

1. פ. ס. ת.ז., ילידת 2014
2. ת.ז., ילידת 2016
3. ת.ז., ילידת 2018
4. ת.ז., ילידת 2018
5. עמותת גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר)

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, 67770
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130
דוא"ל: info@gisha.org

העותרים

- נגד -

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. מנהלת תיאום וקישור לרצועת עזה
3. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רחוב מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים.
ת.ד. 49333, מיקוד: 9149301.
טלפון: 02-5419555; פקס: 02-6468053
דוא"ל: DA-JER-civil@justice.gov.il

המשיבים

עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה מינהלית במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים **לאשר את בקשת העותרים 1-4, אם וילדיה הקטינים, שמענם הרשום הוא בגדה, לחזור מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע.**

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

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

ואלו נימוקי העתירה:

סמכות עניינית

1. 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 3 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

2. **העותרת 1** (להלן: **העותרת או האם**) היא אמם של **העותרים 2-4** (להלן: **הילדים או הקטינים**). מענם הרשום של העותרים במרשם האוכלוסין הינו בגדה המערבית והן מתגוררים כרגע ברצועת עזה.

3. **העותרת 5**, עמותת "גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע" (ע"ר) (להלן: **עמותת גישה**) הינה עמותה ישראלית, שמטרתה להגן על זכויות אדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה, ביניהן הזכות לחופש התנועה.

4. **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.

5. **המשיב 2** (להלן: **מת"ק עזה או המשיב**) הוא הממונה על יישום המדיניות האזרחית של ממשלת ישראל ברצועת עזה, לרבות הנפקת היתרי כניסה לרצועת עזה עבור אזרחי ישראל, וכפוף למשיב 2.

6. **המשיב 3** הוא המפקד הצבאי של אזור הגדה המערבית מכח כללי המשפט הבינלאומי.

תקציר העובדות ומיצוי ההליכים

7. העותרת 1, ילידת 1998, נולדה וגדלה עד גיל 8 בקלקיליה שבגדה המערבית ושם נרשם מענה. בשנת 2006, לאחר שסיימה לימודי כיתה ב', החליטו הוריה שהמשפחה תעבור להתגורר בעזה. היא המשיכה את לימודיה ברצועה עד כיתה ז' וחוננה עם תושב עזה בגיל 15 וחצי, מר [REDACTED] (ת.ז. [REDACTED]). לבני הזוג נולד 3 ילדים, העותרים 2-4, ומענם נרשם בגדה המערבית, כמען אימם.

העתק ת"ז של העותרת ותעודות הלידה של הילדים מצ"ב ומסומן ע/1.

8. בשנת 2014, לאחר מלחמת צוק איתן, ביקשו הורי העותרת וששת בנותיהם, בכללן העותרת, לחזור לגדה המערבית למגורי קבע. כולם קיבלו את היתר המשיבים והורי העותרת ואחיותיה שבו לגדה המערבית. למרות שהעותרת קיבלה אף היא את ההיתר המבוקש, היא לא ניצלה אותו מכיוון שלבתה הפעוטה, סנאבל, העותרת 2, לא ניתן היתר והעותרת לא רצתה להותירה מאחור. כך, **מכל בני משפחתה הגרעינית העותרת היא היחידה שנמצאת כיום ברצועה.**

9. בעלה של העותרת סובל מלקות ראייה. בעבר מכר סגריות ברחובות עזה וכעת אינו עובד מזה תקופה ממושכת ואינו מפרנס את המשפחה אשר אין לה כל מקור הכנסה והיא נמצאת במצב של עוני מחפיר. אשר על כן החליטו בני הזוג כי העותרת וילדיה יעברו לגדה, שם יתגוררו בבית הוריה ויתמכו על ידיהם ועל ידי בני המשפחה האחרים. בן הזוג ואבי הילדים מתכוון לעזוב את הרצועה ולעבור למצרים, שם יש לו בני משפחה על ידיהם יוכל להיתמך כלכלית.

10. ביום 23.6.2019, הגישה העותרת למשיבים, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, בקשה לחזור לגדה יחד עם ילדיה. משלא נענתה, פנתה העותרת לקבלת סיוע מעמותת "גישה", העותרת 5, אשר פנתה בשמה למשיב ביום 5.8.2019. בפנייה צוין כי:

"הסדרת מעברם של הגב' [REDACTED] וילדיה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע תעמוד בקנה אחד עם חובתה של מדינת ישראל לאפשר להם לממש את זכותם לחופש תנועה ולחיי משפחה. בנוסף לכך הודגש כי כפי שעלה מעתירה לבית המשפט בעניין דומה - עת"מ 66544-01-19 שנדגלי ואח' נ' מתאם פעולות הממשלה - אף לו מרשתנו הסכימה להעביר את מרכז חייה לרצועת עזה אין משמעות הדבר כי היא הסכימה שתישלל ממנה האפשרות לחזור לגדה, שם נמצאת משפחתה הגרעינית ושם נולדה וחיה מרבית חייה".

העתק מכתב עמותת גישה למשיב מיום 5.8.2019 מצ"ב ומסומן ע/2.

11. ביום 25.8.2019 התקבל מענה המסרב לבקשתה של העותרת לחזור עם ילדיה לגדה המערבית וזאת מהטעם הבא:

מבירור שערכנו עלה, כי החל משנת 2006 פ [REDACTED] מתגוררת ברצועת עזה ומרכז חייה מצוי ברצועה, ולמיטב ידיעתנו היא שוהה ברצועת עזה ברציפות החל משנת 2006, למעט שני ביקורים שערכה באיו"ש בשנים 2010 ו-2017. בנוסף עלה כי בחודש מרץ 2017, כחודש לאחר כניסתה של גב' [REDACTED] לאיו"ש – שהתבקשה לצרכי השתתפות בחתונה, היא הגישה בקשה להשתקעות ברצועת עזה, תוך שחתמה על מסמך מתאים במת"ק באיו"ש, ובקשתה אושרה. על כן, בהתאם לנסיבות המתוארות לעיל בדבר מרכז חייה של גב' [REDACTED], שבהן הכירה אף היא בהצהרה עליה חתמה, המדיניות החלה לעניין תנועותיה לאיו"ש היא זו הקבועה לכניסתם של תושבי רצועת עזה לישראל לצורך מעבר לאיו"ש. התושבת עשתה כל זאת, ביודעה כי המדיניות הנוהגת האמורה המתירה כניסה לישראל לצורך מעבר לאיו"ש, רק במקרים הומניטאריים חריגים.

העתק תשובת המשיב מיום 25.8.2019 מצ"ב ומסומן ע/3.

12. באשר למענה זה יצוין כי בשנת 2017 אכן קיבלה העותרת היתר לבקר בגדה המערבית לרגל חתונת אחותה. כשביקשה לחזור לעזה נאמר לה קישור הפלסטיני בקלקיליה כי כתנאי לחזרתה, לחתום על מסמך כלשהו. העותרת אשר אינה יודעת קרוא וכתוב כהלכה, חתמה על המסמך מבלי שקראה אותו ובלי שמישהו הקריא לה או הסביר לה על מה היא חותמת. היא סברה ועדיין סבורה כי מדובר במסמך סטנדרטי של בקשה לחזור לעזה.

13. כן יצוין כי העתק המסמך עליו חתמה העותרת לטענת המשיב לא צורף לתשובת המשיב ולעותרים נותר אלא להניח כי המשיב מכוון להצהרה מתוך "נוהל השתקעות תושב איו"ש ברצועת עזה". להלן נוסח ההצהרה:

הריני להודיעך כי בקשתך להיתר מעבר מאזור יהודה ושומרון לרצועת עזה אושרה על רקע הצהרתך כי בכוונתך להעתיק, אופן קבע, את מרכז חיידך לרצועת עזה.

נבקש להודיעך כי על פי המדיניות הנוהגת כיום, כניסת תושבים, שמרכז חייהם מצוי ברצועת עזה, לאזור יהודה ושומרון מותרת אך ורק במקרים הומניטאריים וחריגים.

נדגיש כי ככל שתבקש לשוב לאזור יהודה ושומרון, דרך שטחי מדינת ישראל, יהא עלייך להגיש בקשה מנומקת לוועדה האזרחית הפלסטינית. ככל שהבקשה תועבר לצד הישראלי, היא תיבחן בהתאם למדיניות באותה עת.

העתק "נוהל השתקעות תושב איו"ש ברצ"ע" הכולל את נוסח ההצהרה מצ"ב ומסומן ע/4.

ואולם כל עוד לא הוצג העתק המסמך החתום, לא ניתן לדעת בוודאות על איזה מסמך מדובר וממילא, טענתם חסרת כל תוקף.

14. העתירה דן מוגשת נוכח סירוב המשיבים לאפשר את חזרת העותרת לגדה המערבית יחד עם ילדיה.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית

15. ראשית ייאמר כי בהתאם לדין הבינלאומי זכותו של תושב פלסטיני שכתובתו רשומה בגדה, לשוב לשטחי הגדה המערבית.

16. כניסתם של תושבי רצועת עזה לישראל לצורך מעבר לגדה המערבית טעונה היתר מטעם המשיב בהתאם להסמכה לפי צו הכניסה לישראל (פטור תושבי רצועת עזה) תשס"ה-2005, ובהתאם לסמכויות מפקד האזור לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003. **למותר לציין כי כניסתו לגדה המערבית של מי שמענו רשום בה, אינה דורשת כל היתר.**

17. 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 תושבי 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

לסטטוס ההרשאות:

<http://www.cogat.mod.gov.il/he/services/Procedure/%D7%A1%D7%98%D7%98%D7%95%D7%A1%20%D7%94%D7%A8%D7%A9%D7%90%D7%95%D7%AA.pdf>

18. 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" (סי' 12 לחלק א במסמך). קריטריון זה בלשון זהה, מופיע גם בסעיף 2(ט) לפרק ג' לסטטוס ההרשאות המפרט את הקריטריונים לכניסת פלסטינים לישראל לצורך מעבר בין הגדה המערבית ורצועת עזה.

העתק החלקים הרלוונטיים במסמך המדיניות מצ"ב ומסומן ע/5.

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

19. הנפקת היתר לצורך חזרה לגדה נעשית לפי "נוהל הנפקת היתרים עבור תושבי איו"ש הנמצאים ברצועת עזה" (נוהל המתפ"ש מחודש ספטמבר 2016).

העתק נוהל הנפקת היתרים לתושבי איו"ש הנמצאים ברצועת עזה מצורף ומסומן ע/7.

20. עוד יצוין, כי מדינת ישראל ובית המשפט הנכבד הכירו בחובותיה של ישראל לאפשר מעבר של תושבי רצועת עזה לשטח ישראל וממנה לגדה או לחו"ל, ולו במקרים חריגים והומניטאריים. זאת, נוכח מידת שליטתה של ישראל על מעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה והתלות של תושבי הרצועה בישראל שנוצרה עקב שנות הכיבוש הארוכות (בג"צ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.1.2008). כאמור, חובותיה ההומניטריות של ישראל כלפי תושבי הרצועה, כפי שאלו נתפסות על ידה, מוזכרות במסמך המדיניות ובסטטוס ההרשאות.

המשיבים פועלים בניגוד לאיסור על העברה בכפייה במשפט הבינלאומי

21. 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. ואולם, כתנאי לחזרתה לעזה לאחר ביקור משפחתי בגדה, כפו עליה המשיבים (ככל הנראה, כי הבקשה וההצהרה, להם טוענים המשיבים, כאמור לא הוצגו לבי"כ העותרת) להגיש בקשה להשתקעות ברצועת עזה. משמעות אישור הבקשה להשתקע בעזה, של מי שמענו הרשום בגדה, הינה, לשיטתם של המשיבים, ויתור על זכותו, לחזור אי פעם ולהתגורר בגדה.

22. התנהלות זו מהווה הפרה בוטה של סי' 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, האוסר על העברת אוכלוסייה משטח כבוש הקובע כי:

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

23. 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:

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

24. 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 individual's “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).

25. בפרשה נוספת, בנוגע להעברתם של עצורים בין בתי סוהר בה נידונה שאלת הסכמתם למעבר, נקבע כי מספיק שלא הייתה הסכמה אמיתית (“genuine”) בכדי שההעברה תיחשב לבלתי חוקית:

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

26. זאת ועוד. ועדת האו"ם לזכויות האדם התייחסה והכירה במספר מהלכים בהם נוקטת ישראל במסגרת מדיניותה ככאלה היוצרים סביבה הכופה ("Coercive Environment") להעברה אסורה של פלסטינים. מדובר על מהלכים כמו שלילת מעמד של תושבות, הריסת בתים, משטר תכנון 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).

27. 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.

28. בענייננו, אילוץ העותרת להשתקע בעזה תוך ויתור על זכותה לחזור לגדה המערבית כתנאי למימוש חיי המשפחה שלה בעזה נעשה תוך ניצול כח שלטוני פסול והפעלת לחץ פסיכולוגי על העותרת, הנמצאת במצב פגיע ביותר נוכח תלותה המוחלטת במשיבים. לעותרת לא היתה, הלכה למעשה, אפשרות בחירה שלא לחתום על אותו מסמך והמשיבים הפרו בהתנהלותם את ס' 49 לאמנת ג'נבה האוסר על העברה בכפייה. בנוסף ובכל מקרה, העותרת לא ידעה (ועדיין לא יודעת) על מה היא חתמה ובוודאי שלא הביעה את הסכמתה לוותר על זכותה לחזור לגדה להיות בחיק משפחתה שם.

29. 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 בעניינו בו ביקשו המשיבים לשלול מהעותרת את זכותה לשוב לביתם בגדה בגלל חתימה על מסמך או הצבת התניות פסולות.

30. 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 7(2)(d) לאמנת רומא קובע כי העברה כפויה של אנשים על ידי גירוש או מעשה אחר בכפייה נחשב כפשע נגד האנושות.

31. זאת ועוד. הזכויות הנתונות למוגנים באמנת ג'נבה הינן **זכויות קוגנטיות** שאינן ניתנות להתניה והסכמתו של אדם לוותר עליהן היא חסרת תוקף. **סעיף 8 לאמנת ג'נבה קובע כי בשום פנים ואופן לא יהיו אנשים מוגנים רשאים לוותר על זכות מן הזכויות המובטחות להם על ידי האמנה:**

Protected persons may in no circumstances renounce in part or in entirety the rights secured to them by the present Convention, and by the special agreements referred to in the foregoing Article, if such there be.

32. בבג"ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד ס(3) 67 (2005), במסגרתו בית המשפט ביטל את נוהל "אזהרה מוקדמת" בהיותו נוגד את המשפט הבינלאומי, קבע בית המשפט בין היתר בהתייחסו לס' 8 לאמנת ג'נבה כך:

חוקיותו של נוהל "אזהרה מוקדמת" יכולה לשאוב את כוחה מחובתו הכללית של הצבא התופס לדאוג לכבודה ולשלומה של האוכלוסייה האזרחית. היא גם עולה בקנה אחד עם כוחו של הצבא התופס להגן על חיי חייליו ושלומם. מאידך גיסא עומדת חובתו של הצבא התופס להגן על חייו ועל כבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה. בוודאי כך במקום שהוא אינו מסכים ליטול על עצמו את התפקיד שהוטל עליו ואשר ביצעו עשוי לגרום לו נזק. אך כך גם במקום שהוא מסכים לכך וביצוע התפקיד לא יסב לו כל נזק. זאת, לא רק משום שככלל אין הוא רשאי לוותר על זכויותיו על פי הדין ההומניטרי (ראו: סעיף 8 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, בעמ' 72, 74), אלא גם משום שהלכה למעשה קשה לאמוד מתי הסכמתו ניתנת מתוך רצון חופשי ומתי היא פרי לחץ גלוי או סמוי.

ובהמשך:

בשל חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעוצרו. אין לבסס נוהל על הסכמה כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית (ראו פלק [5], בעמ' 252). יש להימנע מכניסה למצב שבו תתבקש הסכמה זו (עמ' 81 לפסק דין).

33. כך, גם אילו הוסברה לעותרת משמעות ההתחייבות עליה היא חותמת והיא היתה מבינה את הדברים לאשורם, הרי שלחתימתה אין כל תוקף מכיוון שאין אדם יכול לוותר מרצונו על הזכויות הקוגנטיות הנתונות לו במסגרת אמנת ג'נבה הרביעית. כפי שהוסבר על ידי הצלב האדום, סעיף 8 לאמנת ג'נבה נועד בכדי למנוע מצבים, דוגמת המצב דן, בהם הפעלת לחץ על מוגנים תגרום להם לוותר על זכויותיהם והמדינה אינה יכולה להתנער מחובותיה בטענה כי המוגן הביע רצון לוותר על אותן זכויות (Jean S. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilians in Times of War* (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958).

34. 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)). מניעת חזרתה נובעת מיישום דרקוני של מדיניות הבידול, אשר (לגישת העותרים היא אינה חוקית כלל ועיקר) במקרים בהם נמנעת חזרתם של תושבים לביתם הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית בעליל.

עוד לסוגיית ההסכמה וישומה בפרשת שנדגלי

35. מעבר לכך שאין אדם יכול לוותר מרצונו על הזכויות הקוגנטיות הנתונות לו במסגרת אמנת ג'נבה הרביעית הרי שנוסח ההתחייבות (המשוער) ואופן החתמת העותרת עליו מעלים קשיים נוספים שמחזקים את הטענה, שלהסכמתה הנטענת על תנאי ההתחייבות, אין כל תוקף.

36. כאמור לעיל, בשל ידיעת קרוא וכתוב מוגבלת מאד, העותרת לא קראה את נוסח המסמך עליו חתמה וסברה כי מדובר בבקשה להיכנס לעזה, דבר שבשלו פנתה למת"ק. אף אדם לא הקריא לה את הנוסח ולא הסביר לה אותו בטרם חתימה. כל שנאמר לה, ע"י **פקיד הרשות הפלסטינית**, שעל מנת לקבל היתר להיכנס לעזה עליה לחתום על המסמך שהוצג לה. העותרת לא העלתה בדעתה, כי בחתימה על הנוסח שניתן לה היא מוותרת, לשיטת המשיבים, על זכותה לחזור לגדה המערבית.

37. מעבר לנדרש, ייאמר כי מאופן ניסוחו של מסמך ההצהרה לא עולה באופן מפורש וחד משמעי כי חתימה עליו משמעה ויתור הזכות לחזור לגדה המערבית. כל שנאמר במסמך הוא כי ע"פ המדיניות הנוהגת כיום, כניסת תושבים שמרכז חייהם מצוי ברצועת עזה לאזור יהודה ושומרון, מותרת אך ורק במקרים הומניטאריים וחריגים וכן שניתן להגיש בקשה לשוב לגדה שתיבחן בהתאם למדיניות באותה עת. לכן, **גם אילו היתה העותרת יודעת קרוא וכתוב וקוראת את נוסח המסמך או שמישהו היה מקריא לה אותו, האם סבורים המשיבים כי היא מכירה לפרטיה את מדיניות המשיבים בנוגע למעבר מעזה לגדה ומהם הטעמים ההומניטאריים המאפשרים זאת ושביגין היא תוכל להגיש בקשה לחזור לגדה? העותרת אינה משפטנית האמונה על רזי נוסח התחייבות ומשמעויותיה ואין לצפות ממנה, אף אילו קראה את הנוסח, לשאול ולדקדק בנוגע למסמך עליו היא חותמת. יפים לעניינו דברים שנאמרו בפס"ד בע"מ 3562/12 פלונית נ' בנק דסקונט למשכנתאות (פס"ד מיום 23.2.2014) בנוגע לויתור על זכות לדיון חלוף מכח החוק במסגרת הסכם משכנתא:**

האם אדם, והנחה היא שאינו בקיא ברזי הדין כפי שבמקורנו, יבין מנוסח התניה כי קיימת לו מכוח החוק זכות לדיור חלוף? האם יבין כי הוא מוותר עליה בהסכמתו לתניה זו? סבורני שהתשובה שלילית. אדם, לכל הפחות שאינו משפטן, לא יכול להבין בהכרח כי עומדת לו זכות חוקית לדיור חלוף ולא רק זכאות לדרוש. הוא לא יבין כי הדרישה נוגעת לזכות וודאית וכי בהסכמתו לסעיף זה בהסכם הוא מוותר על אותה זכות.

ברם, בכך לא סגי. משנמצא כי מנוסח התניה בחוזה לא ניתן להבין בבירור כי למבקשת עומדת זכות לדיור חלוף ואת משמעות הויתור על זכות זו, עדיין, יכול הבנק להוכיח כי למרות הנוסח שאינו ברור דיו, הוסבר למבקשת על זכותה לדיור חלוף והיא ידעה והבינה את משמעות התניה. כאמור, "ספק" בעניין זה יפעל לחובת הבנק. שוב יוזכר כי את חריג הויתור יפורש בצמצום ובדקדקנות. אם לא ברור שהבנק הביא לידיעת החייב את זכותו לדיור חלוף והסביר לו את משמעות הויתור עליה, כי אז תחול ההגנה ולא נראה בחייב כמי שוותר עליה.

במקרה שלפנינו הבנק לא הצליח להוכיח כי הסביר למבקשת על זכותה לדיור חלוף. המבקשת העידה כי הבנק לא הסביר לה על זכותה לדיור חלוף ועל משמעות הויתור עליה. לא עלה בידי הבנק לסתור זאת.

38. בהתאמה לדברים אלה - גם אילו קראה העותרת את נוסח המכתב או מישהו היה מקריא לה את הכתוב - לעותרת נתונה זכות בדין לחזור לגדה המערבית ולא ניתן להבין בבירור מנוסח ההתחייבות עליה חתמה, כי הבינה שהיא מותרת על זכותה ומהי משמעות הויתור.

39. ובהשאלה מדיני החוזים, הרי שחתימה על "חוזה" שכזה בין העותרת למשיבים, תוך הפעלת לחץ וכפייה, גם אם בצורה מובלעת ועקיפה, מהווה פגם מהותי בכריתת החוזה ומביאה לבטלותו מדעיקרא.

40. סוגיית ההסכמה עמדה במוקד הדיון בעת"ם 66544-01-2019 שנדגלי ואח' נ' מתפ"ש ואח' (להלן: עניין שנדגלי). גם שם נדונה שלילת זכותה של העותרת וילדיה שהתגוררו בעזה ושמענם רשום בגדה, לחזור ולהתגורר בגדה המערבית, על רקע חתימת העותרת על מסמך בנסיבות דומות למתואר כאן. בניגוד לענייננו, לתשובת הסירוב לבקשה בעניין שנדגלי צורף העתק ההצהרה החתומה על ידי העותרת שם, אשר ידעה קרוא וכתוב, אך לא ניתנה לה שהות לקרוא את הנוסח ולא ניתן לה כל הסבר על משמעותו.

41. בדיון שהתקיים בעתירה ביום 8.4.2019 בפני כבוד השופט אלי אברבנאל המליץ בית המשפט הנכבד למשיבים לבחון מחדש את טענתם באשר להסכמת העותרת לתוכן המסמך. לאחר שהוגשה בקשה בהתאם להמלצת בית המשפט, באמצעות ב"כ המשיבים, הודיעו המשיבים כי הם חוזרים בהם מסירובם ואישרו את הבקשה. בעקבות כך העתירה נמחקה. יפים הדברים שם לענייננו כאן.

העתק הודעת המשיבים בפרשת שנדגלי מצב ומסומן ע/8.

הפגיעה בזכויות העותרת

42. 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).

43. בסירובם לאפשר לעותרת וילדיה לחזור לבגדה המערבית, פוגעים המשיבים בחופש התנועה שלה, בזכותה לקיים חיי משפחה בגדה, לצד בני משפחתה ובתוך כך גם בזכותה הטבועה 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).

44. בעניינה של הזכות לאוטונומיה נאמר כך:

...לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה **כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה... זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין.** היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט (ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית חולים "הכרמל"** (29.8.1999), פס" 15 לפס"ד של הש' אור).

45. ואכן, זכות העותרת לאוטונומיה ולחופש בחירה, שהם חלק מכבוד האדם, נפגעות קשות כאשר המשיב אינו מאפשר לה לעצב את חייה כרצונה ולממש את בחירתה לחזור לגדה ולחיות בה עם בנותיה.

46. 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 ענייננו.

החלטת המשיבים נגועה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות

47. 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 (...). 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"צ 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).

48. למען הסר ספק יובהר כי על כל החלטה להיות סבירה, אף אם שיקולים ביטחוניים עומדים בבסיסה:

האופי הביטחוני של שיקול הדעת המינהלי הרגיע בעבר מפני ביקורת שיפוטית. שופטים אינם אנשי ביטחון, ואל להם להתערב בשיקולי הביטחון. **במשך השנים הובהר, כי אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון, לעניין ההתערבות השיפוטית.** שופטים אינם אנשי מינהל, אך עקרון הפרדת הרשויות מחייב אותם לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המינהל. **לעניין זה אין מעמד מיוחד לשיקולי הביטחון. גם אלה חייבים להיות מופעלים על-פי החוק, וגם על אלה צריכה להיות ביקורת שיפוטית.** כשם שהשופטים מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי בכל תחום ותחום, הם מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת הביטחוני. מכאן הגישה, כי אין מגבלות מיוחדות על היקף הביקורת השיפוטית של שיקול-דעת מינהלי שעניינו ביטחון המדינה. עמדתי על כך בפרשה אחת, באומרי: כוח רב מתרכז בידי ממשל צבאי, ולמען שלטון החוק מן הראוי להפעיל ביקורת שיפוטית על-פי המבחנים הרגילים" ... ודוק: בית המשפט אינו עושה עצמו מומחה לביטחון ואינו מחליף את שיקול הדעת הביטחוני של בעל הסמכות בשיקול הדעת הביטחוני של השופט. בית המשפט אך בודק את חוקיות שיקול הדעת הביטחוני, לרבות סבירותו של שיקול-דעת זה. **בעניין זה, אין כל הבדל בין היקף ההתערבות בשיקול הדעת הביטחוני לבין היקף ההתערבות בשיקול הדעת של כל רשות מינהלית אחרת.** בכל המקרים כולם, בית המשפט אינו הופך להיות רשות-שלטונית-על, אלא אך בוחן את חוקיותו של שיקול הדעת השלטוני. בדרך זו אין כל ייחוד לשיקולי ביטחון. היקף הביקורת השיפוטית מן הראוי הוא כי יהא אחיד לכל רשויות השלטונית.

בהעדר הוראה מפורשת בחוק אין זה רצוי, כי רשויות שלטוניות מסוימות תיהינה מחסינות בפני ביקורת שלטונית (בג"ץ 680/88 מאיר שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי (10.1.1989) פס' 26 לפס"ד).

49. על המשיבים מוטלת החובה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, ולבחון את התמונה העובדתית המלאה והמדויקת קודם שיקבלו החלטה. הכל נגזר מחובת ההגינות, הסבירות והשקיפות המוטלות על רשות שלטונית לפי המשפט המנהלי הישראלי וכן עלפי הפסיקה, שלפיה קבלת החלטה מנהלית סבירה מחייבת מידה של זהירות ורצינות בהליך של קביעת העובדות, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת (16.11.1994), פס' 11 לפס"ד של הש' זמיר).

50. בענייננו שקלו המשיבים את שיקולי מדיניותם בלבד - צמצום התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית והקריטריונים שיצרו על מנת לישים אותה. **המשיבים התעלמו לחלוטין משיקולים אחרים ומזכויות יסוד** – הזכות חופש תנועה, הזכות להתקיים בכבוד, הזכות לאוטונומיה והזכות לחזור לגדה. המשיבים לא שקלו את העובדה כי העותרת נכנסה לעזה בהיתה קטינה, בהחלטת הוריה, חותנה בגיל 15 וחצי עם תושב עזה ונשארה בה, ללא משפחה גרעינית, עת הוריה ואחיותיה חזרו לגדה והיא נותרה, ללא ברירה, מאחור וחיה כיום בתנאים של עוני מחפיר. הם לא שקלו את העובדה כי העותרת נאלצה לחתום על ההצהרה על השתקעות בעזה (ככל הנראה) מבלי שיכלה לקרוא ומבלי שהוסבר לה במה דברים אמורים, היות שביקשה לחזור לעזה לאחר ביקור בגדה ושהחתמתה על מסמך כזה עומדת בניגוד לחוק הבינלאומי. כמו כן לא שקלו המשיבים את העובדה שאין כנגד העותרת כל מניעה ביטחונית. אשר על כן, החלטתם נגועה בחוסר סבירות.

51. בנוסף להיותה בלתי סבירה החלטת המשיבים פוגעת בזכויות יסוד – הזכות לחופש תנועה ולאוטונומיה - אינה מידתית. אכן, זכויות יסוד אינן מוחלטות וניתן להגביל אותן, אך זאת על מנת שלא לפגוע בזכויות אחרות או באינטרסים מוצדקים. ואולם, על הפגיעה בזכויות יסוד להיות מידתית.

עקרון המידתיות הפך לעיקרון כללי של דיני זכויות האדם במשפט הבין לאומי... השימוש הנרחב בעקרון המידתיות בפרקטיקה מלמד שיש קשר הכרחי בין תכליתן של אמנות זכויות האדם ככלי לקידום זכויות אדם בסיסיות לבין הצורך לוודא שהגבלת זכויות אדם תהא תמיד מידתית, קרי תאזן כראוי בין כל האינטרסים והזכויות של הנוגעים בדבר. אם כך, יש לקרוא את עקרון המידתיות לתו כל מסגרת המגבילה זכויות אדם כעקרון על התוחם את את גבולות המגבלה (יובל שני, **השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין לאומי**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009, עמ' 57).

52. הפסיקה מתייחסת בהרחבה לעקרון המידתיות ומבחינה המידתיות וקובעת כי על הפגיעה **בזכויות יסוד גם כאשר היא נעשית לתכלית ראויה, להיות מידתית ולא לעלות על הנדרש:**

על-פי עקרון המידתיות, ניתן להגביל את חירותו של הפרט כדי להגשים מטרות ראויות, ובלבד שההגבלה הינה מידתית (עניין בית סוריק, בעמ' 837).

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 הנקט על-ידו לבין המטרה (מבחן המשנה הראשון של המידתיות); כי האמצעי הנקט 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).

53. כאמור לעיל, נראה כי המטרה שבשמה מונעים המשיבים את חזרתן לגדה של העותרת ובנותיה היא יישום של מדיניות הבידול עליה החליטו. נניח לצורך הדיון כי האמצעי בו נוקטים המשיבים הוא אמצעי רציונלי להגשמת המטרה של צמצום תנועה ומניעת מעברים תכופים בין עזה לגדה. ואולם, החלטת המשיבים אינה עומדת במבחן המידתיות השני, הדורש כי הרשות תבחר באמצעי שפגיעתו פחותה. בענייננו, עוצמת הפגיעה בעותרים היא גבוהה ומשפיעה על כל תחום מתחומי חייהן, מעתה והלאה. אין חולק כי אם מטרת המשיבים היא לצמצם את התנועה (ולא למנוע אותה לחלוטין) יכלו לבחור באמצעי אחר שפגיעתו פחותה כמו למשל, הגבלה של מספר הפעמים בו ניתן היתר למי שהוא תושב גדה לעבור לעזה למטרת איחוד משפחות או כל אמצעי אחר שיגביל את המעברים אך לא ישלול את זכות התושב לחזור לביתו שבגדה.

54. נוכח הפגיעה הקשה בזכויות העותרים, ההחלטה אינה עומדת גם במבחן המידתיות השלישי. כידוע, מבחן זה דורש, כי הפגיעה הצפויה מהחלטת הרשות, תעמוד ביחס סביר לתועלת הצפויה מההחלטה. אף אם צומחת למשיבים תועלת כלשהי מההחלטה בהיותה מצמצמת את המעברים בין עזה לגדה בהתאם למדיניות הבידול, הרי שהנזק שנגרם לעותרת עולה על התועלת לאין ערוך.

יש לאשר את בקשת העותרים במסגרת הסמכות הכללית הנתונה למשיבים

55. מבלי לפגוע בטענות שנטענו לעיל ובפרט בטענה שהמשיבים פועלים בניגוד לאיסור על העברה בכפייה, 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 מהנהל שגיבשה (ראו: דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** (כרך א') עמ' 250).

56. 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).

57. 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"ם 4014/11 אבו עיז נ' משרד הפנים (1.1.2014), פס' 32 לפ"ס של הש' ברק-ארז).

ובבג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד (3.6.1992, פס' 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 ההעלות עניינו לפניה.

58. לא לפני זמן רב, בבג"ץ 2777/18 כרנו נגד מפקד כוחות צהל בעזה (16.4.2018, פס' 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 הקונקרטיות 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, 206-201, 440-439). 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 קונקרטית של נסיבותיו הפרטניות של העותר...

59. 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 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.

60. ביחס לבקשות התושבים להיתרים ליציאה מהרצועה צוין במסמך המדיניות של משרד הביטחון כי:

מלבד הקריטריונים הנקבעים מעת לעת לבחינת בקשות הכניסה לישראל, כלל הבקשות נבחנות לגופן, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, וכן בהתאם לבחינה ביטחונית פרטנית הנוגעת למבקש ו/או בני משפחתו, בדיקת האינטרסים הביטחוניים, המדיניים והאסטרטגיים של מדינת ישראל באישור הבקשה וכן נבדקת אמיתות המסמכים המצורפים (סעיף 6 למסמך המדיניות).

61. 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.

62. כאמור, מעיון בתשובת הסירוב של המשיב לבקשת העותרת עולה כי הוא לא שקל את נסיבותיהם הפרטניות של העותרת ובכלל זאת הפגיעה בזכויותיה, נסיבות הכניסה לרצועת עזה, היעדר מניעה ביטחונית וכד'.

היום, 23.9.2019

סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העותרים