

1. עבד אלראזק פראג', מ.ז. 988941043
2. למיס פראג'
3. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
4. אלדמיר - האגודה לטיפול באסירי זכויות האדם

ע"י ב"כ עוה"ד פאדי חורי ו/או נדים שחאדה ו/או אראם מחאמיד  
ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר  
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 310903  
טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140

#### העותרים

- נגד -

#### **שירות בתי הסוהר**

על ידי פרקליטות המדינה – מחוז מרכז  
רח' סולד 1, ת"ד 33051, תל אביב 61330  
טלפון: 03-6970-035; פקס: 03-6959567

#### המשיב

### עתירת אסיר

מוגשת בזאת עתירת אסיר לפי הוראת סעיף 62א. לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא ולתת טעם:

א. מדוע לא לבטל את סעיף 6.ד. לפקודת נציבות בתי הסוהר מס' 04.16.00 "שביתת רעב של אסירים" בכל הנוגע לסמכות מפקד בית הסוהר לשלול את זכות האסירים השובתים רעב לביקורי משפחות.

ב. מדוע לא יאפשרו לבת זוגו של העותר 1 לבקר גם בהיותו שובת רעב.

#### ואלה נימוקי העתירה:

##### א. מבוא:

1. עתירה זו מעלה שאלה עקרונית: האם ניתן למנוע ביקורי משפחה מדרגה ראשונה לעציר מינהלי כעונש משמעותי בגין שביתת הרעב שלו. ובאופן קונקרטי, העתירה מופנית נגד הנהל של המשיב המעוגן במסגרת פקודת נציבות בתי הסוהר מס' 04.16.00 "שביתת רעב של אסירים" (להלן: **פקני"צ – שביתת רעב**), שעל יסודה מעניש המשיב את העצורים המינהליים השובתים רעב, ובכללם העותר מס' 1, על ידי שלילת זכותם לביקורי משפחות.

2. הרקע לעתירה זו הוא בשביתת הרעב האחרונה בה נקטו העצורים המינהליים ושנמשכה כחודשיים, החל מיום 24.4.2014 ועד ליום 25.6.2014. במהלך אותה תקופה, דחה המשיב בקשות של בני משפחות העצורים המינהליים, ובין היתר גם את בקשתה של העותרת מס' 2, לבקרים בנימוק שהעצורים המינהליים מנועים מכך בשל היותם שובתים רעב.
3. בקליפת אגוז, הטענה המשפטית המרכזית בעתירה זו היא כי המשיב אינו מוסמך לשלול את זכותו של העותר מס' 1 לביקורי משפחות מדרגה ראשונה, שהנה זכות יסוד - ולא טובת הנאה כפי שמסווג אותה הנוהל הנדון וזאת משום שאין בנמצא דבר חקיקה ראשי המעניק סמכות כאמור.
4. בנוסף לעובדה ששלילת ביקורי משפחות מדרגה ראשונה של העצורים המינהליים אינה נסמכת על חקיקה ראשית כלשהי, המדיניות הזו אינה לתכלית ראויה, שכן היא נועדה להענישם תוך שהיא מתעלמת ממעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה. יתרה מזאת, ולשם הזהירות, ייטען כי גם במבחן המידתיות מדיניותו של המשיב אינה עומדת, וזאת משום שהפגיעה בעותר מס' 1 וברעייתו, העותרת מס' 2, אינה הפגיעה הפחותה בנסיבות העניין, ובהחלט היא עולה על כל תרומה שיכולה לצמוח מן המדיניות האמורה.
5. מסקנה היא כי מדיניותו זו של המשיב המעוגנת בנוהל במסגרת פקני"צ – שביתת רעב, ושעל יסודה מנע מהעותר 1 את ביקורי רעייתו העותרת מס' 2, אינה חוקית ואינה חוקתית, ודינה על כן בטלות.
6. חשוב לציין כי הדיון בתנאי פיסקת ההגבלה כשמדובר בעצירים מינהליים מחייב הקפדה יתרה וזאת כי לעצור המינהלי שמורה חזקת החפות (ראו, בג"ץ 5591/02 יאסין נ' יוני בן דוד, **מפקד מחנה צבאי קציעות, מתקן כליאה קציעות**, פ"ד נו(1), 410-411 (2002) (להלן: **עניין יאסין**)) וכי מעמדו ככזה מחייב את החזקתו בתנאים הולמים יותר יפים לעניין זה דבריו של הנשיא (בדימוס) **א' ברק** :

"אכן, לא רק שתנאי כליאתם של עצורים מינהליים לא צריכים ליפול מאלה של אסירים, אלא יש לעשות הכול כדי שתנאיהם יהיו טובים יותר – כפי שאכן נקבע בתקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), תשמ"א-1981 (להלן – תקנות המעצרים), שהרי חזקת החפות עומדת להם (ראו בג"ץ 8259/96 **האגודה לשמירה על זכויות האזרח היהודי בארץ ישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**) [4]. שיקולי הביטחון אשר הביאו למעצרים של העצורים אינם מצדיקים קביעתם של תנאי מעצר בלתי ראויים".

עניין יאסין, בעמ' 410-411.

7. אומנם שביתת הרעב של העצורים המינהליים נסתיימה, ואולם אין בכך כדי ליתר את הדיון בעתירה בשלב זה, וזאת משום שעתירה זו מופנית נגד התוקף של הנוהל (פקני"צ – שביתת רעב) אשר עדיין משמש את המשיב כל אימת שמוכרזת שביתת רעב מטעם עצורים מינהליים הן במישור הקיבוצי והן במישור האינדיבידואלי (עצור בודד מכריז שביתת רעב). מדובר בסוגיה עקרונית שמתעוררת מדי שביתת רעב מטעם העצורים המינהליים והאסירים המוגדרים כביטחוניים, וכדרך שביתות הרעב אינן נמשכות על פני פרקי זמן ארוכים המאפשרים מיצוי

הולם למרבית הסוגיות המשפטיות שעולות במהלכן ובכל מקרה היא מתאפיינת בקונקרטיזציה היות שהיא מופנית נגד חוקיות נוהל קיים. בהקשרים דומים נקבע:

"כלל הוא, כי בית משפט אינו עוסק, דרך כלל, בשאלות תיאורטיות, ואינו מכריע בענין אקדמי מקום שלא נדרשת הכרעה בענין קונקרטי. לכלל זה ישנו חריג והוא – כאשר מדובר בענין מהותי וחשוב אשר, על פי טיבו, עשוי לעלות מחדש, ובשל נסיבות של זמן ואילוצים נוצר קושי להכריע בו הכרעה שיפוטית עקרונית בסמוך ממש להתרחשות עצמה, וקודם לפתרונה".

בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך פרופ' יולי תמיר, פס' 10 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 31.8.2010).

8. יודגש לעניין זה כי בית המשפט לעניינים מינהליים מוסמך לדון בעתירת אסיר הכוללת היבטים עקרוניים וכלליים הנוגעים לכלל האסירים או העצורים המנהליים לצורך העניין, ולא רק בעתירות המצומצמות לעניינים פרטניים (ראו בג"ץ 4283/14 עדאלה נגד שירות בתי הסוהר, טרם פורסם, 17.6.2014).

## הרקע העובדתי

### ב. העותרים

9. העותר מס' 1 בעל ת.ז. 988941043, הינו עצור מנהלי שהשתתף במסגרת שביתת הרעב של העצורים המינהליים במחאה על החזקתם במעצר מינהלי. העותר מוחזק בבית הסוהר עופר.
10. העותרת מס' 2 (להלן: "העותרת") בעלת ת.ז. 80289457, תושבת מזרח ירושלים, הינה אשתו של העותר. לעותרת לא התאפשר להיפגש עם בעלה בכלל מאז שהתחילה שביתת הרעב של העצורים הביטחוניים לפני יותר מחודש וחצי.
11. העותר מס' 3 (להלן: **עדאלה**), הנו מרכז זכויות אדם, רשום כדין בישראל, נוסד בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בפרט. מטרותיו המרכזיות הינן השגת זכויות שוות, והגנה על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל בתחומים שונים מביניהן: זכויות בקרקע, זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות, זכויות תרבותיות, זכויות חברתיות, זכויות כלכליות, זכויות דתיות, זכויות ילדים, זכויות נשים וזכויות אסירים.
12. העותרת מס' 4 הינה עמותה פלסטינית לא ממשלתית שלא למטרת רווח, הפועלת בגדה המערבית ושמתרתה היא להגן על זכויות אדם, ובמיוחד על זכויות האסירים והעצורים הפלסטינים.

### ג. שביתת הרעב של העצורים המנהליים

13. העתר 1, יליד 1963, נשוי ואב לשני ילדים והוא תושב רמאללה. הוא עסק כמנהל כספים באיגוד ועדי התעשייה החקלאית. מיום 25.2.2014, נמצא העותר 1 במעצר מינהלי שאמור להסתיים באוגוסט 2014. ואולם, המעצר המינהלי הנוכחי אינו הראשון עבור העותר. בשנת 1994 הוא הוחזק במעצר מנהלי ראשון לתקופה של 20 חודשים; בשנת 2002 הוחזק במעצר מנהלי לתקופה של 52 חודשים; בשנת 2009 הוחזק במעצר מנהלי לתקופת 9 חודשים; בשנת 2011 הוחזק במעצר מנהלי לתקופת 8 חודשים. בסה"כ הוא הוחזק במעצר מנהלי ללא העמדה לדין וללא הרשעה לתקופה מצטברת של יותר מ-7.5 שנים.

14. ביום 24.04.2014 פתח העותר, ביחד עם כ-180 עצורים מינהליים נוספים, בשביתת רעב כמחאה על השימוש שנעשה על ידי שירותי הביטחון במעצרים המנהליים ללא משפט וללא הרשעה. שביתת הרעב האמורה נסתיימה ביום 25.6.2014, וזאת לאחר שהגיעו הצדדים לפשרה שעד לשעת כתיבת שורות אלה, פרטיה טרם פורסמו.

15. ואולם, במהלך תקופת השביתה, מאז החלו בה העצורים המנהליים, וכן במהלך התקופה שקדמה לכך כעצורים בודדים ששבתו רעב, נתקלו בני ובנות משפחותיהם במניעה גורפת מצד שירות בתי הסוהר לאפשר להם לבקר ולפגוש באותם עצורים. יצוין כבר עתה, כי עניין זה אינו החלטה מנהלית מסוימת הנוגעת לעצור מינהלי מסוים, אלא החלטה גורפת הנוגעת לכלל העצורים המינהליים השובתים רעב המבוססת על מדיניות כללית מטעם המשיב.

16. ביום 29.05.2014 נשלחה על ידי עורך הדין מחמוד חסאן בקשה בשם העותרת מס' 2 לתיאום ביקור משפחה דחוף עם העותר מס' 1. העותרת דאגה מאד למצבו הרפואי המדרדר של העותר שהתחיל בשביתת רעב ביום 24.04.2014 כאמור, ולאחר שנודע לה כי העותר הועבר לבית החולים מאיר ביום 28.05.2014.

== **העתק מבקשתו של עורך הדין מחמוד חסאן מיום 29.05.2014 מצורף ומסומן כנספח ע/1.**

17. מאוחר יותר באותו היום, התקבלה תגובה ממר משה לוי, קצין אסירים בבית הסוהר איילון ובה נמסר כי העותר מס' 1 נידון בדין משמעתי לשלילת ביקורים וזאת עד ליום 05.06.2014 ועל כן לא ניתן לאשר את הביקור המבוקש.

== **העתק מתגובתו של מר משה לוי מיום 29.05.2014 מצורף ומסומן כנספח ע/2.**

18. ביום 05.06.2014 נשלחה ע"י ב"כ העותרים בקשה נוספת בשם העותרת מס' 2 לתיאום ביקור משפחה עם העותר מס' 1 ליום 08.06.2014 שעליה לא התקבלה שום תגובה. ביום 06.06.2014 שלח ב"כ העותרים לפרקליטות המדינה מכתב קדם עתירת הביאס קורפוס ובה דרש תיאום ביקור עם העותר גם לעורך הדין וגם לעותרת. ביום 08.06.2014 יצרו מלשכת היועץ המשפטי של המשיב קשר טלפוני עם ב"כ העותרים ומסרו כי הם יאפשרו פגישה עם עורך הדין באותו יום, אך העותר מס' 1 מנוע מפגישות עם בני משפחתו לאור העובדה כי הוא עדיין שובת רעב.

== **העתק מבקשתו של עורך הדין נדים שחאדה מיום 05.06.2014 מצורף ומסומן כנספח ע/3.**

== **העתק ממכתב קדם בג"צ מיום 06.06.2014 מצורף ומסומן כנספח ע/4.**

19. ביום 11.06.2014 נשלח לפרקליטות המדינה מכתב קדם בג"צ בעניין מניעת ביקור משפחות

לעצורים המנהליים השובתים רעב. ביום 12.06.2014 התקבלה תשובת הפרקליטות ובה הפנתה לפרק ג' לפקודת הנציבות מס' 04.13.00 "דין משמעתי אסירים" (להלן: **פקנ"צ – דין משמעתי**), הדין בדין משמעתי של עצורים מנהליים. מהפרקליטות מסרו עוד כי העצורים שובתים הרעב נשפטו בדין המשמעתי בגין שביתת הרעב והוטל עליהם בין היתר, עונש של מניעת ביקורים ממשפחותיהם.

== **העתק ממכתב קדם בג"צ מיום 11.06.2014 מצורף ומסומן כנספח ע/5.**

== **העתק מתגובת פרקליטות המדינה מיום 12.06.2014 מצורף ומסומן כנספח ע/6.**

20. במסגרת זו יצוין כי לעותר מס' 1 לא נערך שימוע כלשהו עובר להטלת העונש עליו על ידי רשויות המשמעת בבית הסוהר. החלטתו של המשיב הייתה חד צדדית ונתקבלה ללא מתן זכות טיעון כנדרש בהחלטות מסוג זה (לעניין חובת הרשות ליתן זכות טיעון בטרם קבלת החלטה שיש בה משום פגיעה בזכות, ראו בג"ץ 598/77 אליהו זרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978); בג"ץ 6339/05 נדיה מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846 (2005); בג"ץ 3495/06 הרב לישראל הרב יונה מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 30.7.2007)).

21. הנה כי כן, מתברר כי מדובר במדיניות כללית לפיה המשיבים מטילים עונש של מניעת ביקורי משפחה בגין שביתת רעב על כלל אוכלוסיות בתי הסוהר, ובכללן אוכלוסיית העצורים המינהליים.

22. על אף כלליותה של מדיניות המשיב, עתירת אסיר זו מצמצמת את עניינה בשלב זה אך ורק למדיניות זו ככל שהיא נוגעת לעצורים המינהליים, וזאת מאחר שעניינם כולל ייחודיות מבחינת הדינים החלים עליהם, וגם משום ששביתות הרעב בקרב העצורים המינהליים אינן בגדר מאורע חד פעמי, אלא הן מתרחשות באופן תדיר יותר, גם כשביתות רעב קבוצתיות וגם כשביתות רעב אינדיבידואליות, בהיותן הכלי האחרון שנותר בארגו הכלים שברשותם למחות על מעצרים ללא משפט וללא מידע מינימאלי בדבר החשדות נגדם.

23. מעיון בפרק ג' לפקנ"צ – דין משמעתי שכותרתו "עצורים מנהליים – דין משמעתי" עולה כי, בניגוד לתשובת הפרקליטות ולעמדת המשיב, הוא אינו כולל ברשימת עבירות המשמעת המנויות בסעיף ד' שבו את שביתת הרעב. לפיכך יוצא כי, אין בפקנ"צ – דין משמעתי כשלעצמה כדי לבסס את סמכותו של המשיב לשפוט את העצורים המנהליים השובתים רעב בדין משמעתי בגין מעשה השביתה.

24. משכך, סביר להניח שהמשיב פעל על פי פקודת נציבות אחרת, הלא היא פקנ"צ – שביתת רעב, בשלילת ביקורי המשפחות של העצורים המנהליים השובתים רעב, המעגנת למעשה את המדיניות שעל פיה יפעל במקרה של שביתת רעב של אסיר אחד או של מספר אסירים. פקנ"צ – שביתת רעב, המבוססת לפי לשונה על סעיף 56 לפקודת בתי הסוהר, קובעת בסעיף 6 כדלקמן:

"כנגד שובתי הרעב ינקוט מפקד ב/ס בצעדים הבאים:

א. ריכוז שובתי הרעב בנפרד מהאסירים שאינם שובתי רעב.

ב. העמדת האסירים לדים משמעתי לפי פקנ"צ 04.13.00.

ג. כל מצרכי מרכז שברשות האסירים, ירוכזו בנפרד לגבי כל אסיר ויופקדו תוך רישום ואחסון מתאים באפסנאות.

#### ד. שלילת כל טובת הנאה אחרת (נספח א').

ה. על שלילת טובות הנאה לפי פקודה זו לא יחולו ההליכים הקבועים בפקני"צ 04.17.00 למעט הליכי השימוע הקבועים בה.

ו. אסיר שובת רעב לא יוצא מתאו למעט לטיול/לטיפול רפואי/בימ"ש/חקירה/כשצורך בטחוני מחייבת הוצאתו/או כל צורך אחר לפי שיקול דעת מפקד בית הסוהר.

ז. מנהל בית הסוהר ידווח לממ"ז ולמרד"מ המחוזי על שלילת טובות הנאה מאסירים בשביתת רעב קבוצתית. ביצוע לפי כללי הדיווח שבפקני"צ 03.09.00 " (ההדגשה הוספה)

25. נספח א' לפקני"צ – שביתת רעב שאליו מפנה סעיף 6.ד. שלעיל, קובע שורה של "טובות הנאה" שניתן לשלול משובת רעב, והן:

א. הפסקה מיידיית של חלוקת מצרכי מרכז המכר.

ב. הוצאת המזון (מוצק, נוזלי) מתאי שובתי הרעב.

ג. הטיול היומי יוגבל לשעה אחת.

ד. ביטול חלוקת עיתונים והשמעת רדיו.

#### ה. ביטול ביקורי משפחות.

ו. אי משלוח וקבלת מכתבים.

ז. נטילת מוצרי חשמל (מלבד מאוורר) הרשאים להחזיק בהם והפקדתם באפסנאות.

ח. הוצאת ספרי לימוד (מלבד ספרי דת) וריכוזם בפריית בית הסוהר.

ט. הוצאת כלי נגינה, משחקי חברה, כלי כתיבה.

י. הוצאת אביזרי ספורט מחצר הטיולים. " (ההדגשה הוספה).

26. אין בנמצא מקור נורמטיבי אחר מלבד פקני"צ – שביתת רעב המאפשר שלילת ביקורי משפחות של אסירים/עצורים בגין המעשה של "שביתת רעב".

27. לכן, עתירה זו מופנית נגד נוהל זה (פקני"צ: שביתת רעב) אשר משמש כיסוד למדיניות מושא עתירה זו.

### הטיעון המשפטי

28. בחלק זה, מבקשים העותרים לטעון כי אין בסיס משפטי לפרקטיקה בה נוקט המשיב והמעוגנת בפקני"צ ולפיה המשיבים מוסמכים לשלול ביקורי משפחות מדרגה ראשונה מעצור מינהלי כעונש משמעותי בגין נקיטה בשביתת הרעב.

29. מהלך הטיעון הוא פשוט: אם ביקורי משפחות מדרגה ראשונה לעצור מינהלי הינה זכות יסוד ולא טובת הנאה, כפי שייטען, אזי ולפי כללי היסוד המושרשים מימים ימימה, אין לשלול זכות זו בהעדר הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית המתירה את השלילה כעונש משמעותי בגין שביתת רעב. זהו התנאי הראשון שעוגן גם בפיסקת ההגבלה עם חקיקת חוקי היסוד הקובע כי אין פוגעים בזכויות יסוד אלא על פי חוק. נראה שגישת המשיבים כפי שהיא מופיעה בפקני"צ היא שביקורי משפחות הינה טובת הנאה ולכן ניתן לשלול אותה כעונש משמעותי בגין שביתת רעב לפי שיקול דעתו של הנציב.

30. לכן, תחילה ייטען כי הסיווג של ביקורי משפחות בפקני"צ – שביתת רעב מושא עתירה זו, כ"טובת הנאה" בטעות יסודה, אלא שענייננו בזכות יסוד חוקתית. בהקשר זה ייטען כי רק מטעם זה מן הראוי לקבל את העתירה ולבטל את החלטת המשיב.

31. במקרה דנן, אין בנמצא כל חוק המסמיך את המשיב לשלול את ביקורי המשפחות מהעצורים המינהליים השובתים רעב, ומשכך סעיף 6.d. לפקני"צ – שביתת רעב, בכל הקשור לשלילת ביקורי משפחות, הותקן בהיעדר סמכות.

32. לבסוף ייטען כי הפגיעה בזכות העצורים המינהליים לחיי משפחה בנסיבות דנן אינה לתכלית ראויה, שכן היא אינה מאזנת כראוי בין האינטרסים שאותם מבקש המשיב לקדם לבין זכויות היסוד של העצורים מינהליים. כן ייטען כי פגיעה זו בנסיבות העניין חורגת באורח קיצוני ממתחם המידתיות.

#### ד. ביקורי משפחות של העצורים המינהליים: זכות יסוד חוקתית ולא "טובת הנאה"

33. מבלי לגרוע מעמדת העותרים בדבר מעמד זכותם של אסירים ועצורים בכלל לביקורים באשר היא, כזכות יסוד הנובעת מזכותם הבסיסית לחיי אנוש תרבותיים והנגזרת מכבוד האדם וזכותם לחירות, טיעוניהם במסגרת עתירה זו יתמקדו בזכותם של העצורים המינהליים לביקורי משפחה מדרגה ראשונה, השונה מהותית מביקורי ידידים (במובן של סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר). במסגרת האמור ייטען כי סיווגו של המשיב את זכותו של העותר מסי' 1 לביקורי משפחותו בפקני"צ – שביתת רעב כ"טובת הנאה" השווה בערכה למשחקי חברה, בטעות יסודה.

34. במעמד זה נציין כי להבדיל מזכות יסוד, טובת הנאה היא פריבילגיה הניתנת מתוך חסד או רצון טוב של הרשות, על יסוד שיקול דעת מינהלי רחב ביותר ולכן היא ניתנת לשלילה בנקל על ידי הפעלת אותו שיקול דעת מינהלי. לעניין ההבחנה בין זכויות יסוד של אסירים שאינן נשללות בנקל לבין זכויות אחרות שניתן לסווגן כטובות הנאה, יפים דבריה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש:

"בשורה של פסקי-דין קבע בית-משפט זה הבחנה בין זכויות יסוד של האדם שהפגיעה בהן יש בה משום פגיעה בצרכים מינימליים ויסודיים של האדם, לבין זכויות שאין לסווגן כזכויות אנושיות מינימליות. הזכויות מן הסוג הראשון אינן כפופות לשיקולי איזון של קיום משאבים וטעמי ביטחון, והנטייה היא שלא להתיר כל פגיעה בהן, לעומת זאת הזכויות שאינן נוגעות לצרכים האנושיים המינימליים, ניתנות להגבלה תוך איזון עם זכויות ואינטרסים אחרים, כגון צורכי הביטחון, צורכי הסדר והמשמעת בכלא, אינטרסים וזכויות הנוגעים לשלומם ורווחתם של אסירים אחרים, וכאלה הנוגעים לאינטרס הציבור בכללו"

עע"א 6481/01 סולימאן אל עביד נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נו (6) 678, 712-713 (2003).

35. העותרים יטענו כי ביקורי משפחות מדרגה ראשונה לעצורים מינהליים הינה זכות יסוד חוקתית העולה כדי צורך חיוני ומינימאלי עבור העצור. זכותו של אדם הנתון במאסר/במעצר לביקורים

נגזרת היא **מזכותו החוקתית לחיי משפחה** ולאינטראקציה עם החברה במיוחד זו הקרובה אליו. המדובר באחד מאמצעי הקשר החשובים שבין האסיר והעצור למשפחתו. הזכות לחיי משפחה ולקשר משפחתי מוגנת היא על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכך שהיא מגשימה את חירותו של הפרט ואת האוטונומיה האישית שלו ונגזרת היא אף מכבודו.

36. זכות זו עומדת לאסירים בכלל, וביתר שאת לעצורים המינהליים, ואין להגבילה בהיעדר אינטרסים נוגדים כבדי משקל המתבססים על הוראה מפורשת בחקיקה ראשית:

"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: עע"א 4714/04 עמיר נ' שירות 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".

רע"ב 6956/09 **יונס נ' שירות בתי הסוהר**, פס' 42 לפסק דינו של השופט דנציגר (לא פורסם, 7.10.2010) (להלן: **עניין יונס**).

37. כך אף נקבע בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **יונס**:

"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".

עניין **יונס**, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

38. הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה, ובמיוחד לעצורים מנהליים השובתים רעב, נובעת גם מהתפישה השלטת הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי שעצם המעצר או המאסר, אין בהם כדי לשלול את זכויות היסוד של העצור. חומות הכלא מגבילות את חופש התנועה של הכלוא על כל הנובע מכך, אך אין בהן כדי להפקיע את זכויות היסוד האחרות שלו, כך נקבע בפסק דינו המקיף של השופט דנציגר בעניין **יונס**:

"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'".



עניין יונס, פס' 36.

39. זכותם של כלואים לקשר עם העולם החיצוני ועם המשפחה זוכה להכרה בכל האמנות וההמלצות הבינלאומיות העוסקות בזכויות כלואים ובזכויות המינימאליות שיש להעניק להם במהלך כליאתם. סעי' 37 לכללי הסטנדרט המינימאלי לטיפול באסירים, (Standard Minimum, Rules for the Treatment of Prisoners) שאומצו בשנת 1955 בקונגרס הראשון של האו"ם למניעת פשע ולטיפול בעבריינים, ואושרו בהחלטות המועצה הכלכלית והסוציאלית של האו"ם בשנים 1957 ו-1977, קובע כדלקמן:

"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."

40. באשר לעצורים שטרם נשפטו קובע סעיף 92 לאותם כללים קובע ביחס לזכותם לביקורי משפחות, כי:

"92. An untried prisoner shall be allowed to inform immediately his family of his detention and shall be given all reasonable facilities for communicating with his family and friends, and for receiving visits from them, subject only to restrictions and supervision as are necessary in the interests of the administration of justice and of the security and good order of the institution."

41. כללי המאסר האירופיים משנת 2006 - Rec. R (2006)2 on the European Prison Rules 2006 מעגנים את כללי המאסר המשותפים המינימאליים למדינות אירופה. בהקשר של זכותו של הכלוא לקשר עם העולם החיצוני ומשפחתו, קובעים אותם כללים, בין היתר, כי:

"24.1 Prisoners shall be allowed to communicate as often as possible by letter, telephone or other forms of communication with their families, other persons and representatives of outside organisations and to receive visits from these persons..."

24.4 The arrangements for visits shall be such as to allow prisoners to maintain and develop family relationships in as normal a manner as possible".

42. ביום 31.03.08 קיבל ארגון The Inter American Commission on Human Rights (IACHR), הפועל מטעם הארגון של מדינות אמריקה ה-OAS (Organization of American States), ליישום האמנה האמריקאית לזכויות האדם משנת 1969, החלטה (12/08) חשובה בנוגע לעקרונות הטיפול וההגנה על זכויות אסירים ועצורים. עקרון 18 לעקרונות שגובשו בהחלטה קובע כדלקמן:

"Persons deprived of liberty shall have the right to receive and dispatch correspondence, subject to such limitations as are consistent with international law` and to maintain direct and personal contact through regular visits with members of their family, legal representatives, especially their parents, sons and daughters, and their respective partners."

**== העתק מהחלטות שגובשו על ידי ארגון Human Rights Commission The Inter American  
Rights מחודש מרץ, 2008 מצורף ומסומן כנספח ע/7.**

43. בהחלטה שאומצה על ידי האסיפה הכללית של האו"ם מיום 29.02.03 בעניין מצב זכויות האדם בחבל קוסובו ביוגוסלביה לשעבר נדרשה יוגוסלוביה על ידי האו"ם, בין היתר, לאפשר ביקורי משפחות ונציגים מארגונים לזכויות לעצורים שנעצרו בקוסובו והועברו לחלקים שונים ביוגוסלביה, כדלקמן:

"The General Assembly

...

9. Demand that the Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) provide an update list of all persons detained and transferred from Kosovo to other parts of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), specifying the charge, if any, under which each individual is detained, and that it guarantee their families and non-governmental organizations and international observers unimpeded and regular access to those who remain in detention and release all individuals detained and transferred from Kosovo prior to July 1999 in violation of international humanitarian and human rights standards."

44. בית הדין האירופאי לזכויות אדם קבע, כי שלילת הזכות לאסיר לשלוח מכתבים והגבלת המפגש עם אמו לפעם בחודש בלבד בנוכחות שני סוהרים שעמדו בטווח שמיעה, מהווה הפרה לסעיף 8 של האמנה האירופאית לזכויות אדם:

"The Court, agreeing with the Commission, considers that the above-mentioned restrictions constituted an interference by a public authority with the exercise of the applicant's right to respect for his private and family life and his correspondence guaranteed by Article 8 § 1 of the Convention."

KUZNETSOV v. UKRAINE – 29 April, 2003

45. הנה כי כן, הזכות לביקורי משפחות של העצורים המינהליים אינה בבחינת "טובת הנאה" כהגדרתה על ידי המשיב בפקני"צ – שביתת רעב ובפקודות נציבות אחרות, אלא זכות יסוד של ממש, הן לפי הדין הישראלי והן לפי הדין הבינלאומי. אלא שבנוסף למעמדה לזכות יסוד, על פי

הדין הישראלי זכות זו אף נהנית ממעמד חוקתי כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעניין זה ראו, בג"צ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 13.06.2006) (להלן: עניין דוברין). לעניין זה ראו גם: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 26 לפסק דינו של השופט ברק, פסקאות 1-6 לפסק דינו של השופט גיבוראן ופסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006); בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 783 (1993); ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מ(1) 1, 17 (1993); בג"ץ 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221, 235 (1995).

46. לפיכך, הגבלתה של זכות זו צריכה לעמוד במבחנים קפדניים ביותר, ובמיוחד מבחני פסקת ההגבלה שלפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבהם יתמקד טיעון העותרים להלן.

## ה. פסקת ההגבלה

### 1. הפגיעה בזכות לחיי משפחה אינה "בחוק... או על פי הסמכה מפורשת בו"

47. השאלה העומדת ביסוד פרק זה היא: האם ניתן על פי חוק לשלול ביקורי משפחות מעצורים מינהליים כעונש משמעותי בגין שביתת רעב? העותרים יטענו כי התשובה לשאלה זו הנה בשלילה, וזאת משאין באף דבר חקיקה ראשית הסמכה להטיל עונש של שלילת ביקורי משפחות מדרגה ראשונה כעונש משמעותי בגין שלילת רעב. נציג להלן את מסלולי ההסמכה השונים הרלבנטיים לענייננו. בחינתם מעלה כי המשוואה אותה קבע המשיב בפקני"צ – שביתת רעב, שלפיה שולל הוא את זכותם של העצורים המנהליים השובתים רעב לביקורי משפחות כתגובה למעשה השביתה, אינה על פי חוק או על פי הסמכה מפורשת בחוק. אכן, פגיעה בזכויות יסוד של האסירים, ובמיוחד של העצורים המינהליים, שאינה מתחייבת מעצם המעצר או המאסר, חייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. וכדברי השופט מ' אלון, ואשר הפכו עוד טרם "המהפכה החוקתית" של שנות התשעים לכללים מחייבים במשפט המינהלי הישראלי:

"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..." (ההדגשה הוספה).

בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, לח (2) 826, 832 (1984).

48. באותה רוח הובאו לעניין זה דבריו של השופט א' מצא בעניין גולן:

"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות, מהן מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין".

עע"א 4463/94 גולן נ' **שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 147-148 (1996).

49. בהקשר לענייננו, חיפוש בספר החוקים מעלה כי אין בנמצא דבר חקיקה ראשי המכיל הסמכה ולו במשתמע לשלול את זכותו של העצור המינהלי לביקורי משפחות מדרגה ראשונה כעונש משמעותי. לכל היותר, ניתן למצוא בסימן ו' לפקודת בתי הסוהר הסמכה להגבלת ביקורי ידידים, ופשיטא כי אין גוזרים סמכות לפגוע בזכות יסוד חוקתית הנמצאת בליבת הזכות החוקתית לכבוד, מהסמכות לפגוע בזכות אחרת, חשובה ככל שתהיה, כשמבחינת ההיררכיה הנורמטיבית, חשיבותה של הראשונה עולה על האחרונה.

#### מסלול פקודת בתי הסוהר :

50. פקודת בתי הסוהר היא החקיקה הראשית הרלבנטית ביותר בענין הסדרת היחסים בין אסירים לשב"ס. בפקודה זו אין הסמכה כלשהי המאפשרת את שלילת ביקורי משפחות כעונש משמעותי בגין שביתת רעב. אמנם היא קובעת ששביתת רעב הינה עבירת משמעת והיא גם קובעת את העונשים בגין עבירות המשמעת המנויות בה, אך שלילת ביקורי משפחות אינה מבין העונשים האלה.

51. סעיף 56 לפקודת בתי הסוהר קובע עניינים מספר שייחשבו כעבירות בית סוהר, והרלבנטית לעניינו מעוגנת בסעיף 56(8). לפיה, אסיר אשר "סירב לאכול לחם חוקי" עבר עבירת בית סוהר. זה המקום לציין, שזהו דבר החקיקה היחיד שבו משתמש המחוקק בלשון מפורשת לקביעת המונח וההשלכות של סירוב אסירים לאכול. ממילא, חוק זה גובר על כל חקיקת משנה, בין אם תקנה ובין אם כל נורמה אחרת הנמוכה ממנה, כדוגמת תקנות המעצרים המינהליים ופקודות הנציבות – שנתייחס אליהם בהמשך.

52. סעיף 58(א) לפקודה קובע את העונשים שאותם ניתן להטיל על אסירים בגין עבירות בית הסוהר שנקבעו בסעיף 56, וזו לשונו :

"(א) קצין שיפוט שהרשיע אסיר בעבירת בית סוהר יהיה רשאי להטיל עליו עונשים אלה, כולם או מקצתם :

(1) אתראה ;

(2) אזהרה חמורה ;

(3) קנס בסכום שלא יעלה על הסכום שיקבע השר בצו, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת ;

(4) בידוד לתקופה שלא תעלה על ארבעה עשר ימים, ובלבד שתקופת בידוד לא תהא רצופה יותר משבעה ימים והפסקה של שבעה ימים תהיה בינה לבין המשכה ;

(5) הפחתת ימי שחרור לתקופה שלא תעלה על עשרים ואחד ימים ; לענין זה, "שחרור" – כמשמעותו בסעיף 49 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, לרבות רשיון חופש כמשמעותו בסעיף 28.

53. כפי שניתן להבחין בבירור, הפקודה אינה מסמיכה את המשיב להשית עונש של שלילת ביקורי משפחות בגין ביצוע עבירה של "סירב לאכול לחם חוקי".

54. פקני"צ – שביתת רעב מושא עתירה זו, המסדירה את המדיניות של המשיב והנסמכת כלשונה על סעיף 56 לפקודת בתי הסוהר, למעשה אינה נסמכת על חקיקה ראשית. מכאן, כל עונש שהיא מטילה ואינו מתיישר עם העונשים הקבועים בסעיף 58(א) שהובא לעיל ובמיוחד כאשר מדובר בזכות יסוד, כדוגמת העונש של שלילת ביקורי משפחות, הרי שהוא מוטל בהיעדר סמכות.

55. מסקנה היא אפוא, כי פקודת בתי הסוהר אינה כוללת הסמכה לפגוע בזכויות לחיי משפחה כפי שהדבר נעשה בפקני"צ – שביתת רעב ולכן הנוהל "פקני"צ – שביתת רעב" הינו בטל בהיותו מהווה חריגה קיצונית מסמכות שהוענקה על פי הפקודה.

#### מסלול חוק המעצרים המינהליים :

56. אין בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן: **חוק המעצרים המינהליים**) דבר וחצי דבר המסמיך את המשיבים לשלול ביקורי משפחות מהעצורים המינהליים בגין שביתת רעב. חוק זה אינו מגדיר את שביתת הרעב כעבירת משמעת וגם אינו מסמיך את שלילת ביקורי המשפחות כעונש משמעתי. סעיף 3 לחוק המעצרים המינהליים מסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות הוראות בדבר משמעת העצורים במקומות המעצר, וזאת מבלי לפרט את אמות המידה שלפיהן עליו לפעול. ענייננו אפוא בהסמכה פורמאלית שאינה יכולה להוות מקור הסמכה לפגיעה בזכויות אדם, וזאת במנותק מדרישותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהובא לעיל. לפיכך ניתן להגיע לשתי מסקנות פרשנויות: ראשית, מאחר ומדובר בזכות יסוד (ביקורי משפחות מדגרה ראשונה) הרי שאם החקיקה הישירה אינה שוללת את אותה בגין שביתת רעב, אזי המשיבים פועלים בענין שלילת ביקורי משפחות מדרגה ראשונה מהעצורים המינהליים השובתים רעב תוך חריגה מסמכות. שנית, מאחר והחקיקה הראשית – חוק המעצרים המינהליים – לא מסדיר את הנושא, אזי פקודת בית הסוהר כחקיקה ראשית היא שתחול על ענייננו, וממילא פקודה זו אינה מאפשרת את שלילת ביקורי המשפחות מדרגה ראשונה כעונש משמעתי בגין שביתת רעב.

57. לחילופין, וגם אם נבקש לפנות לחקיקת המשנה של חוק המעצרים המינהליים אז גם שם לא נמצא קביעה מפורשת המצביעה כי שביתת רעב הינה עבירת משמעת המצדיקה את שלילת ביקורי משפחות. מכוח סעיף 3 שבחוק המעצרים המינהליים, נקבעו תקנות סמכויות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), תשמ"א-1981 (להלן: **תקנות המעצרים המינהליים**), ובהן נקבעה בסעיף 16 רשימת עבירות בית המעצר כדלקמן:

"עציר שעשה, שניסה לעשות או שסייע לעציר אחר לעשות אחד מאלה, עבר עבירת מקום מעצר:

- (1) מעשה הפוגע במשמעת ובסדר הטוב שבמקום המעצר;
- (2) הפרת הוראה חוקית של סוהר או של אדם אחר הפועל מטעם המפקד;
- (3) קיום תקשורת בכתב, בעל-פה או בדרך אחרת עם אדם מבחוץ תוך הפרת תקנות אלה;
- (4) הסתת אחר לפגוע בסדר הטוב של בית-הסוהר"

58. אין בתקנות אלה ציון כלשהו לשביתת רעב כעבירת בית מעצר. באם מחוקק המשנה רצה לעשות זאת, היה בידי להצביע על כך מפורשות כפי שעשתה זאת פקודת בתי הסוהר.

59. בגין עבירות אלה שצוינו לעיל, נקבעו בסעיף 17 לתקנות המעצרים המינהליים העונשים שניתן להטיל על העצורים המנהליים בגין עבירות בית מעצר שהובאו בסעיף 16 שלעיל, כדלקמן:

"(א) המפקד רשאי להטיל על עציר שעבר עבירת מקום מעצר עונשים אלה, כולם או מקצתם:

(1) שלילת הזכות לקנות מצרכים בקנטינה;

(2) שלילת הזכות לצאת לטיול או הגבלתה בדרך אחרת;

(3) שלילת הזכות לקבל עתונים וספרים;

(4) שלילת הזכות לקבל סיגריות;

(5) שלילת הזכות לקבל מכתבים או לשולחם;

(6) שלילת הזכות לקבל כספים;

(7) בידוד;

(8) שלילת הזכות לקבל עד ארבעה ביקורים, למעט ביקורים של סניגור;

שלילת זכות כאמור בפסקאות (1) עד (7) תהא לתקופה שלא תעלה על ארבעה עשר ימים"

60. על אף הבעייתיות העולה מס"ק (8) הכוללת הפגיעה בזכות לחיי אנוש תרבותיים בתקנות מבלי שיש לכך הסמכה בחוק הראשי, הרי שבנוסף לכך עולה בבירור מתקנות אלה, כי הן אינן מונות את שביתת הרעב כעבירת משמעת, וממילא תקנות אלה אינן בבחינת דבר חקיקה ראשי שיכול להוות כשלעצמו מקור הסמכה לפגיעה בזכויות חוקתיות של העצורים המינהליים, לרבות הזכות לביקורי משפחה מדרגה ראשונה. בהקשר זה, פרשנות תכליתית המתחשבת בזכויות אדם, מחייבת את הגישה שלפיה שלילת "הזכות לקבל עד ארבעה ביקורים", אינה כוללת ביקורי משפחות מדרגה ראשונה אלא ביקורי ידידים או לכל היותר ביקורי משפחה מדרגה שנייה.

61. על יסוד תקנות אלה נקבע פרק ג' לפקודת נציבות בתי הסוהר 04.13.00 "דין משמעתי אסירים" (להלן: **פקנ"צ – דין משמעתי**) הקובע את הדין המשמעתי החל על העצורים המינהליים. סעיף ד' לפרק ג' מפרט את רשימת עבירות המשמעת הנוגעות לאוכלוסייה זו. הסעיף אינו מגדיר סירובו של עצור מנהלי לאכול כעבירת משמעת, זאת בניגוד לציונה המפורש בסעיף ד' לפרק א' העוסק בעבירות משמעת של "אסירים", בו נקבע בסעיף קטן (8) כי:

"אסיר שעשה אחד מאלה עבר עבירת משמעת (עבירת בית סוהר) בגינה ניתן לשופטו בדין משמעתי:

(8) סירב לאכול לחם חוקו."

62. הנה כי כן, "התקנון המשמעתי" המכתיב את הדין המשמעתי החל על האוכלוסיות השונות בבתי הסוהר קובע הוראות שונות ביחס לכל אוכלוסייה, ומההסדרים המופיעים בו ניכר כי "שביתת רעב" אינה נמנית על רשימת העבירות המשמעתיים ביחס לאוכלוסיית העצורים המנהליים, ולפיכך אינו יכול לשמש כבסיס להענשת אותה אוכלוסייה.

63. יוצא אפוא, שנימוקו של המשיב לפיו עבר העותר 1 עבירת משמעת לפי פרק ג' לפקנ"צ – דין משמעת חסר ביסוס הוא.

#### **מסקנה מבחינת מסלולי ההסמכה: אין בנמצא הסמכה לשלילת ביקורי משפחות**

64. מהניתוח שלעיל יוצא כי ההגדרה של ביקורי המשפחות כטובת הנאה אינה מתיישבת עם מעמדם של ביקורי המשפחות כזכות יסוד הנגזרת מהזכות לחיי משפחה, כפי שהובא לעיל, ולכך מתווספת המסקנה כי קביעת עונש של שלילת ביקורי משפחות ופגיעה בזכות לחיי משפחה במסגרת פקנ"צ – שביתת רעב אין לה כל עיגון בדבר חקיקה ראשי, ומשכך היא נעדרת הסמכה.

65. העותרים יטענו כי הנציב אינו חופשי לקבוע כל דבר בפקודות הנציבות ויש להבחין לעניין זה בין עניינים שנועדו להבטיח את הפעילות התקינה בבתי הסוהר מבלי שיהיה בכך משום פגיעה בזכויות יסוד של העצורים והאסירים, לבין עניינים שכרוכה בהם פגיעה בזכויות כאמור. בעוד שבסוג העניינים הראשון ייתכן ששיקול דעתו רחב, בעניינים מהסוג השני עליו להפנות להסדר חקיקה ראשי המסמיך אותו לפגוע בזכויות של אוכלוסיית בתי הסוהר.

66. בענייננו, שלילת ביקור משפחות לעצורים המנהליים השובתים רעב מטבעה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות. הלכה פסוקה היא, שפגיעה בזכויות יסוד וחוקתיות חייבת להיעשות על פי חקיקה ראשית ואינה יכולה להיות מעוגנת בהסדרים משניים, כדוגמת פקודות הנציבות, מבלי שישנה הסמכה מפורשת לכך בחוק של הכנסת.

67. כפי שצוין לעיל, בפרק ג' לפקנ"צ – דין משמעת וכן בהוראות החקיקה שמכוחן היא הותקנה אין כל התייחסות לשביתת הרעב כעבירה משמעתית ביחס לאוכלוסיית העצורים המנהליים, והיא מסמיכה את רשויות המשמעת להטיל עונש של מניעת ביקורים, שלנוכח מעמדה של הזכות לחיי המשפחה, מחייבת את המסקנה כי עונש זה אינו כולל מניעת ביקורי משפחה מדרגה ראשונה. לפיכך אינה יכולה להוות בסיס סמכות להענשת העצורים המנהליים השובתים הרעב.

68. כמו כן, וכפי שגם הובא לעיל, המקור היחיד שיכול להוות סמכות לכאורית להענשת שובתי רעב הנמנים על אוכלוסיית העצורים המנהליים הוא פקודת בתי הסוהר, אך נדגיש בשנית כי הפקודה אינה מסמיכה את הנציב לשלול את זכותם של המפריים את "עבירות בית הסוהר" המנויות בה לביקורי משפחות בכלל, וביקורי משפחות מדרגה ראשונה בפרט.

69. מכאן יוצא, שהעונש שנקבע בפקנ"צ – שביתת רעב בדמות שלילת ביקורי משפחות נעשה בחוסר סמכות, הן משום שפקודת בתי הסוהר אינה מסמיכה את רשויות הכלא לקבוע עונש כאמור והן משום שהנורמות המסדירות את עניינה של אוכלוסיית העצורים המנהליים אינן מעגנות את שביתת הרעב כעבירת בית מעצר.

70. לכן, יש להורות על בטלותה של פקנ"צ – שביתת רעב בכל הקשור לשלילת זכותם של העצורים המינהליים השובתים רעב לביקורי משפחות מדרגה ראשונה וזאת משום שאין חקיקה ראשית המאפשרת את שלילת ביקורי משפחות של עצורים מינהליים בגין שביתת רעב.

## ה.2. הפגיעה אינה לתכלית ראויה

71. מעבר לנדרש, ולמען הזהירות, ייטען כי, התכלית הענישתית שביסוד שלילת זכותם של העצורים המנהליים לביקורי משפחות על פי פקני"צ – שביתת רעב אינה ראויה כלל ועיקר, שכן היא מתעלמת ממעמדה של הזכות החוקתית הנפגעת לחיי משפחה ומסבה לה פגיעה נוספת לזו הנגרמת מעצם תנאי הכליאה. לעניין מבחן "התכלית הראויה", נקבע זה מכבר כי:

"תכלית היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן".

בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002). עוד לעניין האיזונים שיש לערוך במסגרת מבחן התכלית הראויה, ראו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

72. הנה כי כן, מלשון ההן הנך למד על הלאו: תכלית המתעלמת כליל מזכויות אדם, ובענייננו הזכות לביקורי משפחה הנה תכלית בלתי ראויה. הפגיעה בזכותם של העצורים המנהליים לביקורים וניתוקם ממשפחותיהם דווקא בזמן שבו הם נזקקים לחיקן האוהב והתומך על רקע מצבם הבריאותי, הופכת את ענישתם לענישה אכזרית ומשפילה. בהקשר זה, לא למותר לציין את סעיף 5 להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (1948) האוסר ענישה אכזרית ומשפילה באופן מפורש, ובלשונו:

"No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

ראו גם: ס' 7 ו-10 (1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) (The International Covenant on Civil and Political Rights) ופרשנות ועדת האו"ם לזכויות אדם לסעיף 10 (1) [General Comment No. 21 (10.4.1992)]. כן, ראו את סעיף 16 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

73. התכלית המונחת בבסיס מניעת ביקורי המשפחות בענייננו הנה תכלית ענישתית. הקושי בתכלית הענישתית הוא ברור: העצור המנהלי השובת רעב מנוע מביקורי משפחות לא מפני שהביקור מהווה באופן אישי סיכון כלשהו לאינטרס כבד משקל כלשהו, משום שלמשל נשקפת מסוכנות קונקרטיית מעצם מימוש הזכות או שהדבר מתחייב מעצם המעצר, אלא היא נועדה על מנת להענישו בכדי להפסיק את שביתתו. הרצון של המשיב לגרום להפסקת שביתת הרעב הנוכחית אינו יכול להיתפס כאינטרס נוגד בעל משקל מכריע שיש בו כדי להצדיק שלילת זכות היסוד החוקתית לחיי משפחה.



74. השיקול העונשי משמיע התייחסות אל זכויות היסוד של העצור המינהלי כאל אמצעי מני רבים שהמשיב יכול לנקוט בו כדי להשיג את מטרותיו. ומבלי להיכנס להצדקות של מטרות אלה, הרי שאין בהן את המשקל הסגולי הנדרש לצורך פגיעה מרחיקת לכת בזכות יסוד חוקתית כה חשובה. התייחסות זו ללא ספק עולה כדי פגיעה קשה בכבודו של העצור המינהלי כאדם.

75. פגיעה זו מתווספת לפגיעה בבני המשפחה עצמם, ששלילת זכותם המקבילה לבוא במגע עם בן משפחתם העצור שמצבו הבריאותי הולך ומתדרדר, אינה יכולה למצוא הצדקה בתכלית הענישתית שביסוד השלילה.

### ה.3. הפגיעה אינה מידתיות

76. בנוסף לאמור לעיל, העותרים יטענו כי הטלת איסור על העותרים ויקיריהם לממש את זכותם לכבוד ולחיי משפחה מהווה אמצעי חריף ובלתי מידתי. הפגיעה בזכויות חוקתיות אלה, שאינן בבחינת "טובות הנאה" גרידא כלשון פק"צ – שביתת רעב, גם בהנחה, שאינה נקייה מספקות, שהתכלית של סיום שביתת הרעב, תכלית ראויה היא, חוטאת למבחני עיקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה.

77. וכך נקבע לעניין זה בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ברע"ב יונס, בפסקה 8 שם:

"..ההכרה בחופשות ובביקורים כחלק מזכויות האדם הנתונות לאסיר, מחייבת כי ההגבלות המושמות עליהן תעמודנה בעקרונות האיזון והמידתיות שאובים 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."

78. שלילת זכות היסוד לביקורי משפחות, חוטאת באופן מובהק למבחן המשנה השני של עיקרון המידתיות – מבחן הפגיעה הפחותה, שכן גם אם קיימת הצדקה להתערב באופן אקטיבי בשביתת הרעב במטרה להביא להפסקתה על ידי הטלת עונשים על השובתים, ויצוין כי העותרים אינם מסכימים עם העמדה האמורה, הרי שעל המשיב לנקוט באמצעים שפגיעתם פחותה יותר בזכויות היסוד של העצורים המנהליים, אשר ממילא נתונים לפגיעות בזכויות יסוד מהחמורות והרחבות ביותר.

79. האמצעי של שלילת הזכות לביקורי משפחה פוגע אף במבחן המידתיות במובן הצר, שהרי הנזק הנגרם לעותרים עולה על התועלת השולית אותה מפיק המשיב מהגבלת זכויותיהם. בהקשר זה, לא למותר לחזור ולציין שאותם ביקורי משפחות מהווים למעשה המימוש הבלעדי והיחידי של העותרים, ויתר העצורים המנהליים ובני משפחותיהם, לזכות לחיי משפחה. שלילת הזכות לביקורי משפחות מהווה למעשה הגבלה גורפת על יכולתם לממש את הזכות לחיי משפחה, בעוד שהתועלת מכך הנה מינימאלית ביותר, אם בכלל.

לנוכח האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר תשובת המשיב, להפוך את הצו להחלטי ולהשית על המשיב את הוצאות העותרים.

---

פאדי ח'ורי, עו"ד

---

אראם מחאמיד, עו"ד

---

נדים שחאדה, עו"ד

באי כוח העותרים

חיפה, 1.7.2014