

בעניין:

1. צעאבנה, ת"ז _____
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מאיסא אבו סאלח - אבו עכר (מ"ר 52763)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים - אזרחי, משרד המשפטים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל': 073-3920000; פקס: 02-6468053

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב:

- א. לתת לעותר 1 היתר כניסה למרחב התפר לצרכים מסחריים;
- ב. למסור החלטות בכתב לאנשים שהגישו בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר ולא ניתן להם ההיתר המבוקש;
- ג. לכלול פרפראזה של החומר הביטחוני הרלוונטי בכל החלטה על סירוב לבקשה להיתר כניסה למרחב התפר בשל עמדתם של גורמי הביטחון, כפי שנדרש על פי סעיף 16.ב.2. לפרק "הנחיות כלליות" בנהלי המשיב.

עניינה של העתירה בסירוב של המשיב לבקשה של עותר 1 להיתר כניסה למרחב התפר. על פי סעיף 5א(א)(1) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, בצירוף פרט 3(ה) לתוספת הרביעית, נושא זה מצוי בסמכותו של בית משפט נכבד זה.

התשתית העובדתית

משטר ההיתרים

1. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל על הקמת גדר ההפרדה. לכאורה גדר ההפרדה היתה אמורה לחצוץ בין הגדה המערבית לבין מדינת ישראל, אך בפועל גדר ההפרדה לא הוקמה על הקו הירוק, אלא כ-85% מתוואי הגדר נבנה בתוך הגדה המערבית. החלק של הגדה המערבית שנכלא בין תוואי הגדר לבין הקו הירוק מכונה בפי מדינת ישראל "מרחב התפר", והוא משתרע על 9.4% משטחי הגדה המערבית שנכבשו בשנת 1967 (כולל ירושלים המזרחית).

2. עם הקמתם של חלקי הגדר שבתוך הגדה המערבית, הכריז המשיב על השטחים שנותרו בין גדר ההפרדה לבין הקו הירוק כעל שטחים סגורים, שהכניסה אליהם והשהייה בהם אסורות, אלא אם ניתן לאדם היתר לשם כך. האיסורים האלה אינם חלים על תושבי מדינת ישראל ועל תיירים, המורשים להיכנס למרחב התפר ככל שיחפצו.
3. שורה של עתירות הוגשו בנושא חוקיות הקמתה של גדר ההפרדה ככלל וחוקיותם של חלקים שונים מהתוואי שלה. בפסקי הדין שניתנו בעתירות אלו נקבע כי השאלה האם תוואי הגדר הוא חוקי או לא תלויה בשאלה האם הוא מאזן כראוי בין השיקולים הביטחוניים שבבסיסו לבין ההגנה על זכויות האדם של התושבים המוגנים (ראו, לדוגמא, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 5488/04 מועצת מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2006); ובג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(2) 822 (2007)).
4. כמו כן, בסמוך להכרזה הראשונה על סגירת שטחי מרחב התפר, שנחתמה ביום 2.10.2003, הוגשו עתירות נגד משטר ההיתרים, שעסקו בחוקיות סגירתו של מרחב התפר בפני פלסטינים והתניית כניסתם לשם בקבלת היתרים מיוחדים. ההכרעה בעתירות אלו הושתתה במשך למעלה משבע שנים, עד למתן פסקי דין בעתירות בנושא גדר ההפרדה, שנדונו באותה העת. כתוצאה מכך, פסק הדין בעתירות, בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.4.2011, להלן: פסק דין משטר ההיתרים), נכתב מתוך התייחסות לגדר ההפרדה כעובדה מוגמרת, ובמסגרתו נבחנה הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים במנותק מפגיעתה של גדר ההפרדה בהם.
5. בפסק הדין נבחנה פגיעתו של משטר ההיתרים על רקע ההסדרים שקבע המשיב למתן היתרי כניסה למרחב התפר לפלסטינים, בין היתר, "קפ"ק מרחב התפר ונוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר", ועל יסוד טענות המשיב כי ההסדרים ייושמו באופן ליברלי. בית המשפט קבע כי הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים היא מידתית, למעט מספר עניינים נקודתיים שנפסלו.
6. עוד הובהר בפסק הדין כי הקביעות לגבי מידתיות הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים אינן שוללות את האפשרות "כי קיימים מקרים פרטניים בהם נגרמת פגיעה חמורה בזכויות הקניין והפרנסה של תושבים פלסטינים שאינם זוכים לעבד את אדמתם במידה הנדרשת להם או נתקלים בקשיי גישה אחרים, והמשיבים מצידם אינם עושים די על מנת להביא למזעור פגיעה זאת", וכי "מקרים אילו ניתנים לבירור במסגרת עתירות פרטניות, במסגרתן יוכל בית המשפט לבחון את מכלול ההסדרים הרלוונטיים לאזור מסוים, ולבחון את האיזון הפרטני המתבצע בתחומו בין זכויות התושבים לבין אינטרסים אחרים, כפי שנעשה בעבר בעתירות דומות" (סעיף 34 לפסק הדין).
7. ואכן, לאחר שניתן פסק דין משטר ההיתרים, על בסיס ההנחה כי לא תימנע כניסתם למרחב התפר של פלסטינים בעלי זיקה אליו, החלו להתעורר עוד ועוד מקרים בהם מונע המשיב מתושבים פלסטינים לגשת לאדמותיהם, לעסקיהם ולמקומות עבודתם שבמרחב התפר.
8. על פי נתונים שהתקבלו מהמשיבים, בין השנים 2014 ל-2018 אחוז הסירובים לבקשות של בעלי אדמות להיתרי כניסה למרחב התפר עלה מ-24% ל-72%, ובמחצית הראשונה של שנת 2020 אחוז הסירובים היה גבוה מ-84%. אופן היישום של משטר ההיתרים היום שונה בתכלית מזה שנטען לפני בית המשפט כאשר החוקיות של משטר ההיתרים עמדה לדיון. הנפגעים ממדיניות הסירוב המונהגת על ידי המשיב נאלצים לפנות לבית המשפט בעתירות פרטניות כדי לקבל את ההיתרים להם הם זקוקים, כמו בענייננו.

העתק מכתבו של המשיב מיום 26.11.2018 מצורף ומסומן ע/1;

העתק מכתבו של המשיב מיום 28.6.2020 מצורף ומסומן ע/2.

הצדדים לעתירה

9. **עותר 1** (להלן: **העותר**) ביקש לקבל היתר כניסה למרחב התפר לצורך הפעלת עסק שהוא פתח בברטעה שבמרחב התפר. נמסר לו בעל פה על ידי הקישור הפלסטיני כי הוא "מסורב על ידי השב"כ". לא נמסרה לו פרפראזה של עילת הסירוב לבקשה ולא ניתנה לו החלטה בכתב. העותרים הגישו ערר על החלטת הסירוב, אך לא התקבלה החלטה בערר וגם בשלב הזה לא נמסרה לעותרים פרפראזה של המידע הביטחוני שביסוד הסירוב, כך שאין לעותרים אפשרות להשיב לטענות שביסוד החלטת הסירוב ועל פי נהלי המשיב, לא יכולה להתקבל החלטה סופית בערר שהם הגישו. בהיעדר היתר כניסה למרחב התפר, נמנע מהעותר לגשת לעסק שלו ופרנסתו וזכויות היסוד שלו נפגעות בצורה קשה, ללא כל סיבה מובנת.

10. **עותרת 2** היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

11. **המשיב** הוא המפקד הצבאי בגדה המערבית מטעם מדינת ישראל.

עיקרי העובדות ומיצוי ההליכים

12. העותר, יליד שנת 1992, נשוי ואב לשלושה ילדים. הוא מתגורר בפחמה שבנפת ג'נין.

העתק תעודת הזהות של העותר מצורף ומסומן ע/3.

13. העותר למד במשך שלוש שנים בחוג לחשבונאות באוניברסיטה האמריקאית בג'נין. בעבר הוא עבד בבית הדפוס של אביו בג'נין. לאחר מכן הוא החליט לפתוח בית דפוס משלו, בעיר ברטעה אלשרקיייה. העיר ברטעה אלשרקיייה נמצאת במרחב התפר. העותר חתם על חוזה שכירות ורשם את העסק שלו במרשם של משרד הכלכלה הפלסטיני. הוא שוכר את המבנה של העסק מאדם בשם _____ קבהא, ת"ז _____, ובחווזה השכירות נכתב שמטרת השכירות היא "בית דפוס". החוזה תקף לשנה, מיום 1.12.2020 ועד ליום 1.12.2021, והוא ניתן לחידוש אם השוכר יודיע על רצונו בכך.

העתק מחוזה השכירות מצורף ומסומן ע/4;

העתק תעודת הזהות של המשכיר מצורף ומסומן ע/5;

העתק האישור על רישום העסק של העותר מצורף ומסומן ע/6.

14. העותר הסביר שיש יתרון גדול, מבחינה כלכלית, במיקום העסק בברטעה אלשרקיייה. ברטעה אלשרקיייה נחשבת לשוק משגשג, במיוחד מאז שפרצה מגפת הקורונה. העותר הסביר שרבים מהערבים המתגוררים בשטח ישראל מגיעים לברטעה אלשרקיייה כדי לערוך את הקניות שלהם שם והדבר מחייה את הכלכלה במקום. לאנשים המתגוררים בשטח ישראל קל יותר להגיע לברטעה אלשרקיייה מאשר לערים שמאחורי גדר ההפרדה ולכן העסקים שם מצליחים יותר. העותר אמר שעסקים הממוקמים בברטעה אלשרקיייה הצליחו לשרוד את תקופת הקורונה ויש להם עבודה בכל ימות השנה, בניגוד לעסקים במקומות אחרים.

15. העותר מנסה לקבל היתר כניסה למרחב התפר, לצורך גישתו לבית הדפוס שלו, מזה זמן רב, מאז שהוא חתם על חוזה השכירות ביום 1.12.2020. בתקופה זו העותר הגיש **שבע בקשות** להיתר כניסה למרחב התפר, שלא נענו על ידי המשיב. הוא הגיש בקשה **שמינית** להיתר בתחילת חודש אוגוסט 2021,

וביום 12.8.2021 נמסר לו מהקישור הפלסטיני שהוא "מסורב על ידי השב"כ". לא ניתנה לו החלטה בכתב ולא נמסרה לו פרפראזה של המידע הביטחוני שעליו מבוססת החלטת הסירוב.

16. לפני כן, בשנת 2020, העותר פנה לעורך דין מג'נין לצורך הסרת המניעה הביטחונית בעניינו. עורך הדין מסר לו בעל פה שהמניעה הוסרה. בחודש יולי 2020 העותר הגיש בקשה להיתר כניסה לישראל לצורך טיפול רפואי, ולאחר כשבוע ניתן לו היתר בתוקף ליום אחד – 23.7.2020. על פי אפליקציית "אלמונאסק", האפליקציה של מתאם פעולות הממשלה בשטחים, ביום 6.8.2020 בשעה 12:01 לא היתה מניעה ביטחונית בעניינו של העותר. על פי אותה האפליקציה, ביום 7.9.2021 בשעה 11:06 היתה מניעה ביטחונית בעניינו.

צילומי מסך של פרטי ההיתר מיום 23.7.2020, המופיעים באפליקציית אלמונאסק, מצורפים ומסומנים 7/ע;

צילום מסך בעניין היעדר המניעה הביטחונית ביום 6.8.2020 מצורף ומסומן 8/ע;

צילום מסך בעניין קיום המניעה הביטחונית ביום 7.9.2021 מצורף ומסומן 9/ע.

17. העותר מעולם לא נעצר או עוכב על ידי הרשויות הישראליות. הוא כן נעצר על ידי הרשות הפלסטינית כחמש פעמים. בכל מעצרו הוא רק נחקר ומעולם לא הוגש נגדו כתב אישום. המעצר הראשון אירע כשהעותר היה בן 19 וסטודנט באוניברסיטה בשנה א'. העותר נחקר אז לגבי הבחירות במועצת הסטודנטים. המעצר האחרון של העותר אירע בחודש מרץ 2019. העותר היה עצור אז במשך 17 ימים ונחקר רק במהלך ששת הימים האחרונים של המעצר. העותר נחקר על הפעילות שלו בתא סטודנטים אסלאמי ועל דעותיו הפוליטיות. הוא שוחרר ולא הוגש נגדו כתב אישום. בכל מעצרו אצל מנגנוני הרשות הפלסטינית, העותר נחקר על הבחירות באוניברסיטה. העותר מסר כי הוא סבור שיש אנשים שמקושרים לרשות הפלסטינית שמוסרים לגביו מידע שקרי על מנת לפגוע בו.

18. המעצר של אנשים הנתפסים על ידי הרשות הפלסטינית כיריביה הפוליטיים, וסטודנטים בפרט, הוא תופעה מוכרת, המתועדת, בין היתר, בדו"חות של ארגוני זכויות האדם Human Rights Watch ו-Amnesty International.

הדו"חות של שני הארגונים מצורפים ומסומנים 10/ע.

19. המוקד להגנת הפרט הגיש ערר ביום 16.8.2021 על הסירוב לבקשה של העותר להיתר כניסה למרחב התפר. בערר נכתב כך:

... ב"קובץ נהלי הכניסה למרחב התפר 2021" נקבע:

"ככלל, במקרה של סירוב בטחוני או במקרה בו אושר ההיתר למשך זמן קצר מהקבוע בקובץ נהלים זה, בשל טעם ביטחוני, לא תתכנס הוועדה ולא יוזמן דיון. במקרים אלו, תועבר לעורר או לבא כוחו פרפראזה גלויה בעניין ותבקש התייחסותו בכתב לאמור בה. עם קבלת ההתייחסות הכתובה, תדון הוועדה בערר. ואולם, טרם קבלת ההחלטה, תובא בפני הוועדה עמדתם העדכנית של גורמי הביטחון, לאחר שאלה עיינו בהתייחסותו בכתובה שחל העורר לפרפראזה הגלוי." סעיף 5.5, לפרק העוסק בוועדת הערר.

לאור הנחיות אלה, יחד עם האמור לעיל כי למר _____ צעאבנה לא נמסרה פרפראזה הממקת את סירובכם לתת לו היתר, אנו דורשים:

א. לקבל בדחיפות פרפראזה גלויה על מנת שנוכל להגיב עליה בכתב.
ב. שהפרפראזה תימסר לנו באופן מיידי על מנת שההחלטה בערר, לאחר קבלת הטיעונים בכתב ובחינה מחודשת של הבקשה על ידי גורמי הביטחון, תתקבל בתוך חודש מהמועד בו הערר שבנדון הוגש.

יו"ר הוועדה או מזכיר הוועדה יבחן את הבקשה בתוך שבועיים ממועד קבלתה ויחליט האם יש צורך בזימון דיון של ועדת הערר בעניין. ככלל, במקרה של סירוב ביטחוני או במקרה בו אושר ההיתר למשך זמן קצר מהקבוע בקובץ נהלים זה, בשל טעם ביטחוני, לא תתכנס הוועדה ולא יזומן דיון. במקרים אלו, תועבר לעורר או לבא כוחו פרפראזה גלויה בעניין ותתבקש התייחסותו בכתב לאמור בה. עם קבלת ההתייחסות הכתובה, תדון הוועדה בערר. ואולם, טרם קבלת ההחלטה, תובא בפני הוועדה עמדתם העדכנית של גורמי הביטחון, לאחר שאלה עיינו בהתייחסותו הכתובה של העורר לפרפראזה הגלויה.

ככל שיוחלט כי יש צורך בכינוס הוועדה, יזומן המבקש לדיון בתוך חודש ממועד קבלת הבקשה, באופן טלפוני...

ככל שיוחלט כי אין צורך בכינוס הוועדה, יודיע היו"ר על אחת מהחלטות אלה :

1. מעיון בבקשה לא עלתה סיבה לבחון את סירוב המת"ק.
2. מעיון בבקשה עלה כי הבקשה לא נתקבלה במת"ק ויש להגישה.
3. מעיון בבקשה עולה, כי הערר הוגש בשל סירוב ביטחוני למתן היתר, או שאושר ההיתר למשך זמן קצר מהקבוע בקובץ נהלים זה, בשל טעם ביטחוני. במקרים אלו, תבחן הוועדה את הערר בהתאם לקבוע בסעיף 5(ז) לעיל.
4. טעם אחר מנומק (סעיפים 5.5-5.5). לפרק "ועדת הערר".

הפרק "ועדת הערר" בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/12.

21. אולם, לא התקבלה כל החלטה בערר וגם לא הועברה לעותרים פרפראזה של המידע הביטחוני שעליו מבוססת, לכאורה, החלטת הסירוב של המשיב. העותרים אינם יכולים להשיב כראוי לטענות של המשיב כאשר הן אינן ידועות להם כלל, מכיוון שלא נמסר להם אף פרט בנושא הרקע הביטחוני לסירוב לבקשה של העותר ואפילו החלטת הסירוב עצמה לא ניתנה להם.

22. כמו כן, נהלי המשיב מתנים את קבלת ההחלטה הסופית בערר בכך שתועבר לעוררים פרפראזה; העוררים יתייחסו בכתב לפרפראזה; גורמי הביטחון (ולא ועדת הערר!) יעיינו בהתייחסות של העוררים לפרפראזה; ותימסר לוועדת הערר העמדה העדכנית של גורמי הביטחון. משכך, הטיפול בערר אינו יכול להתקדם ולא יכולה להתקבל החלטה סופית בערר כאשר לא נמסרת פרפראזה לעוררים.

23. על פי נהלי המשיב, היה על המשיב לכלול פרפראזה של המידע הביטחוני גם בהחלטת הסירוב הראשונית של המת"ק :

הבקשה הוגשה עם כלל המסמכים הרלוונטיים ובמועד, והמבקש עומד בקריטריונים המנהליים לבקשה, אך נתקבלה מגורמי הביטחון עמדה שלילית בעניינו – בעל הסמכות רשאי לסרב את הבקשה על בסיס "סירוב ביטחוני". במקרה כזה יש למסור פרפראזה גלויה בדבר עילת הסירוב, ובכל מקרה אין לסרב בקשה העומדת בקריטריונים רק על סמך קיומה של מניעה ביטחונית במערכת הממוחשבת, בלא שבוצע תהליך אבחון פרטני (סעיף 16.ב.2. לפרק "הנחיות כלליות").

הפרק "הנחיות כלליות" בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/13.

24. כיוון שגם זה לא נעשה, אין לעותרים כל אפשרות להשיב לטענות כלפי העותר או לקדם את הטיפול בערר.

25. מכאן העתירה.

הטיעון המשפטי

26. להלן יטענו העותרים כי הסירוב של המשיב להנפיק לעותר היתר כניסה למרחב התפר פוגע בצורה קשה ובלתי מידתית בזכויות היסוד שלו לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה. כמו כן, העותרים יטענו כי המשיב הפר את חובתו לנמק את החלטותיו בכך שהוא לא מסר לעותר החלטה מנומקת בכתב ולא העביר לעותרים פרפראזה של המידע הביטחוני שעליו התבססה החלטת הסירוב שלו.

הרקע הנורמטיבי

27. עניינה של העתירה בפעולות של המשיב בתוך השטח הכבוש. התחומים שבהם המשיב מוסמך לפעול בשטח הכבוש הם ההגנה על האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל, וההגנה על הזכויות של תושבי השטח הכבוש:

ישראל מחזיקה בשטחי האזור בתפיסה לוחמתית. במסגרת הממשל הצבאי מפעיל המפקד הצבאי באזור סמכויות היונקות במשולב מכללי המשפט הבינלאומי ומעקרונות המשפט הציבורי הישראלי... על התפיסה הלוחמתית באזור חלות הנורמות העיקריות של המשפט הבינלאומי המנהגי המעוגנות באמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 [25], ואילו העקרונות ההומניטריים של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה) מוחלים על-ידי המדינה ועל-ידי מפקד האזור הלכה למעשה (פרשת אסכאן [1], שם, בעמ' 793-794). **אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה וזכויותיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה הלוחמתית.** הצורך האחד הוא צבאי. הצורך האחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי וכן לסדר, לביטחון ולשמירה על שלטון החוק באזור; השני – נוגע לאחריות לקיום שלום ורווחתם של התושבים. **בדאגה לרווחה כאמור מוטל על מפקד האזור לא רק לשמור על הסדר ועל הביטחון של התושבים אלא גם להגן על זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם.** "הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול" (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (להלן – פרשת הס [4]), בעמ' 456). בביצוע תפקידו על מפקד האזור להבטיח את האינטרסים הביטחוניים החיוניים, מזה, ואת הגנת זכויותיה של האוכלוסייה האזרחית, מזה. בין שני מוקדי אחריות אלה נדרש איזון ראוי (י' דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" [23], בעמ' 509). בהגנה על הזכויות החוקתיות של תושבי האזור חלים על המפקד הצבאי גם עקרונות המשפט הציבורי הישראלי, ובהם עקרונות היסוד בדבר זכויות האדם (בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט (5) 368-375, 376 (2005), להלן: **עניין אבו דאהר**, כל ההדגשות בעתירה הוספו אלא אם צוין אחרת, ת.מ.).

28. מדינת ישראל החליטה להקים חלק גדול מגדר ההפרדה בתוך הגדה המערבית, ולסגור בפני פלסטינים את חלקי הגדה המערבית שבין גדר ההפרדה לבין גבולה של ישראל – מרחב התפר. בכך נפגעו, ונפגעות, זכויות היסוד של התושבים המוגנים, ובמיוחד זכויותיהם של בעלי הזיקה הספציפית למרחב התפר. על רקע זה נקבע בפסיקה כי המשיב חייב לצמצם ככל הניתן את פגיעתה של גדר ההפרדה בסדרי החיים של תושבי המקום:

אף ההסדרים שגובשו בעניין הנפקת היתרים לבעלי עניין קבוע ו-מזדמן, כפי שפורטו, עומדים לשיטתנו במבחן המידתיות השני. כפי שציינו לעיל, מקובל עלינו כי הפגיעה בקבוצה זו הינה פגיעה קשה. פרטים שעידו את אדמתם במרחב התפר, ניהלו את עסקיהם שם ויצרו קשרי חברות ומשפחה, נאלצים עתה, ועל מנת לשמר את אורחות חייהם, לבקש היתר כניסה על בסיס עילות מצומצמות שונות. גם התושבים במרחב עצמו נפגעים מן המשטר שהוחל בו, שכן בעל כורחם הופכת מציאות חייהם קשה ומורכבת, עת נכפה עליהם בידוד חברתי ועסקי באזור מגוריהם. **פגיעות אלו מחייבות קביעתם של הסדרים המשמרים ככל הניתן את מרקם החיים שקדם להכרזה, בכפוף לצרכים הביטחוניים המחייבים זאת.** נראה לנו, כי ככלל, ההסדרים שגובשו מקיימים דרישה זאת. נתייחס להסדרים הנוגעים לקבוצות בעלי העניין השונות (פסק דין משטר ההיתרים, סעיף 33).

29. כאמור, בפסק דין משטר ההיתרים נקבע כי הפגיעה שבסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים היא מידתית, בין היתר, על בסיס טענות המשיב לגבי האופן שבו מיושם משטר ההיתרים בפועל. המשיב הציג לבית המשפט את הנהלים שלו לטיפול בבקשות להיתרי כניסה למרחב התפר, ובית המשפט הסתמך בפסק דינו על ההנחה שהבקשות להיתרי כניסה למרחב התפר מטופלות באופן שנקבע בנהלים:

לצד קביעת ההסדרים גופם, יש לתת אף את הדעת גם למציאות בה מיושמים הסדרים אלה הלכה למעשה, החל מהליך הטיפול בבקשות וכלה במשטר המעברים הנוהג, ואלו ישמשו אף נדבך בבחינה הכוללת של מידתיות הפגיעה בתושבים הפלסטינים, כפי שיפורט בהמשך. המדינה הקדישה חלקים נרחבים מכתב תשובתה ומהודעותיה המעדכנות להיבטים אלה ולמהלכים שנקטים על-ידה להביא לשיפור הטיפול בתושבים הפלסטינים הלכה למעשה - הן בייעול הטיפול בבקשות שונות לקבלת היתר והן בשיפור הסדרי הכניסה למרחב עצמו.

בכל הנוגע לטיפול בבקשות השונות, יצוין תחילה כי מסגרת הטיפול הכללית בבקשות השונות לקבלת היתרים נקבעה בהוראות הכניסה והוראות תושב קבוע, ופורטה בקפ"ק. בהתאם להוראות אלה, את הבקשות השונות לקבלת היתר כניסה ושהייה במרחב התפר יש להגיש לרשות המוסמכת - ראשי מנהלות התיאום והקישור האזרחיות הישראליות, ולצרף להן את מלוא המסמכים הנדרשים בהתאם לסוג ההיתר המבוקש. בעניין הליכי הטיפול קיימת הבחנה מסוימת בין שתי הקבוצות העיקריות של מקבלי ההיתרים באשר לסמכויות המוענקות לרשות המוסמכת: בעניינם של תושבים קבועים רשאית הרשות המוסמכת לאשר את הבקשה או להעבירה לבחינת ועדה מיוחדת שתוקם לצורך בחינת בקשות כאמור (להלן: הוועדה), שבידה לערוך כל בדיקה הדרושה לה לצורך בחינת הבקשה, לרבות הזמנת המבקש להופעה בפניה ומתן הוראות לצירוף מסמכים שונים. הוועדה אינה מוסמכת לדחות בקשות, אלא אם ניתנה למבקש הזדמנות להביא טענותיו בפניה. הרשות המוסמכת רשאית להעניק למבקשים היתרים זמניים עד להחלטה סופית בבקשה, בהתאם לשיקול דעתה. לעומת זאת, בעניינם של יתר מבקשי הבקשות, רשאית הרשות המוסמכת לאשר בקשה (ולהנפיק היתר לפרק הזמן שהתבקש או קצר ממנו), לדחותה או להעבירה לטיפול ועדה שתוקם לצורך בחינת בקשות כאמור, תוך הנפקת היתר זמני עד לסיום הליך הבדיקה על-ידי ועדה זו. **בכל מקרה, וכפי העולה מן הקפ"ק, החלטת סירוב מחייבת מסירת טופס סירוב למבקש, בו תהא מצוינת הסיבה בעטיה סורבה הבקשה. כמו כן, למי שבקשתו סורבה ניתנת אפשרות להופיע בפני ועדת ערר במפקדת התיאום והקישור הרלוונטית.** עוד יצוין, כי מעיון בנהלי הקפ"ק עולה כי עצם קיומה של מניעה ביטחונית לכניסה לישראל אינה מונעת הענקת היתר כניסה ושהייה במרחב התפר, כך שהבקשה תיבחן פרטנית בשים לב לאינטרס הציבורי מזה ואינטרס התושב בעטיו מתבקש ההיתר מזה. בהודעתה המעדכנת מיום 25.5.2009 פירטה המדינה כי במינהל האזרחי פועל מערך רחב שנועד לטיפול בבקשות כאמור. לצד הצוות המטפל בפניות השוטפות מצויים אנשי מקצוע ייחודיים המטפלים בסוגיות מקצועיות הנוגעות למרחב התפר, למשל בסוגיות מקרקעין ותשתיות. כמו כן, הדגישה המדינה את דבר קיומו של "קצין פניות הציבור" במינהל האזרחי המקבל פניות בנושאים שונים ואשר נועד, בין היתר, להגביר את הזמינות לפניות ולבקשות התושבים הפלסטינים, גם בענייני מרחב התפר (סעיף 28).

ובהמשך:

דברים אלו יפים אף ביחס ליתר "בעלי העניין" (קבוע או מזדמן) להם מוענקים היתרי כניסה למרחב כפי שפורט לעיל. על-פני הדברים - ופרט לחרוג אחד אליו נתייחס מיד - נראה לכאורה כי המדינה מיפתה את מכלול בעלי האינטרסים הרלוונטיים שכניסתם למרחב התפר נדרשת בשים לב לזכויות המוענקות לתושבים הפלסטינים; סוחרים, עובדים, צוותי הוראה, עובדי ארגונים בינלאומיים, צוותי רפואה ועוד. **בקשות אילו לקבלת היתרים נבחנות בהתאם לנהלים שקבעו המשיבים ועל-פי המתווה שגובש כמפורט לעיל, ולא עלה בידי העותרים להצביע על כך כי בהינתן העובדה שמדובר בשטח סגור המחייב בדיקה פרטנית קודם מתן היתר כניסה אליו, ניתן לקיים הסדרים אחרים שפגיעתם בזכויות התושבים הפלסטינים פחותה (סעיף 35).**

30. אולם, בענייניו של העותר, הנהלים של המשיב לא קוימו בשום שלב. כאמור, העותר הגיש **שבע בקשות** להיתר כניסה למרחב התפר שלא נענו כלל. הבקשה השמינית שלו נדחתה בלי שנמסר לו טופס סירוב

שבו מצוינת הסיבה לסירוב לבקשה, ועד היום לא התקבלה החלטה כתובה כלשהי ולא נמסרה לעותרים פרפראזה של המידע הביטחוני שעליו מבוסס הסירוב של המשיב. כמו כן, לעותר אין אפשרות להופיע לפני ועדת הערר, כפי שנאמר בפסק הדין, מכיוון שכיום נהלי המשיב קובעים כי "ככלל, במקרה של סירוב ביטחוני או במקרה בו אושר ההיתר למשך זמן קצר מהקבוע בקובץ נהלים זה, בשל טעם ביטחוני, לא תתכנס הוועדה ולא יזומן דיון" (כד! ומכיוון שהערר שהוגש בשמו לא נענה.

31. בנוסף, נקבע בפסק דין משטר ההיתרים כי הטיפול המהיר בבקשות להיתרי כניסה למרחב התפר הוא קריטי לשמירה על מרקם החיים באזור וכי המשיב חייב לקבוע לוח זמנים סביר לטיפול בבקשות, באופן שיאפשר גישה רציפה וסדירה למרחב התפר :

לא מצאנו במסגרת הליכי הטיפול השונים כי המינהל האזרחי נטל על עצמו מחויבות בנוגע למשך הזמן הנדרש לצורך טיפול בבקשות השונות המונחות לפתחו, חרף החשיבות הטמונה בטיפול מהיר ויעיל בבקשות אלו, שנועדו לאפשר המשך מרקם חיים שוטף ודינמי ככל הניתן עבור תושבי מרחב התפר ותושבים פלסטינים המתגוררים מחוצה לו ומבקשים להיכנס אליו... במצב דברים זה, אנו סבורים כי על המשיבים לגבש מסגרת זמנים סבירה לטיפול בבקשות השונות, בהתאם למאפייניהם הייחודיים, כך שיתאפשר לתושבים להיערך בהתאם לצרכים השונים בהגשת בקשת מתאימות. **כן תאפשר מסגרת זמנים סבירה לשמור על רצף תקין ועקבי של חיי התושבים, כמתחייב (סעיף 39, ההדגשה הראשונה במקור).**

32. למרות זאת, העותר מנסה מאז חודש דצמבר 2020 לקבל היתר כניסה למרחב התפר. ההחלטה הראשונה שהתקבלה בעניינו נמסרה לו בחודש אוגוסט 2021, ורק בעל פה וללא פרפראזה. הערר שהוגש בעניין, ושבזו התבקשה בדחיפות הפרפראזה של עילת הסירוב, לא נענה כלל. לא רק שלא התקבלה החלטה סופית בערר, אלא לא התקבלה החלטה ראשונית על (אי) קיום דיון בערר ולא נענתה הבקשה של העותרים לקבלת הפרפראזה בדחיפות. במשך כל הזמן הזה, מחודש דצמבר 2020 ועד היום, העותר נותר ללא היתר, בלי שאפילו ניתנה החלטה המסבירה ומצדיקה את הדבר.

הפגיעה בזכויות לקניין ולחופש העיסוק

33. הזכות לקניין היא זכות יסוד, המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על זכויותיהם של כל בני האדם, וכן באמנות הבינלאומיות הרלוונטיות לשטח הכבוש :

זכות הקניין נמנית אף היא על זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה כזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 14-15; דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג ובאמנת ג'נבה הרביעית (בג"ץ 1890/03 עירית בית לחם נ' מדינת ישראל משרד הבטחון, סעיף 20 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש (3.2.2005); להלן: **פרשת עירית בית לחם**)).

34. הפגיעה בזכות הקניין של התושבים המוגנים אסורה אלא אם היא נועדה לצורך הגנה על חיי אדם, והיא חיונית לכך :

החובה להגן על הביטחון עשויה, לעתים, להיות כרוכה בפגיעה בלתי נמנעת בזכויות קניין פרטי... ההגנה על ביטחון החיים ושלמות הגוף עומדת בראש מידרג העניינים הנתונים לאחריותו של מפקד האזור... בצד זכות זו עומדת זכות הקניין של תושבי האזור, המוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכוח המשפט החוקתי בישראל על-פי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על-פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא מקום שהדבר הכרחי לצורכי לחימה... על מפקד האזור להפעיל שיקול-דעת קפדני וזהיר ביותר בטרם יוציא צו הפוגע בזכויות קניין של אזרחים בשטח מוחזק.

חובה זו מוטלת עליו הן מכוח דיני המלחמה במשפט הבינלאומי הן מכוח המשפט החוקתי הנוהג בישראל, המגדיר זכות קניין כזכות יסוד חוקתית (עניין אבו דאהר, בעמ' 376-378).

35. חופש העיסוק הוכר אף הוא כזכות יסוד, והרשויות חייבות להימנע מפגיעה בה גם כאשר הן פועלות מחוץ לתחומה של מדינת ישראל:

טעם נוסף... נמצא בזכות היסוד של חופש העיסוק, שהוכרה בפסיקת בית משפט זה עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק... למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פקודיו מכוח הסמכות הפרסונאלית, בהיותם נמנים על רשויות המדינה ופועלים שם בשרותה... ממש כמו שהוא מחיל עליהם את כללי המשפט המינהלי (בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298-305, 304 (1993)).

36. הסירוב של המשיב לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר מונע ממנו להגיע לעסק שלו ולנהל אותו ובכך פוגע בצורה קשה בקניינו ובחופש העיסוק שלו. החלטת הסירוב של המשיב לא לוותה בפרפראזה המבהירה, ולו באופן מינימאלי, את הסיבה לסירוב ואין יסוד להניח שהחלטת המשיב מוצדקת ושהפגיעה בעותר היא מידתית.

הפגיעה בזכות לחופש תנועה

37. הזכות לחופש תנועה מוכרת כזכות יסוד, הן בדין הישראלי והן בדין הבינלאומי. כך נקבע בסעיף 15 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש בפרשת **עירית בית לחם**:

חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד האדם (ראו פסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם). חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות.

38. בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד ס"א (1) 844, 863 (2006) נקבע כי משקלה של הזכות לחופש תנועה כבד במיוחד כאשר מדובר במניעת הגישה של אדם לשטחו הפרטי:

חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות השייכות להם. **בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה.** ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דיין של הראשונות כדיןן של האחרונות.

39. הסירוב של המשיב לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר מונע ממנו להגיע לעסק שלו שבגדה המערבית, ובכך פוגע בצורה קשה בזכות היסוד שלו לחופש תנועה, וזאת ללא כל סיבה ברורה. בהיעדר נימוק של ממש לסירוב של המשיב (כלומר, פרפראזה), אין כל סיבה להניח שיש הצדקה לסירוב ושהפגיעה בזכויות היסוד של העותר מידתית.

חובת ההנמקה

40. חובת ההנמקה נגזרת מחובת ההגינות המוטלת על כל רשות מינהלית (דפנה ברק-ארז) **משפט מינהלי** כרך א 423 (2010), להלן: **ברק-ארז**). חובת ההנמקה גם עוגנה בסעיף 2.א. לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. ההנמקה חייבת להיות מפורטת, ולא כללית וסתמית (ברק-ארז, בעמ' 424). חובת ההנמקה תורמת, בין היתר, לקבלת החלטות באופן רציונאלי ולא שרירותי (שם, בעמ' 423-424).

41. גם כאשר יש הצדקה להסתרת החומר המודיעיני שביסוד ההחלטה של הרשות, עליה למסור לנפגע את כל הפרטים האפשריים מתוך אותו החומר ולא להסתפק בכותרת כללית ומעורפלת, כפי שנעשה בדרך כלל:

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 (ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, סעיף ל"א (פורסם בנבו, 11.8.2009)).

42. בענייננו, נמסר לעותר בעל פה שהוא "מסורב על ידי השב"כ" וזה כל המידע שניתן לו לגבי הסיבה לדחיית הבקשה שלו להיתר כניסה למרחב התפר. אפילו לא נמסר לעותר היגד מעורפל וכללי מהסוג המנוגד לדרישות הפסיקה, כגון "הנדך בעל קשר לאמל"ח", "בשל קשרי בני משפחתך לאמל"ח" וכיו"ב. העותרים ביקשו במסגרת הערר שלהם לקבל פרפרזה של המידע הביטחוני בדחיפות, אך המשיב התעלם מהבקשה הזאת, ומהערר בכללותו, והשאיר את סירובו לבקשת העותר ללא כל נימוק שניתן להבנה. בכך פגע המשיב בצורה קשה בזכות הטיעון של העותר (כפי שעולה גם מכך שעתירה זו, העוסקת בסירוב לבקשה של העותר מטעמי ביטחון, אינה כוללת כל תשובה לטענות הביטחוניות של הרשויות הישראליות כלפי העותר, כיוון שלא ידוע לעותרים דבר אודותיהן).

43. בנוסף, הדחייה של הבקשה של העותר מבלי למסור לו נימוק מובן להחלטה הזאת, שפוגעת בזכויות היסוד שלו, מהווה הפרה של חובת הנאמנות החלה על המשיב. עצם הסמכות של המשיב לקבל החלטות בעניינם של תושבים מוגנים נשען על ההנחה שהוא ממלא את מקומו של הריבון הנעדר בכל הנוגע לדאגה לרווחתם של תושבי השטח הכבוש. כמו כן, חובת הנאמנות חלה על המשיב מכוח היותו רשות מינהלית. בצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס' 947), תשמ"ב-1981 נקבע כך: "מוקם בזה מינהל אזרחי באזור. המינהל האזרחי ינהל את העניינים האזרחיים באזור, בהתאם להוראות צו זה, לרווחתה ולטובתה של האוכלוסיה ולשם הספקת השירותים הציבוריים והפעלתם, ובהתחשב בצורך לקיים מינהל תקין וסדר ציבורי באזור" (סעיף 2). כלומר, מעבר לחובת הנאמנות הרגילה שחלה על כל רשות מינהלית, המשיב כלל אינו מוסמך לשלוט על התושבים המוגנים אם הוא אינו עושה זאת לרווחתם ולטובתם ובאופן תקין, ובענייננו, אם הוא דוחה את הבקשות שלהם ללא נימוק.

סיכום

44. הסירוב של המשיב לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר פוגע בצורה קשה בזכויות היסוד של העותר לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה וגורם לו נזק כלכלי ההולך וגדל מדי יום. המשיב מעולם לא מסר לעותרים פרפרזה שתסביר, ולו באופן הכללי והמעורפל ביותר, את הסיבה לסירוב הזה שלו, על אף השלכותיו הקשות. בכך הפר המשיב גם את חובתו לנמק את החלטותיו ולאפשר לנפגע לממש את זכות הטיעון שלו.

45. נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות למשיב לתת לעותר 1 היתר כניסה למרחב התפר לצרכים מסחריים; למסור החלטות בכתב לאנשים שהגישו בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר ולא ניתן להם מבוקשם; ולכלול פרפראזה של החומר הביטחוני הרלוונטי בכל החלטה על סירוב לבקשה להיתר כניסה למרחב התפר בשל עמדתם של גורמי הביטחון, כפי שנדרש על פי סעיף 16.ב.2. לפרק "הנחיות כלליות" בנהלי המשיב.

46. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי דין.

47. עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בהיוועדות חזותית ונשלח למוקד להגנת הפרט בווטסאפ, לאחר תיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא נשלח בווטסאפ, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים במפגש בין העותר לבין באי כוחו.

9 בספטמבר 2021.

תהילה מאיר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 114639]