

העותרים:

1. השייח' ראאד סלאח מחאג'נה (ת"ז -----)

(עצור בבית מעצר קישון - אגף שב"ס)

2. ס' א' ראאד סלאח (קטין, באמצעות אביו, העותר 1)

(ת"ז -----)

כולם ע"י ב"כ עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר ו/או
דנה אלכסנדר ו/או דנה חפץ ו/או אבנר פינצ'וק ו/או
מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או
באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או סוניה
בולוס ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000

טל': 6521218-02; פקס: 6521219-02

נגד

המשיב:

שירות בתי הסוהר

ע"י פרקליטות מחוז חיפה

עתירת עציר

מוגשת בזאת עתירה, לפי סעיף 62א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לאפשר לעותר 1 להחזיק את בנו הפעוט, העותר 2, במהלך כל ביקורי משפחתו בבית המעצר.

ואלה נימוקי העתירה:

1. העותר 1, אשר נעצר ביום 13.5.03, מוחזק כעצור עד תום ההליכים בבית מעצר קישון, באגף המנוהל על ידי המשיב.

2. בחודש ספטמבר 2003 נולד בשעה טובה העותר 2, בנו של העותר 1, והוא היום בן כ-9 חודשים.

3. עת נולד הבן הוחזק העותר 1 בבית מעצר קישון, באגף המנוהל על ידי המשיב. כבר אז, סירב המשיב לאפשר לעותר 1 להחזיק את הרך הנולד, והוא נאלץ לפגוש אותו - כמו גם את יתר בני משפחתו, אשר ביקרו אותו אחת לשבוע - כאשר מחיצת זכוכית מפרידה ביניהם, ואמצעי התקשורת היחיד הוא מכשיר טלפון.

4. ביום 18.12.03 פנתה הח"מ לנציב שב"ס, בדרישה לאפשר לעותר להחזיק את בנו במהלך ביקורי משפחתו בבית המעצר. ביום 1.1.04 הודיע המשיב, כי העותר 1 הועבר לאגף בבית מעצר קישון, המנוהל על ידי משטרת ישראל.

מצ"ב העתקי הפניה מיום 18.12.03 ותשובת המשיב, ומסומנים ע/1 ו-ע/2.

5. ביום 1.1.04 פנתה הח"מ לסגן-ניצב יוסף אסור, האחראי על האגף המשטרתי בבית מעצר קישון, בדרישה לאפשר לעותר להחזיק את בנו. ביום 6.1.04 השיב רפ"ק עודד סער, סגן מפקד בית המעצר, כי הוחלט לאפשר לעותר להחזיק את בנו הפעוט, אולם רק אחת לשלושה חודשים. במכתב נאמר, כי אם העותר 1 מעוניין בתדירות אחרת, עליו לפנות ישירות למפקד בית המעצר, וכל פנייה תישקל מחדש. ביום 12.1.04 השיבה הח"מ לרפ"ק סער, כי דרישת העותר 1 לאפשר לו להחזיק את בנו במהלך כל ביקורי משפחתו בבית המעצר, וכי לא ברורה הצעתו, לפנות שוב אם רצונו לבקש תדירות גבוהה יותר. באותו היום השיב רפ"ק סער, כי הביקורים יינתנו "כעיקרון כל שלושה חודשים... ברם, לידיעתך, האגף שבו מצוי העותר 1 מנוהל על ידי אחראי אגף מטעמנו, מכאן שבאם יש לעצור בעייה מיוחדת ויחודית עומדת לו הזכות לפנות בבקשה כתובה למפקד בית המעצר... מפקד בית המעצר ישקול את הבקשה ויחליט באם לחרוג מההחלטה שניתנה..."

מצ"ב העתקי המכתבים ומסומנים ע/3, ע/4, ע/5, וע/6.

6. זמן קצר לאחר מכן שוחחה הח"מ עם סני"צ זאב גוטמן, ראש מדור סיור במשטרה - האחראי על ניהול כלל בתי המעצר המשטרתיים במדינה - אשר הבהיר, כי לא נחה דעתו מתשובת סגן מפקד המעצר, וכי בכוונתו לפעול לאפשר לעותר 1 להחזיק את בנו בכל ביקורי המשפחה; בשיחה נוספת הוא מסר, כי בעקבות התערבותו אכן אושר לעותר להחזיק את הרך הנולד במהלך כל ביקורי משפחתו במתקן המעצר.

7. דא עקא, שעוד טרם יושמה החלטה זו, הועבר העותר חזרה למשמורת שב"ס, הפעם לבית סוהר אשמורת. זמן מה לאחר מכן הוא הועבר חזרה לבית מעצר קישון, לאגף המשיב, שם הוא מוחזק עד היום.

8. ביום 22.3.04 פנתה הח"מ שוב למשיב, בדרישה לקיים גם בשב"ס את החלטת המשטרה, לאפשר למשיב להחזיק את בנו במהלך ביקורי משפחתו בבית המעצר. ביום 9.5.04 קיבלה הח"מ את תשובתה השלילית של עו"ד גילה שבירו, ע' יועמ"ש שב"ס. ביום 12.5.04 קיבלה הח"מ תשובה שלילית נוספת, מטעם גבי אתי גובר, קצינת פניות ותלונות ציבור בשב"ס.

מצ"ב העתקי המכתבים ומסומנים ע/7, ע/8, ו-ע/9.

9. בשולי הדברים מן הראוי לציין, כי ביום 10.2.04, עת הוחזק העותר 1 במשמורת משטרתית, התקיים ביקור פתוח עם בני משפחתו, לרבות העותר 2, לרגל עיד אל-אדחה.

עוד יודגש, כי במהלך שני דיונים במשפטו של העותר 1 בפני הרכב כב' הנשיא לינדנשטראוס, נתן בית המשפט הוראה לשוטרי הליווי לאפשר לעותר 1 להחזיק את העותר 2 למשך דקות ספורות.

הטיעון המשפטי

10. החלטת המשיב למנוע מהעותר 1 להחזיק את העותר 2 ולחבקו, במהלך ביקורי משפחתו בבית המעצר, פוגעת קשות בזכותו הבסיסית של העותר 1 לקשר ומגע עם בנו, ובזכותו הטבעית של העותר 2 לקשר ומגע עם אביו. היא שוללת מהעותר 1, הנהנה מחזקת החפות, את זכויותיו כעצור שטרם נשפט, והיא נוגדת את עקרון טובת הילד.

11. החלטת המשיב מתבססת על הוראה בפקודות הנציבות הקובעת באופן גורף, כי אסירים ועצורים, המסווגים על ידי המשיב כביטחוניים, יפגשו מבקרים מאחורי מחיצת זכוכית. כפי שיפורט, פקודה זו - ככל שהיא חלה על עצורים - אינה חוקית, ודינה להתבטל. היא סותרת את הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן, "חוק המעצרים") ותקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997 (להלן, "תקנות תנאי המעצר"), המעגנות את זכות העצור לביקורים ואת התנאים להגבלתה. בנוסף, היא פוגעת בזכויות יסוד של העצור ושל ילדיו, בניגוד לתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ללא הסמכה מפורשת בחוק ובניגוד לעקרון המידתיות. היא לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

12. אולם, אף אם בית המשפט הנכבד יחליט, כי פקודת הנציבות עצמה סבירה היא, הרי גם אז דין החלטת המשיב במקרה דנן להיפסל. כפי שיפורט להלן, פקודת הנציבות עצמה מכירה באפשרות לסטות מהמדיניות הכללית בעניין זה במקרים מסויימים. ככל הוראת דין, יש לפרש את פקודת הנציבות כמכבדות זכויות יסוד של הפרט; על המשיב להפעיל סמכותו על פיהן בסבירות ובמידתיות, ותוך איזון נאות בין אינטרס הציבור בהבטחת הסדר והביטחון בבית הכלא, לבין זכויות האדם. הוא לא עשה כן במקרה דנן.

13. עיון בתשובת המשיב מעלה, כי הוא לא נתן כל המשקל לנסיבותיו האינדיווידואליות של העותר 1 או לעובדת היותו עצור, ולא אסיר שפוט. הוא קבע באופן גורף ובלתי סביר, כי שיקולי ביטחון גוברים "על כל שיקול אחר" ולא בחן כלל את הבקשה הספציפית, אשר הונחה בפניו.

עקרון טובת הילד וזכות הילד לקשר ומגע עם אביו

14. 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 מחוייבת 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 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1) 459, 465).

15. 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."

16. 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 הורה (ראו: ע"א 2266/93 פלוני, קטין 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 ההורים, אלא אף על רשויות המדינה. בין השאר, זכות זו מצמיחה את חובת המדינה לכבד זכותו של ילד, עליו נכפה פירוד מאביו או מאמו, לשמור על קשר ומגע עמם. כמודגש בסעיף 9(3) לאמנה:

“States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.”

17. ניתוק ילד מאחד מהוריו, או צמצום דרסטי של מהות הקשר עמו, עלולים לפגוע קשות בהתפתחותו התקינה ולגרום לו נזק בלתי הפיך.

זכות ההורה לקשר ומגע עם ילדיו

18. במקביל לזכות הילדים לקשר עם הוריהם, מצויה גם זכותם העצמאית של ההורים לקשר עם ילדיהם. חובתם המשפטית של ההורים כלפי ילדיהם הוגדרה על ידי הפסיקה גם כזכות טבעית וראשונית, העומדת בפני עצמה, והיא "הזכות למלא חובה", כדברי השופט ברק (כתוארו דאז), בע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1), 461, 467:

"זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו. . . זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי - "קול-הדם" כלשונו של מ"מ הנשיא השופט חשין, בע"א 50/55 - שבין הורים לילדיהם". ור' גם דברי הרב יוסף קפח בבד"מ 1/81 "נגר נ' נגר לח (1) 365, 412, לגבי ההכרה בזכויות ההורים כלפי ילדיהם, וכן פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל, האוני' העברית, 1989, כרך ב', עמ' 218-221.

על עוצמתה ועל אופייה הרגשי העמוק של הזכות ההורית לטפל בילד עמד השופט חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית ואח' פ"ד נ(3) 133, 155:

"כל אם באשר אם היא - זכאית להחזיק בבנה הקטון, לאהוב אותו, ללטף אותו, להאכילו, להשקותו, להחזיקו בזרועותיה ולהלך עמו יד ביד. . . זו זכותה של אם וזו זכותו של אב."

דברים אלו יפים הם לענייננו.

וראו גם ע"א 488/77 פלוני ופלונית נ' היועמ"ש פ"ד לב(3) 421, 429-430, ע"א 2266/93 הנ"ל, עמ' 235.

19. זכות ההורה לקשר עם ילדיו, וזכות הילד לקשר עם הוריו, 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:

"משפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואמו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, הם שיעמידו אותו על רגליו עד אם גדל והיה לאיש. . . זכותם זו של אם ושל אב הייתה ונתקיימה לפני היות חוק וחוקה. משפט הטבע הוא, המשפט שבלבנו פנימה. וגם אם ייאמרו הדברים בחוק או בחוקה, לא יהיו הם אלא הד ובת קול לאותה

זכות מן הטבע. זכות זו מי תהום רבה ייתנו בה חיים, והם שיקיימו את יער המשפט הצומח עליהם. ומשפט המדינה יילך בעקבות משפט הטבע... " (השופט חשין בע"א 3798/94 הנ"ל, עמ' 155), ור' גם בג"צ 4365/97 פלוני נ' שר החוץ ואח' (טרם פורסם) פסקה 58 לפסה"ד).

חוק המעצרים והזכות לביקורים

20. מן המפורסמות היא, כי זכויות היסוד של האדם בישראל עומדות גם לעציר, ואף לאסיר, הכלוא בבית הסוהר. כדברי השופט מצא בע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136, 152:

"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מיגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות. . . הנחת היסוד היא, שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר."

אכן, "חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם... החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו" (בבג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298.

וראו גם:

בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832;

עע"א 4/82 מ"י נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201;

בג"צ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567, 573.

21. על אחת כמה וכמה נכונים דברים אלו לגבי עצורים, אשר עדיין נהנים מחזקת החפות. אדם העצור עד תום ההליכים לא הורשע בעבירה פלילית כלשהי, ואין לראות בהחזקתו במשמורת משום ענישה. שלילת חירותו של אדם במהלך משפטו, עוד טרם הוכחת אשמתו, כרוכה בנטילת "סיכון מחושב" לפגיעה בלתי מוצדקת בזכויותיו, שכן הוא עשוי לצאת זכאי בדינו. אף כאשר אין מנוס מעצם המעצר, יש למזער את הפגיעה בנאשם, ולהשוות את מצבו ככל הניתן לזה של אדם, המתהלך חופשי.

22. חוק המעצרים, אשר נחקק בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בא להתאים את דיני המעצר בישראל לאיזונים החוקתיים, שנקבעו בחוק היסוד, ולמעמדן העילאי של הזכויות לחירות ולכבוד. הוא נותן ביטוי לעקרון חזקת החפות ולכלל, כי המעצר הוא תמיד בבחינת מוצא האחרון. במקביל הוא בא להבטיח, כי עצור יוחזק בתנאים, ההולמים את מעמדו כאדם שטרם נשפט, וכי הפגיעה בו לא תעלה על הנדרש באופן הכרחי.

23. ברוח זו קובע סעיף 1(ב) לחוק, כי "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו". סעיף 9 קובע את תנאי המעצר המינימאליים, להם זכאי כל עצור, ואת העיקרון, כי "עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". מעבר להכרה הכללית בכך, כי כל אדם הנמצא בכלא - עצור או אסיר - זכאי להגנה על כבודו כאדם ועל זכויותיו הבסיסיות, חוק המעצרים מבטא הכרה מיוחדת במעמדו של עצור, הנהנה מחזקת החפות.

24. אחת הזכויות הבסיסיות ביותר של העצור עד תום ההליכים, היא הזכות לקיים קשר ומגע עם בני משפחתו באמצעות ביקורים. זכות זו מעוגנת בסעיף 9(ב)(6) לחוק, הקובע כי "עצור יהיה זכאי, בין היתר...לקבלת מבקרים..." ובתקנה 12 לתקנות תנאי המעצר, הקובעת, כי:

"(א) עצור שהוגש נגדו כתב אישום יהיה זכאי לקבל מבקרים במקום המעצר אחת לשבוע לפרק זמן של 30 דקות. . .

(ד) מפקד מקום מעצר רשאי לאסור כניסת אדם למקום מעצר לצורך ביקור או להגבילה בתנאים או להפסיק ביקור או פגישה עם עצור, אם יש לו יסוד סביר לחשש שביקורו של אותו אדם במקום המעצר יגרום לפגיעה בבטחון המדינה או בבטחון הציבור או בסדר הטוב של מקום המעצר; ההחלטה בדבר האיסור תהיה מנומקת בכתב.

(ה) המפקח הכללי של המשטרה... או נציב בית הסוהר... לפי הענין, רשאי להורות על מניעת ביקורים אצל עצור, לתקופה שלא תעלה על חודש ימים, אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי העצור עלול לנצל ביקורים לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור. . .

25. זכות הביקורים היא זכות יסוד של העצור, הנגזרת מזכותו לחירות ולכבוד, ומחזקת החפות העומדת לו. מטרתה המובהקת למזער את הפגיעה בזכויותיו ובזכויות בני משפחתו כתוצאה ממעצרו, ולהבטיח שאותו "סיכון מחושב" למעצר אדם חף מפשע יהיה מידתי, ולא יביא להרס מוחלט של התא המשפחתי.

26. המעצר עצמו כופה פרידה ממושכת וקשה על העצור ובני משפחתו. הוא מפריד את הנאשם מבת או בן זוגו ומונע ממנו את הזכות הבסיסית ליטול חלק בגידול ילדיו. עצור אינו יכול לאסוף את ילדיו מהגן, לשחק עמם אחר הצהריים, לסייע להם בהכנת שיעורי בית, או לקחת אותם לחוגי ספורט. כשילדיו רוצים חיבוק לפני השינה או לשמוע סיפור, הוא איננו. כל זאת, בעוד הוא עדיין נהנה מחזקת החפות, וייתכן מאד שיימצא זכאי בדינו. ביקורי המשפחה בכלא - במהלכם יכולים ילדי העצור לזכות בחיבוק ובנשיקה שבועיים ובנחמה מינימאלית - הם הערובה המרכזית להבטיח, כי על אף המעצר, לא תיפגע מעבר לנדרש זכות העצור להמשיך ולמלא את חובותיו כהורה, וזכות ילדיו להמשיך ולזכות בתמיכתו ובטיפולו.

27. כבר בשלב זה מן הראוי להבהיר, כי בניגוד לזכויות אחרות, המוקנות לעצור בחוק המעצרים ובתקנות תנאי המעצר, זכות הביקורים כלל לא סוייגה ביחס לעצורים, החשודים בעבירות ביטחון. על פי סעיף 11(4) לחוק המעצרים, השר לביטחון פנים

מוסמך לקבוע בתקנות, באישור ועדת החוקה של הכנסת, הוראות מיוחדות בדבר תחולת הסעיפים, המסדירים את זכויות העצור בקשר לתנאיו, על החזקת עצורים חשודים ב"עבירות ביטחון", וזאת "מטעמים של טובת החקירה או טובת העצור, או בטחון המדינה". בהתאם להסמכה זו קבע השר בתקנה 22, רשימה של זכויות, המסוייגות בקשר לעצורים כאמור, כגון הזכות למיטה והזכות להחזיק חפצים שונים. **מבלי להתייחס לשאלת חוקיות הסייגים, שנקבעו בתקנה, הרי שאין הם מתייחסים כלל לזכות הביקורים.**

28. קביעת המחוקק, כי אין לסייג זכויותיהם של עצורים, החשודים בעבירות ביטחון, אלא **בתקנות**, הזכות לאישור **ועדת החוקה של הכנסת**, משקפת את החשיבות, אותה הוא מייחס לזכויות העצור. בקביעתו כך ביקש המחוקק להבטיח **פיקוח פרלמנטרי** על פגיעות בזכויות העצור, הנובעות ממהות העבירות, בהן הוא נחשד, ושמירה על איזון נאות בין חזקת החפות לבין אינטרס הציבור בשמירת הביטחון. **משמעות סעיף 11(4) לחוק, כי אין רשויות המדינה, האחראיות על החזקת עצורים במשמורת, מוסמכות להחליט על דעת עצמן על צמצום זכויותיהם של עצורים, אך משום שהם חשודים בעבירות, המוגדרות כביטחוניות.**

פקודה 03.02.00 לפקודות הנציבות - פגיעה גורפת בזכותם של עצורים לביקורים

29. על אף סעיף 11(4) לחוק המעצרים, ועל אף תקנה 22 לתקנות תנאי המעצר, קבע המשיב הסדר מיוחד לביקורי עצורים, המסווגים על ידו כביטחוניים. על פי סעיף 14" לפקודה 03.02.00 לפקודות הנציבות, המסדירה "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים", ביקורים של אסירים, המסווגים על ידי המשיב כביטחוניים, יתקיימו "כאשר רשת חוצצת מחיצת זכויות בין האסיר למבקר" [כך במקור]. כמובהר בסעיף 1(א) לפקודה, הסדר זה חל הן על אסירים שפוטים, והן על עצורים.

30. סעיף 14" ממשיך וקובע **חריגים** למדיניות הביקורים הסגורים :

"בסמכות מפקד גוש לאשר במקרים של מוות, מחלה סופנית או חתונה של בן משפחה מדרגה ראשונה - ביקור ללא רשת/מחיצת זכויות.

(1) מפקד הגוש מוסמך לאשר בכתב ביקור ללא רשת/מחיצת זכויות לאסיר לגביו נתקיימו התנאים המפורטים בסעיף 1. ג. 1(1) ו-2(לפקודה [קרי, האסיר "לא היה חבר בארגון עוין ולא סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה", או עבר זמן רב מאז שעשה כן, וש"כ קבע כי ניתק כל מגע, ישיר או עקיף, עם הארגון ועם חבריו, וכי לא נשקפת מאי הטלת המגבלה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה].

(2)

(3) מפקד גוש מוסמך לאשר בכתב ביקור ללא רשת/מחיצת זכויות לאסיר, עד פעמיים בשנה, למבקרים תושבי מדינות זרות מדרגת קירבה ראשונה ושנייה. ביקור זה הנו בנוסף לביקורים להם זכאי האסיר על-פי הפקודה.

4) מפקד גוש מוסמך לאשר ביקור ללא רשת לאסיר/עצור מטעמים מיוחדים שירשמו.

31. פקודה זו מחמירה, בצורה ניכרת וגורפת, את תנאי מעצרם של מאות עצורים - הנהנים מחזקת החפות - ואת הפגיעה בחירותם, הנובעת מכליאתם. היא שוללת מהם ומילדיהם, על בסיס קולקטיבי, את הזכות הטבעית והבסיסית ביותר לקשר ולמגע, זכות המעוגנת, כמפורט לעיל, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

32. תנאי ראשוני לחוקיותו של כל הסדר, הפוגע בזכויות יסוד, כי יקבע מכוח **הסמכה מפורשת בחוק**. כפי שהדגיש בית המשפט העליון לא אחת:

"אכן, בטרם בודקים, באופן מהותי, האם דבר חקיקה עומד באמות המידה החוקתיות, יש לבחון האם התקיים הליך החקיקה הנדרש לפני פגיעה בזכות יסוד. הדרישה לעיגון הפגיעה בזכות יסוד אך ורק בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית נקבעה במשפטנו עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. . . מרכיב זה נועד לבטא את הצורך בהרשאה מפורשת מטעם הריבון, בטרם פגיעה בזכויות יסוד" (השופט ריבלין בבג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, ניתן ביום 10.2.04, טרם פורסם).

כן ראו:

בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל פד"י נג 835, 817 (4);
בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 513;

33. אין בחוק כל הוראה, המסמיכה את המשיב להטיל מגבלות מיוחדות על זכויות הביקור הניתנות לעצורים, המסווגים על ידו כביטחוניים, או על עצורים, החשודים בעבירות ביטחון. מסיבה זו בלבד, דין ההסדר שנקבע בפקודה להיפסל. ודוק: עניין לנו כאן בעצורים, הנהנים מחזקת החפות, שזכותם לביקורים נגזרת באופן ישיר מזכותם החוקתית לחירות; אין להקיש לצורך העניין מפסיקה, המתייחסת לשיטת הסיווג של אסירים שפוטים, ולמגבלות המוטלות עליהם מכוח הסיווג.

34. יתרה מזו, כמפורט לעיל, חוק המעצרים קובע מפורשות את הדרך לסיוג זכויותיהם של עצורים, בשל מהות העבירות בהן נחשדו או הואשמו. אין המשיב רשאי לעקוף דרך זו על ידי קביעת הסדרים מגבילים בפקודות הנציבות.

35. בהקשר זה ראוי להבהיר, כי הזכות לקבלת מבקרים אינה מקויימת במלואה, כאשר הביקור מתקיים מאחורי מחיצת זכוכית, וכאשר העצור מנוע מלחבק, לנשק ולגעת בבני משפחתו. הדבר בולט במיוחד כאשר מדובר בתינוק, שדרך התקשורת היחידה עימו היא באמצעות מגע גופני. אין כל משמעות לביקורים של העותר 2 אצל העותר 1, כאשר נמנעת מהם כל אפשרות לגעת אחד בשני. שלילת זכותו של העותר 1 להחזיק את העותר 2 ולחבקו כמוהו כשלילת זכותו לראותו בכלל.

36. זאת ועוד. תקנות תנאי המעצר קובעות באופן מפורש, כי ניתן להגביל ביקור בתנאים, אך ורק בהתקיים חשד אינדיווידואלי. על פי תקנה 12(ד), "מפקד מקום מעצר רשאי לאסור כניסת אדם למקום מעצר לצורך ביקור או להגבילה בתנאים או להפסיק ביקור או פגישה עם עצור, אם יש לו יסוד סביר לחשש שביקורו של אותו אדם במקום המעצר יגרום לפגיעה בבטחון המדינה או בבטחון הציבור או בסדר הטוב של מקום המעצר; ההחלטה בדבר האיסור תהיה מנומקת בכתב" [ההדגשה אינה במקור]. הסמכות לדרוש קיום ביקור מאחורי מחיצת זכוכית, תוך מניעת מגע פיזי בין העצור לבין המבקר, היא חלק מהסמכות להגביל ביקור בתנאים. אין לעשות כן בהחלטה גורפת, החלה על קבוצה או קטיגוריה של עצורים, אלא בהחלטה פרטנית ומבוססת, בגין חשד הנוגע למבקר. שוב, בהעדר קביעה בתקנה 22, המסייגת את זכות הביקור של העצורים, החשודים בעבירות ביטחון, דינו של העותר 1 לעניין זה כדינו של כל עצור אחר.

37. לחלופין ובמצטבר, אף אם בית המשפט הנכבד יקבע, כי הסדר הביקורים לעצורים בפקודה אינו מהווה חריגה מסמכות, או אינו סותר את חוק המעצרים ותקנות תנאי המעצר, הרי שמכל מקום הוא נוגד את עקרון המידתיות. עצור בעבירת ביטחון - ככל עצור אחר - נהנה מחזקת החפות. שלילה גורפת של זכותו לקשר ומגע עם בני משפחתו - שלא על בסיס חשד או חשש אינדיווידואלי - עולה במידה ניכרת על הנדרש לשם שמירה על ביטחון הציבור וביטחון בית הסוהר.

38. למשיב עומדים מגוון אמצעים חלופיים להבטחת הביטחון, שפגיעתם בזכויות האדם פחותה. כך, למשל, יכול המשיב לערוך חיפושים מדוקדקים במבקרים, ולחפש בעצורים עם סיום הביקורים. כמו כן, יכול המשיב להעמיד סוהר בטווח שמיעה ו/או ראייה, ולפקח בכך על מהלך הביקור. במקרים חריגים, בהם ישנו יסוד להניח שביקור ינוצל לרעה, יכול המשיב להפעיל את סמכותו על פי תקנה 12(ד) לתקנות, ולהתנות את הביקור בקיומה של מחיצת זכוכית.

39. חוסר הסבירות הקיצוני של מדיניות המשיב מעלה את החשש, שמא משרת הוא מטרות ענישה, אשר הן זרות לדיני המעצר ואינן יכולות להוות תכלית ראויה בכל הנוגע לעצורים. חשש זה מתחזק למקרא רשימת החריגים, המובאת בסעיף 14" לפקודה 03.02.00 עצמו. אם מטרת המגבלה איננה עונשית, אלא מניעתית בלבד, אזי מדוע נקבע, למשל, כי אף כאשר השב"כ חווה את דעתו, כי ביקורים פתוחים לא יסכנו כלל את הביטחון, עדיין מותנה החריג בריצוי תקופת כליאה מינימאלית? אם מטרת המגבלה איננה עונשית, מדוע מותנית סמכות מפקד הגוש להכיר בחריג במציאת "טעמים מיוחדים שיירשמו"? מדוע אין די בעצם הקביעה, כי עצור או אסיר כלשהו אינו מסכן את הביטחון?

40. הסדר סביר, המאזן כראוי בין צורכי הביטחון לבין זכויות יסוד של העצור וקרוביו, היה מאפשר קיום ביקור פתוח, לכל הפחות, כל אימת שהוא אינו מהווה סכנה לביטחון;

בנוסף, הוא היה מאפשר ביקור פתוח, כל אימת שניתן להתמודד עם החשש לביטחון בדרך אחרת, שפגיעתה בזכויות העצור ומשפחתו פחותה.

41. בנוסף על כל אלה, אף אם אין הסדר הביקורים הסגורים נועד לשרת מטרת ענישה, בפועל הוא משמש ענישה קולקטיבית ופסולה. הוא פוגע קשות בזכויות יסוד חוקתיות של קבוצה שלמה של בני אדם - עצורים ומשפחותיהם - בשל מעשיהם של מעטים. הוא פוגע בעקרון הבסיסי, כי אין נוקטים צעדים כנגד בני אדם, ואין פוגעים בזכויותיהם, אלא על בסיס אינדיווידואלי (ראו לעניין זה בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח' (טרם פורסם), פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"צ 5627/02 סייף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח' (טרם פורסם), פסקאות 7-8 לפסק דינה של השופטת דורנר). בנוסף, נקיטת צעדים קולקטיביים מסוג זה מהווה אפליה פסולה, ופוגעת קשות בכבוד העצור.

42. בקביעתו את הסדר הביקורים לעצורים, לא איזן המשיב כראוי בין חובתו החוקתית והחוקתית לדאוג לזכויות העצור לבין תפקידו לשמור על ביטחון בית הסוהר וביטחון הציבור. הוא לא נתן כל משקל לעקרון טובת הילד, או לזכויותיו. מכל הסיבות שפורטו לעיל לוקה ההסדר בחוסר סבירות קיצוני, ודינו להיפסל.

החלטת המשיב במקרה דנן

43. לחלופין ובמצטבר, אף אם בית המשפט הנכבד יחליט שלא לפסול את הסדר הביקורים לעצורים, החשודים בעבירות ביטחון, עדיין אין החלטת המשיב במקרה דנן עומדת במבחן הסבירות.

44. ככל רשות ציבורית, על המשיב להפעיל את מדיניותו בהגינות ובסבירות, תוך כיבוד זכויות האדם. עליו להכיר בחריגים לכלל, ולהתאים את החלטותיו לנסיבות כל מקרה ומקרה.

45. כאמור לעיל, פקודה 03.02.00 מכירה באפשרות לסטות ממדיניות הביקורים הסגורים במקרים שונים. מפקד הגוש רשאי להתיר ביקור פתוח, למשל, "מטעמים מיוחדים שיירשמו". המקרה דנן הוא מקרה מובהק, בו קיימים "טעמים מיוחדים" לאישור ביקור פתוח. אם המשיב אינו מאפשר זאת במקרה כגון דא - כאשר מדובר מחד בעצור, הנהנה מחזקת החופת, ומאידך בתינוק קטן, אשר נולד במהלך המעצר - מתי יעשה כן?

46. השבועות והחודשים הראשונים לאחר הולדת תינוק הם תקופה קריטית ליצירת קשר חזק ויציב בינו לבין הוריו. הם התקופה בה הרגש של התינוק להוריו מכה שורש, והוא הופך להיות חלק מהמשפחה. לתינוק אין דרכי תקשורת חלופיים למגע הפיזי; שלילת

זכותו של אב להחזיק את בנו הרך גורמת לנתק מוחלט ואכזרי, המסב נזק בלתי הפיך לאב ולבן כאחד.

47. החלטת המשיב למנוע את מהעותר 1 להחזיק ולחבק את העותר 2 נוגדת את עקרון המידתיות באופן מובהק, על שלושת מבחני המשנה שלו: מבחן הקשר הרציונאלי; מבחן הפגיעה הפחותה; ומבחן המידתיות במובן ה"צר".

בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4), 1, 53-54.

בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221, 433 - 441.

48. אף בהנחה, כי ההחלטה נועדה לשרת תכלית ראויה - ולא שיקולי ענישה - הרי שגם אז קשה להצביע על קשר רציונאלי בין התכלית, לבין האמצעי שנבחר. כאשר מדובר בתינוק בן יומו, קשה להעלות על הדעת, כי המגע עמו אכן עלול להביא לפגיעה בביטחון הציבור או בביטחון בית הסוהר.

49. הדעת אינה סובלת, כי תימנע מעצור, הנהנה מחזקת החפות, הזכות הבסיסית והטבעית ביותר להחזיק את בנו הפעוט, אשר נולד במהלך מעצרו. הדעת אינה סובלת, כי תימנע מתינוק הזכות הבסיסית והטבעית ביותר למגע פיזי עם אביו. אולם, גם אם ייתכנו מקרים חריגים וקיצוניים, בהם ניתן יהיה להצביע על חשש כלשהו לביטחון כתוצאה מקיום מפגש כזה, יש להתמודד עמו בדרכים חלופיות, שפגיעתן בזכויות העצור ומשפחתו פחותה. זהו מבחן הפגיעה הפחותה, המחייב את המשיב להימנע מפגיעה בזכויות יסוד, כאשר ניתן להשיג את התכלית הראויה בדרך אחרת. כמפורט לעיל, למשיב מגוון אמצעים חלופיים לפיקוח על הביקור; החלטתו לאמץ דווקא את הפתרון הדראקוני והקיצוני ביותר של מניעת כל מגע בין העותרים, היא בלתי סבירה בעליל.

50. עדות נוספת לחוסר הסבירות ולחוסר המידתיות המובהקים של החלטת המשיב היא העובדה, כי משטרת ישראל, האמונה אף היא על החזקת עצורים במשמורת, אישרה את בקשת העותר 1 להחזיק את בנו במהלך ביקורי משפחתו. חזקה על משטרת ישראל, כי לא היתה מאשרת זאת, אלמלא יכלה לעשות כן תוך שמירה נאותה על ביטחון הציבור וביטחון בית המעצר. לא ייתכן, כי זכויותיו של העצור ייגזרו באופן שרירותי, ממקום החזקתו במשמורת; הפרוצידורה שנקבעה בחוק המעצרים לסיוג זכויותיהם של עצורים, החשודים בעבירות שונות, נועדה בין השאר להבטיח אחידות בקיום זכויות העצור ולמנוע שרירותיות. אף העובדה, כי בית המשפט איפשר לעותר להחזיק את בנו במהלך הדיונים במשפטו, מעידה על חוסר סבירות החלטת המשיב.

51. בהחלטתו, לא נתן המשיב כל משקל לזכויות היסוד של העותרים. הוא לא בחן כלל את הנסיבות הספציפיות של המקרה או אף את האפשרות להפעיל את סמכותו על פי פקודת הנציבות, לאפשר ביקורים פתוחים "מטעמים מיוחדים שיירשמו". הוא לא הצביע על כל בסיס לחשש ספציפי, שמא מתן אפשרות לעותר 1 להחזיק את העותר 2 אכן יסכן במאומה את ביטחון הציבור.

52. החלטת המשיב כבר שללה מהעותרים 1 ו-2 חודשים ארוכים של "bonding" חיוניים; כבר נותק הרך הנולד מאביו תקופה ממושכת, ונזק רב כבר נגרם. בכל יום שעובר גדל העותר 2, ונגזלים ממנו ומהעותר 1 רגעים שלא יסולאו בפז, ושאינם ניתנים להשבה.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב בדחיפות כמפורט בתחילת העתירה.

היום, 22.6.04

לילה מרגלית, עו"ד
ב"כ העותרים