

## **”כליאה בסגנון חופשי”: על יישום הנורמות של זכויות האדם הבין-לאומיות במערכת הכליאה בישראל**

### **לסלי סבה ורחלה אראל\***

תכליתו של מאמר זה היא לבחון עד כמה מערכת הכליאה בישראל מיישמת את הנורמות של דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, ובכלל זה להציע הסברים אפשריים במקרים שאין הלימה כאמור. ממחקרנו עולה כי בכל הנוגע לנורמות זכויות האדם הבין-לאומיות, הנוגעות לאסירים ולבתי הכלא, קשה לזהות, להעריך ולקבוע בקלות את משקלן של הנורמות הבין-לאומיות, בין משום מיעוטן הספציפי באמנות הרלוונטיות ובין משום פיזורן של הנורמות המשניות בטקסטים שונים ובאופן דיפוזי.

מנגד, בכל הנוגע לנורמות הנוגעות לאסירים בישראל, התברר כי הן ברובן שריד מהתקופה המנדטורית ואינן מחילות את עקרון האוניברסליות של זכויות האדם גם על אסירים חרף רטוריקה משפטית הנשמעת מעת לעת מבית המשפט. נורמות אלה משקפות את מה שאנו מכנים “דוקטרינת טובות ההנאה וזכויות מוקנות”, בין השאר בשל אי-תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על חקיקה שלפני 1992, הפועלת כחסם המונע פיקוח חוקתי של בתי המשפט על זכויות האסירים, ובכך מותירה בידי רשות הכליאה שיקול דעת מנהלי בלתי מוגבל.

בהתחשב בעובדה שמדינת ישראל נמנעה מלהצטרף להסדרים האופצינליים המאפשרים בדיקת תלונות יחידים ומנגנוני פיקוח ובקרה בין-לאומיים ומקומיים, אף היקף הפיקוח הבין-לאומי, מכוח אמנות זכויות האדם שאליהן התחייבה ישראל, מוגבל. לבסוף, בחינה של חילופי הדברים בין נציגי ישראל לסוכנויות הפיקוח של האו"ם, שבמסגרת האמנות, מעוררת רושם כי תדמיתה החיובית של מדינת ישראל מודגשת היטב לעומת זיהוי כשלים נורמטיביים וריפויים. עוד הצענו צעדים אופרטיביים לשיפור בהתייחסות להתפתחויות חיוביות מהעת האחרונה.

\* המאמר נכתב בחלקים שווים. המחבר, פרופ' אמריטוס בפקולטה למשפטים, המכון לקרימינולוגיה, האוניברסיטה העברית. המחברת, תלמידת תואר שלישי בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. במשך שנים ארוכות, שניהם שימשו כמבקרים רשמיים במתקני כליאה, מכוח ס' 71-72 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971. המאמר נכתב כחלק מפעילות קבוצת המחקר בנושא “יישום דיני זכויות אדם בינלאומיים במשפט הישראלי”, בראשותו של פרופ' דויד קרצ'מר, במסגרת מרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטה העברית בירושלים והקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולא, בבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למנהל, בשיתוף כתב העת חוקים של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. המחברים מבקשים להודות לפרופ' קרצ'מר ולחברי קבוצת המחקר על הערותיהם המועילות, וכן לחברי מערכת כתב העת חוקים. כמו כן אנו מודים למעיין כהן ולצילי ויינשטיין. תודה מיוחדת לספיר פלס ולכרמי לקר.

א. הקדמה. ב. הנורמות הבינ-לאומיות הנוגעות לאסירים ולמערכת הכליאה;  
 1. תפיסת "האסיר כבעל זכויות אדם" בדיני זכויות האדם הבינ-לאומיים;  
 2. האמנות הבינ-לאומיות העוסקות בענישה; 3 מקורות אחרים (מלבד האמנות);  
 4. גופים מיישמים; 5 דיפוזיה (ולכוד?) של הנורמות הבינ-לאומיות: המקרה של הפרדה יחידנית. ג. המשפט הישראלי: האם קיימת הכרה בתפיסת "האסיר כבעל זכויות אדם"?; 1. רקע; 2. מושכלות יסוד במשפט הישראלי ובמערכת הכליאה הישראלית; 3. דוקטרינת "טובות הנאה וזכויות מוקנות" בדיני האסירים הישראלי; 4. סוגיות נבחרות מתחום דיני האסירים בחקיקה הישראלית. ד. עמדות המדינה במבחן: ההידברות עם מוסדות האו"ם. ה. סיכום ומסקנות. אחרית דבר.

## א. הקדמה

זה כמה שנים שמחברי מאמר זה חוקרים ומלמדים את נושא זכויות האסיר וכן עוסקים בכך בשדה. המחברים רואים בסוגיית היחס לאסירים ובתי הסוהר כנושא מרכזי בתחום זכויות האדם, שכן לבד מערך כבוד האדם וקדושת החיים עצמם (ואולי גם שלמות הגוף), אין זכות שהיא חשובה מחירות האדם – ואם זכות זו מוגבלת או נשללת חוקית, מתעורר הצורך להקפיד על עילות השלילה או ההגבלה ותנאיהן ולהבטיח בקרה עליהן. במהלך עבודתנו נוצרה תחושה כי מערכת הנורמות המוחלות על מאסרים ואסירים בישראל אינה תקינה, הן מבחינת המבנה המשפטי הפנימי והן מבחינת התאמתה למשפט הבינ-לאומי – אם כי התרשמנו כי גם תחום זה האחרון לוקה בחסר. בין השאר אף עלה בלבנו החשד כי נקודות המוצא של שתי המערכות מנוגדות לחלוטין זו לזו: האחת (המערכת הבינ-לאומית) מניחה כי בעיקרון האסיר אוחד בכלל זכויות האדם, ואילו השנייה (המערכת הישראלית) רואה באסיר בעיקרון אדם נטול זכויות. אף שנגענו חלקית בסוגיות הללו בעבר,<sup>1</sup> בירכנו על ההזדמנות להשתלב בפרויקט של מרכז מינרבה לזכויות האדם, המבקש לבחון באיזו מידה מדינת ישראל מיישמת את מערכת הנורמות הבינ-לאומיות לזכויות האדם שלהן היא מחויבת, ולהסביר את הגורמים לאי-עמידתה בנורמות אלו, אם כך יימצא; הפרויקט הוא בבחינת הזדמנות עבורנו להעמיק את בדיקתם של ההיבטים הבינ-לאומיים בתחום זכויות האסירים ומידת השתקפותן במערכת הנורמטיבית בארץ, תוך מתן תשומת לב להצהרותיהם של נציגי המדינה באשר ליישום הנורמות הבינ-לאומיות במערכת המשפט הישראלית, וזאת על מנת להגביר את הבנתנו באשר למדיניות המשפטית הרווחת. ואולם, חקר הנושא המוצע, על שני חלקיו, קרי – עמידה על מידת ההיענות לנורמות המשפט הבינ-לאומי בתחום המאסר ומתן הסברים למחדלים אם אכן יתגלו – נראה, על פניו, אתגר מחקרי מורכב ביותר נוכח הבעיות הקונצפטואליות והמתודולוגיות הכרוכות בבדיקה מעין זו.

1 רחלה אראל ולסלי סבה "צעד אחד קדימה, שניים אחורה? על הבעייתיות בהפרדת אסירים במאה ה-21" עלי משפט יא 527 (2014).

למעשה, רעיון המחקר, על שני חלקיו, מניח שלוש הנחות: האחת, כי נורמות המשפט הבין-לאומי בנושא ניתנות לזיהוי; השנייה, שניתן לבדוק אם נורמות אלו אומצו במערכת המשפט והענישה בישראל; השלישית, אם ימצאו פערים בין הנורמות הבין-לאומיות לבין המצב המשפטי בישראל, יהיה ניתן לעמוד על הגורמים לכך. הנחות אלו אינן מובנות מאליהן – ואף רחוק מזה.

אשר להנחה הראשונה מתעוררת השאלה אם המונח "נורמות המשפט הבין-לאומי" שבמחקר זה פירושו משפט מחייב המעוגן באמנות בלבד, שכן למשפט הבין-לאומי ריבוי של מקורות המכונים "soft law", שהמשקל המיוחס להם לעתים שנוי במחלוקת, וחלקם עשוי להפוך למשפט מנהגי ולכן מחייב.<sup>2</sup> יצוין כי על פני הדברים מספר המקורות המחייבים חד-משמעית בתחום הנדון הוא דל. אמנם יש אמנה אחת משנת 1984 אשר מוקדשת כל כולה לאיסור על עינויים ועל יחס וענישה שהם אכזריים, לא אנושיים או משפילים,<sup>3</sup> אך האיסורים המופיעים בה הם מעורפלים למדי.<sup>4</sup> אין אמנה המוקדשת במיוחד לאסירים ובתי הסוהר, והוראות מפורשות הנוגעות אליהם באמנות הן מעטות ביותר. העיקרית שבהן היא ההוראה המצויה בסעיף 10 לאמנה הבין-לאומית לזכויות האזרחיות והפוליטיות משנת 1966 (להלן: ICCPR).<sup>5</sup> סעיף זה מחייב גילוי יחס של כבוד כלפי האסיר האינדיווידואלי ואוריינטציה שיקומית כללית מטעם מערכת בתי הסוהר.<sup>6</sup> כפי שנראה בחלק הבא של המאמר, נוסף על אמנות אלו קיים מגוון של מקורות אחרים הנוגעים למאסר ואסירים – הצהרות, הערות פרשנות, החלטות עקרוניות או מסקנות של ועדות, פסקי דין והחלטות במקרים קונקרטיים – שאין תמיד (או אפילו בדרך כלל) תיאום ביניהם (תופעה שאנו מכנים "דיפוניה"), והמשקל היחסי שלהם לא תמיד ברור. מצב זה

2 ראו להלן פרק ב.

3 UN General Assembly, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 10 1984, 1465 U.N.T.S. 85 (להלן: האמנה נגד עינויים או CAT).

4 מדובר באותם האיסורים המופיעים בשמה של האמנה (שם) ובאמנות נוספות: UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights Art. 7, Dec. 16 1966, 999 U.N.T.S. 171 (להלן: ICCPR); UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child (להלן: CRC); Art. 37, Nov. 20 1989, 1577 U.N.T.S. 3 (להלן: CRC); ראו גם חלק ב למאמר זה.

5 ICCPR, שם.

6 נוסף על כך הסעיף מחייב הפרדות מסוימות על פי קטגוריות של אסירים; ראו שם, ס' 2.10(a-b). באשר לאמנות אחרות: באמנה בדבר זכויות הילד יש מגבלות על השימוש במאסר לקטינים, וכמו ב-ICCPR, יש בזו גם התייחסות לצורך בהפרדה בין קטגוריות שונות של אסירים. ואולם, אין עוד סעיפים באמנות אלו העוסקים ביחס לאסירים. מלבד זאת, באמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות משנת 2006 יש התייחסות לתנאי החזקתם של בעלי מוגבלויות נטולי חירות. ראו UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Resolution / Adopted by the General Assembly, 24 Jan. 2007 A/RES/61/106 (להלן: CRPD). לבסוף, האמנה נגד עבודה כפויה, משנת 1930, מסדירה את התנאים שבהם ניתן להעסיק אנשים שהורשעו. ראו International Labour Organization (ILO), Forced Labour Convention C29, 28 June 1930 (להלן: ILO).

מקשה על ניתוח השאלות שלפנינו, לרבות השאלה אם ישראל מכבדת את המשפט הבין-לאומי בנושא.<sup>7</sup>

אם נתגבר על המכשול האמור ונצליח לזהות את הנורמות הבין-לאומיות שבהן אנו מתמקדים על מנת לבדוק את מידת ההיענות להן מצד מוסדות הענישה הישראליים, תתעורר השאלה (נושא ההנחה השנייה) איך בודקים זאת ומהי המסגרת הדיסציפלינרית שבה יש לעשות כן. על פני הדברים השאלה אם הנורמות הישראליות – בין בחוק ובתקנות ובין בהסדרים הפנימיים של שירות בתי הסוהר, בפסיקה הישראלית או בהחלטותיה של הרשות המבצעת – תואמות את הנורמות הבין-לאומיות היא שאלה משפטית. אולם אם שאלה זו עוסקת במישור המעשי, דהיינו בבחינת התאמתה של הפרקטיקה ברשויות הנוגעות בדבר בישראל לנורמות המנחות במשפט הבין-לאומי, יידרש איסוף נתונים (ואולי אף קיום תצפיות) – ובכך תהא גלישה למחקר אמפירי. מחקר מעין זה חורג מבדיקתנו הנוכחית, ועל כן נתמקד בנורמות ובמדיניות בישראל כפי שהן מופיעות בתוצרים של רשויות המדינה, ובראש ובראשונה במקורות המשפט המקובלים.

גם אם מדובר בקביעות שהן משפטיות ביסודן, התמונה עשויה להיות מורכבת. תיתכנה פרשנויות שונות למשמעותם המדויקת של החוקים, התקנות והפסיקה הישראליים. כן תיתכנה עמדות שונות באשר לשאלה המתעוררת במערכת הישראלית בעצמה רבה – אם ההסתמכות על נורמות פנימיות של שירות בתי הסוהר (הכוונה בעיקר לאלו המכונות "פקודות הנציבות" והצהרות מדיניות המתפרסמות באתר שירות בתי הסוהר)<sup>8</sup> היא דרך ראויה להבטיח את זכויות האסיר. מובן כי הספקות בנוגע לתוכנו של המשפט הבין-לאומי מקשים עוד יותר על מתן תשובה לשאלה אם המשפט הישראלי, כפי שתופסות אותו רשויות המדינה, מתיישב עם הנורמות הבין-לאומיות.

יצוין כי התשובה לשאלת כיבודה של המערכת הישראלית את נורמות זכויות האדם הבין-לאומיות אינה צפויה להיות דיכוטומית. ייתכן מאוד כי חלק מן הזכויות מוכרות (ונאכפות) יותר וחלק פחות. חוקרים העוסקים בתחום מתעניינים בדרך כלל במידת ההקפדה של המדינות השונות בנושא זכויות האדם הבין-לאומיות – ולעתים אף בדירוגן של מדינות אלו, האחת ביחס

<sup>7</sup> פוזנר רואה באי-הבהירות של המשפט הבין-לאומי (אפילו במישור של האמנות עצמן) אחד המקורות העיקריים לאי-ציות המשפט הבין-לאומי לזכויות האדם. ככלל: "...the treaties are vague; they conflict with each other; and they conflict with other rules of international law" ראו ERIC POSNER, THE TWILIGHT OF HUMAN RIGHTS LAW 86 (2014).

<sup>8</sup> אתר נציבות בתי הסוהר – [www.ips.gov.il/Web/He/About/CodeOfConduct/113.aspx](http://www.ips.gov.il/Web/He/About/CodeOfConduct/113.aspx)

לאחרת (אם כי יש לכך לעתים התנגדות).<sup>9</sup> מכל מקום, נושא המדידה הפך למוקד לדיונים אקדמיים בתחום.<sup>10</sup> מכך ניתן ללמוד על מורכבות הנושא המוצע למחקר במסגרת זו. ועתה להנחה השלישית – אם יימצאו פערים בין הנורמות הבין-לאומיות בנושא זכויות אסירים לבין הנורמות המנחות את הפרקטיקה הישראלית בתחום זה, יהיה ניתן לעמוד על הגורמים לכך. לכאורה יש קושי להתמודד עם משימה מעין זו במישור המשפטי. השאלה מדוע חברה מסוימת מאמצת נורמות משפטיות מסוימות היא בראש ובראשונה סוציולוגית-היסטורית-תרבותית ולא דווקא משפטית. יתר על כן, אם אכן היה מדובר באימוץ נורמות מסוימות, למשל באמצעות חקיקה, כי אז היה ניתן ללמוד על המניעים לכך מן הדברים הנאמרים בהליכי החקיקה – מה שאין כן כאשר מדובר בהימנעות מאימוץ נורמות כבמקרה דנן. מעניין כי נושאים הדומים לשאלה שלפנינו, קרי מידת נכונותן של מדינות שונות לקבל עליהן התחייבויות שונות על פי אמנות בין-לאומיות לזכויות האדם ומידת יישומן של התחייבויות מעין אלו בהמשך לכך, הפכו לאחרונה לשדה פורה למחקרים. חוקרים מתחום מדעי החברה – ובייחוד יחסים בין-לאומיים, לעתים בשיתוף משפטנים – שואפים לזהות את התנאים שבהם נציגי השלטון מתגייסים למען זכויות האדם, ומדינות "נכנעות" למגמות נורמטיביות בין-לאומיות – תהליך שגודמן וג'ינקס מכנים אותו "סוציאליזציה של המדינות".<sup>11</sup> ואולם, חרף הרלוונטיות של מחקרים מסוג זה לנושא שלפנינו והתרומה הפוטנציאלית למתן תשובה לשאלות שהועלו אין בידינו הכלים לערוך מחקר אמפירי בהיקף הנדרש ברוח המחקרים הללו. המחקר הנוכחי נשען אפוא בעיקר על המתודה המשפטית. ברם נראה לנו כי למקרה הבוחן שלנו, היינו ההתייחסות לזכויות אסירים במשפט הישראלי מכאן ובמישור הבין-לאומי מכאן, יש כמה אפיונים, בחלקם יוצאי דופן, העשויים לספק הסברים אפשריים לאי-התאמה בין שתי מערכות המשפט אף מבלי להזדקק לגורמים חברתיים מן הסוג המועלה בספרות המחקרים האמורה.

התכונה הראשונה, שהיא כמובן אינה מיוחדת לנושא הנוכחי, היא היעדר קליטה אוטומטית של נורמות בין-לאומיות במערכת המשפט הישראלי, וזאת על פי המסורת של מדינות ה-

9 להרחבה באשר להתנגדות ארגון Amnesty International לעריכת השוואות בין מדינות באשר להקפדתן על זכויות אדם ראו George A. Lopez & Michael S. Stohl, *Problems of Concept and Measurement in the Study of Human Rights*, in HUMAN RIGHTS AND STATISTICS: GETTING THE RECORD STRAIGHT 216 (Thomas B. Jabine & Richard P. Claude eds., 1992).

10 Maria Green, *What We Talk About When We Talk About Indicators: Current Approaches* 1062 (2001) Xinyuan Dai, *to Human Rights Measurement*, 23 HUM. RTS. Q. 1062 (2001) *The Compliance Gap and the Efficacy of International Human Rights Institution*, in THE PERSISTENT POWER OF HUMAN RIGHTS: FROM COMMITMENT TO COMPLIANCE 85 (Thomas Risse et al. eds., 2013).

11 RYAN GOODMAN & DEREK JINKS, *SOCIALIZING STATES: PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH INTERNATIONAL LAW* (2013). בין הגורמים המשפיעים המובאים בספר זה: גורמים כלכליים, כגון החשש מפגיעה במסחר, וגורמים תרבותיים, כגון לחץ מצדן של "קבוצות התייחסות" של בעלי התפקידים במדינה האחראים לקביעת המדיניות. השו"ל POSNER, לעיל ה"ש 7.

Common Law ובדומה למדינות רבות אחרות.<sup>12</sup> לכן הפנמתן של נורמות בין-לאומיות חדשות (לאחר הצטרפות לאמנה) מותנית במוטיבציה ובסדרי עדיפויות של הרשויות האחראיות על התהליך – המבצעת והמחוקקת בתוך המדינה – וכן במידת התמצאותם של בעלי התפקידים ברשויות אלו בנורמות המועמדות להפנמה.<sup>13</sup>

שנית, במדינת ישראל טרם נחקקה חוקה. חוקה עשויה להקנות מעמד למשפט בין-לאומי או לחולל בעצמה עקרונות הדומים לכללים מסוימים של המשפט הבין-לאומי. אין אנו מתעלמים מחשיבותם של חוקי היסוד, ובעיקר חקיקתם של חוקי היסוד משנת 1992 שנתפסה כ"מהפכה חוקתית",<sup>14</sup> אולם ביחס לחוקים שחלו בארץ בטרם חקיקתם של חוקי היסוד – כוחם לשנות את פני הדברים מוגבל.<sup>15</sup>

ואכן – וזו התכונה השלישית – החוק העיקרי המסדיר את נושא זכויות האסירים בארץ הוא פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, כלומר מדובר לא רק בחוק מלפני "המהפכה החוקתית" אלא בחקיקה מנדטורית שמרכיביה אינם מתאימים למשטר ליברלי-דמוקרטי לא מבחינת תוכנם ולא מבחינת הדרכים שנקבעו להפעלת סמכויות. במקרה שלפנינו סמכויות-העל מופקדות בידי נציב בתי הסוהר ללא מנגנוני בקרה ראויים למדינה דמוקרטית.<sup>16</sup> התכונה הרביעית מתייחסת למצב הידע האקדמי והמקצועי בנושא הנדון. אמנם נושא בתי הסוהר הפך למושא של מחקרים אקדמיים סוציולוגיים-קרימינולוגיים מאז שנות החמישים של המאה הקודמת, ואף זה כמה עשורים שהסוגיה של זכויות אסירים החלה להעסיק את מערכת השיפוט המדינתיות והבין-לאומיות ולעתים גם את העמותות לזכויות האדם, אך היא טרם פותחה כנושא מקצועי-אקדמי.<sup>17</sup> התחום אינו נלמד בארץ כחלק מן התואר במשפטים, ועל כן אינו מוכר בקרב רבים מבעלי התפקידים בתחום. נראה כי גם בקהילה המשפטית הבין-לאומית

12 Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 I-CON 611, 613–615 (2004).

13 כידוע, בהיעדר הליכי הפנמה מסוג זה, לנורמות הבין-לאומיות נותר רק מעמד של מקור פרשנות למשפט הרווח במדינה, ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 207–206 (2006).

14 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 4–1 לפסק דינו של השופט ברק (1995); אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 10–13 (1992); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 5–11 (2004).

15 ראו להלן פרק ג; עניין בנק המזרחי, שם, בעמ' 261, פסק דינו של הנשיא לשעבר שמגר.

16 לעניין שיקול הדעת המנהלי הרחב שהוקנה לנציב שירות בתי הסוהר ראו להלן פרק ג.

17 בהקשר זה ראו מאמרו של נתנאל דגן "הדבר החשוב באמת סמוי מן העין? על מיעוט העיסוק המשפטי ביישום העונש בישראל" מעשי משפט ז 107 (2015). יצוין כי אלפי עתירות אסירים לא זכו לפרסום או לניתוח.

התחום אינו מוכר דיו, והדגש מושם (אם בכלל) על היחס לאסירים המתבקש מן המשפט הבין-לאומי ההומניטרי,<sup>18</sup> בשונה מתחום זכויות האדם הבין-לאומיות. הנקודה החמישית (ואולי העיקרית) מתייחסת לדפוסי ההצטרפות הישראלית לאמנות הבין-לאומיות לזכויות אדם מבחינת העיתוי וההיקף. לא זו בלבד שישראל הצטרפה לרוב האמנות הרלוונטיות רק בשנים 1991–1992, כאשר האמנה העיקרית בתחום הנדון התקבלה כבר בשנת 1966,<sup>19</sup> אלא שאף הסתמנה מגמה להצטרף לאמנות הללו תוך כדי צמצום מרבי של ההתחייבויות שאמנות אלו ביקשו להטיל. מגמה זו באה לידי ביטוי לעתים בהסתייגויות מסעיפים מסוימים של האמנות,<sup>20</sup> אך בעיקר באי-הצטרפות להסדרים אופציונליים הנכללים בחלק מן האמנות או מתלווים אליהן. האמנות העיקריות הנדונות כאן הקימו הסדר שלפיו אדם הנתון לסמכותה של המדינה המצטרפת רשאי להגיש תלונה נגדה, והתלונה תיבחן בוועדה המוקמת לצורך יישום האמנה.<sup>21</sup> אי-מתן הזדמנות לאזרחים לפנות לוועדות לא זו בלבד שהוא מצר את זכויותיהם, אלא הוא גם מונע דיונים שוטפים בפורומים הבין-לאומיים על היקף הזכויות המגיעות לאזרחים במקרים ספציפיים ועל מידת אכיפתן וכיבודן באותה המדינה. על פי אחת האמנות קיימת גם אופציה להסדרי בקרה על מוסדות הענישה שטרם אומצה במדינת ישראל.<sup>22</sup> למדיניות זו של הצמצום מצטרפת מגמה נוספת של עמדת התגוננות של מוסדות המדינה בשל חשש לביקורת פוליטית בכל הנוגע לשטחים הכבושים. ניתן לראות עמדה אחרונה זו כתכונה שיטתית שעשויה להעיב על תיאום מושלם בין הנורמות המשפטיות הבין-לאומיות

- 18 תחום זה תואם יותר את המשפט הבין-לאומי המסורתי, שכן הוא עוסק ביחסים בין מדינות וקבוצות יותר משהוא עוסק ביחידים. ראו למשל את ספרם של רודלי ופולרד: NIGEL RODLEY & MATT, POLLARD, THE TREATMENT OF PRISONERS UNDER INTERNATIONAL LAW 186 (3<sup>rd</sup> ed. 2009).
- 19 ICCPR, לעיל ה"ש 4.
- 20 ראו לדוגמה הסתייגויות מדינת ישראל עם אשרור ה-ICCPR בארץ: האמנה בין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269, 294–295 (נפתחה לחתימה ב-1966) (להלן: האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות). במועד הצטרפותה לאמנה הסתייגה ישראל מס' 9 האוסר על הגבלה שרירותית של חירות במצבי חירום ומס' 23, המכיר בזכות להינשא והמחייב שוויון בין בני זוג במהלך חיי הנישואין ולאחר פירוקם; האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, לא אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249, 268 (נפתחה לחתימה ב-1984), במועד אשרור האמנה ולפי ס' 28 לאמנה, ישראל הסתייגה מס' 130(1), המאפשר בורות בין-לאומית בין מדינות במקרה של מחלוקת פרשנית הנוגעת לסעיפי האמנה או טענות בדבר אי-יישומה; האמנה הבין-לאומית לביעור אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 181 (נפתחה לחתימה ב-1979). ישראל הסתייגה מס' 7(ב), הנוגע לשוויון נשים במשרות הציבוריות, ומס' 16, הנוגע לביטול אפליית נשים בענייני נישואין ויחסי משפחה. ישראל ציינה כי אין היא מקבלת עליה מחויבות בקשר למינוי שופטות לבתי הדין הדתיים ובאשר להתאמה בין דיני המעמד האישי בישראל לבין הוראות האמנה.
- 21 ראו למשל UN General Assembly, *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Treaty Series, vol. 999, p. 171 (19 December 1966), <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3bf0.html> (להלן: הפרוטוקול האופציונלי ל-ICCPR); CAT, לעיל ה"ש 3, ס' 22.
- 22 UN General Assembly, *Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, Art. 1, A/RES/57/199 (Jan. 9 2003) (להלן: הפרוטוקול האופציונלי – OPCAT).



לבין אימוצן בישראל. במאמר ננסה להתרשם באיזו מידה גורמים כגון אלה, המנויים כאן, תורמים ליצירת פער בין הנורמות הקובעות את זכויות האסירים בארץ לבין מה שנראה לנו כמתבקש מן המשפט הבין-לאומי לזכויות אדם.

נוסף על זה, לבדיקת המקורות המשפטיים המקובלים בתחום זה עברנו גם על דוחות שהמדינה הגישה למוסדות הבין-לאומיים לצורך מילוי חובתה ועל התגובות לדוחות אלה. תקוותנו הייתה שהדוחות (ופרוטוקולים של ישיבות שבהן נדונו הדוחות) יאירו את עינינו בעניין ההיבטים המשפטיים של התפיסות השונות של בעלי התפקידים בנוגע לזכויות האסיר במשפט הבין-לאומי והישראלי כאחד. מידע מדוחות אלה עשוי גם להעמיק את הבנתנו בגורמים לפערים במילוי אחרי המשפט הבין-לאומי בצד הישראלי. ביקשנו להעמיק יותר בתפיסותיהם ועמדותיהם של בעלי התפקידים הרלוונטיים במערכת הישראלית באמצעות ראיונות,<sup>23</sup> אך לצערנו, לצד נכונות נדירה מצד בעלי התפקידים האחראים במשרד המשפטים וכן בעלי תפקידים בעבר במסגרת שירות בתי הסוהר, לא ניתן לנו אישור לראיין את בעלי התפקידים הנוכחיים במשרד לביטחון פנים – לרבות שירות בתי הסוהר.

באשר להמשך המאמר: בחלקו הבא נסקור את מקורות הנורמות הבין-לאומיות לזכויות האדם הנוגעות לאסירים ובתי הסוהר. בשל היעדר הספרות והמידע בתחום זה והערפול באשר לזיהוי הנורמות הרלוונטיות ומעמדן המשפטי, מצאנו לנכון להרחיב בנושא בטרם ניגש לניתוח המצב המשפטי בארץ. במהלך חלק זה נציג את הבנתנו בנוגע לתפיסתו העקרונית של המשפט הבין-לאומי בנושא זכויות האסיר כפי שהיא מסתמנת בעשורים האחרונים.

**בחלק השלישי נעסוק במערכת הנורמות המשפטיות הרווחות במדינת ישראל בנושאים הללו על מנת לעמוד על פערים אפשריים בין לבין הנורמות הבין-לאומיות, אם מבחינת תוכן ואם מבחינת מבנה המשטר ודרך יצירתן של הנורמות המקומיות.** בסיום חלק זה נוכל להצביע על מידת הפערים העיקריים בתפיסות הכלליות או בנושאים ספציפיים נבחרים בין ההסדרים הבין-לאומיים בנוגע לזכויות האסירים לבין ההסדרים של המשפט הישראלי בתחום זה.

**בחלק הרביעי נעיין בחילופי המסמכים בין המדינה לבין סוכנויות בין-לאומיות, אשר תכליתם לבצע מעקב אחר יישום האמנות במדינות החברות בהן, כדי לזהות תחומים שבהם קיימים מחדלים בעיני סוכנויות אלו ולבחון את הדרכים שבהן המדינה מתמודדת עם ביקורת זו.** ניתוח זה עשוי לתת לנו תובנות נוספות הן באשר לפערים בין תפיסותיהם של נציגי המדינה לאלה של נציגי הגופים הבין-לאומיים, והן באשר לגורמים לפערים אלה, ובכך יוקל עלינו בחלק החמישי לסכם את המחקר כולו.

חשוב להדגיש כי מחקר זה מתמקד באסירים המוחזקים בשירות בתי הסוהר, לאחר שהועמדו לדין והורשעו. הוא איננו עוסק ב"עצורים לימים" או במעצר עד תום המשפט, שכן נושאים אלה מעוררים סוגיות רבות הקשורות להליך נאות (Due process) החורגות מתחום דיונו

23 אנו אסירי תודה למנכ"לית משרד המשפטים, עו"ד אמי פלמור; לעו"ד הילה טנא-גלעד, הממונה על אמנות זכויות אדם וקשרים עם ארגונים בין-לאומיים במשרד המשפטים; לעו"ד חיים שמולביץ, לשעבר היועץ המשפטי לשירות בתי הסוהר; לעו"ד איאן דומניץ, לשעבר ראש ענף קשרי חוץ בשירות בתי הסוהר, אשר נענו לכך.



כאן. מסיבות דומות אין אנו דנים במעצר מנהלי, סוגיה אשר זוכה לתשומת לב רבה בקרב הארגונים הבין-לאומיים.

לעומת זאת המאמר מתייחס לאוכלוסיית האסירים המורשעים בדין אשר כוללת גם את רוב "האסירים הביטחוניים"; חלקם הורשעו באותם בתי משפט שבהם הורשעו "האסירים הפוליטיים", אך רבים מהם הורשעו בבתי המשפט הצבאיים. הסיווג של "ביטחוני" או "פוליטי" הוא עניין פנימי של שירות בתי הסוהר,<sup>24</sup> ואינו מעוגן בחקיקה הראשית. עם זאת יוער כי כאשר מדובר בתושבי השטחים, חלות אמנות ז'נבה, ובייחוד אמנת ז'נבה הרביעית, העוסקת בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה.<sup>25</sup> מכל מקום, לסיווג כ"ביטחוני" או כ"פוליטי" יש השלכות מרחיקות לכת באשר לתנאים שבהם האסיר מוחזק.<sup>26</sup> כידוע, נושא האסירים הביטחוניים בכלל (לא רק העצורים המנהליים) מעורר עניין רב בזירות המשפטיות והפוליטיות, וייתכן, כפי שנרמז לעיל, שהתמקדות זו באסירים הביטחוניים העיבה על יכולתנו כחברה לבחון במידה הראויה את ההיבטים המשפטיים (מדיניים ובין-לאומיים) של מעמד האסירים בכללותם.

## ב. הנורמות הבין-לאומיות הנוגעות לאסירים ולמערכת הכליאה

התפתחותן של הנורמות הבין-לאומיות הנוגעות לאסירים ולמערכת הכליאה שלובה בצמיחתן של ענפי דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי אשר בו עוגנה לאורך השנים, במסמכים בין-לאומיים שונים, ההכרה בזכויותיהם של משוללי חירות בצד חובת המדינה להגן עליהן ולהבטיח אותן במערכת הכליאה. מאחר שלנושא האסירים לא יוחדה במשפט הבין-לאומי אמנה

24 ראו פקנ"צ 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" ופקנ"צ 04.05.00 "הגדרת אסיר ביטחוני". לאבחנה בין תנאי הכליאה של אסירים ביטחוניים לאסירים פוליטיים ראו אוריאה אלמסי תנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים במתקני הכליאה של שב"ס (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2015). ראו גם Alon Harel, *Who Is a Security Prisoner and Why? An Examination of the Legality of Prison Regulations Governing Security Prisoners*, in THREAT – PALESTINIAN POLITICAL PRISONERS IN ISRAEL 37 (Abeer Baker & Anat Matar eds., 2011).

25 International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), 12 Aug. 1949, 75 U.N.T.S 287. לעמדת ישראל ביחס לאמנת ז'נבה הרביעית, ראו להלן בעמ' 39, ליד ה"ש 272.

26 שם. כן ראו נעמה ישובי איפה ואיפה – מאזן השוויון בישראל 76–79 (2000); בג"ץ 221/80 דרוויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536 (1980) (פסק דין זה עסק בנושא הספקת מיטות לאסירים); עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492 (1996) (פסק דין זה עסק בהטלת מגבלות על קשרים טלפוניים); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.10.2010) (פסק דין זה עסק בפקודת הנציבות המטילה מגבלות על ביקורי אסירים ביטחוניים); רע"ב 2459/12 צלאח נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 24.12.2012) (פסק דין זה עסק בזכאות האסירים הביטחוניים ללימודים אקדמיים בתקופת מאסרם); כמו כן ראו עת"א (מחוזי ב"ש) 69347-09-16 אבו צעלוק נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 11.5.2017) (בו נדונה שאלת זכותו של אסיר ביטחוני לצאת לחופשות).

ספציפית,<sup>27</sup> כל ניסיון רציני למפות ולזהות נורמות אלה חייב לכלול היכרות ממשית עם תחום דיני זכויות האדם הבין-לאומיים, באשר בגדרם נקבעו מהותן, היקפן ואופן יישומן. כפי שנבקש להראות בפרק זה, הבנת משפט זכויות האדם הבין-לאומי, על מנגנוניו השונים, הוא מרכיב מפתח לצורך בירור ההתחייבויות הבין-לאומיות, המשפטיות והאחרות, המוטלות על מדינות בהקשר זה.

נהוג לראות בזכויות האדם המוכרות במשפט הבין-לאומי כמשקפות ערכי מוסר יסודיים ומספקות הגנה לצרכים הבסיסיים של כל בני האדם באשר הם, ועל כן הן בבחינת "כלי ראשון במעלה לקידום רווחתו של המין האנושי – מטרה שכל שיטת משפט שואפת לקדמה".<sup>28</sup> ביטוי להכרה זו מופיע בצ'ארטר האו"ם (U.N. Charter),<sup>29</sup> שהוא האמנה המרכזית והמכוננת של ארגון האומות המאוחדות, ועליו חתומות כלל המדינות החברות באו"ם, ובו נאמר, שאחת ממטרותיו היא שיתוף פעולה בין-לאומי בקידום ועידוד ההגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד,<sup>30</sup> וכי המדינות החברות מתחייבות לנקוט פעולות להשגת יעד זה.<sup>31</sup> המלומד לואיס הנקין מבהיר כי אף שצ'ארטר האו"ם אינו מגדיר מהן זכויות האדם, הוא נחשב מקור משפטי מחייב בהקשר זה.<sup>32</sup>

לפי בן-נפתלי ושני: "דיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי מבקשים לפרוש הגנה בינלאומית על בני אדם באשר הם, וזאת באמצעות רשת צפופה של אמנות והצהרות ומגוון

27 במשפט זכויות האדם הבין-לאומי קיימות כמה אמנות ספציפיות אשר יוחדו לקבוצות אוכלוסייה מסוימות, כנשים, ילדים, אנשים בעלי מוגבלויות, מהגרים ועוד. כך למשל CRC, לעיל ה"ש 4; UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 Dec. 1979 1249 U.N.T.S. 13; UN General Assembly, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 18 Dec. 1990, A/RES/45/158.

28 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 195.

29 United Nations, *Charter of the United Nations*, 1 U.N.T.S XVI, (24 Oct. 1945) <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>

30 "[t]o achieve international co-operation... in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion" (שם, ס' 1).

31 "[a]ll Members pledge themselves to take joint and separate action in cooperation with the Organization for the achievement of the purposes..." (שם, ס' 56). ואילו בס' 55 נאמר שאחת ממטרותיו היא לקדם: "universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion"

32 "The Charter does not define human rights... With the elaboration and widespread acceptance of numerous multilateral human rights treaties... and the increasing activity of human rights bodies operating under the auspices of the Charter... there is less need to determine the precise scope of the Charter's human rights standards. However, for a state that is not a party to a relevant covenant or convention, the Charter remains an additional source of legal obligation"; LOUIS HENKIN ET AL., HUMAN RIGHTS 215 (2009).

מנגנוני האכיפה".<sup>33</sup> למעשה, מדובר במערכת של נורמות בין-לאומיות אשר עוצבו כדי לקדם זכויות אוניברסליות של בני אדם ולהגן עליהן. זכויות אלה אינהרנטיות לכל בני האדם באשר הם, הן קשורות זו בזו, תלויות זו בזו ואינן ניתנות לחלוקה (Interrelated, Interdependent and Indivisible).<sup>34</sup>

מאפיין יסוד בענף דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי הוא שבדיניו מוענקות זכויות משפטיות מהותיות ופרוצדורליות לאינדיבידואלים במישרין, ובכך הוא קורא תיגר על מבנה המשפט הבין-לאומי הקלאסי, המעמיד את המדינה במרכזו.<sup>35</sup> דינים אלה לא רק מבטיחים זכויות לאינדיבידואלים ולקבוצות, אלא גם מעגנים התחייבות של מדינות לנהוג בדרך מסוימת או להימנע מפעולה.<sup>36</sup> בפן הנורמטיבי והמוסדי, התפתחות דיני זכויות האדם משתלבת במגמת ה"חוקתיות" (Constitutionalization) של המשפט הבין-לאומי, בהכפפת הדין הלאומי לנורמות בין-לאומיות בעלות אופי חוקתי ולמוסדות שיפוטיים בין-לאומיים המקיימים ביקורת שיפוטית על מערכות משפט פנים-מדינתיות.<sup>37</sup>

דונלי (Donnelly)<sup>38</sup> מבחין בארבעה סוגי משטרים המאפיינים לאורך השנים את התפתחות דיני זכויות האדם הבין-לאומיים: **משטר הצהרתי** (declaratory regime), שבו מצויים הנורמות, העקרונות וכללי ההתנהגות הבין-לאומיים; **משטר מקדם** (promotional regime), שהוא ההחלטות והפעילות הבין-לאומית לקידום קבלת הנורמות; **משטר יישומי** (implementational regime), הכולל את הפעילות ליישום הנורמות; **משטר אוכף** (enforcement regime), שעמו נמנות ההחלטות והפעילות לכפיית הנורמות, לרבות פיקוח בין-לאומי. לדברי אברוני, מתום המלחמה הקרה ניכרת התפתחות רבה במשטר הבין-לאומי של זכויות האדם: "ממשטר הצהרתי עד סוף שנות ה-80 הוא התפתח למשטר מקדם, שעיקרו פעילות לאימוץ בין-לאומי של נורמות, ואחר-כך למשטר יישומי הפועל ליישום הנורמות. בשנים האחרונות נעשה המשפט הבין-לאומי של זכויות אדם למשטר אוכף, הפועל לאכיפת הנורמות, בין השאר באמצעות פיקוח בין-לאומי

33 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 244.

34 United Nations, *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, HR/PUB/11/01 (Nov. 2011) <http://www.refworld.org/docid/4ee9f8782.html> (להלן: HRAC).

35 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 195.

36 "International human rights law is a system of international norms designed to protect and promote the human rights of all persons. These rights, which are inherent in all human beings, whatever their nationality, place of residence, sex, national or ethnic origin, colour, religion, language, or any other status, are interrelated, interdependent and indivisible. They are often expressed and guaranteed by law, in the form of treaties, customary international law, general principles and soft law. Human rights entail both rights and obligations. International human rights law lays down the obligations of States to act in certain ways or to refrain from certain acts, in order to promote and protect the human rights and fundamental freedoms of individuals or groups".

37 שם.

38 DONNELLY JACK, *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS* (1998); ציון אברוני **זכויות האדם ביחסים הבין-לאומיים: סוגיות מרכזיות** 30 (אורנה ברקאי עורכת, 2011).

הדוק".<sup>39</sup> במשפט זכויות האדם הבין-לאומי מגוון מקורות, מסמכים, מנגנונים וסטנדרטים המבטאים את היקפה המלא של הסמכות המשפטית הבין-לאומית ( International legal authority) הנוגעת לזכויות אדם.<sup>40</sup> במסגרת מה שמכונה International human rights instruments,<sup>41</sup> ניתן לאתר את נורמות זכויות האדם הבין-לאומיות, החל מהתחייבויות משפטיות שמדינות קיבלו עליהן בחתימה על אמנות זכויות אדם, עובר דרך זכויות אדם שהוכרו כחלק מהמשפט המנהגי הבין-לאומי, לרבות עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על האומות בנות התרבות,<sup>42</sup> ועד להנחיה והדרכה אוניברסלית בדרך של שכנוע מוסרי המוצע במגוון הצהרות, עקרונות מינימום וגופי עקרונות שמפרסם האו"ם על מוסדותיו השונים. כלים אלה יחדיו מבקשים להציע מסגרת משפטית קוהרנטית ומפורטת המבטיחה כיבוד זכויות אדם, ואף את הדרכים ליישומן בקונטקסט המדינתי הפנימי, לרבות זה הנוגע למערכות אכיפת החוק ועשיית הצדק, ובכלל זה בתי הסוהר.

מפרספקטיבה משפטית טהורה, התוקף המחייב של דיני זכויות האדם, ובכלל זה "זכויות האסירים", מקורו באמנות הבין-לאומיות אשר אותן משלים ומחזק המשפט המנהגי הבין-לאומי,<sup>43</sup> שניהם מוכרים יחדיו כ-"hard law". כמו כן הסטנדרטים הבין-לאומיים לזכויות אדם מעוגנים בסוגים אחרים של מסמכים: declarations, recommendations, bodies of principles, codes of conduct and guidelines.<sup>44</sup> לכאורה, מסמכים אלה, המכונים soft law, אינם מחייבים את המדינות כשלעצמם, אלא שדומה כי קביעה זו אינה מדויקת, שהרי חלק מן המסמכים וכן

39 שם, בעמ' 86.

40 ראו BASAK CALI, THE AUTHORITY OF INTERNATIONAL LAW: OBEDIENCE, RESPECT AND REBUTTAL (2015); THOMAS BUERGENTHAL, DINA SHELTON & DAVID P. STEWART, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN A NUT SHELL 36 (2009).

41 שם, בעמ' 36.

42 ראו ס' 38 לחוקת בית הדין הבין-לאומי לצדק ( Art. 38 Statute of the International Court of Justice). חוקה זו היא חלק ממגילת האו"ם שעליו חתומה ישראל. סעיף זה מבחין בין שני סוגי מקורות עיקריים: מקורות מחייבים (אמנות, מנהגים ועקרונות משפט כלליים) ומקורות מנחים (פסיקה וספרות בתחום המשפט הבין-לאומי).

43 משפט מנהגי בין-לאומי (customary international law) הוא אחד מהמקורות הראשיים למה שמכונה International Legal Obligations. כפי שצוין בס' 38(1)(b) לחוקת בית הדין הבין-לאומי לצדק, משפט מנהגי הוגדר כך: "evidence of a general practice accepted as law" ופורש בבית הדין הבין-לאומי לצדק כבעל שני רכיבים מרכזיים: "It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States Case Concerning Continental Shelf" (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta, ICJ Judgement, 3 June 1985, ICJ Reports 1985, p. 29-30, §27). אך בנושא זה הועלו לאחרונה עמדות אחרות כפי שנראה להלן.

44 כך למשל United Nations, Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (27 Aug. to 7 Sep. 1990); UN General Assembly, The Code of Conduct for Law Enforcement Officials, A/RES/34/169 (5 Feb. 1980); United Nations, Guidelines on the Role of Prosecutors (7 Sep. 1990).

החלטותיהם של הגופים המיישמים את האמנות<sup>45</sup> מספקים הנחיה פרקטית למדינות, ובכך מאפשרים את יישום האמנות. כלומר, בהמשך להבחנה של מדינה באשר לאופן חקיקת זכויות אדם ובכלל זה במשפט הבין-לאומי, בין שהיא מבטאת "כללים" (rules) בדבר פגיעות מותרות ואסורות בזכויות אדם ובין שהיא מנוסחת כ"עיקרון" (standard) הקובע אמות מידה כלליות שיש ליישמו על פי נסיבות העניין,<sup>46</sup> החקיקה הרכה היא מעין הגדרה אופרציונלית לאותם עקרונות וכללים. מלבד זאת, חלק מהסטנדרטים ב"החקיקה הרכה" הם בעלי אלמנטים דקלרטיביים של משפט מנהגי בין-לאומי ולכן הם מחייבים,<sup>47</sup> וחלק אחר אף עשוי להפוך למשפט מנהגי.<sup>48</sup> יש לציין עוד כי בקרב מלומדי המשפט בתחום זה מסתמנת לאחרונה מגמה להגמיש את הקריטריונים המזהים של המשפט המנהגי.<sup>49</sup> לעומת "המנהג המסורתי" שהתבסס בעיקר על הפרקטיקה של המדינות בתוספת ה־*opinio juris*,<sup>50</sup> "המנהג המודרני" נשען בעיקר על העמדות המתגבשות במהירות יחסית בזירות הבין-לאומיות הדינמיות של היום.<sup>51</sup> ביטויים לכך בהקשר של זכויות אסירים יוצגו בהמשך.

45 Brain Tkachuk & Eileen Skinnider, *Human rights in Corrections Practice*, in CORRECTIONS CRIMINOLOGY 68 (Sean O'Toole & Simon Eyland eds., 2005)

46 המלומד ברק מדינה מבחין בהקשר זה בין מבחן חד-שלבי למבחן דו-שלבי. ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 36 (2016).

47 לדברי בן-נפתלי ושני בנוגע למיון אמנות בין-לאומיות: "ההבחנה השלישית והחשובה ביותר, מנקודת ראות הדין הישראלי הפנימי, הינה ההבחנה שבין אמנות דקלרטיביות (או אמנות קודיפיקטיביות) לבין אמנות קונסטיטוטיוביות. המאפיין המבדיל בין שני סוגי האמנות הנו יחסן למנהג הבינלאומי. אמנה דקלרטיבית מתיימרת לחזור על נורמות המעוגנות כבר בדין המנהגי, ואילו אמנה קונסטיטוטיובית יוצרת נורמות חדשות. עולה מכך, שאמנה דקלרטיבית מחייבת גם מדינות שלא הצטרפו אליה כלל! להבחנה גם נפקות רבה מבחינת כללי הקליטה של המשפט הבינלאומי בדין הפנימי של מספר מדינות, ובכללן ישראל. על פי כללי הקליטה החלים בארץ, המנהג הבינלאומי מהווה, באופן אוטומטי, חלק מהדין הפנימי, ואילו אמנות בינלאומיות אינן נקלטות אליו במישרין. עולה מכך, שאמנה המסווגת כדקלרטיבית, תהווה חלק מהדין הפנימי, ואילו אמנה קונסטיטוטיובית לא תוכל להיקלט בו (בהיעדר חקיקה קולטת מתאימה)" (בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 372).

48 ראו גם DENIS ABELS, PRISONERS OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY 33 (2012)

49 Anthea E. Roberts, *Traditional and Modern Approaches To Customary International Law: A Reconciliation*, 95 AM. J. INT. 727 (2001)

50 ראו לעיל ה"ש 43.

51 "What I have termed traditional custom results from general and consistent practice followed by states from a sense of legal obligation. It focuses primarily on state practice in the form of interstate interaction and acquiescence. *Opinio juris* is a secondary consideration invoked to distinguish between legal and nonlegal obligation. Traditional custom is evolutionary and is identified through an inductive process in which a general custom derived from specific instances of state practice... By contrast, modern custom is derived by a deductive process that begins with general statements of rules rather than particular instances of practice. This approach emphasizes *opinio juris* rather than state practice because it relies primarily on statements rather than actions. Modern custom can develop quickly because it is deduced

ולבסוף, בהקשר זה של הדיון המתמשך על אודות ההבחנה הדיכוטומית בין hard law ל- soft law, יש לשים לב לעמדתה של חוקרת ידועה בתחום הסבורה כי דיכוטומיה זו אינה מושלמת, וייתכנו מצבי ביניים.<sup>52</sup>

### 1. תפיסת "האסיר כבעל זכויות אדם" בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים

עוד בטרם נתעמק קונקרטיית בבחינת "זכויות האסירים" במשפט הבין-לאומי, ראוי להתעכב קמעה ולעמוד על הנחת היסוד המכוננת בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים, שממנה יונקים דיני זכויות האסירים את קיומם, ולפיה מעצם טיבו האוניברסלי של משפט זכויות האדם הבין-לאומי, הוא חל על כל אדם באשר הוא אדם, כאשר בבסיסו ההכרה ברעיון "כבוד האדם".

ההכרה ברעיון "כבוד האדם" וחשיבות ההגנה עליו הוא ערך מרכזי ומכונן בתחום זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. "כבוד האדם" נתפס כערך שממנו נובעות יתר זכויות האדם, כפי שעמד על כך שולצינר: "השימוש הלשוני השכיח בביטוי כבוד האדם, אשר מאפיין את כלל השימושים הלשוניים בביטוי במסגרת מסמכים לאומיים ובין – לאומיים, הנו זה המבליט את הזיקה ההיררכית בין זכויות האדם לכבוד האדם: כבוד האדם נתפס כסיבה המכוננת לקיומן של זכויות האדם המפורטות תחתיו בכל מסמך ומסמך".<sup>53</sup>

מקובל לראות בהכרזה האוניברסלית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, (UDHR) 1948,<sup>54</sup> את מסד הערכים היסודי המשותף לכל המדינות החברות באו"ם.<sup>55</sup> ההכרה בערך האדם וכבודו שממנו נובעת התחולה האוניברסלית של זכויות האדם על כל בני האדם, מודגשת במסמך זה בבירור כערוכה ולקח למניעת מוראות המלחמה ושפיכות הדמים שלאחר שתי מלחמות העולם אשר התחוללו בפתח המאה העשרים.<sup>56</sup>

ואמנם, ב-UDHR, אשר מלומדים נוטים להכיר בה כמשקפת ברובה הוראות של דין מנהגי<sup>57</sup> המבסס נורמות מחייבות הזכות ללגיטימציה מצד מערכת המשפט הבין-לאומית,<sup>58</sup> נאמר בסעיף ב':

- from multilateral treaties and declarations by international fora such as the General Assembly, which can declare existing customs, crystallize emerging customs, and generate Roberts) new customs" (לעיל ה"ש 49, בעמ' 758).
- 52 ראו Dina Shelton, *Soft Law*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF INTERNATIONAL LAW 68 (David Armstrong ed., 2008).
- 53 דורון שולצינר "כבוד האדם – הצדקה, לא זכות" המשפט יא 23, 527, 532 (2006).
- 54 UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 217 A (III) (10 Dec. 1948) <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html> (להלן: UDHR).
- 55 ABELS, לעיל ה"ש 48, בעמ' 15.
- 56 "In its Preamble, the Charter stresses the founders 'determination to shield succeeding generations from the scourge of war' and 'to reaffirm faith in fundamental human rights' and 'in the dignity and worth of the human person' (שם).
- 57 וכך מבהיר אברוני את מעמדה המנהגי של ה-UDHR: "ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, שאומצה ב-1948 על-ידי האו"ם, אינה מסמך משפטי מחייב, מאחר שאינה אמנה. תוקפה בעיקר

“Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status...”.<sup>59</sup>

בן-נפתלי ושני מבארים את המונח “זכויות אדם”, במובנו האוניברסלי:

“הביטוי ‘זכויות אדם’ מגלם בתוכו רעיונות חשובים של אוניברסליות וזיקה למשפט הטבעי. צמד המילים ‘human rights’ מתייחס, כקבוע במבוא ובסעיפים 1–2 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948, לכל בני האדם באשר הם (‘all human beings’), ללא הבחנה (‘without distinction of any kind’). יתר על כן, זכויות האדם מוקנות לפרטים מרגע לידתם (‘human beings are born free and equal in dignity and rights’) והינן שוות ובלתי ניתנות לשלילה (‘equal and inalienable’). מכאן שהאידיאולוגיה של תנועת זכויות האדם משייכת לכל אדם, בכל מקום בעולם, ‘סל’ בסיסי של זכויות, המלווה אותו מרגע היוולדו ועד ליום מותו.”<sup>60</sup>

אם כן, נקודת המוצא היסודית בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים היא שמוטביהם הם כל בני האדם באשר הם,<sup>61</sup> ועם אלה נמנים גם אסירים בבתי הכלא. אנו מכנים עיקרון זה במשפט הבין-

מוסרי, אך ממנה נגזרו שתי אמנות מחייבות שאומצו כ-20 שנה לאחר פרסומה: האמנה על זכויות פוליטיות ואזרחיות, והאמנה על זכויות כלכליות וחברתיות. עם זאת, כיום מקובל לראות בה כמייצגת דין מנהגי בין-לאומי המחייב את המדינות השונות... במרוצת השנים שחלפו מאז נוסחה ההכרזה האוניברסלית גובשו ואומצו אמנות בין-לאומיות המפרטות ומעמיקות את הזכויות שנקבעו בה, בעיקר בעניין זכויותיהן של קבוצות ייחודיות, כמון נשים, ילדים ופליטים” (אברוני, לעיל ה”ש 38, בעמ’ 36).

בן-נפתלי ושני, לעיל ה”ש 13, בעמ’ 208. על “המנהג הבין-לאומי” ואופן יצירתו ראו שם, בעמ’ 378–399; אברוני, לעיל ה”ש 38, בעמ’ 36, 100.

UDHR, לעיל ה”ש 54.

בן-נפתלי ושני, לעיל ה”ש 13, בעמ’ 197.

לדברי אברוני, העיקרון של זכויות אדם מקובל כיום רשמית כמעט על כל הממשלות, בלי קשר לתפיסות האידיאולוגיות שלהן או למצבן הפוליטי, הכלכלי והחברתי (אברוני, לעיל ה”ש 38, בעמ’ 100). בקרב “הזכויות הפוליטיות והאזרחיות” מצויות: הזכות לחיים, לחירות, לרכוש, לביטחון אישי ולהגדרה עצמית; הזכות לשוויון ללא הבדל דת, מין, לאום, גזע, צבע או מוצא אתני; הזכות לא להיות משועבד; הזכות לא להיות נתון לעינויים או לעונש אכזרי או משפיל למעצר או למאסר שרירותי; הזכות לשוויון בפני החוק ולהליך משפטי תקין, ובעיקר הזכות להיחשב זכאי עד שהאשמה תוכח; חופש התנועה וההגירה, המחשבה, הדעה, ההבעה, המצפון והדת; הזכות לבחור ולהיבחר, להתאגד ולהפגין; הזכות למשפחה, לנישואים ולפרטיות. ובקרב “הזכויות החברתיות, כלכליות ותרבותיות” מצויות: הזכות לעבודה, לתנאי עבודה הוגנים, לשביתה ולהתאגדות מקצועית; הזכות לביטוח לאומי, לחופשת לידה ולהגנה על המשפחה; איסור על עבודת ילדים מתחת לגיל שייקבע בחוק, והגנה עליהם מפני ניצול כלכלי; הבטחת הזכות למזון, למחסה



לאומי: "תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם". במובן זה, וכפי שנעמוד על כך להלן, אין להבין את החסר בקיומה של אמנה בין-לאומית ספציפית הנוגעת לזכויות אסירים כהסדר שלילי, אלא יש לראות במבנה הקיים של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים מסגרת המעניקה מענה לבריור מהותן והיקפן של זכויות האסירים במשפט הבין-לאומי. להבנתנו, התמודדות עם אתגר הזיהוי הוודאי של הנורמות המשפטיות המחייבות בהקשר זה ראשיתו בהכרה כי נורמות זכויות האדם המעוגנות באמנות זכויות האדם מנוסחות בכלליות, וכי "החקיקה הרכה" משמשת במשפט הבין-לאומי ביטוי פרשני אופרטיבי ליישומן הראוי, ועל כן הוא חלק אינטגרלי מהן, בוודאי באשר לזכויות אסירים. על רקע האמור, השאלה העיקרית שאנו מבקשים להעלות כאן היא אם על אף מגמת האוניברסליות הבולטת בהחלת זכויות האדם במשפט הבין-לאומי – עיקרון זה אינו תופס כשמדובר בשוהים בבתי הסוהר. למרות מרכזיות השאלה נראה כי היקף הדיונים בסוגיה בספרות האקדמית הוא מועט. במהלך ניסיוננו בחלק זה לסקור את מקורות המשפט הבין-לאומי הנוגעים לזכויות אסירים ננסה כמובן להתמודד גם עם השאלה המרכזית הזאת. את סקירתנו להלן נחלק לשני חלקים – ראשית סקירה של האמנות הרלוונטיות, ובהמשך נסקור מקורות אחרים של המשפט הבין-לאומי בתחום זה, לרבות המוסדות האמונים על יישום האמנות. הסקירה דנה במישור הבין-לאומי שלא בהקשר של ישראל: ההיבט הישראלי ינותח בחלק ג. אך יש לזכור בהקשר זה כי תחולתה של אמנה (אם אינה משקפת משפט מנהגי) מותנית ברצונה של המדינה להצטרף אליה, וכי (כפי שצוין בהקדמה) ישראל אכן הצטרפה לאמנות הנדרונות להלן – אך לא להסדרים האופציונליים שעל פיהן.

## 2. האמנות הבין-לאומיות העוסקות בענישה

בכמה אמנות בין-לאומיות (כפי שנפרט להלן ואשר לכולן הצטרפה מדינת ישראל) מצאנו התייחסות לזכויותיהם של נענשים ונטולי חירות, ובעיקר בהקשרו של האיסור על יחס ועונש אכזרי, לא הומני ומשפיל, שהעיקרון שבבסיסו הופיע במגילת הזכויות האנגלית משנת 1689,<sup>62</sup> בתיקון השמיני לחוקה האמריקאית ב-1791,<sup>63</sup> בסעיף 5 להצהרה האוניברסלית לזכויות האדם של האו"ם משנת 1948<sup>64</sup> ושוב בסעיף 7 ל-ICCPR.<sup>65</sup> כזכור, האמנה נגד עינויים משנת 1984

וללבד; הזכות לשירותי בריאות וחינוך; הזכות להשתתף בחיי תרבות ומדע וליהנות מהם (שם, בעמ' 36-37).

62 Bill of Rights, 1688, 1 Will and Mar sess 2 c. 2 (Eng.). השיוך הרשמי הוא לשנה בה החל מושב החקיקה.

63 תיקון זה הוא חלק מן ה-Bill of Rights האמריקאי. בשני המסמכים נאסר על "cruel and unusual punishment".

64 UDHR, לעיל ה"ש 54: "No one shall be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

65 ICCPR, לעיל ה"ש 4, בס' 7: "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation".

מוקדשת כולה לנושא זה, ואילו באמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 קיים סעיף דומה.<sup>66</sup> מן התיאור המקיף של תכונות הענישה של והטיפול באסירים על פי הסעיפים הללו באמנות הבין-לאומית, נראה שיש בכוחן להשפיע מהותית על היחס למשוללי חירות החשודים, נאשמים או מורשעים בעבירות פליליות ולהגבילו בכל המדינות בעולם שאשררו את האמנות הללו; ולפחות על האיסור על העינויים נטען כי מדובר באיסור שנכלל היום במשפט המנהגי, ועל כן חל על כל המדינות.<sup>67</sup> ואולם, מלבד הביטוי "עינויים", אשר הוגדר בסעיף 1 לאמנה נגד העינויים,<sup>68</sup> לביטויים הנוספים: "יחס או עונש אכזרי, לא הומאני ומשפיל", לא ניתנו הגדרות באמנות, ולכן קשה לחלץ בבירור את משמעותם המדויקת מלשון האמנות, ויישומם תלוי בפרשנות שמחוץ לאמנות. אף נטען כי משמעותם של מושגים אלה היא דינמית ומשתנה לאורך זמן.<sup>69</sup> עם זאת מקובל לראות מדרג בין המושגים שבהם עוסקת האמנה, כאשר יחס אכזרי או לא הומני נתפסים כחמורים פחות מעינוי ויותר מיחס משפיל.<sup>70</sup>

#### (א) אמנת ה-ICCPR

כאמור, סעיף מתוך האמנות שהוא ממוקד יותר הוא סעיף 10 ל-ICCPR, העוסק ביחס לאנשים נטולי חירות (להבדיל מסעיף 7 לאותה אמנה, העוסק בענישה בכלל). לשם הנוחות נביא את סעיף 10 לאמנה זו כפי שתורגם לעברית בכתבי האמנות של מדינת ישראל, במלואו:

1. אנשים שנשללה חירותם ינהגו בהם ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם.
2. (א) אנשים שהואשמו יובדלו למעט בנסיבות חורגות מן הרגיל, מבני אדם שהורשעו, ויהיו נתונים ליחס מיוחד המותאם למעמדם כאנשים שלא הורשעו.
- (ב) קטינים שהואשמו יובדלו ממבוגרים ועניינם ייחרץ מהר ככל הניתן.

66 CRC, לעיל ה"ש 4, בס' 37(א): "No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment". לסעיף קטן זה המשך האוסר על הטלת עונש מוות או מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על "persons below eighteen years of age".

67 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 186. שם, בעמ' 381 דנים רודלי ופולרד בשאלה אם גם סעיף 10 ל-ICCPR (ולא רק סעיף 7, המכיל את האיסור על עינויים) משקף כלל של המשפט הבין-לאומי המנהגי.

68 CAT, לעיל ה"ש 3, בס' 1.

69 השו"ש MANFRED NOWAK, UN COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY 160 (2005).

70 שם, בעמ' 161-166. ראוי לציין כי לפי ס' 16.2 באמנת ה-CAT וס' 7 לאמנת ה-ICCPR גם האיסורים על "יחס או עונש משפיל, אכזרי ולא הומאני" הוכרו כאיסורים מוחלטים שאי אפשר לגרוע מהם בזמן חירום. ראו לעניין זה ס' 3 להערה כללית מס' 20 של ועדת ה-HRC משנת 1992, להלן ה"ש 197.

3. מערכת בתי הכלא תכלול טיפול באסירים אשר מטרתו העיקרית היא תיקונם ושיקומם החברתי, עבריינים צעירים יובדלו ממבוגרים ויוענק להם טיפול המתאים לגילם ולמעמדם המשפטי.<sup>71</sup>

ניתן לראות כי אמנם סעיף זה פותח אף הוא בביטויים מעורפלים במקצת באשר לצורך ביחס הומני והקפדה על כבוד האדם כלפי נטולי חירות,<sup>72</sup> אולם שלא כסעיף 7, שבדומה לרוב הזכויות המכונות "אזרחיות" מקנה הגנה מפני פגיעות, סעיף 10 מחייב יחס חיובי (הומניות וכבוד) כלפי קבוצות אוכלוסייה המוחזקות ב"מוסדות טוטאליים".<sup>73</sup> מצד אחד מדובר ביחס מכבד והומני כלפי האסיר שהוא מעבר למה שנדרש באמנה כלפי כלל האזרחים (וסוג של positive obligation שאינו מאפיין אמנה זו), ומצד שני חסרה כאן קביעה ברורה וחד-משמעית שלפיה כלל זכויות האדם המוקנות לכל בני האדם חלות אף בעניינים של אסירים – פרשנות שמייחסים לאמנה הגופים והמסמכים שפירשו את האמנה בהמשך (כך גם משתמע מלשונו של סעיף 2.1 של האמנה בנוגע לתחולתה הבלתי מוגבלת על כל השוהים במדינה).<sup>74</sup>

עולה כי סעיף 10 עוסק גם בהפרדות בין קבוצות האוכלוסייה: הוא מחייב הפרדה בין עצורים לאסירים<sup>75</sup> ובין קטינים לבגירים בתוך שתי קבוצות אלו (כלומר עצירים ואסירים).<sup>76</sup> חשובה במיוחד בהקשר הנוכחי היא הוראה בסעיף קטן 3 שלפיה מערכת בתי הסוהר תבוסס על טיפול באסירים שמטרתו היא תיקון ורהביליטציה חברתית.<sup>77</sup> זו למעשה ההוראה היחידה באמנות זכויות האדם (ועל כן לכל הדעות מחייבת) העוסקת בתוכן הממשי של משטר הכליאה כלפי אוכלוסיית הכלא בכללותה. הביטויים "תיקון" ו"רהביליטציה חברתית" הם חשובים ביותר, אך טעונים פרשנות גם הם.<sup>78</sup> רעיון השיקום הפך לשנוי במחלוקת בספרות הפנולוגית

71 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 275–276.  
 72 על פי ס' 1.10 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4: "All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person"  
 73 ERVING GOFFMAN, ASYLUMS: ESSAYS ON THE SOCIAL SITUATION OF MENTAL PATIENTS (1961) AND OTHER INMATES. על היבט זה של ס' 10 ראו NOWAK, לעיל ה"ש 69, בעמ' 242–243.  
 74 ראו פרק ב.1 למאמר זה.  
 75 ס' 2.10 (א) ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4: "accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons"  
 76 שם, ס' 2.10 (ב): "Accused juvenile persons shall be separated from adults and brought as speedily as possible for adjudication". אשר לקטינים שפוטים ראוי בהמשך.  
 77 שם, ס' 3.10: "The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation"  
 78 גם הביטוי "treatment" המופיע כמה פעמים בסעיף 10 הוא בעייתי, שכן כמו הביטוי המקביל בעברית, "טיפול", יש לו שני מובנים – המובן הניטרלי יותר של "יחס", והמובן של "צעדים תרפויטיים". ראו גם NOWAK, לעיל ה"ש 69, בעמ' 159–160.

ובפוליטיקה הגאור-ליברלית בעשורים האחרונים של המאה העשרים,<sup>79</sup> ונותרו חילוקי דעות באשר להשלכותיו המעשיות והטיפוליות.<sup>80</sup> עם זאת הוא נתפס כיום כעיקרון המנחה הראוי ביותר למדיניות הכליאה בקרב חוגים סוציו-משפטיים באירופה,<sup>81</sup> ובמיוחד במדיניות הכליאה הגרמנית, הנחשבת למתקדמת ונאורה.<sup>82</sup> בהמשך להוראה זו בסעיף 10 של האמנה מופיעה הוראה מיוחדת בנוגע לקטינים במאסר.<sup>83</sup> לבסוף, סעיף 8 באמנה מעניק הכשר לעבודות פרך המוטלות במסגרת גזר הדין מטעם בית המשפט המוסמך לכך, וזאת כחריג לאיסור הכללי על עבודות פרך שלא במסגרת הענישה.<sup>84</sup> (חשיבות רבה כמובן מיוחסת לסעיף 9 לאמנה העוסק בתהליכי מעצר ושחרור, אך אין זה ענייננו במאמר זה). סעיף 2.2 של האמנה מחייב את המדינות המצטרפות "לאמץ חקיקה או הסדרים אחרים כפי שנחוצן לצורך מימוש הזכויות שאמנה זו מכירה בהן" – נושא שנחזור אליו בהמשך. מלבד זאת, לצורך אכיפת דרישותיה הוקמה במסגרת האמנה הוועדה לזכויות האדם (להלן: ועדת ה-HRC) – גם עליה נרחיב בהמשך. אך בינתיים נציין כי כאמור לעיל, האמנה מחייבת את המדינות החברות בה להגיש דוחות תקופתיים "בדבר האמצעים שאומצו על ידן, הנותנים תוקף לזכויות שהוכרו במסגרת [האמנה], ועל ההתקדמות שנעשתה לעניין ההנאה מזכויות אלו...".<sup>85</sup> על פי הפרוטוקול האופציונלי, מדינות החברות באמנה רשאיות לאפשר לפרטים להגיש תלונות נגדן בפני ה-HRC.<sup>86</sup> הרבה מן הפעילות

- 79 ראו למשל THOMAS G. BLOMBERG & KAROL LUCKEN, AMERICAN PENOLOGY: A HISTORY OF CONTROL (2000).
- 80 Francis Cullen, *Taking Rehabilitation Seriously: Creativity, Science, and the Challenge of Offender Change*, 14 PUNISHMENT AND SOC'Y 94 (2012).
- 81 DIRK VAN ZYL SMIT & SONJA SNACKEN, PRINCIPLES OF EUROPEAN PRISON LAW AND POLICY: PENOLOGY AND HUMAN RIGHTS (2009). ראו גם להלן באשר לדיונים בסוגיה זו בהקשר של הפיקוח הבין-לאומי על בתי הסוהר במסגרת ה-OPCAT, לעיל ה"ש 22.
- 82 Ram Subramanian & Alison Shames, *Sentencing and Prison Practices in Germany and Netherlands: Implications for the United States*, VERA INSTITUTE OF JUSTICE (2013) <http://www.vera.org/sites/default/files/resources/downloads/european-american-prison-report-v3.pdf>.
- 83 ס' 3.10 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4: "Juvenile offenders shall be segregated from adults and be accorded treatment appropriate to their age and legal status" (ראו הוראה דומה גם באשר לאמנה בדבר זכויות הילד: CRC, להלן ה"ש 4, ס' 37).
- 84 ס' 8(א) ו-8(ב) ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4. לביקורת על אודות חוסר הקונסיסטנטיות הדוקטרינרית וחולשתו הקונצפטואלית של סעיף זה בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים ראו Colin Fenwick, *Private Use of Prisoners Labor: Paradoxes of International Human Rights Law*, 27 HUM. RIGHTS Q. 249, 287 (2005); JEAN ALLAIN, SLAVERY IN INTERNATIONAL LAW OF HUMAN EXPLOITATION AND TRAFFICKING 232–234 (2013); Gerard De Jonge, *Still 'Slaves of the State': Prison Labour and International Law*, in PRISON LABOUR: SALVATION OR SLAVERY? (Dirk van Zyl Smit & Frider Dunkel eds., 1999) 327. השוו גם הוראות אמנת ה-ILO, כפי שיידונו להלן.
- 85 ס' 40 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4.
- 86 ראו הפרוטוקול האופציונלי ל-ICCPR, לעיל ה"ש 21.

במסגרת ה-ICCPR נעשתה בטיפול בתלונות שהגישו פרטים בתחום שבו עוסק מאמר זה,<sup>87</sup> אך ישראל נמנעה מלהצטרף להסדר זה.

### (ב) אמנת ה-CAT

האמנה נגד עינויים – 1984 אמנם איננה אוסרת לכאורה על המעשים שלא נאסרו ממילא מכוח סעיפי ה-ICCPR שנדרונו לעיל, אך היא מוסיפה נדבכים חשובים שנועדו להגביר את המודעות לנושא, בין היתר באמצעות הקמת ועדה נוספת המתמקדת רק בתחום הזה. אמנה זו גם הגדירה לראשונה מהו עינוי, וההגדרה מתייחסת במפורש למסגרת עונשית כאשר מתמלאים התנאים של גרימת כאב או סבל (בין פיזיים ובין נפשיים) במתכוון, להוציא כאב או סבל הנובעים מעצם הטלתן של סנקציות חוקיות.<sup>88</sup> סעיף 4 מחייב כי מעשים אלה יוגדרו עבירות במשפט הפלילי של המדינות שהצטרפו לאמנה. לעומת זאת סעיף 16 לאמנה מתמקד בטיפול או בענישה שהם אכזריים, לא הומניים או משפילים (להבדיל מעינויים), אך אינו מגדיר את המושגים הללו.<sup>89</sup> האמנה מחייבת גם צעדי מניעה, חקירה וענישה. סעיף חשוב לענייננו הוא סעיף 11, המחייב את המדינות החברות באמנה ל"סידורים לגבי משמורת וטיפול באנשים הנתונים בצורה כל שהיא של מעצר, עיכוב או מאסר בשטח שבסמכותה השיפוטית במטרה למנוע מקרי עינויים". וכמו כללי החקירה שהסעיף דן בהם, את הסידורים יש לבחון מדי פעם בחינה שיטתית.<sup>90</sup> הכותרת שנותנים לסעיף זה נובק ומקארתר היא אמנם "review of interrogation and prison rules",<sup>91</sup> אך (כפי שעולה מקטעי הסעיף המצוטטים לעיל) אין מדובר בכללי בתי הסוהר אלא בכללי חקירה וסידורים בעניין משמורת. מכל מקום, מדובר כאן בכללים של המדינות המבוקרות, כאשר הגוף הבוחן את מידת היישום הוא הוועדה נגד העינויים (עליה יורחב בהמשך), אשר נוטה לראות ב-"Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners" (שיידונו בהמשך) אבן בוחן ליישומה.<sup>92</sup> עם זאת נובק ומקארתר רואים בחובת הביקורת השוטפת על הכללים/הסידורים של הכליאה, המוטלת על המדינה מכוח סעיף 11, "an important substantive standard in relation to

87 ראו ספרי הפרשנות על האמנה המפורטים להלן בה"ש 207. לא הרחבנו כאן על האפשרות הנוספת המוענקת מאת ה-ICCPR למדינות חברות: הכרה בסמכות ה-HRC לדון בתלונה שמגישה נגדן מדינה אחרת, ובלבד שהמדינה האחרת הכירה בסמכות זו (ראו ס' 41 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4).

88 ס' 1 לאמנה נגד עינויים, לעיל ה"ש 3: "It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions"

89 מנסחי הסעיף לא היו מסוגלים להסכים על הגדרות המושגים ראו MANFRED NOWAK & ELIZABETH McARTHUR, THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TORTURE: A COMMENTARY 540 (2008); המחברים אמנם דנים במושגים הללו, לרבות היחס ביניהם (שם, בעמ' 557-558), אך הדיון, כמו המושגים, אינו מיוחד להקשר ה-CAT.

90 כלשון הסעיף: "keep under systematic review".

91 Nowak & McArthur, לעיל ה"ש 89, בעמ' 401 ואילך.

92 שם, בעמ' 411-412.

93. "conditions of detention, methods of interrogation and the treatment of detainees in general הרלוונטיות של סעיף זה לפעילות השוטפת של בתי הסוהר, על אף הגבלתה של מטרתו למניעת מקרי עינויים, הובטחה בסעיף 16 לאמנה שהוזכר לעיל, המחיל סעיפים אחדים גם על יחס וענישה שהם אכזריים, לא הומניים ומשפילים. 94 מכאן כי הערובות שנקבעו בסעיפים אלה על מנת להבטיח כי השלטונות יימנעו מלבצע עינויים, נדרשות באותה מידה כדי למנוע סוגים של ענישה או יחס הנופלים בקטגוריות החמורות פחות הללו. הרחבה זו רלוונטית לעניין אמצעי הבקרה שנקבעו בסעיף 11, האמור לעיל, וכן בנוגע לחובה להבטיח כי המידע הרלוונטי למניעת התופעות הפסולות יכלול הכשרה של כוח אדם המועסק בכל מוסדות הכליאה, כאמור בסעיף 10 לאמנה. סעיפים אלה מחייבים כמובן את מדינת ישראל מאז אשרור האמנה מצדה.

### (ג) הפרוטוקול האופציונלי – OPCAT

בשנת 2002 אימצה העצרת הכללית של האו"ם חידוש חשוב בהקשר של מוסדות זכויות האדם הבין-לאומיים כאשר היא אישרה את הפרוטוקול האופציונלי שמטרתו לקיים מערכת של ביקורים תדירים במקומות שבהם נשללה לאנשים חירות, על מנת למנוע עינויים ויחס או ענישה אחרים שהם אכזריים, לא הומניים או משפילים. 95 נקבע כי הביקורים ייעשו הן על ידי ועדה מטעם ה-CAT (ועדת המשנה לעניין המניעה), והן על ידי גופים ארציים (National prevention mechanisms) במדינות המצטרפות לפרוטוקול, שיפעלו בתיאום עם ועדת המשנה הזאת. 96 מתוך שמותיהם של תת-הוועדה ושל המנגנונים הארציים ניתן להבין כי המטרה העיקרית של הפרוטוקול היא מניעת התופעות השליליות שהאמנה עוסקת בהן. אך לדידנו, הערך המוסף בביקורים במוסדות הרלוונטיים הוא בעיקר בהתרשמות הישירה של שני הגופים המבקרים מתנאי ההחזקה של נטולי החירות, ומכאן שהדגש מושם על תנאי המחיה ושגרת היום-יום יותר משהוא מושם על שיטות חקירה למשל. לפרוטוקול ויישומו יש אפוא חשיבות מיוחדת לעניין הבקרה על מערכות ענישה, ובראשן בתי הסוהר, 97 ולשיפור התנאים השוררים בהן. אולם גם

93 שם, בעמ' 401.

94 מאחר שההחלה היא על ס' 10-13 "in particular", יש ספקולציה באשר לתחולתם גם על סעיפים אחרים, כגון סעיף 14 המבטיח פיצויים ושיקום לנפגעים (שם, בעמ' 539). המחברים מטילים ספק, בשל לשונו של סעיף 16, אם הוא מקנה זכויות לנפגעים או רק חובות על המדינות החברות באמנה (שם, בעמ' 540), אך נראו לנו כי ההפניה לסעיף 13 לאמנה, המתייחסת לזכויות, מדברת בעד עצמה.

95 הפרוטוקול האופציונלי – OPCAT – לעיל ה"ש 22; הפרוטוקול נכנס לתוקף בשנת 2006 (Rodley & Pollard, לעיל ה"ש 18, בעמ' 239 ואילך).

96 הרעיון לוועדה מבקרת אומץ שנים לפני כן, באמנה האירופית למניעת עינויים מ-1987 (ה-CAT). השוואה בין שני המנגנונים מצויה אצל Rodley & Pollard, לעיל ה"ש 18, בעמ' 239-244.

97 עם זאת סוג המוסדות שוועדת המשנה עשויה לבקר בהם הוא מגוון. ראו למשל את תיאור השיחות המוקדמות שהיו בביקור עם המופקדים על האנשים המוחזקים – "pre-trial detention, prison, military detention immigration detention, psychiatric or social care institutions [...]" (High Commissioner for Human Rights, Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel,

להסדר זה נמנעה מדינת ישראל להצטרף. נחזור לנושא זה בהמשך, בתיאורנו את מנגנוני היישום של האמנות.

#### (ד) אמנת ה-CRC

האמנה השלישית הרלוונטית כאן היא האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989. מחקרנו אמנם אינו מתמקד בקטינים, אך ראוי לציין כי לעומת ההתייחסות המזערית ב-ICCPR למשטר הכלא (בעיקר ההנחיה בדבר התיקון והרהביליטציה החברתית של האסירים), בסעיפים 37 ו-40 של האמנה בדבר זכויות הילד מצויות לא רק הרחבות בנוגע לצורך בהפרדה בין קטינים לבגירים, בהימנעות מהשפלות<sup>98</sup> ובהקפדה על יחס מכבד,<sup>99</sup> אלא גם הנחיות ספציפיות נוספות. למשל: סעיף 37(ג) מזכיר את הזכות למגע עם משפחה באמצעות התכתבות וביקורים (למעט נסיבות יוצאות דופן);<sup>100</sup> האיסור על הטלת מאסר עולם בלא הסדר של שחרור מוקדם לקטינים מופיע בסעיף 37(א) שכבר הוזכר לעיל; סעיף 37(ב) קובע כי מאסר או מעצר ישמשו אמצעי אחרון ויימשכו לתקופה הנדרשת הקצרה ביותר;<sup>101</sup> סעיף 40.4 מחייב כי עצם הסנקציה שתקבע תותאם לטובת הקטין ותהיה פרופורציונלית הן לנסיבות הקטין והן לנסיבות העברה;<sup>102</sup> סעיף 40.1 מקנה לקטין את הזכות ליחס שיתחשב בגילו ושיקדם את שילובו מחדש בחברה ומילוי תפקיד עתידי חברתי בונה.<sup>103</sup> מעניין כי מלבד היותו של הפירוט רחב בהרבה מההוראות המקבילות ב-ICCPR בנוגע לכלל האוכלוסייה (ובנוגע לקטינים), לעומת ה-ICCPR, באמנה זו

*Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (SPT), SPT COUNTRY VISITS*  
 Subcommittee on Prevention of Torture : 2013 בשנת הנספחים לרוחות על הביקור בניו זילנד בשנת  
 and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Report on the visit of the*  
*Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*  
*or Punishment to New Zealand, CAT/OP/NZL/1 (Aug. 25, 2014)*

- 98 ס' 37(א) ו-(ג) ל-CRC, לעיל ה"ש 4.
- 99 שם, בס' 37(ג), 1.40. ס' 1.40 מחייב שהקטין יזכה (בכל שלבי המשפט והעונש) ליחס "Consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others" (בקטע האחרון יש כמובן גם מרכיב חינוכי).
- 100 כך במקור (שם), בס' 37(ג): "[...] the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits save in exceptional circumstances"
- 101 שם, בס' 37(ב): "[...] Only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time..."
- 102 שם, בס' 4.40: "[...] to ensure that children are dealt with in a manner appropriate to their well-being and proportionate both to their circumstances and the offence". הנחיה זו האחרונה היא בעייתית מאחר שהיא מתימרת לאמץ שני מודלים סותרים. ראו למשל לסלי סבה "שיפוט קטינים או שיפוט עבירותיהם?" משפטים כא 575 (1992).
- 103 ס' 1.40 ל-CRC, לעיל ה"ש 4: "[...] which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society". סעיף זה חל על כל ילד החשוד, הנאשם או שהורשע בביצוע עברה.



לא מעט דגש מושם על זכויות אף שמדובר בקטינים שבעניינם ההסדרים היו בעבר בעלי אופי פטרנליסטי. ההבדל נעוץ כמובן בשינויים שחלו בשני העשורים מאז חקיקת ה־ICCPR בשנת 1966, בתפיסת הקטין כנושא זכויות (אם כי לא בהכרח על חשבון התפיסה של "טובת הילד").<sup>104</sup>

#### (ה) אמנת ה־CRPD

אמנה נוספת העוסקת בקבוצות אוכלוסייה מיוחדות היא בדבר זכויות אנשים בעלי מוגבלויות.<sup>105</sup> אמנה זו מזכירה את מוסד בתי הסוהר רק בעקיפין, כאשר סעיף 13.2 לאמנה מטיל על המדינות המצטרפות אליה לקדם הכשרה לעובדי מערכת אכיפת החוק "לרבות המשטרה וסגל בתי הסוהר", על מנת להבטיח גישה לצדק לבעלי מוגבלויות.<sup>106</sup> אך למעשה השלכותיה של האמנה הן הרבה מעבר לכך, שכן מטרתה היא להבטיח הנאה מלאה ושוויונית של כל זכויות האדם וחירויות היסוד עבור בעלי המוגבלויות, וכן לקדם את כבודם.<sup>107</sup> משמעות הדבר היא לאפשר לבעלי המוגבלויות ליהנות מאותם התנאים גם במאסר. כך למשל לפי עקרון איסור הפליה (המצוין בסעיף 3 לאמנה) על המערכת לספק לבעלי מוגבלויות הנאה מזכויותיהם על בסיס שווה.<sup>108</sup>

#### (ו) אמנת ה־ILO

לעומת האמנות העוסקות בקבוצות אוכלוסייה מיוחדות, יש אמנות המתמקדות בתחום פעילות מסוים. דוגמה מובהקת היא סדרת האמנות שנחקקו ביזמת ארגון העבודה הבין-לאומי (ה־ILO), שאחת מהן עוסקת בתופעת העבודה הכפויה (forced or compulsory labour).<sup>109</sup> בעיקרון, האמנה מעניקה פטור כאשר מדובר בתעסוקה בעקבות הרשעה בדין, אך פטור זה סווג למקרים שבהם התעסוקה היא בפיקוח ושליטה של רשות ציבורית, וכאשר האדם המועסק אינו נשכר

104 ראו Leslie Sebba, *Child Protection or Child Liberation? Reflections on the Movement to Ban Physical Punishment by Parents and Educators*, 12 INT'L REV. OF VICTIMOLOGY 159 (2005).

105 CRPD, לעיל ה"ש 6. מדינת ישראל חתמה על אמנה זו במרץ 2007, וזו אושרה ב-10 בספטמבר בממשלה.

106 שם, ס' 2.13. במקור: "In order to help to ensure effective access to justice for persons with disabilities, States Parties shall promote appropriate training for those working in the field of administration of justice, including police and prison staff"

107 שם, ס' 1.

108 שם, ס' 2-3.

109 ILO, לעיל ה"ש 6. ראו גם לעיל ה"ש 84 והטקסט הנלווה לה, באשר לס' 8 ל-ICCPR.

לאנשים, לחברות או לאיגודים פרטיים ואינו מועמד לרשותם.<sup>110</sup> בהקשר זה הועלתה לאחרונה שאלת מעמדה של התעסוקה בשירות בתי הסוהר במסגרת היזמות הפרטית.<sup>111</sup>

#### (ז) אמנות ז'נבה ורומא

בהשלמה למסמכים העיקריים והמחייבים של המשפט הבין-לאומי יש להזכיר את אמנות ז'נבה המשקפות את המשפט ההומניטרי בנוגע לסכסוכים מזוינים, כאשר סעיף 3 המשותף של האמנות והפרוטוקול השני אוסר על עינויים ויחס אכזרי.<sup>112</sup> מלבד זאת, האמנה השלישית וגם הרביעית מפרטות את תנאי ההחזקה שלהם זכאים שבויי מלחמה ותושבים מוגנים בשטח כבוש, לרבות טיפול רפואי, כלי מיטה, מזון ומים, ביגוד, קנטינה, הזכות להתכתבות ועוד.<sup>113</sup> ולבסוף יש לציין כי לבית המשפט הפלילי הבין-לאומי שהוקם על פי חוקת רומא משנת 1998 ולבתי הדין למיניהם כגון אלה, שהוקמו על מנת לשפוט את מבצעי הפשעים הבין-לאומיים במעשי הטבח באפריקה וביוגוסלביה, נקבעו נורמות מיוחדות גם בתחום הענישה, שעשויות להיות בעלות השפעה גם מעבר לתחום שיפוטם. עם זאת נושא זה חורג מתחום מאמרנו.

**לסיכום:** מן האמור לעיל עולה כי המסמכים המכילים את תשתית הנורמות הבין-לאומיות לזכויות האדם ב"החקיקה הקשה", המחייבת מדינות – בין מתוקף חתימתן על אמנות זכויות האדם ובין מתוקף משפט מנהגי – מצביעים על כמה עקרונות כלליים שישומום מתחייב במערכות הענישה המדינתיות. דוגמה לכך היא מניעת עינויים ויחס או עונש אכזרי, משפיל ולא הומני ותפיסת האסיר כבעל זכויות אדם. אולם מסמכים אלה ממעטים להתייחס ספציפית למערכות הענישה על מוסדותיהן (קרי בתי משפט, בתי סוהר וכו'). להבדיל ממוסדות המשפט האירופיים, שבהתבסס על גורמים חקיקתיים, שיפוטניים ומנהליים פיתחו מערך מקיף של נורמות הנוגעות לכליאה,<sup>114</sup> במישור הכלל-עולמי (קרי מוסדות האו"ם) חסר מבנה מסודר בתחום זה. להוראות המעטות שבאמנות שאליהן התייחסנו אמנם יש מקורות השלמה, אך מקורות אלה דיפוזיים: חלקם מצויים בהצהרות של העצרת הכללית, חלקם קשורים למוסדות האכיפה שהוקמו במסגרת האמנות, וחלקם נוצרו בדרכים אחרות, כגון מוסדות אזוריים וארגונים

110 ס' 2(a) ל-ILO, לעיל ה"ש 6.

111 הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41) (תעסוקת אסירים), התשע"ב–2011, ה"ח 621. כן ראו פאינה מילמן-סיון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי – בעקבות עשור לבג"ץ שדות" עיוני משפטי לו 317 (2013).

112 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 59–62.

113 ראו Sara A. Rodriguez, *Impotence of Being Earnest: Status of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners in Europe and the United States*, 33 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 61 (2007).

114 על כך יורחב בהמשך המאמר.

פרופסיונליים.<sup>115</sup> נסקור עתה את המקורות העיקריים של הנורמות הללו, ובראשם מסמכי האו"ם אשר אינם חלק מן האמנות ומכונים כאמור, לא אחת, "חקיקה רכה".

### 3. מקורות אחרים (מלבד האמנות)

כפי שראינו, ההוראה העיקרית באמנות של המשפט הבין-לאומי, היינו האיסור על עינויים ועל יחס וענישה שהם אכזריים, לא אנושיים או משפילים, הוא כללי ומעורפל למדי, ואילו הוראות ספציפיות הנוגעות לאסירים וזכויותיהם הן מעטות ביותר. אך להוראות שבאמנות אלו מתווספים מסמכים ומקורות רבים אחרים, כגון הצהרות שונות מטעם מוסדות בין-לאומיים (רובם ככולם שלוחות של האו"ם) ומגוון של דברי פרשנות מטעם הגופים האמורים על יישום האמנות כגון הוועדה לזכויות האדם במסגרת ה-ICCPR, שתידון בהמשך חלק זה. המקורות הללו, בתוספת דברי פרשנות מטעם האקדמיה, מספקים את ה"בשר" עבור ה"שלד" של הוראות האמנות. בהקשר הנוכחי מהדהדת אפוא השאלה מהו מעמדם המשפטי של מוסדות ומקורות אלה, ואם להכרוזותיהם כוח מחייב כלפי המדינות החברות באמנה.

כאמור לעיל, בעבר הייתה נטייה לכנות את רוב רובם של המקורות הללו soft law ולשולל מהם כוח משפטי לבד מבמקרים הבודדים שבהם היה ניתן להוכיח, על פי קריטריונים נוקשים, כי מדובר במשפט מנהגי שהוא בעל תוקף משפטי מחייב (הדוגמה המובהקת המוזכרת בתחום שבו אנו עוסקים כאן היא האיסור על עינויים).<sup>116</sup> תפיסה זו הובנה בקרב רבים מנציגי של מדינת ישראל (לפחות על פי התרשמותנו) כאילו כיבודן או אי-כיבודן של האמרות הללו נתון לבחירתן החופשית של אותן המדינות.<sup>117</sup> אך נראה לנו כי אף על פי התפיסה השמרנית חומרים אלה הם לכל הפחות מקורות משפט ברמה של אלה המצוינים בחוק יסודות המשפט, התש"ס—1980 – ובכל מקרה יש לייחס להם כוח מנחה.<sup>118</sup>

אולם הצורך לפתח גישה גמישה יותר בנושא ההכרה בנורמות בין-לאומיות שאינן מעוגנות באמנות כנורמות מחייבות זכה לתמיכה רבה יחסית בהקשר של זכויות אדם, נושא הנחשב בעיני אחדים לייחודי.<sup>119</sup> מגמות אלו, כאמור לעיל, התחזקו בשנים האחרונות משהוגמשה

115 על הפרגמנטציה של מקורות המשפט הבין-לאומי נכתב הרבה לאחרונה. ראו הסימפוזיון בנושא זה ב- (2004) 25(4) MICH. J. INT'L L.; ראו גם JOOST PAUWELYN ET AL., INFORMAL INTERNATIONAL LAWMAKING (2012).

116 ראו למשל RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 186.

117 ברוח גישה זו הציעו גולדסמית' ופוזנר להימנע מלכנות מקורות אלה "law" כדי לא לבלבל. ראו JACK L. GOLDSMITH & ERIC A. POSNER, THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW 81–82 (2005).

118 השו"ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה.

119 הנימוק העיקרי שניתן לכך הוא הפער בין המדיניות המוצהרת בתחום זה של מדינות רבות לבין הפרקטיקה שלהן. ראו Jan Wouters & Cedric Ryngaert, *The Impact of Human Rights and International Humanitarian Law on the Process of the Formation of Customary International Law* (Institute for International Law (Working Paper no. 121, Feb. 2008).

הדיכטומיה בין hard law ל soft law, וכן באמצעות דוקטרינות שונות שהובילו להמצאת המונח modern custom.<sup>120</sup>

זכור, המגמה החדשה היא לשים דגש יותר על ה-opinio juris<sup>121</sup> (שנחשב בעבר למרכיב המשני בהיווצרות המנהג המחייב) וכן ללמוד על הפרקטיקה של המדינות מהצהרותיהן הפומביות יותר מאשר מן הצעדים שהן נוקטות.<sup>122</sup> מכל מקום, מקומו והשראתו של ה-modern customary law הם כאמור לא בפרקטיקה של המדינות אלא בקונצנוזוס המתגבש בקהילה הבין-לאומית.<sup>123</sup>

מחברים אחדים סבורים שאין צורך להזדקק למשפט מנהגי, ושניתן להסתמך (או גם להסתמך) על "העקרונות הכלליים של המשפט" המוכרים בחוקת ה-International Court of Justice. בדרך זו, טוענים סימה ואלסטון (ב-ווטרס ורינגייט), מעמדן של נורמות מעין אלו נובע מהסכמתן הכללית של המדינות ליצירת נורמות בין-לאומיות.<sup>124</sup> גישה חלופית מיוחסת ללואיס הנקין, שהבליט את חשיבותה של ההצהרה האוניברסלית לזכויות האדם (שכידוע אינה אמנה) שעם האמנות הראשונות יחד הרכיבה את מה שכינה אז מגילת זכויות האדם הבין-לאומית וביסס את מעמדה המחייב של ההצהרה האוניברסלית על החוקות של המדינות האינדיווידואליות.<sup>125</sup> יש היגיון רב בטיעון, שהוזכר לעיל, שיש להכיר בהצהרות ובפרשנויות הבאות להשלים נורמות הנתפסות כמחייבות אך מנוסחות ניסוח עלום, ובלבד שהמקורות של ההבהרות והפרשנויות הם בעצמם מוכרים, והם אף שלוחות של המוסד שיצר את הנורמה המחייבת.<sup>126</sup> ואם אכן ההצהרות והפרשנויות נחוצות על מנת לתת משמעות לנורמות שנקבעו באמנות, נראה כי ההכרה בהן מתבקשת מעקרון תום הלב הקבוע בס' 31(1) לאמנת וינה בדבר פרשנות

120 שם, בעמ' 12-13.

121 בעלי דעה זו מסתמכים לצורך זה על פסק הדין של ICJ (בית המשפט הבין-לאומי לצדק) בעניין ניקרגואה; שם, בעמ' 4 ואילך; Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), ICJ Judgment, June 27, 1986.

122 Wouters & Ryngaert, לעיל ה"ש 119, בעמ' 8-9.

123 רוו רוברטס, לעיל ה"ש 49, בעמ' 758.

124 Wouters & Ryngaert, לעיל ה"ש 119, בעמ' 13.

125 שם, בעמ' 11-12. מעניין בהקשר זה לעיין בטיעונים השונים המוצגים בספרם המנחה של רודלי ופולרד The Treatment of Prisoners under International Law. ראו RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18. בנושא הוכחת קיומו של מנהג בתחום הנדון המחברים בספרם אמנם מתמקדים במדינות (ולא רק בקהילה הבין-לאומית) אך מסתפקים ב-"*opinio* (what states say they think the rule is) and what they say they are doing (or not doing)" (שם, בעמ' 70).

126 רוו רוברטס, Helen Keller & Leena Grover, *General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy*, in UN HUMAN RIGHTS TREATY BODIES (Helen Keller & Geir Ulfstein eds., 2012) (להלן: Keller & Grover; ספר להלן: Keller & Ulfstein).

אמנות.<sup>127</sup> טיעון זה מתווסף לנימוקים האחרים שצוינו לעיל בעד הכרה בתוקף מחייב לפחות לחלק מן המכונה (או שכונה בעבר) soft law.<sup>128</sup> ולבסוף, בשל נזילות מסוימת בשיח זה באשר לזיהוי הנורמות המחייבות ראוי להכניס ל"תבשיל" זה את נושא הלגיטימיות, שיישומו במשפט הפך לנושא אקדמי-מחקרי מרכזי לאחרונה, בעיקר בהקשר של המשפט הבין-לאומי, בשל ה־democratic deficit ביצירת הנורמות בתחום זה.<sup>129</sup> ככל שהנורמות השנויות במחלוקת מבחינת מעמדן המשפטי נתפסות כלגיטימיות יותר, ייתכן שכך יגבר הסיכוי שהן תיתפסנה כמחייבות – חרף הדיכוטומיה המצויה בספרות בין לגיטימיות נורמטיבית ללגיטימיות משפטית.<sup>130</sup> על רקע ניתוח זה של מעמדם של מקורות המשפט הבין-לאומי שאינם מצויים באמנות נבחן את המסמכים הרלוונטיים יותר לתחום זכויות האסירים.

(SMR) *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (A)

המקור המוכר ביותר של נורמות מחוץ לאמנות בתחום הנדון במאמר זה הוא כללי המינימום האחידים לטיפול באסירים, ה־United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (להלן: ה־SMR ו/או "הסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים"), שעם תיקונם לאחרונה התווסף להם השם Nelson Mandela Rules.<sup>131</sup> מדובר בסדרה ארוכה של כללים המקיפים כמעט את כל ההיבטים של חיי הכלא. מקורם ההיסטורי של הכללים בגוף מקצועי שפעל לפני קרוב למאה שנה, כמעט ללא שינוי.<sup>132</sup> הנוסח המוכר שנערך בחסות האו"ם ב־1955 אושר במועצה

127 United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23 1969, 1155 TREATY SERIES 331. ראו בעניין זה את עמדתן של Keller & Grover (שם) על "ההערות הכלליות" של הוועדה לזכויות האדם על פי ה־ICCPR (שתידון בהמשך).

128 Abels מציין כי גם התחייבות שאיננה משפטית אלא מוסרית או פוליטית יכולה להיחשב ראויה לכיבוד (ABELS, לעיל ה"ש 48, בעמ' 34).

129 ANDREAS FØLLESDAL, JOHAN K. SCHAFFER & GEIR KELLER & ULFSTEIN, *THE LEGITIMACY OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS REGIME* (2015); Dirk van Zyl Smit, *Legitimacy and the Development of International Standards for Punishment, in LEGITIMACY AND CRIMINAL JUSTICE: AN INTERNATIONAL EXPLORATION* 269 (Tankebe & Liebling eds., 2013).

130 השו"ר Keller & Grover, לעיל ה"ש 126, בעמ' 119.

131 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) (להלן: SMR או "כללי מנדלה"). השם הנוסף "נלסון" התווסף רק בשלבים האחרונים.

132 מדובר ב־International Penal and Penitentiary Commission, שהמציא את הנוסח הראשון בשנת 1926, עורכין בשנת 1933 וזכה לאישור של ה־League of Nations; ראו Rodriguez, לעיל ה"ש 113, בעמ' 79; Background Note, *Open-ended intergovernmental expert group meeting on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (Vienna, 31 Jan. –

לחברה וכלכלה (ECOSOC) בשנת 1957 ושרד במשך 60 שנה.<sup>133</sup> בשנים האחרונות החלו בתהליך הרביזיה, שהסתיים ב-2015 עם אישורה במוסדות האו"ם, לרבות העצרת הכללית, שאישרה גם את הוספת השם "כללי נלסון מנדלה".

יצוין כי מסמך זה (בגרסתו משנת 1955) אמנם נוצר אחרי ההצהרה האוניברסלית לזכויות האדם, אך לפני ראשונת האמנות לזכויות האדם ולפני גיבושה של תנועת זכויות האזרח האמריקאית שהביאה עמה הכרה במעמד האסיר כבעל זכויות.<sup>134</sup> נראה כי המסמך שאב את השראתו מצד אחד מהמסורת שמקורה בעבודתו של חלוץ הפנולוגיה ג'ון הווארד במאה השמונה-עשרה, שהיה מוטרד (בעיקר משיקולים של מנהל תקין) מהתנאים הירודים ומהיעדר הסדר בבתי הכלא,<sup>135</sup> ומצד שני מן התפיסה הפוזיטיביסטית בפנולוגיה, אשר עדיין שלטה בשנות החמישים של המאה העשרים, כאשר הדגש היה על מיון אסירים, אינדיווידואליזציה של העונש ודרכי טיפול בעבריינין – ולא דווקא על זכויותיו. אין זה מקרה כי המסמך המקורי כלל כותרת בשם "פריבילגיות" אך לא "זכויות". עם זאת זכויות האסיר לא היו נעדרות לחלוטין,<sup>136</sup> והמסמך תמך במזעור ההבדלים שבין החיים בכלא לחיים בחוץ.<sup>137</sup>

לצורך רביזיה של הכללים שאומצה לאחרונה בחרה ועדת המומחים שהכינה אותה לא להקיף את כל הנושאים אלא להתמקד בתשעה היבטים של הכללים: (1) הענקת כבוד לאסירים ולהעריכם ככני אנוש; (2) שירותי רפואה; (3) אמצעים משמעתיים; (4) חקירות מוות וסימנים של עינוי או יחס לא הומני או משפיל; (5) הגנה על קבוצות פגיעות; (6) הזכות לייצוג משפטי; (7) תלונות ובקרה עצמאית ובלתי תלויה; (8) עדכון טרמינולוגיה ישנה; (9) הכשרת סגל בית

02 Feb. 2012) <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/expert-group-meetings4.html>

133 שם; RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 382. ב-1977 התווסף סעיף נוסף בדבר עצורים ללא כתבי אישום. ראו *United Nations, Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (30 Aug. 1955) <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36e8.html>. ראו גם שם, בנספח מס' 3 לספר של רודלי ופולרד. במהלך התקופה מאז שנות החמישים הומצאו כללים ייחודיים לקטינים, כגון *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty* (ראו להלן ה"ש 402). וראו גם UN General Assembly, *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules")*: Resolution / Adopted by the General Assembly, A/RES/40/33 (29 Nov. 1985) – "כללי בנגוקוק" (להלן ה"ש 402).

134 ראו למשל MALCOLM FEELEY & EDWARD RUBIN, *JUDICIAL POLICY MAKING AND THE MODERN STATE: HOW THE COURTS REFORMED AMERICA'S PRISONS* (1998).

135 JOHN HOWARD, *THE STATE OF THE PRISONS IN ENGLAND AND WALES: WITH PRELIMINARY OBSERVATIONS, AND AN ACCOUNT OF SOME FOREIGN PRISONS* (Warrington, 1777).

136 ראו למשל ס' 35 ואילך ל-SMR המקורי, לעיל ה"ש 131 וה"ש 133.

137 שם, ס' 60(1) המתייחס גם לכבודו של האסיר.

הסוהר לקראת יישום כללי המינימום.<sup>138</sup> התוצאה היא רפורמה מקיפה למדי אף שהפורמט המקורי נשאר בעינו.

בהחלטתה של העצרת הכללית של האו"ם בכואה לאשר את הרביזיה לכללים הייתה התייחסות למקורות ההשראה הרבים למהלך הרביזיה, לרבות אזכור האמנות לזכויות האדם ומסמכים אחרים שנועדו להבטיח זכויות לאסירים – וכן הצורך בעדכון הכללים כדי שישקפו: "recent advances in correctional science and good practices so as to promote safety, security and humane conditions for prisoners".<sup>139</sup> נראה לנו כי ברביזיה מודגשות שאיפות האחרונות אלו לשיפור תנאי הכלא בכלל יותר משמודגשת ההחלטה של תפיסה של זכויות האסירים. רושם זה נוצר בין השאר בשל הפורמט הישן, המכוון את הכללים, שהם בעיקר בחינת "סטנדרטים", או כפי שמעיד שמם הרשמי: "כללים לטיפול באסירים", כשהדגש הוא על התנהלות בתי הסוהר. עם זאת אין ספק כי תוכנם של הכללים משיק גם לזכויות האדם של האסירים, מגמה המתחזקת עם הריוויזיה.<sup>140</sup> כיוון זה משקף כנראה את תרומותיהם של כמה NGOs לתהליך הריוויזיה.<sup>141</sup> כשהתפרסמו כללי ה-SMR בשנת 1955, התיימרו אלה לשקף "הסכמה כללית של מחשבה בת זמננו [...] ומה שמקובל כעקרון ודפוס פעולה חיוביים בטיפול באסירים וניהול מוסדות".<sup>142</sup> עם זאת הם לא התיימרו להיות נורמות מחייבות חיוב מוחלט: "לא כל הכללים ניתנים ליישום בכל מקום ובכל עת",<sup>143</sup> אם כי הם "מייצגים בכללותם את תנאי המינימום המקובלים כנאותים מטעם האו"ם".<sup>144</sup> העקרונות הללו נשמרו גם במסגרת הריוויזיה.<sup>145</sup>

על אף ההסתייגות הזעירה הזאת מן הדרישה להיענות אוניברסלית הפכו הכללים לגורם דומיננטי בשיח הפנולוגי והמשפטי באשר לסטנדרטים בבתי הסוהר. הכוונה המקורית הייתה לעודד את המדינות לאמץ את הכללים בחקיקתן הפלילית.<sup>146</sup> רשויות האו"ם וסוכניהן הפיצו

138 Draft Report of the Meeting of the Expert Group on the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners held in Buenos Aires from 11 to 13 Dec. 2012 (UNODC | CCPCJ | EG.6 | 2012 | L.4).

139 SMR, לעיל ה"ש 131, בעמ' 4.

140 דוגמה מובהקת לכך היא ההתייחסות לכללים בנוגע ל"הפרדה היחידנית". ראו בהמשך חלק זה.

141 ראו Penal Reform International, *Briefing: The process of Review of the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (2016), <https://www.penalreform.org/resource/joint-ngo-briefing-process-review-standard-minimum-rules/>. "the revision brings into the Standard Minimum Rules a human rights focus that was previously absent"

142 ראו בס' 1 לנוסח המקורי ל-SMR, לעיל ה"ש 133: "[...] what is generally accepted as being a good principle and practice in the treatment of prisoners and the management of institutions"

143 שם, ס' 2. ס' 3 מצדיק חריגה לצורך ניסוי, ובלבד שהמטרה היא לקדם את מטרות-העל של הכללים.

144 שם, ס' 2.

145 ראו כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, הערות מקדמיות 1–2.

146 ראו Daniel L. Skoler, *World Implementation of the United Nations Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners*, 10 J. OF INT'L L. & ECO. 453 (1975). לדברי סקולר, הכללים אומצו כ"מגילת זכויות" במערכות הכליאה בכמה מדינות בארצות הברית (שם, בעמ' 462).



מדי פעם מסמכים שמטרתם לעקוב אחר מידת היישום של הכללים מטעם המדינות החברות<sup>147</sup> וכן החלטות ופרסומים שנועדו לקדם את היישום.<sup>148</sup> מועצת אירופה אימצה נוסח מתוקן של הכללים. במהלך השנים עבר הנוסח שתי ריביזיות עיקריות.<sup>149</sup> מבחינת מעמד המשפטי של כללי ה-SMR, יש לייחס משמעות להפניה לכללים אלה במסמכים אחרים של האו"ם, כגון עקרונות היסוד לטיפול בעבריינים משנת 1990,<sup>150</sup> המקדישים לכללים שלושה סעיפים במסגרת ההקדמה (Preamble) ובמסגרת עבודתה הפרשנית של הוועדה לזכויות האדם במסגרת ה-ICCPR, וראייתה ביישום הכללים אכן בוחן ליישום סעיף 10 לאמנה. בהנחיותיה למדינות החברות באמנה לצורך המעקב אחרי יישום הוראותיה הזמינה את המדינות לציין "how far they are applying the Standard Minimum Rules"<sup>151</sup> הכללים מאוזכרים מדי פעם גם בפסקי דין מדינתיים.<sup>152</sup>

רודלי ופולרד, שהמהדורה האחרונה של ספרם התפרסמה לפני הרביזיה האחרונה, הביעו את עמדתם כי הכללים כשלעצמם אינם "מכשיר משפטי" (a legal instrument),<sup>153</sup> ופרשנים אחרים מגדירים אותם "soft law". עם זאת רודלי ופולרד מציינים כי אחדים מן הכללים עשויים לשקף חובה משפטית,<sup>154</sup> ואי-ציות לכללים עשוי להצביע על הפרת האיסור על עונש או טיפול אכזרי, לא הומני ומשפיל, הקבוע באמנות.<sup>155</sup>

על הרביזיה של הכללים עבדה קבוצה של מומחים, נציגי מדינות שונות. המומחים עמלו במשך ארבע שנים כדי להגיע להסכמות בנוגע לתשעת התחומים שבהם התמקדו, – ובכך נגעו בצורה זו או אחרת בחלק גדול מן הכללים, שמספרם גדל מ-95 ל-122. הכללים אושרו ב- UN

- 147 Rodriguez, לעיל ה"ש 113, בעמ' 83; RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18.
- 148 ראו בהחלטת ECOSOC משנת 1984: UN Economic and Social Council (ECOSOC), *Procedures for the Effective Implementation of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Resolution 1984/47* (25 May 1984) [https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime\\_Resolutions/1980-1989/1984/ECOSOC\\_Resolution\\_1984-47.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1980-1989/1984/ECOSOC_Resolution_1984-47.pdf); PENAL REFORM INTERNATIONAL, MAKING STANDARDS WORK: AN INTERNATIONAL HANDBOOK OF GOOD PRISON PRACTICE (2001).
- 149 Skoler, לעיל ה"ש 146, בעמ' 463; RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 384.
- 150 UN General Assembly, *Basic Principles for the Treatment of Prisoners: resolution / adopted by the General Assembly, A/RES/45/111* (14 Dec. 1990) (להלן: החלטה A/RES/45/111), אשר יידונו בהמשך.
- 151 ראו ס' 5 להערה כללית מס' 21 של ה-HRC: UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR: General Comment No. 21: Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of Their Liberty)* (10 Apr. 1992). על מעמדם של ההערות הכלליות ראו בהמשך.
- 152 Rodriguez, לעיל ה"ש 113, בעמ' 112–113; וכן, בהקשר הישראלי, פרשת דרויש, לעיל ה"ש 26, בעמ' 539–540 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא השופט כהן; בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007).
- 153 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 383.
- 154 שם, בעמ' 383.
- 155 שם, בעמ' 384.

Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, ECOSOC וכן בעצרת הכללית של האו"ם.<sup>156</sup> במהלך ההחלטה (resolution) שבסופה צורפו הכללים ותוארו כ- "the universally acknowledged minimum standards for the detention of prisoners"<sup>157</sup>.

היה ניתן לצפות שבזכות הקונצנזוס המתגבש בדבר מרכזיותם של הכללים ליישום האמנות ובכלל, מעמדם כמשפט מחייב יבוסס ללא עוררין, לפחות על פי הקריטריונים של "המנהג המודרני".<sup>158</sup> אולם צפי זה נתקל במכשולים הטמונים באותו מסמך של האו"ם שבא לאשר את הכללים המתוקנים. ראשית, "ההערות המקדמיות" הראשונות של הכללים חוזרות כמעט במדויק על ההבהרות שנכללו בכללים מ-1955 בלשון שאינה מתאימה לנורמות אוניברסליות. כזכור, הכללים מוצגים כתיאור של מה שמקובל כיום בתור העקרונות והפרקטיקה הנכונים לצורך ניהול הכלא,<sup>159</sup> וכן מובהר כי "ברור שלא כל הכללים ניתנים ליישום בכל המקומות ובכל הזמנים".<sup>160</sup> ניתן להעיר כי קביעה זו אינה אלא stating the obvious, שכן אין לצפות למשל לאותן מערכות של טיפול רפואי במדינה ענייה ב"עולם השלישי" כמו במדינה מערבית מתקדמת, אך בעיקרון מסמכים המבקשים לקבוע נורמות אוניברסליות אינם נוקטים לשון כזו.<sup>161</sup>

המכשול השני הוא בנוסח ההחלטה של עצרת האו"ם (למעשה, ה-Preamble לכללים עצמם) שבה היא מודיעה על אישור הכללים ומתארת שורה של שיקולים ומסמכים הבאים להדגיש את חשיבותן של זכויות האסיר בכלל<sup>162</sup> ואת הצורך לכבד את כללי המינימום בפרט, אלא שבסוף, בשורה ארוכה של הערות אופרטיביות (לרבות עצם אישור הכללים)<sup>163</sup> המסמך מאשר את האופי הלא מחייב של הכללים ואת האפשרות הניתנת למדינות להתאימם "בהתאם למסגרות המשפטיות המדינתיות, כפי שמתאים, תוך הבאה בחשבון של רוח הכללים ומטרותיהם".<sup>164</sup> על פני הדברים יש ניגוד בין סייגים אלה האחרונים בנוגע לתוקף הכללים לבין הנימה הדוחפת לכיוון של היענות מרבית לכללים, הנשמעת מכל הגופים ומכל המסמכים שיש להם נגיעה לנושא – לרבות אותו מסמך של העצרת הכללית המכריז על אישור הכללים.

מכל מקום, גם אם אותו המסמך אינו נחשב צעד שהופך את הכללים כולם למשפט מחייב, בוודאי אין בו כדי ליטול את האופי המחייב מאותם הכללים שכבר זכו למעמד של משפט מנהגי על פי דעת מומחים, ומספר הכללים הנופלים בתוך קטגוריה זו עשוי לעלות מכוח הקריטריונים

156 ראו Penal Reform International, לעיל ה"ש 141.  
 157 ראו את ההקדמה ל-SMR במתכונתו המעודכנת, לעיל ה"ש 131.  
 158 ראו הדיון במנהג המודרני לעיל בפרק ב.  
 159 ראו לעיל ה"ש 144, 151.  
 160 ראו לעיל ה"ש 143–144.  
 161 חלק מן האמנות מאפשרות למדינות להסתייג מסעיפים שאינן יכולות לעמוד בהם (בתנאי שלא מדובר ב"גרעין הקשה" של האמנה).  
 162 לרבות העיקרון על פיו אנשים משוללי חירות ממשיכים לשמור על כל זכויותיהם "...except for those lawful limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration" (ראו SMR, לעיל ה"ש 131, בעמ' 4).  
 163 שם, ס' 5, בעמ' 5.  
 164 שם, ס' 8.

המתגבשים של "המנהג המודרני" המפורטים לעיל. כמו כן יש לשים לב לדבריה של העצרת הכללית כי לכללים אלה יש בכל מקרה מעמד של *universally acknowledged minimum standards*, וכי יש בהם כדי להנחות את פיתוח החוקים, המדיניות והפרקטיקה.<sup>165</sup> נראה כי התוצאה העקיפה היא שכל מדינה מחויבת להתאים את עצמה לסטנדרטים אלה, ואם לא עשתה זאת, עליה לספק הצדקה סבירה לסטייתיה. ייתכן כי יש כאן ביטוי להערתה של דינה שלטון כי קיימות נורמות שאי אפשר לסווגן כ-*hard law* או *soft law*.<sup>166</sup> גם אם פורמלית אין מדובר ב"משפט מחייב", לדעתנו המדינה המצהירה על נכונות לקיים את האמנות לזכויות האדם מחויבת לפעול למימוש הכללים.<sup>167</sup>

על רקע התפתחויות אלו אנו סבורים כי מעמדם של כללי ה-SMR (כיום כללי נלסון מנדלה) הולך ומתחזק במשפט הביין-לאומי: ראשית, וכפי שצוין, אנו סוברים כי כללים אלה משקפים, לפחות בחלקם, נורמות של משפט מנהגי, והטקסט כולו הוא בבחינת "משפט מחייב שבדרך"; שנית, הכללים הם אבן בוחן במשפט הביין-לאומי לבדיקת יישום הסעיפים הנוגעים לענישה באמנות על ידי ועדות האמנה הרלוונטיות; שלישית, כללים אלה, בחלקם, משקפים נורמות קיימות באמנות זכויות האדם, ככלל, נורמות אשר תחולתן אינה מסויגת בנוגע לאסירים. לכן לדעתנו יש מקום להעניק משקל ניכר לנורמות המעוגנות בכללי מנדלה.

בהקשר זה ראוי לאזכר מקצת הכללים הנוגעים לתנאי מחייתם של האסירים: על תאי האסירים לעמוד בכל הדרישות הבריאותיות של האסירים ובתנאי מזג האוויר, כשדגש מיוחד מושם על נפח האוויר בחדר, שטח הרצפה המינימלי, אור, אוורור וחום.<sup>168</sup> נקבע כי בכל המקומות שבהם שוהים או עובדים אסירים נדרש שהחלונות יהיו גדולים דיים על מנת לאפשר להם לקרוא או לעבוד באור טבעי ולאפשר כניסת אוויר צח, בין שקיימת מערכת אוורור מלאכותית ובין שלא,<sup>169</sup> ובה בעת לספק לאסירים תאורה מלאכותית מספקת, שתאפשר להם לקרוא או לעבוד מבלי לפגוע בראייתם.<sup>170</sup>

נוסף על זה, לכל אסיר תהיה גישה למתקנים סניטריים נקיים ונאותים.<sup>171</sup> מתקני רחצה הולמים יהיו נגישים לכל האסירים ובתדירות הנדרשת לשמירה על היגיינה אישית ולפי תנאי מזג האוויר והאזור הגאוגרפי, ולכל הפחות אחת לשבוע, במזג אוויר מתון.<sup>172</sup> הוטלה החובה לספק לאסירים נייר טואלט ומים לשמירה על ההיגיינה האישית.<sup>173</sup> בין השאר בית הסוהר יספק

165 שם, ס' 15 להקדמה, בעמ' 6.

166 ראו לעיל, ה"ש 52 והטקסט שלידה.

167 לעניין מעמד הכללים בישראל ראו להלן פרק ג.

168 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ס' 13.

169 שם, ס' 14(a).

170 שם, ס' 14(b).

171 שם, ס' 15.

172 שם, ס' 16.

173 שם, ס' 1.18.

אמצעים לתספורת ולטיפוח הזקן, וגברים יורשו להתגלח כשגרה.<sup>174</sup> לכל אסיר עומדת הזכות למיטה ולכלי מיטה מספקים ונקיים.<sup>175</sup> לכל אסיר יסופק בשעות קבועות מזון בעל ערך תזונתי הולם וראוי לבריאותו ולשמירה על איתנו. המזון יהיה בעל איכות בריאותית ויוכן ויוגש היטב.<sup>176</sup> מים לשתייה יהיו נגישים לכל אסיר לפי צרכיו.<sup>177</sup> כל אסיר שאינו מועסק בעבודה באוויר הפתוח יהיה זכאי לכל הפחות לשעה של התעמלות המתאימה לו באוויר הפתוח, יום-יום, ככל שמזג האוויר מאפשר זאת.<sup>178</sup> אסירים קטינים ואחרים שהם בגיל ובמצב הפיזי המתאים, יהיו זכאים לאימון גופני ולפעילות פנאי במהלך זמן ההתעמלות, כשלעניין זה, על בית הכלא לספק מקום, מתקנים וציוד.<sup>179</sup>

(ב) "Body of principles" וה"Basic Principles"

אשר למסמכים האחרים של האו"ם יש לציין את ההצהרות שקדמו לאמנות (מלבד ההצהרה האוניברסלית לזכויות האדם), כמו ההצהרה נגד עינויים וההצהרה בדבר זכויות הילד, וכן מסמכים נוספים כגון כללי האו"ם להגנה על קטינים משוללי חירות.<sup>180</sup> הרלוונטיים יותר לכלל האסירים הם שני מסמכים של העצרת הכללית של האו"ם אשר אזכרנו קודם לכן ושאושרו בסמיכות זמנים, אך לכאורה ללא תיאום. בשנת 1988 אושרו ה" Body of Principles for the Protection of all Persons under any form of Detention or Imprisonment המתייחסים גם לעצורים, ולפיכך עוסקים במידה ניכרת בענייני "הליך נאות" הקלאסיים, כגון גישה לעורך דין. אך בין 39 העקרונות המפורטים במסמך זה מצוינים גם נושאים הנוגעים לאסירים, כגון הקשר עם המשפחה והעולם החיצוני והסדרים רפואיים (לרבות הזכויות לחוות דעת שנייה). שיח הזכויות מורגש כאן היטב.

שנתיים מאוחר יותר התקבלו ה" Basic Principles for the Treatment of Prisoners. כאן אפוא (כפי שניתן ללמוד משמו של המסמך) הדגש הוא על המאסר – או ליתר דיוק, על האסירים.<sup>181</sup> רשימה זו מונה 11 עקרונות, ובהם אלה: (1) כבוד האדם; (2) איסור על אפליה; (3) כיבוד הדת והתרבות של האסיר; (4) אחריות של בתי הסוהר על השמירה על האסירים כחלק מחובת החברה לקדם את כולם; (6) הזכות להתפתחות; (7) צמצום השימוש בבידוד או "הפרדה יחידנית";<sup>182</sup>

174 שם, ס' 2.18.  
175 שם, ס' 21.  
176 שם, ס' 1.22.  
177 שם, ס' 2.22.  
178 שם, ס' 1.23.  
179 שם, ס' 2.23.

180 לרשימת ההצהרות וכללים לדוגמה העשויים להיות רלוונטיים ראו RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, רשימת הנספחים לספר.

181 ראו לעיל ה"ש 150.

182 במקור: Solitary Confinement. התופעה של החזקת אסירים בבידוד מוכרת במשפט הישראלי בשני הקשרים: כעונש על עברת משמעת על פי ס' 48 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], וכהסדר

(8) תעסוקה; (9) גישה לבריאות; (10) רה-האינטגרציה לחברה; (11) אכיפה שוויונית של העקרונות.

העיקרון המפורט ביותר (ככלל, רובם קצרים, בני 2–3 שורות) מצוי בסעיף (5) ומתייחס לתפיסה שהחלה רק אז להתפתח במדינות מסוימות. העיקרון מורה כי "לבד מן המגבלות המתחייבות בעליל מכוח עצם השהות במאסר, לכל האסירים שמורות זכויות האדם וחירות היסוד המפורטות בהצהרה האוניברסאלית לזכויות האדם" (וכן אלה המפורטים באמנות אם מדובר במדינה חברה). חשיבותו של עיקרון זה צוינה לאורך מאמרנו. אנו מבקשים לציין כי שני המסמכים שנדונו כאן, המכילים עקרונות שהפכו לנחלת הכלל בקהילה הבינ-לאומית העוסקת בתחום זה, ושאושרו בעצרת הכללית של האו"ם, עשויים להיחשב לחלק מן המשפט הבינ-לאומי המחייב – לפחות על פי הפרמטרים שנקבעו לצורך הכרה ב"מנהג מודרני".<sup>183</sup>

נורמות אזוריות: בעיקרון, אין אנו מתייחסים במאמר לאמנות או למסמכים אחרים בעלי אופי אזורי, שכן מדינת ישראל אינה שייכת לאזור שבו קיימים מוסדות רלוונטיים לזכויות אסירים, אם כי המוסדות הכלל-עולמיים עשויים להיות מושפעים מדי פעם מהתפתחויות רגיונליות. מכל מקום, מצאנו לנכון להזכיר בהמשך המאמר את המוסדות האירופיים, ולו רק בשל פעילותם הנמרצת המתקדמת בתחום זה, בנושא שלפנינו.<sup>184</sup>

#### 4. גופים מיישמים

##### (א) ועדת ה-HRC

עד כאן באשר לגופים והמסמכים שתפקידם הרשמי או העיקרי הוא יצירה או הכרזה על נורמות בין-לאומיות בתחום מחקרנו. עתה לגופים העוסקים בעיקר ביישומן של נורמות אלו, אך בדומה לבתי המשפט יש להם פוטנציאל גם לקדם ואף להרחיבן. ללא ספק, המוביל שבין הגופים הללו הוא ה-Human Rights Committee, המכונה ה-HRC, ועדה המבצעת תפקידיה מכוח ה-ICCPR.<sup>185</sup>

מנהלי על פי ס' 19 א ואילך לפקודה. ההסדר השני הוא הבעייתי יותר, שכן אינו מוגבל בזמן. ראו בהמשך המאמר, וכן אראל וסבה, לעיל ה"ש 1.

183 ראו לעיל ה"ש 158.

184 ראו ככלל Van Zyl Smit & Snacken, לעיל ה"ש 81. הייחוד שבפעילותם הוא ביחסי הגומלין בין שלושת המוסדות הרלוונטיים: בית המשפט האירופי לזכויות האדם (הפועל במסגרת האמנה האירופית לזכויות האדם) משנת 1950, הוועדה מכוח האמנה האירופית נגד עינויים (ה-CPT), העורכת ביקורים ובקרה על מוסדות הענישה וכללי בתי הסוהר האירופיים (European Prison Rules).

185 ראו חלק IV ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4.

לוועדה זו שני תפקידים עיקריים<sup>186</sup> המשמשים בסיס למתן פרשנות להוראות האמנה שבנושא שלפנינו. האמנה עצמה, כאמור לעיל, אינה מרחיבה בנושא זה. ה-ICCPR מחייבת את המדינות החברות להגיש דוחות תקופתיים, וה-HRC היא הגוף אשר בוחן אותם ומגיש, בתגובה להם, דוחות "בצירוף הערות" לפי שיקול דעתו. הפרוצדורות של הוועדה עודכנו במהלך השנים כדי להבטיח מעקב ולייעל את עבודתה.<sup>187</sup> במהלך השנים הצטברו מאות רבות של התייחסויות לדוחות של המדינות שיש בהן כדי לשמש בסיס להבנת מדיניותה וציפיותיה של הוועדה. התפקיד החשוב השני של הוועדה שברצוננו להזכיר כאן הוא קבלת תלונות (במקור: Communications) של פרטים הטוענים כי זכויותיהם על פי ה-ICCPR נפגעו על ידי מדינה שהצטרפה לפרוטוקול האופציונלי.<sup>188</sup> לאחר בירור התלונה (בכפוף לתנאי הסף)<sup>189</sup> תמסור הוועדה את דעותיה ("its views") למדינה ולמתלונן.<sup>190</sup> למעשה, דעות אלו של הוועדה, שחבריה אנשי מקצוע עצמאיים (אם כי לא בהכרח משפטנים),<sup>191</sup> דומות במקצת לפסק דין של בתי המשפט<sup>192</sup> על אף היעדר הטקסיות, ומהותי יותר – היעדר סמכויות לאכוף את מסקנותיה והמלצותיה. הדמיון למשל לבית הדין האירופי לזכויות האדם<sup>193</sup> הוא בנתנה פרשנות לאמנה וביישמה למקרים ספציפיים. יצוין עוד כי סעיפים 7 ו-10.1 לאמנה, הנוגעים כזכור לענישה, מתבלטים בסיכומיה של הוועדה,<sup>194</sup> ומכאן שעמדותיה עשויות לספק הכוונה למדינות השונות ביישום האמנה גם בתחום שלפנינו.

לשני תפקידים אלו של הוועדה התווספה במהלך השנים פרקטיקה שאיננה נופלת בחשיבותה מן התפקידים הרשמיים: פרסומן של "הערות כלליות" על סעיפי האמנה.<sup>195</sup> מאז החלה מדיניות

186 כאמור לעיל, אין מקום לעסוק כאן בתפקידה השלישי, היינו הגשת תלונות על ידי מדינות אחרות, שאינו בשימוש רב. לעניין זה ראו YOGESH TYAGI, THE UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE: PRACTICE AND PROCEDURE 323 (2011).

187 ראו גם Walter Kälin, *Examination of State Reports*, בתוך Keller & Ulfstein, לעיל ה"ש 126, וכן מאמרם של שלומי בלבן ותומר ברודי בין ז'נווה לירושלים: יחסי ממשל-חברה אזרחית בדיווח לוועדות האו"ם כאמצעי להטמעת זכויות האדם הבין-לאומיות בישראל" חוקים י 9 (2017).

188 הפרוטוקול האופציונלי ל-ICCPR, לעיל ה"ש 21, ס' 1.

189 מדובר בעיקר בדרישה למיצוי כל התרופות האפשריות בתוך המדינה; שם, ס' 2 ו-5.

190 שם, ס' 4(5).

191 "of high moral character and recognized competence in the field of human rights consideration being given to the usefulness of the participation of some persons having legal experience" (ס' 28(2) ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4).

192 ראו בעניין זה גם את עמדתה של Birgit Schlütter, *Aspects of Human Rights Interpretation by the UN Treaty Bodies*, בתוך Keller & Ulfstein, לעיל ה"ש 126, 261, בעמ' 266–267.

193 השו"ט TYAGI, לעיל ה"ש 186, עמ' 781.

194 DOMINIC MCGOLDRICK, THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE: IT'S ROLE IN THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS 367 (1991).

195 הרעיון נשען על ס' 40(4) של האמנה. ראו NOWAK, לעיל ה"ש 69, בעמ' 746; Keller & Grover, לעיל ה"ש 126.

זו, פורסמו פעמיים הערות על סעיפים 7 ו-10 לאמנה: ראשית בשנת 1982,<sup>196</sup> ולאחר מכן גרסאות מעודכנות בשנת 1992.<sup>197</sup> כפי שניתן לדמות את ה"דעות" הנכתבות כתגובה לתלונות לפסיקה, כך ניתן לומר כי ל"הערות" על סעיפי האמנה יש דמיון כלשהו לחקיקת משנה בכך שמדובר בניסיון ליצור נורמות מפורטות יותר ויישומיות יותר מאלו המופיעות באמנה שעליהן הן מבוססות. הערות אלו מנחות את הוועדה בעבודתה בבואה להגיב הן לדוחות של מדינות הן לתלונות אישיות.

עיון בהערות הכלליות המעודכנות (משנת 1992) על סעיפים 7 ו-10 ל-ICCPR מעלה כי ההערות מתחלקות בין פרשנות כללית של ביטויים המופיעים באמנה, כגון היחס בין סעיפים 7 ו-10<sup>198</sup> לבין הצבעה על נושאים ספציפיים המטרידים את הוועדה, בין שהם מוזכרים בסעיף האמנה ובין שלא, כגון הפרדה היחידנית<sup>199</sup> ועונש גופני<sup>200</sup> (לעתים מופיעה הערה שבעבר הנושא לא טופל כראוי בדוחות המדינות). החשובה מכול לדעתנו היא ההבהרה שאנשים נטולי חירות אסור שיהיו נתונים לקושי או הגבלה לבד מאלה הנובעים מעצם שלילת החירות, וכי הם נהנים מכל הזכויות המנויות באמנה, בכפוף למגבלות שהן בלתי נמנעות בסביבה סגורה.<sup>201</sup> כזכור, עיקרון זה פורסם מטעם העצרת הכללית זמן קצר לפני כן במסגרת "עקרונות היסוד" המשקפים את התפיסה המודרנית באשר לזכויות האסירים,<sup>202</sup> ועל פי התפיסות בנות זמננו בנוגע לכוחן של נורמות אלו שנחשבו בעבר ל-soft law, נראה כי הצטברות זו של אמרות מצדם של הגופים המוסמכים והמיישמים הללו עשויה לתת לעיקרון הזה תוקף נורמטיבי מחייב.<sup>203</sup>

- UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 7: Article 7 (Prohibition of Torture or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) 178 (30 May 1982); UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 9: Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of Their Liberty)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) 180 (July 30, 1982).
- UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) 200 (10 Mar. 1992); הערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151.
- "The prohibition in article 7 is complemented by the positive requirements of article 10, paragraph 1, of the Covenant, which stipulates that all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person" הערה כללית מס' 20, לעיל ה"ש 151.
- ראו ס' 6 בהערה כללית מס' 20, שם, שבו צוין כי הפרדה ממושכת עלולה להיות הפרה של ס' 7 לאמנה; וס' 12 להערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151, המבקש דיווח על השימוש בשיטה זו.
- ראו ס' 5 בהערה כללית מס' 20, לעיל ה"ש 151.
- ראו הסיפה של ס' 3 בהערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151.
- ראו לעיל ה"ש 150, על ה-Basic Principles for the Treatment of Prisoners. מעניין כי המסמך האמור לא הוזכר ברשימת המסמכים שה-HRC הפנתה אליהם בס' 5 להערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151.
- ניתן להסתמך כאן גם על ס' 3.1 (b) לאמנת וינה בנוגע ל-"subsequent practice in the application of the treaty" כמקור לפרשנות של אמנות. השוו אמנת וינה, לעיל ה"ש 127, Keller & Grover; לעיל ה"ש 126, בעמ' 128.



חשובה גם ההפניה ל-SMR בהערה כללית 21 בתור "the relevant United Nations standards applicable to the treatment of prisoners"<sup>204</sup>

לעומת זאת במסגרת הערותיה הללו נמנעה הוועדה מלהקל על "לקוחותיה" (קרי המדינות החברות באמנה) בפרסום רשימה של מעשים האסורים על פי האמנה להערכתה, שכן "העניין תלוי בסוג, במטרה ובחומרה של היחס לאסיר"<sup>205</sup>. ואולם, ההערות הכלליות בצירוף ה"דעות" הרבות שהתפרסמו בעקבות תלונות אישיות, וכן תגובותיה של הוועדה על דוחות המדינות במהלך עבודתה רבת השנים, יוצרות – אם לא משנה סדורה – אז לפחות מאגר עצום של פרשנות.<sup>206</sup> החומר הרב נותח בכמה פרסומים אקדמיים ואחרים,<sup>207</sup> וכך ניתן לעמוד על דעתה של הוועדה בנוגע לנושאים השונים הקשורים לתנאי מאסר, אם כי לא תמיד לנבא מה תיחשב הפרה של סעיף 7 ו/או סעיף 10 לאמנה.<sup>208</sup>

### (ב) ועדת ה-CAT

ועדה זו היא הגורם המיישם של אמנת ה-CAT, ומבחינת תפקידיה היא דומה ל-HRC בהקשר של ה-ICCPR.<sup>209</sup> תפקידיה העיקריים הם לבחון את הדוחות שמגישות המדינות החברות ב-CAT ולהגיב עליהם, וכן לזון בתלונות ("התקשוריות") מצד אנשים הטוענים שנפגעו על פי

204 ראו ס' 5 להערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151. הוועדה נוהגת גם להתייחס ל-SMR בטרם היא מוצאת הפרה של ס' 7 או ס' 10 לאמנה. ראו Nowak, לעיל ה"ש 69, בעמ' 243. נובק מנסה לסקור את התנאים שבהם מצאה הוועדה הפרה (בעיקר של ס' 7 לאמנה) (שם, בעמ' 244–250). הוא מייחס לוועדה את הדרישה שהמדינה תספק סטנדרט מינימלי לתנאים אנושיים, או במילים אחרות, שירותים מינימליים המבטיחים זכויות אדם ("מזון, ביגוד, טיפול רפואי, הסדרים סניטריים, חינוך, תעסוקה, פעילות פנאי, תקשורת, אור, ההזדמנות לנוע, פרטיות וכו'"). את הדרישות הללו מייחס נובק לעיקרון האמור לעיל, שנטולי החירות נהנים מכל הזכויות המנויות באמנה, בכפוף למגבלות שהן בלתי נמנעות בסביבה סגורה, כאמור בהערה הכללית. לאסירים נובק מוסיף גם את הזכויות המובטחות באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כגון הזכות לעבוד, למזון, למקלט, לביגוד, לבריאות ולחינוך, בשל חובתה של המדינה לדאוג לשיקומם (שם, בעמ' 252).

205 ס' 4 להערה כללית מס' 20, לעיל ה"ש 197.  
206 "...the Committee has developed numerous techniques for defining the scope of a covenant right". ראו Keller & Grover, לעיל ה"ש 126, בעמ' 124.

207 SARAH JOSEPH ET AL., SEEKING REMEDIES FOR TORTURE VICTIMS: A HANDBOOK ON THE INDIVIDUAL COMPLAINTS PROCEDURES OF THE UN TREATY BODIES (2014), McGOLDRICK, לעיל ה"ש 194.

208 עם זאת ברור ממדיניות הוועדה כי רף ההוכחה להפרה של סעיף 7 גבוה יותר, בשל ניסוחו של ס' 10 המחייב את המדינה להפגין יחס חיובי ולא רק להימנע מפעילות פוגעת. השוואה Nowak, לעיל ה"ש 69, בעמ' 172.

209 ראו ככלל Rodley & Pollard, לעיל ה"ש 18, בעמ' 20 ואילך. כאמור שם, עלתה בזמנה השאלה אם יש צורך בוועדה נפרדת, אם כי בסופו של דבר לוועדה זו תפקידים רבים (Nowak & McArthur, לעיל ה"ש 89, בעמ' 596).

סעיפי האמנה, כלפי המדינות הפוגעות לטענתם, ובלבד שמדינות אלה הגישו הצהרה לפי סעיף 22 לאמנה.<sup>210</sup>

ניתן להניח כי רוב רובן של הפרות האמנה המתבצעות במערכות הכליאה אינן בהכרח עינוי אלא "רק" יחס או עונש אכזרי, לא הומני או משפיל. מכאן השאלה באיזו מידה הוועדה נגד עינויים, שהיא כמובן גם נגד טיפול וענישה אכזריים, לא הומניים או משפילים אחרים, מתמקדת בנורמות הנוגעות לכליאה ככלל או אולי בדומה למוסדות האמנה בכלל, מתמקדת בעיקר בנושא העינויים, כאשר החששות לקיומם מתעוררים בדרך כלל בהקשרים של חקירות, מעצרים וכיזא באלה. כיוון זה האחרון הוא אשר מסתמן מתיאורם של נובק ומקארטר בבואם לקבוע את שלוש מטרותיה של הוועדה: (1) מניעת עינויים ומתן סיוע לנפגעים; (2) הזדקקות למשפט הפלילי על מנת להילחם בפטור מעונש (impunity); (3) נקיטת אמצעים נוקשים יותר לבקרה בין-לאומית באשר להיענות לביטול העינויים מצדן של המדינות. מטרות אלו אינן מעידות במובהק על בקרה על בתי הסוהר. בסקירתם של נובק ומקארטר באשר לפעילות הוועדה אמנם יש התייחסות לבעיית הפרדה היחידנית, ולהבדיל צפיפות היתר בבתי הסוהר,<sup>211</sup> וכן לאימוץ ה-SMR כמבחן של כיבוד המשפט הבין-לאומי. עם זאת סקירתם של ג'וזף ואח' באשר לדוגמאות של הפרות סעיף 16 לאמנה בהערות סיכום של הוועדה, כללה רק שני מקרים מתוך ה-12 שהוכנסו לרשימה שהתייחסו על פני הדברים לתנאי החזקה של אסירים שפוטים.<sup>212</sup>

ניתן לקוות כי ההתמקדות בתנאי המאסר ובכללי המשפט הבין-לאומי החלים עליהם תתחזק בזכות פעילותה של ועדת המשנה לעניין המניעה (sub-committee on prevention) במסגרת הפרוטוקול האופציונלי (OPCAT). כזכור, ועדה זו עורכת ביקורים במוסדות הרלוונטיים במדינות שהצטרפו לפרוטוקול. לעומת הדיונים על מידת ההקפדה בזכויות האדם הבין-לאומיות בהקשר של הדוחות התקופתיים שמגישות המדינות לגופים כגון ה-HRC והוועדה נגד עינויים המתנהלים באווירה ערטילאית, מדובר כאן בהתרשמותם הישירה של נציגי הקהילה הבין-לאומית המיומנים בנושא ושהשתתפו בביקורים בשטח, או לכל הפחות ברשמים של הוועדות הארציות מטעמם.<sup>213</sup> בעקבות עבודתה ועדת המשנה מסיקה גם מסקנות כלליות חשובות כגון הצורך בביקורת שיפוטית שוטפת בבתי הסוהר, נושא הנדון בדוח השנתי השישי.<sup>214</sup>

210 דובר בנפגעים הנתונים לסמכותן של אותן המדינות. רודלי מציין כי מספר התלונות אינו רב, כנראה בשל האופציה המוכרת יותר של ה-HRC, ובמקרים מתאימים גם מוסדותיה של מועצת אירופה (Rodley & Pollard, לעיל ה"ש 18, בעמ' 214).

211 Nowak & McArthur, לעיל ה"ש 89, בעמ' 558-559.

212 המקרים התייחסו לשימוש בהפרדה יחידנית כגמול והחזקה בתא במשך 22 שעות ביממה ללא פעילות חברתית משמעותית. מקרה שלישי התייחס לגביית תשלום על השהות במאסר (Joseph, לעיל ה"ש 207, בעמ' 215-216).

213 התרשמנו למשל מן ההערות הענייניות של ועדת המשנה בעקבות ביקורם במדינה הנחשבת למתקדמת כגון ניו זילנד, על סמך ביקור בשבעה בתי סוהר. ראו Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Report on the visit of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading

נראה כי ההזדקקות למנגנונים אלה – שאינם מופעלים בישראל בשל אי-הצטרפותה להסדרים האופציונליים השונים המוצעים באמנות הנדונות כאן – היא תנאי חיוני לאכיפתן היעילה של דרישות הבקרה של האמנה.

### (ג) הדווח המיוחד על העינויים

שנה לאחר שנחתמה האמנה נגד עינויים מינתה הוועדה לזכויות האדם ( Human Rights Commission), כיום המועצה לזכויות האדם (Human Rights Council), דווח מיוחד ( Special Rapporteur) לנושא העינויים<sup>215</sup> כדי לקיים מנגנון יישום בתחום זה "עבור האו"ם כולו".<sup>216</sup> הדגש הושם מלכתחילה על עינויים במהלך חקירות, אך מאז שנת 2004 כינויו של בעל המינוי הורחב ל"הדווח המיוחד לנושא עינויים ויחס ועונש אחרים שהם אכזריים, בלתי הומאניים או משפילים".

הדווח המיוחד (אשר אינו מוסמך להוציא החלטות מחייבות)<sup>217</sup> עורך תחקירים ומבקר במדינות שונות. ביקוריו מובילים לדוחות מיוחדים. נראה כי הביקורים מתמקדים בנושא העינויים. למשל, בדוח שערך על טג'יקיסטן, גם מעט הסעיפים שדנו בתנאי המאסר עסקו למעשה במעצרים ובשיטות חקירה.<sup>218</sup> היבט זה בתפקידו של הדווח המיוחד ירד בחשיבותו מאז שהוקם מנגנון מיוחד לביקורים במסגרת ה-OPCAT, לפחות בנוגע למדינות המצטרפות. נראה אפוא כי על פי רוב תרומתו של הדווח לנושא מחקרנו אינה רבה, אלא שלעתים הוא עורך דוח המתמקד ב"נושאים בעלי דאגה מיוחדת" (issues of special concern),<sup>219</sup> העשויים להיות בעלי חשיבות מרובה עבורנו. דוגמה לכך תובא בחלק הבא.

*Treatment or Punishment to New Zealand*, CAT/OP/NZL/1 (25 Aug. 2014). הוועדה התייחסה לתנאים הקשים בבית הסוהר לביטחון מרבי, לבעיות בתחום התזונה, פעילות גופנית ועוד. UN Committee Against Torture (CAT), *Sixth annual report of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, CAT/C/50/2 (Apr. 23, 2013), <http://www.refworld.org/docid/52fa403a4.html>. ראו שם, בעמ' 16 ואילך לדוח זה. הועלו גם שאלות עקרוניות כגון ההיבטים האידאולוגיים של רעיון השיקום ומעמדו של האסיר מול המערכת (שם, בעמ' 16–18).  
 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 5–6, 202 ואילך. 215  
 שם, בעמ' 204. 216  
 שם, בעמ' 207. עם זאת רודלי מציין את השפעתו על ערכאות שיפוטיות שונות (שם, בעמ' 207–208). 217  
 UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment of punishment, Addendum: Mission to Tajikistan, A/HRC/22/53/Add.1, 16–18 (28 Jan. 2013). 218  
 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 207. יצוין כי רודלי עצמו כיהן בזמנו כדווח המיוחד. 219  
 POSNER, לעיל ה"ש 7. 219

### 5. דיפוזיה (ולכוד?) של הנורמות הבין-לאומיות: המקרה של הפרדה יחידנית

הסקירה דלעיל מצביעה על הדיפוזיה של המוסדות הבין-לאומיים היוצרים, וכן אלה המיישמים, את הנורמות הבין-לאומיות. אם כן, אין זה מפתיע כי הנורמות הנוגעות לזכויות אסירים לא תמיד מצטיירות כמערכת מגובשת קונצנזואלית.<sup>219</sup> דוגמה מובהקת לכך הייתה נושא "ההפרדה היחידנית",<sup>220</sup> אחד הנושאים המטרידים ביותר בתחום זכויות אסירים.

ההפרדה היחידנית אפיינה את מערכת בתי הסוהר שקמה בתחילת המאה התשע-עשרה בארצות הברית, ועד מהרה הוכחה כאכזרית בשל השפעותיה על האסירים.<sup>221</sup> כעבור זמן קצר יחסית ננטשה השיטה, והיבטיה הפסולים אף גונו בבית המשפט העליון האמריקאי.<sup>222</sup> אף על פי כן התחדשה השיטה במתכונת אחרת לקראת סוף המאה העשרים. מוסד ה"סופרמקס" (הידוע לשמצה) מהווה את המסגרת העיקרית בארצות הברית להחזקת אסירים הנשפטים על עברות טרור, פשע מאורגן וכיוצא באלה,<sup>223</sup> ושיטות דומות נהוגות במדינות אחרות.<sup>224</sup> שיטה זו זכתה לביקורת מצד כל המוסדות הבין-לאומיים הרלוונטיים, ביקורת שהלכה וגברה במהלך השנים. אולם המוסדות המבקרים לא התלכדו סביב נורמה ברורה האוסרת על כליאה מעין זו, ובחלקם התקשו לקבוע נורמה כלשהי. למשל, ה-HRC העירה בהערתה הכללית על סעיף 7 ל-ICCPR, רק כי: "prolonged solitary confinement of the detained or imprisoned person may amount to acts prohibited by article 7"<sup>225</sup>. כאשר לתגובותיה של הוועדה לפניות אינדיווידואליות, מתוך הסקירה של רודלי<sup>226</sup> מתקבל הרושם שאין קו ברור (או שהעניין תלוי בנסיבות), אך נובק בספרו, אף שהוא מרבה לציין כי החלטותיה של הוועדה אינן נראות לו תמיד עקיבות,<sup>227</sup> הציע בכל זאת מה שהתיימר להיות סיכום מדיניותה: "Short term solitary confinement, in particular if applied to highly dangerous persons in pre-trial detention, might be justified and does not amount to a violation of Art. 10. After a few months, there is a strong indication that total isolation from the outside world violates Art. 10, and prolonged solitary confinement, i.e. more than one year, amounts to inhuman treatment violating Art. 7"<sup>228</sup>.

- 220 להסבר המונח "הפרדה יחידנית" ראו לעיל ה"ש 182.
- 221 ראו DAVID J. ROTHMAN, THE DISCOVERY OF ASYLUM (1971). ראו גם אראל וסבה, לעיל ה"ש 1.
- 222 ראו *in re Medley* 134 U.S. 160 (1890); אראל וסבה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 529.
- 223 ראו SHARON SHALEV, SUPERMAX: CONTROLLING RISK THROUGH SOLITARY CONFINEMENT (2009). מוסדות או יחידות אלה, שהוקמו בארצות הברית בסוף המאה העשרים, נועדו להבטיח ביטחון מרבי תוך מועור המגעים בין אסירים – וכן בין אסירים לצוות הסוהרים.
- 224 אראל וסבה, לעיל ה"ש 1, חלק ג למאמר.
- 225 ס' 6 להערה כללית מס' 20, לעיל ה"ש 197.
- 226 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 202–203.
- 227 NOWAK, לעיל ה"ש 69, בעמ' 245. הדיון שלו מורכב, שכן הוא משולב בדיון המתייחס גם ל-enforced disappearance ו-incommunicado detention.
- 228 שם, בעמ' 245 (ההדגשות שלנו) (השוו גם את הערותיו של נובק בניתוח שלו את ס' 7, בעמ' 178).

רוב המסמכים שהופצו בזמנם מטעם מוסדות האו"ם בנושא זה היו חד-משמעיים פחות בניסוחיהם, לדוגמה ה-SMR בגרסתן מ-1955 (טרם התופעה המוכרת כיום) ו"עקרונות היסוד לטיפול באסירים" משנת 1990.<sup>229</sup> אך בשנת 2011, לאחר שהתופעה הורחבה והביקורת העמיקה,<sup>230</sup> פורסם מסמך בעל המלצות נחרצות בסוגיה זו מצד הרווח המיוחד על העיניים.<sup>231</sup> המסמך סקר את הנושא סקירה מקיפה למדי והגיע למסקנה כי prolonged solitary confinement שיש לאסור עליו אינו הפרדה יחידנית הנמשכת יותר משנה, כדבריו של נובק, או אף לתקופה של כמה חודשים, שעל פי נובק היה גורם להפרתו של סעיף 10 של ה-ICCPR, אלא של 15 ימים, שכן "בנקודה זו על-פי הספרות הנזכרת חלק מתוצאותיה הפסיכולוגיות המזיקות עלולות להיות בלתי הפיכות".<sup>232</sup> ומכאן למסקנה: "Thus the Special Rapporteur concurs with the position taken by the Committee against Torture in its General Comment No. 20<sup>233</sup> that prolonged solitary confinement amounts to acts prohibited by article 7 of the Covenant,<sup>234</sup> and consequently to an act as defined in article 1 or article 16 of the Convention"<sup>235</sup> מסקנה זו נראית חד-משמעית ואולי אף בסיס לנורמה בין-לאומית מוסכמת. ואולם, לא זו בלבד שהתקופה של 15 ימים לא צוינה במסמכים הקודמים (ולא תאמה כלל את הערכותיו של נובק), אלא שההערה הכללית של ה-HRC הייתה חד-משמעית בנוגע לעצם ההפרה של האמנה הרבה פחות מאשר ייחס לה הרווח המיוחד. ואכן נראה כי הרווח רק התיימר להביע את עמדתו על תקופת ההפרדה היחידנית שתיצור הפרה של האמנות – שכן בסופו של דבר הוא קרא לקהילה הבין-לאומית להסכים לעמדתו,<sup>237</sup> כלומר היה מודע לכך שטרם נוצרה הסכמה לכך. עד לשנת 2011 היה ניתן להצביע על קונצנזוס שלפיו ההפרדה היחידנית עלולה להוות הפרה של האמנות (כאשר אחדים מן המסמכים הצביעו במיוחד על הבעייתיות שבהחזקה בהפרדה של קטינים ובעלי הפרעות נפשיות וקוגניטיביות). אולם ההצעה להסכים על פרק הזמן של החזקה בהפרדה, שהחזקה מעבר לו תיחשב הפרה של האמנות, הייתה בגדר חידוש עבור גוף בין-לאומי

229 ראו אראל וסבה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 588. מסמך העקרונות ביקש "ליזום ולעודד מאמצים לביטול ההפרדה היחידנית כעונש, או להגבלה על מידת השימוש בו". אולם כיום השימוש בדרך זו נפוץ כעניין מנהלי ולא דווקא כעונש.

230 על פסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם ולרווח הוועדה נגד עינויים האירופית ראו אראל וסבה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 599. ראו גם ספרה של SHALEV, לעיל ה"ש 223.

231 UN General Assembly, Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: Note by the Secretary-General, A/66/268 (25 Aug. 2011).

232 שם, ס' 26 לדוח.

233 הכוונה כנראה להערה כללית של ה-HRC (הוועדה נגד עינויים ממעטת להוציא הערות כלליות. ראו RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 213).

234 הכוונה ל-ICCPR.

235 הכוונה ל-CAT.

236 דוח הרווח, לעיל ה"ש 231, ס' 76 לדוח.

237 שם.

מוסמך. <sup>238</sup> ואולם, ההתגייסות העקיבה של הקהילה הבין-לאומית בתחום זכויות האדם נגד ההפרדה היחידנית, שתורגמה עתה לאיסור שנמדד על פי פרק זמן מדויק כפי שניסח הדווח המיוחד (הכוונה לתקופה של 15 ימים כאבן בוחן לפרקטיקה המותרת), זכתה להכשר מרשים במהלך הרביזיה של ה-SMR. כלל מס' 43 של הכללים המתוקנים אוסר על ההפרדה היחידנית שאינה מוגבלת בזמן איסור מוחלט וכן על הפרדה יחידנית ממושכת. <sup>239</sup> מנסחי הכללים הסכימו על הגדרתו של המונח "ההפרדה היחידנית" <sup>240</sup> וכן של "ההפרדה היחידנית הממושכת", שמשמעותה היא ההחזקה בתנאי ההפרדה (כפי שמפורט בהגדרה) מעבר ל-15 ימים רצופים. <sup>241</sup> בכך מתאחד הכלל החדש עם הנורמה שקבע הדווח המיוחד לנושא העינויים, ובכך מספק תשתית לטיעון אפשרי כי מדובר במנהג מחייב של המשפט הבין-לאומי – לפחות על פי התפיסה של "המנהג המודרני" שנדונה לעיל.

**לסיכום פרק זה:** הסקירה דלעיל מראה כי ניתן לחלץ מאמנות זכויות האדם את "תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם" וכמי שזכאי להגנה מיוחדת מפני עינויים, יחס או עונש אכזרי, משפיל ולא הומני. אמנם הוראות מעטות בלבד בנושא זכויות האסיר מופיעות באמנות המחייבות של המשפט הבין-לאומי, אך לצד אלה הצטברו הנחיות רבות, הערות הבהרה והחלטות במקרים אינדיווידואליים שיצאו מידי מוסדות מוסמכים בתחום. פעילות זו נחשבה בעבר soft law, ועל כן בלתי מחייבת, אך כיום הגבולות בין ה-soft law ל-hard law הולכים ומיטשטשים, <sup>242</sup> ואילו הקריטריונים של המשפט המנהגי הולכים ומתגמשים (לפחות לפי חוקרים מסוימים) בעקבות הפעילות הרבה של המוסדות הללו. גם אין למעט בחשיבותו של ה-soft law כמשפט מנחה כפי שקבעה העצרת הכללית של האו"ם בבואה לאשר את התיקונים ל-SMR. <sup>243</sup> תוצאותיה של פעילות ענפה זו של המסגרות ה"משניות" בנוגע לעונשי מאסר הן דיפוזיות למדי, אך שני מקורות ראויים לתשומת לב במיוחד בשל מעמדם ובשל ההיקף הרב של ההנחיות שפורסמו

238 זכור, גם נובק נקט בספרו בהצעה (הרבה פחות רדיקלית) (Nowak), לעיל ה"ש 69, בעמ' 245 ואילך).

239 "In no circumstances may restrictions or disciplinary sanctions amount to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The following practices, in particular, shall be prohibited: (a) Indefinite solitary confinement; (b) Prolonged solitary confinement" יצוין כי הוראה זו אינה מבדילה בין הפרדה כסנקצייה להפרדה כמגבלה (restriction) מסיבות אחרות (SMR, לעיל ה"ש 131, כלל 1.43 בעמ' 16).

240 "...Solitary confinement shall refer to the confinement of prisoners for 22 hours or more a day without meaningful human contact" (שם, כלל 44 בעמ' 17).

241 "Prolonged solitary confinement shall refer to solitary confinement for a time period in excess of 15 consecutive days. מלבד זאת נקבע כי אין כלל להשתמש בהפרדה יחידנית אלא כמוצא אחרון, לתקופה קצרה ככל האפשר, בכפיפות לביקורת ובאישור רשות מוסמכת (שם, כלל 45 בעמ' 17).

242 ראו עמדתה של Shelton, לעיל ה"ש 52.

243 ראו לעיל פרק ב.3.

במסגרתם: ה-SMR מחד גיסא וה-HRC מאידך גיסא (אם כי אין להמעט מחשיבותם של ה-Basic Principles, שנדונו לעיל).

הועלו נימוקים מדוע מעמדם של ה-SMR, אף אם הם מוגדרים soft law, נתפס כייחודי, וניתן לראות בהם, לכל הפחות, משפט מנהגי בשלבי הגשמה. העובדה כי העצרת הכללית, בבואה לאשר את הרביזיה של ה-SMR, נקטה את הביטוי non-binding, אינה יכולה לגרוע מן ההשפעה הנורמטיבית של הקונצנזוס שהגיעה אליה הקהילה הבין-לאומית, ומכל מקום הניסוח המסתייג נועד רק לאפשר הגמשה מינימלית בהתחשב בגיוון שבמערכות המדינתיות השונות.<sup>244</sup> באשר ל-HRC, נראה לנו כי גם לאמרותיה מעמד מיוחד בתור נציגתה הרשמית של ה-ICCPR, בייחוד בנושא כמו זה הנדון כאן, שעליו סעיפי האמנה אינם מרחיבים, ולמעשה פרשנותה של ה-HRC היא אשר נותנת להם משמעות. לצד שני מקורות נורמטיביים אלו היה מקום לצפות כי הוועדה הפועלת מכוח האמנה נגד העינויים (ה-CAT) היא שתמלא תפקיד מרכזי לקידום הנורמות הבין-לאומיות בנוגע למערכת הענישה, אך נראה כי ועדה זו לא שמה נושא זה בראש מעיניה.<sup>245</sup> בחלק זה דנו בעיקר במקורות המשפט הבין-לאומי העוסקים באסירים בכלל ובמעמדם של מקורות אלו והתייחסנו רק מעט למהותן של הזכויות המוקנות לאסירים כפי שהועלו במקורות שונים.<sup>246</sup> היקף המאמר הנוכחי אינו מאפשר בדיקה מפורטת של כל הסוגיות שעלו במסמכים ובמסגרות הבין-לאומיות השונות, אך לדעתנו יהיה ניתן לבחון את מידת ההתאמה של המשפט הישראלי לנורמות הבין-לאומיות (אף אם בלא מיצוי העניין) בעיון בעקרונות ובדוקטרינות של שתי המערכות, ובתוך כך להדגים זאת באמצעות דוגמאות ספציפיות אחדות. ברצוננו לציין כאן כי מידת ההכרה של המשפט הבין-לאומי במקורות "מן הדרגה השנייה" עשויה להכריע בעניין קצב ההתקדמות של מערכות אלו ביחס לדוקטרינות המפותחות יותר בעניינם של האסירים וזכויותיהם. הכוונה בעיקר לתפיסה המתגבשת במשפט האירופי של "האסיר כאזרח",<sup>247</sup> או לכל הפחות לדוקטרינת האסיר כבעל זכויות אדם הקובעת כי לאסיר שמורות כל הזכויות שאחז בהן טרם כניסתו לכלא לבד מהזכויות הנשללות ממנו במפורש או מעצם הימצאותו בכלא. ניתוח מעין זה נקבע במפורש בהערה כללית מס' 21 מטעם ה-HRC<sup>248</sup> ובעקרונות היסוד של הטיפול באסירים מטעם העצרת הכללית 1990,<sup>249</sup> וכן אושר שוב בעצרת לאחרונה פעמיים לפחות אגב

244 השו"ס' 8 של החלטתה של העצרת הכללית שהביאה לאישור הכללים החדשים (UN General Assembly, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: resolution/adopted by the General Assembly, A/RES/68/190* (11 Feb. 2014) <http://www.refworld.org/docid/5321b2f34.html>

245 השו"ה השערה שבפרק ההקדמה וכן בסיכום המאמר.

246 לספרות המנתחת מקורות אלו ראו לעיל ה"ש 207.

247 VAN ZYL SMIT & SNACKEN, לעיל ה"ש 81.

248 הערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151.

249 החלטה A/RES/45/111, לעיל ה"ש 150.



קידומה ואישורה של הרביזיה של ה-SMR.<sup>250</sup> ואולם, כפי שנראה להלן, על אף אמרות מזדמנות ברוח זו, מפי שופטים אחדים במערכת המשפט הישראלית, עקרונית אלה אינם באים לידי ביטוי במערכת החקיקה ובמדיניות הישראלית.

כלל נאור נוסף שהבסיס לו במשפט הביין-לאומי לכאורה חזק יותר הוא זה שקובע כי את נוהלי הכליאה יש לקיים במסגרת המגמה להכשיר את האסיר לחזרתו לקהילה. זו עמדה יסודית של המשפט הגרמני<sup>251</sup> ותואם כמעט בשלמותו את האמור בסעיף 10(3) ל-ICCPR. ואולם, הפרשנות הרשמית של ה-HRC בזמנה הייתה צנועה בהרבה.<sup>252</sup> שאלות אלו ואחרות תידונה בחלק הבא, העוסק בשאלה אם הפרקטיקה של מדינת ישראל משקפת את הנורמות של המשפט הביין-לאומי, שניסיונות מוסדותיו לקדם תוארו בפרק זה.

### ג. המשפט הישראלי: האם קיימת הכרה בתפיסת "האסיר כבעל זכויות האדם"?

#### 1. רקע

בפרק זה נבקש לבדוק אם במערכת המשפט הישראלית מעוגנות נורמות זכויות האדם הביין-לאומיות הנוגעות לאסירים ולמערכת הכליאה. כאמור לעיל, לפי סעיף 2 באמנת ה-ICCPR, ישראל התחייבה לכבד ולהבטיח את כל היחידים בתחומה והכפופים לשיפוטה ואת זכויות האדם שהוכרו באמנה זו ללא אפליה מכל סוג שהוא, ובכלל זה לאמץ בחקיקתה הפנימית זכויות אלה על מנת ליתן להן תוקף.<sup>253</sup> התחייבות דומה קיבלה עליה ישראל במסגרת סעיף 2 לאמנת

250 UN General Assembly, *Human Rights in the Administration of Justice: Resolution /* ראו *Adopted by the General Assembly, A/RES/67/166* (20 Mar. 2013), שבהקדמה צוין: "Recognizing the importance of the principle that, except for those lawful limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, persons deprived of their liberty shall retain their non-derogable human rights and all other human rights and fundamental freedoms"

251 Liora Lazarus, *Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of* ראו *England and Germany* (2004).

252 פרשנותה ביחס לסעיף קטן זה חזרה הוועדה על הנאמר בסעיף עצמו שעל מערכת הענישה להיות מכוונת בעיקרון לתיקונם ושיקומם החברתי של האסירים, תוך הוספה כי "no penitentiary system should be only retributory" (הערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151, ס' 10). נראו כי תוספת זו מחלישה את העיקרון יותר מאשר מחזקת אותו.

253 ראו לעניין פרשנות סעיף זה UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment* No. 3: Article 2 (Implementation at the National Level) (29 July 1981); UN Human Rights Committee (HRC), *General Comment no. 31* [80], *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004).

ה-ICESCR<sup>254</sup> ולפי סעיפים 2, 14 ואחרים באמנת ה-CAT<sup>255</sup>. עמדתה הרשמית של מדינת ישראל בפני גורמים ומוסדות בין-לאומיים היא שבחקיקה הישראלית קיימת הכרה בזכויות האדם ושמירה עליהן, ובכלל זה של האסירים, לרבות קיומם של מנגנוני פיקוח ובקרה על מתקני הכליאה, לפי נורמות זכויות האדם במשפט הבין-לאומי וכנהוג במדינות דמוקרטיות נאורות בעולם.<sup>256</sup>

כפי שנעמוד על כך להלן, מסקנתנו היא שעמדה זו אינה מגובה בעיגון החקיקתי המתבקש מן המשפט הבין-לאומי, ועל כן אינה מתארת נכונה את המציאות בישראל בנוגע לאסירים ולמערכת הכליאה. להבנתנו, בין השאר, ניתן להסביר מצב זה במגבלות שונות של המערכת הישראלית, כגון דפוס הצטרפותה החלקי של מדינת ישראל לאמנות זכויות האדם ובהיעדר קליטתן האוטומטית של אמנות בין-לאומיות בחקיקה הפנימית בישראל; בחסרונה של חוקה מלאה במשפט הישראלי ובהיקף תחולה מסווג של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>257</sup> על פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]; בקיומה של חקיקה ראשית, מתקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל, אשר עם תקנותיה יחד מקבעת תפיסה משפטית אנכרוניסטית המעלה ספק של ממש אם היא עולה בקנה אחד עם נורמות זכויות האדם הבין-לאומיות ועם עקרונות השיטה החוקתית בישראל הרווחים בימינו.

בתחילה נביא כמה מושכלות יסוד הן בנוגע למשפט הישראלי והן בנוגע למערכת הכליאה הישראלית על מנת להעמיד את הקונטקסט הרלוונטי לביורר השאלה אם רעיון תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם, שהיא נורמה מכוונת בדיני אסירים במשפט הבין-לאומי, קיים בחקיקה

254 ראו UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, E/1991/23 (14 Dec. 1990); UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 9: The Domestic Application of the Covenant*, E/C.12/1998/24 (3 Dec. 1998); UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/20 (2 July 2009).

255 CAT, לעיל ה"ש 3.

256 ראו למשל אוסף מקורות בנושא תנאי כליאה ומנגנוני פיקוח אתר משרד המשפטים: המחלקה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות, היחידה לזכויות אדם ויחסי חוץ (פברואר 2014) – [www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/HumanRightsAndForeignRelations/Faq/Compendium%20of%20Sources%20E2%80%93%20Human%20Rights%20and%20the%20Israeli%20Prison%20Service%20-%20Feb%202014.pdf](http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/HumanRightsAndForeignRelations/Faq/Compendium%20of%20Sources%20E2%80%93%20Human%20Rights%20and%20the%20Israeli%20Prison%20Service%20-%20Feb%202014.pdf); The Department for International Agreements and International Litigation, *Response of The Government of Israel to Note CU 2011/26*, (November 7, 2012), UNODC/CCPJ/EG.6/2012/Gov.19, <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/EGM-Uploads/ISRAEL-GOV-19-En.pdf>.

257 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ראו גם הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60.

הישראלית. לאחר מכן נבחן באמצעות סוגיות נבחרות מתחום זכויות האסירים את החקיקה הישראלית הקיימת ואת שאלת הלימתה לנורמות הבין-לאומיות.

## 2. מושכלות יסוד במשפט הישראלי ובמערכת הכליאה הישראלית

### (א) דפוס הצטרפותה של מדינת ישראל לאמנות הבין-לאומיות ודרך קליטתן

ישראל אמנם חתמה ואשררה שבע אמנות זכויות אדם,<sup>258</sup> אולם הצטרפה רק חלקית למה שמכונה באו"ם International Bill of Human Rights,<sup>259</sup> ובעברית: "מגילת זכויות האדם הבין-לאומיות". מגילה זו כוללת את ההכרזה האוניברסלית לזכויות אדם משנת 1948, המוכרת כיום כמסמך דקלרטיבי בעל אופי מנהגי;<sup>260</sup> שתי אמנות זכויות האדם משנת 1966: אמנת ה-ICCPR ואמנת ה-ICESCR, אשר עליהן חתמה ישראל ואשררה אותן, וכן את שני הפרוטוקולים האופציונליים לאמנת ה-ICCPR.<sup>261</sup> ואולם, מדינת ישראל לא הצטרפה לרבים מן ההסדרים האופציונליים שהוצעו בתקופות שונות למדינות המצטרפות – לא לאלו ששולבו בגוף האמנות ולא לאלו ששימשו בסיס לפרוטוקולים נוספים. המשמעות האופרטיבית הבולטת לעניין הצטרפותה החלקית של ישראל למגילת זכויות האדם הבין-לאומית היא שישראל לא הכפיפה את עצמה למנגנוני הניטור והפיקוח הבלתי אמצעיים של ועדות ה-HRC וה-CAT, המאפשרים

258 להלן שבעת האמנות המרכזיות להגנה על זכויות אדם של האו"ם בהן ישראל חברה: אמנה בין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966); אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966); אמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966); אמנה לביעור אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 181 (נפתחה לחתימה ב-1979); אמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984); אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989); אמנה בדבר שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות (נפתחה לחתימה ב-2006).

259 UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights: Resolution / Adopted by the General Assembly, A/RES/3/217 A (10 Dec. 1948).

260 ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם אינה נחשבת אמנה והגם שלכשעצמה אינה נחשבת מחייבת משפטית, מקובל לראות בחלק מסעיפיה, כחלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי ועל כן הם מחייבים את המדינות מבחינה משפטית. ראו Vojin Dimitrijevic, *Customary Law As An Instrument for The Protection of Human Rights* 6–10 (ISPI, working paper no. 7, 2006), [http://www.ispionline.it/it/documents/wp\\_7\\_2006.pdf](http://www.ispionline.it/it/documents/wp_7_2006.pdf). לעמדה נחרצת יותר הרואה את כלל סעיפי ההכרזה כחלק מהמשפט המנהגי הבין-לאומי ראו HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS* (2<sup>nd</sup> ed. 2000). הם טוענים שמשום שמדינות פועלות באופן עקבי בהתאם להכרזה מזה למעלה מ-50 שנה, ההכרזה הפכה למחייבת, כחלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי. ראו גם בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 208.

261 United Nations High Commissioner for Human Right, Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>.

בין השאר הגשת תלונות יחידים נגדה בשטחה בגין הפרות זכויות אדם,<sup>262</sup> וכן לא התחייבה לאסור את השימוש בעונש מוות בשטחה, ולמעשה עונש זה, לרבות דרכי ביצועו, מוסדרים במשפט הישראלי.<sup>263</sup> כפי שצוין לעיל, אשר לאסירים ולמערכת הכליאה, בעל משמעות מיוחדת הוא הפרוטוקול האופציונלי של אמנת ה-CAT, המאפשר לקיים באמצעות תת-הוועדה לענייני עינויים (SPT) ביקורות בבתי הסוהר המדינתיים<sup>264</sup> ואשר גם אליו בחרה ישראל שלא להצטרף. נוסף על זה, בישראל רק המשפט המנהגי הבין-לאומי חודר אוטומטית פנימה לדין הפנימי,<sup>265</sup> ובלבד שאותן הוראות של המשפט הבין-לאומי המנהגי אינן עומדות בסתירה לחקיקה ישראלית,<sup>266</sup> ואילו אמנות שישראל חתמה עליהן ואשררה אותן, יחדרו לדין הישראלי רק אם חקיקה של הכנסת קלטה אותן כחוק ישראלי.<sup>267</sup> אף שחלפו יותר משני עשורים מאז

- 262 בשונה ממנגנון הדיווח התקופתי. ראו לעיל פרק ב ולהלן בפרק ד.
- 263 ראו למשל ס' 97-99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ס' 1 לחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"ב-1950; ס' 2 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התשי"ב-1950; ס' 21(7) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. לעניין ביצוע עונש המוות ראו סימן ז' לפרק ב: אסירים שנידונו למיתה, ס' 53-55 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] וכן ס' 297 לתקנות בתי הסוהר, 1925, שלפיה אסיר שנגזר דינו למיתה יוצא להורג בתלייה בגדרום.
- 264 הפרוטוקול האופציונלי ל-OPCAT, לעיל ה"ש 22.
- 265 לעניין מעמד המשפט המנהגי בדין הישראלי ראו דברי בן-נפתלי ושני: "ההבחנה השלישית והחשובה ביותר, מנקודת ראות הדין הישראלי הפנימי, הינה ההבחנה שבין אמנות דקלרטיביות (או אמנות קודיפיקטיביות) לבין אמנות קונסטיטוטיוביות. המאפיין המבדיל בין שני סוגי האמנות הנו יחסן למנהג הבינלאומי. אמנה דקלרטיבית מתיימרת לחזור על נורמות המעוגנות כבר בדין המנהגי, ואילו אמנה קונסטיטוטיובית יוצרת נורמות חדשות. עולה מכך, שאמנה דקלרטיבית מחייבת גם מדינות שלא הצטרפו אליה כלל! להבחנה גם נפקות רבה מבחינת כללי הקליטה של המשפט הבינלאומי בדין הפנימי של מספר מדינות, ובכללן ישראל. על פי כללי הקליטה החלים בארץ, המנהג הבינלאומי מהווה, באופן אוטומטי, חלק מהדין הפנימי, ואילו אמנות בינלאומיות אינן נקלטות אליו במישרין. עולה מכך, שאמנה המסווגת כדקלרטיבית, תהווה חלק מהדין הפנימי, ואילו אמנה קונסטיטוטיובית לא תוכל להיקלט בו (בהיעדר חקיקה קולטת מתאימה)" (בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 372).
- 266 כאשר מדובר בכלל מן המשפט הבין-לאומי המנהגי, חל העיקרון שלפיו כשיש ניגוד בין החקיקה הישראלית לבין כלל מנהגי של המשפט הבין-לאומי הפומבי, עדיפה הוראת הדין של המשפט הישראלי (בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, מב(3) 801, פס' 6(ד) לפסק דינו של הנשיא שמגר (1988)); בג"ץ 785/87 אל-עפו נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 1 (1988); דוח ועדת טירקל השני "הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרת דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי" 233 (31.5.2010), [www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel\\_Report%20for%20website%20-%20hebrew.pdf](http://www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel_Report%20for%20website%20-%20hebrew.pdf) (להלן: ועדת טירקל).
- 267 לעניין קליטת המשפט הבין-לאומי ההסכמי בדין הישראלי ראו דברי הנשיא מ' שמגר בפרשת סג'דיה, שבה נקבע כי כאשר מדובר בכלל המעוגן במשפט הבין-לאומי ההסכמי, חלים העקרונות שלפיהם כלל הסכמי של המשפט הבין-לאומי הפומבי אינו הופך לחלק ממשפט הארץ, אלא כן אומץ ושולב בו בדרך חקיקה (שם, בעמ' 812, פס' 6(א) לפסק דינו של הנשיא שמגר). כמו כן נאמר כי כלל זה ישים, על אחת כמה וכמה כאשר מתברר כי לא זו בלבד שהכלל ההסכמי לא אומץ בחקיקה, במשפט הישראלי אף מצויה הוראה הנוגדת אותו בקבעה הסדר מפורש השונה בבירור מן הכלל ההסכמי הקבוע באמנה (שם, בעמ' 814, פס' 6(ג) לפסק דינו של הנשיא שמגר).

חתמה ישראל על שלוש אמנות זכויות האדם המרכזיות ואשררה אותן: אמנת ה-ICCPR, אמנת ה-ICESCR ואמנת ה-CAT, הן לא נקלטו בחקיקה הישראלית לא כטקסט מלא ולא באופן חקיקתי אחר העולה בקנה אחד עם דרישות המשפט הבינ-לאומי.<sup>268</sup> בהקשר זה נציין כי יש בפסיקה חזקה פרשנית, היא "חזקת ההתאמה" בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינ-לאומי המחייבות את מדינת ישראל<sup>269</sup> כל זמן שהאחרונות אינן סותרות לשון חוק מפורשת.<sup>270</sup> התפיסה המקובלת בפסיקה היא כי ההוראות הקבועות באמנות שישראל היא צד להן אמורות להנחות את רשויות השלטון בהפעלת סמכויותיהן, וחריגה מהן עלולה להיחשב לפעולה לא סבירה, ולפיכך לא חוקית.<sup>271</sup> ביטוי לכך היא ההלכה כי מדינת ישראל מחויבת במסגרת המשפט הפנימי לקיים את הוראות החלקים ההומניטריים של אמנת ז'נבה הרביעית, העוסקים בהגנה על האוכלוסייה האזרחית בשטחי יהודה ושומרון, כפי שהן מתפרשות בבית המשפט העליון, ואמצעים צבאיים המנוגדים להוראות אלו ייפסלו כלא חוקיים.<sup>272</sup> במהלך השנים אוזכר ונדון בפסקי דין אחדים של בית המשפט העליון סעיף 10 לאמנת ה-ICCPR.<sup>273</sup> החשובים ביותר לענייננו הם פרשת יאסין<sup>274</sup> ופרשת המוקד להגנת הפרט,<sup>275</sup> אשר עסקו בתנאי כליאתם של אסירים ועצורים ביטחוניים, ושבהם בית המשפט הגבוה לצדק נקט את חזקת ההתאמה הפרשנית וקבע את ההלכה שלפיה סעיף 10(1) לאמנת ה-ICCPR הוא הוראה

268 לאחרונה הועלתה האפשרות כי ייחקק חוק איסור על עינויים, לפי אמנת ה-CAT. ראו להלן פרק ד.  
 269 בג"ץ 2599/00 עמותת יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 835, פס' 8 לפסק דינה של השופטת דורנר (2002). ראו גם בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 33 לפסק דינו של השופט פוגלמן והפניותיו (פורסם בנבו, 22.9.2014): "אף שאמנת הפליטים לא נקלטה בדיון הישראלי, נודעת לה משמעות במשפטנו הפנימי. זאת, נוכח החזקה הפרשנית שנקבעה בפסיקתנו, שלפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל. על פי 'חזקת ההתאמה', חוקי המדינה יתפרשו – ככל הניתן – באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי (ראו למשל: דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(1) 721, 742–743, 767 (2000); תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 69, 72–74 (רובי סיבל עורך, 2009))." כמו כן, ראויים לאזכור דבריו של הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(1) 721, 742–743, 767, פס' 20 לפסק דינו (2000): "...חזקה עלינו, כי תכליתו של חוק היא, בין היתר להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן... ישנה 'חזקת התאמה' בין המשפט הבינ-לאומי הפומבי ובין החוק המקומי...".  
 270 ע"פ 6182/98 שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה, נג(1) 625 (1999).  
 271 ראו למשל פרשת פלוני, לעיל ה"ש 269.  
 272 משה הירש ואח' "הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה" הפורום למשפט בין-לאומי 16 (הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, 2008).  
 273 ראו למשל בג"ץ 4634/04 רופאים למען זכויות אדם נ' השר לביטחון הפנים, סב(1) 762, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007) (להלן: פרשת מיטה לכל אסיר).  
 274 בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2002).  
 275 בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק (2002).

בעלת אופי מנהגי העולה בקנה אחד עם הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי העיקרון המעוגן בסעיף 10(1) לאמנה נהוג גם בישראל לעניין כלל האסירים והעצורים.<sup>276</sup> בכלל זה הכיר בית המשפט בתחולתו של סעיף זה במשפט הישראלי ובתחולתן של הוראות ה־ Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988 ובהסדרי תנאי המעצר הקבועים באמנת ז'נבה הרביעית, וקבע: "גם אם אין להם תחולה ישירה במשפט הפנימי של ישראל, הם קובעים לכאורה אמות מידה שרשות שלטונית סבירה ומידתית נוהגת על־פיהן... עניין לנו בהסדרים בעלי אופי הומניטרי אשר ממשלת ישראל רואה עצמה מחויבת לקיימם".<sup>277</sup> עוד קבע בג"ץ, כי "על אמות־מידה ראויות של סבירות ומידתיות ניתן ללמוד מהסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים... הן חלות על כל מי שנתון במאסר, לרבות מעצר".<sup>278</sup> כאשר אף הובהר כי "...הוראות כלליות אלה יש להתאים תמיד לתנאי הזמן והמקום תוך שמירה מתמדת כי לפחות המינימום ההכרחי יקיים".<sup>279</sup>

בתוך כך התייחסות ל"סטנדרט המינימלי לטיפול באסיר" (SMR) בפסיקת בית המשפט העליון נדונה גם היא בעיקר אגב תנאי כליאתם של אסירים ועצורים ביטחוניים, כשבתחילה לוותה במחלוקת שופטים אם יש לראות בו מגילת זכויות של האסירים.<sup>280</sup> בפרשת יוסף נכרכו "אמות המידה המינימליות לטיפול באסירים" בזכות האסיר והעצור, ה"פלילי" וה"ביטחוני", להיכלא בתנאים המאפשרים "חיי אנוש תרבותיים" ובחובת הרשויות לדאוג לקיים רמה אנושית מינימלית בתנאי המאסר בתוך ישראל ובאזור.<sup>281</sup> בהמשך הובעה העמדה כי יש בו הוראות הומניטריות בעלות אופי מובהק, ועל כן ועל פי מדיניות הממשלה עליה לכבדן.<sup>282</sup>

ככלל ועל אף משמעויותיה העמוקות והנרחבות של הלכת בג"ץ בנוגע לתחולת סעיף 10(1) במשפט הישראלי, לרבות הגדרת מעמדו האופרטיבי של "הסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים" ככלי הנוגע ליישום תנאי כליאתם של עצורים ואסירים, לא מצאנו בפסקי הדין של בית המשפט העליון, ובייחוד באלה הנוגעים לאסירים פליליים, ביטוי של ממש להלכה זו, עד כי חלחל בלבנו הספק בנוגע לתקפותה ושרירותה. תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם, כפי שבאה לידי ביטוי

276 שם; כן ראו בג"ץ 2245/06 דבורין נ' שירות בתי הסוהר, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006).

277 פרשת יאסין, לעיל ה"ש 274, פס' 11–12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

278 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 275, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

279 שם.

280 פרשת דרוויש, לעיל ה"ש 26. לגישת השופט י' כהן, שהתקבלה כדעת הרוב, אין לראות בסטנדרט המינימלי לטיפול באסיר מגילת זכויות של האסיר, אולם לפי דעת המיעוט של השופט ח' כהן, הסטנדרטים בבתי הכלא צריכים להיקבע לפי צרכיו המינימליים של אדם מן היישוב, ולצורך קביעתם יש לפנות לתקנות בדבר הסטנדרט לטיפול באסירים שנתקבלו בקונגרס הראשון למניעת פשע ולטיפול בעבריינים בשנת 1955, בבחינת אילן גדול להיתלות בו במדינה מתוקנת.

281 בג"ץ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567, פס' 8 לפסק דינו של השופט ברק (1986).

282 פרשת סג'דיה, לעיל ה"ש 266, פס' 10 לפסק דינו של השופט בך.

בפרשנות שהעניקה ועדת ה-HRC לסעיף 10(1) באמנה<sup>283</sup> ובעיקרון 5 שב- Basic Principles (1990), הושמעה, כמעט בלעדית, בפסקי דינה של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה אשר נגעו לתנאי כליאתם של אסירים פליליים בתוך שטח ישראל.<sup>284</sup> אולם גם עמדה שיפוטית נאורה זו לא הועלתה על נס בפסקי דין אחרים של בית המשפט העליון שבהם נדונו עתירות אסירים פליליים או ביטחוניים. כפי שנעמוד על כך בהמשך פרק זה, התרשמותנו היא שבתפיסה המשפטית הקיימת תחת ההכרה ב"תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם", לפי נורמות המשפט הבינ-לאומי, קנתה לה שביטה דוקטרינת "טובות הנאה וזכויות מוקנות", אשר ביסודה משנה את סיווגן המושגי של "זכויות האדם" של האסיר ל"פריבילגיות" הניתנות כמעשה חסד,<sup>285</sup> ובכך לכאורה מאיינת את נקודת האיזון החוקתית הנדרשת לצורך הכרה בזכויות אסירים בישראל.

### (ב) הפקודה המנדטורית והמהפכה החוקתית

הבנת מערכת הכליאה הישראלית, על הנורמות החלות בה, מצריכה הכרת שתי עובדות יסוד המכוננות אותה ומעצבות אותה: האחת, השפעתו המתמשכת והרלוונטית אף לימינו של המנדט הבריטי מטעם חבר הלאומים על ארץ ישראל<sup>286</sup> על בתי הכלא במדינת ישראל, שכן החוק המסדיר את פעילות בתי הכלא הוא ירושה מנדטורית, חקיקה אנכרוניסטית מהימים שלפני קום מדינת ישראל, אשר תורגמה לשפה העברית ונקראת פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].<sup>287</sup> השנייה, ש"המהפכה החוקתית",<sup>288</sup> אשר באה לעולם בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת והביאה את בשורת שני חוקי היסוד הנוגעים לזכויות אדם בישראל: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, במידה רבה פסחה על מתקני הכליאה. פקודת בתי הסוהר הראשונה פורסמה לראשונה בשנת 1921 ועסקה בסדריניהול בתי הסוהר, סוהרים, הכרזות על מבנים ומחנות כבתי סוהר, בקליטת אסירים ושחרורים וסדרי המשמעת. פקודה בתי הסוהר השנייה פורסמה על ידי הבריטים בשנת 1940, ובשנת 1946 פורסמה הפקודה השלישית, אשר קבעה שיש להפריד בין קבוצות אוכלוסייה שונות של אסירים וליתן להם

283 ראו הערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151.

284 ראו פרשת מיטה לכל אסיר, לעיל ה"ש 271, פס' 16–18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פרשת דבורין, לעיל ה"ש 276, פס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

285 פרשת יונס, לעיל ה"ש 26, פס' 6–8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

286 תקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל, בשנים 1917–1948.

287 לסקירה היסטורית של בתי הסוהר בישראל, ראו יוסף איטון בתי הסוהר בישראל (המכון לקרימינולוגיה באוניברסיטה העברית ושירות בתי הסוהר, 1965); אורי תימור "התפתחות בתי הסוהר בישראל" צוהר לבית הסוהר – עבירות ועונשים בישראל, תיאוריה ויישום 7, 12 (2009).

288 ראו לעניין זה אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 158 (מהדורה שישית, 2005); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ח 13 (2005); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992); יואב דותן "חוק למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 211 (1997).



תעסוקה, לאפשר להם לקבל ולשלוח מכתבים, לקיים פעילות דתית ועוד. נוסחה של פקודה זו נותר בתוקף גם לאחר קום המדינה,<sup>289</sup> שכן עם פרסום מועצת המדינה הזמנית את פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 נקבע שהמשפט שהיה קיים עד ליום הקמת המדינה יוסיף לעמוד בתוקפו, וכפי שביאר זאת תימור: "משמעות קביעה זו הייתה שפקודת בתי הסוהר – 1946, שפורסמה על ידי שלטונות המנדט הבריטי ב-1946, המשיכה להיות בתוקף גם במדינת ישראל עד לשנת 1971, כשפורסמה פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971",<sup>290</sup> דהיינו הגרסה העברית של החוק המקורי שפורסם באנגלית.

כרבות השנים ומאז 1971 תוקנה פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] 53 פעמים<sup>291</sup> בידי המחוקק הישראלי, אולם תיקונים אלה לא חוללו שינוי ניכר בהיבט זכויות האסירים, ודומה שאפיונה של הפקודה המנדטורית משנת 1946 בידי תימור נראה לכאורה רלוונטי ביסודו אף לימינו:

"לא היתה בפקודה זו כל ההתייחסות לטיפול סוציאלי באסירים ולשיקומם וגם לא אזכור של פעילויות חינוך והכשרה מקצועית. ניתן להבין את ההתעלמות הזו בטבעה של משטרת המנדט. היא ייצגה גוף קולוניאלי, שמטרתו הסופית היתה להבטיח את קיומו של הממשל הבריטי ולא דווקא את עלינות החוק וזכויות האסירים, כפי שכבר היו מקובלות בשנים אלה במערב אירופה ובארצות הברית (פראג, 1972). בתי הסוהר התמקדו באחזקת האסירים ביד קשה, כדי למנוע התפרעויות או בריחות. לדוגמה, אמצעי הענישה כללו גם הלקאת אסירים בשוט בחצר בית הסוהר לנוכח כל שאר האסירים כדי להרתיעם מלהפר את כללי המשמעת (כספי, 1984)." <sup>292</sup>

הגם שכיום אין מלקים חלילה אסירים בשוטים בחצרות בתי הכלא בישראל, טרם עוגנה בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]<sup>293</sup> ההכרה בזכויות אדם של אסירים לפי סטנדרט המשפט הבין-לאומי, ולמעשה ניתן למצוא בה הוראות אשר ספק אם מקומן ראוי בספרי החוקים של מדינות נאורות ומתוקנות. למשל, על פי נורמות זכויות האדם הבין-לאומיות, לכל אדם עומדות חירויות יסוד,

289 תימור, לעיל ה"ש 287, בעמ' 9.

290 שם, בעמ' 8.

291 נכון למאי 2017.

292 תימור, לעיל ה"ש 287, בעמ' 9.

293 פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] בנויה מארבעה פרקים: פרק א: "פרשנות"; פרק ב: "אסירים"; פרק ג: "בתי סוהר"; פרק ד: "שוונות". העיקריים לענייננו הם פרק ב ופרק ג. בפרק ב, הנוגע לאסירים, נמצא בין השאר את הנורמות המשפטיות הראשיות בנוגע לקבלתם וכליאתם של אסירים; חופשות; ביקורים; מכתבים; חפצים אסורים; תנאי כליאה הולמים; דין משמעת; סיווגם ומיונם; הפרדה; פגישה עם עורך דין; מבקרים רשמיים; שחרור ועוד. בפרק ג, הנוגע לבתי סוהר וסוהרים, נמצא את ההסדרה המשפטית הראשית הנוגעת להקמת בתי סוהר; אופן ארגון שירות בתי הסוהר; תפקידי של שירות בתי הסוהר; מינוי הנציב והסוהרים; גיוס סוהרים ושחרורם; סמכויות הסוהרים ואחריותם; דין משמעת לסוהרים; בירור קבילות סוהרים ונציב קבילות הסוהרים ועוד.

כחירות הבסיסית לתקשר עם זולתו,<sup>294</sup> ואילו בסעיף 50 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], שכותרתו "איסור תקשורת", נקבע: "לא יתקשר אדם עם אסיר אלא לפי הכללים וההוראות המסדירים אותה תקשורת".<sup>295</sup> בסעיף 51 לפקודה נקבע כי העובר על הוראה זו דינו עונש מאסר

294 ראו לעניין זה, ס' 17, 18, 19 לאמנת ה-ICCPR, לעיל ה"ש 4, וכן ס' 1, 2, 7, 12, 18, 19 ל-UDHR, לעיל ה"ש 54.

295 לכאורה מדובר באיסור התקשרות של אדם המבקש להתקשר עם אסיר. ראו פסק דינו של השופט זמיר בפרשת קונטאר, לעיל ה"ש 26, שם הוא אמנם משאיר בצריך עיון את שאלת משמעותו של סעיף 51, אולם מציינן לעניין סעיף זה כי "אך יש לדייק: סעיף זה, לפי לשונו, מטיל איסור על אדם להתקשר עם אסיר, ואין הוא מטיל איסור על אסיר להתקשר עם אדם...". עם זאת פקנ"צ 04.42.00, "הטיפול בפניית אסיר לפרסום דברים בציבור" (להלן: "פקודת הפרסום"), מטילה מגבלות ניכרות על האסירים, בעיקר בכל הנוגע לקשר עם העולם החיצון וחופש הביטוי, בין השאר מכוח סעיף זה (ראו ס' 12 לפקנ"צ וכן דברי כבוד השופט עמית ברע"ב 3102/15 זוזיאשווילי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 10.12.2015)), ובאופן העולה כדי עברת בית סוהר חדשה (ס' 8 לפקודת הפרסום). מטרת פקודת הפרסום היא לקבוע כללים ושיקולים מנחים לפרסום דברי אסיר בציבור וקביעת אופן הטיפול בפניית אסיר לפרסום דברים בציבור (ס' 4 לפקודת הפרסום). לדברי השב"ס, פקודת הפרסום באה להסדיר את התופעה המתרחבת של בקשות מצד כלי התקשורת לראיין אסירים "מפורסמים", ומטרתה לגבש תבחינים להבניית שיקול דעתו של השב"ס בנושא זה (פרשת זוזיאשווילי, פס" 3). אלא שלא ברור כיצד פקודת הפרסום מתיישבת עם ההלכה שנקבעה בעע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996), ולפיה גם הפגיעה בחופש הביטוי של אסירים תיעשה על פי "מבחן הוודאות הקרובה" ועל יסוד הסתברות ברמה של "וודאות קרובה" שמימוש הזכות עלול לגרום נזק ממשי לאינטרס חיוני של המדינה ושל הציבור, או באמצעות נוסחת האיזון שבתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאותה הפעיל בעבר בית המשפט העליון ברע"ב 5493/06 פלד נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.10.2010). דומה שפקודת הפרסום משנה את היקפה של הזכות לחופש הביטוי, לרבות נקודת האיזון החוקתית. לפי ס' 1 בפקודת הפרסום: "א. בית סוהר הינו מקום סגור, שהכניסה אליו אינה מותרת לכל אדם. הקשר של האסיר עם העולם החיצוני מוגבל, מפוקח, ומבוקר ע"י שב"ס בהתאם לפקודה זו. ב. חופש הביטוי נמנה עם זכויות היסוד של האדם בישראל לרבות בעת היותו במאסר. יחד עם זאת, ניתן להטיל מגבלות על חופש הביטוי של האסיר לשם קיום הביטחון, הסדר, המשמעת והניהול התקין של בתי הסוהר וכן לשמירה על שלומם של האסירים, אנשי הסגל, ביטחון המדינה, שלום הציבור ורגשותיו... ד. פרסום דברי אסיר שלא עפ"י פקנ"ץ זו, הוא אסור". יתרה מזאת, ס' 2 לפקודת בתי הסוהר מרחיב וקובע: "עפ"י פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 א. שירות בתי הסוהר אחראי על המצויים במשמרתו, מתוקף כך, סמכותו לפקח על מעשיו ומגעיו של אסיר עם גורמים מחוץ לבית הסוהר, לרבות מניעת פגיעה באינטרסים ציבוריים". בהמשך לכך, כעניין של מדיניות נקבע הכלל שבו חופש הביטוי של האסירים הוגבל אך ורק לכתב (ס' 1.א5 בפקודת הפרסום "ככלל, פרסום דבריו של אסיר ייערך בכתב בלבד"; רע"ב 1293/14 הררי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 9.6.2014), שבו נדחתה בקשת אסיר לאפשר לו לקיים ריאיון טלוויזיוני לצורך קידום מיזם עסקי פרי רעיון שאותו הגה. שב"ס סירב להכנסת צוות הטלוויזיה למתקן הכליאה, בנימוק כי בית הסוהר הוא מקום סגור, ולפי המדיניות הנהוגה בשירות בתי הסוהר, ראיונות עיתונאיים של אסירים מותרים רק במקרים חריגים ביותר, כשהצורך המסחרי שהעלה האסיר אינו נמנה עמם). בס' 5 לפקודת הפרסום נמנים שיקולים נוספים שיש לשקלם: מטרת הפרסום; התנהגות חיובית של האסיר בבית הסוהר; קיומו של מידע הקושר את האסיר למעורבות שלילית; עמדת נפגע העברה; השפעת הפרסום על האינטרסים האלה; ביטחון המדינה, שלום הציבור וביטחון, הסדר והמשמעת בבית הסוהר, לרבות פגיעה בשמו של אסיר, הליכי חקירה או משפט בעניינו של האסיר או של אדם

בן שישה חודשים. על פני הדברים מדובר בסעיף המעלה ספק של ממש אם הוא עולה בקנה אחד עם דרישת סעיף 26 שבאמנת ה-ICCPR, אשר קובע כי כולם שווים בפני החוק, וכן עם סעיף 19.2 לאמנה, הנוגע לחופש הביטוי, לרבות סעיף 19.3, הקובע כי צד ניתן להגביל זכות זו. בסעיף 70 לפקודה נקבע: "רשאי הנציב באישור השר להורות על מתן מחסה ומשמורת בטוחה בבית סוהר ארעי לאסירים שלדעתו אין לשכן אותם שיכון נוח בבית סוהר קיים או שמחמת מחלה מדבקת או סיבה אחרת רצוי להורות כאמור; דין בית סוהר ארעי כדין בית סוהר לפי פקודה זו". ספק אם נוסח סעיף זה עולה בקנה אחד עם סעיף 10(1) לאמנת ה-ICCPR, עם סעיף 11 לאמנת ה-ICESCR ועם נורמת איסור האפליה והזכות לשוויון, כאמור לעיל.<sup>296</sup> עד היום בין עברות בית הסוהר, המנויות בסעיף 56 לפקודה, ניתן להעניש אסיר אשר התלונן תלונות ללא יסוד;<sup>297</sup> במזיד גרם לעצמו מחלה, חבלה או אי-כושר;<sup>298</sup> התנהג בחוסר נימוס כלפי סוהר, עובד בית סוהר, מבקר או כל אדם המועסק בעניין של בית הסוהר;<sup>299</sup> סירב לעבוד

אחר; רגשות נפגע העברה. עד כה טרם נדונה שאלת החוקתיות של פקודת הפרסום בבית המשפט לגופה, אם כי בכמה פסקי דין מהעת האחרונה נשמעו קביעות שיפוטיות בנוגע אליה. כך למשל בבג"ץ 1247/15 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 29.3.2016) סגר בג"ץ את שעריו בפני עיתון בנימוק כי המפתח לביקורת שיפוטית על החלטתו של שירות בתי הסוהר שלא להתיר לאסיר להתראיין לעיתון מצוי בלעדית בידי של האסיר ובמסגרת עתירת אסיר ולא בידי גורם ציבורי. בדעת המיעוט של השופטת ברק-ארז בפסק דין זה נאמר, בין השאר: "לשיטתי, אין אלה הידיים שבהן יש להפקיד את המפתח הבלעדי לביקורת שיפוטית על החלטה השייכת במובהק לתחום הציבורי ולליבת ההגנה על חופש הביטוי" (שם, פס' 1). ראו גם עת"א 61496-01-16 (מחוזי ב"ש) סיבוני נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 22.3.2016), שם דחה השופט אקסלרד עתירת אסיר עולם שטען לחפותו ולמשפט חוזר (מדובר באסיר שריצה 17 שנות מאסר ושמאסרו לא נקצב) כנגד החלטת שב"ס שלא לאפשר לו ריאיון טלוויזיוני בנימוק שמדובר בהחלטה סבירה: "אכן, על פי פקודת הפרסום, הכלל הוא פרסום בכתב ולא בדרך אחרת ורק במקרים חריגים יש מקום לאפשר קיום ריאיון או פרסום שלא בכתב. אינני סבור שנפלה שגגה בפני הגורם המוסמך, עת מצא שאין המדובר במקרה שבו יש נסיבות חריגות. הנסיבות החריגות להן טוען העותר, מצביעות על חריגותו של המקרה, אך אין פרוש הדבר כי קיימת רלוונטיות לכך לעניין מתכונת קיום הריאיון עם אמצעי התקשורת".

<sup>296</sup> ס' 70 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] מקנה סמכות שיקול דעת רחבה ביותר לנציב שב"ס לשכן כל אסיר שהוא בתנאים שאינם נוחים ולא רק במקרה של טובת האסיר או מחלה מידבקת. ראו עמדת המדינה בע"ש 95/92 (מחוזי ת"א) אלטורי נ' שב"ס (פורסם בנבו, 22.3.1992). באותו המקרה נדונה עתירת עצורים עד תום ההליכים להעבירם ממתקן משטרתי שבאחריות משטרת ישראל, אשר לא הוכרו "בית סוהר" אל בית הסוהר שבאחריות שירות בתי הסוהר או לחלופין למתקן משטרתי שהוכרו בית סוהר, באשר באחרונים תנאי הכליאה טובים. בית המשפט, מפי כבוד השופטת סירוטה, ראו בסעיף זה את מקור האסמכתה להחזקת עצורים עד תום ההליכים בתחנות משטרה בתנאים הנופלים מאלו שבבתי הסוהר ועם זאת הביע מורת רוחו מכך. מלבד פסק דין זה לא מצאנו התייחסות נוספת לסעיף זה בפסיקה. ייתכן שמקור הבעיה מצוי בתרגום לא מוצלח מהשפה האנגלית לשפה העברית של פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], ראו והשוו לס' 4 לפקודת בתי הסוהר, 1946, ע"ר 1946 תוס' 1, עמ' 6.

<sup>297</sup> ס' 56(2) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

<sup>298</sup> ס' 56(24) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

<sup>299</sup> ס' 56(29) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

או התעצל, ולזל או התרשל בעבודתו;<sup>300</sup> השמיע רעש ללא צורך או קילל או חירף;<sup>301</sup> או מחמת כל מעשה, התנהגות, אי-סדר או הזנחה הפוגעים בסדר הטוב או במשמעת.<sup>302</sup> בפועל ניתן להעניש אסיר בגין עברות משמעת אלה ואחרות במסגרת שלושה הליכים נפרדים ומקבילים, בעת ובעונה אחת: ענישה מנהלית,<sup>303</sup> ענישה משמעתי<sup>304</sup> וענישה פלילית.<sup>305</sup> החל בשלילת ביקורים, קשר טלפוני, שליחה וקבלה של מכתבים, צפייה בטלוויזיה והאזנה לרדיו, החזקת חפצים אישיים, פעילות חינוך ושיקום, תעסוקה, התייחדות, פריון, חופשות וכיוצא ב, במסגרת ההליך המנהלי; עובר בהתראה, באזהרה חמורה, בקנס, בבידוד לתקופה של עד 14 ימים, בהפחתת ימי שחרור עד ל-21 ימים<sup>306</sup> ובפיצויים,<sup>307</sup> במסגרת ההליך המשמעתי, ועד

- 300 ס' 56(30) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].
- 301 ס' 56(34) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].
- 302 ס' 56(41) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].
- 303 ראו פקנ"צ 04.17.00 "הענקת טובות הנאה ושליחתן", אשר בתוקף מתאריך 1.5.2001 ועודכנו לאחרונה בתאריך ה-6.11.2016. בהתאם לנספח א' בפקנ"צ, ניתן, בין השאר, לשלול מאסיר אפשרות לרכישת מוצרים בקנטינה, החזקת חפצים פרטיים, קשר טלפוני, ביקורים, לבוש פרטי, פעילות חינוכית, קידום באגף, שיבוץ לעבודה, התייחדות, פריון, משלוח מכתבים. מדובר בסמכות מנהלית להגביל את מה שהוכר במשפט הביין-לאומי כזכויות אדם של אסירים או לשלול אותן, או כדברי השופט רון שפירא: "זכויות, כגון הזכות למפגש עם קרובי משפחה, הזכות להחזיק חומר קריאה, זכות ההתייחדות וכדומה, הן כולן זכויות שאפשרות מימושן נקבעת, בתקופת המאסר, על ידי גורמי שב"ס. חלק מהזכויות הוכר כזכויות יסוד וחלקן – כזכויות בעלות דרגה גבוהה. לא כאן המקום לעסוק בסיווגן של הזכויות הללו ודי בכך שנאמר כי, לדעת הכל מדובר בזכויות בעלות חשיבות עליונה" (רון שפירא "הליך מנהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית" ספר עדי אזור ז"ל – המשפט יב 485, 490 (2007)).
- 304 ראו פקנ"צ 04.13.00 "דין משמעתי אסירים", שהיא בתוקף מהתאריך 12.6.2002 ועודכנה לאחרונה בתאריך 28.8.2016, שם בסעיף ה.3(ב) נאמר כי ניתן לנקוט נגד האסיר הליך משמעתי נוסף על ההליך הפלילי באותו עניין.
- 305 למרות הקבוע בס' 62 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], ולפיו "שום דבר האמור בפקודה זו אינו בא לפטור אסיר מהות מואשם לפני בית משפט בדרך הרגילה על כל עבירה שעבר ובלבד שלא יענש פעמיים על עבירה אחת", ועל אף האמור בסעיף 8 לפקנ"צ 04.17.00, לעיל ה"ש 303, ולפיו: "במקרה בו הוגשה תלונה במשטרה מטעם שב"ס כנגד אסיר בעקבות הפרת משמעת חמורה על ידו (כגון: קטטה, תקיפה, איום, אי חזרה מחופשה), אין להעמיד האסיר לדין משמעתי משום שהעמדתו לדין משמעתי שוללת אפשרות העמדתו לדין פלילי, ובמקרה זה ניתן לשלול ממנו טובות הנאה כולן או מקצתן". בית המשפט קבע כי הרשעת אסיר וענישתו בהליך משמעתי בגין "עברת בית סוהר" אינה מונעת העמדתו לדין פלילי בגין אותו מעשה וענישתו הפלילית (ת"פ (שלום כ"ס)) 2618-10-11 מדינת ישראל נ' מוסלי (פורסם בנבו, 22.12.2011). השוו ל"ס 1.39 בכללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ולפיו: "No prisoner shall be sanctioned except in accordance with the terms of the law or regulation referred to in rule 37 and the principles of fairness and due process. A prisoner shall never be sanctioned twice for the same act or offence"
- 306 ס' 58(א)(1)–(5) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].
- 307 ס' 59(א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

לעונש מאסר פלילי של שישה חודשים,<sup>308</sup> בהליך הפלילי, כתוספת לתקופת המאסר שבה מרצה האסיר את עונשו בבית הכלא.

על הענישה המנהלית, המוכרת בדין הישראלי הנוגע לבתי הסוהר, כשלילת טובות הנאה נעמוד כאמור בהרחבה בהמשך. נציין כעת כי ההחלטה המנהלית על פגיעה בתנאי המחיה של אסירים ובזכויותיהם או שלילתם נעדרת ערובות פרוצדורליות המוכרות בזכויות אדם במשפט הבין-לאומי, בין השאר כזכות השימוע, הטיעון והייצוג. מלבד זאת, לטעמנו, ספק של ממש אם ענישה פלילית בגין עברות אלה עולה בקנה אחד עם סעיף 15 לאמנת ה-ICCPR<sup>309</sup> שכן מדובר בהרשעה ובהענשה על ידי בית משפט פלילי ב"עברת בית הסוהר" ולא בעברה פלילית. כמו כן לפי כללי מנדלה,<sup>310</sup> הסנקצייה המשמעיתית תוטל על אסירים לפי עקרון ההגנות וההליך ההוגן ו-"A prisoner shall never be sanctioned twice for the same act or offence"<sup>311</sup>. לעצם ההליך המשמעתי, ובניגוד לחסר החקיקתי בדין הישראלי, לאסיר עומדות ערובות פרוצדורליות, כזכות הייצוג במסגרת ההליך המשמעתי,<sup>312</sup> זכות לביקורת שיפוטית על עונש שהוטל עליו,<sup>313</sup> ואף נאסר כעיקרון לפגוע בקשרי האסיר עם משפחתו כחלק מסנקצייה משמעיתית.<sup>314</sup>

מלבד זאת, בסעיפי החוק שבפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] לא מצאנו לשון או ניסוח משפטי פוזיטיבי או קטגורי המאפיין את לשון זכויות אדם לאסירים, כפי שהמשפט הבין-לאומי נוקט, וכפי שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו דובר אותו. ולמעשה, דומה שאין במסגרת ההסדרים הראשוניים בחקיקה הראשית הישראלית הכרה בזכויות אדם של אסירים והגנה עליהן. אמנם בשנת 2012 תוקנה הפקודה באמצעות תיקון מס' 42,<sup>315</sup> וניתן לראות בה אינדיקציה של עיגון חקיקתי הולם ל"זכויות מינימליות לאסירים", ובכלל זה פעילות חינוך ופנאי ושיקומם. אלא כפי שנראה להלן, עולה שמדובר בחקיקה המגיעה עם מנגנון נטרול עצמי – המצאה ישראלית חדשנית בחקיקה שבה לכאורה מעוגנת "זכות אדם", אלא שהיא כפופה מעצם הגדרתה לשיקול דעת מנהלי ובכך מנטרלת אפשרות אפקטיבית לשמירה עליה אף בבתי המשפט. תיקון זה, להבנתנו, תואם את תקנות בתי הסוהר,<sup>316</sup> תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר)<sup>317</sup> ותקנות בתי

308 ס' 61 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

309 לפי ס' 1.15 לאמנת ה-ICCPR, לעיל ה"ש 4, אין להרשיע ולהעניש אדם בגין מעשה או מחדל אשר לא היו עברה פלילית לפי המשפט הלאומי או הבין-לאומי בשעת עשייתם: "No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed..."

310 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131.

311 שם, ס' 1.39.

312 שם, ס' 3.41.

313 שם, ס' 4.41.

314 שם, ס' 3.43.

315 פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] (תיקון מס' 42), התשל"ב-1971, ס"ח 2355 (להלן: תיקון מס' 42). תיקון זה עוסק בתנאי כליאה הולמים, בפעילות חינוך ופנאי ובשיקום אסירים.

316 תקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978.

317 תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010.

הסוהר (פעילות פנאי או חינוך), התשע"ז–2016,<sup>318</sup> שהן המעגנות בפועל ומקבעות את המציאות הנורמטיבית הנוגעת להיעדר הכרה בזכויות אסירים בישראל, כפי שנעמוד על כך בהמשך. אפשר לומר כי למעשה תיקון זה מרכיין ראשו בפני זכויות אלה.

"המהפכה החוקתית", שבאה עם חקיקתם של שני חוקי היסוד: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, אמנם עיגנה בחקיקה בעלת תוקף חוקתי את הזכות לחופש העיסוק, הזכות לחיים, הזכות לקניין, הזכות לכבוד, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לחירות והזכות לפרטיות – נורמות זכויות אדם המעוגנות במשפט הבין-לאומי – אולם המהפכה טרם הושלמה. מהפכה זו לא הביאה לידי ביטוי מלא בחקיקה את כלל זכויות האדם שלהן התחייבה ישראל במשפט הבין-לאומי, ואף לא את רובן.

הרבותא המשפטית בשני חוקי היסוד פורשה בבית המשפט העליון בקבעו כי הם נהנים מעליונות נורמטיבית, וכי על המחוקק הישראלי להתאים את דברי החקיקה היוצאים מתחת ידו לשני חוקי יסוד אלו, שאם לא כן, לפי פסקת ההגבלה, דבר החקיקה עשוי להתבטל בעקבות ביקורת שיפוטית.<sup>319</sup> בהיבט זה חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, הרלוונטי מבין שני חוקי היסוד לשמירה והגנה על זכויות אדם חוקתיות בישראל, קובע כי תחולתו היא על חקיקה שנחקקה לאחר הולדתו ולא על זו שקדמה לו. סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד קובע: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד",<sup>320</sup> ובכך למעשה מאפשר את המשך קיומה של "שמורת הטבע המנדטורית" שלפני שנת 1992. סעיף זה מקבע את היעדר ההתאמה שבין פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכלל זה הוא משמר גישה חקיקתית עלי ספר אשר אינה מאפשרת תחולתן הישירה של זכויות האדם החוקתיות בישראל על הדין הראשי הנוגע לאסירים ולמערכת הכליאה. החרגה זו חלה לא רק על פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] אלא גם על מרבית תקנותיה הנוגעות לאסירים

318 תקנות בתי הסוהר (פעילות פנאי או חינוך), התשע"ז–2016, ק"ת 7737, 234.  
 319 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 14. כן ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994); מאז חקיקת שני חוקי היסוד הללו בית המשפט העליון נהג במשורה ובריסון כאשר קיים ביקורת שיפוטית הנוגעת לביטול חקיקה ראשית של הכנסת ועשה כן 15 פעמים בלבד, נכון למועד כתיבת מאמר זה. בהקשר זה ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1998); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 מועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.1.2009); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010); בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012); בג"ץ 8300/02 נטר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 19.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).  
 320 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אשר נחקקו עובר לחקיקת חוק היסוד, <sup>321</sup> ובמיוחד תקנות בתי הסוהר. <sup>322</sup> השופט י' דנציגר עמד על כך בפרשת יונס, <sup>323</sup> ובין השאר קבע כי אף אם פרשנות דין ישן תיעשה בהשראת "רוחו" של חוק היסוד, אי אפשר לעשות כן בשעה שהדבר נוגד את לשונה של החקיקה הראשית או חקיקת המשנה, <sup>324</sup> כבמקרה של פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] ותקנותיה.

לא זו בלבד שחלקים מרכזיים מפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] ותקנותיה אינם ניתנים לתקיפה חוקתית ישירה בבית המשפט, אלא שלפי התרשמותנו, כפי שנביאה בתת-הפרק הבא, הפקודה והתקנות אף סותרות את המסגרת החוקתית בישראל ואף את נורמת היסוד במשפט הבין-לאומי בדבר תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם.

### 3. דוקטרינת "טובות הנאה וזכויות מוקנות" בידי האסירים הישראלי

בשני מוקדים עיקריים ניתן לזהות התייחסות חקיקתית-טקסטואלית לנושא זכויות אסירים בחוק הישראלי. האחד, בתיקון 42 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], משנת 2012, <sup>325</sup> העוסק בתנאי כליאה הולמים, בפעילות חינוך ופנאי ובשיקום אסירים, ובכלל זה תקנות בתי הסוהר (פעילות פנאי או חינוך), התשע"ז–2016 <sup>326</sup> וכן תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע–2010, שנקבע

321 ככלל זה ראו תקנות בתי הסוהר (אסירים שנידונו למיתה, דרך הטיפול בהם והוצאת גזר הדין לפועל), 1925; תקנות בתי הסוהר, התשל"ח–1978; תקנות סדרי דין (עתירות אסירים), התש"ם–1980; צו בתי הסוהר (קביעת קנס ופיצויים לעניין עבירת בית סוהר), התשנ"א–1991. לעניין סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 307, 326; וכן פרשת לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 319.

322 תקנות בתי הסוהר, התשל"ח–1978.

323 פרשת יונס, לעיל ה"ש 26, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר. שם נדונה עתירת ילדי אסירים ועצורים ביטחוניים לבקר את הוריהם הכלואים ולשהות בקרבה פיזית במחיצתם למשך כרבע שעה במהלך ביקור משפחות. ראו גם בג"ץ 1475/10 כהן נ' היועץ המשפט לממשלה (פורסם בנבו, 14.4.2010), שם השופט רובינשטיין התייחס לסעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד ודחה עתירת אסיר בקובעו: "...בצדק הפנתה המדינה לסעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם ברי כי גם את ס' 58 לפקודה יש לפרש ברוח חוק היסוד (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995); בג"ץ 3100/05 שטוקלמן נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם)). אך ברי גם כי הוראת החוק כשלעצמה על מכוונה, ואין לומר כי אין היא מתיישבת עם פסקת ההגבלה. כידוע אין בית המשפט מורה למדינה להגיש הצעה לתיקון חוק אף שבידו להמליץ והוא עושה כן מדי פעם. במקרה דנא – מבלי לפגוע בכך שכל חוק, בוודאי הנוגע לזכויות, ראוי ככלל לעיון מחודש מדי תקופה – לא ראינו מקום להידרש לדברים מעבר לאמור. הדרך הנכונה להעלות טענה של אי-צדק בהפעלת סנקצייה כגון בידוד או סנקצייה אחרת – טענה העשויה כמובן להיות לגיטימית במקרים מסוימים, ואיני קובע מסמרות באשר למקרה שאליו נדרש העותר – היא תחילה בפניה לנציב או למי שהסמיך הנציב לפי סעיף 58(ד) לפקודה; במקרה הצורך ניתן להגיש עתירת אסיר ספציפית, הנדרשת למקרה הקונקרטי... במישור החוקתי אין בידנו לסייע לעותר, וכאמור לא נוכל להיעתר לעתירה" (שם, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

324 שם, פס' 48 לפסק דינו של השופט דנציגר.

325 ס' 11ב–11א לתיקון מס' 42.

326 תקנות בתי הסוהר (פעילות פנאי או חינוך).



לגביהן "כאילו" נחקקו מכוחו. והשני, במסגרת תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, הממוקמת בפרק ד' לתקנות, העוסק ב"משמעת", וכותרתה "טובות הנאה", ואשר אליה מתלווה פקודת נציבות שב"ס 04.17.00, שכותרתה "הענקת טובות הנאה ושלילתן".<sup>327</sup>

תיקון מס' 42 חשוף לכאורה לתקיפה חוקתית ישירה מאחר שנחקק לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו תקנה 19 חוסה תחת הגנת סעיף שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אף שבעקבות תקנה 19 קבע נציב השב"ס פקודת נציבות שמספרה 04.17.00 "הענקת טובות הנאה ושלילתן", ואשר תכליתה הסדרת הפרקטיקה המשפטית-מנהלית לתפעול מערך טובות ההנאה המעוגנות בפקודות נציבות אחרות,<sup>328</sup> טרם פורסמו עד כה פקודות נציבות הנוגעות ליישומן האופרטיבי של הזכויות המפורטות בתיקון מס' 42, ובכלל אלה כאלה הנוגעות לאופן יישום תקנות פעילות פנאי או חינוך. בהקשר זה חשוב לציין כי תחולתן של תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר) משנת 2010 רלוונטית בעיקר למתקני כליאה חדשים שייבנו ולא אלה הקיימים.<sup>329</sup>

בהיבט המהותי, גם תיקון 42 וגם תקנה 19 מעניקים סמכות שיקול דעת נרחבת לשירות בתי הסוהר בנוגע להגדרת זכויות האסירים, היקפן ואופן יישומן עד כדי כך שניתן להגדירן כפררוגטיבה מנהלית ולא כחקיקה המעגנת זכויות אדם חוקתיות או כזו העומדת בדרישות נורמות זכויות אדם בין-לאומיות. את הגישה הזאת בחקיקה אנו מכנים "דוקטרינת טובות ההנאה והזכויות המוקנות", ולהבנתנו, היא מתנגשת חזיתית עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועם תפיסת האסיר כאדם במשפט הבין-לאומי. נביא להלן את לשון התקנה והחוק ולאחר מכן נבאר טענתנו בדבר "זכויות מוקנות" ו"טובות הנאה".

תקנה 19 קובעת:

19. טובות הנאה [תיקון: תשמ"ז]

(א) מנהל בית הסוהר רשאי, על פי כללים שקבע הנציב, להעניק לכלל האסירים או לסוג אסירים או לאסיר מסוים טובות הנאה מעבר זכויות מוקנות שנקבעו בחיקוק, כגון: ביקורים, מכתבים, חופשות, קניית מצרכים, האזנה לשידורים בכלי תקשורת או צפייה בהם (להלן: טובות הנאה), המותנות בהתנהגותו הטובה של האסיר המסוים או בסוג בית הסוהר או האגף שבו הוא מחוזה או במצב בבית הסוהר.

327 פקנ"צ 04.17.00 "הענקת טובות הנאה ושלילתן".

328 ראו למשל פקנ"צ 04.47.00 "התייחדות וסיוע לפיריון לאסירים"; פקנ"צ 04.43.00 "מכתבי אסירים משלוח וקבלה"; פקנ"צ 04.40.00 "חופשות אסירים"; פקנ"צ 04.42.00 "סדרי ביקור אצל אסירים"; פקנ"צ 04.32.00 "קשר טלפוני של אסירים" וכיוצ"ב.

329 ראו ס' 8 לתקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר).

(ב) מנהל בית הסוהר רשאי, לפי שיקול דעתו, למנוע מאסיר שהתנהגותו איננה טובה או מסוג אסירים בבית הסוהר או מכלל האסירים בבית הסוהר טובות הנאה; מניעת טובות הנאה תיעשה על פי כללים שקבע הנציב.

(ג) על אף האמור בתקנת משנה (א), מניעת טובות הנאה לפי תקנה זו יכול שתכלול גם איסור על החזקת חפצים שהותרו לפי תקנה 37, למעט מסמכים כאמור בתקנה 37(ג).

תיקון מספר 42 קובע:

- 11"ב. (א) בסעיף זה, 'אסיר' – למעט עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום.
- (ב) אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו.
- (ג) אסיר יהיה זכאי, בין השאר, לכל אלה:
- (1) תנאי תברואה הולמים, תנאים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי, טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו, ותנאי השגחה מתאימים לפי דרישת רופא של שירות בתי הסוהר;
  - (2) מיטה, מזרן ושמיכות לשימושו האישי, והחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות;
  - (3) מי שתייה וכן מזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו;
  - (4) בגדים, מוצרים לשמירה על ניקיון אישי ומצעים בכמות ובתנאים שייקבעו בפקודות השירות;
  - (5) תנאי תאורה ואוורור סבירים בתא;
  - (6) הליכה יומית באוויר הפתוח, בתנאים ובמועדים שייקבעו בתקנות; זכות זו ניתנת להגבלה מטעמים של שמירה על שלומו של האסיר.
- (ד) עיקר זכויות האסירים וחובותיהם במקום המאסר יפורסמו במקום בולט במקום המאסר.
- (ה) מבקר המשרד לביטחון הפנים ימסור לשר, אחת לשנה, דין וחשבון על יישום סעיף זה.
- (ו) השר רשאי לקבוע בתקנות הוראות לביצוע סעיף זה, וכן הוראות בדבר תנאים נוספים שלהם יהיה זכאי אסיר בבית הסוהר.
111. אסיר יהיה זכאי להשתלב בפעילות פנאי או חינוך בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות.
111. (א) נציב בתי הסוהר יבחן אפשרויות לשיקומו של אסיר שהוא אזרח ישראלי או תושב ישראל וינקוט צעדים להבטחת שילובו המרבי בפעילויות שיקום בין כותלי בית הסוהר.

- (ב) אסיר כאמור בסעיף קטן (א) ישולב בפעילויות שיקום, ככל שיימצא מתאים לכך, במועד, בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות.
- (ג) השר יקבע, באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הוראות לעניין סעיף זה.
- 11ה. אין בהוראות סעיפים 11ב עד 11ד כדי לגרוע מזכויותיו של עצור לפי סעיף 9 לחוק המעצרים.<sup>330</sup>

על פי דוקטרינת "טובות הנאה וזכויות מוקנות", כפי שבאה לידי ביטוי בסעיפים שלעיל, מערך תנאי המחיה, היחס, הטיפול והשיקום של אסירים בבתי הכלא בישראל נשען על שני נדבכים: "זכויות מוקנות" ו"טובות הנאה".

#### (א) זכויות מוקנות

נקודת המוצא הפרדיגמטית בנוגע לזכויות אסירים בחקיקה הישראלית, כפי שמעוגנת בבירור בתקנה 19, היא שאין לאסיר זכויות לבד ממה שהוקנה לו במפורש בחקיקה (להלן: "זכויות מוקנות").<sup>331</sup> במילים אחרות, "זכות" במובן של "חירות", כדברי השופט האנגלי Channell: "Everybody has a right to do that which the law does not forbid",<sup>332</sup> אינה מוכרת באשר לאסיר הישראלי אלא רק מה שהוקנה לו, בבחינת right acquired. להבנתנו, גישה משפטית זו, המתנה הכרה בזכויות אדם והגנה עליהן בעיגון חקיקתי,<sup>333</sup> אינה עולה כשלעצמה בקנה אחד

330 בס' 3 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] (תיקון מס' 42), שכותרתו "שמירת תוקף", נאמר: "תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010, כנוסחן ערב תחילתו של חוק זה, יראו בהן כאילו הותקנו לפי סעיף 11 לפקודה, כנוסחו בסעיף 1 לחוק זה, ואין בתקנות שיתקנו לפי הסעיף האמור כדי לגרוע מתוקפן".

331 להבריל מאמרתו הנודעת של השופט האנגלי Channell, ולפיה: "'Right acquired' means some specific right which, in some way or another, has been acquired by individuals, and which individuals have got and other people have not got. It does not mean 'right' in the sense in which one sometimes uses it popularly. Everybody has a right to do that which the law does not forbid. They have the right to use spectacles and wear beards and moustaches, and wear a red tie, or do any of the other things that the law does not forbid".  
ב-Starey v. Graham, [1899], 1 Q.B.D. 406, 411.

332 שם.

333 כבוד השופט מ' חשין המנוח הבהיר עיקרון זה בהקשר של קשריו של האסיר עם העולם החיצון בפרשת גולן, לעיל ה"ש 295, פס' 5 לפסק דינו: "...קשריו של אסיר עם העולם חוצה לבית הסוהר נתונים להסדר מפורש ומפורט בפקודה ובתקנות. הכלל הרחב בפקודה ובתקנות הוא, שאין לאסיר זכות קנויה לעמוד בקשר עם אנשים חוצה לבית הסוהר אלא ככל שהפקודה והתקנות נותנות זכות זו בידי... לשון אחר: לכאורה, אין לו לאסיר זכות לעמוד בקשר מכתבים עם אנשים מחוץ לבית הסוהר, אלא אם ניתנה לו זכות מפורשת לכך. דינו של אסיר לעניין זה שונה מדינו של אדם חופשי: שאדם חופשי יכול לעמוד בקשר עם זולתו, אלא אם נאסר עליו הדבר, ואילו אסיר אינו רשאי

עם נורמות זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. אין היא מתיישבת עם "עקרון האוניברסליות", שלפיו זכויות האדם מוקנות לאדם באשר הוא אדם, ככל מקום ובכל מצב, ובוודאי עם תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם, ככל אדם, שהוא עקרון יסוד באשר לאסירים, בחקיקה הקשה והרכה שבמשפט הבין-לאומי, כפי שעמדנו עליה בפרק הקודם.

אם נבדוק על פי תקנה 19 מהן "הזכויות המוקנות" לאסירים בחקיקה הישראלית, נמצא שרובן ככולן כפופות לשיקול דעת מנהלי באופן המגביל את היקפן עד כדי תהייה באשר לעצם קיומן. כך למשל בסעיף 45(א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] נקבע כי "אסיר זכאי להיפגש עם עורך דין לשם קבלת שירות מקצועי", אולם בסעיף 45(ה) נאמר כי בסמכות השר לקבוע הוראות המגבילות את מספר עורכי הדין שיוורשו להיפגש עם אסיר בפרק זמן שייקבע, ובסעיפים 45א ו-1.45 הוענקה סמכות לשירות בתי הסוהר למנוע פגישת אסיר עם עורך דין מסוים ולהגביל את פגישת האסיר או קבוצת אסירים עם כמה עורכי דין לתקופה של שלושה חודשים. הסדר חקיקתי דומה קיים אף בתיקון מס' 42, שלפיו אסיר זכאי לתנאי תברואה הולמים, טיפול רפואי, מיטה ומזון, החזקת חפצים אישיים, מי שתייה ומזון, בגדים ומוצרים לשמירה על ניקיון אישי, תנאי תאורה ואוורור בתאו והליכה יומית באוויר הפתוח, לפעילות פנאי, חינוך ושיקום – זכויות שהוכפפו בפרשנותן, בהיקפן ובאופן יישומן לשיקול דעת מנהלי מוחלט של מערכת הכליאה. לטעמנו, הגם שזכויות אלה עומדות לכאורה בדרישת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיו "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולמים את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"<sup>334</sup> ספק של ממש אם ניתן לראות בזכויות מוכפפות אלה "זכויות אדם חוקתיות" או "זכויות אדם בין-לאומיות".

הקושי הראשון נוגע לאופן ניסוחן של הזכויות המוקנות אשר אינו דומה לנוסח המוכר של זכויות אדם במשפט הבין-לאומי או החוקתי הישראלי,<sup>335</sup> ואף אינו מתיישב עם תאוריית הופלד

לעמוד בקשר עם זולתו המצוי אל מחוץ לבית הסוהר, אלא אם הותר לו הדבר. זו היא שלילת חירות, וזו נגזרתה של השלילה... ואולם העיקרון נשאר על עומדו: הכלל הוא איסור על קשר עם העולם החיצון, והיוצא הוא היתר מן האיסור ככל שהפקודה וההנחיות הפנימיות מתירות על-פי שיקול דעתם של שלטונות בית הסוהר". ראו גם דברי כבוד השופט זמיר בפרשת קונטאר, לעיל ה"ש 26, פס' 10 לפסק דינו: "המשיבים המבקשים רשות לקיים קשר טלפוני, אינם יכולים להסתמך על זכות העומדת להם כמו לכל אדם. לא זו בלבד שעצם המעמד של אסיר גורר שלילה של זכויות מסוימות, אלא גם הזכויות המוקנות לאסיר, בהיותו אדם, אינן בהכרח זהות בהיקף לזכויות המוקנות לאדם אחר. המעמד עשוי להשפיע על תוכן הזכות... כך במיוחד לגבי זכויות הקשורות באופן טבעי בחופש התנועה ששלל מן האסיר. השלילה של חופש התנועה, מכוח הדין, גוררת עמה בהכרח גם הגבלה של זכויות אחרות הקשורות באופן ענייני לחופש התנועה. כזאת היא הזכות לתקשורת, בכתב או בעל-פה, עם העולם החיצוני. זכות זו חייבת להיות מוסדרת, משמע מוגבלת על-ידי שב"ס".

334 במובן זה שהסמכות להגבלתן עוגנה בחקיקה הראשית.

335 מעיון בנורמות המשפט הבין-לאומי הנוגעות לזכויות אדם ניתן לראות כי הן מנוסחות ניסוח פוזיטיבי וקטגורי. למשל, סעיף 6(1) לאמנת ה-ICCPR "הזכות לחיים", לעיל ה"ש 4, קובע: "Every human being has the inherent right to life... This right shall be protected by law. No

המוכרת במקומותינו באשר למובני המושג זכות ויחסי הכוחות שבין זכות לחובה.<sup>336</sup> מקום שלאסיר קיימת זכות משפטית, כחירות, משמע הדבר שחובה על המדינה לאפשר לו ליהנות ממנה, אם באופן אקטיבי (זכויות פוזיטיביות) ואם באופן פסיבי (זכויות נגטיביות). על פני הדברים לשון תיקון 42 אינה מכוננת מערכת משפטית של זכויות וחובות מן הטעם שהזכויות שהוקנו לאסירים אינן מקימות חובה מדינתית לכבדן או לשמרן אלא סמכות מנהלית שלא לקיים. תהייה העולה בעקבות זאת היא אם למעשה אותן "זכויות" אינן חסינות מפני תנאי פסקת ההגבלה החוקתית.<sup>337</sup> לכאורה, אף שסעיפי החוק נפתחים במשפט הכללי "אסיר יהיה זכאי...", הזכויות עצמן נתונות אפריורית לשיקול הדעת המנהלי של הסוהרים ושל רשות הכליאה בישראל,<sup>338</sup> כבעלי סמכות ראשונית לשלול אותן או להגבילן ולא בדרך המקובלת בזכויות אדם חוקתיות ובין-לאומיות המחייבות ביקורת שיפוטית הקובעת את האיזון הנכון והראוי בין

"one shall be arbitrarily of his life". כך גם למשל ס' 17(1) באותה אמנה, העוסק ב"זכות כנגד עינויים, יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים": "No one shall be subjected to torture to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation"; ואף ס' 19 לאמנה, "חופש הדעה": "Every one shall have the right to hold opinions without interference". גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מצאנו ניסוח דומה לזכויות האדם. בס' 2 לחוק היסוד, שכותרתו "שמירה על החיים, הגוף והכבוד", נאמר: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; בס' 3, "שמירה על הקניין", נכתב: "אין פוגעים בקניינו של אדם"; בס' 4 "הגנה על חיים, הגוף והכבוד": "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

336 Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L.J. 710 (1917), [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5383&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5383&context=fss_papers); ראו גם ע"פ 9599/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 85, פסק דינו של השופט אגרנט (1964).

337 לכאורה הזכויות בתיקון 42 מגיעות עם "מנגנון הגבלה" משל עצמן, המכפיף את יישומן לשיקול דעת מנהלי, המותאם לביקורת שיפוטית מנהלית הנהוגה בבתי המשפט המחוזיים הדנים בעתירות אסירים. על רקע זה עולה הספק אם במצב זה ימצא בית המשפט לנכון להחיל מלכתחילה ביקורת שיפוטית חוקתית ובכלל זה את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מקרה של הפרת "הזכויות" המנויות בתיקון 42.

338 כך הזכות לתנאי התברואה וטיפול רפואי מוכפפת לשיקול דעתו של רופא שירות בתי הסוהר; הזכות למיטה, מזון, שמיכות והחזקת חפצים אישיים מוכפפת לקבוע בתקנות שירות בתי הסוהר; מי שתייה ומזון יסופקו בכמות ובהרכב המתאימים לדעת שירות בתי הסוהר לשמירה על בריאות האסיר; הזכות לבגדים ומוצרים לשמירה על ניקיון האסיר ייקבעו בכמות ובתנאים שבפקודות שירות בתי הסוהר; הזכות לתנאי תאורה ואוורור בתא הוכפפה לסטנדרט "סבירות" שבעיני הסוהרים; אפילו הזכות להליכה יומית באוויר הפתוח הוכפפה לתנאים ולמועדים שייקבעו בתקנות, ואף נקבע כי ניתן להגבילה מטעמים של שמירה על שלומו של האסיר, שיקול דעת המסור לשירות בתי הסוהר כרשות מנהלית. סמכות דומה הוענקה לשב"ס בנוגע לפעילויות פנאי וחינוך שאסירים יהיו זכאים להם בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות. אשר לשיקום – לא נקבע כי מדובר בזכות לאסיר. הוענקה סמכות לנציב שב"ס לבחון אפשרויות שיקום אך ורק לאזרחי ותושבי ישראל, כאשר שילובו של אסיר כזה בפעילויות שיקום ייעשה, ככל שיימצא מתאים לכך, לפי שיקול דעת השב"ס.

האינטרסים והזכויות המנוגדים, והמחילה בין השאר את עקרון המידתיות ועקרון האמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>339</sup>

הקושי השני מעלה שאלה בנוגע לתקפותן של הלכות בית המשפט העליון הקשורות לאסירים. למשל, אשר להלכת גולן, כפי שהובעה בדברי השופט מצא: "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".<sup>340</sup> כך אף באשר לתקפותן של הלכות בג"ץ בדבר תחולת סעיף 10(1) לאמנת ה-ICCPR והסטנדרט המינימלי לטיפול באסיר במערכת הכליאה הישראלית.<sup>341</sup>

גם אם נראה בהוראות תיקון מס' 42 זכויות אדם של אסירים, מן הטעם שאינן מותנות בחופש התנועה שנשלל מאסירים, כעולה מהלכת גולן, עדיין לא ברור אם בכלל מדובר בזכויות אדם כשלעצמן על רקע הכפפתן לסמכות שיקול דעת מנהלי אשר היקפו וטיבו, כפי שהוסדר בתיקון חקיקה זה, טרם בואר בחקיקה ובפסיקה הקיימת. דומה שתיקון 42 מאמץ, במידה רבה, גישה שהושמעה בפסיקת בית המשפט העליון שבה כונתה סמכות מנהלית זו סמכות לשלילת טובות הנאה דווקא ולא סמכות לשלילת זכויות יסוד אף שהפסיקה הכירה בכך "שזכותו של אדם

339 ראו לעניין זה דברי השופט מצא: "...נוכל לסכם, כי להצדקת הפגיעה בחופש הביטוי (ובכל זכות יסוד אחרת) של אסיר, אין די בהצבעה על קיום אינטרס נגדי המצדיק פגיעה, ואף לא בקיום תקנה המתירה לפגוע בזכות, אלא יש גם להראות כי בין ההוראות הפוגעת לבין האינטרס הנגדי – שלמענו מבקשים לפגוע בזכות – מתקיים קשר של זיקה הגיונית ושל קרבה עניינית. ריחוק או עמימות של הקשר, אות הם לכך שהפגיעה אינה מוצדקת. כן יש לבחון שאלות ספציפיות של איזון ומידתיות: האם שיעור הפגיעה בזכות אינו עולה על המידה הדרושה להשגת המטרה הלגיטימית המחייבת פגיעה? האם ההוראות הפוגעת מותירה לאסיר דרכים חלופיות לקיום זכותו, או מה שנתור ממנה. האם בנקיטת צעדים סבירים מסוגל שירות בתי הסוהר, במסגרת משאביו המוגבלים, לחדול מן הפגיעה או להקטינה? והתשובה לכל אחת משאלות אלו עשויה להשפיע על ההכרעה בשאלה, אם ההסדר החוקי המתיר את הפגיעה מבטא איזון נכון וראוי. עם זאת חשוב להדגיש: כללים אלה אינם אלא כללי עזר. הם נסמכים על הנחות נתונות בכל השאלות הערכיות שביסודם. הם אינם קובעים מהו המשקל שיש לייחס לכל אחד מן האינטרסים המנוגדים. הם אינם קובעים את נקודת האיזון, שבה ראוי למתוח את הקו המבחין בין פגיעה מותרת לבין פגיעה אסורה בזכות האדם של האסיר. הגדרתה של נקודת האיזון אינה עניין להכרעה טכנית, אלא להכרעה שיפוטית. קביעתה היא פרי של החלטה ערכית, המתבססת על שיקולים של מדיניות חברתית. במסגרת הכרעתו נדרש בית המשפט לקבוע את משקלו היחסי של כל אחד מהאינטרסים המתנגשים ולסמן את נקודת האיזון הראויה ביניהם. קביעות אלו הן ערכיות מובהקות. משקלם של האינטרסים המנוגדים אינו נתון קבוע, ואף האיזון ביניהם עשוי להשתנות. מה שהיה נכון ומקובל בשעתו, אינו בהכרח נכון גם כיום; ולא כל שהוא מקובל עלינו והולם את תפיסתנו, עשוי להיות קביל ונכון בעשור עשו או שניים" (פרשת גולן, לעיל ה"ש 295, פס' 17 לפסק דינו של השופט מצא).

340 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט מצא.

341 ראו לעיל ה"ש 273–279, 280–282.

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<sup>342</sup>, וכי אמות המידה הראויות של סבירות ומידתיות הנדרשות מרשויות המנהל בנוגע לכליאת אסירים נלמדות מ"הסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים", המוכר כמגילת זכויות האסיר בהיותו נותן ביטוי אופרציונלי לסעיף 10(1) לאמנת ה-ICCPR, כקביעת ועדת ה-HRC.<sup>343</sup> אמנם בבג"ץ בורגאל<sup>344</sup> למשל, שבו נדונה עתירת אסירים ביטחוניים שובתי רעב לאפשר להם להחזיק בתאיהם מוצרי מזון, ובהם מלחים ואבקת חלב, הכיר בג"ץ בזכותו של אסיר לאכילה ושתייה כזכות יסוד, אולם קבע כי "... החזקת מצרכי מזון בתאו של אסיר איננה זכות מזכויות היסוד שלו, כאדם וכאסיר, שהרי אסיר אשר הנהלת בית הסוהר דואגת למזונות, אינו נזקק, ודאי לא כצורך קיומי, להחזקת מוצרי מזון בתאו. לפיכך מקובל עלינו שהמשיבים לא פגעו בזכות היסוד של האסירים לאכילה ושתייה, וסירובם בנסיבות אלו להתיר הכנסת מוצרי מזון לתאים מצוי בגדר סמכותם כשלילת טובת הנאה ממי שעובר עבירת בית סוהר ופוגע בסדרי הכלא".<sup>345</sup>

בהיבט הביקורת השיפוטית על החלטות שב"ס הנוגעות לזכויות אסירים דומה שמצב חקיקתי זה מצמצם במידה ניכרת את היקפה, ולכל הפחות היא בבחינת סטייה מהלכת גולן, כפי שהובעה ברעת שופטי הרוב (השופט מצא והשופט דורנר) אשר החילה מבחנים חוקתיים של פסקת ההגבלה במקרה של פגיעה בזכות אסיר ותחתיה אימוץ בחקיקה של דעת המיעוט שהושמעה באותו פסק דין, ולפיה יש לבכר ביקורת שיפוטית מנהלית. הלכת גולן קבעה כי גם כאשר היקף ההגנה לזכות האדם של האסיר נגזרת מן האיזון המתחייב בין הזכות לבין אינטרסים אחרים, של הפרט או של הציבור, שבנסיבות העניין יש להתחשב בהם, עדיין "נקודת המוצא היא, כי הזכות ראויה להגנה ויש לכבדה. שלילת הזכות, הגבלתה או פגיעה בה מותרות רק על יסוד נימוקים ענייניים שיש להם עיגון בדין"<sup>346</sup> ועל כן יש לקיים ביקורת שיפוטית – חוקתית במקרה של פגיעה בזכות אסיר. דעת המיעוט בפסק דין, שאותה השמיע השופט המנוח מ' חשין,

342 פרשת דרוויש, לעיל ה"ש 26, דברי ממלא מקום הנשיא כהן בעמ' 538.

343 ראו לעיל פרק ב; לעיל ה"ש 151.

344 בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97 (2004).

345 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עדיאל.

346 פרשת גולן, לעיל ה"ש 295, פס' 13 לפסק דינו של השופט א' מצא: "נקודת המוצא היא, שאסיר זכאי להגנה על כלל זכויות האדם שלו; ופגיעה בזכות האדם של אסיר, מצד הרשות המפקדת על בית הסוהר, היא כדין רק אם היא עומדת הן במבחן הסמכות והן במבחן האיזון הראוי אשר בינה לבין האינטרסים הלגיטימיים שעליהם מופקדת הרשות. ואולם ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר. תפיסה זו הנחתה את פסיקתנו מאז ומעולם. בזמננו, לאחר שזכויות האדם במדינתנו עוגנו בחוקי יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי, חלה עלינו חובה מוגברת לדקדק, אף יותר מבעבר, בכיבוד זכויות האדם של אסירים. 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".



הייתה בתמצית: "והכול על-פי קנה המידה הרגיל והטוב של סבירות שיקול הדעת",<sup>347</sup> והמשמעות בהיבט הביקורת השיפוטית היא כי אין בית המשפט שם שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת – שירות בתי הסוהר.<sup>348</sup>

לאחרונה, ודווקא בפסיקת בית המשפט המחוזי, כפי שנשמעה מפיו של השופט גונטובניק,<sup>349</sup> הוצגה גישה שיפוטית שונה, המבחינה בין מצב דברים שבו עומדת על הפרק זכות אדם לבין מצב דברים שבו עומדת על הפרק פריבילגיה (טובת הנאה). נקבע כי כאשר עומדת על הפרק זכות יסוד, על עילת הסבירות הכללית, הנהוגה במשפט המנהלי, לסגת מפני עילת המידתיות, המתאימה יותר לבחינת פגיעה בזכויות חוקתיות, שכן אז מפעיל בית המשפט "ביקורת קפדנית".<sup>350</sup> ניתן לקוות שהבחנה חשובה זו, הנוגעת לצמצום מתחם שיקול הדעת העומד לשירות בתי הסוהר כאשר מדובר בפגיעה בזכות אדם חוקתית של אסיר, כשבצדה הכרה בסמכות בית המשפט לביקורת שיפוטית חוקתית, תקבל חיזוק אף בבית המשפט העליון. עם זאת כאשר מלכתחילה ההלכה השיפוטית כיום מתייחסת אל זכויות האדם החוקתיות של אסירים כ"פריבילגיות", דומה שאין בכוחה של הבחנה חשובה זו לסייע ולהגביר את היקף הביקורת השיפוטית ההכרחי בנסיבות העניין.

ביטוי לצמצום היקף הביקורת השיפוטית על "זכויות אסירים" ניתן למצוא בפרשת יונס, שם הביעה השופטת פרוקצ'יה עמדה ביקורתית ראויה ונכוחה בנוגע לסיווג המושגי של חופשות

347 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט חשין.

348 "שיקול הדעת בעניין הצורך בהטלת מגבלות על אסירים ובעניין מהות המגבלות, מופקד לפי חוק בידי שב"ס: האחראיות לשמירת הסדר והביטחון מוטלת עלי, ולפיכך גם הסמכות הנדרשת לצורך זה מוקנית לו. לו ולא לבית המשפט. בית המשפט לא הופקד על הפעלת הסמכות, כאילו הוא עומד במקום שב"ס, אלא רק על ביקורת ההפעלה, כדי לברר אם הסמכות הופעלה במקרה זה או אחר לפי כללים החלים על הפעלת סמכויות מנהליות. בית משפט זה בהחלט והדגיש לא פעם כי זו חלוקת הסמכות הנכונה בין שב"ס לבין בית המשפט המחוזי הדין בעתירות אסירים: "...אין בית המשפט צריך להעדיף את שיקול-דעתו שלו, לגופו של עניין על שיקול דעתם של שלטונות בית הסוהר..." (עע"א 1/88 מדינת ישראל נ' דגני, פ"ד מב(2) 719, 721 (1988)). ראו גם רע"פ 2410/93 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מז(3) 802 (1993), וכן דברי השופט זמיר בפרשת קונטאר, לעיל ה"ש 26, פס' 13.

349 עת"א (מחוזי ת"א) 35690-02-17 מוסלמאני נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 2.4.2017). ראו גם מ"ת (מחוזי ת"א) 56896-01-17 מדינת ישראל נ' פלוני (עציר) (פורסם בנבו, 20.2.2017), שבו דן כבוד השופט גונטובניק בסעיף 4 לפקודת נציבות שב"ס מס' 04.68.00 "כניסת מומחים פרטיים לבתי הסוהר", מיום 22.12.2006, שם נשמעת מפיו עמדה שיפוטית ראויה, לטעמנו. בית המשפט עומד על התנגשותו של סעיף זה עם הדין המהותי בישראל בשעה שסעיף זה מעמיד מגבלה גורפת, מוחלטת וחד-משמעית המונעת מכלל העצורים להיפגש עם מומחים פרטיים (שם, פס' 8-10 לפסק דינו של השופט גונטובניק).

350 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט גונטובניק. לעניין "ביקורת קפדנית" ראו גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" ספר אליהו מצא 219 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015); מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור 773-786 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

וביקורים אצל אסירים כ"פריבילגיה" להבדיל מ"זכות", בהבהירה: "בתפיסה המשפטית הקיימת, כפי שזו באה לידי ביטוי בהלכה הפסוקה של בית משפט זה, יציאה לחופשות, וביקורים של משפחה ומכרים אצל אסירים, אינם מוחזקים כחלק מזכויות האדם המוכרות של האסיר, שהגבלתן כפופה לעקרונות פיסקת ההגבלה".<sup>351</sup> לדבריה, "תפיסת חופשות וביקורים אסירים כזכויות הנתונות לאסיר, הכפופות להגבלות, להבדיל מפריבילגיות הניתנות כמעשה חסד למי שעומדים בתנאים מוקדמים מסוימים, משנה באופן מהותי את נקודת האיזון בין אופי ה'הטבה' הניתנת לאסיר לבין האינטרס הציבורי הנוגד. ראיית החופשות והביקורים כפריבילגיה בלבד אינה מחייבת כי ההגבלות המשומות עליהם יעמדו במבחן פסיקת ההגבלה, שכן אין מדובר בזכויות אסיר אלא בהטבות הניתנות כחסד; לעומת זאת, ההכרה בחופשות וביקורים כחלק מזכויות האדם הנתונות לאסיר, מחייבת כי ההגבלות המושמות עליהן תעמודנה בעקרונות האיזון והמידתיות שאובים מפסיקת ההגבלה החוקתית. כפיפות זו לפסיקת ההגבלה מבטיחה כי ההגבלות המוטלות על יציאתם של אסירים לחופשות, ועל קבלת ביקורים, תהיינה מבוקרות ומדודות, ולא תפגענה באסיר מעבר למידה הנדרשת וההכרחית לצורך הגנה על אינטרס ציבורי חיוני".<sup>352</sup>

הקושי השלישי נוגע למה שנחזה בעניינו כהכפפת סעיף 11ב שבתיקון 42 לפקודת בתי הסוהר, שכותרתו "תנאי כליאה הולמים", אל תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), אשר נחקקו כאמור שנתיים קודם לכן. בסעיף 3 לתיקון מס' 42 נאמר לנו שעל אף האמור בסעיף 11ב(ו) (שלפיו השר רשאי להתקין בתקנות הוראות לביצוע סעיף 11ב וכן תנאים נוספים שלהם יהיה זכאי אסיר בבית הסוהר), יראו בתקנות תנאי המאסר את הוראות הביצוע של סעיף 11ב, וכי תקנות לעתיד לבוא אשר יותקנו בידי השר לא יוכלו לגרוע מתוקפן.<sup>353</sup> בכך לכאורה המחוקק גילה דעתו כי הוא מאמץ את הוראות הביצוע של תקנות תנאי המאסר כביטוי האופרטיבי של החקיקה הראשית (סעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]) ואף כובל מראש את ידי השר בכך שכל תקנה עתידית שיוציא מתחת ידו חייבת לעלות בקנה אחד עם תקנות תנאי המאסר.<sup>354</sup>

351 פרשת יונס, לעיל ה"ש 26, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

352 שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו והשוו לת"פ (מחוזי י-ם) 8321-04-14 מדינת ישראל נ' מוחמד, פס' 112-124 לפס' דינו של השופט מוסק (פורסם בנבו, 24.12.2015).

353 ס' 3 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] (תיקון מס' 42) קובע: "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". ראו בהתאמה את האמור בה"ש 1 שבקובץ תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), ולפיו: "עפ"י חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 42), התשע"ב-2012, יראו את התקנות כאילו הותקנו לפי סעיף 11ב לפקודה, ואין בתקנות שיותקנו לפי אותו סעיף כדי לפגוע בתוקפן".

354 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 510 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18, (21.2.2012), שעסקה בעניין הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תנאי כליאה הולמים), התשס"ט-2009, והצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 43) (תנאי מאסר), התשע"ב-2012. וראו דברי היועץ המשפטי למשרד לביטחון הפנים, עו"ד יואל הדר בעמ' 5 ו-18 ודברי היועץ המשפטי לוועדת הפנים והגנת הסביבה, עו"ד עידו בן-יצחק בעמ' 18.

אף שתקנות תנאי המאסר הן חשובות אשר יש בהן, במידה מסוימת, להגדיר ולהרחיב את תנאי מחיית האסירים וזכויותיהם כבני אדם, דומה שהן כשלעצמן, ועל אחת כמה וכמה בכריכתן עם סעיף 11 בלפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], מעלות קשיים לא מבוטלים. ראשית, תחולתן עומדת להן לרועץ והופכת אותן, בעתיד הנראה לעין, למס שפתיים. כעולה מסעיף 8 לתקנות תנאי המאסר, ואשר למרבית הזכויות הנוגעות לתנאי המחיה היום-יומיים של אסירים,<sup>355</sup> תחולתן היא על מקומות מאסר קבועים<sup>356</sup> שתכנון בנייתם הוא לאחר 3.5.2010. בהיעדר תכנית בנייה לעתיד הקרוב,<sup>357</sup> המשמעות המעשית היא שכלל אוכלוסיית הכלואים במדינת ישראל אינה זכאית על פי דין ליהנות מחסות הזכויות והתנאים המפורטים בתקנות תנאי המאסר ובסעיף 11 בלפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]. בהינתן שאף באשר לשינוי מועד תחולתן של התקנות ידי השר כבולות, יש לכאורה יסוד לטענה כי נורמות זכויות האסירים אשר עוגנו בחקיקה הראשית סוכלו באבחת קולמוס מעצם הכפפתן אל תקנות תנאי המאסר אשר מועד תחולתן מי יישורנו. שנית, לשון תקנות תנאי המאסר מאפשרת לכאורה קיבוע ושימור של תנאי הכליאה הקשים בבתי הסוהר בישראל ולא דווקא שיפורם. דוגמה לכך ניתן למצוא באופן הסדרת שירותי הנוחיות של האסירים. כאמור במקומות כליאה רבים בישראל אסירים משתמשים בשירותי כריעה אשר מעליהם מוצב ברז המקלחת.<sup>358</sup> תקנות בתי הסוהר הנוקטות את הביטוי "שירותים" אינן מבארות באילו שירותים מדובר – שירותי אסלה או שירותי כריעה. אם נאמר כי "חיי אנוש תרבותיים" כוללים זכות לשימוש בשירותי אסלה ולא בבורות כריעה,<sup>359</sup> הרי שלא ברור מדוע זה יותר מחמש שנים שאין השב"ס פועל לפי החלטה שיפוטית מחייבת ומעמיד לרשות האסירים

355 כך למשל: הפרדת מקלחת מהשירותים (בכ-3,000 מקומות כליאה בשב"ס, אין שירותי אסלה והמקלחת מוצבת מעל חור הכריעה של השירותים, ראו לעניין זה דברי רע"ן תכנון אסטרטגי בשב"ס בפרוטוקול ישיבה מס' 475 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-17 (5.11.2008) בעמ' 7, וכן עת"א (מחוזי מרכז) 20122-07-11 בן-אבו נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2011); התקנת שולחן, מושבים ומדפים לאחזקת חפצים אישיים של אסירים; בכל תא יהיו לא יותר מארבע מיטות לאסירים; השטח הממוצע לאסיר בתא לא יפחת מארבעה מטרים רבועים וחצי, כשחישוב השטח האמור יהיה לפי השטח שבין קירות התא, לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת, אם יש מקלחת בתא, ומחולק במספר המיטות שבתא.

356 לפי תק' 8(א) לתקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התקנות יחולו רק על בנייה קבועה (מבנה שאי אפשר לניידו ממקום למקום). דהיינו, אסירים המחזקים במבנים יבילים ניידים מוחרגים מתחולת התקנות.

357 בהקשר זה סבורנו כי השאלה אם בכלל נדרשת בניית מתקני כליאה חדשים היא במקומה.  
358 ראו לעיל ה"ש 355 וכן דוח הסנגוריה הציבורית תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר בשנים 2013–2014–54–58 (2015).  
359 בהקשר זה ראוי להביא את דברי השופטת אהר בפרשת בן-אבו, לעיל ה"ש 355: "...גודהמתי לשמוע כי במאה ה-21 בשב"ס ישנם אסירים שאין להם שירותי אסלה ונאלצים להשתמש בבורות המחייבים כריעה... אני מורה לשב"ס בכל אותם מתקני כליאה בהם אין אסלות להציב מיידית שירותים כימיים שימנעו את הכלימה, הבושה הקיימת בשימוש בשירותים המחייבים כריעה ויחזור הכבוד המינימאלי לאסיר באשר הוא אדם".

שירותים כימיים,<sup>360</sup> כשבתוך כך, כאמור, קבע המחוקק, במסגרת תיקון מס' 42, כי "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו".

שלישית, התקנות, שהן ביטוי אופרטיבי לסעיף 11 ב לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], מצמצמות את היקף ההגנה של ה"זכויות" המנויות בחקיקה הראשית. כך למשל מוחרגים אסירים שהוטל עליהם עונש בידוד או אסירים בסיכון אבדני מתחולת הזכות לשהות בתא שיש בו שירותים וכיור; שולחן, מושבים ומדפים לחפצים אישיים ותשתיות חשמל שיאפשרו שימוש במכשירים שונים שאסירים זכאים להחזיקם בתא.<sup>361</sup>

בהקשר זה מתעורר הספק אם מגבלות היקף ההגנה שתקנות תנאי המאסר וסעיף 11 ב לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] קובעים עלולות בקנה אחד עם הנורמה הבין-לאומית בעניין זה<sup>362</sup> אשר קובעת:

"General living conditions addressed in these rules, including those related to light, ventilation, temperature, sanitation, nutrition, drinking water, access to open air and physical exercise, personal hygiene, health care and adequate personal space, shall apply to all prisoners without exception".<sup>363</sup>

דוגמה נוספת לצמצום היקף ה"זכויות" המנויות בסעיף 11 ב לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] בתקנות ניתן ללמוד מזכות האסיר להליכה יומית. לפי החקיקה הראשית אסיר זכאי "להליכה יומית באוויר הפתוח, בתנאים ובמועדים שייקבעו בתקנות; זכות זו ניתנת להגבלה מטעמים של שמירה על שלומו של האסיר", ולפי התקנות, אסיר שהוטל עליו עונש בידוד לא יהיה זכאי להליכה יומית במשך תקופת הבידוד שהוטלה עליו.<sup>364</sup>

מכאן עולה הרושם כי הקושי העיקרי טמון במערכת יחסי הגומלין שבין תקנות תנאי המאסר לתיקון מס' 42. לכאורה, רוב התקנות נוסחו בלשון עשה, כחובה קטגורית המוטלת על שירות בתי הסוהר: כדרישת קיום חלונות לצורך אוורור התאים; מקלחת במים חמים מדי יום ביומו; תאורה חשמלית שתאפשר קריאה; שולחן, מושבים ומדפים לחפצי האסירים; הגבלת מכסת האסירים בתא לארבעה אנשים בלבד; קביעת שטח מחיה ממוצע לאסיר בלא פחות מארבעה מטרים רבועים וחצי; תנאי התברואה והיגיינה בתאי האסירים וכן אמצעים לשימוש האישי של האסירים כמיטה, מזרן, שמיכות נקיות, סבון, נייר טואלט. אלא שקריאת תקנות אלה עם תיקון 42 יחד ובייחוד סעיף 11 ב, אשר מכפיף דרישות אלה לשיקול דעת מנהלי של שירות בתי הסוהר, מעלה כי הוא משנה את מערך החובות המדינתית כלפי אסירים ובכך מנטרל את ההכרה

360 ש.ם.

361 תק' 8(ב) לתקנות בתי הסוהר (תנאי המאסר).

362 ראו כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ס' 1.23. כללי מנדלה קובעים כי לאסיר זכות לשעה יומית להתעמלות באוויר הפתוח כל זמן שמזג האוויר מאפשר זאת.

363 ש.ם, ס' 42.

364 ראו תק' 6(א) לתקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר).

הפוזיטיבית בזכויותיהם בהקשר זה. למעשה, התקנות, כביטוי המעשי של סעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], מבטאות מגמה של צמצום בתחולת הזכויות. הן בהיבט דחיית מועד תחולתן הן בדבר מקום תחולתן (רק על מבנים קבועים) והן באשר לסוגי קבוצות האוכלוסייה שייחננו מחסותן.

אף בתקנות פעילות פנאי או חינוך אשר הותקנו בעקבות תיקון 42 ולפי לסעיף 11ג לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] מצאנו כי הן מבטאות משמעות משפטית דומה. בסעיף 11ג לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] נקבע: "אסיר יהיה זכאי להשתלב בפעילות פנאי או חינוך בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות". הרישה בסעיף מעגנת זכות אדם של אסירים לפעילות פנאי או חינוך, ואילו הסיפה חותרת תחתיה. ואמנם, תקנות אלה תומכות בפרשנות זו.<sup>365</sup> "פעילות חינוך" הוגדרה בתקנות "תכניות לימודיות מובנות להקניית השכלה יסודית והשכלה תיכונית, המתקיימות במרכז חינוך". "פעילות פנאי" הוגדרה "פעילות בלתי מונחית המתקיימת באגף, המיועדת לניצול שעות הפנאי של אסירים, ובכלל זה, ספרייה, משחקי חברה, פעילויות ספורט וכלים לטיפוח עצמאי של כישורים יצירתיים". ואולם, סעיפים 2–8 לתקנות לא רק מכפיפים את זכאות האסיר לפעילות פנאי וחינוך לשיקול דעת מנהלי, הם אף מסייגים את לשון החקיקה הראשית. כך למשל לפי תקנה 2(א) אין חובה שבכל בית סוהר תהיה ספרייה או אפשרות להחלפת ספרים.<sup>366</sup> לפי תקנה 2(ב) אסיר יורשה (להבדיל מזכאי) לשאול ספרים בתדירות ובהיקף שייקבעו בפקודות השירות, ולפי תקנה 2(ד), החזקת ספרי קריאה תהיה כפופה לפקודות השירות בדבר החזקת ציוד מותר להחזקה בתא, ומכאן יוצא שבפועל אסיר בישראל זכאי להחזקת שבעת ספרים במצטבר (במניין זה ימנו ספרי לימוד, ספרי קריאה וספרי דת).<sup>367</sup> בהמשך לכך, בהתאם לתקנה 2(ה) אסיר יורשה להשתמש במתקני הספורט ובציוד הנמצא בחצר הטילים של האגף למטרת פעילות ספורטיבית, לפי שיקול הדעת המנהלי.<sup>368</sup> "הזכות לחינוך", כפי שהיא מעוגנת בתקנה 4, מאוינת להבנתנו ממשמעויותיה המשפטיות כ"זכות אדם" ומעוגנת למעשה כ"פריבילגיה". ואף נאמר בה בבירור: "אמות המידה לביצוע תקנה זאת ייקבעו בפקודות השירות",<sup>369</sup> משל ללמדך במובלע שאין לביקורת שיפוטית סמכות בסוגיה. על כן, לשאלה מהן "זכויות מוקנות" העומדות לאסירים במסגרת החקיקה הישראלית ובעיקר בחקיקה הראשית הנוגעת לאסירים, מסקנתנו היא בבירור שאין מדובר בעיגון חקיקתי הולם של זכויות אדם, העומד בסטנדרט החוקתי הישראלי או – בהקשר של המחקר הנוכחי –

365 ראו תק' 2–8 לתקנות בתי הסוהר (פעילות פנאי או חינוך).

366 ראו והשוו כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, כלל 64: "Every prison shall have a library for the use of all categories of prisoners, adequately stocked with both recreational and instructional books, and prisoners shall be encouraged to make full use of it"

367 ראו נספח א' לפקנ"צ 04.33.00 "החזקה, אחסנה ושינוע פרטי ציוד של אסירים", בתוקף מתאריך 1.5.2002 ועודכנה לאחרונה בתאריך 4.12.2012.

368 ראו והשוו לכלל 105 בכללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, שלפיו: "Recreational and cultural activities shall be provided in all prisons for the benefit of the mental and physical health of prisoners"

369 ראו תק' 4(ה) לתקנות בתי הסוהר (פעילות פנאי או חינוך).

אינו מקיים את עקרונותיו של המשפט הביין-לאומי, ואף לדעתנו עולה ספק של ממש אם תיקון 42 מעגן זכויות אדם להבדיל מפריבילגיות (או "טובות הנאה").

### (ב) טובות הנאה

נבדוק כעת מהן "טובות הנאה" לאסירים. תקנה 19 מעניקה לרשויות הכליאה סמכות שבשיקול דעת להעניק לאסירים "טובות הנאה" בבחינת פריבילגיות, מלבד זכויות מוקנות שנקבעו בחיקוק, כגון ביקורים, מכתבים, חופשות, קניית מצרכים, האזנה לשידורים בכלי תקשורת או צפייה בהם והחזקת חפצים. כאמור, נציב שב"ס פירש סמכות זו במסגרת פקודות נציבות שב"ס, והיא כוללת אף תחומים נוספים, כשיקום, חינוך, טיפול בתחלואה קרימינוגנית,<sup>370</sup> קשר טלפוני, תעסוקה, לבוש פרטי, התייחדות, פריון, קידום באגף ועוד.<sup>371</sup>

סמכות זו להעניק טובות הנאה ולשללן אינה מוגבלת לשימוש רשויות בית הכלא ככלי משמעותי, בבחינת שיטת "המקל והגזר", במקרה שבו התנהגותו של אסיר מסוים אינה טובה, אלא היא רחבה עד כדי כך שהיא מעניקה לנציב סמכות הניתנת להאצלה לכל סוהר – של שיקול הדעת להעניק או לשלול טובות הנאה אלה.<sup>372</sup> לפי סוג בית הסוהר, האגף שבו האסיר מוחזק או מצב בית הסוהר או למנוע טובות הנאה אלה מסוג מסוים של אסירים בבית הסוהר או מכלל האסירים בבית הסוהר, במנותק מהתנהגותם ואף במסגרת שלילת טובות הנאה קבוצתית. כך יכול שהתנהגותו של אסיר תהיה טובה, אולם לא תקום חובה מצד רשויות השב"ס ליתן לו מי מטובות ההנאה הללו בשל סוגו של מתקן הכליאה או האגף שבו מצוי הכלוא או מחמת השתייכותו לאוכלוסייה מסוימת. למעשה מדובר במסגרת הדוקטרינית המרכזית לניהולם של בתי סוהר בישראל בבחינת הכלי החיוני באשר לאסירים בשגרת היום-יום.

כשלעצמה, פרקטיקת מתן פריבילגיות לאסירים מוכרת במשפט הביין-לאומי,<sup>373</sup> אלא שבניגוד לחקיקה הישראלית, הגיונה בצדה כתמריץ חיובי ולא ככלי ענישתי משמעותי או מנהלי. תקנה 19 מעלה בהקשר זה כמה קשיים מהותיים:

370 מדובר בתחלואה רפואית או נפשית הנמצאת בבסיס ביצוע העבירה הפלילית, כהתמכרות לסמים או קלפטומניה וכיוצ"ב.

371 ראו נספח א' לפקנ"צ 04.17.00 "הענקת טובות הנאה ושלילתן". ראו גם כיצד אתר האינטרנט של שירות בתי הסוהר מבאר מהן "טובות הנאה" לאסירים: "טובות הנאה הן זכויות שבשיקול דעת. ניתן לשלול אותן עקב התנהגות שלילית. סמכות הענקה ושלילה ברובה, בסמכות מפקד בית הסוהר ובחלקה בסמכות סגן המפקד. סוגי טובות הנאה: חופשה, טלוויזיה, רכישה במרכז המכר, תדירות ביקורים, קשר טלפוני. שלילת טובות הנאה הינה עונש מנהלי ואינה עונש בדין משמעותי. ניתן להוסיף שלילת טובות הנאה בנוסף לעונש בדין משמעותי". בקישור [www.ips.gov.il/Web/He/Prisons/Duties/Default.aspx](http://www.ips.gov.il/Web/He/Prisons/Duties/Default.aspx).

372 בהתאם לס' 95 לתקנות בתי הסוהר: "הנציב והמנהל רשאים לאצול לכל סוהר סמכויותיהם לפי תקנות אלה". ראו גם ס' 1.1 לפקנ"צ 04.17.00 "הענקת טובות הנאה ושלילתן".

373 ראו כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ס' 95 לפיו: "Systems of privileges appropriate for the different classes of prisoners and the different methods of treatment shall be established at

**ראשית**, על פי רוב, מה שהחקיקה הישראלית מכירה בהן כ"טובות ההנאה" הנתונות לשיקול דעת בלעדי של רשויות הכליאה, בבחינת מעשה חסד, הן דווקא אלו שהמשפט הבין-לאומי הכיר בהן כזכויות אדם של אסירים ולא כפריבילגיות.<sup>374</sup> כפי שצוין בפרק הקודם, המסמך המקיף, העדכני והמפורט ביותר כיום בנוגע לנורמות זכויות האדם החלות על אסירים הוא "הסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים", המכונה כיום לאחר הריביזיה שעבר: כללי מנדלה, 2015.<sup>375</sup> במסמך זה ניתן לזהות אינטגרציה של נורמות משפט מנהגי עם נורמות מחייבות המעוגנות באמנות זכויות אדם,<sup>376</sup> והוא מבטא ומאגד תובנות עיקריות ועכשוויות של מסמכי החקיקה הרכה בנוגע לאסירים, לרבות פרשנויות של גופים בין-לאומיים ופרקטיקות קונצנזואליות המקובלות על רוב המדינות ביישום ההגנה על זכויות אדם במערכת הכליאה המדינתית.<sup>377</sup> כאמור, בצד ההלכה העקרונית מפי בג"ץ שלפיה אסיר ועצור זכאים להיכלא בתנאים המאפשרים "חיי אנוש תרבותיים" הופנו רשויות המנהל בישראל אל אמות המידה האופרטיביות המוצעות "בסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים"<sup>378</sup> כקנה המידה, או אם תרצו "התקן המוכר והמקובל" לניהול בתי סוהר, בבחינת מצפן מוסרי ופרקטי בכל הנוגע ליחס אל האסירים. כך למשל לפי כללי מנדלה, לאסירים עומדת הזכות לקשר עם העולם החיצון. בכלל זה מוכרת הזכות לביקורים. לאסיר הזכות לקשר עם משפחתו וחבריו בפרקי זמן קבועים ולא רק בדרך של התכתבות או שיחת טלפון אלא גם באמצעות קבלת ביקורים,<sup>379</sup> ומובהר כי ענישה משמעתית או אמצעים מגבילים אחרים על אסיר לא יכללו איסור על קשר משפחתי אלא בנסיבות חריגות הנדרשות מטעמים של שמירה על הביטחון והסדר בבית הסוהר ולתקופת זמן מוגבלת.<sup>380</sup> כמו כן לאסירים הזכות להתעדכן בקביעות בעניינים חדשותיים, בין באמצעות קריאת עיתונים, הקשבה לרדיו או בכל אמצעי דומה אחר המאפשר זאת.<sup>381</sup> בהקשר זה עומדת לאסירים אף הזכות לפעילויות פנאי ותרבות.<sup>382</sup> מלבד זאת, לאסירים הזכות לפעילות גופנית,<sup>383</sup>

every prison, in order to encourage good conduct, develop a sense of responsibility and secure the interest and cooperation of prisoners in their treatment"

374 וכך נאמר ביחס לזכויות אדם: "They are not privileges, nor gifts given at the whim of a ruler or a Government. Nor can they be taken away by any arbitrary power. They cannot be denied, nor can they be forfeited because an individual has committed any offence or broken any law"; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Prisons: Manual on Human Rights Training for Prison Officials*, Professional Training Series No. 11, 4 (2005). ראו גם שפירא, לעיל ה"ש 303, בעמ' 490.

375 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131.

376 שם, בעמ' 1-8.

377 שם, ב" Preliminary Observation.

378 ראו פרשת יוסף, לעיל ה"ש 281; פרשת סג'דיה, לעיל ה"ש 266.

379 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ס' 58.

380 שם, ס' 3.43.

381 שם, ס' 63.

382 שם, ס' 105.

383 שם, ס' 23.



הזכות לקריאת ספרים<sup>384</sup> והזכות לשיקום, לחינוך ולתעסוקה.<sup>385</sup> רשימת זכויות אדם אלו המובטחות לאסירים במשפט הבין-לאומי מוכרות במשפט הישראלי דווקא כפריבילגיות שבשיקול דעת הניתנות כמעשה חסד לאסיר.

שנית, לסמכות שיקול הדעת הרחב שניתנה לסוהרים בחוק הישראלי, בהענקת "טובות הנאה" ושליחתן, לא רק שאין אח ורע במשפט הבין-לאומי, הוא אף אינו עולה בקנה אחד עם נורמות יסוד במשפט הבין-לאומי, ובין השאר אלה האוסרות אפליה בהענקת זכויות אדם בין סוגי בני אדם<sup>386</sup> ויחס או עונש אכזרי, לא הומני ומשפיל לאוכלוסיית האסירים;<sup>387</sup> עם אלה הקובעות שהסדר והמשמעת בבית הסוהר יישמרו באופן שאינו מטיל מגבלות רבות מן הצורך להבטיח משמורת בטוחה של אסירים, הפעלה בטוחה של בית הכלא וחיי קהילה מאורגנים היטב,<sup>388</sup> וכמו גם זה הקובע: "The prison regime should seek to minimize any differences between prison life and life at liberty that tend to lessen the responsibility of the prisoners or the respect due to their dignity as human beings"<sup>389</sup>.

שלישית, בהינתן שהזכויות המוקנות לאסירים בחקיקה הישראלית כפופות ממילא לשיקול דעת מנהלי, לא ברורה ההבחנה המשפטית שבין "טובות הנאה" ל"זכויות מוקנות", מן הטעם ששתי הקטגוריות ממילא מוכפפות לסמכות שיקול דעתה המנהלי של מערכת הכליאה בישראל. להבנתנו, לא רק שתיקון 42 אינו מעגן זכויות אדם כמשמען במשפט הבין-לאומי או החוקתי הישראלי, הוא אף מבטא מיסוד בחקיקה הראשית של דוקטרינת "טובות הנאה והזכויות המוקנות", המעוגנת בסעיף 19 לתקנות בתי הסוהר.<sup>390</sup> כמו כן לא נהיר כיצד הסדרה חקיקתית זו מתיישבת עם הכלל בדבר "הסדרים ראשוניים"<sup>391</sup> ועם סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה".

384 שם, ס' 64.

385 שם, ס' 91–94.

386 שם, ס' 2.

387 שם, ס' 1.

388 שם, ס' 1.35.

389 שם, ס' 5.

390 ראו והשוו לדברי ברק מדינה: "...נראה כי ככל שמדובר ביישום בפועל, החובה המוטלת על המדינה להגן על הזכות לקיום בכבוד של האסירים חורגת במידה רבה מההגדרה הצרה של קיום בסיסי בכבוד, המוחלת לעניין החובה להעניק גמלאות ושירותים כלשהם לכלל הציבור. הזכויות הנדונות אינן מוחלטות, ושיקולים הנוגעים לשמירת הסדר בבית הסוהר יכולים להצדיק פגיעה בהן; אך לשם כך נדרש לעמוד בתנאים של פסקת ההגבלה: הסמכה מפורשת בחוק להגביל חירויות (ובכלל זה הימנעות מסיפוק התנאים הנחוצים לקיום אנושי בכבוד), תכלית ראויה ומידתיות. בדרך כלל שיקולי תקציב לא יספיקו כדי להצדיק פגיעה בחובה זו של המדינה" (מדינה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 812).

391 פרשת יונס, לעיל ה"ש 285, פס' 65 לפסק דינו של השופט דנציגר.

הלכה למעשה, דוקטרינת "טובות ההנאה והזכויות המוקנות" זכתה לגיבוי ולתמיכת בית המשפט העליון, ובכלל זה הוכרה סמכותו המנהלית הרחבה של נציב שירות בתי הסוהר, כמחוקק, שופט ומבצע,<sup>392</sup> לנושאי התנאים של מחייית האסירים וזכויותיהם.<sup>393</sup>

392 לעניין סמכויות ביצוע ותיקוק ראו ס' 76–81 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]; לעניין סמכות שיפוט ראו ס' 56 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

393 פרשת קונטאר, לעיל ה"ש 26, עמ' 497–498 לפסק דינו של השופט זמיר: "...השאלה של זכויות האסיר, בהשוואה לזכויות היסוד המוקנות לאדם בדרך כלל, היא שאלה מורכבת. הכלל הרחב בשאלה זאת הוצג על ידי השופט אלון בבג"ץ 337/84, 341, 359 הוקמה ואח' נ' שר הפנים ואח' [1], בעמ' 832, בלשון זאת: 'כלל גדול בידינו, 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...'. כלל זה קיבל גושפנקא, פעם נוספת, זה מקרוב: ע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [2]. בפסק דין זה אמר השופט מצא, בעמ' 152–153, כך: 'הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונותנות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות, מהן מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מגבלות שיסודן בהוראות מפורשת בדין'. האם מגבלה על קשר טלפוני היא אחת המגבלות המתחייבות משלילת החירות האישית? מבחינה עקרונית ומעשית גם יחד, הטעמים המחייבים מגבלות על ביקורים ועל מכתבים מצדיקים גם מגבלות על קשר טלפוני... מכאן שהסמכות המוקנית לנציב בתי הסוהר בסעיף 80 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], להסדיר בפקודה את המינהל, המשטר, המשמעת והפעולה התקינה של שירות בתי הסוהר, כוללת גם סמכות לקבוע בפקודה כזאת הסדר לגבי קשר טלפוני על ידי אסירים, כפי שנקבע בפקודת הנציבות"; פרשת יונס, לעיל ה"ש 26, פס' 8–10 לפסק דינו של השופט דנציגר: "אוסף כי בסעיף 80 לפקודת בתי הסוהר ניתנה לנציב שירות בתי הסוהר הסמכות לקבוע הוראות ולהוציא פקודות... בהתאם לסמכותו זו, הוציא נציב שירות בתי הסוהר הוראה העוסקת בתנאי מאסר ובכלל זה בביקורי אסירים (הוראו מס' 5.06)... בנוסף, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 80(ב) לפקודה, שינה נציב שירות בתי הסוהר מס' 03.02.00 שכותרתה 'כללים ביחס לאסירים ביטחוניים' (להלן: פקודת האסירים הביטחוניים). הפקודה בנוסחה כיום נכנסה לתוקפה בשנת 2002. מטרתה של פקודה זו, כעולה מסעיף 2 לה, היא 'לפרט את כללי הביטחון הייחודיים של האסירים הביטחוניים ותנאי מאסרם'. פקודה זו מסדירה עניינים רבים. בכלל זאת, מתייחסת הפקודה לאופן בו יתקבל אסיר ביטחוני לבית הסוהר; לתנאי אחזקתם של אסירים ועצורים ביטחוניים ולהעברתם בין אגפים שונים בבית הסוהר ובין בתי הסוהר השונים; לקיום מצוות הדת; לקיום פעילות חינוך; למתן חופשות; למשלוח צילומי אסירים ולקבלת סרטי וידאו; לקיום קשר טלפוני עם החוץ; לטיפול בתלונות האסירים הביטחוניים ובעתירותיהם; למזון, ציוד ומוצרים אחרים שיסופקו להם ועד כהנה וכהנה הוראות" (ההדגשות הוספו). ראו גם רע"ב 656/97 מדינת ישראל נ' מנדלסון, פ"ד נב(5) 849, 858–859 (1997); רע"ב 5493/06 פלד נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.10.2010); ע"א 4714/04 עמיר נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.3.2005); ע"ב 6797/03 מדינת ישראל נ' לאראזק (פורסם בנבו, 2.11.2003); רע"ב 9552/09 כהן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 2.4.2012); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון הפנים (פורסם בנבו, 10.2.2004); רע"ב 8020/09 אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 26.7.2010); רע"ב 3097/08 פלוני נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.12.2008); בג"ץ 8630/04 ועננו נ' מנהל בית הסוהר "שקמה" (פורסם בנבו, 25.7.2005); רע"ב 8571/07 מדינת ישראל נ' גמליאל (פורסם בנבו, 21.2.2008); פרשת צלאח, לעיל ה"ש 26.

יוצא אפוא כי זכויות אדם של אסירים אינן מעוגנות בחקיקה הישראלית לפי הנורמות של זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי. מחד אי אפשר לומר כי המחוקק הישראלי העניק להם במפורש ובמסגרת החקיקה הראשית זכויות אדם המוכרות במשפט הבין-לאומי. לכך מתווספת התובנה כי ממילא ומלכתחילה תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עליהם מוגבלת מחמת סעיף שמירת הדינים, וכי תיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] מקפל בחובו פוטנציאל לצמצום היקפה של הביקורת השיפוטית על שיקול דעתו של השב"ס אל גדר המשפט המנהלי בלבד. מאידך גם אם יש מי שיאמר שקיימת בחקיקה הישראלית הכרה בזכויות אדם לאסירים, הרי שמרחב מחייתן הוא במסגרת מה שכינינו "דוקטרינת טובות ההנאה והזכויות המוקנות", וכך או כך היקפן מוגבל והן כפופות בלעדית לסמכות מנהלית ולשיקול דעת מנהלי בלתי מוגבל, ואין זה עולה בקנה אחד עם נורמות המשפט הבין-לאומי ועם עקרון תפיסת האסיר כאדם שבמשפט הבין-לאומי.

#### 4. סוגיות נבחרות מתחום דיני האסירים בחקיקה הישראלית

על מנת להדגים את הבעייתיות הגלומה בחקיקה הישראלית בדבר הכרה ושמירה על זכויות אסירים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשני קצותיה – היעדר קליטתן בחקיקה הראשית של נורמות זכויות האדם הבין-לאומיות שאליהן התחייבה ישראל באמנות זכויות האדם והסדרה חוקתית פנימית חלשה אל מול דוקטרינת "טובות ההנאה והזכויות המוקנות" בחקיקה ובפסיקה הישראלית, אשר מכפיפה את פרשנותן, היקפן ויישומן של זכויות האסירים לשיקול הדעת המנהלי של שירות בתי הסוהר הישראלי, בסתירה לתפיסת האסיר כבעל זכויות אדם שבמשפט הבין-לאומי – נסקור בשורות הבאות את מצב החקיקה בישראל בנוגע לכמה נורמות יסוד נבחרות מתחום דיני האסירים ובהשוואה למשפט הבין-לאומי.

דוגמה פרדיגמטית לבעייתיות זו היא היעדר עיגונה של הזכות נגד עינויים, יחס או עונש אכזרי, משפיל ולא הומני בחוקה או בחוק הישראלי בכלל ובאשר לאסירים בפרט. אף שישראל חתמה על אמנת ה-ICCPR ואמנת ה-CAT ואשררה אותן, אמנות שבמסגרתן התחייבה לעגן זכות זו בחקיקתה הפנימית ואף שנורמה זו הוכרה כחלק מהמשפט המנהגי היא איננה באה לידי ביטוי בחקיקה הישראלית, בין כזכות אדם חוקתית ובין כעברה פלילית שבחוק העונשין הישראלי.<sup>394</sup> הגם שנורמה בין-לאומית זו נקשרה במובהק להכרה בפגיעותם הייחודית של האסירים, הנובעת אינהרנטית ממצב כליאתם,<sup>395</sup> אין בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], בתקנות בתי הסוהר או בפקודות נציבות שירות בתי הסוהר ובהוראותיו כל התייחסות להכרה בזכות זו או בתחולתה בנוגע לאסירים. בהקשר זה אנו סבורים כי קיים יסוד להניח, ששתיקת המחוקק סללה את הדרך לעיגונן בתוך פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] של שתי פרקטיקות כליאה, שנויות במחלוקת:

394 ראו לעניין זה ועדת טירקל, לעיל ה"ש 266, בעמ' 307: על אפשרות של מפנה במדיניות המדינה בנושא זה, ראו להלן פרק ד.

395 הערה כללית מס' 21, לעיל ה"ש 151; הערה כללית מס' 9, לעיל ה"ש 196.

הפרדה יחידנית (solitary confinement)<sup>396</sup> והזנה בכפייה (force feeding)<sup>397</sup>, אשר הוכרו במשפט הבין-לאומי כפרקטיקות אסורות העולות כדי עינויים או כיחס או עונש אכזרי, לא אנושי ומשפיל.<sup>398</sup>

על פי כללי מנדלה, החזקה בהפרדה יחידנית משמעה החזקת אסיר בתא למשך 22 שעות או יותר ביום ללא קשר אנושי של ממש, והפרדה יחידנית ממושכת משמעה החזקתו בתנאים אלה לתקופה העולה על 15 ימים ברציפות.<sup>399</sup> כללי מנדלה קובעים איסור מפורש על החזקת אסירים בהפרדה לתקופה לא מוגדרת<sup>400</sup> ועל הפרדה ממושכת.<sup>401</sup> מנגד, לפי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] הישראלית ניתן להחזיק בהפרדה יחידנית אסיר למשך תקופה לא מוגדרת עד כדי כל תקופת מאסרו, ובלבד שאחת לשישה חודשים יינתן לכך אישור בית המשפט המוסמך. ואף ניתן להאריך הפרדת אסיר מעבר ל-15 ימים ועד לשישה חודשים לפי הסמכות שבשיקול דעת רשויות הכליאה ולאחר מכן באישור בית המשפט, כאמור. אף שהמשפט הבין-לאומי אוסר על החזקתם בהפרדה יחידנית של קבוצות אוכלוסייה אשר הוכרו כפגיעות במיוחד: כנשים, קטינים ובעלי לקות מנטלית, נפשית או פיזית,<sup>402</sup> פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] מאפשרת זאת.

אשר להזנה בכפייה, על פי כללי מנדלה, מערכת היחסים שבין רופאים ויתר אנשי מקצועות הרפואה לבין האסירים תהיה לפי הסטנדרטים האתיים והמקצועיים החלים בקהילה,<sup>403</sup> ובעיקר כאשר לחובתם של אנשי מקצועות הרפואה לכבד את האוטונומיה של האסירים בנושא בריאותם והסכמתם מדעת במערכת היחסים של רופא-פציינט.<sup>404</sup> חל איסור מוחלט על רופאים ואנשי מקצועות הרפואה להיות פעילים או אף פאסיביים בפעולות העשויות להיחשב עינויים או טיפול או עונש אכזרי, לא הומני ומשפיל.<sup>405</sup> בנסיבות אלה ועל רקע ההכרה בפרקטיקת ההזנה בכפייה של אסירים, כעולה כדי prohibited ill-treatment, לפי המשפט הבין-לאומי, לא ברור כיצד חקיקה זו בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] הישראלית יכולה להתיישב עם הנורמות הבין-לאומיות הנוגעות לזכויות אסירים.

396 ס' 19א-19ב בסמך ב'1 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

397 ס' 19ב-19ג בסמך ב'2 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש].

398 לעניין ההכרה בהפרדה יחידנית כעינויים, ראו לעיל פרק ב. לעניין ההכרה בהזנה בכפייה כ-prohibited ill-treatment לפי המשפט הבין-לאומי ראו RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 407-411.

399 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ס' 44 וראו לעיל פרק ב.

400 שם, ס' 1.43(a).

401 שם, ס' 1.43(b).

402 שם, ס' 2.45; ס' 67 ל- UN General Assembly, United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty: resolution / adopted by the General Assembly, UN General Assembly, United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules): note / by the Secretariat, 6 Oct. 2010.

403 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, שם, ס' 1.32.

404 שם, ס' 32(b).

405 שם, ס' 32(d).

דוגמה נוספת נוגעת לזכות האסיר לשיקום, או כביטוייה בנורמות הבין-לאומיות כחובה המדינתית לרה-אינטגרציה ורה-סוציאליזציה של האסיר חזרה לחברה<sup>406</sup> בתוך כותלי הכלא<sup>407</sup> לפי המצווה על ידי ה- ICCPR וכללי מנדלה וכן עם שחרורו מהכלא.<sup>408</sup> לפי כללי מנדלה, נקודת המוצא של נורמות זכויות האסירים במשפט הבין-לאומי היא כי עונש המאסר משמעו ניתוק אדם מהעולם החיצון בדרך של שלילת חירות. מצב זה מייצר פגיעה אינהרנטית בזכותו של אדם להגדרה עצמית (self-determination).<sup>409</sup> תכלית עונש הכליאה היא בעיקר להגן על החברה מפני פשיעה ולהפחית את הרצדיביזם.<sup>410</sup> מטרה זו ניתנת להשגה אך ורק אם תקופת ריצוי המאסר משמשת לשילובו של האסיר חזרה בחברה עם שחרורו ומובילה אותו ל- law-abiding and self-supporting life.<sup>411</sup> על מנת ליישם תכלית זו, על מערכת הכליאה מוטלת החובה להציע לכל האסירים, לפי צורכיהם האינדיווידואליים, תכניות, פעילויות ושירותים הכוללים חינוך, הכשרה מקצועית ותעסוקה לרבות כאלה שהן בעלות אופי מוסרי, רוחני, סוציאלי, בריאותי ותרופתי (remedial).<sup>412</sup> בתוך כך על רשויות הכליאה לחפש כל דרך להקטין את ההבדלים שבין חיי המאסר לחיים של חירות<sup>413</sup> ולטפל באסירים בדרך שתעודד אותם ל- "self-respect and develop their sense of responsibility".<sup>414</sup> בחקיקה הישראלית אין מוכרת חובה מדינתית בשיקום אסירים או ברה-סוציאליזציה ורה-אינטגרציה שלהם חזרה לחברה.<sup>415</sup> בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], בסעיף 11ד שכותרתו "שיקום אסירים" ואשר הובא לעיל, לא רק שאין משמעות הביטוי "שיקום" מבוארת אלא שבנוסחו ובמהותו הוא אינו מעגן זכות משפטית לאסיר, המקימה בצדה חובה מדינתית. תחת זאת סעיף זה מסדיר באופן שאינו מחייב את סמכותו של נציב השב"ס לבחון אפשרויות שיקום אך ורק לאוכלוסיית האסירים שהם תושביה או אזרחיה של ישראל ולפי שיקול דעתו באשר להתאמתו של האסיר, לשלבו בפעילויות שיקום, במועד, בהיקף ובתנאים שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות.<sup>416</sup>

406 ICCPR, לעיל ה"ש 4, בס' 10.

407 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ס' 95-91.

408 שם, ס' 90.

409 שם, ס' 3.

410 שם, ס' 1.4.

411 שם.

412 שם, ס' 2.4.

413 שם, ס' 5.

414 שם, ס' 91.

415 לעניין זה לא רק שבפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] חרף תיקון 42 אין חובה ממשית לשקם אסירים, אלא אף בהוראות חוק שחרור על תנאי מאסר, התשס"א-2001 וחוק הרשות לשיקום האסיר, התשמ"ג-1983, אין בנמצא הוראות מחייבות לעניין זה.

416 באשר לביטוי בשטח של המגבלות הללו ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 2013 – לשנת 2013 ולחשבונות שנת הכספים 2012 475 (2013) (להלן: דוח מבקר המדינה). כן ראו להלן פרק ד.

אף באשר לתנאי מחייתם של האסירים בבתי הסוהר קיימים הבדלים ניכרים בין הנורמות הבין-לאומיות לבין העיגון החקיקתי הקיים בישראל במסגרת סעיף 11 ובתקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), שעליהם עמדנו קודם לכן.

המחשה ברורה בדבר הפערים המהותיים שבין הנורמות הבין-לאומיות לבין החקיקה הישראלית בהקשר זה באה לידי ביטוי מזוקק בזכותו של האסיר לשתיית מים. הנורמה הבין-לאומית קובעת: "Drinking water shall be available to every prisoner whenever he or she needs it"<sup>417</sup>. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] הישראלית, מנגד, מקמצת ידה ומכפיפה זכות אלמנטרית זו לשיקול הדעת המנהלי של רשויות הכליאה: "מי שתיה וכן מזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו"<sup>418</sup>. ראוי להדגיש בהקשר זה כי מדינת ישראל התחייבה, לפי סעיף 11 לאמנת ה-ICESCR, להבטיח בשטחה את זכותו של כל אדם ל- "adequate standard of living". זכות זו חשובה במיוחד לאסירים וקשורה להבטחת קיום בכבוד של מי שבשל מעשיה של המדינה נשללה מהם החירות לבחור כיצד לפעול. זכות זו, המעוגנת בסעיף 11 פסקה 1, כוללת את הזכות למזון, ביגוד ומדור נאותים ולשיפור רציף בתנאי המחיה. בסעיף 11 בפסקה 2 לאמנה מוכרת הזכות היסודית של כל אדם להיות חופשי מרעב.<sup>419</sup> יישום האמנה מנוטר בוועדת האמנה ה-Committee on Economic, Social and Cultural Rights. במאי 1999 פרסמה ועדת האמנה את ההערה הכללית מס' 12 הנוגעת למזון הולם, ובנובמבר 2002 פרסמה את ההערה הכללית מס' 15 בנוגע לזכות למים המעוגנת באמנה בסעיפים 11–12. הערות כלליות אלה מיקמו היטב את הזכות למזון הולם ולמים בתוך גישת זכויות האדם להתפתחות (rights-based approach to development), אשר לפיה למדינה מחויבות לקיים ולכבד את זכויות אדם ולהגן עליהן, ובכלל זה אף כשמדובר באסירים.

קיימות דוגמאות נוספות, אולם מחמת מגבלות היריעה לא נוכל להרחיב. לסיכום פרק זה, אנו סוברים כי החקיקה הישראלית הנוגעת לאסירים ולמערכת הכליאה מעלה קשיים מהותיים

417 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, ס' 22.2.

418 ס' 11(ג)(3) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]; ממצאי מחקר שנעשה לאחרונה והוצג בכינוס האגודה הישראלית לקרימינולוגיה, 2017 ברמת רחל, מראים בין השאר כי "שב"ס עושה שימוש ציני ומניפולטיבי באוכל מתוך שיקולים ומוטיבציות ניהוליים וארגוניים וללא התחשבות ברצונם ובצרכיהם של אסירים. קביעת מועד חלוקה של אוכל עפ"י צרכים ונחות ניהוליים וללא התייחסות למידת הרעב של האסירים, וענישה או תגמול של אסירים באמצעות הקצבה דלה ולא איכותית של מזון ומניעת אפשרות בישול באופן עצמאי או, לחילופין, אספקה עשירה ואיכותית של מוצרי מזון, מסייעים לשב"ס, באופן פטרנליסטי ונצלני, להשיג שליטה רבה על האסירים ושקט ארגוני". ראו מורן דודיאן ניתוח משמעות האוכל ושימוש בתת תרבות האסירים ב (עבודת גמר לתואר "מוסמך בקרימינולוגיה", אוניברסיטת בר-אילן – המחלקה לקרימינולוגיה, התשע"ו).

419 ס' 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 ו-15 לאמנת ה-ICESCR מעגנים את הזכות לעבודה, לתנאי עבודה סבירים, את הזכות להתאגד מקצועית, לביטחון סוציאלי ולביטוח סוציאלי, להגנת המשפחה והילדים, לבריאות, לחינוך, והזכות להשתתף בחיי תרבות. ראו UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 UNITED NATIONS, TREATY SERIES 3 (16 Dec. 1966).

ולא מבוטלים בנוגע להלימתה עם נורמות זכויות האסירים במשפט הבין-לאומי. זאת, בין שהדבר נובע מדפוס הצטרפותה החלקי של מדינת ישראל לאמנות זכויות האדם או ממבנהו של המשפט הישראלי אשר אינו קולט אליו אוטומטית אמנות בין-לאומיות, ובין שהדבר נובע מהיעדר קיומה של חוקה ישראלית, המשקפת את נורמות זכויות האדם הבין-לאומיות בטקסט חוקתי שלם. להבנתנו, החקיקה הפנימית הישראלית כשלעצמה, ככל שהיא נוגעת לאסירים ולמערכת הכליאה, לוקה בכשל קונצפטואלי יסודי. לא רק שאין בה עיגון חקיקתי ראוי בדבר זכויות אדם של אסירים לפי נורמות המשפט הבין-לאומי, היא אף משמרת תפיסה משפטית אנכרוניסטית באמצעות דוקטרינת "טובות ההנאה והזכויות המוקנות" שעליה עמדנו בפרק זה, השוללת מניה וביה את תפיסת האסיר כבעל זכויות אדם והמוכרת כעקרון יסודי בנורמות זכויות האסירים במשפט הבין-לאומי.

#### ד. עמדות המדינה במבחן: ההידברות עם מוסדות האו"ם

שני הפרקים העיקריים במאמר זה מוקדשים לניתוח המשפט הבין-לאומי בסוגיות זכויות האסיר מחד גיסא, ולעמדת המשפט הישראלי מאידך גיסא. הזירה שבה מידת ההתאמה בין שתי מערכות הנורמות הללו אמורה להתברר היא ועדות האו"ם שהוקמו במסגרת האמנות הרלוונטיות (בעיקר ה-ICCPR וה-CAT), בתפקידן לנטר את יישום סעיפי האמנות במדינותן ופעילותן של המדינות החברות באמנות. הכלי העיקרי שבאמצעותו נבחנה ההתאמה (והיחיד בהקשר הישראלי בשל הימנעותה של המדינה מלהצטרף להסדרים האופציונליים) הוא הדיווח התקופתי שהמדינה מחויבת לו לפי כל אחת מהאמנות. חלק זה של המאמר בא לבחון את תרומתו של השיח מסביב לדוחות הללו לבירור שאלות המחקר, היינו באיזו מידה מדינת ישראל מיישמת את נורמות המשפט הבין-לאומי בנושא זכויות האסיר, ובמקרה של היעדר היישום – מהם ההסברים לכך.<sup>420</sup>

על פני הדברים נראה כי תרומתו של השיח האמור לשאלת קיום הנורמות הבין-לאומיות מצד המדינה אינה גדולה, ולו רק מאחר שהיקף ההתדיינות בנושאים הקשורים לאסירים שפוטים (ובייחוד לאסירים פליליים) מוגבל למדי. אם הדבר נובע מהיעדר עניין (או עדיפות נמוכה) מצד

420 יש מקרים שבהם המדינה חולקת על עצם פרשנות הנורמה כפי שקבעה הגוף הבין-לאומי. במקרה זה תתעורר השאלה אם עלינו לראות בגוף הבין-לאומי presumptively correct (ראו Keller & Grover, לעיל ה"ש 126, בעמ' 129), או שמדובר ב-"means and modes of domestic implementations" הנתונים לשיקול דעתן של המדינות (שם, בעמ' 124). ואולם, נטייתה של מדינת ישראל "לעשות לעצמה הנחות" מעוררת לעתים תגובה חריפה. מול טענותיהם של נציגי המדינה בהקשר של הדוח התקופתי הרביעי על פי ה-CCPR בנוגע לאי-תחולת האמנה בעת מלחמה, חוקיותן של ההתנחלויות והריסות הבתים ותחולת הגנת הצורך על מעשי עינויים, העיר יו"ר הוועדה לזכויות האדם (במהלך הפגישה עם חברי המשלחת הישראלית): "The covenant was not a matter of auto-interpretation by every State party" (CCPR/C/SR.3116, בעמ' 9).



הוועדות, יש בכך תשובה חלקית לשאלת המחקר השנייה, היינו שאחת הסיבות שמדינת ישראל אינה ממלאת את חובותיה בתחום זה לפי המשפט הבין-לאומי (כפי שנטען בפרקים הקודמים) היא שהנושא אינו תופס מקום גבוה בסדרי העדיפויות של המנגנונים הבין-לאומיים המפקחים, אם כי כפי שנראה בהמשך, התמונה מורכבת יותר במקצת.

נקדים בהערות ספורות באשר לתהליך הדיווח. כזכור, רוב האמנות הרלוונטיות אושררו על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, ולפיכך הייתה חובתה של המדינה להגיש דוחות ראשונים על פי ה-ICCPR ואמנת ה-CAT בתוך שנה, ובהמשך – במקרה הראשון "whenever the committee so requests", ובמקרה השני – כל ארבע שנים.<sup>421</sup> מדינת ישראל הגישה את הדוח הראשון על פי ה-ICCPR רק בשנת 1998,<sup>422</sup> ומאז הגישה עוד שלושה דוחות "תקופתיים" בשנים 2002, 2008 ו-2013.<sup>423</sup> הדוח הראשון על פי אמנת ה-CAT הוגש על ידי המדינה כבר ב-1994,<sup>424</sup> ודוחות נוספים הוגשו בשנים 1998, 2001, 2006 ו-2014.<sup>425</sup> בעקבות הגשת הדוחות התנהלו דיונים בין

421 ראו ICCPR, לעיל ה"ש 4, ס' 40(1)(b); אמנת ה-CAT, לעיל ה"ש 3, ס' 19

422 ראו UN Human Rights Committee (HRC), *UN Human Rights Committee: Addendum to the Initial Reports of States Parties Due in 1993, Cambodia*, CCPR/C/81/Add.12 (23 Sep. 1998). להערכותיה של הוועדה ראו UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant*, CCPR/C/79/Add.12 (28 Dec. 1992).

423 UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant (Israel)*, CCPR/C/ISR/2001/2 (20 Nov. 2011); UN Human Rights Committee (HRC), *UN Human Rights Committee: Concluding Observations: Israel*, CCPR/CO/78/ISR (21 Aug. 2003); UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights: 3rd Periodic Report of States Parties Due in 2007: Israel*, CCPR/C/ISR/3 (21 Nov. 2008); UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, International*; (CCPR/C/ISR/Q/3 Add 1 (להלן: CCPR/C/ISR/Q/3 Add 1. (29 July 2010) *Covenant on Civil and Political Rights, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel*, CCPR/C/ISR/4 (21 Nov. 2014); *Civil and Political Rights, List of Issues Prior to the Submission of the Fourth Periodic Report of Israel (CCPR/C/ISR/4)* (להלן: CCPR/C/ISR/Q/4 (31 Aug. 2012).

424 ראו UN Committee Against Torture (CAT), *UN Committee Against Torture: Addendum to the Initial Reports of States Parties Due in 1992, Israel*, CAT/C/16/Add.4 (4 Feb. 1994). להערכותיה של הוועדה ראו UN Committee Against Torture (CAT), *Concluding observations of the Committee against Torture: Israel*, A/49/44, paras.159–171 (12 June 1994).

425 ראו UN Committee Against Torture (CAT), *Second Periodic Reports of States Parties Due in 1996 (Israel)*, CAT/C/33/Add.3 (6 Mar. 1998); UN Committee Against Torture (CAT), *Reports of the Committee Against Torture*, A/53/44 (1998); UN Committee Against Torture (CAT), *Third Periodic Reports Due in 2000 (Israel)*, CAT/C/54/Add.1 (4 July 2001); UN Committee Against Torture (CAT), *Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture, Israel*, U.N. Doc. CAT/C/XXVII/Concl.5 (2001); UN Committee Against Torture (CAT), *Concluding Observations of the Committee Against Torture, Israel*,

נציגי המדינה וחברי הוועדות, ולבסוף נוסחו הערות מסכמות מטעם הוועדות.<sup>426</sup> ואולם, במהלך השנים שונתה הפרוצדורה, ובטרם עריכת הדוחות מטעם המדינה מוגשת לה רשימת שאלות שעליהן היא מתבקשת להשיב.<sup>427</sup> זהו שינוי ניכר, שכן נראה כי כיום סדר היום של הדיונים נקבע עקרונית על ידי הוועדות ולא על ידי המדינה המדווחת.<sup>428</sup>

סוגיות אחדות הנוגעות לאסירים הועלו ברוב הדוחות אם כי לא בכלום. הדוח הראשון שהוגש מטעם המדינה ל-HRC (במסגרת ה-ICCPR) וכן הדוח השני לוועדה נגד העינויים (במסגרת ה-CAT) הרחיבו על היבטים שונים של תנאי אסירים וזכויותיהם. הדוח הראשון התמקד בסעיפים 7 ו-10 ל-ICCPR (כל אחד בנפרד),<sup>429</sup> ואילו בדוח שבמסגרת ה-CAT, העוסק כזכור בעיקר במניעה ואכיפה, הודגשו תכניות ההכשרה של סגל בתי הסוהר.<sup>430</sup> שני נושאים הנוגעים לתנאי החזקה של אסירים – החזקתם בהפרדה וביקורים משפחתיים – נדונו בהודמנויות אחדות<sup>431</sup>. הוא הנכון גם באשר לבקרה על מערכת הכליאה והתרופות העומדות לרשות האסירים. בדוחות ההמשך במסגרת ה-ICCPR הודגשו חידושים בחקיקה (כגון תיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר והרחבת העילות של שחרור מוקדם מבתי הסוהר מטעמים רפואיים) והפסיקה.<sup>432</sup>

CAT/C/ISR/4 (14 May 2009); UN Committee Against Torture (CAT), *List of Issues to be Considered During the Examination of the Fourth Periodic Report of Israel (CAT/C/ISR/4)*, CAT/C/ISR/Q/4 (2 Feb. 1992); UN Committee Against Torture (CAT), *Concluding Observations of the Committee Against Torture (Israel)*, CAT/C/ISR/CO/4 (23 June 2009) UN Committee Against Torture (CAT), *Fifth Periodic Reports of*; (CAT/C/ISR/CO/4 :להלן) *States Parties Due in 2013 (Israel)*, CAT/C/ISR/5 (16 Feb 2015); UN Committee Against Torture (CAT), *List of Issues Prepared by the Committee Prior to the Submission of the Fifth Periodic Report of Israel (CAT/C/ISR/5)*, CAT/C/ISR/Q/5 (12 July 2012) UN Committee Against Torture (CAT), *Second* :ראו גם הדוח המיוחד: (CAT/C/ISR/Q/5 *Periodic Reports of States Parties Due in 1996 (Israel)*, CAT/C/33/Add.2/Rev.1 (17 Feb. 1997); UN Committee Against Torture (CAT), *Report of the UN Committee Against Torture*, A/52/44, supp. No. 44 (10 Sep. 1997)

426 הדיונים המסכמים של שתי הוועדות מצויים בין המסמכים המפורטים בה"ש 425.  
427 גם לפני כן נהגו הוועדות לבקש השלמות או לחלופין דוחות מיוחדים. ראו TYAGI, לעיל ה"ש 186, בעמ' 177 ואילך; Kälín, לעיל ה"ש 187, בפרק 2 לספר.

428 ראו למשל RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 211–212.

429 ראו UN Human Rights Committee (HRC), *UN Human Rights Committee: Addendum to the Initial Report of States Parties Due in 1993, Israel*, CCPR/C/81/Add. 13 (2 June 2000), <http://www.refworld.org/docid/3ae6b0584.html>, ס' 168–242, 310–359 לרוח (להלן): (CCPR/C/81/Add.13).

430 Committee Against Torture (CAT), *Second Periodic Reports of Israel*, CAT/C/33/Add.3, sec. 28 (18 May 1998).

431 אשר להפרדה יחידנית ראו בהמשך. בנושא הביקורים ראו הדוח הראשון והדוח השני מטעם מדינת ישראל במסגרת אמנת ה-ICCPR, לעיל ה"ש 422, 423.

432 ראו Israel's 4th Periodic Report, לעיל ה"ש 423, ס' 404, 458–459.

על אף מגוון הסוגיות שעלו בדוחות ובדיונים במהלך השנים ועל אף המחמאות על הדיווחים המושמעים מדי פעם (בצד הביקורות) מצד יושבי ראש הוועדות, קריאת החומר<sup>433</sup> אינה מעלה רושם חזק שנתקיימו דיונים מעמיקים וממצים בנושא מידת ההקפדה של מדינת ישראל על הנורמות הבין-לאומיות של זכויות האדם, לפחות בתחום בתי הסוהר.<sup>434</sup> הסיבות האפשריות לכך רבות. נראה כי מדינת ישראל איננה חריגה מבחינת רצונה כצד לאמנות אלה להפגין “רקורד” חיובי ולהציג דוחות בהתאם,<sup>435</sup> ולפחות מדי פעם – כפי שנראה בהמשך – היא דומה למדינות רבות אחרות המאמצות טכניקות של התחמקות מהתמודדות עם נושאים בעייתיים, למשל באמצעות מתן פירוט מייגע אך לא לעניין.<sup>436</sup> לעתים רחוקות ביותר המדינה דוחה את דרישות הוועדה חד-משמעית.<sup>437</sup>

מנגד, נראה לנו כי לוועדות חסרים הכלים הנחוצים לבדיקת דיוקן של העובדות המוצגות בפניהן (בין שמדובר בנורמות משפטיות ובין במידע אמפירי), ומכאן גם שחברי הוועדות אינם בהכרח יודעים אילו שאלות לשאול. הם אמנם מקבלים השראה מן המידע המשלים שמספקים NGOs המקורבים לתחום, אך מידע זה עשוי להיות מצומצם לפי תחום התמחותו של ה-NGO. עם זאת השינוי בתהליך שלפיו הדוח של המדינה ייערך על פי השאלות שמגישה אליה הוועדה עשוי, כאמור, להעביר את היזמה בקביעת האג'נדה של הדיונים מן המדינה לוועדה ולצמצם חלק מן התופעות שצוינו לעיל.

מגבלה נוספת נובעת מלוח הזמנים של הוועדות המטפלות במדינות רבות ומקדישות לדיון בכל דוח שעות אחדות בלבד,<sup>438</sup> והיקף ההערות המסכמות של הוועדות אינו עולה על עמודים ספורים. מכאן נראה כי עומק הביקורת הוא בהכרח מוגבל, ובעיקר באשר לעבודתה של ה-HRC, נוכח הנושאים הרבים שה-ICCPR מתייחס אליהם.

בשל המגבלות הללו נראה בלתי נמנע מבחינת הוועדות אלא להיות סלקטיביות בנסחן את שאלותיהן על פי הפרוצדורה החדשה, וכן בבואן להגיב לדוחות המדינה (בין לפי הפרוצדורה

433 הניתוח מתבסס בעיקר על דוחות שהגישה המדינה והערות הסיכום של הוועדות. כן נבדקו השאלות שהפנו הוועדות בטרם נמסרו הדוחות, כשפותחה השיטה הזאת.

434 פורמלית הוועדות עוסקות בקיום חובותיה של המדינה על פי האמנה המסוימת שבמסגרתה הוגש הדוח: ראו ס' 40 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 4, וס' 19 לאמנה נגד עינויים, לעיל ה"ש 3. ואולם, רוב הדיונים מתייחסים ככלל לפרקטיקה זו או אחרת של המדינה המדווחת, מבלי להצביע על סעיפים ספציפיים של האמנה. ראו התיאור ב-Kälin, לעיל ה"ש 187, בעמ' 21 ואילך.

435 על פי TYAGI, לעיל ה"ש 186, בעמ' 312: “They often use the reporting procedure as an image-building opportunity”

436 שם, בעמ' 308: “A host of questions are parried, left unanswered, or answered in excruciating but irrelevant detail” .השוו הטכניקות שמאמצת בלגיה במסגרת הבקרה שמפעילה הוועדה האירופית למניעת עינויים. ראו Tom Daems, *Slaves & Statues: Torture Prevention in Contemporary Europe*, 56 BRIT. J. CRIMINOL 1 (2016).

437 דוגמה לכך מצדה של ישראל היא הסירוב להכיר בתחולת האמנות על השטחים, מה שהביא משקיף אחד להעיר: “So what took place between the experts and the Israeli representatives was essentially a dialogue of the deaf” .מובא על ידי TYAGI, שם, עמ' 309.

438 ראו Kälin, לעיל ה"ש 187, בעמ' 24–25.

החדשה או המקורית). באשר לתחום אכיפת החוק והענישה, נראה כי סדרי העדיפויות של הוועדות באים לידי ביטוי בשתי צורות: ראשית, הוועדות מדגישות פחות את תנאי המאסר והתנהלותו ומייחסות חשיבות מרבית לנושאים פרוצדורליים הקשורים להליכים נאותים (due process), ובייחוד לשימוש בסמכויות מעצר ובקרה על כך, כגון גישה לעורכי דין. תפיסה זו עשויה להתבסס על ההערכה כי המעצר הוא השלב שבו מתרחשים רוב המקרים של עינויים וחס לא הומני ומשפיל, וכן שמדובר ב"שמירת השער", שכן מי שלא נעצר סיכוייו למצוא עצמו במאסר נמוכים. עם זאת יש להעיר כי בהתייחסותן של הוועדות למתקני מעצר (באנגלית: detention facilities) – ולעתים אף בהתייחסותה של המדינה – לא תמיד ברור אם מדובר אך ורק בעצורים שטרם הורשעו או גם באסירים מורשעים.<sup>439</sup>

שנית, בהקשר הישראלי, הוועדות מתעניינות במיוחד בכל הקשור למעמדם של הפלסטינים. גם בכך יש היגיון, שכן מדובר במיעוט בעל מעמד אזרחי נחות (בעיקר בשטחים הכבושים), ומופעלת בעניינו מערכת חוקים בעייתית מבחינת זכויות האדם בתחומים הכוללים גישה לעורכי דין, הליכי משפט, סנקציות מנהליות (כגון מעצר מנהלי) וכיוצא באלה.<sup>440</sup> מכאן שמעמדם של אסירים שפוטים אינו נתפס כבעל עניין רב אלא אם מדובר באסירים ביטחוניים. ואכן, הוועדות מעלות בעיקר נושאים כגון ביקורים משפחתיים אצל אסירים תושבי השטחים המוחזקים בתוך הקו הירוק והחזקת אסירים בהפרדה (הנתפסת – ללא הצדקה – כנושא הרלוונטי לאסירים ביטחוניים בלבד).<sup>441</sup>

בשל הפרמטרים שתוארו לעיל החומר הרב ביותר המצוי בחילופי המסמכים בין המדינה לוועדות בתחום מחקרנו מצוי בדוחות שהגישה המדינה. את החומר הזה ניתן לנתח על מנת לעמוד על עמדתם של מנסחי הדוחות באשר למעמד האסירים בישראל ובאשר לזכויותיהם, ואולי גם בעקיפין על תפיסתם של נציגי המדינה את המשפט הבין-לאומי. ייתכן שיהיה ניתן לעמוד גם על נטיית לבם של מנסחי הדוחות בין המחויבות לחשיפת המידע הרלוונטי לבין הרצון להגן על שמה הטוב של המדינה. מנגד, יהיה ניתן להצביע על דאגותיהן של הוועדות ועל עמדותיהן כלפי נושאים מסוימים, בין מתוך ההערות המסכמות את תגובותיהן לדוחות ובין מתוך השאלות המועלות לפי הפרוצדורה החדשה בטרם הגשת הדוחות. לבסוף, באשר לעמדותיה של המדינה בסוגיות בעייתיות, ניתן לעתים להתרשם מתגובותיה להצעות או לבקשות שהוועדות מפנות אליה.

439 ראו למשל ס' 15 להערתיה של ה-HRC לדוח התקופתי הרביעי של הוועדה.

440 מחקר שהתפרסם לאחרונה מצא כי ניתן להסביר את נטייתן של הוועדות לזכויות האדם מטעם האו"ם להתמקד בנושאים הקשורים לשטחים כבושים בשל החומר הרב המוגש לוועדות אלו מצד ה-NGO's (Ruth Halperin-Kaddari & Amichai Danino, *International Human Rights and Israel as Seen in the Work of the Treaty Bodies: Do they Walk the Talk?*, 49 ISRAEL L. REV. 267 (2016)).

441 אראל וסבה, לעיל ה"ש 1.

כאמור לעיל, הדוח הראשון שנמסר ל-HRC במסגרת ה-ICCPR הכיל סקירה רחבה על מעמד האסיר ועל זכויותיו האיתנות (בעיני מנסחי הדוח) על פי המשפט הישראלי. נאמר בו כי "זכויות היסוד של עצורים ואסירים... נקבעו ונאכפו בשורה של פסקי-דין של בית המשפט העליון".<sup>442</sup> טיעון זה בעייתי מכמה בחינות. יש לזכור ראשית לכול כי ברוב המקרים הנושא הגיע לבית המשפט בשל עמדתו של שירות בתי הסוהר שלא להכיר בזכות השנויה במחלוקת, ואין לנו מידע על היקף הבקשות הלגיטימיות של אסירים אשר אינן מופנות לערכאות, ומכל מקום אינן מגיעות לערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר. יתר על כן, מן המפורסמות הוא כי יש פער בין הרטוריקה של בית המשפט העליון בבואו להפעיל ביקורת על מדיניות הממשל לבין ההכרעות השיפוטיות המתקבלות בפועל,<sup>443</sup> והנושא שלפנינו אינו חריג מבחינה זו. לספירת המקרים שבהם פסק בית המשפט העליון לטובתם של אסירים בעתירותיהם<sup>444</sup> בקושי נזקקים לאצבעות שתי הידיים.<sup>445</sup> בהמשך לאמירה בנוגע לפסיקותיו של בית המשפט העליון, הקובעות ואוכפות את זכויות היסוד של האסיר, מביא הדוח שני ציטוטים מפסקי דין של השופט (כתוארו אז) ברק בעניין יוסף.<sup>446</sup> על פי הציטוט הראשון: "פגיעה... בחירויות צריך שתהא נובעת מעצם מהות המאסר וצרכיו, ולא מעבר לכך".<sup>447</sup> (בהסתמך על פסק הדין בבג"ץ הוקמה),<sup>448</sup> ולפי הציטוט השני: "זכותו של אדם בישראל, שנידון למאסר (או שנעצר כדין) להיכלא בתנאים המאפשרים חיי אנוש תרבותיים" (מתוך דברי השופט חיים כהן בעניין דרויש)<sup>449</sup>. בית המשפט הביא ציטוטים אלה בכדי להמחיש את הסתייגותו ממצבם של האסירים הביטחוניים שנשפטו בבית המשפט בישראל אך הוחזקו בבית-כלא בשטחים בהם תנאי החזקה היו נחותים. העותרים ביקשו "להחזירם לבתי הסוהר בישראל או להעניק להם בבית הסוהר המרכזי [בו הוחזקו] את אותם

442 במקור: "The fundamental right of detainees and prisoners to conditions insuring basic maintenance of their human dignity has been articulated and enforced in a long line of judgments of the Supreme Court", ראו CPR/81/Add.13, לעיל ה"ש 429, ס' 193.

443 השוו ASSAF MEYDANI, THE ANATOMY OF HUMAN RIGHTS IN ISRAEL: CONSTITUTIONAL RHETORIC & STATE PRACTICE (2014).

444 במקרים לא מעטים בית המשפט מבהיר את ציפיותיו, אך ללא מתן צו.

445 למיטב ידיעתנו, העתירות היחידות, בעניינים עקרוניים, שזכו להיענות מלאה מטעם בית המשפט העליון הן אלה: בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (1974); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); פרשת גולן, לעיל ה"ש 295; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007); בג"ץ 2245/06 דבורין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006). מלבד זאת, נראה כי בית המשפט העליון מתערב מדי פעם לטובת אסיר ספציפי בשל נסיבות מיוחדות, ראו למשל רע"ב 9373/16 אסף קדושים נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 5.12.2006), שם נעתר בית המשפט העליון לבקשת אסיר לנכוח בחתונתו שלו.

446 פרשת יוסף, לעיל ה"ש 281.

447 שם, בעמ' 572-573.

448 בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 (1984).

449 פרשת דרויש, לעיל ה"ש 26.

תנאי מאסר שהיו להם בישראל, בעיקר באשר לתעסוקה, לחופשות, לתנאי אכילה, למערכת השיקום ולעניינים נוספים הקשורים בתנאי המאסר.<sup>450</sup> השופטים חרגו ממנהגם וערכו ביקור במתקן. לצד כמה נקודות חיוביות מצאו "מציאות עגומה, שבה אסיר שוהה יחד עם אסירים אחרים עשרים ושתיים שעות ברציפות ביממה בתא מאסר קטן וצפוף... אין כל פעילות תרבותית או חינוכית";<sup>451</sup> "אין כל תעסוקה בשכר";<sup>452</sup> "העותרים אינם זכאים לחופשות... אין בתא המאסר שולחן... האסירים אוכלים על הרצפה כמו כלבים בלשונם";<sup>453</sup> "אין מערכת שיקומית. אין עובד סוציאלי".<sup>454</sup> בית המשפט אמנם הטיל על מנהל בית הסוהר לפעול לשינויים בתחומים האמורים (שבחלקם היו טעונים שינויים בחקיקה) אך נמנע מלקבל את העתירה, ולבסוף ציין: "אין אנו נוקטים כל עמדה לגוף החלטות המשיב". איננו סבורים כי על כגון דא ניתן לומר כי "זכויות יסוד של עצורים ואסירים... נקבעו ונאכפו" (ההדגשה שלנו); ובהתחשב בנייתוחנו לעיל בפרק הקודם, לא ברור על סמך מה נאמר בדוח בהקשר של סעיף 7 ל-ICCPR כי ל"פריבילגיות ושירותים ניתן מעמד של זכות משפטית מכוח החלטות של בית-המשפט העליון".<sup>455</sup> בהמשך הדוח מופיעים טיעונים האמורים להצביע על יישום סעיף 10 לאמנה. אחדים מן הטיעונים הללו נראים בעייתיים. נטען כי בכל ספרייה בבית כלא יש עוקדן (קלסר) שבו האסירים יכולים לעיין בזכויותיהם.<sup>456</sup> בביקורינו בבתי הכלא במהלך השנים לא מצאנו כאלה.<sup>457</sup> כן נאמר כי כללי המינימום של האו"ם (ה-SMR) "מובטחים ע"י המשפט הישראלי ופקודות הנציבות".<sup>458</sup> ואולם, ספק אם הכללים דאז, ועוד פחות מזה הכללים המתוקנים,<sup>459</sup> מקוימים בבתי הסוהר בשלמותם, ומכל מקום הם אינם "מובטחים", שכן כפי שראינו, מעט מאוד, אם בכלל, מזכויות האסיר במשפט הבין-לאומי מוכרות במשפט הישראלי ככאלו.<sup>460</sup>

450 פרשת יוסף, לעיל ה"ש 281, בעמ' 569.  
 451 שם, בעמ' 573.  
 452 שם, בעמ' 574.  
 453 שם, בעמ' 557.  
 454 שם, בעמ' 576.  
 455 CPPR/C/81/Add.13, לעיל ה"ש 429, ס' 194. הדוגמה שניתנה לכך שם היא העמדת עובד סוציאלי לטפל בדאגות מסוימות של אסיר בפרשת יוסף (פרשת יוסף, לעיל ה"ש 281).  
 456 CPPR/C/81/Add.13, שם, ס' 344.  
 457 בדרך כלל תלוי על קיר באגף פלקט המסכם את הזכויות והחובות של האסיר, כמתחייב על פי חוק, אך אי אפשר להתייחס אליו כמקור משפטי מוסמך ומקיף.  
 458 במקור: "It would appear that the criteria in the [Standard] Minimum Rules are guaranteed by Israeli legislation and standing orders of the authorities involved", CPPR/C/81/Add.13, ראו לעיל ה"ש 429, ס' 345.  
 459 כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131, אשר נדונו לעיל בפרקים ב-ג.  
 460 ראו לעיל בפרק הקודם.

בהמשך דוח זה נאמר כי ההכנה לחיים לאחר תום ריצוי העונש היא אחת מהעדפות-העל של מדיניות שירות בתי הסוהר.<sup>461</sup> הצהרה זו מתיישבת עם הנוסח של סעיף 10.3 לאמנה, הקובע כי התקון והשיקום החברתי הם מטרת-העל של הטיפול בכלא.<sup>462</sup> ואולם, עם כל הכבוד הראוי לניסיונות של מערכת בתי הסוהר להנהיג תכניות שיקום למיניהן, יש לנו ספקות בנוגע למרכזיותן של תכניות אלו בניהול מערכת הכליאה ומידת היישום של הוראות סעיף 10.3 לאמנה. הביקורת שלנו היא בעיקר מנקודת המבט של היום, אך אם נטען כי ההצהרה שבדוח שיקפה את המדיניות שרווחה בשנות התשעים, כי אז היה מקום לתיקון ההצהרה בדוחות ההמשך, שכן בשנת 2001 נחקק חוק שחרור על-תנאי ממאסר,<sup>463</sup> אשר קבע את המסוכנות הנשקפת מהאסיר כקריטריון העיקרי בבחינת אפשרות השחרור המוקדם, ובררת המחדל היא כי האסיר מסוכן ואינו ראוי לשחרור מוקדם,<sup>464</sup> כאשר השחרור המוקדם הונהג לאורך דורות על מנת לקדם את קליטתו של האסיר מחדש בחברה. באופן מעגלי, מיעוט מן האסירים מצליח לבנות כיום תכניות שיקום לקראת השחרור בתיאום עם הרשות לשיקום האסיר כדי שיוכלו להפריך בפני ועדת השחרורים את חזקת המסוכנות.<sup>465</sup> בדוח מבקר המדינה אשר פורסם לאחרונה צוינו מגבלותיהן של תכניות השיקום הייעודיות בתוך בתי הסוהר, וכן צוין כי קרוב ל-40% מן האסירים אינם משולבים בשום פעילות תקון.<sup>466</sup> ואולם, לא מצאנו זכר לממצאים הללו בשלושת הדוחות האחרונים של המדינה ל-HRC, או הסתייגויות מן ההצהרה באשר לאוריינטציה השיקומית של המערכת. הנקודה איננה טריוויאלית בהתחשב בתוכנו של סעיף 10.3 לאמנה ובמקום המכובד אשר הוקדש לתיאור יישומו של הסעיף במוסדות הכליאה בארץ במסגרת הדוח הראשון של ישראל ל-HRC.

לסוגיית מעמדו של השיקום במערכת המשפט הישראלית והצגת ההתפתחויות בדוחות התווסף לאחרונה עוד נדבך. הדוח האחרון ל-HRC (הדוח התקופתי הרביעי), המסתפק בתיאורים יבשים של ההתפתחויות החקיקתיות ללא הצהרות בומבסטיות, על פני הדברים מרגיע את הקורא באשר למטרה המשקם של מערכת הכליאה בישראל. הדוח מסכם את תיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר, לרבות קביעותיו בנושא שיקום האסיר, ומביא את ניסוחו של סעיף 111ד(א) החדש לפקודה הקובע כי "נציב בתי הסוהר יבחן אפשרויות לשיקומו של אסיר שהוא אזרח ישראלי או תושב ישראל וינקוט צעדים להבטחת שילובו המרבי בפעילויות שיקום בין כותלי בית הסוהר".<sup>467</sup> אולם נתוניו של מבקר המדינה שהוזכרו לעיל יש בהם לעורר ספק באשר

461 במקור "one of the overarching policy priorities"; ראו CPR/C/81/Add.13, לעיל ה"ש 429, ס' 346.

462 ראו לעיל פרק ב.

463 חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, ס"ח 410.

464 הסיפה לס' 3 לחוק שחרור-על-תנאי ממאסר, וכן ס' 11-12 לחוק האמור בנוגע לעברות אלימות במשפחה ועברות מין.

465 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 416, בעמ' 479.

466 שם, בעמ' 477.

467 שם, בעמ' 63, ס' 403.



לתמונה ורודה זו, ולמעשה, כפי שהורחב בחלק הקודם של המאמר,<sup>468</sup> העמקה בלשון הסעיף המצוטט כשלעצמה מעוררת שאלות בשל סתירה מסוימת בין ה"הבטחה" לשילוב האסיר בפעילות שיקומית לבין המונח "בחינת האפשרויות" ברישה של הסעיף. לכך מתווספים התנאים הרבים להסדרת השיקום המופיעים בסעיף 11ד(ב) לפקודה שפרטיו אינם מצוטטים בדוח,<sup>469</sup> לרבות הכפיפות לנהלים הפנימיים של שירות בתי הסוהר, בפקודות השירות. אך מאחר שלא נערך דיון בשאלה באיזו מידה המגבלות הללו נחשבות הפרה של סעיף 10 ל-ICCPR – או אף באי-מילוי דרישותיהם של כללי מגדלה – טרם נקבע שאכן זה המצב. עם זאת ייתכן כי עצם הימנעותן של הוועדות הביין-לאומיות מלבחון שאלות אלו עשוי לספק את ההסבר מדוע אין המדינה מקיימת את נורמות המשפט הביין-לאומי כנדרש, כפי שאנו מתרשמים.

מלבד "לקוניות" מסוימת בגישתו של דוח זה בקטעים הנדונים, יש עוד בעיה, שכן הם הובאו כתשובה לשאלה מס' 19 ברשימת הנושאים שהעלתה הוועדה, אשר ביקשה בין השאר מידע על ערובות משפטיות ותרופות חדשות שהועמדו לרשותם של חשודים או עצורים בשל מעשי טרור וכן של נפגעי.<sup>470</sup> אך הכותרת של הקטע הנדון כאן היא כללית ("ערובות נוספות ותרופות העומדות לרשות עצורים"),<sup>471</sup> ואין מצוין במסגרתו כי הסדרי השיקום המתוארים עלולים להיות לא רלבנטיים במיוחד עבור אסירים ביטחוניים. העניין צורם עוד יותר כשמדובר בסעיף 11ג לפקודה, המובא גם הוא בדוח, שלפי לשונו "אסיר יהיה זכאי להשתלב בפעילות פנאי או חינוך בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות". לא זו בלבד שהזכאות עלולה לאבד את משמעותה ולדמות לפריבילגיה ברגע שהיא כפופה להסדרים הפנימיים של השב"ס, אלא שכידוע, לאחרונה אף שלל שב"ס בשירותיות את השתתפותם של האסירים הביטחוניים בתכניות חינוך (מטעם האוניברסיטה הפתוחה),<sup>472</sup> כלומר דווקא בנוגע לאותה האוכלוסייה ששאלת הוועדה הייתה מכוונת אליה. אך מן הסיבות שבהן דנו קודם לכן, לא מנסחי הדוח ולא חברי הוועדה מצאו לנכון להעמיק בסוגיות הללו.

ועתה לנושא שהופיע בתדירות במסמכי הוועדות: החזקתם של עצורים ואסירים בבידוד. הקשיים בהתייחסות לנושא זה נובעים בין היתר מכך שמדובר בכמה מצבים שונים, ולעתים, בשל ערפולי ניסוח, לא ברור לאילו מהם מתייחסים. מיקוד העניין הוא לעתים בהחזקה של עצורים (בדרך כלל בסמוך למועד מעצרם) המוחזקים incommunicado, היינו ללא יצירת קשר עם עורכי דינם או עם משפחותיהם, וזאת בעיקר לצורך הפעלת לחץ בחקירה, אך לעתים מדובר באסירים שפוטים (או אולי עצורים לטווח ארוך), וכאן חשוב להבחין בית שתי תופעות שונות

468 ראו לעיל פרק ג.

469 "אסיר כאמור בסעיף קטן (א) ישולב בפעילויות שיקום, ככל שיימצא מתאים לכך, במועד, בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות" (ס' 11ד(ב) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]).

470 "Please provide any new legal safeguards and remedies available to suspects detainees or victims of terrorism" (CCPR/C/ISR/Q/4, לעיל ה"ש 423).

471 במקור: "Additional Safeguards and Remedies Available to Detainees" (CCPR/C/ISR/Q/4), לעיל ה"ש 423.

472 פרשת צלאח, לעיל ה"ש 26.

מאוד זו מזו, הן מבחינה משפטית והן מבחינה מעשית: (א) ענישה בשל עברת משמעת לתקופה מרבית של 14 ימים<sup>473</sup> לעומת (ב) הפעלת שיקולים מנהליים מצד שלטונות הכלא שבעקבותיהם האסיר עלול להישאר מבודד בתא סגור למשך חודשים ואף שנים.<sup>474</sup> בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] מצב (א) מכונה "בידוד", ומצב (ב) – "הפרדה יחידנית". המינוח באנגלית איננו אחיד, אך הביטוי המוכר ביותר – solitary confinement – מתייחס בדרך כלל לשתי הקטגוריות האחרונות.<sup>475</sup> ואולם, בדוח הראשון שהוגש ל-HRC מטעם המדינה ייעדו את הביטוי solitary confinement לסנקצייה המשמעתית ("בידוד"), ואילו להפרדה יחידנית קראו segregation.<sup>476</sup> בעקבות הגשת הדוח התקופתי השלישי ל-HRC בשנת 2008 נתבקשה ממשלת ישראל להתייחס לשורה של שאלות מפורטות.<sup>477</sup> נקודת המוצא של שאלה מס' 17 הייתה הוראת חקיקה שאפשרה למנוע מעצור גישה לעורך דין בשל חשד לביצוע עברה ביטחוני, עם אפשרות של עיכוב למשך שלושה חודשים, כלומר incommunicado detention. אך בהמשך השאלה באו שלוש שאלות משנה שבמסגרתן התבקשו: (א) נתונים על אסירים ביטחוניים; (ב) תיאור תנאים של solitary confinement; (ג) נתונים על המוחזקים ב-solitary confinement, תקופת החזקתם ועילות מעצרום והחזקתם ב-solitary confinement.<sup>478</sup> החלק האחרון של השאלה התייחס שוב ל-prolonged incommunicado detention של חשודים בעברות ביטחוניות. בתשובתה של המדינה הובאה סקירה על מגוון של נושאים, לרבות תנאי המאסר של אסירים ביטחוניים, אף שהשאלה לא התייחסה לכך.<sup>479</sup> אולם מתחת לכותרת solitary confinement התמקדה התשובה אך ורק בבידוד כעונש משמעת, וכל 20 שורותיה הוקדשו להוכחת חוקיותה של הסנקצייה הזאת (כאשר השאלה כאמור ביקשה מידע על תנאים ונתונים על מידת השימוש, אך לדעתנו הכוונה הייתה למוסד אחר, קרי ההפרדה היחידנית). יש לזכור כי ההפרדה היחידנית בישראל נקבעת בקביעה מנהלית ושרירותית למדי, ועלולה כאמור להימשך במשך

473 ראו ס' 58(א)(4) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] וס' 21 לתקנות בתי הסוהר.  
 474 ראו ס' 19א ואילך לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]. המטרות המגוונות של הפרדה המופיעות בס' 19 בלחוק מתייחסות לביטחון המדינה, לביטחון וסדר בבית הסוהר ולטובת האסיר.  
 475 ראו למשל RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 18, בעמ' 402 ואילך.  
 476 למונח זה היסטוריה ארוכה, והוא עדיין בשימוש בהקשר זה במשפט האנגלי. ראו STEPHEN LIVINGSTONE, TIM OWEN & ALISON MACDONALD, PRISON LAW 440 (5<sup>th</sup> ed. 2015). אך המחברים מציינים: "the description 'solitary confinement' more accurately describes the reality" (שם, בעמ' 424). לעומת זאת הבידוד כסנקצייה משמעתית מכונה באנגליה cellular confinement (שם, עמ' 409).  
 477 ניסוח השאלות משולב בתשובותיה של המדינה. ראו CCPR/C/ISR/Q/3/Add.1, לעיל ה"ש 423.  
 478 במקור: "Please also provide: (a) disaggregated data on prisoners classified as security prisoners; (b) detailed and updated information on the conditions of solitary confinement; and (c) disaggregated data on the persons held in solitary confinement, including their age at time of confinement, length of total detention and solitary confinement, and grounds for detention and solitary confinement" (שם).  
 479 שם, בעמ' 38–44.  
 480 שם, בעמ' 44.

חודשים ואף שנים (אם כי במקרים אלה היא טעונה החלטה שיפוטית), ואילו הבידוד המשמעותי מוגבל לארבעה-עשר ימים בלבד, ועל כן נוח יותר לטעון לחוקיותו.<sup>481</sup>

בהמשך באה כותרת נוספת – Incommunicado Detention, ותחתיה הוסבר בקיצור רב שקיימים שלושה מצבים שבהם ייתכן “an exceptional and temporary separation and solitary confinement” “criminal detainees may be separated from certain or all detainees due to various reasons” (כן נטען כי אף באחד מן המצבים אין ניתוק מוחלט מן העולם החיצוני). לא ברור אם הקטגוריה השלישית (criminal detainees) אמורה לכלול אסירים בהפרדה יחידנית. אם כן, שוב חסרים הפרטים שהוועדה מבקשת באשר לנתונים, לתקופות, לעילות ההפרדה והתנאים של ה-solitary confinement. נושא ההפרדה היחידנית (בידוד מנהלי) שנוי במחלוקת בעולם כולו, ובייחוד במוסדות העוסקים בזכויות האדם,<sup>482</sup> ולאחרונה מסתמנת הסכמה שאין לאפשר כליאה מעין זו מעבר לתקופה של 15 ימים.<sup>483</sup> בארץ הובילה הביקורת בזמנה לחקיקה מפורטת בשנת 2000, העוסקת בין השאר בעילות ההפרדה והבקרה על אורכה, כאשר גם ההסדר החדש שנוי במחלוקת<sup>484</sup> ואינו תואם כלל את הנורמה הבין-לאומית שנתקבלה לאחרונה. על רקע זה קשה להסביר כיצד הצליחו נציגי המדינה שלא להבין כלל את משמעותם של החלקים של שאלה מס' 17 באשר ל-solitary confinement, אשר הובאו במסגרת שאלה שעסקה בעיקרה בעצורים ואסירים ביטחוניים, ובמקום להתייחס להפרדה יחידנית, שאחת מעילותיה המנויות בחוק היא ביטחון המדינה (ונדמה כי ההפרדה היחידנית מזוהה ציבורית עם האסירים הביטחוניים), והעדיפה להתמקד בסנקציות משמעותיות קצרות מועד שאינן קשורות לנושא.<sup>485</sup> מדיניות זו, שלצערנו אי אפשר לראות בה אלא הטעיה, עמדה לנגד עיניהם של נציגי המדינה גם בעריכת הדוח האחרון במסגרת האמנה נגד עינויים, שכן ניתנה חשובה דומה לשאלה דומה מטעם הוועדה נגד עינויים, כאשר הפעם נוסחה השאלה בבהירות רבה יותר. ברשימת הנושאים לקראת הדוח התקופתי החמישי של המדינה במסגרת ה-CAT נשאלה שאלה מס' 10: “Have any steps been taken to amend current legislation in order to ensure that solitary confinement remains an exceptional measure of limited duration, in accordance with international minimum standards, as recommended by the Committee following the consideration of the previous report (para.

481 אראל וסבה, לעיל ה"ש 1.

482 ראו למשל את האתר Solitary Confinement – [www.solitaryconfinement.org](http://www.solitaryconfinement.org).

483 ראו לעיל פרק ב.

484 אראל וסבה, לעיל ה"ש 1; הסנגוריה הציבורית “מופרדים מזכויותיהם” – דו"ח בנושא החזקת אסירים בהפרדה (משרד המשפטים, 2012).

485 גם במהלך הדיון בין נציגי המדינה לבין חברי הוועדה חזר נציג המדינה על צמצום התופעה של Solitary Confinement (בהקשר של מתקני מעצר לעברייני ביטחון) לימים ספורים. ראו UN Human Rights Committee (HRC), *Summary record of the 2717th meeting, CCPR/C/SR.2717* (20 Jan. 2011).

”(18.486 גם במקרה זה בחרו נציגי המדינה להבין כי דאגתה של הוועדה מתייחסת לעונשי משמעת של עד שבועיים ימים ולא להפרדה היחידנית.<sup>487</sup> לצורך כך הפנתה תשובתה לפקודת הנציבות 04.13.00 המונה את הסנקציות שניתן להטיל בשל הפרת משמעת, לרבות בידוד עד שבעה ימים. אך כאן הסתבך העניין, שכן על מנת לתת תשובה גם בנוגע למקרים שהתפרסמו שבהם ההפרדה אינה קשורה כלל למשמעת, נאמר כי בית המשפט העליון נתן היתר להתבסס על סמכות זאת למטרות אחרות ובמשמעת גם לתקופות אחרות (ובלבד שקיים צורך לכך).<sup>488</sup> לעניין זה הוזכרה פסיקת בית המשפט העליון, כגון פרשת אטיאס נ’ שירות בתי הסוהר, המתייחסת להפרדה יחידנית ממושכת מבלי לציין שאין מדובר כלל באותה הסמכות.<sup>489</sup> הבלבול הושלם עם אזכורו של פסק דין של בית המשפט העליון שקבע כי סמכויות המשמעת של שירות בתי הסוהר מתיישבות עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>490</sup> כאשר כמובן לא סמכויות אלו הן אשר הטרירו את חברי הוועדה.

”יתכן שחוסר ההיגיון בניתוח האמור עם המקורות השונים שעמדו לרשותם הביא את חברי הוועדה להבין שמדובר בשתי מערכות נפרדות. מכל מקום, בין מועד הגשת הדוח (שהתקבל בוועדה בנובמבר 2014) לבין ניסוח ההערות המסכמות מטעם הוועדה,<sup>491</sup> במאי 2016, התברר לחבריה (כפי שצוין בסעיף 24 להערות) שנוסף על בידוד האסיר כסנקציה כבדת משקל, “the Committee is concerned that persons can also be held in separation, allegedly in conditions of isolation that are similar to those prevailing in solitary confinement, during significantly longer periods for interrogation purposes or for other reasons such as State or prison security”. מכאן ואילך הרחיבה הוועדה את הדיון בסוגיה זו ל- “solitary confinement and separation”, “solitary confinement and other forms of isolation” או “solitary confinement and equivalent measures”.<sup>492</sup> ניתן לומר כי “יצא המרצע מן השק”.

486 ראו CAT/C/ISR/Q/5, לעיל ה”ש 425, בעמ’ 3.  
 487 בהתייחסות לשאלה מס’ 11 בנוגע למידת השימוש ב-solitary confinement נתקבלה תשובה כי אין נתונים מכיוון שעל פי רוב אמצעי זה נמשך לא יותר משניים-שלושה ימים (!).  
 488 “The Supreme Court has interpreted this authority by stating that the confinement of a prisoner under secluded and unsociable conditions constitutes an extraordinary action... The Court further ruled that the longer the duration of the secluded conditions, the greater the burden on the authorized agency to explain the necessity in doing so” CAT/C/ISR/5, לעיל ה”ש 425, בעמ’ 17). אין הסבר לדרך שבה סמכות המוגבלת כביכול לשבוע ימים נהפכה בבית המשפט לבלתי מוגבלת בזמן!  
 489 דנג”ץ 8338/14 אטיאס נ’ שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 29.1.2015); פסק דין נוסף שהוזכר באותו המעמד היה עניין אבוטבול, לעיל ה”ש 393.  
 490 CAT/C/ISR/5, לעיל ה”ש 425, בעמ’ 17; בג”ץ 1475/10 כהן נ’ היועמ”ש (פורסם בנבו, 14.4.2010).  
 491 CAT/C/ISR/CO/5, לעיל ה”ש 425.  
 492 שם, בעמ’ 5. יצוין כי שבוע לפני המפגש המסכם היו פגישות עם המשלחת הישראלית שבמהלכן “התקדם” השיח הישראלי בנושא זה בהכירו בקיומם של שני המוסדות הנפרדים. לדברי הגב’ שריג-כדורי: “unlike solitary confinement which was positive in nature, separation was a

שינוי דרמטי זה בשיח עשוי להשליך על השאלה השנייה העומדת במרכז המחקר הנוכחי, שהרי הפתיחה בדיון אמתי בסוגיית "ההפרדה היחידנית" עשויה בסופו של דבר להוביל לשינוי במדיניות המשפטית הישראלית ולצמצום הפער בין הנורמות המשפטיות הרווחות בארץ לבין המשפט הבין-לאומי – כפי שאכן דורשת הוועדה נגד עינויים.<sup>493</sup> אם כן, יש חשיבות לשאלה מה גרם לשינוי האמור.

השערה אחת היא כי חברי הוועדה (או החבר שהוביל את הנושא לפי הפרקטיקה של הוועדה) העמיקו בדוחות של העמותות שנמסרו לה לצד דוח המדינה. על פי האתר שבו מפורטים המסמכים הללו, הוגשו 14 דוחות כאלה.<sup>494</sup> התייחסות לתופעה של "הפרדה יחידנית" על ממדיה האמתיים מופיעה בדוח המשותף של עדאללה, מרכז אל-מיזאן לזכויות האדם ורופאים לזכויות אדם,<sup>495</sup> ואולי גם בדוחות אחרים. אפשרות שנייה היא כי עמדתה של המדינה השתנתה בעקבות המדיניות המוצהרת של נציגי המדינה לשתף את ה-NGOs הרלוונטיים בהכנת הדוחות, ובייחוד היזמה של מרכז מינרבה לזכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים בקידום שיתוף הפעולה כאמור. יזמה זו הוכרה במסמך ההסברה מטעם המדינה באשר לכלל הדוחות שהמדינה מגישה בתחום זכויות האדם,<sup>496</sup> וכן תוארה גם בידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, רועי שונדורף, בהצהרה שהגיש לוועדה נגד עינויים במהלך ההליכים שנסקרו לעיל.<sup>497</sup> אך ראינו כי אף שהדוח התקופתי החמישי לוועדה נגד עינויים נערך בכפוף להליכים אלו, הוא לא היה נקי מבעיות.

preventive measure to stop prisoners harming themselves or others, or for reasoning of state – or prison security" (CAT/C/SR.1419, בעמ' 4). להפרדה היחידנית הוקדשו שורות אחדות בלבד – פחות מאשר למוסד הבידוד כעונש. מעניין גם כי באשר לבידוד כעונש צוין שהוא אינו נופל במסגרת ה-"solitary confinement" כפי שהוגדר בכללי המינימום לטיפול באסירים (SMR), כאשר הכוונה הייתה כנראה לאיסור החדש על פי כללי מנדלה, לעיל ה"ש 131), ואילו באשר להפרדה היחידנית לא צוין הדבר. מכל מקום, ייתכן שהבחנה כאן בין שני המוסדות נתנה גושפנקה סופית לחברי הוועדה נגד עינויים להתייחס לכך בהערותיהם המסכמות, ובכך אולי להעביר את השיח למסלול "מציאותי" יותר.

493 שם.

494 ראו באתר האו"ם את דוחות ה-NGO שהוגשו לוועדה בד בבד עם דוח המדינה – [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=En&CountryID=84](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=En&CountryID=84)

495 Joint NGO Report to UN CAT, *Written Information for the Examination of Israel's Report by the Committee, 57th session* (May 2016) – Adalah, Al Mezan Center for Human Rights, and Physicians for Human Rights Israel

496 Common Core Document Forming Part of the Reports of States Parties, Israel, HRI/CORE/ISR/2015, article 140 etc. (2015)

497 ראו הצהרתו של ד"ר רועי שיינדורף, סגן התובע הכללי לענייני משפט בין-לאומי במשרד המשפטים ויו"ר עמית במשלחת הישראלית לוועדה לפני חברי הוועדה: Committee Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *57th Session* (3–4 May 2016, Geneva), [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=En&CountryID=84](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=En&CountryID=84)

נקודת אור נוספת המצביעה על מגמה אפשרית של שינוי בתחום זה היא ההצהרה כי המדינה מבקשת להכניס לדיני העונשין סעיף ייחודי בנושא העינויים,<sup>498</sup> כפי שנדרש באמנה, וכפי שחברי הוועדה נגד עינויים הזכירו למשלחות המדינה פעמים רבות בעבר. בחלק זה תיארו את התהליכים שעל פיהם המדינה מגישה דוחות על פי האמנות הרלוונטיות (למעשה הצטמצמו למסגרות ה-ICCPR וה-CAT) ועמדנו על מגבלות התהליכים הללו ככלי לבחינת תפקודם של מוסדות המדינה בקיום זכויות האדם של האסירים על פי המשפט הבין-לאומי. התמקדנו בשניים – שלושה נושאים הקשורים לטיפול באסירים וזכויותיהם אשר נידונו בדוחות (ולעתים הועלו בשאלות או בתגובות מטעם הוועדות) שלדעתנו הוצגו בדרך לא נאותה. ה"מריחה" בנושאים כגון הפרדה היחידנית והזכות לשיקום מסווה לדעתנו על הפער בין הנורמות הנוהגות במדינה לבין ציפיות הוועדות במסגרת האמנות. להערכתנו, הצגתם של נושאים נוספים כגון היקף ההכשרה של בעלי תפקידים במערכת אכיפת החוק בתחום זכויות האדם – בעייתית גם היא.<sup>499</sup>

נשאלת השאלה אם הליקויים בהצגת הנושאים לפי תפיסתנו נובעים ממדיניותה של המדינה להציג את החוק ואת הפרקטיקה הישראלית באור חיובי או מפער בתפיסות בינינו באשר לדרישותיו של המשפט הבין-לאומי, וכנראה גם באשר למצב המשפטי בארץ. ואולם, חוסר שביעות רצוננו נובע לעתים גם מחברי הוועדות הבין-לאומיות שנמנעו מלהעיר על פגמים בדיווחים או על שאלות שהתבקשו אך לא נשאלו, בין בשל חוסר תשומת לב (או ידע בנושא ייחודי) ובין בשל ההעדפה לעסוק בתחומים שמושכים תשומת לב גדולה יותר, ואולי אף כרוכים בפגיעות חמורות יותר בזכויות אדם.

איכותם ונימתם של התיאורים והטיעונים המופיעים בדוחות אינן אחידות, אך על פני הדברים נראה – אם כי רק בהתייחס לטיפול בנושא הספציפי שבו אנו עוסקים – כי שאיפתם העיקרית של מנסחי הדוחות הייתה להציג את המדינה באור חיובי. שאיפה זו באה לידי ביטוי מובהק בחוסר הבנה לכאורה בנוגע לשאלות שנשאלו, ופחות מזה – אי-ראייה בדיווח הזדמנות לחילופי דעות באשר לדרישות המשפט הבין-לאומי ובחינת הדרכים שבהן ניתן ליישמן. לעומת זאת ייתכן כי אין אחידות בגישות בין נציגי המדינה העוסקים בנושא, בין באשר לפרשנותם את המשפט הבין-לאומי ובין באשר לתפקידיהם שלהם. אף יש לציין את שילובם של נציגי המשורדים ביזמת האוניברסיטה העברית בירושלים לשיפור תהליכי הדיווח כפי שצוין לעיל, שאף שהוא לא הביא לידי מהפך מיד, <sup>500</sup> הוא עשוי לחולל שינויים בטווח ארוך יותר.

498 ראו הצהרתו של ד"ר רועי שיינדורף, סגן התובע הכללי לענייני משפט בין-לאומי במשרד המשפטים ויו"ר עמית במשלחת הישראלית בפני ועדת ה-CAT (Fifth Periodic Report), לעיל ה"ש (425).

499 ראו למשל את תיאור הלימודים במסגרת הכשרת הסוהרים, Common Core Document, לעיל ה"ש 496, פס' 124.

500 ראו דברי הביקורת של יו"ר הוועדה לזכויות האדם על הדוח התקופתי הרביעי (לעיל ה"ש 420) שצוין כראשון שנערך במסגרת התכנית.

הפרשנות האוהדת פחות מתיישבת עם עמדתה העיקשת של המדינה שלא לשתף פעולה עם הדרכים שהוועדות מציעות לחוקק מפורשות את האיסורים המצוינים בסעיף 7 ל-ICCPR וב-CAT, להצטרף להסדרים האופציונליים שיאפשרו הגשת תלונות אישיות ולאמץ את מנגנוני הפיקוח על מוסדות סגורים המוצעים בפרוטוקול האופציונלי על פי אמנת ה-CAT (המכונה OPCAT) שנועדו להגביר את ההגנה על אסירים. אין אלא לקוות כי יחול שינוי כלשהו גם בתחום הזה.

### ה. סיכום ומסקנות

מטרת מאמרנו הייתה כזכור לבחון אם מדינת ישראל מכבדת את הנורמות הבין-לאומיות לזכויות האדם בתחום זכויות אסירים, ואם יתגלה פער בין הנורמות הללו לבין המערכת המשפטית הישראלית – לנסות להסביר מדוע הפער נוצר.

ניסיוננו לבחון שאלות אלו נתקל בקשיים לא מעטים. אחד הקשיים הבולטים נבע מאי-הבהירות באשר לתוכנו הקונקרטי של המשפט הבין-לאומי בנושא זה. האיסור על עינויים וענישה או יחס אכזריים, לא הומניים או משפילים אמנם מעוגן הן בסעיף 7 ל-ICCPR והן באמנת ה-CAT (המוקדשת כולה לסוגיה זו), אך הוראות מפורשות הנוגעות לאסירים ולהחזקתם מופיעות באמנות האו"ם רק בסעיף 10 ל-ICCPR (המחייב יחס של כבוד לאסיר ומדגיש משטר שיקומי בניהול הכלא) ובכמה הוראות משלימות בנוגע לעבודה בכלא ובנוגע לקטינים ולאנשים בעלי מוגבלויות. הוראות מפורטות יותר מופיעות במגוון רחב של מסמכים, כגון כללי המינימום לטיפול באסירים, הצהרות של האו"ם, החלטות והבהרות של ה-HRC וועדת ה-CAT, ניירות מדיניות של הדווח המיוחד של האו"ם בנושא העינויים וכיוצא באלה. מלבד הוויכוחים בשאלת המעמד המחייב של מסמכים אלה (שרובם ככולם כונו בעבר soft law, ורק במקרים נדירים נחשב חלק מתוכנם משפט מנהגי ועל כן מחייב), מגוון המקורות יוצר דיפוזיה וחוסר בהירות. יצוין כי תכונה זו של המשפט הבין-לאומי הכלל-עולמי בולטת לעומת המצב באירופה, שם נעשה מאמץ לפתח מערכת נורמות אינטגרטיביות יותר.

גם מצב זכויות האסיר בארץ אינו נהיר. ראשית, הנורמות הרשמיות אמנם מעוגנות בהייררכיית חקיקתית: פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תקנות, הוראות שעה ופקודות נציבות, אך שתי הקטגוריות האחרונות אינן זוכות לפרסום רשמי ולעתים אינן ידועות, ולכך מתווספים אלפי פסקי דין, רובם בעקבות עתירות שטרם נותחו.<sup>501</sup> שנית, פסקי הדין של בית המשפט העליון מלווים במקרים רבים ברטוריקה המצביעה כביכול על מידה של הגנה על זכויות אסירים שבפועל אינה קיימת. רטוריקה דומה מאומצת בידי שלטונות בתי הסוהר באתר האינטרנט ובפרסומים.<sup>502</sup> שלישית, אם השאלה לדין תורחב כדי לכלול לא רק את המצב הנורמטיבי אלא

501 ראו לעיל ה"ש 17.

502 Compendium of Sources – Human Right (sic) and the Israeli Prison Service, Feb. 2014.



גם את הפרקטיקה, טרם נחקרה השאלה באיזו מידה האסירים מודעים לזכויותיהם, ובאיזו מידה ובאילו תנאים נוקטים הם צעדים לאכיפתן.

חרף קשיים אלה התרשמנו מניתוח המקורות שעמדו לרשותנו כי אכן קיימים בסוגיה זו פערים מהותיים בין המשפט הבין-לאומי לבין הנורמות הרווחות בישראל. ספק אם מערכת הכליאה הישראלית הכירה והפנימה כי מלבד המגבלות על טיפול לא הולם באסירים, סעיף 10(1) ל-ICCPR מחייב אקטיבית יחס המלווה בהומניות ובכבוד כלפי כל אחד שנשללה חירותו, ואילו סעיף 10(3) קובע כזכור כי התכלית העיקרית של הכליאה תהיה תיקונו ושיקומו החברתי של האסיר. כאמור לעיל, המחוקק הישראלי העניק מעמד לשאיפה זו רק לאחרונה, ובצורה מסויגת מאוד, וכפי שנקבע גם בדוח מבקר המדינה, מצב זה משתקף גם בפרקטיקה שלפיה רוב האסירים בבתי הכלא בישראל אינם משוקמים.<sup>503</sup> אין ספק, למשל, כי שני מרכיבים אלה של סעיף 10 מופרים בעליל במדיניות ובפרקטיקה הישראלית בנוגע לאסירים בהפרדה יחידנית. לדעתנו, פערים בין הנורמות הבין-לאומיות, המעוגנות באמנות, לבין המשפט הישראלי נמצאו גם בנושאים אחרים, כגון החובה להגדיר את עברת העינויים בחוק העונשין לפי סעיף 4 לאמנת

ה-CAT והסדרי בקרה שיטתיים לפי סעיפים 11 ו-16 של אמנה זו.<sup>504</sup>

אשר לאי-מילוי מחויבות על פי מסמכים בין-לאומיים מלבד האמנות, ובעיקר אלה המפורטים ב-SMR במתכונת המתוקנת ("כללי מנדלה") – המקרים הם מרובים, ומלבד התמקדותנו ב"ההפרדה היחידנית" העלינו גם דוגמאות "שגרתיות" יותר, כגון כמות המים המגיעה (או שמא אינה מגיעה?) לאסיר. בהקשר זה יש לציין כי ייתכן מאוד שחלק מן הפערים בין המשפט הבין-לאומי למשפט הישראלי שאנו מצביעים עליהם משקפים חילוקי דעות קונצפטואליים באשר להיקפו של המשפט הבין-לאומי המחייב. נראה כי חילוקי הדעות מתמקדים בשניים – שלושה נושאים עיקריים ועקרוניים. הנושא הראשון מתייחס למעמד של הגופים הרשמיים המיישמים והמפרשים את האמנות ולמשמעות שהם מייחסים לפירושים הללו. לדידנו, מאחר שההוראות בנושא הענישה בכלל ובנושא המאסר בפרט צוינו באמנות בצמצום רב, אי אפשר לעמוד על משמעותם בפועל ללא התייחסות לפרשנות זו על אף כינויה ההיסטורי – soft law. הנושא השני, הנבדל מזה אך עשוי במקרים מסוימים לחפוף אותו, מתייחס לקריטריונים שלפיהם קובעים מתי הפכה נורמה בין-לאומית למשפט מנהגי (ולכן כלל המזוהה

503 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 416. לאחרונה התקבלה החלטה 1840 של הממשלה ה-34 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל" (11.8.2016). במסגרת החלטה זו, אימצה הממשלה את עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, בראשות שופטת בית המשפט העליון (דימוס) דליה דורנר, ראו בקישור: [www.pmo.gov.il/Secretary/Gov/Decisions/2016/Pages/dec1840.aspx](http://www.pmo.gov.il/Secretary/Gov/Decisions/2016/Pages/dec1840.aspx). אך הצעות הוועדה כווננו בעיקר לשיקום במסגרת סנקציות חלופיות.

504 ראו לעיל הטקסט בסמוך לה"ש 93.

כ-soft law עשוי להפוך ל-hard law). כזכור, בחלק ב של המאמר התייחסנו למגמות בנות זמננו להגמשת הקריטריונים הללו – בייחוד בתחום הנורמות הנוגעות לזכויות האדם.<sup>505</sup> הנושאים הללו אינם טריוויאליים, וכאמור הם משליכים על קיומו והיקפו של הפער הנתפס בין המשפט הבין-לאומי לבין המשפט הישראלי בסוגיה הנדונה כאן. אך חשובה בהרבה היא המחלוקת<sup>506</sup> הקונצפטואלית השלישית, הנוגעת למה שניתן לכנות "בררת המחדל": מאחר שלבד מנושאים בודדים האמנות לזכויות אדם אינן עוסקות במעמד של אסירים – האם משמעות הדבר היא שבכפוף לאילוצים, הנובעים מעצם סגירתם מאחורי סורג ובריח, מגיעות לאסירים כל הזכויות המנויות ב"מגילת זכויות האדם"? או שמא לבד מזכויות נבחרות שהוענקו להם במפורש באמנות, כל הנאה נוספת תהיה נתונה לשיקול דעתן של המדינות השונות, ועל כן יכולה להיחשב לפריבילגיה.

לדעתנו, מעצם ניסוח האמנות השונות, זכויות האדם שמורות לכל אדם, ועיקרון זה חל גם על האסיר. פרשנות זו נקבעה בזמנו ב-HRC<sup>507</sup> ושובצה במסגרת עקרונות היסוד לטיפול באסירים של האו"ם משנת 1990.<sup>508</sup> חזר על כך בית המשפט העליון בפסק דין גולן.<sup>509</sup> אולם מערכת החקיקה והפרקטיקה הישראלית משדרות מדיניות אחרת לחלוטין, כאשר חלק גדול מזכויות האדם המוכרות מוענקות במערכת הכליאה רק כפריבילגיות. בכך נוצר, על פי תפיסתנו, פער גדול בין המערכת הישראלית למשפט הבין-לאומי.

דיון זה האחרון מביא אותנו ישירות לשאלה השלישית שנתבקשנו להשיב עליה, היינו מהן הסיבות לאי-כיבוד זכויות האדם הבין-לאומיות, נוכח מסקנתנו בעניין זה. לדעתנו, ניתן לחלק את הגורמים לכך לארבע קבוצות: קבוצה אחת של גורמים היא זו שמנינו זה עתה, היינו היעדר בהירות ופרסום של הדוקטרינות של המשפט הבין-לאומי בתחום הנדון. התפיסות השונות באשר למעמדו של ה-soft law, לקריטריונים של ייצור מנהג משפטי ולהחלת העיקרון של זכויות אוניברסליות גם על אסירים, אינן מובלטות בספרות על זכויות אסירים במשפט הבין-לאומי, שהיקפה הוא מצומצם, ואילו בדיונים בקרב הגופים היישומיים, כגון ה-HRC, ואפילו כללי העזר שב-General Comments וכללי מנדלה, נוטים להתמקד בשאלות אופרטיביות כגון תנאי המאסר.<sup>510</sup> אם למגמות אלו אנו מצרפים את הדיפוזה של המקורות הנורמטיביים – תופעה

505 על רקע זה נטען כי נוצרה לאחרונה נורמה מחייבת להגביל את התקופה המותרת להפרדה יחידנית של אסיר ל-15 ימים.

506 אנו אמנם משתמשים במונח "מחלוקת", שכן ברור שמדובר בתפיסות מנוגדות בנושאים הנדונים כאן. אך עלינו לציין כי בהיעדר ספרות עיונית בתחום, לדעתנו אין כלל מודעות לעצם קיום המחלוקת הללו.

507 ראו לעיל פרק ב.

508 שם.

509 ראו לעיל ה"ש 295.

510 נראה כי הוועדות נוטות לאמץ גישה מרחיבה בנוגע למחויבותה של המדינות להפנים גם את הנורמות שנחשבו בזמן רכות.

510 א השוו POSNER, לעיל ה"ש 7.

שעמדנו עליה במאמר – אין זה מפתיע שלא הדוקטרינות ולא הנורמות מופנמות על ידי מעצבי המדיניות במדינות השונות – לרבות מעצבי מדיניות חקיקה. הקבוצה השנייה של סיבות לאי-כיבוד זכויות האדם הבין-לאומיות קשורה אף היא למוסדות האכיפה הבין-לאומיים: לחולשותיהם – ואולי אף למדיניותם – של מנגנוני הבקרה הבין-לאומיים על מגבלותיהם הנוכחיות.<sup>510</sup> בשל תוכנה המגוון של ה-ICCPR, על ה-HRC לעסוק בתחומים מרובים, ואי אפשר לצפות שתעמיק דווקא בנושא האסירים. לרשות שתי הוועדות (ה-HRC וה-CAT) עומדים כלים מוגבלים. יתר על כן, הבעיה המרכזית מבחינת הפרת זכויות האדם בתחום הנדון היא העיניים, ונראה כי שיקול זה מביא את הוועדות להדגיש את שלבי החקירה – ולא דווקא את תנאי החזקתם של אסירים שפוטרים.<sup>511</sup> ולבסוף, בהקשר הישראלי תשומת הלב הבין-לאומית מופנית במידה רבה לבעיותיהם ולתנאי החזקתם של עצורים ואסירים פלסטינים – נושא החופף את תחום ענייננו רק בחלקו. הדגשים אלה בולטים למשל בשאלות שמגישות הוועדות לאחרונה לשלטונות הישראליים.

**קבוצת הגורמים השלישית מתייחסת לפגמים בתשתיות המשפטיות בתחום זה במשפט הישראלי שעל השפעתם האפשרית עמדנו בהקדמה למאמר ובהרחבה רבה יותר בחלק ג. בישראל לא חל עקרון ההפנמה האוטומטית על המשפט הבין-לאומי, ואין חוקה המבטיחה זכויות אדם כאלו המצויות ב"מגילת זכויות האדם הבין-לאומית". חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פועל בעיקר כלפי חקיקה עתידית (קרי אחרי חקיקתו בשנת 1992), וכמעט כל ההסדרים החקיקתיים הנוגעים לאסירים ולתנאי המאסר מעוגנים בכפודה מתקופת המנדט הבריטי, שכפי שפורשה, הפקידה סמכויות כמעט מוחלטות בידי נציבות בתי הסוהר. לפיכך גם הגישה לערכאות המשפטיות באמצעות מוסד העתירה (על אף חשיבותו הרבה של מוסד זה) לא אפשרה הכרה בזכויות האסיר על פי רוח המשפט הבין-לאומי. בשולי הדברים יצוין גם כי נושא "זכויות אסירים", כתחום עצמאי של המשפט, טרם זכה להכרה, ולכן המודעות והמיומנויות בתחום אינן גבוהות.<sup>512</sup>**

**קבוצת הגורמים הרביעית קשורה ליחסה של המדינה באמצעות נציגיה לקהילה הבין-לאומית ולרשויותיה. כפי שהעירה Charlesworth, המצוטטת אצל Tyagi,<sup>513</sup> גם מדינות המקדמות את זכויות האדם במישור הבין-לאומי נוטות לאמביוולנטיות בעניין כאשר הבחינה מתנהלת אצלן.<sup>514</sup> כפי שהתברר בפרק הקודם, נראה כי גישה זו לא פסחה על חלק מבעלי**

511 בעבר ניסתה היחידה של האו"ם העוסקת במערכת המשפט הפלילי לעמוד על מידת ההקפדה של המדינות השונות בהיענותן ל-SMR (במתכונתם הקודמת), אך עם הזמן הרפו מניסיונות אלה. ראו לעיל פרק ב; Rodriguez, לעיל ה"ש 113.

512 יש לקוות כי כניסתה של הסנגוריה הציבורית לתחום לאחרונה תתרום לשיפור המצב מהבחינה הזאת.

513 TYAGI, לעיל ה"ש 186, בעמ' 780.

514 בקרב נציגי המדינות אפשר שיהיה מתח בין הזדהותם המקצועית לבין רצונם לשרת את בכירי השלטון שאינם בהכרח שותפים לעמדות אלו, או אף "להגן על שמה הטוב של המדינה" כפי שהם רואים זאת. לספרות על מניעה של מדינות בתחום זכויות האדם ראו המקורות שצוינו בהקדמה.

התפקידים במערכת הישראלית. הניסיונות להימנע מלהיחשף הורגשו במהלך השיח שהתנהל על רקע הדוחות התקופתיים שמסרה המדינה לצורך מילוי חובותיה על פי ה-ICCPR ואמנת ה-CAT – ועוד יותר במסגרת התשובות לשאלות שנשאלו, שלעתים גילו סימנים ממשיים של התחמקות. הסתייגותה של המדינה מלהכפיף את עצמה לנורמות הבין-לאומיות לזכויות האדם באה לידי ביטוי באורח מוסדי יותר ברתיעתה מלהצטרף להסדרים האופציונליים המאפשרים לנפגעים מהפרות של האמנות להגיש תלונות (communications) שתתבררנה בפני ה-HRC וועדת ה-CAT,<sup>515</sup> וזאת על אף הפצרותיהן של הוועדות הללו שישראל תעשה זאת. היענות לפניות אלו הייתה לדעתנו תורמת הרבה לחשיפת המדיניות והפרקטיקה של המדינה בפני הגופים הבין-לאומיים שלא על סמך דיווחים תקופתיים בלבד, והייתה עשויה לקדם את צמצום הפערים בין הנורמות הבין-לאומיות לבין הנורמות (הן הפורמליות והן המיושמות) של המערכת המדינית הפנימית.

פריצת דרך במשפט הבין-לאומי מספקת הזדמנות לצמצם את הפער האמור דווקא בנושא עבודתנו, עם כניסתו לתוקף של הפרוטוקול האופציונלי על פי אמנת ה-CAT (המכונה OPCAT), שנועד לאפשר את הגברת הפיקוח על מוסדות סגורים. השילוב המיוחד בין המנגנון הבין-לאומי לבין מנגנון מדינתי (שכל אחת מהמדינות המצטרפות מתבקשת להקימו) נועד למעשה להפחית מן הצורך להתערבות חיצונית באמצעות חיזוקן של מערכות פנימיות – הדרושות בלאו הכי מכוח האמנה – גם ללא הפרוטוקול.<sup>516</sup>

ייתכן שהסתייגותם של נציגי המדינה מלהצטרף להסדרים הללו (כמו גם מה שנראה כחדנות כלפי מוסדות הבקרה הבין-לאומיים בכלל) נובעת מניסיונה של המדינה בפורומים בין-לאומיים פוליטיים יותר – לרבות המועצה לזכויות האדם. לדעתנו אין דמיון בין תפקודם של הגופים הללו לבין המוסדות הפועלים במסגרת האמנות, ואנו מברכים על מה שנראה כמפנה אפשרי בגישתם של נציגי המדינה לאחרונה, עם גילוי הנכונות להכניס את עברת העינויים לספר החוקים והפתיחות לעמדות החברה האזרחית במהלך הכנת הדוחות התקופתיים כפי שתואר לעיל. אנו תקווה כי הגמשה זו תוביל לרפורמות נוספות, לרבות ההצטרפות להסדרים האופציונליים.

לסיכום, המלצותינו לצורך צמצום הפערים בין מצבם של הכלואים בישראל לבין הנורמות המשקפות את המשפט הבין-לאומי לזכויות האדם הן כלהלן:

1. לערוך רפורמה מרחיקת לכת של החקיקה הישראלית בנושא בתי הסוהר, בהתייחסות מיוחדת לנושאים האלה:

א. ההיררכיה החקיקתית הנורמטיבית (הפגומה כיום) והצורך לייחד את קביעת זכויותיהם של האסירים לחקיקה הראשית, לרבות הגדרות בעלות השלכות משמעותיות ביותר, כגון הגדרת המונח "אסיר ביטחוני";

<sup>515</sup> על פי הפרוטוקול האופציונלי של ה-ICCPR, לעיל ה"ש 21 וס' 7 לאמנת ה-CAT, לעיל ה"ש 3.  
<sup>516</sup> שם.

- ב. הקפדה בשיקוף בחקיקה של סעיפי האמנות הרלוונטיות לרבות הפרשנות העדכנית לסעיפים אלה, וכן התחשבות באמירותיהם של ה-HRC ושל ועדת ה-CAT בכללי המינימום בנושא האסירים (ה-SMR – כיום "כללי נלסון מנדלה") ובעקרונות היסוד של הטיפול באסירים (Basic Principles);
- ג. הפנמה של העיקרון שלפיו לאסיר שמורות כלל זכויות האדם לבד מהפגיעה בחירות תנועתו, כי יש לנהוג באסיר כאזרח, וכי תכליתה וייעודה של מערכת הכליאה הם שיקום אסירים;
- ד. הקמת ועדה שתקבע אילו נושאים טעונים חקיקה או תיקוני חקיקה, כאמור לעיל, ושתעקוב אחר השינויים במשפט הבין-לאומי בעתיד.
2. לבחון את מנגנוני הבקרה הקיימים לאור הפרשנות הניתנת לסעיפים 11 ו-16 לאמנת ה-CAT, וכן לסעיף 10(1) ל-ICCPR.
3. להצטרף ל-OPCAT, ועל פיו להקים את מנגנוני הפיקוח הפנים-מדינתיים.
4. להצטרף לפרוטוקול האופציונלי של ה-ICCPR באשר להגשת תלונות בידי נפגעים וכן על פי סעיף 22 לאמנת ה-CAT.
5. להרחיב ולהעמיק את ההיכרות והתודעה בתחומים הללו, הן בקרב מעצבי המדיניות והאחראים לקשר עם המוסדות הבין-לאומיים והן במסגרת תכניות ההכשרה לכלל עובדי בתי הסוהר והמטפלים באסירים.
- צעדים אלה עשויים לא רק לקרב את המערכת הנורמטיבית הישראלית בעניין זכויות אדם לרטוריקה שאימצו הגופים הרשמיים במדינה, אלא גם לצמצם את הפער שבין מערכת זו לבין הנורמות של המשפט הבין-לאומי.

## אחרית דבר

מעט לפני שמארנו הועבר לדפוס, נתן בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק ובמעמד פרישתו של השופט אליקים רובינשטיין, שני פסקי דין חשובים הנוגעים לזכויות האדם של משוללי החירות בישראל.<sup>517</sup> חדשנותו של פסק הדין בעניין בג"ץ שטח המחיה לאסיר,

517 האחד נוגע לצפיפות בבתי הסוהר ולשטח מחיה מינימלי לאסיר כנורמה חוקתית בישראל. ראו בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון הפנים (פורסם בנבו, 13.6.2017), להלן: "בג"ץ שטח מחיה לאסיר" או "עתירת הצפיפות" (עתירה חוקתית המבקשת לקבוע שטח מחיה מינימלי לאסירים ועצורים. נציין כי המחברת הייתה מיוזמי וכותבי העתירה). השני עוסק בארבע עתירות מנהליות הנוגעות לתנאי המחיה של השוהים במתקן השהייה "חולות", מכוח החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, שבו נבחנה סבירות שיקול הדעת המנהלי באופן יישום ההסדרים שמכוחם פועלים שירות בתי הסוהר ורשות האוכלוסין וההגירה. ראו בג"ץ 4386/16 טספהיט מדין נ' נציבות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2017).

ובכלל זה אזכור מאמרנו דנן בפסק דינו של השופט חנן מלצר,<sup>518</sup> ראויה להתייחסות, ולו קצרה, מטעמנו, ומכאן אחרית הדבר.

על פני הדברים פסק הדין מבטא התפתחות פורצת דרך בגישת בג"ץ לזכויות האדם של האסירים בכמה היבטים ולא רק באלו הנוגעים לנושא מאמרנו, בין השאר למשל השימוש במתודה משפטית המסתמכת על דוחות מבקרים רשמיים במתקני הכליאה,<sup>519</sup> פרקטיקה שיפוטית אשר בית הדין האירופי לזכויות אדם מרבה להשתמש בה עת הוא דן בנושאי כליאה וזכויות אסירים.<sup>520</sup> חשיבות מיוחדת למאמרנו מצאנו בהסתמכות בג"ץ על נורמות המשפט הבינלאומי הנוגעות לאסירים, ולכך נכוון הערתנו.

אחד מהעוגנים המרכזיים שבבסיס הנמקת בג"ץ בנוגע לשטח מחיה מינימלי לכלוא בישראל נעוץ בהכרה בנורמות זכויות האדם הבינלאומיות, ובכלל אלה חובותיה של מדינת ישראל לפי המשפט הבינלאומי, מכוח אמנות זכויות אדם שעליהן חתמה, ובעיקר לפי סעיף 10(1) לאמנת ה-ICCPR, שלפיו "אנשים שנשללה חירותם ינהגו בהם ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם", לרבות בראי האיסור על ענישה אכזרית, לא אנושית או משפילה ובהסתמך על פרשנותם של הגופים הבינלאומיים המוסמכים, כוועדת ה-HRC.<sup>521</sup> בג"ץ נוקט את "חזקת ההתאמה הפרשנית" וקובע: "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..."<sup>522</sup> וכי בין השאר אף המשפט הבינלאומי הוא מקור לפרשנות האובייקטיבית<sup>523</sup> של דבר חקיקה. בג"ץ אף מאזכר את כללי מגדלה 2016, כסטנדרט האוניברסלי שעל פיו פועלות מדינות שונות בעולם וכמקור לפרשנות החובה בדבר הטיפול הראוי באסירים<sup>524</sup> (כפי שנטען לאורך מאמרנו), אם כי לא באופן ברור ומנומק דיו, לטעמנו. על אף הרצון לברך בסיפוק על פסק הדין נדמה כי יש לראות בו "שטר ושוברו בצדו". במרחק הזמן נלמד אם וכיצד ישראל מיישמת את נורמות המשפט הבינלאומי במערכת הכליאה נוכח האתגרים והחסמים שעליהם עמדנו בפרק ג. פסק הדין אינו מספק מענה לנורמות ולפרקטיקות הנהוגות בישראל בנוגע לכליאה ומשוללי-חירות, אשר מתנגשות חזיתית עם נורמות המשפט הבינלאומי, ובכלל אלה דוקטרינת "טובות ההנאה והזכויות המוקנות"<sup>525</sup>

518 שם, פס' 7-14 לפסק דינו של השופט מלצר בבג"ץ שטח מחיה לאסיר.  
 519 שם, פס' מא-מה לפסק דינו של השופט רובינשטיין וכן פס' 2 לפסק דינו של השופט שוהם.  
 520 ראו למשל, Peers v. Grees, no. 28524/95, ECtHR 2001; Kalashnikov v. Russia, no. 47095/99, ECtHR 2002. להרחבה ראו רחלה אראל זכויות אסירים במשפט הבינלאומי והאירופאי 124-138 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2016).  
 521 בג"ץ שטח מחיה לאסיר, לעיל ה"ש 517, פס' סט-עב לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופס' 7-8 לפסק דינו של השופט מלצר.  
 522 שם, פס' קיד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.  
 523 שם, פס' קיא-קטו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.  
 524 שם, פס' מט-נא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.  
 525 ראו בפרק ג לעיל.

ושאלת יישום "עקרון ההתאמה לחוקה"<sup>526</sup> בכל הנוגע לחקיקה ולתקנות אשר באו לעולם בטרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל רקע סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד. כך, בין השאר, לא ברור כיצד שיקול הדעת המוחלט שהוענק לרשות הכליאה בישראל בחקיקה הראשית ובפסקי דין של בית משפט זה, לאורך השנים, יוגבל, אם בכלל, מעתה ואילך מפני נורמות חוקתיות או נורמות המשפט הבין-לאומי. זאת בהתחשב בכך שפסק הדין בעניין שטח מחיה לאסיר אינו מבטל את "הלכת יונס"<sup>527</sup> הקובעת בין השאר כי אף שככלל פרשנות דין ישן תיעשה בהשראת "רוחו" של חוק היסוד, אי אפשר לעשות כן בשעה שהדבר נוגד את לשונה של החקיקה הראשית או של חקיקת המשנה, כבמקרה של פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] ותקנות בתי הסוהר, 1978.<sup>528</sup> כמו כן לא ברור אם יאות בית המשפט העליון ללכת כברת דרך אף בנוגע לדין שנחקק לאחר חקיקת חוק היסוד ובאותן נסיבות של תיקון מס' 42. בד בבד עם פרסום פסיקה זו פורסמה פקודת נציבות שב"ס העוסקת בפעילות חינוך לאסירים.<sup>529</sup> פקודת נציבות זו, העוסקת ביישום סעיף 11 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] מכוח תקנות בתי הסוהר (פעילות פנאי או חינוך), התשע"ז–2016, מעניקה לשירות בתי הסוהר שיקול דעת מוחלט עד כדי איון ההכרה בזכות האסיר לחינוך ולפנאי במובן החוקתי והבין-לאומי. זהו אתגר חוקתי, אשר פסק הדין בעניין הצפיפות, במסגרת מגבלותיו המובנות, אינו מספק לו מענה הולם.

השופט רובינשטיין עמד נכוחה על מצבם המוחלש של האסירים בישראל, הן משום שלילת חירותם והן משום שהם "נעדרי שדולה" במידה רבה במובן הפוליטי-ציבורי.<sup>530</sup> ייתכן שהגיעה העת שבית המשפט העליון הישראלי יצטרך בדרכו של עמיתו הגרמני, ה-FCC,<sup>531</sup> ויורה למדינה לבצע רפורמה מקיפה בפקודה המנדטורית הקיימת על מנת להבטיח התאמתה לסטנדרט הנורמטיבי המקובל לכליאה נאורה של בני אנוש, במדינות עולם מתוקנות.

526 בג"ץ שטח מחיה לאסיר, לעיל ה"ש 517, פס' קיג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.  
 527 פרשת יונס, לעיל ה"ש 26, וכן הטקסט ליד ה"ש 323.  
 528 שם, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר.  
 529 פקנ"צ 04.70.00 "פעילות חינוך לאסירים", בתוקף מיום 28.5.2017.  
 530 בג"ץ שטח מחיה לאסיר, לעיל ה"ש 517, פס' עב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.  
 531 ראו פסיקותיו התקדימיות של ה-Federal Constitutional Court, אשר בשורה של פסקי דין הוביל לחקיקת ה-Prison Act 1976 בגרמניה: BVerfGE 40,276,284; BVerfGE 33,1; 35,202; 40, 276.