

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2245/06

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופטת א' חיות

העותרים: 1. ח"כ נטע דוברין  
2. ח"כ רונן צור

נגד

המשיבים: 1. שרות בתי הסוהר  
2. יגאל עמיר  
3. ד"ר לריסה טרימבולר

**עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים**

תאריך הישיבה: כ' באדר התשס"ו (20.3.06)

בשם העותרים: עו"ד שחר בן-עמי

בשם המשיב 1: עו"ד אילאיל אמיר

בשם המשיבים 2-3: עו"ד ארי שמאי ועו"ד אורון שוורץ

### פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. יגאל עמיר, אסיר עולם, הורשע ברצח ראש הממשלה המנוח, יצחק רבין, ז"ל. הוא פנה בבקשה לרשויות בית הסוהר וביקש לאפשר לו להוציא דגימת זרע מכתלי בית המאסר כדי לאפשר הזרעה מלאכותית בבת זוגו, לריסה טרימבולר. ביום 5.3.06 החליט הגורם המוסמך בשירות בתי הסוהר להיענות לבקשה (להלן – "ההחלטה").

2. העותרים, שניהם חברי כנסת בכנסת היוצאת, עתרו כנגד שירות בתי הסוהר וכנגד האסיר ובת זוגו במטרה לבטל את ההחלטה. לחילופין, הם עותרים להורות לשירות בתי הסוהר להקים ועדה מיוחדת בשיתוף אנשי מקצוע, אשר תדון ותבחן את התנאים הנדרשים לצורך מתן היתר לאסיר בטחוני להיזקק להליך הזרעה מלאכותית, תוך התחשבות, בין היתר, בגורם טובת הילד העתיד להיוולד, בחינת הסכמתה ויכולתה

של האשה לקחת אחריות לגידולו, ותעמיד המלצות בענין זה. כן נתבקשנו לעכב את החלטת שב"ס נשוא עתירה זו עד לסיום ההליכים בועדה שתוקם. לחילופי-חילופין מבקשים העותרים, לאפשר להם ליזום הצעת חוק בנדון, ולעכב בינתיים את ביצוע ההחלטה.

### רקע

3. המשיב הורשע ברצח ראש הממשלה המנוח, יצחק רבין, ובפציעת מאבטחו בנסיבות מחמירות. הוא נדון למאסר עולם ולמאסר מצטבר בן 6 שנים. הוא הורשע גם בהליך אחר בקשירת קשר בצוותא עם אחיו, חגי עמיר, ועם אדם נוסף דרוו עדני, לרצוח את ראש הממשלה, ובקשירת קשר עימם לפגוע בתושבי הישובים הערביים ובאנשי המשטרה הפלסטינית באיזור יהודה ושומרון. בגין הרשעה זו נגזרו עליו 8 שנות מאסר נוספות, במצטבר.

4. בשל אופי הסיכון הנשקף מעמיר, הוא סווג על ידי רשויות בית הסוהר כ"אסיר בטחוני". סיווג זה גרר הטלת מגבלות שונות עליו, שעיקרן החזקתו בהפרדה מיתר האסירים, התקנת מצלמות מעקב בתאו, ומגבלות ביקורים. השגות שונות של עמיר כנגד מגבלות אלו נדחו (רע"ב 3172/99 עמיר נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם), עע"א (ב"ש) 2077/01, וראו גם עע"א (ת"א) 2853/05-א). עם זאת, בקשתו של עמיר לאפשר לו להיפגש עם בת זוגו, המשיבה 3, אושרה בבית המשפט, וזאת, בין היתר, מאחר שלא הוצגו ראיות הנוגעות לפעילותה (עע"א (ב"ש) 2077/01).

5. בינואר 2004, פנה עמיר בבקשה לשב"ס כי יותר לו לשאת את לריסה לאשה ולהתייחד עמה. משבוששה התשובה להגיע, עתר עמיר בעניין זה בעתירת אסיר לבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו. במענה לעתירה, הודיע שירות בתי הסוהר כי החליט לדחות את בקשת ההתייחדות, וכי טרם גיבש עמדתו לעניין הנישואין. בית המשפט המחוזי, בהסתמך על חומר מודיעיני חסוי, החליט לדחות את עתירתו של עמיר בענין ההתייחדות. על החלטה זו, ביקש עמיר רשות ערעור בבית המשפט העליון אשר דחה את הבקשה (רע"ב 4714/04 יגאל עמיר נ' שירות בתי הסוהר) (להלן – פרשת יגאל עמיר (התייחדות)). בהחלטתו (מפי המישנה לנשיא, מ. חשין) בחן בית המשפט את התנגשות הערכים שבין זכותו של אדם להתייחדות, לבין אינטרס בטחון המדינה העשוי לעמוד מנגד, והעריך את משקלם לצורך איזון ביניהם. הוא מצא, כי בנסיבות הענין, קיים חשש ממשי כי התרת ההתייחדות בין בני הזוג תגרום לסיכון בטחוני. הוא ציין, כי הסיכון הרב הנשקף מעמיר לא פחת מאז ביצע את העבירות בגינן הוא מרצה את

עונשו, והוא נותר מחוייב לרעיונות הטרור שהינחוהו בעבר. כן מצא, כי הוא משמש מושא להערצה ומודל לחיקוי לאחרים, וקיים חשש כי ינצל לרעה מפגשים בלתי מפוקחים עם בת זוגו כדי להעביר מסרים ברוח השקפותיו הקיצוניות, וישפיע בכך על אחרים לבצע פעולות קיצוניות מסוג אלה שהוא ביצע. החשש לאינטרס הבטחוני גבר לעמדת בית המשפט נוכח נתונים שהובאו לפיהם ללריסה קשרים עצמאיים עם פעילים קיצוניים המזדהים בעמדותיהם עם דעותיו של עמיר. כל אלה הובילו למסקנת בית המשפט כי סירוב הרשות המוסמכת לאפשר לעמיר התייחדות עם בת זוגו הינו סביר וראוי. סוגיית זכותו של עמיר להינשא לבת זוגו לא הוכרעה באותו ענין, שכן באותו שלב טרם נתקבלה החלטת שב"ס בענין זה. בשלב מאוחר יותר נישאו עמיר ולריסה באמצעות שליח, וביום 10.7.05 אושרו הנישואין בבית הדין הרבני.

6. ביום 27.7.05, פנה עמיר לשירות בתי הסוהר בבקשה לאפשר לו לקיים הליכים לצורך טיפולי הפרייה מלאכותית עם בת זוגו, על-מנת לאפשר להם "לממש את רצונם להביא ילדים לעולם", והמציא אישור רפואי בענין זה כדרישת הרשות. ביום 3.1.06, בטרם נתקבלה החלטה בבקשה, הגיש עמיר עתירת אסיר בה ביקש "לקיים הזרעה מלאכותית בבת זוגו הגב' לריסה טרימבובלר". ביום 5.3.06, לאחר בחינה משפטית, החליט שירות בתי הסוהר לאשר את בקשתו של עמיר. זו לשון ההחלטה:

"1. לאחר שנבחנה בקשת העותר [הוחלט] לאפשר לעותר להוציא זרע מחוץ לכתלי בית הסוהר לצורך הזרעה מלאכותית בגב' לריסה טרימבובלר.

2. העברת דגימת הזרע תתאפשר במסגרת ביקור הגב' לריסה או במסגרת ביקור מבקר אחר המורשה לביקור אצל העותר.

3. אין באמור לעיל משום הסכמה להוצאת האסיר אל מחוץ לכותלי בית הסוהר לצורך טיפולי הפרייה כלשהם או מתן טיפולי הפרייה לאחרים בתוך הכלא, דבר שאף לא התבקש על ידו.

4. כמו כן מובהר כי לא תתאפשר חריגה כלשהיא מהכללים הנוהגים ביחס לתנאי החזקתו של העותר ובכלל זה מכסת הביקורים לה זכאי העותר.

5. באם ברצונך להבהיר דבר מה באשר למתכונת הוצאת דגימת הזרע, נבקשך להעביר הנושא לעיוננו והנושא ייבחן על ידנו."

כנגד החלטה זו נסבה העתירה שלפנינו.

### טענות הצדדים

#### טענות העותרים

7. טיעוני העותרים בנויים מספר רבדים: ראשית, נטען כי לנציב שירות בתי הסוהר אין סמכות להעניק לאסיר בטחוני היתר להעברת דגימת זרע לצורך הזרעה במסגרת הכוחות הנתונים לו על פי פקודת בתי הסוהר, המקנה לו כוחות להסדיר ענייני המינהל משטר ומשמעת בכלא. לטענתם, היתר להזרעה מלאכותית, אם בכלל, צריך להימצא בחקיקה מפורשת ולא בהנחייה מינהלית, ולכן דין החלטת שב"ס בענייניו של עמיר להתבטל בשל היותה חורגת מסמכות. לחילופין, אפילו ניתנה ההחלטה בסמכות, יש לפוסלה לגופה בשל היותה בלתי מוסרית ונוגדת תפיסות יסוד של חברה נאורה. אין זה ראוי להתיר לרוצח ראש ממשלה, אשר לא הביע חרטה על מעשהו הנפשע, לתת חיים לדור חדש מזרעו, ולהנחיל לדור זה את מורשת אמונתו הנלווה באמצעות בנו. החלטה זו, כך נטען, חורגת מכללי הצדק הטבעי, מנוגדת לסבירות המינהלית, ואף מנוגדת לכללי השוויון בין האסירים, שכן נעשתה בלא הליך בחינה ראוי של זכות ההולדה של כלל האסירים הבטחוניים. מוסיפים העותרים וטוענים כי אין במשפט זכות קנויה לאסיר להקים משפחה בעת מאסרו. היתר להזרעה מלאכותית על ידי אסיר הוא בבחינת פריבילגיה הכרוכה בשיקול דעת פרטני של הרשות המוסמכת, שיש להפעילו תוך איזון בין רצון האסיר להביא לעולם ילדים לבין השמירה על סדרי המשמעת בכלא. במקרה זה לא נערכו איזונים כלשהם בין ערכים אלה, וגם מבחינה זו לוקה ההחלטה בפגמים. לא נשקלו נסיבותיו האישיות המיוחדות של עמיר, חומרת מעשיו התייחסותו למעשיו כיום, והתנהגותו בכלא. במתן היתר כאמור, על הרשות לשקול גם שיקולי מסוגלות הורית של האם לגדל בעצמה את הילד שיוולד, וכן את טובתו, ולהיבט זה לא ניתן כל משקל בהחלטת שב"ס. ולבסוף, טוענים העותרים כי אי סבירותה של ההחלטה מתבטאת גם בכך שלא ניתן כל משקל לפגיעה הקשה ברגשות הציבור המתלווה למתן היתר כאמור, לאור ההוקעה העמוקה שחשים אזרחי המדינה כלפי עמיר על מעשיו הנפשעים.

#### עמדת המדינה

8. עמדת המדינה הינה כי אין מקום להתערב בהחלטת שירות בתי הסוהר לפיה יש להתיר לעמיר להעביר דגימת זרע אל מחוץ לכתלי בית הסוהר להפרייה מלאכותית של בת זוגו. על פי ההלכה הפסוקה, יש להבחין בין ההגבלות על זכויות אדם הנדרשות מעצם המאסר, כגון הגבלת חופש התנועה, לבין זכויות אחרות שאינן אינהרנטיות

למאסר ואין לצמצמן אלא על פי הוראה מפורשת בדין. ההגבלה על יכולת האסיר להעביר דגימת זרע להפרייה מלאכותית אינה מתחייבת מעצם המאסר, ואין הוראת חוק האוסרת עליה או מגבילה אותה. בהעדר הוראת חוק מפורשת כזו, ובהעדר נימוק בטחוני או משמעותי המצדיק הגבלה כזו, אין מקום לשלול את בקשתו של עמיר להעביר דגימת זרע לבת זוגו. במהלך הדיון, הודיעה המדינה כי בכוונת שב"ס לגבש בתקופה הקרובה נוהל כללי בענין העברת דגימות זרע של אסירים לבנות זוגן.

### עמדת המשיבים 2 ו-3

9. טענתם של משיבים 2 ו-3, עמיר ובת זוגו הינה, כי אף בהנחה שהעבירות שעמיר עבר הינן עבירות נפשעות, אין בסיס משפטי או מוסרי לשלול מהם את הזכות להורות. הענישה שנגזרה על עמיר מתמצית בשלילת חירותו לכל ימי חייו, אך אין היא מתפרשת על פני זכות היסוד למשפחה ולהבאת ילדים לעולם, והיא אינה מתירה את הגבלתם בלא שיקול נגדי רב משקל. זכויות האדם של האסיר נשמרות לו ככל שלא קיים אינטרס ציבורי רב-ערך המצדיק את גריעתן, ובמקרה זה לא מתקיים אינטרס כזה. בשיקול טובת הילד, אשר הועלה על ידי העותרים כנימוק לשלילת זכותו של עמיר להעברת דגימת זרע, אין ממש, שכן ברי כי בת הזוג הינה בעלת מסוגלות הורית מלאה, והנחה זו לא הופרכה.

### הכרעה

10. אסיר עולם, אשר הורשע ברצח נפשע של ראש ממשלה, מבקש לממש את זכות ההולדה, באמצעות העברת דגימת זרע לבת זוגו מחוץ לכלא. שירות בתי הסוהר נענה לבקשתו, תוך הצבת תנאים מסוימים לכך, הקשורים בסדרי המינהל של בית הסוהר. האם נפלו פגמים בהחלטה מינהלית זו המצדיקים את התערבותו של בית משפט זה לשינוייה או לביטולה?

נוכח טיעוני העותרים, ענייננו, איפוא, בבחינת תקפות החלטת הנציב בשני מישורים: מישור הסמכות ומישור שיקול הדעת המינהלי. בהיבט הסמכות, השאלה היא האם נדרשת הסמכה מפורשת בדין לנציב ליתן היתר להעברת דגימות זרע של אסיר לבת זוגו מחוץ לכלא. בהיבט שיקול הדעת, השאלה היא האם ההחלטה סבירה ומידתית; האם נלקחו בחשבון כל השיקולים הרלבנטיים והם בלבד? האם האיזון בין השיקולים הרלבנטיים ראוי ומידתי, בשים לב לכך שמדובר בזכות יסוד שפגיעה בה טעונה עמידה במבחני פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אקדים את המאוחר ואומר, כי החלטת הנציב ניתנה בגדר סמכותו, ואין בה חריגה מהכוחות שניתנו לו בדין; ההחלטה לגופה בנויה על שיקולים ענייניים, והינה סבירה ומידתית, ולא נפל בה פגם המצדיק התערבות שיפוטית. אלה טעמי:

### סמכויות הנציב – מיתווה נורמטיבי

11. האם החלטת הנציב להתיר לעמיר העברת דגימת זרע מצויה בגדרי סמכותו על פי הדין? האם נדרשת הסמכה מיוחדת בדין לצורך מתן היתר כזה, שבהעדרה חורג היתר כזה מגדרי סמכותה של הרשות?

אין בדין כיום הסדר סטטוטורי מפורש לענין זכותו של אסיר למסור דגימת זרע לבת זוגו לצורך הפרייתה מחוץ לכלא. עם זאת, קיום הסדר חקיקתי כזה אינו תנאי מוקדם להתרת הדבר מהטעם הבא: על פי עקרונות משפט חוקתיים כלליים, נתונות לאדם בישראל זכויות יסוד חוקתיות. אלה משתקפות, בין היתר, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – "חוק היסוד") המעגן חלק מזכויות האדם ומקנה להם מעמד על-חוקתי. בין זכויות אלה, מצויה זכות האדם לכבוד, וממנה נגזרת הזכות למשפחה ולהורות.

התפיסה החוקתית, שבמרכזה עומדת ההגנה על זכויות אדם, נשענת על ההנחה כי זכויותיו החוקתיות של האדם אינן מוחלטות, ולעיתים אין מנוס מפגיעה בהן כדי להגשים אינטרס ציבורי חיוני נוגד. בנסיבות בהן נוצר מתח בין זכות אדם לבין תכלית ציבורית נוגדת, נדרש שיקולול ביניהם לצורך מציאת נקודת האיזון שתתן ביטוי ליחסיות הראויה של הערכים המתנגשים. מבחניה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד הם המגדירים את אמות המידה לפגיעה המותרת בזכות היסוד, והם כלי עזר חיוני לאיזון הראוי בין הזכות לבין האינטרס הציבורי, שהגשמתו כרוכה מאליה בפגיעה בזכות. כדי שהפגיעה תעמוד במבחן החוקתי הנדרש, עליה להיעשות מכח חוק, להתיישב עם ערכי המדינה, להיות לתכלית ראויה, ולעמוד במבחן המידתיות.

בסיס נורמטיבי-חוקתי זה עומד גם ביסוד התפיסה הראויה של זכויות אסירים שנשפטו למאסר, ובכללם אסירי עולם. כלל הוא כי הענישה הפלילית, ובתוכה מאסר, איננה מפקיעה מאליה את זכויות האדם מן הנענש ומן האסיר, אלא במידה שהגבלתן של אותן זכויות מתחייבת באופן הכרחי מן המאסר, ומתיישבת עם מהות הפגיעה החוקתית המותרת, על פי פסקת ההגבלה.

סמכויותיו של נציב שירות בתי הסוהר הוקנו לו בפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש) תשל"ב-1971. מעבר לסמכויות ספציפיות שהוקנו לרשות המוסמכת במסגרת הפקודה, על שירות בתי הסוהר לעסוק בניהול בתי סוהר, בהבטחת אסירים וכל הכרוך בכך (סעיף 76). בתי הסוהר והסוהרים יהיו בפיקודו ובניהולו של הנציב בכפוף להנחיות השר (סעיף 80). סמכות הנציב משתרעת על ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בכלא, והבטחת פעולתו התקינה של השירות, והוא מוסמך להוציא הוראות כלליות בענין זה. בגדרי סמכותו, כפוף שירות בתי הסוהר לעקרונות כלליים של השיטה החוקתית, וליסודות ההכרה החוקתית בדבר זכויות האדם וזכויות האסירים הנגזרות מכך. המגבלות שהוא מוסמך להטיל על האסירים נובעות מן החוק המסמיך – היא פקודת בתי הסוהר, אך מקום שמגבלות אלה פוגעות בזכויות אדם, עליהן לעמוד גם במבחן החוקתי של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. כאשר מדובר בזכות אדם חוקתית, הנתונה לאדם באשר הוא אדם מכח חוק היסוד, אין לחפש בדין המסמיך את הרשות לכיבודה, אלא ההיפך מכך: במקום שהרשות מבקשת להגבילה, יש לבחון האם נתונה בידיה סמכות לכך, והאם השימוש שנעשה בה מהווה פגיעה חוקתית מותרת על פי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

כפי שיתואר להלן, זכותו של אסיר להורות ולמשפחה הינה זכות אדם חוקתית, שאיננה מופקעת באורח מתחייב מאליו מעצם עונש המאסר אף כי היא עשויה לשאת על גבה מגבלות שונות עקב תנאי המאסר. משכך, אין צורך בקיום הסמכה בדין לנציב שב"ס, להתיר לאסיר לממש היבטים כאלה או אחרים של הזכות למשפחה ולהורות הנתונות לו כפועל יוצא של זכויות אדם מוכרות בישראל. שלילת האפשרות למימוש זכות ההולדה וההורות של האסיר היא הטעונה עמידה במבחני הפגיעה החוקתית המותרת. מצב כזה יתקיים מקום שמול הזכות להורות ולמשפחה של האסיר ניצב ערך נוגד בעל משקל המצדיק גריעה מן הזכות ביחסיות ראויה, בהתחשב במשקלם היחסי של הערכים הנוגדים.

בענייננו, עומדת לעמיר, כמו לכל אסיר, זכות אדם למשפחה ולהורות. הזכות להקים משפחה ולהביא ילדים לעולם לא הופקעה ממנו מעצם הענישה שנגזרה עליו גם אם שלילת החירות הנילווית למאסר שוללת את יכולת האסיר לממש באופן מלא את חיי המשפחה. אין, על כן, צורך בהסמכה מפורשת של נציב שב"ס כדי ליתן ביטוי מעשי למימוש זכות זו, הטמונה במערך זכויות-העל החוקתיות של האדם בישראל.

אילו שלל הנציב את זכות היסוד, היה הדבר מחייב הנחת תשתית של טעמים טובים לפגיעה, והגדרת היקפה על פי מבחני פיסקת ההגבלה.

בצד בחינת ההחלטה מבחינת הסמכות לתיתה, תיבחן גם שאלת סבירותה לאור הטענות שעלו. בחינה זו תתמקד בשאלה האם הרשות שקלה שיקולם ענייניים ואיזנה כראוי בין מכלול השיקולים הרלבנטיים לענין. עקרונית הבחינה החוקתית אוצלים גם על בחינתה של שאלה זו, כפי שיובהר בהמשך.

נבחן ביתר פירוט את יסודות המיתווה הנורמטיבי החלים על ענייננו.

### זכויות אדם חוקתיות והזכות למשפחה ולהורות

12. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן זכויות אדם לכבוד ולחירות ומבטא בכך את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1א). הוא קובע כי אין פוגעים בכבודו של אדם באשר הוא אדם, וכי כל אדם זכאי להגנה על כבודו (סעיפים 2 ו-4); הוא מכיר באפשרות לפגוע בזכויות היסוד החוקתיות של האדם, ובלבד שהפגיעה תעמוד במבחניה של פיסקת ההגבלה (סעיף 8). מבחני פיסקת ההגבלה מתנים את הלגיטימיות החוקתית של הפגיעה בכך שהיא תיעשה בחוק או מכח הסמכה מפורשת בו, וכי היא תתיישב עם ערכי המדינה, תהיה לתכלית ראויה, ולא תעלה על המידה הנדרשת.

בתחומיה של הזכות לכבוד האדם, ניצבת זכותו של האדם למשפחה ולהורות (בג"צ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים) (להלן – "פרשת עדאלה"). הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ נ' ההורים הביולוגיים (תק-על 2005(2) 617; בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פד"י נז"י (1) 419, 447 (להלן – פרשת משפחה חדשה); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פד"י נ"י (4) 661, 719 (להלן – פרשת נחמני)). בתחומיה של זכות האדם לכבוד, מהווה הזכות למשפחה ולהורות זכות חוקתית המוגנת על פי חוק היסוד (השווה גם ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מ"י (1) 1, 17; ע"א

3009/02 פלונית נ' פלוני, פד"י נו(4) 872, 894; ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פד"י מט(1) 221, 235).

במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים. התייחסתי לכך במקום אחר:

“אלה מושכלות יסוד: הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים, הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה להן בחשיבותן ובעוצמתן” (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, דינים עליון ע"ב 286 בפסקה 6 לפסק-דין).

זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצינעת הפרט. “היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו” (פרשת עדאלה, פסק דיני, פסקה 6, ש.ם.).

הלגיטמיות של הפגיעה בזכות להורות ולמשפחה מחייבת עמידה במבחני פיסקת ההגבלה. מבחנים אלה משקפים איזון בין משקלן של זכויות היסוד לבין צרכים וערכים אחרים חיוניים לקיום חיי חברה תקינים. זכויות היסוד, ובתוכן הזכות למשפחה, אינן מוחלטות; הן צומחות ממצאות חיים המחייבת מתן ערך יחסי לזכויות אדם ולאינטרסים אחרים בעלי משקל רב – בין של פרטים אחרים ובין של הציבור. סדר הרמוני בין מכלול אינטרסים אלה הוא תנאי למשטר חוקתי תקין (רע"א 3145/99 בנק לאומי נ' חזן, פד"י נז(5) 385). כדי שפגיעה בזכות אדם תעמוד במבחן החוקתי, עליה להימצא במיתחם האיזונים הראוי, המאזן בין משקלה של הזכות למשקלו של הערך הנגדי. ככל שמעמדה של הזכות החוקתית רם יותר, כך יידרש אינטרס נוגד בעל משקל רב כדי לגרוע מן הזכות או לשוללה (פרשת עדאלה, ש.ם.).

**זכויות אסירים**

13. התפיסה החוקתית המעגנת את זכויות האדם במעמד נורמטיבי עליון מקרינה ואוצלת גם על זכויות האדם של האסיר, ועל יכולתו לממשן במסגרת הכלא. ביסוד השיטה החוקתית בישראל מובנית ההנחה כי אין לשלול או לגרוע מזכויות יסוד הנתונות לאדם אלא אם כן קיים אינטרס נוגד מוכר, פרטי או ציבורי, רב משקל במידה כזו, המצדיק זאת. הנחה זו פועלת גם בתחום ענישת עבריינים. משמעותה היא כי ההגנה על זכויות אדם ניתנת גם לאסירים לאחר ענישתם, ופגיעה בהם אפשרית רק מקום שאינטרס ציבורי נוגד בעל משמעות כבדת משקל, מצדיק זאת. פגיעה כזו מוכרת אך במידה הנדרשת לצורך השגת האינטרס הנוגד, ולא מעבר לכך. ברוח זו נאמר כי:

”חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החפשי... אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה מפני פגיעה בכבודו כאדם”.

(השופט ברק בבג"צ 355/79 קטלן נ' שירותו בתי הסוהר פד"י לד(3) 294, 298 (להלן – פרשת קטלן)).

### הגבלות על זכויות אסירים

14. על פי תפיסת השיטה החוקתית הנוהגת, עברייני הנדון לעונש מאסר אינו מאבד, מיניה וביה, את כל אגד זכויות האדם הנתונות לו. הפגיעה בזכויותיו מוגבלת אך במידה שהיא נדרשת להשגת תכליות שבאינטרס ציבורי רב משקל. על תכליות אלה נמנית, בראש וראשונה, תכלית עונש המאסר, אשר נועד לשלול את חירותו האישית של האסיר למשך תקופת המאסר שנגזרה. בשלילת חירותו האישית, נפגעת זכות יסוד של האסיר, אולם הפגיעה נעשית על פי חוק ההולם את ערכי המדינה; היא נועדה לתכלית ראויה לבודד את העברייני מן החברה לתקופה מוגדרת כדי להגן על בטחון הציבור מפני מימושה של סכנה נוספת מפניו, ולשקמו, וההנחה היא כי הוא עונש מידתי ביחס לחומרת העבירה שנעברה ושאר הנסיבות הרלבנטיות לענין הענישה. הגבלת חירותו של אסיר היא פועל יוצא מהענישה שנגזרה עליו, ולכן הפגיעה בחירות זוכה להגנה חוקתית. מהגבלת החירות האישית, המתלווית למאסר נגזרת פגיעה הכרחית גם בזכויות אדם מסוימות נוספות שאינן ניתנות למימוש עקב כליאתו של אדם מאחורי סורג ובריה. כך, למשל, נפגעת זכותו של אסיר לעיסוק במשלח ידו, למימוש זכות

פרטיותו, ובמידה מסוימת גם זכותו לביטוי, על החירויות הנגזרות ממנה. הפגיעה בזכויות אדם הנלוות למאסר כתוצאה אינהרנטית ממנו מוגבלת אך לפגיעה ההכרחית הנובעת באופן מתחייב משלילת החרות האישית, ולא מעבר לכך.

תכלית אחרת העשויה להצדיק פגיעה בזכות אדם של אסיר קשורה בצורכי ההגנה על ניהולו התקין של בית הסוהר, והבטחת שלומם של יושביו. על הרשות המוסמכת האחריות להטיל הגבלות שונות הנדרשות לניהול מערכת יעיל של החיים בכלא, ובתוכם שמירת הסדר, הבטחון והמשמעת בתחומיו, וכן הגנה על בטחון האסירים, בטחון הסוהרים, ובטחון הציבור מפני הסיכונים הנשקפים מיושבי בית הסוהר (רע"ב 3713/04 פלוני נ' מדינת ישראל; רע"ב 1552/05 חג'אזי נ' מדינת ישראל; רע"ב 8866/04 גור המל נ' שירות בתי הסוהר; ועע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שב"ס פד"י נ(4) 136 (להלן – פרשת אבי חנניה גולן). לצורך השגת התכליות הקשורות בניהולו התקין של שירות בתי הסוהר, מוסמך הנציב ליתן הוראות המקיפות את כל היבטי החיים של האסירים ואלה עשויות, לא אחת, להגביל את האוטונומיה האישית שלהם בתחומים שונים (עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר פד"י נ(4) 492, 499; (להלן – פרשת קונטאר); עע"א 5537/02 מדינת ישראל נ' סרסאוי פד"י נח(1) 374, 379; פרשת אבי חנניה גולן, בעמ' 152 ו-5-172).

תכלית נוספת להגבלות על זכויות אסיר עשויה לנבוע מצרכים אחרים הכרוכים באינטרס ציבורי כללי כבד משקל, שאינו קשור ישירות בסדרי הכלא, כמו למשל צורך הנובע משיקולי בטחון מדינה כלליים הרלבנטיים בעיקר לאסירים בטחוניים. שיקולים מסוג זה עשויים לחייב הטלת מגבלות שונות על אסיר בכלא, אשר אפשר ותפגענה בזכויות אדם הנתונות לו.

מקום שהגבלות המוטלות על ידי הרשות הציבורית פוגעות בזכויות אדם של האסיר והן אינן נובעות באורח מובנה מעצם שלילת חירותו עקב המאסר, עליהן לקיים במהותן את מבחני פסקת ההגבלה כדי להכשירן מבחינה חוקתית. עליהן לעלות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה, להיות מכוונות לתכלית ראויה, ולענות לדרישת המידתיות הראויה.

על פי התפיסה המשפטית הנוהגת, הענישה המטילה על עבריין עונש מאסר, ומאסר עולם בכלל זה, מכוונת במישרין ליטול את חירותו האישית לתקופה הנגזרת. ההגבלות על הזכויות האחרות, בין האינהרנטיות למאסר, ובין אלה שנועדו להשיג

תכליות אחרות, אינן חלק מן התכלית העונשית (עצ"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 206, בג"ץ 114/86 וייל נ' שירותו בתי הסוהר, פ"ד מא(3) 477, 483, פרשת אבי חנניה גולן, בעמ' 152-153, רע"ב 4338/95 חזן נ' שירותו בתי הסוהר, פד"י מט(5) 274, 275-276). ההצדקה החוקתית להטלתן מותנית בקיומה של תכלית ציבורית בעלת משקל מיוחד המכשירה את הפגיעה על פי מבחני פיסקת ההגבלה (פרשת קטלון, בעמ' 298). ככל שזכות האדם הינה בעלת עוצמה גדולה יותר במידרג זכויות האדם, כך נדרשים טעמים חזקים יותר כדי להצדיק את הפגיעה בה (פרשת אבי חנניה גולן, שם, פסקה 13; בג"צ 221/80 דרויש נ' שירותו בתי הסוהר, פד"י לה(1) 536, 546, בג"צ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פד"י מ(19) 567, 573).

ראוי להדגיש כי ההגבלות על זכויות האדם המוטלות על ידי הרשות הציבורית לא נועדו להוסיף מרכיב ענישה לעונש שנגזר. תכליתן אינה להוסיף חומרה לגזירה העונשית שהוטלה על האסיר כמטרה העומדת לעצמה. מטרתן אינה לנקום באסיר על פשעיו, בגינם נגזר עליו עונש מאסר, או להקשות עליו את תנאי מאסרו, כגמול על מעשיו הנפשעים. מקום שזו תכליתן של ההגבלות, הן עלולות שלא לעמוד במבחן החוקתיות, משאין זו תכלית ראויה. הגבלה שאינה מתחייבת מהגשמת תכליות המאסר, ואינה נעוצה באינטרס ציבורי לגיטימי אחר, מהווה, הלכה למעשה, הטלת אמצעי ענישה נוסף על האסיר, בגין העבירה שבה הורשע. הגבלה כזו המוסיפה על מידת העונש שהושת על האסיר, חורגת מסמכות הגבלת זכויות האסירים המוקנית לשירותו בתי הסוהר. היא חורגת מעקרונות הענישה הפלילית, ובראשם עיקרון החוקיות המעוגן בסעיף 1 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, לפיו אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם נקבעו בחוק או על-פיו. התכלית הענישתית מגולמת בעצם נטילת חירות התנועה בבית סוהר, הנקבע על-ידי בית המשפט שגזר את העונש; לאור האמור, אין שירותו בתי הסוהר מוסמך להוסיף אמצעי ענישה על העונש שנגזר (סעיפים 9 ו-10 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001, בג"צ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, פד"י נה(2) 838, 869, וכן: רע"ב 6803/04 אנג"ל נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, פד"י נט(2) 176, 185, רע"ב 9837/03 פלוני נ' ועדת השחרורים, פד"י נח(2) 326, 333).

לעיקרי תפיסה זו של זכויות האסיר בישראל ניתן ביטוי בהלכה הפסוקה לאורך

שנים. בפרשת אבי חנניה גולן (בעמ' 152) אמר בית המשפט (מפי השופט מצא):

"הלכה מושרשת היא עמנו כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר, ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאת 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... הנחת היסוד היא שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר. עם זאת, ברור כי המאסר גם משעה את יכולתו של האסיר לממש חלק מחירויותיו האחרות. ביחס לכמה מאלו, שהיכולת לממשן מותנית בחופש התנועה. השעיית הזכות היא "אינהרנטית" למאסר. חירויות אחרות שמימושן (למצער החלקי) אינו מותנה בחופש התנועה ויכול להיעשות גם בתא או מתאי המאסר, מוסיפות לעמוד לאסיר גם בהיותו בבית הסוהר. אם הרשות חפצה להשעות או להגביל את יכולתו לממש גם חירויות מן הסוג הזה, מוטל עליה להראות כי שמכותה לעשות כן מעוגנת בדין בהוראה מפורשת".

(ראו גם בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פד"י לח(2) 826, 832; בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פד"י מו(5) 72, 81).

### **זכות האסיר לחיי משפחה ולהורות**

15. הענישה הפלילית הכרוכה במאסר לא נועדה, כשלעצמה לפגוע במישרין בזכותו של העבריין לחיי משפחה ולהורות. עם זאת, ברי, כי היכולת הפיזית לקיים חיי משפחה סדירים ולממש בכך את הזכות למשפחה, נמנעת ממנו כפועל יוצא משלילת חירותו האישית, הכרוכה במאסר. הפגיעה ביכולת לממש חיי המשפחה בכלא היא אינהרנטית להגבלת החירות, ולפיכך מצויה במיתחם הפגיעה החוקתית המותרת. בידודו של האסיר מן החברה כדי להגשים את תכליות הענישה גוזר עליו גם בידוד משפחתי מבין זוגו, מילדיו, וממשפחתו במעגל הרחב יותר. אולם גם בהינתן הגבלה אינהרנטית זו למאסר, קיומה של זכות אדם למשפחה ולהורות מחייבת צמצום היקף הפגיעה בה ככל הניתן, ובגבולות ההכרחיים בלבד, כגון בדרך של מתן היתרים מבוקרים לבקורי משפחות אצל אסירים, יציאה לחופשות בהתקיים תנאים מוגדרים, העמדת אמצעים המאפשרים התייחדות בין בני זוג, וכיוצא באלה. בכך, נשמרת מידתיות הפגיעה בזכות האדם, המתחייבת באורח מובנה מעצם שלילת החירות הנילווית למאסר.

הזכות להולדה מובנית בתחומיה של הזכות לחיי משפחה. היא נתונה לכל אדם ואינה נשללת מהאסיר כפועל יוצא ומתחייב מעצם העונש שנגזר עליו. מימושה הלכה למעשה של זכות ההולדה הנתונה לאסיר תלוי בשאלה האם קיים שיקול ציבורי-מערכתי בעל משקל כזה שיש בו כדי להצדיק, בין באורח כללי ובין באורח פרטני, את מניעת מימושה. בעוד מימוש חיי משפחה מלאים נמנע מהאסיר מאחר שאינו מתיישב עם הגבלת החירות שבמאסר, הזכות להולדה ככזו עשויה להתיישב בהתקיים תנאים מסוימים, עם מסגרות של כליאה. מימוש זכות זו עשוי להתיישב, עם הסדרי ההתייחדות בין בני זוג, הניתנים דרך שגרה בכלא בהתקיים תנאים מסוימים, על פי נוהלי שירות בתי הסוהר. בשל הצורך לצמצם את הפגיעה בזכות האדם של האסיר רק לתחום ההכרחי ביותר, הרי מקום שלא ניתן להתיר התייחדות בשל אי קיום התנאים המיקדמיים לכך, עשויה להיוותר בידי האסיר הזכות לממש את הורותו על דרך הזרעה מלאכותית מחוץ לכלא, שאינה מחייבת התייחדות. אפשרות זו מתיישבת עם תכלית הענישה להחזיק את האסיר בבידוד מהחברה, ואינה כרוכה, דרך כלל, בפגיעה במערך שירות בתי הסוהר מבחינת הסדרים והמשאבים הנתונים בידיו. אם בכל זאת נמצא טעם אחר המצדיק את מניעת מימוש הזכות או הגבלתה, עליו להיות טעם כבד משקל שיש בו כדי להצדיק פגיעה בזכות אדם מן המעלה הראשונה, השמורה גם לאסיר.

הזכות להורות הינה זכות אדם המעוגנת בערך כבוד האדם. בערך זה טמונה זכותו של אדם לאוטונומיה אישית ולהגשמת עצמיותו במסגרת הבאת ילדים לעולם. מעמדה של הזכות להורות מטילה על הרשות השלטונית חובה לכבדה ולייחס לה משקל רב במסגרת שיקוליה גם מקום שהמבקש לממשה הינו אסיר עולם בכלא. ההגבלה על הזכות להולדה באמצעות הזרעה מלאכותית של בת הזוג מחוץ לכלא אינה מתחייבת באורח מובנה מהגבלת חירותו של האסיר. עם זאת, כדרכן של זכויות אדם, גם זכות זו אינה מוחלטת, והיא עשויה במקרים מסוימים לסגת מפני אינטרסים כבדי משקל נוגדים. אולם בהינתן עוצמתה של הזכות, מתחייבים טעמים כבדי משקל במיוחד כדי לגבור עליה ולהצדיק פגיעה בה, ועל עקרונות האיזון להתיישב עם תנאיה של פסקת ההגבלה, על מרכיבי התכלית הראויה והמידתיות המעוגנים בה (פרשת משפחה חדשה, בעמ' 445-444).

כבר נאמר כי:

“עלינו לזכור ולהזכיר שכבוד האדם של האסיר הוא ככבודו של כל אדם. המאסר פוגע בחירותו של האסיר, אך אסור שיפגע בכבוד האדם שלו זכות יסוד היא לאסיר שכבודו לא ייפגע ועל כל רשויות השלטון מוטלת חובה

לכבד זכות זו וכן להגן עליה מפני פגיעה... יתר על כן: פגיעה בכבוד האדם של אסיר פוגעת לא רק באסיר אלא גם בדמותה של החברה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיימה. ומדינה הפוגעת בכבוד אסיריה מפרה את חובתה המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את זכויות היסוד של האדם". (השופט מצא בפרשת אבי חנניה גולן, בעמ' 156).

כחברה נאורה, עלינו להבטיח את השמירה על כבוד האסיר, ואת ההגנה על זכויותיו כל עוד אין בכך כדי לסתור את תכליותיו האמיתיות של המאסר, או לעמוד בניגוד לאינטרס ציבורי רב חשיבות המצדיק את הצרת זכויותיו. חובה זו חלה לגבי כל אסיר באשר הוא. כך לגבי אסיר השפוט לתקופה קצרה, וכך הוא לגבי אסיר המרצה מאסר ארוך בגין פשעים חמורים; כך הוא לגבי אסיר עולם שנשפט בגין רצח, ויהא זה רצח על רקע מלחמת כנופיות בעולם התחתון, או רצח של ראש ממשלה. כך הוא לגבי אסיר בטחוני. מסגרת העקרונות אחידה היא לגבי כל אסיר באשר הוא, אף שהחלתם הפרטנית על אסיר זה או אחר עשויה להשתנות ממקרה למקרה בהתאם לתנאים ולנסיבות.

#### סמכות הנציב ליתן היתר להעברת דגימת זרע – מסקנות

16. נקודת המוצא עליה מושתתת העתירה הינה כי כדי שהרשות המוסמכת תתיר לאסיר הליך של הפרייה מלאכותית עם בת זוגו, נדרשת הסמכה מפורשת לכך בחוק, אשר בלעדיה, מתן היתר כזה חורג מהכוחות הנתונים לה על פי החוק. נקודת מוצא זו הינה שגויה ביסודה, ויש בה כדי להפוך סדרי בראשית, ולערער מושכלות יסוד של המשפט הציבורי והחוקתי. שהרי משקנויה לאדם זכות, ולא כל שכן זכות יסוד חוקתית, אין רשות ציבורית זקוקה להסמכה בחוק כדי לקיים את הזכות ולכבדה, אלא ההיפך מכך הוא הנכון: היא נזקקת להסמכה בחוק כדי להגבילה ולפגוע בה, ומקום שהפגיעה מגבילה או שוללת מימוש זכות אדם, עליה לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה כתנאי לתוקפה ולפועלה. כבר בבג"צ 1/49 ב'דרנו נ' שר המשטרה, פד"י ב' 80, בעמ' 82 נפסק (מפי השופט ש.ז. חשין):

"מקום שמבקש מתאונן על כך שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולה מסויימת, אין על המבקש להוכיח כי קיים חוק אשר לפיו חלה על הפקיד הציבורי החובה להרשות לו לעשות את הפעולה, אלא להיפך: על הפקיד הציבורי להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אוסר" (ראו עוד: בג"צ 9/49, יהודה לוי נ' שר הפנים, פ"ד ב' 136, 140,

בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה' 399, 411,  
בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני  
העיר של אזור נתניה, פ"ד ח' 1524, 1532, בג"צ 112/77  
יצחק פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657, 664-663.

בענייננו, לא עולה, איפוא, שאלה האם מוסמך שירות בתי הסוהר להתיר לאסיר לממש את זכותו להורות בדרך של הפרייה מלאכותית אלא, לכל היותר, היתה עשויה לעלות שאלה האם קיימת סמכות להגביל זכות זו, ומה היקפה של הגבלה אפשרית כזו בנתונים המיוחדים של המקרה. שאלה זו אינה עולה כאן באורח ישיר, שכן הרשות המוסמכת הכירה וכיבדה את זכותו של האסיר להורות, ונתנה בכך ביטוי להכרה בזכות האדם למשפחה ולהורות הנשמרת לו, בגבולות האפשריים, גם במסגרת המאסר. היא הכירה בכך כי ההגנה על זכויות האדם ניתנת בגבולות האפשריים לאסיר, כאשר הוא, ובכללו אסיר עולם שנשפט בגין רצח נפשע, וכי היכולת להגביל את הזכות אינה תלויה בטיב העבירה אלא, אם בכלל, בתכליות ציבוריות-מערכתיות שאינן חלק ממטרות הענישה. בנסיבות מקרה זה הנציב פעל במסגרת סמכותו כאשר לא מצא כי קיימים שיקולים מערכתיים או אחרים המצדיקים את הגבלת זכותו של האסיר. החלטתו נשענת על עקרונות יסוד מוכרים של המשפט החוקתי, ונותנת ביטוי לזכות האסיר שלא נמצא מקום להצרתה.

#### **החלטת הרשות הציבורית במבחן הסבירות**

17. בצד טענת העותרים כי החלטת הנציב להתיר לעמיר להעביר דגימת זרע לבת זוגו מחוץ לכלא ניתנה בחריגה מסמכות, נטען על ידם עוד כי החלטה זו אינה עומדת במבחן הסבירות. על פי הטענה, אי הסבירות מתבטאת, בראש ובראשונה, בכך שההיתר לעמיר לממש את זכותו להורות נוגד את המוסר הציבורי ופוגע ברגשות הציבור, מש הוא ניתן לרוצח ראש ממשלה; כן נטען, כי יש במתן ההיתר כדי התעלמות מטובת הילד, אשר עתיד לגדול ללא אב; ואחרון – נטען כי במתן ההיתר לא ערך הנציב בדיקה כוללת של משמעות הדבר לגבי כלל האסירים, ובהעדר נוהל כללי בעניין זה, נהג בדרך המנוגדת לעקרון השוויון בין האסירים.

בחינת סבירות החלטתה של רשות מינהלית מחייבת, בשלב ראשון, בירור האם נשקלו במסגרתה שיקולים רלבנטיים וממין העניין; שנית, נבחנת השאלה האם בהחלטתה איזנה הרשות איזון ראוי בין כל השיקולים שיש להתחשב בהם, והאם נעשה על ידה שיקולול נכון של הערכים המתנגשים, תוך מתן משקל יחסי ראוי לכל אחד מהם. בחינת סבירותה של החלטה מינהלית מותנה, איפוא, באיזון ראוי בין השיקולים

הרלבנטיים (בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מד(2) 485, 4-513; (להלן – פרשת גנור). בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פד"י נא(4) 1, 34; בג"צ 953/87 פורז נ' עיריית תל-אביב, פד"י מב(2) 309; בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פד"י לד(4) 429; בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (טרם פורסם).

במקום שהחלטת הרשות הציבורית פוגעת בזכות אדם, בחינת סבירותה המינהלית של ההחלטה מותנית בעמידתה במבחני פיסקת ההגבלה – ערכים ראויים, תכלית ראויה, ומידתיות ראויה. אמת המידה לאיזון נשאבת מפיסקת ההגבלה (פרשת חורב, פיסקה 54 לפסק דינו של הנשיא ברק). יסודותיה של פיסקת ההגבלה משתלבים באמות המידה שנתגבשו בהילכות המשפט הציבורי לבחינת פגיעה של רשות מינהלית בזכויות יסוד של האדם (בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פד"י מט(4) 94, עמ' 138). "קשר זה בין פסיקת ההגבלה החוקתית לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי – לרבות זכויות אדם שאינן מכוסות בחוקי היסוד – הוא טבעי... התכליות הכלליות הן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התכליות הספציפיות הן "התכלית הראויה" שבפיסקת ההגבלה. עקרון המידתיות הקבוע בחוק היסוד הוא ביטוי נוסף לעקרון הסבירות, על פיו נהגנו גם בעבר לפרש על דבר חקיקה. הנה כי כן, המעבר מהדין הקודם לפיסקת ההגבלה הוא 'נקי' ו'מהיר' ללא כל קושי" (הנשיא ברק בפרשת חורב, שם, עמ' 43).

כאשר החלטה מינהלית פוגעת בזכות אדם חוקתית, נקודת המוצא היא, ראשית, כי הערך הנגדי שלצורך הגשמתו נעשתה הפגיעה, הולם את ערכיה של המדינה; שנית, ערך זה צריך להוות שיקול ענייני רלבנטי החופף במידה רבה לתנאי "התכלית הראויה" שבפיסקת ההגבלה; ולבסוף, שאלה היא, האם באיזון הכולל ניתן משקל יחסי ראוי לזכות האדם מצד אחד, ולערך הנוגד מן הצד האחר; האם נבחרה נקודת איזון המשקללת כראוי את הערכים המתנגשים. זוהי דרישת המידתיות הראויה במובנה החוקתי.

בענייננו, בצידה האחד של משוואת האיזון, עומדת זכותו של אדם, אסיר עולם, לממש את הורותו בדרך של הפריית בת זוגו באמצעות העברת דגימת זרע אל מחוץ לכלא. בקשתו מוגשת על רקע סירוב הרשות הציבורית להתיר לו התייחדות עם בת זוגו נוכח שיקולי בטחון. טוענים העותרים, כי קיימים ערכים נוגדים לזכותו של האסיר להורות שלא ניתן להם משקל, ולכן ההיתר שניתן פסול. ערכים נוגדים אלה, הם בראש וראשונה, פגיעה במוסר הציבורי וברגשות הציבור הכרוכים על פי הטענה במתן היתר לפושע שהורשע ברצח ראש ממשלה להעמיד צאצאים. היתר כזה נוגד את תחושת

ההוקעה הטבעית המפעמת בציבור כלפי עבריין שפל כדוגמתו. הוא פוגע פגיעה חמורה ברגשות הציבור, המוקיע את העבירה הנפשעת ואת העבריין שביצע אותה, והמצפה כי הוא יבלה את שארית ימיו בכלא בבידוד מוחלט, ובלא שינתן לו לממש את זכויותיו למשפחה ולהולדה, או כל סממן מהם.

לא אוכל לקבל עמדה זו. הערכים הנדונים, עליהם משתיתים העותרים את השגתם לענין ההיתר שניתן אינם עומדים במבחן הרלבנטיות המינהלית וביסוד התכלית הראויה על פי פיסקת ההגבלה. רגשות ההוקעה של הציבור את יגאל עמיר על הפשע הנתעב שביצע, הם, כשלעצמם, מובנים וטבעיים, אך הם אינם ממין הענין, ואינם רלבנטיים להגבלת זכותו של האסיר להולדה על דרך הפרייה מלאכותית. הם אינם ל"תכלית ראויה" הנדרשת כתנאי הכרחי לפגיעה בזכות אדם.

אין חולק כי עבירת הרצח שעמיר ביצע ואשר בגינה נדון למאסר עולם, ראויה להוקעתו של הציבור, ותירשם בדברי ימיה של המדינה כאחת העבירות הנוראות שבוצעו על אדמתה מאז ועד עולם. אולם עוצמת חומרתה של העבירה שנעברה, על כל השלכותיה, מצאה את ביטוייה המלא והקונקלוסיבי בענישה הפלילית שנגזרה על עמיר. שיקולי הענישה הנשקלים במסגרת הליך גזר הדין, מצויים בתחומיה של הרשות השיפוטית ובתחומה בלבד, ועם הטלת העונש נתמצתה ענישתו של העבריין. אין זה בגדר סמכותו של שירות בתי הסוהר לענוש את האסיר מעבר לענישה שנגזרה עליו בגזר הדין על דרך צמצום זכויות האדם הנתונות לו גם בהיותו אסיר. טעמים של הוקעת שפלות מעשי העבירה שביצע אינם מספקים היתר לכך. תחושות סלידתו של הציבור מעבריין שנטל חיי אדם ורצח את מנהיגה של המדינה, גם הן אין בכוחן להשפיע, כשלעצמן, על היקף זכויות האדם הנתונות לו בכלא, ועל אופי ההגבלות המותרות לגביהן. מושכלות יסוד של מוסר הציבורי, ותחושת נקם המפעמת בחלק מן הציבור כלפי אסיר זה או אחר, אינם בגדר שיקול רלבנטי או תכלית ראויה למנוע ממנו את מימוש זכות האדם להורות הנתונה לו, כל עוד אין במימוש זה משום פגיעה מערכתית משמעותית בסדרי בית הסוהר, או פגיעה רלבנטית אחרת באינטרס ציבורי רב משקל המצדיק את צמצומה. זכות האדם שמורה גם לאסיר שהורשע בנוראה שבעבירות, וגם ככל שמתעצמת תחושת הסלידה ממעשיו, אין היא יכולה להוות נימוק ענייני להצרת זכויותיו. ההיצמדות לבחינה הדווקנית של תחום הפגיעה המותר בזכות האדם על פי יסודות פסקת ההגבלה היא הנותנת ערובה לכך שההגנה על הזכות לא תידרדר לשטח הפקר; היא המבטיחה, במיוחד במקרים קשים כזה שלפנינו, כי העקרונות החוקתיים יישמרו. מאחר ששיקולי מוסר ציבורי, רגשות הציבור ובמיוחד

ההוקעה העמוקה שרוב הציבור רוחש ליגאל עמיר על מעשהו אינם רלבנטיים להגבלת זכותו להולדה וככאלה אינם לתכלית ראויה, ממילא אין בהם כדי לשמש ערך נוגד ענייני העשוי להתמודד כנגד זכות האסיר לממש את הורותו. משכך, פטורים אנו מהתייחסות לשאלת המידתיות, שהיתה עשויה להתעורר אילו נמצא בשיקולים אלה קשר ענייני רלבנטי להגבלת זכותו של עמיר, שאז היה עולה צורך לשקללם כנגד זכות זו.

ראוי להוסיף בהקשר זה, כי דווקא מאחר שלא ניתנה לעמיר האפשרות להתייחד עם בת זוגו מטעמי בטחון, נותרה אפשרות מימוש הורותו על דרך מתן היתר להזרעה מלאכותית כמוצא אחרון. נסיבות אלה מצדיקות עוד ביתר שאת את החלטת רשויות שב"ס בעניינו של עמיר.

גם טענתם הנוספת של העותרים כי יש למנוע מתן היתר לעמיר בשל נזק הצפוי לטובת הילד שיוולד לבני הזוג, אינה יכולה לשמש עילה תקפה לפגיעה בזכות להורות בנסיבות מקרה זה.

השאלה אימתי עשוי שיקול טובת הילד להצדיק את מניעת הולדתו היא שאלה עמוקה שבתחום ערכי האתיקה והפילוסופיה. השאלה אימתי המשפט מתערב בכך, ואימתי ניתנת לרשות ציבורית סמכות להתערב בזכות האדם להולדה מטעמים שבטובת הילד ומטעמים אחרים, היא קשה ומורכבת עד מאד. הזכות להולדה והזכות להיוולד הם מושגים המצויים במידה רבה בתחומי המוסר והאתיקה הלב-משפטיים. האם ובאלו נסיבות ניתנת לרשות בתי הסוהר סמכות להגביל את הזכות להולדה על רקע שיקולים של טובת הילד היא שאלה קשה וטעונית. כך, למשל, תתכן שאלה אם רשאי שירות בתי הסוהר למנוע התייחדות או מימוש זכות להורות של אסיר נוכח מחלה קשה ומדבקת ממנה הוא סובל, ואשר עלולה לדבוק בבת הזוג ובילוד (ע"א 518/82 זייצוב נ' שאול, פד"י מ(2) 85, 8-127; פרשת נחמני, בעמ' 30-729). האם רשאי הוא להגביל זכות להולדה של אסירות בכלא השפוטות לשנים רבות מהטעם שאין זה ראוי מבחינת טובת הילד, לגדלו בין חומות הכלא, או, לחלופין, לגזור עליו מסירה לאומנה או לאימוץ, או לקרוע אותו מאמו עם הגיעו לגיל מוגדר. האם שיקולים אלה הם בתחום התייחסותו של שב"ס ובגדר מרחב סמכותו? שאלות אלה אינן מחייבות מענה במקרה זה, מן הטעם שבהיבט טובת הילד לא נטען אלא שהוא צפוי להיוולד לאם חד-הורית כאשר האב נדון למאסר לכל שנותיו. נימוק זה בהקשרו הקונקרטי אינו מבוסס. לא הובאו בעניינו כל טעמים שהם המצביעים, לגופם של דברים, על טעמים ממשיים

בגינם עלולה להיגרם פגיעה בטובת ילד שיוולד מהפרייה מלאכותית לבני הזוג עמיר. לא הונח כל יסוד לטענה כי לבת הזוג של עמיר מגבלות כשירות לגדל ילד. יתר על כן, גם גידולו של ילד על ידי אם חד הורית בעוד אביו שפוט למאסר עולם, אינה מצביעה, כשלעצמה, על פגיעה בטובתו, ואין היא מתירה לרשות הציבורית להגביל את זכות ההולדה של הוריו. בחיים בעולם המודרני, החד-הוריות הפכה תופעה נפוצה ומקובלת, ואין בה כשלעצמה משום אינדיקציה לפגיעה בטובת הילד בהיקף ובעוצמה המצדיקים התערבות הרשות הציבורית בדרך הפוגעת בזכותם של פרטים למימוש עצמיותם על ידי הבאת ילדים לעולם. עצם שהותו של אחד ההורים בכלא אינו מהווה, על פניו, עילה לפגוע בזכותם של בני הזוג להורות, ובזכותו של ילד להיוולד מטעמים שבטובתו. יפים לכך דבריו של פרופ' שיפמן בספרו דיני משפחה בישראל, כרך ב', עמ' 156:

... בהזרעה מלאכותית ענין לנו בתכנון הבאתו לעולם של ילד שטרם נולד כדי להגשים ציפיותיהם של אנשים להיות הורים. האם ניתן לקבוע קטגוריות כי עבור אותו ילד נוח לו שלא יולד יותר משיוולד? האם מצבו של אותו ילד יהיה בהכרח כה אומלל, אך באשר נולד למשפחה חד הורית, וכיוון שכך חובה עלינו מראש למנוע הבאתו לעולם?

במקרה זה, לא הונחה תשתית עובדתית המצביעה על פגיעה בטובת הילד העשויה להיגרם בעקבות מתן ההיתר לזוג עמיר. לפיכך לא מתעוררת שאלת איזון ערכים רלבנטיים נוגדים לזכות להורות, ודין טענה זו להידחות.

18. נותרה הטענה לפיה רשויות בית הסוהר לא ערכו בחינה כוללת של סוגיית העברות דגימות זרע על ידי אסירים לבנות זוגם, לא גבשו נוהל כללי לגבי כלל האסירים בענין זה, ולא ערכו את האיזונים הראויים לענין זה ביחס לעניינו של עמיר, המופלה, לדעתם, לטובה ביחס לאסירים אחרים.

טיעוני העותרים גם בענין זה הם כוללניים ואינם מניחים תשתית עובדתית קונקרטית לקיומם של ערכים נוגדים לזכותו של האסיר, המצדיקים את גריעתה או את שלילתה. רשויות שב"ס אמנם הודיעו כי יפעלו להכנת נוהלים כלליים בענין העברת דגימות זרע של אסירים לבנות זוגם לצורך הפרייה מחוץ לכלא. אולם נכונות זו, החשובה לכשעצמה, אינה מעלה ואינה מורידה לענין ההחלטה הפרטנית בעניינו של עמיר, העומדת בסבירותה. מתשובת המדינה עולה כי היא שקלה, בראש וראשונה, כשיקול רלבנטי את זכותו של האסיר להפרייה מלאכותית, ונתנה לזכות זו את עוצמת

משקלה, כראוי לה. אל מול זכותו של האסיר במקרה זה לא עלה צורך ציבורי – מערכת ממשית, שעשוי היה להוות משקל שכנגד שהיה בו כדי להצדיק פגיעה בזכות. שיקולי הבטחון שעמדו ברקע התנגדות שב"ס להתייחדות עמיר עם בת זוגו אינם משחקים כל תפקיד באשר להעברת דגימת זרעו אל מחוץ לכלא, ולא עלה כל טיעון מערכתי לגיטימי אחר שיש בו כדי להצדיק פגיעה או הצרה של זכות האסיר, כאמור.

משלא ניצב אל מול זכות האסיר להורות ערך חשוב נוגד, ממילא לא נדרש כאן איזון מידתי בין שיקולים רלבנטיים נוגדים, ולא נתקיימה תשתית ראויה לפגיעה בזכות האדם של האסיר (פרשת חורב, שם, עמ' 37; פרשת גנור, שם, בעמ' 14-513; בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פד"י נח(5) 807, פסקאות 40 ו-41).

כמו כן, לא הובאו אף כל נתונים קונקרטיים המבססים את טענת העותרים בדבר פגיעה בשוויון בין האסירים עקב מתן ההיתר לעמיר. יתר על כן, מושג השוויון בהקשר זה טעון ומורכב, ועשוי להצדיק אבחנות אפשריות בין סוגי אסירים מבחינת היכולת לממש את זכות ההולדה בתחומי הכלא. כך, למשל, תתכן אבחנה בין יכולת מימוש ההורות של אסירים גברים על ידי העברת דגימות זרע לבנות זוגן לצורך הפרייה וגידול ילדים מחוץ לכלא, שאינה כרוכה באחריות הרשות הציבורית ללידה ולגידול הילד, ואינה מצריכה היערכות מוסדית ותקציבית מיוחדים לכך, לבין יכולתה של הרשות לאפשר באורח נרחב הריון ולידה של אסירות בתחומי הכלא, המעלה שאלות קשות בדבר אופן הגידול והטיפול בילד לאחר לידתו, וכן שאלות הכרוכות במשאבים ותקציבים נדרשים לצורך כך. בנושא זה כרוכות שאלות מוסריות ומעשיות קשות הנוגעות הן לאסירות והן לילדים הנולדים אל גורל קשה. הדעת נותנת, אפוא, כי בתחום זה של מימוש הזכות להורות, עשויה להיות אבחנה לגיטימית בין סוגי אסירים על פי קני מידה שונים, הטעונים עמידה במבחן החוקתי.

לאור האמור, אין ממש בטענת העותרים כי נפל פסול של אי סבירות בהחלטת הנציב להתיר העברת דגימת הזרע של עמיר לרעייתו מחוץ לכלא. שירות בתי הסוהר פעל בהחלטתו על פי חובתו מכח עקרונות משפט כלליים, המכירים בזכות האסיר לממש את זכותו להורות, וראה לאפשר את יישומה בדרך של העברת דגימת זרע לבת הזוג מחוץ לכלא, בהעדר שיקולים נוגדים כבדי משקל, המצדיקים את הגבלת הזכות וצמצומה.

## משפט משווה

### אמנות בינלאומיות ועמדת האו"ם

19. עמדת המשפט הישראלי החוקתי בעניין הנדון, והשלכתו על זכויות אסירי שפוטם תואמת בעיקרה את תפיסת האמנות הבינלאומיות ועמדת האומות המאוחדות. כך הוא ביחס להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם משנת 1948 (להלן: הכרזת זכויות האדם), האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 (להלן: האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות), אשר אושררה בישראל בשנת 1991, וכך הוא באשר לעמדת הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, והעקרונות הבסיסיים שנקבעו במוסדותיה בענייני טיפול באסירים. בהתאם למקורות אלו, זכות ההולדה של האדם מוחזקת כזכות טבעית, וניתן להגבילה רק על פי חוק, בהתאמה לתכליות אמנות זכויות האדם של האו"ם, ומטעמים סבירים על פי נסיבות העניין. באשר לזכויות אסירים, העיקרון הטמון באמנות אלה הוא כי אין להגבילן, מלבד המגבלות המתחייבות באופן הכרחי מעצם הכליאה.

הזכות להקים משפחה

סעיף 16 להכרזת זכויות האדם, קובע את הזכות להינשא ולהקים משפחה.

כך קובע גם סעיף 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.

בפרשנות סעיף זה, קבעה ועדת האו"ם לזכויות אדם, כי משמעות הזכות להקים משפחה במובנה העקרוני הינה הזכות להולדה ולחיים יחדיו (General comment no. 19 (1990)):

"The right to found a family implies, in principle, the possibility to procreate and live together"

הזכות להגנה מפני התערבות שרירותית בחיי המשפחה

סעיף 12 להכרזת זכויות האדם, מעגן את הזכות לפרטיות ולהגנה מפני התערבות שרירותית בחיי המשפחה.

סעיף 17(1), לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, מעגן אף הוא את הזכות לפרטיות ולהגנה מפני התערבות שרירותית בחיי המשפחה:

No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, פירשה, כי אין להגביל זכות זו, אלא בסמכות לפי חוק, בהתאמה לתכליות האמנה, ובסבירות על פי נסיבות העניין. כמו כן, היא ציינה, כי את הביטוי "family", יש לפרש באופן רחב (General Comment no. 16 (1988)).

זכויות אסירים

סעיף 5 להכרזת זכויות האדם, קובע כי:

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

באופן דומה, קובע סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (בין היתר) כי איש לא יהיה נתון לעונש משפיל, וסעיף 10(1) לאמנה זו, קובע כי:

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

ביחס לסעיף זה, קבעה ועדת האו"ם לזכויות אדם, כי אין לפגוע בזכויות נוספות של אדם שחירותו נשללה, מלבד על דרך מגבלות המתחייבות מעצם הכליאה:

"3. ... Thus, not only may persons deprived of their liberty not be subjected to treatment that is contrary to article 7, including medical or scientific experimentation, **but neither may they be subjected to any hardship or constraint other than that resulting from the deprivation of liberty; respect 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"**

(הדגשה לא במקור)

באופן דומה, נקבע במסמך העקרונות הבסיסיים לטיפול באסירים של המרכז לזכויות אדם באו"ם (Basic Principles for the Treatment of Prisoners (1990)) כי:

"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"

**זכויות אדם וזכויות אסירים על פי האמנה האירופאית לזכויות אדם**

20. האמנה האירופאית לזכויות אדם (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)) מסדירה את ההגנה על זכויות אדם באיחוד מדינות אירופה. סעיף 8 באמנה קובע את הזכות לכיבוד הפרטיות וחיי המשפחה, וסעיף 12 קובע את הזכות להינשא ולייסד משפחה:

**Article 8 – Right to respect for private and family life**

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

## Article 12 – Right to marry

Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

ה- *European Prison Rules* של מועצת אירופה משנת 1987, (Recommendation ) No. R(87)3 Council of Europe, מהווים המלצות לכללי מאסר משותפים מינימליים למדינות אירופה, כאשר תפיסת היסוד המובנית בהם היא כי שלילת החירות שבמאסר היא עונש העומד בפני עצמו, ואין להוסיף עליו במסגרת תנאי המאסר שלא לצורך :

64. Imprisonment is by the deprivation of liberty a punishment in itself. The conditions of imprisonment and the prison regimes shall not, therefore, except as incidental to justifiable segregation or the maintenance of discipline, aggravate the suffering inherent in this.

(אשר למרכזיותו של עקרון זה, ראו דברי ההסבר לכללים, פסקה 64, שם). עקרונות אלה תואמים את התפיסה החוקתית שביסוד השיטה המשפטית בישראל. בפרשת *X v. UK (1975) 2 D&R 105*, ביקש אסיר אנגלי כי יאושר לו ביקור של בת-זוגתו. הוועדה האירופאית לזכויות אדם, שקדמה לבית הדין האירופי לזכויות אדם (להלן גם: הוועדה), פסקה כי בהתאם לסעיף 8(2) לאמנה, ניתן למנוע ביקורי בני-זוג של אסירים מטעמים של ביטחון הציבור. בעניין *X v. Switzerland (1978) 13 D&R 241*, עתרו בני-זוג נשואים משוויץ, שהוחזקו בנפרד באותו בית-מעצר לתקופה של כחודשיים, לאפשר להם להתייחד. הוועדה פסקה, כי שיקולים של ביטחון החיים בכלא, עשויים להצדיק מניעת התייחדות של עצירים נשואים. עוד פסקה, כי העצירים נשואים, ועל-כן הקימו כבר משפחה, ומכאן הם זכאים לכיבוד חיי משפחתם בהתאם לסעיף 8, וכן, כי פגיעה בזכות למשפחה שהיא מוצדקת בהתאם לסעיף 8(2), אינה יכולה להיחשב בעת ובעונה אחת הפרה של סעיף 12 הדין בזכות להינשא.

בשני מקרים נוספים שדנו בזכות להינשא, פסקה הוועדה, כי על בתי הסוהר לאפשר לאסירים לממש את זכותם להינשא, שכן הנישואין אינם מטילים סיכון על ביטחון הכלא ( *Hamer v UK (1980) 24 DR 72*, *Draper v UK (1979) 4 EHRR 139*). במסגרת זו, דחתה הוועדה את הטענות לפיו קיום חירות אישית הינו תנאי מוקדם למימוש זכות זו ובהעדרו, אין להכיר בה ( *Hamer*, at pp. 140-143), ואת הטענות שבמאסר מגולם אינטרס ציבורי, המצדיק מניעת נישואיו של מי שנדון למאסר עולם ( *Draper*, at p. 82). החלטה החשובה

במיוחד לענייננו, ניתנה בפרשת *ELH v UK* (1997) 91A D&R 61. באותו מקרה, נתבקש מפגש התייחדות של אסיר עם אשתו, לצורך כניסתה של האישה להריון. נתבקש גם, שהמפגש ייערך בסמוך לניתוח שייערך לאישה, שצפוי היה להגדיל את סיכויי פוריותה למשך זמן קצר בלבד. הוועדה חזרה על הכלל לפיו, על אף שמניעת התייחדות פוגעת בזכות לכיבוד חיי המשפחה שבסעיף 8 לאמנה, הרי שהמניעה מוצדקת לצורך מניעת הפרות סדר וביצוע עבירות, בהתאם לסעיף 8(2), וכי פגיעה מוצדקת לפי הוראה זו, לא תיחשב הפרת הזכות להינשא על פי סעיף 12. יחד עם זאת, הוועדה הוסיפה, כי היא רואה בחיוב רפורמות המתבצעות במספר מדינות אירופאיות, שנועדו להכשיר את בתי הסוהר לקיום מפגשי התייחדות:

"The commission considers that it is particularly important for prisoners to keep and develop family ties to be able better to cope with life in prison and prepare for their return to the community. It therefore notes with sympathy the reform movements in several European countries to improve prison conditions by facilitating 'conjugal visits'" (p. 64).

חשוב מכך, הוועדה הוסיפה, כי בנסיבות המקרה הנדון, מניעת המפגש אינה מהווה הפרה של סעיפים 8 או 12, לאמנה מאחר שהחוק המקומי אינו שולל מהאסיר את האפשרות של הזרעה מלאכותית:

"Commission considers that the same conclusions should be reached under articles 8 and 12 of the convention in the present case, despite the exceptional circumstances invoked by the applicants. Thus, although the first applicant requires major surgery to be able to conceive and this surgery can only be performed when the couple are in a position to attempt conception, **domestic law, as the applicants themselves accept, does not exclude artificial insemination in the case of prisoners...** The commission, therefore, considers that no appearance of a violation of Articles 8 and 12 of the convention is disclosed... (הדגשה לא במקור).

מדברים אלה ניתן, לכאורה, להסיק, כי עמדת הוועדה האירופית לזכויות אדם הינה, כי מניעה מוחלטת של אפשרות האסיר להוליד, אינה חוקתית. יחד עם זאת, התפתחות מעניינת בסוגיה זו,

Dickson v. United Kingdom, no. 22362/04 [2006]. אסיר שנדון למאסר עולם בגין רצח, ביקש, ביחד עם אשתו (אסירה משוחררת, שלה נישא בכלא), גישה לאמצעים להזרעה מלאכותית. בני הזוג טענו, כי במועד השחרור של הבעל מן הכלא, האישה תהיה בת 51, ואם בקשתם לא תיענה, סיכוייהם להולדה יהיו אפסיים. מזכיר המדינה באנגליה סירב לבקשה, תוך שהוא מבהיר את מדיניותו בנושא ההזרעה המלאכותית. בהתאם למדיניות זו, בקשות אסירים להזרעה מלאכותית תיבחנה על בסיס פרטני, והן תיענינה בחיוב, רק בנסיבות יוצאות דופן ("exceptional circumstances"). במסגרת הבחינה יינתן משקל מיוחד למספר שיקולים, ובהם: האם ההזרעה המלאכותית היא האמצעי האפשרי היחיד להולדה; מועד השחרור של האסיר (במועד קרוב במיוחד, ייתכן שההמתנה לשחרור ממילא לא תכביד על האסיר יתר על המידה, ובמועד רחוק במיוחד, ניתן להניח שהאסיר לא יוכל לתפקד כהורה); האם שני ההורים מעוניינים בהליך וכשירים לכך מבחינה רפואית; האם הקשר בין בני הזוג היה יציב טרם המאסר, כך שניתן להניח שהוא ימשיך להיות טוב לאחריו; היכולת הכלכלית של ההורה שיגדל את הילד; והאם, נוכח עברו הפלילי של האסיר ונתונו הרלוונטיים האחרים, קיים אינטרס ציבורי לשלול הימנו את האפשרות להזרעה מלאכותית. מזכיר המדינה קבע, כי אמנם במקרה הנכחי, סירוב לבקשה משמעו שלילת מירב סיכויי ההולדה של בני הזוג; אולם מנגד, השיקולים של חומרת העבירה שבוצעה, והפגיעה בטובת הילד שיגדל שנים רבות ללא אב – גוברים. שופטי הרוב בבית הדין האירופי אימצו את עמדתה של אנגליה. תחילה הם אישרו, כי בהתאם לפסיקה של בית הדין האירופאי, האסירים שומרים על כל זכויותיהם מכוח האמנה (ובכלל זאת הזכות לכיבוד הפרטיות והמשפחה) לבד מהזכות לחירות, ( *Hirst v. the* ) *United Kingdom*, no. 74025/01 §69, ECHR 2005. עם זאת, הגבלת החירות גוררת עמה מטבעה הגבלה על היכולת לממש זכויות נוספות, ועל כן שאלת המפתח היא, האם מהות המגבלה ומידתה, מתיישבות עם האמנה. לשיטתם של שופטי הרוב, במסגרת זו יש להבחין בין התערבות בזכות האסיר לכיבוד המשפחה והפרטיות, לבין פגיעה שמהותה היא אי-מילוי חובה פוזיטיבית המוטלת על המדינה ביחס לאותה זכות. לגישתם, על אף שהגבלות על ביקורי משפחה והתייחדות הוכרו בפסיקותיו הקודמות, כהתערבות בזכויות האסיר ( *Aliiev v. Ukraine*, no. 41220/98, §187-189 [2003]), הרי הגבלת אפשרות האסיר להזרעה מלאכותית, מהווה רק הימנעות מקיום חובה פוזיטיבית החלה על המדינה. ברם, במסגרת קביעת היקף החובות הפוזיטיביות, מוקנה למדינות האמנה מתחם שיקול דעת ( *margin of appreciation* ) נרחב. בהמשך, מאשרים שופטי הרוב את העיקרון לפיו האמנה אינה מתירה שלילה אוטומטית של זכויות אסירים בהתבסס אך על פגיעה בדעת הקהל ( *public opinion* ), אולם אף על פי כן, לגישתם, שיקולים של אמון הציבור במערכת הענישה הינם שיקולים

לגיטימיים במסגרת עיצוב מדיניות בתוככי הכלא. כמו כן, לטעמם, שיקול לגיטימי במסגרת זו הוא שיקול טובת הילד. בהתאם לעקרונות אלו, קבעו שופטי הרוב כי הקריטריונים שנקבעו במדיניות האנגלית אינם שרירותיים או בלתי סבירים. באשר למקרה הקונקרטי, קבעו שופטי הרוב כי בהתאם למתחם שיקול הדעת הרחב, ניתן לייחס לשיקולי אמון הציבור וטובת הילד משקל רב יותר מאשר לפגיעה שבשלילת אפשרות האסיר להביא ילדים לעולם. שלושה שופטים הסתייגו מגישה זו. נשיא בית הדין Casadevall והשופט Garlicki, הדגישו, כי הזכות להולדה הינה זכות חוקתית, המעוגנת באמנה ( *Evans v. the United Kingdom*, no. ) §57, [2006], 6339/05). מכאן, שנגישות האסיר לאמצעי של הזרעה מלאכותית הינה חלק מהזכות לכיבוד חיי המשפחה שבסעיף 8 לאמנה, ובמידה שהזוג נשוי, אזי היא מעוגנת גם בסעיף 12. שופטי המיעוט ציינו כי נקודת המוצא שציינו שופטי הרוב, לפיה הזכויות החוקתיות נותרות בידי האסיר, מלבד הזכות לחירות, הינה נכונה. אולם מכאן משתמעת המסקנה המתבקשת כי פגיעה בזכות ההולדה הינה חוקתית, רק אם היא נגזרת באופן הכרחי מהגבלת החירות. כמו כן, הדגישו שופטי המיעוט כי נקודת המוצא של המדיניות האנגלית שגויה, שכן על פיה, הנגישות להזרעה מלאכותית תינתן רק בנסיבות מיוחדות. זהו היפוכה של הפילוסופיה הבסיסית של זכויות האדם ושל האמנה האירופאית, לפיהן נקודת המוצא היא הזכות, וההגבלה עליה הינה החרגי. הם קבעו כי במקרה הנוכחי, שבו משמעות שלילת הנגישות לאמצעי הזרעה מלאכותית היא שלילת אפשרות ההולדה כליל, אזי שלילת הנגישות אינה מידתית. שופט המיעוט השלישי, הסתייג מעמדת הרוב בשל היעדר ההתחשבות בזכות ההולדה של האם.

נראה כי דעת המיעוט בהליך זה מתיישבת יותר עם תפיסת עקרונות האמנה מהדעה המובעת על ידי הרוב, ועולה בקנה אחד עם יסודות השיטה החוקתית בישראל.

### משפט אנגלי

21. בהתאם לפסיקת בית הלורדים, המאסר נועד להגביל את זכויותיו ואת חירויותיו של האסיר. לפיכך, הוא מגביל את האוטונומיה האישית של האסיר ואת חירויות התנועה שלו. בד בבד, האסיר שומר על כל זכויותיו האזרחיות, מלבד אלו אשר ניטלו ממנו במפורש, או באופן הכרחי מן המאסר:

A sentence of imprisonment is intended to restrict the rights and freedoms of a prisoner. Thus, the prisoner's liberty, personal autonomy, as well as his freedom of movement and association are limited. **On the other hand, it is well established that 'a convicted**



orderly running of a prison, but a part of the penal objective of deprivation of liberty.

בהתאם לכך, לגישת בית המשפט לערעורים, תתכן הצדקה להגבלת הזכות להזרעה מלאכותית מטעמים של אינטרס ציבורי:

A policy which accorded to prisoners in general the right to beget children by artificial insemination would, I believe, raise difficult ethical questions and give rise to legitimate public concern.

שיקול לגיטימי נוסף להגבלת הזכות, לדעתו של בית המשפט באנגליה הינה השיקול של טובת הילד, אשר יגדל כשאחד מהוריו נתון במאסר:

By imprisoning the husband, the state creates the situation where, if the wife is to have a child, that child will, until the husband's release, be brought up in a single parent family. I consider it legitimate, and indeed desirable, that the state should consider the implications of children being brought up in those circumstances when deciding whether or not to have a general policy of facilitating the artificial insemination of the wives of prisoners or of wives who are themselves prisoners.

בית המשפט לערעורים לא דן לעומק בשאלה אימתי תיחשב הגבלה על זכותו של אסיר לבצע הזרעה מלאכותית כבלתי מידתית. יחד עם זאת, ציין, כי כנקודת מוצא, יש להראות שמניעת האפשרות לבצע הזרעה מלאכותית תגרום לא רק לעיכוב מימוש זכות האסיר לייסד משפחה, אלא לשלילתה המוחלטת:

I would simply observe that it seems to me rational that the normal starting point should be a need to demonstrate that, if facilities for artificial insemination are not provided, the founding of a family may not merely be delayed, but prevented altogether.

#### משפט אמריקאי

22. נקודת המוצא במשפט האמריקאי הינה, כי הזכויות החוקתיות של האסירים, נותרות עמם בתוך הכלא:

"Prison walls do not form a barrier separating prison inmates from the protection of the constitution" (*Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 84 (1987)).

לפיכך, נשמרות לאסיר זכויות חוקתיות כגון הזכות להגנה שווה בפני החוק, והזכות להליך הוגן שבתיקון הארבע עשר לחוקה האמריקאית, והזכות לפרטיות. יחד עם זאת, זכויות חוקתיות אחרות, אשר לא מתיישבות עם הכליאה עצמה, אינן נותרות בידי האסיר:

"An inmate does not retain [constitutional] rights inconsistent with proper incarceration" (*Overton v. Bazzetta*, 539 U.S. 126, 132 [2003], *Turner*, *Ibid.* p. 96)

על פי עמדה מחמירה יותר בבית המשפט העליון, הזכויות הניטלות מן האסירים הן רק אלו אשר אינן מתיישבות באופן יסודי עם המאסר ("we have insisted that prisoners be accorded those rights not fundamentally inconsistent with imprisonment *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517, 523 (1984). *itself...*). אולם, הובעה עמדה כי הזכויות המתיישבות עם עצם הכליאה, ניתנות אף הן להגבלה, אם הדבר נעשה לצורך הגשמת מטרת ענישתיות לגיטימיות:

"It is settled that a prison inmate 'retains those [constitutional] rights that are not inconsistent with his status as a prisoner or with the legitimate penological objectives of the corrections system' *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817, 822 (1974)" (*Turner*, *Ibid.* p. 95)

בפסק הדין המנחה בעניין *Turner*, נקבע, כי הסטנדרט המתאים לבחינת הפרת זכויות חוקתיות של אסירים, הינו סטנדרט הבחינה הנמוך ביותר – Rational Basis. הטעם לכך, נעוץ במורכבות משימת ניהול הכלא, והיעדר כלים מתאימים לבית המשפט לעסוק בכך (שם, בעמ' 85, 89). כמו כן, פורטו שם ארבעה מבחנים לבחינת חוקיות הפגיעה, בהתאם לסטנדרט האמור. פסק הדין בעניין *Overton v. Bazzetta*, 539 U.S. 126, 132 [2003], אימץ את המבחנים שנקבעו בפרשת *Turner*, וסיכמם באופן הבא:

"Whether the regulation [affecting a constitutional right that survives incarceration] has a 'valid, rational connection' to a legitimate governmental interest; whether alternative means are open to inmates to exercise the asserted right; what impact an accommodation of the right would have on guards and inmates and prison resources; and whether there are 'ready alternatives' to the regulation" (Ibid. p. 132).

סטנדרט הבחינה האמור יחול גם כאשר הזכות החוקתית הנפגעת היא יסודית ובסיסית וכאשר בנסיבות אחרות היה מופעל מבחן מחמיר יותר ( *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210, 223 ). עם זאת, הגבלות המוטלות בהתבסס על סיווג המעלה חשד לשיקול גזעי, תיבחנה במבחן חוקתי מחמיר – (Strict scrutiny) ( *Johnson v. California*, 543 U.S. 499 ) (2005).

הזכות להולדה, מוכרת במשפט האמריקאי כזכות חוקתית, המצויה בליבה של הזכות לחירות אישית (ראו: *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942)

*Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438, 453 (1972)  
*Carey v. Population* 431 U.S. 678, 685 (1977)

*Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639;  
*Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651 ).

לאור עקרונות אלו, קבע בית המשפט העליון כי הזכות לנישואין תקפה ועומדת גם בעת המאסר (פרשת *Turner* הנדונה). עם זאת, בתי המשפט הפדרליים, סירבו בעקביות, להכיר בזכות לביקור בן הזוג ולהתייחדות כזכות חוקתית ( *Anderson v. Vaskuez* 28 F.3d 104 (9<sup>th</sup> Cir., 1994); *Hernandez v. Coughlin* 18 F.3d 133 (2<sup>nd</sup> Cir., 1994); *Toussaint v. McCarthy* 801 F.2d 1080 (9<sup>th</sup> Cir., 1986) ). השאלה האם העברת זרע של אסיר לצורך הפרייה מלאכותית ומימוש זכותו החוקתית להולדה, מתיישבת או אינה מתיישבת עם עצם המאסר, ומהם התנאים האפשריים להגבלתה טרם הובאה בפני בית המשפט

העליון האמריקאי, אולם בתי משפט אחרים בארצות-הברית, אישרו החלטות מינהליות המגבילות את מימוש הזכות. החלטות אלה מעלות את שאלת התיישבותן עם עקרונות חוקתיים ועם הכללים המהותיים של המשפט הבינלאומי ההסכמי בנושא זה. בפרשת *Goodwin v. Turner*, 908 F.2d 1395 (1990), אישרה ערכאת הערעור הפדראלית של המחוז השמיני, מדיניות המונעת מאסירים את האפשרות להזרעה מלאכותית. נקבע, שאף אם הזכות שורדת את המאסר, יש קשר רציונאלי בין מדיניות זו, לבין חובתו של בית הסוהר לנהוג בכל האסירים באופן שוויוני. הטענה היא, כי בתי הסוהר יהיו מחויבים לאפשר גם לאסירות לממש את זכות ההולדה, ובעקבות זאת אף לדאוג לצרכיהן בעת הריוןן וליילודיהן, וכי עניין זה, יוביל להטלת עלויות משמעותיות על בתי הסוהר, ויחייב את הפניית המשאבים מתכניות חשובות ומצרכי ההבטחה של הכלא. לפיכך, מטעם זה ניתן שלא לאשר הזרעה מלאכותית של בנות זוג של אסירים גברים.

"According to the Bureau's artificial insemination policy statement, if the Bureau were forced to allow male prisoners to procreate, whatever the means, it would have to confer a corresponding benefit on its female prisoners. The significant expansion of medical services to the female population and the additional financial burden of added infant care would have a significant impact on the allocation of prison resources generally and would further undercut the Bureau's limited resources for necessary and important prison programs and security" (p. 1400)

בית המשפט העליון של מדינת ניו-ג'רזי, פסק באופן דומה בעניין *Percy v. State of New Jersey, Department of Corrections* 278 N.J. Supre. 543 (1995), pp. 548-549). שופט המיעוט באותה פרשה, סבר אחרת. לגישתו, הזכות להוליד, בדומה לזכות להינשא, שורדת את המאסר. בנוסף, לגישתו, אין זה לגיטימי לעשות שימוש בעיקרון השוויון, על-מנת לשלול את זכותו החוקתית של אחר (שם, בעמ' 1403-1407). התייחסות מפורטת נוספת לסוגיה זו, מצויה בפרשת *Gerber v. Hickman*, 291 F.3d 617 (2002), בפסק דינה של ערכאת הערעור הפדרלית במחוז השלישי. בעניין זה נפסק בדעת הרוב (של שישה שופטים) כי זכות ההולדה אינה מתיישבת עם מהות המאסר, מכיוון שהמאסר, מטבעו, מפריד את האסיר ממשפחתו ומילדיו. עוד צויין שם, כי הגבלת זכות ההולדה מתיישבת עם המטרות הלגיטימיות של מערכת הענישה, ובכללן הרתעה וגמול.

"..these restrictions or retractions also serve... as reminders that, under our system of justice, deterrence and retribution are factors in addition to correction' " (p. 621)

בהתאם לדברים אלו נפסק, כי הזכות להולדה אינה מתיישבת עם המאסר, גם בהינתן האפשרות לממשה באמצעות העברת זרע להפריה מלאכותית:

"Our conclusion that the right to procreate is inconsistent with incarceration is not dependent on the science of artificial insemination, or on how easy or difficult it is to accomplish. Rather, it is a conclusion that stems from consideration of the nature and goals of the correctional system, including isolating prisoners, deterring crime, punishing offenders, and providing rehabilitation" [p. 622].

בניגוד לכך, סברו חמשת שופטי המיעוט, כי מימוש הזכות להולדה באמצעות הליך שאינו מצריך מפגש אינטימי, אינה יוצרת סיכון ביטחוני, ועל-כן היא מתיישבת עם מהות המאסר, ויש לכבדה:

"[T]he right to intimate association and the right to privacy – are clearly inconsistent with basic attributes of incarceration because of security concerns. Procreation through artificial insemination, however, implicates none of the restrictions on privacy and association that are necessary attributes of incarceration" [p. 624-625].

עוד הטעימו, כי שופטי הרוב לא הראו מדוע הזכות להולדה מנוגדת למטרות הענישה, וככל שכוונתם הייתה לשלול את זכות הולדה כאמצעי עונשי, הרי שהכרעה מעין זו צריכה להיעשות על-ידי המחוקק:

"The majority identifies correctional goals such as isolating prisoners, deterring crime, punishing offenders, and providing rehabilitation that are

supposedly inconsistent with the right to procreate, yet does not explain how the right is inconsistent with any of these goals. If, in fact, the purpose behind prohibiting procreation is to punish offenders, this is a determination that should be made by the legislature, not warden" [p. 626].

נראה, כי דוקא עמדת המיעוט בהליך זה תואמת במהותה את התפיסה שהשתרשה בשיטת המשפט הישראלית לפיה זכויות האדם נותרות בידיו של האסיר ככל שאין בהן סתירה למהותו של המאסר, והגבלתן והצרתן מותרת רק ככל שהדבר נמצא חיוני להשגת אינטרס ציבורי כבד משקל – כגון סדרי בטחון ומשמעת של בית הסוהר, או אינטרס ציבורי חשוב אחר. בהעדר אינטרס כזה, ראוי לכבד את הזכויות הנותרות, ולאפשר את יישומן הלכה למעשה.

### סוף דבר

23. יגאל עמיר היה ונותר אחד הפושעים המוקעים ביותר בתודעה הלאומית הישראלית בדורות האחרונים, אם לא המוקע מכולם. הוא הורשע ברצח ראש ממשלה, והעלה לראשונה להכרת הציבור את האפשרות כי ארוע נורא כזה שבו אזרח ישראלי מן השורה ירצח את מנהיגו, יכול שיתרחש גם בארץ זו. עמיר נענש על ידי מערכת המשפט ככל שהמשפט מחייב, והדין עמו מוצה. אלא, שמיצוי הדין עמו לא הקהה את רגשות ההוקעה כלפיו, על הפגיעה האפלה שפגע בחיי אדם, באדם ששימש סימלו של המשטר הדמוקרטי הריבוני בישראל העצמאית.

עם זאת, מרגע שנגזר דינו של עמיר, והוא הפך אסיר עולם, תמה ונשלמה הענישה. משלב זה, ככל האסירים, מוטלות גם על עמיר מגבלות חירות קשות, ומגבלות נוספות על זכויות האדם הנתונות לו, הנובעות באורח מובנה והכרחי מאובדן חירותו. כמו כן, מוטלות עליו מגבלות נוספות הקשורות במשמעת ובסדר המתחייבים מהחיים בכלא. ניתן על פי הנדרש להטיל עליו גם מגבלות שמקורן בצורכי בטחון המדינה או כאלה הנובעות מצרכים חיוניים אחרים שבאינטרס ציבורי. אולם, מעבר למגבלות אלה, שמורות לו, כלכל אסיר, זכויות אדם בסיסיות שלא הופקעו ממנו עם היכנסו לכלא (השווה על"ע 2531/01 שמעון חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-19, פד"י נח(4) 55, פסקה 19). שומה על הרשות השלטונית לכבד זכויות אלה, ולעשות כל שביכולתה כדי לאפשר את מימושו, אלא אם כנגדן עומדים שיקולים נוגדים שבאינטרס ציבורי שעוצמתם מצדיקה גריעה מזכות האדם. מכלל שיקולים אלה, יפקד שיקול המבקש להחמיר את תנאי החזקתו של אסיר עולם בכלא בשל חומרת פשעו, או המבקש

להגביל את זכויות האדם הנתונות לו, כנקמה על מעלליו. שיקולים אלה אינם ממין הענין, ואינם קבילים.

התפיסה לפיה ניתן לפגוע בזכות להורות הנתונה לאסיר בשל חומרת העבירה שעבר, ונוכח שיקולי הרתעה והוקעה של העברייין, זרה לעקרונות היסוד של הדין הפלילי ותורת הענישה. גישה זו עומדת בסתירה בולטת גם לתפיסה החוקתית השלטת בשיטת המשפט הישראלית. היא אינה מתיישבת עם העקרונות הערכיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואינה מבטאת תכלית ראויה ומידתיות הולמת. כבר ציין בית משפט זה, בהקשר אחר:

“אין להטיל על אסירים ביטחוניים מגבלה על קשר עם אנשים מחוץ לבית הסוהר אם אין היא נדרשת על יסוד שיקולים ביטחוניים או שיקולים ענייניים אחרים, אלא נובעת רק משיקולים של ענישה או נקמנות, או אם היא פוגעת באסיר מעבר למידה הנדרשת על-ידי שיקולים ענייניים” (השופט זמיר בפרשת קונטאר, בעמ' 501 וכן פרשת יגאל עמיר (התייחדות) בעמ' 5).

באשר למימוש זכויות האדם הנותרות בידי אסיר בכלא, דומה מעמדו של עמיר לכל אסיר אחר. בהעדר שיקולים נוגדים כבדי משקל שבאינטרס ציבורי, יש לכבד את זכויות האדם שנותרו בידיו כאסיר עולם ולא לפגוע בהן, וזכות ההורות היא בין הנעלות שבהן. כך החליטה הרשות המוסמכת בענייננו, ובדין עשתה כן.

כיבודן של זכויות אדם וההגנה עליהן עומדים בתשתית התפיסה החוקתית בישראל. ההגנה על זכויות אדם של אסירים בכלא נגזרת ומתחייבת מתפיסה זו. בלא יישומה של הגנה זו הלכה למעשה, ככל שהדבר ניתן, גם על מי שחירותו נשללה כדין, עשוי ערך כבוד האדם להיפגע. כך לגבי כלל האסירים, עבריינים קלים וחמורים כאחד. כך הוא לגבי אסירי עולם שקטלו חיי אדם; הכרת החברה בזכויות האדם השמורות לאסיר, שומרת על כבודו כפרט. אולם לא פחות מכך, נשמר בכך כבודה של החברה כחברה תרבותית המגינה לא רק על זכויות אזרחיה מן השורה, אלא גם על מי שפשע נגדה, ואף בפשע החמור מכל – רצח אדם; וגם מקום שקרבן הרצח סימל בחייו ובמותו את דמותה של החברה הישראלית כחברה דמוקרטית הבנויה על ערכים חוקתיים המקנים בכורה לזכויות האדם.

”אכן, פגיעה בכבוד האדם של אסיר פוגעת לא רק באסיר אלא גם בדמותה של החברה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיימה. מדינה הפוגעת בכבוד אסירה המפירה את חובתה המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את זכויות היסוד של האדם” (דברי השופט מצא בפרשת אבי חנניה גולן, בעמ' 156).

וזאת נזכור: מדינה נאורה נבחנת לא רק ביחס שהיא נותנת לאזרחיה הנאמנים, אלא גם בהתייחסותה לפושעים החיים בקרבה, ובהם הפושעים הניקלים ביותר, המבקשים לערער את יסודותיה הערכיים. במשטר חוקתי ראוי, מטריית זכויות האדם פרושה על כל אדם באשר הוא, לרבות העברייני היושב בכלא, בכפוף לתנאים וסייגים העומדים באמות המידה החוקתיות. הרשות הציבורית פעלה במקרה זה על פי אמות המידה החוקתיות הראויות, והחלטתה נתקבלה כדין.

על יסוד כל האמור, דין העתירה להידחות. צו הביניים שהוצא מבוטל.

בנסיבות הענין, אציע שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

1. אני מסכימה לפסק-דינה של חברתי השופטת פרוקצ'יה וברצוני להוסיף מספר הערות.

עתירה זו עניינה בהחלטת נציב שירות בתי הסוהר מיום 5.3.2006 לאפשר לאסיר העולם יגאל עמיר להוציא זרע אל מחוץ לכותלי בית הסוהר לצורך ביצוע הזרעה מלאכותית בבת זוגו, הגב' לריסה טרימבובלר. כחברתי אף אני סבורה כי יש לדחות את טענת העותרים לפיה נציב שירות בתי הסוהר אינו מוסמך לאפשר העברת זרע כאמור. השאלה בהקשר זה איננה מה מקור הסמכות להתיר את הדבר אלא מכוח איזו סמכות בדין רשאי היה נציב שירות בתי הסוהר להתנגד לבקשתו של האסיר בעניין זה. נראה כי ככל שהחלטת הנציב אינה מגבילה את זכויות האדם של האסיר אלא

מגשימה אותן, עומדת החלטתו בחזקתה כהחלטה שניתנה בסמכות ואין למצוא בה דופי מבחינה זו. שאלה אחרת לחלוטין היא השאלה האם מוטלת על הרשות חובה להפעיל את סמכותה בנדון ומהם הסייגים והמגבלות שהיא רשאית לקבוע בהקשר זה. סוגיות אלו אינן מתעוררות במקרה שלפנינו ועל כן, ניתן להותירן לעת מצוא.

2. אשר לשאלת סבירותה של ההחלטה. העותרים כעותרים ציבוריים ביקשו ליתן בעתירתם ביטוי להרגשת הסלידה שחש הציבור הישראלי כלפי רוצחו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל. לטענתם רעיון הגמול הגלום בענישה הפלילית ראוי לו שיקבל ביטוי גם לאחר גזירת-הדין בעת היותו של הרוצח כלוא מאחורי סורג וברית. על כן, כך לטענתם, אין לאפשר לו להגשים את זכותו להורות. העותרים מוסיפים וטוענים כי החלטת שירות בתי הסוהר לאפשר לבני הזוג טרימבובלר-עמיר הזרעה מלאכותית היא החלטה פסולה מבחינה מוסרית ולגישתם "אדם המבצע פשע כה חמור ראוי שיידע כי לא רק חירותו האישית נשללת – גם זכויות בסיסיות אחרות עלולות להיפגע... הנוטל חיי חברו עלול לגלות שהוא אינו יכול להעניק חיים לצאצאיו". העותרים מדגישים עם זאת כי לא בכל מקרה אין אסיר זכאי להוליד ילדים אך לדעתם "זכות זו אינה עומדת לרוצח עמיר".

3. בספרו שופט בחברה דמוקרטית (2004) עמד הנשיא ברק על כך שמן הראוי שהשופט לא ינתק עצמו מן החברה שבה הוא חי ופועל. וכלשונו:

שפיטה היא צורת חיים שיש בה הסתגרות מה; שיש בה ניתוק מהמאבקים החברתיים והפוליטיים; שיש בה מגבלות על חופש ההתבטאות והתגובה; שיש בה מידה רבה של בדידות והפנמה. אך זו אינה צורת חיים שיש בה ניתוק מהחברה. אין לבנות חומה בין השופט לחברה שהוא פועל בה. השופט הוא חלק מעמו (שם, 52).

אכן, בהיותנו חלק בלתי נפרד מן החברה הישראלית ראוי לנו כי נהיה ערים וקשובים לרגשות הקשים שעורר בציבור מעשה הרצח הנורא שביצע עמיר, ורגשות אלה היטיבו העותרים לבטא בעתירתם. אולם, כשופטים בחברה דמוקרטית אנו מצווים להכריע בעתירה על פי הדין, תוך יישום עקרונות היסוד שעליהם אנו אמונים גם אם הכרעתנו אינה עולה בקנה אחד עם רגשות אלה. בספרו הנזכר לעיל, שרטט הנשיא ברק את הקו החשוב המבדיל בין הצורך לשמור על אמון הציבור בשופטיו לבין היסחפות בלתי מקצועית אחר דעת הקהל ואחר רגשות הציבור, באומרו:

הצורך להבטיח את אמון הציבור, אין פירושו הצורך להבטיח פופולריות. אמון הציבור אין משמעותו נטייה אחר רוחות הנוהגות בציבור. אמון הציבור מובנו אינו הכרעה לפי משאלי דעת קהל. אמון הציבור אינו ריצוי הציבור. אמון הציבור משמעותו אינה פסיקה בניגוד לחוק או בניגוד למצפון כדי להביא לתוצאה שהציבור רוצה בה. נהפוך הוא: אמון הציבור משמעו פסיקה על פי החוק ועל פי מצפוננו של השופט, תהא עמדתו של הציבור לגוף הפסק אשר תהא (שם, 51).

בענייננו ניתן להבין את רגש הנקם הקולקטיבי שמבטאים העותרים נוכח הטראומה הלאומית שחולל עמיר ברצח הפוליטי שביצע. אולם רגש זה אינו יכול להכתיב תוצאה הנוגדת את עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. על פי עקרונות אלה, עליהם עמדה בהרחבה חברתי בפסק דינה, העונש שנגזר על עמיר לפיו הורחק מן החברה ונכלא מאחורי סורג ובריח כאסיר עולם, איננו שולל במובנה את זכותו להורות. לפיכך, אין למצוא חוסר סבירות בהחלטת שירות בתי הסוהר המתירה את העברת הזרע (בסייגים הקבועים בהחלטה), על מנת ליתן לעמיר סיכוי להגשים את זכותו להורות על דרך של הזרעה מלאכותית.

## ש ו פ ט ת

### השופט ס' ג'בראן:

1. מצרף אני את דעתי לדעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה ולנימוקים המופיעים בחוות-דעתה היסודית והמקיפה. יחד עם זאת, לאור מורכבות הסוגיה המונחת לפתחנו, מוצא אני לנכון להוסיף מספר מילים משלי, ולו כדי להציג מזווית שונה ונוספת, את הקשיים שמעורר המקרה דנא.

2. מידי פעם שבות ועולות על שולחן בית-המשפט עתירות הנוגעות לתנאי מאסר ולהגבלות שונות המוטלות על אסירים, המרצים עונשם בין כותלי בית-הסוהר. ברמה התיאורטית, עתירות אלו טומנות בחובן שאלות לא פשוטות באשר לתכלית עונש המאסר. בהקשר זה, ניתן להצביע על שתי גישות עיקריות הניצבות זו כנגד זו. על-פי הגישה האחת (להלן - הגישה הראשונה), תכלית המאסר מתמצית בשלילת חירותו האישית של האסיר, תוך הגבלת חופש תנועתו, עם כליאתו מאחורי סורג ובריח למשך תקופת המאסר שנגזרה עליו. על-פי אותה גישה, הגבלת זכויות אחרות המוקנות לאסיר אינה חלק מן התכלית העונשית. ולעניין זה אין נפקא מינא, אם מדובר בזכויות

שהפגיעה בהן הינה נלווית להגבלת החירות, בשל העובדה שהיכולת לממשן מותנית בחופש התנועה, ובין אם מדובר בזכויות שהפגיעה בהן נעשית לצורך השגת תכליות ציבוריות אחרות, ובכלל זה שמירה על ניהולו התקין של שירות בתי-הסוהר, שיקולי ביטחון ואינטרסים ציבוריים לגיטימיים אחרים (ראו פסקה 14 לחוות-דעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה).

3. על פי הגישה האחרת (להלן - הגישה השנייה), הגבלת זכויות יסוד נוספות הנתונות לאסיר, מלבד הזכות לחופש התנועה, תהא אפשרית באם הדבר מתיישב עם המטרות הלגיטימיות הנוספות העומדות בבסיס תכלית הענישה, ובכללן, בידוד האסיר מן החברה, מיגור הפשע, הרתעה (אישית או כללית), הוקעה של העבריין וגמול (לגבי עילות אלו, ראו תזכיר הצעת חוק העונשין (תיקון - הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ה-2005, המבוסס על חוות-דעתה של הוועדה בראשותו של השופט (בדימוס) א' גולדברג; ביטוי לגישה השנייה ניתן למצוא בדעת הרוב המובאת בפסק הדין *Gerber v. Hickman*, 291 F.3d, 617 (2002), המוזכר בעמוד 33 לחוות-דעתה של חברתי). לשון אחר: אליבא דגישה זו, תכליתו של עונש המאסר המושת על האסיר אינה מתמצית בשליחתו אל מאחורי סורג ובריח כשלעצמה ואין בהגבלת חופש התנועה של האסיר, ובפגיעות בלתי נמנעות אחרות הנלוות לה, כדי לבטא את מלוא הענישה המושתת עליו.

לא למותר לציין, כי ההבחנה בין שתי הגישות האמורות אינה עניין מינוחי או סמנטי בלבד, אלא המדובר בהבדלים היורדים לשורש תכלית הענישה. כך, עשויה להתעורר במלוא עוזה השאלה מדוע פעולת הענישה חייבת לבוא לידי ביטוי אך על דרך של שלילת החירות וחופש התנועה של האסיר ולא באמצעות הגבלת זכויות אחרות. מן הראוי להדגיש, כי ההבחנה בין הגישות השונות השלכה מהותית על היקף ההגנה שניתנת לזכויות האסיר. כך לא נתקשה להבחין, כי בעוד שהגישה הראשונה מביאה לצמצום הפגיעה בזכויות היסוד של האסיר, הרי שהגישה השנייה דווקא מרחיבה את אפשרות הפגיעה בו. במידה רבה ניתן לומר, כי הגישה, לפיה על עונש המאסר ליישם את התכליות השונות שבבסיס הענישה, ובכללן תגמול והרתעה, מביאה לתפיסה אשר גורסת, כי אין בעצם הגבלת חופש התנועה כדי למצות, בכל מקרה ומקרה, את הענישה המוטלת על האסיר. לפי תפיסה זו, על מאסרו של אדם לשקף את מלוא רתיעתה של החברה מהמעשים אותם ביצע האסיר ואת חומרת התייחסותה אליהם. בדרך זו, הרי שאין זו בלבד שהאסיר מושם בשל מעשיו מאחורי סורג ובריח, אלא שעל כליאתו לבטא, בכל מאפייניה, את בידודו והרחקתו מהחברה.

4. נקל לחדד את השוני בין שתי הגישות האמורות באמצעות מספר דוגמאות: ריצוי עונש מאסר בין כותלי בית הסוהר, טומן בחובו, מניה וביה, פגיעה בזכות האסיר למשלוח יד, שכן על האחרון מוטלות מגבלות שונות, המונעות ממנו את אפשרות היציאה מחוץ לתחומי בית הסוהר. אולם, טול למשל מקרה בו מבקש אסיר, אשר ביצע פשעים שעוררו הד ציבורי גדול, לפרסם מן הכלא רומן פרי עטו, המבוסס על סיפור חייו האישי. בהנחה, שכתובת הספר בשעות הפנאי של האסיר אינה פוגעת בניהול התקין של בית הסוהר ואינה פוגעת בשמירה על הסדר והמשמעת בבית המאסר, הרי שעל-פי הגישה הראשונה, אין למנוע מן האסיר את פרסום הספר, תוך מימוש זכויותיו לחופש הביטוי ולחופש העיסוק. במאמר מוסגר, אעיר, כי הצורך לבחון את כתביו של האסיר ולוודא שלא מופיעים בהם פרטים העשויים לפגוע בסדרי בית-הסוהר, עלול להיות הכבדה משמעותית על שירות בתי-הסוהר באופן שיצדיק את מניעת פרסום הספר (השוו וראו, ע"א 4463/94 חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, עמ' 165-166) (להלן - פרשת חנניה גולן). מכל מקום, יש לתת את הדעת לכך, שעל-פי הגישה השנייה, ייתכן וניתן יהיה לפסול את פרסום הספר מסיבות שונות בתכליתן. כך, ניתן יהיה לטעון, כי התכליות העומדות בבסיס עונש המאסר, ובכללן גמול, הוקעת מעשי האסיר ובידודו מן החברה מצדיקות, כי אותו אסיר, אגב שהייתו בכלא ועוד טרם שסיים לרצות עונשו, לא יפיק מביצוע מעשיו הנפשעים רווח כלכלי או יזכה לחשיפה ציבורית נרחבת, כפועל יוצא מפרסום הספר.

דוגמא מעניינת נוספת נוגעת לשאלה באשר לזכות האסיר להשתתף בבחירות לכנסת. בעוד שעל-פי הגישה הראשונה, אין מקום להגביל את זכות האסיר להצביע, כל עוד הדבר אינו פוגע בניהול התקין של בית-הסוהר. הרי שעל-פי הגישה השנייה, ניתן לראות במניעת ההצבעה אמצעי המגלם בחובו את התכלית של בידוד האסיר מן החברה, ואשר נובע מן הרעיון שאין מקום לאפשר לאסיר שהורחק לתקופת מה מן החברה להשפיע על עיצוב משטרה, פניה ודמותה. כאן המקום להעיר, כי ההסדר המאפשר לאסירים לממש את זכות הבחירה שלהם עוגן בארץ בחקיקה (ראו סעיף 116 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969; בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826; פרשת חנניה גולן, עמ' 158-159).

הוא הדבר באשר להגבלות המוטלות על אפשרות האסיר ליצור קשר עם קרובי משפחתו ועם גורמים נוספים מחוץ לבית הכלא, בין אם באמצעות ביקורים בכלא ובין אם על-ידי שליחת מכתבים או התקשרויות טלפון. ניתן לטעון, כי ההגבלות האמורות

הוטלו לא רק בשל הצורך למנוע את הפגיעה בסדרי בית-הסוהר, אלא הן נועדו אף להגשים את התכלית של הרחקת האסיר מן החברה ובידודו.

5. מספר משתנים שונים עשויים להעצים את הפער בין שתי הגישות האמורות. בין יתר המשתנים האמורים ניתן להזכיר את המשתנה הנוגע לחומרת העבירה שביצע האסיר. כך, למשל, בהתאם לגישה השנייה, ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר, הרי שמידת סלידתה של החברה ממעשיו של האסיר הינה גדולה יותר, ועליה להשתקף במידה משמעותית יותר בענישתו. זאת, בין היתר, דרך מניעת יכולתו לקחת חלק בהגבלת זכויות נוספות אשר מוקנות היו לו כאדם בן-חורין.

6. ניתן לומר, כי טענות העותרים נסמכות במידה רבה על הגישה השנייה. לפי הנטען בעתירה, בהתייחסה לבקשתו של מי שביצע עבירה כה נפשעת וחמורה, דוגמת המשיב 2, שיותר לו להעמיד צאצאים, על הרשות המוסמכת לשקול שיקולים החורגים מהשלכות הבקשה על עצם היכולת להחזיקו מאחורי סורג ובריח ולהעמיד אל מול הפגיעה בזכויותיו גם את עקרונות התגמול וההרתעה העומדים בבסיס ענישתו. וכן, מבקשים הם, כי הרשות המינהלית תתחשב אף ברגשות ההוקעה העמוקים שחשים אזרחי המדינה כלפי מעשיו הנפשעים, כבואה להחליט האם יש מקום לאפשר הזרעה מלאכותית בבת-זוגו. משכך, מבקשים העותרים לטעון, כי אין לאפשר למי שביצע מעשה כה חמור כנגד החברה הישראלית, לממש את זכותו להקים משפחה בישראל.

7. אלא, שכאמור בחוות-דעותיהן של חברותיי, הדרך בה מבקשים העותרים לצעוד אינה דרכה של שיטת המשפט הישראלית. שכן, הגישה הראשונה שהוצגה לעיל, היא אשר קנתה לה ברבות השנים אחיזה איתנה בפסיקתנו. יפים לעניין זה דבריו של בית-משפט זה בפרשת חנניה גולן, המצוטטים בחוות-דעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה:

“הנחת היסוד היא, שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר. עם זאת ברור, כי המאסר גם משעה את יכולתו של האסיר לממש חלק מחירויותיו האחרות. ביחס לכמה מאלו, שהיכולת לממשן מותנית בחופש התנועה, השעיית הזכות היא “אינהרנטית” למאסר. חירויות אחרות, שמיושן (למצער החלקי) אינו מותנה בחופש התנועה ויכול להיעשות גם בתא (או מתא) המאסר, מוסיפות לעמוד לאסיר גם בהיותו בבית הסוהר” (שם, בעמ' 152; כן ראו האסמכתאות המופיעות שם).

או כפי שהיטבה לבטא זאת חברתי במילותיה שלה:

”ראוי להדגיש כי ההגבלות על זכויות האדם המוטלות על ידי הרשות הציבורית לא נועדו להוסיף מרכיב ענישה לעונש שנגזר. תכליתן אינה להוסיף חומרה לגזירה העונשית שהוטלה על האסיר כמטרה העומדת לעצמה. מטרתן אינה לנקום באסיר על פשעיו, בגינם נגזר עליו עונש מאסר, או להקשות עליו את תנאי מאסרו, כגמול על מעשיו הנפשעים” (פיסקה 14 לחוות-דעתה של השופטת א’ פרוקצ’יה).

8. אמנם, ניתן למצוא גם בפסיקה הישראלית מקרים, בהם נדמה, כי שלילת זכויותיו של האסיר נעשתה, בפועל, כחלק מענישתו. בהקשר זה, ניתן לציין את הדוגמאות הבאות: סירוב מנהל בית הכלא לאפשר לאסיר לעשות שימוש ב”כובת מין” בכדי לפרוק את לחציו וכתחליף לקיום יחסי אישות (בג”ץ 4338/95 חזן נ’ שירותו בתי הסוהר, פ”ד מט(5) 274; מניעת הכנסת ספר, שנקבע כי הוא בעל תוכן מתסיס ומסית, לתוך תחומי הכלא (בג”ץ 543/76 פרנקל נ’ שירותו בתי הסוהר, פ”ד לב(2) 207); ההחלטה שלא לספק לאסירים שובתי רעב מלח ואבקת חלב ולהוציא מוצרים אלו מתאיהם, תוך שנקבע, כי הזכות לאפשר לאסיר להשתתף בשביתת רעב אינה נמנית עם הזכויות המוקנות לו בעת שהוא כלוא בכלא (בג”ץ 7837/04 בורגאל נ’ שירותו בתי הסוהר, פ”ד נט(3) 97); איסור על אסירים בטחונים להחזיק במקלטי רדיו (בג”ץ 96/80 אלמעבי נ’ שירותו בתי הסוהר, פ”ד לד(3) 25). כמובן שניתן להצביע על דוגמאות רבות נוספות, אולם מפאת קוצר היריעה, אמנע מלהציגם. אלא, שחשוב לשים-לב, כי בכל אותם המקרים מדובר היה בהגבלת זכויותיו של האסיר, אשר נבעה מתוך העיקרון, לפיו עונשו מתמצה בעצם שליחתו אל מאחורי סורג ובריח, כשכל הגבלה נוספת נועדה לשרת את צרכי המאסר בלבד. כך, בכל אותם דוגמאות שאוזכרו לעיל, הגבלת הזכויות הנוספות נעשתה בכדי להבטיח את ניהולו התקין של בית-הסוהר ואת סדרי המשמעת והביטחון בכלא. יחד עם זאת, בכדי שהלכות אלו - באשר לחשיבות שמירת זכויות האדם המוקנות לאסיר - לא תרוקנה מתוכן, שומה על בית-המשפט לוודא, כי שירותו בתי-הסוהר אינו עושה שימוש שלא כדין בסמכותו לשמור על אורח החיים התקין בכלא כאמצעי להגבלת זכויות נוספות של אסירים, אף מקום בו הדבר אינו הכרחי. יפים לעניין זה דבריו של השופט ח’ כהן בבג”ץ 144/74 לבנה נ’ נציבות שירותו בתי-הסוהר, פ”ד כח(2) 686:

”רעות רבות, הכרוכות בהכרח בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל כל נוסף על הרעות ההכרחיות שאין למנען מגבלות ופגיעות שאין בהן לא

צורך ולא הצדקה. הסמכויות המוקנות למנהלי בתי-  
הסוהר לקיים סדר ומשמעת חייבות להיות רחבות מאד ;  
אבל מה שהסמכות רחבה יותר, הפיתוי גדול יותר  
להשתמש בה שלא לצורך וללא הצדקה של ממש".

9. ראוי בשלב זה לציין שתי נקודות נוספות. ראשית, ניתן להזכיר קיומם של  
אירועים, אליהם ניתן אולי להתייחס כמבטאים את הגישה השנייה. המדובר, במקרים  
בהם מאפיינים מסוימים של עונש המאסר משקפים במידת מה תכליות מעבר לאלו  
הנוגעות להגבלת החירות. כך למשל סעיף 9 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-  
2001, קובע, כי בין השיקולים שיש לשקול בבחינת השאלה של שחרורו המוקדם של  
אסיר ממאסר נמצאים שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה, סוגה, נסיבות ביצועה,  
היקפה ותוצאותיה, וכן שיקולים הנוגעים לעברו הפלילי של האסיר. יתרה מכך, סעיף  
10(א) לאותו חוק, מורה, כי:

"במקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות שבהם סברה  
הועדה כי שחרורו של האסיר על-תנאי יפגע במידה  
חמורה באמון הציבור במערכת המשפט, אכיפת החוק  
ובהרתעת הרבים, משנוצר יחס בלתי סביר בין חומרת  
העבירה, נסיבותיה והעונש שנגזר על האסיר לבין  
תקופת המאסר שיישא האסיר בפועל אם ישוחרר,  
רשאית הועדה להביא בחשבון גם נתונים אלה  
בהחלטתה".

דוגמא נוספת לכך ניתן למצוא בחובה המוטלת על כל אסיר לעבוד במסגרת  
עונש המאסר שהוטל עליו (סעיף 48 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, יחד עם סעיף 25  
לפקודת בתי-הסוהר [נוסח חדש] (להלן – הפקודה)). בהתאם לאמור בסעיף 56(30)  
סירוב אסיר לעבוד יגרור אחריו עונשים המנויים בסעיף 58 לפקודה. כך, הגם  
שהרציונאליים העומדים בבסיס הוראה זו הינם רציונאליים המכוונים לשיקומו של  
האסיר, הרי שיש בהם משום התנגשות ברצונו החופשי.

עם זאת, חשוב לציין, כי בכל הדוגמאות הללו ובאחרות הנוספות להן הפגיעה  
באסיר מעבר לעצם החזקתו במאסר עוגנה בדין בהוראה מפורשת (ראו למשל, פרשת  
חנניה גולן, עמ' 152). שונה הוא הדבר כאשר נציב שירות בתי-הסוהר מבקש לפגוע  
בזכויות נוספות שאינן אינהרנטיות לשלילת החירות מבלי שסמכות זו מוקנית לו  
בצורה מפורשת בחוק.

10. שנית, קיימת קטגוריה נוספת של מקרים בהם, לחומרת העבירה או לעובדה שאסיר לא הביע חרטה על מעשיו, מיוחסת לכאורה השפעה על היקף הפגיעה בזכויות, שאינן בהכרח אינהרנטיות לשלילת חירותו. הגם שהנסיבות המתייחסות לחומרת העבירה אינן מהוות כשלעצמן סיבה מוצדקת לפגיעה בזכויות האסיר, הרי שהן עשויות ללמד על הסיכון הנשקף הימנו, ואגב כך להצדיק הטלת מגבלות נוספות הפוגעות בזכויות היסוד הנתונות לו. עם זאת, חשוב לתת את הדעת לכך, שאין מדובר בהמשך ענישה או בענישה נוספת בשל נסיבות אלו, אלא בפגיעה הנלווית לעצם עונש המאסר (השוו וראו, ע"א 4714/04 עמיר נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם)).

11. לסיכום, כפי שהקדמתי וציינתי בפתח דבריי, מסכים אני עם דעת חברותיי, כי בנסיבות המקרה הנוכחי לא היה כל מקום למנוע מהמשיב 2 לממש את זכותו להביא צאצאים באמצעות הזרעה מלאכותית. יחד עם זאת, מצאתי לנכון להוסיף את הדברים הללו, כדי לנסות למקד את הקושי בסוגיה שבפנינו ולהבהיר מדוע גם כאשר מדובר במי שביצע את אחד מן הפשעים הנתעבים בהיסטוריה של מדינתנו, שומה עלינו להמשיך ולדבוק בעקרונות אשר נמצאים בבסיס תפיסתנו המשפטית.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"ז בסיון תשס"ו (13.6.06).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת