

בעניין:

1. קדח _____
ת"ז _____, משכם

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

כולם ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן
ארי (מ"ר 37566) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או
יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או עביר גיבראן (מ"ר 44346)
ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או נירית היים (מ"ר 48782)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים

טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרות

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא בגדה 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.

בקשה לדיון דחוף

בית-המשפט הנכבד מתבקש לקבוע את המועדים ואת הדיון בעתירה זו בדחיפות, בשל התוצאה הקשה שיש לסירוב המשיב לתת לעותרת היתר לביקור אצל בעלה הכלוא, אותו לא ביקרה מאז מעצרו, בתחילת שנת 2008 – לפני למעלה משנה.

ואלה נימוקי העתירה

בידודו של האסיר מן החברה כדי להגשים את תכליות הענישה גוזר עליו גם בידוד משפחתי מבן זוגו, מילדיו, וממשפחתו במעגל הרחב יותר. **אולם גם בהינתן הגבלה אינהרנטית זו למאסר, קיומה של זכות אדם למשפחה ולהורות מחייבת צמצום היקף הפגיעה בה ככל הניתן, ובגבולות ההכרחיים בלבד, כגון בדרך של מתן היתרים מבוקרים לביקורי משפחות אצל אסירים, יציאה לחופשות בהתקיים תנאים מוגדרים, העמדת אמצעים המאפשרים התייחדות בין בני זוג, וכיוצא באלה. בכך, נשמרת מידתיות הפגיעה בזכות האדם, המתחייבת באורח מובנה מעצם שלילת החירות הנילווית למאסר.** (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 3564(2)2006, פסקה 15 לפסק דינה של

השופטת פרוקצ'יה, להלן: **פרשת זוברין**. כל ההדגשות בעתירה שלי – ד.ש.ד.

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, לא התאפשרו ביקורים של תושבי הגדה אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראליים; לא בבתי הכלא בשטח ישראל ואף לא 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. תחילה החל המשיב לאפשר ביקורים אך ורק מנפות רמאללה, יריחו וקלקיליה. בשלב הבא הורחב ההסדר גם לנפות בית-לחם, טולכרם 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 בגילאי 16-46 יוכלו לבקר אצל אביהם הכלוא פעמיים בשנה, ואחים בגילאים אלה יבקרו פעם בשנה בלבד.
3. 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 חשבוננו, בתיאום עם המשיב ובליווי סידורי אבטחה קפדניים.
- על פי הנוהל הרגיל, כאשר מאושרת בקשה לביקור בכלא, מקבל המבקר מהמשיב היתר שתוקפו שלושה חודשים. ההיתר תקף במסגרת הסעות הצלב האדום בלבד. ההיתר מאפשר למקבלו לבקר בכלא ללא הגבלה, ככל שמאפשרות הסעות הצלב האדום (בדרך כלל, פעמיים בחודש).
4. 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.
5. בשלהי שנת 2003 ובעקבות עתירות שהגישה העותרת 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 צה"ל בגדה המערבית** ובג"ץ 11193/03 **נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**).

הסדר הביקורים למנועי כניסה לישראל

6. 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.
7. על פי הסדר זה, שהתפתח לכדי פרקטיקה במהלך השנים האחרונות, בקשות של "מנועי כניסה לישראל", לבקר בבתי הכלא, תוגשנה למינהל האזרחי באמצעות הצלב האדום ותועברנה על ידי רע"ן אר"ל במינהל האזרחי לשב"כ, לצורך בדיקה ואבחון פרטניים. אם יימצא כי לא קיימת מניעה להתיר למבקש לבקר בבית הכלא, יונפק לו היתר כניסה חד פעמי לישראל לצורך ביקור בכלא, שתוקפו 45 יום. היתר זה, אשר המשיב התחייב כי יונפק תוך חודשיים עד חודשיים וחצי מעת הגשת הבקשה, אשר יועבר באמצעות הצלב האדום, יאפשר ביקור אחד בכלא במהלך 45 הימים. בתום אותו ביקור יבוטל ההיתר. המבקר יוכל להגיש בקשה חדשה באותו נוהל. ככל שהאבחנה הביטחונית תישאר בעינה, יקבל המבקר היתר חדש וחוזר חלילה. הסדר זה שונה מהנוהל הרגיל הקיים לגבי כלל אוכלוסיית המבקרים, שבמסגרתו ניתנים היתרים התקפים לשלושה חודשים ואשר תואר בסעיף 3 לעיל.
- מכתבו של המשנה לפרקליט המדינה מ-26.10.2004 מצורף כנספח ע/1.
8. 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 תום תוקפו 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

9. העותרת, ילידת 1973, אם לארבעה ילדים. מעולם לא נחקרה ולא נעצרה.
10. בעלה של העותרת, עבד אלחכים ואסף חסן קדח (ת"ז 942188665), נעצר בחודש פברואר 2008 ועצור מאז במעצר מינהלי. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא קציעות.
11. המוקד להגנת הפרט הוא ארגון זכויות אדם, אשר ייצג לאורך השנים אלפי משפחות של פלסטינים אשר יקריהן מוחזקים בבתי הכלא בישראל.
12. המשיב מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת החזקה לוחמתית והוא אשר אחראי לשמירת החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר כלא את בעלה של העותרת, והוא אשר מחייב את העותרת להצטייד בהיתרים מטעמו לצורך הביקור בכלא. מתוקף מעמדו, על המשיב לדאוג למימוש זכויותיהם של התושבים בשטח הכבוש שתחת אחריותו, ובכלל זאת זכותם לביקורי

משפחה ולקיום חייהם התקינים. זאת בהתאם למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים, למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

13. כשלושה חודשים לאחר מעצר בעלה, פנתה העותרת למשיב, באמצעות הצלב-האדום, בבקשה כי יונפק לה היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בעלה בכלא. בחודש יולי 2008 נמסר לה, באמצעות הצלב האדום, כי המשיב מסרב לבקשתה עקב היותה מנועת כניסה לישראל.

14. בעקבות זאת, הגיש הצלב האדום בשמה בקשה לקבלת היתר על-פי נוהל מנועי הכניסה, כפי שפורט לעיל, בחודש אוגוסט 2008. כל תשובה לבקשה זו לא נתקבלה.

15. מאחר ולא נענתה, פנתה העותרת למוקד להגנת הפרט ביום 14.12.08. בעקבות פנייתה, פנה המוקד למשיב ביום 15.12.08 בבקשה להסדיר את ביקורה של העותרת בכלא. העתק המכתב מיום 15.12.08 מצורף כנספח ע/2.

16. ביום 4.1.09 ניתנה תשובת המשיב, לפיה בקשת העותרת לקבלת היתר כניסה לצורך ביקור בכלא על-פי הנוהל למנועי כניסה מסורבת. העתק המכתב מיום 4.1.09 מצורף כנספח ע/3.

לפיכך, לא נותרה ברירה לעותרת, אשר לא ביקרה את בעלה מאז מעצרו לפני למעלה משנה, 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 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

17. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של העצורים והן של בני משפחותיהם. זוהי זכות בסיסית, הנובעת מתפיסתו 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 ז'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. 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.

20. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט הבינלאומי ההומניטארי המינהגי, נקבע **כי הזכות של עצירים 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).

זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

21. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה נובעת גם מהתפיסה 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 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: פרשת דוברין, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עע"א 4463/94 גולן נגד שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153; עע"א 4/82 מדינת ישראל נגד תמיר, פ"ד לז(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490.

22. סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, שאושרה בידי 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.**

23. 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

24. 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.

25. 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 הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצנעת הפרט. 'היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.'

26. 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 אמונות 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 האוניברסלית 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.

זכויותיו של עצור מינהלי

27. עצור מינהלי לא הורשע בעבירה ואינו מרצה עונש. לפיכך מוקנות לו זכויות יתר ותנאי מעצר מועדפים. לדברי כבי הנשיא (כמעמדו אז) שמגר :

ההתייחסות לתנאי הכליאה מחייבת הבהרה טרומית, שהיא בגדר נקודת מוצא : עציר מינהלי לא הורשע בעבירה וממילא איננו מרצה עונש. הוא כלוא לפי החלטה של רשות צבאית-מינהלית בתור אמצעי חירום יוצא דופן, בשל טעמי בטחון החלטיים... ההבדל בין אסיר המרצה עונש מאסר לבין אדם שנכלא כאמור כדי למנוע סיכונים בטחוניים, מוצא ביטוי במעמדו של העציר המינהלי ובתנאי המעצר הנובעים מכך. בחקיקה הפנימית שלנו, בישראל ובאיזור, נקבעו הוראות ספציפיות בנושא זה (לגבי מדינת ישראל - ראה תקנות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981 ; לגבי איזור יהודה ושומרון וחבל עזה ראה תקנות בדבר מעצר מינהלי (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"ב-1981 (יהודה ושומרון) או התשמ"ב-1982 (עזה), לפי הענין)... אף האמנה הרביעית ראתה לפרט בהרחבה יתרה מה התנאים שיש להחיל על העצירים המינהליים. כפי שראינו עולה מדברי הפרשנות הנ"ל של ד"ר פיקטה, כי המגמה של עורכי האמנה הרביעית היתה שהעציר המינהלי לפי סימן 78 יושווה מבחינת תנאי הכליאה, במידת האפשר, לשבוי מלחמה. תיזה זו מלמדת, גם כן, על כך, שאנו נזקקים כאן למסגרת התייחסות השונה מזו המופעלת כלפי אדם שהורשע בדין ומרצה עונשו. על כן, גם קיימת חובה להפריד, במקום כליאה כלשהו, בין אסירים שפוטים לבין עצירים מינהליים. ברוח זו גם נוסחו הוראותיו של סימן 84 לאמנה הרביעית. (בג"ץ 253/88 **סג'דיה ואחרים נ' שר הבטחון**, פ"ד מב(3) 801, עמ' 823-822 (להלן : **פס"ד סג'דיה**)).

28. הוראות החוק המחייבות את שירות בתי הסוהר לעניין תנאי המעצר של עצורים מינהליים קבועות בתקנות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981 (להלן : **התקנות**), וראה לעניין זה גם פס"ד סג'דיה, בעמ' 823. בניגוד לקבוע בתקנה 11, הקובעת כי

עצור מינהלי יורשה לקבל מבקרים למשך חצי שעה אחת לשבועיים, העותר אינו מקבל ביקורים ולא היה לו קשר עם בני משפחתו מאז מעצרו.

תקנות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי) התשמ"א-1981 מצורפות כנספח 4/ע.

הפרת כללי המינהל התקין

29. הפעלת סמכות המשיב בגדה המערבית חייבת לקיים את עקרונות המשפט המנהלי 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 נגד ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 828; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נגד מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד נו(1) 385, 396; בג"ץ 393/82 ג'מעת אסכאן אלמעלמון אלמעאוויה נגד מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 792-793; יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ב, 897-898 (1996)).

30. 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, כעקרון 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 נגד מדינת ישראל, תק-על 2000(2) 1478, פס' 4-5; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית**, כרך ב, 905 (1996)).

31. בתשובת המשיב נכתב כי "כניסת הנדונה לישראל לצורך ביקור כלוא מסורבת מטעמי ביטחון". כך ותו לא. בתשובה זו אין בכדי לענות על הרציונלים 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 – עקרון הסבירות והמידתיות

32. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות מטעמי ביטחון. כך למשל, תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר 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.

33. 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 נגד שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 156).

34. כובד משקלן 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 העותרת, מחייבת את המשיב לסמוך את החלטתם 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).

35. 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 ב**חובת המידתיות**. עקרון 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"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פד"י נח(5) 807, 839-40 (2004)).

36. פירושה של חובה זו הינו חובת המשיב לבחון בחינה קפדנית ופרטנית 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 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.

37. לא זו אף זו, בעבר, במקרים רבים בהם עתר המוקד להגנת הפרט 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, במקרים הללו לא התקבלו ההחלטות בסבירות ובמידתיות הראויים. בין הדוגמאות לכך ניתן למנות את 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

38. לסיכום, העותרים 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.

39. בנוסף, הוכיחו העותרים 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.

40. 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, 16 בפברואר 2009

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותרות

(ת.ש. 58562)