

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 29.1.2019 ולהתיר לעותרת לצאת מרצועת עזה ולהיכנס לישראל לצורך קיום ראיון בשגרירות הולנד בתל אביב, ראיון שנקבע לתאריך 6.2.2019 בשעה 9:00.
כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותר בעתירה זו, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.
בשל הדחיפות הנובעת מהמועד הקבוע לראיון בקונסוליה, לעתירה נלווית בקשה לקיום דיון דחוף.

הצדדים לעתירה

1. העותרת הינה תושבת פלסטינית המתגוררת ברצועת עזה והמבקשת להיכנס לישראל לצורך קיום ראיון אשרה בשגרירות ההולנדית, שירות אשר אינו זמין ברצועת עזה.
2. המשיב 1 (להלן: **המתפ"ש**) הינו האחראי על יישום מדיניות ממשלת ישראל בשטחים הכבושים. המתפ"ש הוסמך על ידי המפקד הצבאי להנפיק היתרי כניסה לתושבים פלסטינים לישראל, מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: **החוק**).
3. המשיב 2 (להלן: **מת"ק עזה**) כפוף למתפ"ש והינו זרוע ביצועית שלו בכל הנוגע לקשר עם תושבי רצועת עזה. מת"ק עזה הינו הרשות המינהלית המוסמכת לקבל בקשות של תושבי רצועת עזה להיכנס לישראל, לבחון אותן, ולקבל החלטה באם לסרב או לאשר אותן.

ואלה נימוקי העתירה:

א. התשתית העובדתית

העותרת הינה תושבת פלסטינית, המתגוררת ברצועת עזה. לפני כששה חודשים נישאה העותרת למר [REDACTED], ת.ז. [REDACTED], תושב פלסטיני ואזרח הולנדי. בני הזוג מתעדים לקבוע את מקום מושבם בהולנד, לאחר שיוסדר מעמדה של העותרת.

העתק תעודת הזהות של העותרת מצ"ב ומסומן נספח 1/ע

העתק הדרכון ההולנדי של בן זוג העותרת מצ"ב ומסומן נספח 2/ע

4. לשם הסדרת המעמד נקבע לעותרת מועד לריאיון ומבחן בשגרירות הולנד בתל אביב ליום 6.2.2019. ביום 5.12.2018 פנתה העותרת לוועדה האזרחית הפלסטינית, והגישה בקשה להיתר מעבר לריאיון בשגרירות ההולנדית. ריאיון ומבחן אלה הינם שלב הכרחי בהליך קבלת האזרחות והם אינם זמינים ברצועה. ביום 8.1.2019 ומשלא התקבל מענה לבקשת העותרת, פנתה באמצעות עמותת גישה אל המשיבים בבקשה לקבלת מענה לבקשתה. בפניה צוינו הן הדחיפות הרבה לאישור הבקשה וכן משמעותו מרחיקת הלכת של הריאיון, שכן בו תלוי עתידה: חיי המשפחה שלה והאוטונומיה לבחירת מקום מגורים.

5. ביום 29.1.2019, כחודשיים לאחר פנייתה וכשבוע לפני הריאיון, ענו המשיבים כי בקשתה של העותרת מסורבת מטעמים ביטחוניים אשר "מטבע הדברים" לא ניתן לחשוף.

6. בתשובת המשיבים מיום 29.1.2019 נמנעו לציין מי קיבל את ההחלטה בפועל ומהם אותם טעמים ביטחוניים, אף לא בפרפרזה. בתשובת המשיבים אין שום מסגרת המתווה את אופן הטלת המניעה או את דרכי הסרתה ולעותרת לא ידוע על כל סיבה סבירה שיכולה להוליד טענה של מניעה ביטחונית.

העתק פניית עמותת גישה מיום 8.1.2019, בצירוף מכתב הזימון לריאיון בשגרירות ליום 6.2.2019 מצ"ב ומסומן נספח 3/ע

העתק תשובת המשיבים מיום 29.1.2019 מצ"ב ומסומן נספח 4/ע

7. כמו כן, מתשובת המשיבים הקצרה והבלתי מנומקת, לא מצוינים השיקולים אשר נשקלו. זאת חרף העובדה שהעותרת פעלה בהתאם לנהלי המשיבים והעובדה שהיא עונה על הקריטריונים של המשיבים המתירים לתושבי עזה להגיש בקשות לשם כניסה לישראל לצורך קיום ראיונות אשרה בקונסוליות או שגרירויות זרות, כששירות זה אינו זמין ברצועה.

העתק הסעיף הרלוונטי במסמך "סטטוס ההרשאות" של המתפ"ש מצ"ב ומסומן נספח 5/ע

ב. הטיעון המשפטי

8. סירוב המשיבים לאפשר לעותרת לקיים את הריאיון בשגרירות חרף עמידתה בקריטריון של "ריאיון שגרירות", ניתן ללא נימוק, ללא פירוט, ללא תאריך תפוגה ומבלי שנערך לעותרת תחקור ביטחוני המציג בפניה את הטענות והראיות נגדה ומעניק לה הזדמנות להשיב. התנהלות זו של המשיבים מהווה הפרה בוטה לעקרונות המשפט המינהלי ופוגעת באופן בלתי סביר ובלתי מידתי בזכויות העותרת לחופש תנועה, הזדמנויות וחיי משפחה. מכל הסיבות

הללו, ולאור הפגיעה הקשה בזכויותיו של העותרת, מדובר בהחלטה מנהלית פגומה שדינה בטלות.

המסגרת הנורמטיבית

9. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **החוק**) מסמיך את המשיבים, ואותם בלבד, לתת היתרי שהייה בישראל לתושבים פלסטינים, למטרות זמניות שונות (סעיף 3ב לחוק). כאמור, אחת המטרות שהוגדרה כ"קריטריונית" היא כניסה לצורך ראיון אשרה בקונסוליה זרה הממוקמת בישראל, כאשר שירות זה אינו זמין ברצועת עזה.

10. 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, אמור הוא לקבל החלטה בבקשה.

11. על פי "נוהל כניסת האוכלוסייה הפלסטינית לישראל" (אפריל 2015), רשאי משיב 2 לסרב בקשתו של תושב עזה אם קיימת כנגדו מניעה ביטחונית. אולם, 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.

12. כך נכתב בסעיף 7(ג) לנוהל:

"בסמכות ראש המנהל האזרחי לאיו"ש ורמת"ק עזה, לאשר היתר כניסה לישראל לתושב פלסטיני מנוע כניסה".

ר' גם סעיף 9(ג) לנוהל:

"יודגש, כי המניעות הביטחונית והמשטרתיות 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" (ההדגשות אינן במקור).

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 היתר...)**".

העתק העמודים הרלוונטיים בנוהל "כניסת האוכלוסייה הפלסטינית לישראל" מצ"ב ומסומן **נספח 6/ע**

13. על פי הנוהל, "בחינת בקשות לקבלת היתרי כניסה לישראל לבעלי מניעה נעשית על בסיס שני אפיקים נפרדים" (סעיף 9(ד)). עבור היתרים "מסוימים" (אשר לא פורטו בנוהל), תועבר בקשת התושב לאבחון על ידי הגורם שהזין את המניעה. לאחר קבלת תשובת האבחון, תתקבל החלטת מת"ק עזה (סעיף 9(ד)(1)). ואולם, כאמור לעיל, אף אם יתקבל מענה אבחוני הממליץ

שלא להנפיק את ההיתר, לרמת"ק עזה יש סמכות להנפיק היתר למרות המניעה. עבור היתרים "אחרים" (אשר לא פורטו בנוהל), תהיה אפשרות לתושב להגיש **ערעור** בגין המניעה שהוזנה לו. אם הערעור יתקבל ע"י הגורם המונע, יוכל התושב לקבל היתר (סעיף 9(ד)2)). גם כאן, כאמור לעיל, מוסמך מפקד האזור לאשר הנפקת היתר על אף מניעה.

החלטת המשיבים אינה מבוססת ונעדרת תשתית עובדתית

14. העותרת היא אישה צעירה ונשואה טרייה אשר מתכננת להקים משפחה בהולנד. כל מבוקשה מהמשיבים הוא לצאת לראיון בשגרירות לשעות ספורות בלבד וזאת לצורך קבלת אזרחות אשר תהווה גושפנקה חוקית ומסודרת לעתידה ועתידי משפחתה ביבשת החדשה.

15. כאמור בפרק העובדתי, בקשתה של העותרת לקבלת היתר כניסה לישראל לצורך הריאיון בשגרירות ההולנדית סורבה על ידי המת"ק "מטעמים ביטחוניים" שלא פורטו. הא ותו לא. לעותרת לא ידוע על כל סיבה או עילה היכולות לשמש נגדה במניעתה להיכנס לישראל לצורך הריאיון. היא מעולם לא זומנה לתחקור בטחוני ומעולם לא הועלו כלפיה חשדות או אישומים כלשהם.

16. למעשה, בעבר היא קיבלה את אישור המשיבים לצאת ליום אחד מרצועה לצרכים רפואיים באותו היום ממש לאחר שעברה את הבדיקות הרפואיות שבה לרצועה, כמגבלת ההיתר ומבלי שעלתה דל טענה כנגדה.

17. המשיבים בתשובתם המפתיעה, אינם מספקים כל הסבר או נימוק או טעם לסירובם. הם אינם מציינים אילו שיקולים שקלו אם בכלל, ואיזה משקל העניקו לכל אחד מהם. כמו כן, הם לא פירטו מהו המשקל שהעניקו להמלצת גורמי הביטחון. המשיבים לא טרחו להסביר, וייתכן שאף הם אינם יודעים מהו בדיוק הסיכון הביטחוני שאליו מכוונים גורמי הביטחון.

18. זאת ועוד, במקרה דנן המשיבים סירבו את בקשת העותרת מסיבות ביטחוניות מבלי שנערך לה תחקור ביטחוני. כלומר, המשיבים בחרו שלא להיפגש עם העותרת, לשמוע על אודותיה, לקבל ממנה מידע רלוונטי הנוגע לחששם ממנה ולהציג בפניה ראיות שיש ברשותם- אם בכלל- כנגדה. הטלת מניעה ביטחונית באופן כזה מעלה חשש כבד לשרירותיות, במובן זה שהמניעה הוטלה ללא סיבה אמיתית. **התנהלות זו מעידה על כך שהחלטה לסרב את בקשת העותרת לא התבססה על תשתית עובדתית מוצקה, ולפחות לא תשתית עובדתית יציבה מספיק כדי לבסס פגיעה קשה בעותרת.**

19. ודוק: הלכה היא כי לא די בכך שתהיינה בפני הרשות המנהלית ראיות המאששות על פי תוכן את מסקנותיה, אם יש בהן פגיעה בזכויות קיימות הן צריכות להיות **ברורות, חד משמעיות ומשכנעות**, כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העלולה 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)).

20. למעלה מכך, חשוב להבהיר כי הסירוב הביטחוני לבקשת העותרת מהווה חלק ממגמה גורפת

של סירובים ביטחוניים אשר בשל מעטה החשאיות אשר נוהגים בו גורמי השב"כ לא ניתן להתגונן מולם שכן, בפועל, אין העותרת יודעת כלל מה לכאורה בפעולותיה פגום ופסול עד כדי כך שהמשיבים שמים מכשול בינה לבין בן זוגה ועתידה בארץ חדשה.

21. העובדה שניתן סירוב לבקשת העותרת מעלה יותר מחשש כי הסירוב נבע ממדיניות ההחמרה הכללית ולא ממניעה קונקרטיה הנובעת מהעותרת עצמו. לחילופין, יתכן גם כי מדיניות ההחמרה הביטחונית הביאה להענקת משקל יתר לטענות הביטחונית ולמשקל חסר לנסיבות ההומניטאריות. הלכה היא כי פגיעה בזכות יסוד, כגון חופש התנועה והזכות לחיי משפחה תהיה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית (ר' לעניין זה: בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ו-24 אח' נ' שר הביטחון (פורסם בנבו 13.1.2010)).

המשיבים הפרו את חובת ההנמקה

22. אינדיקציה נוספת להיעדר הבסיס בסירוב הביטחוני בעניין דנן היא בכך שהחלטת הסירוב ניתנה ללא הנמקה. לא פורטו השיקולים אשר נשקלו מעבר לשיקול הביטחוני הצר וכן לא ניתנה אפילו פרפרזה. אף לא ניתנה לעותרת הזכות לדעת מיהו האדם אשר שקל את עניינו ולשוב אליו בבקשה להבהיר את החלטתו. לא רק שהיעדר הנמקה מערער את בסיס הסירוב, אלא גם התנהלות זו של המשיבים חורגת מעקרונות יסוד של מנהל תקין המחייבים רשות מנהלית לנמק את החלטותיה ולנהוג בהגינות מרבית כלפי הפונה אליה. זאת בייחוד כאשר ההחלטה פוגעת בזכויות יסוד של הפרט. ר' למשל: ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' חסין געאביץ, פס' ל"א לפסק הדין (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".

וכן ראו:

"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)).

23. חובה ההנמקה 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. **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' עניין געאביץ לעיל).**

24. במובן המעשי, סירוב לא מנומק, לא מאפשר לעותרת להתמודד באופן מהותי עם החלטת הרשות ומתיר אותה חסרת אונים מול כוחה חורף הגורלות.

25. המשיבים אינם מכבדים את זכותה של העותרת ככל תושבי רצועת עזה, לקבל מידע מפורט ככל הניתן לגבי החלטות שהם מקבלים המשפיעות על חייהם באופן משמעותי. הם סבורים, שלא בצדק, כי באפשרותם לקבל החלטות לסרב בקשות לכניסה לישראל ללא צורך בהנמקה או פירוט מינימאלי. אך הדין מחייב את המשיבים לנמק את החלטותיהם וזאת מכוח תחולתם של עקרונות המשפט המינהלי עליהם, גם ביחסיהם מול תושבים פלסטינים כדוגמת העותרת.

26. הנמקת ההחלטה יכולה להעיד על הליך קבלת ההחלטות בו נקטה הרשות- אם ההחלטה התקבלה לאחר תשתית עובדתית מוצקה ולאחר שקילת כל השיקולים הרלוונטיים. ללא הנמקה, לא ניתן להתחקות אחר אופן הפעלת הסמכות של הרשות. **אכן, העדר ההנמקה מצד המשיבים במקרה דנן מחזק את הטענה כי אין להחלטה כל בסיס עובדתי והיא נטענה בעלמא מבלי שישנן ראיות המעידות על סיכון ביטחוני קונקרטי מכניסת העותרת לישראל.**

27. אך לאחרונה, בפסק הדין בעת"ם 31649-10-18 **אבו עישה ואח' נגד שר הביטחון ואח'**, הזכירה כבוד השופטת גאולה לויין ביחס למשיבים דכאן:

" 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.

בהתאמה, הורתה כבוד השופטת למשיבים:

"...ככל שישורבו בקשות העותרים או מי מהם, על המשיבים ליתן החלטה מנומקת, שתקנה אפשרות להעמיד את ההחלטה לביקורת שיפוטית"

28. הימנעות המשיבים מהנמקה מעלה גם את החשד כי הם לא איזנו כלל בין השיקולים הרלוונטיים לבקשת העותרת והעניקו משקל בלעדי להמלצת גורמי הביטחון, כפי שיפורט להלן. העדר הנמקה גם מעלה את החשד כי בפני המשיבים לא היה למעשה את אותו המידע הביטחוני אשר הוביל להמלצת גורמי הביטחון, וגם מסיבה זו, כפי שנטען לעיל, החלטתם פגומה ודינה בטלות.

הפרת זכות הטיעון וחובת השימוש

29. אי קיומו של תחקור ביטחוני לעותר משמעו גם הפרה בוטה של זכות הטיעון של העותרת וחובת השימוע בה חבים המשיבים. שהרי, התחקור הביטחוני מהווה פלטפורמה להצגת המידע הביטחוני שנצבר כנגד התושבת ולמתן הזדמנות להשמיע את טענותיה ולנסות להפריך את המידע שהוצג בפניה. **בנסיבות שבהן לא רק שלא התקיים תחקור אלא שהחלטה עצמה, שנמסרה לבאות-כוחה של העותרת, לא כללה שום פירוט באשר למהות המניעה הביטחונית, עסקינן בהפרה חמורה במיוחד של חובת השימוע של המשיבים.**

30. 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 מינהלית תימנע מהחלטה הפוגעת בזכויותיו ובמעמדו של אדם, אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות הוגנת ונאותה להביא טענותיו בעניין" (פס' 9).

וכן ראו דברי כב' הנשיאה בייניש בעניין געאביץ לעיל:

"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 זכויותיו של הזר נבחנות, איפוא, בהתאם לנסיבות עניינו הקונקרטיות. גישה זו משליכה מטבע הדברים על מערכת האיזונים המחייבת את רשויות השלטון, הנדרשות לאזן בין זכויותיו של הזר לבין אינטרסים ציבוריים נוספים.."

31. זכות הטיעון עומדת אף אם מדובר בהחלטה המתבססת על מידע ביטחוני. לעניין זה יפים דברי המשנה לנשיאת בית המשפט העליון, כב' השופט רובינשטיין, בעניין געאביץ לעיל:

"המדינה טענה, כאמור, כי במקרים כגון אלה נשוא עניינו 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.**" (פס' כ"ב, ההדגשות אינן במקור)

32. החלטת המשיבים נתקבלה אם כן מבלי שהעותרת מימשה את זכותה להשמיע את טענותיה בפניהם- לא לפני קבלת ההחלטה ואף לא לאחריה. הפרת זכות העותרת לטיעון פוגמת מכללא גם בזכותה לגישה לערכאות שאותה היא מממשת כעת. ברי כי אין ביכולתה של העותרת

לטעון כעת את מלוא הטענות שהייתה טוענת לו הייתה יודעת מהו המידע הביטחוני שעל בסיסו התקבלה החלטה. גם במובן זה, היא נמצאת בעמדה נחותה יותר ביחס לגורמי הביטחון והמשיבים.

המשיבים נשענו באופן מוחלט על עמדת גורמי הביטחון- התפרקות משיקול דעת

33. כאמור, המשיבים לא פירטו אילו שיקולים הם שקלו בטרם קבלת החלטתם, ומהי, ולו בתמצית, אותה עמדת גורמי הביטחון, אותה החליטו לאמץ. כל שאמרו זה שהבקשה סורבה "מטעמים ביטחוניים, שמטבע הדברים, לא ניתן לחשפם".

34. התנהלות זו מעידה על פעולה בחוסר סמכות ועל חוסר סבירות קיצוני שנפל בהחלטת המשיבים. למרות לשון החוק הברורה, שוב ושוב שוכחים המשיבים כי הסמכות היא בידם להחליט לגבי בקשות כניסה לישראל, ולא בידי גורמי הביטחון המוסמכים ליעץ להם 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 הביטחון 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" (ההדגשות אינן במקור).

וכן ראה דבריו של בית המשפט העליון בבג"ץ 7444/03 בלאל מסעוד דקה נ' שר הפנים, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 22.2.2010):

"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".

35. דבקות המשיבים במשפט הסתום כי הבקשה מסורבת מטעמים ביטחוניים אותם לא ניתן לפרט, אף מעלה את החשד כי **המשיבים עצמם אינם יודעים ולא נחשפו למידע שעומד בבסיס ההתנגדות הביטחונית, ככל שיש כזה.** כלומר, למרות היותם הרשות המוסמכת לקבל החלטה בבקשת העותרת, ישנו ספק אם הם עצמם ראו את החומר הביטחוני, בחנו את עוצמתו ושקלו אותו למול שיקולים אחרים.

36. 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.”

37. 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, ויפיים 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 מינהליים 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...

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.”
(ההדגשות אינן במקור)

סירוב המשיבים לוקה בחוסר סבירות וחוסר מידתיות

38. החלטת המשיבים, אשר אינה כוללת שום פרטים מהותיים באשר לסירוב, פוגעת באופן חמור וקשה בזכותה של העותרת לחופש תנועה וחיי משפחה ומונעת ממנה כניסה לישראל אשר נדרשת לשם הנפקת אשרה למדינה שלישית, מבלי לפרט ולנמק מה עומד בבסיס הסירוב והאיזונים שנעשו, אם בכלל. בנסיבות אלו, סירוב בקשת העותרת על בסיס מניעה ביטחונית שלא פורטה, עולה כדי חוסר סבירות קיצוני ופגעת באופן בלתי מידתי בזכויות העותרת לתנועה, להזדמנויות ולחיי משפחה.

39. כאמור לעיל, המשיבים מחויבים מכוח עקרונות המשפט המינהלי לשקול את כל השיקולים הענייניים לבקשה, ולהעניק לכל אחד מהם את המשקל הראוי. עקרון הסבירות דורש מהם לערוך איזון בין כלל השיקולים שנמצאו כרלוונטיים ובין כלל האינטרסים והזכויות הניצבים על המאזניים- אינטרסים ציבוריים ושיקולים ביטחוניים מחד ושיקולים הומניטאריים

ואישיים הנוגעים לבקשת העותרת מאידך (השווה: עניין **דקה** לעיל, פסי' 40-41).

40. ובכל זאת, כשנדרשו להכריע אם לתת לעותרת היתר כניסה לישראל לצורך ראיון אשרה, נראה כי הם הסתמכו אך ורק על טענות בדבר קיומם של שיקולי ביטחוניים. ומהם אותם שיקולים הומניטאריים ואישיים אשר היו המשיבים מחויבים לבחון בטרם קיבלו את ההחלטה? **ראשית**, העובדה כי כניסה לצורך ראיון אשרה בקונסוליה בישראל קבועה בקריטריונים שנקבעו לתנועת אנשים מרצועת עזה. עובדה זו מלמדת על כך **שבעיני המשיבים כניסת תושבי עזה לישראל לצורך זה הינה "הומניטארית" במובן זה שהיא קריטית וחיונית לחיי התושבים ברצועת עזה שישראל שולטת באופן כמעט בלעדי על יציאתם לעולם**. המשיבים לא חולקים על קביעה זו ובמסגרת דיון בעת"מ 29895-02-17 אבו-היבה נ' **שר הביטחון ואח'**, מיום 6.3.2017, באתר-כוחם טענה:

"בקשת כניסה לישראל לצורך ראיון בקונסוליה, היא בקשה הומניטרית. אין זכות קנויה להיכנס לישראל מעזה. מדינת ישראל הכירה מס' עילות הומניטריות, אחת מהן היא כניסה לשגרירות" (עמ' 3, שורות 27-29 לפרוטוקול).

41. אכן, קיום ראיון קונסולרי, הנפקת אשרת נסיעה למדינה זרה ולעתים הסדרת המעמד האזרחי במדינה זרה, הם פעולות אשר הכרחיות למימוש וקידום זכויות רבות של תושבי עזה- חופש התנועה של התושבים בראש ובראשונה אך גם זכויותיהם לחיי משפחה, לחינוך, לפרנסה, להזדמנויות ועוד. אשר על כן, בקשת העותרת הינה בקשה הומניטארית וככזו יש להעניק לה משקל רב.

42. **שנית**, האופי ההומניטארי של הבקשה מודגש מעצם העובדה שאת ראיון האשרה אותו ביקשה העותרת לקיים בשגרירות ההולנדית בישראל, אין היא יכולה לקיים באף מקום אחר ומדינת ישראל היא האופציה היחידה שלה. כאמור לעיל, אין בעזה נציגות הולנדית בה ניתן לקיים ראיון כאמור, ותושבי עזה מופנים לקבלת שירות בשגרירות יושבת בתל אביב. יתרה מכך, לעותרת אין אפשרות לערוך את הראיון במדינה זרה אחרת. לא רק שהיציאה למצרים דרך מעבר רפיח הינה כמעט בלתי אפשרית (המעבר נפתח לעתים נדירות מאוד וגם זאת לימים ספורים במהלכם מרבית מתושבי עזה לא מצליחים לצאת), אלא שככלל לא ניתן לצאת דרך מעבר רפיח ללא הצגת אשרת כניסה למדינה שלישית. **בנסיבות אלו, כשהדרך היחידה להשלים את הליך הסדרת המעמד בהולנד, היא להיכנס לישראל ולשהות בה מספר שעות, על ישראל מוטלת חובה מוגברת להיענות לבקשת העותרת ולהתיר את יציאתה לשגרירות**.

43. **שלישית**, המשיבים היו מחויבים לשקול את אופי ההיתר המבוקש. היתר כניסה לישראל לצורך ראיון בשגרירות ניתן למספר שעות בלבד ביום נתון, ובסיומו חוזרת התושבת לרצועת עזה. כלומר, בניגוד להיתרים אחרים, אין מדובר בבקשה לשהייה ארוכה בישראל, אלא בביקור קצר ביותר של מספר שעות ותו לא. יוזכר כי העותרת כבר קיבלה בעבר היתר חד יומי ושבח לביתה אשר ברצועה באותו היום, בהתאם לתנאי ההיתר.

44. **רביעית**, כל עתידה של העותרת תלוי בקיומו של הראיון ובהתאם בקבלת היתר לקיימו. בנסיבות הבקשה הספציפיות, כאשר הראיון מיועד לאפשר לעותרת להתאחד עם בן זוגה

ולקהים אתו בית בהולנד, חובה כי יהיה סיכון בטחוני קיצוני, אשר רק בהתקיימו, יהיה זה סביר לפגוע פגיעה כה אנושה בזכות לתנועה, לבחירת מקום המגורים ולחיי המשפחה של העותרת.

45. **דוק: האופי הייחודי של ההיתר המבוקש צריך היה להטות את הכף לטובת אישור בקשתה של העותרת, אף אם נטען כי יש חשש לסיכון ביטחוני מכניסתה.** יודגש כי במקרים אחרים בהם טענו המשיבים למניעות ביטחונית המונעות את כניסתם של תושבים פלסטיניים לישראל, בתי המשפט התחשבו, בעת בחינת סבירות ומידתיות ההחלטה, בעובדה כי מדובר בהיתרים לצורך שהייה תקופתית או ארוכה בישראל, כגון היתרי איחוד משפחות, מסחר או עבודה בישראל (השווה: עת"מ (י-ם) 286/07 גאלב עבאסי נ' הלשכה האזורית למנהל האוכלוסין (פורסם בנבו, 20.5.2007); עת"מ (י-ם) 15-09-23654 ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 26.1.2016).

סיכום

46. העותרת תלויה לחלוטין בקבלת היתר מהמשיבים על מנת לממש את זכותה לחופש תנועה, לחיי משפחה ולעצב את נתיב חייה. כניסתה מעזה לישראל לצורך ראיון אשרה בשגרירות אשר נמצאת בהולנד היא שלב הכרחי שבלעדיו היא לא תוכל להסדיר את מעמדה בהולנד.

47. בסירובם הלאקוני והבלתי מבוסס של המשיבים, הם מפריס בצורה בוטה את חובותיהם המשפטיות ומבטאים חוסר כבוד בסיסי וזלזול לזכויותיה של העותרת- זכותה לדעת מהו המידע הביטחוני שיש למדינת ישראל נגדה, זכותה לטעון כנגד מידע זה, זכותה לקבל את יומה בפני בית המשפט וזכותה לחופש תנועה ולחיי משפחה. נוכח הפגמים הרבים שנפלו בהחלטת המשיבים באשר לבקשת העותרת, דינה בטלות.

48. נוכח כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לבטל את החלטתם מיום 29.1.2019 ותחתיה לקבל החלטה חדשה המתירה את כניסת העותר לראיון בקונסוליה הקבוע ליום **6.2.2018 בשעה 9:00.**

לאור התנהלות המשיבים שתוארה לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד גם לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת, לרבות אגרת בית משפט ושכ"ט עו"ד כדין.

49. 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 ובשל דחיפות העתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את התצהיר ואת יפוי הכוח שנחתמו ונשלחו בפקס.

31.1.2019



מוריה פרידמן שריר, עו"ד

ב"כ העותרת