

## החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות – מבט נוסף על תנאי המעצר בישראל על רקע המשפט הבין-לאומי

מיכל טמיר\*, גרשון גונטובניק\*\*

שיטת המשפט הישראלית מתמודדת בשנים האחרונות עם החובה לספק תנאי מאסר ומעצר נאותים לשוהים בבתי הסוהר ובבתי המעצר. המציאות היא שקיים פער בלתי ראוי בין תנאי כליאה שיוכלו להיחשב הולמים לבין אלה הנוהגים בפועל. תופעה זו משקפת "כשל שוק" דמוקרטי. תנאי כליאה הולמים טעונים משאבים הולמים, וקל להימנע מהשקעתם באופן מתמשך, שכן קבוצת העצורים והאסירים נטולת כוח פוליטי של ממש.

המאמר ממקד את המבט בנגזרת חשובה של הסוגיה, והיא תנאי המעצר של עצורים בהשוואה לאסירים. להבחנה זו יש משמעות נורמטיבית ומעשית כפולה: ראשית, במקרים המתאימים, כאשר קיים שוני רלוונטי בין העצורים לאסירים, יש להעניק לעצורים תנאים טובים מאלה של האסירים, בהינתן חזקת החפות העומדת לימינם; שנית, בוודאי אין מקום ליתן לעצורים יחס רע מזה שהאסירים זוכים לו. לגישה הנורמטיבית הזו יש הד ברור במשפט הבין-לאומי הפומבי. היא מעוגנת בסעיף 10(2)(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, משנת 1966, שישראל אשררה. אלא שהמציאות הנוהגת בישראל מלמדת כי הנורמות הנובעות מההבחנה, על שני מובניה, מופרות באופן רחב: במקרה הטוב נוהגת גישה המאחדת לא כדין בין תנאי הכליאה של האסירים לבין אלה של העצורים, ובמקרים רבים תנאיהם של העצורים גרועים מאלה של האסירים. על רקע זה גדלה חשיבותה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית הבאה לשמור על מימוש הנורמה הלכה למעשה. אגב מימושה של הביקורת השיפוטית יכולה להיות משמעות

\* פרופסורית חברה, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט; נשיאת האגודה הישראלית למשפט וחברה.  
\*\* דוקטור למשפטים; שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו.

ברצוננו להודות לקוראים החיצוניים, לעורכי כתב העת **משפט ועסקים** ולחברי המערכת, וכן לפרופ' יעל רונן, על הערות והפניות למקורות שתרמו רבות לשיפור הטייטה הראשונית של המאמר. המאמר הוצג בכנס ICN-S Israel, 2018, שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה. אנחנו מודים למשתתפי המושב בראשות פרופ' יורם שחר.

לנורמה הבין-לאומית. הדין המקומי יכול להיות מפורש באופן העולה בקנה אחד עימה, תוך קידומה. הנורמה הבין-לאומית יכולה לשמש גם מקור חשוב של לגיטימציה לאמות המידה שבתי המשפט קובעים אגב הפעלת הביקורת השיפוטית, המחייבות הקצאת משאבים ניכרים לשיפור תנאי המעצר.

המאמר יבחן את הדברים במישור העיוני ובמישור המעשי, ויצג גם דוגמאות קונקרטיות שבהן הביקורת השיפוטית יכולה לתרום לצמצום הפער בין המתחייב לבין המציאות הנוהגת במתקני המעצר שלנו.

#### מבוא

פרק א: מבט על תנאי המעצר בישראל

1. תנאי המעצר – פער בין הנורמות המשפטיות לבין המציאות
2. הכשל הדמוקרטי ותפקידם של בתי המשפט בשמירה על זכויות העצורים
3. בג"ץ שטח המחיה – ביקורת שיפוטית המניעה בחינה מחודשת של תנאי הכליאה בישראל

פרק ב:

1. הנורמה הבין-לאומית בעניין עצורים ויכולתה לסייע בפיתוח המשפט הישראלי הפנימי
2. הנורמה הבין-לאומית הדורשת ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות
3. הרלוונטיות של הנורמה הבין-לאומית בעניין העצורים למשפט הישראלי
- (א) עמדת המדינה כי המשפט הישראלי הפנימי מגשים את הנורמה הבין-לאומית
- (ב) נורמת העצורים הבין-לאומית כעיקרון (סטנדרט) שיסייע בפיתוח הדין הישראלי הפנימי
- (ג) נורמת העצורים הבין-לאומית כמקנה משנה לגיטימציה לביקורת השיפוטית

פרק ג:

1. השלכות נורמטיביות ומעשיות של אכיפת זכויות העצורים
2. ההשלכה של אי-עמידה בתנאי מעצר הולמים על המשך המעצר
3. מניעת כניסה של מומחים לבית המעצר – מתן יחס גרוע יותר לעצורים מאשר לאסירים
4. הכנסת ציוד אישי – השוואה לא כדן בין תנאי עצורים לתנאי אסירים
5. מיקום עצורים בבתי המעצר – השוואה לא כדן בין עצורים לאסירים

סיכום

## מבוא

הפער הקיים בישראל בין הנורמות החקוקות המסדירות את תנאי השוהים במעצר לבין המציאות הנוהגת בשטח הוא מטריד. קיימות אומנם הוראות מפורטות בחקיקה ראשית ובחקיקת משנה אשר מתייחסות לתנאי המעצר ומחייבות קיומם של תנאים נאותים בסיסיים, אולם במקרים רבים הן מופרות. פער זה אינו מפתיע. קל להצהיר על מחויבות לנורמות המבטיחות תנאי מעצר, אך עמידה בהן כרוכה בהקצאת משאבים רבים – עניין המעורר בעיה מובהקת של כשל דמוקרטי. במאבק העז והנמשך על חלוקת המשאבים המוגבלים בחברה שלנו, סביר להניח שאוכלוסיית העצורים, לצד קהל האסירים, תיוותר מאחור, שכן היא לא תוכל לגייס כוח פוליטי שיילחם בשמה במסדרונות הכנסת והמשלה.

על רקע זה עולה חשיבותה של הביקורת השיפוטית לשם הבטחת זכויות העצורים. היא מגשימה באופן מובהק את תפקידם של בתי המשפט בהגנה על זכויות האדם בישראל ובשמירה עליהן. מעבר לשלילת החירות, אשר אינהרנטית לכל מעצר, תנאי המעצר עלולים לגרום לפגיעות קשות במיוחד בזכות החוקתית לכבוד האדם, על כל מעגליה. תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא כפול: למנוע פגיעה בלתי ראויה בזכויות העצורים (זכות שלילית) ולהבטיח קיומם של תנאי מעצר הולמים (זכות חיובית).

מצבם של השוהים במתקני הכליאה השונים של בתי הסוהר זכה לאחרונה לתשומת לב מיוחדת, כאשר המשנה לנשיאת בית המשפט העליון, השופט רובינשטיין, בחר להקריא בטקס פרישתו משיפוט פסק דין אשר עסק בתנאי הכליאה של אסירים ועצורים בישראל וקבע כי יש לפעול לשיפורם באופן משמעותי ומעשי – בג"ץ **שטח המחיה**<sup>1</sup>. בפסק דין זה הראה השופט רובינשטיין את מידת החשיבות שהוא מייחס לסוגיה ואשר ראוי ששיטת המשפט הישראלית תייחס לה. בג"ץ **שטח המחיה** וההתפתחויות שבאו אחריה הובילו למחשבה מחודשת בעת הזאת על אודות תנאי המעצר והמאסר. הגורמים המוסמכים עוסקים כיום בהבדל שבין הרצוי לבין המצוי, ובחובה לעמוד בתוך פרק זמן סביר באמות המידה שקבע בית המשפט העליון.

במאמר זה נבקש להתמקד בנגזרת של הסוגיה, והיא ההבחנה שצריכה להתקיים בין תנאי הכליאה של העצורים לבין אלה של האסירים. להבחנה זו יש משמעות נורמטיבית ומעשית כפולה: ראשית, במקרים המתאימים, כאשר קיים שוני רלוונטי בין העצורים לאסירים, יש להעניק לעצורים תנאים טובים מאלה של האסירים, בהינתן חזקת החפות העומדת לימינם; שנית, בוודאי אין מקום ליתן לעצורים יחס רע מזה שהאסירים זוכים

1 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם באר"ש, 13.6.2017) (עתירה חוקתית המבקשת לקבוע שטח מחיה מינימלי לאסירים ולעצירים) (להלן: בג"ץ **שטח המחיה**).

לו. המציאות הנוהגת בישראל מלמדת כי הנורמות הנובעות מההבחנה, על שני מובניה, מופרות באופן רחב: במקרה הטוב נוהגת גישה המאחדת לא כדין בין תנאי הכליאה של האסורים לבין אלה של העצורים, ובמקרים רבים תנאיהם של העצורים גרועים מאלה של האסירים. נטען אפוא כי על בתי המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית באופן המביא בחשבון את מעמדם המיוחד של העצורים. עליהם לאכוף את החקיקה הספציפית הקיימת בישראל מתוך גישה הוליסטית המביאה בחשבון את הדין החוקתי והמנהלי. במאמר זה, המתפרסם באסופת מאמרים החוגגת את עשייתו האקדמית רבת השנים של פרופ' נתן לרנר ז"ל, מצאנו לנכון להאיר את תרומתו האפשרית של המשפט הבין-לאומי לקידום של תנאי מעצר נאותים בישראל. סעיף 10(2)(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות<sup>2</sup> – אחת האמנות החשובות במשפט הבין-לאומי – קובע מפורשות כי על עצורים לקבל יחס מיוחד המשקף את העובדה שהם לא הורשעו. אכן, הביקורת השיפוטית אינה חייבת להפנות למשפט הבין-לאומי, והיא יכולה להסתפק בפרשנותן של הנורמות החקוקות הקיימות בדין הפנימי ובהצבת אמות מידה לאכיפתן. אולם תרומתו של המשפט הבין-לאומי יכולה להיות רבה, וזאת בשני מישורים עיקריים. **במישור האחד**, סעיף 10(2)(א) לאמנה מבסס עיקרון כללי, סטנדרט, שמדינת ישראל הצהירה על מחויבותה למימושו במשפטה הפנימי, ואשר משפטה הפנימי אכן צריך להגשימו הלכה למעשה. לפיכך הוא יכול לשמש "כוכב צפון" נורמטיבי המתווה את הדרך הקונקרטית יותר שהביקורת השיפוטית צריכה לצעוד בה בכל הנוגע בתנאי העצורים. הדברים מקבלים משנה תוקף על רקע העובדה שבחקיקה הראשית המסדירה את תנאי המעצר בישראל לא מופיעה כלל המילה "חפות" ולא מצויה הקביעה שהעצורים נהנים מחזקת החפות. לכן מוטל על בתי המשפט, בהפעילם את הביקורת השיפוטית, לוודא כי העצורים יזכו לתנאי המעצר שהם ראויים להם, על שני מובניהם: תנאי כליאה טובים יותר משל האסירים, לנוכח חזקת החפות, במקרה שבו קיים שוני רלוונטי ביניהם; והקפדה על כך שתנאי כליאתם לא יהיו גרועים מאלה של האסירים. הוראה זו של המשפט הבין-לאומי יכולה אפוא לסייע לביקורת השיפוטית בישראל להגשים את הנורמות החוקתיות והמנהליות בתחום זה ולגשר על הפער בין החקיקה למציאות. מהלך כזה גם עולה בקנה אחד עם ההצהרה בדבר המחויבות לחזקת החפות בדין הישראלי הפנימי. לשם הגשמתו בתי המשפט יכולים לעשות שימוש בדוקטרינה השיפוטית שלפיה הדין המקומי יפורש באופן העולה בקנה אחד עם הנורמה הבין-לאומית, תוך קידומה. **במישור האחר**, הנורמה הבין-לאומית יכולה לשמש מקור חשוב של לגיטימציה לאמות המידה שבתי המשפט קובעים אגב הפעלת הביקורת השיפוטית. הגנה נאותה על תנאי העצורים מחייבת משאבים ניכרים, והוראות שיפוטיות המורות על שינוי המצב הקיים בתחום זה עלולות להיתפס כהתערבות יתר מצד בתי המשפט בהתנהלותה של הרשות המבצעת ובסדרי העדיפות החברתיים. לכן אין זה מפתיע שבבג"ץ **שטח המחיה** נשען המשנה לנשיאה רובינשטיין באופן משמעותי ביותר על

2 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992) (להלן: האמנה).

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

הנורמות הבין-לאומיות ועל המשפט המשווה, על מנת ליתן משנה לגיטימציה למהלך שיפוטי בעל השלכות תקציביות וחברתיות עצומות. בבג"ץ זה נעשה שימוש בסעיף 10(1) לאמנה, ואילו אנו במאמר זה נפנה את הזרקור לסעיף 10(2)(א). זוויית ראייה זו לא זכתה עד כה להארה בכתיבה האקדמית,<sup>3</sup> וגם ההתייחסות השיפוטית לסוגיה אינה ממצה.<sup>4</sup>

**חלקו הראשון של המאמר יציג את הפער הקיים בישראל בין תנאי המעצר המוסדרים בחקיקה ראשית ובחקיקת משנה לבין המציאות בפועל.** הוא יעמוד על ההסברים לכך, ביניהם קיומו של הכשל הדמוקרטי, הגורם לאי-השקעת המשאבים הנדרשים לצורך מתן תנאי מעצר נאותים. בחלק זה נעמוד גם על חיוניותה של הביקורת השיפוטית לשם אכיפת זכויות העצורים, כפי שהיא באה לאחרונה לידי ביטוי בבג"ץ **שטח המחיה**, שבעקבותיו הדיון על אודות תנאי המעצר והמאסר צפוי ללוות את החברה שלנו בעתיד הנראה לעין. **חלקו השני של המאמר יציג את הנורמה הבין-לאומית הדורשת מתן יחס שונה לעצורים הנהנים מחזקת החפות.** נסביר מדוע נורמה זו רלוונטית למשפט הישראלי הפנימי, וכיצד היא יכולה לסייע בהתפתחותו. **חלקו השלישי והאחרון של המאמר יבחן את ההשלכות הנורמטיביות והמעשיות של אכיפת זכויות העצורים.** בחלק זה נבחן דילמות קונקרטיות הממחישות את האתגר שבתי המשפט ניצבים בפניו, החל בקביעה אם להטיל מעצר על רקע תנאי מעצר בלתי הולמים, וכלה באכיפת תנאי מעצר ראויים, על כל ההיבטים היומיומיים הנוגעים בחיי העצורים. נקרא אפוא למבט נוסף ומחודש על מצבם של העצורים במתקני הכליאה במדינת ישראל, ונצביע על האופן שבו הנורמה הבין-לאומית יכולה לסייע בהובלת שינויים בתנאי המעצר של העצורים בישראל.

## **פרק א: מבט על תנאי המעצר בישראל**

### **1. תנאי המעצר – פער בין הנורמות המשפטיות לבין המציאות**

המעצר מאחורי סורג ובריח משקף פגיעה קשה ביותר בזכויות האדם. חירותו של האדם נלקחת; הוא מנותק מסביבת חייו, ממשפחתו, מחבריו ומעבודתו; כל הדברים המובנים

3 לאחרונה פורסם מחקר מקיף על אודות מצבם של אסירים בישראל לאור הנורמות הבין-לאומיות, אך המחברים ציינו במפורש כי הם לא בחנו את מצבם של העצורים, בין אלה ה"עצורים לימים" ובין אלה השוהים במעצר עד תום ההליכים. ראו לסלי סבה ורחלה אראל "כליאה בסגנון חופשי: על יישום הנורמות של זכויות האדם הבין-לאומיות במערכת הכליאה בישראל" **חוקים** י 123, 130 (2017).

4 קיימת פסיקה ענפה על הצורך להבטיח תנאי מעצר ומאסר נאותים, אך אין בנמצא פסיקה רבה המחדרת את ההבדל הנורמטיבי בין תנאי העצורים לבין תנאי האסירים. על רקע זה נציג בחלקו האחרון של המאמר כמה החלטות שיפוטיות של השופט גרשון גונטובניק המצביעות על ההבדל האמור. ראו להלן בפרק ג.

מאליהם, שאיננו מקדישים להם מחשבה יתרה בחיי היומיום, נהפכים למשאת נפש – היכולת להחזיק חפצים אישיים וליצור קשר עם העולם החיצון נעשית מוגבלת ביותר, הזכות לפרטיות נעלמת כמעט, והפגיעה בכבוד האדם אנושה.<sup>5</sup> מכאן החובה הבסיסית של חברה הנאמנה לזכויות האדם להבטיח תנאי מעצר הולמים. ניסיון לעמוד בחובה זו הוביל בישראל לרפורמה בדיני המעצרים,<sup>6</sup> ששיאה בחקיקת חוק המעצרים בשנת 1996.<sup>7</sup> חוק זה נועד, בין היתר, לתת מענה לביקורת הקשה שנמתחה על נוהגי המעצרים בארץ.<sup>8</sup> החוק הכיר בפגיעה האינהרנטית הנלווית למעצר, אך אפשר מעצר בדרך חוקתית העומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, דהיינו, באופן "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".<sup>9</sup> קיים אפוא קשר הדוק בין החקיקה המסדירה את המעצרים לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; בין הנורמה החקיקתית לבין הנורמה העל-חוקית. החובה החוקתית היא כפולה – שלילית (נגטיבית) וחיובית (פוזיטיבית): אין לפגוע בחירותו של העצור ובכבודו אלא אם כן הפגיעות עומדות בתנאיו של חוק היסוד (חובה שלילית); ועל המדינה להגן באופן יזום על כבודו וחירותו של העצור (חובה חיובית).<sup>10</sup> הפסיקה

5 ראו את החלטתה של השופטת דפנה ברק-ארז, הרואה במעצר פגיעה בזכותו של אדם לחירות, ש"היא זכות היסוד החוקתית הבסיסית ביותר במדינה דמוקרטית". בש"פ 980/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 10 להחלטה (פורסם באר"ש, 18.2.2014). לדיון מפורט בפגיעות הקשות הנלוות למעצר ראו רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין** 16–25 (2011) (להלן: קיטאי סנג'רו **המעצר**). נוסף על הפגיעות האישיות התפקודיות, העצור חווה תנאים משפילים, שהם מכבידים על פי רוב מאלה שבהם נתון אסיר שכבר הורשע ונגזר דינו. כמו כן, למעצר יש מחירים משפטיים מטרידים, והוא עלול לפגום בהגינות ההליך המשפטי ובסיכוי להגיע לתוצאה צודקת. נזקי המעצר קשים במיוחד לנוכח העובדה שמדובר במי שעומדת להם חזקת החפות ואשר ייתכן שבסופו של ההליך הם יזוכו. משרד המשפטים **הסניגוריה הציבורית: דוח פעילות – 2017** 24–25 (2018) (להלן: **דוח פעילות הסניגוריה 2017**).

6 תחילתה של הרפורמה הייתה בהלכה שקבעה הפסיקה שלפיה חובת הרשויות לכבד את כל הזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק היסוד), חלה גם על פירושם של חוקים קיימים, שכוחם נשמר, ועל הפעלת שיקול הדעת מכוחם. ראו את עמדתו של המשנה לנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995).

7 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338 (להלן: חוק המעצרים).

8 ראו חגיית לרנאו "מתכון לחקיקה לא יעילה: המקרה של חוק המעצרים" **מחקרי משפט** כד 123, 124 (2008).

9 ס' 8 לחוק היסוד.

10 ס' 4 לחוק היסוד – "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"; ס' 11 לחוק היסוד – "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". לתחולתו של ס' 11 על רשויות האכיפה ראו Eliahu Haron, *The Impact of the Basic Law: Human Dignity and Liberty on the Law of Criminal Procedure and Evidence*, 33 ISR. L. REV. 678, 683–684 (1999).

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

הכירה בכך שלזכותו של העצור לכבוד יש פן חיובי ברור.<sup>11</sup> כך, בבש"פ עיסווי פסק המשנה לנשיא אהרן ברק: "אם אמנם נפגע צלם האדם של העציר, כי אז זכאי הוא לא רק לכך שהמדינה לא תפגע בכבודו כאדם, אלא אף תגן על כבודו."<sup>12</sup> סימן שלם בחוק המעצרים כולל הוראות שונות הבאות להסדיר ולהבטיח תנאי מעצר נאותים.<sup>13</sup> סעיף 9 לחוק המעצרים, העוסק בתנאי המעצר, קובע:

- (א) עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו.
- (ב) עצור יהיה זכאי, בין היתר, לכל אלה:
- (1) לתנאי תברואה הולמים, לתנאים שיאפשרו לו לשמור על נקיונו האישי, לטיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו ולתנאי השגחה מתאימים על פי דרישת רופא;
  - (2) למיטה, מזון ושמיכות לשימוש האישי, ולהחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות;
  - (3) למי שתייה וכן למזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו;
  - (4) לתנאי תאורה ואוורור סבירים בתא;
  - (5) להליכה יומית באויר הפתוח, אם תנאי המקום מאפשרים זאת, בתנאים ובמועדים שייקבעו בתקנות; זכות זו ניתנת להגבלה מטעמים של טובת החקירה או שמירה על שלומו של העצור;
  - (6) לקבלת מבקרים, ולקיום קשר טלפוני; עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום – יהא זכאי לאלה, רק אם אישר הממונה על החקירה שאין בכך כדי לפגוע בחקירה;
  - (7) לשליחת מכתבים או לקבלת מכתבים בהתאם להוראות סעיפים 47א עד 47ד, לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, בשינויים המחויבים; עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום יהיה זכאי לאלה, רק אם אישר הממונה על החקירה שאין בכך כדי לפגוע בחקירה.
- (ג) עצור ישמור על הסדר ועל הרכוש במקום המעצר, הוא ישמור על הנקיון בתאו וימלא אחר ההוראות בדבר סדר היום ודרכי ההתנהגות הנהוגות במקום המעצר.
- (ד) עיקר זכויות העצורים וחובותיהם במקום מעצר יפורסמו במקום בולט במקום המעצר.

11 ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות" כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם " שנתון משפט העבודה ז' 65, 98 (1999).

12 בש"פ 3045/94 עיסווי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.6.1994).

13 סימן ב לפרק ב לחוק המעצרים.

ניתן להתרשם כי המחוקק הכיר בחשיבות של הבטחת תנאי מעצר נאותים הן בהיבט של תנאי המעצר עצמם והן בהיבט של שמירת הקשר בין העצורים לבין העולם החיצון. הוא קבע עיקרון כללי שלפיו על תנאי המעצר לעמוד בחובה לא לפגוע בכבוד האדם ולהגן עליו, ולצד זאת קבע שורה של הוראות וכללים המיועדים לממש את העיקרון. את ההסדר בחקיקה הראשית משלימות תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997 (להלן: תקנות תנאי המעצר או התקנות), היוצרות מערך כללים שלם ופרטני שנועד להבטיח תנאי מעצר הולמים.

כפי שציינה רינת קיטאי סנג'רו, הוראותיו של החוק משקפות דרישות שניתן להגדירן כמינימליות בלבד.<sup>14</sup> הן באות להבטיח תנאי כליאה בסיסיים, ולא יותר מכך.<sup>15</sup> והנה, אין זה סוד שאפילו תנאים אלה אינם מוגשמים הלכה למעשה. הפגיעה בעצור מלווה אותו מרגע קליטתו: החל בשטח המחיה שלו, דהיינו בצפיפות שבה הוא צריך לשהות; המשך בתנאי התברואה הירודים ובמזון הדל שהוא מקבל; וכלה במגבלות הקשות המוטלות על זכותו להיוועץ במומחים, על זכותו להכניס ציוד אישי חיוני ועוד. התמונה המצטיירת מדוחות הביקורים הרשמיים שאנשי הסנגוריה הציבורית כותבים לגבי חלק ממתקני הכליאה שבהם מוחזקים עצורים היא קשה ביותר, ומצביעה על פגיעה בליבת זכותם החוקתית של העצורים לכבוד. מעבר לפגיעה בכבוד, תנאי מעצר בלתי הולמים עלולים אף לפגוע בהליך ההוגן של העצורים, שכן תנאים אלה עלולים להוביל לעייפות פיזית ונפשית, ולפגוע ביכולתם של העצורים לעמוד בתנאי חקירה ולהתגונן בפני החשדות המועלים נגדם. קיים אף חשש מוגבר בנסיבות אלה להודאות שווא.<sup>16</sup>

על הפער בין ההלכה לבין המעשה מיתוסף פער נוסף, והוא בין מעמדם של העצורים לבין זה של האסירים. לעיתים קרובות התנאים באגפי העצורים שבמתקני הכליאה קשים אף יותר מהתנאים באגפי האסירים שנשפטו.<sup>17</sup> לבתי המשפט הגיעו מקרים, גם לאחר חקיקת חוק המעצרים, שבהם 22 עצורים שהו בתא המיועד ל-12; לא כולם קיבלו מיטות; כולם נאלצו להסתפק במקלחת אחת ובתא שירותים אחד; וארוחת הבוקר הוכנסה לתא במגשים, באופן היוצר ריב בין העצורים על המזון.<sup>18</sup> נתון נוסף המעיד על הפער בין תנאי העצורים לתנאי האסירים הוא ההבדל בין מספרם היחסי של החובשים

14 קיטאי סנג'רו **המעצר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 440.

15 שם, בעמ' 440-441. ראו גם רינת קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" **ספר אורי קיטאי – אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט** 293, 294-302 (בועז סנג'רו עורך, 2007) (להלן: קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים").

16 **דוח פעילות הסנגוריה 2017**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27. החשש מהודאות שווא נובע, בין היתר, ממצבם של החשודים לנוכח הסיטואציה המאיימת שבה הם מצויים, אשר מועצמת אם הם שוהים במעצר. חשש זה הוא אחד הטעמים העומדים בבסיס ההכרה בזכות השתיקה של חשודים בפלילים. ראו רע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' שרון**, פ"ד נח(1) 748, 759 (2003). ככל שתנאי המעצר קשים יותר, הסיטואציה המאיימת קשה יותר, והדבר עלול להגביר אפוא את החשש למתן הודאות שווא.

17 **דוח פעילות הסנגוריה 2017**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26.

18 קיטאי סנג'רו **המעצר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 441-442.



משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

המטפלים בעצורים למספרם היחסי של החובשים המטפלים בעצורים.<sup>19</sup> נתון זה מגביר את החשש שעצורים אינם מקבלים טיפול רפואי הולם, וזאת אפילו בהשוואה לאסירים. ניתן אומנם לומר כי מאז נחקק חוק המעצרים חל שיפור מסוים בתנאי המעצר, אך "הדוחות השנתיים מטעם הסנגוריה הציבורית מלמדים כי תנאי המעצר עדיין קשים, וכי מרבית הוראות החוק המתייחסות לתנאי המעצר מופרות לעתים קרובות".<sup>20</sup>

## 2. הכשל הדמוקרטי ותפקידם של בתי המשפט בשמירה על זכויות העצורים

ממה נובע הפער בין ההלכה למעשה? אסירים ועצורים כאחד נמצאים בסוף "שרשרת המזון" התקציבית, שכן אין להם כוח פוליטי, ומעטים הפוליטיקאים שיחרתו על דגלם דרישה להזרמת תקציבים לטובת עבריינים מורשעים או אפילו למען מי שנחשדים בפלילים.<sup>21</sup> על כך יש להוסיף את חולשתם ופגיעותם הרבות של האסירים והעצורים, אשר מצויים כל העת ב"מוסד כוללני",<sup>22</sup> תחת פיקוח ושליטה שלטוניים. כל פעולה קטנה ביותר כפופה לאישור, ומכאן החשש הגדול שהכוח השלטוני ינוצל לרעה ויפגע באוכלוסייה זו. נוסף על כך, כפי שציינה קיטאי סנג'רו, קיימת "הנחת אשמה" שלפיה העצורים השונים אשמים בחשדות המיוחסים להם, שבעטייה עלולה להתפתח אדישות לתנאי כליאתם.<sup>23</sup> לפנינו אפוא "כשל דמוקרטי" שבמסגרתו יש קבוצה רחבה של אנשים שצורכיהם אינם זוכים למענה ראוי, ואשר שוב ושוב נגרע חלקם ההוגן בחלוקת המשאבים החברתית הנדרשת. המנגנונים הפוליטיים הרגילים אינם מהווים ערובה לתיקון המעוות, שיכול להימשך שנים רבות באין מפריע ובאין רואה. העובדה שמדובר באוכלוסייה פגיעה, הרחוקה מהעין הציבורית, מקילה את התמשכותו של כשל דמוקרטי זה. אלא שהסברים האמורים לתנאי המעצר הירודים אינם יכולים להצדיקם, כמובן.<sup>24</sup> תיאור זה נכון הן ביחס לקבוצת האסירים והן ביחס לקבוצת העצורים. אולם במקרים רבים דווקא העצורים אינם זוכים ליחס הראוי ברמה המעשית, ולעיתים מצבם אפילו רע מזה של האסירים. מה מסביר את הפער בין שתי הקבוצות? לטעמנו, ברקע הדברים עומדת העובדה שהן העצורים והן האסירים מצויים באחריותו של שירות בתי הסוהר,

19 דוח מבקר המדינה לשנת 2014 מציין כי בעוד מספרם היחסי המרבי של החובשים המטפלים בעצורים הוא חובש אחד על כל 1,330 עצורים, מספרם היחסי המרבי של החובשים המטפלים באסירים עומד על חובש אחד ל-180 אסירים בלבד. ראו מבקר המדינה דוח שנתי 2014 – לשנת 2014 ולחשבונות שנת הכספים 2013, תרשימים 3 ו-4 (2015).

20 קיטאי סנג'רו המעצר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 442.

21 ראו Hillel Sommer & Guy I. Seidman, *Courts, Prisons, Budgets, and Human Dignity: An Israeli Perspective*, 8 L.J. SOC. JUST. 135, 138 (2017).

22 ראו ' עזריה "בית הסוהר כמוסד כוללני – סקירת ספרות" הפרקליט 500 (1987); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 656 (2009).

23 קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים", לעיל ה"ש 15, בעמ' 304.

24 שם, בעמ' 303.

שהוא רשות הכליאה הלאומית של מדינת ישראל.<sup>25</sup> בעוד האסירים הם "הדיירים הקבועים" במתקני הכליאה, העצורים נתפסים כ"דיירים זמניים". רובם נעצרים לפרקי זמן קצרים יחסית, בוודאי כאשר מדובר במעצר לצורכי חקירה, ובמקרים רבים גם תקופת מעצרם של אלה שכבר הוגש נגדם כתב אישום מתמצה בשבועות או בחודשים ספורים.<sup>26</sup> לכן, מזווית הראיה של המופקדים עליהם, גם אם זכויותיהם נפגעות, מדובר בעניין זמני. באופן פרדוקסלי, דווקא העובדה שאסירים הם דיירים קבועים, הלובשים מדים שמזהים אותם,<sup>27</sup> הופכת אותם לבעלי זכויות יתרות על עצורים.

מצב דברים זה אינו ראוי. במקרים רבים דווקא הזמניות מצדיקה התחשבות. לחלק נכבד מהעצורים זו הפעם הראשונה מאחורי סורג ובריח, ותנאי המעצר הקשים פוגעים לא רק בכבודם, אלא אף בנפשם – פגיעה אשר עלולה להיות בלתי הפיכה.<sup>28</sup> פגיעה זו תהיה חמורה במיוחד אם יתברר, למשל, שהם עצורים בשל טעות עובדתית כלשהי, ובסופו של דבר לא יוגש נגדם כתב אישום כלל או לחלופין הם יזוכו. אי-אפשר להצדיק אפוא יחס גרוע יותר לעצורים מאשר לאסירים.<sup>29</sup> קשה להפריז במשמעות מצבם הנפשי

25 בעבר היו העצורים באחריות המשטרה, והאסירים – באחריות שב"ס. כיום, כאמור, שתי הקבוצות מצויות באחריות שב"ס. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר), חלה הן על עצורים הן על אסירים. הדבר בא לידי ביטוי כבר בס' 2 לפקודה, הקובע כי "לא יתקבל אדם לבית סוהר אלא על פי צו מאסר או צו מעצר שהובא עמו".

26 הדברים מגובים בנתונים הנאספים מדי תקופה. עצורים יכולים להיעצר ב"מעצר ימים" כאשר מדובר בשוורים הנעצרים לצורכי חקירה; נאשמים יכולים להיעצר עד להחלטה אחרת בזמן שמתבררת השאלה אם לעצור אותם עד תום ההליכים המשפטיים; נאשמים יכולים להיעצר עד תום ההליכים המשפטיים בעניינם; ונאשמים שעצורים עד תום ההליכים יכולים ליהפך לאסירים אם יורשעו וייגזר עליהם עונש מאסר. בשנת 2016 ביצעה המשטרה 60,805 מעצרים פלייליים, מתוכם 32.5% מעצרים עד תום ההליכים או עד החלטה אחרת, והשאר "מעצרי ימים". בפחות מ-50% מהמעצרים מוגש כתב אישום. ראו משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי 2016** 58 (2017). נתונים ישנים יותר מראים כי ממוצע ימי המעצר של עצורים המשתחררים מ"מעצר ימים" עומד על כ-25 ימים; ממוצע ימי המעצר של עצורים המשתחררים מ"מעצר עד החלטה אחרת" עומד על כ-25 ימים; ממוצע ימי המעצר של עצורים המשתחררים מ"מעצר עד תום ההליכים" הוא 74 ימים; וזה של עצורים שנשפטים למאסר – כ-92 ימים מרגע הגעתם למתקן המעצר ועד מתן גזר הדין. ראו נעמה טשנר **תנאי המעצר בישראל** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2014). בכך מודגמת היטב זמניותם של העצורים בבתי המעצר.

27 לעניין הביגוד האחיד של האסירים ראו עזריה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 501.

28 **דוח פעילות הסנגוריה 2017**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25.

29 סבה ואראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 172. השניים הציגו הסבר נוסף לפער בין זכויות האסירים במשפט הבין-לאומי לבין המצב הנוהג בפועל בישראל. לטענתם, הבנת מערכת הכליאה הישראלית, על הנורמות החלות בה, מצריכה הכרת שתי עובדות יסוד המכוננות אותה ומשפיעות עליה. כוונתם להמשך השפעתו של המנדט הבריטי על החקיקה בישראל, שכן פקודת בתי הסוהר היא ירושה מנדטורית; וכן לעובדה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משריין את החקיקה שקדמה לו מפני ביקורת שיפוטית, וכך השפעתה של המהפכה החוקתית על פקודת בתי הסוהר מוגבלת לפרשנות בלבד. לטעמנו, הסברים אלה לגבי מצב האסירים, בין אם הם נכונים ובין אם לאו, אינם תקפים לגבי

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

של עצורים. כך, למשל, נמצא כי בקרב עצורים קיים חשש מוגבר להתאבדות.<sup>30</sup> הפער בין ההלכה לבין המעשה בכל הנוגע בזכויות העצורים מחדד את תפקידם החשוב של בתי המשפט הנחשפים לתנאי המעצר. דווקא לנוכח קיומו של הכשל הדמוקרטי שעליו עמדנו לעיל גדלה חשיבותה של הביקורת השיפוטית, אשר בכשירותה המוסדית לתקנו. מצבם של האסירים והעצורים דומה במובן זה למצבן של קבוצות פגיעות אחרות (discrete and insular minorities), הזקוקות להגנה מיוחדת מצד בתי המשפט על מנת שיתוקנו העיוותים.<sup>31</sup> על בתי המשפט לוודא כי זכויות העצורים ימומשו הלכה למעשה הן במובן השלילי (מניעת פגיעה) הן במובן החיובי (הגנה על הזכויות). עליהם לגשר על הפער בין ההכרזות לבין המציאות. בשעה שהביקורת השיפוטית מופעלת, עליה להיות הוליסטית, ולאכופף לא רק את הנורמות המנהליות החלות על שירות בתי הסוהר, אלא גם את הנורמות החוקתיות, תוך שמירת היחס הראוי ביניהן. כפי שנראה בחלקו האחרון של המאמר, עניינם של העצורים מצריך במקרים רבים הפעלת ביקורת חוקתית האוכפת זכויות יסוד, ולא רק ביקורת מנהלית הבוחנת את סבירותו של שיקול הדעת השלטוני בניהול מתקני הכליאה. מתחם המידתיות היפה לבחינה החוקתית שונה ממתחם הסבירות היפה לבחינה המנהלית.<sup>32</sup> מדובר במתחם צר יותר, המצמצם את מרווח האפשרויות העומד לרשותו של שירות בתי הסוהר בבואו

מצבם של העצורים, שכן לגביהם חל חוק המעצרים משנת 1996, אשר הותאם כאמור במיוחד לדרישותיו של חוק היסוד.

30 בשנת 2007 פרסמה לשכת עורכי הדין דוח ביקורת מתקני מעצר, שבו נבחנה תופעת ריבוי מקרי ההתאבדויות של עצורים בשנים שלפני פרסומו. ראו לשכת עורכי הדין בישראל דו"ח ביקורת מתקני מעצר (לתקופה שבין נובמבר 2005 ועד פברואר 2007) 14 (2007). הדוח מציין כי בשנים 2000–2005 התרחשו כחמישים מקרי התאבדות בקרב עצורים. נקבע כי על מנת לטפל בכך יש להידרש למצוקות הנפשיות הקשות שלהם, שכן הם נמצאים בסיכון גבוה לפגיעה עצמית בשל החרדה ואי-הוודאות הכרוכים בעצם המעצר. להרחבה ראו בני שטיינברג "האם המשפט הפלילי הורג? על התאבדויות בהליך הפלילי ואפשרות מניעתן" הסניגור 115, 5 (2006).

31 בעניין זה ידועה כמובן הגותו של ג'ון הרט אילי: JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980). אילי ראה את הביקורת השיפוטית כממלאת תפקיד חשוב במיוחד בשעה שהיא מתקנת את ליקויי השיטה הדמוקרטית ביחס לאותן קבוצות פגיעות אשר המנגנון הדמוקרטי השוטף מקפח את האינטרסים שלהן באופן שיטתי. כלומר, לשיטתו של אילי, תפקידה של הביקורת השיפוטית חשוב במיוחד באותם מקרים שבהם מתגלה "כשל דמוקרטי" בהבטחת חלוקה הוגנת של משאבים ציבוריים, הפועל באופן שיטתי לרעת הקבוצות המוחלשות והפגיעות. לבחינת יישומה של התיאוריה במציאות הישראלית ראו איתי בר-סימן טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" דין ודברים ט 67 (2015).

32 ראו מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה" הפרקליט נ 185, 195 (2008); גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" ספר אליהו מצא 219, 238–243 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

לטפל בעניינם של העצורים. דברים אלה יפים לא רק לחובה להימנע מפגיעה בזכויותיהם של העצורים, אלא גם לחובה החיובית להגן על כבודם.

### 3. בג"ץ שטח המחיה – ביקורת שיפוטית המניעה בחינה מחודשת של תנאי הכליאה בישראל

הביקורת השיפוטית תרמה תרומה של ממש לשיפור בתנאי הכליאה של העצורים ושל האסירים בישראל. דוגמה בולטת מצויה בעובדה שבמשך עשרות שנים לא היה זה מובן מאליו שאסירים ועצורים יקבלו מיטה במתקני הכליאה שבהם הם שוהים. סוגיה זו ממחישה היטב את הפער הקיים בין הוראות החוק במובנן הפורמלי לבין המציאות בפועל. סעיף 9(ב)(2) לחוק המעצרים הרים חובה ברורה וחד-משמעית לספק לכל עצור מיטה. הסעיף נחקק בשנת 1996, אך גם בחלוף שנים ממועד חקיקתו לא קוימו הוראותיו תמיד, ועצורים רבים ישנו על הרצפה, בהעדר מיטה. על רקע זה הוגשה בשנת 2002 עתירה על ידי עמותת רופאים לזכויות אדם, ובה התבקש צו שיפוטי שיאסור הלנת עצורים על הרצפה. בהסכמת המשיבים שם (השר לבטחון פנים ומפכ"ל המשטרה), הוציא בית המשפט העליון צו מוחלט, אשר נכנס לתוקפו ביום 1.6.2004, המחייב את המשיבים לקיים את ההוראות שבחוק המעצרים ובתקנות שהותקנו לפיו בנוגע להלנת עצורים על מיטות.<sup>33</sup> עתירה נוספת הוגשה בשנת 2003 על ידי לשכת עורכי הדין בישראל, ובה התבקש בית המשפט להורות למשיבים לספק לכל עצור מיטה, כמתחייב מהוראת סעיף 9(ב)(2) לחוק המעצרים, ולאסור הלנת עצורים על הרצפה. פסק הדין בעתירה זו הרחיב, בהסכמת השר לבטחון פנים, את הצו המוחלט שניתן בבג"ץ הקודם בנושא, וקבע כי "יינתנו לעצורים בכל מתקני המעצר והכליאה שבאחריות משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר, מלוא זכויותיהם על פי סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 והתקנות שהותקנו על פיו".<sup>34</sup>

פער זה בין החוק למציאות, אשר התקיים שנים, מדגים את הקלות שבה ניתן להזניח את עניינם של העצורים ולא להקצות את המשאבים ההכרחיים לשם הבטחת תנאי מעצר הולמים, אפילו כאשר קיימות הוראות חקיקה מפורשות בנושא. סוגיה זו מדגימה גם את חשיבותה של הביקורת השיפוטית להתגברות על פער זה, שכן רק לאחר הגשת העתירות ומתן הצווים בעניינן, החלו הגורמים המוסמכים לעמוד בדרישות החוק. ההתפתחות בכל הנוגע בעצורים השפיעה גם על תנאי המאסר של אסירים, אשר בעניינם אין עיגון חקיקתי מפורש של הזכות למיטה. בעניין רופאים לזכויות אדם קבע בית המשפט כי "גם בלא עיגון מפורש בחקיקה, עומדת לאסיר הזכות למיטה מכוח המשטר החוקתי המכיר בזכות לכבוד אדם המתפרשת מאליה גם על זכות האסיר לכבוד".<sup>35</sup>

33 בג"ץ 5678/02 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (פורסם באר"ש, 24.6.2003).

34 בג"ץ 1319/03 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לבטחון פנים (פורסם באר"ש, 1.3.2004).

35 בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762, 776 (2007). יצוין כי שנים לפני כן דחה בית המשפט עתירה של אסיר בטחוני לספק לו מיטה, וקיבל בדעת רוב את

פסק דינו המכונן של בית המשפט העליון בבג"ץ **שטח המחיה**<sup>36</sup> המשיך במגמה זו, וממחיש אף הוא את תפקידם המרכזי של בתי המשפט באכיפת זכויותיהם של האסירים והעצורים הלכה למעשה. במשך עשרות שנים אסירים ועצורים באים ויוצאים ממתקני הכליאה, וטרם נמצאו המשאבים להבטיח מרחב מספיק בתאים שבהם. לאורך השנים נכתבו דוחות מטעם העוסקים במלאכה שהצביעו על מצב הדברים הבלתי־ראוי, ובכל זאת לא נעשה דבר. עניינם נדחה תמיד לתחתית סולם העדיפויות, ורק בעקבות התערבות שיפוטית נראה כי סוף־סוף יש תקווה להתקדמות בנושא זה. זוהי דוגמה נוספת לכשל הדמוקרטי שהצדיק התערבות שיפוטית. בית המשפט עסק במרחב המחיה של אסירים ועצורים, וקבע לוחות זמנים לביצוע הוראותיו. נקבע כי הרשויות צריכות לדאוג לכך שבתוך תשעה חודשים מיום 13.6.2017 יזכה כל אחד מהאסירים ומהעצורים לשטח מחיה של 3 מ"ר (ללא שטח השירותים והמקלחת), ושבתוך שמונה־עשר חודשים יוגדל שטח זה ל-4 מ"ר (או ל-4.5 מ"ר כולל שטח השירותים והמקלחת). ברוח הסנגוריה הציבורית נאמר כי "יש לקוות כי בעקבות החלטת בג"ץ תגובש תכנית מערכתית אשר תבטיח את העמידה ביעדים שנקבעו, וזאת בין היתר באמצעות שיפוץ וסגירה של אגפי כליאה בהם תנאי המחיה והצפיפות הם קשים במיוחד, פיתוח ויצירת מסגרות חלופה למעצר ולמאסר וקידום שינויי חקיקה אשר יביאו להפחתה משמעותית בשיעורי הכליאה בישראל".<sup>37</sup> לפסק הדין בבג"ץ **שטח המחיה** יש השלכות תקציביות כבדות, וזאת בהינתן הפער הגדול שבין תנאי הכליאה בפועל לבין הנורמות הראויות, שהוא תוצר של הזנחה במשך עשרות שנים. על רקע זה ביקשה המדינה ארכה של עשר (!) שנים לשם עמידה באמות המידה שהתווה בית המשפט.<sup>38</sup> בהחלטתו בבקשה<sup>39</sup> קבע בית המשפט העליון כי המשיבים יגישו עד לתאריך יעד תוכנית מפורטת ולוחות זמנים צפופים לעמידה בפעימה הראשונה שנקבעה בפסק הדין לשם יצירת מרחב מחיה של 3 מ"ר לפחות לכל אסיר ולכל עציר.<sup>40</sup> במסגרת זו הורה בית המשפט כי תישקל גם האפשרות למצוא פתרונות זמניים ומשולבים כדי לעמוד ביעד האמור. זאת ועוד, לנוכח העיכוב במימוש הפעימה הראשונה על פי פסק הדין, התבקשה המדינה במסגרת הודעת העדכון

עמדתם של גורמי הביטחון כי אין לספק לאסירים בטחוניים מיטות, משום שרגלי המיטות עלולות לשמש אמצעי להכנת נשק קר. ראו בג"ץ 221/80 **דרווש נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד (ה) 536 (1980). נראה שסוגיה זו באה על פתרונה הראוי, שכן ברוח הסנגוריה הציבורית לשנת 2016 – אשר דן, בין היתר, בצפיפות האסירים – לא הוזכר שההוראות הנוגעות ב"מיטה לכל עצור" אינן מקוימות. ראו הסניגוריה הציבורית **תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר בשנת 2016** 88–91 (2017) (להלן: **דוח הסנגוריה הציבורית 2016**).

36 לעיל ה"ש 1.

37 **דוח הסנגוריה הציבורית 2016**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 18.

38 בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (פורסם באר"ש, 4.3.2018) (בקשה מטעם המדינה לשינוי מועד ביצוע פסק דין).

39 בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (פורסם באר"ש, 19.3.2018).

40 שם, פס' 1 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר.

לכלול גם שיפורים מוצעים בתנאיהם של העצורים והאסירים.<sup>41</sup> הנה כי כן, בית המשפט עוקב אחר העניין. מצד אחד, אכן מובאות בחשבון מגבלות המשאבים והעובדה שבניית מתקני כליאה נוספים אורכת שנים; אך מצד אחר, בית המשפט נטל על עצמו את תפקיד ה"שמרטף".<sup>42</sup> במסגרת הפתרונות שהמדינה שוקלת נבחנים גם צעדים שמטרתם לצמצם את מספר הכלואים בישראל.<sup>43</sup> השנים הקרובות ישמשו אפוא לחשבון נפש באשר לתנאי הכליאה בישראל. זוהי עת ראויה להקדיש מחשבה לאחת הנגזרות החשובות של הסוגיה, והיא תנאיהם של העצורים, ולוודא כי אלה משקפים את חזקת החפות העומדת לימינם. בקיימם את הביקורת השיפוטית בעניין זה, בתי המשפט יכולים להסתייע בנורמה המשפטית הבינ-לאומית בעניין העצורים.

## פרק ב: הנורמה הבינ-לאומית בעניין עצורים ויכולתה לסייע בפיתוח המשפט הישראלי הפנימי

### 1. הנורמה הבינ-לאומית הדורשת ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

כבוד האדם נחשב ערך יסודי בדיני זכויות האדם הבינ-לאומיים.<sup>44</sup> הוא זוכה למקום של כבוד בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם.<sup>45</sup> מילותיה הראשונות של הכרזה זו

41 שם, פס' 2 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר. ביום 1.11.2018 התקבלה החלטה נוספת בנוגע לבקשת המדינה. לפי המועדים החדשים שנקבעו בהחלטה, יש להבטיח לכל אסיר ולכל עצור לפחות 3 מ"ר בתא עד אפריל 2019, ולפחות 4 מ"ר עד מאי 2020. באשר למתקני החקירה של השב"כ, נקבע כי הוראות פסק הדין יחולו על מתקנים אלה לא יאוחר ממאי 2021, וזאת בכפוף למימוש צעדי בינוי וחקיקה שהמדינה הודיעה עליהם. עוד נקבע בהחלטה כי "אי-עמידה במועדים החדשים שנקבעו, עשויה להוליד לעותרים ולכל מי שימצא נפגע – תרופות וסעדים שונים, בכפוף לשמירת זכויות וטענות הדדיות לכל הצדדים בהתדיינויות עתידיות, ככל שתהינה כאלה". בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' 5 להחלטה (פורסם באר"ש, 1.11.2018).

42 לפרקטיקת ה"שמרטפות" ראו אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" **משפטים** 605, 639–641 (2017).

43 ראו Nevine Emmanuel & Oren Gazal-Ayal, *Suspended Sentences and Service Labor in Israel – From Alternatives to Imprisonment to Net-Widening*, 82 L. & CONTEMP. PROBS. 111 (2019). ראו גם חוק העונשין (תיקון מס' 133 – הוראת שעה), התשע"ח-2018, ס"ח 886. תיקון זה קבע כי בתקופה של שנתיים ממועד תחילתו תוארך תקופת המאסר שיהיה אפשר להמיר בעבודות שירות משישה חודשים לתשעה.

44 סבה ואראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 136.

45 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A (Dec. 10, 1948) (להלן:

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

מתייחסות ל"כבוד הטבעי אשר לכל בני משפחת האדם", ומייד אחר כך ההכרזה מתייחסת גם לחירות. הסעיף הראשון שלה מצהיר כי "כל בני אדם נולדו בני חורין", והסעיף השלישי מציין כי "כל אדם יש לו הזכות לחיים, לחרות ולבטחון אישי". שלילת חירותו של אדם באמצעות מעצר או מאסר היא אחד המעשים הפוגעניים ביותר בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים, ועל רקע זה אין זה מפתיע שהסוגיה זוכה להתייחסות בסעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (להלן: האמנה),<sup>46</sup> שהיא אחת האמנות החשובות במשפט הבין-לאומי. אמנה זו משקפת את המגמה – הניתנת לאיתור עוד במגילת האומות המאוחדות – שבמסגרתה המשפט הבין-לאומי אינו מתעניין עוד רק במערכת היחסים שבין המדינות או ביחסן של המדינות לאזרחים זרים, אלא מכיר גם בחובה המוטלת עליהן לא להפר את זכויות האדם של אזרחיהן ותושביהן שלהן.<sup>47</sup> אמנות אלה ממקדות את המבט אל תוך המדינה פנימה, והחובות שהן מכוננות, שהן פרי יצירה של המשפט העל-מדינתי, אמורות להיות מיושמות במשפט המדינתי. סעיף 10 לאמנה מתייחס לזכויותיהם של אלה שנשללה חירותם. אסירים ועצורים; קטינים ובוגרים; ובכולם יש לנהוג "ברוח אנושית [צ"ל אנושית] ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם".<sup>48</sup> כפי שצינו סבה ואראל, "זו למעשה ההוראה היחידה באמנות זכויות האדם (ועל כן לכל הדעות מחייבת) העוסקת בתוכן הממשי של משטר הכליאה כלפי אוכלוסיית הכלא בכללותה".<sup>49</sup> והנה, בין סעיפי המשנה של סעיף 10 לאמנה נמצאת הוראה המאירה את עניינם של העצורים, והיא קובעת כך:

2. (א) אנשים שהואשמו יובדלו למעט בנסיבות חורגות מן הרגיל, מבני אדם שהורשעו, ויהיו נתונים ליחס מיוחד המתאים למעמדם כאנשים שלא הורשעו.<sup>50</sup>

סעיף זה מתכתב עם ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, הקובעת כי "אדם שנאשם בעבירה פלילית חזקתו שהוא זכאי, עד שלא הוכחה אשמתו כחוק במשפט פומבי שבו ניתנו לו כל הערובות הדרושות להגנתו".<sup>51</sup>

ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם). הציטוטים מתוך ההכרזה שיובאו להלן לקוחים מהנוסח המופיע באתר של ועדת זכויות האדם של האו"ם, [www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=hbr](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=hbr).

46 סבה ואראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 125.

47 יפה זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי" **משפט וממשל** ד 47, 50 (1997) (להלן: זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי").

48 ס' 10(1) לאמנה, לעיל ה"ש 2.

49 סבה ואראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 140.

50 הנוסח האנגלי של הסעיף קובע: "Accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons".

51 ס' יא(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, לעיל ה"ש 45.

מהי פרשנותו הראויה של סעיף 10(2)(א) לאמנה? ההוראה יוצרת הפרדה ברורה בין עניינם של עצורים לבין עניינם של אסירים. להפרדה זו שני מובנים: **האחד** הינו פיזי, ועל פיו יש להחזיק עצורים ואסירים בנפרד אלא אם כן מתקיימות נסיבות יוצאות מן הכלל שאינן מאפשרות זאת; **והאחר** הינו נורמטיבי, ולפיו אין די בהפרדה הפיזית, אלא על העצורים לקבל "יחס מיוחד" המשקף את מעמדם כאנשים שלא הורשעו. הגורמים המוסמכים להחזיקם צריכים להעניק להם יחס המביא זאת בחשבון. מהי משמעותו של אותו "יחס מיוחד"? הסעיף עצמו נושא את התשובה: מדובר ביחס הנובע ממעמדם "כאנשים שלא הורשעו", דהיינו, כאנשים שעומדת לימנם חזקת החפות.<sup>52</sup> משמעות הדבר היא שבנסיבות מסוימות על העצורים לקבל יחס מועדף בהשוואה לזה הניתן לאסירים. הדברים נובעים מההיגיון הפשוט ומחסיבה שבגינה הם שוהים במעצר מלכתחילה. עמד על כך פרופ' ברק, שציין:

"...תנאי המעצר חייבים, מעצם טבעם, להיות קלים יותר – מנקודת המבט של מי ששוהה במתקן הכליאה – מאלו של האסיר. מבחינת האסיר, מבחינת האסיר, מתקן הכליאה הוא אמצעי עונשי; מבחינת העציר מתקן הכליאה הוא אמצעי למניעת שיבוש החקירה (בעציר לימים) או למניעת שיבוש ההליך הפלילי או ביצוע עבירות בעתיד (מעצר עד תום ההליכים). כמובן, לעניין האסיר – בעיקר האסיר השוהה בבית הסוהר תקופה ארוכה – מתחילים לפעול שיקולים נוספים. בית הסוהר הופך להיות מעין בית. האסיר שוהה בו שנים רבות. מציאות זו מובילה לצורך לגרום לתנאי מאסר הוגנים וראויים. אכן, עניין לנו בשיקולים מרובים ונוגדים. עם זאת, בעיניי שלי תנאי המעצר צריכים, ככלל, להיות קלים יותר מתנאי המאסר.

הנה כי כן, מתקן כליאה חייב להתאים עצמו לאוכלוסיה השוהה בו. מתקן כליאה לעצירים חייב להתאים עצמו לעובדה שחזקת החפות עומדת להם; שאחריותם הפלילית לא נקבעה וייתכן שאף לא תיקבע.<sup>53</sup>

יחס מועדף זה צריך לבוא לידי ביטוי באותם מקרים שבהם קיים שוני רלוונטי בין העצורים לבין האסירים, וכאשר אין שוני רלוונטי כזה, עליהם לזכות לכל הפחות ביחס שווה לזה שהאסירים זוכים לו.

על רקע זה יש להבין את הנורמה הבין-לאומית כמטילה חובה על הגורמים המחזיקים בעצורים לדאוג לתנאי המעצר ההולמים את מעמדם. בעוד סעיפים רבים באמנה מקנים הגנה מפני פגיעות, סעיף 10 לאמנה נוקב גם חובות עשה.<sup>54</sup> כלומר, לא

52 הדבר מתבקש גם מהוראות ס' 14(2) לאמנה, לעיל ה"ש 2, הקובע כי "כל אדם שהואשם בעבירה פלילית יוחזק חף מפשע עד אשר תוכח אשמתו כדין".

53 אהרן ברק "על זכויות העצור ותנאי מעצרו" **מבחר כתבים** כרך ג – עיונים חוקתיים 597, 598 (2017).

54 סבה ואראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 140.



משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

רק שהנטל להצדיק פגיעה בעניינם של עצורים צריך להיות גבוה יותר, אלא שעל הגורמים העוצרים מוטלת גם חובה חיובית להעניק להם תנאי מעצר ההולמים את מעמדם כמי שטרם הוכחה אשמתם.

## 2. הרלוונטיות של הנורמה הבין-לאומית בעניין העצורים למשפט הישראלי

### (א) עמדת המדינה כי המשפט הישראלי הפנימי מגשים את הנורמה הבין-לאומית

תחולת הנורמות של המשפט הבין-לאומי הפומבי בנתיבותיו של הדין הישראלי הפנימי היא מורכבת.<sup>55</sup> המשפט הבין-לאומי אינו קובע על פי רוב את האופן שבו יש לקלוט את הנורמות שלו, אם בכלל, לתוך המשפט המדינתי. אופן קליטה זה נקבע על ידי משפט המדינה פנימה, כל מדינה ומשפטה.<sup>56</sup> יש שיטות משפט שבהן אופן הקליטה מוסדר בנורמות חקוקות, ואפילו בחוקה.<sup>57</sup> לא כך בישראל. בהעדר הוראה חקוקה, קבעו בתי המשפט כיצד ייקלטו הנורמות של המשפט הבין-לאומי בשיטתנו. כבר מראשית הדרך גובשה ההבחנה בין נורמה שהיא בגדר מנהג בין-לאומי, הנקלטת במשפט הישראלי הפנימי אלא אם כן קיים דבר חקיקה הסותר אותה,<sup>58</sup> לבין נורמה הסכמית, שקליטתה

55 רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" **משפטים** יט 807 (1990); יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" **משפטים** כד 317 (1994) (להלן: זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי").

56 ראו תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" **משפט בינלאומי** 65, 66–65 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

57 דוגמה ידועה בעניין זה היא החוקה האמריקנית (U.S. CONST. art. II, § 2, cl. 2). ראו גם ס' 25 לחוק היסוד הגרמני [Basic Law for the Federal Republic of Germany], Dec. 23, 2004, BGBl. I S. 2438 (Ger.) על פי סעיף זה, בכוחו של המנהג הבין-לאומי לגבור אף על חקיקה ראשית מדינתית. בלשון הסעיף: "The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory".

58 המנהג הבין-לאומי הוא פרקטיקה כללית שמקובלת על אומות העולם כדין ואשר נלמדת מהתנהגותן. מנהג זה הוא חלק מהמשפט הישראלי הפנימי, ללא צורך בהליכי קליטה. לפידות, לעיל ה"ש 55, בעמ' 808. עיקרון זה בא לידי ביטוי כבר בפסיקתו המוקדמת של בית המשפט העליון – ראו המ' 41/49 "שמשון" בתי חרשת ארץ-ישראליים למלט-פורטלנד, בע"מ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 143, 146 (1950); ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5, 17 (1956). להגדרת המנהג הבין-לאומי על ידי בית המשפט העליון ראו את פסק דינו של הנשיא שמגר בבג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אוור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 238–239 (1983). כפי שציין השופט חיים כהן, "...כללי המשפט הבינלאומי, במידה שנתקבלו על דעת רוב אומות העולם ואינם עומדים בסתירה לחוק החקוק בידי הכנסת, מהווים חלק מן הדין השורר בישראל". בג"ץ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 333, 325 (1967) (להלן: עניין "בית-אל מישן"). כאמור, המנהג הבין-לאומי נקלט במשפטנו אלא אם כן דבר חקיקה של הכנסת קובע נורמה סותרת. ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 1061, 1066 (1951); ע"פ

במשפט הפנימי טעונה חקיקה.<sup>59</sup> ההבחנה בין דרכי הקליטה אינה קלה וברורה המיד, <sup>60</sup> וקליטתן של נורמות מסוימות אף מעוררת ויכוחים ציבוריים ופוליטיים ערניים.<sup>61</sup> ומה באשר לסעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות?<sup>62</sup> מדינת ישראל הצטרפה לאמנה ואשררה אותה, אך אין זה ברור אם הוראותיה השונות משקפות משפט מנהגי, ומכאן שאין זה ברור שהן מהוות חלק מהמשפט הישראלי הפנימי ללא צורך בהליכי קליטה.<sup>63</sup> עם זאת, מדינת ישראל הצהירה כי הדין הישראלי הפנימי –

336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז 2033, 2040 (1962). לדיון ביקורתי בצידוקים הנוהגים לגיבושו של כלל זה ראו אצל תמר הוסטובסקי ברנדס "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל" **מחקרי משפט** לא 925 (2018).

59 כך, ההסכמים הבין-לאומיים שמדינת ישראל צד להם אינם חלק מהמשפט הישראלי הפנימי אלא אם כן חוקקה הכנסת חוק שמאפשר את קליטתן באופן ישיר, עקיף או אמצעי. ברודי, לעיל ה"ש 56, בעמ' 68.

60 כפי שציינה זילברשץ, המשפט הבין-לאומי עצמו מכיר בכך שנורמות המעוגנות באמנות יכולות להיחשב מנהגיות במקרה שבו מדינות רבות רואות את עצמן מחויבות להן, בין בדרך של הצטרפות לאמנות ובין בדרך אחרת. זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 55, בעמ' 337–342 ("ניתן לומר שכמעט כל מנהג שנוצר היום מקורו באמנה אבל בהחלט לא כל אמנה הופכת להיות מנהג"). גם לפידות, בן נפתלי ושני סבורים כי "הוראות לא מעטות המצויות באמנות משקפות דין מנהגי (אמנה דקלרטיבית) והן אינן מצריכות קליטה מפורשת". ראו רות לפידות, ארנה בן נפתלי ויובל שני **חובת קליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי** 8 (מכון קונקורד לחקר יחסי הגומלין בין הדין הבינלאומי למשפט הישראלי, נייר עמדה, 2004).

61 דוגמה בולטת היא המחלוקת על תחולתן של הנורמות הבין-לאומיות באזור יהודה והשומרון וברצועת עזה לאחר מלחמת ששת הימים לנוכח שליטתה של מדינת ישראל בהם. ראו יפה זילברשץ "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפישה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי" **מחקרי משפט** כ 547 (2004). למחלוקת שעורר האופן שבו יישם בית המשפט העליון את המשפט הבין-לאומי על חבלי יהודה, השומרון ועזה ראו ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" **עיוני משפט** יז 757 (1993); אמנון רובינשטיין "מעמד המשתנה של ה'שטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" **עיוני משפט** יא 439 (1986); זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 55, בעמ' 324 ואילך; DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002); עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" **קריית המשפט** ו 263 (2006). עוד ראו **ברוך על 'מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון' – דו"ח ועדת לוי** 361 (2012) [www.pmo.gov.il/Documents/doch090712.pdf](http://www.pmo.gov.il/Documents/doch090712.pdf).

62 ראו האמנה, לעיל ה"ש 2.

63 אכן, ניתן למצוא אמירות שמהן משתמע סיווגה של האמנה כמכוננת מנהג בין-לאומי. כך, האמנה הוכרה על ידי השופט חיים כהן כ"נחלתם של כל העמים הנאורים" (עניין "בית-אל מישן", לעיל ה"ש 58, בעמ' 333). עם זאת, גישה זו אינה מקובלת על הכל. לדיון בנושא ראו דפנה ריצ'מונד-ברק "זכויות אדם" **משפט בינלאומי** 287, 290 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016). עוד ראו נתן פיינברג "אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיות במשפט הבינלאומי" **הפרקליט** כד 433, 434–436 (1968). פרופ' פיינברג שלל את העמדה שלאמנות אלה יש תוקף מחייב מעצם העובדה שהן התקבלו פה אחד על ידי מדינות רבות בעצרת האומות המאוחדות, ואין ספק שהן לא

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

ובכלל זה חוקי היסוד, מערך החקיקה הכללי ופסיקת בתי המשפט – עומד בהוראות האמנה,<sup>64</sup> למעט שתי הסתייגויות שאינן רלוונטיות לענייננו.<sup>65</sup> ישראל, כמו מדינות אחרות שהצטרפו לאמנה, מגישה דוחות תקופתיים לעניין עמידתה בחובות המוטלות עליה מכוחה. בדוחות אלה היא הצהירה כי החילה את הוראות האמנה ביחס לזכויותיהם של עצורים ואסירים במשפט הישראלי הפנימי. לפידות, בן נפתלי ושני, שבחנו את הדברים, העירו כי נושא תנאי הכליאה אכן מוסדר בצורה נרחבת בדין הישראלי הפנימי.<sup>66</sup> נראה אפוא כי ביחס לסעיף 10 לאמנה הדין הישראלי מקיים את אחת הצורות האפשריות להחלת האמנה, קרי, עיגון תנאי הכליאה בחקיקה פנימית שמטרתה להבטיח תנאי כליאה נאותים.<sup>67</sup>

### **(ב) נורמת העצורים הבין-לאומית כעיקרון (סטנדרט) שיסייע בפיתוח הדין הישראלי הפנימי**

הנורמה הבין-לאומית מציבה עיקרון, סטנדרט, שלפיו על עצורים לקבל יחס מיוחד בהשוואה לאסירים, המביא בחשבון את חזקת החפות העומדת לימנם. בדין הישראלי הפנימי אין הוראה מקבילה מפורשת כל כך. חוק המעצרים ותקנות תנאי המעצר כוללים הוראות נורמטיביות רבות ושונות. רובן משקפות כללים קונקרטיים, המקנים לעצורים זכויות פרטניות כאלה ואחרות. ניתן למצוא בבסיסן גם עקרון יסוד שלפיו על תנאי המעצר לשמור על כבוד האדם של העצורים,<sup>68</sup> אך אי-אפשר למצוא בחקיקה הראשית, וגם לא בחקיקת המשנה העוסקת בעצורים, את האמירה הבסיסית כי העצורים נהנים מחזקת חפות וכי חזקה זו צריכה להקרין על תנאי מעצרים. בכל חוק המעצרים, מראשיתו ועד סופו, לא תימצאנה המילים "חף", "חף מפשע" או "חפות". לכאורה, השלכתה של חזקת החפות על תנאי המעצר אמורה להיות ברורה

---

יצרו מנהג בין-לאומי מכוח עובדה זו. לשיטתה של זילברשץ, זכויות האדם הבין-לאומיות קבועות ברובן באמנות, ואלה אינן נקלטות אוטומטית במשפט הישראלי. זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 55, בעמ' 336.

64 לפידות, בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 18. לניתוח ביקורתי של הצהרה זו ראו שם, בעמ' 22. יצוין כי הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, הבוחנת את עמידתן של המדינות השונות בהוראות האמנה, מתחה בשנת 1998 ביקורת על כך שישראל טרם קלטה את האמנה באופן מפורש למשפטה הפנימי. שם, בעמ' 19.

65 במועד הצטרפותה הביעה המדינה הסתייגות משני סעיפים המצויים בה: ס' 9, האוסר מעצר או מאסר שרירותיים, וזאת כדי לא להעמיד בקושי את השימוש במעצרים מנהליים בשעת חירום; וס' 23, המכיר בזכות להינשא, וזאת לנוכח דיני המעמד האישי במקומותינו. ראו לפידות, בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 18, ה"ש 62. ראו גם ריצ'מונד-ברק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 294 (דיון בהצהרת ישראל על אודות מצב החירום הנמשך השורר בה והשלכתו על דיני המעצר והמאסר).

66 לפידות, בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 32–33.

67 שם.

68 ראו לעיל ליד ה"ש 13.

ומתבקשת, שהרי המעצר אינו בגדר ביצוע גזר דין של מי שהורשע בדינו.<sup>69</sup> אלא שהדברים, כפי שהראתה קיטאי סנג'רו, אינם מובנים מאליהם.<sup>70</sup> כך, בית המשפט העליון האמריקני פסק (בדעת רוב) כי לחזקת החפות אין משמעות נורמטיבית מעבר להליך הפלילי עצמו,<sup>71</sup> וגם בית הדין האירופי לזכויות אדם דחה את הטענה כי חזקת החפות מצדיקה הבחנה בין עצורים לבין אסירים בכל הנוגע בתנאי הכליאה.<sup>72</sup> על רקע זה יש חשיבות רבה לכך שמדינת ישראל הביעה את מחויבותה לנורמה הבין-לאומית המחייבת מתן יחס מיוחד לעצורים, ושהיא הצהירה כי נורמה זו מעוגנת למעשה בדין הפנימי שלה. הנורמה זוכה להכרה בין-לאומית רחבה, והגישה המקובלת היא שסעיף 10(א)(2) לאמנה, בניגוד לסעיפים רבים אחרים שלה, אינו ניתן להתנאה על ידי החברות המאשרות את האמנה.<sup>73</sup> גישה זו ממחישה את החשיבות הרבה המיוחסת לסעיף זה ואת תפיסתו כעקרון יסוד.

החובה הבין-לאומית יכולה לשמש עיקרון או סטנדרט עליון שלאורו יש לפרש את החוקים המקומיים ואת מערך הכללים הקיים בעניינם של עצורים ושל אסירים. בתורת המשפט מקובל להבחין בין ניסוח נורמה משפטית בצורה של כללים חדים וברורים (rules), אשר כוללים פירוט בנוגע לטיב ההסדר החל בנסיבות ספציפיות ואינם מצריכים מידה רבה של שיקול דעת, לבין ניסוח המבוסס על עקרונות כלליים (standards), אשר מיושמים באופן פרטני בהתאם לנסיבות שעל הפרק ומחייבים בדרך כלל את אלה הנוקטים אותם להפעיל שיקול דעת נרחב לצורך יישומם.<sup>74</sup> אחד המלומדים המרכזיים שדנו בכך הוא לואיס קפלו (Louis Kaplow). בהתאם לגישתו, ההבדל בין סטנדרטים לכללים נגזר מרמת המיקוד של כל נורמה – בעוד סטנדרטים מתאפיינים ברמת מיקוד נמוכה ובמתווה מופשט וכוללני, כללים מתאפיינים ברמת מיקוד גבוהה, הם מפורטים ומדויקים, והם אינם מותירים תחומים בלתי מכוסים.<sup>75</sup> הנורמה הבין-לאומית בדבר הפרדה בין עצורים לאסירים ומתן יחס לעצורים ההולם את חזקת החפות היא הסטנדרט

69 ראו את דבריו של פרופ' ברק המצוטטים לעיל ליד ה"ש 53.

70 ראו ניתוח אצל קיטאי סנג'רו **המעצר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 453–454.

71 Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 533–534 (1979).

72 Peers v. Greece, 2001-III Eur. Ct. H.R. 275, ¶ 76–78. הנמקתו של בית הדין הייתה קצרה (שם, פס' 76–78 לפסק הדין), ולפיה האמנה האירופית אינה כוללת הוראה המחייבת יחס מיוחד לעצורים דווקא.

73 SARAH JOSEPH & MELISSA CASTAN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS 917 (3rd ed. 2013).

74 להבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 325–326 (1987); שרון נבו ואוריאל פרוקצ'יה "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש" **משפט ועסקים** ד 95, 130–137 (2006); H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 121–137 (1961); Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14 (1967); Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 YALE L.J. 823, 846–847 (1972).

75 Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992).

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

שלאורו יש להבין ולפרש את הכללים הפרטניים יותר המצויים בחקיקה. יש לפרש את הכללים ואת דברי החקיקה השונים הנוגעים בתנאי המעצר לאורו של הסטנדרט המאחד שנקבע ברמה הבין-לאומית.

על בתי המשפט לפרש "חוק חרות מקומי, אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי".<sup>76</sup> זוהי "חזקת ההתאמה הפרשנית".<sup>77</sup> החזקה הפרשנית הוחלה הן ביחס למנהגים והן ביחס לאמנות ישראל התחייבה להן.<sup>78</sup> אומנם, "השימוש הפרשני שנעשה בפועל באמנות זכויות אדם הוא מועט למדי",<sup>79</sup> אך יש תקדימים בולטים וחשובים לשימוש שנעשה בהן.<sup>80</sup> המשפט הבין-לאומי יכול לסייע לבתי המשפט במימוש תפקיד הביקורת השיפוטית ובפיתוח הדין המקומי.<sup>81</sup> על רקע כל האמור לעיל, נראה כי דיני העצורים והאסירים מהווים תחום ראוי במיוחד לשימוש בחזקה זו, ולנוכח הצהרותיה של ישראל במישור הבין-לאומי, ברור שאין סתירה בין סעיף 10 לאמנה לבין משפטנו הפנימי. המחויבות הישראלית לנורמה הבין-לאומית בעניין זכויות עצורים ואסירים יכולה לשמש אפוא מכשיר ראשון במעלה לתיוקן מצב הדברים בכל הנוגע בזכויות עצורים במישור המדינתי הפנימי, על מנת לוודא שההצהרות הרשמיות של המדינה יזכו למימוש הלכה למעשה. הביקורת השיפוטית תיעשה מכוח הדין הישראלי וכלליו, אך אלה ראוי שיפורשו על רקע הסטנדרט העליון שמכתיבה האמנה.

מהלך זה משתלב באופן הרמוני עם הדין הישראלי הפנימי, המצהיר על מרכזיותה של חזקת החפות. חזקת החפות היא אחד מערכי שלטון החוק, ומשמשת עקרון יסוד במשפט הפלילי והחוקתי שלנו.<sup>82</sup> היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, שכן קיימת אחיזה לדעה כי היא הוכרה כבר במשפט העברי.<sup>83</sup> היא מעגנת עיקרון מוסרי שלפיו זכותו של אדם לצאת זכאי בדינו אם אשמתו לא הוכחה מעל לכל

76 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177 (1973).

77 ברודי, לעיל ה"ש 56, בעמ' 68; עניין אייכמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 2040–2041; זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי", לעיל ה"ש 47, בעמ' 61–62. שאלה מורכבת היא אם יש לפרש גם את חוקי היסוד בהתאמה לנורמות מקובלות בין-לאומיות. לדין בעניין זה ראו הוסטובסקי ברנדס, לעיל ה"ש 58, בעמ' 949 ואילך.

78 הוסטובסקי ברנדס, לעיל ה"ש 58, בעמ' 946 ואילך.

79 לפידות, בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 8.

80 ראו, למשל, בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846 (2002), שבו הכיר בית המשפט העליון בקיומה של זכות הלכתית לחינוך.

81 בכך יוגשם תפקיד חשוב של בתי המשפט המדינתיים באכיפת נורמות של המשפט הבין-לאומי. ראו לפידות, בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 6–7.

82 ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405, 408 (2003) (להלן: קיטאי "חזקת חפות פוזיטיבית").

83 שם, בעמ' 408–409 (עמדתו של השופט מנחם אלון); אריאל בנדור "עבר פלילי ללא הרשעה (בעקבות בג"ץ 4668/01 שריד ואח' נ' ראש הממשלה ואח')" משפט וצבא 16, 95, 97–98 (2002) (עמדתו של השופט חיים כהן).

ספק סביר,<sup>84</sup> וכל עוד לא הוכחה אשמתו, הרי הוא בחזקת חף מפשע. כפועל יוצא מכך היא חלק מתורת מוסר פוליטי המגבילה את כוחה של המדינה להעניש אדם בטרם הורשע.<sup>85</sup> אומנם, יש הטוענים כי חזקת החפות היא הצהרתית בלבד, וכי כפועל הנחת האשמה היא השלטת.<sup>86</sup> עם זאת, אין חולק כי ברמה הנורמטיבית שיטת המשפט שלנו מחויבת לחזקת החפות.

דיני המעצרים מצויים במתח עם חזקה זו. אף שעומדת לעצורים חזקת החפות, ניתן בכל זאת לעוצרם, במקרים המתאימים, וזאת על מנת להגן על אינטרסים חשובים כגון בטחון הציבור וקיום ההליך השיפוטי.<sup>87</sup> אחת הדרכים להפיג את המתח מצויה בחזקה הפרשנית שלפיה כל הוראות הדין הפלילי באות להגשים את חזקת החפות, ובוודאי הוראות הדין העוסקות בשלבים המוקדמים של המשפט הפלילי.<sup>88</sup> אכן, הרפורמה החקוקה בדיני המעצרים שיקפה את חשיבותה של חזקת החפות, ואחד מביטוייה היה הפיכת עילות המעצר למניעתיות בלבד.<sup>89</sup> פסיקתו של בית המשפט העליון ראתה בכל אלה בסיס למגמה שלפיה על המעצר מאחורי סורג ובריה להיות בגדר מוצא אחרון.<sup>90</sup>

84 ראו חיים ה' כהן **המשפט** 664–667 (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, משה ברש עורך כללי, 1991).

85 לחזקת החפות כנגזרת מתורת מוסר פוליטי ראו קיטאי "חזקת חפות פוזיטיבית", לעיל ה"ש 82, בעמ' 439–443.

86 הדבר בא לידי ביטוי, למשל, ביכולת להרשיע בדעת רוב, שמגלמת בתוכה סיטואציה שבה יש ספק סביר שצריך להוביל לזיכוי (בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" **עלי משפט** ח 337, 364 (2010)); בתפיסה המונחת ביסודו של מודל ה־"crime control", שלפיו רוב האשמים במדינה מתוקנת הם אכן אשמים, וזאת בשל הסינון שרשויות החקירה והתביעה עורכות (קיטאי "חזקת חפות פוזיטיבית", לעיל ה"ש 82, בעמ' 421–422); ובחזקת המסוכנות שקיימת במעצר עד תום ההליכים, ואשר מעבירה את הנטל לנאשם להוכיח אי־מסוכנות, באופן הפוגע בחזקת החפות שלו (רינת קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מו 282 (2002) (להלן: קיטאי "חזקת המסוכנות")).

87 ראו מיכל סמיר "חלופות מעצר – האם הן תמיד לטובת הנאשמים?" **משפט וממשל** יז 367, 369 (2016).

88 התפיסה הברורה במדינת ישראל היא שחזקת החפות קיימת גם לחשוד, לנאשם, ואפילו למי שברור שיש לו עבר פלילי. ראו קיטאי "חזקת חפות פוזיטיבית", לעיל ה"ש 82, בעמ' 434 והאסמכתאות המובאות שם. למהות הערכים שמעצר עד תום ההליכים מגן עליהם ראו בש"פ 8087/95 **זארה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, פס' 7–9 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996).

89 מטרת המעצר היא למנוע מהחשודים או מהנאשמים המסוימים את האפשרות לשבש מהלכי משפט, להתחמק ממשפט או לסכן את הציבור. על כן חומרתה של העברה כשלעצמה חדלה לשמש עילת מעצר. קיימות אומנם עברות חמורות היוצרות חזקת מסוכנות, אך חזקה זו אינה מוחלטת, והיא ניתנת להפרכה. לסקירות מקיפות ראו חיה זנדרבג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?" **משפטים** לא 323 (2000); קיטאי "חזקת המסוכנות", לעיל ה"ש 86, בעמ' 282–283. זוהי תולדה של סדרת תנודות שחלו בחקיקה ובפסיקה. לסקירת התנודות ראו זנדרבג, לעיל בהערה זו. חומרת העברה שימשה בעבר עילת מעצר, ותכליתה הייתה הרתעה של נאשמים פוטנציאליים ושמירה על אמון הציבור. אלא שעילה זו לא נתנה משקל נאות לחזקת החפות. היא שימשה בסיס למעצר לנוכח חשדות בדבר ביצוע עברה חמורה אף שאלה טרם הוכחו, ובכך היא סתתה מעילות

הנה כי כן, שיטת המשפט הישראלית מכירה בהבדל בין עצורים לאסירים בכל הנוגע בתכליות הכליאה. בעוד הרתעה היא אחת מתכליות הענישה של אסירים,<sup>91</sup> היא אינה יכולה לשמש תכלית מעצר, בשל ההכרה בחזקת החפות. בית המשפט העליון הכיר כבר בראשית הדרך בכך שחזקת החפות צריכה להשליך על תנאי המעצר,<sup>92</sup> אך הדברים לא פותחו עדיין לקורפוס פסיקטי מקיף. העובדה שסוגיית תנאי הכליאה, ובכלל זה תנאי המעצר, מצויה על המדוכה מהווה הזדמנות להעמיק בה ולפתחה.

**(ג) נורמת העצורים הבין-לאומית כמקנה משנה לגיטימציה לביקורת השיפוטית**  
שמירה על תנאי כליאה נאותים מחייבת משאבים, וככל שמתקיימת הזנחה רבת שנים כן נדרשים משאבים רבים יותר לתיקון המצב. על רקע זה, לפסק הדין בבג"ץ שטח המחיה, המחייב את המדינה לדאוג לשטח מחיה בסיסי לכל עצור ולכל אסיר, יש השלכות תקציביות ניכרות ביותר. כפי שציינו, בכך מילא בית המשפט את תפקידו לנוכח הכשל הדמוקרטי הנמשך בתחום זה. עם זאת, תיקון המעוות כרוך בהתערבות משמעותית בחלוקת המשאבים בחברה שלנו. לפיכך אין זה מפתיע שהמשנה לנשיאה רובינשטיין נשען בפסק דינו על המשפט הבין-לאומי ועל המשפט המשווה כדי לשאוב יתר לגיטימציה למהלך. בית המשפט קבע כי מדובר "בשאלה אוניברסלית של כבוד האדם",<sup>93</sup> ולכן מתחייבת הבחינה המשווה. פנייה זו אל המשפט הבין-לאומי חשובה לא רק כמקור השראה, אלא גם לנוכח העובדה ש"ישראל מבקשת להיות ולהיראות כמתקנת שבמדינות, ותחום זה, עם היותו פיסית 'בחצר האחורית', ערכית הוא חלון ראווה".<sup>94</sup> ההישענות על המבט הבין-לאומי והמשווה נועדה להראות עד כמה מצב הדברים במקומותינו רחוק מן הגישה שאנו מעוניינים ליישמה אצלנו. אכן, בית המשפט העליון לא היה חייב להידרש לנורמות הבין-לאומיות על מנת לאכוף תנאי כליאה

---

המעצר הקלסיות של "שיבוש" ו"מסוכנות". בעוד העילות האחרונות צופות את התנהגותו של הנאשם הפרטני, על מאפייניו האישיים, העילה של "חומרת העברה" צופה את התנהגותם של עבריינים אחרים, שאינם הנאשם עצמו, ואת תגובתו של הציבור על ההחלטה לשחרר אדם ממעצר. על כן עילה זו הייתה תמיד שנויה במחלוקת קשה, שכן למרות נחיצות ההרתעה וחשיבות אמון הציבור ביעילותה של מערכת אכיפת החוק, הרתעה כללית של עבריינים בכוח והתייחסות לרגשותיו של הציבור מניחים את אשמתו של האדם, חותרים תחת חזקת החפות, ולמעשה משרתים תכלית עונשית. מעצר, לעומת זאת, אמור לשרת תכלית מניעתית – סיכול פעולות עתידיות של נאשמים אשר חותרות תחת אכיפת החוק או מסכנות את בטחון הציבור. ראו קיטאי, לעיל בהערה זו, בעמ' 285–291. לפיכך ביטולה של עילה זו בדיני המעצרים הנוהגים כיום שיקף את החשיבות ששיטת המשפט שלנו מייחסת לחזקת החפות.

90 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 649 (1995).

91 לתכליות הענישה ולדירוג חשיבותן כיום ראו מיכל טמיר ויוני לבני "הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד" חוקים ו 49, 90–94 (2014).

92 לדיון ראו קיטאי סנג'רו **המעצר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 454 ואילך.

93 בג"ץ שטח המחיה, לעיל ה"ש 1, פס' מח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

94 שם.

נאותים יותר, אך הוא מצא בכל זאת לנכון להישען עליהן, ואף באופן ניכר,<sup>95</sup> הן מטעמי השראה והן מטעמי לגיטימציה. ככל שברמה הבין-לאומית ניתן לאתר מחויבות משפטית למתן תנאי כליאה טובים יותר, גם במחיר השקעה של משאבים ניכרים, קל יותר להצדיק מהלך שיפוטי דומה בישראל. ככל שקיימת בסוגיה אמת מידה בין-לאומית שמדינת ישראל נטלה על עצמה לעמוד בה, קל יותר לבתי המשפט לאכוף התחייבות זו הלכה למעשה.

בג"ץ **שטח המחיה** אילץ את הרשות המבצעת במקומותינו להקדיש מאמצים ניכרים על מנת לעמוד באמות המידה שנקבעו בו,<sup>96</sup> וצפוי שגם בשנים הקרובות יוקדש מאמץ לבחינת תנאי הכליאה בישראל. במסגרת זו יהיה חשוב לעמוד גם על תנאי המעצר של העצורים בבתי המעצר. מדינת ישראל נטלה על עצמה לממש לא רק את האמור בסעיף 10(1) לאמנה, אלא גם את העיקרון הכללי של סעיף 10(2)(א) לאמנה, המחייב מתן יחס לעצורים המביא בחשבון את חזקת החפות העומדת לימנם. על רקע זה ברור כי מצב דברים שבו הצפיפות בבתי המעצר עולה על זו שבבתי הסוהר אינו עולה בקנה אחד עם החובה המוטלת מכוח בג"ץ **שטח המחיה** וסעיף 10(2)(א) לאמנה, ואין להשלים עימו. נוסף על כך, במקרים המתאימים, אם קיים שוני רלוונטי בין עצורים לבין אסירים, יש להעניק לעצורים יחס מועדף, המשקף את העובדה שהם טרם הורשעו. במסגרת חשבון הנפש הכללי שנערך כיום בכל הנוגע בתנאי הכליאה, לבתי המשפט יש תפקיד חשוב לוודא כי עיקרון זה, הנוגע בזכויות העצורים, אכן מוגשם הלכה למעשה. הביקורת השיפוטית יכולה לקבל משנה לגיטימציה מהעובדה שבמימושה היא מגשימה גם את ההתחייבות שמדינת ישראל נטלה על עצמה במישור הבין-לאומי. זהו מימד נוסף שבגינה הנורמה הבין-לאומית רלוונטית לפיתוח המשפט הישראלי הפנימי.

### פרק ג: השלכות נורמטיביות ומעשיות של אכיפת זכויות העצורים

בחלק זה נעמוד על כמה דוגמאות חשובות שבאמצעותן נראה כיצד יש טפל בפער הקיים בין תנאי המעצר הנוהגים לבין אלה הראויים. נתמקד בתפקידם החשוב של בתי המשפט באכיפת תנאי מעצר הולמים אגב הפעלת ביקורת שיפוטית. כפי שנראה,

95 המשנה לנשיאה רובינשטיין הקדיש עשר פסקאות מפסק דינו לבדיקת הדין הבין-לאומי (שם, פס' מט-נח לפסק דינו), ובכלל זה ניתח את הוראות ס' 10(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; בשש פסקאות נוספות הוא בחן את הדין האמריקני (שם, פס' נט-סד); ועוד ארבע הוקדשו לבחינת המצב הנוהג בקנדה (שם, פס' סה-סח). גם השופט מלצר הפנה למתרחש במשפט המשווה (שם, פס' 8 לפסק דינו). הוא עמד על ההתפתחויות באיטליה, בהונגריה, בקרואטיה ובקליפורניה, וציין כי חלק מההתפתחויות במדינות אירופה נבעו מפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, שהצביע על החובה להקטין את הצפיפות במתקני הכליאה.

96 ראו לעיל תת-פרק א3.



משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

הדוגמאות מלוות את העצור מרגע ההחלטה על מעצרו, דרך הצפיפות ותנאי המחיה שבהם הוא שרוי, וכלה בהסדרים החלים לגביו בנוגע להכנסת ציוד אישי שלו, בנוגע ליכולתו להיוועץ עם מומחים ועוד. חלק מהדוגמאות מציגות מקרים שבהם מצבם של עצורים גרוע מזה של אסירים, ובחלקן האחר שירות בתי הסוהר, האחראי הן על קבוצת האסירים הן על קבוצת העצורים, נוקט גישה אחידה כלפי שתי הקבוצות, מבלי להביא בחשבון את חזקת החפות העומדת לימנם של העצורים. בכל אלה יהיה אפשר להיעזר בנורמת המעצר הבינ-לאומית, שעליה עמדנו. יישומה של הנורמה בפסיקתם של בתי המשפט יכול להוביל אפוא לשיפור במצב הדברים במשפט המדינתי הפנימי שלנו. הדבר צריך לבוא לידי ביטוי החל בהשלכה של אי-עמידה בתנאי מעצר הולמים על נכונותו של בית המשפט לתת הארכות מעצר וכלה באכיפת תנאי המעצר לגופם.

## 1. ההשלכה של אי-עמידה בתנאי מעצר הולמים על המשך המעצר

ידוע לכל כי במצב הדברים הקיים תנאי המעצר גרועים מתנאי המאסר. כך היה בעבר,<sup>97</sup> וכך גם כיום מבחינת הצפיפות בתאי המעצר,<sup>98</sup> תנאי הניקיון השוררים בהם והטיפול

97 הוראות חוק המעצרים המתייחסות לתנאי המעצר נולדו על רקע מציאות קשה ששררה במשך שנים בבתי המעצר. יצחק ענבר מציין כי "באופן מתמיה, תנאי השהייה במעצר של מי שעומדת לו חזקת חפות ולעתים רבות כלל לא מוגש נגדו כתב-אישום היו קשים מאלה של מי שכבר נידון ונגזר דינו". יצחק ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר – אגב סעיפים 8 ו-9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996" **משפט וממשל** ד' 729, 730 (1998).

98 גם בהיבט זה קיים הבדל בין הסטנדרטים החקוקים בחקיקה הראשית ובחקיקת המשנה לבין המציאות. מרוח של הסנגוריה הציבורית לשנת 2016 עולה כי קיימת צפיפות קשה במתקני המעצר. כך, למשל, בבית המעצר אילת נמצא כי השטח לעצור קטן ממטר רבוע. בית המעצר אומנם אינו משמש מקום מעצר קבוע, אך בשל המרחק הגדול לבין מתקני הכליאה הקבועים, שהיית הכלואים בו עשויה להימשך עד שבוע ימים, ובמקרים חריגים אף תקופה של שבועיים. המבקרים התרשמו כי בתנאים הנוכחיים השהייה בבית המעצר כרוכה בפגיעה קשה בזכויות העצורים, אשר נאלצים להצטופף בתאים קטנים ללא מרחב מחיה. תגובת שב"ס הייתה כי צפוי לקום באילת בית מעצר חדש, אשר יחליף את בית המעצר הקיים ויביא לידי פתרון הבעיות הנוכחיות: "על פי הל"ז המעודכן של משטרת ישראל תחל בניית המתחם החדש (כולל בית המעצר של שב"ס) ב-1/2017 ותסתיים ב-12/2019... ניתנה הוראה על [יד] מפקד מחוז דרום להימנע ככל האפשר מהכנסת יותר משלושה עצורים לתא מספר 6 בבית המעצר". **דוח הסנגוריה הציבורית 2016**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 19, ה"ש 39 (ההדגשה במקור). אולם בניית המתקן החדש טרם החלה, ועד להשלמתו צפויות לחלוף שנים. הדוח והתגובה מעידים עד כמה צפיפות העצורים קשה, ועד כמה, למצער במקומות מסוימים, לא מתקיימים תנאי מעצר הולמים. למרבה הצער, זה המצב גם בתאי המעצר בבתי המשפט: "ב-7 מתקני מעצר בהם ביקרו אנשי הסניגוריה הציבורית במהלך שנת 2016, נמצא כי הכלואים שוהים בתנאי צפיפות קשים שאינם עומדים בהוראות החוק. בחלק מהמקרים נמצא כי התאים מכילים מספר כלואים הגדול מהמספר שהם ערוכים להכיל, וכי לעתים כדי להתגבר על מצוקת המקום והצורך בהפרדות מוחזקים כלואים מחוץ לתאים, ברכבי ההובלה". שם, בעמ' 88.

הרפואי הניתן לעצורים.<sup>99</sup> בעניין זה בלתי מתקבל על הדעת שמצבם של העצורים יהיה גרוע משל האסירים, גם אם ככלל העצורים נמצאים פרקי זמן קצרים יותר ומהווים אוכלוסייה "זמנית" של שירות בתי הסוהר. מצב זה מפר את זכותם, שהרי המעצר אינו עונש. לפיכך כבר בימיה הראשונים של המדינה הכיר בית המשפט בכך כי "לא הרי תנאי המעצר לפני המשפט כהרי תנאי המאסר אחרי ההרשעה, שאז הוא בחינת עונש".<sup>100</sup> המעצר הוא אמצעי מניעתי, ובית המשפט מצווה לבחון לגביו חלופות אשר ישיגו את מטרותיו – מניעה של שיבוש הליכי משפט, בריחה או מסופנות – בדרך מידתית יותר, דהיינו, על דרך חלופת מעצר. בהינתן יכולתו של בית המשפט לשלוח נאשם או חשוד לחלופת מעצר, נשאלת השאלה מהי ההשלכה של תנאי מעצר קשים, אשר אינם עומדים בתנאים המינימליים הנדרשים בחוק ובתקנות, על הסמכות לעצור? הימצאות בתנאי מעצר בלתי הולמים מפרה את זכויות העצור. היא מפרה את התחייבות המדינה להבטיח תנאים אלה במישור הבין-לאומי ובמישור החוקתי הפנימי. כיצד הפרות אלה מקרינות על המשך מעצרו של העצורים?

ניתן לחשוב על שתי תשובות אפשריות לשאלה האמורה. על פי האפשרות האחת, אי-קיומם של תנאי מעצר הולמים שולל מניה וביה את הסמכות לעצור, שכן סמכות זו – המצויה בסעיפים שונים של חוק המעצרים – טומנת בחובה את ההנחה כי הוראות החוק בדבר תנאי המעצר מקימות. על פי האפשרות האחרת, תנאי מעצר קשים אינם שוללים את סמכות המעצר, אך הם יהוו שיקול במכלול שיקוליו של בית המשפט בהחלטתו אם לעצור אדם או לשחררו לחלופת מעצר.

יצחק ענבר מביא במאמרו נימוקים שונים התומכים באפשרות הראשונה.<sup>101</sup> על פי עמדה זו, פירוטן של זכויות העצור בחוק ובתקנות, כמונחים של חובות ספציפיות, שינה את המצב המשפטי ששרר קודם לכן, באופן שהפך הפרה צפויה של זכויות אלה למניעת

99 ס' 9(ב)1 לחוק המעצרים קובע כי עצור יהיה זכאי "לתנאי תברואה הולמים, לתנאים שיאפשרו לו לשמור על נקינותו האישי, לטיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו ולתנאי השגחה מתאימים על פי דרישת רופא". הוראה זוהי קבועה בס' 11(ג)1 לפקודת בתי הסוהר. דוח הסנגוריה הציבורית העלה בעיות הנוגעות ביישום הוראות אלה הן בנוגע לאסירים הן בנוגע לעצורים, אך נראה שלגבי העצורים המצב קשה יותר. כך, למשל, בבית סוהר גבעון ביקרו המבקרים מטעם הסנגוריה הציבורית במכלול הקליטה, אשר משמש לקליטת הכלואים ולמיונם לאגפים השונים. מדובר במתחם הכולל ארבעה תאים המיועדים לשהייה קצרה בלבד. המבקרים התרשמו כי התנאים במתחם קשים, וכי תנאי התחזוקה במקום ירודים. תגובתו של שירות בתי הסוהר התייחסה לכך שמדובר במקום שהעצורים והאסירים שוהים בו שעות ספורות בלבד לפני מיונם לאגפים השונים. דוח הסנגוריה הציבורית 2016, לעיל ה"ש 35, בעמ' 51–52, ה"ש 129. בבית מעצר הדירים נמצא כי לכלואים אשר חוזרים לבית המעצר מחקירות או מדיונים בבתי המשפט בשעות שלאחר סגירת האגף אין מאפשרים גישה למקלחות אלא ביום שלמחרת. המבקרים סברו כי יש למצוא פתרון הולם למצב זה, שכן פעמים רבות הכלואים שבים למתקן המעצר לאחר שעות רבות שבהן הם היטלטלו בדרכים ושהו בתאי חקירות ובתאי מעצר בתחנת המשטרה או בבתי המשפט. מניעת האפשרות להתקלח פוגעת בהיגיינה אישית של הכלואים, בזכויותיהם ובכבוד האדם שלהם. שם, בעמ' 55–56.

100 ע"פ 13/53 ביטון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 463, 464 (1953).

101 ענבר, לעיל ה"ש 97.

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

סך למעצר.<sup>102</sup> עם זאת, לשיטתו, "חובתו החוקתית של בית-המשפט לכבד את זכויות הקורבנות, בד-בבד עם כיבוד זכויות העצור, נותרה על כנה, והיקפה לא צומצם על-ידי חוק המעצרים החדש כהוא זה"<sup>103</sup> לפיכך קיימת עדיין אפשרות להורות על מעצר, למרות הפרתן הצפויה והמוכחת של זכויות העצור, כחריג המעוגן בדיני התרופות החוקתיות. אולם על בית המשפט להבהיר כי מדובר בחריג ארעי, ואף רצוי שהוא יקבע תאריך יעד שמעבר לו תנאי מעצר הולמים יהוו תנאי סף למעצר.<sup>104</sup> לטעמנו, אי-אפשר לנקוט גישה קטגורית שלפיה לאחר תאריך היעד – למשל, זה שהוקצב בבג"ץ **שטח המחיה** – ייהפכו המעצרים לבלתי חוקיים בשל אי-עמידה בחובה הפנימית והביין-לאומית לספק תנאי מעצר הולמים. גישה זו נתמכת בשלוש הצדקות. ראשית, המחוקק עצמו השלים עם הצפיפות במתקני הכליאה הישנים, בהחילו הוראות מסוימות בתקנות רק על מתקנים שנבנו לאחר תחילת תוקפן.<sup>105</sup> שנית, הזכויות בישראל יחסיות, כך שגם בתחום זה על בתי המשפט לאזן בינן לבין זכויות ואינטרסים אחרים. כך, אפילו לגבי הזכות החשובה לשוויון אמר בית המשפט:

"עקרון השוויון ואיסור על הפלייה בין נאשמים איננו עקרון-על שיש לו מעמד בכורה בכל מקרה, אלא שומה לאזנו כנגד שיקולים חשובים אחרים ולהעריך את משקלו בהתאם. כך למשל, כנגד העקרון שתכליתו להשוות את דינם של נאשמים עשוי לעמוד עקרון נגדי שעניינו הגנה על אינטרס בטחון הציבור והגנה על תקינותו של ההליך השיפוטי העשוי, בנסיבות מתאימות, לגבור על המגמה להשוות את דינם של נאשמים שעניינם דומה."<sup>106</sup>

כשם שאת הזכות החשובה לשוויון יש לאזן עם אינטרסים אחרים, כך גם את הזכות לתנאי מעצר הולמים. **שלישית**, אפילו החלטות בלתי חוקיות קודמות אינן שוללות את סמכותו של בית המשפט לעצור או להאריך מעצר, וזאת בהתחשב באינטרס הציבורי.<sup>107</sup> אם כך לגבי חוסר סמכות, כך בוודאי גם לגבי תנאי מעצר.

102 שם, בעמ' 742.

103 שם, בעמ' 744.

104 שם, בעמ' 745.

105 ראו תק' 3(ה) לתקנות תנאי המעצר.

106 בש"פ 2649/02 **בקייב נ' מדינת ישראל**, פס' 16 להחלטתה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 15.5.2002).

107 ראו, למשל, בש"פ 3979/98 **מדינת ישראל נ' ג'נח** (פורסם באר"ש, 24.6.1998) ("גם מקום שבו בית המשפט סבור, שהעיכוב היה שלא כדין, אין בית המשפט פטור מלדון בבקשת המעצר המובאת בפניו לגופה ולהחליט אם קיימת בפניו עילה להורות על מעצר"); בש"פ 779/04 **אשרף נ' מדינת ישראל**, פס' 4 להחלטתה של השופטת חיות (פורסם באר"ש, 26.1.2004) ("גם מקום שבו נפל פגם בהליכי הארכת המעצר, אין בית-המשפט הדן בבקשה רשאי להתעלם מן החומר שבפניו ושומה עליו לדון בבקשה לגופה ולהחליט בה. זאת משום שהטענה בדבר פגם שנפל בהליך המעצר, גם מקום

לפיכך נראה כי גם לאחר חקיקת חוק המעצרים ותקנות תנאי המעצר עומדת על כנה גישתו של השופט אֶלון בעניין **עזאזמי**.<sup>108</sup> בעניין זה ראה השופט אֶלון בתנאים הקשים בבית המעצר משום שיקול להעדפת חלופת מעצר על מעצר בפועל, תוך שהוא מקיש זאת, על דרך קל וחומר, מההתחשבות באותם תנאים קשים במסגרת הענישה והעדפת עונש כספי על מאסר:

"[הסנגור] בטיעונו בבית המשפט המחוזי ולפניי, עמד, בין היתר, על התנאים הקשים השוררים בבתי המעצר, בהם נמצאים העצורים בתנאים תת־אנושיים ובצפיפות קשה ביותר. חלק ניכר של העצורים לא עומדת לרשותם מיטה לישון בה, ונאלצים הם לישון על הרצפה; וצפיפות זו מביאה עמה אלימות רבה בין העצורים לבין עצמם, על כל הנובע מכך. לכך גם השפעה על אפשרות שמירת הניקיון בתאים... ועל טיב האוכל וניקיון הכלים שבהם הוא מוגש. מצב דברים זה יש בו משום השפלת העציר כאדם ומשום פגיעה בכבודו האנושי האלמנטארי. מצב דברים זה שבבתי מעצר מסוימים אינו שנוי במחלוקת, ואף שלטונות בתי הסוהר אינם מתכחשים לו.

**מציאות קשה ומדאיגה זו של תנאי מאסר משפילים ראינו בה נימוק לעניין שיקול שעל בית המשפט לשקול אף בכרירת דרכי ענישה לגבי מי שהורשע בדין... ואם כך אמרנו ופסקנו לעניין מי שהורשע בדין, ושוב אינו בחזקת חפות, שיש להעדיף – כל עוד הדבר ניתן מבחינת העבירה, העבריין והציבור – הטלת עונש כספי במקום מאסר בתנאי השפלה ופגיעה בכבוד האדם, על אחת כמה וכמה משמדובר לעניין מי שחשוד בלבד וטרם נתברר דינו, והוא בחזקת כשרות וחף מפשע, שיש לנקוט חלופה למעצר מאחורי סורג ובריח, כשיש בהם בתנאי המעצר משום השפלה ופגיעה בכבוד האדם, פרט למקרים שאין מנוס מלנקוט את אמצעי המעצר כדי למנוע סכנה מוחשית לשלומם ולביטחונם של הציבור או חשש חמור לשיבוש הליכי משפט. וקל וחומר שגישה זו מחויבת היא עתה, משהפגיעה בכבודו של אדם פגיעה היא בזכות יסוד הקבועה בחוק־יסוד, שמטרתו לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.**"<sup>109</sup>

לעניין זה, לשיטתנו, ככל שמדובר בתנאים קשים יותר כן יגדל משקלה של הפרת זכויות העצורים. נוסף על כך, יש בעניין זה משמעות גם לחלוף הזמן. ככל שתקיים סטייה מלוחות הזמנים שקבע בית המשפט העליון, משקלו של השיקול בדבר תנאי המעצר במסגרת האיזון בין השיקולים השונים יהא גדול יותר, ועם חלוף החודשים

שבו נפל פגם כאמור, צריך שתיבחן אל מול האינטרס הציבורי להמשיך ולעצור את החשוד לצורכי חקירה, בהתחשב בטיבן של העבירות הנחקרות ובהתחשב בחשש לפגיעה בחקירה ולשיבושה".

108 פ"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו(5) 72 (1992).

109 שם, בעמ' 78–79 (ההדגשה הראשונה הוספה).

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

והשנים יגדל עוד ועוד משקלו של שיקול זה במלאכת האיזונים. גם כאן על בתי המשפט לנקוט גישה של ביקורת שיפוטית המגינה באופן חיובי על הזכויות. הרעיון כי על תנאי המעצר להשפיע על עצם ההחלטה אם לבחור במעצר או בחלופת מעצר מיושם כבר בפסיקה דהיום. כך, לדוגמה, פסק השופט רועי פרי, מבית משפט השלום בתל אביב, במקרה שבו שחרר נאשם לחלופת מעצר:

"אמרתי, וחזרתי ואמרתי, עלינו כולנו – תביעה, הגנה ובית המשפט, להפנים את שנקבע במסגרת בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים ואח'**, בג"ץ המכונה 'בג"ץ הצפיפות', לא רק במובן של שטחי מחייה סבירים ואנושיים לעצורים ולאסירים בישראל, אלא גם בדברים שקבע המשנה לנשיאה, כבוד השופט אליקים רובינשטיין לעניין מדיניות המעצרים בישראל. ככל שקיימת חלופת מעצר הולמת – על בית המשפט לאמצה בשתי ידי. הדבר נכון תמיד והדבר נכון היום ביתר שאת, לאור מדיניות המעצרים הנוהגת וצפיפות הכליאה בבתי המעצר ובבתי הסוהר בישראל."<sup>110</sup>

תנאי הצפיפות השפיעו אפוא על החלטתו של השופט לכיוון הגנה על חירותו של העצור במובנה השלילי, דהיינו, על זכותו שלא תיפגע חירותו. במקרה מעניין נוסף ביטל בית המשפט המחוזי בחיפה צו הבאה שהוצא נגד אדם שנמצא בתאילנד, וזאת בשל העובדה שצו הבאה גורם לכליאתו בכלא תאילנדי בתנאים קשים.<sup>111</sup> וכך אמרה השופטת תמר שרון נתנאל:

"דומני כי לא יכול להיות חולק, כי כליאתו של העורר בתנאים בהם הוא כלוא, כאשר לא ידוע עד מתי ימשך מצב זה הוא מצב בלתי נסבל, אשר יש לעשות כל הניתן על מנת לשנותו. לעניין החובה להסדיר, כחלק מכבוד האדם, תנאי כליאה הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בכריאותו ובכבודו של הכלוא (הן לגבי אסירים והן לגבי עצורים) ראו סעיף 11 בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] תשל"ב-1971 וכן סעיף 9 לחוק המעצרים, הקובעים כי: **'אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בכריאותו ובכבודו'** וכן קובעים הוראות פרטניות לגבי התנאים שיש לספק לכלוא. כן ראו דברי כבוד השופט ברק (כתארו אז) בבג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3), 294, 298, אשר אמר: 'חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי [...] אך אין משטר החיים

110 מ"ת (שלום ת"א) 16515-04-18 **מדינת ישראל נ' יחזקאל**, פס' 9 להחלטתו של השופט פרי (פורסם בנבו, 9.5.2018). ראו גם את דבריו במ"ת (שלום ת"א) 23435-05-18 **מדינת ישראל נ' דן** (פורסם בנבו, 23.5.2018).

111 ע"ח (מחוזי חי') 60744-11-17 **קציר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.12.2017).

בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם'...  
מכוח העקרונות הנ"ל וחובתה של המדינה לדאוג לאזרחיה, ובוודאי בנסיבות של המקרה דנן, לרבות השתלשלות העניינים אשר הביאה לכליאתו של העורר בכלא התאילנדי, כפי שפורטו לעיל, קמה חובתה של מדינת ישראל כלפי העורר, לעשות כל הנדרש, ובאופן מידי, על מנת שהוא ישוחרר מהכלא בתאילנד בהקדם האפשרי.<sup>112</sup>

בביקורתה השיפוטית אכפה אם כן השופטת את חובתה החיובית של המדינה לדאוג לעצורים, וחובה זו השליכה על עצם קיומו של המעצר – במקרה זה על דרך ביטול של צו הבאה שהוצא בערכאה הנמוכה יותר.

## 2. מניעת כניסה של מומחים לבית המעצר – מתן יחס גרוע יותר לעצורים מאשר לאסירים

פקודת נציבות בתי הסוהר 04.68.00, שכותרתה "כניסת מומחים פרטיים לבתי סוהר" (להלן: הפקודה), אוסרת כניסת מומחים כאמור, למעט לצורכי הכנה של תוכנית שיקום לאסירים לאחר השחרור. בפקודה נקבע במפורש כי "לא תותר כניסת מומחה פרטי לשם מתן טיפול לאסיר בתקופת המאסר", וכי "לא תותר כניסת מומחה פרטי לצורך הערכת מסוכנות, הנחוצה לקבלת החלטה מנהלית",<sup>113</sup> שכן הערכה זו מצויה בידי גורמים מקצועיים האמונים על הערכת מסוכנותם של אסירים, לצד גורמי הטיפול בשב"ס. חוקיותה של הפקודה הועמדה לאתרונה לבחינת בית המשפט העליון בעניין עווד,<sup>114</sup> והדעות לגביה נחלקו. השופט דנציגר ציין כי בית הסוהר הוא מקום סגור, שבמסגרתו הקשר עם גורמי חוץ מוגבל ומבוקר, והדברים נובעים מטיבו ומטבעו של המאסר. לכן הוראות הפקודה הקובעות כי ככלל יוטל איסור על כניסת מומחים פרטיים לבתי הסוהר משקפות בעיקרן איזון ראוי. לדבריו, "בקשת המבקש [בעניין עווד] לפיה תותר – באופן גורף למדי – כניסתם של מומחים פרטיים אל בין כותלי בית הסוהר, לשם הכנת חוות דעת לאסירים לצרכים רבים, ולכאורה בכל הליך שניתן לקשרו להליך משפטי קיים או עתידי, אינה מתיישבת עם הנחת מוצא זו. ככל שמדובר בהכרה גורפת באפשרות זו, נראה מובן כי הדבר עלול לפגוע ביכולת של שירות בתי הסוהר לנהל את בתי הסוהר כמתקנים סגורים, על כל המשתמע מכך".<sup>115</sup> עם זאת, השופט דנציגר מצא לנכון לקבוע כי אין לראות בפקודה משום איסור מוחלט, וניתן, במקרים חריגים מתאימים, לאפשר כניסתם של מומחים פרטיים גם לא לצורך בניית תוכנית שיקום, שאם לא כן תפגע

112 שם, פס' 24 להחלטתה של השופטת שרון נתנאל (ההדגשות במקור).

113 ראו ס' 5 לפקנ"צ 04.68.00 "כניסת מומחים פרטיים לבתי סוהר".

114 רע"ב 744/17 עווד נ' שירות בתי הסוהר (פורסם באר"ש, 20.2.2018).

115 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט דנציגר.

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

הפקודה במידה בלתי סבירה בזכויות האסירים.<sup>116</sup> השופט מינץ קבע כי אין עילה להתערבות שיפוטית בפקודה, ואין מקום לפתח החריג שפתח השופט דנציגר,<sup>117</sup> ואילו השופט הנדל מצא לנכון להותיר את המחלוקת להכרעה בעתיד. כל השופטים הסכימו כי דין העתירה להידחות לגופה.

הערכת חוקיותה של הפקודה חורגת מגבולותיה של רשימה זו, אלא שמתברר כי שירות בתי הסוהר ביקש להחילה גם על עצורים. כך, באחד המקרים ביקש עצור שנעצר בחשד לעברות מין לאפשר כניסת מומחה פרטי כדי שיבדוק את מסוכנותו, על מנת שיהיה אפשר להעביר את חוות דעתו לשירות המבחן לקראת הדיון שבו תיבחן שאלת שליחתו לחלופת מעצר. התקיים אפוא קשר ישיר בין בקשת העצור לבין שאלת המשך מעצרו וחירותו. שירות בתי הסוהר סירב לבקשה, שכן לפי הפקודה אין לאפשר כניסת מומחה כאמור, שהרי אין מדובר בבניית תוכנית שיקום בעבורו. בכך, כפי שניתן להתרשם, הפגין שירות בתי הסוהר גישה אחידה בין עניינם של עצורים לבין עניינם של אסירים. אותן אמות מידה לכניסתם יושמו הן על אלה הן על אלה. גישה זו מעוררת קושי ניכר, שכן אין היא מביאה בחשבון את ההבדל המשמעותי בין עצורים לבין אסירים. לימינם של העצורים עומדת חזקת החפות. בשעה שהם שוהים בבית המעצר הם רשאים לנהל מערכה הנוגעת בשאלת המשך מעצרו או בבירור אשמתם הפלילית לגופה. לכן יש להם אינטרס מובהק בפגישות עם מומחים פרטיים במגוון מקרים רחב יותר בהשוואה לאסירים שכבר נגזר דינם ואשר נושאים את עונשם. כך, למשל, נוסף על הצורך בכניסת מומחים לצורך הערכת מסופנות, לעצורים עשוי להיות עניין בכניסת מומחים שיבדקו את מצבם הנפשי, כדי שהם יוכלו להעלות טענות הגנה בהליך הפלילי. מדיניות בנוגע לכניסת מומחים המתייחסת באופן אחיד לאסירים ולעצורים מתעלמת מהשוני שבין הקבוצות.

סירובו של שירות בתי הסוהר לאפשר את כניסת המומחה הפרטי בענייניו של עצור שנאשם בעברות מין הועמד לביקורת שיפוטית.<sup>118</sup> במהלך הדיון טענה המדינה כי קיים אינטרס ציבורי המצדיק מניעת כניסה של מומחים פרטיים לבתי המעצר. כמות העצורים גדולה פי כמה מכמות האסירים, ואם בית המשפט ייתן יד לכניסה כזו כל אימת שסנגור ירצה בכך, תיווצר "טיילת" בבית המעצר, והדבר יפגע ביכולת לנהלו.<sup>119</sup> בסופו של יום, לאחר הדיון בבית המשפט, הסכימה המדינה לאפשר את כניסת המומחה לביקור העצור שעניינו נדון באותו מקרה. עם זאת, בית המשפט הבהיר באופן כללי כי המדיניות שהוצגה לפניו אינה יכולה לעמוד מבחינה משפטית. למעשה, יישום הפקודה על עניינם של העצורים יוביל לאיסור גורף של ביקור מומחים פרטיים אצלם, היות שרוב העצורים אינם נדרשים לגיבוש תוכנית שיקום במתקן המעצר. מצב דברים גורף זה עומד בניגוד לחוק המעצרים, המאפשר לעצורים לקבל מבקרים – מונח שבוודאי אינו מצומצם

116 שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט דנציגר.

117 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט מינץ.

118 מ"ת (מחוזי ת"א) 56896-01-17 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.2.2017).

119 שם, פס' 3 להחלטתו של השופט גונטובניק.

למשפחה ולעורכי דין, ויש להבינו כמאפשר גם ביקורי מומחים. לצד המישור החוקי יש להתחשב גם במישור החוקתי, שהרי מניעת ביקור מומחים לעצורים עלולה לפגוע גם בזכויותיהם החוקתיות. לפיכך, אם ביקור המומחה יכול לסייע בשחרור העצור לחלופת מעצר, וביקור זה נשלל, קמה פגיעה בסיסית וקשה בזכות לחירות. במקרה זה שימשה הנורמה הבין-לאומית המעוגנת בסעיף 10(2)(א) לאמנה כאחד הנדבכים להפעלת הביקורת השיפוטית וכמעין מצפן המורה את הדרך. על רקע כל אלה הורה בית המשפט לאפשר את כניסת המומחה על מנת שיבקר את העצור שהגיש את ההליך, וקרא לשירות בתי הסוהר לגבש מדיניות גורפת פחות בסוגיית כניסתם של מומחים פרטיים לתאי המעצר. יש לציין כי אין זו הפעם הראשונה שבה הוטלו מגבלות על כניסתם של מומחים לבתי המעצר, ועניין זה זכה להתייחסות ביקורתית של הסגוריה הציבורית.<sup>120</sup>

### 3. הכנסת ציוד אישי – השוואה לא כדין בין תנאי עצורים לתנאי אסירים

תקנות תנאי המעצר מאפשרות לעצורים להחזיק בתא המעצר חפצים אישיים. תקנה 5 לתקנות קובעת כך:

“(א) ...

(ב) עצור יהיה זכאי להחזיק בתא חפצים מן הסוג המפורט בטור א' בתוספת הראשונה, בתנאים מיוחדים כמפורט בטור ב' בה, ובכמות כאמור בטור ג' שבה; מקום שנאמר בטור ג' כי החזקת החפץ מותנית בקיום תשתית מתאימה בתא, לא יהיה עצור זכאי להחזיק באותו חפץ אלא אם כן אישר מפקד מקום המעצר כי תנאי התשתית במקום המעצר מאפשרים שימוש כאמור; עצור יהיה זכאי לרכוש חפצים שהוא זכאי לפי תקנת משנה זו להחזיק בתא בחנות במקום מעצר, אם הדבר ניתן, או לקבל חפצים כאמור מאנשים מן החוץ.

(ג) חפצים כאמור בתקנת משנה (ב), יהיה העצור זכאי להחזיק לאחר שנבדקו בידי מפקח מקום המעצר או מי מטעמו.”

120 ד"ר יואב ספיר, הסגור הציבורי הארצי, פנה ביום 1.2.2017 לגונדר וקנין, ממלא מקום נציבת בתי הסוהר, וכן ליועץ המשפטי לממשלה, ומתח ביקורת על מניעת כניסתם של המומחים לפגישה עם עצורים. בפנייתו הוא פירט את הפגיעות בזכויות העצורים הנגרמות כתוצאה ממניעה זו: פגיעה בזכותם להליך הוגן ובזכותם לחירות; פגיעה בזכותם לשוויון, שכן תנאיהם מורעים בהשוואה לנאשמים בפלילים שאינם עצורים; ופגיעה בחסיון עורך-דין-לקוח, שכן שירות בתי הסוהר דורש פרטים לגבי מהות השיחה עם המומחה. בפנייה זו ציין ד"ר ספיר כי "מדובר בפעם הרביעית במהלך שש השנים האחרונות, בה מוציא שב"ס פקודה או הוראת שעה הפוגעת באופן לא מידתי ולא סביר באפשרות כניסתם של מומחים לצורך מתן חוות דעת בהליכים משפטיים". דואר אלקטרוני מד"ר יואב ספיר, הסגור הציבורי הארצי, לגונדר אשר וקנין, מ"מ נציבת שירות בתי הסוהר, ולד"ר אביחי מנדלבלט, היועץ המשפטי לממשלה, פס' 2 (1.2.2017) www.justice.gov.il/Units/Sanegoria .Ziborit/News/Documents/Private\_experts\_letter\_080217.pdf



משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

עם החפצים שעצור רשאי להחזיק בתאו ניתן למנות כלי כתיבה, ספרים, תשמישי קדושה, משחקי חברה ומשחקי מחשב ידניים, מקלט רדיו, נעליים, נעלי בית, טבעת נישואים, שעון יד, קומקום חשמלי ועוד. התקנה פורשה על ידי בית המשפט המחוזי בעניין גאלי<sup>121</sup> כמיועדת לשרת תכלית כפולה: האחת, לאפשר תנאים אובייקטיביים של קיום ראוי במעצר; והאחרת, סובייקטיבית, לאפשר לעצור תחושה של "בית מעט", תוך שמירה על קשר עם הסביבה הקודמת, שבה הילך כבן חורין.<sup>122</sup> תקנות תנאי המעצר משקפות עמידה בחובה הבין-לאומית לדאוג לתנאי מעצר ההולמים את מעמדם של העצורים כמי שחזקת החפות עומדת לימינם.

אלא שגם בעניין זה לא תמיד קיימת הלימה בין הדין הפורמלי לבין המציאות בפועל. באחד המקרים נדון עניינו של אדם שנעצר בחשד לנשיאת נשק ולשיבוש הליכי משפט. העצור סבל מבעיות רפואיות ברגלו, בעקבות שבר שקובע באמצעות פלטה. לפני מעצרו התהלך העצור עם נעליים בעלות סוליה עבה, אך הן נלקחו ממנו כאשר נעצר כדי לבצע בדיקות, ולא הושבו לו. בני משפחתו ביקשו להכניס לו נעליים חדשות, והוא עתר לקבלן. שירות בתי הסוהר סירב לבקשתו, בציינו כי אופן הנפקת הנעליים זהה הן ביחס לעצורים הן ביחס לאסירים, ולפיכך על העצור לרכוש נעליים במרכז המכר, ולא עומדת לו האפשרות להכניסן באמצעות מבקרים או בני משפחה. לטענת שירות בתי הסוהר, הוא אינו ערוך להתנהלות כזו, והוא נוהג באופן שוויוני כלפי כל השהים בבתי המאסר והמעצר. העצור נבדק על ידי הגורמים הרפואיים בשב"ס, ולא נמצא שהוא זקוק למדרסים או להכנסת נעליים מיוחדות או אביזר רפואי מיוחד, אלא לניתוח שהוא מסרב לעוברו.

זוהי דוגמה נוספת ליישום מדיניות אחידה על ידי שירות בתי הסוהר כלפי עצורים וכלפי אסירים בתחום שבו לא היה לכך מקום. בית המשפט קיבל את בקשת העצור. נפסק כי טענת השוויון בפריטי הלבוש, שכוחה יכול להיות יפה ביחס לאסירים, אין כוחה יפה ביחס לעצורים. "בעניין זה קיים שוני רלוונטי בין שתי האוכלוסיות. השמירה על האחידות חשובה היא ביחס לאסירים, כלומר ביחס לנאשמים שהורשעו בדין ונגזר עליהם לרצות עונש מאסר מאחורי סורג וברית. ביחס לאלה חשוב לשמור על אחידות, וזו באה לידי ביטוי הלכה למעשה בתחום הביגוד האישי, למשל, בחובה המוטלת על אסירים ללבוש מדי אסיר. חובה שכזו אינה מוטלת על עצורים, ולא בכדי. הם אינם מרצים עונש כלשהו. לכן, הם יכולים ללבוש בגדים מסוגים שונים, כל עצור והבגדים שהוא בא עמו."<sup>123</sup> חזקת החפות היא שיוצרת את השוני בין שתי קבוצות האוכלוסייה. כפי שציין הלוי, "מאחר שהעצור הנו בבחינת חף מפשע, אין הצדקה לגיטימית להשתתף קשיי הסתגלות למאסר ('כאבי מאסר') עליו. העצור אינו נושא את עונשו במסגרת

121 עת"א (מחוזי ת"א) 62518-05-17 גאלי נ' שרות בתי הסוהר – מחלקת האסיר – זימונים (פורסם בנבו, 4.7.2017).

122 שם, פס' 7 להחלטתו של השופט גונטובניק.

123 שם, פס' 10 (ב) להחלטה (ההדגשה במקור).

המעצר".<sup>124</sup> התוצאה הייתה חיובו של שירות בתי הסוהר לאפשר לעציר להכניס את הנעליים, תוך הדגשה כי חיוב זה נובע מהתיעוד הרפואי הברור ביחס למצבו הרפואי.<sup>125</sup> במסגרת ההחלטה נעשה שימוש בנורמה הבין-לאומית כדי להצדיק את החובה לנקוט יחס שונה כלפי עצורים וכלפי אסירים, בהתאם לשוני במעמדם.<sup>126</sup>

#### 4. מיקום עצורים בבתי המעצר – השוואה לא כדן בין עצורים לאסירים

דוגמה נוספת לצורך להבחין בין עניינם של עצורים לבין זה של אסירים באה לידי ביטוי בשאלת הצבתם במתקני הכליאה המצויים ברחבי הארץ. ככל שמדובר באסירים, נפסק כי סוגיה זו מצויה בליבת שיקול הדעת המנהלי-הארגוני של שירות בתי הסוהר, וכי היא מערכת מגוון רחב של שיקולים, ביניהם גם שיקולים כלל-מערכתיים הנוגעים בחלוקת העומס ובהקלת הצפיפות במתקני הכליאה, ולא רק שיקולים פרטניים הנוגעים באסירים עצמם.<sup>127</sup> ומה באשר לעצורים? מובן שהשאלה באיזה מתקן מעצר למקמם כרוכה גם היא בשיקולים מנהליים-ארגוניים, אלא שאין לשכוח את מעמדם כמי שנהנים מחזקת החפות ומנהלים קרב משפטי לשם הוכחת חפותם בבית המשפט. על רקע זה מוטלת חובה על שירות בתי הסוהר למקם את העצורים במרחק נאות ממקום עריכת משפטם. לפיכך אין זה ראוי ששירות בתי הסוהר ינקוט גישה אחידה בהפעילו את שיקול דעתו ביחס למקום המעצר וביחס למקום המאסר. בהתאם, השוני בין שתי האוכלוסיות מצדיק גם הפעלה שונה של הביקורת השיפוטית ביחס להחלטות המיקום. ביקורת זו צריכה להיות מוקפדת יותר בשעה שמדובר בעצורים, כדי להבטיח את המשפט ההוגן בעניינם. מעצר במקום שרחוק מבית המשפט שבו הם מנהלים את הגנתם מטיל עליהם קשיים ניכרים העלולים לפגוע בהגנתם, ביניהם הקושי להיפגש עם עורכי דינם והקשיים הנלווים להסעתם מבית המעצר לבית המשפט לצורך הדיונים. לכן, להבדיל מאסירים, סוגיית הצבתם של העצורים בבתי המעצר כרוכה בפגיעה אפשרית בזכות היסוד החוקתית להליך הוגן.

סוגיה זו נבחנה בעניין **מוסלמאני**,<sup>128</sup> שם דובר באדם שהיה עצור עד תום ההליכים בגין חשד לביצוע רצח. במרבית תקופת מעצרו הוא היה עצור בבית מעצר קישון שבמחוז חיפה, אשר קרוב למשרדיו של בא כוחו ולבית המשפט המחוזי בחיפה, שם התנהל משפטו. אלא שבשלב מסוים הוא הועבר לבית מעצר תל אביב, דבר שפגע לטענתו בניהול הגנתו והקשה על בא כוחו לפגוש אותו ולהכינו לדיונים. נוסף על כך

124 גבריאל הלוי **תורת הדין הפלילי** ב 164 (2011).

125 עניין **גאלי**, לעיל ה"ש 121, פס' 11 להחלטתו של השופט גונטובניק.

126 שם, פס' 10 (א) להחלטתו של השופט גונטובניק.

127 רע"ב 1004/12 **אבוטכול נ' מדינת ישראל**, פס' 10 להחלטתו של השופט דנציגר (פורסם באר"ש, 19.2.2012).

128 עת"א (מחוזי ת"א) 35690-02-17 **מוסלמאני נ' שרות בתי הסוהר – מחלקת האסיר – זימונים** (פורסם בנבו, 2.4.2017).

משפט ועסקים כה, תשע"ט החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות

הקשה הדבר על משפחתו, המתגוררת בצפון הארץ, לבקרו. לנוכח סירובו של שירות בתי הסוהר להחזירו לבית המעצר שליד חיפה, הגיש מוסלמאני עתירת אסיר שבה דרש שישבוהו צפונה. שירות בתי הסוהר השיב כי אין לעצור זכות קנויה לגבי מקום מעצרו וכי הוא הועבר לתל אביב בשל מידע מודיעיני על כוונה לפגוע בו.

בית המשפט ערך הבחנה בין עניינם של עצורים לבין עניינם של אסירים. הביקורת השיפוטית על מיקומם של אסירים נעשית במישור המנהלי. יש לבחון את שיקול הדעת של הגורמים המוסמכים בהתאם לעילת הסבירות, ובעניין זה עומד להם שיקול דעת רחב. לעומת זאת, בכל הנוגע בעניינם של עצורים, ההחלטה בדבר מיקומם עלולה לפגוע ביכולתם לנהל כראוי את הגנתם במסגרת המשפט הפלילי. לכן במקרה זה מתעוררת שאלה חוקתית של פגיעה בזכות להליך הוגן והאופן שבו ניתן להצדיק פגיעה זו. הביקורת השיפוטית בתחום זה היא חוקתית, ולא מנהלית, ו"על עילת הסבירות הכללית לסגת בנסיבות העניין מפני עילת המידתיות, המתאימה לבחינת פגיעה בזכויות חוקתיות".<sup>129</sup> נפסק כי –

"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 אינ[ו] מתאים לענייננו. כאשר המשיב [שירות בתי הסוהר] 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'... על רקע [זה] 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".<sup>130</sup>

בנסיבות העניין נקבע כי אין מקום להתערב בשיקול הדעת של שירות בתי הסוהר גם אם מאמצים את אמת המידה החוקתית לביקורת שיפוטית, היות שהפגיעה נעשתה לתכלית ראויה – הגנה על שלומו של העציר. כמו כן, האמצעי שננקט הוא מידתי, משום שהמידע המודיעיני היה עדכני, והוכיח כי נשקפה סכנה חמורה לשלומו של העציר,

129 שם, פס' 7 להחלטתו של השופט גונטובניק.

130 שם (ההדגשות במקור).

והמידע התייחס לכמה בתי מעצר בצפון.<sup>131</sup> עם זאת, בית המשפט נתן ביטוי לחובה החיובית להגן על הזכות, בכך שהורה לשב"ס לאפשר לעותר להיפגש עם עורך דינו גם במתקני המעבר שבהם הוא צפוי לשהות כעציר המועבר למשפט במחוז אחר.<sup>132</sup> לסיכום נקודה זו, אף שלאסיר אין זכות קנויה להיאסר בבית הסוהר שהוא בוחר בו, התחשבות ברצונם של האסירים אינה זרה למצב המשפטי הקיים, וועדת המיון מתחשבת במידת האפשר בבקשתו של אסיר באשר למיקום שבו יישא את עונשו.<sup>133</sup> אם כך לגבי אסירים, הדבר מתחייב מקל וחומר לגבי עצירים, אשר חזקת החפות עומדת להם, ולפיכך ראוי להחיל ביקורת שיפוטית קפידה בעניינם.

## סיכום

ניתן ללמוד רבות על מידת מחויבותה של שיטת משפט לזכויות האדם מן האופן שבו היא מתייחסת לעצורים ולאסירים. אוכלוסיות אלה חשופות במיוחד לניצול לרעה של הכוח השלטוני, וקל להזניח את עניינן, שכן הן אינן נהנות מעוצמה פוליטית המאפשרת הקצאה נאותה של משאבים לטיפול בהן, ומקום מושבן – מתקני הכליאה – נמצא הרחק מעינו של הציבור. על רקע זה מצאו לנכון מנסחי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות להקדיש סעיף נפרד להבטחת תנאיהם של הכלואים. זוהי מחויבות יסוד המתייחסת הן לעניינם של העצורים הן לעניינם של האסירים, אולם לעצורים הוקדש תת-סעיף נפרד, המחייב להבטיח שתנאי מעצרים יביאו בחשבון את העובדה שחירותם נשללה בעודם נהנים מחזקת החפות. לכן, במקרים המתאימים, מקום שקיים שוני רלוונטי בין שתי האוכלוסיות, תנאי המעצר אמורים להיות טובים מתנאי המאסר, ובוודאי אין מקום לכך שתנאיהם של העצורים יהיו גרועים מאלה של האסירים. הבטחת תנאי המעצר הנאותים בישראל מצויה כעת על סדר היום המשפטי והחברתי. ישראל התחייבה למלא אחר הוראות האמנה בעניין זה, והיא אכן עומדת בהן ברמה ההצהרתית, קרי, ברמת הדין החקוק על כל מישוריו: המישור החוקתי, המישור החוקי והמישור של חקיקת המשנה. אלא שקיים בכל זאת פער בין ההצהרות למציאות. בפועל במקרים רבים זכויות העצורים אינן נשמרות. בחלק מהמקרים, למרות ההבדלים בין העצורים לבין האסירים, שירות בתי הסוהר נוקט גישה המאחדת ביניהם, ובמקרים אחרים היחס לעניינם של העצורים אף גרוע מהיחס לעניינם של האסירים. לנוכח פערים אלה יש חשיבות יתרה לביקורת השיפוטית של בתי המשפט, הממלאים תפקיד חשוב

131 שם, פס' 8 להחלטתו של השופט גונטובניק.

132 שם, פס' 9 להחלטתו של השופט גונטובניק.

133 ראו מיכל טמיר ואסף הראל "על כבוד האדם והפרטה – בעקבות בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009)" משפטים מא 663, 699–700, ה"ש 210–212 והטקסט שלידן (2011).

בגישור על הפער שבין המציאות הנוהגת בשטח לבין מימושן הראוי של זכויות העצורים. הביקורת השיפוטית צריכה לוודא כי הגורמים המופקדים על העצורים עומדים בחובות המוטלות עליהם – הן במובן השלילי (הימנעות מפגיעה לא לצורך) הן במובן החיובי (הגנה על הזכויות). בעניין זה, ואגב מילוי התפקיד השיפוטי, ראוי לעשות שימוש בנורמה הבין-לאומית בעניין העצורים. זו יכולה לשמש עיקרון המורה את הדרך שבה על הביקורת השיפוטית לצעוד, וכן מקור ללגיטימציה של צעדים שיפוטיים שיטילו על הרשות המבצעת עלויות נכבדות במטרה להבטיח את מימוש זכויותיהם של העצורים, תוך תיקון הכשל הדמוקרטי הנמשך בעניינם.

מאמר זה מתפרסם באסופת מאמרים לזכרו של פרופ' נתן לרנר ז"ל – אחד מחשובי המלומדים שמיקדו את עשייתם האקדמית בשדותיו של המשפט הבין-לאומי הפומבי – אשר הלך מאיתנו אך לאחרונה. בהשקט ובבטחה הראה לרנר בעבודתו כי תחום הידע של המשפט הבין-לאומי הפומבי רלוונטי גם למשפט הישראלי הפנימי. הוא לא הושפע בכתיבתו מהסערות הפוליטיות הסובבות, והציג את נקודת המבט המשפטית שבה אחז כשהיא חפה, במידת האפשר, מ"רעשי רקע".<sup>134</sup> הוא לא היסס לעסוק בסוגיות שמעוררות מחלוקת לא רק בזירה הבין-לאומית, אלא גם בזירה הישראלית הפנימית – ביניהן זכויות קבוצתיות, דיני הפליה וזכויותיהן של קבוצות דתיות למימוש תרבותי ולהגנה<sup>135</sup> – אך עשה זאת תוך הצגת תשתית משפטית איתנה, ותמיד באופן מפורט וממצה. פרופ' לרנר הלך מאיתנו, אך עבודתו האקדמית תמשיך ללוות את שיטת המשפט הישראלית גם בעתיד לבוא. אנו משוכנעים כי פרופ' לרנר היה מכיר ברלוונטיות של הנורמה הבין-לאומית בעניין העצורים לפיתוח המשפט הישראלי הפנימי, ובכוחה לכוון את הביקורת השיפוטית לכיוון הראוי לפיתוחן של זכויות העצורים במקומותינו.

134 ראו, למשל, את הדיון אצל נתן לרנר "גירושים מהשטחים והמשפט הבינלאומי" פלילים ד 39, 42 (1994), שבמסגרתו טען כי "מעמדה של מדינת ישראל ככובש צבאי הינו מעמד לגיטימי בהתאם לדיני המלחמה והמשפט ההומניטרי", אך לצד זאת קבע כי צעד של גירוש מפר את הוראות הדין הבין-לאומי.

135 ראו, למשל, NATAN LERNER, GROUP RIGHTS AND DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL LAW (2nd ed. 2003); NATAN LERNER, RELIGION, SECULAR BELIEFS AND HUMAN RIGHTS (2nd ed. 2012); נתן לרנר "חופש הביטוי והסתה לשנאה דתית" משפט ועסקים טו 11 (2012).