

בעניין:

1. -- קצראוי, ת"ז --, מג'נין
2. -- שאכר, ת"ז --, מירושלים
3. -- חסנעלי, ת"ז --, מטולכרם
4. -- גראדאת, ת"ז --, מג'נין
5. -- קואסמה, ת"ז --, מחברון
6. -- משה, ת"ז --, משכם
7. -- משה, ת"ז --, משכם
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר מס' 580163517
9. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567
10. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ע"ר 580168854

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או מאיסא אבו סאלח - אבו עכר (מ"ר 52763) ו/או עלמא אלימלך (מ"ר 82867)
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. השר לביטחון לאומי
2. נציב שירות בתי הסוהר
3. 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 1-7 (להלן: **העותרים**) לבקר את יקיריהם, הכלואים בישראל.
- ב. מדוע לא יתירו לכלל בני המשפחות של האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל, תושבי הגדה המערבית וירושלים המזרחית, 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 הנילוית 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 לקשרי משפחה עם יקיריהם, הכלואים בישראל. לא זו בלבד שהכלואים הפלסטינים מוחזקים בשטחה של מדינת ישראל שלא בהתאם לחוק הבינלאומי, המשיבים פוגעים כעת בזכות הבסיסית של הכלואים הללו ושל בני משפחתם לקשרי משפחה. זכות בסיסית זו, הן של בני המשפחה והן של הכלואים עצמם, נפגעת כאמור בידי המשיבים, שכן מאז פרצה המלחמה הקשה והמדממת בעקבות מתקפת חמאס ב-7.10.2023, כלומר מזה יותר משנתיים ימים, אין הם מתירים לבני המשפחה של הכלואים הפלסטינים המסווגים כ"ביטחוניים" להיכנס לישראל על-מנת לבקר את יקיריהם.

ביום שבת 7.10.2023, חג שמחת תורה, פתח חמאס במלחמה על ישראל באמצעות התקפה על אוכלוסייה אזרחית. מעל 1,200 אישה, איש, קשישים וטף נרצחו. מאות אנשים, בהם נשים, זקנים וילדים, נחטפו לרצועת עזה. אלפים נוספים נפצעו ונעקרו מבתייהם. זה הרקע לקבלת ההחלטות הראשוניות בחודש אוקטובר 2023. כבר ביום 7.10.2023 פורסמה הודעת נציבת בתי הסוהר והשר לביטחון לאומי, לפיה "כל בתי הסוהר ייכנסו למצב חירום" (מורן אזולאי, בן גביר הכריז על מצב חירום אזרחי בישראל, ynet 7.10.2023). לאחר הכרזה ראשונית זו, שהכניסה את בתי הסוהר בישראל למצב של מעין מצור, אין יוצא ואין בא, תיקנה נציבת בתי הסוהר דאז הוראת שעה מיום 16.10.2023, ובה הורתה בהתאם לסעיף 80 ו-80א(ב) לפקודת בתי הסוהר, התשל"ב-1971, "כי על אף האמור בכל פקודת נציבות יצומצמו למינימום או יבוטלו כלל פעולות השגרה המתקיימות בשעת שגרה בבתי הסוהר, בכפוף להוראות הדין". נקבע, כי הנחיות לקיומן או ביטולן של פעילויות שגרה יתעדכנו מעת לעת בהתאם להוראות מצב עיתיות. נכון להיום, הוארך תוקפה של הוראת השעה עד ליום 31.7.2026.

העתק חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 64 – הוראת שעה – חרבות ברזל) (מצב חירום כליאתי) (תיקון מס' 4), התשפ"ה-2025, מצורף ומסומן ע/1.

9,206 כלואים ביטחוניים מוחזקים בידי שב"ס, נכון ליום 2.11.2025. עתירה זו מתמקדת בכלואים על רקע ביטחוני בשל התנאים הקשים שבהם הם מוחזקים. הגידול העצום במספר הכלואים הביטחוניים מאז פרצה המלחמה הוביל לפגיעה בלתי נמנעת בתנאי הכליאה שלהם. הכלואים במתקני שב"ס מוחזקים בצפיפות אדירה (90% מהם בשטח מחיה של פחות מ-3 מ"ר) ואלפים מהם מולנים על הרצפה. בנוסף, מאז פרוץ המלחמה חלה הרעה משמעותית בתנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים במסגרת מדיניות רשמית של שב"ס להגבלת התנאים והתנועה שלהם למינימום, ובתוך כך גם הוגבלה הגישה שלהם לשירותים רפואיים. כפי שעולה מהליכים משפטיים רבים שהתנהלו ועודם מתנהלים בפני בית משפט נכבד זה, מוחזקים כלואים ביטחוניים בתנאים קשים, ולפי העדויות חווים אלימות והשפלות קשות. על פי הדיווחים, עשרות כלואים אף מתו בעת הוחזקו במשמורת. מדובר במספר חסר תקדים של מקרי מוות של כלואים במשמורת שב"ס בזמן קצר כל כך, שמעלה חשש כבד באשר לתנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים והיחס כלפיהם.

כאילו אין בכל זה די, בין יתר פגיעותיה של הוראת השעה נמצא ביטול מוחלט של הקשר בין האסירים הפלסטינים המסווגים כ"ביטחוניים" עם החוץ, מלבד ביקורים ספוראדיים של עורכי דין, שגם הם נתונים במגבלות קשות. בהינתן שלכלואים הללו אין גם אפשרות לעמוד בקשר טלפוני עם משפחותיהם, יוצא שמזה שנתיים ימים הכלואים מנותקים לחלוטין מבני המשפחה שלהם. לאור העובדה שבני המשפחה מודעים למצב הקשה השורר בבתי הכלא, וליחס האכזרי לו זוכים יקיריהם הכלואים, 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 של קבוצה גדולה מאוד של כלואים, ושל ענישה קולקטיבית, על לא עוול בכפם של המוענשים. מכל הסיבות הללו, לא ייתכן להותיר מדיניות כללית זו על כנה, ללא שינוי.

דרישה זו מתחדדת נוכח שינוי העיתים, מאז נכנסה לתוקף הפסקת האש בין מדינת ישראל לחמאס בראשית חודש אוקטובר, והתחלת היישוב של העיסקה לשחרור החטופים ולשחרור אסירים. על אף הציפייה הסבירה שבעקבות שינוי הנסיבות המשמעותי, גם המשיבים ישנו את מדיניותם, יבטלו את הוראת השעה שנועדה לחול בעת חירום וישיבו את ניהול בתי הכלא למצב שגרתי יותר, תקווה זו נכזבה בינתיים. המלחמה שככה, אולם המדיניות הפוגענית נותרה על כנה, בלא הסבר מניח את הדעת. מכאן עתירה זו, והבקשה שבית המשפט הנכבד יתערב בה.

עתירה זו מובאת בפני בית המשפט הנכבד משום שהיא מתאימה להידון כעתירה ציבורית, ואינה מתאימה לעתירות אסיר פרטניות. עתירה זו מצטרפת לשורת עתירות שהוגשו בשנים האחרונות, וכאלה הנדונות נכון להיום בפני בית משפט נכבד זה, על ידי ארגוני זכויות אדם בנוגע לזכויותיהם של כלואים. בין עתירות אלה נזכיר את בג"ץ 6409/14 **חנאן מליטאת נ' ממשלת ישראל** (29.3.2017); בג"ץ 1829/14 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים** (13.6.17); בג"ץ 523/22 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הבריאות** (4.4.23); בג"ץ 158/21 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים** (31.1.21); בג"ץ 7236/18 **רופאים לזכויות אדם נ' שב"ס** (8.6.20); בג"ץ 4268/24 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון** (18.9.24); ובג"ץ 2858/24 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי** (תלוי ועומד).

העתירה עוסקת בזכויות ותנאי כליאה של כלל הכלואים הפלסטינים, להם קרובי משפחה בגדה המערבית ובירושלים המזרחית, הנתונים במשמורת שב"ס. העתירה עוסקת בחובה להנהיג מדיניות מתאימה ולהקצות משאבים מתאימים על מנת להבטיח את קיומה של זכותם של הכלואים לחיי משפחה מינימליים. אין מדובר בתקיפת החלטה מנהלית מסויימת וספציפית והיא, למעשה "עתירה רוחבית בנושא זכויות אסירים" (בג"ץ 1143/22 **עמותת דרור למשפחה נ' השר לביטחון פנים** (14.4.22); 6109/12 **מלכה נ' היועמ"ש** (25.12.12)). אין דרך מתאימה אחרת לדון בה, מה עוד שהסדרי הביקור של בני המשפחה תושבי השטחים בבתי הכלא בישראל עוצבו במהלך התדיינויות לאורך השנים בפני בית משפט נכבד זה. על כך להלן.

רקע – ביקורי בני משפחה פלסטינים את יקיריהם הכלואים עובר לפרוץ המלחמה

1. מתחילת האינתיפאדה השנייה בחודש אוקטובר 2000, ועד לחודש מרץ 2003, מנע המפקד הצבאי של כוחות הצבא בגדה המערבית את ביקוריהם של תושבי הגדה אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראלים – הן בבתי הכלא בשטח ישראל, הן במתקני הכליאה בשטחי הגדה המערבית. בעקבות

הדיונים שהתקיימו במסגרת ההליכים בבג"ץ 11198/02 **זיריה 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. 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 חשבון, בתיאום עם המשיב ובליוי סידורי אבטחה קפדניים. כאן המקום להוסיף כי ההסדר הזה יכול לשוב ולפעול מרגע שמשיבים יאותו לכך.

4. על-פי הנוהל הרגיל, כאשר מאושרת בקשה לביקור בכלא, מקבל המפקד 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) הסדר זה, שהתפתח לכדי פרקטיקה בשנים עובר לפרוץ המלחמה, הונהג בשלהי שנת 2004, בעקבות סדרת עתירות שהגיש העותר 8 (להלן: **המוקד או המוקד להגנת הפרט**) בשם של בני משפחה, שהוגדרו "מנועים" ולפיכך לא ניתן להם לבקר את יקיריהם בכלא.

5. טרם פרוץ המלחמה, פנייתם של תושבי השטחים אל המפקד הצבאי לשם קבלת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בכלא נעשתה 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

6. **העותרת 1**, -- קצראוי, ת"ז --, היא אחותו של האסיר -- קסראוי. גב' קצראוי היא ילידת 1988, מג'נין, שמעולם לא נעצרה ולא נחקרה. עובר לפרוץ המלחמה, היא ביקרה בבתי הכלא את אחיה באופן סדיר, בערך כל שבועיים. אחיה, העצור -- קסראוי, ת"ז --, נעצר בשנת 2023 וטרם נשפט. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא מגידו. אחותו לא ראתה אותו מאז פרצה המלחמה.

7. **העותר 2**, -- שאקר, ת"ז --, הינו אביו של האסיר -- שאכר. מר שאקר הוא יליד 1968, מירושלים המזרחית. הוא נעצר בראשית האינתיפאדה השנייה למשך מספר שעות ושחרר. מר שאקר נחקר בעקבות מעצר בנו. האסיר -- שאכר, ת"ז --, נעצר בשנת 2024, ומרצה עונש של ארבע שנות מאסר וחצי. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא קציעות. אביו לא ראה אותו מאז מעצרו.
8. **העותרת 3**, -- חסנעלי, ת"ז --, היא אשתו של האסיר -- עיסא. גבי חסנעלי היא ילידת 1997, מהכפר ד'נאבה, נפת טולכרם, שמעולם לא נעצרה ולא נחקרה. האסיר -- עיסא, ת"ז --, נעצר בתחילת שנת 2025 ונכלא מכוח צו מעצר מינהלי. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא מגידו. אשתו לא ראתה אותו מאז נעצר.
9. **העותר 4**, -- גראדאת, ת"ז --, הינו אחיו של האסיר -- גראדאת. מר גראדאת הוא יליד 1980, מהעיירה סילת אלחארתייה, נפת ג'נין. אף שמר גראדאת הינו אסיר לשעבר, לפני פרוץ המלחמה הוא קיבל היתרים לביקור אחיו בבתי הכלא בלא בעיות. האסיר -- גראדאת, ת"ז --, נעצר בשנת 2003 ונדון למאסר עולם ול-35 שנות מאסר נוספות. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא גנות. מר גראדאת לא ראה את אחיו מאז פרצה המלחמה.
10. **העותר 5**, -- קואסמה, ת"ז --, הוא בנו של האסיר -- קואסמה. מר קואסמה הוא יליד 1994, מחברון. הוא הוחזק במעצר מנהלי בין השנים 2015-2017, אולם עובדה זו לא מנעה ממנו לקבל היתרים לביקור אביו בבתי הכלא באופן רגיל. האב, האסיר -- קואסמה, ת"ז --, נעצר בשנת 2011 ונדון למאסר עולם ול-60 שנות מאסר נוספות. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא גנות. הבן לא ראה את אביו מאז פרצה המלחמה.
11. **העותרות 6 ו-7**, -- משה, ת"ז --, ילידת שנת 1974, ואחותה -- משה, ת"ז --, ילידת שנת 1969, שתייהן ממחנה הפליטים בלאטה, שכם. האחיות משה הן אחיותיו של האסיר -- אבו סריס. שתייהן מעולם לא נעצרו ולא נחקרו. האסיר -- אבו סריס, ת"ז --, נעצר בשנת 2006 ונדון למאסר עולם. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא גנות. אחיותיו לא ראוהו מאז פרצה המלחמה.
12. **העותר 8**, 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.
13. **העותרת 9**, האגודה לזכויות האזרח בישראל היא ארגון זכויות אדם העוסק בכל קשת זכויות האדם, ובכלל זה בזכויות האדם של אסירים פלסטינים המוחזקים על ידי ישראל.
14. **העותר 10**, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ארגון זכויות אדם אשר עוסק במאבק ציבורי ומשפטי נגד עינויים ו/או יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל. הוועד נגד עינויים שם לעצמו מטרה להגן על זכויותיהם של עצורים, של נחקרים ושל מפגינים, ולהיאבק באמצעי חקירה הגורמים כאב ו/או סבל ו/או השפלה לנחקרים.
15. **המשיב 1**, השר לביטחון לאומי, ממונה מטעם הממשלה, בין היתר, על שב"ס.

16. **המשיב 2**, נציב שב"ס, אחראי על רווחתם ושמירת זכויותיהם של כלל האסירים הפלסטינים, הן המסווגים כ"ביטחוניים" והן המסווגים כ"פליליים", המוחזקים בבתי הכלא שבאחריותו.

17. המפקד הצבאי, הוא **המשיב 3**, מחזיק בשטחי הגדה המערבית בתפיסה לוחמתית מזה חמישים ושמונה שנים, והוא אשר אחראי לשמירת החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר הורה על כליאתם של יקיריהם של העותרים, והוא אשר מחייב את העותרים להצטייד בהיתרים מטעמו לצורך הביקור בכלא.

18. מתוקף מעמדם, על המשיבים לדאוג למימוש זכויותיהם של התושבים בשטח הכבוש, ובכלל זאת זכותם לביקור משפחה בבתי הכלא, כחלק ממימוש זכותם לחיי משפחה. זאת בהתאם למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים, למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

19. כפי שצינו לעיל, בעקבות מתקפת חמאס ב-7.10.2023 והמלחמה שפרצה בעקבותיה, החליטה נציבת שב"ס דאז כי בבתי הכלא בשירות בתי הסוהר יוכרז מצב חירום. מצב החירום בתוקף עד לעצם היום הזה, ונכון למועד הגשתה של עתירה זו, תוקפו הוארך עד ליום 31.7.2026.

העתק צו ההארכה של מצב החירום הכליאתי צורף וסומן ע/1.

20. וכך מתאר את הבסיס הנורמטיבי למצב הדברים כיום כבוד השופט ד' ארד איילון בפסק דינו בעת"א 31985-02-25 וייס נ' שב"ס (נבו, 23.4.2025):

ביום 4.2.2024 הוארכה הוראת השעה באופן חלקי לגבי אסירים ביטחוניים בלבד: **"פעילויות שגרה בבתי הסוהר הפליליים ייערכו ככלל בשגרה..."**, ו**"פעילויות שגרה בבתי הסוהר הביטחוניים יצומצמו למינימום הנדרש, בכפוף להוראות הדין, ובשים לב לעמדות גורמי חטיבת המבצעים וחטיבת המודיעין וזאת עפ"י תמונת המצב העדכנית..."**. בבסיס הארכת הוראת השעה כאמור, עמדו חוות דעת מודיעיניות ומבצעיות שהוצגו בפני נציב בתי הסוהר, אשר היה בהן כדי להצביע **"על סיכון ממשי הנשקף בעת הזו מאסירים בטחוניים, וזאת על רקע אופן התנהלותם, האיומים, כוונותיהם וצעדיהם"**. הוראת שעה זו הוארכה בידי הנציב מעת לעת (ההארכה האחרונה שהוצגה בעתירה היא מיום 13.2.2025, ועד 14.3.2025). הביטוי **"פעילויות שגרה"** בהוראת השעה לא הוגדר, ועל אף הארכת הוראת השעה מעת לעת לא ניתן פירוט אילו פעילויות בוטלו או הוגבלו ובאיזו מידה. לא הובהר מהי הזיקה הסיבתית בין חוות הדעת שעמדו ביסוד הארכת הוראת השעה, להטלת מגבלות אלו או אחרות. יתרה מזאת, לא נקבע אילו פקודות נציבות נדחות מכוחה של הוראת השעה ואילו נותרו על כנן. אף הביטוי **"יצומצמו למינימום"** לא הוגדר. צמצום פעילויות השגרה למינימום נקבע בתחילה לגבי כלל האסירים, ובהמשך, כאמור, נותר רק לגבי האסירים הביטחוניים בלבד. קרי, מדובר בהגדרה מצמצמת של אוכלוסיית האסירים הכפופה לתנאי המינימום, ולא בהחמרת תוכנו של התנאי או בהפחתה נוספת בתנאי הכליאה.

21. כחלק ממצב החירום הכליאתי הנמשך נמנע כל קשר בין הכלואים לבין בני משפחותיהם מחוץ לכלא. הן הכלואים והן בני משפחותיהם המתונו בסבלנות לשוך המצב המלחמתי ולחזרה לשגרה, וזו הגיעה לאחר שנתיים קשות ומדממות. בתוך כך, הזכות הבסיסית לשמירה על קשר משפחתי מינימאלי נפגעת בצורה אנושה, פגיעה שרק הולכת ומחריפה בחלוף הזמן, וסופה אינו נראה

באופן. אי לכך, ולאחר ביקורים אצל עשרות כלואים במהלך השנתיים האחרונות, ושיחות טלפון עם אלפי בני משפחה, הגיע המוקד להגנת הפרט, כמי שמייצג לאורך שנים רבות אוכלוסייה זו, למסקנה כי לא ניתן עוד לקבל מצב של ניתוק מוחלט מבני המשפחה של אותם כלואים, בפרט בהינתן מצבם הקשה בין כותלי הכלא.

22. לכן פנה המוקד ביום 23.1.2025 לנציב שב"ס ודרש לחדש באופן הדרגתי את ביקורי בני המשפחה בבתי הכלא. במכתב פירט המוקד את ההשלכות הקשות שיש למניעת הביקורים הן על הכלואים והן על בני המשפחה, וכן פרס את התשתית החוקית המחייבת את חידוש הביקורים.

העתק מכתבו של המוקד מיום 23.1.2025 מצורף ומסומן ע/2.

23. ביום 13.2.2025 התקבל מענה מטעם שירות בתי הסוהר. במכתב דחה שב"ס את הדרישה לחידוש הביקורים מכל וכל. לאחר פירוט נרחב למדי של הנסיבות הביטחוניות שהובילו לקבלת ההחלטה הראשונית על הפסקת הביקורים, נטען כי יש בידי שב"ס חוות דעת ביטחוניות כי חידוש הביקורים מסוכן הוא, ולכן נציבות שב"ס סומכת ידה על חוות דעת זו ולא רואה מקום לחדש את הביקורים. בנוסף, נטען במענה לנימוקים המשפטיים שבבסיס הדרישה לחידוש הביקורים כי החלטת הנציבה מיום 16.10.2023 גוברת על כל הוראה שמקורה במשפט הבינלאומי, מאחר שעל פי הדין החל בישראל "הוראת חוק פנימית" גוברת על הוראה מהמשפט הבינלאומי.

העתק המענה מטעם שב"ס מצורף ומסומן ע/3.

24. ביום 25.2.2025 נשלח מענה לשב"ס (וכמו במכתב הראשון, נשלחו העתקים ליועצת המשפטית לממשלה ולמתאם פעולות הממשלה בשטחים). במענה שב המוקד ודרש לשקול חידוש הדרגתי של הביקורים, גם בצל מצב החירום השורר במובנים רבים בארץ. המענה התייחס הן לצורך בשקילת שיקולים של זכויות אדם גם בעיתות חירום, בפרט נוכח העובדה שהעת נמשכת, והן לאופן בו החלטות מינהליות צריכות לעמוד בדרישות הדין, הן הישראלי והן הבינלאומי.

העתק המענה שנשלח לשב"ס מצורף ומסומן ע/4.

25. ביום 10.4.2025 השיב שב"ס למענה של המוקד מסוף חודש פברואר. בתשובתו, שב הארגון על עמדתו לפיה הוא עומד על כך שביקורי המשפחות לא יחודשו עד הודעה חדשה.

העתק תשובת שב"ס מיום 10.4.2025 מצורף ומסומן ע/5.

26. כאמור, בראשית חודש אוקטובר הושג סופסוף הסכם הפסקת אש, והמלחמה שככה. אולם, ההחלטה למנוע את קשרי המשפחה של האסירים הפלסטינים מהשטחים עם בני משפחותיהם נותרה על כנה. לכן, שב המוקד ופנה אל המשיבים, בדרישה כי שינוי הנסיבות יילקח בחשבון, וכי מתווה ביקורי המשפחה יחודש באופן הדרגתי, לאחר שנתיים ארוכות של נתק מוחלט בין בני המשפחה ליקיריהם הכלואים. מאז הפנייה הנוספת של המוקד להגנת הפרט לא התקבלה כל התייחסות נוספת מטעם הרשויות.

העתק פנייתו של המוקד מיום 25.10.2025 מצורף ומסומן ע/6.

27. ברי כי המצב בו אין ביקורים, או כל קשר אחר, בין הכלואים לבין בני משפחותיהם נמשך, כפי שעולה מביקורים שעורכים עורכי דין מטעם המוקד אצל אסירים ועצורים פלסטינים המסווגים כ"ביטחוניים", ביניהם קטינים.

לאור כל האמור לעיל, לא נותרה לעותרים ברירה והם נאלצים לפנות לבית משפט נכבד זה, בבקשה כי יורה למשיבים לחדול מהפגיעה, הנמשכת זה יותר משנתיים, בזכויות בסיסיות של בני המשפחה של הכלואים, ושל הכלואים 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 זיב מרעי דיראני, תק-על 2011(3), 1298, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, להלן: פרשת דיראני).

החזקתם של האסירים הפלסטינים בתוך ישראל

28. 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.

29. 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.

30. 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).

31. 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, בפסקאות 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**.

32. 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 בידועין, בצעד בירוקראטי שאינו מוגבל בזמן, את זכותם לביקורים של קבוצה גדולה אסירים ושל בני משפחותיהם.

33. 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.

34. לא זו אף זו, מרביתם של האסירים המסווגים כ"ביטחוניים" הם "תושבים מוגנים" בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטארי. סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית מגדיר "מוגנים" כמי שמוצאים עצמם בשעת סכסוך או כיבוש בידי אחד מבעלי הסכסוך או אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיה של אותו בעל סכסוך או מעצמה כובשת.

35. עקרון בסיסי במשפט הבין לאומי הינו האבחנה בין **לוחמים** – עליהם חלות ההגנות המנויות באמנת ג'נבה השלישית (1949) והכללים להגנה על שבויי מלחמה – לבין **אזרחים** – החוסים תחת ההגנות של אמנת ג'נבה הרביעית.

36. **באשר לכלואים מהגדה המערבית**, אין כל ספק באשר לתחולת הוראות אמנת ג'נבה הרביעית עליהם בהיותם תושבים "מוגנים" מכוח דיני התפיסה הלוחמתית (ראו: דג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' מוחמד עליאן** (9.9.2019); בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (9.6.2020)).

37. כפי שהוסבר לעיל, המשיבים הכירו במחויבותם לאפשר ביקורי משפחה אצל האסירים הפלסטינים מאז 1969 מכוח הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך, לדוגמה, בעתירה שעסקה בתנאי כליאת עצורים מהגדה המערבית במתקן עופר במהלך מבצע "חומת מגן" בית המשפט קבע: "כידוע, מדינת ישראל רואה עצמה מחויבת על פי ההוראות ההומניטריות שבאמנה זו. על מחויבות זו חזר בא כוח המשיב גם בעתירה שלפנינו. ברור שההוראות של אמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בתנאי מעצר הן בעלות אופי הומניטרי, ועל כן יש לנהוג על פיהן." (בג"ץ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית**, פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק (18.12.2002) (להלן: עניין מתקן עופר)).

38. ההכרה בחובתה של ישראל ליידע את משפחתו של העצור הביאה את המפקד הצבאי לעגן חובה זו בנוהל. בבג"ץ 670/89 **עודא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** (21.11.1989) (להלן: עניין **עודא**) התקשו רשויות הצבא בעמידה בחובת ההודעה, בשל אירועי האינתיפדה הראשונה. לכן הותקנו נהלים מסודרים כדי שהצו הצבאי יגשים את הוראות החוק הבינלאומי: "כדי למלא ביתר דיוק את חובת ההודעה מטעם המשיבים והבאת תוכנה לידיעת קרובי העצורים הוצאו הוראות נוהל מפורטות, שעניינן 'הודעה על מעצר למשפחות העצורים ולצלב האדום'" (פסקה 3 לפסק הדין).

39. עוד יש להדגיש, כי הדדיות אינה תנאי לקיום ההוראות ההומניטריות באמנה ואין בעובדה שצד לסכסוך מפר את הוראות האמנה כדי להתיר לצד השני להפר גם הוא את ההוראות (בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999); והשוו עוד לאמור בסעיף 58(1) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה). התבטאויות נציבת שב"ס והשר לביטחון לאומי בזמן שהוכרז על מצב החירום הכליאתי מלמדות על כך שהחלטה על הפסקת הביקורים היא סנקציה אשר הוטלה בעקבות החטיפה של 240 ילדים, נשים וגברים על ידי חמאס

ומניעת גישה אליהם. אלא שהוראות אלה אינן תלויות בהדדיות, והפרתן על ידי חמאס אינה משחרר את ישראל מחובותיה.

הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיבים להסדירם

40. כעת ליתר פירוט בדבר הזכות של הכלואים ושל בני משפחותיהם לביקורי משפחה. 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 ישראלים 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.

41. הזכות לביקורי משפחות חלה גם ביחס לאסירים המוגדרים "ביטחוניים". בפקודת נציבות מס' 03.02.22 שעניינה "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" נקבע בסעיף 17:

17.א. (1) בהתאם לסעיף 116 לאמנת ז'נבה הרביעית, ככלל, אסירים יורשו לקבל ביקורי משפחה מדרגת קירבה ראשונה בלבד, בהתאם לכללים המפורטים בסעיף זה להלן. קירבה ראשונה לעניין סעיף זה: הורים, בן/בת זוג, ילדים, אחים/אחיות, סבא וסבתא. (2) כניסתו של מבקר שהינו תושב איו"ש או אזח"ע (לרבות שטחי רש"פ) מותנית בהצגת היתר כניסה לישראל ע"פ דין, לעניין ביקור של אותו אסיר בבית הסוהר. למניעת ספק, הוראת פסקה זו, לא תחול על מבקר שהוא תושב ישראל, לרבות מזרח ירושלים

42. 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...

43. 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.**

44. כללי מנדלה אשר אומצו על-ידי האו"ם כסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים בשנת 2015 (להלן: כללי מנדלה) קובעים בכלל 58 :

Prisoners shall be allowed, under necessary supervision, to communicate with their family and friends at regular intervals: (a) By corresponding in writing and using, where available, telecommunication, electronic, digital and other means; and (b) By receiving visits.

45. 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)).

46. 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

זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

47. 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 אחיד לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיד' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיד ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו. (בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832; וראו גם: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153; עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490).

48. 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".

49. 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.**

50. גם על פי כללי מנדלה, נקבע העיקרון לפיו אסירים זכאים לכל זכויות האדם מלבד אלו הנשללות מעצם המאסר עצמו. בכלל 1 נקבע כי:

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

ועל פי כלל 3 :

Imprisonment and other measures that result in cutting off persons from the outside world are afflictive by the very fact of taking from these persons the right of self-determination by depriving them of their liberty. Therefore the prison system shall not, except as incidental to justifiable separation or the maintenance of discipline, aggravate the suffering inherent in such a situation.

שיקולי ביטחון הם יחסיים ואינם מוחלטים

51. המשיבים סומכים ידיהם על שיקולי ביטחון בבואם לבטל לחלוטין את האפשרות של הכלואים ושל בני משפחותיהם לשמור על קשרי משפחה. המשיבים, כנציגי המדינה, רשאים, כמובן, לשקול שיקולי ביטחון, אולם הביטחון אינו ערך מוחלט ויש לאזנו מול שיקולים אחרים. ראו לעניין זה, למשל, בג"ץ 5672/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, תק-על 2004(2) 448, 451, שם נקבע :

ואכן, הביטחון הוא ערך יסוד בחברתנו... אך בדומה לזכויות האדם אף ערך זה אינו מוחלט, נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו.

52. בהמשך דבריו נותן השופט חשין דוגמא מבג"ץ 188/53 אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוזדור ירושלים, פ"ד ז(2) 941, 943, שם נקבע כי :

אין כל קסם במילים 'טעמי ביטחון' ו 'מצב ביטחוני' וכל כיוצא בביטויים אלה, כדי הצדיק את פעלה של הרשות המוסמכת ולמנוע בית משפט זה מלעמוד על צדקתם של דברים ומעשים. אם יתחוויר לו, לבית המשפט, כי מילים אלה משמשות רק מסך-הסוואה לשרירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי חוקיות, לא יהסס לקבוע זאת ברורות וגלויות, לשם האמת, כדי שיעשה צדק לאזרח שנפגע ללא חוק.

53. גם לפי כלל 43(3) לכללי מנדלה, הגבלה של ביקורי משפחות יכולה להיות לגיטימית רק היא מידתית ומוגבלת בזמן :

Disciplinary sanctions or restrictive measures shall not include the prohibition of family contact. The means of family contact may only be restricted for a limited time period and as strictly required for the maintenance of security and order.

54. ודאי שמניעה של כל קשר, ולו עקיף, בין אדם כלוא ומשפחתו ובין המשפחה למידע רלוונטי לגבי מצבו של הכלוא, בפרט בהינתן המצב הקשה בבתי הכלא בישראל, מהווה איזון לא ראוי ולא מידתי בין שיקולי הביטחון לשיקולים אחרים ודינה להיפסל.

פגיעה בזכויות אסירים ועצורים במצבי חירום

55. להווי ידוע כי מצבי חירום אינם זרים למדינת ישראל. למרבה הצער, קיים נוהג להיתלות במצבי חירום על מנת לפגוע בזכויות אדם באופן בלתי ענייני, והדבר נעשה ביד קלה במיוחד, כשמדובר בזכויותיהן של אוכלוסיות מוחלשות שאינן מיוצגות במנגנונים הדמוקרטיים ובמנגנוני קבלת ההחלטות. למעשה, לטענת המדינה עצמה - המצב הביטחוני בישראל מעורער חלק ניכר מהזמן (להרחבה ראו: יופי תירוש, "תקופה מתקתקת": תפיסות שיפוטיות של הזמן הלאומי והשפעתן על זכויות אדם בישראל, **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** י"ב (291-334) (2017)). על כן, אסור שהמילים "מצב חירום", בדומה ל"שיקולי ביטחון", יהפכו למילות קסם המתירות כל רסן של חוקיות, מידתיות והגינות. אם נאמר אחרת נימצא מתירים רסנים אלה כל שני וחמישי, כך ששלטון החוק וזכויות האדם יהפכו לאות מתה. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שהושגה הפסקת אש, אולם אין כל סימן לכך שהמדיניות שמצב החירום הביא בחובו עומדת להשתנות.

56. רטוריקת החירום משמשת גם להגדלת הריכוזיות בתהליכי קבלת ההחלטות, תוך התעלמות מסדרי מנהל תקינים. במסגרת תופעה זו, פעמים רבות לא מתקיים קשר ענייני בין מצב החירום – לבין הפגיעה בזכויות קבוצות מיעוט וקבוצות מוחלשות, אך מצב ההלם בו נמצא הציבור, תחושת הדחיפות והתחושה כי "בעת חירום לא ניתן לעסוק בזוטות" מכריעה פעמים רבות את הכף. המדינה אף טענה בעבר כי נסיבות אובייקטיביות הקשורות במצב הביטחוני או הפלילי במדינת ישראל מהווה נסיבה שמאפשרת פגיעה בצרכים המינימאליים של אסירים (בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים**, סב(1) 76(2007), פסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

57. בית המשפט העליון אמנם הכיר באפשרות להגביל זכויות כלואים במקרים נדירים מטעמים מיוחדים הנובעים – כלומר, מקיימים קשר סיבתי עם - מנסיבות חירום והשלכותיהן, אך הגביל אפשרות זו בקבעו כי: "תכלית הפגיעה בזכויות האדם של האסיר לעולם אינה אמורה להוסיף על הענישה שנקבעה מכוח הדין. הלגיטימיות שלה מותנית בכך שהיא מתחייבת כפועל יוצא משלילת החירות הנילוות למאסר, או שהיא נדרשת לצורך השגת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין" (**שם**), פסקה 11 לפסקה דינה של השופטת). עניינה של אותה פרשה היה החובה לספק מיטה לכל אסיר **בכל עת**, גם בתקופות בהן יחולו אירועים פשיעה או אירועים ביטחוניים חריגים. בית המשפט הדגיש, שפגיעה בצרכים המינימאליים האנושיים שזכאי לו כל מי שנמצא במשמורת המדינה בשעת מצבי חירום לאומיים, תיעשה רק במקרים **בלתי נמנעים**, וגם זאת - מכוח הסמכה בדין ובהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה, פסקה 8 לבחוק יסוד: כבוד האדם (**שם**), פסקאות 28-29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

58. כך למשל, במהלך משבר הקורונה, שהשפיע על כל פן בשגרת החיים בישראל ובעולם, ויצר חשש כבד להדבקה נרחבת ומסכנת חיים בתוך מתקני הכליאה, בתי המשפט עמדו על כך שתנאי הכליאה והמעצר ייוותרו כפופים להגנות הקבועות בדין. בהתאם להצהרת שב"ס, בית משפט נכבד זה מצא כי "שירות בתי הסוהר נערך למצב וגייש הנחיות וכללים סדורים ומפורטים, שאותם הוא מיישם בפועל. זאת, תוך התייעצות עם הגורמים הרלוונטיים במשרד הבריאות. כמו כן, נערכו תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה) בנושאים שונים הרלוונטיים לקבוצת האסירים והעצורים, ... עולה כי הוקדשו מחשבה והקפדה גם יחד." (בג"ץ 2234/20 **לשכת עורכי הדין נ' השר לבטחון**

פנים (6.4.2020)). דבר מכל אלה לא נעשה בענייננו, ולו למראית עין. ההחלטות והמדיניות מושא עתירה זו התקבלו באופן מיידי וגחמני מיד עם פרוץ הלחימה. בשוך הקרבות אין כל סימן לשינוי.

59. הפגיעה בזכויות הכלואים בענייננו, על כל חומרתה, נעשתה ועודה נעשית בקלות דעת ובשרירות לב, היא חורגת באופן גס ממתחם הסבירות והמידתיות, וקיים חשש כבד לכך שבקבלתה עורבו שיקולים זרים.

אין מקום לענישה כפולה, הן בשלילת חירות והן בתנאי החזקה

60. העובדה שהכלואים מנותקים כמעט לחלוטין מן העולם החיצון בכלל, ומבני משפחותיהם בפרט, מהווה ענישה נוספת, בלא החלטה מינהלית פרטנית. ונזכיר, מדובר בחלק ניכר מהכלואים אשר לא נשפטו ולא הורשעו, שמוחזקים במעצר מינהלי.

61. בעניין זה יפים גם דברי כבוד השופט סולברג שנכתבו במסגרת בג"ץ 158/21 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים** (31.1.21), שעסק בחיסונים נגד קורונה לאסירים:

כתוב בתורה: "כי יהיה ריב בין אנשים ונגשו אל המשפט ושפטו, והצדיק את הצדיק והרשעו את הרשע. והיה אם בן הכות הרשע והפילו השפט והכהו לפניו כדי רשעתו במספר. ארבעים יפנו לא יסיף, פן יסיף להכתו על אלה מכה רבה ונקלה אחיד לעיניך" (דברים כה, א-ג). על כך נאמר במדרש ספרי (מהדורת פינקלשטיין, פסקה רפו, 304): "רבי חנניה בן גמליאל אומר: כל היום הכתוב קורא אותו 'רשע', שנאמר: והיה אם בן הכות הרשע [...] אבל משלקה – הכתוב קורא אותו 'אחיד'". "וניקלה אחיד לעיניך" – משלקה, הרי הוא כאחיד" (משנה, מכות ג, טו). כך מורה אותנו המשפט העברי, להתייחס אל הרשע לאחר שלקה ונענש, כאל אח; "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"

62. כמו כן יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בבבג"ץ 2245-06 **דוברין נ' שב"ס** (13.6.06):

אין זה בגדר סמכותו של שירות בתי הסוהר לענוש את העסיר מעבר לענישה שנגזרה עליו בזר הדין על דרך צמצום זכויות האדם הנתונות לו גם בהיותו אסיר. טעמים של הוקעת שפלות מעשי העבירה שביצע אינם מספקים היתר לכך.

הזכות לחיי משפחה

63. מניעתה המוחלטת של 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.

64. 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 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'.

65. 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

66. 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 נז(2) 157, 164).

67. 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

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).

68. 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 ויושמו 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).

69. **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 המסווגים כ"ביטחוניים" לפגוש את יקיריהם הכלואים.

70. 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.

71. 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).

72. כלומר, על המשיבים להראות, כי מדיניותם הגורפת בדבר שלילת זכותם של העותרים ושל יתר בני המשפחה של האסירים הפלסטינים המסווגים כ"ביטחוניים" 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.

73. **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.

74. 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 מקום מגוריהם המקורי של האסירים אותם מבקשים בני המשפחה לבקר בכלא.

75. בפסיקות 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).

76. 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.

77. 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 פלסטינים 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 כדין" (סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

78. 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.

79. כפי שצינו לעיל, על המשיבים להראות כי ההגבלה על מתן היתרי כניסה לישראל לבני משפחה של אסירים המסווגים כ"ביטחוניים" מבוססת על אדנים יציבים של ראיות ונתונים.

80. 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".

81. יישום הדברים בענייננו מעלה כי המשיבים בחרו "בדרך הקלה": איסור גורף על ביקורים לכלל בני המשפחה של כלל האסירים הביטחוניים. העובדה שההיתרים שהמפקד הצבאי מוסמך לתת לעותרים, מונפקים 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.

82. 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.

83. 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).

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

85. 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).

86. המחיר הכבד שמשלמים העותרים, ואחרים כמותם, שמתלווה ליישומה של מדיניות המשיבים בדבר איסור הביקורים בבתי הכלא, הוא ודאי, 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

87. החלטתם של המשיבים לאסור על העותרים, ועל אחרים כמותם, לבקר את קרוביהם הכלואים, מהווה אפליה פסולה. מדיניות זו מהווה הרעת תנאי מאסר לכלל האסירים המסווגים כ"ביטחוניים", בהשוואה לאסירים הפליליים, אך ורק בשל סיווגם זה.

88. 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).

89. 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**).

90. 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 הכלואים במשמורת שב"ס, מהווה על פניה 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 שוויון 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 2006(2), 1559, בעמוד 1578).

91. 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.

92. בסעיף 26 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המציין ספציפית את איסור האפליה על-בסיס השתייכות לאומית-חברתית, 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.

93. בעניין ההבחנה בין אסירים ביטחוניים לבין אסירים פליליים, בית המשפט הנכבד קבע שוב ושוב כי לא קיימת הצדקה להבחנה מעצם הסיווג, אלא רק כאשר ההבחנה מתחייבת מיוחדת של הפשיעה בתחום הטרור והסיכון הייחודי הנובע מעבירות אלה, אשר יש בהן להצדיק במקרים מסוימים התייחסות שונה (רע"ב 4779/17 אבו-צעלוק נ' שירות בתי הסוהר (22.3.2020); דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שירות בתי הסוהר (14.4.2015) (להלן - עניין צלאח)).

94. בית המשפט הנכבד הבהיר כי אין להטיל על אסירים ביטחוניים הגבלה כלשהי, ככל שהיא לא נדרשת משיקולים ביטחוניים "אלא נובעת רק משיקולים של ענישה או נקמנות, או אם היא פוגעת באסיר מעבר למידה הנדרשת על-ידי שיקולים ענייניים" (עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, ד"פ 501 492, (נ) 4 (1996)).

95. בעניין שלילת הלימודים של אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה השתכנע בית המשפט כי ההחלטה התבססה על טעמים ביטחוניים, אולם הבהיר כי "החלטה להטיל מגבלות מיוחדות על אסירים ביטחוניים אינה יכולה להיות שרירותית. ככל החלטה מינהלית, גם החלטה כזו צריכה לעמוד באמת מידה של סבירות ומידתיות. לפיכך, ההלכה הנוהגת היא, כי יש מקום להבדיל בין אסיר ביטחוני לבין אסיר פלילי בנוגע לתנאי המאסר רק אם הדבר מתחייב מצורכי סדר וביטחון או לפי שיקולים ענייניים אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים אלה" (עניין צלאח, פסקה 15 לפסק דינה של הש' נאור).

96. השורה התחתונה ברורה – אפליית לרעה של קבוצת אסירים אחת, אך ורק על-בסיס סיווג פנימי של שב"ס, שמבוסס על מוצאם של הכלואים, אינה יכולה לעמוד.

האיסור על ענישה קולקטיבית

97. החלטת המשיבים לנתק את העותרים, ואת יתר בני המשפחה של האסירים המסווגים כ"ביטחוניים", מקשר כלשהו עם יקיריהם הכלואים בישראל, מהווה ענישה קולקטיבית הן של הכלואים, הן של בני משפחותיהם. זאת, מאחר שזהו עונש המוטל על כלל חברי קבוצה של אנשים המונה עשרות אלפי בני אדם, בלא בחינה אינדיבידואלית.

98. 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.

99. 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.

100. 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)).

101. 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).

102. אף סעיף 75(2)(d) 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)).

103. כללים 37 ו-39 לכללי מנדלה, העוסק במשמעת וענישה, קובע חד-משמעית כי לא ניתן להעניש אסיר אלא על-פי חוק, ועל-סמך מעשה עליו אחראי האסיר עצמו :

Rule 37: The following shall always be subject to authorization by law or by the regulation of the competent administrative authority: (a) Conduct constituting a disciplinary offence; (b) The types and duration of sanctions that may be imposed; (c) The authority competent to impose such sanctions; (d) Any form of involuntary separation from the general prison population, such as solitary confinement, isolation, segregation, special care units or restricted housing, whether as a disciplinary sanction or for the maintenance of order and security, including promulgating policies and procedures governing the use and review of, admission to and release from any form of involuntary separation.

104. **Rule 39: 1. No prisoner shall be sanctioned except in accordance with the terms of the law or regulation referred to in rule 37 and the principles of fairness and due process. A prisoner shall never be sanctioned twice for the same act or offence. 2. Prison administrations shall ensure proportionality between**

אוסרים באופן מפורש גם על ענישה קולקטיבית. כלל 43 קובע כך :

Rule 43: 1. In no circumstances may restrictions or disciplinary sanctions amount to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The following practices, in particular, shall be prohibited: (a) Indefinite solitary confinement; (b) Prolonged solitary confinement; (c) Placement of a prisoner in a dark or constantly lit cell; (d) Corporal punishment or the reduction of a prisoner's diet or drinking water; (e) Collective punishment.

105. אם כן, החמרת תנאי מאסרם, הקשים ממילא, של האסירים ה"ביטחוניים" הפלסטינים, בדמות ניתוקם המוחלט 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"

106. כאמור לעיל, העילה הראשונית להפסקת הביקורים של בני המשפחה בבתי הכלא היתה פרוץ המלחמה ומצב החירום ששרר בארץ. מאז חלפו חודשים ואף שנים, המלחמה הסתיימה, וכפי שעולה מהתכתובת שנוהלה אל מול שירות בתי הסוהר, אין כל כוונה לשנות ממנה בעתיד הנראה לעין. מאז ההכרזה על מצב חירום, וכן מקריאה של מענה של שבי"ס, עולה כי כעת הסיבה המרכזית העומדת בבסיס המדיניות עברה מטמורפוזה ואינה נעוצה אך ורק בסיכון ביטחוני קונקרטי, אלא מהווה חלק ממערכת הלחצים מול חמאס. שלילת זכויות יסוד מבני אדם באופן קולקטיבי, לצרכי ענישה שאינם נעוצים בנענש עצמו, אינה בין האמצעים המותרים במדינה שומרת חוק (ראו בג"ץ 3390/16 עדאלה נ' הכנסת (8.7.2021)).

107. 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 ונעדריהם. 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 ונעדריהם, אין בה – במסגרת החוק העומד לדיון בעתירה זו – כדי להכשיר את כל האמצעים. לא ניתן – במצב החוקי שבפינו – 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 תהלוך את ערכינו היסודיים (ד"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 744).

108. 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).

109. 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 אויבנו... 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 יתרוננו שלנו (בג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, 775).

110. לאור כל האמור לעיל, ברי מדוע מדיניות המשיבים, המונעת מהעותרים ומאחרים כמותם קשרי משפחה עם יקיריהם הכלואים, אך ורק על-בסיס סיווגם של הכלואים כ"ביטחוניים", אינה יכולה לעמוד.

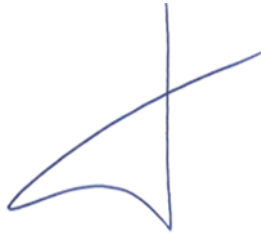
סיכום

111. ב-7.10.2023 השתנו פניה של הארץ הזו לבלי הכר, בעקבות המתקפה הברוטאלית של חמאס על חבל הארץ השכן לרצועת עזה. המלחמה שפרצה אז הסתיימה, אולם אותותיה ניכרים. אולם, לא ניתן להלום מצב בו השפעותיה הרעות של המלחמה תימשכנה גם לאחר ששכנה, שלא לצורך. בשל כניסתה של הפסקת האש לתוקף, על המשיבים ללמוד להתאים את התנהלותם למציאות, כך שתעמוד בדרישות הדין. לא ניתן, תחת מעטה של מצב חירום שאין לו סוף, למנוע לנצח זכויות יסוד מאלפי כלואים המוחזקים במשמורת של מדינת ישראל, ושל עשרות אלפי בני משפחותיהם, של ישראל יש כלפיהם מחויבות חוקית הן מכוח היותה כוח כולא, הן מכוח היותה כוח כובש. בין הכלואים מהם נמנע קשר עם העולם החיצון ישנם רבים, רבים מאוד, שנכלאו עוד בטרם פרצה המלחמה; יש ביניהם קטינים רבים; נשים; עצורים שכלל לא נשפטו ומוחזקים במעצר מינהלי. גם כך תנאי כליאתם דורדרו במתכוון מאז פרצה המלחמה, אולם המשך ניתוקם מהעולם החיצון הוא צעד אכזרי ובעל השפעה קשה, שיש לפעול להפסיקו בחלוף העתים. על כן נדרשת התערבותו של בית משפט נכבד זה.

112. בשל מגבלות התנועה בין השטחים לישראל נחתמו תצהיריהם של העותרים בפני עורך-דין במקום מגוריהם. התצהירים וייפוי הכוח נשלחו למשרדי המוקד להגנת הפרט באמצעות אפליקציית "וואטסאפ". 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, 17 בנובמבר 2025



דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 1064562)