

1. ת"ז, [redacted]
2. ת"ז, [redacted], ילידת 2015
3. עמותת "גישה- מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
ע"י ב"כ עוה"ד מונא חדאד; אסנת כהן ליפשיץ;
מוריה פרידמן שריר; סיגי בן ארי מ"גישה - מרכז
לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב
טלפון: 03-6244120, פקס: 03-6244130

העותרים

- נגד -

1. המנהל האזרחי בגדה
2. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
3. מינהלת התיאום והקישור (עזה)

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

המשיבים

עתירה מינהלית דחופה

מוגשת בזאת עתירה מינהלית במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לאשר את בקשתן של העותרות 1-2, אם ובתה הקטינה תושבות פלסטיניות אשר התגוררו ברצועת עזה ונמצאות בימים אלה בירדן, להיכנס לגדה המערבית מירדן לצורך חזרתן לגדה.

בשל אופייה הדחוף וההומניטארי של העתירה, במיוחד במהלך תקופה זו כפי שיפורט, לעתירה זו נלווית בקשה לקיום דיון דחוף.

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.

העתירה נתמכת בתצהיר העותרת 1 שנחתם בפני עו"ד בירדן ונשלח לח"מ, לאחר תיאום טלפוני. בשל הקושי בקיום מפגשים בין העותרת 1 לבין ב"כ, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את התצהיר ואת ייפוי הכוח שנחתמו ונשלחו בפקס.

ואלו נימוקי העתירה:

הצדדים:

1. **העותרת 1** (להלן: **העותרת**) היא תושבת פלסטינית שמענה הרשום בגדה המערבית, שם היא נולדה וגדלה. בשנת 1999 עברה העותרת להתגורר ברצועת עזה, זאת לאחר נישואיה לתושב פלסטיני המתגורר שם. היא נמצאת בימים אלה בירדן בניסיון לעבור דרך מעבר גשר אלנבי חזרה לביתה בגדה, יחד עם בתה בת ה-4 שנים, היא **העותרת 2**.
2. **העותרת 3** (להלן: **גישה**) הינה עמותה רשומה ללא מטרות 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: **המנהל האזרחי**) הינו הגוף האחראי לנהל את העניינים האזרחיים בגדה המערבית מכוח הצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה ושומרון) (מס' 947), התשמ"ב-1981.
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: **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.

התשתית העובדתית ומיצוי ההליכים

6. העותרת נולדה בשנת 1983 בגדה המערבית, שם היא גדלה ושם רשום מענה. בשנת 1999 נישאה העותרת לתושב פלסטיני המתגורר בעזה, מר [REDACTED] (ת"ז [REDACTED]), ועברה להתגורר עימו ברצועה. במהלך השנים נולדו לבני הזוג 6 ילדים, ביניהם העותרת 2, היא בתה הצעירה ביותר, בת 4 שנים, שמענה אף היא רשום בגדה.
העתק תעודת הזהות של העותרת 1 ותעודת הלידה של העותרת 2 מצ"ב ומסומן ע/1.
7. נוכח מדיניות המשיבים כפי שתפורט בהמשך, במהלך 20 השנים בהן התגוררה העותרת בעזה, היא זכתה לבקר את הוריה בגדה המערבית 4 פעמים, לאחרונה בשנת 2012. בכל הפעמים הללו, קיבלה העותרת היתר ביקור לימים ספורים מהמשיבים ובתום ההיתר שבה לרצועת עזה.
8. בחודש מרץ 2019 הוגשה עתירה לבית משפט נכבד זה בשמה של העותרת וילדיה הקטינים בכדי לאפשר להם לצאת מרצועת עזה לגדה לצורך ביקור אביה החולה של העותרת. העתירה הוגשה כנגד סירוב המשיבים לאפשר את מעברה בטענה לקיומם של "טעמים ביטחוניים", אך נמחקה ביוזמת העותרים בטרם בירורה (בשלב שלאחר הגשת התגובה המקדמית על ידי המשיבים) וזאת בעיקר עקב שינוי במצבו הרפואי של אבי העותרת (עת"מ 59863-03-19).
9. **העותרת סבלה מבעיות רבות וקשות עם בן זוגה**, [REDACTED] **שהתעצמה בתקופה** **האחרונה. בני הזוג נמצאים** [REDACTED], **והעותרת הגישה שתי בקשות לחזרה לגדה, בכדי שתוכל לעזוב את הסביבה** [REDACTED] **ולחזור לבית הוריה. בקשותיה הוגשו בוועדה**

האזרחית הפלסטינית בחודש ספטמבר 2019 ובחודש נובמבר 2019, אך על אף ניסיונותיה הבקשות לא קיבלו כל מענה. לאחר שהמצב הפך להיות בלתי נסבל והיא לא יכלה להישאר עוד בביתה ברצועת עזה, היא נאלצה לצאת יחד עם בתה הצעירה ביותר דרך מעבר רפיח בכדי שתוכל לחזור לגדה דרך מעבר גשר אלנבי.

10. העותרת ובתה הקטנה הגיעו למעבר גשר אלנבי ביום 31.12.2019, אך כניסתן לגדה נמנעה על ידי הצד הישראלי ונמסר לעותרת כי כניסתה מסורבת. הא ותו לא. מאז ועד היום היא ניסתה מספר רב של פעמים לחזור לגדה מבלי שהדבר צלח.

11. העותרת שהתה בהתחלה בבית מלון בירדן בתקווה כי הדבר יסתדר במהרה, אך לאחר שלא יכלה לעמוד עוד בהוצאות, היא עברה לשהות בבית דודתה, אשר אינה יכולה לעמוד יותר באירוחה לתקופה כה ממושכת ושלא הייתה צפויה.

12. העותרת פנתה לעמותת גישה, העותרת 3, אשר פנתה בשמה ביום 26.2.2020 במכתב דחוף למנהל האזרחי וביקשה להסדיר את כניסת העותרת ובתה הקטנה לצורך חזרתן לגדה. נוכח דחיפות המקרה, התבקשה תשובה עד ליום 8.3.2020.

העתק מכתב עמותת "גישה" בעניין העותרת מיום 26.2.2020 מצ"ב ומסומן ע/2.

13. לאחר שלא התקבלה כל תשובה במועד המבוקש, הח"מ ונציגי עמותת גישה פנו מספר פעמים לנציגי המנהל האזרחי בכדי לקבל תשובה או לדעת היכן עומד הטיפול בבקשתה של העותרת. נציגי המנהל האזרחי סירבו לתת מענה או כל מידע לעניין הטיפול בבקשה. בשיחה טלפונית עם נציגה במנהל האזרחי בשם אמטיאז, נמסר לח"מ כי המענה יינתן תוך 45 ימים, וכי דחיפות המקרה לא תקדים את הטיפול בבקשת העותרת. נציגי עמותת גישה ניסו לפנות גם למר בר יהודה בר, קצין פניות הציבור במנהל האזרחי, בכדי להסביר אודות דחיפות המקרה וביקשו לכל הפחות לקבל מועד צפוי לתשובה.

14. על אף ניסיונות אלה לקבל תשובה, ביום 12.3.2020 התקבלה רק תשובת ביניים מהמשיב 1 לפיה: "קיימים רגישות ועיכובים המתרחשים בעקבות התפרצות נגיף הקורונה... כאשר תינתן תשובה מהגורמים הרלוונטיים, היא תועבר אליכם ללא דחוי".

העתק תשובת המשיב 1 מיום 12.3.2020 מצ"ב ומסומן ע/3.

15. יצוין, כי ידוע לעותרים אודות החלטת הגורמים הרלוונטיים לסגור את מעבר גשר אלנבי בין ישראל לירדן עקב התפשטות נגיף הקורונה, אך בהתאם להודעה הרשמית בעניין, המעבר יהיה פתוח בפני, בין היתר, תושבי הגדה המבקשים לחזור לביתם, דוגמת העותרת ובתה.

העתק ההודעה של המתפ"ש מיום 10.3.2020 מצ"ב וסומן ע/4.

16. העותרת 1 נמצאת במצב נפשי קשה, במיוחד נוכח המצב הקיים בימים אלה עם התפשטות נגיף הקורונה. היא לא יכולה לנוע ממקום ולמקום, וחוששת שלא יהיה לה איפה לשהות בירדן, וכל רצונה הוא להיות בבית משפחתה בגדה, יחד עם בתה, במקום בטוח וגם רחוק מכל חשש להידבקות בוירוס. החשש מתעצם עקב חוסר הידיעה באם הנגיף ימשיך ויתפשט והמעברים יסגרו כליל והיא תישאר רחוק מביתה בגדה ואף מביתה ברצועת עזה.

17. נוכח סירוב המשיבים לאפשר כניסתן של העותרות 1-2 ממעבר גשר אלנבי חזרה לביתן בגדה, ונוכח סירובם לתת מענה על אף דחיפות העניין במיוחד במהלך תקופה זו, מוגשת עתירה דחופה זו.

הטיעון המשפטי

18. סירוב המשיבים לאפשר לעותרות שמענן רשום בגדה, להיכנס לגדה דרך מעבר גשר אלנבי ולממש את זכותן לחזור ולהתגורר בגדה, תוך השארתן "תקועות" במדינה זרה הרחק מביתם, הינו בלתי סביר ובלתי מידתי בהיותו פוגע בצורה אנושה בזכויות העותרות לחופש תנועה, חיי משפחה ולחיים בכבוד. העותרות אינן יכולות לחזור לרצועת עזה, הן מאחר שמעבר כזה לא יאושר על ידי הרשויות לא במעבר ארז ולא במעבר רפיח, ובמיוחד בימים אלה נוכח התפשטותו של נגיף הקורונה. מה שגם שהעותרת לא יכולה לחזור לגור בביתה ברצועת עזה נוכח המצב הקשה עם בן זוגה, [REDACTED] עליה והסכסוך ביניהם. היא מנסה ומבקשת להגיע חזרה לבית הוריה ולסביבה תומכת ובטוחה בגדה המערבית, **זאת במיוחד בימים אלה בגלל החשש להתפשטותו של נגיף הקורונה והחשש כי המעברים יהיו סגורים כליל והיא לא תוכל לחזור לביתה ותישאר בלי מקום בטוח לחיות בו.**

19. אין חולק כי העותרת זכאית לחזור לגדה מרצועת עזה לאור עמידתה בקריטריונים שנקבעו על ידי המשיבים. יחד עם זאת, בקשותיה אלה לא קיבלו מענה במשך כשלושה חודשים. התנהלות זו של המשיבים, אשר העמידה את העותרת בפני מצב בלתי אפשרי, מהווה הפרה בוטה של עקרונות המשפט המינהלי, ולא הותירו בידי העותרות ברירה אלא לחזור לביתה דרך מעבר גשר אלנבי בכדי להימלט מהסביבה האלימה שבה היא חייה. עם הגיעה שם, שוב המשיבים פעלו בצורה הפוגעת בזכויותיהן, מותרות אותן הרחק מביתן ומסביבה בטוחה ומוגנת.

המסגרת הנורמטיבית

20. בהתאם לדין הבינלאומי זכותו של תושב פלסטיני שכתובתו רשומה בגדה, לשוב לשטחי הגדה המערבית.

21. עם עלייתו של שלטון החמאס ברצועת עזה, בחודש יוני 2007, נקבע בהחלטת הקבינט המדיני-בטחוני מיום 19.9.2007 כי לצד הגבלות נוספות, תוטל מגבלה על תנועת אנשים בתוך שטח מדינת ישראל מן הרצועה ואליה. ממועד זה ואילך, יציאתם של תושבים פלסטינים מרצועת עזה לגדה המערבית, מותנית בעמידה בקריטריונים שנקבעו בשני מסמכי מדיניות כלליים-מסמך משרד הביטחון שכותרתו "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" משנת 2011 (להלן: **מסמך המדיניות**) ומסמך המתפ"ש ששמו "סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל" (להלן: **סטטוס הרשאות**). סטטוס ההרשאות מתעדכן מעת לעת ואמור לשקף איזון בין צרכיה הביטחוניים של ישראל ובין חובותיה המשפטיות כלפי תושבי הגדה והרצועה כאחד.

למסמך המדיניות:

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

העותרת עומדת בקריטריון לחזרה לגדה המערבית

22. במסמך המדיניות העוסק כאמור בתנועה בין ישראל לרצועת עזה, נקבע כי אחד המקרים המאפשר כניסה לישראל הוא "כניסת פלסטינים שמענם הרשום באיו"ש לישראל לצורך חזרתם לאיו"ש - מקום בו המעבר לרצועה נעשה על דעתה של מדינת ישראל ובתיאום עמה, ומבלי שהוגבלה חזרתם לאזור דרך ישראל" (ס' 12 לחלק א במסמך). קריטריון זה בלשון זהה, מופיע גם בסעיף 2ט לפרק ג' לסטטוס ההרשאות המפרט את הקריטריונים לכניסת פלסטינים לישראל לצורך מעבר בין הגדה המערבית ורצועת עזה.

העתק החלק הרלוונטי במסמך המדיניות מצ"ב ומסומן ע/5.

העתק החלק הרלוונטי בסטטוס ההרשאות מצ"ב ומסומן ע/6.

23. העותרת ובתה, אם כן, עומדות בתנאי מדיניות התנועות של המשיבים לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית: מענן רשום בגדה המערבית והן לא נכנסו לעזה שלא "על דעתה של מדינת ישראל ובתיאום איתה". על כן, על המשיבים מוטלת החובה לאפשר את כניסתן לגדה, בהיותה חלק מזכותן לחזור לביתן, אף אם מעבר זה אינו נעשה דרך ישראל.

24. זאת ועוד, מאחר ששתי העותרות נמצאות בימים אלה בירדן, הרי שעל המשיבים לאפשר את מעברם גם בהתאם לנהליהם בהם הם מצהירים כי, "מעבר גשר אלנבי נועד למעברה של האוכי הפלס' מהגדה המערבית..." (ר' "נוהל מעבר תושבי רצועת עזה במסוף אלנבי"). מכאן שזכותן של העותרות להיכנס חזרה לגדה דרך מעבר אלנבי.

המשיבים אינם יכולים למנוע את חזרתה של העותרת לביתה בגדה דרך מעבר גשר אלנבי

25. משמעות החלטתם היום היא הותרת העותרות הרחק מביתן (הן בגדה והן ברצועת עזה) ומחוסרת בית. היעלה על הדעת כי בכוונתם להשאיר אישה ובתה בת הארבע שנים "תקועות" במדינה זרה ללא בית וללא מעמד בשל סירוב תמוה?

26. למען הזהירות יצוין, כי המשיבים אינם יכולים להסתמך על אותו טעם ביטחוני הנטען על ידם בעבר – ואשר לא התברר לגופו בבית המשפט – לסירוב בקשתה של העותרת וילדיה ליציאה מרצועת עזה לגדה לצורך ביקור אביה החולה (המקרה מושא העתירה הקודמת שהוגשה בשמה של העותרת במסגרת עת"מ 19-03-59863), שכן השיקולים והאיזונים הם בהחלט שונים, במיוחד נוכח חובתם של המשיבים מכוח המשפט הבינלאומי המטיל עליהם חובה לאפשר חזרת תושב למקום מגוריו והאוסר על העברה בכפייה.

27. כידוע, זכותו של תושב פלסטיני שכתובתו רשומה בגדה המערבית לשוב ולהתגורר בגדה. גם המשיבים מכירים בזכות זו ועל כן קבעו קריטריון מפורש ונוהל מיוחד המאפשר את מימושה. סירוב המשיבים לאפשר כניסתה חזרה של העותרת לגדה מהווה הפרה בוטה של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, האוסר על העברת אוכלוסייה משטח כבוש. סעיף זה קובע איסור על העברתו של אדם בניגוד לרצונו, אם תוך הפעלת לחץ ישיר או עקיף, סמוי או גלוי ואם תוך ניצול כח שלטוני (ר' גם ICTY, [Prosecutor](#)).

Prosecutor v. ; v. *Krnojelac*, "Judgement", IT-97-25-T, 15 March 2002, para. 475
Judgement, 12 June 2002, Dragoljub Kunarac et al., Case No. IT-96- 23/1-T,
(para.129).

28. סעיף 47 לאמנת ג'נבה קובע במפורש כי בשום פנים ואופן לא ישללו ממוגנים את ההנאות והזכויות המוקנות להם מאמנה זו, ובין היתר, גם לא בגלל הסכם שנעשה בין הרשויות של הכוח הכובש ורשויות השטח הכבוש. זאת מתוך ההיגיון לפניו תמיד יהיה חוסר שוויון בכוחות בין שני צדדים אלה. קל וחומר בענייננו שבו סירוב המשיבים משמעו הותרת העותרות במדינה זרה הרחק מביתן, מבלי כל יכולת אף לחזור לרצועת עזה ולסביבה אלימה ולא בטוחה.

29. יודגש, כי אנו עוסקים באיסור שהוא 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.

30. להשלמת התמונה, העותרים ידגישו כי אין אנו עוסקים במקרה בו מניעת חזרתה של העותרת לגדה נובעת מצרכי ביטחון כלשהם (השוו בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352 (3.9.2002)), אלא כתוצאה מסירוב תמוה ולא ידוע, ולאחר שהם נמנעו במשך חודשים מלטפל בבקשה ההומניטרית של העותרת ומתן מענה בזמן סביר.

המשיבים הפרו את החובה לפעול במהירות הראויה

31. המשיבים עוד הפרו את חובתם לפעול במהירות הראויה. במקרה דנן העותרת חיכתה לתשובה לבקשה מספטמבר כשלושה חודשים, במהלכן הגישה בקשה נוספת בתקווה שהיא תזכה לתשובה. מאחר שהמשיבים לא פעלו במהירות הראויה, היא נאלצה לחפש דרכים אחרות בהן תוכל לחזור לביתה בגדה, לסביבה בטוחה ותומכת, והרחק [REDACTED] ברצועת עזה.

32. גם פניותיה במעבר גשר אלנבי, וניסיונות ב"כ להסביר אודות מצב ודחיפות הטיפול בבקשה, ומתן עזרה לאישה הסובלת ממצב קשה, לא זכו לאוזן קשבת מצידם של המשיבים. במקום זאת, כל שנמסר לעותרת במעבר גשר אלנבי כי בקשתה מסורבת וכי לא תתאפשר כניסתה לגדה לצורך חזרתה לביתה.

33. חובתה של רשות מנהלית לפעול במהירות הראויה ולהשיב לפונים אליה בתוך זמן סביר היא מן מושכלות היסוד של מינהל תקין (בג"צ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007); יצחק זמיר **הסמכות המנהלית**, כרך ב', מהדורה שנייה 1098 (2011)). חובה זו הינה חובה כללית החולשת כמעט על כל הפעולות המנהליות, למעט כאשר דין ספציפי קובע חובת עשייה במועד נקוב (אליעד שרגא ורוני שחר, **המשפט המנהלי**, כרך 3, 338 (2008)).

34. למעשה, החובה המוטלת על הרשות המנהלית להפעיל את סמכויותיה במהירות ראויה היא חלק מהחובה הכללית החלה על רשות לנהוג בסבירות במובנה הרחב (בג"צ 6300/93 **המכון**

להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441 (1994); בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, פ"ד סב(2) 123 (2007) (להלן: עניין גלאון)). עיכוב במתן מענה לפיכך יכול להעיד על חוסר סבירות בהתנהלות הרשות, שמצדיקה התערבות שיפוטית.

35. הפסיקה פירשה את המושג "מהירות ראויה" כמתייחסת למעשה למענה תוך "זמן סביר". אולם, התשובה לשאלה מהו "זמן סביר" תיקבע בכל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו הוא. על פי הפסיקה, יש לבחון אם בקביעת לוח הזמנים בטיפול בנושא הנדון שקלה הרשות את כלל השיקולים הראויים תוך מתן משקל ראוי לכל אחד מהם (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים נ' שרת החינוך (15.12.2004); בג"ץ 7844/07 פנחס כהן נ' ממשלת ישראל (14.4.2008)). קביעת הזמן הסביר לפעולה במקרה הקונקרטי נגזרת מאילוצים מעשיים מחד ומעוצמת המשקל והחשיבות לביצוע הפעולה במהירות ביחס לאינטרס הכלל או היחיד, מאידך (עניין גלאון לעיל, פס' 8). כאשר מדובר בסוגיה או החלטה שיש לה השלכה על זכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (עניין גלאון לעיל, 153) ועל הרשות לקחת זאת בחשבון בעת הטיפול בפנייה.

36. בית המשפט הנכבד התייחס ספציפית לשאלה מהו זמן סביר לקבלת מענה לבקשותיהם של תושבי רצועת עזה להיכנס לישראל (לרבות לצורך מעבר לגדה המערבית ולחוו"ל). בבג"ץ Avocats Sans Frontieres 4212/06 נ' אלוף פיקוד הדרום (28.06.2006), קבע כב' השופט א' לוי ז"ל:

המשיבים אינם חולקים על חובתם לפעול במהירות, וכיצד היו יכולים לטעון אחרת נוכח הוראתו של סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. יחד עם זאת, יש קושי לקבוע נורמה מחייבת באשר למועד מתן התשובה, הואיל וההחלטה היא בעיקרה פרטנית ותלויה בנסיבותיו המיוחדות של המבקש או המבקשת את היתר הכניסה או המעבר. (ההדגשה אינה במקור).

37. בהתאם לאמור בפסיקה, נראה כי המשיבים התעלמו לחלוטין מעוצמת המשקל והחשיבות שבביצוע הפעולה במהירות לאור האינטרס של העותרות לעבור למגורי קבע בגדה ולהתרחק מהסכסוך [REDACTED] בין העותרת לבין בן זוגה.

המשיבים פוגעים באופן בלתי מידתי בזכויות העותרות

38. סירובם של המשיבים לאפשר את כניסתה של העותרת ובתה חזרה לגדה לא רק שהוא בלתי סביר, אלא הוא גם בלתי מידתי בהיותו פוגע בזכויות היסוד של העותרות. יוזכר, כי נוכח השליטה של ישראל על מעברי הגבול בין רצועת עזה לבין שטחה ושליטתה על תחומי חיים רבים של תושבי עזה והגדה, מחויבת היא מכוח המשפט הבינלאומי והישראלי לכבד ולהגן על אותן זכויות האדם המושפעות משליטתה- בראשן ובעיקרן הזכות לחופש התנועה של התושבים והזכויות שנגזרות ממימוש חופש התנועה, כגון במקרה דנן זכות החזרה לביתה בגדה, לחיי משפחה ולכבוד. משמעות התנהלותם של המשיבים וסירובם לאפשר כניסת העותרת לגדה היא הותרת העותרת ובתה מחוסרת בית במקום זר, או אילוצה העותרת לחזור

לסביבה אלימה ברצועת עזה וזאת אם מעברה חזרה לשם יתאפשר בנסיבות העניין.

39. חופש תנועה הוא הביטוי המרכזי לחירותו 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 (2006); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (2005); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, (1994).

40. בסירובם לאפשר לעותרת ובתה הקטנה לחזור לגדה המערבית, פוגעים המשיבים בחופש התנועה שלה, בזכותה לקיים חיי משפחה בגדה לצד בני משפחתה בזכות לחיות בכבוד ובבטחה ובתוך כך גם בזכותה הטבעה לחירות ולחופש הפעולה שלה. הם פוגעים באוטונומיה של רצונה החופשי, בכבודה ובחירותה במובנה היסודי ביותר (בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ ממשלת ישראל, סי' 29 לפס"ד של הש' לוי, 30.3.2006).

41. ואכן, זכות העותרת לאוטונומיה ולחופש בחירה, שהם חלק מכבוד האדם, נפגעות קשות כאשר המשיבים אינם מאפשרים לה לעצב את חייה כרצונה ולממש את בחירתה לחזור לגדה ולחיות בה וזאת במיוחד נוכח נסיבותיה המיוחדות והקשות של העותרת לפיהן היא מנסה לשקם את חייה ולא לחיות בסביבה אלימה.

42. סעיף 12(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע במפורש כי, בנוסף על הזכות לחופש תנועה וכחלק בלתי נפרד ממנה, זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו. זכות זו כוללת הגנה מפני גירוש, העברה בכפייה ומניעת כניסתו של אדם לביתו (ר' N Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9). ניתן להגביל זכויות אלה בהתאם לקבוע בסעיף 12(3) לאמנה, אשר אינם מתקיימים בנסיבות עניינו.

המשיבים הפרו את חובת ההגנות של הרשות

43. חובת ההגנות של הרשות היא אבן פינה בדיני המינהל הציבורי, בהיותה נאמן של הציבור (בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1), 289 (1998); דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי**, כרך א' 276 (2010)). חובת ההגנות נובעת מכך שהשלטון והיחיד אינם שווי-כוחות ואינם שווי-מעמד. השלטון מחזיק כוח ועצמה וחובת ההגנות נועדה לשמש בלם לכוח ורסן לעצמה. הגם שהעותרות 1-2 אינן אזרחיות ישראל, הן עדיין תלויות בהחלטת המשיבים. כל עוד למשיבים היכולת למנוע את מעברן לגדה ועל דרך זו לפגוע בזכויות יסוד המוקנות להן, עליהם החובה לנהוג כלפיהם במידת ההגנות, כמו כלפי כל פונה התלוי ברשות.

44. חובת ההגנות מחייבת את הרשות לטפל באופן רציני ואחראי בפנייתם של תושבים כדוגמת העותרות, ולהשיב להם בזמן סביר מהי החלטתה. אי מתן מענה במשך תקופה החורגת מגדר הסביר כמוה כדחיית הבקשה ללא מתן נימוקים (ר' פס' 7 בפסק הדין בעת"מ 17515-02-17 עביר מאדי נ' שר הביטחון ואח', מיום 12.3.2017). לעניין זה יפים דבריו של פרופ' זמיר:

"מבחינתו של אדם הנזקק להחלטת הרשות, שיהוי במתן החלטה עלול לגרום נזק רב...לעתים, כאשר העניין דחוף, נזקו של שיהוי יכול להיות שקול כנגד נזקו של סירוב" (זמיר לעיל, 1093).

45. כך, הפונה מצוי בפני שוקת שבורה- אין הוא יודע מתי ואם בכלל תאושר בקשתו, ואין הוא יודע כיצד להתייחס לעיכוב. אין בפניו גם נימוקים מדוע בקשתו מתעכבת או למעשה נדחית, דבר הפוגע ביכולתו למצות את זכויותיו באפיקים אחרים ובפרט בפני ערכאות. לעניין זה יפים דברי השופטת יהודית צור בעת"מ (י-ם) 139/07 משה כהן נ' שר הפנים פס' 49 (25.07.2007):

"בתי המשפט חזרו והדגישו את החובה של רשות ציבורית לטפל בפניות של אזרחים בדרך עניינית ויעילה. חשוב במיוחד להקפיד על מתן תשובה תוך זמן סביר והעיקר יש ליידע את הפונה בצורה ברורה ומדויקת מהי עמדת הרשות בעניינו ומה נדרש ממנו לעשות על מנת לקדם את עניינו בצורה יעילה ועניינית."

יש לאשר את בקשת העותרת במסגרת הסמכות הכללית הנתונה למשיבים

46. מבלי לפגוע בטענות שנטענו לעיל ובפרט בטענה שהמשיבים פועלים בניגוד לאיסור על העברה בכפייה וכי בקשתה של העותרת נופלת בגדר נהלי המשיבים, יצוין כי על 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, משפט מינהלי (כרך א') עמ' 250).

47. 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).

48. 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 (28.11.2013), פס' 11 לפס"ד).

יישומן של הנחיות מינהליות אמור להיעשות בגמישות – באותם מקרים שבהם מצדיקות זאת נסיבותיו המיוחדות של המקרה. (עע"ס 4014/11 **אבו עיד נ' משרד הפנים** (1.1.2014), פסי' 32 לפ"ס של הש' ברק-ארז).

ובבג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד** (3.6.1992, פסי' 24 לפס"ד) נקבע:

... הלכה שנתקבלה ומסורה היא: רשות אשר קנתה שיקול דעת אסור לה לדחות בקשה המונחת לפניה 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 העלות עניינו לפניה.**

49. לא לפני זמן רב, בבג"ץ 2777/18 **כרנז נגד מפקד כוחות צהל בעזה** (16.4.2018, פסי' 9 לפס"ד), חזר בית המשפט הנכבד זה על עקרון חשוב זה באמרו:

הפעלת שיקול דעת לצורך יישומו של נוהל מינהלי בעניינו של אדם צריכה להתבצע לאחר בחינת נסיבותיו הקונקרטיים והרלוונטיות לשם קבלת ההחלטה. **אף במקרים בהם מגבשת הרשות המינהלית מדיניות כללית, עליה לבחון האם ראוי ליישם אותה בשים לב למערכת העובדות בכל מקרה** (ראו: בג"ץ 3758/17 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט**, פסקה 29 (20.07.2017); ברק-ארז, 201-206, 439-440). לא שוכנענו מטיעוני המשיבה כי בעת הפעלת שיקול הדעת טרם קבלת ההחלטה בעניינו של העותר 1 נבחנה השאלה האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות, או כי נערכה בחינה קונקרטיית של נסיבותיו הפרטניות של העותר...

50. המשיבים עצמם, מכירים בחובתם להפעיל שיקול דעת פרטני, גם אם בקשה שהגיעה לפתחם אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו על ידיהם. הכרתם בחובה זו, באה לידי ביטוי אף במסמך הרלוונטי לעניינו - מסמך המדיניות העומד בבסיס סטאטוס הרשאות - הקובע בסי' 6 כי המשיבים מחויבים לבחון כל בקשה שמוגשת אליהם, אף אם אינה עומדת בקריטריונים, כדלקמן:

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

51. 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.

סיכום

52. התנהלות המשיבים בטיפול בבקשתן של העותרות 1-2 ולאפשר את מעברן לגדה חזרה לביתן, במיוחד בנסיבות המתוארות בעתירה דנן, חורגת מכל סטנדרט תקין של פעילות מנהלית. כתוצאה מכך, היא פוגעת לאין שיעור בזכויות יסוד וזכויות חוקתיות של העותרות, זכותן לתנועה, לחיי משפחה ולכבוד, ולחיות בביתן בסביבה בטוחה ומוגנת. משאלה אנושית זו של העותרות נתקלה באטימות.

53. אשר על כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לאשר את בקשתן של העותרות 1-2 לחזרה לגדה ולאפשר את מעברן לגדה המערבית מוקדם ככל האפשר. בית המשפט הנכבד מתבקש גם לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות אגרת בית משפט ושכ"ט עו"ד כדין.

17.3.2020

מונא חדאד, עו"ד
ב"כ העותרים