וילדיה יעברו למגורי קבע בגדה, יגורו אצל הורי העותרת ויתמכו על ידם.

7. לראשונה פנתה העותרת למשיב ביום 24.2.2019, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, בבקשה לעבור לגדה עם ילדיה לצורך מגורי קבע. משלא נענה, פנתה עמותת "גישה" בשמה למשיב ביום 2.4.2019 וביקשה לקבל מענה סופי לבקשה. ביום 7.5.2019 התקבל מענה המשיב ועל פיו הבקשה מסורבת "מטעמים ביטחוניים שמטבע הדברים לא ניתן לחשפם" וכי **ההחלטה תקפה עד ליום 26.7.2019**.

העתק מכתב "גישה" מיום 2.4.2019 ותשובת המשיב מיום 7.5.2019 מצ"ב ומסומן ע/2.

8. ביום 7.7.2019, בסמוך לתום תוקפה של המניעה הביטחונית, פנתה העותרת שוב למשיב, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, בבקשה לעבור לגדה עם ילדיה לצורך מגורי קבע. משלא נענה, פנתה שוב עמותת "גישה" בשמה למשיב ביום 28.10.2019 וביקשה לקבל מענה סופי לבקשה. 21.11.2019 התקבל מענה המשיב ועל פיו הבקשה מסורבת "מטעמים ביטחוניים שמטבע הדברים לא ניתן לחשפם".

העתק מכתב "גישה" מיום 28.10.2019 ותשובת המשיב מיום 21.11.2019 מצ"ב ומסומן ע/3.

9. נוכח הסירוב לבקשת העותרת מוגשת עתירה זו.

הטיעון המשפטי

10. סירוב המשיבים לאפשר לעותרת ולילדיה שמענם רשום בגדה, לממש את זכותה לעבור ולהתגורר בגדה למרות עמידתה בקריטריונים של מעבר מעזה לגדה שקבעו המשיבים, ניתן ללא נימוק וללא פירוט ומבלי שנערך לעותרת תחקור ביטחוני המציג בפניה את הטענות והראיות נגדה ומעניק לה הזדמנות להשיב. התנהלות זו של המשיבים מהווה הפרה בוטה של עקרונות המשפט המינהלי ופוגע באופן בלתי סביר ובלתי מידתי בזכויות העותרת וילדיה לחופש תנועה, פרנסה ואוטונומיה אישית. מכל הסיבות הללו, ולאור הפגיעה הקשה בזכויות העותרת, מדובר בהחלטה מנהלית פגומה שדינה בטלות.

המסגרת הנורמטיבית

11. בהתאם לדין הבינלאומי זכותו של תושב פלסטיני שכתובתו רשומה בגדה, לשוב לשטחי הגדה המערבית.

12. כניסתם לישראל של תושבים פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה לצורך מעבר לגדה המערבית טעונה היתר מטעם המשיב בהתאם להסמכה לפי צו הכניסה לישראל (פטור תושבי רצועת עזה) תשס"ה-2005, ובהתאם לסמכויות מפקד האזור לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003. למותר לציין כי כניסתו לגדה המערבית של מי שמענו רשום בה, אינה דורשת כל היתר.

13. עם עלייתו של שלטון החמאס ברצועת עזה, בחודש יוני 2007, נקבע בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 19.9.2007 כי לצד הגבלות נוספות, תוטל מגבלה על תנועת אנשים בתוך שטח מדינת ישראל מן הרצועה ואליה. ממועד זה ואילך, יציאתם של תושבים פלסטינים מרצועת עזה לגדה המערבית, מותנית בעמידה בקריטריונים שנקבעו בשני מסמכי מדיניות כלליים-מסמך משרד הביטחון שכתרתו "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" משנת 2011 (להלן: **מסמך המדיניות**) ומסמך המתפ"ש ששמו "סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל" (להלן: **סטטוס הרשאות**). סטטוס ההרשאות מתעדכן מעת לעת ואמור לשקף איזון בין צרכי הביטחוניים של ישראל ובין חובותיה המשפטיות כלפי תושבי הגדה והרצועה כאחד.

למסמך המדיניות:

http://www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/procedures/entering_and_exiting_gaza/03.pdf

<http://www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/procedures/general/50.pdf>

14. המשיב 2 הוא הגוף האמון על קבלה ובחינה של בקשותיהם של תושבי רצועת עזה להיתרים שונים, וכן על מתן החלטות בבקשות- בין אם לחיוב או לשלילה. במסגרת הטיפול בבקשה פונה המשיב 2 לקבלת חוות דעתם של גורמים מקצועיים הרלוונטיים לבקשה וכן בוחן את עמדת גורמי הביטחון, ולאחר קבלת עמדתם, הוא מקבל החלטה בבקשה.

15. עוד יצוין, כי מדינת ישראל ובית המשפט הנכבד הכירו בחובותיה של ישראל לאפשר מעבר של תושבים פלסטינים מרצועת עזה לשטח ישראל ולגדה או לחו"ל, ולו במקרים חריגים והומניטאריים. זאת, נוכח מידת שליטתה של ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה והתלות של תושבים מהרצועה בישראל, שנוצרה עקב שנות הכיבוש הארוכות (בג"צ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה 30.1.2008). כאמור, חובותיה ההומניטריות של ישראל כלפי תושבים פלסטיניים המתגוררים בעזה, כפי שאלו נתפסות על ידה, מוזכרות במסמך המדיניות ובסטטוס ההרשאות.

העותרת עומדת בקריטריון לחזרה לגדה המערבית

16. במסמך המדיניות העוסק כאמור בתנועה בין ישראל לרצועת עזה, נקבע כי אחד המקרים המאפשר כניסה לישראל הוא "כניסת פלסטינים שמענם הרשום באיו"ש לישראל לצורך חזרתם לאיו"ש - מקום בו המעבר לרצועה נעשה על דעתה של מדינת ישראל ובתיאום עמה, ומבלי שהוגבלה חזרתם לאזור דרך ישראל" (ס' 12 לחלק א במסמך). קריטריון זה בלשון זהה, מופיע גם בסעיף 2ט לפרק ג' לסטאטוס ההרשאות המפרט את הקריטריונים לכניסת פלסטינים לישראל לצורך מעבר בין הגדה המערבית ורצועת עזה.

העתק החלק הרלוונטי במסמך המדיניות מצ"ב ומסומן ע/4.

העתק החלק הרלוונטי בסטטוס ההרשאות מצ"ב ומסומן ע/5.

17. הנפקת היתר לצורך חזרה לאיו"ש נעשית לפי "נוהל הנפקת היתרים עבור תושבי איו"ש הנמצאים ברצועת עזה" (נוהל המתפ"ש מחודש ספטמבר 2016).

העתק נוהל הנפקת היתרים לתושבי איו"ש הנמצאים ברצועת עזה מצורף ומסומן ע/6.

18. העותרת וילדיה אם כן עומדים בתנאי מדיניות התנועות של המשיבים לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית: מענם רשום בגדה המערבית והם לא נכנסו לעזה שלא "על דעתה של מדינת ישראל ובתיאום איתה".

חובת המשיבים לבסס את הסירוב הביטחוני

19. העותרת היא אם ואישה נורמטיבית. היא מבקשת להבטיח את עתיד ילדיה באמצעות מימוש זכותה לעבור ולהתגורר עימם בגדה המערבית. העותרת לא זומנה לתחקיר בטחוני מעולם ולא הועלו כלפיה חשדות או אישומים. אין לה כל מושג מה לכאורה בפעולתה פגום ופסול עד כדי כך שהמשיבים מונעים את מעברה החד יומי בישראל עם ילדיה לצורך מגורים בגדה. כך

שלפחות על פניו, נראה כי הסירוב לבקשה אינו מתבסס על תשתית עובדתית המספיקה לביסוס הפגיעה הקשה בעותרת ובילדיה.

20. הלכה היא כי לא די בכך שתהיינה בפני הרשות המנהלית ראיות המאששות על פי תוכן את מסקנותיה. אם קיימת פגיעה בזכויות יסוד - בענייננו מדובר כאמור בפגיעה בזכות לחופש תנועה, בזכות לאוטונומיה אישית ובזכות לפרנסה בכבוד - הראיות צריכות להיות **ברורות, מהימנות, חד משמעיות שאינן מותרות מקום לספק** כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה (בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, עמ' 327,). **כגודל הזכות העלולה להיפגע, כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת:**

על הרשות המינהלית לפעול על סמך ראיות מינהליות, שגם אם אינן קבילות בבית משפט, הרי שהן ברורות ומשכנעות. **ככל שעוצמת הפגיעה בזכות האדם גדולה יותר כך נדרשת רמת שכנוע גבוהה יותר, בהתבסס על הראיות שבפני הרשות, כדי להצדיק את החלטתה.** יש שהזכויות נפגעות לא על יסוד עובדות גלויות, שאפשר להתמודד אתן, אלא על יסוד חומר חסוי. האמצעי המינהלי שנגקט לפי הפקודה מחייב פיקוח שיפוטי אפקטיבי. יש לבחון את המידע והראיות שמציגים גורמי המשטרה בצורה זהירה וקפדנית. **יש לזכור כי במקרים רבים נמנעת מן האדם עצמו האפשרות להתמודד עם חומר הראיות המינהלי שקיים נגדו, דבר המחייב נקיטה במשנה זהירות בבחינת החומר** (בג"ץ 951/06 שטיין נ' רב ניצב קראדי, פורסם בנבו, פסקה 21 לפס"ד מיום 30.4.2006

וראה גם: ע"ב 2/84 משה ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו), עמ' 251 ובג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים, (פורסם בנבו) פס' 17.

21. למעלה מכך, חשוב להבהיר כי הסירוב הביטחוני לבקשת העותרת מהווה חלק ממגמה גורפת של סירובים ביטחוניים ועל כן עולה חשש כי הסירוב לבקשת העותרת נבע ממדיניות ההחמרה הכללית ולא ממניעה קונקרטיה הנובעת מהעותרת עצמה. לחילופין, יתכן גם כי מדיניות ההחמרה הביטחונית הביאה להענקת משקל יתר לטענות הביטחוניות ולאי מתן משקל ראוי לנסיבות ההומניטאריות. בהקשר זה יוזכר כי הלכה היא כי פגיעה בזכות יסוד, כגון חופש התנועה, פרנסה והזכות לחירות לאוטונומיה אישית, תהיה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית (ראו בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית (פורסם בנבו)).

22. בהקשר זה יצוין כי בלא מעט עתירות דומות, אשר הוגשו לבית משפט נכבד זה, הוסרה המניעה הביטחונית לאחר שהעותר זומן לתחקור בעקבות הגשת העתירה וניתן לו היתר לחזור לגדה.

המשיבים הפרו את חובת הנמקה ושללו מהעותרת את זכות הטיעון

23. אינדיקציה נוספת להיעדרו של בסיס מספק לסירוב הביטחוני היא שהחלטת הסירוב ניתנה ללא כל הנמקה ולא ניתנה אף לא פראפרזה לעניין מהות הסירוב הביטחוני. לא זו בלבד שהיעדר הנמקה מערער את בסיס הסירוב, אלא שהתנהלות זו של המשיבים חורגת מעקרונות

יסוד של מנהל תקין המחייבים רשות מנהלית לנמק את החלטותיה ולנהוג בהגינות מרבית כלפי הפונה אליה כפי שיפורט בהמשך. במובן המעשי, סירוב לא מנומק, לא מאפשר לעותרת להתמודד באופן מהותי עם החלטת הרשות ולממש את זכות הטיעון שלה, שהיא חלק מכללי הצדק הטבעי, והיא נותרת חסרת אוניס מול כוחה חורף הגורלות.

24. חובה ההנמקה, הקבועה בחוק חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, היא חובה כללית ומקיפה החלה על כל רשויות המינהל, בכל פן של עבודתן. היא מחייבת גם את הרשויות הפועלות מול תושבים שאינם אזרחי המדינה, כדוגמת התושבים הפלסטינים.

25. גם כאשר היקף ההנמקה מוגבל מטעמי ביטחון, אין בכך כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט:

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון 'הכותרת של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנידון. דהיינו, **בהודעה בנוסח 'בקשתך נדחתה מטעמי ביטחון' – לא סגי (יואב דותן, "חובת ההנקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", מחקרי משפט יט, 1 (תשסב) 5-6, עמ' 37).**

26. **בית המשפט העליון עמד על חובת המשיבים לנמק את החלטותיהם לסרב בקשות כניסה של פלסטינים לישראל בכלל ובמקרים בהם הסירוב מבוסס על טעמים ביטחוניים בפרט.** ר' למשל עע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' חסין געאביץ**, פס' ל"א (פורסם בנבו, 11.8.2009):

...ברי כי במקרים רבים חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג, אותו לא ניתן לחשוף בפני המבקשים... במקרים אלו **דרוש מאמץ ליצירת פרפרזות של החומר, תוך פירוט ככל הניתן, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות. בהתמודדות הפרט עם הרשות יחסי הכוחות לעולם אינם שקולים, אך במקרים אלה, כשהחומר בעניין המבקש נסתר מעיניו, נכון הדבר ביתר שאת, ויש לשאוף ולצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש.**

זאת ועוד:

כאשר המדינה מנמקת את עמדתה לשיעורין, ונוקטת תחילה בניסוח לאקוני ו"מקודד", קיים קושי לומר שהגשת עתירה לבית משפט זה אינה מוצדקת... **לעולם עומדת לאדם הזכות לקבל תשובה מנומקת ככל האפשר בעניינו האינדיבידואלי, הכול כמובן בהתחשב בנסיבות העניין ובמגבלות הנדרשות, כך שיוכל לכלכל את צעדיו...** (בג"ץ 10329/09 **ד"ר גאנדי מנאצרה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 07.04.2010) (ההדגשה אינה במקור); ר' גם יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב', 1285 (מהדורה שנייה, 2010)).

27. למרות הקביעות החוזרות ונשנות אודות חובת הרשות להציג פראפרזה רחבה ככל הניתן חוזרים המשיבים על משפט קבוע – "טעמים ביטחוניים שמטבע הדברים לא ניתן לפרטם"

וחוטאים שוב ושוב לחובתם לנמק את החלטותיהם. לרוב, גם לאחר הגשת העתירה, לא נעשה דיי מאמץ לספק לעותרים פראפרזה רחבה ככל הניתן. במקרה זה לא ניתן כל הסבר כיצד ומדוע חודשה המניעה שהמשיבים הודיעו שתוקפה יפוג ביום 26.7.2019.

28. במקרים רבים ממלאים בתי המשפט את תפקידם של המשיבים, ולאחר העיון בחומר החסוי מספקים פראפרזה רחבה יותר, כזו שהיה על המשיבים להציג מראש. כך למשל בעת"מ 1917-07-19 דרה נ' מתפ"ש, נמסר בכתב התגובה כי לעותרת קשר עם גורמי טרור ותו לא. לאחר שעייין כבי' השופט סובל בחומר החסוי נמסרו לעותרים פרטים רבים יותר אודות החומר הביטחוני המיוחס לעותרת ובכלל זאת אופי הקשר לגורמי טרור, מידת מהימנותו ואמינותו, מהות החשש למעברה לגדה, הסיבה לשינוי ההערכה הביטחונית בעניינה של העותרת, הגורם שקיבל את ההחלטה והעובדה שלא נחשף לחומר הביטחוני.

העתק הפרוטוקול וההחלטה בעת"מ 1917-07-09 סמירה דרה נ' מתפ"ש מיום 7.7.2019 מצ"ב ומסומן ע/7.

29. באי מילוי חובת ההנמקה, שללו המשיבים מהעותרת גם את זכות הטיעון הנתונה לה. זכות הטיעון קנויה לכל אדם שהמדינה מקבלת בעניינו החלטה הפוגעת בזכויותיו ובכלל זאת תושבים פלסטיניים כדוגמת העותרת. בבג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 30.7.2007) נאמר מפי הנשיאה דאז בייניש:

עקרון יסוד מושרש בשיטתנו המשפטית הינו כי רשות מנהלית תימנע מהחלטה הפוגעת בזכויותיו ובמעמדו של אדם, אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות הוגנת ונאותה להביא טענותיו בעניין (פסי' 9).

30. החובה לתת הנמקה מפורטת על מנת שתמומש זכות השימוע של מי שנפגע ממנה, נכונה אף כשמדובר בהנמקה שבבסיסה עומד חומר ביטחוני-מודיעיני. יפים לעניין זה דברי כבי' השופט רובינשטיין, בעע"מ 1038/08 מדינת ישראל נגד חסין געאביץ, (11.8.2009) (להלן: בג"ץ געאביץ): לעיל:

המדינה טענה, כאמור, כי במקרים כגון אלה נשוא ענייננו אין טעם של ממש בעריכת שימוע, כיון שהמבקש אינו יכול להיחשף למידע המודיעיני, ולכן יסתפק בהכחשה גורפת של החומר. לטעמי אין לקבל טענה זו; קביעה מקדימה מצד הרשות בשאלה האם יש לאדם מה לטעון כל עיקר, שומטת את הקרקע מתחת לעקרון השימוע. תכלית השימוע היא השמעת עמדה בפני הרשות ללא שזו קבעה דעה קדומה או מגובשת, כך שאין בידי הרשות לקבוע מראש באילו מקרים השימוע הוא חסר טעם. " (פסקה כ"ב לפס"ד).

31. אי קיומו של תחקור ביטחוני לעותרת בו תינתן לה הזדמנות להתגונן בפני הטענות כלפיה, משמעו גם הפרה בוטה של זכות הטיעון שלה וחובת השימוע בה חבים המשיבים. שהרי, התחקור הביטחוני מהווה פלטפורמה להצגת המידע הביטחוני שנצבר כנגד התושב ולמתן הזדמנות לו להשמיע את טענותיו ולנסות להפריך את המידע שהוצג בפניו. יצוין כי מנסיונה של עמותת גישה, פעמים רבות, לאחר תחקור ביטחוני, מוסרת המניעה כנגד התושב.

32. בנסיבות שבהן לא רק שלא התקיים תחקור אלא שהחלטה עצמה, לא כללה שום פירוט באשר למהות המניעה הביטחונית אלא רק משפט קבוע שאין בו דבר – "טעמים ביטחוניים שמטבע הדברים לא ניתן לחשפם" - עסקינן בהפרה חמורה במיוחד של חובת השימוע של המשיבים. עוד יצויין כי אף לו היה נערך לעותרת שימוע, הרי ששלא הנמקה מפורטת ככל הניתן, לא היו המשיבים עומדים בחובתם:

על הליך השימוע לבוא לאחר הודעה מפורטת ככל הניתן בדבר הסיבה שבגינה נשקלת דחיית הבקשה, על מנת שיוכלו המבקשים להכין את עצמם כראוי לקראתו. ערכה של זכות הטיעון פוחת במידה רבה ללא הודעה מוקדמת כזו, ואילו בהינתנה יוכלו המבקשים למצות את השימוע הנערך להם. בהקשר זה אמר מכבר השופט - כתארו אז – לנדוי, כי "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" ([בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541](#)). ועם זאת, ברי כי במקרים רבים חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג, אותו לא ניתן לחשוף בפני המבקשים. דבר זה הוא בחינת מציאת חיים בנסיבות הישראליות - פלסטנאיות. במקרים אלו דרוש מאמץ ליצירת פרפרזות של החומר, תוך פירוט ככל הניתן, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות. בהתמודדות הפרט עם הרשות יחסי הכוחות לעולם אינם שקולים, אך במקרים אלה, כשהחומר בעניין המבקש נסתר מעיניו, נכון הדבר ביתר שאת, ויש לשאוף ולצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש.

...

הענקת זכות טיעון חשובה היא; אך במסגרתה חשוב הצורך להבטיח, כי השימוע יהא ממשי, ולא יהפוך להליך פורמלי ריק מתוכן. המפתח להפיכת השימוע להליך אמיתי הוא, כי למבקשים יינתן מידע ממשי, ככל הניתן, אם גם במגבלות מובנות, כך שיאפשר להם להתכונן להליך כראוי. ככל שהמדובר במקרים שבהם לא ניתן שימוע מוקדם וניתנה החלטה, ככלל יהא מקום לשוב וליתן שימוע ולקבל החלטה מחודשת בעקבותיו, בכפוף לאמור מעלה (פס"ד געאביץ, פס' ל"א, ל"ד, ל"ה לפס"ד של הש' רובינשטיין).

33. יצוין כי חובת השימוע של המשיבים וזכות הטיעון של הנפגע מהחלטתם נתונה לעותרת אף בהיותה "זרה":

...אותה תפיסה גורפת הבאה לידי ביטוי בטיעוני המדינה, לפיה מכח ריבונותה לא מוטלת על המדינה חובה משום סוג כלפי אדם בשל היותו זר אינה מקובלת עוד. דבר יום ביומו באים בפנינו ענייניהם של זרים אשר זכויותיהם הבסיסיות נפגעות. כך בין אם מבקש הזר להישאר בתחומה של המדינה מטעמים של "איחוד משפחות", בין אם מטעמי מקלט הומניטרי ובין אם מנסיבות ייחודיות אחרות... שהייתו בישראל וזכויותיו של הזר נבחנות, איפוא, בהתאם לנסיבות ענייני הקונקרטיים. גישה זו משליכה

מטבע הדברים על מערכת האיזונים המחייבת את רשויות השלטון, הנדרשות לאזן בין זכויותיו של הזר לבין אינטרסים ציבוריים נוספים.. (פס"ד געאביץ, דברי השי' בייניש).

34. ולמען הסר ספק, חודדה חובת השימוע של הרשות הקיימת גם כלפי "זר" שאינו בהליך איחוד משפחות בדברי כב' השופט משה יועד הכהן בעת"מ (י-ם) 1954-09 **לילה הילאל נ' משרד הפנים** בהתייחסו לפס"ד געאביץ כדלקמן:

אעיר בעניין זה, כי פסק הדין בעניין געביץ עסק אומנם בזכות השימוע של מבקשי איחוד משפחות תושבי איו"ש, חלקם שוהים בלתי חוקיים, שהמניעה לאיחוד המשפחות לגביהם היא ביטחונית. אולם, מהנאמר בו משתקפת השקפה מרחיבה לגבי **קיום חובת שימוע- גם בעל פה - לגבי כל אדם, גם זר, שכניסתו למדינה נמנעת** או שמבקשים לגרשו.

35. בענייננו, החלטת המשיבים נתקבלה מבלי שניתנה לעותרת הנמקה כלשהי באשר לסיבת המניעה הביטחונית המוטלת כנגדה ומבלי שהעותרת מימשה את זכותה להשמיע את טענותיה בפני המשיבים, לא לפני קבלת ההחלטה ואף לא לאחריה. יותר מכך, **לא ברור למה ומדוע המניעה שניתן תוקף לפקיעתה, חודשה בסופו של יום**. מניעת מימושה של זכות העותרת לטיעון פוגמת גם בזכותה לגישה לערכאות שאותה היא מבקשת לממש כעת. ברי כי אין ביכולתה של העותרת לטעון כעת את מלוא הטענות שהיתה טוענת לו היתה יודעת מהו המידע הביטחוני שנטען כנגדה והיא נמצאת בעמדה נחותה מול המשיבים.

החלטת המשיבים אינה סבירה ומתעלמת משיקולים רלוונטיים

36. המשיבים הודיעו כי בקשת העותרת סורבה מטעמית ביטחוניים. הא ותו לא. **המשיבים לא ציינו איזה שיקולים שקלו אם בכלל, ואיזה משקל העניקו לכל אחד מהם. כמו כן הם לא פירטו מהו המשקל שהעניקו להמלצת גורמי הביטחון**. בפסיקה נקבע כי בעוד שלגורמי הביטחון יש תפקיד מיעץ חשוב, בוודאי בנושא של כניסת תושבים פלסטינים לישראל, המשיב מחויב לשקול לצד השיקול הביטחוני שיקולים אחרים- אזרחיים, כלכליים והומניטאריים:

כבר נאמר לא אחת, כי טענת "צורך ביטחוני" מפי המדינה אינה נוסחת קסם, שעצם העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא הרהור. אף שבית המשפט נוקט, דרך כלל, ריסון בבחינת שיקולי הביטחון של הרשות, **מקום שמדיניות הביטחון פוגעת בזכויות אדם, יש לבחון לעומק את סבירות שיקוליה של הרשות, ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל** (פס"ד דקה פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

וגם:

ואכן, הביטחון הוא ערך יסוד בחברתנו. ללא ביטחון לא ניתן לשמור על זכויות אדם ועל אינטרסים מוגנים אחרים, אך בדומה לזכויות האדם אף ערך זה אינו מוחלט; **נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו**. עמד על כך הנשיא ברק: "באיזון זה [בין זכויות האדם לבין צורכי הביטחון] זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה,

כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. **נדרש איזון עדין ורגיש**. זהו מחיר הדמוקרטיה" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [6], בעמ' 383). נמתוך בג"ץ 5672/02 סיני נגד לשכת העיתונות הממשלתית: (עמ' 67)

37. מאופן ההודעה על הסירוב עולה חשש כי המשיבים סירבו לבקשת העותרת **מבלי לשקול שיקולים ענייניים ומבלי לערוך איזון ראוי** בין המניעה הביטחונית לכאורה המוטלת על העותרת, לבין זכויותיו של הפרט במקרה קונקרטי, לכן החלטתם לוקה בחוסר סבירות.

38. החלטה סבירה היא החלטה המתבססת על כלל השיקולים הרלוונטיים בנסיבות העניין ומאזנת ביניהם באופן שניתן לכל אחד מהם משקלו הראוי:

חלטה מינהלית תיחשב להחלטה סבירה אם קבלתה היתה תוצאה של איזון בין שיקולים ואינטרסים רלוונטיים שונים, ואם ניתן לשיקולים אלה משקל הולם בנסיבות העניין. כפי שנאמר בעבר "סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוונטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת לאזן ביניהם על ידי מתן משקל 'ראוי' ליחסים הפנימיים שביניהם (...). משקלם 'הראוי' של הגורמים הרלוונטיים נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סבירותה עומדת לבחינה... **החלטה עלולה להיות פגומה, אפילו שקלה הרשות שיקולים ענייניים בלבד ולא בא זכרו של שיקול זר בין שיקוליה, אם האיזון הפנימי בין השיקולים, והמשקל היחסי שניתן לכל שיקול, היו מעוותים** (בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נגד מועצת מקרקעי ישראל (9.6.2011), סעיף 42 לפסק דינה של השופטת ארבל).

39. למען הסר ספק יובהר כי על כל החלטה להיות סבירה, אף אם שיקולים ביטחוניים עומדים בבסיסה:

האופי הביטחוני של שיקול הדעת המינהלי הרתיע בעבר מפני ביקורת שיפוטית. שופטים אינם אנשי ביטחון, ואל להם להתערב בשיקולי הביטחון. **במשך השנים הובהר, כי אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון, לעניין ההתערבות השיפוטית**. שופטים אינם אנשי מינהל, אך עקרון הפרדת הרשויות מחייב אותם לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המינהל. לעניין זה אין מעמד מיוחד לשיקולי הביטחון. גם אלה חייבים להיות מופעלים על-פי החוק, וגם על אלה צריכה להיות ביקורת שיפוטית. כשם שהשופטים מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי בכל תחום ותחום, הם מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת הביטחוני. מכאן הגישה, כי אין מגבלות מיוחדות על היקף הביקורת השיפוטית של שיקול-דעת מינהלי שעניינו ביטחון המדינה. עמדתי על כך בפרשה אחת, באומרי: כוחרב מתרכז בידי ממשל צבאי, ולמען שלטון

החוק מן הראוי להפעיל ביקורת שיפוטית על-פי המבחנים הרגילים... ודוק: בית המשפט אינו עושה עצמו מומחה לביטחון ואינו מחליף את שיקול הדעת הביטחוני של בעל הסמכות בשיקול הדעת הביטחוני של השופט. בית המשפט אך בודק את חוקיות שיקול הדעת הביטחוני, לרבות סבירותו של שיקול-דעת זה. **בעניין זה, אין כל הבדל בין היקף ההתערבות בשיקול הדעת הביטחוני לבין היקף ההתערבות בשיקול הדעת של כל רשות מינהלית אחרת. בכל המקרים כולם, בית המשפט אינו הופך להיות רשות-שלטונית-על, אלא אך בוחן את חוקיותו של שיקול הדעת השלטוני. בדרך זו אין כל ייחוד לשיקולי ביטחון. היקף הביקורת השיפוטית מן הראוי הוא כי יהא אחיד לכל רשויות השלטוניות. בהעדר הוראה מפורשת בחוק אין זה רצוי, כי רשויות שלטוניות מסוימות תיהנינה מחסינות בפני ביקורת שלטונית** (בג"ץ 680/88 מאיר שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי (10.1.1989) פס" 26 לפס"ד).

40. על המשיבים מוטלת החובה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, ולבחון את התמונה העובדתית המלאה והמדויקת קודם שיקבלו החלטה. הכל נגזר מחובת ההגינות, הסבירות והשקיפות המוטלות על רשות שלטונית לפי המשפט המנהלי הישראלי וכן עלפי הפסיקה, שלפיה קבלת החלטה מנהלית סבירה מחייבת מידה של זהירות ורצינות בהליך של קביעת העובדות, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת (16.11.1994), פס" 11 לפס"ד של השי' זמיר).

41. **בין השיקולים הרלוונטיים מהם התעלמו המשיבים:** הזכות הבסיסית לחופש תנועה ולאוטונומיה הנתונה לכל אדם, זכותם של העותרת וילדיה, בהיות מענם רשום בגדה, לעבור למגורי קבע בגדה, תלותם המוחלטת במשיבים לצורך כניסה לגדה, האפשרות הקיימת בידי המשיבים לנקוט כנגד העותרת בהליכים, במידת הצורך, בעת היותה בגדה המערבית, העובדה כי לו היו העותרים עומדים בשערי הגדה המערבית היתה מתאפשרת כניסתם לגדה נוכח מענם הרשום ואת הזמן המוגבל שהם מבקשים לעבור בישראל על מנת להגיע לגדה. נראה כי שיקולים אלה לא נלקחו בכלל חשבון ועל כן החלטת המשיב אינה סבירה.

המשיבים התפרקו משיקול דעתם העצמאי ואימצו את מסקנת גורמי הביטחון במלואה

42. **המשיב 3 הוא הגוף האמון על בחינה וקבלת החלטות בבקשותיהם של תושבי רצועת עזה להיתרי שהייה בישראל, לצרכים שונים, ביניהם כניסה לצורך מעבר לגדה. לשם כך הוא מקבל את חוות דעתם של גורמי הביטחון, כמו גם את חוות דעתם של גורמים אחרים, אך ההחלטה הסופית היא בידו.**

43. על פי "נוהל כניסת האוכלוסייה הפלסטינית לישראל" (אפריל 2015), רשאי המשיב 2 לסרב בקשתו של תושב עזה אם קיימת כנגדו מניעה ביטחונית. ואולם, על פי נוהל זה, משיב 2 רשאי לאשר את הבקשה ולהתיר את כניסת העותרת, אף אם עומדת כנגדה מניעה. זאת, לאור חובתו כרשות מינהלית להפעיל שיקול דעת עצמאי, לשקול שיקולים נוספים מלבד השיקול הביטחוני ולאזן כראוי בין כלל האינטרסים והזכויות הנוגעים לדבר.

כך נכתב בסעיף 7(ג) לנוהל :

בסמכות ראש המנהל האזרחי לאיו"ש ורמת"ק עזה, לאשר היתר כניסה לישראל לתושב פלסטיני מנוע כניסה, לאחר קבלת פראפרזה מטעם הגורם שהזין מניעת כניסת תושב ובגפוף לשיקולים מחמירים של דחיפות ובמקרים הומניטאריים דחופים ביותר.

ובסעיף 9(ג) לנוהל :

יודגש, כי המניעות הביטחוניות והמשטריות אינן עומדות בפני עצמן. אלא, **אלו מהוות שיקול בקבלת ההחלטה של המפקד המוסמך בדבר מתן היתר לכניסה... מניעה זו הינה אינדיקציה בדבר קיומו של סיכון העולה מן המבקש. סיכון זה נבחן על ידי המפקד המוסמך בעת קבלת החלטותיו, בהתאם להיתר המבוקש.**

וכן בסעיף 9(ו) לנוהל :

בהינתן מקרה חריג, ניתן לאשר הנפקת היתר, **על אף מניעה המוזנת לתושב** (וגם אם יתקבל מענה אבחוני הממליץ שלא להנפיק ההיתר לתושב).

העתק העמודים הרלוונטיים בנוהל "כניסת האוכלוסייה הפלסטינית לישראל" מצ"ב ומסומן ע/8.

44. מנגד, חוק **שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002**, קובע את **ייעוד השירות ותפקידיו בס' 7 לחוק ואת הסמכויות הכלליות של השירות בס' 8 לחוק**. באף אחד מהסעיפים הללו או במקום אחר, אין הסמכה או התייחסות לאפשרות שעובדי השירות יקבלו החלטות בנוגע למעברם של תושבים מעזה ואליה.

45. תחום הפעילות של השב"כ הוא ביטחוני גרידא ובמסגרת זו אין מקום לשקילת שיקולים שמעבר לשיקולי ביטחון. את שקילת השיקולים האחרים, בנוסף לשיקול הביטחוני, אמורים לעשות המשיבים, אשר פועלים אל מול אוכלוסייה אזרחית אשר תלויה לחלוטין בהחלטותיהם. במקרה של העותרת, עולה כי סמכות המשיבים הועברה במלואה אל השב"כ, שהרי התשובה שניתנה ע"י המשיב 3 היא שהעותרת סורבה מטעמים ביטחוניים. כך ובלבד, ותו לא.

46. החלטת המשיבים נגועה בחוסר סבירות קיצוני שכן הם התפרקו משיקול דעתם העצמאי וחרגו מסמכותם הקבועה בחוק לבחון ולקבל החלטות בבקשות של תושבים פלסטינים להיכנס לישראל. המשיבים הלכה למעשה מכירים בכך שבקשת העותרת עומדת בקריטריונים הצרים המאפשרים את מימוש זכותם של מי שכתובתם רשומה בגדה לעבור למגורי קבע בגדה. עם זאת, החלטתם התבססה על אימוץ עיוור ומוחלט של המלצת גורמי הביטחון, חרף השיקולים הצרים אשר נשקלים אצל גורמי הביטחון, כמפורט לעיל.

47. התנהלות זו מעידה על התפרקות של המשיבים מהפעלת שיקול דעת עצמאי. למרות לשון החוק הברורה, שוב ושוב מתעלמים המשיבים מהעובדה כי הסמכות להחליט לגבי בקשות כניסה לישראל מצויה בידיהם ולא בידי גורמי הביטחון המוסמכים ליעץ בלבד. היפוך התפקידים,

כאשר השב"כ הופך למחליט והמשיב לגורם המפנה אליו את הבקשה, הגם שנהפך לנורמה, הוא פסול ופגום מבחינה חוקתית ומנהלית. די להפנות לעניין זה לעת"מ 1551-06-09 **נצאר נ'** **משרד הפנים** (פורסם בנבו, 29.9.2009):

המלצת השב"כ ויתר גורמי הבטחון אינה בגדר של גורם מכריע שאין בלתו. **אין לשב"כ "זכות וטו"** לעניין אישור של בקשות לאיחוד משפחות. אמנם לחוות דעתו של השב"כ מעמד מרכזי בשיקולי המשיב, ובדין ניתן לעמדת השב"כ מעמד זה, ואולם על המשיב לשקול מכלול של שיקולים נוספים בבואו להחליט בבקשה לאיחוד משפחות.

48. זאת ועוד. העובדה כי המשיב אינו רואה לנכון לשלוח ולו פראפרזה בנוגע לסירוב הביטחוני אלא הוא פוטר עצמו כי הסיבה לסירוב היא "מטעמים ביטחוניים שמטבע הדברים לא ניתן לחשפם" מעלה חשד כי **המשיב עצמו אינו יודע ולא נחשף למידע שעומד בבסיס ההתנגדות הביטחונית, ככל שיש כזה**. כלומר, למרות היותו הרשות המוסמכת לקבל החלטה בבקשת העותרת, ספק אם המשיב עצמו ראו את החומר הביטחוני, בחן את עוצמתו ושקל אותו למול שיקולים אחרים.

49. עיון בפסיקה מלמד כי אין זו הפעם הראשונה שכך מתקבלות החלטות הנוגעות לבקשות של תושבים פלסטיניים להיתרי כניסה לישראל. בבג"ץ 679/16 ד"ר **תאאר מחרוק נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 2.2.2016), קבע כב' השופט פוגלמן כי:

הרשות המוסמכת נסמכת בהחלטותיה על פרפראזות שמציגים לה גורמי הביטחון ואין היא נחשפת למידע המודיעיני עצמו (הגם שלא התבהר לפרקליטות בשלב זה מה היקף המידע המודיעיני שנכלל בפרפראזות אלו). **הערנו בדיון כי אין די בכך; כי יש להניח לפני הרשות את התשתית הנדרשת להחלטה תוך התייחסות ישירה למידע המודיעיני; וכי אין להסתפק בפרפראזה גרידא.**

50. כאשר המשיבים נסמכים על המלצה של גורמי הביטחון אשר תוכנה לא נמסר להם, אין הם מפעילים שיקול דעת עצמאי ואין הם מבססים את החלטתם על תשתית עובדתית ראויה (השווה: עת"מ (ת"א) 11842-02-16 **אורן שטיינברג נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.2.2016)). בנסיבות אלו, אף הצגת החומר המודיעיני לכבוד בית המשפט אינה יכולה לרפא את הפגמים הנטענים לעיל. שכן, בכך מבקשים למעשה המשיבים כי בית המשפט ימלא את תפקידם-הם, ויבחן את החומר המודיעיני שהם היו צריכים לבחון בטרם קיבלו את החלטה. זאת אין לקבל, ויפים לשם כך דברי בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין **שטיינברג** לעיל:

ראשית, **אם החומר המודיעיני לא היה פרוש לנגד עיני הגורמים בעלי הסמכות, שאת התנהלותם (והחלטתם) אמור בית המשפט לעניינים מנהליים לבקר, לא ניתן להציגו לעיוני, שאחרת – אמצא במצב טוב יותר מאשר אותם גורמים מוסמכים**. המשיבים לא ביארו מדוע יש לאפשר לבית המשפט להימצא במצב טוב יותר מאשר הגורמים המוסמכים. הלא השאלה הטעונה הכרעה בעתירה דנן, אינה משקל החומר החסוי (שלא היה נגד עיני

הגורמים המחליטים), טיבו ומשקלו. השאלה היא אם ההחלטה ניתנה כדיון, אם לאו, קרי: האם נפל בה פגם מפגמי המשפט המנהלי המצדיקים התערבות בה. לשם כך, אני סבור שעליי להימצא במצב בו הייתה הרשות המוסמכת ולא במצב טוב יותר, שאם לא כן – לא פעולת ביקורת אני מקיים, כי אם פעולה של ליקוט העובדות על מנת ליתן החלטה, מִשָּׁל הייתי אנוכי הרשות המוסמכת; ולא היא.

שנית, עצם ההצעה להציג החומר לעיוני מכילה הודייה מפי המשיבים כי חומר (חסוי) זה לא היה נגד עיני הרשות המוסמכת. במצב דברים זה, לא ברור לי כיצד יכולה הייתה הרשות המוסמכת לקבל החלטה כלשהי.

51. אמנם, במסגרת הפעלת סמכותם ושיקול דעתם המשיבים רשאים להתייעץ בגורמים נוספים כגון גורמי הביטחון, אך ההחלטה הסופית היא שלהם ושלם בלבד. ואולם, חרף הקביעות המפורשות בחוק ובפסיקה, ממשיכים המשיבים להסתמך באופן מוחלט על המלצות והחלטות הגורמים המייעצים.

סיכום

52. העותרת וילדיה שמענם רשום בגדה, עומדים בקריטריונים שקבעו המשיבים למעבר מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע. בסירובו לבקשתם, פוגע המשיב בזכויות העותרים מבלי לבסס את הסירוב הביטחוני.

53. החלטת המשיב לסרב לבקשת העותרת וילדיה התקבלה תוך התפרקות משיקול דעת והסתמכות מוחלטת על חוות דעת של גורמי הביטחון. המשיב הפר את חובת ההנמקה שחלה עליו, לא שקל שיקולים שהיה עליו לשקול ולאזנם נוכח המלצת כוחות הביטחון ועל כן החלטתו אינה סבירה.