

בעניין :

וליד דקה, ת.ז. 05697747

(אסיר בכלא גלבוע)

באמצעות עדאלה : המרכז המשפטי לזכויות
המיעוט הערבי בישראל על ידי עוה"ד עביר פֶּכֶר
ו/א עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או
סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה
אלעג'ו ו/או ראמי ג'ובראן ו/או רימא איוב, רח'
יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090 ; טל': 04-
9501610 ; פקס: 04-9503140

העותר

- נ ג ד -

שרות בתי הסוהר

על-ידי פרקליטות מחוז הצפון

המשיב

עתירת אסיר

מוגשת בזאת עתירת אסיר לפיה מתבקש ביהמ"ש הנכבד להורות למשיב לאפשר לעותר להתייחד עם רעייתו הגברת סנאא סלאמה – דקה, כדלקמן :

ואלה הם נימוקי העתירה:

העתירה בתמצית:

1. העותר הנו אסיר אזרח המדינה, יליד 1961, שפוט למאסר עולם בלתי קצוב ונמצא בבית הכלא מאז שנת 1986. בקרוב ימלאו לעותר 26 שנים בבית הכלא.
2. כיום העותר מסווג בבית הכלא כאסיר ביטחוני שאין לו כל השתייכות לארגון עוין. הכרה זו באה בעקבות הליך משפטי שיזם העותר בשנת 2006 ובו דרש שהמשיב יכיר בו כמי שחדל להיות שייך פוליטית ורעיונית לארגון החזית העממית וכמי שכיום אין לו כל השתייכות לארגון עוין. המשיב נאות והשתייכותו של העותר לארגון עוין הוסרה.

3. במהלך שהייתו בבית הסוהר עבר העותר שינויים דרמטיים בחייו. הוא נישא אל הגברת סנאא דקה (1999); סיים לימודי תואר ראשון במדעי מדינה ותואר שני בלימודי דמוקרטיה. בשנת 1993 הצטרף העותר למפלגת בל"ד המיוצגת בכנסת ומאז הוא לא הפסיק לבטא את דעותיו הפוליטיות והחברתיות בפרהסיה ולעיני כל ולפי החוק.
4. מזה למעלה מ- 9 שנים (מאז שנת 2002) נאבק העותר למען זכותו להביא ילד לעולם. בהעדר כל תקווה או צפי לשחרור עתידי קרוב ומתוך רצון אנושי עז להמשכיות ומתן ביטוי לחייו, לחיי רעייתו ולאהבתם המשותפת, לא נותר בפני העותר אלא לקוות להגשים משאלה אחת שנותרה פתוחה בפניו: הבאת ילד/ה לעולם ולהפוך להורה. דרישה זו מקבלת חשיבות רבה דווקא עתה בשל גילו המתקדם (50) וגיל רעייתו (+41). הורות מבחינת העותר הנה הערובה לשימור קשרו האינטימי והמשפחתי עם רעייתו, המזור לבדידותו ושלילת חירותו והאופן שבו הוא מתמודד עם תודעת המוות.
5. ההתנגדות האפריורית להוצאתו לחופשות בהיותו מסווג כביטחוני הפכה את ההתייחדות בכלא לאופציה היחידה הפתוחה בפניו להבאת ילד לעולם ולשמירה על המשכיותו כחלק מכבודו כאדם.
6. המשיב מסרב בתוקף לאפשר לעותר מימוש זכותו זו. תחילה טען המשיב, כי סיווגו הביטחוני של העותר עומד לו לרועץ ומונע ממנו אפריורי לממש הזכות להולדה. מאוחר יותר, בשנת 2008, ובעקבות עתירת אסיר שהגיש האסיר באותו עניין, טען המשיב בתשובתו לעתירה, כי אין לאפשר לעותר לממש זכותו להתייחדות ולהורות כיוון שאין הוא עומד בתנאי הסף שנקבעו בסעיף 4ב' לפקודה 03.02.00 לפקודות נציבות שב"ס המאפשרים הכנסת העותר לקבוצת האסירים שניתן להסיר מעליהם את המגבלה האוסרת התייחדות עם בנות זוגם עקב סיווגם בכלא. בית המשפט המחוזי בנצרת דחה בעבר את עתירתו של העותר ורק בעקבות רע"ב שהוגש על ידי העותר בפני בית המשפט העליון שב המשיב ובחן את עניינו בשנית.
- ראו: עע"א (מחוזי – נצרת) 609/08 **דקה נ' שב"ס**, 21.09.09. ההחלטה רצ"ב כנספח שסימנו ע/1;
- ראו: רע"ב 8659/09 **דקה נ' שב"ס** (לא פורסם), 5.12.11. ההחלטה רצ"ב ומסומנת כנספח ע/2.
7. המשיב סבור עד ליום זה, כי העותר לא ניתק מגע עם ארגון עוין ובשל כך אין לאפשר לו התייחדות עם רעייתו. טענה כללית וסתמית זו מועלית על ידי המשיב בצורה "חשאית" ובלתי מנומקת. את ביסוס טענתו צפוי המשיב לעשות תוך הסתמכות על ראיות חסויות שכלום מהן לא ייחשף בפני העותר או ב"כ וכלום לא ניתן להבין מה פשר המידע עליו מדובר, מיהו הארגון עליו מדובר, מהי המסוכנות הטמונה בקיומו של אותו קשר אם בכלל, מהי התשתית העובדתית עליה נסמך המשיב ומהי הזיקה בין אותו מגע שטוען המשיב לקיומו לבין מימוש זכותו החוקתית של העותר להתייחדות.
8. בנסיבותיו של העותר, אי מתן התייחדות כמוה כמו שלילת זכותו וזכות רעייתו באופן גורף להביא ילדים לעולם לעד. הזמן עובר וגילם של בני הזוג רק הולך ועולה. רעייתו של העותר הנה בתחילת שנות הארבעים ולעותר מלאו 50 שנים לפני כמה חודשים. ככל שגילם של בני הזוג עולה הסיכוי

שלחם להרות יורד. מכאן כל עיכוב במיצוי זכות זו בהקדם עלול לגרום לבני הזוג נזק עתידי בלתי הפיך.

9. העותר טוען בעתירתו זו, כי שלילת זכותו וזכות זוגתו להולדה ולהורות על ידי המשיב הנה בלתי חוקית בעליל. אי חוקיות החלטת המשיב נובעת מהפגיעה הקשה בזכויותיו החוקתיות לכבוד, להורות, לחיי משפחה, לפרטיות ולחירות אישית בניגוד מוחלט לתנאי פסקת ההגבלה. כמו כן, טוען העותר כי החלת החריג הקבוע בסעיף 4' לפקודה 03.02.00 לפקודות הנציבות איננה מאיינת את החובה לערוך בדיקה פרטנית לגביהו של כל אסיר ואסיר. את החריג יש לפרש באופן שימנע פגיעה שרירותית באסירים ובזכויותיהם בכך שחוות הדעת המבוקשת מטעם השב"כ אמורה לא רק להוכיח העדרו או קיומו של קשר כלשהו עם ארגון עיון, אלא שהקשר הספציפי המדובר, מבחינת אופיו, היקפו וטבעו טומן מסוכנות בדרגה שעלולה להפוך מפגש התייחדות בין בני זוג לסכנה על ביטחון הכלא או המדינה.

רקע עובדתי

אני כותב לילד שטרם נולד. אני כותב לרעיון, לחלום המפחיד כבר את הסוהר, מבלי שהתכוון לכך או ידע על כך, ולפני שהתגשם. אני כותב לכל ילד שהוא, או ילדה. אני כותב לבני, שלא בא עדיין לאוויר העולם. אני כותב למילאד (מולד), מולד העתיד, משום שכך אנו רוצים לקרוא לו/ה, וכך אני רוצה שהעתיד יכיר אותנו".

וליד דקה, 25.04.11.

העותר: פרופיל אישי בקליפת האגוז:

01. במהלך 25 השנים שחלפו מאז מעצרו הספיק העותר לעבור שינויים רבים בכלא הן ברמת השכלתו והן ברמת תפיסת עולמו הפוליטית וההומאנית. העותר הספיק להשלים לימודי תואר ראשון במדעי החברה ותואר שני בלימודי דמוקרטיה מהאוניברסיטה הפתוחה. בשנת 1993 הצטרף העותר באופן רשמי למפלגת בל"ד המיוצגת בכנסת על ידי שלושה נבחרים ציבור ערבים. במהלך העשור האחרון העותר לא היסס לתת ביטוי פומבי לתפיסת עולמו והאני המאמין שלו, בין השאר, במכתבים, במאמרים, בראיונות ובמעשים אקטיביים והצהרתיים שונים בהם נקט. העותר הספיק לפרסם כמה מאמרים אף בספרים ובכתבי עת רשמיים וזכה לביקורות חיוביות מצד אנשי רוח ואקדמיה רבים.

11. מדובר באדם שהצהיר כלי עלמא ובהזדמנויות שונות על זניחת דרך האלימות כדרך להשגת יעדים פוליטיים ודבקות בשיח האזרחות ובמאבק הגליטימי להכרה בזכויות האדם והאזרח על כל המשתמע מכך. מלחמתו המשפטית של האסיר מול הערכאות המשפטיות להכיר בו כמי שאיננו שיד לאף ארגון המוגדר כבלתי חוקי הנה הראיה הרצינית ביותר לתפיסת עולמו ולאני מאמין שלו.

21. העותר הנו עקבי בהשקפותיו ותפיסת עולמו בכל הנוגע לשמירה על זכויות אדם ומניעת דיכוי, תהא זהותו של האדם אשר תהא: ערבי, יהודי, אנגלי או צ'יליאני. לדוגמא, לפני כשנה כתב האסיר מאמר דעה ביקורתי על קיומו של כנס לענייני האסירים הפלסטינים במדינת מרוקו. העותר מתח ביקורת על הסכמת מארגני הכנס ליטול חלק בכנס על אסירים בחסות מדינה שבעצמה מדכאת אסירים. כתיבת מאמר ביקורתי שכזה מצריכה אומץ רב וכוחות עזים במיוחד כי מטרתו של אותו כנס היתה לקדם את ענייני האסירים הפלסטינים שהם למעשה חבריו לתא, לאגף ולבית הכלא. הימנעותם של מארגני הכנס לדון בהפרות זכויותיהם של האסירים הפלסטינים הנמצאים בבתי הכלא של הרשות הפלסטינית או אלה השייכים לארגון החמאס, או אפילו אלה הנמצאים בבתי הכלא במרוקו, זכתה אף היא לביקורת חריפה מהעותר.

31. בנוסף, קשה יהא להתעלם מאופיו של העותר, מכישרונותיו ומיכולותיו האינטלקטואליות. מדובר באדם שאת ימיו בכלא העביר בקריאה וכתובה מרובה בתחומים שונים: ספרות ערבית, ספרות עברית, פילוסופיה פוליטית, חברה, היסטוריה פוליטית, מדע המדינה ועוד. אין תימה אפוא, כי העותר הצליח לסיים לימודי תואר שני במסגרת לימודי האוניברסיטה הפתוחה בציונים גבוהים.

להרחבה על דעותיו האישיות של העותר ניתן לעיין בין היתר, ב:

- מאמר בגנות עריכת כנס על זכויות האסירים הפלסטינים בחסות מדינת מרוקו; נספח ע/3;

- מכתבו של העותר לד"ר ענת מטר מהחוג לפילוסופיה באוניברסיטת תתל-אביב. המכתב מצורף ומסומן כנספח ע/4;

- כתבתה של העיתונאית עמירה הס, "מרחפים לגן עדן", הארץ Online (11.04.2003).
הכתבה מצורפת ומסומנת כנספח ע/5.

41. פרסומיו של העותר מעידים על היותו אדם עצמאי בדעותיו ולא שיד עובדתית או רעיונית לאף ארגון בלתי חוקי. כאמור, העותר לא יהסס להשמיע קול מחאה כנגד החברה בה הוא חי ואלה הוא שייך, אפילו אם דעותיו נשמעות כחריגות ושונות מהתלם ועלולות לצור אנטגוניזם מצד המקורבים לו. ראייתו לעולם מזווית של צדק אוניברסאלי ונטילת אחריות הנה אחידה ללא זיקה לזהותו של המעוול.

התשוקה להולדה והרצון להנציח המשכיות לאחר המוות:

51. ביום 25.08.1999 ובמהלך ריצוי עונשו נישא העותר לזוגתו הגברת סנאא סלאמה. בני הזוג נישאו לאחר היכרות של 3 שנים רצופות. גברת סנאא שהיתה באותם מועדים פעילת זכויות אדם שפעלה למען קידום זכויות האדם של האסירים הכירה את העותר במהלך ביקוריה התקופתיים לאסירים.

61. המשיב אפשר לבני הזוג לערוך חתונה צנועה בין כותלי בית הסוהר בה השתתף קומץ קטן מבני המשפחה וכמה מחבריו האסירים של העותר. חתונתם של בני הזוג תועדה במצלמות וידיאו מטעם

המשיב ומטעם בני המשפחה. קודם לחתונה אישר המשיב לעותר לעשות שימוש בטלפון לצורך הזמנת אורחיו יחד עם ביקור פתוח עם זוגתו למשך 4 שעות לצורך תכנון מהלכי אירוע החתונה. בנוסף אישר המשיב לעותר להיפגש עם אחיו ואמו בביקור פתוח, טרם החתונה, למשך כשעה וחצי. החתונה נערכה למופת, ולא נרשם כל אירוע חריג.

71. מבחינת בני הזוג הבאת ילדים לעולם הנה הביטוי האולטימטיבי עבורם לנצחיות אהבתם. העותר מתאר בתצהירו הרצ"ב את תשוקתו ורצונו העז להבאת ילד/ה לעולם:

"בימים אלה ימלאו לי 25 שנים בכלא. כל מה שאני מבקש זהו אור בקצה המנהרה וסיבה לתקווה. ילד עבורי הוא תקווה; הוא חיים חדשים; הוא ביטוי לכבודי, לאהבתי לסנאא וכן לרצוני לוודא המשכיות לאחר מותי..."

ראו: סעיף 5 לתצהירו הרצ"ב של העותר.

81. ביום 25.04.11 מלאו לעותר כאמור 25 שנים בכלא. העותר בחר להקדיש את דבריו הנרגשים ביום זה לבנו שטרם נולד, במילים אלו:

"...

מילאד [מולד] יקירי,

– היום אני מסיים את שנתי העשרים וחמש בכלא תשעת אלפים, מאה שלושים ואחד ימים ורבע. זהו מספר ללא גבול. זהו אורך ימי המעצר שלי, שלא הסתיימו עדיין. הגעתי לגיל חמישים, וימי נחלקים לשתי מחציות – כלא וחיים. הימים האלה אוחזים בצווארם של הימים האחרים. כל יום שהעברתי בכלא קופץ על אחיו שהעברתי בחיים, כמו שקית המנסה להתרוקן מהזיכרון שנותר בה. הכלא הוא כאש האוכלת את רסיסי הזכרון, וזיכרוני, לדאבון הלב, קמל וגזעו יבש. הברחתי אותו כשהוא רשום על נייר, על מנת שלא ישרף באש הכלא והשיכחה. ואילו אתה, מכל מה שהברחתי מתוך זכרוני, אתה היפה ביותר. אתה המסר שלי לעתיד, לאחר שהחודשים מצצו את לשד אחיהם החודשים, והשנים השתוו לאחיותיהן השנים. יקירי, האם אתה סבור שהשתגעתי? שאני כותב ליצור שעדיין לא נולד?? איזהו השיגעון – מדינה גרעינית הנלחמת בילד שלא נולד עדיין, הרואה בו סיכון ביטחוני הקיים בדוחותיה המודיעיניים ובבקשות שהיא מגישה לבית המשפט – או העובדה שאני חולם על ילד?? איזהו השיגעון – שאני כותב מכתב לחלום, או שהחלום הופך לתיק בשב"כ?? יש לך עכשיו, יקירי, תיק ביטחוני בארכיון השב"כ הישראלי – מה אתה חושב?? האם אפסיק לחלום את חלומי?? אמשיך לחלום, למרות המציאות המרה. אחפש משמעות לחיי, גם אם איבדתי הרבה מהם. הם חופרים ועוקרים את קברי האבות בחפשמ שורשיות מדומה. ואנחנו מחפשים עתיד טוב יותר לצאצאים, עתיד שיבוא ללא ספק.

שלום לך מולד, שלום יקירי."

מכתבו של העותר המקורי והמתורגם מצורף לעתירה כנספח שסימנו ע/6.

העדר השתייכות ארגונית וניתוק הקשר עם ארגון עוין:

91. לשינויים שעבר העותר במהלך 25 השנים האחרונות היו גם השלכות נורמטיביות. שכן, משחדל העותר באופן רשמי להשתייך לארגון החזית העממית והצטרף למפלגת בל"ד ולאחר שנים שבהן שייכותו הרעיונית והמפלגתית למפלגת בל"ד לא הוטלה בספק, פנה העותר אל המשיב וביקש לשנות את סיווגו בתוך בית הסוהר באופן שתוסר הימנו תווית ההשתייכות הארגונית, שאיננה רלוונטית עוד.

רצ"ב כתב תשובה משלים של שב"ס, באמצעות פרקליטות מחוז צפון, שהוגש לבית המשפט במסגרת עתירת אסיר שהגיש העותר (ע"א 1558/06 (מחוזי-נצרת)) כנספח שסימנו ע/7.

02. הכרת המשיב בהעדר שייכותו של העותר לאף ארגון עוין איננה עניין של מה בכך במיוחד כי העותר בעברו השתייך לארגון החזית העממית הפלסטינית וסווג ככזה על ידי המשיב. שינוי סיווגו מעיד על שינוי שעבר העותר ואשר מודעים לו הרשויות והעניקו לו הכרה וגושפנקא רשמית. שינוי זה בא בעקבות תהליך טרנספורמציה אידיאולוגית שעבר העותר במהלך שהייתו רבת השנים בכלא וחשיפתו לשינויים שהעולם עובר ולעובדות היסטוריות ועכשוויות רבות שגרמו לעותר לעצב דעה ותודעה השונות מאלו שרכש בעברו.

12. העותר נתפס בבית הכלא כאדם סמכותי, רהוט ייצוגי בעל דמות נוכחת ודומיננטית. מסיבה זו הפצירו בו רשויות הכליאה כמה פעמים לשמש כדובר האסירים. מדובר בתפקיד המוסדר ומוכר על ידי המשיב, שנועד בעיקר לגשר בין האסירים לבין נציגי רשות הכליאה בכל הבעיות והסוגיות הצומחות בחיי היומיום של האסירים.

22. זה המקום לציין, כי העותר דוחה מכל וכל את הטענה שצפוי המשיב להעלות, כי בחירתו כדובר האסירים מעידה על היותו מנהיג אידיאולוגי עבור אסירים המשתייכים לארגון עוין. בתצהירו הוא מסביר את מהות תפקיד הדובר והקריטריונים לבחירת הדובר על ידי האסירים והנהלת בית הכלא, כדלקמן:

"הקריטריונים לבחירתו של אסיר כדובר מבחינת שב"ס הם: אדם שקול שאיננו קיצוני; מוכר להנהלת בית הכלא ומקובל עליה; בעל כושר ביטוי טוב; בעל ניסיון חיים בכלא וניהול משברים; ונמצא ביחסים טובים עם האסירים. ככלל האסירים מציעים את שמותיהם של 3 אסירים ומגישים להנהלה שזו בוחרת באדם המתאים מבחינתה כדי למלא אותו תפקיד. הריני להצהיר כי ההנהלה הפצירה בי וביקשה ממני לשמש כדובר. אילו ידעתי שזה יעמוד לי לרועץ לא הייתי מסכים. אדגיש כי בפעמיים שבהן שימשתי כדובר אני הגשתי את התפטרותי מכובד האחריות שהטילו עלי."

ראו: סע' 19-21 לתצהירו הרצ"ב של העותר.

32. טענתו של המשיב הנה, כי העותר ממשיך לקיים קשר עם ארגון עוין וכך כדי לסרב לבקשתו לאפשר התייחדות עם זוגתו. העותר ידגיש, כי לא ברור לו על איזה קשר מדובר וכי כל קשריו עם האחר הנם גלויים, מבוקרים ונעשים תחת פיקוח הדוק. מבקריו של העותר בכלא הנם ידועים: עורכי דין אזרחי המדינה המבקרים אותו לצרכים מקצועיים, אמו, רעייתו ואחיו. הקשר של העותר עם העולם החיצוני באמצעות מכתבים אף הוא מבוקר, יעדיו ידועים ותכניו נבדקים על ידי רשות הכליאה. העותר איננו מכחיש כי הוא מקיים קשר עם חבריו לתא בכלא שבחלקם אכן עדיין מצהירים על שייכות לארגון זה או אחר. המשיב בחר לשבץ את העותר בתא שלעותר אין כל שליטה על נמניו. דרישתו העקבית של העותר היתה ועודנה להיות במחיצת אסירים חילוניים עקב היותו חילוני שלא נח לו עם אורח החיים הדתי.

42. במילים אלה דוחה העותר בתצהירו את הטענה בדבר קיומו של קשר אסור כלשהו עם ארגון עוין:

"הריני להצהיר כי מאז שנת 1995 אני ניתקתי כל קשר עם ארגון החזית העממית וכי ניתקתי כל זיקה אליו. הדבר מתבטא בעיקר באי הכללתי בבחירות הפנימיות לאותו ארגון הנערכות בכלא ובידיעת כל הגורמים. לא הייתי מועמד, לא בחרתי וכמובן לא נבחרתי. ולראיה בשנת 2000-2001 נבחרתי כחבר בועד המרכזי של מפלגת בל"ד המיוצגת בכנסת..."

בחדרי בכלא שוהים 8 אסירים (כולל אותי). החדר עצמו מסווג כחזית עממית אולם מי ששוהים בו כלל אינם שייכים לחזית העממית למעט 3-4 אסירים. מטבע הדברים יש לי קשר איתם המתבטא בניהול חיינו ביחד בתא אחד. אני לא בחרתי בזה והדבר נעשה על ידי בית הכלא...הריני להצהיר כי הקשר שלי עם העולם החיצוני הוא מאד מוגדר וידוע. הקשר נעשה דרך ביקורי משפחה ועורכי דין או התכתבויות... כל השיחות עם עורכי הדין הנם סביב עניינים הנוגעים לכלא או הנוגעים אליי באופן אישי. באשר למכתבים הריני להצהיר, כי מעולם לא שלחתי מכתב אלא לאחד מאלה: בני משפחתי מדרגה ראשונה, חברי כנסת ועורכי דין שמייצגים ארגונים ועמותות זכויות אדם ואסירים. כל המכתבים מצונזרים ופרטיהם מתועדים בספרי הכלא כולל הכתובות. מעולם לא סירבו לשלוח לי מכתב בשל תוכנו... ברמה האישית קשריי עם העולם החיצוני והאנושי הם בעיקר עם אנשים, יהודים וערבים, ולא כל ארגון כשלהו המוגדר כארגון עוין. רבים הם מכריי הפעילים בחברה האזרחית במדינה ובמיוחד בעמותות."

ראו: סעי' 14-17, 22 לתצהירו הרצ"ב של העותר.

52. העותר ידגיש, כי הטענה שמא הוא עומד להשתמש באשתו כאמצעי להעברת מסרים פוגעת בכבודו וטוב היה אילו לא תיטען. מעולם ולעולם לא העלה העותר על דעתו להפוך את רעייתו, אהבת חייו, לכלי שרת להעברת מסרים כלשהם, כדבריו:

"הריני להצהיר, כי מעולם ולעולם לא אשתמש בבני משפחתי כאמצעי. בני משפחתי עבורי הם הביטוי האנושי לקיום שלי כאדם אפילו. אני לא מסוגל אפילו לחשוב על הרעיון שהם יהפכו לכלי או אמצעי עבורי."

אין לי כל מטרה בחיים להשיג מלבד שמירה על
האנושיות שבי ובבני משפחתי ולהמשיך לקיים במיוחד
עם אשתי, אהבת חיי, חיי משפחה סבירים ככל
שניתן".

ראו : סעי' 23-24 לתצהירו הרצ"ב של העותר.

62. העותר ידגיש לפי כך, כי אין לו כל קשר אסור עם אף ארגון עוין. אף אם הכוונה לקשר היומיומי שהוא מקיים עם חבריו לתא או לכלא אזי מדובר בקשר אנושי מדרגה ראשונה שאין לו כל זיקה לפעילותו של הארגון. למותר יהיה לציין, כי גם אם קיים קשר שכזה בצורה זו או אחרת הרי חובת המשיב הנה להצביע על מהות אותו קשר ועל האופן שאותו קשר משליך על שאלת מימושו של האסיר לזכות להולדה ולהתייחדות. המשיב מחויב להוכיח ולהראות אינדיקציות ברורות כי אותו קשר משמש או עלול לשמש ברמה של וודאות קרובה לניצול מפגשי ההתייחדות לצרכים לא חוקיים.

72. ודוק; שאלת השתייכותו של אסיר לארגון עוין איננה גורעת מזכויותיו ומכבודו כהוא זה. על המשיב הנטל להוכיח בראיות ברורות וחד משמעיות כי מימוש האסיר לזכותו להולדה עלול להיות מנוצל לרעה ברמה של וודאות קרובה לפגיעה במשמעת בית הסוהר, בביטחון או בביטחון המדינה. כבודו של האסיר עומד לו ללא שום קשר לחומרת העבירה. כך הוא באשר לאסיר שרצח על רקע אידיאולוגי וכך הוא לאסיר שרצח על רקע רומנטי או כל רקע עברייני אחר. המסוכנות הנטענת אמורה להיות מוכחת באופן פרטני לאור מאפייניו של העותר ולא רק מאפייני העברה שבוצעה מלפני למעלה מ-25 שנים.

השפעת ההתייחדות על חיינו של האסיר בתוך בתי הכלא:

82. קיום יחסי-אישות קשור קשר בל יינתק ביצר החיים וההישרדות - הישרדות אישית והישרדות הגזע והמין. הצורך של האסיר בהתייחדות אינו מסתכם בסיפוק הצורך המיני. הוא עונה על צורך נפשי בשמירה על יחסי קרבה עם אדם קרוב בתנאי הבדידות והסגירות של הכלא. מימוש זכות ההתייחדות, עשויה להוות קרן אור עבור האסיר השוהה תקופה ממושכת במאסר, כשהוא מרוחק מסביבתו הטבעית, ומתמודד עם כאבי המאסר.

92. ביקורי ההתייחדות מפחיתים תסכול מיני; מונעים תסכול רגשי הנובע מהפרדתם של האסירים מהאנשים האהובים עליהם; עוזרים ליציבות הנישואין; מפחיתים ויכוח ועוינות בין האסירים ומגדילים את סיכויי שיקומו של האסיר.

ראו :

Ann Goetting, *Conjugal Association in Prison: Issues and Perspectives*, 28 *Crime and Delinquency* 52, 62-65 (1982).

Adam M. Breault, The Continuing Legal Battle Over Prisoners' Procreation Rights, 66 Alb. L. Rev. 289, 319 (2002).

מנחם הורוביץ ולסלי סבה **התייחדות אסירים – דו"ח המועצה לקרימינולוגיה 11 (1996)**.

03. במחקרים שונים שנערכו בארה"ב בסוף שנות הששים והשבעים, העידו האסירים על הערכתם לביקורי ההתייחדות. בשני מחקרים מובילים, האחד נערך בקליפורניה והשני במיסיסיפי, הדגישו האסירים את חשיבותם של ביקורי ההתייחדות בכך שסיפקו לבני הזוג אינטימיות, חיזקו את נישואיהם, מנעו את פירוקם והגבירו את הבנתם ההדדית וקרבתם הרגשית. האסירים העידו, כי ביקורי ההתייחדות אפשרו להם להתמודד בצורה קלה יותר עם מאסרם הממושך.

ראו:

Jules Quentin Burstein, Conjugal Visits in Prison – Psychological and Social Consequences 79-81 (1977).

Columbus B. Hopper, Sex in Prison – The Mississippi Experiment with Conjugal Visiting, 101-102 (1969).

ההליך המשפטי הקודם בעניינו של העותר בהקשר מימוש זכותו להתייחדות ולהולדה:

13. במהלך שנת 2008 הגיש העותר עתירת אסיר בה עתר להתייחד עם זוגתו. ביום 21.09.09 דחה בית המשפט את עתירתו של העותר עקב סירובו לאשר לבית המשפט לעיין בחומרים סודיים שהוסתרו מעיני העותר. בית המשפט קבע, כי מקום שלא הוצג בפניו המידע המודיעיני עליו הסתמך המשיב אין ביהמ"ש יכול להכריע בשאלת סבירות החלטת המשיב. כמו כן נקבע, כי לא חלה על המשיב כל חובה להביא ראיות פוזיטיביות להוכחת מסוכנותו של העותר שכן די בכך שהוא מוגדר כאסיר ביטחוני כדי להקים חזקת מסוכנות ללא הצורך בבחינת הרלוונטיות שלה מעת לעת.

ראו: ע/1.

23. העותר הגיש בקשת רשות ערעור בפני בית המשפט העליון שבעקבותיה שב המשיב ובחן את עניינו של העותר מחדש וזאת בעקבות הוראת בית המשפט העליון בתום הדיון בעל-פה שהתקיים בפניו. לאור התחייבות המשיב לשוב ולבחון את עניינו של העותר בשנית הורה בית המשפט על מחיקת הבקשה לרשות ערעור.

ראו ע/2.

33. המשיב דן בשנית בעניינו של העותר בעקבות החלטת היתף המשפט והחליט לדחות בקשתו בשנית. עמדת המשיב הנה, כי העותר איננו עומד בתנאי הסף הראשון שנקבע בפקודות שב"ס שלפיו ניתנה חוות דעת מהשב"כ לפיה העותר ניתק מגע עם ארגון עויין. לא ברור אם בידי המשיב יש ראיות פוזיטיביות המוכיחות המשך הקשר עם הארגון העויין.

43. העותר יטען לפי כך, כי דין החלטת המשיב להתבטל בהיותה בלתי סבירה, בלתי מנומקת ופוגעת בזכויותיו החוקתיות לכבוד, לחיי משפחה ולאוטונומיה אישית מעל לנדרש. המשיב לא הצליח לעמוד בנטל לשכנע, כי העותר אכן מקיים מגע אסור עם ארגון עוין וכי אותו מגע הנו כה מסוכן עד כדי שהנו מצדיק שלילת התייחדות עם זוגתו מחשש לניצול המפגש האינטימי למטרות אסורות.

הטיעון המשפטי

53. העותר יטען, כי שלילת זכותו להתייחד עם זוגתו מהווה פגיעה חמורה בזכויותיו לחיי משפחה, לכבוד, לפרטיות ולענישה סבירה, אנושית ולא אכזרית. שלילת זכותו זו נעשית בדרך שרירותית ולא מנומקת וללא כל בדיקה עניינית למסוכנות הנובעת ממימוש זכותו להתייחדות. העותר ידגיש, כי הדרך שבה בוחר המשיב להצדיק את החלטתו הנה פסולה מעיקרה. הנוקשות שבה מתייחס המשיב להוראותיו וקלות היתר בהכללת קבוצה של אסירים בקטגוריה שאיננה זכאית למימוש זכויות יסוד נוגדת את עקרונות המשפט המנהלי והחוקתי כאחת ופותחת פתח למדיניות שרירותית ומפלה. המשיב איננו עומד בנטל הראייתי המתבקש כדי להצדיק הגבלת זכויותיו של העותר ומכאן דין החלטתו להתבטל.

63. אי בדיקת עניינו של העותר באופן אינדיבידואלי מהווה הפרה של חובת המשיב לנהוג במידתיות ועל בסיס שקילת נתונים עניינים בלבד. העותר יוסיף ויטען, כי הפגיעה בזכויותיו החוקתיות הנה בלתי מדתית בעליל ולו בשל הנזק הבלתי הפיך שעלול להיגרם לו ורעייתו כל אימת שבקשתם להביא ילדים לעולם נדחית בזמן.

73. חוויית המאסר כוללת מטבעה פגיעה בחירותו האישית של האסיר. יחד עם זאת, פגיעה זו אמורה להיות מידתית. אילוץ האסיר לשאת את מאסרו או מעצרו תוך הגבלה יתירה על זכויות אחרות מחטיא את מטרת הענישה והופך את הפגיעה בזכותו החוקתית של האסיר לחירות אישית, לבלתי מידתית בעליל. שכן:

"עונש מאסר המוטל על אדם אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק במידה שהגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר הפגיעה המתחייבת בזכויות האדם הנתונות לאסיר מקורה בעיקרה בהגבלת חירותו האישית, הנובעת מן המאסר."

מתוך: בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פסקה 10 (טרם פורסם, ניתן ביום 12.02.07). ראו גם פסקה 11 על כל ההפניות הרלוונטיות המובאות בה.

ראו גם:

בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד' (3) 294, 298 (1980). ראו גם: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.09); בג"ץ 4634/04 רופאים

לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם, ניתן ביום 12.02.07), פסקה 10; בג"ץ 2245/06
דוברין נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, ניתן ביום 13.06.06) פסקה 13; עע"א 4463/94 גולן נ'
שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152 (1996) בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826,
832 (1984); עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201 (1983); בג"ץ 540/84 יוסף נ' מנהל
בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567, 573 (1986); בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות
בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 546 (1980).

ראו גם:

Rec. R (2006) 2 on the European Prison Rules; Basic Principles for the Treatment of
Prisoners (1990)

הפגיעה בזכותו של העותר לכבוד, לחיי משפחה ולחירות אישית:

הפגיעה בזכות לכבוד

83. העותר יטען, כי זכותו להולדה נובעת מזכותו לכבוד בכך שהיא מגשימה את רצונו של הפרט
להנצחת שמו והמשכיות לו לאחר מותו. בבסיסה של הזכות לכבוד עומדת ההכרה באדם כיצור
חופשי השואף להתפתחות והמשכיות במסגרת החברה בה הוא חי, כדברי בית המשפט בעניין
וכסלבאום:

"בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה, כי האדם הוא
יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, וזאת
במסגרת החברתית שעמה הוא קשור ושבה הוא תלוי.
"כבוד האדם" צותרע על מגוון רחב של הבטים
אנושיים".

בג"ץ 5688/92 **וכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993). על הקפה של הזכות לכבוד שמי
שאיננה מתמצה רק בפגיעות מובהקות בכבוד המביאות להשפלה ולביזוי ראו: בג"ץ 6824/07 **ד"ר מנאע**
נ' רשות המסים (טרם פורסם, 25.07.10); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד
סא(1), 619, 656 (2006).

הפגיעה בזכות לחיי משפחה הנגזרת מהזכות לכבוד

93. זכותו של אסיר לקיום יחסי אישות והתייחדות הוכרה בפסיקה העליונה כזכות יסוד חיונית
מקדמת דנא ועוד בטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שלילת הזכות לקיום יחסי אישות
אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר, כלשונו של
כב' השופט אלון בפרשת **וייל**:

"כפי שאמרנו בתחילתם של דברים הזכות לקיום
יחסי אישות ולהתייחדות עם בת הזוג זכות יסוד,
טבעית ואנושית, היא לאדם באשר הוא שם, ועונש
שלילת החירות אינו כולל מאליו שלילתה של זכות
יסודית זו".

בג"ץ 114/86 **וייל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 477, 499 (1987);

04. זכותו של אסיר להתייחדות הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כחלק מזכותו החוקתית להורות ולחיי משפחה הנגזרות מזכותו לכבוד. הזכות להורות איננה מופקעת באורח מתחייב מאליו מעצם המאסר. בפס"ד **דוברין** שבו נדחתה עתירתם של חברי כנסת שביקשו למנוע מהאסיר **יגאל עמיר** להפרות את רעייתו, עמדה השופטת פרוקצ'יה באריכות על זכותו החוקתית של האסיר להולדה ולהורות כמי שנותנת משמעות וטעם לחיים, ומוצבת בדרגה נעלה במדרג זכויות האדם החוקתיות. השופטת הוסיפה כי:

" זכותו של אסיר להורות ולמשפחה הינה זכות אדם חוקתית, שאיננה מופקעת באורח מתחייב מאליו מעצם עונש המאסר אף כי היא עשויה לשאת על גבה מגבלות שונות עקב תנאי המאסר. משכך, אין צורך בקיום הסמכה בדין לנציב שב"ס, להתיר לאסיר לממש היבטים כאלה או אחרים של הזכות למשפחה ולהורות הנתונות לו כפועל יוצא של זכויות אדם מוכרות בישראל.

...

הזכות להורות הינה זכות אדם המעוגנת בערך כבוד האדם. בערך זה טמונה זכותו של אדם לאוטונומיה אישית ולהגשמת עצמיותו במסגרת הבאת ילדים לעולם. מעמדה של הזכות להורות מטילה על הרשות השלטונית חובה לכבדה ולייחס לה משקל רב במסגרת שיקוליה גם מקום שהמבקש לממשה הינו אסיר עולם בכלא

בענייננו, עומדת לעמיר, כמו לכל אסיר, זכות אדם למשפחה ולהורות. הזכות להקים משפחה ולהביא ילדים לעולם לא הופקעה ממנו מעצם הענישה שנגזרה עליו גם אם שלילת החירות הנילווית למאסר שוללת את יכולת האסיר לממש באופן מלא את חיי המשפחה. "

בג"ץ 2245/06 **ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר**, פסקות, 11, 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, ניתן ביום 13.06.06).

על הזכות החוקתית לחיי משפחה ראו:

בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פסקה 26 לפסק דינו של השופט ברק, פסקאות 6-1 לפסק דינו של השופט גיבוראן ופסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, ניתן ביום 14.05.06); בג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין ואח'**, פ"ד מז (1) 783, 749; ע"א 232/85 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פד"י (מ) (1) 1, 17; בבג"ץ 2266/93 **פלוני ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט (1) 221, 235.

14. חשוב להזכיר, כי זכותו של העותר להורות איננה עומדת בודדה אלא שלובה היא, אינהרנטית, עם זכותה של רעייתו להורות גם היא. חשיבותה של הזכות להורות ביחוד עבור האישה, הובאה בפרשת **משפחה חדשה**:

"הזכות להורות היא ביסוד כל היסודות, בתשתית כל התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם - בוודאי שאיפתה של אישה".

בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות נז (1) 419, 447 (2002).

וכך נאמר בפרשת נחמני :

"דומה, כי אין מי שיחלוק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשוניים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פרייה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה. זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט".

דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ (4) 661, 680 (1996)

24. סעיף 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מעגן את הזכות להינשא ולהקים למשפחה. פרשנות ועדת האו"ם לאותו סעיף באמנה קבעה באופן מפורש, כי הזכות להקים משפחה כוללת מנייה וביה הזכות להורות, כדלקמן :

"The right to found a family implies, in principle, the possibility to procreate and live together"

General comment by CCPR 19 [39] (1990).

34. בית הדין האירופאי לזכויות אדם קבע (10/2007), כי בשלילת האפשרות מאסיר לרבייה ולהולדה יש הפרה של סעיף 8 לאמנת אירופה בנושא זכויות אדם המעגן את הזכות לכיבוד הפרטיות וחיי המשפחה. בית הדין קבע, כי האיסור שהטילו רשויות הכליאה מהווה גם התערבות בלתי חוקית בהחלטתם של בני הזוג להפוך להורים.

1. The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents"

Dickson v. United Kingdom, no. 44362/04 [2007].

44. הנה כי כן, המשיב פוגע בזכויותיו החוקתיות של העותר לכבוד, הולדה, להורות, למשפחה ולחירות כאשר פגיעות אלו אינן נובעות באורח מובנה מעצם שלילת חירותו עקב המאסר. הלכה

פסוקה היא, כי ככל שזכות האדם הינה בעלת עוצמה גדולה יותר במדרג זכויות האדם, כך נדרשים טעמים חזקים יותר כדי להצדיק את הפגיעה בה. הגבלת זכויות חוקתיות אלו מחייבת עמידה במבחני פיסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותר ידגיש אפוא כי המשיב מגביל זכויותיו החוקתיות בהעדר חקיקה מפורשת ובצורה בלתי מדתית בעליל.

המשיב איננו עומד בנטל הראייתי הנדרש לפגיעה חוקית בזכויות חוקתיות:

54. זכות ההתייחדות מעוגנת כיום בפקודת נציבות בתי הסוהר מס' 04.47.01. התייחדות, לפי הפקודה הנ"ל, תינתן לאסירים העונים על הסיווג הקבוע בסעיף 3 לפקודה, ובכפוף לקריטריונים הקבועים בסעיף 4 לאותה פקודה. באשר לאסירים ביטחוניים פקודה זו קובעת באופן מפורש, כי ניתן לאפשר לאסיר המסווג כביטחוני התייחדות אם הוא עומד בסעיפים 4.ב.1(1) ו-2 לפקודת נציבות שב"ס 03.02.00. סעיף 4.ב.1(1) לאותה פקודה קובע, כי ניתן לאשר התייחדות לאסיר עם סיווג ביטחוני, אם:

"מדובר באסיר שלא היה חבר בארגון עוין ולא סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה או אסיר שהיה חבר בארגון עוין או סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה, ריצה שליש מתקופת מאסרו או עשר שנים לפי המוקדם שביניהם, וש"כ קבע לגביו, כי ניתן כל מגע ישיר או עקיף, עם ארגון כאמור ועם חברי ארגון כאמור".

רצ"ב החלקים הרלוונטיים לפקודת נציבות 03.02.00 כנספח שסימנו ע/8.

64. טענתו של המשיב הנה כי העותר לא ניתן מגע עם ארגון החזית העממית אליו השתייך העותר כאשר נעצר בשנת 1986. אי לכך העותר לא עומד בתנאי הקבוע בפקודה 03.02.00 הנ"ל ואין מקום לאפשר לו התייחדות.

74. בעניין יונס נ' שב"ס דן בית המשפט העליון באריכות בסוגיית הנטל הראייתי שעל המשיב לשאת בו בבואו להצדיק הגבלת זכויות אסירים המסווגים כביטחוניים על-פי סעיף 4.ב.1(1) ו-2 לפקודת נציבות שב"ס 03.02.00. בין כבוד השופטים נתגלעה מחלוקת שנסבה על השאלה בדבר **המטען הראייתי** שעל המשיבים לשאת במקרים שאין ביכולתם לקבוע, כי האסיר ניתן מגע עם הארגון העוין אליו השתייך או סייע עובר לביצוע העבירה. כבוד השופט דנציגר היה בדעה, כי במקרים כגון אלה המסקנה הנה, כי האסיר איננו ממשיך לקיים מגע עם אותו ארגון עוין. לעומת זאת בחוות דעתה של כבוד השופטת פרוקצ'יה, אליה הצטרף כבוד השופט עמית, נקבע, כי העדר יכולת השב"כ להוכיח המשך הקשר של האסיר עם הארגון עוין באמצעות ראיות פוזיטיביות איננו מוביל למסקנה הכרחית כי האסיר אכן ניתן מגע עם הארגון העוין (פסקה 14). יחד עם זאת, כב' השופטת פרוקצ'יה הדגישה, כי העדר יכולת השב"כ להוכיח המשך הקשר עם הארגון העוין איננו פוטר אותו מעריכת בחינה קונקרטיית לעניין המשך קיום הקשר תוך שקילת כל הנסיבות האוצלות על המקרה הספציפי, כדלקמן:

"על הגורם הבטחוני מוטלת חובה לשקול, גם בהעדר ראיות פוזיטיביות, את מכלול הנסיבות

האובייקטיביות הרלבנטיות האוצלות על שאלת המשך הקשר בין אסיר מסוים לבין הארגון שהיה קשור אליו ערב מאסרו. עליו להתייחס לנתונים נסיבתיים שונים, המתייחסים הן למצב הבטחוני הכללי בשטח והן לאסיר הספציפי שעניינו נדון, ולהסיק מהם האם סביר, בנסיבות הענין, כי הקשר בינו לבין הארגון נותק, או שמא עודנו נמשך. לענין זה, על הגורם הבטחוני לשקול שיקולים כדוגמת אופי העבירה שהאסיר עבר, משך הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה, דרך התנהלותו של האסיר בכלא, זהות האסירים עימם הוא מתחבר, וכיוצא באלה שיקולים המתייחסים לאסיר. בה בעת, ראוי לשקול מהו סוג הארגון בו מדובר, מה עלה בגורלו ובגורל חבריו במהלך התקופה שחלפה מאז החל האסיר בריצוי עונשו, וזאת בצד שיקולים המתייחסים למצב הבטחוני הכללי באזור, ומקומו של הארגון וחבריו בתחומו. כל אלה הם רק מקצת הנתונים הנסיבתיים שעל הגורם הבטחוני לבחון ולהעריך על פי מיטב שיקולו וידיעותיו המקצועיות, בבואו לקבוע האם ליתן חוות דעת בדבר ניתוק הקשר בין האסיר לארגון, בהעדר ראיות פוזיטיביות לכאן או לכאן. (**הדגשה לא במקור**).

84. כאמור, בענייננו לא ברור אם למשיב ישנן ראיות פוזיטיביות המוכיחות המשך קיום הקשר בין העותר לבין הארגון אליו השתייך ערב מעצרו. העותר יטען לפי כך כי במידה והמשיב טוען להמשך קיום הקשר מבלי לתמוך זאת באף ראיה פוזיטיבית הרי שומה עליו לבחון את עניינו בהתאם לכללים שהותוו בעניין **יונס** המשקללים יחדיו את נסיבותיו של העותר האישיות, חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה, השינויים שעבר העותר בבית הכלא מבחינת תפיסות עולם ודפוסי התנהגות ואופיו של הארגון אליו השתייך ערב מעצרו ומעמדו בימים אלה. שקילת נתונים אלה היה בה כדי להוביל את המשיב למסקנה אחרת לגמרי מזו שהוא הסיק בעניינו של העותר. מכל מקום, די אם נציין כי המשיב לא שקל את כלל הנתונים הנ"ל על מנת להגיע למסקנה כי דין החלטתו להתבטל מחמת אי סבירות קיצונית והפרת האיזון המתבקש בין האינטרסים שיש לקחתם בחשבון.

94. לחילופין, העותר יוסיף, כי גם אם המשיב יטען לקיומן של ראיות פוזיטיביות המוכיחות המשך קיומו של קשר עם ארגון עוין הרי ראיות אלו צריכות להיות **ברורות, מפורשות וחד משמעיות**. משמע, כי על הראיות האלה להיות חזקות דין כדי לשכנע כי אין מדובר בקשר או במגע סתמי של שיחות חולין בין האסיר לחבריו לתא הנמנים על ארגון החזית העממית, אלא מגע המעיד על תמיכה מפורשת באותו ארגון ואולי נטילת חלק בפעולות בלתי חוקיות שתכנן הארגון.

05. הלכה פסוקה היא, כי החלטה הפוגעת באופן חמור בזכויות יסוד חייבת להתבסס על תשתית עובדתית מספקת וראיות משמעותיות. כאשר בשלילת זכויות יסוד חוקתיות עסקינן מתהפך נטל ההוכחה ועל הרשות החובה להראות לבית המשפט, שאכן פעל ה כדין ובאופן סביר, ועל סמך הוכחות מספיקות ומשכנעות. שכן, המשקל שיש ליתן לראיה המנהלית נמדד בהתחשב בפגיעה

שמביאה אותה ראייה. כגודל הזכות הנפגעת והיקפה כך גם גודל הראייה הנדרשת לצורך הפגיעה בה. החלטה הפוגעת בזכויות יסוד יש לבססה על ראיות ברורות, משכנעות וחד משמעויות.

”טיבן של הראיות המינהליות הנדרשות, כמותן ואיכותן נגזרים מאופיו של העניין העומד לדין, וממשמעות ההחלטה המינהלית המתקבלת. אין דומה עוצמת הראיות הנדרשת לצורך החלטה שלה השלכה ישירה על זכויות היסוד של הפרט, והיא עלולה לפגוע בזכויות אדם כענין שמשמעותו שולית לאינטרס הפרט ואינטרס הציבור. ישנה קורלציה ישירה בין נושא ההחלטה והשלכותיה על הפרט ועל הכלל לבין מידת הביסוס הראייתי הנדרש לגיבוש התשתית העובדתית עליה היא נשענת”.

רע"ב 426/06 נאסר חווא נ' שב"ס (טרם פורסם, ניתן ביום 12.03.06).

ראו גם: בג"ץ 1029/06 נודלמן נ' שר הפנים (טרם פורסם, ניתן ביום 14.05.08); בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 919, 930 (2003); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, נ(6), 352, 372 (2002); בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4), 690, 716 (1998); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת – עשרה, פ"ד (2), 225, 251 (1985).

15. העותר יוסיף, כי פרשנות הוראות הפקני"צ הרלוונטיות חייבת לדור בכפיפה אחת עם כללי הפרשנות החוקתית. משמע, כי אין להסתפק בפרשנות נוקשה של הכללים לפיה די אם העותר ממשיך לקיים מגע עם ארגון עוין על מנת לשלול ממנו את זכותו להתייחדות אלא על אותו מגע להוכיח כי הוא עלול במידה קרובה לוודאי להביא לפגיעה בביטחון המדינה או בכל אינטרס מוגן אחר. פרשנות זו מתחייבת מדברי בית המשפט העליון שנאמרו מקדמת דנא באשר למבחן הפרשני שיש להפעיל בבואו להגביל זכות יסוד בטענת פגיעה בביטחון המדינה.

ראו: בג"ץ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז (1), 871 (1953).

הפגיעה בזכויותיו לש העותר הנה בלתי מידתית:

25. העותר יטען, כי הסירוב לאפשר לו להתייחד עם זוגתו אינו עומד במבחני המשנה של עקרון המידתיות שנקבעו בפסיקה; קרי, מבחן ההתאמה הרציונאלית בין המטרה לאמצעי, האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן האמצעי המידתי.

א. מבחן ההתאמה הרציונאלית בין האמצעי למטרה

35. על-פי מבחן זה נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי צריך להוביל באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה החקיקתית (ראו: בג"צ 3477/95 ישראל בן עטיה ואח' נ' שר החינוך והתרבות, מט (5) 1, 12). מתשובותיו של המשיב עולה, כי ההחלטה לשלול מהעותר אפשרות כלשהי של התייחדות והבאת ילדים לעולם נובעת מסיווגו הביטחוני המטיל חזקה של המשך קשר עם ארגון עוין. מתשובתו של המשיב לא ניתן להבין מהי בדיוק המטרה שעמדה כנגד עיניו כאשר

החליט כי שלילת ההתייחדות הנה האמצעי היעיל והרציונאלי להגשמתה. מכאן יטען העותר כי העדר ראיות פוזיטיביות ברורות המצביעות על הקשר בין המגע עם ארגון עוין ולמימוש הזכות להתייחדות ניתק למעשה את הקשר הרציונאלי בין האמצעי שבחר המשיב למטרה אליה הוא שואף.

ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: החובה לערוך בדיקה אינדיווידואלית ולהכיר בנסיבות חריגות

45. 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.

55. החובה לערוך בדיקה פרטנית ולא להסתפק בהשתייכותו של אדם "לקבוצת סיכון המטילה חזקה כלשהי" כעילה לפגיעה בזכויות היסוד שלו נובעת מעקרון המידתיות. רק באמצעות בדיקה אינדיבידואלית תוך התחשבות בנתונים ראויים, של כל מקרה לגופו ניתן לצמצם את הפגיעה הגורפת בזכות היסוד. חובה זו מצאה ביטוי בפסיקה ענפה של בית המשפט העליון.

65. בפס"ד **עדאלה נ' שר הפנים** שבו נדונה שאלת תוקפה של חקיקה שהגבילה זכויותיהם של אזרחי המדינה הערבים לאיחוד משפחות עם פלסטינים תושבי השטחים, נקבע בדעת רוב, כי אין להסתפק בהשתייכותו של אדם ל"קבוצת סיכון" מסוימת על מנת לבסס פגיעה בזכויות יסוד שלו, וכי הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. היטיב לתאר זאת הנשיא (בדימוס) ברק:

"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."

בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים, פסקה 69 לפס"ד של השופט ברק** (טרם פורסם, ניתן ביום 14.05.06); ראו גם: סעי' 11, 12 ו-13 לפסק דינה של השופטת ביניש; סעיפים 1, 15, 19, 20, 21 ו-22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 23 לפסק דינו של השופט גיבראן; וסעיפים 4 ו-5 לפסק דינה של השופטת חיות.

75. בפס"ד **סיף נ' לשכת העיתונות הממשלתית** נדון תוקפה של החלטת לשכת העיתונות לא להוציא תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף לאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה ולא להאריך את תוקפן של תעודות שהוצאו בעבר. בית המשפט ביטל את החלטת לשכת העיתונות הנ"ל וקבע, כי אי עריכת בדיקה אינדיווידואלית לעיתונאים מבקשי התעודות אך בשל השתייכותם "לקבוצת סיכון" פוגע מעל הנדרש באינטרס לעיתונות חופשית ורק בדיקה עניינית אינדיווידואלית תוכל להפחית מחומרת פגיעה זו.

בג"ץ 5627/02 **אחמד סיף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח'**, נח(5) 70 (2004); 77-87 (2004)

ראו גם: בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח', נח(2) 357 (2004); בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1, 15 (1996).

85. חובת המשיב לשמור על כבודם וזכויותיהם של האסירים ולבחון הגבלות זכויותיהם בקפידה ובאופן פרטני חלה על כולם ללא קשר לסיווגם בבית הסוהר, כלשונה של השופטת פרוקצ'יה בעניין דוברין ובהקשר של זכותו לש האסיר יגאל עמיר להולדה ולהורות:

"כחברה נאורה, עלינו להבטיח את השמירה על כבוד האסיר, ואת ההגנה על זכויותיו כל עוד אין בכך כדי לסתור את תכליותיו האמיתיות של המאסר, או לעמוד בניגוד לאינטרס ציבורי רב חשיבות המצדיק את הצרת זכויותיו. חובה זו חלה לגבי כל אסיר באשר הוא. כך לגבי אסיר השפוט לתקופה קצרה, וכך הוא לגבי אסיר המרצה מאסר ארוך בגין פשעים חמורים; כך הוא לגבי אסיר עולם שנשפט בגין רצח, ויהא זה רצח על רקע מלחמת כנופיות בעולם התחתון, או רצח של ראש ממשלה. כך הוא לגבי אסיר בטחוני." (הדגשה לא במקור)

בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, ניתן ביום 13.06.06).

95. בעניין פלוני ז"ל נ' שב"ס נדון עניינו של אסיר נשא נגיף האידס להתייחד עם בת זוגו. בית המשפט דחה אומנם את ערעורו של האסיר אולם יחד עם זאת הוא ראה לנכון להדגיש, כי בחינת זכאותם של אסירים נשאי נגיף אידס תיבחן באופן פרטני וכל מקרה לגופו, על רקע נסיבותיו המיוחדות של האסיר, תוך שימת הדגש, בין היתר, "על הפרופיל האישיותי של האסיר, נשא האידס, ככל שהוא עלול להשפיע על התנהגותו ביחס לבת זוגו, וממילא להשליך על שלומה ובריאותה".

רע"ב 2416/05 פלוני ז"ל נ' שב"ס, פסקה 2 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, ניתן ביום 16.08.07).

06. ועוד; גם אם נקבע בעניין יונס, כי מדיניות שב"ס הכללית ביחס לאסירים ביטחוניים הנה סבירה וכי לשון החריג הקבוע בסעיף 4.ב. הנה סבירה, הרי עדיין יש מקום, ואף חובה לשקול את נסיבותיו הפרטניות של העותר ולראות בו כמקרה מיוחד המצדיק בחינה מיוחדת, כדברי בית המשפט העליון בעניין חליחל נ' שר הפנים שניתן לפני כמה חודשים, כדלקמן:

"ככלל אין פסול בקיומה של מדיניות לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת במקרים שונים וכבר ציינו כי המדיניות הכללית שמנחה את המשיבים בתחום זה היא סבירה לעצמה. ואולם גם כאשר גובשה מדיניות שכזו – ואפילו קיימים כללים וקריטריונים להפעלת המדיניות... על הרשות לפעול תוך הפעלת שיקול דעת פרטני ולבחון כל מקרה לגופו. זוהי הסוגיה של "המקרה המיוחד" במשפט המנהלי ועל הרשות המנהלית מוטלת החובה להתחשב בו במסגרת שיקול

שעתה, שאם לא תעשה כן – יהיה בכך כדי לפגום בהחלטתה.”

בג"ץ 2390/10 חליחל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 23.05.10), פסקה 10.

16. מקרהו המיוחד של העותר מצדיק סטייה מהכללים הנוקשים ביחס לאסירים המסווגים כביטחוניים. פקודות בתי הסוהר הן ככלות הכל הנחיות מנהליות שאינן אמורות להיות נוקשות. בית המשפט העליון קבע, כי לעיתים ישנה אף חובה לסטות מהנחיות מנהליות. מקרהו של מר דקה הנו המקרה החריג המצדיק סטייה מפקודות בתי הסוהר תוך הפעלת שיקול דעת מיוחד הלוקח בחשבון את מורכבות נסיבותיו כמפורט לעיל.

ראו: בג"ץ 6867/96 המועצה המקומית כפר כנא נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 111, 115 (1998)

26. הנה כי כן, בדיקה אינדיווידואלית הנה הערובה לקיום מבחן הפגיעה הפחותה ביותר. יישום עקרונות פסקי הדין הנ"ל מביא אותנו למסקנה, כי מחובת הבדיקה הפרטנית המוטלת על המשיב נגזרת החובה לא להסתפק בהגדרתו של האסיר כביטחוני כעילה לשלילה גורפת של זכויות. שומה על המשיב להביא בחשבון כל הנתונים האחרים הרלוונטיים והאמינים לצורך העניין לרבות נסיבותיו האישיות של האסיר, גילו, הזמן שריצה עד כה בבית הסוהר, רמת המסוכנות הנובעת ממנו באופן אישי, שינויים שעבר במהלך מאסרו וסיכויי שחרורו, וכן זכויותיהם של אחרים התלויים באסיר.

36. למותר לציין, כי חובת עריכת בדיקה עניינית ופרטנית אשר מתחשבת בנסיבותיו ונתוניו האישיים של העותר והדאגה לצמצום הפגיעה בזכויותיו מתחזקת נוכח העובדה, כי הסיווג הביטחוני הנו החלטה מנהלית שמתקבלת, בדרך כלל, על-ידי שב"ס עם כניסתו של האסיר לבית הכלא. בהיות הסיווג הביטחוני החלטה מנהלית ולא תולדה של הוראת דין כלשהי, שומה להקפיד ביתר שאת על צמצום הפגיעה בזכויות האסיר ככל שהדבר נובע מההגדרה עצמה.

46. אין חולק, כי נסיבותיו האישיות של העותר, גילו המתקדם, אי זכאותו לעת הזו ליציאה לחופשות, זכותה של רעייתו לשאת עובר ברחמה מבן זוגה ואי קציבת עונשו עד כה בנוסף להסרת תווית ההשתייכות הארגונית מסיווגו, אמורים להוות שיקולים דומיננטיים לצורך החלטה בעניינו.

ג. מבחן האמצעי המידתי

56. 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"ץ 7052/03 עדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.05.06); בג"ץ 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).

66. חברה המקדמת את ערך כבוד האדם לא תימנע התייחדות ממנו מבלי ליידע אותו בדבר הסיבות לכך. חברה דמוקרטית המכירה בחשיבות מיצוי זכויות האדם של האסיר בכלא לא תמנע ממנו התייחדות אך ורק בשל העבירה שבגינה הורשע. חברה נאורה אמורה תחילה לנקוט בכל האמצעים על מנת להבטיח מימוש הזכות ורק לאחר שאלה ימצאו כבלתי מספיקים תבוא ותצהיר על רצונה, בלית בררה, להגביל את הזכות וגם אז בצורה מדתית.

76. העותר יטען כי שיקול חלוף הזמן מאז מעצרו (25 שנים) מחזק את השיקול ההומניטארי שעומד בבסיס זכותו להתייחדות. על זה עמד כב' השופט ברק באומרו:

"עם חלוף השנים והחודשים, הופך השיקול ההומניטרי כבד יותר ויותר. לעומת זאת, חלוף הזמן הולך ומקטין את משקלו של השיקול הביטחוני. בעניין זה שאלנו את נציגי הצבא שהופיעו בפנינו ובדקנו את השיקולים בדוק היטב. שוכנענו כי באיזון הראוי בין השיקולים ההומניטריים לבין שיקולי הביטחון, יד השיקולים ההומניטריים על העליונה".

בג"ץ 794/98 **שיח' עבדאל קארים עובייד נ' שר הבטחון ואח'**, פ"ד נה (5) 769, 774 (2001)

86. הקשר שלילת הזכות להתייחדות לתקופת זמן ארוכה כבענייננו, ציין השופט אלון, כי:

"דבר ברור הוא, ואין צריך לאמרו ולנמקו, ששלילת האפשרות מאדם בוגר לקיום יחסי אישות, לתקופת זמן שאינה קצרה, פגיעה קשה יש בה באדם שהימנו היא נשללת. יצר המין הוא דבר טבעי ואנושי, ודיכוי של יצר זה על כורחו של בעל היצר נוגד את טבע האדם וצרכיו. קיומה של זכות זו מובן הוא מאליו, ואין הוא נובע מכך שכתוב הוא עלי ספר, וקיים הוא אף אם אינו מנוי בקריטריונים, ובנסיבות רגילות וחריגות, למיניהם ולסוגיהם".

בג"ץ 114/86 **וייל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 447, 482-483 (1987);

על יסוד האמור לעיל ולאור הצורך החיוני של העותר ובת זוגו להתייחדות; העובדה כי מאז נישואיהם לא התאפשר להם להתייחד; התקופה הארוכה אותה ריצה העותר בבית הכלא והתקופה הארוכה שהוא צפוי לרצות ללא חופשות, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את עתירתנו ולהורות למשיב להתיר לו התייחדות עם בת זוגו בהקדם.

עביר בָּפֶר-עורכת דין

ב"כ העותר