

## עת"א 35690-02/17 - אדהם מוסלמאני נגד שירות בתי הסוהר-מחלקה האסיר - זימונים, מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

20 אפריל 2017

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

לאו	לבני כב' השופט גרשון גונטובסקי
עוטר	אדהם מוסלמאני (אסיר)
נגד	באמצעות ב"כ ע"ד חנא בולס
משיבים	1. שירות בתי הסוהר-מחלקה האסיר - זימונים 2. מדינת ישראל באמצעות ב"כ ע"ד ליאור קורן

### החלטה

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

1. נגד העוטר הוגש לבית המשפט המחוזי בחיפה כתוב אישום המיחס לו, בין היתר, שתי עבירות רצח. הוא עצור מאז חודש ספטמבר 2015 עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. במרבית תקופת מעצרו שהה העוטר בבית מעצר קישון, שבמחוז חיפה, הקרוב לבית המשפט המחוזי בחיפה, והקרוב גם למשרדיו של בא-כוו. והנה, לפני חצי שנה הועבר העוטר לבית מעצר תל-אביב. לטענתו, הדבר מקשה מאוד על ניהולו הגנתיו, ועל יכולתו של בא כוחו לפגוש אותו, ולהכינו לדיניהם.

העוטר פנה בעצמו למפקד האגף בו הוא שווה כiom, ובקש 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 טען העוטר כי המשיב לא יחס את המשקל הראו לשיקול יכולתו לניהל את הגנתו; מדובר בעצורה, שעומדת לו חזקת החפות. זכות הייצוג המשפטי היא זכות יסוד, ויש לאפשר לו תנאים סבירים למפגש עם עורך דין. העוטר לא היה מעורב באירועים חריגים ולא נשקפת ממנו כל סכנה, כך שהטייעון הביטחוני שמדובר אינו רלוונטי לעניינו. מילא הוא שהה מספיק זמן בבית המעצר בתל אביב, והסירוב להעבירו חוזה למחוז חיפה או למחוז הצפון אינו סביר, בניסיבות העניין, דווקא כאשר משפטו צפוי לה坦נהל. בנוסף, טען העוטר, המשיב לא לך בחשבון את הקשי של משפטו, המתגוררת בצפון, לבקר אותו.

2. שירות בתי הסוהר השיב כי לעוטר אין זכות קניה לגבי מקום הכליאה שלו, ולמעלה מן הצורך, עדמת גורמי המודיעין בעניינו מעלה כי בחודש Mai 2016 הוא הועבר לאזרם המרכז, לבית מעצר "הדרים" כדי לשמור על שלומו על רקע

עמוד 1

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

3. קיימי דין בעירה (ביום 29.3.17), במהלך הוצגו לי המידע המודיעיניים בעניינו של העותר, וזאת לאחר שבא כוחו הסכימים לכך. הגעה אפוא עת ההחלטה.

4. מהי אמת המדינה הרואיה, שלאורה יש לבחון את שיקול דעת שירות בתי הסוהר בעניינו של העותר? לשיטת ב"כ המשיב שיקול דעתו צריך להיבחן בהתאם לאמת המדינה של הסבירות המינימלית. הוא מפנה לפסק דין של בית המשפט העליון בראע"ב 12/2012 **אבטבול נ' מדינת ישראל** (פורסם בנובמבר 2012) (להלן: **ענין אבטבול**), שם מצאנו את הדברים הבאים (בפסקה 10 להחלטת כב' השופט דנציגר):

בית משפט זה קבע לא אחת כי אין לאסיר, כלל, זכות קניה לגבי מקום הכליאה שלו, ונקודת המוצא היא שהחלטה להעבירו לבית כלא אחר אינה פוגעת בזכות יסוד שלו ואינה מבוססת עלת תביעה או עתירה. עוד נקבע שהחלטות מסווג זה הן בלבית שיקול הדעת המינימלי-ארגוני של שירות בתי הסוהר, ועל פי רוב לא יתערב בית המשפט בשיקול דעתו של שירות בתי הסוהר בעניינים מסווג זה [...]. החלטות מסווג זה מתבססות על מגוון רחב של שיקולים, בהם שיקולים כלל-מערכתיים כגון חלוקת עומס האסירים וציפיות המתקנים, כמוות הסוחרים במתקנים השונים ושיקולים נוספים מסוג זה, כמו גם שיקולים מודיעיניים הנוגעים לאסיר כזה או אחר ולסכמה הנשקפת לו או ממנו בגין איסירים אחרים. התערבותו של בית המשפט בשיקולים מסווג זה תהיה מצומצמת מאוד ותשמר לקרים חריגים ביותר. יותר כי שיקולי נוחות של האסיר או נוחותם של בני משפחתו אינם משמשים בדרך כלל שיקול רלוונטי.

הנה כי כן, ענין אבטבול מבסס מתוך סבירות רחב ביותר העומד למשיב בעניינים מעין אלה. לטענת המשיב גישה זו מיושמת באופן שוטף הן בגין איסירים (המשיב הפנה, למשל, לעת"א (מרכז) 34566-07 ג'יריה (אסיר) נ' שירות בתי הסוהר (כב' השופט ברנט; החלטה מיום 19.8.15)) הן בגין עוני עזוריים (עת"א 42519-01-15 זאננה נ' ועדת השחרורים בכלא שיטה ואח' (כב' השופט ברנט; החלטה מיום 21.1.15)).

5. לטעמי, עדמת המשיב בגין למצב הדברים המשפטי אינה עשויה חסד עם מרכיבות העניין. אכן, מתוך שיקול הדעת, העומד לשירות בתי הסוהר בשאלת הצבתם של אסירים ועצירים הוא רחב מאד, אך יכול שיצטמצם בהתאם למוחותם של השיקולים העומדים על הפרק.

הדברים נכונים באופן כללי בגין עלילת הסבירות. "כאשר בית המשפט מיישם אותה הילכה למעשה, הוא מתחשב במקרים המאפיינים את הסמכות ואת הרשות שלה היא מסורת" (דפנה ברק ארץ משפט מינימלי 757-758 (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 טעונה לפגיעה בזכויות אדם, מפעיל בית המשפט ביקורת קפדיות" (גרשון גונטובניק "מחשבות על שיפוט, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" ספר אליהו מצא 219, 241 (אהרן ברק, איליה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן ג'די, 2015)). כך, למשל, בבריטניה, ששימשה מקור השרה לקליטת הנסיבות בשיטתנו המשפטית, החל משנות התשעים של המאה הקודמת הפקה הביקורת השיפוטית העוסקה שימוש בעילת הסבירות לモתקפה יותר שעה שעל הפרק عمده פגעה בזכויות אדם, אז מופעלת "ביקורת קפדיות" (ראו מרגית כהן "עלית אי-הנסיבות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות (anxious scrutiny)

אחדות" **ספר אוֹר 773, 786** (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013) או אמת-מידה שזכתה לכינוי **Associated Super Wednesbury** ("super Wednesbury") (שם, שם; הכוונה היא כמובן לפסק הדין הידוע בעניין *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury* [1948] 1 K.B. 223 (C.A.) לפיתוח עילת הסבירות במשפט האנגלו-אמריקאי). כלומר, במסגרת אותה עילה (עלית הסבירות) הונגרו למעשה שתי אמות מידה **שונות** של ביקורת, בהתאם לשאלת האם חלה פגעה בזכות אדם אם לאו. זהה מרכיבות המאפיינות את שיטת המשפט הבריטית שקהליתה של עילת המידתיות במסגרתה היא מורכבת, ולא זה המקום להרחב (ראו למשל *James Goodwin, The Last defense of Wednesbury* (2012) P.L. 445).

6. בעניינו عمדת על הפרק זכות היסוד להליך הוגן, שהיא זכות בת של הזכות החוקית לכבוד האדם (אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקית ובונותיה** 3863 (כרך שני; 2014)). הזכות להליך הוגן, בכלל 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 וערבי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקאי ופיתוח המשפט הישראלי" **יעוני משפט** יג 557 (1988)). הזכות לייצוג כוללת את הזכות לייצוג אפקטיבי. העוטר נאשם בפלילים. הוא מואשם בעבירות הרצח, העבירה החמורה ביותר בספר החוקים. המשפט מתנהל בחיפה; עורך דין מצוין בחיפה, ואילו העוטר מצוי בבית המעצר בתל-אביב-יפו, באופן המקשה על ניהול הגנתו. קושי זה הוא תוצר של החלטת המשפט להציבו שם. ההחלטה זו פוגעת באיכות הגנתו המשפטית, ומכאן שהיא פוגעת בזכות להליך הוגן.

7. העובדה כי שיקול הדעת המינורי של שירות בניין הסוהר פוגע בזכות יסוד חוקתית מקרינה ושירות על האופן בו תופעל הביקורת השיפוטית לגביו. אין לנו עוד עניין בבחינה בהתאם למתחם סבירות רחב. עניין **אבטבול** אינה מתאימים לעניינו. כאשר המשיב הסתרמרק עליו הוא לא הבחן כראוי בין אסירים בין עצורים. לא לモטורר יהה להזכיר את הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחים ומדיניים משנת 1966 (ישראל אשרה בשנת 1991 ושנכנסה לתוקפה במקומותינו בשנת 1992). סעיף 10(2)(א) לאמנה קובע: "**גברים שהו אשמים יובלו למעט בנסיבות חריגות מן הרגיל, מבני אדם שהורשו עון,** יהיו נתונים ליחס מיוחד המתאים למעמדם **כאנשים שלא הורשו.**" דרישת זו הגיונה בצדיה. "**מאחר שהעוצר הנה בבחינת חף מפשע, אין הצדקה לגיטימית להשתתת קשיי הסתגלות למסר ('כabi מסר')** עליו. **העוצר אינו נושא את עונשו במסגרת המעצר**" (גבrial הלוי *תורת הדין הפלילי* 164 (כרך ב', 2011)). על רקע מוטלת חובה על המשפט לאפשר **לעוצורים** לנחל את הגנתם המשפטית נגד האישום הפלילי נגדם. חובה זו אינה בגדר מימוש פרוילגיה. זהה חובה חוקתית, שהיא צידה השני של זכות חוקתית - זכות להליך הוגן. על כן, על עילת הסבירות הכללית לסתור בעניין מפני עילת המידתיות, המתאימה לבחינת פגעה בזכות חוקתית.

8. על רקע כל אלה נשוב ונפנה לבחון את שיקול דעת שירות בניין הסוהר בעניינו של העוטר. כיצד הוא מצדיק את ההחלטה למקם את העוטר דזוקא בבית המעצר בתל-אביב? אם היה מדובר בשיקולי הצבא כלליים, לא היה בכר כדי להצדיק את הפגיעה בזכות היסוד של העוטר, אלא שהמשיב מציב בסיס החלטתו את אחריותו, וחובתו, להגן על חייו של העוטר. זהו שיקול כבד משקל. בעניין זה הצביעו מידעים מודיעיניים המבוססים סיכון לחיו אם יימצא במתќן מעצר בחיפה או בצפון. קיימן מידע כי העוטר מסוכסח עם אחרים, והוא מבקשים לפגוע בו. על רקע זה, העוטר הוכח בתל אביב דזוקא, כדי שנitin יהיה להגן על חייו. זהה תכלית ראייה, ללא כל ספק. אך עדין יש לבחון האם אין אמצעי שפגיעתו בעוטר פחותה? יש לבחון עד כמה מבוסס המידע בעניין של העוטר, ועד כמה הוא מגביל את יכולתו של המשפט להציבו במתќני הכליאה השונים בצפון או בחיפה.

ב"כ העוטר הסכים כי עיין במידעים במעמד צד אחד, וכך עשית. התרשםתי כי מדובר במידעים מעודכנים מהעת

האחרונה. מדובר במידעים חמורים, המבוססים סכנה מוחשית וברורה לחיו של העוטר. כמו כן, עומק הסכסוך והאיומים רלוונטיים לכמה מתקנים בצפון ובחיפה בהם שוהים עצרים. על רקע, נחה דעתך כי אין מקום להתערב בהחלטת המשיב להציג את העורר בבית המשפט בתל-אביב. אשר לקושי של קרוביו המשפחה לבקר את העוטר, הועברה לעוני רשות הביקורים ונראה כי המשפחה, על אף הקושי, מצלה לבקרו, הלכה למעשה. בנסיבות אלה, מכלול השיקולים מצדיק את הורתתו בבית המשפט בתל-אביב-יפו.

9. יחד עם זאת, כפועל של מצב דברים זה, העוטר צפוני לשחות במקומות בהם שוהים עצורים המוסעים למשפטם במחוזות אחרים. מתעורר החשש כי במהלך הסעות אלה לא יוכל ב"כ העורר לפגוש בו, ויבזבז זמן הכננה יקר למשפט הפלילי המתנהל והולך. כאן, יפה הצעד עליו הורה כב' השופט (כתאrho אז) רון שפירא בעת"א (חיפה) 26379-02-12  
**ואהיל חיטט נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנובו; 2012):

**יהיה על שב"ס להסדיר אפשרות לעוטר להיפגש עם עורכי דיןנו גם כאשר הוא מוחזק במקומות, וזאת בין ימי הדינום במשפטו. שב"ס יצטרך להסדיר את אפשרות הפגישה של העוטר עם באי כוחו באמצעות מתקני מעבר, באופן שיאפשר את הכנתו לישיבות ההוכחות הקבועות בעניינו בבית המשפט המחויז [חיפה], כך שלא תקופת הגנתו עקב שיילובו במתќן כליה כזה או אחר.**

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

10. בכפוף לאמור בפסקה 9 לעיל, העתירה נדחתה.

המציאות מתבקשת לשלוח את החלטתי זו לצדדים ולסגור את התקיק.

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