

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ גאנם, ת"ז \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ בעג'אווי, ת"ז \_\_\_\_\_
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –  
ע"ר מס' 580163517
4. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ע"ר 580168854
5. הורים נגד מעצרי ילדים
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567
7. עמותת רופאים לזכויות האדם, ע"ר 580142214
8. אלמיזאן-המרכז לזכויות האדם

ע"יי ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או  
גבי לסקי (מ"ר 23604) ו/או אפרת ברגמן-ספיר (מ"ר 44019) ו/או בנימין  
אחסתיבה (מ"ר 58088) ו/או אהרון מייסלס קורמן (מ"ר 78484) ו/או  
תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או מאיסא אבו סאלח-אבו עכר (מ"ר 52763)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרת

- נ ג ד -

שירות בתי הסוהר

השר לביטחון פנים

ע"יי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבה

### עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יאפשר לכלואים המסווגים כביטחוניים, ובראש ובראשונה הקטינים שביניהם, לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם מתוך בתי הכלא באופן סדיר כחלופה לביקורי המשפחה שנשללו במסגרת תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין מעצר ובתי הסוהר), התש"ף-2020.
- ב. לחלופין, מדוע לא יכיר בהכרזה על מצב החירום, בשל התפשטות נגיף הקורונה, כמקרה "הומניטארי מיוחד" כללי המעניק סמכות לאפשר קשר טלפוני לאסירים המסווגים כביטחוניים בהתאם לסעיף 19 לפקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים".

כמו כן, ובשל דחיפות העניין, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד דיון דחוף בעתירה.

בשל דחיפות העניין, העתירה מוגשת בשלב זה כמות שהיא, תוך שהעותרים מבקשים לשמור על זכותם להשלים טיעונים, ובין היתר, באמצעות צירוף חוות דעת מקצועית מטעמם לעניין ההשלכות והנזקים הנגרמים לקטינים כתוצאה מהניתוק שנכפה עליהם.

## ואלה נימוקי העתירה

**אין בהזקתו של אדם במשמורת כדי להפקיע מאליהן את מכלול זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל, וניתן לגרוע מהן רק במידה שהדבר מתחייב באופן הכרחי משלילת החירות עקב המאסר, לצרכי החקירה או ניהול המשפט, או לשם קיומו של אינטרס ציבורי חיוני, ובכפוף להוראות הדין (רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי זיראני, תק-על 2011(3), 1298, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, להלן: פרשת זיראני. כאן ובהמשך כל ההדגשות בעתירה הן שלי – נ.ד.).**

1. מהירות התפשטות נגיף הקורונה החדש (להלן: הנגיף או המגפה), והסכנה לחיי אדם הכרוכה בה, מחייבים מדינות רבות ברחבי העולם, וביניהן ישראל, לנקוט בצעדים רבים ובאופן בהול, שיסייעו בהאטת התפשטות המגפה.
2. כך למשל, בישראל הוכרז על מצב חירום והממשלה התקינה תקנות לשעת חירום. מטבען, תקנות מסוג זה עשויות להביא לפגיעה בזכויותיו של הפרט, אך על הממשלה להקפיד על כך שהפגיעה תהא מידתית, גם בהינתן צוק העתים בו אנו מצויים.
3. ביום 15.3.2020 פורסמו תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין מעצר ובתי הסוהר), התש"ף-2020 (להלן: התקנות), כחלק מהצעדים שנקטו על מנת למנוע את התפרצות מגפת הקורונה בין כותלי בתי הכלא בישראל. בהמשך, ביום 17.3.2020 הכריז המשיב 2 על איסור כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ולבתי סוהר בישראל.
4. ס' 2 לתקנות מבטל את הכניסה של מבקרים לתוך הכלא לכלל הכלואים. כתוצאה מהגבלה זו נשלל מכלואים המסווגים כביטחוניים כל קשר עם העולם החיצון. כידוע, באופן כללי הקשר של אותה אוכלוסייה עם העולם החיצון מוגבל ביותר ומסתכם בביקורי משפחה בתדירות של ביקור קצר בחודש, ובעיקר ביקורים של עורכי דין.
5. גם בעת משבר לא הכל מותר, וגם למאבק בהתפשטות המגפה יש גבולות. סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש" (ההדגשות הוספו, נ.ד.).
6. לשון הסעיף מלמדת, כי גם בעת משבר יש לשמור על זכויות חוקתיות. ככל שהתקנות מכתיבות מניעת ביקורי משפחה בכלא, עליהן לבחון חלופות שיאפשרו מימוש של התכלית העומדת מאחורי ביקורים אלה. לאורך השנים, המשיב מנע קשר טלפוני עבור כלל הכלואים הביטחוניים והצדיק זאת בכך שמתקיימים ביקורי משפחה בתדירות סבירה. במצב זה, בו מתבטלים ביקורי משפחה באופן מוחלט, ומתווספת לכך העובדה שגם ביקורי עורכי דין הופסקו, התקנות מייצרות מצב חדש שאינו עומד במבחני המידתיות.
7. נכון ליום 3.3.2020 בבתי הסוהר בישראל מוחזקים 4,636 אסירים המסווגים כביטחוניים וביניהם כמאתיים קטינים המוגדרים גם כן, על ידי המשיב, כאסירים ביטחוניים. הרוב המוחלט של האסירים הנמנים עם קבוצה זו הם פלסטינים תושבי הגדה המערבית ומזרח ירושלים.

8. בחינת מתן אפשרות לקשר טלפוני לאסירים המסווגים כביטחוניים צריכה להתבצע תוך ראיית מכלול תנאי המאסר שלהם. הקשר היחיד של אסירים אלו עם החוץ הוא ביקורי משפחה מדרגה ראשונה בלבד ועורכי דין.
9. ברי, כי ההחלטה להביא לצמצום כניסה של אנשים אל מתקני הכליאה הנמצאים באחריות המשיב, במידה מסוימת, הינה מובנת ומוצדקת, אך יש לבחון החלטה זו באופן ספציפי ביחס לקבוצות הכלואים השונות, ותוך הימנעות מפגיעה בזכויות יסוד מעבר לנדרש.
10. גם בעת משבר מסוג זה, על הרשות לדאוג שהצעדים הננקטים על ידיה הינם מכוח הסמכה מפורשת, והכרחיים לשם השגת המטרה. דברים אלה נאמרים ביתר שאת, כשבין כלל הכלואים הנפגעים מהתקנות נמצאים כמאתיים קטינים שנותקו באופן מוחלט מהוריהם עם שלילת ביקורי המשפחה, וזאת מבלי שהמשיב טרח לבדוק חלופות אחרות שיבטיחו שמירה על קשר עם משפחותיהם.
11. בעיקר בעת משבר יש חשיבות יתרה ליצירת מנגנון שיאפשר פיקוח על התנהלות הרשות בהינתן המצב החדש, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר ברשות המופקדת על משמורתם של אלפי כלואים, והשולטת באופן מלא בחייהם. אם בימי שגרה ביכולת המשיב להשתמש בסמכויות גורפות שעשויות לפגוע בכבודם ובחירותם של אסירים, העניין מחריף בעת משבר.
12. במצב הנוכחי, שבו כולנו נמצאים בלחץ בשל חוסר הוודאות שהמגפה מביאה עימה, כלואים המסווגים על ידי המשיב כביטחוניים, נמצאים באפילה, לבני משפחותיהם אין דרך להתעדכן לגבי מצבם ולהיפך, וכל קשר אפשרי נותק עם כניסת התקנות לתוקף.
13. למצב זה השלכות איומות ביחס לכלואים קטינים, שאין להם דרך לשמור על קשר עם אדם בגיר שהם נותנים בו אמון, בתקופה קשה שבה מתפשטת מגפה. התחושה של איום וערעור חוויית הקיום משפיעה בחריפות רבה על נפשם של כלואים בכלל, שאין ביכולתם לדאוג לשלומם באופן עצמאי, כאשר הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בילדים, שאין להם כל קשר עם האנשים שאמורים לדאוג לשלומם ולבריאותם, קרי הוריהם. ניתן להוסיף גם שהוריהם של הקטינים (כמו גם בני המשפחה של הכלואים הבגירים) אחוזי אימה וחסרי כל מידע לגבי המתרחש בין כותלי בתי הסוהר.
14. עת התקבלה ההחלטה להפסיק כניסת מבקרים לכל מתקני הכליאה, היה על המשיב לבחון את החלופה של קשר באמצעות טלפון או אמצעים טכנולוגיים אחרים, על מנת להימנע ממצב בו כמה אלפי כלואים יישארו מנותקים באופן מוחלט מהעולם החיצון, ובין היתר קטינים, מבוגרים ואנשים עם מחלות כרוניות.
15. מצב זה, שבו מתקני כליאה שלמים יהיו מבודדים מהעולם מהווה פתח להפרות קשות של זכויותיהם של כלואים המסווגים כביטחוניים. מדובר בקבוצה שנמצאת בסיכון גבוה להידבק לאור הצפיפות שבבתי הכלא, עובדה שאינה מאפשרת ליישם את ההנחיות של משרד הבריאות לעניין הריחוק החברתי. אף אין להמעיט בחשיבות של עצם הידיעה שקרוביהם הכלואים חשים בטוב, ללא כל קשר אם יאונה להם רע בכלא. עצם הידיעה כמוה כנחמה גדולה, ואז זה נמנע כעת.
16. מכאן שהצורך בפיקוח מבחוץ והותרת פתח למעקב אחרי התנהלות המשיב לגבי קבוצה של כמה אלפי כלואים, הינו קריטי ונדרש. קשר טלפוני ו/או חזותי עם בני משפחה בתדירות סבירה הוא פתרון מידתי, שמצד אחד יבטיח קשר עם העולם החיצון, ופיקוח על התנהלות הרשות כלפי כלואים המסווגים כביטחוניים בזמן התפשטות המגפה, ומצד שני אינו מייצר סכנה לביטחון, שכן מדובר בשיחות טלפון

שבאות במקום ביקורי המשפחה שממילא התקיימו עבור אותם כלואים. נהפוך הוא, האפשרות לפקח על שיחות הטלפון שיתקיימו באמצעות המשיב אמורה לנטרל סכנה ביטחונית אפשרית. לא למותר לציין שאף התכלית של שמירה על בריאות הכלואים וסגל המשיב תישמר במקרה זה.

17. יוער, כי המשיב הצהיר במסגרת בג"ץ 2316/19, שביוני 2019 הפעיל פיילוט הבודק את האפשרות לקיים קשר טלפוני מתוך הכלא עבור כלואים המסווגים כביטחוניים. לפי מיטב ידיעתנו "הפיילוט" מיושם בשלושה אגפים בהם מוחזקים כלואים ביטחוניים. בהסתמך על האמור, נראה שהמשיב מסוגל לאפשר קשר טלפוני גם בזמן שבו מתקיימים ביקורים, והוא מוכן לנטרל את הסכנה הביטחונית הנטענת.

18. לאור האמור, ומשהניתוק מהעולם החיצון מהווה פגיעה קשה וגורפת בזכויות היסוד של האסירים המסווגים כביטחוניים, ובעיקר הקטינים שביניהם, וכשמנגד הפתרון של מתן קשר טלפוני עבורם, אינו מהווה נטל על המשיב, ואינו חורג משיקולי השמירה על ביטחון שנלקחים במסגרת קיום ביקורי משפחה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לאפשר לכלואים המסווגים כביטחוניים לקיים קשר בין אם באמצעות הטלפון ובין אם באמצעים טכנולוגיים אחרים, כחלופה לביקורים שנשללו.

### התשתית העובדתית

#### הצדדים לעתירה ומיצוי הליכים

19. **העותרת 1**, הינה בת זוגו של האסיר \_\_\_\_\_ גאנס ת"ז \_\_\_\_\_, המוחזק בימים אלה בכלא רמון, בתוך אגף שבו המשיב אינו מאפשר לכלואים קשר טלפוני עם המשפחות.

20. **העותרת 2**, הינו אביו של הקטין \_\_\_\_\_ בעג'אווי, ת"ז \_\_\_\_\_, המוחזק בכלא מגידו, באגף שבו המשיב אינו מאפשר לכלואים קשר טלפוני עם המשפחות.

21. **העותרת 3**, (להלן: **העותרת** ו/או **המוקד**) היא עמותה לזכויות אדם, אשר מסייעת מזה שנים רבות לאסירים ועצורים פלסטינים, הכלואים בבתי הכלא שבאחריות המשיב, בשמירה על זכויותיהם הבסיסיות.

22. **העותרת 4**, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל הינו עמותה ציבורית רשומה בישראל, אשר הוקם בשנת 1990 במטרה למגר תופעות של עינויים ויחס או עונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים מצד רשויות אכיפת החוק והביטחון בישראל כלפי פרטים הנתונים למרותם. הוועד נגד עינויים עוסק בהגנה על זכויותיהם של עצורים ואסירים, ובכלל זה נאבק לשמירה על תנאי כליאה הולמים.

23. **העותרת 5**, קבוצת הורים נגד מעצרי ילדים התארגנה כדי להיאבק בתופעה הנרחבת של מעצרי הילדים בגדה המערבית וירושלים המזרחית, ולמען זכויות של קטינים פלסטינים בהליך הפלילי. קבוצת הורים נגד מעצרי ילדים פועלת לחשיפתה של תופעת מעצרי קטינים פלסטינים והפרקטיקות הנלוות למעצרים. ההתארגנות פועלת לצמצום בפגיעה האלימה והשיטתית בזכויותיהם של הילדים, החותרת תחת עקרונות טובת הילדים ופועלת לקידום ההגנות להן זכאים הקטינים, בהתאם לעקרונות האמנה הבינלאומית לזכויות הילד.

24. **העותרת 6** האגודה לזכויות האזרח בישראל היא ארגון זכויות האדם הגדול והוותיק בישראל, והיא עוסקת בהגנה על כל קשת זכויות האדם.

25. **העותרת 7**, עמותת רופאים לזכויות אדם (להלן: **"רל"א"**) הינה עמותה רשומה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה לפעול להגנה וקידום זכויות האדם הנוגעות לבריאות בתחומי

השליטה של מדינת ישראל, ובמיוחד סוגיית הנגישות והשוויון בשירותי הבריאות לקבוצות שונות ובכללן אוכלוסיית הכלואים.

26. **העותרת 8**, היא עמותה לזכויות האדם מרצועת עזה אשר מסייעת זה שנים לעצורים/אסירים פלסטינים מרצועת עזה, הכלואים בשב"ס.

27. **המשיב 1** (להלן: **שב"ס**) רשות הכליאה הלאומית של ישראל הוא הגורם האחראי לשמירה על זכויותיהם הבסיסיות של כלואים אלו המוחזקים במתקני הכליאה שבאחריות.

28. **המשיב 2**, השר האמון בממשלת ישראל על תפקודו והתנהלותו של המשיב 1.

29. כאמור ביום 15.3.2020 פורסמו תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין מעצר ובתי הסוהר), התש"פ-2020 (להלן: התקנות), כחלק מהצעדים שנקטו על מנת למנוע את התפרצות מגפת הקורונה בין כותלי בתי הכלא בישראל.

30. בעקבות האמור, בימים אלה העותרת 1 מנותקת באופן מוחלט מבן זוגה, בן 45, הסובל ממצב בריאותי מורכב: הפרעות בקצב הלב, יתר לחץ דם, בעיה בתפקוד בלוטת התריס.

31. מדובר בכלוא שנמצא בקבוצת סיכון בשל מחלות רקע שמהן הוא סובל. מאז נותק הקשר עם כלל הכלואים, העותרת נמצאת בלחץ והיא מודאגת לשלום בן זוגה, בין היתר בשל החשש שלא יקבל טיפולים רפואיים שונים אליהם הוא זקוק, בשל ההגבלות שהטיל המשיב על קבלת שירותים רפואיים בזמן ההכרזה.

32. גם העותר 2 מנותק כליל מבנו הקטין, שטרם נשפט והוא מוחזק במעצר עד תום הליכים. מאז הוא נתון תחת לחץ מוגבר בעיקר לאחר שבשבוע שעבר פורסם כי מספר אסירים בכלא מגידו הועברו לבידוד. לעותר ובני משפחתו לא הייתה כל דרך לברר מה עלה בגורלו של בנם הקטין.

33. לא למותר לציין, שעוד לפני שהתחיל משבר המגפה, בנו של העותר ביקש את סיועו של העותרת 3 על מנת שהמשיב יאפשר לו להתקשר להוריו וזאת בנוסף לביקורים שקיבל אותה עת.

34. על מנת להמחיש את החשיבות של קשר עם בני המשפחה, נציג ציטוט מדבריו של הקטין מיום 8.3.2020 בו הוא מבטא את הצורך שלו בקשר עם בני משפחתו: "הביקורים הם חשובים מאד. זה חיוני ביותר לראות את ההורים. אך זה לא מספיק בעיקר לא בתדירות שבהם מתקיימים. הקשר הטלפוני הוא מאד חשוב. זה עשוי לתת לי תחושה של קשר מתמשך. אני הייתי רוצה לשמוע את אמי בבוקר אומרת לי בוקר טוב, ולדעת מהי מבשלת היום, מה יש לאבא שלי לספר היום. זה נותן תחושה שלא התנתקתי. הפרטים האלה חשובים ואם הייתי שומר על קבלתם וידיעתם הייתי יכול להרגיש שאני עדיין חלק מהבית שלנו ומהמשפחה שלנו".

העתק מתצהיר של \_\_\_\_\_ בעגאווי מיום 8.3.2020 מצורף ומסומן ע/1.

35. על רקע האמור ביום 17.3.2020 פנתה העותרת 4 למשיב בבקשה לקבלת מידע על התמודדות המשיב עם נגיף הקורונה והתראה מפני פגיעה בזכויות יסוד של אסירים. ביום 18.3.2020, פנתה העותרת 6 ליועץ המשפטי לממשלה וביקשה לבחון את ההפרות הקשות שתקנות שעת חירום גורמות לאוכלוסיית הכלואים הביטחוניים.

העתק מפניית העותרת 4 מיום 17.3.2020 מצורף ומסומן ע/2.

העתק מפניית העותרת 6 מיום 18.3.2020 מצורף ומסומן ע/3.

36. כמו כן, ביום 19.3.2020 פנה המוקד אל המשיב וביקש לבחון את ההפרות הקשות שמכתיבות התקנות לזכויותיהם של כלואים המסווגים כביטחוניים, ולקבוע הסדר חדש שיתאים את תנאי כליאתם שיאפשר להם לשמור על קשר עם העולם החיצון. עד עצם כתיבת שורות אלו לא התקבלה התייחסות כלשהי לפנייה זו וליתר הפניות שקדמו לה.

העתק מפניית המוקד מיום 19.3.2020 מצורף ומסומן ע/4.

## הטיעון המשפטי

### זכויות האדם של הכלוא נשמרות לו גם במהלך כליאתו

37. זכות הכלוא לחיי משפחה ולקשר עם המשפחה נובעת גם מהתפישה השלטת, הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, 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. כך במצב עניינים רגיל, וכך על אחת כמה וכמה כאשר מתרגשת עלינו מגיפה, שבוודאי גורמת לחרדה עמוקה, הן בקרה הכלואים והן בקרב בני משפחותיהם:

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

(בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832; וראו גם: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153; עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 207; בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490).

38. וכך נקבע בפסק דינו המקיף של השופט דנציגר ברע"ב מאהר דלעיל, 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".

39. וכן גם במשפט הבינלאומי. סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, קובע כי :

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

40. 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.

41. גם במסגרת 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 .

42. 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.

### הזכות לחיי משפחה

43. מניעת קשר טלפוני עם בני משפחה, בנסיבות של מניעת ביקורים אצל כלל הכלואים הביטחוניים והקטינים שביניהם, פוגעת פגיעה קשה בזכות היסוד לחיי משפחה של הכלואים ושל בני משפחתם. יחסה של החברה לזכות לחיי משפחה היה והינו, בכל הזמנים ובכל התרבויות, כאל ערך נעלה.

44. 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 2006(2), 1754).

45. כך, למשל, כותב כבוד הנשיא (בדימוס) 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.

46. ובג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, כותבת כבוד השופטת פרוקציה (בפיסקה 12 לפסק דינה) :

במדרג 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'.

47. זכויות המשפחה מוכרות ומוגנות גם על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי. תקנה 46 לתקנות האג משנת 1907, שהינן בגדר משפט בינלאומי מנהגי, קובעת :

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

48. ובעניין סטמקה, פסק בג"ץ 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).

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

#### חיוניות הקשר עם המשפחה עבור קטינים

50. עתירה זו עוסקת בקשר טלפוני לכלל הכלואים המסווגים כביטחוניים. אולם, בפרק זה נפרט לגבי החשיבות המיוחדת שבמתן אפשרות לקטינים כלואים המסווגים כביטחוניים לקיים קשר כלשהו עם משפחותיהם. ברי כי כאשר מגיפה משתוללת בחוץ, הקטינים ובני משפחותיהם, המנותקים לחלוטין זה מזה, זקוקים נואשות לאיזושהי ודאות באשר למצבם.



51. אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, כשמה היא, הכירה בזכויות הילד ברחבי העולם. מסגרת משפטית זו תומכת בהגנה על כל מי שמתחת גיל 18 תוך הכרה בכך שילדים דורשים יחס מיוחד נוכח גילם וצרכיהם ההתפתחותיים.
52. לא בכדי האמנה התייחסה באופן מפורש בסעיף 37(b) לילדים שבמשמורת על פי דין, והדגישה כי טובת הילד תהיה השיקול המרכזי. לפיכך, מקובל לראות בהם כמי שאינו ברמת התפתחות ובגרות נפשית מספקת, לעומת בגירים, כדי לשלוט במצב רוחם, דחפיהם והתנהגויותיהם. כך, הופכים הקטינים בכלל, ובבתי הכלא בפרט לפגיעים יותר.
53. הגילאים של הקטינים הפלסטינים הכלואים בישראל נע בין 14-18. זוהי תקופה מאד רגישה בשל שינויים אנטומיים ופונקציונליים שהם חווים. תקופה זו היא קריטית עבורם, שכן בשלב זה מחייהם מתעצבת האוטונומיה החברתית שלהם. כליאתם בתנאים קשים של נתק מוחלט, בדיוק כתנאי הבגירים, מעכבת התפתחותם זו ופוגעת באינטראקציה החברתית שלהם וביכולתם להשתלב בחברה.
54. עצם הכליאה של הקטין מלווה בתחושה של הפקר. הורי הקטין אינם יכולים להושיט יד לעזרתו ולתמיכה בו, בפרט בתקופה כה קשה של התפרצות נגיף מדבק. הם מנועים מליצור עמו קשר כלשהו. נתק זה, בתקופה כה קשה שעשויה להותיר אחריה תסמינים של פוסט-טראומה, מגבירה את תחושות הניכור של הקטין ועלולה לפגוע בקשריו החברתיים בכלל והקשר עם הוריו בפרט. כמובן שלמצב זה עלולות להיות השלכות קשות על בריאותם הנפשית בהמשך ואף לאחר שחרורם.
55. בעצם הכליאה, כאמור, השלכות שליליות נחשבות על היחסים החברתיים של הקטין, שכן הוא נפרד מסביבתו, דבר אשר יכול להוות נזק בלתי הפיך נוכח התקופה הקריטית שבה נמצא הקטין בציר ההתפתחות הסוציאלית שלו. יחסים חברתיים עבור קטינים בכלל, והכלואים שביניהם בפרט, מהווים מקור לדאגה, וניתוקם מאנשים משמעותיים עבורם כגון בני משפחה וחברים, בנסיבות של כליאה בתנאים מגבילים ביותר, עלולה להוביל למצוקה נפשית.
56. קשר טלפוני עם בני משפחה, והורים במיוחד, מהווה סוג של תמיכה חברתית קריטית עבור קטינים, בפרט כאמור במצב בו אנו מצויים. להצטברותם של נתק גיאוגרפי וחברתי, פוטנציאל להוביל להחלשת הקשרים המשפחתיים של הכלואים הקטינים עקב אובדן קשר מוחשי של תמיכה שעשוי להחזיק קשרים אלה.
57. על פי מחקר אמריקאי משנת 2004 (Cauffman, E. (2004). A statewide screening of mental health symptoms among juvenile offenders in detention. Journal of the American Academy of Child and Adolescent psychiatry) קשר משפחתי של כלואים קטינים משויך עם בריאות מנטאלית יותר טובה. לפיו, ככל שהקשר בין הקטין להוריו נשמר יותר בין אם בביקורים ובין אם בקשר טלפוני, יהיה הקטין מוגן יותר מפני הפרעות נפשיות, אשר מטבע הדברים מועצמות בתקופה קשה זו.
58. אם חוויית המאסר מלווה בתחושת הפקר בקרב קטינים, הדברים מקבלים משנה תוקף בנסיבות של התפשטות המגפה כשבמקביל המשיב בוחר לנתק אותם לגמרי מהוריהם. בזמן שהם צריכים יותר מכל זמן אחר חיזוק לתחושת השייכות והביטחון המשיב בוחר לנתק אתם באופן מוחלט ממי שעשויים לספק להם זאת, קרי הוריהם.
59. התנהלות זו, שבמסגרתה ננקטים נגד הקטינים צעדים מחמירים המשנה את שיגרתם באופן דרסטי, מבלי שתינתן להם האפשרות לדבר על כך עם הוריהם, עשויה לשדר להם כי המצב מסוכן ולהביא

להעצמת הפחד והחרדה שלהם, שכן בהיעדר מידע ממקור שבו הם נוטלים אמון, ולצורך העניין הורה, הם עשויים לפתח מחשבות דמיוניות שייקחו אותם למקום מפחיד יותר מהמציאות.

### טובתם של הכלואים הקטינים כשיקול מרכזי בהתנהלות המשיב

60. מדינת ישראל חתומה על האמנה בדבר זכויות הילד, שאושרה בשנת 1991, ואשר אחד הרעיונות בבסיסה הוא כי ההגנה מפגיעה בילדים תהא השיקול הראשון במעלה בכל פעולה של רשות מינהל. עקרונותיה של האמנה מעוגנים במסגרת החקיקה הישראלית בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א - 1971, שקובע כי כליאתם של קטינים תהיה אמצעי אחרון שניתן להורות עליו ורק בהיעדר חלופות. ככל שכליאה זו נדרשת, תיעשה תוך שמירה על כבודו ומתן משקל ראוי לשיקולים על שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה וזאת בהתחשב בגילו ומידת בגרותו. האמנה מחייבת את ישראל גם בפעולותיה בשטחים הכבושים ובין היתר, מזרח ירושלים, אך בפועל הדבר אינו קורה.

61. המשפט הבינלאומי מכיר בפגיעותם המוגברת של קטינים לעומת בגירים, ובהשלכות ארוכות טווח שעולות להיגרם להם כתוצאה מחוויות טראומטיות. בפרט, ישנה הכרה בכך שגילם של קטינים משפיע לא רק על אחריותם הפלילי, אלא גם על האופן שבו הם חווים מעצר, חקירה ומאסר. לנוכח רגישות זו, מכירות מרבית מערכות המשפט בעולם, בצורך במתן הגנות נוספות לקטינים, אשר לוקחות בחשבון את פגיעותם.

62. אם בכל זאת מתקבלת החלטה לשלול את חירותם של קטינים, יש לאפשר להם גישה מהירה לתמיכה משפטית וקשר רציף עם בני משפחתם, וכן לנהוג בהם באופן מכבד, שאינו פוגע בתחושת ערכם העצמי.

63. על פי עיקרון טובת הילד, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

64. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עיקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

65. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל מצב בו יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1), 459, עמודים 465-466:

**"אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".**

66. גם האמנה, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי והזכות לחיי משפחה של הילד ובפרט סעיף 3, הקובע כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.

67. ההתעלמות מהשלכות המאסר יחד עם הניתוק המוחלט מהעולם החיצון, על אותה קבוצת הקטינים המסווגים כביטחוניים, מעידה בפני עצמה על חוסר המידתיות והסבירות שבהטלת הגבלות קיצוניות וגורפות. כמו כן, יש לזכור כי הפגיעה מתאפשרת במקרה דנן מכוח הוראה אדמיניסטרטיבית, שמסווגת אותם כלואים כביטחוניים ומטילה עליהם איסור על קשר טלפוני במצב הרגיל. כתוצאה מכך הפגיעה הינה בלתי חוקתית, מפלה ובלתי מידתית בזכויות יסוד של אותם כלואים קטינים.

68. ילדים אלה ניטלים ממשפחותיהם ומושלכים אל תוך הריק של חלל בית הכלא בהיעדר שירותי תמיכה ואף שירותי סיוע סוציאלי מכל סוג. המעצר עצמו הוא טראומטי עבורם. שורות של עדויות של קטינים תיארו אלימות פיזית קשה שהופעלה נגדם במהלך החקירה והמעצר ובחלק מהמקרים הגיעה לכדי עינויים. מעבר לאלימות, המעצר והחקירה נערכים תוך הפרה שיטתית ומודעת לחוק.

69. בפועל מפירה ישראל את האמנה בדבר זכויות הילד ביחסה לקטינים פלסטינים תושבי הגדה המערבית, לרבות קטינים תושבי ירושלים המזרחית, אשר אינם זוכים להגנות הנקובות באמנה, ואף לא בחוק הנוער הישראלי. הפרה זו מתגברת עם ההכרזה על מצב חירום והתקנת התקנות, כשהמשיב מסרב להתחשב בפגיעותם של הקטינים ולא מאפשר להם לקיים קשר מינימאלי עם בני משפחותיהם באמצעות טלפונים מוסדרים, שהינו כלי קריטי לשמירה על בריאותם ושלמותם הפיזית והנפשית בתקופה קשה זו.

### מניעת קשר של כלוא עם בני משפחתו מהווה יחס אכזרי ובלתי אנושי

70. כפי שפורט לעיל, זכותם של כלואים לשמירה על קשר עם בני משפחתם מעוגנת היטב גם בדין הבינלאומי ובסטנדרטיים המשפטיים המקובלים לטיפול בכלואים. כך למשל ס' 58 לכללי המינימום האחידים לטיפול בכלואים ("כללי מנדלה") קובע כי:

"Prisoners shall be allowed, under necessary supervision, to communicate with their family and friends at regular intervals:

(a) By corresponding in writing and using, where available, telecommunication electronic, digital and other means; and

(b) By receiving visits.

71. וביתר שאת ביחס לקטינים כלואים, קובעים הסטנדרטים הבינלאומיים כי יש לנקוט בכל האמצעים על מנת להבטיח תקשורת נאותה של הקטינים עם העולם החיצון, ביקורים תכופים וכן תקשורת בכתב או באמצעות שיחות טלפון לפחות פעמיים בשבוע. (ראו: United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, 14 December 1990, articles 59-61).

72. מניעת קשר של כלוא עם בני משפחתו, מונעת ממנו, הלכה למעשה, כל קשר עם העולם החיצון ולפיכך מהווה החזקה בתנאים בלתי אנושיים, האסורים לפי המשפט הבינלאומי. האיסור על יחס או עונשים אכזריים ובלתי אנושיים מהווה דין מנהגי והוא מעוגן במספר רב של מקורות משפטיים בינלאומיים ביניהם: סעיף 5 להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (1948), ס' 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, סעיף 16 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (1984), אושרה ע"י המדינה בשנת 1991, וכן בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה משנת 1949, אשר רלוונטי לענייננו משום שהקטינים הפלסטינים הכלואים הינם תושבים מוגנים בהתאם לאמנת ג'נבה הרביעית.

73. ויודגש, האיסור על יחס או עונשים אכזריים ובלתי אנושיים הינו איסור מוחלט ואין לחרוג ממנו בשל בנסיבות חריגות או מצב חירום (ראו למשל סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות).

74. לא למותר לציין, כי אף בית משפט נכבד זה הכיר כי תנאי החזקתם של אסירים נבחנים גם בראי האיסור על ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה:

"תנאי החזקתם של אסירים נבחנים, מן ההיבט הבינלאומי, גם בראי האיסור על ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה. איסור זה, שאף הוא מנוסח באופן כללי, מעוגן בסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וכן בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, שאושרה על-ידי ישראל בשנת 1991".

ראו: בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים (פורסם בא.ר.ש, 13.6.2017, פסקה נ"א).

75. לבסוף נדגיש כי הוועדה האירופאית למניעת עינויים ויחס בלתי אנושי או משפיל פרסמה לפני מספר ימים מסמך עקרונות הנוגע לטיפול בכלואים בעקבות התפרצות מגפת הקורונה. במסמך זה מציינת הוועדה כי בעוד ולגיטימי להשעות פעולות לא חיוניות, יש לכבד במלואן את זכויות היסוד של הכלואים בזמן המגיפה. ביחס לקשר עם העולם החיצון מציינת הוועדה במפורש כי במקרה של הגבלות על קשר עם העולם החיצון, כולל ביקורים, יש לפצות על כך ע"י גישה מוגברת לאמצעי תקשורת חלופיים (כגון תקשורת טלפונית):

7) While it is legitimate and reasonable to suspend nonessential activities, the fundamental rights of detained persons during the pandemic must be fully respected... Further, any restrictions on contact with the outside world, including visits, should be compensated for by increased access to alternative means of communication (such as telephone or Voice-overInternet-Protocol communication).

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic, 20 March 2020, Article 7. Available at: <https://rm.coe.int/16809cfa4b>

#### **הפגיעה בזכותם של הכלואים המסווגים כביטחוניים אינה מידתית**

76. על-פי עקרון המידתיות, פגיעה בזכות אדם מוגנת תיעשה במידה שאינה עולה על הנדרש לצורך מימוש המטרה, שלשמה פוגעים בזכות. על המשיב להפעיל את שיקול דעתו "באופן שזה, בין היתר, לא יפגע בזכות אלא במידה המזערית הנדרשת, וכך שהיחס בין הנזק שבפגיעה בזכות לבין התועלת האפשרית מהגשמת התכלית יהיה סביר" (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2)157, 164).

77. בית משפט נכבד זה קבע את היסודות, שעל-פיהם נבחנת מידתיות הפגיעה בזכות האדם. על-מנת שפגיעה בזכות תהא מידתית, עליה לעמוד בשלושה מבחני משנה מצטברים: מבחן הקשר הרציונאלי (באמצעותו נבחנת ההתאמה בין האמצעי שנבחר לבין השגת המטרה שביסוד מדיניות המשיב); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (באמצעותו נבחן האם לא ניתן היה להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר,

אשר פגיעתו בזכות האדם פחותה); ומבחן המידתיות במובן הצר (על-פי מבחן זה, על האמצעי הנבחר, אפילו מתאים הוא להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו להשגתה, צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם מוגנת) (ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4)1, 54-53; **עניין סטמקה** דלעיל, בעמ' 777).

78. לאור פסקות ההגבלה בחוקי היסוד, אומץ עקרון המידתיות כאמצעי לבחינת חוקיותם של חוקים, וממילא הוא משמש גם כתנאי לחוקיותה של כל פעולה מינהלית (בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5)412, 453). בחינת המידתיות של הפגיעה בזכויות האסירים הפלסטינים הקטינים ובני משפחותיהם, תיעשה בהתחשב בחומרת הפגיעה, ולאור מעמדה הנעלה של הזכות לחיי משפחה, בפרט כשעסקינן בקטינים: "מן הראוי כי כל שלושת מבחני המשנה... יופעלו ויישמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4)367, 420).

79. **מבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי** – השלב הראשון בבחינה האם מדיניות המשיב הינה מידתית דנה בשאלה אם קיים קשר רציונאלי בין המטרה של שמירה על הביטחון ובין האמצעי של הגבלה גורפת על זכותם של כלואים ביטחוניים ככל והקטינים שביניהם לקשר עם בני משפחותיהם באמצעות קשר טלפוני.

80. לנוכח חומרת הפגיעה של מדיניות החירום של המשיב בזכותם של הכלואים הביטחוניים, ולאור ההגבלות מכוח התקנות החדשות, נדרש קשר ברור, מובהק ומוכח, בינה לבין השגת המטרה של שמירה על הביטחון.

81. הלכה פסוקה היא, כי רשות מינהלית חייבת להניח תשתית עובדתית ראויה לביסוס החלטותיה. תשתית זו צריכה לכלול איסוף נתונים וראיות מהותיות. הלכה זו מקבלת משנה תוקף וחשיבות עת מדובר בביסוס אמצעים הפוגעים בזכות יסוד. בהיעדר נתונים ותשתית עובדתית נשמט הבסיס לטענת הקשר בין האמצעי למטרה:

לגבי שלילתן של זכויות יסוד, לא די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן... הנני סבור, כי הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות (ע"ב 2/84 **נימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

82. כלומר, על המשיב להראות, כי מדיניותו הגורפת בדבר שלילת זכותם של כלל הכלואים הביטחוניים, לקיום קשר משפחתי עם יקיריהם באמצעות קשר טלפוני, כחלופה לביקורי המשפחה שנשללו, מבוססת על נתונים והוכחות, כי יש בה כדי למנוע פגיעה בביטחון. בהיעדר הנחת תשתית עובדתית כזו, הרי שמדיניות המשיב לא תקיים את מבחן הקשר הרציונאלי.

83. **מבחן המשנה השני: האמצעי הפוגע פחות** – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה עוסק בשאלה, אם לא ניתן להשיג את המטרה הביטחונית בדרך אחרת, שתפגע בזכויות היסוד של הכלואים במידה הקטנה ביותר.

84. ההגבלה הקשה על הזכות לקשר טלפוני של האסירים הביטחוניים עם בני משפחותיהם, לאחר שנשללה מהם האפשרות לקבל ביקורי משפחה, אינה מקיימת מבחן זה. מדובר בהסדר גורף, אשר מכניס למעגל

החשד קבוצה שלמה באוכלוסייה, החשופה ל"יחס אחר" אך ורק בשל קריטריון המבוסס על סיווג אדמיניסטרטיבי של המשיב, ומביא לניתוקה באופן מוחלט, בנסיבות הנוכחיות, מהעולם החיצון.

85. בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע לא אחת, כי הסדרים גורפים, בשונה מהסדרים המבוססים על בחינה פרטנית-אינדיבידואלית, הינם אמצעים לא מידתיים, אשר פוגעים בפרט מעל למידה הדרושה (בג"ץ 3477/95 **בן עטיה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(5)1, 15).

86. בעניין סייף (בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5)70, להלן: **עניין סייף**) עסק בית המשפט הנכבד בחוקיות החלטתה של לשכת העיתונות הממשלתית, שלפיה תחדל הלשכה להנפיק תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף לאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל, ולא תאריך את תוקפן של תעודות שהוצאו בעבר. המדינה נימקה את הסירוב הגורף בחששה לפגיעה באישי ממשל בישראל במסיבות עיתונאים או במשרדים ממשלתיים, לאור העובדה שתעודת עיתונאי מקלה על הגישה למקומות אלה. לדידה, בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית אינה יכולה לשלול את מסוכנותו של תושב השטחים, שכן מסוכנות זו נובעת מעצם התושבות.

87. פסק הדין, אשר דחה את טענות המדינה, קובע כי שיקולי ביטחון אינם ערך מוחלט, וכי "נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו" (**עניין סייף**, סעיף 6 לפסק דינה של השופטת דורנר). עוד נקבע, כי "הסירוב הטוטאלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האיזור – לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה – מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי חופש הביטוי והמידע לשיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדיון" (סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

88. וכך קובע לעניין זה הנשיא ברק, בפסק דינו **בעניין עדאלה** (בפיסקה 69 לפסק-דינו):

**הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban).** הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון. כפי שציינו לעיל, על המשיבים להראות כי ההגבלה על מתן היתרי כניסה לישראל לבני משפחה של אסירים, המשויכים לארגונים מסוימים, מבוססת על אדנים יציבים של ראיות ונתונים.

89. דא עקא, לאור העובדה שכלואים בסיווג שונה מקבלים את הזכות לקשר טלפוני על דרך כלל, והיא נמנעת מחלק רק על בסיס בדיקה אינדיווידואלית, עולה חשש כבד כי ההימנעות מבדיקה פרטנית אינה מבוססת על שיקולי ביטחון דווקא. כך ממשיך וקובע הנשיא ברק, בהמשך פסקה 69 לפסק-דינו בעניין עדאלה:

ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש **להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף.** לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה. בפרשת סטמקה קבע השופט מ' חשין – בהתייחס למדיניות משרד הפנים אשר דרשה מבן הזוג הזר אשר שהה בישראל לעזוב את שטחה לתקופת מה על מנת שבקשתו למעמד

בישראל תיבחן – כי "הרושם הברור הוא, כי רפיון הפיקוח של משרד הפנים היה אחד הגורמים העיקריים... להולדתה של המדיניות החדשה; ותחת אשר יגביר את יעילות הפיקוח, נקט משרד הפנים בדרך הקלה של דרישה מן הזוג הזר כי יעזוב את הארץ".

90. יישום הדברים בענייננו מעלה כי המשיב בחר "בדרך הקלה": איסור גורף על מתן האפשרות לכל הכלואים הביטחוניים לקיים קשר טלפוני עם בני משפחותיהם, אף בהיעדר כל דרך אחרת ליצירת קשר. העובדה שבדיקות פרטניות אפשריות עבור אוכלוסיות כלואים אחרות מגבירה את החשש כי אין ביסוס לאיסור הגורף. המשיב בוחר להימנע בצורה גורפת מבדיקת האפשרות לקיום בחינה אינדיבידואלית, וקבלת החלטה פרטנית הנוגעת לאדם ספציפי לפי נתוניו האישיים. יש בכך כדי להכתים את המדיניות בחוסר מידתיות.

91. **מבחן המשנה השלישי: פרופורציה בין האמצעי למטרה** – מבחן המידתיות השלישי עניינו בשאלה אם מימדי הפגיעה בזכות אדם, הנלווית למדיניות המשיב, הולמים את המטרה אותה היא מבקשת להשיג.

92. לפי מבחן המשנה השלישי, אם התועלת הצומחת כתוצאה מהמדיניות היא רבה, תיסוג מפניה הזכות הנפגעת. מבחן משנה זה הוא בעל אופי שונה משני קודמיו, ומתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמת המטרות העומדות בבסיס המדיניות. הוא מהווה ביטוי לרעיון לפיו "קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (הנשיא ברק בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, תק-על 2006 (4) 3675, 3689).

93. בענייננו, המדיניות האמורה פוגעת באופן חריף בזכויות יסודיות ביותר, ובראשן הזכות לחיי משפחה, כשהזכות נפגעת בנסיבות קשות במיוחד של התפשטות המגפה. הצדקת הפגיעה בזכות זו, באם ישנה, צריך שתשרת אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה.

94. דא עקא, התכלית של שמירה על הביטחון, אם אכן היא זו שעומדת בבסיס המדיניות, חשובה וראויה ככל שתהיה, אינה ערך מוחלט ואינה מצדיקה כל פגיעה בזכות אדם. ההצדקה הביטחונית אינה חזות הכל, ועליה להיות מאוזנת אל מול צרכים אחרים. כך למשל **בעניין סייף** הדגיש בית המשפט, כי אין בסיכון ביטחוני תיאורטי הנשקף מעיתונאי, המחזיק בהיתרי כניסה לישראל, כדי להצדיק פגיעה ודאית בזכויות מוגנות, והפליה בין עיתונאים זרים פלסטיניים לבין כל יתר העיתונאים הזרים. ביטחון לעולם אינו אבסולוטי, והוא עשוי לסגת מפני זכויות אחרות (בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817).

95. המחיר הכבד שמשלמים הכלואים הביטחוניים ככלל והקטינים בפרט, שמתלווה ליישומה של מדיניות המשיב, הוא מופרז ומוגזם. התועלת הביטחונית הספקולטיבית שצומחת – אם בכלל – ממדיניות זו, אינה שקולה כנגד חומרת הפגיעה בזכותם של הכלואים לקשר משפחתי.

96. אף אם למשיב קיימות הצדקות להגביל את הזכות לקשר עם בני משפחה, מכוח סמכותו להבטיח פעולה תקינה, אין הוא פטור מחובתו לאזן כראוי בין האינטרסים, כלומר השיקולים הענייניים, המתמודדים בכל מקרה. ברור שלצורך איזון זה יש הבדל בין מקרה שבו הסכנה לביטחון המדינה רחוקה וקטנה לבין מקרה שבו הסכנה קרובה וממשית. חלק ניכר של הכלואים קיבלו עד להתקנת התקנות ביקורי משפחה, כך שעניין הסכנה לביטחון כבר נבדק עבורם. הסיכוי לפגיעה בביטחון המדינה על ידי שיחות טלפון שיתקיימו בינם לבין בני משפחותיהם, באמצעות המשיב ובפיקוחו הוא קלוש לעומת קיומם של מפגשים ביניהם במסגרת הביקורים.

97. ברור שישנם אמצעים פחותים שיכול היה המשיב לנקוט בהם, כמו לפקח על שיחות טלפון של האסירים הביטחוניים על מנת למנוע פעילות אסורה. חובה היה עליו לעשות כך לאור העובדה כי האמצעי ה"חסכוני" יותר של האיסור הגורף הינו אמצעי אשר משמעותו פגיעה אנושה בזכויות האדם של האסירים הביטחוניים ויוצר כאמור חוסר שוויון בינם לבין האסירים הפליליים, הן הקטינים והן הבגירים.

98. מן הראוי לציין בהקשר זה את דבריו של כב' הש' (בדימוס) מצא בעע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, בפסקה 19 לפסק הדין (דברים המצוטטים גם בפרשת קונטאר, פסקה 12), המבטא את אחד הכללים המנחים הבסיסיים ביותר הנוגעים לפעילות השב"ס:

"מוטל על הרשות לעמוד במבחן המידה, ואסור לה לפגוע בזכותו של האסיר יותר מן הדרוש למניעת הסיכון".

99. עצם גודלה של אוכלוסיית האסירים הביטחוניים מחמיר פעם נוספת את עוצמת הפגיעה של המדיניות הקיימת בזכויות האדם ומטה את הכף להכרעה הבלתי נמנעת כי מדובר במדיניות לא מידתית. השיעור הגבוה של האסירים הביטחוניים מכלל אוכלוסיית האסירים אינו מאפשר עוד לראות בתנאי כליאתם עניין חריג המתייחס לקבוצת אסירים מסוימת אלא כלל החל על כשליש מכלל האסירים, המחייב התייחסות אליהם כאל כל אסיר אחר. המשיב נדרש לבחון את מימוש זכויותיהם מחד וחשיפתם לפגיעות וסיכונים מאידך בעקבות מדיניות זו.

100. היעדר הנגישות לשיחות טלפון פוגע אף פגיעה אנושה בנגישותם של האסירים הביטחוניים לזכויות יסוד מן המקודשות ביותר בשיטת המשפט הישראלית, ומעבר וכתוצאה נלווית לפגיעה בזכות לחיי משפחה, ביניהן זכות הייצוג המשפטי והזכות לבריאות. זאת ברמה הכללית ועל אחת כמה וכמה בתקופה של התפשטות המגפה.

101. כמו כן, קטינים, בשונה מבגירים אינם מסוגלים לטפל בענייניהם, והיעדר גישה לבני משפחתו עשויה למנוע ממנו לדווח על אירועים המצריכים טיפול משפטי ולעדכנם בכל הדרוש לצרכי ייצוג הולם.

102. באותו האופן נפגעת זכותם של האסירים לבריאות, כאשר נמנע מהם ליצור קשר בלתי אמצעי עם משפחתם או עם רופאים מחוץ לשב"ס ולדאוג למימוש זכויותיהם, בין היתר, לדווח באמצעות בני משפחה לרופאים מחוץ לשב"ס על אודות מצבם הן לצורכי טיפול והן לצורכי נקיטת צעדים מניעתיים, ואף לדווח לארגוני זכויות אדם על הפרת זכויותיהם. יוער, כי המשיב טרם פרסם הנחיות ונהלים מטעמו המסדירים אופן הטיפול בכלואים בתנאי בידוד או כלואים שנמצאו חיוביים לנגיף.

103. מדיניות זו הינה גורפת ופוגעת בזכויות יסוד של האסירים הביטחוניים בכלל והקטינים בפרט, מעל לנדרש ובאופן בלתי מידתי. כב' בית משפט זה חזר ושנה כי איסורים גורפים ללא בדיקה אינדיבידואלית, אין להם מקום. כך בבג"צ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים, (מיום 10.7.06) נקבע כי:

"האמצעי של בדיקה פרטנית, אינדיבידואלית, של הנוגעים בדבר, הוא ללא ספק אמצעי ראוי ומידתי. הבדיקה האינדיבידואלית נועדה לאתר סכנה פוטנציאלית הצפויה מפלוני, כדי להסיר עד כמה שניתן סיכונים פוטנציאליים לביטחון המדינה ושלום הציבור."

104. וכן נקבע בפרשת קונטאר:



"אכן, יש בקרב האסירים הביטחוניים שביצעו פשעים מחרידים ונתעבים. אך על כך נגזר עונשם על-ידי בית המשפט למאסר, כל אחד לפי מידת פשעו. ואין שב"ס רשאי להוסיף עונש משלו, בשל חומרת הפשע, על העונש שנגזר על-ידי בית המשפט. אכן, יש מקום להבדיל בין אסיר לאסיר בנוגע לתנאי המאסר, אך רק לפי צורכי הסדר והביטחון או לפי שיקולים ענייניים אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים כאלה".

105. המדיניות הגורמת לנתק מוחלט מהעולם החיצון אינה מידתית, על כן, באשר היא פוגעת בכלל האסירים הביטחוניים, ובין היתר, הקטינים שבהם פגיעה קשה אשר אינה שקולה כנגד התועלת הנובעת מתכליתה, דהיינו שיקולי ביטחון. פיקוח על שיחות טלפון לצרכי בטחון יכול לבוא על סיפוקו באמצעות ההסדר הקבוע בפקודת הקשר הטלפוני באשר לאסירים פליליים, או באמצעים מידתיים אחרים, כגון בדיקה אינדיבידואלית, וסוגים שונים של פיקוח על תדירות, משך ונמעני השיחות, נוכחות סוהר ועוד כהנה וכהנה. אלו אמצעים אשר פגיעתם פחותה ואשר עדיין מאפשרים לקיים את זכויות היסוד של האסירים הביטחוניים. לעומת זאת, שלילה א-פריורית של שיחות טלפון מכלל האסירים הביטחוניים היא דרך בלתי מידתית החורגת מן הסביר באופן כללי ובעיקר כשנשללים ביקורים מכל סוג על רקע התפשטות המגפה.

### אפליה אסורה

106. מאחר ואין כל הצדקה עניינית לאופי הגורף של שלילת קשר עם העולם החיצון מאלפי כלואים רק בשל סיווגם כביטחוניים, שרובם ככולם הינם פלסטינים, הרי שמדובר באפליה אסורה, כמו גם בפגיעה לא חוקתית בזכויותיהם. האופי הגורף של שלילת הזכות היא ההופכת אותה ללא עניינית ולמפלה.

107. התקנות מביאות לתוצאה פסולה שדורשת תיקון מידי במיוחד נוכח המצב כיום. לא מדובר בחלוקה של טובת הנאה באופן שווה על כלל הכלואים, אלא בהותרת פתח המאפשר שמירה על קשר עם קבוצה המונה אלפי כלואים, ביניהם קטינים, ואנשים עם מחלות רקע. עוצמת הפגיעה הנובעת מחלוקה בלתי שוויונית ובלתי סבירה של הזכאות לקשר טלפוני עם העולם החיצון ברורה מאליה שכן כאמור לעיל לאפשרות ליצור קשר טלפוני השלכה הרת גורל על האפשרות לממש זכויות חוקתיות.

108. כאמור, ההפליה אשר יוצרת הפקודה ביחד עם התקנות, בין כלואים המסווגים כביטחוניים ואחרים איננה מתבססת רק על "שוני רלבנטי" בין אוכלוסיות האסירים, ואינה עומדת בקריטריונים של סבירות, הגינות ומידתיות המוטלים על הרשות המנהלית; וממילא לא ניתן לקבוע מסוכנות ביחס לקבוצה כה גדולה של אנשים ללא בחינה אינדיבידואלית. מה שכן ניתן לקבוע באופן גורף ביחס לקבוצה כה גדולה, את הצורך והצידוק המיוחד עבור כלל אוכלוסיית הכלואים הביטחוניים לקשר מסוג זה, בעיקר בנסיבות קשות של התפשטות מגפה ובשל היותם קבוצת סיכון.

109. טענה לסיכון ביטחוני הנובע מן הכלואים המסווגים כביטחוניים מבלי שקיימת בחינה אינדיבידואלית של סיכון זה נסמכת על הנחה מובלעת לפיה אוכלוסיית האסירים הביטחוניים עשויה מקשה אחת. לא למותר להזכיר, כי חלק ניכר מקבוצה זו קיבלה ביקורי משפחה עד לאחרונה, לאחר בדיקה ביטחונית שנעשתה ברמה האינדיבידואלית, כך שלא ברור מדוע בהקשר של קשר טלפוני לא ניתן לעשות בדיקה דומה. למעט אסירים ביטחוניים יהודים – הפקנ"צ מייחס אותה רמת סיכון מוגברת כביכול לכל האסירים הביטחוניים מבלי לעשות הבחנות ביניהם כלל ומתעלם מהעובדה שקבוצה גדולה זו מורכבת מתת קבוצות שהשוני ביניהן גדול. כך יוצא שמי שזרק אבן על חייל בשנות העשרה לחייו

(עבירה שהינה ללא ספק פחות חמורה מחלק מן העבירות עליהם מרצים עונשים אסירים פליליים) מהווה מבחינת הפקני"צ פוטנציאל סיכון הזהה בעצמתו למי שרצח את ראש הממשלה.

110. לפיכך מדיניות המשיב מפלה ופוגעת בעקרון השוויון ללא הצדקה המבססת אותה, בצורתה הגורפת כהבחנה מותרת.

### סיכום

111. מדובר בתקופה קשה המלווה בחוסר וודאות שמערערת את החוויה הקיומית של כל אחד ואחד. תחושה זו מתגברת בזמן שנשללת מכלל הכלואים האוטונומיה שלהם וגורלם מסור בידי רשות ששולטת על כל היבטי חייהם וכעת גם על סיכויי חשיפתם בפני הדבקה המונית.

112. מצב החירום הביא עימו שינויים קשים שפוגעים בצורה אנושה בזכויות חוקתיות של הכלואים ובעיקרון טובת הילד. דווקא בתקופה קשה זו מתגבר הצורך לשמור על קשר עם בני משפחה שידאגו לשלומם.

113. לאור האמור, ומשהניתוק מהעולם החיצון מהווה פגיעה קשה וגורפת בזכויות היסוד של האסירים המסווגים כביטחוניים, ובעיקר הקטינים שביניהם, וכשמנגד הפתרון של מתן קשר טלפוני עבורם, אינו מהווה נטל על המשיב, ואינו חורג משיקולי השמירה על ביטחון שנלקחים במסגרת קיום ביקורי משפחה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לאפשר לכלואים המסווגים כביטחוניים לקיים קשר בין אם באמצעות הטלפון ובין אם באמצעים טכנולוגיים אחרים, כחלופה לביקורים שנשללו.

עתירה זו נתמכת בתצהירי העותרים 1-2.

**לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרת ושכ"ט עו"ד.**

26 מרץ 2020

---

אפרת ברגמן-ספיר, עו"ד

---

נדיה דקה, עו"ד