

בדראן ואח' _____

ע"י ב"כ עוה"ד עביר ג'ובראן-דכוור ו/או בנימין אחסתרובה ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

המבקשים

- נגד -

מתאם הפעולות בשטחים, משרד הביטחון ואח'

ע"י עו"ד יונתן ברמן מפרקליטות המדינה,
משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובת העותרים להודעה המעדכנת מטעם המשיבים

בהתאם להחלטות בית המשפט מיום 16.4.2018 ו- 1.7.2018, ובכפוף לבקשה להארכת מועד שהוגשה ביום 8.7.2018, מתכבדים העותרים להגיש את התגובה מטעמם להודעה המעדכנת מטעם המשיבים מיום 6.6.2018 (להלן: **הודעת המשיבים או ההודעה המעדכנת**):

1. בדיון האחרון שהתקיים ביום 22.1.2018, לאחר שהוצא צו על תנאי בעתירה, בית המשפט הנכבד התמקד במהלך הדיון בשאלת מקור הסמכות החוקי שמכוחו מונעים המשיבים, לרבות מתאם הפעולות בשטחים, את נסיעתם של פלסטינים החיים בישראל – הן בעלי תושבות ארעית (א/5) והן בעלי היתר שהייה צבאי בישראל במסגרת הליך לאיחוד משפחות - דרך נתב"ג. כמו כן העלה בית המשפט הנכבד שאלות ותהיות לגבי נסיעת תושבים ארעיים פלסטינים באופן חופשי במשך 18 שנים לפחות דרך נתב"ג; ולגבי המניעה הגורפת מחד לנסיעת פלסטינים בעלי היתר שהייה בישראל ומעברם בפועל מאידך של אלפי פלסטינים הן מרצועת עזה והן מהגדה המערבית נוסעים מדי שנה דרך נתב"ג מסיבות שונות.
2. בית המשפט הנכבד העיר בדיון כי המצב המשפטי השורר היום הוא בעייתי בלשון המעטה, וכי יש צורך להתייחס באופן מפורש ומורחב לשאלת מקור הסמכות ולבצע שינויים, והחליט כדלקמן:

הארנו את אשר הארנו בדיון. **עולה כי עמדת המדינה בסוגיה טעונה בחינה והרחבה**. הדגש אותו נדרש לשים הוא גם – אך לא רק – במחזיקי רישיון לשיבת ארעי (א/5). על המדינה להתייחס לשאלת הסמכות: **החלטת גורם המוסמך**; הצורך בנוהל, **תקנות או חקיקה ראשית**; הנוהל בעבר והיום, לנוכח טענת באי כוח העותרים, הסיבות וההשלכות לכך. (ההדגשה הוספה).

3. המשיבים מסכימים בהודעה המעדכנת שלהם, כי השליטה במעברי הגבול, לרבות נתב"ג היא בסמכותו של משרד הפנים וכי אין למתאם הפעולות בשטחים שום סמכות אקסטרטריטוריאלית על פלסטינים המתגוררים בישראל במסגרת הליך לאיחוד משפחות, ואין לו שום סמכות להחליט למנוע מהם נסיעה דרך תחנת הגבול - נתב"ג. דברים אלו מקבלים משנה תוקף באופן מיוחד כלפי פלסטינים תושבים ארעיים המתגוררים בישראל, היות וכל הליך איחוד המשפחות והנפקת תעודת הזהות הארעית שלהם מבוצע ישירות דרך משרד הפנים, והם תושבי המדינה לפי חוקי ישראל לכל דבר ועניין.
4. כמו כן ברי הן מהאמור בכתב העתירה והן מהאמור בכתבי בית דין שהוגשו על ידי הצדדים לבית המשפט הנכבד, כי התנהלות המשיבים עד כה בעניינם של העותרים הייתה התנהלות פסולה שכן, במשך שנים פעלו המשיבים בחוסר סמכות – אם בשל חוסר סמכותו של המשיב 2 בכל הנוגע לכניסה ויציאה מישראל למדינה שלישית, ואם בשל אי השימוש של המשיב 5 בסמכות הנתונה לו, לכאורה, בחוק.
5. העותרים **שבים על עמדתם לפיה לפלסטינים החיים בישראל כדין והינם בעלי תושבות ארעית או היתרי שהייה יש זכות לצאת דרך מעבר הגבול - נתב"ג**, וכי אין בשינויים שבוצעו עד כה כדי להכשיר פגיעה כה קשה בזכויות היסוד שלהם. **נציין את עמדת העותרים בקצרה:**
6. החלטת שר הפנים מיום 4.6.2018 שצורפה להודעה המעדכנת של המשיבים, התקבלה אף היא בחוסר סמכות ואינה סבירה. סעיף 6 (1) לחוק הכניסה לישראל אינו מקנה סמכות מפורשת לשר הפנים לקבוע הגבלה כה קשה המחריגה קבוצה מאוד מסוימת של תושבי המדינה, פוגעת בזכויות היסוד שלהם ומאפשרת את הפלייתם על רקע קבוצתי בשל מוצאם או מקום מגוריהם בעבר בלבד.
7. חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 31), התשע"ח – 2018 (להלן **תיקון 31 לחוק הכניסה לישראל**), שממנו מבקשים המשיבים להיבנות מעגן ומעתיק אל תוכו את תקנה 14 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ח - 1948, שלפיה לתושבים ארעיים יש זכות לצאת דרך אחד מנמלי תעופה בישראל, לרבות נמל התעופה בן גוריון, ואף הרחיבה אותה ל"כל אדם". הוסף על כך, סעיף 6(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי כל אדם זכאי לצאת מישראל, היינו הזכות לצאת מישראל היא זכות יסוד.
8. לאור זה שהזכות לצאת את ישראל הנה זכות יסוד לפי סעיף 6 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולאור זה שהזכות לצאת מישראל דרך תחנת הגבול, כוללת מעבר דרך נתב"ג, עוגנה בחקיקה ראשית, ואף הורחבה "לכל אדם" ולא רק לתושב, הרי שפגיעה באותה זכות או הגבלתה צריכה להתבצע בדרך של הסמכה מפורשת ומפורטת ובחקיקה ראשית בלבד.
9. יצוין כבר עכשיו, כי העותרים סבורים כי גם אם יבוצע הליך חקיקה כזה בעתיד שיכשיר אפליה של קבוצה מאוד מסוימת על רקע מוצאה מכוח שיקולי ביטחון כלליים, ספק רב אם הוראת חוק זו תעמוד במבחני פסקת ההגבלה לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כלל ועיקר.

פרא ראשון: פלסטינים בעלי תושבות ארעית במדינה

א. החלטת שר הפנים מיום 4.6.2018, משמעותה ואופן יישומה

10. בהודעה המעדכנת צירפו המשיבים החלטה של שר הפנים, ככל הנראה מיום 4.6.2018, (להלן **החלטת שר הפנים**) ובה מודיע כדלקמן:

מכוח סמכותי לפי סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 ועל פי כל דין, ולאחר קבלת עמדתם העדכנית של גורמי הביטחון, ושקילת הערות בית המשפט הנכבד העליון במסגרת בג"ץ 4427/16, החלטתי להורות כי תושבי אזור בעלי רישיונות לישיבת ארעי מסוג א/5, יכולו לצאת לחו"ל ולחזור דרך נמל התעופה הבינלאומיים, בכפוף לאי מניעה בטחונית. תנאי זה ירשם באופן מפורש ברישיונות הישיבה שיונפקו וכן יפורסם בנהלי רשות האוכלוסין וההגירה.

11. ברור כי בהגבלה חמורה ומפלה עסקינן. נשוב ונדגיש, להלכה ולמעשה עד למועד כתיבת שורות אלו לא הייתה בנמצא כל הגבלה חוקית כשירה שחלה על תושביה הארעיים של המדינה שמקורם בשטחים. להלכה לא הייתה כל הגבלה, משהתברר כי המשיבים פעלו לאורך כל השנים בחוסר סמכות בעניין זה. ברם, אף למעשה לא הייתה כל הגבלה, שכן ברבות השנים יצאו את שערי המדינה ושוב אליה דרך נתב"ג תושבים ארעיים לא מעטים שמקורם בשטחים, וראה פלא, עולם כמנהגו נוהג.

12. זאת ועוד. על אף הנוסח הפוזיטיבי בו בחר שר הפנים להשתמש בהחלטה, כי פלסטינים תושבים ארעיים במדינה יוכלו לנסוע דרך נתב"ג בכפוף להעדר מניעה ביטחונית, ברי כי מדובר בהחלטה מגבילה ופוגענית. שכן בעוד שכפי שהובהר לעיל, עד היום לא הייתה בנמצא כל הגבלה חוקית כשירה שאסרה על יציאת מי שמקורם או התגוררו בשטחים, הרי שעל פי היישום של החלטה, כל תושב ארעי ממוצא פלסטיני המבקש לנסוע לחו"ל דרך נתב"ג אינו יכול לעשות זאת כדבר שבשגרה וכל נסיעה דרך נתב"ג כרוכה בהיתר צבאי אישי חד פעמי.

13. היינו, **ההחלטה המדויקת של שר הפנים היא כי פלסטינים תושבים ארעיים בישראל אינם מורשים לצאת דרך נתב"ג, ללא קבלת היתר צבאי אישי פרטני לכל נסיעה ונסיעה.**

14. **המשיבים ממשיכים ופועלים בחוסר סמכות גם במסגרת המתווה המוצע.** על אף שהמשיבים כבר מודים כי למפקד הצבאי ולמתאם הפעולות בשטחים אין ולא הייתה כל סמכות בעניין מעברם של תושבי המדינה החיים בה בנתב"ג בדרכם לחו"ל ובחזרתם ארצה, ועל אף ששר הפנים לא ציין בהחלטתו כי הוא מסמיך את המפקד הצבאי לטפל בבקשות לנסיעה דרך נתב"ג, **מודיעים המשיבים לבית המשפט הנכבד כי מצב בלתי חוקי זה ימשיך להתקיים**, וכי גם לעת הזאת בקשות פרטניות של תושבים ארעיים תאושרנה לאחר בדיקה ביטחונית דרך המת"קים הישראליים בשטחים, וזאת עד ש"תחל עבודת המטה להסדרת פתרון מערכתי וטכנולוגי וההיערכות המערכתית הכרוכה בכך תדרוש כ-12 חודשים". (סעיף 12 להודעת המשיבים, עמוד 5). ושוב נשאלת השאלה: **מהו המקור המשפטי שמכוחו מנפיק כיום המפקד הצבאי, באמצעות המת"קים הישראליים, היתרי נסיעה דרך נתב"ג לתושבי ישראל החיים בה ושמקורם בשטחים!!**

ב. החלטת שר הפנים ניתנה ללא הסמכה מפורשת בחוק ולפיכך בחוסר סמכות

15. החלטת שר הפנים למנוע באופן גורף ועל רקע קבוצתי, בשל מוצאם, את נסיעתם של תושבים ארעיים ממוצא פלסטיני דרך נתב"ג, בחוסר סבירות וללא הסמכה מפורשת בחוק, תוך פגיעה קשה ובוטה בזכויות היסוד של אותם תושבים.

16. **בהחלטה מודיע שר הפנים אמנם כי פלסטינים יכולים לנסוע דרך נתב"ג, אך אינו מצביע על המקור המשפטי מכוחו תושבים ארעיים ממוצא פלסטיני מנועים מלכתחילה, לצאת דרך נתב"ג.**

17. שר הפנים נתן את ההחלטה, לכאורה, מכוח סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, הקובע כי:

שר הפנים רשאי –

(1) לקבוע תנאים למתן אשרה או רשיון ישיבה ולהארכה או החלפה של רשיון ישיבה, לרבות קביעת המצאת עירבון כספי, ערבות בנקאית או ערובה מתאימה אחרת להבטחת תנאים כאמור, ודרכי מימושה או חילוטה של הערובה;

(2) לקבוע באשרה או ברשיון ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רשיון הישיבה;

18. לשון הסעיף מבהירה כי שר הפנים יכול לקבוע תנאים באשרה באופן אינדבדואלי, לרבות המצאת ערבות וערבויות כספיות, הגבלות שנכתבו באופן מפורש בסעיף. מדברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000 ומעיון בהיסטוריה של חוק הכניסה לישראל עולה כי מטרתה של קביעת תנאים באשרה לשלוט במשך השהייה של בעל האשרה בישראל, וכדי להבטיח את יציאתו מהארץ לאחר תום התקופה הקבועה באשרה. היינו המטרה מקביעת תנאים לאשרה היא מיגור תופעת השהייה הלא חוקית בישראל של זרים, לרבות עובדים זרים ותיירים.

19. כלל ידוע הוא, כשמדובר בסמכות הקבועה בחקיקה ראשית המגבילה חירות ופוגעת בזכות יסוד, על החקיקה הראשית להיות ישירה ומפורשת; על החקיקה להגדיר מראש כיצד תופעל הסמכות; באלו תחומים ובאלו נסיבות היא תופעל ואל לה להתיר את העניין לשיקול דעתה הרחב של הרשות המינהלית. חשובים לעניינו דבריו של כב' השופט בדימוס שמגר, אשר התייחס לסוגיה חשובה זו עוד בטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

הגבלה על החירויות, והזכות להיבחר בכלל זה, מחייבת חקיקה ישירה מפורשת, אשר תתווה תחומים ברורים ולא תותיר את העניין לשיקול-דעת בלתי מוגבל של רשות מינהלית זו או אחרת או של רשות אחרת. הודגש עם זאת, כי לשם קיום החירויות וכיבודן דרושה לא רק הסמכה פורמאלית על-פי דבר המחוקק, אלא גם קביעה בחוק של אמות-מידה ערכיות שעל פיהן תופעל הסמכות. הווה אומר, החקיקה מן הראוי שתכלול שני מרכיבים מהותיים: האחד, אשר יבטא את עצם הקניית הסמכות הפורמאלית, והאחר, שתהיה בו משום הגדרה של הנסיבות בהן תוכל הסמכות להיות מופעלת. (עב 1/88 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 186 (1989)).

ראו גם:

בג"ץ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 768 (1993).

20. דברים אלו קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. על פי ההלכה הפסיקה, אחד מהתנאים לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט הוא עיגון סמכות הפגיעה בחקיקה ראשית?

רגישות זו לזכויות האדם מובילה למסקנה כי הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא לא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה. (בג"ץ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 255, ס' 23 לפסק דינו של הנשיא, כתוארו אז, ברק (2000)). (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד.).

21. יפים לעניינו גם דבריו של כבוד השופט פוגלמן בעניין אבו ערפה אודות החשיבות להסדיר בחקיקה ראשית ומפורטת את הסמכות המינהלית לפגוע בזכות יסוד ואת הקריטריונים להפעלת אותה סמכות:

חשיבות ההסדרה בחקיקה של הסמכות המינהלית לפגוע בזכות יסוד והקריטריונים להפעלתה אף נגזרת מעיקרון שלטון החוק, הדורש שכל מעשה חקיקה יהיה "ברור וודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם" (בג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481, 520 (1997)); **ומחובת ההגיונות השלטונית, הכוללת את החובה להזהיר את הפרט עובר לפעולה השלטונית הכרוכה בפגיעה בזכויותיו, ולאפשר לו לכוון את התנהגותו כך שזכויותיו לא תיפגענה** (ברק, בעמ' 548-549; ברק-ארז, בעמ' 346-347). הסמכה שאינה מפורשת או הסמכה שמנוסחת בצורה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם (עניין מטה הרוב, בעמ' 213). העדר הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות יסוד – **הסמכה הכוללת אמות מידה ברורות ואחידות להבניית שיקול הדעת המינהלי – עלולה אף להביא להגדלת הסיכון לטעות, לאכיפה סלקטיבית, וכתוצאה מכך לשרירותיות מסוימת ביישום הדין**. כמו כן, מטבע הדברים, מצב דברים זה – שבו פעילות המינהל אינה מוסדרת ומפורטת בחוק – מקשה על היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיו הפרטניות של המינהל (השוו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 42 (2006)). (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה ואח' נ' שר הפנים, סעי' 53 לפסק דינו של כב' פוגלמן (פורסם בנוב. 13.9.2017)) (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד.).

22. באשר לשאלה מהם הסדרים ראשוניים, וכיצד הם נבדלים מהסדרים משניים, נפסק:

החוק הוא זה שאמור לקבוע אמות-מידה לפתרונן של הכרעות גורליות, עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט. אכן, הסדר ראשוני קיים מקום שמתוך החוק עצמו – על-פי פרשנותו בדרכי הפרשנות המקובלות – ניתן להסיק את המתחם שבגדריו פועלת הרשות המבצעת, ואת הכיוון, העיקרים או התכלית שאמורים להנחות את הרשות המבצעת בפעולתה. עד כמה שהסדרת תחום מסוים מחייבת הכרעות עקרוניות, שיש בהן כדי לקבוע דפוסים מהותיים לחיי אדם או חברה, ראוי שההכרעות ייעשו בדבר החקיקה הראשי עצמו. אכן, הסדר ראשוני קיים, מקום שהחוק עצמו קובע עקרונות או אמות-מידה (סטנדרטים) ברמה גבוהה שצריך להגשים אותם ברמה נמוכה יותר. רמת ההפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כן אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה ראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או את היקף הפגיעה בחירות. כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה. (עניין רובינשטיין, ס' 24 לפסק דינו של הנשיא, כתוארו אז ברק). (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד.).

23. הענקת סמכות גורפת לרשות המנהלית ללא הסדרה בחקיקה ראשית, מהווה פגיעה בעקרון שלטון החוק, ובעקרון הפרדת הרשויות:

שלטון החוק מתכרסם והולך ככל שהסמכות גורפת יותר והרשות כבולה פחות להסדרי המחוקק. חוק, אשר, למשל, יקנה לשר הבריאות סמכות גורפת להסדיר את הטיפול בחולי נפש, יעמיד את השר, מבחינה מעשית, במקומו של המחוקק. **במקרה כזה שלטון החוק בשר יתחלף בשלטון השר בחוק.** (יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** 235 (1996). (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד.).

24. חשובים לענייננו גם דבריו של הנשיא, בדימוס, ברק, בעניין סמכותו הרחבה של מפקד מחוז המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה, וזאת בהתאם לסעיף 85 לפקודת המשטרה. הנשיא בדימוס ברק קבע, כי מתן סמכות ללא קביעת תנאים כלליים או קווים מנחים לאופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי של מפקד מחוז המשטרה, פוגעת בעקרון שלטון החוק ועיקרון הפרדת הרשויות. חשוב מכל, **מתן סמכות כללית ללא פירוט השיקולים הרלוונטיים והתנאים להפעלת אותה סמכות, הופכת את החקיקה ממנה שאבה אותה סמכות לחקיקה עמומה ואף ל"חקיקה סתומה":**

עיון בלשונו של סעיף 85 לפקודת המשטרה מעלה כי ההסמכה הניתנת בו למפקד המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה בתנאים, הינה כללית ועמומה. הסעיף איננו מפרט, ולו בקווים כלליים, מהם התנאים אותם רשאי מפקד המשטרה לקבוע, ובשל אילו שיקולים רשאי הוא לקבוע תנאים כאמור. אין בו הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי. זוהי חקיקה סתומה (vague). חקיקה סתומה איננה רצויה. יש בה כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק [...] בעקרון הפרדת הרשויות כיצד? עקרון זה מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, תקבע את אמות המידה הכלליות להפעלתה של סמכות מנהלית. הסמכה רחבה וסתומה פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת. בעקרון שלטון החוק כיצד? שלטון החוק המהותי מחייב שהחוק יהיה "ברור ודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם הסמכה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם. (בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 200, פסקה 9 (2005)).

25. כמו כן, התייחס בית המשפט בעניין אבו ערפה לדרישה כי דבר חקיקה המסמיך פגיעה בזכויות יסוד יכלול הסמכה ברורה חד משמעית מפורשת ומפורטת שאמות המידה למאפיינים המתירים את הפגיעה הטמונה בה ייקבעו בחקיקה ראשית והקריטריונים ליישומה ייקבעו בחקיקת משנה.

לצד דרישת ההסמכה המפורשת, הובעה בפסיקתנו הדעה שלפיה כאשר מדובר בפעולה הפוגעת בזכויות יסוד, אין די בקיומה של הסמכה מפורשת בחוק שהיא סתמית כוללתית וגורפת, **ויש להצביע על הרשאה ברורה "הקובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת משנה"...** בהקשר זה נפסק "כי רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; שם, פסקה 12). לפי עמדה זו – שאומצה בהמשך על ידי בית משפט זה כהלכה מחייבת – **ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה חמורה יותר, כך יעמוד בית המשפט בדוקנות רבה יותר על דרישת ההסמכה ויפרשה בצמצום. (עניין אבו ערפה, סעי' 52 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).** (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד.).

26. פלסטינים תושבים ארעיים במדינה, אשר בפועל הם תושבי קבע במדינה, הם תושבי המדינה לכל דבר ועניין. באם סבור שר הפנים כי יש למנוע מתושבים ארעיים על רקע שייכות לקבוצה מסוימת בשל מקורה, את הנסיעה דרך נתבי"ג או להגביל זכות זו בעניינם, אזי על המחוקק להסדיר זאת דרך בצורה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית. היינו, המחוקק צריך לקבוע באופן מפורש ומפורט בסעיף 16(1) כי לשר הפנים הסמכות להתנות באשרה או ברישיון ישיבה את הזכות לצאת מישראל דרך מעבר גבול מסוים ולקבוע את התנאים והפרוצדורה הקשורה לאותה התניה. וזאת, בדומה לסמכות המפורשת הקבועה בסעיף זה בעניין התנאי להפקדת ערבות בנקאית או כספית.

ג. התנאים ששר הפנים קובע חייבים להופיע ברישיון הישיבה עצמו

27. העותרים טענו בעיקרי הטענות שלהם כי בהתאם לסעיף 26(2) לחוק הכניסה לישראל כי התנאי למנוע נסיעה דרך נתב"ג צריך להיקבע "ברישיון הישיבה". היינו ההגבלה צריכה להופיע בתעודת הזהות עצמה שהיא רישיון הישיבה הארעי היחיד שאינו רישיון ביקור או רישיון עבודה, שהעותרים מכירים.

28. המשיבים מודים בסעיף 17 להודעה המעדכנת, כי מבחינה חוקית אין באפשרותם לכתוב על תעודת הזהות הארעית, התעודה היחידה שמנפיק שר הפנים לתושבים ארעיים, תנאי זה. זאת מכיוון שנוסח תעודת הזהות מוסדר בתקנות מרשם האוכלוסין (רישומים בתעודת זהות), תשי"ך-1990. יצויין כי סעיף 27 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה – 1965 קובע:

איסור רישום בתעודת זהות

לא יירשם דבר בתעודת זהות אלא על פי הוראה שבחוק או בתקנות שהותקנו על ידי שר הפנים.

29. ב"כ המשיבים ציין במפורש במסגרת הדיון האחרון שנערך בהליך דנן כי לתושב ארעי לא נותנים "רישיון נפרד". המסמך היחיד שמונפק לו הוא אך ורק תעודת זהות. מטעם זה אף ביקשו המשיבים בתחילה להוסיף דף נלווה לתעודת הזהות ולא לבצע את שינוי בתעודה עצמה, שהיא המסמך היחיד שהיה עד כה לתושב ארעי :

לגבי ההיתר עצמו יהיה כתוב כמו בהיתרים מסוג אחר, כתוב היתר זה אינו מאפשר יציאה דרך נמל תעופה בינלאומי, לגבי א/5, **מכיוון שלא ניתן רישיון נפרד לא5, אלא מופקת ת.ז. שמעמד כתוב א5** חשבנו שבמסגרת הענקת א5 יהיה דף נלווה, הרישיון עצמו הוא תעודת זהות של מה שניתן לכלול בה. (פרוטוקול הדיון מיום 22.1.2018)

30. למעשה אם כן, המשיבים מצאו דרך יצירתית כדי להתגבר על מצב המשפטי הקיים אשר אינו מאפשר אפליה בין מחזיקי אותו סוג תיעוד. בסעיף 18 להודעה המעדכנת ציינו כי: "הוחלט כי לצד הנפקת תעודת זהות, יונפקו גם רישיון ישיבת ארעי, אשר בו ייקבע במפורש תנאי ולפיו יציאה מישראל וחזרה דרך נמל תעופה בינלאומי כפופה לבדיקה ביטחונית פרטנית ואישור בדבר אי מניעה בטחונית לעניין זה".

31. נשאלת השאלה מה התוקף המשפטי לאותו "רישיון לישיבת ארעי"? מכוח מה הוא מונפק? מה התנאים שניתן לציין ב"רישיון" ואיך המסמך ייראה? האם תונפק רק לתושבים ארעיים ממוצא פלסטיני או לכל תושב ארעי אחר?

32. **העותרים סבורים כי מדובר במסמך חדש שאינו מהווה רישיון ישיבה** – שהוא כאמור וכידוע תעודת הזהות – אשר לא ברור מכוח איזה סעיף הוא מונפק "יש מאין" **וכל זאת במטרה** לעקוף את הוראותיהם הברורות של חוק מרשם אוכלוסין ותקנות מרשם האוכלוסין וכל זאת בניסיון להימנע מללכת בדרך המלך ולעשות שינוי בחקיקה ראשית, כמתבקש.

ד. העתקת תקנה 14 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ח-1948, אל

תוך חוק הכניסה לישראל

33. חשוב להדגיש כאן כי תקנה 14 קבעה באופן ספציפי ומפורש כי לתושב ארעי יש זכות לצאת דרך אחד משני נמלי תעופה בישראל שדה התעופה בחיפה ושדה התעופה בתל אביב, בנוסף לנמל חיפה.
34. חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 31), התשע"ח – 2018 העתיק את תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ח-1948, כולל תקנה 14, אל תוך חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ובכך לנתק את התלות של החקיקה הישראלית בתקנות שעת חירום.
35. וכך הציג מר יואב קיש יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה את הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 29), התשע"ח-2018 בכנסת, אשר אושרה בוועדת הפנים ללא הסתייגות, ולאחר מכן עברה בקריאה שניה ושלישית.

יואב קיש (יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה):

מטרתה של הצעת חוק זו, שיזמה הממשלה, היא לבטל את תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ח-1948, כנוסחן בתוספת לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום, ולעגן את ההסדרים הקבועים בהן במסגרת חוק הכניסה לישראל, בהתאמות הנדרשות. זאת, בהתאם להחלטות הממשלה לפעול לניתוק החקיקה שהצורך בה קיים גם בשגרה מהזיקה להכרזה על מצב חירום. (מפרוטוקול הדיון בכנסת מיום 8.5.2018 בקריאה השנייה והשלישית בהצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 29), התשע"ח-2018).

ניתן לעיין בפרוטוקול המלא של הדיון בכנסת והדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה, בקישור הבא:

<http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx?ItemID=2068528>

36. לסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל התווספה המלא "יציא" ולהלן לשון הסעיף לאחר תיקון 31 לחוק הכניסה לישראל:

לא ייכנס אדם לישראל **ולא ייצא ממנה**, בין שהוא אזרח ישראלי ובין שאיננו אזרח ישראלי, **אלא באחת מתחנות הגבול שקבע שר הפנים בצו שפורסם ברשומות**, ולאחר שהתייצב שם לפני קצין בקורת הגבולות או בקר גבולות והציג לפניו דרכון, תעודת מעבר או תעודה אחרת שהוציא למטרה זו שר הפנים, בני-תוקף; שר הפנים רשאי לפטור אדם מהוראות סעיף זה, אם יש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת לדעתו.

37. הנה כי כן, סעיף 7 לעיל לא רק שאינו מונע את נסיעת פלסטינים דרך מעברי הגבול בישראל, אלא הרחיב בצורה מפורשת את מספר מעברי הגבול שנמנו בתקנה 14, שכולל היום מעברי גבול יבשתיים גם כן וזאת לפי צו הכניסה לישראל (תחנות גבול), תשמ"ז-1987, והעניק את האפשרות להיכנס או לצאת ממעברי הגבול, כולל שדה התעופה בן גוריון, לכל אדם בין שהוא אזרח ישר או לא.

38. אין בסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל כל הגבלה לפיה תושב ארעי יכול לנסוע אך ורק ממעבר גבול מסויים. הוכחה על כך, ניתן ללמוד גם מהתשובה של ב"כ המשיבים לבקשה לפרטים נוספים מיום 18.1.2018:

ביחס לסעיף 2 לבקשתך, שבו ביקשת להצביע על הסעיף המדויק שבו נקבעה ההגבלה לפיה יציאת פלסטינים לחו"ל תהיה אך ורק דרך גשר אלנבי או מעבר רפיח, וכן להצביע על הסעיף המדויק האזור מפורשות נסיעת פלסטינים דרך נתב"ג, נבקש להבהיר כי בכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 19.11.2017, **לא נטען כי קיים סעיף אשר קובע כי**

יציאת פלסטינים לחו"ל תתאפשר "אך ורק" דרך גשר אלנבי או מעבר רפיח, ואף לא נטען כי קיים סעיף אשר אוסר מפורשות נסיעת פלסטינים דרך נתב"ג" (סעיף 2 לתשובה לבקשה לפרטים נוספים) (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד).

העתק מבקשת העותרים לפרטים נוספים מיום 30.11.2017, מצורף ומסומן ע/58;

העתק מתשובות המשיבים לבקשה לפרטים נוספים מיום 18.1.2018, מצורף ומסומן ע/59.

39. היינו, אין שום מקור חוקי שקובע כי תושב ארעי ממוצא פלסטיני חייב לצאת אך ורק גשר אלנבי או מעבר רפיח. כמו כן, אין כל הגבלה בסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל על שימוש בתחנות הגבול השונות שיבוצע על ידי תושב ארעי ממוצא פלסטיני. היינו תושב ארעי ממוצא פלסטיני זכאי לעשות שימוש בכל מעברי הגבול של מדינת ישראל, לרבות נתב"ג, כל עוד אין מניעה מפורשת ומפורטת שנקבעה בחקיקה ראשית.

פרק שני: פלסטינים בעלי היתר שהייה בישראל במסגרת הליך לאיחוד משפחות

40. בהחלטת שר הפנים מיום 4.6.2018, נכתב:

בהמלצת גורמי הביטחון, החלטתי שלא לשנות מן המדיניות הנוהגת ביחס למחזיקי היתרי שהייה (היתרי מת"ק) בהליכי איחוד משפחות, ועל כן אני מורה כי במסגרת ההיתרים מונפקים מכוח חוק הוראת השעה במסגרת של איחוד משפחות, ייקבע באופן מפורש וברור כי היתר זה אינו כולל את האפשרות לצאת ולחזור דרך נמל תעופה בינלאומי, וכי קבלת היתר פרטני למעבר דרך נמל תעופה בינלאומי, בנסיבות הומניטאריות המצדיקות זאת, תהיה טעונה היתר ייעודי נפרד מטעם המפקד הצבאי בהתאם, לשיקול דעתו.

41. החלטת שר הפנים היא החלטה שהתקבלה בחוסר סמכות מהנימוקים שפורטו בפרק ב דלעיל. נציין בקצרה כי מדובר בהחלטה הפוגעת באופן גורף וקשה בזכויות יסוד של פלסטינים המתגוררים בישראל במסגרת הליך לאיחוד משפחות ומחזיקים בהיתרי שהייה. מכאן שפגיעה כה קשה צריכה להיקבע באופן מפורש בחוק. סעיף 16(1) לחוק הכניסה לישראל הוא סעיף כללי שאינו מעניק לשר הפנים סמכות מפורשת לפגיעה כה רחבה וקשה בזכויות יסוד של מפלסטינים בעלי היתר שהייה בישראל.

42. החלטת שר הפנים עומדת כיום בסתירה לסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל, אשר קובע כי כל אדם יכול לצאת את ישראל מאחד ממעברי הגבול שצוין השר ברשומות, ונתב"ג הוא אחד מאותם מעברים.

43. מכאן ונוכח העובדה כי מחד אין הסמכה מפורשת בסעיף 16(1) לחוק הכניסה לישראל להתנות או להגביל באופן גורף נסיעה דרך מעבר גבול ומאידך ישנה תשובת ב"כ המשיבים בבקשה לפרטים נוספים, לעיל לפיה פלסטיני בעל היתר שהייה בישראל אינו מוגבל לצאת אך ורק דרך גשר אלנבי או מעבר רפיח (סעיף 2, ע/59), נראה כי האיסור על מעברם של בעלי היתרים בנתב"ג הוחל בחוסר סמכות. בנוסף לכך שתיקון סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל עיגן בחקיקה ראשית ואף הרחיב את הזכות לצאת את ישראל, לכל אדם, מתחנות הגבול שנקבעו בצו, כולל נתב"ג, החלטת שר הפנים היא אף החלטה לא סבירה שהוצאה ללא סמכות מפורשת בחוק.

44. לבסוף נציין, כי המשיבים לא התייחסו בהחלטתם להערת כבוד השופט מלצר בדיון מיום 11.7.2017 אשר ביקש מהמשיבים להתייחס באופן ספציפי לתת קבוצה, שהם פלסטינים שהם במקור מעזה בעלי היתר שהייה בישראל, אשר אין להם אלטרנטיבה לנסוע דרך גשר אלנבי באופן חופשי. מדובר בקבוצה שנתרה ללא כל מענה או פיתרון ולמעשה כלואה בישראל:

העותרים העלו עוד קבוצה זה לגבי האנשים שקיבלו היתרים מעזה. אין להם אלטרנטיבה ועל המדינה לתת על כך את הדעת.
[..]

לא התייחסתם לתת הקבוצה הזו שהם לא יכולים לצאת דרך גשר אלנבי. הרי כל זה יגרור בג"צ. בפועל זה לא עובד, כך לטענת העותרים. יש תת קבוצה שאתם צריכים לתת את הדעת מה עושים איתה.

פרק שלישי: ההחלטה משנה פרקטיקה הנהוגה מזה שנים, פוגעת בזכויות יסוד

ואינה מידתית

45. שר הפנים החליט כי תושביה הארעיים הפלסטינים של המדינה לא יוכלו לצאת באופן חופשי דרך נתב"ג, וכי כל נסיעה שלהם דורשת הגשת בקשה פרטנית ובדיקה ואישור מראש. במקביל שר הפנים החליט להמשיך ולמנוע באופן גורף פלסטינים בעלי היתרי שהייה בישראל מלנסוע דרך נתב"ג, למעט מקרים הומניטאריים חריגים ובכפוף לאישור מהמפקד הצבאי!
46. מדובר בהגבלות קשות על זכויות יסוד תושבים ארעיים במדינה, ואפלייתם על רקע קבוצתי מובהק. מדובר בהגבלות על הזכות לצאת את ישראל דרך מעבר גבול נתב"ג, הזכות לשוויון, לצאת את ישראל, הזכות לחופש תנועה, הזכות לחופש העיסוק והזכות לחיי משפחה תקינים.
47. הגבלות אלו קשות אף יותר כשמדובר בבעלי היתרי שהייה החיים במדינה במסגרת הליך איחוד משפחות. אלו יאלצו להמשיך ולהיפרד בכל נסיעה מבני המשפחה, אזרחי המדינה או תושביה, ולנסוע בדרכים מפותלות, ומקבלים משנה תוקף לגבי פלסטינים תושבי עזה במקור, להם אין אלטרנטיבת נסיעה דרך מעבר גבול אחר, היות ואינם מורשים לצאת באופן חופשי דרך גשר אלנבי, והם יישארו כלואים בישראל.
48. כידוע, **הפגיעה בזכויות יסוד חייבת להיות בחוק**. כפי שעמדנו בהרחבה לעיל, במידה ושר הפנים רוצה להגביל את הזכות לנסוע דרך נתב"ג לבעלי תושבות ארעית או בעלי היתרי שהייה עליו לעשות זאת בחוק עצמו, מכוח הסמכה מפורשת ומפורטת המגבילה נסיעה דרך מעבר בינלאומי, ולא מכוח הוראה כללית של סעיף 6 (1) לחוק הכניסה לישראל אשר נועדה בעיקרה להבטיח את יציאת בעל האשרה מישראל ולמגר את תופעת השהייה הלא חוקית. דברים אלו מקבלים משנה תוקף, לאור תיקון לסעיף 31 לחוק הכניסה לישראל, אשר קובע באופן מפורש בסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל את הזכות לצאת מישראל דרך אחד ממעברי הגבול הרשמיים, כולל נתב"ג. **היינו המשיבים לא עומדים במבחן הראשון של פסקת ההגבלה.**
49. שנית, האמצעי הנבחר – **המניעה** – **לא נועד לתכלית ראויה**. תכלית הינה ראויה, בין השאר, אם היא נועדה להשיג תכלית חברתית או שמירה על האינטרס הציבורי. דא עקא, הטענה כי התכלית של הפגיעה וההגבלות הקשות המוחלות על מעברם של פלסטינים המתגוררים בישראל, משרתת תכלית ביטחונית ראויה, אינה מחזיקה מים.
50. נשוב ונדגיש, העותרים ואחרים שכמותם, חיים במדינה במשך שנים ארוכות, ועניינם נבחן על ידי גורמי הביטחון בקפדנות יתרה פעם אחר פעם, מדי תקופה; **ומכאן שהטיעון הביטחוני המועלה על ידי המשיבים כתכלית העומדת בבסיס מניעת מעברם בנתב"ג מאבד את משמעותו**. במיוחד לאור הבידוק הביטחוני הקפדני והמתקדם הנערך בנתב"ג, כמו גם לאור העובדה שהוכחה על ידי העותרים במסגרת ההליכים דכאן כי מעברם בנתב"ג של אותם פלסטינים תושבי ישראל במשך 18 שנה לא סיכן בשום צורה את ביטחון התעופה בישראל.

51. להלן נתוני המשיבים המעודכנים כפי שהוצגו בהודעה שלהם מיום 18.2.2018 לגבי מספר הנסיעות של תושבים ארעיים משנת 2004, נסיעות שבוצעו באופן חופשי על ידי תושבים ארעיים ללא צורך בהיתר כלשהו, בדומה לכל תושב או אזרח במדינה:

שנה	יציאה דרך נתב"ג באופן חופשי (ללא צורך בתיאום או היתר) של פלסטינים מחזיקי א/5
2004	36
2005	64
2006	52
2007	55
2008	53
2009	86
2010	68
2011	65
2012	83
2013	121
2014	116
2015	154
אוקטובר 2016 (מועד מתן ההנחיה למנוע בפועל נסיעה חופשית דרך נתב"ג למחזיקי א/5 פלסטינים)	175
סה"כ	1,128

52. הנה כי כן, מהנתונים שלעיל ומהתצהירים שהגישה הח"מ לבית המשפט מיום 29.8.2017, במשך שמונה עשרה שנים תמימות לפחות הבידוק הביטחוני בשדה תעופה, בנוסף לבידוק הביטחוני התקופתי הקפדני שעובר ממילא כל אדם השוהה בישראל כדין במעמד של תושב ארעי או בהיתרי שהייה מתוקף הליכים לאיחוד משפחות בהם הוא נוטל חלק, **מנעו כל סכנה לתעופה הישראלית**.
 53. הבעייתיות שבעמדת המשיבים עלתה כבר בדיון הראשון שנערך בעתירה דכאן. כבי הנשיאה נאור, כתוארה אז, ביקשה לדעת האם בתקופה בה התאפשרה נסיעת פלסטינים תושבים ארעיים דרך נתב"ג באופן חופשי, היו אירועים ביטחוניים או ניסיונות לפגוע בתעופה הישראלית. הן הפרקליטה בדיון הגלוי, והן נציגי השב"כ, במסגרת הדיון בחומר החסוי, לא הצליחו לתת תשובות ישירות ומשכנעות לשאלה זו, אי לכך המשיבים התבקשו לבצע השלמות לחומר החסוי, שכבר אז לא היה מספק ולא שיכנע את ההרכב.

54. כמו כן, אף בדיון האחרון ציין בית המשפט בפני המשיבים כי מספרי היוצאים דרך נתב"ג הם מספרים **שבעייתי** מאוד לטעון לגביהם כי גורמי הביטחון בשדה התעופה לא ידעו על נסיעות

אלו. זאת בפרט כאשר הנסיעה מבוצעת באמצעות דרכון פלסטיני, היינו, אין ולא היה יכול להיות כל ספק כי מדובר בפלסטינים שמקורם בשטחים:

כבוד השופט נ' הנדל: אם מדובר בין 600 ל-175 זה לא זניח וזה מעורר שאלה כאשר משרד הביטחון מתייחס לנתונים ולחוות הדעת שלא ראינו, זה סיכון שלא כדאי. אבל צריך להתייחס לנתונים במהלך השנים, אם נספור מאז שיצאו עד 2016-2003 מגיעים ל 300-400 איש זה מתחיל להיות משמעותי.

כבוד השופט ע' פוגלמן: יש סוד גדול גלוי שיש סינון בטחוני בנתב"ג, יכול להיות שזה המציאות וצריך להתמודד עם זה, במסגרת התשאול הזה שכל אחד מאתנו עובר יודעים בדיוק מיהו ומהו אם יש לו דרכון, הרעיון שגורמי הביטחון לא יודעים, **אנו מכירים את הסינון הביטחוני ורואים מי עושה את זה ויודעים לאיזו רזולוציה יורדים, הרעיון שמישהו עם 5 בא, פלסטינאי לנתב"ג ולא הגישו את סינון הביטחוני ואף אחד לא יכול לדעת לא סביר.** [...]

כבוד השופט ע' פוגלמן: אני רואה את מערכת הסינון הביטחוני ומניח שזה חלק מהמעטפת הקודמת, להגיד שהם לא ידעו שהוא נמצא מאז 5 והם חשבו שזה מישהו עם דרכון ישראלי, לא פרקטי, לא סביר. (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד.)

55. לא זו אף זו. מהנתונים שקיבלה הח"מ במסגרת בקשה לפרטים נוספים (ראו ע/59) עולה כי אלפי פלסטינים המתגוררים בשטחים, רצועת עזה או הגדה המערבית, ואינם נתונים לביקורת המתמדת תחתיה מצויים העותרים החיים בישראל מכח הליכים לאיחוד משפחות, נוסעים מדי שנה דרך נתב"ג ונסעו דרך נתב"ג, גם בתקופות ביטחוניות קשות כמו עופרת יצוקה או צוק איתן. להלן הנתונים בין השנים 2004 ועד אוקטובר 2016:

שנה	יציאת פלסטינים מהגדה המערבית או רצועת עזה (לא כולל א/5) דרך נתב"ג
2004	אין נתונים
2005	2527
2006	2676
2007	3160
2008	2968
2009	2681
2010	1424
2011	1280
2012	1891
2013	2774
2014	3378
2015	6114
אוק' 2016	7921

38,794

סה"כ

56. חשוב להדגיש כי חלק מהנסיעות אושרו כמחווות לפלסטינים בחגים וחלקם האחר אושרו לאנשי עסקים בעלי תיעוד BMC שיכולים לנסוע דרך נתב"ג בתיאום, בנוסף לאנשי VIP פלסטינים וזאת לפי מידע שמתפרסם ב"סטאטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון ורצועת עזה, וליציאתם לחו"ל" של מתאם הפעולות בשטחים. **היינו, בניגוד למי שחיים בישראל כדין שנים רבות, דווקא פלסטינים החיים בשטחים יכולים לעשות שימוש ולצאת ולהיכנס ארצה דרך נתב"ג, לא רק במקרים הומניטאריים חריגים אלא גם למטרות אישיות כמו עסקים, חופשות ועוד.**

57. יודגש כי בדיון האחרון ובתשובה לשאלתו של כבוד השופט פוגלמן התברר כי ישנם בסך הכל במדינה כ-4000 תושבים ארעיים פלסטינים. מספר זה ואי ההלימה הקיימת בין ההתקשות על הגבלת ומניעת יציאתם של תושבי ישראל אלו ומחזיקי היתרי השהייה בהתאמה, לבין אישור הנסיעות לתושבי השטחים באלפיהם, פלסטינים שכלל אינם חיים בישראל אך יכולים לצאת בהמוניהם דרך נתב"ג עורר תמיהה אף בקרב השופטים שהקשו על המשיבים בשאלה **כיצד מערכת הביטחון יכולה להתמודד עם הסיכון הביטחוני מכ-7000 נוסעים פלסטינים מדי שנה מהגדה המערבית ורצועת עזה, שאינם במעקב צמוד של השב"כ, אך טוענת כי אינה יכולה להתמודד עם 4000 תושבים ארעיים במדינה, המצויים תחת מעקב צמוד של גורמי הביטחון במשך שנים רבות.**

עו"ד ברמן: אחדד, הסעד המבוקש בעתירה זו הוא שלפלסטינים עם סיווג כזה יצאו רגיל מנתב"ג. למרות זאת עמדת גורמי הביטחון היא האיבחון פרטני לא די בו. כבוד השופט פוגלמן: **קשה לשמוע עמדה זו כאשר יש 7000 פלסטינים שיוצאים מאיו"ש ומעזה.**
[...]

גם לפלסטיניאים "נטו" יש יתרון של בדיקה פרטנית לחשוב על כך. יש כמובן הבדל בין א/5 לבעלי היתר שהייה. גם לשניים צריך לחשוב על מסלול שיאפשר כן בבקשת היתרים במקרים מסויימים של משפחה גרעינית למשל, אינני רוצה להכתיב לכם. זה לא רק קבוצת א/5 אלא יש עוד קבוצה שתגיע מתי שהוא. (ההדגשות הוספו, ע.ג.ד).

58. קיצורם של דברים. אלפי הפלסטינים המתגוררים ברצועת עזה והגדה המערבית שנסיעתם דרך נתב"ג מתאפשרת מדי שנה, ויכולת כוחות הביטחון להתמודד עם מספרים אלו שומטים את הקרקע תחת טענת המדינה בדבר אי יכולתה להתמודד עם מספרים הרבה יותר קטנים של אלו המתגוררים בישראל וחיים בה כדין מזה שנים רבות.

59. לאור העובדה כי פלסטינים בעלי תושבות ארעית נסעו בעבר ובמשך שמונה עשרה שנים לפחות באופן חופשי דרך נתב"ג, לאור זאת כי לא נבע מהם סיכון ביטחוני כלשהו ולאור הבידוק הביטחוני הפרטני שעוברים אלו החיים בישראל הן במסגרת אישור הליכי האחמ"ש בהם הם נוטלים חלק והן בנתב"ג, הוכיח את עצמו. לא ברור איזו תכלית ביטחונית משרתת הגבלת הנסיעה דווקא של תושבי המדינה דרך נתב"ג.

60. כמו כן לא ברור מה התכלית במניעת נסיעת פלסטינים בעלי היתרי השהייה בישראל במסגרת הליך לאיחוד משפחות להוציא במקרים הומניטאריים חריגים. בפרט נוכח העובדה כי פלסטינים החיים בעזה או בגדה המערבית, ואינם מצויים באופן רציף מזה שנים רבות תחת עינם הבוחנת של גורמי הביטחון, נוסעים באלפים מסיבות שונות ועל פי קטגוריות שונות כמו VIP BMC וחופשות בחגים דרך נתב"ג.

61. לבסוף, **האמצעי הנבחר, אינו האמצעי שפגיעתו הינה הפחותה ביותר במסגרת האילוצים הקיימים באם ישנם כאלו**. מבחן זה דורש כי הפגיעה אותה גורם האמצעי הננקט, תהיה מועטה ככל האפשר, תוך התחשבות בזכויות הנפגעות העומדות על הפרק, שהן, במקרה זה, זכויות יסוד מן המעלה הראשונה. **בעניין דכאן, אין ספק, כי המשיבים נקטו באמצעי שפגיעתו היא הקשה ביותר**. עוצמת הפגיעה מחייבת מציאת אמצעי חלופי, שפגיעתו בזכויות העותרים פחותה. לשיטת העותרים, הבדיקות העיתיות הביטחוניות הנוקשות הנערכות ממילא לפלסטינים החיים בישראל במסגרת הליך האחמ"ש לצד הבידוק הביטחוני הקפדני הנערך לכלל העוברים בנתב"ג, מספקים דיים. כמו כן, בידי המשיבים במידה ועולה חשש כנגד תושב ארעי פלסטיני או בעל היתר שהייה, להזין מניעה ביטחונית כנגדו, ולמנוע את נסיעתו לחו"ל וזאת בדומה לפרוצדורה שחלה לגבי תושבי קבע או אזרחים, תוך הגבלת משך עיכוב היציאה מהארץ, ומתן זכות שימוע. סירוב גורף באשר הוא למחזיקי היתרי שהייה לצד הטלת הגבלה כל כך נוקשה על תושבי ישראל אינה האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר.

לסיכום:

62. זכותו של אדם לצאת מישראל היא זכות יסוד המעוגנת בצורה מפורשת בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תיקון 31 לחוק הכניסה לישראל, עיגן בתוכו את תקנות שעת חירום יצאה לחוץ לארץ (התש"ח-1948), לרבות תקנה 14 לתקנות שציינה מפורשות את זכותו של תושב ארעי לצאת מנמלי תעופה ישראליים ובכללם נתב"ג. התיקון כמו כן לא רק הרחיב את מספר תחנות הגבול שאדם יכול לצאת או להיכנס מהם, אלא גם הרחיב את הזכות לכל "אדם".
63. מכאן, שבמידה ושר הפנים מבקש להגביל את הזכות לצאת את ישראל, ולפגוע בזכויות יסוד נוספות, לרבות הזכות לשוויון, הזכות לחופש תנועה, הזכות לחיי משפחה והזכות לחופש העיסוק, אזי יש צורך לבצע זאת באמצעות קידום חקיקת חוק מפורש ומפורט שמעניק סמכות להגביל יציאה דרך מעבר גבול ולקבוע תנאים וקריטריונים לשימוש בסמכות שכזו. אין ספק כי החלטת שר הפנים מכוח סעיף 6(1) לחוק הכניסה לישראל היא החלטה שהוצאה ללא הסמכה מפורשת בחוק. בהחלטה כה גורפת הפוגעת בזכויות יסוד מכוח סעיף כללי, סעיף 6(1) לחוק הכניסה לישראל לא סגי. מכאן שהחלטת שר הפנים היא החלטה שהוצאה בחוסר סמכות ואין לה בסיס חוקי מפורש.
64. נוכח כל האמור, עמדת העותרים הינה כי החלטת שר הפנים על השינויים שהוא מבקש לבצע במסגרתה נעשים בחוסר סמכות מובהק, וללא שקיים צידוק ביטחוני ממשי לפגיעה גורפת וקשה זו בזכויות יסוד של משפחות כה רבות. **מטעמים אלו מבקשים העותרים מבית בית המשפט הנכבד להפוך הצו צו על תנאי לצו מוחלט**.

9 ביולי, 2018

[ת.ש. 83936]

עביר גיבראן-דכוור, עו"ד

ב"כ העותרים

