

1. ד"ר [REDACTED] ארתין, ת.ז.
2. מר [REDACTED] ת.ז.
3. גב' [REDACTED] ת.ז.
4. גב' [REDACTED] ת.ז.
5. מר [REDACTED] ת.ז.

ע"י ב"כ עוה"ד מוריה פרידמן שריר; אסנת כהן
ליפשיץ; סיגי בן ארי; מונא חדאד
מעמותת "גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב
טלפון: 03-6244120, פקס: 03-6244130

העותרת

- נגד -

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. מינהלת התיאום והקישור (עזה)

כולם ע"י פרקליטות מחוז דרום (אזרחי)
בניין קרסו, קרן היסוד 4 (קומה 8) באר שבע, ת.ד. 10309
טלפון: 073-3801222; פקס: 02-6467058

המשיבים

עתירה מינהלית דחופה

מוגשת בזאת עתירה מינהלית דחופה במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבטל את החלטתם מיום 8.1.2019 לסרב את יציאת העותרים מרצועת עזה ולהתיר להם להיכנס לישראל במסגרת היתרים לחגי הנוצרים.

בשל העובדה שתוקף ההיתרים מוגבל ויסתיים, על פי הנמסר מהמשיבים, כבר ביום 20.1.2019, ולאחר מועד זה הסעדים המבוקשים בעתירה זו, יתייתרו מאליהם, לעתירה זו נלווית בקשה לקיום דיון דחוף.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת בעתירה זו, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

**בבית המשפט המחוזי בבאר שבע
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

עת"מ 01-19-

ד"ר [REDACTED] ארתין, ת.ז. [REDACTED] ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד מוריה פרידמן שריר; אסנת כהן
ליפשיץ; סיגי בן ארי; מונא חדאד
מעמותת "גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב
טלפון: 03-6244120, פקס: 03-6244130

העותרת

- נגד -

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. מינהלת התיאום והקישור (עזה)

כולם ע"י פרקליטות מחוז דרום (אזרחי)
בניין קרסו, קרן היסוד 4 (קומה 8) באר שבע, ת.ד. 10309
טלפון: 073-3801222; פקס: 02-6467058

המשיבים

בקשה לקיום דיון דחוף

העותרים הם בני הדת הנוצרית ותושבי רצועת עזה.

מדי שנה מגישים בני בדת הנוצרית בעזה בקשות ליציאה לתפילה במקומות הקדושים לנצרות, בישראל ובגדה המערבית, בתקופות החגים הנוצריים, חג המולד וחג הפסחא. מדי שנה מקבלים העותרים את תשובות המשיבים בסמוך מאוד למועד החג, אם בכלל. מזה שנים תשובות המשיבים הינן שחלק מבני המשפחה רשאים לצאת, וחלק לא. בכל פעם מנפיקים המשיבים אישורים לחלקים אחרים מקרב בני המשפחה. בשל העיתוי שנבחר למתן התשובה כאמור לעיל, עומדים העותרים פעם אחר פעם מול שוקת שבורה. אין להם זמן לנסות ולברר מדוע נפקדו חלק מבני המשפחה מחלוקת ההיתרים ואין להם זמן להשיג על ההחלטה שהתקבלה בעניינם.

השנה המשיבים פרסמו ביום 3.12.2018 כי יינתנו היתרים לבני העדה הנוצרית לרגל חגי המולד בין התאריכים 8.12.2018-19.1.2019. כמדי שנה הגישו כל העותרים באמצעות הכנסייה את בקשותיהם למתן אישורים ליציאה כמשפחה לתקופת החגים מעזה מבעוד מועד ועוד בטרם הפרסום.

אתמול, יום 8.1.2019 התקבלה תשובת המשיבים הטלפונית בנוגע לעותרים (זולת העותר 1, לגביו התקבלה תשובה בכתב) על פיה בקשתם מסורבת מטעמים ביטחוניים.

בשל העובדה שחלק הארי של ימי ההיתר כבר חלפו ונותרו ימים מעטים למימוש ההיתר, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את הדיון בעתירה בהקדם, בהתאם ליומנו. בהתאמה מתבקש בית המשפט לקבוע כי מועד הגשת תגובת המדינה ייקבע סמוך ככל הניתן למועד הגשת עתירה זו.



9.1.2019

ואלו נימוקי העתירה:

הקדמה

בקשות העותרים לכניסה למקומות הקדושים לנצרות, עומדת בקריטריונים כפי שנקבעו על ידי המשיבים ואכן הן אושרו בעבר. כך למשל, בקשה דומה של העותר 1 אושרה בפסחא 2017 ושל העותרים 2,4 בחג המולד 2017. מדי שנה מנפיקים המשיבים היתרים לחלק מהמבקשים, בעוד לחלקם הם אינם מנפיקים את ההיתרים המיוחלים.

המשיבים אינם מודיעים מראש למסורבים שלא יונפקו עבורם היתרים, ומסתפקים בהנפקת ההיתרים רק ביום היציאה המבוקש, או יום לפניו. רק אז מגלים המבקשים אם הם אושרו או סורבו. משכך בכל פעם מחדש העותרים נצבים בפני שוקת שבורה, שכן, אין להם זמן להשיג על החלטות אלו אשר מהווה עבורם עובדה מוגמרת, בשל הסמיכות לחג.

התנהלות המשיבים, הן במדיניותם והן במישור הפרטני, פוגעת בחופש הפולחן, בחופש התנועה ובזכות לחיי משפחה של העותרים ושל התושבים בכלל. התנהלות זו רצופה בפגמים מנהליים וחורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. החלטת המשיבים ניתנת מדי שנה ללא נימוק. בנסיבות העניין מתעורר ספק גדול באשר לתשתית העובדתית שעמדה בבסיס הסירוב, וכן באשר לשיקולים ולאזוונים שנערכו בטרם ההחלטה. בעיקר עולה חשש שהחלטת המשיבים לא נוגעת ישירות לעניינם של העותרים.

התשתית העובדתית

רקע כללי – מדיניות המשיבים ביחס ליציאת מאמינים מרצועת עזה בעת חגי דתם

1. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 מסמיך את המשיבים להסדיר את כניסתם ויציאתם של תושבי עזה והגדה המערבית אל ישראל. מתוקף כך, גיבשו ומגבשים המשיבים מדיניות הנוגעת לתנועת אנשים כאמור, והיא מוסדרת בין היתר ב"סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל" (להלן: **סטטוס הרשאות**). לפי ס' 6.א' ל"נוהל כניסת האוכלוסייה הפלסטינית לישראל", סטטוס הרשאות יעודכן במידת האפשר אחת לשבועיים. זאת בין היתר לאחר עבודת מטה להרחבה או צמצום המדיניות על פי בחינת הצרכים של האוכלוסייה הפלסטינית.
2. ככלל מדיניות התנועה שמנהיגים המשיבים היא צמצום והגבלת התנועה של פלסטינים תושבי רצועת עזה ככל הניתן. ברירת המחדל היא שתושבי עזה אינם רשאים להיכנס לישראל ואף לא לעבור בה, אלא אם כן הם עומדים בקריטריונים מסוימים, וגם אז, בכפוף לבדיקות פרטניות. הקריטריונים מוסדרים במערכת של נהלים המכתיבים את חייהם של התושבים.

3. על פי הצהרות המשיבים, הם מקלים במעט על האיסורים בתנועת התושבים הן הנוצרים והן המוסלמים לקראת החגים "כחלק מהמדיניות לעידוד קיום מנהגי הפולחן של כל הדתות" (הודעת מתאם פעולות הממשלה בשטחים לקראת חגי [כך במקור] המולד מיום 24.12.2015).

4. בנוגע לבני הדת הנוצרית, עמדת המשיבים היא שהחלטה מתקבלת בין היתר משיקולים הומניטריים וזאת "לאור היותה של אוכלוסייה זו אוכלוסייה נרדפת, אשר מעטות האפשרויות העומדות לרשותה לעריכת טקסים דתיים ופולחן דתי ברצועה..." (עת"מ 11268-02-11 קישאוי נ' משרד הפנים, 16-18 לפרוטוקול הדיון מיום 16.5.2011).

5. פעמיים בשנה, לקראת חג פסחא וחג המולד, עורכת הקהילה הנוצרית בעזה רשימות של מאמינים נוצרים אשר מעוניינים לצאת לרגל החגים מעזה ולהגיע אל המקומות הקדושים לנצרות בבית לחם ובישראל. רשימות אלו היא מעבירה במרוכז אל הוועדה האזרחית ומשם אל המשיבים, אשר להם הסמכות הבלעדית לאשר או לסרב את בקשותיהם של המאמינים. זוהי הפרוצדורה היחידה לקבלת היתר לחגי הנוצרים. נוצרי אינו יכול לפנות עצמאית למשיב 3 והמשיב 3 לאחר שבחר את מי לאשר ואת מי לסרב, אינו מוסר הודעות פרטניות, אלא מסתפק בהנפקת אישורי המעבר למי שהוא מצא לנכון להנפיק לו את האישור. רק אז מגלים המבקשים מי יוכל לצאת לפקוד את המקומות הקדושים ומי לא. המשיבים אינם חשים עצמם מחויבים לקיומו של התא המשפחתי של הנוצרים וכעניין שבשגרה (וייתכן שכמדיניות) מנפיקים היתרים רק לחלק מבני המשפחה בעוד חלקה האחר נותר ללא היתרים. העותרים כולם נמצאים ברשימה זו, אשר הועברה מהכנסיה כבר בשלהי נובמבר 2018 אל המשיבים.

העתק תעודות זהות העותרים מצ"ב ומסומן נספח ע/1

6. יוזכר כי תושבי עזה אינם רשאים להיכנס לישראל או לגדה המערבית ללא אישור המשיבים. משכך, הם תלויים לחלוטין במשיבים ובנכונותם להנפיק עבורם היתר לבקר במקומות הקדושים או לחגוג עם בני משפחותיהם.

7. השנה פורסם במסגרת סטטוס הרשאות המעודכן ליום 3.12.2018 כי תותר כניסתם של הנוצרים בין התאריכים 8.12.2018-19.1.2019. במקביל, ביום 3.12.2018 הודיעו נציגי המת"ק בתשובה לפניית גישה כי בידיהם רשימות מעודכנות של כלל המבקשים לצאת מקרב הנוצרים כמפורט לעיל.

העתק העמוד הרלוונטי מסטטוס הרשאות, מצ"ב ומסומן נספח ע/2

העתק הודעת קפ"צ מתפ"ש מיום 3.12.2018, מצ"ב ומסומן נספח ע/3

8. בין לבין, יצאה קצינת פניות הציבור אצל המשיב 2 לחופש באמצע דצמבר. בשלב זה פסקו כמעט באופן מוחלט הפעולות אשר משרדה אמון עליהן, בכלל זה מתן תשובות לפונים. ביום 26.12.2018 ומאחר שלא התקבל כל מענה בפניות רבות המטופלות בארגון גישה, פנתה מנהלת המחלקה המשפטית בגישה, עוה"ד אסנת כהן ליפשיץ, אל מפקד המשיבה 2, אלוף משנה איאד סרחאן. לפנייה זה לא נתקבלה כל התייחסות. ביום 31.12.2018 התבצעה פניה לאלוף כמיל אבו רוקון, הוא המשיב 1. גם פניה זו לא זכתה להתייחסות.

העתק הפניות למשיב 2 מיום 26.12.2018, מצ"ב ולמשיב 1 מיום 31.12.2018, מצ"ב ומסומן נספח 4/ע

9. ביום 27.12.2018 הוגשה לפרקליטות מחוז דרום קדם עתירה בעניינם של 10 תושבים נוצרים אשר ממתניים למענה בעניין יציאתם לביקור במקומות הקדושים, על פי הקריטריונים של המשיבים. העותר 1 נמנה עליהם, יחד עם רעייתו.

העתק קדם עתירה מיום 27.12.2018 מצ"ב ומסומן נספח 5/ע

10. בעקבות הגשת הקדם זומנו בני הזוג לתחקיר בטחוני אשר התקיים ביום 3.1.2019. בערבו של יום התחקיר, עוכבו בני הזוג **למעלה משעה וחצי לאחר סיומו** עד אשר, בהתערבות פרקליטה מפרקליטות פד"מ, הושבו להם תעודות הזהות שלהם והם יכלו לשוב לביתם. ביום 6.1.2019 התקבלה הודעה שבקשתה של בת הזוג מאושרת.

11. העותר 1 הוא רופא [REDACTED]. במהלך התחקיר הביטחוני הוא שב והזכיר כי כרופא הוא מחויב להקל על סבלם של כל החולים והפצועים אשר מגיעים אליו, ללא תלות בשיוכם הפוליטי-מפלגתי. עניין זה היה היחיד אשר העותר 1, אחד מ [REDACTED] הבכירים ביותר ברצועה ואדם מכובד ומוערך, יכול להעלות על הדעת אשר לסירוב. ואולם, לא ייתכן שבאמת נשללה זכותו לתנועה ולחופש פולחן, רק בגלל עניין אתי המוסדר בשבועת היפוקרטס הנחשבת כבסיס לאתיקה הרפואית המודרנית.

12. ביום 8.1.2019 התקבלה במייל הודעה כי בקשתו של העותר 1 סורבה מטעמים ביטחוניים, לאור התנגדות השב"כ. פרארפזה הגיעה הבוקר (9.1.2019) לאחר בקשה מטעם העותר לקבלה. הטעם לסירוב: "קשר לגורמי טרור".

13. ביום 7.1.2019 שבה קצינת פניות הציבור מחופשתה וביום 8.1.2019 הודיעה בטלפון כי בקשותיהם של העותרים 2-5 גם הן מסורבות מטעמיים בטחוניים. תשובה נוספת בכתב לא הגיעה, חרף הדרישה. לא כל שכן סיבת הסירוב מטעמים בטחוניים, גם לא בפראפרזה.

14. להשלמת התמונה יצוין ילדיה של העותרת [REDACTED], בני 5 שנים, 4 שנים ו 7 חודשים וכן ילדיהם של בני הזוג העותרים [REDACTED], בני 10 שנים, 6 שנים ושנתיים וחצי קיבלו היתרים. אלא שמתן היתרים לפעוטות וילדים קטנים ללא אישור הוריהם, הינם בבחינת לעג לרש ומהווים שימוש ציני בסטטיסטיקת חלוקת ההיתרים, אחד הכלים בהם משתמשים גורמי המשיבים בהציגם נתונים על תפקודם.

הטיעון המשפטי

15. טיפול המשיבים במתן ההיתרים ליציאה מהרצועה בתקופת החגים, חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות: המשיבים נוטים כעניין שבשגרה **לגרום לפיצולן של משפחות** על ידי הנפקת היתרים רק לחלק מבני המשפחה. את הפרקטיקה הפוגענית הזו הם מבצעים דרך קבע **בסמוך מאוד למועד החג**, כאשר לא נותר למאמינם שסורבו זמן להשיג ההחלטה או להתמודד עם טענות המשיבים. את תהליך בחירת הזכאים להיתרים, עושים המשיבים במחשכים ואינם מודיעים למי שלא הונפק לו היתר, **מה הטעמים** לכך. משכך, **נאלצות המשפחות לבחור בין אחדות התא המשפחתי בתקופת החג או מימוש חופש הפולחן תוך פיצול המשפחה**. כלל לא ברור מה המשקל שזכויות התושבים מקבלות בתהליך קבלת ההחלטות. יתרה מכך, פעם אחר פעם בוחרים המשיבים את הפתרון אשר

פגיעתו גבוהה ביותר. זוהי פרקטיקה אשר לוקה בשרירות, חוסר סבירות ומידתיות ובשיקולים זרים.

16. המשיבים הפרו את חובת ההגינות המנהלית לכל אורך הדרך, בעת טיפול בבקשות העותרים: עיתוי מתן ההודעה, בסמוך לסיום תקופת ההיתר מהווה פעולה בחוסר תם לב ולכל הפחות נובעת מרשלנות ואינה מקיימת את חובת הגינות של גוף מנהלי. המשיבים אינם מתפקדים כנאמן הציבור, חרף מעמדם כרשות מנהלית. על זאת נוספים בחינה לקויה של בקשת העותרים כאשר בסופו של יום, לא ברור איזה איזונים נעשו בבחינת הבקשה והאם בכלל, או שמא פעלו נוכח המלצת גורמי הביטחון בבחינת כזה ראה וקדש ללא הפעלת שיקול הדעת אשר מסור **למשיבים** על פי הדין. גם אופן מתן המענה, אינו עומד ואינו יכול לעמוד בנורמות של משפט מנהלי. ממילא מענה דל שכזה אינו יכול גם לעמוד תחת ביקורת שיפוטית.

חופש הפולחן

17. חשיבותו ומעמדן הרם של זכויות-היסוד אשר בשמם מבקשים העותרים לצאת מעזה בחגיגהם – חופש הפולחן וכן חופש התנועה והגישה למקומות הקדושים, מוכרות ומקובלות על הכל. הפסיקה מכירה בכך שחופש הפולחן הוא בליבת זכויות האדם והוא מהווה זכות מוגנת ברחבי העולם וכן בישראל:

”חופש הפולחן מבטא את זכותם של בני האדם להגשים את אמונתם הדתית על פי מנהגי דתם ואמונתם... **חופש הדת והפולחן נמנה על זכויות היסוד הבסיסיות של האדם באשר הוא אדם.** הוא מן הזכויות המרכזיות שמשפטן של הדמוקרטיה המודרנית **פורש הגנתו עליהן** מעת היווסדן: כך בהכרזה בדבר זכויות האדם והאזרח של צרפת בעקבות המהפכה הצרפתית, משנת 1789 (סעיף 10), וכך בתיקון הראשון לחוקת ארצות הברית, משנת 1791. כיום מעוגנת זכות זו בסעיף 18 להצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, משנת 1948, ובסעיף 9 לאמנה האירופית לזכויות אדם, משנת 1950. מגילת העצמאות של ישראל מורה כי ”מדינת ישראל... תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות...”. **הפסיקה, מראשית ימיה של המדינה, ראתה בחופש הדת והפולחן זכות יסוד מהותית של האדם...** ... אכן, ”חופש הפולחן כביטוי של חופש דת נמנה עם זכויות היסוד של האדם. הוא משתרע על חירותו של הפרט להאמין ולנהוג על-פי אמונתו תוך מימוש ציווייה ומנהגיה... **חופש זה קשור למימוש זהותו העצמית של האדם...** חופש הדת והפולחן נגזר מכבוד האדם, המכיר בזכות האדם לעצב את אישיותו ואת האוטונומיה של רצונו הפרטי. עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפך חופש הדת והפולחן לזכות יסוד, חקוקה עלי ספר, **כחלק מכבוד האדם**...”. בג”ץ 7311/02 **האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ’ עיריית באר-שבע** (פורסם בנבו, 22.06.2011) (ההדגשות כאן ובציטוטים המובאים להלן אינן במקור, אלא אם צוין אחרת).

18. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן הפסיקה וההלכות דנות ושוב ושוב בזכויות האדם לחופש פולחן, להבדיל מאזרח או תושב. אך האם על המשיבים לשקול את זכותם של העותרים, תושבי רצועת עזה, בבואם להכריע בזכותם לחופש פולחן? בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, לח(2) 449 (1984) הובהר שהחובה לשקילת הזכות לחופש הפולחן, חלה על הרשות המנהלית כחלק מחובותיה של רשות מנהלית במדינת ישראל, מכח הדינים, וזאת ללא תלות בזהות הפונים:

"כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן, חופש זה מובטח לכל אדם בכל משטר דמוקרטי נאור, והרי הוא מובטח, על כן, לכל אדם בישראל בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם... מכוח דינים אלה - ועל פי האמור בהכרזת העצמאות - יפורש כל חוק, ותפורש כל סמכות, כמכירים בחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן (בג"ץ 262/62 [5] הנזכר, בעמ' 2107, וכן א' רובינשטיין, המשפט הקונסטטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 3, תשמ"א) 134). "מגילת העצמאות הבטיחה חופש הדת והפולחן לכל אזרחי המדינה... אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה" (השופט זוסמן בג"ץ 262/62 [5] הנזכר, בעמ' 2116).

19. ודוק: סמכותם של המשיבים לאשר את מעברם של העותרים נתונה להם על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003. ישקלו המשיבים את שיקוליהם ויקבלו את ההחלטה אותה יקבלו, יעשו זאת כמתחייב, על פי האמור בהכרזת העצמאות תוך הכרה בחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן ויהיו עקרונות אלו יהיו נר לרגליה. חובה זו חלה עליהם מתוקף היות המשיבים רשות מנהלית בישראל, עקרונות אלו חלים על הרשות, והעובדה שהרשות דנה בענייניהם של תושבי עזה, אינה מעלה או מורידה מחובות אלו.

20. בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 מכיר בזכות החוקתית העוצמתית של תושבי השטחים הפלסטיניים לחופש דת ופולחן וכן לחופש התנועה שבאמצעותו ניתן לממש את זכות הגישה למקומות קדושים. עוד נקבע כי:

"לתושבי האזור זכות חוקתית לחופש דת ופולחן. כך הוא לגבי תושבי המקום הערביים וכך הוא לגבי התושבים הישראלים המתגוררים בו. כן נתון לתושבי האזור חופש תנועה, שבאמצעותו ניתן לממש, בין היתר, את זכות הגישה למקומות קדושים. לזכות התנועה והגישה למקומות קדושים עוצמה חוקתית גבוהה (פרשת חורב [16], בעמ' 49; בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים [23], בעמ' 708; בג"ץ 2481/93 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים [24], בעמ' 472). במקרה זה חופש התנועה כרוך באופן הדוק בזכות למימוש חופש הדת והפולחן ומשתלב בה. .. חופש הדת והפולחן נתון לזכות חוקתית לאוכלוסייה המתגוררת באזור – יהודים וערבים כאחד. הוא מוחזק כזכות חוקתית בעלת מעמד-על אשר יש להגשימה ככל הניתן בתנאים שהמציאות בשטח מאפשרת תוך הגנה על שלום המתפללים ועל

ביטחון חייהם". בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, נח(3) 443 (2004).

21. ככל זכויות היסוד, גם זכויות אלו – זכות הפולחן וזכות הגישה למקומות הקדושים – אינן מוחלטות והן ייסוגו מפני אינטרסים אחרים ובהם השמירה על הסדר הציבורי ועל שלום הציבור ובטחונו. בשל העובדה כי חופש הפולחן הוכר כזכות יסוד ועימו ההיבט של הגישה למקומות הקדושים ובשל העובדה כי מעמדו שווה למעמד חופש הביטוי, המבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה הם מבחנים זהים למבחני הפגיעה בחופש הביטוי. לפיכך, חזר וקבע בית משפט נכבד זה כי המבחן הראוי בהתנגשות זו שבין חופש הפולחן לשמירה על בטחון הציבור הוא **מבחן הסכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה וחמורה בשלום הציבור**. כך כבר בבג"ץ 2431/95 **סלומון נ' משטרת ישראל**, פ"ד נא(5) 781, 786 (להלן: **סלומון I**), וכן במסגרת בג"ץ 4776/06 **סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים**, (לא פורסם מיום 28.12.06) (להלן: **סלומון II**), שם, ביקש העותר, העומד בראש עמותת נאמני הר הבית, לעלות להר הבית. עתירותיו נדחו בשל העובדה כי גורמי הבטחון הביעו דעה נחרצת כי כניסתו להר הבית עלולה בהסתברות קרובה לוודאי להצית תבערה בקרב ציבור נרחב שתוביל לפגיעה בחיי אדם. רק בשל עמדה נחרצת זו, נדחו העתירות. נקבע גם כי תכליתו של העותר – הינה להפגין נוכחות יהודית כנגד השליטה המוסלמית בהר, כלשונו, והמידע המיוחד הקיים בעניינו המבוסס על ניסיון העבר, הם אלו שעמדו לו לרועץ.

22. קבע כבוד בית המשפט בבג"ץ סלומון I:

"אין מנוס מכך כי בחברה מאורגנת הגשמתה של זכות הפרט צריכה לעתים לסגת מפני טובת הכלל. דבר זה מתרחש אך ורק כאשר הנזק לאינטרס הציבורי הוא ניכר, וכאשר הסתברות התרחשותו היא גדולה. **בכל הנוגע לחופש הפולחן הדתי ולחופש הביטוי, נדרש נזק ממשי שהסתברותו היא קרובה לוודאי כדי להצדיק הגבלתן של חירויות אלה**".

וכן בבג"ץ סלומון II:

"**עוצמת הפגיעה בזכויות-היסוד של העותר היא רבה, לפיכך עוצמת ההצדקה לפגיעה האמורה חייבת להיות בהתאמה**. אין די בחשש ערטילאי או רחוק לשלום הציבור שייגרם אם תמומש זכות עלייתו של העותר להר הבית. יש צורך בחשש קונקרטי המצביע על סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה בבטחון הציבור." (הדגשות אינן במקור).

23. מהתנהלות המשיבים עולה כי הם מקלים ראש בזכות לחופש הפולחן של התושבים בעזה, חרף חובתם לשקול שיקולים אלו כרשות מנהלית. הצעדים שנוקטים המשיבים מתוך כבוד לחופש הפולחן של התושבים בעזה, אם כן, הם בבחינת מן הפה אל החוץ, שכן הכבוד עליו מצהירים המשיבים בפרסומים, אינו בא לידי ביטוי בהליך קבלת ההחלטות.

הזכות לחיי משפחה

24. במתן אישור לחלק מבני המשפחה מעמידים המשיבים את העותרים בפני ברירה אכזרית: האם יעלו לרגל ויתפללו אל אלוהיהם או יעבירו את הימים הקדושים הללו בחיק משפחתם? והרי שתי

הפרקטיות הללו נמצאות בליבת ההתנהגות האנושית. באופן רגיל, **כרוכות הפרקטיקות זו בזו** ואדם מאמין, איש משפחה, אינו נדרש לבחור רק אחד מבין השתיים.

25. ודוק: יתכן והעותרים יכלו לשלוח את ילדיהם הרכים עם מבוגר מקרב קהילתם, למקומות הקדושים לדתם. אך איזה טעם יש לפעולה כזו, כאשר אין האם יכולה לשמוח עם ילדה בראותו את המקומות הקדושים הללו? אב אינו יכול לתבל את הטיול בתפילות וסיפורים ולהעבירם אל הדור הבא? צערם של ההורים רק יגבר עם הניתוק מילדיהם, דווקא בעת הזו, וחוסרם של ההורים במסע, הופך את הטיול המרגש לתפל, והמשפחות מעדיפות שלא לקיימו כלל.

26. כבוד השופטת פרוקצ'יה האירה מעט מהדילמות הכרוכות בפיצול משפחות בבג"ץ 7444/03 **בלאל מסעוד דקה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 22.02.2010) (להלן: **מסעוד דקה**). שם נדונה החלטת שר הפנים שלא להאריך אישורי שהייה לאישה, רעייה ואם אשר היא ומשפחתה חיים בישראל. העתירה התקבלה והמשפחה לא עמדה בפני ברירת הבחירה הקשה:

"הסירוב להאריך תוקף היתר הישיבה בישראל למי שעונה לתנאי הוראת המעבר הראשונה **מוביל את בני המשפחה המאוחדת בישראל לבחירה טראגית**. עליהם לבחור בין ניתוק המשפחה כולה מישראל... **אפשרות אחרת היא פירוד בין בני הזוג**, תוך הותרת בן הזוג הישראלי בישראל, וחזרת בן הזוג הזר לאזור, **תוך ניתוקם של הילדים מאחד מהוריהם. להפרדת המשפחה בנסיבות כאלה משמעות קשה ביחס לכל הנוגעים בדבר – בני הזוג, והילדים – והיא כרוכה בשברון המסגרות האנושיות, החברתיות, התרבותיות והכלכליות של המשפחה**".

27. בזעיר אנפין, מתקיימת בחירה טראגית זו, גם בענייננו, פעם אחר פעם. ודוק: **הזכות לחיי משפחה נמשכת גם בתקופת החגים, ואף ביתר שאת**. הכורך לבחור פעם אחר פעם איזו זכות בסיסית תתממש ואיזו זכות תקופח **משמעו צער ועגמת נפש, תהיה הבחירה אשר תהיה**. בעניין **מסעוד דקה** פורטה מהות הזכות לחיי משפחה, ובהתאם, מה התנאים הנדרשים לפגיעה בזכות זו:

"**זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים**; היא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את **תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות מאוויי חייו**. הזכות למשפחה ניצבת במדרג עליון של זכויות האדם. **גריעה מזכות זו תתכן רק מקום שכנגדה ניצב ערך נוגד בעל עוצמה וחשיבות מיוחדים**. במתח הקיים בין ערך ביטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הביטחון רק מקום שישנה הסתברות קרובה לוודאות, כי אם לא יינקטו אמצעים מתאימים הכרוכים בגריעה מזכות אדם, כי אז עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי. **נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה**... על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם" (עניין מסעוד דקה).

28. כאמור לעיל בנוגע לחופש הפולחן, כמוהו, גם הזכות לחיי משפחה יכולה לפגוע רק בהינתן קיומו של ערך נוגד המתייצב נגדה, **ובעצמה וחשיבות מיוחדים**. זאת ועוד, כמו הזכות לחופש פולחן, גם הזכות לחיי משפחה ושלמות התא המשפחתי, צריכה להיכנס למסגרת השיקולים של המשיבים ללא תלות בזהות הפונים, שכן **החובה לשקילת הזכות לחיי המשפחה, ביתר פירוט לשלמות התא המשפחתי, חלה על הרשות המנהלית כחלק מחובותיה של רשות מנהלית במדינת ישראל, מכח הדינים**, וזאת ללא תלות בזהות הפונים:

”עיקרון כללי אחר החולש על פרשנותם של דברי חקיקה הוא עיקרון היסוד שלפיו למדינה נתונה הריבונות לקבוע מי ייכנס לתחומה, ובהתאמה, לשר הפנים – שהוא הגורם המוסמך בעניין זה – מסור שיקול דעת רחב ... **הגם ששר הפנים נדרש להפעילו בכפוף לכללי המשפט המנהלי ותוך הענקת משקל ראוי לשיקולים בדבר שלמות התא המשפחתי והגשמת תכליתה של תקנה 12** (...) לעניין התחשבות במסגרת שיקול הדעת בשיקולים של שלמות התא המשפחתי ראו עניין עויסאת, פסקאות 19-20). ניתן, אפוא, לומר כי במסגרת ההתחקות אחר תכליתו האובייקטיבית של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה, יש ליתן את הדעת גם לשיקול הדעת המסור לשר הפנים.” עע”מ 5718/09 **מדינת ישראל נ’ הודא מחמד יוסף סרור**, סד(3) 319 (2011)

29. במקרה הזה נפסק כי אין מקום לקבל את עמדת שר הפנים, חרף שיקול הדעת הרחב שלו. הקטין הפלסטיני מושא העתירה והערעור, נמצא זכאי לרישיון לישיבת קבע בישראל כאשר בין היתר נדונה סוגיית הפרדתו של הקטין מהוריו. ואם זו הקביעה בעניינים הרי גורל קביעת מעמד של תושב פלסטיני בישראל, הרי בבחינת קל וחומר בקביעה הנוגעת לימים ספורים בלבד.

30. המשיבים לא מצביעים על סיבה בעטיה נפגעת זכותם של העותרים לשלמות התא המשפחתי בתקופת החגים. נדמה כאילו על העותרים לשלם בזכותם לשלמות התא המשפחתי מנת לממש את זכותם לחופש הפולחן. ואולם, זכויות אדם אינן מטבע עובר לסוחר. ממילא גם אם יצביעו המשיבים על תועלת כלשהי אשר עולה להם מהפגיעה בזכויות העותרים, היא בוודאי לא אשר עולה על הפגיעה בעותרים.

31. יצוין העותרים 2-5 אף לא זומנו לתחקיר בטחוני על מנת שיוכל לענות לטענות המשיבים. העותר 1 אשר זומן לתחקיר, לא עומת עם אף פעולה אשר יכולה הייתה לזקוף כנגדו מניעה בטחונית, ומשכך, לא ענה לאף “אשמה”, בוודאי לא נטען כנגדו בפניו כי הוא מקיים קשר עם פעילי טרור. התנהלות זו מעלה חשש כבד לחוסר תום לב של הרשות.

המשיבים כרשות מנהלית, הפרו את חובת ההגינות

32. המשיבה 3 היא רשות ציבורית. תפקידו של משרד פניות ציבור אצל המשיבה 3 הוא אחד ויחיד - לטפל בפניות ציבור בהתאם לסמכות שהופקדה בידה. הטיפול בפניות הציבור צריך להיעשות באופן שוטף, רציף, עקבי, יעיל ומהיר ובהתאם לצרכי הפונים ואופי הבקשות בהן מטפל המשרד. בפסיקה, מעוגנת החובה לפעול בהתאם לעקרונות אלו תחת **עיקרון השירות**:

חובתו של בית המשפט היא לדאוג לעיגון עקרון השירות, והכפפתן של רשויות המדינה אליו. עקרון זה מחייב את בית המשפט למנוע התמשכות מיותרת של הליכים על חשבונם של מקבלי השירות. עקרון זה מחייב גישה רצינית לפניות הפרט, מניעת התעמרות, הטמעת ערכי שוויון, ושירוש זכויות יתר של בעלי כוח שלטוני או כוח אחר. זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגת בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל (עת"מ (י-ם) 769/04 אמינה נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 14.10.2004, ההדגשות הוספו).

33. חובת ההגינות החלה על רשות לתת שירות באופן הגון וראוי מקורה בתפקיד הרשות וללא תלות במעמדם של הפונים אליה. העובדה כי מת"ק עזה מטפל בעיקר בפניות של תושבי רצועת עזה, חסרי מעמד בישראל, אינה מפחיתה מחובתה של הרשות. כבוד השופט י. זמיר מתייחס לחובה זו:

"אך מהי חובת ההגינות? חובת ההגינות אבן פינה היא בדיני המינהל הציבורי שהרשות המינהלית, בהיותה נאמן של הציבור, חייבת לנהוג בהגינות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 840/79, המ' 830/79, 860 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [20], בעמ' 745-746. חובת ההגינות חלה על הרשות, בראש ובראשונה, כלפי הציבור. זוהי חובה של נאמן כלפי הנהנה. אך בפועל, כיוון שהציבור מורכב מבני-אדם, החובה אינה חלה רק כלפי הציבור, כגוף ערטילאי, אלא היא חלה גם כלפי כל אדם.

אומרים לא פעם כי חובת ההגינות מוטלת על הרשות המינהלית כלפי האזרח. אפשר לומר כך. אך זאת לדעת כי האזרח, בהקשר זה, פירושו אדם, לרבות תושב שאינו אזרח, וגם חבר בני-אדם, לרבות תאגיד.

חובת ההגינות החלה על הרשות כלפי האזרח היא המקור הרעיוני של כללים שונים המסדירים את היחסים שבין הרשות לבין האזרח. כך, לדוגמה, הכלל בדבר חובת השימוע. בבג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ ואח' נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע ואח' [21], בעמ' 767, אמר הנשיא אגרנט:

"...טעמו של הכלל האמור [בדבר זכות הטיעון של האזרח כלפי הרשות המינהלית – י' ז'] הינה להבטיח שהרשות המינהלית תתייחס בהגינות (with fairness) כלפי ענינו של האזרח...".

כך גם הכלל בדבר החובה לקיים הבטחה מינהלית. בבג"ץ 135/75, 321 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה [22], בעמ' 676, אמר השופט ברנזון:

"...הבטחה שניתנה על-ידי בעל שורה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה." (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ)

34. הנה כי כן, בענייננו, המשיבים לא מלאו את חובותיהם כרשות מנהלית והפרת החובות החלות עליה עוברות כחוט השני בפעולתה : ראשית, ניכר כי המשיבים לא חשים חובה ליישם את הקריטריון אותו הם עצמם קבעו. הדברים מסתמכים הן על אופן הטיפול והדחיפות המעטה בה טופלו הבקשות בעת הזו, והן על אופן הטיפול בבקשות בשנים עברו. ואולם, הבטחה מנהלית אינה כרוכה רק בפרסום ההבטחה והתהדרות בה, אלא גם ביישום בפועל של אותה הבטחה, גם אם לא מדובר במקרה הנוגע להצלת חיים. ויובהר: חופש הפולחן הוא זכות יסוד המעוגנת הן בדין הבינ"ל, הן בדין הישראלי ומוכרת אף על ידי המשיבים עצמם.

35. חובתה של רשות מנהלית לפעול במהירות הראויה ולהשיב לפונים אליה בתוך זמן סביר היא מן ממושכלות היסוד של מינהל תקין (ר' זמיר לעיל, בעמ' 1098 ; בג"צ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007)). חובה זו הינה חובה כללית החולשת כמעט על כל הפעולות המנהליות, למעט כאשר דין ספציפי קובע חובת עשייה במועד נקוב (אליעד שרגא ורוני שחר, המשפט המנהלי, כרך 3, 338 (2008)). התשובה לשאלה מהו "זמן סביר" תיקבע בכל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו הוא. קביעת הזמן הסביר לפעולה במקרה הקונקרטי נגזרת מאילוצים מעשיים מחד ומעוצמת המשקל והחשיבות לביצוע הפעולה במהירות ביחס לאינטרס הכלל או היחיד, מאידך. **המשיבים התבקשו לאשר את יציאת העותרים החל מיום 8.12.2019 תשובתם רק ביום 8.1.2019, אינה יכולה להיכנס לגדר "זמן סביר".**

36. שנית, הסירובים ברובם התקבלו מבלי שנערך שימוע לאף לעותרים. באשר לעותר 1, גם אם ניתן לראות בתחקיר הבטחוני שימוע, הרי שהוא התקיים אצל הגורם המייעץ, ובמהלכו לא הועלו חשדות או אשמות איתן יכול היה העותר להתמודד.

37. שלישית, תשובת המשיבים באופן שניתנה, יוצרת תחושה קשה של זלזול וקלות ראש מצידם. יתרה מכך, המענה אינו מנומק, באשר למרבית העותרים, אף לא בפראפרזה, אינו חושף את מערך השיקולים אשר עמד לנגד עיני המשיבים, ואת המשקל אשר ניתן לכל אחד מהם. באופן זה נמנעת האפשרות להעמיד את ההחלטה לביקורת שיפוטית, יפים לעניין זה דבריה של כבוד השופטת ג. לויין בשינויים המתבקשים :

אין חולק כי שיקול הדעת הנתון למשיבים להחליט בדבר מתן היתרים לתושבי האזור שאינם אזרחי ישראל להיכנס אליה, הוא שיקול דעת רחב (ר' בג"ץ 2964/18 חוג ההורים – פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון (ניתן ביום 17.4.2018)). אין גם מחלוקת כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הרשות המוסמכת ואינו בא בנעליה.

עם זאת, אין לומר כי מדובר בשיקול דעת בלתי מוגבל של המשיבים, שאינו כפוף לביקורת שיפוטית של המשפט המינהלי. כמו כל רשות, גם מפקד האזור פועל על פי כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי. **הפעלת שיקול הדעת שלו צריכה להיעשות איפוא באופן סביר, בהתאם לאמות המידה ולכללי המשפט המנהלי הנוהגים עמנו. קרי, הפעלת שיקול הדעת צריכה להעשות בסבירות, במידתיות, לאחר שקילת מלוא השיקולים הנוגעים לעניין, ללא שרירות, אפליה או שיקולים זרים, ובהתבסס על ראיות מינהליות במידת הצורך.**

במקרה דנן, המשיבים לא הניחו תשתית ראויה, שתאפשר בחינה של השאלה האם ההחלטה לדחות על הסף את בקשות העותרים 1,2,3,8 להיתר כניסה לישראל, על פי קריטריון זה, ובכלל, עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי.

המשיבים לא פרשו בפני בית המשפט את השיקולים שעמדו ביסוד ניסוח הקריטריונים הנוגעים לעניין, ביסוד פרשנותם ואופן יישומם...

נוכח כל האמור, באתי לכלל מסקנה כי ראוי להורות למשיבים לשוב ולבחון את עניינם של העותרים בחינה פרטני. ככל שישורבו בקשות העותרים או מי מהם, על המשיבים ליתן החלטה מנומקת, שתקנה אפשרות להעמיד את ההחלטה לביקורת שיפוטית. (עת"מ (מינהליים ב"ש) 31649-10-18 אמאל אבו עישה נ' שר הביטחון)

38. ורביעית, גם אם קיימים שיקולים כנגד כניסתם של העותרים לישראל, הרי שמנגד עומדים פגיעה בחופש הפולחן ובתא המשפחתי. לפיכך, לא די בכך שתהיינה בפני הרשות המנהלית ראיות המאששות על פי תוכנן את מסקנותיה. שכן אם יש בהן פגיעה בזכויות קיימות הן צריכות להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות, כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העולה להיפגע, כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת (ר' למשל: 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה פ"ד נח(3) 865899 (2004) בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327 (1985)). במשך שנים נמנעים המשיבים מהעמדת ראיות כלשהן ובדרך כלל אף פותרים עצמם מהעלאת טיעונים הנוגעים לסירוב הבקשות. גם כאשר הועלתה טענה ביטחונית, היא הועלתה כאמור בשפה רפה וכלאחר יד. באופן זה, לא עמדו המשיבים גם בנטל לשקול את כל השיקולים ולתת להם את משקלם הראוי.

המשיבים התפרקו משיקול דעתם העצמאי ואימצו את מסקנת גורמי הביטחון במלואה

39. 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 למעשה אישרו כי בעניין העותרים החלטתם התבססה על אימוץ עיוור ומוחלט של המלצת גורמי הביטחון, חרף השיקולים הצרים אשר נשקלים אצל גורמי הביטחון, כך הפעם וכך בפעמים רבות ואחרות.

40. התנהלות זו, ששותפים רבים לה, מעידה על התפרקות רבתי של המשיבים מהפעלת שיקול דעת עצמאי לגבי בקשות כניסה של תושבים פלסטינים. למרות לשון החוק הברורה, שוב ושוב מתעלמים המשיבים מהעובדה כי הסמכות היא בידם להחליט לגבי בקשות כניסה לישראל, ולא בידי גורמי הביטחון המוסמכים לייעץ בלבד (סעיף 7(ב)(5) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002). היפוך התפקידים, כאשר השב"כ נהיה המחליט והמתפ"ש הוא רק הגורם 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".

41. חמור מכך, עבור מרבית העותרים המשיבים אינם רואים לנכון לשלוח ולו פראפרזה מינימאלית בנוגע לסירוב הבטחוני. בעניינו של העותר 1, לא ניתן להגיד כי "קשר עם גורמי טרור" חושף משהו מטענות השב"כ, בוודאי לא בנסיבות החיים בעזה. ממילא, אין מתן הפראפרזה מייתרת את פירוט השיקולים הנוספים אשר הם שקלו, בבואם לסרב בקשה אשר הוגשה להם.

42. התנהלות המשיבים מעלה את החשד כי הם עצמם אינם יודעים ולא נחשפו למידע שעומד בבסיס ההתנגדות הביטחונית, ככל שיש כזה. למרות היותם הרשות המוסמכת לקבל החלטה בבקשת העותרים, מהאופן המעורפל בו נוסחה ההחלטה, עולה ספק אם הם עצמם ראו את החומר הביטחוני, בחנו את עוצמתו ושקלו אותו למול שיקולים אחרים.

43. 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."

44. 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 ההחלטה. 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" (הדגשה אינה במקור).

45. אמנם, במסגרת הפעלת סמכותם ושיקול דעתם המשיבים רשאים להתייעץ בגורמים ממשלתיים אחרים, כגון גורמי הביטחון, אך ההחלטה הסופית היא שלהם ושלם בלבד (השווה: עת"מ (חי) 1551-06-09 **ג'ואהר נצאר נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 29.9.2009).

46. כך אמרו המשיבים גם בפני בג"ץ, למשל בבג"ץ 1922/07 **ח'מאיסה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.7.2007):

"המשיבים מציינים, כי קיומה של מניעה ביטחונית לגבי העותר אינה מונעת באופן אוטומטי את כניסתו לישראל לתקופה קצובה ולצרכים מסויימים" (פס' 2)

יפים גם דברי כב' השופט סולברג בעת"מ (י-ם) 1820-09 **אזמקנא נ' שר המשטרה** (פורסם בנבו, 26.5.2010):

"חרף קיומה של מניעה פלילית בעניינו של העותר, אין מניעה מפני בדיקה פרטנית של כל בקשה שיגיש"

47. ואמנם, חרף הקביעות המפורשות בחוק ובפסיקה, ממשיכים המשיבים להסתמך באופן מוחלט על המלצות והחלטות הגורמים המייעצים.

קשר לגורמי טרור, אינו עילה למניעה בטחונית בנסיבות החיים בעזה

48. הפראפרזה אשר ניתנה לעותר 1, אינה רק לקונית אלא גם שבלונית ומעוררת חשש, כי בנסיבות חייו ועיסוקו של העותר, לא היה מקום למנוע את יציאתם מטעם ביטחוני. ודוק. התיבה "קשר עם גורמי טרור" נכונה בעניינם של כל מי שמתגורר בעזה ומקבל שירותים מרשויות החמאס בהיותו ארגון טרור ובמקביל רשות שלטונית המעניקה שירותים אזרחיים לתושבים התלויים בה.

49. על פי ההלכה הפסוקה, מניעה ביטחונית יכולה להצדיק איסור על כניסה לישראל לצרכים שונים, רק כאשר המשיבים הוכיחו קיומו של **סיכון ביטחוני הנשקף באופן ישיר ממעשיו האישיים** של המנוע. זוהי הפרשנות הראויה לעמדת בתי המשפט לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, כפי שנקבע בבג"ץ 7444/03 **בלאל מסעוד דקה נ' שר הפנים** פס' 38 (פורסם בנבו, 22.2.2010) (להלן: עניין **דקה**):

"נשוא המניעה הביטחונית על-פי החוק הוא, בכל מקרה, **סיכון ביטחוני הנשקף ממבקש ההיתר עצמו** – בין סיכון ישיר, הנובע מחשש למעורבות ישירה מצדו הוא בפעולות טרור, ובין סיכון עקיף, הנובע מחשש שייעשה בו שימוש פסול בידי קרובי משפחה המעורבים בטרור" (הדגשה אינה במקור).

50. במקרה דנן לא נטען כי העותר מעורב בפעולות טרור, ולא נטען כי ישנו חשש שייעשה בו שימוש פסול בידי קרובי משפחה. כל שנטען הוא שיש לו קשר עם גורמי טרור. לו הייתה טענה זו עולה במסגרת התחקיר הבטחוני, היה העותר כופר בה מכל וכל, כפי שהוא עושה כעת, במסגרת העתירה. את הקשר היחיד אותו יכול היה העותר להעלות על דעתו לגורמי טרור, הציף העותר במהלך התחקיר ואף העמיד הסבר ברור מאליו ל"קשר" זה. חובתו כרופא חלה כלפי כולי עלמא, בדיוק כפי שחלה חובתם של רופאים ברחבי העולם ובישראל בפרט. ולראיה, בתי החולים בישראל מחוייבים אף הם לקבל ולהעניק טיפול מסור גם ללוחמי האוייב, והם אף עושים זאת ומתהדרים בכך.

העתק כתבתו של אלי לוי "מחבל מטופל בבית חולים ישראלי" מאתר NRG מעריב מצ"ב ומסומן

נספח ע/6

51. ממילא בנסיבות החיים ברצועת עזה, לא מן הנמנע שלהרבה תושבים יש קשר לארגוני הטרור. כידוע, ארגון החמאס שולט בעניינים המקומיים ברצועת עזה ומנהל את חיי היום-יום של תושבי עזה במגוון תחומים. ההיגיון הבריא מחייב שלא להפיל או להעניש תושב עזה אך מן הטעם שהוא עומד בקשר עם אדם העובד בארגון החמאס. די להביא את דברי כב' ביהמ"ש המחוזי בתפ (ב"ש) 35009-01-15 מדינת ישראל נ' עבד אלחכים שביר (פורסם בנבו, 6.9.2015):

"החמאס, על גופיו הצבאיים והאזרחיים, הוא הריבון השולט ברצועת עזה. הוא הממשלה. הוא הצבא. הוא המשטרה. הוא העיריות. והוא מוסדות הבריאות והחינוך והסעד ועוד ועוד. ומוסדותיו ושלוחותיו השונים הם לקוחות משמעותיים וחשובים לסחורות ושירותים ברצועת עזה. הדרתו והדרה ממנו בהקשר הכלכלי הפנימי, מצד הסוחרים ואנשי העסקים והשירותים ברצועת עזה, הם דבר בלתי אפשרי...

אין זה מתקבל על הדעת לחייב ציבור להתייחס לשלטון שלו כגוף בלתי לגיטימי, ולהפיל מגע כלכלי עמו."

52. המשיבים לא התייחסו לקיומו של סיכון ביטחוני הנובע ממעורבות ישירה של העותר במעשי טרור, העותר כופר בכך. אך עם זאת, כל דבר פחות מזה אינו יכול להספיק על מנת לשלול את בקשתו להיכנס לישראל. זאת, במיוחד כאשר נלקחות בחשבון הזכויות הנפגעות והתלות המלאה של העותרים באישור המשיבים על מנת לממש את חופש הפולחן על פי דתם ואמונתם.

סיכום

53. העותרים תלויים לחלוטין בקבלת היתר מהמשיבים על מנת לממש את זכותם לחופש תנועה, לחופש פולחן ולשלמות התא המשפחתי. הזכות לחופש הפולחן הוכרה על ידי המשיבים ומתבטאת בקריטריון מיוחד אשר המשיבים מפרסמים מדי שנה, בסמיכות לחגי הנוצרים.

54. בסירובם הלאקוני והבלתי מבוסס של המשיבים, הם מפרים בצורה בוטה את חובותיהם המשפטיות ומבטאים חוסר כבוד בסיסי וזלזול בזכויותיהם של העותרים. המשיבים אינם נוהגים כמצופה מרשות מנהלית.

55. נוכח כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לבטל את החלטתם מיום 8.1.2109 ותחתיה לקבל החלטה חדשה המתירה את כניסת העותרים לאלתר, במסגרת קריטריון חגי נוצרים.

56. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות אגרת בית משפט ושכ"ט עו"ד כדין.

57. העתירה נתמכת בתצהירי העותרים שנחתמו בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לב"כ העותרים, לאחר תיאום טלפוני. בשל הקושי בקיום מפגשים בין העותרים לבין ב"כ ובשל דחיפות העתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את התצהיר ואת יפוי הכוח שנחתמו ונשלחו בפקס.



מוריה פרידמן שריר, עו"ד
באת-כוח העותרים

9.1.2019