

בעניין:

1. _____ האמד, ת"ז _____,

תושבת השטחים הכבושים

2. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**

– ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או עביר גיבראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים

טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרות

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לאפשר לעותרת 1 (להלן: **העותרת**), לבקר את בן זוגה הכלוא בישראל, באמצעות מתן היתר כניסה לישראל לצורך כך.

ואלה נימוקי העתירה

אין בהחזקתו של אדם במשמורת כדי להפקיע מאליהן את מכלול זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל, וניתן לגרוע מהן רק במידה שהדבר מתחייב באופן הכרחי משלילת החירות עקב המאסר, לצרכי החקירה או ניהול המשפט, או לשם קיומו של אינטרס ציבורי חיוני, ובכפוף להוראות הדין (רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי דיראני, תק-על 2011(3), 1298, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, להלן: **פרשת דיראני**. כאן ובהמשך כל ההדגשות בעתירה הן שלי – נ.ד.).

עניינה של עתירה זו בזכותה של העותרת, שהינה תושבת הגדה המערבית, לבקר את בן זוגה הכלוא בישראל, אשר אותו לא ראתה מאז ביקרה אותו לפני למעלה משנה וחצי.

רקע

1. משך שנים רבות מוחזקים תושבי האיזור הפלסטינים הנתונים במאסר או במעצר במתקני כליאה המצויים בתוך שטחה של מדינת ישראל וזאת בניגוד למשפט הבינלאומי. ראשיתה של

החזקה זו בתקופה בה הונהג המימשל הצבאי באיזור. בעקבות הסכמי אוסלו ופינוי מרבית מתקני הכליאה שהיו בשטחים, גדל באופן משמעותי מספר הכלואים המוחזקים במתקני כליאה המצויים בישראל.

2. החזקתם של כלואים פלסטינים בשטחי מדינת ישראל מביאה לפגיעה קשה בזכות לביקורי משפחה בכלא, אשר מהווה זכות יסוד הנתונה לכלואים הפלסטינים ולקרוביהם גם יחד, והיא נגזרת מהזכות החוקתית לחיי משפחה. כמו כן, פרקטיקה זו סותרת חזיתית הוראות ברורות במשפט הבינלאומי.

3. הפגיעה בזכות זו מתעצמת בשל ההסדרים וההגבלות הקבועים בעניין זה, ובראשם הכורח המוטל על תושבי השטחים לקבל היתר כניסה לישראל מן הצבא, גם כאשר מדובר בכניסה לשם ביקור בני משפחה אשר ישראל כולאת בשטחה. לא למותר לציין כי אף ביקור כלואים בכלא עופר, הנמצא בשטחי הגדה המערבית, טעון היתר כניסה לישראל לשם מעבר במחסומים בדרך לביקור הכלוא, בכפוף לאותם הסדרים.

4. כיום פנייתם של תושבי השטחים אל המשיב לשם קבלת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בכלא נעשית על פי נוהל, שגובש על-ידי המשיב במסגרת דיון בעתירה שהגיש המוקד להגנת הפרט בעניין זה (בג"ץ 4048/13 **ארשיד ארשיד נ' המפקד הצבאי** (לא פורסם), להלן: **בג"ץ ארשיד**). הנוהל גם קובע מסגרת לטיפול בבקשות להיתר של פלסטינים שהינם מנועי כניסה לישראל מסיבות ביטחוניות, אך אין מניעה להשתתפותם בביקורים בבתי הכלא בישראל. ע"פ הקריטריונים שבנוהל רק בני משפחה מדרגה ראשונה זכאים לבקר, והם: בני ובנות זוג, הורים, סבים וסבתות, אחיות ובנות וכן, במגבלות תלויות גיל, אחים ובנים.

העתק מהנוהל מצורף ומסומן **ע/1**.

5. במקרים של בנים או אחים או במקרים בהם המפקד הצבאי מגדיר את בן המשפחה כ"מנוע כניסה לישראל" אשר אין מניעה לכך שיבקר בכלא, מקבל בן המשפחה היתר דו-פעמי, התקף ל-60 יום בלבד, וזאת בניגוד להיתר השנתי הניתן לאחרים.

6. יצוין כי המפקד הצבאי 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 המפקד הצבאי. האחרון מעביר את תשובתו לידי הצלב האדום, וזה מוסר את התשובה למבקש. הצלב האדום אף מארגן את ההסעה עצמה – על חשבוננו, בתיאום עם המשיב ובליוי סידורי אבטחה קפדניים.

7. בית המשפט העליון פסק בבג"ץ 2690/09 **יש דין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה** (לא פורסם, פסק דין מיום 28.3.2010), כי החזקתם של כלואים פלסטינים בישראל מותרת בכפוף לכך שהמשיב יעמוד בחובותיו על-פי המשפט הבינלאומי. אולם, פעם אחר פעם, המשיב מפר את מחויבותיו אלו, וכך מגביל ביודעין ובשרירות לב בירוקרטית את זכותם לביקורים של אלפי אסירים ושל עשרות אלפים של בני משפחותיהם.

8. עתירה זו ממחישה, כי החזקתם של כלואים פלסטינים בתוך תחומי מדינת ישראל מביאה בנקל לפגיעה קשה בזכויות מוגנות. מספיקה החלטה אחת של מי מנציגי המשיב, ובהינף קולמוס נפגעת קשות זכותם לחיי משפחה של הכלוא הפלסטיני וקרוביו.

הצדדים ומיצוי ההליכים

9. העותרת, בת 28, הינה תושבת סלואד שבנפת רמאללה, נשואה ואם לשניים. מעולם לא נעצרה ואף לא נחקרה.

10. בן זוגה הכלוא של העותרת הוא _____ חאמד, ת"ז _____ . מר חאמד נעצר ביולי 2015, נשפט ונידון למאסר עולם. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא רמון.

11. העותרת 2, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה לזכויות אדם, אשר מסייעת מזה שנים רבות לפלסטינים תושבי השטחים, בין היתר, במימוש זכותם לבקר את בני משפחתם הכלואים בבתי כלא בישראל.

12. המשיב הוא המפקד הצבאי האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי וזה למעלה מחמישים שנה. הוא אשר אחראי להבטיח את החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר כלא את בן זוגה של העותרת, והוא אשר מחייב את העותרת להצטייד בהיתר מטעמו לצורך הביקור בכלא. מתוקף מעמדו, על המשיב לדאוג למימוש זכויותיהם של התושבים בשטח הכבוש שתחת אחריותו, ובכלל זאת זכותם לביקורי משפחה בבתי הכלא, כחלק ממימוש זכותם לחיי משפחה. זאת בהתאם למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים, למשפט ההומניטארי הבינלאומי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

13. העותרת לא ראתה את בן זוגה הכלוא מאז ביקרה אותו בכלא באוקטובר 2016, לפני למעלה משנה וחצי. מאז מונע ממנה המשיב להיפגש עם בן זוגה. לא רק שהוא מחזיק את בן זוגה בשטחי ישראל, כך שאין לעותרת גישה חופשית לכלא בו הוא מוחזק, המשיב אף דורש ממנה להצטייד בהיתר מיוחד מטעמו לשם כך, נמנע מלענות לה במועד, ובסופו של יום מסרב לבקשותיה בטיעונים שונים ומשונים וללא נימוק של ממש.

14. מאז הביקור האחרון, הגישה העותרת מספר רב של בקשות במשרדי הצלב האדום על פי הנוהל, אשר כולן סורבו, כשחלקן סורבו לאחר חלוף הזמן הקבוע למענה. ביוני 2017 הגישה העותרת לבית המשפט על מנת לקבל את ההיתר המבוקש אך ללא הועיל (עת"ם 32442-06-17).

15. ביום 1.10.2017 הגישה העותרת את בקשתה האחרונה במשרדי הצלב האדום על פי הנוהל. משחלף הזמן הקבוע למענה, פנתה למוקד וביקשה את סיועו. זה פנה בשמה למשיב ביום 21.12.2017 בדרישה שיינתן לה היתר.

העתק מפניית המוקד מיום 21.12.2017 מצורף ומסומן ע/2.

16. ביום 28.12.2017 התקבלה במשרדי המוקד תשובתו של המשיב לפניית העותרת ובה נמסר כי בקשתה סורבה בהמלצת גורמי הביטחון, מבלי שניתן לכך כל נימוק המניח את הדעת, ואף לא נמסר מהו תוקף המניעה.

העתק מתשובתו של המשיב מיום 28.12.2017 מצורף ומסומן ע/3.

17. זהו המקום להדגיש כי הכלוא נידון למאסר עולם ומועד שחרורו אינו נראה באופק. זהו מצב קשה ביותר לכלוא ולבני משפחתו. מחריפה את הקושי העובדה שהכלוא מוחזק בתנאים מגבילים ביותר נוכח היותו מסווג על ידי שב"ס כ"אסיר ביטחוני", כך שהוא ובת זוגו נמצאים בנתק מוחלט שכן אינו יכול לטלפן אליה. עובדה זו מקנה חשיבות יתרה לקיום ביקור העותרת, להקלת מצוקתם של שניהם. העובדה שהמשיב אינו נותן לעותרת לבקר את בן זוגה, מעצימה לאין שיעור את מצוקתם המובנית.

18. לא למותר לציין, שבידי המשיב אמצעים אחרים לטפל בסכנה לכאורה הכרוכה בביקורה של העותרת, שהרי הביקור בכלא מפוקח לאורך כל הדרך. המבקרים מגיעים לכלא אך ורק בהסעות של הצלב האדום. במהלך הביקור אין מגע ישיר בין המבקר לכלוא. מחיצת זכוכית עבה מפרידה בין השניים והדיבור נעשה באמצעות שפופרת טלפון. כך, מנוטרל כל סיכון תיאורטי שעשוי להתפתח במהלך הנסיעה לביקור ובמהלך הביקור עצמו. בנוסף ביכולתו לפעול להגברת הפיקוח במהלך הביקור. למרות זאת, בוחר המשיב לסרב לבקשה מבלי לבחון חלופות מידתיות יותר.

19. עוד נציין, כי העותרת היא המבקרת היחידה שיכולה לבקר את הכלוא, שכן חלקם של אלו מבני משפחתו שעל פי הגדרת המשיב רשאים לבקש לבקר את הכלוא, נמצאים בחו"ל, וחלקם האחר אינו מקבל היתרי כניסה מהמשיב. יודגש, כי בהיעדר מבקר בגיר נמנעת, בין היתר, הגעתם של ילדיו הקטינים של הכלוא לביקור אביהם. כתוצאה מהחלטת המשיב לסרב לבקשת העותרת לביקור בן זוגה, בניהם _____ ו _____, בני 5 ו-4 בהתאמה, ראו את אביהם רק פעם אחת במהלך השנה וחצי האחרונות.

20. דברים אלה הועלו במסגרת הדין בעתירה הקודמת שהוגשה על ידי העותרת בפני כבוד השופט אלי אברבנאל, אשר הפנה את העותרת למצוא מלווה שיוכל להשגיח על הילדים בדרכם לביקור. אולם, ומאז רק פעם אחת עלה בידי העותרת למצוא מלווה לילדיה, וזה כחצי שנה שהם לא פגשו את אביהם.

21. למרות זאת המשיב מסרב לאפשר את הביקור, וכך נמשכת ההתעללות הביורוקרטית בעותרת, שמונעת ממנה לראות את בן זוגה זה למעלה משנה וחצי, בלא שלעותרת יהיה מושג מדוע אינה מקבלת היתר, ואם ומתי יותר לה לבקר את בן זוגה.

לפיכך, נוכח העובדה שהמשיב מסרב לאפשר את הביקור, לא נותרה לעותרת – אשר לא ראתה את בן זוגה הכלוא זה למעלה משנה וחצי – כל ברירה אלא פנייה לבית משפט נכבד זה.

הפן המשפטי

המסקנה היא, שיש הצדקה לקבוע הסדרים מיוחדים לגבי אסירים ביטחוניים... עם זאת ברור כי הסדרים אלה חייבים לעמוד במבחנים המשפטיים החלים בדרך כלל על החלטות מינהליות: הם חייבים להיות ענייניים, סבירים ומידתיים. כך, למשל, אין להטיל על אסירים

ביטחוניים מגבלה על קשר עם אנשים מחוץ לבית הסוהר אם אין היא נדרשת על יסוד שיקולים ביטחוניים או שיקולים ענייניים אחרים, אלא נובעת רק משיקולים של ענישה או נקמנות, או אם היא פוגעת באסיר מעבר למידה הנדרשת על-ידי שיקולים ענייניים (עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר פ"ד נ(4) 492, 501).

הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיב להסדירם

22. כידוע, ביום כ"ט בנובמבר 2012 החליטה העצרת הכללית של האו"ם להעניק לפלסטין מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם (החלטה מס' A/RES/67/19). ברור כי גם לאחר החלטת העצרת הכללית, ממשיך המפקד הצבאי לשאת בכל החובות החלות עליו על פי המשפט הבינלאומי, ככוח כובש המחזיק בשטח.

23. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של העצירים 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.

24. ניתן לציין, בין המקורות הללו, את אמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת בסעיף 116 כי "כל עציר ראוי 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.

25. וכך נקבע לעניין זה בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ברע"ב 6956/09 מאהר יונס ואח' נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2010(4), 189 (להלן: **רע"ב מאהר**), בפסקה 8 שם:

אכן, ניתן להשקיף על חופשות וביקורים אצל אסירים גם כחלק מזכויות האדם השמורות להם, גם בהימצאם בכלא, שאינן מתאימות בהכרח מעצם שלילת החירות הנובעת מן המאסר, פרי הסנקציה העונשית. יציאה לחופשות וביקורים של בני משפחה הם חלק מנדבכי הקשר של האדם-האסיר עם העולם ועם סביבתו הקרובה. הוא זקוק להם מעצם ברייתו. הם חלק מהווייתו כאדם; הם חלק מכבודו כאדם. הם תורמים תרומה חשובה לרווחתו ולשיקומו במהלך מאסרו.

26. 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.

27. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט ההומניטארי הבינלאומי המינהגי, נקבע כי הזכות של עצורים 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.

(J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law**, pp. 448-449 (Volume I: Rules. 2005)).

28. לא זו אף זו. הזכות לביקורים אינה של הכלוא לבדו. היא גם זכות מוכרת במשפט הבינלאומי של בני המשפחה של הכלוא, אשר קשריהם עימו נותקו עם כליאתו. 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.

(A. Coyle, **A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff**, International

זכויות האדם של הכלוא נשמרות לו גם במהלך כליאתו

29. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה נובעת גם מהתפישה השלטת, הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, 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 אחיך 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: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153; עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490).

30. וכך נקבע בפסק דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר דלעיל, בפיסקה 36 שם:

גישתה של שיטת המשפט הישראלית באשר לתכלית מאסרו של אדם, היא כי זו מתמצית בשלילת חירותו האישית של האדם, תוך הגבלת חופש תנועתו. לפי גישה זו, גם כאשר אדם נאסר, שמורה לו כל זכות אדם הנתונה לו. אכן, "בהיכנסו אל הכלא מקפח אדם את חירותו אך אינו מקפח את כבודו".

31. וכן גם במשפט הבינלאומי. 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 10.4.1992, 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.**

32. גם במסגרת 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.

הזכות לחיי משפחה

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

34. 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 (בדימוס) 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 ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים,

עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים
ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

ובבג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר**, 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.**

35. 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, פסק בג"ץ 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.

הפרת כללי המינהל התקין

36. הפעלת סמכותו של המשיב בגדה המערבית חייבת לקיים את עקרונות המשפט המינהלי
הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. בין כללים בסיסיים אלה, שהינם
בגדר מושכלות ראשוניים במשפט הישראלי, ניתן לציין את חובת ההנמקה (בג"ץ 2056/04
מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 828; בג"ץ 3278/02
המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד נו(1) 385, 396; בג"ץ 393/82 **ג'מעית
אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד לו(4) 785, 792-793; יצחק זמיר,
הסמכות המינהלית, כרך ב, (1996) עמ' 897-898).

37. הנמקת ההחלטה משפרת את איכות ההחלטה. היא מאפשרת את בחינת ההחלטה על ידי גוף
מבקר. היא מבטיחה אחידות ומונעת שרירות לב, והיא חלק ממערכת יחסים תקינה שצריכה

להתקיים בין המשיב לתושבי השטחים. בשל חשיבותה, עוגנה חובת ההנמקה של ההחלטה המינהלית בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות) תשי"ט-1959 (להלן: **חוק ההנמקות**). ואולם, גם מקום שחוק ההנמקות אינו חל בו, חובת ההנמקה חלה על הרשות, כעיקרון הלכתי וכחלק מכללי הצדק הטבעי. כאשר החלטה לא נומקה, מטיל הפגם על הרשות את הנטל לבוא ולהסביר את ההחלטה ולהוכיח כי ההחלטה תקינה (בש"פ 3810/00 **גרוסמן נ' מדינת ישראל**, תק-על 2000(2)1478, פס' 4-5; יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, לעיל, עמ' 905).

38. בענייננו, לא ניתן כל נימוק לסירוב המשיב להתיר את כניסתה של העותרת לישראל לצורך ביקור בן זוגה. סירוב בעלמא שכזה מעלה חשש לשרירות לב ולחוסר סבירות בקבלת ההחלטה. במענה לפניית המוקד אין בכדי לענות על הרציונאליים העומדים בבסיסה של חובת ההנמקה המינהלית, ובכלל זאת יכולתו של אדם שנפגע מהחלטה מינהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית (יצחק זמיר, שם).

סיכום

39. לסיכום, העותרות הוכיחו כי על המשיב מוטלת החובה לאפשר ביקורי משפחה וכי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד חוקתית, הניצבת במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. משכך על המשיב להנפיק היתר כניסה עבור העותרת, באמצעותו תוכל לבקר את בן זוגה לאחר נתק מוחלט של למעלה משנה וחצי. התנהלות המשיב שתוארה לעיל מגבירה את סבלה של העותרת ושל משפחתה.

40. בנוסף הוכיחו העותרות, 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.

41. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל, נחתמו התצהיר וייפוי הכוח של העותרת בפני עורך דין במקום מגוריה. 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, 15 במרץ 2018

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ העותרות

(ת.ש. 91596)