

בעניין:

1. עו"ד עביר בכר

2. פכרי מנצור ת.ז. [REDACTED]

3. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

כולם ע"י עוה"ד איה חאגי' עודה ו/או חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר

ו/או סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני

ו/או סארי עראף ו/או נארימן שחאדה זועבי

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

רחוב יפו 94, חיפה

טל: 052-6538950 פקס: 04-9503140

דוא"ל: aiah@adalah.org

4. אלדמיר – ארגון לסיוע לאסירים וזכויות אדם

העותרים

נגד

1. ראש הממשלה

2. השר לביטחון פנים

3. משרד הבריאות

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

רח' סלאח אלדין 29, ירושלים

טל: 073-39253542 פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ולמתן צו ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא לבטל את תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי סוהר), התש"ף-2020 (להלן: התקנות).
== מצ"ב התקנות כנספח ע/1.

2. מדוע לא לבטל את הכרזת המשיב מס' 2 מיום 17.3.2020 שהוצאה בעקבות התקנות הנ"ל ואשר מכריזה על איסור כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ולבתי סוהר בישראל (להלן: ההכרזה);
== רצ"ב ההכרזה על מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר כנספח ע/2.

3. לחילופין, מדוע לא לאפשר לאסירים ביטחוניים לקיים שיחות טלפוניות עם משפחותיהם מדרגה ראשונה ובתדירות סבירה; ולקיים שיחות טלפוניות עם עורכי דינם בענייני ייעוץ משפטי עם שמירה על ייחודיות וסודיות השיחות האלו.

בקשה למתן צו ביניים וקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים המורה על הקפאת השימוש בתקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי סוהר), התש"ף-2020 עד להכרעה סופית בעתירה.

כמון כן, מתבקש לקיים דיון דחוף בעתירה וזאת לאור דחיפות הנושא הנוגע בין היתר גם לדיונים תלויים ועומדים בפני הערכאות ואשר מצריכות באופן דחוף ומיידי את מימושה הנאות של הזכות להיוועצות עם עורך דין שכן חלק מדיונים אלה נוגע גם לדיונים בפני ועדות השחרורים של אסירים.

כמו כן, דחיפות הדיון בעתירה מתבקש דווקא לאור מגפת הקורונה שמעוררת בהלה וחשש אצל משפחות האסירים בעניין מצבם הרפואי של האסירים.

עתירה זו על כל חלקיה ונספחיה הינה חלק בלתי נפרד מבקשה זו. לאור הטענות המועלות שלהלן מבוקש בזאת להורות על קיום דיון דחוף בבקשה להוצאת צו מניעה זמני.

ואלה נימוקי העתירה

מבוא

1. עניינה של העתירה הוא בתקנות אשר הותקנו על ידי הממשלה כתקנות שעת חירום ואשר מסמיכות את השר לביטחון פנים להכריז על תחולתן במסגרת המאבק נגד מגפת הקורונה. התקנות נכנסו לתוקף לאחר הכרזת השר ביום 17.3.2020 והן אוסרות על ביקורי משפחות ועורכי דין לעצירים ואסירים במקומות מעצר ובתי סוהר בישראל.

2. התקנות גורמות לפגיעה ממשית בזכויות חוקתיות של אסירים ועצירים. הן פוגעות בזכות לביקורי משפחה שהיא זכות יסוד אשר מקבלת משנה תוקף דווקא בימים אלה. כמון כן, הן פוגעות בזכות להליך הוגן הכוללת את זכות ההיוועצות של האסירים עם עורכי דינם וזכות הגישה לערכאות וכן בזכות לזכות לשוויון- זכויות אלו נגזרות מהזכות לכבוד בהיותה זכות חוקתית.

3. העותרים יטענו כי התקנות הותקנו תוך חריגה מסמכות לאור מצוות הסעיפים 38 ו 39 לחוק יסוד: הממשלה וזאת בשני מישורים. ראשית, הממשלה אינה מוסמכת להתקין תקנות מסוג זה בלי הסמכה ישירה מהמחוקק שכן לממשלה סמכות להתקין תקנות שעת חירום רק כאשר הכנסת לא יכולה לקיים את תפקידה לאור מצב החירום. שנית, לפי מצוות סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה, אסור שתקנות שהותקנו על ידי הממשלה יפגעו באופן מוחלט בזכות הגישה לערכאות ובזכות לכבוד וללא קשר למידתיות הפגיעה. יודגש כי גם המדינה בהודעתה לאחרונה בפני בג"ץ 2109/2020 התלוי ועומד בעניין האיכון הסלולרי הסכימה עם פרשנותו של סעיף זה בדבר האיסור המוחלט של הפגיעה בזכויות המנויות בו.

4. בנוסף, יטענו העותרים כי הפגיעה בזכויות גם היא בלתי מידתית. הגורפות מקבלת משנה תוקף במיוחד נגד האסירים הביטחוניים. התקנות מאבחנות באופן פסול ומפלה בין אסירים ועצירים המסווגים כביטחוניים לבין שאר האסירים כך שעבור האחרונים מותר להם לקיים שיחה טלפונית אך ורק עם עורכי דינם ורק במקרה שנקבע עבורם דיון בבית משפט וגם אז באופן מוגבל ביותר. היינו, לאסירים ועצירים אלה לא יהיו ביקורי משפחות, ולא ביקורי עורכי דין, וגם לא שיחות עם משפחותיהם וגם לא התייעצות טלפונית עם עורכי דינם אלא אם קיים כעת דיון משפטי בעניינים וגם אז השיחה, כפי שיפורט להלן, לא תיערך בייחודיות ולא בסודיות אלא בנוכחות סוהרים. במילים אחרות הפגיעה היא במקרה זה היא טוטאלית.

5. יוסבר כי ההבחנה בין אסירים פליליים לבין הביטחוניים אינה מתחייבת ממצב החירום הקשור למגפת הקורונה שבטבעו אוניברסאלי ולכן היא מנוגדת לסעיף 39(ה) לחוק יסוד: הממשלה. כמו כן, היא גם בלתי סבירה באופן קיצוני שכן דווקא הביקורים של משפחות/עורכי דין לאסירים אלה, ולפי ההוראות הפנימיות של בתי הסוהר - ולפני מגפת הקורונה - מקיימים ממילא את כל תנאי "הריחוק החברתי" של משרד הבריאות. שכן, ביקורים אלה מתקיימים ללא מגע פיזי עם האסיר, עם ריחוק יותר משני מטר, מאחורי זכוכית ובתיאום מראש עם בית הסוהר.

א. העותרים:

6. העותרת מס' 1 הינה עו"ד עביר בכר, משרדה עוסק בתחום המנהלי והחוקתי. המשרד מייצג לקוחות מטעם הסנגוריה הציבורית – משרד המשפטים והסיוע המשפטי במסגרת פרויקט ליווי נפגעי עבירות המתה בהליכים פליליים ובשנת 2016 היא אף קיבלה פרס "סניגור מצטיין" מטעם הסנגוריה הציבורית בגין פועלה. מתוקף תפקידה ומומחיותה, מייצגת העותרת מס' 1 מזה שנים רבות אסירים הכלואים בבתי הכלא בישראל. כתוצאה מהתקנת התקנות, וכפי שיוסבר בהמשך, היא לא מצליחה לפגוש את האסירים שהיא מייצגת ואשר הליכים דחופים בעניינם תלויים ועומדים בפני הערכאות.

7. העותר מס' 2 הינו אסיר פלילי שפוט בבית סוהר מעשיהו שנמצא ברמלה. הוא מרצה עונש מזה 17 שנים.

8. העותר מס' 3 הינו עמותה רשומה בישראל והוא מרכז משפטי הפועל למען ההגנה וקידום זכויות אדם בכלל וזכויות אזרחי המדינה הערבים בפרט.

9. העותר מס' 4 הינו ארגון לסיוע לאסירים וזכויות אדם. הוא ארגון חברה אזרחית פלסטיני שמשרדו בראמלה, ומספק תמיכה משפטית לאסירים פלסטיניים בבתי כלא ישראלים. הארגון פועל נגד עינויים, מעצרים שרירותיים וכל הפרות זכויות אדם של האסירים הפלסטיניים למען הבטחת הליכים משפטיים הוגנים.

הרקע העובדתי

10. כידוע, מגפת הקורונה, שהיא מחלת נגיף קורונה 2019 (COVID-19) הגיעה למעל 100 מדינות ברחבי העולם, כולל את מדינת ישראל. בעקבות המגיפה, וכחלק מהמאבק בה, התקינה ממשלת ישראל ביום 15.3.2020 את התקנות הנדונות.

11. אין ספק כי המשבר הבריאותי שנוצר בעקבות מגפה זו הינו משבר קיצוני ביותר הן בישראל והן בעולם ומחייב נקיטת צעדים רציניים ביותר. עם זאת, כפי שיוסבר כאן, אין בתקנות הנ"ל כדי להצדיק פגיעה קיצונית ביותר ובלתי מיידית בזכויות חוקתיות.
12. לפי התקנות, השר לביטחון פנים "רשאי להכריז כי אין לאפשר כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ולבתי הסוהר", לצורך מניעת הדבקה או המשך התפשטותו של נגיף הקורונה (ת' 2(א) לתקנות). הכרזה כאמור תהיה לתקופה של 30 ימים, אך ניתן להאריכה לתקופות נוספות, של עד חודש ימים כל אחת (ת' 2(ב) לתקנות). יודגש כי הגבלה זו חלה הן על אסירים המרצים את עונשם והן על עצורים שטרם הורשעו, בגירים וקטינים כאחד (ת' 4 לתקנות).
13. בנוסף לאמור לעיל, התקנות קובעות כי "אסיר יהיה זכאי להיוועץ בעורך דין בשיחה טלפונית לשם קבלת שירות משפטי מקצועי, ביוזמתו או לבקשת עורך דינו" (ת' 3(א)) כאשר שיחה כאמור "תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים סודיות השיחה" (ת' 3(ג)).
14. אמנם, תקנה 5 לתקנות מתייחסת למקרים החריגים שבהן תותר כניסת עורכי דין למתקני כליאה רק אם נציב בתי הסוהר או סוהר בדרגת גונדר "סבר שיש צורך חיוני בכך", היא לא מרפה את הפגיעה בזכויות החוקתיות. שכן, קיומו של חריג שתלוי בשיקול דעת מאוד רחב שאין בצדו שיקולים מנחים ברורים, מאפשר לפגוע באופן דרסטי ביותר בזכויות יסוד חוקתיות של האסירים.
15. תקנה 4 לתקנות חלה גם על אסירים ועצורים קטינים וקובעת כי "על אף האמור בסעיף 9(ב)(6) לחוק המעצרים, ובסעיף 13(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א 1971, הכריז השר כאמור בתקנה 2, לא תתאפשר קבלת מבקרים". בכך התקנות פוגעות באופן מוגבר בקטינים האסירים והעצירים, אשר הם פגיעים יותר ורגישים יותר, וזאת מפאת גילם. הפגיעה מוגברת בכך שהתקנות משאירות אותם בנייתוק מהעולם החיצון, דבר אשר יש לו המון השלכות על קטינים אלו.
16. התקנות אוסרות באופן גורף על ביקורי משפחות לאסירים. זכותו של האסיר לקבלת ביקורים מעוגנת היא, בין היתר, בפקודת בתי הסוהר [נוסח משולב], תשל"ב – 1971 ובפקני"צ 04.42.00. אחת המטרות המרכזיות של זכות היסוד של האסירים לביקורים הנה שמירה על קשר עם בני משפחתו של האסיר. על-פי פקני"צ 04.42.00 ביקור האסיר בבית הכלא הנו "אחד מאמצעי הקשר החשובים שבין האסיר למשפחתו, חבריו וידידיו. הביקור עשוי להקל על האסיר בעת שהותו בבית הסוהר, ולעודדו בשעת משבר".
17. בנוסף לכך, ישנן הגבלות נוספות על אסירים שפוטים המסווגים כביטחוניים. בהתאם לתקנה 3(ד) "אסיר שפוט שהוא אסיר ביטחוני, יהיה רשאי לקיים שיחת טלפון עם עורך דינו, ובלבד שדיון משפטי בעניינו צפוי להתקיים בתקופת ההכרזה; שיחת טלפון אחת כאמור תתקיים בסמוך לפני הדיון ושיחה אחת לאחריו; מפקד בית הסוהר שבו שוהה האסיר רשאי להגביל את משך השיחה באופן סביר".
18. היינו, אסיר בטחוני שלא קבוע בעניינו דיון בפני ערכאות, אינו זכאי לא לביקור עו"ד וגם לא לשיחה טלפונית עמו. יודגש כי, התייעצות עם עורך דין היא שמייצרת את הצורך בהליך המשפטי, אולם התקנות מתנות התייעצות זו רק בקיומו של הליך משפטי ולא מאפשרות התייעצות בהעדרו שיכולה ליצר ולהניב הליך חדש.

19. בכך מאבחנות התקנות בין אסירים לפי סיווגם הביטחוני כאשר זכויותיהם החוקתיות למפגש עם עו"ד, או עריכת שיחה טלפונית עימו, נפגעות באופן כמעט מוחלט.

20. ודוק, מגפת הקורונה אינה מבחינה בין סוגי אסירים ועל כן ההבחנה כאן בין אסירים אינה קשורה לתכלית ולא מתחייבת ממצב החירום. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר המפגשים הפיזיים בין עורכי דין לאסירים ביטחוניים שחלו לפני התקנות הם דווקא שמקיימים תנאי הריחוק החברתי לפי משרד הבריאות. שכן, המפגשים האלה מתקיימים עם ריחוק, ללא מגע פיזי ומאחורי זכוכית. הדין המצוי כבר מחייב פיקוח יתר על קיום פגישות בין אסירים לבין עורכי דין, במיוחד האסירים הביטחוניים. כך שהחשש להדבקה בנגיף בגינו הותקנו תקנות אלו פחות הרבה יותר מזה שקיים בקרב האוכלוסייה הכללית מחוץ לבית הכלא. פקודת בתי הסוהר - [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: "פקודת בתי הסוהר"), פקודת נציבות 04.34.00 (להלן: "הפקנ"צ") מאפשרת זה מכבר פיקוח מראש על ביקורי אסירים עם עורכי דין כולל ריחוק חברתי. סעיף 45(ב) לפקנ"ס קובע את זכותו של אסיר להיפגש עם עורך דין, כשהוא מציב תנאי לפיו הפגישה תיעשה "באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של האסיר". פגישות אסירים ועצירים מבוצעות בחדר בו שוהה האסיר עם עורך הדין כאשר מחיצה מפרידה ביניהם, כך שבכל מקרה אין מגע פיזי בין השניים.

21. בעקבות התקנת התקנות ולאור הפגיעה בזכויות החוקתיות של האסירים שעולה מהן פנה העותר מס' 3 בפנייה דחופה אל ראש הממשלה, היועץ המשפטי לשירות בתי הסוהר והיועץ המשפטי לממשלה ובה ביקש להוציא הנחיה בהקדם האפשרי לכל הדרגים והמעורבים להימנע מהפעלת התקנות כלל. עד להגשת עתירה זו טרם התקבל כל מענה בעניין.

== מצ"ב העתק פניית העותר מס' 3 מיום 19.03.2020 כנספח ע/3.

המקרים הקונקרטיים של העותרים

22. לאחר אישור התקנות, וביום 22.03.2020, פנתה העותרת מס' 1 בבקשה דחופה אל כלא עופר בכדי לאפשר לששה מלקוחותיה השפוטים שם לשוחח עמה באופן דחוף לקראת דיונים שנקבעו בעניינם ליום 23.2.2020 בבקשות לשחרור בפני וועדת שחרורים.

== מצ"ב הבקשה בעניין יצירת קשר עם האסירים מיום 22.03.2020 כנספח ע/4.

23. סמוך לאחר הגשת הבקשה, יצרו גורמים מטעם כלא עופר קשר טלפוני עם העותרת מס' 1 וביקשו לאפשר לאסירים לשוחח עמה. במעמד השיחה הודיעו הסוהרים כי השיחה מתנהלת על רמקולים כששני אסירים נמצאים בחדר יחד עם סוהר כאשר השיחה מתנהלת למשמע אוזני כל הנוכחים. מיד עלה חשש אצל העותרת מס' 1 שחובת החיסיון אל מול לקוחותיה, תיפגע באופן ממשי. לכן היא מיד ביקשה לאפשר לה שיחה בייחודיות תוך שמירה על סודיות וחיסיון תוכן השיחה כמתחייב בשיחות יעוץ משפטי ואולם בקשתה נענתה בכך כי "אלה הם ההנחיות". ארבעת האסירים האחרים קיימו את השיחה עם העותרת מס' 1 באותה דרך. מחשש לפגיעה בחובת החיסיון עם לקוחותיה לאור נוכחות הסוהרים ועריכת השיחה באמצעות רמקולים, הודיעה העותרת מס' 1 כי לא תוכל לשוחח עמם בדרך הזו ונאלצה להימנע מלהעניק את היעוץ המשפטי המתבקש כאשר הדיונים בענייני לקוחותיה נקבעו למחרת.

24. יצוין כאן כי, מתן שירות מקצועי נהנה מחסיון עורך־דין-לקוח (סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971; סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין). בנוסף, סעיף 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, מורות על סודיות השיחה בין עורך דין ולקוחו.

25. למחרת ובדיון בעניינם של לקוחותיה של העותרת 1 בפני ועדת השחרורים היא ביקשה את דחיית מועד הדיון בהם עקב העדר היכולת שלה לתת ייעוץ משפטי ללקוחותיה. העותרת גם טענה במעמד הדיון כי תקנות שעת החירום אינן מותירות בפני עורך הדין והאסיר שום ברירה אחרת אלא שאסירים יוותרו על הזכות לבקש להשתחרר מוקדם מהכלא וכי בהעדר אפשרות לערוך ביקור ולקיים את המפגש עם האסיר אין שום יכולת להיערך לדיון כדבעי ולהעניק ייצוג משפטי הוגן. העותרת הדגישה כי, אפילו את המעט שניתן והוא שיחת טלפון לייעוץ משפטי נעשה בצורה מבזה המנוגדת לכל כללי החיסיון בדין ובוודאי כללי האתיקה של עורכי הדין.

== מצ"ב פרוטוקול הדיונים מיום 23.03.2020 כנספח ע"5.

== רצ"ב תצהיר מטעם העותרת מס' 1.

26. בהליך אחר, ביום 22.03.2020, הגישה הח"מ, עורכת דין מטעם העותר מס' 3, בקשה דחופה אל בית סוהר מעשיהו לפגוש את עותר מס' 2 לפי בקשתו ובקשת משפחתו בעניין הליך משפטי. שכן, עותר מס' 2 הגיש עתירת אסיר בעניין הקפאת חשבון הקנטינה השייך לו, דבר אשר מונע ממנו לרכוש מוצרים בסיסיים לקיומו וההיגיינה שלו (כגון שמפו, סבון ועוד), והדיון בעניינו היה אמור להתקיים ביום רביעי, 24.3.2020. אך בשל התקנת תקנות שעת החירום, דיון זה נדחה למועד אחר. כמענה לבקשת הפגישה האמורה לעיל, התקבלה שיחת טלפון מאת קצינת אסירים בית סוהר מעשיהו, בשעה 14:30 מאותו יום, במסגרתה הודיעה על אי קיום מפגשים בין עורכי דין ואסירים או עצורים, והוסיפה "לפי תקנות שעת החירום, כרגע אין כניסות עורכי דין".

== מצ"ב הבקשה לפגוש את העותר מס' 2 כמספח ע"6.

הנה כי כן, המקרים הנ"ל של העותרים מבליטים כי התקנות הנדונות פוגעות בפועל בזכות האסירים למפגש עם עורכי דין, לקבלת ייעוץ משפטי וכן בזכותם לגישה לערכאות בעניינים דחופים וחשובים כגון מועד שחרורם מהכלא, וצרכיהם ההומניטרית החיוניים הנוגעים למחיה בכבוד ובבריאות.

הטיעון המשפטי

27. מהלך הטיעון כאן יהיה בהתאם לתנאי פיסקת ההגבלה: ראשית נציין את הפגיעה בזכויות חוקתיות; שנית נסביר מדוע הפגיעה היא לא על פי חוק ובניגוד לסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה. שלישית, נסביר מדוע היא גם לא מידתית.

28. כפי שעולה מהרקע העובדתי לעיל, התקנות פוגעות בזכותם החוקתית של האסירים לביקורי משפחות ובמקרה של אסירים ביטחוניים לשלילתה הטוטאלית של זכות זו; הן פוגעות גם בזכות להליך הוגן אשר

נגזרת מהזכות לכבוד הכוללת בהקשר זה את הזכות להיוועצות עם עורך דין, הגישה לערכאות; בנוסף, התקנות פוגעות בזכות לשוויון על רקע ההבחנה בין אסירים.

הפגיעה בביקורי משפחות

29. זכותו של אסיר לביקורי משפחה הינה, וכפי שצוין בפרק הקודם, פגיעה בזכות יסוד של האסיר או העציר. היא מקבלת משנה תוקף בימי חירום בריאותיים כמו הימים האלה. היא גם מאוד חשובה כשמדובר בקטינים.

30. בהקשר זה חשוב לציין את הקשר בין ביקורי משפחה או הקשר בין האסיר עם משפחתו לבין הזכות להיוועצות עם עורך דין. שכן נוכחותו של עורך דין בקשר זה מתבצעת על פי רוב כתוצאה מהקשר המשפחתי עם האסיר. לכן פגיעה בזכות זו ושליטת הגורפת פוגעת מאליה בזכויות חוקתיות אחרות לאסיר הקשורות לזכויות במשפט ולהליך הוגן.

הפגיעה בזכות להיוועצות עם עורך דין

31. הזכות להיוועץ עם עורכי דין הינה זכות חוקתית. המפגש עם עורך הדין משמש ערובה מרכזית לשמירה על זכויות חוקתיות נוספות כגון: הזכות לשלמות הגוף, הזכות לקבל טיפול רפואי, הזכות לכבוד האדם. לביקורי עורכי דין, ישנה חשיבות רבה גם בהקשר של מניעת עינויים ויחס לא אנושי ותיעודם וכן בקרה על שימוש באמצעים שונים העלולים לפגוע בגופם ובבריאותם של האסירים.

32. לכן, לאור המצב הבריאותי השורר במדינה, הביקור של עורך דין משמש כביקורת חיצונית יחידה על הנעשה וההערכות מפני הטיפול במגיפה בבתי סוהר.

33. ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פד"י סה(1) 461 (4.5.2006) הוא פסק הדין המוביל והמנחה בעניין עיגון הזכות להיוועץ עם עורך דין כזכות חוקתית אשר נגזרת מהזכות לכבוד. זכות זו מבטיחה את קיומו של הליך הוגן בהליכים משפטיים. בעניין זה הוצבה שאלת ההשפעה של אי מתן הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין, על קבילותה של הודאה שנמסרה בחקירה. בפסק דין תקדימי זה זיכה בית המשפט העליון את המערער מהאשמות נגדו בפרטי האישום שהראייה המרכזית בהם נגבתה בחקירה טרם מתן ייעוץ משפטי מעורך דין.

34. לכן זכות ההיוועצות עם עורך דין הינה נחוצה כי גם היא נגזרת מזכותו החוקתית של אדם לחירות אישית. בבג"ץ 3412/91 **סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור**, פ"ד מז(2) 843, 847 (1993) נקבע כי:

"זכותו של עצור להיפגש עם עורך דין זכות יסוד היא לו. זכות זו נגזרת מזכותו של אדם לחירות אישית (ראה סעיף 5 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו)".

ראו גם באותו עניין: בג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 746 (2004). ע"פ 307/60 **יסין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז(3) 1541 (1963); ע"פ 533/82 **זכאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 57 (1984); ע"פ 6613/99 **סמירק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 529 (2002).

35. זכות זו אף עוגנה במספר חוקים, תקנות ופקודות נציבות, המטילים חובה פוזיטיבית על הנהלת בתי הסוהר לאפשר את מימושה של זכותם החוקתית של האסירים והעצורים להיפגש עם עורכי דינם (חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (ראו למשל פרק ב' לחוק), וחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב.

הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

36. מניעת כניסתם של עורכי הדין למתקני הכליאה לצורך מתן ייעוץ משפטי לאסירים הינה פגיעה קשה גם בזכותם של אסירים ועצירים לגשת לערכאות. כך למשל נשללה זכותם להליך הוגן, של האסירים שעותרת מס' 1 מייצגת כתוצאה מאי מתן ייעוץ משפטי להם בתנאים סבירים ובכך לא התקיימו הדיונים בעניינם.

37. חשיבותה של הזכות להליך הוגן נעוצה בהיותה מרכיב חשוב בקיומו של הליך פלילי הוגן והזכות לקיום הליך הוגן הוכרה כזכות יסוד כשלעצמה (ע"פ 9956/05 שי נ' **מדינת ישראל**, תקדין (2009)). ראה עוד: ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פד"י סה(1) 461 (4.5.2006). כפי שנקבע בברע"ב 4644/15 **ג'ורג' ראעי נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם במאגרים, 15.6.2016) (להלן: "**עניין ראעי**):

"כידוע, הגם שהזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי בולט במשפט הפלילי, היא חלה כל אימת שרשות שלטונית עושה שימוש בכוחה הכופה באופן שעלול לפגוע באדם. ביסודה של הזכות להליך הוגן מונחים "שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין" (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, 559 (2006) (להלן: **עניין יששכרוב**)). כפי שצינתי בעבר, זכות זו נועדה להבטיח הן את האינטרס של הפרט שהמדינה פגעה בזכותו, הן את האינטרס של הציבור לעשיית צדק ולחשיפת האמת. ניתן לה אף מעמד חוקתי כנגזרת של הזכות לחירות ושל הזכות לכבוד (בג"ץ 7385/13 **איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 170 (22.9.2014); עניין יששכרוב, בעמ' 561; בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 609 (2005)).

38. עוד נקבע, כי הזכות להליך הוגן כרוכה בזכות לגישה לערכאות, אשר גם היא "זכות בעלת היבטים חוקתיים ושלפיה עומדת לפרט זכות להביא את עניינו לביקורת שיפוטית (ראו: בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479, 521 (2010); ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997)). למותר לציין כי זכויות אלו חלות על אסירים כשם שהן חלות על כל אדם באשר הוא אדם" (ראו עניין **ראעי**, עמ' 15).

הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון

39. ההגבלות הנוספות על אסירים שפוטים המסווגים כביטחוניים מהוות פגיעה בשוויון ובכבודם של אסירים ביטחוניים. מדובר באבחנה לא עניינית ופסולה שאין בינה לבין המאבק במגפת הקורונה ולא כלום שכן אינה נגזרת מהמצב של החירום המיוחד. בדנג"ץ 204/13 **צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם במאגרים, 14.04.2015), קבעה השופטת חיות כי אין לאבחן בין אסירים ביטחוניים ופליליים באופן קטגורי ולא ענייני:

"אף אני סבורה כי ככלל סיווגו של אדם כאסיר ביטחוני אין די בו על מנת לשלול ממנו זכויות

או הטבות הניתנות לאסירים פליליים, ויש להראות כי ניתן להצדיק את האבחנה בין קבוצות שונות של אסירים בשל הצורך בהגשמתה של נורמה או מדיניות מסוימת, ואף זאת רק במידה הנדרשת לכך. עמדה זו נגזרת מן החובה המוטלת על הרשות המינהלית - ובענייננו שירות בתי הסוהר - לנהוג בשוויון וזאת גם מקום שבו היא מעניקה הטבה הנתונה לשיקול דעתה אותה אין היא חייבת להעניק. " בפסק דין האמור, השאלה נסובה סביב "טובת הנאה" שהינה גישה להשכלה גבוהה, וקל וחומר כשהמדובר על זכות חוקתית. " (עמוד 28 לפסק הדין).

הפגיעה אינה ע"פי חוק: חריגה מסמכות

40. העותרים יטענו, כי התקנת התקנות דגן נעשית היא בחוסר סמכות המתבטאת בעיקר בשני מישורים. הראשון, קשור להתקנת תקנות על ידי מסלול הממשלה ולא מסלול חקיקה ראשית לפי מצוות הסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה; והשני קשור לכך כי הממשלה איננה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום המפרות את הזכות לגישה לערכאות והזכות לכבוד במובנם המוחלט וכתנאי סף כמצוות סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה.

41. מאחר וסוגיית העדר סמכות וחריגה מסמכות מתייחסת בעיקר לסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה, נציג את הוראותיהם הרלבנטיים של סעיפים אלה כאן:

38. (א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום ראשית היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום.

... (ג) ראתה הממשלה שקיים במדינה מצב של חירום ושעקב דחיפות הענין יש להכריז על מצב חירום עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת, ראשית היא להכריז על מצב חירום; תוקפה של ההכרזה יפקע כעבור שבעה ימים מיום נתינתה, אם לא אושרה או בוטלה קודם לכן על ידי הכנסת בהחלטה של רוב חבריה; לא התכנסה הכנסת, ראשית הממשלה לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור בסעיף קטן זה.

(ד) הכרזות הכנסת או הממשלה על מצב חירום יפורסמו ברשומות...

(ה) הכנסת ראשית, בכל עת, לבטל הכרזה על מצב חירום; הודעה על הביטול תפורסם ברשומות.

39. (א) במצב חירום ראשית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

... (ד) אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

(ה) לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

(ו) תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

42. המהפכה החוקתית שהובילו אליה הסעיפים הנ"ל היא ביטול הסמכות השיורית ששררה לפני כן ולפיה הממשלה הייתה ראשית להתקין תקנות שעות חירום לפי שיקול דעתה הרחב. החקיקה הנ"ל מחייבת כי המסלול יהיה קודם כל באמצעות הכנסת. לפיהם, רק כאשר הכנסת לא יכולה למלא את תפקידה תהיה ראשית הממשלה להתקין תקנות עקב מצב החירום.

43. בענין פריצקי שהוא פסק הדין העיקרי שדן לראשונה בתחולת הסעיפים הנ"ל נקבעה הלכה לפיה התקנת תקנות לשעת חירום על ידי הממשלה הינה חריגה מסמכות כאשר קיימת האפשרות לכנסת לפעול (בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999)). במקרה זה דובר על שביתת עובדי משרד הפנים ולקראת הבחירות לרשויות המקומיות התקינה הממשלה תקנות חירום שיאפשרו את זיהויים של המצביעים. השופט חשין קבע כי העדפת מסלול התקנת תקנות שעת חירום על ידי הממשלה כשניתן לפנות למחוקק מהווה חריגה קיצונית מסמכות המובילה לבטלות מוחלטת. השופט דורנר קבע כי שימוש כזה מוביל לבטלות יחסית, לאור הנסיבות שהתעוררו. הנשיא ברק קבע כי בחירת המסלול הממשלתי להתקנת תקנות הינו פגיעה בעקרון המידתיות ולדבריו:

"השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם עצם השימוש בתקנות שעת חירום הינו אמצעי מידתי, או שמא היה מקום לנקוט את האמצעי האחר המצוי תמיד בידי הממשלה, והוא הפנייה לכנסת לחקיקתה של חקיקה ראשית (חוסר מידתיות "חיצונית"). בהיעדר מידתיות זו, אין לממשלה סמכות להתקין תקנות שעת חירום. על היבט מיוחד זה של מבחן המידתיות עמד בית-משפט זה, בציינו, מפי השופט ש' לוי: "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (פרשת פרוז [7], בעמ' 321-322) (עניין פריצקי, בעמ' 781).

44. לפיכך, ובמקרה דנן, לא נוצרה מניעה טוטאלית להתערבות הכנסת כי היא יכולה לקיים את תפקידה בעת זו על אף משבר הבריאות כתוצאה מן מגפת הקורונה. לכן התקנת התקנות וההכרזה שצוינו בראשית עתירה זו נעשו תוך חריגה מסמכות.

45. ועוד, סעיף 39(ד) לחוק היסוד קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם". (ההדגשה לא במקור). ודוק, כאן לא מדובר בפגיעה שאמורה להיות מידתית אלא מדובר בתנאי סף האוסר על פגיעה באופן מוחלט הן בזכות הגישה לערכאות והן בזכות לכבוד. (ראו עניין פריצקי בפסקה 10 לפסקי דינו של כב' הנשיא לשעבר ברק). זוהי גם הקביעה של הפסיקה בעניין. כך למשל נקבע בעניין בנק המזרחי שם קבע כב' הנשיא דאז שמגר, כי:

"יש לקרוא את סעיף 12 הנ"ל יחד עם סעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב [סעיף 39(ד) כיום], המסדיר את סוגיית חקיקת החירום תוך ביטול סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (סעיף 59 לחוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב). סעיף 50(ד) קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם". במילים אחרות, עם כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: הממשלה החדש אין כל אפשרות לפגוע ב"כבוד האדם" בחקיקת חירום. סעיף 50(ד) הנ"ל משתלב מבחינה מהותית בסעיף 12 שלפנינו. מובן שסעיף 50(ד) הנ"ל בא להוסיף על סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא לגרוע ממנו." (ההדגשה לא במקור)

בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 312 (1995).

ראו גם שמעון שטרית, "הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה" (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, י' זמיר עורך, מכון סאקר, נבו, 2018), עמ' 650.

46. זוהי גם עמדת המדינה אשר הוגשה ביום 23.3.2020 בפני בג"ץ בהליך התלוי ועומד בבג"ץ 2109/2020 בעניין האיכון הסלולרי ולפיה פרשנותו של סעיף 39 (ד) נוגעת לזכות לכבוד באופן מוחלט; וכי הזכות לכבוד, לפי עמדת המדינה, מתייחסת לגרעין של הזכות הנוגע להשפלה וביזוי.

47. אכן לענייננו, הפגיעה בזכות להליך הוגן של עציר או אסיר הכוללת היוועצות עם עורך דין או הגישה לערכאות נוגעת לזכות לכבוד גם במובן הצר של הזכות לכבוד. כך נקבע בענין **יששכרוב** (פס' 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש) וכך גם אומץ ונקבע בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500, 527-529 (2010) בענין הגישה לערכאות :

"הזכות להליך הוגן קשורה בקשר הדוק לזכות לכבוד, שכן פגיעה בהליך ההוגן "עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד" (דברי הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב הנ"ל, פס' 67). הנה כי כן, "**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**", שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות-יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן. זאת, בעיקר, מכוח **סעיף 5** לחוק-היסוד, הקובע זכות לחירות, ומכוח **סעיפים 2 ו-4** לחוק-היסוד, הקובעים זכות לכבוד האדם. חוק-היסוד מחייב ב**סעיף 11** את רשויות השלטון כולן - הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, והרשות השופטת - לכבד את הזכויות הקבועות בו" (**מ"ח 99/3032 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3)**) 375, 354 (2002))."

48. לכן מאחר והתקנות ההכרזה פוגעות הן בכבוד האדם והן בגישה לערכאות וללא קשר למידתיות הפגיעה, הן חורגות מסמכות באופן קיצוני ביותר בניגוד למצוות סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה.

49. אי לכך, התקנות הנדונות הותקנו בחוסר סמכות ולמצער תוך חריגה קיצונית מסמכות וזאת משום שהן לא בוצעו בחקיקה ראשית וגם משום שהן פוגעות הן בזכות הגישה לערכאות והן בזכות לכבוד בתור תנאי סף, ללא קשר למידתיות הפגיעה.

הפגיעה אינה מידתית ועולה על הנדרש

50. התקנות האמורות פוגעות בזכויות האסירים באופן בלתי מידתי. ראשית, כפי שהראינו ברקע העובדתי לעיל, פקודת בתי הסוהר מחייבת כבר פיקוח על מפגשים עם אסירים עם בני משפחותיהם או עם עורכי דינם במיוחד אלו המסווגים כביטחוניים באופן המחייב מרחק וללא מגע כלשהו וכן על ידי הצבת זכוכית בידוד ביניהם. כך שאין כל מגע פוטנציאלי ביניהם. לפיכך, אין קשר רציונלי בין האמצעי לבין הפגיעה שכן ענין הריחוק החברתי מובטח גם לפני וללא קשר למשבר הקורונה.

51. לפיכך, התקנות בהקשר זה מפרות את האמור בסעיף 39 (ה) לחוק יסוד: הממשלה הקובע כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום...אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת".

52. בעוד אסירים פליליים זכאים גם בימים כשגרה, לשמור על קשר משפחותיהם באמצעות שיחות טלפון, הרי שהדרך היחידה הנהוגה לשמירת הקשר בין אסירים ביטחוניים למשפחותיהם הינה באמצעות ביקורים, שהם גם נעשים לעיתים די רחוקות. כעת, התקנות אוסרות על ביקורים אלה ואינן מציעות אלטרנטיבה שתחליף או תפצה על מניעת הקשר המוחלט בין אסירים ביטחוניים למשפחותיהם. דבר נכון אף הוא לגבי אסירים ועצירים ביטחוניים קטינים, שכפי שצוין לעיל, הפגיעה בהם הינה מוגברת בהיותם קטינים. תקופת המאסר של הקטינים הינה ממילא תקופה קשה, והנתק המוחלט מבני משפחותיהם גורעת מזה אף יותר .

53. לכן, כאשר לא מתקיים קשר משפחתי עם האסירים הביטחוניים הפגיעה נהפכת לטוטאלית וגורפת. היא גם טוטאלית גם לעניין הייצוג המשפטי שכן ביקורי המשפחות לאסירים היא הדרך שבאמצעותה המשפחות מבררות מצבו של האסיר וביחד אתו מחליטים על הצורך בייצוג משפטי על ידי עורך דין והם הגורם אשר פונה אל העורך דין. מכאן בהעדר קשר משפחתי עם האסיר נפגעת גם באופן גורף האפשרות לפנות אל עורך דין.

54. במקרה שנוצר עקב התקנת התקנות, האפשרות היחידה של אסיר ביטחוני ליצור קשר עם עורך דינו היא רק כאשר יש הליך כעת תלוי עומד בעניינו. היינו, אם אין הליך תלוי ועומד, אין קשר כלשהו עם העולם החיצון, לא עם משפחה ולא עם עורך דין. גם אם אין אפשרות בכך שידע באם הוא זקוק לייצוג משפטי ואם הוא מודע לכך, אין לו ייצוג כי אין הליך כעת תלוי ועומד בעניינו.

55. לגבי כלל ציבור האסירים, המשיבים יכלו לשקול אמצעים פוגעניים פחות בכדי להגיע לאותה תכלית לגבי כלל האסירים בכל הקשור לביקורי משפחותיהם או עורכי דינם. כך למשל, ניתן לבקש הקפדה על מרחק רב יותר בין השניים; לדרוש מעורכי הדין ומהאסירים לחבוש מסכות וכפפות וכדומה. העובדה ששיקולים כאלו לא נשקלו ובמקומם אושרו פגיעות שרירותיות גורפות, מצביע על אי בחינת כל האמצעים ההכרחיים בכדי להמעיט את הפגיעה בזכויות החוקתיות.

56. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור האמור בתקנה 6 המאפשר ביקור נציגי הצלב האדום ומבקרים רשמיים. חריג זה מעיד כי אכן ניתן גם לאפשר ביקורים כאלו עבור משפחות ועורכי דין תוך הצבת מגבלות שונות שאינן פוגעניות בזכויות החוקתיות של האסירים. אם ניתן לוודא מפגש בין אסיר או עצור לבין נציג הצלב האדום באופן שלא יגרום להדבקה בנגיף, אזי מדוע לא ניתן לאפשר זאת עם המשפחות/ עורכי דין ובכך להמעיט ככל האפשר את הפגיעה בזכויות החוקתיות של האסירים!

57. יתר על כן, כבר הראינו מהמקרה של העותרת מס' 1 כי קיום שיחות טלפוניות במצב הנוכחי מתנהל באופן החושף את תוכן השיחה גם לסוהרים וגורם לחשש כבד לפגיעה בפרטיות ובחיסיון שבין עו"ד ללקוחו.

על יסוד האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לסעדי העתירה, הוצאת צו ביניים והוצאת צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה.

עו"ד איה חאג' עודה

ב"כ העותרים

חיפה, 26.03.2020