

1. [redacted], ת"ז [redacted]
2. עמותת גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד סיגי בן ארי ו/או אסנת כהן ליפשיץ
ו/או מוריה פרידמן שריר ו/או מונא חדאד מ"גישה -
מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב, 67770
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 בית המשפט הנכבד להורות למשיבים
לאשר את בקשת העותר 1, שמענו 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 העותר שנחתם בפני עורכת דין ברצועת עזה ונשלח לח"מ, לאחר תיאום
טלפוני. בשל הקושי בקיום מפגשים בין העותר 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' 5א 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. **העותר 1**, פלסטיני יליד 1981, מענו הרשום במרשם האוכלוסין הוא בגדה המערבית והוא מתגורר ברצועת עזה.
2. **העותרת 2**, עמותת "גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע" (ע"ר) (להלן: **עמותת גישה**) הינו ארגון זכויות אדם ישראלי שנוסד בשנת 2005 ומטרתו היא הגנה על הזכות לחופש תנועה של פלסטינים, במיוחד תושבי רצועת עזה, המעוגנת במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי המשיב 1 (להלן: שר הביטחון) הינו הממונה על הצבא מכוח חוק יסוד: הצבא.
3. **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.
4. **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.
5. **המשיב 3** הוא המפקד הצבאי של אזור הגדה המערבית מכח כללי המשפט הבינלאומי.

תקציר העובדות ומיצוי ההליכים

6. העותר 1 (להלן: **העותר**), נולד ברצועת עזה בשנת 1981. כיום הוא נשוי ואב לשני ילדים. בשנת 1999 עבר העותר לגדה דרך המעבר הבטוח ובשנת 2000 שינה את מענו הרשום לחברון. בשנת 2001 חזר להתגורר ברצועה.
העתק ת"ז העותר מצ"ב ומסומן ע/1.
7. העותר פנה למשיב מספר פעמים, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, בבקשה לעבור לגדה לצורך מגורי קבע. בקשתו האחרונה לא קיבלה מענה והעותרת 2 פנתה למשיב בעניין זה. במענה הראשון טען המשיב כי אין בקשה בעניינו של העותר ובמענה השני מסר כי טרם התקבלה החלטה בעניינו. במענה השלישי טען המשיב כי על העותר לשלוח מספר טלפון חדש לוועדה האזרחית.

העתקי מכתבי העותרת 2 מימים 13.7.2017 ו-22.3.2018 מצ"ב ומסומן ע/2.

העתקי תשובות המשיב מימים 28.8.2017, 27.1.2018 ו-27.3.2018 מצ"ב ומסומן ע/3.

8. ביום 25.4.2018 פנתה העותרת 2 למשיב בתזכורת טרם פנייה לערכאות. במכתב זה ציינו העותרים כי מספר הטלפון שמסר העותר זה מכבר לא השתנה וכי בקשת העותר נמצאת בטיפול מזה ששה חודשים ללא מענה. ביום 1.5.2018 שב וטען המשיב כי מספר הטלפון שהועבר ע"י העותר שגוי וכי נדרש מספר טלפון תקין לצורך טיפול בבקשה. ביום 7.5.2018 הגיע מענה נוסף מהמשיב ועל פיו בקשת העותר טעונה בדיקות נוספות והועברה לגורמים הרלוונטיים במסגרת תהליך הטיפול.

העתק מכתב העותרת 2 מיום 25.4.2018 מצ"ב ומסומן ע/4.

העתק מכתבי המשיב מימים 1.5.2018 ו-7.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/5.

9. ביום 12.6.2018 התקבל סופסוף מענה המשיב לבקשתו של העותר ועל פיה "לאחר בחינת בקשתו ... החליטו הגורמים המוסמכים לסרבה, זאת מטעמים ביטחוניים, שמטבע הדברים, לא ניתן לחשפם".

10. בעקבות מענה זה פנתה העותרת 2 למשיב ביום 29.10.2018 למשיב בבקשה לעיון מחדש בהחלטת הסירוב. בין השאר כתבה העותרת 2 כדלקמן:

תשובה זו, אינה מלווה בהסבר כיצד יציאתו של מרשנו לצורך מעבר בלבד בישראל לשעות מספר יכולה להעלות קושי בטחוני כלשהו.

... משובתכם לא עולה מהות הסירוב הביטחוני, אף לא בפראפרזה. זאת בניגוד גמור לחובת ההנמקה החלה על רשות מינהלית. כמו כן לא ברור מי בעל התפקיד (שמו, תפקידו ודרגתו) אשר קיבל את ההחלטה ומה היו השיקולים הנוספים אשר עמדו לנגד עיניו.

... נזכיר כי סירוב הבקשה מטעמים ביטחוניים משמעו מניעה שאינה תחומה בזמן ... בנוסף ולאור הניסוי הלאקוני של התשובה, אין למרשנו דרך להתגונן ... ואין לו דרל לפעול להסרתה.

... נבקשך לפרט בדחיפות ובכתב את מירב הפרטים שניתן להעביר ביחס למניעה זו, ולכל הפחות לפרט מתי הוזנה לראשונה מניעה זו ומהו תוקפה. נציין גם שמכוח זכותו הטבעית של מרשנו לזכות טיעון ולשימוע, הנכם מחויבים לנמק את החלטתכם ולספק ולו פראפרזה כללית של החומר שהוביל להחלטה להתנגד ביטחונית ליציאתו. ככל שטעם אחר מונע את יציאתו נבקשכם להעביר אלינו החלטה מנומקת ללא דיחוי נוסף.

כן נבקשך לפרט מי בעל התפקיד אשר קיבל את ההחלטה ומה היו השיקולים אשר עמדו לנגד עיניו.

העתק תשובת המשיב מיום 12.6.2018 והעתק הבקשה לעיון מחדש מטעם העותרים מיום 29.10.2018 מצ"ב ומסומן ע/6.

11. עד לכתיבת שורות אלה לא התקבל כל מענה מהמשיב 3.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית

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

13. 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.

14. עם עלייתו של שלטון החמאס ברצועת עזה, בחודש יוני 2007, נקבע בהחלטת הקבינט המדיני-בטחוני 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 שכותרתו "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 צרכיה הביטחוניים של ישראל ובין חובותיה המשפטיות כלפי תושבי הגדה והרצועה כאחד.

למסמך המדיניות :

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

לסטטוס ההרשאות :

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

15. 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.

16. 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.

העותר עומד בקריטריון לחזרה לגדה המערבית

17. 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 16(ז) 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/7.

העתק החלק הרלוונטי בסטטוס ההרשאות מצ"ב ומסומן ע/8.

18. 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/9.

19. העותר אם כן עומד בתנאי מדיניות התנועות של המשיבים לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית: מענו של העותר רשום בגדה המערבית והוא לא נכנס לעזה שלא "על דעתה של מדינת ישראל ובתיאום איתה".

הסירוב הביטחוני אינו מבוסס

20. העותר הוא אדם נורמטיבי, איש מנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית עד שנת 2007. מאז הוא מובטל וסובל מהתנכלויות של החמאס.

21. בחודש מאי 2018, יתכן שבעקבות בקשתו האחרונה לחזור לגדה, התקשר אליו חוקר שב"כ ותשאל אותו בנוגע לאנשים שונים, שחלקם הכיר וחלקם לא. העותר ענה לשאלות איש השב"כ כמיטב יכולתו וידיעתו. לא הוצגו בפני העותר כל ראיות כנגדו, אם ישנן כאלה והוא לא התבקש להתייחס אליהן. 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 העותר לא התבססה על תשתית עובדתית מוצקה, ולפחות לא תשתית עובדתית יציבה מספיק כדי לבסס פגיעה קשה בעותר.

22. 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) 327, 309 (1985)).

23. למעלה מכך, חשוב להבהיר כי הסירוב הביטחוני לבקשת העותר מהווה חלק ממגמה גורפת של סירובים ביטחוניים אשר בשל מעטה החשאיות אשר נוהגים בו גורמי השב"כ לא ניתן להתגונן מולם שכן, בפועל, אין העותר יודע כלל מה לכאורה בפעולתו פגום ופסול עד כדי כך שהמשיבים מונעים את המעבר החד יומי בישראל לצורך מגורים בגדה.

24. בענייננו עולה חשש כי הסירוב נבע ממדיניות ההחמרה הכללית **ולא ממניעה קונקרטית הנובעת מהעותר עצמו**. לחילופין, יתכן גם כי מדיניות ההחמרה הביטחונית הביאה להענקת משקל יתר לטענות הביטחוניות ולמשקל חסר לנסיבות ההומניטאריות. הלכה היא כי פגיעה בזכות יסוד, כגון חופש התנועה וחופש העיסוק 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

25. אינדיקציה נוספת להיעדר הבסיס בסירוב הביטחוני היא בכך שהחלטת הסירוב ניתנה ללא הנמקה. לא פורטו השיקולים אשר נשקלו מעבר לשיקול הביטחוני הצר וכן לא ניתנה אפילו פראפוזיט. אף לא ניתנה לעותר הזכות לדעת מיהו האדם אשר שקל את עניינו ולשוב אליו בבקשה להבהיר את החלטתו. לא רק 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 לעותר להתמודד באופן מהותי עם החלטת הרשות ומתיר אותו חסר אונים מול כוחה חורף הגורלות.

26. 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' 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. החובה לתת הנמקה מפורטת על מנת שתמומש זכות השימוע של מי שנפגע ממנה, נכונה אף כשמדובר בהנמקה שבבסיסה עומד חומר ביטחוני:

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 - פלסטינאיות. 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 (עע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נגד חסין געאביץ**, (11.8.2009), פס"ל לפס"ד של השי' רובינשטיין).

החלטת המשיבים אינה סבירה

28. המשיבים הודיעו כי בקשתו של העותר סורבה מטעמית ביטחוניים. הא ותו לא. **המשיבים לא ציינו איזה שיקולים שקלו אם בכלל, ואיזה משקל העניקו לכל אחד מהם. כמו כן הם לא פירוטו מהו המשקל שהעניקו להמלצת גורמי הביטחון.** בפסיקה נקבע כי בעוד שלגורמי הביטחון יש תפקיד מייעץ חשוב, בוודאי בנושא של כניסת תושבים פלסטינים לישראל, המשיב מחויב לשקול לצד השיקול הביטחוני שיקולים אחרים- אזרחיים, כלכליים והומניטאריים. כך קבע בית המשפט העליון בעניין דקה:

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"** (פסי' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

29. מאופן ההודעה כל הסירוב ניכר כי המשיבים סירבו את בקשת העותר **מבלי לשקול שיקולים ענייניים ומבלי לערוך איזון ראוי** בין המניעה הביטחונית לכאורה המוטלת על העותר, לבין זכויותיו של הפרט במקרה קונקרטי, לכן החלטתם לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

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

החלטה 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. אכן, משקל 'ראוי' אינו תופעת טבע הטבועה בגורמים הרלוונטיים. משקל 'ראוי' לא נקבע על-פי דדוקציה לוגית (...). משקל 'ראוי' הינו הערכה, עד כמה הגורמים השונים מקדמים את המטרות אשר הפעולה (או ההחלטה) באה להגשים" (בג"צ 935/95 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990)).". בהתאם לכך, **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).

31. 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: כוח רב 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 השלטונית.** בהעדר הוראה מפורשת בחוק אין זה רצוי, כי רשויות שלטונית מסוימות תיהנינה מחסינות בפני ביקורת שלטונית (בג"ץ 680/88 מאיר שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי (10.1.1989) פס' 26 לפס"ד).

32. 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 על-פי 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 הש' זמיר).

33. **בין השיקולים הרלוונטיים מהם התעלמו המשיבים:** הזכות הבסיסית לחופש תנועה ולאוטונומיה הנתונה לכל אדם, זכותו של העותר, בהיות מענו הרשום בגדה, לעבור למגורי קבע בגדה, תלותו המוחלטת במשיבים לצורך כניסה לגדה, האפשרות הקיימת בידי המשיבים לנקוט כנגדו הליכים, במידת הצורך, בעת היותו בגדה המערבית, העובדה כי לו היה העותר עומד בשערי הגדה היתה מתאפשרת כניסתו לגדה נוכח מענו הרשום ואת הזמן המוגבל שהוא מבקש 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

34. **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.**

35. 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 העותר, אף אם עומדת כנגדו מניעה. זאת, לאור חובתו כרשות מינהלית להפעיל שיקול דעת עצמאי, לשקול שיקולים נוספים מלבד השיקול הביטחוני ולאזן כראוי בין כלל האינטרסים והזכויות הנוגעים לדבר.

1. 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 הביטחוניות 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 ההיתר...)"

העתק העמודים הרלוונטיים בנוהל "כניסת האוכלוסייה הפלסטינית לישראל" מצ"ב ומסומן ע/10.

36. 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.

37. 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 העותר, עולה כי סמכות המשיבים הועברה במלואה אל השב"כ, שהרי התשובה שניתנה ע"י המשיב 3 היא שהעותר סורב מטעמים ביטחוניים. כך ובלבד, ותו לא.

38. 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 העותר עומדת בקריטריונים הצרים המאפשרים את מימוש זכותו של מי שכתובתו 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.

39. 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 לייעץ בלבד (סעיף 7(ב)5) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002). 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.

40. חמור מכך, **המשיב אינו רואה לנכון לשלוח ולו פראפרזה בנוגע לסירוב הביטחוני**. הוא פוטר עצמו כי הסיבה לסירוב היא "מטעמים ביטחוניים שמטבע הדברים לא ניתן לחשפם". התנהלות זו 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 העותר, ספק אם המשיב עצמו ראו את החומר הביטחוני, בחן את עוצמתו ושקל אותו למול שיקולים אחרים.

41. 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.

42. 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 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.

43. אמנם, במסגרת הפעלת סמכותם ושיקול דעתם המשיבים רשאים להתייעץ בגורמים נוספים כגון גורמי הביטחון, אך ההחלטה הסופית היא שלהם ושלבד (השווה: עת"מ (חי')

1551-06-09 ג'ואהר נצאר נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 29.9.2009). כך אף 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).

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

סיכום

45. העותר שמענו הרשום בגדה, עומד בקריטריונים שקבעו המשיבים לחזרה מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע. בסירובו לבקשתו, פוגע המשיב בזכויותיו.

46. החלטת המשיב לסרב לבקשת העותר 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 נוכל המלצת כוחות הביטחון ועל כן החלטתו אינה סבירה.

לאור כל הנאמר לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לאשר את בקשת העותר לעבור מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.


סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העותרים

4.2.2019