

המערער:

עו"ד אחמד ח'טיב

באמצעות עו"ד פאטמה אלעג'ו ו/או חסן ג'בארין
ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או עאדל בדיר
ו/או סאוסן זהר ו/או נביל דקואר ו/או נור אלעטאונה
כולם מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 510 שפרעם 20200, טל': 04-9501610 פקס: 04-9503140
נייד 050-9072729

- נגד -

המשיב:

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי

לפי סעיף 45א(ז) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב - 1971

מוגש בזאת ערעור על החלטת כבי' השופט דר' עודד מודריק מבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו, בב"ש 93813/07, מיום 14.11.07, לפיה נאסר על המערער לפגוש את כלל האסירים הביטחוניים המוחזקים בבתי הכלא הישראלים וזאת עד ליום 2.12.07 שעה 17:00, קרי למשך 19 ימים. הארכת מניעה זו מצטרפת למניעה קודמת בת 6 ימים. העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן "א".

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקיים דיון דחוף בערעור וזאת נוכח העובדה שעל פי החלטת בית המשפט קמא תקופת מניעת המפגש של המערער עם לקוחותיו הקיימים והפוטנציאליים מסתיימת ביום 2.12.07. אי קיום דיון מוקדם משמעו מבחינת המערער הפיכת הדיון בעניין נשוא הערעור לדיון תיאורטי אשר לא יועיל למערער ולא יצמצם את הפגיעה בו ובציבור לקוחותיו.

מבוא:

1. עניינו של ערעור זה בפגיעה בזכותם של האסירים הביטחוניים ובאי כוחם, כגון המערער, לערוך מפגשים למתן שירות מקצועי, ללא התערבות שרירותית מצד המשיבה באופן הפוגע במימושם של זכויותיהם החוקתיות של האסירים ועורכי דינם.
2. מקרה זה הינו הפעם הראשון בו מתבקש בית משפט להפעיל את הסמכות הקנויה לו בסעיף 45א' (ז) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב – 1971 (להלן: "פקודת בתי הסוהר") ולמנוע מעו"ד לפגוש את כלל האסירים הביטחוניים הנמצאים בבתי הכלא הישראלים ולמרבה הצער בית המשפט נעתר לבקשה ונתן החלטה פוגענית וגורפת.
3. ההחלטה פוגעת בפרנסתו של המערער, פוגעת בזכויות האסירים והעצורים לקוחותיו, פוגעת במקצוע עריכת הדין ובאינטרס הציבורי שבשמירה עליו.
4. החלטה זו שגויה כפי שיפורט להלן.

רקע עובדתי:

5. המערער הינו עורך דין וחבר בלשכת עורכי הדין בישראל, החל מחודש נובמבר 1997. המערער עוסק בתחומי משפט שונים ועובד ממשרדו בכפר שעב שבצפון. מזה כשנתיים החל המערער לייצג אסירים ועצורים ביטחוניים מהשטחים הכבושים המוחזקים בבתי הכלא הישראלים. משימתו של המערער על פי תנאי ההתקשרות עם לקוחותיו כוללת בין היתר ביקור לקוחותיו האסירים והעצורים, עמידה על תנאי כליאתם, מתן ייעוץ משפטי בעניין זכויותיהם, החתמת האסירים על מסמכים משפטיים (כגון ייפוי כח, תצהירים, כתבי ויתור על סודיות וכו'), כן דיווח לקרוביהם באמצעות ארגוני זכויות אדם הנמצאים בעזה ובגדה המערבית על ממצאי הפגישה וחיווי דעה לגבי המשך הטיפול המשפטי הדרוש, וזאת בכדי לאפשר את המשך הטיפול המשפטי הקונקרטי המתחייב בכל מקרה ומקרה.
6. לשם כך, מבקר המערער באופן שגרתי את לקוחותיו בבתי הכלא השונים, לצורך מילוי תפקידו נאמנה כדי ליתן להם ייצוג מקצועי אמין ומסור בהתאם לחובתו ע"פ סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א – 1961 (להלן: "חוק לשכת עורכי הדין"). לרוב, מבקר המערער בכל בית סוהר אחת לשלושה שבועות ומשתדל לפגוש לפחות אסיר אחד מכל אגף, למעט בבית סוהר השרון שם הוא משתדל לבקר אחת לשבוע. בכל ביקור הוא נפגש עם מספר שונה של אסירים לפי נוהלי בית הסוהר הספציפי.
7. ביום 6 בנובמבר 2007 הגיע המערער לבית סוהר איילון לבקר 8 אסירים לאחר תיאום מוקדם כנדרש. המערער נפגש עם האסיר הראשון. עם תחילת המפגש עם האסיר השני נכנס סוהר והודיע למערער שהמפגש הסתיים וכי יש לו הוראות להוציא את המערער מבית הסוהר. לאחר דין ודברים נאמר למערער שסגן מפקד בית הסוהר ייפגש עימו. המערער המתין אך לאחר כ-10 דקות הודע

למערער כי אף אחד לא ייפגש עימו והוא נדרש לצאת משטח בית הסוהר. המערער יצא כפי שנתבקש ומייד התקשר אל לשכת היוהמ"ש של שב"ס ושוחח עם עו"ד איילת טל. המערער דרש לקבל החלטה מנומקת בכתב. עו"ד טל הבטיחה לבדוק את העניין. למערער היו קבועים ביקורים נוספים לאותו היום אצל לקוחות נוספים המטופלים במרכז הרפואי של בתי הסוהר (מר"ש) בבית סוהר מג"ן ואולם קצין האסירים סירב לאפשר לו לפגוש אותם בטענה שיש הוראה מהיוהמ"ש שב"ס שלא לאפשר את כניסתו.

8. ביום 7 בנובמבר 2007 בשעה 08:00 בבוקר הגיע המערער לכלא מגידו לבקר 12 אסירים בהתאם לתיאום מוקדם עם בית הסוהר. בשער הודיעו לו שהוא מנוע פגישה ולא אפשרו את כניסתו. המערער התקשר פעם נוספת ללשכת היוהמ"ש וחזר למשרדו

9. ביום 7.11.07 קרוב לשעה 16:00 הודיע שירות בתי הסוהר באמצעות לשכת היוהמ"ש למערער כי "על סמך מידע המצוי בידי נציב בצעי הסוהר קיים חשש ממשי כי פגישתך **עם מי מהאסירים הביטחוניים** תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את ביטחון בתי הסוהר או עבירת בתי סוהר הפוגעת פגיעה ממשתית במשמעת בתי הסוהר והעלולה להביא לשיבוש חמור בסדרי בתי הסוהר וניהולם" (ההדגשה אינה במקור. פ.א.). ולפיכך יש בכוונתו למנוע מהמערער לפגוש מי מהאסירים הביטחוניים. העתק המכתב מצ"ב ומסומן "ב".

10. עוד באותו יום מיהר המערער להגיב להודעה זו. המערער הכחיש את כל החשדות המופרכים אשר יוחסו לו. המערער אף עמד על אי חוקיות מניעת מפגשיו עם אסירים ביומיים הקודמים באשר נעשו שלא כדין וללא כל סמכות. העתק מכתבו של המערער מצ"ב ומסומן "ג".

11. ביום 8.11.07 החליט הנציב על מניעת מפגש של המערער עם **אסירים ביטחוניים** למשך 24 שעות. עוד הוחלט כי פרטי המידע יישאר חסוי מטעמים המנויים בסעיף 45א' (ה) (2) לפקודת בתי הסוהר. העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן "ד".

12. ביום 9.11.07 הורה הנציב על הארכת מניעת המפגש של המערער עם כלל האסירים הביטחוניים לעוד 5 ימים וזאת בהסכמת פרקליטת מחוז תל אביב. העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן "ה".

13. ביום 13.11.07 הגישה המדינה באמצעות פרקליטות מחוז תל אביב בקשה אל בית המשפט המחוזי בתל אביב להארכת מניעת פגישת אסיר עם עורך דין בהתאם לסעיף 45א' (ז) לפקודת בתי הסוהר, לתקופה נוספת של 21 ימים. העתק הבקשה מצ"ב ומסומן "ו".

14. ביום 14.11.07 התקיים דיון בבקשה במעמד המערער. במהלך אותו דיון ולבקשת המדינה התקיים דיון במעמד צד אחד להצגת חומר חסוי מתוך חשש למקורות וחשיפתם. העתק פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן "ז".

15. בתום הדיון החליט כב' השופט מודריק על קבלת הבקשה ועל מניעת המערער מפגישת אסירים המוגדרים כאסירים ביטחוניים עד יום 2.12.07 ועד בכלל. את הנימוקים להחלטה נתן כב' השופט קמא במהלך אותו יום והעבירם לצדדים. ראו נספח "א" לעיל.

16. בית המשפט החליט לקבל את בקשת המשיבה להארכת המניעה ואולם קיצר את התקופה עד ליום 2.12.07 בשעה 17:00, קרי למשך 19 ימים.

17. יצוין כי לאורך כל הדרך לא הוצגה למערער כל הנמקה ברמת פירוט קונקרטית למניעתו מביקור אסירים ביטחוניים וממילא גם לא הוצגו בפניו פרטי המידע המבססים את החשדות כלפיו.

ואלה הנימוקים לערעור:

הערכת בית המשפט לפיה ריבוי ביקורים של עו"ד אצל לקוחותיו האסירים והעצורים מהווה כשלעצמו מעשה המערער חשד הינה שגויה

18. לדברי בית המשפט קמא "קיום של סדרות מרובות מפגשים עם קבוצת אסירים שמספרה גדול כל כך מעוררת כשלעצמה סימן שאלה בדבר טיבו של השרות המקצועי הניתן במפגש כזה. הלכה למעשה הטענה הנטענת כלפי עוה"ד היא שהמפגשים אינם מיועדים למתן שרות מקצועי ללקוחות ושבהתאם לדין זכותו של עו"ד לפגוש אסיר במתקן הכליאה נועדה למתן שרות מקצועי בלבד".

19. כפי שעולה מהנמקת ההחלטה בית המשפט התבסס בעיקר על מספר המפגשים אותם ערך המערער עם לקוחותיו בבתי הסוהר והגיע למסקנה כי אין מדובר בשירות מקצועי אותו נותן המערער ללקוחותיו הרבים, ובכך למעשה קבע בית המשפט קמא כי עצם ריבוי המפגשים מעלה חשד ממשי למסוכנות. החלטה כזו מגבילה את מתן השירות המשפטי לאסיר, בניגוד לכוונת המחוקק.

20. קביעה זו של בית המשפט קמא שגויה. חובתו של המערער היא לפעול לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות. חובה זו מוטלת עליו מכח סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין. עיון בחוק מעלה כי לעורך הדין יש את החרות והחופש לפעול כראות עיניו במילוי חובתו המקצועית כאשר לאורך כל הדרך הינו מונחה ע"י כללים מסוימים שעיקרם כאשר עסקין במישור היחסים שבין הלקוח לעורך הדין הוא חובת הנאמנות והמסירות.

21. עורך דין אשר מוצא כי ייצוג מרשיו על הצד הטוב ביותר מחייב אותו לבקר את מרשיו בבתי הכלא באופן תדיר, אינו עובר כל עבירה כלל ועיקר בפרט כאשר שולחו אסירים המרצים עונשים לתקופות ממושכות.

22. חופש הבחירה הקנוי לעורך הדין לפעול לפי ראות עיניו בענייניו המקצועיים של שולחו ובהתאם לשליחותו של אותו שולח היא מה שעומד בבסיס זכותו החוקתית של כל אדם לבחור את עורך דינו. (ראו בג"צ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ (4) 221, 233 ובג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט (1) 661, 717). לו כל עורכי הדין אשר קיבלו את אותה הכשרה מקצועית היו זהים הרי שההיגיון המונח בבסיס זכותו של אדם לבחור לעצמו את עורך דינו היה נפגם. שיקולים בדבר יחסי האמון ומאפייניו של עורך הדין ומקצועיותו הם שמצדיקים את ההגנה על זכותו של כל אדם לבחור לעצמו את עורך דינו בנוסף למימוש האוטונומיה האישית של השולח.

23. למעלה מן הצורך יטען המערער כי לא יכול להיות כל ספק כי שרות מקצועי משפטי כולל בין היתר ייצוג אדם לפני בתי משפט וגופים בעלי סמכות משפטית או מעין שיפוטית וייעוץ וחיווי דעת משפטיים. השוו עם הוראות סעיף 20 לחוק לשכת עורכי הדין הקובע מהו שרות מקצועי משפטי שאסור למי שאינו עורך דין לתת. כך שלא תתקבל הטענה כי ביקור אסיר בבית כלא שאין בעקבותיה נקיטה בהליך משפטי.

24. יצוין כי במהלך הדיון טענה ב"כ המשיבה כי "האסיר יכול לקחת כל עו"ד אחר רק לא את המשיב" (ראו שורה 23 עמ' 2 לפרוטוקול נספח "ז" לעיל). הנה כי כן, המשיבה מבקשת להתערב בחרותו הבסיסית והמוגנת של האסיר לבחור את עורך דינו כראות עיניו. אמירה זו ממחישה את אי הסבירות שבהחלטה ואת הסכנה הגלומה בה מבחינת הפגיעה במקצוע עריכת הדין והמעורבות האסורה של המשיבה ביחסים המוגנים של עורך דין - לקוח.

25. הקביעה העולה מהחלטת בית המשפט מגבילה שלא כדין וללא כל היגיון את חופש הפעולה של עורך הדין בפעולו למילוי תפקידו כדין ובכך מגבילה שלא כדין את השירות המשפטי לו זכאי הלקוח. המסר אותו מעבירה ההחלטה נשוא הערעור לציבור עורכי הדין הוא כי חריצות יתר אינה רצויה והיא עלולה להעמיד את מבצעה בסכנה של הכפשת שמו כפי שנעשה עם המערער ולכל הפחות המלצה עקיפה ללקוח שכדאי לו לחפש לו עורך דין אחר. לפי בית המשפט קמא כל עוד המערער חרוץ לא יהיה זכאי להתפרנס כי הדבר מעורר חשד המצדיק את הפגיעה בפרנסתו.

26. זאת ועוד, ההחלטה הינה שגויה באשר הינה פוגעת במקצוע עריכת הדין וכתוצאה מכך בזכויות האסירים. ביקור האסירים ע"י עורכי הדין הינו אמצעי ביקורת ופיקוח על הנעשה בבתי הכלא, על תנאי החזקתם של האסירים בבתי הכלא ועל השמירה על זכויותיהם של האסירים. אם עורך דין אינו יכול לפעול כראות עיניו כי להבטיח למרשו את השירות המקצועי הטוב ביותר שהוא יכול לתת למרשו כאשר מרשו מוחזק אסיר בבית כלא, מקצוע עריכת הדין והאינטרס הציבורי שבמשירה על מקצוע זה ייפגעו קשות.

27. לא רק זו אף זו, ההחלטה פוגעת בזכותו של המערער לחופש העיסוק בהיותה מונעת מבעדו להמשיך ולייצג את שולחיו כראוי.

הערכת בית המשפט לגבי ריבוי הביקורים שגויה אף היא

28. בהנמקת החלטת בית המשפט קמא נכתב כי "הנתונים שבידי שרות בתי הסוהר מראים שמראשית שנת 2007 ועד אותו מועד נפגש המערער עם יותר מ- 670 אסירים ביטחוניים בבתי הכלא השונים (עם חלק מן האסירים הללו קיים מספר פגישות). בכל הופעה שלו במתקן כליאה הוא מקיים מפגשים קצרים עם סידרה של 10 עד 15 אסירים".

29. אף אם נניח כי מאז תחילת השנה קיים המערער 670 מפגשים עם 670 אסירים שונים, דבר אשר הוכחש ע"י המערער, מדובר בתקופה של 45 שבועות, דהיינו המערער קיים פחות מ- 15 מפגשים בשבוע בממוצע! ופחות משלושה אסירים בממוצע ליום עבודה אחד. אין בממוצע כזה כדי לעורר כל חשד בפרט כאשר מדובר בעו"ד אשר עיקר עיסוקו הוא בייצוג אסירים ביטחוניים ובביקורם בבתי הכלא.

30. בית המשפט שגה כאשר התבסס על נתוני המשיבה למרות שנתונים אלו לא הוכחו כראוי, בפרט שנתונים אלו הוכחו ע"י המערער מפורשות. עוד ייטען כי למערער לא ניתנה ההזדמנות הראויה כדי להפריך את גרסת המשיבה.

31. כפי שטען המערער בפני בית המשפט קמא, הוא לא ביקר מספר כה גדול של אסירים. להערכתו המספר אשר הוצג ע"י המשיבה הינו מספר המפגשים אשר ערך עם אסירים ביטחוניים מתחילת השנה ועד למועד ההחלטה כאשר את רובם המוחלט של האסירים הוא ביקר מספר פעמים. כך שאין מדובר באותו מספר של אסירים כפי שנטען ע"י המשיבה והמספר האמיתי רחוק ממספר זה.

שגה בית המשפט משום עצמו מעריך למקצועיותו של המערער

32. בית המשפט קמא הרשה לעצמו שלא כדין להעריך כמומחה את מקצועיותו של המערער. בית המשפט הרשה לעצמו על סמך ראיות מנהליות חד צדדיות, בהליך מעין מנהלי מעין שיפוטי, שלא מתקיימים בו כל התנאים המבטיחים כי יהא הליך הוגן וערער על מקצועיותו של המערער.

33. הלכה היא כי עניין שבמומחיות, הוכחתו טענה חוות דעת של מומחה. כמובן שהמשיבה לא עמדה בנטל המוטל עליה ולא הביאה חוות דעת מומחה להוכחת טענתה כי תדירות ביקורי המערער בבתי הכלא אינה בגדר שירות מקצועי. ברם, בית המשפט נטל לעצמו תפקיד שאינו לו ושם את עצמו מומחה לבחון את מקצועיותו של המערער ולקבוע כי ביקוריו לא היו כאלו.

השוו עם סעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

34. פגישה של עו"ד עם אסיר ביטחוני למשך 10 דקות אחת לחודש ובודאי אחת לשבוע, אף אם אין בעקבותיה נקיטה בכל הליך משפטי בעניינו של אסיר זה אין בה כדי להעיד כי אין המדובר בפגישה למתן שירות מקצועי. בדיקת שלומו של האסיר, בירור התנאים בהם הינו מוחזק, בירור אם יש לו תלונות ו/א וטרוניות כנגד תנאי מאסרו ותיעוד כל אלו הינם ועוד איך בגדרו של שירות מקצועי.

בפרט, אם תפקידו של עורך הדין מתמצא בעריכת הביקור והבירור הראשוני והעברת המידע לגורמים המעוניינים אשר ידאגו במידת הצורך להמשך הטיפול המשפטי הפרטני.

35. בית המשפט אף הניח בטעות כי חייהם של האסירים לקוחותיו של המערער נעצרו עם מאסרם. ברם, הסברה שאסיר זה או אחר נזקק ליעוץ משפטי ו/או לייצוג משפטי בעניינים שאינם קשורים למאסרו (דוגמת חוזים, ענייני קניין, משפחה ועוד) הינה סבירה ברמת הסתברות גבוהה.

36. הלכה פסוקה היא, שזכויות האדם של האסיר ושל העצור אינן נפגעות רק בשל עובדת המאסר, אלא הן ממשיכות לחול אף בתוך בית הכלא. ביותר מהזדמנות אחת, הדגיש בית המשפט העליון, כי שלילת החירות על-ידי המעצר או המאסר אין בה בכדי לשלול את זכויותיו האחרות של האסיר לרבות כבודו וצלמו האנושי המעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על רשויות בתי הכלא לשקוד על שמירת והבטחת הזכויות הללו הלכה למעשה לרבות הזכות לקבלת ייעוץ משפטי בכל עניין שיבקשו, וכן לראות בכך חובה עליונה שיש לתת לה אף עדיפות עליונה.

ראו:

- בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3), 294.
- בג"צ 221/80 דרווש נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לה (1), 536.
- בג"צ 377/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח (2), 826.
- עע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שב"ס, פ"ד נ(4) 136.

37. זאת ועוד, בית המשפט קמא קבע כי "המשיב לא הצביע על מערכת של פעולות שהוא ביצע ב"טיפול" בסוגיות של הגנה על זכויות אסירים. הוא אמנם פועל בשיתוף פעולה עם אגודות צדקה וגורמים העוסקים בהגנה על זכויות הפרט אך לא ראיתי שבעקבות הפעילות "מאחור", היתה גם פעילות קונקרטיה כלפי רשויות בתי הסוהר בענייניו של אסיר זה או אחר."

38. ראשית, נעלם מעיני בית המשפט קמא כי חל חיסיון לקוח - עו"ד על נושאים שהוחלפו בין המערער ומרשיו בקשר לשירות המקצועי אותו נתן המערער. לא ברור מדוע היה על המערער להציג בפני בית המשפט קמא את פרטי הפעולות בהן הוא נקט לטובת מרשיו כאשר אין להליכים אלו כל קשר להליך אשר התנהל בפני בית המשפט קמא ואשר הביא להחלטה נשוא הערעור. ראו סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין.

39. שנית, ומבלי לגרוע מהטיעון לעיל, החשד אשר הועלה כנגד המערער היה כי פגישתו עם מי מהאסירים הביטחוניים תאפשר ביצועה של עבירה המסכנת את ביטחון בתי הסוהר או עבירת בית סוהר הפוגעת פגיעה ממשית במשמעת בתי הסוהר והעלולה להביא לשיבוש חמור בסדרי בתי הסוהר וניהולם. ראו המכתב מיום 7.11.07 נספח "ב" לעיל. המשיבה מעולם לא טענה לפני הדיון (כדי ליתן סיפק ביד המערער להפריך את הטענה) כי הנימוק למניעה הוא שהביקורים אינם לצורך מתן שירותים מקצועיים. זאת ועוד, המשיבה מעולם לא טענה לפני הדיון כי ריבוי הביקורים של המערער בבתי הכלא ומשכם מעיד כי אין המדובר במפגשים לצורך מצן ייעוץ משפטי.

40. אופיו הערטילאי של החשד אשר יוחס למערער וההימנעות ממתן הנמקה למניעת המפגש מנעו מהמערער את היכולת להתגונן כנגד החשדות ואת האפשרות להפריך אותם לרבות ההתייחסות לעניין מקצועיות השירות שניתן במהלך המפגשים.

בית המשפט לא נתן משקל ראוי לזכויות הנפגעות

פגיעה בזכותו החוקתית של האסיר להיפגש עם עורך-דינו

41. בשורה ארוכה של פסקי דין, הכיר בית המשפט הנכבד בזכותם של עצורים ואסירים להיפגש עם עורך דין כזכות יסוד. זכות זו זכתה למעמד חוקתי הנגזר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ראו:

- ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הראשי הצבאי ואח', פסקה 20 (טרם פורסם).
- בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור ואח', פ"ד מז(2) 843, 847.

ראו עוד בבג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, נח (2), 746 (להלן: **"בג"צ האגודה לזכויות האזרח"**), שם נקבע בהסכמה כי:

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי חירותו של כל אדם - פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי - היא למנות לעצמו שלוח כרצונו. חירות זו היא בעלת חשיבות כאשר השלוח הוא עורך-דין. חשיבות מיוחדת יש לה, לזכות זו, כאשר הפרקליט מייצג את הפרט כנגד השלטון. חשיבותה העליונה מתבטאת בייצוג חשוד או נאשם בהליכים פליליים" (בג"ץ 1843/93 ח"כ פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט (1) 661, 717). הזכות לייצוג דרושה לו לאדם על-מנת להבטיח את מכלול זכויותיו האחרות ... שהרי, ההליך המשפטי, ובוודאי השהייה במעצר או במאסר, כל אלה חושפים את זכויות האדם לפגיעה. הייצוג המשפטי דרוש על-מנת להבטיח כי הפגיעה בזכויות אלה, אם תיעשה - לא תיעשה אלא לאחר הליך הוגן ועל-פי הדין. נזכור, כי "בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה להיות, שהוא מיוצג על ידי מי שיודע כזו התורה ומדבר לשון הסתר".

שם, פסקה 2 לפסק דינו של השופט א. ריבלין.

42. זכותם של עצורים ואסירים להיפגש עם עורכי דינם משמשת ערובה מרכזית לשמירה על זכויות חוקתיות נוספות, השמורות להם, כגון: הזכות לשלמות גופנית, הזכות לקבל טיפול רפואי, הזכות לכבוד וליחס אנושי. לעיתים רבות, הביקור של עורכי דין משמש כביקורת חיצונית יחידה על הנעשה בבתי סוהר. כשעולה חשש, כי רשויות בית הסוהר הפרו אחת מהזכויות המנויות לעיל, מניעת כניסתם של עורכי דין באופן מיידי תסכל, הלכה למעשה, את יכולתו של האסיר או העצור הנפגע לעתור לבית המשפט, ולבקש מיידיית את הגנתו, וכן תסכל את יכולתו לתעד, באמצעות עורך דינו, את הפגיעות שנגרמו לו.

43. סעיף 18.2 ל- Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, קובע כי:

“A detained or imprisoned person shall be allowed adequate time and facilities for consultation with his legal counsel.”

44. חשיבותה של ביקורת חיצונית זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר באסירים ביטחוניים אשר כידוע רובם המוחלט מוחזק בבתי הכלא בישראל ולא בתוך שטחי הגדה המערבית כמתחייב מהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, דבר שמגביל ומצמצם בצורה ניכרת את יכולת בני המשפחה, הקרובים וארגוני זכויות האדם הפועלים בשטח שם לבקר את האסירים ולעמוד על תנאי כליאתם ועל מימוש זכויותיהם המוגנות תחת המשפט הבינלאומי. כמו כן, מקבוצת אסירים זו נמנע באופן קטגורי השימוש בטלפון. ההתכתבות מוגבלת ומתעכבת. כך שביקורים תדירים של עורכי דין הם הדרך היחידה לחשיפת המתרחש בין כותלי בתי הכלא לעולם החיצון לו ולצורך נקיטת הליכים משפטיים להבטחת זכויות האסירים בהם.

“חשיבותה של הזכות לקבלת שירותים משפטיים, מודגשת מקום שהנוקק לייצוג הוא אסיר, בשל המגבלות החלות עליו במצב זה, וכן משום שאסיר, באשר הוא אסיר, נדרש לא אחת להליכים בעלי אופי משפטי”.

ראו בג"צ האגודה לזכויות האזרח, עמ' 763-764.

45. הדרת רגליהם של עורכי הדין מלהיכנס לבתי הכלא, משמעה שימתם של האסירים והעצורים בתנאי בידוד מוחלט המנתק אותם ושלא כדין מהעולם החיצון. בידודו של האסיר והעצור מכל קשר עם העולם החיצון עלול להגביר את הסיכון לחשיפתו לעינויים וליחס משפיל. עניין זה זכה לביקורת חריפה מהדווח של נציבות זכויות האדם באו"ם פרופ' Nigel Rodley בו צוין, כי:

“In his 1988 report to the Commission on Human Rights at its fifty-fourth session, the Special Rapporteur's predecessor recommended, inter alia, that incommunicado detention should be declared illegal (E/CN.4/1988/17). Similarly, in its general comment (16) adopted at its sixteenth session, of 27 July 1982, the Human Rights Committee states: "Among the safeguards which may make control effective are provisions against detention incommunicado, granting, without prejudice to the investigation, persons such as doctors, lawyers and family members access to the detainees; [...] Based upon information

received over the course of the past seven years, the Special Rapporteur is of the view that incommunicado detention is the most important determining factor as to whether an individual is at risk of torture.”

Report by the Special Rapporteur on the question of torture UN Doc. A/54/426

46. ההחלטה למנוע מהמערער לפגוש את כלל האסירים הביטחוניים המוחזקים בבתי הכלא בישראל, פוגעת קשות בזכותם של האסירים המיוצגים על ידו ואשר רובם אם לא כולם אינם זוכים לביקורים מאנשים אחרים לתקופות ממושכות ופגישתם עם המערער הינה הדרך היחידה להבטיח כי יש מי שעוקב מקרוב ומשגיח על זכויותיהם של אותם אסירים.

47. יודגש כי על פי נתוני שירות בתי הסוהר המעודכנים נכון לחודש אפריל 2007, מספר האסירים הביטחוניים עומד על 9,801 אסירים ומדובר בכמחצית האסירים בישראל. תדפיס הנתון מצ"ב ומסומן "ח".

הפגיעה בזכות המערער לחופש העיסוק ופגיעה בשמו הטוב

48. מניעת המפגש בין המערער לבין פלל האסירים והעצורים הביטחוניים מפרה את זכותו החוקתית של המערער לחופש העיסוק, המעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק.
ראו:

- בג"צ 4330/93 גאנם ואח' נ' ועד מחוז תל-אביב ואח', פ"ד נ(4) 221.

49. יצוין כי בהנמקת ההחלטה הוסיף כב' השופט מודריק כי "אפשר בנקל להבין את טיבו העקרוני של החשד". עם כל הכבוד הראוי, המערער והח"מ יגעו ולא מצאו מהו טיבו של החשד כנגד המערער. כמו כן, אף אם ישנה הצדקה לא לחשוף את מקור המידע או החשד אין בזאת כדי להצדיק את ההימנעות לנמק מהו טיבו של החשד כנגד המערער בפרט נוכח הפגיעה החמורה ביותר בזכויותיו הבסיסיות של המערער.

50. לא רק זו אף זו, ההחלטה כפי שהיא, פוגעת בשמו הטוב של המערער הן במישור המקצועי והן במישור האישי. היקפה הגורף של ההחלטה הוא כמו אות קין על מצחו של המערער. שמו הטוב של המערער ומקצועיותו נפגעו קשות. אופייה הגורף של ההחלטה מטיל צל כבד על יושרו ועל מקצועיותו של המערער. כמובן שמסר זה פוגע במערער בצורה קשה וניכרת ובניגוד להחלטה אין פגיעה זו מוגבלת בזמן והיא עלולה להיות הרסנית. זכות המערער לשם טוב נגזרת מזכותו החוקתית לכבוד המוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

51. הלכה היא כי זכויות המוגנות ע"י חוקי היסוד אינן זכויות מוחלטות וכי ניתן לפגוע בהן בהתקיים תנאי פסקת ההגבלה שבחוק המגן. ברם, החלטת בית המשפט קמא אינה עומדת בתנאים אלו.

52. ההחלטה נשוא הערעור מונעת מהמערער לפגוש את כלל האסירים השפוטים המסווגים כביטחוניים. החלטה זו אינה מידתית שכן היא חלה על כלל האסירים הביטחוניים.

53. על פי מבחן המידתיות אשר נקבע בפסיקה על האמצעי הפוגעני לעמוד בשלושה מבחני משנה. הראשון, מבחן האמצעי המתאים, השני מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה והמבחן השלישי הוא מבחן המידתיות במובנו הצר הקובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שננקט על ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרותיו הוא מידתי.

ראו בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807 פסקאות 40-42 בפסק דינו של הנשיא דאז ברק.

54. אין כל ספק כי מניעת פגישת המערער מכלל האסירים הביטחוניים אינה עונה על מבחני המשנה השני והשלישי. גורפות ההחלטה חוטאת לדרישה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה ולדרישה כי הנזק הנגרם מהפגיעה יהא מידתי ביחס למטרה המבוקשת והיא סיכול ביצוע העבירה לגביה מתקיים החשש.

55. המניעה הגורפת של מפגשי המערער עם כל אסיר ו/או עציר ביטחוני הינה בלתי חוקית

69" 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. ...

70. הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה "...".

בג"צ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.2006 (טרם פורסם) (להלן: "בג"צ עדאלה"). בפסק דינו של הנשיא דאז ברק. לאסמכתאות ראו פסקאות 71-73 ועוד את פסקה 21 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה שם.

56. בענייננו, הנזק אשר נגרם למערער מתבטא בהפסקת פרנסתו של המערער לתקופה של 25 ימים רצופים. 6 ימים בטרם החלטת בית המשפט ועוד 19 ימים על פי ההחלטה. למערער נגרם אף נזק רב המתבטא בפגיעה בשמו הטוב ובעתידו המקצועי לאור המסר העולה מההחלטה לפיו כאילו אין המדובר בעו"ד מקצועי וכי המערער חשוד במעורבות במעשים בלתי חוקיים המצדיקים פגיעה כה חמורה בו בלקוחותיו ובשמו הטוב.

57. יודגש כי ביקור אסירים ע"י עו"ד משרת תכלית ראויה אשר זכתה להגנה חוקתית בעוד מניעת ביקורים כאלה אינה משרתת כל תכלית ראויה ולמעשה באה לקדם תכלית פסולה של מעורבות יתר וצנזורה על עבודת עורכי הדין ועל תוכן השירות המקצועי אותו עורכי הדין יגישו ללקוחותיהם. מעורבות מסוג זה פוגעת לא רק במערער באופן אישי אלא אף במקצוע עריכת הדין בכלל, דבר המוגד לאינטרס הציבורי לשמור על עצמאות המקצוע.

58. חוסר סבירותה ושרירותיה של ההחלטה מתבלטים נוכח שרירותיות משך המניעה. לו אכן קיים חשד ברמה של וודאות קרובה שהמערער מתכנן ביצוע עבירה נגד ביטחון בית הסוהר, החלטה למנוע מהמערער לבקר אסירים ביטחוניים עד ליום 2.12.07 נראית שרירותית בפרט נוכח הודעתה של המשיבה לפיה אין בכוונתה לבקש את הארכת המניעה וכן היא כלל לא הודיעה על כוונתה לנקוט בכל הליך שהוא כנגד המערער כדי לוודא שדבר העבירה המתוכנן כביכול לא יצא לפועל. שכן, כלל לא ברור מדוע הורה בית המשפט קמא כי המניעה תוסר ביום 2.12.07 לא שבוע לפני או שבוע אחרי.

59. לא רק זו אף זו, בית המשפט לא שקל קיומה של חלופה אחרת להשגת המטרה המבוקשת מחד צמצום הפגיעה בזכויות המערער ולקוחותיו מאידך. על בית המשפט קמא היה לשקול חלופות שונות אשר ישיגו את אותה המטרה אך יצמצמו את הפגיעה במערער, בפרנסתו ובשמו הטוב ואת הפגיעה בציבור לקוחותיו. יודגש כי בית המשפט לא אסר על פגישתם של אסירים ביטחוניים מסוימים המשתייכים לקבוצה מסוימת או על קבוצת אסירים המשתייכת לפלג פלסטיני מסוים. בית המשפט אסר על פגישת כלל האסירים הביטחוניים כולל אלו אשר טרם הוכנסו לבתי הכלא ואשר עלולים להיכלא עד ליום 2.12.07.

60. זאת ועוד, מאחר שמדובר בהחלטה הפוגעת בחירויות הפרט, המבחן שצריך להנחות את המשיבה בשעה שהיא מחליטה לאסור על מפגשים בין המערער לכלל האסירים הוא מבחן "הודאות הקרובה" לקרות הסכנה אותה היא מבקשת למנוע. מבחן זה לא מתקיים בענייננו.

ראו בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד (2) 871.

61. יתרה מכך, על הראיות המבססות את החשד הקיים כנגד המערער להיות במשקל ועוצמה משכנעות, ברורות וחד משמעיות. רק רמה גבוהה זו של ראיות יש בכוחה להצדיק שלילת חירויות ומניעת פגישת המערער עם שולחיו האסירים והעצורים.

ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, בעמ' 250.

ועוד ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, בעמ' 196.

62. כפי שעולה מההחלטה הנימוק העיקרי שבבסיס החשש ממעשי המערער הוא ריבוי ביקוריו בבתי הכלא. מעבר לאי סבירותו של נימוק זה עליה עמדנו לעיל, הרי שנימוק זה אינו עונה על המבחנים הקבועים להצדקת פגיעה בזכות אדם מוגנת:

"הנטל על המדינה לשכנע כי צורכי ההגנה על הציבור מפני סיכון בטחוני ממשי מחייבים פגיעה ממשית בזכות אדם, וכי לא ניתן לענות לצורך הציבורי בלא פגיעה כזו. עליה לשכנע כי ההסתברות להתממשות הסכנה הבטחונית הינה כה גבוהה עד כי היא מחייבת נקיטת צעדים מפירי זכויות כפי שעוגנו בחקיקה הפוגעת. מקום שההסתברות לסכנה היא כה גבוהה, עד כי היא נושקת לסכנה וודאית, תיסוגנה מפניה אף הנעלות שבזכויות האדם החוקתיות. מקום שמערך ההסתברויות להתממשות הסיכון הינו נמוך, יתכן כי ערך הבטחון לא יצדיק פגיעה כלשהי בזכות האדם, או אפשר שיצדיק פגיעה פחותה בלבד".

ראו דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"צ עדאלה לעיל, בפסקה 9 לפסק דינה.

63. ועוד, עיון בעילות המנויות בסעיף 45א' לפקודת בתי הסוהר המצדיקות הגבלת המפגש מעלה כי מניעת פגישת עו"ד לקוח מתייחסת לפגישה בין עורך דין מסוים לבין אסיר מסוים אם פגישה כזו תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את ביטחונו של אדם, את ביטחון הציבור, את ביטחון המדינה או את ביטחון בית הסוהר, או עבירת בית סוהר הפוגעת פגיעה ממשית במשמעת בבית הסוהר העלולה להביא לשיבוש חמור בסדרי בית הסוהר וניהולו. מניעת פגישה של עורך הדין עם אסירים נוספים, אפשרית אם קיים חשד ממשי כי מתקיימת גם לגבי הפגישה עם אותם אסירים נוספים מסוימים אחת מהעילות הנ"ל.

64. הנה כי כן, מניעת המפגש עם כלל האסירים הביטחוניים הינה פסולה שכן כלל לא מתקיים לגביה תנאי קיומו של חשד ממשי קונקרטי שבפגישה עם כל אחד ואחד מכלל אלפי האסירים הביטחוניים. שכן, חשד ממשי מעצם טבעו הוא קונקרטי והוא לא יכול להיות כוללני וגורף.

"סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות בטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הבטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה... אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני מיוחד אם אותו עיתונאי יחזיק בתעודת עיתונאי. סיכון זה קיים אף אם אותו עיתונאי הוא בעל היתרי כניסה ועבודה

כאמור ואף אם עמד בבדיקות בטחוניות נוספות ומיוחדות לצורך קבלת תעודת עיתונאי. עם זאת, **סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותיאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים לביטוי ולמידע חופשיים והבחנה** - שלמעשה היא הפליה - בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל שאר העיתונאים הזרים".
(ההדגשה אינה במקור. פ.א.)

ראו בג"צ 5627/02 אחמד סייף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח' פ"ד נח(5), 70 עמ' 75.

65. כל פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את הסיפא של סעיף 45א' (ב) הקובע כי "רשאי הנציב או מנהל בית הסוהר להורות על מניעת פגישה של עורך הדין עם אסירים נוספים, אם יש לו **חשד ממשי כי מתקיימת גם לגבי הפגישה עמם** אחת מהעילות המנויות בסעיף קטן זה" (ההדגשה אינה במקור. פ.א.).

66. אשר על כן, ולאור כל הנימוקים לעיל, מתבקש בית המשפט לבטל את החלטת בית המשפט קמא ולהתיר למערער להיפגש עם מי מלקוחותיו האסירים ו/או העצורים הביטחוניים ללא כל הפרעה מצד המשיבה לחילופין מתבקש בית המשפט להורות על קיום דיון דחוף בערעור.

פאטמה אלעג'ו, עו"ד
ב"כ המערער