

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ ברגותי, ת"ז \_\_\_\_\_, מרמאללה

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

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן ארי  
(מ"ר 37566) ו/או חווה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או עידו  
בלום (מ"ר 44538) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד  
אביגאל (מ"ר 51583) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58008)  
ו/או טליה יהודה (מ"ר 56918)

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 אצל בעלה, 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 זיב מרעי דיראני, תק-על 2011(3), 1298, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, להלן: **פרשת דיראני**. כל ההדגשות בעתירה שלי – ד.ש.).**

### **רקע**

1. עניינה של עתירה זו בזכותה של העותרת, שהינה תושבת הגדה המערבית, לבקר אצל בעלה, הכלוא בישראל.
2. מתחילת האינתיפאדה השנייה בחודש אוקטובר 2000, ועד לחודש מרץ 2003, מנע המשיב את ביקוריהם של תושבי הגדה אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראלים – בבתי הכלא בשטח ישראל ואף במתקני הכליאה בשטחי הגדה המערבית. בעקבות הדיונים שהתקיימו במסגרת ההליכים בבג"ץ 11198/02 **דיריה נ' מפקד מתקן הכליאה הצבאי עופר**, תק-על 2003(3), 2099 (להלן: **בג"ץ דיריה**), החל המשיב, באופן הדרגתי, לאפשר ביקורי בני משפחה אצל קרוביהם הכלואים.

3. תחילה החל המשיב לאפשר ביקורים אך ורק מנפות רמאללה, יריחו וקלקיליה. בשלב הבא הורחב ההסדר גם לנפות בית לחם, טול כרם וסלפית. כיום כולל הסדר הביקורים את כל הנפות. המשיב אף קבע קריטריונים צרים המגדירים מי זכאי לבקר: בני-זוג, הורים וסבים, וכן אחים, אחיות, בנים ובנות מתחת לגיל 16 או מעל לגיל 46 בלבד. בחודש יולי 2005 הרחיב המשיב את הקריטריונים הללו וקבע, כי גם אחיות ובנות, ללא מגבלת גיל, יכולות לבקר את יקיריהן בבתי הכלא. מאוחר יותר קבע המשיב כי בנים ואחים בגילאי 16-35 יוכלו לבקר אצל יקירם הכלוא פעם בשנה בלבד.

4. המשיב לא מאפשר לתושבי הגדה המערבית להגיע לביקורים בכוחות עצמם ואף אינו דואג בעצמו להסדרי ביקור כלשהם. הביקורים מאורגנים אך ורק באמצעות ארגון הצלב האדום הבינלאומי (להלן: **הצלב האדום**). בקשות לביקור מוגשות על-ידי התושבים במשרדי הצלב האדום, אשר מעבירן לידי המשיב. המשיב מעביר את תשובתו לידי הצלב האדום, וזה מודיע את התשובה למבקש. הצלב האדום אף מארגן את ההסעה עצמה - על חשבון, בתיאום עם המשיב ובליוי סידורי אבטחה קפדניים.

על פי הנוהל הרגיל, כאשר מאושרת בקשה לביקור בכלא, מקבל המבקש מהמשיב היתר שתוקפו לשנה. ההיתר תקף במסגרת הסעות הצלב האדום בלבד. ההיתר מאפשר למקבלו לבקר בכלא ללא הגבלה, ככל שמאפשרות הסעות הצלב האדום (בדרך כלל, פעמיים בחודש).

#### הסדר הביקורים למנועי כניסה לישראל

5. משחודשו הביקורים, בחודש מרץ 2003, התברר כי במקרים רבים מאוד מסרב המשיב לאפשר ביקורים של בני משפחה אצל כלואים, "מטעמי ביטחון". מדובר היה בפלח גדול מאוכלוסיית השטחים, שסווג על ידי המשיב כ"מנוע כניסה לישראל", ולפיכך מנע ממנו המשיב ביקורים בכלא.

6. בשלהי שנת 2003, ובעקבות עתירות שהגיש העותר 2, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**), שינה המשיב את מדיניותו זו וקבע, כעניין שבעיקרון, שגם מנועי כניסה לישראל יוכלו להשתתף בביקורים בבתי הכלא, המאורגנים על ידי הצלב-האדום, וזאת בהיעדר מניעה מיוחדת (בג"ץ 8851/03 **נחלה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, לא פורסם; ובג"ץ 11193/03 **נזאל נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, לא פורסם).

7. ביום 26.10.2004, שנה לאחר ההחלטה העקרונית בנושא, הודיע המשנה לפרקליט המדינה על הסדר חדש לגבי מי שהם מנועי כניסה לישראל, אולם אין מניעה ביטחונית להשתתפותם בביקורים בבתי הכלא בישראל ובשטחים, במסגרת הסעות מאובטחות של הצלב האדום.

8. על פי הסדר זה, שהתפתח לכדי פרקטיקה במהלך השנים האחרונות, בקשות של "מנועי כניסה לישראל" לבקר בבתי הכלא, מוגשות למינהל האזרחי באמצעות הצלב האדום ומועברות על ידי ענף ארגונים בינלאומיים (ארב"ל) במינהל האזרחי לשב"כ, לצורך בדיקה ואבחון פרטניים. אם נמצא כי לא קיימת מניעה להתיר למבקש לבקר בבית הכלא, מונפק לו היתר כניסה חד פעמי לישראל לצורך ביקור בכלא, שתוקפו 45 יום. היתר זה, שהמשיב התחייב כי יונפק תוך חודשיים עד חודשיים וחצי מעת הגשת הבקשה, ואשר מועבר באמצעות הצלב האדום, מאפשר ביקור אחד בכלא במהלך 45 הימים. בתום אותו ביקור מבוטל ההיתר. או אז, המבקש יכול

להגיש בקשה חדשה באותו נוהל. ככל שהאבחנה הביטחונית נותרת בעינה, מקבל המבקר היתר חדש וחוזר חלילה. הסדר זה שונה מהנוהל הרגיל הקיים לגבי כלל אוכלוסיית המבקרים, שבמסגרתו ניתנים היתרים התקפים לשנה, ואשר תואר בסעיף 3 לעיל.

מכתבו של המשנה לפרקליט המדינה מ-26.10.2004 מצורף כנספח ע/1.

9. יודגש, כי גם במקרים בהם ניתן היתר בתוך חודשיים וחצי, כפי שהתחייב המשיב, **המספר הרב ביותר של ביקורים אותם יכול לערוך מבקר, מנוע כניסה לישראל, אצל בן משפחתו הכלוא, עומד על שלושה ביקורים בשנה בלבד.** זאת היות וכזכור, בתקופה בה יש למבקר היתר, הוא מוגבל לביקור אחד בלבד במהלך 45 הימים בהם ההיתר בתוקף. רק לאחר מימושו של ההיתר, יכול המבקר לפנות בבקשה להיתר נוסף. כך שאף אם ההיתר החדש ניתן לאחר חודשיים וחצי, כפי שהתחייב המשיב, הזמן שבין תחילת תוקף היתר אחד לבין קבלת היתר שני עומד על ארבעה חודשים (45 יום תוקף ההיתר + חודשיים וחצי זמן הבדיקה) בהם המבקר מוגבל כאמור לביקור אחד בלבד.

#### הצדדים ומיצוי ההליכים

10. העותרת היא ילידת 1980, אם לילד, מהכפר כובר שבנפת רמאללה, אשר מעולם לא נעצרה ולא נחקרה.

11. בעלה של העותרת, האסיר \_\_\_\_\_ ברגותי, ת"ז \_\_\_\_\_, נעצר בדצמבר 2003 ונדון לתשעה מאסרי עולם ועוד שלושים שנות מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא אוהלי קידר.

12. המוקד להגנת הפרט הוא ארגון זכויות אדם, אשר מסייע מזה שנים רבות לפלסטינים תושבי השטחים לממש את זכותם לבקר את בני משפחתם, הכלואים בבתי כלא בישראל.

13. המשיב מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים וארבע שנים, והוא אשר אחראי לשמירת החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר כלא את בעלה 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 הבינלאומי ההומניטארי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

14. העותרת לא ראתה את בעלה מאז ביקרה אותו בכלא בחודש ספטמבר 2011 מכח היתר ל-45 יום. **היתה זו הפעם השלישית בה ראתה העותרת את בעלה מאז נעצר לפני יותר משמונה שנים.** מצב נורא זה נגרם בשל סירובו העיקש של המשיב, שנמשך שנים, להתיר לעותרת להיכנס לישראל ולבקר את בעלה בכלא. המשיב החל להתיר את כניסתה רק בשנים האחרונות, ולאחר שעתרה לבג"ץ באמצעות המוקד להגנת הפרט (בג"ץ 7615/07). והנה, נראה ש"הסדר הישן" הושב על כנו, ושוב מסרב המשיב להתיר לה כניסה לישראל לצורך ביקור כלוא.

15. העותרת הגישה בקשה חדשה להיתר במשרדי הצלב האדום ב-11.9.11. המשיב לא טרח לענות לה. לאור זאת, פנתה העותרת לסיועו של המוקד. זה פנה בשמה למשיב, בדרישה כי תטופל לאלתר בקשתה להיתר.

העתק פניית המוקד מיום 12.2.12 מצורף ומסומן ע/2.

16. ביום 16.2.12 התקבלה במוקד תשובת המשיב, לפיה בקשתה של העותרת להיתר "סורבה לאור עמדת גורמי הביטחון". כל נימוק נוסף וענייני לא ניתן.

העתק תשובת המשיב מצורף ומסומן ע/3.

**לפיכך, לא נותרה ברירה לעותרת, אשר מזה עשרה חודשים לא ראתה את בעלה הכלוא, מלבד 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

17. 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.

18. 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.**

19. 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 מתאיינות 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.

20. 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.

21. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט הבינלאומי ההומניטארי 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.

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

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

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

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

(Coyle A. **A Human Rights Approach to Prison Management: a Handbook for Prison Staff** International Centre for Prison Studies (King's College, University of London and the UK Foreign and Commonwealth Office) 2002. p 95).

### זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

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

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

(בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832; וראו גם: 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).

24. וכך נקבע לאחרונה בפסק-דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר, 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".

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

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

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

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

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

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

ועל פי סעיף 5 :

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

### הזכות לחיי משפחה

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

28. 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.

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

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

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

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

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

ובעניין סטמקה נפסק כי:

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

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

### הפרת כללי המינהל התקין

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

31. הנמקת החלטה משפרת את איכות ההחלטה. היא מאפשרת את בחינת ההחלטה על ידי גוף מבקר. היא מבטיחה אחידות ומונעת שרירות, 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**, כרך ב, 905 (1996)).

32. בענייננו, מלבד האמירה הלאקונית שבקשתה של העותרת להיתר סורבה "לאור עמדת גורמי הביטחון", לא ניתן כל הסבר נוסף, כך שהעותרות שרריות באפילה מוחלטת בכל הנוגע לסיבות שעומדות בבסיס הסירוב. סירוב בעלמא מעלה חשש לשרירות ולחוסר סבירות בקבלת ההחלטה.

33. כמו-כן, באי-מתן תשובה 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).

#### הגבלה על זכות יסוד – עקרונות הסבירות והמידתיות

34. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות מטעמי ביטחון. כך למשל, תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978, מקנה סמכות לנציב או לסגנו למנוע ביקורים אצל אסיר, לגביו קיים יסוד סביר לחשוד כי האסיר עלול לנצל ביקורים לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה. תקופה זו ניתנת להארכה לתקופות נוספות של 3 חודשים בכל פעם.

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

36. כובד משקל הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית תלוי במהות ההחלטה. על משקלן של הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת

הפגיעה. היותה של החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של העותר, מחייבת את המשיב לסמוך את החלטתו על הערכות ונתונים כבדי משקל:

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

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

38. פירושה של חובה זו הינו כי על המשיב לבחון בחינה דקדקנית את הראיות שבפניו; לברר היטב אם אין די בסידורי הביטחון הקפדניים הנהוגים בהסעות ובמתקני הכליאה כדי לנטרל סיכונים, אם קיימים, לרבות אי-מגע ישיר בין האסיר לבין מבקריו, אלא דרך מחיצת זכוכית; בדיקה יסודית של חפציו של המבקר בידי הסוהרים בבית הסוהר; והעמדת משקיפים מסוהרי בית הסוהר בכדי לנטרל כל סיכון ביטחוני ממנו הוא חושש. בנוסף לזאת, היה עליו לאזן בין הסיכון, מידתו והסתברותו לבין הפגיעה הקשה והוודאית בעותרת ובבעלה.

39. לא זו אף זו, במקרים רבים בהם עתר המוקד להגנת הפרט בעבר לבית המשפט הנכבד, על-מנת שיותר לעותרים לבקר את יקיריהם הכלואים, כאשר גם באותם מקרים מדובר היה במניעה ביטחונית, ניאות המשיב לבסוף להתיר את הביקור. זאת **אך ורק עקב העובדה שהוגשה עתירה**, מבלי שהתקיים דיון, ומבלי שניתן פסק-דין. קרי, נראה כי במקרים הללו לא התקבלו ההחלטות בסבירות ובמידתיות הראויים. בין הדוגמאות לכך ניתן למנות את 51536-02-11 **פתחיה ארחימה ואח' נ' המפקד הצבאי**; עת"ם 33869-03-11 **הדיה ברגותי ואח' נ' המפקד הצבאי**; עת"ם 48355-05-10 **סלאם נזאל ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**; עת"ם 7387-04-10 **עביר אלסעדי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**; עת"ם 1178/09 **מג'דולין עבדאללה אחמד ח'ראז נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**; עת"ם 1177/09 **סחר מחפוז חסן אבו רויס נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**; בג"ץ 1517/08 **מוסטפא זינב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**; בג"ץ 397/08 **אחלאף אבו אל-סעוד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**; ואת בג"ץ 6729/07 **זכיה עויס נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**. ואלו, כאמור, הם רק חלק מהמקרים.

## סיכום

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

41. 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.

42. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל, נחתם תצהירה 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, 31 ביולי 2012

---

דניאל שנהר, עו"ד  
ב"כ העותרות

(ת.ש. 49212)