

1. סעדה [REDACTED] חסונה, ת.ז. [REDACTED]

2. עמותת "גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע"

ע"י ב"כ עוה"ד סיגי בן ארי ו/או אסנת כהן ליפשיץ ו/או מוריה פרידמן שריר
מ"גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב
טלפון: 03-6244120, פקס: 03-6244130
דוא"ל: info@gisha.org

העותרים

- 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 דחופה למתן צו-על-תנאי

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

א. מדוע לא יאשרו את בקשת העותרת 1, תושבת קבע בישראל, בת 64, חולת סרטן, לצאת לרצועת עזה לביקור קרובה מדרגה ראשונה, אותם לא ראתה מזה שנים רבות.

ב. מדוע לא יקבעו כי תותר יציאת ישראלים לרצועת עזה, במקרה שהם חולים במחלה קשה אשר יש בה חשש לחייהם, לצורך ביקור קרובי משפחה מדרגה ראשונה ויעדכנו בהתאם את נהליהם הרלוונטיים.

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 המיוחד של הבקשה, לעתירה נלווית בקשה לקיום דיון דחוף.

הצדדים:

1. העותרת 1 (להלן: העותרת) היא בת 64, תושבת קבע בישראל ומתגוררת בירושלים.
2. העותרת 2 (להלן: גישה) הינה עמותה רשומה ללא מטרת רווח, הפועלת לקדם את הכיבוד וההגנה על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים שנמצאים תחת שליטה ישראלית, ובייחוד זכותם לחופש תנועה של תושבי רצועת עזה.
3. המשיב 1 (להלן: שר הביטחון) הינו הממונה על הצבא מכוח חוק יסוד: הצבא.
4. המשיב 2 (להלן: המתפ"ש) הינו האחראי על יישום המדיניות האזרחית בשטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה, ואמון על תיאום וקישור מול האוכלוסייה הפלסטינית ברצועת עזה.
5. המשיב 3 (להלן: מת"ק עזה) הוא הממונה על יישום המדיניות האזרחית של ממשלת ישראל ברצועת עזה, לרבות הנפקת היתרי כניסה לרצועת עזה עבור ישראלים, והוא כפוף למשיב 2.

ואלו נימוקי העתירה:

העובדות ומיצוי ההליכים

6. העותרת נולדה בעזה בשנת 1953. לעותרת אם קשישה ו-8 אחים ואחיות, כולם על משפחותיהם מתגוררים בעזה.

העתק תעודות הזהות של העותרת מצ"ב ומסומן ע/1

העתק תעודות הזהות של האם וארבעה מאחי העותרת מצ"ב ומסומן ע/2

7. העותרת נישאה בשנת 1972 לתושב ירושלים המזרחית, מר [REDACTED] (ת"ז [REDACTED]), עברה להתגורר עימו בירושלים וקיבלה מעמד של תושבת קבע בישראל. לבני הזוג נולדו שלושה ילדים.

8. מאז נישואיה ועד לשנת 2000 ביקרה העותרת כמה וכמה פעמים את משפחתה בעזה ללא כל בעיה. ואולם, מאז שנת 2000 לא עלה בידה להיכנס לעזה, בשל מדיניות המשיבים.

9. בשנת 2017 התגלה כי העותרת חלתה בסרטן [REDACTED]. בחודש דצמבר 2017 היא עברה ניתוח [REDACTED] ובחודש ינואר 2018 עברה ניתוח נוסף [REDACTED]. כיום היא מטופלת בטיפולים כימותרפיים במחלקה האונקולוגית בבית החולים הדסה עין כרם.

העתק מסמכים רפואיים בנוגע למחלת העותרת מצ"ב ומסומן ע/3

10. נוכח מחלתה של העותרת, פנתה אחותה, הגב' [REDACTED] (ת"ז [REDACTED]), למשיבים, בבקשה לצאת מעזה על מנת לבקרה. בקשתה אושרה והגב' [REDACTED] ביקרה אצל העותרת בירושלים במהלך

חודש ינואר 2018. אחי העותרת, מר [REDACTED] (ת"ז [REDACTED]) ואחותה של העותרת הגב' [REDACTED] (ת"ז [REDACTED]) פנו אף הם למשיבים לפני כמה חודשים בבקשה לבקר את אחותם אך לא נענו.

11. כאמור, למעט את אחותה הגב' [REDACTED], **העותרת לא ראתה את יקירה ברצועת עזה מזה כ-18 שנה**. בשל מגבלות התנועה והקריטריונים הצרים המאפשרים יציאה מהרצועה וביקור בישראל, ברור לעותרת כי לא תוכל לראות את יקירה ולהיפרד מהם בביתה בישראל. מה גם, שאמה בת הקשישה, הגב' [REDACTED], לא תוכל, בכל מקרה, לעמוד בקשיי הנסיעה נוכח גילה ומצבה הבריאותי. אשר על כן, החליטה העותרת, למרות הקושי הרב הכרוך בכך בשל מחלתה, לפנות למשיבים ולבקשם לאפשר לה להיכנס לרצועה, אל מחוזות ילדותה, על מנת שתוכל להיפגש עם כל יקירה – אמה, אחיה ואחיותיה ומשפחותיהם - אולי בפעם האחרונה.

12. ביום 28.3.2018 פנו העותרים למשרד ישראלים במת"ק עזה בבקשה דחופה לאשר את בקשתה ההומניטארית החריגה של העותרת להיכנס לעזה לצורך ביקור משפחתה, בצירוף המסמכים התומכים בבקשה. בבקשה התבקשו המשיבים לשקול את בקשתה של העותרת 1 בכובד ראש ובנפש חפצה על אף שהיא חריגה ואינה עומדת בקריטריונים.

פניית העותרים למשיבים בבקשה לאשר את כניסתה של העותרת לרצועת עזה מצ"ב ומסומן 4/ע

13. ביום 2.4.2018 התקבלה החלטת מת"ק עזה לפיה הבקשה אינה מאושרת, **לאור אי עמידה בקריטריונים ליציאת ישראלים מרצועת עזה. לאור העובדה שבקשתה אינה תואמת לאף אחד מהקריטריונים שנקבעו**. מתשובת המשיבים ניכר, כי על אף שהתבקשו לשקול את הנסיבות החריגות בעניינה של העותרת 1 הם לא עשו כן ודחו את הבקשה על הסף אך ורק משום שאינה עומדת בקריטריונים.

העתק תשובת מת"ק עזה מיום 2.4.2018 מצ"ב ומסומן 5/ע

14. לנוכח תשובה זו לא נותרה לעותרות ברירה זולת פניה בעתירה אל בית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית

15. לאחר ה"התנתקות" נקבע בחוק כי כל ישראלי המבקש להיכנס לרצועת עזה צריך לקבל היתר ממפקד פיקוד דרום (סעיף 24(א) **לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005**). מחוק זה נגזרו **קריטריונים** המתירים את כניסתם לרצועת עזה של ישראלים, אם יש להם קרובי משפחה ברצועה, וזאת רק במקרים שהוגדרו כ"צורך הומניטארי חריג": ביקור חולה במצב קשה, השתתפות בלוויה או חתונה ו"משפחות חצויות" (ישראלים הנשואים לתושבי עזה). הכניסה והשהייה בעזה לפי הקריטריונים הללו מתאפשרת רק למי שנחשב לקרוב משפחה מ"דרגה ראשונה" של תושב עזה אותו הוא מבקש לבקר וללווים של המבקר - ילדיו הקטינים שמתחת לגיל 16.

16. קריטריונים אלו נקבעו בשני מסמכי מדיניות כלליים - מסמך משרד הביטחון שכותרתו "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" משנת 2011 ומסמך מתפ"ש שכותרתו "סטאטוס ההרשאות", המתעדכן מדי חודש. לצד מסמכים אלו פורסמו במרוצת השנים מספר נהלים הנוגעים לכניסת ישראלים לרצועת עזה ולאופן מעברם במעבר ארז.

העתק מסמך "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" משנת 2011 מצ"ב ומסומן
נספח ע/6

העתק העמודים הרלוונטיים ממסמך "סטאטוס ההרשאות" מעודכן ליום 14.3.2018 מצ"ב
ומסומן **נספח ע/7**

לסטטוס הרשאות המלא:

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

17. בנוסף לאמור, המדינה מתירה במקרים חריגים כניסה לרצועה של ישראלים שאין להם קרובי משפחה בעזה כגון משלחות של רופאים, חי"כים ערבים, עיתונאים, תושבי מזרח ירושלים שעובדים בארגונים בינלאומיים וכו'.

18. יצוין עוד כי השהייה המותרת ברצועת עזה למי שעומדים בקריטריונים קצרה ביותר. מעבר לבן/בת זוג הנשוי/אה לתושב או תושבת עזה אשר מקבלת/היתר שהייה בן 6 חודשים (הניתן לחידוש), **שאר המבקרים רשאים להיכנס לעזה לשלושה ימים בלבד**. זאת, גם במקרה של חתונה, הלוויה או ביקור קרוב משפחה שנוטה למות (סעיף 3(י) בנוהל להלן).

העתק "נוהל טיפול בבקשות ישראלים ליציאה מישראל לרצועת עזה- משרד ישראלים" מחודש אוגוסט 2017 מצ"ב ומסומן **נספח ע/8**

נהלים אינם חזות הכל ויש לאשר את בקשת העותרת במסגרת הסמכות הכללית הנתונה למשיבים

19. על כל רשות מינהלית מוטלת חובה להפעיל שיקול דעת כאשר היא מקבלת החלטות בנושאים שבתחום סמכותה. חובה זו שרירה וקיימת גם כאשר פועלת הרשות בהתאם להנחיות ונהלים אשר קבעה לעצמה. בכל בקשה המובאת בפניה, על הרשות לבחון אם נסיבותיו המיוחדות של המקרה אינן מחייבות סטייה מהנוהל שגיבשה (ראו: דפנה ברק-ארז, **הסמכות המנהלית** (כרך א') עמ' 250).

20. יצחק זמיר בספרו **הסמכות המנהלית** (1996) מתייחס אף הוא לעקרון המשפטי לפיו קיומן של הנחיות אינו פוטר את הרשות מהפעלת שיקול דעת פרטני:

אין היא [הרשות המינהלית] רשאית להסתמך על ההנחיות שהותאמו למקרה הרגיל כדי להחליט במקרה המיוחד, בלי לקחת בחשבון את השיקולים המיוחדים לאותו מקרה. לכן אין היא רשאית, למשל, לדחות

בקשה לרישיון על הסף רק משום שהמבקש אינו מקיים את התנאים שקבעה בהנחיות (עמ' 785).

21. נהלים אינם חזות הכל ויש להפעילם בגמישות, תוך הפעלת שיקול דעת ובחינת נסיבותיו של כל מקרה ומקרה:

נהלים אינם חזות הכל, אלא הוראות כלליות שנועדו, בין היתר, לאפשר לגוף המינהלי להפעיל את סמכותו בקלות, במהירות ותוך אחידות ושוויוניות. **אף מקום בו קיים נוהל, אין משמעות הדבר כי אין עוד צורך להפעיל שיקול דעת ולבחון את המקרה על נסיבותיו הפרטניות.** (עת"ם 17095-06-13 מחאג'נה נ' שר הפנים, פס"ד מיום 28.11.2013, פורסם בנבו)

יישומן של הנחיות מינהליות אמור להיעשות בגמישות – באותם מקרים שבהם מצדיקות זאת נסיבותיו המיוחדות של המקרה. (ע"ם 4014/11 אבו עיד נ' משרד הפנים, 1.1.2014) ההדגשות כאן ולאורך כל העתירה הוספו ע"י הח"מ).

ובבג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד (3.6.1992) נקבע:

... הלכה שנתקבלה ומסורה היא: רשות אשר קנתה שיקול דעת אסור לה לדחות בקשה המונחת לפניו אך בהסתמכה על הנחיות פנימיות שקבעה לעצמה, ושומה עליה לבדוק כל בקשה ובקשה לגופה, תוך שהיא בוחנת אותה לאור אותן הנחיות... הלכה זו מקובלת מכבר, ובית המשפט לא נלאה מהזכירה שוב ושוב... והנה, כדי שרשות תוכל למלא חובתה זו כראוי, חייבת היא לאפשר לנאשם בכוח להעלות עניינו לפניו".

22. ויפים במיוחד לעניינו דבריה של השופטת ארבל שנאמרו בעניין סטיה מנוהל שנועד לתת מענה למקרים הומניטאריים, כמו גם נהלי סטטוס הרשאות הנוגעים לביקור חולה:

כידוע, הנחיות פנימיות כדוגמת הוראותיו של נוהל הורה קשיש נועדו להבנות ולכוון את שיקול הדעת של מקבלי החלטות ולשמש כלי עזר בדיהם. הפעלתן של הנחיות אלה מחייבת מידה של גמישות ושיקול-דעת, באשר על-פי הדין ניתן לסטות מהן במקרים המתאימים. "ההיתר לסטות מהנחיות פנימיות מובנה בעצם הגדרתן של הנחיות כהנחיות... בנסיבות מסוימות, לא אך שניתן לסטות מהנחיות אלא שנוצרת אף חובה לסטות מהן" (דנג"ץ 10350/02 שר הפנים נ' מטר, פ"ד נח(3), 255, 266 (2004)). אכן, **מורכבות החיים מחייבת אותנו לעיתים להגמיש את הכללים הנוקשים וההרמטיים.** לצד היתרונות הברורים הקיימים בשימוש בכללים, הרי שהדבקות בהם לוקה בפגם אינהרנטי של תחולת

חסר או יתר, כך שייתכנו מקרים שבהם הכלל יחטיא את מטרותיו, יצור תוצאות לא רצויות או שיגרום עוול קשה לפרט (ראו: יואב דותן הנחיות מינהליות 415 (1996)). כך עלול לקרות במקרה שלפנינו. אין חולק כי בבסיסו של נוהל הורה קשיש טמונה תכלית אנושית לשמה... (עע"ם 9353/10 יעקובלב נ' משרד הפנים, פורסם בנבו, 1.12.13)

23. המשיבים עצמם, מכירים בחובתם להפעיל שיקול דעת פרטני, גם אם בקשה שהגיעה לפתחם אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו על ידיהם. הכרתם בחובה זו, באה לידי אף ביטוי במסמך הרלוונטי לענייננו - מסמך מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל ורצועת עזה" של משרד הביטחון משנת 2011 (מצ"ב כנספח ע/6), העומד בבסיס סטאטוס הרשאות - הקובע בס' 6 כי המשיבים מחויבים לבחון כל בקשה שמוגשת אליהם, אף אם אינה עומדת בקריטריונים, כדלקמן:

מלבד הקריטריונים הנקבעים מעת לעת לבחינת בקשות הכניסה לישראל, כלל הבקשות נבחנות לגופן, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה.

24. אין ספק שהמשיבים אינם מוגבלים לקריטריונים הצרים אשר מופיעים במסמך המדיניות, בסטטוס הרשאות או בכל מסמך אחר הקובע נהלים וקריטריונים לתנועת אנשים בין ישראל ורצועת עזה ובסמכותם לחרוג מהם תוך הפעלת שיקול דעת וזאת במסגרת הסמכות הכללית הנתונה להם.

25. יצויין כי לא אחת, פועל המשיב בהתאם לסמכותו הכללית ותוך חריגה מנהליו, כפי שהיה צריך לעשות אף בעניינה של העותרת, ומעניק היתרים לתושבי רצועת עזה גם במקרים שאינם תואמים את הקריטריונים הקבועים בסטטוס ההרשאות.

26. במקום לבחון את בקשתה של העותרת במסגרת הסמכות הכללית הנתונה להם והפעיל שיקול דעת בהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה, נצמדו המשיבים לנהלים וקבעו כי בקשתה של העותרת אינה עומדת בקריטריונים, או במלותיה של המשיבה 3, "אינה תואמת לאף אחד מהקריטריונים שנקבעו".

יש לקבוע כי תותר יציאת חולים ישראלים לביקור קרובי משפחה ברצועת עזה

27. המשיבים מכירים בכך שבמקרה של חולה במחלה קשה, אשר יש חשש לחייו, יש לאפשר לקרובי משפחתו בדרגה ראשונה לביקור ומדובר בטעם הומניטארי ייחודי וחריג המחייב מענה. זאת, בין אם מדובר בכניסה מרצועת עזה לביקור קרוב חולה בישראל או בגדה המערבית, בין אם מדובר בכניסה מהגדה המערבית לביקור חולה בישראל או ברצועת עזה ובין אם מדובר בכניסה של ישראלי לביקור קרוב חולה בגדה או ברצועה. למרות מגבלות התנועה הקשות

שהטילה ישראל על התנועה בין רצועת עזה לבין ישראל והגדה המערבית, מותרת התנועה לביקור של קרוב משפחה מדרגה ראשונה החולה במחלה קשה נוכח קיומו טעם הומניטארי כבד משקל.

28. נשאלת השאלה, **כיצד יתכן, כי במצב של היפוך כיוון - היינו כאשר החולה, שנמצא במצב קשה, מבקש, למרות הקשיים הכרוכים בכך, לבקר את קרובי משפחתו מדרגה ראשונה, אולי בפעם האחרונה, אין הדבר נכלל בגדר הקריטריונים שקבעו המשיבים בנוגע לביקורי חולה. כיצד יתכן כי למרות שהמשיבים מכירים בטעם ההומניטארי רב המשקל העומד בבסיס בקשות לביקור חולה במחלה קשה, הם אפילו לא מפעילים שיקול דעת פרטני, במסגרת הסמכות הכללית הנתונה להם, כשבקשתו של החולה, לביקור קרובי משפחתו, עומדת לפתחם.**

29. הדברים יפים מקל וחומר כאשר מדובר בתושבים ישראלים שאין חולק כי מוקנות להם זכויות רבות, לרבות הזכות לחיי משפחה ובהינתן, כמתואר לעיל, באפשרות המצומצמת לממש זכות זו כאשר קרובי משפחתם מתגוררים ברצועת עזה.

30. מנגד, נראה כי אין כל סיבה או תכלית המצדיקה שלא לאפשר את יציאתם של חולים ישראלים לביקור קרוביהם מדרגה ראשונה ברצועת עזה, בוודאי נוכח הפגיעה בזכויות חוקתיות. שהרי, תכלית המגבלות על כניסת ישראלים לרצועת עזה הינה ביטחונית. ואולם, **הסיכון הביטחוני בהתרת יציאתם לעזה של ישראלים החולים במחלה קשה אשר יש בה חשש לחיי החולה** לביקור קרובי משפחתם בעזה אינו רב מטבע הדברים ובוודאי שאינו עולה על זה הנובע מיציאתם של ישראלים אחרים המותרת במסגרת הקריטריונים של המשיבים. נסביר:

ראשית, כמפורט לעיל, מדיניות כניסתם של ישראלים לעזה היא ממילא מצומצמת (הנהלים מתירים כניסה רק בארבעה מקרים ספציפיים - איחוד משפחות חצויות, חתונה, הלווייה או ביקור חולה במצב קשה, ורק למי שיש לו קרוב משפחה "מדרגה ראשונה" בעזה) ובכך, לפחות לטענת המשיבים, מוגשמת התכלית הביטחונית. ברור כי הוספת קריטריון שיאפשר את יציאתם של ישראלים החולים במחלה קשה אשר יש בה חשש לחייהם לביקור קרוביהם מדרגה ראשונה ברצועת עזה, לא תוביל לשינוי משמעותי, באופי ובהיקף התנועה של ישראלים לעזה באופן שעלול לפגוע בביטחון וכי מדובר במקרים ספורים ונדירים.

שנית, ישראלים החולים במחלה קשה אשר יש בה חשש לחייהם, אינם מהווים, מן הסתם, קבוצה "חשודה" מבחינת ביטחונית וקשה לטעון כי הם עלולים להגביר את הסיכון הביטחוני הנובע מכניסת ישראלים לעזה.

31. אשר על כן, על המשיבים לקבוע כי תותר יציאת ישראלים לרצועה, במקרה שהם חולים במחלה קשה אשר יש בה חשש לחייהם, לצורך ביקור קרובי משפחה מדרגה ראשונה ולעדכן בהתאם את נהליהם הרלוונטיים. סעד זה מתבקש גם על רקע העובדה כי המשיבים נצמדים לקריטריונים הקבועים בנהליהם, אינם פועלים במסגרת סמכותם ואינם מפעילים שיקול דעת

אף לא כאשר מדובר בבקשה שביסודה עומד רציונל זהה למצבים קריטריוניים המאפשרים מעבר בין הרצועה לבין ישראל והגדה המערבית, כמו בקשתה של העותרת.

המשיבים פוגעים בזכויות העותרת באופן שאינו מידתי

32. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי במשפט הישראלי וזכות אוניברסאלית מוכרת במשפט הבינלאומי (ר' סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית).

33. בית המשפט הנכבד חזר והדגיש את מעמדה החוקתי ואת חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים. כך למשל קבע כב' הנשיא בדימוס ברק בבג"צ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006), בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית...הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחיייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

וכן בסעיף 32:

נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה "יחידה חוקתית" (ראו ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1, 17). היא זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם. היא נשענת גם על הזכות לפרטיות (ראו סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם...אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם. " (ר' גם בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (טרם פורסם, 22.2.2010); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה (2) 44 (2012)).

34. כידוע, זכותם החוקתית לחיי משפחה של אזרחים ותושבים ישראלים שלהם בני משפחה המתגוררים בשטח רצועת עזה מוגבלת ביותר נוכח **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת**

שעה), תשס"ג-2003, והמדיניות המגבילה הקובעת קריטריונים צרים ביותר, ובמקרים חריגים לכניסת תושבי עזה לביקור קרוביהם הישראלים. לפיכך, הדרך היחידה כמעט של אותם אזרחים או תושבים ישראלים לממש, ולו באופן חלקי ומוגבל ביותר, את זכותם לחיי משפחה, היא לבקר את בני משפחתם היא באמצעות קבלת היתר לשהייה ברצועת עזה. כך, הקריטריונים הצרים והמוגבלים שקבעו המשיבים לכניסתם של אזרחי ישראל ותושביה לרצועת עזה, נועדו על מנת שלא לשלול באופן מוחלט את זכותם החוקתית לחיי משפחה. למרות זאת, ולמרות שנוכח מחלתה של העותרת, הפגיעה בחיי המשפחה שלה עלולה להיות אנושה ובלתי ניתנת לריפוי, בחר המשיב לסרב לבקשתה של העותרת.

35. בנוסף לפגיעה בזכות לחיי משפחה, נפגעת גם זכותה של העותרת לחופש תנועה שהיא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש זכויותיו. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי ומעוגנת היטב במשפט הישראלי.

ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 ;
סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם, 1950 ;
סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948 ;
בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006) ;
בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005) ;
בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 1994(1) 1139, 1147 (1994).

36. אכן, זכויות יסוד אינן מוחלטות וניתן להגביל אותן, אך זאת על מנת שלא לפגוע בזכויות אחרות או באינטרסים מוצדקים. על הפגיעה בזכויות יסוד גם כאשר היא נעשית לתכלית ראויה, להיות מידתית ולא לעלות על הנדרש.

דרישת המידתיות אינה מסתפקת בלגיטימיות של התכלית, אלא יורדת לפרטי ההסדרים, לרבות חלופות פוטנציאליות להם. היא נקבעת לפי שלושה מבחני משנה המוחלים באופן מצטבר, והם מבחני ההתאמה, הפגיעה הפחותה והיחסיות. מידת הדווקנות שבה מבחנים אלה מוחלים תלויה במסקלה הסגולי של הזכות הנפגעת ובמידת החשיבות של התכלית שלשמה נעשתה הפגיעה... גם נוסחות האיזון אשר גובשו בפסיקה לפני קליטתה של דרישת המידתיות, כגון מבחן הוודאות הקרובה ומבחן האפשרות הסבירה, מתחשבות במשקל הזכות ובתכלית שלמענה מתבקשת הפגיעה בה. עם זאת להבדיל מנוסחות איזון אלה, המידתיות מתחשבת לא רק בשיקולים הסתברותיים, אלא בין היתר, גם בשאלות של הימצאות חלופות לאמצעים הפוגעים בזכויות ונאותות הפגיעה. בענייננו, לזכויות הנפגעות – חופש המידע, חופש הביטוי והזכות לאוטונומיה – משקל סגולי גבוה. הגם שאף לתכליתה של הפגיעה – שמירה על חיי אדם – חשיבות רבה, וככלל, הזכויות

נסוגות מפניה אם אין מכך מנוס, הרי שאין בחשיבות זו כדי לפטור את הרשות מנטל המידתיות" בג"ץ 2753/03 עו"ד מיכאל קירש נגד ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, 368-369.

37. גם אם נניח לצורך הדיון, בהתאם לטענת המשיבים, כי ההגבלות על כניסת ישראלים לעזה נועדו לשרת תכלית ביטחונית ראויה, הרי שפגיעה בזכויות יסוד בנסיבות העניין שלפנינו אינה מידתית. ספק אם מניעת יציאת העותרת לעזה, אשה מבוגרת חולת סרטן, המבקשת לבקר אצל יקיריה למשך כמה ימים ובאופן חד פעמי היא אמצעי ההולם את המטרה ועומד במבחן המידתיות הראשון וספק אם ההחלטה עומדת במבחן המידתיות השני, הדורש כי הרשות תבחר את האמצעי שפגיעתו פחותה. אבל גם אם ייטען שכך הוא, וההחלטה עומדת במבחן המידתיות הראשון והשני, הרי שאין ספק שהחלטת המשיבים אינה עומדת במבחן המידתיות השלישי הדורש כי הפגיעה הצפויה מהחלטת הרשות, תעמוד ביחס סביר לתועלת הצפויה ממנה. ברור כי הנזק שייגרם לעותרת, שלא תוכל לראות את יקיריה, לאחר 18 שנות ניתוק, ואולי בפעם האחרונה בחייה, עולה לעין ערוך על התועלת הביטחונית הצפויה למשיבים ממניעת יציאתה לעזה.

החלטת המשיבים לוקה בפגמים

שרירות והיעדר הנמקה

38. דחיית הבקשה כלאחר יד מבלי לתת את הדעת על נימוקיה, מעידה על שרירות ועל ניצול הכוח השלטוני באופן שאיננו ראוי. כך הגדיר כב' השופט שמגר מעשה של שרירות במסגרת בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 460:

כפשוטו ובעיקרו מתייחס ביטוי זה [השרירות], לפי השקפתי, למעשה שנעשה על-ידי רשות, מבלי לתת את הדעת לנתונים ולנימוקים שלפניה, תוך הסתמכות על כוחה השלטוני ותו לא. לא המירמה שולטת בכיפה במעשה השרירות אלא העדר התחשבות וחוסר תשומת הלב.

39. במקום אחר, בבג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 13.4.2005), מפנה בית המשפט לספרו של יצחק זמיר, הסמכות המינהלית:

אכן שיקול הדעת הוא חופש לבחור בין אפשרויות שונות, אך אין הוא חופש מוחלט. שיקול דעת אינו קפריזה. רשות מנהלית שמפעילה את שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנודעות לעניין, ומחליטה על יסוד תחושה בעלמא, או שדעתה נחושה להגיע לתוצאה מסויימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה זה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות. (ההדגשה הוספה ע"י הח"מ).

40. במקרה שלפנינו, החלטת מת"ק עזה לוקה בשרירות: היא מנותקת מן הנסיבות, לא מעניקה תשומת לב לפרטי העניין, היא לא נותנת את הדעת לכך שבבסיס הבקשה עומד טעם הומניטארי כבד משקל המוכר על ידי המשיבים והיא נסמכת בצורה דווקנית על נהליה ועל סטטוס ההרשאות. **מלבד הסתמכות עיוורת על נהלים, אין כל התייחסות לבקשת העותרת ואין כל טעם אחר לסירוב לבקשתה.** בכך, לוקה ההחלטה גם בהיעדר הנמקה מספקת.

41. הסירוב הלקוני של המשיבים לבקשת העותרת – (הבקשה) **"אינה מאושרת, לאור אי עמידה בקריטריונים ליציאת ישראל לרצועת עזה. זאת, לאור העובדה שבקשתה אינה תואמת לאף אחד מהקריטריונים שנקבעו"** – אינו מבהיר כיצד, אם בכלל, נבחנה הבקשה במסגרת הסמכות הכללית הנתונה למשיבים, ואם כן, מה היו הטעמים והשיקולים. בנוסף, מענה הסירוב המהיר יחסית לבקשת העותרת, שניתן לאחר שלושה ימי עבודה בלבד, יש בו כדי להעיד שהמשיבים לא שקלו בזהירות וברצינות הראויה את הבקשה.

42. התנהלות זו של המשיבים פסולה מן הטעם שהיא חורגת מעקרונות יסוד של מינהל תקין, המחייבים רשות מנהלית לנמק את החלטותיה ולנהוג בהגינות מירבית כלפי הפונה אליה. חובת ההנמקה מושתתת על כך שהיא מסייעת לרשות לקבל החלטה רציונאלית ולא שרירותית ביחס לבקשת הפרט, מחייבת את הרשות לבסס את החלטה על תהליך מסודר שבו נשקלים כל השיקולים הרלוונטים ומסייעת להסתמכות נכונה של הפרט עליה. במקרה דנן, סירובם הלקוני של המשיבים אינו מאפשר לעותרים לכלכל את צעדיהם בהיעדר הנמקה מפורטת (דפנה ברק-ארוז, **משפט מינהלי** כרך א' 423-424 (2010)).

החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני

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

החלטה מינהלית תיחשב להחלטה סבירה אם קבלתה היתה תוצאה של איזון בין שיקולים ואינטרסים רלוונטיים שונים, ואם ניתן לשיקולים אלה משקל הולם בנסיבות העניין. כפי שנאמר בעבר "סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוונטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת לאזן ביניהם על ידי מתן משקל 'ראוי' ליחסים הפנימיים שביניהם ... החלטה עלולה להיות פגומה, אפילו שקלה הרשות שיקולים ענייניים בלבד ולא בא זכרו של שיקול זר בין שיקוליה, אם האיזון הפנימי בין השיקולים, והמשקל היחסי שניתן לכל שיקול, היו מעוותים (בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נגד מועצת מקרקעי ישראל (9.6.2011), סעיף 42 לפסק דינה של השופטת ארבל).

44. החלטת המשיבים לוקה בחוסר סבירות קיצוני, שכן, כעולה מהחלטתם, המשיבים לא שקלו בטרם קבלתה את כלל השיקולים הרלוונטיים לעניין, ואם שקלו, לא נתנו להם את המשקל הראוי. כאמור לעיל, המשיבים לא נימקו את החלטתם כדבעי ובשל כך לא ניתן לדעת מהם השיקולים אותם שקלו בטרם החליטו לאסור את יציאתה של העותרת לרצועת עזה לביקור יקיריה ואולם דווקא שתיקת המשיבים מעידה על מחדליהם.

45. מההחלטה עולה כי השיקול ההומניטארי כבד המשקל העומד בבסיס הבקשה לא נלקח בחשבון או לא ניתן לו המשקל הראוי. בהתאם, לא נשקלה האפשרות של מתן אפשרות לישראלית החולה במחלה קשה שיש בה חשש לחייה תצא לביקור יקיריה ברצועת עזה, סיטואציה שהיא חריגה ונדירה המחייבת חריגה מהנהלים ומתן אישור במסגרת הסמכות הכללית. כן נראה כי לא נשקלה העובדה שהעותרת לא ראתה את משפחתה מזה כ-18 שנה וכי, מן הסתם אין כל מניעה ביטחונית כנגדה.

46. כך, המשיבים סירבו לבקשת העותרת מבלי לשקול את כלל השיקולים ולהעניק להם את המשקל הראוי ומבלי ובלי לערוך איזון ראוי בין טעמיה של מדיניות כללית וגורפת וקיומם של נהלים עבודה מנחים לבין זכויותיו הפרט ונסיבות המקרה קונקרטי, לכן החלטתם לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

47. לסיכום חלק זה יודגש כי גם אם החוק אינו מקנה לתושבים ישראלים זכות להיכנס לרצועת עזה, ומתן ההיתרים נתון לשיקול דעתם של המשיבים, עליהם להפעיל שיקול דעת זה בכפוף לעקרונות המשפט המינהלי הישראלי – בהיעדר שרירות, בשימת לב, תוך מתן הנמקה מפורטת, ובסבירות. עקרונות המשפט המינהלי חלים על המשיבים בכל פעולה והחלטה בה הם נוקטים, כלפי כל פרט, גם אם המחוקק העניק להם שיקול דעת רחב.

סיכום

48. החלטת המשיבים לסרב לבקשתה של ישראלית חולת סרטן, לצאת לרצועת עזה לביקור אמה, אחיה ואחיותיה ברצועת עזה, יתכן שבפעם האחרונה, ניתנה תוך היצמדות לקריטריונים ומבלי שנבחנה במסגרת שיקול הדעת הכללי הנתון להם וזאת בניגוד לחובותיהם כרשות מינהלית לבחון כל בקשה בהתאם לנסיבותיה הייחודיות. ההחלטה פוגעת באופן שאינו מידתי בזכויות העותרת והיא לוקה בשרירותיות, היעדר הנמקה וחוסר סבירות.

49. על המשיבים לקבוע כי תותר יציאת ישראלים לרצועה, במקרה שהם חולים במחלה קשה אשר יש בה חשש לחייהם, לצורך ביקור קרובי משפחה מדרגה ראשונה ולעדכן בהתאם את נהליהם הרלוונטיים. זאת נוכח העובדה כי המשיבים מכירים בצורך לאפשר ביקור אצל קרוב משפחה חולה ובהינתן כי בבסיס שני המצבים עומד אותו רציונל הומניטארי חריג.

נוכח הנסיבות ההומניטאריות החריגות שהוצגו לעיל, ומכל הטעמים המפורטים, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון דחוף, מוקדם ככל הניתן.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפוך את הצו על-תנאי להחלטי ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכ"ט עורך דין.

סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העותרים

15.4.2018