

בעניין:

___ קאסם

ת"ז

מוחזק בכלא גלבו

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 נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) 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 – ע"ר
ר' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותר

- נ ג ד -

שירות בתי הסוהר

ע"י פרקליטות מחוז צפון

המשיב

עתירת אסיר

מוגשת בזאת עתירת אסיר, לפי סעיף 62 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לאפשר לאחיו של העותר להיכנס לבתי הכלא שבאחריותו, על-מנת לבקרו, ולהסדיר ביקור פתוח עבור אמו, לאור מצבה הבריאותי הרעוע.

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 הנילוית למאסר.**

(בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(2), 3564, פסי 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 פלסטינים אצל בני משפחתם בבתי-כלא ישראליים. בעקבות בג"ץ 11198/02 **זיריה 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.

הצדדים ומיצוי ההליכים

2. העותר, יליד 1971, נעצר באוגוסט 2002 ונשפט ל-35 מאסרי עולם ועוד 50 שנות מאסר. הוא חבוש, נכון להיום, בכלא גלבו, שבאחריות המשיב.

3. הגב' _____ קאסם (ת"ז _____), אמו של העותר, היא ילידת 1947, מירושלים, שמעולם לא נעצרה ולא נחקרה. היא סובלת מסכרת ועברה בשנים האחרונות ניתוח לב פתוח. בנוסף, ביום 28.2.12 סבלה גב' קאסם משבץ מוחי, שפגע בה קשות והביאה למצב בו היא מרותקת לכסא גלגלים. זאת ועוד, בעקבות אירוע זה שמיעתה של האם אינה טובה, והיא נתקלת בקשיים בדיבור.

מסמכים רפואיים, שמעידים על מצבה של האם, מצורפים ומסומנים **ע/1**.

4. אחיו של העותר, מר _____ קאסם (ת"ז _____), הוא יליד 1971, מירושלים. מר קאסם ריצה שלושה חודשי מאסר בישראל בשנת 1988. מאז שוחרר, לא נעצר שוב ולא נחקר.

5. זה המקום לציין, שלאור מצבה, אין הגב' קאסם יכולה לבקר את בנה במסגרת הרגילה, שבה קיר ומחיצה מפרידים בינה לבינו, והתקשורת נעשית באמצעות שפופרות טלפון. בשל כך, האם ובנה לא נפגשו אף לא פעם אחת מאז אירע השבץ המוחי בפברואר 2012. על אף שגב' קאסם מעולם לא נעצרה ולא נחקרה, וחרף מצבה הבריאותי הקשה, המשיב אינו מאפשר לה ביקור פתוח אצל בנה, כך שהוא הגורם היחיד אשר מונע את הקשר בין העותר לבין אמו החולה.

6. לאור מצוקתה המתמשכת, פנתה האם למוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**) וביקשה את סיועו. ביום 24.9.12 פנה המוקד לגנ"ם נזיה להיאני, מפקד כלא שיטה שבו הוחזק האסיר, בבקשה לאשר ביקור פתוח עבור האם, על-פי הקבוע בסעיף 17(2)(א) לפקודת הנציבות 03.02.00, שמורה על אפשרות של "ביקור פתוח" כאשר בן המשפחה חולה; בפנייה זו הובהר מצבה הבריאותי של גב' קאסם, בצירוף מסמכים רפואיים רלבנטיים.

העתק פניית המוקד מצורף ומסומן **ע/2**.

7. ביום 11.11.12 נמסרה, בטלפון, תשובה לפניית המוקד בעניינה של גב' קאסם, לפיה הבקשה להסדרת ביקור פתוח לאם החולה אצל בנה הכלוא מסורבת. המשיב אף לא טרח לנמק את תשובתו, והסתפק בטענה העמומה שקיימים "מידעים שליליים".

8. על אף שמר קאסם, אחיו של העותר, נעצר לתקופה קצרה לפני 15 שנה, המשיב אינו מאפשר לו לראות את אחיו מזה יותר משנתיים, ומונע את כניסתו לבתי הכלא שבאחריותו, בשל היותו "אסיר לשעבר".

9. קושי זה הביא את מר קאסם לפנות לסיוע המוקד, אשר פנה בשמו פעמיים לבתי הכלא בהם הוחזק העותר, ביום 5.9.12 וב-16.1.13. בפניות דרש המוקד כי יינתן אישור למר קאסם להיכנס לכלא לביקור אחיו, לאור פרק הזמן הממושך שחלף מאז נפגשו.

העתקי פניות המוקד מצורפים ומסומנים ע/3 ו-ע/4.

10. תשובתו הטלפונית של מפקד כלא שיטה התקבלה ביום 11.11.12, לפיה המשיב עומד בסירובו להתיר למר קאסם לבקר את אחיו. להחלטה זו לא ניתן כל נימוק או הסבר. הפנייה למפקד כלא גלבוה לא נענתה.

11. לאור המבוי הסתום בניסיון לסייע לקשר בין האסיר לבני משפחתו, ביקר הח"מ את העותר בכלא גלבוה ב-21.1.13, ושם אישר בפניו העותר כי המשיב מסרב להתיר לאחיו לבקר בכלא ובנוסף, מסרב להסדיר ביקור פתוח עבור אמו.

לפיכך, לא נותרה לעותר, אשר לא ראה את אחיו מזה יותר משנתיים, ואת אמו קרוב לשנה, 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 הנורמטיביות

12. 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.

13. 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.

14. כפי שנראה להלן, שימוש בסמכות מינהלית, הנתונה במקרה זה בידי 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

15. 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.

16. 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 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.

17. 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

18. 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 אחיד 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 ורעד 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"י 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).

19. 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".

20. 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.**

21. 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.

22. 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

23. 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.

24. 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...

25. 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

26. 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.

27. 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 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).

28. 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).

29. גם לו סבור המשיב כי מעצם העובדה כי העותר יראה את אחיו ואמו 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).

30. 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 ובבני משפחתו.

הפרת כללי המינהל התקיין

31. הפעלת סמכות המשיב חייבת לקיים את עקרונות המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. בין כללים בסיסיים אלה, שהינם בגדר מושכלות ראשוניים 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)).

32. 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 (בשי"פ 3810/00 גרוסמן נגד מדינת ישראל, תק-על 2000(2) 1478, פס' 4-5; יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ב, 905 (1996)).

33. בתשובות מטעם המשיב לא ניתן כל נימוק להחלטה למנוע מאחיו של העותר לבקר בכלא, ומאמו לבקרו בביקור פתוח. בתשובות אלו 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 החובה 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 החובה על פי דין לנהוג בסבירות ובמידתיות בבואו לקבל החלטה בדבר מניעת כניסה לבית הכלא של מבקר, חובה שכלל לא ברור כי קוימה בענייננו.

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

ירושלים, 12 בפברואר 2013

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותר

(ת.ש. 74466)