

בעניין:

1. _____ ארשיד, ת"ז _____, מגינין
2. _____ הנדי, ת"ז _____, מקלקיליה
3. _____ סלאמה, ת"ז _____, מבית לחם
4. _____ מח'מר, ת"ז _____, מחברון
5. _____ דודין, ת"ז _____, מבית לחם
6. _____ בני עודה, ת"ז _____, מגינין
7. _____ הבל, ת"ז _____, משכם
8. _____ זלום, ת"ז _____, משכם
9. 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 נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58008) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

– נגד –

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

- מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם, כדלקמן:
- א. מדוע לא יבטל את ההגבלה על מספר היתרי הכניסה לישראל שרשאים העותרים 1-8 (להלן: **העותרים**) לקבל על מנת לבקר את יקיריהם, הכלואים בישראל;
 - ב. מדוע לא יבטל את ההגבלה הגורפת שהטיל על מספר ההיתרים שרשאים בנים ואחים של אסירים פלסטינים לקבל לצורך כניסה לישראל על מנת לבקרם.

ואלה נימוקי העתירה

אין מחלוקת כי היענות לבקשות ביקורים של קרובי משפחה אצל הכלואים היא בגדר ציפייה הראויה להכרת הגורם המוסמך בישראל, כחלק ממימוש הזכות למשפחה... חובתו של מפקד האזור במסגרת סמכויותיו היא לדאוג לשלומם ולרווחתם של תושבי האזור, ובכלל זה למימוש קשרי המשפחה שלהם עם יקיריהם הרחוקים מהם, ולתת הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות (בג"ץ 7615/07 ברגותי נ' מפקד

כוחות הצבא בגדה המערבית, תק-על 2009(2), 2993, פסקה 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה; כל ההדגשות בעתירה הן שלי – ד.ש.).

1. עתירה זו עוסקת במצב אנומלי שנמשך מזה מספר שנים: אסירים פלסטינים, הכלואים בישראל, זוכים לראות את בניהם ואת אחיהם, שגילאיהם 16-35 שנה, פעמיים בשנה בלבד במקרה של בנים, ופעם בשנה במקרה של אחים.
2. פגיעה קשה זו בזכויות, הן של האסירים והן של אחיהם ובניהם, נגרמת בשל מדיניות המשיב בכל הנוגע להנפקת היתרי כניסה לישראל לבני המשפחה של האסירים, תושבי הגדה המערבית. על-פי מדיניות זו, אחים של אסירים בגילאים האמורים רשאים לקבל היתר אחד בלבד בשנה לכניסה לישראל לצורך ביקור כלוא. בנים של אסירים בגילאים האמורים רשאים לקבל מקסימום שני היתרים בשנה.

רקע

3. מתחילת האינתיפאדה השנייה, בחודש אוקטובר 2000, ועד לחודש מרץ 2003, מנעה ישראל לחלוטין ביקורים של תושבי הגדה אצל בני משפחתם הכלואים במתקני הכליאה בישראל ובשטחים. בעקבות עתירה של העותר 9 (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**), בג"ץ 11198/02 **זיריה נ' מפקד מתקן הכליאה הצבאי עופר** (לא פורסם), החל המשיב, באופן הדרגתי, לאפשר ביקורי בני משפחה אצל קרוביהם הכלואים.
4. המשיב 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 קבע המשיב כי אחיות ובנות, ללא מגבלת גיל, יכולות לבקר את יקיריהן בבתי הכלא. בנוסף, **המשיב קבע כי בנים בגילאי 16-35 יוכלו לבקר אצל אביהם הכלוא פעמיים בשנה, ואחים בגילאים אלו יוכלו לבקר פעם בשנה בלבד.**
5. כן ראוי לציין בהקשר זה כי 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 באזור מגוריהם והאחרון מעבירן לידי המשיב. המשיב מעביר את תשובתו לידי הצלב האדום, שנותן תשובה למבקש. הצלב האדום אף מארגן את ההסעה עצמה - על חשבוננו, בתיאום עם המשיב ובליווי סידורי אבטחה קפדניים.
6. על-פי הנוהל הרגיל, כאשר מאושרת בקשה לביקור בכלא, מקבל המבקש מהמשיב היתר לשנה. ההיתר תקף במסגרת הסעות הצלב האדום בלבד. ההיתר מאפשר למקבלו לבקר בכלא ללא הגבלה, ככל שמאפשרות הסעות הצלב האדום (בדרך כלל, פעמיים בחודש). ילדים עד גיל 16 לא נדרשים להיתר ומצטרפים לביקורים ללא הגבלה.

אחים ובנים של אסירים מוגדרים מלכתחילה "מנועי כניסה לישראל"

7. כאמור, אחים ובנים בגילאי 16-35 מוצאים מראש מהנוהל הרגיל, החל על כלל תושבי הגדה שלהם קרובים הכלואים בישראל. המשיב מגדירם, א-פרוירי, "מנועי כניסה לישראל", ולכן חל עליהם נוהל מיוחד – נוהל לגבי בני משפחה המוגדרים על-ידי המשיב "מנועי כניסה לישראל".

8. בשלהי שנת 2003 ובעקבות עתירות שהגיש המוקד להגנת הפרט, קבע המשיב, כעניין שבעיקרון, שגם אלה המוגדרים "מנועי כניסה לישראל" יוכלו להשתתף בביקורים בבתי הכלא, המאורגנים על ידי הצלב-האדום, וזאת בהיעדר מניעה מיוחדת לבקר בכלא (בג"ץ 8851/03 נחלה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובג"ץ 11193/03 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; פסקי הדין לא פורסמו).

9. ביום 26.10.04 הודיעה פרקליטות המדינה על הסדר חדש לגבי מי שהם "מנועי כניסה לישראל", אולם אין מניעה ביטחונית להשתתפותם בביקורים בבתי הכלא, במסגרת הסעות מאובטחות של הצלב האדום.

10. על-פי הסדר זה, בקשות של "מנועי כניסה לישראל" לבקר בבתי הכלא מועברות גם 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. עם הביקור, מבוטל ההיתר. לצורך ביקור נוסף, מגיש המבקש לבקר בקשה נוספת, שאף היא נבחנת פרטנית ע"י השב"כ וחוזר חלילה.

11. כאמור, אחים ובנים של אסירים, בין הגילאים 16-35 שנה, מוגדרים "מנועי כניסה לישראל" א-פריורי, ללא כל איבחון פרטני. כלומר, על אף שקיים הסדר, המתיר לבני משפחה פלסטינים לבקר את יקיריהם הכלואים בישראל מספר פעמים בשנה, עצם העובדה שאיתרע מזלו של אדם להיות אח או בן של אסיר, והוא בין הגילאים 16-35, מביאה לכך שנמנעת ממנו מראש האפשרות לקבל היתר המתיר מספר כניסות לישראל. אדם כזה מתויג *מסוכן* – "מנוע כניסה לישראל" – בלא כל בדיקה פרטנית מקדימה.

12. לא זו אף זו, את ההיתרים, המאפשרים כניסה אחת בלבד לישראל במשך 45 יום, יכול אחיו של הכלוא לקבל פעם אחת בשנה בלבד ובנו של הכלוא, פעמיים בשנה בלבד. הגבלה שכזו אינה מתקיימת כאמור ביחס ל"מנועי כניסה לישראל" אחרים, שתאורטית, יכולים לקבל מספר היתרים חד פעמיים בשנה.

13. כפי שנראה בפרק העובדתי, בניס הזכאים ל-2 ביקורים בשנה ואחים הזכאים לביקור אחד בשנה, לעיתים קרובות אינם מצליחים לממש גם זכאות מינימאלית זו בשל התנהלות המשיב בכל הנוגע למשך הנפקת ההיתרים.

עד מתי ימשיך המשיב במדיניותו זו?

14. בשנת 2003, בה חודשו ביקורי פלסטינים בבתי הכלא, טענה המדינה כי ההגבלות על הביקורים נובעות מהמצב הביטחוני המורכב ששרר באותה עת.

15. אולם, מדיניות פוגענית אינה יכולה להימשך לנצח. ברי כי היום המצב הביטחוני שונה תכלית השינוי. המשיב עצמו, כמתואר בסעיף 4 לעתירה, הסיר כבר חלק מהמגבלות שהטיל עם חידוש הביקורים, לפני כ-10 שנים.

16. לכן, נשאלת השאלה מהי ההצדקה שעומדת בבסיס המשך קיום המגבלה, הנמשכת זה 10 שנים תמימות, בדמות ביקור פעם בשנה, או פעמיים, והפוגעת בזכות אדם בסיסית של האסירים, אחיהם ובניהם.

17. המשיב יכול שיטען כי יש לאזן בין החובות החלות עליו לבין צרכי הביטחון, ולכן ישנה הצדקה למגבלה הקשה שמוטלת על מימוש הזכות לביקורים ולקשרים משפחתיים. אולם, "צרכי ביטחון" הוא מושג דינאמי, המשתנה עם העיתים. כיצד ייתכן שהמשיב ממשיך במדיניות בת 10 שנים, הפוגעת בזכויות בסיסיות, בלא בחינתה מחדש? על המשיב חלה חובה לעדכן את מדיניותו רבת השנים, על-פי המצב השורר היום בשטח, תוך עמידה בחובות החלות עליו על-פי דין.
18. כיום, לאור שינוי הנסיבות, ההצדקה להגבלה הנדונה אינה קיימת עוד. כפות המאזניים נוטות בבירור לכיוון בני המשפחה והאסירים, ונקודת האיזון בין "צרכי ביטחון" לזכויות הפרט צריכה להשתנות בהתאם. לא ניתן להמשיך במדיניות, המגבילה זכות אדם בסיסית, כאשר בשטח חלו שינויים כה מפליגים.
19. לא זו אף זו, לאור שינוי הנסיבות, העובדה שהמשיב משית פגיעה קולקטיבית על ציבור כה גדול, בלא כל בדיקה ואיבחון פרטניים, הינה בלתי נסבלת, ועליה להיפסק.
20. מן הדין ומן הצדק כי בית המשפט הנכבד יטיל על המשיב להסביר מדוע הוא מתעקש להמשיך במדיניות שאיבדה מטעמה, ולבסוף יורה לו לשנות ממנה, כך שיכובדו זכויותיהם הבסיסיות של האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל, ושל אחיהם ובניהם הצעירים.

הצדדים

21. העותר 1, _____ ארשיד, הוא יליד 1993, שמעולם לא נעצר ולא נחקר. אביו, _____ ארשיד (ת"ז _____), נעצר ב-1993, נשפט למאסר עולם ומוחזק כיום בכלא שיטה. **העותר 1 נעצר כאשר בנו היה בן 12 ימים בלבד עת מעצר אביו**, כך שהיכרותם נעשתה מבעד לזכוכית המפרידה בין אסירים למבקרים, עת ביקר את אביו עם אימו או קרובי משפחה אחרים אחת לכמה חודשים. מאז מלאו לו 16 ביקר הבן את אביו פעמיים בלבד, בשל ההגבלה המוטלת עליו על-ידי המשיב. לאחרונה ביקר את אביו בספטמבר 2009. מאז, לא השיב המשיב על בקשותיו להיתרים נוספים.
22. העותר 2, _____ הנדי, יליד 1995, מעולם לא נעצר ולא נחקר. אביו, _____ הנדי (ת"ז _____), נעצר בספטמבר 2002, נשפט ל-22 שנות מאסר ומוחזק בכלא נפחא. **העותר 2 היה בן 8 בלבד כאשר נעצר אביו**. הוא ביקר אותו פעם בכמה חודשים, עם בני משפחה אחרים. מאז מלאו לו 16, דורש ממנו המשיב לקבל היתרים. לפיכך ראה את אביו שלוש פעמים בלבד בשנתיים האחרונות, באוגוסט 2011, ביולי 2012 ולאחרונה ב-17.3.13.
23. העותר 3, _____ סלאמה, יליד 1995, מעולם לא נעצר ולא נחקר. אביו, _____ סלאמה (ת"ז _____), נעצר באוקטובר 2006, נשפט ל-16 שנות מאסר ומוחזק כיום בכלא נפחא. העותר 3 ביקר את אביו בקביעות כאשר לא נדרש להיתרי כניסה לישראל. מאז מלאו לו 16, לפני שנתיים, ראה העותר 3 את אביו פעם אחת ויחידה, בחודש אוגוסט 2012. המשיב אינו מנפיק עבורו היתרים נוספים לכניסה לישראל, על אף בקשותיו החוזרות. המגבלה שהטיל המשיב קטעה כמעט לחלוטין את הקשר בין בן לאביו.
24. העותר 4, _____ מח'מר, יליד 1994, מעולם לא נעצר ולא נחקר. אביו, האסיר _____ מח'מר (ת"ז _____), נעצר ביוני 2006, נשפט ל-28 שנות מאסר ומוחזק בכלא רמון. עד שמלאו לו 16

ביקר העותר 4 את אביו בקביעות, בערך פעם בשבועיים. מאז, המשיב מונע ממנו לראות את אביו בתדירות סבירה, בכך שאינו עונה לבקשותיו להיתרי כניסה לישראל. ביולי 2012 קיבל העותר 4 היתר, לאחר המתנה של שנה וחצי למענה המשיב, וביקר סוף כל סוף את אביו. בשל המגבלה שמטיל עליו המשיב, הפעם הבאה בה יוכל לראות את אביו תהיה באביב 2013, וזאת רק אם המשיב יטפל כראוי בבקשה להיתר.

25. העותר 5, _____ דודין, יליד 1991, מעולם לא נעצר ונחקר פעם אחת בלבד, במשך חצי שנה, לפני כשנה. אביו, העצור _____ דודין (ת"ז _____), נעצר באוגוסט 2011 ומוחזק מאז במעצר מינהלי, כיום בכלא קציעות. העותר 5 הוא בנו הבכור של האסיר, אולם על אף זאת כמעט שלא זכה להכיר את אביו, שמאז נולד בנו מוחזק רוב הזמן במאסר או במעצר מינהלי. בשל כך נושא העותר 5 על כתפיו את האחריות על פרנסת משפחתו. כיום הוא סטודנט למשפטים. דא עקא, מאחר שהוא נכלל בקטגוריה של "בן בגיל 16-35", הוא נתון למגבלה שמטיל המשיב. כך, ביקר את אביו פעם אחת בלבד מאז נעצר האב, בחודש נובמבר 2012. בקשה נוספת להיתר ממתינה למענה, שמבושש להגיע.

26. העותר 6, _____ בני עודה, יליד 1986, מעולם לא נעצר ולא נחקר. אחיו, האסיר _____ בני עודה (ת"ז _____), נעצר בנובמבר 2002, נשפט ל-30 שנות מאסר ומוחזק כיום בכלא גלבוע. מאז מלאו לו 16 שנים מבקר העותר 6 את אחיו הכלוא פעם בשנתיים בערך, אך ורק בשל המגבלה שמטיל עליו המשיב, כמו גם בשל הטיפול הקלוקל של המשיב בבקשות העותר 6 להיתרים. לאחרונה ראה העותר את אחיו בדצמבר 2012. מאז מונע ממנו המשיב להגיש בקשה חדשה בשל מגבלת ה"שנה", כך שאין הוא יודע מתי יראה שוב את אחיו.

27. העותר 7, _____ הבל, יליד 1985, מעולם לא נעצר ולא נחקר. אחיו, האסיר _____ הבל (ת"ז _____), נעצר בינואר 2004, נשפט ל-30 שנות מאסר ומוחזק כיום בכלא מגידו. מאז שאחיו נעצר, מבקר אותו העותר 7 בתדירות של פעם בשנתיים בערך – בשל ההגבלה המוטלת על-ידי המשיב, שאליה מצטרף הטיפול האיטי להכעיס של המשיב בבקשות להיתרים. העותר 7 ראה את אחיו בדצמבר 2010, הגיש בקשה חדשה להיתר בדצמבר 2011 (המשיב לא איפשר לו להגיש בקשה קודם לכן, בשל המגבלה האוטומטית שהוא מטיל), וקיבל היתר רק ביולי 2012. באם ימשיך המשיב להחיל את המגבלה הדרקונית על אחים של אסירים, העותר 7 יזכה לראות את אחיו בפעם הבאה כנראה בעוד שנה וחצי עד שנתיים, במקרה הטוב.

28. העותר 8, _____ זלום, יליד 1986, מעולם לא נעצר ולא נחקר. אחיו, האסיר _____ זלום (ת"ז _____), נעצר בנובמבר 2002, נשפט ל-30 שנות מאסר ומוחזק כיום בכלא גלבוע. העותר 8 לא ראה את אחיו מזה כחצי שנה. התדירות האיטית להחריד בה הוא מבקר את אחיו הכלוא היא תוצאה של ההגבלה המוטלת עליו על-ידי המשיב, ומהטיפול השערורייתי של המשיב בבקשות להיתרים. זאת ועוד, בשל העובדה שאחיו נעצר כשהוא עצמו היה בן 16, איתרע מזלו "ליפול" לקטגוריה השרירותית שאימץ המשיב. וכך, ראה העותר 8 את אחיו פעמיים בלבד, מאז נעצר האח לפני 11 שנים.

29. העותר 9, המוקד להגנת הפרט, הוא ארגון זכויות אדם, אשר מסייע מזה שנים רבות לפלסטינים תושבי הגדה לממש את זכותם לבקר את בני משפחתם הכלואים בבתי כלא בישראל.

30. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ושש שנים. מתוקף מעמדו, על המשיב לדאוג, בין היתר, למימוש זכויותיהם של התושבים בשטח הכבוש שתחת אחריותו, ובכלל זאת זכותם לביקורי משפחה בבתי הכלא, כחלק ממימוש זכותם לחיי משפחה. זאת בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטארי, למשפט זכויות האדם הבינלאומי, למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים ואף לחקיקה הצבאית שהוא עצמו קבע.

מיצוי ההליכים

31. ביום 5.12.10 פנה המוקד לאל"ם אלי בר-און, יועמ"ש המשיב, בדרישה לבטל את ההגבלה המוטלת על ביקורים של בנים ואחים של האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל.

העתק מכתבו של המוקד ליועמ"ש המשיב מיום 5.12.10 מצורף ומסומן ע/1.

32. ביום 10.1.11 התקבלה תשובה מיועמ"ש המשיב, לפיה פניית המוקד "נמצאת בטיפול הגורמים הרלוונטיים. עם קבלת החלטה בעניין, נודיעך".

העתק התשובה של יועמ"ש המשיב מיום 5.1.11 מצורף ומסומן ע/2.

33. ב-27.2.11 התקבל מכתב נוסף מיועמ"ש המשיב, לפיו פניית המוקד עודנה בטיפול "הגורמים הרלוונטיים".

העתק מכתב יועמ"ש המשיב מיום 24.2.11 מצורף ומסומן ע/3.

34. למכתב זה ענה המוקד ביום 7.3.11, וציין שמדובר בנושא המשפיע על חייהם ורווחתם של רבבות בני משפחה ושל אלפי אסירים, ולכן מן הראוי כי המשיב ייתן לנושא קדימות. עוד ביקש המוקד לדעת מיהם הגורמים המטפלים, בכדי שידע לעמוד על קצב התקדמות הבדיקה.

העתק תשובת המוקד מיום 7.3.11 מצורף ומסומן ע/4.

35. ב-6.4.11 התקבל במוקד עוד מכתב מיועמ"ש המשיב. במכתב זה צוין כי פניית המוקד נמצאת עדיין ב"שלבי בחינה", מאחר שמדובר ב"נושא המחייב בדיקה רחבה ומעמיקה".

העתק המכתב מיועמ"ש המשיב מ-6.4.11 מצורף ומסומן ע/5.

36. חודשים רבים חלפו, ומענה ענייני לא התקבל. בשל כך, ביום 19.7.11 שב ופנה המוקד ליועמ"ש המשיב, בדרישה לקבל תשובה, לאחר חודשים רבים של "טיפול".

העתק פניית המוקד מ-19.7.11 מצורף ומסומן ע/6.

37. עוד מכתב בעניין נשלח ליועמ"ש המשיב ב-23.8.11. במכתב זה תואר מקרה של אח של אסיר, שהינו המבקר היחיד שיכול לבקר את אחיו, ובשל מדיניות המשיב זוכה לראותו לעתים רחוקות ביותר, כך שזכויותיהם של שני האחים נפגעות בצורה קשה.

העתק פניית המוקד מ-23.8.11 מצורף ומסומן ע/7.

38. מאחר שלא התקבלה כל התייחסות לפנייתו זו של המוקד, ולאור הזמן הרב שחלף מאז פנה לראשונה בעניין ליועמ"ש המשיב, נשלח מכתב נוסף ב-8.11.11.

העתק פניית המוקד מ-8.11.11 מצורף ומסומן ע/8.

39. עוד מכתב תזכורת לפנייה נשלח ליועמ"ש המשיב ב-26.1.12.

העתק מכתב התזכורת מ-26.1.12 מצורף ומסומן ע/9.

40. בו ביום התקבלה התייחסות היועמ"ש, באמצעות רס"ן ראני עאמר, רמ"ד מרשם אוכלוסין. התשובה היתה מפתיעה: "מכיוון שהנושא המתואר בפנייתכם נובע בראש ובראשונה מהחלטות שבמדיניות המפקד הצבאי המבוססת בין היתר על שיקולים ביטחוניים, נבקשכם להפנות את בקשתכם במישרין ללשכת ראש המינהל האזרחי באמצעות קצין פניות ציבור".

העתק תשובתו של רס"ן עאמר מ-26.1.12 מצורף ומסומן ע/10.

41. ביום 15.2.12 ענה המוקד לרס"ן עאמר. במכתבו ציין המוקד כי הפנייתו לגורם אחר, יותר משנה לאחר שיועמ"ש המשיב מסר כי העניין נמצא בטיפול ובבחינה, מקוממת ומעידה על זלזול.

העתק תשובת המוקד לרס"ן עאמר מ-15.2.12 מצורף ומסומן ע/11.

42. באותו יום פנה המוקד לראש המינהל האזרחי, לאור התשובה דלעיל. בפנייה זו חזר המוקד ופירט את עמדתו כי על ההגבלה החלה על ביקורי אחים ובנים של אסירים להתבטל לאלתר.

העתק פניית המוקד לראש המינהל האזרחי מ-15.2.12 מצורף ומסומן ע/12.

43. מאחר שלא התקבל מענה מראש המינהל האזרחי, נשלחה עוד פנייה בנושא ביום 2.5.12.

העתק פניית המוקד מיום 2.5.12 מצורף ומסומן ע/13.

44. ביום 9.5.12 התקבלה תשובה מטעם קצין פניות הציבור של המינהל האזרחי, סג"ם בר אקוקה, לפיה הפנייה "בטיפול". מאז, לא קיבל המוקד כל עידכון או תשובה נוספים.

העתק תשובת המינהל האזרחי מ-8.5.12 מצורף ומסומן ע/14.

אם כן, למרות הפניות הרבות, חליפת מכתבים שנפרסת על פני למעלה משנה ומחצה, ולמרות חשיבותו הרבה של הנושא, המשיב בחר להתעלם ולא לענות מענה ענייני. בנסיבות אלה, לא נותרה ברירה, מלבד פנייה לבית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

החזקתם של האסירים הפלסטינים בתוך ישראל

45. המדיניות של מדינת ישראל בנוגע להחזקת אסירים פלסטינים בשטח ישראל מעוגנת בתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, שהותקנו מייד לאחר כיבוש השטחים בשנת 1967. מאז הוארך תוקפן של התקנות בחקיקה ראשית, ולעת הזו הן בתוקף מכח סעיף 1 לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה

והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז-2007. במקביל, קביעה זהה נמצאת בסעיפים 265(א) ו-266(א) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009.

46. פרקטיקה זו סותרת חזיתית שלוש הוראות ברורות של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בעת לחימה, 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה**). על-פי סעיף 76 לאמנת ג'נבה, מעצר תושבים של שטח כבוש, החשודים בעבירות, ייעשה בתחומי השטח הכבוש. לא זו אף זו – ריצוי המאסר, לאחר הרשעה בדין, ייעשה אך ורק בתחומי השטח הכבוש. נוסח הסעיף אינו נתון לפרשנות:

מוגנים שנאשמו בעבירות ייעצרו בארץ הכבושה, ואם נתחייבו בדין, ירצו את עונשם שם.

העברת עצור או אסיר לשטחי המעצמה הכובשת, מהווה "גירוש" או לכל הפחות "העברה כפויה". גם גירוש וגם העברה כפויה של מוגנים אל מחוץ לשטח הכבוש נאסר, בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים וללא חריגים, באמנת ג'נבה (פיסקה ראשונה של סעיף 49):

אסורה העברה בכפייה של מוגנים, יחידים או רבים, וכן אסור גירושם של מוגנים מתוך שטח כבוש אל שטחה של המעצמה הכובשת או אל שטחה של כל מדינה אחרת, כבוש או שאינו כבוש, יהיה המניע להם אשר יהיה.

47. הפרתם של הסעיפים הללו מהווה הפרה חמורה של הוראות אמנת ג'נבה, על-פי סעיף 147. כך כותב בעניין זה המלומד יותאקה אראי, בספרו על דיני הכיבוש:

The peremptory nature of the prohibition of deportation or forcible transfer can be confirmed by its incorporation into core crimes under international criminal law. **Both GCIV and API classify deportation or forcible transfer within the meaning of Article 49(1) GCIV as a grave breach** (Yuataka Arai-Takahashi, **The Law of Occupation**, Martinus Nijhoff Pub., 2009, p. 476).

48. מדיניות המשיב, של כליאת אסירים פלסטינים בשטח ישראל, נדונה ואושרה על ידי בית המשפט העליון במסגרת פסק הדין בבג"ץ 2690/09 **יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה** (לא פורסם, פסק דין מיום 28.3.10). המוקד להגנת הפרט נמנה בין העותרים. עם זאת, ראה לנכון בית המשפט הנכבד לציין כי עצם העובדה שהחזקת אסירים פלסטינים בישראל הינה כדין אין בה כדי להפחית מהיקף חובותיו של המשיב כלפי האוכלוסייה המוגנת באופן כללי, וכלפי אוכלוסיית האסירים הפלסטינים בפרט; הנחתו של בית המשפט היתה כי המדיניות האמורה עומדת בכללי המשפט הבינלאומי והישראלי כיוון שהמשיב עומד בסטנדרטים שנקבעו בדין הבינלאומי. כך מתוך דבריה של כבוד הנשיאה (כתוארה אז) בייניש, בפיסקאות 6-8 לפסק הדין:

הפרשנות התכליתית המתאימה את הוראות האמנה (אמנת ג'נבה – ד.ש.) למציאות הישראלית ולתנאי האזור מחייבת **בראש ובראשונה מתן משקל רב לזכויותיה של האוכלוסייה המוגנת, ובתוך כך גם לזכויות העצורים**. בית

משפט זה עסק פעמים רבות בשאלת הבטחת תנאים הולמים לעצורים הפלשתיניים... על-פי אמות המידה המהותיות הקבועות באמנות הבינלאומיות... כאמור לעיל, **בכל אלה מחויבים כיום שלטונות בתי הסוהר בכיבוד הוראות הדין הבינלאומי והסטנדרטים שהן קובעות לעניין תנאי המעצר והמאסר בכלל ותנאיהם של עצורים שהם תושבים מוגנים על-פי הדין הבינלאומי בפרט.**

וספציפית לעניין חובת המשיב לאפשר את מימוש הזכות לקשרי משפחה, באמצעות הסדרת ביקורים בבתי הכלא (פיסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה בייניש):

הסדרי המעבר לביקור בישראל מחייבים, כמובן, תיאום ודרכי הסעה, ועניין זה עלה לדיון בפנינו לא אחת, **מתוך הכרה בחשיבות של ביקורי קרובים, כחלק מהזכות למימוש קשר המשפחה... ייתכן ונושא נגישותם של בני משפחה לביקור אצל קרוביהם העצורים מחייב טיפול לשיפור והתאמה של סידורים ראויים.**

49. כלומר, בית המשפט הנכבד פסק כי החזקתם של האסירים הפלסטינים בישראל מותרת, בכפוף לכך שהמשיב יעמוד במחויבויותיו על-פי המשפט הבינלאומי. אולם, כפי שהראינו בפרק העובדתי לעיל, במדיניותו מפר המשיב את מחויבויותיו על-פי המשפט הבינלאומי; המשיב מגביל ביודעין, בצעד ביורוקראטי שרירותי, את מספר הביקורים של אחים ובנים אצל האסירים.

50. מדובר בדוגמא חיה לכך שהחזקת האסירים הפלסטינים בתוך תחומי מדינת ישראל מביאה בנקל לפגיעה קשה בזכויות מוגנות. מספיקה החלטה אחת של המשיב, אשר בהינף קולמוס פוגע בזכותם לחיי משפחה של אלפי אסירים ועשרות אלפי בניהם ואחיהם. מדיניות פוגענית זו אינה יכולה לעמוד.

הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיב להסדירם

51. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של העצורים והן של בני משפחותיהם. זוהי זכות בסיסית, הנובעת מתפישתו של האדם כיצור חברתי, המתקיים במסגרת משפחה וקהילה.

52. הזכות לביקורי משפחה מעוגנת בשורה של מקורות משפטיים ישראלים ובינלאומיים. ניתן לציין, בין המקורות הללו, את אמנת ג'נבה (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 נציבות שירות בתי הסוהר 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.

53. וכך נקבע לעניין זה בפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ברע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, תק-על(4)2010, 189, בפיסקה 8 שם :

אכן, ניתן להשקיף על חופשות וביקורים אצל אסירים גם כחלק מזכויות האדם השמורות להם, גם בהמצאם 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.**

54. 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.

55. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, נקבע כי הזכות של עצורים ואסירים לקבל ביקורים הינה זכות מוכרת במשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי :

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.**

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

56. 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).

57. האם המשיב סבור כי הנפקת היתר אחד או שניים בשנה, מהווה עמידה סבירה בסטנדרט הנדרש ממנו כדי לממש את זכותם של האסירים, של בניהם ואחיהם, לקשר משפחתי? האם בן הרואה את אביו פעמיים בשנה, או אח הרואה את אחיו פעם בשנה, מסוגלים לטפח ולתחזק את הקשר ביניהם?

58. כפי שראינו בפרק העובדתי, אחים ובנים של אסירים כמעט שלא זוכים לראות את יקיריהם הכלואים. לפעמים חולפות שנים עד שביקור בודד מתממש. במצב הדברים כפי שהוא היום, לא ניתן לשמור כך על קשר סביר ברמה מינימאלית עם בן המשפחה. בכך מפר המשיב את החובה החלה עליו לשמירה על זכותם של האסירים, אחיהם ובניהם, לקשרי משפחה.

הזכות לחיי משפחה

59. ההגבלה הקשה שמטיל המשיב על האפשרות של אחים ובנים של אסירים לראות את יקיריהם 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.

60. 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 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**, תק-על 3564, (2)2006, 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'.

61. זכויות המשפחה מוכרות ומוגנות גם על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי. תקנה 46 לתקנות האג 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 נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 787).

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

הפגיעה בזכותם של אחים ובנים לקשרי משפחה עם יקיריהם הכלואים אינה מידתית

62. על-פי עקרון המידתיות, פגיעה בזכות אדם מוגנת תיעשה במידה שאינה עולה על הנדרש לצורך מימוש המטרה, שלשמה פוגעים בזכות. על המשיב להפעיל את שיקול דעתו "באופן שזה, בין היתר, לא יפגע בזכות אלא במידה המזערית הנדרשת, וכך שהיחס בין הנזק שבפגיעה בזכות לבין התועלת האפשרית מהגשמת התכלית יהיה סביר" (בג"ץ 6226/01 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד נז(2) 157, 164).

63. בית משפט נכבד זה קבע את היסודות, שעל-פיהם נבחנת מידתיות הפגיעה בזכות האדם. על-מנת שפגיעה בזכות תהא מידתית, עליה לעמוד בשלושה מבחני משנה מצטברים: מבחן הקשר הרציונאלי (באמצעותו נבחנת ההתאמה בין האמצעי שנבחר לבין השגת המטרה שביסוד מדיניות המשיב); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (באמצעותו נבחן האם לא ניתן היה להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם פחותה); ומבחן המידתיות במובן הצר (על-פי מבחן זה, על האמצעי הנבחר, אפילו מתאים הוא להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו להשגתה, צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם מוגנת) (ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 53-54; **עניין סטמקה דלעיל**, בעמ' 777).

64. לאור פסקות ההגבלה בחוקי היסוד, אומץ עקרון המידתיות כאמצעי לבחינת חוקיותם של חוקים, וממילא הוא משמש גם כתנאי לחוקיותה של כל פעולה מינהלית (בג"ץ 987/94 **יורנט קווי זהב (1992) נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 453). בחינת המידתיות של הפגיעה בזכויות האסירים הפלסטינים, אחיהם ובניהם, תיעשה בהתחשב בחומרת הפגיעה, ולאור מעמדה

הנעלה של הזכות לחיי משפחה: "מן הראוי כי כל שלושת מבחני המשנה... יופעלו וייושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4)367, 420).

65. **מבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי** – השלב הראשון בבחינה האם מדיניות המשיב הינה מידתית דנה בשאלה אם קיים קשר רציונאלי בין המטרה של שמירה על הביטחון ובין האמצעי של הגבלה גורפת על זכותם של אחים ובנים של אסירים לראות את יקיריהם הכלואים.

66. לנוכח חומרת הפגיעה של מדיניות המשיב בזכותם של העותרים, ועוד רבים כמותם, לראות את יקיריהם הכלואים בתדירות סבירה, נדרש קשר ברור, מובהק ומוכח, בינה לבין השגת המטרה של שמירה על הביטחון.

67. הלכה פסוקה היא, כי רשות ציבורית חייבת להניח תשתית עובדתית ראויה לביסוס החלטותיה. תשתית זו צריכה לכלול איסוף נתונים וראיות מהותיות. הלכה זו מקבלת משנה תוקף וחשיבות עת מדובר בביסוס אמצעים, הפוגעים בזכות יסוד. בהיעדר נתונים ותשתית עובדתית נשמט הבסיס לטענת הקשר בין האמצעי למטרה:

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).

68. כלומר, על המשיב להראות כי מדיניותו הגורפת בדבר שלילת זכותם של העותרים לקיום קשר משפחתי עם יקיריהם הכלואים מבוססת על נתונים והוכחות, כי יש בה כדי למנוע פגיעה בביטחון. בהיעדר הנחת תשתית עובדתית כזו, הרי שמדיניות המשיב לא תקיים את מבחן הקשר הרציונאלי.

69. **מבחן המשנה השני: האמצעי הפוגע פחות** – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה עוסק בשאלה, אם לא ניתן להשיג את המטרה הביטחונית בדרך אחרת, שתפגע בזכויות היסוד של העותרים, ואחרים כמותם, במידה הקטנה ביותר.

70. ההגבלה הקשה על הזכות לבקר בכלא של העותרים אינה מקיימת מבחן זה. מדובר בהסדר גורף, אשר מכניס למעגל החשד קבוצה שלמה באוכלוסייה, החשופה ל"יחס אחר" אך ורק בשל קריטריון המבוסס על גיל, על מגדר ועל סוג הקירבה המשפחתית.

71. בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע לא אחת, כי הסדרים גורפים, בשונה מהסדרים המבוססים על בחינה פרטנית-אינדיבידואלית, הינם אמצעים לא מידתיים, אשר פוגעים בפרט מעל למידה הדרושה (בג"ץ 3477/95 **בן עטיה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(5)1, 15).

72. בעניין סייף (בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5)70, להלן: **עניין סייף**) עסק בית המשפט הנכבד בחוקיות החלטתה של לשכת העיתונות הממשלתית, שלפיה תחדל הלשכה להנפיק תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף לאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל, ולא תאריך את תוקפן של תעודות שהוצאו בעבר. המדינה נימקה את

הסירוב הגורף בחששה לפגיעה באישי ממשל בישראל במסיבות עיתונאים או במשרדים ממשלתיים, לאור העובדה שתעודת עיתונאי מקלה על הגישה למקומות אלה. לדידה, בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית אינה יכולה לשלול את מסוכנותו של תושב השטחים, שכן מסוכנות זו נובעת מעצם התושבות.

73. פסק הדין, אשר דחה את טענות המדינה, קובע כי שיקולי ביטחון אינם ערך מוחלט, וכי "נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו" (עניין סייף, סעיף 6 לפסק דינה של השופטת דורנר). עוד נקבע, כי "הסירוב הטוטאלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האיזור – לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה – מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי חופש הביטוי והמידע לשיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדוי" (סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

74. וכך קובע לעניין זה הנשיא ברק, בפסק דינו בעניין **עדאלה** (בפיסקה 69 לפסק-דינו):

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון.

75. כפי שצינו לעיל, על המשיב להוכיח כי ההגבלה על מתן היתרי כניסה לישראל בעניין אחרים ובנים של אסירים, בגילאים 16-35, מבוססת על אדנים יציבים של ראיות ונתונים.

76. דא עקא, לאור העובדה שגם ההיתרים הניתנים לעותרים ניתנים בכל מקרה לאחר בדיקה פרטנית, עולה חשש כבד כי ההימנעות מבדיקה פרטנית בתדירות גבוהה יותר אינה מבוססת על שיקולי ביטחון דווקא. כך ממשיך וקובע הנשיא ברק, בהמשך פסקה 69 לפסק-דינו בעניין **עדאלה**:

ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה. בפרשת סטמקה קבע השופט מ' חשין – בהתייחס למדיניות משרד הפנים אשר דרשה מבן הזוג הזר אשר שהה בישראל לעזוב את שטחה לתקופת מה על מנת שבקשתו למעמד בישראל תיבחן – כי "הרושם הברור הוא, כי רפיון הפיקוח של משרד הפנים היה אחד הגורמים העיקריים... להולדתה של המדיניות החדשה; ותחת אשר יגביר את יעילות הפיקוח, נקט משרד הפנים בדרך הקלה של דרישה מבן הזוג הזר כי יעזוב את הארץ".

77. יישום הדברים בענייננו מעלה כי המשיב בחר "בדרך הקלה": הגבלה שרירותית על מספר ההיתרים בשנה שהעותרים יכולים לקבל. העובדה שההיתרים המועטים שניתנים, מונפקים לאחר בחינה פרטנית, מעידה כי יש בידי המשיב לקיים בחינה אינדיבידואלית של בקשות להיתרים. המשיב בוחר להגביל בצורה גורפת את האפשרות לקיום בחינה אינדיבידואלית,

וקבלת החלטה פרטנית הנוגעת למבקש הבקשה, על-פי נתוניו האישיים. יש בכך כדי להכתיים את המדיניות בחוסר מידתיות.

78. **מבחן המשנה השלישי: פרופורציה בין האמצעי והמטרה** – מבחן המידתיות השלישי עניינו בשאלה אם מימדי הפגיעה בזכות אדם, הנלווית למדיניות המשיב, הולמים את המטרה אותה היא מבקשת להשיג.

79. לפי מבחן המשנה השלישי, אם התועלת הצומחת כתוצאה מהמדיניות היא רבה, תיסוג מפניה הזכות הנפגעת. מבחן משנה זה הוא בעל אופי שונה משני קודמיו, ומתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמת המטרות העומדות בבסיס המדיניות. הוא מהווה ביטוי לרעיון לפיו "קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (הנשיא ברק בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, תק-על 2006(4) 3675, 3689).

80. בענייננו, המדיניות האמורה פוגעת באופן חריף בזכות יסודית ביותר, הזכות לחיי משפחה. הצדקת הפגיעה בזכות זו, באם ישנה, צריך שתשרת אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה.

81. דא עקא, התכלית של שמירה על הביטחון, אם אכן היא זו שעומדת בבסיס המדיניות, חשובה וראויה ככל שתהיה, אינה ערך מוחלט ואינה מצדיקה כל פגיעה בזכות אדם. ההצדקה הביטחונית אינה חזות הכל, ועליה להיות מאוזנת אל מול צרכים אחרים. כך למשל **בעניין סייף** הדגיש בית המשפט, כי אין בסיכון ביטחוני תיאורטי הנשקף מעיתונאי, המחזיק בהיתרי כניסה לישראל, כדי להצדיק פגיעה ודאית בזכויות מוגנות, ולהפליה בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל יתר העיתונאים הזרים. ביטחון לעולם אינו אבסולוטי, והוא עשוי לסגת מפני זכויות אחרות (בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינייים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817).

82. המחיר הכבד שמשלמים העותרים, ואחרים כמותם, שמתלווה ליישומה של מדיניות המשיב בדבר הגבלת הביקורים שלהם בבתי הכלא, הוא מופרז ומוגזם. התועלת הביטחונית הספקולטיבית שצומחת – אם בכלל – ממדיניות זו, אינה שקולה כנגד חומרת הפגיעה בזכותם של העותרים לקשר משפחתי עם יקיריהם הכלואים.

קשיים לוגיסטיים אינם יכולים לשמש אמתלה לפגיעה בזכויות

83. השוואת מעמדם של אחים ובנים של אסירים לצורך קבלת היתרים ליתר בני המשפחה תוביל, מניה וביה, לעלייה בכמות הבקשות להיתרים. התנהלות המשיב בהקשר זה, כפי שהראינו לעיל, מעלה חשד שמא זהו השיקול העיקרי המנחה אותו בסרבו להתיר לאחים ובנים לקבל יותר היתרים. כלומר, נוחות מינהלית, באצטלה של "סיבות ביטחוניות", גוברת במקרה זה על כיבוד זכויות יסוד.

84. לא זו אף זו, גם אם מדובר בסיבות ביטחוניות, הרי המצב היום שונה מהמצב ששרר עת הותקנו הכללים הנוגעים לביקורים של אחים ובנים בבתי הכלא. מעבר לכך, האפשרות הסבירה מבחינת המשיב הינה לבדוק כל בקשה להיתר לגופה, וכך להתגבר על החשש הביטחוני, לכאורה.

85. לא ניתן להסכין עם התנהלות המשיב, כפי שהיא באה לידי ביטוי היום. כאשר עסקינן בזכות בסיסית כזכות לחיי משפחה, אין בשיקולים לוגיסטיים או בקשיים מינהליים גרידא כדי

להצדיק פגיעה בזכות. בית המשפט הנכבד עמד לא פעם על עיקרון חשוב זה. בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5)241, 281, הדגיש השופט זמיר כי:

ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור ההגנה על זכויות האדם.

וכדברי השופט מצא בבג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4)94, 113:

על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד – וכזה הוא המקרה שלפנינו – **משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול**. שכן: 'הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית' (ברק, בספרו "פרשנות חוקתית", כרך ג' (נבו, תשנ"ד, 528)).

86. בפסק הדין בעניין מרעב – אשר עסק בסוגיית הביקורת השיפוטית על מעצרו של אדם – הדגיש הנשיא ברק כי שיקולים לוגיסטיים, כגון מחסור בשופטים או בחוקרים, אינם יכולים להצדיק הארכת התקופה עד להבאת עצור בפני שופט (בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, פ"ד נז(2)349, 376; כן ראו בג"ץ 253/88 **סג'דיה נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(3)801, 820).

87. אם כן, ככל שהנפקה של כמות סבירה של היתרים, תוך בחינה פרטנית של הבקשות להיתרים כדי לבסס חשד לסיכון ביטחוני, אם קיים, כרוכה בהשקעה של משאבים וכסף, על המשיב לעשות כן. רק כך יעמוד המשיב במחויבויותיו על-פי המשפט הבינלאומי והישראלי לשמירה על זכויותיהם הבסיסיות של העותרים, ושל עוד עשרות אלפים כמותם.

סיכום

88. כפי שעולה מהעתירה, אין בנמצא כל תכלית ראויה, אשר בכוחה להצדיק הגבלה כה קשה ולא מידתית על זכויות יסוד של אסירים, אחיהם ובניהם, לקשרי משפחה.

89. מדובר בזכות שהיא זכות יסוד, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי. המשיב מחויב בשמירה עליה. מדיניותו הנוכחית מפירה את זכותם של העותרים, ושל יתר האסירים, אחיהם ובניהם, בלא שניתן לכך כל נימוק או הסבר.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כמבוקש בראשית העתירה ולחייבו בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט ע"ד.

ירושלים, 6 ביוני 2013