

1. _____ אלצאלחי, ת"ז _____
(קטינה) תושבת השטחים הכבושים
2. _____ אלצאלחי, ת"ז _____
(קטינה) תושבת השטחים הכבושים
באמצעות אימן
3. _____ אלצאלחי, ת"ז _____
תושבת הגדה המערבית
4. 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

העותרות

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לאפשר לעותרות 1-2 (להלן: **העותרות**), בנות 15 ו-13 בהתאמה, לבקר את אביהן הכלוא בישראל, באמצעות התרת מעברן במחסום בדרכן לביקור.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע נמנע מעברן של העותרות הקטינות, בנות 15 ו-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 בזכותן של העותרות הקטינות, שהינן תושבות הגדה המערבית, לבקר את אביהן הכלוא בישראל, אשר אותו לא ראו מאז ביקרו אותו בפעם האחרונה, לפני למעלה מעשרה חודשים. **זוהי עוד עתירה 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, וכיום בטיפול עוד מקרים דומים.

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"ס 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. העותרת 1, בתם של העותרת 3 והכלוא, היא בת 15, תושבת אלביריה. למותר לציין כי מעולם לא נעצרה ולא נחקרה.

11. העותרת 2, בתם של העותרת 3 והכלוא, היא בת 14, תושבת אלביריה. למותר לציין כי מעולם לא נעצרה ולא נחקרה.

12. כאמור, העותרות הן קטינות, ומשכך הן עותרות באמצעות העותרת 3, שהיא אימן ואשת הכלוא.

13. אביהן הכלוא של העותרות הוא _____ אלצאלחי, ת"ז _____ . מר אלצאלחי נעצר במאי 2016. מר אלצאלחי נשפט ונידון ל-11 שנות מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא אשל.

14. העותרת 4, 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.

15. 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 אביהן של העותרות, והוא אשר מונע מהעותרות 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.

16. **העותרות לא ראו את אביהן הכלוא מאז ביקרו אותו לפני למעלה מעשרה חודשים.** העותרות

הן קטינות שמאז שנעצר אביהן, לפני שנתיים וחצי, הצליחו לבקר אותו רק פעמיים. במהלך החודשים מרץ ואפריל, כשהעותרות היו בדרכן לביקור אביהן, סירבו חיילים במחסום לאפשר את מעברן בטענה כי הן מסורבות ביטחונית. אלה היו הפעמים הראשונות שבהן מעברן נמנע. העובדה שהמשיב אינו נותן לעותרות הקטינות לבקר את אביהן מעצימה לאין שיעור את מצוקתן המובנית, ויש בה כדי לפגוע בהתפתחותן וברוחותן.

17. בעקבות אירוע זה, פנו העותרות באמצעות אמן למשרדי הצלב האדום על מנת לברר מדוע נמנע מעברן. ממשרדי הצלב האדום נמסר כי ככל הנראה מדובר בטעות טכנית, מכיון שאין סיבה היכולה להצדיק מניעת מעברם של ילדים קטנים מטעמים ביטחוניים, וזאת על אף שהנימוק שסיפקו החיילים מצביע על מניעה ביטחונית.

18. בהמשך לאמור ניסו העותרות לבקר את אביהן שוב, ביום 5.9.2018. גם הפעם מעברן במחסום נעלן נמנע על ידי החיילים בשל טענות ביטחוניות.

19. כשמעברן נמנע בפעם השלישית, פנו העותרות למוקד וביקשו את סיועו. זה פנה בשמן למשיב ביום 17.9.2018, בדרישה לאפשר את מעברן של העותרות במחסום וכן ליתן טעם מדוע מעברן 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 17.9.2017 מצורף ומסומן ע/2.

20. ביום 23.10.2018 התקבל מכתב מטעם המשיב, ובו נמסר באופן תמוה ביותר כי כנגד העותרות אין מניעה ביטחונית וכי עליהן לפנות לרשות המעברים היבשתית.

העתק מתשובת המשיב הנושאת את התאריך 23.10.2018 מצורף ומסומן ע/3.

21. תשובה זו היא תמוהה בלשון המעטה. ראשית כל, היא סותרת את מה שנאמר בכל פעם שנמנע מעברן של העותרות בדבר המניעה הביטחונית. שנית, וככל שיתברר שאין מניעה ביטחונית, לא ברור מה הסיבה שיכולה להצדיק מניעת מעבר ומדוע על העותרות לפנות לגורם שאינו מוסמך על פי הנוהל לטפל בעניין.

22. נוכח האמור העותרות ערכו עוד בדיקה מול משרד הצלב האדום באזור מגוריהן, ושם נמסר שוב כי הנימוקים אותם מסר הצבא למניעת מעברן התייחסו למניעה ביטחונית.

23. ביום 9.12.2018 ענה המוקד למכתב המשיב ובו דרש כי יתאפשר מעברן של הקטינות. בנוסף הדגיש כי הפניית העותרות לרשות המעברים היבשתיים הינה חריגה מהנוהל מחובת המשיב על פי דין לדאוג לביקורי משפחה של כלואים.

העתק ממכתב המוקד מיום 9.12.2018 מצורף ומסומן ע/4.

24. 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.

25. המשיב ממשיך לסרב ללא כל נימוק לאפשר לעותרות לעבור במחסום על מנת שיוכלו לראות את אביהן הכלוא בשטח ישראל, ובכך הוא מתעלם מהפגיעה הקשה הנגרמת מכך לבנות ואביהן. כך, הנתק בין העותרות לאביהן הכלוא נמשך, בלא שלעותרות יהיה מושג מדוע נמנע מעברן ומתי יותר להן לבקר את אביהן.

נוכח העובדה שהמשיב מסרב לנמק את סירובן לאפשר את הביקור, לא נותרה לעותרות אשר לא ראו מזה יותר מעשרה חודשים את אביהן 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 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

26. 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.

27. 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.

28. 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.

29. וכך נקבע לעניין זה בפסק דינה של השופטת פרוקציה 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.

30. 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.

31. 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)).

32. 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

33. 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 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: 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).

34. וכך נקבע בפסק דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר דלעיל, בפסקה 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".

35. 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.**

36. 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

37. 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.

38. 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 (בפסקה 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.

39. 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.

עקרון טובת הילד

40. מניעת ביקורי ילדות אצל אביהן הכלוא עומדת בניגוד לעקרון טובת הילד. טובת הילד היא שיקול מכריע בכל החלטה מינהלית אשר יש בה השפעה על זכויותיהם ומצבם הבריאותי או הנפשי של ילדים. כך נקבע בפסיקה של בית המשפט העליון בעניין זה:

מן המפורסמות היא, כי בכל עניין הנוגע לקטין, טובתו של הקטין מהווה שיקול מרכזי במערך השיקולים שעל פיהם יש להכריע בעניינו.
(ע"א 10280/01 ד"ר ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד נט(5) 64, פסקה 14).

41. עקרון העל של טובת הילד מעוגן באמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד משנת 1989, שישראל צד לה. האמנה אושררה על ידי ישראל ביום 4.8.1991, והיא נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.11.1991. וכך נאמר בסעיף 1(3) לאמנה:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

42. קיומה של האמנה הבינלאומית לזכויות הילד וחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיזקו את מעמדו של הילד כנושא זכויות עצמאי, וכאישיות עצמאית במשפט.

43. בפסיקה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיב להתחשב בו עת הוא מחליט בעניין מניעת הביקורים המוטלת על העותרים.

חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.

(ע"א 209/54 פרנץ שטיינר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1),
241, עמ' 251-252).

ראו גם :

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד נז(3) 1709, 1717 ;

ע"א 549/75 פלוניס נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 459, 465 ;

ע"א 266/93 פלוניס נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272.

44. להיעדר האב השלכות מרחיקות לכת על התפתחות ילדיו. מחקרים מצביעים על קשר ישיר בין היעדרו של האב לבין קשיי התנהגות, דיכאון, הערכה עצמית נמוכה, הישגים ירודים, ואף בעיות קוגניטיביות, חברתיות ורגשיות אצל ילדיו. לא בכדי טוען הפסיכולוג פרופ' חיים עומר כי "אובדן של הורה, אפילו בילדות המאוחרת, עשוי להיות הרסני" (ח' עומר, שיקום הסמכות ההורית (מודן הוצאה לאור, 2000) עמ' 13).

וראו מחקרים שפורסמו בעניין זה :

Banger, D.M. & Eyberg, S.H. (2003). Father involvement in parent training: when does it matter? *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology* (32) 4 599-605.

Mackey, W.C. & Immerman, R.S. (2004). The foundation of the father to child relationship. *The Mankind Quarterly*, vol.1.

45. גם בפסיקת בתי הדין לענייני משפחה מתוארות בהרחבה המשמעויות הקשות של היעדר אב, וההשלכות של היעדרו של האב על עתידם של ילדיו בטווח הקצר ובטווח הארוך: בעיות נפשיות ופיזיולוגיות, הידרדרות מוסרית-חברתית, פגיעה ועוד.

ראו למשל :

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני, תק-מש 2004(1), 49 ;

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 43690/03 א. ה. נ' מ. מ. א. (קטינה) תק-מש 2006(4), 75.

46. טובת הילדים הינה לגדול במחיצת שני הוריהם. נתק מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית המותירה צלקת בנפשם הרכה של הילדים. ככל שחולף הזמן הנזק שנגרם לילדות הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך. על כן, שומה על המשיב לשקול עניין זה כשיקול מכריע בבואו לקבל החלטה בעניינן של העותרות. ברי כי עצם נוכחותו של האב בין כותלי בית הסוהר יש בה כדי למנוע קשר אופטימלי עם בנותיו הקטינות. אולם, ניתן להקל במעט על מצוקה זו באמצעות הבטחת ביקורי הילדות אצל אביהן.

הפרת כללי המינהל התקין

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

48. 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).

49. בענייננו, לא ניתן כל נימוק לסירוב המשיב להתיר את כניסתן של העותרות לישראל לצורך ביקור אביהן. סירוב בעלמא שכזה מעלה חשש לשרירות לב ולחוסר סבירות בקבלת ההחלטה.

50. נוסף לכך, ולאור העובדה שעסקינן במבקרות בנות 15 ו-13, אשר מעברן במחסום אינו מצריך היתר כניסה לפי הפרקטיקה הנהוגה מזה עשרות שנים, החלטת המשיב למנוע את מעברן במחסום לוקה בפגמים הן במישור המהותי והן במישור הפרוצדוראלי. ראשית נשאלת השאלה מה הם השיקולים אשר עמדו מאחורי ההחלטה להגדיר ילדות בנות 15 ו-13 כמסורבות ביטחונית?! כמו כן, המשיב לא נדרש לשאלה האם עסקינן בשינוי מדיניות, וככל שמדובר בשינוי מדיניות, מתבקש הוא לפרסמה ולהודיע עליה מבעוד מועד.

51. כמו כן, באי מתן תשובה לפניית המוקד בעניינן הספציפי 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

52. לסיכום, העותרות 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 בילדות בנות 15 ו-13 החפצות לבקר את אביהן, אותו לא ראו זה יותר מעשרה חודשים.

53. בנוסף הוכיחו העותרות, 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.

54. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל, נחתמו התצהיר וייפוי הכוח של העותרת 4 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, 17 בדצמבר 2018

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ העותרות

(ת.ש. 104887)

