

חכים מוחמד כנאענה ואח'

ע"י ב"כ עו"ד עביר בכר ואח' מ- עדאלה: המרכז
המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל; טל':
04-9501610; פקס: 04-9503140; שפרעם, ת.ד.
510, מיקוד 20200.

העותרים

-נגד-

שירות בתי הסוהר
באמצעות פרקליטות המדינה
רח' סלאח אל-דין 29
ירושלים

המשיב

תגובת העותרים להודעה המעדכנת מטעם המשיב

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 13.06.07, ולהחלטות בבקשות המשיב ובקשת העותרים להארכת המועד, מוגשת בזאת תגובת העותרים להודעה המעדכנת מטעם המשיב מיום, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה דגן הנו זכותם של העותרים, ילדי אסירים ועצורים המסווגים כביטחוניים (להלן: "ילדי האסירים"), להיות במגע פיזי, טבעי ואנושי עם אבותיהם האסירים בבית הכלא. סעדי העתירה עוסקים בקבוצת ילדים שהוגדרה מראש, היינו: ילדים קטינים מתחת לגיל עשר ואשר אחד מהוריהם הנו עציר/אסיר המסווג על ידי המשיב כביטחוני.

2. בעתירתם ביקשו העותרים להחיל את ההסדר שנהג במשך שנים רבות ובוטל מלפני שש שנים על ידי המשיב, ולפיו התאפשר לילדיהם של אסירים המסווגים כביטחוניים (שמתחת לגיל עשר), להתקרב להוריהם האסירים במהלך 15 הדקות האחרונות של הביקור המשפחתי בבית הכלא. הדבר נעשה על-ידי העברת הילדים לצדו של ההורה האסיר מהצד השני של מחיצת הזכוכית המפרידה בדרך כלל בין האסיר לבין מבקרו.

3. בעקבות הגשת העתירה, הדיונים שקוימו בפני בית המשפט הנכבד והערות כבוד השופטים, חזר בו המשיב מעמדתו בדבר שלילה מוחלטת של המגע הפיזי, ותחת זאת קבע קריטריונים חדשים למימוש ביקורי הילדים אצל הוריהם האסירים. קריטריונים אלה עברו אף הם שינויים בעקבות התנגדות העותרים והחלטות בית המשפט הנכבד.

ראו:

- תגובת העותרים מיום 26.09.05.
 - החלטת בית המשפט הנכבד מיום 26.04.06
4. בהודעתו המשלימה מיום 11.06.06 הודיע המשיב לבית המשפט הנכבד, כי אישור מגע פיזי בין האסיר לילדיו, יינתן:
- א. לילדים מתחת לגיל 6 בלבד;
 - ב. בכפוף להתנהגותו המשמעתית של האסיר בבית הסוהר;
 - ג. בכפוף להעדר מניעה ביטחונית;
 - ד. תדירות המגע הפיזי איננה ברורה והיא תיקבע בהתאם להיערכות הביטחונית והלוגיסטית המתחייבת.
5. בתגובתם מיום 26.06.06 העותרים התנגדו לקריטריונים שנקבעו על ידי המשיב תוך שימת הדגש על קריטריון הגיל, תדירות הביקור והתנהגותו המשמעתית של האסיר. בדיון בפני בית המשפט שהתקיים ביום 13.06.007 ובעקבות הערות בית המשפט הנכבד נתבקש המשיב להגיש עמדה משלימה בנושאי הגיל ותדירות הביקורים.

ראו:

- תגובת העותרים מיום 26.06.06
 - החלטת בית המשפט מיום 13.06.07
6. בהודעתו המעדכנת האחרונה מיום 8/01/08 הודיע המשיב לבית המשפט הנכבד, כי אין הוא רואה לנכון לחזור בו מהקריטריונים שהתווה לצורך אישור המגע הפיזי בין האסירים לילדיהם וכי הוא מתנגד להעלאת גיל הקטינים ותדירות הביקור. תשובת המשיב מלמדת בריש גלי, כי המחלוקת בינו לבין העותרים בדבר הקריטריונים של אישור הביקורים נותרה בעינה דבר אשר מחייב את הכרעת בית המשפט הנכבד;
7. להבדיל מהודעותיו הקודמות, הציג המשיב בהודעתו האחרונה את השיקולים לדחיית העלאת גילאי הילדים והתחייבות בדבר תדירות הביקורים. העותרים יטענו כבר עתה כי הם דוחים אחת לאחת את הנימוקים שסיפק המשיב, כפי שפורסמו, דלהלן:
- א. קריטריון הגיל: צמצום קבוצת גיל הילדים עד לגיל 6**
8. תחילה ידגישו העותרים, כי לגישתם יש להתיר לכל ילדיו הקטינים של האסיר, ללא הבחנה בגיל, להתקרב אליו ולחלוק איתו וקרוב אליו את רגעי הביקור בבית הכלא. יחד עם זאת, הואיל והעותרים הבהירו בעתירתם, כי אין כוונתם ליצור יש מאין, אלא רק להחזיר את המצב שהיה נהוג על ידי המשיב אל קדמותו, הם הסכימו לקביעת סף גיל של 10 שנים כפי שהיה נהוג על-ידי המשיב שנים רבות.
9. בהודעתו האחרונה, מסביר המשיב, ולראשונה, מהם הטעמים העומדים ביסוד סירובו להחזיר את המצב לקדמותו ולאפשר מגע אנושי גם בין ילדים שבגילאים 6-10 לבין הוריהם האסירים. ובכן, אלה הם שני טעמי המשיב בתמציתיות:

- א. הצורך בהיערכות מיוחדת ובגיוס כח אדם;¹
ב. ילדים מעל לגיל 6 הם בעלי יכולת התקשרות סבירה ונשקפת מהם סכנה בהסתברות גבוה שלא ניתן למנוע;²

10. העותרים יטענו, כי דין שני הנימוקים שמביא המשיב לעיל להדחות על הסף. נימוקים אלה אשר כאמור עולים לראשונה על ידי המשיב, אינם סבירים, אינם משכנעים ואין בהם כדי להסביר שלילה גורפת מילדים בני ובנות פחות מעשר שנים לבוא במגע אנושי עם הוריהם.

באשר לטענה בדבר הצורך בגיוס משאבים וכח אדם:

11. בהודעתו, מציין המשיב כי מספרם של הילדים בין הגילאים 6-10 הנו כ-1730 ילדים. מספר זה, לטענו, מתווסף אל 1700 ילדים שבין הגילאים 0-6. מכאן ולדידו, התרת ביקורים לשתי קבוצות ילדים אלו תחייב היערכות מיוחדת ותוסף על הנטל בביקורים אלה באופן משמעותי ועל כן, וכדי להקל עליו בנשיאה בנטל זה, הוא ביכר לשלול מקבוצת הילדים שמעל לגיל 6 את אפשרות המגע האנושי עם ההורה. העותרים ידגישו כבר עתה ובטרם ירחיבו בטיעוניהם, כי גם אם נניח כי כל קבוצת הילדים לעיל מממשת בפועל את זכותה לבוא ולבקר את הוריהם בבית הסוהר כל אימת שמתאפשר זאת (דבר שאין לו תימוכין במציאות), הרי גם אז לא ניתן להצדיק שלילה גורפת של זכויותיהם הבסיסיות של הילדים לכבוד, לפרטיות ולהמשך הקשר הטבעי עם ההורה, באמצעות העלאת טענת קשיי היערכות והתארגנות.

12. המשיב הרחיב בתיאוריו אודות ההיערכות הלוגיסטית והביטחונית המתבקשת ממנו מתוקף חובתו לפקח על פוקדי ומבקרי בתי הסוהר בכלל וזו המוגברת כאשר מדובר באוכלוסיית האסירים עסקינן בפרט. בצד עובדה זו התעלם המשיב מעובדות אחרות, שאינן פחות חשובות ואשר מחייבות אותו להקצות משאבים נוספים וכח אדם לא רק כדי לפקח על הנעשה אלא כדי לאפשר לאותם אסירים וילדיהם לממש את המעט שמתאפשר להם במסגרת כליאתם.

13. כך למשל, מעיני המשיב נעלמה העובדה כי בצד חובתו לפקח באופן הדוק כל כניסת מבקריו, דבר שהנו אופייני לכל רשות כליאה, קמה חובה מוגברת אחרת כלפי האסירים הפלסטינים ובני משפחותיהם, בהיותם שכאלה. חובה מוגברת זו נובעת מהעובדה כי מדובר בכ-9000 בני אדם אשר הועברו משטח מגוריהם הריבוני אל תוך שטחי המדינה לריצוי עונשם. עצם העברה זו מטילה מניה וביה קשיים רבים על בני משפחותיהם לבקרם בבתי הסוהר הן בשל המרחק הגיאוגרפי והן בשל הצורך בהיערכות מיוחדת מצד בני המשפחה מול הצבא.

14. ועוד. מימוש זכותם בפועל של האסירים הפלסטינים לביקורים מטעם בני משפחותיהם נעשה כיום באופן חלקי ביותר, בין היתר, לאור הגבלת המבקרים לקרובים מקרבה

¹ סעי' 9-16 להודעה המעדכנת
² סעי' 40 להודעה המעדכנת

ראשונה בלבד; תנאי הביקור והמחיצות המפרידות בינם לבין בני משפחותיהם; מדיניות הסגר והעוצר המוטלת לעיתים תכופות על מקומות מגורי הוריהם בשטחים הכבושים; הגדרת רוב בני משפחותיהם כפסולי ומנועי כניסה לישראל וכן האיסור המוחלט המוטל עליהם להשתמש בטלפון לצורך שמירת הקשר עם בני משפחותיהם. די אם נציין למשל, כי מאז חודש יוני 2006 כל האסירים הפלסטינים תושבי עזה לא קיבלו אף ביקור משפחתי.

בעניין הקשיים שעוברים משפחות האסירים מרגע יציאתם ועד לחזרתם לאחר הביקור ראו דו"ח ארגון בצלם "ביקורים אסורים: הפגיעה בזכות לביקורי משפחה של פלסטינים הכלואים בישראל", ספטמבר 2006. הדו"ח ניתן להורדה מהקישור הבא:

http://www.btselem.org/Download/200609_Barred_from_Contact_Heb.pdf

15. ברור אפוא, כי ביקורו של ילד פלסטיני להורה שלו בבית הסוהר טומן בחובו משמעויות ועוצמות רבות אחרות, מעבר לאלו הטמונות בחשיבותם של ביקורי ילדי האסירים להוריהם, כהוא זה. ההגעה לבית הסוהר נעשית לאחר שהילדים כבר שרדו את תלאות הנסיעה הארוכה והמייגעת; חיפושי הצבא הקפדניים ולעיתים אף ברעב וצמא. הדעת לא סובלת כי לאחר עמידתו של ילד בייסורי הנסיעה המייגעת, כדי לזכות בראיית אביו וקרבתו, יעמוד בפניו מחסום רגשי נוסף וכל זאת אך בשל גילו העולה על 6 שנים.

16. ודוק; ניסיונו של המשיב להצדיק הגבלת גילאי הילדים על ידי הרחבת התיאור אודות מאפייניה של אוכלוסיית האסירים עסקינן, איננו מובן לעותרים כלל וככל. סוגיית סיווגם הביטחוני של האסירים על כל המשתמע מכך מבחינת סדרי ניהול בית הסוהר מעולם לא הוסתרה לא בעתירתם, לא בתגובותיהם ולא בטיעונים בפני בית המשפט הנכבד. עובדה זו ידועה היטב לבית המשפט גם כאשר ציווה שלוש פעמים על המשיב לחזור ולשקול מחדש שינוי הוראותיו.

ראו החלטות בית משפט נכבד זה מהתאריכים: 2.03.05; 26.04.06; ומיום 13.06.07.

17. ראוי להזכיר, כי מעמדם המשפטי של האסירים הפלסטינים השפויים בגין עבירות ביטחון אינו שונה ממעמדם של כלל האסירים האחרים. כל האסירים זכאים לתנאי חיים מינימאליים ולמימוש זכויות יסוד בכלא, ללא יוצא מן הכלל. סיווגו של האסיר כביטחוני שהנו הוראה אדמיניסטרטיבית בטבעה, נקבע על ידי שרות בתי הסוהר ואמור, כביכול, להשפיע על אופי הטיפול של שב"ס באסירים ובעצורים הללו בכל הנוגע לקביעה באיזה כלא או באיזה אגף בכלא ירצה האסיר את עונשו, וכן בנוגע למתן חופשות, שיחות טלפון מהכלא, ביקורי בית מאובטחים, ודיווח שוטף לשב"כ או למשטרה לקראת תום שני שלישים מתקופת המאסר. הא ותו לא!

ראו: הוראה 04.05.00 מפקודות נציבות שירות בתי הסוהר – "הגדרת אסיר ביטחוני".

18. הלכה פסוקה וידועה היא, כי שיקולים תקציביים אינם יכולים להיות להוות הנימוק המכריע לפגיעה בזכויות האדם. שכן "חברה המבקשת ביטחון, מזה, וחירות, מזה, צריכה לשלם את המחיר" [בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נד(2) 349, 364, 384 (2003)]. דברים אלה מתחזקים כאשר מדובר בזכויות יסוד בסיסיות של ילדים. רטוריקת זכויות ילדים, באשר הם, עולה במקרה על כל רטוריקה של שיקולים מנהליים ותקציביים.

"...על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד - וכזה הוא המקרה שלפנינו - משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן: 'הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית' (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528).

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113 (1995); ראו גם דברי השופט דורנר בעמוד 144 לפסק הדין).

וכדברי השופט זמיר בפרשת צמח:

"ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור הגנה על זכויות האדם."

בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 281 (1999)

ראו גם:

- דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (1995).
- בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 820 (1988).
- בג"צ 7081/93 בוצר ואח' נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1), 19, 27 (1996)

19. לאור האמור עד כה ברור, כי טענות בדבר הצורך בהיערכות מיוחדת וגיוס כח אדם בנסיבות העניין, אינן יכולות להוות צידוק חוקי לפגיעה בזכויות היסוד של ילדי האסירים והוריהם.

באשר לטענת המשיב בדבר המסוכנות הנובעת מילדים בגילאים 6-10:

20. טוען המשיב, לקראת סוף דבריו, ובתמציתיות ניכרת, כי, להבדיל מבני 6 ומטה ילדים מעל לגיל 6 הם בעלי יכולת התקשרות סבירה ונשקפת מהם סכנה בהסתברות גבוה שלא ניתן למנוע. קשה היה להבין על מה סומך המשיב מסקנה הזויה זו, שטוב היה אילו לא נטענה על ידו.

21. המשיב מציין בהודעתו, כי "עד גיל 6 יכולת ההתקשרות המילולית של הילדים מוגבלת והתמודדותם עם ביקורים מאחורי מחיצה עשויה להביא לפגיעה בהם שקשה להסבירה אותה להם". מכאן, מבקש המשיב ככל הנראה להסיק, כי בשל יכולתם של הילדים שלמעלה מגיל 6 להתקשר עם הזולת באופן ישיר, הרי פוחת הצורך במגע אנושי עם הוריהם. טענות אלו נטענו על ידי המשיב בעלמא.

22. העותרים ידגישו ביתר שאת את מחאתם מגישתו של המשיב כלפיהם. ראיית המגע האישי בהקשר שלהם כמי שבא לחפות על העדר יכולת התקשרות וורבאלית בלבד, כמוהו כמו הקביעה, כי הצורך שלהם כילדים בביטוי אהבה, חום ואכפתיות מצד הוריהם נובע רק מהעדר יכולתם להתקשר וורבאלית עמם. לפי גישתו זו של המשיב, מה טעם אנו רואים בצורך לחבק, לנשק וללטף כאות חיבה ואהבה וקשר אנושי וייחודי, כל אימת שיכולנו לבטא זאת במילים. היעלה על הדעת שייאסר על אם לנשק את בנה, בן ה-9 כיוון שבאמצעותם לדבר וביכולתו להקשיב לדבריה? אין ספק, כי בזאת מבטא המשיב גישה בלתי אנושית כלפי העותרים.

23. זה המקום להזכיר, כי אין זו הפעם הראשונה שבה מבטא המשיב גישה קיצונית כזו כלפי העותרים והוריהם במסגרת עתירה זו. בעבר התנה המשיב את זכאותו של אסיר למגע אנושי עם ילדיו בהגשת בקשה מראש! המשיב אף דרש מהאסיר שיצביע על טעמים הומניטאריים מיוחדים שיש בהם כדי להצדיק את הצורך שלו בקרבה בינו לבין ילדיו. גם אז כמו עכשיו, טענו העותרים כי בבסיס גישתו של המשיב עמודת ההנחה לבקש מהאסיר הפלסטיני להוכיח את המובן מאליו בעולם האנושי אשר לא דרוש הוכחה. חשוב לציין, כי המשיב חזר בו מדרישה זו רק בעקבות הערות בית המשפט הנכבד.

24. הגדיל המשיב לעשות משהניח אפריורית כי ילדים בגילאים 6-10 טומנים באמתחתם מסוכנות שאף איננו יכול למנוע אותה! במילים אחרות, המשיב העומד בראש רשויות הכליאה במדינה המחזיק במתקניו את כלל האסירים במדינה מהקטן שביניהם ועד לגדול הפושעים, מתקשה לעמוד בפני המסוכנות הפוקעת מילד בן 9 או 10! לא ברור על מה נסמך המשיב בדבריו אלו שלא נתמכו, ולא ניתן לתומכם, באף נתון עובדתי. למעשה, המשיב מקים חזקה קולקטיבית כנגד קבוצת ילדים שמתחת לגיל 10, שעצם יכולתם להתקשר באופן סביר עם העולם הסובב הופכת גם אותם למסוכנים בפוטנציה.

25. למותר יהיה לטעון, כי צורך העותרים במגע עם הוריהם האסירים איננו פוחת מצורכם של כל ילדי תבל בקיום קשר טבעי שכזה.

ג. תדירות המפגשים בין העותרים להוריהם האסירים

26. בהודעתו המעדכנת האחרונה הודיע המשיב לבית המשפט הנכבד, כי אין כל שינוי בעמדתו בעניין תדירות קיום הביקורים. המשיב חוזר למעשה על עמדתו, כי אין הוא מוכן להבטיח עריכתם של ביקורים פתוחים מצומצמים לילדים מדי ביקור שגרתי, קרי – אחת לשבועיים. לדידו, תדירות קיומם של הביקורים הפתוחים תיקבע בהתאם להיערכות הביטחונית והלוגיסטית המתחייבת בכל בית סוהר.

27. העותרים יטענו, כי יש לאפשר להם לבוא במגע פיזי עם הוריהם האסירים במהלכו של כל ביקור בבית הכלא, בדיוק כפי שהיה נהוג למשך שנים. כאמור לעיל, העתירה איננה מבקשת יצירת יש מאיין או קביעת הסדר חדש על ידי המשיב. כל רצונם של העותרים הנו להחזיר לקדמותו את ההסדר שהיה קיים עד לפני שש שנים, לפיו התאפשר מגע פיזי בין הילדים להוריהם במהלכו של כל ביקור ובמהלך 15 הדקות האחרונות של הביקור. אי לכך, ובשל התנסותו של המשיב עם הביקורים מושא עתירה זו, הרי טענתו כי אין ביכולתו להתחייב למימוש הזכות באופן יציב וברור בשל הצורך להיערכות מיוחדת, וכאילו שמדובר בהסדר חדש לחלוטין, הנה תמוהה בלשון המעטה.

28. טעמי לוגיסטיקה ומשאבים לעולם אינם יכולים להוות תואנה לעיכוב מימושה של זכות או למימושה באופן חלקי ובלתי יציב, לא כל שכן, כאשר מדובר בזכויות חוקתיות של ילדים. העתירה דן עוסקת בסוגיה שיש לה השלכות ארוכות טווח על חייהם של הילדים ועל התפתחותם. לא אחת, קבע בית משפט נכבד זה, כי שיקולי תקציב ומשאבים הינם פחותי משקל כאשר עסקינן בפגיעה בזכויות יסוד. מגבלות של לוגיסטיקה והצורך במשאבים לעולם אינן יכולות לפטור את המשיב מחובתו לקיים את זכותם של העותרים כהלכה.

ראו: פסקאות 18-19 לעיל.

29. יש להדגיש, כי אי הבהירות בתדירות הביקורים יש בה כדי ליצור "אפקט מצנן – chilling effect" שיאיין מתוכן את הזכות לביקורים. חוסר הוודאות לגבי התקיימות המפגש הפתוח עם הילדים עלול לדרבן משפחות רבות להימנע מהגעה ממרחקים בליווי הילדים לשווא, עד כדי וויתורם על הביקור כליל.

30. למעלה מן הנדרש נציין, כי יציבות ובהירות הן הערובות למתן ביטוי ממשי ומוחשי להוצאתן של זכויות העותרים לפועל. העדרם של מנגנון והתחייבות ברורים אשר יבטיחו את קיום זכויותיהם של העותרים באופן נאות ויציב, עלול לאיין את זכויותיהם של העותרים מכלל תוכן. הכרה בזכות חוקתית כוללת מניה וביה, הבטחה למימוש הזכות באופן, ברור, סדיר ונאות.

ג. שלילת המגע הפיזי בשל התנהגות משמעתית שלילית של האסיר בתוך בית הסוהר

31. המשיב עדיין עומד על דרישתו להתנות את אישור המגע הפיזי בכפוף להתנהגותו של האסיר בבית הכלא. הדברים עולים בבירור בהודעתו מיום 22/06/05 ולא הוכחו בהודעתו האחרונה. המסקנה מכך הנה שילדי אסיר אשר התנהגותו שלילית בבית הסוהר ו/או עבר עבירה משמעתית כלשהי, ימצאו עצמם מבודדים ממנו, **כעונש על מעשים שלא נטלו חלק בהם ואין להם כל שליטה עליהם.**

32. העותרים יטענו, כי התניית מימוש זכותם להמשך הקשר הטבעי עם הוריהם האסירים, בהתנהגותם של הוריהם בבית הסוהר הנה בלתי חוקית בעליל. אי חוקיות הדבר נובעת, הן כי מדובר בפגיעה גורפת בזכויותיהם כילדים בגין חטא שחטא אביהם בשהותו בבית

הסוהר, והן כי למשיב אין כל סמכות להעניש את הוריהם האסירים על דרך שלילת הקרבה הפיזית עמם.

33. העונשים שניתן להטיל על אסיר העובר עבירה משמעתית בבית הכלא קבועים בחוק באופן ברור ונהיר לכל. על-פי סעיף 58 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, קצין שיפוט שהרשיע אסיר בעבירת בית סוהר יהיה רשאי להטיל עליו **אתראה ו/או אזהרה חמורה ו/או קנס כספי ו/או בידוד ו/או הפחתת ימי שחרור**. תקנה 19(ב) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 מאפשרת למנהל בית סוהר, לפי שיקול דעתו, לשלול **טובות הנאה** מאסיר שהתנהגותו איננה טובה. טובת הנאה כהגדרתה על-פי אותה תקנה הנה טובה שמוענקת לאסיר מעבר לזכויות מוקנות שנקבעו בחיקוק. אי לכך, המשיב מוסמך לשלול טובות הנאה רק כאשר עסקינן בדברים שניתנו לאסיר מעבר למה שמגיע לו על-פי חוק.

34. פקודת נציבות מס' 4.17.00 שנקבעה על-ידי נציב שרות בתי הסוהר, מפרטת את טובות ההנאה שהמשיב מוסמך לשלול. מבין טובות ההנאה שמונה פקודת הנציבות הנ"ל ניתן למצוא: ביקורים מעבר לקבוע בחוק (אחת לחודשיים); פעילות חינוכית, קידום ושיבוץ לעבודה האזנה לשידורים וצפייה בהם, ועוד.

35. ודוק. מגע פיזי בין הילד להורה האסיר איננו נמנה על טובות ההנאה המפורטות בפקודות הנציבות ואשר ניתן לשלול אותן כעונש על התנהגות לא טובה של אסיר. יחד עם זאת יצוין, כי אומנם אופן עריכת הביקור, בין אם זה עם מחיצה או בלי, נכנס לגדר טובות ההנאה שהמשיב מוסמך לשלול אם כי הואיל וכל ביקורי האסירים המסווגים לביטחוניים מתקיימים מבעד למחיצת זכוכית ועל דרך הכלל אזי טובת הנאה זו נשללת מהם מכללא, על - פי הגדרה וללא החלטה מיוחדת.

36. יש להדגיש, כי התרת קיום הביקור בבית הכלא מצד אחד, תוך כדי מניעת מגע פיזי בין האסיר לילדיו מצד אחר, וזאת רק מטעמים "ענישתיים", כרוכה בעינוי נפשי והשפלה חמורה לאסיר "המוענש" על ידי כך שהוא מורחק מילדיו.

37. ברור אפוא, כי מניעת הקרבה הפיזית בין העותרים לבין הוריהם האסירים איננה נמנית על העונשים הקבועים בחוק **ובודאי אין המדובר בטובת הנאה או פריבילגיה** שניתנת לשלילה מנהלית על ידי המשיב כעונש על התנהגות שלילית של אסיר. למותר יהיה להזכיר, כי בפני המשיב עומדות דרכים רבות אחרות להתמודד עם התנהגות לא טובה של אסיר בבית הכלא; דרכים שפגיעתן מידתית יותר ופחות חמורה מהפגיעה הכרוכה באיסור המגע הפיזי כדרך ענישה על התנהגות לא טובה.

38. ודוק. זכותם של העותרים להמשך הקשר עם הוריהם עומדת להם ללא כל זיקה להתנהגות הוריהם בבית הכלא. כלל גדול וידוע הוא, כי אין לפקוד עוון של הורים על ילדיהם וכי איש בשל עבירתו ייענש. עקרון **האחריות האישית** הנו אחד העקרונות הבסיסיים במשפט הפלילי והמשמעת. למשיב אין כל זכות להוסיף עונשים משלו תוך פגיעה בקבוצת ילדים גדולה שממילא זקוקה להגנה ולהתייחסות מיוחדת.

39. העתירה דנן נסבה רובה ככולה על זכותם של הילדים להמשך הקשר עם הוריהם האסירים ועל חובת המשיב, ככל רשות מנהלית, לאפשר מימושה של אותה זכות ללא כל מפריע. מדיניותו של המשיב אשר לפיה ילדו של כל אסיר המסווג לביטחוני אשר חטא בעבירה משמעתית, יהא מנוע מלהתקרב להורהו האסיר ומלגעת בו, מהווה פגיעה בלתי חוקית בזכויותיהם של הילדים ובעקרון טובת הילד.

40. העותרים יטענו עוד, כי דינם הנו כדן כל מבקר אחר בבית הכלא. הגבלת זכותם לבקר את הוריהם האסירים על דרך איסור המגע הפיזי צריכה להיעשות באופן שנקבע בתקנות לגבי כל מבקר אחר. משמע, כי על המידע להיות אמין עדכני ורלוונטי לעניין הביקור וזהות המבקרים ולא למעשיו של האסיר או מחדליו. ככלל, באם קיים חשד ממשי לכך שביקורו של מאן דהו לאסיר ינוצל לרעה; וכי קיים מידע מודיעיני על כי ביקור זה יפגע בסדר בית הסוהר או בסדר הציבורי, למנהל בית הסוהר קיימת הסמכות להגביל את אותו ביקור בתנאים שנקבעו בתקנות. על-פי תקנה 30(ב) לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978 יוכל מנהל בית הסוהר בהחלטה מנומקת ובכתב להגביל ביקור בתנאים או לבטלו, אם יש לו יסוד סביר לחשוד, כי הביקור עלול לפגוע בסדר הציבורי ובביטחון בית הסוהר, כלשון התקנה:

"מנהל בית הסוהר רשאי לאסור, בהחלטה מנומקת ובכתב, 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, בבטחון הציבור או בסדר הטוב והמשמעת של בית הסוהר. (ג) 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. "

41. ועוד. כשם שהתנהגותו של אסיר פלילי שאיננו מוגדר בטחוני, איננה משליכה על סוגיית המגע שלו עם ילדו במהלך הביקור, כך יש לנהוג לגבי אסיר המוגדר ביטחוני. אין בנמצא אף פקודת נציבות המסמיכה את המשיב לשלול מאסיר "פלילי" מגע פיזי עם ילדיו בגין התנהגות לא טובה. איסור המגע הפיזי לגבי אסירים שאינם ביטחוניים נקבע לפי מידת מסוכנותו הפרטנית של האסיר והסיכון כי המגע ינוצל לפגיעה בביטחון של איש, בטחון המדינה והסדר הציבורי. אי לכך קביעת הסדר חריג שכזה המאפשר שימוש במגע הפיזי עם הילדים כדרך "לחינוך" האסירים הנו חמור, כהוא זה. קביעת הסדר שכזה והחלתו רק כאשר מדובר בילדי אסירים המסווגים כביטחוניים הנו חמור כפליים בשל האפליה הפסולה והבלתי חוקית בין ילדי האסירים, העומדת ביסוד ההסדר.

הנזק שיגרם לעותרים הנו בלתי מידתי

42. תחושת הניתוק הכפוי וההלם אותה חווים ילדי האסירים עם מאסרו של האב מתעצמת כאשר המפגש בין האסיר לילדיו בבית הכלא מתקיים מאחורי קיר זכוכית או כל מחיצה אחרת המונעים כל מגע או קירבה רגשית ביניהם. אי מתן האפשרות לילדו של האסיר

לגשת אל אביו, לחבקו ולנשקו עלול להתפרש על ידי הילדים כנטישה וכדחייה מטעם האב. אי הבטחת קיום המגע לילדים שגילם לפחות עד 10 שנים עלול לגרום להם נזק בלתי מידתי. שכן, באיסור מגע פיזי בין הילד להורה יש כדי להוסיף לעוצמת הלחץ וחוסר הביטחון אותם חווה הילד עקב מאסרו של האב. המרחק הפיזי בין הילד לבין ההורה מכחיד את האפשרות של הילד להתקשר אל אביו.

43. זאת ועוד, ביקורים מאפשרים לילדים לבטא את רגשותיהם עקב מאסרו של ההורה; את כעסם, את כאבם; הם מאפשרים לילדים לשתף את הוריהם באשר עבר עליהם; הם מאפשרים להם לפגוש את הוריהם מקרוב ולשמור על קשר טבעי עמם, באופן שיקל על המשך היחסים לאחר שחרור ההורה. הצבת קיר זכוכית בין הילד לאביו מהווה מכשול אמיתי לביטוי אותם רגשות, במיוחד כשהדבר נעשה באמצעות טלפון, בחדר הומה אנשים ובאיכות שמיעה גרועה.

44. המשיב ככל רשות מנהלית אחרת, הנו כפוף לעקרונות המשפט המנהלי, בכלל זה לעקרון השוויון, ההגינות, הסבירות והמידתיות. העותרים יטענו, כי איסור המגע הפיזי בינם לבין אבותיהם בבית הכלא אשר לחלקם נמשך מזה למעלה משש שנים הנו בלתי מידתי היות והוא נוגד את סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה) ואינו תואם את מבחני המשנה שנקבעו בפסיקה. קרי, מבחן ההתאמה הרציונלית בין המטרה לאמצעי, האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן האמצעי המידתי.

מבחן ההתאמה הרציונלית בין האמצעי למטרה

45. על-פי מבחן זה נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה החקיקתית [ראו: בג"צ 3477/95 ישראל בן עטיה ואח' נ' שר החינוך והתרבות, מט (5) 1, 12 (1996)]. מתשובותיו של המשיב עולה, כי ההחלטה לשלול את המגע הפיזי בין העותרים לבין אבותיהם באה בעקבות ניסיונות בודדים מאד של הברחת חפץ אסור. מכאן, כי שלילת המגע מטרתה ענישתית ותו לא. מניעת המגע הפיזי הנה האמצעי שבחר בו המשיב על מנת להגשים את מטרתו. העותרים יטענו, כי האמצעי החוקי שעומד בפני המשיב הנו לכל היותר הענשת האסיר שנטען כי חטא באמצעות הליכי המשמעת העומדים בפניו ולא מעבר זה.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

46. במסגרת דרישות המידתיות, יש להתחשב במבחן המשנה, לפיו האמצעי המנהלי שנבחר צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. לפי אותו מבחן האמצעי הפוגע בזכות יסוד הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית באמצעי פחות דרסטי אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר.

ראו: בג"צ עדאלה פיצויים

47. בדיקה אינדיווידואלית הנה הערובה לקיום מבחן הפגיעה הפחותה ביותר.

ראו:

בג"צ 5627/02 אחמד סיף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח', נח(5) 70 (2004); בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח', נח(2) 357 (2004)

48. העותרים יטענו, כי אפילו אם ראה המשיב את מטרת איסור המגע הפיזי כמניעת הברחת חפצים אסורים, הרי שניתן היה להבטיח את אותה מטרה באמצעים פחות דרסטיים ופוגעניים מהאמצעי בו נקט.

49. באוסרו על כלל הילדים שמעל לגיל 6 לבוא במגע פיזי עם הוריהם האסירים, לא איזן המשיב בין השיקולים והאינטרסים השונים הנוגעים להחלטתו, קרי בין טובתם של העותרים כילדים, זכותם החוקתית להמשך הקשר הטבעי עם אבותיהם וההשלכות השליליות של איסור המגע הפיזי עליהם מבחינה נפשית והתפתחותית, לבין שמירה על הסדר והמשמעת בבית הכלא. אי האיזון הרציונאלי בהחלטת המשיב הופך את החלטתו לבלתי סבירה בעליל. הלכה פסוקה היא, כי אי סבירותה של החלטתה של כל רשות מנהלית נמדדת באיזון הראוי שהיא עושה בין האינטרסים השונים הנוגעים להחלטתה. משלא עשתה כן, הופכת החלטת הרשות לבלתי סבירה באופן קיצוני ומובילה לתוצאה בלתי סבירה ובלתי מוצדקת בעליל.

ראו:

דברי כב' הנשיא ברק ב: בבג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2), 485, 514 (1990); בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב (2), 441 (1988); בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה (1), 421, 446 (1980).

מבחן האמצעי המידתי

50. לפי מבחן זה האמצעי הנבחר, אפילו אם הוא מגשים את המטרה, ואפילו אם אין אמצעי מתון ממנו, הוא צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית.

ראו: בג"צ 7052/03 עדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.05.06); בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, נח(5) 807 (2004); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מיגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); בג"צ 1715/97 לשכת מינהלי ההשקעות הישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389-390 (1997).

51. העותרים יטענו, כי הנזק אשר נגרם להם ויגרם להם והפגיעה בזכויות היסוד שלהם הנו גדול וכי לא ניתן יהיה להפחית מחומרתו כל עוד ממשיך המשיב במדיניותו זו. ודוק, חלוף הזמן והיארכות מניעת המגע והקרבה הפיזית עם ילדי האסירים הקצין את חוסר סבירות ואי מידתיות החלטת המשיב. די בהיארכות הזמן על מנת לחזק את השיקול ההומניטארי שעומד בבסיס מימוש זכותם של העותרים ושל האסירים להתקרב זה לזה, לנשק זה את זה ולהרעיף חום ואהבה אחד כלפי השני.

ראו: בג"צ 794/98 שיח' עבד אלכרים עוביד ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נה(5) 769, 774 (2001)

52. אי לכך, ולאור הפגיעה הבלתי מידתית בזכויותיהם החוקתיות של העותרים, האפליה שעומדת בבסיס ההסדר שמציע המשיב, ובהעדר הסמכה חוקית מפורשת, המאפשרת למשיב לשלול את זכותם של העותרים כעונש על התנהגות שלילית של הוריהם, ההחלטה למנוע מהילדים שמעל לגיל 6 מגע פיזי עם הוריהם, לפי הקריטריונים של המשיב הנה בלתי חוקית בעליל.

53. הנה כי כן, וחרף הערות בית המשפט הנכבד, המשיב דבק בגישתו, כי יש לצמצם את טווח הגילאים עד לגיל שש; כי ניתן להעניש אסיר על עבירה משמעתית בבית הכלא באמצעות שלילת המגע הפיזי עם ילדיו; וכי אין הוא יכול להבטיח קיום הזכות באופן סדיר ועקבי. את סירובו זה מבסס המשיב על טענות לוגיסטיקה מצד וראייה חד צדדית ובלתי הומאנית לעותרים מצד אחר.

54. קריטריונים אלה של המשיב הנם המתכון להמשך הפגיעה בזכויותיהם של העותרים, כמו גם הפגיעה בזכותם של ילדי האסירים המסווגים כביטחוניים. עמימות ההסדר, אי בהירותו וחוסר ודאותו הנם בגדר פרצה שעלולה לדרדר את פעילותו של המשיב למצבים של החלטות שרירותיות וישום רנדומאלי דבר אשר רק יפגע בזכויותיהם של העותרים והוריהם האסירים.

על יסוד האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי בעתירה, ולהפוך אותו למוחלט.

עביר בָּפָר, עורכת דין

ב"כ העותרים

31 במרץ, 2008