

**בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

עת"ם 17509-03-17

בעניין:

1. סרור, ת"ז , תושבת השטחים הכבושים
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או 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 גיבראן-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

העותרות

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב, לאפשר לעותרת 1 (להלן: **העותרת**) לבקר את בנה הקטין בן ה-17 הכלוא בישראל, באמצעות מתן היתר כניסה לישראל לצורך כך.

ואלה נימוקי העתירה

אין בהחזקתו של אדם במשמורת כדי להפקיע מאליהן את מכלול זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל, וניתן לגרוע מהן רק במידה שהדבר מתחייב באופן הכרחי משלילת החירות עקב המאסר, לצרכי החקירה או ניהול המשפט, או לשם קיומו של אינטרס ציבורי חיוני, ובכפוף להוראות הדין.

(רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי זיראני, תק-על 2011(3), 1298, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; להלן: **פרשת זיראני**. כאן ובהמשך כל ההדגשות בעתירה הן שלי – נ.ד.).

עניינה של עתירה זו בזכותה של העותרת, שהינה תושבת הגדה המערבית, לבקר את בנה הקטין הכלוא, אשר אותו לא ראתה מאז נעצר לפני למעלה מעשרה 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 שבמשפט הבינלאומי.

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

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

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 ובליוי סידורי אבטחה קפדניים.

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

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

הצדדים ומיצוי ההליכים

9. העותרת 1, אמו של האסיר, בת 43, אם לארבעה, המתגוררת ברמאללה. מעולם לא נעצרה ואף לא נחקרה.

10. בנה הכלוא של העותרת הוא הקטין בן 17 סרור, ת"ז . הקטין סרור נעצר באפריל 2016, נשפט ונידון ל-15 חודשי מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא מגידו.

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

12. 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 המערבית. הוא אשר כלא את בנה 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 מזכותם לחיי משפחה. זאת בהתאם למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים, למשפט ההומניטארי הבינלאומי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

13. **העותרת לא ראתה את בנה הכלוא מאז נעצר באפריל 2016, לפני למעלה מעשרה חודשים.**

מאז, מונע ממנה המשיב להיפגש עם בנה. לא זו בלבד שהוא דורש ממנה להצטייד בהיתר מטעמו כדי שתוכל לראות אותו, הוא אף מסרב להנפיק עבורה היתר כניסה לשם כך. לא זו אף זו, העובדה שהמשיב החליט לסרב לבקשות העותרת, לאורך חודשי מאסר בנה, בטענה שאין קירבה משפחתית בינה לבין האסיר, מעצימה לאין שיעור את מצוקתם המובנית של האם ובנה.

14. כאמור, האסיר הוא קטין המרצה תקופת מאסר ארוכה יחסית לגילו הצעיר. זהו מצב עניינים קשה לאסיר קטין המוחזק בתנאים מגבילים ביותר בשל היותו מוגדר כ"אסיר ביטחוני". עובדה זו מקנה חשיבות נוספת לקיום ביקורי משפחה עם הקלת מצוקתם של הכלוא ומשפחתו.

15. ביום 4.1.2017 העותרת הגישה את בקשתה האחרונה להיתר כניסה, וזאת לאחר שכל בקשותיה הקודמות סורבו בטענה של "אי קירבה משפחתית" בינה לבין בנה.

16. במקביל, נוכח סירוב המשיב החוזר על עצמו, פנתה העותרת למוקד וביקשה את סיועו. זה פנה בשמה למשיב ביום 6.2.2017 בדרישה שיינתן לה היתר לאלתר. לבקשה צורפו מסמכים המוכיחים את דבר הקירבה המשפחתית: תעודת לידה ואישור רשמי של משרד הפנים.

העתק מפניית המוקד על מצורפיה מיום 6.2.2017 מצורפת ומסומנת ע/2

17. ביום 9.2.2017 התקבל במשרדי המוקד מענה אשר בו שוב הודיע המשיב על סירוב הבקשה בטענה שבין העותרת לבנה אין קירבה משפחתית. עוד הפנה המשיב את העותרת למשרד הפנים הפלסטיני על מנת להסדיר את העניין.

העתק מתשובת המשיב מיום 9.2.2017 מצורף ומסומן ע/3.

18. לא למותר לשוב ולהזכיר, כי בין המסמכים אשר צורפו לפניית המוקד מכתב רשמי של משרד הפנים הפלסטיני המאשר את היות העותרת אמו של הכלוא. התנהלות זו של המשיב מעידה על כך, שלא ניתן כל משקל לעובדת היות האסיר קטין, בן 17 שנה בלבד. המשיב לא גילה רגישות לחומרת המצב, בו קטין בן 17 מוחזק במאסר בתנאים מאד קשים, תוך שהוא מנותק באופן מוחלט מאמו, כבר למעלה מעשרה חודשים. לא למותר להזכיר, שכלואים ביטחוניים, לרבות קטינים, אינם יכולים לשמור על קשר טלפוני עם בני משפחתם, וביקורי משפחה הם הדרך היחידה בה הם מתקשרים עם העולם החיצון.

19. כמו כן, נראה שהמשיב אינו בוחן את הפניות אליו ומתעלם מהמסמכים אשר צורפו לפניית המוקד דבר המוכיח שסירובו הוא שרירותי.

20. כך, הנתק בין העותרת לבנה הכלוא נמשך, בלא שלעותרת יהיה מושג מדוע מסרב המשיב לאפשר את הביקור, ומתי יותר לה לבקר את בנה הכלוא, קטין בן 17.

לפיכך, נוכח העובדה שהמשיב מסרב לאפשר את הביקור, לא נותרה לעותרת, אשר לא ראתה את בנה הכלוא זה למעלה מעשרה 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

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. 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 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.**

25. 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.

26. 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)).

27. 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

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

כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת

חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין... שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא: על-פי האמור בדברים, כה ג: 'ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיד' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיד ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו.

(בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832; וראו גם: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153; עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490).

29. 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".

30. 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.**

31. 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.

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

32. 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.

33. 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 (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 הקניין, לחופש העיסוק, ואף לצנעת

הפרט. 'היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו'.

34. 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

35. מניעת ביקורי הורים אצל בנם הקטין 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).

ר' בעניין זה גם את סעיף 3(1) לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989.

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

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

38. 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 פלונים נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 459, 465 ;

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

39. להיעדר קשר עם ההורה השלכות מרחיקות לכת על התפתחות הילד. 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.

40. 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, פשיעה 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 ה. נ' מ. מ. א. (קטינה) תק-מש 2006(4), 75.

41. טובת הילדים הינה לגדול במחיצת שני הוריהם. נתק מההורים מהווה חוויה טראומטית המותירה צלקת בנפשם הרכה של הילדים. ככל שחולף הזמן הנוק שנגרם לילדים הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך. על-כן, שומה על המשיב לשקול עניין זה כשיקול מכריע בבואו לקבל החלטה בעניינה של העותרת. ברי כי עצם נוכחותו של הילד בין כותלי בית הסוהר יש בה כדי למנוע קשר אופטימלי עם אמו. אולם, ניתן להקל במעט על מצוקה זו באמצעות הבטחת ביקורי משפחה אצל הקטין.

הפרת כללי המינהל התקין

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

43. 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).

44. בענייננו, לא ניתן כל נימוק לסירוב המשיב להנפיק לעותרת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בנה. יתרה מזו. סירוב בעלמא שכזה מעלה חשש לשרירות לב ולחוסר סבירות בקבלת ההחלטה. זאת ועוד, תשובת המשיב לבקשת העותרת מתעלמת מכל טענה המוכיחה דבר הקירבה, כך שהעותרת לא תוכל להתמודד עם הסירוב ללא התערבותו של בית משפט נכבד זה.

45. כמו-כן, גם בתשובה הלא מנומקת לפניית העותרת, יש התעלמות מהרציונאליים 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

46. לסיכום, העותרות הוכיחו כי על המשיב מוטלת החובה לאפשר ביקורי משפחה וכי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד חוקתית, הניצבת במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות במיוחד כשעסקינן באסיר קטין. משכך על המשיב להנפיק היתר עבור העותרת, באמצעותו

תוכל לבקר את בנה. התנהלות המשיב שתוארה לעיל מגבירה את סבלה של העותרת ומאריכה את תקופת הנתק בינה לבין בנה הכלוא.

47. בנוסף הוכיחו העותרות, כי המשיב חייב לעמוד בכללי המשפט המינהלי הישראלי, ולהפעיל שיקול דעת סביר בקבלת החלטותיו. במקרה דנן כלל לא ברור אם עמד המשיב בחובה זו.

48. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל, נחתמו התצהיר וייפוי הכוח של העותרת בפני עורך דין במקום מגוריה. התצהיר וייפוי הכוח נשלחו למשרדי המוקד להגנת הפרט באמצעות הפקס. באופן זה הם מצורפים לעתירה.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כאמור בראש עתירה זו ולחייבו בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 8 במרץ 2017

נדיה דקה, עו"ד
בי"כ העותרות

(ת.ש. 96779)

תרגום תצהיר

אני הח"מ, **רנדה סרור**, ת"ז 415187418, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהירה בזה בכתב כדלקמן:

1. אני עושה תצהיר זה בתמיכה לעתירה מינהלית שלי בעניין ביקורים אצל בני הקטין הכלוא.
2. כל העובדות שבעתירה הנוגעות לי הן אמת. העובדות הנוגעות לטיפול המוקד להגנת הפרט הן נכונות למיטב ידיעתי, בהתאם למה שנמסר לי מהמוקד.
3. כל העובדות בעתירה הוקראו לי על ידי נציגי המוקד להגנת הפרט ותורגמו עבורי לערבית.
4. הריני להצהיר כי זהו שמי, זוהי חתימתי ותוכן תצהירי זה אמת.

המצהירה

הנני מאשר בזה כי ביום 7.3.2017 הופיעה בפני עורך-דין מדין דראגימה, הנ"ל, שזיהתה עצמה באמצעות ת"ז 415187418, ואחרי שהזהרתיה כי עליה להצהיר את האמת וכי תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן, אישרה את נכונות הצהרתה הנ"ל וחתמה עליה בפניי.

עורך-הדין