

בעניין:

נאסר, ת"ז _____
מוחזק בכלא אשל

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 מיסא אבו סאלח-אבו עכר (מ"ר 52763)

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

העותר

- נ ג ד -

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 לבנו – פעוט בן שנה וחצי – של העותר להיכנס לבתי הכלא שבאחריות המשיב, על מנת לבקר את אביו, אותו לא ראה מאז ביקר אותו בפעם האחרונה לפני למעלה משנה.

ואלה נימוקי העתירה

בידודו של האסיר מן החברה כדי להגשים את תכליות הענישה גוזר עליו גם בידוד משפחתי מבן זוגו, מילדיו, וממשפחתו במעגל הרחב יותר. **אולם גם בהינתן הגבלה אינהרנטית זו למאסר, קיומה של זכות אדם למשפחה ולהורות מחייבת צמצום היקף הפגיעה בה ככל הניתן, ובגבולות ההכרחיים בלבד, כגון בדרך של מתן היתרים מבוקרים לביקורי משפחות אצל אסירים, יציאה לחופשות בהתקיים תנאים מוגדרים, העמדת אמצעים המאפשרים התייחדות בין בני זוג, וכיוצא באלה. בכך, נשמרת מידתיות הפגיעה בזכות האדם, המתחייבת באורח מובנה מעצם שלילת החירות הנילוית למאסר.**

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

רקע

1. 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.
2. 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.
3. 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. מי שמוגדר ככלוא לשעבר רשאי לפנות למשיב אשר לו נתון שיקול הדעת להסרת המניעה.
4. על פי פקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים", הכלל הוא כן לאפשר ביקורי משפחה. סעיף 17א(1) קובע כי בהתאם לסעיף 116 לאמנת ג'נבה הרביעית, ככלל, אסירים יורשו לקבל ביקורי משפחה מדרגה ראשונה בלבד. על פי ההגדרה, קירבה ראשונה לעניין הסעיף הספציפי כוללת: הורים, בני זוג, ילדים, אחים וסבים.
5. במסגרת הפקודות, מוסדר עניין הביקור של קטינים בכלא במסגרת פקודה 04.42.00 "סדרי ביקור אצל אסירים". בפקודות המשיב אין החרגה קבוצתית המתייחסת לילדים רכים. לפיכך, מצב בו נמנעת כניסתו של פעוט לביקור אביו, ככל הנראה נובעת משיקולים במישור הפרטני, קרי מניעה כנגד הפעוט לכניסה לביקור, עם כל הקושי המשתמע מכך. כלומר, נראה שהמשיב מטיל מניעה ספציפית על אותו קטין רך בשנים, שלא במסגרת מניעה קבוצתית (שכאמור אינה קיימת בעניינם של קטינים).
6. בפסיקת בית המשפט העליון (בג"ץ 4127/09 זגל נגד שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 09.12.2009)), כי אין למנועי ביקור הזכות לעתור לבית משפט כנגד מניעת זכותם לבקר בבתי כלא, ולפיכך ניתן לתקוף מניעה כזו רק באמצעות עתירה שייגש 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.
7. בשל כך, העותר וכלואים רבים במצבו נאלצים לפנות לערכאות כנגד הגבלות שהטיל שב"ס, על מנת שיוכלו לממש את זכותם ואת קרוביהם לחיי משפחה במסגרת ביקורים בכלא.

הצדדים ומיצוי ההליכים

8. העותר, בן 30, הינו תושב ספא שבנפת רמאללה. הוא נעצר באפריל 2014, נשפט ונידון לתקופת של 11 שנים. נכון להיום, העותר מוחזק בכלא אשל, המצוי באחריות המשיב.
9. _____ נאסר (ת"ז _____), בן שנה וחצי, מתגורר עם אמו בספא שבנפת רמאללה. הוא בנו של העותר (להלן: **הבן או הפעוט או** _____). מטבע הדברים, מעולם לא נעצר ולא נחקר.

10. המשיב הינו רשות הכליאה הלאומית בישראל. הוא אחראי על החזקת כלואים בישראל.
11. _____ ביקר את אביו מאז לידתו פעמיים. ביקורים אלה התקיימו במהלך החזקתו של העותר בכלא אשל, אותו כלא שבו הוא מוחזק כיום. שני הביקורים התקיימו בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2019, ללא כל בעיה או טענה שהוא מנוע כניסה, ואף הביקור באוקטובר התקיים במתכונת של ביקור פתוח, במסגרתו התאפשר לאביו להחזיקו ולחבקו.
12. עוד לפני שהתחיל משבר הקורונה, לפני כשנה, הבן הגיע לביקור אביו בכלא אשל בליווי אימו, לאחר שהגעתו תואמה באמצעות הצלב האדום, וכפי שעשה בשני הביקורים הקודמים ושם הופתע לגלות שמונעים את כניסתו.
13. לא למותר לציין, כי ביקורי משפחה של כלואים פלסטינים תושבי השטחים הכבושים (כולל ירושלים המסופחת) מוסדרים באמצעות ארגון הצלב האדום, אשר מעביר רשימות המבקרים למתקן הכליאה ומקבל בחזרה את האישור לביקור. במתכונת זו, אין מבקר שעולה להסעת הצלב האדום ללא אישור המשיב על הביקור הספציפי. בשל כך, נוהג המשיב להכניס לביקור חד פעמי אדם שניתן לו אישור לבקר, אך בכניסה לכלא התגלה שקיימת מניעה. במקרה דגן לא הותרה אף כניסה חד פעמית לפעוט.
14. תקופה קצרה לאחר מכן, החל משבר הקורונה והמשיב החליט למנוע כניסתם של מבקרים למתקני הכליאה השונים מכוח תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי סוהר), התש"ף-2020 (להלן: **התקנות**) שהיו בתוקף במשך שלושה חודשים.
15. ימים ספורים לפני כניסת התקנות לתוקף משפחת העותר פנתה אל המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), וביקשה את סיועו כדי שיוכל _____ לחזור לבקר את אביו. ביום 10.3.2020 פנה המוקד אל קצינת האסירים בכלא אשל וביקש להתיר את כניסת הבן לביקור אביו.
- העתק מפניית המוקד מיום 10.3.2020 מצורף ומסומן **ע/1**.
16. עוד ביום 16.3.2020 התקבל מענה מקצינת האסירים בכלא אשל. בתשובתה מסרה כי "מבדיקה שנערכה במערכות שב"ס, לאסיר ישנו ילד אחד בלבד, _____, ת"ז _____".
- העתק מתשובת המשיב מיום 16.3.2020 מצורף ומסומן **ע/2**.
17. בדיוק עם קבלת המכתב החל מצב החירום בבתי הכלא מכוח התקנות ונמנעה כניסתם של מבקרים במשך כשלושה חודשים. מיד לאחר פקיעת התקנות וחזרת הביקורים, ביום 22.7.2020 פנה המוקד שוב אל קצינת האסירים בכלא אשל וביקש להציג את הקירבה בין העותר לבנו, באמצעות תעודת הלידה בה מופיע כי הינו רשום במשרד הפנים הפלסטיני וכי העותר אביו.
- העתק מפניית המוקד מיום 22.7.2020 מצורף ומסומן **ע/3**.
18. כבר ביום 23.7.2020 התקבל מענה מכלא אשל. בתשובתו הפנה קצין הכליאה בכלא אשל אל התשובה מיום 16.3.2020 וכפר במסמכים שצורפו לפנייה מיום 22.7.2020. לשיטתו לא ברור כיצד הילד רשום על שמו של העותר וכי ע"פ המערכת המחוברת למרשם האוכלוסין של הרשות הפעוט אינו רשום בה. כמו כן, הודיע כי בשלב זה ועל רקע משבר הקורונה לא מתאפשר ביקור של יותר מאדם אחד לאסיר.

העתק מתשובת קצין הכליאה בכלא אשל מיום 23.7.2020 מצורף ומסומן ע/4.

19. לא למותר לציין כי הטענה לפיה _____ אינו רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני הינה תמוהה ממספר טעמים. ראשית כל, עבור _____ הונפקה תעודת לידה ממשד הפנים הפלסטיני אשר מופיע בה העותר כאביו, ואף שמו ומספר תעודת זהותו מעודכנים בספח תעודת הזהות של אמו, כך שלא ברור מדוע לשיטת המשיב _____ אינו רשום במערכת הפלסטינית.

העתק מתעודת הלידה של _____ וצילום של תעודת זהות אמו מצורפים ומסומנים ע/5.

20. שנית, וכפי שכבר הוזכר לעיל, _____ זכה לבקר את אביו פעמיים במהלך שנת 2019. כידוע כניסת מבקר מתאפשרת רק לקרובי משפחה מדרגה ראשונה, ועל סמך זאת הוכנס _____ לביקור. הטענה לפיה _____ אינו רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני, ואינו מופיע כבנו של העותר משמעה כי הנהלת כלא אשל התירה את הכניסה של אדם פעמיים בניגוד לחוק ולנהלים.

21.

22. 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 בתשובתו מלמסור נימוק כלשהו לסירובו. ממכלול הדברים עולה חשש כי החלטתו של המשיב הינה שרירותית ואינה לוקחת בחשבון את העובדה שהאחים מנותקים באופן מוחלט.

23. 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. דברים נכונים גם במהלך התקופות בהן חלות הגבלות בין אם מכוח התקנות ובין אם מכוח החלטה מינהלית שניתנה בתוך ואקום נורמטיבי, שגורמות לנתק מוחלט בין אותם כלואים לבני משפחותיהם.

24. בעקבות האמור, ועל רקע משבר הקורונה המתמשך והנתק, שמלווה בדאגות רבות על בריאותם ותנאי כליאתם של האסירים המסווגים כ"ביטחוניים", הוחלט לפנות לערכאות, אך שוב ההגבלות חזרו לחול על ביקורי משפחה במתקני הכליאה. בשל כך, ומיד עם החלת הקלות על ביקורי המשפחה, ביום 25.10.2020 נסעה הח"מ לכלא אשל, על מנת לפגוש את העותר, ולנסות להבין את המצב לאשורו. במהלך הביקור אישר העותר, כי הוא מנותק כליל מבנו מאז הביקור האחרון לפני למעלה משנה, וכי מאוד היה רוצה לראותו.

25. העותר הדגיש שעשה כל שעלה בידו על מנת שיוכל לבקר את בנו. הניסיונות באמצעות דובר האגף להביא לפתרון הבעיה לא הניבו תוצאות ומכאן שלא נותרה בידו דרך אחרת מלבד פנייה לערכאות.

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

27. לא למותר להזכיר, כי העותר נידון לתקופת מאסר ארוכת שנים, 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 לאב ובנו להיפגש מעצימה לאין שיעור את מצוקתם המובנית.

28. במקביל, ומטבע הדברים, מועד לידתו של _____ ונסיבות לידתו לא צפויות להשתנות, כפי שהם לא השתנו מאז ומתמיד, כשלפני שנה הדבר לא היווה סיבה המצדיקה מניעת הביקור. ברי, כי אין מקום להעניש ילד על הדרך בה הוא הובא אל העולם, ומשמדובר בבנו של העותר על פי מסמכים רשמיים של משרד הפנים הפלסטיני, ובניגוד לספקולציות שלא נתמכו במסמכים על ידי המשיב, לא ברור מהו הנימוק החוקי עליו מסתמך המשיב, או ליתר דיוק הנהלת כלא אשל, במניעת כניסת _____ לכלא.

29. לא למותר לציין, כי במהלך השנה האחרונה התקבלו לטיפול המוקד מספר פניות דומות של ילדים שנמנעה כניסתם לביקור אביהם בנסיבות דומות, כשהמשותף בין כל הפניות היה שהסירוב הגיע מהנהלת כלא אשל. אף לאחרונה, ובמסגרת עת"א 25299-07-20 **פהמי משהור נ' שירות בתי הסוהר**, שדנה בבקשה דומה, יום לפני מועד הדיון שנקבע, הודיע המשיב כי חזר בו ממניעת כניסת הילדה לביקור אביה.

30. על רקע האמור לעיל, ובמצב הדברים הנוכחי, נראה שהחלטת המשיב להמשיך למנוע את כניסתו של _____ לביקור אביו, לוקה בחוסר סבירות ואינה מידתית ועל כן מתבקש בית המשפט הנכבד להתערב בה.

לפיכך, לא נותרה לעותר, אשר לא ראה את אביו זה למעלה משנה, 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 הנורמטיביות

31. 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.

32. 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.

33. 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

34. 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 ישראליים 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.

35. 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.

36. 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

37. 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 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 כאחיק" (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיק 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 לו(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490).

38. 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".

39. 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, CCPR General-Comment No. 21, מתאריך 10.4.1992 :

[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.**

40. 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.

41. 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

42. 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.

43. 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).

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 בחייו של היחיד ובחיה 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...

44. זכויות המשפחה מוכרות ומוגנות גם על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי. תקנה 46 לתקנות האג קובעת:

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

ובעניין סטמקה נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

וראו עוד: סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדינתיות, 1966; סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; הפתיח של האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989.

עקרון טובת הילד וזכות הילד לקשר עם הורה

45. ככל רשות המקבלת החלטה, המשליכה על זכויות ואינטרסים של ילדים קטינים, אף על המשיב להעניק בהקשר זה משקל מכריע לעקרון טובת הילד. חובה זו מעוגנת הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, אליו מחויבת מדינת ישראל. כפי שהדגיש בית המשפט העליון באחת הפרשות:

אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי (ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1) 459, 465).

46. החובה הבסיסית להתחשב בטובת הילד היא אבן היסוד עליה מושתתת אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, אשר אושררה בידי ישראל בשנת 1991. כקבוע בסעיף 3 לאמנה זו:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

47. האמנה בדבר זכויות הילד רואה במשפחה כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל חבריה, ובפרט הילדים, וקובעת כי לשם פיתוח אישיותו של ילד באופן מלא והרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית.

48. מושג זכויות הילד משמעותו, כי לצד חובת ההורה להעניק לילד תמיכה רגשית וטיפולית (חובה המעוגנת בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962), קמה לילד הזכות לטיפול מצד הורה (ראו: ע"א 2266-93 פלוני ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 227, 253-254). ההכרה בזכות זו, המהווה נדבך עיקרי בכיבוד עקרון טובת הילד, מטילה חובות לא רק על בני המשפחה, אלא אף על רשויות המדינה. בין השאר, זכות זו מצמיחה את חובת המדינה לכבד זכותו של קטין, עליו נכפה פירוד מאביו במקרה דנן, לשמור על קשר עמו.

49. ניתוק ילד מאחד מבני משפחתו הגרעינית, או צמצום דרסטי של הקשר עמו, עלולים לפגוע קשות בהתפתחותו התקינה של הילד ולגרום לו נזק בלתי הפיך. למותר לציין, כי קשר משפחתי תקין עם ילדים כרוך במגע במידה ניכרת וזאת בהשוואה לקשר בין בוגרים.

50. במקביל לזכות הילד לקשר עם אביו, מצויה גם זכותו העצמאית של הכלוא לקשר עם בנו הקטין. זוהי זכות טבעית וראשונית העומדת בפני עצמה. דברים אלו יפים הם לענייננו.

51. זכות הדדית זו מוגנות על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כנגזרות מהזכויות להגשמה עצמית, לחירות ולכבוד. אך גם אם יטען הטוען, כי זכויות אלו אינן כלולות בזכויות המוגנות על ידי חוק היסוד, הרי אין חולק כי אלה הן זכויות חוקתיות אלמנטריות.

הגבלה על זכות יסוד – עקרונות הסבירות והמידתיות

52. 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.

53. 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).

54. 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).

55. גם לו סבור המשיב, הנחה פסולה מכל, כי עצם המפגש בין העותר לבנו 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 שנה. עיקרון זה מתמקד ביחס שבין המטרה

המבוקשת, לבין האמצעים הנקטים 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).

56. 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 ובאחיו. 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.

57. יודגש, כי החלטת המשיב להמשיך ולמנוע מבנו של העותר לבקר אותו על אף שלא נפגשו זה למעלה משנה, 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

58. 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)).

59. 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)).

60. המענה שניתן מטעם המשיב ונציגיו לפניית המוקד בעניין העותר ובנו, 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

61. לסיכום, העותר הוכיח כי על המשיב מוטלת החובה לאפשר לבנו 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.

62. 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, 26 בנובמבר 2020

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ העותר

(ת.ש. 109986)