

1. עמרו, ת"ז _____
(קטין) תושב השטחים הכבודים
באמצעות אביו:

2. עמרו, ת"ז _____
תושב השטחים הכבודים

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 בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או נאסר עודה
(מ"ר 68398) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון
מיילס-קורמן (מ"ר 78484)

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 לאפשר לעותר 1 (להלן: **העותר**), בן 13, לבקר את אחיו
הכלוא בישראל, באמצעות התרת מעברו במחסום בדרכו לביקור.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע נמנע מעברו של העותר
הקטין, בן 13, במחסום וכן להפנות למקור ההסמכה שעליו מתבססת החלטה זו.

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 בזכותו של העותר הקטין, שהינו תושב הגדה המערבית, לבקר את אחיו הכלוא בישראל, אשר אותו לא ראה מאז ביקר אותו בכלא בנובמבר 2016, לפני למעלה משבעה חודשים. זוהי העתירה התשיעית במספר שהמוקד להגנת הפרט מגיש בעניין מניעת מעבר של קטינים בני פחות מ-16 לביקור קרוב כלוא בתקופה האחרונה, ועל אף שעד כה הצהיר המשיב כי מדובר אך ורק בטעות, נראה שהוא טרם הפיק את הלקחים ותיקן את טעותו החוזרת. כמו כן, במוקד להגנת הפרט ממשיכות להתקבל פניות דומות, כשבטיפולו כיום מקרים דומים נוספים.

רקע

1. 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 קובע, בין היתר, את דרך הגשת הבקשות להיתר, את סוגי ההיתרים, מי זכאי לקבל ההיתרים, מהי מסגרת הזמנים לטיפול בבקשות, מיהם הגורמים המטפלים בהן ולמי ניתן לפנות על מנת לברר היכן עומד הטיפול בבקשה ספציפית. על פי הקריטריונים, רק בני משפחה מדרגה ראשונה זכאים לבקר, והם: בני ובנות זוג, הורים, סבים וסבתות, אחיות ובנות, וכן, במגבלות תלויות גיל, אחים ובנים.
2. 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 מוסר את התשובה למבקש. הצלב האדום אף מארגן את ההסעה עצמה – על חשבוננו, בתיאום עם המשיב ובליווי סידורי אבטחה קפדניים.
העתק מהנוהל מצורף ומסומן **ע/1**.
3. על פי הנוהל, ככלל, כאשר מאושרת בקשה לביקור כלוא מסוים בכלא, מקבל המבקש מהמפקד הצבאי היתר שתוקפו לשנה, המאפשר למקבלו לבקר בכלא ללא הגבלה ככל שמאפשרות זאת הסעות הצלב האדום (בדרך כלל פעם בחודש).
4. במקרה של בנים או אחים בני 16-35, ובמקרה בו המפקד הצבאי מגדיר את בן המשפחה כ"מנוע כניסה לישראל" שאין מניעה לכך שיבקר בכלא, מקבל בן המשפחה היתר חד פעמי, התקף ל-45 יום בלבד.
5. חשוב לציין, כי גם לאחר פרסום הנוהל, ממשיכה להתקיים הפרקטיקה הנוהגת מזה עשרות שנים, על פיה **קרובי משפחה שגילם מתחת לגיל 16** אינם צריכים היתר כניסה לישראל.
6. אשר על כן, בצלב האדום, המארגן הבלבדי של אותם ביקורים והמתווך בין המבקרים לבין הרשויות, אין כל מנגנון להגשת בקשות בשם אותם קטינים. שכן, כאמור, על פי הנוהל המקובל, קטינים מתחת לגיל 16 נדרשים אך ורק להירשם לפני הביקור, לצורך ארגון הנסיעה מההיבט הלוגיסטי ולא מעבר לכך.

7. ככלל, ילדים צעירים אלה נלווים להוריהם המבקרים. במקרים בהם ההורים אינם יכולים או רשאים לבקר, הילדים נוסעים לביקור בליווי מבקר אחר שישגיח עליהם, מזדהים באמצעות תעודת הלידה שלהם ותעודת הזהות של ההורה.

8. במהלך 2016 הובא נושא זה לראשונה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת עת"ם 42863-04-16 **עובאדה אלהשלמון ואח' נגד המפקד הצבאי** (להלן: עניין אלהשלמון). שם לא הודיע המשיב על שינוי כלשהו בפרקטיקה הנהוגה, ואף הצהיר במסגרת תגובתו מיום 31.10.2016 **שמניעת מעברם של הקטינים בעניין אלהשלמון מקורה בטעות**. נוכח הצהרה זו, ביום 14.11.2016 ניתן פסק דין על ידי כבוד השופט ד"ר יגאל מרזל המאשר זאת.

9. על אף זאת, ממשיך המשיב למנוע מקטינים רבים בני פחות מ-16 לעבור את המחסום בדרכם לביקורי בני משפחה כלואים, בטענה שהם מנועי כניסה. העותר וקטינים אחרים במצבו, שנמנע מעברם במחסום, נמצאים במצב של נתק מהוריהם או אחיהם הכלואים בשל התנהלות המשיב הלקויה.

הצדדים ומיצוי ההליכים

10. העותר 1, בנו של העותר 2 ואחיו של הכלוא, הוא בן 13, תושב דורא שבנפת חברון. למותר לציין כי מעולם לא נעצר ולא נחקר.

11. כאמור, העותר הינו קטין, ומשכך הוא עותר באמצעות העותר 2, שהוא אביו והכלוא.

12. אחיו החולה הכלוא של העותר הוא _____ עמרו, ת"ז _____ . מר עמרו נעצר בפברואר 2016, בעודו פצוע כשמצבו הוגדר כקשה, אושפז למשך 4 חודשים בבית חולים "שערי צדק" ומשם הועבר לכלא מג"ן להמשך טיפול רפואי. ממדוח טרם נשפט והוא מוחזק במעצר עד תום ההליכים. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא שיקמה.

13. 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.

14. המשיב הוא המפקד הצבאי האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי זה למעלה מחמישים שנה. הוא אשר אחראי להבטיח את החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר כלא את אחיו של העותר, והוא אשר מונע מהעותר להיכנס לשטחי ישראל על מנת לבקרו. 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.

15. **העותר לא ראה את אחיו הכלוא מאז ביקר אותו בכלא בנובמבר 2016, לפני כשנתיים**. העותר הוא קטין שבתחילת תקופת מעצרו של אחיו ביקר אותו ללא כל בעיה. בחודש דצמבר 2016,

כשהעותר היה בדרכו לביקור אחיו, סירבו חיילים במחסום לאפשר את מעברו בטענה כי הוא מסורב ביטחוני, זו הייתה הפעם הראשונה שבה מעברו נמנע.

16. בעקבות אירוע זה, פנה העותר באמצעות אביו למוקד על מנת שיסייע בידו לבקר אצל אחיו. זה פנה בשמו, יחד עם עוד קטינים שמעברם נמנע, אל קצין פניות הציבור במינהל האזרחי על מנת לברר מהי סיבת החריגה מהפרקטיקה נהוגה באשר לביקורים של קטינים בכלא.

העתק מפניית המוקד מיום 1.3.2017 מצורף ומסומן ע/2.

17. ביום 7.3.2017 התקבל מענה מאת קצין פניות הציבור במינהל האזרחי ובו נאמר במפורש כי קטינים מתחת לגיל 16 "אינם נדרשים בהיתר ביקור כלוא".

העתק מתשובת המשיב הנושאת את התאריך 6.3.2017 מצורפת ומסומנת ע/3.

18. בהמשך הוגשו מספר עתירות על ידי המוקד באותו עניין, ובמסגרתן הודיע המשיב כי הדבר מקורו בטעות. המקרה של הנ"ל אותה עת לא הספיק להגיע לכדי עתירה, ובעקבות ההודעה שהתקבלה במספר תיקים דומים (עת"ם 42863-04-16 **עובאדה אלהשלמון נגד המפקד הצבאי**, תשובת המשיב לבקשה לפסיקת הוצאות מיום 1.5.2017, עת"ם 38780-02-17 **יאמן אלערג'ה ואח' נגד המפקד הצבאי**), לפיהן מקור הדבר בטעות וכי המניעות הביטחוניות נגד קטינים יוסרו, הפנה המוקד את הנ"ל לנסות שוב.

19. כיום מקבל העצור ביקורים מכל בני משפחתו הבגירים מלבד אחיו הקטין. זהו המקום לשוב ולהדגיש כי אחיו של העותר טרם נשפט והוא מוחזק במעצר עד תום הליכים כבר למעלה משנתיים וחצי. זהו מצב עניינים מעורפל ומתמשך לעצור ולבני משפחתו השרויים בחוסר ודאות תמידי. עובדה זו מקנה חשיבות נוספת לקיום ביקורי משפחה עם הקלת מצוקתם של הכלוא ומשפחתו, השרויים במצב של נתק מוחלט, נוכח החזקתו של העצור בתנאים מגבילים, בשל היותו מסווג על ידי שב"ס כ"אסיר ביטחוני". העובדה שהמשיב אינו נותן לעותר לבקר את אחיו, מעצימה לאין שיעור את מצוקתם המובנית.

20. יתרה מזו. העצור סובל ממצב בריאותי קשה, והוא אושפז למשך ארבעה חודשים בבית חולים "שערי צדק" כאשר בחודשיים הראשונים היה מונשם וללא הכרה. מאז שוחרר מבית חולים "שערי צדק", הוחזק האסיר בכלא מג'ון, שהוא מרכז רפואי השייך לשירות בתי הסוהר, וזאת בשל מצבו הרפואי הרגיש. במהלך המעצר, העצור נפצע קשות מירי גורמי הביטחון ועבר ניתוחים קשים ורגישים שבהם הוצאה ריאתו הימנית בשלמותה ועוד ניתוחים להשתלת פלטינה ברגל שמאל. מצבו הפיזי הוא קשה ביותר והוא בקושי מתנהל באופן אוטונומי כשהוא צולע וסובל מכאבים ברגלו ומקושי בנשימה ואף מבעיות במיתרי הקול. זהו מצב עניינים המהווה עוד טעם משמעותי המגביר את הצורך בקיום הביקור של העותר לאחיו.

21. על אף האמור, המשיך המשיב למנוע מהעותר לבקר את אחיו וכך בניסיון אחרון שעשה לפני כשישה חודשים לבקר את אחיו יחד עם אמו, החיילים במחסום תרקומיה החזירו אותו, בטענה של מניעה ביטחונית.

22. בעקבות אירוע זה, פנה העותר באמצעות אביו למשרדי הצלב האדום על מנת לברר מדוע נמנע מעברו. ממשרדי הצלב האדום נמסר כי ככל הנראה מדובר בטעות טכנית, מכיון שאין סיבה היכולה להצדיק מניעת מעברם של ילדים קטנים מטעמים ביטחוניים.

23. במקביל, שוב פנה העותר למוקד וביקשו את סיועו. זה פנה שוב למשיב ביום 28.6.2018, בדרישה לאפשר את מעבר של העותר במחסום וכן ליתן טעם מדוע מעברו נמנע, או לחילופין, להודיע על שינוי הפרקטיקה הנהוגה לגבי מבקרים שמתחת לגיל 16, ולהפנות למקור ההסמכה כנדרש על פי חוק, ולעשות זאת אחת ולתמיד.
העתק מפניית המוקד מיום 28.6.2018 מצורף ומסומן ע/4.

24. ביום 29.7.2018 התקבל מכתב מטעם המשיב, ובו ביקש לדעת אם העותר התלווה לאפוטרופוס חוקי עת הגיע למחסום.

העתק מתשובת המשיב הנושאת את התאריך 26.7.2018 מצורף ומסומן ע/5.

25. ביום 12.9.2018 ענה המוקד למכתב המשיב ובו מסר כי העותר הגיע עם אמו למחסום כפי שעשה בכל הפעמים שבהן ניסה לבקר ומעברו נמנע. עוד דרש המוקד כי יחדול המשיב ממנהגו המגונה למנוע מעברם של קטינים.

העתק ממכתב המוקד מיום 12.9.2018 מצורף ומסומן ע/6.

26. ביום 25.9.2018 התקבל עוד מכתב מטעם המשיב ובו מוסר, באופן תמוה ביותר ובניגוד לתשובות הקודמות שנמסרו על ידו, שכנגד הקטין קיימת מניעה ביטחונית וככל שירצה לבקר עליו לבקש היתר לצורך כך.

העתק מתשובת המשיב מיום 25.9.2018 מצורף ומסומן ע/7.

27. להווי ידוע כי ארגון הצלב האדום אינו מסוגל להגיש בקשות להיתר כניסה לצורך ביקור כלוא עבור קטינים מתחת לגיל 16. עובדה זו ידועה היטב למשיב ועל כן במקרים הקודמים לא העז לומר זאת והודה כי המדובר בטעות.

28. המשיב ממשיך לסרב ללא כל נימוק לאפשר לעותר לעבור במחסום על מנת שיוכל לראות את אחיו הכלוא בשטח ישראל, ובכך הוא מתעלם מהפגיעה הקשה הנגרמת מכך לילד ולאחיו. כך, הנתק בין העותר לאחיו הכלוא נמשך, בלא שלעותר יהיה מושג מדוע נמנע מעברו ומתי יותר לו לבקר את אחיו.

נוכח העובדה שהמשיב מסרב לנמק את סירובו לאפשר את הביקור, לא נותרה לעותר אשר לא ראה מזה כשנתיים את אחיו הכלוא, 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 נקמות, 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

29. 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, ממשלך המפקד הצבאי לשאת בכל החובות החלות עליו על פי המשפט הבינלאומי, ככוח כובש המחזיק בשטח.

30. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של הכלואים 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.

31. 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.

32. 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 מתאינות 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.

33. 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.

34. 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)).

35. 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 Centre for Prison Studies, King's College London and the Foreign and Commonwealth Office, 2002, p. 95).

זכויות האדם של הכלוא נשמרות לו גם במהלך כליאתו

36. 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).

37. 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".

38. 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.**

39. 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

40. 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.

41. 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 2006(2), 1754).

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.

42. 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

43. 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 נז(1) 385, 396; בג"ץ

393/82 ג'מעייט אסכאן אלמעלמון אלטעאוניה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785,
793-792; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב, (1996) עמ' 897-898.

44. 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).

45. בענייננו, לא ניתן כל נימוק לסירוב המשיב להתיר את כניסתו של העותר לישראל לצורך ביקור אחיו. סירוב בעלמא שכזה מעלה חשש לשרירות לב ולחוסר סבירות בקבלת ההחלטה.

46. נוסף לכך, ולאור העובדה שעסקינן במבקר בן 13, אשר מעברו במחסום אינו מצריך היתר כניסה לפי הפרקטיקה הנהוגה מזה עשרות שנים, החלטת המשיב למנוע את מעברו במחסום לוקה בפגמים הן במישור המהותי והן במישור הפרוצדוראלי. ראשית נשאלת השאלה מה הם השיקולים אשר עמדו מאחורי ההחלטה להגדיר ילד בן 13 כמסורב ביטחונית?! כמו כן, המשיב לא נדרש לשאלה האם עסקינן בשינוי מדיניות, וככל שמדובר בשינוי מדיניות, מתבקש הוא לפרסמה ולהודיע עליה מבעוד מועד.

47. כמו כן, באי מתן תשובה לפניית המוקד בענייניו הספציפי 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

48. לסיכום, העותרים הוכיחו כי על המשיב מוטלת החובה לאפשר ולקיים ביקורי משפחה בכלא וכי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד חוקתית, הניצבת במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות, בייחוד שעה **שעסקינן בילד בן 13 החפץ לבקר את אחיו, אותו לא ראה זה כשנתיים**.

49. בנוסף הוכיחו העותרים, כי המשיב חייב לעמוד בכללי המשפט המינהלי הישראלי, כך שיקבל החלטותיו במידתיות וסבירות. במקרה נשוא עתירה זו יש חשש כבד כי לא עמד המשיב בחובה זו.

50. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל, נחתמו התצהיר וייפוי הכוח של העותר 2 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, 20 בנובמבר 2018

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 95445)