

העותרים:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של דר' לוטה זלצברגר
3. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או רחל בנזימן
ו/או הדס תגרי ו/או עאוני בנא ו/או מיכל פינצ'וק
ו/או לילה מרגלית ו/או מנאל חזאן ו/או באנה
שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 35401, ירושלים 91352
טל': 6521218-02 ; פקס: 6521219-02

נגד

המשיבים:

1. השר לביטחון פנים
שיך ג'ראח, ירושלים
2. שירות בתי הסוהר
ת"ד 81, רמלה

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע, כי הסיפא לתקנה 29 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן: התקנה), החל מהמילים "אלא אם כן...", בטלה או מדוע לא תבוטל.

בקשה לצו ביניים

התקנה, שהתקין המשיב 1 (להלן - השר), מסמיכה את המשיב 2 (להלן - שב"ס) להעמיד סוהר בטווח שמיעה במפגש עצור או אסיר עם עורך דינו. בכך פוגעת התקנה פגיעה קשה בזכות לחיסיון

עורך דין-לקוח, בזכות לייצוג ובזכות לפרטיות. התקנה הינה בלתי חוקתית על פניה, סותרת זכויות יסוד, המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סותרת חקיקה ראשית והותקנה בחוסר סמכות. לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות לשב"ס שלא להעמיד סוהר בטווח שמיעה במהלך פגישת עו"ד-לקוח עד לסיום הדיון בעתירה.

בקשה לדיון דחוף

לאור הפגיעה הקשה בזכויות יסוד של אסירים כמפורט לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי

1. עתירה זו עוסקת בנוסחה החדש של התקנה, אשר פורסם ביום 19.12.01, והמתיר הצבת סוהר במרחק שמיעה בעת מפגש עצור או אסיר עם עורך דינו.

2. באוגוסט 2001 הגישו העותרים ביחד עם שני עו"ד עתירה (בג"צ 6631/01 ח'אלד קוזמאר, עו"ד, ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח') כנגד מדיניות שירות בתי הסוהר ומשטרת ישראל בכל הנוגע להגבלות על מפגשי עו"ד-לקוח ודרכי קיומם. בעתירה תוארו, בין היתר, שני מקרים, בהם נכח סוהר במהלך המפגש בין עו"ד ח'אלד קוזמר ללקוחותיו, במרחק קטן מהנפגשים, אשר איפשר שמיעה מלאה של תוכן הפגישה:

(1) ביום 8.8.01 ביקר עו"ד קוזמאר קטינים, הכלואים בבית סוהר השרון. הביקור אושר רק בתנאי שלא ייערך במקום המפגש הרגיל של עורכי דין עם לקוחותיהם, אלא כביקור משפחתי תוך נוכחות צמודה של סוהר בטווח ראייה ושמיעה.

(2) ביום 16.8.01 ביקר עו"ד קוזמאר קטינים, הכלואים בבית הסוהר נווה תרצה. גם במקרה זה נכח סוהר, שהיה בטווח שמיעה קרוב ביותר, ואף ערך תרשומת של מהלך השיחה, אותה הגיש למנהלת בית הסוהר. לעוה"ד נאמר, כי אם לא יסכים לתנאי זה, הביקור לא יתאפשר.

אחד הסעדים שנתבקשו בעתירה היה, כי שב"ס יימנע מלהציב סוהר בטווח שמיעה בפגישה בין עוה"ד לכלוא.

3. ביום 9.12.01, אך יום לפני הדיון בבג"צ 6631/01, חתם השר על נוסח חדש לתקנה, שנוסחה כדלהלן:

"פגישת אסיר עם עורך דין, שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר, אלא אם כן קיים חשד ממשי כי מתן השירות באופן האמור, יאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו או ביטחונו של אדם, את שלום הציבור או את ביטחון המדינה."

התקנה פורסמה בקובץ התקנות ביום 19.12.01.

4. במכתבה מיום 31.12.01 התריעה העותרת 1 בפני השר על אי החוקיות של התקנה, וציינה כי התקנה פוגעת פגיעה קשה בזכויות יסוד של עצורים ואסירים ולכן היא בטלה.

העתק המכתב מצ"ב כנספח ע/1.

5. במכתב מיום 14.1.02, שהגיע לידי העותרת 1 רק ביום 10.2.02, השיבה סגנית היועצת המשפטית של המשרד לבטחון פנים, כי מטרות תיקון התקנה היו בעיקרן: הבהרה, כי מסגרת החיסיון לפגישת עו"ד-לקוח חלה רק על פגישות, שמיועדות ל"קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר", ורק על פגישה של עו"ד עם לקוח; הבהרת משמעות סודיות הפגישה כך שתערך "שלא בטווח שמיעה", מעבר לדרישה שבנוסח הקודם, לפיה תערך "שלא בנוכחות אדם אחר"; הגבלת הנוסח הגורף בסיפא של התקנה בנוסחה המקורי. כן טענה נציגת השר, כי בסיטואציה, שבה "קיים חשד ממשי" שהפגישה מיועדת לאפשר ביצוע עבירה, לכאורה הפגישה איננה כזו הנכנסת לגדר החיסיון עו"ד-לקוח.

העתק המכתב מצ"ב כנספח ע/2.

הטיעון המשפטי

6. הסיפא לתקנה בנוסחה החדש בטלה בהיותה פוגעת בזכויות היסוד לפגישה ביחידות בין עו"ד לאסיר, לייצוג על ידי עו"ד ולחיסיון עורך דין-לקוח. התקנה סותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראות חקיקה ראשית, והיא הותקנה בחוסר סמכות.

7. התקנה החליפה את הנוסח הקודם משנת 1978, שקבע כדלקמן:

"פגישות אסיר עם עורך דינו וכן ביקור של אדם שהאסיר ביקש להתקשר עמו בענין מעצרו או הליכים משפטיים, ייערכו שלא בנוכחות אדם אחר במידה שתנאי הבטחון ובטחון המדינה מאפשרים זאת."

תקנה זו איפשרה הצבת סוהר בטווח ראייה, אך לא בטווח שמיעה.

8. הלכה פסוקה היא, כי הימצאותו של אדם בבית הסוהר לא שוללת ממנו את זכויות היסוד, למעט כפי שמתחייב מהמאסר :

"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"

השופט אלון בבג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח (2) 826, 832; (ראו גם : עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136; בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294).

9. זכותם של עצור ואסיר להיפגש עם עו"ד לפי בחירתם ולהיות מיוצג על ידו היא זכות יסוד :
"לכל עצור הזכות להפגש עם עורך-דין ולהיועץ עמו. זוהי זכות בעלת אופי חוקתי. היא אחד הביטויים לזכויות האדם של העציר. היא מבטאת "עיקרון גדול" של סדר דין פלילי במדינה דמוקרטית."

בג"צ 6302/92 דר' רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז (1) 209, 212.

10. זכות זו זכתה היום למעמד חוקתי, בהיותה מעוגנת בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו :
"זכותו של עצור להפגש עם עורך דין זכות יסוד היא לו. זכות זו נגזרת מזכותו של האדם לחירות אישית (ראה סעיף 5 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו) ."
בג"צ 3412/91 סופיאן עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז (2) 843, 847 (וראו גם בג"צ 4330/93 גאנס, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ (4) 221, 234-233).

11. כאשר מופרת הזכות לחיסיון עורך דין-לקוח, נפגעת פגיעה קשה גם זכות הייצוג על ידי עורך דין. בהיעדרה של אפשרות לשיחה פתוחה וכנה בין עורך הדין ללקוח, בה מועבר כל המידע הרלוונטי שבידי הלקוח לעורך הדין, נפגעת יכולתו של עורך הדין לייצג כראוי את לקוחו. אין ספק, שנוכחותו של נציג רשות במהלך המפגש עם עורך הדין, לא תאפשר שיחה כאמור.

12. תנאי הכרחי לחוקיותה של תקנה הפוגעת בזכויות יסוד הינה הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה כזו (סעיף 8 לחוק היסוד). פקודת בתי הסוהר אינה כוללת הסמכה מפורשת (ואף לא משתמעת, לו די היה בה) לפגוע בזכויות היסוד של אסיר למפגש חסוי עם עורך דין בתקנות, ומכאן שהתקנה אינה חוקית.

(לעניין חוסר חוקיותה של תקנה, הפוגעת בזכויות יסוד, ראו לדוגמה: בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358-359; בג"צ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 595).

סתירה לחקיקה ראשית

13. במשמורת בתי הסוהר מצויים הן עצורים עד תום ההליכים, הן אסירים שפוטים והן עצירים מינהליים. לכל אחד מאלו מוקנית בחוק הזכות להיפגש ביחידות עם עורך דינו והזכות לחיסיון על דברים, שהוחלפו בין עו"ד ללקוח. הצבתו של סוהר בטווח שמיעה בעת המפגש בין עצור או אסיר לעורך דינו מבטלת הלכה למעשה זכויות אלו.

14. זכותו של עצור עד תום ההליכים להיפגש ביחידות עם עו"ד קבועה בסעיף 34(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, הקובע כי: "פגישת העצור עם עורך הדין תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של העצור."

15. זכותו של אסיר להיפגש ביחידות עם עורך דינו קבועה בסעיף 45 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, הקובע כי: "אסיר המחכה למשפטו תינתן לו כל אפשרות סבירה להתקשר עם ידידיו ועם יועצו המשפטי" (והשוו לסעיף 47(ב) לפקודה, הקובע כי: "אחרי תום שלושת החודשים הראשונים של מאסרו, ולאחר מכן - כל חודשיים, מותר להרשות ביקורי ידידים לעיני סוהר ובטווח שמיעתו...").

16. יתרה מזו, הזכות לחסיון על דברים, שמוחלפים בין אסיר לעורך דינו נלמדת מהסדרים אחרים הקבועים בפקודת בתי הסוהר. אסיר אינו רשאי לשלוח מכתב באמצעות מבקר או בכל דרך אחרת שלא באמצעות הנהלת בית הסוהר. אחד החריגים הבודדים לכך הוא מסירת מכתב, הנוגע לייצוגו לעורך דינו בעת פגישתו עמו (סעיף 47(א) לפקודה). הסמכות שלא להעביר מכתב, שנשלח על ידי אסיר או אליו, אם מסירתו עלולה לפגוע בבטחון המדינה או בבטחון הציבור, אינה חלה "על מסמכים, המוחלפים בין עורך דין ללקוחו האסיר הנוגעים לנושא ייצוגו והנמסרים לאסיר או על ידי אסיר בעת פגישת עורך הדין עם האסיר" (סעיף 47(ד) לפקודה). ודאי שאין כל בסיס להבחנה בין מסמך כתוב, המוחלף בין עורך דין לאסיר, לבין דברים בע"פ.

17. אף לעציר מינהלי הזכות להיפגש ביחידות עם עורך דינו. תקנות סמכויות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981 חלות על עצירים מינהליים, המוחזקים במשמורת שב"ס (ראו הגדרת "המפקד" בתקנה 1). תקנה 12 קובעת את זכותו של עציר מינהלי להיפגש עם עורך דין. תקנה 13(א) קובעת, כי בשעת ביקור אצל עציר יהיה

נוכח אדם, אם מנהל בית הסוהר שוכנע, כי נוכחותו דרושה לבטחון המדינה, לבטחון הציבור או לבטחון מקום המעצר. יחד עם זאת תקנה 12(ג) קובעת מפורשות, שתקנה 13 לא תחול על ביקור של עו"ד.

18. הזכות לחסיון דברים, שמוחלפים בין לקוח לבין עו"ד, מעוגנת אף בסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"ה-1965. החסיון של שיחת עו"ד-לקוח אף הוא זכות יסוד. החשיבות שבחסיון ברורה - היא באה לאפשר שיחה חופשית בין האסיר לעו"ד, בה יימסר לעו"ד מלוא המידע, הדרוש לצורך הגנה יעילה על זכויותיו של האסיר. שיחה פתוחה וכנה בין עורך הדין ללקוחו הכרחית לצורך מימוש הזכות לייצוג משפטי. בהיעדר החסיון, הופכת השיחה בין עורך הדין ללקוחו לכלי ריק, ואין בה כדי לממש את זכותו של האסיר למפגש עם עורך דין.

"החסיון של סעיף 90 הנ"ל חסיונו של הלקוח הוא, והוא בא להבטיח בראש ובראשונה יחסים של כנות ופתיחות בינו לבין עורך הדין בבואו להיזקק לשירותיו המקצועיים של האחרון, בלי שיהא עליו חשש או מורא כי דברים או מסמכים, שהוא מגלה במהלך ההתייעצות או הטיפול בעניינו, ישמשו אי פעם נגדו ללא הסכמתו."

על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא (4) 770, 781.
(וראו גם גבריאלי קלינג אתיקה בעריכת דין (2001) 409-407).

19. הפגיעה ביכולתו של אסיר לשוחח בחופשיות עם עורך דינו היא בעלת משנה חומרה בכל הקשור ליכולתו של אסיר, המרצה את עונשו בבית הסוהר, לטפל באמצעות עורך דינו בעניינים, הנוגעים לתנאי מאסרו. נוכחותו של נציג שירות בתי הסוהר בפגישה עלולה למנוע מאסירים את האפשרות להשתמש בסעד זה, בשל החשש להתלונן על סגל בית הסוהר, כל עוד נציגו נוכח בפגישה.

לעניין חוסר חוקיותה של תקנה הסותרת חקיקה ראשית, ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית (1996) א 56.

עמימות התקנה

20. המבחן שנכלל בתקנה ("חשד ממשי") אינו המבחן הראוי לאיזון שבין זכויות היסוד החיוניות והמהותיות של ייצוג על ידי עו"ד וחסיון לקוח-עו"ד לבין האינטרס הציבורי. נוסחת האיזון הראויה בעת התנגשות בין זכות יסוד לבין האינטרס של ביטחון הציבור היא מבחן "הודאות הקרובה" להתרחשותו של נזק ממשי וחמור לביטחון הציבור.

(בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז (2) 871; בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 449; אהרן ברק פרשנות חוקתית (1994) 217-227).

21. יתרה מכך, התקנה אינה כוללת הנחיות באשר לאופיו של "החשד הממשי", האמור לאפשר את הפגיעה בזכויות היסוד, ואינה מציינת את חומרת העבירה ואת מידת הפגיעה בבטחון הציבור, המצדיקות את שלילתן.

22. התקנה אינה כוללת הליך של ביקורת משפטית או הליך ערעור על הפעלת הסמכות המוענקת בה. התקנה אינה מוגבלת רק לאסירים שכבר נמצאו אשמים, אלא חלה גם על עצורים עד תום ההליכים, ועל כן היא פוגעת גם בזכויותיהם של מי שהחשדות נגדם טרם הוכחו ועדיין הם בחזקת חפים מפשע.

23. התקנה מנוסחת בצורה עמומה ובמונחים כלליים, המותירים שיקול דעת רחב וגורף לשירות בתי הסוהר בשלילת זכויות יסוד. הנחיות כלליות כאלו מזמינות הפעלה בלתי עקבית, מפלה ושרירותית של הסמכות, המוענקת בתקנה, ובכך מגדילות את הפגיעה בזכויות היסוד:

- התקנה אינה מגדירה מי הוא בעל הסמכות להורות על הפעלת הסמכות הקבועה בה.
- התקנה אינה קובעת חובה להצגת ראיה כלשהי, כי עורך הדין האמור להשתתף בפגישה יהיה מוכן להשתתף בביצוע העבירה.
- התקנה אינה כוללת הוראות בדבר זהותו של הנוכח במפגש ובאשר לשמירה על חשאיות המידע שיקלט על ידו. התקנה אינה מציינת למי יועבר המידע, לאיזו מטרה, והאם ואיך יישמר וייכלל בתיקי האסירים.

24. תקנה, הפוגעת בזכויות יסוד והמנוסחת בלשון עמומה וסתומה, בטלה. זאת בשך כך שהיא נוגדת את הטעם העומד בבסיס הדרישה, הקבועה בפיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי הפגיעה תהיה "בחוק" (אהרן ברק פרשנות חוקתית (1994) 505-507).

בארה"ב ובקנדה קבעה הפסיקה, כי חוק סתום, המדבר בלשון רחבה, הינו נוגד את החוקה ועל כן בטל.

(ראו:

ארה"ב:

Laurence H. Tribe American Constitutional Law (1988) 1022-1024; Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479 (1965); Board of Airport Commissioners of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc., 107 S.Ct. 2658 (1987).

קנדה:

(Osborne v. Canada (Treasury Board)) [1991] 2 S.C.R. 69.

25. התקנה הותקנה מכוח הסמכות, המוענקת לשר בפקודת בתי הסוהר, והמסמיכה אותו להתקין תקנות לשם ניהולם התקין של בתי הסוהר (סעיף 132(14) ו-17) לפקודת בתי הסוהר). לשם התקנת התקנה, היה על השר להראות צורך מיוחד, הנוגע לתפעולם התקין של בתי הסוהר. קשר כזה איננו קיים, שכן התקנה אינה באה לטפל בבעיה הקשורה לביטחון בתי הסוהר, אלא בבעיה, קשה ככל שתהיה, הנוגעת לביטחון המדינה ולשלום הציבור. על כן מהווה התקנתה חריגה מהסמכות, שהוענקה בפקודת בתי הסוהר להתקין תקנות, הנוגעות לניהולם של בתי הסוהר.

לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים לעשותו למוחלט.

דן יקיר, עו"ד
ב"כ העותרים