

מר שאדי [REDACTED] רמדאן, ת.ז. [REDACTED]

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

העותר

- נגד -

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

ע"י ב"כ עו"ד ממחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 31, ירושלים
טלפון: 02-6466590, פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו-על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו-על-תנאי המופנה כנגד המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא יאפשרו את מעברו לאלתר של העותר על מנת שיוכל לבקר את אביו, השרוי בחוליו בגדה המערבית.
 2. מדוע לא יציגו וינמקו את החלטתם באופן שעומד בכללי המנהל התקין, לרבות התייחסות לבעל התפקיד אשר קיבל את ההחלטה אצל המשיבים; החומר שהונח בפניו (ובמיוחד היקף החומר שהועבר לידי מגורמי הביטחון); ואילו שיקולים עמדו בבסיס ההחלטה, פרט לשיקול הביטחוני.
- בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים עצמם להתייצב לדיון בעתירה ולא להסתפק בנציגי השב"כ, הוא הגורם המייעץ למשיבים.
- בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.
- בשל הדחיפות בקבלת מענה, ובשל אופיה ההומניטארי של הבקשה, לעתירה זו נלווית בקשה לקיום דיון דחוף.

מר שאדי [REDACTED], ת.ז. [REDACTED]

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

העותר

- נגד -

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

ע"י ב"כ עו"ד ממחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 31, ירושלים
טלפון: 02-6466590, פקס: 02-6467011

המשיבים

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה, מהטעמים שיופרטו להלן:

העותר הוא תושב עזה ומתגורר בה מיום היוולדו. אביו של העותר, תושב הגדה המערבית, עזב את רצועת עזה בשנת 2009 ומאז לא נפגשו השניים.

ביוני 2018 אושפז האב במחלקה לטיפול נמרץ בעקבות שבץ מוחי.

מאז חודש יוני מנסה הבן לקבל מהמשיבים אישור לבקר את אביו, אך ללא הועיל.

מצבו של האב ממשיך להיות קשה והוא זקוק לעזרה רבה. כמו כן, האב נמצא בקבוצת סיכון לקבלת שבץ מוחי נוסף וחמור יותר.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד לדיון דחוף בעתירה, ובהתאם להורות למשיבים להגיש את תגובתם המקדמית לעתירה בהקדם.

מוריה פרידמן שריר, עו"ד
ב"כ העותר

11.11.2018

ואלו נימוקי העתירה:

התשתית העובדתית

1. העותר הוא תושב פלסטיני ילידת עזה, בן [REDACTED], עוסק במכירת אביזרים דקורטיביים לטלפונים סלולריים, נשוי ואב ל [REDACTED] ילדים קטינים. אביו של העותר, מר מחמד [REDACTED] ת.ז. [REDACTED], הוא תושב הגדה ואב לשבעה. [REDACTED] בתו הצעירה, בת [REDACTED], מתגוררת עמו בגדה המערבית. שאר בניו ובנותיו מתגוררים בעזה או בחו"ל.
2. האב, מר רמדאן, חולה סכרת מזה שנים רבות, **עבר שבץ מוחי** איסכמי ביום 5.6.2018, אשר גרם לאיבוד הכרה, חולשה בצד הימני של הגוף וסטייה בפה. האב אושפז במחלקה לטיפול נמרץ בבית החולים "קומפלקס רפואי פלסטיני" ברמאללה.
העתק תעודת הזהות של העותר ושל אביו מצ"ב ומסומן נספח ע/1
העתק הדוח הרפואי מבית החולים "הקומפלקס הרפואי הפלסטיני" ברמאללה מיום 5.6.2018 מצ"ב ומסומן נספח ע/2.
3. ביום 10.6.2018, מיד לאחר שקיבל מסמכים רפואיים אשר מעידים על מצבו של אביו, פנה העותר לוועדה האזרחית הפלסטינית בעזה והגיש בקשה לבקרו. יצוין, שלא רק שבקשות כגון בקשת העותר עומדות בקריטריונים הצרים שהמשיבים מעמידים כתנאי ליציאה מרצועת עזה, אלא גם שהמשיבים מעידים על בקשות ביקור חולה שהן זוכות לטיפול מהיר בשל דחיפותן והפן ההומניטארי המובהק שלהן.
4. חרף האמור, תשובת המשיבים בוששה להגיע. ביום 24.7.2018 למעלה מחודש לאחר הגשת הבקשה, נשלחה פניה מטעם עמותת "גישה", בבקשה למהר ולאשר את המפגש בין האב החולה ובין בנו המודאג. במסגרת הפניה הודגש כי למרבה הצער, מזה 9 שנים, מאז עבר האב לגדה המערבית, נמנעה פגישה בין השניים. ההדגשה נבעה מתוך תקווה שעובדה זו תכנס למערכת השיקולים של מקבלי ההחלטות אצל המשיבים והם יזדרזו ויאשרו את הפגישה המיוחלת.
העתק פניית עמותת גישה בעניינו של העותר מיום 24.7.2018 מצ"ב ומסומן נספח ע/3
5. יצוין שכבר ביולי 2016 הגיש הבן בקשה לצאת לביקור האב, בשל מחלת הסכרת של האב. אך המשיבים כלל לא ענו לבקשתו.
6. ביום 26.8.2018 התקבלה תשובת המשיב 3: **"...המסמכים שהוגשו אינם רלוונטים לבקשה, ואינם מבססים את התנאים הנדרשים בהתאם לקריטריונים שבמדיניות, כפי שנקבע מעת לעת"** (ההדגשה במקור).
7. ביום 28.10.2018 נשלחה פניה נוספת מטעם עמותת "גישה". במסגרת הפניה הפנתה נציגת גישה, הגב' הודא אבו עביד את המשיב 3 לנתונים של משרד הבריאות הישראלי, הנוגעים לשבץ מוחי. כן ציינה נציגת גישה שהשבץ העמיד את האב בסכנת חיים ושהעותר לא פגש את אביו מזה 9 שנים. לאור מדיניות ההיתרים ומצבו הרפואי של האב, ציינה גב' אבו עביד,

קיימת סבירות גבוהה שהפגישה המבוקשת תהיה האחרונה בין השניים כשהאב עוד מתקשר ולא מן הנמנע, חלילה וחס, פגישתם האחרונה בכלל. לפניה זו צורפו מסמכים רפואיים עדכניים.

8. ככל שלא תאושר הבקשה, התבקשו הגורמים אצל המשיב 3 לציין מי בעל התפקיד ששקל את מצבו הרפואי של האב, ומהי ההכשרה הרפואית שלו.

*העתק תשובת המשיב 3 מיום 26.8.2018 ופנית גישה בעניינו של העותר מיום 28.10.2018
מצ"ב ומסומן נספח ע/4*

9. ביום 7.11.2018 התקבלה תשובת המשיב 3. במסגרת התשובה נמסר שבקשת העותר לפגוש את אביו מסורבת מטעמים ביטחוניים, "שמטבע הדברים לא ניתן לחשפם".

העתק תשובת המשיב 3 מיום 7.11.2018 מצ"ב ומסומן נספח ע/5

10. כנגד החלטה זו מופנית העתירה. העותר מנסה כבר חודשים לבקר את אביו החולה. תחילה שכבה הבקשה כאבן שאין לה הופכין. לאחר מכן התקבלה בה החלטה לא מקצועית וכעת חוסמים המשיבים את דרכו של הבן אל אביו, בטענות ביטחוניות אשר נטענות כלאחר יד, מבלי לתת דל הסבר לטענה ומבלי שהתבררו הדברים עם העותר.

11. היום האב משותק בפלג גופו הימני ונוזק לטיפול פיזיותרפיה. הוא אינו עצמאי בפעולות יום יומיות כגון מקלחת, אכילה, שירותים וכו'. בנסיבות אלו וכאשר מצבו של האב ממשיך להיות קשה, לא נותרה לעותר ברירה, אלא לפנות לבית המשפט הנכבד.

הטיעון המשפטי

מבוא

12. העתירה עוסקת בבקשת העותר, לבקר את אביו השרוי בחוליו. אין ספק שהבקשה עומדת בקריטריונים הצרים של המשיבים, שכן, המשיבים שמטו את הטענה בנוגע לאי עמידה בקריטריונים. יתרה מכך, לטענת המשיבים, **רק בקשות אשר עומדות בקריטריונים** מועברות לאבחון ביטחוני.

13. חרף העמידה בקריטריון של "ביקור חולה" (ויודגש - על האדם החולה להיות חולה מאוד באשפוז ארוך, או בסכנת חיים) החלטת המשיבים התקבלה אך ורק על בסיס עמדת השב"כ. זאת על אף שהשב"כ הוא גורם מייעץ אשר אינו מוסמך לקבל החלטות כגון דא. **בנסיבות אלו, ההחלטה בטלה, שכן התקבלה על ידי גורם אשר בוחן שיקול צר אחד בלבד על פי מומחיותו והגדרת תפקידו.** הגם שיש לשיקול זה משקל גבוה, **אין לגורם המייעץ וגם לא יכולים להיות לו הכלים לבחון את מערך השיקולים הרלבנטיים לבקשת ביקור חולה.**

14. השיקולים העומדים בבסיס בקשתו של העותר היו צריכים להטות את הכף לטובת אישור הבקשה, גם לנוכח טענות הנוגעות לעניין ביטחוני. העותר אינו יכול לפגוש את אביו כעניין שבשגרה. הוא תלוי לחלוטין במשיבים, בנהליהם, בקריטריונים אותם הם מפרסמים ובאופן בו הם מפרשים קריטריונים אלו. **העותר המתין כמעט עשור עד שהנסיבות של חייו יתאימו**

לקריטריון המאפשר מפגש עם אביו, בנסיבות אלו, על המשיבים לשקול היטב כל בקשה אשר עומדת בקריטריונים, ולקיים מאזן שיקולים עדין. בוודאי אין למשיבים אפשרות להיפרע לחלוטין משיקול הדעת ולסרב את המעבר רק כיוון שהגורם המייעץ העלה קושי בטחוני כזה או אחר.

15. לאחרונה, נראה שהשיקולים הביטחוניים דווקא הוחמרו והרף לאישור מעבר תושבים בהיבט הביטחוני עלה מאוד. עם זאת, מתשובתם הלקונית של המשיבים מתחוויר כי הם אינם עורכים את האיזונים הנדרשים אל מול שיקולי הביטחון, דבר היוצר מצב של הידוק הסגר. יתרה מכך, העותר לא עומת עם העובדות אשר לכאורה עומדות כנגדו. הוא גם אינו יודע מתי יחדל להיות מנוע מטעמים ביטחוניים ומתי, אם בכלל, יוכל לפגוש את אביו.

המסגרת הנורמטיבית

16. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **החוק**) מסמיך את המפקד הצבאי לתת היתרי שהייה בישראל לתושבים פלסטיניים, למטרות זמניות שונות (סעיף 3ב לחוק). המפקד הצבאי רשאי לסרב לתת היתר שכזה אם קבע, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון, כי התושב עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל (סעיף 3ד לחוק).

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

העתק העמודים הרלוונטיים במסמך "סטטוס ההרשאות" מצ"ב ומסומן נספח ע/6

18. על פי נוהל מרכזי של המשיבים מחודש אפריל 2015 "נוהל כניסת האוכלוסייה הפלסטינית לישראל" מפקד מת"ק עזה מוסמך להעניק היתרי שהייה בישראל גם למי שהתקבלה בעניינו המלצה שלילית מגורמי הביטחון, וזאת לאור **חובתו לשקול שיקולים נוספים** מלבד השיקול הביטחוני **ולאזן** בין כלל האינטרסים והזכויות הנוגעים לדבר. כך נכתב בסעיף 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" (ההדגשות אינן במקור).

ר' גם סעיף 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 נספח ע/7

19. מנגד, **חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002**, קובע את **ייעוד השירות ותפקידיו בס' 7**

לחוק ואת **הסמכויות הכלליות של השירות** בסי' 8 לחוק. באף אחד מהסעיפים ובאף מקום אחר, אין הסמכה מקבילה או התייחסות לאפשרות שעובדי השירות יקבלו החלטות בנוגע למעברם של תושבים מעזה ואליה.

העתק הסעיפים הרלוונטיים מחוק שירות הביטחון הכללי מצ"ב ומסומן נספח 8/ע

20. לאור תכלית קיומו של השב"כ אין להתפלא על כך שאין הוא מוסמך לקבל החלטות כגון דא. נהפוך הוא, באתר השב"כ מציין ראש השירות כי עשייתו של השבת "מתבצעת תחת מעטה כבד של חשאיות, על פי סיסמת הארגון "מגן ולא יראה... שירות הביטחון הכללי ימשיך להפגין יכולות מרשימות.... ולעשות את המעל ומעבר למען שמירה על ביטחונה ושלומה של מדינת ישראל ואנשיה".

העתק דבר ראש השירות באתר השב"כ, נצפו ביום 11.11.2018 מצ"ב ומסומן נספח 9/ע

21. מדובר על תחום התמחות צר ביותר, ביטחוני גרידא, אשר אין בו צורך ואין בו מקום לשקילת שיקולים אשר מעבר לשיקולי ביטחון. **את אלו אמורים לעשות המשיבים**, אשר פועלים אל מול אוכלוסייה אזרחית אשר תלויה בהחלטותיהם בנוגע לצרכי האנושיים והבסיסיים ביותר. משכך, אין היא נתונה ואינה יכולה להיות נתונה לעשייה תחת מעטה כבד של חשאיות ולתפיסת עולם ביטחונית צרה. אלו אינם מהווים מנהל תקין. **כאשר סמכות המשיבים מועברת במלואה אל השב"כ, נשקלים רק השיקולים הביטחוניים, והמענה אשר ניתן לתושבים ניתן "תחת מעטה כבד של חשאיות".**

המשיבים התפרקו משיקול דעתם העצמאי ואימצו את מסקנת גורמי הביטחון במלואה

22. 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 הבקשה עומדת בקריטריונים הצרים שלהם. עם זאת, החלטתם התבססה על **אימוץ עיוור ומוחלט של המלצת גורמי הביטחון**, חרף השיקולים הצרים אשר נשקלים אצל גורמי הביטחון, כמפורט לעיל. כך הפעם וכך בפעמים רבות ואחרות.

23. 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".

24. חמור מכך, המשיבים אינם רואים לנכון לשלוח ולו פראפרזה בנוגע לסירוב הביטחוני. הם פוטרם עצמם בטענה כי "מטבע הדברים", לא ניתן לגלות את דבר הטעמים הביטחוניים. ואולם, אין שום דבר טבעי בהתנהלות זאת. גם לו לא היו יכולים המשיבים למסור ולו פראפרזה, אין השיקול הביטחוני מיתר את פירוט השיקולים הנוספים אשר הם שקלו, בבואם לסרב בקשה אשר הוגשה להם.

25. התנהלות המשיבים מעלה את החשד כי הם עצמם אינם יודעים ולא נחשפו למידע שעומד בבסיס ההתנגדות הביטחונית, ככל שיש כזה. כלומר, למרות היותם הרשות המוסמכת לקבל החלטה בבקשת העותר, ניסוח זה מעלה ספק אם הם עצמם ראו את החומר הביטחוני, בחנו את עוצמתו ושקלו אותו למול שיקולים אחרים.

26. 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."

27. 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 (כפי שהציעו המשיבים בסעיף 17 לתגובתם) 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, 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, מְשָׁל 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).

28. 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).

29. 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)

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

הסירוב הביטחוני אינו מבוסס ואינו מנומק

31. העותר הוא צעיר נורמטיבי, המתקיים מעבודת דחק לפרנסתו ולקיום משפחתו וארבעת ילדיו. אין לעבודתו או שגרת יומו דבר וחצי דבר עם ענייני ביטחון הוא מעולם, לרבות בימים האחרונים, לא זומן לתחקיר בטחוני ולא הועלו כלפיו חשדות או אישומים. **נראה אם כן כי סירוב הבקשה אינו מתבסס על תשתית עובדתית מוצקה, ולפחות לא תשתית עובדתית יציבה מספיק כדי לבסס פגיעה קשה בעותר.**

32. ודוק: הלכה היא כי לא די בכך שתהייה 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)).

33. 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 שמים מכשול בינו ובין אביו, במצבו הקשה.

34. העובדה שניתן סירוב לבקשת העותר מעלה יותר מחשש כי הסירוב נבע ממדיניות ההחמרה הכללית ולא ממניעה קונקרטית הנובעת מהעותר 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 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)).

35. 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 פראפרזה. 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 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: עע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' חסין געאביץ, פס' ל"א לפסק הדין** (פורסם בנבו, 11.8.2009)).

36. במונח המעשי, סירוב לא מנומק, לא מאפשר לעותר להתמודד באופן מהותי עם החלטת הרשות ומתיר אותו חסר אונים מול כוחה חורף הגורלות.

"טעמים בטחוניים" בנסיבות החיים בעזה

37. 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).

38. בנסיבות החיים ברצועת עזה, לא מן הנמנע שלגבי כל תושב ותושבת ימצאו "טעמים בטחוניים". כידוע, ארגון החמאס שולט בעניינים המקומיים ברצועת עזה ומנהל את חיי היום-יום של תושבי עזה במגוון תחומים. **ההיגיון הבריא מחייב שלא להפליל או להעניש תושב עזה אך מן הטעם שהוא מתגורר בעזה**. 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.

39. המשיבים לא התייחסו לקיומו של סיכון ביטחוני הנובע מהעותר. וממילא היה העותר כופר בכל טענה כזו, לו הייתה עולה. אך עם זאת, כל דבר פחות מזה אינו יכול להספיק על מנת לשלול את בקשתו לעבור בישראל. זאת, במיוחד כשאנו לוקחים בחשבון את הנסיבות של הבקשה ואת תלותו המוחלטת במשיבים, לקיום פגישה עם אביו.

המשיבים הפרו את חובת ההנמקה, בכלל זה אלו שיקולים נשקלו ואלו איזונים נעשו

40. החלטת המשיבים קובעת כי בקשתו של העותר סורבה "מטעמים 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 מייעץ חשוב, בוודאי בנושא של כניסת תושבים פלסטינים לישראל, המתפ"ש (או שר הפנים בהתאם לנסיבות) 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**" (פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

41. 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".

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)).

42. הסתמכותם המוחלטת של המשיבים על **החלטות הגורם המייעץ** מאלצת את התושבים לפנות לבית המשפט הנכבד. זאת מכיוון שהמשיבים (גורמי הצבא ולא השב”כ) מאמצים באופן עיוור את עמדת השב”כ מבלי לאזנה אל מול שיקולים רלוונטיים נוספים. יתרה מכך, החומר הביטחוני כלל אינו מונח בפני בעל הסמכות מכוח החוק לקבל את ההחלטה כך שלמעשה אין הם מפעילים שיקול דעת כלל.

43. הפרקטיקה של התנערות מוחלטת מסמכות באה לידי ביטוי מובהק בהתנהלות המשיבים כאשר מוגשות נגדם עתירות התוקפות החלטות המבוססות על סירוב ביטחוני. המשיבים אינם רואים עצמם צד להליך, ולמעשה השב”כ נכנס בנעליהם ונציגיו והם בלבד מתייצבים לדיונים בבית המשפט. **באופן זה מונעים המשיבים כל אפשרות לדון בסבירות ההחלטה שהם קיבלו, כגורם המוסמך, לשיקולים שעמדו בבסיסה ולאופן שבו אוזנו אל מול השיקול הביטחוני.** המשיבים אף נמנעים מהצבעה על בעל התפקיד אצל המשיבים אשר אמון על ההחלטה, הן במועד המסירה של ההחלטה, והן לאחר מכן, כאשר הם מתבקשים לעשות כן.

סירוב הבקשה לוקה בחוסר סבירות והתעלמות משיקולים רלוונטיים

44. ניכר כי המשיבים סירבו את בקשת העותר **מבלי לשקול שיקולים עניינים ומבלי לערוך איזון ראוי** בין כובדה של המניעה הביטחונית אשר הונחתה על העותר, לבין זכויותיו של הפרט במקרה קונקרטי, לכן החלטתם לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

45. בין השיקולים הרלוונטיים מהם התעלמו המשיבים: התלות המוחלטת של בני משפחה הקרועים בין רצועת עזה לגדה המערבית, במשיבים, בנהליהם, בקריטריונים אותם הם מפרסמים ובאופן בו הם מפרשים קריטריונים אלו (לעיתים קרובות, באופן צר יותר מהמשתמע בטקסט המגביל ממילא); העובדה כי **העותר המתין כמעט כעשור עד שהנסיבות של חייו יתאימו לקריטריון המאפשר מפגש עם אביו**, העובדה שלא התקיים ניסיון לנטרל את הסיכון אשר עולה לכאורה מהעותר באמצעות הגבלות או תנאים.

46. בנסיבות אלו, בהם התושבים בעזה תלויים לחלוטין באישור המשיבים לבקר את בני משפחתם אשר בגדה, על המשיבים לשקול היטב כל בקשה אשר עומדת בקריטריונים, ולקיים מאזן שיקולים עדין. בוודאי אין למשיבים אפשרות להיפרע לחלוטין משיקול הדעת ולסרב את המעבר רק כיוון שהגורם המייעץ העלה קושי בטחוני כזה או אחר.

47. היעדר הנמקה, מחשיד את החלטת המת”ק כשרירותית. ויוער, “טעמים בטחונים” אינו יכול להוות הנמקה ו”טבע הדברים” אינו יכול לפטור את המשיבים ממתן מענה לשאלות הרבות הצצות לאור סירובם זה.

סיכום

48. מן העותר, אבא ל [REDACTED] קטינים [REDACTED], נמנע קרוב לעשור מפגש עם אביו. כעת, משהורע באופן משמעותי מצבו הרפואי של האב, מבקש בנו לפגוש בו ולסעוד אותו, ולו לזמן קצוב.
49. העותר ואביו תלויים לחלוטין בהחלטת המשיבים, ואין להם דרך חלופית לקיים את הפגישה המיוחלת, בוודאי לא במצבו הרפואי הקשה של האב.
50. בנסיבות אלו, דחיית בקשתו של העותר מטעמים ביטחוניים לוקה בחוסר סבירות קיצוני. יתרה מכך, ניכר שהיא לא התקבלה על ידי המשיבים אשר הם ורק הם הוסמכו לקבל החלטות כאמור. כמו כן המשיבים לא חשפו האם ואיזה שיקולים ואיזונים נעשו בבואם לסרב את מעברו של העותר ומי קיבל את ההחלטה לסרב את מעברו בפועל.
51. לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמפורט ברישא, ולחייב את המשיבים בהוצאות העותר, לרבות אגרת בית משפט ושכ"ט עו"ד כדין.
52. אביו של העותר ממתין לבואו של הבן וכל יום מאריך את סבלו.
53. 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 ובשל דחיפות העתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את התצהירים ואת ייפוי הכוח שנחתמו ונשלחו בפקס.



מוריה פרידמן שריר, עו"ד
ב"כ העותר

11.11.2018