



בבית המשפט העליון

רע"ב 6956/09

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית

המבקשים : 1. מאהר יונס
2. סמיר סרסאוי
3. עלי עמריה

נגד

המשיב : שירות בתי הסוהר

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהלים בנצרת בעע"א 112/09, 175/09 ו-211/09 שניתן על ידי כבוד השופט ד' צרפתי ביום 28.6.2009

תאריך הישיבה : כ"ה בסיון התש"ע (07.6.10)

בשם המבקשים : עו"ד ס' בן-נתן

בשם המשיב : עו"ד ה' גורני

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בנצרת (כבוד השופט ד' צרפתי) בעע"א 112/09, 175/09 ו-211/09 שניתן ביום 28.6.2009 בו נדחתה עתירתם של המבקשים בה השיגו על החלטת המשיב שלא לאפשר להם לקבל ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה.

רקע

1. עניינה של בקשת רשות הערעור שלפנינו הוא סירובו של המשיב לאפשר למבקשים, אסירים ביטחוניים, לקבל ביקורים של ידידים ובני משפחה שאינם מדרגה ראשונה. בפי המבקשים טענות עקרוניות באשר להוראות המסדירות עניין זה וכן טענות פרטניות הנוגעות לענייניו של כל אחד מהם.

2. המבקשים הם אזרחי ישראל שהורשעו בביצוע עבירות שונות במהלך שנות ה-80 של המאה הקודמת ושכנין נגזר על כל אחד מהם עונש של מאסר עולם. עונשו של המבקש 1 לא נקצב ועונשם של המבקשים 2 ו-3 נקצב לתקופה של 45 שנים ו-40 שנים בהתאמה.

3. במהלך מאסרם, התיר המשיב למבקשים לקבל ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה, ואולם בשלב מסוים סירב הוא להתיר קבלת ביקורים אלו על ידי המבקשים, מן הטעם שקבלתם אסורה על פי פקודות נציבות שירות בתי הסוהר (להלן גם: שב"ס). למבקש 1 סירב המשיב להוסיף ולאשר ביקורים אלו בחודש אוגוסט 2007, למבקש 2, בחודש אוגוסט 2008 ולמבקש 3, בשנת 2006. בעקבות זאת, עתרו המבקשים לבית המשפט לעניינים מנהליים בנצרת.

4. בית המשפט לעניינים מנהליים, שדן במאוחד בעתירות, דחה אותן ומכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו. קודם שאעמוד על טענות הצדדים לפני בית המשפט לעניינים מנהליים ועל הקביעות בפסק דינו, אקדים מספר מילים על המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית. הקדמה זו תקל על הבנת טענות הצדדים וקביעותיו של בית המשפט לעניינים מנהליים.

המסגרת הנורמטיבית

5. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: הפקודה או פקודת בתי הסוהר) היא המסדירה את פעילותם של בתי הסוהר בישראל. הפקודה קובעת, בין היתר, הוראות שונות באשר לתנאי המאסר בבתי הסוהר. בסעיף 47 לפקודה, מצויות הוראות שונות הנוגעות לאסיר שפוט. בין אלה נקבע בסעיף 47(ב) כי:

”אחרי תום שלושת החדשים הראשונים של מאסרו, ולאחר מכן – כל חדשיים, מותר להרשות ביקורי ידידים לעיני סוהר ובטווח שמיעתו וכתיבת מכתב וקבלתו.”

6. בתקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן: תקנות בתי הסוהר), אותן התקין בשעתו שר המשטרה בהתאם לסמכותו על פי סעיף 132 לפקודת בתי הסוהר, נקבע מהן טובות הנאה אותן יכול מנהל בית סוהר להעניק לאסירים ונקבעה סמכותו של מנהל בית סוהר לשלול טובות הנאה:

"19. (א) מנהל בית הסוהר רשאי, על פי כללים שקבע הנציב, להעניק לכלל האסירים או לסוג אסירים או לאסיר מסויים טובות הנאה מעבר לזכויות מוקנות שנקבעו בחיקוק, כגון: ביקורים, מכתבים, חופשות, קניית מצרכים, האזנה לשידורים בכלי-תקשורת או צפייה בהם (להלן – טובות הנאה), המותנות בהתנהגותו הטובה של האסיר המסויים או בסוג בית הסוהר או האגף שבו הוא מוחזק או במצב בבית הסוהר.

(ב) מנהל בית הסוהר רשאי, לפי שיקול דעתו, למנוע מאסיר שהתנהגותו איננה טובה או מסוג אסירים בבית הסוהר או מכלל האסירים בבית הסוהר טובות הנאה; מניעת טובות הנאה תיעשה על-פי כללים שקבע הנציב.

(ג) ..."

7. בנוסף, נקבע בתקנה 30 לתקנות בתי הסוהר, כי הנציב רשאי למנוע ביקורים מאסירים, ובכלל זאת נקבע בסעיף קטן (ג) כדלקמן:

"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 בבטחון המדינה או בבטחון הציבור."

8. אוסיף כי בסעיף 80א לפקודת בתי הסוהר ניתנה לנציב שירות בתי הסוהר הסמכות לקבוע הוראות ולהוציא פקודות:

"80א. (א) הנציב יוציא, באישור השר, הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לעניין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה (להלן – הוראות שירות בתי הסוהר).

(ב) הנציב יוציא פקודות כלליות שיקבעו פרטים בנושאים האמורים בסעיף קטן (א) (בפקודה זו – פקודות נציבות בתי הסוהר)."

9. בהתאם לסמכותו זו, הוציא נציב שירות בתי הסוהר הוראה העוסקת בתנאי מאסר ובכלל זאת בביקורי אסירים (הוראה מס' 5.06). בעיקרה חוזרת ההוראה על

הקבוע בסעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר ובתקנה 19 לתקנות בתי הסוהר (ראו בהרחבה בפסקה 49 להלן).

10. בנוסף, בהתאם לסמכותו על פי סעיף 80א(ב) לפקודה, שינה נציב שירות בתי הסוהר את פקודת נציבות שירות בתי הסוהר מס' 03.02.00 שכותרתה "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" (להלן: פקודת האסירים הביטחוניים). הפקודה בנוסחה כיום נכנסה לתוקפה בשנת 2002. מטרתה של פקודה זו, כעולה מסעיף 2 לה, היא "לפרט את כללי הביטחון הייחודיים של האסירים הביטחוניים ותנאי מאסרם". פקודה זו מסדירה עניינים רבים. בכלל זאת, מתייחסת הפקודה לאופן בו יתקבל אסיר ביטחוני לבית הסוהר; לתנאי אחזקתם של אסירים ועצורים ביטחוניים ולהעברתם בין אגפים שונים בבית הסוהר ובין בתי הסוהר השונים; לקיום מצוות דת; לקיום פעילות חינוך; למתן חופשות; למשלוח צילומי אסירים ולקבלת סרטי וידאו; לקיום קשר טלפוני עם החוץ; לטיפול בתלונות האסירים הביטחוניים ובעתירותיהם; למזון, ציוד ומוצרים אחרים שיסופקו להם ועוד כהנה וכהנה הוראות.

11. חלק ניכר מפקודת האסירים הביטחוניים עוסק בהסדרת הביקורים אצל אסירים אלו. במסגרת הפקודה, נערכת אבחנה בין עצירים לבין אסירים. באשר לאסירים, ההסדר העקרוני בנוגע לביקורים הוא כי אחת לשבועיים יקבלו האסירים ביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה: הורים, בן או בת זוג, אחים ואחיות וסבים וסבתות וכי מדובר בטובת הנאה הניתנת לשלילה אם "תפקודם של האסירים הוא שלילי" (וראו בהרחבה בפסקה 50 להלן). על כך יש להוסיף כי בסעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים נקבעו התנאים בהם ניתן יהיה לאשר הסרת המגבלות הקבועות בפקודה זו ביחס לאסיר מסויים:

"על אף האמור בסעיף קטן א' ניתן לאשר כליאתו של אסיר/עצור ביטחוני שלא בנפרד מאסירים פליליים וכן ניתן להימנע מלהטיל עליו מגבלות כמפורט בסעיף 1'ב' באופן מלא או חלקי, אם נתקיימו לגביו שני התנאים הבאים:

(1) מדובר באסיר שלא היה חבר בארגון עוין ולא סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה או באסיר שהיה חבר בארגון עוין או סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה, ריצה שליש מתקופת מאסרו או עשר שנים לפי המוקדם שביניהם, ושב"כ קבע לגביו, כי ניתן כל מגע, ישיר או עקיף, עם ארגון כאמור ועם חברי ארגון כאמור.
 (2) ניתנה חוות דעת שב"כ כי לא נשקפת כתוצאה מכליאתו שלא בנפרד ומאי הטלת מגבלות מיוחדות עליו, סכנה לפגיעה בביטחון המדינה.

חוות הדעת כאמור לא תינתן אלא לגבי מי שנתקיים
לגביו כל האמור בס"ק 1) לעיל."

12. לאחר שעמדתי על ההוראות הרלבנטיות לענייננו, אפנה לתיאור טענות הצדדים לפני בית המשפט לעניינים מנהליים ולהצגת קביעותיו.

טענותיהם העקרוניות של המבקשים

13. המבקשים טענו כי ההסדר לפיו אסירים ביטחוניים רשאים לקבל ביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה בלבד סותר את סעיף 47(ב) לפקודה, את תקנה 30 לתקנות בתי הסוהר ואת ההוראה הרלבנטית בהוראות שירות בתי הסוהר, שכן על פי הוראות אלה, אין לנציב סמכות למנוע ביקורי ידידים. עוד נטען על ידי המבקשים כי לאסירים זכות לביקורים הנגזרת מזכותם למשפחה ולקיום חיי אנוש. לשיטתם, שלילת הזכות לביקורים פוגעת בזכויות אלה ובכבוד האדם, ואינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), מאחר שהפגיעה אינה נעשית מכוח הסמכה מפורשת בחוק, ומאחר שאינה מידתית. כן נטען כי הסדר הביקורים האמור הינו הסדר ראשוני שמקומו בחקיקה ראשית ולא בפקודת נציבות.

14. באשר להוראת סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים, נטען כי זו אינה הוראה סבירה בשל הפער בינה לבין הוראת סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר. בכלל זאת, נטען כי ההשתייכות הארגונית של אסירים ביטחוניים בבתי הסוהר הינה מנהלית בלבד, ואין לה בהכרח היבט ביטחוני. עוד נטען כי התנאי הקבוע בסעיף 4.ב. (1) מפלה לרעה אסירים ביטחוניים ערביים ביחס לאסירים ביטחוניים יהודיים, בשל הדרישה לניתוק כל מגע עם ארגון עוין. באשר לאופן יישומה של הוראת סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים, נטען כי יש לבחון האם נשקפת סכנה לביטחון המדינה, כאמור בסעיף 4.ב. (2) בכל מקרה, וכי אין באי עמידתו של פלוני בדרישת סעיף 4.ב. (1) כדי לשלול בחינת עמידתו בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב. (2).

טענותיו העקרוניות של המשיב

15. המשיב טען כי ההוראות הנורמטיביות אשר המבקשים טוענים כי פקודת האסירים הביטחוניים עומדת בסתירה להן, מוסרות לידי את שיקול הדעת האם להתיר ביקורי ידידים אם לאו. המשיב הוסיף וטען כי למבקשים אין זכות קנויה לביקורים של כל אדם, וכי בכל מקרה, מהוראות אלה עולה כי ביקורים הם טובת הנאה שלמשיב סמכות למונעה מקבוצת אסירים על פי שיקול דעתו ובהתאם לפקודות ולהוראות שהוציא נציב שב"ס. כן נטען, כי פקודות נציבות מוצאות בהתאם לסמכות נציב שב"ס

על פי סעיף 80א(ב) לפקודת בתי הסוהר, וכי בהתאם להוראת סעיף זה מוסמך נציב שב"ס לקבוע מגבלות על ביקורי אסירים.

16. באשר להוראות פקודת האסירים הביטחוניים, טען המשיב כי יש צורך להטיל מגבלות מיוחדות על אסירים אלו, בפרט בכל הנוגע לקשריהם עם החוץ, על רקע הסיכון המיוחד הטמון בהם, וכי ההסדר לפיו לאסירים ביטחוניים יאפשרו קבלת ביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה בלבד הינו הסדר סביר. לשיטת המשיב, המדובר באיזון ראוי בין צרכי האסירים לבין הצורך למנוע סכנה לביטחון המדינה ולשמור על הסדר והמשמעת בבתי הסוהר. בהקשר זה עמד המשיב על כך כי להערכת הגורמים המקצועיים בשירות הביטחון, המסוכנות הביטחונית אינה טמונה בהכרח בזהותם של המבקרים אלא באסירים הביטחוניים ובהרחבת מעגל קשריהם עם גורמי חוץ.

17. באשר להוראת סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים, טען המשיב כי אף היא הוראה סבירה ומידתית היוצרת איזון ראוי בין צרכי האסירים לבין האינטרס למנוע סכנה ממשית לביטחון המדינה, וכי את הוראה זו יש לקרוא על רקע ההסדר הכולל של ביקורי אסירים ביטחוניים המאפשר קבלת ביקורי בני משפחה מדרגה ראשונה. באשר ליישום התנאים הקבועים בסעיף 4.ב. נטען כי מדובר בשני תנאים מצטברים וכי אין מקום לחוות דעה באשר למסוכנות האסיר הביטחוני, כל עוד לא עבר את משוכת התנאי הראשון והתברר כי הוא ניתק כל מגע עם ארגון עוין ועם חברים בו.

קביעותיו העקרוניות של בית המשפט לעניינים מנהליים

18. בהסכמת הצדדים, הכריע בית המשפט לעניינים מנהליים תחילה בטענותיהם העקרוניות של המבקשים. בית המשפט לעניינים מנהליים קיבל את עמדת המשיב וקבע כי ביקורים הם טובת הנאה ואינם בגדר זכות קנויה. לפיכך, נקבע כי פקודת האסירים הביטחוניים אינה סותרת את חוק היסוד. עוד נקבע, כי לנציב שב"ס הסמכות להתקין את פקודת האסירים הביטחוניים וכי זו אינה סותרת את פקודת בתי הסוהר או את תקנות בתי הסוהר. כן נקבע, כי האבחנה בין אסירים ביטחוניים לאסירים פליליים אינה בגדר אבחנה אדמיניסטרטיבית אלא אבחנה עניינית המעוגנת בשיקולים ביטחוניים, המבוססים על המסוכנות הנובעים מאסירים ביטחוניים. בית המשפט לעניינים מנהליים הוסיף וקבע כי הגבלת מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים לבני משפחה מדרגה ראשונה הינו הסדר סביר הנעוץ בטעם ענייני והוא המסוכנות הביטחונית הטמונה באסירים הביטחוניים עצמם ובהרחבת קשריהם עם גורמים חיצוניים. כן נקבע, כי העובדה שהמשיב מאפשר ביקורים של בני משפחה על אף סיכון זה, מלמדת כי ההסדר

הכולל בפקודת האסירים הביטחוניים הינו הסדר סביר. בית המשפט לעניינים מנהליים מצא חיזוק לסבירות ולמידתיות פקודה זו בחריג הקבוע בסעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים. עוד נקבע כי אין בעובדה כי פקודת האסירים הביטחוניים, בנוסחה קודם לעדכונה בשנת 2002, התירה ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה, כדי ללמד על אי סבירותה בנוסחה העדכני. בהקשר זה, קבע בית המשפט כי שינוי היקף הביקורים המותר מטעמים של "אקלים ביטחוני" ועמדת גורמי הביטחון הינו בגדר סמכותו של המשיב.

19. באשר לסבירות הוראת סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים, נקבע כי זו יוצרת איזון ראוי בין האינטרס הציבורי המעוגן בהוראות פקודה זו בכללותה ובין האינטרס הפרטני של האסיר הביטחוני, וזאת נוכח המסוכנות הטבועה באסירים ביטחוניים. באשר ליישומה של הוראת סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים, נקבע כי ככל שאסיר ביטחוני אינו עומד בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב.1, אין מקום לעבור ולבדוק האם הוא עומד בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב.2 לפקודה זו, וזאת נוכח לשונו הברורה של סעיף זה. באשר לאופן בו תיבחן עמידתו של אסיר בתנאיו של סעיף 4.ב.1, דהיינו בדרישה לניתוק כל קשר עם ארגון עוין או עם חברים בו, נקבע כי יש צורך בחוות דעת חיובית משירות הביטחון הכללי (להלן: שב"כ) כי האסיר ניתק קשר כאמור, וכי זו צריך שתיעשה על בסיס ראיות מנהליות ביחס לכל אסיר ואסיר. בית המשפט העיר כי יש מקום לבחון בזהירות מהו המשקל שיש לייחס להשתייכותו של אסיר ביטחוני לאגף המזוהה עם ארגון עוין כזה או אחר.

המשך ההליכים לפני בית המשפט לעניינים מנהליים; טענותיהם הפרטניות של המבקשים

20. בסוף החלטתו הנזכרת לעיל, הורה בית המשפט לעניינים מנהליים כי תוגשנה לו חוות דעת שב"כ באשר לעמידת המבקשים בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב.1 לפקודת האסירים הביטחוניים. השב"כ נמנע מלקבוע בעניינם של המבקשים כי אלו ניתקו כל מגע עם ארגון עוין. בנוסף, באשר למבקשים 2 ו-3 צויין כי מצוי מידע המלמד כי ההיפך הוא הנכון. כעולה מהחלטת בית המשפט לעניינים מנהליים, הוצגו בפניו אף מידע וידיעות פרטניות ביחס לכל אחד מן המבקשים.

21. לפני בית המשפט לעניינים מנהליים, טענו המבקשים כי עמדת השב"כ בנוגע לאי ניתוק מגעם עם ארגון עוין ועם חברים בו מתבססת על מידעי שב"ס בלבד, הנוגעים לאגף בו הם שוהים במהלך מאסרם ולמעמד שיש להם באחד מן הארגונים העוינים בכלא. לטענת המבקשים, אין באלו כדי ללמד על "קשר ארגוני מהותי". בעניין זה נטען כי אופן יישומו של התנאי הקבוע בסעיף 4.ב.1 לפקודת האסירים

הביטחוניים מלמד על חוסר הסבירות הטבוע בו, שכן דרישת המשיב בעת קבלת אסיר ביטחוני לבית הכלא כי הוא יציין לאיזה ארגון הוא משתייך, ומשכך אין אפשרות ממשית לצלוח תנאי זה.

22. עוד נטען כי יש ללמוד מן העובדה שבעבר, ובמשך תקופה ארוכה, התירו למבקשים לקבל ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה על משקל המידע שעל בסיסו ניתנה הערכת שב"כ, ועל כך שהערכה זו אינה כוללת בחינה מהותית וראויה של קשר לארגון עוין ולחברים בו. בנוסף, נטען כי לא נערכת אבחנה בין השתייכות ארגונית בתוך בית הכלא, לבין השתייכות לארגון החיצוני. בהקשר זה, עמדו המבקשים על כך כי לא נשפטו משמעתית, וכי מעמדם בקרב האסירים הביטחוניים מקורו בוותק ובניסיון שלהם, וביכולתם לייצג את האסירים בענייני היום-יום מול רשויות בתי הסוהר.

23. לבסוף, עמדו המבקשים 1 ו-2 על כך כי בעבר, במסגרת עתירות קודמות, המשיב לא התנגד לכך שיקבלו ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה, וזאת על בסיס הערכת השב"כ כי אין מניעה לקיום ביקורים אלו.

קביעותיו של בית המשפט לעניינים מנהליים בהחלטתו השנייה

24. בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי לצורך הוכחת קיומו של התנאי הקבוע בסעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים, יש צורך בהערכה חיובית של השב"כ בדבר ניתוק כל קשר עם ארגון עוין ועם חברים בו, וכי בחינת העמידה בתנאי זה תעשה באופן מחמיר ועל דרך הצמצום וההקפדה על קיום הוראות תנאי זה. עוד נקבע כי אין צורך להוכיח בראיות פוזיטיביות את מסוכנתו העכשווית של האסיר, וכי הערכה שהאסיר לא ניתק קשריו כנדרש על פי סעיף 4.ב.1) תהיה הערכה סבירה אם לא הוצגו בפני השב"כ "ראיות פוזיטיביות המלמדות על ניתוק הקשר" בזיקה לאסיר הפרטני. משכך, נקבע כי אין די באי הבאת ידיעות מודיעיניות שליליות המלמדות על קשר עכשווי לארגון עוין ולחברים בו. עוד נקבע כי הנטל להוכחת ניתוק כל קשר עם ארגון עוין ועם חברים בו מוטל על האסיר הטוען כי התנאי הקבוע בסעיף 4.ב.1) מתקיים לגביו.

25. על בסיס קביעות אלה ועל בסיס המידעים המודיעיניים שהוצגו לפניו, קבע בית המשפט לעניינים מנהליים, כי אי מתן חוות דעת חיוביות בנוגע למבקשים על ידי השב"כ איננה בלתי סבירה, שכן המידעים האמורים אינם מלמדים על ניתוק כל מגע עם ארגון עוין ועם חברים בו. בכלל זאת, נקבע כי אין בעובדה שבעבר התיר המשיב

למבקשים לקבל ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה, כד ללמד על חוסר סבירות הערכת השב"כ הנוכחית.

26. עוד ציין בית המשפט לעניינים מנהליים כי אין הכרח ללמוד גזרה שווה בין השתייכות אסיר לקבוצת אסירים בין כתלי הכלא להשתייכות המהותית הארגונית, אך כי יש ליתן למעמד האסיר בהשתייכות זו משקל מהותי. בהקשר זה, קבע בית המשפט לעניינים מנהליים כי המבקשים הינם אסירים דומיננטיים הממלאים תפקידי הנהגה בקרב האסירים הביטחוניים וכי הדבר אינו מאפשר התעלמות "מההיבטים הארגוניים המהותיים המתחייבים מבחירה שכזו".

27. נוכח האמור, נדחו אף טענותיהם הפרטניות של המבקשים.

טענות המבקשים

28. במסגרת בקשת רשות הערעור משיגים המבקשים - באמצעות באת כוחם, עוה"ד ס' בן-נתן - הן על קביעותיו העקרוניות של בית המשפט לעניינים מנהליים והן על קביעותיו הפרטניות ביחס לכל אחד ואחד מהם. לשיטת המבקשים, הבקשה מעוררת שאלות החורגות מגדר עניינם של המבקשים והמקימות עילה למתן רשות ערעור והן: שאלת סמכותו של נציב שב"ס לשלול "באופן גורף" מאסירים ביטחוניים ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה; שאלת חוקתיות, מידתיות וסבירות ההסדר שנקבע על ידו בנוגע לביקורים שיקבלו אסירים ביטחוניים; וכן שאלת סבירות שלילת הביקורים האמורים, במצבים בהם חוות דעת השב"כ הינה כי לא נשקפת מסוכנות מקבלת ביקורים אלו.

טענות המשיב

29. המשיב טוען - באמצעות באת כוחו, עוה"ד ה' גורני - כי הבקשה אינה מעוררת שאלות עקרוניות שכן אלה הוכרעו בעבר על ידי בית משפט זה, וכי כל כולה עניינם הפרטני של המבקשים. לגופם של דברים, שב המשיב על טענותיו לפני בית המשפט לעניינים מנהליים. בכלל זאת, שב המשיב ומדגיש את הסכנה הביטחונית הטמונה בקבלת ביקורים על ידי אסירים ביטחוניים ואת האיזון הראוי באשר לביקורים אותם מקבלים אסירים במסגרת ההסדר הקבוע בפקודת האסירים הביטחוניים. עוד הדגיש המשיב כי פקודת האסירים הביטחוניים משקפת את עמדתו לפיה לגבי אסירים ביטחוניים מתקיימת חזקת מסוכנות, וכי חזקה זו יכולה להישלל באמצעות ראיות פוזיטיביות בלבד. לבסוף, שב והדגיש המשיב כי העובדה שהמבקשים הוסיפו לקבל

ביקורים של בני משפחה שאינם מדרגה ראשונה אף לאחר תיקון פקודת האסירים הביטחוניים, מקורה בטעות ואין היא מלמדת כי לא נשקפת מהמבקשים מסוכנות.

הוספת טיעון בכתב ותגובת המשיב

30. לאחר קיום הדיון בעל פה לפנינו ביום 7.6.2010, ביקשו המבקשים להוסיף טיעון בכתב. בהחלטתנו מיום 15.7.2010 התרנו את הוספת הטענות בכתב, בהעדר התנגדות מצד המשיב.

31. במסגרת הטענות בכתב, הושם הדגש על עניינם הפרטני של המבקשים, על היותם במאסר מזה שנים ארוכות ומבלי שהקימו משפחה, על חשיבות הקשר עם בני משפחתם המורחבת בנסיבות אלה, ועל הסתמכותם על התרת הביקורים למי שאינם בני משפחתם מדרגה ראשונה משך שנים ארוכות.

32. כן נטען כי שלילת הביקורים האמורים, אך בשל תיקון פקודת האסירים הביטחוניים, ולמרות של שיטת המבקשים לא נקבעה כי נשקפת מסוכנות מקיום ביקורים כאמור, מלמדת על חוסר סבירותו של הסדר הביקורים אצל אסירים ביטחוניים. עוד הושם הדגש על חיובם של האסירים הביטחוניים להשתייך לאחד מהארגונים בהתאם לדרישות המשיב, ועל חוסר היכולת לקבל את הכרת המשיב לניתוק קשר עם ארגון עוין. בהקשר זה, הפנה המבקש 2 לבקשתו למנהל בית הכלא בו הוא שוהה בו ביקש לראותו כאסיר שאינו משויך לכל ארגון ולאי קבלת מענה לפנייה זו.

33. המשיב טען בתגובה כי הטענות המובאות ביחס לנסיבותיהם האישיות של המבקשים, מלמדות כי בקשת רשות הערעור אינה חורגת מגדר עניינם הקונקרטי של המבקשים. כן חזר המשיב על עמדתו כי קיימת חזקת מסוכנות באשר לאסירים ביטחוניים וכי חזקה זו ניתנת לסתירה באמצעות ראיות פוזיטיביות. באשר לחוות הדעת שניתנו בעבר בעניינם של המבקשים 2 ו-3, נטען כי אלה אינן רלבנטיות שכן ניתנו קודם לתיקון פקודת האסירים הביטחוניים, כאשר בפקודה בנוסחה אז, ניתן היה להתיר ביקורים למי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה.

דיון והכרעה

34. לאחר עיון בטענות הצדדים, אמליץ לחבריי ליתן רשות ערעור, לדון בבקשה כבערעור ולקבלו, במובן זה שנורה למשיב לבחון בשנית את עמידת המבקשים בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב.(1) לפקודת האסירים הביטחוניים, בשים לב לקביעותיי בפסקאות 79-81 שלהלן.

מתן רשות ערעור

35. אכן, ההלכה הנוהגת היא כי רשות ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים, הדין בעתירת אסיר, תינתן כאשר מתעוררת בעיה משפטית או נושא אחר שהם בעלי חשיבות כללית [ראו: רע"ב 7/86 וייל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.6.1986) (להלן: עניין וייל)] וכן ראו למשל: רע"ב 2669/10 רווח נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.4.2010), והאסמכתאות הנזכרות בפסקה 13 להחלטתי בעניין זה]. יחד עם זאת, יש הסוברים כי יש להעמיד מבחנים מרחיבים יותר למתן רשות ערעור בעניינים כגון דא, כגון כאשר מדובר "בעניינים אנושיים" [ראו: רע"ב 6687/09 אביטל נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 24.8.2009), פסקה י"א להחלטתו של השופט א' רובינשטיין], או כאשר מדובר בעתירה לפי סעיף 62א(א) לפקודת בתי הסוהר (להבדיל מעתירה נגד החלטה של ועדת השחרורים בעניין שחרור על תנאי או בעניין המלצה על קציבת תקופת המאסר של אסיר עולם) [ראו: רע"ב 425/09 פריניאן נ' פרקליטות המדינה (לא פורסם, 11.3.2009), פסק דינו של השופט א' גרוניס; והשוו: רע"ב 4785/08 רכיד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.8.2008), פסקה ט' להחלטתו של השופט א' רובינשטיין]. אף אני סבור כי במקרים המתאימים יש לנקוט במבחן מרחיב מהמבחן שנקבע בעניין וייל. יחד עם זאת, איני מוצא מקום להתעמק בנקודה זו, שכן הבקשה שלפנינו עומדת במבחן שנקבע בעניין וייל והיא מעוררת מספר שאלות משפטיות עקרוניות החורגות מגדר עניינם הפרטני של המבקשים. שאלות אלה נוגעות, בעיקר, לעמידת פקודת האסירים הביטחוניים במבחני המידתיות והסבירות ולאופן יישומה.

זכויות אסירים והטלת מגבלות עליהן

36. גישתה של שיטת המשפט הישראלית באשר לתכלית מאסרו של אדם, היא כי זו מתמצת בשלילת חירותו האישית של האדם, תוך הגבלת חופש תנועתו. לפי גישה זו, גם כאשר אדם נאסר, שמורה לו כל זכות אדם הנתונה לו. אכן, "בהיכנסו אל הכלא מקפח אדם את חירותו אך אינו מקפח את כבודו" [ראו: בג"ץ 7834/04 בורגאל נ' שרות בתי הסוהר (לא פורסם, 14.9.2004), פסקה 5 לפסק הדין (להלן: עניין בורגאל)]; כן ראו: בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152-153 (1996) (להלן: עניין גולן); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 13.6.2006), פסקה 13 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: עניין דוברין); בג"ץ 4636/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, 12.2.2007), פסקה 12 לפסק הדין (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (לא פורסם,

19.11.2009), פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש; אהרן ברק "על זכויות האסיר" מבחר כתבים א', בעמ' 652 (תש"ס).

37. את זכויות האדם המוקנות לאסיר אין להגביל אלא אם מדובר במגבלות הנובעות משלילת חירותו או נגזרות מתכליות ציבוריות אחרות, כגון הצורך בניהולו התקין של בית הכלא ושמירה על שלום יושביו וכגון השמירה על ביטחון המדינה, ובכפוף לעמידת הפגיעה כתוצאה מהטלת המגבלות בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, ככל שמדובר בזכות אדם המעוגנת בו [ראו: ע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492, 499 (1996) (להלן: עניין קונטאר); עניין בורגאל, פסקה 5 לפסק הדין; עניין דוברין, פסקה 13 לפסק הדין; עניין רופאים לזכויות אדם, פסקאות 9-12 לפסק הדין].

האם קיימת זכות לאסיר לקבל ביקורים?

38. לפנינו טוענים המבקשים כי ביקורים הם זכות קנויה של אסירים, הנגזרת מזכותו של אסיר לקשר עם העולם שמחוץ לכלא. לטענת המבקשים, זכותו של האסיר לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא נדרשת לשם קיום "חיי אנוש תרבותיים וחברתיים וקשרי משפחה", הנגזרים, לשיטת המבקשים, מכבודו של אדם.

39. בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד עוגנה זכותו של אדם לכבוד. בסעיף 2 לחוק היסוד נקבע כי: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם", וכך נקבע בסעיף 4 לחוק היסוד כי: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" [ראו למשל: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון); בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 561-563 (2005) (להלן: עניין המועצה האזורית חוף עזה); עניין דוברין, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שלישי-פרשנות חוקתית, 412 (1994) (להלן: ברק - פרשנות חוקתית)].

על מהותה של הזכות לכבוד ועל היקף הזכויות הנגזרות מזכות זו עמד הנשיא

א' ברק:

"...הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של

כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" [עניין התנועה לאיכות השלטון, וראו גם: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.5.2006) פסקה 31 לפסק דינו של הנשיא א' ברק ופסקאות 43-44 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין (להלן: עניין עדאלה); אהרן ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה, 224 (2010) (להלן: ברק - מידתיות במשפט)].

40. הגשמת חירותו של אדם, חופש בחירתו ופיתוח אישיותו מוצאים את ביטויים, בין היתר: באפשרות הקיימת לכל אדם לממש את חופש הביטוי המוענק לו בפני מי שיבחר, מתי שיבחר והיכן שיבחר; באפשרות לממש את חופש התנועה המוקנה לו; להיפגש עם מי שרק ירצה; ובאפשרות לקיים תקשורת - מפגש, שיחה, מכתב, הודעת דוא"ל וכיו"ב - עם בני אנוש אחרים. כל אלו מבטאים הגשמה של האוטונומיה של הרצון הפרטי [השוו: ברק - פרשנות חוקתית, עמ' 428]. אין ספק, איפוא, כי נדבך בקיומם של חיי אנוש בסיסיים הינו התקשורת, הביטוי והאינטראקציה של האדם עם העולם סביבו [השוו: רע"ב 10/06 אטיאס נ' שירות בתי הסוהר (9.5.2006), פסקה 6 להחלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה; רע"ב 8020/09 אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 26.7.2010), פסקה כח להחלטה (להלן: עניין אבוטבול)]. זוהי הסיבה כי השמת אסיר בתנאי הפרדה, המגבילים את קשריו עם האסירים סביבו ועם גורמים מחוץ לבית הכלא, נעשית במקרים חריגים, בכפוף לקיומם של אינטרסים נוגדים המחייבים פגיעה כאמור, לתקופה מוגבלת ותוך פיקוח בית משפט על משך ההפרדה ועל תנאיה [ראו: סעיף 19 ב לפקודת בתי הסוהר; עניין אטיאס הנ"ל]. באשר לקשריו של אסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, הרי שעמדתו של בית משפט זה לאורך השנים הייתה כי שלילת חירותו של אדם והגבלת חופש תנועתו מגבילים באופן אינהרנטי את קשריו של האסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. כך, בעניין גולן, בו נדונה החלטתו של המשיב שלא לאפשר לאסיר לפרסם בעיתון כתבות על חיי בית הכלא, ציין השופט (כתוארו אז) מ' חשין כי:

"... ועוד זכאי הוא אסיר בבית-כלא ל'תנאים המאפשרים חיי אנוש תרבותיים'... (כלשונו של מ"מ הנשיא השופט ח' כהן בפרשת דרויש [6], בעמ' 539): אוכל לאכול, מים

לשתות, בגד ללבוש, מיטה לישון בה, אוויר חופשי לנשום ושמים להביט בהם...
 ואולם זכויות אחרות שמהן נהנה איש חופשי, חייבות מטבע הדברים לצמצם עצמן בין כתליו של כלא. כליאתו של אדם בבית הסוהר שוללת את חירותו, ועל כך אין להרבות מלל. ואולם לא רק חירותו של אדם נשללת כך אלא זכויות אחרות אף הן, זכויות הנלוות מעצמן אל החירות – נלוות אליה וטפלות לה. כך, למשל, סדר היום הנוקשה והקשיח של אסיר בכלא: הן באשר לשעות שינה, הן באשר לשעות עבודה ומנוחה, הן באשר לזמני אכילה והן באשר לכל אשר יותר לו לעשות בין כותלי הכלא. כך אף אי-יכולתו של אסיר להמשיך ולעסוק במשלח ידו הרגיל. הוא הדין באשר לקשריו של אסיר עם העולם חוצה לבית הכלא, כגון קשר טלפון או קשר מכתבים, וכך הוא, למשל, לעניין ביקורי משפחה בכלא” [שם, בעמ’ 172].

ובהמשך הוסיף כי:

“...דינו של אסיר לעניין זה שונה מדינו של אדם חופשי: שאדם חופשי יכול לעמוד בקשר עם זולתו, אלא אם נאסר עליו הדבר, ואילו אסיר אינו רשאי לעמוד בקשר עם זולתו המצוי אל מחוץ לבית הסוהר, אלא אם הותר לו הדבר. זו היא שלילת החירות, וזו נגזרתה של השלילה...” [שם, בעמ’ 174].

כך, בעניין קונטאר, בו נדונה החלטתו של המשיב לדחות את בקשתם של אסירים ביטחוניים לקיים קשר טלפוני עם גורמים מחוץ לבית הסוהר, קבע השופט י’ זמיר כי מגבלה על קיום קשר טלפוני עם גורמים מחוץ לבית הסוהר נגזרת משלילת החירות האישית של האסיר:

“... האם מגבלה על קשר טלפוני היא אחת המגבלות המתחייבות משלילת החירות האישית? מבחינה עקרונית ומעשית גם יחד, הטעמים המחייבים מגבלות על ביקורים ועל מכתבים מצדיקים גם מגבלות על קשר טלפוני. כך, למשל, שיקולים של ביטחון וסדר, המצדיקים ביקורת על ביקורי ידידים, שלפי סעיף 47 לפקודה ייערכו ‘לעניי סוהר ובטוח שמיעתו’, וצנזורה על מכתבי אסירים לפי תקנה 33 לתקנות בתי הסוהר... מצדיקים גם ביקורת על שיחות טלפון.” [שם, בעמ’ 499].

באופן דומה, ברע"ב 823/96 ואנונו נ' שירותו בתי הסוהר (לא פורסם, 30.6.1997), בו נדונו, בין היתר, פעולות הצנזורה שביצע המשיב ביחס למכתביו של המבקש, ציין השופט י' זמיר כי:

"כליאת אסיר בבית סוהר פוגעת לא רק בחופש התנועה שלו, אלא גם, כפועל יוצא, בחופש שלו להתקשר עם העולם החיצון. כל אסיר נתון למגבלות בנוגע לקשר כזה: לגבי תדירות הקשר, הדרכים ליצירת קשר, השעות שבהן ניתן ליצור את הקשר ועוד... אסירים מסוימים עשויים להיות נתונים למגבלות קשות יותר מאשר כלל האסירים. כך, למשל, אישר בית משפט זה מגבלות מיוחדות שהוטלו על שיחות טלפון של אסירים ביטחוניים.."[שם, פסקה 11].

41. כשלעצמי, אני נוטה לדעה כי הגבלת חירותו וחופש תנועתו של אסיר אינה אמורה לשלול מניה וביה את זכותו לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. יחד עם זאת, השמתו של אדם במאסר (ובאופן דומה, במעצר או במעצר מינהלי) מחייבת הטלת שורה של מגבלות על קשריו עם העולם שמחוץ לבית הכלא. הטלת מגבלות מעין אלה מתחייבת מן הצורך לשמור על הסדר והמשמעת בבית הכלא, ולעיתים מתחייבת היא מן האינטרס הציבורי של שמירה על ביטחון המדינה ומן האינטרס הציבורי של שמירה על הסדר הציבורי. כך, מובן מאליו כי מטעמים של ניהול תקין של בית הכלא, יכול המשיב לקבוע הגבלות על מספר המבקרים שיקבל אסיר ולקבוע מגבלות על תדירות הביקורים (וזאת מבלי שכלל נדרשתי לאינטרסים כבדי משקל אחרים שיחייבו הטלת מגבלות אחרות).

42. הדיון בנוגע לקשר של אסירים עם גורמים מחוץ לבית הכלא לא יהיה שלם מבלי שניתן את דעתנו לזכותו של האסיר למשפחה הנגזרת מכבוד האדם. אכן, הזכות למשפחה הוכרה כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מכבוד האדם - "זכות בת" [ראו: עניין עדאלה; עניין דוברין, פסקה 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה והאסמכתאות הנזכרות שם]. זכות זו שורדת את חומות בית הכלא [ראו: עניין דוברין, פסקה 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה], ואולם תכליות ואינטרסים נוגדים עלולים להגביל במידה רבה זכות זו [ראו: ע"א 4714/04 עמיר נ' שירותו בתי הסוהר, פ"ד נט(6) 145, 159-160 (2005) (להלן: עניין עמיר)]. לשיטתי, לאסיר קיימת זכות לא רק להורות כפי שנקבע בעניין דוברין, אלא זכות לשמר את התא המשפחתי שהקים או שהוא מהווה חלק ממנו. יחד עם זאת, אף זכות זו יכול שיוטלו עליה מגבלות רבות מאותם הטעמים עליהם עמדתי בפסקה 41 לעיל. אעיר כי לשיטתי, הזכות לשמר את התא המשפחתי היא

זכות שעוצמתה חזקה מן הזכות לתקשר וליצור אינטראקציה עם גורמים אחרים שאינם מהווים חלק מן התא המשפחתי של האסיר, וזאת בשל עוצמתה של הזכות למשפחה והיכולת לממש במידת מה את הזכות לחופש ביטוי במסגרת השמירה על הקשר עם בני המשפחה.

43. האם מהזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא ומהזכות למשפחה נגזרת זכות לביקורים? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. קשר עם העולם החיצון יכול להתקיים במגוון של דרכים ולא דווקא באמצעות מפגש פנים מול פנים של האסיר עם מבקרים. כך למשל יכול הקשר להתקיים באמצעות מכתבים ושיחות טלפון. יחד עם זאת, אין להפחית מחשיבותו של מפגש פנים מול פנים של אסיר עם מבקרים, אשר מבחינת רמת הקשר ואיכותו, אין דינו כדין מכתב או שיחת טלפון. כפי שאעמוד על כך להלן, הדרכים בהן יישמר הקשר של האסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא ובפרט עם משפחתו נוגעות למידתיות הפגיעה בזכויותיו, אך אין לומר כי לאסיר זכות מוקנית לביקורים. חלף זאת סבור אני כי יש להסתכל על קשריו של אסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא כמכלול, וכי יש לבחון טענה בדבר פגיעה בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, על רקע ההסדר השלם הנוגע לכך. אין לבחון מגבלות על אחד מן האמצעים בהם יתאפשר לאסיר לקיים קשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, מבלי לבחון את האפשרויות האחרות העומדות לרשותו לקיים קשר כאמור.

44. עד כאן באשר לזכות האסיר לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, לקשר עם משפחתו ולביקורים. ועתה, אבקש לעמוד בהרחבה על ההוראות הנורמטיביות המסדירות את נושא קבלת ביקורים על ידי אסירים.

הקשר עם החוץ וביקורים על פי ההוראות הנורמטיביות המסדירות את פעילותו של המשיב (א) פקודת בתי הסוהר ותקנות בתי הסוהר

45. סימן ו' לפקודת בתי הסוהר הוא המסדיר (באופן לא ממצה) את הקשר של האסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. בסימן זה קבע המחוקק מהם הקשרים שהם בגדר זכויות של אסיר ומהם קשרים שאינם בגדר זכויות אך ניתן להתירם. בנוסף, נקבע כי קשר עם אסיר שלא לפי ההוראות והכללים המסדירים אותה תקשורת אסור [ראו גם: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה 14 לפסק דין של השופט מ' נאור (לא פורסם, 10.2.2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)].

בכלל זאת, נקבע בסימן ו' לפקודת בתי הסוהר כי: לאסיר זכות להיפגש עם עורך דין לשם קבלת שירות מקצועי (סעיף 45 לפקודת בתי הסוהר); כי לאסיר זכות לקבל ולשלוח דברי דואר באמצעות הנהלת בית הכלא (סעיף 47ב לפקודת בתי הסוהר); וכי תותר כניסה של כהני דת לבקר אסירים (סעיף 49 לפקודת בתי הסוהר) - אלה הן דרכי התקשורת של האסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא להן הוא זכאי. על אף כי מדובר בזכויות של האסיר, הוראות שונות בסימן ו' האמור מטילות מגבלות על זכויות אלה, לרבות האפשרות לשלול זכויות אלה. כך למשל, נקבע כי ניתן למנוע קבלת דבר דואר או שליחתו אם בדיקה של דבר הדואר העלתה כי הדבר עלול לפגוע בביטחון המדינה, בביטחון הציבור, בביטחון או במשמעת בבית הכלא או בהליכי חקירה או משפט (ראו סעיף 47ג לפקודת בתי הסוהר; כן ראו: סעיף 47ד לעניין התכתבות עם חבר כנסת וסעיף 45א לעניין מניעת מפגש עם עורך דין מסויים).

בנוסף להוראות אלה, קיימות בסימן ו' לפקודת בתי הסוהר הוראות נוספות באשר לתקשורת עם העולם שמחוץ לבית הכלא. בכלל זאת מצויה הוראת סעיף 47(ב) לפיה ניתן להתיר לאסיר לקבל ביקורי ידידים בחלוף שלושה חודשים מתחילת מאסרו, ובתדירות של אחת לחודשיים. כן נקבע כי ניתן להתיר לאסיר החולה במחלה רצינית ביקור של קרוב או ידיד, על בסיס המלצת רופא (סעיף 48 לפקודת בתי הסוהר).

לבסוף, נקבע כי "לא יתקשר אדם עם אסיר אלא לפי הכללים וההוראות המסדירים אותה תקשורת" (סעיף 51 לפקודת בתי הסוהר).

46. הסדרה מפורטת יותר של הקשר של האסירים עם גורמים מחוץ לבית הכלא מצויה בתקנות בתי הסוהר. על פי תקנות אלה, למנהל בית כלא הסמכות להעניק טובות הנאה לכלל האסירים, לסוג מסוים של אסירים או לאסיר מסויים מעבר לזכויות המוקנות על פי חוק, ובכלל זאת: ביקורים, מכתבים והאזנה לשידורים בכלי תקשורת או צפייה בהם, וזאת בהתאם לכללים שקבע נציב שב"ס ובכפוף להתנהגות האסיר, לסוג בית הסוהר או האגף בו הוא שוהה, ולמצב בבית הכלא (תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר). כן נקבעה סמכותו של מנהל בית כלא לשלול טובות הנאה כאמור (תקנה 19 הנ"ל). בנוסף, נקבע כי אסיר הסובל ממחלה חמורה יהיה רשאי להתראות עם קרובי משפחתו או ידידיו הקרובים גם מחוץ לביקורים הרגילים בכפוף להסכמת מנהל בית הכלא (תקנה 24 לתקנות בתי הסוהר).

בנוסף, נקבעו בתקנות בתי הסוהר הוראות שונות המסדירות את הביקורים בבתי הסוהר, קבלת ומשלוח מכתבים. בכלל זאת נקבע כי ביקורו של מי שהיה אסיר

פלילי דורש אישור מיוחד; כי ניתן לאסור ביקור של מבקר או להפסיקו מטעמים של ביטחון המדינה או הציבור ומטעמים של שמירה על הסדר והמשמעת בבית הכלא; וכי ניתן למנוע ביקורים אצל אסיר לתקופה של עד שלושה חודשים אותה ניתן להאריך מעת לעת אם יש יסוד סביר לחשוד כי אסיר עלול לנצל ביקורים אלו לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה או הציבור (תקנה 30 לתקנות בתי הסוהר). כן נקבעה האפשרות שלא להעביר מכתב של אסיר או מכתב המיועד לאסיר (תקנה 33 לתקנות בתי הסוהר).

47. הנה כי כן, המחוקק קבע הסדרים המגבילים במידה רבה מאוד את קשריו של אסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. למעשה, קשריו של אסיר עם העולם החיצון מתמצים בקבלה ובמשלוח מכתבים, בפגישות עם בא כוחו לצורך מתן שירות מקצועי, ובביקורי כהני דת. כן ניתן להתיר לאסיר לקבל ביקורי ידידים. בהתאם, קבע מחוקק המשנה כי ככלל, קבלת ביקורים וכן שורה ארוכה של אמצעי תקשורת אחרים עם העולם שמחוץ לבית הכלא מהווים "טובות הנאה".

48. כאן המקום להוסיף ולהפנות להוראות אחרות הנוגעות לתנאי מעצר ומאסר. כאמור, על פי פקודת בתי הסוהר ותקנות בתי הסוהר ביקורים הינם פריבילגיה. לעומת זאת, בכל הנוגע לאדם הנתון במעצר, קבע המחוקק כי לעצור זכות לקבל ביקורים. מחוקק המשנה הגדיר קריטריונים לשלילת זכות זו, אך כאמור התפיסה היא כי מדובר בזכות [ראו: סעיף 9(ב)(6) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים)], התשנ"ו-1996 ותקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997]. בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 נקבע כי תנאי הכליאה לא ייפגעו בבריאותו ובכבודו של הכלוא וייקבעו בתקנות [ראו: סעיף 10 לחוק הנ"ל]. בתקנות כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תנאי כליאה), התשס"ב-2002 נקבע כי הכלוא יורשה לקבל ביקורים של נציגי הצלב האדום הבין-לאומי וכן יורשה לקבל ביקור של כל אדם אחר, לרבות בן משפחה, בכפוף לרשות מיוחדת שתינתן על ידי הרמטכ"ל. כן נקבע כי אף את ביקורי הצלב האדום ניתן לאסור, לתקופה מוגבלת מטעמים של ביטחון המדינה. עוד יש מקום להזכיר כי בתקנה 11 לתקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981 נקבע כי עציר המוחזק במעצר מינהלי יורשה לקבל ביקור של בני משפחה מדרגה ראשונה אחת לשבועיים וכי ביקור של מי שאינו בן משפחה מדרגה ראשונה מותנה באישור מנהל בית הסוהר בו מוחזק העציר. הנה כי כן, מההוראות עליהן עמדתי לעיל, עולה כי המחוקק נוקט בגישות שונות בנוגע לקבלת ביקורים על ידי אדם הנתון

במשמורת- לגבי עצירים ועצירים מנהליים קבע הוא כי ביקורים מהווים זכות מוקנית; ולגבי אסירים קבע הוא כי מדובר בטובת הנאה.

(ב) הוראות שירות בתי הסוהר ופקודות הנציבות

49. כפי שציינתי בפסקה 9 לעיל, מכוח סמכותו לפי סעיף 80א(א) לפקודת בתי הסוהר הוציא נציב שב"ס את הוראת שב"ס מס' 5.06 המסדירה את תנאי המאסר. באשר לביקורי אסירים, קבלת מכתבים ושליחתם קובעת ההוראה כי מדובר בטובות הנאה, וכי ניתן לשלול טובות הנאה בתגובה להתנהגות בלתי תקינה של האסיר. באשר לביקורים נקבע כי לאסירים יותר ביקור למשך חצי שעה, כי מספר המבקרים לא יעלה על שלושה וכי ניתן להאריך את הביקור ולהגדיל את מספר המבקרים על פי עילות ובנסיבות שיקבע נציב שב"ס. בנוסף, נקבע כי ביקוריהם של בעלי התפקידים הבאים לא יחשבו במניין הביקורים של אסיר: עורך דין; איש דת; נציג מדינה זרה או ארגון בינלאומי מוכר; חבר כנסת; בן משפחה לצרכים טיפוליים או חינוכיים; וכן עובד ציבור לצורך טיפול באסיר.

50. נציב שב"ס, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 80א(ב) לפקודת בתי הסוהר, התקין שורה של פקודות שבהן מוסדרים היבטים שונים של הקשר עם החוץ. בכלל זאת התקין הוא את פקודת האסירים הביטחוניים, העוסקת בחלקה הניכר בהסדרת קשריהם של אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא. לא אעמוד על כל פרטיה של הפקודה בנוגע לקשר עם החוץ. אסתפק בכך שאציין כי פקודת האסירים הביטחוניים קובעת כי ניתן לאפשר לאסירים לשלוח צילום שלהם מבית הסוהר למשפחתם; כי אסירים יקבלו קלטת וידאו אחת לשנה שבה מתועד אירוע משפחתי; כי הם יקבלו מכתבים וגלויות ללא הגבלה וישלחו עד שני מכתבים וארבע גלויות בחודש; כי ככלל לא יתאפשר להם קיום קשר טלפוני אלא במקרים הומניטאריים או במקרים בהם אסירים לא מקבלים ביקורי משפחה תקופות ארוכות (למשל כשמדובר בתושבי חו"ל שאינם מקבלים ביקורי משפחה למעלה משנה).

באשר לביקורים נקבע, כאמור, כי אסירים יורשו לקבל ביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה. אורכם של ביקורים אלה יעמוד על 45 דקות לביקור והם יתקיימו אחת לשבועיים. הביקורים מהווים טובת הנאה הניתנת לשלילה. בנוסף נקבע כי מפקד בית הכלא רשאי לאשר ביקורי משפחות נוספים לקראת החגים, וכי ניתן להתיר לאסיר עובד המתפקד היטב ביקור נוסף אחת לחודש. עוד נקבע כי אסיר רשאי לקבל ביקורים של אנשי דת, עורך דין, נציגי הצלב האדום וכן נציגים דיפלומטיים וקונסולאריים.

51. הנה כי כן, בהוראות שב"ס ובפקודת האסירים הביטחוניים קבע נציב שב"ס את אמות המידה להתוויית שיקול דעתו על פי סעיף 47(ב) לפקודה ועל פי תקנות בתי הסוהר הנוגעות לקשר של אסירים ביטחוניים עם גורמים מחוץ לבית הכלא. באשר לקשרים מסוימים עם העולם שמחוץ לבית הכלא נקט הוא בגישה רחבה, כך הדבר למשל באשר לביקורים של בעלי תפקידים מסוימים שעל פניהם אינם ניתנים לשלילה ואינם נספרים במניין הביקורים של אסיר, כך הוא הדבר למשל באשר לקבלת קלטות וידאו על ידי אסירים ביטחוניים אחת לשנה. באשר לאמצעי תקשורת אחרים עם העולם שמחוץ לבית הכלא, נקט הנציב בגישה מצמצמת. כך הגביל הוא את מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים לבני משפחה מדרגה ראשונה וכך קבע הוא כי ככלל לא יתאפשר לאסירים ביטחוניים לקיים קשר טלפוני.

סעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד

52. כאן המקום לציין כי פקודת בתי הסוהר נחקקה קודם לחקיקת חוק היסוד. כך גם תקנות בתי הסוהר. על הוראות הפקודה והתקנות שנחקקו והותקנו קודם לחקיקת חוק היסוד חל איפוא סעיף 10 לחוק היסוד, לפיו אין בהוראות חוק היסוד כדי לפגוע בתוקפן. משמעות הדבר כי הוראות אלה מוגנות מפני תקיפה חוקתית. הואיל וכך, אף אם הוראות הפקודה או תקנות בתי הסוהר הנוגעות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא והנוגעות בפרט לביקורים פוגעות בזכות חוקתית המעוגנת בחוק היסוד (ואיני קובע כי כך הוא הדבר), הן לא תיבחנה על פי מבחני פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד [ראו: בג"ץ 6304/09 לה"ב-לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 2.9.2010) פסקה 90 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: עניין לה"ב)]; בג"ץ 1475/10 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 14.4.2010) פסקה ו' להחלטה (להלן: עניין כהן)]. אכן, חקיקתו של חוק היסוד משפיעה על פרשנותו של "דין ישן", שנחקק קודם לחקיקת חוק היסוד, ופרשנותו של "דין ישן" כאמור תיעשה בהשראת "רוחו" של חוק היסוד [ראו: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 652-655 (1995); ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.4.2010), פסקאות 46-48 לחוות דעתי; עניין כהן הנ"ל; ברק - פרשנות חוקתית, בעמ' 562-563], אך אין בכך כדי לאפשר פרשנותה של הוראת חוק או חקיקת משנה בניגוד ללשונה.

סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר אינו מקנה לאסיר זכות לביקורים

53. כאמור, לפנינו טוענים המבקשים כי בסעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר עוגנה זכותו של אסיר לביקורים, ובפרט לביקורי ידידים. סבורני כי אין ממש בטענה זו. סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר נוקט בלשון מפורשת לפיה "מותר" להתיר לאסיר ביקורי

ידידים. לשון הסעיף ברורה והיא אינה מטילה חובה על המשיב לאפשר ביקורים אלו [ראו: בג"ץ 4540/00 אבו-עפאש נ' שר הבריאות (לא פורסם, 14.5.2006), פסקה ו' לפסק הדין; בג"ץ 2855/03 מלונות אפריקה ישראל בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נח(4) 740, 749-748 (2004); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א', בעמ' 321 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א', בעמ' 224-223 (2010) (להלן: ברק-ארז)]. מוצא אני חיזוק לקביעתי זו באבחנה שביצע המחוקק במפורש בפקודת בתי הסוהר בין אמצעי תקשורת המהווים זכות של אסיר, כגון מפגש עם עורך דין ומשלוח וקבלת מכתבים, לבין אמצעי תקשורת שיכול שינתנו, כגון ביקורים.

יתכנו מקרים בהם סמכות רשות תפורש כסמכות חובה, בשים לב לנסיבות המקרה וכאשר רק חלופת החלטה אחת היא סבירה [ראו: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 421, 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי-אזרחים למען מינהל תקין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 469 (1993); זמיר, כרך א' בעמ' 323; ברק-ארז, כרך א' בעמ' 220]. ואולם, טענת המבקשים היא טענה כללית לפיה יש לפרש את לשון הרשות בסעיף 47(ב) כמקימה חובה לאפשר ביקורים, ואין היא נטענת ביחס למקרה קונקרטי בשים לב לנסיבותיו.

בנוסף, קיימים מקרים שבהם למרות שהוראת חוק נוקטת בלשון המקנה שיקול דעת, תפורש הוראה זו כמטילה על הרשות חובה לפעול, וזאת במצבים בהם הפרשנות "הפשוטה" תוביל לתוצאות אבסורדיות המנוגדות לתכלית החוק ולמטרתו [ראו: ברק-ארז, כרך א' בעמ' 224; זמיר, כרך א' בעמ' 323]. איני סבור כי הוראת סעיף 47(ב) נופלת בגדר מקרים אלו, וזאת בשים לב לתכלית פקודת בתי הסוהר. על תכלית זו עמד השופט י' זמיר בבג"ץ 6561/97 מדינת ישראל נ' מנדלסון, פ"ד נב(5) 849 (1998) (להלן: עניין מנדלסון):

"התכלית המיוחדת של הפקודה היא, כאמור בסעיף 80א לפקודה, להבטיח את הארגון, המינהל התקין, המשטר, המשמעת והפעולה התקינה של שב"ס. התכלית הכללית של הפקודה, כמו של כל חוק אחר, היא לקיים ולקדם את ערכי היסוד של החברה, ובהם עקרון השוויון וזכויות היסוד של האדם. במקרה של התנגשות בין התכליות, על הנציב למצוא את האיזון הראוי בהתאם לנסיבות המקרה" [שם, בעמ' 859].

תכלית כפולה זו מחזקת את פרשנות סעיף 47(ב) כסעיף בו מוענקת לנציב הסמכות לאפשר ביקורים לאסירים, אך גם נמסר לו שיקול הדעת באשר לאמות המידה

ולמצבים בהם יש לאפשר או להגביל ביקורים אלו. את שיקול דעתו זה יפעיל נציב שב"ס על מנת לאזן בין התכלית המיוחדת לתכלית הכללית, אך לא ניתן לומר כי תכלית כפולה זו מטילה חובה על המשיב לאפשר ביקורי ידידים.

54. מסקנתי היא, אם כן, כי בסעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר הוקנתה למשיב הסמכות לאפשר ביקורים אצל אסירים, אך אין מדובר בסמכות חובה. הוראות תקנות בתי הסוהר מתיישבות עם מסקנתי זו, שהרי מחוקק המשנה קבע כי ביקורים מהווים טובות הנאה. המשמעות הנלווית לקביעתי זו היא כי ההסדר לפיו אין לאסיר זכות לביקורים, אלא כי אלה מהווים טובת הנאה בלבד, הינו הסדר המוגן מתקיפה חוקתית. טענות המבקשים באשר להוראות פקודת האסירים הביטחוניים תיבחנה כשנקודת המוצא היא כי ביקורים אינם זכות מוקנית [השוו: עניין לה"ב, פסקה 91 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם].

האם הסדר הביקורים הקבוע בפקודת האסירים הביטחוניים פוגע בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא?

55. מובן הוא כי הסדר הביקורים הקבוע בפקודת האסירים הביטחוניים המגביל בין היתר את זהות המבקרים שאסירים ביטחוניים יורשו לקבל, פוגע בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. ואולם, יש לבחון פגיעה זו כשברקע הדברים העובדה כי ההסדר לפיו ביקורים מהווים טובת הנאה הינו הסדר המוגן על ידי סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד (ראו פסקה 52 לעיל). כל שייבדק איפוא הוא האם ההוראה בפקודת האסירים הביטחוניים אותה תוקפים המבקשים הינה מגבלה הפוגעת בכבודו של האסיר והאם היא סבירה ומידתית, אך לא את עצם ההסדר לפיו מדובר בטובת הנאה הכפופה לשיקול דעתו של המשיב והניתנת לשלילה.

56. באשר לזכות למשפחה הנגזרת מכבודו של אדם, הרי שסבור אני כי צמצום מעגל המבקרים המורשים לבקר אסירים ביטחוניים אינו פוגע בזכותם למשפחה. כאמור, הזכות למשפחה הוכרה כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מכבוד האדם (ראו פסקה 42 לעיל). יחד עם זאת, המשמעות שניתנה לזכות למשפחה הנגזרת מכבוד האדם, אינה כי קיימת זכות לקשר עם כל מי שיש לפלוני קשר דם עימו. המשמעות שניתנה מצומצמת מכך, ונוגעת להקמת משפחה, הבאת ילדים לעולם, קיום חיים משותפים עם המשפחה הגרעינית וכן היא נוגעת לגדילתו של ילד בחיק הוריו [ראו: עניין עדאלה, פסקאות 45-47 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין והאסמכתאות הנזכרות שם]. אלו, להבדיל מחיים משותפים עם משפחה מורחבת, מגשימים את עקרון האוטונומיה של רצון הפרט ומהווים הגשמה עצמית של הפרט ומימוש של היצר הטבעי להמשכיות

הדורות. איני מזלזל חלילה בחשיבות הקשרים עם המשפחה המורחבת, אך אין לומר כי הזכות למשפחה כנגזרת של כבוד האדם נפרסת אף על קשרים אלו, משום הגשמה עצמית או הגשמת אוטונומיית הפרט. המגבלות שהוטלו בפקודת האסירים הביטחוניים לפיהן ככלל אסירים ביטחוניים יהיו זכאים לביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה אינן פוגעות בזכות למשפחה המוגנת על פי חוק היסוד.

57. באשר לזכות לקשר עם גורמים מחוץ לבית הכלא, הנגזרת מהאוטונומיה של הפרט (ראו פסקה 41 לעיל), סבורני כי ההסדר הקבוע בפקודת האסירים הביטחוניים מגביל זכות זו. למעשה, המשיב בעצמו מודה בכך, שעה שהוא עומד על כך כי הטעם להסדר לפיו אסירים ביטחוניים יורשו לקבל ביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה הוא הצורך הביטחוני בצמצום מעגל קשריהם של אסירים ביטחוניים עם גורמים חיצוניים. הגבלה זו מצמצמת, ככלל, את מעגל המבקרים הרשאים לבקר אסירים ביטחוניים בהתאם לפקודת בתי הסוהר ולתקנות בתי הסוהר. מסקנתי זו מחייבת לבחון האם פגיעה זו בזכות לקשר עם העולם החיצון נעשתה כדין. קודם לבחינה זו אקדים ואומר כי יש לבחון פגיעה זו בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא על רקע ההסדר השלם המטפל בקשריהם של אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא. כפי שעמדתי על כך בפסקה 43 לעיל, על הזכות לקשר עם העולם החיצון יש להסתכל כמכלול. על רקע זה אבחן את פקודת האסירים הביטחוניים.

האם הפגיעה בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא נעשתה כדין?
58. כפי המבקשים טענות ב"מישור הפורמאלי" הנוגעות לטיב ההסמכה בפקודת בתי הסוהר ולמעמד ההוראה הנורמטיבית בה קבועה ההוראה בנוגע לצמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים. כן יש בפיהם טענות ב"מישור המהותי" הנוגעות למידתיות וסבירות ההוראה בדבר צמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים. אדרש תחילה לטענתם בדבר העדר הסמכה מפורשת ובדבר היות הסדר צמצום מעגל המבקרים הסדר ראשוני, ולאחר מכן אפנה לבחון את סבירות ומידתיות ההוראות הרלבנטיות בפקודת האסירים הביטחוניים.

(א) הערה מקדמית - מעמדן הנורמטיבי של פקודות הנציבות
59. רבות מפקודות הנציבות מסדירות את נהלי העבודה של שירות בתי הסוהר ואת העקרונות להפעלת שיקול הדעת של המשיב. בית משפט זה נוהג לסווג את פקודות הנציבות כהנחיות מינהליות או כ"נהלים" [לסיווגן כהנחיות מינהליות ראו למשל: רע"א 6797/03 מדינת ישראל נ' אלדאזק (לא פורסם, 2.11.2003); עע"א 6481/01 אל עביד נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 23.10.2003), פסקאות 26-27 לפסק הדין; רע"ב

8571/07 מדינת ישראל נ' גמליאל (לא פורסם, 21.2.2008), רע"ב 9655/07 עלאדין נ' משטרת ישראל (לא פורסם, 17.4.2008). לסיווגן כ"נהלים" ראו למשל: רע"ב 5713/09 פלוני נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 9.12.2009), פסקה 10 להחלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה; רע"ב 3249/09 מדינת ישראל נ' הרשטוק (לא פורסם, 30.6.2009), פסקה 9; רע"ב 3194/08 חורב נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 3.6.2008), פסקה 2 להחלטת השופטת א' חיות].

במקרים מסויימים, התייחס בית המשפט להחלטה בעניין קונקרטי כהחלטה מינהלית, אף אם זו הייתה מבוססת על אמות מידה וכללים שנקבעו בפקודת נציבות [ראו למשל: עניין מנדלסון; עע"א 5537/02 מדינת ישראל נ' סרסאוי, פ"ד נח(1) 374 (2003)].

60. אציין כי סיווגן של פקודות הנציבות כהנחיות מינהליות (או נהלים) אינו נקי מספקות. כידוע, הגישה הרווחת היא כי הנחיה מינהלית, להבדיל מחקיקת משנה, נעשית בהעדר הסמכה מפורשת בחוק ומכוח סמכות העזר המוקנית לרשות מינהלית לצורך ביצוע תפקידה [ראו: סעיף 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות) וכן ראו: ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ב' בעמ' 223 (1997) (להלן: ברכה); יואב דותן הנחיות מינהליות, בעמ' 32-33 ובעמ' 42-43 (1996) (להלן: דותן) והשוו לביקורתו של דותן בעמ' 48-51 לספרו הנ"ל]. יש הסבורים כי יש להכיר בסוג נוסף של הוראות מנהליות בעלות מעמד "מעין סטאטוטורי", כאשר המדובר בהוראות המותקנות מכוח חוק אך אינן מפורסמות [ראו: בג"ץ 340/84 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל נ' רשות שדות התעופה, פ"ד לח(3) 354, 358 (1984); והשוו: ברכה, בעמ' 223]. כן יש המציעים לאמץ סיווג של "מעין תקנות" [ראו: דותן, בעמ' 44-47].

סמכותו של הנציב להוציא את הוראות שב"ס (באישור השר לביטחון פנים) ופקודות נציבות (אלה מכונות יחדיו "פקודות שירות" על פי סעיף 1 לפקודת בתי הסוהר) קבועה בסעיף 80 לפקודת בתי הסוהר, והיא נפרדת מסמכותו של השר להתקין תקנות לצורך ביצועה של פקודת בתי הסוהר לפי סעיף 132 לפקודה, ובעניינים המנויים בסעיף 132 הנ"ל. פקודות השירות אינן טעונות פרסום ברשומות אלא מפורסמות בדרך שהורה עליה נציב שב"ס (סעיף 80 לפקודת בתי הסוהר); לעניין פקודת בתי הסוהר דינן כדינים (סעיף 80א) לפקודת בתי הסוהר).

הוראות סעיפים 80א עד 80ג לפקודת בתי הסוהר התווספו לפקודה במסגרת תיקון משנת 1988 (ראו: חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח

228). כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון הפקודה, הוספת הסעיפים נועדה לעגן בחקיקה ראשית את סמכותו של נציב שירות בתי הסוהר להוציא הוראות ופקודות, להשוות את סמכותו של הנציב בעניין זה לסמכותו של הרמטכ"ל בהתאם לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי) ולהשוות את מעמדם של אותם הכללים שיוציא למעמד הפקודות וההוראות שמוציא הרמטכ"ל בהתאם לחוק זה (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 9), התשמ"ז-1987, ה"ח 230 וראו: סעיפים 2-3 א לחוק השיפוט הצבאי). תיקון זה של הפקודה נעשה במקביל לתיקון שנעשה בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"ח-1981 (ראו: חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 217), בעקבות בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 480 (1979), בו נקבע כי אין בסמכותו הכללית של מפכ"ל המשטרה לפקח על המשטרה כדי להקנות לו סמכות להוציא פקודת קבע בעלת אופי מעין פלילי השוללת משוטרים את זכות היסוד להתאגדות, אלא מכוח הסמכה מפורשת בחוק (ראו: דברי ההסבר לחוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 9), התשמ"ז-1987, ה"ח 218).

משכך ניתן לטעון כי פקודות השירות ובכללן פקודות הנציבות, הינן איפוא, כללים שהוצאו מכוח חוק ועל כן מהוות הן תקנות [ראו: סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] (להלן: פקודת הפרשנות) אליו מפנה סעיף 1 לחוק הפרשנות והשוו לסעיף 3 לחוק הפרשנות המגדיר מהי "הוראת מינהל"]. ניתן לטעון כי לפחות בחלקן גלומות נורמות משפטיות וכי הן מופנות לציבור בלתי מסויים ועל כן הן תקנות בנות-פועל-תחיקתי [ראו: ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957)], אשר היו חייבות בפרסום ברשומות [ראו: סעיף 17 לפקודת הפרשנות], אלמלא הוראת סעיף 80 ב לפקודת בתי הסוהר לפיה הן תפורסמנה בדרך שיקבע נציב שב"ס [לעניין החרג לכלל הפרסום ברשומות ראו: ברכה, כרך ב' בעמ' 265]. עמדה זו מוצאת חיזוק של ממש בעמדת בית משפט זה באשר לסיווג פקודות הצבא, שהרי ההוראות שבפקודות בתי הסוהר המסדירות את הוצאת פקודות השירות זהות למעשה להוראות המסדירות את מעמד פקודות הצבא בחוק השיפוט הצבאי [ראו למשל: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 264 (1999)]. יוער, כי היו מקרים בהם פקודת הנציבות סווגו כחקיקת משנה [ראו למשל מהעת האחרונה: עת"א (נצ') 49300-07-10 מחול נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 31.8.2010)].

61. ברם, בנושא זה של סיווג פקודות השירות שהוציא נציב שב"ס לא נטען לפנינו דבר, והמבקשים הניחו כי מדובר בנהלים של המשיב. משכך, איני מוצא כי זהו המקום

להכריע בשאלת מעמדן הנורמטיבי של פקודות השירות, ולצורך הדיון שלפנינו אניח כי פקודת האסירים הביטחוניים היא הנחיה מנהלית.

(ב) ההסמכה בפקודת בתי הסוהר ו"כלל ההסדרים הראשוניים"

62. המבקשים טוענים כי אין בפקודת בתי הסוהר הסמכה מפורשת המאפשרת למשיב "לפגוע בזכותם של האסירים הביטחוניים לביקורי ידידים". כפי שציינתי לעיל, לאסירים אין זכות קנויה לביקורים, אלא זכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, אשר אין בהכרח משמעותה כי הם יהיו זכאים לביקורי ידידים. משכך, איני סבור כי יש ממש בטענה זו של המבקשים. בסעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר נקבעה סמכותו של המשיב להתיר ביקורי ידידים; המשיב התווה אמות מידה להפעלת שיקול דעתו בעניין והדבר נעשה במסגרת סמכותו על פי סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר ובהתאם לתפקיד שב"ס לפי סעיף 76 לפקודת בתי הסוהר [השוו: רע"א 6797/03 מדינת ישראל נ' אלראזק (לא פורסם, 2.11.2003) (להלן: עניין אלראזק)]. באשר לפגיעה בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, הרי שכפי שציינתי לעיל, הפגיעה בזכות זו נעשתה בפקודת בתי הסוהר וההוראות הנוגעות בדבר מוגנות מפני תקיפה חוקתית על פי סעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד.

63. כאמור, פקודת האסירים הביטחוניים הוצאה לאחר חקיקת חוק היסוד, אך מכוח הסמכה בדבר חקיקה ראשית שנחקק קודם לחקיקת חוק היסוד. מותר אני בצריך עיון את השאלה האם בנסיבות אלה על ההסמכה בפקודת בתי הסוהר לעמוד בתנאי הראשון בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד לפיו הפגיעה בזכות יסוד צריכה להיות בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק [לעניין פרשנות תנאי זה ראו דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (לא פורסם, 19.10.2009)]. יכול כי לשאלה האם מדובר בחקיקת משנה או בהוראת מינהל תהיה נפקות בסוגיה זו [ראו: ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 224; והשוו לעמדתו בפרשנות חוקתית בעמ' 563-564].

64. בפי המבקשים טענה נוספת לפיה הכלל לפיו אסירים ביטחוניים אינם זכאים לביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה מהווה הסדר ראשוני שצריך שיהיה מוסדר בחקיקה ראשית או לכל הפחות בתקנות בתי הסוהר. הבסיס לטענת המבקשים כפול: ראשית, נטען כי ההסדר חל על כלל האסירים הביטחוניים בישראל; ושנית, נטען כי בסעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר נקבעו "פרטי הביצוע" באשר לביקורים אותם יקבלו אסירים וההסדר המצמצם את זהות המבקרים אצל אסירים ביטחוניים חורג מפרטי ביצוע אלו, ועל כן עליו להיות קבוע בפקודה עצמה.

65. אכן, לפי כלל "ההסדרים הראשוניים" ראוי כי בדבר חקיקה ראשית המסמיך את הרשות המבצעת לחוקק חקיקת משנה או להוציא הוראת מינהל, ייקבע ההסדר הראשוני הנוגע לאותו עניין, וזאת משיקולים של הפרדת רשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה. משמעות הדבר הוא כי בדבר חקיקה זה צריך שייקבעו המדיניות הכללית והעקרונות המנחים לפעולה מינהלית המתבצעת מכוחו - אותה "תכנית כללית". חקיקת המשנה או ההוראה המינהלית תקבענה הסדרים משניים בלבד הנגזרים ממדיניות כללית זו ומעקרונות מנחים אלו [ראו: ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מח(4) 529, 552 (1991); בג"ץ 3267/97, 715/98 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 502 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56 (2002) (להלן: עניין שיח חדש); גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב(1) 5 (2010)]. קביעת גבולותיו של ההסדר הראשוני אינה פשוטה. קביעה זו נעשית בהתאם למהות התחום הספציפי המוסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט; ומנגד, תוך שקילת שיקול הנגד של היעילות המינהלית [ראו: עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 760; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 27.2.2006), פסקאות 37-38 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 20.2.2008), פסקה 36 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (להלן: עניין המפקד הלאומי)].

באשר להוראות חוק שנחקקו קודם לחקיקת חוק היסוד, הרי שהכלל בדבר "הסדרים ראשוניים" שימש ככלל של פרשנות לפיו קיימת חזקה פרשנית כי הסמכת המינהל לחקיקת משנה או להוראות מינהל, היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד, וכי חזקה זו ניתנת לסתירה מקום בו פרשנות החוק הנוגע בדבר מלמדת כי תכליתו להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים. כאשר מדובר בהסדר הפוגע בזכות מזכויות הפרט, הדעה הרווחת הייתה כי נדרשת הסמכה ברורה, מפורשת וחד-משמעית כדי להסמיך את הרשות המבצעת לפגוע בה [ראו: בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 357-360 (1983); עניין רובינשטיין, בעמ' 522; עניין שיח חדש, בעמ' 57; עניין המפקד הלאומי, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש]. כלל זה קיבל משנה תוקף לאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 [ראו: עניין רובינשטיין, בעמ' 521-522].

66. סבורני כי אין בטיעוני המבקשים כדי להביא לכלל מסקנה כי את ההוראה בדבר צמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים היה מקום לקבוע בפקודת בתי הסוהר. כפי שעמדתי על כך מספר פעמים בחוות דעתי, בסימן ו' לפקודת בתי הסוהר הוסדרה סוגיית קשריהם של אסירים עם החוץ - זהו ההסדר הראשוני בעניין [ראו גם עניין קונטאר, בעמ' 496]. בכלל זאת נקבעה בסעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר ההוראה הכללית הנוגעת לביקורים אותם יקבלו אסירים ולפיה מדובר בעניין הנתון לשיקול דעתו של המשיב, ולא בזכות של אסירים. בסימן ו' לפקודת בתי הסוהר מצוי איפוא ההסדר הראשוני הנוגע לקשרי אסירים עם החוץ ובפרט נקבע בו העיקרון לפיו ביקורים אינם זכות מוקנית של אסירים - הסדר זה, הפוגע בזכויות הפרט, מוסדר בדבר חקיקה ראשית. אין בהוראות פקודת האסירים הביטחוניים הנוגעות להיקף מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים משום צמצום של הסדר ראשוני זה, אלא רק קביעת הסדר משני בעניין זה הנגזר מסיווג האסירים [השוו: עניין המפקד הלאומי, פסקה 35 לפסק דינה של השופטת מ' נאור]. אעיר כי בשים לב להסדר הביקורים הכולל הקבוע בפקודת האסירים הביטחוניים לפיו ככלל מתאפשרים ביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה, אין לומר כי הפגיעה בזכות לקשר עם העולם החיצון הינה פגיעה כה קשה שראוי כי תמצא הסמכה מפורשת לעשותה באופן זה. בנוסף, אין לומר כי העובדה שההסדר חל על כלל האסירים הביטחוניים כדי להפוך אותו להסדר כה כללי, העולה כדי הסדר הנוגע לשאלות יסוד ציבוריות או הנוגע לעניין המצוי במחלוקת חברתית קשה שהסדרתו צריך שתיעשה בחקיקה ראשית.

67. אדגיש כי קביעתי זו תחומה אך לטענתם הספציפית של המבקשים בנוגע לצמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים. לא אוכל להימנע מלציין בהקשר זה, וזאת למעלה מהצורך שכן הדבר לא נטען על ידי המבקשים וחורג מגדר העניין שלפנינו, כי מן הראוי שאת אמות המידה העקרוניות והשיקולים שעל המשיב לשקול בכל הנוגע להתרת קשריהם של אסירים עם החוץ ולהטלת מגבלות עליהם יסדיר המחוקק בדבר חקיקה ראשית. כן ראוי שהמחוקק יסדיר בחקיקה ראשית את העקרונות בדבר קשר עם החוץ הנעשה תוך שימוש באמצעים שאינם מוסדרים כיום בפקודת בתי הסוהר ושמסדרים במסגרת פקודות הנציבות (למשל: קשר טלפוני וביקורי התייחדות). באשר לאותן אמות מידה עקרוניות להתוויית שיקול דעתו של המשיב, מן הראוי שהמחוקק ינחה במפורש את המשיב כי בכלל השיקולים שעליו לשקול יכללו השיקול של ביטחון המדינה והשיקול של השמירה על הסדר הציבורי.

ער אני לכך כי בעניין קונטאר נקבע כי די בהסמכה הקבועה בסעיף 80 לפקודת בתי הסוהר כדי להסמיך את נציב שב"ס לקבוע בפקודת נציבות הסדר לגבי

קשר טלפוני של אסירים שאינו מוסדר בפקודת בתי הסוהר; כי די בה כדי שהנציב יקבע נוהל נפרד הנוגע לקשר טלפוני של אסירים ביטחוניים (עניין קונטאר הנ"ל, בעמ' 498-497); וכי בכלל זאת מוסמך נציב שירות בתי הסוהר להתחשב בשיקולים של סדר ציבורי וביטחון המדינה (עניין קונטאר הנ"ל, בעמ' 502). יחד עם זאת, סבורני כי ראוי שהשיקולים שנציב שב"ס רשאי לשקול בקביעת מדיניותו בנוגע לקשרי אסירים עם העולם שמחוץ לבית הכלא יוסדרו במפורש על ידי המחוקק, וכי ראוי שתבוצע התאמה של הוראות פקודת בתי הסוהר לאמצעי התקשורת הקיימים כיום ושלא היו קיימים או נהוגים במועד בו נחקקו ההוראות הנוגעות בדבר בפקודת בתי הסוהר. דומה כי הדבר אינו מתחייב רק מעקרון חוקיות פעולות המינהל אלא גם מן האפשרות כי הפעלת שיקול הדעת המוקנה לנציב שב"ס תוביל, במקרים מסויימים, לפגיעה קשה בקשרי אסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, ובפרט פגיעה בזכותו למשפחה [השוו: עניין האגודה לזכויות האזרח]. אכן, הסמכות שהוענקה לנציב שירות בתי הסוהר אינה דומה לסמכות מנהלית רגילה בשל מורכבותה הרבה. דומה כי היא דורשת מומחיות רבה כמו גם גמישות והתאמה למצבים משתנים ולצרכי השעה, אך אין בכך כדי להפחית מן הצורך לקבוע אמות מידה כלליות לפעולת המשיב, שניתן לטעון כי אינן מתמצות באלה הקבועות בסעיף 80א לפקודת בתי הסוהר.

68. ומכאן לבחינה מהותית של ההוראות הרלבנטיות בפקודת האסירים הביטחוניים.

(ג) סבירות ומידתיות הסדר הביקורים שבפקודת האסירים הביטחוניים

69. בית משפט זה עמד לא פעם על כך כי בהפעלת ביקורת שיפוטית על מדיניות המשיב והחלטותיו, לא ימיר בית המשפט את שיקול דעתו בשיקול דעתו של המשיב. הטעם לכך היה כי הסמכות שהוענקה למשיב אינה דומה, מבחינת מהותה והיקפה, לסמכות מנהלית רגילה, וזאת בשל מורכבותה הרבה. בהקשר זה אף נקבע כי למשיב מתחם סבירות ומתחם מידתיות רחבים באופן יחסי, וכי בהפעלת ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות המשיב נדרשים איזון ורגישות יותר מאשר במקרים אחרים [ראו: עניין גולן, בעמ' 7; עניין מנדלסון, בעמ' 863; בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 846 (2001); עניין אבוטבול, פסקה כה להחלטה; ברק-ארוז, כרך ב' בעמ' 758-759]. הטיב לבטא גישה זו השופט א' רובינשטיין בעניין אבוטבול:

"אכן, ברי כי האחריות לניהול תקין של בית הסוהר מוטלת על שירות בתי הסוהר, ולו שיקול דעת רחב כגוף הנושא באחריות כוללת ופרטנית לביטחון הציבור מן האסירים (והעצורים) ולביטחון האסירים בינם לבין

עצמם, וכמובן לרווחתם; ובית המשפט לא ימיר ככלל את שיקול דעתו בשיקול דעתם... ניהול בתי סוהר הוא ללא ספק אתגר קשה ועדין, המחייב איזונים מורכבים ביותר, נוכח סוג האוכלוסיה הכלואה ובעיותיה... על בית המשפט, המשקיף אל בית הסוהר בעיניים 'חיצוניות', לזכור כי את היומיום המסובך של ניהול מתקני הכליאה נושא על גבו שירות בתי הסוהר. יומיום זה עמוס מגוון אתגרים, כאמור, שיקולי ביטחון מזה ורווחת האסירים והעצורים, על היחס האנושי המתחייב – מזה. עסקינן בחוליה חלשה בחברה, שמחד גיסא חוששת הימנה החברה, ומאידך גיסא, עניין לנו במקבץ בני אנוש, גם אם הם נושאים על גבם לא אחת קופת שרצים. אתגרים אלה מחייבים שיקול דעת ומקצועיות, ולא בקלות יתערב בהם בית המשפט...” [שם, בפסקה כז להחלטה; ההדגשה במקור - י.ד.]

70. בחינת סבירות ההסדר הקבוע בפקודת האסירים הביטחוניים בנוגע לזהות המבקרים שיוורשו לבקר אסירים ביטחוניים תתמקד בשאלה האם נערך איזון ראוי בין האינטרסים הנוגדים הנוגעים בעניין, תוך מתן משקל יחסי ראוי לכל אחד מהם [ראו: עניין דוברין, פסקה 17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה והאסמכתאות הנזכרות שם]. אמת המידה לבחינת הסדר זה היא זו הקבועה בפסקת ההגבלה, וזאת נוכח הפגיעה בזכות לקשר עם העולם החיצון [ראו: עניין דוברין הנ"ל, בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1, 9-12 (1995) (להלן: עניין בן עטייה); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997) (להלן: עניין חורב); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 888-889 (2005); וכן ראו לעניין הקשר בין עילת הסבירות לעילת המידתיות: ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 464-465; ברק-ארז, כרך ב' בעמ' 784-786]. בכלל זאת יש לבחון האם מדובר בהסדר שנועד לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל והאם הפגיעה בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא עולה על הנדרש.

תכלית הגבלת קשרי אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא ועמידתה במבחני פיסוקת ההגבלה

71. התכלית שבבסיס הגבלת קשריהם של אסירים ביטחוניים עם גורמים מחוץ לבית הכלא היא שמירה על ביטחון המדינה ועל הסדר והמשמעת בבתי הסוהר. הדבר עולה מפורשות מסעיף 1.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים:

”באסירים השפוטים/עצורים בגין עבירות נגד ביטחון המדינה קיים בדרך כלל פוטנציאל ממשי לסיכון ביטחון המדינה בכלל ולסיכון הסדר והמשמעת בבתי הסוהר בפרט, וזאת לאור סוג העבירה שביצעו, או שבביצועה

הם חשודים, עברם, מניעיהם ומעורבותם בפעולות נגד ביטחון המדינה.
 רובם של אסירים אלה אף קשורים לארגוני טרור וקשר זה טומן בחובו סכנות מיוחדות הן לסדר ולמשמעת בבית הסוהר והן לביטחון המדינה...” [וכן ראו: עניין קונטאר, בעמ' 499; עניין עמיר, בעמ' 157].

תכלית זו, של הגנה על ביטחון המדינה ועל הסדר והמשמעת בבתי הסוהר, הינה תכלית ראויה, הן מבחינת תוכנה והן מבחינת הצורך בה, כעולה מהצהרת המשיב בסעיף 1.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים באשר לתכלית הגבלת קשריהם של אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא [ראו למשל: עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 547-548; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 842 (2004); ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 330-331]. תכלית זו אף הולמת את ערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק היסוד; וראו למשל עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 547). יצויין, כי המבקשים אף לא טענו אחרת.

מידתיות מדיניות המשיב באשר לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא

72. כידוע, עילת המידתיות מורכבת משלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה בין האמצעי הפוגע באינטרס המוגן לבין מטרת הפגיעה (הקרוי גם מבחן הקשר הרציונאלי); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן קיומו של יחס ראוי בין התועלת שתצמח מן הפעולה השלטונית לבין היקף פגיעתה [ראו: עניין בן עטייה, בעמ' 12; עניין חורב, בעמ' 53; עניין לה"ב, פסקה 112 והאסמכתאות הנזכרות שם; ברק-ארז, כרך ב' בעמ' 776-777; זמיר, כרך א' בעמ' 187; ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 171].

73. האמצעי המתאים - על פי מבחן זה נדרש כי האמצעי שנקט מתאים להגשמתה של המטרה שהשגתה מתבקשת [ראו למשל: עניין חורב, בעמ' 53; עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 550; ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 373-374]. צמצום קשריהם של אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא מקטין את הסיכון הנשקף לסדר ולמשמעת בבתי הסוהר וכן מקטין את הסיכון לביטחון המדינה. ככל שאסירים ביטחוניים יהיו מבודדים יותר מן העולם שמחוץ לבית הכלא, תקטן המסוכנות אשר נובעת מהם דרך כלל. צמצום הקשרים משמעותו צמצום האפשרויות להעברת מסרים מן החוץ אל הפנים ולהיפך. הדבר מצמצם אפשרות הפצת אידאולוגיה המצדדת בפגיעה בביטחון המדינה ומצמצם אפשרות העברת מסרים ביצועיים המבקשים ליישם אידאולוגיה זו. בהקשר זה יש לתת את הדעת להיות מרבית האסירים הביטחוניים, אף בתוך בית הכלא, חברים בארגונים עוינים, וכן יש לתת את הדעת לשימוש שנעשה

באסירים ביטחוניים ואף במבקרים "תמי לב" על מנת להעביר מסרים מבלי שאלו יהיו כלל ערים לכך. אכן, במסגרת בחינת הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה אין להסתפק בסיכון קלוש ותיאורטי, אך בשים לב לעוצמת הפגיעה החלשה בזכות לקשר עם העולם החיצון בעקבות צמצום מעגל המבקרים (שכן המשיב מתיר ביקורי משפחה מדרגה ראשונה, מאפשר קבלת ביקורים של בעלי תפקידים וקבלת מכתבים ומשלוחים), סבור אני כי די בעצם קיומה של אפשרות סבירה כי מפגשים כאמור ישמשו להעברת מסרים ואיני סבור כי נדרשת ודאות מוחלטת או ודאות קרובה כי צמצום מעגל המבקרים יקטין את המסוכנות הנשקפת מהאסירים הביטחוניים [השוו: עניין עדאלה, פסקה 66 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 778 (1999); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 420-423 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות); כן ראו: ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 387-388].

74. האמצעי שפגיעתו פחותה - מבחן זה מבקש לבחון האם האמצעי שנבחר הוא אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה. אין הוא מחייב כי ייבחר האמצעי הפוגעני פחות במושגים מוחלטים [ראו למשל: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002); עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 388; עניין עדאלה, פסקה 104 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין; עניין לה"ב, פסקה 115 לפסק הדין]. האמור נכון בפרט בשים לב למתחם שיקול הדעת הרחב הנתון למשיב (ראו: פסקה 69 לעיל).

טענות המבקשים באשר לחוסר המידתיות שבצמצום מעגל המבקרים מתמקדות במבחן משנה זה. לטענתם, בדיקה אינדיבידואלית של מסוכנות האסיר מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה. בהקשר זה מפנים המבקשים לתקנה 30 לתקנות בתי הסוהר הנזכרת בפסקה 7 לעיל, וכן לשורת המגבלות המוטלות על קשרי אסירים עם החוץ, לרבות מגבלות על התקשורת במהלך הביקורים.

אכן, כל הסדר גורף "נחשד" בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית [ראו: עניין עדאלה, פסקאות 69-71 לפסק דינו של הנשיא א' ברק והאסמכתאות הנזכרות שם]. ואולם, סבורני כי במקרה שלפנינו, הטלת מגבלות על מעגל המבקרים על בסיס בדיקה אינדיבידואלית אינו משיג את התכלית שבבסיס צמצום מעגל המבקרים באותה מידה בה משיג אותה האיסור הגורף [ראו: עניין עדאלה, פסקה 89 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 397-398]. אוסיף על כך כי לכלל בדבר צמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים נקבע חריג. בסעיף 4.ב.

לפקודת האסירים הביטחוניים נקבעו הוראות המאפשרות הסרת מגבלות המוטלות על אסירים ביטחוניים; לרבות אפשרות הסרתה של המגבלה על מעגל המבקרים לגבי אסירים ביטחוניים אשר לאחר בדיקה התברר כי לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה מהסרת מגבלה זו או אחרת ביחס אליהם [לעניין קביעת חריג להסדר גורף ראו: עניין ענדאלה, פסקאות 72-73 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 407].

בנוסף, אין לשכוח כי הקבוצה עליה חל אותו הסדר גורף הינה קבוצת אסירים שכל אחד מהפרטים הנכללים בה הורשע בביצוע עבירות קשות, שהרקע לביצוען הוא לרוב אידאולוגי ושנעשו במטרה לפגוע בביטחון המדינה. אין מדובר בקבוצת אנשים שלגביה קיימת "חזקת חפות", אלא באסירים לגביהם קיימת "חזקת מסוכנות" [השוו: עניין עמיר, בעמ' 157; בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר פ"ד לה(1) 536, 544 (1980); עניין קונטאר, בעמ' 499; וכן השוו לעמדתו של השופט ד' לוין בעע"א 3208/90 מסארווה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.9.1990), ולעמדתו של השופט ס' גובראן ברע"ב 4878/06 מדינת ישראל נ' סמיר (לא פורסם, 13.9.2006), פסקה 16 לפסק דינו]. בכך נבדל המקרה שלפנינו מהסדרים גורפים אחרים שנבחנו על ידי בית משפט זה, שתכליתם ביטחון המדינה [ראו: בג"ץ 5267/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 40 (2004); עניין ענדאלה].

לבסוף, כשם שאיני סבור כי בדיקה אינדיבידואלית משיגה את תכלית צמצום קשריהם של אסירים ביטחוניים עם החוץ באותה מידה בה הסדר גורף משיג זאת, כך איני סבור כי האפשרות להאזין לשיחות במהלך הביקורים והעובדה כי ככלל ביקורים אלו מתקיימים תוך שקיימת מחיצה בין האסיר הביטחוני למבקרים משיגות את התכלית של מניעת פגיעה בביטחון המדינה או בסדר ובמשמעת בבתי הסוהר באמצעות העברת מסרים במסגרת ביקורים אלו.

75. קיומו של יחס ראוי בין האמצעי למטרה - על פי מבחן זה, נדרש יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. מבחן זה עניינו באיזון בין האינטרסים המתנגשים [ראו: עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 385; עניין לה"ב, פסקה 116 לפסק הדין; ברק - מידתיות במשפט, בעמ' 419-420; ברק-ארז, כרך ב' בעמ' 777 ו-783]. במקרה שלפנינו מדובר ביחס בין הפגיעה בזכותו של אסיר ביטחוני לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא לבין התועלת הצומחת כתוצאה מצמצום מעגל הרשאים לבקרו.

עוד קודם לדיון בסוגיית אינטרס השמירה על ביטחון המדינה כמצדיק הגבלות על זכותם של אסירים ביטחוניים לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, יש לתת את הדעת לכך כי בנוגע לאסירים בכלל, האינטרס הציבורי של שמירה על הסדר והמשמעת בבית הסוהר מצדיק את הפגיעה בזכותם לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. אינטרס זה כשלעצמו, ובאופן נבדל מהאינטרס של שמירה על ביטחון המדינה, מאפשר הטלת מגבלות על קשרי אסירים עם העולם שמחוץ לבית הכלא (ראו האסמכתאות המובאות בפסקה 40 לעיל). מאחר שאינטרס זה אינו עומד במוקד העניין שלפנינו, אסתפק בכך שאומר כי איני פוסל משטר בו מרבית אמצעי הקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא ניתנים על דרך של טובות הנאה כאמצעי סביר להשגת תכלית זאת. כל זאת בכפוף להקפדה על קיום קשר מינימאלי של אסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. את אופיו של אותו רף מינימאלי אשאיר בצריך עיון שכן הדבר אינו נדרש להכרעה במקרה שלפנינו, בו אנו נדרשים לבחון את התועלת הנוספת הצומחת מצמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים.

האינטרס הנוסף שמוזן ל"משוואת האיזון" בעניינם של אסירים ביטחוניים הוא כאמור האינטרס של השמירה על ביטחון המדינה. אינטרס זה מצדיק הטלת מגבלות נוספות על קשריהם של אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא, הן מחמת הרקע האידאולוגי העומד מזומנות בבסיס העבירות בהן הורשעו המעלה את הסבירות כי הם יפעלו להגשים את האידאולוגיה בה הם דוגלים גם במהלך תקופת כליאתם, והן בשל המסגרות המאורגנות אשר לרוב הם משתייכים אליהן והדומיננטיות של מסגרות אלה באגפים הביטחוניים. מנקודת המבט של ביטחון המדינה, יש הצדקה לצמצום מהותי של קשרי אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא. על רקע זה עלינו לבחון את האמצעים שנתרו בידי אסירים ביטחוניים כדי לקיים קשר עם העולם מחוץ לבית הכלא. בחינת מכלול האמצעים הללו מוביל לכלל מסקנה כי האיזון בין האינטרסים המתנגשים הינו איזון ראוי.

ראשית וחשוב מכל, על אף הסיכון הביטחוני הכרוך בביקורים אותם מקבלים אסירים ביטחוניים, לא נשללה מהם האפשרות כי יבקרו אותם בני משפחה מדרגה ראשונה. בכך, יש כדי להגשים, במידה בלתי מבוטלת, את זכותם לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא הנגזרת מן האוטונומיה של הפרט (להבדיל מהיבטיה של זכות זו הנגזרים מן הזכות למשפחה). בנוסף, לא נשללה מאסירים ביטחוניים האפשרות כי יבקרו אותם בעלי תפקידים שונים, ובכלל זאת נציגי ארגונים הומניטאריים. עוד יש להזכיר כי האסירים יכולים לקבל ולשלוח מכתבים וגלויות, וכן יכולים הם לשלוח תמונות שלהם ולקבל תיעוד של אירוע משפחתי אחת לשנה. כן נתתי משקל לכך כי

המשיב ראה לנכון להעמיד חריג לכלל אותו קבע, לפיו הסרת המגבלה הנוגעת לצמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים תהא אפשרית בכפוף לעמידה בתנאים הקבועים בסעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים. כפי שאעמוד על כך מיד, סבור אני כי התנאים הקבועים בסעיף 4.ב. להחלת החריג הינם סבירים. לפיכך, סבור אני כי מידת הפגיעה בזכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא הינה מצומצמת ביותר. מנגד, אף אם יש שיטענו כי התועלת "הנוספת" כתוצאה מהטלת המגבלה על מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים אינה רבה, סבורני כי די בכך שיהיה בה כדי לצמצם, ולו במידת מה, את האפשרות של ניצול הקשרים עם המבקרים לפגיעה בביטחון המדינה כדי לקבוע כי קיים יחס ראוי בין מידת הפגיעה בזכות לקשר עם העולם החיצון (שהיא כאמור מצומצמת) לבין התועלת כתוצאה מנקיטת האמצעי של צמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים.

בכך לא אוכל לסיים את בחינתי. כאמור, אחד הטעמים לקביעתי כי קיים יחס ראוי בין התועלת כתוצאה מצמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים לבין הפגיעה בזכותם של אסירים לקשר עם גורמים מחוץ לבית הכלא, הוא כי קיים חריג לכלל זה (סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים), וכי התנאים להחלתו הינם סבירים. על הטעמים לקביעתי כי מדובר בתנאים סבירים אבקש לעמוד עתה.

כפי שציינתי בפסקה 11 לעיל, סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים מאפשר להסיר מגבלות המוטלות על אסירים ביטחוניים בכפוף לעמידתם בשני התנאים המצטברים שנקבעו בו. לשם הנוחות, אביא את הוראות סעיף זה שוב:

"על אף האמור בסעיף קטן א' ניתן לאשר כליאתו של אסיר/עצור ביטחוני שלא בנפרד מאסירים פליליים וכן ניתן להימנע מלהטיל עליו מגבלות כמפורט בסעיף 1'ב' באופן מלא או חלקי, אם נתקיימו לגביו שני התנאים הבאים:

- 1) מדובר באסיר שלא היה חבר בארגון עוין ולא סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה או באסיר שהיה חבר בארגון עוין או סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה, ריצה שליש מתקופת מאסרו או עשר שנים לפי המוקדם שביניהם, ושב"כ קבע לגביו, כי ניתן כל מגע, ישיר או עקיף, עם ארגון כאמור ועם חברי ארגון כאמור.
 - 2) ניתנה חוות דעת שב"כ כי לא נשקפת כתוצאה מכליאתו שלא בנפרד ומאי הטלת מגבלות מיוחדות עליו, סכנה לפגיעה בביטחון המדינה.
- חוות הדעת כאמור לא תינתן אלא לגבי מי שנתקיים לגביו כל האמור בס"ק 1) לעיל."

המבקשים טוענים לפנינו כי העובדה כי מדובר בתנאים מצטברים הופכת את הוראת סעיף 4.ב. זה לבלתי סבירה. לטענתם, די בכך שתיבחן מסוכנות האסיר ואין צורך לבחון - באופן נפרד - האם ניתן קשר עם ארגון עוין או חברי ארגון עוין. סבורני כי אין ממש בטענה זו של המבקשים, וזאת בכפוף לקביעותי, שתובאנה להלן, בנוגע לאופן בו תיושמנה הוראות סעיף 4.ב. הנזכר לעיל. בבסיס עמדתו של המשיב, לפיה ביחס לאסירים ביטחוניים קיים "פוטנציאל ממשי" לסיכון ביטחון המדינה, ניצבת, בין היתר, העובדה כי אלו לרוב חברים בארגונים עוינים או בעלי קשר לחברים בארגונים עוינים, וכי קשרים אלו כשלעצמם מהווים גורם סיכון. כן ניצב בבסיס עמדתו זו הרקע האידאולוגי העומד לרוב מאחורי ביצוע העבירות בהן הורשעו. משכך, ברי כי אי קיומו של קשר עם ארגון עוין או חברים בו הינו תנאי בלתי אין (אך לא תנאי מספיק) לשקילת הסרת המגבלות שהוטלו לשם השגת תכלית זו. בקביעת תנאים מצטברים אלו, גילה המשיב את דעתו כי לא ניתן יהיה לקבוע כי לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה כתוצאה מהסרת מגבלה זו או אחרת אם סבור הוא כי האסיר הביטחוני מוסיף לקיים קשר עם ארגון עוין או עם חברים בו. זאת הן כגורם סיכון כשלעצמו והן כאינדיקציה לכך שהאסיר לא זנח את הקו האידאולוגי בו דבק ושעמד מאחורי ביצוע העבירה בה הורשע. איני סבור כי מדובר במדיניות בלתי סבירה או בלתי מידתית.

סיכום ביניים

76. הנה כי כן, סבור אני כי הגם שלאסירים זכות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, אין משמעות הדבר כי מוקנית להם זכות לביקורים. בחנתי את הסדר הביקורים הקבוע בפקודת האסירים הביטחוניים, כשנקודת המוצא היא כי ביקורים מהווים טובת הנאה. מסקנתי היא כי הפגיעה בזכות האסירים הביטחוניים לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא כתוצאה מצמצום מעגל המבקרים את אסירים אלו הינה פגיעה מידתית וסבירה, וזאת בין היתר על רקע הוראת החרג לכלל בדבר צמצום מעגל המבקרים.

כעת, אבקש לפנות ולבחון את טענות המבקשים באשר להחלטות הפרטניות בעניינם. בכלל זאת, אבקש לעמוד על האופן בו על המשיב לפעול על מנת ליישם את הוראות סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים.

מן הכלל אל הפרט - טענת ההסתמכות

77. ראשית, אבקש להידרש לטענת ההסתמכות של המבקשים לפיה משהותר להם לקבל ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה במהלך תקופה ארוכה, ולאחר שינוי פקודת האסירים הביטחוניים בשנת 2002, הסתמכו הם על מדיניות זו של המשיב. דין טענה זו להידחות. אין די בעובדה כי מחמת טעות הוסיף המשיב להתיר

למבקשים ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה לאחר תיקון פקודת האסירים הביטחוניים כדי ליצור הסתמכות אצל המבקשים, כטענתם. בעניין זה מקובלת עלי עמדת המשיב לפיה אין מתקנים טעות בטעות וכי המבקשים לא שינו את מצבם לרעה בעקבות טעות זו אלא רק נהנו ממנה (השוו: רע"ב 3097/08 פלוני נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 7.12.2008), פסקה 26 להחלטתו של השופט ח' מלצר; עניין אלדאזק, פסקה 5 לפסק הדין).

מן הכלל אל הפרט - יישום החריג הקבוע בסעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים 78. בפי המבקשים טענות אף בנוגע לאופן יישום ההוראות הקבועות בסעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים. כפי שעמדתי על כך לעיל, איני סבור כי הוראת סעיף 4.ב. אינה סבירה. את דבריי אלו הכפפתי לאופן בו ייושם סעיף 4.ב. האמור. על יישומו של הסעיף אבקש לעמוד כעת.

79. כאמור, סעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים עניינו קביעת התנאים להסרת אי אלו מהמגבלות המוטלות על אסירים ביטחוניים. בכלל זאת, קבע המשיב שני תנאים מצטברים: ראשית, כי האסיר ריצה תקופה מסוימת ממאסרו וניתק כל קשר עם ארגון עוין וחברים בו (או כי לא היה בקשר עם ארגון עוין או סייע לארגון עוין עובר לעבירה אותה ביצע); שנית, כי הערכת השב"כ הינה כי כתוצאה מהסרת המגבלה לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה. כפי שצינתי לעיל, איני סבור כי מדיניות המשיב לפיה ניתן משקל מכריע לקיומו של קשר עם ארגון עוין או עם חברים בו הינה מדיניות בלתי סבירה או בלתי מידתית.

יחד עם זאת, איני שותף לעמדתו של בית המשפט לעניינים מנהליים באשר לאופן בו תיבחן עמידתו של אסיר בקריטריון הקבוע בסעיף 4.ב. (1) בנוגע ל"ניתוק הקשר". בהקשר זה נקבע על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים, כי כל עוד לא הוצגו לפני המשיב "ראיות פוזיטיביות" באשר לניתוק קשריו של אסיר עם ארגון עוין או עם חברים בו, לא תתמלא דרישת "ניתוק הקשר".

בכל הכבוד, דומה כי פרשנות זו מעט מרחיקה לכת. כידוע, החלטה מנהלית צריך שתתבסס על תשתית עובדתית מספקת [ראו למשל: רע"ב 8571/07 מדינת ישראל נ' גמליאל (לא פורסם, 21.2.2008), פסקה 9 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: עניין גמליאל)]. ניתן להניח כי בבוא המשיב לבחון דרישה זו ל"ניתוק קשר" קיימות שלוש קטגוריות אפשריות של מצבים: האחת, כי קיימות ראיות פוזיטיביות לקשר של האסיר הביטחוני עם ארגון עוין או עם חברים בו; השנייה, כי קיימות ראיות

פוזיטיביות על ניתוק קשר כאמור; והשלישית, כי אין ראיות פוזיטיביות על ניתוק קשר כאמור, אך גם אין ראיות פוזיטיביות כי קשר כאמור מוסיף ומתקיים. ברור כי במצב הראשון, אין התנאי הקבוע בסעיף 4.ב.4(1) מתקיים. כך, ברור כי במצב השני, תנאי סעיף 4.ב.4(1) מתקיימים ויש לפנות ולבחון את תנאי סעיף 4.ב.4(2). הקושי מתעורר במצב השלישי. אני סבור כי במצב זה לא קיימת תשתית עובדתית מספיקה על מנת שהמשיב יקבע כי תנאי סעיף 4.ב.4(1) אינם מתקיימים. תהיתי מהן אותן ראיות פוזיטיביות הנדרשות לשם הוכחת "ניתוק קשר" כאמור, וכיצד יכול אסיר ביטחוני להניח את ידיו עליהן. לא מצאתי תשובה לתהיות אלה בתגובת המשיב שהוגשה. דעתי היא איפוא, כי משקבע המשיב כי לכלל בדבר צמצום מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים קיים חריג, צריך שחריג זה ייושם באופן סביר המאפשר בחינה אמיתית של הפרכת חזקת המסוכנות לביטחון המדינה או לסדר ולמשמעת בבית הכלא ביחס לאסיר הביטחוני הנוגע בדבר. במצב בו אין ראיות פוזיטיביות בדבר "ניתוק קשר" אך גם אין ראיות בדבר המשך קיומו של קשר, יש מקום לבחון האם נשקפת מסוכנות מהסרת מגבלת זהות המבקרים.

בנוסף לאמור לעיל, אבקש להדגיש כי אני סבור כי די בסיווג "האדמיניסטרטיבי" של אסיר ביטחוני לאגף המזוהה עם ארגון עוין זה או אחר כדי לקבוע כי קיימות ראיות פוזיטיביות להמשך קיומו של קשר עם ארגון עוין או עם חברי ארגון עוין. חלף זאת, על המשיב לבחון האם באופן מהותי האסיר מוסיף לקיים קשר עם ארגון עוין או עם חבריו. נטילת תפקיד במסגרת הארגון, אף אם הוא מתמקד בהיבטי חיי היום-יום של האסירים הביטחוניים, יכול שילמד על קשר מהותי כאמור.

80. ומכאן לעניינם הקונקרטי של המבקשים. כאמור, בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי עמדת המשיב לפיה המבקשים לא ניתקו קשר עם ארגון עוין או עם חברים בו אינה קביעה בלתי סבירה, בהעדר ראיות פוזיטיביות על ניתוק קשר כאמור ועל בסיס המידעים שהוצגו לפניו. קביעתו זו התבססה על האופן בו סבר בית המשפט לעניינים מנהליים כי יש ליישם את הוראות סעיף 4.ב.4(1) לפקודת האסירים הביטחוניים. מאחר שאני סבור כי יש ליישם את הוראות סעיף זה בצורה שונה מכפי שקבע בית המשפט לעניינים מנהליים, סבור אני כי יש מקום להורות למשיב לבחון בשנית את עמידתם של המבקשים בתנאי סעיף 4.ב.4(1) הנ"ל, בשים לב לאמור בפסקה 79 לעיל. מובן כי אין בכך כדי להביע עמדה לגופו של עניין באשר לעמידת המבקשים או אי עמידתם בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב.4(1).

81. למעלה מן הצורך, אבקש להעיר שתי הערות באשר לאופן יישום התנאי הקבוע בסעיף 4.ב.2) לפקודת האסירים הביטחוניים. ראשית, סבור אני בעת בחינת התקיימות התנאי הקבוע בסעיף 4.ב.2) הנ"ל, צריך שיינתן משקל לאופי המגבלה שאותה מבקשים להסיר; כך, אין דין שינוי סיווגו של אסיר ביטחוני לאסיר פלילי, כדין התרת ביקור חד פעמי של מי שאינו בן משפחה מדרגה ראשונה, או כדין משלוח גלויה או מכתב נוסף החורג מגדר המכסה שנקבעה בפקודת האסירים הביטחוניים. שנית, אציין כי איני סבור כי יש צורך במידע קונקרטי אודות פעילות מסוימת שאותה מתכנן האסיר לבצע בשל הסרת המגבלה, וכי די בהערכה כללית המתבססת על שיקולים עניינים [ראו: עניין גמליאל, פסקה 9 לפסק הדין].

סוף דבר

82. הנה כי כן, סבורני כי המגבלה על מעגל המבקרים את האסירים הביטחוניים הינו מגבלה סבירה ומידתית. עם זאת, סבורני כי יש לקבל את טענת המבקשים באשר לאופן בו ייבחן התנאי הראשון הקבוע בסעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים, כאמור בפסקאות 79-80 לעיל. משכך, ולו דעתי הייתה נשמעת, הייתי מציע לחברי לקבל את הערעור, ולהורות למשיב לבחון את עמידת המבקשים בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים על פי הקווים המנחים עליהם עמדתי בפסקאות 79-80 לעיל.

83. לאחר עיון בחוות דעתה המנומקת של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, לא אוכל להימנע מלהתייחס, בקצרה, למחלוקת שהתגלעה בינינו באשר לאמת המידה לפיה תיבחן השאלה האם אסיר ביטחוני ניתק קשר עם ארגון עוין ועם חברים בו.

ראשית, באשר ללשון סעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים, הרי שבסעיף זה אין התייחסות לתשתית הראייתית שצריך שתעמוד בבסיס חוות דעת שב"כ הניתנת באשר לניתוק קשריו של אסיר ביטחוני עם ארגון עוין ועם חברים בו. קביעתי בעניין זה נשענת על אמות מידה כלליות אותן התווה בית משפט זה באשר לתשתית העובדתית המספקת שצריך שתעמוד בבסיס הערכת שב"כ, ואיני סבור כי אמת מידה זו עומדת בניגוד ללשון סעיף 4.ב.1) האמור.

שנית, סבורני כי אמת המידה שהתוותה חברתי, המאפשרת לשב"כ לבסס את חוות דעתו לעניין סעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים על שיקולים נסיבתיים אינה מגשימה באופן מלא את התכלית בקביעתו של חריג בפקודת האסירים הביטחוניים. קביעת החריג נועדה לאפשר הסרת מגבלות על אסירים ביטחוניים

במקרים בהם בדיקה אינדיבידואלית מלמדת כי ההנחה שעל בסיסה הוטלו, על דרך הכלל, אותן מגבלות מיוחדות, אינה מתקיימת. אדגיש, בהקשר זה, את חשיבות קיומו של חריג המאפשר בדיקה אינדיבידואלית לעניין מידתיות הפגיעה בזכויות האסירים הביטחוניים לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא. סבורני כי בדיקה אינדיבידואלית כאמור, אינה יכולה להיעשות על בסיס נתונים נסיבתיים. לשיטתי, השיקולים שעל בסיסם מציעה חברתי כי שב"כ יבסס את הערכתו בעניין ניתוק קשר וכן האיזון שמציעה חברתי כי יעשה שב"כ במסגרת חוות דעתו, צריכים להישקל ולהיבחן אולם לא במסגרת בחינת תנאי "ניתוק הקשר" אלא במסגרת בחינת עמידתו של אסיר ביטחוני בהוראת סעיף 4.ב.2) לפקודת האסירים הביטחוניים, שעניינה הסכנה הנשקפת לביטחון המדינה כתוצאה מהסרת מגבלה זו או אחרת. במסגרת הערכה זו יש מקום להערכות המבוססות על שיקולים נסיבתיים, אך לשיקולים אלו אין מקום במסגרת הקביעה העובדתית של שב"כ בדבר ניתוק קשר עם ארגון עוין וחברים בו הנדרשת על פי סעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים.

84. לבסוף, אציין כי ביום 20.9.2010 הגישו המבקשים בקשה לצירוף פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים (כבוד השופט א' אברהם) בעת"א-49300-07-10 הנזכר בפסקה 60 לעיל כאסמכתא. הגם שאיני סבור כי יש מקום להעתר לבקשה לצירוף אסמכתאות בשלב כה מאוחר, הרי שלגופו של עניין אין בפסק הדין שצירופו נתבקש כדי לשנות מתוצאות פסק דין זה.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אני מצטרפת למסקנתו של חברי, השופט דנציגר, לפיה אין להתערב במערכת הכללים המסדירה כיום ביקורי משפחות ומכרים אצל האסירים הביטחוניים הכלואים בישראל.

אני מסכימה עוד, כי ראוי להחזיר את עניינם של המבקשים שבפנינו לעיון מחודש של הגורמים המוסמכים, כדי שיעריכו פעם נוספת את התנאים הנדרשים בסעיף 4ב(1) ו-2) לפקודת נציבות בתי הסוהר מספר 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים בטחוניים" (להלן: הפקודה), המאפשרים, בהתקיימם, להסיר מגבלות שונות המוטלות על אסירים בטחוניים, בין באופן מלא, ובין באופן חלקי, ובין היתר בנושא ביקורים והקשר של אסירים אלה עם העולם שמחוץ לכלא.

2. אשר לאמות המידה הראייתיות הנדרשות לצורך הפעלת תנאיו של סעיף 4ב(1) לפקודה, חברי סבור כי לענין הסיפא לאותה הוראה, באין ראיות פוזיטיביות לחיוב או לשלילה בענין הקשר של האסיר לארגון הטרור, כי אז "לא קיימת תשתית עובדתית מספיקה על מנת שהמשיב יקבע כי תנאי סעיף 4ב(1) אינם מתקיימים", כדבריו. במצב בו אין ראיות פוזיטיביות בדבר ניתוק הקשר בין האסיר הבטחוני לארגון הטרור, אך אין גם ראיות בדבר המשך קיומו של קשר כזה, יש, לגישת חברי, להניח כי הקשר נותק, ולעבור לבחינת התנאי הבא, המתמקד בבדיקת מסוכנות האסיר לבטחון המדינה אם יוסרו מגבלות הביקורים (פסקה 79, שם). במילים אחרות, הנחת חברי היא כי בהעדר ראיות פוזיטיביות לכאן או לכאן, מתבקשת ההנחה כי הקשר בין האסיר לארגון העוין נותק, וכי מתמלא התנאי בסעיף 4ב(1) סיפא לפקודה, ומשלב זה, יש להידרש לקיום התנאי בסעיף 4ב(2), המחייב חוות דעת הגורם הבטחוני בענין מסוכנות האסיר לבטחון המדינה אם יותרו המגבלות, כולן או מקצתן.

3. גישתי בענין אמות המידה הראייתיות הנדרשות לצורך קיום התנאי בדבר ניתוק הקשר בין האסיר לארגון על פי סעיף 4ב(1) לפקודה שונה מזו של חברי. חשיבותן של אמות מידה אלה חורגת מעניינם הפרטני של המבקשים בענייננו, משהן מתייחסות לכלל האסירים הבטחוניים וקובעות נורמה שתוחל על כל מי שמשתייך לקטיגוריה זו של אסירים. ישנה חשיבות מיוחדת, אפוא, לבירור מהותן של אותן אמות מידה, שבהן תלוי, במידה רבה, אופי תנאי החזקתו של האסיר הבטחוני בכלא הישראלי.

4. נביא לצורך הענין שוב את נוסחו של סעיף 4ב לפקודה, שעניינו עומד ביסוד הדיון כאן:

"על אף האמור בסעיף קטן א', ניתן לאשר כליאתו של אסיר/עצור בטחוני שלא בנפרד מאסירים פליליים, וכן ניתן להימנע מלהטיל עליו מגבלות כמפורט בסעיף 1.ב' באופן מלא או חלקי, אם נתקיימו לגביו שני התנאים הבאים:

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

(2) ניתנה חוות דעת שב"כ כי לא נשקפת כתוצאה מכליאתו שלא בנפרד ומאי הטלת מגבלות מיוחדות עליו, סכנה לפגיעה בבטחון המדינה. חוות הדעת כאמור לא תינתן אלא לגבי מי שנתקיים לגביו כל האמור בסעיף קטן (1) לעיל". (ההדגשה לא במקור).

5. הבדלי הגישה בין חברי לביני לגבי הדרישה הראייתית להחלת סעיף 4ב(1) סיפא מתייחסים לתנאי החלופי המדובר באסיר שהיה חבר או סייע לארגון עוין עובר לביצוע העבירה, וריצה שליש ממאסרו או עשר שנים לפי המוקדם, ושב"כ קבע כי ניתן כל מגע, ישיר או עקיף, עם ארגון כאמור, ועם חבריו.

השאלה היא, מהן הדרישות הראייתיות שבהתקיימן על השב"כ לתת חוות דעת בדבר ניתוק הקשר בין האסיר לבין הארגון העוין. דרישות אלה נגזרות מעקרונות היסוד הנוגעים להחזקת אסירים, ואסירים בטחוניים בכלל זה, ואצביע עליהם בתכלית הקיצור, משחברי הרחיב עליהם את הדיבור:

6. נקודת המוצא בענייננו היא, כי מעקרונות השיטה החוקתית בישראל נובעת התפיסה כי אין לשלול או לגרוע מזכויות יסוד הנתונות לכל אדם בישראל אלא אם קיים אינטרס נוגד מוכר, רב משקל, המצדיק זאת. הנחה זו פועלת גם ביחס לענישת עבריינים, ולדרכי החזקתם של אסירים לאחר ענישתם.

אסיר אינו מאבד את זכויות האדם הנתונות לו, אלא במידה שהדבר נדרש להשגת תכלית המאסר. לתכלית המאסר עשויים להיות מספר רבדים: הרובד האחד משקף את התכלית העונשית הישירה, הכרוכה בשלילת החירות האישית של האסיר למשך תקופת המאסר שנגזרה. מפגיעה זו בחירות האישית נשללות מאליהן זכויות יסוד נוספות שאינן ניתנות למימוש במהלך המאסר, כגון חופש העיסוק, מימוש הזכות לפרטיות, ובמידה מסוימת גם הזכויות לביטוי ולמשפחה.

תכלית אחרת העשויה להצדיק פגיעה בזכויות אדם במהלך מאסרו קשורה בצורכי הסדר, המשמעת, והבטחון בכלא. תכלית זו נועדה להבטיח את שלום האסירים עצמם, את שלום הסוהרים, ואת בטחון הציבור הרחב מפני סיכונים הנשקפים מיושבי בית הסוהר.

שיקולי בטחון מדינה כלליים עשויים אף הם לשמש בסיס להטלת מגבלות על זכויות אדם של אסירים, ובעיקר אסירים בטחוניים.

המגבלות המוטלות על זכויות אדם של אסירים צריכות לקיים את עיקריה של פיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגלמת את חובת האיזון הראויה בין זכות האדם הנפגעת לבין התכלית הציבורית הנוגדת.

7. בתפיסה המשפטית הקיימת, כפי שזו באה לידי ביטוי בהלכה הפסוקה של בית משפט זה, יציאה לחופשות, וביקורים של משפחה ומכרים אצל אסירים, אינם מוחזקים כחלק מזכויות האדם המוכרות של האסיר, שהגבלתן כפופה לעקרונות פיסקת ההגבלה. על פי ההשקפה הנוהגת, שלילת חירותו של מי שנענש בעונש מאסר, כורכת עימה מאליה את ניתוקו מהעולם החיצוני ברמות שונות של חומרה, וניתוק זה שולל מאליו חופשות וביקורים אצל האסיר. על פי נקודת מוצא זו, חופשות וביקורים אינם זכויות הנתונות לאסיר, אלא פריבילגיה, או מעשה חסד המוענק לו אם הוא מקיים תנאים מסוימים. ההתייחסות לביקורים ולחופשות כהטבה ולא כזכות, בראייה הכוללת של שלילת חירותו של האסיר כחלק מהליך הענישה, משרתת גם תכליות של שמירה על הסדר והמשמעת בכלא, וההגנה על בטחון הציבור ובטחון המדינה, המהווים אינטרסים ציבוריים מוכרים המצדיקים, בהתקיים תנאים מסוימים, הטלת הגבלות שונות על הקשר של אסירים עם העולם החיצון.

מצב דברים זה חל, ככלל, על אסירים רגילים; הוא עשוי לחול ביתר שאת על אסירים בטחוניים, שבעניינם החשש לפגיעה בבטחון המדינה, ואפשר אף החשש לפגיעה בסדר ובמשמעת בכלא, הינם בעלי משקל מיוחד.

8. כשלעצמי, אינני בטוחה כי סיווגם המושגי של חופשות וביקורים אצל אסירים כפריבילגיה להבדיל מזכות הוא בהכרח נכון, על פי דפוסי החשיבה החוקתית הנוהגת בישראל. אכן, ניתן להשקיף על חופשות וביקורים אצל אסירים גם כחלק מזכויות האדם השמורות להם, גם בהמצאם בכלא, שאינן מתאינות בהכרח מעצם שלילת החירות הנובעת מן המאסר, פרי הסנקציה העונשית. יציאה לחופשות וביקורים של בני משפחה הם חלק מנדבכי הקשר של האדם-האסיר עם העולם ועם סביבתו הקרובה. הוא זקוק להם מעצם ברייתו. הם חלק מהווייתו כאדם; הם חלק מכבודו כאדם. הם תורמים תרומה חשובה לרווחתו ולשיקומו במהלך מאסרו. אלא שזכויות אלה של אסיר בכלא נתונות בדרך הטבע להגבלות במידות חומרה שונות, לצורך השגת תכליות שונות, ובהן – הגנה על הסדר והמשמעת בכלא, הגנה על בטחון המדינה, מניעת אפשרות הימלטות

(לענין חופשות), וכיוצא באלה שיקולים. על פי תפיסה זו, ההגבלות על זכויות החופשה והביקורים ומידת חומרתן צריכות לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. תפיסת חופשות וביקורי אסירים כזכויות הנתונות לאסיר, הכפופות להגבלות, להבדיל מפריבילגיות הניתנות כמעשה חסד למי שעומדים בתנאים מוקדמים מסוימים, משנה באופן מהותי את נקודת האיזון בין אופי ה"הטבה" הניתנת לאסיר לבין האינטרס הציבורי הנוגד. ראיית החופשות והביקורים כפריבילגיה בלבד אינה מחייבת כי ההגבלות המושמות עליהם יעמדו במבחן פסקת ההגבלה, שכן אין מדובר בזכויות אסיר אלא בהטבות הניתנות כחסד; לעומת זאת, ההכרה בחופשות וביקורים כחלק מזכויות האדם הנתונות לאסיר, מחייבת כי ההגבלות המושמות עליהן תעמודנה בעקרונות האיזון והמידתיות השאובים מפסקת ההגבלה החוקתית. כפיפות זו לפסקת ההגבלה מבטיחה כי ההגבלות המוטלות על יציאתם של אסירים לחופשות, ועל קבלת ביקורים, תהיינה מבוקרות ומדודות, ולא תפגענה באסיר מעבר למידה הנדרשת וההכרחית לצורך הגנה על אינטרס ציבורי חיוני.

9. בענייננו כאן, אין צורך להידרש לשאלה מושגית זו, שכן הסוגיה הקונקרטית, בהשלכתה המעשית, איננה מביאה ממילא לתוצאה שונה בכל אחת מן האפשרויות הנדונות. ענייננו באסירים בטחוניים, השפוטים בישראל לעונשים כבדים בגין עבירות חמורות ביותר כנגד בטחון המדינה. בין אם נגדיר את אפשרות הביקורים אצלם כפריבילגיה הניתנת למי שמקיים בהתנהגותו תנאים מסוימים, ובין שנגדירה כזכות, שיש להגבילה במגבלות שונות כדי להגן על אינטרסים ציבוריים חיוניים נוכח מאפייני העבריינים והעבירות בהם מדובר, התוצאה בכל מקרה היא כי הנחת מגבלות על אפשרות הביקורים אצל אסירים אלה היא חיונית לצורך הגנה על הסדר והמשמעת בכלל, ובמיוחד לצורך שמירה על אינטרסים בטחוניים חיוניים למדינה.

בדומה לחברי, השופט דנציגר, גם אני סבורה שהמבנה הנורמטיבי הקיים, המסדיר את נושא הביקורים אצל האסירים הבטחוניים, עומד במבחן האיזון הנדרש בין אפשרות האסירים הבטחוניים לקבל ביקורים, לבין האינטרסים הציבוריים החיוניים העומדים מנגד, וזאת בין אם נשקיף על אפשרות הביקורים כפריבילגיה של האסיר הבטחוני ובין אם נראה בה זכות הנתונה לו, הכפופה לתנאים ולמגבלות.

10. נקודת המוצא בהגבלות על אפשרות הביקורים אצל אסירים בטחוניים נעוצה, ראשית, בסיווגם לקטיגוריה של אסירים שנשקף מהם סיכון ממשי הן לבטחון המדינה בכלל, והן לסדר ולמשמעת בבית הסוהר (סעיף 1ב להוראות הפקודה). במציאות הבטחוניית שבה מצויה ישראל, אין פסול ביצירת קטיגוריה נפרדת של אסירים

בטחוניים, עליהם תחול מערכת כללים מיוחדת, הכוללת הגבלות שונות המוטלות על מי שנמנה עליה, בין היתר בענין ביקורים. ככלל, לנימנים על קבוצה זו מותרים ביקורים של בני משפחה מדרגה ראשונה בלבד, ואין מתירים ביקורי מכרים וקרובים מדרגה רחוקה יותר.

11. בצד הנורמה המכלילה המחמירה, באה הנורמה האינדיבידואלית המקילה בסעיף 4ב(1) ו-2) לפקודה, המחייבת התייחסות פרטנית לאסיר הבטחוני הספציפי, והמגדירה את התנאים שבהתקיימם ניתן להסיר ממנו אי אלו מגבלות, ובתוכם גם את מגבלות האיסור על ביקורי מבקרים שאינם נימנים על בני משפחה מדרגה ראשונה.

החלת הנורמה האינדיבידואלית המקילה בסעיף 4ב(1) שמה דגש על שאלת המשך הקשר בין האסיר הבטחוני לבין הארגון העוין שהוא היה בקשר עמו עובר לבצוע העבירה שבגינה נאסר. מי שלא היה כלל חבר בארגון עוין, ולא סייע לארגון כזה עובר לבצוע העבירה, מקיים תנאי אובייקטיבי זה ללא קושי. הקושי מתעורר באסיר שהיה חבר בארגון עוין, או סייע לארגון עובר לבצוע העבירה, וריצה שליש מתקופת מאסרו או עשר שנים לפי המוקדם, ו"שב"כ קבע לגביו כי ניתן כל מגע, ישיר או עקיף, עם ארגון כאמור ועם חברי ארגון כאמור". השאלה היא מהו המטען הראייתי שעל יסודו מצופה השב"כ לקבוע כי האסיר הבטחוני ניתן מגע, ישיר או עקיף, עם הארגון העוין ועם חבריו.

12. נקודת המוצא המשתקפת בפקודה הינה כי אסיר בטחוני, שקיים קשר עם ארגון עוין עובר לבצוע העבירה שבגינה נאסר, ממשיך את הקשר עמו ועם חבריו גם ביושבו בכלא. הפקודה מניחה כי קשר של אסיר לארגון עוין עובר לבצוע העבירה הוא קשר מתמשך, גם כאשר האסיר מצוי מאחורי סורג ובריח, וכי בקשר זה יש משום סכנה מיוחדת הן לבטחון המדינה והן לסדר ולמשמעת בבית הסוהר.

ברוח זו נקבע בסעיף 1ב (פסקה שניה) לפקודה:

"רובם של אסירים אלה [האסירים הבטחוניים] אף קשורים לארגוני טרור, וקשר זה טומן בחובו סכנות מיוחדות הן לסדר ולמשמעת בבית הסוהר, והן לבטחון המדינה. הסיכון הבטחוני הצפוי מהאסירים הבטחוניים מחייב כליאתם בנפרד מאסירים פליליים, והטלת מגבלות מיוחדות עליהם בכל הנוגע לקשר עם החוץ, ובכלל זה בנושאים של חופשות, ביקורים, שיחות טלפון והתייחדות".

נקודת מוצא זו של קשר מתמשך בין האסיר הבטחוני לבין הארגון העוין, הנעוץ לא אחת בקיום הזדהות אידיאולוגית ותחושת שליחות המניעה את מהלכיו של האסיר הבטחוני, מתבססת על נסיון נצבר של שנים רבות, שהביא את הגורם הבטחוני המוסמך לעיצוב ההנחה הכללית האמורה. הנחה כללית זו ניתנת להפרכה במקרה אינדיבידואלי, אך נטל ההוכחה מוטל על הטוען לניתוקו של הקשר בין האסיר לבין הארגון וחבריו. דרישת התנאי בסעיף 4ב(1) סיפא לפקודה היא, אפוא, כי תינתן חוות דעת מטעם הגורם הבטחוני בדבר ניתוק הקשר הזה. כל עוד לא ניתנה חוות דעת זו, חזקה היא כי הקשר בין האסיר לבין הארגון וחבריו נמשך, וכי ההגבלות הכלליות המוטלות על הביקורים עומדות בעינן.

13. בבוא הגורם המוסמך לשקול את שאלת ניתוק הקשר בין האסיר לבין הארגון, ראיות פוזיטיביות לשלילה או לחיוב בענין זה תספקנה תשובה פשוטה לשאלה. הקושי, כפי שהבהיר חברי, טמון במצב שבו אין בנמצא כל ראיות לכאן או לכאן. דעתו של השופט דנציגר הינה כי במקרה כזה, ההנחה המתבקשת היא כי הקשר נותק, וכי יש לעבור לבחינת התקיימות התנאי הנוסף הנדרש בס"ק (2), המצריך חוות דעת שב"כ בשאלה אם קיים סיכון לבטחון המדינה מהסרת המגבלות על האסיר.

14. אתקשה להסכים לקביעת אמת מידה הוכחתית זו, המניחה, בהעדר ראיה פוזיטיבית לכאן או לכאן, כי הקשר של האסיר הבטחוני עם הארגון העוין וחבריו נותק. נראה לי כי אמת מידה זו אינה מתיישבת הן עם נוסחה והן עם תכליתה ורוחה של הנורמה האינדיבידואלית המעוגנת בסעיף 4ב(1) לפקודה. נוסחה של הוראה זו מצביע בבירור על צורך במתן חוות דעת פוזיטיבית של השב"כ לפיה הקשר של האסיר עם הארגון העוין ועם חבריו נותק, ונוסח זה אינו מתיישב עם קיום חזקה הוכחתית בדבר ניתוק קשר כאמור כל אימת שאין ראיות לכאן או לכאן. כמו כן, תכליתה של הוראה זו היא לאפשר הסרה או ריכוך של המגבלות המוטלות על ביקורי אסירים על רקע החזקה הקיימת, המונחת בבסיס הסדר הביקורים אצל אסירים בטחונים, כי כל עוד לא ניתנה חוות דעת הגורם הבטחוני על ניתוק הקשר, מתקיים קשר מתמשך כזה. על רקע זה, קשה ליישב את החזקה ההוכחתית המוצעת עם נוסחה ותכליתה של הפקודה.

15. שלילת החזקה ההוכחתית האמורה עדיין אין משמעה כי בכל מקרה בו אין ראיות פוזיטיביות לחיוב או לשלילה בענין ניתוק הקשר בין האסיר לארגון ממילא יימנע השב"כ ממתן חוות דעת בדבר ניתוק קשר כאמור. 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. לצורך מתן חוות דעת בדבר ניתוק הקשר כאמור, די ברמת הוכחה בהסתברות גבוהה לענין זה. רמת הוכחה זו הינה מספקת, בין היתר, נוכח העובדה כי גם משניתנה חוות דעת כזו, עדיין נדרשת חוות דעת נוספת של השב"כ בדבר העדר סכנה לבטחון המדינה מהסרת המגבלות המיוחדות מהאסיר, כנדרש על פי סעיף 4ב(2) לפקודה.

16. במתן חוות דעת השב"כ בשאלת ניתוק הקשר בין האסיר לארגון חשוב כי יתקיים איזון בין האינטרס הציבורי-בטחוני שלשמו נדרשת חוות הדעת, לבין הצורך הטבעי המוכר של אסיר בטחוני להרחיב את חוג מבקריו, ולכלול בהם, בנוסף לבני משפחה מדרגה ראשונה, גם בני משפחה מדרגה מרוחקת יותר, וכן ידידים ומכרים שאינם בני משפחה. ככל שחולפות השנים שבהן כלוא אדם בבית הסוהר, כך הולך ומתגבר צורך טבעי זה לקיים קשר הדוק יותר עם אנשים קרובים – בין בקרבת דם, ובין מכח ידידות והיכרות. ככל שהמאסר מתמשך, הציפייה הלגיטימית להרחבת מעגל המבקרים גוברת; מנגד, ככל שהשנים חולפות, עשוי קשר העבר בין האסיר לבין הארגון להיחלש באופן טבעי. ככל שלא עולה הצדקה עניינית ממשית, על פי נתונים אובייקטיביים, להפעלת החזקה בדבר המשך קיום הקשר בין האסיר לבין הארגון העוין וחבריו, וככל שלא קיים חשש ממשי כי הרחבת היקף המבקרים תסכן באופן אמיתי וממשי את בטחון המדינה ואת הסדר והמשמעת בכלא, ראוי כי הרשות המוסמכת תפעל לריכוך ההגבלות המוטלות על האסיר הבטחוני בקשריו עם העולם שמחוץ לכלא. כך הוא באשר לחוות דעת השב"כ לענין ניתוק הקשר בין האסיר לארגון וכך הוא באשר

לחוות דעת השב"כ לענין הסיכון הבטחוני מהסרת המגבלות, הנדרשות, לפי הענין, על פי ס"ק (1) וס"ק (2) לסעיף 4ב לפקודה.

17. על יסוד הדברים האמורים, אציע להחזיר את עניינם של המבקשים לשיקול נוסף של גורמי הבטחון, על פי אמות המידה המוצעות.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי השופט דנציגר ואומר מילים מספר משל עצמי.

1. כאמור, המבקשים הם אסירים בטחוניים. המבקש 1 הורשע, בין היתר, ברצח של חייל שאותו העלה כטרמפיסט למכוניתו. המבקשים מס' 2-3 הורשעו, בין היתר, בהטלת רימון יד לתוך קהל אנשים במדרחוב ברחוב נורדאו בחיפה, מה שגרם לפציעתם של עשרות אנשים.

סוד גלוי וידוע הוא שחלק מהאסירים הבטחוניים מנסים להמשיך את פעילותם גם מתוך כתלי הכלא, תוך קבלה והוצאה של מסרים ואשגרים באמצעות אנשים מן החוץ. במציאות הנוכחית ובהתחשב במספר האסירים הביטחוניים, הרחבת מעגל הביקורים גם מעבר לבני משפחה בדרגה ראשונה, מהווה הכבדה של ממש על שירות בתי הסוהר ויש בו כדי לפגוע בתכלית של שמירה על בטחון המדינה. בדיקה פרטנית אינה "תרופה לכל מכאוב", ולא תמיד היא אפשרית ואפקטיבית מקום בו מדובר בצרכי בטחון ובמספר רב של אנשים. לכן, וכפי שנאמר על ידי חברי, ההסדר הנוכחי מהווה איזון סביר בין האינטרסים המתנגשים.

2. המחוקק קצב את סוג העונש ומידתו בהתאם לחומרת העבירה, ומן המפורסמות הוא כי העבירות הבטחוניות הן מהחמורות שבספר החוקים, משיקולים של גמול והרתעה. תנאי הכליאה עניינם באופן ביצוע העונש, להבדיל ממידת העונש וסוגו ולכן הם עניין לרשות המבצעת. כשלעצמי, איני משוכנע כי ראוי להסדיר את נושא תנאי הכליאה של אסירים בטחוניים בחקיקה ראשית כהסדר ראשוני ועל דרך ההיקש אציין כי בית משפט זה כבר הביע דעתו כי בכל הכרוך בשחרור אסירים

בטחוניים אין מקום להסדיר את הנושא בחקיקה ראשית (ראו בג"ץ 1539/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיגוע לנפגעיו נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 17.2.05)). ובכלל, קביעת אמות מידה ראשוניות בחקיקה ראשית, מצמצמת מטבע הדברים את היקף ההתערבות של בית המשפט, כך שמבחינה זו, שכרו עשוי לצאת בהפסדו (השוו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב (2010) 5, 25-26).

3. משהובאה בפני חוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, אני מצטרף להסתייגותה לעניין פרשנות סעיף 4ב(1) ו-2 לפקודה.

שׁוֹפֵט

הוחלט לקבל את הערעור, ולהורות למשיב לבחון את עמידת המבקשים בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב(1) לפקודת האסירים הביטחוניים בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

ניתן היום, כ"ט בתשרי התשע"א (7.10.2010).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט