



19.03.2020

לכבוד
מר עו"ד אביחי מנדלביט
יועץ משפטי לממשלה
באמצעות פקס: 02-6467001

לכבוד
מר בנימין נתניהו
ראש הממשלה ראש הממשלה
באמצעות פקס: 02-5605000

לכבוד
מר עו"ד יוכי גינסיין
יועמ"ש שירות בתי הסוהר
באמצעות פקס: 08-9193840

שלום רב,

דחוף!

הנדון: תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות

מעצר ובתי סוהר), התש"ף-2020

הריני לפנות אליכם בזאת בדרישה להורות לממשלה ולכל משרדיה להימנע מהפעלת תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי סוהר), התש"ף-2020 (להלן: "התקנות"), במתכונתם הנוכחית, בהיותן גורפות ופוגעות בזכויות יסוד של עצורים ואסירים להיוועצות עם עו"ד באופן גורף ולא מידתי, וזאת כדלקמן:

1. ביום 15.3.2020 התקין ראש הממשלה את התקנות דנן לפיהן השר לביטחון פנים "רשאי להכריז כי אין לאפשר כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ולבתי הסוהר", לצורך מניעת הדבקה או המשך התפשטותו של נגיף הקורונה (ת' 2(א) לתקנות). הכרזה כאמור תהיה לתקופה של 30 ימים, אך ניתן להאריכה לתקופות נוספות, של עד חודש ימים כל אחת (ת' 2(ב) לתקנות). יודגש כי הגבלה זו חלה הן על אסירים המרצים את עונשם והן על עצורים שטרם הורשעו, בגירים וקטינים כאחד (ת' 4 לתקנות).

2. תחת זאת, התקנות קובעות כי "אסיר יהיה זכאי להיוועץ בעורך דין בשיחה טלפונית לשם קבלת שירות משפטי מקצועי, ביוזמתו או לבקשת עורך דינו" (ת' 3(א)) כאשר שיחה כאמור "תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים סודיות השיחה" (ת' 3(ג)).

3. בנוסף לכך, ישנן הגבלות נוספות על אסירים שפוטים ביטחוניים. בהתאם לתקנה 3(ד) "אסיר שפוט שהוא אסיר ביטחוני, יהיה רשאי לקיים שיחת טלפון עם עורך דינו, ובלבד שדיון משפטי בעניינו

צפוי להתקיים בתקופת ההכרזה; שיחת טלפון אחת כאמור תתקיים בסמוך לפני הדיון ושיחה אחת לאחריו; מפקד בית הסוהר שבו שוהה האסיר רשאי להגביל את משך השיחה באופן סביר".

4. יתרה על כך, הכרזת השר על מניעת כניסת מבקרים כוללת בתוכה מניעת ביקורי בני משפחותיהם של האסירים (ת' 2(א)). בעוד אסירים פליליים זכאים גם בימים כשגרה, לשמור על קשר משפחותיהם באמצעות שיחות טלפון, הרי שהדרך היחידה הנהוגה לשמירת הקשר בין אסירים ביטחוניים למשפחותיהם הינה באמצעות ביקורים. כעת, התקנות אוסרות על ביקורים אלה ואינן מציעות אלטרנטיבה שתחליף או תפצה על מניעת הקשר המוחלט בין אסירים ביטחוניים למשפחותיהם.

5. בעוד אין מחלוקת בדבר חובת שירות בתי הסוהר לשמור על שלומם ובריאותם של האסירים והעצורים, כולל מפני התפשטות מגיפת הקורונה, התקנות האמורות נתקבלו בחוסר סמכות והן פוגעות בצורה חמורה, גופרת ולא מידתית בזכות החוקתית להיוועצות עם עורכי דין ועל כן הן בטלות, הכל כפי שיוסבר להלן.

הפגיעה בזכויות חוקתיות

פגיעה בזכות להיוועצות ובזכות הגישה לערכאות

1. התקנות פוגעות באופן הגורף ביותר בזכות העצורים והאסירים להיוועץ עם עורכי דין. בית המשפט הכיר, בשורה ארוכה של פסקי דין, בזכות של עצורים ואסירים להיפגש עם עורך דין כזכות יסוד. זכות זו זכתה למעמד חוקתי בהיותה נגזרת "מזכותו של אדם לחירות אישית" (בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מז(2) 843, 847 (1993); ראו גם: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004)). זכות זו אף עוגנה במספר חוקים, תקנות ופקודות נציבות, המטילים חובה פוזיטיבית על הנהלת בתי הסוהר לאפשר את מימושה של זכותם החוקתית של האסירים והעצורים להיפגש עם עורכי דינם.

2. נוסף כי, בנוסף לחשיבות של זכות ההיוועצות בהקשר לקיום ההליך המשפטי, הרי המפגש עם עורך הדין משמש ערובה מרכזית לשמירה על זכויות חוקתיות נוספות כגון: הזכות לשלמות הגוף, הזכות לקבל טיפול רפואי, הזכות לכבוד האדם. לביקורי עורכי דין, ישנה חשיבות רבה גם בהקשר של מניעת עינויים ויחס לא אנושי ותיעודם וכן בקרה על שימוש באמצעים שונים העלולים לפגוע בגופם ובבריאותם של האסירים. לאור המצב הבריאותי השורר במדינה, הביקור של עורך דין משמש כביקורת חיצונית יחידה על הנעשה וההערכות מפני הטיפול במגיפה בבתי סוהר.

3. בית המשפט העליון עמד, לא אחת, על כך שהימצאותו של אדם בבית הסוהר אינה שוללת ממנו זכויות יסוד, וכי "אין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין" (בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 830-832 (1984); ראו גם: ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152-153 (1996)).

4. אמנם ת' 3(ג) קובעת כי היוועצות טלפונית עם עורך דין "תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה", אך בכך אין כדי לאיין את הפגיעה החמורה בזכותם של האסירים להיוועצות עם עורכי דינם.
5. מעבר לנדרש נציין כי העובדה ש"נציב בתי הסוהר או סוהר בדרגת גונדר שהוא הסמיך לעניין זה, רשאי לאפשר, במקרים חריגים, כניסת עורך דין .." (ת' 5) אינה מרפה את הפגיעה. שכן, קיומו של חריג שתלוי בשיקול דעת רחב שאין בצידו שיקולים מנחים ברורים, מאפשר לפגוע באופן דרסטי ביותר בזכויות יסוד חוקתיות של האסירים.
6. ההגבלה האמורה חמורה במיוחד בהקשר של חסימת גישתם של אסירים ועצירים שהם אסירים ביטחוניים שרובם אינם בקיאים בשפה העברית, ליעוץ משפטי וזאת חרף הידיעה, כי החזקתם במתקני כליאה חושפת אותם לפגיעות שונות, ועל כן, הקשר שלהם עם עורכי דינם הינו הכרחי לצורך מימוש זכותם לבוא בשערי בית המשפט ולבקש סעד (ראו עניין **האגודה**, פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין) ובזכותם לגישה לערכאות (ראו: בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (פורסם במאגרים, 12.12.2006). ראו גם: ע"א 3115/93 **ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה**, פ"ד (4) 549 (1997))

פגיעה בזכות החוקתית לכבוד ושוויון

7. יתרה מכך, גם ה"הסדר החלופי" לעניין קיום שיחות טלפוניות בין אסירים בטחוניים לעורכי דינם הינו פגועני מאוד. שכן, אין שום הצדקה לקבוע הסדר שונה לגבי אסירים בטחוניים ולהגביל את האפשרות לקיים היוועצות אך ורק לאסירים שפטים אשר נקבע בעניינם דיון בתקופה האמורה וכן להגביל הן את מספר השיחות והן את אורכן. דברים אלו מקבלים משנה תוקף לאור בג"ץ 5109/16 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם במאגרים, 28.2.2017). שם בוטלו השינויים שנערכו בפקודת נציבות 04.34.00 אשר הטילו מגבלות על כניסת עורכי הדין למתקני כליאה לצורך מתן ייעוץ מקצועי לאסירים ועצורים ואשר כללו הגבלת משך הפגישה, מספר הפגישות שניתן לקיים בשבוע וקבלת אישור מראש לקיום הפגישה. הצדדים באותו עניין, הגיעו להסכמה להסיר את אותם ההגבלות, זאת מכוח ההכרה בחשיבות הזכות להיוועצות של אסירים עם עורכי דינם.
8. מה גם שתקנות הללו פוגעות באופן מוגבר באסירים ביטחוניים מאחר והם מקבלים יחס מפלה ללא הצדקה, דבר אשר פוגע אף בעיקרון השוויון.

פגיעה בזכות לקשר משפחתי

9. זכותו של האסיר לקבלת ביקורים מעוגנת היא, בין היתר, בפקודת בתי הסוהר [נוסח משולב], תשל"ב – 1971 ובפקנ"צ 04.42.00. אחת המטרות המרכזיות של זכות היסוד של האסירים לביקורים הנה שמירה על קשר עם בני משפחתו של האסיר. על-פי פקנ"צ 04.42.00 ביקור האסיר בבית הכלא הנו "**אחד מאמצעי הקשר החשובים שבין האסיר למשפחתו, חבריו וידידיו. הביקור עשוי להקל על האסיר בעת שהותו בבית הסוהר, ולעודדו בשעת משבר**". זכותו של האסיר לביקורים איננה עומדת בפני עצמה ומימושה מחייב השתתפות מלאה מטעם בני המשפחה. אי לכך מניעת ביקורי משפחות באופן מוחלט וגורף, ואי מתן אלטרנטיבה חילופית למימוש זכות זו, למצער דרך מתן אפשרות של שיחות טלפון, מהווה פגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכות האסירים לקשר משפחתי.

חוסר סמכות

1. התקנות הנ"ל הותקנו על ידי הממשלה ללא סמכות ועל כן הינן בטלות. אמנם נכתב בתקנות כי הן הותקנו מכוח סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה המסמיך את הממשלה, במצב חירום, להתקין תקנות שעת חירום, אך בטרם הפעלת הסמכות האמורה, החוק מחייב הכרזה על מצב חירום על פי סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה הקשור למגפת הקורונה. הכרזה כאמור לא נעשתה על ידי הממשלה או הכנסת.
2. בנוסף, חוסר הסמכות גם נובע מכך כי התקנות פוגעות בזכות האסירים לגישה לערכאות ולכבוד. חוק יסוד: הממשלה קובע הגבלות על סמכות הממשלה לפגוע באמצעות תקנות שעת חירום בזכות לפניה לערכאות באופן מוחלט וכתנאי סף. כך קובע סעיף 39(ד) לחוק היסוד כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם." (ההדגשה לא במקור). ודוק, כאן לא מדובר בפגיעה שאמורה להיות מידתית אלא מדובר בתנאי סף האוסר על פגיעה באופן מוחלט בזכות לכבוד (ראו עניין זה בג"ץ 98/6971 פריצקי נ. ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999)). שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), בג"ץ 98/6971 פריצקי נ. ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999)).

הפגיעה אינה מידתית:

1. לחלופין ומעל לנדרש, התקנות האמורות פוגעות בזכויות האסירים באופן בלתי מידתי. ראשית, הלכה פסוקה היא שהשימוש בסמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום על בסיס חוק יסוד: הממשלה מחייבת קודם כל לפנות להליך של חקיקה ראשית (בתור הוראת שעה) וכי אי מיצוי הליך זה הינו פגיעה בעקרון המידתיות ובבחינת אי בחירת החלופה הפחות הפוגענית.
2. שנית, אמנם התכלית של שמירה על בריאות האסירים הינה תכלית לגיטימית וראויה, אך לא ברורה התכלית של ההגבלות הנוספות שהוטלו של האסירים הביטחוניים. בהיעדר תכלית ראוי ברורה, הרי אמצעים אלה כלל לא עומדים במבחן הקשר הרציונאלי.
3. שלישית, האמצעי אשר אומץ בתקנות הינו גורף וקיצוני. שכן, אף לפי הוראות משרד הבריאות הקובעות הגבלות על מספר האנשים הנמצאים באותו חדר תוך הקפדה על המרחק בינם, אפשר לקיים את מפגש ההיוועצות בין האסיר לבין עורך דינו.
4. יתרה מכך, החריגים השונים שקובעות התקנות לעניין ביקור נציגי הצלב האדום הבינלאומי (ת' 6(ב)) ומבקרים רשמיים (ת' 6(ג)) ואף עורכי דין במקרים מיוחדים (ת' 5), מוכיחה שגם לפי התקנות אפשר לקיים ביקורים ב"אופן ובתנאים שיצמצמו את הסיכון להדבקה". דהיינו, קיימים אמצעים חלופיים שפגיעתם בזכויות האסירים הינה פחותה.
5. עוד יודגש כי מדובר בפגיעה גורפת ושרירותית בזכויות האסירים, שכן לא נעשתה בדיקה פרטנית לגבי כל אסיר ואסיר. פגיעה מעין זו הינה בהכרח בלתי סבירה ובלתי מידתית בעליל. על חשיבותה של בדיקה פרטנית בעניין שלילת זכות מן אסירים המסווגים כאסירים ביטחוניים ציין הנשיא ברק (כתוארו דאז) כלהלן:

" 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. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית

המשפט העליון (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 15; פרשת סטמקה, עמ' 779) [...] הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות." (בג"ץ 7052/03 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 70-69 (2006))

לעניין חשיבותה של הבחינה הפרטנית ראו גם: דנג"ץ 204/13 **צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם במאגרים, 14.04.2015)

6. **רביעית**, לאור על האמור לעיל אין ספק כי הפגיעה החמורה והגורפת של התקנות בזכויות החוקתיות עולה בהרבה על התועלת שיש בבחירה באמצעי קיצוני וגורף זה.

לאור כל האמור לעיל, ובשל הפגיעה החמורה בזכויותיהם החוקתיות של האסירים להיפגש עם עורכי דינם, אבקשך להנחות בהקדם האפשרי את כל המעורבים בדבר, בכל הדרגים, להימנע מהפעלת התקנות במתכונתן הנוכחית כלל, כך שיתאפשר מפגש בין אסירים ועצורים ועורכי דינם.

לאור דחיפות הנושא נבקש את תגובתכם בהקדם האפשרי ותוך 24 שעות.

בכבוד רב,

איה חאג' עודה, עורכת-דין

העתקים:

מר יעקב ליצמן, שר הבריאות - בפקס: 02-5655969

מר גלעד ארדן, השר לבטחון פנים - sar@mops.gov.il