

בעניין:

_____ סמחאן

ת"ז _____

מוחזק בכלא הדירים

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן ארי
(מ"ר 37566) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או עידו
בלום (מ"ר 44538) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה
דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או
בנימין אחסתרובה (מ"ר 58008)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 02-6283555 ; פקס: 02-6276317

העותר

- נגד -

שירות בתי הסוהר

ע"י פרקליטות מחוז מרכז

המשיב

עתירת אסיר

מוגשת בזאת עתירת אסיר, לפי סעיף 62א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לאפשר לאחותו של העותר להיכנס לבתי הכלא שבאחריותו, על-מנת שתבקרו.

ואלה נימוקי העתירה

בידודו של האסיר מן החברה כדי להגשים את תכליות הענישה גוזר עליו גם בידוד משפחתי מבן זוגו, מילדיו, וממשפחתו במעגל הרחב יותר. **אולם גם בהינתן הגבלה אינהרנטית זו למאסר, קיומה של זכות אדם למשפחה ולהורות מחייבת צמצום היקף הפגיעה בה ככל הניתן, ובגבולות ההכרחיים בלבד, כגון בדרך של מתן היתרים מבוקרים לביקורי משפחות אצל אסירים, יציאה לחופשות בהתקיים תנאים מוגדרים, העמדת אמצעים המאפשרים התייחדות בין בני זוג, וכיוצא באלה. בכך, נשמרת מידתיות הפגיעה בזכות האדם, המתחייבת באורח מובנה מעצם שלילת החירות הנילוות למאסר.**

(בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(2), 3564, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, להלן: **פרשת דוברין**. כל ההדגשות בעתירה הן שלי – ד.ש.).

רקע

1. החל מתחילת האינתיפאדה השנייה, בחודש אוקטובר 2000, ועד לחודש מרץ 2003, לא התאפשרו ביקורים של תושבי הגדה אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראליים. בעקבות בג"ץ 11198/02 **דיריה נ' מפקד מתקן הכליאה הצבאי עופר**, תק-על 2003(3), 2099, החל מפקד כוחות הצבא

בגדה המערבית (להלן: **המפקד הצבאי**), באופן הדרגתי, לאפשר ביקורי בני משפחה אצל קרוביהם הכלואים.

2. הביקורים בכלא מאורגנים אך ורק באמצעות ארגון הצלב האדום הבינלאומי (להלן: **הצלב האדום**). על פי הנוהל הרגיל, כאשר מאושרת בקשה לביקור בכלא, מקבל המפקד מהמפקד הצבאי היתר כניסה לישראל, שתקף לשנה. על פי נוהל מיוחד לתושב השטחים, המוגדר כ"מנוע כניסה לישראל", אם נמצא כי לא קיימת מניעה להתיר לו לבקר בכלא, מונפק לו היתר כניסה חד פעמי לישראל לצורך ביקור בכלא, שתוקפו 45 יום. היתר זה, אשר מועבר גם כן באמצעות הצלב האדום, מאפשר ביקור אחד בכלא במהלך 45 הימים. בתום הביקור, מוחתם ההיתר בכלא ובכך פג תוקפו. על מנת לבקר פעם נוספת בכלא, מגיש המבקש בקשה חדשה במסגרת אותו נוהל.

3. בפועל, משך הנפקת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור בכלא במסגרת הנוהל המיוחד למוגדרים כ"מנועי כניסה לישראל", אורך לפחות ארבעה חודשים.

הצדדים ומיצוי ההליכים

4. העותר, יליד 1969, נעצר ביולי 2003 ונשפט למאסר עולם. הוא מוחזק, נכון להיום, בכלא הדירים, שבאחריות המשיב.

5. אחותו של העותר, הגב' _____ וחש (ת"ז _____), היא ילידת 1963 מבית לחם, אם לילד. היא נעצרה בשנת 1979 ונשפטה לשנתיים מאסר. מאז שוחררה, לפני כשלושים שנה, היא לא נעצרה שוב ולא נחקרה. גב' וחש לא ראתה את אחיה מאז נעצר, לפני למעלה משמונה שנים.

6. העותר כמעט שאינו מקבל ביקורי משפחה. אימו קשישה מכדי לבקר. אחיו אינם מקבלים היתרי כניסה לישראל מהצבא לצורך הביקור בכלא, מסיבות של "מניעה ביטחונית". המבקרת היחידה שלו היא אחותו, בת 55, שהינה חולת סרטן, ולכן אינה מסוגלת לבקר יותר מפעם בחודשיים, בממוצע. לאור זאת, העותר מנותק כמעט לחלוטין מבני מהעולם החיצון וממשפחתו, והדבר מקשה עליו מאוד.

7. הגב' וחש לא ראתה את אחיה, כאמור, מאז נעצר, לפני למעלה משמונה שנים תמימות. המשיב מסרב מאז להתיר לה להיכנס לבתי הכלא, בהם הוחזק העותר, מאחר שהוא מגדירה "אסירה לשעבר", וככזו עליה לקבל את אישורו לבקר בכלא. כאן המקום לציין כי הגב' וחש קיבלה ממפקד כוחות הצבא בגדה היתר כניסה לישראל לצורך ביקור אחיה. ההיתר תקף לשנה, עד יולי 2012, עובדה המעידה על כך שאף המפקד הצבאי אינו רואה בכניסתה של העותרת לישראל, לצורך ביקור אחיה, סכנה כלשהי.

8. בגבור עליה מצוקתה, במיוחד בשל העובדה שהיא מחזיקה בהיתר כניסה לישראל שאין היא יכולה לממשו, פנתה הגב' וחש וביקשה את סיועו של המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**).

9. ביום 1.8.11 פנה המוקד בשמה של הגב' וחש לכלא נפחא, שם הוחזק העותר באותה עת, וביקש את אישורו של מפקד הכלא לכניסת האחות לכלא, לצורך ביקור.

העתק הפנייה מצורף ומסומן ע/1.

10. ביום 18.8.11 ענתה קצינת האסירים בכלא. בתשובה נמסר כי רשויות הכלא אינן מאשרות את כניסתה לכלא של הגב' וחש. הנימוק היחיד שניתן להחלטה היה "סיבות ביטחוניות".

העתק תשובת כלא נפחא מצורף ומסומן ע/2.

11. לאור הסירוב, פנה המוקד בערר על החלטת כלא נפחא למפקד מחוז דרום של המשיב. בערר הלן המוקד על הסירוב הלא מנומק, במיוחד לאור הנסיבות ההומניטאריות הקשות של התיק.

העתק הערר מיום 1.9.11 מצורף ומסומן ע/3.

12. ביום 18.9.11 התקבלה במוקד תשובתו של מפקד מחוז דרום, בה נמסר כי מפקד המחוז אינו מאשר את ביקורה של הגב' וחש אצל אחיה. לשלילת הביקור לא ניתן כל נימוק או הסבר. לא זו אף זו, לא צוין האם השלילה מוגבלת בזמן.

העתק תשובתו של מפקד מחוז דרום מצורף ומסומן ע/4.

13. ביום 23.10.11 ביקר הח"מ את העותר בכלא הדרום, ושם אישר בפניו העותר כי המשיב עומד על דעתו ומסרב להתיר לאחותו לבקר בכלא.

לפיכך, לא נותרה לעותר, אשר לא ראה את אחותו מאז נעצר, ומקבל ביקורים מאחותו החולה פעם בחודשיים בלבד, כל ברירה, זולת פנייה לבית המשפט הנכבד.

הפן המשפטי

התפיסה החוקתית המעגנת את זכויות האדם במעמד נורמטיבי עליון מקרינה ואוצלת גם על זכויות האדם של האסיר, ועל יכולתו לממשן במסגרת הכלא. ביסוד השיטה החוקתית בישראל מובנית ההנחה כי אין לשלול או לגרוע מזכויות יסוד הנתונות לאדם אלא אם כן קיים אינטרס נוגד מוכר, פרטי או ציבורי, רב משקל במידה כזו, המצדיק זאת. הנחה זו פועלת גם בתחום ענישת עבריינים. משמעותה היא כי ההגנה על זכויות אדם ניתנת גם לאסירים לאחר ענישתם, ופגיעה בהם אפשרית רק מקום שאינטרס ציבורי נוגד בעל משמעות כבדת משקל, מצדיק זאת (פרשת דוברין, עמ' 3570).

מניעת ביקורים מאסיר – המסגרת הנורמטיבית

14. על פי תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, נקבע כי :

הנציב רשאי להורות על מניעת ביקורים אצל אסיר לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים, אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי האסיר עלול לנצל ביקורים לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור.

ובתקנה 30(ד) נאמר כי :

שוכנע הנציב כי עדיין קיימת עילה למניעת ביקורים כאמור בתקנת משנה (ג), רשאי הוא לחזור ולהורות על מניעת הביקורים לתקופות נוספות כאמור.

15. סעיף 17(ד) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר 03.02.00, שכותרתה "כללים בדבר אסירים ביטחוניים" (להלן: **פקודת האסירים הביטחוניים**), חוזר על סמכות זו של הנציב למנוע ביקורים מאסיר בעילות ביטחוניות.

16. כפי שנראה להלן, שימוש בסמכות מינהלית, הנתונה במקרה זה בידיו של נציב שירות בתי הסוהר, צריכה להיעשות תוך שימת לב לסטנדרטים של סבירות ומידתיות, במיוחד אם כתוצאה מהשימוש בסמכות נפגעת זכות אדם חוקתית. בהמשך נראה עד כמה מרכזיות וחשובות הזכויות של העותר, הנפגעות כתוצאה משימוש המשיב בסמכותו, ונעמיד בספק את מידת הסבירות והמידתיות של החלטות המשיב בעניין.

הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיב להסדירם

17. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של העצורים והן של בני משפחותיהם. זוהי זכות בסיסית, הנובעת מתפישתו של האדם כיצור חברתי, המתקיים במסגרת משפחה וקהילה. הזכות לביקורי משפחה מעוגנת בשורה של מקורות משפטיים ישראליים ובינלאומיים. ניתן לציין, בין המקורות הללו, את אמנת ג'נבה הרביעית (הקובעת בסעיף 116 כי "כל עציר רשאי לקבל מבקרים - בייחוד, אנשי משפחה קרובים - לעתים מזומנות ובתדירות האפשרית"), את סעיף 47 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), תשל"ב-1971, וכן את פקודת נציבות שירות בתי הסוהר מספר 04.42.00, הקובעת בסעיף 1 כי:

הביקור הוא אחד מאמצעי הקשר החשובים שבין האסיר למשפחתו, חבריו, ידידיו. הביקור עשוי להקל על האסיר בעת שהותו בבית הסוהר ולעודדו בשעות משבר.

18. וכך נקבע לעניין זה בפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ברע"ב 6956/09 **מאהר יונס ואח' נ' שירות בתי הסוהר**, תק-על 2010(4), 189 (להלן: **רע"ב מאהר**), בפסקה 8 שם:

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. **יצאה 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.**

19. הסטנדרט המינימאלי לטיפול באסירים של האו"ם (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955) קובע, בכלל 37:

Prisoners shall be allowed under necessary supervision to communicate with their family and reputable friends at regular intervals, both by correspondence and by receiving visits.

זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

20. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה נובעת גם מהתפישה השלטת הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי שעצם המעצר או המאסר, אין בהם כדי לשלול את זכויות היסוד של הכלוא. חומות הכלא מגבילות את חופש התנועה של הכלוא, על כל הנובע מכך, אך אין בהן כדי להפקיע את זכויות היסוד האחרות שלו, למעט כאלו שנשללו ממנו על-פי הוראה מפורשת בדין:

כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין... שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא: על-פי האמור בדברים, כה ג: 'ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיד' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיד ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו.

(בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832; וראו גם: פרשת דוברין, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עע"א 4463/94 גולן נגד שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 153-152; עע"א 4/82 מדינת ישראל נגד תמיר, פ"ד לו(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490.)

21. וכך נקבע לאחרונה בפסק-דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר, בפיסקה 36 שם:

גישתה של שיטת המשפט הישראלית באשר לתכלית מאסרו של אדם, היא כי זו מתמצית 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".

22. סעיף 10(1) לאמנה לזכויות אזרחיות ומדינתיות קובע כי:

All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

סעיף זה פורש על ידי הוועדה לזכויות האדם, הגוף הממונה על יישום האמנה, ב-CCPR General

Comment No. 21, מתאריך 10.4.1992, באופן רחב ביותר:

[R]espect for the dignity of such persons must be guaranteed under the same conditions as for that of free persons. **Persons deprived of their liberty enjoy all the rights set forth in the Covenant, subject to the restrictions that are unavoidable in a closed environment.**

23. גם על פי סעיפים 1 ו-5 של ה-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, אשר אומצו על ידי האסיפה הכללית של האו"ם (בהחלטה 45/111 מתאריך 14.12.1990), נקבע העיקרון לפיו אסירים זכאים לכל זכויות האדם מלבד אלו הנשללות מעצם המאסר עצמו. בסעיף 1 נקבע כי:

All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings.

ועל פי סעיף 5:

Except for those limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, **all prisoners shall retain the human rights and fundamental freedoms set out in the Universal Declaration of Human Rights**, and, where the State concerned is a party, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, as well as such other rights as are set out in other United Nations covenants.

24. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות, בין השאר, מטעמי ביטחון, כפי שצינו לעיל. אולם, ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, תוך מתן משקל לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.

הזכות לחיי משפחה

25. מניעת ביקורי משפחות אצל יקיריהן הכלואים, פוגעת פגיעה קשה בזכות היסוד של בני המשפחה ושל הכלואים לחיי משפחה. יחס החברה לזכות לחיי משפחה היה והינו, בכל הזמנים ובכל התרבויות, כאל ערך נעלה.

26. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין עדאלה (בג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים**, תק-על 1754, (2)2006).

כך, למשל, כותב כבוד הנשיא (דאז) ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על **התא חברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית...**

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

ובפרשת דוברין כותבת כבוד השופטת פרוקצ'יה (בפסקה 12 לפסק דינה):

במידרג זכויות האדם החוקתיות, **לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה**. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים...

27. זכויות המשפחה מוכרות ומוגנות גם על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי. תקנה 46 לתקנות האג קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-
הדת ומנהגי הפולחן.

ובעניין סטמקה נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (בג"ץ 3648/97 **סטמקה ואח' נ' שר הפנים** פ"ד נג(2) 728, 787).

וראו עוד: סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; הפתיח של האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989.

הגבלה על זכות יסוד – עקרונות הסבירות והמידתיות

28. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות מטעמי ביטחון. כך, תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר מקנה סמכות לנציב או לסגנו למנוע ביקורים אצל אסיר, לגביו קיים יסוד סביר לחשוד כי הוא עלול לנצל ביקורים לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה, כפי שהראינו לעיל. תקופה זו ניתנת להארכה לתקופות נוספות של 3 חודשים בכל פעם.

29. ואולם, ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת. פגיעה בזכות אדם, ובעניינו פגיעה בזכות לקבלת ביקורים בכלא של העותר, הינה כדין רק אם היא עומדת במבחן הסמכות ובמבחן האיזון הראוי בינה לבין אינטרסים אחרים עליהם מופקדת הרשות. ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר (עע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 **גולן נגד שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 156).

30. כובד משקלן הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית תלוי במהות ההחלטה. על משקלן של הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה. היותה של החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של העותר, מחייבת את המשיב לסמוך את החלטתו על הערכות ונתונים כבדי משקל (ראו ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

31. גם לו סבור המשיב כי מעצם העובדה כי העותר יראה את אחותו, זאת לאחר למעלה משמונה שנים תמימות של מניעה, נשקפת סכנה ביטחונית כזו או אחרת, הרי שבבואו לשלול את זכות הביקור, היה על המשיב לעמוד בחובת המידתיות. עקרון זה מתמקד ביחס שבין המטרה שמבקשים להגשים, לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. אחד מנדבכי מבחן המידתיות הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. משמעות הדבר היא, כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה, יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840).

32. פירושה של חובה זו הינו חובת המשיב לבחון בחינה קפדנית ופרטנית את הראיות שבפניו; לברר היטב אם אין די בסידורי הביטחון הקפדניים הנהוגים בהסעות ובמתקני הכליאה כדי לנטרל סיכונים, אם קיימים, לרבות אי מגע ישיר בין האסיר לבין מבקריו אלא דרך מחיצת זכוכית, והעמדת משקיפים מסוהרי בית הסוהר בכדי לנטרל כל סיכון ביטחוני ממנו הוא חושש. למותר לציין אמצעי ביטחון נוספים שבידי המשיב לנקוט, והרי זו מומחיותו של המשיב. בנוסף לזאת, היה עליו לאזן בין הסיכון, מידתו והסתברותו לבין הפגיעה הקשה והוודאית בעותר ובאחותו.

הפרת כללי המינהל התקין

33. הפעלת סמכות המשיב חייבת לקיים את עקרונות המשפט המנהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. בין כללים בסיסיים אלה, שהינם בגדר מושכלות ראשונים במשפט הישראלי, ניתן לציין את חובת ההנמקה (ע"מ 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה, תק-על 2008(4), 1709; ע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, טרם פורסם, עמ' 6 לפסק-הדין; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית**, כרך ב, 897-898 (1996)).

34. הנמקת החלטה משפרת את איכות ההחלטה, היא מאפשרת את בחינת ההחלטה על ידי גוף מבקר, היא מבטיחה אחידות ומונעת שרירות והיא חלק ממערכת יחסים תקינה שצריכה להתקיים בין המשיב לזקוקים לשירותיו. בשל חשיבותה, עוגנה חובת ההנמקה של ההחלטה המינהלית בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1959 (להלן: **חוק ההנמקות**). ואולם, גם מקום שחוק ההנמקות אינו חל בו, חובת ההנמקה חלה על הרשות, כעקרון הלכתי וכחלק מכללי הצדק הטבעי. כאשר החלטה לא נומקה, מטיל הפגם על הרשות את הנטל לבוא ולהסביר את ההחלטה ולהוכיח כי ההחלטה תקינה (בש"פ 3810/00 גרוסמן נגד מדינת ישראל, תק-על 2000(2) 1478, פס' 4-5; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית**, כרך ב, 905 (1996)).

35. בתשובה מטעם המשיב לא ניתן כל נימוק להחלטה למנוע מאחותו של העותר לבקרו בכלא. לאור זאת, בתשובה זו אין בכדי לענות על הרציונלים העומדים בבסיסה של חובת ההנמקה המינהלית, ובכלל זאת יכולתו של אדם שנפגע מהחלטה מינהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית (יצחק זמיר, שם).

סיכום

37. לסיכום, העותר הוכיח כי על המשיב מוטלת חובה לאפשר ולקיים ביקורי משפחה בכלא וכי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד חוקתית, הניצבת במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות.

38. כן הוכיח העותר כי על המשיב חלה חובה על פי דין לנהוג בסבירות ובמידתיות בבואו לקבל החלטה בדבר מניעת כניסה של מבקרת, חובה שכלל לא ברור כי קוימה בעניינו.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כמפורט בתחילת עתירה זו.

ירושלים, 29 בנובמבר 2011

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותר

(ת.ש. 69786)