

1. ת"ז, [REDACTED]
2. 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 חדד מ"גישה" - מרכז
לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב, 67770
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130
דוא"ל: info@gisha.org

העותרות

- נגד -

1. שר הביטחון
2. מפקד פיקוד דרום
3. מנהלת תיאום וקישור לרצועת עזה

ע"י ב"כ ממחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה
רחוב צלאח א-דין 31 ירושלים, 9711054
טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011
דוא"ל: H CJ-dep@justice.gov.il

המשיבים

עתירה למתן צו-על-תנאי

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

(א) מדוע לא יתירו את כניסתה של העותרת 1, אזרחית ישראלית, לרצועת עזה לשם ביקור בן זוגה ואבי ילדיה, תושב הרצועה ולשם השבת בתה בת ה-6, הנמצאת בביקור אצל האב, לביתה בישראל, והכל בהתאם לנוהל "משפחות חצויות" של המשיבים.

(ב) מדוע לא יחזרו בהם מהדרישה הגורפת, אשר הוספה לאחרונה, המתנה את תחילת הטיפול בבקשות ישראלים לצאת לרצועת עזה, במסירת מספר הטלפון הנייד של התושב הפלסטיני אותו הם מבקשים לבקר.

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

תצהיר העותרת מצורף לעתירה.

ואלו נימוקי העתירה:

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), ילידת 1990, הינה אזרחית ישראלית, הנשואה למר נדאל אבו רידה (ת"ז 802273128).
2. העותרת 2 (להלן: **עמותת גישה**) הינה עמותה ישראלית, שמטרתה להגן על זכויות אדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה, ביניהן הזכות לחופש התנועה.
3. המשיב 1 (להלן: **שר הביטחון**) הינו הממונה על הצבא מכוח חוק יסוד: הצבא.
4. המשיב 2 (להלן: **מפקד פיקוד דרום**) הינו המוסמך להתיר את כניסתם של ישראלים לשטח רצועת עזה בהתאם לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005.
5. המשיב 3 (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, והוא כפוף ליחידת תיאום פעולות הממשלה בשטחים במשרד הביטחון (מתפ"ש).

החלק העובדתי

6. העותרת, אזרחית ישראלית, נישאה בשנת 2009 למר [REDACTED] תושב רצועת עזה. בשנת 2012 נולדה לבני הזוג בת, [REDACTED] (ת"ז [REDACTED]), אף היא אזרחית ישראלית ובשנת 2016 נולד להם בן, [REDACTED]. מרכז חיי העותרת וילדיה נמצא בישראל. העותרת ובתה מבקרות מפעם לפעם אצל אבי המשפחה ברצועה.

העתק תעודת הזהות של העותרת מצ"ב ומסומן ע/1.

7. יצוין כי החל מחודש נובמבר 2015 מטופלת העותרת על ידי עמותת גישה. מאז ועד הבקשה נשואת עתירה זו, נכנסו העותרת ובתה לרצועה לביקור בן הזוג והאב ברצועה מספר פעמים ללא כל בעיה ובתום הביקור שבו לביתן בישראל. בביקורן האחרון ברצועה, בחודש מרץ 2018, נשארה הבת [REDACTED], באופן זמני, אצל האב והאם שבה לאחר מספר ימים לישראל.

דרישת המשיב להעברת מספרי טלפון כתנאי לטיפול בבקשות של ישראלים להיכנס לרצועת עזה

8. ביום 21.5.2017 התקבלה במשרדי ארגון "גישה", העותרת 2, הודעתו הכללית של סגן אביתר כהן ממשרד ישראלים אצל המשיב כי מעתה והלאה, יש לצרף **לכל** בקשה לכניסה לרצועת עזה את הכתובת ומספר הטלפון הנייד העדכני בשימוש של הישראלי היוצא ושל התושב הפלסטיני אותו הוא מבקש לבקר, וזאת לצורך בדיקות ביטחוניות. עוד צוין בהודעה כי הדרישה נכנסת לתוקפה באופן מיידי וחלה גם על מי שהגיש בקשה טרם פרסום ההנחיה.

העתק הודעת משרד ישראלים מיום 18.5.2017 (הומצאה 21.5.2017) מצ"ב ומסומן ע/2.

9. ביום 6.6.2017 פנו העותרת 2 ו"המוקד להגנת הפרט" למפקד מת"ק עזה, **בתלונה כנגד ההנחייה החדשה של המשיב ובדרישה לביטולה**. לטענת הארגונים, אין מניעה להעברת המידע המבוקש אודות האזרחים הישראלים, אך משרד ישראלים אינו מוסמך לאסוף מידע על תושבי רצועת עזה, **בוודאי כשמדובר בדרישה גורפת, הפוגעת בזכויות יסוד**.

העתק תלונת העותרת 2 והמוקד להגנת הפרט מיום 6.6.2017 מצ"ב ומסומן ע/3.

10. ביום 13.6.2017 השיב סגן כהן, נציג המשיב 3, כי הדרישה למסירת מספרי הטלפון הכרחית במסגרת בדיקות גורמי הביטחון המוסמכים, וכי "לא ניתן לחלוק על הצורך והכורח שבביצוען של בדיקות ביטחוניות בטרם התרת יציאתו של ישראלי לרצועת עזה".

העתק תשובתו של נציג המשיב 3 מיום 13.6.2017 מצ"ב ומסומן ע/4.

11. יצוין כי נוהל המשיבים המסדיר את הטיפול בבקשותיהם של אזרחים ישראלים להיכנס לרצועת עזה (אם כמשפחות חצויות ואם לצרכים אחרים), **"נוהל טיפול בבקשות ישראלים ליציאה לרצועת עזה"**, עודכן בחודש אוגוסט 2017 תוך תיקון הפורמט להגשת בקשה ליציאת ישראלים לרצועת עזה כך שהוא כולל במסגרת פרטי התושב הפלסטיני המבוקר גם את מספר הטלפון הנייד שלו. עוד יאמר כי בנוהל המקורי שפורסם בחודש מאי 2014, ובנוהל המתוקן מחודש יוני 2015, **לא נדרש לציין את מס' הטלפון הנייד של התושב הפלסטיני** אלא רק לצרף את תצלום ת"ז שלו.

העתק "נוהל טיפול בבקשות ישראלים ליציאה לרצועת עזה" מחודש אוגוסט 2017 מצ"ב ומסומן ע/5.

העתק "נוהל טיפול בבקשות ישראלים ליציאה לרצועת עזה" מחודש מאי 2014 מצ"ב ומסומן ע/6.

העתק "נוהל טיפול בבקשות ישראלים ליציאה לרצועת עזה" מחודש יוני 2015 מצ"ב ומסומן ע/7.

מיצוי ההליכים בעניינה של העותרת

12. כאמור, בחודש מרץ 2018 נכנסו העותרת ובתה לרצועת עזה לשם ביקור בן הזוג והאב. בהתאם לסיכום בין ההורים, נשארה הבת ■ לביקור ממושך יותר אצל האב והעותרת חזרה לאחר מספר ימים לישראל.

13. ביום 1.5.2018 פנתה העותרת, באמצעות עמותת גישה, למשיב וביקשה להסדיר את כניסתה לביקור ברצועה ועל מנת להשיב את בתה לביתה בישראל. **בפנייה זו מסרה העותרת את מספר הטלפון הנייד שלה**.

העתק פנית העותרות למשיב מיום 1.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/8.

14. ביום 14.5.2018 התקבלה תגובת המשיב לבקשת העותרת (ובקשות של ישראליות אחרות) ועל פיה הבקשה נותרה ללא טיפול ועל מנת שתטופל על העותרת להעביר לידי המשיב את מספר הטלפון של "המבוקר", היינו בן זוגה. **יצוין כי בביקוריה הקודמים של העותרת ברצועה,**

ובכלל זאת שני ביקורים שהתרחשו לאחר הודעת המשיב בדבר דרישתו החדשה - בחודש מאי 2017 ובחודש מרץ 2018 - לא נדרשה העותרת להעביר למשיב את מספר הטלפון של בן זוגה ברצועה.

העתק תגובת המשיב מיום 14.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/9.

15. ביום 17.5.2018 שבו ופנו העותרות למשיב בעניינה של העותרת (ומבקשת נוספת) והדגישו את דחיפות הבקשה נוכח רצונה של העותרת להשיב את בתה, אזרחית ישראלית, לביתה שבישראל לאחר ששהתה בבית אביה שברצועה בשבועות האחרונים.

16. כן הבהירו העותרות שבן זוגה של העותרת מסרב שהיא תעביר את מספר הטלפון שלו למשיב:

נבהיר חד משמעית כי מרשותנו הנ"ל מסרו לבני זוגן כי הרשויות הישראליות מבקשות לקבל את מספרי הטלפונים הניידים שלהם. שני בני הזוג, תושבים פלסטינים, הביעו את חששם מדרישה זו, והסבירו כי פעולה זו עלולה לקשור אותם באופן ישיר לרשויות הישראליות כאילו הם ביוזמתם יוצרים קשר ופונים לרשויות הישראליות, למרות שהם עצמם אינם מגישים כל בקשה לרשויות הישראליות.

17. לסיום ביקשו העותרות לטפל בבקשה ולהשיב לה בדחיפות וציינו כי ככל שלא תתקבל תשובה או אישור לבקשה, עד ליום 21.5.2018 יפנו לערכאות.

18. ביום 20.5.2018 הגיב המשיב לפנייה ושב על עמדתו כי צירוף מספר הטלפון הוא תנאי מקדים לטיפול בבקשות ולכן בקשת העותרת לא תטופל. בתגובת המשיב אין כל התייחסות להבהרת העותרת בדבר דחיפות בקשתה והבהרתה כי בן זוגה מסרב כי תעביר את מספר בטלפון שלו.

העתק מכתב העותרות מיום 17.5.2018 ותגובת המשיב מיום 20.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/10.

19. נוכח כל המצוין לעיל לא נותר לעותרים מנוס מלבד הגשת העתירה.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית

20. בני זוג ישראלים הנשואים לפלסטינים המתגוררים בעזה, אינם יכולים לפתוח בהליך לאיחוד משפחות בישראל עם בני זוגם, שכן בן הזוג הפלסטיני אינו יכול להסדיר את מעמדו בישראל נוכח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג - 2003 המוארך בצו מפעם לפעם.

21. לפיכך, האפשרות היחידה שנותרת בפני אותם זוגות הינה שבן הזוג הישראלי יחלק את חייו בין ישראל לבין רצועת עזה (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פורסם בנבו, 14.5.2006. להלן: פרשת עדאלה); בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012); בג"ץ 4047/13 נג'מה חדרי נ' ראש הממשלה (14.6.2015)).

22. על אזרחי ישראל ותושביה, הנשואים לבני זוג מרצועת עזה, חל נוהל המכונה "נוהל משפחות חצויות". נוהל זה גובש באמצע שנות התשעים, ולפיו בני הזוג הישראליים במשפחות החצויות יכולים לשהות ברצועת עזה בכפוף לקבלת היתרי כניסה מתחדשים. על הרציונל שמאחורי קיומו של נוהל רב שנים זה, ניתן ללמוד ממכתב יועמ"ש עזה למוקד להגנת הפרט מיום 9.11.2004:

הרצון להגן על התא המשפחתי וטובת הילדים ולקיים חיי משפחה תקינים ככל האפשר עומד לנגד עיני רשויות צה"ל באזור. היותו של אחד מבני הזוג תושב ישראל, בעוד בן הזוג השני הינו תושב הרשות הפלסטינית, בוודאי שאיננה מקלה על קיום חיי משפחה תקינים, קל וחומר כאשר מעורבים ילדים במציאות זו. לאור המודעות לקושי האמור לעיל, גובשו נהלי עבודה העוסקים במשפחות חצויות (ההדגשות כאן לאורך כל העתירה הוספו ע"י הח"מ).

העתק מכתב יועמ"ש המשיב בעניין נוהל משפחות חצויות מצ"ב ומסומן ע/11.

23. במסגרת בג"ץ 10043/03 **אבגיאן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (פורסם בנבו, 24.12.2003. להלן: **עניין אבגיאן**), התחייב המשיב (בסעיף 22 לתגובתו) כי:

נוכח הרצון להתחשב, במידת האפשר, בצרכיהם של תושבי הרשות הפלסטינית, כמו ברצונם של אזרחי ותושבי ישראל לבקר את קרוביהם המתגוררים באזח"ע, מאפשר המשיב, אף בתקופת העימות המזוין ובהעדר מניעה ביטחונית פרטנית, כניסתם לאזח"ע של קרובי משפחה מדרגה ראשונה המבקשים לבקר באזח"ע בשל קיומו של צורך הומניטרי חריג (חתונה, אירוסין, מחלה קשה, הלוויה וכיו"ב). **כן מותרת, בהעדר מניעה פרטנית, כניסתם לאזח"ע של ישראלים הנשואים לאדם המתגורר באזח"ע....** יצוין עוד, כי ישראלים שלהם ניתן היתר ביקור באזח"ע רשאים לצרף כנלווים אף את קרובי משפחתם מדרגה ראשונה שגילם אינו עולה על 18.

העתק מתגובת המשיב בבג"ץ 10043/03 מיום 27.8.2004 מצ"ב ומסומן ע/12.

24. הסדרים אלו המשיכו להתקיים גם לאחר ביצוע תוכנית ההתנתקות, כאשר המשיבים מחזיקים בסמכות להתיר כניסת ישראלים לרצועת עזה, בהתאם לפרשנותם לסעיף 24 **לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה – 2005**:

החל ביום הפינוי של שטח מפונה, לא ייכנס ישראלי לאותו שטח, ולא ישהה בו, אלא בהיתר שייתן לו המפקד ובהתאם לתנאי ההיתר.

25. גם לאחר האירועים שהתרחשו ברצועת עזה בחודש יוני 2006 ועליית שלטון החמאס, המשיכו המשיבים לאפשר את כניסתם ויציאתם מרצועת עזה של בני זוג ישראלים ממשפחות חצויות בהתאם לנהלים.

26. במסמך "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה", משנת 2011, מפרט משרד הביטחון מדיניות המצמצמת את תנועת האנשים ומעבר הסחורות בכפוף לחובות המשפטיות המוטלות על ישראל ומתוך מטרה להימנע מהיווצרות משבר הומניטארי. גם במסגרת מדיניות צמצום זו, הותר המשך כניסתם של ישראלים לרצועת עזה לצורך איחוד עם בני זוגם, בליווי ילדיהם עד גיל 18. מדיניות זו באה לידי ביטוי גם במסמך "סטטוס הרשאות לכניסת פלסטינים לישראל, ליציאתם לחו"ל ולמעברם בין איו"ש לבין רצועת עזה" (להלן: סטטוס ההרשאות), המסמך המעגן ומפרט את מדיניות המתפ"ש לגבי תנועת אנשים וסחורות בין רצועת עזה, הגדה המערבית וישראל.

העתק העמודים הרלוונטיים ממסמך מדיניות תנועת אנשי משנת 2011 מצ"ב ומסומן ע/13.
העתק העמודים הרלוונטיים מסטטוס ההרשאות הנוכחי מצ"ב ומסומן ע/14.
לסטטוס הרשאות המלא:

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

פגיעה בזכויות העותרת

27. נזכיר, כי העותרת היא אזרחית ישראלית המבקשת לבקר את בן זוגה ואבי ילדיה ברצועה ולהחזיר לביתה שבישראל את בתה, ישראלית אף היא. כל עיכוב פוגע בזכויות יסוד הנתונות לעותרת: הזכות לחיי משפחה, הזכות לחופש תנועה והזכות לאוטונומיה.

28. **הזכות לחיי משפחה** היא זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי. ראו סעיף 46 לתקנות האג; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות; חברתיות ותרבותיות - 1966; סעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם - 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 4.5.1999). בפרשת **עדאלה**, הוכרה הזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה. נזכיר כי, כאמור לעיל, עקב הוראת השעה, העותרת ובן זוגה אינם יכולים לקיים חיי משפחה בישראל כך שהעותרת נאלצת לחיות בישראל ולבקר מעת לעת אצל בן זוגה ברצועה. בשל הוראת השעה נאלצה העותרת אף להיפרד מבתה על מנת שזו תוכל לשהות מעט גם במחיצתו של אביה וכעת, היא מבקשת, כאמור, להשיבה לביתה שבישראל.

29. דרישת המשיבים כי העותרת תמסור את מספר הטלפון של בן זוגה, כתנאי לטיפול בבקשתה, פוגעת בזכותה לחיי משפחה. אכן, הזכות לחיי משפחה, אינה מוחלטת ובמקרים מסוימים תהיה הפגיעה בה מידתית לנוכח אינטרסים או זכויות אחרים. לא כך בענייננו כאשר לא הונח בפני העותרת כל טעם ולא הוסבר הצורך הפרטני בקבלת מידע בעניינה. מעולם לא נטען כלפי העותרת כי יש צורך לקיים בחינה ביטחונית בעניינה או כי ישנם טעמים ביטחוניים פרטניים הנוגעים לה או למשפחתה בגינם נדרשים שירותי הביטחון לערוך בדיקות בטרם יאשרו המשיבים את חזרתה לרצועת עזה. ודוק. גם עתה, לא נטען דבר בעניינה של העותרת ומשפחתה והודגש כי העברת מספר הטלפון של בן הזוג היא **תנאי מקדים** לטיפול בבקשה.

הטענה כי המידע נדרש מטעמים ביטחוניים, נטען בעלמא וללא התייחסות ספציפית לנסיבותיה.

30. **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, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 1994(1) 1139, 1147 (1994).

31. דרישת המשיבים כי העותרת תמסור את מספר הטלפון של בן זוגה, כתנאי לטיפול בבקשתה, פוגעת בזכותה לחופש תנועה, ובדומה לפגיעה בזכות לחיי משפחה, הפגיעה אינה מידתית.

32. **הזכות לאוטונומיה** של העותרת נפגעת כאשר היא, בהיותה יצור אוטונומי, נפרד מבן זוגה, נדרשת לספק מידע אודותיו, כתנאי להגשמת זכויות יסוד חוקתיות הנתונות לה. השימוש שעושה המשיב בעותרת ככלי לקידום מטרותיו, או, למעשה, מטרות של רשות אחרת, פוגע בזכות לאוטונומיה שמשמעה בהקשר זה זכותה של העותרת שאחרים לא יעשו בה שימוש למטרותיהם, כאילו היתה חפץ. בלשונו של ישעיהו ברלין "אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט; להיות מונע על-ידי שיקולים, על ידי תכליות מודעות, שהם משלי, ולא על-ידי גורמים המשפיעים עלי כביכול מבחוץ. אני מבקש להיות מישהו, לא אלשהו; עושה, מחליט, לא מי שמחליטים בשבילו, מכוון-עצמי ולא מופעל על-ידי הטבע החיצון או על ידי בני-אדם אחרים, כאילו הייתי חפץ, או בעל-חיים או עבד" (ישעיהו ברלין, ארבע מסות על החירות (תרגום: יעקב שרת), רשמים 1987, עמ' 182)

33. בהגדרת הזכות לאוטונומיה ניתן דגש משמעותי לרצונו החופשי של הפרט, להיותו מטרה בפני עצמה:

כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי, וחופש הבחירה. כבוד האדם הוא הערך של האדם, קדושת חייו והיותו בו-חורין. **כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים. ביסודם של אלה עומד חופש ההכרעה של האדם, שאינו מהווה אמצעי אלא הוא מטרה בפני עצמו של הפרט** (א' ברק, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), ע' 421).

ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית (ראו: ר' גביון "עשרים שנה להלכת ירדור - הזכות להיבחר ולקחי ההסטוריה" [78]; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים (להלן – עניין אפרת [11]), בעמ' 770). **היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים**

לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כבר נפסק כי אחד מן הביטויים של הזכות לכבוד הוא "...חופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי", וכי בכך משתקפת התפיסה שלפיה "כל אדם... הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל (להלן – עניין ברקי פטה המפריס [12]), בעמ' 783-784) ... על משמעותו של כבוד האדם, בהקשר זה, עמד הנשיא שמגר בע"מ 5942/92 פלוני נ' אלמוני [14], בעמ' 842, באומרו כי: "כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש.. (ע"מ 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה 29.8.1999).

34. זאת ועוד. בעניין דעקה נקבע כי "הזכות לאוטונומיה היא "זכות מסגרת" (ראו א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית [76], בעמ' 357-358). בהתאם לכך, שימשה זכות זו בסיס לגזירתן של זכויות ספציפיות רבות. כך, למשל, נגזרה ממנה זכותו של אדם לבחור את שם משפחתו (עניין אפרת הנ"ל [11]); נגזרה ממנה זכותו של נאשם פלילי לא להיות נוכח במשפטו, אם אין הוא מעוניין בכך (עניין ברקי פטה המפריס הנ"ל [12]) ...". בהתאם, בעניינינו נגזרת מן הזכות לאוטונומיה זכותה של העותרת שלא לשמש ככלי לקידום מטרותיו של המשיב, המבקש, ככל הנראה, לאסוף מידע כללי בנוגע לתושבי עזה, כפי שיפורט בהמשך.

35. הפגיעה באוטונומיה של העותרת באמצעות השימוש בה ככלי לקידום מטרותיו של המשיב או של שירותי הביטחון חמורה שבעתיים במקרה זה. זאת, היות והפער המובנה ביחסי הכוחות בין השלטון ובין האזרח מתעצם עקב השתייכותה של העותרת וילדיה לאוכלוסייה רגישה הנתונה לפיקוח, להגבלות ולפגיעה בפרטיות, הנאלצת לבקש היתרים על מנת לממש את זכות היסוד האנושית הנתונה לה לקיום חיי משפחה. בנסיבות אלו, על המשיבים לנהוג משנה זהירות כדי לצמצם את הפגיעה בעותרת ובילדיה ככל האפשר, אך תחת זאת הדרישה החדשה דווקא מנצלת לרעה את חולשתה של העותרת ואת התלות העצומה שלה במשיבים וזאת לצורך איסוף מידע כללי על תושבי רצועת עזה.

36. נוסחת המשיב היא פשוטה: אם לא תשתף פעולה ולא תמסור למשיבים את המידע המבוקש - לא תוכל העותרת לבקר אצל בן זוגה ברצועה ונכון לעת הזו, אף לא תוכל להשיב את בתה לישראל. כך, אי הסכמה מצד העותרת לפגיעה באוטונומיה שלה, משמעה פגיעה בזכויותיה החוקתיות לחיי משפחה ולחופש תנועה.

שמירה על התא המשפחתי ושלוש בית

37. כאמור לעיל, בן זוגה של העותרת אינו מוכן כי היא תמסור את מספר הטלפון הנייד שלו למשיב. הצבת תנאי לביקור העותרת וילדיה אצל אבי המשפחה בדמות מסירת מספר הטלפון של בן הזוג בעת שזה מתנגד לכך, מהווה הפעלת לחץ על העותרת בעת מצוקה, העלול לפגוע ביחסים עם בן זוגה ובשלוש הבית של התא המשפחתי.

38. המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי מכיר בחובה להגן על התא המשפחתי ולהימנע, ככל הניתן מהתערבות בו ובהפעלת לחצים העלולים לפגוע בשלמותו. ס' 12 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) קובעת בס' 12 כי **לא יהא אדם נתון להתערבות שרירותית בחייו הפרטיים, במשפחתו, במעונו ובס' 16(3) כי המשפחה היא קבוצת היסוד של חברה והיא זכאית להגנה על-ידי החברה והמדינה**. בדומה, קובעת האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות בס' 23 כי **המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה, והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה**. גם האמנה הארופית בדבר זכויות האדם (1950) קובעת בס' 18(1) כי:

Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence

39. הפעלת לחץ על העותרת לפעול בניגוד להסכמתו של בעלה, וזאת כחלק מתנאי סף לטיפול בבקשה ובהיעדר צורך ביטחוני פרטני וממשי, עולה בגדר התערבות שרירותית בפרטיות ובחיה ועלולה לגרום לפגיעה בתא המשפחתי שלה.

40. הסייג לעדותם של בני זוג הקבוע בס' 3 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1971 הוא ביטוי לחשיבות של שמירה על התא המשפחתי ושלוש הבית:

במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד.

41. לפי סעיף זה אין בני זוג רשאים להעיד במשפט פלילי האחד לחובת משנהו ובטח שאין לכפות זאת עליהם. התכלית של הסעיף היא שמירה על שלמות התא המשפחתי. **"מבין הטעמים שנתנה הפסיקה לקיומן של הוראות מיוחדות אלה, הסביר והמשכנע ביותר הוא זה הנעוץ במגמה לשמור על שלמות התא המשפחתי ועל שלום בית במסגרת המשפחה**. מגמה זו הועדפה על פני החובה להעיד ולתרום בדרך זו לקיום משפט צדק". (י. קדמי, על הראיות, חלק ראשון, מהדורה משולבת ומעודכנת תשס"ד – 2003 עמ' 387).

42. המחוקק הישראלי החליט בצורה מובהקת להעדיף שלא לפגוע בשלוש הבית של התא המשפחתי ולא לגרום לסכסוך בין בני הזוג למרות האפשרות שנאשם יצא זכאי בדינו בהעדר אפשרות להוכחת אשמתו ולמרות האינטרס רב העצמה העומד ביסוד הדין הפלילי. קל וחומר בענייננו, כאשר אין מדובר בהגנה על שלום הציבור מפני עבריינים, אין לדרוש מהעותרת ומאחרות במצבה - לפעול בניגוד לדעת בן הזוג לשם איסוף מידע ללי ובהיעדר צורך ביטחוני ופרטני - על מנת שתוכל לבקר עם ילדיה אצל בן זוגה ואבי ילדיה.

דרישה גורפת שאינה מידתיות

43. דרישת המשיב מיום 18.5.2017, כי אזרחים ותושבים ישראלים ימסרו מספרי טלפון של תושבי עזה, אינה מידתית, שכן היא הוטלה באופן גורף כתנאי לטיפול בבקשת הישראלי, ללא קשר לזהותו של מגיש הבקשה או לקיומו של צורך בטחוני קונקרטי בקבלת המידע. דרישה גורפת זו, שלטענת המשיבים הינה חלק מבדיקה ביטחונית, מטילה כתם על ציבור שלם שכן היא הופכת כל מבקש היתר כניסה לרצועת עזה וכל "מבוקר" תושב עזה לחשודים מיידיים ולסיכון בטחוני פוטנציאלי על לא עוול בכפם (ראו בעניין זה את פסקי הדין בפרשת עדאלה ובבג"ץ 10533/04 איל ויס נ' שר הפנים, 28.6.2011).

44. אחד הכללים החשובים הנוגעים להפעלת שיקול הדעת המינהלי הוא הכלל המחייב את הרשות המינהלית להפעיל את שיקול דעתה במידתיות. מידתיות פירושה, כי שיקול הדעת השלטוני הופעל כדין רק אם האמצעי השלטוני שנקט לשם הגשמת התכלית השלטונית הוא במידה הראויה, ולא מעבר לכך (ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, 16.3.2006). המידתיות מחייבת את השלטון לבחור באמצעי "גזור בקפידה" ההולם את הגשמת התכלית שאותה מבקשת הרשות להשיג באופן היוצר פגיעה מינימלית בחירויות הפרט (בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות, 23.7.1996).

45. בפרשת עדאלה קבע בפסק דינו הנשיא ברק, כתוארו אז, כי פגיעה בזכות יסוד תהיה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית:

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 15; פרשת סטמקה, עמ' 779). באחת הפרשות ... ציינתי כי: המעביד יתקשה לקיים את 'מבחן הפגיעה הקטנה יותר', אם אין לו נימוקים כבדי משקל, שיש בהם כדי לשכנע כי מבחן אינדיבידואלי ימנע הגשמתה של המטרה הראויה אותה הוא מבקש להגשים (בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2), 358, עמ' 367).

46. יישום שלושת מבחני המשנה של המידתיות המשמשים להערכת התנהלותה של הרשות - מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי לתכלית, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובנה הצר - מלמדים כי דרישתו החדשה של המשיב אינה מידתית (השווה בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, 30.6.2004).

47. נניח לצורך העניין, כי מבחן המשנה הראשון מתקיים וכי קיים קשר רציונלי בין האמצעי שנקט - דרישה מכל ישראלי שנכנס לרצועת עזה להעביר את מספר הטלפון של התושב הפלסטיני אותו הוא מבקש לבקר - לבין המטרה שאותה מבקש המשיב להשיג - מידע כללי על תושבי עזה לצרכי ביטחון שוטף.

48. מבחן המשנה השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, מחייב כי הרשות תבחר באמצעי שפגיעתו פחותה ביותר לצורך הגשמת התכלית העומדת לנגד עיניה. כפי שצוין, על המשיבים להציג נימוקים כבדי משקל על מנת לשכנע כי **מבחן אינדיבידואלי, שאינו גורף**, ימנע את הגשמתה של המטרה אותה הוא מבקש להגשים. בענייננו, המשיבים אינם עומדים במבחן זה שכן אין כל הכרח לעשות שימוש דווקא במספר הטלפון של התושב הפלסטיני לצורך ביצוע בדיקה ביטחונית מספקת. הראיה לכך היא **שבמשך השנים במהלכן נערכו בדיקות ביטחוניות ביחס לבקשות כניסה לעזה, לא נדרשו מאות הישראלים שנכנסו לעזה, לספק למשיב את מספר הטלפון של התושב הפלסטיני ברצועה אותו הם מבקשים לבקר**. כך גם באשר לעותרת עצמה, שנכנסה לעזה כמה וכמה פעמים ומעולם לא נדרשה למסור את מספר הטלפון של בן זוגה. לפיכך האמצעי שנבחר ומהווה תנאי מקדים לטיפול בבקשה, אינו האמצעי שפגיעתו פחותה וכוחות הביטחון, יכולים להפעיל אמצעים אחרים להגשמת התכלית הביטחונית, כפי שעשו עד כה, ורק במקרה שעולה צורך ממשי לערוך מבחן אנדוידואלי.

49. מבחן המשנה השלישי, מבחן המידתיות במובן הצר, קובע כי פגיעה היא מידתית אם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות האדם לתועלת הצומחת ממנה. במקרה שלפנינו אין חולק כי הנזק שנגרם לעותרים – פגיעה בזכות לחיי המשפחה, לחופש תנועה ולאוטונומיה של העותרת ואף אפשרות לפגיעה בשלום הבית של התא המשפחתי – חמור ומשמעתי הרבה יותר מהתועלת שתצמח למשיבים מקבלת מספר הטלפון של בן זוגה של העותרת לצורך מידע מודיעיני כללי, שאינו נובע מצורך ביטחוני קונקרטי, ובהינתן שלגורמי הביטחון אמצעים רבים ומגוונים למילוי תפקידם, כפי שעשו שנים רבות, לפני שנכנסה לתוקפה הדרישה החדשה.

היעדר הסמכה ומטרה זרה

50. אחת הדרישות הבסיסיות של המשפט המינהלי, אם לא הבסיסית שבהן, היא שכל רשות מינהלית תפעל אך ורק בגדר הסמכויות הנתונות לה (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית**, התשנ"ו, עמ' 131). על כן, משנדרש בית המשפט לבחון את חוקיות הפעולה המינהלית, שאלת הסמכות היא השלב הראשון בביקורת השיפוטית. יתרה מכך: כה חשובה היא דרישת ההסמכה של הרשות המינהלית עד שאין הצדדים יכולים להסכים על סמכותו של גוף פלוני או אלמוני להעניק לגוף סמכות שהדין אינו מעניק לו (ע"א 201/82 **פרץ נ' אסולין**, 12.6.1983). דרישת סמכות מבטיחה את פעילותה התקינה של הרשות המינהלית, במובן זה שהרשות לא תפעל בשרירות, מחוץ לגדר החוק המסמיך אותה ולא תעשה שימוש לרעה בכוחה.

51. דרישה נוספת, הנובעת מדרישת ההסמכה, היא שהרשות תפעיל את הסמכות הנתונה לה רק לשם הגשמת המטרות שלשמן הוענקה אותה סמכות ואסור לה להפעיל שיקולים זרים ולפעול לקידום מטרות זרות (דפנה ברק ארז, **משפט מינהלי**, 2010, עמ' 635).


52. המשיב 3, כהגדרתו באתר המשיב 2, אמון על "יישום המדיניות האזרחית של ממשלת ישראל כלפי רצועת עזה". המשיב אינו מוסמך לדרוש מהעותרת או מכל ישראלי אחר, למסור לו מידע אודות תושבי עזה לטובת שירותי הביטחון. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר במטרה ביטחונית "כללית", בדמות איסוף מידע ואולי אף יצירת מאגר מידע עבור גורמי

הביטחון לצורך ביצוע פעולות מודיעיניות שונות. **המשיב למעשה רותם את סמכותו האזרחית ומנצל את חולשתה של העותרת ואחרים במצבה לצורך מטרה זרה** - איסוף מודיעין על תושבי עזה. זאת בשעה שסמכות זו נתונה לגוף אחר - גורמי הביטחון - שעליהם לפעול באמצעים החוקיים הנתונים להם ולא להפעיל, באמצעות המשיב, לחץ פסול על העותרת לצורך מימוש מטרותיהם.

53. זאת ועוד. השימוש שעושה המשיב 3 בסמכותו האזרחית, לא רק שמהווה חריגה מסמכות ונגועה בשיקולים זרים אלא שהוא גם מעמיד את העותרת במצב בעייתי בלשון המעטה. הדרישה מהעותרת לסייע באיסוף מידע כללי על תושבי עזה היא בעייתית ביותר הן מסיבות אישיות מובנות, שהרי, מדובר בבן זוגה ובאבי ילדיה והן משום שכאזרחית ישראלית, מצבה ברצועת עזה מורכב ואין לאלצה לשתף פעולה באופן זה עם גורמי הביטחון, דבר שעלול להגביר את המורכבות ואף להעמידה בסכנה.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפכו למוחלט.

בנוסף לאמור מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרות, לרבות אגרת בית משפט ושכ"ט עו"ד כדין.


סיגני בן ארי, עו"ד
ב"כ העותרות

23.5.2018