

עת"מ 18-03-34490

בבית משפט המחוזי ירושלים

בפני כבוד השופטת דנה כהן-לקח

בעניין שבין:

עותרים: 1. האמד, ת"ז

תושבת השטחים הכבושים

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג - ע"ר
מס' 580163517

ע"י עו"ד נדיה דקה

רח' אבו עובדייה 4, ירושלים

טל: 02-6283555, פקס: 02-6276317

- נ ג ד -

91596
להגנת הפרט
ביום
23-05-2013
90750

משיב: המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים - אזרחי

מח"ל 7, ירושלים 9149301

ת"ד 49333

כתב תגובה ובקשה לסילוק על הסף

בהודאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 24.4.18, מתכבד בזאת המשיב להגיש תגובה מטעמו לעתירה שבכותרת.

פתח דבר

1. עניינה של העתירה הוא בקשת העותרת 1, האמד לקבלת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בן זוגה, האמד הנושא ת.ז. פלסטינית שמספרה, הכלוא בישראל. בקשתה סורבה, בשל מניעה ביטחונית כנגד כניסתה לישראל.

2. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות על הסף מחמת היעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. הלכה ידועה היא, כי לתושבי האזור אין זכות שבדין להיכנס לישראל, לצרכי מסחר, ביקורים, או לכל צורך אחר. כאשר עסקינן בבקשה לביקור כלוא, הרי שאין לקרוביו של הכלוא זכות מוקנית לבקרו, אלא שלכלוא זכות לקבל ביקורים בכפוף לדינים ולנהלים הרלבנטיים ובהתאם לשיקולי הביטחון, כמפורט להלן.
3. לחילופין, דינה של העתירה להידחות לגופה, לאור מניעה ביטחונית המוזנת כנגד העותרת 1 על בסיס מידע בטחוני כפי שיפורט בהמשך.

תמצית העובדות הצריכות לעניין

4. ע"פ הנתונים שבמערכת הממוחשבת, העותרת 1, תושבת קצרה שבנפת שכס, בת 27 לערך נשואה ואם לשני ילדים. כנגד העותרת 1 מוזנת מניעה ביטחונית לכניסתה לישראל החל מיום 17.7.2015. כמו כן, החל מאותו היום מוזנת מניעה ביטחונית ליציאתה לחו"ל.
5. בין השנים 2015-2016, החזיקה העותרת 1 בשבעה היתרים מהסוג המבוקש. תוקף ההיתר האחרון מסוג זה בו החזירה העותרת 1 היה בין התאריכים 26.12.2016-27.10.2016.
6. לאחר ההיתר הנ"ל, התקבלו המרכז ההיתרים במינהל האזרחי תשע בקשות בשם העותרת 1 אשר התקבלו מאת "הצלב האדום" לביקור בעלה הכלוא בישראל, כאשר האחרונה שבהן נפתחה ביום 9.4.18, וסורבה בשל עמדתם השלילית של גורמי הביטחון. התשובה בנוגע לסירוב בקשתה האחרונה של העותרת 1 נמסרה לארגון "הצלב האדום" ביום 10.4.18.
7. ביום 18.3.18 התקבלה העתירה דן במשרדי הפרקליטות.
8. המשיב יציין כי ביום 2.5.18, נשלח מכתב רשמי לעותרת 2 לפיו התנגדות גורמי הביטחון הינה לאור המידע לפיו העותרת 1 מעורבת בפעילות חמאס, וקיים חשש כי ביקורה בכלא יסייע לפעילות זו. חרף האמור, ככל שלא יתקבל מידע נוסף בעניין העותרת 1 תוך 3 חודשים, יהיה ניתן להגיש בקשה חדשה לקבלת היתר לביקור כלוא, בהתאם לנהלים, אשר תישקל בחיוב. על כן, ביקש המשיב כי העותרים ימחקו את ההליך דן.
9. עם זאת, העותרת 2 סירב לבקשת המחיקה, וסיבותיו שמורות עימו.

המסגרת המשפטית

10. עם כניסת צה"ל, בחודש יוני 1967, לאזור יהודה והשומרון, תפס מפקד כוחות צה"ל את השלטון הירדני, והחל פתעל כממשל צבאי מכוח הוראות המשפט הבינלאומי. במסגרת הסמכויות המוקנות לו על פי המשפט הבינלאומי המנהגי ניתן למפקד הצבאי הישראלי הכוח לקבוע את המסגרת המשפטית שתחול על השטח המוחזק בתפיסה לוחמתית (ר' בג"ץ 390/79 **חזיקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד ל"ד(1), 1).

11. זהו "כובעו" הראשי של מפקד כוחות צה"ל באזור, ובכובע זה מפעיל מפקד כוחות צה"ל באזור את מנגנון הממשל הצבאי, ששלוחתו "האזרחית" היא המינהל האזרחי. סמכותו של מפקד כוחות צה"ל באזור היא לפי המשפט הבינלאומי, ופעילותו נועדה לשם הגשמת חובתו כלפי האזור בהתאם למשפט הבינלאומי, ובפרט לפי תקנה 43 לתקנות האג ואמנת גינבה הרביעית.

12. משפט מדינת ישראל לא הוחל על אזור יהודה והשומרון, והעקרונות המשפטיים הבסיסיים, שעל פיהם נשלט האזור ולפיהם נקבעת מערכת המשפט החלה בו מאז חודש יוני 1967, מוקנים למפקד כוחות צה"ל באזור ומקורם נעוץ בהוראות המשפט הבינלאומי הפומבי (ר' בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד ל"ז(2), 197).

13. על-פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות הממשל והמינהל מוחזקות בידי של המפקד הצבאי (ר' בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד ל"ז(4), 785).

14. **במנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2)**, שתחילתו מיום 07.06.67, נקבעו העקרונות המשפטיים המנחים לפיהם ינהג הממשל הצבאי הישראלי.

לפי העקרון הראשון, המשפט שהיה קיים באזור ערב כניסת כוחות צה"ל, ביום 07.06.67, ימשיך לעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר הנ"ל או לכל צו, שיינתנו על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, ובשינויים, הנובעים מכינונו של שלטון צה"ל באזור (סעיף 2 למנשר).

לפי העקרון השני, כל סמכות של שלטון, חקיקה או מינהל לגבי האזור או לגבי תושביו נתונה למפקד כוחות צה"ל באזור ותופעל על ידיו או על ידי מי שיתמנה לכך על ידיו או יפעל מטעמו (סעיף 3 (א) למנשר).

15. הנה כי כן, הן על פי הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי – המנהגי וההסכמי – והן על פי תחיקת הביטחון שהוחקה מכוחו, המפקד הצבאי הוא הריבון באזור יהודה והשומרון, ומשמש כחליפו של השלטון הירדני, לכל דבר ועניין, וכל זאת החל מחודש יוני 1967.

16. עם כניסת צה"ל לאזור יהודה ושומרון, כאמור, הוכרז שטח זה כשטח סגור, אשר הכניסה אליו והיציאה ממנו טעונות היתר מאת מפקד כוחות צה"ל באזור, וזאת על פי צו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז – 1967.

17. אזור יהודה ושומרון, בהתאם לתחיקת הביטחון השוררת, הינו שטח סגור אשר הכניסה אליו והיציאה ממנו אסורות אלא אם ניתן היתר ע"י מפקד כוחות צה"ל באזור או על ידי מי שהוסמך על ידו (רי' סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל – 1970).

18. כניסתם של תושבים פלסטינים לישראל, באמצעות ההיתר הניתן על ידי מפקד האזור, הינה מכוח צו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה וצפון סיני, ומרחב שלמה ורמת הגולן), התשכ"ח-1968, בו קבע שר הפנים, על פי סעיף 17(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, כי היתר יציאה לישראל מטעם מפקד האזור, לצורך עבודה או לצרכים אחרים, לתושבי האזור, פוטר מן הצורך באשרה או רשיון על פי חוק הכניסה לישראל.

19. בשנת 2003 נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. חוק זה הטייל, בין היתר, הגבלות על מתן אישורים לכניסה לישראל. סעיף 3ב לחוק קובע כדלהלן:

"על אף הוראות סעיף 2, רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן:

(1) טיפול רפואי;

(2) עבודה בישראל;

(3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים."

20. סעיף 3ד לחוק מסייג את אפשרות מתן ההיתר במקרים בהם תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון בטחוני למדינת ישראל, ע"פ קביעת גורמי הביטחון המוסמכים.

ביקורי כלואים – רקע היסטורי ומשפטי:

21. החל משנת 1969, עת לקח על עצמו ארגון הצלב האדום הבינלאומי לטיפול בנושא ביקורי הכלואים, נכנסו פלסטינים לישראל למטרות ביקור קרוביהם הכלואים שם, כעניין שבשגרה.

22. משבוטל ההיתר הכללי לכניסת פלסטינים לישראל, בשנת 1991, נכנסו הפלסטינים לישראל למטרת ביקור כלואים באמצעות היתרים פרטניים, שהונפקו להם על-ידי המנהל האזרחי.

23. אירועי ספטמבר 2000 הביאו להפסקת ביקורי הכלואים בבתי כלא ישראלים, וזאת בשל אירועי הלחימה הקשים שהתרחשו באירוש, וכן בשל המצב הביטחוני ששרר בישראל באותה העת. החל מחודש מרץ 2003, אגב עבודת מטה ענפה שהתקיימה בין צה"ל, השב"כ, המנהל האזרחי, משטרת ישראל, השב"ס ומשרד המשפטים בעקבות בג"צ 11198/02 זירייה ואח' נ' מפקד מתקן הכליאה הצבאי עופר ואח', הוחלט על התרת ביקורי הכלואים, באמצעות ארגון הצלב האדום הבינלאומי, וכל זאת באופן הדרגתי. החל משלהי שנת 2003, חזרו לפעול ביקורי הכלואים במתכונת מלאה.

24. הנורמה המשפטית הבינלאומית המעגנת את חובת המפקד הצבאי בשטח כבוש להתיר ביקורי כלואים מצויה בסעיף 116 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה:

"כל עציר רשאי לקבל מבקרים – ביחוד, אנשי משפחה קרובים – לעתים מזומנות ובתדירות האפשרית".

מלשון סעיף האמנה עולה, כי הזכות לביקורי כלואים היא של הכלוא ולא של בני משפחתו.

25. כך גם לפי סעיף 12 לצו מסי' 29, הצו בדבר הפעלת מתקן כליאה, שנחקק בתאריך 23.6.1967, שם נקבע, כי:

"(א) כלוא יורשה לקבל ביקור של בן משפחה במועדים ולמשך זמן כפי שייקבע ע"י המפקד או מטעמו".

(ב) על אף האמור בסעיף משנה א' רשאי המפקד לאסור מטעמי ביטחון ביקורים אצל כלוא מסוים".

26. ראוי לציין בהקשר זה, כי הן הדין הבינלאומי והן הדין המקומי באי"ש, מקנים למפקד הצבאי מרווח שיקול דעת באשר לצמצום זכותו של הכלוא לקבל ביקורים, וזאת מטעמי ביטחון. מכאן, שהן הדין הבינלאומי והן הדין המקומי מכירים בשיקולי הביטחון כשיקולים רלוונטיים, בנסיבות העניין, לצמצום בזכות לביקורי כלואים.

השיקולים הביטחוניים לעניין כניסת פלסטינים לישראל:

27. קביעת האזור כשטח סגור וממילא גם השיקולים בדבר יציאה מן האזור יסודם, בין היתר, בשיקולי ביטחון, היינו חשש לקיום סיכון בטחוני העלול להיגרם כתוצאה ממתן אפשרות של כניסה ויציאה חופשית מן האזור. אפשרות לכניסה וליציאה חופשית, ביחוד למדינת ישראל, ללא צורך בהיתר, עלולה להיות מנוצלת לפעילות כנגד ביטחון תושבי ישראל ותושבי האזור.

28. במסגרת הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי בכל הנוגע להתרת כניסה לאזור ויציאה ממנו, הוא מצווה לשקול את מידת הסיכון הביטחוני מאו פוטנציאל הסיכון לשלום הציבור הכרוך בהיענות לבקשה, כולה או מקצתה, וזאת על מנת למנוע ניצול לרעה של חופש התנועה מן האזור אל מחוץ לו ובחזרה. כן מצווה הוא לשקול את אינטרס העל החיוני של שמירת ביטחון האזור מחד גיסא, ורצונו של תושב האזור לצאת את האזור לצורך זה או אחר מאידך גיסא.

29. הגשת הבקשות לקבלת היתרי כניסה לצורך ביקורי כלואים נעשית תחילה לארגון הצלב האדום, אשר מעביר את הבקשות בצורה מרוכזת למינהל האזרחי. המינהל האזרחי בודק את הבקשות על פי קריטריונים שנקבעו לשם כך, שעניינם קרבת משפחה וגילו של המבקש.

30. בנוסף לכך, בודק המינהל האזרחי אם מוונת במערכות המידע מניעה ביטחונית כנגד המבקש, ומעביר את הבקשות לשבי"כ לשם ביצוע אבחון פרטני אם קיימת מניעה ביטחונית. אם לאחר האבחון מביעים גורמי הביטחון התנגדות ביטחונית קונקרטיה לכניסת המבקש לישראל, התשובה מסורבת. אם אין התנגדות ביטחונית קונקרטיה, מונפק למבקש היתר כניסה לישראל ומעבר אליו באמצעות הצלב האדום.

31. במהלך השנים דן בית המשפט הגבוה לצדק בעתירות רבות שעניינן סמכות המפקד הצבאי למנוע כניסה ויציאה מתחומי האזור. בפסיקה זו אישר בית המשפט, פעם אחר פעם, את מגוון השיקולים הביטחוניים, לרבות שלום הציבור, ששומה על המפקד הצבאי באזור לשקול בעת מתן החלטה על תנועת תושבים של האזור אל מחוץ לאזור או לתוכו מטעמי בטחון. קל וחומר כשהמדובר בכניסה לתוך ישראל, במצב הביטחוני כיום.

32. בהתייחס לשיקולים בנוגע להתרת כניסה לישראל נקבע במפורש, כי כאשר בוחנת רשות מנהלית בקשה ליציאה מן האזור או לכניסה לתוכו, רשאית היא לשוות נגד עיניה את הסיכונים הביטחוניים הכרוכים בהיענות לבקשה. לצורך כך די בחשד סביר כדי לשמש בסיס לסירוב להענקת ההיתר.

33. בהקשר זה יפים דבריו של בית המשפט העליון בבג"צ 7277/94 פלוני ואח' נ' המושל הצבאי לחבל עזה, תק-על (2195) 889. במקרה זה עתרו תושבים מרצות עזה בבקשה לקבלת היתר יציאה לישראל, ובו נקבע כי:

"...מתן היתר כפוף, לעולם, להיעדר טעם בטחוני המחייב מניעת הכניסה. קיומו של טעם בטחוני כזה, ביחס למי שהינו תושב האזור שבתחומי הרשות הפלסטינית, נלמד – מכורח הנסיבות – ממידע מודיעיני. בדיקת וקביעת אמינותם של מקורות מודיעיניים נתונות לגורמי שירות הבטחון".

וראו והשוו ע"ד, בג"צ 11595/05 אחמד זכי נאג'ר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על (2006) 4125.

עמדת המשיב

34. המשיב יטען, כי דין העתירה להדחות על הסף בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בחלטה למנוע את כניסתה של תושבת האזור לישראל לצורכי ביקור כלוא, כמפורט לעיל, ולחילופין לגופו של עניין.

35. זאת ועוד, על פי מידע ביטחוני חסוי המצוי בידי גורמי הביטחון, קיימת מניעה ביטחונית לכניסת העותרת 1 לישראל נוכח המידע הקיים על מעורבות העותרת בפעילות חמאס. משכך, בשלב זה ישנה התנגדות להסרת המניעה הביטחונית. עם זאת, וכפי שהוזכר לעיל, המשיב טען כי ככל שלא יתקבל מידע נוסף בעניין העותרת 1 תוך 3 חודשים, יהיה ניתן להגיש בקשה חדשה לקבלת היתר לביקור כלוא, בהתאם לנהלים, אשר תישקל בחיוב. העותרת 2 הבהירה כי עומדת על עתירתה.

36. יובהר, כי במסגרת מאזן השיקולים שעמדו בפני המשיב טרם קבלת החלטה בדבר סירוב להעניק לעותרת 1 היתר כניסה לישראל, נלקחה בחשבון בקשתה. עם זאת, לנוכח המשקל שניתן למידת הסיכון הביטחוני הכרוכה בהיענות לבקשת העותרת 1, הוחלט כאמור לזכות את הבקשה להנפיק לעותרת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בעלה.

37. יצוין, כי המנהל האזרחי כפוף לחובת ההנמקה כפי שזו נקבעה בחוק לתיקון סדרי מינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט 1958 (להלן: "חוק ההנמקות"), בשל היותה עקרון משפטי המחייב כל רשות מנהלית, ומתוך כללי הצדק הטבעיים. זאת, על אף אי תחולתה של החקיקה הישראלית על הפעלת סמכויות המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון.

38. אולם, חובת ההנמקה ועומקה אינם קבועים במפורש בחוק ההנמקות, אלא תלויים בנסיבות ובמורכבות המקרה.

39. סעיף 3 לחוק ההנמקות קובע פטור מחובת ההנמקה, ככל שיש במסירת המידע כדי לסכן את ביטחון המדינה. פטור זה רלוונטי לבקשות שבבסיס סירובן עומדת מניעה ביטחונית שהזונה על ידי גורמי השב"כ, שכן, חלק בלתי מבוטל מהמניעות הביטחוניות מבוססות על תשתית עובדתית מסווגת, וברי שאין כל חובה למסרה לתושב.

40. אי מסירת המידע הביטחוני הקונקרטי אך ציון העובדה כי הבסיס לקבלת ההחלטה נובע ממידע מודיעיני חסוי, מאזן בין צורכי המדינה הביטחוניים לבין שמירה על הליך מינהלי הוגן וראוי. הנמקה כללית, אשר אינה מכילה את המידע הביטחוני החסוי, מאפשרת להציג למבקש את הטעם העיקרי להחלטה, וכך בקווים כלליים להצביע על סבירותה. ראה לעניין זה: בג"צ 322/81 ד"ר נג'וא מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים לו (1) 789.

41. בעניין זה, יצוין כי בעת"מ 44190-08-14 גסן עבדאללה סעי דמירי נ' מתאם פעולות הממשלה בשטחים ואח' (לעיל) נקבע כי אין לקבל את הטענה בדבר היעדר הנמקה. ראשית נקבע כי נמסרה לעותר כי הסיבה לסירוב בקשתו – מניעה ביטחונית. שנית, נקבע כי מסירת הנמקה מפורטת באשר לחומרים שבבסיס המניעה הביטחונית האמורה, יהיה בה כדי לחשוף את התשתית העובדתית המסווגת.

42. יצוין, כי בהתאם להלכה ידועה, בית המשפט הנכבד מעביר תחת שבת הביקורת השיפוטית את ההחלטה המנהלית ובוחן את סבירותה. אין המדובר בהחלפת שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד, ראו רע"ב 1663/98 בנימין בן נחמיה יאיר נ' נציב שירות בתי הסוהר, תק-על (2) 322; בג"ץ 4539/94 ד"ר נקסה נביל נ' ד"ר אפרים סנה ואח', פ"ד מח(4) 778; פ"ד מח(3) 542.

43. בנסיבות אלו, כאשר מחד גיסא, לעותרת 1 אין כל זכות משפטית להיכנס לתחומי מדינת ישראל, ומאידך גיסא, גורמי הביטחון סבורים בנסיבות שפורטו לעיל, כי כניסתה של העותרת 1 לישראל ושהייתה בה עלולות לסכן את בטחון המדינה והציבור, יטען המשיב כי החלטתו הינה סבירה ביותר, וככזו אינה מקימה עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בה.

44. משלא הראתה העותרת 1 פגם מינהלי בהחלטה, עומדת למשיב חזקת התקינות המנהלית, ודין העתירה להידחות.

לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה על הסף ולחילופין לגופה ולחייב את העותרים בהוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.



ליאוד סקבור, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

ט' סיוון תשע"ח

23 למאי 2018