תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר

אגב סעיפים 8 ו-9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996

יצחק ענבר*

א. מבוא. ב. זכויות־האדם של העצור – ההלכה הפסוקה: 1. פרשת דרוישי; 2. פרשת יוסף; 3. פרשת ויילי; 4. פרשת גולן. ג. תנאי המעצר כשיקול בהחלטת המעצר קודם לחקיקת חוק המעצרים החדש: 1. השלכתה המסתברת של ההכרה בזכות העצור לכבודו; 2. מדיניות המעצרים הלכה למעשה; 3. מעצר בתנאים לא־הולמים כתריג חוקתי־תקופתי; 4. היקפו של החריג. ד. המצב המשפטי לאחר חקיקת חוק המעצרים החדש: 1. כללי; 2. בירור תנאי המעצר ביוזמת בית־המשפט; 3. נפקות פירוטן של הזכויות בחוק ובתקנות; 4. שיקול־הדעת השיפוטי ביישומו של החריג התרופתי; 5. הפרת זכויות שבאה על תיקונה עד להבאת העצור לפני שופט. ה. סיכום.

א. מבוא

אחד מחידושיו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996[1] הוא פירוט זכויות העצור בקשר לתנאי החזקתו במעצר.[2] הוראות החוק בעניין זה נולדו על רקע מציאות קשה ששררה במשך שנים בחלק ניכר מבתי־המעצר, אשר בהם הוחזקו

---

* שופט בית־משפט השלום בירושלים.

1. ס"ח תשנ"ו 338; ס"ח תשנ"ז 116 (להלן: החוק; או חוק המעצרים החדש).

2. ראו סימן ב לחוק. כחומר רקע כללי להוראות החוק ראוי להפנות להוראותיה של האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות (כתבי אמנה 1040 כרך לא עמ' 269), ובפרט לסעיף 7, האוסר על "יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים"; לסעיף 10(1), הדן בזכות העצור לקבל יחס אנושי תוך שמירה על כבודו כאדם; ולסעיפים 10(2) ו-(3), המורים על הפרדת עצורים מאסירים ומתן יחס מיוחד לעצור ההולם את מעמדו כמי שטרם הורשע.

nevo.co.il

עצורים בתנאי מעצר קשים ומשפילים,[3] באופן מתמיה, תנאי השהייה במעצר של מי שעומדת לו חזקת חפות ולעתים רבות כלל לא מוגש נגדו כתב־אישום היו קשים מאלה של מי שכבר נידון ונגזר דינו.[4]

רשימת הזכויות המנויות בחוק ובתקנות שהותקנו מכוחו[5] היא חלקית. ניכר בה שהיא אינה מבטאת אלא את המינימום הדרוש לקיום צורכי אנוש בסיסיים. בהקשר זה כבר צוין, כי לא זו בלבד ש"אין בחוק המעצרים ביטוי הולם לכך שמעצר אינו עונש...תנאי המינימום הקבועים בסעיפים 8 ו-9 לחוק המעצרים מתאימים אולי לאסירים, אך אין בהם די באשר לעצירים", אלא הם גם משקפים "התחשבות יתר ב'אילוצים' כביכול...לא זכויות־היסוד של העצירים קובעות את תנאי מעצרם, אלא תנאי המעצר הנתונים קובעים את זכויות העצירים".[6] זאת ועוד: החוק אינו כולל הוראה המתנה ביצוע מעצר במילוי אחר דרישות החוק והתקנות. מכיוון שכך, לא ברור האם קיום דרישות אלה הוא תנאי מוקדם למעצר, ממילא לא ברור מהן תוצאות הפרתן של זכויות העצור – אם הפרה צפויה, ואם הפרה שתוקנה עד להבאתו לפני שופט – לעניין שיקול־הדעת השיפוטי שביסוד החלטת המעצר.

לניתוח הוראות אלה ראו א' לסלי סבה, "זכויות האדם ומערכת הענישה – האם שנות ה־90 הניבו שתי מהפכות חוקתיות", *מחקרי משפט* יג (תשנ"ו) 183, עמ' 198־204. סעיפים דומים ישנם במסמכים בינלאומיים נוספים. ראו — Helena Cook, "Preventive Detention — International Standards and the Protection of the Individual", *Preventive Detention – A Comparative and Individual International Law Prespective* (Stainslaw Frankowski and Dinah Shelton (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992) 1, p. 33.

3. לסוגיית קביעתם של תנאי מינימום לשהייה במעצר ראו גם Casale and Plotnikoff, *Regimes for Remand Prisoners Prison Reform Trust* (London, 1990), 54. ראו צבי נח, *דיני מעצר ושחרור* (תשנ"ב), 495 ואילך; מבקר המדינה, *דוח שנתי 37* (ירושלים, 1987), 612־614; האגודה לזכויות האזרח בישראל, *זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 1996* (תשנ"ו), 126.

4. שם, שם. כך גם בחלק ממדינות אירופה. ראו Richard Vogler,"The Remand Prisoner and European Penal Procedures", *European Imprisonment Perspectives* (Harvester Wheatsheat, 1991) 243. ובארה"ב Stanislaw Frankowski and Henry Luepke,"Pre-Trial Detention in the U.S.", *Preventive Detention — A Comparative and International Law Prespective* (Stanislaw Frankowski and Dinah Shelton (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston /London, 1992) 53, p. 76.

5. תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז־1997, ק"ת 5829 (מיום 11.5.97), 664 (להלן: התקנות).

6. אריאל בנדור, "התפתחויות בזכויות־היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני", *ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז* (אריאל רוזן צבי עורך, פפירוס, תשנ"ו) 481, עמ' 517־518.

nevo.co.il

בשורות הבאות אבקש לבחון שאלה זו. ההנחה לדיון היא, כי מדובר בחשוד או (לפי העניין) בנאשם שקיימת לגביו עילת מעצר, ואשר לא ניתן להשיג את מטרת מעצרו באמצעים חמורים פחות. לו נתקיימו תנאי מעצר הולמים כמצוות החוק והתקנות, דינו היה להיעצר. אולם מה יחליט בית־המשפט לגבי הפרת דרישותיהם של החוק והתקנות? האם ייסוגו הערכים המוגנים על־ידי עילת המעצר מפני זכויותיו של העצור והוא ישוחרר בתנאים מגבילים, או שמא תהיה ידה של עילת המעצר על העליונה ובית־המשפט יורה על מעצר למרות הפרת הוכויות?[7]

אי־אפשר לבחון את השאלה במנותק מסוגיות זכויות־האדם של העצור בדרך־כלל, מתד־גיסא, וממדיניות המעצרים הכוללת, מאידך־גיסא. בחלקה הראשון של הרשימה אסקור אפוא את ההלכה הפסוקה שעניינה זכויות־האדם של העצור, מעמדן וטיבן. בהמשך הדברים אראה, כי ההכרה בזכות העצור לשמירה על צלם־האדם בין כותלי בית־המעצר – המעוגנת גם בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – לא באה לכלל ביטוי של ממש במדיניות המעצרים; שכן תנאים לא הולמים במעצר, הפוגעים שלא כדין בזכות זו, לא שימשו בדרך־כלל מניעת סף למעצר. אנסה להציע הסבר משפטי לתופעה זו, אשר לפיה נותרה זכות־יסוד שהופרה ללא תרופה מיידית. על רקע דברים אלה אבחן בחלקה השני של הרשימה את השפעתו על המצב המשפטי של חוק המעצרים החדש. המסקנה שאליה אגיע היא, כי סמכותו של בית־המשפט להורות על מעצר, גם אם לא ניתן לאפשר לעצור לממש את זכויותיו לפי החוק, נותרה ככל הנראה על כנה. עם זאת יש לבחון את השאלות, האם ראוי להוסיף ולעשות שימוש בסמכות זו וכמה זמן אפשר יהיה להשלים עם מצב, שבו תופרנה הוראות החוק והתקנות. שאלה נוספת שתעלה היא, מה ראוי לעשות עד לשינוי גישתם של בתי־המשפט לגבי הסוגיה.

ב. זכויות־האדם של העצור – ההלכה הפסוקה

סוגיית זכויות־האדם של אלו הנתונים במאסר או במעצר זכתה להתייחסות מקיפה בפסיקה שקדמה לחקיקת החוק. נסקור את ציוני־הדרך הבולטים בעניין זה.

7. מסתבר, כי השאלה אינה אקדמית גרידא. כך, למשל, בביקור בבית־המעצר של תחנת הבירה בירושלים בשלהי מאי 1997, שבועות מספר לאחר תחילת תוקפו של חוק המעצרים החדש, נמצא כי חלק ניכר של הוראות החוק והתקנות אינו מקוים. ממצאי הביקור פורטו בהחלטתי בב"מ 2015/97 מיום 30.5.97 (אי־הספקת מיטות לכארבעים עצורים, היעדר טלפונים, אי־קיום הזכות לטיול יומי, היעדר כלי־אוכל וכיו"ב). בינתיים באו חלק ניכר מהליקויים על תיקונם, אך מדיווחים שוטפים הנמטרים לנשיא בית־משפט השלום בירושלים על־ידי המשטרה עולה, כי גם בסוף ספטמבר 1997 נמצא בית־המעצר לא אחת בתפוסת־יתר, ועצורים ישנו מדי פעם על הרצפה. מטבע הדברים, תפוסת־היתר משליכה גם על תנאי התברואה, על האפשרות לקיים את הטיול היומי וכיו"ב.

nevo.co.il

1. פרשת דרויש

בבג"צ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר,[8] נידונה עתירתו של אסיר בטחוני לספק לו מיטה בבית־הכלא. סירוב המשיב נבע מטעמי ביטחון, שיסודם בכך שחלקי המיטה יכולים לשמש בידי האסירים הבטחוניים כלים אלימים ופוגעים.

מ"ט הנשיא ח' כהן סבר, בדעת־מיעוט, כי אי־אפשר לשלול מאסיר את הצורך האנושי המינימלי של מיטה לשינת־לילה. לטענת המדינה, כי שום זכות של האסיר אינה נפגעת ללא מיטה לישון בה, התייחס בזו הלשון:[9]

> וכותו של אדם בישראל, שגירון 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 דימוקרטית היא כה מובנת מאליה עד כי ככתובה וכחקוקה דמיא. וכבר נודמן לנו לא פעם להדגיש, שאם המאסר בא – כהכרת אשר לא יגונה – לשלול מאדם את חירותו הפיסית, אין הוא בא תלילה לשלול ממנו את תדמיתו ואת רמתו האנושית...

לעומת זאת, לדעת שופטי הרוב באותה פרשה, הונחה תשתית ראייתית מספקת לכך, שהמיטות הן פוטנציאל כלי־משחית בקרב האסירים הבטחוניים. בשל הצורך לנקוט בלפי האסירים אמצעים בטחוניים מוגברים ולאחר שסופקו להם כתחליף למיטות מזרונים כפולים, לא ראו שופטי הרוב לנכון להתערב בהחלטת הרשות. ודוקו: גם לפי גישתם של שופטי הרוב אין לפגוע בצלם־האדם של האסיר, אלא אם צורכי המאסר גופו מחייבים זאת. המחלוקת לא סבה אלא על יישומו של עיקרון זה על עובדות המקרה.

2. פרשת יוסף

על העיקרון, כי במאסר אין כדי להצדיק מעצם מהותו פגיעה בכבוד האדם, חזר השופט ברק בבג"צ 540/84 ואח' יוסף ואח' נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון;[10]

> ...המאסר מחייב, מעצם מהותו, שלילת חופש, אך אין בו כדי להצדיק, מעצם מהותו, פגיעה בכבוד האדם. ניתן לקיים מאסר שישמור על כבוד האדם של האסיר. תומות הכלא אינן צריכות להפריד בין האסיר לבין צלם האנוש...בית סוהר אסור לו שייהפך למכלאה, וחדר האסיר אסור לו שייהפך לכלוב. עם כל הקשיים הברוכים בדבר, חברה מתורבתת חייבת לשמור על רמה אנושית

8. פ"ד לה (1) 536 (להלן: בג"צ דרויש).
9. שם, 538-539.
10. פ"ד מ (1) 567, עמ' 573.

nevo.co.il

> מינימאלית של תנאי מאסר. לא נהיה אנושיים אם לא נבטית רמה אנושית לאסירים שבחברתנו. אין להשיג את מטרותיה של העונשה הפלילית על־ידי פגיעה בכבוד האסיר ובצלמו כאדם.

בתוך כך הבהיר השופט ברק, כי הפגיעה בחירויות של אסיר חייבת להלום את תכלית המאסר, ואסור לה ששתהיה במידה העולה על הנדרש:[11]

> משטר החיים בבית־סוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות אשר מהן נהנה הארם החופשי...עם זאת, פגיעה זו בחירויות צריך שתהא נובעת מעצם מהות המאסר וצרכיו, ולא מעבר לכך...

3. פרשת וייל

דיון מקיף בסוגיה על רקע פסיקה קודמת נמצא בפסק־דינו של השופט אלון בבג"צ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל ואח'.[12] לעניין הנידון כאן ראוי להטעים במיוחד את דברי בית־המשפט על הצורך בנימוקים של ממש כדי להצדיק פגיעה בזכויות האסיר, כאשר כמידת הזכות הנפגעת כן תהיה חשיבותם של הנימוקים הדרושים להצדקתה של הפגיעה ועוצמתם.[13] נוסף על ההבחנה שכבר נמתחה בפסיקה קודמת, בין זכויות־יסוד שבפגיעה בהן יש משום פגיעה בצרכים מינימליים ויסודיים של האדם באשר הוא אדם שנברא בצלם, כגון הזכות לאכילה, לשתייה וללינה, לבין זכויות שאינן כאלה, מוסיף בית־המשפט ומותח הבחנה בין זכות־יסוד השמורה לאסיר, שהיא בבחינת "זכות בל תעבור", לבין זכות הכפופה לכללי איזון: "סיווגה של הזכות לפי קנה המידה האמור תלוי, לא במעט, בהתייחסותה של החברה לטיבה ול'יסודיותה' של אותה זכות".[14]

4. פרשת גולן

פסק־הדין המקיף בסוגיה לאחר חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן באוגוסט 96 בעע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר.[15] באותה פרשה נידון סירובו של שב"ס לאפשר לאסיר לכתוב לעיתון טור שבועי על חיי היומיום בבית־הכלא. ברוב דעותיהם של השופטים מצא ודורנר קיבל בית־המשפט את הערעור, אך גם השופט השין, שנותר במיעוט, הסכים לעיקרי היסוד – ה"מעין 'מגנא כרטא' של האסיר בישראל" – שכונן השופט מצא בחוות־דעתו, ולא חָלַק אלא על המסקנות הנובעות מהחלטתם על נסיבות העניין הספציפי.

---

11. שם, 572-573.
12. פ"ד מא (3) 477.
13. שם, 491.
14. שם, 492.
15. פ"ד נ (4) 136 (להלן: עע"א גולן).

nevo.co.il

את ההלכה בסוגיית זכויות־האדם של האסיר סיכם השופט מצא בזו הלשון:[16]

> ...זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעצירי) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה רק אך זכותו של האסיר להופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות, מהן מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין.

אשר להשלכת דבר המאסר או המעצר על היקפן של זכויות־היסוד הנתונות לאסיר או לעצור הבהיר השופט מצא:[17]

> הנחת היסוד היא, שסל זכויות־האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר. עם זאת ברור, כי המאסר גם משעה את יכולתו של האסיר לממש חלק מחירויותיו האחרות. באשר לכמה מאלו, שהיכולת לממשן מותנית בחופש התנועה, השעיית הזכות היא "אינהרנטית" למאסר. חירויות אחרות, שמימושן (למצער החלקי) אינו מותנה בחופש התנועה ויכול להיעשות גם בתא (או מתא) המאסר, מוסיפות לעמוד לאסיר גם בהיותו בבית הסוהר. אם הרשות חפצה להשעות, או להגביל, את יכולתו לממש גם חירויות מן הסוג הזה, מוטל עליה להראות כי סמכותה לעשות כן מעוגנת בדין בהוראה מפורשת...אך בקיום סמכות לא סגי. ככל החלטה מינהלית, אף החלטת הרשות המופקדת על האסירים חייבת להיות סבירה ולהתבסס על שיקולים ענייניים ומעמים נכוחים.

בהמשך הדברים הסביר השופט מצא, כי לאחר הקיקת חוק־היסוד חלה חובה מוגברת לדקדק בכיבוד זכויות־האדם של אסירים. בהתייחסו לטענה כי בדיקת הכתבות של המערער עשויה להכביד על הרשות ולהטיל עליה מעמסה תקציבית, קבע השופט, כי כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות־יסוד, משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול; שכן הגנה על זכויות־אדם עולה כסף, ועל החברה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית.[18]

16. שם, 152-153.
17. שם, 153.
18. שם, 161, 165, 170-171.

nevo.co.il

ג. תנאי המעצר כשיקול בהחלטת המעצר קודם לחקיקת חוק המעצרים החדש

1. השלכתה המסתברת של ההכרה בזכות העצור לכבודו

פסקי־הדין שסקרנו ואחרים דוגמתם[19] עסקו כולם בעתירות למיטושן של זכויות האסיר או העצור. לא נידונה בהם השאלה, כיצד משליכים תנאי מעצר לא הולמים על שיקול־הדעת השיפוטי בהפעלת סמכות המעצר.

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו יצר איזון חדש בין זכויות הפרט המוגנות על־פיו לבין זכויות הכלל. הדעה הרווחת בפסיקה היא, כי פסקת ה"ביבוד" שבסעיף 11 לחוק־היסוד מכוונת גם כלפי בית־המשפט. חובתו של בית־המשפט לכבד את זכויות־היסוד המוגנות באה לידי ביטוי לא רק במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה חדשה, אלא גם במסגרת פירושו של דין ישן שלפי חוק־היסוד נשמר תוקפו; וכן במסגרת של הפעלת שיקול־דעת שיפוטי על־פי אותו דין: "...כל שיקול־דעת שיפוטי המוענק על־פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד..."[20] דברים אלה יפים גם לגבי שיקול־דעת שמפעיל בית־המשפט בהחלטת מעצר. אף הובעה הדעה, כי בשל העלאתו של כבוד האדם למדרגה חוקתית, ראוי לאמץ כיום מדיניות שיפוטית העוצרת נאשם לאחר אישום רק במקרים "חריגים ומיוחדים".[21]

על רקע האמור לעיל ולפי הדברים הנכוחים שנאמרו בפסיקה שסקרנו קודם־לכן, אפשר היה לסבור, כי למצער לאחר חקיקתו של חוק־היסוד לא ניתן לעצור אדם מאחורי סורג ובריח כאשר ידוע מראש, שבבית־המעצר שוררים תנאים לא הולמים הפוגעים בכבוד־האדם. אמנם, ניתן להעלות על הדעת נסיבות חריגות, כגון אלה שהתקיימו בבג"צ דרויש,[22] שבהן יתייבו צורכי המעצר לשלול מיטה מעצור. כמו־כן לעתים עשויה טובת החקירה או טובת העצור עצמו לחייב להגביל במשהו איזו מזכויותיו. אך במהלך הרגיל של הדברים, כאשר אין נסיבות חריגות, אין הצדקה לשלול מעצור תנאים אנושיים מינימליים. הדבר אינו גובע מצורכי המעצר, וגם את מטרת המעצר אפשר להשיג במלואה תוך שמירת צלם־האדם של העצור. קשה אפוא ליישב בין החלטה לעצור אדם בתנאים

19. ראו, למשל, בג"צ 373,391,370,355/79 קטלן, ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294, עמ' 298.

20. דברי המשנה־לנשיא ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (להלן: דנ"פ גנימאת), עמ' 653; וכן ראו באותו עניין את חוות־דעתם של השופטים שטרסברג־כהן, מצא, דורנר וגולדברג; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (להלן: בש"פ גנימאת), עמ' 375, 412; אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, עמ' 15-16, 25; דליה דורנר, "השפעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 13, עמ' 20-21.

21. דברי המשנה־לנשיא ברק בבש"פ גנימאת, שם, 440. כן ראו חוות־הדעת של השופט ברק ושל השופטת דורנר בדנ"פ גנימאת, שם, 644, 651.

22. לעיל, הערה 8.

לא־הולמים הפוגעים בכבודו לבין מבחני פְּסקת ההגבלה שבחוק־היסוד, ובפרט תנאי המידתיות, אשר בהם חייבת לעמוד החלטת המעצר.[23]

בבש"פ 3045/94 עיסווי נ' מדינת ישראל,[24] נידון לפני המשנה־לנשיא ברק ערר על החלטת בית־המשפט המחוזי לעצור את העורר עד תום ההליכים נגדו. העורר הלין על תנאים קשים בבית־המעצר בנתניה (צפיפות, שינה על הרצפה, מניעת טיולים וכו'). עד לדיון בערר הועבר העורר לבית־המעצר בכאר־שבע. השופט ברק דחה את הערר, אך בשולי החלטתו ציין, כי הוא מודאג מטענות בא־כוח העורר: אמנם, עניינו האישי של העורר בא על תיקונו לאחר שהועבר לבית־מעצר אחר, אך לבעיה הכללית לא ניתנה תשובה: "אם אמנם נפגע צלם האדם של העצור, כי אז זכאי הוא לא רק לכך שהמדינה לא תפגע בכבודו אלא אף תגן על כבודו". רואים אנו, כי בנגד זכותו של העצור לתנאי מעצר אנושיים עומדת חובת עשייה פוזיטיבית של הרשות. אך מהי הדרך המעשית להגשים חובה זו כאשר אין בנמצא בית־מעצר אחר שאליו אפשר להעביר את העצור? כיצד ימלא בית־המשפט את חובתו שלא לפגוע בכבודו מעל לנדרש – שלא לדבר על הגנה פוזיטיבית עליו – זולת שחרורו בתנאים מגבילים?

2. מדיניות המעצרים הלכה למעשה

אולם עיון בפסיקה שקדמה לתוק המעצרים החדש מגלה פער בין הרטוריקה של זכויות העצור לבין מדיניות המעצרים הלכה למעשה, הגם שהמציאות הבלתי־אנושית בבתי־המעצר תוארה בפסיקה במלים קשות, המשיכו בתי־המשפט לעצור.[25] אמנם, תנאים קשים בבית־המעצר שימשו שיקול להעלאת הרף ההסתברותי של עילות המעצר או בנימוק־לוואי לקביעת חלופת־מעצר, אך הם לא שימשו מניעת־סף למעצר.

---

23. השוו יהודית קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב (תשנ"ה) 64, עמ' 114-115; עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על־פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155, עמ' 178. המחברים דנים שם בשאלת עמידתם בתנאי המידתיות של עונש אכזרי או של תנאים קשים במיוחד במאסר, אך דומה שהדברים יפים בדרך של קל־וחומר לגבי תנאי מעצר קשים ומשפילים של חשוד או של נאשם שטרם נידונו וממילא טרם נגזר דינם. יצוין, כי בקנדה נקבע שמאסר ממושך בבידוד או החזקת אסירים קטינים בתאים צפופים ומלוכלכים הם בגדר הפרה חוקתית של סעיף 12 לצ'רטר הקנדי, האוסר מתן עונש או יחס אכזרי או בלתי־רגיל. ראו Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed., Carswell, Toronto, 1992), 1136-1137.

בארצות־הברית נקבע, כי מעצר בתנאים דומים עשוי להיות הפרה של התיקון החמישי לחוקה, המעגן את זכות העצור להליך הוגן. ראו Terence P. Thornberry and Jack E. Call, "Constitutional Challenges to Prison Overcrowding: The Scientific Evidence of Harmful Effects", 35 *Hastings Law Journal* (1983-1984), 313, p. 316.

24. לא פורסם (להלן: בש"פ עיסווי).

25. ראו, למשל, בש"פ 4014/92 ששון נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

nevo.co.il

מבע מוחשי לאמור לעיל אפשר למצוא בהחלטתו של המשנה־לנשיא אלון בבש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי.[26] ההלכה לגבי זכות־היסוד של העצור לצורכי אנוש ולסדרים תרבותיים מינימליים של אופן סיפוק צרכים אלה נוסחה בתגיגיות, כפי שנעשה גם בפסיקה קודמת.[27] עם זאת, כפי העולה מההחלטה, התוצאה של הפרת זכות זו אינה הימנעות ממעצר, כי אם העלאת הרף ההסתברותי של עילות המעצר – הא ותו לא. במה דברים אמורים? במקרה רגיל של מעצרו של נאשם בטרם משפט מאחורי סורג ובריח ישנה הצדקה למעצר כאשר יש "יסוד סביר שיש בו ממש" לתקינות ההליך המשפטי על־ידי שיימלט או ידיח עדים ויעלים ראיות, או כאשר יש "יסוד סביר" לחשש של סיכון שלום הציבור או בטחונו עד עומדו למשפט. אולם כאשר נוסף על פגיעה בחירותו של אדם כשלעצמה גם נפגע כבודו האלמנטרי עקב תנאי המעצר, אזי יש מקום להעלות את הרף הנדרש למעצרו, כדברי השופט אלון:[28]

> ...כאשר האיזון הראוי הוא לא רק בין ערך חירות האדם לבין הערכים של עשיית משפט, שלום הציבור ובטחונו, אלא גם כאשר כבודו האלמנטרי על הסף, מצווה בית המשפט להעדיף חלופה למעצר, אלא אם אין מנוס מלנקוט מעצר מאחורי סורג ובריח כדי למנוע סכנה מוחשית לשלומו ולביטחונו של הציבור או חשש ממשי לשיבוש הליכי משפט.

דוגמא נוספת משמש בש"פ 7223/95 מדינת ישראל נ' רוטשטיין,[29] שבו נידון ערר המדינה על החלטת בית־המשפט המחוזי לשחרר בתנאים מגבילים נאשם בסחר בסם מסוכן עקב תנאי המעצר הקשים בבית־המעצר בנתניה. המדובר באותו בית־מעצר, אשר תת־אנושיות התנאים בו זכתה לביקורת חריפה של השופט ברק בבש"פ עיסווי,[30] בית־המשפט, מפי השופט אור, אמנם אישר את החלטת בית־המשפט המחוזי, אך החלטתו לא בוססה על תנאי המעצר כשהם לעצמם, אלא על "נסיבות מיוחדות אשר בהצטרפן לתנאי

---

26. פ"ד מו (5) 72 (להלן: בש"פ עזאזמי).
27. ראו שם, 84-85:

> כל אסור ועצור בישראל, גם כאשר חופש התנועה ניטל הימנו כדין וסגור הוא מאחורי סורג ובריח, זכאי הוא לצורכי אנוש מינימאליים ויסודיים. עם צורכים אלה נמנים לא רק עצם זכותו לאכילה, שתייה ולינה כדי לקיים את גופו מבחינה פיסית, אלא גם סדרי אנוש תרבותיים מינימאליים של אופן סיפוק צרכים אלה, כדי לקיים את כבודו כאדם מבחינה נפשית. מילוי זכות אנוש מינימאלית ויסודית זו מן הראוי שתזכה לשימת לב מירבית של הגורמים המוסמכים והאחראים לכך (ההדגשות במקור – י"ע).

28. שם, 85.
29. לא פורסם. ההחלטה מיום 23.11.95 (להלן: בש"פ רוטשטיין).
30. לעיל, הערה 24.

nevo.co.il

המעצר הקשים בהם אמור המשיב להימצא אם ייעצר עד תום ההליכים מצדיקות את דחיית הערר" (ההדגשה שלי – י"ע). רואים אנו, כי תנאי המעצר לא שימשו אלא גימוק־לוואי לשחרור. עם זאת, בשולי החלטתו הוסיף השופט אור את הדברים הנוקבים הבאים, שיש בהם כדי להמחיש את הבעייתיות המשפטית אשר בה עסקנו קודם לכן:

> אודה שהתלבטתי לא מעט בשאלת האיזון הראוי, כשמצד אחד נדרש מעצרו של אדם, כמו המשיב, המובא לדין ויש לכאורה סיכון לציבור בשחרורו, לבין אי קיום תנאי מעצר מינימליים שלא יהיה בהם פגיעה בכבודו של העציר בשל התנאים הקשים והמשפילים שבהם. מסתבר, שאמירות והתראות רבות של בתי־המשפט על המצב הבלתי־נסבל בבתי המעצר לא היה בהן די כדי להביא לשיפור המצב במהירות ובוריזות הנדרשים. ייתכן ואין להסתפק בביקורת על המצב הבלתי־נסבל, ולו בתי־המשפט היו מגלים עמדה עקבית ובלתי מתפשרת, על־פיה אין לעצור אדם אלא אם מובטחים לו תנאי מעצר מינימליים, היה הדבר מביא להחשת תיקון המצב. דברים אלה נאמרים, כדי להבהיר, שייתכן וכך ימצא בית־המשפט לנהוג בעתיד הלא רחוק, אם לא ישתפר המצב ובדחיפות.

3. מעצר בתנאים לא־הולמים כחריג חוקתי־תרופתי

דברים אלה מביאים אותי לשאלה שלא נתלבנה – כך דומני – די הצורך בפסיקה, על־אף היותה יורדת לשורש הסוגיה: מהו הבסיס המשפטי, אם בכלל, להחלטת מעצר שכרוכה בה פגיעה שלא כדין בכבודו של העצור? דברי השופט אור בבש"פ רוטשטיין על האפשרות של אימוץ מדיניות בלתי־מתפשרת, השוללת בעקיבות מעצר בתנאים שאינם הולמים, מלמדים כי עמדה כזו נמצאת במִתחם שיקול־הדעת השיפוטי. אולם האם תיתכן כלל עמדה לגיטימית אחרת? אם החלטה לעצור אדם בתנאים לא־הולמים אינה עומדת במבחני פִסקת ההגבלה של חוק־היסוד, שכן גם לגבי המסוכן שבעברייניים אין צורך לפגוע בצלמו כאדם כדי להשיג את מטרת המעצר, כיצד אפשר מעיקרא לקבל החלטה כזו?

אין לכחד, שהדילמה אשר בית־המשפט ניצב לפניה במקרים אלו אינה פשוטה כלל ועיקר:[31] אמנם, שלילת צורכי אדם בסיסיים מעצור אינה נדרשת כדי להשיג את מטרת המעצר ואינה עומדת במבחני פִסקת ההגבלה, אך ביסודה מצויה מערכת־אילוצים לבר־משפטית, שאינה בשליטת בית־המשפט. אימוץ עמדה גורפת, השוללת על הסף מעצר עקב התנאים הקשים השוררים בבתי־המעצר, למרות שכיחותם, תוביל בהכרח לשחרורם של אלו המסכנים באופן מוחשי ומיידי את היחיד ואת החברה. אולם בד־בבד עם החובה לכבד את וכויות־היסוד של העצור מוטלת על בית־המשפט חובה, חוקתית אף היא, לכבד את

31. השוו בנדור (לעיל, הערה 16), 515.

nevo.co.il

זכויות־היסוד של אלה העלולים להיפגע עקב השחרור.[32] כיצד ניתן ליישב בין שחרור העצור לבין חובה זו? דומה, שאין דרך לאזן כראוי בין שתי החובות, ועל בית־המשפט לבחור בין שני פתרונות גרועים, בבחינת "השגה של הרע במיעוטו";[33] מעצר יגן על זכויות־יסוד של אחרים, אך יפגע ללא צורך בזכויות־יסוד של העצור; שחרור יגן על זכויות־יסוד של העצור, אך עלול לפגוע ללא תקנה בזכויות־יסוד של אחרים.

על רקע דברים אלה נראה לי, כי התירון המשפטי לקושיית מעצרו בתנאים לא־הולמים של מי שהתקיים לגביו רף הסתברותי גבוה של עילת מעצר, שאוב מדיני התרופות החוקתיות: מגמתם של דינים אלה היא לשאוף למצב שבו פגיעה שלא כדין בזכות־יסוד זוכה לסעד מיידי מתאים. אך כאשר ישנם נימוקים כבדי משקל, "ניתן עקרונית להכיר בזכות ללא סעד", ובלבד שגם הטעם הראוי, העומד ביסוד החריג, יעמוד במבחן חוקתי.[34] ולעניינו: התרופה ההולמת פגיעה בזכות־היסוד של עצור לכבודו, שעילתה בתנאים לא־הולמים בבית־המעצר, היא שחרורו המיידי ממעצר. אולם כאשר מתקיימת בעצור עילת מעצר ברף הסתברותי גבוה, עלול השחרור לגרום לפגיעה חסרת־תקנה בזכויות־יסוד של הקורבנות. שני הפתרונות הבאים בחשבון במצב דברים זה, אשר נכפה על בית־המשפט הדן בבקשת המעצר, אינם חוקתיים: מעצר יפגע שלא כדין בזכות העצור לכבודו; שחרור יפגע שלא כדין בזכותם של הקורבנות. בנסיבות אלה מעצר לא יהיה אלא העדפה – מבין שתי דרכי פעולה הפוגעות בזכויות־יסוד – של דרך הפעולה הגרועה פחות. אמנם, כפועל־יוצא מכך תיוותר זכות העצור לכבודו ללא סעד מיידי למרות הפרתה, אך כאשר מנגד הוסר סיכון חמור לאחרים דומה, בטבט כולל, כי עדיין הועדף על־ידי בית־המשפט הפתרון הגרוע פחות. נחמה פורתא ניתן, אולי, למצוא בכך, שמעצר נעשה מעצם טבעו לזמן מוגבל. מדובר אפוא בפער בין הזכות לתרופה שיתקיים לזמן מוגבל, בבחינת חריג תרופתי שהוא פתרון של "אין ברירה".

---

32. ראו דברי הנשיא שמגר בדנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 20), 621; וכן ראו את דבריו בבש"פ 2507/95 ראובן נ' מדינת ישראל (לא פורסם):

> חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו פורש כנפיו רק על החשוד והעבריין, אלא לא פחות מכך על קרבנותיהם בפועל...חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, נוצר כדי להגן על כל בני־האדם ולשמור חייהם וגופם של הכול מפני פגיעה וסיכון, ולא כדי ליצור שיכבה של אנשים מיוחסים בעלי חסינות, שיוכלו להרע כאוות נפשם מבלי שהחברה תורשה להתגונן מפניהם.

33. בנדור (לעיל, הערה 6).

34. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 706. מכאן, בין השאר, סמכותו של בית־המשפט להכריז לעתים על דבר־חקיקה כבלתי־חוקתי וכבטל, אך להשעות את מועד כניסתה של הבטלות לתוקף כאשר בתקופת־הביניים נפגעת זכות חוקתית בלא שניתנת תרופה לפגיעה. ראו שם, 741 ואילך. כן ראו בג"צ 753/87 בורשטיין ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מב (4) 462, עמ' 476 (לעניין חקיקת משנה); בג"צ 2294/90 פורז נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מד (3) 317, עמ' 323; בג"צ 4235,2918/93 עיריית קרית גת ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 832, עמ' 849.

4. היקפו של החריג

השאלה העולה בהקשר זה היא, האם היקפו של החריג, כפי שהותווה בשעתו בבש"פ עוזאזמי, אינו עולה על הנדרש.

בפתח הדברים יצוין, בכל הכבוד הראוי, כי הגם שהצעד של העלאת הרף ההסתברותי של עילות המעצר מבטא כלשונו מגמה של צמצום במעצרים עקב תנאים לא־הולמים בבתי־המעצר, הרי ביטויו המעשי מוגבל: לפי ההחלטה בבש"פ עוזאזמי, תיסוגנה וכויות־היסוד של העצור מפני רף סיכון גבוה של כל עילות המעצר – הן זו שעניינה ב"שלום הציבור", אשר פורשה בפסיקה כסבה לא רק על סיכון החיים והגוף אלא גם על סיכון הרכוש,[35] והן זו שעניינה בתקינות הליכי המשפט. והנה, רמת סיכון לשלום הציבור או לתקינות ההליך הפלילי, שהיא נמוכה ומגיעה לכדי סיכון "סביר" גרידא להבדיל מסיכון "חמור", שוקלת ממילא לכוון השגתה של מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור מגבילים, שפגיעתם במי שמבקשים לעוצרו חמורה פחות (חלופת מעצר), ישנה זיקה הדוקה בין מידת האינטנסיביות של הסיכון הנשקף מאדם לשלום הציבור או לתקינותם של הליכי המשפט לבין האפשרות להשיג את מטרת מעצרו באמצעות חלופת מעצר. ככל שרמת הסיכון נמוכה יותר, כך ייטה בית־המשפט לקדמה באמצעות חלופה.[36] נובע מכאן, כי המסה הקריטית של אלה שייעצרו מעצר של ממש תהיה מורכבת ממילא מאלה שרמת הסיכון הנשקפת מהם היא "חמורה", שכן לאלה שרמת הסיכון הנשקפת מהם היא "סבירה" גרידא תימצא בדרך־כלל חלופת מעצר. מהו אפוא הביטוי המעשי מצדו של בית־המשפט לתת־אנושיות התנאים בבית־המעצר? והרי מי שלא יתקיים לגביו הרף ההסתברותי הגבוה של עילות המעצר, ממילא לא ייעצר בדרך־כלל מאחורי סורג ובריח, ללא קשר לסוגיית התנאים השוררים בבית־המעצר? נראה אפוא, כי העלאת הרף ההסתברותי של עילות המעצר, ללא הבחנה בין העילות השונות, אינה מענה מעשי מספק לתופעה של שלילת צלם־האדם מהעצור.

לעצם העניין דומני, כי הצורך לקדם את פניו של סיכון חמור לחיים או לגוף עשוי להצדיק את העדפת הפתרון הגרוע פחות של מעצר מקור הסיכון על־פני שחרורו. ההתלבטות קשה יותר כאשר מול הפרת זכות־היסוד של העצור לכבודו לא ניצב אלא חשש (ולו חמור) לתקינות הליכי המשפט או לרכוש. ככל הידוע לי, למן מתן ההחלטה

---

35. ראו דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 20), 647 והאסמכתאות הנוספות הנזכרות שם.

36. ראו דברי המשנה־לנשיא אלון בבש"פ 299/89 משי־זהב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (1) 720, עמ' 725-726:

> ...גם כאשר קיימת עילת מעצר, היינו עילה המאפשרת לבית המשפט לעצור נאשם בטרם יוכרע דינו, לא יצווה בית המשפט על מעצר הנאשם, אלא אם בדק ומצא כי "לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות". ואם תובת בדיקה זו קיימת כאשר מצויה עילת מעצר ברורה, קל וחומר שקיימת היא במקרה כגון זה שלפנינו "שהן ולאו ורפיא בידיה" ("כן ולא, ורופף הדבר בידו"), שמדובר במצב שאינו ברור וחד.

כן ראו בספרו של נח (לעיל, הערה 3), 265.

בבש"פ עזאזמי בשנת 1992 לא נבחנה מחדש נקודת־האיזון הראויה שבין שני הפתרונות המתחרים. לדעתי, היה מקום לשקול את שינוי הגישה בסוגיה זו גם אלמלא חוק המעצרים החדש. בסופו של דבר עסקינן בבחירה בין פגיעה ודאית בזכויותיו של מי שעומדת לו חזקת חפות לבין מניעת פגיעה מסתברת באחרים. תוך כך גם יש לשקול מתו הרף הראייתי הנדרש למעצר שכרוכה בו פגיעה שלא כדין בצלם־האדם. הואיל והסוגיה דנן נותרה – לדעתי – רלבנטית גם אחרי חקיקתו של החוק, אשוב ואדון בה בהמשך הדברים, ושם גם אפרט את עמדתי.

ד. המצב המשפטי לאחר חקיקת חוק המעצרים החדש

1. כללי

עיון בהוראות החוק מלמד, כי הזכויות שעוגנו בו הן בעיקרן אלה שבהן שתה הפסיקה עוד קודם, היינו: אותן זכויות־יסוד המבטאות צרכים אנושיים מינימליים של העצור. עקרון־היסוד נקבע בסעיף 9(א) לחוק הקובע, כי "עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". בד־בבד מנה המחוקק ופירט שורת זכויות הלכה למעשה. חלק מהן נוסחו בלשון של "תנאי בל יעבור", היינו, לפי פשוטו של מקרא, אין הן כפופות לכללי איזון כלשהם,[37] כך הדבר באשר לזכות לתנאי תברואה הולמים, לתנאים שיאפשרו שמירה על הניקיון האישי, לטיפול רפואי הנדרש לשם השגתה על בריאות העצור, ולתנאי השגחה מתאימים על־פי השגחת רופא.[38] הוא הדין באשר לזכות למיטה, למזרן ולשמיכות,[39] לזכות למזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאות העצור,[40] ולזכות לתנאי תאורה ואוורור סבירים בתא.[41] זכויות אחרות, כמו הזכות להליכה יומית באוויר הפתוח, הוכפפו לכך ש"תנאי המקום מאפשרים זאת", אך בה־בעת נקבעו מנגנונים מרסנים שיבטיחו כי שלילת הזכות תיעשה לזמן מוגבל.[42] הלק אחר של הזכויות כפוף לאיזון כנגד שיקולים המעוגנים ב"טובת העצור" או ב"טובת החקירה". כך הדבר, למשל, באשר לזכות הנזכרת לטיול יומי, לזכות לקבלת מבקרים, לשליחת מכתבים ולקיום קשר טלפוני.[43] מקצת הזכויות ניתנות לשלילה כאמצעי משמעת.[44]

37. בכפיפות לסעיף 11(4), המסמיך את מחוקק־המשנה לקבוע הוראות מיוחדות לגבי תהולת הזכויות על החזקת עצורים בטחוניים מטעמים של טובת החקירה או טובת העצור או בטחון המדינה.
38. סעיף 9(ב)(1) לחוק.
39. סעיף 9(ב)(2) לחוק.
40. סעיף 9(ב)(3) לחוק.
41. סעיף 9(ב)(4) לחוק.
42. תקנה 9 לתקנות.
43. סעיף 9(ב) (6) לחוק, בשילוב עם תקנות 10 ו-12 לתקנות.
44. סעיף 10(ב) לחוק.

nevo.co.il

2. בירור תנאי המעצר בירושת בית־המשפט

קודם שאנסה לבחון מהן השלכותיה של הפרת זכויות העצור – המנויות בחוק ובתקנות – על האפשרות להורות על מעצרו, אבקש להתייחס לטענה מקדמית העשויה להיטען, כי מקום בירורה של הסוגיה אינו בגדר הדיון בהחלטת המעצר, אלא בגדר עתירה שהעצור יכול להגיש לאחר מעצרו. טענה זו קשה עלי: ראשית, לעיל ראינו, כי גם לפני חקיקת החוק החדש הביא בית־המשפט במניין שיקוליו את התנאים הקשים במעצר. אין יסוד לסבור, כי החוק שינה את המצב המשפטי בסוגיה זו. שנית, בחינת הזכויות המנויות בחוק מלמדת, כי למצער אלה הנקובות בסעיף 9(ב) משקפות את אותה רמה מינימלית של צורכי אנוש בסיסיים שהוזכרה בפסיקה. שלילתן מהעצור אינה עולה בקנה אחד עם האמור בפסקת ההגבלה שבחוק־היסוד, אשר החלטת מעצר צריכה לעמוד במדכיביה. שלישית, קשה להלום, בפרט בשל פסקת ה"כיבוד" שבחוק־היסוד, כי בית־המשפט יורה על מעצרו של אדם תוך שיתריש הגם שמוכת לפניו, כי זכויותיו החקוקות של אותו אדם מופרות. רביעית, רוב העצורים נעצרים לתקופות קצרות לצורכי חקירה, כאשר חלקם הגדול אינם מסוגלים לערוך מסמך משפטי ואינם מיוצגים על־ידי עורכי־דין. הימנעות מבירור הסוגיה בשלב המעצר עלולה להוביל לכך שהוראות החוק תהפוכנה לאות מתה. אני סבור אפוא, כי יש לברר את הסוגיה במסגרת הדיון בבקשת המעצר. ואת ועוד: בשל היעדר נוהל, שלפיו חייבים נציגי המדינה המופיעים בבקשות המעצר לוודא מבעוד־מועד שאפשר לקלוט את העצור בבית־המעצר תוך קיום דרישות החוק והתקנות באשר לזכויותיו, נראה לי, כי למצער במקום שבו אין לחשוד עורך־דין, ראוי שבית־המשפט יברר זאת מיוזמתו, בבחינת "פתח פיך לאילם".[45]

3. נפקות פירוטן של הזכויות בחוק ובתקנות

עתה אפשר לפנות לגופה של השאלה.

ישנם נימוקים כבדי־משקל לביסוס הטענה, כי פירוטן של זכויות העצור בחוק ובתקנות שינה את פני המצב המשפטי ששרר קודם־לכן, באופן שהפרה צפויה של זכויות אלה תהיה כיום מגיעת־סף למעצר:

45. השוו לטיוטת התיקון לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט־1969, שהוצעה על־ידי הוועדה לבדיקת חקיקה נגד עיוויים בדו"ח המסכם שהוגש על־ידיה ביום 11.7.95, יג תמוז תשנ"ה, בעקבות התימתה של ישראל על האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי־אנושיים או משפילים משנת 1984 (כתבי אמנה 1039, כרך 31, עמ' 249), וזו לשונו של סעיף 4 לטיוטה: "17א. (א) הובא אדם בפני שופט לצורך מעצרו לפי סימן זה, ישאל אותו השופט על תנאי החזקתו במעצר, ועל תנאי חקירתו".

גם הכרזות האו"ם ואמנות בינלאומיות שונות מעגנות את החובה לטפל כראוי ובמהירות בתלונות אסירים ועצורים באשר לתנאי מעצרם. ראו קוק (לעיל, הערה 2), 45-47. הוראות בעניין זה ישנן גם בחקיקה פנימית. ראו, למשל, בצרפת, לעניין אחריותו של השופט־חוקר הממפל באישום כנגד העציד לדאוג גם לתנאי מעצרו. ראו ווגלד (לעיל, הערה 4), 246.

nevo.co.il

ראשית, הזכויות שפורטו בחוק ובתקנות אינן אלא תרגום ספציפי שהמחוקק העניק לזכותו החוקתית של העצור לכבודו, כמו גם למבחני פסקת ההגבלה שבחוק־היסוד, אשר בהם חייבת לעמוד החלטת המעצר.

שנית, נוסחאות־האיזון הפנימיות שנקבעו בחוק לגבי חלק מהזכויות, כי יש לקיימן רק אם "תנאי המקום מאפשרים זאת" או אם אין לכך מניעה מחמת "טובת העצור" או "טובת החקירה", מלמדות כי שאר הזכויות, שלגביהן לא נקבעו נוסחאות כאלה – כגון הזכות לתנאי תברואה הולמים, הזכות לטיפול רפואי, הזכות למיטה, למזרון ולשמיכות והזכות למזון נאות – הן בבחינת תנאי בל־יעבור ואינן כפופות לאיזונים כלשהם. אין זאת אלא שעמדתו של המחוקק היא, כי כל פגיעה בזכויות בסיסיות אלה תפגע בכבודו של העצור מעל לנדרש. פרשנות, שלפיה גם הזכויות האחרונות כפופות לאילוצים של תנאי המקום, תייתר לחלוטין את נוסחאות־האיזון שנקבעו לגבי הזכויות מהסוג הראשון.

שלישית, סעיף 10(ב) לחוק, המסמיך את הרשות לשלול מעצור, כ"אמצעי משמעת", את זכויותיו להחזיק תפצים, לביקורים, לשליחת מכתבים ולקיום קשר טלפוני, מלמד כי שלילתן של אילו מזכויות־היסוד של העצור טעונה הסמכה מפורשת בחוק.

רביעית, מצוקה תקציבית של הרשות אינה יכולה לשמש צידוק להפרת הזכויות לאחר חקיקתו של החוק. מהות הזכויות שבהן מדובר בשילוב עם העלאתן למדרגה של זכויות חקוקות משמיטה את הקרקע מתחת לטענה, כי בידי הרשות אין תקציב לאפשר את מימושן.

חמישית, בפסיקה הודגש לא אחת, כי השאלה הניצבת לאחר חקיקת חוק־היסוד היא, "אם הרטוריקה של זכויות־האדם תתבטא במדיניות השיפוטית בעניין מעצרים הלכה למעשה";[46] "הבשורה החוקתית אינה מתמקדת בהצהרה על קיומה של זכות היסוד, אלא במהותה, במידתה ובתוכנה של הגשמת הזכות הלכה למעשה. כבוד האדם לא יובטח על־ידי הדיבור עליו אלא על־ידי מתן ביטוי ממשי ומוחשי לשמירה עליו. בכך תפקיד חשוב לבתי המשפט החייבים לשקוד בפסיקתם על ההגנה המעשית על כבוד האדם";[47] "ההכרה במעמדן החוקתי של זכויות־האדם טעונה הגשמה באורחות החיים המעשיות. ההכרה בתפקידן לשקוד על כך חייבת להנחות את כל רשויות השלטון ולבתי המשפט נועד בהקשר הזה תפקיד מרכזי".[48] כוחם של דברים אלה יפה גם בסוגיה שבה עסקינן.

בשל כוחם המצטבר של השיקולים שמנינו דומה, כי אפשר לפרש את החוק כקובע תנאי־סף לביצוע מעצר, אשר הפרתם הצפויה שוללת אפשרות מעצר.[49] בהדבק דברים זה לא למותר להזכיר את דברי השופט אור בבש"פ רוטשטיין,[50] שמהם עולה כי תוצאה זו נמצאה במתחם שיקול־הדעת השיפוטי גם קודם־לכן, ולאחר חקיקתו של החוק – לא־כל־שכן.

46. השופטת דורנר בדנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 20), 644.
47. הנשיא שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח (3) 837, עמ' 842.
48. השופט מצא בעע"א גולן (לעיל, הערה 15), 155.
49. השוו למאמרו של בנדור (לעיל, הערה 6), 518, המצדד במתן פירוש כזה.
50. לעיל, הערה 29.

nevo.co.il

אולם מן העבר האחר יש להטעים, כי זכויות העצור המנויות בחוק ובתקנות, או למצער החשובות שבהן, הוכרו בפסיקה גם קודם־לכן, למן חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נבעו זכויות אלה ישירות מחוק־היסוד, ובית־המשפט אמור היה לכבדן גם לפי פסקת ה"כיבוד". אף־על־פי־כן ראינו לעיל, כי כאשר שוכנעו בתי־המשפט בקיומה של עילת מעצר ברף הסתברותי גבוה, לא היתה הפרת הזכויות מניעה למעצר. לפער שבין זכות־היסוד של העצור לתנאים הולמים במעצר לבין התרופה יש, כאמור, הסבר, המעוגן בדיני התרופות החוקתיות, ויסודו בצורך (התוקתי) להגן על אחרים, המצדיק לעתים לבחור את הפתרון הלא־חוקתי הגרוע פחות. דומה אפוא, כי פירוטן של זכויות העצור בחוק ובתקנות, כשהוא לעצמו, בשעה שקודם־לכן נבעו ממילא מחוק־היסוד, אינו מחייב את המסקנה, כי אי־קיומן אמור להוביל מניה־וביה לשחרור מיידי. אמנם, קביעתן בחוק ובתקנות של אמות־מידה ספציפיות מצמצמת את שיקול־הדעת הטמון בנוסחאות העמומות של חוק־היסוד ומייתרת במידה מרובה את הצורך לדון כיום מחדש בשאלה אם תנאי מעצר כאלה או אחרים פוגעים ב"כבוד האדם", או אם הפגיעה היא "במידה העולה על הנדרש". אין ספק, כי יש בכך כדי לסייע באיתורן של הזכויות ובהגדרתן, אולם אין בכך כדי לשמש מענה לשאלה נושא דיוננו, מהן תוצאות הפרתן של הזכויות. והנה, בסוגיה דנן לא נאמר בחוק דבר וחצי־דבר. קשה להלום כי מדובר בשתיקה שהיא פרי המקרה גרידא, מה עוד שסעיף 24(ג) לחוק קובע, כי תובות ההודעות של העוצר, מתן הודעה על המעצר והבהרת סיבת המעצר הן "תנאי לתוקיות המעצר". רואים אנו, כי כאשר ביקש המחוקק לקבוע תנאי־סף למעצר, הוא אמר את דברו במפורש. משכך הם פני הדברים, דומה כי התריג התרופתי השאוב מדיני התרופות התוקתיות, שבו עסקנו קודם־לכן, המאפשר לבית־המשפט להורות במקרה ראוי על מעצר למרות הפגיעה בזכויות העצור, נותר על כנו גם לאחר חקיקתו של החוק.

4. שיקול־הדעת השיפוטי ביישומו של התריג התרופתי

אם צדקנו בניתוחנו הרי דומה, כי השאלה האמיתית הצריכה הכרעה היא, האם לאחר חקיקת החוק לא הגיעה העת שבתי־המשפט יגלו את אותה "עמדה עקבית ובלתי מתפשרת", שהשופט אור רמז עליה לפני למעלה משנתיים בבש"פ רוטשטיין, ואשר על־פיה אין לעצור אדם אלא אם מובטחים לו תנאי ממעצר הולמים. אין ספק, כי הגדרתן בחוק ובתקנות של חובות ספציפיות, המוטלות על רשויות המדינה המופקדות על בתי־המעצר, מזמנת לבתי־המשפט עיתוי הולם לשנות את מדיניותם בסוגיה זו. אלא שמנגד יש לזכור, כי הדילמה, שעניינה בצורך לבחור בין הגנה על זכויות העצור לבין הגנה על זכויות של אחרים, אינהרנטית לסוגיה ומרחפת מעליה גם לאחר חקיקתו של החוק. מהיבט זה לא שינה החוק דבר. חובתו החוקתית של בית־המשפט לכבד את זכויות הקורבנות, בד־בבד עם כיבוד זכויות העצור,[51] נותרה על כנה, והיקפה לא צומצם על־ידי חוק המעצרים החדש כהוא זה. אמנם, בתקופת ההיערכות הקצרת־יחסית למן פרסומו של החוק ועד לכניסתו לתוקף בוצעו שיפורים בבתי־המעצר, אך טרם חלה מהפכה של ממש, ולא

51. ראו לעיל, ליד הערה 32.

nevo.co.il

אחת עדיין צר המקום מלהכיל את כל מי שנשקפת ממנו סכנה חמורה ליחיד ולחברה. לפי האמור לעיל ועל רקע היעדר הוראה מפורשת של המחוקק על תוצאות הפרתן של זכויות העצור, יש קושי ליישם מיד מדיניות גורפת, שונה בתכלית מזו שנהגה קודם לחקיקת החוק, שלפיה ישוחרר לאלתר כל עצור, ללא יוצא־מן־הכלל, אם אי־אפשר לקיים את זכויותיו.

מהו אפוא הפתרון הראוי? נקודת־המוצא היא, שאי־אפשר להשלים עם מצב, שבו תובצה תופעה של הפרת הוראות החוק. דומה אפוא, שגם אם לפי שעה יוסיפו בתי־המשפט להימנע מלהורות על שחרורם המיידי של חלק מהעצורים, המנועים מלממש את זכויותיהם בבית־המעצר, הרי עליהם להתריע חזור והתרע, כי אין מדובר אלא בהריגה תרופתי, המיושם על־ידיהם באופן ארעי. בהשאלה מדברי השופט אור בבש"פ רוטשטיין אפשר לומר, כי משלב מסוים שוב לא יהיה אפשר להסתפק בביקורת, אלא שומה יהיה על בתי־המשפט לשקול אימון עמדה עקיבה, שעל־פיה אין לעצור אדם אלא אם מובטחים לו התנאים המפורטים בחוק ובתקנות. בשל חשיבותה העקרונית של הסוגיה והשלכותיה הכלליות על שינוי הגישה יש לשקול, שמא ראוי לנקוב בעניין זה בתאריך־יעד ספציפי. דומה, כי קביעת תאריך עתידי כזה גם מתחייבת מעצם סיווגו של מעצר בתנאים לא־הולמים כהריגה תרופתי לפגיעה בוכות־יסוד.[52] קביעת תאריך עתידי־ספציפי על־ידי בית־המשפט העליון תאפשר לרשויות המופקדות על ביצוע החוק להיערך בהתאם מבעוד מועד, מחד־גיסא, ולבתי־המשפט השונים לפעול על־פי מדיניות אחידה, מאידך־גיסא.

גישה זו, שלפיה לא יוסיפו בתי־המשפט ליישם את ההריגה התרופתי אלא לפרק־זמן סביר מיום תחילת תוקפו של חוק המעצרים החדש, עולה בקנה אחד עם חובותיהן של שאר רשויות המדינה המופקדות על ביצועו של החוק. סעיף 7 לחוק קובע, כי "עצור יוחזק במקום מעצר באחריות משטרת ישראל או שירות בתי הסוהר, שהשר לבטחון פנים הכריז עליו כמקום מעצר; הכרזה לפי סעיף זה תפורסם ברשומות". בתקנות אשר הותקנו על־ידי השר באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, נקבעו הוראות מפורטות לעניין ביצוע חובתו האמורה של השר להכריז על "מקומות מעצר": סעיף 2(א) לתקנות מורה, כי "השר יכריז על מקום מעצר רק אם אישר המפקח הכללי של המשטרה או נציב שירות בתי הסוהר כי אותו מקום עומד בתנאים על פי החוק וכי ניתן לאפשר לעצורים שיוחזקו במשמורת באותו מקום לממש את זכויותיהם על פי החוק"; ואילו סעיף 2(ב) לתקנות מלמדנו, כי "אם שוכנע השר כי מקום המעצר או חלק ממנו אינו עומד עוד בתנאים כאמור בתקנת משנה (א), יורה על תיקון הליקויים תוך פרק זמן סביר, ואם לא תוקנו, יבטל את ההכרזה על אותו מקום, וכן רשאי הוא לבטל את ההכרזה לאלתר". רואים אנו, כי על הרשות המבצעת מוטלת חובת עשייה מפורשת וברורה ליצירת תנאים הולמים שיבטיחו את קיום זכויות העצור כהלכתן. במקום שבו העצור מנוע מלממש את זכויותיו, לא הוקצב לשר אלא "פרק־זמן סביר" לתיקון המעוות, אם על־ידי תיקון הליקויים, ואם על־ידי ביטול ההכרזה של אותו מקום כ"מקום מעצר". גם אם נניח, כי פרק־הזמן הסביר,

52. ראו והשוו לאסמכתאות הנזכרות לעיל, הערה 34.

שבו יוכלו בתי־המשפט להסתפק בביקורת גרידא, ארוך במשהו מזה שהוקצב כליעיל לשר לבטחון־פנים, הרי ברי שלא יוכל להימשך לאורך זמן.

בה־בעת, ועד להגיעו של אותו תאריך־יעד שבו ישנו בתי־המשפט את מדיניותם, יש מקום לעיין מחדש בהיקפו של החריג התרופתי, כפי שהותוותה בשעתו בבש"פ עזאזמי. כבר ציינתי לעיל, שיש מקום לסבור, כי חריג זה היה רחב במידה העולה על הנדרש גם קודם לחוק המעצרים החדש,[53] ולאהר חקיקתו של החוק – לא־כל־שכן. לדעתי, יש לשקול את צמצומו המיידי הן במישור הראייתי הן במישור המהותי.

אשר להיבט הראייתי דומה, כי כאשר מונחת על כף־המאזניים לא רק שלילת חירותו של אדם, אלא גם הפרה של הוראות החוק או התקנות, יש מקום להחמדה ברף הראייתי הנדרש למעצר.[54] תנאי מוקדם לקיומו של חריג, שבו יורה בית־המשפט על מעצר עד תום ההליכים שכרוכה בו הפרה של הוראות החוק או התקנות, הוא אפוא קיומן של ראיות שבחינתן אינה מותירה "ספק סביר" באשמה, לפי המבחן המחמיר שהוצע בכגון דא, אך נדחה לגבי מעצר בתנאים רגילים.[55] כמו־כן במקום שבו מדובר במעצר לצורכי חקירה, לא יסתפק בית־המשפט במידע ראשוני שאינו מקים אלא "חשד התחלתי" או "בסיס סביר לחשד",[56] אלא ידרוש חומר ראיה של ממש.

אשר להיבט המהותי, הרי ראינו לעיל כי לפי בש"פ עזאזמי, יושם החריג התרופתי לגבי כל עילות המעצר – הן אלה הסבות על סיכון "שלום הציבור" במובנו הרחב הן אלה הסבות על תקינות הליכי המשפט. ראוי לשקול, האם אין ליישמו רק לגבי עילת המעצר שעניינה בסיכון חמור לשלמות הגוף או לחיים? לא למותר לשוב ולהטעים, כי עסקינן במי שעומדת לו חזקת חפות, כאשר מעבר לשלילת חירותו עומדת על הפרק שלילת זכויותיו החקוקות, המבטאות את זכותו לכבודו כאדם. בנסיבות אלה יש מקום לסבור, כי הערכת זכויות הקורבנות על־פני זכויות העצור יכולה להיחשב ראויה רק כאשר מנגד עומד חשש חמור לפגיעה בגוף או בחיים.[57]

---

53. שובו ועיינו לעיל, ליד הערות 35-36.

54. למבחנים השונים בכגון דא במסגרת מעצר עד תום ההליכים ראו בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 133. כן ראו מאמרה של השופטת דורנר (לעיל, הערה 20), 21-23.

55. שם, שם.

56. ראו בספרו של השופט יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים (דיונון, תשנ"ג), 96-97.

57. בד־בבד, במסגרת מערכת־האיזונים הכוללת יוכלו בתי־המשפט לשקול להכיר בקיומה של עילת תביעה לפיצויים נגד המדינה, הן מצד מי שייעצר מכוח החריג התרופתי למרות הפרת זכויותיו, מחד־גיסא, והן מצד אלה שייפגעו מעבירות רכוש נוספות שיעבור מי ששוחרר אך ורק עקב אי־קיום החוק והתקנות על־ידי המדינה, מאידך־גיסא. יצוין, כי בארצות־הברית עצור זכאי לתבוע מהממשלה פיצויים בגין מעצר בתנאים קשים במיוחד, כגון מעצר בתנאי צפיפות, ללא שמירה על היגיינה, ללא אוויר ואור־שמש, או ללא מזון מספק. ראו פרנקובסקי ולופקה (לעיל, הערה 4), 109.

נתון נוסף, שיש להביאו בחשבון קודם להעדפת פתרון המעצר כ"רע במיעוטו", הוא מהותה של הפרת הזכויות ומִשכה. מבלי להקל ראש באיזו מהזכויות נראה, למשל, שלא הרי הפרתה הצפויה של הזכות לטיפול רפואי כהרי הפרתה של הזכות לתנאי תאורה. ואת ועוד: בגדרה של ההלטת המעצר ראוי לתת בכל מקרה צו מתאים לתיקונה של ההפרה, אשר אי־קיומו תוך פרק־הזמן שייקבע לכך ישמש עילה לעיין מחדש בהחלטת המעצר.

5. הפרת זכויות שבאה על תיקונה עד להבאת העצור לפני שופט

ומה במקרה שזכויות העצור הופרו קודם שהובא לפני שופט, כגון שלא סופקה לו מיטה בלילה או בלילות שקדמו לדיון, אך במהלך הדיון בבקשה מניחים נציגי המדינה את דעתו של בית־המשפט, כי בינתיים באו דברים על תיקונם וכי יקפידו לקיים את הזכויות מכאן ולהבא אם רק יורה בית־המשפט על מעצרו?

אפשר לטעון, כי לאחר תיקונה של ההפרה אין עוד מקום לשוקלה במסגרת שיקולי המעצר. תפקידו של בית־המשפט בבואו לשקול הארכת מעצר הוא להגן על החברה, והשיקול החינוכי יבוא לידי ביטוי במסגרות אחרות, כגון ביקורת כללית על פעולות הרשות או תביעת פיצויים העומדת לעצור ללא קשר עם צדקת מעצרו.

דא עקא, שגישה זו פוגעת באיזון הראוי בין זכות העצור לכבודו ובין הצורך בשמירה על שלום הציבור ובטחונו וניהולו התקין של ההליך הפלילי, כפי שאלה באו לידי ביטוי בעילות המעצר. התעלמות מהפרתן של זכויות־יסוד חקוקות בלי שהדבר ישמש ולו נימוק השוקל לכוון שמרור בתנאים מגבילים, או למצער קיצור ימי המעצר, עלולה להפוך את סעיפים 8 ו־9(ב) לחוק לאות מתה. ספק אם התעלמות כזו מתיישבת עם הוראת ה"כיבוד" שבסעיף 11 לחוק־היסוד, המופנית גם אל בית־המשפט הדן בבקשת המעצר. דומה, אפוא, כי הפרת זכויות העצור, גם אם תוקנה בינתיים, אמורה להיות אחד מבין מכלול השיקולים הרלבנטיים להחלטת המעצר.

תימוכין למסקנה זו אפשר למצוא בהחלטתה של השופטת דורנר בבש"פ 7721/95 כהן נ' מדינת ישראל,[58] שבו נידונה שאלת מעצרו־מחדש לאחר תחילת משפטו של מי שהיה עצור קודם־לכן יותר משישים יום ומשפטו לא התל, אך בניגוד לדין לא שוחרר ממעצרו. השופטת דורנר פסקה, כי בית־המשפט היה מוסמך לשוב ולעצור את העורר לאחר תחילת משפטו, אך –

> כיום, לאחר קבלת חוק־היסוד, חידוש מעצר ללא בדיקה מחדש של הצורך במעצר על יסוד מכלול הנסיבות, לרבות המעצר הבלתי חוקי אם היה, אינו יכול להתקבל... הפגיעה בחירותו של אדם שלא בדין משליכה על השיקולים אם לשוב ולעוצרו. ראשית, על בית המשפט לראות בנאשם שהיה עצור שלא כחוק כמי ששוחרר במועד שבו פקע צו המעצר. כלומר, יש להתייחס למעצר מחדש כאל החזרת הנאשם אל בין כתלי הכלא לאחר ששוחרר. שנית, על

58. פ"ד מט (4) 166.

nevo.co.il

בית המשפט להתחשב בפגיעה הקשה בחירותו של אדם שהיה עצור שלא כחוק כנימוק שלא לחדש את מעצרו.[59]

יש מקום לבחון שמא ניתן להקיש מכאן לענייננו. אמנם, דומה כי הפרת הזכויות נושא החוק והתקנות, כשהיא לעצמה, אינה גורמת לאי־חוקיותו של המעצר, אך עדיין ראוי להתחשב בפגיעה הלא־ראויה בצלם־האדם של מי שעומדת לו חזקת חפות. במסגרת שיקולים אלה עשויה להיות חשיבות למהות הזכות שהופרה ולמשך ההפרה. מנגד יישקלו הערכים המוגנים על־ידי עילות המעצר הרלבנטיות וכל שאר נסיבות העניין. ביטויה המעשי של הכללתה של הפרת הזכויות במסגרת שיקול־הדעת של בית־המשפט, הגם שבינתיים תוקנה, יכול שיהיה שחרור בתנאים מגבילים, העלאת הרף ההסתברותי של עילת המעצר הרלבנטית, קיצור ימי המעצר שהיו נפסקים אלמלא ההפרה וכיו"ב.

ה. סיכום

סקירתנו העלתה, כי פיתוחן בפסיקה של זכויות־היסוד של העצור – וביניהן זכותו לתנאי מעצר הולמים, כמו גם עיגונן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – לא באו לכלל ביטוי של ממש במדיניות המעצרים שקדמה לחוק המעצרים החדש. הגם שהחלטה לעצור אדם בתנאים לא־הולמים הפוגעים בכבודו הבסיסי אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה שבחוק־היסוד, לא שימשה הפגיעה בזכות־היסוד מניעת־סף למעצר. המענה השיפוטי היחיד לתופעה של שלילת כבוד האדם מהעצור היה העלאת הרף ההסתברותי של עילות המעצר – צעד שמשמעותו המעשית היתה מוגבלת.

אולם בד־בבד נוכחנו לדעת, כי להחלטת מעצר שכרוכה בה פגיעה שלא כדין בכבודו של העצור יש לעתים הסבר משפטי. הפעלת שיקול־דעת שיפוטי באשר למעצרו בתנאים לא־הולמים של מי שנתקיים לגביו רף הסתברותי גבוה של עילת מעצר, אינה פשוטה כלל ועיקר. אמנם, שחרורו המיידי של העצור עקב הפגיעה הלא חוקתית בכבודו יגן על זכויותיו, אך בה־בעת עלול לפגוע ללא תקנה בזכויות־יסוד, חוקתיות אף הן, של הקורבנות, אשר בית־המשפט חייב לכבד גם אותן. שני הפתרונות הבאים בחשבון במקרה כזה, הן מעצר והן שחרור, יפגעו אפוא בזכויות־יסוד ואינם חוקתיים. החלטה לעצור את מי שהוא בגדר סיכון חמור לאחרים, למרות תנאי מעצר הפוגעים שלא כדין בכבודו, עשויה להיות הפתרון הגרוע פחות מבין שני פתרונות גרועים. אמנם, כפועל יוצא מכך נוצר פער בין זכות־היסוד של העצור לכבודו ובין הסעד בגין הפרתה, אך תוצאה זו אינה זרה לדיני התרופות החוקתיות.

לדעתי, חוק המעצרים החדש לא שלל את סמכות בית־המשפט בכגון דא. החוק מתרגם את זכות העצור לכבודו ואת מבחני פסקת ההגבלה של חוק־היסוד לזכויות מוגדרות וספציפיות. בה־בעת ישנם נימוקים רבים התומכים בסברה, כי קיום זכויות העצור המנויות בחוק ובתקנות הוא תנאי סף למעצר. עם זאת, הצורך החוקתי להגן על זכויות

59. שם, 171.

nevo.co.il

הקורבנות נותר על כנו במלוא היקפו גם לאחר תקיקת התוק. החוק אינו כולל הוראה מפורשת, המורה כי כל המנוע מלממש את זכויותיו ישוחרר מיד ממעצר. על רקע דברים אלה ומגימוקים נוספים שפירטתי למעלה יש מקום לסבור, כי האפשרות להורות על מעצר למרות הפרתן הצפויה של זכויות העצור, כתריג המעוגן בדיני התרופות התוקתיות, נותרה על כנה גם לאחר תקיקת החוק.

שאלה שונה בתכלית היא, האם יוכלו בתי־המשפט להשלים עם מצב שבו תונצח הפרת הוראות החוק על־ידי רשויות השלטון? על שאלה זו השבתי בשלילה. רמז לאפשרות שבתי־המשפט ישנו את גישתם בעניין זה ויאמצו מדיניות עקיבה של שחרור כל עצור, שאי־אפשר לקיים את זכותו הבסיסית לכבודו, ניתן על־ידי בית־המשפט העליון עוד לפני תקיקת התוק, הדברים יפים בדרך של קל־וחומר לאחר תקיקתו. לדעתי, נכון לעת הזו עדיין יש קושי ביישומה המיידי של מדיניות כזו, אולם בתי־המשפט לא יוכלו להשלים עם הפיכת הוראות החוק לאות מתה. על בתי־המשפט להבהיר אפוא בהחלטותיהם, כי מעצרו של אדם למרות הפרת זכויותיו אינו אלא חריג ארעי, שייושם על־ידם לתקופה מוגבלת. נקיבת תאריך עתידי לשינוי הגישה על־ידי בית־המשפט העליון תאפשר לרשויות המופקדות על ביצוע החוק להיערך בצורה נאותה מבעוד־מועד, וגם בתי־המשפט השונים יוכלו לפעול על־פי מדיניות אחידה.

בתוך כך ועד לשינוי כולל בגישה, בין אם ייקבע לכך מראש תאריך עתידי ספציפי ובין אם נלמד עליו בדיעבד, ראוי לשקול את צמצומו המיידי של היקף התריג התרופתי בשני מישורים: ראשית, יש לבחון, אם אין מקום להעלות את הרף הראייתי, הנדרש לצורך מעצר שכרוכה בו הפרה צפויה של זכויות העצור המנויות בתוק ובתקנות. שנית, יש לשקול ליישמו רק לגבי עילת המעצר, שעניינה בסיכון חמור לשלמות הגוף או החיים, וגם זאת בצורה מבוקרת ותוך מתן צו מתאים לתיקונה של ההפרה, אשר הפרתו תשמש עילה לעיון חוזר במעצר. צמצומו כלעיל של היקף החריג, כשהוא לעצמו, אמור להקטין את מספר המעצרים שכרוכה בהם פגיעה שלא כדין בזכות העצור לכבודו, לעומת המצב ששרר ערב כניסתו לתוקף של חוק המעצרים החדש.

שאלת התוצאות של הפרת זכויות העצור עשויה לעלות גם במקום שבו תוקנה ההפרה עוד להבאת העצור לפני שופט. נראה, כי הפרת הזכויות במקרה כזה, כשהיא לעצמה, לא תשמש עילה לשחרור, אך עדיין ראוי לשוקלה כאחד מבין מכלול השיקולים הצריכים להחלטת המעצר.

nevo.co.il