

19 בדצמבר, 2004

לכבוד

מר גדעון עזרא

מ"מ השר לביטחון פנים

המשרד לביטחון פנים

ת.ד. 18182

ירושלים, 91181

באמצעות פקס: 02-5811832

ובדואר

שלום רב,

הנדון: ביטול תקנה 22 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים),

בהיותה בלתי סבירה באופן קיצוני

הריני לפנות אליך בעניין ביטול התקנה שבנדון אשר מפלה באופן קיצוני, בין תנאי מעצרים ואחזקתם של עצירים המסווגים כביטחוניים לבין אלה המסווגים כפליליים, כדלקמן:

1. תנאי אחזקתם של העצירים במתקני הכליאה וזכויותיהם במהלך תקופת המעצר, מוסדרים כיום בתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי אחזקה במעצר), התשנ"ז – 1997 (להלן: "התקנות").

2. עיון באותן תקנות מראה, כי בכל הנוגע לעצירים החשודים בעבירות בטחון, כהגדרתן בסעיף 35 (ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו – 1996 (להלן: "החוק"), ניתן לגרוע מזכויותיהם ולהחמיר בתנאי אחזקתם, רק בשל החשדות המיוחסים להם. עריכת השוואה בין זכויותיהם ותנאי אחזקתם של עצירים פליליים לאלה החשודים בעבירות בטחון, לא מותירה ספק כי ההבחנה הלא מובנת בין שתי קבוצות עצירים אלה בכל הנוגע למתן זכויות הנה בלתי חוקית, במיוחד כשאין היא רלוונטית לשוני בין שתי קבוצות העצירים הנ"ל, אשר כל כולו נסב על חשדות בגין ביצוע עבירות, שטרם הוכחו בבית המשפט.

3. למען המחשת ההבחנה הבלתי סבירה, בין שתי קבוצות העצירים הנ"ל, נעמוד על עיקר ההבדלים בין תנאי אחזקת עצור פלילי לזה החשוד בביצוע עבירות בטחון, כפי שעולה מתקנה 22 לתקנות הנ"ל:

א. שירותים, כיור, ומקלחת בתא המעצר

על-פי תקנה 3 (ב) העוסקת בתנאים הפיזיים בתא המעצר, בתאו של העצור ככלל, יהיו **שירותים וכיור**. השירותים יופרדו מחלק המגורים, על מנת להגן על פרטיותו של העצור. במקרים נדירים רשאי הממונה על החקירה להורות על החזקת עצור בתא שאין בו שירותים וכיור וזאת אך על מנת למנוע פגיעה או העלמה של ראיה, בכפוף למתן החלטה מנומקת ובכתב. לעומת זאת, עצור החשוד בביצוע עבירות ביטחון יוחזק בתא שיש בו **שירותים בלבד**, וניתן יהיה להחזיקו בתא ללא שירותים באם ישנו חשש לפגיעה בראיות או העלמתן, ללא צורך במתן החלטה מנומקת ובכתב. (ראו: תקנות 3, 7 ו-22).

ב. שולחן, מושבים, מדפים לאחסון חפצים אישיים, שטח התא, תשתיות חשמל

ככלל, תא שתכנון בנייתו החל לאחר תחילתן של התקנות, יותקנו בו שולחן, מושבים ומדפים לאחזקת חפצים אישיים של עצירים¹; יהיו בו לא יותר מארבע מיטות לעצירים; השטח הממוצע לעצור בתא לא יפחת מ 4.5 מטרים רבועים; במקום המעצר יותקנו תשתיות חשמל ותקשורת שיאפשרו שימוש באמצעי חימום, אוורור, טלוויזיה ומכשירי חשמל נוספים². לעומת זאת תא שתכנון בנייתו החל לאחר תחילתן של התקנות, ובוא אמור להיכלא עצור החשוד בביצוע עבירות ביטחון אינו אמור להכיל כלום מהפריטים המנויים לעיל. התנאי היחידי שאמור התא לעמוד בו הוא מקום לארבעה עצירים. חשוב לציין, כי אין כל חובה לספק מיטה לעצור החשוד בעבירות ביטחון לעומת החובה לספק מיטה לעצור פלילי. (ראו: תקנה 3 (ה) פסקה 4-1 ותקנה 22 (1) (ב)).

ג. תנאי תברואה

ככלל תא מעצר יסויד בהתאם לצורך ולפחות פעמיים בשנה; בכל תא תבוצע פעולות חיטוי והדברה אחת לשנה לפחות; לעצירים יסופקו אמצעים וחומרי ניקיון לשמירה על ניקיון התא. לעומת זאת, תקנה 22 קובעת, כי התנאים לעיל מסויגים לגבי עצירים החשודים בעבירות ביטחון. שכן, תאו של עצור החשוד בעבירות ביטחון יסויד בהתאם לצורך ולפחות פעם בשנה. מעבר לכך התקנות אינן מתייחסות כליל לעניין חומרי הניקוי שישופו לעצירים אלה ואין זכר לפעולות ההדברה והחיטוי שאמורים להתבצע בחדריהם של אותם עצירים. (ראו: תקנה [4 ו-22] (2))

ד. חפצים המותרים להחזקה בתוך תא המעצר

ככלל, עצור יהיה זכאי להחזיק בתאו כמה חפצים שונים אשר בחלקם ישנו צורך באישור הממונה על חקירה או מפקד המעצר. עיון בחפצים המותרים להחזקה על ידי עצור פלילי מראה פער אדיר, ולעיתים מגוון ובלתי מובן, בין חפצים אלה לבין הדברים המותרים להחזקה על-ידי עצור החשוד בעבירות בטחון. (ראו: תקנה 5, 22 (2) (ב) (1), תוספת ראשונה לתקנות והתוספת השנייה לאותן תקנות). להלן טבלה השוואתית:

¹ אשר הם זכאים להחזיקם.

² שעצירים זכאים להחזיקם בתא לפי התקנות.

| עצור פלילי | עצור החשוד בעבירות ביטחון |
|--|---------------------------|
| 4 כתבי עת ועיתונים ³ | _____ |
| כמות סבירה של כלי כתיבה ומסמכים ⁴ | _____ |
| 6 ספרים ⁵ | _____ |
| תשמיש קדושה | תשמיש קדושה |
| 3 משחקי חברה ומשחקי מחשב ידניים | _____ |
| מקלט טלוויזיה ⁶ | _____ |
| מקלט רדיו | _____ |
| טרנזיסטור ⁷ | _____ |
| מכונת גילוח ⁸ | _____ |
| 3 מגבות | 3 מגבות |
| מראה קטנה מפלסטיק | _____ |
| 2 ציפיות לשמיכה | 2 ציפיות לשמיכה |
| 2 סדינים | 2 סדינים |
| 2 שמיכות | 2 שמיכות |
| 2 זוגות נעליים | 2 זוגות נעליים |
| זוג נעלי בית | זוג נעלי בית |
| 4 זוגות גרביים | 3 זוגות גרביים |
| 4 מערכות לבנים | 4 מערכות לבנים |
| 2 מערכות בגדים | 2 מערכות בגדים |
| 2 מערכות פיג'מות | 2 מערכות פיג'מות |
| טבעת נישואין ושעון יד | _____ |
| קומקום חשמלי ⁹ | _____ |
| מנורת קיר קטנה מפלסטיק ¹⁰ | _____ |

³ בכפוף לאישור מפקד מקום המעצר.

⁴ כנייל

⁵ כנייל

⁶ כנייל

⁷ כנייל

⁸ כנייל

⁹ כנייל.

¹⁰ בכפוף לאישור מפקד מקום המעצר.

| | |
|-------------------------|---------------------------------------|
| מאווור קטן | מאווור קטן ¹¹ |
| _____ | אמצעי חימום/מפזר חום ¹² |
| תיק לאחסון חפצים אישיים | תיק לאחסון חפצים אישיים |
| מצרכי היגיינה בלבד | כמות סבירה של מצרכי היגיינה וקוסמטיקה |

ה. אמצעים לשימוש אישי ולצורך שמירה על ניקיונו האישי של העצור

ככלל, יש לספק לכל לעצור לשימוש האישי במקום המעצר, מיטה, מזרן ושמיכות נקיות. אולם, בכל הנוגע לעצור החשוד בביצוע עבירות ביטחון, אין חובה לספק מיטה אלא די יהיה במזרן כפול ושמיכות נקיות. (ראו: תקנה 6 ו – 22 (2) (ב) (2)).

ו. זכות להליכה יומית במקום המעצר

על-פי תקנה 9 לאותן תקנות, עצור זכאי במשך שעה מדי יום, בשעות היום, להליכה באוויר הפתוח במקום המעצר.¹³ כמו כן, נקבע באותה תקנה כי לא יוחזק עצור למעלה משבעה ימים במקום המעצר שבו לא ניתן לממש זכות להליכה יומית. הגבלת זכותו של עצור, מטעמי חקירה, תעשה בהחלטה מנומקת ובכתב ובמקרה זה הוא זכאי להליכה באוויר הפתוח למשך שעה אחת לפחות פעם בשבעה ימים, לפרק זמן שלא יעלה על חודש ימים.¹⁴ עצור החשוד בביצוע עבירת ביטחון, לא זכאי להליכה יומית בכלל, כעולה מתקנה 22 (2) (ב) (3).

ז. זכות לשימוש בטלפון

ככלל עצור שהוגש נגדו כתב אישום, יהיה זכאי לעשות שימוש בטלפון, פעם ביום. עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום¹⁵ זכאי, באישור מפקד מקום המעצר, להתקשר אל עורך-דינו לשם מסירת הודעה מטעמו. לעומת זאת עצור החשוד בביצוע עבירות בטחון, לא זכאי להשתמש בטלפון כלל וכלל, לרבות לשם מסירת הודעות לעורך-דינו.

4. עיון בהבחנה בין זכויותיו ותנאי אחזקתו של עצור החשוד בביצוע עבירות פליליות לזה החשוד בביצוע עבירות ביטחון כהגדרתן בחוק, לא מותיר ספק כי מדובר בהבחנה פסולה, מפלה באופן קיצוני ובלתי חוקי, סותרת בריש גלי את האמור בחקיקה הראשית ורומסת ברגל גסה את זכויותיהם הבסיסיות של אלפי עצירים, אך בשל החשד נגדם, לכבוד, לחירות אישית ולתנאי מחייה הוגנים ומינימאליים במתקן המעצר.

אפליה בלתי סבירה באופן קיצוני

¹¹ בכפוף לאישור מפקד מקום המעצר והממונה על החקירה.

¹² בכפוף לאישור מפקד מקום המעצר.

¹³ בתנאי שתנאי מקום המעצר מאפשרים זאת.

¹⁴ ניתן להאריך לפרק זמן נוסף שלא יעלה על – 15 יום מטעמי חקירה.

¹⁵ למעט מנועי הפגישה עם עורכי דינם על-פי חוק.

5. מתקני הכליאה ובתי הסוהר למיניהם הנם רשויות ציבוריות הכפופות לעקרונות המשפט הציבורי והמנהלי. עקרון השוויון הוא יסוד מוסד בעשייתה של רשות שלטונית נוסף אל חובתה לנהוג בהגינות ובתום לב כלפי כל הנתונים למשמורתה. מתן יחס שונה לאוכלוסיית עצירים מסוימת שהנה בעלת מאפיינים שונים מיתר העצירים, אמור להיות רלוונטי לשוני בין שתי הקבוצות. הפסיקה העליונה קבעה באופן מפורש, כי הבחנה בין אסיר לאסיר בנוגע לתנאי מאסרו תיעשה "אך ורק לצרכי הסדר והביטחון, או לפי שיקולים ענייניים אחרים ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים כאלה".¹⁶
6. לא ברור איזה שיקול ענייני רלוונטי עומד מאחורי מתן 3 זוגות גרביים לעצור המסווג ביטחוני לעומת 4 זוגות לאסיר המסווג כפלילי ואיזה צורך ביטחוני מצדיק סיוד תא המעצר של עצור החשוד בעבירות ביטחון לפחות פעם בשנה בזמן שלעצור החשוד בעבירות "לא ביטחונית", החובה הנה לסייד את תאו לפחות פעמיים בשנה! כך גם לעניין השירותים והכיוור. מהאמור לעיל עולה כי בתאו של כל עצור "לא ביטחוני" יותקנו שירותים וכיוור. שליחתו של עצור פלילי לתא ללא שירותים, הנה החריג ולא הכלל, והיא מחייבת הנמקה מפורשת ובכתב. לעומת זאת, תאו של עצור החשוד בעבירות ביטחון איננו אמור להכיל כיוור, וניתן בנקל לשלוח אותו לתא ללא שירותים, ומבלי לטרוח ולנמק זאת בכתב.
7. באותה מידה קשה יהא להסביר, כיצד החשד לביצוע עבירות ביטחוניות מוביל לכך, כי העצור החשוד בגין עבירות אלו לא יענוד את השעון שלו או את טבעת הנישואין, בזמן לאחר, העצור הפלילי, יש זכות מכללא לענוד את שעונו וטבעת הנישואין שלו, מבלי להתנות זאת באישור מיוחד. כך גם בעניין החובה על-פי התקנות, לספק לעצור "לא ביטחוני", חומרי ניקוי לתאו ולעומת זאת אין כל זכר לחובה שכזו לגבי עצור החשוד בעבירות ביטחון. יוצא, כי התקנה בלשונה כיום מאפשרת למתקן הכליאה להתנער מאחריותו כלפי עצור "שסרח" בתאו כי, הרי אין כל חובה לספק חומרי ניקוי לאותו עצור על-פי התקנות.
8. בשתי הפסקות האחרונות לעיל, ניסינו להמחיש את חוסר הסבירות המשוע של התקנה שבנדון באמצעות הבאת כמה דוגמאות. יש להדגיש, כי מדובר ברשימה חלקית ולא ממצה הממחישה עד כמה קשה לתת הסבר המניח את הדעת להבחנה בין קבוצות העצירים בצורה שבה היא מעוגנת בתקנה.
9. ודוק. זכותו של כל עצור לזכות ביחס שווה כלפיו מאת הגורמים שהוא נתון למרותם ולמשמורתם. אפליית העצירים בגין עבירות בטחון וההרעה בתנאי החזקתם, כפי שהדבר בא על-ידי ביטוי בתקנה הנדונה נוגדת את סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה) ואינה תואמת את מבחני המשנה שנקבעו בפסיקה. קרי, מבחן ההתאמה הרציונאלית בין המטרה לאמצעי, האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן האמצעי המידתי.

¹⁶ עע"א 7488, 1076/95 מדינת ישראל נ' סמיר קונטאר, תק-על 96(3), 232, 238.

העדר בדיקה אינדיבידואלית

10. עיון כללי בתקנות הנ"ל מראה, כי הכלל המנחה הנו כי כל פגיעה בזכות מזכויותיו של העצור באשר הוא, תעשה באופן מידתי, לפרק זמן מוגדר ולעיתים תוך מתן הנמקה מפורשת בכתב לסיבה העומדת מאחורי הפגיעה בזכותו של העצור. כך למשל, שליחת עצור לתא שאין בו שירותים מחייבת הנמקה מפורשת ובכתב; שלילת הזכות להליכה יומית באוויר מעצירים ספציפיים תעשה לפרק זמן מוגבל, מטעמי חקירה תוך הנמקת ההחלטה "החריגה" בכתב. במילים אחרות, הגבלת זכותו של העצור תעשה בצורה פרופורציונאלית בהתבסס על נימוקים עניינים הרלוונטיים לאותו עצור פרטיקולארי מבלי להשליך זאת על כלל העצירים.

11. למצער, אותו כלל אינדיבידואלי פוסח על העצירים בגין חשד לביצוע עבירות ביטחון. על-פי תקנה 22, די בעובדה כי העצור חשוד בביצוע אחת מעבירות הביטחון על פי חוק, על מנת להכשיר שלילת זכויותיו והרעה בתנאי מעצרו. תקנה 22 מאפשרת פגיעה גורפת באוכלוסיית עצירים שלמה, באופן קטגורי תוך התעוררות לנסיבותיו הספציפיות של כל עצור או מידת המסוכנות הנובעת הימנו באופן פרטני.

12. הלכה פסוקה היא, כי בדיקה אינדיבידואלית הנה הערובה לקיום מבחן הפגיעה הפחותה ביותר. לפי אותו מבחן האמצעי הפוגע בזכות יסוד הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית באמצעי פחות דרסטי אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר. על חשיבות הבדיקה הפרטנית, להבדיל מפגיעה על בסיס שייכות לקבוצה מסוימת, קבע בית המשפט העליון כי:

סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות ביטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הביטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה."

בג"צ 5627/02 אחמד סוף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח', (טרם פורסם), ניתן ביום 25.04.04;
ראו גם:

- דברי הנשיא ברק בבג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח' (טרם פורסם), ניתן ביום 12.01.04.

- בג"צ 3379/03 אביבה מוסטקי ואח' נ' פרקליטות המדינה ואח' (טרם פורסם), ניתן ביום 18.3.2004.

פגיעה בזכות העצירים להיגיינה אישית

13. בהעדר חובה לחטא, להדביר ולספק חומרי ניקוי לתאיהם של העצירים החשודים בגין עבירות ביטחון, וכן בהעדר חובה להתקין כיור בתאיהם של העצירים כאמור בתקנה 22 הנ"ל, מתעצמת הפגיעה בזכויותיהם של העצירים הנ"ל להיגיינה אישית הנגזרת מזכותם החוקתית לכבוד ולזכותם להגן על בריאותם ושלמות גופם.

14. על אמות מידה ראויות של תנאי אחזקת כלואים בכלל ואספקת אמצעי היגיינה בפרט, ניתן ללמוד גם כן מהסטנדרט המינימאלי לטיפול באסירים (ה- Standards Minimum) Rules for the Treatment of Prisoners אשר אומצו בשנת 1955 על-ידי הקונגרס הראשון של האומות המאוחדות למניעת פשע וטיפול בעבריינים ואשר אושרו על-ידי האומות המאוחדות ב-1957 ו-1977. חשיבות שמירה על היגיינה אישית וסביבתית מעוגנת בסעיפים 12-16 לאותם סטנדרטים אשר קובעים באופן חד משמעי כי על רשויות בתי הסוהר ומתקני הכליאה מוטלת החובה לספק לאסירים והעצירים את המצרכים האלמנטאריים הדרושים לשמירה על ההיגיינה האישית והסביבתית:

“ Rule 12:

The sanitary installations shall be adequate to enable every prisoner to comply with needs of nature when necessary and in a clean and decent manner.

Rule 15:

Prisoners shall be required to keep their persons clean, and to this end they should be provided with water and with such toilet articles as are necessary for health and cleanliness.

Rule 16:

In order that prisoners may maintain a good appearance compatible with their self-respect, facilities shall be provided for the proper care of the hair and the beard, and men shall be enabled to shave regularly.”

שלילת הזכות למיטה

15. זכותו של עציר למיטה למשכב לילה הוכרה על-ידי בית המשפט העליון, זה מכבר, כזכות הנמנית עם הכלים הדרושים לאדם לסיפוק צרכיו המינימאליים.¹⁷ זכותם של העצירים והאסירים למיטה כחלק מתנאי הכליאה המינימאליים מעוגנת היא גם במשפט הבינלאומי. על-פי סעיף 19 לסטנדרטים המינימאליים לטיפול באסירים (ה- Standards Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), אשר אמורים לשקף את הכללים והפרקטיקה המקובלת בקרב אומות העולם, כל אסיר זכאי למיטה נפרדת וכלי מיטה נקיים אשר יוחלפו לעיתים קרובות עד כדי אבטחת ניקיונם, כדלקמן:

¹⁷ ראו: דברי כב' השופט חיים כהן בבג"צ 221/80 דרויש נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לה (1) 536, 539. (להלן: "פרשת דרויש").

"Every prisoner shall be, in accordance with local or national standards, be provided with a separate bed, and with separate and sufficient bedding which shall be clean when issued, kept in good order and changed often enough to insure its cleanliness".

16. ודוק. סוגיית זכאותם של עצירים ואסירים המסווגים כביטחוניים למיטה, נדונה בפני ביהמ"ש העליון בפרשת **דרויש** הנ"ל. באותה פרשה דחו שופטי הרוב את העתירה, כנגד דעתו החולקת של כב' השופט חיים כהן, אשר קבע כי לאותם אסירים קיימת **זכות** לשכב על מיטה להבדיל מטעמי נוחות, ואין כל מקום להפלות בין אסיר המסווג כביטחוני לבין זה המסווג כפלילי, בכל הקשור למיטה, לרבות מטעמי ביטחון. דעת הרוב אומנם קבעה, כי ההפליה בין האסירים בעניין המיטה מוצדקת, מטעמי ביטחון, אולם בד בבד יצאה המלצה מלפני שופטי הרוב, לשקול ולבחון את הנושא בשנית.

17. 24 שנים עברו מאז החלטתו של בג"צ בפרשת **דרויש** הנ"ל, במהלכם חל שינוי משמעותי בתפיסה החוקתית של זכויות האדם בכלל, וזכויותיהם החוקתיות של האסירים בפרט. השינוי בתפיסה החוקתית – ערכית כלפי זכויות האדם התחולל הן בקרב המחוקק והן בקרב פסיקותיו של בית המשפט העליון במיוחד נוכח חקיקתו של חוק: יסוד כבוד האדם וחירותו בשנת 1992. עתירות רבות אשר עסקו בעניין הספציפי של "הזכות למיטה" הוגשו לבית המשפט העליון וברובן ככולן, התחייבה המדינה לספק לכלל האסירים מיטות מתוך הכרה בחשיבות הזכות ובחובת המדינה לקיים את הוראות החוק.

ראו:

- בג"צ 5678/02 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים ואח', (החלטה מיום 24/06/03). בעתירה ניתן צו מוחלט; בג"צ 7082/97, 3910/99 הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין נ' השר לביטחון פנים ואח' (טרם פורסם); בג"צ 545/02 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים ואח', (טרם פורסם), העתירה נמחקה לאור התחייבות המשיבים לפעול למען יישום החוק. החלטה מיום 14/05/02; בג"צ 4634/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' שר הפנים ואח' (עתירה תלויה ועומדת).

18. ועוד. לא אחת עמדו בתי המשפט למיניהם על חשיבות ההקפדה על תנאי מעצר הולמים של העצירים, ובתוך כך אספקת המוצרים החיוניים לקיום המינימאלי. בהחלטות שיפוטיות רבות נקבע, כי תנאי מעצר בלתי הולמים מהווים שיקול ענייני בבואם להחליט באם לשחרר אדם או להאריך את מעצרו.¹⁸ היטיבה לתאר זאת כב' השופטת פרוקצ'יה באומרה:

"בית משפט זה קבע בעבר כי השיקול בדבר תנאי מעצר בלתי הולמים עשוי לשמש גורם במסגרת מכלול השיקולים אם לעצור אדם או לשחררו... נימוק זה ראוי הוא שיהיה אחד השיקולים בבואנו לדון במעצרו של אדם בטרם משפט ובטרם נגזר דינו. שהרי, בתנאי המעצר השוררים כיום הזה, לצערנו הגדול, יש בהם לא רק

¹⁸ במקרים אחדים, בתי משפט לא היססו לשחרר חשודים ממעצר עקב תנאי מאסר ירודים: ראו למשל: ב"ש (קריית גת) 2618/03 מדינת ישראל נ' סבג (טרם פורסם); ב"ש (רמלה) 4297/03 מדינת ישראל נ' טמסגן (טרם פורסם); ת"פ (רמלה) 3516/03 מדינת ישראל נ' אלעזרה (טרם פורסם).

משום שלילת חירותו של הנאשם אלא משום בזיונו, השפלת כבודו וחילול צלם האלוהים שבו. מבחינה זו כידוע, תנאי המעצר קשים הם אף מאלה שנדונו למאסר. וכיום הזה, עם היכנס חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, שומה עלינו לתת את הדעת גם לשיקול זה במכלול השיקולים בסוגיית המעצר... לדעתי, בנסיבות המיוחדות שלפנינו, שיקול זה יתכן ויהיה בו כדי להביא לשחרור העורר ממעצר מאחורי סורג ובריח".

בש"פ 7053/01, פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1), 504, עמ' 513-514.

ראו גם:

- דברי המשנה לנשיא אלון בבש"פ 4014/92 ששון נ' מדינת ישראל (דינים עליון כרך כו 778); בש"פ 7223/95 מדינת ישראל נ' רוטשטיין (טרם פורסם); בש"פ 3734/92, מדינת ישראל נ' עלי בן זאקי עזאזמי, פ"ד מו(5), 72, עמ' 78-79.

חוסר סמכות

19. כאמור לעיל, תקנה 22 שוללת, ביות היתר, באופן מוחלט מעצירים המסווגים כביטחוניים את זכותם למיטה, להליכה יומית ולשימוש בטלפון. שלילת הזכויות הנ"ל מעצורים עומדת בסתירה מוחלטת לאמור בסעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו - 1996, שלפיו כל עצור, באשר הוא, יהא זכאי למיטה, להליכה יומית ולשימוש בטלפון. זכויות אלו מוענקות לעציר על-פי חוק, בהיותו שכזה ללא כל קשר בחשדות המיוחסים לו. יש להזכיר, כי החוק איננו עושה כל הבחנה בין העצורים

20. ויודגש. העובדה כי הסיפא של הסעיף הנ"ל מפנה לתקנות איננה מעניקה מניה וביה סמכות לגרוע מהאמור בסעיף 9 לחוק או להחילו באופן סלקטיבי. חוק סדר הדין הפלילי איננו מסמיך את השר לקבוע תקנות הנוגדות לחוק, אלא תקנות המוציאות את האמור בו לפועל. חקיקת המשנה אמורה להוציא לפועל את דברי המחוקק וכוונתו כלשונה, ומבלי לגרוע הימנה. משקבע המחוקק בחקיקתו הראשית שהנה ההסדר הראשוני, כי עצור, בהיותו שכזה וללא כל הבחנה, זכאי למיטה, להליכה יומית ולשימוש בטלפון אין מחוקק המשנה מוסמך לעושת לסלקציה בין העצירים באופן שחלקם ייהנה מאותן זכויות וחלקם האחר לא. סעיף 16 (4) לפקודת הפרשנות קובע מפורשות, כי "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק". דברים אלה מוצאים חיזוק בהנחייתו של היועץ המשפטי בעניין חקיקת המשנה, בה הוא מציין כדלקמן:

"מן הראוי שהרשויות המנהליות יוסמכו להתקין אך ורק תקנות מן הסוג הראשון, כלומר תקנות בהתאם לחוק, ולא יוסמכו להתקין תקנות מחוץ לחוק או תקנות בניגוד לחוק."

ראו גם: הנחייה מס' 2.3100 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 5. עדכון אחרון ספטמבר, 2003.

על ביטול תקנה הנוגדת חקיקה ראשית ראו: בג"צ 7820/02 לאקי דייברס תיירות בע"מ, נ' הרשות המוסמכת לצלילה ספורטיבית, (טרם פורסם), ניתן ביום 13.05.03.

21. פגיעה בזכויותיהם החוקתיות של עצירים ובתוך כך יצירת קבוצות של אסירים שהחוק חל עליהם ואחרים שהאמור בחוק פוסח עליהם, הנה בבחינת הסדר ראשוני ולא ניתן לקבוע זאת בהסדר משני, באמצעות תקנות. תקנה 22 אשר הותקנה לאחר חקיקת חוד יסוד: כבוד האדם וחירותו, יוצרת אפליה פסולה בין העצירים המגיעה עד כדי הרעה בתנאי מחייתם הבסיסית, ופוגעת בצורה בלתי מידתית, בין היתר, בזכויותיהם החוקתית לכבוד, לשלמות גוף ולחירות רוחנית.

22. הפסיקה העליונה הדגישה ביותר מהזדמנות אחת, כי פגיעה בזכות יסוד תיעשה רק מכח הוראה מפורשת בדין ובצורה מידתית. חשוב להזכיר בעניין זה, החלטתו של בג"צ מיום 10.02.04 שלפיה, הוא ביטל תקנה שהותקנה על ידי השר לביטחון פנים ואשר הסמיכה את נציב או מנהל בית הסוהר להורות על מניעת פגישת עצור עם עורך-דינו או הפסקתה. אותה תקנה נמצאה על-ידי בית המשפט (בדעת רוב) כבלתי חוקתית הן בשל פגיעתה הגורפת בזכות היסוד של העצור/אסיר להיפגש ולהיוועץ בעורך-דינו והן בשל העובדה, כי מדובר בחקיקת משנה שהותקנה ללא סמכות מפורשת בחוק, כלשונו של כב' השופט ריבלין:

"אכן, בטרם בודקים, באופן מהותי, האם דבר חקיקה עומד באמות המידה החוקתיות, יש לבחון האם התקיים הליך החקיקה הנדרש לפני פגיעה בזכות יסוד. הדרישה לעיגון הפגיעה בזכות יסוד אך ורק בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית נקבעה במשפטנו עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם... השקפה זו קיבלה ביטוי ברור בפסקת ההגבלה, המצויה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. פסקת ההגבלה קובעת, כי פגיעה בזכות אדם מוגנת חייבת להיעשות "בחוק" או "לפי חוק". על מרכיב זה שבפסקת ההגבלה נאמר, כי ביסודו עומד עקרון שלטון החוק בהיבטו הפורמלי ובהיבטו המהותי-הצר (א' ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ה) 489). מרכיב זה נועד לבטא את הצורך בהרשאה מפורשת מטעם הריבון, בטרם פגיעה בזכויות יסוד."

בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם), ניתן ביום 10.02.04. ראו גם הערותיה של כב' השופטת חיות באותו עניין.

ראו גם:

בג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3), 294, 298; בג"צ 3267/97 רובנשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5), 481, 426; בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4), 817, 835. בג"צ 337/81 מטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337.

23. הנה, אפליית העצירים החשודים בעבירות ביטחון והפגיעה הגורפת בזכויותיהם החוקתיות, נעשות ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית ובאופן המנוגד לאמור הן בחוק סדר הדין הפלילי והן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המסקנה המתבקשת היא, כי תקנה 22 פוגעת בעקרון שלטון החוק, הותקנה בחוסר סמכות ודינה בטלות.

24. בשורה ארוכה של פסקי דין, הודגש כי בכניסתו של אדם לבית הכלא הוא מקפח את חירותו, אך כבודו נשאר במקומו מונח, ואל לרשויות בתי הסוהר לקפחו. הנהגת מדיניות איפה ואיפה כלפי עצירים, משיקולים זרים ובלתי עניינים מהווה פגיעה בנושא בכבודם של אותם עצירים שהנם בחזקת חפים מפשע, כל עוד לא הורשעו. חוסר סבירות הקיצוני של תקנה 22 סותר בריש גלי את דברי הפסיקה שהעלתה על נס את חשיבות השמירה וההגנה על זכויותיו של האסיר, כאמור להלן:

"ועוד זכאי הוא אסיר בבית-כלא ל"תנאים המאפשרים חיי אנוש תרבותיים" ... אוכל לאכול, מים לשתות, בגד ללבוש, מיטה לישון בה, אוויר חופשי לנשום ושמיים להביט בהם ... ואולם זכויות אחרות מהן נהנה איש חופשי, חייבות מטבע הדברים לצמצם עצמן בין כתליו של כלא. כליאתו של אדם בבית-הסוהר שוללת את חירותו, ועל כך אין להרבות מלל. ואולם לא רק חירותו של אדם נשללת כך אלא זכויות אחרות אף-הן, זכויות הנילוות מעצמן אל החירות - נילוות אליה וטפלות לה. כך, למשל, סדר היום הנוקשה והקשיח של אסיר בכלא: הן באשר לשעות שינה, הן באשר לשעות עבודה ומנוחה, הן באשר לזמני אכילה והן באשר לכל אשר יותר לו לעשות בין כותלי הכלא"

ע"א 4463/94 - אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר . פ"ד נ(4), 136, עמ' 171-172.

על יסוד כל האמור לעיל, הנך מתבקש לבטל את התקנה שבנדון ולאפשר לעצירים החשודים בעבירות ביטחון למצות את זכויותיהם הבסיסיות לתנאי מחייה ואחזקה הולמים בין כותלי בתי הכלא.

למענד הענייני אודה מראש.

בכבוד רב,

עביר בכר, עו"ד

העתקים:

עו"ד חנה קלר, היועצת המשפטית של המשרד לביטחון פנים.

עו"ד מני מזוז – היועץ המשפטי לממשלה.