

בעניין:

א' צ' (קטין)

ת"ז

מוחזק בכלא מגידו

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 תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מאיסא אבו עכר אבו סאלח (מ"ר 52763)

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

המבקש

- נ ג ד -

שירות בתי הסוהר

ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

בקשה למתן רשות ערעור

בית המשפט הנכבד מתבקש בזה ליתן רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי נצרת מיום 19.4.2020 בעת"א 48776-10-19, על ידי כב' השופט יוסף בן חמו. העתק מפסק דין בית המשפט הנכבד קמא בעת"א 48776-10-19, וכן כתב העתירה על נספחיה, מצורפים ומסומנים ב/1 ו-ב/2, בהתאמה.

ואלה נימוקי הבקשה

1. עניינה של בקשת רשות ערעור "ציבורית" וייחודית זו, בתנאי החזקתם של כלואים קטינים המסווגים כביטחוניים. בקשה זו אינה עוסקת אך ורק בבקשה של קטין כלוא לשמור על קשר סדיר עם בני משפחתו באמצעות קשר טלפוני, אלא בייחודיותה של קבוצת הקטינים שמצדיקה החרגתם מכלל אוכלוסיית הכלואים.
2. בפסק הדין הוחלט לשלול מהמבקש את זכותו לשמור על קשר טלפוני סדיר עם בני משפחתו, זכות הנגזרת מהזכות לחיי משפחה ומאינטרס טובת הילד, באמצעות דחיית הסעדים שנתבקשו בעתירה וזאת מבלי שנדונו כראוי ומבלי שהוכרעו סוגיות עקרוניות ומהותיות בעלות השפעות רוחב משמעותיות, החורגות מעניינו של המבקש ואשר נוגעות לכלל אוכלוסיית הכלואים הקטינים המסווגים כביטחוניים ולמידת ההגנה על זכויותיהם החוקתיות ועל טובתם, כמתבקש הן לפי הדין הישראלי והן לפי כללי המשפט הבינלאומי.
3. בית משפט קמא דחה את העתירה שהגיש המבקש כנגד החלטת המשיב שלא לאפשר לו ליצור קשר טלפוני עם בני משפחתו באופן סדיר בשל הטעמים הבאים:
 - א. קיומו של פיילוט הבודק סוגיית הקשר הטלפוני שנמצא בעיצומו.
 - ב. העדר פנייה בבקשה מוקדמת בטרם הגשת העתירה.
 - ג. תוקפה של קביעת בית המשפט העליון ב"הלכת קונטאר", לפיה הגבלת הקשר הטלפוני לאסירים ביטחוניים, הינה סבירה ומתבקשת.

- ד. סוגיית הקשר הסדיר באמצעות טלפון של כלואים קטינים המסווגים כביטחוניים לא מתאימה לצורך החלת כללי פרשנות חוקתיים שכן מדובר בטובת הנאה בלבד.
- ה. הזכות לקשר טלפוני עם העולם החיצוני אינה שונה במהותה מהזכות לחופשה רגילה.
- ו. התקנתה של "הוראת שעה: פקודת נציבות 03.02.00 – כללים ביחס לאסירים ביטחוניים – שיחות טלפון מפקחות לקטינים בתקופת מצה בחירום".
- ז. היותו של אדם קטין אינה מצדיקה החרגה גורפת שלו מול קבוצת הבגירים, ואין לקבוע קטגורית כללים נוקשים המבחינים בין שתי הקבוצות.
4. כפי שעוד יוצג בהמשך, בית משפט קמא שגה עת קבע את הקביעות הנ"ל וזאת, בין היתר, עת הסתמך על קביעה של המשיב לפיה משתקפת מקטינים ביטחוניים סכנה שווה לזו שמשקפת מכלואים ביטחוניים בגירים. לקביעה זו לא הוצגו תימוכין ולא נימוקים במעמד הדיון, ולבקשת העותר דאז, בית משפט קמא הורה למשיב להצטייד רטרואקטיבית בחוות דעת של שירות הביטחון הכללי המבססת קביעה זו.
5. כמקובל התבקש המשיב להציג חוות דעת זו לעותר ככל שהיא גלויה, ובמידה והיא חסויה התבקש למסור פרפראזה. חוות דעת זו הוגשה ללא ידיעת העותר, ואף כשהתבקש בית המשפט קמא ליישם את החלטתו בדבר מסירת חוות הדעת, כולה או חלקה, לא נענה לבקשה ומיהר ליתן פסק דין מבלי שהעותר קיבל את זכותו לעמוד על חוות הדעת ולנסות לתקוף את תוכנה.
6. אין חולק כי מדובר בטעות משפטית קשה ביותר תוך חריגה בוטה מכל גבול של סבירות וחוקיות. התנהלות המשיב והימנעות בית משפט קמא מלאכוף את החלטתו, גרמה לפגיעה קשה בזכותו של המבקש להליך הוגן אשר הובילה לתוצאה בה הסתיים ההליך. מכאן החשיבות הציבורית הייחודית העולה מבקשה זו.
7. במרכז הבקשה עומדות, בין היתר, שאלות עקרוניות וכבדות משקל, המשליכות באופן ישיר על יכולתם של אסירים ביטחוניים ככלל, והקטינים שביניהם בפרט, לממש את זכותם החוקתית לכבוד ולהליך הוגן. בית המשפט קמא טעה במתן פסק דין המסיים את ההליך המתעלם מההפרות הבוטות של המשיב לזכות המבקש להליך הוגן.
8. בית המשפט קמא טעה כשקבע את הקביעות ג-ה, תוך התעלמות מוחלטת מהנסיבות המיוחדות בהם מוחזקים קטינים המסווגים כביטחוניים. קביעות אלו ניתנו מבלי שניתן משקל ראוי ומספק לעיקרון העליון של טובת הילד, ותוך סתירת הדין הן הישראלי והן הבינלאומי.
9. בית משפט קמא שגה עת קבע שיש לדחות את העתירה, בין היתר, בשל קיומו של פיילוט שנמצא בעיצומו. בפסק הדין לא נזכר שמדובר בפיילוט שהתחיל לפני כשנה וכי הוא מוחל על אגפים של בגירים בעיקר. מעבר לאמור, קיומו של פיילוט אינו נותן מענה למבקש, שכן אינו מוחזק באחד האגפים שבהם מופעל הפיילוט האמור.
10. לא למותר לציין שזה מכבר בית המשפט המחוזי בירושלים נדרש לשאלה זו בעת"א 51964-10-19 זאייד נגד שירות בתי הסוהר והקביעה שניתנה באותו עניין הכירה בקטינות כסיבה מוצדקת לצורך הענקת קשר טלפוני עם בני משפחה. באותו פסק הדין, ולאחר שהקטין הועבר

לאגף בו הוחל הפיילוט, בית המשפט עמד על כך שאותו קטין ימשיך לקבל את האפשרות לשוחח עם הוריו שלוש פעמים בשבוע גם אם יועבר למתקן כליאה אחר בו אינו מופעל הפיילוט.

11. בית משפט קמא שגה עת קבע כי לא הייתה פנייה מינהלית טרם פנייה לערכאות והתעלם באופן מוחלט מהפניות המקדימות שנעשו בטרם הגשת העתירה וצורפו אליה.

12. כמו כן בית משפט קמא שגה עת קבע, שיש לדחות את העתירה, בין היתר בשל קיומו של הסדר זמני במסגרת "הוראת שעה: פקודת נציבות 03.02.00 – כללים ביחס לאסירים ביטחוניים – שיחות טלפון מפקחות לקטינים בתקופת מצב החירום". ראשית, הוראת שעה זו אינה נותנת מענה לבעיה המועלית בגוף העתירה. שנית מדובר בהוראת שעה שתוקפה תלוי בהכרזת השר לביטחון פנים, ומשהאחרון לא האריך הכרזתו על תוקף תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי סוהר), התש"ף 2020, הוראת השעה אינה בתוקף, נכון למועד כתיבת שורות אלו.

13. ברגעים אלה, המבקש, קטין בן 17, מוחזק בכלא מגידו כשהוא מנותק באופן מוחלט מבני משפחתו. המבקש, וקטינים אחרים במצבו, מוחזקים תקופות ארוכות, בעיקר בתחילת המאסר, כשהם במצב של נתק מוחלט, וללא כל קשר עם הוריהם. מנתון זה בחר המשיב להתעלם, בבוא להסדיר את תנאי כליאתם של כלואים קטינים המסווגים כביטחוניים.

14. לדאבון הלב, בית המשפט הנכבד קמא ביכר התעלמות זו של המשיב על פני שלל השיקולים הרלוונטיים, תוך שהוא נותן פסק דין ומורה על סיום ההליך מבלי לעמוד על המחדל של המשיב בהקשר זה, ואף לא על ההפרות הקשות של הדין. בית המשפט שגה עת התעלם, שהגדרת כלוא כקטין גוברת על הגדרתו כביטחוני במדרג הנורמטיבי.

15. משמעותה המעשית של החלטת בית המשפט קמא הנה שחרור המשיב מהחובה ליתן משקל ראוי לאינטרס טובת הילד, ולשמור על הזכות לכבוד של כל קטין באשר הוא, וזאת שהוא פוטר אותו מלהציג את נימוקיו למדיניות זו, ומונע מהעלאתם לדיון ולאפשר למבקש לקבל את יומו בבית משפט ולתקוף אותן כמקובל. עוד עשויה החלטתו של כבוד בית המשפט קמא לפתוח פתח לקבלת החלטות שרירותיות, המגבילות זכויות בסיסיות של אסירים, תוך הפרת כללים בסיסיים של הבטחת קיומו של הליך הוגן.

פרשנות חוקתית למתן רשות הערעור

16. המבקש יטען כי נוכח סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה, הקובע זכות חוקתית לערעור על פסקי דין של בית משפט בערכאה ראשונה: "פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסק דין של בית המשפט העליון", יש לנקוט בפרשנות מרחיבה, לפיה קיימת, ככלל, חובה חוקתית להעניק רשות ערעור בעתירות אסירים. עניינו של המבקש נבחן בפני ערכאה שיפוטית אחת בלבד ועל כן, יש לפרש את סעיף 62 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), תשל"ב-1971 באופן מרחיב, לפיו ככלל יש מקום להעניק רשות ערעור בעתירות אסירים.

17. לעניין מעמד זכות הערעור כזכות חוקתית, ולעניין הפרשנות החוקתית המתחייבת מכך לטובת קיום זכות הערעור, ראו את פסק דינו של כבוד השופט גיזבראן, בבש"ם 1070/13 עיריית גבעתיים נ' התחדשות אורבנית ייזום ונדל"ן (פסק דין מיום 17.3.13):

"יוזכר, כי הפרוצדורה הנדונה עניינה במניין הימים להגשת ערעור בזכות, זכות אשר, כאמור, עוגנה בחוק יסוד: השפיטה, ומבטיחה כי לכל אדם תהיה האפשרות שעניינו יבחן על ידי שתי ערכאות שיפוטיות. חשיבותה ומעמדה של זכות הערעור הודגש פעמים רבות בפסיקתו של בית משפט זה ... לא די בקביעה כי זכות זו היא "מהותית" ועל כן מעמדה ייחודי ... אלא יש לאפשר לקיימה בחיי המעשה ולוודא כי היא נשמרת. מכאן, בבואו של בית משפט זה לבחון מקרה בו פרשנות אפשרית אחת מממשת את זכות הערעור של צד פלוני בעוד הפרשנות השנייה מייתרת אותה, ובאין אינטרסים כבדי משקל אחרים, עליו לבחור באפשרות אשר תפתח את דלתות הערכאה בפניו ותממש את הזכות החוקתית בחיי המעשה. במילים אחרות, מקום בו מתחרות שתי חלופות פרוצדוראליות, יש לבכר את החלופה המצמצמת במידה פחותה את הזכות החוקתית לערעור"

כן ר' מאמרו של כבוד השופט ד"ר יגאל מרזל, "זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של ערעור", **ספר שלמה לוי** (בעריכת אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני) 141 (2013).

18. ברע"ב 425/09 פריניאן נ' פרקליטות המדינה, תק-על(1)2009, 3408, קבע כבוד הנשיא גרוניס, כי כאשר מדובר בהליך שבו האסיר תוקף לראשונה החלטה שיפוטית בפני בית משפט, יש להפעיל מבחן מרחיב לגבי בקשות ערעור מסוג זה:

השאלה הנשאלת היא מהו המבחן שבית משפט זה אמור להפעיל שעה שהוא בוחן בקשת רשות ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי בעניינים הנזכרים. לדעתי, יש להבדיל באופן ברור בין בקשת רשות ערעור המשתייכת להליכים מן הטיפוס הראשון לבין זו מן הטיפוס השני. במקרה הראשון, מדובר כזכור בעתירת אסיר הנוגעת למאסרו או מעצרו. עתירה מעין זו מופנית, דרך כלל, נגד החלטה של הנציב או של גורם אחר במסגרת שירות בתי הסוהר. מכאן, שהעתירה תוקפת לראשונה לפני בית משפט החלטה שנתקבלה על ידי רשות מינהלית. נוכח העובדה שמדובר בתקיפה ראשונה לפני בית משפט (או לפני גוף מעין שיפוטי), אין שום הצדקה להפעיל מבחן מצמצם... דומה, שאין צורך לפרט את ההבדל בין בקשת רשות ערעור בגלגול שלישי לבין בקשת רשות ערעור המופנית נגד החלטה של בית המשפט המחוזי בעתירת אסיר מן הטיפוס הראשון, שהינה בבחינת "גלגול שני". לאור ההבדל, סבורני שצריך להפעיל מבחן מרחיב לגבי בקשות רשות ערעור מן הטיפוס הראשון (פסקה 3 להחלטת השופט (כתוארו אז) גרוניס).

19. המקרה של עתירות אסירים, העוסקות בבעלי דין חלשים ופגיעים במיוחד, הוא מקרה מובהק המחייב לפרש את מבחני מתן רשות הערעור בפרשנות חוקתית, לפיה ככלל יש להעניק רשות ערעור, ולדחות את הפרשנות הרווחת, המפלה באופן קשה דווקא את האסירים לעומת בעלי דין אחרים המתדיינים בבית המשפט המחוזי, ומעניקה להם רק זכות חלשה לערעור-ברשות.

20. דברים אלה נאמרים ביתר שאת, לנוכח העובדה כי עסקינן בבקשה המוגשת על ידי אסיר קטין. קבוצת הקטינים המסווגים כביטחוניים הינה אחת הקבוצות הפגיעות ביותר בקרב קבוצת

האסירים הכללית שמלכתחילה נתפסת כחלשה ופגיעה. רוב הקטינים מרצים מאסרים קצרים, בשל ניתוקם מהעולם החיצון אינם מזהים בקלות את הפגיעה בזכויותיהם, ואף הבודדים שביניהם שנכונים לעשות כן, אינם מצליחים לעמוד בלוח הזמנים שתקופת מאסרם מעניקה להם. דברים אלה מביאים אותנו למציאות כיום, בה תנאי כליאתם של קטינים המסווגים כביטחוניים אינם עולים לידי דיון בערכאות.

מקרהו של המבקש – בעל השלכות רוחב על כלל אוכלוסיית האסירים

21. הלכה פסוקה היא כי רשות ערעור בעתירות אסירים ניתנת כאשר "מתגלית בעיה משפטית בעלת חשיבות או אם עולה נושא אחר שחשיבותו היא כללית" (רע"ב 7/86 וייל נ' מדינת ישראל ואח', תק-על 86(2) 1134 (1986)), או כאשר מתעוררות "סוגיות החורגות מעניינו של המבקש ומערבות נושאים בעלי השלכות חוקתיות ציבוריות או משפטיות נרחבות" (רע"ב 5318/99 קוסטיקה נ' הוועדה למניעת אלימות במשפחה ואח', תק-על 99(3) 1395 (1999)). (כל ההדגשות בבקשה הן שלי, אלא אם צוין אחרת – נ.ד.).

22. בקשתו זו של המבקש מעוררת שאלות משפטיות כבדות משקל ובעלות חשיבות כללית, אשר הוצגו בקצרה במבוא לעיל ויפורטו בהמשך, הנוגעות להיקף זכויותיהם הבסיסיות של אסירים קטינים, ואשר חורגות מעניינו הפרטני של המבקש. בפרט, הבקשה מעלה שאלה כבדות משקל בעניינם של אסירים קטינים שבשל פגיעותם אינם יכולים לממש את זכויותיהם הבסיסיות ללא פנייה לערכאות, ובשל התנהלות המשיב המזלזלת במעמדו כבעלי דין בהליך משפטי, נחסמת דרכם למימוש זכויותיהם בהקשרים רגישים במיוחד שאינם סובלים סחבת והתדיינות מיותרות.

23. הטענות שפורטו לעיל מצדיקות מתן רשות ערעור גם לפי הגישה הוותיקה המצמצמת (ראו: רע"ב 7/86, וייל נ' מדינת ישראל), ולא כל שכן לפי הגישה המרחיבה שהשתרשה בשנים האחרונות בפסיקה, ראו רע"ב 425/09, פריניאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.3.2009); רע"ב 2112/02, עמאראת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.3.2009); רע"ב 2003/09, חסין נ' שרות בתי הסוהר (25.3.2009); רע"ב 6956/09, יונס נ' שירות בתי הסוהר (7.10.2010), רע"ב 1073/13, אשוי נ' משטרת ישראל (17.3.2013).

24. לאור כל זאת, נבקש כי בית המשפט הנכבד יעניק רשות ערעור וידון בבקשה כבערעור.

ההליכים בפני בית משפט קמא

25. עניינה של העתירה, שהוגשה ביום 28.10.2019, בבקשת המבקש כי בית המשפט הנכבד קמא יורה למשיב לאפשר לו לקיים קשר טלפוני עם בני משפחתו מתוך הכלא באופן סדיר.

26. יוער, כי במרץ 2019 הוגשה עתירה עקרונית בסוגיה של מניעת קשר טלפוני לכלואים קטינים המסווגים כביטחוניים, בג"ץ 2316/19 המוקד להגנת הפרט נגד שירות בתי הסוהר, במעמד הדיון הודיע המשיב על תחילתו של פיילוט קשר טלפוני לכלל הכלואים המסווגים כביטחוניים ללא הבחנה בין בגירים וקטינים. בפסק דינו, בית המשפט הנכבד קבע כי "דרך המלך לתקיפת החלטות ונהלים של שב"ס, היא באמצעות הגשת עתירת אסיר לבית המשפט המחוזי, בהתאם לסמכותו המעוגנת בסעיף 62א לפקודת בתי הסוהר".

27. כמתואר בכתב העתירה, הגשתה הגיעה לאחר שניסה המבקש לקבל אפשרות זו דרך פניות לגורמים הרלוונטיים בכלא מגידו ואף במחוז צפון ובסופו של יום המשיב סירב להתייחס באופן מהותי לפניות האמורות.

28. לאחר הגשת העתירה האמורה, המשיב מסר את תגובתו לפיה אין מקום להתערבות בית המשפט במדיניות המשיב למנוע מכלואים קטינים המסווגים כביטחוניים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם, וכי מספיק שקטין יקבל ביקור פעם בשבועיים, לכל היותר, על מנת לשמור על זכותו לחיי משפחה. עוד טען המשיב כי מדובר העתירה מוקדמת בשל הפעלת פיילוט זה כשנה אשר בודק סוגיית הקשר הטלפוני של כלואים ביטחוניים, וזאת במנותק מהעובדה שהקטין העותר אינו מקבל את הקשר המבוקש במסגרת אותו פיילוט.

תגובת המשיב מיום 16.12.2019 צורפה לעתירת האסיר וסומנה כנספח ב/2.

29. ביום 17.12.2019 התקיים דיון בעתירה בבית המשפט המחוזי בנצרת בפני כב' השופט יוסף בן חמו. במסגרת הדיון, ובין יתר הטענות, המבקש הציג הליך משפטי דומה שנידון בבית המשפט המחוזי בירושלים, עת"א 51964-10-19 זאייד נגד שירות בתי הסוהר ואשר במסגרתו כב' השופט אלכסנדר רון נדרש לסוגיית הקשר הטלפוני של קטינים, ולא הסתפק במענה לפיה המשיב מקיים פיילוט. בסופו של יום בית המשפט החליט כי יש לאפשר לקטין קשר טלפוני, ואף אם באותה עת הוחזק באגף שבו מתקיים הפיילוט, אפשרות זו תישאר גם עם העברתו למתקן כליאה אחר.

העתק מהחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 22.12.2019 מצורף ומסומן ב/3.

30. בשל העובדה שהמשיב עמד על טענתו לפיה מקטינים משתקפת אותה סכנה כמו בגירים, באופן שאינו מצדיק את החרגתם, התבקש להביא נימוק אודות טענה זו. בשל האמור, בסוף הדיון בית משפט קמא נתן החלטה לפיה: "אני מורה על הזמנת חוות דעת שב"כ שתוגש בתוך 14 ימים ותתייחס לשאלה האם ועד כמה פוטנציאל הסיכון לביטחון המדינה הקיים לגבי אסירים בכלל, רלבנטי וקיים גם לגבי אסירים ביטחוניים קטינים. לבקשת ב"כ העותרים פראפראזה מחוות הדעת תועבר לב"כ הצדדים וב"כ הצדדים רשאים להתייחס לפראפראזה ככל שעמדת שב"כ הינה חסויה וככל שחוות דעת של שב"כ לא תוגדר כחסויה, יועבר העתק לב"כ הצדדים שיהיו רשאים להגיב בתוך 10 ימים".

העתק מפרוטוקול הדיון מיום 17.12.2019 מצורף ומסומן ב/4.

31. בחלוף 14 ימים ממועד מתן ההחלטה, ב"כ המשיבים הגיש בקשה לארכה לצורך הגשת חוות הדעת. בקשות אלו חזרו על עצמן, כשבכולן לא התבקשה עמדתם של העותרים. חרף זאת בית משפט קמא אישר את הבקשות הנ"ל.

העתק מבקשות המשיב לארכה מהימים 29.12.2020, 13.1.2020, 2.2.2020, ו-10.2.2020 מצורפות ומסומנות ב/5.

32. בעוד המבקש ממתין לקבל לידו העתק מחוות הדעת מטעם שב"כ, או לכל הפחות פראפראזה ממנה, גילה בדיעבד את העובדה שחוות דעת זו הוגשה לבית המשפט, מבלי למסור למבקש

- העתק ממנה או פראפראזה, בהתאם להחלטה מיום 17.12.2019, ואף מבלי שהמשיב טרח לעדכן אודות הגשתה, כאילו מתנהל הליך חד צדדי, שלמבקש אין כל נגיעה אליו.
33. בעקבות האמור, הגיש העותר בקשה דחופה לבית משפט קמא ליישום החלטה, ועמד על דרישתו כי תתקבל לידי חוות הדעת האמורה, או פראפראזה ממנה.
- העתק מבקשת העותר ליישום החלטה מיום 4.3.2020 מצורפת ומסומנת ב/6.
34. אף לאחר שהוגשה בקשה על מנת ליישם את החלטת בית משפט קמא, החליט המשיב לעמוד על כך שלא תימסר פראפראזה כלשהי וביקש לדחותה, וזאת מנימוק תמוה לפיו הוא לא ביקש להגיש את חוות הדעת מטעמו או כתמיכה לטיעונו.
- העתק מתגובת המשיב לבקשה ליישום החלטה מיום 8.3.2020 מצורף ומסומן ב/7.
35. ביום 19.4.2020 בית משפט קמא נתן פסק דין בעתירה, מבלי שניתנה הוראה עובר לכך, על יישום ההחלטה מיום 17.12.2019. כאמור, העתירה נדחתה ומהקטין הנ"ל נשללה הזכות לקשר טלפוני עם בני משפחתו מבלי שניתנה האפשרות לעמוד על נימוקי החלטת המשיב שלא לאפשר לו לקיים אותה. בכך תמה הפרשה, לדידם של המשיב ושל בית משפט קמא.
36. מכאן בקשה זו, למתן רשות לערער על ההחלטה של בית המשפט קמא.

הפן המשפטי

זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

37. בית המשפט קמא לא שקל כלל את השיקולים הרלוונטיים של טובת הקטין, זכויותיו ופגיעותו בהיותו כלוא, אל מול עמדת שב"ס ולכן שגה בפסק דינו.
38. התפישה 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 בדין:

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 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: 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).

39. וכך נקבע בפסק דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר, בפסקה 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".

40. 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.

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

42. [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.**

43. 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.

44. 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.

החזקתם של כלואים פלסטינים בשטחי ישראל

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

45. 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.

46. 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.

47. 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.

48. 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 הקטינים הפלסטינים — הנמצא בשטחי הגדה המערבית, טעון היתר כניסה לישראל לשם מעבר במחסומים בדרך לביקור הכלוא, בכפוף לאותם הסדרים.

49. 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.

50. 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.

51. מקרים אלא חוזרים על עצמם גם בהקשר של כלואים קטינים, 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.

52. 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.

53. 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.

הסיווג של אסיר ביטחוני והשלכותיו

54. 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**).

55. 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.

56. 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.

57. 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 ההחזקה 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.

58. 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.

59. את האיסור על קשר טלפוני יש לראות בתוך מכלול תנאי הכליאה שהגדרה 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.

60. כאמור, ביקורי 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.

61. כך, כלואים קטינים פלסטינים צריכים להתמודד לבד עם הפגיעה הקשה שמעצר וכליאה בתנאים מחמירים יכולים לגרום לבריאותם הנפשית והגופנית.
62. יודגש, כי הסיווג של אסיר כ"קטין" מוסדר בפקודת בתי הסוהר (נוסח משולב) תשל"ב-1971, שהינה בגדר חקיקה ראשית. ולפי ההגדרה, קטין הוא כל אדם שגילו מתחת ל-18. גם בפקודת הנציבות 04.08.00 "החזקת קטינים במאסר" ההגדרה של קטין היא "מי שטרם מלאו לו 18".
63. בפקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים", סעיף 1(ד) בנושאים שאינם מוסדרים במפורש בפקודה זו ובהעדר הוראות מיוחדות אחרות לגבי אסירים ביטחוניים, יחולו ההסדרים שנקבעו לגבי כלל האסירים". לאורך פקודה זו, אין התייחסות לסוגיית הקטינים והקשר שניתן להם עם בני משפחותיהם, על אף שפקודת בתי הסוהר ובפקודת הנציבות מכירות בה כקבוצה ייחודית לצורך העניין.
64. מעבר לאמור, בפקודת נציבות 04.08.00 "החזקת קטינים במאסר", לא נקבע שיש להחיל הסדר אחר ביחס לקטינים לפי סיווגים כאלה או אחרים, לא זו אף זו! בפקודה נקבע במפורש שתנאי החזקתם של קטינים ייקבעו מתוך ראיית טובתו של הקטין, ותוך שמירה על כבודו.
65. סיכומו של דבר, הוא שסיווגם של כלואים כקטינים מוסדר בחקיקה ראשית, ואילו סיווגם של כלוא כ"ביטחוני" מקורו בהוראה אדמיניסטרטיבי ומכאן שמעמדו במדרג הנורמטיבי נחות. רק בשל האמור, "קטינותו" של הכלוא, גוברת על "ביטחוניותו", ובאופן דומה שיקולים של טובת הילד גוברים על שיקולי ביטחון.

טובתם של הכלואים הקטינים כשיקול מרכזי בהתנהלות המשיב

66. מדינת ישראל חתומה 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.
67. המשפט הבינלאומי מכיר בפגיעותם המוגברת של קטינים לעומת בגירים, ובהשלכות ארוכות טווח שעלולות להיגרם להם כתוצאה מחוויות טראומטיות. 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.
68. 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.

69. על פי עיקרון טובת הילד, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

70. 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.

71. 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".

72. גם האמנה, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי והזכות לחיי משפחה של הילד ובפרט סעיף 3, הקובע כי ענינם 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.

73. 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.

74. בשנת 2009 תוקנה החקיקה הצבאית באופן כזה שהוקם בית משפט צבאי לנוער ובהמשך תקופת מעצרם 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.

75. 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.

76. 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 אינדוידואלית.

77. 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 בשלומם הגופני והנפשי של הקטין ועל התפתחותו, וזאת נוכח העובדה שהמעצר מתרחש בשלב עדין בהתפתחותם של אותם קטינים.

78. 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.

79. 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.

80. 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.

הזכות לחיי משפחה

81. 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.

82. 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).

83. כך, למשל, כותב כבוד הנשיא (בדימוס) 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.

84. ובג"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 הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצנעת הפרט. 'היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו'.

85. 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.

86. 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).

87. 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.

88. בית משפט קמא שגה עת קבע שמדובר בטובת הנאה, ולא בחן את הזכות בראי של טובת הילד והצורך הנחוץ של ילדים כלואים לשמור על קשר רציף עם בני משפחה. סיווגו את הזכות הזאת כ"טובת הנאה" מקורה בטעות, שכן ההתייחסות היבשה ללשון הפקודה, הופכת את הקשר הסדיר עם בני משפחה, שעבור קטינים בכלא היא זכות חוקתית ובעלת ערך עליון הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי, לעניין שקל יהיה לשלול אותו בהחלטה מינהלית, המתקבלת בלי כל ביקורת שיפוטית.

חיוניות הקשר עם המשפחה עבור הקטין

89. 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.

90. 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 שאינו ברמת התפתחות ובגרות נפשית מספקת, לעומת בגירים, כדי לשלוט במצב רוחם, דחפיהם והתנהגויותיהם. כך, הופכים הקטינים בכלל, ובבתי הכלא בפרט לפגיעים יותר.

91. 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.

92. 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.

93. 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.

94. 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.

95. 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 ונטייתן לסבול מבריאות גופנית ירודה. ככל שקשר עם העולם החיצון מתקיים, ולו באופן מינימאלי, הדבר גורם לירידה בדימוי העצמי שלהן.

96. 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.

97. 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.

98. 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.

99. הלחץ הנפשי הכרוך בעצם המעצר בדרך כלל מוביל כלואים רבים לפנות לבני משפחותיהם ויקיריהם, 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.

100. 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. Criminal Justice Policy Review, Visher, C. A. (2013). 24(1), 9-26. מניעת רצידיביזם כיום היא אחת המטרות העומדות בבסיס מערך השיקום, והוא אינטרס חשוב שיש לקחת בחשבון בעת בחינת מדיניות המשיב כלפי קטינים והשלכותיה.

מדיניות האיסור על קשר טלפוני וסבירותה

101. 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.

102. 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.

103. 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 ההנאה וזאת לפי שורה של שיקולים הנבחנים מול האסיר באופן אינדיווידואלי.

104. 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.

105. 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).

106. 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.

107. יודגש, כי הכלואים הקטינים 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.

108. האפשרות היחידה שנתרה 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.

109. 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.

110. 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".

111. 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.

112. 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

113. 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).

114. 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).

115. לאור פסקות ההגבלה בחוקי היסוד, אומץ עקרון המידתיות כאמצעי לבחינת חוקיותם של חוקים, וממילא הוא משמש גם כתנאי לחוקיותה של כל פעולה מינהלית (בג"ץ 987/94 **יורנט קווי זהב (1992) נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5), 412, 453). בחינת המידתיות של הפגיעה בזכויות האסירים הפלסטינים 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 ויישמו 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).

116. **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.

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

118. 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).

119. 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.

120. **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.

121. 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.

122. 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).

123. 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.

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

125. 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.

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

127. 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.

128. **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.

129. 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).

130. 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.

131. דא עקא, התכלית של שמירה על הביטחון, אם אכן היא זו שעומדת בבסיס המדיניות, חשובה וראויה ככל שתהיה, אינה ערך מוחלט ואינה מצדיקה כל פגיעה בזכות אדם. ההצדקה הביטחונית אינה חזות הכל, ועליה להיות מאוזנת אל מול צרכים אחרים. כך למשל בעניין סייף הדגיש בית המשפט, כי אין בסיכון ביטחוני תיאורטי הנשקף מעיתונאי, המחזיק בהיתרי כניסה לישראל, כדי להצדיק פגיעה ודאית בזכויות מוגנות, והפליה בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל יתר העיתונאים הזרים. ביטחון לעולם אינו אבסולוטי, והוא עשוי לסגת מפני זכויות אחרות (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817).

132. 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.

133. 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.

134. 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 יידוי 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.

135. בהתאם לכך אפשר, למשל, כי במקרה מסוים השיקולים ההומניים, של פגיעה בזכויות יסוד של ילד, יתגברו גם על סיכון ביטחוני, אם הוא מסופק וקלוש.

136. 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.

137. מן הראוי לציין בהקשר זה את דבריו של כב' הש' (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".

138. 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.

139. 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.

140. 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 מייד.

141. 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. כבי' 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."

142. 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".

143. 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-פרוורית של שיחות טלפון מכלל האסירים הביטחוניים הקטינים היא דרך בלתי מידתית החורגת מן הסביר.

פגיעה חמורה בזכות להליך הוגן

144. מתווספת לכך העובדה שהנסיבות שבהן נשללת זכותו של המבקש לקבל קשר טלפוני סדיר עם בני משפחתו הן מחמירות.

145. התנהלות המשיב במקרה דנן חרגה מכל גבול של סבירות וחוקיות. במקום לפעול לשם יישום ההחלטה מיום 17.12.2019, בה התבקש להציג נימוקים ותימוכין להחלטתו באופן רטרואקטיבי, החליט המשיב לנהל הליך חד צדדי מול בית המשפט, ולנצל את מרותו לרעה, וזאת בהגשת חוות דעת מטעם שב"כ מבלי להציג אותה ואף מבלי להודיע על עצם הגשתה.

146. אין חולק כי באופן כללי ישנה גישה מזלזלת, במידת מה, במעמדו של האסיר כמתדיין במהלך עתירות אסירים. על גישה זו נאלצה לעמוד, בין היתר, הוועדה לבדיקת המתכונת הראויה לבירור עתירות אסיר, בעקבות ניירות העמדה שהוגשו אליה, המתייחסים ומרחיבים בסוגיה זו.

147. היותו של האסיר כלוא בין גדרות וכותלי הכלא איננו אמור להוות משוכה עבורו המונעת ממנו לזכות ביחס אליו זוכה כל בעל דין אחר הנמצא מחוץ לבית הכלא. כפי שנוהגים הפרקליטות ונציגי מדינה אחרים, מתוקף חובתם האתית והמשפטית, לעדכן הצד שכנגד בכל מהלך שמתכוונים הם לבצע בכדי לאפשר לו להגיב, במידת הצורך, קל וחומר כאשר קיימת החלטה שמורה להם לעשות כן, ועוד בעניינו של קטין, שזהו מצב נדיר שקטין מרהיב עוז ומגיש עתירה מסוג זה.

148. הזכות החוקתית לגישה לערכאות איננה טומנת בחובה רק זכותו של האסיר להגיש עתירת אסיר, אלא גם, ובעיקר, את הזכות לבירור הולם לעתירתו תוך קיומו של הליך שקוף פומבי, שוויוני, מהיר והוגן. הזכות החוקתית להליך הוגן והזכות החוקתית לגישה לערכאות כרוכות זו בזו. כל פגיעה בזכותם של האסירים להליך שוויוני והוגן מביאה לפגיעה בזכותם לגישה לערכאות.

149. הדבר מדאיג יותר עת מגיע למצב בו המשיב אינו מהסס להגיש מסמכים לבית המשפט המהווים התימוכין היחיד להחלטתו על המדיניות שהוא מפעיל, מבלי להודיע לעותר או בא כוחו, וזאת תוך שהוא מפר החלטה של בית משפט. כל זה מתווסף לקשיים העומדים בפני עותרים אסירים ובאי כוחם בהליכים אלה.

150. חלק לא מבוטל מהחלטות המשיב אינן גלויות לאסיר, ומכאן נובעת החשיבות של כניסת בית המשפט לתמונה לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות מסוג זה, תוך שהוא מתיר ככל שניתן חשיפת יותר ויותר פרטים חסויים, העומדים בבסיס אותן החלטות.

151. אסור לעבור על מקרה זה לסדר היום. עתירות אסיר מוגשות כל יום כאשר הן מהוות את האמצעי היחיד עבור אחת האוכלוסיות המוחלשות ביותר להיאבק על הזכויות הבסיסיות ביותר. אם המשיב מעז לפעול באופן זה כשהאסיר מיוצג, נשאלת השאלה מה קורה במקרים בהם האסיר אינו מיוצג?!

152. אל למשיב להערים קשיים על אסירים הפונים לערכאות בניסיון לשפר את תנאי מחייתם. דברים אלה נאמרים ביתר שאת כשמדובר ברשות השולטת באופן מלא בחייהם של האסירים, שביכולתה להשתמש בסמכויות גורפות ועשויה לפגוע בכבודם ובחירותם של אסירים. עובדה זו, מחייבת הקפדה על כללי הצדק הטבעי ועל הליכים שקופים, פומביים, שוויוניים וברורים. אופיו של המשיב גם מעניק חשיבות מיוחדת לזכות הגישה לערכאות, זכות יסוד חוקתית העומדת לאדם גם בהיותו אסיר.

153. משכך טעה בית משפט קמא כשהחליט לקבל את חוות הדעת שהוגשה אליו, כפי שהוגשה, וכי מספיק ליידע את המבקש בדבר קיומה של חוות הדעת במסגרת פסק הדין.

ההתפתחויות במסגרת בג"ץ 2316/19 ובבג"ץ 2280/20

154. ביום 1.7.2019 התקיים דיון בבית המשפט העליון בסוגיה העומדת במוקד עתירת האסיר דנן. במסגרת הליך משפטי זה, ולאחר שהמשיב טען במשך שנים כי אין לקטינים פלסטינים הכלואים בישראל כל אפשרות לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם, הודיעו לראשונה כי הוחלט "בכפוף להבשלת התנאים המוקדמים שיקבעו; וכן בכפוף למגבלות שונות, אשר יהא בהן כדי להביא להפחתת הסיכון ממהלך זה; ובהיעדר שינוי נסיבות; יחל 'פיילוט' של מתן אפשרות לקיום קשר טלפוני, בין השאר באגף שבו מוחזקים אסירים ועצורים ביטחוניים קטינים באחד ממתקני הכליאה בשב"ס".

155. לשון ההודעה מעורפל ועמום, ולא מתקרב ליתן מענה לטענות העותר דכאן וקטינים רבים אחרים. הפיילוט אינו מנסה ליתן פתרון לבעיה שהעתירה מנסה להעלות הנוגעת לקבוצה מובחנת שבין האסירים, קרי הקטינים שבהם.

156. אף אם מתקיים הפיילוט באחד האגפים שבהם מוחזקים קטינים פלסטינים, אין עדיין מענה למבוקש בראש העתירה, מכיוון שהפיילוט אינו מספק מענה בטוח, הן באופן כללי והן בעניינה של הקבוצה המובחנת.

157. ובכן, הפיילוט שהציג המשיב, אף הוא אינו בטוח והוא כפוף לכל מיני גורמים לא ידועים, ולא ברור מה התקופה שבה הוא יפעל, מתי התחיל ומתי יסתיים. מעבר לכך, מלשון ההודעה ברור כי הפיילוט מתייחס אל הקטינים כחלק בלתי נפרד מהקבוצה הגדולה של הכלואים הפלסטינים, ובכך הוא לא מנסה לרדת לשורש הבעיה שהעותר מנסה להעלות כאן. הפיילוט לא מנסה למצוא דרך כיצד ליתן מענה לאוכלוסייה פגיעה יותר מאשר כלל הקבוצה של הכלואים הביטחוניים.

158. עם התפרצות נגיף הקורונה ברחבי הארץ, נקט המשיב במדיניות חירומית על מנת למנוע התפרצות המחלה בתוך מתקני הכליאה שבאחריותו. בהתאם לכך, הותקנו תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי סוהר) התש"ף-2020, אשר מנעו כניסה של כל המבקרים כולל עורכי דין לתוך מתקני הכליאה.

159. כתוצאה מכך, למעלה מ-4,000 כלואים המסווגים כביטחוניים, מצאו את עצמם מנותקים באופן מוחלט מהעולם החיצון, וביניהם כ-200 קטינים. בשל חומרת הפגיעה בזכויותיהם של כלואים בתקופה קשה של התפרצות מגיפה עולמית, בית המשפט הנכבד הביא לכך שהמשיב הודיע על הוראת שעה המאפשרת לאותם קטינים, שאינם מוחזקים באגפים שבהם מופעל הפיילוט, לשוחח עם בני משפחותיהם מדי שבועיים לתקופה של 10 דקות. הוראת השעה תקפה ככל שהשר מכריז על תוקפן של התקנות.

160. ביום 8.6.2020 פקע תוקף הכרזת השר לביטחון פנים ולא האריך אותה בשנית. יחד עם פקיעת ההכרזה, פקעה, הוראת השעה. במקביל לכך, המשיב התחיל לאפשר ביקורי משפחה של כלואים, אך רק לאלה שמבקריהם הינם תושבי ישראל.

161. אוכלוסיית הכלואים הקטינים הפלסטינים המסווגים כביטחוניים, ברובה המכריע הינם תושבי השטחים הכבושים, כך שלגביהם אין אפשרות לקבל ביקורי משפחה, ואף אפשרות זו עוד לא נראית באופק.

162. כתוצאה מן האמור, קטינים המסווגים כביטחוניים, עשויים להיות מנותקים זמן רב מהעולם החיצון, ובאופן מוחלט, עוד כמה זמן, דבר שחוזר ומצביע על חשיבות הקשר הטלפוני כדבר שבשגרה.

חובת ההנמקה המינהלית

163. 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 (עע"ם 10845/06 **שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה**, תק-על 2008(4), 1709; עע"ם 9135/03 **המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ**, טרם פורסם, עמ' 6 לפסק הדין; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב, 897-898 (1996)).

164. הנמקת ההחלטה משפרת את איכות ההחלטה, היא מאפשרת את בחינת ההחלטה על ידי גוף מבקר, היא מבטיחה אחידות ומונעת שרירות לב 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 ההחלטה ולהוכיח כי ההחלטה 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)).

165. התנהלות המשיב לאורך הזמן נעשתה ללא שטרך לתת מענה לפניות העותר שיש 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). אותה התנהלות חזרה על עצמה בעניין הצגתו לנוהל, כאשר לא טרח להציג אותו באופן מפורט ומסודר.

לסיכום

166. נוכח כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן רשות ערעור ולאחר מכן לקבל את הערעור ובהמשך לכך, בית המשפט הנכבד מתבקש להפוך את החלטתו של בית משפט קמא וליתן את הסעדים שנתבקשו בגדר העתירה ולא נענו על ידי בית המשפט קמא, וכן להורות למשיב לחדול מלפגוע באופן מכוון בזכויותיהם של אסירים ועצירים להליך הוגן.

ירושלים, 21 ביוני 2020

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ המבקש

(ת.ש. 108177)