

- העותרים:**
1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של דר' לוטה זלצברגר
 3. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או רחל בנזימן
ו/או הדס תגרי ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא
ו/או מיכל פינצ'וק ו/או לילה מרגלית ו/או נטע עמר
ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס
ו/או נעה שטיין ו/או סוניה בולוס
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 35401, ירושלים 91352
טל': 02-6521218 ; פקס: 02-6521219

- נגד -

- המשיבים:**
1. השר לביטחון פנים
 2. שירות בתי הסוהר

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 20.2.03 מוגשת בזאת עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע, כי תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן: התקנה) בטלה או מדוע לא תבוטל.

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי

1. עתירה זו עוסקת בנוסחה החדש של התקנה, אשר פורסם ביום 19.12.02, המאפשרת מניעת פגישה בין אסיר לעורך דינו.
2. באוגוסט 2001 הגישו העותרים ביחד עם שני עו"ד עתירה (בג"צ 6631/01 ח'אלד קוזמאר, עו"ד, ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח') נגד מדיניות שירות בתי הסוהר ומשטרת ישראל בכל הנוגע להגבלות על מפגשי עו"ד-לקוח ודרכי קיומם.
3. ביום 9.12.01, אך יום לפני הדיון בבג"צ 6631/01, חתם המשיב 1 (להלן - השר) על נוסח חדש לתקנה, שנוסחה כדלהלן:

"פגישת אסיר עם עורך דין, שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר, אלא אם כן קיים חשד ממשי כי מתן השירות באופן האמור, יאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו או ביטחונו של אדם, את שלום הציבור או את ביטחון המדינה."

התקנה פורסמה בקובץ התקנות ביום 19.12.01.

4. במכתבה מיום 31.12.01 התריעה העותרת 1 בפני השר על אי החוקיות של התקנה, וציינה כי התקנה פוגעת פגיעה קשה בזכויות יסוד של עצורים ואסירים ולכן היא בטלה.
העתק המכתב מצ"ב כנספח ע/1.

5. במכתב מיום 14.1.02, שהגיע לידי העותרת 1 רק ביום 10.2.02, השיבה סגנית היועצת המשפטית של המשרד לבטחון פנים, כי מטרות תיקון התקנה היו בעיקרן: הבהרה, כי מסגרת החיסיון לפגישת עו"ד-לקוח חלה רק על פגישות, שמיועדות ל"קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר", ורק על פגישה של עו"ד עם לקוחו; הבהרת משמעות סודיות הפגישה כך שתערך "שלא בטווח שמיעה", מעבר לדרישה שבנוסח הקודם, לפיה תערך "שלא בנוכחות אדם אחר"; הגבלת הנוסח הגורף בסיפא של התקנה בנוסחה המקורי. כן טענה נציגת השר, כי בסיטואציה, שבה "קיים חשד ממשי" שהפגישה מיועדת לאפשר ביצוע עבירה, לכאורה הפגישה איננה כזו הנכנסת לגדר החיסיון עו"ד-לקוח.

העתק המכתב מצ"ב כנספח ע/2.

6. ביום 14.2.02 הוגשה העתירה המקורית בתיק זה, בה התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי הסיפא של התקנה בטלה.

7. בדיון ביום 11.9.02 הוציא בית המשפט הנכבד צו על תנאי.

8. ביום 19.12.02 פירסם השר נוסח חדש לתקנה 29 כדלקמן:

"(א) פגישת אסיר עם עורך דין, שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר.

(ב) התעורר חשד ממשי כי פגישת אסיר עם עורך דין כאמור בתקנת משנה (א) תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו של אדם או את ביטחונו או את שלום הציבור או את ביטחון המדינה, רשאי הנציב או מנהל בית סוהר להורות על מניעת הפגישה או הפסקתה."

הטיעון המשפטי

9. התקנה החליפה את התקנה, שהותקנה שנה קודם לכן, וזו באה תחת הנוסח הקודם משנת 1978, שקבע כדלקמן:

"פגישות אסיר עם עורך דינו וכן ביקור של אדם שהאסיר ביקש להתקשר עמו בענין מעצרו או הליכים משפטיים, ייערכו שלא בנוכחות אדם אחר במידה שתנאי הבטחון ובטחון המדינה מאפשרים זאת."

תקנה זו איפשרה הצבת סוהר בטווח ראייה, אם צרכי הבטחון או בטחון המדינה חייבו זאת, הא ותו לא.

10. תקנת משנה (ב) בטלה בהיותה פוגעת בזכויות היסוד לפגישת אסיר עם עו"ד ולייצוג על ידי עו"ד. התקנה סותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראת חקיקה ראשית, והיא הותקנה בחוסר סמכות.

הפגיעה בזכויות היסוד

11. הלכה פסוקה היא, כי הימצאותו של אדם בבית הסוהר לא שוללת ממנו את זכויות היסוד, למעט כפי שמתחייב מהמאסר :

"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."

השופט אלון בבג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח (2) 826, 832 (ראו גם: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136; בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294).

12. זכותם של עצור ואסיר להיפגש עם עו"ד לפי בחירתם ולהיות מיוצג על ידו היא זכות יסוד :

"לכל עצור הזכות להפגש עם עורך-דין ולהיעוץ עמו. זוהי זכות בעלת אופי חוקתי. היא אחד הביטויים לזכויות האדם של העציר. היא מבטאת "עיקרון גדול" של סדר דין פלילי במדינה דמוקרטית."

בג"צ 6302/92 דר' רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז (1) 209, 212.

13. זכות זו זכתה היום למעמד חוקתי, בהיותה מעוגנת בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו :

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

בג"צ 3412/91 סופיאן עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור תבל עזה, פ"ד מז (2) 843, 847

14. תנאי הכרחי לחוקיותה של תקנה, הפוגעת בזכויות יסוד, הינה הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה כזו (סעיף 8 לחוק היסוד). פקודת בתי הסוהר אינה כוללת הסמכה מפורשת (ואף לא משתמעת, לו די היה בה) לפגוע בזכויות היסוד של אסיר למפגש עם עורך דין בתקנות, ומכאן שהתקנה אינה חוקית.

(לעניין חוסר חוקיותה של תקנה, הפוגעת בזכויות יסוד, ראו לדוגמה : בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337, 358-359; בג"צ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה (4) 581, 595).

סתירה לחקיקה

15. במשמורת בתי הסוהר מצויים הן עצורים עד תום ההליכים, הן אסירים שפוטים, הן עצירים מינהליים והן לוחמים בלתי חוקיים. לכל אחד מאלו מוקנית הזכות להיפגש ביחידות עם עורך דינו.

16. זכותו של עצור עד תום ההליכים להיפגש עם עו"ד מעוגנת בסעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, הקובע בס"ק (א) כי: "עצור זכאי להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו". סעיף 35 לחוק קובע הסדר ממצה למניעת פגישה עם עו"ד, המתייחס אך ורק לחשוד בעבירות בטחון.

17. זכותו של אסיר להיפגש ביחידות עם עורך דינו קבועה בסעיף 45 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, הקובע כי: "אסיר המחכה למשפטו תינתן לו כל אפשרות סבירה להתקשר עם ידידיו ועם יועצו המשפטי".

18. אף לעציר מינהלי הזכות להיפגש ביחידות עם עורך דינו. תקנות סמכויות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981 חלות על עצירים מינהליים, המוחזקים במשמורת שב"ס (ראו הגדרת "המפקד" בתקנה 1). תקנה 12(א) קובעת את זכותו של עציר מינהלי להיפגש עם עורך דין. ההגבלה היחידה על זכות זו קבועה בתקנת משנה (ב): "המפקד, באישור שר הבטחון, רשאי שלא להתיר פגישה עם עורך דין כאמור לתקופה שאינה עולה על 15 יום אם שוכנע שטעמים של בטחון המדינה מחייבים זאת".

19. אף לגבי לוחמים בלתי חוקיים נקבע הסדר דומה ובחקיקה ראשית. סעיף 6(א) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 קובע כדלקמן:

"הכלוא רשאי להיפגש עם עורך דין במועד המוקדם האפשרי שבו ניתן לקיים את הפגישה בלי לפגוע בצרכי בטחון המדינה, אך לא יאוחר משבעה ימים בטרם הבאתו לפני שופט בית המשפט המחוזי, בהתאם להוראת סעיף 5(א)".

הסדר זהה נקבע בתקנה 13(א) לתקנות לוחמים בלתי חוקיים (תנאי כליאה), התשס"ב-2002, החלות על מי שכלוא בבית סוהר (ראו הגדרת "מקום מעצר" בתקנה 1). התקנה קובעת, כי מנהל בית הסוהר יתיר את הפגישה בין הכלוא לבין עוה"ד באותם התנאים שנקבעו בסעיף 6(א) לחוק. משמע, צורכי בטחון המדינה יש בכוחם לדחות את מועד הפגישה, אך לא למנעה.

20. הן לגבי עצירים מינהליים והן לגבי לוחמים בלתי חוקיים קיימת סמכות להגביל את ייצוגם לעו"ד, שאושר לשמש כסניגור בבתי הדין הצבאיים באישור בלתי מסוייג לפי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (סעיף 8(ב) לחוק סמכויות שעת חירום ומעצרים), התשל"ט-1979 וסעיף 6(ב) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002). במקרה כזה נקבע בתקנות, כי מפקד בית הסוהר יתיר את הפגישה בין הכלוא לבין עוה"ד רק לאחר שהאחרון הציג את האישור הבלתי מסוייג (תקנה 12(א) לתקנות סמכויות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981 ותקנה 13(ב) לתקנות לוחמים בלתי חוקיים (תנאי כליאה), התשס"ב-2002).

21. לפיכך הן לגבי עצורים עד תום ההליכים, הן לגבי עצירים מינהליים והן לגבי לוחמים בלתי חוקיים נקבעו הסדרים מפורטים בחקיקה, המבטיחים את זכות היסוד לפגישה בין כלוא לבין עו"ד והקובעים את ההגבלות עליה. אלה הם הסדרים ממצים, ובהיותם הסדרים ספציפיים התקנה כלל אינה חלה לגבי אוכלוסיות הכלואים, שעניינם נקבע בהסדרים אלה. יחד עם זאת אם וככל שהמשיבים סבורים אחרת, התקנה בטלה בשל כך שהיא פוגעת בזכות יסוד, בניגוד לאמור בחקיקה ראשית (ובמקרה של עצירים מינהליים בחקיקת משנה) ושלא על פי תנאי פיסקת ההגבלה בחוק היסוד.

22. לגבי אסירים שפוטם, הזכות להיפגש עם עו"ד אינה מסוג הזכויות המצומצמות, שעצם טיבו של המאסר מחייב את שלילתן. הפגיעה ביכולתו של אסיר להיפגש עם עורך דינו היא בעלת משנה חומרה בכל הקשור ליכולתו של אסיר, המרצה את עונשו בבית הסוהר, לטפל באמצעות עורך דינו בעניינים, הנוגעים לתנאי מאסרו. מניעת הפגישה עלולה לשלול או להגביל עד מאד את הזכות לפנות לבית המשפט בעתירה, הנוגעת לתנאי המאסר ולזכויות האסיר. אף לאסיר שפוט זכות יסוד להיפגש עם עו"ד, זכות הנגזרת מזכות היסוד להיות מיוצג ע"י עו"ד. זכויות אלה מעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בג"צ 4330/93 גאנס, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233-234). אשר על כן התקנה בטלה הן בשל כך שהותקנה ללא הסמכה מפורשת בחוק והן בשל כך שפגיעתה אינה מידתית.

עמימות ואי סבירות התקנה

23. הטענות בפרק זה נטענות כטיעון חלופי לטענות שפורטו לעיל.

24. המבחן שנכלל בתקנה ("יחשד ממש"י) אינו המבחן הראוי לאיזון שבין זכויות היסוד החיוניות והמהותיות של ייצוג על ידי עו"ד וחיסיון לקוח-עו"ד לבין האינטרס הציבורי. נוסחת האיזון הראויה בעת התנגשות בין זכות יסוד לבין האינטרס של ביטחון הציבור היא מבחן "הודאות הקרובה" להתרחשותו של נזק ממשי וחמור לביטחון הציבור.

(בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז (2) 871; בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 449; אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (1994) 217-227).

25. יתרה מכך, התקנה אינה כוללת הנחיות באשר לאופיו של "החשד הממשי", האמור לאפשר את הפגיעה בזכויות היסוד, ואינה מציינת את חומרת העבירה ואת מידת הפגיעה בבטחון הציבור, המצדיקות את שלילתן.

26. התקנה אינה קובעת הליך שימוע ואינה מטילה חובת הנמקה.

27. התקנה אינה מגבילה את הסמכות בזמן, ואף אינה קובעת עיון תקופתי בחלוף הזמן.

28. התקנה אינה כוללת הליך של ביקורת שיפוטית או הליך ערעור על הפעלת הסמכות המוענקת בה.

29. התקנה מנוסחת בצורה עמומה ובמונחים כלליים, המותירים שיקול דעת רחב וגורף לשירות בתי הסוהר בשלילת זכויות יסוד. הנחיות כלליות כאלו מזמינות הפעלה בלתי עקבית, מפלה ושרירותית של הסמכות, המוענקת בתקנה, ובכך מגדילות את הפגיעה בזכויות היסוד.

30. השוו להוראות המפורטות לגבי החזקה בהפרדה, שנקבעו בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 בשנת 2000 (סעיפים 19א-19יא): סוהר בכיר מוסמך להורות על החזקת אסיר בהפרדה ל-48 שעות, מנהל בית הסוהר מוסמך להאריך את התקופה לתקופות נוספות של 48 שעות עד ל-14 ימים, קצין בדרגת תת גונדר מוסמך להאריך את התקופה לתקופות נוספות של חודש עד לחצי שנה. קיימת חובת שימוע, חובת הנמקה וחובה ליתן החלטה כתובה, שתימסר לאסיר. החזקה בהפרדה לתקופה העולה על ששה חודשים אפשרית אך ורק בהוראת בית משפט, הניתנת לערעור ולעיון חוזר. דבר מערובות פרוצדורליות אלו לא נקבע בתקנה שבענינו.

31. תקנה, הפוגעת בזכויות יסוד והמנוסחת בלשון עמומה וסתומה, בטלה. זאת בשך כך שהיא נוגדת את הטעם העומד בבסיס הדרישה, הקבועה בפיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי הפגיעה תהיה "בחוק" (אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (1994) 505-507).

בארה"ב ובקנדה קבעה הפסיקה, כי חוק סתום, המדבר בלשון רחבה, נוגד את החוקה ועל כן בטל.

Laurence H. Tribe American Constitutional Law (1988) 1022-1024; ראו ארה"ב :
Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479 (1965); Board of Airport Commissioners
Osborne v. of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc., 107 S.Ct. 2658 (1987)
קנדה : Canada (Treasury Board) [1991] 2 S.C.R. 69.

חריגה מסמכות

32. התקנה הותקנה מכוח הסמכות, המוענקת לשר בפקודת בתי הסוהר, והמסמיכה אותו להתקין תקנות לשם ניהולם התקין של בתי הסוהר (סעיף 132(14) ו-17) לפקודת בתי הסוהר). לשם התקנת התקנה, היה על השר להראות צורך מיוחד, הנוגע לתפעולם התקין של בתי הסוהר. קשר כזה איננו קיים, שכן התקנה אינה באה לטפל בבעיה הקשורה לביטחון בתי הסוהר, אלא בבעיה, קשה ככל שתהיה, הנוגעת לביטחון המדינה ולשלום הציבור. על כן מהווה התקנתה חריגה מהסמכות, שהוענקה בפקודת בתי הסוהר להתקין תקנות, הנוגעות לניהולם של בתי הסוהר.

לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו מוחלט.

דן יקיר, עו"ד
ב"כ העותרים