

- בעניין: 1. \_\_\_\_\_ כראג'ה, ת"ז \_\_\_\_\_, תושב השטחים הכבושים  
2. \_\_\_\_\_ כראג'ה, ת"ז \_\_\_\_\_, תושבת השטחים הכבושים  
3. 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 סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או חווה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או עביר גיובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או אלירן בללי (מ"ר 73940)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

**העותרים**

- נ ג ד -

**המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

**המשיב**

### עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כדלקמן:

- א. לאפשר לעותרים 1-2 (להלן: **העותרים**) לבקר את בנם הכלוא בישראל, באמצעות מתן היתרי כניסה לישראל לצורך כך.
- ב. לקיים את התחייבותו לעותרת 3 (להלן: **המוקד**), לטפל בבקשות של תושבי הגדה שמענם הרשום בעזה, לבקר אצל קרוביהם הכלואים בידי ישראל, התחייבות שניתנה לראשונה במסגרת בג"ץ 6855/04 ופעם נוספת במסגרת בג"ץ 3784/06.

### 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 בזכותם של העותרים, שהינם המתגוררים בגדה המערבית זה למעלה מעשר שנים, לבקר את בנם הכלוא בישראל, אשר אותו לא ראו מאז ביקרו אותו בכלא בפעם האחרונה לפני כתשעה חודשים.

## 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. על פי הקריטריונים שבנוהל רק בני משפחה מדרגה ראשונה זכאים לבקר, והם: בני ובנות זוג, הורים, סבים וסבתות, אחיות ובנות וכן, במגבלות תלויות גיל, אחים ובנים.
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 חד-פעמי, התקף ל-45 יום בלבד, וזאת בניגוד להיתר השנתי הניתן לאחרים.  
העתק מהנוהל מצורף ומסומן **ע/1**.
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 ובליווי 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 במחויבויותיו על פי המשפט הבינלאומי. אולם, פעם אחר פעם, המשיב מפר את מחויבויותיו אלו, וכך מגביל ביודעין ובשרירות לב ביוקרטית את זכותם לביקורים של אלפי אסירים ושל עשרות אלפים של בני משפחותיהם.

#### עניינם של תושבי השטחים הגרים בגדה ומענם הרשום עזה

8. עניינה של עתירה זו הוא בהפרת התחייבות המשיב לטפל בבקשות קרובי משפחה של כלואים בישראל, בטענה שכתובתם הרשומה במרשם האוכלוסין היא ברצועת עזה.

9. בה בעת, המשיב הוא זה שמקשה על תהליך שינוי המען של התושבים הפלסטינים מעזה לגדה ולהיפך. כפועל יוצא ממדיניותו זו, תושבים רבים מתגוררים בגדה זה עשרות שנים מבלי שביכולתם לשנות את מענם. בין שאר הקשיים הנגרמים מכך, היא הבעיה בקבלת היתר כניסה לשם ביקור קרוב משפחה כלוא.

10. עתירה זו לא הייתה אמורה להיות נחוצה, שכן סוגיה זו כבר לובנה ונפתרה במסגרת בג"ץ 6855/04 לטיפה נאגי ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (להלן: בג"ץ נאגי). במסגרת אותה עתירה התחייב המשיב לאפשר לתושבי השטחים הכבושים, דוגמת העותרים, להשתתף בביקורים אצל קרוביהם הכלואים בישראל, כדלקמן:

**המשיב יטפל, לפני משורת הדין, בבקשותיהם של פלסטינים, תושבי אזור רצועת עזה, המתגוררים שלא כדין באזור יהודה ושומרון, לבקר את בני משפחותיהן מדרגה ראשונה הכלואים בישראל, ויבחן אותן לגופן, בהתאם לכללים ולקריטריונים הנהוגים, בכפוף להיעדר מניעה קונקרטית.**

11. לאור התחייבות המשיב נמחקה אותה עתירה והתייתר הצורך בהכרעה שיפוטית. אולם טרם יבש הדיו על התחייבותו זו, והמשיב מיהר להפר אותה שוב, כשסירב לטפל בבקשות של קרובי משפחה הרשומים בעזה ומתגוררים בגדה לבקר את יקיריהן בבתי הכלא.

12. כאן נולד בג"ץ 3784/06 מרים מוגרבי ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (להלן: בג"ץ מוגרבי). במסגרת אותה עתירה חזר המשיב על התחייבותו, ואף גיבש "נוהל טיפול בבקשות לביקורי כלואים בישראל של תושבי הרצועה המצויים באיו"ש ללא שינוי מען" (להלן: הנוהל).

העתק מהנוהל מצורף ומסומן ע/2.

13. במסגרת הנוהל הושם דגש על כך שמדובר בבקשות חריגות ובהיקף מצומצם, וכי נוכח ההתחייבות בבג"ץ, נדרש לטפל בבקשות אלו במלוא הרגישות המתחייבת ובאופן מיטבי.

14. העתירה נותרה תלויה ועומדת ובחלוף שנה, בשל אי יישום הנוהל, נאלצו העותרים להגיש הודעה מעדכנת על כך שבקשות הפונים אשר מענם הרשום בעזה סורבו בשל מענם.

15. בעקבות האמור, ביום 3.4.2008 הגיש המשיב הודעה מעדכנת ובה הודיע על קיומה של ישיבה בראשותו של סגן שר הביטחון דאז בסוגייה. בסיומה של הישיבה ניתנה הנחייה לחזור

**ולקיים את הנוהל, זאת על אף השינויים הביטחוניים והמשפטיים שחלו ברצועת עזה מעת שגובש הנוהל.**

16. חלפו שנים מאז, ולמרות זאת, שוב טוען המשיב בעניינם של העותרים בעתירה זו, ובמקרים דומים אחרים, שהגיעו למוקד לאחרונה, כי בקשותיהם של תושבי הגדה המערבית הרשומים עם מען בעזה לא יטופלו בשל העובדה שמענם רשום בעזה, וזאת חרף הנוהל וההתחייבות שניתנה בבג"ץ. ברי כי אם היה המשיב מיישם את הנוהל בהתאם לדגשים שקבע בעצמו, עתירה זו לא הייתה מוגשת.

17. 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**

18. העותר 1, אבי האסיר, נולד ברצועת עזה בשנת 1961, ומאז 1997 מתגורר בבית לחם, נשוי ואב לשבעה ילדים. מעולם לא נעצר ולא נחקר.

19. העותרת 2, אם האסיר, הינה ילידת 1967, המתגוררת בבית לחם, עיר הולדתה, נשואה ואם לשבעה ילדים. מעולם לא נעצרה ולא נחקרה.

20. עם נישואיהם, עברה העותרת להתגורר ברצועת עזה. בשנת 1997 עברו בני הזוג עם ששת ילדיהם לגור בבית לחם ומאז הם מתגוררים שם, ואין בכוונתם לחזור לעזה.

21. בנם הכלוא של העותרים הוא \_\_\_\_\_ כראג'ה, ת"ז \_\_\_\_\_ . מר כראג'ה נעצר במרץ 2004, נשפט ונידון ל-22 שנה. הוא כלוא, נכון להיום, בכלא קציעות.

22. העותרת 3, 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 והן בכלא עופר, לגביו, כאמור חלים אותם נהלים.

23. המשיב הוא המפקד הצבאי האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ותשע שנים. הוא אשר אחראי להבטיח את החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר כלא את בנם של העותרים, והוא אשר מחייב את העותרים להצטייד בהיתרים 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 ההומניטרי הבינלאומי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

24. **העותרים לא ראו את בנם הכלוא מאז ביקרו אותו בכלא בפברואר 2016, לפני כשמונה חודשים.** עד אז, למעט מספר לא מבוטל של מקרים, מזה שנים שהם מקבלים היתרים לביקור בנם על פי הנוהל. מאז הביקור האחרון, מונע מהם המשיב להיפגש עם בנם. לא זו בלבד שהוא

דורש מהם להצטייד בהיתרים מטעמו לביקור בנס בכלא, אלא הוא גם מסרב להנפיק עבורם היתרים אלה ובכך מונע מהם לראות את בנם.

25. ביום 6.3.2016 הגישו העותרים בקשות להיתרי כניסה במשרדי הצלב האדום. בקשות אלו לא קיבלו מענה במסגרת הזמן הקבועה בנוהל, ולכן נאלצו העותרים לפנות למוקד ולבקש את סיועו. זה פנה בשמם למשיב ביום 7.6.2016 וביקש, כי יונפקו להורים היתרים לאלתר, שכן חלף זמן רב מאז היו אמורים לקבל מענה.

העתק מפניית המוקד מיום 7.6.2016 מצורף ומסומן ע/3.

26. לא למותר לציין, כי בנם של העותרים מרצה תקופת מאסר ארוכה ביותר, כך שמועד שחרורו אינו נראה באופק. זהו מצב עניינים קשה ומתמשך המקנה חשיבות עליונה לביקורי בני משפחה ובייחוד הורים. העובדה שהמשיב אינו נותן לעותרים לבקר את בנם, מעצימה לאין שיעור את מצוקתם המובנית.

27. ביום 11.8.2016 התקבלה במשרדי המוקד תשובה מטעם המשיב, ולפיה בקשות העותרים סורבו בטענה שהעותרים הינם תושבי עזה ועליהם לפנות למת"ק עזה.

העתק מתשובת המשיב מיום 11.8.2016 מצורף ומסומן ע/4.

28. חשוב לציין כי זוהי אינה הפעם הראשונה בה נתקלים העותרים בתשובה זו. בעבר נאלצו העותרים לפנות מספר פעמים למוקד על מנת שיסייע להם לקבל היתרים, אותם סירב המשיב להנפיק להם מאותו טעם, על אף התחייבותו והנוהל. התנהלות זו מצד המשיב פגעה, לאורך השנים, ביכולת ההורים לראות את בנם. בקשות רבות לקבלת היתרי כניסה לביקור כלוא דרשו תהליך מסורבל וארוך של התכתביות על מנת שיוכלו ההורים לראות את בנם, וזאת בניגוד להתחייבות ולנוהל האמורים.

29. על אף כל זאת, המשיב מתעלם מהפגיעה הקשה הנגרמת לעותרים ולבנם, במיוחד נוכח תקופת מאסרו הארוכה. כך, הנתק בין העותרים לבנם הכלוא נמשך, בלא שלעותרים יהיה מושג מדוע המשיב מסרב לטפל בבקשותיהם על פי הנוהל ומתי יותר להם לבקר את בנם.

**נוכח העובדה שהמשיב מסרב לאפשר את הביקור, לא נותרה לעותרים, אשר לא ראו את בנם הכלוא זה כשמונה חודשים, 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**

30. 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.

31. 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.

32. 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.**

33. 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**), בפיסקה 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.**

34. 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.

35. 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)).

36. 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

37. חובתו של המשיב להבטיח את זכויות העותרים היא חובה אקטיבית, פוזיטיבית (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, פס' 11. עובדה זו מחריפה את חומרת התנהלותו של המשיב, אשר אינו עומד אף בחובתו ה"שליטת" שלא למנוע את הביקורים, לאחר שכל הסידורים הלוגיסטיים וההשקעה הדרושים לכך נעשו כבר על ידי הצלב האדום.

38. למענם הרשום של העותרים, אשר מרכז חייהם כאמור בגדה, אין כל נפקות באשר לחובתו של המשיב לממש את זכויות היסוד של העותרים, ולהעניק להם שירותים חיוניים:

**חובה זו ["לדאוג לשלום, ביטחונם ורווחתם של תושבי האזור", נ.ד.] חלה עליו ביחס לכל התושבים, בלא אבחנה בדבר זהותם – יהודים, ערבים או זרים. שאלת חוקיות ישיבתם באיזור של גורמי אוכלוסיה שונים אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת מפקד האזור לשמור על ביטחון חייהם ועל זכויות אדם שלהם... חובת המפקד לדאוג לתקינות סדרי החיים באיזור מתפרשת על כל מישורי חייהם...**

(בג"ץ 10356/02 הס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, פסקה 14; להלן: בג"ץ הס).

39. המשיב אינו יכול להתכחש לתושבי השטחים אשר בשלב מסוים בחייהם, מסיבה זו או אחרת, עברו לגדה מכוח היתר שהנפיק המשיב, ובנו שם את ביתם:

**חייה של אוכלוסייה, כחיו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים**

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, פסקה 26)

40. לפי תשובת המשיב המנמק את סירובו להנפיק היתרים לעותרים כיוון שמענם רשום בעזה, נראה שהוא מנסה להתנער מסמכותו להנפיק היתרים עבור תושבים הגרים בגדה אך מענם רשום במקום אחר. מתשובה זו נובע מצב אבסורדי, לפיו היציאה של אדם מאיזור מסוים מחייבת אישור של מפקד של איזור אחר לחלוטין: איזור שלאותו אדם אין כל זיקה ממשית אליו (למעט רישום פורמאלי גרידא). כמו כן, על פי צו לסגירת השטח של האיזור בו חי אותו אדם בפועל, ולענייננו (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז-1967, אין לאף מפקד אחר סמכות בעניין, וכל יציאה ממנו וכניסה אליו טעונה היתר מן המשיב, הוא המפקד הצבאי בגדה המערבית.

41. ידוע, כי המבחן המקובל להיותו של אדם "תושב" הינו מבחן **מירב הזיקות**. משמע, אם מירב זיקותיו של אדם ומרכז חייו נמצאים באיזור מסוים הרי הוא תושב אותו איזור. הרישום במרשם האיזור הוא דקלרטיבי בלבד ומקים חזקת תושבות הניתנת לסתירה.



42. אף בסעיף 1 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, מוגדר "תושב אזור" כמי שרשום במרשם האוכלוסין של האיזור, וכן מי שמתגורר באיזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האיזור.

לעניין זה נאמר:

**מלשון החוק אמנם ניתן להבין שהרישום במרשם האוכלוסין הוא שיקול רלבנטי לעניין התושבות באזור. עם זאת, עולה מהחוק, כי שיקול זה נדחה מפני שיקול המגורים, כך שאדם אשר מתגורר באזור ייחשב כתושב האזור, גם אם אינו רשום במרשם האוכלוסין באזור**

(עת"ם (ירושלים) 430/04 עבד אל-מליכ אל ג'אבר נ' שר הפנים ואח', תק-מח-2004(1),7287, פיסקה 21).

43. הנה כי כן, הסמכות לדון בבקשת העותרים היא של המשיב, ובדין פנו העותרים אליו, בין היתר, גם בעקבות ההתחייבות שנתן המשיב בפני בית המשפט והנוהל שפירסם.

44. למעלה מן הנדרש ייאמר, כי תשובת המשיב המפנה את העותרים ליועמ"ש לענייני עזה אינה מעשית ואינה הגיונית. אינה מעשית – שהרי כיצד ינהלו מי שמתגוררים בגדה המערבית את ענייניהם מול הרשויות הממונות על עזה? אינה הגיונית – שהרי בבדקם את שיקולי הביטחון, נדרשים גורמי הביטחון למידע המצטבר אודותם במקום בו הם מתגוררים בפועל, ולא במקום אחר. לצורך כך, גורמי הביטחון בגדה המערבית הם אלה שצריכים לבחון את המידע.

45. למרות כל זאת, מתנער המשיב מסמכותו, מחובתו בדין ומהתחייבותו בפני בית המשפט העליון, ונמנע מלהסדיר את ביקורם של העותרים אצל בנם הכלוא ולתת להם את ההיתרים הנדרשים לצורך כך.

#### **התנהלות המשיב בעניין שינוי מען רשום**

46. מאחר והמשיב משתית את סירובו לטפל בעניינם של העותרים על מענם הרשום, יש מקום להתייחס בקצרה להוראות הדין החלות על רישום מען ושינויו בשטחים.

47. לפי סעיף 13 לצו בדבר תעודת זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה ושומרון) (מס' 297) התשכ"ט-1969, חובתו של תושב השטחים להודיע לרשות המוסמכת על שינוי מען. חובה זו קמה בדיעבד, לאחר שינוי בפועל של מקום המגורים, ועל הרשות המוסמכת לשנות את המען, על פי ההודעה.

48. המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, הביא להעברת הסמכות לניהול מרשם האוכלוסין של השטחים, לרבות קבלת הודעות על שינוי מען ורישומן, לידי הרשות הפלסטינית. לאחר קבלת הודעה על שינוי מען, על הצד הפלסטיני לעדכן את המען במרשם האוכלוסין וליידע את הצד הישראלי על כך. ואולם מזה שנים, אין ישראל מכירה בשינויי מען שרשמו הפלסטינים כאשר השינוי הוא בין רצועת עזה והגדה המערבית, והדברים הגיעו כדי כך שהרשות הפלסטינית הפסיקה לעדכן את שינויי המען, כדי שאנשים לא ימצאו עצמם במצב בו הרישום בתעודת הזהות שלהם אינו מוכר על ידי הרשויות הישראליות,

ובייחוד על ידי החיילים במחסום. לפיכך, הרישום הלא עדכני של העותרים כתושבי עזה, הוא תוצאה של מדיניות והתנהלות המשיב וזאת על אף העובדה שהן הגדה המערבית והן רצועת עזה, מבחינה מהותית, הינן שטח כבוש אחד ואינטגרציה.

### זכויות האדם של הכלוא נשמרות לו גם במהלך כליאתו

49. 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 בדינו, 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).

50. 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".

51. 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.**

52. 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

53. 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.

54. 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 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.**

55. 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**

56. 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 אלתעאוניה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד לו(4) 785, 792-793; יצחק  
זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך ב, (1996) עמ' 897-898).

57. 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, פסי' 4-5; יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, לעיל, עמ' 905).

58. בענייננו, לא ניתן כל נימוק סביר לסירוב המשיב התמוה להנפיק לעותרים היתרי כניסה לישראל לצורך ביקור בנם, על אף העובדה שלאורך שנים קיבלו היתרים בהתאם לנוהל שפרסם המשיב, וכן בהתאם להתחייבותו בפני בית המשפט העליון לקיים את הנוהל. סירוב בעלמא שכזה מעלה חשש לשרירות לב ולחוסר סבירות בקבלת ההחלטה. במענה לפניית המוקד אין בכדי לענות על הרציונאלים 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

59. לסיכום, העותרים הוכיחו כי על המשיב מוטלת החובה לאפשר ביקורי משפחה וכי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד חוקתית, הניצבת במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. כן הוכיחו העותרים שהם זכאים לקבל היתרי כניסה לביקור בנם נוכח העובדה שהם גרים בגדה המערבית מזה שני עשורים וכי אין נפקות למעשה הרישום. משכך על המשיב להנפיק היתרים עבור העותרים, שבאמצעותם יוכלו לבקר את בנם. התנהלות המשיב שתוארה לעיל מגבירה את סבלם של העותרים ומאריכה את תקופת הנתק בינם לבין בנם.

60. בנוסף הוכיחו העותרים, כי המשיב חייב לעמוד בכללי המשפט המינהלי הישראלי, כך שיקבל החלטותיו במידתיות וסבירות ובהתאם להתחייבויותיו וכן ימסור תשובות ראויות ומנומקות לפניית אליו. במקרה נשוא עתירה זו לא ברור כלל האם עמד המשיב בחובה זו.

61. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל, נחתמו התצהיר וייפויי הכוח של העותרים בפני עורך דין במקום מגוריהם. התצהיר וייפויי 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, \_\_ בנובמבר 2016

---

נדיה דקה, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 41605)