

**העותר:**

**השייח' ראאד סלאח מחאג'נה**

(עצור בבית מעצר קישון - אגף שב"ס)

ע"י ב"כ עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר ו/או דנה  
אלכסנדר 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 לימור יהודה 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 להחזיק את בנו הפעוט, ס' א' ראאד סלאח  
(ת"ז -----) במהלך כל ביקורי משפחתו בבית המעצר.

**ואלה נימוקי העתירה:**

1. העותר, 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 התינוק ס' א', בנו של העותר, והוא היום כבן שנה וחודשיים.

3. עת נולד הבן הוחזק העותר בבית מעצר קישון, באגף המנוהל על ידי המשיב. כבר אז, סירב המשיב לאפשר לעותר 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 הועבר לאגף בבית מעצר קישון, המנוהל על ידי משטרת ישראל.

העתקי הפניה מיום 18.12.03 ותשובת המשיב מצ"ב 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 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 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 מנוהל על ידי אחראי אגף מטעמו, 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..."

העתקי המכתבים מצ"ב 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 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 גב' אתי גובר, קצינת פניות ותלונות ציבור בשב"ס.

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

9. ביום 22.6.04 הגיש העותר עתירת עציר כנגד החלטת המשיב, בה ביקש כי יותר לו להחזיק את בנו הפעוט במהלך כי ביקורי משפחתו בבית המעצר. בעתירה נטען, כי החלטת המשיב לאסור על מגע פיזי בין העותר לבנו פגועת שלא כדין בזכותם של העותר ובנו לקשר ולמגע, ובזכויות העותר כעצור שטרם נשפט. עוד נטען בעתירה, כי ההוראה בפקודות הנציבות, הקובעת באופן גורף כי עצורים, המסווגים כביטחוניים, ייפגשו את מבקריהם מאחורי מחיצת זכוכית, איננה חוקית.

10. בפסק דינו מיום 1 באוגוסט 2004 עמד בית משפט נכבד זה (כב' השופט ר' שפירא) על חובת המשיב להתחשב בעקרון טובת הילד, על חשיבות הקשר בין הורה לילדו, ועל האפשרות, כי ניתן להגשים את האינטרס הביטחוני, העומד לכאורה מאחורי עמדת המשיב, באמצעים חלופיים. בית המשפט נמנע אמנם מפסילה נחרצת של החלטת המשיב, אולם הורה לו לשוב ולשקול את החלטתו, בהתאם לשיקולים ולעקרונות שהותוו בפסק הדין, ו"בשים לב לכל הנתונים הרלוונטיים בעניינו של העותר, נתונים שלא הובהר אם עמדו לנגד עיני שב"ס בעת שדחה את בקשתו של העותר". (עמ' 37 לפסק הדין).

העתק פסק הדין מיום 1.8.04 מצ"ב ומסומן 10/ע.

11. לאחר קבלת פסק הדין פנתה הח"מ מספר רב של פעמים למשיב, בניסיון לקבל את החלטתו בעקבות פסק הדין. כך, ביום 25.8.04 פנתה הח"מ אל עו"ד שרון איל מפרקליטות מחוז חיפה, וביקשה ממנה לפעול לקבלת החלטה בעניינו של העותר. העתק הפניה נשלח ללשכה המשפטית של המשיב.

העתק הפניה מצ"ב ומסומן 11/ע.

12. ביום 5.9.04, משלא נתקבלה החלטת המשיב, פנתה הח"מ אל גב' יוכי גנסין, הממונה על ענייני בג"צים בפרקליטות המדינה, וביקשה ממנה לפעול לקבלת החלטה בעניינו של העותר בהתאם להנחיות, שהותוו בפסק הדין. העתק הפניה נשלח אף הוא ללשכה המשפטית של המשיב.

העתק הפניה מצ"ב ומסומן 12/ע.

13. ביום 9.9.04 שוחחה הח"מ עם גב' גנסיין וסוכס, כי הח"מ תתקשר לעו"ד גילה שבירו בלשכה המשפטית של המשיב ביום 12.9.04, ואם לא תקבל תשובה, תחזור לפרקליטות.

14. ביום 12.9.04 התקשרה הח"מ ללשכת יועמ"ש המשיב ונמסר לה, כי עו"ד שבירו נסעה לחו"ל למספר שבועות. הח"מ שוחחה עם עו"ד אורית דן מהלשכה, וכן עם עו"ד גדעון ברטפלד, סגן היועמ"ש. בעקבות השיחות פנתה הח"מ שוב הן לעו"ד גנסיין והן לעו"ד ברטפלד. לפניויה אלה צירפה הח"מ כתבה מעיתון "הארץ", המתארת כיצד הותר לעותר לצאת לטקס החתימה על חוזה הנישואין של בתו, שנערך בבית הדין השרעי ביום 31.8.04, ושם לבוא במגע פיזי ישיר עם עשרות המבקרים.

העתק הפניות מצ"ב ומסומן ע/13.

15. בשיחה נוספת עם הלשכה המשפטית של המשיב נמסר לח"מ, כי העניין הועבר לטיפול יועמ"ש המשיב.

16. ביום 20.9.04 התקבלה במשרד הח"מ תגובתה של עו"ד גילה שבירו, עוזרת יועמ"ש המשיב (הנושאת תאריך 9.9.04). בתגובה זו נמסר, כי הנושא נמצא בבדיקה, וכי לאחר קבלת ההחלטה יודיע המשיב לח"מ מה החלטתו.

העתק התשובה מצ"ב ומסומן ע/14.

17. ביום 21.9.04, משטרם נתקבלה תשובת המשיב, פנתה הח"מ לתג"ד חיים שמולביץ, יועמ"ש המשיב. בפניה זו ציינה הח"מ, כי אם לא תתקבל תשובת המשיב בהקדם תשקול נקיטת צעדים לפי פקודת בזיון בית המשפט.

העתק הפניה מצ"ב ומסומן ע/15.

18. ביום 19.10.04, למעלה מחודשיים וחצי לאחר מתן פסק דינו של בית משפט נכבד זה, ולאחר פניות רבות נוספות בעל פה ללשכה המשפטית של המשיב, קיבלה הח"מ את החלטתו הלאקונית והבלתי מנומקת של המשיב, לפיה: "על פי הנחיית ביהמ"ש בתיק שבנדון, שקל מפקד הגוש בשנית את בקשת העותר להחזיק את בנו, בשים לב לקריטריונים שהותוו בהחלטה. לפני משורת הדין, הוחלט, כי יתאפשר, כחריג, ובאופן חד פעמי מגע פיזי בין העותר לבנו הפעוט וזאת למספר דקות במסגרת ביקור המשפחה".

העתק התשובה מצ"ב ומסומן ע/16.

19. להשלמת התמונה יצויין, כי בעקבות התמהמהות המשיב לקיים את פסק הדין, ובשל התקרב תום התקופה בה ניתן להגיש בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט

הנכבד, הוגשה ביום 14 בספטמבר 2004 בקשה בהסכמה להארכת המועד להגשת בקשת רשות ערעור על פסק דינו המקורי של בית משפט נכבד זה, עד לקבלת עמדת המשיב ועד למיצוי הליכי עתירה, במידת הצורך, כנגד החלטה זו. ביום 19.6.04 החליט כב' הרשם עודד שחם על מתן הארכת מועד עד ליום 15.11.04. ביום 15.11.04 הגישה הח"מ בקשת ארכה מוסכמת לחודשיים נוספים.

**20. החלטת המשיב תמוהה במיוחד על רקע עמדותיהם של גורמי ביטחון אחרים (כגון המשטרה, וכפי שנראה אף השב"כ), ועל רקע המקרים הרבים, בהם הותר לעותר לבוא במגע פיזי עם אנשים שונים.**

21. כפי שהובהר בעתירתו הקודמת של העותר מיום 22.6.04, הותר לו ביום 10.2.04, עת היה במשמורת משטרתית, לקיים ביקור פתוח עם בני משפחתו לרגל עיד אל-אדחה. בנוסף, במהלך הדיונים במשפטו בפני הרכב כב' הנשיא לינדנשטראוס, במקרים רבים מאפשרים שוטרי הליווי, בהוראת בית המשפט, מפגש בין העותר לבין בני משפחתו, לרבות מגע פיזי. היו אף מספר פעמים, בהם התאפשר לעותר להחזיק את בנו במהלך מפגשים אלו.

22. בנוסף, כאמור, ביום 31.8.04 הותר לעותר להגיע לטקס החתימה על חוזה הנישואין של בתו, בבית הדין השרעי. במהלך האירוע - אשר אובטח בידי משטרת ישראל - התאפשר לו לבוא במגע פיזי עם עשרות המבקרים, ואף להחזיק את בנו למשך מספר שעות.

23. כחודש לאחר מכן, בדיון בעתירה שהגיש העותר כנגד סירוב המשיב להתיר לו לצאת לחתונת בתו, הצהירו ב"כ המשיב, כי השב"כ כלל לא התנגד לבקשה, וכי התנגדות המשיב היתה נעוצה אך בטעמים, הקשורים בקשיים הלוגיסטיים הכרוכים באבטחת האירוע. בית המשפט קבע, כי יותר לעותר לצאת למפגש מורחב עם בני משפחתו יום למחרת החתונה, בתנאים שקבע. למפגש, אשר התקיים באולם חתונות גדול, הגיעו כ-30 בני אדם. במהלך האירוע, אשר נמשך כ-3 שעות, הותר לעותר לבוא במגע פיזי חופשי עם המבקרים.

לבסוף יצויין, כי לפני כשלושה שבועות התאפשר לעותר להחזיק את בנו במהלך ביקור משפחתו בבית המעצר, בהתאם להחלטת המשיב נשוא עתירה זו מיום 19.10.04.

### הטיעון המשפטי

24. בפסק דינו מיום 1.8.04 הורה בית המשפט הנכבד למשיב לשקול שנית את החלטתו, בהתאם לשיקולים ולעקרונות שהותוו בפסק הדין. ואולם, כפי שנראה, אין החלטתו החדשה של המשיב עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט נכבד זה.

25. ודוקו: לאור קביעות בית המשפט הנכבד בפסק דינו מיום 1.8.04, מגביל העותר את טיעונו בהליך זה לשאלה, אם יש בהחלטתו השניה של המשיב כדי לקיים את פסיקתו של בית המשפט. העותר שומר על זכותו להעלות את מכלול טענותיו המשפטיות, לרבות אלו שהועלו בעתירתו הקודמת, במסגרת בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, אם וככל שיהיה צורך בכך.

### עקרון טובת הילד וזכות הילד לקשר ומגע עם אביו

26. 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 פלונים נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד ל(1) 459, 465).

27. 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.”

28. 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 לזכות בטיפול הורה (ראו: ע”א 2266/93 פלונג, קטין ואח’ נ’ פלונג, פ”ד מט (1) 227, 254-253). 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.”

29. 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

30. 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.

31. 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

32. 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.

33. 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.

34. 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.

35. 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.

36. 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 בבטיחות המדינה או בבטיחות הציבור. . ."

37. 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.

38. 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.

#### פקודה 03.02.00 לפקודות הנציבות - מחיצת הזכויות

39. 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.

40. 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 זכוכית.

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

!~!

(3) **מפקד גוש מוסמך לאשר ביקור ללא רשת לאסיר/עצור מטעמים מיוחדים שירשמו.**

#### החלטת בית המשפט בע"א 436/04

41. בפסק דינו מיום 1.8.04 הדגיש כב' השופט שפירא את חשיבות זכות הביקורים, את עקרון חזקת החפות ואת חשיבות זכותם של אב ובן לקשר ומגע. בהקשר זה הבהיר, כי כאשר בתינוק עסקינן, "מחיצת הזכוכית היא לגביו כמעט כקיר אטום. בהעדר יכולת לשוחח הקשר בגיל זה הוא באמצעות מגע, ובהעדר מגע ישיר, הקשר בין האב לבנו כמעט שאינו בר מימוש. בפועל פוגעת מחיצת הזכוכית באפשרות לשמירה על קשר בין העציר לבין התינוק ובכך גם פוגעת באפשרות לממש באופן אקטיבי את זכות קיום הקשר הקבועה בהוראות בסעיף 9(6) לחוק המעצרים. הכלל הראוי הוא כי זכות ההורות וזכות הילד ליהנות מקרבת האב תוגבל במידה המינימלית הנדרשת לצורך הבטחת קיום תכלית המעצר. ככל שהילד קטן יותר והתקשרות הפיסית עמו תופסת משקל רב יותר מהתקשרות המילולית כך גם משתנה נקודת האיזון של מידת ההגבלה הראויה בדרך של הסדרת הביקורים של הילד אצל אביו העצור, וזאת במובן ששלילת האפשרות למגע פיסית כמוה כשלילת האפשרות לשמירה על קשר בין ההורה לעצור לצמצום התינוק. שלילת האפשרות לשמירה על קשר של אב לבנו תעשה במקרים חריגים, רק אם הדבר הכרחי לקיום תכלית המעצר, ותוך שמירה על מידתיות ראויה" (עמ' 24-25 לפסק הדין).

42. אמנם, בית המשפט לא קיבל את טענות העותר, כי פקודה 03.02.00, ככל שהיא חלה על עצורים, בטלה ובלתי סבירה היא, ונמנע מפסילה נחרצת של החלטת המשיב. יחד עם זאת הוא קבע, כי "סבור אני כי מהנתונים שהוצגו לבית המשפט עולה כי יתכן ולא כל הנתונים הרלוונטיים בעניינו של העותר היו לנגד עיני שבי"ס בעת שהחליט לדחות את בקשת העותר" (עמ' 35 לפסק הדין) וכי "נראה כי לכאורה אין הכרח ביטחוני למניעת המגע הפיסי בין העותר לבנו התינוק" (שם). בין השאר הדגיש בית המשפט בהקשר זה את העובדה, כי עת הוחזק העותר במתקני משטרת ישראל, הוחלט להתיר לו להחזיק את בנו במהלך ביקורי משחתו בכלא. לסיכום קבע בית המשפט, כי:

"בנסיבות אלו יש מקום לשקול שוב את בקשתו של העותר וזאת על יסוד כל העובדות והנתונים הרלוונטיים בעניינו. על מפקד הגוש (המוסמך על פי פקודת שב"ס) יהיה לשקול, בין יתר שיקוליו, את ההשלכות האפשריות של מתן היתר לעותר להחזיק בבנו על כלל העצורים והאסירים, את האפשרות שהדבר יפגע בביטחון המדינה והציבור, וזאת אל - מול זכות היסוד של ההורה והתינוק למפגש ביניהם. במסגרת זאת יהיה על מפקד הגוש ללמוד את לקחי המשטרה, שנתנה לעותר היתר כאמור, ולהחיל במסגרת הפעלת שיקול דעתו את עקרון המידתיות הנדרש מכל בעל סמכות שלטונית. במסגרת זו יהיה עליו לשקול, בין יתר שיקוליו גם אם הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המנהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה הוא ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה מביא, כאמור ב בבג"ץ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק ואח' נגד ממשלת ישראל ואח', ולהביא במסגרת שיקוליו בחשבון גם את היותו של העותר עצור שדינו טרם הוכרע ושעומדת לו חזקת החפות. נראה כי מכלול שיקולים אלו לא נשקל ע"י שב"ס (ולכל הפחות לא נטען בפני כי כל השיקולים הנ"ל נלקחו בחשבון) ובהתאם ראוי הוא ששב"ס ישקול שוב את כל האמור לעיל בהתייחס לבקשתו של העותר" (עמ' 36 לפסק הדין).

### החלטתו השניה של המשיב – אי יישום פסיקתו של בית משפט נכבד זה

43. החלטתו השניה של המשיב אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט נכבד זה. היא אינה מאזנת כראוי בין זכויות היסוד של העותר ובנו לבין שיקולי הביטחון והיא אינה נותנת ביטוי הולם לעקרון חזקת החפות. היא אינה מקיימת את עקרון המידתיות, והיא איננה סבירה.

44. קביעת המשיב, כי העותר יוכל להחזיק את בנו רק פעם אחת, ולמשך מספר דקות בלבד, הנה קביעה שרירותית. אם ניתן מבחינה ביטחונית להתיר את קיום המפגש, אין כל הצדקה להגבילו למספר דקות בלבד או לקבוע, כי הוא יתאפשר רק פעם אחת. בהעדר שיקולי ביטחון כבדי משקל, המחייבים מניעת קשר ומגע בין עצור, הנהנה מחזקת החפות, לבין בנו הפעוט, אין מקום להטיל מגבלות שרירותיות על משך המפגש או על תדירותו.

45. כאשר נקבע לגבי אדם ספציפי, המוחזק במעצר עד תום ההליכים, כי אין מניעה ביטחונית להתיר לו לקיים קשר ומגע עם בנו התינוק, אין להטיל מגבלות שרירותיות ובלתי נחוצות על מימוש הזכות. במקרה דנן, כאשר משטרת ישראל הודיעה, כי תאשר ביקורי מגע שוטפים; כאשר השב"כ לא התנגד ליציאת העותר לחתונה, בה יבוא במגע עם עשרות ואולי אף מאות בני אדם; כאשר הרכב השופטים השומע את משפטו התיר לו לבוא במגע עם בני משפחתו במהלך הדיונים בבית המשפט; וכאשר בית המשפט אישר יציאתו למפגש משפחתי עם שלושים אנשים, לא יכולה להיות כל הצדקה למגבלות אלו.

46. זאת ועוד. החלטת המשיב מעידה על הנוקשות הבלתי סבירה של מדיניותו לקיים ביקורי משפחה של עצורים, המסווגים כביטחוניים, מאחורי מחיצת זכוכית. על אף הקביעה בפקודות הנציבות, לפיה רשאי מפקד הגוש לאשר ביקורים פתוחים מטעמים מיוחדים

שיירשמו, בפועל רואה המשיב את מדיניות מחיצת הזכויות כמדיניות מוחלטת, ממנה אין לסטות. אין המשיב שוקל כל מקרה לגופו, ואין הוא מוכן לסטות ממדיניותו הכללית במקרים המתאימים. על נוקשות מדיניות המשיב ניתן ללמוד הן מהבהרתו, כי החלטתו לאשר ביקור פתוח אחד נתקבלה "לפנים משורת הדין", והן מקביעתו הנחרצת, כי מדובר בהרשאה חד פעמית. ודוקו: החובה לבחון כל מקרה לגופו אין בה כדי להפלות בין עצורים שונים, אלא כדי לתת ביטוי לעקרון היסודי, כי זכויות ניתן לשלול אך ורק על בסיס אינדיווידואלי, ולא על בסיס קולקטיבי.

47. בנוסף, החלטת המשיב, המתירה מפגש חד פעמי בין העותר לבנו, איננה משאירה כל פתח להגשת בקשה נוספת בעתיד. היא קובעת מראש, ובאופן מוחלט, כי יתאפשר מפגש אחד בלבד. עובדה זו כשלעצמה מעידה על חוסר הסבירות הקיצוני של החלטת המשיב, אשר אף איננה מתיימרת לערוך איזון זהיר בין מכלול השיקולים הרלוונטיים. עמדת המשיב, כי יהיו אשר יהיו הנסיבות, ויהיה אשר יהיה משך מעצרו של העותר, לא תינתן לו בעתיד האפשרות למגע עם בנו, איננה מתקבלת על הדעת.

48. גם אילו ניתן היה להצביע על כל חשש לפגיעה בביטחון כתוצאה ממפגש בין העותר לבין בנו - וכאמור לעיל, חשש זה הנו מופרך לחלוטין - למשיב מגוון אמצעים חלופיים להתמודד עמו. גם מסיבה זו נוגדת החלטת המשיב את עקרון המידתיות.

49. בעתירתו, ביקש העותר כי יותר לו להחזיק את בנו במהלך כל ביקורי משפחתו בבית המעצר, ובית המשפט הנכבד הורה למשיב לשקול שנית את סירובו לכך. גם מסיבה זו אין בהחלטת המשיב, המתירה לעותר להחזיק את בנו פעם אחת בלבד, כדי לענות על הוראת בית המשפט.

### העדר הנמקה - ראייה לכאורה לאי חוקיות

50. שרירותיות החלטת המשיב עולה גם מהאופן בו היא ניתנה. לאחר שבניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד נמנע המשיב במשך חודשיים וחצי ממתן תשובה, הסתפק הוא בהודעה לאקונית ובלתי מנומקת. עובדה זו כשלעצמה מעידה לכאורה, כי עניינו של העותר לא נשקל כראוי וכי החלטת המשיב איננה סבירה.

51. כידוע, חובתה הבסיסית של כל רשות שלטונית לנמק את החלטותיה. כדברי פרופ' זמיר:

"[הנמקה]... מובילה לביקורת עצמית של המחליט... מקטינה את החשש מפני החלטות שרירותיות או שגויות... ללא הנמקה יקשה על האדם הנפגע מהחלטה מנהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד לטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית... ההנמקה... תורמת למערכת היחסים הראויה שבין הרשות המינהלית לבין האזרח במדינה דמוקרטית, שכן יש בה כדי להקהות את התחושה של שרירות שלטונית. מתן נימוקים להחלטות הוא ביטוי בולט של פתיחות, והפתיחות היא אחד מעמודי התווך של מינהל תקין. אפילו אם ההנמקה עלולה להכביד

על הרשות המנהלית, אין בכך שיקול מכריע, שכן תפקידו של המינהל הציבורי הוא לשרת את הציבור" (י' זמיר, הסמכות המנהלית (ב), 897-898).

52. חוסר הנמקה מהווה ראייה לכאורה לאי חוקיות החלטת הרשות, ומעביר אליה את הנטל להראות, כי פעלה היא כדין. כך, על פי סעיף 6(א) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט - 1958, "החלטה או פעולה של עובד הציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2א (חובת ההנמקה - ל.מ.), 2ב, 4 או 5; ואולם בכל הליך לפני ועדת-ערר או ועדת-ערעור או לפני בית המשפט, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין" (ההדגשה אינה במקור).

53. ללא הנמקה אין לדעת מדוע סבר המשיב, כי ההחלטה שנתן היא ההחלטה, המגשימה את פסיקתו של בית משפט נכבד זה. אין לדעת מדוע סבר, כי במתן אישור חד פעמי לעותר, להחזיק את בנו למשך "מספר דקות", איזן הוא כראוי בין זכויות היסוד החוקתיות של העותר ובנו, לבין שיקולי הביטחון.

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

כמו כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להטיל הוצאות על המשיב, אשר התנהלותו הבלתי ראויה הביאה לקיום הליכים מיותרים ולבזבוז זמן רב בידי ב"כ העותר. ראשית, היה זה רק בעקבות פניית העותר לבית משפט נכבד זה, ורק לאחר שבית המשפט הורה למשיב לשקול מחדש את עמדתו, שהוחלט להתיר אף ביקור חד פעמי. בנוסף, על אף שבית משפט נכבד זה הדגיש, כאשר הורה למשיב לשקול שנית את העניין, כי חזקה עליו שיקבל החלטה בתוך זמן קצר, נאות המשיב לתת את החלטתו רק כעבור חודשיים וחצי, במהלכם נאלצה ב"כ העותר לפנות למשיב שוב ושוב. כמו כן, העותר נדרש לפנות שוב לבית משפט נכבד זה, שכן אף החלטתו השניה של המשיב, כמפורט לעיל, איננה נותנת ביטוי הולם לפסיקתו של בית המשפט.

היום, 18.11.04

---

לילה מרגלית, עו"ד

ב"כ העותר