



עת"א 35690/02/17 - אדהם מוסלמאני נגד שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים, מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

02 אפריל 2017

עת"א 35690-02-17 מוסלמאני(אסיר) נ' שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים ואח'

לפני כב' השופט גרשון גונטובניק
עותר

אדהם מוסלמאני (אסיר)
באמצעות ב"כ עו"ד חנא בולוס

נגד
משיבים

1. שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים
2. מדינת ישראל באמצעות ב"כ עו"ד ליאור קורן

החלטה

לפני עתירה נגד החלטת שירות בתי הסוהר (להלן גם: **המשיב**) שלא להעביר את העותר לבית מעצר במחוז חיפה או הצפון.

1. נגד העותר הוגש לבית המשפט המחוזי בחיפה כתב אישום המייחס לו, בין השאר, שתי עבירות רצח. הוא עצור מאז חודש ספטמבר 2015 עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. במרבית תקופת מעצרו שהה העותר בבית מעצר קישון, שבמחוז חיפה, הקרוב לבית המשפט המחוזי בחיפה, והקרוב גם למשרדיו של בא-כוחו. והנה, לפני כחצי שנה הועבר העותר לבית מעצר תל-אביב. לטענתו, הדבר מקשה מאוד על ניהול הגנתו, ועל יכולתו של בא כוחו לפגוש אותו, ולהכינו לדיונים.

העותר פנה בעצמו למפקד האגף בו הוא שוהה כיום, וביקש להעבירו לבית מעצר במחוז חיפה או הצפון, כדי להקל גם על ביקורי בני משפחתו המתגוררים בעכו, אך לא זכה למענה. לאחר מכן פנה בא כוחו בעניין זה ונענה כי ועדת ההעברות של המשיב דחתה את בקשתו מטעמי ביטחון.

על רקע זה טוען העותר כי המשיב לא ייחס את המשקל הראוי לשיקול יכולתו לנהל את הגנתו; מדובר בעצור, שעומדת לו חזקת החפות. זכות הייצוג המשפטי היא זכות יסוד, ויש לאפשר לו תנאים סבירים למפגש עם עורך דין. העותר לא היה מעורב באירועים חריגים ולא נשקפת ממנו כל סכנה, כך שהטיעון הביטחוני שמוצג אינו רלוונטי לעניינו. ממילא הוא שהה מספיק זמן בבית המעצר בתל אביב, והסירוב להעבירו חזרה למחוז חיפה או למחוז הצפון אינו סביר, בנסיבות העניין, דווקא כאשר משפטו צפוי להתנהל. בנוסף, טוען העותר, המשיב לא לקח בחשבון את הקושי של משפחתו, המתגוררת בצפון, לבקר אותו.

2. שירות בתי הסוהר השיב כי לעותר אין זכות קנויה לגבי מקום הכליאה שלו, ולמעלה מן הצורך, עמדת גורמי המודיעין בעניינו מעלה כי בחודש מאי 2016 הוא הועבר לאזור המרכז, לבית מעצר "הדרים" כדי לשמור על שלומו על רקע



מידע שהתקבל. בחודש אוגוסט הוא הועבר מבית המעצר בשל מעורבות בקטטה. הומלץ שלא להעבירו לצפון נוכח המידע על סכסוכיו וכוונות פגיעה בו.

3. קיימתי דיון בעתירה (ביום 29.3.17), במהלכה הוצגו לי המידעים המודיעיניים בעניינו של העותר, וזאת לאחר שבא כוחו הסכים לכך. הגיעה אפוא עת ההכרעה.

4. מהי אמת המידה הראויה, שלאורה יש לבחון את שיקול דעת שירות בתי הסוהר בעניינו של העותר? לשיטת ב"כ המשיב שיקול דעתו צריך להיבחן בהתאם לאמת המידה של הסבירות המינהלית. הוא מפנה לפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"ב 1004/12 **אבוטבול נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו; 2012) (להלן: עניין **אבוטבול**), שם מצאנו את הדברים הבאים (בפסקה 10 להחלטת כב' השופט דנציגר):

בית משפט זה קבע לא אחת כי אין לאסיר, ככלל, זכות קנויה לגבי מקום הכליאה שלו, ונקודת המוצא היא שהחלטה להעבירו לבית כלא אחר אינה פוגעת בזכות יסוד שלו ואינה מבססת עילת תביעה או עתירה. עוד נקבע שהחלטות מסוג זה הן בליבת שיקול הדעת המינהלי-ארגוני של שירות בתי הסוהר, ועל פי רוב לא יתערב בית המשפט בשיקול דעתו של שירות בתי הסוהר בעניינים מסוג זה [...]. החלטות מסוג זה מתבססות על מגוון רחב של שיקולים, בהם שיקולים כלל-מערכתיים כגון חלוקת עומס האסירים וצפיפות המתקנים, כמות הסוהרים במתקנים השונים ושיקולים נוספים מסוג זה, כמו גם שיקולים מודיעיניים הנוגעים לאסיר כזה או אחר ולסכנה הנשקפת לו או ממנו ביחס לאסירים אחרים. התערבותו של בית המשפט בשיקולים מסוג זה תהיה מצומצמת מאד ותישמר למקרים חריגים ביותר. יוער כי שיקולי נוחות של האסיר או נוחותם של בני משפחתו אינם משמשים בדרך כלל שיקול רלוונטי.

הנה כי כן, עניין **אבוטבול** מבסס מתחם סבירות רחב ביותר העומד למשיב בעניינים מעין אלה. לטענת המשיב גישה זו מיושמת באופן שוטף הן ביחס לעתירות אסירים (המשיב הפנה, למשל, לעת"א (מרכז) 34566-07 **ג'רירה (אסיר) נ' שרות בתי הסוהר** (כב' השופטת ברנט; החלטה מיום 19.8.15)) הן ביחס לענייני עצורים (עת"א 42519-01-15 **וזאנה נ' ועדת השחרורים בכלא שיטה ואח'** (כב' השופטת ברנט; החלטה מיום 21.1.15)).

5. לטעמי, עמדת המשיב ביחס למצב הדברים המשפטי אינה עושה חסד עם מורכבות העניין. אכן, מתחם שיקול הדעת, העומד לשירות בתי הסוהר בשאלת הצבתם של אסירים ועצירים הוא רחב מאוד, אך יכול שיצטמצם בהתאם למהותם של השיקולים העומדים על הפרק.

הדברים נכונים באופן כללי ביחס לעילת הסבירות. "כאשר בית המשפט מיישם אותה הלכה למעשה, הוא מתחשב במשתנים המאפיינים את הסמכות ואת הרשות שלה היא מסורה" (דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** 758-757 (כרך שני, 2010)). יש הבדל בין מצב דברים בו עומדת על הפרק זכות אדם לבין מצב דברים שבו עומדת על הפרק פריווילגיה. "שעה שעומדת על הפרק טענה לפגיעה בזכויות אדם, מפעיל בית המשפט ביקורת קפדנית" (גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" **ספר אליהו מצא** 241, 219 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן ג' די, 2015)). כך, למשל, בבריטניה, ששימשה מקור השראה לקליטת הסבירות בשיטתנו המשפטית, החל משנות התשעים של המאה הקודמת הפכה הביקורת השיפוטית העושה שימוש בעילת הסבירות למוקפדת יותר שעה שעל הפרק עמדה פגיעה בזכויות אדם, אז מופעלת "ביקורת קפדנית" (anxious scrutiny) (ראו מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות



אחדות" **ספר אור** 773, 786 (אהרון ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)) או אמת-מידה שזכתה לכינוי בספרות בשם "*super Wednesday*" (!) (שם, שם; הכוונה היא כמובן לפסק הדין הידוע בעניין *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesday* [1948] 1 K.B. 223 (C.A. לפיתוח עילת הסבירות במשפט האנגלו-אמריקאי). כלומר, במסגרת אותה עילה (עילת הסבירות) הונהגו למעשה שתי אמות מידה **שונות** של ביקורת, בהתאם לשאלה האם חלה פגיעה בזכויות אדם אם לאו. זוהי מורכבות המאפיינת את שיטת המשפט הבריטית שקליטתה של עילת המידתיות במסגרתה היא מורכבת, ולא זה המקום להרחיב (ראו למשל (James Goodwin, *The Last defense of Wednesday* (2012) P.L. 445)).

6. בענייננו עומדת על הפרק זכות היסוד להליך הוגן, שהיא זכות בת של הזכות החוקתית לכבוד האדם (אהרון ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** 863 (כרך שני; 2014)). הזכות להליך הוגן, בכל הנוגע להליך הפלילי, כוללת גם את הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך דין (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, 560 (2006); וראו גם קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקאי ופיתוח המשפט הישראלי" **עיוני משפט** יג 557 (1988)). הזכות לייצוג כוללת את הזכות לייצוג אפקטיבי. העותר נאשם בפלילים. הוא מואשם בעבירת הרצח, העבירה החמורה ביותר בספר החוקים. המשפט מתנהל בחיפה; עורך דינו מצוי בחיפה, ואילו העותר מצוי בבית המעצר בתל-אביב-יפו, באופן המקשה על ניהול הגנתו. קושי זה הוא תוצר של החלטת המשיב להציבו שם. החלטה זו פוגעת באיכות הגנתו המשפטית, ומכאן שהיא פוגעת בזכות להליך הוגן.

7. העובדה כי שיקול הדעת המינהלי של שירות בתי הסוהר פוגע בזכות יסוד חוקתית מקרינה ישירות על האופן בו תופעל הביקורת השיפוטית לגביו. אין לנו עוד עניין בבחינה בהתאם למתחם סבירות רחב. עניין **אבוטבול** אינה מתאים לענייננו. כאשר המשיב הסתמך עליו הוא לא הבחין כראוי בין אסירים בין עצורים. לא למותר יהיה להזכיר את הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (שישראל אשררה בשנת 1991 ושנכנסה לתוקפה במקומותינו בשנת 1992). סעיף 10(2)(א) לאמנה קובע: "**אנשים שהאשמו יובדלו למעט בנסיבות חורגות מן הרגיל, מבני אדם שהורשעו, יהיו נתונים ליחס מיוחד המתאים למעמדם כאנשים שלא הורשעו**". דרישה זו הגיונה בצידה. "**מאחר שהעצור הנו בבחינת חף מפשע, אין הצדקה לגיטימית להשתת קשיי הסתגלות למאסר ('כאבי מאסר') עליו. העצור אינו נושא את עונשו במסגרת המעצר**" (גבריאלי הלוי **תורת הדיון הפלילי** 164 (כרך ב', 2011)). על רקע מוטלת חובה על המשיב לאפשר **לעצורים** לנהל את הגנתם המשפטית נגד האישום הפלילי נגדם. חובה זו אינה בגדר מימוש פריווילגיה. זוהי חובה חוקתית, שהיא צידה השני של זכות חוקתית - הזכות להליך הוגן. על כן, על עילת הסבירות הכללית לסגת בנסיבות העניין מפני עילת המידתיות, המתאימה לבחינת פגיעה בזכויות חוקתיות.

8. על רקע כל אלה נשוב ונפנה לבחון את שיקול דעת שירות בתי הסוהר בעניינו של העותר. כיצד הוא מצדיק את ההחלטה למקם את העותר דווקא בבית המעצר בתל-אביב? אם היה מדובר בשיקולי הצבה כלליים, לא היה בכך כדי להצדיק את הפגיעה בזכות היסוד של העותר, אלא שהמשיב מציב בבסיס החלטתו את אחריותו, וחובתו, להגן על חייו של העותר. זהו שיקול כבד משקל. בעניין זה הצטברו מידעים מודיעיניים המבססים סיכון לחייו אם יימצא במתקן מעצר בחיפה או בצפון. קיים מידע כי העותר מסוכסך עם אחרים, ואלה מבקשים לפגוע בו. על רקע זה, העותר הוצב בתל אביב דווקא, כדי שניתן יהיה להגן על חייו. זוהי תכלית ראויה, ללא כל ספק. אך עדיין יש לבחון האם אין אמצעי שפגיעתו בעותר פחותה? יש לבחון עד כמה מבוסס המידע בעניינו של העותר, ועד כמה הוא מגביל את יכולתו של המשיב להציבו במתקני הכליאה השונים בצפון או בחיפה.

ב"כ העותר הסכים כי אע"פ במידעים במעמד צד אחד, וכך עשיתי. התרשמתי כי מדובר במידעים מעודכנים מהעת



האחרונה. מדובר במידעים חמורים, המבססים סכנה מוחשית וברורה לחייו של העותר. כמו כן, עומק הסכסוך והאיומים רלוונטיים לכמה מתקנים בצפון ובחיפה בהם שוהים עצורים. על רקע, נחה דעתי כי אין מקום להתערב בהחלטת המשיב להציג את העורר בבית המעצר בתל-אביב. אשר לקושי של קרובי המשפחה לבקר את העותר, הועברה לעיוני רשימת הביקורים ונראה כי המשפחה, על אף הקושי, מצליחה לבקרו, הלכה למעשה. בנסיבות אלה, מכלול השיקולים מצדיק את הותרתו בבית המעצר בתל-אביב-יפו.

9. יחד עם זאת, כפועל של מצב דברים זה, העותר צפוי לשהות במעברים בהם שוהים עצורים המוסעים למשפטם במחוזות אחרים. מתעורר החשש כי במהלך הסעות אלה לא יוכל ב"כ העורר לפגוש בו, ויבזבז זמן הכנה יקר למשפט הפלילי המתנהל והולך. כאן, יפה הצעד עליו הורה כב' השופט (כתוארו אז) רון שפירא בעת"א (חיפה) 26379-02-12 **ואהיל חייט נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם בנבו; 2012):

יהיה על שב"ס להסדיר אפשרות לעותר להיפגש עם עורכי דינו גם כאשר הוא מוחזק במעברים, וזאת בין ימי הדיונים במשפטו. שב"ס יצטרך להסדיר את אפשרות הפגישה של העותר עם באי כוחו באותם מתקני מעבר, באופן שיאפשר את הכנתו לישיבות ההוכחות הקבועות בעניינו בבית המשפט המחוזי [חיפה], כך שלא תקופח הגנתו עקב שילובו במתקן כליאה כזה או אחר.

בכך ניתן יהיה לצמצם את הפגיעה בזכותו החוקתית של העותר, ולהפכה למידתית יותר. מכאן שיש להורות כאמור כמצוותה של אמת המידה של המידתיות.

10. בכפוף לאמור בפסקה 9 לעיל, העתירה נדחית.

המזכירות מתבקשת לשלוח את החלטתי זו לצדדים ולסגור את התיק.

ניתנה היום, ו' ניסן תשע"ז, 02 אפריל 2017, בהעדר הצדדים.