

בעניין: _____ ח'אלד, ת"ז _____, מטול כרם
1. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
2. כולם ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או נירית היים (מ"ר 48782) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לאפשר לעותר 1 (להלן: העותר), לבקר אצל בנו הכלוא בישראל.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע את המועדים ואת הדיון בעתירה זו בדחיפות, בשל התוצאה הקשה שיש לסירוב המשיב לתת לעותר היתר לביקור אצל בנו הכלוא, אותו לא ביקר **מזה כעשרה חודשים**.

ואלה נימוקי העתירה

בידודו של האסיר מן החברה כדי להגשים את תכליות הענישה גוזר עליו גם בידוד משפחתי מבן זוגו, מילדיו, וממשפחתו במעגל הרחב יותר. אולם גם בהינתן הגבלה אינהרנטית זו למאסר, קיומה של זכות אדם למשפחה ולהורות מחייבת צמצום היקף הפגיעה בה ככל הניתן, ובגבולות ההכרחיים בלבד, כגון בדרך של מתן היתרים מבוקרים לביקורי משפחות אצל אסירים, יציאה לחופשות בהתקיים תנאים מוגדרים, העמדת אמצעים המאפשרים התייחדות בין בני זוג, וכיוצא באלה. בכך, נשמרת מידתיות הפגיעה בזכות האדם, המתחייבת באורח מובנה מעצם שלילת החירות הנילווית למאסר (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 3564(2)2006, פסקה 15 לפסק דינה של

השופטת פרוקצ'יה, להלן: **פרשת דוברין**. כל ההדגשות בעתירה שלי –
ד.ש.ד).

רקע

1. עניינה של עתירה זו בזכותו של העותר, שהינו תושב הגדה המערבית, לבקר אצל בנו, הכלוא בישראל.
2. מתחילת האינתיפאדה השנייה בחודש אוקטובר 2000, ועד לחודש מרץ 2003, לא התאפשרו ביקורים של תושבי הגדה אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראליים; לא בבתי הכלא בשטח ישראל ואף לא במתקני הכליאה בשטחי הגדה המערבית. בעקבות הדיונים שהתקיימו במסגרת ההליכים בבג"ץ 11198/02 **דיריה נ' מפקד מתקן הכליאה הצבאי עופר**, תק-על 2003(3), 2099 (להלן: **בג"ץ דיריה**), החל המשיב, באופן הדרגתי, לאפשר ביקורי בני משפחה אצל קרוביהם הכלואים. תחילה החל המשיב לאפשר ביקורים אך ורק מנפות רמאללה, יריחו וקלקיליה. בשלב הבא הורחב ההסדר גם לנפות בית-לחם, טול-כרם וסלפית. כיום כולל הסדר הביקורים את כל הנפות. המשיב אף קבע קריטריונים צרים המגדירים מי זכאי לבקר: בני-זוג, הורים וסבים, וכן אחים, אחיות, בנים ובנות מתחת לגיל 16 או מעל לגיל 46 בלבד. בחודש יולי 2005 הרחיב המשיב את הקריטריונים הללו וקבע, כי גם אחיות ובנות, ללא מגבלת גיל, יכולות לבקר את יקיריהן בבתי הכלא. מאוחר יותר קבע המשיב כי בנים בגילאי 16-46 יוכלו לבקר אצל אביהם הכלוא פעמיים בשנה, ואחים בגילאים אלה יבקרו פעם בשנה בלבד.
3. המשיב לא מאפשר לתושבי הגדה המערבית להגיע לביקורים בכוחות עצמם ואף אינו דואג בעצמו להסדרי ביקור כלשהם. הביקורים מאורגנים אך ורק באמצעות ארגון הצלב האדום הבינלאומי (להלן: **הצלב האדום**). בקשות לביקור מוגשות על-ידי התושבים במשרדי הצלב האדום, אשר מעבירן לידי המשיב. המשיב מעביר את תשובתו לידי הצלב האדום, וזה מודיע את התשובה למבקש. הצלב האדום אף מארגן את ההסעה עצמה - על חשבוננו, בתיאום עם המשיב ובליווי סידורי אבטחה קפדניים.
- על פי הנוהל הרגיל, כאשר מאושרת בקשה לביקור בכלא, מקבל המבקר מהמשיב היתר שתוקפו שלושה חודשים. ההיתר תקף במסגרת הסעות הצלב האדום בלבד. ההיתר מאפשר למקבלו לבקר בכלא ללא הגבלה, ככל שמאפשרות הסעות הצלב האדום (בדרך כלל, פעמיים בחודש).
4. משחודשו הביקורים, בחודש מרץ 2003, התברר כי במקרים רבים מאוד מסרב המשיב לאפשר ביקורים של בני משפחה אצל כלואים, "מטעמי ביטחון". מדובר היה בפלח גדול מאוכלוסיית השטחים, שסווג על ידי המשיב כ"מנוע כניסה לישראל" ולפיכך מנע ממנו המשיב ביקורים בכלא.
5. בשלהי שנת 2003 ובעקבות עתירות שהגישה העותרת 2, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**), שינה המשיב את מדיניותו זו וקבע, כעניין שבעיקרון, שגם מנועי כניסה לישראל יוכלו להשתתף בביקורים בבתי הכלא, המאורגנים על ידי הצלב-האדום, וזאת בהיעדר מניעה מיוחדת (בג"ץ 8851/03 **נחלה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** ובג"ץ 11193/03 **נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**).

הסדר הביקורים למנועי כניסה לישראל

6. ביום 26.10.2004, שנה לאחר ההחלטה העקרונית בנושא, הודיע המשנה לפרקליט המדינה על הסדר חדש לגבי מי שהם מנועי כניסה לישראל, אולם אין מניעה ביטחונית להשתתפותם בביקורים בבתי הכלא בישראל ובשטחים, במסגרת הסעות מאובטחות של הצלב האדום.
7. על פי הסדר זה, שהתפתח לכדי פרקטיקה במהלך השנים האחרונות, בקשות של "מנועי כניסה לישראל" לבקר בבתי הכלא, תוגשנה למינהל האזרחי באמצעות הצלב האדום ותועברנה על ידי ראש ענף ארגונים בינלאומיים במינהל האזרחי לשב"כ, לצורך בדיקה ואבחון פרטניים. אם ימצא כי לא קיימת מניעה להתיר למבקש לבקר בבית הכלא, יונפק לו היתר כניסה חד פעמי לישראל לצורך ביקור בכלא, שתוקפו 45 יום. היתר זה, אשר המשיב התחייב כי יונפק תוך חודשיים עד חודשיים וחצי מעת הגשת הבקשה, ואשר יועבר באמצעות הצלב האדום, יאפשר ביקור אחד בכלא במהלך 45 הימים. בתום אותו ביקור יבוטל היתר, והמבקר יוכל להגיש בקשה חדשה באותו נוהל. ככל שהאבחנה הביטחונית תישאר בעינה, יקבל המבקר היתר חדש וחוזר חלילה.
- הסדר זה שונה מהנוהל הרגיל הקיים לגבי כלל אוכלוסיית המבקרים, שבמסגרתו ניתנים היתרים התקפים לשלושה חודשים ואשר תואר בסעיף 3 לעיל.
- מכתבו של המשנה לפרקליט המדינה מ-26.10.2004 מצורף כנספח ע/1.
8. יודגש, כי גם במקרים בהם ניתן היתר בתוך חודשיים וחצי כפי שהתחייב המשיב, **המספר הרב ביותר של ביקורים אותם יכול לערוך מבקר, מנוע כניסה לישראל, אצל בן משפחתו הכלוא, עומד על שלושה ביקורים בשנה בלבד**. זאת היות וכזכור, בתקופה בה יש למבקר היתר, הוא מוגבל לביקור אחד בלבד במהלך 45 הימים בהם ההיתר בתוקף. כך שאף אם ההיתר החדש ניתן לאחר חודשיים וחצי כפי שהתחייב המשיב, הזמן שבין תחילת תוקף היתר אחד לבין קבלת היתר שני עומד על ארבעה חודשים (45 יום תוקף ההיתר + חודשיים וחצי זמן הבדיקה), בהם המבקר מוגבל כאמור לביקור אחד בלבד.

הצדדים ומיצוי ההליכים

9. העותר, יליד 1965, מעולם לא נעצר ולא נחקר.
10. בנו של העותר, האסיר _____ חי'אלד, ת"ז _____, נעצר בחודש ינואר 2008 ונשפט לשש שנות מאסר ושימונה חודשים. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא מגידו.
11. המוקד להגנת הפרט הוא ארגון זכויות אדם, אשר מזה שנים רבות מסייע בידי פלסטינים תושבי הגדה לממש את זכויותיהם לבקר את בני משפחתם הכלואים בבתי כלא בישראל.
12. המשיב מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת החזקה לוחמתית והוא אשר אחראי לשמירת החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר כלא את בנו של העותר, והוא אשר מחייב את העותר להצטייד בהיתרים מטעמו לצורך הביקור בכלא. מתוקף מעמדו, על המשיב לדאוג למימוש זכויותיהם של התושבים בשטח הכבוש שתחת אחריותו, ובכלל זאת זכותם לביקורי

משפחה ולקיום חייהם התקינים. זאת בהתאם למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים, למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

13. העותר ביקר את בנו בכלא לאחרונה בחודש ינואר 2009, באמצעות היתר שניתן לו על-ידי המשיב, שתוקפו היה ל-45 יום. לאחר שפג תוקף ההיתר, פנה העותר למשרדי הצלב האדום ביום 30.1.09 והגיש בקשה חדשה להיתר, על-פי הנוהל. מאחר ובקשתו לא נענתה משך חודשים רבים, בניגוד להתחייבות המשיב, פנה העותר אל המוקד להגנת הפרט ביום 25.5.09. המוקד פנה בשם העותר ללשכת יועמ"ש המשיב ביום 1.6.09, בבקשה להסדיר את ביקורו של העותר אצל בנו.

העתק הפנייה מיום 1.6.09 מצורף כנספח ע/2.

14. ביום 26.7.09 התקבלה תשובת יועמ"ש המשיב. בתשובה זו נקבע כי כניסתו של העותר לישראל, לצורך ביקור בנו הכלוא, מסורבת, "לאור פעילותו בארגון טרור".

העתק המכתב מיום 26.7.09 מצורף כנספח ע/3.

לפיכך, לא נותרה ברירה לעותר, אשר לא ביקר את בנו מזה כעשרה חודשים, מלבד פנייה לבית משפט נכבד זה.

הפן המשפטי

אין מחלוקת כי היענות לבקשות ביקורים של קרובי משפחה אצל הכלואים היא בגדר ציפייה הראויה להכרת הגורם המוסמך בישראל, כחלק ממימוש הזכות למשפחה... חובתו של מפקד האזור במסגרת סמכויותיו היא לדאוג לשלומם ולרווחתם של תושבי האזור, ובכלל זה למימוש קשרי המשפחה שלהם עם יקיריהם הרחוקים מהם, ולתת הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות (בג"ץ 7615/07 **סמר אדיב עלי ברגותי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע**, טרם פורסם. פיסקה 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה מיום 26.5.09).

הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיב להסדירם

15. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של העצורים והן של בני משפחותיהם. זוהי זכות בסיסית, הנובעת מתפישתו של האדם כיצור חברתי, המתקיים במסגרת משפחה וקהילה. הזכות לביקורי משפחה מעוגנת בשורה של מקורות משפטיים ישראלים ובינלאומיים.

16. ניתן לציין, בין המקורות הללו, את אמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת בסעיף 116 כי "כל עציר רשאי לקבל מבקרים - בייחוד, אנשי משפחה קרובים - לעתים מזומנות ובתדירות האפשרית"; את סעיף 47 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), תשל"ב-1971 וכן את פקודת הנציבות 04.42.00 שכותרתה "סדרי ביקור אצל אסירים", הקובעת בסעיף 1 כי:

הביקור הוא אחד מאמצעי הקשר החשובים שבין האסיר למשפחתו, חבריו, ידידיו. הביקור עשוי להקל על האסיר בעת שהותו בבית הסוהר ולעודדו בשעות משבר.

17. הסטנדרט המינימאלי לטיפול באסירים של האו"ם (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955) קובע, בכלל 37:

Prisoners shall be allowed under necessary supervision to communicate with their family and reputable friends at regular intervals, both by correspondence and by receiving visits.

18. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט הבינלאומי ההומניטארי המינהגי, נקבע כי הזכות של עצירים ואסירים לקבל ביקורים הינה זכות מוכרת במשפט הבינלאומי המינהגי:

Rule 126. Civilian internees and persons deprived of their liberty in connection with a non-international armed conflict must be allowed to receive visitors, especially near relatives, to the degree practicable.

...In a resolution adopted in 1999, the UN General Assembly demanded that Yugoslavia respect the requirement to allow detainees to receive family visits in the context of the conflict in Kosovo (UNGA Res.54/183). In the **Greek case** in 1969, the European Court of Human Rights condemned the severe limitations on family visits to detainees. In 1993, the Inter-American Commission on Human Rights recommended that Peru allow relatives to visit prisoners belonging to the Tupac Amaru Revolutionary Movement.

(JM Henckaerts, L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law p. 448-449 (Volume I: Rules. 2005)).

19. לא זו אף זו. הזכות לביקורים אינה של האסיר לבדו. היא גם זכות מוכרת במשפט הבינלאומי של בני המשפחה של האסיר, אשר הקשר שלהם עימו ניתן עם השמתו במאסר. וכך מסכם זאת אחד המלומדים:

People who are sent to prison lose the right to free movement but retain other rights as human beings. One of the most important of these is the right to contact with their families. **As well as being a right for the prisoner, it is equally a right for the family members who are not in prison.** They retain the right of

contact with their father or mother, son or daughter, brother or sister who has been sent to prison. Prison administrations have a responsibility to ensure that these relationships can be maintained and developed. Provision for all levels of communication with immediate family members should be based on this principle. It follows that the loss or restriction of family visits should not be used as a punishment under any circumstances.

(Coyle A. **A Human Rights approach to prison management: A handbook for prison staff** International Centre for Prison Studies (King's College, University of London and the UK Foreign and Commonwealth Office) 2002. p 95).

זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

20. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה נובעת גם מהתפישה השלטת, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי, שעצם המעצר או המאסר, אין בהם כדי לשלול את זכויות היסוד של הכלוא. חומות הכלא מגבילות את חופש התנועה של הכלוא, על כל הנובע מכך, אך אין בהן כדי להפקיע את זכויות היסוד האחרות שלו, למעט כאלו שנשללו ממנו על-פי הוראה מפורשת בדין:

כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין... שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא: על-פי האמור בדברים, כה ג: 'ונקלה אחיד לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיד' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיד ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו.

(בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832; וראו גם: פרשת דוברין, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עע"א 4463/94 גולן נגד שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153; עע"א 4/82 מדינת ישראל נגד תמיר, פ"ד לז(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490).

21. סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, שאושרה על-ידי מדינת ישראל בשנת 1991, קובע כי:

All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

סעיף זה פורש על ידי הוועדה לזכויות האדם, הגוף הממונה על יישום האמנה, ב-CCPR General Comment No. 21, מתאריך 10.4.92, באופן רחב ביותר :

[R]espect for the dignity of such persons must be guaranteed under the same conditions as for that of free persons. **Persons deprived of their liberty enjoy all the rights set forth in the Covenant, subject to the restrictions that are unavoidable in a closed environment.**

22. גם על פי סעיפים 1 ו-5 של ה-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, אשר אומצו על ידי האסיפה הכללית של האו"ם (בהחלטה 45/111 מתאריך 14.12.1990), נקבע העיקרון לפיו אסירים זכאים לכל זכויות האדם מלבד אלו הנשללות מעצם המאסר עצמו. בסעיף 1 נקבע כי :

All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings.

ועל פי סעיף 5 :

Except for those limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, **all prisoners shall retain the human rights and fundamental freedoms set out in the Universal Declaration of Human Rights**, and, where the State concerned is a party, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, as well as such other rights as are set out in other United Nations covenants.

23. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות, בין השאר, מטעמי ביטחון. אולם, ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, תוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.

הזכות לחיי משפחה

24. מניעת ביקורי משפחות אצל יקיריהן הכלואים, פוגעת פגיעה קשה בזכות היסוד של בני המשפחה ושל הכלואים לחיי משפחה. יחס החברה לזכות לחיי משפחה היה והינו, בכל הזמנים ובכל התרבויות, כאל ערך נעלה.

25. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין עדאלה (בג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים**, תק-על 1754, (2)2006).

כך, למשל, כותב כבוד הנשיא (דאז) ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית...

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחיה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

ובפרשת דוברין כותבת כבוד השופטת פרוקצ'יה (בפיסקה 12 לפסק דינה):

במדרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים...

זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.

26. זכויות המשפחה מוכרות ומוגנות גם על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי. תקנה 46 לתקנות האג משנת 1907, שהינן בגדר משפט בינלאומי מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

ובעניין סטמקה נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות. (בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

וראו עוד: סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; הפתיח של האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989.

הגבלה על זכות יסוד – עקרון הסבירות

27. כאמור לעיל, ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות מטעמי ביטחון. כך למשל, תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר מקנה סמכות לנציב או לסגנו למנוע ביקורים אצל אסיר, לגביו קיים יסוד סביר לחשוד כי האסיר עלול לנצל ביקורים לשם

פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה. תקופה זו ניתנת להארכה לתקופות נוספות של 3 חודשים בכל פעם.

28. ואולם ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת. פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה בזכות לביקורים בכלא של העותר, הינה כדין רק אם היא עומדת במבחן הסמכות ובמבחן האיזון הראוי בינה לבין אינטרסים אחרים עליהם מופקדת הרשות. ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר (עע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 **גולן נגד שירות בתי הסוהר**, פ"ד (4) 136, 156).

29. כובד משקלן הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית, תלוי במהות ההחלטה. על משקלן של הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה. היותה של החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של העותר, מחייבת את המשיב לסמוך את החלטתו על הערכות ונתונים כבדי משקל:

לגבי שלילתן של זכויות יסוד, לא די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן... הנני סבור, כי הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות (ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 250-249, 225).

30. לא זו אף זו. להווי ידוע, כי במקרים כגון דא, באי כוחם של העותרים אינם רשאים לעיין בראיות, המהוות את הבסיס לשלילת הזכות לביקורי משפחה בכלא. בענייננו, עובדה זו מתבטאת בכך שמלבד משפט קצר במכתב הסירוב מיום 26.7.09, המציין כי בקשת העותר מסורבת "לאור פעילותו בארגון טרור", אין כל גילוי נוסף של נסיבות הסירוב לבקשת העותר. על-בסיס נתון מינימאלי זה אמורים העותר ובאי-כוחו לנסות ולשנות את רוע הגזירה. ברבים מן המקרים עניין זה מתברר כבלתי אפשרי, ולא נותרת בידי העותרים כל ברירה מלבד פנייה לבית המשפט הנכבד, על-מנת שישקול הוא את עוצמת הראיות. יפים לענייננו דבריו של כב' השופט א' רובינשטיין בבש"פ 2489/09 **זאב בראודה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 7.6.09), בפיסקה ח' להחלטתו, בנוגע לחיסיון ראיות והשפעתו על זכויותיו של הצד שכנגד (במקרה שלנו, העותר):

עם כל הצער על שהפרשה, בה נפצעו שני אנשים כאמור, לא תבורר עד תום, דבר שכמובן הטרידני ולא גרם לי נחת:

"איזון השיקולים בסוגיית גילוי ראייה חסויה הוא, לעיתים, מורכב ורב השלכות, אולם לעולם כפוף הוא לעקרון לפיו מקום

שראיה חיונית היא להגנתו של הנאשם, כי אז אין לקיים לגביה
חסיון ויש להורות על גילוייה, גם אם הדבר עלול להביא לכך
שהצורך בגילוי יביא לביטולו של ההליך הפלילי ולזיכויו של נאשם"
(עניין פחימה, פסקה 7 - השופטת פרוקצ'יה; ההדגשה הוספה -
א"ר).

תוצאה זו יש בה כדי ללמד על החשיבות העליונה שמייחס המשפט
הישראלי לזכות להליך הוגן, לשמירת הזכויות הדיוניות. הגם שבתיק
עשויות להימצא גם ראיות מרשיעות - אף על פי כן (כלשון השופט חשין)
"ההגינות היא אמת המידה".

הגבלה על זכות יסוד – עקרון המידתיות

31. גם לו סבור המשיב כי מביקורו של העותר את בנו בכלא נשקפת סכנה ביטחונית כזו או אחרת,
הרי שבבואו לשלול את זכות הביקור, היה על המשיב לעמוד בחובת המידתיות. עיקרון זה
מתמקד ביחס שבין המטרה שמבקשים להגשים, לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. אחד
מנדבכי מבחן המידתיות הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. משמעות הדבר היא, כי מבין
מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה, יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית
פחותה (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840
(2004)).

32. פירושה של חובה זו הינו חובת המשיב לבחון בחינה קפדנית ופרטנית את הראיות שבפניו;
לברר היטב אם אין די בסידורי הביטחון הקפדניים הנהוגים בהסעות ובמתקני הכליאה כדי
לנטרל סיכונים, אם קיימים, לרבות אי-מגע ישיר בין האסיר לבין מבקריו, אלא דרך מחיצת
זכוכית, והעמדת משקיפים מסוהרי בית הסוהר בכדי לנטרל כל סיכון ביטחוני ממנו הוא
חושש. בנוסף לזאת, היה עליו לאזן בין הסיכון, מידתו והסתברותו לבין הפגיעה הקשה
והוודאית בעותר ובאחיו.

33. לא זו אף זו, בעבר, במקרים רבים בהם עתר המוקד להגנת הפרט לבית המשפט הנכבד, על-מנת
שיותר לעותרים לבקר את יקיריהם הכלואים, כאשר גם באותם מקרים מדובר היה במניעה
ביטחונית, ניאות המשיב לבסוף להתיר את הביקור. זאת אך ורק עקב העובדה שהוגשה
עתירה, מבלי שהתקיים דיון, ומבלי שניתן פסק-דין. קרי, נראה כי במקרים הללו לא התקבלו
ההחלטות בסבירות ובמידתיות הראויות. בין הדוגמאות לכך ניתן למנות את עת"ם 1149/09
ג'נאן איברההים אחמד קדח נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; עת"ם 1178/09 מג'דולין
עבדאללה אחמד ח'ראז נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; ועת"ם 1177/09 סחר מחפוז
חסן אבו רויס נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית. ואלו, כאמור, הם רק חלק מהמקרים.

סיכום

34. לסיכום, העותרים הוכיחו כי על המשיב מוטלת חובה לאפשר ולקיים ביקורי משפחה בכלא וכי
הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד חוקתית, הניצבת במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם
החוקתיות.

35. בנוסף, הוכיחו העותרים כי המשיב חייב לעמוד בכללי המשפט המינהלי הישראלי, כך שיקבל החלטותיו במידתיות וסבירות. במקרה נשוא עתירה זו לא ברור כלל האם עמד המשיב בחובה זו.

36. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל נחתם תצהירו של העותר בפני עורך-דין במקום מגוריו. התצהיר וייפוי הכוח נשלחו למשרדי המוקד להגנת הפרט באמצעות הפקס. באופן זה הם מצורפים לעתירה.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כאמור בראש עתירה זו ולחייבו בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 22 באוקטובר 2009

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 58094)