

בעניין:

ברגותי

מספר אסיר בשב"ס _____

מוחזק בכלא רמון

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן ארי
(מ"ר 37566) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או עידו
בלום (מ"ר 44538) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה
דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או
בנימין אחסתרובה (מ"ר 58008) ו/או טליה יהודה (מ"ר
56918)

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

טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותר

- נגד -

שירות בתי הסוהר

ע"י פרקליטות מחוז דרום

המשיב

עתירת אסיר

מוגשת בזאת עתירת אסיר, לפי סעיף 62א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כדלקמן:

א. לבטל את האיסור על ביקורים שהוטל על העותר, המונע ממנו לקיים קשר עם בני משפחתו, לרבות אשתו וילדיו הקטינים;

ב. לחלופין, לאפשר לאשתו של העותר וילדיו הקטינים לבקר אותו במקום כליאתו.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה. בעתירה מלין העותר על כך שהמשיב אוסר עליו לקבל ביקורי משפחה בכלא בו הוא חבוש. **העותר מנוע מכל ביקור משפחתי מזה כשלוש שנים**, כאשר גם הביקור שהתקיים בפברואר 2009 התאפשר רק עקב התערבותו של המוקד להגנת הפרט ושל ארגון הצלב האדום הבינלאומי. זאת ועוד, אשתו וילדיו הקטינים הם בני המשפחה היחידים שבאפשרותם לבקרו. מניעת ביקורי משפחה מהעותר חוסמת בפניו לחלוטין את האפשרות לממש את זכותו לחיי משפחה ופוגעת גם באשתו וילדיו, אשר לא ראו אותו, כאמור, מזה כשלוש שנים. לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לבקשה.

ואלה נימוקי העתירה

בידודו של האסיר מן החברה כדי להגשים את תכליות הענישה גוזר עליו גם בידוד משפחתי מבן זוגו, מילדיו, וממשפחתו במעגל הרחב יותר. **אולם גם בהינתן הגבלה אינהרנטית זו למאסר, קיומה של זכות אדם למשפחה ולהורות מחייבת צמצום היקף הפגיעה בה ככל הניתן,**

ובגבולות ההכרחיים בלבד, כגון בדרך של מתן היתרים מבוקרים לביקורי משפחות אצל אסירים, יציאה לחופשות בהתקיים תנאים מוגדרים, העמדת אמצעים המאפשרים התייחדות בין בני זוג, וכיוצא באלה. בכך, נשמרת מידתיות הפגיעה בזכות האדם, המתחייבת באורח מובנה מעצם שלילת החירות הנילווית למאסר.

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

רקע

1. החל מתחילת האינתיפאדה השנייה, בחודש אוקטובר 2000, ועד לחודש מרץ 2003, לא התאפשרו ביקורים של תושבי הגדה אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראליים. בעקבות בג"ץ 11198/02 **דיריה נ' מפקד מתקן הכליאה הצבאי עופר**, תק-על 2003(3), 2099, החל מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (להלן: **המפקד הצבאי**), באופן הדרגתי, לאפשר ביקורי בני משפחה אצל קרוביהם הכלואים. מאז חודשו הביקורים, בני זוגם של הכלואים היו בין המורשים לבקר בבתי הכלא. קטינים מתחת לגיל 16, שהם ילדיו של כלוא, רשאים אף הם לבקר.
2. הביקורים בכלא מאורגנים אך ורק באמצעות ארגון הצלב האדום הבינלאומי (להלן: **הצלב האדום**). על פי הנוהל הרגיל, כאשר מאושרת בקשה לביקור בכלא, מקבל המבקר מהמפקד הצבאי היתר כניסה לישראל, שתקף לשנה. על פי נוהל מיוחד לתושב השטחים, המוגדר כ"מנוע כניסה לישראל", אם נמצא כי לא קיימת מניעה להתיר לו לבקר בכלא, מונפק לו היתר כניסה חד פעמי לישראל לצורך ביקור בכלא, שתוקפו 45 יום. היתר זה, אשר מועבר גם כן באמצעות הצלב האדום, מאפשר ביקור אחד בכלא במהלך 45 הימים. בתום הביקור, מוחתם ההיתר בכלא ובכך פג תוקפו. על מנת לבקר פעם נוספת בכלא, מגיש המבקש בקשה חדשה במסגרת אותו נוהל.
3. בפועל, משך הנפקת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בכלא במסגרת הנוהל המיוחד למוגדרים כ"מנועי כניסה לישראל", אורך לפחות ארבעה חודשים, ובדרך כלל הרבה יותר.

הצדדים ומיצוי ההליכים

4. העותר, יליד 1972, נעצר במרץ 2003 ונדון ל-67 מאסרי עולם. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא רמון, הנמצא באחריות המשיב.
5. אשתו של העותר, הגב' _____ אלג'מל (ת"ז _____), ילידת 1972 מרמאללה, מעולם לא נעצרה ולא נחקרה.
6. בנוסף, לעותר ולאשתו שלושה ילדים קטינים, בני 12, 10 ו-8, אשר אינם מבקרים את העותר בשל האיסור על ביקורים המוטל עליו.
7. הגב' אלג'מל נתקלה בקשיים רבים בבואה לקבל היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בעלה הכלוא. היא פנתה לראשונה למוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**) בחודש יוני 2005, וכעבור שמונה חודשים תמימים של התכתבויות בעניינה, בין המוקד לבין הצבא, זכתה להיתר מהמפקד הצבאי,

לתאריכים 8.2.06-24.3.06. במסגרת היתר זה זכו הגבי אלג'מל וילדיה לראות את העותר לראשונה מאז מעצרו.

8. לאחר שפג תוקפו של היתר זה, **שהונפק כמעט שלוש שנים לאחר מעצרו של בעלה**, הגישה הגבי אלג'מל בקשה חדשה להיתר במשרדי הצלב האדום, בחודש מרץ 2006. שוב לא התקבל בעניינה כל מענה, ושוב נאלצה הגבי אלג'מל לפנות למוקד. לאחר דין ודברים ממושכים, שארכו כשמונה חודשים, בין המוקד לבין המפקד הצבאי ורשויות השב"ס, עלה כי הגורמים הללו מסרבים להיתר לאשה וילדיה לבקר את העותר בשנית. מכאן, שלא נותרה כל ברירה אחרת זולת עתירה לבג"ץ, במטרה להביא לכך שאשת העותר וילדיה יוכלו לשוב ולבקר את העותר (בג"ץ 3480/07, הוגש ביום 19.4.07). בספטמבר 2007, מעט לפני הדיון שנקבע בעתירה, הודיע השב"ס למוקד כי הוא מוכן לאפשר "ביקור חד-פעמי" של האשה והילדים אצל העותר. כך אכן קרה, ולאחר עיכובים רבים נערך הביקור בחודש דצמבר 2007. בעקבות זאת נמחקה העתירה.

9. לאחר ביקור זה, **השני במספר מאז נעצר העותר במרץ 2003**, הגישה הגבי אלג'מל בקשה נוספת במשרדי הצלב האדום בחודש ינואר 2008. אף זו הפעם, הטיפול בבקשתה ארך לא פחות **משנה תמימה**, ולאחר התערבותו של המוקד קיבלה הגבי אלג'מל את ההיתר הנכסף, שהיה בתוקף בתאריכים 19.2.09-6.1.09. במהלך תוקפו של ההיתר הנ"ל, עלה בידי הגבי אלג'מל לבקר את בעלה בכלא, בליווי ילדיהם, ביום 16.2.09. **מאז ועד היום, כשלוש שנים תמימות, לא קיבל העותר כלל ביקורי משפחה; כלומר, העותר "זכה" לשלושה ביקורי משפחה במשך שמונה שנים.**

10. כאן המקום להוסיף, כי בחודש דצמבר 2008 הגיש העותר עתירת אסיר באמצעות המוקד (עת"א 6378/09). דא עקא, העתירה נדחתה ביום 21.4.10. ביום 1.3.11 הגיש המוקד עתירה נוספת בשמו לבית המשפט הנכבד (עת"א 962-03-11). אף עתירה זו נדחתה ביום 3.5.11.

11. למעלה מחמישה חודשים לאחר דחיית העתירה, פנתה הגבי אלג'מל למוקד, ובפיה בשורה משמחת – היא קיבלה סופסוף היתר ל-45 יום מהמפקד הצבאי לכניסה לישראל לצורך ביקור בעלה הכלוא. לאור זאת, פנה המוקד לקצינת האסירים המחוזית של מחוז דרום אצל המשיב, במטרה לברר האם הוסרה מעל העותר מניעת הביקורים.

העתק הפנייה, מיום 1.11.11, מצורף ומסומן ע/1.

12. ביום 2.11.11 התקבלה במוקד תשובתה של קצינת האסירים, בה נמסר כי העותר עודנו "שלול ביקורים", ולכן אשתו וילדיו אינם יכולים להיכנס לכלא ולבקרו. להארכה החוזרת של מניעת הביקורים לא ניתן כל נימוק.

העתק תשובת המשיב מצורף ומסומן ע/2.

13. ביום 13.12.11 ביקר הח"מ את העותר בכלא רמון, ושם אמר לו העותר כי מניעת הביקורים עודנה מוטלת עליו, וכי מזה למעלה משלוש שנים שקשריו עם אשתו וילדיו נותקו למעשה.

לפיכך, לא נותרה לעותר, אשר לא ראה את אשתו וילדיו הקטינים מזה שלוש שנים, ולא קיבל ביקור משפחתי כלשהו במשך כל אותה תקופה, כל ברירה, זולת פנייה לבית המשפט הנכבד.

הפן המשפטי

התפיסה החוקתית המעגנת את זכויות האדם במעמד נורמטיבי עליון מקרינה ואוצלת גם על זכויות האדם של האסיר, ועל יכולתו לממשן במסגרת הכלא. ביסוד השיטה החוקתית בישראל מובנית ההנחה כי אין לשלול או לגרוע מזכויות יסוד הנתונות לאדם אלא אם כן קיים אינטרס נוגד מוכר, פרטי או ציבורי, רב משקל במידה כזו, המצדיק זאת. הנחה זו פועלת גם בתחום ענישת עבריינים. משמעותה היא כי **ההגנה על זכויות אדם ניתנת גם לאסירים לאחר ענישתם, ופגיעה בהם אפשרית רק מקום שאינטרס ציבורי נוגד בעל משמעות כבדת משקל, מצדיק זאת** (פרשת דוברין, עמ' 3570).

מניעת ביקורים מאסיר – המסגרת הנורמטיביות

14. על פי תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, נקבע כי:

הנציב רשאי להורות על מניעת ביקורים אצל אסיר לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים, אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי האסיר עלול לנצל ביקורים לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור.

ובתקנה 30(ד) נאמר כי:

שוכנע הנציב כי עדיין קיימת עילה למניעת ביקורים כאמור בתקנת משנה (ג), רשאי הוא לחזור ולהורות על מניעת הביקורים לתקופות נוספות כאמור.

15. סעיף 17(ד) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר 03.02.00, שכותרתה "כללים בדבר אסירים ביטחוניים" (להלן: **פקודת האסירים הביטחוניים**), חוזר על סמכות זו של הנציב למנוע ביקורים מאסיר בעילות ביטחוניות.

16. כפי שנראה להלן, שימוש בסמכות מינהלית, הנתונה במקרה זה בידיו של נציב שירות בתי הסוהר, צריכה להיעשות תוך שימת לב לסטנדרטים של סבירות ומידתיות, במיוחד אם כתוצאה מהשימוש בסמכות נפגעת זכות אדם חוקתית. בהמשך נראה עד כמה מרכזיות וחשובות הזכויות של העותר, הנפגעות כתוצאה משימוש המשיב בסמכותו, ונעמיד בספק את מידת הסבירות והמידתיות של החלטות המשיב בעניין.

הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיב להסדירם

17. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של העצורים והן של בני משפחותיהם. זוהי זכות בסיסית, הנובעת 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 מספר 04.42.00, 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.

18. וכך נקבע לעניין זה בפסק-דינה של השופטת פרוקציה 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 מתאינות בהכרח מעצם שלילת החירות הנובעת מן המאסר, פרי הסנקציה העונשית. יציאה לחופשות וביקורים של בני משפחה הם חלק מנדבכי הקשר של האדם-האסיר עם העולם ועם סביבתו הקרובה. הוא זקוק להם מעצם ברייתו. הם חלק מהווייתו כאדם; הם חלק מכבודו כאדם. הם תורמים תרומה חשובה לרווחתו ולשיקומו במהלך מאסרו.

19. הסטנדרט המינימאלי לטיפול באסירים של האו"ם (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955) קובע, בכלל 37:

Prisoners shall be allowed under necessary supervision to communicate with their family and reputable friends at regular intervals, both by correspondence and by receiving visits.

זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

20. 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: פרשת דוברין, פסי 14 לפסק דינה של השופטת פרוקציה; עע"א 4463/94 גולן נגד שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153; עע"א 4/82 מדינת ישראל נגד תמיר, פ"ד לז(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490).

21. וכך נקבע לאחרונה 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".

22. סעיף 10(1) לאמנה לזכויות אזרחיות ומדינתיות קובע כי :

All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

סעיף זה פורש על ידי הוועדה לזכויות האדם, הגוף הממונה על יישום האמנה, ב-CCPR General Comment No. 21, מתאריך 10.4.1992, באופן רחב ביותר :

[R]espect for the dignity of such persons must be guaranteed under the same conditions as for that of free persons. **Persons deprived of their liberty enjoy all the rights set forth in the Covenant, subject to the restrictions that are unavoidable in a closed environment.**

23. גם על פי סעיפים 1 ו-5 של ה-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, אשר אומצו על ידי האסיפה הכללית של האו"ם (בהחלטה 45/111 מתאריך 14.12.1990), נקבע העיקרון לפיו אסירים זכאים לכל זכויות האדם מלבד אלו הנשללות מעצם המאסר עצמו. בסעיף 1 נקבע כי :

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

ועל פי סעיף 5 :

Except for those limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, **all prisoners shall retain the human rights and fundamental freedoms set out in the Universal Declaration of Human Rights**, and, where the State concerned is a party, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, as well as such other rights as are set out in other United Nations covenants.

24. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות, בין השאר, מטעמי ביטחון, כפי שצינו לעיל. אולם, ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, תוך מתן משקל לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.

הזכות לחיי משפחה

25. מניעת ביקורי משפחות אצל יקיריהן הכלואים, פוגעת פגיעה קשה בזכות היסוד של בני המשפחה ושל הכלואים לחיי משפחה. יחס החברה לזכות לחיי משפחה היה והינו, בכל הזמנים ובכל התרבויות, כאל ערך נעלה.

26. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין עדאלה (בג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים**, תק-על 1754, (2)2006).

כך, למשל, כותב כבוד הנשיא (דאז) ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא חברתי 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 (בפסקה 12 לפסק דינה):

במידרג 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 הנותרת משמעות וטעם לחיים...

זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק, ואף לצינעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.

27. 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 ואח' 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 הרביעית; סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; הפתיח של האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989.

הגבלה על זכות יסוד – עקרונות הסבירות והמידתיות

28. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות מטעמי ביטחון. כך, תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר מקנה סמכות לנציב או לסגנו למנוע ביקורים אצל אסיר, לגביו קיים יסוד סביר לחשוד כי הוא עלול לנצל ביקורים לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה, כפי שהראינו לעיל. תקופה זו ניתנת להארכה לתקופות נוספות של 3 חודשים בכל פעם.

29. ואולם, ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת. פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה בזכות לקבלת ביקורים בכלא של העותר, הינה כדין רק אם היא עומדת במבחן הסמכות ובמבחן האיזון הראוי בינה לבין אינטרסים אחרים עליהם מופקדת הרשות. ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר (עע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נגד שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 156).

30. כובד משקל הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית תלוי במהות ההחלטה. על משקלן של הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה. היותה של החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של העותר, מחייבת את המשיב לסמוך את החלטתו על הערכות ונתונים כבדי משקל (ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

31. גם לו סבור המשיב כי מעצם העובדה כי העותר יראה את אשתו וילדיו, זאת לאחר שנתיים תמימות של מניעה, נשקפת סכנה ביטחונית כזו או אחרת, הרי שבבואו לשלול את זכות הביקור, היה על המשיב לעמוד בחובת המידתיות. עקרון זה מתמקד ביחס שבין המטרה שמבקשים להגשים, לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. אחד מנדבכי מבחן המידתיות הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. משמעות הדבר היא, כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה, יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840).

32. פירושה של חובה זו הינו חובת המשיב לבחון בחינה קפדנית ופרטנית את הראיות שבפניו; לברר היטב אם אין די בסידורי הביטחון הקפדניים הנהוגים בהסעות ובמתקני הכליאה כדי לנטרל סיכונים, אם קיימים, לרבות אי מגע ישיר בין האסיר לבין מבקריו אלא דרך מחיצת זכוכית, והעמדת משקיפים מסוהרי בית הסוהר בכדי לנטרל כל סיכון ביטחוני ממנו הוא חושש. למותר לציין אמצעי ביטחון נוספים שבידי המשיב לנקוט, והרי זו מומחיותו של המשיב. בנוסף לזאת, היה עליו לאזן בין הסיכון, מידתו והסתברותו לבין הפגיעה הקשה והוודאית בעותר ובבני משפחתו.

הפרת כללי המינהל התקין

33. הפעלת סמכות המשיב חייבת לקיים את עקרונות המשפט המנהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. בין כללים בסיסיים אלה, שהינם בגדר מושכלות ראשוניים במשפט הישראלי, ניתן לציין את חובת ההנמקה (ע"מ 10845/06 **שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה**, תק-על 2008(4), 1709; ע"מ 9135/03 **המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ**, טרם פורסם, עמ' 6 לפסק-הדין; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית**, כרך ב, 897-898 (1996)).

34. הנמקת החלטה משפרת את איכות ההחלטה, היא מאפשרת את בחינת ההחלטה על ידי גוף מבקר, היא מבטיחה אחידות ומונעת שרירות והיא חלק ממערכת יחסים תקינה שצריכה להתקיים בין המשיב לזקוקים לשירותיו. בשל חשיבותה, עוגנה חובת ההנמקה של ההחלטה המינהלית בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1959 (להלן: **חוק ההנמקות**). ואולם, גם מקום שחוק ההנמקות אינו חל בו, חובת ההנמקה חלה על הרשות, כעקרון הלכתי וכחלק מכללי הצדק הטבעי. כאשר החלטה לא נומקה, מטיל הפגם על הרשות את הנטל לבוא ולהסביר את החלטה ולהוכיח כי החלטה תקינה (בש"פ 3810/00 **גרוסמן נגד מדינת ישראל**, תק-על 2000(2) 1478, פס' 4-5; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית**, כרך ב, 905 (1996)).

35. בתשובה מטעם המשיב לא ניתן כל נימוק להחלטה למנוע ביקורים מהעותר. לאור זאת, בתשובה זו אין בכדי לענות על הרציונלים העומדים בבסיסה של חובת ההנמקה המינהלית, ובכלל זאת יכולתו של אדם שנפגע מהחלטה מינהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית (יצחק זמיר, שם).

עקרון טובת הילד

36. מניעת ביקורי ילדים אצל אביהם הכלוא עומדת בניגוד לעקרון טובת הילד. טובת הילד היא שיקול מכריע בכל החלטה מינהלית אשר יש בה השפעה על זכויותיהם ומצבם הבריאותי או הנפשי של ילדים. כך נקבע בפסיקה של בית המשפט העליון בעניין זה:

מן המפורסמות היא, כי בכל עניין הנוגע לקטין, טובתו של הקטין מהווה שיקול מרכזי במערך השיקולים שעל-פיהם יש להכריע בעניינו (ע"א 10280/01 **ד"ר ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פד נט(5) 64, פסקה 14).

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

36. עקרון העל של טובת הילד מעוגן באמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד משנת 1989, שישראל צד לה. האמנה אושררה על-ידי ישראל ביום 4.8.91, והיא נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.11.91. וכך נאמר בסעיף 1(3) לאמנה:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

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

38. בפסיקה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיב להתחשב בו עת הוא מחליט בעניין מניעת הביקורים המוטלת על העותר.

חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרום המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.
(ע"א 209/54 פרנץ שטיינר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1), 241, עמ' 251-252).

ראו גם:

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד נז(3) 1709, 1717;
ע"א 549/75 פלוניס נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 465, 459;
ע"א 266/93 פלוניס נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272.

39. להיעדר האב השלכות מרחיקות לכת על התפתחות ילדיו. מחקרים מצביעים על קשר ישיר בין היעדרו של האב לבין קשיי התנהגות, דיכאון, הערכה עצמית נמוכה, הישגים ירודים, ואף בעיות קוגניטיביות, חברתיות ורגשיות אצל ילדיו. לא בכדי טוען הפסיכולוג פרופ' חיים עומר כי "אובדן של הורה, אפילו בילדות המאוחרת, עשוי להיות הרסני" (ח' עומר, שיקום הסמכות ההורית (מודן הוצאה לאור, 2000) עמ' 13).

וראו מחקרים שפורסמו בעניין זה:

Banger, D.M., & Eyberg, S.H.(2003). Father involvement in parent training: when does it matter? **Journal of clinical child and adolescent psychology** (32) 4 599-605.

Mackey, W.C.& Immerman, R.S.(2004). The foundation of the father to child relationship. **The Mankind Quarterly**, vol.1.

40. גם בפסיקת בתי-הדין לענייני משפחה מתוארות בהרחבה המשמעויות הקשות של היעדר אב, וההשלכות של היעדרו של האב על עתידם של ילדיו בטווח הקצר וגם בטווח הארוך: הידרדרות מוסרית-חברתית, פשיעה, בעיות נפשיות ופיזיולוגיות ועוד.

ראו למשל:

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני, תק-מש 2004(1), 49; תמ"ש (תל-אביב-יפו) 43690/03 א. ה. נ' מ. מ. א. (קטינה) תק-מש 2006(4), 75.

41. טובת הילדים הינה לגדול במחיצת אביהם ואמם. נתק מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית המותירה צלקת בנפשם הרכה של הילדים, הזקוקים לנוכחות קבועה של שני הוריהם. ככל שחולף הזמן הנזק שנגרם לילדים הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך. על-כן, שומה על המשיב לשקול עניין זה כשיקול מכריע בבואו לקבל החלטה בעניינו של העותר. ברי כי עצם נוכחותו של העותר בין כותלי בית הסוהר יש בה כדי למנוע קשר אופטימלי עם ילדיו הקטינים. אולם, ניתן להקל במעט על מצוקה זו באמצעות אישור לביקורי משפחה מבוקרים של הילדים אצל העותר. מה עוד, שבמקרה הנדון העותר ראה את ילדיו **שלוש פעמים בלבד** מאז מעצרו בחודש מרץ 2003.

סיכום

42. לסיכום, העותר הוכיח כי על המשיב מוטלת חובה לאפשר ולקיים ביקורי משפחה בכלא וכי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד חוקתית, הניצבת במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות.

43. כן הוכיח העותר כי על המשיב חלה חובה על פי דין לנהוג בסבירות ובמידתיות בבואו לקבל החלטה בדבר מניעת ביקורים לאסיר, חובה שכלל לא ברור כי קוימה בעניינו.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כמפורט בתחילת עתירה זו.

ירושלים, 31 בינואר 2012

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותר

(ת.ש. 38429)