

1. [redacted], ת.ז. [redacted]
2. [redacted], ת.ז. [redacted]

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

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 **מדוע לא** ישנו את החלטתם מיום **11.2.2019** ויאשרו את בקשתן של העותרות לקבל היתר כניסה לרצועת עזה, לצורך השתתפות באָבָל על קרובת משפחתן.

בשל הדחיפות בקבלת מענה, ובשל אופיה ההומניטארי של הבקשה, לעתירה זו נלווית בקשה לקיום דיון דחוף. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרות, לרבות שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.

ואלו נימוקי העתירה :

הצדדים לעתירה

1. **העותרת 1** (להלן: **העותרת**) היא תושבת ישראלית בת 70, חולת סרטן, אשר שכלה את אחותה ביום שבת, 2.2.2019.
2. **העותרת 2** היא בתה של העותרת 1 ואחיינית של המנוחה. היא ביקשה להתלוות אל אמה לביקור האבלים, בשל מצבה הרפואי של האם.
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 זרועו של המתפ"ש היושב במעבר ארז ואשר אמון על הנפקת היתרי כניסה לתושבים פלסטינים לשטח ישראל, לרבות לצורך מעבר לגדה המערבית ולחוו"ל.

התשתית העובדתית

6. העותרת 1, תושבת ישראלית בת 70, אמא ל-13 ילדים, אלמנה חולת סרטן. העותרת, אשר מאז נישואיה בשנת 1968 מתגוררת ברהט אשר בנגב, שכלה את אחותה [REDACTED], אשר הייתה בת 79 במותה, ביום שבת 2.2.2019, בעזה.

העתק ת.ז. העותרות מצ"ב ומסומן נספח ע/1

העתק הודעת הפטירה של אחות העותרת מצ"ב ומסומן נספח ע/2

העתק דו"ח רפואי של העותרת, תבל"א, מצ"ב ומסומן נספח ע/3

7. כידוע, כניסת ישראלים לרצועת עזה אינה מותרת, אלא באישור המשיבים בהתאם לקריטריונים מוגבלים ביותר. אחד מהקריטריונים הוא לווייתו של קרוב משפחה. בניגוד לקריטריונים אחרים המתירים יציאת ישראלים לרצועה אך ורק לקרובי משפחה מדרגה ראשונה, לנוכח החשיבות ההומניטרית העליונה של התאבלות על קרוב משפחה, ניתן היתר גם לסבא וסבתא ולנכדים במקרה מוות. מכוחו של קריטריון זה, פנו העותרות ביום 4.2.2019 באמצעות ארגון "גישה" אל המשיבים בבקשה להיכנס לרצועה לצורך השתתפות באבל על מות האחות.

העתק הפניה מיום 4.2.2019 מצ"ב ומסומן נספח ע/4

8. עוד באותו היום השיב מפקד משרד ישראלים לנציגת עמותת גישה, באמצעות ווטסאפ כי למבקשת תיק בהוצאה לפועל. **הא ותו לא.** העותרת מיהרה והסדירה את ענייניה בהוצאה לפועל, שם נאמר לה **שתוך ארבע ימים הכל יתעדכן** ביום 11.2.2019 שלחה נציגת עמותת גישה הודעה נוספת בוואטסאפ, ובתגובה

עדכן מפקד משרד ישראלים כי עניין סגירת תיק ההוצאה לפועל "התעדכן – תקין". כ- 40 דקות מאוחר יותר שלח עוד הודעה כי "ההלוויה הייתה כבר". באותו היום נשלחה גם תשובתו הרשמית של המשיב 3.

העתק תשובת המשיב 3 מיום 11.2.2019 מצ"ב ומסומן נספח ע/5

9. יצוין כי לפני שנה בדיוק, שכלה העותרת גם את אחיה בנסיבות דומות. אז נכנסה בלווית העותרת 2 לרצועת עזה באישור המשיבים לשלושה ימים.

העתק אישור המשיב 3 ליציאה "לצורך פטירה" [כך במקור] שניתן לעותרות אשתקד, מצ"ב ומסומן נספח ע/6

10. אין מחלוקת כי מדובר במצוקה ממשית של אישה מבוגרת, אשר מאז נישואיה ועשרות בשנים היא חיה בנפרד ממשפחתה. וכעת, בשנית, שכלה את אחות, כאשר אינה לצידה. מדובר בבקשה הומניטארית מהמעלה הראשונה, שמצויה ברף הגבוה של דחיפות. למרות זאת, המשיבים סרבו את הבקשה כלאחר יד.

11. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרות מנוס אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשה לקבלת סעד דחוף להסדרת כניסתן לרצועת עזה.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית

12. 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 ולנלווים של המבקר - ילדיו הקטינים שמתחת לגיל 16.

13. 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 "סטטוס 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/10

העתק העמודים הרלוונטיים ממסמך "סטטוס ההרשאות" מעודכן ליום 29.1.2019 מצ"ב ומסומן נספח ע/11

לסטטוס הרשאות המלא:

14. בעניינו, אין חולק כי בקשתן של העותרות להשתתף באבל על מות אחיהן עומדת בקריטריונים של יציאת ישראלים לשטח רצועת עזה, כקבוע בסעיף 14.2.ג.ב, לפיו:

"יציאה במקרה של צורך הומניטארי חריג:

...
יציאת ישראלים לרצועת עזה לצורך השתתפות בלוויה או בחתונה של קרוב משפחה מדרגה ראשונה כולל סבים וסבתות"

15. אף על פי זאת, בחרו המשיבים להתכחש לקריטריון זה.

הבקשה עומדת בקריטריונים

16. כאמור לעיל, בקשת העותרות עומדת בקריטריונים הצרים אשר בהתקיימם יכולים בני משפחה החיים בעזה ומחוצה לה, להיפגש. בהתאם לנהלי המשיבים, תנאי סף לבדיקת בקשה להיתר הוא שהבקשה עומדת בקריטריונים. מכאן שהעמידה בקריטריונים היא המבחן הראשון שעל המשיבים לערוך שעה שמונחת לפתחם בקשה. רק לאחר מכן, משהובהר כי הבקשה עומדת בקריטריונים, מעבירים המשיבים את העניין לבדיקות נוספות. בעניינו, בדיקת חוב בהוצאה לפועל.

17. מקרה דומה אשר הגיע לפתחו של בית משפט נכבד זה, עסק בבקשת שלוש אחיות ישראליות להיכנס לרצועה להשתתף באבל על מות אחיהן. באותו מקרה, בג"צ 8979/18 חלדיה אבו ריק ואח' נ' אלוף פיקוד דרום ואח' (להלן: עניין אבו ריק) סורבה בקשת האחיות בשל קרבה משפחתית לפעיל חמאס. ביום 14.12.2018 נפטר האח. ביום 16.12.2018, כעבור יומיים הוגשה הבקשה, כפי שנעשה במקרה נשוא העתירה. ביום 17.12.2018 סורבה הבקשה. כעבור יומיים, ביום 19.12.2018 הוגשה העתירה בעניין אבו ריק וביום 23.12.2018 9 ימים לאחר פטירת האח הודיעה המדינה, במסגרת תשובה מקדמית, כי "בעניינו, הגם שהעותרות עומדות באחד מהקריטריונים הקבועים ב"סטאטוס ההרשאות", הרי שבשים לב לטיבו של הטעם ההומניטארי בגינו מתבקשת היציאה, בשים לב לזהות אח אחר של העותרות... החליט ראש הממשלה ושר הביטחון לסרב את בקשתן לצאת לרצועת עזה".

העתק העמוד הרלוונטי מתשובת המדינה בעניין אבו ריק, מצ"ב ומסומן נספח ע/12

18. קשה להלום מדוע נדרש ראש הממשלה המכהן גם כשר הביטחון לתת החלטה בעניין זה, אילולי היה עומד בקריטריונים. יתרה מכך, במהלך הדיון לא עלתה כלל טענה של אי עמידה בקריטריונים. כאשר עניין חלוף הזמן עלה אגב אורחא על ידי ב"כ המשיבים, הבהירה כבוד השופטת דפנה ברק ארז, שעניין בו הוגשה עתירה יומיים בלבד לאחר קבלת ההחלטה בעניין "קשה לבוא בטענות כאש (צ"ל כאשר) ההחלטה הייתה ב-17.12.2018 והעתירה הוגשה ב-19.12.2018" זאת ועוד. באותה הנשימה ממש הבהיר ב"כ המשיבים כי "בדרך כלל מאושרת הבקשה עד 5 ימים לאחר הקבורה... יש מנהגים של סוכת אבלים וכו'".

העתק הפרוטוקול בעניין אבו ריק, מצ"ב ומסומן נספח ע/13

פרשנות הקריטריונים

19. אכן, השתתפות בלוויה היא אחת מקומץ הנסיבות המזכות בני משפחה באפשרות לבקר את יקיריהם. בשל האיסור הגורף כמעט לגמרי שהמשיבים אוכפים על תושבי עזה לצאת מהרצועה ועל תושבי הגדה להיכנס אליה לביקור, פגישות בין בני משפחה, לרבות מקרבה ראשונה, אסורות.
20. חרף האמור, קורה לא פעם שהמשיבים גוררים רגלים ומתמהמהים במתן מענה, גם בעניינים כגון אלו. ויוער: במרבית המקרים המוכרים לעמותת גישה, בהם מבקשים התושבים להיכנס או לצאת מהרצועה על מנת להשתתף בלוויה, הם מגיעים, לכל היותר, לאָבָל עצמו. בג"צ 112/19 **מחמוד שולי ואח' נ' שר הביטחון ואח'** (להלן: עניין שולי) הוגש ביום 6.1.2019 בעקבות אי מתן מענה לבקשה ליציאה מעזה לאבל על מות אח מיום 20.12.2018. ביום 7.1.2019 הגיעה תשובת המדינה ובמסגרתה מענה לבקשה. בשום שלב לא עלתה הטענה כי הבקשה אינה עומדת בקריטריונים. יצוין כי בעניין שולי, בשל משך הזמן הארוך אשר נדרש למשיבים לענות לבקשה, ביקש בית המשפט ביום 6.1.2019 לברר אם הלוויה התקיימה והאם מדובר במעבר לצורך אבל. העותר הבהיר עוד באותו היום כי תנאים בירוקרטיים מונעים מרוב המבקשים להשתתף בלווית יקיריהם ומשכך, כאמור לעיל, רוב הבקשות הן ממילא, לכל היותר, בפועל, לצורך השתתפות באבל.

העתק בקשת ההבהרה וההסבר בנוגע לקושי ליציאה ללוויה בעניין שולי, מצ"ב ומסומן נספח ע/14

21. המשיבים הם אלו אשר יצרו את הקריטריון המחייב את התייחסותם **המקצועית והמדויקת**. כאמור, הם אינם מאפשרים לבני משפחה החיים בנפרד בישראל ובעזה להיפגש, אלא בהתקיים תנאים חריגים, כגון פטירה. ואולם המשיבים נוטלים לעצמם שוב ושוב חרות לצמצם את הקריטריונים הצרים ממילא באמצעות פרשנות. **וידגש: בקשת העותרות, עמדה ועודה עומדת בקריטריונים הצרים אשר קבעו המשיבים.**
22. **שוב ושוב חוזרים בתי המשפט השונים וממליצים למשיבים דכאן לזנוח את פרשנותם הדווקנית של הקריטריונים ליציאת אנשים מעזה.** כך היה בבג"ץ 954/18 **אלהאם שאה ואח' נ' שר הביטחון ואח'** שם ניסו המשיבים למנוע את מעברם של עובדי ארגון Right to play, ארגון הומניטארי בינ"ל המסייע לילדים ובני נוער ברצועה, להשתלמות בגדה. בעקבות הערות בית המשפט הנכבד חזרו בהם המשיבים מהחלטתם ומעברם של העותרים אושר. כך היה גם בעת"מ 48149-04-18 **סמאהר עמירה ואח' נ' שר הביטחון ואח'** כאשר בעקבות הערות בית המשפט הוגשה שוב בקשתה של העותרת אשר העשירה באופן אוטודידקטי דרך האינטרנט את ידיעותיה בתחום הרוקחות עד אשר הייתה כשירה להבחן ולהיות מוסמכת בתחום, במבחני איגוד הרוקחות האמריקאי, אשר התקיימו ברמת גן. העותרת נאלצה ללמוד כך את התחום מכיוון שהייתה הראשונה בעזה אשר התמחתה בכך. מובן שבשל היותה חלוצה ופורצת דרך, לא הופיע תחום הלימוד שלה בקריטריונים. עם זאת, בעקבות הערות בית המשפט הגישה העותרת בקשה נוספת להבחן, מגובה במסמכים המעידים כי למבחן ההסמכה משמעות מעשית. יצוין כי גם כאשר לוותה הבקשה במסמכים אותם דרשו המשיבים בעת הדיון, בקשתה של העותרת סורבה. **בעניין עג'רמי אשר**

הובא לעיל, בקשת העותרת, עורכת דין ויועצת משפטית של עמותת "עאישה", להגנה על האשה והילד, אושרה במהלך הדיון, לאחר **הערות בית המשפט**. בעת"ס 31649-10-18 **אבו עישה ואח' נגד שר הביטחון ואח'** (להלן: עניין כנס גישה) הורה בית המשפט למשיבים לבחון בשנית בקשותיהם של 8 תושבי עזה, אנשי מפתח, בכירים ומקבלי החלטות ברצועת עזה, אשר ביקשו להשתתף בכנס לקידום פתרונות ברצועה אשר הפיקה עמותת גישה. כבוד השופטת גאולה לויך התייחסה לתשובת המדינה בנוגע לאי עמידה בקריטריון, אשר ניתן היה ליישם אותו לצורך אישור הבקשה:

"מבחינה תכליתית, לא ניתן הסבר מניח את הדעת לצמצם את הקריטריון לבכירים המשתייכים לרשות. מלבד אמירה כללית בתגובה לאמירה, ממנה עולה כי הקריטריון נועד לאפשר פגישות עבודה שישפיעו באופן ישיר על כלכלת הרצועה, לא פורטו הרציונליים שבבסיס הקריטריון. אין בו הגבלה לבכירים מוסדיים/רשמיים בלבד. לא הוסבר גם מדוע פגישות עבודה של אנשי עסקים בכירים צפויות להשפיע באופן ישיר על כלכלת הרצועה, לעומת פגישות עבודה של אנשי מקצוע בכירים הארגונים אזרחיים שפועלים בתחומי האנרגיה, המים ותקשורת או בתחומים אחרים שנוגעים לכלכלת הרצועה. אוסיף כי בנוסח הקריטריון עצמו אין כל יסוד להנחה כי הוא נועד לקדם "תזוזה של כסף" במובן הצר ועל פניו ניתן לפרשו גם כקריטריון שנועד לאפשר פגישות עבודה של אנשי מקצוע בכירים במגזרים שונים".

23. בעקבות הגשת העתירה בעניין כנס גישה, והדיון הראשון בה, אושר מעברם של 4 מתוך 8 העותרים. לאחר מכן ובהמשך לדברים המצוטטים לעיל, התקבלה העתירה וכבוד השופטת הורתה למשיבים לשוב ולבחון מחדש את עניינם של ארבעת העותרים הנותרים. יצוין כי למרות הערות בית המשפט הנכבד, מעברם של הארבע סורב, שוב, בשל אי עמידה בקריטריונים.

24. שוב ושוב ממליצים בתי המשפט לזנוח את אופן הפרשנות הדווקני והפוגעני בו נוקטים המשיבים ושוב ושוב מתעלמים המשיבים מהמלצות בתי המשפט.

25. הפעם נמנעו המשיבים גם מהעמדת הסבר כיצד זה שבקשה ליציאה להשתתפות באבל, של אחות העותרת, אינה עומדת בקריטריונים.

סירוב הבקשה לוקה בחוסר סבירות והתעלמות משיקולים רלוונטיים

26. ניכר כי המשיבים סירבו את בקשת העותרות מבלי לשקול שיקולים עניינים ומבלי לערוך איזון ראוי, הנוגע זכויותיו של הפרט במקרה קונקרטי, לכן החלטתם לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

27. בין השיקולים הרלוונטיים מהם התעלמו המשיבים: **התלות המוחלטת של בני משפחה הקרועים בין רצועת עזה לישראל, במשיבים, בנהליהם, בקריטריונים אותם הם מפרסמים ובאופן בו הם מפרשים קריטריונים אלו (לעיתים קרובות, כפי שפורט לעיל, באופן צר יותר מהמשתמע בטקסט המגביל ממילא);** העובדה כי **העותרות, אזרחיות ישראליות אשר זכותן החוקית והחוקתית לחיי משפחה, נפגעת ממילא בשל נסיבות חייהן, נפגעת כעת פגיעה אנושה בשל החלטה שרירותית זו.** העובדה כי העותרת היא אישה חולה ומבוגרת וייתכן, בעיקר לאור הקריטריונים הצרים למעבר לרצועת עזה שזו לה הפעם

האחרונה בה תפגוש את בני משפחתה ותחזה בנופי ילדותה. העובדה כי המשיבים יצרו מצג כאילו הבקשה עומדת בקריטריונים, כאשר הפנו אותה לסדר את ענייניה כך שתוכל לצאת לרצועת עזה. עתה, בחלוף זמן מועט וסביר בהחלט בנסיבות העניין, הם מתנערים ממנה כאילו בקשתה זרה להם.

28. בנסיבות אלו, בהן אזרחיות ישראליות תלויות לחלוטין באישור המשיבים לבקר את בני משפחתם אשר בעזה, על המשיבים לשקול היטב כל בקשה, בוודאי כזו העומדת ברף ההומניטארי הגבוה ביותר, ולקיים מאזן שיקולים עדין. בוודאי אין למשיבים אפשרות להוסיף ולהערים תנאים ומכשלות חדשים כאשר הפונות אליהם פעלו על פי הנחיותיהם.

”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 (...). משקלם ’הראוי’ של הגורמים הרלוונטיים נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סבירותה עומדת לבחינה. אכן, משקל ’ראוי’ אינו תופעת טבע הטבועה בגורמים הרלוונטיים. משקל ’ראוי’ לא נקבע על-פי דדוקציה לוגית (...). משקל ’ראוי’ הינו הערכה, עד כמה הגורמים השונים מקדמים את המטרות אשר הפעולה (או ההחלטה) באה להגשים” (בג”ץ 935/95 גנור נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד מד(2) 485, 513 (1990)).” בהתאם לכך, 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.

29. הטענה כאילו הבקשה אינה עומדת בקריטריונים אינה עומדת במבחן המציאות. העותרות יטענו כי ההחלטה, לא רק שאינה סבירה, אלא גם מונעת משיקולים זרים.

המשיבים שינו את נימוקי הסירוב

30. אמינות נימוקי הרשות עשויה להתערער כאשר הרשות משנה את נימוקה. ”תחילה היא טוענת כי ההחלטה מתבססת על נימוק אחד, ולאחר זמן מה, אולי כאשר נתברר לה כי נימוק זה אינו חוקי, היא טוענת כי ההחלטה מבוססת על נימוק אחר. זוהי – כך קראו לזה פעם – קונברסיה של נימוקים” (הסמכות המינהלית, עמ’ 1295). ובבג”ץ 509/88 אחים מכלוף נ’ מועצת הרבנות הראשית לישראל (2.10.1990) נאמר כי ”העלאת נימוקים ... השונים אלה מאלה בכל פעם מחדש עשויה לעורר תמיהה בדבר מידת מהימנותם של הנימוקים שהועלו” (ס’ 11 לפס”ד).

31. בענייננו, ראשית טענו המשיבים כי בקשת העותרות לא תוכל להיות מאושרת כל עוד קיים לעותרת תיק פתוח בהוצאה לפועל. המשיבים מודעים לעובדה כי הגשת בקשה להשתתפות באבל או לוויה, נעשית, מטבע הדברים, רק לאחר שקרוב המשפחה נפטר. בנסיבות אלו, כאשר ברור לכל כי עד אשר יבוא על

פתרונו העניין הכספי אשר מונע מהעותרות לצאת את גבולות ישראל, ההלוויה תתקיים, היה על המשיב להבהיר מראש כי הבקשה תסורב בין כה וכה. אז היו יכולות העותרות להיערך מראש לתקוף את ההחלטה, במקביל לסידור החוב. שליחת העותרות לסדר עניין אשר אין בו כדי לסייע להן, הוא בבחינת פעולה בחוסר תום לב.

32. אלא שהמשיבים פעלו באופן אחר: המשיבים תלו את סיבת הסירוב בעניין מסויים, אולי מתוך תקווה שבזאת תם הטיפול במקרה. משטרו העותרות והסירו מכשול זה מעליהן, בהנחיית המשיבים, פנו האחרונים לעניין אחר לתלות בו את הסיבה לסירוב.

33. כאמור בפסיקה לעיל, התנהלות זו מעוררת תמיהה בנוגע למהימנות הטעמים שהעלה המשיב. תמיהה זו גוברת לאור ריבוי הדוגמאות כמתואר לעיל, בהן הבקשות נדונות מתוך נקודת מוצא שהן עומדות בקריטריון יציאה לאבל, הרבה אחרי מועד הלוויה. אין זאת אלא שהמשיבים נחויים להגיע לתוצאה מסוימת ומחפשים במה לתלות את החלטתם לסרב את הבקשה, ולסירוב זה יפים טיעונים מן היקב ומן הגורן, ובלבד שתקבל התוצאה המבוקשת. על כן ההחלטה נגועה גם אף בשרירות.

"רשות מנהלית סבירה, כמו כל אדם סביר, לא תקבל החלטה אלא על יסוד תשתית של עובדות ולנוכח בחינתן היסודית (יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית**, 2011, עמ' 1119): 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 מסוימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק**. במקרה זה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות. שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מינהלית (בג"ץ 986/05 **פלד נגד עיריית תל אביב יפו**, 13.4.05, פס"י 15 לפס"ד).

34. במקרה דנן, גם היעדרה של הנמקה, מחשיד את החלטת המת"ק כשרירותית.

סיכום

35. מן העותרות, אזרחית ישראלית, נמנעת זכות בסיסית להשתתפות באבל על מותה של אחות, מניעה אשר פוגעת בזכות חוקתית וחוקית של העותרת לחיי משפחה. סיבת המניעה, אי עמידה בקריטריונים, אינה מעלה שיקולים כבדי משקל כנגד הזכות הנפגעת ואף אינה נכונה, שכן בקשת העותרת מעוגנת בקריטריונים של המשיבים.

36. לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמפורט ברישא, ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרות, לרבות אגרת בית משפט ושכ"ט עו"ד כדין.

37. בשל הדחיפות בהגשת העתירה, תצהירי העותרות, אשר נחתמו בעיר רהט, אינם בידי ב"כ העותרות. ב"כ העותרות מתחייבת להמציא את התצהירים המקוריים בנפרד, בזמן שיקבע על ידי בית המשפט הנכבד ולא יאוחר משבוע ממועד הגשת עתירה זו.

מורי

מוריה פרידמן שריר, עו"ד
ב"כ העותרות

13.2.2019