

בעניין:

עבאסי

ת"ז 080892581

מוחזק בכלא קציעות

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן ארי  
(מ"ר 37566) ו/או חווה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או נועה  
דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58008)  
ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או טל שטיינר (מ"ר  
62448) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359)

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

**המבקש**

- נ ג ד -

**שירות בתי הסוהר**

ע"י פרקליטות המדינה

**המשיב**

### **בקשה למתן רשות ערעור**

לאור החלטת כבוד הרשמת לי' בנמלך בבשג"ץ 6716/13, בה ניתנה למבקש הארכת מועד להגשת בקשה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן למבקש רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע בעת"א 13-04-36242 (להלן: **העתירה**), שניתן ביום 10.9.13 על ידי כבוד השופט יעקב פרסקי.

העתק החלטת בית המשפט הנכבד קמא בעת"א 13-04-36242 ופרוטוקול הדיון בעתירה מיום 10.9.13 מצורף ומסומן ב/1.

העתק החלטת בית המשפט הנכבד בבשג"ץ 6716/13 מיום 20.10.13, שהומצאה לח"מ ביום 22.10.13, בדבר הארכת המועד להגשת בקשה זו, מצורף ומסומן ב/5.

### **ואלה נימוקי הבקשה**

1. בקשה זו עוסקת בהחלטת המשיב לשלול מהמבקש את זכותו לראות את בנו, בטענה שאינו רשום בתעודת הזהות של אביו, אשר נכלא עובר ללידת הבן. המבקש הוא תושב ירושלים, המרצה עשר שנות מאסר, מאז מרץ 2010.
2. במרכז הבקשה עומדות שאלות עקרוניות וכבדות משקל, המשליכות באופן ישיר על יכולתם של אסירים לממש את זכותם החוקתית לחיי משפחה. בית המשפט קמא דחה את עתירתו של המבקש נגד החלטת המשיב וקבע כי עמדת המשיב, לפיה **ביקורי הבן הקטין יימנעו כל עוד עניין רישומו אינו מוסדר במשרד הפנים**, הינה סבירה, ואין הוא מוצא טעם להתערב בה.
3. בית המשפט קמא אישר החלטה מינהלית שרירותית וגורפת, שאינה מבוססת על כלל השיקולים הצריכים לעניין, אלא רק על הפן הדווקני-ביורוקראטי.
4. במסגרת שיקולים אלו, שעל המשיב היה לשקול בבואו לקבל החלטה בנושא כה רגיש כמו ביקור של בן פעוט את אביו, ניתן למנות, בין היתר, את זכותו החוקתית של המבקש לקשר

משפחתי עם בנו הפעוט; את יתרת תקופת מאסרו הארוכה של המבקש (העומדת על כשבע שנים); את העובדה שהמבקש אינו רשאי לצאת לחופשות בשל סיווגו על-ידי המשיב כ"אסיר ביטחוני"; את העובדה שאף לבנו של המבקש זכות חוקתית לקשר עימו; את העובדה שבידו ראייה מינהלית קבילה, בדמות הודעת לידה של בנו של המבקש, בה מופיע בבירור כי הילד הוא בנו של המבקש; ואת העובדה שהבקשה לרישום הילד בתעודת הזהות של אביו נדחתה על-ידי משרד הפנים בשל העובדה שהמבקש מוחזק במאסר ואין כל אפשרות לרשום אותו אלא עם שחרורו של האב.

5. לדאבון הלב, בית המשפט הנכבד קמא ביכר התעלמות זו של המשיב משלל השיקולים הרלוונטיים הללו, תוך הישענות בלעדית על נימוקים טכניים-ביורוקרטיים, שהמשיב עצמו אינו מתבסס עליהם במקרים דומים (במקרים דומים בהם טיפל הח"מ, בשמו של המוקד להגנת הפרט, הסתפק המשיב בהצגת תעודת לידה בשער הכלא כדי להתיר כניסת ילדי אסירים). על-כן נראה כי שגה בית המשפט הנכבד קמא.

6. משמעותה המעשית של החלטת בית המשפט קמא הנה שחרור המשיב מהחובה לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים בקבלו החלטה מינהלית, החלטה שהיא כה מהותית ובסיסית לרווחתו של המבקש, או כל אסיר אחר, ושל משפחתו. עוד עשויה החלטתו של כבוד בית המשפט קמא לפתוח פתח לקבלת החלטות שרירותיות, המגבילות זכויות בסיסיות של אסירים, רק מטעמים טכניים, כפי שאירע במקרה דנן: **מניעת ביקורי ילד בן שלוש אצל אביו הכלוא, רק בשל אי רישומו במשרד הפנים.**

7. נבקש להדגיש כי בהודעת הלידה של בנו של המבקש, שצורפה לבקשה להכניס את הפעוט לביקור אביו, **מופיעים בפירוש מספרי ת"ז של האב והאם.** באותה הודעה לא מופיע מספר מזהה של הבן, מאחר שרישומו במשרד הפנים לא הוסדר, ולא יכול להיות מוסדר, לפי נהלי משרד הפנים, עקב מאסרו של אביו, שהוא ההורה בעל המעמד בישראל. משמעות הדבר היא **שליד לא הונפק מספר ת"ז עם לידתו, והוא לא נרשם במרשם האוכלוסין הישראלי.**

#### **מקרהו של המבקש – בעל השלכות רחב על כלל אוכלוסיית האסירים**

8. הלכה פסוקה היא כי רשות ערעור בעתירות אסירים ניתנת כאשר "מתגלית בעיה משפטית בעלת חשיבות או אם עולה נושא אחר שחשיבותו היא כללית" (רע"ב 7/86 וייל נ' מדינת ישראל ואח', תק-על 2)86 (1134 (1986)), או כאשר מתעוררות "סוגיות החורגות מעניינו של המבקש ומערבות נושאים בעלי השלכות חוקתיות ציבוריות או משפטיות נרחבות" (רע"ב 5318/99 קוסטיקה נ' הוועדה למניעת אלימות במשפחה ואח', תק-על 3)99 (1395 (1999))(כל ההדגשות בבקשה הן שלי, אלא אם צוין אחרת – ד.ש.).

9. בקשתו זו של המבקש מעוררת שאלות משפטיות כבדות משקל, הנוגעות להיקף זכויותיהם הבסיסיות של אסירים לקשר עם בני משפחותיהם שמחוץ לכלא. בפרט, הבקשה מעלה שאלה כבדות משקל בעניינם של אסירים המסווגים כ"ביטחוניים", שהם תושבי ישראל ונשואים לנשים תושבות הגדה, והמבקשים לראות את ילדיהם, שאיתרע מזלם ונולדו לאחר שאביהם נאסר, או שטרם מאסרם לא תם הליך רישומם במשרד הפנים.

10. כאן המקום לפרט מעט לגבי סוגיה זו, בקצרה. הליך רישומם של ילדים שרק אחד מהוריהם הוא תושב אינו אוטומטי. משרד הפנים עורך בדיקות רבות של "מרכז החיים" של הילד והורהו בטרם הרישום (הליך שאורך לכל הפחות חצי שנה). כך, גם אם הילד נולד בטרם האב נכלא, וגם אם האב עשה מה שנדרש והגיש בקשה לרישום הילד, **הרי שכליאתו מפסיקה את הליך הרישום**, מאחר שלצורך רישום צריך להיות "מרכז חיים" משותף של האב והילד. לפיכך, ברור מדוע האוכלוסייה שבה מדובר רחבה אף יותר מאסירים שנכלאו לפני שנולד הילד, כפי שאירע במקרה של המבקש בבקשה הנוכחית.

11. עובדה זו – לידה מאוחרת ממאסר, או מאסר טרם השלמת הליך הרישום – מונעת בפועל את רישומם של הילודים במשרד הפנים. המשיב, כאמור, החליט למנוע מהמבקש לראות את בנו, שנולד לאחר שהוא נאסר, רק מהטעם שאינו רשום בתעודת הזהות שלו. כך הכניס המשיב את המבקש ואת בנו למעגל שוטה, שלא ניתן לצאת ממנו.

12. החלטה זו של המשיב, שלה השלכות רוחב מרחיקות לכת על זכויותיהם של אסירים לקשרי משפחה, אינה מבוססת על נתונים פרטניים, הרלוונטיים למבקש דן, ומכאן הסכנה הגלומה בהותרת ההחלטה על כנה, כפי שקבע בית המשפט קמא.

13. כל מה שהמשיב נדרש לו בקבלת ההחלטה המינהלית במקרה שלפנינו הוא עובדת רישום או אי רישום הילד בתעודת הזהות של אביו. השרירות שבהחלטה זו של המשיב זועקת לשמים; מדוע לא שקל המשיב את יתרת תקופת המאסר העומדת למבקש? מדוע לא שקל את גילו של הילד, המבקש לראות את אביו? מדוע לא נשקלה כלל הסיבה בגינה הילד אינו רשום בתעודת הזהות של האב? מדוע לא נלקחה בחשבון העובדה שישנה ראייה מינהלית לקשר המשפחתי בין המבקש לבנו, בדמות הודעת הלידה של הילד? מובן שיתכן וישנם פרמטרים נוספים, שלא נשקלו כלל, שעלולים היו להוביל להחלטה אחרת, שתהיה סבירה, וניתן לומר אף אנושית.

#### סוגיית הרישום של בנו של המבקש במרשם האוכלוסיין

14. בנו של המבקש, \_\_\_\_\_, שהוא פעוט כבן 3, מתגורר עם סבו בירושלים. לסב ניתנה אפטרופסות על הפעוט בבית הדין השרעי.

15. לאחר שבקשה לרישום הילד בתעודת הזהות של המבקש נדחתה על-ידי משרד הפנים ביום 9.5.11, בשל העובדה שהמבקש הינו אסיר, נאלץ הסב, אבי המבקש, להגיש בקשה נוספת למשרד הפנים, בה ביקש לרשום את הילד ולהנפיק לו מספר תעודת זהות על-בסיס האפטרופסות שניתנה לו.

16. אף בקשה זו נדחתה ביום 23.7.13, בטענה שבקשת רישום צריכה שתוגש על-ידי האב, "שעודנו בחיים" (וזאת בהתעלם מהעובדה שהאב הוא אסיר, שנתרו לו לריצוי עוד שבע שנות מאסר, כך שאין באפשרותו להשלים בעצמו את תהליך הרישום, כפי שהראינו לעיל. על אף שאין עסקינן בהליך משפטי המופנה כנגד משרד הפנים, קשה להתעלם מהחלמאות והשרירות שבהחלטות הללו).

17. על החלטה זו הוגש ערר, שעדיין נדון. בכל מקרה, סוגיית רישום הילד לא צפויה להיפתר בטווח הזמן הנראה לעין.

18. מכאן ברור אותו מעגל שוטה, שאליו נזרקו המבקש ובנו בן השלוש, וממנו אין יציאה, אלא בהתערבות בית המשפט הנכבד: המשיב אינו מתיר לבן לראות את המבקש, מאחר שאינו רשום בתעודת הזהות של המבקש; סוגיית הרישום אינה פתירה לעת עתה, מאחר שמשרד הפנים ממאן לרשום את הבן בתעודת הזהות של האב, בשל היותו אסיר. וכך, אב ובנו אינם יכולים לראות האחד את השני מזה כחצי שנה, וללא הגבלת זמן.

### ערעור בזכות

19. המבקש יוסיף ויטען, כי בהליך מהסוג בו עסקינן יש לאפשר לו לערער על החלטת בית המשפט קמא בזכות, חרף האמור בסעיף 62 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב – 1971, לפיו ניתן לתקוף את החלטת בית המשפט המחוזי הדין בעתירות אסירים בדרך של בקשת רשות ערעור. ודוק, בית משפט נכבד זה התייחס במהלך השנים האחרונות, בשורה של החלטות, לסוגיית זכותו של אסיר לערער, כאשר מדובר בערעור על החלטה שניתנה בערכאה ראשונה, בדומה למקרה דנן.

20. ברע"ב 425/09 פריניאן נ' פרקליטות המדינה, תק-על 2009(1), 3408, קבע כבוד הנשיא גרוניס, כי כאשר מדובר בהליך שבו האסיר תוקף לראשונה החלטה שיפוטית בפני בית משפט, יש להפעיל מבחן מרחיב לגבי בקשות ערעור מסוג זה:

השאלה הנשאלת היא מהו המבחן שבית משפט זה אמור להפעיל שעה שהוא בוחן בקשת רשות ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי בעניינים הנזכרים. לדעתי, יש להבדיל באופן ברור בין בקשת רשות ערעור המשתייכת להליכים מן הטיפוס הראשון לבין זו מן הטיפוס השני. במקרה הראשון, מדובר כזכור בעתירת אסיר הנוגעת למאסרו או מעצרו. עתירה מעין זו מופנית, דרך כלל, נגד החלטה של הנציב או של גורם אחר במסגרת שירות בתי הסוהר. מכאן, שהעתירה תוקפת לראשונה לפני בית משפט החלטה שנתקבלה על ידי רשות מינהלית. נוכח העובדה שמדובר בתקיפה ראשונה לפני בית משפט (או לפני גוף מעין שיפוטי), אין שום הצדקה להפעיל מבחן מצמצם... דומה, שאין צורך לפרט את ההבדל בין בקשת רשות ערעור בגלגול שלישי לבין בקשת רשות ערעור המופנית נגד החלטה של בית המשפט המחוזי בעתירת אסיר מן הטיפוס הראשון, שהינה בבחינת "גלגול שני". לאור ההבדל, סבורני שצריך להפעיל מבחן מרחיב לגבי בקשות רשות ערעור מן הטיפוס הראשון (פסקה 3 להחלטת השופט (כתוארו אז) גרוניס).

ראו גם: רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2010(4), 189, פסקה 35; רע"ב 6080/10 טל יגרמן נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2011(1), 1165; רע"ב 6687/09 אביטל נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2009(3), 3063; רע"ב 4785/08 מוחמד רכיד נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(3), 2527, פסקה ט'; רע"ב 10478/08 צלאח נ' מדינת ישראל, תק-על 2009(1), 1216, פסקה ט'; רע"ב 2640/09 טורק נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2009(2), 2150; רע"ב 6757/08 אבו עסא נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(3), 4223; רע"ב 3045/08 מדינת ישראל נ' שרון פריניאן, תק-על 2008(2), 2450; רע"ב 314/06 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על 2006(1), 1527.

21. מהאמור לעיל עולה כי בית המשפט הנכבד נוטה להכיר בערעור על החלטות בעתירות אסירים כערעור שבזכות, מאחר שהחלטות אלו ניתנו בערכאה ראשונה, וזאת על אף שפקודת בתי הסוהר קובעת שערעור מהסוג הזה הוא ברשות ולא בזכות.

22. לחלופין, יטען המבקש כי בקשת רשות ערעור זו מעלה שאלות משפטיות כבדות משקל ונושא בעל חשיבות כללית, לכן מן הדין להעניק לו רשות ערעור.

### ההליכים בפני בית משפט קמא

23. עניינה של העתירה, שהוגשה ביום 21.4.13, בבקשת המבקש כי בית המשפט הנכבד קמא יורה למשיב לאפשר לאביו, מר \_\_\_\_\_ עבאסי, ולאחיו, מר \_\_\_\_\_ עבאסי, להיכנס לבתי הכלא שבאחריותו, על-מנת לבקרו.

24. לאחר הגשת העתירה האמורה, בחודש אפריל 2013, סירב המשיב להתיר אף את כניסת בנו של העותר, \_\_\_\_\_, שטרם מלאו לו שלוש שנים, לביקורים בכלא. הסיבה שניתנה: הבן אינו רשום בתעודת הזהות של אביו.

25. לאור כל זאת, ביום 21.5.13 פנה המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**), באמצעות הח"מ, למפקד ביס"ר קציעות, בו מוחזק המבקש, בבקשה כי ישוב המשיב להתיר את כניסת בנו הפעוט של המבקש לכלא, על-מנת לבקרו. לבקשה צורפו הודעת הלידה ואישור קודם שנתן המשיב לכניסת הבן לכלא. במשרדי המוקד להגנת הפרט לא התקבל מענה לפנייה זו.

העתק הפנייה מיום 21.5.13, על נספחיה, מצורף ומסומן ב/2.

26. בשל התעלמות זו מהפנייה, בירר המבקש עצמו את העניין מול הגורמים האחראיים בכלא, ואלה ענו שהם איתנים בדעתם שלא להתיר כניסת בנו הפעוט. לא זו אף זו, הם הגדילו לעשות וציינו בפני המבקש כי מאחר שהוא מבכר להגיש עתירות נגד המשיב, שיתכבד ויפתור גם את הבעיה הזו בבית המשפט (!).

27. התנהלות זו של המשיב לא הותירה בידי המבקש ברירה, והוא נאלץ להגיש לבית המשפט הנכבד קמא, באמצעות המוקד, בקשת רשות להגשת הודעה מעדכנת ולתיקון העתירה, ב-4.7.13.

28. בבקשה הודגש כי בנו נולד **לאחר** שאביו נעצר, וזו הסיבה בגינה לא נרשם בתעודת הזהות של אביו (הוסבר שם כי משרד הפנים אינו מתיר רישום ילדיהם של אסירים פלסטינים, תושבי ירושלים המזרחית, אם נולדו לאחר שהאב נכלא). עוד הודגש, כי בהודעת הלידה שהוצאה עם לידתו של הבן, ושצורפה לבקשה, מופיע בבירור שהילד \_\_\_\_\_ הוא בנו של המבקש.

29. עוד הודגש, כי עד לעת האחרונה התיר המשיב את ביקוריו של הבן \_\_\_\_\_ את אביו בכלא, כאשר מלוויו הצטיידו בהודעת הלידה הנ"ל.

30. כך, בבקשה לתיקון העתירה הוסיף המבקש לסעד המקורי שהתבקש בעתירה סעד נוסף: כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב להתיר אף לבנו הפעוט \_\_\_\_\_ להיכנס לכלא כדי לבקרו. העתק ההודעה על תיקון העתירה מצורף ומסומן ב/3.

31. בתגובת המשיב לעתירה, אשר נמסרה לח"מ במעמד הדיון בבית המשפט קמא, טען ב"כ המשיב כי לא ניתן להסתמך על הודעת הלידה שהוצגה כמסמך המאשש את הקשר המשפחתי בין הילד לאביו. עוד נכתב שם כי הודעת הלידה "אינה קריאה או ברורה מספיק", וכי "אינה מפרטת את מספר ת"ז של האב והאם". לאור כל זאת, עמד המשיב על עמדתו שלא להתיר את כניסתו של בנו הקטין של המבקש לבקר את אביו בכלא.

העתק תגובת המשיב מצורף ומסומן ב/4.

32. ביום 10.9.13 דחה בית המשפט קמא את עתירתו של המבקש. בית המשפט הנכבד מצא כי עמדת המשיב, שלא להתיר לבנו הפעוט של המבקש להיכנס לכלא כדי לראות את אביו, וזאת ללא הגבלת זמן, הינה סבירה. עוד הוסיף בית המשפט כי "גם אם יתברר כי אושרה כניסת התינוק בטעות בעבר, אין הדבר מצדיק כניסתו מכאן ואילך ומבחינה זו עמדת המשיב הגיונית; בעיקר מדובר על שמירת הכלל ולפיו יש צורך בהוכחת הקישור שבין המבקש לאסיר". בית המשפט דחה גם את החלק המקורי של העתירה שעסק בבקשת המבקש לאשר כניסת אביו ואחיו לביקורו בכלא (על חלק זה בפסק הדין אין המבקש מבקש לערער).

33. מכאן בקשה זו, למתן רשות לערער על פסק הדין של בית המשפט קמא.

### 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 (מתוך פסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על-2006(2), 3564, עמ' 3570).

### הזכות לביקורי קרובים בכלא וחובת המשיב להסדירם

34. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של האסירים והן של בני משפחותיהם. זוהי זכות בסיסית, הנובעת מתפישתו של האדם כיצור חברתי, המתקיים במסגרת משפחה וקהילה.

35. הזכות לביקורי משפחה מעוגנת בשורה של מקורות משפטיים ישראלים 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 04.42.00, שכותרתה "סדרי ביקור אצל אסירים", 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.

36. 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), בפיסקה 8 שם:

אכן, ניתן להשקיף על חופשות וביקורים אצל אסירים גם כחלק מזכויות האדם השמורות להם, גם בהמצאם בכלא, שאינן מתאימות 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.

37. 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.

38. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, נקבע כי הזכות של עצורים ואסירים לקבל ביקורים הינה זכות מוכרת במשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי:

**Rule 126. Civilian internees and persons deprived of their liberty in connection with a non-international armed conflict must be allowed to receive visitors, especially near relatives, to the degree practicable.**

...In a resolution adopted in 1999, the UN General Assembly demanded that Yugoslavia respect the requirement to allow detainees to receive family visits in the context of the conflict in Kosovo (UNGA Res.54/183). In the **Greek case** in 1969, the European Court of Human Rights condemned the severe limitations on family visits to detainees. In 1993, the Inter-American Commission on Human Rights recommended that Peru allow relatives to visit prisoners belonging to the Tupac Amaru Revolutionary Movement.

(JM Henckaerts, L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law** p. 448-449 (Volume I: Rules. 2005)).

39. לא זו אף זו. הזכות לביקורים אינה של האסיר לבדו. היא גם זכות מוכרת במשפט הבינלאומי של בני המשפחה של האסיר, אשר קשריהם עימו נותקו עם השמתו במאסר. וכך מסכם זאת אחד המלומדים:

People who are sent to prison lose the right to free movement but retain other rights as human beings. One of the most important of these is the right to contact with their families. **As well as being a right for the prisoner, it is equally a right for the family members who are not in prison.** They retain the right of contact with their father or mother, son or daughter, brother or sister who has been sent to prison. Prison administrations have a responsibility to ensure that these relationships can be maintained and developed. Provision for all levels of communication with immediate family members should be based on this principle. It follows that the loss or restriction of family visits should not be used as a punishment under any circumstances.

(Coyle A. **A Human Rights Approach to Prison Management: a Handbook for Prison Staff** International Centre for Prison Studies (King's College, University of London and the UK Foreign and Commonwealth Office) 2002. p 95).

40. בסעיף 13א לפקודת נציבות 04.42.00, שעוסקת כאמור בסדרי הביקור אצל אסירים, מצוין כי על מבקר להזדהות בשער הכלא באמצעות תעודה רשמית. לא נאמר שם דבר לגבי אילו תעודות נחשבות כ"רשמיות" ואילו אינן מקובלות על המשיב ככאלה. סעיף 9ב לאותה פקודה קובע כי ילד, שמגיע לבקר הורהו בליווי אפוטרופוס, רשאי לבקר את ההורה בכלא.

#### זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו

41. 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 בדינו, 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 כאחיך' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך 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, 152-153; 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).

42. וכך נקבע לאחרונה בפסק-דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר, בפסקה 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".

43. 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.**

44. 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.

45. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות, בין השאר, מטעמי ביטחון, כפי שציינו 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

46. מניעת ביקוריהם של בני משפחה אצל יקיריהם הכלואים, ובפרט מניעת מפגש בין אב לבנו, 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.

47. 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 החברתי 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...**

**זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.**

48. 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 ומדינתיות, 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

49. ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות, מטעמים  
שונים. 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.

50. 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,  
ובענייננו פגיעה בזכותו של המבקש לקבלת ביקורים מבנו בכלא, 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).

51. 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 המבקש, 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).

52. גם לו סבור המשיב כי מעצם העובדה כי המבקש יראה את בנו הפעוט, שלא נושא מספר תעודת  
זהות, ייגרם נזק כלשהו לאינטרס ציבורי עלום, הרי שבבואו לשלול את זכות הביקור, היה על  
המשיב לעמוד בחובת המידתיות. עקרון זה מתמקד ביחס שבין המטרה שמבקשים להגשים,  
לבין האמצעים הננקטים להגשמתה.

53. 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).

54. פירושה של חובה זו הינו חובת המשיב לבחון בחינה קפדנית ופרטנית את הראיות שבפניו; לברר היטב אם אין די בראיות אלו גדי לאפשר לאסיר ולבנו לממש את זכותם לחיי משפחה; להסיק האם כתוצאה מההחלטה המינהלית בעניינו של המבקש תיפגע זכותו לראות את בנו פגיעה אנושה מנשוא, והאם לא תיתכן החלטה מינהלית אחרת, גורפת פחות, אשר ביכולתה לאפשר קשר בין האב לבנו, בד בבד עם קיומם של סדרי מינהל תקינים.

**מכל האמור לעיל עולה, כי החלטתו הגורפת של המשיב פסולה משהיא מנוגדת לעקרונות יסוד של הליך מינהלי תקין, ועל כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן למבקש רשות ערעור.**

ירושלים, 24 באוקטובר 2013

---

דניאל שנהר, עו"ד  
ב"כ המבקש

(ת.ש. 66642)