

בעניין:

1. _____ מליטאת, ת"ז _____, משכם
2. _____ דאר מוסא, ת"ז _____, מרמאללה
3. _____ אלחאג', ת"ז _____, מג'נין
4. _____ סואלמה, ת"ז _____, משכם
5. _____ מסעד, ת"ז _____, מג'נין
6. _____ מסעד, ת"ז _____, מג'נין
7. _____ אלחכים אבו עישה, ת"ז _____, משכם
8. _____ אבו דיאב, ת"ז _____, מקלקיליה
9. _____ חרוב, ת"ז _____, מחברון
10. _____ סבאענה, ת"ז _____, מג'נין
11. _____ אבו דיה, ת"ז _____, מחברון
12. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517
13. עמותת אדמיר למען אסירים וזכויות אדם

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 58088) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. ממשלת ישראל
2. השר לביטחון הפנים
3. שירות בתי הסוהר
4. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

באמצעות פרקליטות המדינה
צלחא א-דין 29, ירושלים 91010

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו-על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, כדלקמן:

- א. מדוע לא יתירו לעותרים 1-11 (להלן: **העותרים**) לבקר את יקיריהם, הכלואים בישראל.
- ב. מדוע לא יתירו לכלל בני המשפחה של האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל, בלא כל קשר לשיוכם הארגוני של האסירים, לבקר את יקיריהם בכלא.

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 הנילוויית למאסר** (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(2)3564, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, להלן: **פרשת דוברין**. כל ההדגשות בעתירה שלי – ד.ש.).

עתירה זו עוסקת בזכותם של תושבי השטחים הכבושים לקשרי משפחה עם יקיריהם, הכלואים בישראל. לא זו בלבד שהאסירים הפלסטינים מוחזקים בשטחי מדינת ישראל בניגוד לחוק הבינלאומי, המשיבים פוגעים כעת בזכות הבסיסית של האסירים הללו ושל בני משפחתם לקשרי משפחה. זכות בסיסית זו, הן של בני המשפחה והן של האסירים עצמם, נפגעת כאמור בידי המשיבים, שכן מזה כשלושה חודשים אין הם מתירים לבני המשפחה של אסירים, המשוויכים ארגונית לחמאס, לגייהאד האיסלאמי ולחזיתות, להיכנס לישראל על-מנת לבקר את יקיריהם.

מדיניות כללית זו של המשיבים נקבעה לפני כשלושה חודשים, בעקבות אירוע החטיפה והרצח של שלושת הנערים הישראלים בגדה. היא פוגעת בכלל בני המשפחה של האסירים המשוויכים לארגונים שונים, ובאסירים עצמם. זאת, מאחר שבני המשפחה, בדומה לעותרים, נדרשים לאישור מטעם המשיב 4 (להלן: **המפקד הצבאי**) על-מנת להיכנס לישראל ולראות את יקיריהם הכלואים. גם המשיב 3 (להלן: **שב"ס**) דורש מבני המשפחה להצטייד בהיתר מטעם המפקד הצבאי כדי להיכנס לבתי הכלא שבאחריותו. כלומר, היעדרה של הסכמה של המפקד הצבאי ושב"ס מונעת מבני המשפחה להיכנס לישראל ולבקר בכלא.

ברי כי מדובר במדיניות פוגענית במיוחד, אשר מעבר להשלכות הישירות שלה על זכותם של העותרים, ושל אחרים כמותם, לחיי משפחה, יש בה אלמנטים חריפים של אפליה לרעה על בסיס השתייכות פוליטית וארגונית, ושל ענישה קולקטיבית, על לא עוול בכפם של המוענשים. מכל הסיבות הללו, לא ייתכן להותיר ההחלטה על כנה. מכאן עתירה זו, והבקשה שבית המשפט הנכבד יתערב בה.

רקע

1. מתחילת האינתיפאדה השנייה בחודש אוקטובר 2000, ועד לחודש מרץ 2003, מנע המפקד הצבאי את ביקוריהם של תושבי הגדה אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראליים – הן בבתי הכלא בשטח ישראל, הן 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, החל המפקד הצבאי, באופן הדרגתי, לאפשר ביקורי בני משפחה אצל קרוביהם הכלואים.

2. תחילה החל המפקד הצבאי לאפשר ביקורים אך ורק מנפות רמאללה, יריחו וקלקיליה. בשלב הבא הורחב ההסדר גם לנפות בית לחם, טול כרם וסלפית. לאחר מכן נכללו בהסדר הביקורים כל הנפות. המפקד הצבאי 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 המפקד הצבאי את הקריטריונים הללו וקבע, כי גם אחיות ובנות, ללא מגבלת גיל, יכולות לבקר את יקיריהן בבתי הכלא. מאוחר יותר נקבע כי בנים ואחים בגילאי 16-35 יוכלו לבקר אצל יקיריהם הכלואים מספר מוגבל של פעמים בשנה. לאחרונה, במסגרת בג"ץ 4048/13 **ארשיד ארשיד נ' המפקד הצבאי** (לא פורסם, להלן: **בג"ץ ארשיד**), בוטלו חלק מהמגבלות שהוטלו על מספר הפעמים שאחים ובנים בגילאים הרלוונטיים רשאים לבקר את הכלואים.

3. 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 מודיע את התשובה למבקש. הצלב האדום אף מארגן את ההסעה עצמה – על חשבוננו, בתיאום עם המשיב ובליוי סידורי אבטחה קפדניים.

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

5. באם המפקד הצבאי מגדיר את בן המשפחה המבקש לבקר כ"מנוע כניסה לישראל", הוא נותן לאותו בן משפחה היתר מיוחד, התקף ל-45 יום בלבד, במהלכם ניתן לבקר בכלא פעם אחת ויחידה. הסדר זה, שהתפתח לכדי פרקטיקה בשנים האחרונות, הונהג בשלהי שנת 2004, בעקבות סדרת עתירות שהגיש העותר 12 (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**) בשמם של בני משפחה, שהוגדרו "מנועים" ולפיכך לא ניתן להם לבקר את יקיריהם בכלא.

6. כיום, פנייתם של תושבי השטחים אל המפקד הצבאי לשם קבלת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בכלא נעשית על-פי נוהל, שגובש במסגרת הדיון בבג"ץ **ארשיד**. הנוהל קובע, בין היתר, את דרך הגשת הבקשות להיתר, את סוגי ההיתרים, מי זכאי לקבל היתרים, מהי מסגרת הזמנים לטיפול בבקשות, מיהם הגורמים המטפלים בהן ולמי ניתן לפנות על-מנת לברר היכן עומד הטיפול בבקשה ספציפית.

הצדדים ומיצוי ההליכים

7. העותרת 1, אחותו של האסיר _____ אבו גולמי, היא ילידת 1974, משכס, שמעולם לא נעצרה ולא נחקרה.

8. האסיר ____ אבו גולמי, ת"ז _____, נעצר בשנת 2006 ונשפט למאסר עולם. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא גלבוע, ומשויד על-פי הרשויות הישראליות לחזית העממית.
9. העותרת 2, אשתו של האסיר ____ מוסא, היא ילידת 1969, אם לשישה, מרמאללה. היא מעולם לא נעצרה, אך נחקרה פעמיים בסמוך למעצרו של בעלה.
10. האסיר ____ מוסא, ת"ז _____, נעצר בספטמבר 2003 ונדון ל-17 מאסרי עולם. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא הדרים, ומשויד על-פי הרשויות הישראליות לחמאס.
11. העותרת 3, אשתו של האסיר ____ חאג', היא ילידת 1972, אם לשלושה, מהכפר ג'לקמוס שבנפת ג'נין, אשר מעולם לא נעצרה ולא נחקרה.
12. האסיר ____ חאג', ת"ז _____, נעצר באפריל 2013 וטרם נשפט. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא מגידו, ומשויד לארגון החמאס.
13. העותר 4, אחיו של האסיר ____ דוקאן, הוא יליד 1972, נשוי, משכס. הוא נעצר מספר פעמים בעבר, בעת האינתיפאדה הראשונה ובזו השנייה. הפעם האחרונה היתה ב-2004, למשך שישה חודשים. מאז לא נעצר שוב ולא נחקר.
14. האסיר ____ דוקאן, ת"ז _____, נעצר באפריל 2003 ונשפט ל-18 שנות מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא קציעות, ומשויד לארגון החמאס.
15. העותרת 5, אימו של האסיר ____ שראמטה, היא ילידת 1964, נשואה ואם לחמישה, מג'נין, שמעולם לא נעצרה ולא נחקרה.
16. העותר 6, אביו של האסיר ____ שראמטה ובעלה של העותרת 5, הוא יליד 1961, מג'נין, שמעולם לא נעצר ולא נחקר.
17. האסיר ____ שראמטה, ת"ז _____, נעצר בינואר 2013 וטרם נשפט. הוא מוחזק נכון להיום בכלא מגידו, ומשויד לארגון החזית העממית.
18. העותר 7, אחיו של האסיר ____ אבו עישה, הוא יליד 1965, נשוי ואב לשישה, משכס, שמעולם לא נעצר ולא נחקר.
19. האסיר ____ אבו עישה, ת"ז _____, נעצר באפריל 2002 ונדון ל-18 שנות מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא רמון, ומשויד לארגון הג'יהאד האיסלאמי.
20. העותרת 8, אחותו של האסיר ____ אבו דיאב, היא ילידת 1967, נשואה ואם לשמונה, מקלקיליה. היא מעולם לא נעצרה ולא נחקרה.

21. האסיר ____ אבו דיאב, ת"ז _____, נעצר במאי 2007 ונשפט ל-15 שנות מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא גלבע, ומשויך לארגון החמאס.
22. העותרת 9, אשתו של האסיר ____ חרוב, היא ילידת 1980, נשואה ואם לשישה, מחברון, שמעולם לא נעצרה ולא נחקרה.
23. האסיר ____ חרוב, ת"ז _____, נעצר ביוני 2010 ונשפט ל-25 שנות מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא נפחא, ומשויך לארגון החמאס.
24. העותרת 10, אימו של האסיר ____ סבאענה, היא ילידת 1956, נשואה ואם לשניים, מהעיירה קבאטיה שבנפת ג'נין, שמעולם לא נעצרה ולא נחקרה.
25. האסיר ____ סבאענה, ת"ז _____, נעצר במרץ 2013 וטרם נשפט. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא מגידו, ומשויך לארגון החמאס.
26. העותר 11, אביו של האסיר ____ אבו דיה, הוא יליד 1955, נשוי ואב לארבעה, מחברון, אשר מעולם לא נעצר, אולם נחקר מספר שעות בעת מעצר בנו מודר.
27. האסיר ____ אבו דיה, ת"ז _____, נעצר בפברואר 2007 ונדון למאסר עולם ועוד שבע שנות מאסר. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא רמון, ומשויך לארגון החמאס.
28. המוקד להגנת הפרט הוא ארגון זכויות אדם, אשר מסייע מזה שנים רבות לפלסטינים תושבי הגדה לממש את זכותם לבקר את בני משפחתם הכלואים בבתי הכלא בישראל.
29. אדמיר הוא ארגון זכויות אדם פלסטיני, העוסק, בין היתר, בהגנה על זכויותיהם של האסירים הפלסטינים, בין השאר אלה הכלואים בישראל.
30. המשיבה 1, ממשלת ישראל, הורתה לרשויות המוסמכות להרע את תנאי הכליאה של האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל, בין היתר על-ידי מניעת ביקורי משפחה.
31. המשיב 2, השר לביטחון הפנים, ממונה מטעם הממשלה, בין היתר, על שב"ס.
32. המשיב 3, שב"ס, אחראי על רווחתם ושמירת זכויותיהם של כלל האסירים הפלסטינים, המוחזקים בבתי הכלא שבאחריותו.
33. המפקד הצבאי, הוא המשיב 4, מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ושבע שנים, והוא אשר אחראי לשמירת החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר כלא את יקיריהם של העותרים, והוא אשר מחייב את העותרים להצטייד בהיתרים מטעמו לצורך הביקור בכלא.

34. מתוקף מעמדם, על המשיבים לדאוג למימוש זכויותיהם של התושבים בשטח הכבוש על-ידי ישראל, 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.

35. העותרת 1 לא ראתה את אחיה מאז מעצרו לפני שמונה שנים. בקשות שהגישה בעבר להיתר כניסה לישראל נדחו כולן, ללא נימוק. הפעם האחרונה בה הגישה בקשה להיתר במשרדי הצלב האדום היתה ב-8.1.13. ביום 21.2.13 נענתה כי היא מוגדרת על-ידי המשיב "מנועה", ולכן בקשתה מועברת לטיפול על-פי הנוהל ל"מנועים". מאז, לא טרח המשיב לענות לה, או לתת לה היתר. משכך, פנתה העותרת למוקד, שפנה בשמה למפקד הצבאי, בדרישה כי יינתן לה היתר.

העתק פניית המוקד למפקד הצבאי מיום 10.12.13 מצורף ומסומן ע/1.

36. המפקד הצבאי לא טרח לענות לפנייה, ולכן נאלץ המוקד לעתור בשמה של העותרת 1 לבית המשפט המחוזי בירושלים (עת"ס 17877-04-14 **חנאן מליטאת נ' המפקד הצבאי**, הוגשה ביום 9.4.14). בעקבות הגשת העתירה הנפיק המפקד הצבאי לעותרת 1 היתר כניסה לישראל, שתוקפו מה-20.6.14 עד ה-3.8.14. העותרת 1 אף קיבלה את ההיתר לידיה. דא עקא, איתרע מזלה וההיתר היה תקף בזמן בו מנעו המשיבים כניסת בני משפחה לישראל לצורך ביקור בכלא, ולכן לא יכלה לבקר מכוחו. שמונה שנים של נתק בין האח לאחותו נמשכים, ואין קץ באופק.

37. העותרת 2 ראתה את בעלה בפעם האחרונה בחודש יוני 2013, לפני שנה ושלושה חודשים. בחודש דצמבר 2013 נתן לה המפקד הצבאי היתר נוסף ל-45 יום, רק לאחר שעתרה לבית המשפט המחוזי בירושלים, באמצעות המוקד להגנת הפרט, בעקבות התעלמותו של המפקד הצבאי מבקשתה להיתר (עת"ס 43329-11-13 _____ **מוסא נ' המפקד הצבאי**, הוגשה ביום 22.11.13). אולם, עת נסעה לכלא בו מוחזק בעלה, נאמר לה כי אינו נמצא במקום, ולכן לא ראתה אותו. לבסוף, פג תוקף ההיתר שלה בלא שבני הזוג נפגשו. לאחר פקיעת תוקף ההיתר, הגישה העותרת 2 בקשה חדשה להיתר במשרדי הצלב האדום בינואר 2014, ושוב ב-11.6.14. בקשותיה לא נענו. כעת, לאור מדיניות המשיבים, נראה כי גם לא תיעננה, לאור העובדה שבעלה של העותרת משויך לחמאס.

38. העותרת 3 ראתה את בעלה פעם אחת ויחידה מאז נעצר לפני שנה וארבעה חודשים, בחודש יוני 2014. היא הגישה בקשה להיתר כניסה לישראל במשרדי הצלב האדום ביום 7.5.13. מאחר שהמפקד הצבאי לא טרח לענות לבקשה, פנתה לסיוע המוקד, אשר פנה בשמה למפקד הצבאי בדרישה כי יינתן לה היתר לאלתר. בעקבות זאת, נתן המפקד הצבאי לעותרת היתר כניסה לישראל לביקור בעלה, בתוקף לשנה, מה-6.3.14. מכח היתר זה ביקרה אצל בעלה בחודש יוני 2014. דא עקא, בשל מדיניות המשיבים, אין העותרת 3 יכולה עוד לבקר את בעלה מכח ההיתר שבידיה, כך שסבלה והפגיעה בזכויותיה נמשכים.

העתק פניית המוקד למפקד הצבאי מיום 4.2.14 מצורף ומסומן ע/2.

39. העותר 4 לא ראה את אחיו הכלוא מאז שנת 2012. הוא אמנם קיבל מהמפקד הצבאי היתר כניסה לישראל התקף לשנה, עד מרץ 2015, אולם בכל פעם שהגיע בהסעת הצלב האדום למחסום בכניסה לישראל, הוחזר כלעומת שבא, תוך שמנעו את מעברו במחסום ללא נימוק. לאור זאת, פנה למוקד וביקש את סיועו. זה פנה בשמו למפקד הצבאי ביום 17.6.14 בדרישה, כי יינתן לו לעבור במחסום כדי לבקר את אחיו. הפנייה לא נענתה, וכיום מנוע העותר 4 מלבקר את אחיו לאור מדיניות המשיבים, כך שההיתר שבידיו חסר משמעות.

העתק פניית המוקד למפקד הצבאי בשמו של העותר 4 מיום 17.6.14 מצורף ומסומן ע/3.

40. העותרים 5-6 לא ראו את בנם מאז חודש אוגוסט 2013, עת ביקרו אותו בכלא מכח היתר ל-45 יום. היתה זו הפעם היחידה בה ראו את הבן הכלוא בשנה ושמורת חודשי מאסרו. לאחר הביקור, הגישו בקשות להיתרים במשרדי הצלב האדום בספטמבר 2013, שלא נענו. לפיכך נאלצו לפנות לסיוע המוקד, שפנה בשם למפקד הצבאי ביום 10.4.14, בדרישה כי יינתנו להם היתרים לאלתר. המפקד הצבאי לא ענה לפניית המוקד. לעותר 6 ניתן בינתיים היתר ל-45 יום, מה-20.6.14 עד ה-3.8.14, אולם מדיניות המשיבים מנעה ממנו לבקר את בנו. נכון להיום, העותרים 5-6 לא מקבלים היתרים בשל מדיניותם הפוגענית של המשיבים.

העתק פניית המוקד מיום 10.4.14 מצורף ומסומן ע/4.

41. העותר 7 ראה את אחיו בפעם האחרונה לפני כשנה, בחודש אוגוסט 2013, מכח היתר ל-45 יום. לאחר הביקור, הגיש בקשה חדשה להיתר במשרדי הצלב האדום בחודש ספטמבר 2013. בדצמבר 2013 נענה כי המשיב מגדירו "מנוע כניסה לישראל", ולפיכך מעביר את בקשתו לטיפול על-פי הנוהל ל"מנועים". מאז לא קיבל עידכון נוסף, או את ההיתר עצמו. לאור זאת, נאלץ לפנות לסיוע המוקד, אשר פנה בשמו למפקד הצבאי ביום 28.4.14, בדרישה כי יינתן לו היתר לאלתר. ב-8.6.14 ענה המפקד הצבאי למוקד כי בקשתו של העותר 7 "הועלתה לאיבחון". מאז עודו ממתין להיתר, שלא יגיע בשל מדיניות המשיבים.

העתקי פניית המוקד מיום 28.4.14 ותשובת המפקד הצבאי מיום 8.6.14 מצורפים ומסומנים ע/5 ו-ע/6, בהתאמה.

42. העותרת 8 לא ראתה את אחיה הכלוא מאז אוגוסט 2013, לפני יותר משנה תמימה, עת ביקרה אותו בכלא מכח היתר ל-45 יום. ביום 16.12.13 הגישה בקשה חדשה להיתר כניסה לישראל במשרדי הצלב האדום. הבקשה לא נענתה. לכן, נאלצה לפנות למוקד, אשר פנה בשמה למפקד הצבאי ביום 30.3.14, בדרישה כי יינתן לה היתר. ביום 11.5.14 התקבלה תשובת המפקד הצבאי במשרדי המוקד, לפיה בקשתה להיתר "הועלתה לאיבחון". מאז לא קיבלה העותרת 8 היתר, ולאור מדיניות המשיבים, נראה שאף לא תקבל בטווח הזמן הנראה לעין.

העתקי פניית המוקד ותשובת המפקד הצבאי מצורפים ומסומנים ע/7 ו-ע/8, בהתאמה.

43. העותרת 9 לא ראתה את בעלה מאז ביקרה אותו בכלא מכח היתר ל-45 יום בחודש פברואר 2013, לפני יותר משנה וחצי. מאז הגישה מספר בקשות להיתר כניסה לישראל שלא נענו, האחרונה שבהן

ב-27.11.13. לאור זאת, פנתה לסיוע המוקד, אשר פנה בשמה למפקד הצבאי בדרישה כי יינתן לה היתר לאלתר. תשובה לפניית המוקד לא התקבלה, והעותרת 9 לא קיבלה היתר. לאור מדיניות המשיבים, היא אף לא תקבל היתר.

העתק פניית המוקד מיום 20.5.14 מצורף ומסומן ע/9.

44. העותרת 10 לא ראתה את בנה מאז נעצר לפני שנה וחצי. היא הגישה מספר בקשות להיתר כניסה לישראל במשרדי הצלב האדום, האחרונה שבהן בדצמבר 2013, שלא נענו. לאור זאת פנתה לסיוע המוקד, אשר פנה בשמה למפקד הצבאי ביום 10.4.14, בדרישה כי יינתן לה היתר לאלתר. המפקד הצבאי לא טרח להשיב לפניית המוקד. בחודש אוגוסט האחרון קיבלה העותרת 10 סופסוף היתר לביקור בנה, בתוקף ל-45 יום; אולם, בשל מדיניות המשיבים, אין היא יכולה לבקר מכוחו, כך שמצוקתה הרבה הולכת ומתעצמת.

העתק פניית המוקד מיום 10.4.14 מצורף ומסומן ע/10.

45. העותר 11 לא ראה את בנו מאז ביקר אותו בכלא מכח היתר ל-45 יום באוקטובר 2013. מייד לאחר הביקור הגיש בקשה חדשה להיתר כניסה לישראל במשרדי הצלב האדום. הבקשה לא נענתה. לפיכך, פנה למוקד, אשר פנה בשמו למפקד הצבאי ביום 24.4.14, בדרישה לקבלת ההיתר לאלתר. ב-10.6.14 התקבלה במשרדי המוקד תשובת המפקד הצבאי, הנושאת התאריך 8.6.14, ובה נמסר כי ההיתר עבור העותר 11 "יונפק ויימסר בתחילת השבוע הבא". דא עקא, היתר זה מעולם לא הגיע ליעדו, ולאור מדיניותם של המשיבים, גם לא יגיע בטווח הזמן הנראה לעין.

העתקי פניית המוקד ותשובת המפקד הצבאי מצורפים ומסומנים ע/11 ו-ע/12, בהתאמה.

46. ביום 12.6.14 נחטפו שלושה צעירים ישראלים בגדה. בעקבות זאת, החליטו הרשויות הישראליות להכביד ידן על תושבי השטחים. במסגרת זאת, נודע באותם ימים באמצעות אמצעי התקשורת כי הממשלה החליטה להסמיך את המשיב 2 לקבל החלטות בנוגע להרעת תנאי הכליאה של האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל, ובפרט של אלה המשויכים על ידי ישראל לארגון החמאס. בין היתר הוזכר הנושא של מניעת ביקורי המשפחה של אותם אסירים בבתי הכלא. לאור זאת, נשלחה למשיב 2, ליועץ המשפטי לממשלה ולנציב שבי"ס פנייה, הדורשת להימנע מנקיטת צעדים פוגעניים שכאלה. לפנייה צורפה חוות-דעת משפטית בעניין. כמו-כן נתבקשו הגורמים האמורים לעדכן את המוקד בדבר כל החלטה שתתקבל בהקשר זה.

העתקי הפנייה וחוות הדעת מיום 18.6.14 מצורפים ומסומנים ע/13.

47. עוד בעקבות החטיפה, החליט המפקד הצבאי למנוע לחלוטין כניסתם של בני משפחה גדתיים לביקור יקיריהם בבתי הכלא בישראל. החל מיום 15.6.14 נאסרה הכניסה של בני המשפחה. לאור זאת, פנה המוקד ליועמ"ש הגדה המערבית, ליועץ המשפטי לממשלה ולמתאם פעולות הממשלה בשטחים, בדרישה כי יחדשו בהקדם האפשרי את ביקורי בני המשפחה אצל כלל האסירים.

העתק פניית המוקד ליועמ"ש גמ"ע, ליועמ"ש לממשלה ולמתפ"ש מיום 25.6.14 מצורף ומסומן ע/14.

48. בו ביום התקבלה תשובה מלשכת מתפ"ש, לפיה הפנייה התקבלה והיא בטיפול, וכי תיענה בסיום הטיפול.

העתק תשובתה של לשכת מתפ"ש מצורף ומסומן ע/15.

49. לאור העובדה שהימים חלפו, ביקורי בני המשפחה לא התחדשו, כך שאלפי אסירים נותקו לחלוטין מעשרות אלפי בני משפחותיהם, ותשובה מוסמכת לא התקבלה, פנה המוקד למחלקת בג"ץ בפרקליטות המדינה. בפנייה זו שב המוקד ופירט את הסיבות שבעטין על המדינה להורות על חידוש הביקורים לכלל אוכלוסיית האסירים, בשל פגיעה נמשכת וקשה בבני המשפחה וביקיריהם הכלואים. העתקים מהמכתב, שכותרתו "קדם בג"ץ", נשלחו גם ליועץ המשפטי לממשלה, למתפ"ש וליועמ"ש גמ"ע.

העתק פניית המוקד למחלקת בג"ץ מיום 2.7.14 מצורף ומסומן ע/16.

50. ביום 3.7.14 נשלחה למוקד תשובת הפרקליטות, שהגיעה ביום 6.7.14, ולפיה הפנייה בטיפול, וכי עד לסוף אותו שבוע היא תיענה.

העתק תשובת פרקליטות המדינה מצורף ומסומן ע/17.

51. באותו יום אף התקבלה תשובה מלשכת יועמ"ש גמ"ע, לפיה פניית המוקד "בבדיקה", ולכשזו תסתיים, תישלח תשובה.

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מיום 6.7.14 מצורף ומסומן ע/18.

52. על אף חלוף הזמן, ולמרות בהילות הפניות והגורמים הרבים אליהם הופנו, לא קיבל המוקד תשובה עניינית מאף אחת מהרשויות הנוגעות בדבר. על אף היעדר מידע רשמי, מאינפורמציה שמקבל המוקד מהפונים הרבים אליו עולה כי ביקורי בני המשפחה של האסירים הפלסטינים חודשו באופן חלקי ביום 13.7.14.

53. חלקיות חידוש הביקורים מתבטאת בין היתר בכך שהרשויות מונעות באופן גורף מבני המשפחה של אותם אסירים, המשוויכים ארגונית לחמאס ולארגונים נוספים כדוגמת הג'יהאד האיסלאמי והחזיתות, להיכנס לישראל על-מנת לבקרם. לאור זאת, שב המוקד ופנה לרשויות הנוגעות בדבר – פרקליטות המדינה, היועמ"ש לממשלה, נציב שב"ס, המתפ"ש ויועמ"ש גמ"ע – בדרישה כי מדיניות זו תיפסק, וכי יותר לבני המשפחה של כלל האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל להיכנס לישראל ולבקרם בבתי הכלא, ללא קשר לשיוך הארגוני של האסירים.

העתק פניית המוקד מיום 17.7.14 מצורף ומסומן ע/19.

54. ביום 3.8.14 התקבל במוקד מענה מראש מטה השר לביטחון הפנים; אולם, ממענה זה לא ניתן היה ללמוד אודות המצב לאשורו. נאמר שם כי ועדת השרים לביטחון לאומי החליטה על "שינויים במכלול טובות הנאה של אסירי החמאס". עוד נכתב כי "זכויות האסירים הביטחוניים של ארגון החמאס, באשר הם, לא נפגעו. יחד עם זאת, הענקתן של טובות הנאה לאוכלוסיית אסירים זו... נבחנה מחדש". מעבר לכך לא נאמר דבר מפורש, בפרט לגבי נושא הקשר של האסירים עם בני משפחותיהם, או לגבי עמדת המוקד לפיה מדובר בענישה קולקטיבית אסורה. לא למותר לציין כי הגדרות המשיבים לפיהן זכויות בסיסיות מסוימות מוגדרות על-ידי ראש המטה כ"טובות הנאה", אינן מקובלות על המוקד כלל וכלל.

העתק תשובת רמ"ט השר לביטחון הפנים מצורף ומסומן ע/20.

55. תשובה עמומה זו, והיעדר התייחסות של פרקליטות המדינה, הביאו את המוקד לשוב ולפנות לפרקליטות בניסיון לקבל תשובה מוסמכת ומלאה בדבר המשך הפגיעה בזכויות האסירים ובני משפחותיהם.

העתק פניית המוקד לפרקליטות המדינה מיום 12.8.14 מצורף ומסומן ע/21.

56. ניסיונות חוזרים ונשנים של המוקד לדחוק במי מהגורמים הרלוונטיים למסור מידע מהימן בנושא, בין היתר בנוגע לשאלה עד מתי המדיניות הפוגענית, כפי שתוארה, צפויה להיות בתוקף, לא הניבו דבר.

לאור כל האמור לעיל, לא נותרה לעותרים ברירה והם נאלצים לפנות לבית משפט נכבד זה, בבקשה כי יורה למשיבים לחדול מהפגיעה, המתמשכת זה כשלושה חודשים, בזכויות בסיסיות של בני המשפחה של אותם האסירים המשויכים לארגונים פוליטיים שונים, ושל האסירים עצמם.

הפן המשפטי

אין בהחזקתו של אדם במשמורת כדי להפקיע מאליהן את מכלול זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל, וניתן לגרוע מהן רק במידה שהדבר מתחייב באופן הכרחי משלילת החירות עקב המאסר, לצרכי החקירה או ניהול המשפט, או לשם קיומו של אינטרס ציבורי חיוני, ובכפוף להוראות הדין (רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי דיראני, תק-על 2011(3), 1298, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, להלן: פרשת דיראני).

החזקתם של האסירים הפלסטינים בתוך ישראל

57. 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 זוהי נמצאת בסעיפים 265(א) ו-266(א) לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009.

58. 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.

59. 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 (Yutaka Arai-Takahashi, **The Law of Occupation**, Martinus Nijhoff Pub., 2009, p. 476).

60. מדיניותה של ישראל, במסגרתה נכלאים 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 עם 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 המפקד הצבאי כלפי האוכלוסייה המוגנת באופן כללי, וכלפי אוכלוסיית האסירים הפלסטינים בפרט; הנחתו של בית המשפט היתה כי המדיניות האמורה עומדת בכללי המשפט הבינלאומי והישראלי כיוון שהמפקד הצבאי 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 המפקד הצבאי 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.**

61. כלומר, בית המשפט הנכבד פסק כי החזקתם של האסירים הפלסטינים בישראל מותרת, בכפוף לכך שהמשיבים יעמדו במחויבותיהם על-פי המשפט הבינלאומי. אולם, כפי שהראינו בפרק העובדתי לעיל, במדיניותם מפירים המשיבים את המחויבות הללו; המשיבים מגבילים ביוזמתם, בצעד ביורוקראטי שרירותי, את זכותם לביקורים של קבוצה גדולה אסירים ושל בני משפחותיהם.

62. מדובר בדוגמא חיה לכך שהחזקת האסירים הפלסטינים בתוך תחומי מדינת ישראל מביאה בנקל לפגיעה קשה בזכויות מוגנות. מספיקה החלטה אחת של מי מהמשיבים, אשר בהינף קולמוס פוגעים בזכותם לחיי משפחה של אלפי אסירים ועשרות אלפי בני משפחותיהם. מדיניות פוגענית זו אינה יכולה לעמוד.

הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיבים להסדירם

63. 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.

64. 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. הזכות לביקורי משפחה מעוגנת בשורה של מקורות משפטיים ישראליים

ובינלאומיים. 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 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.

65. ברוח זו נקבע גם בסעיף 2(א) לנוהל ביקורי כלואים של המפקד הצבאי:

בבתי הסוהר במדינת ישראל מוחזקים כלואים פלסטינים רבים. מתוך הכרה בחשיבות ביקורי משפחות אסירים, ובצד זאת בהתחשב בשיקולי ביטחון, יתאפשר לתושבים פלסטינים אשר קרוביהם כלואים בישראל, להיכנס לישראל לצורך ביקורם...

66. 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**), בפיסקה 8 שם:

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

67. 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.

68. 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.

...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** p. 448-449 (Volume I: Rules. 2005)).

69. 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

70. 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 בדיון :

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 בדיון... 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, 153-152; 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).

71. וכך נקבע 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".

72. 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.

73. 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

74. ההגבלה הדרקונית שמטילים המשיבים על האפשרות של בני משפחה 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.

75. 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 2006(2), 1754).

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 ובחיייה 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.

76. 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 בני המשפחה ושל האסירים אינה מידתית

77. על-פי עקרון המידתיות, פגיעה בזכות אדם מוגנת תיעשה במידה שאינה עולה על הנדרש לצורך מימוש המטרה, שלשמה פוגעים בזכות. על המשיבים להפעיל את שיקול דעתם "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 נו(2) 157, 164).

78. 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 שבסיוד מדיניות המשיבים); 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).

79. 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 ובני משפחותיהם, 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).

80. **מבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי** – השלב הראשון בבחינה האם מדיניות המשיבים הינה מידתית דנה בשאלה אם קיים קשר רציונאלי בין המטרה של שמירה על הביטחון ובין האמצעי של הגבלה גורפת על זכותם של בני משפחה של אסירים, המשוויכים לארגונים מסוימים, לפגוש את יקיריהם הכלואים.

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

82. 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 **נימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2)225, 249-250).

83. כלומר, על המשיבים להראות, כי מדיניותם הגורפת בדבר שלילת זכותם של העותרים ושל יתר בני המשפחה של האסירים הפלסטינים, המשוויכים ארגונית לחמאס ולארגונים נוספים, 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.

84. **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.

85. ההגבלה הקשה על הזכות לבקר בכלא של העותרים ובני משפחה אחרים אינה מקיימת מבחן זה. מדובר בהסדר גורף, אשר מכניס למעגל החשד קבוצה שלמה באוכלוסייה, החשופה ל"יחס אחר" אך ורק בשל קריטריון המבוסס על השתייכותם הפוליטית-ארגונית של האסירים אותם מבקשים בני המשפחה לבקר בכלא.

86. 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).

87. 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.

88. 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 האזור – 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 כדין" (סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

89. 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.

90. כפי שצינו לעיל, על המשיבים להראות כי ההגבלה על מתן היתרי כניסה לישראל לבני משפחה של אסירים, המשוויכים לארגונים מסוימים, מבוססת על אדנים יציבים של ראיות ונתונים.

91. דא עקא, לאור העובדה שגם ההיתרים הניתנים לעותרים, ולבני משפחה אחרים כמותם, ניתנים בכל מקרה לאחר בדיקה פרטנית, עולה חשש כבד כי ההימנעות מבדיקה פרטנית 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".

92. יישום הדברים בענייננו מעלה כי המשיבים בחרו "בדרך הקלה": איסור גורף על ביקורים לכלל בני המשפחה של אסירים, המשויכים ארגונית לתנועות מסוימות. העובדה שההיתרים שהמפקד הצבאי נתן לעותרים, נופקו לאחר בחינה פרטנית, מעידה כי יש בידיהם לקיים בחינה אינדיבידואלית של בקשות להיתרים. המשיבים בוחרים להגביל בצורה גורפת את האפשרות לקיום בחינה אינדיבידואלית, וקבלת החלטה פרטנית הנוגעת למבקש הבקשה, על-פי נתוני האישיים. יש בכך כדי להכתים את המדיניות בחוסר מידתיות.

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

94. 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).

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

96. 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, והפליה 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 עיניים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817).

97. המחיר הכבד שמשלמים העותרים, ואחרים כמותם, שמתלווה ליישומה של מדיניות המשיבים בדבר איסור הביקורים 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.

אפליה פסולה

98. החלטתם של המשיבים לאסור על העותרים, ועל אחרים כמותם, לבקר את קרוביהם הכלואים, המשויכים לארגונים כאלה ואחרים, מהווה אפליה פסולה. מדיניות חדשה זו מהווה הרעת תנאי מאסר לכלל האסירים המשויכים לחמאס, לחזיתות ולג'יהאד האיסלאמי, בהשוואה לשאר "האסירים הביטחוניים", אך ורק בשל השתייכותם הארגונית-פוליטית.

99. כלל ידוע הוא במשפט הישראלי, כי השוויון הוא ערך נעלה וראשון במעלה מבין הכללים המשפטיים. משנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוכרה הזכות לשוויון כחלק מזכותו של האדם לכבוד, על פי מודל ביניים הכולל בגדרי כבוד האדם לא רק פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה הפוגעות בגרעין הכבוד של האדם (ראו דברי כבוד השופטת ד' דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-133), אלא גם אפליה שאין עימה השפלה ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא א' ברק בפרשת עדאלה).

100. החובה שלא להפלות – שאינה אלא תמונת הראי של זכות האדם לשוויון – מוטלת בראש ובראשונה על רשויות השלטון. "רשות אסורה בהפליה, והיא: יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204 וכן בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507-508, להלן: **פרשת כפר ורדים**).

101. בפרשת כפר ורדים נקבע כי יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה יחסית לשוני ביניהם (שם, 507). מכאן, ברור כי הענקת יחס שונה לקבוצה מסוימת מתוך כלל האסירים המכונים ביטחוניים, שכל שמבדיל אותה מיתר האסירים ה"ביטחוניים" הינו ההשתייכות הפוליטית-ארגונית לכאורה של הנמנים עימה, מהווה אפליה פסולה ואסורה על-פי פסיקת בית המשפט העליון. ברוח זו מצטט הנשיא ברק את השופט חיים כהן, הקובע כי:

הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ובגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם

גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, **השתייכות פוליטית או חברתית**, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה (ח' כהן, **ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**, עמ' 32). (בג"ץ 6472/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, תק-על 1578, 1559, (2)2006, בעמוד 1578).

102. בנוסף, אפליה מסוג זה אסורה בתכלית האיסור על-פי המשפט הבינלאומי. סעיף 14 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם קובע מפורשות כי:

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, **political or other opinion**, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

103. בסעיף 26 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המציין ספציפית את איסור האפליה על-בסיס השתייכות פוליטית, נקבע כי:

All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, **political or other opinion**, national or social origin, property, birth or other status.

סעיף זה פורש על ידי הוועדה לזכויות האדם ב-CCPR General Comment No. 21, כך:

This rule must be applied without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, **political or other opinion**, national or social origin, property, birth or other status.

104. השורה התחתונה ברורה – אפליית לרעה של קבוצת אסירים אחת, אך ורק על-בסיס השתייכותם הארגונית-אידיאולוגית-פוליטית של חברי הקבוצה, אינה יכולה לעמוד. זאת, עוד בטרם נזכיר את הקשיים הפרקטיים הלא זניחים של יישומה של אפליה כזו בפועל, אבל דיון זה חורג מגדר עתירה זו.

האיסור על ענישה קולקטיבית

105. החלטת המשיבים לנתק את העותרים, ואת יתר בני המשפחה של האסירים הפלסטינים, המשוויכים לארגונים מסוימים, מקשר כלשהו עם יקיריהם הכלואים בישראל, מהווה ענישה קולקטיבית הן של האסירים המשוויכים לארגונים אלו, הן של בני משפחותיהם. זאת, מאחר שזהו עונש המוטל על כלל חברי קבוצה של אנשים המונה עשרות אלפי בני אדם, בלא בחינה אינדיבידואלית.

106. ענישה קולקטיבית אסורה במשפט הבינלאומי במסגרת דיני המלחמה, וכן במשפט הבינלאומי לזכויות האדם. עקרון העל האוסר על שימוש באמצעי ענישה גורפים ושרירותיים הפוגעים בקבוצות שלמות של אנשים, מהווה גם חלק חשוב מכללי המשפט הבינלאומי המינהגי, המחייבים את מדינת ישראל.

107. מאחר שמדובר בענייננו באסירים ובבני משפחתם, שהם תושבי שטחים כבושים, ומוגדרים "תושבים מוגנים", חלה תקנה 50 לתקנות האג:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.

בסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. **Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited.** Pillage is prohibited.

108. פרשנות הצלב האדום מבהירה כי ההבדל בין האמור בתקנות האג לבין האמור באמנת ג'נבה הרביעית נעוץ, בין היתר, בכך:

The Provision is very clear. If it is compared with Article 50 of the Hague Regulations, it will be noted that that Article could be interpreted as not expressly ruling out the idea that the community might bear at least a passive responsibility.

Thus, a great step forward has been taken. **Responsibility is personal and it will no longer be possible to inflict penalties on persons who have themselves not committed the acts complained of** (J.S. Pictet, **Commentary: IV Geneva Convention – Relative to**

the Protection of Civilian Persons in Time of War, p. 225
(Geneva, 1958)).

109. מעניין לראות כיצד מפרש Pictet את הסיבה לאיסור על השימוש ב- measures of intimidation or of terrorism לא רק ככזה הבא להגן על המוגנים תחת הכיבוש, אלא אף כאיסור התואם את האינטרסים של הצד הכובש :

During past conflicts, the infliction of collective penalties has been intended to forestall breaches of the law rather than to repress them; in resorting to intimidatory measures to terrorise the population, the belligerents hoped to prevent hostile acts. **Far from achieving the desired effect, however, such practices, by reason of their excessive severity and cruelty, kept alive and strengthened the spirit of resistance. They strike at guilty and innocent alike. They are opposed to all principles based on humanity and justice and it is for that reason that the prohibition of collective penalties is followed formally by the prohibition of all measures of intimidation or terrorism with regard to protected persons, wherever they may be** (Pictet, Commentary p. 225-226).

110. אף סעיף (d)(2)75 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה קובע כי :

(2) The following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents...

(d) collective punishments

פרשנות הצלב האדום לסעיף זה מבהירה כי :

3055. **The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise** (Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. p. 874 (Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, Eds. ICRC, Geneva, 1987)).

111. סעיף 29 ב-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, העוסק במשמעת וענישה, קובע חד-משמעית כי לא ניתן להעניש אסיר אלא על-פי חוק, ועל-סמך מעשה עליו אחראי האסיר עצמו:

Discipline and punishment

29. The following shall always be determined by the law or by the regulation of the competent administrative authority:

- (a) Conduct constituting a disciplinary offence;
- (b) The types and duration of punishment which may be inflicted;
- (c) The authority competent to impose such punishment.

30. (1) No prisoner shall be punished except in accordance with the terms of such law or regulation, and never twice for the same offence.

(2) No prisoner shall be punished unless he has been informed of the offence alleged against him and given a proper opportunity of presenting his defence. The competent authority shall conduct a thorough examination of the case.

112. אם כן, החמרת תנאי מאסרם, הקשים ממילא, של האסירים ה"ביטחוניים" הפלסטינים, אך ורק בשל שיוכם לארגונים מסוימים, והניתוק המוחלט שלהם בעקבות זאת מעשרות אלפי בני משפחה, הינם בבחינת ענישה קולקטיבית פסולה. זאת כאשר ברי כי החמרת התנאים הקולקטיבית לא נועדה לענות על צורך ביטחוני הנעוץ בכל אחד ואחד מהנענשים.

שימוש באסירי הארגונים ובבני משפחותיהם כ"קלפי מיקוח"

113. כאמור לעיל, הסיבה להטלת הסנקציות על העותרים, על יתר בני המשפחה של האסירים, ועל האסירים המשויכים לארגונים מסוימים, הינה "עונש" על חטיפת נערים (או זה לפחות היה הרציונאל בתחילה). בכל הכבוד, שלילת זכויות יסוד מבני אדם באופן קולקטיבי, לצרכי ענישה שאינם נעוצים בנעש עצמו, אינה בין האמצעים המותרים במדינה שומרת חוק.

114. שלילת הביקורים, או שלילתן של זכויות נוספות לצורך העניין, מהווה למעשה שימוש בבני המשפחה של הכלואים הפלסטינים, כדוגמת העותרים, ובכלואים עצמם, כ"קלפי מיקוח", במטרה להפעיל לחץ על ארגונים שהם חיצוניים לכלואים ולבני המשפחה. שימוש בבני אדם כקלפי מיקוח למטרה זו נפסל בצורה חד משמעית על ידי בית המשפט העליון, כפי שכתב הנשיא דאז ברק, והדברים יפים אף לענייננו:

מודע אני לסבלן של משפחות שבויי צה"ל ונעדריו. רב הוא כאבן. חלוף השנים ואי-הוודאות פוצעים את נפש האדם. כאוב הוא עוד יותר מצבו של שבוי, המוחזק בסתר ובהיחבא, קרוע מביתו וממולדתו. אכן, כאב זה, לצד האינטרס העליון של מדינת ישראל להשבת בניה לגבולם, לא נעלם מעיניי. הוא לא מש מלבי עת נתתי החלטתי בעמ"מ 10/94. לא פחת הוא מאז ועד היום. הטרגדיה האנושית והחברתית שבשבי ובהיעדרות נישאת על כתפינו יום יום. **אולם, ככל שחשובה המטרה של שחרור שבויים ונעדרים, אין בה – במסגרת החוק העומד לדין בעתירה זו – כדי להכשיר את כל האמצעים. לא ניתן – במצב החוקי שבפנינו – לתקן עוול בעוול.** סמוך אני ובטוח, כי מדינת ישראל לא תשקוט ולא תנוח עד שתמצא הדרך לפתרון סוגיה כאובה זו. כמדינה וכחברה, תהא נחמתנו בכך שהדרך לפתרון תהלום את ערכינו היסודיים (דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, 744).

115. חשוב לציין, כי על פי אמנת ג'נבה הרביעית, הפרת האמנה בידי צד אחד, אל לה להשפיע על המחויבות של הצד האחר לכבד את תנאיה. ההתחייבויות אותן נטלה ישראל על עצמה כשאישרה את אמנת ג'נבה הרביעית, אינן אמורות להיות מושפעות מהעובדה כי הצד האחר אינו מקיים את הוראותיה.

כפי שכתב פיקטה:

It (the Fourth Geneva Convention – ד.ש.) is not an engagement concluded on a basis of reciprocity, binding each party to the contract only in so far as the other party observes its obligations (Pictet, Commentary p.15).

116. עיקרון זה הוכר אף בפסיקה הישראלית. כך בית המשפט העליון:

ישאל השואל: וכי זכאים הם העותרים כי יישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים? חברים הם בארגוני טרור שההומניות מהם והלאה ושפגיעות באנשים חפים מפשע הן לחם חוקם... על שאלות אלה תשובתנו היא זו: מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו... מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרונו שלנו (בג"ץ 794/98 **עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, 775).**

117. לאור כל האמור לעיל, ברי מדוע מדיניות המשיבים, המונעת מהעותרים ומאחרים כמותם קשרי משפחה עם יקיריהם הכלואים, אך ורק על-בסיס השתייכותם הארגונית של האסירים, אינה יכולה לעמוד.

118. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל נחתמו תצהיריהם של העותרים בפני עורך-דין במקום מגוריהם. התצהירים וייפוי הכוח נשלחו למשרדי המוקד להגנת הפרט באמצעות הפקס. באופן זה הם מצורפים לעתירה.

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

ירושלים, 23 בספטמבר 2014

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 83040)