

1. ת"ז, [redacted]
2. ת"ז, [redacted], ילידת [redacted]
3. עמותת "גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע"

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

העותרות

- נגד -

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. מינהלת התיאום והקישור (עזה)
3. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (מינהלי)
רח' מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים
טלפון: 02-5419554, פקס: 02-6468056

המשיבים

עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה מינהלית במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים כדלקמן:

א. לאשר את בקשת העותרות 1-2, אם ובתה הקטינה, המתגוררות ברצועת עזה, לצאת לגדה המערבית לביקור אימה החולה של העותרת 1.

ב. לאפשר לתושבים פלסטינים המתגוררים בעזה וכתובתם רשומה בגדה המערבית, לצאת לביקור קצר מועד, בהתאם לקריטריונים שנקבעו, וכפי שמתאפשר לתושבים פלסטינים שכתובתם רשומה בעזה.

נוכח הימשכות ההליכים בעניינן של העותרות (כפי שיפורט להלן) ובשל אופייה 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.

העתירה נתמכת בתצהיר העותרת שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ, לאחר תיאום טלפוני. בשל הקושי בקיום מפגשים בין העותרת לבין ב"כ, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את התצהיר ואת ייפוי הכוח שנחתמו ונשלחו בפקס.

ואלו נימוקי העתירה:

סמכות עניינית

ביום 20.1.2019 ניתן פס"ד משלים בבג"ץ 8856/18 פלונית ואח' נ' שר הביטחון ואח' הקובע כי בהתאם לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים (תיקון מס' 117) התשע"ח-2018 (ס' 5 לחוק ופרט 3א לתוספת הרביעית) "לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים מסורה הסמכות לדון בעתירות שעניינן מעבר מרצועת עזה לאזור דרך ישראל". בהתאם לכך, מוגשת העתירה דן לבית משפט נכבד זה.

הצדדים:

1. **העותרת 1** (להלן: **העותרת**), פלסטינית בת 35, מתגוררת ברצועת עזה. **העותרת 2** (להלן: הילדה), היא בתה הקטינה של העותרת 1.
2. **העותרת 3** (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: **המתפ"ש**) הינו האחראי על יישום המדיניות האזרחית בשטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה, ואמון על תיאום וקישור מול האוכלוסייה הפלסטינית ברצועת עזה.
4. **המשיב 2** (להלן: **המשיב** או **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.
5. **המשיב 3** הוא המפקד הצבאי של איזור הגדה המערבית מכח כללי המשפט הבינלאומי.

התשתית העובדתית ומיצוי ההליכים

6. העותרת נולדה בשנת 1984 באזור טולכרם בגדה המערבית. בשנת 2003 נישאה העותרת לתושב פלסטיני המתגורר בעזה, [REDACTED] (ת"ז [REDACTED]), ועברה להתגורר עימו ברצועה. במהלך השנים נולדו לבני הזוג 3 ילדים. מענה של העותרת רשום בגדה המערבית ומען ילדיה רשום בעזה.

*העתק תעודת הזהות של העותרת כולל הספח בו רשומים ילדיה מצ"ב ומסומן **נספח ע/1**.*

7. נוכח מדיניות המשיבים כפי שתפורט בהמשך, במהלך 15 השנים בהן מתגוררת העותרת בעזה, היא זכתה לבקר את אמה, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], ת"ז [REDACTED], ילידת [REDACTED], פעמיים בלבד. את ההיתר האחרון לביקור בגדה המערבית קיבלה לפני כ-5 שנים, עת נפטר אביה. אז **קיבלה העותרת היתר ביקור לימים ספורים מהמשיבים יחד עם בן זוגה וילדיהם, ובתום ההיתר שבו לביתם בעזה.**

8. אמה של העותרת, סובלת מגידול במוח שאינו בר ניתוח, הגורם בין השאר לחוסר תחושה בגפיים, מאי ספיקת לב, סוכרת, מחלת ראות חסימתית כרונית (COPD) ובעיות רפואיות נוספות. היא מתאשפת בבית חולים לעיתים קרובות, בכל פעם למספר ימים, בין השאר

לצורך ניקוז נוזלים נוכח בצקת ריאתית והצטברות נוזלים. מצבה הכללי בכי רע. **מאז תחילת השנה התאשפזה האם 3 פעמים בבית החולים לצורך ניקוז נוזלים נוכח התלקחות במחלת ה-COPD.**

העתק הדו"ח רפואי מיום 15.8.2018, **עת היתה אם העותרת מאושפזת ואשר צורף לבקשתה המקורית של העותרת והעתק דו"ח רפואי מיום 2.1.2019, בעת אחד מאשפוזיה של האם מצ"ב ומסומן ע/2.**

9. בימים 16.8.2018 ו-19.8.2018 פנתה העותרת לוועדה האזרחית הפלסטינית עם דו"ח רפואי בנוגע לאימה בבקשה לצאת עם בתה הקטינה לבקרה בדחיפות. **באותה עת היתה האם מאושפזת במצב קריטי, כמצוין בדו"ח.** בהיעדר מענה, פנתה העותרת לעמותת גישה, העותרת 3, אשר פנתה בשמה למשיבים ביום 14.10.2018 במכתב דחוף וביקשה להסדיר את יציאת העותרת ובתה **לביקור קצוב מועד**, אצל אמה המאושפזת במצב קשה. למכתב צורפו דוחות רפואיים בעניינה של האם.

העתק מכתב עמותת "גישה" בעניין העותרת 1 מיום 14.10.2018 מצ"ב ומסומן **נספח ע/3.**

10. למרות הדחיפות וניסיונות רבים לקבל מענה טלפוני מהמשיב, לא ניתן מענה לבקשת העותרת. רק ביום 20.11.2018 נמסר מהמשיב 3 באמצעות הטלפון כי **על העותרת להגיש בקשה לחזור לגדה משום שמדובר בתושבת איו"ש.** זאת למרות שהעותרת חיה בעזה עם משפחתה וביקשה ביקור קצר מועד בגדה.

11. יצוין כי אין זו הפעם הראשונה שהעותרת 3 נענית בתשובה כגון זאת כאשר היא מגישה בקשה לביקור קצר מועד בגדה בשם מי שמתגוררת בעזה עם משפחתה וכתובתה רשומה בגדה. בתשובה בכתב שניתנה לבקשה דומה לביקור אם חולה בגדה, כתב המשיב כי היות והמבקשת וילדיה הם תושבי הגדה עליהם להגיש בקשה לחזרה לגדה ולאחר חזרתם לגדה לפנות בבקשה להשתקעות בעזה. מפאת חשיבות הדברים נביאם במלואם:

... לאור העובדה כי הנ"ל הם תושבי איו"ש, לא ניתן לאשר את יציאתם לרצועת עזה בתום הביקור, אלא אם יסדירו את השתקעותם ברצועת עזה. על כן, נמסר לוועדה האזרחית לעדכן אם ברצונם להיכנס לאיו"ש באופן חד כיווני – ונמסר בתגובה כי אם ירצו בכך יגישו בקשה חדשה לחזרה לאיו"ש.

בנוסף... נמסר לוועדה האזרחית כי באפשרותה של התושבת לבקש באמצעות הוועדה להסדיר את השתקעותה ברצועת עזה – אז ניתן יהיה לבחון את בקשותיה כבקשות של תושבי רצועת עזה ובתוך כך לאשר מראש יציאות חזרה לרצועת עזה".

העתק מענה המשיב מיום 4.6.2018 לבקשה דומה (הור) מצ"ב ומסומן **ע/4.**

12. המשיב למעשה מציע לעותרת (ולאחרות במצבה) שתי אפשרויות פעולה על מנת שתוכל לבקר אצל אמה החולה בגדה:

האפשרות האחת: על העותרת ובתה להגיש בקשה לחזרה לגדה (דבר שמן הסתם, העותרת

אינה מעוניינת בו כרגע), היינו בקשה לקבלת היתר חד כיווני וזאת חלף הבקשה שהוגשה זה מכבר - בקשה להיתר דו כיווני לצורך ביקור קצר מועד של חולה בגדה – בקשה התואמת את מטרת היציאה. אם הבקשה תאושר, יעברו העותרת ובתה לגדה בהיתר חד כיווני, ולאחר שתבקר את האם החולה ותרצה לחזור לביתה, לבן זוגה ולילדיה, יהיה עליה להגיש בקשה להשתקעות בעזה - אף זו בקשה שהיא אינה מעוניינת בה מכיוון שמשמעותה ויתור על זכותה לחזור אי פעם לגדה המערבית, העומדת בניגוד לדין כפי שיפורט בהמשך. רק לאחר שתאושר הבקשה להשתקעות בעזה תוכל העותרת לחזור לביתה.

האפשרות השניה: על העותרת להגיש בקשה להשתקעות ברצועת עזה (כאמור, בקשה שאין היא מעוניינת בה) ולהמתין לאישור המשיב. לאחר שתאושר השתקעותה ברצועה, תגיש העותרת למשיב בקשה נוספת לביקור חולה בגדה, ובהנחה שכעת תאושר הבקשה ואם העותרת תהיה עוד בחיים, יינתן לה היתר דו כיווני ליציאה וחזרה לרצועה.

13. נוכח מענה המשיב ושתי האפשרויות הבלתי סבירות באופן קיצוני שמוצעות הלכה למעשה לעותרת, אשר כופות עליה לפתוח במסכת של הגשת בקשות שהיא אינה מעוניינת בהן והן אינן תואמות את מטרת בקשתה לצאת מהרצועה הוגשה ביום 3.12.2018 עתירה בהולה לבית המשפט העליון, בג"ץ 8530/18 ■■■■■ **נ' שר הביטחון**.

14. בעקבות תיקון מס' 17 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים אשר נכנס לתוקף ביום 26.10.2018 טענו המשיבים כי יש למחק את העתירה על הסף מכיוון שלבית המשפט לעניינים מינהליים נתונה סמכות מקבילה לדון בעתירה. דיון בעתירה התקיים ביום 2.1.2019 ונוכח שאלת הסמכות התלויה ועומדת בתיק אחר, הוחלט על דחיית הדיון. כאמור לעיל, ההכרעה בשאלת הסמכות ניתנה ביום 20.1.2019 בפס"ד משלים בבג"ץ 8856/18 **פלונית ואח' נ' שר הביטחון ואח'.**

15. יום לאחר ההכרעה, 21.1.2019, הגישו העותרות לבית המשפט הודעה מעדכנת ובה ביקשו כי למרות ההכרעה שלבית המשפט המינהלי נתונה סמכות לדון בעתירות העוסקות במעבר מעזה לגדה, ימשיך בית המשפט הנכבד לדון בתיק "נוכח התמשכות ההליכים בעתירה אשר הוגשה בלווית בקשה לדיון דחוף עוד ביום 3.12.2018 ואף נוכח בקשת העותרות למתן סעד עקרוני". ביום 3.2.2019, בהיעדר הכרעה, פנו העותרים שוב לבית המשפט בבקשה למתן החלטה.

העתקי בקשות העותרות בבג"ץ 8530/18 מצ"ב ומסומנים ע/5.

16. ביום 6.2.2019 ניתן פס"ד של בית המשפט העליון המוחק את העתירה "נוכח ההלכה שנקבעה בבג"ץ 8856/18 פלונית נ' שר הביטחון הרי שעומד לעותרות סעד חלופי בשמות הגשת עתירה להיות המשפט לעניינים מינהליים בירושלים".

17. אשר על כן מוגשת העתירה דן לבית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

18. העותרות יטענו כי בקשת העותרת לצאת לביקור אמה החולה בגדה המערבית עומדת בקריטריונים שקבעו המשיבים ואי הענותם לבקשה הומניטארית זו, מהווה סטייה

מהנחיות מינהליות ונגועה בשיקולים זרים. כמו כן, המשיבים מפרים את דיני המשפט הבינלאומי והחלטתם הינה בלתי מידתית ובלתי סבירה באופן קיצוני.

בקשת העותרת עומדת בקריטריונים

19. תושב עזה המבקש לצאת מגבולות הרצועה, נדרש לקבל היתר מהמשיבים אשר מותנה בעמידה בקריטריונים נוקשים ביותר. הסדר זה הוא תולדה של החלטת הקבינט המדיני-בטחוני של ישראל מספטמבר 2007, שקראה להגבלה של תנועת האנשים והסחורות מהרצועה ואליה. מסמך המדיניות זמין בכתובת:

http://www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/procedures/entering_and_exiting_gaza/03.pdf

20. מדיניות זו באה לידי ביטוי במסמך "סטטוס הרשאות לכניסת פלסטינים לישראל, ליציאתם לחו"ל ולמעברם בין איו"ש לבין רצועת עזה" (להלן: סטטוס ההרשאות). זהו המסמך המעגן ומפרט את מדיניות המשיבים לגבי תנועת אנשים וסחורות בין רצועת עזה, הגדה המערבית וישראל.

סטטוס הרשאות המעודכן זמין בכתובת:

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

21. ראשית יובהר כי אין מחלוקת על כך שבקשת העותרת לביקור אמה החולה בגדה המערבית, היא בקשה העומדת בקריטריונים שפירסמו המשיבים לתנועת תושבי עזה מחוץ לרצועה. זאת בהתאם לסעיף 10(3) בפרק ב' (שכותרתו סטטוס הרשאות לאוכלוסיה הפלסטינית ברצועת עזה) לסטטוס הרשאות המתיר את:

כניסת תושב רצועת עזה לישראל (אף לצורך מעבר לאיו"ש או לחו"ל)
לצורך ביקור קרוב משפחה מקרבה ראשונה החולה במחלה קשה אשר
יש בה חשש לחיי החולה או כזו המצריכה אשפוז ממושך. יש לציין, כי
במסגרת זו נלקח בחשבון גם גילו של החולה.

בהתאם לכך נקבע גם בפרק ג' בס' 16(ג) (שכותרתו "כניסת תושבי רצועת עזה לאיו"ש") קריטריון של "ביקור קרוב משפחה החולה במחלה קשה כמפורט בפרק ב'...".

22. סעיפים אלה (ואף סעיף 7א(3) המופיע במסמך המדיניות בלשון זהה) אינם מבדילים בין מי שכתובתו רשומה בגדה לבין מי שכתובתו רשומה בעזה אלא עוסקים בכל מי שמתגורר בעזה ומבקש לצאת לגדה לצורך ביקור חולה שהוא קרוב מדרגה ראשונה. כך ראוי ומצופה שיהיה, שהרי מדובר בבקשה שהיא הומניטארית מן המדרגה הראשונה, המחייבת טיפול מידי ובהול ואין במצבים אלו כל רלוונטיות לשאלת המען הרשום של מי שמבקש לצאת לביקור.

23. זאת ועוד. קריטריון אחר, המופיע גם הוא בסעיף 16 לפרק ג' בסטטוס ההרשאות שכותרתו כניסת תושבי רצועת עזה לאיו"ש מתיר "כניסת פלסטינים שמענם הרשום באיו"ש מרצועת עזה לישראל לצורך חזרתם לאיו"ש" (קריטריון המופיע גם בסעיף א(13) במסמך המדיניות בלשון זהה). היינו, המשיבים עצמם מתייחסים לסוגית החזרה לגדה באופן שונה ונפרד

מסוגית יציאה לגדה בנסיבות של מחלת קרוב מדרגה ראשונה ולכן קבעו קריטריון נפרד לכל אחת מהן.

העתק החלקים הרלוונטיים בסטטוס הרשאות מצ"ב ומסומן ע/6.

24. בהתאם, נקבעו גם **נהלים נפרדים** המסדירים את היציאה מעזה בהתאם למטרתה. נוהל אחד עוסק בהסדרת יציאה מעזה וחזרה אליה במסגרת היתר ביקור שניתן בהתאם למדיניות ונוהל אחר עוסק בהנפקת היתר למי שמענו רשום בגדה והוא מבקש לצאת מעזה דרך ישראל על מנת לשוב לביתו בגדה. נוהל זה קובע כי על המבקש לחתום על טופס הצהרה על פיו הוא יודע כי בהתאם למדיניות, המעבר יתאפשר רק מטעמים הומניטאריים חריגים.

העתק נוהל מעבר אוכלוסיות בעלי רשיון ביקור מ/לרצועת עזה מצ"ב ומסומן ע/7.

העתק נוהל הנפקת היתרים עבור תושבי אי"ש הנמצאים ברצועת עזה מצ"ב ומסומן ע/8.

25. ואולם, בניגוד לאבחנה הראויה והמתבקשת שנעשתה בין הקריטריונים וקביעת נהלים נפרדים לישומם, **בחרו המשיבים להתלות בין השניים באופן שאינו מתיישב עם הכתובים ועם הרציונל העומד מאחורי כל קריטריון**. ברי כי אין כל הצדקה להתנות, או אף לתלות את יציאתו של אדם מעזה לביקור קצר מועד לצורך ביקור חולה בהתאם לקריטריונים, בחזרתו לגדה לצמיתות ובחיובו להגיש בקשה להשתקעות בעזה לצורך חזרה לביתו. לא הגון ולא ראוי "לגייס" קריטריון הומניטארי מהמדרגה הראשונה, שיש להפעילו ולישמו במהירות האפשרית, על מנת לאלץ אדם להכריע ולפעול בנוגע למקום מגוריו - הכרעה, שנוכח מדיניות הבידול של המשיבים, היא דרמטית וגורלית ובעלת השלכות מרחיקות לכת. לא מתקבל על הדעת כי המשיב מצד אחד מכיר בחובותיו ההומניטאריות כלפי תושבי עזה בוודאי כאשר מדובר במחלה קשה של קרוב משפחה מדרגה ראשונה ומצד שני מסכל את מימושן בהעמדת דרישות מרחיקות לכת עד בלתי אפשריות.

השיקול הומניטרי, סטיה מהנחיות מינהליות ושיקולים זרים

26. על חשיבותו של השיקול ההומניטארי ועל היותו אבן יסוד בשיטת המשפט, גם כאשר מדובר בזר ואף באויב, נכתב רבות על ידי בית משפט נכבד זה. יפים לעניינו דבריה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 1912/08 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (16.4.2009, להלן: **עניין עמותת רופאים לזכויות אדם**):

השמירה על הערכים ההומניטאריים היא אבן יסוד בשיטת המשפט הישראלית, והם ישימים לגבי כל אדם באשר הוא אדם ... מובן, כי ישראל מגלה רגישות מיוחדת לערכים הומניטאריים של תושביה החיים בתחומי גבולותיה, אולם היא נדרשת לשמירה על ערכים אלה גם ביחס לזרים נזקקים המתדפקים על שעריה. היא מגלה רגישות לערכים אלה גם כאשר הנזקק הוא זר המתגורר במדינת אויב. בית משפט זה כבר נדרש בעבר לדיון בערכים הומניטאריים וקבע כי:

"מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה, משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; **שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו**" (הנשיא ברק בבג"ץ 794/98 שייח עבדאל קארים עובייד ואח' נ' שר הבטחון, פד"י נה(5) 769, 773-774 (2001)), (פס' 7 לדברי השי' פרוקצ'ה).

27. לאורה של תפיסה זו, קבעו המשיבים את הקריטריון המאפשר למי שמתגורר בעזה לצאת לבקר קרוב משפחה מדרגה ראשונה החולה במחלה קשה. אלא מה, בעניינה של העותרת מונעים המשיבים את הפעלתו של הקריטריון ההומניטארי ומאיינים אותו, הלכה למעשה, באמצעות קביעת תנאים דרקוניים ובלתי סבירים. ויודגש, הדברים המצוטטים לעיל, מתוך עניין עמותת רופאים לזכויות אדם, נכתבו בנוגע לסיטואציה שבה נסיבותיו של העותר, חולה שביקש להיכנס לישראל לקבלת טיפול רפואי, **לא נקבעו בגדר קריטריון מפורש** המתיר כניסה לישראל, אלא היו נתונים לשיקול דעתו הכללי של המשיב (בנוסף לכך, עמדה כנגד העותר מניעה ביטחונית ואפשרות לקבל סעד בירדן או במצרים ובשל כך, בסופו של יום, למרות השיקול ההומניטרי, לא התערב בית המשפט בהחלטת המשיב). מצב זה שונה מעניינינו בו הנסיבות שבשלבן מבקשת העותרת להיכנס לישראל **נכללים באופן מפורש וחד משמעי בקריטריונים** שקבעו המשיבים המאפשרים כניסה לישראל או לגדה ולמותר לציין שלא נטענה כל טענה ביטחונית כנגד העותרת.

28. בהינתן קריטריון הומניטארי המוגדר במפורש ובאופן מצמצם, בניגוד לקריטריון כללי וגמיש, שיקול דעתו הרחב של המשיב בהפעלתו הוא צר ביותר עד לא קיים והוא אינו רשאי להוסיף לקריטריון תנאים שאינם נכללים בו אשר מהווה סטייה חדה מההנחיות לרעת המבקש. בית משפט זה אמר את דברו לא אחת בנוגע לסטייה מההנחיות מינהליות:

סטייה מההנחיות המינהליות מעוררת, על פני הדברים, חשש כי היא נובעת לכאורה מקיומם של שיקולים זרים, אשר השפיעו על החלטת הרשות... בשל כך נקבע, כי הסטייה מההנחיות מעבירה לרשות את הנטל להצביע על הסיבות שבגינן מוצדקת אותה הסטייה... סטייה מההנחיות ללא צידוק סביר עשויה להוות עילה לביטול ההחלטה" (עע"מ 9156/05 גרידינר נ' ראפ, פסקה 10 (פורסם בנבו), 10.6.08); ראו גם בג"ץ 9362/03 ריגלר נ' שר הפנים, פסקה 7 (פורסם בנבו), 28.10.08; בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 858 (1993) (להלן – ענין עפרן)).
ההנחייה המינהלית מהווה אמצעי-עזר בידי בית המשפט בהפעילו פיקוח שיפוטי על מעשי המינהל (בג"ץ 10907/04 ישראל סולודוך ו-70 אחרים נ' עיריית רחובות, 1/8/2010 פסקה 25 לפס"ד).

29. בעניינינו, נדמה כי השיקולים הזרים העומדים בבסיס החלטת המשיבים מטרתם לגרום

לעותרת להשתקע ברצועת עזה ולוותר על זכותה, כבעלת מען רשום בגדה, לחזור אי פעם לגדה המערבית. מטרה זו, מעבר להיותה מטרה זרה לשיקול ההומניטארי העומד בבסיס הקריטריון של יציאה עקב מחלת קרוב משפחה מדרגה ראשונה, היא מטרה העומדת בניגוד חמור לכללי המשפט הבינלאומי כפי שיפורט להלן.

המשיבים פועלים בניגוד לאיסור על העברה בכפייה במשפט הבינלאומי

30. זכותו של תושב פלסטיני שכתובתו רשומה בגדה המערבית לשוב ולהתגורר בגדה. כאמור, גם המשיבים מכירים בזכות זו וקבעו קריטריון מפורש ונוהל מיוחד המאפשר את מימושה.

31. כתנאי לביקור בגדה, כופים המשיבים על פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה שמענם רשום בגדה – לחזור לגדה ואז, על מנת לשוב לביתם בעזה, להגיש בקשה להשתקעות ברצועת עזה. המשמעות של אישור בקשתו של מי שמענו הרשום בגדה להשתקע בעזה הינה ויתור על זכותו, לחזור אי פעם ולהתגורר בגדה. כך, אם תגיש העותרת בקשה להשתקעות בעזה וזו תאושר, הרי שלעולם לא תוכל לחזור להתגורר בגדה המערבית שם נולדה וגדלה ושם נמצאים שאר בני משפחתה. כך למשל גם במקרה של גירושין או התאלמנות או צורך אחר כלשהו שעלול לעלות במהלך החיים. דרישה זו מהווה הפרה בוטה של ס' 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על העברת אוכלוסייה משטח כבוש.

32. סעיף 49 (1) לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

אסורה העברה בכפייה של מוגנים, יחידים או רבים, וכן אסור גירושם של מוגנים מתוך שטח כבוש אל שטח של המעצמה הכובשת או אל שטח של כל מדינה אחרת, כבוש או שאינו כבוש, יהיה המניע להם אשר יהיה.

33. בפסיקה של בית הדין הבינלאומי הפלילי של יוגוסלביה לשעבר, ניתנה באופן עקבי פרשנות רחבה למונחים העברה בכפייה וגירוש. כך נקבע כי העברה תיחשב לכפויה גם כאשר לא נעשה שימוש בכוח פיזי ישיר במטרה להביא לעזיבתם של התושבים. מספיק שהכוח הכובש יצר בעקיפין את הנסיבות שגרמו לתושבים המוגנים לעזוב בכדי שהדבר יחשב להעברה בכפייה אסורה:

“Forced” is not to be interpreted in a restrictive manner, such as being limited to physical force. It may include the “threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment”... The essential element is that the displacement be involuntary in nature, where the relevant persons had no real choice.

Forced displacement is only illegal when it occurs without grounds permitted by international law (ICTY, [Prosecutor v. Krnojelac, "Judgement", IT-97-25-T, 15 March 2002](#), para. 475).

וראו גם :

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Case No. IT-96- 23/1-T, Judgement, 12 June 2002, para.129

34. בפרשה אחרת שהובאה בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר, נאמר כך :

Transfers motivated by an individual's own genuine wish to leave, are lawful. In determining whether a transfer is based on an individuals "own wish" the Chamber is assisted by Article 31 of the Geneva Convention IV. It provides for a general **prohibition of physical and moral coercion covering pressure that is direct or indirect, obvious or hidden** and further holds that this prohibition "applies in so far as the other provisions of the Convention do not implicitly or explicitly authorise a resort to coercion (ICTY, Prosecutor v. Naletilić and Martinović, IT-98-34-T, Judgment of 31 March 2003, para. 519).

35. כפי שעולה מפסיקה זו, ניתן למצוא עיגון לאיסור ההעברה בכפיה גם בסעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית הקובע כי "אין להשתמש כלפי מוגנים בשום כפיה גופנית או מוסרית", והכפיה שבענייננו הינה כפיה מוסרית מובהקת, שכן המשיבים מבקשים מהעותרת להחל בהליכים להעברתה בניגוד לרצונה ולמניעת כל אפשרות עתידית ממנה לחזור ולגור בגדה. כל זאת במסגרת בקשה לביקור חולה העומדת בקריטריונים המאוד צרים של המשיבים והמצומצמים למקרים הומניטאריים ביותר.

36. בפרשה נוספת, בנוגע להעברתם של עצורים בין בתי סוהר נידונה שאלת הסכמתם למעבר :

Yet it is the absence of genuine choice that makes **displacement unlawful**. Similarly, it is impossible to infer genuine choice from the fact that consent was expressed, given that the circumstances may deprive the consent of any value. Consequently, **when analyzing the evidence concerning these general expressions of consent, it is necessary to put it**

into context and to take into account the situation and atmosphere that prevailed in the KP Dom, the illegal detention, the threats, **the use of force and other forms of coercion**, the fear of violence and the detainees' **vulnerability** (Prosecutor v. Krnojelac, IT-97-25-A, Appeals Chamber Judgment, ¶ 229 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Sept. 17, 2003)).

ראו גם : Prosecutor v. Stakić, IT-97-24-A, Judgment of 22 March 2006, par. 281

37. זאת ועוד. ועדת האו"ם לזכויות האדם התייחסה והכירה במספר מהלכים בהם נוקטת ישראל במסגרת מדיניותה ככאלה היוצרים סביבה הכופה ("Coercive Environment") העברה אסורה של פלסטינים. מדובר על מהלכים כמו שלילת מעמד של תושבות, הריסת בתים, משטר התכנון מגביל ומפלה שאינו מאפשר השגת היתרי בנייה, מבצעים צבאיים כנגד פלסטינים בעזה, ואף הגבלת ומניעת הגישה למים (A/HRC/24/30, para.27, A/HRC/31) paras.46, 68, A/70/421, para.36, A/69/348, paras 12-16, A/HRC/28/80 para 24, A/HRC/31/43 para 54, A/69/348 para 12-16, A /HRC/25/40 para 22, (A/71/355 paras.24-33,A/HRC/22/63, para 88).

38. אם כן, סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, קובע איסור על העברתו של אדם בניגוד לרצונו, אם תוך הפעלת לחץ ישיר או עקיף, סמוי או גלוי ואם תוך ניצול כח שלטוני כאשר יש לבחון בזהירות טענה ל"הסכמתו" של אדם בקונטקסט המלא בו ניתנה ההסכמה לכאורה ותוך מתן תשומת לב למידת פגיעותו של אותו אדם.

39. יודגש, כי המדובר באיסור מוחלט. גירוש או העברתם בכפייה של מוגנים נחשבים להפרות חמורות לפי סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית. בהתאם לסעיף 146 לאמנה, על המדינות החברות לחוקק חוקים כדי לקבוע עונשים יעילים לאנשים המבצעים, או מצוויים לבצע את אחת ההפרות החמורות המנויות בסעיף 147. זאת ועוד, סעיף (d)(2)7 לאמנת רומא קובע כי העברה כפויה של אנשים על ידי גירוש או מעשה אחר בכפייה נחשב כפשע נגד האנושות.

40. התניית יציאת העותרת לביקור אמה החולה בגדה בבקשה להשתקע בעזה, היינו ויתור על זכותה לחזור לגדה, מהווה ניצול כח שלטוני וניסיון לאלץ את העותרת, הנמצאת במצב פגיע ביותר נוכח תלותה במשיבים, לפעול בניגוד לרצונה. ניצול זה אסור אף בהתאם לסעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית.

41. לא למותר לציין כי גם העובדה שהעותרת וילדיה מתגוררים כרגע בעזה היא תולדה של כפייה שהרי העותרת נאלצה, על מנת לקיים חיי משפחה, לעבור ולהתגורר עם בן זוגה בעזה היות והמשיבים אינם מאפשרים את מעברו של מי שמענו הרשום בעזה לגדה המערבית. כך, **לא זו בלבד שמעבר העותרת להתגורר בעזה נכפתה עליה נוכח מדיניות המשיבים, הרי שעתה, מבקשים המשיבים אף לכפות עליה לותר על זכותה לשוב אי פעם לגדה.** בכך, פועלים המשיבים בניגוד לאיסור על העברה בכפייה במשפט הבינלאומי.

החלטת המשיבים אינה מידתית ואינה סבירה באופן קיצוני

42. ברור כי השיקול ההומניטארי אינו השיקול הבלעדי שעל המשיבים לקחת בחשבון. בעניין עמותת רופאים לזכויות אדם נקבע כך:

מתן סעד מטעמים הומניטריים, עם כל חשיבותו, איננו ערך מוחלט הגובר בכל מצב ובכל תנאי על הערכים המתמודדים. כאשר, בצד הטעם ההומניטרי, ניצב ערך נוגד חשוב - בין אינטרס נוגד של הפרט ובין אינטרס נוגד של הציבור, נדרשת הרשות המוסמכת לשקלל בין מכלול הערכים, ולקבוע את נקודת האיזון המידתית הראויה ביניהם. על האינטרסים הנוגדים בעלי החשיבות הרבה ביותר נמנים שיקולי ההגנה על בטחון הפרט והציבור. **בטחון החיים של תושבי ישראל הוא ערך רב מעלה, ומשקלו רב באיזון שבינו לבין הערך ההומניטרי שבמתן סעד לנזקק. במקום שבו מתן סעד לנזקק עלול לסכן באופן ממשי את בטחון חייהם של תושבי המדינה, עשוי שיקול ההגנה על הביטחון לגבור.** אמת המידה לאיזון היא המידתיות (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פד"י נח(5) 807, 836-837 (2004)). במסגרת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים, ובגדרה של דרישת המידתיות, יש לאמוד את מידת הצורך בסעד המבוקש מבחינת הנזקק, ובגדרי שיקול זה יש לשקול מהי חומרת מצבו, ובאיזו מידה פתוחה בפניו האפשרות לקבל סעד חלופי במקום אחר; כנגד שיקול זה, נשקל השיקול הנגדי, למשל - הסיכון הבטחוני העלול להתהוות מכניסת הנזקק לסעד לישראל, פעילותו בהקשר זה, ומידת עוצמתו של סיכון זה (ס... לפס"ד).

43. אפשר שהמשיבים יטענו כי בבסיס החלטתם בבקשת העותרת עומד השיקול למנוע מעברים תדירים שלה בין עזה לגדה וכי מדובר באינטרס ביטחוני לגיטימי. ואולם, טענה זו אינה יכולה לעמוד שהרי לאינטרס זה ניתן מענה במסגרת הקריטריונים הצרים שנקבעו והעותרת, הגם שמענה רשום בגדה, אינה יכולה לעבור בין עזה לגדה אלא בכפוף לקריטריונים בדיוק כמו כל אדם אחר המתגורר בעזה, תהיה כתובתו הרשומה אשר תהיה. לכן אין באינטרס זה לעמוד כנגד השיקול ההומניטארי.

44. כפי שנאמר לעיל, נראה כי האינטרס האמיתי העומד מאחורי דרישות המשיבים הוא למנוע מהעותרת את האפשרות לחזור אי פעם לגדה המערבית. מדובר כאמור באינטרס זר, האסור על פי כללי המשפט הבינלאומי ועל כן הוא אינו לגיטימי ואינו לתכלית ראויה, על אחת כמה וכמה בהיעדר טעמים ביטחוניים פרטניים.

45. גם אם נניח לצורך הדיון כי מדובר בתכלית ראויה, הרי שעל האמצעי הננקט לעמוד בעקרון המידתיות:

עקרון המידתיות שואב את כוחו מהמשפט הבינלאומי כמו גם מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (עניין מראעבה, בעמ' 507). כדי לעמוד בתנאי המידתיות, על המפקד הצבאי הנטל להראות כי קיימת התאמה בין האמצעי הננקט על-ידו לבין המטרה (מבחן המשנה הראשון של המידתיות); כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין החלופות האפשריות (מבחן המשנה השני); ושקיים יחס ראוי בין הפגיעה בחירויות הפרט הנובעות מן השימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהפעלתו (מבחן המשנה השלישי, הידוע גם כ"מבחן המידתיות במובן הצר") (עניין מוראר, פסקה 18; כן ראו עניין בית סוריק, בעמ' 840). נדון במבחנים אלה אחד לאחד (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נגד שר הביטחון** (29.12.2009), ס' 29 לפס"ד של הש' פוגלמן).

46. ואולם נראה כי האמצעי בו נקט המשיב - כפיית השתקעות ברצועה וויתור על הזכות לחזור לגדה כתנאי לביקור האם החולה - אינו עומד אף בשלושת מבחני המשנה. באשר למבחן הראשון כבר נפסק כי:

מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון (בג"ץ 9593/04 **מוראר נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה**, (26.6.2006), פס' 25 לפס"ד של הש' בייניש).

47. כך, לצורך השגת מטרה של צמצום התנועה בין שני חלקי הטריטוריה הפלסטינית, מתנים המשיבים ביקור הומניטארי של העותרת אצל אמה החולה בכך שתתחייב להשתקע ברצועה עזה באופן שימנע ממנה בעתיד כל אפשרות לחזור לגדה. ברור כי זהו אמצעי שרירותי, בלתי הוגן ומחוסר הגיון, העושה שימוש ציני בבקשה הומניטארית מהמדרגה הראשונה ומנצל את חולשתה של העותרת ואת תלותה במשיבים על מנת לבקר את אמה, אולי בפעם האחרונה.

48. יותר מכך, המשיבים מכירים בזכותם של מי שמענם הרשום בגדה לחזור לגדה ואף קבעו קריטריון לעניין זה ואם כך הדבר, אין כל היגיון והוגנות לאלץ את העותרת, בניגוד לרצונה, לוותר על זכותה לשוב למקום הולדתה, רק על מנת שתוכל לבקר את אמה החולה כאמור, העותרת אינה יכולה לצפות, באילו נסיבות תאלץ לחזור לגדה, גירושין או התאלמנות הן שתיים מהאופציות הללו והמשיב דורש ממנה לוותר על אפשרות זו ולקבוע את גורלה לצמיתות.

49. נוכח הפגיעה הקשה בזכויות העותרות, ההחלטה אינה עומדת גם במבחן המידתיות השני והשלישי. אין ספק כי המשיבים יכלו לבחור אמצעי פוגעני פחות על מנת להשיג את התכלית של צמצום התנועה בין הגדה לרצועה. למעשה, משטר ההיתרים המצומצם שקבעו המשיבים

מונע חופש תנועה מהפלסטינים אלא אם כן הם עומדים בקריטריונים המגבילים שקבעו המשיבים. משום כך, דרישת המשיבים למעשה פוגעת בעותרת ללא ספק למעלה מן הנדרש.

50. מבחן המידתיות השלישי דורש, כי הפגיעה הצפויה מהחלטת הרשות, תעמוד ביחס סביר לתועלת הצפויה מההחלטה. אף אם צומחת למשיבים תועלת כלשהי, והתועלת אינה ברורה, שהרי גם כעת נתונה העותרת למשטר המעברים המצומצם שקבעו המשיבים, הרי שהנזק שנגרם לה עולה לאין שיעור על התועלת.

לאור כל הנאמר לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לאשר את בקשת העותרות לצאת לגדה המערבית לביקור חולה וכן לאפשר לתושבים פלסטינים המתגוררים בעזה וכתובתם רשומה בגדה המערבית, לצאת לביקור קצר מועד, בהתאם לקריטריונים שנקבעו, וכפי שמתאפשר לתושבים פלסטינים שכתובתם רשומה בעזה.

בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרות ושכ"ט עורך דין.



סיגי בן ארי, עו"ד

ב"כ העותרות

11.2.2019