

צעד אחד קדימה, שניים אחורה? על הבעייתיות בהפרדת אסירים במאה העשרים ואחת*

מאת

רחלה אראל** ולסלי סבה***

א. התפתחות בתי הכלא וזניחת הרעיון של הפרדת אסירים. ב. מגמות בזכויות אסירים ותולדותיהן. ג. הפרדת אסירים – הגדרתה ודפוסיה; 1. הערות טרמינולוגיות; 2. דפוס הפרדה. ד. הפרדה יחידנית בישראל; 1. עלות ההפרדה היחידנית; 2. המכניזם המנהלי והשיפוטי; 3. משמעות הסיווג מבחינת מעמד האסיר וזכויותיו; 4. שגרת ההפרדה והיעדר מידתיות; 5. הרהורים נוספים. ה. מדוע ההפרדה אינה רצויה? 1. פגיעות פיזיות ונפשיות; 2. הפרדה יחידנית ותכלית הכליאה; 3. התנגשות עם נורמות זכויות אדם בין-לאומיות. ו. ההצדקות הבולטות להחזקה בהפרדה; 1. ניהול מתקני כליאה – צרכים פנים-מערכתיים; 2. ביטחון הציבור – מניעת פשיעה וחקירת עבירות; 3. הפרדה כחלק מתנאי נשיאת העונש. ז. לקראת מדיניות נאורה. ח. אחרית דבר.

* המאמר הוצג לראשונה במסגרת סדנת חוקרים במשפט הפלילי ביום 15.2.2012, שהתקיימה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן. המחקר שעליו מבוסס המאמר נתמך על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה. תודתנו לפרופ' מרדכי קרמניצר ולמרכז מינרבה לזכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים. כמו כן ברצוננו להודות לפרופ' בועז סנג'ור ולמשתתפי סדנת החוקרים במשפט הפלילי, במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן; לד"ר ענת הורוביץ ולחברי פורום ירושלים לחקר המשפט הפלילי באוניברסיטה העברית בירושלים על הערותיהם המועילות. עוד אנו מוצאים להכיר תודה למר כרמי לקר על מקורות שמצא להפנות אלינו, ולמערכת כתב העת עלי משפט על הערותיה.

** ראש הסדנה לזכויות אסירים ועצורים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן ועמיתת הוראה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. משמשת מבקרת רשמית על שירות בתי הסוהר מטעם לשכת עורכי הדין בישראל, מכוח מינוי השר לביטחון הפנים ולפי סעיפים 71–72 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971.

*** פרופסור אמריטוס, המכון לקרימינולוגיה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. משמש מבקר רשמי על שירות בתי הסוהר מטעם המועצה לקרימינולוגיה בישראל, מכוח מינוי של השר לביטחון הפנים ולפי סעיפים 71–72 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971.

א. התפתחות בתי הכלא וזניחת הרעיון של הפרדת אסירים

ג'ון הווארד היה אולי ה"פנולוג" הראשון בהיסטוריה. עם התמנותו לתפקיד השריף במחוז מגוריו באנגליה, בשנת 1773, הוטלה עליו אחריות מנהלית לבתי הסוהר, ששימשו באותה התקופה בעיקר כבתי מעצר. בביקוריו במוסדות אלה נבהל מן התנאים הירודים ומאופי ניהולם שנראה בעיניו מושחת: קבוצות אוכלוסייה מעורבבות, צריכת משקאות אלכוהוליים וניהול המוסדות כעסקים מסחריים לרבות גביית תשלומים על צרכים בסיסיים. הווארד הקדיש את שארית חייו לסוירים במוסדות ענישה באנגליה ובעולם ולתייעוד הנעשה בהם, וחשוב מן הכול בהקשר של מאמרנו זה – לגיבוש פתרונות שיאפשרו ניהול תקין של מוסדות אלה. רעיונותיו באו לידי ביטוי בהמשך בספרו "מצב בתי הסוהר", שפורסם בשנת 1777.¹

זמן קצר לאחר מכן ניתנה להווארד הזדמנות לתרגם את רעיונותיו למדיניות ממלכתית חדשה, כאשר נתבקש הוא וסר ויליאם בלקסטון ועוד "פינאליסט" דגול, ויליאם עדן, להציע דפוס ענישה חדש,² וזאת נוכח אבדן המושבות האמריקאיות ועמך מסלול הענישה העיקרי שהיה מקובל באותה העת – עונש ההגליה. הצעתם של הווארד וחבריו באה לידי ביטוי בשמו של החוק שהציעו ואשר התקבל בשנת 1779 – ה-Penitentiary Act (חוק "המוסדות לכפרה"). בתי הסוהר שהם ביקשו להקים על פי חוק זה ישמשו מוסדות כפרה, שבהם תינתן לדיירים ההזדמנות לכפר על מעשיהם, והתכונות העיקריות של המוסדות תהיינה תיקונו של האסיר באמצעות בידודו, לימודי דת, הקניית הרגלי עבודה וכמובן – פיכחות.³

מסיבות תקציביות ואחרות לא יושם החוק האמור באותה העת באנגליה,⁴ אך רעיונותיו של הווארד חלחו לתודעתם של מעצבי המדיניות החברתית בעולם החדש, הלוא היא אמריקה. האמריקאים ביקשו לבנות חברה חדשה שתדע להתמודד עם תופעות חריגות (קרי עבריינות), כשאורח החיים במוסד מתקן ינטרל את ההשפעות המזיקות של החוק ויחזיר את הסוטה למסלול הישר. לאחר ניסיונות כושלים בניהול בתי הסוהר עם יעדים אלו במבנים

1 JOHN HOWARD, THE STATE OF THE PRISONS IN ENGLAND AND WALES, WITH PRELIMINARY OBSERVATIONS, AND AN ACCOUNT OF SOME FOREIGN PRISONS (Warrington, 1777)
 2 ייעודם של בתי הסוהר באותה התקופה היה בעיקר להחזיק את הנאשמים עד לקיום משפטם, את הנידונים עד להוצאה אל הפועל של גזרי דינם, אסירי חוב ואת הנענשים על עברות קלות. מוסדות ה-"Bridewell" אמנם נועדו לתקן עבריינים (צעירים בעיקר), אך הווארד גילה כי מצבם של מוסדות אלה לא היה שונה בהרבה מכלל בתי הסוהר.
 3 Randall. McGowen, *The Well-Ordered Prison: England, 1780-1865*, in THE OXFORD HISTORY OF THE PRISON: THE PRACTICE OF PUNISHMENT IN WESTERN SOCIETY 71, 80 (The OXFORD HISTORY: (הספר להלן: (Norval Morris & David J. Rothman eds., 1995).
 4 כנראה בעיקר בשל העלות הכספית של הבנייה, כאשר המלחמה עם המושבות ולאחר מכן עם צרפת הכבידה על מאזן התשלומים, ואילו הגילוי של אוסטרליה בשנת 1789 פתח פתח ליעד חדש של הגליה.

מסורתיים הגיעו האמריקאים למסקנה כי המפתח להצלחת השהות בכלא הוא ביכולת להפריד בין אסיר לאסיר כדי שלא ישפיעו לרעה זה על זה, והוא הבסיס לשיטה שכונתה בהמשך "שיטת פנסילוניה" או "שיטת ההפרדה"⁵.

אכן, בית הסוהר החדש שנפתח בפילדלפיה בשנת 1829 אשר כונה ה־ Eastern State Penitentiary, היה בנוי מאגפים ארוכים שבהם לכל תא צמודה חצר אישית לאסיר, כדי שהאסיר יוכל לנהל את חייו לרבות תעסוקה מבלי שיהיה לו מגע כלשהו עם אסירים אחרים. השיטה עוררה עניין רב ואומצה בשינויים קלים במדינות אחרות (מחוץ לארצות הברית). לדעת תומכיה, השיטה עשויה ליצור אצל העבריין שינוי ולתקן את הנזקים שנגרמו לו מכישלונן של המערכות שהיה חשוף להן מחוץ לכלא.⁶

לא הכול גילו התלהבות לשיטת ההפרדה. חלק מן הביקורת, והוא הנכון לביקורת שהושמעה במדינות השכנות בארצות הברית, הייתה כלכלית-פיננסית: הפרדה מוחלטת בין אסיר לאסיר מייקרת את העלות, שכן אין אפשרות לקבץ את האסירים אפילו לצורכי עבודה.⁷ מכאן שהאסכולה ה"ניו-יורקית", שאחזה גם היא בעיקרון שחשוב למנוע מגעים בין האסירים, טענה שאפשר לפתור את הבעיה בנוכחות של סוהרים, אוחזים בשוטים, שיאסרו על האסירים ליצור קשר זה עם זה בעת פעילות משותפת. אך הייתה גם ביקורת אחרת, שלפיה בידוד מוחלט של אדם למשך תקופה ממושכת יוביל לקשיים נפשיים עד כדי טירוף הדעת או התאבדות. עם מבקרים אלה נמנה הסופר צ'רלס דיקנס, שהחזיק בדעה כי ענישה ממושכת בתנאים אלה, על אף הכוונות הטובות, תגרם לעינוי, ליגון ולערעור מצבו הנפשי של האסיר.⁸

נראה כי ביקורת זו, אולי בשילוב עם הביקורת הכלכלית-הפיננסית, הלכה והתגברה בעשורים הבאים, והאידיאולוגיה של ה"הפרדה" דעכה. מכל מקום, במקרה שאירע כמה עשורים לאחר מכן, בשנת 1890, כשהופנה לבית המשפט העליון בארצות הברית מקרה של אסיר שאמנם נדון למוות אך הוחזק לטענתו בכידוד שלא כחוק, הצביע בית המשפט על הנזקים הנפשיים שנגרמו לאסירים שהוחזקו אז על פי שיטה זו⁹ ושהובילו להפסקתה, ובעקבות זאת הורה בית המשפט על שחרורו של העותר מהכלא על אף עברתו החמורה.

5 DAVID J. ROTHMAN, THE DISCOVERY OF THE ASYLUM: SOCIAL ORDER AND DISORDER IN THE NEW REPUBLIC (1971).

6 "Just as the defects of the social environment had led the inmate into crime, the disciplined and disciplining environment of the institution would lead him out of it" THE OXFORD HISTORY, לעיל ה"ש 3, 111, 117.

7 פתרון שהומצא לבעיה של מפגש תוך שמירה על הפרדה היה התקנת מסכות על פניהם של האסירים: כך התבצע הטיוול בחצר בתי הכלא באנגליה, שבה אומצה השיטה בהיקף רחב. מצוטט ב-Rothman, *Perfecting the Prison*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 124.

8 "A considerable number of prisoners fell, after even a short confinement, into a semi-fatuous condition, from which it was next to impossible to arouse them, and others became violently insane; other still, committed suicide; while those who stood the ordeal better were not generally reformed, and in most cases did not recover sufficient mental

על רקע זה היה אפשר לצפות כי התופעה של החזקת אסירים בבידוד תלך ותיעלם או לכל הפחות תצטמצם עד מאוד במשך הזמן, בעיקר בשל ההתפתחויות שחלו במאה העשרים, אשר בה ניכרת השאיפה לאמץ סטנדרטים מוסכמים ומפורטים באשר לטיפול באסירים, כפי שבאה לידי ביטוי בכללי המינימום האחידים של האו"ם.¹⁰ כן הלכה וגברה ההכרה בחובה לכבד זכויות אדם, הן במישור הארצי והן במישור הבין-לאומי. שנות השישים של המאה הקודמת בארצות הברית ידועות לא רק כעידן פיתוח הזכויות האזרחיות באופן כללי אלא גם כסוף עידן דוקטרינת "הסרת הידיים"¹¹ מצדם של בתי המשפט הפדרליים, שמנעה מן האסירים את האפשרות לדרוש ולאכוף זכויות באמצעות בתי המשפט. ואילו במישור הבין-לאומי, בעקבות ההצהרה האוניברסלית לזכויות האדם, נחקקו אמנות בין-לאומיות לזכויות האדם,¹² כגון האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה נגד

activity to be of any subsequent service to the community". *In re Medley*, 134 U.S. 160, 168 (1890).

10 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 30 August 1955, available at www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html (להלן: SMR). הכללים אושרו על ידי המועצה הכלכלית והחברתית של האו"ם בשנת 1957, ואילו בשנת 1975 התווסף כלל בנושא המעצר המנהלי.

11 מקובל לאפיין את יחסם של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית אל האסירים, עד לאמצע שנות השישים של המאה הקודמת, כדוקטרינת "הסרת הידיים". בתקופה זו נמנעו בתי המשפט לבחון בחינה שיפוטית חוקתית טענות אסירים בדבר הפרת זכויותיהם החוקתיות בטענה כי בית המשפט אינו מתערב בפררוגטיבה הניהולית של מתקני הכליאה ואינו שם עצמו תחתם. ראו לעניין את דברי המלומד פאלמר: "Prior to the mid- 1960s, the federal courts applied the traditional 'hands-off' doctrine and refused to grant relief to state prisoners who challenged the use or conditions of isolated confinement. The rule of Law that was applied to cases of prison policies or affairs was that these were matters of internal prison concern, beyond the power of courts to supervise. This doctrine, with regard to federal prisons, was based on the separation of powers, because federal prisons were part of executive branch of government. As for state prisons, the courts held that their administration was within the power reserved to the states under the Tenth Amendment to the U.S. Constitution, and that any federal judicial review would interfere with prison administrators' performance of their duties. It was also held that the courts had only limited power to supervise the rules and regulations of prisons". JOHN W. PALMER, *CONSTITUTIONAL RIGHTS OF PRISONERS* 99 (9th ed. 2010).

12 ראו למשל, G.A. Res. 217A, at 71, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc A/810 (Dec. 12 1948); International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), at 52, 21 U.N. GAOR, Supp. No. 16, U.N. Doc A/6316 (Dec. 16 1966); Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 3452 (XXX), at 91, annex, 30 U.N. GAOR, Supp. No. 34, U.N. Doc. A/10034 (Dec. 9 1975); Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 39/46, at 197, annex, 39 U.N. GAOR

עינויים, ובעקבותיהן נתקבלו אמנות והצהרות נוספות, הן במישור הכלל-עולמי והן במישור האזורי, שרבות מהן התייחסו לנושא הענישה ולאנשים נטולי חירות ודרשו שאלה יזכו ליחס הומני והולם.

בצד התפתחויות אלו מפתיע למדי כי בימינו תופעות קשות של הפרדה ובידוד של אסירים ממלאות תפקיד בולט במערכות הכליאה במדינות רבות, לרבות ארצות הברית וישראל – אם כי בצורות שונות. הסיבות לתופעה זו קשורות לדעתנו לשני גורמים: הגורם האחד הוא הנוחות של רשויות הכליאה במניעת קשר בין אסירים הנתפסים כ"בעייתיים" בפוטנציה, וכן במידה רבה בין אסירים אלה לבין העולם החיצוני, וזאת בניגוד לעקרונות המתפתחים בעולם הנאור באשר ליחס הולם לאסירים ולצורכי שיקומם; הגורם השני הוא מגמת ההחמרה בענישה באופן כללי. בארצות הברית לבדה ההערכה היא כי נכון לשנת 2012 מוחזקים בתנאים אלה כ־80 אלף אסירים,¹³ בישראל בשנת 2010 הוחזקו כ־470 אסירים בתאי הפרדה.¹⁴ אם כי מאז חלה ירידה במספר האסירים המוחזקים בהפרדה

Supp. No. 51, U.N. Doc. A/39/51 (Dec. 10 1984); Body of Principles for the Protection of All Persons under any form of Detention or Imprisonment, G.A. Res. 43/173, at 298, annex, 43 U.N. GAOR Supp. No. 49, U.N. Doc. A/43/49 (Dec. 9 1988); Basic Principles for the Treatment of Prisoners, G.A. Res. 45/111, at 200, annex, 45 U.N. GAOR Supp. No. 49A, U.N. Doc. A/45/49 (Dec. 14 1990); United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, G.A. Res. 45/113, at 205, annex, 45 U.N. GAOR Supp. No. 49A, U.N. Doc. A/45/49 (Dec. 14 1990); European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms, 1950; European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987; Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rule; European Prison Rules (EPR)

13 הנתון האחרון שהופץ הוא 81,622 והוא מתייחס לשנת 2005 כאשר מקורו הוא U.S. Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics Program, 2008, NCG 222182 שצוטט לאחרונה על ידי נשיא מכון וורה, מייקל ג'ייקובסון, בעדות שמסר לוועדת הסנט – Subcommittee on the Constitution, Civil Rights and Human Rights, בתאריך 19.6.2012. ראו יגאל סרנה "האסירון התחתון – הצצה חד פעמית של זר אל תאי הלחץ של השב"ס" 14 <http://igalsama.wordpress.com/2010/02/26/%D7%94%D7%26.2.2010> ידיעות אחרונות 26.2.2010 <http://igalsama.wordpress.com/2010/02/26/%D7%94%D7%26.2.2010> 90%D7%A1%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%9F-%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%AA%D7%95%D7%9F-%D7%94%D7%A6%D7%A6%D7%94-%D7%97%D7%93-%D7%A4%D7%A2%D7%9E%D7%99%D7%AA-%D7%A9%D7%9C-%D7%96%D7%AA-%D7%90%D7%9C-%D7%AA/ בסנגוריה הציבורית, בדוח שפורסם בספטמבר 2012 נאמר כי בנובמבר 2010 שהו 150 אסירים בהפרדה "כשני שלישי מוחזקים בהפרדת יחיד ושליש בהפרדה זוגית. מתוכם כ־30 עצורים, 120 שפוטים ו־10 קטינים. חלק מאסירי ההפרדה מוחזק בבידוד במשך שנים ברציפות". משרד המשפטים, הסנגוריה הציבורית מפורדים מזכויותיהם – דו"ח הסנגוריה הציבורית בנושא החזקת אסירים בהפרדה 7 (2012) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1F53B012-13B2-4538-812E-C2EF36F5E09B/37608/hafrada.pdf (להלן: דוח משרד המשפטים).

בישראל, ככל הנראה בעקבות עסקת שליט והשחרור המדיני של אסירים ביטחוניים רבים. נכון לחודש מרס 2012, מועד הצגת מאמר זה, הוחזקו בישראל בתנאי הפרדה 169 אסירים.¹⁵ בעקבות שביתת הרעב של אסירים אלה, בחודש אפריל 2012, ולפי דו"ח משרד המשפטים (הסנגוריה הציבורית), ביוני 2012 הוחזקו בשירות בתי הסוהר 121 אסירים בהפרדה.¹⁶ אך כאמור המאמר לא יתמקד בהיבטים אלה אלא בהסדרים הנורמטיביים הקיימים בעולם ובישראל בתחום זה, בדרך יישומם ובשאלות המתעוררות מכך. למעשה, חלק מן השאלות הראויות לבחינה לעומק אינן מיוחדות לנושא ההפרדה אלא קשורות לעצם מעמדם של אסירים, באופן כללי. מדובר באוכלוסייה שנשללה חירותה והנתונה לשליטה מוחלטת של צוות שומריה, מצב שלכאורה מונע לחלוטין, אם לא קיומן של זכויות, לפחות את יישומן. מפתיע למדי כי סוגיה זו טרם משכה את תשומת לבו של ציבור המשפטנים באקדמיה בישראל מעבר להקשר המיוחד של ההפרטה, והכתיבה עליה דלה ביותר. מכאן כי מאמר זה מספק הזדמנות לבחון לראשונה היבטים אחדים של התחום בהקשר הישראלי, וזאת בהמשך לכתיבה חלוצית בחו"ל שבחלקה תצוין בהמשך. עם זאת לדעתנו נושא ההפרדה אינו דוגמה אקראית מתוך תחום זכויות האסיר ותנאיו, שכן מדובר בתופעה קיצונית של סבל אנושי המתקרב לעינוי, ואולי אף נכנס לקטגוריה זו, כפי שנעמוד על כך בהמשך.

מבנה המאמר בהמשך למבוא זה יהיה כדלקמן: בחלק ב נביא סקירה קצרה של המגמות בזכויות אסירים בארץ ובעולם. בחלק ג נעמוד על המורכבות של המושג "בידוד" ומושגים גובלים. בחלק ד נבדוק את דרך החזקתם של אסירים בהפרדה בישראל – במישור הנורמטיבי, השיפוטי והפרוצדורלי. בחלק ה נתמקד בנוקיי ההפרדה – במישור הגופני והמנטלי – ובשאלה כיצד הפרקטיקה מתנגשת עם נורמות בין-לאומיות ומדוע הדבר נוגד את תכלית המאסר. בחלק ו נעלה הצדקות אפשריות להחזקה בהפרדה; בחלק ז נפיק לקחים מן הניתוחים הקודמים באשר לכיוון ההתפתחויות הנורמטיביות הרצויות, ואילו בחלק ח נוסף הרהורים שמטרתם להכניס את הסוגיה לפרספקטיבה היסטורית, מדעית ונורמטיבית.

15 לדברי נציג השב"ס גונדר אייל גובר, בדיון "שולחן עגול" בנושא אסירי הפרדה במסגרת הפקולטה לרפואה באוניברסיטת תל-אביב ומרכז מינרבה לזכויות אדם, בתאריך 11.4.2011 והתקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. ראו גם אבינעם רכס "הפרדה ובידוד אסירים – ללא השתתפות רופאים" זמן הרפואה 65 (אפריל-מאי 2009), www.ima.org.il/Ima/FormStorage/Type3/09-05-12_zman.pdf, שם הוא מדבר על 150 אסירים נכון לשנת 2009.

16 בדוח משרד המשפטים נאמר כי "מתוכם 24 בהפרדה זוגית; 12 קטינים; 3 נשים; 18 אסירים ביטחוניים. בהתפלגות משך ההפרדה – 39 אסירים מוחזקים בהפרדה לתקופה מירבית של 3 חודשים; 24 אסירים מוחזקים בהפרדה מ-3 חודשים ועד שנה; 21 אסירים מוחזקים בהפרדה משנה ועד שנתיים; 36 אסירים מוחזקים בהפרדה מעל שנתיים". דוח משרד המשפטים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 8.

ב. מגמות בזכויות אסירים ותולדותיהן

אותו ג'ון הווארד, אשר חולל את הרפורמות בבתי הסוהר במאה השמונה-עשרה, הדגיש מאוד את הצורך להנהיג נורמות הנוגעות לאורח החיים בכלא. הרקע לכך לא היה המודעות לזכויות הכלואים אלא הצורך בניהול תקין של המוסדות ומה שכיום מכונה "משילות". כך גם העניין הרב שגילו אנשי ציבור בפיתוח בתי הסוהר במאה התשע-עשרה בארצות ברית נבע לא מדאגה לכבודם של הכלואים אלא מן הרצון להפוך את האסירים לצייתנים לחוק על ידי חיובם לכללי התנהגות קפדניים בעת שהותם בכלא, לרבות – כאמור לעיל – שתיקה, עבודה וחשיפה לערכים דתיים.¹⁷

בתקופות הללו נמנעו בתי המשפט על פי רוב מלהתערב בנעשה בכלא. אמנם בחוקת ארצות הברית – כמו ב-Bill of Rights האנגלי משנת 1688 – חל איסור על עונש אכזרי, אך קביעות אלה לא שימשו בסיס נורמטיבי לביקורת שיפוטית על תנאי הכלא. בתי המשפט התערבו על פי עתירה של Habeas Corpus רק בשל אי-חוקיותו של המאסר עצמו, וכך בפסק דין *Medley*, שהוזכר לעיל,¹⁸ לא שינה בית המשפט העליון האמריקאי את תנאי הבידוד של הנידון למוות על אף הגיוני שהביע כלפי תנאים אלה – אלא שחררו לחופשי בנימוק כי בנוגע לתנאי הכליאה עד להוצאה להורג, בית המשפט שדן אותו למיתה הסתמך על חוק שנחקק רק לאחר ביצוע הרצח. עוד ב-1956 נפסק כי צו ה"הביאס קורפוס" לא נועד לפקח על היחס המופגן כלפי אסירים ועל המשמעת המופעלת כלפיהם בבתי הסוהר אלא רק לשחרר ממאסר את המוחזקים באופן לא חוקי.¹⁹ לכך התווספה התפיסה כי למערכת הפדרלית אין סמכות להתערב בנעשה בבתי הסוהר של המדינות, ומכל מקום סמכות הניהול של מוסדות אלה מופקדת בידי סגל עובדי הכלא.²⁰ הצטברות דוקטרינות אלו הובילה לתפיסה כי עד שנות השישים של המאה העשרים אפשר לייחס לבתי המשפט בארצות הברית את המדיניות של "הסרת ידיים" מענייני הכלא (Hands-off doctrine),²¹ כפי שכבר הזכרנו.

לעומת זאת ההתעניינות בקביעת סטנדרטים לניהול בתי כלא הלכה וגברה עם הקמתם של גופים פרופסיונליים הקשורים למערכת הענישה, ובאה לידי ביטוי במישור הבין-לאומי עם הקמתם, לסירוגין, של חבר הלאומים והאומות המאוחדות במאה העשרים. גופים אלה

17 השוו לפוּקוּ: MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON (Alan Sheridan tran., 1977)

18 ראו פרשת *Medley*, לעיל ה"ש 9.

19 ראו MALCOLM M. FEELEY & EDWARD L. RUBIN, JUDICIAL POLICY MAKING AND THE MODERN STATE: HOW THE COURTS REFORMED AMERICA'S PRISONS 31 (1998).

20 שם, בהסתמך על פסק הדין *U.S. ex rel. Atterbury v. Ragen*, 353 U.S. 964 (1956). ראו לעיל ה"ש 11. לניתוח שונה ראו Donald H. Wallace, *Prisoners' Rights: Historical Views*, in CORRECTIONAL CONTEXTS: CONTEMPORARY AND CLASSICAL READINGS 248 (James W. Marquart & Jonathan R. Sorensen eds., 1997).

21 ראו לעיל ה"ש 11.

ליוו את ניסוחם של כללי המינימום האחידים לאסירים, ראשית בשנות השלושים ובגרסתם הנוכחית בשנת 1955.²² כללים אלה אמנם מפורטים למדי ומתייחסים למערך השירותים המתבקשים ממערכת כליאה נאורה בתחומים רבים, לרבות ההיגיינה, התעסוקה, הקשר עם העולם החיצוני, החינוך, השיקום והדת. הנורמות שנקבעו בתחומים אלה נחשבו למשקפות "institutions" (כללי האו"ם, סעיף 1). מטרת העל של ההסדרים לא נקבעו במפורש, אך הפרק על "טיפול", שפירט מגוון גישות, ציין כמטרה את ה"עיגון בקרב האסירים של הרצון לנהל אורח חיים צייתני לחוק ותוך תמיכה עצמית לאחר השחרור, ולהכשיר אותם לכך" (סעיף 65). לא היה כמעט זכר לנושא הזכויות מלבד הצורך להקפיד על יכולתו של האסיר (א) לקבל מידע על הכללים החלים עליו; (ב) להגיש תלונות לגורמי הבקרה (סעיפים 35 ו-36); (ג) לטעון להגנתו אם מועמד לדין בעברה משמעתית (סעיף 30(2)).²³ באשר למיון האסירים – נושא שזכה לחשיבות בכללים אלה (סעיף 67), לרבות נושא ההפרדה של אסירים ה"עלולים להשפיע לרעה" (סעיף 67(א)) – אין זכר לאפשרות כי האסיר יוכל להביע עמדה הנוגעת לאופן מיונו וסיווגו, ובכלל זה מי שיוחזק בהפרדה.

לשון הזכויות מודגשת יותר במסמכים אחרים של האו"ם, למשל בהצהרה האוניברסלית של זכויות האדם (1948), שהתייחסה גם לזכויות הרלוונטיות לענייננו, כגון הזכות לחירות (סעיף 3), האיסור על עבדות (סעיף 4) והאיסור על מעצר שרירותי (סעיף 9), ומעל הכול האיסור על עינויים או עונש או טיפול אכזריים, לא הומניים או משפילים (סעיף 5). יש לשים לב לניסוח של סעיף זה: "No one shall be subjected...", המתמקד במעונה (בעל הזכות לא להיפגע), וזאת בניגוד לנוסח התיקון השמיני של ארצות הברית, האוסר על הטלת "עונשים אכזריים ובלתי רגילים" שמדגיש את מבצע הפעולה. כמובן יש לשים לב גם להופעת המונח "עינויים" בהצהרה, וזאת על רקע דפוסי ההתנהגות של סוכני המדינות במהלך מלחמת העולם השנייה.

כידוע, בהמשך להצהרה האוניברסלית נתקבלה באו"ם סדרה של אמנות לזכויות האדם המחייבות גם את מדינת ישראל, לפחות מאז אשרורן על ידי הממשלה בשנת 1991. רלוונטית לענייננו היא האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 ובייחוד סעיף 7, הן בעינויים ובעונשים אכזריים, לא הומניים ומשפילים, וסעיף 10, המחייב יחס של כבוד לאנשים שנשללה חירותם וקובע את מטרתה השיקומיות של מערכת הכליאה, וכן האמנה נגד עינויים ועונשים וטיפול אכזרי לא הומני או משפיל משנת 1984.

בהמשך התווספו לכך שתי הצהרות של העצרת הכללית בנושא ההגנה על נטולי חירות והטיפול באסירים,²⁴ וכל זאת עוד בטרם נתייחס למערכת הנורמות האירופיות, שתפורט

22 ראו לעיל ה"ש 10.

23 היעדר אפליה זוכה גם הוא להדגשה בכללים: ראו סעיף מס' 6(א), שהוכתר כ"עקרון יסודי".

24 Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; Basic Principles for the Treatment of Prisoners, לעיל ה"ש 12.

בהמשך. בד בכד עם ההתפתחויות הביין-לאומיות²⁵ חלו שינויים הנוגעים לאסירים גם בארצות ה-Common Law. שינויים דרמטיים אירעו בארצות הברית בשנת השישים של המאה הקודמת על רקע תנועת ה-Civil Rights, שכאמור לעיל נתלוותה אליה התנועה לזכויות אסירים. בתי המשפט הפדרליים נטשו את דוקטרינת "הסרת הידיים" והחלו להתערב בנעשה בכלא ולהוציא צווים המכוונים למנהליהם. מגמה זו הגיעה לשיאה בשנת 1974 כאשר בית המשפט העליון הכריז כי "אין מסך ברזל המפריד בין החוקה ובתי הסוהר של מדינה זו"²⁶, ומאז חלו תנודות ונסיגות באקטיביזם השיפוטי בתחום, מלוות בחקיקה מצמצמת²⁷ ועל רקע השינויים בהרכבו של בית המשפט העליון והמגמה להחמיר בענישה. גם באנגליה ובישראל היו תנודות בעשורים האחרונים, אם כי לא תמיד כה דרמטיים. באנגליה יש לציין את אמרתו של הלורד וילברפורס בפסק דין של בית הלורדים משנת 1983²⁸ כי "האסיר שומר על כל זכויותיו האזרחיות שלא נשללו ממנו באופן מפורש" או "By necessary implication"²⁹.

בישראל, מאז שנות השבעים, נשמע מדי פעם קולו של בית המשפט העליון לטובת זכויות האסיר, וראויים במיוחד לאזכור ניסוחיהם של השופטים ח' כהן, אלון, מצא וברק.³⁰

- 25 להרחבה על אודות נורמות זכויות האדם הביין-לאומיות על אסירים ראו Camille Giffard, *International Human Rights Law Applicable to Prisoners, in PRISONERS AS CITIZENS: HUMAN RIGHTS IN AUSTRALIAN PRISONS* 177 (David Brown & Meredith Wilkie eds., 2002) (הספר להלן: PRISONERS AS CITIZENS).
- 26 השופט White ב-*White v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974). ראו FEELEY & RUBIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 43. פסק הדין עסק בדרישות הפרוצדורליות הכרוכות בהטלת סקציות מחמירות בבתי הסוהר.
- 27 שם, בעמ' 46. לאחרונה שוב חל מפנה כאשר בית המשפט העליון הורה על שחרור אסירים בשל תנאי צפיפות. ראו *Brown v. Plata*, 131 S.Ct. 1910 (2011).
- 28 *Raymond v. Honey*, [1983] 1 A.C. 1; פסק הדין עסק בנגישות בית המשפט לאסירים. הצהרה כמעט זהה נאמרה בבית המשפט הפדרלי בארצות הברית כבר בשנת 1944 בפסק דין *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944), אך נתפסה אז כחריגה. ראו FEELEY & RUBIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 35.
- 29 אשר למשמעות הביטוי והשלכותיו ראו SUSAN EASTON, *PRISONERS' RIGHTS: PRINCIPLES AND PRACTICE* 29 (2011).
- 30 לדוגמה: "כליאתו של אדם בית סוהר אין בה אלא כדי לשלול ממנו חופש תנועתו; רעות רבות כרוכות בחיי הכלא, מתוספות עוד על שלילת החופש. אבל כל נוסף על הרעות ההכרחיות שאין למנן מגבלות ופגיעות אין בהן לא צורך ולא הצדקה" (בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, נח(2) 686, 690 (1974) (השופט חיים כהן)); "זכותו של אדם בישראל שניידון למאסר (או שנעצר כדין) להיכלא בתנאים המאפשרים חיי אנוש תרבותיים" (בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 538 (1980) (השופט חיים כהן)); "שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר; ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם, מצויה גם בידי האסיר" (בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 484 (1987) (השופט אלון)); "הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וגם לעציר) אף בתוך תא כלאו" (ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 148 (1996) (השופט מצא)); "...אנו עצמנו לא נהיה

בדומה לביקורתו על הנעשה בשטחים הכבושים, נראה כי הרטוריקה בולטת יותר מעצם נטייתו של בית המשפט להכריע לטובת העותרים, אם כי נפלו לעתים הכרעות חשובות כגון בנושאים האלה: הזכות לשלמות גופנית ולפרטיות (פסק דין קטלן³¹), מימוש הזכות להצביע בבחירות לכנסת (פסק דין הוקמה³²); הזכות להבעה (פסק דין גולן³³), הזכות

אנושיים אם לא נבטיח רמה אנושית לעצורים שבמשמורתנו... זו חובתו של ממשל ישראלי על פי מהותו האנושית, היהודית והדמוקרטית" (בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו" (1) 398, 385 (2002) (השופט ברק)).

31 בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294. (1980), שם קבע בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, כי ביצוע חוקן בעציר ללא הסכמתו פוגע בכבודו כאדם, וכי סוגיה זו צריך שתוסדר בחקיקה ראשית ולא באמצעות ניהול פנימי. בסעיף 5 לפסק דינו של השופט אהרן ברק (כתוארו אז) נאמרו הדברים האלה: "כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. זכויות אלה כלולות 'במגילת הזכויות השיפוטית' – כלשונו של חברי הנכבד, הנשיא לנדוי בבג"ץ 112/77 פ"ד ל"א(3), 657 – אשר הוכרה על ידי בית-משפט זה. הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העציר והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העציר לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי (ראו בג"ץ 269/69 פ"ד כ"ג(2), 233; בג"ץ 881/78 פ"ד ל"ג(1), 139), אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העציר לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעציר. צלם האדם לא נלקח ממנו. ביצוע חוקן בעציר ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנתו, ופוגע בכבודו כאדם. על חדירה שכזו לנככי גופו של האדם אמר השופט פרנקפורטר (Frankfurter) בפרשת **Rochin v. People of California** 342 U.S 165; S.Ct 205 (p.209) 'This is conduct that shocks the conscience' על כן, כדי ששלטונות בית הסוהר יוכלו לבצע חוקן ללא הסכמתו של העציר, ובכך להצדיק מעשה פלילי ועוולה אזרחית של תקיפה, עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן".

32 בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 (1984), שבעקבותיו תוקן חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969, ס"ח 103, והוסדר מערך הצבת קלפיות לבחירות לכנסת גם בבתי הסוהר ובתי המעצר.

33 עניין גולן, לעיל ה"ש 30, שם התקבל ערעורו של אסיר הפרדה להתיר לו לפרסם במקומון טור אישי או סדרת כתבות על חיי בית הסוהר שבו הוא כלא. השופט מצא עמד על זכותו של אסיר לחופש הביטוי: "זכות היסוד החוקתית לחופש הביטוי אינה נשללת מן האדם עם מאסרו ונתונה היא לאסיר גם בתא כלאו. כמאמרו הקולע של השופט marshall (בפרשת PROCUNIER V. MARTINEZ, 416 U.S.396, AT P. 422 (1974) 'אין אסיר משיל מעליו בשער בית הסוהר את זכויותיו היסודיות לפי התיקון הראשון לחוקה': (a prisoner does not shed such basic first amendment rights at the prison gate). עם זאת ברי, כי המאסר מגביל עד למאוד את יכולתו של האסיר לממש את חופש הביטוי שלו, וחופש הביטוי הנתון לו למעשה הוא מצומצם הרבה יותר מחופש הביטוי של אזרח חופשי. חלק מן ההגבלות על חופש הביטוי של אסיר הן 'אינהרנטיות' למאסר. מימוש הזכות לחופש הביטוי מותנה, במידה רבה, בחופש התנועה. כליאתו בבית הסוהר מרחיקה את האסיר מן החברה שבה ניהל את חייו הרגילים. בכך נמנעת ממנו האפשרות לשמוע ולהישמע בקרב אותם אנשים או חוגים, שבקיום מגע עמהם היה רוצה לממש את חופש הביטוי שלו. עקב המאסר גם נסגרות בפניו דרכי ביטוי אפשריות נוספות שיכול היה לבחור ולסגל לעצמו אלמלא נאסר. מפני גריעה זו ביכולתו

למיטה (פסק דין רופאים לזכויות אדם³⁴) והזכות לחירות אישית ולכבוד האדם של

לממש באופן מלא את חופש הביטוי שלו אין האסיר מוגן. המאסר שהוטל עליו מיועד להגשים את מטרות הענישה: להגן על החברה מפניו, להרתיע מפני עבריינות נוספת, לתקנו ולשקמו, ולהרתיע גם עבריינים בכוח. ההרחקה מן החברה, שבעטייה נגרעת גם יכולתו של האסיר לממש את זכותו לחופש הביטוי שלו, היא ממטרותיו העיקריות של המאסר; מה גם שלעתים קרובות הרחקה זו הינה חיונית אף להשגת מטרותיו השיקומיות. ואולם על יכולתו של אסיר לממש את חופש הביטוי שלו מוטלות גם הגבלות שמטרתן היא לקדם אינטרסים ייחודיים נוספים, הכרוכים בניהול התקין של בתי הסוהר: הגשמת מטרות המאסר, קיום הביטחון, הסדר והמשמעת בבית הסוהר, שמירת שלומם של האסירים, ההגנה על שלום אנשי הסגל והסוהרים וכל כיוצא באלה. אף אינטרסים אלה כרוכים במאסר ונובעים ממנו, ויש שההגנה עליהם מצריכה גם הלת הגבלות על חופש הביטוי של האסירים. הגבלות אלו, שהן פרי החלטה יזומה של הרשות המפקדת על ניהול בתי הסוהר, נוגטות נתח נוסף מחופש הביטוי (המכורסם) של האסיר; ובכך משנות הן לרעתו, במידה גדולה יותר מן המתחייב מכליאתו ומשליטת חופש התנועה שלו, את מערך האיון הרגיל. צא וראה: ההגנה ה'רגילה' על חופש הביטוי נגזרת, כידוע, מן האיון בין זכות היסוד של הפרט לממש חופש זה לבין אינטרסים חיוניים לכלל, כביטחון המדינה ושלום הציבור, וערכים כלליים וחשובים אחרים שהמדינה מצווה להגן עליהם (ראה א' ברק, 'חופש הביטוי ומיגבלותיו' הפרקליט מ (תשנ"א – נ"ג) 5, 13 ואילן); ואין זה למותר להזכיר, שלנוכח חשיבותו ומרכזיותו של חופש הביטוי, לרוב אין נוטים להגבילו אלא על יסוד הסתברות ברמה של 'ודאות קרובה' שמימוש הזכות עלול לגרום נזק ממשי לאינטרס חיוני של המדינה והציבור. פגיעה בחופש הביטוי, המקיימת כהלכה איון זה, נתפסת ומקובלת כמותרת. ודין זה, החל על כלל האזרחים, חל כמובן גם על האסירים. אך חופש הביטוי של האסירים לוקה עוד פעמיים; שכן, בקביעת היקף ההגנה על זכותו של אסיר לחופש הביטוי מובאים בחשבון – בנוסף לאינטרסים המוגנים הרגילים – לא רק און מגבלות שהינן פועל-יוצא מעצם הכליאה ושליטת חופש התנועה, אלא גם הגבלות המיועדות לקדם אינטרסים ייחודיים הכרוכים בניהולם התקין של בתי הסוהר. ההגבלות הנוספות, המוטלות על חופש הביטוי של אסירים, מכוונות לסייע לגורמים המופקדים על ניהול בתי הסוהר בהשגת המטרות הללו. שאלת המפתח, בכל הכרעה בסוגיה זו, היא, מה גבולן הראוי של ההגבלות? השאלה אינה אלא שאלה של איון ראוי בין אינטרסים לגיטימיים סותרים. כיצד ייעשה האיון? פשיטא שהפעלת הנורמה בתחום זה, ככלל תחום אחר, הינה עניין להכרעה המבוססת על שיקול-דעת שיפוטי. אך מהן אבני הבוחן להפעלת שיקול הדעת? ואימתי נאמר כי הגבלה על חופש הביטוי של אסיר היא 'סבירה', באשר עומדת היא עומדת במבחן האיון? שם, בעמ' 153–154. השוו לרע"ב 9552/09 כהן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 2.4.2012), שם נדונה השאלה כמה ספרים יכול אסיר להחזיק בתאו. בית המשפט דחה את ערעורן של אסירות נגד מדיניות השב"ס להתיר לאסירים להחזיק בכל רגע נתון עד שלושה ספרי קריאה. עוד ראו בענין זה מני מאוטנר "גרמשי בנווה תרצה" הארץ – דעות 14.4.2012 1.1684914 www.haaretz.co.il/opinions/1.

34

בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון הפנים (פורסם בנבו, 12.2.2007). מפי השופטת א' פרוקצ'יה נאמר בהקשר זה: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את זכותו של אדם, באשר הוא אדם, לכבוד. סעיף 2 לחוק היסוד קובע כי 'אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם', וסעיף 4 לחוק זה קובע: 'כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו'. בגידרה של הזכות לכבוד, מצויה הזכות לתנאי חיים מינימאליים המבטיחים שמירה על צלם האדם, כיצור הבריאה (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פד"י (נה) 360, 375–376; בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פד"י (נט) 729, 736; בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, תק-על 2005(4) 2604, פסקאות 14–15). בתפיסת החברה המודרנית את זכויות היסוד של הפרט, ובכללן הזכות לכבוד, זכותו של אדם

האסירים (בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ולעסקים בעניין "בית הכלא הפרטי"³⁵). ההסדר התחיקתי, משנת 1980, שעל פיו הורשו האסירים להגיש עתירות לבית המשפט המחוזי במקום לבג"ץ הגביר אולי את תדירות הבקרה השיפוטית, אך ייתכן שגם צמצם את מספר האמירות הנורמטיביות בעלות המשקל. חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוסיפה בהחלט ממד לתשתית הבקרה,³⁶ אך המבנה התחיקתי המסדיר את הנעשה בכותלי הכלא, החל מפקודת בתי הסוהר ועד לפקודות נציבות שירות בתי הסוהר, נותר מיושן ובעייתי. לאחרונה חוקקה הכנסת תיקון לפקודת בתי הסוהר, המעגן לראשונה בהסדרים ראשוניים את זכותם של אסירים לתנאי כליאה הולמים, לפעילות חינוך ופנאי ולשיקומם.³⁷ אלא

לישון על מיטה היא תנאי בסיסי לקיום מינימאלי, וחרیגה מכך מהווה פגיעה בזכות האדם לחיים בכבוד... הזכות למיטה לישון בה מצויה בגרעין הקשה של זכויות היסוד לקיום בתנאים מינימאליים, הנתונה לאדם כחלק מההגנה על כבודו. בין תנאים מינימאליים אלה, הנדרשים לקיום בכבוד, מונים את הצורך באכילה, בשתייה ובלינה (פרשת וייל, בעמ' 492; פרשת גולן, בעמ' 155; פרשת דרוויש, בעמ' 539-540). הצורך הבסיסי בשינה מוליד את הזכות למיטה לישון בה כחלק מתפיסת החיים בכבוד. זכות זו עומדת לאסיר בגדר זכותו לכבוד-אדם". שם, בפס' 9 ו-13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

35 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009), שם נדונה חוקתיותו של תיקון לפקודת בתי הסוהר המאפשר הפעלת בית כלא באמצעות גורם פרטי שאינו מאורגני המדינה. בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק קיבל את העתירה, ובין השאר פסק: "עצם כליאתו של אדם והשמתו במאסר פוגעת בזכותו לחירות ולחופש התנועה. כך גם כשהכליאה נעשית כדין. על הנחת יסוד זו מתווספת ההנחה שהיתה להלכה שנקבעה במשפטנו, ולפיה שלילת החירות האישית וחופש התנועה של האסיר, הכרוכה בעצם המאסר, אינה מצדיקה פגיעה נוספת ביתר זכויות האדם של האסיר מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו או לשם הגשמת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין" (שם, בפס' 17 לדברי הנשיאה ביניש).

36 "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" (פסק דין גולן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 151). אלא שפקודת בתי הסוהר חסינה מפני תקיפה חוקתית ישירה, הואיל וסעיף 10 (סעיף שמירת הדינים) שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל עליה. ראו והשוו רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 7.10.2010): "כאן המקום לציין כי פקודת בתי הסוהר נחקקה קודם לחקיקת חוק היסוד. כך גם תקנות בתי הסוהר. על הוראות הפקודה והתקנות שנחקקו והותקנו קודם לחקיקת חוק היסוד חל איפוא סעיף 10 לחוק היסוד, לפיו אין בהוראות חוק היסוד כדי לפגוע בתוקפן. משמעות הדבר כי הוראות אלה מוגנות מפני תקיפה חוקתית. הואיל וכך, אף אם הוראות הפקודה או תקנות בתי הסוהר הנוגעות לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא והנוגעות בפרט לביקורים פוגעות בזכות חוקתית המעוגנת בחוקי היסוד... הן לא תיבחנה על פי מבחני פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד... אכן, חקיקתו של דין חוק היסוד משפיעה על פרשנותו של 'דין ישן', שנחקק קודם לחקיקת חוק היסוד, ופרשנותו של 'דין ישן' כאמור תיעשה בהשראת 'רוחו' של חוק היסוד... אך אין בכך כדי לאפשר פרשנותה של הוראת חוק או חקיקת משנה בניגוד ללשונה".

37 חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 42), התשע"ב-2012, ס"ח 377 (להלן: תיקון מס' 42). תיקון זה מעגן זכות לתנאי תברואה הולמים, לתנאים שיאפשרו לשמור על ניקיונו האישי של

שספק אם תיקון זה אכן ישפר את מצבם של אסירים המוחזקים בהפרדה. למשל, הליכה יומית באוויר הפתוח ניתנת להגבלה מטעמים של שמירה על שלומו של האסיר. כל פרשנות סבירה של לשון החוק תכלול בגדר זה לא רק אסירים בעלי נטיות אבדניות אלא גם אסירים שקיים חשש לשלומם מאסירים אחרים. כך גם באשר לזכות להשתלב בפעילות חינוך ופנאי – החקיקה מגבילה זכות זאת להיקף ולתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות, ועל כן ספק אם שגרת יומם המשמימה והחד-גונית של המוחזקים בהפרדה תשתנה שינוי ניכר.³⁸ יתרה מזאת, אף מימוש הזכות לשיקום, ככל שהיא אכן מעוגנת כעת באופן פוזיטיבי, בקרב אסירים אזרחי ישראל ותושביה, ואשר היא בין השאר מגדילה את סיכוייהם לקבל קיצור שליש ממאסר מאת ועדת השחרורים, ספק גדול אם היא ישימה כשמדובר במוחזקים בתנאי הפרדה. סעיף 11ד. (ב) קובע: "אסיר כאמור בסעיף קטן (א) ישולב בפעילויות שיקום, ככל שיימצא מתאים לכך, במועד, בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות".³⁹ מתחם שיקול הדעת שניתן לשירות בתי הסוהר הוא רחב ביותר. לא

האסיר, לכל טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו, לתנאי השגחה מתאימה לפי דרישת רופא של שב"ס; למיטה, מזון ושמכות וכן החזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות; למי שתייה ומזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו; לבגדים, מוצרים לשמירה על ניקיון אישי ומצעים במידה ובתנאים שייקבעו בפקודות השב"ס; לתנאי תברואה ואוורור סבירים בתאו; וכן להליכה יומית באוויר הפתוח, בתנאים ובמועדים שייקבעו בתקנות – זכות זו ניתנת להגבלה מטעמים של שמירה על שלומו של האסיר. התיקון אף מעגן את החובה לפרסם במקום בולט במקום המאסר את עיקר זכויות האסירים וחובותיהם, וכי מבקר המשרד לביטחון הפנים ימסור לשר לביטחון הפנים, אחת לשנה, דין וחשבון על יישום סעיף זה. כן מעגן החוק את זכות האסיר להשתלב בפעילות פנאי או חינוך בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות. החוק מעגן לראשונה מנגנוני שיקום ופעילויות שיקום בתוך בתי הכלא כדי להבטיח לאסירים שהם אזרחי ישראל או תושביה להשתלב בחברה עם שחרורם. מחד הוא קובע כי על נציב השב"ס לבחון אפשרויות לשיקום האסיר ונקיטת צעדים להבטחת שילובו המרבי בפעילויות שיקום בין כותלי הכלא. מאידך התיקון קובע כי אסיר ישולב בפעילויות שיקום אם ימצא מתאים לכך, במועד, בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות.

38 ראו לעניין זה את שנכתב בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 43 (תנאי מאסר), התשע"ב–2012, ה"ח הממשלה 298, ולפיו: "מוצע להוסיף לפקודה את סעיף 11ג, שאינו קיים בחוק המעצרים, ושבו הוספה זכאותו של אסיר להשתלב בפעילות פנאי או חינוך בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בפקודות השירות. לפעילויות החינוך והפנאי במתקני הכליאה חשיבות רבה כחלק מתהליך השיקום של האסירים וכחלק ממתן האפשרות, בבוא העת, לחזרתם לקהילה תוך הפחתת החשש מפני חזרה למעגל הפשיעה עם זאת, מטבע הדברים, זכות זו מוגבלת וכפופה הן ליכולותיו של שירות בתי הסוהר בתחום המקצועי והתקציבי, והן לקביעת הגורמים המקצועיים בדבר התאמתו של כל אסיר לתכניות הקיימות, בשים לב לעבירה שבה הורשע, להתנהגותו ולנסיבותיו האישיות" (ההדגשה הוספה – ר"א ול"ס).

39 ראו לעניין זה פרוטוקול ישיבה מס' 510 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (21.2.2012), שממנו עולה כי התיקון ככל שהוא נגע לשיקום לא יחול על כלל האסירים אלא יהיה נתון לשיקול דעתו של שירות בתי הסוהר. שם, בעמ' 2 אומר יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה חה"כ אמנון כהן ליועמ"ש למשרד לביטחון הפנים: "היועץ המשפטי של הוועדה הסב את תשומת ליבי שבין התנאים ההולמים שרוצים להעניק לאסיר, שהמדינה גם תיתן לו

מן הנמנע שאסירי הפרדה יוגדרו אוכלוסייה שאיננה מתאימה לכך בשל עילות הפרדתם ותנאי כליאתם. מכל מקום, בתי המשפט טרם נדרשו לסוגיות אלה, על רקע התיקון החדש, ובעניין זה טרם נקבעו מסמרות.

חרף הפיתוי לראות בתיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר מהפכה תפיסתית במדיניות השב"ס ביחס לאסירים ומבלי להמעיט בחשיבותה של הוראת סעיף 111ד(א), שהתווספה ומורה לנציב השב"ס לבחון אפשרויות לשיקומם של אסירים ולנקוט צעדים להבטחת שילובם המרבי בפעילויות שיקום בין כותלי בית הסוהר, ואשר היא בבחינת קביעה סטטוטורית למדיניות שיקומית בשב"ס על פני המדיניות הביטחונית,⁴⁰ הרי שניכרת מגמה לא עקיבה ולא אחידה מבחינה נורמטיבית בחקיקה. אל מול תיקון מס' 42 עומדים תיקון מס' 41 שחוקק לפניו ותיקון מס' 43 שחוקק לאחריו. שני תיקוני חקיקה אלה מבטאים עמדה רגריסיבית לזכויות אדם ומחמירה כשמדובר באסירים. תיקון מס' 41 ביטל את השחרור המנהלי הנוגע לאסירים המרצים עונש מאסר מעל ארבע שנים כל זמן שלא קיבלו שחרור על תנאי ממאסר מוועדת השחרורים, ובכך ביכר את הגישה העונשית על הטיפול בבעיית הצפיפות הקשה בבתי הסוהר.⁴¹ תיקון מס' 43 מגביל את מספר עורכי הדין שעמם

אפשרות שיקום תעסוקתי או השכלתי וחינוכי...". האחרון משיבו: "זה לא לכולם... זה לא למי שמגיע. זה דבר שנתון לשיקול דעת. ברגע שאתה קובע את זה נורמטיבית לכולם ואת זה אנחנו לא יכולים לתת". ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 537 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (7.5.2012) באותו העניין.

40 להרחבה היסטורית בנושא התפיסה הביטחונית של הכליאה בישראל אשר קנתה לה אחיזה מאז מרד כלא שאטה בשנת 1958 ראו אורי תימור "התפתחות בתי הסוהר" צוהר לבתי הסוהר www.ips.gov.il/NR/rdonlyres/5E36F23F-EB3A-4EDB-AF51-D96BAF672 (2009) 7, 12 – 8DC/0/Tzoar_lebeit_hasohar_12.pdf. שם, בעמ' 15, תחת הכותרת "המרד בכלא שאטה – השלטת התפישה הביטחונית", כותב תימור: "בעקבות המרד, הודח הנציב ד"ר צבי חרמון ובמקומו מונה קצין משטרה בכיר, אריה ניר, שעמד בראש השב"ס 17 שנים. אירוע זה הביא לידי שינוי במדיניות שירות בתי הסוהר, שהתבטא בשינוי סדר העדיפויות. הטיפול באסירים ושיקומם הורדו בסדר החשיבות ולעומתם הפך נושא הביטחון להיות מרכזי (שוהם ושביט, 1990: 215)". שם, בעמ' 16 מוסיף תימור ואומר: "להתווספות אוכלוסיית האסירים הביטחוניים היתה השפעה רבה על תפקודו של שירות בתי הסוהר היה צורך להפנות משאבים לטיפול באוכלוסייה גדולה, חדשה ובלתי מוכרת ולהתמודד עם בעיות ביטחון שהיא יצרה. מטלות אלה השפיעו גם על הנעשה בבתי הסוהר לאסירים הפליליים הישראלים. ההדגשה הביטחונית, עקב הריבוי באסירים ביטחוניים, גרמה להתמקדות יתר בבעיות ביטחונית ולהזנחת תחומי הרווחה, הטיפול והשיקום של האסירים הישראלים (שוהם ושביט, 1980). מבקר המדינה מתח בדו"ח השנתי של שנת 1972 ביקורת קשה על הזנחה זו (מבקר המדינה, 1973: 404–459)".

41 ראו חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41), התשע"ב–2012, ס"ח 180 (הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 42) (שחרור מינהלי), התשע"ב–2011, ה"ח הממשלה 142). יש להניח שהוראה זו מכבידה באופן מיוחד על אסירים בהפרדה, אם כי אין בידינו נתונים מדויקים על התפלגות אורך המאסר של אסירים אלה.

רשאי אסיר להיפגש, ובכלל זה אסירי הפרדה.⁴² לעומת זאת תיקון מאוחר יותר לפקודת בתי הסוהר, תיקון מס' 44, מבטא מגמה הפוכה. הוא מרחיב את רשימת המבקרים הרשמיים על שירות בתי הסוהר מכוח כהונתם⁴³ גם ליושב ראש ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת וליושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. תיקון זה מבטא את רצון בית המחוקקים לקיים מערך פיקוח ובקרה על שירות בתי הסוהר באופן בלתי אמצעי ונגיש יותר ומיישם את עקרונות הפרדת הרשויות, שלפיו שלוש הרשויות מקיימות מערכת של איזונים ובלמים זו על זו.

אין לסיים סקירה קצרה זו מבלי להתייחס להתפתחויות ביבשת אירופה, אשר לטעמנו מבטאות מדיניות של כליאה נאורה שיש ללמוד ממנה ולהעדיפה על תפיסת הכליאה בארצות הברית ובישראל. מדובר בתפיסות דוקטרינריות חדשות הנוגעות למה שאנו מכנים "תפיסת האסיר כאזרח" והמשתקפות בעיקר בספרות ובפרקטיקה האירופית בהקשר זה. הנאורות האירופית והנורמות הנותנות לכך ביטוי מעוגנות בשילוב של שלושת מרכיביו של מועצת אירופה הנוגעים לדבר: (א) בית המשפט לזכויות האדם שמושב בו בשטרסבורג, שהוקם על פי האמנה האירופית לזכויות האדם ולצורך אכיפתה; (ב) ועדות הפיקוח והבקרה המבקרות במוסדות הכליאה מכוח האמנה האירופית נגד עינויים (CPT); (ג) כללי בתי הסוהר האירופיים – כללים מנחים שמוציאה מועצת אירופה, שהמהדורה השנייה שלהם התפרסמה בשנת 2006.⁴⁴ ספרם של ון זיל סמיט וסנקן⁴⁵ בסוגיית המשפט האירופי המתפתח בתחום זה מראה כיצד שלושת המרכיבים הללו מזינים זה את זה. אף כי רק בידי בית המשפט לזכויות האדם סמכות נורמטיבית מחייבת, הלכה למעשה לכל שלושת המוסדות חלק בקידום נורמות כליאה מתקדמות.

דוגמה של העקרונות המתפתחים אפשר למצוא בפתיח לכללי בתי הסוהר מ-2006, הקובע תשעה עקרונות יסודיים, שאחדים מהם רלוונטיים לסוגייה הנדונה כאן: "לכל משוללי החירות יינתן יחס המכבד את זכויות האדם שלהם" (עיקרון 1), "המגבלות המוטלות על אנשים משוללי חירות תהיינה מינימאליות ככל האפשר ומידתיות למטרה הלגיטימית שלשמה הן הושטו" (עיקרון 3), "החיים בכלא יהיו דומים ככל האפשר להיבטים החיוביים

42 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 44) (פגישת אסיר עם עורך דין), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 398, שם נאמר: "בעיה זו, של פעולות תיאום באמצעות עורכי דין, בולטת במיוחד לגבי אסירים המצויים בהפרדה בשל מעורבותם הפעילה בקידום מעשי טרור או בפעולות תיאום בין חברי ארגוני הטרור. לגביהם, ביקורים של מספר רב של עורכי דין, אשר נשלחים מטעם ארגוני הטרור ופועלים בשירותם, מאפשר לחתור תחת מטרת ההפרדה ולהמשיך בפעילותם בקידום פעילות הטרור...".

43 חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 44), התשע"ב-2012, ס"ח 473 (הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 45) (יושב ראש ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת – מבקר רשמי), התשע"ב-2012, ה"ח הכנסת 212).

44 European Prison Rules, לעיל ה"ש 12.

45 DRIK VAN ZYL SMIT & SONJA SNACKEN, PRINCIPLES OF EUROPEAN PRISON LAW AND POLICY: PENOLOGY AND HUMAN RIGHTS (2009).

של חיי הקהילה" (עקרון 5), ו"המעצר (הכוונה גם למאסר) ינוהל בכדי להקל בשילובם מחדש בחברה החופשית של האנשים שנשללה מהם החירות" (עיקרון 6).⁴⁶ מגמה זו האחרונה בהחלט מספקת מודל לחיקוי, אך בגלל ההתנגדויות המורגשות בתחום זה (וכן בסוגיות אחרות הנוגעות לזכויות האדם) מצד מוסדות מדינתיים והציבור הרחב בישראל, ואפילו במדינות המשמשות לעתים מקור השראה, אפשר שקידום הנושא לכיוון המודל האירופי יהיה כרוך במאמצים לא פשוטים. אך השלב הראשוני הוא לבחון לעומק את המצב הנוכחי בתחום הנדון על ליקוי, בבחינת מקרה פרדיגמטי מתחום זכויות האסירים.

ג. הפרדת אסירים – הגדרתה ודפוסיה

1. הערות טרמינולוגיות

הדיון בנושא ההפרדה מורכב לא רק בשל מטרותיה השונות של ההפרדה – ושאינן בהכרח דומות במדינות השונות – אלא גם בשל ערפול מסוים בטרמינולוגיה המאפיינת תחום זה, כפי שעמדה על כך המלומדת Shalev:

"Isolation, segregation, separation, cellular or solitary confinement are some of the terms used to describe a form of confinement where prisoners are held alone in their cell for up to 24 hours a day, and are only allowed to leave it, if at all, for an hour or so of outdoor exercise".⁴⁷

עמד על כך אף הרווח המיוחד של האו"ם לנושא עינויים, יחס ועונשים אכזריים, לא אנושיים ומשפילים:⁴⁸

46 ראו European Prison Rules, לעיל ה"ש 12.
 47 SHARON SHALEV, A SOURCEBOOK ON SOLITARY CONFINEMENT I (2008), available at http://solitaryconfinement.org/uploads/sourcebook_web.pdf.
 48 הרווח המיוחד של האו"ם, ה- "Degradating Treatment or Punishment", פועל מכוח החלטה 1985/33 של הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, כיום ה- Human Rights Council, שלפיה הוחלט למנות מומחה לבדיקה ולבחינה של שאלות הנוגעות לנושא העינויים. המנדט למינוי זה הוארך בשלוש שנים על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם בהחלטה 8/8 מיוני 2008 והוא חל על כל המדינות, אף כאלה שלא קיבלו ואשררו את האמנה נגד עינויים ויחס ועונשים אכזריים, לא הומניים ומשפילים משנת 1984 (אמנת ה-CAT). בניגוד למכניזם התלונות המעוגן באמנות זכויות האדם הדווח המיוחד אינו נדרש למיצוי התרופות הפנים-מדינתיות בטרם יתערב. היום מכהן בתפקיד Mr. Juan Mendez.

"Solitary Confinement is also known as 'segregation', 'isolation', 'separation', 'cellular', 'lockdown', 'Supermax', 'the hole' or 'Secure Housing Unit (SHU)'".⁴⁹

בישראל קיימת הבחנה, לפחות כך עולה מפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, באשר לבידוד, הפרדה מנהלית והפרדה שיפוטית.

בסימן ח': "משמעת" שבפרק ב' לפקודת בתי הסוהר מעוגנת סמכות שירות בתי הסוהר בסעיף 58(א) (4) להטיל על אסיר עונש מסוג "בידוד לתקופה שלא תעלה על ארבעה עשר ימים, ובלבד שתקופת הבידוד לא תהא רצופה יותר משבעה ימים והפסקה של שבעה ימים תהיה בינה לבין המשכה";.

לכאורה, בידוד הוא מה שמכונה בעגת האסירים "צינוק", והוא המקבילה למה שמכונה בספרות המשפטית הבין-לאומית Solitary Confinement. אלא שבסימן ב'1: "החזקה בהפרדה", שבאותו הפרק, בפקודת בתי הסוהר, מסתבר שאף החזקה בהפרדה היא צורת כליאה שמבחינה מהותית היא כמעט זהה לבידוד,⁵⁰ אולם מכונה בשם אחר, שהמובן שלו דומה יותר ל-Segregation. על פי סימן זה, בשלב הראשון אפשר לבצע את ההפרדה על סמך החלטה מנהלית המוגדרת "הפרדה מנהלית", ובחלוף תקופה בת שישה חודשים (במקרה של בידוד יחידני) נדרשת החלטה שיפוטית, היא "ההפרדה השיפוטית", כדי להאריך החזקתו של אסיר בהפרדה. באופן זה אפשר להחזיקו במשך שנים, ואף כל תקופת כליאתו, בתנאי בידוד/הפרדה.

נראה כי בארצות הברית מקפידים פחות בהבחנה הטרימינולוגית בין ההפרדה לבידוד. השיח בנוגע לבתי הסוהר (או האגפים בבתי הסוהר) המבוצרים הנקראים "סופרמקס" (supermax), שנועדו גם הם לריסון אסירים מסוכנים, אינו נרתע מלהתייחס לאופן החזקת האסירים כאל Solitary Confinement – הקבלה לביטוי השמור כאמור אצלנו לאסירים הנושאים עונשים משמעתיים.

באנגליה המצב שונה אם כי בסופו של דבר קיים דמיון מסוים לסיווג הקיים בארץ. מצד אחד קיימת הבחנה בתקנות בתי הסוהר בין אסירים שהוטל עליהם Cellular Confinement כעונש משמעת⁵¹ לבין אסירים הנחשבים מסוכנים לקהילת בתי הסוהר (או נתונים בעצמם

49 The Secretary General, Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, delivered to the Human Rights Council, U.N. Doc. A/66/268 (Aug. 5 2011), at 8 (להלן: Report of the Special Rapporteur).

50 ס' 19' לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, ס"ח 459. לפי סעיף 19 א אפשר להחזיק אסירים בהפרדה בקבוצות, בזוגות וביחידות. הפרוצדורה המנהלית והמשפטית בחוק מתייחסת בעיקרה להפרדה זוגית ויחידנית. ברוב המקרים השימוש השכיח הוא בהחזקה יחידנית של אסירים בהפרדה.

51 על פי Rule 58, ראו STEPHEN LIVINGSTONE, TIM OWEN QC & ALISON MACDONALD, PRISON LAW 411 (4th ed. 2008).

לסכנה) וה"מופרדים" – Segregated – באופן מנהלי,⁵² אף (כמו בארץ) שבפועל מצבם של האסירים בשתי קטגוריות אלו דומה למדי.⁵³ לעומת זאת אסירים הנחשבים מסוכנים ל"העולם החיצוני" ובייחוד אם נחשבים בעלי סיכויים גבוהים לברוח מן הכלא, זוכים לסיווג מנהלי מיוחד המצביע על מסוכנותם (Category A Prisoners) ומוחזקים בבתי כלא או באגפים מיוחדים לאוכלוסייה זו (SSU – Special Secure Units), אם כי לא בהכרח בבידוד.⁵⁴ יש כאן דמיון לסיווג "אסירים ביטחוניים" בישראל.

דומה שמערכת הדינים הבין-לאומית טרם התייחסה התייחסות דווקנית וממצה לתופעה זו, ואין בנמצא הגדרה בין-לאומית אחידה למושג Solitary Confinement. התייחסות קונקרטיה ולא פרשנית מצאנו בסעיף 7 ל- Basic Principles for the Treatment of Prisoners, 1990,⁵⁵ הקובע:

"Efforts addressed to the abolition of solitary confinement as a punishment, or to the restriction of its use, should be undertaken and encouraged".

המלצה זו יוצרת את הרושם כי היא נוגעת בעיקרה לבידוד כענישה משמעתית ופחות להחזקה בהפרדה יחידנית כשיטת כליאה אם כי לטעמנו מתבקשת מאליה ההבנה שעל אחת כמה וכמה ראוי שהפרקטיקה תצומצם במקרים שבהם אין מדובר בענישת אסירים. כמו כן התייחסות דומה לנושא זה, גם היא בהקשרה של הענישה המשמעתית, מצאנו בהחלטת המליאה הכללית של האו"ם בדבר קטינים משוללי חירות:

"All disciplinary measures constituting cruel, inhuman or degrading treatment shall be strictly prohibited, including... solitary confinement or

52 לפי Rule 45, הכלל כשלעצמו אינו מתייחס לעילות ההפרדה אלא רק לצורך בהיעדר קשר עם אסירים אחרים למען הסדר הטוב והמשמעת (Good order & Discipline), אך סוגי הנזק או ההפרעה המבקשים למנוע באמצעות הפרדה מפורטים בדוח וולף, שחקר את המהומות בבתי הכלא באנגליה (ראו LIVINGSTONE, OWEN QC & MACDONALD, שם, בעמ' 423, 426). במקרה של אסיר מרדן או אלים, אפשר לכלאו זמנית ב"תא מיוחד" על פי Rule 48 (שם, עמ' 446–450).

53 "Though the Home Office prefers the term 'segregation', the description 'solitary confinement' more accurately describes the reality..." שם, בעמ' 424. ראו גם עמ' 411, ה"ש 159.

54 ראו שם, בעמ' 195, התייחסות לקבוצות של 8–10 אסירים. מובן כי מדובר במגבלות חמורות נוספות. ראו שם, בעמ' 186–187, 195–196.

55 אומץ ואושרר ב-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, לעיל ה"ש 12. ראו קישור: www2.ohchr.org/english/law/basicprinciples.htm

any other punishment that may compromise the physical or mental health of juvenile concerned".⁵⁶

על רקע אי-בהירות זו בחרנו לאמץ את ההגדרה המופיעה ב"הצהרת איסטנבול משנת 2007", אשר נוסחה על ידי מומחים בין-לאומיים⁵⁷ והמגדירה פרקטיקה זו בהדגישה את מאפייני הכליאה והשפעותיה על האסיר אף כי היא שותקת בעניין משך הזמן שבו מוחזק האסיר בתנאים אלה:

"Definition

Solitary confinement is the physical isolation of individuals who are confined to their cells for twenty-two to twenty-four hours a day. In many jurisdictions prisoners are allowed out of their cells for one hour of solitary exercise. Meaningful contact with other people is typically reduced to a minimum. The reduction in stimuli is not only quantitative but also qualitative. The available stimuli and the occasional social contacts are seldom freely chosen, are generally monotonous, and are often not empathetic".⁵⁸

2. דפוסי הפרדה

באימוץ ההגדרה שב"הצהרת איסטנבול" אנו מביעים עמדה כי אין הבחנה של ממש בין מה שמכונה במערכת הכליאה בישראל "בידוד" ענישתי-משמעת⁵⁹ לבין "החזקה

56 United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, לעיל ה"ש 12, בפס' 67.

57 The Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement, Adopted at the International Psychological Trauma Symposium (Dec. 9 2007). מטרת קבוצה זו הוא להצביע על השימוש העולה בפרקטיקת הפרדה והנזקים החמורים הנובעים מכך. מדובר בקבוצת עבודה בת 24 מומחים בין-לאומיים אשר אימצו ב-9.12.2007 הצהרה הקוראת למדינות להגביל את השימוש בפרקטיקת הפרדה למקרים יוצאי דופן, לזמן קצר ככל האפשר, ורק כמצא אחרון. ראו קישור: solitaryconfinement.org/uploads/Istanbul_expert_statement_on_sc.pdf.

58 שם, בעמ' 1.

59 סי' ח' לפקודת בתי הסוהר. ראו גם פקנ"צ 04.13.00, "דין משמעתי לאסירים", תאריך עדכון אחרון 20.9.2011. סי' 2(6) שכותרתו "עונשים וחיוכים בעבירות בית הסוהר" קובע כי קצין שיפוט שהרשיע אסיר רשאי להטיל עליו אחד מהעונשים הבאים: אתראה, אזהרה חמורה, קנס כספי, בידוד, הפחתת ימי שחרור ועונש על תנאי. ודוק, בהתאם לסעיף 2(11) שיפוט משמעתי אינו מונע נקיטה בד בבד, בנפרד, של הליך של שלילת טובות הנאה לפי פקנ"צ 04.17.00. בסעיף 2(6)(4) שכותרתו "בידוד" נקבע: "(א) בידוד עד 14 יום ובלבד שלא יהיה רצף מעל לשבעה ימים בתקופת הבידוד ותהיה הפסקה של שבעה ימים בינה לבין המשכה. מפקד בית הסוהר או סגנו רשאי להטיל בידוד לתקופה של עד 14 יום. קצין שיפוט אחר עד 7 ימים. (ב)

בהפרדה".⁶⁰ אנו ערים לעובדה שמשך השהייה ב"בידוד" מוגבל ל-14 ימים בגין הליך משמעותי אחד,⁶¹ ואילו החזקה ב"הפרדה" יכולה להימשך כל תקופת מאסרו של אדם, וכן ההחזקה בהפרדה מכוח סעיף 19 א' לפקודת בתי הסוהר חוסה תחת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשל היותו תיקון מאוחר יותר של הפקודה, ואילו על "בידוד ענישתי-משמעותי" חל סעיף שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶² אולם מבחינה מעשית אין הבדל אמתי בתנאי המחיה בין כליאה בהפרדה לבין עונש מסוג "בידוד"⁶³ כפי שאין שוני ממשי בהחזקת אסירים בתנאים אלה בין אגפי מעבר⁶⁴ לבין האגפים השמורים בבתי הסוהר.

החזקה בבידוד משמעה החזקה בתא ללא אסירים אחרים וללא מתן אפשרות יציאה מהתא לרבות הליכה יומית באוויר הפתוח. (ג) (1) קצין שיפוט הדן אסיר בהליך משמעותי אחד בגין יותר מעבירה אחת – בין שהעבירות בוצעו באותו מועד ובין שבוצעו במועדים שונים – לא יטיל עליו בגין עבירות אלה תקופת בידוד העולה על האמור בסעיף א' לעיל. (2) נידון אסיר לעונש בידוד ולפני שנשא כל עונשו חזר ונידון לבידוד בשל עבירה אחרת – יישא את עונשו השני בצמוד לעונשו הראשון עד להשלמת שבעה ימי בידוד, ייצא להפסקה של שבעה ימים ולאחריה יישא את יתרת עונשו השני".

60 סי' ב'1 לפקודת בתי הסוהר.

61 אין מניעה לצבור תקופות בידוד ענישתי העולות על 14 ימים ובגין אירועים משמעותיים שונים, "ובלבד שתקופת הבידוד לא תהא רצופה יותר משבעה ימים והפסקה של שבעה ימים תהיה בינה לבין המשכה".

62 ראו בג"ץ 1475/10 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.4.2010). שם עתר אסיר נגד חוקתיותו של ס' 58(א) (4) לפקודת בתי הסוהר, המסמיך קצין שיפוט אשר הרשיע אסיר בעברת בית סוהר להטיל עליו עונש של בידוד. כבוד השופט רובינשטיין מאמץ את עמדת המדינה וקובע: "בצדק הפנתה המדינה לסעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם, ברי כי גם את סעיף 58 לפקודה יש לפרש ברוח חוק היסוד... אך ברי גם, כי הוראת החוק כשלעצמה על מכונה, ואין לומר כי אין היא מתיישבת עם פסקת ההגבלה... במישור החוקתי אין בדינו לסייע לעותר, וכאמור לא נוכל להיעתר לעתירה" (שם, בפס' ד' לפס' דינו של השופט רובינשטיין).

63 לעניין זה ראו והשוו רע"ב 823/96 ואנונו נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נא(2) 873 (1997), שבו השופט זמיר מבחין בין "בידוד" לבין "הפרדה": "בבדיקת הטענה יש להבדיל בין בידוד לבין הפרדה. בבידוד (לתקופה מוגבלת, שנקבעה בחוק) היא אחד העונשים שקצין שיפוט רשאי להטיל על אסיר בגין עבירות בית סוהר. ראו סעיף 58 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971. העותר אינו נתון בבידוד. הפרדה אינה עונש". שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט זמיר.

64 ראו לעניין זה את פסק דינה של כבוד השופטת יעל קלוגמן בת"ק (שלום נת') 12689-05-09 מגאדבה (אסיר) נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.8.2011), שבו קיבל בית המשפט תביעת נזיקין של אסיר המוגדר "טעון הגנה" בגין החזקתו בהפרדה/בידוד מבלי שעבר הליך משמעותי ומבלי שהוחלו עליו הוראות פקנ"צ 04.03.00 החזקת אסירים בהפרדה במשך 24 ימים. האסיר הוחזק בתקופה זו בתא באגף "מעבר" תוך פגיעה שלא כחוק בתנאי מאסרו, ובכלל זה שלילת זכותו לטיול יומי במשך שישה ימים רצופים והאפשרות להחזיק חפצים אישיים, למשל כלי כתיבה וחומרי קריאה. ראו אף דיון משפטי אגב פסיקה זו של נתנאל דגן ואורי תימור "מסע בחלל הפנוי: על שיקול דעת שירות בתי הסוהר בהפעלת סמכויות ענישה (בעק' ת"ק(נת') 1348/09 מגאדבה נ' מנהל כלא השרון)" הסניגור 4, 178 (2012).

בפועל מדובר בהחזקה באותם התאים ממש, אשר על פי רוב מכונים בפי האסירים "צינוק" או "תאי איקס", והנודעים בקרבם כתאים בעלי מאפייני מחיה קשים במיוחד. המאפיין המרכזי של עונש הבידוד, כפי שהגדירו שירות בתי הסוהר, הוא החזקה יחידנית בלא אפשרות יציאה מהתא: "החזקה בבידוד משמעה החזקה בתא ללא אסירים אחרים וללא מתן אפשרות יציאה מהתא לרבות הליכה יומית באוויר הפתוח".⁶⁵ לכאורה, יש מי שיטען כי חשוב להבחין בין בידוד הפרדה כעונש לבין בידוד הפרדה כהסדרה מנהלית, ולו רק כדי להקפיד יותר על זכויות האסיר במקרה של הסדרה מנהלית. ואכן, לא אחת הושמעה בפסיקה העמדה שלפיה מטרת ההפרדה איננה עונשית,⁶⁶ ולכן יש להבחינה מעונש הבידוד. אלא שלמען האמת, מחוקק המשנה גילה דעתו אחרת. על פי ההסדרה המשפטית הקיימת, טובות הנאה – כשיחות טלפון, התייחדות, קנטינה, ביקורים, חופשות, מכתבים, תעסוקה, חינוך, החזקת מוצרי חשמל בתא, החזקת ספרים, יציאה לחצר וכיו"ב – ממילא כולן ניתנות לשלילה ואינן תלויות בהליך המשמעותי או בהחלטה המנהלית להחזיק אסיר בתנאי הפרדה. למעשה, בכל עת אפשר לשלול מאסיר את טובות הנאה שניתנו לו, ועל כן לשלול את מאפיין המגדיר בידוד או הפרדה. העובדה שבפועל, בשני המקרים, על פי רוב נשללות טובות הנאה היא עניין שכמובן יש לתת עליו את הדעת, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בהחזקת אסירים בתנאי הפרדה. למעשה, אפשר להשית סנקציה משמעותית על כל אסיר שעבר עברת משמעת או הפר את אחד הכללים הנהוגים בכלא, ובכלל זה אסיר הפרדה. יש שייקבע לאסיר עונש משמעותי של בידוד והוא יוחזק באותו התא, ברצף שהייה אחד ובאותם התנאים, על רקע שינוי הסטטוס המנהלי שלו בשב"ס ל"אסיר הפרדה". התאים הם אותם תאים. האגפים הם אותם אגפים. תנאי הכליאה הם אותם תנאים. על כן יחסנו ל"הבידוד הענישתי" ול"ההפרדה היחידנית" הוא בשני המקרים כאל מה שמכונה בספרות הבין-לאומית Solitary Confinement וההבחנה העיקרית בין השניים היא כאמור משך תקופת ההחזקה בתנאים אלה.

בניגוד להנחה המקובלת שלפיה בישראל החזקה בתנאי הפרדה משמעה בהכרח כליאת אסיר בתא כשהוא לבדו, כפי שנקבע בסעיף 19א(1) לפקודת בתי הסוהר,⁶⁷ הרי שהחוק מגדיר "אסיר בהפרדה" גם אסיר המוחזק בנפרד מכלל האסירים אף כאשר הוא "בתא אחד עם אסיר או אסירים אחרים, שגם לגביהם יש צורך בהחזקה בהפרדה".⁶⁸ על כן החזקה בהפרדה יכול שתיעשה בכליאה יחידנית, זוגית וקבוצתית. על פי רוב הפרקטיקה הנוהגת בשב"ס היא של הפרדה יחידנית כמו בעונש משמעותי של בידוד. מטעמי נוחות נכנה את מה שמכונה בעולם Solitary Confinement – "הפרדה יחידנית".

65 ס' 2(4)(6)(ב) לפקנ"צ 04.13.00, לעיל ה"ש 59, בעמ' 11.

66 ראו ע"א (נצ') 246/09 מדינת ישראל נ' מור (פורסם בנבו, 31.3.2009).

67 ס' 19א(1) לפקודת בתי הסוהר.

68 ס' 19א(2) לפקודת בתי הסוהר.

הפרדה יחידנית אינה נחלתם של אסירים שפוטים דווקא.⁶⁹ יכול שבמהלך חקירה ומעצר יוחזקו חשודים בתנאים כאלה. ואכן, על פי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב (להלן: ה"פקודה") "אסיר" מוגדר: "הנתון כדין במשמורת בית סוהר".⁷⁰ מכאן לכאורה הסמכות להורות על החזקת אדם בגיר או קטין בהפרדה חלה על כלל קבוצות אוכלוסיית הכלואים במתקני הכליאה בישראל: עצורים פליליים,⁷¹ ביטחוניים⁷² ומנהליים; אסירים

69 SHALEV, לעיל ה"ש 47: "Solitary Confinement may be imposed on prisoners as short-term punishment for prison offences, or indefinitely for the prisoner's own protection, either at his request or at the discretion of the prison authorities. In other cases prisoners may be isolated from others for months and even years on administrative grounds: as a long-term strategy for managing challenging prisoners or where prisoners are deemed to be a threat to national security. Finally, pre-charge and pre-trial detainees may be isolated from others whilst their interrogation or the investigation into their case is ongoing".

70 ס' 1 לפקודת בתי הסוהר. יש הסבורים כי הסמכות להורות על בידודו של עצור והפרדתו מעצורים אחרים מעוגנת דווקא בס' 5 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, ק"ת 1958, שכותרתו: "הפרדת עצורים שטרם הוגש נגדם כתב אישום", ולפיו "ממונה על החקירה, ראשי, לאחר שהתייעץ עם קצין אגף חקירות מרחבי, ראש לשכת חקירות, ראש מפלג חקירות או ראש אגף חקירות, לפי העניין, להורות בכתב על החזקת עצור בהפרדה מעצורים אחרים או מסוג מסוים של עצורים או מעצור אחר, אם הדבר דרוש לצורך חקירה הורה קצין משטרה כאמור, יוחזק העצור בהפרדה כל עוד הדבר נחוץ לצורך חקירה". ראו עדאלה, אל מיוזאן ורופאים לזכויות אדם "בידוד אסירים ועצירים בבתי הכלא בישראל" (2011) adalah.org/upfiles/Solitary%20confinement%20position%20paper%20Hebrew%20FIN.pdf. לפי העמדה המובעת שם, אפשר להחזיק עצורים בבידוד אך ורק במהלך חקירתם. להבנתנו, ובהסתמך על סעיף 1 לפקודת בתי הסוהר, סמכות שירות בתי הסוהר להחזיק עצור בהפרדה משתרעת מרגע קליטתו בבית המעצר וממשיכה אף עם מעברו לבית המאסר והיא רחבה מתקופת "חקירתו" (המעוגנת בסעיף 5 לתקנות בתי הסוהר והמסמיכה את משטרת ישראל להפריד בין עצורים מטעמי חקירה).

71 דוגמה לקושי ברור עולה בעניינם של עצורים או כלואים שנתונים במשמורת חוקית שלא אגב פסק דין פלילי חלוט. בשיטת המשפט שלנו מקובל לראות בחזקת החפות עיקרון המנחה כל פעולה שלטונית באשר לעצורים בכל שלבי ההליך הפלילי, ובכלל זה בחקירה, במעצר, בהליך השיפוטי וכיו"ב. תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997, ק"ת 664 אף קובעות את זכאותו של העצור למזון, ליציאה לחצר, קשר עם החוץ, שטח מחיה, מקלחת ועוד, בבחינת תנאי מינימום להחזקת אדם שעומדת לטובתו חזקת החפות. כאשר מבקשים לכלוא עצור בתנאי הפרדה, ברי כי המשמעות היא שהמינימום שלו הוא זכאי מכוח תקנות תנאי החזקה במעצר לא יינתן לו, ועל כן ברור שחזקת החפות של אותו העצור נפגעת אנושות, שהרי לא רק ששוללים את חירותו בטרם הכרעת דין של בית משפט מוסמך, אלא אף פוגעים בזכויותיו האחרות: זכות נגד עינויים, יחס משפיל, אכזרי ולא הומני; זכות למשפחה; זכות לקשר עם החוץ; זכות להליך הוגן, זכות לקשר עם עורך הדין; זכות לבריאות ולשמירה על שלמות הגוף; זכות לכבוד וכן הלאה.

72 כשמדובר בחשוד בביצוע עברת ביטחון, נטען לא אחת כי חקירתו מלווה באמצעים פיזיים וכרוכה בהפרדה ובמניעת קשר עם הזולת כאמצעי לחץ פסול. היבט קונקרטי זה מעסיק והעסיק רבות חוקרים וארגונים בין-לאומיים. השוו, NIGEL S. RODLEY & MATT POLLARD

אזרחיים, ביטחוניים ופלייליים; מוחזקים המיועדים להרחקה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל (פליטים ומבקשי מקלט, שוהים לא חוקיים, עובדים זרים) ולוחמים לא חוקיים. על פני הדברים סמכות זו נחזית כמרחיקת לכת ורחבה מדי, ושאלה במקומה היא אם אכן יש בדרך זו להתגבר על דרישת "ההסמכה המפורשת" שבסעיף 8 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷³

ד. הפרדה יחידנית בישראל

1. עילות ההפרדה היחידנית

במסמך "הצהרת איסטנבול" המומחים עומדים על הצדקות/עילות שונות להפעלת פרקטיקת ההפרדה במדינות שונות ברחבי העולם, ועמן נמנות:⁷⁴ ענישה משמעתית; מטעמי חקירה ולשם מניעת שיבוש הליכים; הפרדה ככלי לניהול בתי כלא ושליטה על אסירים; בידוד במסגרת גזר דין שנתן בית משפט; טעמים רפואיים ונפשיים; במסגרת חקירות הכוללות היעלמויות כפויות.⁷⁵ הנושא של היעלמויות כפויות עלה לדין ציבורי עז

The Treatment of Prisoners under International Law (3rd ed. 2009), לרבות עמותות ישראליות על רקע המאבק הפלסטיני אלא שעל פי רוב מוקד ההתמודדות המשפטית בעניין זה הופנה כלפי שירות הביטחון הכללי ופחות נגד שירות בתי הסוהר שבמתקני הכליאה שבאחריותו ובשליטתו מתקיימות חקירות אלה.

73 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. קובע: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק – יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (ההדגשה הוספה – ר"א ול"ס). בהקשר זה, למשל, לא ברור אם דרישת ההסמכה המפורשת עומדת גם ביחס להחזקת עצורים בתנאי הפרדה. כמו כן, לא ברור אם החזקת עצורים בהפרדה מכוח סעיף 1 לפקודת בתי הסוהר וסעיף 5 לתקנות בתי הסוהר, עולה בקנה אחד עם הקבוע בסעיפים 7 ו-8 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338, אשר בין השאר, שותקים ביחס להחזקת עצורים בהפרדה.

74 The Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement, לעיל ה"ש 57 לעיל. "Common practices of solitary confinement Solitary confinement are applied in broadly four circumstances in various criminal justice systems around the world; as either a disciplinary punishment for sentenced prisoners; for the isolation of individuals during an ongoing criminal investigation; increasingly as an administrative tool for managing specific groups of prisoners; and as a judicial sentencing. In many jurisdictions solitary confinement is also used as a substitute for proper medical or psychiatric care for mentally disordered individuals. Additionally, solitary confinement is increasingly used as a part of coercive interrogation, and is often an integral part of enforced disappearance or in-communicado detention"

75 The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, G.A. res. 61/177, U.N. Doc. A/RES/61/177 (Dec. 20 2006), defines enforced disappearance as "...the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting

בישראל על רקע פרסומים שונים מהעת האחרונה בתקשורת ובעיתונות הישראלית אודות "אסירים נעלמים" או "אסירי X", הכלואים בתנאי הפרדה יחידנית. להבנתנו, קיים מקום לדאגה בעניין זה, ובוודאי על רקע מאמר זה, ואף נוכל לזהות תופעה שלפיה השימוש בהפרדה יחידנית ככלי מנהלי לניהול קבוצות מסוימות של אסירים הולך וגדל.⁷⁶ קשה לדעת מהי ההתפלגות בהפרדה היחידנית בארץ מבחינת עילות השימוש. לצערנו, אין בידנו נתונים כלשהם על עונשי הבידוד בעקבות הליך משמעותי, ולא ידוע לנו על מחקרים שנערכו בישראל על אוכלוסיית אסירי ההפרדה. למיטב ידיעתנו, שירות בתי הסוהר אינו מפרסם באופן פומבי ומסודר מידע הנוגע לדין המשמעותי המוחל על אוכלוסיית הכלואים ואף לא נתונים הנוגעים למספר הכלואים המוחזקים כיום בהפרדה, לאפיונם (פליליים, ביטחוניים), למיהותם (קטינים, בגירים, נשים), לעילות החזקתם ולתקופת הפרדתם,⁷⁷ וראוי שיעשה כן. לכאורה, לפי פקודת בתי הסוהר אנו מזהים שבע עילות משפטיות להחזקה בהפרדה יחידנית של כלואים. סעיף 19 ב' לחוק, שכותרתו "מטרות הפרדה",⁷⁸ קובע:

with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law" 76
 ראו למשל את הצעת חוק כליאתם של אסירים נדרשים, התשס"ט–2009, שממנה אפשר ללמוד כי עילת השימוש בהפרדה המוצעת באשר לאסירים ביטחוניים הנמנים עם ארגוני הטרור היא "לחץ" על ארגוני טרור ולא מסוכנות או עילה אחרת אינדוידואלית, וכדברי ההסבר להצעת החוק: "לתת בידי המדינה מנוף לחץ על ארגוני טרור כדי לאלצם לקדם במהירות רבה יותר עסקאות לשחרור חיילים ואזרחים ישראלים חטופים ולשפר בדרך זו את יכולת המיקוח של המדינה במו"מ בעניינין של עסקאות כאמור". לפי סעיף 6 להצעת חוק זו, שכותרתו "החזקה בהפרדה", מוצע: (א) על אף האמור בסעיף 19 לפקודה, יוחזק אסיר נדרש בהפרדה ללא הגבלת זמן. (ב) מנהל בית-סוהר, לאחר שהתייעץ עם ראש השירות, יקבע, מעת לעת, אם יוחזק האסיר הנדרש בתא כשהוא לבדו או עם אסירים נדרשים אחרים. (ב) בדיון בבית המשפט לפי הוראות סעיפים 19ה עד 19ח לפקודה, תהיה התעודה ראייה חלוטה, ולעניין סעיף 19ב לפקודה תהיה זו חזקה חלוטה, כי הפרדת האסיר הנדרש נדרשת מטעמים של ביטחון המדינה".
 למעשה, הנתונים הקיימים היום, כמופיע בדוח משרד המשפטים, 2012 ובדח עמותת רופאים לזכויות אדם, 2011 מקורם בפניות יזומות של גופים אלה ואחרים אל שירות בתי הסוהר, ועיקרם נתונים מספריים שהציג השב"ס באשר למספר האסירים המוחזקים בהפרדה באותה העת, לאפיונם ולמשך החזקתם בהפרדה ולא מעבר לכך. ראו לעיל ה"ש 9–12, וכן דוח משרד המשפטים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 7–8.
 השוו לעילות ההפרדה היחידנית המוכרות בעולם, כפי שמונה ד"ר שרון שלו: Punishment; Protection; Prison Management; National Security; Pre-Charge and Pre-Trial Investigation; Lack of other Institutional Solutions; ראו SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 25–27, וכן לעילות ההפרדה המוזכרות ב־The Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement, לעיל ה"ש 57.

"ניתן להחזיק אסיר בהפרדה אם ההפרדה נדרשת לאחד מאלה והכל כשלא ניתן להשיג את מטרת ההפרדה בדרך אחרת – ביטחון המדינה;
ביטחון בית הסוהר;
שמירה על שלומם או על בריאותם של האסיר או של אסירים אחרים;
מניעת פגיעה ממשית במשמעת ובאורח החיים התקין של בית הסוהר;
מניעת עבירת אלימות, עבירה לפי סימן ב' לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג–2003, או עבירה של עסקת סמים לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973.
לעניין אסיר שהוא קטין – טובתו של הקטין דורשת את החזקתו בתא כשהוא לבדו".⁷⁹

אם לרשימה זו נצרף את עונש הבידוד המעוגן בסעיף 58(א)(4) לפקודת בתי הסוהר, ולפיה קצין שיפוט שהרשיע אסיר בעברת בית סוהר יהיה רשאי להטיל עליו בין השאר עונש של בידוד, בבחינת "העילה המשמעתית", הרי שלפנינו שבע קטגוריות נורמטיביות להחזקת כלואים בתנאי הפרדה יחידנית. אך למעשה סעיף משנה (3) לעיל מכיל בתוכו כמה עילות השונות זו מזו שוני רב. לא זו בלבד שקיים הבדל ניכר בין איום על בריאותם של אסירים אחרים (כאשר המאיים הוא למעשה הקרבן העיקרי של מצבו הבריאותי) לבין איום על שלומם של האסירים האחרים (כאשר המאיים הוא מן הסתם טיפוס אלים), אלא שקיים הבדל של יום ולילה גם בין האסיר המסכן את בריאותם ואת שלומם של אסירים אחרים לבין היותו הוא עצמו בסכנה. קשה להבין מדוע אסיר בסכנה ראוי לתנאי ענישה הדומים, או אף זהים, לתנאים שנועדו להעניש בשל עברות משמעת, ועל אחת כמה וכמה קשה להסביר מדוע החזקתו בהפרדה יחידנית איננה קצובה ל-14 ימים כפי שמקובל בעניינם של אסירים שנדונו לעונש משמעת של בידוד, שבתקופה זו תיבחן שילובו או החזקתו באגפים אחרים המצויים במתקני הכליאה כמו אגפים שמורים, אגפי טעוני הגנה, טעוני פיקוח וכיו"ב. נכון הדבר אף באשר לסעיף משנה (5), אשר אפשר לזהות בתוכו שלוש עילות שונות: מניעת עברת אלימות; או מניעת עברה לפי סימן ב'⁸⁰ לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג–2003; או מניעת עברה של עסקת סמים לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973.

בפסקי הדין שבדקנו והמוזכרים במאמר זה לא מצאנו כי בית המשפט דק פורתא וקיים דיון משפטי היורד לטיב העילה/ות שבשני סעיפי משנה אלה (3) ו- (5) אגב בקשות להארכת הפרדה של אסירים מצד שירות בתי הסוהר, שגם הוא לא גילה דקדקנות בנימוקי

79 בפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64, לא מצאנו כל אזכור לעילה זו אשר הוספה לפקודת בתי הסוהר. ראו ס' 53 לחוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח–2008, ס"ח 688, 716 (תיקון עקיף לפקודת בתי הסוהר [נוסח משולב], התשל"ב–1971).

80 צריך להיות לפי פרק ב' ולא לפי סימן ב' באשר לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג–2003, ס"ח 502, אין "סימן ב'" אלא ישנו "פרק ב' – עבירות".

בקשותיו להמשך החזקת אסירים בהפרדה וביאר בגין אילו מן העילות שבסעיפי משנה אלה עומדת בקשתו.

יתר על כן, העילות המצוינות בחקיקה מנוסחות ניסוח רחב, ובחלקן לפחות הן עילות סל המאפשרות לכידה והכלה של סיטואציות רבות ומגוונות בחיי היום-יום במתקני הכליאה, כעילות הנוגעות לביטחון המדינה וביטחון בית הסוהר. ואכן, בית המשפט הכיר בכך שלשון סעיף 19' המסדירה את הפיקוח השיפוטי על החלטת ההפרדה אינה קובעת מהי מידת הוודאות או ההסתברות להתקיימות אותה עילה שהשב"ס נדרש להוכיחה.⁸¹ אף אם ניטול לדוגמה את סעיף משנה קטן (4) – "מניעת פגיעה ממשית במשמעת ובאורח החיים התקין של בית הסוהר" – הנוקט ביטוי שהוא לכאורה ברור יותר כ"פגיעה ממשית", הרי שלכאורה אפשר להכניס בגדרו עברות משמעת שונות העולות כדי פגיעה ממשית, כאלו המנויות בסעיף 56 לפקודת בתי הסוהר, ולמעשה אף אין ברורה מידת החפיפה או ההבחנה שבין סעיף משנה קטן (2) "ביטחון בית הסוהר" לבין סעיף זה.

ערפול מהותן ותכליתן של העילות⁸² והמגוון הרחב של מצבים שבהם אפשר ליישם הפרדה יחידנית – שגם גבולותיה מעורפלים למדי – מעוררים צורך בהסדרים תחיקתיים מגבילים המלווים בבקרה שיפוטית נוקשה. מידת הקיום של הסדרים אלה תיבדק בחלק הבא.

2. המכניזם המנהלי והשיפוטי

כפי שצינינו קודם לכן, ככלל, החוק בישראל מבחין בין "הפרדה מנהלית" לבין "הפרדה שיפוטית".⁸³ סעיפים 19ג'–19ד' לפקודת בתי הסוהר מסדירים את ההפרדה המנהלית

81 "סעיף 19' מסדיר את הפיקוח השיפוטי על החלטת ההפרדה, תוך קביעת מגבלות זמן להפרדת יחיד לעומת הפרדה זוגית, ותוך הסמכת בית המשפט להאריך את תקופת ההפרדה מעת לעת. לשון הסעיף אינה קובעת מהי מידת הוודאות או ההסתברות להתקיימות אותה עילה שהמבקש נדרש להוכיחה, אולם ברי, כי ככל שתקופת ההפרדה מתארכת, כך גובר הנטל על המבקש להצביע על צורך חיוני תקף המצדיק המשך ההפרדה, זאת נוכח הפגיעה הנמשכת, הטמונה בה, בזכויותיו של האסיר". עת"א (מחוזי נצ') 44604-02-11 שירות בתי הסוהר נ' שנקר (פורסם בנבו, 11.7.2011).

82 ראו והשוו לתכליות האשפוז הפלילי הכפוי, כפי שעמד עליהן הנשיא א' ברק: "האשפוז הכפוי הוא פרי של איזון בין המטרות המרכזיות המונחות ביסוד החוק: טיפול בנאשם חולה הנפש, מניעת סכנה (לעצמו ולציבור), וכל זאת תוך שמירה על זכויות האדם של הנאשם... עניין לנו באיזון עדין בין מטרות (חירות, טיפול, מניעה), שלרוב מצויות בהתנגשות פנימית" (רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל אביב, פ"ד נב(1) 697, 710–711 (1998)).

83 כאשר קיימת אף "הפרדה לצורכי חקירה", כמעוגן בסעיף 5ב לתקנות בתי הסוהר, שכאמור לעיל איננה בסמכות שירות בתי הסוהר אלא בסמכות משטרת ישראל, ושאלה ראויה בהקשר זה היא מהו הטריבוטל השיפוטי שידון בבקשת אסיר שלא להיות מוחזק במהלך חקירתו בתנאי הפרדה: האם בית משפט מחוזי בשבתו בעתירות אסירים, הפועל מכוח סימן ח' 1: עתירות אסירים לפקודת בתי הסוהר? או שמא כהוראות פרק א' לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות

שביסודה מעניקה סמכות לשירות בתי הסוהר להחזיק אסירים בהפרדה.⁸⁴ סמכות זו מוגבלת בזמן וכפופה בחלוף שישייה חודשים, במקרה של הפרדה יחידנית, להחלטה שיפוטית של בית המשפט המחוזי.⁸⁵ תקנות בתי הסוהר (קביעת גורמים מייעצים להחזקת אסיר בהפרדה), תשס"א–2001 מעגנות את חובת ההיועצות המנהלית של שירות בתי הסוהר, בטרם החלטה על החזקת אסיר בהפרדה, עם גורמים פנים-ארגוניים: מודיעין, ביטחון, רפואה, עובד סוציאלי ועוד.

במסגרת ההפרדה המנהלית מעוגנות זכות השימוע של האסיר להשמיע את השגותיו בעל פה לפני מנהל בית הסוהר או לפני סוהר מוסמך אשר החליטו על החזקתו בהפרדה, וכן

אכיפה – מעצרים) ובפני בית המשפט השלום, כל עוד לא הוגש כתב אישום (ראו סעיף 2 לחוק)?

84 וזו לשון הוראות ס' 19ג(א)(1) לפקודת בתי הסוהר: "שוכנע סוהר בכיר כי נתקיימה לגבי אסיר אחת מהעילות המפורטות בסעיף 19ב, רשאי הוא להורות על החזקתו של האסיר בהפרדה לתקופה שאינה עולה על 48 שעות; בהעדרו של סוהר בכיר, רשאי סוהר זוטור בדרגת רב כליא, אם שוכנע כאמור, להורות על החזקתו של האסיר בהפרדה לתקופה שאינה עולה על 12 שעות ורשאי סוהר בכיר להאריך תקופה זו ובלבד שתקופת ההפרדה הכוללת לא תעלה על 48 שעות. (2) שוכנע מנהל בית הסוהר כאמור בפסקה (1), רשאי הוא להאריך את תקופת ההפרדה מעת לעת לתקופות נוספות שלא יעלו על 48 שעות כל אחת, ובלבד שתקופת ההפרדה הכוללת לפי סעיף זה, לא תעלה על 14 ימים רצופים או על 14 ימים אף אם אינם רצופים בתקופה של 30 ימים. (ב) סוהר שהנציב הסמיך לכך ושדרגתו אינה פחותה מדרגת גונדר משנה (בסמין זה – סוהר מוסמך), רשאי, אם שוכנע כאמור בסעיף קטן (א)(1), להורות על אלה: (1) החזקת אסיר בהפרדה בתא לבדו לתקופה שאינה עולה על חודש, ורשאי הוא להאריך את התקופה מעת לעת לתקופות נוספות שלא יעלו על חודש כל אחת, ובלבד שסך כל התקופות לא יעלה על חצי שנה; (2) החזקת אסיר בהפרדה בתא עם אסיר או אסירים אחרים לתקופה שאינה עולה על שני חודשים, ורשאי הוא להאריך את התקופה מעת לעת לתקופות נוספות שלא יעלו על שני חודשים כל אחת, ובלבד שסך כל התקופות לא יעלה על 12 חודשים; החזקת אסיר לתקופה העולה על שישה חודשים טעונה אישור נציב. (ג) לא יורה סוהר מוסמך כאמור בסעיף קטן (ב), אלא לאחר שנועץ בגורמים המקצועיים, שנקבעו בתקנות באישור ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת. (ד) הורה סוהר מוסמך על הארכת תקופת ההפרדה לפי הוראות סעיף קטן (ב), ידון מחדש, בכל עת, בצורך בהמשך ההפרדה, על פי בקשת מנהל בית הסוהר או האסיר מנימוקים שלא היו בפני הסוהר המוסמך". סעיף 19ד קובע: "(א) החלטת מנהל בית הסוהר על הארכת תקופת החזקת אסיר בהפרדה לאחר חלוף 96 השעות הראשונות להחזקתו בהפרדה, וכן החלטה של סוהר מוסמך כאמור בסעיף 19ג(ב), לא תינתן בטרם יתאפשר לאסיר בהפרדה להשמיע את השגותיו בעל פה, לפני מנהל בית הסוהר או לפני סוהר מוסמך, לפי הענין. (א1) הסתיימה תקופת החזקת האסיר בהפרדה ביום מימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל, כמשמעותם בסעיף 18א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948, או ביום שבתון על פי חוק, תינתן הזדמנות לאסיר בהפרדה להשמיע את השגותיו לפי סעיף קטן (א), ביום שלפניו, ואם גם הוא יום מנוחה או שבתון כאמור – ביום שלפניו. (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי מלמנוע מאסיר בהפרדה להגיש את השגותיו בכתב על החלטה להמשך הארכת תקופת החזקה בהפרדה לפי סעיף 19ג".

85 ראו ס' 19ה(א)(1) לפקודת בתי הסוהר. במקרה של הפרדה זוגית על השב"ס לפנות לבית המשפט ולבקש הארכת ההפרדה בחלוף 12 חודשים בכל פעם מחדש (ס' 19ה(א)(2) לפקודת בתי הסוהר).

זכאותו לחובת ההנמקה המנהלית. אלא שהלכה למעשה מנהל בית הסוהר, הגורם הנגיש לאסיר, איננו מי שמחליט אם אסיר יוחזק בהפרדה אם לאו, לפחות לא באשר לפרקי הזמן שמעל 14 ימים ועד לחצי שנה.⁸⁶ "הסוהר המוסמך", אשר על פי פקודת בתי הסוהר הוא בעל דרגת גונדר משנה ומעלה, ולפי פקנ"צ 04.03.00 "החזקת אסירים בהפרדה" הוא מפקד המחוז או סגנו, הוא בעל הסמכות להורות על הארכת הפרדה מנהלית של אסיר עד לתקופה של חצי שנה. בפועל הסוהר המוסמך כפוף להמלצות הוועדה לניהול אסירים מחוזית⁸⁷ ולוועדה הארצית להעברות ולטעוני הגנה⁸⁸ שטעמיהם והנמקותיהם אינם מובאים בפני האסיר,⁸⁹ וממילא אין לאסיר כל דרך לשטוח בפניהם השגותיו בכתב, כאמור בסעיף 19ד(ב) לפקודת בתי הסוהר. על פני הדברים זכות השימוע וחובת ההנמקה המנהליות מרוקנות מתוכנן באשר לגיון הוא לאפשר לאסיר להתגונן בפני רוע הגזרה ובפני הגורם שהחליט כן,

86 ראו ס' 6 לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64, "החזקת אסירים בהפרדה", הקובע כי הפרדה ראשונית עד 12 שעות תהיה בסמכות סוהר או מפקד ביס"ר (בית סוהר) או סגנו; הפרדה עד 48 שעות בסמכות מפקד בית סוהר או סגנו, או מי מחברי הוועדה המחוזית לניהול אסירים; הארכת הפרדה לתקופות נוספות שלא יעלו על 48 שעות ועד 14 ימים ברציפות בסמכות מפקד בית סוהר או סגנו, כאשר הארכת הפרדה ראשונה יותר מ-96 שעות מחייבת מתן שימוע בעל פה לאסיר, אולם תקופה של עד חודש הניתנת להארכה עד לחצי שנה נתונה בסמכות מפקד המחוז או סגנו.

87 הוועדה לניהול אסירים מחוזית הוקמה מכוח תקנות בתי הסוהר (קביעת גורמים מייצגים להחזקת אסיר בהפרדה), התשס"א-2001, ק"ת 869, ובהתאם להוראות ס' 19ג(ג) לפקודת בתי הסוהר: "לא יורה סוהר מסומך כאמור בסעיף קטין (ב), אלא לאחר שנועץ בגורמים המקצועיים, שנקבעו בתקנות באישור ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת", והיא פועלת בכל אחד משלוש המחוזות בהם מתקני הכליאה השונים. להרכב הוועדה לניהול אסירים מחוזית ראו ס' 8 לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64, וכן ס' 6, הקובע כי בהפרדת יחיד הממ"ז (מפקד המחוז) או הסממ"ז (סגן מפקד המחוז) ייוועצו בטרם החלטה כאמור עם נציג מחלקת האסיר, נציג חטיבת הביטחון, נציג חטיבת המודיעין, קצינת טו"ש (טיפול ושיקום) ונציג יחידת קרפ"ר (קצין רפואה). התרשמותנו היא שכוונת המחוקק הראשי הייתה להבטיח כי גורמי בקרה ופיקוח מקצועיים יבדקו את החלטתו המנהלית של הסוהר המוסמך ויאזנו אותה, ובכך יפעלו לצמצום החזקת אסירים בהפרדה אלא למקרים ההכרחיים. בפועל שירות בתי הסוהר פירש את הוראות סעיף 19ג(ג) לפקודת בתי הסוהר כחלק מהמכניזם המנהלי הפועל בשגרה להכשרת החזקתם של אסירים בהפרדה.

88 הוועדה הארצית להעברות ולטעוני הגנה היא ועדה ארצית-כללית בשירות בתי הסוהר, שחבריה נמנים עם מטה נציבות השב"ס, ולפי ס' 9 לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64, ועדה זו רשאית להחליט על העברת אסיר הפרדה מבית סוהר אחד למשנהו במסגרת העברה ממחוז למחוז. ועדה זו היא האמונה על החזקתם של אסירים באגפי ההפרדה הארצית שבהם מוחזקים אסירים המוגדרים מנהלית ראשי ארגוני פשיעה או אסירים בעלי מסוכנות גבוהה. בניגוד ל"ועדה לניהול אסירים מחוזית", אשר אמורה לשמש גורם מייעץ, בבחינת בקרה נוספת על החלטת הסוהר המוסמך, אין אסמכתה בחקיקה הראשית לפעילותה של הוועדה הארצית להעברות ולטעוני הגנה בהקשרם של אסירי ההפרדה.

89 ראו את מבנה נספח א3 רב לפקנ"צ 04.03.00, שם, שעל פיהם פועל השב"ס ושמהם נעדר מקום לתיעוד השגותיו של אסיר על החזקתו בהפרדה.

ואם בפועל ועדה מחוזית היא שהחליטה,⁹⁰ היה צריך ליתן לו אפשרות לקבל ממנה מידע או להשמיע את דבריו בפניה.⁹¹ יתרה מזאת, סעיף 19'א' לחוק קובע את חובת ההנמקה בכתב לאסיר, ולפיה כאשר מתקבלת החלטה מנהלית הנוגעת לעילת ההפרדה, להליך השימוע וכן לביטול החזקת האסיר בהפרדה – יש לנמק את ההחלטה ולמסור העתק של ההנמקה לאסיר. אלא שהמחוקק הסתייג וקבע שחובת ההנמקה תתקיים כל עוד נותן ההחלטה לא קבע כי גילוי הנימוקים יפגע באחת מעילות ההפרדה. כך נוצרה דרך שגרה שלפיה הנמקת החזקתו של אסיר בהפרדה מנהלית היא טאוטולוגית, מהעילות הקבועות בסעיף 19'ב' לפקודה.⁹² דבר שיש בו אולי להסביר את העובדה שמרבית אסירי ההפרדה נתונים בחוסר יכולת משפטית ברורה להתמודד עם גזרת החזקתם בהפרדה יחידנית בתקופה המנהלית אשר עליה חלות הוראות סימן ח' 1 לפקודת בתי הסוהר: "עתירות אסירים",⁹³ הליך על פי עקרונות המשפט המנהלי.

בתום תקופת ההפרדה המנהלית אפשר להאריך החזקת אסיר בהפרדה יחידנית רק בהחלטת בית משפט. סעיף 19'ה' מסדיר את "ההפרדה השיפוטית". על פי הקבוע בפקודת בתי הסוהר, בסעיף 19'א'(2), בית המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו נמצא בית הסוהר שבו מוחזק האסיר בהפרדה הוא המוסמך להורות על החזקת אסיר בהפרדה בתא לבדו לתקופה העולה על שישה חודשים, או כאשר הוא מוחזק עם אסיר או אסירים אחרים תקופה העולה על 12 חודשים.⁹⁴

סעיפים 19'–19'ד' עוסקים בעיון חוזר, בערעור ובראיות. על פני הדברים דומה כי בהליכים אלה חלים, כעיקרון, דיני הראיות הרגילים,⁹⁵ ומדובר בביקורת שיפוטית ראשונית של הערכאה השיפוטית ולא בביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית של שירות בתי הסוהר

90 ראו את מענה שב"ס לדוח ביקורת לשכת עורכי הדין על אודות האסיר י"מ, מיום 29.3.2011 בסעיף ד, שם נאמר כי ועדת הפרדות מחוזית היא המחליטה באשר להפרדתו המנהלית של האסיר: "כשהמדובר בהארכות הפרדה מנהליות למן היום ה-15 ועד לתום התקופה שבסמכות מנהלית, מתקבלות ההחלטות ע"י ועדת הפרדות מחוזית ויועמ"ש המחוז חלק מימנה".

91 ועדת ההפרדות המחוזית והוועדה הארצית להעברות ולטעוני הגנה, הקובעות בפועל את החזקתם של אסירים בהפרדה, כפופות לכללי המשפט המנהלי ואינן פועלות מכוח חקיקה ראשית, הגם שהן מפעילות סמכויות סטטוטוריות על פי ס' 16 לפקודת בתי הסוהר.

92 ראו לעניין זה את נספח א' 1 ר-ג לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64.

93 במסלול עתירת אסיר לפי ס' 16 לפקודת בתי הסוהר: עתירות אסירים לפקודת בתי הסוהר, על האסיר לעמוד מול משוכת חזקת תקינות מעשה המנהל בבואו להתמודד עם ראיות מנהליות חסויות מכוח תעודת חיסיון. ראו: "הצגת מידע סודי לבית משפט הדין בעתירות אסירים" הנחיות פרקליט המדינה 12.9 (התשס"ז). השוו לחוות דעת 13/06 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "הסתמכות על מידע מודיעיני סודי בעתירות אסירים" דין וחשבון שנתי לשנת 2006, 200 (15.11.2006).

94 ס' 19'ה(א)(2) לפקודת בתי הסוהר.

95 ראו ס' 19'ח לפקודת בתי הסוהר, ולפיו: "בדין לפי סעיפים 19'ה', 19'ו' או 19'ד' רשאי בית המשפט לסטות מדיני הראיות ולשמוע ראיות במעמד צד אחד, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה: (1) הדבר נחוץ מאחד הטעמים האמורים בפסקאות (1) עד (5) של סעיף 19'ב; (2) הצורך בסטיה מדיני הראיות גובר לשם עשיית הצדק".

כבהליך עתירות אסירים: "בעניין זה יש לציין, כי הפרדה העולה על שישה חודשים, הרשות המחליטה היא בית המשפט המחוזי, ובפועל הוא בעל סמכות ראשונית, בשונה ובמובחן מסמכות לבקר החלטות מנהליות של רשויות בתי הסוהר...".⁹⁶ מכאן שלכאורה אין מדובר בהליך על פי דיני המשפט המנהלי.⁹⁷ מצאנו כי לא אחת שוגים בתי המשפט המחוזיים בדונם בעניין כאילו מדובר בביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית כפי שנוהגים הם לדון בעתירות אסירים מכוח סעיף 62 לפקודת בתי הסוהר. לעתים הם אף מרחיקים לכת ודנים בבקשת המדינה כעתירה המוגשת נגד אסיר בשבתם כבית משפט לעניינים מנהליים,⁹⁸ ודומה כי כותרת ההליך "בית המשפט לעניינים מנהליים" אינה טעות קולמוס אלא שגיאה קונצפטואלית מהותית בשאלת המותב היושב בדיון.

על פי החוק, לכלוא בהפרדה אין מוקנית זכות ערעור לבית המשפט העליון אלא ברשות אף על פי שמדובר רק ב"גלגול שני" של ההחלטה השיפוטית בעניינו.⁹⁹

96 רע"ב 8426/09 עמיר נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.12.2010).

97 ש.ס.

98 ראו למשל ע"א (מחוזי נצ') 587/09 שרות בתי הסוהר נ' עמיר, בעמ' 5 (פורסם בנבו, 10.9.2009) "עוד אציין כי המחוקק עצמו ראה לנקוט משנה זהירות בצוותו על הפרדה וזאת במסגרת ביקורת שיפוטית נדרשת וצריכה כל 6 חודשים"; בע"א (מחוזי ת"א) 2153/01 שירות בתי הסוהר נ' סמסון, בעמ' 3 (פורסם בנבו, 31.10.2001): "לאור הנימוקים שהועלו על ידי קמ"ן גוש שרון, ולאור הנימוקים המצטרפים אליהם, לא ניתן לומר שהחלטת המבקש שלא לבטל את הגדרתו של המשיב כסג"ב איננה סבירה ומצדיקה התערבות של בית המשפט"; ע"א (מחוזי ב"ש) 11-07-36360 מדינת ישראל שירות בתי הסוהר נ' איטל (פורסם בנבו, 22.9.2011), הנושא את הכותרת "בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע".

99 רע"ב 425/09 פרינאן נ' פרקליטות המדינה, פס' 3 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 11.3.009): "במקרה הראשון, מדובר כזכור בעתירת אסיר הנוגעת למאסרו או מעצרו. עתירה מעין זו מופנית, דרך כלל, נגד החלטה של הנציב או של גורם אחר במסגרת שירות בתי הסוהר. מכאן, שהעתירה תוקפת לראשונה לפני בית המשפט החלטה שנתקבלה על ידי רשות מינהלית. נוכח העובדה שמדובר בתקיפה ראשונה לפני בית המשפט (או לפני גוף מעין שיפוט), אין שום הצדקה להפעיל מבחן מצמצם. ברע"ב 7/86 וייל נ' מדינת ישראל (לא פורסם 26.6.1986) (להלן – עניין וייל) נאמר כי 'רשות ערעור אינה ניתנת כדבר שבשגרה אלא רק אם מתגלית בעיה משפטית בעלת חשיבות או אם עלה נושא אחר שחשיבותו כללית... מבחן זה דומה, אך אינו זהה, למבחן הנוהג לגבי בקשות רשות ערעור הבאות בפני בית משפט זה במה שמכונה 'גלגול שלישי' (ראו, רע"ב 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)). הגלגול השלישי מתייחס לבקשות רשות ערעור על פסקי דין שניתנו בערעורים בפני בית המשפט המחוזי. דומה, שאין צורך לפרט את ההבדל בין בקשת רשות ערעור בגלגול שלישי לבין בקשת רשות ערעור המופנית נגד החלטה של בית המשפט המחוזי מן הטיפוס הראשון, שהינה בבחינת 'גלגול שני'. לאור ההבדל, סבורני שצריך להפעיל מבחן מרחיב לגבי בקשות רשות ערעור". דעה דומה השמיע השופט גרוניס אף ברע"ב 10/9584 מוסלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.2.2011) (להלן: רע"ב 10/9584 מוסלי): "במאמר מוסגר אציין, כי איני סבור שבהליך זה של בקשת רשות ערעור ראוי לה לערכאת הערעור להתערב רק מקום שמדובר בשאלה בעלת חשיבות כללית, החורגת מעניינו של המבקש. יש לזכור, שאין מדובר בהליך המכונה 'גלגול שלישי', אלא בתקיפה ערעורית

בנוסף, פקודת בתי הסוהר מעניקה סמכות חסרת תקדים לשירות בתי הסוהר באשר להחלטה על הפרדת כלוא. סעיף 19ט'¹⁰⁰ נותן סמכות בידי השב"ס להמשיך ולהחזיק כלוא בהפרדה אף אם בית המשפט קבע שיש להוציאו ממנה בהתקיים נסיבות המהוות את אחת מעילות ההפרדה לפי סעיף 19ב'.

לבסוף, סעיף 19' מעניק את הסמכות המנהלית לשחרר אסיר מכליאה בתנאי הפרדה למי שהוא בעל הסמכות המנהלית להורות על החזקתו בהפרדה. ולפיו, הנציב הוא בעל סמכות להורות על ביטול הפרדה גם כאשר ניתנה החלטה שיפוטית להמשיך ולהחזיק את האסיר בתנאים אלה.

יש לציין כי ברמת הדקלרציה קובעת פקודת הנציבות כי ההפרדה היא אמצעי אחרון להשגת אחת מהמטרות/העילות העומדות בבסיס ההחלטה להחזקת אסיר בהפרדה, כי לא יוחזק אסיר בהפרדה אם אפשר למנוע הצורך בהפרדתו באמצעות העברתו לבית סוהר אחר, ואף מודגש שמדובר באמצעי מנע ולא בעונש, ולכן זכויותיו של אסיר הפרדה יהיו כזכויות כל אסיר בכפוף לאילוצים הנובעים מעצם הימצאות האסיר בהפרדה.¹⁰¹ קביעה זו מבוססת על הוראות פקודת בתי הסוהר ודברי ההסבר לתיקון מס' 18 משנת 2000.¹⁰²

בשני החלקים הבאים נראה כי מנסחי פקודת הנציבות לא היו נאמנים להצהרות אלה.

ראשונה הכרעתו של בית משפט קמא. במקרים כאלה, בהם ערכאת הערעור מפעילה ביקורת ראשונה על הערכאה הדיונית, ראוי, לגישתי, להפעיל מבחן מרחיב באשר לבקשת רשות הערעור. אף השופט נאור ברע"ב עמיר, לעיל ה"ש 96, הביעה עמדה דומה: "כאשר מדובר בהפרדה העולה על שישה חודשים – הרשות המחליטה היא בית המשפט המחוזי, ועל החלטתו ניתן לבקש רשות ערעור לבית משפט זה. ודוק: בצדק טען בא כוח המבקש כי סמכות בית המשפט המחוזי הנה סמכות ראשונית של בית המשפט עצמו ולא סמכות ביקורת על החלטות מנהליות של רשויות בתי הסוהר" (שם, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת נאור). ראו גם רע"ב 10478/08 צלאח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.1.2009) (עמדת השופט רובינשטיין); רע"ב 2112/09 עמאראת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.3.2009); רע"ב 2003/09 חסין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 25.3.2009); רע"ב 5745/10 סאלח נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 21.9.2010).

100 ס' 19ט' לפקודת בתי הסוהר, שכותרתו "הפרדה לאחר החלטת בית משפט" קובע: "אין בהוראות סעיפים 19ה, 19ו ו-19ז כדי למנוע קבלת החלטה בדבר החזקת אסיר בהפרדה, אם במועד שלאחר החלטת בית המשפט התקיימו נסיבות המהוות את אחת מעילות ההפרדה לפי סעיף 19ב". הסעיף אינו קובע כי מדובר בנסיבות שהן אחת מעילות ההפרדה שלא נשקלו על ידי בית המשפט. מכאן שאפשר להבין כי מדובר במתן סמכות לשירות בתי הסוהר להמשיך ולהחזיק בהפרדה אף אם בית המשפט קבע שאין להמשיך ולהחזיקו בהפרדה, ובלבד שהתקיימו הנסיבות שהן אחת מעילות ההפרדה.

101 ראו ס' 1א וכן 11 לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64.

102 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 18) (החזקת אסירים בהפרדה ותיקונים שונים), התש"ס-2000, ה"ח הממשלה 236, 237: "החוק המוצע בזה בא להסדיר בחקיקה ראשית את הסמכות להחזיק אסיר בהפרדה... יוזמת החקיקה היא פרי המלצותיה של ועדה משותפת למשרד לביטחון הפנים ולנציבות שירות בתי הסוהר. מוצע כי השימוש בסמכות להחזיק אסיר בהפרדה תיעשה כ'מוצא אחרון' רק כאשר קיימת עילה עניינית המצדיקה לעשות כן, וכשאי אפשר להשיג את מטרת ההפרדה בדרך אחרת (סעיף 19ב המוצע)".

3. משמעות הסיווג מבחינת מעמד האסיר וזכויותיו

תנאי החזקת כלואים בהפרדה הוא פועל יוצא מהסטטוס המשפטי והמנהלי¹⁰³ שנקבע לאסיר (אסיר ביטחוני, קטין וכד') ומהקבוע בפקודת נציבות שירות בתי הסוהר מספר 04.03.00 "החזקת אסירים בהפרדה". בניגוד ליתר הכלואים בבתי הסוהר, אסירי הפרדה נדונים לנוע ולנווד בין מתקני הכליאה אחת לחצי שנה,¹⁰⁴ והמשמעות המעשית היא חוסר יכולת מתמדת לקבל באופן אפקטיבי שירותים בכלא: טיפול רפואי, סוציאלי, דתי, שיקומי ואף משפטי. על אסירי הפרדה נאסר להעביר ביניהם חפצים מכל סוג שהוא.¹⁰⁵ אגף ההפרדה סגור במשך כל שעות היממה, ופתיחת תא הפרדה לכל מטרה שהיא מותנית בהיות כל האסירים נעולים באותה העת באגף, ובשום מקרה אין לפתוח שני תאים בו-זמנית.¹⁰⁶ בכל הוצאת אסיר מתא ההפרדה או כניסתו יש לערוך חיפוש על גופו בעזרת מגנומטר וכן חיפוש ידני ואף חיפוש בעירום אחת לחודש.¹⁰⁷ אחת לשלושה חודשים ייבדק הציוד בתאו של אסיר באמצעות משקף חפצים, ואחת לשבוע יבוצע חיפוש בתאו.¹⁰⁸ יציאת אסיר לטיול יומי בחצר אגף ההפרדה תיעשה אך ורק באישור קצין האגף וקצין המודיעין ותתקיים בשעות היום המוארות, כשמשך הטיול היומי לא יפחת משעה אחת ולא יארך יותר משעתיים.¹⁰⁹ מזון האסיר יוגש להם דרך אשנב הכבילה בדלת תאם.¹¹⁰ אסירי הפרדה לא ישולבו במרכזי החינוך והתעסוקה בבית הסוהר.¹¹¹ רופא בית הסוהר יבדוק אסיר הפרדה

103 אין זה המקום להרחיב בסוגיית המבנה הלקוי של מערכת הנורמות שעומדות ביסוד פקודת בתי הסוהר. בכוונת המחברים להרחיב על כך במקום אחר.

104 ס' 1(ד) לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64. ראו גם רע"ב 1004/12 אבוטבול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.2.2012), מפי כבוד השופט י' דנציגר, שם נדחתה בקשת רשות ערעור של אסיר הפרדה על החלטת שירות בתי הסוהר להעבירו, במסגרת ניווד אסירי הפרדה, בחלוף שלושה חודשים אל מתקן כליאה בדרום הארץ. בית המשפט קבע כי ככלל רשות ערעור על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בעתירות אסירים אינה ניתנת כדבר שבשגרה, אלא רק במקרים שבהם מתגלית בעיה משפטית בעלת חשיבות או נושא אחר שהוא בעל חשיבות כללית. לאסיר, ככלל, אין זכת קנויה גבי מקום הכליאה שלו, ונקודת המוצא היא שהחלטה להעבירו לבית כלא אחר אינה פוגעת בזכות יסוד שלו ואינה מבססת עילת תביעה או עתירה. עוד נקבע כי החלטות בדבר ניווד אסירים והעברתם ממתקן כליאה אחד לשני הן בליבת שיקול הדעת המנהלי-ארגוני של שירות בתי הסוהר, ועל פי רוב לא יתערב בית המשפט בשיקול דעתו של שירות בתי הסוהר בעניינים מסוג זה (ראו שם, פס' 9-10 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר).

105 ס' 13 לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64.

106 שם, ס' 16 א ו-16 ב.

107 שם, ס' 17 א ו-17 ב.

108 ס' 17 ד ו-17 ה.

109 שם, ס' 18.

110 שם, ס' 19 ד.

111 שם, ס' 20.

באופן פרטני אחת לחודשיים.¹¹² יציאת אסיר הפרדה לקבלת ביקור תיעשה רק לאחר שנערך עליו חיפוש מדוקדק, ואם יש צורך – אף חיפוש בעירום. בעת הביקור יהיו נוכחים שני סוהרים לפחות. ביקורים יינתנו לבני משפחה מדרגה ראשונה בלבד (סבא, סבתא, הורים, אח, אחות, בני זוג הנשואים להם וילדים). בכפוף להתנהגות חיובית ולהוראות הביטחון, לאסיר הפרדה יינתן ביקור אחד בשבוע, ועד שניים מהם בחודש יכולים להיות פתוחים.¹¹³ משך הביקור לא יעלה על חצי שעה. ככלל, ובכפוף לשיקול דעת רשויות הכלא, יכול שתינתן לאסיר הפרדה האפשרות לקשר טלפוני למשך שעה לכל היותר ביממה. מפקד בית הסוהר רשאי למנוע מאסיר מפגשים לצורך טיפול סוציאלי.¹¹⁴ אסירי הפרדה אינם זכאים להגיע לספרייה, וספרות וכתבי עת יחולקו להם על ידי קצינת החינוך אך ורק באישור קצין האג"ם היחידתי, בפרקי זמן שאינם קבועים. כל אסיר הפרדה רשאי להיפגש עם רב בית הסוהר ולקבל שירותי דת כבקשתו,¹¹⁵ אלא שעתירות אסירי הפרדה לקבלת שירות זה ואף שירותים אחרים וכן דוחות מבקרים רשמיים מגלים כי יישומן לוקה.¹¹⁶ עוד נקבע כי חלוקת מוצרים מהקנטינה לאסירי הפרדה תיעשה ללא נוכחות האסירים.¹¹⁷ בנוסף, אף שהפקנ"צ מאפשרת למפקד בית הסוהר, בכפוף לאישורי ביטחון, לאשר לאסיר פלילי המוחזק בהפרדה תוספת חפצים פרטיים וטובות הנאה כמפורט בפקנ"צ 04.33.00 –

112 שם, ס' 26.

113 דהיינו, מפגש עם מגע פיזי ולא באמצעות מחיצה.

114 שם, ס' 22(2).

115 שם, ס' 22(1).

116 ראו למשל עת"א (מחוזי מרכז) 31019-12-10 מולנר (אסיר) נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 15.2.2011), בפני כבוד השופטת ק' רג'יניאנו, שם התקבלה בהסכמה עתירת אסיר הפרדה למפגשים שבועיים עם רב בית הסוהר לצורך לימוד תורה; עת"א 50792-03-12 מוסלי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 24.5.2012), שם מלין האסיר על החלטת שירות בתי הסוהר שלא לאפשר לאחיו לבקר בכלא. כבוד השופטת ק' רג'יניאנו קבעה: "סיכמו של דבר מצאתי שהחלטת הרשות אינה מידתית ואינה עומדת במתחם הסביות ולפיכך אני מורה על ביטולה וקובעת שיש לאפשר ביקורים של שי אצל העותר, בהתאם לנהלי שב"ס ובכפוף לכל תנאי אחר שייקבע על ידי הגורם המוסמך"; ראו גם רע"ב 1375/12 אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 19.8.2012), שם דחה בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט ס' ג'ובראן, בקשת רשות ערעור של אסיר להשוות את זמני שיחות הטלפון של אסירי הפרדה לאלה של האסירים המוחזקים באגפים רגילים; רע"ב 8020/09 אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 26.7.2010), שבו דחה בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט א' רובינשטיין, בקשת רשות ערעור של אסיר הפרדה להאריך לו את הזמן המוקצב לו לשיחות טלפון משעה ביום לשעתיים ביום היות שהשב"ס ניאות להאריך את זמן שיחות הטלפון לשעה וחצי ביום. עם זאת המליץ בית המשפט העליון כי השב"ס ישקול בהמשך את האפשרות להאריך את מכסת השיחות הטלפונית לשעתיים לכלל אסירי הפרדה בשל ייחודו של מצב הפרדה; ראו גם את דוח מבקרים רשמיים מטעם לשכת עורכי הדין בישראל בנושא תאי הפרדה בשב"ס, מיום 29.11.2010; דוח ביקורת רשמית מטעם לשכת עורכי הדין בישראל בעניין האסיר מ"י מתאריך 21.1.2011; דוח ביקורת רשמית מטעם לשכת עורכי הדין בישראל, בעניין האסיר יוסי מוסלי מכלא "רימונים", מתאריך 3.5.2012.

117 ס' 22 לפקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64.

"החזקה, אחסנה ושינוע פריטי ציוד של אסירים" – המציאות מגלה כי הנורמה היא הפוכה: הגבלה בחפצים ובציוד האסירים בתוך תאי הפרדה.¹¹⁸ על פי רוב הדיון המשפטי בהארכת החזקת אסירים בהפרדה נפרד מהדיון המשפטי בתנאי כליאתם, ואסירים אלה נדרשים לפנות לבית המשפט במסגרת עתירת אסיר, מכוח סעיף 62א'–62ד' לפקודת בתי הסוהר כדי להיטיב את תנאי מחייתם ולממש את זכויותיהם לא במסגרת הדיון המשפטי הנוגע לעצם החזקתם בהפרדה. סנונית ראשונה לגישה שיפוטית ראויה מצאנו בפסיקתו של נשיא בית המשפט המחוזי בנצרת, כבוד השופט דוד חשין, אשר קבע: "...ניתנת האמת להיאמר, כי לא ניתן להפריד לחלוטין את שאלת הצורך בהמשך הפרדה מן התנאים לה ומן ההגבלות הנוספות עליה. הדברים שלובים זה בזה, שכן החזקה בהפרדה הינה אמצעי קיצוני, בין היתר בשל התנאים הנלווים לה",¹¹⁹ אלא שתפיסה זו טרם קנתה לה אחיזה בבתי המשפט.

בהתחשב בדברים אלה אנו סבורים כי בשל הפגיעה בזכויות אסירים ובתנאי כליאתם, הנובעות ממעמד הפרדה יחידנית, חשוב מאוד שהמערכת תקפיד במדיניותה המוצהרת בשימוש בסטטוס זה כמוצא אחרון, וכי תתקיים מערכת קפדנית של בקרה אינטנסיבית על ההחלטה להחזיק אסיר בהפרדה יחידנית. תיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר, המעגן את הזכות לתנאי כליאה הולמים, פעילות חינוך ופנאי ושיקום אסירים, הוא מבורך, חשוב וראוי. עם זאת בשל עמדת הממשלה, שלפיה מדובר בחוק המשקף מציאות קיימת אשר אינו בא לשנות מהמצב הקיים¹²⁰ ועל כן לא תהיה לו השפעה תקציבית, ספק אם תנאי מחייתם

118 ש.ם.

119 ראו עת"א (מחוזי נצ') 42598-04-12 מדינת ישראל נ' אביטל (אסיר), פס' 13 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 24.6.2012): "עיקר טענותיה של ב"כ המשיב בדיון נסובו על תנאי החזקתו של המשיב, והיא ביקשה כי אלה יכללו במסגרת פסק דין זה... ב"כ המבקש התנגדה לבקשה זו, בנימוק כי אין זו המסגרת הטבעית לדון בבקשות פרטניות באשר לתנאי החזקתו של המשיב, ומקומן להידון בדרך של הגשת עתירת אסיר. אכן כן – לא הרי עתירת אסיר כהרי בקשה להחזקת אסיר בהפרדה, שכן בעוד שעתירת אסיר מעבירה תחת שבט ביקורתו של בית המשפט את ההחלטה המנהלית שהתקבלה בעניינו של האסיר, בקשת הפרדה מניחה לפתחו של בית המשפט את הנתונים והראיות שעל בסיסם מתקבלת החלטה שיפוטית...".

120 ראו תזכיר חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תנאי מחיה), התשע"א–2010, אשר פורסם על ידי המשרד לביטחון הפנים, ובו נאמר בין השאר: "למרות שעד היום לא היתה הוראה מחייבת בדבר תנאי כליאה הולמים לאסירים שפוטם, הרי שבפועל שירות בתי הסוהר פועל באופן מתמיד לספק תנאים הולמים לאסירים וכעת מוצע לעגן תנאים אלו במסגרת חקיקתית. בשל כך, התקין השר לביטחון הפנים ביום י"ט באייר התש"ע (3.5.10) את תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע–2010, ק"ת 1125, אשר מטרתן להסדיר תנאי מחיה של אסירים, וכעת מוצע לעגן במסגרת פקודת בתי הסוהר מסגרת כללית של תנאי הכליאה אשר מטרתה לתת משקל ראוי לזכויות האסיר לכבוד, פרטיות ובריאות". דברים דומים נאמרו בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 43) (תנאי מאסר). ליד ס' 5 להצעת החוק, שכותרתו:

הפיזיים של האסירים בכלל ושל אסירי ההפרדה בפרט ישופרו. בדבר פעילויות חינוך, פנאי ושיקום כבר הערנו כי שיקול הדעת המנהלי הרחב שניתן לשב"ס בנושאים אלה עלול לסכל את יישומו של החוק בייחוד כשמדובר באסירי ההפרדה.

4. שגרת ההפרדה והיעדר מידתיות

מבחינות רבות, ובמיוחד משום הפגיעה החמורה בתנאי המחיה של הכלוא, חשוב לתקוף את שיקול הדעת המנהלי ואת סבירותו בשלב ההפרדה הראשונית, המנהלית, המצויה בסמכות שירות בתי הסוהר, וזאת על רקע דרישות ההליך המעוגנות בפקודת בתי הסוהר, ובכלל זה זכות השימוע וחובת ההנמקה כערוכה למניעת שרירותיות, וכדי לוודא כי אכן בשלב ההתחלתי של ההפרדה נשקלו חלופות אפשריות ונעשה ניסיון ממשי להימנע מהחזקת האסיר בהפרדה.¹²¹

כפי שהזכרנו קודם לכן, כנסת ישראל גילתה דעתה כי החזקת כלואים בהפרדה תיעשה בכפוף לעקרון המידתיות: "ניתן להחזיק אסיר בהפרדה אם ההפרדה נדרשת לאחד מאלה והכל כשלא ניתן להשיג את מטרת ההפרדה בדרך אחרת".¹²² לכל הפחות, הבחינה השיפוטית והמנהלית צריכה לכלול בדיקה דקדקנית ושקילה של חלופות שונות למניעת פגיעה בזכויות ובתנאי מחיה והצדקת "הכרח ההפרדה" באמצעות ראיות מהותיות, מהימנות, ודאיות, רלוונטיות ועדכניות.¹²³ לעומת זאת דרך המלך טובילנו אל מבחן

"השפעת החוק המוצע על תקציב המדינה, תקן המשרד וההיבט המנהלי", נאמר: "להוראת החוק, כשלעצמן, לא תהיה השפעה תקציבית".

121 לכללי המשפט המנהלי הנוגעים לתשתית העובדתית הנדרשת לצורך קבלת ההחלטה המנהלית ראו רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.2012), שם בפס' 32 לפסק דינו של השופט מלצר נאמר: "בבסיסה של כל החלטה מנהלית צריכה להתקיים תשתית של נתונים עובדתיים שנאספו ועובדו כהלכה... העדרה של תשתית עובדתית מספקת לביסוס ההחלטה המנהלית עלולה להביא לפסילתה של ההחלטה... הליך גיבושה של התשתית הראייתית העומדת בבסיס ההחלטה המנהלית צריך שיעמוד בארבעה מבחנים, כפי שאלו פורטו בבג"ץ 987/97 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-425 (1994)..."

122 ס' 19 לפקודת בתי הסוהר (ההדגשה הוספה – ר"א ול"ס).

123 ארבעת מבחני המשנה שגובשו בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, פס' 10 לפסק שינו של השופט זמיר (1994): "(א) איסוף הנתונים. הרשות המנהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה. לצורך זה עליה לפעול באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה... (ב) השייכות לעניין. באיסוף הנתונים חייבת הרשות המנהלית להבדיל בין נתונים השייכים לעניין לבין נתונים שאינם שייכים לעניין. הנתונים השייכים לעניין הם, ורק הם, השיקולים הענייניים שאותם רשאית הרשות לקחת בחשבון לצורך קבעת העובדות וקבלת ההחלטה... (ג) אמיתות הנתונים. לא כל נתון השייך לעניין ראוי לבוא בחשבון שיקוליה של הרשות המינהלית. כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המינהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המנהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-משפט, כגון עדות שמועה. עם זאת, לא כל שמועה פורחת די בה כבסיס להשתית עליו ממצא... זהו, אם כן, מבחן של סבירות: הרשות המנהלית רשאית לסמוך רק על נתונים הנוגעים לעניין שאדם סביר (ואולי

המידתיות, כפי שפותח בפסיקת בית המשפט העליון באשר לפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. מדובר במבחן המורכב משלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי – אמצעי הפוגע בזכויות אדם הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין האמצעי למטרה. האמצעי הפוגעני צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמת המטרה החקיקתית;¹²⁴ מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – פורש כאמצעי הפוגע בזכות אדם חוקתית. הוא ראוי רק אם אי אפשר להשיג את המטרה החקיקתית באמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר;¹²⁵ מבחן המידתיות כמוכח הצר – מבחן "העלות מול התועלת". מדובר במבחן הבוחן את תוצאות האמצעי שהופעל. אם האמצעי פוגע בזכויות אדם, אולם התועלת לציבור ממנו קטנה מהפגיעה בזכות, נקבע כי אמצעי זה חורג מהמידה הדרושה.¹²⁶

אלא שהשיח המשפטי, שהתפתח ברבות השנים, בנושא הארכות של הפרדת אסירים מאופייני ברתיעה הולכת וגוברת של בתי המשפט המחוזיים ושל בית המשפט העליון לדון לגופו של עניין בתשתית העובדתית העומדת בבסיס ההחלטה להחזיק בהפרדה את הכלוא, ובכלל זה בשאלת רמת ההוכחה הנדרשת,¹²⁷ בד בבד עם הימנעות מבחינה חוקתית המשכללת את שאלת המידתיות, כפי שהיא מקובלת כיום, על שלושת מבחני המשנה שלה.

יותר נכון לומר: רשות סבירה) היה סומך עליהם לצורך קבלת ההחלטה בעניין העומד על הפרק... (ד) ראיות מהותיות. הנתונים הנוגעים לעניין, שהם גם נתונים העומדים במבחן הראיה המינהלית, הם התשתית לקבלת ההחלטה. על-פי ההלכה, התשתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. מהי מידה מספקת לצורך זה? המבחן, גם כאן, הוא מבחן של סבירות. הווי אומר, תשתית העובדות צריכה להיות כזאת, שרשות סבירה היתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה...". ברע"א 8000/07, לעיל ה"ש 121 מדרגיש השופט מלצר: "כאשר ההחלטה המנהלית עלולה לפגוע בזכויות אדם, מקבלים המבחינים השלישי (מבחן אמינות הנתונים) והרביעי (מבחן הראיות המהותיות) גוון נוקשה יותר, ועל הרשות המנהלית להציג תשתית ראייתית מוצקה ומשכנעת יותר. כך נקבע בעניין יורונט כי: 'מצידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המנהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד...'" (שם, בפס' 32 לפסק דינו של השופט מלצר).

124 בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1996).

125 שם, בעמ' 13. ברע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 444, 221 (1995), נאמר בהקשר זה: "על המחוקק להתחיל ב"מדרגה" הפוגעת פחות, ולעלות אט אט במדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם".

126 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4), 367, 385 (1997).

127 שאלה היא מהי רמת ההוכחה הנדרשת בבוא הרשות המנהלית (קרי שירות בתי הסוהר) ובית המשפט להחליט להחזיק אסיר בהפרדה. האם מדובר ברמת ההוכחה הנדרשת לצורך קביעת אחריות פלילית (מעבר לספק סביר), או שמא מדובר ברמת הוכחה הנדרשת לצורך קביעת אחריות אזרחית (מאזן ההסתברויות)? או אולי מדובר ברמת ההוכחה המצויה בטווח שבין שתיהן? ראו והשוו לרע"א 8000/07, לעיל ה"ש 121).

העובדה כי בקשות רשות ערעור של אסירי הפרדה נדחות על הסף על ידי בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון כדבר שבשגרה,¹²⁸ וכי על פי רוב פרקי הזמן השיפוטיים שמאריכים הפרדה יחידנית הם מרביים (דהיינו, שישה חודשיים ולא חלק מתקופה זו), מעלה חשד כי בתי המשפט הישראליים מבטאים בהקשר זה הלכה למעשה את דוקטרינת "הסרת הידיים".¹²⁹ ככל הידוע לנו, מאז שנת 2000 ונכון למועד כתיבת מאמר זה רק שלושה אסירי הפרדה זכו להיחלץ מהחזקה בתנאי הפרדה יחידנית באמצעות החלטה שיפוטית¹³⁰ אשר לא תמיד כובדה על ידי שירות בתי הסוהר,¹³¹ והדברים כשלעצמם נראים תמוהים.

אמנם יש שהושמעה בבית המשפט המחוזי הגישה שלפיה החזקת אסיר בהפרדה, בהיותה פוגעת בזכויות יסוד, כפופה לדרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף לדרישת המידתיות שבפקודת בתי הסוהר.¹³² הרחבה של עמדה זו הובעה בפסיקה נוספת של בית המשפט המחוזי:¹³³

128 ראו למשל רע"ב 1552/05 חג'אזי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 9.3.2005); רע"ב 10/06 אטיאס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 9.5.2006); רע"ב 5674/10 איפרגן נ' שירות בתי הסוהר, (פורסם בנבו, 21.9.2010); רע"ב 9636/09 חליל נ' שירות בתי הסוהר, (פורסם בנבו, 13.1.2010); רע"ב עמיר, לעיל ה"ש 96; רע"ב 9584/10 מוסלי, לעיל ה"ש 99; רע"ב 8048/10 אבוטבול נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 24.2.2011); רע"ב 3663/10 קרליק נ' מדינת ישראל (פורסם בדינים ועוד, 6.6.2010); רע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.11.2011); רע"ב 3398/11 מולנר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.5.2011). לעיל, ה"ש 11.

130 עת"א (מחוזי נצ') 30287-08-10 שירות בתי הסוהר נ' סורי (פורסם בנבו, 20.10.2010) (השופט כתיילי); ראו גם עניין מור, לעיל ה"ש 66, פסק דינו של השופט בן-דוד; עת"א (מחוזי – מרכז) 46924-07-11 מדינת ישראל נ' טוואשי (פורסם בנבו, 3.11.2011) (השופטת רגיניאנו).

131 ראו עניין סורי, לעיל ה"ש 130, ובהמשך לה את עת"א (מחוזי נצ') 30287-08-10 שירות בתי הסוהר נ' סורי (פורסם בנבו, 3.3.2011) שבו מתרעם סגן נשיא בית המשפט המחוזי בנצרת כבוד השופט תאופיק כתיילי על שירות בתי הסוהר שבניגוד להחלטת בית המשפט מיום 20.10.2010 לא הוצא האסיר מההפרדה: "בנסיבות העניין שלפני, מתקבל הרושם כי שב"ס נמנע במשך תקופה ארוכה מלפעול על פי פסק הדין, אף שפסק הדין הפך כבר לחלוט, ומספר ארכות ניתנו לשם ביצועו, תוך התעלמות מהפגיעה הבוטה בזכויותיו של המשיב, זלזול בבית המשפט, וחמור מכך – תוך העברת פסק הדין תחת שבט הביקורת של גורמים בשב"ס, אשר כינו במספר הזדמנויות את תוצאת פסק הדין כ'בעייתית'. שב"ס נטל לעצמו את החירות להמשיך ולבחון חלופות להשמת המבקש, אף שפתרון להשמתו נקבע במפורש בהחלטת בית המשפט. אילו היה זה האסיר שנמנע מלקיים החלטות שיפוטיות, או להבדיל, הוראות ונהלים פנימיים של השב"ס, יש רק לשער מה היה יחסו של השב"ס לעניין... על שב"ס לתקן את מחדליו, לקיים את הוראות פסק הדין, ואת הוראות ההחלטה מיום 12/1/11 ככתבן וכלשונו, לאלתר, וללא דיחוי נוסף". שם, בפס' 20–21 לפסק דינו של השופט כתיילי.

132 ראו עת"א (מחוזי נצ') 164/10 שירות בתי הסוהר נ' ברגותי, פס' 4 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 16.5.2010): "סימן ב' לפקודה, הדין בהחזקת אסיר בהפרדה, מלמדנו כי מטרת ההפרדה אינה עונשית. אין מדובר בהטלת עונש נוסף על זה שגזר בית המשפט ואף לא בהטלת סנקציה על אסיר בשל מעשים או התנהגויות במהלך מאסרו. מטרת ההפרדה הינה מניעתית וצופה פני עתיד והשימוש בה מוגבל. החזקת אסיר בהפרדה, בהיותה פוגעת בזכויות

"...כאמור, סעיף 19 ב מגדיר את תנאי הסף הנדרשים טרם החלטה בדבר השמת אסיר בהפרדה. החלטה כאמור כפופה לכלל המידתיות, במובן זה שאין להורות על הפרדה, מקום בו ניתן להשיג את מטרת ההפרדה בדרך אחרת אשר יש בה כדי לצמצם מידת הפגיעה בזכויותיו של אסיר.

...

לא אחת נקבע, כי החזקת אסיר בתנאי הפרדה היא בחינת חריג לעקרון לפיו, דרך כלל, יוחזק אסיר ביחד עם כלל האסירים. כלל זה מושתת על זכות היסוד לקיום אנושי בסיסי, אשר עומדת גם לאסירים, בכפוף להגבלות המתבקשות מהמאסר עצמו (רע"ב 1552/05 מועתז חג'אזי נ' מדינת ישראל [פורסם במאגר אלקטרוני, 9/3/05]; רע"ב 10/06 אטיאס נ' שירות בתי הסוהר [פורסם במאגר אלקטרוני, 9/5/06]). קיומה של סביבה אנושית היא צורך חיוני לאדם בשל היותו אדם ולכן, ניתן יהיה להגביל או לשלול קיומה של אותה סביבה אנושית רק בהתקיים טעמים מיוחדים וכבדי משקל, כל שכן מקום בו מוחזק האסיר פרק זמן לא מבוטל בהפרדה, או אז גדל נטל ההוכחה המוטל לפתחו של המבקש את הארכת התקופה. נדמה, כי לא ימצא זה אשר יחלוק, כי החזקת אסיר בהפרדה ממושכת, פוגעת בזכותו לחיים בכבוד ועלולות להיות לה, במקרים רבים, השלכות קשות על מצבו הנפשי של האסיר. השופט מישאל חשין היטיב להגדיר זאת באומרו, כי 'אדם הוא חיה חברתית; טול ממנו חברת אדם ונטלת ממנו את טעם החיים' (דנ"פ 8612/00 ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(5) 458, 439 (2001)).¹³⁴

אלא שעל אף אמירות אלה בית המשפט, אשר נדרש באותו המקרה לבחינת חלופה מידתית יותר של החזקת אסיר בהפרדה זוגית לעומת הפרדה יחידנית, סבר כי מדובר בהחלטה מנהלית המסורה בלעדית לידי הרשות המוסמכת, ואל לו לבית המשפט להתערב בה לגופה.¹³⁵ לשיטתנו, בית המשפט שוגה בהדירו רגליו מקבלת החלטה מהותית

יסוד, כפופה לדרישת המידתיות עליה מצווה הפקודה. זו, אם כן, המסגרת הנורמטיבית בגידרה מצווה בית המשפט לבחון את הבקשה שלפניו.

133 עת"א (מחוזי ב"ש) 11-10-11-44814 משטרת ישראל נ' בר מוחה, תחת הכותרת "הפרדת אסיר" (פורסם בנבו, 13.12.2011) (השופט נצר). לגישת השופט נצר, "מקובל לגרוס, כי מטרת ההפרדה הינה מניעתית וצופה פני עתיד והשימוש בה מוגבל רק לאותם מקרים בהם, לא ניתן להשיג את מטרת ההפרדה, בדרך אחרת".

134 ש.ם.

135 "...אכן, קיים הכרח, מעת לעת, לבחון אפשרויות להקלה בתנאי ההפרדה, כגון החזקה בהפרדה זוגית או העברה לאגף הפרדה בו תנאי המחיה טובים יותר (רע"ב 5674/10 איפרגן נ'

"ראשונית", כפי שהסמיכו המחוקק, באשר להחזקת אסירים בהפרדה. ונדגיש, אין מדובר ב"מניעות" הקיימת ואשר השתרשה ברבות השנים בהליך עתירות אסירים מכוח עקרונות המשפט המנהלי שלפיהם "אין ביהמ"ש שם עצמו בנעלי הרשות". במקרה של אסירי ההפרדה החלטת בית המשפט זהה להחלטה על מעצר אדם, ועל רקע זה הימנעותו מקיום דיון מהותי כמוה כ"הסרת ידיים" מאוכלוסייה שלמה. יתרה מכך, על סעיף 19 בפקודת בתי הסוהר חלה תחולה מהותית ישירה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הזכויות המעוגנות בו ועל פסקת ההגבלה. תחולה שאינה קיימת באשר לסעיפי חוק אחרים הקיימים בפקודת בתי הסוהר, באשר הם נחקקו עובר לחקיקת חוק היסוד.¹³⁶

בפרשת גולן עמד כבוד השופט מצא על תחולת חוקי היסוד בענינם של אסירים:¹³⁷

"הנה כי כן, בקביעת היקף ההגנה הניתנת לזכות האדם של אסיר, נודעת חשיבות למהותה של הזכות הנפגעת; ו'סיווגה של הזכות לפי קנה המידה האמור תלוי, לא במעט, בהתייחסותה של החברה לטיבה ול'יסודיותה' של אותה זכות' (השופט אלון בפרשת וייל [5], בעמ' 492). 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

שב"ס [פורסם במאגר אלקטרוני 21/9/10], במיוחד, מקום בו תקופת ההפרדה הולכת ומתארכת... על בית המשפט לראות לא רק את המקרה הנדון המובא בפניו, אלא אף את אותם מקרים שיבואו בעקבותיו לאותה רשות ומקרים דומים שיבואו בפני רשויות מנהליות אחרות. החשש מפני מדרון חלקלק מידי, הינו שיקול מרכז שעל בית המשפט לשקול בבואו לבחון את תקינותה של החלטת הרשות המנהלית... ולכן, לא יהא זה מופרך לומר, כי התערבות רבה וקלה מידי בשיקול הדעת של שירות בתי הסוהר, בשאלת שילובם של אסירים היום, עשויה להציף שלל בקשות לשיבוץ אסירים, לעתיד לבוא... אין בידי לומר, כי המבקש, שבחן את בקשת המשיב לשלבו בתא עם אלירן, ולו במסגרת הפרדה זוגית, שקל שיקולים לא נכונים או בלתי רלבנטיים או כי העניק משקל בלתי ראוי ובלתי מידתי לתשתית המודיעינית. לדעתי, ניתן להצדיק קביעתו של שירות בתי הסוהר, במיוחד בהיותה מייצגת הפעלה שקולה ומידתית של שיקול הדעת שניתן לרשות המנהלית... לא ראיתי מקום להתערב בהחלטת שירות בתי הסוהר שלא לאפשר החזקתו של המשיב בהפרדה זוגית". שם.

136 ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

137 פסק דין גולן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 151-152.

המשפט נועד, בהקשר הזה, תפקיד מרכזי. כדברי הנשיא שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח' [7], בעמ' 842 'הבשורה החוקתית אינה מתמקדת בהצהרה על קיומה של זכות היסוד, אלא במהותה, במידתה ובתוכנה של הגשמת הזכות, הלכה למעשה. כבוד האדם לא יובטח על-ידי הדיבור עליו אלא על-ידי מתן ביטוי ממשי ומוחשי לשמירה עליו. בכך תפקיד חשוב לבתי המשפט החייבים לשקוד בפסיקתם על ההגנה המעשית על כבוד האדם על קיום השוויון, שהוא מרכיב ממרכיבי כבוד האדם ועל ההגנה על אלה שאין בידיהם להגן על כבודם ללא עזרת בתי המשפט."

בהמשך פסק הדין מבואר כיצד על בית המשפט ליישם את הבחינה החוקתית כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם חוקתיות: 138.

"...נוכל לסכם, כי להצדקת הפגיעה בחופש הביטוי (ובכל זכות יסוד אחרת) של אסיר, אין די הצבעה על קיום אינטרס נגדי המצדיק פגיעה, ואף לא בקיום תקנה המתירה לפגוע בזכות, אלא יש גם להראות כי בין ההוראה 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 ההוראה הפוגעת מותירה לאסיר דרכים חלופיות לקיום זכותו, או מה שנותר ממנה? האם בנקיטת אמצעים 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."

כאמור, לא רק בית המשפט המחוזי נמנע מבחינה חוקתית של המידתיות בהפרדת אסירים אלא אף בית המשפט העליון נמנע מבחינה זו, ופסיקותיו בעניין זה עד כה נעדרות התייחסות מניחה את הדעת לשאלת המידתיות ולמידת הפגיעה של פרקטיקת ההפרדה, בעיקר זו הממושכת, בזכויות אדם חוקתיות, לרבות הזכות לכבוד, הזכות לשלמות הגוף,

138 שם, בעמ' 158–159. בהמשך אומר השופט מצא: "...אין צריך לומר, כי גם שיקום האסירים נמנה עם האינטרסים הלגיטימיים שעליהם מופקד שירות בתי הסוהר. משמע שלא תמיד, ולא בהכרח, ההגנה על יכולת האסיר לממש את זכותו ניצבת בניגוד חזיתי לאינטרסים אלה. אך כל נזנח את העיקר: עיקר החשיבות בהכרת יכולתו של אסיר לממש את זכות הבחירה שלו טמון בשמירת ערך היסוד של כבוד האדם". שם, בעמ' 159.

הזכות לפרטיות, הזכות לקניין, הזכות לשוויון ובעיקר הזכות נגד עינויים או יחס ועונש אכזרי, לא אנושי ומשפיל.

5. הרהורים נוספים

המחוקק הישראלי הכיר במצבם של אסירים הנתונים במשמורת חוקית כמי שמצויים במצב שבו הם אינם מסוגלים לדאוג לצורכיהם, וכך נלמד מחוק העונשין, התשל"ז-1977, שבו נקבע בסעיף 322: "מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו – בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי – חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו. ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה" תפיסת האסיר כ"חסר ישע" מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר באסירים המוחזקים שנים ארוכות בתנאי הפרדה,¹³⁹ והיה ראוי שהמחוקק ייתן דעתו על כך, כפי שעשה כן בעניינן של קבוצות אוכלוסייה חסרות ישע אחרות, כקטינים או בעלי לקויות נפשיות.¹⁴⁰

בישראל ארגוני זכויות אדם מתריעים מפני השימוש בפרקטיקה זו,¹⁴¹ ובשנת 1995 הגישו עמותת רופאים לזכויות אדם בשיתוף עם המוקד להגנת הפרט עתירה לבג"ץ בנושא זה.¹⁴² המשרד לביטחון הפנים הכיר בנוזקי פרקטיקת הכליאה בהפרדה,¹⁴³ ועל כן ביטל את

139 על אחריות שירות בתי הסוהר לאסירים אפשר ללמוד מס' 11(ב) לפקודת בתי הסוהר, שלפיו, "אסיר הכלוא בבית סוהר יראו אותו כנתון למשמורתו החוקית של מנהל בית הסוהר".

140 ראו והשוו לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ס"ח 58, המסדיר אשפוזו הכפוי של אדם הלוקה בנפשו. ראו גם ס' 10 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, ס"ח 134, ולפיו: "לא יוחלט על מעצרו של קטין אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת שפגיעתה בחירותו פחותה, והמעצר יהיה לפרק הזמן הקצר ביותר הנדרש לשם השגת המטרה כאמור; בקבלת החלטה על מעצרו של קטין יובאו בחשבון גילו של הקטין והשפעת המעצר על שלומו הגופני והנפשי ועל התפתחותו".

141 ראו רופאים לזכויות אדם וא-דמיר והדממה מוצקה כריחיים: הפרדה ובידוד של כלואים פלסטיניים בבתי הסוהר בישראל (מאי 2008). www.phr.org.il/uploaded/12%20octc08.doc.pdf. ראו גם עדאללה, אל מיזאן ורופאים לזכויות אדם נייר עמדה: בידוד אסירים ועצורים בבתי הכלא בישראל (יוני 2011) www.phr.org.il/default.asp?PageID=40&ItemID=1052.

142 בג"ץ 2089/95 עמותת רופאים ישראלים-פלסטינים לזכויות אדם נ' שר המשטרה (העתירה נמחקה ביום 12.5.1998). מדובר בעתירה שהוגשה בשם ארגוני זכויות האדם ובשמו של האסיר מ"מ על שהוחזק בבידוד בבית כלא במשך קרוב לשלוש שנים, בניגוד גמור לרצונו ומהסיבה הרשמית של "חשש לביטחונו". כמו כן דרשו העותרים לבטל את תקנה 21 לתקנות בתי הסוהר, אשר אפשרה החזקה בהפרדה של כלוא לתקופה בלתי מוגבלת (באישור נציב), או לחלופין להתקין נוסח חדש של תקנה זו. עוד דרשו העותרים, כי תקנים ביקורת משפטית על הליכי ההפרדה; כי תקנים על אסירי ההפרדה ביקורת רפואית ופסיכולוגית יזומה ותקופתית; כי תוקנה לכלואים זכות שימוע וטיעון במהלך הליכי ההפרדה, וכי יובטחו להם תנאי מחיה מינימליים. מיד לאחר הגשת העתירה הועבר האסיר מ"מ לאגף הכללי של בית הסוהר ולא

סמכות ה"הפרדה" שניתנה אז לשב"ס במסגרת תקנות בתי הסוהר¹⁴⁴ ואף הוביל את המהלך החקיקתי שבו עוגנה פרקטיקה זו בתיקון מס' 18 לפקודת בתי הסוהר, משנת 2000. אלא שתיקון זה, בנוסחו החדש וביישומו על ידי בתי המשפט, לא הוביל לשינוי המיחול. בשנים 2006 ו-2008, בעקבות תיקון מס' 31 ותיקון מס' 38 לפקודה, הורחבו העילות להחזקת כלואים בהפרדה, הוענקה אפשרות לבית המשפט לדון על סמך ראיות חסויות ובמעמד צד אחד, ואף הוענקו סמכויות להפרדה מנהלית לבעלי דרגות נמוכות.¹⁴⁵ כיום נשמעות לא אחת טענות שלפיהן מדובר באקט של ענישה נגד קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, העולה כדי עינויים, יחס ועונש אכזרי, לא אנושי ומשפיל, המתאפשר בשל היעדרם של מנגנוני פיקוח ובקרה אפקטיביים על שירות בתי הסוהר הן בתחום המנהלי והן בתחום השיפוטי.¹⁴⁶

הוחזק בבידוד עוד. במהלך הדיונים בבג"ץ מינתה המדינה צוות לבדיקת סוגיית ההפרדה והכנת הצעת חוק בנושא, ובהמשך לכך נמחקה העתירה ביוני 1998. רופאים לזכויות אדם וא-דמיר, לעיל ה"ש 141, בעמ' 7-8.

143 הוועדה לבדיקת "החזקת אסירים" בהפרדה – תקנה 21 לתקנות בתי הסוהר" דו"ח הוועדה (16.4.1996). הוועדה הוקמה בעקבות עתירת עמותת רופאים לזכויות אדם ואח' לביטול תק' 21 לתקנות בתי הסוהר ולתיקונה באופן שיאפשר בקרה ראויה על אופן השימוש בהפרדה, ובכלל זה יובטחו זכויות אסיר המוחזק בהפרדה. הוועדה המליצה לעגן בהסדרים ראשוניים את הסמכות להחזיק בהפרדה אסירים (זהו הרקע לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 18), התש"ס-2000, ס"ח 284, שבו הוסף סימן ב' לפקודה "החזקה בהפרדה"); בחינה שיפוטית של החזקת אסיר בהפרדה על ידי בית משפט לאחר פרק זמן מסוים; שיפור תנאי אסיר בהפרדה; חובת העמדת האסיר לבדיקה פסיכיאטרית תקופתית על ידי גורמים מקצועיים במשרד הבריאות וכן "והעיקר – לנסח הפקודה ולוודא כי השימוש בסמכות ההפרדה אכן ייעשה רק באותם מקרים ראויים, כשמטרה לשמה הושם האסיר בהפרדה, לא יכולה להיות מושגת, אלא בדרך זו יש לוודא ולהשריש המודעות לכך שסמכות ההפרדה אינה עוד אמצעי ענישה אלא באה ליתן תשובה לנסיבות מיוחדות המצדיקות צעד שכזה, כ'מוצא אחרון', ובאין דרך אחרת". הוועדה לבדיקת החזקת אסירים בהפרדה, במכתב הלוואי לדוח, סעיפים 4-5.

144 עובר לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 18), הסמכות להורות להחזיק אסיר בהפרדה הייתה מסורה לשיקול דעתו של סוהר בכיר. סמכות זו עוגנה בתק' 21(א) לתקנות בתי הסוהר, בזה הלשון: "סוהר בכיר הנמנה עם סגל בית הסוהר (בסעיף זה – סוהר בכיר) רשאי להורות על החזקתו של אסיר בנפרד מאסירים אחרים, (להלן – הפרדה), אם שוכנע כי הדבר דרוש לביטחון המדינה או לביטחון בית הסוהר או לקיום הסדר הטוב והמשמעת בו או לשמירה על שלומם או על בריאותם של האסיר או של אסירים אחרים".

145 פקודת בתי הסוהר עברה שלושה תיקוני חקיקה ברבות השנים הנוגעים לסימן ב' "החזקה בהפרדה": תיקון מס' 18 בחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 18); חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 31), התשס"ו-2006, ס"ח 187; ס' 53 לחוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008, ס"ח 688 (תיקון עקיף לפקודת בתי הסוהר [נוסח משולב], התשל"ב-1971).

146 ראו מבקרים רשמיים מטעם לשכת עורכי הדין בישראל "תאי ההפרדה בשב"ס" (29.11.2010), ולפיו תנאי הכליאה בהפרדה בבתי הסוהר "לא אנושיים וגורמים פרוניות לאסירים". עוד בעניין זה ראו תומר זרחין "דו"ח תנאי הכליאה בהפרדה בבתי הסוהר" לא אנושיים וגורמים פרוניות לאסירים" הארץ Online חדשות 27.12.2010 www.haaretz.co.

באופן פרדוקסלי, כך נראה, דווקא עיגונו בחקיקה הראשית של הליך הפרדת אסירים בישראל מבטא "התקדמות רגרסיבית" הן באשר לעלייה בשימוש בכלי מנהלי זה והן באשר להיקף ההגנה והבקרה על הפגיעה בזכויותיהם של אסירים המוחזקים בתנאים אלה, וזאת חרף שילובו של מכניזם שיפוטי בפרקטיקה זו.

מחד, היזמה להוספת סימן ב'1: "החזקה בהפרדה", כפי שהוזכר לעיל, היא פרי המלצותיה של ועדה משותפת למשרד לביטחון הפנים ולנציבות שירות בתי הסוהר, ותכליתה הייתה להסדיר בהסדרים ראשוניים את הליך הפרדתם של האסירים שעד אז עוגן אך חלקית בתקנה 21 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978.¹⁴⁷ בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר: "מוצע כי השימוש בסמכות להחזיק אסיר בהפרדה תיעשה כ'מוצא אחרון' רק כאשר קיימת עילה עניינית המצדיקה לעשות כן, וכשאי אפשר להשיג את מטרת ההפרדה בדרך אחרת",¹⁴⁸ וכפי שצינו לעיל, בפקודת הנציבות המסדירה את החזקתם של אסירים בהפרדה נאמר כי החזקה בהפרדה היא אמצעי מנע ולא עונש, ולכן זכויותיו של אסיר הפרדה יהיו זכויותיו של כל אסיר.

מאידך, התיקונים המאוחרים שהוספו לחוק, ביזמת המשרד לביטחון הפנים והשב"ס, ביטאו תפיסה רגרסיבית חוקתית. בתיקון מספר 31, התשס"ו-2006¹⁴⁹ הסמכות המנהלית להארכת הפרדה ניתנה גם לסגנו של מנהל בית הסוהר, או לסוהר בכיר לתקופה של עד 14 ימים, או לסוהר זוטור מדרגת כלאי ומעלה לתקופה ראשונית של 48 שעות, או לסוהר מוסמך מדרגת גונדר משנה המוסמך להורות על הארכת הפרדה מנהלית עד לתקופה של שישה חודשים; לרשימת עילות ההפרדה הוספה גם עילה של מניעת עברת אלימות לפי סימן ב' לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003 או עברת סמים לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. ההשפעה הדרמטית ביותר של תיקון זה נודעת לסעיף 19 ח' לפקודה. עד אז היה בית המשפט, בדונו בעניינים הקשורים לאסירים בהפרדה, יכול לסטות מדיני הראיות ולשמוע ראיות במעמד צד אחד רק אם שוכנע כי הדבר נחוץ מטעמים של ביטחון המדינה. בעקבות תיקון 31 סמכות בית המשפט תוקנה והורחבה לסטייה מדיני הראיות כאשר הדבר נחוץ מהטעמים העומדים בעילות ההפרדה שבסעיף 19 ב', וכש"הצורך בסטייה מדיני הראיות גובר לשם עשיית הצדק". כך נאמר בדברי ההסבר: "לעיתים מתעורר הצורך לקיים דיון במעמד צד אחד גם במקרים שבהם הבקשה להחזקת אסיר בהפרדה מבוססת על נתונים מודיעיניים המצביעים על סכנה לשלומם או לבריאותם של אסירים, לביטחון בית הסוהר, לפגיעה בענין ציבורי חשוב או לביצוע עבירה מסוג פשע. לפיכך מוצע להרחיב את ההוראה שבסעיף 19 ח' ולהסמיך את בית המשפט לשמוע ראיות במעמד

il/news/law/1.1237178, ואף רופאים לזכויות אדם בקרה ושקיפות בבתי הכלא בישראל (יולי 2008) www.phr.org.il/uploaded/17%20augb%2008.doc.pdf

147 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 18) (החזקת אסירים בהפרדה ותיקונים שונים).

148 שם, בעמ' 236.

149 הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 29), התשס"ה-2004, ה"ח הממשלה 210.

צד אחר גם אם שוכנע שהדבר נחוץ מכל אחד מהטעמים האמורים". בעקבות תיקון זה מוסמר הליך בחינת הראיות בהפרדת אסירים למסד טאוטולוגי ביסודו. עילת ההפרדה, עמומה ככל שתהיה, הפכה לראיית ההפרדה – נסתרת וסודית.¹⁵⁰ בתיקון מס' 38 לפקודה¹⁵¹ הוספה עילת הפרדה חדשה: החזקת אסיר קטין בהפרדה כאשר טובתו של הקטין דורשת זאת. ספק אם הדבר עולה בקנה אחד עם הרציונלים הבסיסיים שבחוק הנוער.¹⁵²

גישת המדינה כפי שבאה לידי ביטוי בעניין אביטל¹⁵³ מדגימה בכירור את זניחתם של הרציונלים הבסיסיים שעמדו ביסוד תיקון 18 לפקודת בתי הסוהר. באותו המקרה טענה באת כוח המדינה: "אין כל מדיניות של ענישה מחמירה בעניינו של המשיב... את מרבית הסיכון שבגיננו מתבקשת החזקתו בהפרדה יוצר המשיב בעצמו, בדרך התנהלותו כלפי סגל בית הסוהר והתנהגותו העבריינית, ועל כן המפתח ליציאה מההפרדה מצוי בידו".¹⁵⁴ אם האסיר אחראי למצבו הקשה בתנאי ההפרדה היחידנית, הרי שיש לומר שמדובר בענישה. אם מדובר בהכרח שאין לאסיר שליטה עליו ואינו פועל יוצא מהתנהגותו, הרי שתנאי החזקתו צריכים להיות כמו של כל אסיר אחר, ובכך לרכך – ואף לבטל – את נזקי החזקתו

150 ראו רע"ב 4393/11 מוסלי, לעיל ה"ש 128, פסק דינו של השופט פוגלמן. שם נקבע כי בבקשת הפרדת אסיר בפני בית משפט פטורה המדינה/שירות בתי הסוהר מהצגת תעודת חיסיון, כדרישת דיני הראיות הרגילים, וכי ראיות חסויות יוצגו במעמד צד אחד בפני השופט היושב בדין.

151 ס' 53 לחוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14) (תיקון עקיף לפקודת בתי הסוהר [נוסח משולב], התשל"ב-1971).

152 בדברי ההסבר להצעת חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14) (מעצר קטינים), התשס"ח-2008, ה"ח הכנסת 254, נאמר: "מוצע לקבוע כי החזקת קטין עצור תא כשהוא לבדו תתאפשר אם סבר הקצין האחראי על הקטינים במקום המעצר כי החזקתו בתא יחד עם קטינים אחרים תהווה סיכון לשלומם או לשלומם, או אם טובתו של הקטין, בנסיבות העניין, דורשת כי הוא יוחזק בתא לבדו. הוראה זו תחול לענין קטינים המוחזקים במעצר במיתקן של משטרת ישראל ואילו לענין קטינים המוחזקים במעצר במיתקן של שירות בתי הסוהר יחולו הוראות פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971" ספק אם עיגון פרקטיקת החזקת קטינים בהפרדה עולה בקנה אחד עם תכליתו של תיקון 14 לחוק הנוער, שלפיו הצעת החוק באה, בין השאר לבטא תפיסה חדשה, ברוח האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) ולפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך להביא לידי שיפור ההגנה על זכויותיו של קטין/חשוד או נאשם. הדבר מקבל משנה חריפות כאשר מביאים בחשבון שבעניין קטינים עצורים ביקש המחוקק להוסיף על תנאיהם שבחוק המעצרים ולא לגרוע. ראו ס' 13ב(א) לחוק הנוער: "בלי לגרוע מהוראות סעיף 9(א) לחוק המעצרים, קטין עצור יוחזק בתנאים ההולמים את גילו ואת צרכיו ותוך השגחה מיוחדת על שלומו והגופני והנפשי, ובכלל זה יינתנו לקטין שירותי חינוך ופנאי, כפי שיקבע השר לביטחון הפנים לאחר התייעצות עם שר הרווחה והשירותים החברתיים ושר החינוך".

153 עניין אביטל, לעיל ה"ש 119.

154 שם, בפס' 7.

בהפרדה. גישת "המפתח ליציאה מהפרדה מצוי בידי האסיר" חוטאת קונצפטואלית ולוגית לטעמים שהוצגו בידי המדינה לפני המחוקק הראשי עובר לתיקון 18 לפקודת בתי הסוהר ומבטאת בחריפות את המציאות כהווייתה: המדינה עצמה רואה בהחזקתם של אסירים בתנאי הפרדה יחידנית פרקטיקה של ענישה מחמירה.

בניגוד למשפט האירופי ואף האמריקאי לא מצאנו בביקורת השיפוטית בישראל התייחסות לטיב העברה שבגינה הורשע אסיר ההפרדה ולמשך עונש המאסר שמלכתחילה הושת עליו, ולא לקורלציה שבינם לבין החזקת האסיר בהפרדה; לא מצאנו בפסיקת בתי המשפט בישראל דיון על זכותו של אסיר הפרדה להליך הוגן בשלב ההפרדה המנהלית ואף השיפוטית;¹⁵⁵ גם לא מצאנו דיון ולו פרלימינרי הנוגע למיהותו של אסיר ההפרדה: האם מדובר בקטין, באדם הסובל ממחלת נפש, האם מדובר באישה, בעצור וכן הלאה, ואף לא בחינה של השלכות ההפרדה היחידנית הממושכת עליו. לא מצאנו בפסיקת בתי המשפט התייחסות אל אסירי הפרדה כ"חסרי ישע". לטעמנו הכרה בכך מתבקשת מאליה בנסיבות העניין. על פי רוב לא מצאנו דיון סובסטנטיבי שיפוטי על ההשלכות הפרטיקולריות של משך החזקת אסיר בהפרדה גם לאחר שנים רבות, ובכלל זה מהם תנאי החזקתו בהפרדה לרבות תנאי מחייתו; לבר מהחלופה של החזקה בהפרדה זוגית לא מצאנו שנסקלו, כדרך כלל, חלופות לשילוב האסיר באגפים אחרים בבית הסוהר ואימתי הן נבחנו; לא ראינו שקילה מדוקדקת של השאלה מהי מידת מסוכנותו לאוכלוסיית האסירים הכללית ולצוות הסוהרים וכיצד היא נבחנה; אף לא של השאלה, כיצד התבצע הליך הטיעון והשימוע המנהלי בעניינו ואם האסיר היה מיוצג.

תחושותיהם הקשות של האסירים המוחזקים, בהפרדה יחידנית ממושכת בישראל יכולות לבוא לידי ביטוי באמירתו הבוטה של אסיר הפרדה: "יש הפרדה. כמה זמן בן אדם יכול להישאר בהפרדה? והשופטים נהיו רעים. הם מאשרים עוד חצי שנה בשלוש דקות. והבן אדם בתא, נעשה רע כמו חיה. נכון?"¹⁵⁶

ברי כי החזקה בהפרדה של אסירים "בעייתיים" היא פתרון יעיל מן ההיבט של הסדר והמשמעת במתקני הכליאה. אלא ששימוש לא מבוקר ולא זהיר בפרקטיקה זו עלול להפוך כלי ניהולי זה לכלי ענישת-נקמני בבחינת "מדרון חלקלק". למשל, העובדה, שמי שקובע

155 בית המשפט העליון בארצות הברית הכיר בזכותו של אסיר לומר את דברו באשר להעברתו למסגרת עונשית נוקשה יותר, קרי הסופרמקס: "...in Wilkinson v. Austin, the Supreme Court held that prisoners have a liberty interest in the determination of whether they are transferred to a Supermax prison facility. In the unanimous decision written by Justice Kennedy, the Supreme Court held that because of the harsh conditions of confinement existing in Supermax prisons, which include prolonged isolation, constant illumination, and severe restrictions on exercise and recreation, prisoners are entitled to procedural due process before being transferred to such an institution. Prisoners must be notified that they are being transferred to a Supermax facility and have adequate time to challenge the transfer". I MICHAEL B. MUSHLIN, RIGHTS OF PRISONERS 124 (4th ed. 2009).

156 דברי אסיר באגף הפרדה אשר צוטטו בתוך כתבתו של סרנה, לעיל ה"ש 14.

כיום את תנאי המחיה וההחזקה בהפרדה של אסירים¹⁵⁷ המוגדרים "משתייכים לארגוני פשיעה" היא דווקא משטרת ישראל,¹⁵⁸ והדבר מעלה תהיות. אין אלה אך תהיות באשר להעברת סמכויות השב"ס ושיקול הדעת המנהלי בניהול מתקני כליאה לפי תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, אלא אף חשש לכאורה בדבר שרירותיות ושיקלול שיקולים זרים דווקא בנוגע לאוכלוסייה שתכלית החזקתה בהפרדה איננה עונשית. החזקתם של אסירים בהפרדה בישראל לוקה במישור ההסדר הנורמטיבי ובמישור הבקרה השיפוטית והמנהלית, לפחות, על רקע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וההכרה ההולכת וגוברת בשיח הבין-לאומי וההשוואתי בדבר נזקי פרקטיקה זו. ההסדרים הראשוניים המעגנים את סמכות השב"ס ובית המשפט להורות על החזקתו של אסיר בהפרדה אינם מניחים את הדעת ואינם מבטיחים הגנה חוקתית ראויה להפרת זכויותיהם של אסירים אלה. למשל, אם נאמר שהזכות להליך הוגן טומנת בחובה דרישה לשוויון כוחות אדוורסרי במובן הפורמלי, מתבקש מאליו שאסיר הפרדה ייוצג במישור המנהלי והשיפוט על ידי עורך דין.¹⁵⁹ הצעת חוק פרטית¹⁶⁰ שהוגשה בעניין זה לא התגבשה לכדי חוק בספר

157 בכלל זה ביקורים, טלפונים, מכתבים, התייחדויות, קניית מצרכים, האזנה לשידורים בכלי תקשורת או צפייה לרבות מפגש האסיר עם עורך דין ואופן המפגש.

158 ראו לשכת עורכי הדין בישראל "דו"ח ביקורת רשמית בעניין האסיר יוסי מוסלי מכלא 'רמונים'" (3.5.2012). שם, בעמ' 6 נאמר: "ככלל, אסירים המוגדרים כאסירי הפרדה, בקטגוריה א— משטרה, תנאי מחייתם באגף ההפרדה ובכלל זה, טובות הנאה כביקורים, טלפונים, התייחדויות, קבלת תמונות עדכניות מהמשפחה, טיפול רפואי וכיוצ"ב, כפופים לאישורה של משטרת ישראל באמצעות אגף המודיעין של השב"ס...". גם אם למשטרת ישראל צריך להיות מעמד בעצם הקביעה אם להורות על החזקת אסיר בהפרדה יחידנית (נושא שמוטל בספק מבחינתנו), גם אז אין סיבה שתהיה למשטרת ישראל השפעה או קביעה באשר לפריווילגיות הגיתנות לאסיר מכוח התנהגותו. ראו בפרק ו(2) להלן.

159 כך למשל בזכות מעורבותה החיובית של הסנגוריה הציבורית בישראל, באמצעות עוה"ד ענת יערי, בעניינם של אסירי הפרדה, המוגדרים "ביטחוניים" וסובלים ממחלה נפשית, השב"ס ואף בית המשפט הגיעו לכלל מסקנה כי יש להוציאם מהפרדה. ראו עת"א (מחוזי מרכז) 35951-04-10 מדינת ישראל נ' מוסטפא אבו איברהים (פורסם בנבו, 24.8.2010 (השופט אברהם טל)). האסיר הוצא מהפרדה לאחר שהוחזק בתנאים אלה למעלה משבע שנים ברציפות. מהחלטת השופט טל מיום 20.5.2010, עולה כי בעניינו של האסיר ניתנה בעבר חוות דעת פסיכיאטרית של ד"ר וינר ממב"ן מיום 12.9.2005, ולפיה: "בידוד הינה פעולה בעלת השלכות נפשיות מסוכנות ולעיתים ארוכות טווח במיוחד באוכלוסיית אסירים המצויה בסיכון, מאחר וסובלת משיעור תחלואה נפשית גבוה. אין להשתמש בבידוד כטיפול רפואי בשום אופן אלא כצעד חירום קצר טווח למניעת נזק. בכל מצב אחר יש לקבוע נהלים ברורים לבידוד כדי למזער נזקים נפשיים חמורים". ראו גם עניין טוואשי, לעיל ה"ש 130, שם החליט בית המשפט לדחות את בקשת השב"ס להארכת הפרדת המשיב; בעקבות רע"ב 3026/11 חמוד נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.6.2011) החליט השב"ס להוציא את האסיר מאגף ההפרדה, ובהסכמה נמחק הערעור.

160 הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (ייצוג אסירים בהליכי הפרדה), התש"ע-2010 הונחה על שולחן הכנסת ה-18, ביום 22.2.2010 על ידי חה"כ דב חנין ומספרה 2149.

החוקים, והחלטות שיפוטיות בדבר הארכת המשך החזקתו של אסיר בהפרדה ניתנות לעתים שלא בנוכחות האסיר,¹⁶¹ ולעתים הן ניתנות מבלי לדון לגופו של עניין, כהמשך החזקה בהפרדה עד להחלטה אחרת.¹⁶² יש שהשב"ס מגיש בקשה להארכת הפרדת אסיר זמן קצר מאוד לפני תום ששת חודשי ההפרדה, והדבר מקשה על עבודת בית המשפט ופוגע ביכולתו של האסיר להיערך לדיון.¹⁶³ מצאנו גם מקרה שבו הוחזק אסיר בהפרדה בלא שניתנה בעניינו כלל החלטה שיפוטית כמתחייב.¹⁶⁴

אף במובנו של שוויון הכוחות המהותי ניכר חוסר יכולת רב אצל האסיר ובא כוחו להתמודד עם ראיות חסויות המוגשות במעמד צד אחד לבית המשפט, ולא ברור מדוע לא מצא המחוקק לאמץ את נוסחת האיזון הקיימת בדיני הראיות.¹⁶⁵ אם תכלית המכניזם

161 ראו למשל עת"א (מחוזי מרכז) 26500-12-10 שירות בתי הסוהר נ' פרחאן (פורסם בנבו, 12.1.2011), שבו נציגת השב"ס מודיעה לבית המשפט כי אסיר ההפרדה מסרב לצאת מתאו ומבקש להישאר בהפרדה. בית המשפט נעתר לבקשת השב"ס להאריך את צו הפרדת האסיר לתקופה של שישה חודשים שלא בנוכחות האסיר ועל יסוד בקשת השב"ס בלבד.

162 ראו למשל רע"ב 3324/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.5.2011); עניין מולנר, לעיל ה"ש 128; עת"א (מחוזי מרכז) 26421-12-10 שירות בתי הסוהר נ' בס (אסיר) (פורסם בנבו, 12.1.2011).

163 ראו עת"א (מחוזי נצי"א) 15027-12-11 אלבויראת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.12.2011) (השופט חשין): "אעיר, כפי שכבר הערתי בעברי, כי יש טעם בטרונניית ב"כ המשיב בדבר הגשת בקשות להארכת הפרדה זמן קצר בלבד לפני תום תקופת ההפרדה. מועד תום תקופת ההפרדה ידוע לשב"ס, והגשת הבקשה בסמוך כל כך למועד זה מקשה על עבודת בית המשפט, וגם פוגעת בזכויות האסיר ביכולתו להיערך לדיון. לאור האמור, ובהינתן כי נדמה שהנחיות החוזרות של בית המשפט לעניין זה אינה מיושמת, אני מורה לשב"ס, מכאן ואילך, להגיש בקשות להארכת החזקת אסירים בהפרדה לא פחות משבועיים ימים לפני תום תקופת ההפרדה שהארכתה מבוקשת. והיה אם הוגשה הבקשה שלא בתוך המועד האמור, ינמק שב"ס, בגוף הבקשה, את הגורמים לעיכוב בהגשתה, שאם לא כן, או אם הסברו לעיכוב לא ינח את הדעת, ישקול בית המשפט נקיטת אמצעים דיוניים ליישום הנחיות האמורה, ובכלל זה קביעת הבקשה לדיון בחלוף שבועיים מעת הגשתה, תהא המשמעות אשר תהא".

164 עת"א (מחוזי ת"א) 33073-01-10 סגל נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 14.4.2010). השופט רוזן אומר שם את הדברים האלה: "העותר טוען כנגד תנאי ההפרדה בהם הינו מוחזק. העותר מוחזק עם אסיר ביטחוני בתא נפרד במשך כל שעות היממה, למעט שעה וחצי ביום בהן ניתנת לו אפשרות ליהנות מטיול יומי. עם כל הכבוד, על מנת להחזיק אסיר בתנאים שכאלה מתחייבת החלטת שופט. על פי החוק, רק לשופט הסמכות לקבוע כי אסיר יוחזק בהפרדת יחיד או בהפרדה זוגית... על הרשות להחזיק העותר יחד עם אסירים ביטחוניים נוספים, שלא בהפרדת יחיד ולא בהפרדה זוגית...".

165 רע"ב 4393/11 מוסלי, לעיל ה"ש 128, בפס' 13 לפסק הדין, מתאר השופט את הליך תיקונו של ס' 19ח' לפקודת בתי הסוהר, כפי שמשתקף מפרוטוקול ועדת הפנים של הכנסת: "...כפי שעולה מפרוטוקול ועדת הפנים של הכנסת שדנה בהצעת התיקון ביום 14.3.2005, ביקשו חלק ממשותפי הדיון (נציגת האגודה לזכויות האזרח וכן היועצת המשפטית של הוועדה) להוסיף לסעיף 19ח' תוספת שתנחה את שיקול דעתו של בית המשפט ביחס לסטייה מדיני הראיות. היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד מירי פרנקל-שור, תמכה בהוספת 'נוסחת איזון שקיימת בדיני הראיות', והיועץ המשפטי של שירות בתי הסוהר, עו"ד חיים שמואלביץ, חידד ואמר כי מדובר 'בנוסחת האיזון של החיסיון בכלל'. עמדה זו הייתה מקובלת על המשתתפים

השיפוטי היא קביעה מהותית עצמאית באשר להחזקת אסיר בהפרדה ולא ביקורת שיפוטי על החלטה מנהלית, ואם מביאים בחשבון שמשמעות ההחזקה בהפרדה חמורה עד כדי פגיעה בזכויות חוקתיות, אזי קמה לאסיר הזכאות לערובות הפרוצדורה הפלילית על ראיותיו לכל הפחות, בהיות המדינה המבקשת את השמתו בהפרדה.

בית המשפט העליון פירש את סמכותו של בית המשפט המחוזי להורות על הפרדה כמעין ביצוע של סמכות מנהלית מקורית המסורה בידיו, ועל כן הוא מוסמך לסטות מדיני הראיות ולשמוע ראיות במעמד צד אחד אף בלא שהדבר מותנה בהוצאת תעודת חיסיון, והגם שהדבר חותר תחת עצם משמעותו של ניהול הליך שיפוטי: 166

“כאשר מדובר בבקשת הפרדת יחיד מעבר לשישה חודשים, בית המשפט המחוזי – ולא הרשות המינהלית – הוא הגורם המוסמך להורות על החזקתו של אסיר בהפרדה. אין מדובר אפוא בביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית, אלא על החלטה ראשונה של הגורם המוסמך לקבלת החלטה. בנסיבות אלה, אם תימנע מבית המשפט האפשרות לעיין בחומר המודיעיני

בדיון. היועצת המשפטית של הוועדה סיכמה כי בית המשפט יישקול את השיקול האם נכון לגלות את הראייה לאסיר, או לא נכון לגלות את הראייה לאסיר, והציעה כי לסעיף 19 ח' תיווסף הוראה מקבילה לזו המופיעה בסעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות: 'כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה'. בשלב זה, הסתיים הדיון בוועדה והתיקון אושר לקריאה שנייה ושלישית. בפועל, סעיף קטן (2) כפי שהוצג למליאת הכנסת אושר על ידה בקריאה שנייה ושלישית ללא הסתייגויות (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 305 של הכנסת ה-16, 189–191 (21.12.2005)), קובע רק כי הסטייה מדיני הראיות תותנה בכך שהצורך בסטייה מדיני הראיות גובר לשם עשיית הצדק, בלי התייחסות לסוגיית גילוי הראייה לאסיר והיקף החיסיון. בדיון בהליכי החקיקה, כמו גם בנוסח הסעיף לא נזכר הצורך בהגשת תעודת חיסיון”.

166 רע"ב 4393/11 מוסלי, לעיל ה"ש 128, בסע' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ראו והשוו לחוות דעתה של נציבת תלונות הציבור על השופטים, לעיל ה"ש 93, בסעיף 2 היא קובעת "ככלל, מחייבת שיטתנו המשפטית גילוי לנאשם בהליך פלילי של מכלול החומר הרלוונטי, לרבות מידע מודיעיני, שנאסף בחקירה נגדו. גילוי זה הוא חלק ממימוש הזכות להליך שיפוטי הוגן, שהוא בבחינת אינטרס פרטי ואינטרס ציבורי כללי (בש"פ 5080/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.8.2006)). כלל זה חל – בשינויים המתחייבים – בעירת אסירים בה עותר האסיר לזכויותיו שלטענתו נשללו ממנו והשב"ס מסתמך על חור מודיעיני על מנת לשללן". על כן היא קובעת כי יש לקבל את הסכמת העותר, במקרה של עתירת אסיר, להצגת מידע סודי בפני בית משפט במעמד צד אחד וככל שהוא מסרב על הרשות להצטייד בתעודת חיסיון, שאם לא כן תחויב לגלותו לעותר. במקרה של הוצאת תעודת חיסיון פועל אימתן הסכמת העותר לרעתו, במובן זה שבהיעדר הסכמתו תחול על החלטת הרשות המנהלית חזקת החוקיות. החזקה היא שהרשות קיבלה את החלטתה כדין, וכי מי שמבקש להפריכה – העותר – עליו הראיה. אם באשר לעתירות אסירים זהו הדין, ברי שכאשר מדובר בהליך שאיננו מנהלי, היה צריך לנהוג אחרת. בוודאי לא בדרך שבה הלך בית המשפט העליון שלפיה אין חובה להצטייד בתעודת חיסיון, ואף אין חובה להציג ראיות שהמדינה מגדירה אותן חסויות בפניו.

במעמד צד אחד, הוא לא יוכל לבחון את מכלול הטעמים העומדים בבסיס בקשת ההפרדה לגופם ובמלוא היקפם, ויידרש לסמוך את ידיו על נימוקי הבקשה, ככל שהם מסתמכים על מידע שלא ניתן לגלותו לאסיר... כאמור בית המשפט המחוזי הוא הגורם המוסמך לקבל את החלטה בדבר החזקת אסיר בהפרדה, ולכן תכלית ההסדר החקיקתי הפרטיקולארי היא לאפשר לו לעיין בכל החומר הסודי העומד בבסיס הבקשה להחזקת אסיר בהפרדה, ולהסתמך עליו כתשתית לקבלת החלטתו... העדפת הדרך הפרשנית האמורה, מקבלת חיזוק מהדמיון שעליו עמדנו בין תכליות ההסדר הקבוע בסעיף 19ח' לפקודת בתי הסוהר לבין התכליות העומדות בבסיס ההסדרים הסטטוטוריים המקבילים הקבועים בחוק מעצרים מינהליים, בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ובחוק שחרור על תנאי, באופן הזה נשמרת גם התכלית בדבר קיומה של הרמוניה חקיקתית... סעיף 19ח' לפקודת בתי הסוהר מאפשר לבית המשפט לסטות מדיני הראיות במסגרת דיון בבקשה להחזקת אסיר בהפרדה, כאשר דבר נדרש 'לשם עשיית צדק'. ראינו כי – בכפוף לסייגים... בית המשפט מוסמך לעיין בחומר המוגדר 'סודי', גם ללא הסכמת האסיר, וכן כי עיון זה מתחייב ממהות ההליך – החלטה בעניין הפרדה מכוח סמכות מקורית, להבדיל מביקורת על החלטה מינהלית... אין לחייב את המדינה להוציא תעודת חיסיון ביחס לחומר מודיעיני שעליו מתבססת בקשת הפרדה...".

המשפט האירופי והבין-לאומי מלמד על החשיבות שבעיגונם של הסדרים ראשוניים הנוגעים למכניזם של פיקוח ובקרה עצמאי על בתי הסוהר ולא רק במסגרת שיפוטית חוקתית מהותית. יתרה מזאת, וכפי שצוין לעיל, בית המשפט האירופי משתמש בדוחות ועדת ה-CPT לצורך הבירור העובדתי ולשם הקביעה אם זכויות חוקתיות של אסירים, מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם וחירויות יסוד, נפגעו. הסדר ברוח דומה מצאנו בסעיפים 71–72 לפקודת בתי הסוהר, המסמיך שופטים ונציגי הרשות המחוקקת, מכוח כהונתם, וכן אנשים שהשר לביטחון הפנים מינה להיות "מבקרים רשמיים" על בתי הסוהר. על פני הדברים מסלול זה יכול לאפשר התרשמות בלתי אמצעית של בתי המשפט המחוזיים עובר להפעלת "סמכותם המנהלית המקורית", או לחלופין עשוי הדבר לאפשר להם להשתמש בממצאי הדוחות של המבקרים הרשמיים לצורך הפעלת סמכות זו.

אולם ספק אם יש בדרך זו לרפא את הבעייתיות הקשה של כליאה ממושכת בהפרדה. כאמור, החקיקה הקימה חיץ בין החזקת אסיר בהפרדה לבין תנאי מחייתו. ככל האסירים, שגרת מאסרו של אסיר הפרדה, ובכלל זה קבלת "טובות הנאה" כמכתבים, ביקורים, התייחסות, חופשות, טלפונים, מרכז מכר, עיתונים, טלוויזיה, שירותי דת וכיו"ב, נתונה

לשיקול הדעת המנהלי של השב"ס.¹⁶⁷ כשקיימת סמכות זו אין חובה שבדין לספק לאסירי הפרדה קשר עם החוץ או לפעול לטיפולם ולשיקומם. תנאי מחיה אלה לא נתפסו ברשתה של ההגנה החוקתית מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁶⁸ והם חריפים אף יותר כשמדובר באסירים המוגדרים "ביטחוניים", באשר הללו מלכתחילה אינם זכאים לקבלת חלק ניכר מטובות ההנאה הניתנות לאסירים ה"פליליים".

ה. מדוע ההפרדה אינה רצויה?

1. פגיעות פיזיות ונפשיות

קיים תיעוד מחקרי נרחב שלפיו במספר רב של מקרים החזקה בהפרדה עלולה לגרום לבעיות נפשיות חמורות ולעתים לתופעות חולי גופניות.¹⁶⁹ מחקרים מראים שבין שליש ל-90% מהאסירים חוו סימפטומים רפואיים שליליים בעקבות החזקתם בתנאי הפרדה.¹⁷⁰ מדובר ברשימה ארוכה של סימפטומים:

"A long list of symptoms ranging from insomnia and confusion to hallucinations and psychosis has been documented. Negative health effects can occur after only a few days in solitary confinement, and the health risks rise with each additional day spent in such conditions. Individuals may react to solitary confinement differently. Still, a significant number of individuals will experience serious health problems

167 ראו בהקשר זה את דבריו של מפקד מחוז מרכז בשירות בתי הסוהר, כפי שהובאה בכתבתו של סרנה, לעיל ה"ש 14: "כשצריך ענישה משתמשים בתאי המתנה גדולים שאין בהם את כל הפינוקים. ב'פינוקים' רואימי מתכוון לטלויזיה ודי וי די בכל תא, גישה לטלפון, לספרים ולקנטנה שבה ניתן לרכוש ממשחת שיניים ועד טלויזיה עד 1500 שח לחודש. בזה תלויה נפש המופרד. בביקורים, בשיחות ובהתייחדויות. 'גילינו כי שלילת פינוק, אפקטיבית פי כמה מצינוק. תן פינוק וקח אותו ושברת אדם'".

168 ראו פרשת יונס, לעיל ה"ש 36.

169 The Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement, לעיל ה"ש 57, Peter Scharff Smith, *The Effects of Solitary Confinement on Prison Inmates: A Brief History and Review of the Literature*, 34 CRIME & JUST. 441 (2006); Craig Haney, *Mental Health Issues in Long-Term Solitary and 'Supermax' Confinement*, 49 CRIME & DELINQ. 124 (2003); Stuart Grassian, *Psychopathological Effects of Solitary Confinement*, 140 AM. J. PSYCH. 1450 (1983); Jeffrey L. Metzner & Jamie ראו *Confinement*, כמו כן ראו Jeffrey L. Metzner & Jamie ראו *Confinement*, 140 AM. J. PSYCH. 1450 (1983); Fellner, *Solitary Confinement and Mental Illness in U.S. Prisons: A Challenge for Medical Ethics*, 38 J. AM. ACAD. OF PSYCH. & LAW 104 (2010).

170 The Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement, לעיל ה"ש 57, בעמ' 2.

regardless of the specific conditions, regardless of time and place, and regardless of pre-existing personal factors. The central harmful feature of solitary confinement is that it reduces meaningful social contact to a level of social and psychological stimulus that many will experience as insufficient to sustain health and well being".¹⁷¹

השלכותיה הפיזיות והנפשיות של ההפרדה מחייבות מאלוהן את ההכרה ששימוש לא מבוקר וזהיר בפרקטיקה זו עשוי להיות "מדרון חלקלק" לפגיעות קשות בכלואים בגלל שימוש לרעה בכלי זה, ועל כן קיימת חשיבות יתרה למנגנוני פיקוח ובקרה להגנה על אסירים אלה במיוחד.¹⁷² אלא שבכך לא די. החזקת אסירים בהפרדה, שיש בה סיכון למחלות גוף ונפש, שלהן השפעה על האסירים ועל הציבור עם יציאתם לחופשי בתום מאסרם, מחייבת מתן טיפול ושיקום אינטנסיביים לאוכלוסייה זו בעת ההפרדה ולאחריה. לאחרונה פורסם הדוח המיוחד של האו"ם לנושא עינויים, יחס ועונש אכזריים, לא אנושיים ומשפילים ובו התבטאות חריפות נגד התופעה ואף קבע כי "החזקה בהפרדה יחידנית ממושכת" תיחשב כזו העולה על 15 ימים:

"79. The Special Rapporteur stresses that solitary confinement is a harsh measure which may cause serious psychological and physiological adverse effects on individuals regardless of their specific conditions. He finds solitary confinement to be contrary to one of the essential aims of the penitentiary system, which is to rehabilitate offenders and facilitate their reintegration into society. The Special Rapporteur defines prolonged solitary confinement as any period of solitary confinement in excess of 15 days".¹⁷³

למעשה, נזקי הבריאות הנגרמים מההחזקה בהפרדה מחריפים את מכאובי המאסר הקיימים ממילא בקרב כלואים בתנאים אלה. הם יכולים להופיע בעת החזקת האסיר

171 שם. ראו גם SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 10–24.

172 שם. "The use of solitary confinement in remand prisons carries with it another harmful dimension since the detrimental effects will often create a de facto situation of psychological pressure which can influence the pre-trial detainees to plead guilty. When the element of psychological pressure is used on purpose as part of isolation regimes such practices become coercive and can amount to torture. Finally solitary confinement places individuals very far out of sight of justice. This can cause problems even in societies traditionally based on the rule of law. The history of solitary confinement is rich in examples of abusive practices evolving in such settings. Safeguarding prisoner rights therefore becomes especially challenging and extraordinarily important where solitary confinement regimes exist"

173 ראו Report of the Special Rapporteur, לעיל ה"ש 49.

בהפרדה ואף לאחריה. הקרימינולוגית שרון שלו עומדת בהרחבה על השפעות ההחזקה בהפרדה¹⁷⁴ ומונה בין השאר: חרדה, פאניקה, דיכאון, הפרעות רגשיות, כעס, בלבול וקוצר רוח, בעיות זיכרון, היעדר אוריינטציה, רגישות יתר לרעשים ולריחות, הפרעות באיברי החישה, חוסר התמצאות במקום ובזמן, הלוצינציות, פרנויה ופסיכוזה, נטייה לאבדנות, לפגיעה עצמית ועוד. שלו רואה בהחזקה בהפרדה את הסנקציה הקשה ביותר שיכול אסיר לחוות ומדגישה כי אפשר שלכליאה זו תהיינה השלכות לא רק על האסיר אלא גם על החברה שאליה הוא חוזר בתום ריצוי עונשו:

“With the exception of the death penalty, solitary confinement is the most extreme sanction which may be legally imposed on prisoners. Its adverse effects on the health and wellbeing of those subjected to it, particularly for prolonged periods, can be very serious. Yet, in recent years there has been an increase in the use of strict, and often prolonged, solitary confinement in prisons and other places of detention across the world. This is a worrying development with potentially harmful consequences, not only for the individual concerned but also for the wider communities to which they will eventually return”.¹⁷⁵

קיימת כתיבה ענפה העוסקת ב"מכאובי המאסר" של האסיר על רקע כליאתו, במה שמכונה לא אחת מסגרת טוטליטרית השולטת בכל אספקט ואספקט מחייו.¹⁷⁶ מקובל לראות במלומד סייקס¹⁷⁷ מי שטבע לראשונה מושג זה ועמד על חמישה מכאובים המאפיינים את שלילת חירותו של האסיר בתוך בית הסוהר: שלילת החירות, שלילת מצרכים ושירותים, שלילת יחסי מין הטרוסקסואליים, שלילת האוטונומיה ושלילת הביטחון. חוקרים שצעדו בעקבותיו אבחנו כאבי מאסר נוספים. פריס¹⁷⁸ למשל זיהה עוד ארבעה מכאובי מאסר: פגיעה ביציבות, שיעמום, תמונת עתיד קודרת, תקיפות מיניות ופחד מאונס, ואילו המלומד טוך¹⁷⁹ מנה שמונה מכאובים חדשים: פגיעה בפרטיות, הסתגלות לאוכלוסייה הטרוגנית, הייררכיית בית הסוהר, בידוד, היעדר תמיכה, פגיעה בחופש, בלבול וצפיפות.

SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 15–17.

<http://solitaryconfinement.org/> 175

ERVING GOFFMAN, ASYLUMS: ESSAYS ON THE SOCIAL SITUATION OF MENTAL PATIENT AND OTHER INMATES (1961) 176

GRESHAM M. SYKES, THE SOCIETY OF CAPTIVES: A STUDY OF A MAXIMUM SECURITY PRISON (1958) 177

NICOLETTE PARISI, COPING WITH IMPRISONMENT (1982) 178

HANS TOCH, LIVING IN PRISON: THE ECOLOGY OF SURVIVAL (1992) 179

לשיטתנו, מרבית מכאובי המאסר מועצמים ובאים לידי ביטוי מזוקק ומובהק בתנאי כליאה של הפרדה יחידנית ממושכת.¹⁸⁰ הם עלולים להיות הרסניים כשמדובר בקטינים ובלוקים בנפשם, וקשים ומזיקים ביותר לכל כלוא אחר.¹⁸¹ פרקטיקת ההפרדה היחידנית הנוהגת בישראל שוללת מניה וביה הכרה בשיקום אסירי ההפרדה ובטיפול בהם.¹⁸² ההשלכות של היעדר שיקום וטיפול באסירי הפרדה יחידנית ממושכת קשות בהיבט הציבורי. אסיר ששהה בתנאים אלו ושוחרר חזרה לחברה עלול להוות סכנה מוחשית וחמורה באשר נזקי ההפרדה על רקע היעדר טיפול ושיקום מתאימים יש בהם כדי לעודד רצידיביזם,¹⁸³ ובכלל זה אלימות קשה וקטלנית.¹⁸⁴ בהקשר זה קבע הרווח המיוחד של האו"ם לנושא עינויים, יחס ועונש אכזריים, כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם אחת מהתכליות החיוניות של הכליאה:

“He finds solitary confinement to be contrary to one of the essential aims of the penitentiary system, which is to rehabilitate offenders and facilitate their reintegration into society”.

יסודה של קביעה זו הוא בין השאר בפגיעה האנושה ביכולת החיברות של האסיר, בקשר שלו עם החוץ, עם המשפחה וכיו"ב. אסיר בהפרדה יחידנית ממושכת עלול ללקות בנזקים לא רק פיזיים ונפשיים אלא אף בפיגור חברתי, באיבוד התא המשפחתי/קורת הגג/הממון ואף ללקות במחסור בכלים בסיסיים להשתלבות חזרה בחברה בתום מאסרו.

180 רוב הכאבים אכן מוחמרים – אך הסכנה מאסירים אחרים דווקא לא.
181 שירות בתי הסוהר אינו מכיר בצורך להגן על אסירי הפרדה מפני נזקים נפשיים וגופניים. ראו מענה היחידה לביקורת פנים בשב"ס לחה"כ אמנון כהן, יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, מיום 7.6.2012 ביחס לדוח ביקורת רשמית בעניין האסיר יוסי מוסלי מכלא "רימונים" מטעם לשכת עורכי הדין בישראל, מיום 3.5.2012. בעמ' 3 נאמר: "לא ברורה טענת מבקר רשמי בעניין העדר הגנה מפני נזקים. אותה הגנה קיימת או לא קיימת לאסיר המוחזק בהפרדה או שאינו מוחזק בהפרדה מפני נזקים גופניים ונפשיים, העלולים להיווצר בתקופת מאסר קצרה/ממושכת! השפעת המאסר, תנאי מחייה וכדומה על אדם הינה סובייקטיבית ואינה ניתנת לשליטה או לכימות".

182 השוו לפרק הבא. לפי פקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64, אסירי הפרדה אינם זכאים לשיקום: תעסוקה, חינוך, תרבות פנאי וחוגי העשרה, טיפול קבוצתי, גישה לבית הכנסת והגעה לקנטינה.

183 ראו M. Keith Chen & Jesse M. Shapiro, *Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity – based Approach*, 9 AM. L. & ECON. REV. 1 (2007) לפי ממצאי מחקרם, לא רק שתנאי כליאה קשים אינם מורידים את רמת הרצידיביזם אלא סביר אף שפעולתם הפוכה: "Our findings suggest that harsher prison conditions do no reduce post release criminal behavior, and may even increase it" שם, בעמ' 24.

184 לאחרונה הוגשה בישראל תביעה אזרחית תקדימית של משפחת קרבן רצח נגד שירות בתי הסוהר בגין יצירת סיכון בלתי סביר לחברה משום שרוצח בנם הוחזק בתנאי הפרדה קשים ובלא שיקום וטיפול עד כדי הפיכתו ל"פצצה מתקתקת". ראו תומר זרחין "משפחת הנרצח מאשימה: תנאי ההפרדה בכלא מייצרים פצצות מתקתקות" הארץ Online חדשות 31.7.2012 www.haaretz.co.il/news/politics/1.1789829.

מדוח "מבקרים רשמיים" מטעם לשכת עורכי הדין בישראל עולה כי יש באסירי ההפרדה מי שרואה לעתיד לבוא סכנה מעצם החזקתו בתנאים אלה, וכך מדווחים המבקרים הרשמיים:

"[האסיר] תוהה כיצד אפשר לצפות מאסיר, המבודד בתנאים כה קשים לתקופות כל כך ארוכות, להשתקם בתום תקופת מאסרו ולשוב לחברה מתוקנת. האסיר הזה יוצא ממורמר עוד יותר מכפי שהוא נכנס, הן כלפי המערכת והן כלפי החברה כולה, שמשלמת בסופו של יום מחיר כבד בגין כך. האסיר הזה יוצא כשהוא נטול רגש, בעל יצר נקם וללא מוטיבציה להשתקם גם בחוץ".¹⁸⁵

אנו סבורים כי על רקע זה ראוי שהמסגרת הנורמטיבית המסדירה את החזקתם של אסירים בהפרדה תתחשב ביתר שאת בשונותם הרלוונטית של אסירים אלה בשל השפעותיה המזיקות של פרקטיקת כליאה זו ומכאובי מאסרם המועצמים, ולכלל הפחות תבטא איזון בין "בידודם" מן החברה ומאסירים אחרים לבין הטבה בתנאי כליאתם. מלבד סוגיית השוויון בין אסירי הפרדה לאסירים אחרים העולה בהקשר זה נשאלת השאלה אם דווקא במקום שבו בית המשפט חוזר ושונה כי אין מדובר בענישת אסירים אלא ב"כורח בל יגונה", אין מקום כי הוא עצמו יבחן חלופות אחרות ויקפיד לא רק שנבחנו חלופות אלא גם כי ההחזקה בבידוד וההרחקה מאסירים אחרים לא תפגע באפשרות המעשית ליהנות מטובות הנאה כפי שנהוג כשמדובר באסירים אחרים באגפים אחרים. במילים אחרות, עקרון המידתיות מקים מאליו את הדרישה הן מבית המשפט והן מהרשות המנהלית שיקפידו בתנאי כליאתם של אסירים בהפרדה יחידנית בכלל ולא רק שלא יהיו שונים מתנאי כליאתם של אסירים אחרים.

בית המשפט בישראל הכיר בפגיעות שנגרמות לאסיר מהחזקה בהפרדה.¹⁸⁶ הרטוריקה המשפטית, לפחות מפיו של בית המשפט העליון, עמדה על כך כי עם כניסתו של האסיר אל

185 דוח מבקרים רשמיים: תאי ההפרדה בשב"ס, לשכת עורכי הדין בישראל, 12.8.2010, עמ' 9. ראו כיצד אסיר הפרדה מתאר את תנאי החזקתו: "לטענת האסיר, היות ו-23 שעות ביממה הוא סגור בתא קטן וצר שאינו מאפשר לו לתקשר עם 'העולם החיצון', או אפילו עם שכניו לתא, כושר הביטוי שלו נפגם בהדרגה. גם בשעת הטיוול היומית בחצר (הקטנה, יחסית, והמגודרת), אין לו דינאמיקה עם אף אחד. לדבריו, 'אסירים משתגעים בהפרדה'". שם, בעמ' 6.

186 כך, בעת"א (מחוזי ב"ש) 2963-05-10 זגורי נ' מפקד כלא אוהלי קידר (פורסם בנבו, 20.6.2010), הבהיר בית המשפט המחוזי כי החזקת אסיר בתנאי הפרדה היא בגדר חריג לעיקרון שלפיו בדרך כלל יוחזק אסיר עם יתר האסירים. עיקרון זה נובע מכך שלכל אסיר או עצור עומדת הזכות לקיום אנושי בסיסי בין כותלי הכלא, בכפוף להגבלות המתחייבות מעצם היותו אסיר או עציר. גישה זוהי הושמעה בעניין אטיאס, לעיל ה"ש 128. בעת"א (מחוזי ת"א) 31645-02-10 משטרת ישראל נ' אברגיל (פורסם בנבו, 21.3.2010), אמר השופט צבי גורפינקל: "ידוע שהימצאות אסיר בהפרדה, גם בהפרדה זוגית כרוכה בתנאים קשים ביותר של

בית הכלא נשללת חירותו אך לא כבודו כאדם, וודאי שלא זכויות האחרות שאינן מחויבות מעצם שלילת החירות.¹⁸⁷ בהקשר דנן דומה שגישה זו של בית המשפט העליון ראוי שתקרום עור וגידים במיוחד בפרקטיקת ההפרדה היחידנית.¹⁸⁸

2. הפרדה יחידנית ותכלית הכליאה

"העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו..." עיקרון זה, המשקף בעיקרו את התפיסה הגמולית בענישה, נחקק באחרונה על ידי כנסת ישראל בבואה להוסיף לפרק ו' בחוק העונשין את סימן א'1 בעניין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה".¹⁸⁹ לכאורה, השאלה המתבקשת היא אם עיקרון זה אינו מקנה לגיטימציה להחזקת אסירים בתנאים קשים, בין בצוותא ובין בהפרדה, כגמול על מעשיהם הנפשעים. בשאלה אם אכן החזקת אסירים בהפרדה עשויה לתת ביטוי לעקרונות גמוליים נדון בחלק ו. העמדה שברצוננו להבליט כאן היא כי אין מקום להחיל את העקרונות שנקבעו

שהייה במשך 23 שעות בתא ורק שעה אחת לשחרור שרירי הרגליים". ברע"ב 8020/09 אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 26.7.2010) אמר השופט רובינשטיין: "נושא שיחות טלפון לאסירי הפרדה אף הוא חלק מן הניהול העדין של אוכלוסיית האסירים. כאן בולט במיוחד הממד הייחודי של אסירי הפרדה, שמשמעה ניתוק מסיבי מן העולם החיצוני. ניתוק כזה מצדיק התייחסות גמישה ככל הניתן לאפשרויות הקשר עם החוץ". בעע"א (מחוזי ת"א) 29153-11-09 מוסלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.1.2010) מפי השופט רוזן נאמר: "אסירים רגילים, שתנאי שהותם טובים ונוחים לאין שיעור מהתנאים של אסירים המוחזקים בהפרדה – רשאים להשתמש במכשירי הטלפון לאורך כל שעות היממה, כפוף לשעות פתיחת התא. דווקא אותם אסירים בהפרדה, המוחזקים לעיתים לאורך שנים, בבידוד, בתנאים קשים ביותר – נמנעת מהם הטבה הניתנת לכלל האסירים – ולא כאמצעי ענישה ולא בשל הכבדה מינהלית על הרשות, הכבדה שהרשות תתקשה להתגבר עליה".

187 ראו בג"ץ הוקמה, לעיל ה"ש 32, בפס' 1 לפסק דינו של השופט אלון: "כלל גדול בדינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין...". ראו גם בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזעזמי, פ"ד מו(5) 81, 72 (1992). ראו גם בג"ץ קטלן, לעיל ה"ש 31, בפס' 5 לפסק דינו של השופט ברק: "הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העצור והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי... אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה מפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו".

188 בהקשר זה ראוי להביא את דברי המבקרים הרשמיים מטעם לשכת עורכי הדין בישראל: "לתחושת האסירים, אצבעו של בית המשפט קלה על ההדק, בזמן שזה מאריך את שהותם בתאי ההפרדה מדי חצי שנה, לבקשת המשטרה והשב"ס". ראו דוח מבקרים רשמיים מטעם לשכת עורכי הדין בישראל, בנושא תאי ההפרדה בשב"ס, מיום 29.11.2010, בעמ' 11.

189 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102. התיקון בא בעקבות המלצות הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין, דין וחשבון (1997).

בחוק העונשין לצורך הנחיית השופטים בבואם להטיל את העונש, גם על סגל שירות בתי הסוהר בבואו ליישמו.

כזכור, פרופ' הארט המלומד הבחין בזמנו בין "המטרה הכללית המצדיקה" (ה- General Justifying Aim) של המערכת העונשית שעמדה נגד עיניו של המחוקק בבואו להקימה לבין "עקרונות החלוקה" של הענישה מצדם של השופטים הגוזרים את דינם של הנאשמים הספציפיים.¹⁹⁰ בדומה לכך, יש להבחין בין תפקיד זה האחרון של השופטים, שמתוקף תפקידם עליהם להביא בחשבון מכלול של שיקולים ציבוריים כגון הרתעה, הרחקה, גמול, שיקום ואף אמוץ הציבור, לבין מערכת הכליאה ששיקוליה (כמו גם מעמדה הציבורי) שונים לחלוטין. ההבדל בין שיקוליה ושאיפותיה של מערכת בתי הסוהר בהיותה רשות מנהלית לבין אלה של המערכת השיפוטית מנותח בספר המאיר עיניים של ון זיל שמיט וסנקן,¹⁹¹ המרחיב על "האוטונומיה היחסית" של כל אחת משתי הרשויות האלה.

מהן אפוא מטרותיה של מערכת הכליאה באשר לשוהים בה? ראשית, יש להבחין בין מטרות "פנימיות ניהוליות" לבין מטרות חיצוניות-חברתיות. המטרות הפנימיות מתמקדות בנושאים כגון סדר ציבורי ומנהל תקין, ואלו באות לידי ביטוי בחלק הארי של ההוראות המנהליות של שירות בתי הסוהר וכן בסעיפי החוק העוסקים בהפרדה. אך בל נשכח כי למערכת הכליאה גם מטרה חיצונית-חברתית.

את המטרה החיצונית החברתית של הכליאה אפשר להגדיר הן על דרך השלילה והן על דרך החיוב. אשר לביטוי השלילי של תפקיד הכליאה מרבים לצטט את דבריו של הממונה על מערכת הכליאה בתחילת המאה העשרים באנגליה Alexander Paterson, כי העברייני נדון למאסר כעונש (as a punishment) ולא למען עונש (for punishment).¹⁹² כלומר, עם כניסתו לכלא המטרות שלמענן נקבע עונש המאסר על ידי בית המשפט שוב אינן בהכרח רלוונטיות. משמעות נוספת היא כי העונש מתבטא בשלילת החירות, ואין צורך בהוספת סבל נוסף.¹⁹³ בג"ץ הכיר בתכלית בלעדית זו, ופסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ראוי במיוחד לאזכור בהקשר זה:

"על פי התפיסה המשפטית הנוהגת, הענישה מטילה על עברייני עונש מאסר, ומאסר עולם בכלל זה, מכוונת במישרין ליטול את חירותו האישית לתקופה הנגזרת. ההגבלות על הזכויות האחרות, בין האינהרנטיות למאסר, ובין אלה שנועדו להשיג תכליות אחרות, אינן חלק מן התכלית העונשית... ראוי להדגיש כי ההגבלות על זכויות האדם המוטלות על ידי הרשות הציבורית

HARBERT L.A HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW (1968) 190
 ZYL SMIT & SNACKEN, לעיל ה"ש 45, בפרק 2. 191
 שם. 192
 שם בעמ' 99. 193
 582

לא נועדו להוסיף מרכיב ענישה לעונש שנגזר. תכליתן אינה להוסיף חומרה לגזירה העונשית שהוטלה על האסיר כמטרה העומדת לעצמה. מטרתן אינה לנקום באסיר על פשעיו, בגינם נגזר עליו עונש מאסר, או להקשות עליו את תנאי מאסרו, כגמול על מעשיו הנפשעים. מקום שזו תכליתן של ההגבלות, הן עלולות שלא לעמוד במבחן החוקתיות, משאין זו תכלית ראויה... הגבלה כזו המוסיפה על מידת העונש שהושת על האסיר, חורגת מסמכות הגבלת זכויות האסירים המוקנית לשירות בתי הסוהר. היא חורגת מעקרונות הענישה הפלילית, ובראשם עיקרון החוקיות המעוגן בסעיף 1 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977, לפיו אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם נקבעו בחוק או על-פיו. התכלית הענישתית מגולמת בעצם נטילת חירות התנועה בבית סוהר, הנקבע על ידי בית המשפט שגזר את העונש; לאור האמור, אין שירות בתי הסוהר מוסמך להוסיף אמצעי ענישה על העונש שנגזר...".¹⁹⁴

ואשר לביטוי החיובי של תפקיד הכליאה: כידוע, מסוף המאה התשע-עשרה היעד העיקרי של הענישה מנקודת המבט הפנולוגית היה שיקום. בתפיסה זו דבקו סימני שאלה לקראת סוף המאה העשרים. יעד זה בא ליד ביטוי בכלל 58 לכללי האו"ם בדבר סטנדרט מינימלי לטיפול באסירים,¹⁹⁵ המגדיר את המטרה העומדת ביסוד עונש המאסר כהגנה על החברה מפני פשיעה, ומטרה זו תובטח רק אם תקופת נשיאת עונש המאסר משמשת להחזרתו של העבריין לחברה כאדם המציית לחוקים והמסוגל להתקיים בכוחות עצמו.¹⁹⁶ כמו כן נקבע באותם כללים כי כדי לממש תכלית זו של הכליאה, יש לפעול לשיקומם של האסירים עוד בטרם תום ריצוי עונש המאסר.¹⁹⁷ לימים, השאיפה לשיקומו או לרה-סוציאליזציה של האסיר הייתה לעקרון יסוד של מגילת זכויות האדם הבינ-לאומיות, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 10.3 לאמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות של האו"ם, שנחקקה בשנת 1966 ושמדינת ישראל

194 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006) (ההדגשה הוספה – ר"א ול"ס).

195 SMR, לעיל ה"ש 10.

196 ש.ם. "The purpose and justification of a sentence of imprisonment or a similar measure derivative of liberty is ultimately to protect society against crime. This end can only be achieved if the period of imprisonment is used to ensure, so far as possible, that upon his return to society the offender is not only willing but able to lead a law-abiding and self-supporting life"

197 ש.ם. "Before the completion of the sentence, it is desirable that the necessary steps be taken to ensure for the prisoner a gradual return to life in society. This aim may be achieved, depending on the case, by a pre-release regime organized in the same institution or in another appropriate institution, or by release on trial under some kind of supervision which must not be entrusted to the police but should be combined with effective social aid"

שותפה לה.¹⁹⁸ עיקרון זה התבסס והתחזק כעיקרון משפטי מחייב חרף הספקות שהעלו בזמנם הפנולוגים באשר ליכולתן של מערכות הענישה להגשימה.¹⁹⁹ ון זיל שמיט וסנקן מתארים איך החובה לכוון את מערכת הענישה למטרת השיקום או הרה-סוציאליזציה מושרשת כיום בחוקות של גרמניה, ספרד ואיטליה,²⁰⁰ ובגרמניה באופן מיוחד זכותו של האסיר לרה-סוציאליזציה נתפסת כחלק מכבודו.²⁰¹ תקנה 6 ל-European Prison Rules²⁰² הדורש כי מנגנוני הכליאה יכוונו לכך כי יקל על האסירים להשתלב בחברה (עקרון הרה-אינטגרציה²⁰³) נקלט כיום בכל המוסדות הרלוונטיים של מועצת אירופה, לרבות בית הדין האירופי לזכויות האדם.²⁰⁴

כאמור, החזקת אסיר בהפרדה יחידנית בישראל היא שלילה יסודית²⁰⁵ ואולי מוחלטת של אפשרות שיקום האסיר.²⁰⁶ פקודת נציבות שב"ס קובעת בבירור כי אין להוציא אסירי הפרדה אל מרכזי התעסוקה והחינוך: "אסירים בהפרדה לא ישולבו במרכזי החינוך והתעסוקה בבית הסוהר..."²⁰⁷

דוקטרינת הסופרמקס האמריקאית, שעליה נעמוד בהמשך, שוללת אף היא שיקום, או תיקון, אסירים המוחזקים בתנאי הפרדה:

198 ראו לעיל, ה"ש 12, על פי סעיף 10.3: "The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation."

199 ראו במיוחד את תהליכי ההתחזקות של העיקרון במערכת המשפטית החוקתית בגרמניה: LIORA LAZARUS, CONTRASTING PRISONERS' RIGHTS: A COMPARATIVE EXAMINATION OF GERMANY AND ENGLAND (2004), בייחוד פרקים 3 ו-4.

200 אף מערכת הכליאה הקנדית חרטה על דגלה את שיקום האסירים כיעד מרכזי. ראו ס' 3 ל-3. The Corrections and Conditional Release Act (S.C. 1992, c.20) (ה-CCRA) ולפיו: "The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and Assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community"

201 ZYL SMIT & SNACKEN, לעיל ה"ש 45, בעמ' 78-79.

202 ראו לעיל ה"ש 12.

203 המחברים טוענים כי מושג זה משקף את המדיניות בת זמננו יותר ממושג השיקום, שכן הדגש אינו בכפיית שינויים על האסיר אלא במתן הזדמנויות להשתלב בחברה לאחר השחרור.

204 שם, בעמ' 105-106.

205 Report of the Special Rapporteur, לעיל ה"ש 49, בעמ' 24.

206 כאמור לעיל, פקנ"צ 04.03.00, לעיל ה"ש 64, "החזקת אסירים בהפרדה" שוללת מתן שיקום וטיפול באסירי הפרדה.

207 שם, בסעיף 20 "אסירים בהפרדה לא ישולבו במרכזי החינוך והתעסוקה בבית הסוהר. במידת האפשר, יוכנו עבור האסירים המוחזקים בהפרדה תוכניות לימוד להקניית השכלה בהתכתבות או בכל דרך האפשרית מבחינה ביטחונית ואשר איננה מחייבת התייצבות האסיר מחוץ לתא הפרדה".

"Unlike their earlier incarnations, supermax prisons do not officially endeavour to reform, rehabilitate, change or 'correct' prisoners, and their design is not meant to shape prisoners' morality, but to control them and their environment to the greatest degree possible".²⁰⁸

חשוב להדגיש שבשיח בארצות הברית הנוגע לניהול מתקני הכליאה של הסופרמקס ולשליטה בהם אין דגש מיוחד בתיקון או שיקום אסירים בכלל ואסירי ההפרדה בפרט²⁰⁹ עד כי אפשר להניח שרעיון זה נזנח. במקומו אפשר לזהות כיום מטרות "ראליסטיות" הנוגעות לניהול קבוצות אוכלוסייה בעייתיות ופיקוח עליהן:

"Supermax prisons are largely justified as an administrative prison management tool that is neither punitive nor reformatory in nature, but a last-resort solution for managing prisoners labeled as disruptive or difficult to control. The growing emphasis on managerial goals in official discourses is consistent with the 'new penology', and the move 'away from an aspiration to effect individual lives through rehabilitative or transformative efforts and toward the more 'realistic' task of monitoring and managing intractable groups' (Feeley and Simon 1992: 474)".²¹⁰

לעומת הגישה הישראלית והאמריקאית, הגישה האירופית היא לא רק להימנע ככל האפשר מהשימוש בפרקטיקת ההפרדה אלא אף להקפיד הקפדה יתרה על תקופת החזקה בהפרדה יחידנית, על תנאי החזקה הפיזיים של הכלואים בתאי הפרדה כמו גם על זכויותיהם כאסירים, ובעיקר על זכותם לשיקום, ומכאן ההכרה המוגברת, בזכותם לקשר עם החוץ, קשר עם המשפחה, חינוך, תעסוקה, דת ועוד, שהרי מימוש זכויות אלה הוא תנאי לרה-סוציאליזציה ולרה-אינטגרציה של האסיר בחברה.²¹¹

המשפט האירופי לא הסתפק בהכרה כי תכלית הכליאה הוא שיקום האסיר והכנתו לחזרה לחברה אלא אף כונן את "תפיסת האסיר כאזרח".²¹² תפיסה זו דוגלת במתן כלל הזכויות הניתנות לאזרחי המדינה אף לאסיריה למעט מה שנוגע באופן אינהרנטי והכרחי לשלילת החירות. כמו כן מכניזם הפיקוח והבקרה האירופי על מתקני הכליאה ביבשת, כפי שבא לידי ביטוי בפסיקות בית הדין האירופי לזכויות אדם, בוועדות ה-CPT, המבקרות במתקני הכליאה השונים ביבשת באופן שגרתי, ובאמנה האירופית לזכויות האדם וחירויות היסוד – מגביר מאוד את הסיכוי כי הפרת זכויות אסירים ואסירי הפרדה בפרט יענו בסעד ובתרופה אפקטיביים, ומכאן גם את סיכוייהם לשיקום ולקליטה מחדש בחברה. אך השלב

208 SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 54.

209 שם, בעמ' 50.

210 שם, בעמ' 51.

211 ראו להלן, בתת-פרק ה.3, שכותרתו "התנגשות עם נורמות זכויות אדם בין-לאומיות".

212 ראו VAN ZYLSMIT & SNACKEN, לעיל ה"ש 45, בעמ' 344.

הראשון הוא להכיר בכך כי משימתה העיקרית של מערכת הכליאה אינה "להעניש" את האסיר אלא להכשירו לחזרה לחברה.²¹³

3. התנגשות עם נורמות זכויות אדם בין-לאומיות

כפי שהתבהר במאמר זה, ההפרדה היחידנית בין אסירים, שבעבר נחשבה הדרך הראויה ואף הנאורה לניהול הכלא כדי להחזיר את האסירים מדרכם הרעה, נתפסת כיום כשיטה בעייתית ביותר. בחלקים הקודמים של הפרק הנוכחי עמדנו על הנזקים החמורים הנגרמים לאסירים בעקבות זאת – נזקים העלולים לפגום פגימה מהותית בסיכוייהם להשתלב בחברה – וכן על הסתירה בין משטר ההפרדה לבין תכליות המאסר המוכרות. בחלק זה ברצוננו לבחון באיזו מידה התכונות השליליות המיוחסות להפרדה היחידנית משתקפות במערכת הנורמות הבין-לאומיות של זכויות האדם, ובאיזו מידה מערכת זו מכוונת להצרת גבולות ההפרדה.

נראה אולי תמוה כי על אף הגינויים הרבים של תופעת ההפרדה היחידנית מטעם דוברי המוסדות הבין-לאומיים לזכויות האדם, עד לאחרונה לא חלה פסילה גורפת של התופעה, ואף לא הוטלו מגבלות חד-משמעיות באשר לשימוש בה. לקונה נורמטיבית זו נובעת לא רק מאופיו האמורפי למדי של המשפט הבין-לאומי, המקשה על פיתוח נורמות באופן מסודר, אלא גם מאופייה המגוון של ההפרדה היחידנית. הגיוון האמור ללא ספק מקשה על גיבוש כללים ברורים בסוגיה זו, וייתכן שחלק מהביטויים הנורמטיביים תורמים יותר לערפול מאשר לגיבושן של נורמות ברורות.²¹⁴ עם זאת, וכפי שהוזכר לעיל, לאחרונה נעשה ניסיון אמיץ מטעם הרווח המיוחד של האו"ם להגדיר ולהגביל את התופעה באופן ברור וחד-משמעי יותר.

נסקור עתה את הנורמות השונות המייצרות את תורת המשפט של זכויות האדם הבין-לאומיות, שהן הרלוונטיות לסוגיה שלפנינו. בהקשר זה אפשר לסווג את הנורמות הללו על פי אופיין התוכני, לפי רצף הכלליות עד הפרטניות של הנורמה. סיווג מעין זה יאפשר לדרג את הנורמות בארבע קבוצות.

א. הקבוצה הראשונה והכללית ביותר מכילה את עקרונות היסוד האוסרים על ענישה אכזרית או לא הומנית המגנים על כבוד האדם, כפי שבאים לידי ביטוי באמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR), האמנה נגד עינויים (CAT) ואמנות אזוריות דומות. נורמות אלו משמשות מקור השראה לכלל מערכת הנורמות שתידון כאן.

²¹³ אין בכך לבטל גם שיקולים נוספים כגון הגנה על הציבור, שמירה על הסדר הציבורי בכלל וכויות אחרות של אסירים העלולות להתנגש עם מטרת השיקום. בחלק מן האיזונים המתבקשים נדון במהלך המאמר. ראו בייחוד הדיון על המידתיות.

²¹⁴ ראו להלן, הטקסט הצמוד לה"ש 282–289.

ב. הקבוצה השנייה מורכבת מעקרונות והצהרות המעוגנים במשפט הביין-לאומי, המתייחסים לאופי המשטר העונשי או למדיניות הראויה לניהול הכלא. נורמות מסוג זה מצוינות בסעיף 10 לאמנת ה-ICCPR, המחייבת את משטר הכלא לרה-סוציאליזציה של העבריין וכן בפרשנויות הניתנות לאמנה זו על ידי הוועדה לזכויות האדם הפועלת מכוח אמנה זו לרבות "ההערות הכלליות" (General Comments) המתפרסמות מעת לעת באשר לסעיפים מסוימים של אמנה זו.²¹⁵ פעילות דומה לזו נעשית גם על ידי הוועדה הפועלת במסגרת אמנת ה-CAT והוועדה המקבילה הפועלת במסגרת האמנה האירופית למניעת עינויים ויחס או עונש לא הומני ומשפיל, ובשני המקרים האחרונים הוועדות מעירות הערות גם בעקבות ביקוריהן במתקני הכליאה השונים. מובן כי מדיניות הפנולוגית הרווחת באה לידי ביטוי גם בכללי המינימום האחידים של האו"ם בעניין אסירים (SMR) וכן בכללי בתי הסוהר האירופאים (EPR). לכך מתווספות הצהרות שונות מטעם המוסדות השונים של האו"ם, כגון העצרת הכללית או הדווח המיוחד על העינויים וכן של גופים אירופיים ואחרים. נורמות אלו שימשו בסיס לדיון דלעיל בנושא תכלית המאסר והניבו (עם הנורמות שבקבוצה הראשונה יחדיו) כמה אמרות ספציפיות בנושא ההפרדה. נתמקד כאן בנורמות הספציפיות הללו, שאותן אפשר לחלק לנורמות כלליות (הקבוצה השלישית) ולהחלטות אד הוק או אד פרסונם (הקבוצה הרביעית).

ג. בקבוצה השלישית – נורמות כלליות המתייחסות במיוחד להפרדה יחידנית – מצויות אמרותיה של הוועדה לזכויות האדם של אמנת ה-ICCPR, אשר מבחינת סמכותה הנורמטיבית היא בעלת הפרשנות החשובה ביותר לאמנה זו, שעליה חתומה ישראל. ועדה זו פרסמה פעמיים הערות כלליות בדבר סעיף 7 לאמנה (שכזכור אוסר על העינויים) ובהן פירשה סעיף זה. בהערה הכללית המאוחרת, משנת 1992, הדגישה הוועדה את הצורך למנוע מאסירים גרימת נזק נפשי (ולא רק פיזי).²¹⁶ בהמשך לכך העירה הוועדה כי הפרדה יחידנית ממושכת המושכת על אסיר יש בה לעלות כדי מעשים אסורים על פי סעיף 7 לאמנה.²¹⁷ מגמת האיסור הורחבה על ידי הוועדה נגד עינויים על פי אמנת ה-CAT, על ידי תת-הוועדה למניעת עינויים על פי אמנה זו, וכן על ידי הוועדה לזכויות הילד.²¹⁸

215 פרשנות נוספת מצויה בהערותיה של הוועדה על הדוחות התקופתיים של מדינות החתומות על האמנה.

216 סעיף קטן 5 להערה כללית 20.

217 סעיף קטן 6 להערה כללית 20. כמו כן ההערה הכללית מתייחסת לצורך במניעת מעצר in-communicado ובצורך בגישה סדירה לרופאים ולעורכי דין וכן לצורך בקשר עם בני משפחה בפקוח רשויות החקירה בשלב המעצר והחקירה. האמור בהערה הכללית משנת 1992 בא להחליף נוסח מוקדם יותר שפורסם בשנת 1982 כאשר הנוסח המוקדם חיבר בין הקטעים שהובאו כאן, ובו נאמר: "אפילו צעד כגון הפרדה יחידנית עלול להתאם לנסיבות ובייחוד כאשר האדם מוחזק in-communicado לסתור את סעיף זה". ראו גם RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 72, בעמ' 403–404.

218 מקורות אלה נסקרים על ידי הדווח המיוחד. ראו Report of the Special Rapporteur, לעיל ה"ש 49, בעמ' 10 (בסעיפים 31–33). יש להתייחס באופן מיוחד להמלצות ועדת ה-CAT אשר לפיהן: "The Committee against Torture has recognized the harmful physical and

כללי המינימום האחידים לטיפול באסירים (SMR) משנת 1955, כאמור לעיל, אכן מתייחסים לתנאים הפיזיים של תאי הכליאה²¹⁹ ולאופי משטר הכלא.²²⁰ אך כללים אלה אינם מתמודדים ישירות עם החזקה בהפרדה יחידנית לבד ממקרים של ענישה על עברות משמעת, וגם שם הכללים מסתפקים באיסור על ענישה משמעתית בתא חשוך²²¹ ובצורך בבדיקה על ידי איש רפואה בטרם יוחזק האסיר ב־close confinement²²², ביטוי שאינו מוגדר בכללי ה־SMR. אדרבה, העקרונות המנחים של הכללים החלים על אסירים שפוטים²²³ מציינים שאל לה למערכת הכליאה להוסיף על סבלו של האסיר, הנובע מעצם שלילת חירותו "except as incidental to justifiable segregation or the maintenance of discipline" (סעיף 57 ל־SMR), כלומר המגבלה בעניין גרימת הסבל אינה תופסת במקרה זה אחרון, אלא שאין אנו יודעים מתי הפרדת האסיר היא אכן "מוצדקת".²²⁴

ייתכן שבשנת 1955 בעת שנערכו הכללים הללו לא נתפס השימוש בהפרדה יחידנית כבעיה. לעומת זאת בשנת 1990 כאשר עצרת האו"ם אימצה מסמך שכותרתו "עקרונות היסוד של הטיפול באסירים" (מסמך בעל תוקף הצהרתי בלבד) נכללה ההתייחסות לכליאה מסוג זה באחד מהכללים האופרטיביים. אך מבחינת תוכנו, משקלו של סעיף זה מוגבל ביותר: "יש לזווג ולעודד מאמצים המופנים לביטול ההפרדה היחידנית כעונש, או להגבלה על מידת השימוש בו". דומה כי באותה התקופה השימוש בהפרדה יחידנית היה בעיקרו אגב ענישה משמעתית, ועל כן כוונת סעיף 7 לעקרונות אלה הייתה למגר תופעה זו של ענישה משמעתית שנתפסה כחריפה מדי. עם זאת במבט רטרוספקטיבי לא ברור אם הביטוי "עונש" בסעיף זה משמעותו אף החזקה מנהלית בתנאי הפרדה יחידנית להבדיל מענישה משמעתית, שכן ייתכן שפרקטיקה זו לא הייתה שגורה ונפוצה באותם הימים, כבימינו. על רקע ערפול מסוים ברוב המסמכים הבין־לאומיים העוסקים בנושא זה יש לברך על המסמך המפורט שיצא לאחרונה על ידי הדווח המיוחד של האו"ם למניעת עינויים, שיידון בהמשך, אך קודם לכן נעיין בקיצור בהתפתחויות במערכת הנורמטיבית האירופית.

mental effects of prolonged solitary confinement and has expressed concern about its use, including as a preventive measure during pretrial detention, as well as a disciplinary measure. The Committee has recommended that the use of solitary confinement be abolished...". שם, ליד סעיף 31.

219 SMR, לעיל ה"ש 10, ס' 10 המתייחס לנפח האוויר, שטח רצפה, תאורה, חום ואוויר.

220 שם, בס' 58-64, המתייחסים לכללי הטיפול בכלא לרבות חשיבות הקשר עם החוץ.

221 שם, בס' 31.

222 שם, בס' 32(1).

223 שם, בס' 56-64.

224 סעיף זה אינו מציין אם מדובר בהפרדה יחידנית, אולם מס' 9 של כללי ה־SMR אפשר ללמוד כי בתקופת עריכת הכללים (1955) התא היחיד נחשב למסגרת הרצויה ללינת אסיר.

לרשויות האירופיות בדרך כלל עמדות מתקדמות יותר בסוגיות עונשיות, אך נראה כי בסוגיה הנדונה כאן – על אף התייחסויות שונות לנושא – טרם אומצו כללים נוקשים.²²⁵ כך למשל כללי המאסר האירופיים (ה-EPR)²²⁶ מחייבים את בעלי המקצוע הרפואיים "לשים לב במיוחד לבריאותם של אסירים המחוזקים בהפרדה יחידנית".²²⁷ בהוראה זו משתמעת גושפנקה עקיפה לעצם התופעה. כן קובעים הכללים שבעניינו של כל אסיר תקיים הערכה הן באשר לסיכון בריחתו ממשמורת חוקית והן באשר לאפשרות פגיעתו בזולת. לאחר הערכת מסוכנותו של האסיר באשר לבריחה ממשמורת נקבע כי יש להחזיקו בתנאים ההולמים את מידת הסיכון הנשקפת ממנו. בעקבות הערכת הסיכון לפגיעה בזולת קובעים כללי ה-EPR כי על רשויות הכלא לקבוע דרכי פעולה שתכליתן מזעור סיכון זה. מלבד זאת "יש לנקוט בצעדי בטחון מיוחדים רק במקרים חריגים".²²⁸

הוועדה הפועלת במסגרת האמנה האירופית נגד עינויים, ועדת ה-CPT, התייחסה לנושא במסגרת הדוח השנתי השני משנת 1992, שהפך לחלק של ה-CPT STANDARDS. הוועדה עמדה על הצורך במידתיות והכריזה כי "ההפרדה היחידנית עלולה בנסיבות מסוימות לעלות כדי טיפול בלתי הומאני ומשפיל. ובכל מקרה, כל הצורות של ההפרדה היחידנית צריכות להיות קצרות ככל האפשר".²²⁹ גם ניסוח זה רך למדי ולמעשה דומה מאוד לזה שכלול בהערה הכללית של הוועדה לזכויות האדם של אמנת ה-ICCPR – שניהם משנת 1992.²³⁰ לעומת זאת במסמך שהוציאה ועדת השרים של מועצת אירופה בשנת 2003 העוסק באסירי עולם ואסירים לתקופות ארוכות, הניסוח חזק יותר:

"19c. Particular risks and exceptional circumstances, including requests by prisoners themselves, may necessitate some form of segregation of individual prisoners. Intensive efforts should be made to avoid segregation or, if it must be used, to reduce the period of its use".²³¹

- 225 לדעה חיובית יותר באשר להתפתחויות אירופיות ראו David Robinson, *Segregation*, בתוך PRISONERS AS CITIZENS, לעיל ה"ש 25, 214, בעמ' 218–219.
- 226 Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, 11\1\06 (להלן: ה-EPR).
- 227 שם, כלל מס' 43.2 ראו גם Van ZYLSMIT & SNACKEN, לעיל ה"ש 45, בעמ' 279.
- 228 ראו כללי ה-EPR, לעיל ה"ש 226, Part iv – good Order, para 51 Safty & para 52 Security, ראו במיוחד ס' 53.1 "Special high security or safety measures shall only be applied in exceptionally circumstances".
- 229 ראו CPT Standards, סעיף 56, זמין בכתובת: www.cpt.coe.int/en/documents/eng-coyle_standards.pdf Coyle .standards.pdf מצוין במסמך מאוחר יותר כי "ה-CPT העירה הערות ביקורתיות על הסדרים בהולנד, טורקיה ובריטניה" ANDREW COYLE, A HUMAN RIGHTS APPROACH TO MANAGEMENT (2002).
- 230 ראו גם את הדוח החדש של ועדת ה-CPT משנת 2011, שיידון להלן.
- 231 Council of Europe, Committee of Ministers, לעיל ה"ש 12.

באותו מסמך קבעה ועדת השרים את עקרון "ההימנעות מהפרדה":

"7. Consideration should be given to not segregating life sentence and other long-term prisoners on the sole ground of their sentence (non-segregation principle)".²³²

ד. ועתה לקבוצת הנורמות הרביעית, שמקורותיהן הן כזכור בדיונים במקרים הספציפיים. גם כאן נתחיל בדיונים שהתנהלו בפני הוועדה לזכויות האדם מכוח אמנת ה-ICCPR, שלא היססה במקרים אחדים של הפרדה יחידנית למצוא כי הופרו הסעיפים הרלוונטיים של אמנה זו (סעיפים 7 ו/או 10). לעתים קשה לדעת מה מידת התרומה להחלטה מעין זו של הרכיבים השונים של המקרה, כגון משך תקופת ההחזקה בהפרדה, תנאיה וכיו"ב, וכן מהו המשקל של אחד מסעיפי האמנה בפסילת העונש. למשל, רודלי ופולארד מציינים שלושה מקרים שבהם מצאה הוועדה כי הופרו שני הסעיפים האמורים כאשר תקופת ההחזקה בהפרדה נעו בין שלוש שנים,²³³ לשנה²³⁴ ולחודש אחד²³⁵ בלבד. כאמור במקרים הללו מצאה הוועדה הפרה של סעיפים 7 ו-10 לאמנה. אפשר להתרשם כי הוועדה משתכנעת בקלות רבה יותר באשר להפרה של סעיף 10 – המתייחס כזכור למטרות הכליאה ולא לאי-הומניות של העונש – שכן בשלושה מקרים נוספים שמביאים רודלי ופולארד נמצאה הפרה של סעיף זה אחרון בלבד.²³⁶ ואכן, נראה מהערוותיה של הוועדה על הדוח שהוגש על ידי מדינת דנמרק בשנת 2000 כי על פי עמדתה ההפרדה היחידנית סותרת את סעיף 10 כמעט באופן מוחלט. לדברי הוועדה:

"solitary confinement is a harsh penalty with serious psychological consequences and is justifiable only in case of urgent need; the use of solitary confinement other than in exceptional circumstances and for

232 ש.ם.

233 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 72. שם, מתייחסים RODLEY & POLLARD בעמ' 402 ל- Marais v. Madagascar, (1983) UN Doc CCPR/C/18/D/49/1979, para 19. למקרה הקשור לאותה הפרשה ראו שם בעמ' 403.

234 מקרה Campos, שם בעמ' 403.

235 מקרה Larrosa, שם בעמ' 402. במקרה זה האחרון, ההפרדה היחידנית נמשכה אמנם רק חודש, אך במשך 24 שעות ביממה ובתא ללא אור טבעי. מכאן שהביקורת לא צומצמה רק לעצם ההפרדה היחידנית אלא כוונה גם לתנאי הכליאה.

236 מדובר במקרה של אורוגוואי ביחס לרופאה שהוחזקה במשך חודשים אחדים בבידוד "כמעט ללא אור טבעי"; במקרה נגד קוראיה שנגע לקומוניסט שהוחזק 13 שנה! בבידוד למען המרת עמדותיו האידיאולוגיות ומשיקולים ביטחוניים לאומיים; ומקרה שלישי, באוסטרליה שנגע ליליד שהיה קטין ובעל הפרעה שכלית. לדעת המחברים, התעלמות מסעיף 7 במקרה זה או אחר יכולה לנבוע מסיבות טכניות, כגון אי-אזכור הסעיף בעת הגשת העתירה.

limited periods is inconsistent with article 10, paragraph 1, of the Covenant"²³⁷

עם זאת הנמקת הוועדה במקרה של *Kang v. Republic of Korea*²³⁸ מותירה מקום לספק, שכן במקרה זה העירה הוועדה כי החזקתו של העותר בהפרדה יחידנית במשך 13 שנה היא חמורה מאוד ובעלת השפעה יסודית מאוד על האסיר, כי דרושה ההצדקה הרצינית והמפורטת ביותר על פי סעיף 10.1 לאמנת ה-ICCPR, וכי נטל זה גבוה במיוחד:

"The Committee stated that such a long period of solitary confinement is 'a measure of such gravity, and of such fundamental impact on the individual in question, that it requires the most serious and detailed justification' under article 10(1) and that 'particularly high burden' had not been met".²³⁹

אם כן, אמנם ההפרדה היחידנית נפסלה במקרה זה, אך ההנמקה אינה מתיישבת עם סיכומי הוועדה שצוטטו לעיל, שהגבילו את ההפרדה היחידנית למצבים שבהם הנסיבות יוצאות דופן ולפרקי זמן מוגבלים. נוכח תנאי זה, אחרון, לא הייתה צריכה להיות אפשרות כלשהי לשלטונות להרים את הנטל כדי להצדיק את ההפרדה, שכן לא מולא התנאי השני של פרק זמן מוגבל. לכל הדעות 13 שנה אינן פרק זמן מוגבל בהקשר זה. מקור נוסף ליוריספורדנציה בנושא ההפרדה היחידנית הוא בית המשפט לזכויות האדם באירופה. אמנם מקור זה אינו מחייב את ישראל, אך בשל דלות המקורות בנושא אין להתעלם מהדיונים ומההחלטות של ערכאה חשובה זו, שיש בהם כדי להועיל הן לעצם קביעת הפסלות (או אי-הפסלות) והן בזיהוי המשתנים הרלוונטיים להחלטה זו. דוגמה לכך מובאת בספרם של ון זיל שמיט וסנקן.²⁴⁰ לאחר שבשנת 2000 אישר בית המשפט לזכויות אדם את זכותה של מערכת הכליאה באיטליה להחזיק בסגר גציה אסיר ששמו מסינה²⁴¹ "בבידוד חברתי יחסי" בשל השתייכותו למאפיה, נתבקש בית המשפט לאשר תנאים דומים לאסיר ששמו מתיו (הולנדי),²⁴² "אסיר אלים ולא משתף פעולה"; אולם במקרה זה בית המשפט מצא הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם האוסרת על ענישה או טיפול לא הומניים ומשפילים, תוצאה שמחברי הספר מייחסים להבחנה שבין אסיר מסוכן לציבור לבין אסיר המערער רק על הסדר הפנימי בכלא (שאולי אפשר להתמודד עמו בדרכים אחרות).

237 ראו RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 72, בעמ' 404.

238 Kang v. Republic of Korea, (2003) UN Doc CCPR/C/78/D/878/1999.

239 RODLEY & POLLARD, לעיל ה"ש 72, בעמ' 403.

240 ZYL SMIT & SNACKEN, לעיל ה"ש 45, בעמ' 279.

241 Messina v. Italy (no 2) 28 September 2000 (25498/94).

242 Mathew v. the Netherlands, 29 September 2005 (24919/03) (2006) 43 EHRH 23.

השוואה שהיא אולי קיצונית יותר מובאת על ידי רודלי ופולארד. בפרשת *Ilascu v. Moldova and Russia*²⁴³ מצא בית המשפט כי החזקת האסיר במשך שמונה שנים בבידוד נוקשה וב"תנאים מטריאליים עלובים" עלה כדי עינויים, אך שנה לאחר מכן קבע במקרה של *Sanchez v. France*²⁴⁴ כי החזקה בבידוד במשך תקופה דומה (מעל שמונה שנים) אך בתנאים טובים יותר, לרבות מפגשים עם מבקרים, לא עלה כלל כדי הפרה של סעיף 3 לאמנה. הדגש הוא אפוא במידת הבידוד כאשר בית המשפט קבע כי בו בזמן שהשילוב של חסך חושי ובידוד חברתי אינו ניתן להצדקה בשל סיבה ביטחונית או אחרת, האיסור על מגעים עם אסירים אחרים בשל שיקולים משמעותיים או הגנתיים אינו עולה כדי טיפול או ענישה לא הומניים.²⁴⁵ נראה כי בית המשפט נוקט גישה דומה כאשר להפדרה יחידנית במעצר לפני המשפט הנפוץ במדינות סקנדינביה. בפרשת *Rohde v. Denmark*²⁴⁶ היו דעותיהם של השופטים חלוקות, כאשר רוב של ארבעה נגד שלושה הכריע שלא לפסול את תנאי המעצר במדינת דנמרק, שהיו כנראה טובים בהרבה מן המקרים שבהם נהג בית

Ilascu and Others v. Moldova and Russia, [GC] (no 48787/99) ECHR 2004- VII, para 243 .432

.Ramirez Sanchez v. France, [GC] (no 59450/00) ECHR 4 July 2006, para 123 244
 245 בהקשר זה ראוי להתייחס למדיניות הנחרצת יותר של בית הדין לזכויות האדם הפאן-אמריקאי. בית הדין ביקר את פרקטיקת ההחזקה בהפרדה וקבע כי בידוד ממושך הוא הפרה של סעיף 5 לאמנה האמריקאית האוסרת על עינויים, על יחס לא אנושי ועל ענישה אכזרית: "194. The Court has held that "prolonged isolation and deprivation of communication are in themselves cruel and inhuman punishment, harmful to the psychological and moral integrity of the person and a violation of the right of any detainee to respect for his inherent dignity as a human being. 195. The Court has also ruled that under 'Article 5(2) of the Convention, every person deprived of her or his liberty has the right to live in detention conditions compatible with her or his personal dignity, and the State must guarantee to that person the right to life and to humane treatment. Consequently, since the State is the institution responsible for detention establishments, it is the guarantor of these rights of the prisoners'. <http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/IACtHRpetruzzicase.html> – fn106 *Incommunicado* detention is considered to be an exceptional method of confinement because of the grave effects it has on persons so confined. 'Isolation from the outside world produces moral and psychological suffering in any person, places him in a particularly vulnerable position, and increases the risk of aggression and arbitrary acts in prison.... The Court added that '*incommunicado* detention, [...] solitary confinement in a tiny cell with no natural light, [...] a restrictive visiting schedule [...] all constitute forms of cruel, inhuman or degrading treatment in the terms of Article 5(2) of the American Convention' Castillo Petruzzi et al. Case [1999] IACHR 6 (30 May 1999), Inter-American Court of Human Rights <http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/IACtHRpetruzzicase.html#Heading>.1206"

.No 69332/01 ECHR 21 July 2005, paras 8–97 246

המשפט להתערב. בעניין זה נדונה עתירת אדם שהוחזק בתנאי הפרדה במשך כ-11 חודשים, בהיותו עצור. טענתו הייתה כי ההחזקה בהפרדה היא כשלעצמה עולה כדי הפרת סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם, וכי הפיקוח הרפואי-נפשי עליו בשהייתו בהפרדה לא היה אפקטיבי ותדיר.²⁴⁷ סוגיה זו העסיקה גם את ועדת ה-CPT בעת ביקוריה במדינות נורווגיה ושבדיה.²⁴⁸

על נכונותו העיקרית של בית המשפט להתערב אפשר ללמוד מעניין יורגוב, שבו בית הדין האירופי רואה בתנאי החזקתו של אסיר הפרדה מרכיב חשוב לצורך בחינת השאלה אם מדובר בעינויים או ביחס משפיל או לא אנושי או אכזרי.

²⁴⁷ בית הדין האירופאי דחה את עתירתו וקבע בין השאר: "The Court reiterates that solitary confinement is not in itself in breach of Article 3 [...] 'Whilst prolonged removal from association with others is undesirable, whether such a measure falls within the ambit of Article 3 of the Convention depends on the particular conditions, the stringency of the measure, its duration, the objective pursued and its effects on the person concerned' [...] In the present case, the length of solitary confinement lasted from 14 December 1994 until 28 November 1995, thus, eleven months and fourteen days. The Court notes that a period of such a length may give rise to concern because of the risk of harmful effects upon mental health, as stated on several occasions by the CPT. However, when assessing whether the length was excessive under Article 3 the Court must also take into account the conditions of the detention including the extent of social isolation. The applicant was detained in a cell which had which had an area of about eight square metres and in which there was a television. Also, he had access to newspapers. He was totally excluded from association with other inmates, but during the day he had regular contact with prison staff... when food was delivered; when he made use of the outdoor exercise option or the fitness room; when he borrowed books in the library or bought goods in the shop. In addition, every week he received lessons in English and French from the prison teacher and he visited the prison chaplain. Also, every week he received a visit from his counsel. Furthermore, during the segregation period in solitary confinement the applicant had contact twelve times with a welfare worker; and he was attended to thirty-two times by a physiotherapist, twenty-seven times by a doctor; and forty-three times by a nurse. Visits from the applicant's family and friends were allowed under supervision. The applicant's mother visited the applicant approximately one hour every week. In the beginning friends came along with her, up to five persons at a time, but the police eventually limited the visits to two persons at a time in order to be able to check that the conversations did not concern the charge against the applicant. Also, the applicant's father along with a cousin visited the applicant every two weeks. In these circumstances, the Court finds that the period of solitary confinement in itself, lasting less than a year, did not amount to treatment contrary to Article 3 of the Convention".

שם, בפס' 93-97 לפסק הדין.
248 VAN ZYL SMIT & SNACKEN, לעיל ה"ש 45, בעמ' 278.

במקרה זה של *Iorgov v. Bulgaria*²⁴⁹ משנת 2004 מצא בית הדין את העתירה מוצדקת. בעניין זה נדונה עתירתו של אסיר שהלין על שבמשך שלוש שנים היה נתון בתא לבדו, בשגרה משמימה ועם מינימום מגע אנושי. במשך תקופה זו הוא בילה 23 שעות ביממה לבדו בתוך תאו. מזונו הוגש לו בתוך התא, והותרו לו שני ביקורים לחודש. גודל תאו היה 6 מ"ר, ולטענת האסיר לא חדרו לתא אוויר ואור יום. בית הדין האירופי פסק כי תנאי ההחזקה של האסיר גרמו לו סבל שחרג מטבעו של עונש שלילת החירות ועלו כדי "יחס משפיל ולא אנושי"²⁵⁰, ועל כן הפרה בולגריה את סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם. בפסק הדין אפשר לראות בבירור כיצד בית הדין האירופי לזכויות האדם משתמש בדוחות CPT ובממצאיהם. כך, בין השאר, הובאה התייחסות ה-CPT להחזקתם של אסירים שנדונו למוות בתנאי הפרדה בבולגריה, וזאת במסגרת ביקורות שקיימו במתקני הכליאה שם בשנת 1995:

"...It is generally acknowledged that all forms of solitary confinement without appropriate mental and physical stimulation are likely, in the long term, to have damaging effects, resulting in deterioration of mental faculties and social abilities. The delegation found that the regime applied to prisoners sentenced to death in Stara Zagora Prison did not provide such stimulation".²⁵¹

אנו רואים אפוא כי לפי המקרה הושם דגש פעם בחומרת התנאים הפיזיים שבהם מוחזק האסיר בהפרדה ופעם בנוק הנפשי בהתנתקות עם הקשר האנושי החברתי. דואליות זו, המשקפת מדיניות אקטיביסטית למדי של בית המשפט, באה לידי ביטוי בשני מקרים, הקרובים לימינו:

בפרשת *Onoufriou v. Cyprus*²⁵² דן בית המשפט בתנאי כליאתו של אסיר הפרדה והכיר בכך שמדובר ב"יחס משפיל" אשר אינו עולה בקנה אחד עם סעיף 3 לאמנת ה-ECHR. במקרה זה הוחזק אסיר החזקה יחידנית במשך 47 ימים בתא נטול שירותים ומים, ועל כן עשה את צרכיו בבקבוקים ובשקיות ניילון. בית המשפט הגדיר מעשה זה "אילוץ משפיל", ואף הכיר בעובדה שהאסיר סבל מפציעה בכתפו משום שתאו היה קר ולח. על סמך עובדות

249 *Iorgov v. Bulgaria* 11 March 2004 (40653/98) (2005) 40 EHRR7. ראו בקישור: www1.umn.edu/humanrts/research/bulgaria/Iorgov-eng.pdf

250 "In sum, the Court considers that the stringent custodial regime to which the applicant was subjected after 1995 and the material conditions in which he was detained must have caused him suffering exceeding the unavoidable level inherent in detention. The Court thus concludes that the minimum threshold of severity under Article 3 of the Convention has been reached and that the applicant has subjected to inhuman and degrading treatment". שם, בפס' 86 לפסק הדין.

251 שם, בפס' 49 לפסק הדין.

252 [2010] ECHR 24407/04.

אלו מסיק בית המשפט כי תנאי ההחזקה הפיזיים והשגרה שבה היה נתון האסיר בשהותו בתנאי הפרדה, ובכלל זה איסור על ביקורים, גרמו לו סבל שחורג מזה שנגרם מטבע המאסר. בית הדין קובע כי חשיפתו לתנאים אלו לתקופה של 47 ימים היא בבחינת יחס משפיל, המנוגד לסעיף 3 לאמנת אירופה לזכויות אדם,²⁵³ ואילו במקרה *Csullog v. Hungary*,²⁵⁴ שבו חששו השלטונות כי האסיר מתכנן בריחה מן הכלא, צומצמו עד מאוד מגעיו עם אחרים וכן יכולתו להחזיק חפצים (לרבות ספרים ושקיות תה). יצוין כי בשני המקרים הללו בית המשפט קשר את מסקנתו באשר להפרת סעיף 3 של האמנה האירופית לתנאי החזקה "העלולים לגרום לאסיר סבל החורג מטיבו של עונש שלילת החירות"²⁵⁵ – ביטוי שהופיע גם בפסק דין יורגוב המוזכר לעיל.

הפסיקה שנסקרה עד כה מצביעה על מגמה עקיבה למדי להצר את ממדי השימוש המופרז בהפרדה היחידנית אך גם באשר לקושי לקבוע מסמרות באשר לפרמטרים הרלוונטיים לאי-חוקיות ההחזקה בהפרדה. הדעת נותנת – וסקירת הפסיקה דלעיל מאשרת – כי מספר הפרמטרים העשויים להיות רלוונטיים בקביעת מידת הלגיטימיות של הפרדה יחידנית במקרה נתון אינו קטן. אפשר לחלק פרמטרים אלה לשלוש קטגוריות:

א. פרמטרים הנוגעים לעצם ההפרדה היחידנית, כגון (1) עילת הפרדה ותכליתה; (2) פרק זמן ההפרדה; (3) התנאים שבהם מוחזק האסיר בהפרדה ושמירה על זכויותיו.

ב. פרמטרים הקשורים לאסיר: (4) גילו ומידת פגיעותו; (5) נזקים גופניים ונפשיים הנגרמים לו בפועל.

ג. פרמטרים משפטיים פרוצדורליים: (6) מעמדו המשפטי (חשוד, נאשם, שפוט, עצור מנהלי); (7) תהליך קבלת החלטה להחזקה בהפרדה; (8) קיומו של מעקב ופיקוח על מצב האסיר ונחיצותה של המשך החזקתו בהפרדה.²⁵⁶

רוב הפרמטרים הללו מוזכרים בדיונים של הגופים השונים שנזכרו לעיל, במהלך קביעת עמדותיהם באשר ללגיטימיות של המצבים השונים שבהם הוחזקו אסירים בהפרדה יחידנית.²⁵⁷ אך אין מדובר בדרך כלל בקטגוריות מוחלטות או במתודה שיטתית. בדרך כלל החלטה להתערב ולפסול הפרדה יחידנית בנויה על לפחות שני פרמטרים, כגון תנאי החזקה ואורך זמן, וגם באשר לפרמטרים אלה אין קריטריונים אחידים לצורך קביעת הפסילה. כך

253 שם, בעמ' 24–25, ליד פס' 75–81 לפסק הדין.

254 30042/08 מתאריך 7/6/11.

255 בית המשפט העיר באותו פסק דין כי לא תמיד היה קשר בין עילת ההפרדה לבין המגבלות שהושתו על האסיר במסגרת ההפרדה. למשל: מניעת הספקת שקיות תה בנימוק שהאסיר מסוכן.

256 ראו גם מניין הערובות הפרוצדורליות שצוינו לאחרונה על ידי בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת *Babar*, להלן ה"ש 285, בעמ' 65–66, פס' 212 לפסק הדין.

257 הפרמטרים המהותיים העיקריים שנקבעו כרלוונטיים בבית המשפט האירופי לזכויות האדם כפי שפורשו בפסק דין *Rohde v. Denmark* הם אלה: א. התנאים הפרטיקולריים של המקרה; נוקשות האמצעי שהושת על האסיר; משך ההחזקה בהפרדה; המטרה המבוקשת בהחזקה בהפרדה; השפעת ההפרדה על האדם/האסיר הנוגע בדבר. ראו לעיל ה"ש 246.

מקובל לגבש עמדה שיפוטית בנושא ההפרדה על בסיס קזואיסטי – "הכול תלוי בנסיבות המקרה". הבסיס המשפטי לגישה זו הוא כמוכן הצורך "במידתיות". על רקע האמור יש לתת את הדעת על ההתפתחויות החשובות שהתחוללו באשר לקידום הנורמות הבינ-לאומיות בסוגיה שלפנינו בשנה שחלפה (מאז קיץ 2011) אם כי לא הוסר הערפול בסוגיה, ואולי אף העמיק. התרומות החדשות לשיח זה מקורותיהן בשלושה שחקנים מרכזיים בתחום: ועדת ה-CPT וה-ECtHR (בית דין לזכויות אדם באירופה) במישור האירופי והדווח המיוחד לנושא העינויים במישור הבינ-לאומי. באוגוסט 2011 התפרסם דוח ביניים של הדווח המיוחד לנושא העינויים בנושא ההפרדה היחידנית.²⁵⁸ הפרק האופרטיבי של הדוח²⁵⁹ אמנם חוזר על העמדה שננקטה בדרך כלל בעבר, כי הקביעה אם ההפרדה היחידנית נוגדת את המשפט הבינ-לאומי תלויה בנסיבות המקרה, ויש אפוא לבחון כל מקרה לגופו,²⁶⁰ אך מתברר מן ההמשך, כי בקרב המשתנים הרלוונטיים שצוינו לעיל אפשר – על פי עמדתו של הדווח – להצביע על אלה שנוכחותם תהפוך את העונש לפסול. ואכן, הקטגוריה הראשונה של פסילה מופיעה כבר בפסקה הבאה של הדוח,²⁶¹ שבה נפסלה ההפרדה היחידנית "למטרות ענישה", שכן לדברי הדווח, מסגרת ענישתית זו גורמת כאב וסבל נפשיים "מעל כל גמול סביר ביחס להתנהגות הפלילית",²⁶² ומכאן שמדובר בהפרה של האמנות הבינ-לאומיות הרלוונטיות.²⁶³ מהסיפה של פסקה זו מתברר כי הכוונה היא להפרדה היחידנית שנקבעה על ידי הרשויות בהתחשב בעברה שעליה נשפט האסיר במקור ולא דווקא בעונש משמעותי על מעשה שבוצע בכלא, אם כי בעיקרון גם במסגרת זו מוצע לבטל את פרקטיקת ההפרדה היחידנית ולחפש חלופות.²⁶⁴

258 ראו לעיל ה"ש 49.

259 הכוונה היא לחלק K, שכותרתו "When solitary confinement amounts to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

260 שם, בפס' 71.

261 שם, בפס' 72.

262 ראו שם, בפס' 72: "Solitary Confinement, when used for the purpose of punishment, cannot be justified for any reason, precisely because it imposes severe mental pain and suffering beyond any reasonable retribution for criminal behavior and thus constitutes an act defined in article 1 or article 16 of the Convention against Torture, and a breach of article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights. This applies as well to situations in which solitary confinement is imposed as a result of a breach of prison discipline, as long as the pain and suffering experienced by the victim reaches the 'necessary severity'. ראו גם פס' 90 לדוח הדורש מידתיות ביחס שבין העונש לבין העברה הפלילית או העברה המשמעותית שבשל כך נקבע ההפרדה היחידנית, כאשר המידתיות צריכה לבוא לידי ביטוי גם בתנאי הענישה. וכן בפרק ה(3) למאמר זה, שבו מוזכרת כתיבתו של הפילוסוף ריצ'רד ליפקה.

263 הדוח מצייץ כאן את ס' 1 ו-16 לאמנת ה-CAT וס' 7 לאמנת ה-ICCPR.

264 שם, בפס' 74.

שתי קטגוריות נוספות שבהן הדווח המיוחד מצביע על איסור גורף בשימוש בהפרדה יחידנית: האחת, קטינים ואנשים בעלי מוגבלויות שכליות ונפשיות.²⁶⁵ והשנייה היא המעצר לפני המשפט. כאן מעיר הדווח כי ההחזקה בהפרדה יחידנית כדי להוציא מידע או הודאה מן העצור נוגדת את האמנות שצוינו לעיל,²⁶⁶ אך המלצתו הסופית היא שעל המדינה "לנקוט בצעדים להפסיק את הנוהל של הפרדה יחידנית במעצר לפני המשפט"²⁶⁷ – כלומר באופן גורף, ללא קשר לכוונת רשויות אכיפת החוק.

ואולם אין ספק שההמלצה העיקרית שבדוח מתייחסת לסוגיית משך זמן ההפרדה היחידנית. בעקבות המידע שהצטבר בנושא ובעקבות המלצות של גופים קודמים מסיק הדווח כי הביקורת על הפרדה יחידנית מתמקדת בסוגיית ההפרדה היחידנית הממושכת (Prolonged solitary confinement).²⁶⁸ הדווח בדעה כי משמעות המושג "הפרדה יחידנית ממושכת" היא הפרדה לתקופה העולה על 15 ימים, שכן "בנקודה זו על פי הספרות הנזכרת חלק מתוצאותיה הפסיכולוגיות המזיקות עלולות להיות בלתי הפיכות".²⁶⁹ על רקע זה סבור הדווח כי על ההפרדה היחידנית העולה על 15 ימים יש להטיל איסור מוחלט.²⁷⁰ משך תקופה זו הגיוני, לפחות מבחינת המסורת המשפטית הארץ-ישראלית, שכן היא קרובה מאוד לתקופה שנחשבת לתקופה המרבית המותרת כעונש הבידוד במערכת הכליאה הישראלית על עברות משמעות.²⁷¹ עם זאת בשל הפרקטיקות הקיימות הן בישראל והן במדינות אחרות באשר להפרדה יחידנית מנהלית ברור כי המלצה זו היא מהפך תפיסתי עמוק ביותר.

אך בדוח קיימות עוד שתי המלצות שהיחס שלהן להמלצה האחרונה אינו ברור. המלצה אחת מתייחסת לחשיבותה של קציבת תקופת ההפרדה, והדווח טוען כי הפרדה יחידנית לתקופה לא קצובה נוגדת את זכות ההליך ההוגן על פי האמנות הבין-לאומיות.²⁷² המלצה זו כשלעצמה חשובה, אך מתעוררת השאלה מהי משמעות ההמלצה נוכח ההמלצה הקודמת להגביל את תקופת ההפרדה היחידנית ל-15 ימים – האם הכוונה לקציבת התקופות רק

265 שם, בפס' 77 ו-78, וההמלצה בפס' 86. ראו גם ס' 33 ו-66–68. פס' 69 עוסקת באסירים בעלי תכונות מגדריות שונות.

266 שם, בפס' 73.

267 שם, בפס' 85.

268 שם, בפס' 30–32 ומקורות נוספים המוזכרים במאמר.

269 שם, פס' 26.

270 שם, בפס' 88. אך אשר לתקופות קצרות יותר סבור הדווח כי "It is clear that short-term solitary confinement can amount to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; it can, however, be a legitimate device in other circumstances, provided that adequate safeguards are in place. In the opinion of the Special Rapporteur, prolonged solitary confinement, in excess of 15 days, should be subject to an absolute prohibition".

271 אם כי החוק מחייב פיצול פרקי ריצוי העונש המשמעותי של שבועיים בבידוד לשבוע בתא בידוד, הפסקה של שבוע ואחר כך החזקה של שבוע נוסף בתא הבידוד.

272 שם, בפס' 75. ההפניה היא לס' 7 ו-9 לאמנת ה-ICCPR וס' 1 ו-16 לאמנת ה-CAT.

במסגרת 15 הימים המותרים? או שלמעשה מדובר ב־fall-back position (בררת מחדל) כל עוד המגבלה של 15 ימים אינה מתקבלת.²⁷³ המלצה נוספת, כללית מאוד, שמעמדה ביחס להמלצה המרכזית איננו ברור די הצורך אומרת כי "יש להשתמש בהפרדה יחידנית רק במקרים חריגים ביותר, כמוצא אחרון ולתקופה קצרה ככל האפשר".²⁷⁴ מאחר שהמלצה זו באה בהמשך להגבלה של 15 הימים, אפשר להבין כי גם היא מתייחסת למעשה רק להפרדה יחידנית קצרת מועד (עד 15 ימים). או שמא אולי שוב מדובר ב־fall-back position. מלבד זאת יצוין כי בסעיף 81 לדוח (שהוא חלק ממסקנות הדווח), יש התייחסות לכל המשתנים שיש בהם כדי להביא לידי פסילת ההפרדה היחידנית: השימוש בה למטרות ענישה, השימוש במעצר לפני המשפט, השימוש לפרק בלתי קצוב, האיסור על פרק זמן ממושך, השימוש לקטינים ולאנשים בעלי מוגבלויות שכליות ונפשיות, כלומר כל אותם המצבים שהדווח מבקש לאסור, כל אלה "יכולים" לעלות כדי טיפול ו/או עונש אכזרי, לא אנושי ומשפיל, ולא נאמר כי מצבים אלה בהכרח נוגדים את האמנות. ייתכן כי המפתח ללשון הלא עקיבה של הדוח הוא בהבחנה שמקיים הדווח בין חוקיות המעשים לבין הצעות ופירוט המסקנים המשקפים לדעתו מדיניות רצויה, וכי יש להתייחס להגבלה של 15 ימים על רקע זה. ולבסוף יש לציין את המלצותיו של הדווח בדבר הצורך בערובות פרוצדורליות, הן פנימיות והן חיצוניות.²⁷⁵

מקור נוסף של נורמות חדשניות בנושא ההפרדה היחידנית הוא הדוח העשירי ואחד של ועדת ה־CPT²⁷⁶, שבו פרק מיוחד בסוגיה. בניגוד לדוח הדווח המיוחד, דוח ועדת ה־CPT אינו מבקש להטיל איסורים על השימוש בהפרדה יחידנית אלא לגרום לצמצום השימוש בה ושתנאיה יהיו דומים ככל האפשר לתנאי ריצוי עונש מאסר רגיל. הדוח קובע חמישה עקרונות יסודיים²⁷⁷ שמחבריו מבקשים להחיל על כל סוגי ההפרדה היחידנית: א. מידתיות; ב. חוקיות; ג. אחריות; ד. "הכרח" (הדגש הוא לא בבחינת העילה להפרדה עצמה אלא במגבלות הספציפיות המוטלות על האסיר באותו המקרה); ה. היעדר אפליה. מחברי הדוח מבקשים להבחין בין דפוסים שונים של הפרדה לפי העילה: א. צורכי חקירה; ב. ענישה על עברות משמעת; ג. מטרות מניעתיות (הגנה על הציבור ו/או אוכלוסיית בית הסוהר) או ד. הגנה על האסיר עצמו – כאשר לכל דפוס מוצעות פרוצדורות מותאמות לאישור הפרדה ולמעקב אחריה,²⁷⁸ ולכל קבוצה נקבעו הסדרים נורמטיביים שונים.²⁷⁹ מלבד זאת לכל

273 אפשרות אחרת היא כי למעשה הכוונה היא רק לתקופות המעצר שלפני המשפט, הסוגיה שבמסגרתה נדונה בעיית הקיצוב. ראו פס' 75 לדוח. אך בפס' 87 מופיעה המלצה כללית חד־משמעית שלפיה הפרדה יחידנית שאיננה קצובה יש למגרה ולאסרה.

274 שם, בפס' 89.

275 שם, בפס' 92–101.

21st General Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) (1/8/2010 – 31/7/2011)

277 שם, ס' 55, בעמ' 40–41.

278 שם, ס' 56–57, בעמ' 42–46.

אסיר המופרד בשם מסוכנות תיקבע תכנית אישית על ידי צוות בין-תחומי,²⁸⁰ ולבסוף בדוח נקבעות דרישות מינימום באשר לתנאים הפיזיים שבהם אסירי ההפרדה מוחזקים, כגון גודל התא (6 מ"ר) ומרכיבי הריהוט, וכן באשר למעקב מצד הצוות הרפואי.²⁸¹ קביעות אלה, שכאמור אינן מתיימרות לפסול את השימוש בהפרדה יחידנית באופן גורף, אמנם דרמטיות פחות מאלה הכלולות במסמך הדווח הכללי, אולם בגלל התפקיד הפעיל של ועדה זו ומעורבותה היום-יומית בניהול מתקני כליאה באירופה אין לבטל את הצעותיה הפרגמטיות באשר להחזקת אסירים בהפרדה.

ולבסוף, הגורם השלישי שהיה – שוב – פעיל בתקופה זו הוא בית המשפט האירופי לזכויות האדם, שבמשך ימים ספורים בחודש אפריל 2012 נתן שלושה פסקי דין בעלי נגיעה ישירה לנושא ההפרדה היחידנית. שניים מתוכם נראים המשך ישיר של פסקי הדין שהוזכרו לפניכם כגון *Iorgov, Onoufriou* ו-*Csullog*. כוונתנו לעתירות של Horych²⁸² ו-²⁸³ Piechowicz נגד ממשלת פולין, ובשני המקרים הוחזקו העותרים במשטר המיוחד של הפרדה יחידנית שפותח בשביל "עצורים מסוכנים" בהתחשב בטיב העברות שיוחסו להם (סחר בסמים) ובחשד שהם בעלי קשר לפשע המאורגן. בשני המקרים נפסק כי מדובר בהפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם האוסר על עינויים ועל טיפול או עונש לא אנושיים ומשפילים, ואילו במקרה של הוריץ נקבעה גם הפרה של סעיף 8 לאמנה בשל ניתוק הקשר ממשפחתו. אפשר לומר כי פסקי דין אלה מתיישבים ברוחם לא רק עם פסיקתו הקודמת של בית משפט זה אלא גם עם שני הדוחות שהתפרסמו חודשים אחדים לפני כן:²⁸⁴ מבחינת ההדגשה בדוח הדווח המיוחד של עצם האיסור על החזקה ממושכת של אסיר בתנאים אלה, וההדגשה בדוח ה-CPT של הערובות הפרוצדורליות.

ואולם, ימים ספורים לפני קבלת החלטות אלו, בשני פסקי הדין, אותו הרכב של בית המשפט (הסנקצייה הרביעית – אם כי בשינוי קל של הרכבו האנושי) נתן פסק דין ברוח שונה, שעורר הדים בעולם בשל השלכותיו הפוליטיות. מדובר במקרה של *Babar Ahmad*,²⁸⁵ שעתרו נגד ממשלת בריטניה, שביקשה להסגירם לארצות הברית לצורך העמדה לדין על עברות חמורות הקשורות לאירועי 11 בספטמבר. העתירה התבססה בעיקר על הצפי כי הנאשמים ייכלאו בבית סוהר אמריקאי מסוג סופרמקס (מדובר בבית הסוהר הפדרלי Florence) וכי תנאי החזקה לא יתיישבו עם תנאי המינימום הנדרשים על פי האמנה האירופית לזכויות האדם. בית המשפט הכיר בכך כי "The purpose of the regime in those

279 שם, ס' 61, בעמ' 48–49.

280 שם, בעמ' 46.

281 שם, ס' 58–60 בעמ' 47, וס' 62–63 בעמ' 49.

282 Case of Horych v. Poland, Application no. 13621/08.

283 Case of Piechowics v. Poland, Application no. 20071/07.

284 בית המשפט התמקד לא בדוחות הללו אלא בדוח ה-CPT שנכתב על אודות מצב מתקני הכליאה בפולין זמן קצר לפני כן, וכן בתשובותיה של ממשלת פולין לדוח זה.

285 Babar v. United Kingdom, Application nos. 24027/07, 11949/08 and 36742/08 הפרשה ידועה אף לפי שמו של עותר אחר כ"פרשת אבו חמזה".

units is to prevent all physical contact between an inmate and others, and to minimize physically dangerous (ומכאן בית המשפט אמור להקפיד באופן מיוחד על שימוש בהפרדה יחידנית)²⁸⁷ – אך בכל זאת מצא נימוקים לדחות את העתירה.²⁸⁸ החלטה זו מעוררת תמיהה²⁸⁹ בהתחשב הן בפסיקתו של בית המשפט במקרים האחרים שצוינו כאן והן בשל הפער בין הקריטריונים המיושמים על ידי בית משפט זה על פי האמנה האירופית לזכויות אדם לעומת המבחנים החוקתיים המקבילים המיושמים בארצות הברית.²⁹⁰ יש לציין כי בית המשפט אמנם הזכיר את הדוחות של ה-CPT ושל הדווח המיוחד שנסקרו לעיל, אך נמנע מלהתייחס לעמדתו של הדווח בעניין פסילת ההפרדה היחידנית הנמשכת מעל 15 ימים. הגושפנקה שניתנה כאן בעקיפין למשטר ההפרדה היחידנית הנוהג בארצות הברית אכן נראית צעד (אחד לפחות) אחורה לאחר שאר הצעדים המתקדמים שצוינו כאן. בפרק זה סקרנו את הנימוקים לפסילת השימוש בהפרדה. בטרם נסיק מסקנות באשר לנורמות הרצויות בנושא זה בארץ, הבה נבחן את הרציונלים העיקריים שבשמן נהוג להצדיק הפרדה – ולו רק בהתחשב בשימוש הרב שנעשה בכלי זה במדינות שונות לאחרונה, ובעיקר בארצות הברית.

1. ההצדקות הבולטות להחזקה בהפרדה

בארצות הברית לבדה כלואים כיום כשני מיליון אסירים. אסירים משוחררים ואסירים כלואים הם חלק ניכר מאוכלוסייתה.²⁹¹ כ-600 אלף אסירים משוחררים ממתקני הכליאה השונים בכל שנה, וכשני שלישים מהם ייעצרו בשנית בתוך שלוש שנים מעת שחרורם.²⁹²

286 שם בעמ' 69 ס' 262.

287 שם, ס' 221.

288 כך למשל, באשר להיעדר קשר עם הזולת, בית המשפט מצא כי אפשר ליצור קשר עם אסירים אחרים דרך מערכת האוורור. כמו כן בית המשפט התרשם מהאפשרות לבקש העברה מתנאי הסופרמקס לאחר תקופה במסגרת תכנית המכונה step down.

289 בחוגים המקורבים לסוגיה נשמעה הדעה כי מדובר בפסק דין "פוליטי", שכן מערכת המשפט האירופי ביקשה להימנע מעימות עם בריטניה בנושא זה.

290 עונש ייחשב הפרת התיקון השמיני לחוקה האמריקאית רק אם תנאי המאסר לוקים בחסר באופן אובייקטיבי, וכאשר המצב נוצר בכוונה לגרום לסבל או מתוך אדישות לכך (ראו: באבא אחמד, שם סעיף 105), דהיינו מבחן סובייקטיבי שאינו מוכר על פי האמנה האירופית.

291 כך למשל בשנת 2008 נשללה זכות ההצבעה מכ-5.3 מיליון אזרחים כי היו אסירים, בשחרור על תנאי או בתקופת התנאי שלאחר השחרור המוקדם, ובחלק ממדינות ארצות הברית זכות ההצבעה נשללה גם מאסירים משוחררים שריצו את עונשם עד תום (ראו SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 29).

292 ראו Chen & Shapiro, לעיל ה"ש 183, בעמ' 2.

מקובל לראות בתופעת ה־solitary confinement, המוכרת בימינו, נפוצה בעיקר בארצות הברית. בין השנים 1995 ו־2000 עלה מספר האסירים המוחזקים בהפרדה בארצות הברית ב־40%, וההערכה היא, כפי שציינו קודם לכן, כי כיום מוחזקים כ־80 אלף אסירים בתנאים אלו.²⁹³

החוקרת שרון שלו, אשר חקרה את תופעת ההחזקה בהפרדה יחידנית בארצות הברית, מאפיינת שם שלוש קטגוריות או עילות להחזקת אסירים בהפרדה: ענישה, הגנה על אסירים²⁹⁴ ושיקולים אדמיניסטרטיביים מטעמי ניהול מתקן הכליאה. הפרדה כענישה והפרדה מטעמי הגנה על אסירים, על פי רוב מוגבלות בזמן קצוב, ואילו החזקה בהפרדה מטעמים מנהליים היא לרוב ארוכת טווח. בקטגוריה זו נמצאים אסירים המשויכים לקבוצות המוגדרות "סכנת בריחה", "ארגוני פשיעה", "טרוריסטים" ו"טורפים (predators)".²⁹⁵ שלו מאבחנת את תופעת ההפרדה המנהלית כצורה הקיצונית ביותר של ההפרדה:

"...administrative segregation, which in a sense is the most extreme form of solitary confinement: it is imposed on prisoners for prolonged periods of time, for reasons that often involve risk prediction and prison management rather than actual misconduct, and through administrative procedures often lacking in due process".²⁹⁶

משנת 1980 התפתחה מגמה אשר כונתה Marionization²⁹⁷ של שימוש נרחב בהפרדה המנהלית בכל רחבי ארצות הברית. מדינות רבות בנו בתי כלא חדשים או הרחיבו מתקני כליאה ישנים ובהם אגפים שעוצבו לפי משטר בידוד קפדני וממושך. מתקני כליאה אלו ואגפי ההפרדה מוכרים בשם הגנרי סופרמקס.²⁹⁸ לדבריה,

"Implicitly, supermax prisons serve to express sentiments of punishment and retribution, and many supermaxes hold prisoners who were charged with committing a serious offence in prison, and punished by a lengthy

293 ראו לעיל ה"ש 13. לעומת זאת, לדברי King, באנגליה הוחזקו באותה השנה 50 אסירים בתנאים אלה. ראו Roy D. King, *The Rise and Rise of Supermax: an American Solution in Search of a Problem?* in 84 PRISON READINGS: A CRITICAL INTRODUCTION TO PRISON AND IMPRISONMENT, (Yvonne Jewkes & Helen Johnston eds., 2006)

294 שלו מונה עם אסירים אלה: עברייני מין, משתפי פעולה עם רשויות אכיפת החוק, שוטרים לשעבר ואסירים שיכולים לפגוע בעצמם. ראו SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2.

295 שם.

296 שם.

297 התהליך המודרני לפיתוח מסגרות נוקשות לכליאת אסירים, ובכלל זה החזקתם בהפרדה יחידנית, החל בהכנת יחידה מיוחדת בבית הסוהר מריון שבארצות הברית.

298 לפי SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 3 אין הגדרה אחת לכל בתי הכלא הללו. שמם משתנה מתחום שיפוט אחד לאחר: Intensive security housing unit; special management unit; Special control unit; management unit, והשם הנפוץ ביותר הוא Super-maximum security. השוו גם לעיל לפרק ג.1.

period of up to five years in solitary confinement. The main stated role of supermax prisons, however, is the management of high-risk prisoners to ensure public safety and prison security".²⁹⁹

בארצות הברית, כאמור לעיל, שלטת הגישה שלפיה ניהול מתקני כליאה עוסק, מעצם תכליתו, בהשלטת הסדר והמשמעת בבתי הכלא. לשם כך נדרשים אמצעים לשם התמודדות עם אסירים אשר מפריס את הוראות בתי הסוהר וחוקיו,³⁰⁰ ובכלל זה כליאתם בתנאי הפרדה יחידנית, שמשמעותה הרחקת האסיר מאוכלוסיית כלל האסירים בכלא:

"Almost every correctional institution includes a special confinement unit for those who misbehave seriously after they are incarcerated. This 'prison within a prison' usually is a place of solitary confinement... accompanied by a reduced diet and limited access to reading materials and other diversions, and occasionally without any kind of light. Another means is administrative isolation, which is isolation from the general population for any reason other than punishment, such as protective isolation or isolation during investigation of an alleged institutional rule violation or a felony".³⁰¹

ברוב מתקני הכליאה בארצות הברית המוגדרים סופרמקס אפשר למצוא תאי הפרדה בעלי שטח מחיה של 6.5–7.5 מ"ר; האסירים נמצאים בכידוד בתאים במשך 22.5 עד 24 שעות ביממה. האסירים עושים פעילות גופנית לבדם בכלוב או בחצר בטון ללא כל ציוד פנאי, וזאת למשך שעה ביממה; נאסר על האסירים להתאסף עם אסירים אחרים ואין מתקיימת כל פעילות קבוצתית; לאסירי ההפרדה אין אפשרות לעבוד, וקיימות מעט, אם בכלל, תכניות חינוך; הביקורים מוגבלים ומתקיימים דרך זכוכית ללא כל מגע; התאים נבדקים, מנוטרים ומפוקחים באמצעות טכנולוגיית-על חדשנית.³⁰² יודגש, כי אף על פי שבארצות הברית תופעת הסופרמקס אומצה בהתלהבות הן במישור הפדרלי והן על ידי מדינות רבות בה, הרי ביבשת אירופה היא קנתה לה אחיזה קלושה. למעט ניסיון קצר מועד להפעלת שני מתקני כליאה דומים בבריטניה, היא ככלל זכתה להתעלמות גורפת.³⁰³

299 שם, בעמ' 45.

300 נראה, שקטגוריה זו דומה למי שאצלנו נשפטים לעונשי בידוד בעקבות דין משמעותי.

301 PALMER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 101.

302 SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 3–4.

303 ראו King, לעיל ה"ש 293, בעמ' 85–86. לדבריו: "What is no less striking then the American embrace of supermax is the lack of resonance of these notions in Europe. Apart from an important, but temporary, flirtation with the possibility of building one or

בשל השימוש הנרחב בארצות הברית בהפרדה היחידנית נתייחס כאן בעיקר להצדקות הפנים-מערכתיות והחיצוניות-ציבוריות שנשמעו על אודות הסופרמקס.

1. ניהול מתקני כליאה – צרכים פנים-מערכתיים

בארצות הברית ההצדקה המרכזית לשימוש בהפרדה יחידנית ממושכת הוא כי יש בו לאפשר ניהולם של מתקני הכליאה, שמירה על ביטחון הכלא ועל הסדר הטוב. אפשר להקביל הצדקה זו לעילות ההפרדה הישראליות המופיעות בסעיפי משנה 19 ב(2) ו-19 ב(4) לפקודת בתי הסוהר.

“Supermax prisons are officially targeted at those who are deemed to be chronic troublemakers, dangerous or disruptive prisoners who cannot be controlled in general population settings, the “worst of the worst” in the prison system”.³⁰⁴

אפשר להצדיק את בידודם האסירים המסוכנים בכמה נימוקים: ראשית, האסירים המסוכנים מנוטרלים, ואסירים אחרים והסוהרים יהיו מוגנים יותר. תפיסת ניהול הסיכונים ונטרול סכנות במתקני הכליאה של הסופרמקס מאפשרת הרחקת אסירים הנחשבים מסוכנים ביותר לאסירים אחרים ולצוות הסוהרים, והדרך היחידה למנוע מהם מלפגוע באחרים היא להחזיקם בהפרדה בשליטה מוחלטת וקפדנית של רשויות בית הסוהר.³⁰⁵ בתוך כך מנוטרלת האפשרות לאלימות בתוך בית הסוהר.³⁰⁶ שנית, אפשר לשחרר את אוכלוסיית הכלא הכללית מהסדרי ביטחון מחמירים. ריכוז האסירים הבעייתיים והמסוכנים בנפרד מאוכלוסיית הכלא ובמתקנים מיוחדים יאפשר הסרת הסדרי הביטחון בקרב כלל האסירים, על פי רמת הביטחון הנדרשת בגינם. שלישית, אפשר להפעיל תכניות שיקום וטיפול המיועדות לכלל קבוצות האוכלוסייה שבכלא:

even two supermax prisons in the United Kingdom, there has been remarkably little interest in these developments in Europe. This may have something to do with the effectiveness of bodies such as the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment whose critical reports can profoundly embarrass governments”

SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 4. 304

“This reasoning stems from the incapacitation/selective incapacitation model and the proposition that, by identifying high-risk prisoners and maintaining tight control over them, the occurrence of violence can be minimized”⁴⁷. שם, בעמ' 47. 305

“Also present in this line of reasoning are situational crime-prevention principles: preventing the occurrence of violence through the manipulation of environmental factors so as to reduce the opportunity for, and possibility of, prisoner violence”⁴⁷. שם, בעמ' 47. 306

"The rationale is that by removing the violent and disruptive few from general population prisons, the compliant majority will be able to participate in prison programmes and thus increase their chances of successful reintegration into society upon their release".³⁰⁷

רביעית, התקשורת בין כנופיות הכלא לרבות פעילויותיהם – ייפגעו. במתקני הכליאה בארצות הברית המלחמה בכנופיות הכלא (המאובחנות כשונות מכנופיות הפשיעה ברחובות) היא אחת מההצדקות העיקריות להחזקה בהפרדה של אסירים, ורבים מחברי הכנופיות (בין שהוכח כי הם כאלה ובין שהם נחשדים ככאלה) מוגדרים disruptive, regardless of their actual behavior in prison.³⁰⁸ הפרדת מנהיגי כנופיות ושבירת הקשר ביניהם לבין חברי כנופיותיהם נועדה להוביל להפחתת פעילות הכנופיות בתוך הכלא וכאקט של הרתעה נגדם.

חמישית, קיומה של כליאת הסופרמקס כשלעצמו הוא גורם מרתיע.³⁰⁹ הגישה הבסיסית היא שאסירים הם שחקנים רציונליים המבקשים למקסם רווחים ולהקטין כאבים, ולכן יבקשו להימנע מלהיות מוחזקים בתנאי פיקוח וריסון מרביים, כאגפי הסופרמקס. החשש מפני העברה לאגפים או לבתי כלא בעלי ביטחון מרבי, ובכלל זה החזקה בתנאי הפרדה, נתפס כמרתיע ותורם להפחתת האלימות בקרב האוכלוסייה הכללית בבתי הסוהר וכמרתיע גם מביצוע עברות עתידיות.

הנמקות אלה, הנוגעות לצורכי פנים ניהוליים של בתי הסוהר בארצות הברית מתמקדות בנטרול הפרות ביטחון וסדר ובמניעתן בתוך מתקני הכליאה, ואפשר שתהיינה פתרון מעשי לניהול אוכלוסיית אסירים מסוכנים בידי רשויות הכלא. אלא שאין בהצדקות אלה כל התמודדות עם השלכותיה של החזקת אסירים בהפרדה – מבחינה פיזית ומבחינה נפשית – על הכלואים, והן אף מתעלמות מהשפעות שיטת כליאה זו על שיעור הרצידיביזם והסיכון הנשקף לציבור מאסירים שהוחזקו בתנאים אלה לאחר שחרורם ממאסרם.

2. ביטחון הציבור – מניעת פשיעה וחקירת עבירות

צידוק נוסף שאפשר למצוא בכליאת הסופרמקס בארצות הברית הוא החזקתם בהפרדה של מי שהציבור תופס אותם כמסוכנים ביותר, על פי הפשיעה שביצעו מחוץ לכלא ולא בעקבות עברה או מעשה שביצעו בין כותלי הכלא. אסירים אלה מכונים irredeemably

307 שם, בעמ' 48.

308 שם, בעמ' 50.

309 שם, בעמ' 46.

dangerous prisoners. מדובר באסירים שיש להחזיקם ב-high-tech new type of confinement, suitable for their unprecedented and industrious danger³¹⁰.
חומרת העברות שעברו אסירים המוגדרים מסוכנים מייצרת הכשר ציבורי ומוסרי המקל את ההצדקה להחזקתם בהפרדה:

“Statements linking the dangerousness of prisoners with violent crimes outside the prison not only reassert the threat that supermax prisoners pose in a way that resonates with the public, but they also place social and moral barriers between the new generic type of the ‘dangerous offender’ and the rest of society. Such barriers make it easier to justify, both internally and externally, any treatment meted out to supermax prisoners”.³¹¹

שלו קובעת כי חרף השימוש בהצדקה זו הלכה למעשה בכליאת הסופרמקס רבים האסירים שהפרו את חוקי הכלא מהאסירים שביצעו פשעים חמורים מחוץ לכלא.³¹² שלו אף מדגישה בהקשר זה כי כליאת הסופרמקס איננה מציעה פתרון לאלימות בכלא – נהפוך הוא, מתקנים ותאים אלה נחשבים למקומות אלימים במיוחד.³¹³ לא מצאנו הצדקה מפורשת במדיניות כליאת הסופרמקס האמריקאית לשימוש בהפרדה ככלי למניעת עברות מחוץ לכלא, כלשון סעיף משנה 19 ב'5) לפקודת בתי הסוהר, או ככלי לחקירת חשודים בעברה.³¹⁴ בישראל נטען לא אחת כי השימוש בהפרדה נועד לרסק את ארגוני הפשיעה ולמנוע את פעילותם מחוץ לכלא:

“דממה, מחנק ובידוד הם מכשירים רבי עוצמה של המדינה, החזקה בארגונים. כאן, במקום הזה, גם מי שהיה מלך בחוץ, הטיל אימה, גר ליד ברק במגדלי אקירוב ודהר בג'יפ לבן, הופך לאיש בודד בתא בטון מחניק

310 שם, בעמ' 52. שלו מכנה בציניות את המסוכנים שבאסירים: “The baddest of the bad – the most violent, the murderers, rapists, terrorists, bombers – those who cannot be managed anywhere else... the meanest, nastiest, most intransigent criminals in the country, the ones upon whom every else has given up...”

311 שם, בעמ' 53–54.

312 שם, בעמ' 54 “In practice...despite the official recourse to explanations of prisoners’ transgressions against society as the factor which leads to their placement in supermax prisons, these prisons mostly hold prisoners who violated prison rules rather than those who committed the worst crimes outside the prison. This creates a blurring between the notions of the ‘disruptive prisoners’ and the ‘dangerous individual’ and the prison itself emerges as a separate entity which requires protection”

313 שם, בעמ' 55.

314 הגם ששלו מציינת שנעשה בכך שימוש: “The use of solitary confinement in other contexts and for different official aims, including its use as an interrogation technique...”

שם, בעמ' 55.

של 10 מ"ר. פעם החזקנו בכידוד את חילי הפשע. היום אנו מחזיקים את הבוסים. אברגיל, מוסלי, מולנר, אבוטבול. כפיר. זה מרסק ארגוני פשע. שב"ס מדבר על 300 תאי ההפרדה שלו עם 470 המופרדים, כאמצעי מניעה, לא ענישה... למעלה מתריסר אתרי ההפרדה פועלים בבתי הכלא בארץ. והמופרדים נעים ביניהם כקרוסלה, בתוך תנועה עצומה יותר, שבה משנע השב"ס בכל יום 1800 איש... כך, כל חצי שנה, נעקר כל מופרד ממושך מתאו ומועבר לכלא אחר. מלוד לנגב ולצפון. שלא יכיר סוהרים. שלא יבנה ממלכה אפילו בתנאים האלה. הם שונאים את המעבר. כל אדם רוצה ליצור לו בסיס קבע אפילו אם זה תא של 10 מר בלי חלון. הניוד מחזק את השליטה שלנו. שליטה היא שם המשחק. יש כארבע מאות ושבעים מופרדים. יש גם לא מעט הפרדות זוגיות. וכולם מטילים לפי תכנית שלנו... "קוסם" הוא דוגמא שב"סית טובה למה צריך הפרדה. כשהיה אסיר בכלא שאטה, הצליח, גם תחת שלטון רואימי שם, להקים בתשע שנים בכלא, עולם תחתון ומלואו בחוץ. הוא נחשד בסחר באמצעי לחימה, הלבנת הון, הפעלת בתי הימורים, גביית חובות וניכיון צ'קים בסכומים של כשני מיליון שקלים, וכל זאת מנוהל מתאו. הוא נעצר בכלא וזכה בעוד שנתיים. כך סגר 11 שנים..."³¹⁵

הגם שמבחינה תאורטית הצדקת החזקת אסירים בהפרדה מטעמים של "מניעת פשיעה וחקירת עבירות" נשמעת על פני הדברים משכנעת למדי, הדבר מעורר קשיים לא מעטים. למשל, אם לצורך מיצוי מידע מודיעני וכדי לפענח עברות מחוץ לכותלי הכלא ראוי להחזיק אסירים בהפרדה גם כשאין הצדקה מנהלית הנוגעת לביטחון בית הסוהר ולהשלטת הסדר והמשמעת בו; אם שימוש בהפרדה ככלי ל"שבירת ארגוני פשיעה" במובן הפיזי והמנטלי ראוי במדינה דמוקרטית, בבחינת "נטרול" ארוך טווח במסגרת המלחמה בפשיעה; אם, ובהמשך לכך, נכון שמתקני הכליאה ישמשו כלי עבודה בארסנל הכלים העומדים לרשות משטרת ישראל, או שמא מטרתם היא שלילת חירות כענישה והכנת האסיר לקראת יציאתו חזרה לחברה, בבחינת מניעת רצידיביזם עתידי.

במובן הפשוט לא הוכח כי ההפרדה מונעת פשיעה עתידית, לפחות בקרב אותם אסירים המוחזקים בה, באשר הם אינם מיועדים בתוך כותלי הכלא, האמריקאי והישראלי, לשיקום ולטיפול, ולכן ספק אם יש בהחזקתם בהפרדה למנוע מהם מלפשוט בשנית. עם זאת החזקתם בהפרדה כדי למנוע מהם ביצוע עברות מחוץ לכלא – מתוך מתקני הכליאה – נשמעת לנו נטולת הצדקה, שהרי אם ביצע אסיר עברה פלילית אפשר להעמידו לדין פלילי.

315 סרנה, לעיל ה"ש 14; ראו גם רענן בן צור "החיים בהפרדה: זאב מאחורי הסורגים" Ynet חדשות 3.3.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3222950,00.html (ההדגשה הוספה – ר"א ול"ס).

אם הדרך למנוע ממנו לבצע מתוך מתקן הכליאה עברה פלילית חיצונית לבית הסוהר היא באמצעות החזקתו בהפרדה, אזי נדרשת לכל הפחות תשתית ראייתית מבוססת המעידה על ניסיון לביצוע עברה, דבר שכשלעצמו מקים עילה טובה להעמדתו של האסיר לדין פלילי, או לפחות ראייה המעידה על הכנה לביצוע עברה שהוצגה בפני בית משפט מוסמך כדי לבסס את הצורך בהחזקתו בהפרדה.

3. הפרדה כחלק מתנאי נשיאת העונש

לעתים נשמעות קריאות מן הציבור ומן התקשורת, וכן מנפגעי העברות ומשפחותיהם, באשר לצורך להחמיר את תנאי החזקתם של אסירים.³¹⁶ תמיכה חלקית בכיוון מחשבה זו נמצאת בספרו המקורי של הפילוסוף ריצ'רד ליפקה המוקדש לניתוח עונש הכליאה מנקודת מבט גמולית.³¹⁷

ליפקה מחפש הקבלה כלשהי בין אופן הפגיעה שנגרמה לקרבן לבין יחסה של המערכת לעברייניו.³¹⁸ במקרים מסוימים, כגון רצח שבעקבותיו נשאר בן הזוג לבדו, רעיונו של ליפקה היה אולי מתממש באמצעות כליאתו בהפרדה של האסיר.³¹⁹ רעיון זה אינו מתיישב עם האמור בפרק הקודם של המאמר, שכן הוא נותן ביטוי לתפיסה גמולית (ואולי אף נקמנית) של הענישה, ואילו לדעתנו גישתה של הנהלת הכלא צריכה להיות שיקומית בעיקרה, עמדה הנתמכת כיום, כאמור לעיל, על ידי המשפט הבין-לאומי ואפילו הישראלי. אך גם אלמלא מגבלה זו היה קשה להצדיק את השימוש בהפרדה אף אם תאומץ הגישה הגמולית, וזאת מסיבות אחדות:

(א) תומכי הגישה הגמולית אינם מחפשים בדרך כלל ליצור תנאי ענישה דומים לנזק שנגרם אלא מסתפקים בסולם ענישה שיספק אמצעי מדידה לדרגות החומרה של העונש, כגון גורם הזמן של הכליאה או שיעורו הכספי של הקנס.³²⁰ אפילו בתקופת העונש ה"טליוני" (עין תחת עין) התקשו לקבוע עונשים הזוהים למעשה העברה והסתפקו בסנקצייה "שוות ערך".³²¹

316 השוו לעיל אצל SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 45.

317 RICHARD L. LIPKE, RETHINKING IMPRISONMENT (2007), available at <http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199209125.pdf>

318 "More serious crimes interfere with victims' lives in profound ways, and the state is therefore justified in imposing comparable penal losses on those who commit them" שם, בעמ' 5.

319 למעשה, קשה להעלות על הדעת שליפקה עצמו היה תומך בכך, שכן באופן כללי הוא תומך בהחזקת אסירים "בתנאי החזקה מינימליים", להבדיל מ"תנאי החזקה קיצוניים". ראו שם, בפרק 5.

320 ראו ANDREW VON HIRSCH, DOING JUSTICE: THE CHOICE OF PUNISHMENT: REPORT OF THE COMMITTEE FOR THE STUDY OF INCARCERATION (1976).

321 ראו לסלי סבה ואירים ויינריב "כמות ענישה בחיפוש אחר תיאוריה" חוקים ג 99 (2011).

(ב) אפ אפשר ליצור סוגים של כליאה על פי חומרתם ולשייך אליהם עבריינים מסוימים (או עברות מסוימות), היישום צריך להיעשות על ידי בית המשפט על פי הנחיות המחוקק (כדוגמת המאסר בעבודות פרך לשעבר)³²² ולא על ידי הרשות המבצעת (קרי סגל בתי הסוהר).

(ג) היום אסירים נדונים להפרדה (להבדיל מאלה הנדונים לעונש "בידוד" בעקבות עברת משמעת) לא בשל מעשיהם הפליליים אלא משיקולים מנהליים מערכתיים, ולכן להחזקתם אין כל קשר לעקרונות גמוליים. אדרבה: אפשר שניתוח גמולי של ענישת הכליאה יוביל למסקנה ההפוכה, כי אסירים המושמים בהפרדה דינם לסבול ולהיפגע מסיבות שאינן תלויות בהם, ומכל מקום לא בשל עברות שנשפטו עליהן, ועל כן מבחינת התפיסה הגמולית נענשו יותר מדי, ועקרון השוויון בפני החוק מופר. מכאן כי ליפקה מעלה את השאלה אם אין מקום לקצר בתקופות מאסרם של אסירים שהוחזקו בהפרדה זמן ארוך.³²³ מכל מקום, לא נראה כי המטרה הגמולית יכולה לספק רציונל לעצם קיומם של הסדרי ההפרדה היחידנית וזאת לבד מהנימוקים הרבים, לרבות העקרונות הנורמטיביים, השוללים הסדרים מעין אלה.

(ד) הרתעה – הדיונים דלעיל התייחסו לאפשרות ההפרדה היחידנית למניעה (במובן של Incapacitation) ולגמול. מחקר מעניין של המלומדים Chen ו־Shapiro דן בשאלה אם תנאי כליאה קשים אכן מונעים רצידיבזים (מבחינת ההרתעה האישית). מסקנתם, כפי שהבאנו אותה קודם לכן, הייתה שתנאי כליאה קשים אינם מפחיתים רצידיביזם, וייתכן אף כי הם מובילים אליו. לפי שיטתם:

"Models of 'specific deterrence' (Smith and Gartin, 1989), which posit that criminals learn from their own experiences about the severity of penalties, predict that harsher conditions will decrease the propensity to recidivate. Alternatively, if harsher prison conditions correspond to inferior labor market outcomes (Western, Kling, and Weiman, 2001), if prison life induces a taste for violence (Banister, Smith, Heskin and Bolston, 1973), or if encounters with peers while in prison can influence post-release crime (Glaeser, Sacerdote, and Scheinkman, 1996; Bayer, Pintoff, and Pozen, 2003), then harsher conditions may lead to more crime following release".³²⁴

322 Sean McConville, *The Victorian Prison*, בתוך THE OXFORD HISTORY, לעיל ה"ש 3, 117, 147–146.

323 ראו LIPPKE, לעיל ה"ש 317, בעמ' 117.

324 ראו Chen & Shapiro, לעיל ה"ש 183, בעמ' 2.

ואשר להרתעה כללית, להבדיל מהרתעה אישית, אין לפסול את האפשרות כי עברייני זה או אחר שנתפס כמועמד פוטנציאלי לריצוי כליאתו בתוך תאי הפרדה, אם יידון למאסר, ייזהר במעשיו כדי להימנע מליפול לגורל מר. אך כידוע המחקרים על ההרתעה מעידים כי ברמת המקרו לא ההחמרה בענישה משפיעה על היקף הפשיעה אלא רק הגברתה של הסתברות התפיסה.³²⁵ נראה אפוא שהסיכוי שהחשש מכליאה בתנאי הפרדה יחידנית יגביר את התופעה של חיסול עדים רב מהסיכוי לצמצום הפשיעה. מכאן, שגם אם יש אי אילו סיבות או הצדקות או עילות המחייבות את השימוש בתנאי הפרדה יחידנית במקרים חריגים, שיקולים אלו מתחווים לעומת נזקי ההפרדה.

מכל מקום, כפי שהודגש במאמר כולו (ובייחוד בפרק ה), מערכת הכליאה מחויבת על פי נורמות בין-לאומיות לשאוף למטרות שונות לחלוטין מאלה שצוינו כאן, היינו לשיקומם של האסירים ולרה-אינטגרציה שלהם בחברה הנורמטיבית, וכפי שעוד הודגש במאמר – לקידום מטרות אלו אין להפרדה יחידנית מה לתרום.³²⁶

ז. לקראת מדיניות נאורה

עד כה הניתוח שהצגנו מביא נימוקים חזקים נגד השימוש בהפרדה יחידנית, שהיא תופעה אנומלית לאור ההתפתחויות בעולם בתחום הענישה וההגנה על זכויות האדם. לו אפשר היה לבטל את הסנקצייה הזו מכול וכול, היה הדבר עונה על כלל הביקורות מכל הסוגים, ובכלל זה הפגם בהסדרה הנורמטיבית; שימוש היתר ו"המדרון החלקלק"; העילות המפוקפקות; אופן קבלת ההחלטות; בעיות של היעדר ניטור ופיקוח אפקטיביים וראויים לרבות הקשיים שעוררו תיקוני החקיקה בישראל לסעיף 19 לפקודת בתי הסוהר. ואכן, ממסקנות הדווח המיוחד נגד עינויים שכנעו אותנו במידה רבה מאוד שיש לאסור הפרדה יחידנית לתקופה בת יותר משבועיים. במקרה שכזה לא תיוותרנה אלא הבעיות של אישור ההפרדה היחידנית לתקופות קצרות ביותר. אמנם אין לזלזל בפגיעה הכרוכה בהפרדה יחידנית לתקופות של עד שבועיים, אך היא לאין שיעור פחותה מהפגיעה מהמצב כפי שהוא היום, שבו אפשר שההפרדה תימשך שנים רבות עד כדי זמן בלתי מוגבל.

עם זאת לא זו בלבד שנשמעת נימה של אמביוולנטיות מהמלצת הדווח המיוחד,³²⁷ אלא שלא ברור לנו אם אכן קיים סיכוי שהמלצה (או קביעה)³²⁸ זאת תתקבל בעולם כולו,

Anthony N. Doob & Cheryl Marie Webster, *Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis*, 30 CRIME & JUSTICE 143 (2003). אין בכך לשלול את האפשרות כי עונש הבידוד ירתיע אסיר מביצוע עברות משמעת חמורות, אך לא בסוגיה זו אנו מתמקדים במאמר זה אלא בהפרדה מנהלית.

326 ראו לעיל פרק ה.2, שכותרתו "הפרדה יחידנית ותכלית הכליאה".

327 ראו לעיל ה"ש 49.

328 כפי שצוין, לא היה ברור אם מדובר בפרשנותו של הדווח באשר למצב המשפטי היום או בהצעה לשינוי.

ובישראל בפרט, ולכל הפחות שמדובר בעניין של זמן עד שתיושם. לכן אנו מציעים הצעות אופרטיביות – או כיוונים של הצעות אופרטיביות – למה שנחזה בעינינו כפגמים הבולטים בפרקטיקה זו כפי שהיא נהוגה כיום בישראל.

כפי שעמדנו על כך לא אחת במאמרנו, תיקון מס' 42 לפקודת בתי הסוהר, אשר נחקק לאחרונה, מקדם ברמה ההצהרתית והנורמטיבית את מצבם של האסירים בישראל באשר הוא מעגן ולו באופן מינימלי תנאי כליאה הולמים וזכות לחינוך ולפעילות פנאי ומורה לנציב השב"ס במפורש כי עליו לפעול למען שיקומם של אותם אסירים, שהם תושביה ואזרחיה של המדינה. התיקון מקדם מדיניות נאורה הממסדת את הגדרת תפקידו של שירות בתי הסוהר לפעול לרה-סוציאליזציה של האסיר בחברה, כעולה מתכליות המאסר הנוהגות במדינות העולם הנאור. אלא שכפי שצינו, בשל שיקול הדעת הרחב שניתן לשירות בתי הסוהר אנו בספק אם חקיקה הנעדרת יסוד תקציבי יש בה כדי להביא לשינוי המיוחל. לטעמנו קיים חשש של ממש שבתי המשפט ימצאו את התנהלות השב"ס סבירה כל אימת שתועלה על ידיהם טענת מחסור והיעדר משאבים למימוש הוראת חוק זו אף באשר לאסירי הפרדה.

אנו סבורים, ודומה שלא יהיה חולק, שקיים הבדל תהומי בין נשיאת עונש מאסר באגפים רגילים, בחינת "שלילת חירות רגילה", לבין נשיאת עונש מאסר בתנאי הפרדה, והאחרון משול מבחינת חומרתו החוקתית עד כדי תוספת עונש לשלילת החירות כשלעצמה כשמדובר בתנאי כליאה קשים ובתקופה ממושכת. בהקשר זה אין מנוס מהתמודדות עם השאלה אם לקראת מדיניות נאורה יותר בעניינם של אסירי הפרדה לא היה ראוי לבוא לקראתם אלה ולקצר את עונשם, בבחינת הכרה באחריות המדינתית על שהושתה על האסיר סנקצייה נוספת חמורה משלילת חירות, סנקצייה שאינה באשמתו או בשליטתו של האסיר. בהמשך לכך מתבקשת התובנה כי על המדינה לשאת בעלויות שיקומם וטיפולם הרפואי והנפשי של אסירים אלה כדי להכשירם לחזרה לחברה הן בתוך מתקן הכליאה והן מחוצה לו.

מתוך ניסיון לרפא את הפגמים הקיימים היום בחקיקה הישראלית בעניין החזקתם של אסירים בהפרדה יחידנית אנו מציעים את מתווה ההצעות הזה כמסד נורמטיבי ופרוצדורלי לעניין זה:

ההצעה הראשונה, פרזומציית השבועיים: יש ליצור חזקה שהפרדה יחידנית לתקופה של יותר משבועיים היא לכאורה הפרה של עקרונות זכויות האדם, ועל כן נטל ההוכחה להפריכה במקרה זה יוטל על המדינה. ההצעה השנייה, קטגוריות פסולות: יש לקבוע כי באשר לקטגוריות מסוימות, כגון קטינים ואנשים בעלי בעיות נפשיות, החזקה הופכת לחלוטה; בהמשך לכך יש לצמצם בחוק את עילת ההפרדה כשמדובר בקטינים ולקבוע נטל הוכחה מוגבר באשר להפרדתם לתקופה שלא תעלה על שבועיים. כמו כן יש לעגן בחוק פסילה מפורשת של האפשרות להחזיק בהפרדה אסירים הלוקים בנפשם או בעלי פוטנציאל

למחלת נפש, ואת יתר העילות שבחוק יש לתחום ולצמצם. השלישית, הפרוצדורות המהותיות: קיים הכרח לבצע רפורמה מקיפה בתהליכים המנהליים והשיפוטיים³²⁹ הנוגעים להפרדה לא רק בקבלת החלטה בדבר הפרדה היחידנית אלא גם בערובות פרוצדוראליות להליך הוגן. דהיינו, לאחר שבועיים נדרשת החלטה שיפוטית ואף גישה לסיוע משפטי. הרביעית, סדרי דין וראיות: יש להבטיח כי ההליך יוכפף, בשינויים המחויבים, לדיני ההליך הפלילי, וכי הראיות תהיינה גלויות, ויובטח איוון אדוורסרי מהותי ופרוצדורלי בין הצדדים. הסיבה שיש להקפיד בעניין זה היא שההבדל בין היות אסיר רגיל להיות אסיר בהפרדה יחידנית הוא, כפי שנאמר לעיל, כהבדל שבין להיות במאסר לבין לא להיות במאסר. החמישית, שמירה על הזכויות³³⁰ ותפיסת ה"נפרד אבל שווה": אנו מציעים כי בחקיקה

329 ראו פרק ד לעיל. קיים הכרח לאכוף על בית המשפט לשקול שיקולים חוקתיים הנוגעים לשמירה על זכויות אדם. באמירה זו אנו מודעים לכך שהרפורמה שהוביל המשרד לביטחון הפנים בעקבות דוח חנה קלר ועתירת המוקד להגנת הפרט ורופאים לזכויות אדם נכשלה באשר היא לא יושמה על ידי בתי המשפט.

330 במובנים רבים החזקת אסירים בהפרדה יחידנית בישראל דומה יותר לכליאת הסופרמקס האמריקאית, אלא שבארצות הברית, הגם שהחזקה בהפרדה כשלעצמה איננה נתפסת כהפרה של התיקון השמיני לחוקת ארצות הברית (ראו PALMER, לעיל ה"ש 11 : Sostre v. Mcginnis, 442 F.2d 178 (2d Cir. 1971)). קיימת הקפדה חוקתית באשר לתנאי כליאתם. כך למשל, לפי פסק הדין (7th Cir. 2009) 559 F.3d 693, Marion v. Columbia Correctional Institution, מובא אצל PALMER, שם, בעמ' 102), קבע בית המשפט הפדרלי, על סמך ניתוח הן של משך הכליאה בהפרדה והן של תנאיה – בייחסו להם אותה מידה חשיבות – אם החזקת אסיר בהפרדה היא בגדר "Cruel and unusual punishments": "Over the years, many actions by state and federal prisoners have challenged the validity of the use of isolated confinement, claiming that the practice is per se unconstitutional; that is, unconstitutional without the need for any proof than the fact that the prisoner is held in isolated confinement. This contention has been rejected by federal courts. The use of isolated confinement is seen as a valid means of protecting the general prison population and for preventing disobedience, disorder, or escapes. However, the conditions of isolated confinement can be disproportionate to the offense involved or use for an improper means and thus run afoul of the Eighth Amendment. Furthermore, the procedure by which isolation is enforced can be fundamentally unfair, thus violating due process of law". PALMER, שם. למעשה, בתי המשפט הפדרליים קבעו שהחזקה בהפרדה עולה כדי עונש אכזרי ויוצא דופן, כאשר נמצא כי האסיר סבל מתת-היגיינה אישית והזנחה או במקרים שבהם תזונת האסיר נמצאה לקויה. בנוסף בתי המשפט קבעו כי להפרת התיקון השמיני לחוקת ארצות הברית ייחשב קיומה של דיספרופורציה בין העונש שבגיניו יושב האסיר בכלא להחזקתו בהפרדה (שם, בעמ' 116). גם כליאת אסיר בעל מחלת נפש או בעל פוטנציאל למחלה כזו נאסרה כלא חוקתית (ראו Madrid v. Gomez, 889 F.Supp. 1146, 1249 (N.D. Cal. 1995); Ruiz v. Johnson 178 F.3d 385 (1999); Jones El v. Berge, 164 F.Supp. 2d (Cal. 2001) 1096). שיקולים חוקתיים שעל פי רוב בהליכי הפרדה השיפוטיים בישראל אינם נשקלים כלל. הביקורת השיפוטית בארצות הברית מדגישה אפוא מאוד את נושא תנאי החזקתם הפיזיים של אסירי הפרדה, אולם יש שגם הזכות להתפלל בכנסייה הוכרה כהפרה חוקתית: "Courts have found that the lack of lighting or windows in the cells and lack of mattresses are not impermissible... These same conditions, however,

הראשית יעוגנו זכויות אסירים המכונות כיום "טובות הנאה", כגון טלפונים, ביקורים, התייחדויות, קנטינה – באופן שיבטיח את קיומן, במנותק משיקולי סדר ומשמעת, כפי שמעוגן כיום בסעיף 19 לתקנות בתי הסוהר. ככלל, קיימת חשיבות להבטיח כי תנאי כליאתם של אסירי הפרדה יהיו דומים לתנאי כליאתם של אסירים באגפים הרגילים, שבהם טובות הנאה ניתנות כעניין של שגרה.³³¹ ההצעה השישית, פיקוח ובקרה: בתקופת ההפרדה היחידנית יש להקפיד שבעתיים על זכויות האסירים באמצעות מנגוני פיקוח, ניטור ובקרה אינטנסיביים ואפקטיביים.³³²

when coupled with overcrowding in the cells, unclean cells, or lack of heat, have been held to violate the Eighth Amendment. The personal hygiene of prisoner, the physical condition of the prisoner, and the physical condition of the isolation cell have been the focal points of most judicial attention in the area of isolated confinement... However, a bread and water diet has been termed 'generally disapproved and obsolescent' and has been strongly disapproved by the American Correctional Association as constituting the imposition of physical (corporal) punishment. Similarly, at least one court has ruled that broadly prohibiting prisoners in isolation or segregated confinement from attending prison chapel is unconstitutional. יש לציין כי לאחרונה נשמעו בארצות הברית אמירות שלפיהן החוקתיות הכוללת של כליאת הסופרמקס איננה ברורה, וכי יש להפעילה בזירות: "The National Institute of Corrections has recently warned Departments of Corrections that 'generally' the overall constitutionality (of supermax programs) remains unclear and that they should proceed with caution (NIC, 1999) (ראו King, לעיל ה"ש 293, בעמ' 85). על ההסדרה הנורמטיבית הנוגעת להגנה על זכויותיהם של אסירי הפרדה אפשר ללמוד מהחוק הקנדי. שם נקבע כי ככלל אסירי הפרדה ייהנו מאותן זכויות, פריווילגיות ותנאי מאסר כמו אוכלוסיית האסירים הכללית, למעט זכויות/פריווילגיות ותנאי מאסר שאפשר לממשם רק בסביבתם של אסירים אחרים או שאי אפשר להקנותם באופן סביר בהיותם מוגבלים למתחם ההחזקה בהפרדה מטעמי ביטחון. ראו Corrections and Conditional Release Act (1992, c. 20): "37. An inmate in administrative segregation shall be given the same rights, privileges and conditions of confinement as the general inmate population, except for those rights, privileges and conditions that Can only be enjoyed in association with other inmates; or Cannot reasonably be given owing to Limitations specific to the administrative segregation area, or Security requirements" (S.C. 1992, c. 20, s. 37.) הפסיקה הקנדית מבהירה כי מטרת ההפרדה המנהלית הוא להרחיק את האסיר משאר אוכלוסיית הכלא, ואף על פי כן אסיר בהפרדה מנהלית אינו מאבד אף אחת מזכויותיו או מהפריווילגיות שניתנו לו, להבדיל מאסירים שהורשעו בדין משמעתי היכולים לאבד פריווילגיות מסוימות למשך זמן מסוים: "The purpose of administrative segregation is to keep an inmate from associating with the general inmate population: CCRA, ss. 31(1). Inmates in administrative segregation do not lose any of their rights or privileges: CCRA, s. 37. In contrast, inmates found guilty of disciplinary offence can lose privileges that are recreational in nature for a specified period of time". Graham v. Millhaven Penitentiary, [2004] F.C. No. 1344

"The fact that segregation facilities are inherently more private and isolated than mainstream facilities can result in lower levels of scrutiny and accountability, a fact that

331

332

שני נושאים אלה, האחרונים, עיגון פוזיטיבי של זכויות אסירי הפרדה, השוואת התנאים של אסירים אלה לתנאיהם של כלל האסירים והבקרה האינטנסיבית – כל אלה ראויים להרחבה בראייה השוואתית. אשר לבקרה, באנגליה³³³ תקנות בתי הכלא (ה- Prison Rules 1999, SI 728, s.45) קובעות ביקורי חובה של רופא אצל כל אסיר שמצוי בהפרדה לפי צרכיו הבריאותיים של כל אסיר ואסיר, ולפחות אחת לשלושה ימים. בכל שאר הימים יבקרו אחות מוסמכת או קצין רפואה, וכך יבקר גורם רפואי את האסיר על בסיס יומי. על הגורמים הרפואיים להעריך את המצב הפיזי, הרגשי והמנטלי של האסיר ולבחון אם קיימים תסמינים קליניים שמצדיקים הפסקת ההפרדה.³³⁴ ככלל, אסירים המצויים בהפרדה זוכים לביקורים קבועים של הנהלת הכלא ושל אחרים העובדים בכלא. הביקורים נועדו לוודא שהאסיר מקבל יחס הוגן וסביבה בטוחה. כמו כן האסירים מקבלים הזדמנות להשמיע ולהציף כל חשש שיש להם.³³⁵

was acknowledged by Professor Richard Harding, WA Inspector of Custodial Services, in Western Australia. Segregation areas, by their very nature, less visible than other parts of maximum security prisons. The frequent thoroughfare of lawyers or program staff or official visitors tends to have a beneficial impact on mainstream conditions; but these movements are attenuated in 'prisons within prisons'. Without scrutiny, conditions can deteriorate badly...".³³³ "כדאי לציין כי בעקבות דוח הביקורת של פרופ' הרדינג הוקם מערך פיקוח וניטור ממוסד מטעם רשויות הכלא שבמערב אוסטרליה: "The report made a number of recommendations aimed at improving conditions and increasing accountability in the segregation facilities at Casuarina Prison. They included establishment of a Case Management Review Committee to monitor the progress of all officers held in these areas and improved record-keeping in relation to major events'...".

בבריטניה (אנגליה ווילס) משרד המשפטים (Ministry of Justice) הוא הממונה על תחום זה. באחריותו של משרד זה פועלת הרשות המבצעת, המופקדת בין השאר גם על שירות בתי הסוהר הבריטי (National Offender Management Service).

"Regime for prisoners in segregation a restriction of normal facilities must be supported by a risk assessment that clearly states why the restriction is being placed on that prisoner and how often the assessment will be reviewed; this must then be recorded on the segregation history sheet. Healthcare Visits the doctor must visit each prisoner in segregation as often as their individual health needs dictate and at least every three days. A registered nurse or healthcare officer must make the assessment on all other days, so that a member of healthcare staff visits the prisoners on a daily basis. Healthcare staff must assess the physical, emotional and mental well being of the prisoner and whether there are any apparent clinical reasons to advise against the continuation of segregation".

"Management and Support Visits Prisoners held in segregation are visited regularly by prison management and others who work in the prison. The visits ensure that prisoners are being treated fairly, with dignity and with decency as well as safely and fairly and that prisoners have the opportunity to raise any concerns they have"

אשר לתנאי כליאת האסירים בהפרדה, הרי תקנות בתי הכלא מסמיכות את רשויות בתי הכלא בבריטניה להתקין את ההוראה העוסקת בתנאי כליאתם של אסירי הפרדה³³⁶ – PSO 1700.³³⁷ אפשר להבין מהוראה זו שנקודת המוצא היא שלאסירי הפרדה יחידנית ניתנים תנאים רגילים כשל האסירים כולם, וכאשר מושתת עליהם הגבלה כלשהי, הרי היא צריכה להיות מבוססת ומבוקרת.³³⁸ למשל, נקבע בהוראה זו כי תאי ההפרדה יהיו תאים רגילים, ובהם תאורה ואבזור ראוי שעומד בסטנדרטים של תאי אסירים רגילים, ובכלל זה אמצעי תברואה, מוצרי חשמל והכנה לטלוויזיה. בתוך התא תהיה מקלחת או מתקן רחצה. יחידת ההפרדה צריכה להיות נקייה ושטרור בה אווירה חיובית לצוות ולאסירים. למשל: איכות

336 שירות בתי הסוהר הבריטי מפרסם הוראות שונות לניהול בתי הכלא: Prison Service Order (PSO), וכן Prison Service Instructions (PSI).

337 בכתובת אינטרנט: pso.hmprisonerservice.gov.uk/pso1700/default.htm: "Segregation under Prison Rule 45 (YOI 49) Governors/Directors must ensure that the restrictions on prisoners segregated under Prison Rule 45 (YOI 49) are no more than are necessary to protect the prisoner concerned or to maintain the good order or discipline of the establishment. The regime for segregated prisoners (under Prison Rule 45 (YOI 59)) should be as full as possible and only those activities that involve associating with mainstream prisoners should be curtailed. In-cell education or work that could be done in cell should be encouraged. Access to activities such as domestic visits, legal visits, use of the telephone, canteen, exercise and showers should be comparable to those for a prisoner held on normal location. Certain regime elements, for example, TV, Radio/CD player, association within the segregation unit, PE/gym access could be used as incentives/rewards for prisoners that comply with the targets set by the Segregation Review Boards. (Note: radios must not be routinely removed from young people who are kept in segregation)"

338 לפי הוראה זו, רשויות בתי הסוהר באנגליה מחויבים להבטיח כי ההגבלות על אסירי הפרדה הן לא יותר ממה שנדרש כדי להגן על האסיר או כדי להבטיח את הסדר או המשמעת של המתקן. הוראה זו אף קובעת כי שגרת יומם של אסירי הפרדה צריכה להיות מלאה ככל האפשר, ורק פעילויות שמערבות אינטראקציה עם אסירים אחרים תהיה מוגבלת. כמו כן נאמר כי יש לעודד כל סוג של לימודים או עבודה שאפשר לבצעם בתוך התא. הגישה לפעילויות כמו ביקורי בית, ביקורים משפטיים, שימוש בטלפון, קנטרינה, התעמלות ומקלחת צריכה להיות מושווית לזו של אסירים רגילים. מאפיינים מסוימים של תנאי השגרה, כמו למשל טלוויזיה, רדיו, תקשורת עם אחרים במסגרת ההפרדה, גישה לחדר כושר – יכולים להוות תמריץ לעומדים ביעדים של הגוף המפקח על ההפרדה (מדובר בגוף חיצוני האמון על פיקוח ובקרה עצמאיים וניטרליים על ההתנהלות של אגפי ההפרדה). בנוסף, כל הגבלה של תנאים נורמליים, כגון הגבלה של סוג הרהיטים בתא או איסור על החזקת מצת או גפרורים, חייבים להיות מבוססים על הערכת סיכונים שבאופן מפורש מסבירה מדוע ההגבלה נכנסה לתוקף ובאיזה תכיפות ההגבלה תיבדק מחדש. יש לתעד את ההגבלה בדו"ח שעוקב אחרי ההיסטוריה של האסיר מרגע שנכנס להפרדה. שם.

המגורים והריהוט, סוג הריצוף ותמונות לקישוט בתוך היחידה. בנוסף נאמר כי יש לעשות כל הנדרש כדי לשפר את הסביבה של חצר הטיולים.^{339, 340} הסדרים אלה באנגליה יכולים לשמש השראה למחוקק הישראלי ולשירות בתי הסוהר בעניין הסדרת תנאי כליאתם של אסירים בהפרדה, לרבות מנגנוני פיקוח ובקרה, ובכך יש כדי להפחית מפגיעה בזכויות אדם חוקתיות של אסירים אלה הפחתה ניכרת.

ח. אחרית דבר

בתחילת המאה התשע-עשרה החזקת אסירים בכידוד אופיינה בעיקרה ככלי לרפורמה נוצרית-מוסרית.³⁴¹ כאמור, חסרונותיה ונזקיה הובילו, כבר בשנת 1842, את הסופר הנודע צ'רלס דיקנס, אשר כינה את תאי ההפרדה באמריקה, silent cells, לצאת חוצץ נגד שיטת כליאה זו, שלבסוף נעלמה מנוף בתי הסוהר:

"In its intentions, I am well convinced that it is kind, humane, and meant for reformation; but I am persuaded that those who devised this system of Prison Discipline, and those benevolent gentleman who carry out its execution, do not know what it is that they are doing. I believe that very few man are capable of estimating the immense amount of torture and agony which this dreadful punishment, prolonged for years, inflicts upon the sufferers; and in guessing at it myself, and in reasoning from what I have seen written upon their faces, and what to my certain knowledge they feel within, I am only more convinced that there is a depth of terrible

339 "Design & Construction Normal cells are well lit and equipped to a standard similar to that found on normal location within the prison (this includes integral sanitation, in cell electrics and TV aerial points). There are showers or bathing facilities in the unit for prisoners. Considerations given as to the decoration of the segregation unit which should be kept clean and reflect a positive atmosphere for staff and prisoners. For example, the colour of the walls, quality of accommodation & furniture, type of flooring and use of pictures around the unit. Wherever possible attempts should be made to improve the environment of the exercise yard"

340 פסק הדין [2004] EWHC 1418 S.P v. Secretary of state for the Home Department, ממחיש את השימוש ב-PSO 1700 וב-Prison Rules, שם בית המשפט בחן את תנאי כליאתה של אסירה צעירה בת 19 אשר הוחזקה בהפרדה בשנים 2001–2003. באותה התקופה נוסחו של ה-PSO 1700 היה שונה מעט מנוסחו כיום, אולם גם אז הודגשה השוואת התנאים של אסירי הפרדה לתנאי ההחזקה הרגילים של כלל האסירים: "4.1.1 The only acceptable regime restrictions are those which are an unavoidable consequence of the prisoner's basic level of privileges provided under the Prison Rules". שם, בעמ' 15 לפסק הדין ליד סעיף 35.

341 ראו SHALEV, לעיל ה"ש 47, בעמ' 13–17.

endurance in it which none but the sufferers themselves can fathom, and which no man has the right to inflict upon his fellow creatures...

I solemnly declare, that with no rewards nor honours could I walk a happy man beneath the open sky by day, or lie me down upon my bed at night, with the consciousness that one human creature, for any length of time, no matter what, lay suffering this unknown punishment in his silent cell, and I the cause, or I consenting to it in the least degree".³⁴²

בארצות הברית של 1970 קנתה פרקטיקה זו שביתה בשנית ככלי טיפולי לשינוי התנהגות,³⁴³ ובשנת 1983 בכלא "מריון" הפדרלי הופעל לראשונה משטר ה־lockdown, שלפיו אסירים הוחזקו בבידוד במשך 24 שעות ביממה כבדרך שגרה. מטרת בית הכלא הייתה לספק אפשרות לבידוד ממושך לאסירים אשר איימו על באסירים אחרים או על צוות בית הסוהר או פגעו בהם, אחזו בסמים מסוכנים או בנשק, הפריעו לסדר בית הסוהר או ניסו לברוח ממאסר. כך החלה תקופת הבידוד ככלי לניהול סיכונים אשר עומדת בבסיס דוקטרינת הסופרמקס בארצות הברית, כפי שהיא מיושמת כיום, דוקטרינה שהיא פרי יזמתם של מנהלי בתי הסוהר. כמעט מאתיים שנה לאחר שדרש דיקנס לבטל את השימוש בהפרדה ובבידוד אסירים עדיין מוחזקים בבתי הכלא בארצות הברית עשרות אלפי אסירים,³⁴⁴ ותיאורים ביקורתיים מגוונים הושמעו בגנות שיטה זו:

"Prisoners, journalists, and other observers have describe supermax prisons as 'factories of exclusion' (Bauman 2000), 'steel embodiments of dynamics of power' (Berkman 1995), 'stark and grim modern dungeons' (Burton-Rose et al. 1998:187), 'a form of psychological warfare' (Bustamante 1995), 'expensive and soul-destroying' (Commission on Safety and Abuse 2006: 59), 'a proto-techno-fascist's architectural wet dream' (Levasseur 1995), 'like being entombed in steel and concrete' (Lutalo 1995), 'temples of sadomasochism' (Miller 2000), 'quiet tombs of the human spirit' (Neumann 1998), 'high-tech hell' (Perenti 1999a: 209) and 'custodial overkill' (Toch 2001)".³⁴⁵

למעשה, עליית דוקטרינת הסופרמקס בארצות הברית הובילה לזניחת המאמצים מצד רשויות בתי הכלא לשיקום אסירים במתקנים אלה. ההתמקדות בשינוי אורחותיו של

CHARLES DICKENS, AMERICAN NOTES FOR GENERAL CIRCULATION 146–147 (London: 342
SHARON SHALEV, SUPERMAX: CONTROLLING RISK ב־מצוטט Chapman and Hall 1842)
.THROUGH SOLITARY CONFINEMENT 1 (2009)

שם, בעמ' 17–20. 343

שם, בעמ' 1. 344

שם, בעמ' 5. 345

העברייני השתנתה לניהול אוכלוסיית בית הכלא שהלכה וגדלה משנה לשנה. טענת הסוהרים במתקני הכליאה בארצות הברית היא שכדי לנהל את בתי הסוהר באופן בטוח ויעיל יש להחזיק אסירים בעייתיים בבידוד לתקופות ארוכות.³⁴⁶ כוונת הוגי רעיון הסופרמקס זהה בתכליתה לרעיון הבידוד וההפרדה שפותח במוסדות ה-Penitentiary של תחילת המאה התשע-עשרה: "The intentions of those who devised supermax prisons are indisputable: the control of prisoners' body, mind, and spirit"³⁴⁷.

בארצות הברית מיוחסת עליית דוקטרינת הסופרמקס להחמרה בענישה, להתרחבות מגמת הפרטת בתי הכלא, לעלייה בשיח הציבורי-תקשורתי הנוגע לקרבנות עברה ולדרישתם להחמרה בענישה, לפופוליזם פוליטי-עונשי ולפיחות ניכר באידאליים וברטוריקה שיקומית בעניינם של אסירים.³⁴⁸ תהליכים אלה אינם נפקדים אף ממדינתנו. פרקטיקת הפרדת אסירים, ימיה כימי תולדות בתי הסוהר. דומה כי השימוש החדש ברעיון הישן מבטא אולי יותר מכול את אפיונו של שיח זכויות האסירים כבעל התפתחות דיאלקטית. בצד ההכרה בזכויות האסיר, ולו במינימום הכרחי של תנאי מחיה אנושיים, קיימת מגמה מחריפה והולכת בדרישה להחמרה בענישה. זהו אולי היסוד להבדל הבולט שבין התפיסה האירופית לבין זו האמריקאית באשר לאסירים. ייתכן שבכך יש כדי להסביר מדוע טרם הוסדרה עד כה סוגיית ההפרדה היחידנית של אסירים במשפט הבין-לאומי.

אלא שגם אם נחשיב את האמריקאים לבעלי גישה מחמירה כלפי אסירים ובמדיניות הענישה ו"של מיגור הפשיעה" (Crime Control), הרי אי אפשר להתעלם מהמעורבות האקטיבית של בתי המשפט: אם בהגנה חוקתית על זכויות האסירים ואם בדרך של התערבות בניהולם של מתקני הכליאה עד כדי מינוי בית המשפט להיות "נאמן" על בית הסוהר בעשורים האחרונים. בדרך זו, לאחרונה, הורה בית המשפט האמריקאי על שחרורם של כ-40,000 אסירים מהטעם שהצפיפות בבית הכלא בקליפורניה אינה מאפשרת הגנה נאותה על בריאותם של האסירים.³⁴⁹

למדנו כי באנגליה החזקתם של אסירים בהפרדה יחידנית אין משמעותה, כבמקרה הישראלי, קיפוח זכויות או מסלול לענישה והכבדה נוספת על עונש שלילת החירות. נהפוך הוא, החקיקה קובעת ברחל בתך הקטנה כיצד יש להבטיח תנאי כליאה ומחיה הולמים, המאפשרים מינימום פגיעה בשלומם ובגופם של האסירים בד בבד עם מימוש זכויותיהם לקשרי משפחה, לחינוך, לקשר עם החוץ, לטיפול רפואי וכיו"ב.

במסגרות בין-לאומיות שונות ראינו כי השיח הנוגע להחזקת אסירים בהפרדה יחידנית נתפס כנוגע ביסודו בפגיעה בזכות נגד עינויים, יחס או עונש אכזרי, לא אנושי ומשפיל או להפרתה של זכות זו: יש הרואים ביישום של פרקטיקה זו בעניינם של קטינים ושל לוקים בנפשם עינויים; יש המחזיקים בדעה כי הפרדה ממושכת עולה כדי עינויים אם כי הם לא ביארו מה ייחשב ל"ממושך" (שלא שכעמדת הדווח המיוחד); אחרים הביעו עמדה

346 שם, בעמ' 22.

347 שם בעמ' 23.

348 שם, בעמ' 28-33.

349 ראו עניין *Brown v. Plata*, לעיל ה"ש 27.

משפטית שלפיה החזקה בהפרדה יחידנית בתנאים פיזיים קשיים היא בגדר "אילוץ משפיל"; אף קיימת קריאה למגר את השימוש בתופעה זו כפי שראוי לעשות כן בדבר עונש המוות.

בידוד יחידי ממושך איננו נחלת בתי הכלא הישראליים בלבד. ואולם, בשנים האחרונות אנו עדים לתהליך גלובלי שבו מומחים מתחום זכויות האדם, הרפואה, הפסיכולוגיה, הקרימינולוגיה וכיו"ב מתריעים מפני השימוש הנרחב בכלי זה, רואים בו רעה חולה וקוראים למגר, אך בישראל נדמה שהמערכות השלטוניות פשוט לא שמעו על כך.³⁵⁰ כפי שעמדנו על כך, נזקי ההפרדה נחקרו ותועדו. מדובר בפגיעות גופניות ונפשיות קשות המורגשות אף מעבר לתקופת החזקה בבידוד. מכאובי המאסר של האסיר, המוכרים כחסכים וכ"פגיעות פריפריאליות" מעצם שלילת החירות והשהייה במוסד טוטלי, מקבלים ממד קשה וחמור בחוויית הפריזוניזאציה של אסיר ההפרדה, ונודעות להם השלכות חברתיות ופרטניות חריפות בהיעדר מתן שיקום וטיפול הולם לאסירים בהפרדה ולאחריה. מתוך הסתכלות זו אין מנוס מהקביעה כי אופן החזקת אסירים בהפרדה בישראל לוקה: פעם אחת משום שלא ברור מדוע מדיניות השב"ס, בהעדפת התפיסה האמריקאית לכליאת אסירים על פני האירופית, לא לוותה בשיח ציבורי או אקדמי או אפילו פרלמנטרי בטרם החקיקה; פעם שנייה, משום שהחקיקה הקיימת איננה מספקת את הערובות החוקתיות להגנה על פגיעה בזכויות אדם בסיסיות; פעם שלישית, באשר אנו רואים בהתנהלות בית המשפט בעניינם של אסירי הפרדה "הימנעות" עד כדי "הסרת ידיים". כפי שצינו לא אחת, הדבר בא לידי ביטוי בידו הקמוצה של בית המשפט העליון במתן רשות ערעור; בהיעדר דיון סובסטנטיבי חוקתי על החזקת אסיר בהפרדה; ועל פי רוב, באדישות, המופנית כלפי השמירה וההגנה על זכויותיו של ציבור מוחלש זה בתוך כותלי בית הסוהר. ייתכן שיסודם של הדברים הוא דווקא בהיעדר תפיסת זכויות אדם לאסיר בתוך השיח המשפטי הישראלי לפחות, כזו החורגת מהשיח המנהלי על אודות טובות הנאה וזכויות מוקנות המעוגנות בסעיף 19 לתקנות בתי הסוהר. נקווה לבאר זאת בהזדמנות קרובה. מכל מקום, אנו סבורים כי הניסיון האירופי והבין-לאומי יכול לשמש השראה למחוקק הראשי ולבתי המשפט להתייחס לסוגיית אסירי ההפרדה בדרך אחרת, באופן שיבטיח שמירה על אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – ביתר שאת.

350 לאחרונה פנתה לשכת עורכי הדין בישראל אל יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה שבכנסת ישראל בקריאה לפעול לתיקונו של סימן ב'1: החזקה בהפרדה, שבפקודת בתי הסוהר (לשכת עורכי הדין בישראל, הפורום הפילי הארצי, החזקת אסירים בהפרדה – קול קורא לשינוי נורמטיבי ופרוצדורלי, מיום 24.6.2012). בעקבותיה צעדה אף הסנגוריה הציבורית בפרסמה, בחודש ספטמבר 2012, את דוח הסנגוריה הציבורית בנושא החזקת אסירים בהפרדה שבו אף היא קראה לגורמים האמונים על תנאי המחיה ועל זכויותיהם של האסירים בישראל לפעול לשינוי מדיניות ותיקון החקיקה באשר לאסירי ההפרדה (דוח משרד המשפטים, לעיל ה"ש 14).