

בעניין:

חמיד, ת"ז

מוחזק בכלא רמון

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

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
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 לאפשר לאחיו של העותר להיכנס לבתי הכלא שבאחריות המשיב, על מנת לבקר את אחיו, אותו לא ראה מאז ביקר אותו בפעם האחרונה לפני **כשנתיים**.

### ואלה נימוקי העתירה

#### רקע

- בתקנות בתי הסוהר נקבע כי הזכות לביקור אסיר הינה "טובת הנאה הניתנת להענקה ולשלילה", וזאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולמשפט הבינלאומי. תקנות אלו מעניקות לנציב שב"ס וגם למנהל בית הסוהר שיקול דעת להטיל מניעת ביקור אישית מטעמים שונים, הן על המבקר והן על האסיר.
- תקנה 19(ב) מעניקה למנהל בית הסוהר סמכות לשלול מאסיר את האפשרות לקבל ביקורים מבני משפחה, בשל שיקולים משמעותיים או ביטחוניים, וזאת לתקופה של עד שלושה חודשים בכל פעם, הניתנת לחידוש בכפוף לבחינה מחדש. על פי תקנה 30, ניתן לאסור ביקורים בכלא של מבקר מסוים או קבוצת מבקרים מסוימת, לעת עתה ללא כל הגבלת זמן.
- בנוסף למניעות פרטניות, תקנות בתי הסוהר מסדירות כללים למניעות ביקור נרחבות יותר, החלות על קבוצות גדולות של מבקרים ו/או כלואים. כך, תקנה 30(א) קובעת, כי מי שהיה כלוא בעבר בבתי הסוהר של שב"ס אינו רשאי לבקר כלואים אלא בהיתר מיוחד.
- על פי סעיף 19 לפקודת נציבות 04.42.00 "סדרי ביקור אצל אסירים", מי שמוגדר כ"כלוא לשעבר" רשאי לפנות בעצמו למשיב, אשר לו נתון שיקול הדעת להסרת המניעה, וזאת אף מבלי

- שמוגשת פנייה במקביל מטעם הכלוא. כמו כן, קובעת הפקודה לוח זמנים מחייב, לפיו על מפקד הכלא לטפל בבקשה כזו ולתת לה תשובה תוך 14 ימים מיום קבלתה, או תוך 30 יום לכל היותר במקרה שהאישור כפוף לעמדת גורמי ביטחון מחוץ לרשויות שב"ס.
5. במסגרת בג"ץ 5154/06 **המוקד להגנת הפרט ואח' נגד השר לביטחון פנים ואח'**, נתקפה מדיניות המשיב המחייבת כל מי שמוגדר כ"אסיר לשעבר", המבקש לבקר קרוב משפחה כלוא, לבקש אישור מנציב שירות בתי הסוהר. אותה עת, כל אדם אשר הוגדר על ידי המשיב כ"אסיר לשעבר" נדרש להמתין תקופה מינימאלית למן שחרורו עד לבחינת הבקשה.
6. בעקבות העתירה, תוקנה פקודת הנציבות מתוך הגישה שיש לאפשר את כניסתו של מי שמוגדר כאסיר לשעבר, אלא אם כן קיים מידע עדכני לגבי מעורבותו בפלילים, ו/או שקיום המפגש יהווה סיכון לביטחון המדינה ו/או הציבור ו/או הסדר והמשמעת בכלא.
7. כמו כן, הבהיר המשיב, כי המדיניות אינה מחייבת חלוף תקופה מינימאלית כלשהי ממועד שחרורו מהכלא של המבקר בטרם תיבחן בקשתו, וכי הדבר נתון לשיקול דעתו של מפקד המחוז, בהתאם לשיקולים המעוגנים בפקודה. זאת בין היתר, בתשובתו המקדמית מיום 11.1.2007, שם גם הצהיר המשיב, באופן שאינו משתמע לשתי פנים, שתקנה 30(א) וכן פקודת הנציבות המתוקנת אינן קובעות "חזקת מסוכנות" לגבי אסירים לשעבר, אלא רק מבקשות לקבוע הליך מסודר לבחינת בקשות ולאישור כניסתם.
8. במקביל נקבע בפסיקת בית המשפט העליון (בג"ץ 4127/09 **זגל נגד שירות בתי הסוהר**) (פורסם בנבו, 09.12.2009), כי אין ל"אסירים-לשעבר" או למנועי ביקור אחרים הזכות לעתור לבית משפט כנגד מניעת זכותם לבקר בבתי כלא, ולפיכך ניתן לתקוף מניעה כזו רק באמצעות עתירה שיגיש הכלוא אותו מעוניין המנוע לבקר – זאת חרף הקושי הנעוץ בהעדר התקשורת בין הכלוא ומי שהוטלה עליו המניעה, ואף בניגוד לנוהג החל באשר למניעות ביקור המוטלות מצד הצבא.
9. בשל כך, העותר וכלואים רבים במצבו נאלצים לפנות לערכאות כנגד הגבלות שהטיל שב"ס, על מנת שיוכלו לממש את זכותם ואת זכות קרוביהם לחיי משפחה במסגרת ביקורים בכלא.

### **הצדדים ומיצוי ההליכים**

10. העותר, בן 35, הינו תושב ירושלים. הוא נעצר באוגוסט 2016, נשפט ונידון לשש שנות מאסר. נכון להיום, העותר מוחזק בכלא רמון, המצוי באחריות המשיב.
11. חמיד (ת"ז) , בן 29, הוא תושב ירושלים. הוא אחיו של העותר (להלן: **האח**). האח נעצר באוגוסט 2017, נחקר, ובחלוף מספר ימים שוחרר. מאז לא נעצר ולא נחקר שוב.
12. המשיב הינו רשות הכליאה הלאומית בישראל. הוא אחראי על החזקת כלואים בישראל.
13. בתחילת המאסר של העותר, האח ביקר באופן סדיר בכלא. מצב זה המשיך עד אוגוסט 2017. מאז המשיב מסרב להתיר את כניסתו לכלא, ראשית בטענה שכניסתו לא הוסדרה בשל היותו מוגדר כ"אסיר לשעבר", ולאחר מכן בטענה שבקשתו סורבה.

14. בעקבות האמור ולאחר נתק של כשנה מאחיו פנה האח באמצעות המוקד, על מנת לתאם את כניסתו לביקור העותר בכלא נפחא, שם הוחזק אותה עת העותר, וזאת בשל הגדרתו כ"אסיר לשעבר" על רקע מאסרו, כמתחייב מנהלי המשיב.
- העתק מפניית המוקד מיום 24.7.2018 מצורף ומסומן ע/1.
15. רק בחלוף חודש וחצי טרח כלא נפחא לתת מענה, וכמנהגו לא עשה כן בכתב אלא במענה טלפוני לא מחייב. ביום 6.9.2019 הודיע קצין האסירים בכלא נפחא, ר"כ נביל גואנמי, לנציגת המוקד כי בקשת העותר סורבה וזאת ללא כל נימוק, ואף מבלי לציין מה תוקף המניעה.
16. לבקשת האח, שב המוקד ופנה בחלוף כחצי שנה, וביום 3.2.2019, אל קצין האסירים בכלא נפחא וביקש שוב להסדיר את הכניסה לביקור של האח. כן עמד המוקד בפנייתו לקבל נימוק אודות התשובה, ככל שזו תהיה שלילית ומה תוקפה.
- העתק מפניית המוקד מיום 3.2.2019 מצורף ומסומן ע/2.
17. ושוב בחלוף למעלה מחודש וחצי, וביום 20.3.2019 התקבלה תשובה טלפונית מטעם קצין האסירים בכלא נפחא ובה נמסר כי כניסת האח לא אושרה בהמלצת גורמי הביטחון. לתשובה זו לא ניתן כל נימוק המניח את הדעת ולא ניתנה התייחסות למועד בו תותר כניסתו של האח.
18. לאחרונה, העותר הועבר לכלא רמון, וביום 28.4.2019 שב המוקד וחידש את פנייתו לקצין האסירים בכלא רמון, ר"כ יוחנן אלישיב, שטרם קיבלה מענה.
- העתק מפניית המוקד מיום 28.4.2019 מצורף ומסומן ע/3.
19. **וכך, מזה כשנתיים שהעותר ואחיו אינם רשאים להיפגש, ככל הנראה רק בשל היותו מוגדר כ"אסיר לשעבר".**
20. אף אם יטען המשיב, כי מאחורי המניעה עומדות סיבות אחרות שאינן קשורות לעצם הגדרתו של האח כ"אסיר לשעבר", הרי שלעותר ולאחיו לא ניתנה כל אפשרות לעמוד על סיבות אלו ולהתמודד איתן, שכן המשיב נמנע בכל תשובותיו מלמסור נימוק כלשהו לסירובו. ממכלול הדברים עולה חשש כי החלטתו של המשיב הינה שרירותית ואינה לוקחת בחשבון את העובדה שהאחים מנותקים באופן מוחלט.
21. חשוב להדגיש, כי בשל הגדרתו כאסיר ביטחוני, ככלל אסור לעותר לקיים שיחות טלפון עם בני משפחתו. לפיכך, ביקורי המשפחה הם הדרך המעשית היחידה באמצעותה הוא שומר עמם על קשר. עוד יצוין, כי ביקורים אלה נערכים משני עברי מחיצה, בתדירות של ביקור או שניים בחודש, ונמשכים זמן קצר בלבד.
22. נוכח המענה של המשיב, ובשל הנתק המתמשך בין העותר ואחיו, ביום 18.4.2019 נסעה הח"מ לכלא רמון, לשם הועבר העותר, על מנת לפגוש אותו ולנסות להבין את המצב לאשורו. במהלך הביקור אישר העותר, כי הוא מנותק כליל מאחיו מאז הביקור האחרון לפני כשנתיים, וכי מאוד היה רוצה לראותו.

23. כמו כן, העותר ציין כי במהלך שנות מאסרו, קיבל ביקורים מבני משפחתו באופן סדיר וכי לא אירע שום דבר חריג המצדיק מניעת כניסת אחיו. אין העותר דורש דבר שאינו אפשרי לפי חוק, אין הוא מבקש חופשה כדי שיוכל להיות במחיצת משפחתו זמן מה. כל שהוא דורש הוא שבקשת אחיו להיכנס לכלא לבקרו תטופל ותאושר.

24. העותר מסר כי גם לפניו שהוגשו על ידו לגורמי המשיב לא ניתנה תשובה מנומקת וכי אינו יודע מדוע ממשיך המשיב לסרב לבקשות אחיו לביקור.

25. יוצא, כי אח זה הוא האח היחיד שהצליח לבקר אותו בתחילת מאסרו, וכי בימים אלו אימו מגיעה לביקורים לעתים רחוקות בשל בעיות רפואיות המקשות עליה לנסוע עד לכלא ולעבור את יום הביקורים הארוך והקשה. אביו של העותר נפטר לפני כשני עשורים. אחיותיו מבקרות ככל שזה מתאפשר להן. אח זה הוא בן המשפחה היחיד שיכול להגיע לביקורים באופן סדיר ובכל זאת המשיב ממשיך למנוע ממנו לעשות כן.

26. לא למותר להזכיר, כי העותר נידון לשש שנות מאסר, כך שמועד שחרורו אינו קרוב. זהו מצב עניינים קשה לאסיר ולבני משפחתו, השרויים בנתק כמעט מוחלט. עובדה זו מקנה חשיבות נוספת לקיום ביקורי משפחה לשם הקלת מצוקתם של הכלוא ומשפחתו. העובדה שהמשיב לא נותן לאחים להיפגש מעצימה לאין שיעור את מצוקתם המובנית.

**לפיכך, לא נותרה לעותר, אשר לא ראה את אחיו זה כשנתיים, כל ברירה אלא לפנות 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.

(בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, עמ' 3570).

### מניעת ביקורים מאסיר – המסגרת הנורמטיבית

27. בתקנה 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.

28. 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.

29. כפי שנראה להלן, שימוש בסמכות מינהלית, הנתונה במקרה זה בידיו של נציב שירות בתי הסוהר, צריך להיעשות תוך הקפדה על הסטנדרטים של סבירות ומידתיות, במיוחד אם כתוצאה מהשימוש בסמכות נפגעת זכות אדם חוקתית. בהמשך נראה עד כמה מרכזיות וחשובות הן זכויותיו של העותר הנפגעות כתוצאה משימוש המשיב בסמכותו, ונעמיד בספק את מידת הסבירות והמידתיות של החלטות המשיב בעניין.

### הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיב להסדירם

30. 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.**

31. ובמילותיה של השופטת פרוקצ'יה, בפסק דין ברע"ב 6956/09 מאהר יונס ואח' נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2010(4), 189 (להלן: **רע"ב מאהר**), פסקה 8:

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.

32. וכך נקבע בכלל 37 לסטנדרט 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

33. 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 פרוקצ'יה; 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).

34. 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".

35. סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 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 באופן רחב ביותר על ידי הוועדה לזכויות האדם, הגוף הממונה על יישום האמנה, ב10.4.1992, מתאריך CCPR General-Comment No. 21:

[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.**

36. גם בסעיפים 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.

ובסעיף 5 נקבע כי:

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.

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

#### הזכות לחיי משפחה

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

39. 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 (בדימוס) ברק, בסעיף 25 לפסק דינו שם:

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 בחיינו

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 הנותנת משמעות וטעם לחיים...

40. 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, וכך 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 נגד (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**

41. נשוב ונציין כי ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות מטעמי ביטחון. ולענייננו תקנה 30(ב) לתקנות בתי הסוהר מקנה סמכות למפקד הכלא לאסור את כניסתו של מבקר לבית הסוהר, להגבילה בתנאים או להפסיק ביקור או פגישה עם אסיר, אם יש לו יסוד סביר לחשוד שביקורו של אותו אדם יגרום לפגיעה בביטחון המדינה, בביטחון הציבור או בסדר הטוב והמשמעת של בית הסוהר.

42. ואולם, כאמור, ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבותה של זכות היסוד הנפגעת. פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה בזכותו של העותר לקבלת ביקורים בכלא, הינה כדין רק אם היא עומדת במבחן הסמכות ובמבחן האיזון הראוי בינה לבין אינטרסים אחרים עליהם מופקדת הרשות. ככל שהזכות הנפגעת חשובה ומרכזית יותר, כך גם יגדל המשקל שיש לתת לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות (ר' למשל, ע"א 4463/94 **אבי חנניה גולן נגד שירות בתי הסוהר**, פ"ד (4) 136; רע"ב 4409/94 **גולן נגד שירות בתי הסוהר**, פ"ד 156).

43. כובד המשקל הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית, תלוי במהות ההחלטה. על כובד הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה שגורמת החלטת המשיב בזכויות יסוד של העותר. פגיעה זו מחייבת את המשיב לבסס את



החלטתו על הערכות ונתונים כבדי משקל (ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

44. גם לו סבור המשיב, כי עצם המפגש בין העותר לאביו עשוי לפגוע בביטחון והסדר בכלא, הרי שבבואו לשלול את זכות הביקור, היה על המשיב לעמוד בעיקרון המידתיות, שכן עסקינן במפגש שנמנע זו תקופה ארוכה מאד של כשנה. עיקרון זה מתמקד ביחס שבין המטרה המבוקשת, לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. אחד מנדבכי מבחן המידתיות הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. משמעות הדבר היא, כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת מטרה, יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא פחותה (ור' בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840).

45. פירושו של דבר הינו, כי חובת המשיב לבחון בחינה קפדנית ופרטנית את הראיות שבפניו; בנוסף לזאת, היה עליו לאזן בין הסיכון, מידתו והסתברותו לבין הפגיעה הקשה והוודאית בעותר ובאביו. במסגרת זאת עליו לבחון בקפידה אם אין די בסידורי הביטחון הקפדניים הנהוגים במתקני הכליאה כדי לנטרל סיכונים, אם ישנם, לרבות העדר מגע ישיר בין הכלוא לבין מבקריו – שהרי המפגש מתקיים ממילא דרך מחיצת זכוכית. כך למשל, ניתן להציב משקיפים מסוהרי בית הסוהר בכדי לנטרל כל חשש לסיכון ביטחוני, וכמו כן, ניתן לנקוט באמצעי ביטחון נוספים, והרי זו מומחיותו של המשיב.

46. יודגש, כי החלטת המשיב להמשיך ולמנוע מאחיו של העותר לבקר אותו על אף שלא נפגשו מזה כשנתיים, אינה מידתית כלל ולוקה בחוסר סבירות ואף אינה חוקית, שכן היא נוגדת את ההוראות שנקבעו בפקודה. אמנם בסמכותו של המשיב למנוע כניסת מבקרים לשם שמירה על הביטחון והסדר בכלא, אך במקרה דנן עולה החשש שמדובר בהחלטה שרירותית שלא בוחנת את נסיבות המקרה הספציפיות.

#### חובת ההנמקה המינהלית

47. כאמור הפעלת סמכותו של המשיב לקיים את עקרונות המשפט המינהלי 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)).

48. הנמקת החלטה משפרת את איכות החלטה, היא מאפשרת את בחינת החלטה על ידי גוף מבקר, היא מביטיחה אחידות ומונעת שרירות לב והיא חלק ממערכת יחסים תקינה שצריכה להתקיים בין המשיב לזקוקים לשירותיו. בשל חשיבותה, עוגנה חובת ההנמקה של החלטה 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, פסי' 4-5; יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך ב, 905 (1996)).

49. המענה שניתן מטעם המשיב ונציגיו לפניית המוקד בעניין העותר ואחיו, אין בו כדי 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).

### סיכום

50. לסיכום, העותר הוכיח כי על המשיב מוטלת החובה לאפשר לאחיו לבקרו בכלא, ובייחוד לאחר תקופה כה ארוכה של נתק כפוי; וזאת מתוקף הזכות לחיי משפחה בהיותה זכות יסוד חוקתית, הניצבת בדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות.

51. כן הוכיח העותר כי על המשיב חלה החובה על פי דין ליתן מענה מנומק לפנייות אליו וכן לנהוג בסבירות ובמידתיות בבואו לקבל החלטה בדבר מניעת כניסה לבית הכלא של מבקר, חובה שעולה החשש כי לא קוימה בענייננו.

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

ירושלים, 12 במאי 2019

---

נדיה דקה, עו"ד  
ב"כ העותר

(ת.ש. 104299)