היחסיות של זכות ההתייחדות
האם הגיע הזמן לשינוי?

לימור עציוני*

א. מבוא
ב. הזכות להתייחדות כזכות עצמאית
ג. הזכות להתייחדות כזכות אדם
ד. חיוניות המעשה המיני בראי הפסיכולוגיה
ה. זכות ההתייחדות — הדין הישראלי
ו. זכות ההתייחדות, האינטרסים הנוגדים ומבחני האיזון
ז. המבחן הרצוי — מבחן האפשרות הממשית
ח. זכות ההתייחדות בדין הזר
ט. סיכום

א. מבוא

זכות ההתייחדות הוכרה, ככל הנראה, בראשית המאה העשרים בכלא פרצ׳מן (Parchman) במדינת מיסיסיפי שבארצות הברית.[1] רשויות הכלא ביקשו להגביר את תפוקת האסירים ממוצא אפרו־אמריקני שהיו כלואים במקום ועבדו בעבודות פרך חקלאיות בשדות הכותנה של הכלא. הואיל והאסירים לא זכו לגמול כלכלי בעד עבודתם, חיפשו הרשויות דרך לתמרץ אותם להגדלת התפוקה. מתוך ההנחה שגברים ממוצא אפריקני גדושי תאווה מינית בלתי נשלטת, כמו גם כוח גופני מוגבר — גובשה מערכת התגמול של ביקורי ההתייחדות.[2] ביקורי ההתייחדות הותרו לאסירים

* דוקטור למשפטים, סגנית דיקן במכללת שערי משפט.

1 ראו Carolyn Simpson "Conjugal Visiting in United States Prisons" 10 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1978–1979) 658, 662.

2 Christopher Hensley, Sandra Rutland & Phyllis Gray-Ray "Inmate Attitudes Toward the Conjugal Visitation Program in Mississippi Prisons: An Exploratory Study" 25 *Am. J. of Crim. Jus.* (2000) 137.

nevo.co.il

ממוצא אפריקני בלבד אך לא הוגבלו לנשואים או לבעלי בנות זוג, ואף הובאו זונות לכלא לטובת האסירים הרווקים. בתחילה קוימו ביקורי ההתייחדות באוהלים, אולם בשנות הארבעים ניבנו לטובת העניין בתי לְבֵנים אשר כונו ״הבתים האדומים״, פעולה שנסכה על העניין ״מכובדות״ שאפשרה גם לאסירים לְבָנִים ליהנות מביקורי התייחדות.[3] בשנות החמישים כל אגפי כלא הגברים, למעט בית החולים והאגפים של האסירים שהוגדרו מסוכנים, כבר כללו ״בתים אדומים״, ברם מאז ואילך נאסרה כניסת זונות, והותר רק לבנות זוג לבוא להתייחד עם בני זוגן. בשנת 1965 כבר נכללו ״בתים אדומים״ בתכנית הבניין של רשויות הכלא.

על אף התרחבותה של הזכות להתייחדות בעשורים אלה בבית הכלא, הוחלה הזכות על אגף הנשים רק בשנת 1972,[4] לאחר שהאסירות במתקן איימו לנקוט הליכים משפטיים נגד רשויות הכלא.[5]

הספרות והפסיקה מיעטו לדון בהחלתה של זכות ההתייחדות על נשים והשיח בנושא הוא רובו ככולו גברי. נקודת הראות הנשית בסיפור היא זו של בת זוגו של האסיר. ניתן לשער שהשיח הנשי הדל בנושא ושלילת זכות ההתייחדות מנשים במשך שנים רבות נובעים בין השאר מתפיסות מסורתיות שלפיהן לנשים דחפים מיניים חלשים יותר מהדחפים של גברים, ועל כן התועלת, לכל הצדדים, מביקורי ההתייחדות לנשים אסירות היא פחותה בחשיבותה. תפיסות כאלה מתיישבות היטב גם עם פגיעה ניכרת וארוכת שנים בזכויותיהן של נשים מחוץ לכותלי בית הסוהר ובתוכו ועם טענות על הפליית נשים לרעה במערכת המשפט.[6]

סוגיה דומה הועלתה בבג״ץ 2245/06 **ח״כ דוברין נ׳ שרות בתי הסוהר**[7] על ידי השופטת פורקצ׳יה בקשר לזכותן של נשים אסירות למשפחה. השופטת פורקצ׳יה ציינה בפסק דינה שהיריון ולידה של נשים אסירות בבית הסוהר עשויים להצדיק הבחנה בין אסירים לאסירות בעניין מימוש הזכות להורות. העניין נותר בפסק הדין ב״צריך עיון״, אולם הוא מעורר שאלות חשובות ונוקבות שאין מקומן במאמר זה. מכל מקום מאמר זה איננו מבחין בין גברים לנשים בכל הנוגע לזכות ההתייחדות ועל כן הדברים שיובאו במאמר נוגעים לשני המינים.

השיח בעניין זכות ההתייחדות הוא חלק מדיון כללי בזכויותיהם של עצורים ואסירים. הדיון בזכויות אלה קשור קשר ישיר לשאלת מטרות הענישה והכליאה ומחייב בחינה אם המטרות מתיישבות עם שלילה של הזכות או הגנה עליה. מקובל לציין ארבע מטרות ענישה מרכזיות: גמול, שיקום, הרתעה ומניעה. כל מערכת

3 **שם**, בע׳ 138.

4 **שם**, שם.

5 Marilyn G. Haft “Women in Prison: Discriminatory Practices and Some Legal Solutios” 8 *Clearinghouse Rev.* (1974–1975) 1, 5.

6 **שם**, בע׳ 1.

7 פורסם בנבו (13.6.06) (להלן: **עניין דוברין**).

nevo.co.il

משפט קובעת היררכיה משלה בין התכליות ומדגישה תכלית זו או אחרת.[8] ניתן לומר שבישראל בית המשפט נוטה להעניק חשיבות רבה ביותר לתכלית השיקומית בענישה אך גם למניעה ולהרתעה.[9] לעומת זאת הגמול תופס מקום מצומצם יותר. התפיסה השיקומית מכוונת לענישה שפניה כלפי העתיד והרצון לשקם את העבריין ולהפכו לאזרח שומר חוק.

ההיררכיה המקובלת בישראל בין תכליות הענישה מתיישבת עם התפיסה שזכויותיו של אדם אינן פוקעות עם הפיכתו לאסיר, תפיסה שבית המשפט חזר והזכיר. לפי גישה זו, עם המאסר נשללת חירות התנועה וחירויות נלוות מעצם שלילת חירות התנועה, אולם שאר זכויות האדם עומדות בעינן ואין לשלול אותן שלא לצורך ומעל לדרוש גם כאשר הדבר עשוי להקשות על המדינה ועל רשויות הכלא.[10] לעניין זה יפים דבריו של השופט חיים כהן בבג"ץ 144/74 **לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר**:[11]

> "רעות רבות, הכרוכות בהכרח בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל בל נוסיף 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".[12]

ואמנם, אף שתפיסה זו עוגנה בפסיקת בית המשפט העליון בעניין **לבנה** כבר בשנות השבעים, חלפו כמעט מאה שנים מאז אושרו ביקורי ההתייחדות בארצות הברית, ועד שאומצו בישראל — בזהירות ובהסתנות — אל תוככי פקודות נציבות בתי הסוהר והוראותיו. בשנת 1994, לראשונה אפשר שירות בתי הסוהר לאסירים ולאסירות להתייחד במתקניו; ברם, ההוראה שבחסותה התאפשרו ביקורים אלה, ושכותרתה "כללי סיוע לאסיר פלילי נשוי לצורך פריון", יועדה אך ורק לאסירים ואסירות הטרוסקסואלים, נשואים ובגיל הפריון שביקשו להביא ילדים לעולם. ההוראה הוציאה מגדריה ידועים בציבור, אסירים מבוגרים, או מי שנשואים לנשים שאינן בגיל הפוריות, וחד־מיניים. בשנת 2001, בעקבות מסקנותיה של ועדת המועצה לקרימינולוגיה, שבה עוד ידובר, באה לעולם פקודת הנציבות 04.47.00 — "התייחדות וסיוע לפריון אסירים ועצורים",[13] ובמסגרתה הורחבה אפשרות ההתייחדות באופן שביקורי ההתייחדות יכללו גם יחסי מין שלא למטרות הולדה. ואולם הגישה

8 רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 39.

9 עניין **דוברין**, **לעיל** הערה 7, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

10 בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים**, פורסם בנבו (12.2.07) פסקה 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

11 פ"ד כח(2) 686 (1974) (להלן: עניין **לבנה**).

12 **שם**, בע' 690.

13 פקודת הנציבות 04.47.00 בתוקף מיום 1 באוגוסט 2001 (להלן: פקודת הנציבות).

nevo.co.il

שבבסיס הפקודה עדיין רואה במעשה ההתייחדות פריבילגיה הנתונה לאסירים מסוימים ולא זכות יסוד קנויה. וזו היא לשון סעיף 1א' לפקודת הנציבות: "שירות בתי הסוהר יאשר לאסירים/עצורים טובת הנאה של התייחדות או סיוע לצורכי פריון בהתאם לתנאי פקודה זו".[14] ודוק: הזכות עודנה מוגדרת כטובת הנאה ואין מדובר בזכות יסוד הקנויה לאסיר מתוקף זכויותיו החוקתיות, כאמור.[15]

מאמר זה יבקש לטעון שזכות ההתייחדות היא זכות יסוד הנובעת, מיניה וביה, מכבוד האדם, ולכן היא זכות חוקתית הקנויה גם למי שנכלא מאחורי סורג ובריח, שאין לפגוע בה שלא על פי המבחנים שהותוו בפסיקה לפגיעה בזכות יסוד חוקתית.

לשם כך אבחן שתי שאלות: (1) האם מדובר בזכות עצמאית? ואם כן, (2) האם מדובר בזכות יסוד חוקתית? לשם מענה על השאלה הראשונה אבחן את ההתפתחות ההיסטורית של זכות ההתייחדות בפסיקה בישראל, ואראה שאמנם בעבר נחשבה זכות ההתייחדות לזכות הנגזרת מן הזכות למשפחה, אך כיום יש לראות בה זכות עצמאית הקנויה לכל אדם בלי קשר לפריון. לאחר מכן אראה שהזכות היא אכן זכות יסוד חוקתית כעולה מהמשמעות של קיום יחסי המין להווייתו של האדם. אראה שמבחינת התפיסה הפסיכולוגית, קיום יחסי מין הוא יסוד בלעדיו אין להתפתחות תקינה ולהגשמה מלאה של האדם, ולפיכך יש להכיר בזכות ההתייחדות כזכות חוקתית. לאחר מכן אף אראה שגם הפסיקה במדינת ישראל רואה כיום בזכות זו זכות יסוד חוקתית מוגנת.

בהמשך אראה עוד שבית המשפט אמנם רואה בזכות להתייחדות זכות חוקתית, אך הוא משתמש במבחנים של זכויות לא חוקתיות בבואו לאזן בינה ובין שיקולים אחרים במקרים המובאים לפניו. בהמשך הדברים אציג את המבחן הראוי שיש בו להשתמש בעת איזון הזכות, ואעמוד על האופן הראוי ליישומו. לבסוף אבחן את מעמד הזכות להתייחדות בדין הזר. אראה שאמנם הזכות טרם הוכרה במשפט הבין־לאומי כזכות יסוד, אך לא מעט מדינות בעולם המערבי מכירות בה כזכות יסוד ויש להניח שמגמה זו תלך ותתרחב.

ב. הזכות להתייחדות כזכות עצמאית

זכות ההתייחדות היא זכותו של אסיר בגיר לקיים מגע מיני עם אדם בגיר אחר, מרצונם החופשי. אם היינו מוחקים את המילה "אסיר" מהרישא, המשפט מתאר את הזכות לקיים יחסי מין. הביטוי "התייחדות" שאול מן המשפט העברי, שבו המעשה

14 **שם**, שם.

15 יש לציין כי אין מטרת החיבור כאן לבקש לכלול בפקודה גם אסירים בסבב חופשות, שכן לפחות על פני הדברים, האפשרות להתייחד מחוץ לכותלי הכלא עונה על דרישות מבחני המידתיות שיידונו בהמשך.

nevo.co.il

המיני מכונה התייחדות, הגם שהכוונה היא — בפשטות — ל"זכות לאינטימיות" או ל"זכות לקיום יחסי מין". ייתכן שהביטוי "התייחדות" מעורר אסוציאציה של קיום יחסי מין למטרת הולדה בלבד, אך כיום הביטוי משמש לתיאור כל מגע מיני בין אסירים, ולשם הנוחות כך יהיה אף במאמר זה.[16]

השיח על זכותו של אסיר לקיים יחסי מין נסב תחילה בישראל על שאלת זכותו להקים משפחה, ואילו האפשרות לקיים יחסי מין, שמטרתם אינה הולדה כלל, לא הובאה בחשבון בעבר.[17] מקובל למנות שלוש הצדקות עיקריות שנתנו משפטנים והוגים לשלילת האפשרות של אסירים לקיים יחסי מין לצורכי הולדה: הראשונה, התפיסה שהזכות להורות מוגבלת מעצם המאסר, דהיינו שמן האסיר נשלל לא רק חופש התנועה, אלא גם הזכות לבוא במגע עם העולם החיצון. כאמור, תפיסה נדחתה על ידי בית המשפט בישראל. השנייה, התפיסה שהורות וכל הנובע ממנה יפגעו בסיכויי השיקום של האסיר. השלישית, הרצון להגן על ילדים עתידיים מהשפעתו השלילית של הורה שהוגדר אסיר מסוכן.[18] דיון זה כמובן אינו ייחודי לשיח המשפטי הישראלי, ובמדינות שמרניות יותר גם כיום מתנהל השיח האקדמי והשיח החוקתי סביב שאלת הזכות להורות, ואינו מתמקד בזכות ההתייחדות עצמה כזכות עצמאית.[19]

נכון לחלק את התפתחות ההצדקות לזכות ההתייחדות, לשלושה שלבים: בשלב הראשון הייתה זכות ההתייחדות קשורה במהותה לזכות להורות ולקיום יחסים לשם היריון. הזכות נועדה לקדם ערך מוגן חשוב לחברה — העמדת צאצאים;[20] ושני ערכים התגלמו בה: הורות ועידוד ילודה. במדינת ישראל הדבר מתקשר לערכים היהודיים הרואים בחיוב לידת ילדים ולהסתייגות המשפט העברי מכול וכול מפרישות מינית.[21]

בשלב השני השתנה הרציונל שביסוד מתן זכות ההתייחדות. לא עוד הרצון לעודד ילודה, אלא הצורך לקיים חיי משפחה. כלומר ההתייחדות ניתנה לא בהכרח מטעמי פריון, אלא לשם שמירה על התא המשפחתי לאורך התקופה הקשה שבה בן הזוג מורחק ממשפחתו ומחיי היומיום. מעשה ההתייחדות נחשב למרכיב הכרחי השומר על קשר זוגי טוב בין בני הזוג, ולפיכך על שלמות התא המשפחתי. שלוש

16 יוער שבדו"ח ועדת המועצה לקרימינולוגיה בנושא התייחדות אסירים (1996) 62 (להלן: דו"ח הוועדה), החוקרים קוראים לשנות את הטרמינולוגיה ולכנות את הזכות בשם "הזכות לאינטימיות", ואולם הביטוי החדש (והמוצלח) שהוצע לא השתרש.

17 אם כי רמז לבאות הופיע בפסק דינו של השופט ברק כבר בשנת 1987 בבג"ץ 114/86 וויל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477 (1987) (להלן: עניין וויל).

18 A. Felecia Epps "Unacceptable Collateral Damage: The Danger of Probation Conditions Restricting the Right to have Children" 38 *Creighton L. Rev.* (2005) 611, 660.

19 Richard Guidice Jr. "Note: Procreation and the Prisoner: Does the Right to Procreate Survive Incarceration and do Legitimate Penological Interests Justify Restrictions on the Exercise of the Right" 29 *Fordham Urb. L.J.* (2002) 2277, 2341.

20 עניין וויל, לעיל הערה 17.

21 יבמות, סג, א ואילך [ט]; וראו נדרים, כ, א [י]; בבא מציעא, פד, א [יא]; עירובין, יח, א [יב].

nevo.co.il

תכליות שימשו לביסוס הטענה: האחת, התא המשפחתי הוא ערך חברתי שיש לטפח, היות שהוא מסגרת חברתית חיובית (הקיימת מאז ומעולם), שבה האדם מקבל מענה לצרכיו, ובעקבות זאת הופך לפרט מתפקד בחברה. השנייה, שמירת הקשר בין האסיר למשפחתו בזמן המאסר מהווה רשת תמיכה לאסיר. בתקופת המאסר האסיר מבודד מהחברה ומורחק מכל מה שמוכר לו. הוא מוחזק בבדידות ובניכור במקום זר ומנוכר, שבו חיי היומיום אינם קלים. מי שמספק תמיכה נפשית לאסיר בהתמודדותו עם חיי הכלא זו המשפחה. לכן חיזוק קשרי המשפחה על ידי מפגשי התייחדות הכרחי בשבילו. יתר על כן, הקשר עם המשפחה מהווה מעין מפלט, הפוגה מחיי הכלא; מקום שבו האסיר יכול לצבור כוחות להמשך ההתמודדות עם חיי הכלא עד שחרורו. בזכותו האסיר רגוע יותר, ולכן זכות ההתייחדות מפחיתה אלימות בין אסירים ומקרי אונס בכלא, עשויות להיות להם תוצאות הרסניות.[22] השלישית, תחזוק הקשרים המשפחתיים משפר את סיכויי השיקום וההתאקלמות של האסיר בחברה לכשישתחרר. נטען שבלא מתן אפשרות להתייחדות, חיי המשפחה עלולים להיפגע מהתרחקות בין האסיר ובין בת זוגו עד שייווצר קרע ביחסים. קרע זה יקשה את חזרת האסיר לחיק משפחתו. יתרה מזו, מפגשי התייחדות יכולים לסייע בהפחתת קשיי ההסתגלות של האסיר וזוגתו לחיי משפחה מלאים לכשישתחרר, ויכולים לתרום לסיכויי השיקום של האסיר כפרט בחברה, שכן לאסיר בעל משפחה יש רשת תמיכה כלכלית ונפשית המסייעת בהשתלבותו המחודשת לאחר השחרור מן הכלא. זאת ועוד, השתייכות האסיר לתא חברתי גורמת לו לחשוש ממה שיש לו להפסיד, ולכן ייטה פחות להסתכן, כלומר תפקודו כאסיר ישתפר, הוא לא ינסה לפגוע בחיי הכלא או לברוח, בשל הסנקציה של שלילת זכות ההתייחדות. שתי התרומות הראשונות מובאות בדברי המשנה לנשיא אלון בבג״ץ 114/86 **וויל נ׳ מדינת ישראל**.[23] בפסק הדין בעניין **וויל** השופט אלון מדבר בשפת ״השלב השני״ ומציין שיש לאפשר התייחדות (לאו דווקא בתוככי הכלא) למטרות פריון ולצורך קיום יחסים שלא למטרות פריון לשם שמירה על התא המשפחתי.[24] השופט ברק, לעומתו, אף שהצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט אלון, כבר דיבר בשפת ״השלב השלישי״ וראה לנכון לציין שהזכות להתייחדות איננה שמורה לאסירים נשואים בלבד אלא חלה על אסירים רווקים ובעלי משפחות כאחד.[25] גישה זו היא ניצן ראשון להיפרדותה של זכות ההתייחדות משיקולים כגון פריון, חיי משפחה ותועלות חברתיות. משמעות קביעתו של השופט ברק היא למעשה

22 Alice Ristroph “Prison and Punishment: Sexual Punisements” 15 *Colum. J. Gender & L.* (2006) 139, 182.

23 עניין **וויל**, **לעיל** הערה 17, בע׳ 477.

24 Katheryn D. Katz “The Clonal Child: Procreative Liberty and Asexual Reproduction” 8 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* (1997) 1, 33.

25 עניין **וויל**, **לעיל** הערה 17, בע׳ 502.

nevo.co.il

שינוי הרציונל שבבסיס זכות ההתייחדות והפיכתה לזכות שנועדה לתת מענה לצרכיו המיניים של האדם כמטרה ולא כאמצעי להשגת יעדים אחרים.

פסיקה זו של השופט ברק, שהתבססה בהמשך בבג"ץ 4338/95 **חזן נ' שירות בתי הסוהר**[26] ובפסקי דין נוספים, מיצבה את זכות ההתייחדות — הזכות לקיים יחסי מין — כזכות עצמאית נפרדת שיש לה רציונלים ומטרות משלה ולפיכך היא ראויה לדיון נפרד. תימוכין להשקפה זו ניתן למצוא אף בפקודת הנציבות "התייחדות וסיוע לפריון אסירים ועצורים" שמבחינה בין סיוע לפריון ובין זכות ההתייחדות ומייחדת לכל אחד מהם פרק נפרד וקריטריונים נבדלים.[27] הדבר מציב את הזכות ההתייחדות בפני עצמה ומבסס את התנתקותה מהזכות לחיי משפחה ולהורות. משנוכחנו שמדובר בזכות עצמאית, עלינו לבחון כעת את השאלה אם מדובר בזכות יסוד חוקתית.

ג. הזכות להתייחדות כזכות אדם

כידוע, זכויות האדם הן רעיון שפותח בהגות הליברלית וההומניסטית; על פי רעיון זה זכויות אדם הן זכויות שכל אדם זכאי להן מעצם היותו אדם. הפילוסוף ג'ון לוק הוא שטבע את המונח "זכויות אדם", כאשר טען כי לכל אדם "זכויות טבעיות" שהוא רשאי להגן עליהן בטבע, כאשר הוא עדיין אינו שותף בחברה, ומשהפך לחלק מן החברה — אין לה זכות לפגוע בהן.[28] המסמך המרכזי אשר עיגן את זכויות האדם האוניברסליות הוא "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם"[29] שאומצה על ידי העצרת הכללית של האו"ם ב־10 בדצמבר 1948. ההגדרה למונח "זכויות אדם" אינה אחידה בכל אתר ואתר, ונראה שהיא משתנה גם לפי התרבות והגיאוגרפיה. עם זאת, ישנן זכויות המקובלות — כמדומה — על כלל האנושות, ובהן הזכות לחיים והזכות לביטחון אישי.

דומה שבמדינת ישראל, מאז חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הביא לכינונה של מהפכה חוקתית במשפט הישראלי, זכויות רבות "מבקשות" לבוא ולהסתופף בחיקו של החוק; ובית המשפט נדרש לקבוע להן "גבולות" — אילו זכויות ייכנסו בגדרי חוק היסוד ויזכו להגנה חוקתית, ואילו זכויות — חרף חשיבותן — לא. אם כן, כדי לקבוע שזכות האסיר להתייחדות היא זכות יסוד חוקתית עלינו

26 פ"ד מט(5) 274 (1995) (להלן: עניין חזן).

27 פקודת הנציבות, לעיל הערה 13. קשירת הזכות להתייחדות בזכות להורות מפלה מיניה וביה רווקים, אסירים הנשואים לנשים שלאחר גיל הפוריות ואסירים חד־מיניים ואף עלולה להביא למניעת מפגשי התייחדות באמתלה שניתן לבצע הפריות חוץ־גופיות בלא צורך במגע.

28 John Locke *Two treatises of government* (3rd ed., Cambridge University Press, 1988) 269.

29 *The Universal Declaration of Human Rights* (1948).

nevo.co.il

לבחון את השאלה אם זכותו של אדם, לאו דווקא אסיר, להתייחד היא זכות אדם יסודית. אם נשיב על שאלה זו בחיוב, יהיה עלינו לבחון אם מאסרו של אדם מפקיע זכות יסוד זו. כדי לבסס את הטענה שמדובר זכות יסוד, אבחן את חיוניות המעשה המיני להגדרה העצמית של האדם בראי הפסיכולוגיה. לאחר מכן אבחן גם את פסיקת בית המשפט העליון בישראל בשאלה זו שאף היא אימצה את התפיסה שמדובר בזכות יסוד.

ד. חיוניות המעשה המיני בראי הפסיכולוגיה

בשנת 1943 פרסם החוקר האמריקני אברהם מאסלו (Abraham Maslow) תיאוריה שאותה כינה ״היררכיית הצרכים״ (Hierarchy of Needs).[30] התיאוריה מניחה שישנם צרכים אוניברסליים בסיסיים, המשותפים לבני האדם באשר הם, והם שמניעים ומכווינים את פעולות האדם (והבדלי תרבות עשויים להביא צרכים אלה לידי ביטוי באופנים מגוונים). מאסלו תיאר שני מניעים בסיסיים בפעולות האדם — מניעי חסך (Deficiency Needs) ומניעי גדילה (Being Needs); מניעי החסך פועלים כדי לספק לאדם את צורכי קיומו האנושי הבסיסי, ומשסופקו מופיעים מניעי הגדילה המעניקים לאדם משמעות בחייו. מאסלו שרטט חמש רמות בהיררכיית הצרכים: רמה ראשונה — צרכים פיזיולוגיים; רמה שנייה — תחושת ביטחון בקיום הפיזי; רמה שלישית — זהות, שייכות ואהבה; רמה רביעית — כבוד והערכה; רמה חמישית — מימוש עצמי.[31] ארבעת השלבים הראשונים משתייכים למניעי החסך, ואילו השלב האחרון משתייך למניעי הגדילה. לפי התיאוריה רק כאשר השלב הקודם בהיררכיה ממומש כדבעי ניתן לעבור לשלב הבא; דהיינו אם צורך מסוים אינו מסופק, לא תהיה אפשרות להתקדם בפירמידה ולפעול למימוש צרכים גבוהים יותר. כך, למשל, אם הצורך הפיזיולוגי של האדם במזון אינו ממומש, אותו אדם יתעסק אך ורק בהשגת המזון ולא ייחד משאבים לטובת השגת הערכה מקצועית.[32] חוקרים מאוחרים, ובהם הפסיכואנליטיקן האמריקני קלייטון אלדרפר (Clayton Alderfer), פיתחו את התיאוריה והציעו חלוקה מופשטת יותר לשלוש רמות של קיום־השתייכות־צמיחה (Existence, Relatedness and Growth),[33] כאשר ה׳קיום׳ כולל צרכים פיזיולוגיים ותחושת ביטחון; ה׳השתייכות׳ — זהות, שייכות, הערכה ואהבה; וה׳צמיחה׳ — מימוש עצמי. מימוש כל שלב מאפשר

30 Abraham H. Maslow "A Theory of Human Motivation" 50 *Psychological Review* (1943) 370.

31 **שם**, בע׳ 372–374.

32 **שם**, בע׳ 391.

33 Clayton P. Alderfer "An Empirical Test of a New Theory of Human Needs" 4 *Organizational Behavior and Human Performance* (1969) 142, 175.

nevo.co.il

מעבר לשלב הבא, וגריעה מתנאי אחד השלבים מחזירה את האדם אחורה למצב הקודם. ״משמעות״ לחייו של אדם נטענת בשלבי ההשתייכות והצמיחה.[34]

הן מאסלו הן אלדרפר מונים את קיום יחסי המין עם הצרכים הנמצאים בשלב התחתון של ההיררכיה, כלומר ברמת ׳הצרכים הפיזיולוגיים׳ או רמת ה׳קיום׳, בצד צרכים כגון מזון, אוויר ושינה (יוער שהצורך באינטימיות זוגית — להבדיל מקיום יחסי מין — נמצא ברמה השלישית של ׳שייכות ואהבה׳ או ברמה השנייה של ׳השתייכות׳).[35] לשיטתם, אם אדם אינו מסופק מבחינה מינית, יקשה עליו מאוד (כמעט בלתי אפשרי) לעבור לשלבים הבאים בהיררכיה — אלה שנועדו להעניק לחייו משמעות ולגדלו למדרגת ״אדם״ שאינו רק חיה בעלת יצר קיום ותו לא. אם כן, קיום יחסי מין אינו בגדר ״מותרות״ או בגדר צורך מִשני,[36] אלא הוא צורך אנושי בסיסי ששלילתו מפקיעה מאדם את אחד מצרכיו החיוניים הבסיסיים ביותר. יתרה מזו, מאסלו מציין שבני האדם שואפים בצורה אינסטינקטיבית להתקדם במעלה הפירמידה. נמצא אפוא ששלילת אחד מצרכיו הפיזיולוגיים של האדם מונעת ממנו לצקת תוכן לחייו. לית מאן דפליג שזכותו של אדם לצקת לחייו משמעות ותוכן מצויה בליבתה של זכות האדם לחיים ולכבוד. בשלילתה האדם הופך לחיה השואפת לשרידותה הפיזית בלבד. הנה כי כן, שלילת האפשרות לקיים יחסי מין מפקיעה מאדם לא רק את חדוות המעשה המיני (דבר שאינו זכות יסוד מובהקת) אלא שוללת ממנו את האפשרות למימוש עצמי. המסקנה המתבקשת לנוכח האמור היא שלאדם זכות יסוד קנויה לקיים יחסי מין.

ה. זכות ההתייחדות — הדין הישראלי

לשאלת קיומה של זכות ההתייחדות נדרש בית המשפט העליון לראשונה בשנת 1986 בעניין וויל. ברקע הפרשה עמדה בקשתו של אסיר דתי לצאת ל״חופשה חריגה״ לשם קיום מצוות ״פרו ורבו״. באותה תקופה לא היו בכלא ביקורי התייחדות, והאסיר טען שאין המאסר יכול לשלול את זכותו לקיים את מצוות דתו. מנהל בית הסוהר סירב לבקשה בסמכו ידיו על הנהלים והקריטריונים שנקבעו למתן חופשות חריגות לאסירים, ואשר לפיהם הצורך בקיום יחסי אישות אינו מצדיק מתן חופשה כזאת. בית המשפט פסק, ונזכיר שפסיקה זו ניתנה בטרם בא חוק יסוד: כבוד

34 **שם**, בע׳ 146.

35 Maslow, **לעיל** הערה 30, בע׳ 381.

36 ניתן אף לטעון שהתופעה של קיום יחסי מין חד־מיניים בתוככי הכלא, אף בקרב אסירים שנטייתם המינית אינה הומוסקסואלית, קשורה למסקנה שניסח מאסלו ולפיה כל בני האדם שואפים בצורה אינסטינקטיבית להתקדם במעלה הפירמידה, ועל כן הם מנצלים את האפשרויות הזמינות העומדות לרשותם בניסיונם למלא חסך זה, גם אם אופן המימוש אינו מתיישב עם הנטייה המינית שלהם. הרצון האינסטינקטיבי לעלות במעלה ההיררכיה חזק אפוא כל כך עד שהוא דוחק את הנטייה המינית.

nevo.co.il

האדם וחירותו לעולם, שזכות האסיר לכבודו ולשלמותו הגופניים שרירה וקיימת גם בהיותו כלוא. נפסק שישנן זכויות יסוד, שהפגיעה בהן יש בה משום פגיעה בצרכים מינימליים ויסודיים של האדם באשר הוא אדם שנברא בצלם, ושעם זכויות יסוד אלה נמנות לא רק עצם זכותו של האסיר לאכילה, שתייה ולינה, אלא גם "סדרי אנוש תרבותיים מינימליים של אופן סיפוק צרכים אלה".[37] נקבע שהזכות לקיים יחסי אישות ולהתייחד עם בת זוג היא "זכות יסוד טבעית ואנושית" לכל אדם באשר הוא,[38] וכי "זכות זו כה עקרונית ויסודית היא" עד ש"מתקרבת היא, במהותה, לזכותו של האסיר לתנאים אנושיים בסיסיים באופן סיפוק צורכי אכילה, שתייה ולינה".[39] פסק הדין בעניין וויל פתח פתח למתן חופשות לצורכי התייחדות, אך המענה היה חלקי ביותר — חופשות לצורכי התייחדות ניתנו לפי שיקול דעתם של שלטונות הכלא, ועל פי נוהלי השב"ס, ולפיכך ניתנו אך ורק לאסירים נשואים שריצו רבע מתקופת מאסרם. "מזכות היסוד הטבעית והאנושית" לא נהנו אפוא עצורים או אסירים בתחילת תקופת מאסרם (ובתקופות מאסר ארוכות מדובר לעתים בשנים מספר)[40] ואסירים שאינם נשואים (המהווים 64% מכלל האסירים).[41] בשנת 1994 אפשר השב"ס לראשונה התייחדות במתקניו. לשם כך יצאה ההוראה שכותרתה "כללי סיוע לאסיר פלילי נשוי לצורך פריון". כפי שכבר צוין, מן האפשרות לביקורי התייחדות נהנו אך ורק אסירים נשואים ובגיל הפריון שביקשו להביא ילדים לעולם. ביולי 1995 הוקמה בהוראת שר המשטרה ועדה של אנשי המועצה לקרימינולוגיה. מטרתה הייתה לתת לשר חוות דעת בנושא התייחדות אסירים, ובינואר 1996 נמסרו מסקנותיה לשר.[42] הוועדה ערכה מחקר מקיף על אודות זכות ההתייחדות וסקרה את האסכולות הפסיכולוגיות בנושא, את ההיבטים הקשורים בהתנהלות בתי הכלא, את המצב שהיה קיים באותה עת במדינות העולם המערבי ואת היבטי ההלכה היהודית והמשפט הישראלי. מסקנותיה של הוועדה הביאוה להמליץ המלצות לטווח קצר והמלצות לטווח ארוך. עם המלצותיה של הוועדה נמנו בין השאר: ביטול הקביעה ה"שרירותית" שלפיה רק אסיר שריצה רבע מאסרו זכאי לצאת לחופשות (בלי קשר לנושא ההתייחדות) וקביעתו של קריטריון התנהגותי שאינו תלוי בתקופת המאסר;[43] צירוף עצורים, בייחוד מי שנתונים במעצר זמן רב, למעגל הזכאים. הוועדה ציינה שזכותם של עצורים למפגשי התייחדות נתונה "מקל וחומר, כי הרי הם בחזקת חפים מפשע";[44] הקמת "מרכז התייחדות" בכל בית סוהר שיהיו בו תנאים הולמים לקיום יחסי מין מבחינת הריהוט והמיקום המוצנע

37 Maslow, **שם**, בע' 493.
38 **שם**, בע' 499.
39 **שם**, בע' 501.
40 **דו"ח הוועדה, לעיל הערה 16**, בע' 46.
41 **שם**, בע' 50.
42 **שם**, בע' 1.
43 **שם**, בע' 59.
44 **שם**, בע' 62.

nevo.co.il

בתוככי הכלא;[45] התרת מפגש התייחדות שיימשך ארבע עד שש שעות לכל מפגש, מדי חודשיים;[46] הרחבת מעגל הזכאים לביקורי התייחדות באופן שבשלב המידי יותר גם לבני זוג ידועים בציבור, בהמשך ולנוכח הניסיון שיצטבר יוחל גם על חברים וחברות קבועים של האסירים ולבסוף — ״בעתיד תובטח זכותו של כל אסיר/ה למפגש אינטימי עם בן/בת זוג״.[47] אך דומה שהקביעה החשובה ביותר של הוועדה הייתה שמדובר בזכות יסוד מוקנית העומדת לכל אסיר, הנובעת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,[48] והמקימה עילה לפנייה לערכאות במקרה של סירוב.[49] בעקבות מסקנות הוועדה נחקקה בשנת 2001 פקודת הנציבות 04.47.00 שכותרתה ״התייחדות וסיוע לפריון אסירים ועצורים״. הפקודה יישמה חלק מהמלצות הוועדה, וכך זכאים לביקורי התייחדות, לפי הפקודה, עצורים ואסירים נשואים הטרוסקסואלים,[50] מי שיש להם ידועה בציבור או חבֵרה (שהוגדרה כ״מי שביקרה אצל האסיר/עצור בשנתיים האחרונות ברציפות״),[51] שהשלימו לפחות שישה חודשי מעצר או מאסר; אסירים פליליים שאינם נכללים בסבב חופשות או שחופשותיהם הופסקו; ואסירים שנישאו בין כותלי בית הסוהר הזוכים לביקור התייחדות מיד עם נישואיהם.[52] התדירות שנקבעה היא אחת לחודש,[53] כשלאסיר דתי ניתנה האפשרות לתאם מועד שיאפשר התייחדות ״על פי הלכות טהרת המשפחה״.[54]

עם זאת, הוועדה כזכור קבעה שמדובר בזכות יסוד המוקנית לכל אסיר ואסיר, ואילו הפקודה מגדירה את זכות ההתייחדות כטובת הנאה.[55] הפקודה מפרטת את התנאים אשר בהתקיימם תינתן ״טובת הנאה״ זו לזכאים: התנהגות טובה;[56] היעדר מניעה רפואית לקיום התייחדות;[57] זוגיות הטרוסקסואלית;[58] בעבירות אלימות במשפחה ועבירות מין — מתן ההטבה מותנה בהמלצת ועדה;[59] ובעבירות מין — הסכמת האסיר לספר למי שאינה קרבן העבירה, שעמה הוא מעוניין להתייחד, את נסיבות מאסרו.[60] זאת

45 שם, בע׳ 61.
46 שם, שם.
47 שם, בע׳ 61–62.
48 שם, בע׳ 32.
49 שם, בע׳ 62.
50 סעיף 5(ג) לפקודת הנציבות, לעיל הערה 13.
51 שם, סעיף 3 לפקודת הנציבות.
52 שם, סעיף 4 לפקודת הנציבות.
53 שם, סעיף 9 לפקודת הנציבות.
54 שם, שם.
55 שם, סעיף 1 לפקודת הנציבות.
56 שם, סעיף 5(א) לפקודת הנציבות.
57 שם, סעיף 5(ב) לפקודת הנציבות.
58 שם, סעיף 5(ג) לפקודת הנציבות.
59 שם, סעיפים 5(ד) ו־5(ה) לפקודת הנציבות.
60 שם, סעיף 5(ו) לפקודת הנציבות.

nevo.co.il

ועוד, בפקודת נציבות 04.17.00 (אף היא משנת 2001), שעניינה "הענקת טובות הנאה ושלילתן", נקבע שמפקד בית הסוהר רשאי להעניק לכלל האסירים, או לאסיר מסוים, טובות הנאה החורגות מאלה הקבועות בחוק או למנוע מאסיר שהתנהגותו אינה טובה או מסוג אסירים בבית הסוהר או מכלל האסירים בבית הסוהר טובות הנאה.[61] בנספח א' מפורטת טבלה ובה דוגמאות לטובות הנאה הניתנות לשלילה, וכך בצד "טובות ההנאה" של התייחדות ופריון, ניתן לשלול רכישה במרכז מכר, החזקת חפצים פרטיים, לבישת בגדים פרטיים, השתתפות בלימודים בהתכתבות ובסיורים חינוכיים או קידום באגף. יוער ש"טובות ההנאה" של לבישת בגדים פרטיים, ביקורים וקשר טלפוני ניתנים לשלילה (או להגבלה, שכן אין לשלול ביקורים לחלוטין) אך ורק על פי דין משמעתי.[62] לעומת זאת, זכויות היסוד המהותיות שברשימה — זכות ההתייחדות והזכות לפריון — ניתנות לשלילה בהליך רגיל על פי החלטת הגורם המוסמך,[63] והן נמנות בכפיפה אחת עם טובות ההנאה של רכישת מוצרים בקנטינה או לבישת בגדים אזרחיים.[64] הפסיקה, לעומת זאת, המשיכה לאורך השנים לנקוט קו שהותווה בפסק הדין בעניין ויל, ולפיו זכות ההתייחדות היא זכות יסוד חוקתית, אמירה שהתעצמה וחוזקה עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והמהפכה החוקתית שבאה בעקבותיו.

בפסק הדין בעניין חזן,[65] שניתן בשנת 1996, ביקש אסיר רווק שלא היה בסבב חופשות, שיותר לו להכניס בובת מין לתוככי הכלא לצורכי פורקן מיני. בית המשפט העליון קבע שאמנם קיום יחסי מין הוא צורך אנושי שאינו מתקפח עם הכניסה לכלא, אך הזכות לקיים יחסי מין אינה מוחלטת כמו הזכות למזון, לשינה ולטיפול רפואי, והיא נתונה לאיזונים.[66] עוד נאמר שאין להבחין בין רווק לנשוי בכל הנוגע לזכות לקיים יחסי מין. מאידך גיסא, בית המשפט קיבל את הנוסחה שהייתה קיימת ולפיה לא יתקיימו ביקורי התייחדות בתוככי הכלא, וכי שיקול המשאבים הוא שיקול מוצדק למניעת ביקורי התייחדות במתקני הכלא.[67]

פסקי הדין המרכזיים של בית המשפט העליון באשר לזכות ההתייחדות הם פסקי הדין עע"א 4714/04 **עמיר נ' שירות בתי הסוהר**[68] ופסק הדין בעניין **דוברין**. פסק הדין בעניין **עמיר** נגע לבקשתו של יגאל עמיר להתייחד, ואילו פסק הדין בעניין **דוברין**[69] נגע לבקשתו לבצע ברעייתו הפריה מלאכותית. בפסק הדין בעניין **עמיר** נדונה כאמור בקשת עמיר, המרצה מאסר עולם בגין רצח ראש הממשלה יצחק רבין

61 סעיף 1 לפקודת הנציבות 04.17.00.
62 **שם**, נספח א'.
63 **שם**, סעיף 4.
64 **שם**, נספח א'.
65 עניין חזן, **לעיל** הערה 26, בע' 275.
66 **שם**, שם.
67 **שם**, בע' 276.
68 פ"ד נ"ט(6) 145 (2000) (להלן: עניין עמיר).
69 עניין **דוברין**, **לעיל** הערה 7.

nevo.co.il

ז״ל, להתייחד. נפסק שישנן זכויות המלוות את האדם באשר הוא, גם בשהותו בין כותלי הכלא ובהן הזכות למזון, לשינה ולכבוד.[70] נקבע שיש יסוד לטענה שזכות ההתייחדות ״עלתה במעלת הזכויות להיותה נכללת בכבוד האדם״ וכי ״דיכויו של יצר כה מהותי שֶׁבַּחַי פוגע בכבוד וביכולתו של אדם לממש את חייו כבן־אנוש״.[71] כן נאמר שקיומה של הזכות ״מובן הוא מאליו״.[72] בית המשפט חזר וציטט את האמור בפסקי הדין בעניין חזן ובעניין וויל, שהזכות לחיי אישות ממשיכה להתקיים גם כאשר נשללת חירות התנועה של אדם בכליאתו בבית הכלא; ועם זאת נקבע שזכות זו נתונה לאיזון.[73] בית המשפט דן בנקודת האיזון הראויה וקבע כי ״ראש וראשון לשיקולי־הנגד הוא, כמובן, שיקול הביטחון״,[74] קרי — קיומו של חשש סביר שפגישת ההתייחדות תנוצל לקשירת קשר לביצועה של עבירה או לכל מטרה אחרת הנוגדת את שלום הציבור או את הסדר הציבורי.[75] עניין **דוברין** נדון זמן מה לאחר מכן, בעקבות בקשת עמיר לבצע ברעייתו הפריה מלאכותית. רשויות הכלא התירו — בתנאים מסוימים — העברת מבחנה עם זרעו של עמיר לרעייתו לצורך ביצוע ההפריה. על כך ערערו שני חברי כנסת (דוברין וצור). עיקר טיעונם היה כי ״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 הנלוזה 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 הביטחוניים״.[76] בית המשפט דחה את העתירה וקבע שהתפיסה שניתן לפגוע בזכות להורות, הנתונה לאסיר, בשל חומרת העבירה שעבר, או לנוכח שיקולי הרתעה והוקעה, זרה לעקרונות היסוד של הדין הפלילי ושל תורת הענישה. הוסף שגישה זו מנוגדת ניגוד בולט אף לתפיסה החוקתית השלטת בישראל.[77]

ברע״ב 2416/05 **פלוני ז״ל נ׳ שרות בתי הסוהר**[78] הוגש לבית המשפט ערעורו של חולה איידס, אשר ביקש להתייחד עם בת זוגו ואולם סירב לחשוף לפניה — תוך הפרת נוהל שב״ס בעניין — את מצבו הרפואי. בית המשפט קבע שהחלטת שב״ס במקרה דנן הייתה נכונה לנוכח החשש לשלומה של בת הזוג. עם זאת נאמר ששלילת האפשרות מאדם בוגר לקיים יחסי מין פרק זמן ארוך פוגעת פגיעה קשה בהווייתו האנושית, וכי הצורך לקיים יחסי מין הוא צורך אנושי בסיסי, הדומה, אם כי

70 עניין **עמיר**, **לעיל** הערה 68, בע׳ 158.
71 **שם**, שם.
72 **שם**.
73 **שם**, בע׳ 159.
74 **שם**, שם.
75 **שם**, בע׳ 160.
76 עניין **דוברין**, **לעיל** הערה 7, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ׳יה.
77 **שם**, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ׳יה.
78 פורסם בנבו (16.8.07).

nevo.co.il

לא זהה, לצרכים הקיומיים הבסיסיים שאדם זקוק להם לצורך קיומו. הוסף שהצורך של האסיר בהתייחדות אינו מסתכם בסיפוק הצורך המיני, וכי קיום המגע מספק גם צרכים נפשיים.[79]

אף בבית המשפט לעניינים מנהליים נקבע שמדובר בזכות חוקתית. בעע"א (חי') 558/05 **אוחיון נ' שרות בתי הסוהר**[80] נקבע שיש לעמוד בשלושת מבחני ההגבלה כדי לשלול את זכות ההתייחדות, וכן שניתן לשלול אותה בנסיבות שבהן מימושה יכול לפגוע באינטרסים חיוניים כגון ביטחון הכלואים, ביטחון הציבור והסדר בבית הסוהר. עם זאת נאמר שם דווקא, והדבר מתמיה מעט, כי "זכות זו הוכרה בפסיקה כזכות מהמעלה הראשונה, גם אם טרם נקבע אם יש לראותה כזכות יסוד שוות דרגה לזכויות יסוד אחרות שהן פועל יוצא של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו".[81] בעע"א (ת"א) 2260/08 **שלגין נ' שרות בתי הסוהר**[82] קבע בית המשפט לעניינים מנהליים שזכות ההתייחדות היא זכות חוקתית, כמוה כזכות לשוויון, ולפיכך על שירות בתי הסוהר לאפשר מפגשי התייחדות גם לזוגות חד־מיניים. עם זאת נקבע שאין מוטלת על שב"ס חובה לאפשר לשתי אסירות לסביות מגורים משותפים בחדר אחד בכלא עקב תא משפחתי שהקימו שם, בשל האיזון מול הצורך בסדר ציבורי תקין במתקני הכליאה.[83]

יודגש, בכל המקרים שנסקרו לעיל, ובמקרים רבים נוספים, תמיד נקבע שמדובר בזכות יסוד חוקתית, ובכל המקרים גם נקבע שהחלטת רשויות בתי הסוהר הייתה סבירה ומאוזנת. מן האמור עולה תמונה ברורה ולפיה הדין הישראלי אכן רואה בזכות ההתייחדות זכות יסוד חוקתית. ואולם על אף הלשון החוקתית שנוקטים בתי המשפט, דומה שבפועל במקרים רבים המבחנים והאיזונים המשמשים את בתי המשפט לעניינים מנהליים ואף את בית המשפט העליון עצמו בבחינת הפגיעה בזכות ההתייחדות של האסירים, הם המבחנים המשמשים לבחינת פגיעה בזכות "נמוכה" יותר במדרג ולא מבחני פסקת ההגבלה המשמשים לבחינת פגיעה בזכות חוקתית הננקטים בזהירות רבה. בעיקר אמור הדבר בזכותם של אסירים "ביטחוניים" אך לא רק בהם. בתי המשפט מותירים מתחם סבירות נרחב ביותר להחלטות שלטונות הכלא למנוע מאסירים לממש את זכות ההתייחדות משיקולי ביטחון וטובת הסדר הציבורי בכלא. זאת ועוד, בתי המשפט לא דנו בבעייתיות הרבה שפקודת הנציבות עדיין לוקה בה — ההגדרה של הזכות כ"טובת הנאה", הקביעה שנדרשת "תקופת אכשרה" של שנתיים לפני ששניים יוכרו בתור זוג (דבר שלעתים קרובות הוא בלתי אפשרי לרווקים אשר אינם יכולים לבסס מערכת זוגית בכלא, ועוד לא אמרנו מילה על הפגיעה בצורך

79 **שם**, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
80 פורסם בנבו (21.3.05) (להלן: עניין אוחיון).
81 **שם**, פסקה 2 לפסק דינו של השופט שפירא.
82 פורסם בנבו (7.10.08).
83 **שם**, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת שיצר.

nevo.co.il

האנושי לקיים יחסי מין בתקופת אכשרה זו), ושלילת זכות ההתייחדות לשם הכוונת התנהגות האסיר — אפשרות הנתונה לרשויות הכלא בקלות רבה מדי. בעייתיות נוספת טמונה בכך שזכות יסוד מהותית וחשובה כל כך מוגדרת בפקודה ולא בחוק, נקבעת על ידי הזרוע המבצעת, וקבלתה מותנית בהתנהגותו הטובה של האסיר. נראה שבבתי הכלא בישראל פקודת הנציבות היא שלמעשה גוברת במבחן התוצאה על פסיקת בית המשפט וב"שטח" זכות ההתייחדות היא ככלות הכול "טובת הנאה" ולא זכות חוקתית.

ו. זכות ההתייחדות, האינטרסים הנוגדים ומבחני האיזון

משנוכחנו, כאמור, שזכות ההתייחדות היא זכות יסוד, שאף הוכרה במשפט הישראלי בתור זכות יסוד, עלינו לבחון את השאלה השנייה והיא מתי תיסוג הזכות להתייחדות מפני שיקולים אחרים ואיזה מבחן יש ליישם כדי לבחון את שאלת הסתברות קיומם של אותם שיקולים. במדינת ישראל, כאמור, דומה שיש פער בין רמת ההצהרה, שלפיה מדובר בזכות יסוד חוקתית, ובין הרמה הפרקטית, שבה כמדומה מתאפשר בקלות לדחוק את מימוש הזכות משיקולי טובת הכלא ומשיקולי ביטחון.

הטיעון המרכזי של רשויות הכליאה בישראל, החוזר ונטען בהקשר של בקשת אסיר ליהנות מזכות ההתייחדות, הוא שיקול הביטחון. אותם שיקולי הביטחון נוגעים לשלושה רובדי מסוכנות: העושה המסוכן, המעשה המסוכן והקרבן הנתון בסיכון. העושה המסוכן — הוא אסיר שנשקף ממנו סיכון. ייתכן שהוא אסיר פלילי וייתכן שהוא אסיר ביטחוני. המעשה המסוכן — הוא ממכלול פעולות אשר יש בהן כדי לגרום (א) פגיעה בביטחון הכלא כגון הברחות, מרידות וחילופי מידע, או (ב) בעיות משמעת בתוככי הכלא (שאינן מאיימות על חיי הכלא). הקרבן הנתון בסיכון יכול להיות אסיר אחר, סוהר או פלוני מכלל הציבור או הציבור בכללותו. לרוב, הטענה בדבר שיקולים ביטחוניים המונעים הענקת זכות התייחדות עולה בעתירות הנוגעות לאסירים ביטחוניים. כיוון שעל פי רוב הטיעונים בדבר שיקולי ביטחון מושמעים כלפי אסירים ביטחוניים, נדון בטענות אלה. מטבע הדברים חלק מן הטענות תקף גם לגבי אסירים פליליים רגילים.

"חזקת" מסוכנות באסירים ביטחוניים

בשנת 2002 נכתבה פקודת הנציבות 03.02.00 שכותרתה "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים", והיא קובעת כדלקמן:

"באסירים השפוטים/עצורים בגין עבירות נגד ביטחון המדינה קיים בדרך כלל

nevo.co.il

> פוטנציאל ממשי לסיכון ביטחון המדינה בכלל ולסיכון הסדר והמשמעת בבתי הסוהר בפרט, וזאת לאור סוג העבירה שביצעו, או שבביצועה הם חשודים, עברם, מניעיהם ומעורבותם בפעולות נגד ביטחון המדינה.
> רובם של אסירים אלה אף קשורים לארגוני טרור וקשר זה טומן בחובו סכנות מיוחדות הן לסדר ולמשמעת בבית הסוהר והן לביטחון המדינה. הסיכון הביטחוני הצפוי מהאסירים הביטחוניים מחייב כליאתם בנפרד מאסירים פליליים והטלת מגבלות מיוחדות עליהם בכל הנוגע לקשר עם החוץ, ובכלל זה בנושאים של חופשות, ביקורים, שיחות טלפון והתייחדות".[84] [ההדגשה שלי — ל' ע']

הנה כי כן, שירות בתי הסוהר מניח מעין "חזקה" שלפיה כל אסיר ביטחוני נושא פוטנציאל ממשי לסיכון ביטחון המדינה ובית הסוהר, וכי הדבר מחייב, מיניה וביה ומראש, הטלת הגבלות שאינן מוטלות (לפחות לא מראש) על אסירים פליליים. בעניין **עמיר** הסביר בית המשפט העליון שהטעם לפיקוח ולבקרה ההדוקים על אסירים ביטחוניים הוא שנשקפת מהם סכנה גדולה לביטחון הציבור, לשלומו ולניהולו התקין של בית הסוהר. בית המשפט הוסיף שאסירים ביטחוניים מונעים מאידאולוגיה, ולכן נשקף מהם סיכון גבוה, שכן לשם הגשמת האידאולוגיה יבקשו לבצע שוב עבירות, לפגוע בנציגי שלטון, להיות בקשר עם ארגונים לא חוקיים וכדומה. עוד נאמר שרוב האסירים הביטחוניים קשורים בפועל לארגוני טרור, וכי קשר זה טומן בחובו סכנות מיוחדות הן לסדר ולמשמעת בבית הסוהר הן לביטחון המדינה.[85] בעע"א 1076/95 **מדינת ישראל נ' קונטאר** הרחיב בית המשפט את הדברים באשר לסיכון המיוחד הנשקף מאסירים ביטחוניים. עוד ציין בית המשפט שברוב המקרים האסירים הביטחוניים משתייכים לארגונים בלתי חוקיים ששמו להם למטרה לפגוע במדינה ויש חשש שהאסיר ימשיך להיות בקשר עם הארגון גם בתקופת המאסר. בקשר זה טמונות סכנות מיוחדות, וטמונה סכנה גם בקשר שבין האסירים הביטחוניים לבין עצמם. הסכנה נוגעת הן לביטחון המדינה והן לסדר בבית הסוהר, ומכאן הסיכון המיוחד הנובע מהם.[86] בבג"ץ 221/80 **דרוויש נ' שרות בתי הסוהר** הסביר השופט י' כהן שהטעם להצדקת ההפליה בין אסירים פליליים לביטחוניים הוא שהאסירים הביטחוניים הם גוף מאורגן הפועל כגוף אידאולוגי אחיד, על פי הוראות מנגנון ארגוני. המנגנון מוקם על ידי אסירים אלה בכל בית סוהר, והוא מחליט בכל הנוגע לפעולות האסירים ונוקט משמעת חמורה ואמצעי ענישה היכולים להגיע עד כדי חיסול הסרבנים. זאת ועוד, אסירים ביטחוניים בבתי הסוהר מקבלים הנחיות והוראות

84 סעיף 1 לפקודת הנציבות 03.02.00.
85 עניין **עמיר**, **לעיל** הערה 68, בע' 156.
86 פ"ד נ(4) 492, 500 (1996) (להלן: עניין **קונטאר**).

nevo.co.il

לפעולה מארגוני חבלה מחוץ לכלא, ומוציאים לפועל הוראות אלה.[87] בעניין **אוחיון** קבע בית המשפט לעניינים מנהליים כי בהצטבר מידע המצביע על פעילות אסורה של העותר בתחומי המעצר ומחוצה לו באופן המסכן עצורים אחרים, שירות בתי הסוהר מוסמך לשלול מהעותר זכויות כדי להמחיש לו את חומרת המעשים המיוחסים לו לשם הכוונת התנהגותו. לסיכום, בית המשפט מקבל שלילת זכות לשם הכוונת התנהגות ומצדיק שלילת זכות בשל סיכון בטחוני הנשקף מהאסיר.[88]

מבחן האיזון — החשש הסביר

לאחר שפירט בית המשפט את משנתו בעניין הסיכון המיוחד הטמון באסירים ביטחוניים, הוא פנה לשלב הבא, והוא — בחינת המקרה הקונקרטי. אבחן את אופן איזון הזכויות בפסק הדין בעניין **קונטאר**, שעניינו איסור קיום קשר טלפוני עם החוץ, ובפסק הדין בעניין **עמיר**, שעניינו זכות ההתייחדות. אקדים ואדגיש, המקרים אינם דומים: בעניין **קונטאר** נשללה מן האסירים הזכות לקיים שיחות טלפון, כלומר נשללה הזכות לקיים קשר עם העולם החיצון, ולא הזכות לקיים קשר אנושי בכלל, ועל כן הזכות שנפגעה אינה זכות יסוד; ואילו בעניין **עמיר** נפגעה הזכות לקיים יחסי מין, כלומר נפגעה זכות יסוד. עם זאת, בשני המקרים הנמקתו של בית המשפט דומה והמבחנים שהחיל דומים. מכאן גם המסקנה, שעליה אעמוד בהמשך, שבית המשפט מחיל על זכות ההתייחדות מבחנים שנועדו לאזן זכויות משניות, ולא זכויות יסוד.

בעניין **קונטאר** הסביר בית המשפט כי סיווג אוכלוסיית בתי הסוהר, אם אינו נדרש על פי דין, אמור להתבסס על שיקולים ענייניים. אם הסיווג מתבסס על שיקולים ענייניים ומתבצע בסבירות, אזי הוא כשר. בית המשפט הכיר בכך שהסיווג עשוי להביא להבדלים בתנאי המאסר, אך קבע שכל עוד ההבדלים מתבססים על שיקולים ענייניים ומתבצעים בסבירות, הרי הם כשרים. בית המשפט קבע שסיווג נפרד של אסירים ביטחוניים מוצדק, וציין שסיווג כזה נובע מהסכנות המיוחדות הטמונות באסירים אלה. הסכנה לביטחון המדינה ולסדר בכלא, הנשקפת מאסירים ביטחוניים, מצדיקה את כליאתם של אסירים ביטחוניים בנפרד והטלת הגבלות מיוחדות עליהם בעיקר בכל הנוגע לקשר עם החוץ. אליבא דבית המשפט יש להתחשב באינטרס ביטחון המדינה כיוון שאדם נכלא בבית סוהר לא רק כעונש על העבירה שביצע אלא גם כדי להגן על החברה מפניו.[89] נאמר כי על שירות בתי הסוהר מוטלת האחריות לכך שאסירים ביטחוניים לא יקיימו קשר עם גורמים עוינים שיש בו כדי לפגוע בביטחון המדינה. לצורך זה רשאי שירות בתי הסוהר לקבוע הסדר שימנע קשר כזה או יכביד עליו. אין יסוד סביר לבית המשפט לפסול הסדר המונע מאסירים ביטחוניים לקיים

87 פ״ד לה(1) 536, 543 (1980).
88 עניין **אוחיון**, לעיל הערה 80, פסקה 4 לפסק דינו של השופט שפירא.
89 עניין **קונטאר**, לעיל הערה 86, בע׳ 501–502.

nevo.co.il

קשר טלפוני עם העולם החיצון משום שהסדר זה, אף שהוא פוגע בחומרה בזכות האסיר הביטחוני, אינו חורג מהאיזון הראוי. בית המשפט קיבל את השיקול שלפיו הקושי של שירות בתי הסוהר לפקח פיקוח שוטף ויעיל על קשרי הטלפון השגרתיים הוא שיקול ראוי שניתן לשוקלו לעומת זכות האסיר לקשר עם העולם החיצון.[90] נקבע עוד שהפגיעה אף מתרככת לנוכח האפשרות לקיים קשר עם העולם שמחוץ לחומות באמצעות ביקורים רגילים ומכתבים.[91]

בפסק הדין בעניין עמיר נאמר שהלה סווג בבית הסוהר כאסיר ביטחוני בשל אופי הסיכון הנשקף ממנו ומפאת העבירות שהורשע בהן. סיווגו כאסיר ביטחוני מטיל עליו הגבלות, כגון בשיחות טלפון ובביקורים. נאמר שזכויותיהם ומשטר חייהם של אסירים ביטחוניים שונים משל אלה שאינם אסירים ביטחוניים, וכי ההגבלות החלות על אסירים ביטחוניים רבות וקשות יותר.[92] נקבע שסיווג אסיר כאסיר ביטחוני מותר בשל הסיכון הנשקף ממנו. הוסף שסיווגו צריך להיות ענייני וסביר. עוד נפסק שאין פסול בכך שסיווג יביא מיניה וביה להטלת הגבלות גורפות על האסירים המסווגים. במקרה של אסירים ביטחוניים נקבע שבשל הסיכון המיוחד הנשקף מהם, ישנה הצדקה לתנאי כליאה חמורים יותר מהרגיל ולפגיעה קשה יותר בזכויותיהם, וכי ההגבלות המנויות בפקודת הנציבות 03.02.00 ובהן חופשות, ביקורים, שיחות טלפון והתייחדות, אינן חורגות ממתחם הסבירות. עם זאת, על ההסדרים המיוחדים הנוגעים לאסירים ביטחוניים לעמוד במבחנים משפטיים החלים על החלטות מנהליות — עליהם להיות עניינים, סבירים ומידתיים. בית המשפט המשיך וקבע שההגבלות המוטלות על קשריהם של אסירים ביטחוניים עם החוץ אינן מוחלטות, וניתן לאפשר ביקורי התייחדות כאשר האסיר לא היה חבר בארגון עוין או ניתק עמו קשר, וניתנה חוות דעת של השב״כ שאין נשקפת סכנה לפגיעה בביטחון המדינה בשל הסרת ההגבלה.[93] המבחן שאימץ בית המשפט כדי לבחון שאלה זו הוא **מבחן החשש הסביר**, ולפיו אם יש חשש סביר שפגישת ההתייחדות תנוצל לקשירת קשר לביצועה של עבירה או לכל מטרה אחרת הנוגדת את שלום הציבור או את הסדר הציבורי, אין לאפשר התייחדות.[94]

מן האמור לעיל עולה שהאיזון הנדרש בין הזכות להתייחדות לשיקולי הביטחון מושתת על מבחן החשש הסביר. כאשר יש חשש סביר שההתייחדות תביא לפגיעה

---

90 **שם**, שם. בכל הנוגע לזכות ההתייחדות אין אפשרות לשב״ס לפקח על המפגשים מסיבות ברורות של פלישה לפרטיות.

91 **שם**, בע׳ 501–503.

92 עניין **עמיר**, **לעיל** הערה 68, בע׳ 155.

93 **שם**, בע׳ 157–158.

94 **שם**, בע׳ 160. בדברי השופט חשין: ״ההתייחדות משמיעה אותנו מתן אפשרות לבן־הזוג או לבת־הזוג לבוא אל הכלא ולפגוש את האסיר או האסירה בהסתר מעין־רואים. ומתוך שגם פגישה מעין־זו יכולה שתפגע בביטחון, עשויה זכות ההתייחדות להיסוג מפני שיקולי ביטחון. כך, למשל, אם יש חשש סביר כי פגישת ההתייחדות תנוצל לקשירת קשר לביצועה של עבירה או לכל מטרה אחרת הנוגדת את שלום הציבור או את הסדר הציבורי.״

nevo.co.il

בביטחון בין כותלי הכלא או מחוץ להם, ניתן להגביל זכות זו. כידוע, בדין הישראלי נהוג להשתמש באחד משני מבחנים לבחינת היתכנותם של מצבים מסוימים שהדין רוצה למנוע (או לקיים): מבחן החשש הסביר ומבחן האפשרות הממשית. מבחן האפשרות הממשית מכוון למצבים הרבה יותר קונקרטיים, מזוהים ומובהקים, ואילו מבחן החשש הסביר יכול פוטנציאלית לחבוק מקרים רבים יותר. הוא עשוי לכלול מקרים שבהם החשש לביטחון אינו ברור לחלוטין, כל עוד החשש אינו זעום. הבחירה במבחן המחמיר פחות פותחת פתח להכללת מקרים רבים יותר תחת מטריית שיקולי הביטחון. כאשר מדובר בזכות שולית — נניח במקרה **קונטאר**, שבו דובר בפגיעה בקשר עם העולם החיצון ולא בניתוק שרירותי וגורף של כל קשר חיצוני שהוא, הרי הדבר סביר; אך האם המבחן סביר במקרה של פגיעה בזכות יסוד, העומדת — לדברי בית המשפט — בשורה אחת עם זכויות בסיסיות כגון אכילה, שתייה ולינה?

כל האמור נוגע לאיזון הראוי בין זכות האסיר להתייחדות לבין שיקולי ביטחון. אך זה המקום להזכיר שגם במישור החוקתי גרידא הסדרת הנושא לוקה בבעייתיות רבה. זכות יסוד זו עדיין מוסדרת בפקודת נציבות שירות בתי הסוהר מכוח סמכות נציב בתי הסוהר לפי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] ולא בחקיקה ראשית. אשוב ואציין, פקודת הנציבות מגדירה את זכות ההתייחדות כטובת הנאה ולא כזכות יסוד. בפקודת הנציבות, כאמור, נקבעו תנאי זכאות למיניהם ומוסדות הכלא רשאים לשלול זכות זו בהליך פשוט יחסית, ואפילו לא בהליך משמעתי. בשל קוצר היריעה, לא ארחיב בעניין הבעייתיות שבפגיעה בזכות היסוד להתייחדות — ובכל זכויות האסירים — נעשית מכוח פקודת נציבות ולא מכוח חקיקה ראשית. רק אזכיר שדו״ח הוועדה כבר נדרש לסוגיה והביע דעתו על הצורך בהסדרה רחבה וכוללת של זכויות האסיר. דו״ח הוועדה מסתיים כך, והדברים מדברים בעדם:

> ״אנו ממליצים על יוזמת חקיקת חוק בתי הסוהר, שיתאים לזמננו, ולפעולות שכבר נעשות כיום בתוכם. החוק יגדיר את מטרות המאסר, את חובת מאמצי השיקום, ויכלול לא רק את חובות האסיר, אלא גם את זכויותיו באשר לחופשות בית ולמפגשים אינטימיים״.[95]

עוד אציין שהמצב המשפטי הנוכחי של הסדרת זכויות האסירים בפקודות הנציבות, ולא בדבר חקיקה סדור, הביא לידי כך שבתי המשפט נאלצים שוב ושוב להידרש לסוגיית חוקתיות החלטות הנוגעות לזכויות אסירים, וכך, בעע״א 4463/94 **גולן נ׳ שרות בתי הסוהר** פסל בית המשפט את החלטת רשויות הכלא למנוע מאסיר לעסוק בכתיבה פובליציסטית;[96] ברע״א 7284/09 **רוזנשטיין נ׳ מדינת ישראל** נקבע שאסיר זכאי להיות נוכח בהליך אזרחי המתנהל בעניינו, וכי לא די בכך שייוצג בידי סנגור;[97]

95 דו״ח הוועדה, לעיל הערה 16, בע׳ 63.

96 פ״ד נ(4) 136 (1996) (להלן: עניין גולן).

97 פורסם בנבו (24.11.09).

nevo.co.il

ובבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** נקבע שהפרטת בתי הסוהר אינה חוקתית, ובוטלה הקמת בתי סוהר פרטיים בישראל.[98]

ז. המבחן הרצוי — מבחן האפשרות הממשית

כעת אפנה לשאלה אם המבחן המשמש את בית המשפט לבחינת הסתברותה של פגיעה בביטחון, הוא המבחן הראוי. תשובתי על כך שלילית. כבר הראיתי שזכות ההתייחדות היא זכות יסוד מן המעלה הראשונה, הנמנית עם זכויות שאיש אינו מעלה על דעתו לשלול אותן או לפגוע בהן כגון אכילה ולינה. עם זאת, המבחן המיושם לבחינת הסתברות הפגיעה בביטחון הוא מבחן החשש הסביר. הבעייתיות בהחלת מבחן זה היא כפולה. ראשית, אין התאמה בין עוצמת המבחן לעוצמת הזכות. ככלל, ככל שזכות נמוכה יותר במדרג, כך ההגנה עליה פוחתת.[99] ואולם במקרה דנן די בהסתברות נמוכה, יחסית, אף שהזכות גבוהה ביותר במדרג — זכות יסוד חוקתית. שנית, כשהרשויות בוחנות את הסיכון הביטחוני הנשקף מאסיר, ניתן לראות בכך מעין "משפט זוטא" פלילי בעניינו, כש"האשמה" היא המסוכנות הנשקפת ממנו. והנה בהליך "מעין פלילי" זה אין נדרשת רמת הוודאות הרגילה במשפט פלילי, אלא רמת ודאות נמוכה יותר, וניתן להוכיח את "אשמתו" ברף של חשש סביר. ובכל זאת הסנקציה המוטלת עליו בעקבות זאת חריפה ביותר ומונעת ממנו מימוש עצמי והגשמה אנושית. הדבר חמור אף יותר במקרה של אסיר ביטחוני אשר בעניינו יש "חזקת מסוכנות" שהנטל להפרכתה מוטל על שכמו.

לפיכך נראה שבמקרה זה יש להחיל את מבחן האפשרות הממשית בתוספת מבחני המידתיות הרגילים והמקובלים. הדבר מתבקש הן מעוצמת הזכות — זכות יסוד חוקתית, הן מעוצמת הפגיעה — שלילתה המוחלטת של הזכות.

לפי מבחן האפשרות הממשית, רמת ההוכחה הנדרשת כדי לקבוע שנשקף מן האסיר סיכון ביטחוני היא רמה של ודאות מעל לכל ספק סביר. זאת ועוד, על הרשויות יהיה להוכיח, באותה רמת הוכחה, שמדובר בפגיעה ממשית בביטחון. בשלב הראשון צריך להוכיח מעל לכל ספק סביר שאכן יש איום, ובשלב השני צריך להוכיח שהאיום הוא איום ממשי. לאחר מכן על רשויות הכלא לפעול לפי מבחני המידתיות הרגילים, דהיינו עליהן להוכיח שאי־אפשר להסיר את החשש בדרך אחרת (למשל על ידי העברת האסיר למתקן כליאה אחר במקרה של חשש לביטחון מתקן הכליאה); שהפגיעה מינימלית ומוגבלת (למשל, על ידי בחינה מדי פרק זמן אם החשש עודנו קיים); ושהתועלת רבה מהנזק במידה ניכרת. אימוץ

98 **פורסם בנבו** (19.11.09).

99 רע"ב 5493/06 **עמנואל פלד נ' שרות בתי הסוהר**, פורסם בנבו (12.10.10), פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ביניש.

nevo.co.il

מבחן זה יבטיח שרק במקרים נדירים ביותר תוגבל הזכות להתייחדות. למשל, כאשר יש חשש שהאסיר ינצל את ביקורי ההתייחדות לבריחה מהמאסר או להעברת מסרים לגורמים עוינים, ויש מידע מודיעיני ברור התומך בכך, יהיה אפשר להגביל את הזכות להתייחדות.[100]

אמנם ניתן לטעון שהמבחן המוצע יטיל על רשויות הכליאה נטל כבד ביותר. גם כך שירות בתי הסוהר מתמודד עם המציאות המורכבת במתקני הכליאה, בייחוד בכל הקשור למגע בין הכלוא והעולם החיצוני. אך דומה שאין מקום לטענה זו, ולא רק בשל היות הזכות יסוד חוקתית מוגנת אשר שיקולי משאבים אינם צריכים (למעט במקרים יוצאי דופן) להימנות עם שיקולי הפגיעה בה, אלא גם משום התועלת לחברה שבדבר. הוכח במחקרים רבים שהענקת זכות ההתייחדות משפיעה לחיוב על הכלואים, מגבירה את נכונותם לשתף פעולה עם רשויות הכליאה, מגבירה את המוטיבציה לניהול חיי כלא תקינים ומסייעת מאוד לשיקומם של האסירים ולהעלאתם על דרך הישר.[101]

לנוכח האמור, נראה שלא רק מבחינה עקרונית, אלא גם מבחינה תועלתנית, יש לקבוע שהמבחנים הראויים להתרת פגיעה בזכות להתייחדות חייבים להיות המבחנים המחמירים המשמשים לבחינת פגיעה בזכויות חוקתיות.

ח. זכות ההתייחדות בדין הזר

לאחר שנקבעו השיקולים הראויים לפגיעה בזכות להתייחדות וליישום מבחני המידתיות בהקשר זה, יופנה המבט לאופן התמודדות הדין הזר עם שאלת הזכות להתייחדות ותיבדק השאלה אם המגמות בדין הזר מתיישבות עם הגישה המוצעת במאמר זה. באופן כללי, אם נבחן את המצב המשפטי בקרב המדינות המעניקות זכות התייחדות, אפשר לסווג את ה הגישות המקובלות לנושא לארבע: הגישה התועלתנית — הדוגלת במתן זכויות ביקור ככלי לאכיפת משמעת או להשגת יעדים חיצוניים; הגישה הדתית — הדוגלת במתן זכויות ביקור בשל ציווים דתיים (גישה זו מקובלת בכמה מדינות מוסלמיות);[102] הגישה המסורתית — הדוגלת במתן אפשרות התייחדות לצורכי רבייה בלבד; והגישה הליברלית — הרואה בזכות

100 בארצות הברית, למשל, אירע מקרה שבו אסיר ניצל את ביקור ההתייחדות כדי לברוח מהמאסר ולבצע פשעים חמורים נוספים. ראו: Joshua Marquis "Symposium: Innocence in Capital Sentencing: The Myth of Innocence" 95 *J. Crim. L. & Criminology* (2005) 501, 519.

101 Christopher Hensley *Prison Sex: Practice and Policy* (2002) 143–146.

102 Gary Hill "Religious Rights, Duties and Customs of Muslim Inmates" *Corrections Compendium* 27 Issue: 11 (2002) pp. 6.

nevo.co.il

ההתייחדות זכות אדם הראויה להגנה גם מאחורי סורג ובריח.[103] עם זאת, במדינות רבות אין מתקיימים ביקורי התייחדות כלל.[104] כך, לדוגמה, אין מתקיימים ביקורי התייחדות באירלנד, בבריטניה ובמרבית מדינות ארצות הברית.[105] ואולם אף שלא כל מדינות העולם הכירו בזכות כזכות יסוד חוקתית, ניכרת מגמה של התרחבות ההכרה בה, כפי שיפורט להלן.

זכות ההתייחדות בבתי הדין הבין־לאומיים

המשפט הבין־לאומי טרם הכיר בזכות ההתייחדות כזכות אדם בין־לאומית. עם זאת, במתקני הכליאה של בית הדין הבין־לאומי בהאג ובטריבונלים הבין־לאומיים ליוגוסלביה ולרואנדה מתאפשרים ביקורי התייחדות,[106] ודומה שהדברים הם חלק ממגמה הולכת וגוברת להכיר בזכות ההתייחדות כזכות אדם. בעבר, ביקורי התייחדות לא התאפשרו בבית הדין הבין־לאומי לרואנדה, לנוכח פסיקת נשיא בית הדין אריק מוזה (Erik Mose) בעניין **נגזה** (*Hassan Ngeze*).[107] נגזה הורשע בשנת 2003 ברצח בני טוטסי ובפשעי מלחמה נוספים שביצע במסגרת רצח העם הרואנדי שהתרחש בשנת 1994. בשנת 2005, בעוד ערעורו תלוי ועומד לפני בית הדין הבין־לאומי, ביקש נגזה להינשא. בית הדין נענה לבקשתו בקבעו שהזכות להינשא ולהקים משפחה היא זכות אדם מוקנית. עם זאת, קבע בית הדין שמוקנית לו זכות להינשא בלבד, אך אין מוקנית לו בעקבות זאת זכות התייחדות. בית הדין נימק את החלטתו בכך שלפי חוקי המדינה המארחת (טנזניה), אין מוקנית זכות כזאת, וכי אין הדין הבין־לאומי מכיר בה כזכות יסוד.[108] בית הדין אף דחה את הטענה שמדובר בהפליה לעומת האסירים הכלואים במתקני בית הדין הבין־לאומי בהאג (במקרה דנן היה מדובר בפושעי מלחמה יוגוסלביים), שכן במדינה המארחת שם — הולנד, נהוגה פרקטיקה של ביקורי התייחדות.[109] ערעור שהגיש נגזה נדחה על ידי ערכאת הערעור, שקבעה כי הסמכות הנתונה לה להפוך החלטות של נשיא בית הדין מצומצמת לשאלות של הליך הוגן, ומשאין זה המקרה, אין לה סמכות להפוך את ההחלטה.[110] ואולם שלוש

103 Hensley, **לעיל הערה 101**, בע׳ 143.
104 **דו״ח הוועדה, לעיל הערה 16**, בע׳ 2.
105 Rachel Wyatt "Male Rape in U.S. Prisons: Are Conjugal Visits the Answer?" 37 *Case W. Res. J. Int'l L.* (2006) 579, 582.
106 Daryl Mundis & Fergal Gayor "Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals" 4 *J. of Intl. Criminal Justice* (2006) 623, 628.
107 (ICTR-1999–52–A) Appeals Chamber, 14 September 2005.
108 **שם**, שם.
109 שם.
110 (ICTR-99–52–A) Appeals Chamber, 6 December 2005.

nevo.co.il

שנים מאוחר יותר, בשנת 2008, הוציא בית הדין הנחיה, ולפיה מעתה והלאה תינתן לעצורים[111] שבמתקניו זכות להתייחדות.[112]

ארצות הברית

כאמור, ביקורי ההתייחדות הותרו לראשונה בראשית המאה העשרים במדינת מיסיסיפי שבארצות הברית, ובמקורם נועדו להגביר את תפוקת העבודה של האסירים. כיום זכות התייחדות מוכרת בארצות הברית בשמונה מדינות בלבד (קליפורניה, קונטיקט, מינסוטה, מיסיסיפי, ניו־יורק, אורגון, דרום קרוליינה וושינגטון),[113] והיא אינה ניתנת בבתי הסוהר הפדרליים (ובבתי הסוהר של צבא ארצות הברית),[114] אם כי לאחרונה החל משרד המשפטים האמריקני לבחון אפשרות זו ככלי להפחתת מקרי האונס בבתי הכלא.[115] יוער שמתקני הכליאה במדינת מיסיסיפי — חלוצת ביקורי ההתייחדות — משמשים חוקרים מכל העולם הבאים לבחון את הצלחת השיטה מבחינת הסדר הציבורי בכלא וקידום שיקום האסירים.[116] עוד יצוין שהמדינות המאפשרות ביקורי התייחדות בארצות הברית עושות זאת מטעמים תועלתניים או מטעמים מסורתיים של המסגרת המשפחתית או משילוב של השניים, והשיח הליברלי בנושא עודנו בחיתוליו.[117] עוד יוער שבארצות הברית נתונה הזכות להתייחדות לנשואים, ובחלק מהמדינות אף לידועים בציבור או לבעלי ״שותפות אזרחית״, חוץ ממדינת קונטיקט שבה נתונה הזכות גם לרווקים.[118]

הפסיקה האמריקנית בסוגיה, העולה מפעם לפעם, עקיבה וקובעת שזכות ההתייחדות אינה זכות מוגנת על פי החוקה:[119] בעניין *Tarlton v. Clark* נקבע

---

111 הזכות מוקנית רק לעצורים, שכן אין אסירים במתקני האו״ם. נאשמים שהורשעו בפסק דין חלוט מועברים לריצוי עונשם בבתי הסוהר במדינות מסוימות ושם חל עליהם דין המדינה המארחת בנושא זה.

112 ICTR Directive — Conjugal Rights For Detainees (2008).

113 Daniel J. Gallagher & Mary E. Edwards “Prison Industries and the Private Sector” 25 *Atlantic Economic J.* (1997) 91, 96.

114 Wyatt, **לעיל הערה 105**, בע׳ 582.

115 יוער שהבחינה נעשית כחלק ממאמץ כללי לצמצם את מספר מקרי האונס במתקני הכליאה בארצות הברית. יש לציין שבשנת 1994 בפסק הדין בעניין *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. (1994) נפסק שמקרי אונס בתוככי מתקני הכליאה בארצות הברית הם ״עונש אכזרי״ האסור על פי התיקון השמיני לחוקה האמריקנית, ועל הרשויות (אשר אינן מונעות את מקרי האונס הרבים) מוטלת האחריות לעשות כל שביכולתן כדי למנוע זאת. בהמשך לכך, בשנת 2003 התקבל חוק Prison Rape Elimination Act, שמטרתו לתת כלים לרשויות למניעת מקרי אונס בתוככי הכלא.

116 Simpson, **לעיל הערה 1**, בע׳ 652.

117 Wyatt, **לעיל הערה 105**, בע׳ 582. ראו גם דו״ח הוועדה, **לעיל הערה 16**, בע׳ 8.

118 **שם**, שם.

119 “A Jailhouse Lawyer’s Manual: Ninth Edition” *Columbia Human Rights L. Rev.* (2011) 586.

nevo.co.il

שהזכות למפגש מיני אינה זכות חוקתית.[120] בעניין *lyons v. Gilligan* נקבע שמניעת ביקורי התייחדות אינה נחשבת ״עונש אכזרי או בלתי שגרתי״ (cruel and unusual punishment) האסור על פי התיקון השמיני לחוקה, ועל כן אינו מנוגד לה.[121] בעניין *Imprisoned Citizens Union v. Shapp* עלתה גם שאלה בכל הנוגע לרלוונטיות של נושא זה למדיניות הענישה ודרכיה. נקבע שאחת המטרות המהותיות של המאסר היא בידוד האסיר מהחברה, וכי פועל יוצא של בידוד זה הוא מניעת כל קשר עם אנשים מבחוץ, ועל כן מניעת מפגשי התייחדות היא מדיניות ענישה ראויה.[122] בדומה בעניין *Block v. Rutherford* נקבע שמניעת ביקורי התייחדות, כל עוד נעשתה בהליך הוגן, היא חוקתית.[123] בעניין *Doe v. Coughlin* נקבע שמדיניות של מניעת ביקורי התייחדות מאסיר חולה איידס במתקני כליאה שבהם לשאר האסירים ניתנת זכות כזאת, היא חוקתית, שכן ביקורים אלה אינם זכות מוקנית כי אם ״טובת הנאה״ שבסמכות רשויות הכליאה למנוע מאסירים נושאי סיכון.[124]

מן האמור עולה שאין הדין האמריקני מכיר בזכות ההתייחדות כזכות חוקתית. ואולם יודגש, הגישה האמריקנית, שלא כמו הגישה במרבית מדינות אירופה ובישראל, מדגישה בכליאה בעיקר את פן הענישה והגמול, ולפן השיקומי ניתן משקל מועט (ברוב המדינות).[125] הכליאה, לפי גישה זו, יכולה להפקיע זכויות יסוד מסוימות.

אירופה

מרבית מדינות אירופה מאפשרות ביקורי התייחדות, והאידאולוגיה הליברלית כלפי סוגיית ההתייחדות נמצאת בבסיס הגישה האירופית לסוגיה.[126] בכמה ממדינות אירופה הוכרה זכות ההתייחדות כזכות יסוד מוקנית, ובהן דנמרק, הולנד, גרמניה, ספרד, פורטוגל, שוודיה ושווייץ.[127] במרבית המדינות מוקנית הזכות לכל זוג, כלומר היא חלה הן על נשואים הן על רווקים, הטרוסקסואלים והומוסקסואלים כאחד.[128] תדירות הביקורים נעה בין אחת לשבוע לאחת לחודשיים.[129]

120 441 F.2d 384 (1971).

121 382 F. Supp. 198 (1974). כך נקבע אף בעניין *Montana v. Commissioners Court*, 659 F.2d 19, 21 (1981). ובעניין *Toussaint v. McCarthy, 801 F.2d 1080* (1986).

122 451 F. Supp. 893 (1978).

123 468 U.S. 576, 104 S. Ct. 3227, 82 L. Ed. 2d 438 (1984).

124 71 N.Y.2d 48, 54, 518 N.E.2d 536, 540, 523 N.Y.S.2d 782, 786 (1987).

125 Roger Matthews "The myth of Punitiveness" 9 *Theoretical Criminology* (2005) 175.

126 דו״ח הוועדה, לעיל הערה 16, בע׳ 3.

127 שם, בע׳ 4.

128 שם, שם.

129 שם.

nevo.co.il

פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם: *Dickson v. the United Kingdom*[130]

דיקסון נשלח למאסר בשנת 1994 באשמת רצח. במהלך שהותו בכלא פגש (באמצעות חליפת מכתבים) באישה, ונישא לה בעודו בכלא. בבריטניה, כאמור, אין מתאפשרים ביקורי התייחדות, ועל כן ביקש הזוג להביא ילד לעולם באמצעות הפריה מלאכותית. הרשויות הבריטיות, ובעקבותיהם בתי המשפט, סירבו לבקשה בנימוק שבאנגליה אין ניתנת לאסירים זכות להפריה חוץ־גופית, בשל הגישה הציבורית הרואה בשלילה מתן אפשרות לאסירים להביא ילדים לעולם.[131] בית הדין האירופי קבע שהטענה בדבר ״הגישה הציבורית״ אינה יכולה לעמוד מבחינה משפטית. נקבע שאמנם אין לכפות על המדינות החתומות על האמנה האירופית לזכויות אדם ליתן זכות התייחדות, אך יש לקבוע שזו צריכה להיות המגמה בקרב כל המדינות החברות, וכי שלילת זכות זו חייבת להיעשות בחוק ומנימוקים משפטיים כבדי משקל. עוד נקבע שאת זכות ההתייחדות ניתן, בתנאים כאמור, לשלול — אך אין לשלול מאסיר את הזכות להביא ילד לעולם באמצעות הפריה מלאכותית, וכי שלילה כאמור מנוגדת לסעיף 8 לאמנת זכויות האדם האירופית.[132] בית המשפט הדגיש ששלושים מכלל המדינות החתומות על האמנה (רוב מדינות אירופה) מאפשרות ביקורי התייחדות[133] וכי ראוי שמגמה זו תתרחב והאפשרות תאומץ על ידי כל המדינות החברות. יוער שבשנת 2009, בעניין *Bykov v. Russia* חזר בית הדין על קביעתו שאמנם יש לראות בחיוב מתן ביקורי התייחדות, ומרבית מדינות האיחוד מאפשרות זאת, אך אין לכפות על המדינות מתן ביקורים כאלה משום שאינם בגדר ״זכות יסוד״ מוקנית.[134]

דרום אמריקה ומרכזה

דומה שמדינות דרום אמריקה הן הליברליות ביותר בכל הנוגע לביקורי התייחדות, ובכולן, להוציא צ׳ילה, מתקיימים ביקורים.[135] האידאולוגיה שבבסיס התרת הביקורים

130 (application no. 44362/04) 2007.

131 **שם**, שם.

132 The European Convention on Human Rights (1950).

133 והן: אלבניה, ארמניה, אזרבייג׳אן, בלגיה, בוסניה, הרצגובינה, בולגריה, קרואטיה, צ׳כיה, דנמרק, אסטוניה, פינלנד, צרפת, גרוזיה, גרמניה, איסלנד, לטביה, ליטא, לוקסמבורג, מלטה, מולדובה, נורווגיה, פולין, סרביה, סלובניה, ספרד, שווייץ, שוודיה, הולנד, מקדוניה ואוקראינה.

134 (Application no. 4378/02) 2009.

135 **דו״ח הוועדה, לעיל** הערה 16, בע׳ 12. יוער שבצ׳ילה היו נהוגים ביקורי התייחדות אך הללו בוטלו. בפסיקה המצביעה על תמיכה רחבה בזכות להתייחדות ביטל בית המשפט בקולומביה הוראה שחייבה אסירות להתקין אמצעי מניעה תוך־רחמיים כתנאי מוקדם לקיום ביקורי התייחדות. ראו: Martha I. Morgan "Taking Machismo to Court: The Gender Jurisprudence of the Colombian Constitutional Court" 30 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 253, 288 (1999).

nevo.co.il

נשענת הן על חשיבות חיי המשפחה במורשת הלטינו־אמריקנית,[136] הן על מסורת ליברלית הרואה בזכות ההתייחדות זכות יסוד.[137] תדירות הביקורים משתנה — משני ביקורים בשבוע ועד ביקור חודשי. במרבית המדינות אין הגבלה בעניין השותף להתייחדות, ובחלקן (מקסיקו, אל־סלבדור, הונדורס, אקוודור וגואטמאלה) ניתן אף להביא זונות.[138] מרבית המדינות מאפשרות ביקורי התייחדות אף לבני זוג חד־מיניים.

פסיקת בית הדין האמריקני לזכויות אדם: *Reyes v. Guatemala*[139]

עיקרו של פסק הדין נגע לשאלת חוקתיותו של עונש המוות שהושת על העותר, וכן לשאלת תנאי מאסרם של נידונים למוות, אך בין השאר נדונה גם שאלת הזכות להתייחדות. לעניינו רלוונטית עתירתו של האסיר, שהרשויות בגואטמלה יאפשרו לו ביקורי התייחדות עם רעייתו, אשר הייתה אסורה אף היא באותה פרשה. בית הדין פסק שזכות ההתייחדות היא זכות יסוד המוקנית לאסיר, ועליה לחול גם כאשר בת הזוג אסירה בעצמה. נפסק שעל הרשויות לנקוט אמצעים מתאימים ולאפשר לכל אסיר ליהנות מן הזכות, ככל אסיר אחר, וכי מניעת זכות ההתייחדות ממנו פוגעת בזכות היסוד להתייחדות ובזכותו לשוויון.[140]

אם כן, מסקירת הדין הזר עולה שזכות ההתייחדות טרם הוכרה כזכות מחייבת במשפט הבין־לאומי ובמדינות נוספות ובהן גם ארצות הברית ובריטניה. אך עם זאת, נראה שמדינות רבות באירופה ובאמריקה הלטינית הכירו בזכות כזכות יסוד המוקנית לכל אדם לרבות אסירים. ניכרת מגמה בפסיקה של בתי הדין הבין־לאומיים לזכויות אדם לעודד את הרחבת החלתה של הזכות להתייחדות ויש מקום להניח שמדובר בצעד נוסף באבולוציה לקראת הכרה כללית בהתייחדות כזכות יסוד.

עוד יודגש, אי־ההכרה בזכות בכמה ממדינות המערב החשובות (ארצות הברית, בריטניה ואירלנד) אינה צריכה להשפיע על מצבה המשפטי של זכות זו בארץ וזאת מכמה טעמים: ראשית, הפסיקה בישראל כבר הכירה בזכות כזכות חוקתית, ולפיכך קבוצת ההשוואה צריכה להיות הסטנדרטים הנהוגים באותן מדינות שהכירו אף הן בזכות כזכות יסוד. שנית, כפי שצוין לעיל, הגישה בישראל כלפי מערך הכליאה היא גישה משולבת, ענישתית־שיקומית. גישה זו נקוטה במרבית מדינות אירופה, ואילו בארצות הברית (ובמדינות נוספות) מודגש בעיקר פן הענישה ולא פן השיקום. לפיכך הכליאה מפקיעה שם מטבעה חלק מזכויותיו של האסיר, כחלק מעונשו. שלישית,

136 Norman S. Hayner "Attitudes Toward Conjugal Visits for Prisoners" 36 *Fed. Probation* 43, 49 (1972).

137 **דו״ח הוועדה**, לעיל הערה 16, בע׳ 13.

138 **שם**, שם.

139 *Reyes v. Guatemala* (IAC-2006–2–007).

140 **שם**, פסקה 135 לפסק הדין.

nevo.co.il

בישראל נקשרה בעבר זכות ההתייחדות בזכות למשפחה, ולפיכך היחס כלפי הזכות בקרב הציבור, ואף בקרב פלגיה השמרניים של החברה הישראלית, הוא חיובי, ואילו במדינות אחרות (כגון בריטניה כאמור) הלך הרוח הציבורי כלפי מתן זכות זו הוא שלילי, שכן שם העניין נחשב לתופעה המאיימת על מוסד המשפחה ולא תומכת בה.

לסיכום פרק זה, הגישה המוצעת במאמר מתיישבת עם מגמות בדין הזר הרואות בזכות להתייחדות זכות יסוד שלא בנקל ניתן לדחות אותה לטובת אינטרסים אחרים. כמו כן ניכר ניסיון להרחיב את ההכרה בזכות ולהחילה במדינות נוספות בדרך של פסיקה וחקיקה. לפיכך ניתן להניח, גם לאור התפתחות המחקר בנושא המיניות והמגמות בפסיקה הבין־לאומית, שברבות השנים הזכות להתייחדות תקנה לה אחיזה במדינות נוספות ואף תוכר בהן כזכות יסוד.

ט. סיכום

גלגולים רבים עברו על זכות ההתייחדות מאז אותם ימים רחוקים בשדות הכותנה של כלא פרצ׳מן בראשית המאה. הזכות הלכה ונפוצה על פני תבל, התמסדה במדינות רבות ובחלקן הוכרה כזכות יסוד. במאמר זה ביקשתי להראות שזכות זו היא זכות עצמאית המוקנית לכל אדם מעצם היותו אדם. בחנתי את חשיבות הגשמתה מבחינת פסיכולוגיית האדם וסקרתי את גלגוליה במשפט הישראלי עד הקביעה כיום שמדובר בזכות יסוד חוקתית. לאחר מכן עמדתי על הפער בפסיקה הישראלית בין מעמדה ההצהרתי הגבוה של הזכות לבין מעמדה הנמוך בשעת היישום בפועל של הזכות ולפי המבחנים ששימשו לאיזונה עם אינטרסים אחרים. לאחר מכן הצבעתי על מבחן האפשרות הממשית כמבחן הראוי לבדיקת מידת הסכנה הנשקפת מאסיר ביטחוני. לבסוף הצבעתי על המגמה בדין הזר להכיר גם כן בזכות כזכות יסוד (במרבית מדינות העולם המערבי). עלינו לזכור שאנשים שהורשעו בדין ופגעו בחברה אמנם צריכים לשאת בעונשם, והאינסטינקט האנושי מבקש לעתים לנקום בהם על חטאיהם כלפי החברה, אך כדברי השופט מישאל חשין בעניין גולן:

> ״בהיכנסו אל כלא מקפח אדם את חירותו. את חירותו מקפח אדם — את כבודו אין הוא מקפח. כבודו של אדם יהיה עמו באשר יילך ויבוא, וכבודו בכלא ככבודו אל מחוץ לכלא״.[141]

141 עניין גולן, לעיל הערה 96, בע׳ 168.

nevo.co.il