



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1892/14

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט א' שהם

העותרים: 1. האגודה לזכויות האזרח בישראל  
2. המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן  
3. רופאים לזכויות אדם

נגד

המשיבים: 1. השר לביטחון פנים  
2. נציב בתי הסוהר  
3. שרת המשפטים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ב בשבט התשע"ז (8.2.17)  
בשם העותרים: עו"ד אן סוצ'יו; עו"ד עודד פלר; עו"ד סיגל שהב  
בשם המשיבים: עו"ד רן רוזנברג

### פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. עתירה זו עניינה תנאי הכליאה של אסירים ועצורים בישראל, ובפרט נוגעת היא לשטח המחיה אשר מוקצה לכל אסיר ועצור.

רקע

ב. בעית הצפיפות במתקני הכליאה אינה חדשה עמנו. היא מלווה אותנו לפחות מזה ארבעה עשורים. לאורך השנים הוקמו ועדות שונות שדנו בנושא, וביניהן הועדה לבירור נושא הפשיעה בישראל משנת 1978 (ועדת שמרון), ועדת חקירה לבדיקת המצב בבתי הסוהר משנת 1981 (ועדת קנת) והועדה לבחינת דרכים להקלת הצפיפות בבתי הסוהר משנת 1987 (ועדת קרפ) (לפירוט והרחבה ראו דוח שנתי 43 של מבקר המדינה – לשנת 1992 ולחשבונות שנת הכספים 1991 345–346 (1993)). למן הקמתה לפני למעלה

משני עשורים עוסקת בסוגיה אף הסניגוריה הציבורית, במסגרת דו"חותיה העתיים בדבר תנאי הכליאה בישראל (ראו, למשל, דו"ח הסניגוריה הציבורית בנושא הצפיפות במתקני הכליאה משנת 2013, להלן דו"ח הסניגוריה הציבורית). ממצאי הדו"חות השונים שפורסמו מעלים, כי הצפיפות – אשר על עצם קיומה דומה כי אין עוררין – נובעת ממצוקת מקום במתקני הכליאה, מחד גיסא, בשילוב עם עליה מתמשכת בשיעורי המאסרים והמעצרים, מאידך גיסא. יוטעם, כי בעשורים האחרונים אמנם הוקמו בתי סוהר ומעצר חדשים, וחזקה על שירות בתי הסוהר שהוא עושה מאמצים בנידון, גם כי לא יתכן חולק שאסירים שתנאיהם טובים אף נטייתם לחריגות התנהגותיות תפחת. אולם מגמה ברוכה זו לא הביאה – עדיין – בסופו של היום הנוכחי, להגדלה משמעותית בשטח המחיה הממוצע המוקצה לכל אסיר ועצור, העומד מזה 25 שנים לערך על כ-3 מ"ר לאדם, כיום 3.16 מ"ר – והכל כמות שיתואר להלן.

ג. המחוקק נדרש לסוגית הצפיפות בבתי הכלא בשנת 2012, במסגרת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 42), תשע"ב-2012 (להלן תיקון מס' 42), הקובע – בין היתר – בסעיף 11(ב) לפקודה, כי "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". סעיף דומה קיים כבר משנת 1996 בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן חוק המעצרים) בנוגע למתקני מעצר; נזכור, כי חוק המעצרים נחקק בכנפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ורוח חוק היסוד שורה עליו. תיקון מס' 42 אימץ לתוכו את תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), תש"ע-2010 (להלן תקנות בתי הסוהר), הקובעות בתקנה 2(ח) הסדר דומה לזה שבתקנה 3(ה) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז-1997 (להלן תקנות המעצרים), ולפיו:

"השטח הממוצע לאסיר בתא לא יפחת מארבעה וחצי מטרים רבועים; חישוב השטח האמור יהיה לפי השטח שבין קירות התא, לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת, ככל שישנה מקלחת בתא, ומחולק במספר המיטות שבתא" (ההדגשה הוספה – א"ר).

תקנה 8 לתקנות בתי הסוהר, הקובעת הוראת תחולה (וזאת, בדומה לתקנה 3(ה) סיפא לתקנות המעצרים, המקבילה), מורה כי:

"(א) תקנות אלה יחולו על בנייה קבועה; בתקנה זו, 'בנייה קבועה' – מבנה שלא ניתן לניידו ממקום למקום.

(ב) תקנות משנה (ד), (ו) עד (ח) בתקנה 2, יחולו על מקומות מאסר שתכנון בנייתם החל לאחר יום התחילה [יוני 2010 – א"ר], וככל הניתן גם על תכנון השיפוץ של מקומות מאסר קיימים" (ההדגשות הוספו – א"ר).

הנה כי כן, על פי המצב הנורמטיבי הקיים מתקני כליאה חדשים שייבנו מחויבים לספק לכל אסיר ועצור שטח מחיה של 4.5 מ"ר לפחות. ודוקן – לגבי מתקנים קיימים קובעות הוראות חקיקה אלה, כי תקן של 4.5 מ"ר לאסיר יוחל עליהם במסגרת תכנון השיפוץ בלבד, וזאת אך במידה שיתאפשר הדבר ("ככל הניתן").

ד. נתונים עדכניים מטעם מינהל התכנון בשירות בתי הסוהר (להלן שב"ס) מלמדים, כי שטח התא הממוצע לאדם האסיר בישראל עומד כיום על 3.16 מ"ר. במסגרת זו, כ-21% מן האסירים מוחזקים בתאים שבהם שטח התא הממוצע לאסיר גדול מ-4.5 מ"ר; כ-18% מוחזקים בתאים שבהם שטח התא הממוצע לאסיר נע בין 4 ל-4.5 מ"ר; וכ-61% מוחזקים בתאים שבהם שטח התא הממוצע לאסיר קטן מ-4 מ"ר, ושני שלישי מאלה – כ-40.5% מכלל האסירים – מוחזקים בתאים שבהם שטח התא הממוצע לאסיר קטן מ-3 מ"ר (ראו הודעה משלימה מטעם המדינה מיום 3.4.17, בפסקה 32). יצוין, כי חישוב שטח המחיה כולל את שטח התא כולו, לרבות מיטות וארונות, וכן את שטחי השירותים והמקלחת, ככל שאלה נמצאים בתוך התא. לשם הבהירות נצביע כבר כאן, כי העתירה טוענת לשטח של 4 מ"ר לפחות ללא שטח השירותים והמקלחת, ואילו התקנה 2(ח) הנזכרת מדברת ב-4.5 מ"ר לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת.

ה. הנה עיקר העתירה שלפנינו.

#### טענות העותרים

ו. ביסוד העתירה מונחת הטענה, לפיה שטח המחיה המסופק כיום למרבית האסירים והעצורים פוגע בזכותם לכבוד, לשלמות הגוף והנפש ולפרטיות באופן שאינו מידתי, ובלא הסמכה חוקית מפורשת. כן נטען, כי מדובר בפגיעה מעבר לנדרש בזכותם של האסירים והעצורים לחרות, אשר עולה לשיטת העותרים כדי ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה.

ז. כתוצאה מן הצפיפות השוררת בבתי הסוהר והמעצר בישראל, כך נטען, שטח המחיה אשר מוקצה לכל אסיר – כ-3.16 מ"ר בממוצע – קטן מכדי לספק את צרכיו הבסיסיים ביותר. לא זו אף זו, העותרים סבורים כי הבטחת תנאי מחיה ראויים מצריכה לבחון גם נתונים נוספים מעבר לגודלו של שטח התא גרידא, כגון מספר השעות שבהן רשאי האסיר לשהות מחוץ לתאו, מספר האסירים המוחזקים בתא, גודל השטח מחוץ לתא שאליו יש לאסיר גישה, משך המאסר, ועוד. אשר על כן נטען, כי שטח המחיה

בתא משפיע במיוחד על איכות חייהם של האסירים המצויים באגפים הסגורים, והמהווים כ-50% מכלל השוהים במתקני הכליאה. אסירים אלה זכאים לצאת מן התא במשך שעות בודדות מדי יום, ומשכך הם שרויים בתוך התא למעלה מ-20 שעות ביממה; בו הם אוכלים את ארוחותיהם, עושים את צרכיהם, מתקלחים, ומבלים את שעות הפנאי שלהם.

ח. לטענת העותרים, שטח המחיה אשר מוקצה לאסיר בישראל בממוצע רחוק מן הסטנדרט המקובל במדינות המערב, אשר נע בין 6 ל-12 מ"ר לאסיר, וכן מן השטח המינימלי הראוי על פי עמדת שב"ס עצמו, העומד על 6.5 מ"ר ובא לידי ביטוי בתכנית המתאר הארצית לבתי הסוהר (להלן תמ"א 24 או התמ"א). עוד מציינים העותרים, כי שטח זה קטן אף מן התקן אשר נקבע בתקנות המעצרים ובתקנות בתי הסוהר לגבי מתקני כליאה חדשים, העומד כאמור על 4.5 מ"ר לפחות לכל אסיר ועצור.

ט. בנוסף לשטח המחיה המוקצה לכל אסיר, מצוין כי הצפיפות בבתי הכלא והמעצר מתבטאת אף במספר האסירים או העצורים המצויים בתאים. במסגרת זו מפנים העותרים לנתוני שב"ס, לפיהם כ-85% מכלל האסירים מוחזקים בתאים של 4 אסירים ומעלה, ומתוכם כ-43% חולקים את תאם עם 8 אסירים נוספים. זאת, חרף אמת המידה שנקבעה בתקנה 3(ה)(2) לתקנות המעצרים ובתקנה 2(ז) לתקנות בתי הסוהר לגבי מתקני כליאה חדשים, ולפיה לא יהיו בכל תא יותר מ-4 מיטות.

י. עוד נטען, כי הצפיפות בבתי הכלא פוגעת גם בנגישות לשירותים המוצעים לאסירים ובזמינותם. ככל ששוהים במתקן אסירים רבים יותר לעומת ייעודו המקורי, כך מתחלקים השירותים אשר מסופקים בו – קרי, סיוע סוציאלי, טיפולים רפואיים ונפשיים, מסגרות חינוך ושיקום, וכן התשתיות הציבוריות השונות במתקן, כגון חדר האוכל וחדר הטיולים – על פני מספר גדול יותר של נפשות. העותרים טוענים, תוך הפניה למחקרים אקדמיים שפורסמו בתחום ולדו"חות מטעם הסניגוריה הציבורית בדבר התנאים במתקני הכליאה בישראל, כי כל אסיר אכן מקבל פחות מן המשאבים המוצעים לכלל אוכלוסית השוהים בכלא, כפועל יוצא מן הצפיפות.

יא. לגישת העותרים, התשתית הנורמטיבית הקיימת נעדרת סטנדרט המחייב את המשיבים לספק לאסירים ולעצורים שטח מחיה מינימלי מוגדר. זאת, שכן תקנות המעצרים ותקנות בתי הסוהר מתייחסות אך למתקני כליאה עתידיים, ומשכך אינן מסדירות את שטח המינימום המגיע לכל אסיר ועצור אשר מוחזק בישראל כיום. אדרבה, נטען כי מאז שנקבע התקן של 4.5 מ"ר ביחס לתאי מעצר בשנת 1997, לא חלה כל התקרבות לאותו סטנדרט ושטח המחיה של עצורים נותר כשהיה. כן טוענים

העותרים, כי אף מאמצי הבינוי הענפים שנעשו בעשורים האחרונים, שבמסגרתם הוקמו שמונה בתי סוהר חדשים ושופצו אגפים רבים במתקנים קיימים, שיפרו את בעיית הצפיפות אך כמעט – בין היתר, נוכח הגידול המתמיד בשיעורי המאסרים – כך ששטח המחיה הממוצע לאסיר עלה מ-2.9 מ"ר בשנת 1992 ל-3.16 מ"ר בלבד כיום. גם אמצעים אחרים אשר ננקטו בשנים האחרונות להקטנת הצפיפות, כמו למשל שחרורים מינהליים, לא תרמו – כך נטען – להרחבה משמעותית של שטח המחיה המוקצה לכל אסיר. העותרים סבורים, כי בהיעדר נורמה מחייבת בדבר שטח המחיה הראוי שיש לספק לכלל האסירים והעצורים במתקני הכליאה בישראל כיום, ממשיכה אוכלוסיה זו לשהות בתנאי מחיה בלתי נסבלים ללא פתרון נראה לעין. עוד נטען, כי תכניות קיימות למזעור הצפיפות במתקני הכליאה אינן מספקות כשלעצמן, וזאת אף אם אלה תקבלנה את האישורים והתקציבים המתאימים.

יב. למצב הצפיפות הקיים השפעה עצומה על חייהם של האסירים והעצורים, כך נטען. שטח המחיה המצומצם יוצר דוחק ומחנק בתאים, מגביל עוד יותר מן ההכרח את תנועתם של האסירים והעצורים המוחזקים בהם, מגביר את החיכוכים ביניהם ואת המתח הנפשי שבו הם שרויים, מחריף את הפגיעה בפרטיותם, וגורם להיגיינה ירודה ולעליה בתפוצת מחלות. מצוקות אלה הופכות, לשיטת העותרים, את השהיה בתאים ל"בלתי אנושית". טענה זו נתמכת בתצהירים אשר נגבו משישה אסירים ועצורים ממתקני כליאה שונים ברחבי הארץ, בתצהירים מטעם עובדים בכירים לשעבר בשב"ס, ובדו"חות הסניגוריה הציבורית שנזכרו מעלה. כן נטען, תוך הפניה לספרות מחקרית בתחום, כי מעבר להשפעה הישירה על חייהם ובריאותם של האסירים, משליכה הצפיפות בבתי הכלא אף על שלום הציבור, נוכח הפגיעה ביכולתו של האסיר להשתקם בתנאים אלה.

יג. נוכח האמור, גורסים העותרים כי נפגעת זכותם החוקית של אסירים ועצורים לתנאי מחיה הולמים. זכות זו מעוגנת בסעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר ובסעיף 9(א) לחוק המעצרים, בהתאמה, המקימים חובה שלפיה יוחזקו אסירים ועצורים בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותם ובכבודם. מוטעם, כי הזכות לשטח מחיה הולם עומדת לכל אסיר ועצור אף מכוח המשטר החוקתי, מאחר שהיא נגזרת מן הזכות לכבוד. כן נטען, כי החזקת אסירים ועצורים בשטח המחיה האמור פוגעת בזכויות יסוד נוספות שלהם, וכיניהן הזכות לשלמות הגוף והנפש, הזכות לפרטיות, והזכות לחירות, אשר נפגעות לשיטת העותרים בניסבות אלה בעוצמה העולה על הנדרש.

יד. עוד נטען, כי תנאי המחיה שבהם מוחזקים מרבית האסירים והעצורים בישראל מנוגדים גם לכללי המשפט הבינלאומי, נוכח החובה להבטיח שטח מחיה הולם

והאיסור על השתת ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה. לעניין שטח המחיה ההולם מפנים העותרים לסעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, הקובע כי: "אנשים שנשללה חירותם ינהגו בהם ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם". בהקשר זה נזכרים כללי האו"ם משנת 1955, אשר קובעים את הסטנדרטים המינימליים לטיפול באסירים (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) ומציינים במסגרת זו במפורש את הזכות לשטח רצפה מינימלי, וכן כללים דומים אשר אומצו על-ידי מועצת האיחוד האירופי בשנת 1987 (European Prison Rules).

יה. לטענת העותרים, שטח המחיה הממוצע לאסיר בישראל נמוך מן הסטנדרט המקובל במדינות דמוקרטיות, ואף מן הרף המינימלי אשר נקבע על-ידי ועדת האו"ם נגד עינויים, העומד על 4 מ"ר ללא שטח השירותים והמקלחת. משכך, החזקת האסירים והעצורים בישראל בשטח מחיה של כ-3 מ"ר לאדם בממוצע (וזאת, כולל שטח השירותים והמקלחת, וכאמור כיום עסקינן ב-3.16 מ"ר) עולה – כך נטען – כדי ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה, כהגדרתה לפי סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. לעניין זה מובאות בעתירה מספר פסיקות מבתי משפט ברחבי העולם, שבמסגרתן נדונו עתירות דומות כנגד הצפיפות בבתי כלא שונים. כך, למשל, מצוין פסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם משנת 2013 (Torreggiani v. Italy, no. 43517/09, ECHR 2013), להלן עניין Torreggiani), שם נקבע כי החזקת אסירים בשטח מחיה הקטן מ-3 מ"ר לאדם מהווה כשלעצמה הפרה של האיסור על ענישה אכזרית ויחס בלתי אנושי, ונפסק שעל איטליה למצוא פתרון לבעית הצפיפות בתוך שנה. עוד נזכרת פסיקה של בית המשפט העליון בארצות הברית משנת 2011 (Brown v. Plata, 131 S. Ct. 1910), להלן עניין Plata), העוסקת במערכת הכליאה בקליפורניה. במסגרת זו נדרש בית המשפט לפגיעה בזכויות האסירים נוכח תנאי הצפיפות בבתי הכלא, וחייב את המדינה להפחית את מספר הכלואים בכ-40,000 אסירים בתוך שנתיים. כן מפנים העותרים לפסק דינו של בית המשפט החוקתי בפולין משנת 2008 (Orchowski v. Poland, no. 17885/04, § 85, ECHR 2009), להלן עניין Orchowski), שבמסגרתו בוטלה חקיקה אשר איפשרה להחזיק אסירים בשטח הקטן מ-3 מ"ר, והוקצבה לרשויות הכליאה תקופה של 18 חודשים לשם הגדלת מתקני הכליאה.

יו. נוכח האמור נתבקש איפוא צו על תנאי בזו הלשון:

"א. מדוע לא יבטיחו בתוך זמן סביר לכל אסיר ועצור (להלן 'אסיר') שטח מחיה הולם בתא וינקטו את הצעדים הבאים לשם כך:

1. קביעת שטח המחיה ההולם לאסיר;
  2. הכנת תוכנית שתקבע את דרכי הפעולה להשגת שטח מחיה הולם לאסיר;
  3. קביעת לוח זמנים בטווח סביר למימוש התוכנית שתקבע.
- ב. מדוע לא ינקטו באופן מיידי בצעדים הדרושים על מנת להבטיח לכל אסיר שטח מחיה של 4 מ"ר (ללא שטח השירותים והמקלחת) הדרוש למניעת ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה."

#### עמדת המשיבים

יז. המשיבים סבורים כי דין העתירה להידחות, בנימוק שאין היא מגלה עילה להתערבותו של בית משפט זה.

יח. בראש וראשונה מצוין, כי אמת המידה לשטח התא המינימלי לכל אסיר ועצור נקבעה זה מכבר על-ידי המחוקק הישראלי במסגרת תקנות בתי הסוהר ותקנות המעצרים, וזו עומדת על 4.5 מ"ר. אשר על כן, מתייטר – לדידם של המשיבים – הסעד הראשון המתבקש בעתירה. בצד האמור מוטעם, כי ההסדר שבתקנות, ולפיו יחול הסטנדרט על מתקני כליאה חדשים וככל הניתן על תכנון שיפוצם של מתקנים קיימים, מבטא את האיזון אשר קבע מחוקק המשנה בין הצורך בהגדלת שטח התא הממוצע לאסיר, מזה, לבין השקעת המשאבים הנדרשת לשם הרחבה מיידית של כלל מתקני הכליאה, מזה. משעוגנה אמת המידה האמורה בחקיקה הראשית מתוקף תיקון מס' 42, הנה פעולות המדינה שבהתאם לה, הן לגבי בנייתם של מתקנים חדשים והן באשר לשיפוץ מתקנים קיימים, נעשות – כך נטען – מכוח הדין.

יט. אשר לסעד השני, שעניינו בהבטחה מיידית של שטח מחיה בהיקף של 4 מ"ר לכל אסיר, גורסים המשיבים כי אין עילה משפטית להיעתר למבוקש. נטען, כי אמת המידה הראויה שנקבעה לשטח המחיה לאסיר – דהיינו, 4.5 מ"ר, בכפוף לאיזון האמור בין בנייתם של מתקנים חדשים לשיפוץ, ככל הניתן, של מתקנים קיימים – מבטאת את מכלול השיקולים הצריכים לעניין. לא ברי, לשיטת המשיבים, מנין גוזרים העותרים את החובה לקבוע סטנדרט חלופי תחת הכרעתו של מחוקק המשנה, אשר עוגנה כאמור בחקיקה ראשית. כן מוטעם מטעם המדינה, כי הבטחת שטח תא ממוצע של 4.5 מ"ר לכל אסיר – הסטנדרט שנקבע כאמור על-ידי המדינה – על אתר, תחייב בינוי מתקני כליאה חדשים בהיקף נרחב, ריווח מקומות כליאה קיימים והוספה של למעלה מ-1,300

תקני כוח אדם; וזאת, בעלות המוערכת בכ-2.7 מיליארד ₪. היעדרות לסעד המתבקש משמעה שינוי סדרי העדיפויות התקציביים של הממשלה, המעוגנים בחוק התקציב, וזאת בסוגיה שהמחוקק נדרש אליה – כאמור – באופן ספציפי.

כ. יתר על כן נטען, כי ישנו מתח אינהרנטי בין שני ראשיה של העתירה, המקשה אף הוא על קבלתה. כך, הראש הראשון נוקט במונחי שסתום ("זמן סביר", "שטח מחיה הולם"), בעוד אשר הראש השני מבקש לקבוע סטנדרט קונקרטי בתוך פרק זמן מידוי. לא זו אף זו, לטענת המשיבים לא נוסחו סעדים אלה באופן המשקף את מהותם המשפטית המדויקת, הואיל ונטועים הם במישור החוקתי – נוכח הדרישה המגולמת בהם לשנות מן ההסדר הקבוע בחקיקה ראשית – ולא במישור המינהלי, כפי שעשוי להשתמע מלשון העתירה. נטען, כי משלא הוצגו טעמים לביטול התקנות הרלבנטיות מחמת אי חוקתיותן – אין מקום להיעתר למבוקש. בנוסף גורסים המשיבים, כי במסגרת ראשה השני של העתירה מתבקשת למעשה התערבות חריפה אף יותר – קרי, קביעת סטנדרט חלופי לזה שקבעה המדינה, ולוח זמנים בצדו, העולה כדי חקיקה שיפוטית. מוטעם, כי הזכויות החוקתיות של האסירים והעצורים אינן מוחלטות אלא יחסיות, ומכאן נובע הצורך לאזן את הקנייתן אל מול שיקולים נוגדים, כגון מגבלות התקציב, רמות הביטחון של מתקני הכליאה, ועוד, כמות שכבר עשה המחוקק בענייננו.

כא. לבסוף טוענים המשיבים, כי יש לנקוט משנה זהירות ביחס להשוואה שמבקשים העותרים לערוך בין מדיניות הכליאה בישראל לבין הנעשה במדינות אחרות. על דרך הכלל, כך נטען, מהוה המשפט המשווה לכל היותר מקור השראה, ובהתאם נתון למחוקק מרחב תמרון חוקתי פרטיקולרי הנובע מן ההסדרים הנורמטיביים הייחודיים הנהוגים במדינה. דברים אלה נכונים בפרט מקום בו נדונה שאלת חוקתיותו של הסדר חקיקתי ספציפי, ובמיוחד שעה שעסקינן בסעד אשר היעדרות לו כמותה כחקיקה שיפוטית.

כב. העותרים, בתגובה, סבורים כי אין להלום את טענת המשיבים לפיה התקן אשר נקבע בתקנות – דהיינו, שטח מחיה של 4.5 מ"ר לאסיר במתקני כליאה עתידיים שייבנו – מייתר את הסעד הראשון המתבקש בעתירה, שעניינו קביעת סטנדרט בעבור כלל האסירים והעצורים. נטען, איפוא, כי תקנות בתי הסוהר ותקנות המעצרים אינן רלבנטיות לשאלת תנאי המחיה ההולמים לאסירים ולעצורים כיום, ומכאן הצורך בקביעתו של סטנדרט קונקרטי – כמוצע בעתירה – אשר יוחל באופן מידוי. כן מוטעם, כי היעדרות למבוקש אינה מצריכה לשנות מן המצב הנורמטיבי הקיים.

ההליך שלפנינו



כג. נתאר בקצרה את השתלשלות ההליכים מאז הגיעה העתירה לפתחנו. ביום 13.7.15 התקיים דיון ראשון, בפני הנשיאה מ' נאור והשופטים ח' מלצר וצ' זילברטל. במהלך הדיון עידכנו באי כוח המשיבים בדבר תכנית נרחבת לבינוי בתי סוהר חדשים, אשר יש בכוחה, לשיטתם, לספק מענה לסעדים המתבקשים בעתירה. בתום הדיון הוחלט ליתן למשיבים פרק זמן של ארבעה חודשים להגשת הודעת עדכון בנושא.

כד. ביום 8.1.16 – לאחר מתן ארכה – הוגשה הודעה מעדכנת. ראשית עידכנו המשיבים כי הושגה הסכמה בין משרד האוצר לבין המשרד לבטחון פנים, ולפיה יוכפל התקציב השנתי של שב"ס לשנת 2016 בנושא הבינוי, לטובת הוספת 200 מקומות כליאה חדשים. שנית נאמר, כי עד למועד גיבוש תקציב המדינה לשנת 2017 ייבחנו – באור חיובי – פתרונות ארוכי טווח אשר מיועדים להביא להגדלת השטח הממוצע המוקצה לאסיר בתא, וזאת תוך בחינת חלופות, כגון בינוי מתקני כליאה חדשים ושיפוץ אגפים במתקנים קיימים. שלישיית צוין, כי במסגרת דיוני תקציב המדינה לשנים 2015–2016 סוכם על מתן תוספת בסך 86 מיליון ₪ לשב"ס לצורך הרחבת מערך השיקום והחינוך של אסירים, במסגרת תכנית ליישומו של תיקון מס' 42. המשיבים סבורים כי מהלך זה צפוי להביא לצמצום תופעת העבריינות החוזרת (רצידיביזם), ומשכך להקטנת מספר הכלואים במבט צופה פני עתיד.

כה. ביום 25.1.16 התקיים דיון שני בעתירה, בפני אותו הרכב. בפתח הדיון הטעימו באי כוח העותרים, כי עמדת המשיבים משקפת היעדר הפנמה של חומרת הבעיה המונחת על הכף, ומחייבת מתן צו על תנאי לשם השגת התקדמות בסוגיה. באי כוח המשיבים, מצדם, טענו כי דרישת העותרים להגדלת שטח המחיה של כל אסיר בבת אחת היא דרמטית, ומצריכה הירתמות תקציבית משמעותית. נוכח עמדתם העקרונית של המשיבים, לפיה העתירה אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית, הטעימו באי כוח המדינה כי אין מקום להיערכות תקציבית מעבר לזו שעודכן לגביה. בתום הדיון ניתן צו על תנאי כמבוקש וכנזכר בפסקה ט"ז מעלה.

כו. ביום 7.9.16 הוגש כתב תשובה מטעם המשיבים. במסגרת זו חזרו על עמדתם, שלפיה אין להיעתר לסעדים המתבקשים מחמת היעדר עילה. כן נאמר, כי למן הגשתה של העתירה נעשתה התקדמות משמעותית בפעילות המשיבים למען שיפור תנאי המחיה של האסירים והעצורים בישראל, שיש בה כדי להוציא את העוקץ מן הטענות אשר מועלות במסגרתה.

כז. בהמשך לכך הוצגה שורת צעדים שננקטו כאמור לשם שיפור תנאי המחיה של אסירים ועצורים. ראשית צוינה תמ"א 24, שאושרה על-ידי הממשלה ביום 7.3.82, ובמסגרתה נקבעו הוראות להקמת בתי סוהר חדשים בשישה מתחמים ברחבי הארץ; כן נזכר שינוי מס' 3 לתמ"א זו מיום 8.6.15, הקובע כי ניתן יהיה להוסיף לתכנית בתי סוהר נוספים באישור המועצה הארצית לתכנון ולבניה. על פי הוראות התמ"א, לפחות 75% מתאי המאסר אשר ייבנו צפויים לאכלס אסירים בודדים וגודלם לא יפחת מ-6.5 מ"ר, בעוד שיתר התאים מיועדים לשלושה אסירים, ולכל אסיר שטח מחיה של 5 מ"ר לפחות. שנית הוצגה תכנית עקרונית רב-שנתית להגדלת השטח הממוצע לאסיר בתא, אשר הוכנה על-ידי שב"ס בתקופה שלאחר הגשת העתירה (להלן התכנית העקרונית). התכנית מתמקדת בבניית מתקני כליאה חדשים, מחד גיסא, ובסגירתם של מתקנים ישנים ובעלי סטנדרט מחיה נמוך, מאידך גיסא. התכנית אושרה על-ידי המשיב 1 והוצגה בפני הממשלה, ונטען כי יישומה צפוי להוביל לשיפור משמעותי בתנאי המחיה של אוכלוסיית האסירים, לרבות הגדלת שטח התא הממוצע לאסיר. שלישית צוינה תכנית שב"ס ליישום תיקון מס' 42, שתקציבה לשנים 2016–2018 עומד על סך 86 מיליון ₪, ובמסגרתה מושם דגש על שיפורם של שירותי הטיפול, השיקום, הרפואה והחינוך המוצעים במתקני הכליאה. רביעית נזכרה החלטה 1840 של הממשלה ה-34 מיום 11.8.16 (להלן החלטה 1840), הקובעת שורה של צעדים לייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל, וביניהם: הרחבת המודל של בתי המשפט הקהילתיים, במטרה לצמצם ענישה בדרך של מאסר; הצעה להסמיך בחקיקה את בתי המשפט להורות על ריצוי עונשי מאסר לתקופה של עד תשעה חודשים בדרך של עבודות שירות (תחת שישה חודשים כיום); והקצאתם של 75 תקנים נוספים של איזוק אלקטרוני לרשות לשיקום האסיר בעבור אסירים ברישיון. חמישית ציינו המשיבים, כי במסגרת גיבוש תקציב המדינה לשנים 2017–2018 הוסכם בין המשרד לבטחון פנים לבין משרד האוצר על הקמת קרן בינוי בשירות בתי הסוהר, אשר בשנת 2018 תעמוד על 20 מיליון ₪ בבסיס התקציב השנתי של שב"ס, והחל משנת 2019 ואילך תעמוד על 60 מיליון ₪. לסיכום עניין זה נטען, כי הצעדים אשר נמנו – הנעשים, כאמור, בנתון לאיזון המגולם בהוראת התחולה הקבועה בתקנות – מספקים מענה למלוא הסעד הראשון המתבקש בעתירה.

כח. ביום 25.9.16 הוגשה תגובה מטעם העותרים. נטען, כי אף שיש לברך על שורת הצעדים המפורטת בתשובת המשיבים, אין באמור כל התחייבות להגדלת שטח המחיה של אסירים ולוא בסנטימטרים בודדים, ומקל וחומר גם לא במסגרת סד זמנים מוגדר. אשר למהלך הפחתתו של מספר הכלואים באמצעות חלופות כליאה, סבורים העותרים כי אין בדבר ערובה להגדלת שטח המחיה לאסירים בלא שזו הוגדרה מראש כתכלית

העומדת בפני עצמה, תוך קביעתו של סטנדרט קשיח ותכנית מסודרת להשגתו. כך, למשל, נטען כי מנגנון השחרור המינהלי – אשר מופעל משנת 1993 – לא הביא עד כה כשלעצמו לשיפור בתנאי המחיה של אסירים. אף הצעדים שעניינם במזעור הרצידיביזם ושינוי מדיניות הענישה אינם צפויים, לדידם של העותרים, להביא להפחתה משמעותית במספר הכלואים. המדובר, כך נטען, בתכניות הנוגעות למספר מצומצם ביותר של אסירים, ועל כן אין בהן כדי להגדיל את שטח המחיה המוקצה לאוכלוסית הכלואים בכללותה באופן המניח את הדעת. בנוגע לעדכוני המשיבים בדבר תכניות לבינוי מתקני כליאה חדשים ושיפוץ מתקנים קיימים, סבורים העותרים כי אף אלה אינן יכולות לספק מענה לבעית הצפיפות, בהיעדר קביעה מראש של שטח המחיה המינימלי העתיד להיות מוקצה לכל אסיר ועצור לכשיבואו התכניות לידי מימוש. כן נטען, באשר לתכנית העקרונית, כי תשובת המשיבים נעדרת פירוט בדבר יעדיה הקונקרטיים, טווח הזמן המתוכנן להשלמתה או תקציבה המשוער; פירוט אשר נדרש, לדעת העותרים, למען הערכת השפעתה הצפויה בפועל על שטח המחיה של אסירים ועצורים.

כט. ביום 8.2.17 התקיים דיון בהתנגדות לצו על תנאי, בפני ההרכב הנוכחי. בא כוח המשיבים טען, כי נעברה כבדת דרך אדירה מאז שהונחה הסוגיה לפתחו של בית המשפט, וזו כשלעצמה מצדיקה לדחות את העתירה. בפרט צוינה קרן הבינוי שנזכרה בכתב התשובה, ונתבקש לאפשר למשיבים פרק זמן נוסף לשם מתן עדכון מפורט יותר בנוגע ללוחות הזמנים הקונקרטיים הצפויים להיקבע במסגרתה. בנתון לאמור נקבע, כי המשיבים יגישו הודעה מעדכנת בתוך 30 יום, והעותרים יוכלו להגיב בתוך 10 ימים נוספים.

ל. ביום 3.4.17 – לאחר בקשות ארכה, ואין טרוניה כלפי ה"שליח" – הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המשיבים. נאמר, כי בתום עבודת מטה מורכבת שנעשתה בשב"ס בשיתוף עם היועץ המשפטי לממשלה, המעורב אף הוא בנושא, נבחנו תכנית לבנייתם של מקומות כליאה נוספים במספר מתקנים חדשים בסטנדרט גבוה, והצעה להגדלת שטח מחיה בבתי סוהר קיימים. נמסר, כי עד למועד הגשת ההודעה טרם עלה בידי המשיבים לגבש עמדה סופית באשר לחלופות האמורות, ונתבקש פרק זמן נוסף לטובת עדכון בית המשפט לגבי תוצאות הבחינה. בהחלטה מיום 9.4.17 נעתרנו לבקשה.

לא. ביום 21.4.17 הגישו המשיבים הודעה משלימה. במסגרת זו עודכן בדבר מספר פתרונות אשר גובשו, בנוסף לצעדים שכבר פורטו בכתב התשובה. ראשית נמסר, כי הוחלט על הקמת בית סוהר חדש במקום כלא הנשים "נווה תרצה", בהיקף של 311 מקומות כליאה ובעלות של 171 מיליון ₪. בכלל זה צוין, כי שטח המחיה המוקצה

לאסירות ב"נווה תרצה" עומד כיום על 3.1 מ"ר בממוצע, בעוד שבנית מתקן חדש תביא להגדלת שטח המחיה להיקף של כ-6.5 מ"ר. שנית עידכנו המשיבים בדבר תכנית לריווח תאים בחלק ממתקני הכליאה הקיימים, באמצעות הוצאת 200–500 מיטות פנויות. שלישיית נמסר, כי שב"ס, בשיתוף משרד האוצר והמשרד לבטחון פנים, יחלו בתכנון מפורט להקמת בית סוהר חדש – זאת, בנוסף למתקן המיועד לאסירות – בצד סגירתו של בית סוהר ישן. נאמר, כי לצורך תכנונו המפורט של המתקן יוקצה סכום של עד 15 מיליון ש"ח, אשר יידון במסגרת התקציב לשנת 2019, תוך שצוין כי ישנה זה מכבר תכנית מתאר מאושרת. בנוסף, עידכנו המשיבים בדבר התקדמות סביב יישום החלטה 1840, ובפרט ביחס לרכיבים הנוגעים לבחינת חלופות מאסר.

לב. ביום 27.4.17 הוגשה תגובת העותרים. נאמר, כי אין בהודעת המשיבים כדי לשנות מעמדתם העקרונית, לפיה יש ליתן צו מוחלט בעתירה. נטען, כי אין בצעדים המפורטים מעלה משום התחייבות בדבר הגדלת שטח המחיה לאסירים, וממילא רחוקים הם מסיוע בפתרון מצוקת הצפיפות. זאת, הואיל וחלקם – כנטען – תיאורטיים וספקולטיביים באופיים, בעוד שהצעדים הקונקרטיים אשר צוינו (כגון בנית מתקן חלופי ל"נווה תרצה") נוגעים אך לאוכלוסיה מצומצמת מקרב כלל הכלואים. משכך סבורים העותרים, כי אף אם יגדילו צעדים אלה את מקומות הכליאה בשיעור מסוים – בהנחה, שאינה סבירה לשיטתם, כי קצב המאסרים והמעצרים יוותר על כנו – לא תהא זו תוספת שיש בכוחה להביא לשטח מחיה ממוצע הולם לכל אסיר ועצור.

דיון והכרעה

לג. מושכלות יסוד, כי "כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו; או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין..." (בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984), מפי השופט – כתארו אז – מ' אלון). ודוקו; מן האסיר, גם אם יושב הוא על פי דין ומטבע הדברים אינו נמנה על ל"ו הצדיקים, נשללת בראש וראשונה זכותו לחרות, אליה מצטרפות הגבלות נוספות הנובעות מתכלית המאסר ומטיבו; ואולם אין האסיר מתערטל מזכויותיו כאדם, ואין הוא מאבד את החרויות הנתונות לכל אדם באשר הוא אדם, אלא אם הדבר נדרש לשם תכלית המאסר. כתלי בית הסוהר אינם "חור שחור נורמטיבי", שמעבר לחומותיו אין זכויות ואין מגן. נהפוך הוא, האסיר – אשר לו כמובן חובות התנהגות במאסר – נתון במשמורתה של המדינה, והיא נושאת לגביו באחריות מוגברת:

”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... ובמקום שבעל סמכות יפגע ללא הצדק בכבודו של אסיר – בכבודו כאדם – יאמר בית המשפט את דברו צלול וברור” (עע”א 4463/94 גולן נ’ שירות בתי הסוהר, פ”ד נ(4) 136, 172 (1996), להלן עניין גולן, מפי השופט – כתארו אז – מ’ חשין).

ובהמשך (בעמ’ 175):

”...אדם, כל אדם, נושא את זכויותיו החוקתיות בצקלוננו, ובאשר יילך שמה תלכנה זכויותיו אף הן. גם בהיכנסו כאסיר אל בית הכלא אין אדם מתנצל את זכויותיו החוקתיות מעליו, והרי זכויותיו ממשיכות לשכון בצקלוננו”.

לד. עם זאת, כנודע העיקרון הניצב בבסיס השיטה החוקתית בישראל כי אין לפגוע בזכויות יסוד הנתונות לאדם, כל אדם, אינו מוחלט, ותיתכן פגיעה כאמור, בהתקיים “אינטרס נוגד מוכר, פרטי או ציבורי, רב משקל במידה כזו, המצדיק זאת” (בג”ץ 2245/06 דוברין נ’ שירות בתי הסוהר, פסקה 13 (2006), מפי השופטת א’ פרוקצ’יה). ועם זאת, “שלילת החירות האישית וחופש התנועה של האסיר, הכרוכה בעצם המאסר, אינה מצדיקה פגיעה נוספת ביתר זכויות האדם של האסיר מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו או לשם הגשמת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין” (ראו בג”ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ’ שר האוצר, פ”ד סג(2) 545, 595 (2009), מפי הנשיאה ד’ ביניש, להלן עניין הפרטת בתי הסוהר).

לה. דעת לנבון נקל, כי בקביעת היקף ההגנה הניתנת לזכויות האדם של אסיר ניתנת הדעת גם לשיקולים הכרוכים במאסר ובחובות המוטלות על שירות בתי הסוהר: צרכי השמירה על כלל האסירים ושמירה על זכויותיהם; קיום הסדר והמשמעת בבתי הסוהר; השמירה על זכויותיהם ושלומם של אסירים אחרים כמו גם שמירת שלומם והגנת זכויותיהם של אנשי הסגל (עניין גולן, בעמ’ 150).

כבוד האדם וכבוד האסיר

לו. עוד במושכלות יסוד: הזכות לכבוד האדם מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-היסוד קובע איסור פגיעה בזכות לכבוד כמו גם חובת הגנה על זכות זו:

1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

...

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

...

11. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה."

האסיר אינו נהנה מחרות, אחד משני רכיבי כותרתו של חוק היסוד, בהיותו במאסר; סעיף 5 לחוק היסוד שנאמר בו "אין נוטלים ואין מגבילים את חרותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" אינו ישים לאסירים; זאת, במיוחד נוכח הוראת פסקת ההגבלה המוכרת "פגיעה בזכויות" (סעיף 8), הקובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (וראו גם רע"ב 4937/14 אלבזיאן נ' היועץ המשפטי לממשלה (2014), פסקאות י"א-י"ב; רע"ב 328/15 זלום נ' היועץ המשפטי לממשלה (2015), פסקה ל"ה, להלן עניין זלום).

לז. בית משפט זה קבע משכבר הימים, כי כבוד האדם חובק אגד רחב של זכויות, ובין היתר, תוך ניואנסים שלא זה המקום להידרש אליהם, הזכות לשוויון, הזכות לחופש דת ולחופש מדת, הזכות לחופש ביטוי, הזכות לשם טוב והזכות לחיי משפחה (א' ברק הזכות החוקתית ובנותיה פרק 13 (תשע"ד)). בחוקי היסוד לא הוכרו זכויות חברתיות מפורשות, ובתי המשפט גם הם נמנעו מקביעה חד משמעית, כי חובת השלטון לכבד זכויות חברתיות (ב' מדינה דיני זכויות האדם בישראל 753 (תשע"ז)); ברם נקבע, ואולי זה העיקר, כי הזכות לכבוד כוללת גם זכות לקיום בסיסי בכבוד.

לח. בבג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (1994) ובהמשך בבג"ץ 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נח(3) 360 (2001) הכיר בית משפט בזכות למינימום קיום אנושי בכבוד-הבטחת הקיום האנושי הבסיסי (וראו גם בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012)). בפסקי דין אלה וברבים בהמשך (רע"א 5368/01 יהודה נ' עו"ד תשובה, כונס נכסים, פ"ד נח(1) 214 (2003); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 736 (2004); עע"מ 3829/04 טויטו, יו"ר עמותת "מכל הלב" נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 779 (2004); בג"ץ 1384/04 עמותת בצדק - מרכז אמריקאי

ישראלי לקידום צדק בישראל נ' שר הפנים (2005)) הוכרה ביסודה הזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות לקיום כלכלי בכבוד, שכן ב"עולם החופשי", הזכות לקיום אנושי בכבוד קשורה בטבורה ברווחה הכלכלית, והאפשרות לקיימה דורשת אמצעים כלכליים. למול זאת, כאשר מדובר באסירים הנתונים מאחורי סורג ובריח, קיומם הבסיסי אינו תלוי באפשרויותיהם הכלכליות, ומטבע הדברים הוא צנוע בהרבה, ועיקרו האפשרויות העומדות בפני האסיר ביומיומו לקיים את חייו במגבלות בית הסוהר ותכלית המאסר. אכן, "זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש" (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 480 (2005), מפי הנשיא א' ברק). האסיר אינו יכול, כמובן, לממש בעת מאסרו את חרותו, אך אינו חדל כמובן להיות בן אנוש; והיחס האנושי אליו יועיל גם לחברה, במבט לעתיד ולמניעת שיבה לעבריינות ככל הניתן (ראו גם ח' כהן המשפט 689 (תשנ"ב), להלן כהן, המשפט).

ט. לא נפריז אם נאמר, כי שטח מחיה פיסי של אסיר מהווה אחד מצרכיו הבסיסיים ביותר, הקיומיים. חיוני מכל בחינה כי יתקיים שטח שבו יוכל האסיר לחיות את חייו במגבלות הנובעות ממאסרו. ענייננו בליבת כבוד האדם, בגרעין הזכות – "מדברים אנו בכבוד האדם כפשוטו, בליבת כבוד האדם, בכבוד האדם כהוראתו וכמשמעותו בלשון בני-אדם" (בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירותו בתי הסוהר, פ"ד נח(4) 817, 857 (2001), מפי השופט – כתארו אז – חשין). נזכור, כי גם אם יהיו התנאים כפי שקבע המחוקק ויינתן לאסיר שטח מחיה של 4.5 מ"ר, אין זו רווחה נפלאה, בודאי כשהפרטיות בכל מקרה מוגבלת; אבל דבר המחוקק, גם אם סוּג, חייב לעמוד לנגד עינינו, ואליו יש לשאוף.

מ. והנה שטח המחיה הממוצע לאסיר בכלל מתקני הכליאה עומד כיום על 3.1 מ"ר בלבד. בשטח זה "הכל כלול" – הוא כולל את המיטות (כ-1.5 מטר), שטחי האחסון וכן שטחי השירותים והמקלחת. לשון אחר, השטח הפנוי המוקצה לאסיר להתנהלות היום יומית בודאי אינו מגיע לכדי 3 מ"ר. הצפיפות בבתי הכלא כרוכה "בפגיעה במרווח הנשימה והתנועה הנתון לאסיר במתחם הכלא" (עניין הפרטת בתי הסוהר, פסקה 52 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה), פוגעת בפרטיות האסיר עד כדי איונה ומאפשרת אך תנועה מוגבלת. העותרים פרסו יריעה רחבה של השלכות הצפיפות על חיי האסירים, וכפי שהיטיבו לתאר זו עלולה מטבעה להביא לעליה בתפוצת מחלות, ומקשה על שמירה על היגיינה נאותה (ראו דו"ח הסניגוריה הציבורית, בעמ' 17-19). זאת, גם אם אין לי ספק כי שירות בתי הסוהר, מטהו ומפקדי המחוזות ובתי הסוהר עובדים קשה לשפר את המצב ולשמור על בריאות האסירים, ואולם, מחקרים מלמדים

כי צפיפות מובילה להגברת החיכוך בין האסירים אשר בתורה מובילה לאלימות ולהפרות משמעת ( Craig Haney, *The Wages of Prison Overcrowding: Harmful Psychological Consequences and Dysfunctional Correctional* Gerald G. Gaes, *The Reactions*, 22 WASH. U. J. L. & POL'Y 265 (2006) 95 (1985) *Effects of Overcrowding in Prison*, 6 CRIME AND JUST. למען האמת, אין צורך במחקרים לשם כך, הדבר ברי מתוך נסיון החיים והשכל הישר. כן מצביעים המחקרים אף על הידרדרות פיזית ונפשית של אסירים, עלייה בתחושות הלחץ, המתח והחרדה, כמו גם עלייה במקרי ההרעה העצמית (ראו נ' דגן שחרור מוקדם ממאסר: הסמכות המשחררת ושיקול דעתה בעיצוב העונש (תשע"ד) חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור בפילוסופיה"; כן ראו Jack Call & Terence Thornberry, *Constitutional Challenges to Prison Overcrowding: The Scientific Evidence of Harmful Effects*, 35 HASTINGS L. J. 313, 319 (1984). למותר לציין, כי הצפיפות מובילה לפגיעה בנגישות לשירותים שונים בבתי האסורים ובזמינות שלהם. שירותים אלה נחלקים למספר אסירים גדול יותר, וכך גם השטחים הציבוריים. נדרש ל"צפיפות האיומה השוררת בבתי הסוהר" (בהתייחסות לאו דוקא לישראל, וראו כהן, המשפט, בעמ' 552).

מא. בדו"ח הסניגוריה הציבורית (תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר בשנים 2013-2014) (2015) צוין למשל ביחס לתנאי האוורור:

**"בבית סוהר מעשיהו** [אשר כעולה מנתוני שב"ס, שטח המחיה לאסיר בו עומד על 2.7 מ"ר – נספח ע/1 – א"ר] נמצא שהתאים חשוכים וכי אין אמצעי מיזוג ואוורור ראויים, מלבד במשרדי הסגל. בביקור שנערך בחודש יולי 2014, כאשר מזג האוויר היה חם מאוד, פגשו המבקרים כלואים, אשר כולם, ללא יוצא מן הכלל, התלוננו על החום העז אשר שורר בבית הסוהר וציינו שאין במאווררים המעטים אותם הם מקבלים בכדי להפיג אותו. גם המבקרים עצמם סבלו מחום קשה בתאים והתרשמו שחלק מהתאים חשוכים" (עמ' 47, הדגשה במקור – א"ר).

וביחס לתנאי התברואה וההגינה:

**"בבית המעצר ניצן** [אשר כעולה מנתוני שב"ס, שטח המחיה לאסיר בו עומד על 2.4 מ"ר – נספח ע/1 – א"ר] נחשפו המבקרים לתנאים תברואתיים קשים במיוחד. כלואים הלינו על תנאי מחייה קשים מבחינת צפיפות, היגיינה וציוד קיים, וכן הציגו בפני המבקרים עקיצות של חרקים, קרציות ופשפשים. לדבריהם, אין טיפול בנושא מצד שב"ס ולמעלה מחמישה חודשים לא נערך



ריסוס באגף. הכלואים הלינו גם על מחסור במתקנים לתליית כביסה, באופן שמחייב אותם לתלות כביסה רטובה בתוך התא. באחד התאים, הבחינו המבקרים בתיקנים רבים מסביב לצלחת ריקה והייתה תחושת מחנק קשה וצחנה שהקשתה על השהייה במקום ליותר מדקות ספורות. בתא אחר, מצאו המבקרים שאין שולחן אוכל והכלואים אוכלים ביושבם על המיטות. אין פח אשפה בתא, והפסולת זרוקה בשקית על הרצפה. בתא נמצאו סימני רטיבות קשים, הצבע בקירות מתקלף ויש נזילת מים. בתא נוסף, ובו שמונה כלואים, בתנאי צפיפות וצחנה. המקלחת והשירותים נמצאים בחדר פנימי, אולם המים יוצאים ממנו באופן קבוע אל תוך התא. בתא נצפו חרקים ותיקנים, הגורמים לכלואים לגירודים ולפצעים. בתא חלון גדול ללא זכוכית מפאת החום הרב בחדר. נמסר כי בימי החורף נכנסים מי גשמים לחדר דרך החלון ומרטיבים את המיטות... (עמ' 51, ההדגשה במקור – א"ר).

ועוד:

**"בבית המעצר הדריים** [אשר כעולה מנתוני שב"ס, שטח המחיה לעציר בו עומד על 3.6 מ"ר – א"ר] התרשמו המבקרים מחוסר היגיינה בתאיהם של עצורי ימים. חדר השירותים מוזנח ומלוכלך, האסלה והכיור עשויים מתכת (נירוסטה) דהויה ומוכתמת, הרצפה מזוהמת, אשפה מפוזרת בתא, על הקירות והתקרה עובש, נתזי לכלוך וכתמים. קירות התא מקושקשים מאוד ומתקלפים לחלוטין. על המיטות מונחים מזרונים קרועים, מלוכלכים ומחוררים, שאינם אלא חתיכות של ספוג חשוף. על המיטות הונחו שמיכות צמר בצבע אפור, גם הן קרועות בחלקן ומכוסות כתמים. מן המזרונים והשמיכות נודף ריח רע. חלק מהמיטות שבורות. בתא אחר, בו ביקרו המבקרים בשעת ארוחת הצהריים, היו שלושה כלואים, שישבו על המיטות מסביב לשולחן הפלסטיק. הכלואים צופפו את מגשיהם על השולחן הצר או על ברכיהם, וניכר היה שהאכילה בלתי נוחה. ליד השולחן הונח פח אשפה מאולתר, העשוי קופסת שימורים גדולה. גם תא זה היה מטונף, השמיכות בו מלוכלכות והכלואים טענו שהן משומשות והושארו בתא על ידי כלואים אחרים. המזרונים היו קרועים ומלוכלכים. הכלואים סיפרו שביקשו לנקות את התא, אולם במקום שיקבלו חומרי ניקיון, השפריצו עבורם אסירי החוליה מעט מים וסבון במרכז התא והם פינו את המים אל מחוץ לתא באמצעות מגב. הכלואים ציינו שחומר הניקוי היחיד שיש בנמצא הוא סבון כלים וגם אליו אין להם גישה" (ש, ההדגשה במקור – א"ר).

מב. הסניגוריה התרשמה בנוסף לאלה, כי במתקני כליאה רבים אין הפרדה בין המקלחת לשירותים, כך שאסירים נאלצים להתקלח מעל המקום בו עשו אסירים אחרים את צרכיהם.

מג. האמור מעלה מקבל ביטוי מוחשי בתצהיריהם של האסירים שצורפו לעתירה; נביא מחלקם:

"בתא זה שהינו 8 אסירים 22 שעות ביממה ברציפות. לחדר לא חדר בצורה מספקת אור יום ולכן לרוב שרתה חשכה בו. לא היתה תחלופת אויר ולכן החדר היה חנוק ומסריח. לא היה מקום בחדר לעמוד וללכת ולחלץ עצמות ולכן רוב הזמן כולנו שכבנו במיטות... כן שהיתי בשנת 2005 למשך כשנה... בכלא איילון. שם היינו עשרים אסירים בשטח מחיה של 35 מ"ר כשרק 14 מיטות בחדר ואני נאלצתי לישון על הרצפה על מזרן. כלילה אסירים שהלכו לעשות את צרכיהם דרכו עלי; אסירים זרקו עלי חפצים מהמיטות; היתה אלימות מאוד גדולה בחדר ובתדירות רבה כתוצאה מהצפיפות הקשה ובאופן ישיר סביב נושא של חלוקת המיטות בחדר וזמני הטלפון" (ע/11, תצהירו של אסיר ד').

ועוד:

"האגפים בהם הוחזקתי ב-21 שנות כליאתי עד כה היו צפופים מאוד, מטונפים, לא מסויידים ובוודאי לא ראויים למגורי אדם" (ע/12, תצהירו של אסיר ה').

מד. וכך תיארה את מצב הדברים גב' גלעדה הלמן, שהחזיקה בתפקידים שונים בשירות בתי הסוהר, לרבות כמפקדת בית הסוהר חרמון וכקצינת אסירים מחוזית של מחוז צפון:

"בחלק גדול מהתאים, הצפיפות היתה גדולה כל כך עד כי לא היה מקום להכניס שולחן או כיסא לתא ואסירים נאלצו במקרה כזה לאכול כשהם ישובים על המטות שלהם והצלחת על הברכיים או שהם נאלצו לריב על מעט המקום הפנוי שקייים... בחלק ניכר מהתאים אין גם מקום בתא לשמור על החפצים האישיים... כתוצאה מכך, יש הרבה גניבות וריבים בין אסירים... תנאי הצפיפות הקשים השפיעו לרעה גם על ההגינה של האסירים..." (ע/14).

מה. בנימה אישית: לאורך השנים, החל מכהונתי כשופט בית המשפט המחוזי, ובמיוחד בימי כיועץ משפטי לממשלה ובכהונתי בבית משפט זה, ראיתי חשיבות בבחינת תנאי מחייתם של אסירים, על-ידי ביקורים תכופים יחסית, ללא תיאום מראש

למעט הודעה ללשכת היועץ המשפטי בשב"ס שעה לא ארוכה לפני הביקור, ותוך בחירה ספונטנית של בית הסוהר, וגם חפצתי תדיר כי כל המתמחים בלשכתי יראו בית סוהר מבפנים. אזכיר כי שופט בית המשפט העליון, כמו גם היועץ המשפטי לממשלה, רשאי לבקר בכל בית סוהר לפי סעיף 72 לפקודת בתי הסוהר. זכרתי את שסיפר לי ידידי המנוח השופט בבית זה ד"ר משה עציוני, שבהתמנותו לבית משפט השלום ב-1945 ביקש מזקן השופטים הבריטי לבקר בבית סוהר "כדי שאדע לאן אני שולח אנשים". אוסיף כבר כאן, כי אני מוקיר מאוד את שירות בתי הסוהר על עבודתו – מלאכה חשובה וקשה – והתרשמתי תמיד ממאמצי המפקדים וצוותיהם ליתן יחס ראוי ומכבד לאסירים. מה שייאמר כאן אינו בא להפחית מאלה כלל. בביקורים הללו, לאחר שיחה עם מפקד (או מפקדת) בתי הסוהר, ביקרתי בתאים באגפים שונים באופן אקראי לפי בחירתי, ושוחחתי עם אסירים. התרשמתי בכל עת ממאמץ הסגל והעוסקים במלאכה לייצר, בגבולות האמצעים שברשותם, תנאי מאסר נאותים ושירותים שונים, שיקנו לאסירים הזדמנות אמיתית ליציאה ממעגל הפשיעה לעבר חיים נורמטיביים ככל הניתן, וגם ישיגו "שקט מקומי" ככל הניתן. ואולם, חזיתי בתאים הצפופים, בקושי באורור נאות במיוחד בימי הקיץ החמים, ובהיעדר תנורים בימי החורף במבנים הישנים. כך למשל, לאחר ביקור בבית הסוהר איילון ב-23.7.08, כתבתי כך לסגן מפקד מחוז מרכז ומפקד בית הסוהר איילון: "בית הסוהר איילון מבוסס על מבנה מנדטורי נושן, וברי לכל כי החלקים בתוכו שעודם במבנה זה אינם משביעי רצון כל עיקר מבחינת תנאי המגורים של האסירים, מקום ש-12-14 אסירים מצויים בתא שאינו גדול דיו למספר כזה, והמקלחת מצויה מעל לשירותים. אנו מבינים כי בבנייה מצויים עתה שלושה אגפים חדשים ולאחר מכן יש כוונה לשרג את הקיימים. יש לקוות כי התהליך יקודם, שכן קשה להלום במאה ה-21 תאים מסוג זה... ודבר זה אינו בא לבקר את עבודת הסגל אלא את המציאות שאינה כדבעי" (מכתבי מיום 24.7.08); לאחר ביקורי בבית המעצר ניצן ביום 1.3.11, כתבתי לנציב שירות בתי הסוהר כי "באגף המשופץ תנאי המגורים טובים והשירותים ברמה טובה... גם באגף 'הישן', אף כי הוא צפוף בהרבה, לא שמענו תלונות מן העצורים והאסירים, ואדרבה, דברי שבח ליחס הסגל; אך התנאים ראויים בכל זאת לשיפור, ויש לקוות ששיפוץ וחידוש יעשו במהרה" (מכתבי מיום 2.3.11); לאחר ביקורי בבית הסוהר שטה (שיטה), שיגרתי מכתב למפקד בית הסוהר, ובו ציינתי, בין היתר, כי "במישור הבסיסי, מדובר בבתי סוהר ישנים ועל כן הצפיפות לא קטנה בחלק מן התאים" (מכתבי מיום 6.3.17). בפועל במתקני כליאה מסוימים בישראל הצפיפות גבוהה, כיון שנבנו בשכבר הימים, בחלקם בימי המנדט הבריטי ויש גם שריד מן התקופה העותמאנית (מגרש הרוסים). תחנות משטרה מסוימות שכללו חדרי מעצר לקו בצפיפות יתר. בשלהי כהונתי כיועץ משפטי לממשלה ביקרתי באחת מתחנות המשטרה בשפלה שהיו בה תאי מעצר. תא צפוף מאוד

ש"תקנית" יועד לשישה עצורים בשלוש מיטות דו-קומתיות (וכבר בכך היתה צפיפות רבה), איכלס 12 אנשים, שבנוסף לשישה שבמיטות לנו שניים מהם על גגון מקלחת שהיתה בתוך התא, שניים עם אחרים במיטה (שזו שמים) ושניים על הרצפה, שבתנאים מסוימים – אם היו בעלי מסוכנות נמוכה – היו מוצאים ללילה אל המסדרון כדי לישון באויר המסדרון ולא בחדר המחניק. פניתי אז כמעט בבהלה למשרד לבטחון פנים והובטח לי שהעניין יוסדר במהרה.

מו. אין לכחד, הרבה נעשה בשנים האחרונות כדי להביא לשיפור המצב; בתי סוהר שופצו ונבנו חדשים, ורצון טוב מוכח ישנו; אך בכך אין די. כאמור – דו"חות מספר עסקו לאורך שנים בתנאי הכליאה, ועדות ישבו על המדוכה, והמציאות המורכבת של תקצוב ולוגיסטיקה הובילה לכך שכבר שנים נעשים מאמצים, נהגות תכניות, וגם נעשים צעדים – והדברים נאמרים מבלי חלילה לפגוע באיש – ופתרון ראוי בשטח, אין עדיין לחלק גדול, גדול מדי, מן האסירים.

מז. נאמר כבר כאן, כי אנו ערים לכך שבסופו של יום המשוכה היא כלכלית, וכרוכה בסדרי העדיפויות של מקבלי ההחלטות, ו"מרובים צרכי עמך"; איש ממקבלי ההחלטות כמובן אינו מבקש להרע לאסירים ולעצורים, אך רובם המוחלט של אלה "זוכה" לשטח מחיה הנמוך בכל קנה מידה מן הנהוג במדינות מתוקנות, ועל כך בהמשך. ככלל, אמנם, אין דרכו ומקומו של בית משפט זה להתערב בקביעת סדרי עדיפויות וחלוקת משאבי המדינה, ולשים עצמו בנעליה של הרשות; אך לא בכך עסקינן כאן. לית מאן דפליג, כי זכויות יסוד אינן יכולות לסגת מפני שיקולים תקציביים (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)) שהרי "הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלה בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (חלק שלישי) 528 (תשנ"ד), להלן ברק, פרשנות במשפט; ראו גם בג"ץ 9134/12 גביש נ' מדינת ישראל (2016) והאסמכתאות שם). ענייננו כאמור בליבת כבוד האדם ובהגשמתה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד במובנה הבסיסי ביותר, ואין בשיקולי תקציב כדי להצדיק פגיעה באלה, המתמשכת לאורך עשרות שנים.

המשפט הבינלאומי והמשפט המשוה

מח. העותרים הרבו להפנות בטענותיהם – הן במסגרת העתירה ותגובותיהם בכתב, והן בדיונים שבפנינו בעל פה – למשפט הבינלאומי ולמשפט המשוה. אכן, נושא שטח המחיה הראוי לאסירים ועצורים מעסיק מדינות רבות בעולם, מכל הסוגים, בין

הנחשבות מתוקנות ובין ששמן לא יצא לטובה בתחום זה, וזכה להתייחסות ענפה גם מצדם של מנגנוני האכיפה הבינלאומיים וגופים בינלאומיים אחרים. אף שלא נעלמה מעיני עמדת המשיבים, הגורסים כי יש לנקוט משנה זהירות ביחס להשוואת דינים אלה לאיזון אשר ביצע המחוקק הישראלי, ודעת לנבון נקל כי לכל מדינה אופיה, צרכיה ויכולותיה, סבורני כי היקף עיסוקו של המשפט המשוה בסוגיה דנא – בצד העובדה כי מדובר, במידה רבה, בשאלה אוניברסלית של כבוד האדם – מחייב אותנו להפנות את מבטנו גם אל מעבר לים. ברי, כי אין הדבר משמיע אימוץ מניה וביה של הסדר הנהוג במדינה פלונית אל תוך שיטתנו המשפטית; הסקירה נועדה אך להאיר את עינינו, בתורנו אחר פתרון לסוגיה המונחת לפתחנו. האדם האסיר כשלעצמו חד הוא בתכל ומלואה. ההיסטוריה והספרות עמוסות פרשנות וסיפורים באשר למאסר ולתנאי מאסר, במשטרים שלא היינו ולא נהיה דומים אליהם בשום אופן ומשום בחינה, לא רק בעידינים רחוקים אלא גם בדורות סמוכים לנו ובדורנו, וגם בקרבתנו, בין קלאבוס לגולאג. ישראל מבקשת להיות ולהיראות כמתקנת שבמדינות, ותחום זה, עם היותו פיסית "בחצר האחורית", ערכית הוא חלון ראוה.

הדין הבינלאומי

מט. נפתח איפוא בעמדת המשפט הבינלאומי. רלבנטית לענייננו החובה הקבועה בסעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, שאושרה על-ידי ישראל בשנת 1991, ולפיה "אנשים שנשללה חרותם ינהגו בהם ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם". הגם שהדיבור "ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם" כללי מיסודו, שטח רצפה מינימלי נמנה על התנאים הבסיסיים שלהם זכאי כל אסיר על פי תקנות האו"ם בדבר הסטנדרטים המינימליים לטיפול באסירים, אשר תוקנו באחרונה בשנת 2015:

"All accommodation provided for the use of prisoners and in particular all sleeping accommodation shall meet all requirements of health, due regard being paid to climatic conditions and particularly to cubic content of air, **minimum floor space**, lighting, heating and ventilation (תקנה 10, ההדגשה הוספה – א"ר).

יושם אל לב, כי חרף הדרישה המפורשת לאספקתו של שטח מחיה מינימלי, אין התקנות עצמן נוקבות באמת מידה קונקרטית באשר לעמידה בה.

נ. מקור נוסף לפרשנות החובה בדבר הטיפול הראוי באסירים, טמון בעבודתה של ועדת האו"ם לזכויות אדם (Human Rights Committee), אשר תפקידה לפקח על יישום האמנה (ודוקו, אין זו "מועצת זכויות האדם" על יחסה המפלה הידוע לישראל). הועדה נדרשת לסוגיית הצפיפות בבתי הכלא אגב ביקורות עתיות שהיא עורכת במדינות החברות, וכן במסגרת בחינתן של עתירות המוגשות לה כנגד הפרת החובות המוטלות עליהן מתוקף האמנות והתקנות האמורות. עיון במקרים הנבחנים על-ידי הועדה מלמדנו, כי אספקתו של שטח מחיה הולם אכן נכללת בגדר החובה לנהוג באסירים "ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם". ברם, קשה לדלות מדו"חותיה סטנדרט קשיח באשר לשטח המחיה המינימלי הראוי.

נא. תנאי החזקתם של אסירים נבחנים, מן ההיבט הבינלאומי, גם בראי האיסור על ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה. איסור זה, שאף הוא מנוסח באופן כללי, מעוגן בסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וכן בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, שאושרה על-ידי ישראל בשנת 1991.

נב. לטענת העותרים, אספקת שטח מחיה הקטן מ-4 מ"ר לאסיר, ללא שטחי השירותים והמקלחת, בתא משותף, עולה כדי הפרתו של האיסור האמור. תימוכין לטענה ניתן למצוא בדו"חות מטעם ועדת האו"ם נגד עינויים, המציינים כי על המדינות החברות לספק לאסירים שטח מחיה בהיקפים אלה לכל הפחות (ראו למשל, Comm. against Torture, Concluding observations on the fifth periodic report of Estonia at its Fiftieth Session, U.N. Doc. CAT/C/EST/CO/5 (Jun. 17. 2013), פסקה 17; Comm. against Torture, Concluding observations on Bulgaria at its Forty-seventh Session, U.N. Doc. CAT/C/BGR/CO/4-5 (Oct. 31. 2011), פסקה 21). עם זאת, במרבית המקרים אין הועדה מחייבת את המדינה המבוקרת לעמוד ביעד קונקרטי לגבי גודלו של שטח המחיה הממוצע לאסיר, כי אם מסתפקת באמירה כללית בדבר הצורך לציית לתקנות (לדוגמה, ראו Comm. against Torture, Concluding observations on the fifth periodic report of Colombia (at its Fifty-fourth Session, U.N. Doc. CAT/C/COL/CO/5 (May. 29. 2015), פסקה 17; וכן Comm. against Torture, Concluding observations on the third periodic report of Philippines at its Fifty-seventh Session, U.N. Doc. CAT/C/PHL/CO/3 (Jun. 2. 2016), פסקה 27).

נג. סטנדרט מינימלי של 4 מ"ר בעבור כל אסיר, ללא שטח השירותים והמקלחת, 6 מ"ר כולל שטחים אלה לאסיר בתא יחיד, נקבע באחרונה אף על-ידי הועדה

האירופית למניעת עינויים וענישה בלתי אנושית או משפילה (ה-CPT), המופקדת על יישומה של האמנה האירופית למניעת עינויים, יחס בלתי אנושי וענישה אכזרית משנת 1950. ניכר, כי בעוד שועדת האו"ם מתיחסת לשטח של 4 מ"ר כאמת מידה ראויה, על פי הועדה האירופית מדובר בדרישת מינימום קשיחה, אשר אין בה כשלעצמה כדי להבטיח תנאי מחיה הולמים:

“Clearly, the aforementioned examples suggest that the 4m<sup>2</sup> per prisoner standard may still lead to cramped conditions when it comes to cells for a low number of inmates. Indeed, given that 6m<sup>2</sup> is the minimum amount of living space to be afforded to a prisoner accommodated in a single-occupancy cell, it is not self-evident that a cell of 8m<sup>2</sup> will provide satisfactory living space for two prisoners. In the CPT’s view, it is appropriate at least to strive for more living space than this. The 4m<sup>2</sup> standard is, after all, European Committee for ) a **minimum** standard” the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment of Punishment, Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards, CPT/Inf (2015) 44, פסקה 15, ההדגשה במקור – א"ר).

נד. מעבר לדבר קביעתו של הסטנדרט האמור, נדרש בית הדין האירופי לזכויות אדם – הפועל מכוח האמנה האירופית – לשורה ארוכה של בקשות אשר הונחו לפתחו בנוגע לתנאי הכליאה במדינות שונות. במסגרת זו, גובשה הלכה ברורה ביחס לשאלה אימתי תהווה החזקתו של אסיר הפרה של האיסור בדבר ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה, המעוגן בסעיף 3 לאמנה. לפי הפסיקה, עמידה בשטח המחיה הסטנדרטי של 4 מ"ר לאסיר (ללא השטחים הנוספים), כאמור, היא שיקול מרכזי בהערכתם של תנאי הכליאה (Karalevicius v. Lithuania, no. 53254/99, § 36, ECHR 2005). יתר על כן נפסק, כי מקום בו שטח המחיה המוקצה לאסיר קטן מ-3 מ"ר, יראה בית הדין את הצפיפות עצמה כעילה להפרת האיסור בדבר ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה (Ananyev v. Russia, no. 42525/07, § 145, ECHR 2012, להלן עניין Badila ; Kalashnikov v. Russia, no. 47095/99, § 97, ECHR 2002 ; Ananyev Ostrovar v. ; Badila v. Romania, no. 31725/04, § 72, ECHR 2011 Lonia v. Croatia, no. 8067/12, § ; Moldova, no. 35207/03, § 82, ECHR 2005 76, ECHR 2014, להלן עניין Lonia). יצוין, כי אף מקום בו שטח המחיה המוקצה לאסירים גדול מ-3 מ"ר אך קטן מן הסטנדרט של 4 מ"ר, עלולים גורמים נוספים – כגון אוורור התא או חימומו, חשיפה לאור יום, תנאי היגיינה בסיסיים ואפשרות להשתמש

בשירותים בלא פגיעה בפרטיות – להטות את הכף לטובת קביעה לפיה מדובר בענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה (עניין *Badila* ; Peers v. Greece, no. 28524/95, ; § 70, ECHR 2001).

נה. אשר לתוצאותיה של הפרה כגון דא, מקנה הדין האירופי – ככלל – פיצוי בגין נזק בלתי ממוני למי שנפגע מענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה; וראו, בהקשר הנידון דידן, *Olszewski v. Poland*, no. 21880/03, ECHR 2013, שם פסק בית הדין סכום של 5,000 אירו לטובת המבקש, בגין נזקיו כתוצאה מתנאי כליאתו – ובראשם, החזקתו בשטח הקטן מ-3 מ"ר במשך כ-5 שנים במצטבר; ראו גם *Marin v. Romania*, no. 79857/12, ECHR 2014, שבמסגרתו נפסקו למבקש פיצויים בסך של 15,300 אירו, חלקם בגין הצפיפות ששררה במתקני הכליאה אשר בהם הוחזק לאורך 10 שנים לערך; וכן עניין *Lonia*, שם פסק בית הדין את מלוא הסכום שנתבקש – 10,000 אירו – בין היתר נוכח העובדה שבמשך שנה מתוך תקופת שהותו הכוללת במאסר, הוחזק התובע בשטח מחיה הקטן מ-3 מ"ר.

נו. בצד זאת יצוין, כי במקרים מסוימים מפעיל בית הדין את סמכותו לפי סעיף 46 לאמנה האירופית, המאפשר להורות למדינות החברות לנקוט בצעדים אופרטיביים שיישומם מפוקח על-ידי מועצת אירופה. הגם שפסיקתו של בית הדין הצהרתית במהותה, רשאי המותב – במסגרת הסמכות האמורה – לקבוע סד זמנים לביצוע הוראותיו או להמליץ למדינה על דרכי פעולה קונקרטיות לשם עמידה בהן. כך נעשה בעניין *Orchowski* הנזכר מעלה, שבמסגרתו נדונו תנאי מאסרו של המבקש בשמונה מתקני כליאה שונים בפולין במשך 6 שנים, נכון למועד פסק הדין. נוכח הקביעה לפיה הוחזק המבקש לאורך מרביתה של תקופה זו בשטח הקטן מ-3 מ"ר, ולעתים הוקצו לו אפילו פחות מ-2 מ"ר, נפסק כי הופר בעניינו האיסור בדבר ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה. במישור הסעד פסק בית הדין, כי מעבר לתשלום פיצויים בעבור נזקי המבקש, על המדינה לגבש פתרונות ארוכי טווח לבעית הצפיפות במערכת בתי הסוהר כדי לעמוד בסטנדרטים הולמים. בתוך כך נקבע, כי ככל שלא יינקטו צעדים מספקים לשיפור תנאי הכליאה, יש לערוך הקלות במדיניות הענישה הנוהגת או לקבוע אמצעים חלופיים למאסר.

נו. עניין *Ananyev* עסק בשלוש תביעות של אסירים מרוסיה כנגד תנאי כליאתם. מעבר לקביעה לפיה תנאי המחיה של המבקשים עלו כדי ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה, נפסק כי בעית הצפיפות ברוסיה – החולשת על מתקני כליאה שונים



ברחבי המדינה – מצריכה פתרונות ארוכי טווח, בדגש על מזעור מספר המעצרים עד תום ההליכים ושחרור מוקדם של אסירים:

“... the Court considers it important for the purposes of the present judgment to highlight two such issues which need inevitably to be addressed by the Russian authorities in their ongoing struggle against persistent overcrowding of remand centres. The first issue concerns the close affinity between the problem of overcrowding, which falls to be considered under art 3 of the Convention, and an excessive length of pre-trial detention ... The second issue, which is closely linked to the first, concerns possible additional ways of combating the overcrowding through provisional arrangements and safeguards for the admission of prisoners in excess of the prison capacity” (שם, בפסקה 196).

עוד נקבע, כי על רוסיה להציג מסגרת זמנים מחיבת לשם נקיטת האמצעים האמורים, תוך חצי שנה מיום מתן פסק הדין.

נח. אף בעניין *Torreggiani*, שעסק בתנאי הכליאה בשני בתי סוהר באיטליה, הקצה בית הדין למדינה תקופה של שנה לשם גיבושה של תכנית לטיפול בסוגית הצפיפות, והמליץ כי תכלול אמצעים לצמצום המעצרים עד תום ההליכים וכן שחרור מוקדם של אסירים. פסק דין נוסף שבו עשה בית הדין האירופי שימוש בסמכותו מתוקף סעיף 46 ניתן באחרונה ב-*Varga and others v. Hungary* (no. 14097/12, ECHR) (2015), שם נדונו תביעותיהם של שישה אסירים, שכל אחד מהם הוחזק במתקן כליאה שונה. נפסק, כי שטח המחיה המצומצם אשר הוקצה להם, בשילוב עם תנאים ירודים נוספים, עלה כדי ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה, וניתן למדינה פרק זמן של שישה חודשים לצורך הצגת תכנית לשיפורם של תנאי הכליאה והפחתת מספרם של האסירים והעצורים.

ארצות הברית

נט. בעית הצפיפות בבתי הכלא בארצות הברית, הנודעת ברגיל כאחת המתקנות שבמדינות, היא מן החמורות בקרב מדינות המערב (Shepard Simpson & Lauren Salins, *Efforts to Fix a Broken System: Brown v. Plata and the Prison Overcrowding Epidemic*, 44 LOY. U. CHI. L.J. 1153, 1157 (2012), להלן

Paul Paulus, Garvin McCain & Verne Cox, גם ; *Simpson & Salins Prison Standards: Some Pertinent Data on Crowding*, 45 FED. PROBATION (1981) 48), ומשכך עמדה שאלת שטח המחיה הממוצע לאסיר לא אחת לביקורת שיפוטית בפני בתי המשפט הפדרליים. בעתירות השונות אשר הוגשו כנגד תנאי הכליאה נטען, כי הצפיפות עולה כדי "cruel and unusual punishment", המקבילה האמריקנית לאיסור על ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה באמנות הבינלאומיות כאמור, שהאיסור עליה מעוגן בתיקון השמיני לחוקת ארה"ב.

ס. בית המשפט העליון של ארה"ב נדרש לסוגיה בראשונה ב- *Rhodes v. Chapman* (101 S. Ct. 2392 (1981)), ולהלן עניין *Rhodes*, שם נדונה חוקתיותה של פרקטיקה המכונה double-celling – קרי, החזקתם של שני אסירים בתא אשר נועד לאכלס אחד. בדחותה את ערעור האסירים קבעה דעת הרוב, כי בנסיבות העניין לא עלתה הצפיפות כדי ענישה אכזרית, הואיל ולא נגרמה בגינה החמרה בתנאי המחיה הבסיסיים אשר הוצעו לאסירים, כגון היגיינה, איכות האוכל, שירותי הרפואה, וכיוצא באלה, או לחילופין לעליה בשיעור האלימות במתקן.

סא. הואיל וההנמקה בעניין *Rhodes* נצמדה לנסיבות המקרה הקונקרטי ונמנעה משרטוט קוים ברורים למבחן ממצה במבט צופה פני עתיד, נותר פתח רחב לשיקול דעתם של בתי המשפט הפדרליים (*Salins & Simpson*, בעמ' 1164), ואלה נחלקו בין שלוש גישות מרכזיות (*Susanna Y. Chung, Prison Overcrowding: Standards in Determining Eighth Amendment Violations*, 68 FORDHAM L. REV. 2351, 2362-2371 (2000)): על פי הגישה הראשונה, אין לראות בצפיפות לבדה משום אמת מידה להפרת זכויות אדם, אלא יש לבחון האם תנאי המחיה בכללם עולים כדי הפרת האיסור בדבר ענישה אכזרית; הגישה השנייה, הקרובה במהותה לדעת הרוב בעניין *Rhodes*, גורסת כי על הצפיפות לגרום לפגיעה בתנאי מחיה בסיסי של האסיר – כמו איכות האוכל המוגש לו, או טיב שירותי הבריאות המסופקים לו – כדי שתיחשב בלתי חוקתית; ולפי הגישה השלישית, המזכירה את עמדתו של בית הדין האירופי, החזקתו של אסיר בשטח מחיה מצומצם עלולה להוות ענישה אכזרית כשלעצמה.

סב. בשנת 2011 הונח לפתחו של בית המשפט העליון בארה"ב ערעורו של מושל קליפורניה בעניין *Plata* כנגד פסיקה פדרלית בתובענה ייצוגית אשר הוגשה מטעם אסירים במדינה. במסגרת זו חויבה קליפורניה להפחית לא פחות מאשר 38,000 – 46,000 איש מתפוסת האסירים המוחזקים בשטח המדינה, וזאת בפרק זמן של שנתיים. ברוב של חמישה שופטים אל מול ארבעה, נדחה הערעור ואושר פסק הדין של בית המשפט לערעורים. הגם שדעת הרוב לא נסוגה מהלכת *Rhodes*, ולפיה תיבחן הפגיעה

החוקתית אל מול תנאי מחייתם הבסיסיים של המוחזקים במתקן, נקבע כי הצפיפות היוותה הנדבך המרכזי בהפרתו של האיסור בדבר ענישה אכזרית, ועל כן אין מנוס מהפחתת מספר האסירים:

“The population reduction potentially required is nevertheless of unprecedented sweep and extent. Yet so too is the continuing injury and harm resulting from these serious constitutional violations. For years the medical and mental health care provided by California’s prisons has fallen short of minimum constitutional requirements and has failed to meet prisoners’ basic health needs. Needless suffering and death have been the well documented result. Over the whole course of years during which this litigation has been pending, no other remedies have been found to be sufficient. Efforts to remedy the violation have been frustrated by severe overcrowding in California’s prison system. Short term gains in the provision of care have been eroded by the long-term effects of severe and pervasive overcrowding” (Kennedy).

סג. יוטעם, כי מסקנתו של בית המשפט העליון בדבר קיומה של צפיפות בלתי מידתית במתקן הכליאה לא התבססה על חישוב שטח המחיה הממוצע לאסיר, אלא על נתונים לגבי תפוסתו – כ-200% בתקופה הרלבנטית. הפחתה של 38,000–46,000 אסירים נועדה איפוא להעמיד את התפוסה על כ-137.5%, שיעור המבטא את אפשרה אשר גילם פסק דינו של בית המשפט לערעורים, בין הסעד שנתבקש על-ידי האסירים (תפוסה של 130% לבין מגבלותיה של המדינה. כן נפסק, כי אין חובה שכל מתקן במדינה יעמוד ברף האמור, אלא די בהשגת היעד האמור על דרך הממוצע:

“There is no requirement that every facility comply with the 137.5% limit. Assuming no constitutional violation results, some facilities may retain populations in excess of the limit provided other facilities fall sufficiently below it so the system as a whole remains in compliance with the order” (1941 בעמ' 1941).

סד. דומה, כי הפסיקה בעניין *Plata* ביטאה את נכונותו של בית המשפט העליון לסגת מן הדרישה לקשר סיבתי ישיר בין גודל תאו של אסיר לבין הרעה בתנאי מחייתו הבסיסיים, לטובת הכרה – זהירה ככל שתהא – בעצם הצפיפות כעילה לפגיעה

חוקתית, נוכח השלכותיה המובנות על מערך השירותים המסופקים בכלא. ודוקו: אף שפסק הדין אינו נוקב במפורש בזכותו של כל אסיר לשטח מחיה מינימלי, תוצאתו במישור הסעד מרחיקת לכת (perhaps the most radical injunction issued by a court in our Nation's history) – כדברי השופט סקאליה (Scalia) בדעת מיעוט) – חיוב המדינה להפחית מספר קונקרטי של אסירים (אמנם, תוך הותרת אופני הפעולה תחת שיקול דעתה), וזאת במסגרת זמנים ברורה.

קנדה

סה. אף בקנדה נבחנות עתירות אסירים כנגד הצפיפות בבתי הכלא בעדשת האיסור על ענישה או טיפול אכזריים, המעוגן בסעיף 12 ל"מגילת זכויות האדם" (ה-Charter) הנודעת משנת 1982, שבית המשפט העליון שלנו נדרש אליה לא אחת. בית המשפט העליון הקנדי טרם נדרש אמנם לנושא שטח המחיה הממוצע לאסיר באופן קונקרטי, אך עיון בפסיקות שניתנו באחרונה בערכאת הערעור של מדינת אלברטה (Court of Queen's Bench of Alberta), יכול לשפוך אור על עמדתו של המשפט הקנדי בסוגיה העקרונית המונחת לפתחנו.

סו. בעניין *Trang v. Alberta (Edmonton Remand Centre)*, 2010 (ABQB 6) נדונה עתירה מטעמם של כ-25 אסירים לסעד הצהרתי, ולפיו תנאי הכליאה במתקן שבו הוחזקו במעצר עד תום ההליכים היוו הפרה של האיסור האמור. בין היתר נטען, כי אכלוסם של עצורים בזוגות בתאים אשר נועדו לאכלס אדם אחד – וגודלם נע בין 7.9 ל-8.1 מ"ר; דהיינו, כ-4 מ"ר לאסיר – עולה כדי ענישה אכזרית. כך תיאר בית המשפט את בעית הצפיפות במתקן:

"The evidence shows that the cells are all double-bunked (except medical and segregation), that the cells were originally designed for one person, that there is not enough room for both roommates to walk around or exercise in the cell at the same time, and that there was only room for one person to sit at the table, leaving the bunk bed for the other. There is no toilet privacy" (פסקה 1013).

נפסק, כי אף ש-double-celling כשלעצמה אינה פרקטיקה פסולה מעיקרא (תוך הסתמכות על פסיקתו של בית המשפט הפדרלי ב- *Collin v. Kaplan*, 1982 (FC), 2982 CanLII), אין להלמה בנסיבות הנידון דידן:

**“By itself double bunking is not a Charter breach.** But many of the Applicants were on strict rotation schedules, which meant that they were only out of the cells for a half hour at a time, and that depending on the rotation, their total time out of cells ranged from 3 hours to 6 hours. Assuming an 8 hour sleep period, this means that they were awake and in the cells for 10 to 13 hours a day.

...

In my view, the amount of time spent reviewing disclosure, out at court, or for that matter, attending medical or dental parade, does not mitigate the fact that these Applicants spent a very significant amount of time in a very small cell, with little access to recreation or other activity. They could not even watch television, since the TVs were in the common area. I conclude that the s. 12 rights of these inmates were breached.

**Obviously, it is the combination of double-bunking in small cells for 18-21 hours a day, with limited access to recreation and other activities that leads to this conclusion” ; 1025–1024 ,1013 פסקאות (שס), פסקאות 1013, 1024–1025; ההדגשות הוספו – א”ר).**

סז. בעניין *Walters* (2012 ABQB 83) *(R. v. Walters)*, אשר עסק אף הוא בעתירות של עצורים עד תום ההליכים שהוחזקו באותו מתקן כליאה, נדונה השאלה האם triple-celling – קרי, החזקתם של שלושה בתא המיועד לאחד – מהווה הפרה של האיסור בדבר ענישה אכזרית. המדובר, כאמור, בתא אשר גודלו כ-8 מ”ר, כך ששטח המחיה אשר הוקצה לכל עצור עמד על כ-2.6 מ”ר; בנוסף, אחד מן העצורים ישן על מזרן, מפאת היעדר מקום למיטה נוספת. משנמצא כי הסיבה היחידה לצפיפות במתקן היתה תקציבית, נפסק כי עצם השמתם של שלושה אנשים בשטח המיועד לאחד – עולה כדי ענישה אכזרית. זאת, מקל וחומר, מקום בו מדובר בעצורים, אשר עומדת להם חזקת החפות.

סח. לסיכום, אין חולק כי בעית הצפיפות בבתי הכלא היא מנת חלקן של רבות ממדינות העולם – בין היתר, נוכח היותה תוצר של מדיניות הענישה המודרנית, שבה ירד משמעותית מספר המוצאים להורג ועלה מספר האסירים – והן תרות אחר פתרונות מגוונים להתמודדות עמה. בהתאם לכך, התמונה המצטיירת מסקירתו של המשפט המשוה מורכבת, ועל כן קשה לגזור ממנה גזירה שוה למתרחש במדינתנו. ואולם, חרף הבדלים בין הדינים השונים ביחס להיקפו – ולעתים, אף בנוגע לעצם קיומו – של

שטח מחיה סטנדרטי מינימלי, ניכרת נכונות הולכת וגוברת, הן מטעם המנגנונים הבינלאומיים והן מצדן של ערכאות השיפוט במדינות השונות, להפעלת אמצעים אקטיביים למען תיקונה של תופעת הצפיפות. על רקע זה נשוב, איפוא, לדיון בעתירה שלפנינו, לא לפני שנשמיע את קולו של המשפט העברי בסוגית היחס לאסיר.

היחס לאסיר במורשת ישראל

סט. תפיסת היהדות בעניין זכויות האדם נגזרת בראש וראשונה מן העיקרון המופיע בתחילת ספר בראשית, בתיאור ראשיתה של ההיסטוריה האנושית:

”ויאמר אלהים נעשה אדם בצלמנו כדמותנו וירדו בדגת הים ובעוף השמים ובבהמה ובכל הארץ ובכל הרמש הרמש על הארץ: ויברא אלהים את האדם בצלמו בצלם אלהים ברא אותו זכר ונקבה ברא אותם” (בראשית א’, כ”ו-כ”ז; ההדגשות הוספו – א”ר).

ע. לימים יכתוב ברוח זו משורר התהלים: ”ותחסרהו מעט מאלהים; וכבוד והדר תעטרהו” (תהלים ח’, ו’; ההדגשה הוספה – א”ר). כן הוטעם בתקופת התנאים, וכדברי רבי עקיבא: ”חביב אדם שנברא בצלם. חיבה יתירה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר: ’כי בצלם אלהים עשה את האדם’” (אבות ג’, י”ד).

עא. ברבות הימים יהפוך העיקרון ”כי בצלם אלהים עשה את האדם” לאחד מן העקרונות המרכזיים והחשובים ביותר שהנחילה היהדות לאנושות כולה, ובפרט לעולם החופשי. כבודו וחרותו של האדם, איפוא, הם פועל יוצא של היותו נברא בצלם האלוהים. זהו עיקרון אשר ”טומן בחובו בצורה מאלפת ומופלאה, במרומו ובמפורש, את היסוד ואת המסד לכלל המערכת החברתית, את התשתית לנורמות היסוד שבעולם המשפט” (השופט מ’ אלון ”בצלם אלוקים ברא אותו” – כבוד האדם וחרותו” פרשת השבוע בראשית 1 (א’ הכהן ומ’ ויגודה, עורכים, תשע”ב)). הנה עוד מלשונו של פרופ’ מ’ אלון:

”שני ערכי יסוד אלה – כבוד האדם וחרות האדם – שלובים אחד ברעהו, ובא זה ולימד על זה והיו לאחדים בידינו. כך הוא במקורות מורשת ישראל, וכך הוא בעולמה של הדמוקרטיה המערבית. בעולמה של יהדות, שתי זכויות יסוד אלה ממקור אחד יהלכון, הוא עיקרון היסוד של בריאת האדם בצלם אלוקים” (מנחם אלון ”כבוד האדם וחרותו במורשת-ישראל” מחניים ”על הלכה ומשפט” (א) 12, 18 (תשנ”ה)).

הרב י"ד סולובייצ'יק במאמרו "שליחות", בתוך ימי זיכרון (תשמ"ז), כותב: "הערך של כבוד הבריות הוא ציר-בסיס להלכות רבות... ואף יתכן, שכל המצוות שבין אדם לחברו מבוססות על הערך של כבוד הבריות... בפירושו לפסוק 'נעשה אדם בצלמנו כדמותנו' (בראשית א', כ"ו) מצביע הרמב"ן על הכתוב בספר תהלים (ח', ו'), שם הוחלף הביטוי 'בצלמנו כדמותנו' ובמקומו כתוב 'וכבוד והדר תעטרהו'; צלם אלקים הומר איפוא ב'כבוד האלקים', ותמורתו בלשון חכמים 'כבוד הבריות'. ראו גם נ' רקובר גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך-על 18-26 והאסמכתאות הרבות שם (תשנ"ט-1998), וכבר אמרו חכמים (בבלי ברכות י"ט, ע"ב) "גדול כבוד הבריות, שדוחה את לא תעשה שבתורה"; ראו גם אנציקלופדיה תלמודית בערך המקיף "כבוד הבריות" (כרך כ"ו, תע"ז). בין היתר נאמר שם: "צריך אדם להזהר בכבוד הבריות – וכתבו אחרונים שמצוה היא – ואסור לו לביישם או לבזותם".

עב. עיקרון בריאת האדם בצלם האל מחייב, על פי העקרונות בעולמה של היהדות, לנהוג בכבוד גם כלפי אסירים. אכן, אסירים מצויים בבית האסורים בשל עבירותיהם, ואלה מעוררות דחיה וסלידה; אך עדיין בני אדם הם וזכאים כי ינהגו בהם באופן אנושי, המתאים לאמות המידה הנהוגות בחברה מתקדמת, כפי שמבקשת החברה הישראלית להיות. מוחלשות האסירים נובעת משניים – ראשית, מעצם היותם מי שחרותם, הגדולה שבזכויות האדם לצד הזכות לחיים, ניטלת מהם והם מצויים במשמורת המדינה (ראו עניין הפרטת בתי הסוהר, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה בינישו); שנית, מהיותם – לפחות האסירים הפליליים – "נעדרי שדולה" במידה רבה במובן הפוליטי-ציבורי, אף כי הסניגוריה הציבורית נאבקת למענם וכן אגודות זכויות (כמו בתיק דנא) וגם הרשות לשיקום האסיר בגדרי עבודתה. דרך הילוכו של המשפט העברי בסוגיה זו יוצאת מן ההנחה כי יש לכבד את זכויות האסיר, ואין לפגוע בהן אלא במידה שהיא לצורך תכלית מאסרו. "חביב אדם שנברא בצלם - כל אדם, כקטן כגדול, כנעלם וכמפורסם; ועל מכלול זכויותיו מצוים אנו להגן ולשמור, ואף אם סולדים אנו ממעשים שנעשה" (ב"ש 1/87 דנאשוילי נ' מדינת ישראל, מא(2) 281, 289 (1987)), מפי השופט (כתארו אז) אלון, ההדגשה הוספה – א"ר).

עג. בטרם נעמוד על היקפן וטיבן של זכויות האסירים במשפט העברי, נקדים ונאמר, כי מאסרו של אדם כאמצעי ענישה אינו מוכר, ככלל, במקורות המשפט העברי, והוא נפקד מרשימת העונשים המפורטים בתורה (ראו א' ורהפטיג "ערי מקלט תהינה לכם" – גלות כחלופה למאסר" פרשת השבוע במדבר 289 (א' הכהן ומ' ויגודה, עורכים) (להלן ורהפטיג); ע"פ 344/81 מדינת ישראל נ' סגל, פ"ד לה(4) 313, 327 (1981) (להלן עניין סגל); כן ראו הרב א"י ולדינברג "מאסר כאמצעי וכעונש" בצומת התורה והמדינה

א' 389 (הרב י' שביב עורך, תשנ"א-1991); הרב מ' שלפוברסקי "עונש מאסר", שם, בעמ' 401; הרב ל' קמינר "עונש המאסר בישראל" תחומין ט 147 (תשמ"ח) (להלן עונש המאסר בישראל). חז"ל אמנם מזכירים את בית האסורים (ראו למשל בבלי פסחים צ"א, ע"א, וההבחנה שם בין "בית האסורים דעכו"ם" לבין "בית האסורין דישראל", שרש"י מסביר כי עניינו כפיית גט או תשלום חוב, למשל), והרמב"ם מונה מאסר בין העונשים שמוסמך בית הדין להשית (הלכות רוצח ב', ה' וסנהדרין כ"ד, ט'. ואולם, ראו א' קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, הענישה הפלילית בעם ישראל, תורתה ותולדותיה (תשע"ג) (להלן קירשנבאום) 428-429, שלשיטתו "המאסר לא היה צורת ענישה עברית" והוא נדיר כעונש במקרא ובספרות התלמודית (שם, בעמ' 429)). ואכן, על דרך העיקרון, דוגל המשפט העברי באמצעי ענישה "מידתיים" יותר, שאינם שוללים את חרותו של האדם (ראו אביעד הכהן "מאסר עולם שאינו לעולם ועל כבוד האסיר וחרותו: מבט מן המשפט העברי" הסניגור 204, 15 (2014), להלן הכהן). המגמה, לשיטת ורהפטיג, הפוכה מעונש מאסר: "העונש המקראי הוא חד-פעמי המונע את ניתוקו של העבריין מחברתו הטבעית, ומאפשר את השתלבותו בחברה מיד עם סיום ההליך המשפטי" (ורהפטיג, בעמ' 291; ראו גם בג"ץ 5304/92 פר"ח נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 744 (1993), מפי המשנה לנשיא אלון, להלן עניין פר"ח). זאת, הגם שהמקרא הכיר בקיומו של המאסר כחלק מן הענישה – עם משפט ובלעדיו – בעולם הקדום בכלל, ולא חסרות לכך דוגמאות במקרא, כגון – במלכויות-קדם לא יהודיות – פרשת יוסף במצרים (בראשית ל"ט-מ"א) ופרשת חנניה, מישאל ועזריה בבבל (דניאל ג'), ובמלכות יהודה בפרשת ירמיהו (פרקים ל"ב-ל"ג, ל"ז); במאסר המלך יהויכין (מלכים ב' כ"ה, כ"ז-כ"ט); המלך יהואחז (מלכים ב' כ"ג, ל"ג); והמלך צדקיהו בבבל (ירמיהו נ"ב, י"א); ראו גם עזרא ז', כ"ו. ובאשר לתקופה התלמודית, כותב קירשנבאום כי "לא מצאנו שתיקנו אותו חז"ל על כל עבירה שהיא" (שם, בעמ' 429).

עד. במאמרם "עיר מקלט במערכת ענישה מודרנית" (ראו א' ורהפטיג וש' רבינוביץ "עיר מקלט במערכת הענישה" – דוגמא יישומית מתורת הענישה של המשפט העברי", שערי משפט ב 353, 363 והאסמכתאות שם (תשס"א), להלן גם ורהפטיג ורבינוביץ), מצטטים המחברים, מדברי מלומדים על תכליות הענישה במשפט העברי. פרופ' א' קירשנבאום סבור, כי "מקומה של הענישה במשפט העברי הקלאסי, 'דין תורה', היא דתית, מיסטית, חינוכית: היא באה לעדן את האדם, להעלות את רמתו הרוחנית ולקרבו אל אלהי המשפט". פרופ' ש' אלבק מציין, כי "דיני העונשים והעבירות שבתורה אינם באים לתקנת הציבור, לשמור עליו מסכנת עבריינים, ואין תכליתם טובת הציבור והרחקת סכנה ממנו, אלא הם באים ללמד את היחיד כיצד ינהג לטוב לו, ואין העבירות אלא פגם בשלמות העובר... ואין העונש אלא כפרה" תכליות ענישה אלה של המשפט



העברי, על פני הדברים, אינן מתישבות עם עונש מאסר, שבבסיסו במיוחד רעיון הגמול וההרתעה. ואולם, בחיי המעשה הדברים אינם פשוטים וחד-כיווניים. כל חברה חיפשה דרכים להגן על עצמה, והמאסר הוא אחת הדרכים לכך, ובמובן ההלכתי-היסטורי היתה מעין הדרגתיות.

עה. המשפט העברי הקדום הכיר איפוא במאסרו של אדם בעיקר כאמצעי כפיה או כמעצר לתקופת ביניים, עד לביצועו של עונש – אחר – שהוטל על העבריין. ניתן איפוא לומר כי בתי הסוהר נועדו מעיקרא לעצור בני אדם ולא לשמש, כשלעצמם, כסנקציה עונשית (מ' אלון "המאסר במשפט העברי" ספר היובל לפנחס רוזן 174-178 (ח' כהן עורך, תשכ"ב), להלן המאסר במשפט העברי; וראו גם הכהן, בעמ' 15). הנה מדבריו של הרש"ר הירש (הרב שמשון רפאל הירש, המאה הי"ט, גרמניה) בפרשנותו על התורה:

"עונש המאסר, על כל אבדן התקוה והשחתת המוסר השוכנים אחרי חומות בית הכלא, על כל היגון והאנחה שהם מביאים על אשתו וטפו של האסיר – אין להם מקום בתורת השם. לא יכירם מקומן של מצודות הכלא העלובות של הפשע – בתחום ממלכת התורה. אין בו במשפט התורה, אלא מעצר וחקירה. וגם זה לא היה יכול להיות אלא מעצר לתקופה קצרה בלבד" (הרש"ר הירש פירוש לתורה, שמות כ"א, ו).

דברים יפים לאומרם – והם עיגון לפן השיקומי של המאסר כיום, כדי למנוע הידרדרות נוספת לעבריינות ופגיעה במשפחה. ועדיין, נשאלת השאלה מה באשר להגנה על החברה, ולגמול ולהרתעה, והם היסוד למאסר דהאידינא. להלן מקצת פירוט.

עו. אמנם סיטואציות של מאסר והמצוקה הנלוות לאסירים כתוצאה ממנו – מוצאים אנו במקרא ובתלמוד, בעם היהודי ומחוצה לו. למדים אנו על מצבו העגום של האסיר באותם ימים ועל תנאי המאסר הקשים שבהם היה נתון, המאפיינים גם חברות מסוימות בנות ימינו. הנה, לשם הדוגמה, מקצת מן האזכורים:

בעניין מאסרו של יוסף בבית האסורים במצרים נאמר "ויקח אדני יוסף אתו, ויתנהו אל-בית הסוהר מקום אשר אסירי המלך אסורים; ויהי-שם, בבית הסוהר"; ויהי ה' (יהנה) את-יוסף, ויט אליו חסד; ויתן חנו, בעיני שר בית-הסוהר" (בראשית ל"ט, כ'–כ"א); וראו פירוש רמב"ן לתורה על אתר שפירש "סוהר" כ"בור בנוי תחת הקרקע ולו פתח קטן מלמעלה יכניסו בו האסורים וממנו להם אורה". ואכן בהמשך אומר יוסף "כי גָּנַב גְּנָבְתִי, מארץ העברים; וגם פה לא עשיתי מאומה, כי שמו אותי בבור" (בראשית

מ', ט"ו; הדגשה הוספה – א"ר). הבור היה לכאורה מקומו האופייני של המאסר. בית הסוהר אופייני בבור עמוק וחשוך, שבו כלואים אנשים בשלשלאות ברזל ונתונים לצמא, ודומה שלא מעטים המקומות בתבל שבתי הסוהר בהם לא נשתנו מאותם ימי קדם.

התורה מספרת על בקשתו של יהושע ממשה לאסור את אלדד ומידד, שניים שהתנבאו במחנה ישראל, מחשש לערעור מנהיגותו של משה: "אדני משה כלאם" (במדבר, י"א, כ"ח; וראו תרגום אונקלוס על אתר למילה "כלאם" – "אֶסְרָנוּן", דהיינו אסור אותם; כן ראו אחד משני פירושו של רש"י למילה "כלאם": 'תנם אל בית הכלא...'; ראו גם אלישי בן יצחק "'אדוני משה כלאם' – על עונש המאסר במשפט העברי" פרשת השבוע במדבר 73, והאסמכתאות בהערת שוליים 4 (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, תשע"ב), להלן בן יצחק).

הנה עוד פסוקים מן הנביאים ומן הכתובים המלמדים על מצוקת האסיר:

"לפקח עינים עֲוֹרוֹת; להוציא ממסגר אסיר, מבית כלא יושבי חשך" (ישעיהו מ"ב, ז').

"יושבי חשך וצלמות; אסירי עני וברזל" (תהלים ק"ז, י'); פרק ק"ז בתהלים הוא היסוד המקראי להלכת ברכת הגומל, או ברכת הודאת היחיד (בבלי ברכות נ"ד, ע"ב; שולחן ערוך אורח חיים רי"ט) שלפיה ארבעה חייבים להודות, וכולם נסמכים על פרק זה, אחד מהם אסיר ששחרר, שהיה לפני כן "חבוש בבית האסורים".

"גם-את בדם-בריתך, שלחתי אסיריך מבור אין מים בו; שובו לבצרון אסירי התקוה, גם היום מגיד משנה אשיב לך" (זכריה ט', י"א-י"ב).

עוד ראו מאמר התלמוד "אין חבוש מתיר עצמו מבית האסורים" (בבלי ברכות ה', ב'), דהיינו כי מי שהורגל בחיי המאסר הקשים אינו מסוגל להשיל מעליו את כבלי שעבודו, ונזקק הוא לשם כך לסיוע חיצוני. עוד ראו הסיפור התלמודי על רבי עקיבא שהקפיד עד חרוף נפש במצות נטילת ידיים בבית האסורים, אף שקיבל את מימיו במשורה (בבלי עירובין כ"א, ב').

עז. בית הסוהר שבתקופת התלמוד קרוי בלשון חכמים "כיפה", שהוא, כאמור, בבחינת חידוש להגיונם של דיני הענישה בהלכה. המשנה מציינת שני מקרים שבהם מכניסים את העבריין לכיפה. הראשון הוא משחזר הנידון ושנה בעבירות חמורות שדינן כרת, אף שכבר לקה בגינן פעמיים (ולדעה אחת, שלוש פעמים). השני, הוא במקרה של

עבירת רצח, שבגינה לא ניתן לחייב את הנידון במיתת בית דין בשל פגם בהליך הדיוני (ראו גם ורהפטיג, בעמ' 3; אריה רייך "עונש הכיפה במשפט העברי" מעליות ז 31 (תשמ"ו), להלן רייך); המאסר במשפט העברי, בעמ' 199; עונש המאסר בישראל, בעמ' 147). וכך קובעת המשנה ביחס לתנאי המאסר בכיפה:

"מי שלקה ושנה, בית דין מכניסים אותו לכפה ומאכילין אותו שעורין עד שכרסו מתבקעת; ההורג נפש שלא בעדים, מכניסין אותו לכפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ" (משנה סנהדרין ט', ה').

הרמב"ם בפירושו למשנה מבאר שמדובר ב"מושב מאסר שעושין בבית הסוהר גובהו כשיעור קומת האדם שוה בשוה ואין לו שום מקום להתפשט ולא לישון" (פירוש המשניות סנהדרין ט', ה').

וזו לשונו של הרמב"ם להלכה בעניין זה:

"מי שלקה בבית דין על איסור כרת ולקה פעם שנייה על אותו כרת עצמו כגון שאכל חלב ולקה עליו ואכל חלב פעם שנייה ולקה עליו אם אכל פעם שלישית אין מלקין אותו אלא מכניסין אותו לכיפה והוא מקום צר כפי קומתו ואינו יכול לשכב בו ונותנין לו לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מעיו ויכלה ואח"כ מאכילין אותו שעורים עד שכריסו נבקעת" (רמב"ם סנהדרין י"ח, ד'; ההדגשה כאן ולהלן הוספה – א"ר).

"...ההורג נפשות ולא היו שם עדים רואין אותו כאחת אלא ראהו האחד אחר האחד או שהרג בפני עדים בלא התראה או שהוכחשו העדים בבדיקות ולא הוכחשו בחקירות כל אלו הרצחנין כונסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מיעיהן ואחר כך מאכילין אותו שעורים עד שתבקע כריסם מכובד החוליי". (רמב"ם הלכות רוצח ד', ח').

ראו גם אנציקלופדיה תלמודית בערך "כפה" (כרך ל"א, תתקל"ג-תתקל"ה והאסמכתאות שם); וכן קירשנבאום בפרק ט' בעמ' 256 ואילך, לפיו המדובר בתנאי מאסר קשים שתכליתם להביא לזירוז מיתתו של העבריין, מאסר המשמש מעין חלופה לעונש המוות שמתחילה היה ראוי להשית על הנידון, וכך יש לראותו. יוער, כי בתוספתא (סנהדרין י"ב, ד') ובסוגיה התלמודית מובא מקרה נוסף שבו אוסרים את העבריין בכיפה, אך אין משיתים עליו את הסנקציות שתכליתן לקרב את מיתתו, אלא נאסר הוא עד יום מותו. כן מצאנו בדברי הרמב"ם קיומו של עונש מאסר ממושך וקשה בעבירת רצח, שנסיבותיה לא חייבו בדין המלכות את הריגתו של הרוצח: "בית דין

חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים" (רמב"ם הלכות רוצח ושמירת נפש ב', ה'; ההדגשה הוספה – א"ר; למקרים נוספים של מאסר בתלמוד ראו עונש המאסר בישראל, בעמ' 148-149).

עח. מקור השם "כיפה", לדעת חלק מן המפרשים, נגזר מן התנאים הקשים שאיפיינו את עונש המאסר, ובפרט את שטח המחיה שהוקצה לעבריין. לשיטת רבנו עובדיה מברטנורה פרשן המשנה, מדובר ב"מקום כשיעור קומת אדם ולא יותר" (סנהדרין ט', ה'); רבנו ניסים גירונדי (המאה הי"ד, ספרד) פירש כי כיפה היא מן השורש כפ"ף, המרמזת על היות האדם שבתוכה כפוף (חידושי הר"ן סנהדרין פ"א, ב').

עט. אין לכחד, תנאי האסירים כפי שבאים לידי ביטוי בתיאור התלמודי ובפרשנות לעניין המאסר בכיפה, היו קשים ביותר. ואולם, המאסר בימי התלמוד הופעל – כפי שהוטעם – במקרים של עבירות חמורות ביותר, ובעיקר כחלופה לעונש המוות. נוכח דיני הראיות המחמירים של המשפט העברי, נותנת הדעת כי מדובר במקרים נדירים שבנדירים (ראו עונש המאסר בישראל, בעמ' 134; ריין, בעמ' 33-35). עם זאת עמד הרמב"ם בחיבורו ההלכתי המרכזי על כבוד הבריות הנענשות על-ידי בית הדין, ופסק:

"כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם... שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד שכל המבזה את התורה גופו מחולל על הבריות והמכבד את התורה גופו מכובד על הבריות ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה" (רמב"ם סנהדרין כ"ד, ה'; ההדגשות הוספו – א"ר).

ראו גם אנצקלופדיה תלמודית בערך "כבוד הבריות" (שם, תצ"ד), לעניין אפשרות חריגה מארבע אמות של איסור תחומים בשבת בשל כבוד הבריות.

פ. ברבות השנים, בעקבות מציאות החיים המשתנה, נסיונם של עבריינים להימלט מן הדין והתמורות שחלו במערכת דרכי הענישה בשיטות המשפט השונות, השלים המשפט העברי – החל מן המאה הי"ד – עם עונש המאסר כסנקציה "רגילה" בגדרי דינא דמלכותא. מתקופה זו הוחל המאסר העונשי על סוגים שונים של עבירות בחלקים גדולים של הפזורה היהודית (קירשנבאום, בעמ' 431-434 והאסמכתאות הרבות שם; המאסר במשפט העברי, בעמ' 190 ואילך; כן ראו בן יצחק, בעמ' 4). אמנם, "מאחר שהמשפט העברי שלל, במקורו, את המאסר כאמצעי ענישה... לא מצויות בידינו

תשובות מרובות הדנות בתנאי השהייה של האסיר בבית הכלא" (בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 494 (1987), מפי השופט – כתארו אז – אלון, להלן עניין וייל), אך ניתן לומר ללא כחל ושרק כי הדין העברי בסוגיה זו ברור, שכן גדולי ישראל לאורך הדורות עמדו והזהירו על הצורך בשמירת כבודו של האדם הנתון מאחורי סורג ובריח (ראו בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' בן זאקי עזאזמי, פ"ד מו(5) 72, 79 (1992)).

פא. כבר הזכרנו את דברי הרמב"ם בשעתו. יפים עד מאוד דבריו של ר' חיים פאלאג'י (המחצית הראשונה של המאה הי"ט, תורכיה) בעניין החובה להעמיד לאסירים תנאי כליאה הולמים. ביחס לעצור, פסק הרב פאלאג'י, כי תכלית המעצר היא אך שמירת העצור שלא יברח טרם משפטו, ואין להוסיף עליו סבל נוסף בתנאי המעצר; וביחס למי שהורשע בעבירה שאין עונשה מיתה כתב, אולי גם בהתרשמות מבתי הסוהר של האימפריה העות'מאנית בשעתה:

"אין לאסור אותו בבית אסורים שיש בו טינופת, שהוא מקום חושך ואפילה והיושב שם הוא בדוחק ובצער...דאפילו נתנה תורה רשות להכניסו בבית האסורים, לא בבית האסורים כזאת נתנה תורה רשות...כיוון שאפילו חטא ונתחייב להיות בבית האסורים – לא יצא מכלל ישראל" (שו"ת חקקי לב חלק שני, סימן ה; ראו גם המאסר במשפט העברי, בעמ' 185 בהערה 1).

פב. כן מצינו שלאחר שנאלצו חכמי ההלכה להשלים עם מאסרו של אדם המסרב לשלם את חובו הכספי, חויב בעל החוב לדאוג למזונותיו של החייב (עניין פר"ח, בעמ' 742-743 והאסמכתאות שם). ראו גם דברי השופט אלון בעניין וייל, שהסיק מדיני התורה בעניין הגליית הרוצח בשגגה לעיר מקלט, כי יש לשמור על כבודו וכי "יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכיוצא באלה צרכי חיים חיוניים" (שם, בעמ' 495-497). עוד הזכיר השופט אלון שם את דרשת חכמים על הפסוק "ונקלה אחיך לעיניך" (דברים כ"ה, ג'), "משלקה – הרי הוא כאחיך" (משנה מכות ג', ט"ו), והטעים כי "כלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו" (שם, בעמ' 491). דברים אלה, גם אם לא נקבל את הביטויים "אחיך ורעך" כפשוטם במציאות הריאלית, אלא כשימוש בביטוי מקראי ("למען אחי ורעי אדברה-נא שלום בך" (תהלים קכ"ב, ח')), יש בהם מסר של נימים אנושיות, של תזכורת כי האסיר הוא אדם כמוך וכמוני גם אם לעת הזאת נשללו זכויותיו.

פג. מעניין לציין, כי גם בסיפור המקראי על אודות ירידתם של בני יעקב למצרים, ניתן למצוא גישה המבכרת שמירה על זכויות האסיר וכיבוד צרכיו הבסיסיים. בשעה שהוא שמו אחי יוסף ב"ריגול", נלקח שמעון למאסר בכלא המצרי. המקרא מתאר אמנם כי מאסרו של שמעון נעשה בפומבי "ויקח מאתם את שמעון, ויאסר אתו לעיניהם" (בראשית מ"ב, כ"ד), אך רש"י העיר על אחר כי: "לא אסרו אלא לעיניהם. וכיוון שיצאו, הוציאו והאכילו והשקהו" (ההדגשה הוספה – א"ר; ראו בעניין זה גם אביעד הכהן "נשמה יתרה במשפט - כבוד האדם וחירותו בספר בראשית" פרשת השבוע בראשית 336 (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, תשע"ב)).

פד. את יחסו של המשפט העברי לאסירים ולעצורים היטיב לבטא השופט אלון בפסיקתו לאורך השנים (ראו בעניין זה רשימתי "על השופט מנחם אלון – אנושיות, משפט עברי במדינה יהודית וצדק במדינה יהודית ודמוקרטיה" הסניגור 192 (2013) והאסמכתאות שס; א' הכהן "מנחם אלון: חכם המשפט וחכם במשפט" שערי משפט ו 9, 18-16 (2013)). יפים דברי השופט אלון שנאמרו בעניין עונשי מאסר שביקשה המדינה להטיל על עבירות של סחר בסמים:

"...לרגל המצב הבלתי נסבל, השורר בחלק מבתי הסוהר מבחינת קיום תנאים אנושיים מינימאליים של תרבות מגורים ואכילה...מן הראוי להרבות בהטלת קנסות כספיים כבדים ורציניים במקום ישיבה במאסר, כל עוד אין בכך משום ניגוד חריף לנסיבות העבירה והעברייני ולצורך להגן על שלום הציבור וביטחונו. הקנס הכספי הכבד ישיג, לעתים קרובות, את מטרתו בהרתעת העברייני ובחינוכו לחיי עבודה תקינים, שעה שהמאסר בתנאים, השוררים, למגינת לבנו, בחלק מבתי הכלא, מביא לעתים קרובות בנוסף להצטרפות הנאשם לחברה עבריינית שכמעט ואינה ניתנת לתיקון - לידי השפלת צלם האלוקים של העברייני, ולכך, חוששני, הרשות אינה נתונה בידינו" (עניין סגל, בעמ' 327).

פה. הדברים אמנם נכתבו בתחילת שנות ה-80 של המאה הקודמת, וללא ספק מני אז חל שינוי מבורך בתנאי האסירים בבתי הכלא, אולם העיקרון העומד בבסיסם יפה גם כיום.

פו. סיכומם של דברים – ביסוד העקרונות שעיצבו את המשפט העברי לאורך הדורות בסוגית תנאי האסירים, שיסודם בראייתו המצמצמת של עונש המאסר בכלל אך בתהליך של "הסתגלות" אליו ככורח לא יגונה, עומד הצורך בשמירה על כבודם וסיפוק צרכיהם האלמנטריים. במובן זה, נראה כי היו הוראות המשפט העברי מתקדמות יחסית לעולם המאסרים ה"קלאסי" האכזר; "קליטת המשפט העברי את עונש המאסר לא

הביאה עמה גם את תופעות הלואי של התאכזרות כלפי האסירים, תנאים בלתי אנושיים במזון ולינה וכיוצא באלה, ששררו עוד עד למאה ה-19 בארצות השונות" (המאסר במשפט העברי, בעמ' 200). אפשר להרחיב דברים אלה גם למאה העשרים, למן הגולאגים ברוסיה ועד לדרום אפריקה של האפרטהייד. מכל מקום, כפי שהדעת נותנת והשכל הישר מחייב, מקיים המשפט העברי איזון בין כבוד האסיר לבין תכליות הענישה הגלומות במאסר, אך העיקר לענייננו – הוא מבקש לשמור על כבוד האסיר, המוחלש, הזקוק לשיקום. בודאי יתמוך המשפט העברי בהקלה בתנאי האסירים, ככל שאין בכך כדי לפגום בתכליות הענישה.

המשפט העברי בשיטת משפטנו

פז. הואיל ופסק דין זה ניתן ביום פרישתי מבית המשפט העליון, ולחיבת המשפט העברי, אטול חרות לעצמי לייחד דברים קצרים למעמדו, מקומו ותוקפו של המשפט העברי בשיטת משפטנו, שבגיננו ניטשה – ועודנה ניטשת במידה מסוימת – מחלוקת בין אישי ציבור ומשפט (ראו ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785 (1981), להלן עניין הנדלס); ספרי נתיבי ממשל ומשפט, סוגיות במשפט הציבורי בישראל 168 (תל-אביב תשס"ג), להלן נתיבי ממשל ומשפט; וכן חנינה בן-מנחם "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 – חובת ציות או חובת הוועצות?" שנתון המשפט העברי י"ג 257 (תשמ"ז)), והרשימה הנזכרת של אביעד הכהן "מנחם אלון: חכם המשפט וחכם במשפט"; ורשימתי "על השופט מנחם אלון – אנושיות, משפט עברי במדינה יהודית וצדק במדינה יהודית ודמוקרטית" הסניגור 192, 5 (2013)). מחלוקת זו מצאה את ביטויה, בין השאר, בפולמוס בין השופטים מ' אלון וא' ברק בעניין פרשנותם של חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 (להלן חוק יסודות המשפט) ושל חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. בקצירת האומר, המחלוקת נסבה ביסודה על הגדרת ה"יהודיות" של המדינה ועל טיבה ואופיה של הסינתזה המתבקשת בין היותה של המדינה "יהודית" להיותה "דמוקרטית". הויכוח התנהל בראשונה על משמעות הביטוי "עקרונות החרות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", שאליהם מצוה להידרש חוק יסודות המשפט (סעיף 1) במקום של חסר (לקונה) במשפט הנוהג. השופט אלון סבר, כי עקרונות "מורשת ישראל" הם הם עקרונות המשפט העברי, ומשכך העניק המחוקק מעמד בכורה למשפט העברי במלאכת הפרשנות השיפוטית. לעומת זאת סבר השופט ברק, כי אין החוק מעניק "מעמד-על" למשפט העברי ואין הוא עדיף על מקורות משפטיים אחרים שבהם נעשה שימוש בפרשנות החוק. שנים מאוחר יותר, עם חקיקתם של חוקי היסוד שלזכויות, חלקו השופטים אלון וברק בפרשנות סעיפי המטרות של חוקי יסוד אלה, הקובעים כי יש להגן על זכויות האדם ברוח "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". השופט אלון סבר, כי ערכי המדינה היהודיים כוללים את המשפט העברי

באופן ספציפי, בעוד שלשיטת השופט ברק את הללו יש לפרש "ברמת הפשטה אוניברסלית", דהיינו כללית ורחבה יותר (עוד בעניין זה ראו רשימתי "מלכות ישראל לעומת דינא דמלכותא – בעקבות צאת ספרו של השופט ד"ר גרשון גרמן 'מלך ישראל'" מחקרי משפט כ"ב 489, 496 (תשס"ה-2005), להלן מלכות ישראל לעומת דינא דמלכותא).

פח. הגישות המנוגדות שהציגו המלומדים השופטים אלון וברק לא הוכרעו, וספק אם יוכרעו, ואולי בגדרי השכל הישר גם אינן זקוקות להכרעה בינארית מקוטבת אלא לשביל זהב של אמצע הדרך. לעניין זה יפים גם כיום במידה רבה דבריו של הוגה הדעות פרופ' אליעזר גולדמן ברשימתו "חוק המדינה וההלכה – האמנם סתירה", שדמות ס"ה 70-79 (תשל"ח), שפורסמה גם בספרו מחקרים ועיונים – הגות יהודית בעבר ובהווה 387 (ד' סטטמן וא' שגיא עורכים, תשנ"ז). נאמר שם (בעמ' 388) כי "... דרושה מידה רבה טקט ושל מתניות מכל הצדדים. עמידה עיקשת על עקרונות אידיאולוגיים של חילוניות או של נאמנות המדינה להלכה עלולה לפורר את החיים הלאומיים המשותפים... כל מציאות לאומית-מדינית שתהא בת-קיום לא תוכל לגלם עמדה עקיבה בנוגע לאופי הלאומיות היהודית או ליחסי המדינה וההלכה. היא תשקף נסיון התאמה הדדית מעשית של חוגים שהשקפותיהם על סדר משפטי-מדיני רצוי למדינת היהודים חופפות רק באופן חלקי וחלוקות בכמה שאלות מרכזיות". ומשמרנו זאת, על פני הדברים, דומה שאין מחלוקת על דרך העיקרון והכלל על כך, שלמשפט העברי מקום של כבוד בשיטתנו המשפטית. הכל יסכימו, כי המשפט העברי הוא מקור חשוב בין מקורות המשפט הישראלי. הכל יסכימו, כי המשפט העברי הוא אוצר בלום – בפרט בהיבט המשפטי – של עושר אינטלקטואלי משפטי ושל ערכי יסוד שלא נס ליחס (ראו גם אהרן ברק "מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה" מבחר כתבים א 98 (תש"ס), להלן מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה). אכן, המחלוקת משכבר בין השופטים אלון וברק נסבה על פניה על אופיה של מדינת ישראל, על זהותה ועל ערכיה, ולא כאן המקום להאריך בכך, בחינת "לכל זמן ועת לכל-חפץ תחת השמים" (קהלת ג', א'); ואולם לטעמי, ניתן וראוי לגשר במידה רבה על הפער בין ההשקפות, ואין לומר כלל כי תהום פעורה ביניהן. הבסיס היהודי והציוני, של תחיית העם בארצו ושל זכויות אדם לכל משותף לשתי ההשקפות. הנשיא ברק, ניצול השואה, אמר לא אחת כי לקחיה לדידו הם שניים, הצורך במדינה יהודית כדי שיהיה ליהודים בית, ושמירה על זכויות האדם, כדי שלא ינהגו בזולת כמות שנהגו בנו בשואה. השופט אלון היה ציוני דתי ליברלי, נאמן לזכויות האדם, כעולה מפסיקתו ומכתיבתו. לעושר התמונה אזכיר דעה נוספת בקשר למשפט העברי, שהביע השופט פרופ' יצחק אנגלרד (עוד בכובעו האקדמי טרם מינויו לבית המשפט) כי בשימוש במשפט העברי יש חשש "לחילונו" (ראו י'



אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית" המשפט העברי ומדינת ישראל 110 (י' בזק עורך, תשכ"ט)). ואולם, בכהונתו בבית משפט זה ראה, דומה, גם פרופ' אנגלרד מעין שליחות להשמיע את קולו של המשפט העברי, כמעט בחינת "כי לכך נוצרת" (משנה אבות, ב', ח'). נדרשו לנושא גם השופט י' טירקל (ראו בעניין זה יובל סיני "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1994-2006 – תמונת מצב עכשווית ומבט" מאזני משפט ז 374 (תש"ע), להלן המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל); כן ראו דברי השופט טירקל בטקס הפרידה מבית המשפט העליון, כפי שפורסמו במחקרי משפט כ"ג 5, 8 (תשס"ד); ועוד ראו ע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פ"ד נא(5) 337, 353 (1997), שם ציטט מן המשפט העברי "כדי להגדיל תורה ולהאדיר". כן עסק בכך השופט נ' הנדל (ראו לדוגמה בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקאות 7-4 (2017); רע"א 296/11 נג'אר נ' עליאן, פסקה 9 (2012); כן ראו המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, בעמ' 401-402). חברי השופט נ' סולברג, במאמרו המעניין "משפט עברי לתועלת" (טרם פורסם), הניח את הדגש על ההיבט היישומי, קרי, כיצד ניתן לעשות שימוש במשפט העברי בהכרעות קונקרטיות, תוך דוגמאות. לא למותר גם להביא מזוית אחרת דברים שכתב השופט חיים כהן (המשפט (תשנ"ב), בעמ' 10):

"האמונה באלוהיותו של החוק ובנצחיותו מנעה בעד המשפט העברי מלהתקבל כמשפט מדינת ישראל. היו שסברו שלא ייתכן, כי במדינה יהודית נחיה לפי משפט אחר זולת המשפט העברי; והיו שטענו, בצדק, שהמשפט העברי הוא גמיש ורחב-אפקים דיו להתאימו לצורכי מדינה דמוקרטית מודרנית. ואולם גברה עליהם מחאת המוחים נגד כל ניסיון לשנות כהוא-זה מחוקי אלוהים ותורותיו, ולו גם רק כדי להתאימו לצרכים הללו. ומאחר שבמדינה דמוקרטית אי-אפשר להנהיג את המשפט העברי או כל משפט, בלי חקיקה, הרי פי המחוקק הנותן תוקף לחוק האלוהי נוטל שררה לעצמו גם לשנותו וגם לבטלו – ושררה זו אינה אלא השגת-גבולו של המחוקק האלוהי. ואף גם זאת אמרו, שאין למחוקק הסקולרי אפילו סמכות לשנות מלשון חכמים, שנתקדשה מימי-קדם, ולתרגם את החוקים העתיקים לשפה משפטית מודרנית. כך נשאר המשפט העברי – חוץ מאשר בעניינים שחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 חל עליהם – שדה רחב ומרהיב, אשר רק לומדי תורה וחוקרי ההיסטוריה של המשפט חורשים בו".

דברים אלה מבטאים השקפתו של תלמיד חכם שראשיתו וצמיחתו בציבור הדתי ולימים שינה השקפתו וארחו, אך היתה לו חיבה עזה למשפט העברי.

פט. מבקש אני לעמוד, בתמצית, אך על החשיבות שבפניה הולמת למקורות המשפט העברי ובהסתייעות בהם בשעה שעוסקים אנו במלאכת בירור הדין. אכן, מדינת ישראל קמה כשבבסיסה משפט "חילוני" (למעט דיני המעמד האישי, שברבות השנים נצטמצמו בעיקר לדיני נישואין וגירושין שבסמכות בתי הדין הדתיים השונים על פי עדותיהם, בהמשך להסדרים העות'מאניים והמנדטוריים), ואין בתי המשפט פוסקים את הדין על פי ההלכה היהודית, דבר שעליו עגמה במיוחד נפשו של הרב הראשי בקום המדינה, הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, וראו ספרו חוקה לישראל על פי התורה – סדרי שלטון ומשפט במדינה היהודית (א' ורהפטיג עורך, תשמ"ט); וראו דברי ד"ר ורהפטיג שם, בעמ' כ"ב ואילך; ומאמרי "תקומת המדינה והמשפט העברי לאור תורתו של הרב הרצוג" משואה ליצחק – חלק שני 20 (ירושלים, תשס"ט); ספרי שופטי ארץ 75-76 (תשמ"א-1980). תחת – בחינת המביא תבן לעפריים – להכביר דברים על סגולותיו ומעלותיו של המשפט העברי, ואין המשפט העברי זקוק לשם שבחיו לי ולשכמותי, אומר דברים קצרים בעניין ההסתייעות בו, שבעיני יש בהם משום אפשרות לסינתזה.

צ. לטעמי הסינתזה אפשרית בהחלט. היא מעיקרא מסר רעיוני ממבט לאומי-תרבותי, שיישומו כמובן תלוי מקרה. אין לראות את המשפט העברי בשום פנים כ"עניין של הדתיים"; ארון הספרים היהודי, התנ"ך, המשנה והתלמודים, ספרות הגאונים, הראשונים – ובתוכם הרמב"ם ושולחן ערוך – והאחרונים, ובמיוחד ספרות השאלות והתשובות, ובדורותינו הספרות התורנית והמחקרית שהניבו אישים – ואזכיר כמעט רק את מי שאינם עוד עמנו – כמו השופט פרופ' מ' אלון, פרופ' א' גולאק, השופט ד"ר מ' זילברג, ד"ר א"ח פריימן ופרופ' א' קירשנבאום עליהם השלום, וכן יב"א פרופ' ש' אלבק ופרופ' נ' רקובר וחוקרים חשובים אחרים במשפט העברי שכדי לא לקפח לא אמנה את כולם ויסלחו לי מי שלא מניתיים – כל אלה הם אוצר בלום של משפט. ראוי ללכת בדרכו של השופט סולברג, המשפט העברי לתועלת, מקום שהדבר אפשרי ואז הנה מה טוב ומה נעים; אך גם במקומות אחרים, כחלק ממרקם תרבותי יהודי כללי, השימוש בו ראוי, כתובנות משפטיות ומוסריות בתחומים שונים.

צא. השקפתי בהקשר זה, הקרובה במובן רחב אל זו של השופט אלון, אף כי לא זהה לה, ומטעימה את שביל הזהב, היא כי יש להביט אל המשפט העברי במדינה בשתי עדשות; עדשת היותו נכס תרבותי-לאומי שאליו אנו רשאים ומצווים להתחבר מכוח היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית; ועדשת עושרו המשפטי, הגדוש מזן אל זן בתובנות שגם אם נכתבו בחלקן הגדול בשכבר הימים, והן מדברות לעיתים בשפה נושנה אם גם בעברית – לא נס ליחן. אופיה היהודי של המדינה אמור לקבל את

ביטוי, בין היתר, בהשתלבותו של המשפט העברי במשפט ארצנו (ראו מלכות ישראל לעומת דינא דמלכותא, בעמ' 493). ואכן, למן יום היוסדה של המדינה ואף קודם לכן, ביטאו את רוח הדברים במישור ההצהרתי – ולעיתים הצהרתי בלבד – בתי המשפט ומלומדים. ויתר על כן, עוד טרם הקמת המדינה, בימי המנדט הבריטי, כתב חוקר המשפט העברי ואיש "משפט השלום העברי" ומן הלוחמים למען המשפט העברי עוד משנות העשרים, מטעמים לאומיים ולא דווקא דתיים-אורתודוקסיים, לימים חתן פרס ישראל, פרופ' פלטיאל דייקן (דיקשטיין), שלא מנקודת הראות הדתית:

"לא תיתכן מדינה עברית ללא משפט עברי, לא הצבא והכח בלבד קובעים את תקפה ואת חסנה של המדינה, כי אם גם המסגרת הארגונית והמשפטית מכריעה בשאלת קיומה ובצורה. וכשם שלא יעלה על דעתנו לבנות את המדינה על תרבויות זרות ולשונות נכריות, כך לא תתכן המדינה העברית בלי משפט. עברי. לא נשכח את האוצר היקר של מסורת משפטית עברית בת אלפי שנה ולא נתעלם ממנו" ("לא תיתכן מדינה עברית בלי משפט עברי" הפרקליט ד 330-329 (1947)).

שנים ספורות מאוחר יותר, בראשית ימיה של המדינה, הטעים השופט (כתארו

אז) ש' אגרנט:

"עלינו לבחון את אפיו של המשפט העברי על-פי יחסה ההיסטורי של האומה היהודית אל משפט זה, ואזי בעל כרחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קנינה המיוחדת, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם" (ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 177 (1954)).

אף לפני זמן לא רב כתב השופט ברק:

"ערכי היסוד של המשפט העברי מעצבים את דמותנו כעם וכמדינה... הם חלק מערכי היסוד של משפטנו... הפנייה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פנייה אל משפט משווה. זו פנייה אל משפט ישראל. זו פנייה חובה. הפנייה אינה אל כל ערכיו של המשפט העברי. הפנייה היא לאותם ערכים המהווים חלק ממשפט המדינה" (א' ברק שופט בחברה דמוקרטית 290 (2004)).

"ערכי המשפט העברי הם חלק מערכי המשפט הישראלי. תפיסות היסוד של המשפט העברי – זה הנכס הלאומי

של העם היהודי – הן תפיסות יסוד של המשפט הישראלי. ערכים אלה של המשפט הישראלי – ובהם ערכי המשפט העברי – הם חלק מהתכלית הכללית של כל דבר חקיקה. בכך בא לידי ביטוי מעמדו המיוחד של המשפט העברי, המהווה נכס לאומי שלנו, אשר ערכיו שלו הם ערכינו" (מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה, בעמ' 102).

צב. ד"ר ש"ע וזנר, בספרו חשיבה משפטית בישיבות ליטא – עיונים במשנתו של הרב שמעון שקופ (תשע"ו-2016), חותם את ספרו בניתוח תורת המשפטים של הרב שקופ (ליטא-פולין, המאות הי"ט והכ') ושאלת תקפותן של נורמות שאינן על פניהן מצויי האל (כמו במדינה המודרנית), ותשובתו היא שהחובה לציית לדבר ה' נובעת ממשפט השכל וההכרה בסברה אוטונומית של הנמען (עמ' 283). משמעות הדברים בעיניי היא, כי גם לאדם הדתי ישנן דרכים סלולות במשפט הכללי, ומכאן גם פתח לענינו.

צג. פעמים נטען, כי שימוש במקורות המשפט העברי אינו עולה בקנה אחד עם היותה של המדינה דמוקרטית. לטעמי טענות אלה בטעות יסודן. בעניין קשרי הגומלין בין המשפט העברי לערכי הדמוקרטיים של המדינה, סבורני כי "השאיפה צריכה להיות להרמוניה, לסינתזה, להשלמה הדדית בין המרכיב היהודי למרכיב הדמוקרטי" (מלכות ישראל לעומת דינא דמלכותא, בעמ' 490). אכן, ביחס לנקודת האיזון הראויה ייתכנו דעות שונות. ואולם, על המאמץ להתרכז בפיתוח משפט היוצר הרמוניה בין המרכיבים, המבכר את הדומה ודוחה את השוני. הנה מדברי השופט ברק בהספד שנשא בפטירת השופט אלון: "היחס בין ערכי ישראל כמדינה יהודית לבין ערכי הדמוקרטיים חייב להשקפתו (של אלון – א"ר) סינתזה והרמוניה. בכך הסכמנו, והלכנו יד ביד" (הובאו בעלון השופטים ע"ש השופט שמואל ברוך, גיליון 26 (פברואר 2013)). הרמוניה וסינתזה אלה הן שצריכות להתוות את הדרך.

צד. סבורני איפוא, כי הפניה למערכת המשפט העברי – אם לצורך ביסוס הטענות ופסקי הדין, אם כמקור השוואתי ואם לצורך השראה והרחבת התשתית המשפטית העיונית (והשוו' נ' רקובר המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, ז' (ספרית המשפט העברי, כרכים א-ב, 1989), בשים לב לנושא, לעיון הקפדני הנדרש ולזהירות המתבקשת – מהוה חלק מרכזי ביצירת הסינתזה הנחוצה בין המשפט העברי לשיטת משפטנו המבוססת על חוקי הכנסת (השוו' עניין הנדלס, בעמ' 795).

צה. למשפט העברי איפוא משמעות לאומית ותרבותית, כמורשתו החברתית והערכית של העם היהודי מדורי דורות. אכן, הוא מושתת על הדת היהודית, אולם היזקקות לו אינה מהוה, כשלעצמה, הבעת עמדה בשאלה דתית או תיאולוגית, ואין

לראותה כך, אלא במשקפיים משפטיות-לאומיות. המשפט העברי בודאי אינו נחלתה הבלעדית של היהדות הדתית, גם אם טבעית, אך במידת מה מצערת, העובדה שמרבית העוסקים בו, אם גם לא כולם, נמנים על ציבור שומרי המצוות, מה שמטביע בו "חותם של דתיים". כדאי וראוי שיצטרפו למעגלו גם מי שאינם שומרי מצוות (ראו גם א' הכהן "עשיית עושר ולא במשפט עברי" משפט ועסקים י 183, 185 (תשס"ט), להלן עשיית עושר ולא במשפט עברי). בעבר כתבתי:

"מה שקרוי לעיתים 'ארון הספרים היהודי' הוא אוצר שספק אם יש דומה לו, של תחומי תרבות רבים, אך אולי בראש ובראשונה התחום המשפטי. לדעתי אין צורך להזדהות עם גישה רעיונית זו או אחרת כדי להסתקרן לגביהם, ללמוד אותם, להסתייע בהם, להתגאות בהם, לעשות בהם שימוש ערכי, איש לפי הגדרתו את המסד הערכי" (מלכות ישראל לעומת דינא דמלכותא, בעמ' 502).

בשעתו, בהשתלמויות שופטים במשפט עברי, שמחתי כמוצא שלל רב על השתתפות שופטים ושופטות שאינם מן הציבור הדתי, ועוד יותר – כאשר כתבו שופטים ושופטות שאינם מן הציבור הדתי פסקי דין בהם נסתייעו במשפט העברי.

צו. נכון בעיני איפוא לפתח גישה תרבותית-לאומית למשפט העברי, למוסדותיו ולמקורותיו; "חלילה לנו לעצום עינינו מנכסי תרבות ומשפט כלליים, ועל אחת כמה וכמה חלילה לנו לעצום עינינו מנכסי תרבותנו שלנו" (עניין הנדלסט, בעמ' 798, מפי השופט אלון). ואולם, אין לכחד, תחייתו של המשפט העברי כפי שזו מגולמת בשיטת משפטנו הכללית, עודנה דלה. ההיזקקות לעקרונות המשפט העברי בפסיקות בתי המשפט אינה נפוצה, והשימוש בהם – כמקור השראה או ככלי פרשנות – אינו שגור דיו. רטוריקה המאדירה את חשיבותו של המשפט העברי, אינה עולה בקנה אחד עם המציאות בשטח (ראו עשיית עושר ולא במשפט עברי, בעמ' 231). חוק יסודות המשפט, כידוע, לא צלח עד הנה כפי שקיוו מחוקקיו.

צז. בשכבר הימים ברשימתי הקצרה "המשפט העברי – משפט הקורא לנו" (בקובץ לשילובו של המשפט העברי בעריכת פרופ' נ' רקובר, תשנ"ט-1998; רשימה שפורסמה גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט 168 (תשס"ג-2003)), תוארו שלוש משוכות שעל משפטן-שופט ועורך דין בישראל – לעבור כדי לעשות שימוש מכובד וראוי במקורות המשפט העברי, וכך נאמר שם:

"הראשונה היא הרצון. בכך כרוכה גישה אידיאית מסוימת. הקיטוב החוצה את החברה הישראלית בנושאי דת ומדינה, כמו בנושאים לא מעטים אחרים, עלול לשאוב לתוכו – באורח שגוי, לדעתי – גם את הנושא דנן. רוצה לומר, המשפטן המכריע לכיוון השימוש במשפט העברי עלול לעתים לראות עצמו כ'נוטל צד' בוויכוח הפנימי. גישה זו – בעיניי – בטעות יסודה, שכן מורשת תרבותית עשירה מאין כמוה איננה, ואינה צריכה להיות, נחלת ציבור פלוני או אלמוני אלא נחלת הכלל, בלא זיקה לדעות בפולמוס ציבורי. מקורו של המשפט העברי אמנם דתי, אך המסר הנובע הימנו אינו בהכרח כזה, ואינו צריך להיות נחלת שומרי מצוות בלבד. אולי מגמת החיפוש אחר אוצרותיו של 'ארון הספרים היהודי', הרווחת כיום בישראל, תסייע לריכוך קושי זה.

המשוכה השניה היא הצורך במידה מסוימת של ידע כדי לעשות שימוש ראוי, ולוא גם צנוע, במקורות המשפט העברי. עבודתם הברוכה ותרומתם העצומה של משפטנים בדורנו, שבהם תופסת מקום של כבוד המחלקה למשפט העברי במשרד המשפטים בראשות פרופ' נחום רקובר, מסיעת להתגבר על כך. כיום מדף ספרי העיון בתחומים שונים ומקיפים של המשפט העברי, גדול מזן אל זן. הספרים הכתובים בלשון מודרנית, תוך התחברות מלאה למשפט הישראלי הכללי, המאפשרים לשופטים ולעורכי הדין הנכונים לכך מבחינה רעיונית והמוכנים להשקיע את הזמן הדרוש, לעשות שימוש מכובד, יעיל ונוח במשפט העברי, לשם השראה, פרשנות, אישוש והעמקה בעבודתם.

וכאן עולה ומתייצבת המשוכה השלישית – הזמן, המשאב היקר ביותר. שופט ועורך-דין בישראל עמוסים בדרך כלל לעייפה. לפתחו של שופט מוטלים תיקים רבים ביותר, ומשימתו לסיימם במועד ראוי. לשם כך יש צורך להשקיע עבודה רבה, והוא הדין לעורכי הדין. המשפט העברי הוא בחינת 'נשמה יתרה', ומחייב, בדרך כלל, השקעת זמן שאיננו בנמצא. ואולם, הואיל ושילובו של המשפט העברי ביצירה המשפטית והשיפוטית הוא חוויה תרבותית ומקצועית ואתגר שיש בו משום התחברות לאלפי שנות יצירה יהודית, הרי אם ישנם נכונות רעיונית ורצון, יימצא גם הזמן הדרוש" (הדגשות הוספו – א"ר).

כעולה מכאן, כשלעצמי לא הייתי רוצה לחלק את ההתיחסות למשוכות הללו על פי החלוקה המעין-דיכוטומית בין דתיים לשאינם דתיים, הגם שהדבר עשוי להיות שובה לב בעיני פלוני או אלמוני. אדרבה, אם מביטים אל הנושא בהשקפה תרבותית-לאומית, הנושא אינו צריך להיכלל בתוך המתח דתי/לא דתי במדינת ישראל, אלא להימצא במובהק ב"אגף ההרמוניה".

צח. כבר נזדמן לי לומר, כי:

”היחס למשפט העברי במערכת המשפטית הישראלית הוא יחס של שניות. מחד גיסא, באורח עיוני מודים הכל כי המשפט העברי הוא חלק ממורשתנו המשפטית וראוי שיהיה לכך מקום במשפט הישראלי; זאת גם אם ישנה מחלוקת בדבר היקפה של חובת ההיזקקות אליו... מאידך גיסא, יישומו של ההיגד העיוני בדבר מקומו של המשפט העברי נתקל בקשיים, חלקם אידיאיים ורובם מעשיים, בקהילה המשפטית הישראלית” (נתיבי ממשל ומשפט, בעמ' 168; על ניתוח גישות שונות ביחס למשפט העברי ראו עשיית עושר ולא במשפט עברי, בעמ' 187-195).

לאחרונה ישנן יוזמות להגביר חיילים בתחום זה על-ידי תיקון חוק יסודות המשפט, ועל כך ניטש פולמוס (ראו פרסום המכון הישראלי לדמוקרטיה חוק יסודות המשפט, הצעה לתיקון ודברי ביקורת מאת ב' פורת ותגובת מ' קרמניצר); אין זה המקום להידרש לאלה, אך לטעמי אף אפשרויות החוק בנוסחו הקיים לא מוצו עד תום; וראו בהקשר זה גם דבריו המאלפים של חברי השופט מלצר (בדעת מיעוט בבע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פסקה 18 (22.12.16)) שדגל בפרשנות להוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט ”כמכוונת לעקרונות הבסיסיים של מורשת ישראל, כפי שזו הוגדרה על ידי פרופ' אלון, ואולם לא בהכרח להסדרים המשפטיים הפרטניים שנקבעו בהלכה”.

צט. לדידי, בסופו של יום, ראוי ואף חיוני המאמץ להביא לידי ביטוי בשיטת משפטנו את עושרו האינטלקטואלי והערכי של המשפט העברי, בשים לב, כאמור, לנסיבות כל תיק. ”מדיניות משפטית ישראלית ראויה, היא זו אשר עושה אוזנה כאפרכסת ומאזינה לרחשי הלב של המשפט העברי” (ע”א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פסקה 135 (2014), מפי השופט סולברג; ראו גם א' מעוז ”מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל” הפרקליט מ 53, 66 (תשנ”א-תשנ”ג)). מעיד אני עלי, כי מיום שעמדתי על דעתי השיפוטית השתדלתי ככל יכולתי הצנועה, ומתוך הכרת מקומי ובזהירות הראויה, ליתן ביטוי למקומו של המשפט העברי, אף כי צר לי שלא עשיתי יתר שימוש בחוק יסודות המשפט. ראיתי לנגד עיני תדיר את אוצרות הרוח של המשפט העברי ואת המסורת המשפטית העשירה שמאפיינת אותו, ואת הערך הרב למשפט המדינה בשילוב, בלא שנפגעת כמובן שהוא זה אוטונומיית בתי המשפט על פי דין המדינה. במובן זה, לא פחות משכיבד המשפט הכללי את המשפט העברי בפתחו לו שערים, כיבד המשפט העברי את משפט המדינה בכניסתו בשערים אלה.

ק. שרטוטו של שביל הזהב בכל הנוגע למידת והיקף ההסתייעות במשפט העברי ולמעמדו ותוקפו הנורמטיבי, מלאכה מורכבת היא. היא מחייבת "סבלנות וסובלנות, מתינות, איזון, רצון טוב ושכל ישר" (א' רובינשטיין ונ' סולברג "דת ומדינה בישראל בשנת היובל" מנחה ליצחק 339 (תשנ"ט), פורסם גם בתוך נתיבי ממשל ומשפט, בעמ' 196). ואולם, כל עוד ניתן אל ליבנו בלא מורא את המשמעות הלאומית, התרבותית והערכית של המשפט העברי, נצא נשכרים בפיתוח המשפט הכללי, ונתיחס למסורתנו עתיקת היומין בכבוד הראוי לה, ובפרפרזה על דברי הרב א"י הכהן קוק, נחדש את הישן ונקדש – במובן הלאומי – את החדש. אוסיף עוד, כי לדעתי אין בכך גם סתירה כלל ליחס השיווני למיעוטים בישראל, ואין כאן המקום להאריך.

קא. ועתה נשוב לליכת ענייננו.

#### הוראות החוק

קב. אציין תחילה, כי פסק דין זה ממוקד בנושא שטח המחיה, ללא זיקה, שאין לה עיגון בדין, לחומרת העבירות שעליהן מרצים האסירים את עונשיהם, העשויות להיות חמורות ומתועבות; כמו כן אין אנו נדרשים להבחנה בין אסירים פליליים לפליליים-ביטחוניים (על כל המורכבות לגבי האחרונים) שבמובן הדין הבסיסי אין ביניהם הבחנה, וכך גם לא להבחנה בין עצורים פליליים למינהליים, שאינה מעניינה של תיק זה.

קג. סעיפי החוק המרכזיים בנידון דידן הם סעיף 11ב(ב) לפקודת בתי הסוהר, שהוסף לפקודה במסגרת תיקון מס' 42, וסעיף 9(א) לחוק המעצרים. כך קובע סעיף 11ב לפקודה:

"אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע  
בבריאותו ובכבודו".

סעיף 9(א) קובע הוראה זהה לגבי עצורים.

קד. לטענת העותרים, השמתו של אדם מאחורי סורג ובריח מבלי ליתן לו שטח מחיה מינימלי של 4 מ"ר (ונזכור, 4 מ"ר ללא שטח השירותים והמקלחת) – בהתאם כאמור לסטנדרטים שונים שנקבעו במשפט הבינלאומי – אינה עולה כדי תנאי מאסר הולמים וכן פוגעת בכבודו, באופן המנוגד הן לסעיפי החוק האמורים והן לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.



קה. כאמור מעלה, מחוקק המשנה נדרש לסוגיה זו של שטח מחיה הולם. תקנה 2(ח) לתקנות בתי הסוהר, קובעת – בדומה לתקנה 3(ה)3 לתקנות המעצרים, שעניינה שטח המחיה לעצורים – כך:

”השטח הממוצע לאסיר בתא לא יפחת מארבעה וחצי מטרים רבועים; חישוב השטח האמור יהיה לפי השטח שבין קירות התא, לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת, ככל שישנה מקלחת בתא, ומחולק במספר המיטות שבתא” (ההדגשה הוספה – א”ר).

קו. אלא שהמרחק בין אמת-המידה שקבעה המדינה עצמה לבין המציאות בשטח שונה בתכלית. בהתאם לנתונים העדכניים של שירות בתי הסוהר, שהובאו בהודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 3.4.17, רק 21% (!) מכלל האסירים במדינת ישראל מוחזקים בתא מאסר העומד בסטנדרט של 4.5 מ”ר. במלים אחרות, חרף מאמצי המדינה אשר פורטו בהרחבה בתגובותיה, רובם המוחלט של האסירים והעצורים במדינת ישראל אינם זוכים לסטנדרט המינימלי שנקבע לתא מאסר או מעצר בישראל, על-ידי מחוקק המשנה עצמו. מבחינה משפטית, משליכה המדינה את יהבה על תקנה 8 לתקנות בתי הסוהר, הקובעת כך:

”תקנות משנה (ד), (ו) עד (ח) בתקנה 2, יחולו על מקומות מאסר שתכנון בנייתם החל לאחר יום התחילה [יוני 2010 – א”ר], וככל הניתן גם על תכנון השיפוץ של מקומות מאסר קיימים” (ההדגשה הוספה – א”ר).

מן הביטוי ”ככל הניתן” למדים המשיבים, כי למדינה שיקול דעת מוחלט בקבעה את תנאי המחיה לאסירים במתקני כליאה קיימים, בהתאם לשיקולי תקציב וסדרי העדיפות הנקבעים על-ידיה.

קז. במוקד דיוננו ניצב סעיף 11ב לפקודה; השאלה היא האם יש לראות את הביטוי ”תנאים הולמים” ככולל בתוכו גם שטח מחיה מינימלי לו זכאי כל אסיר – ובאופן דומה, לעצור – במדינת ישראל. ענייננו, אם כן, בסוגיה פרשנית.

קח. כדבריו של פרופ' ברק:

”חוק צריך להתפרש על פי תכליתו (הסובייקטיבית והאובייקטיבית). תכלית זו היא המטרות, היעדים, האינטרסים, הערכים, המדיניות, והפונקציה שהחוק נועד להגשים. זהו *legis ratio*” (ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 398).

## ולכך הוספתי באחת הפרשות:

"הפרשנות התכליתית נובעת גם מן השכל הישר ומנסיון החיים; אין המחוקק או מחבר טקסט בכלל, יכול לצפות כל אפשרות, והמציאות מזמנת מגוון היקרויות אשר לא שערום אבותינו' (על פי דברים ל"ב, י"ז), ועל כן כלי הפרשנות מאפשרים התחקות אחר תכליתו של הטקסט; כך גם במשפט העברי, כגון בשלוש עשרה מידות שהתורה נדרשת בהן (ספרא, פרשת ויקרא, י"ג מדות פרק א') או מערכות פרשניות דומות" (עניין זלום, פסקה ל"ב).

קט. תכליתו הסובייקטיבית של החוק נלמדת הן מלשונו הן מכוונת המחוקק. אשר ללשון, המחוקק קבע כאמור, כי "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". כוונת המחוקק נלמדת מדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 42) (תנאי מאסר), התשע"ב-2012 הצעות חוק – ממשלה 650, בעמ' 298 (ו' בשבט התשע"ב, 30.1.12)). אלה נפתחים באמירה כי "מטרת החוק המוצע היא לקבוע בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] התשל"ב-1971, הוראות מחייבות בדבר תנאי כליאה הולמים לאסירים ולהגדיר את זכויותיהם הבסיסיות..." (ההדגשות הוספו – א"ר). לדידי, השכל הישר מצביע על כך שספק אם ניתן לפרש "תנאים בסיסיים" לאסיר ככאלה שאינם כוללים שטח מחיה מינימלי; לשם ההמחשה ניטול מצב קיצון בו חי האסיר בשטח מחיה של 2.5 מ"ר, כולל מיטתו (מצב שלמרכה הצער, אינו רחוק מאוד מתיאורם של חלק ממתקני הכליאה בישראל) – היעלה על הדעת לחשוב שאותו אסיר זוכה ל"תנאים הולמים" למחייתו? כך, גם אם המזון שמקבל אותו אסיר עומד בתקינה הנדרשת, גם אם פעילויות החינוך טובות, גם אם שעות ביקור מוסדרות באופן סביר – ספק אם ללא שטח מחיה מינימלי ניתן לומר כי אותו אסיר זוכה לתנאי מחיה הולמים. מכאן, דומה על פני הדברים, כי הן לשון החוק הן כוונת המחוקק מצביעים על כך שהמחוקק ביקש לקבוע אמת מידה מינימלית לשטח מחייתו של אסיר, בהותירו את אמת המידה המדויקת למחוקק המשנה, ועל כך בהמשך.

קי. מנגד, יש צדק מסוים בטענה, לפיה כאשר ביקש המחוקק לעגן תנאים הולמים קונקרטיים, עשה כן מפורשות; כך למשל, סעיף 11ב(3) לפקודה מתייחס לתנאי מחיה בסיסיים להם זכאי כל אסיר: מיטה ומזרון (סעיף 11ב(3)(2)); מים ומזון ראוי (סעיף 11ב(3)(3)); בגדים ומוצרים לשמירה על ניקיון אישי (סעיף 11ב(3)(4)); ועוד. בנוסף, מדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה עולה, כי כאשר עלתה הבקשה לעגן מפורשות שטח מחיה מינימלי לאסיר בחוק – על-ידי באת כוח העותרת 1 בענייננו – השיב היועץ המשפטי של המשרד לבטחון פנים: "זה חלק מתנאים הולמים" (עמ' 28 לפרוטוקול הועדה מיום 21.2.12). סתם ולא פירש; ואכן, ניתן לפרש זאת, כפי שמבקשים העותרים

בטענותיה כאן, כי לכאורה שתשובתו של היועץ המשפטי מצביעה על כך שהנוסח "תנאים הולמים" כולל גם שטח מחיה מינימלי; ואולם, ניתן לפרש זאת – גם אם בדוחק, וראו צו השכל הישר עליו עמדנו מעלה – כך ששטח מחיה מינימלי הוא פרמטר אחד מני רבים הנוגעים לתנאי מחייתו של האסיר, כך שאם במשוואה, לשם המחשה, זכאי אותו אסיר למשל לאוכל משובח או למסגרת חינוכית מיטיבה, ניתן "להתפשר" על שטח המחיה במסגרת הבטחתם של "תנאים הולמים"; ונשוב ונזכיר, אין אנו מדברים בחלק זה בפרשנות החוק לפי עקרונות היסוד של השיטה וחוקי היסוד, אליה נגיע בהמשך, אלא על ניסיון להתחקות אחר כוונת המחוקק מעיקרא.

קיא. לסיכום עד הנה, סבורני כי התכלית הסובייקטיבית נוטה לפרשנות עליה מצביעים העותרים, דהיינו כי חובת המדינה לספק לאסיר – וכאמור, אותם הדברים אמורים לגבי עצור – "תנאים הולמים", כוללת חובה לאספקת שטח מחיה מינימלי. ואולם, ההתחקות אחר כוונת המחוקק בנושא זה כאמור אינה נקיה מספקות, ואין לכחד כי ניתן, על פני הדברים, למצוא היגיון גם בטענות הנגד, לא במישור המהותי-ערכי אלא במישור "המהלך ההיסטורי". מכאן, ניגשים אנו לבחון את תכליתו האובייקטיבית של החוק.

קיב. אשר לתכלית האובייקטיבית, נדמה כי גם כאן – ואף ביתר שאת – מובילה פרשנות החקיקה למסקנה שסעיף 11ב לפקודה מבקש לקבוע לכל הפחות סטנדרט מינימלי לתנאי מחייתו של האסיר, ובאלה שטח מחייתו בתא המאסר. התכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה, בשונה מזו הסובייקטיבית, מבקשת לתור אחר כוונתו של אותו מחוקק סביר, שעקרונות היסוד של השיטה, מוסר, הגינות וצדק – נר לרגליו. יפים לענייננו דבריו של השופט – כתארו אז – מ' חשין:

"בבואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. באים אנו ובצקלוננו מטען של שפה ולשון, פירושים ומשמעויות, מנהגות-חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשונים, צדק ויושר, עקרונות ועיקרים..."

כל אלה – עיקרים וערכים ועקרונות – מקומם הוא, לכאורה, לבר-החוק, ואולם משמשים הם מצע לחוק – לכל חוק – ולא יתואר חוק בלעדיהם. חוק ללא אותו מצע נדמה הוא לבית ללא יסודות; ומה זה האחרון לא יאריך ימים, כן הוא חוק שאין לו אלא את עצמו בלבד והוא כבית הבנוי על בלימה.

... לעת קריאה בחוק וגלימתנו עלינו, נושאים אנו על גופנו 'אשפת-פרשנות' – ימצאו מי שיאמרו: "ערכת-פרשנות" – ובאשפה זו כל אותם ערכים ועקרונות ודוקטרינות שבלעדיהם לא היינו מה שאנו: עקרונות-

יסוד של השיטה, מוסר, הגינות, צדק. אלה – ואחרים  
שכמותם – ערכי-יסוד הם, ומהם ייגזרו ערכי-משנה".

נוסף לכך, ברי כי את פרשנותו האובייקטיבית של החוק יש לגזור גם מחוקי  
היסוד, ובענייננו – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמד על כך השופט – כתארו אז –  
ברק באחת הפרשות:

"מרכזיותו של הערך בדבר חופש האדם אינו מתבטא אך  
ברטוריקה בדבר חשיבותו של ערך זה. הוא מתורגם  
לשפת המשפט בתפיסה הפוזיטיביסטית, כי כבוד האדם  
מוליד זכויות וחובות, קובע סמכויות וכוחות ומשפיע  
על פרשנותו של כל דבר חקיקה. כבוד האדם בישראל  
אינו מטאפורה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה  
מתבקשות מסקנות אופראטיביות" (ע"א 294/91 חברת  
קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2)  
526, 464 (1992)).

קיג. "עקרון ההתאמה לחוקה", כפי שכינה אותו בשעתו הנשיא ברק בהתבסס על  
הנהוג במשפט המשוה (וראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355,  
412 (1995)), הוא עיקרון בסיס בשיטת משפטנו, וממנו נלמד כי יש לפרש את החוק,  
ככל הניתן, באופן המתיישב עם הוראות חוקי היסוד. המדרג הנורמטיבי הוא ברור  
וידוע וממנו נגזרות חזקות הפרשנות הבסיסיות: חזקה כי חקיקת משנה אינה נוגדת  
חוק, וכי חוק אינו נוגד הוראה חוקתית (ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 422).

קיד. בנוסף לעקרונות היסוד של השיטה ולחוקי היסוד המבטאים את אלה, ראינו  
לפנות למשפט העברי וכן למשפט המשוה, מהם הבאנו מעלה. מן המשפט העברי  
למדים אנו "עקרונות וערכי יסוד העומדים ביסוד תרבותנו ומשפטנו" (ברק, פרשנות  
במשפט, בעמ' 220); מן המשפט המשוה למדים אנו את הנעשה בסוגיות דומות מעבר  
לים, במדינות אליהן אנו מבקשים להידמות (ולהבדיל, במדינות מהן אנו מבקשים  
להיבדל). עוד נזכיר, כי בהתאם לחזקת ההתאמה הפרשנית, עלינו לפרש את הוראות  
המשפט הישראלי המקומי בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי שקיבלה על עצמה  
ישראל, ככל שהדבר ניתן (ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד כה(2) 77, 80 (1971);  
בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834,  
846 (2003); ת' הוסטובסקי ברנדס "משפט זכויות האדם בישראל" מחקרי משפט (עתיד  
להתפרסם, 2017), בעמ' 5).

קיה. בענייננו, סבורני כי כל המקורות כולם מצביעים על כך שתכליתו  
האובייקטיבית – וכזכור, גם הסובייקטיבית – של סעיף 11ב היא לקבוע תנאי כליאה  
נאותים ומינימליים החלים על כל אסיר באשר הוא, ובתוך אלה – שטח תא מאסרו. כפי

שהראינו מעלה, שטח מחיה מינימלי הוא תנאי הכרחי לשם שמירה על כבודו של אדם ועל זכותו לקיום מינימלי בכבוד. כאמור, אין חולק כי רובם המוחלט של אסירי ישראל שוהים בתנאים אשר על פי הגדרת המדינה עצמה – והדברים נתמכים כאמור גם במשפט הבינלאומי ובמשפט המשוה – אינם עולים כדי תנאי מחיה מינימליים לקיום בכבוד של האסיר; דבר זה עומד בניגוד לעקרונות היסוד של משפטנו, לזכות החוקתית לכבוד הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, למורשת ישראל, לעמדת המשפט הבינלאומי ולמקובל במשפט המשוה, עליהם הרחבנו מעלה. בהמשך לכך, משמצאנו כי תכליתו הסובייקטיבית של החוק אינה חד משמעית, אולם תכליתו האובייקטיבית של החוק נוטה בבירור לעמדת העותרים, וכאשר מעיקרא בפרשנות הוראת חוק העוסקת בזכויות אדם, כבענייננו, יש ליתן משקל כבד לתכליתו האובייקטיבית (א' ברק פרשנות תכליתית במשפט 255 (תשס"ג), להלן ברק, פרשנות תכליתית), אין אלא להסיק כי יש לפרש את סעיף 11ב כקובע עיקרון של שטח מחיה מינימלי אשר יש להחילו על כל אסיר – ובהתאמה, לכל עצור – במדינת ישראל. אוסיף את שני אלה: ראשית, עלינו להתבונן אל נושא שטח המחיה של אסיר במשקפי זכויות אדם בסיסיות, ולשאול עצמנו כיצד היינו אנו חשים בשטח מחיה של 3 מ"ר לאורך שנים. שנית, אפילו הנחנו כי יש מקום לפרשנות לכאן או לכאן, כשעסקינן בזכויות אדם בסיסיות עלינו לבחור בזו המקיימת זכויות רחבות יותר מאשר להיפך.

קיו. לאלה נוסיף, כי אמות המידה הקונקרטיות ליישומן של סעיף 11ב נקבעו בתקנות בתי הסוהר. בענייננו רלבנטיות כאמור שתי תקנות מרכזיות אשר נוכח חשיבותן נחזור על לשונן. תקנה 2(ח) לתקנות בתי הסוהר – הקובעת הסדר דומה לזה שבתקנה 3(ה)(3) לתקנות המעצרים – קובעת כך:

”השטח הממוצע לאסיר בתא לא יפחת מארבעה וחצי מטרים רבועים; חישוב השטח האמור יהיה לפי השטח שבין קירות התא, לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת, ככל שישנה מקלחת בתא, ומחולק במספר המיטות שבתא” (ההדגשה הוספה – א"ר).

קיז. תקנה 8 לתקנות בתי הסוהר, הקובעת הוראת תחולה (וזאת, בדומה לתקנה 3(ה)) סיפא לתקנות המעצרים, המקבילה), מורה כי:

”(א) תקנות אלה יחולו על בנייה קבועה; בתקנה זו, 'בנייה קבועה' – מבנה שלא ניתן לניידו ממקום למקום.

(ב) תקנות משנה (ד), (ו) עד (ח) בתקנה 2, יחולו על מקומות מאסר שתכנון בנייתם החל לאחר יום התחילה [יוני 2010 – א"ר], וככל הניתן גם על תכנון השיפוץ של מקומות מאסר קיימים” (ההדגשות הוספו – א"ר).

קית. ישאל השואל – כעמדת המדינה – הרי נאמר במבט לעתיד "ככל הניתן", ומדוע אין לקבל את העמדה כי הניתן בא טיפין טיפין ובינתיים אינו במלוא היתנו? בטרם נשיב על כך, באשר להשפעת תקנות אלה על ענייננו, נזכיר שני עקרונות בסיסיים בתורת משפטנו: ראשית, יש לפרש את החקיקה בצורה הרמונית, ומכאן החזקה היא כי חקיקת המשנה נועדה להגשים את החקיקה העיקרית, ולא לסתרה (ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 422); כך במיוחד מקום שכל תכליות ההוראות שלפנינו הן ליתן משמעות קונקרטית לאמור בסעיף 11ב, וזאת מכוח סעיף 11ב(ו) הקובע כי "השר רשאי לקבוע בתקנות הוראות לביצוע סעיף זה". שנית, מן הצד האחר, כפי שציין לעניין זה פרופ' ברק, "אין כל חובה על בית המשפט ליתן לחוק פירוש הניתן לו על ידי הרשות המבצעת.... המידע המתקבל מחקיקת המשנה אינו מכריע. זהו אך אחד הנתונים שבית המשפט רשאי – אך אינו חייב – להתחשב בהם בגיבוש הכלית החקיקה" (ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 802-803). מכאן, סבורני כי יש ליתן חשיבות לסטנדרט אותו מצא מחוקק המשנה לקבוע כסטנדרט מינימלי לתא מאסר או מעצר – 4.5 מ"ר, הכולל שטח שירותים ומקלחת, שמשמעו המעשי דומה ככל הנראה ל-4 מ"ר ללא שירותים ומקלחת; וכיון שאמת מידה זו דומה לאמת המידה אותה מבקשים העותרים לקבוע כמינימלית, על בסיס המידע המצוי במשפט המשוה כאמור – אם כי פחותה מאמת המידה הראויה לפי שב"ס, כפי שזו הובאה במצגת פנימית של ענף תכנון אסטרטגי בשירות בתי הסוהר בשנת 2010, העומדת על 6.5 מ"ר (נספח ע/1 לעתירה) – סבורני כי זו אמת המידה הרלבנטית בענייננו, שאליה יש לשאוף כאמת מידה מינימלית. נטעים, כי חלפו שנים רבות למדי מאז הותקנו התקנות, ואף לכך יש ליתן משקל.

קית. ואכן, כיון שחזקה על מחוקק המשנה כי לא ביקש לסתור כוונתו של המחוקק הראשי, סבורני כי בביטוי "ככל הניתן" שבו נעשה שימוש כאמור בתקנה 8, ביקש מחוקק המשנה לומר שסטנדרט המינימום יוחל בהדרגתיות על כלל האסירים בכלל בתי הסוהר, תוך זמן סביר, כנהוג ככלל כשעסקינן ברשות מינהלית, ובהתאם לכלל הקובע בסעיף 11 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, לפיו "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה...". (הדגשה הוספה – א"ר); וראו לעניין זה גם ד' ברק-ארז משפט מינהלי – כרך א' 407 (2010), (להלן ברק-ארז); בענייננו עברו כשני עשורים מאז נקבעה התקנה הרלבנטית בתקנות המעצרים, ושנים רבות חלפו גם מאז נחקקה ההוראה המקבילה בתקנות בתי הסוהר; לא ניתן להלום כי מדובר בזמן סביר, כשעסקינן בזכות יסוד מן המעלה הראשונה, והפגיעה היא חמורה, ואינה מידתית. בודאי כאשר עולה מתגובת המדינה כי אין הדבר עתיד להשתנות בצורה מהותית בעתיד הקרוב. כפי שציין השופט לוי בעבר,

”החובה לפעול בסבירות - המשתרעת על כלל פעולותיו של המשיב - חובה ראשונה במעלה היא. סבירות - נשוב ונשנן - משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר” (בג”ץ 2065/05 מאהר נ’ שר הפנים (2005); וראו גם בג”ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ’ השר לענייני דתות, פ”ד מח(4) 441, 451 (1994)). יתרה מכך, נדמה כי אין להלום פרשנות לפיה מחוקק המשנה ביקש לקבוע כלל שרירותי, המפלה בין אסיר אחד למשנהו באופן הפוגע בזכויותיו הבסיסיות ואך משיקולי תקציב, לפיו אין כל סטנדרט מינימלי החל על כל אסיר באשר הוא וכי הדבר מסור לשיקול דעתה (המוחלט, בעצם) של הרשות המבצעת (לעניין זה ראו והשוו בג”ץ 6321/14 “כן לזקן - לקידום זכויות הזקנים” נ’ שר האוצר, פסקה ל”ח (2017)). מכל מקום, כאמור, פרשנותו של מחוקק המשנה היא אך אחד מן הרכיבים שעל בית המשפט לשקול בכואו לפרש את דבר החקיקה, וכאמור פרשנות לפיה אין לקבוע כל אמת מידה מינימלית החלה על כל אסיר אינה עולה בקנה אחד עם המקורות הנוספים עליהם מושתתת בחינת התכלית – עקרונות היסוד של השיטה, חוקתנו המתבטאת בחוקי היסוד, כבוד האדם במשפט העברי והפסיקות השונות שהובאו מן המשפט המשוה והמשפט הבינלאומי. משהגענו לכלל מסקנה כי תכלית החוק מובילה למסקנה ברורה בדבר ההכרח בסטנדרט מינימלי באשר לשטח המחיה של האסיר מאחורי סורג ובריח, אין באמור בחקיקת המשנה כדי לשנות ממסקנתנו זו. אסיר אדם הוא, יהא בית הסוהר בו הוא אסור אשר יהא, והסטנדרט המינימלי צריך להיות אוניברסלי.

קכ. נציין, כי המדינה מבקשת להפנות זרקור לסעיף 3 לתיקון מספר 42 לפקודה – סעיף אשר לא נכלל בהצעת החוק המקורית – ובו נקבע כי “תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש”ע-2010, כנוסחן ערב תחילתו של חוק זה, יראו אותן כאילו הותקנו לפי סעיף 11 לפקודה... ואין בתקנות שיותקנו לפי הסעיף האמור כדי לגרוע מתוקפן”. מכאן טוענת המדינה, כי פרקטיקה זו “יבאה למעשה את תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש”ע-2010, אל תוך תיקון מס’ 42, ובעשותה כן חישלה הכנסת את הקבוע בתקנות בכור ההיתוך של מעשה חקיקתה”. ניסוח יפה של הפרקליטות, ומכאן מבקשת המדינה ללמוד, כי יש לייחס לתקנות בתי הסוהר חשיבות מוגברת, בעצם כזו של חוק, בכואנו לפרש את סעיף 11ב, שכן “כנסת ישראל העמידה לנגד עיניה את ההסדרים שפורטו בתקנות וקבעה כי הסדרים אלה ראויים הם לשם יישום וביצוע סעיף 11ב”. אין בידי להלום טענה שובת לב זו. אכן, תיקון מספר 42 לא ביקש לבטל מיניה וביה את התקנות שעמדו בתוקפן, אך מכאן אין ללמוד כי לתקנות אלה מעמד נורמטיבי שונה משל חקיקת משנה אחרת; באופן טבעי, ביקש המחוקק ליצור המשכיות חקיקתית ולא לבטל מידית את ההסדרים שנהגו עובר לתקנות; אינני סבור שמכך ניתן ללמוד על אימוץ פרטני של המחוקק לגבי כל אחד מן ההסדרים שבתקנות ערב חקיקת התיקון;

מעמדן כתקנות הניתנות לביקורת שיפוטית שאינה חוקתית בהכרח נותר על כנו, לא כל שכן כשעסקינן בסוגיה בסיסית של זכויות אדם. יתר על כן, עיון בדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת שבה נדונה הצעת החוק מעלה, כי ההצעה לעגן את שנקבע בתקנות בענייננו, לרבות שטח המחיה של האסיר, במסגרת החוק המתוקן – הועלתה ונדחתה; כך, כפי שציינו מעלה, כאשר ביקשה נציגת העותרת 1 במסגרת הדיון, כי סטנדרט המחיה הקבוע בתקנות יעוגן בחקיקה ראשית כחלק מהתיקון, השיב היועץ המשפטי למשרד לבטחון פנים: "זה חלק מתנאים הולמים [המינוח שבסעיף 11ב לפקודה – א"ר]. אם לדעתך אי-אפשר להעביר את החוק בצורה כזאת, אז לא נעביר את החוק הזה. פשוט לא נעביר אותו". מכאן, משהמדינה עצמה היא שעמדה על כך שהתקנות לא יעוגנו בחקיקה הראשית במסגרת התיקון, מסופקני אם יכולה היא לאחוז בחבל בשני קצותיו ולטעון כעת כי יש ליתן לתקנות מעמד של חוק (ראו פרוטוקול 510 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה, עמ' 28 (21.2.12)). עולה מכך, בכל הכבוד, שאין ניתן ללמוד כל עיקר מן הניסוח השגרתי שבסעיף 3 לתיקון כמעניק מעמד של חוק לתקנות; אילו ביקש המחוקק לעשות כן, חזקה עליו שהיה מציין זאת מפורשות בדבר החקיקה; ובענייננו ניכר כי לא זו היתה כוונת המחוקק, וכל שביקש הוא להימנע מיצירת אנדרלמוסיה נורמטיבית, שהיתה עלולה להתרחש אילו בוטלו התקנות מידית עם התיקון לחוק וטרם התקנתן של תקנות חדשות. יש איפוא להידרש לתקנות נשוא ענייננו כאל תקנות לכל דבר ועניין, כברייתן וכנתניתן, ולראותן כרכיב אחד בלבד בפרשנות החקיקה; משמצאנו, כאמור, כי בחינת כל המקורות הרלבנטיים מצביעה על הצורך בקביעת סטנדרט מינימלי לתנאי מחיה לכל אסיר ועצור, אין באמור בתקנות בעניין זה כדי לשנות ממסקנתנו.

קכא. לסיכום חלק זה, נאמר כך בפשטות – היעלה על הדעת כי אסיר או עצור אשר שוכבים לישון ומתעוררים בבוקר יום יום, שבוע שבוע, חודש חודש ושנה שנה, בתא אשר גודלו 2.2 מ"ר (מחנה עופר) 2.3 מ"ר (בית סוהר מגידו) 2.4 מ"ר (מתקני כליאה ניצן, רמון וקציעות) וכדומה, חיים את חייהם "בכבוד ובבריאות", כנדרש על-פי החוק? היכולים אנו, שופטי ישראל, להתעלם מן המציאות בשטח ולהמשיך לשלוח את המורשעים בפלילים – קל וחומר החשודים או הנאשמים בפלילים – חמורים פשעיהם ככל שיהיו, ואשוב ואמר כי רבים מהם מעוררים סלידה ושאת נפש לאין קץ הן במישור הפלילי והן במישור הפלילי-בטחוני, לתנאי כליאה שאינם ראויים למחייתו של אדם, וכפי שציין חברי השופט (בדימ') זילברטל באחד הדיונים בתיק זה – "למקום שאף אחד מאתנו לא היה מחזיק בו מעמד יומיים" (פרוטוקול הדיון מיום 13.7.15, בעמ' 5)? ונציין כאן, כי לפי נתוני השב"ס, נמצאת ישראל הרבה מתחת לרף הממוצע באירופה הנוגע לשטח המחיה המוקצה לאסיר (שהוא 8.8 מ"ר שם), ולפי נתוני הצלב



האדום אף מתחת לנהוג במאוריציוס (4.08 מ"ר), בקניה (3.7 מ"ר) ובסנגל (3.55 מ"ר) (International Committee of the Red Cross, *Water, Sanitation, Hygiene*) (and *Habitat in Prisons*, p. 31 (April, 2012)). סבורני, כי אין להשיב לשאלות הללו אלא באופן אחד, קרי, שלא בחיוב.

קכב. קיימנו מספר דיונים בתיק, וחרף הפצרותינו והזמן הרב שחלף מאז נחקקו הוראות החוק והתקנות הרלבנטיות, לצערנו הצפיפות בתאי המאסר והמעצר נותרה כמעט כפי שהיתה ערב תיקון התקנות, קרי, כ-40% מכלל האסירים מוחזקים בתא שגודלו הממוצע פחות מ-3 מ"ר. כמות שציינה המלומדת ברק-ארז "לגמישות השיפוטית יש מגבלות שבאות לידי ביטוי במקרים של סחבת נמשכת, העולה כדי התחמקות מן החובה לעמוד בדרישות החוק" (ברק ארז, בעמ' 409). נחזור ונאמר: איננו מייחסים חלילה רשעות או זדון לגורמים המעורבים, אך סדרי העדיפויות שהכתיבו טעונים "חישוב מסלול מחדש". במצב העניינים קשה להניח, כפי שמבקשת המדינה, כי שיפור המצב עומד בפתח, ומכל מקום קשה להניח כי הצעדים שתוארו – חלקם תיאורטיים – ישאו פרי בזמן הקרוב, ויימצא מענה קונקרטי, בהינתן תמונת המצב החמורה שאין עליה חולק; נדרשת התערבות שיפוטית.

קכג. אם תישמע דעתי, נקבל איפוא את העתירה ונהפוך את הצו על תנאי למוחלט במובן הבא:

א. שטח המחיה המזערי לכל אסיר ועצור יועמד על 4 מ"ר ללא שירותים ומקלחת כמבוקש בעתירה (או 4.5 מ"ר, כולל שירותים ומקלחת).

ב. בתוך כך, המדינה תעשה את הנדרש לכך שתוך 9 חודשים, מיום מתן פסק הדין, יועמד שטח מחייתו של כל אסיר ועצור על 3 מ"ר לפחות, לא כולל שטח השירותים והמקלחת; תוך 18 חודשים החל מיום פסק הדין יועמד שטח מחייתו של כל אסיר ועצור על 4.5 מ"ר כולל שטח השירותים והמקלחת או 4 מ"ר בלעדיהם, לפחות.

קכד. טרם סיום אציין, כי השלכות הכרעתנו ברורות. כפי שציינה המדינה, הגדלת שטח המחיה באופן מידי, יהא בה כדי להטיל נטל משמעותי על אוצר המדינה. ואכן, אפשרות אחת – "דרך המלך" – היא כי המדינה תפעל לשיפוץ והרחבה, בלוח הזמנים האמור, של מתקני המאסר והמעצר. ואולם, זו אינה האפשרות הבלעדית העומדת בפני הרשות המבצעת והמחוקקת לפתרון חלק מן הבעיה.

קכה. כידוע, מעיקרא ביקש חוק המעצרים, שנחקק בכנפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לשנות את התפישה הנוהגת עד לחקיקתו, "להתוות כללים לאכיפת החוק תוך שמירה על זכויות האדם", ולהפחית למעשה את היקף המעצרים (ר' קיטאי סנג'או המנצח: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 26 (2011)). אלא שכוונות לחוד ומציאות לחוד, משנמצא כי כמות המעצרים לא זו בלבד שלא פחתה, אלא אף גדלה באופן ניכר (שם, בעמ' 28-29; ח' זנדברג פירוש לחוק המעצרים 19-24 (2001)); ובתוך כך הגדלת המעצרים עד תום ההליכים, כחלק מ"תכנית המפנה" של המשטרה – כך נמסר – כיעד של המשטרה (דו"ח הסניגוריה הציבורית לשנת 2015, בעמ' 35-36 (אוגוסט 2016)). מבלי שאדרש לתכניות המשטרה שאינן מוכרות לי, אזכיר כי חוק המעצרים קובע – למשל בסעיף 21(ב)(1) – שלא יינתן צו למעצר עד תום ההליכים, בין השאר, אלא אם "לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה". ונדמה כי הטמעת מסר המחוקק לפיו מעצר הוא המוצא האחרון בשרשרת האפשרויות העומדות לרשות מערכת האכיפה, יכולה לסייע בהקטנת מספר העצורים ובהגדלת מרחב המחיה הנוטר לאלה שאין מנוס אלא לעצורם.

קכו. ברי, כי לעניין המאסר המצב מורכב יותר, שכן משנמצא כי אדם הורשע בפלילים, חזקת החפות אינה עומדת לו עוד ובמקרים רבים אין מנוס ממאסר, ואף מאסר ממושך, עד מאסר עולם. ואולם גם כאן, עלינו לזכור כי המאסר אינו אלא אמצעי, ולא תכלית – אמצעי לגמול, להרתעה ולשיקום העבריין. כך למשל, בהתאם להצעות הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (להלן ועדת דורנר) ולהחלטת הממשלה שאימצה את עיקריה (החלטה 1840 מיום 11.8.16), ניתן להסמיך את ועדת השחרורים להעביר אסירים מסוימים להמשך ריצוי מאסרם בבתי מעבר, חלף בית המאסר; ניתן לקבוע כי האפשרות לבצע עבודות שירות חלף מאסר בפועל תורחב עד 9 חודשי מאסר בפועל ולא אך חלף 6, כמצב כיום, ובכך להביא להפחתת כמות האסירים (הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים – דין וחשבון 52-55 וכן 65-66 (אוגוסט 2015)), להלן דו"ח ועדת דורנר); זכורני אף כי בימי כהונתי כיועץ משפטי לממשלה הועלתה הצעה אחרונה זו, אך נפלה בהתנגדות גורמים שונים. ניתן גם להאריך את תקופות התנאי המוטלות בחלק מן העבירות, להעלות את גובה הקנסות בעבירות הכלכליות ובמקרים המתאימים לשקול הרחבת השחרורים המוקדמים תוך יצירת מערכי פיקוח הולמים מחוץ לחומות הכלא. יצוין בהקשר זה כי מחקרים שונים בארצות הברית – "שיאנית המאסרים" העולמית, ובה 25% אסירים מקרב אוכלוסיית האסירים בעולם אף שאוכלוסייתה הכללית מהווה אך 5% מאוכלוסיית העולם, וזאת יותר מפי שבעה מהנהוג במדינות מערב אירופה – מצביעים על כך שמאסר ארוך יותר אינו מוביל בהכרח לאחוזי פשיעה נמוכים יותר;

וכי ניתן להפחית את שיעור הכליאה יחד עם הפחתת שיעור הפשיעה, בין היתר כיוון שהפחתת שיעור הכליאה מפחיתה את שיעור העבריינות החוזרת (רצידיביזם). כך למשל, בין 2011 ל-2014, ירד שיעור האסירים בקליפורניה ב-9% – בעקבות פסיקתו של בית המשפט, עליה עמדנו מעלה, לפיה על קליפורניה לשחרר אסירים כדי לאפשר לכל אסיר שטח מחיה הולם, פסיקה שהובילה לשינוי חקיקתי בהתאם ושינוי הסדרי המאסר המותנה והשחרור המוקדם במדינה; לצד זאת פחת גם שיעור הפשיעה ב-7%. מגמה דומה נצפתה גם במיסיסיפי, ניו ג'רזי, ניו יורק, דרום קרוליינה וטקסס (Iniami Chettiar & Laura-Brooke Eisen, *The Reverse Mass Incarceration Act*, p. 10). ראו גם מחקר (Brennan Center for Justice, New York University 2015). מקיף שנעשה באקדמיה הלאומית למדעים בארצות הברית על אודות שיעור העלייה במאסרים בארצות הברית, אשר מצא, בין היתר, כך:

"The incremental deterrent effect of increases in lengthy prison sentences is modest at best. Because recidivism rates decline markedly with age, lengthy prison sentences, unless they specifically target very high-rate or extremely dangerous offenders, are an inefficient approach to preventing crime by incapacitation (Jeremy Travis, Bruce Western & Steve Redburn, *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, at pp. 334-337 (National Research Council of the National Academies, July 2014)).

כמובן, אין לראות באמור דיון ממצה בהשלכות המאסר על שיעור העבריינות בחברה; אולם המטרה היא להצביע על כיווני חשיבה נוספים מעבר לבניית מתקני מאסר ומעצר נוספים, וכאמור הממשלה למעשה כבר בחרה לילך בדרך זו כאשר אימצה את דו"ח ועדת דורנר; מסקנתה העיקרית של ועדה זו היתה כי "יש לפעול לצמצום השימוש במאסרים במקרים בהם המאסר אינו הכרחי להגבלת יכולת של עבריינים שהמסוכנות שלהם לחברה גבוהה, והרחבת השימוש בעונשים זולים יותר ויעילים יותר העומדים בעקרון ההלימה, ובכך להביא להקצאה יעילה ונכונה יותר של המשאבים המופנים לטובת הנושא" (שם, בעמ' ד'), ואין לי אלא להצטרף לאמור, גם בצו השכל הישר.

קכו. כמובן, המחוקק והממשלה יחליטו לפי שיקול דעתם כיצד עליהם לפעול כדי לקיים את האמור בפסק דינו במהות ובלוח הזמנים ובנתון לצו המוחלט; כאמור, בידיהם אפשרויות שונות, ועליהם לפעול לפי שיקול דעתם, ובאופן שיעלה בקנה אחד עם החוק, הפסיקה וזכותו הבסיסית של כל אדם לכבוד.

קכח. התוצאה המוצעת היא כאמור בפסקה ק"כ למעלה, על כל חלקיה. קרי, שטח המחיה המזערי לכל אסיר ועצור יועמד על 4 מ"ר ללא שירותים ומקלחת כמבוקש בעתירה (או 4.5 מ"ר, כולל שירותים ומקלחת). בתוך כך, המדינה תעשה את הנדרש לכך שתוך 9 חודשים, מיום מתן פסק הדין, יועמד שטח מחייתו של כל אסיר ועצור על 3 מ"ר לפחות, ללא שטח השירותים והמקלחת. תוך 18 חודשים החל מיום פסק הדין יועמד שטח מחייתו של כל אסיר ועצור על 4.5 מ"ר לרבות שטח השירותים והמקלחת או 4 מ"ר בלעדיהם, לפחות.

קכט. בנסיבות החלטנו שלא לעשות צו להוצאות.

## המשנה-לנשיאה

### השופט א' שהם:

1. נפלה בחלקי הזכות להיות שותף לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, הניתן ביום פרישתו, ואומר כבר עתה כי הנני מצטרף לפסק הדין היסודי, המקיף והממצה של חברי. פסק דין זה משקף את רגישותו החברתית והאנושית של חברי, ומבטא היטב את תפיסת העולם שאפיינה אותו מאז ומתמיד. מתוך היכרות רבת שנים עם היועץ המשפטי ולאחר מכן השופט רובינשטיין, הנני מעריך עד מאוד את גישתו האמפטיית כלפי גורמים מוחלשים באוכלוסייה, שלעיתים קרובות אינם יודעים או יכולים לעמוד על זכויותיהם, ובאותם מקרים שהגיעו לפתחו של חברי – נעשה מאמץ כן ואמיתי למצוא מזור לבעיותיהם. לצד התפיסה החברתית והרגישות למצוקות הזולת, בין אם מדובר באזרח, תושב או נתין זר, יש לזכור את הדברים המאלפים השזורים בפסקי דינו של חברי, לחיבת המשפט העברי. כך גם בפסק דין חשוב זה הקדיש השופט רובינשטיין פרק ארוך (פסקאות סט-פו) בנושא "היחס לאסיר במודרשת ישראל", והוסיף דברים באשר למעמדו ומקומו של המשפט העברי בשיטת משפטנו. בכל אותם מקרים בהם זכיתי לשבת בהרכבים בראשותו של השופט רובינשטיין, למדתי להעריך ולהוקיר את בקיאותו בחומר, גישתו העניינית, וניסיונותיו הבלתי נלאים להביא את הצדדים לפשרה, שבמסגרתה לא יצא אחד הצדדים כשידיו על ראשו. כאשר נסתתמה דרך הפשרה, ניתן על ידי השופט רובינשטיין פסק דין בהיר וברור, מנומק כדבעי – ולא פחות חשוב, תוך פרק זמן קצר באופן יחסי, על מנת למנוע עינוי דין נוסף למי מהצדדים.

2. אשר לנושא העומד על הפרק, עצוב היה לקרוא את התיאורים הקשים המופיעים בפסקאות מא-מד לפסק דינו של חברי, כאשר לתנאי הכליאה בחלק מבתי הסוהר בישראל. בתקופת כהונתי כשופט בבית המשפט המחוזי בתל אביב, התוודעתי לתנאים הקשים בבתי סוהר מסויימים, ובעיקר בבתי המעצר. מצב בעייתי זה לא נעלם מעיניי גם בתקופת כהונתי בבית משפט זה. למרבה הצער, לא נעשה עד כה די על מנת לשפר את המצב העגום בתחום זה, דבר הדורש התערבות שיפוטית על מנת לתקן את המעוות, גם אם בהדרגה מסויימת, כאמור בפסקה קכח לחוות דעתו של חברי.

בבג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה (1) 536, נדרש מ"מ הנשיא, השופט ח' כהן לתנאי המאסר של אסירים ביטחוניים, ואף שהיה באותו עניין בדעת מיעוט, דומה כי אין מחלוקת לגבי עמדתו הערכית:

"זכותו של אדם בישראל, שנידון למאסר (או שנעצר כדין), להיכלא בתנאים המאפשרים חיי אנוש תרבותיים. אין בכך כלום, שזכות זו אינה קבועה מפורשות בשום חיקוק: זכות היא מזכויות היסוד של האדם, ובמדינת חוק דמוקרטית היא כה מובנת מאליה עד כי ככתובה וכחקוקה דמיא. וכבר נזדמן לנו לא פעם להדגיש, שאם המאסר בא - כהכרח אשר לא יגונה - לשלול אדם את חירותו הפיסית, אין הוא בא חלילה לשלול ממנו את תדמיתו ואת רמתו האנושית" (שם, בעמ' 538-539).

יפים לענייננו גם דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294, 298:

"כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם... הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העצור והאסיר. 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 בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור: צלם האדם לא נלקח ממנו".

3. דומה, כי קביעת שטח מחייה לכל אסיר ועציר, העומד על 4 מ"ר ללא שירותים ומקלחת, או 4.5 מ"ר, כולל שירותים ומקלחת, הינה דרישת מינימום, וכל המוסיף הרי זה משובח. התכונות בנעשה בתחום זה במדינות העולם המערבי, ואף בחלק מהמדינות הפחות מתוקנות, מלמדת כי שטח המחייה הנדרש לאסיר עולה במידה רבה,

על השטח שלגביו ניתן צו מוחלט (ראו, למשל, סקירה של היחידה לשירותי מידע במשרד לביטחון פנים, בנושא "שטח מחייה לאסיר"). אין זה ראוי בעיניי, כי דווקא מדינת ישראל, האמונה על זכויות הפרט וערכי השוויון וכבוד האדם באשר הוא, תשתרך מאחור, מבלי ליתן מענה הולם לסוגייה החשובה העומדת במרכז של עתירה זו.

4. לאור האמור, הנני מצרף את קולי לפסק דינו של חברי ולתוצאה שאליה הגיע במסגרת זו.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והמרשימה של חברי, המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, המשקפת את גישתו השיפוטית האנושית ואת הילוך כתיבתו הייחודי, אשר מזוהים עמו ואיפיינו אותו לאורך השנים (ראו גם פסקה 16 שלהלן).

2. נוכח חשיבות הנושא בו עוסקת העתירה והסוגיות המשפטיות המתעוררות בגדרה, לצד קביעותיו המסכמות והמעניינות של חברי לגבי מקומו ותחולתו של המשפט העברי – ארשה לעצמי להוסיף מעט משלי.

"מרחב המחיה" של האסיר והעצור

3. מהאסיר שהורשע בפלילים ונגזר דינו למאסר מאחורי סורג ובריח – נשללת חירותו כדי להענישו ולהרחיקו מהחברה. למאסר יש גם יסודות ותכליות נוספים – של הרתעה (הן כלפי המורשע, הן כלפי ציבור העבריינים-בכוח) ושל מתן הזדמנויות לשיקום.

לגבי עצור שחזקת החפות עומדת לו – המעצר מאחורי סורג ובריח מותנה בכך שמתקיימות לגביו עילות המעצר המפורטות בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) ובכך שלא ניתן להשיג את מטרת המעצר

בדרך של חלופה, או בדרך של מעצר בתנאי פיקוח אלקטרוני, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה.

גריעות החירות הנ"ל – אין משמען שמעבר להן ולמימוש תכליותיהן יש מקום, או היתר לפגוע בחייו, בגופו, בכריאותו, ובכבודו של האסיר, או העצור. אלה אינטרסים בסיסיים של אדם באשר הוא אדם, והם מובטחים ומוגנים כזכויות יסוד מכוח סעיפים: 2, 4, ו-11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה בהן אפשרית רק אם היא עומדת בתנאי "פיסקת ההגבלה", הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד הנ"ל (עצם שלילת החירות – במאסר, או במעצר – מקיימת, במקרים המתאימים, את תנאי "פיסקת ההגבלה" ראו: בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (26.06.2013)).

נקודת המוצא להמשך הדיון גורסת איפוא כי אין אסיר משיל מעליו בשער בית הסוהר את זכויותיו הבסיסיות, מעבר לחופש התנועה וההגבלות הנובעות מכליאתו וכרוכות במישרין בה (עיינו: ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157 (1996); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009)).

4. במסגרת הזכויות המובטחות והמוגנות הנ"ל – נכללת גם זכותו של האסיר והעצור ל"מרחב מחיה" משלו בתוך תא המאסר, או המעצר (בהתאמה). זכות זו מעוגנת במישור התת-חוקתי בהוראות סעיפים 11ב(ב) ו-11ג לפקודת בתי הסוהר (נוסח-חדש) התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר), כפי שאלה חוקקו – במסגרת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מספר 42), התשע"ב-2012 (להלן: תיקון מס' 42) והסדרים משלימים הותקנו בתקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010 (להלן: תקנות בתי הסוהר); לגבי עצורים קיימות הוראות דומות – ראו: סעיף 9 לחוק המעצרים ותקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997 (להלן: תקנות המעצרים); תקנות בתי הסוהר ו-תקנות המעצרים ייקראו ביחד: התקנות). הדברים יפורטו בפסקה הבאה.

5. **הסטנדרט הרלבנטי לענייננו הונהג במסגרת סעיף 11ב' לתיקון מס' 42, והוא קובע כדלקמן:**

**"אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בכריאותו ובכבודו".**

(ביחס לעצור נקבע **סטנדרט** זהה – בסעיף 9(א) לחוק המעצרים).

**הכלל שמכוח הסטנדרט נקבע בתקנה 2(ח) לתקנות בתי הסוהר, המורה כהאי**

**לישנא:**

“השטח הממוצע לאסיר בתא לא יפחת מ-4.5 מטרים רבועים; חישוב השטח האמור יהיה לפי השטח שבין קירות התא, לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת, ככל שישנה מקלחת בתא, ומחולק במספר המיטות שבתא”.

(ביחס לעצור נקבע כלל זהה – בתקנה 3(ה) (3) לתקנות המעצרים).

לגבי האבחנה בין סטנדרטים לבין כללים – עיינו: מנחם מאוטנר “כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה” משפטים י”ז 321 (1988); אסף רנצלר שימוש חורג במקרקעין (בפרק בדבר נורמות כלליות ובעיית המקרה המיוחד) 65-78 (2009). מתוך חיבור אחרון זה אצטט:

“נורמות המשפט אינן עשויות מעור אחד”. אחת האבחנות המקובלות היא בין נורמות מסוג כלל (rule) ובין נורמות מסוג סטנדרט (standard). כלל הוא נורמה הקובעת תוצאה משפטית מסוימת בהתקיים תנאים עובדתיים מסויימים, ששאלת התקיימותם או אי-התקיימותם ניתנת להכרעה בקלות יחסית (לדוגמה: ‘אין לנהוג במהירות העולה על 50 קמ”ש’). סטנדרט הוא נורמה הקובעת תוצאה משפטית מסויימת בהתאם להפעלתו של קריטריון המגלם ערך מסויים (לדוגמה: ‘אין לנהוג במהירה בלתי-סבירה בשים לב לתנאי הדרך’)” (שם, בעמוד 66 בהשמטת ההפניות).

להבחנה בין סטנדרט לבין כלל מספר פנים ונפקויות, ובחלק מהן הרלבנטיות לנושא שבפנינו אדון בהמשך.

6. לדאבון הלב – הכלל בדבר השטח הממוצע לאסיר ולעצור בתא לא נשמר ברוב בתי הכלא ובבתי המעצר בישראל, ועתירה זו הוגשה כדי להביא לשינוי המצב. תשובת המשיבים לצו-על-תנאי שהוצא – לא הצליחה להרים את הנטל שהועבר אליהם על מנת להצדיק את הימשכות הדברים, אשר חורגים מבסיס הכללים הנזכרים בפסקה 5 שלעיל, ולפיכך הסעדים אותם הציע חברי, המשנה לנשיאה, השופט א’ רובינשטיין, אכן מתחייבים בנסיבות – מטעמיו ומנתוני רקע ונימוקים נוספים, אותם אפרט מיד בסמוך.

שיקולי רקע ונימוקים נוספים המצדיקים את הוצאת הצו המוחלט



7. נלטון מנדלה, שידע כלא מהו, התבטא פעם כך (בתרגום חופשי שלי לעברית – ח"מ):

"איש אינו יודע את אופיה של אומה עד אשר הוא בא בין כתלי בית הכלא שהיא מקיימת".

(הציטוט מובא מגליון השבועון The Economist מתאריך 27.05.2017, שבו הוקדשו כתבה ומאמר לצפיפות בבתי הכלא בעולם והצעות שונות לרפורמה).

נוכח רגישותו הרבה של מנדלה לנושאים של כליאה ותנאיה – כללי המינימום האחידים לטיפול באסירים, שהוצאו על-ידי האו"ם ואוזכרו בחוות-דעתו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, קיבלו לאחרונה, עם תיקונם ב-2016, את השם: Nelson Mandela Rules (להלן גם: Standard Minimum Rules, או SMR, או כללי מנדלה).

ראו: UN General Assembly, *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (the Nelson Mandela Rules): Resolution/adopted by the general assembly, A/res/70/175 (8 Jan. 2016).

לנושא זה בכללותו – עיינו: לסלי סבה ורחלה הראל: "כליאה בסגנון חופשי": על יישום נורמות זכויות האדם הבינלאומיות במערכת הכליאה בישראל" (עתיד להתפרסם בחוקים; להלן: סבה ואראל).

8. זה המקום להבהיר כי רק לאחר שהצו המוחלט ימומש – נתקרב (בנושאי העתירה) לכללי מנדלה ולאמנות הבינלאומיות, שישראל הצטרפה אליהן והתחייבה ליישמן כמפורט בחוות דעתו של חברי (לגישה דומה עיינו: סבה ואראל). בדרך זו אף נהגו מדינות שונות בעולם, לאחר שפסיקה של הערכאות העליונות הרלבנטיות לגביהן חייבה אותן לעשות כן (בצוים ובהנמקה דומים לאלה שבפסק דיננו זה), הכל כמפורט להלן:

(א) איטליה: בעקבות פסק דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם מ-2013, אשר קבע כי על איטליה למצוא בתוך שנה פתרונות למצב שבו אסירים היו מוחזקים אצלה בשטח קטן מ-3 מ"ר, יושמה תכנית שהפחיתה מחד גיסא את מספר הכלואים ומאידך גיסא התאימה את בתי הסוהר להוראות פסק הדין (ראו: Council of Europe, *Execution of Judgment of the ECHR (Torreggiani v. Italy – 43517/09, (46882/09, 55400/09 et al.)*(2014).

(ב) **הונגריה**: בעקבות פסק דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם מ-2015, שקבע כי בתוך חצי שנה על הונגריה להציג לוח זמנים לביצוע צעדים למניעת ההפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית (נפסק כי החזקת אסירים משטח קטן מ-3 מ"ר, מהווה הפרה של האיסור על ענישה אכזרית ויחס בלתי אנושי) ננקטו הצעדים הבאים: מספר מקומות הכליאה הורחב, באמצעות בינוי ושיפוץ, בכ-900 מקומות בתוך שנה (עד נובמבר 2015) ומספר תיקוני חקיקה הביאו להקטנה של אוכלוסיית הכלואים, על דרך של הרחבת האפשרויות לשחרור מוקדם של אסירים בסיכון נמוך – וריצוי מחצית השנה האחרונה של מאסרם בביתם תחת אמצעי של איזוק אלקטרוני (כ-500 אסירים בתוך שנה) והרחבת השימוש ב"מעצרי בית". כן גובשה תכנית לבינוי של כ-800 מקומות כליאה נוספים עד לסוף שנת 2017 וכ-2000 מקומות נוספים עד לשנת 2019 (ראו: Committee of Ministers, Communication from Hungary concerning the Istvan Gabor Kovacs group of cases and the case of Varga and others against Hungary (Applications no, 15707/10, 14097/12)(14.11.2016).

(ג) עתה נמצאת בהליך דומה קרואטיה – בעקבות פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם מתאריך 20.10.2016 בעניין מערכת הכליאה בקרואטיה (ראו: European Court of Human Rights, Mursic v. Croatia (Application no, 7334/13) (20.10.2016)). במקרה זה הפך הרכב מורחב של בית הדין האירופי לזכויות אדם פסיקה משנת 2015, שקבעה כי במקרים שבהם יש לאסיר חופש תנועה מחוץ לתא במהלך שעות היום – החזקה בתא הקטן מ-3 מ"ר איננה מהווה בהכרח הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית בדבר החזקה בתנאים בלתי אנושיים (המקביל לאיסור הקבוע באמנה נגד עינויים בדבר ענישה אכזרית, בלתי אנושית, או משפילה). בית הדין שינה פסיקה זו וחזר על ההלכה לפיה כל החזקה של אסיר בשטח מחיה שקטן מ-3 מ"ר מהווה הפרה של האיסור על החזקה בתנאים בלתי אנושיים – ללא קשר למשך השהייה מחוץ לתא, או לתנאים אחרים. יש להדגיש, כי חישוב שטח התא לאסיר בוצע שם בקיזוז של שטח השירותים שהיה בתוך התא, וזאת בניגוד לשיטת החישוב בישראל, אשר מחשיבה את שטח השירותים כחלק מ"שטח המחיה" המוקצה לאסיר בתא.

(ד) **קליפורניה שבארה"ב** – בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון בארה"ב Brown v. Plata 563 U.S. 493 (2011) ננקטו בקליפורניה צעדים שונים שהפחיתו את מספר הכלואים והפחיתו משמעותית את הצפיפות בתאים. עיינו: Jonathan Simon, *The New Overcrowding*, 48 Conn. L. Rev. 1191, 1197, 1203-1204 (2016)

9. הנה כי כן, הצו המוחלט שאנו מורים עליו פה תואם פסיקה דומה במשפט המשווה. יתר על כן הוא מעגן ותואם את ערכיה של מדינת ישראל – כמדינה יהודית ודמוקרטית. עתה אבהיר קביעה אחרונה זו.

כמדינה יהודית – כיצד?

בדברי ההסבר להצעת החוק, שהניבה את תיקון מספר 42 (ה"ח הממשלה תשע"ב מס' 650, עמ' 298 מתאריך 30.01.2012) נאמר כך:

"עקרון השמירה על כבודו ורווחתו של אסיר נוסח, בין השאר, במשפט העברי, ויושם על ידי השופט מ' אלון גם במשפט הישראלי. כך, למשל, בבג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 נאמר: 'כלל גדול בדינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין. שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא: 'על פי האמור בדברים, כה, ג: 'ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיק' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיק ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו".

עתה בא חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, והרחיב בחוות דעתו את הדברים הללו עוד, כיד כשרונו הטובה עליו, ופה אין לי מה להוסיף.

כמדינה דמוקרטית – כיצד?

נושא זה הובהר גם הוא בחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, וחברי השופט א' שהם, הצטרף אליו וראה להוסיף בנקודה זו. אני מסכים לדברי שניהם, ואולם אני מבקש להאירו מנקודת מבט נוספת. על כך בפיסקה הבאה.

10. **הסטנדרט נקבע כאן כאמור בתיקון מס' 42, על דרך של תיקון מיטיב בפקודת בתי הסוהר המנדטורית הוא הדין בחוק המעצרים, ששניהם פרי חקיקה של הכנסת.**

**הכלל נקבע ברמה של תקנות** – על פי המפורט בפיסקה 5 שלעיל, ואולם בצד הכלל נקבע לו לכאורה חריג בתקנות הנ"ל, לפיהן הכלל יחול רק על תאים שתכנון בנייתם יחל לאחר תחילתן של התקנות, וככל הניתן גם על תכנון השיפוץ של מקומות מאסר, או תנאי מעצר קיימים (ראו: תקנה 8(ב) לתקנות בתי הסוהר ותקנה 3(ה) לתקנות המעצרים). במילים אחרות – תחולתו של הכלל היא פרוספקטיבית והוא אמור להיות מיושם רק בעתיר (ללא תאריך), כאשר בהווה, בבחינת חריג, ימשיך לחול המצב הקשה הנוכחי.

הנה כי כן הכנסת קבעה **סטנדרט**; מחוקק המשנה קבע מכוחו כלל ומיד ניסה להחריג אותו, כך שיצא מתחולת ה**סטנדרט** לגבי הקיים. ומה תפקידו של בית המשפט במקרה כזה? עליו לפרש את הנורמות (בין השאר על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ולתעדף אותן, כך שמצוותו של המכונן תתנשא מעל הוראות המחוקק ומעשי החקיקה של הכנסת יגברו על חקיקת המשנה.

מסתבר כי נציגי הרשות המבצעת חשו בתוצאה מתחייבת זו, המתבקשת מהוראת המכונן ומכוונת המחוקק, ולכן הם ניסו למצוא לה מזור ויזמו הכללת סעיף של "שמירת תוקף" בתיקון מספר 14 (שלא נזכר בהצעת החוק), אשר נתקבל וקורא כך:

"תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010, כנוסחן ערב תחילתו של חוק זה, יראו אותן כאילו הותקנו לפי סעיף 11 לפקודה, כנוסחו בסעיף 1 לחוק זה, ואין בתקנות שיותקנו לפי הסעיף האמור כדי לגרוע מתוקפן" (שם, בסעיף 3).

נוסח זה מעורפל, מגלה טפח, ומכסה טפחיים, ויש בו, לכאורה, אף התעלמות מהתחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל (ראו: סבה ואראל). תשובה לקושיה האם הניסיון צלח על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראת המחוקק, תינתן בפרק העוקב.

תוקפו של סעיף שמירת התוקף ופרשנות סעיפי התחולה

11. סעיף שמירת התוקף הנ"ל, הנכלל בתיקון מס' 42 וכן חוק המעצרים, בהיותם **חוקים מיטיבים**, אשר באו לעולם לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינם נתפסים בגדרו של סעיף 10 לחוק היסוד האמור, העוסק בשמירת דינים שהיו קיימים ערב תחילתו של חוק היסוד. הוא הדין עם התקנות שהוצאו מכוח פקודת בתי הסוהר וחוק

המעצרים. השוו לדעת הרוב בהרכב המורחב ב-בג"ץ 7083/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); עיינו גם: סבה ואראל, שם בעמוד 47.

מכאן שאין להכיר פה בחריג הסוטה מהסטנדרט הקבוע בחוקים הנ"ל, מה גם שהסטנדרט מבטא את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גזירה שווה חלה גם על הכלל הבסיסי בדבר תחום המחיה של האסיר, או העצור, שנקבע בתקנות, אשר הוצאו מכוח החוקים הנ"ל.

12. המשיבים ערים לקשיים הנ"ל ולכן הם גורסים כי המחוקק הכריע בסעיף שמירת התוקף שבתיקון מס' 42 על סדרי העדיפויות ויתר תנאי המחיה ההולמים לאסיר, בהווה ובעתיד – ומשכך לא ניתן לקבוע אמות מידה ואופן ביצוע שונה (טיעון דומה חל על עצורים מכוח חוק המעצרים ותקנות המעצרים). הם מתיימרים להסתמך בהקשר זה על מה שנפסק ב-בג"ץ 5636/13 מתיישיבי תימורים – ישוב קהילתי אגודה שיתופית נ' הוועדה הארצית לתכנון ובניה של תשתיות לאומיות (20.05.2014) – בפיסקאות 9-10 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן שם, אלא שאין הנדון שבפנינו דומה לאסמכתא האמורה, שכן כאן מדובר בפרשנות של חיקוקים ובקביעת הירארכיה ביניהם, ושם בשיקולים של מוסד תכנוני.

זאת ועוד – אחרת. הפרשנות שביקשו המשיבים ליתן להוראת שמירת התוקף שבתיקון מס' 42 איננה עומדת במבחן, כמפורט מיד בסמוך.

13. סעיף 3 לתיקון מס' 42 קבע רק זאת (ואני חוזר פה על הנוסח לשם בהירות הטיעון):

"תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010, כנוסחן ערב תחילתו של חוק זה, יראו אותן כאילו הותקנו לפי סעיף 11ב לפקודה, כנוסחו בסעיף 1 לחוק זה ואין בתקנות שיותקנו לפי הסעיף האמור כדי לגרוע מתוקפן".

בהקשר זה אעיר:

(א) תקנות חדשות טרם הותקנו, ולפיכך הסיפא שבסעיף 3 הנ"ל לכאורה איננה נכנסת כלל לדיון.

(ב) בסעיף שמירת התוקף – לא נאמר כי תקנות בתי הסוהר שהותקנו קודם לחקיקת התיקון האמור – תואמות את הוראות תיקון מס' 42 (דהיינו של הסטנדרט הכלול בו), או שכוחן ככוחו של התיקון האמור (השוו ודוקו ביחס לנוסח הוראות סעיפים 39(ו) ו-1(ח) לחוק יסוד: הממשלה לגבי תקנות שעת חירום).

מכאן, שהלכת ביאלר (ראו: בג"ץ 243/52 ביאלר נ' שר-האוצר, פ"ד ז 424 (1953); לעיל ולהלן: הלכת ביאלר) – לא חלה על העניין שלפנינו, מה גם שעל הלכה זו נמתחה ביקורת אקדמית קשה (ראו: הנס קלינגהופר "על שעת חירות בישראל", בתוך ספר יובל לפנחס רוזן 86 (חיים כהן עורך, 1962); בנימין אקצין "פסק דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל" הפרקליט י 113 (1954). בהקשר לסוגיה זו כולה – עיינו גם: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, כרך ב' – רשויות השלטון ואזרחות 947 (2005) וכן: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקאות קכ"ג ו-קכ"ח לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין (27.03.2016), וכן חוות דעתי (בדעת יחיד) ב-בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.04.2016)).

(ג) המילה "כאילו" הכלולה בסעיף 3 לתיקון מס' 42 מיועדת ליצור רק "אמת משפטית", אשר שונה מן "האמת העובדתית" (עיינו: בג"ץ 430/08 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון (18.07.2010)). עם זאת – אין בכוחה "לשדרג" את מעמד תקנות בתי הסוהר, או לשנות את הכלל הבסיסי הקבוע בהן. לפיכך כשם שניתן היה לתקוף את תקנות בתי הסוהר בעילות המקובלות לתקיפה של חקיקת משנה, ניתן להמשיך ולתקוף אותן כאילו הותקנו לפי סעיף 11 ב לפקודת בתי הסוהר החדשה, מכוח סעיף 11(ב) שבו, המורה כדלקמן:

"השר רשאי לקבוע בתקנות הוראות לביצוע סעיף זה, וכן הוראות בדבר תנאים נוספים שלהם יהיה זכאי אסיר בבתי הסוהר".

מכאן ניתן לומר שהפרשנות אותה מבקשים המשיבים לתלות בסעיף 3 הנ"ל – לוקה בכך שאין היא מתיישבת עם מרבית תנאי "פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (למעט תנאי ההסמכה שהפגיעה תהיה "בחוק, או לפי חוק" – עיינו: אורן גזל-אייל "פגיעה בזכויות היסוד בחוק או לפי חוק" משפט וממשל ד 381 (1998), והיא אף חורגת מהכלל הבסיסי לגבי "מרחב המחיה" של אסיר הקבוע בתקנות בתי הסוהר ולפיכך יש בכך משום Ultra-Vires מהוראות החוק המסמך.

לחילופין אם יגרוס מאן דהוא אחרת – הפרשנות הנכונה של הוראות התקנות – איננה מאפשרת לקרוא אותן כך שעל המצב שלפנינו יחול החריג לכלל הבסיסי הקבוע בתקנות, וזאת ללא קציבת זמן. על כך בפסקה הבאה.

החריג לכלל הבסיסי הקבוע בתקנות – תש כוחו

14. שני טעמים תומכים, על פי גישתי, במסקנה שהחריג לכלל הבסיסי הקבוע בתקנות – "תש כוחו":

(א) אין לשמר לאורך זמן את החריגה מהסטנדרט, שכן הסטנדרט נגזר מהאמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומהוראת סעיף 1 לתיקון מס' 42 וממה שנקבע בחוק המעצרים, מה גם שהדבר נוגד התחייבויות בינלאומיות של ישראל (עיינו: טבה ואראל).

תוצאה זו נובעת הן ממדרג החקיקה והן מההלכה בדבר הצורך בעדכון תקנות כאשר "תש כוחן" (בין על דרך של מעשה רשות, בין על דרך של מעשה פסיקה). עיינו והשוו: בג"ץ 2902/11 העמותה לילדים בסיכון נ' משרד הבריאות (04.09.2015).

(ב) המשיבים לא הראו כי ניסו "ככל הניתן" (במשמעות ביטוי זה הקבוע בתקנות), להחיל את הכלל הבסיסי הקבוע בתקנות על הקיים, וזאת לאחר כל הארכות שניתנו להם לאחר הוצאת הצו-על-תנאי. יתר על כן הנימוקים התקציביים שהועלו בהקשר זה לא הצדיקו את ההעדפות שנבחרו, בשים לב לחלופות הפוגעות פחות בזכויות האדם הבסיסיות הרלבנטיות (בהקשר זה מאלפת הכתבה הנ"ל ב-Economist, המלמדת ששיפור תנאי הכליאה והקלת הצפיפות – מביאים בסופו של דבר אף לחיסכון תקציבי ונותנים תוצאות טובות יותר בהיבטים של שיקום והפחתת רצידיביזם). השוו אצלנו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), ועיינו בדברי חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, בפסקה מ"ז לחוות דעתו ובהפניות המובאות שם.

גישה מודרנית ועדכנית זו, שבוטאה במחקרים האחרונים המצוטטים ב-Economist ובחוות דעתו של חברי – מחזירים אותנו אל המשפט העברי, שהרי חז"ל ואחרונים לא תמכו מלכתחילה בענישה של כליאה מכבידה בעבירות שאינן חמורות במיוחד (במונחים של היום היינו אומרים שהם דגלו במידתיות הנדרשת).

למעמדו של המשפט העברי

15. חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, כתב דיסרטציה מאלפת באשר למיקומו של המשפט העברי במשפטנו הנוהג. אני מסכים לעיקרי גישתו, ולמסקנתו כי:

”לא פחות משכיבד המשפט הכללי את המשפט העברי  
בפתחו לו שערים, כיבד המשפט העברי את משפט  
המדינה בכניסתו בשערים אלה.”

הנני מרשה לעצמי, עם זאת, להעיר:

(א) לגבי דידי יש לעשות במקרים המתאימים שימוש רב יותר בהוראות הפניה שבחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. לשיטתי: עקרונות החירות, הצדק והשלום של מורשת ישראל מכוונים לעקרונות הבסיסיים של המשפט העברי, אם-כי לא בהכרח לכל ההסדרים המשפטיים הפרטניים שנקבעו (אותם יש לעדכן ולהתאים למציאות של ימינו). לאחרונה ביטאתי את עמדתי האמורה בהרחבה בדעת המיעוט שכתבתי ב-בע"מ 7141/15 פלוני נ' פלונית (22.12.2016).

(ב) יש לדעתי לפנות למשפט העברי לפחות באותה מידה שאנו נעזרים במשפט המשווה ומי שעושה כן מגלה שהחשיבה המשפטית של חז"ל ושל הראשונים והאחרונים הייתה יצירתית ומעמיקה ביותר, כך שניתן לדלות ממקור אדיר זה (בין במישרין ובין על דרך ההיקש) פתרונות ראויים גם לסוגיות המעסיקות אותנו כיום.

ואם כבר הגענו למשפט העברי – אסביר כי ראיתי להתבטא כאן ולא להסתפק באימוץ של ההלכות שהוצגו כאן על-ידי חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, על דרך של "אני מסכים" בלבד, גם כי מקובלים עלי דברי חז"ל, שהורו אותנו:

”אל יפטר אדם מחברו אלא מתוך דבר הלכה, שמתוך כך  
זוכרהו” (ברכות, לא, ע"א).

משעשיתי כאמור, אעבור עתה, לפיכך, לדברי פרידה.

מילות פרידה קצרות עם פרישתו של המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין

16. לקראת חתימה על פסק הדין, אותו בחר חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין להשמיע ביום פרישתו (ונפלה בחלקי הזכות להשתתף עמו במעשה יצירה זה) – רואה אני לציין כי את השופט אליקים רובינשטיין פגשתי לראשונה לפני כ-44



שנים בהיותו עורך-דין בכיר בלשכת היועץ המשפטי למערכת הביטחון. מאז הצטלבו דרכינו מעת לעת, בתפקידיו הממלכתיים השונים: במשרד הביטחון, בכהונתו כמזכיר הממשלה, כיועץ משפטי לממשלה וכשופט, וככל שהתקרבותי אליו התעצמה הערכתו כלפיו והוקרתי אותו. הוא בור סוד שאיננו מאבד טיפה ושפע כישרונותיו ופעילויותיו – לא יתואר. יש בו שילוב נדיר של חכמת המוח עם חכמת הלב, והדרך שבה הוא מיזג את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית עם רגישות אנושית קנתה לה כבר מקום של כבוד בפסיקה הישראלית לדורות. לפיכך לא נותר לנו אלא לאחל לשופט רובינשטיין כי כמתבקש משמו הפרטי (אליקים) – האל יקיים את כל משאלותיו לטובה, וכעולה משם משפחתו (רובינשטיין בלעז – אבן אודם בעברית) מי יתן ואבן חן זוהרת זו (שהייתה קבועה בזמנו בחושן המשפט) תמשיך להקרין על משפחתו, עלינו, ועל כל ישראל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ט בסיון התשע"ז (13.6.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה