

בעניין:

המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –  
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836)

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

העותרת

- נ ג ד -

**שירות בתי הסוהר**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבה

### עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבה והמורה לה לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יאפשר לכלואים קטינים המסווגים כביטחוניים לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם מתוך בתי הכלא באופן סדיר.
- ב. מדוע לא יכיר בקבוצת הקטינים המסווגים כביטחוניים, כמקרה הומניטארי כללי, המחריג אותו מכלל קבוצת הכלואים הביטחוניים, תוך הכרה בצרכיהם המיוחדים, ובייחוד התרת קשר טלפוני עם בני משפחתם.
- ג. לחילופין, מדוע לא יאפשר לכלואים קטינים המסווגים כביטחוניים לבצע שיחות טלפון מתוך בתי הכלא בכפוף לבדיקה ביטחונית פרטנית עבור כל קטין וקטין.

### ואלה נימוקי העתירה

אין בהזקתו 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. כאן ובהמשך כל ההדגשות בעתירה הן שלי – נ.ד.).

בבתי הסוהר בישראל מוחזקים מאות קטינים פלסטינים המוגדרים על ידי המשיב כאסירים ביטחוניים. הרוב המוחלט של האסירים השייכים לקבוצה זו הם תושבי הגדה המערבית וירושלים המזרחית. בעצם הגדרה זו, והשלכותיה על תנאי החזקה בכלא, מוחרגים הילדים הפלסטינים באופן גורף מתחולתן של זכויות בסיסיות, להם זכאים קטינים בכלל, ואף קטינים כלואים בפרט, וזאת בניגוד לדין הבינלאומי ולשיטה החוקתית הנוהגת בישראל.

עניינה של עתירה זו בזכותם של קטינים פלסטינים המוחזקים בבתי הכלא שבאחריות המשיב לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם במהלך תקופת המאסר, באמצעות החרגתם מכלל קבוצת הכלואים הבגירים, בהתחשב בצרכיהם המיוחדים של קטינים כלואים ככלל.

כליאתם של קטינים מותירה פגיעות קשות בבריאותם ובנפשם. ניתוקם ממשפחותיהם למשך חודשים, ולפעמים אף לשנים, גורמת למצוקה נפשית. הדבר אף פוגע בנגישותם לחינוך, כהפרה נוספת לזכויותיהם. לא בכדי, האמנה בדבר זכויות הילד מדגישה שכליאתו של קטין תהיה האמצעי האחרון שיעשה בו שימוש וזאת לתקופה הקצרה ביותר האפשרית.

עתירה זו מוגשת לבית משפט נכבד זה ולא כעתירת אסיר הואיל ומדובר בסוגיה עקרונית הנגזרת מפרקטיקה כללית החלה על כלל האסירים הפלסטינים הביטחוניים, ללא הבחנה בין קטין ובגיר. בית משפט נכבד זה הכיר בזכותם של אסירים לבוא בשעריו במסגרת עתירה לבג"ץ כאשר מתעוררת סוגיה בעלת היבט עקרוני רחב היקף, להבדיל מסוגיה שהנה בעלת אופי פרטני הנוגע לחיי היומיום של חיי האסיר במאסר או במעצר, כדלקמן:

"האפשרות לעתירות אסיר לא שללה את סמכותו של בית משפט זה לעניינים הנוגעים לאסירים או לעצורים, ובית משפט זה עשוי להידרש אליהם בעתירות לבג"ץ בעלות אופי רחב יותר. סבורני, כי נכון להבחין בין החלטות הרשות, שהן גורפות באופיין וחלות על קבוצת אסירים בעלי מכנה משותף או על כלל האסירים (למשל, קביעת נוהל או מדיניות) לבין יישום נוהל או מדיניות במקרה של אסיר ספציפי ... המסלול המשפטי ה"רגיל" לתקיפת נוהל או מדיניות כללית הוא במסגרת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, שם תיבחן - במיוחד - סבירותה האובייקטיבית של מדיניות הרשות, להבדיל מאופן יישומה במקרה ספציפי. רע"ב 5898/10 מג'אדבה נ' שב"ס (לא פורסם, ניתן ביום 23.11.10).

יודגש כבר עתה, כי הסוגייה של מניעת קשר טלפוני לכלואים קטינים המסווגים כביטחוניים מעולם לא נידונה בפני בית משפט נכבד זה. אי הגעתה לפתחו של בית המשפט נעוצה במספר גורמים. ראשית כל, מספרם של הכלואים הקטינים המוחזקים באגפים ביטחוניים היה זניח לאורך השנים, לעומת העלייה הניכרת בשנים האחרונות.

כמו כן, כלואים קטינים, לרוב אינם נידונים לתקופות מאסר ארוכות במיוחד, מלבד בודדים, ומשתחררים זמן קצר לאחר סיומו של ההליך הפלילי, כך שתנאי כליאתם, ובין היתר, זכותם לקשר טלפוני, הן לא בסדר העדיפויות שלהם ככל שההליך הפלילי מתנהל. מתווספת לכך העובדה שכלואים קטינים כמעט ואינם עותרים בעתירות אסיר, נתון הקשור גם לתקופת כליאתם הקצרה וגם לאפשרותם ליזום פנייה כזו, הן למשיב והן לערכאות, כאשר היכולת שלהם לזהות מהן זכויותיהם ומה הדרכים שניתן לנקוט בהן כדי להשיגן היא, מטבע הדברים, מוגבלת.

## **התשתית העובדתית**

### **הצדדים לעתירה**

1. **העותרת** (להלן: **העותרת ו/או המוקד**) היא עמותה לזכויות אדם, אשר מסייעת מזה שנים רבות לאסירים ועצורים פלסטינים, הכלואים בבתי הכלא שבאחריות המשיב, בשמירה על זכויותיהם הבסיסיות.
2. **המשיבה** (להלן: **שב"ס**) רשות הכליאה הלאומית של ישראל הוא הגורם האחראי לשמירה על זכויותיהם הבסיסיות של כלואים אלו המוחזקים במתקני הכליאה שבאחריות

רקע

3. העותרת מטפלת מדי שנה בפניותיהם של אסירים ועצורים קטינים, המתלוננים, בין היתר, על התנאים הקשים שבהם הם מוחזקים בבתי הכלא בישראל, בעיקר בשל הנתק מבני משפחותיהם, הנכפה עליהם מראשיתה של תקופת כליאתם.

4. מדי שנה נעצרים מאות קטינים פלסטינים, חלקם הגדול באישון לילה, על ידי כוחות הביטחון הישראליים, מרביתם נלקח אל מסע לילי מייגע כשהם חשופים לאלימות מצד כוחות הביטחון, ולסדרה ארוכה של הפרות של זכויותיהם בחקירה ובמעצר.

**במסגרת הטיפול בתלונות הללו, מאז שנת 2017, גבה המוקד תצהירים ממאות קטינים פלסטינים שנעצרו על ידי כוחות הביטחון. מתצהירים אלה עלה כי מרבית הנערים העידו כי בתום חקירתם, לאחר שהועברו למתקני כליאה של שב"ס, הם הוחזקו במאסר או במעצר במשך שבועות או חודשים לפני שהתאפשר להם לקבל ביקור ראשון מהוריהם (כאן נעיר כי בני משפחותיהם של הכלואים הפלסטינים נדרשים ככלל להיתרי כניסה לישראל לצורך הביקור, פרוצדורה מינהלית האורכת מספר חודשים לכל הפחות, שאף עשויה להגיע לפתחן של ערכאות), דבר שגרם לרבים מהם מצוקה נפשית והותירם חשופים ופגיעים במידה יתירה.**

5. יצוין בנוסף, ובהינתן שביקורי המשפחה מהווים פרוצדורה מורכבת שאורכת זמן, כי קטינים פלסטינים הכלואים בישראל מנועים מלקיים קשר רציף עם משפחותיהם, שכן רובם ככולם מסווגים כמי שביצעו "עבירות ביטחון" ומשכך לא ניתנת להם גישה לטלפונים. זאת ללא כל התחשבות או התייחסות לגילם הצעיר ולקושי המוגבר שהם חווים כשהם מנותקים ממושכות ממשפחותיהם.

6. התשתית העובדתית אליה מתייחסת העתירה, היא של כלואים קטינים אשר נעצרו בשנים האחרונות, 2018-2017. כל הקטינים האמורים הועברו לאחר מעצמם למתקני הכליאה שבאחריות המשיב; במהלך כליאתם שם העידו והתלוננו על תנאי כליאתם הקשים ובעיקר על הנתק מהעולם החיצון הנכפה עליהם ובעיקר הנתק מבני משפחתם.

7. אותם תיאורים קורעי לב חוזרים על עצמם בעדויות שונות לאורך תקופה ממושכת, כאמור מהמכלול עולה תמונה קשה. אולם, לאור המשך מדיניות מניעת קשר טלפוני מכלל הכלואים הקטינים, ועל אף השלכות מדיניות זו על בריאותם ונפשם, נראה שהמשיב כלל אינו מוטרד. נהפוך הוא, פניות העותרת אל המשיב, על מנת שיפעל ויביא לשיפור בתנאי כליאתם של קבוצת הקטינים, נענו בשלילה, ונראה כי אין בכוונת המשיב לפעול לשם הפגת המצוקה הכללית של הקטינים הפלסטינים המוחזקים על ידיה.

8. להלן מובאים דבריהם של מספר קטינים, שאת עדותם גבה המוקד, ומהם עולה מצוקה אמיתית, המועצמת מעצם הניתוק הארוך מהבית ומהמשפחה.

עדותו של הקטין ע.ק.

9. הקטין ע.ק., בן 17, נעצר באישון לילה ביולי 2017, במעצר אליס, לעיני הוריו ואחיו הקטינים. עם כניסת החיילים לביתם, אמו איבדה את ההכרה וחמשת אחיו הקטינים, בני 1-11 שנה, התחילו לבכות מפחד. ע.ק. עבר סידרה ארוכה של הפרת זכויות, הן במעצר והן בחקירה, ובתצהירו הוא אומר:

"עד היום אני בוכה, מנסה להבין למה אני פה, אני דואג לאימא במיוחד... אני לא מצליח להירדם בלילות, כל הזמן חושב על אימא, אני מאוד קשור אליה."

10. ע.ק., הוחזק במאסר לתקופה של שבעה חודשים. הוא מתאר את תנאי הנתק המוחלט, כאשר עד מועד גביית התצהיר, כחודשיים לאחר המעצר, טרם קיבל ביקור משפחה. הוא מתאר את המצוקה הנפשית בה הוא שרוי בשל הנתק, בעיקר מאמו ואומר:

"אני לחוץ מאד.. אפילו בחג לא הייתי עם המשפחה. קשה לי מאד נפשית, לא מצליח להירגע, החברים מסביב לא מצליחים לעזור לי.. מרגיש אבוד."

העתק מתצהירו של הקטין ע.ק. שנגבה ביום 28.8.2017 מצורף ומסומן ע/1.

#### עדות הקטין ל.מ.

11. ל.מ., בן 17, נעצר באוגוסט 2018 בשעה 2:00 בלילה מביתו. המעצר היה אלים גם כלפיו וגם כלפי אימו שהייתה בבית בעת המעצר. גם הוא עבר סידרה ארוכה של הפרת זכויות הן במעצר והן בחקירה, אשר כללו איומים, מניעת אוכל וגישה לשירותים, אלימות פיזית וכדבר שבשיגרה בחקירות קטינים פלסטינים, מנעו ממנו להיוועץ עם עורך דין, מנעו את נוכחות אחד מהוריו בחקירה ולא הסבירו לו על זכויותיו בחקירה. כמו כן, ל.מ. הוחזק לתקופה ארוכה בתנאי בידוד.

12. ל.מ., טרם נשפט והוא מוחזק במעצר עד תום הליכים כבר למעלה מחצי שנה בכלא מגידו. עד מועד גביית התצהיר, וכחודשיים לאחר מעצרו, הקטין לא קיבל ביקור משפחה מהוריו ולא שוחח עימם טלפונית. העתק מתצהירו של הקטין ל.מ. שנגבה ביום 5.12.2018 מצורף ומסומן ע/2.

#### עדות הקטין כ.ח.

13. כ.ח. טרם מלאו 17 שנה. הוא נעצר מביתו בשעות הלילה הקטנות בתחילת חודש יוני 2017. המעצר היה אלים כאשר במהלכו נערך חיפוש מדוקדק לבית, בנוכחות אחיו הקטינים, אשר צרחו ובכו מפחדים מהחיילים.

14. גם כ.ח. עבר סידרה ארוכה של הפרת זכויות הן במעצר והן בחקירה. הוא הוחזק בצינוק למשך שלושה ימים ואז שלחו אותו לאגף מדובבים שניסו להוציא ממנו מידע. שם, ניסו ללחוץ עליו ולפתות אותו בקשר עם המשפחה ואז החזירו אותו שוב לצינוק בכלא קישון. סך הכל הוחזק כ-20 ימים בצינוק בתנאים שאינם ראויים להחזקת כלואים בכלל וקטינים בפרט.

15. כ.ח. הצליח לראות את הוריו לראשונה, ומרחוק, בדיון על הארכת מעצרו כ-25 ימים אחרי המעצר והוא אומר:

"פגשתי את הוריי במשפט ביום שלישי לחג, אחרי כ-25 ימים. כשראיתי את אימא היא בכתה, היא ראתה שרזיתי מאוד. ירדתי מ-55 ק"ג, וירדתי ל-40 ק"ג. גם אני בכיתי, אלה היו ימים קשים מאוד. וזו הייתה פעם ראשונה שאני רואה אותם, אומנם מרחוק אבל לפחות התראינו. קיבלתי ביקור ראשון אחרי חודשיים ועשרה ימים."

16. כ.ח. הוחזק בכלא עופר במעצר עד תום הליכים לתקופה של למעלה משמונה חודשים, ובתומה נשפט ונידון ל-25 חודשי מאסר.

העתק מתצהירו של הקטין כ.ח. שנגבה ביום 10.8.2017 מצורף ומסומן ע/3.

עדותו של הקטין ח.ג.

17. ח.ג. הוא קטין בן 15. לא זומן לשום חקירה בטרם מעצרו באוקטובר 2018. באמצע הלילה החליטו כוחות הצבא להיכנס לביתו ולעצרו לעיני אחיו, וביניהם פעוטות בני 1 ו-3 שנים שלא הפסיקו לבכות נכון לרגע בו הוצא מהבית. ח.ג. נחשף לאלימות של החיילים בזמן הנסיעה עד למשטרה. הם לעגו לו והשפילו אותו. על זה הוא אומר:

"... אחד החיילים שם את ראשי בין רגליו, והתחיל לתת לי מכות על העורף..."

"הוציאו אותי החוצה, קשרו את עיניי... ובשלב מסוים השאירו אותי ללכת לבד. כל הדרך הם שמו לי רגליים כשאני לא רואה, נפלתי מדי פעם וקמתי... מצאתי את עצמי נתקל בעמוד, נפצתי בצד שמאל במצח... עשו ממני משחק והשתעשעו להפיל ולהתקיל אותי"

18. ח.ג. הוחזק במאסר לתקופה של ארבעה חודשים ולאורכה לא קיבל אף ביקור מהוריו, שעל אף שהגישו בקשות להיתרי כניסה לישראל לצורך הביקור בכלא עופר (שנמצא בשטחי הגדה המערבית), לא קיבלו היתרים עד מועד שחרורו. וכך הוא מתאר את מצבו בחלוף כחודשיים מהמעצר:

"לא קיבלתי ביקור, עדיין לא דיברתי איתם בכלל, אין טלפון ואפשרות לנהל שיחות מהכלא עם המשפחה... אני מתגעגע לכולם, לא יודע מתי אראה אותם"

העתק מתצהירו של הקטין ח.ג. מיום 29.11.2018 מצורף ומסומן ע/4

19. כפי שעולה מהעדויות, שחלק מזערי ממנה הובא לעיל, החוויה הקשה של המעצר וההפרות הסדרתיות של זכויות הילד, מתעצמת בשל נתק מההורים. אמירות ברורות על הקושי והסבל הנובעים מאי יצירת קשר כלשהו עם המשפחה אפשר לראות ברוב העדויות.

מיצוי הליכים

20. פנייתו הראשונה של המוקד בנוגע לזכויות הקטינים הכלואים נשלחה ביום 9.6.2016; מעדויות רבות שהגיעו באותה עת למוקד עלה שנתק מוחלט מהעולם החיצון מסב לקטינים אלו נזק רב. בפנייה צוין במילים ברורות, כי הפגיעה בזכויות יסוד שנגרמת לקטינים אלה, אינה מכוח חקיקה ראשית, וכי אין כל סבירות בכך שפקודת הנציבות אינה מבחינה בין כלואים קטינים לבין בגירים. בפנייה זו המוקד דרש שהמשיבה תאפשר לקבוצת הקטינים שבאסירים "הביטחוניים" לקיים שיחות טלפוניות עם בני משפחותיהם, ובכך לשים קץ לסבל ולעוול הנגרם לאותה קבוצה של כלואים.

העתק מפניית המוקד מיום 9.6.2016 מצורף ומסומן ע/5.

21. ביום 27.7.2016 התקבל מענה מטעם המשיב ובו נאמר באופן מפורש כי קיימת הצדקה בכך שלא מבחינים בין קטין ובגיר לצורך קביעת תנאי כליאתם. עוד נאמר, כי המגבלה על הקשר הטלפוני הוכרה על ידי בית המשפט העליון (יודגש, כי הכרה זו באה במסגרת עתירה אשר התייחסה לזכות של כלל האסירים הביטחוניים ולא לקבוצה המסוימת והמיוחדת של הקטינים שבהם).

העתק מתשובת המשיב מיום 27.7.2016 מצורף ומסומן ע/6.

22. ביום 23.1.2017 נשלחה פניית המשך על ידי המוקד. במכתב הובאה המסגרת הנורמטיבית, שלפיה ראוי כי המשיב יפעל בכל הנוגע לתנאי הכליאה של קטינים. בניגוד לנאמר בתשובתם, לפיה חוק המעצרים

אינו מבחין בין עציר קטין ובגיר, חוק הנוער קובע במפורש בסעיף 13(ב)(א) כי "קטין עצור יוחזק בתנאים ההולמים את גילו ואת צרכיו תוך השגחה מיוחדת על שלומו הגופני והנפשי". ברי כי, חוק הנוער מייצר ציפייה שאינה משתמעת לשתי פנים, לפיה המשיב צריך להיות רגיש וקשוב לצרכים המיוחדים של אוכלוסיית הקטינים, כלומר החוק מחייב הבחנה.

העתק מפניית המוקד מיום 23.1.2017 מצורף ומסומן ע/7.

23. תגובה כתובה לפנייה לא התקבלה עד עצם כתיבת שורות אלו, וזאת על אף הניסיונות שנעשו טלפונית לצורך קבלת התייחסות. החודשים חלפו, ותגובת המשיב בוששה להגיע.

24. בשל חלוף הזמן, חזר המוקד וגבה תצהירים חדשים מקטינים פלסטינים המוחזקים בבתי הכלא השונים, על מנת לברר אם המצב השתנה. משנמצא שהדברים נותרו על כנם, כפי שגם הובא לעיל, שב ופנה המוקד ביום 12.3.2019, בדרישה כי יאפשר לכלואים הקטינים הפלסטינים המסווגים כ"ביטחוניים" לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם מתוך בתי הכלא באופן סדיר. עוד דרש המוקד לקבל הסבר מדוע לא מוחרגת קבוצת הקטינים, לצורך העניין, מכלל קבוצת הכלואים הביטחוניים כמקרה הומניטארי כללי או לחילופין מדוע לא נבדקת האפשרות לקיים בדיקה אינדיווידואלית עבור כל קטין וקטין, ולהימנע מאיסור גורף פוגעני זה. בפנייתו ציין המוקד כי פנייה זו מתבססת על עדויות עדכניות מקטינים.

העתק ממכתב המוקד מיום 12.3.2019 מצורף ומסומן ע/8.

25. למרות זאת, המשיב, על גורמיו השונים, בחר שלא לענות שנית לפניית המוקד, ונראה שהוסיף לעמוד על עמדתו השוללת באופן גורף את הזכות לשיחות טלפון מהאסירים הקטינים המסווגים כביטחוניים. לאור התצהירים שבידו, ובשל ההתחמקות הנמשכת של המשיב מהיענות לפניית המוקד, לא נותרה כל ברירה, מלבד פנייה לבית משפט נכבד זה.

## הטיעון המשפטי

### ההגדרה של אסיר ביטחוני והשלכותיה

26. הסיווג כאסיר ביטחוני אינו סיווג שמקורו בחקיקה, אלא הוא סיווג אדמיניסטרטיבי שקבע המשיב, ובמסגרתו הוא מבקש להסדיר את תנאי הכליאה של אותה קבוצה, וזאת במסגרת פקודת נציבות בתי הסוהר 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" (להלן: **הפקודה**).

27. הפקודה קובעת רשימה רחבה של תנאי כליאה השונים באופן מהותי מאלה של אסירים פליליים, וביניהם המניעה על קשר טלפוני עם העולם החיצון. הפקודה קובעת, כי ככלל, לא ניתנת לאסירים ביטחוניים האפשרות לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם לאורך תקופת החזקתם בכלא, החל מהמעצר ועד השחרור.

28. יתרה מזו. הפקודה אינה מתייחסת לצרכים המיוחדים של אוכלוסיית הכלואים **הקטינים** המסווגים כביטחוניים, על אף שמדובר בקבוצה גדולה המונה כמה מאות של ילדים וילדות. בפקודה אין הוראות המנחות את שב"ס להתייחס לקבוצת הכלואים הקטינים באופן כזה שמתחשב בצרכיהם המיוחדים, כפי שנעשה במקרה של כלואים קטינים פליליים.

29. קטינים אלה ניטלים ממשפחותיהם, לרוב באמצע הלילה, ומושלכים אל תוך חלל בית הכלא לאחר מסכת ארוכה של הפרות חמורות של זכויות אדם בסיסיות החל מהמעצר עצמו, עובר בחקירה ועד לתנאי

החזקה במתקני הכליאה השונים. רובם המכריע של קטינים אלה נידונים על פי תחיקת הביטחון הצבאית בשטחים הכבושים, הקובעת עונשים חמורים באופן משמעותי מאלו הקבועים במערכת החקיקה הישראלית.

30. על אף האמור לעיל, המשיב אינו מבחין בפקודה בין בגירים וקטינים המסווגים כביטחוניים. סעיף 19 לפקודה, קובע שככלל לאסירים ביטחוניים אין אפשרות לקיים שיחות טלפוניות. לשון הפקודה שותקת לגבי תחולתה על כלואים קטינים ביטחוניים. לפיכך, על פי הפקודה, החריגים החלים על קבוצת הכלואים הבגירים נכונים גם כן לקבוצת הקטינים, ובהם מתאפשרת שיחה חד פעמית, לבקשת האסיר במקרים הומניטאריים כגון פטירת בן משפחה מדרגה ראשונה או חתונה.

31. את האיסור על קשר טלפוני יש לראות בתוך מכלול תנאי הכליאה שההגדרה משליכה על אותה קבוצה. הקשר היחיד של אותם כלואים עם העולם החיצון מתקיים אך ורק באמצעות מכתבים מוגבלים במספרם וביקורי משפחה המתקיימים בממוצע של פעם בחודש (במידה ומונפק היתר כניסה לישראל לביקור כלוא כשמדובר בתושבי הגדה המערבית). ברוב המקרים הביקור הראשון מתאפשר כמה חודשים לאחר המעצר, שבמהלכן הקטין מנותק מהוריו ומהעולם החיצון. ביקורים אלה מתקיימים מאחורי מחיצת זכוכית עבה המפרידה בין האסיר והמבקר, ומגע פיסי לא מתאפשר בשום אופן. ביקור זה אורך 45 דקות בלבד.

32. לא למותר לציין, שביקורי משפחה מוגבלים לקרובי משפחה מדרגה ראשונה, ואף רבים מבני משפחה אלה אינם מבקרים בשל מניעה ביטחונית והגבלות אחרות בכניסה לישראל. כמו כן, כלואים ביטחוניים קטינים, כמוהם כמו בגירים אינם זוכים לטיפול סוציאלי או לשיקום מכל סוג במסגרת בתי הכלא, וזאת בניגוד למה שניתן לכלואים פליליים.

33. כך, כלואים קטינים פלסטינים צריכים להתמודד לבד עם הפגיעה הקשה שמעצר וכליאה בתנאים מחמירים יכולים לגרום לבריאותם הנפשית והגופנית.

### החזקתם של כלואים פלסטינים בשטחי ישראל

**שניים מתוך שלושה בתי כלא שבאחריות המשיב, אשר בהם מוחזקים רוב הקטינים הפלסטינים נמצאים בשטחי ישראל.**

34. משך שנים רבות מוחזקים תושבי השטחים הכבושים הפלסטינים הנתונים במאסר או במעצר, קטינים ובגירים כאחד, במתקני כליאה המצויים בתוך שטחה של מדינת ישראל וזאת בניגוד למשפט הבינלאומי. החזקתם של כלואים קטינים פלסטינים, כמו גם של בגירים, נוגדת את סעיף 76 לאמנת ג'נבה הרביעית.

35. ראשיתה של החזקה זו בתקופה בה הונהג המימשל הצבאי באיזור. בעקבות הסכמי אוסלו ופינוי מרבית מתקני הכליאה שהיו בשטחים, גדל באופן משמעותי מספר הכלואים המוחזקים במתקני כליאה המצויים בישראל.

36. עצם החזקתם של כלואים פלסטינים בשטחי מדינת ישראל מביאה לפגיעה קשה בזכות לביקורי משפחה בכלא, אשר מהווה זכות יסוד הנתונה לכלואים הפלסטינים ולקרוביהם גם יחד, והיא נגזרת מהזכות החוקתית לחיי משפחה. דבר זה, מתווסף לכך שפרקטיקה זו סותרת חזיתית הוראות ברורות במשפט הבינלאומי.

37. הפגיעה בזכות זו מתעצמת בשל ההסדרים וההגבלות הקבועים בעניין זה, ובראשם הכורח המוטל על תושבי השטחים לקבל היתר כניסה לישראל מן הצבא, גם כאשר מדובר בכניסה לשם ביקור בני משפחה אשר ישראל כולאת בשטחה. לא למותר לציין כי אף ביקור כלואים בכלא עופר — אשר בו מוחזקים חלק ניכר מהכלואים הקטיניים הפלסטינים — הנמצא בשטחי הגדה המערבית, טעון היתר כניסה לישראל לשם מעבר במחסומים בדרך לביקור הכלוא, בכפוף לאותם הסדרים.
38. פניותיהם של תושבי השטחים אל הצבא לשם קבלת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בכלא נעשית על פי נוהל, שלפיו רק בני משפחה מדרגה ראשונה זכאים לבקר, והם: בני ובנות זוג, הורים, סבים וסבתות, אחיות ובנות וכן, במגבלות תלויות גיל, אחים ובנים.
39. במקרים לא מעטים, הורים ובני משפחה מדרגה ראשונה, הזכאים על פי הנוהל לבקר את הכלוא, אינם מצליחים לקבל היתר כניסה, הן בשל הסחבת של הצבא בטיפול בבקשות מעין אלו, וכן בשל המניעות הביטחוניות שמוטלות על אותם קרובי משפחה. כך נוצר מצב שבו כלואים רבים נמנעים מלפגוש את קרובי משפחתם בשל העובדה שהם נדרשים להיכנס לישראל לצורך ההגעה לביקור.
40. מקרים אלא חוזרים על עצמם גם בהקשר של כלואים קטיניים, שכן אין מנגנון כלשהו המבחין בין בקשות לביקור כלוא קטין לבין כלוא בגיר, אף אין מנגנון המזרז את הטיפול בבקשות לביקור קטין, למרות הנחיצות של הדבר.
41. קטינים רבים אינם זוכים לביקורים כלל, לעיתים בשל היעדר כניסה לישראל ובמקרים אחרים כעונש המוטל מטעם המשיב. כך, למשל, חלק מהקטינים העידו שלא פגשו את הוריהם מזה מספר חודשים (בין 3 ל-5 חודשים). אין חולק, כי העניין צריך לבוא בפני הרשויות המוסמכות ודורש תשומת לב מוגברת לבעייתיות זו.
42. ברי, כי החזקתם של כלואים קטינים פלסטינים בתוך תחומי מדינת ישראל מביאה בנקל לפגיעה קשה בזכויות מוגנות, וזאת על אף שבית המשפט העליון פסק בבג"ץ 2690/09 יש דין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה (לא פורסם, פסק דין מיום 28.3.2010), כי החזקתם של כלואים פלסטינים בישראל מותרת בכפוף לכך שהמפקד הצבאי יעמוד במחויבויותיו על-פי המשפט הבינלאומי.

### **טובתם של הכלואים הקטינים כשיקול מרכזי בהתנהלות המשיב**

43. מדינת ישראל תתומה על האמנה בדבר זכויות הילד, שאושרה בשנת 1991, ואשר אחד הרעיונות בבסיסה הוא כי ההגנה מפגיעה בילדים תהא השיקול הראשון במעלה בכל פעולה של רשות מינהל. עקרונותיה של האמנה מעוגנים במסגרת החקיקה הישראלית בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א - 1971, שקובע כי כליאתם של קטינים תהיה אמצעי אחרון שניתן להורות עליו ורק בהיעדר חלופות. ככל שכליאה זו נדרשת, תיעשה תוך שמירה על כבודו ומתן משקל ראוי לשיקולים על שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה וזאת בהתחשב בגילו ומידת בגרותו. האמנה מחייבת את ישראל גם בפעולותיה בשטחים הכבושים ובין היתר, מזרח ירושלים, אך בפועל הדבר אינו קורה.
44. המשפט הבינלאומי מכיר בפגיעותם המוגברת של קטינים לעומת בגירים, ובהשלכות ארוכות טווח שעלולות להיגרם להם כתוצאה מחוויות טראומתיות. בפרט, ישנה הכרה בכך שגילם של קטינים משפיע לא רק על אחריותם הפלילי, אלא גם על האופן שבו הם חווים מעצר, חקירה ומאסר. לנוכח רגישות זו, מכירות מרבית מערכות המשפט בעולם, בצורך במתן הגנות נוספות לקטינים, אשר לוקחות בחשבון את פגיעותם.

45. אם בכל זאת מתקבלת החלטה לשלול את חירותם של קטינים, יש לאפשר להם גישה מהירה לתמיכה משפטית וקשר רציף עם בני משפחתם, וכן לנהוג בהם באופן מכבד, שאינו פוגע בתחושת ערכם העצמי.
46. על פי עיקרון טובת הילד, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיטיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.
47. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עיקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.
48. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל מצב בו יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1), 459, עמודים 465-466:
- "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".**
49. גם האמנה, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי והזכות לחיי משפחה של הילד ובפרט סעיף 3, הקובע כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.
50. כיוון שברוב המכריע בקבוצת האסירים הביטחוניים מדובר בתושבי השטחים הכבושים הנידונים על פי תחיקת הביטחון הצבאית, העונשים הנקבעים הם חמורים יותר מאלו הקבועים בחקיקה הישראלית וזאת מבלי להבדיל בין בגירים לבין קטינים. החקיקה הצבאית אינה מעניקה הגנה לקטינים פלסטינים ומתייחסת אליהם כבגירים, דבר המאפשר פגיעה בזכויותיהם של קטינים אלה.
51. בשנת 2009 תוקנה החקיקה הצבאית באופן כזה שהוקם בית משפט צבאי לנוער ובהמשך תקופת מעצרים של קטינים קוצרה. למרות זאת, ועל אף התיקון, החקיקה הצבאית עדיין מאפשרת החזקתם של קטינים פלסטינים במעצר בטרם הבאתם בפני שופט לתקופה ארוכה מזו המותרת על פי חוק הנוער. כמו כן, ובהיעדר כל מערכת שיקום ומבחן נדונים קטינים צעירים מבלי כל אפשרות שעונשם יופחת. מעבר לכך, ובשל ההתנגדות העקבית של גורמי הביטחון, נדירים ביותר, הם המקרים בהם משוחררים קטינים לאחר ריצוי שני שליש מעונשם. כל אלה מובילים לכך, שתקופת מאסרם של כלואים ביטחוניים ככלל והקטינים שבהם בפרט, הינה ארוכה באופן משמעותי מזו של כלואים פליליים, וזאת מבלי להידרש עוד לתנאי הכליאה עצמם שמכתיבה ההגדרה של המשיבה לאותה קבוצה של כלואים.
52. החזקתם של כלואים קטינים פלסטינים בישראל נעשית ללא הבחנה כאמור מקבוצת הבגירים, וככל שמדובר בקטינים הכלואים בגין עבירות ביטחון, המשיב לא מסדיר תנאי החזקתם באופן ההולם את הצרכים המיוחדים של אוכלוסייה זו.
53. העובדה שמדובר באוכלוסייה שמרצה עונשים ארוכים יותר – ובכך מוחזקת בבתי הסוהר לתקופות ארוכות יותר – הופכת את הצורך לקשר עם העולם החיצון קריטי יותר. כלומר הפגיעה הנובעת מאיסור המופנה כלפי אדם שיוחזק זמן רב בכלא היא קשה יותר מאשר זו המופנית כלפי כלוא "מזדמן". אורך העונש מגביר את הצורך הזה נוכח העובדה שאצל כלואים ביטחוניים הקשר עם העולם החיצון מוגבל באופן גורף, ללא הגבלת זמן, אינו משתנה ואינו כפוף לבדיקה אינדיווידואלית.

54. הדברים נאמרים ביתר שאת, כשעסקינן באוכלוסיית קטינים שמוחזקים בכלא לתקופות ארוכות. אין חולק שקטינים חווים את המאסר באופן שונה ממבוגרים, הן מבחינת ההשלכות הנפשיות של המאסר עליהם, והן מבחינת היכולת שלהם לעמוד בתנאי משמעת נוקשים. עצם המעצר עלול לפגוע קשות בשלומו הגופני והנפשי של הקטין ועל התפתחותו, וזאת נוכח העובדה שהמעצר מתרחש בשלב עדין בהתפתחותם של אותם קטינים.
55. ההתעלמות מהשלכות המאסר על אותה קבוצה מעידה בפני עצמה על חוסר המידתיות והסבירות שבהטלת הגבלות קיצוניות הדומות לאלו המוטלות על כלואים בגירים. מדובר בפגיעה בקבוצה גדולה המונה כ-400 כלואים כאשר הפגיעה מתאפשרת מכוח הוראה אדמיניסטרטיבית של המשיב. הפגיעה הינה בלתי חוקתית, מפלה ובלתי מידתית בזכויות יסוד של אותם כלואים קטינים.
56. ילדים אלה ניטלים ממשפחותיהם ומושלכים אל תוך הריק של חלל בית הכלא בהיעדר שירותי תמיכה ואף שירותי סיוע סוציאלי מכל סוג. המעצר עצמו הוא טראומטי עבורם. שורות של עדויות של קטינים תיארו אלימות פיזית קשה שהופעלה נגדם במהלך החקירה והמעצר ובחלק מהמקרים הגיעה לכדי עינויים. מעבר לאלימות, המעצר והחקירה נערכים תוך הפרה שיטתית ומודעת לחוק.
57. בפועל מפירה ישראל את האמנה בדבר זכויות הילד ביחסה לקטינים פלסטינים תושבי הגדה המערבית, לרבות קטינים תושבי ירושלים המזרחית, אשר אינם זוכים להגנות הנקובות באמנה, ואף לא בחוק הנוער הישראלי. הפרה זו ממשיכה אל מעבר לשלב המעצר והחקירה, והמשיב מסרב להתחשב בפגיעותם של הקטינים ולא מאפשר להם לקיים קשר מינימאלי עם בני משפחותיהם באמצעות טלפונים מוסדרים.

#### זכויות האדם של הכלוא נשמרות לו גם במהלך כליאתו

58. זכות הכלוא לחיי משפחה ולקשר עם המשפחה נובעת גם מהתפישה השלטת, הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, שעצם המעצר או המאסר, אין בהם כדי לשלול את זכויות היסוד של הכלוא. חומות הכלא מגבילות את חופש התנועה של הכלוא, על כל הנובע מכך, אך אין בהן כדי להפקיע את זכויות היסוד האחרות שלו, למעט כאלו שנשללו ממנו על-פי הוראה מפורשת בדין:

**כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין... שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא: על-פי האמור בדברים, כה ג: 'ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיד' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיד ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו.**

(בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832; וראו גם: 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).

59. וכך נקבע בפסק דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר דלעיל, 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".

60. וכן גם במשפט הבינלאומי. 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.

61. 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.

62. גם במסגרת 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 .

63. 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

64. מניעת קשר טלפוני עם בני משפחה, בנסיבות של הגבלת ביקורים אצל קטינים כלואים, פוגעת פגיעה קשה בזכות היסוד לחיי משפחה של הכלואים ושל בני משפחתם. יחסה של החברה לזכות לחיי משפחה היה והינו, בכל הזמנים ובכל התרבויות, כאל ערך נעלה.
65. 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 2006(2), 1754).
66. כך, למשל, כותב כבוד הנשיא (בדימוס) 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.

67. ובבג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, 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'.

68. זכויות המשפחה מוכרות ומוגנות גם על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי. תקנה 46 לתקנות האג משנת 1907, שהינן בגדר משפט בינלאומי מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

69. ובעניין סטמקה, פסק בג"ץ 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).

70. וראו עוד: סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 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.

### חינויות הקשר עם המשפחה עבור הקטין

71. כאמור אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, כשמה היא, הכירה בזכויות הילד ברחבי העולם. מסגרת משפטית זו תומכת בהגנה על כל מי שמתחת גיל 18 תוך הכרה בכך שילדים דורשים יחס מיוחד נוכח גילם וצרכיהם ההתפתחותיים.
72. לא בכדי האמנה התייחסה באופן מפורש בסעיף 37(b) לילדים שבמשמורת על פי דין, והדגישה כי טובת הילד תהיה השיקול המרכזי. לפיכך, מקובל לראות בהם כמי שאיננו ברמת התפתחות ובגרות נפשית מספקת, לעומת בגירים, כדי לשלוט במצב רוחם, דחפיהם והתנהגויותיהם. כך, הופכים הקטינים בכלל, ובבתי הכלא בפרט לפגיעים יותר.
73. הגילאים של הקטינים הפלסטינים הכלואים בישראל נע בין 14-18. זוהי תקופה מאד רגישה בשל שינויים אנטומיים ופונקציונליים שהם חווים. תקופה זו היא קריטית עבורם, שכן בשלב זה מחייהם מתעצבת האוטונומיה החברתית שלהם. כליאתם בתנאים קשים של נתק מוחלט, בדיוק כתנאי הבגירים, מעכבת התפתחותם זו ופוגעת באינטראקציה החברתית שלהם וביכולתם להשתלב בחברה.
74. עצם הכליאה של הקטין מלווה בתחושה של הפקר. הורי הקטין אינם יכולים להושיט יד לעזרתו ולתמיכה בו. הם מנועים מליצור עמו קשר כלשהו ואף נוכחותם בחקירה נמנעת. נתק זה, בתקופה כה קשה שעשויה להותיר אחריה תסמינים של פוסט-טראומה, מגבירה את תחושות הניכור של הקטין ועלולה לפגוע בקשריו החברתיים בכלל והקשר עם הוריו בפרט. כמוכן שלמצב זה עלולות להיות השלכות קשות על בריאותם הנפשית בהמשך ואף לאחר שחרורם.
75. בעצם הכליאה, כאמור, השלכות שליליות נחשבות על היחסים החברתיים של הקטין, שכן הוא נפרד מסביבתו, דבר אשר יכול להוות נזק בלתי הפיך נוכח התקופה הקריטית שבה נמצא הקטין בציר ההתפתחות הסוציאלית שלו. יחסים חברתיים עבור קטינים בכלל, והכלואים שביניהם בפרט, מהווים מקור לדאגה, וניתוקם מאנשים משמעותיים עבורם כגון בני משפחה וחברים, בנסיבות של כליאה בתנאים מגבילים ביותר, עלולה להוביל למצוקה נפשית.
76. הדברים נאמרים ביתר שאת, כשמתייחסים לכלואות קטינות, אשר על פי מחקר אמריקאי משנת 2004 (Cauffman, E. (2004). A statewide screening of mental health symptoms among juvenile ) offenders in detention. Journal of the American Academy of Child and Adolescent psychiatry) הן חשופות יותר להפרעות פסיכיאטריות לעומת זכרים. נוכח מספרן המועט של הקטינות הכלואות בבתי הכלא לרוב אין התייחסות מיוחדת לצרכיהן המיוחדים, וככל שניתנה התייחסות לצרכי הקטין, היא נעשית על פי אוכלוסיית הרוב של הקטינים, קרי הזכרים.
77. כלומר קטינות מודרות כפליים בכל הנוגע לתנאי החזקתן. הצורך שלהן לקשר עם בני משפחה וחברים הוא מוגבר נוכח הנטייה בקרב קטינות כלואות להתנהגויות אנטי חברתיות ונטיותן לסבול מבריאות גופנית ירודה. ככל שקשר עם העולם החיצון מתקיים, ולו באופן מינימאלי, הדבר גורם לירידה בדימוי העצמי שלהן.
78. קשר טלפוני עם בני משפחה, והורים במיוחד, מהווה סוג של תמיכה חברתית קריטית עבור קטינים. להצטברותם של נתק גיאוגרפי וחברתי, פוטנציאל להוביל להחלשת הקשרים המשפחתיים של הכלואים הקטינים עקב אובדן קשר מוחשי של תמיכה שעשוי להחזיק קשרים אלה.

מסקנתו של Cauffman היא שקשר משפחתי של כלואים קטינים משויך עם בריאות מנטאלית יותר טובה במיוחד בתקופות הראשונות של הכליאה. אותן תקופות שלרוב קטינים אינם מקבלים ביקורי משפחה בשל הקשיים הביורוקרטיים שמציבה המערכת בפני בני משפחותיהם. לפיו, ככל שהקשר בין הקטין להוריו נשמר יותר בין אם בביקורים ובין אם בקשר טלפוני, יהיה הקטין מוגן יותר מפני הפרעות נפשיות.

79. מעבר לכך, על פי Cauffman, איכות הקשר בין הקטין להוריו אינה פונקציה המשפיעה על חשיבות שמירת הקשר ביניהם. ככל שקשר זה נשמר לקטין סיכויים גבוהים יותר להסתגל ולהתאקלם לחיים בתוך חומות הכלא, וגם לאחר מכן, מחוצה לו.

80. הלחץ הנפשי הכרוך בעצם המעצר בדרך כלל מוביל כלואים רבים לפנות לבני משפחותיהם ויקריהם, דבר הנובע מתחושה של הפסד עמוק שהם חווים עם כליאתם. תחושות אלו הן יותר עמוקות בקרב קטינים, ומכאן שאופי הקשר עם הוריהם בטרם המעצר אינו רלוונטי בשלב שלאחר המעצר, כאשר הם חווים היעדר הנוכחות הפיזית והנפשית של הוריהם לראשונה ובאופן כפוי.

81. מעבר לאמור, מחקרים מצביעים על כך ששמירה על קשר משפחתי בתקופת הכליאה מנמיכה באופן משמעותי את הסיכויים של הכלוא לחזור לכלא לאחר שחרורו. Pathways from prison to home. תחושות אלו הן יותר עמוקות בקרב קטינים, ומכאן שאופי הקשר עם הוריהם בטרם המעצר אינו רלוונטי בשלב שלאחר המעצר, כאשר הם חווים היעדר הנוכחות הפיזית והנפשית של הוריהם לראשונה ובאופן כפוי.

#### מדיניות האיסור על קשר טלפוני וסבירותה

82. כאמור, ההגדרה של "אסיר ביטחוני" מופיעה אך ורק בפקודת נציבות 03.02.00 (להלן: **פקודת האסירים הביטחוניים**) שהיא במדרג נורמטיבי נמוך יחסית. החוק אינו מגדיר מיהו "אסיר ביטחוני" אלא עושה הבחנה לפי קריטריונים אחרים. סעיף 10 לפקודת שירות בתי הסוהר מסדיר את עניין הפרדת המינים והסיווגים השונים של האסירים. עיקר ההבחנה היא בין אסירים ואסירות, קטינים ובגירים בהתאם לחוק הנוער, מה שמחייב את ההפרדה ביניהם ללא תלות בשיקולים אחרים. הבחנה לפי קריטריונים אלה היא עליונה על כל הבחנה אחרת, שכן לשון הסעיף אומרת בפירוש שיתר השיקולים להפרדה יכובדו ככל שתנאי השיכון בבית הסוהר מאפשרים זאת.

83. ככלל, הקשר הטלפוני של האסירים עם העולם החיצון מוסדר בפקודת נציבות בתי הסוהר 04.36.00 "קשר טלפוני של אסירים". ככל שמדובר ב"אסירים ביטחוניים" הקשר הטלפוני שלהם מוסדר בפקודה שמתייחסת אליהם.

84. הפקודה הכללית בדבר קשר טלפוני מגדירה את שיחות הטלפון של האסיר כ"טובת הנאה", אך ככלל הענקת הזכות היא ברירת מחדל וזאת על מנת לסייע לאסיר לשמור על הזכות לחיי משפחה באמצעות קשר טלפוני. הפקודה מגדירה את המקרים שבהם ניתן לשלול את טובת הנאה וזאת לפי שורה של שיקולים הנבחנים מול האסיר באופן אינדיווידואלי.

85. לעומת זאת, פקודת האסירים הביטחוניים קובעת באופן גורף, כי המשיב לא יאפשר לאסירים תחת הגדרה זו לקיים קשר טלפוני. קביעה זו נעשית בסעיף 19(א) לפקודה, ומעידה על האבחנה החדה שבין האסירים הביטחוניים ליתר האסירים שעליהם חלה הפקודה הכללית, המאפשרת את הקשר הטלפוני.

86. לא למותר לציין, כי סעיף 19(א) הנ"ל קובע חריגים לאיסור הגורף בדבר קשר טלפוני ומפנה לאסירים ביטחוניים עליהם חלה ההגדרה בסעיף 4(ב) לאותה פקודה. חריג זה, שלכאורה מראה כי שלילת הקשר הטלפוני היא מידתית, הינו בגדר אות מתה שכן הוא מיושם באופן עקבי ככל שמדובר בכלואים ביטחוניים יהודים אך לא בהקשר של כלואים ביטחוניים פלסטינים, בעיקר בשל הדרישה לחוות דעת חיובית של גורמי הביטחון, הניתנת במשורה, אם בכלל (רע"ב 5614/04 יגאל עמיר).
87. כמו כן, התנאים שקובע החריג אינם סבירים. ראשית אין אפשרות לאסיר ביטחוני לעבור לאגף מעורב (פליליים וביטחוניים יחד), שכן אין אגפים מעורבים לכלואים. יתרה מזו, גם אם אסירים ירצו להיות באגפים של אנשים שאינם משוייכים לארגון כלשהו, אפשרות זו אינה קיימת שכן עם כניסתו לכלא, האסיר נאלץ לבחור באיזה אגף ישובץ, וכל האגפים מחולקים לפי שיוך ארגוני, כך שגם אם האסיר אין לו שייכות לארגון מסוים הוא ייאלץ לבחור באחד מהארגונים הקיימים.
88. יודגש, כי הכלואים הקטיניים המסווגים כביטחוניים אינם מחולקים באגפים לפי שיוך ארגוני, שכן מטבע הדברים, קטינים אינם משתייכים לארגונים כאלה ואחרים, ואף אינם מורשעים בגין השתייכות ארגונית. על אף עובדה זו, חריג זה אינו מופעל לטובתם, וזאת בנוסף לתנאים המיוחדים של אותה קבוצה הדורשת התייחסות מותאמת מטעם המשיב.
89. האפשרות היחידה שנותרה לקבוצת הכלואים הביטחוניים, במרכיביה השונים היא לקיים זכות זו מכוח סעיף 19(ב) באופן חד פעמי ובהתקיימן של נסיבות הומניטאריות מוגדרות מראש המצדיקות את קיומה של שיחת הטלפון. שיחה זו טעונה אישור של גורמי הביטחון ובקבלתו היא תיארך 10 דקות בלבד.
90. בית המשפט העליון נתן את דעתו בסוגיית הקשר הטלפוני בהקשר של כלואים ככלל בעע"א 1076/95 **מדינת ישראל נ' קונטאר ואח'**:
- ..הסדרים אלו חייבים לעמוד במבחנים המשפטיים החלים בדרך כלל, על החלטות מינהליות: הם חייבים להיות ענייניים, סבירים ומידתיים. כך, למשל, אין להטיל על אסירים ביטחוניים הגבלה על קשר עם אנשים מחוץ לבית הסוהר אם אין היא נדרשת על יסוד שיקולים ביטחוניים או שיקולים ענייניים אחרים, אלא נובעת רק משיקולים של ענישה או נקמנות, או אם היא פוגעת באסיר מעבר למידה הנדרשת על ידי שיקולים ענייניים.
91. במקרה דנן זכויותיו של הכלוא הביטחוני ככלל והקטינים שבהם בפרט, נפגעות מכוח הוראה אדמיניסטרטיבית של המשיב, קרי פקודת נציבות. הבסיס החוקי לפקודת הנציבות הוא בסעיף 80 (א) לפקודת בתי הסוהר המסמיך את נציב בתי הסוהר להוציא פקודות כלליות, בין השאר, לעניין "סדרי המינהל, המשטר והמשמעת (בשב"ס - י' ז') והבטחת פעולתו התקינה".
92. לפי גישתו של בית המשפט הנכבד, לאורך השנים, סעיף זה אינו מקנה סמכות לנציב בתי הסוהר להגביל את זכויות האדם של הכלוא הקטין וביניהן הזכות לקשר עם בני משפחתו, שאינה מתחייבת מטיב המעצר. קטין נותר קטין גם מאחורי חומות הכלא, כך שאין סמכות לנציב לאסור באופן כללי על קיום קשר טלפוני, נוכח הפגיעה הקשה שאיסור גורף זה מותירה על בריאותם ונפשם של הקטינים הכלואים.

93. בהקשר זה לא למותר לצטט דברים שאמר השופט ח' כהן בבג"צ 144/74 **לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר** [6], בעמ' 690 :

"כליאתו של אדם בבית-סוהר אין בה כדי לשלול ממנו חופש תנועתו: רעות רבות, הכרוכות בהכרח בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל בל נוסיף על הרעות ההכרחיות שאין למנען מגבלות ופגיעות שאין בהן לא צורך ולא הצדקה. הסמכויות המוקנות למנהלי בתי-הסוהר לקיים סדר ומשמעת חייבות להיות רחבות מאד; **אבל מה שהסמכות רחבה יותר, הפיתוי גדול יותר להשתמש בה שלא לצורך וללא הצדקה של ממש**".

#### הפגיעה בזכותם של הכלואים הקטינים אינה מידתית

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

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

96. 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 **יורונט קווי זהב (1992) נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 453). בחינת המידתיות של הפגיעה בזכויות האסירים הפלסטינים הקטינים ובני משפחותיהם, תיעשה בהתחשב בחומרת הפגיעה, ולאור מעמדה הנעלה של הזכות לחיי משפחה, בפרט כשעסקינן בקטינים: "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).

97. **מבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי** – השלב הראשון בבחינה האם מדיניות המשיב הינה מידתית דנה בשאלה אם קיים קשר רציונאלי בין המטרה של שמירה על הביטחון ובין האמצעי של הגבלה גורפת על זכותם של כלואים ביטחוניים קטינים לקשר עם בני משפחותיהם באמצעות קשר טלפוני.

98. לנוכח חומרת הפגיעה של מדיניות המשיב בזכותם של הכלואים הביטחוניים הקטינים, נדרש קשר ברור, מובהק ומוכח, בינה לבין השגת המטרה של שמירה על הביטחון.

99. הלכה פסוקה היא, כי רשות מינהלית 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, כאשר ברקע עומד אינטרס טובת הילד. בהיעדר נתונים ותשתית עובדתית נשמט הבסיס לטענת הקשר בין האמצעי למטרה:

לגבי שלילתן של זכויות יסוד, לא די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן... הנני סבור, כי הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות (ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

100. כלומר, על המשיב להראות, כי מדיניותו הגורפת בדבר שלילת זכותם של כלל הכלואים הביטחוניים הקטינים, לקיום קשר משפחתי עם יקיריהם באמצעות קשר טלפוני, 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.

101. **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 הקטינים במידה הקטנה ביותר.

102. ההגבלה הקשה על הזכות לקשר טלפוני של האסירים הפלסטינים הקטינים עם בני משפחותיהם אינה מקיימת מבחן זה. מדובר בהסדר גורף, אשר מכניס למעגל החשד קבוצה שלמה באוכלוסייה, החשופה ל"יחס אחר" אך ורק בשל קריטריון המבוסס על סיווג אדמיניסטרטיבי של המשיב.

103. 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).

104. 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.

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

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

107. דא עקא, לאור העובדה שכלואים בסיווג שונה מקבלים את הזכות לקשר טלפוני על דרך כלל, והיא נמנעת מחלק רק על בסיס בדיקה אינדיבידואלית, 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".

108. יישום הדברים בענייננו מעלה כי המשיב בחר "בדרך הקלה": איסור גורף על מתן האפשרות לכל הכלואים הביטחוניים הקטינים לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם. העובדה שבדיקות פרטניות אפשריות עבור אוכלוסיות כלואים אחרות מגבירה את החשש כי אין ביסוס לאיסור הגורף. המשיב בוחר להימנע בצורה גורפת מבדיקת האפשרות לקיום בחינה אינדיבידואלית, וקבלת החלטה פרטנית הנוגעת לאדם ספציפי לפי נתוניו האישיים. יש בכך כדי להכתים את המדיניות בחוסר מידתיות.

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

110. 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).

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

112. 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 עינויים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817).
113. המחיר הכבד שמשלמים הכלואים הביטחוניים הקטינים, שמתלווה ליישומה של מדיניות המשיב, הוא מופרז ומוגזם. התועלת הביטחונית הספקולטיבית שצומחת – אם בכלל – ממדיניות זו, אינה שקולה כנגד חומרת הפגיעה בזכותם של הקטינים לקשר משפחתי.
114. אף אם למשיב קיימות הצדקות להגביל את הזכות לקשר עם בני משפחה, מכוח סמכותו להבטיח פעולה תקינה, אין הוא פטור מחובתו לאזן כראוי בין האינטרסים, כלומר השיקולים הענייניים, המתמודדים בכל מקרה. אינטרסים אלה, מתבטאים, ראשית, בעובדה שהמקרה של הקטינים הינו חריג מבחינת הצורך והצידוק לאפשר שיחת טלפון, ושנית, בשאלה אם שיחת הטלפון עלולה לסכן את ביטחון המדינה.
115. ברור שלצורך איזון זה יש הבדל בין מקרה שבו הסכנה לביטחון המדינה רחוקה וקטנה לבין מקרה שבו הסכנה קרובה וממשית. חלק ניכר של הכלואים הקטינים נאשמים ו/או מורשעים בגין עבירות של ידוי אבנים. לרוב אין הם מורשעים בגין עבירות קשות ואף לא בגין השתייכות לארגון כלשהו, כך שהסיכוי לפגיעה בביטחון המדינה על ידי שיחות טלפון שיתקיימו בינם לבין בני משפחותיהם הוא קלוש.
116. בהתאם לכך אפשר, למשל, כי במקרה מסוים השיקולים ההומניים, של פגיעה בזכויות יסוד של ילד, יתגברו גם על סיכון ביטחוני, אם הוא מסופק וקלוש.
117. ברור שישנם אמצעים פחותים שיכול היה המשיב לנקוט בהם, כמו לפקח על שיחות הטלפון של האסירים הביטחוניים הקטינים על מנת למנוע פעילות אסורה. חובה היה עליו לעשות כך לאור העובדה כי האמצעי ה"חסכוני" יותר של האיסור הגורף הינו אמצעי אשר משמעותו פגיעה אנושה בזכויות האדם של האסירים הביטחוניים הקטינים ויוצר כאמור חוסר שוויון בינם לבין האסירים הפליליים, הן הקטינים והן הבגירים.
118. מן הראוי לציין בהקשר זה את דבריו של כב' השי' (בדימוס) מצא בע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, בפסקה 19 לפסק הדין (דברים המצוטטים גם בפרשת קונטאר, פסקה 12), המבטא את אחד הכללים המנחים הבסיסיים ביותר הנוגעים לפעילות השב"ס:
- "מוטל על הרשות לעמוד במבחן המידה, ואסור לה לפגוע בזכותו של האסיר יותר מן הדרוש למניעת הסיכון".
119. עצם גודלה של אוכלוסיית האסירים הפלסטיניים הקטינים מחמיר פעם נוספת את עוצמת הפגיעה של המדיניות הקיימת בזכויות האדם ומטה את הכף להכרעה הבלתי נמנעת כי מדובר במדיניות לא מידתית. השיעור הגבוה של האסירים הביטחוניים מכלל אוכלוסיית האסירים אינו מאפשר עוד לראות בתנאי כליאתם עניין חריג המתייחס לקבוצת אסירים מסוימת אלא כלל החל על כשליש מכלל האסירים, המחייב התייחסות אליהם כאל כל אסיר אחר, או לכל הפחות להבחין קבוצת הקטינים

מתוכם. המשיבה נדרשת לבחון את מימוש זכויותיהם מחד וחשיפתם לפגיעות וסיכונים מאידך בעקבות מדיניות זו.

120. היעדר הנגישות לשיחות טלפון פוגע אף פגיעה אנושה בנגישותם של האסירים הביטחוניים הקטינים לזכויות יסוד מן המקודשות ביותר בשיטת המשפט הישראלית, ומעבר וכתוצאה נלווית לפגיעה בזכות לחיי משפחה, ביניהן זכות הייצוג המשפטי והזכות לבריאות. קטינים, בשונה מבגירים אינם מסוגלים לטפל בענייניהם, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בהליכים משפטיים. היעדר גישה לבני משפחתו עשויה למנוע ממנו לדווח על אירועים המצריכים טיפול משפטי ולעדכןם בכל הדרוש לצרכי ייצוג הולם. האסיר הביטחוני הקטין נאלץ להסתמך על ביקורים בלבד, כאשר מטבע הדברים אלו אינם יכולים להיות תכופים כמו שיחות הטלפון ואינם יכולים להספיק לצורך ייצוג הולם, הגם שמגיעים רק לאחר תקופה של כחודשיים לכל הפחות.

121. באותו האופן נפגעת זכותם של האסירים הקטינים לבריאות, כאשר נמנע מהם ליצור קשר בלתי אמצעי עם משפחתם או עם רופאים מחוץ לשב"ס ולדאוג למימוש זכויותיהם, בין היתר על פי חוק זכויות החולה, לחוות דעת רפואית נוספת, לדווח לרופאים מחוץ לשב"ס על אודות מצבם הן לצורכי טיפול והן לצורכי מתן חוות דעת, ואף עם ארגוני זכויות אדם הם אינם יכולים ליצור קשר מידי.

122. מדיניות זו הינה גורפת אשר איננה מאפשרת חריגים ובדיקה אינדיווידואלית אמיתית ועל כן פוגעת בזכויות יסוד של האסירים הביטחוניים הקטינים מעל לנדרש ובאופן בלתי מידתי. כב' בית משפט זה חזר ושנה כי איסורים גורפים ללא בדיקה אינדיבידואלית, אין להם מקום. כך בבג"צ 2028/05 **אמארה נ' שר הפנים**, (מיום 10.7.06) נקבע כי:

"האמצעי של בדיקה פרטנית, אינדיבידואלית, של הנוגעים בדבר, הוא ללא ספק אמצעי ראוי ומידתי. הבדיקה האינדיבידואלית נועדה לאתר סכנה פוטנציאלית הצפויה מפלוני, כדי להסיר עד כמה שניתן סיכונים פוטנציאליים לביטחון המדינה ושלום הציבור."

123. וכן נקבע בפרשת קונטאר:

"אכן, יש בקרב האסירים הביטחוניים שביצעו פשעים מחרידים ונתעבים. אך על כך נגזר עונשם על-ידי בית המשפט למאסר, כל אחד לפי מידת פשעו. ואין שב"ס רשאי להוסיף עונש משלו, בשל חומרת הפשע, על העונש שנגזר על-ידי בית המשפט. אכן, יש מקום להבדיל בין אסיר לאסיר בנוגע לתנאי המאסר, אך רק לפי צורכי הסדר והביטחון או לפי שיקולים ענייניים אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים כאלה."

124. הוראת הפקודה אינה מידתית, על כן, באשר היא פוגעת בכלל האסירים הביטחוניים הקטינים פגיעה קשה אשר אינה שקולה כנגד התועלת הנובעת מתכליתה, דהיינו שיקולי ביטחון. פיקוח על שיחות טלפון לצרכי בטחון יכול לבוא על סיפוקו באמצעות ההסדר הקבוע בפקודת הקשר הטלפוני באשר לאסירים פליליים, או באמצעים מידתיים אחרים, כגון בדיקה אינדיבידואלית תקופתית, קביעת קטגוריות של אסירים שונים, וסוגים שונים של פיקוח על תדירות, משך ונמעני השיחות, נוכחות סוהר ועוד כהנה וכהנה. אלו אמצעים אשר פגיעתם פחותה ואשר עדיין מאפשרים לקיים את זכויות היסוד של האסירים הביטחוניים. לעומת זאת, שלילה א-פריורית של שיחות טלפון מכלל האסירים הביטחוניים הקטינים היא דרך בלתי מידתית החורגת מן הסביר.

**אפליה אסורה**

125. מאחר ואין כל הצדקה עניינית לאופי הגורף של שלילת הקשר הטלפוני ממאות כלואים קטינים רק בשל סיווגם כביטחוניים, שרובם ככולם הינם פלסטינים, הרי שמדובר באפליה אסורה, כמו גם בפגיעה לא חוקתית בזכויותיהם. האופי הגורף של שלילת הזכות היא ההופכת אותה ללא עניינית ולמפלה.
126. גם אם נניח – הנחה שאינה מקובלת עלינו, כפי שפורט לעיל – כי הקשר הטלפוני לאסיר מהווה טובת הנאה כקבוע ב"פקודת קשר טלפוני" הרי שמחויבת הרשות לחלק טובת הנאה זו בין האסירים המצויים בין כתלי בתי הסוהר באופן שוויוני ובסבירות. עוצמת הפגיעה הנובעת מחלוקה בלתי שוויונית ובלתי סבירה של הזכאות לקשר טלפוני עם העולם החיצון ברורה מאליה שכן כאמור לעיל לאפשרות ליצור קשר טלפוני השלכה הרת גורל על האפשרות לממש זכויות חוקתיות.
127. כאמור, ההפליה אשר יוצרת הפקודה בין כלואים קטינים המסווגים כביטחוניים ואחרים איננה מתבססת רק על "שוני רלבנטי" בין אוכלוסיות האסירים, ואינה עומדת בקריטריונים של סבירות, הגינות ומידתיות המוטלים על הרשות המנהלית; וממילא לא ניתן לקבוע מסוכנות ביחס לקבוצה כה גדולה של אנשים ללא בחינה אינדיבידואלית. מה שכן ניתן לקבוע באופן גורף ביחס לקבוצה כה גדולה, את הצורך והצידוק המיוחד עבור כלל אוכלוסיית הקטינים לקשר מסוג זה.
128. טענה לסיכון ביטחוני הנובע מן הכלואים הקטינים המסווגים כביטחוניים מבלי שקיימת בחינה אינדיבידואלית של סיכון זה נסמכת על הנחה מובלעת לפיה אוכלוסיית האסירים הביטחוניים עשויה מקשה אחת. למעט אסירים ביטחוניים יהודים – הפקנ"צ מייחס אותה רמת סיכון מוגברת כביכול לכל האסירים הביטחוניים מבלי לעשות הבחנות ביניהם כלל ומתעלם מהעובדה שקבוצה גדולה זו מורכבת מתת קבוצות שהשוני ביניהן גדול. כך יוצא שמי שזרק אבן על חייל בשנות העשרה לחייו (עבירה שהינה ללא ספק פחות חמורה מחלק מן העבירות עליהם מרצים עונשים אסירים פליליים) מהווה מבחינת הפקנ"צ פוטנציאל סיכון הזהה בעצמתו למי שביצע או תכנן פיגוע המוני.
129. לפיכך מדיניות המשיב מפלה ופוגעת בעקרון השוויון ללא הצדקה המבססת אותה, בצורתה הגורפת כהבחנה מותרת.

**סיכום**

130. לסיכום העותרת הוכיחה כי מדיניות המשיב השוללת באופן גורף קשר טלפוני עם בני משפחה לכלל הכלואים הקטינים הינה מדיניות הפוגעת בכבוד האדם של הקטין שלא בחוק ומעבר למידה הנדרשת. מדיניות זו פוגעת במימוש זכויות הכלואים הקטינים לחיי משפחה, לייצוג משפטי הולם ואף לבריאות.
131. לפי גישתו של בית משפט נכבד זה, לאורך השנים, פקודות נציבות אינן מקנות סמכות לנציב בתי הסוהר להגביל את זכויות האדם של הכלוא הקטין וביניהן הזכות לקשר עם בני משפחתו, שאינה מתחייבת מטיב המעצר. קטין נותר קטין גם מאחורי חומות הכלא, כך שאין סמכות לנציב לאסור באופן כללי על קיום קשר טלפוני, נוכח הפגיעה הקשה שאיסור גורף זה מותירה על בריאותם ונפשם של הקטינים הכלואים.
132. העותרת כן הוכיחה כי, המדיניות הגורפת ששוללת קשר טלפוני מכלל הכלואים הקטינים שוללת עימה את המימד האנושי מהם ומתייחסת אליהם כאל סכנות מהלכות, תוך שהיא מתעלמת באופן מוחלט

מהצרכים המיוחדים הנובעים מקטינותם ופגיעותם היתרה. מדיניות זו נוגדת את החובה להגן באופן מוגבר על זכויות הילד הן מכוח המשפט הבינלאומי והן מכוח המשפט הישראלי.

133. בנסיבות אלה, ולאחר שכשלו כל הניסיונות להביא לתיקון המעוות מבלי לפנות לערכאות, נראה כי רק התערבותו של בית המשפט הנכבד תביא לשינוי הנחוץ במצב, שינוי שצריך היה לקרות מזמן.

134. עתירה זו נתמכת בתצהירה של עובדת העותרת.

**לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרת ושכ"ט עו"ד.**

31 במרץ 2019

[ת.ש. 93795]

---

נדיה דקה, עו"ד  
ב"כ העותרת