

מסע בחלל הפנוי: על שיקול דעת שירות בתי הסוהר בהפעלת סמכויות ענישה (בעקבות ת"ק (נת') 1348/09 מגאדבה נ' מנהל כלא השרון)

*נתנאל דגן ואורי תימור

א. מבוא

בירור יישומן של דרכי ענישה בידי ערכאה אזרחית - דיונית אינו עניין נפוץ. בשל כך, מפתיע הוא פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות שניתן לאחרונה בעניין **מגאדבה**. פסק הדין התמקד בבחינת היקף שיקול הדעת המוקנה לרשויות שירות בתי הסוהר בענישה משמעתית, והצורך בהקפדה על יישומן המדויק של הוראות אלו (להלן: **שב"ס**).¹ יתכן ודווקא בשל העובדה כי הסוגיה נדונה בערכאה אזרחית, נפרשה יריעה עובדתית רחבה, תוך ניתוח אופי והיקף יישום אמצעי ענישה המופעלים במסגרת המאסר.² נושא זה האחרון, הוא לעיתים סמוי מן העין, בשל היותו נוהג בין כתלי בית הסוהר - רחוק מביקורת ציבורית או אקדמית מעמיקה ורציפה. בשל כך, חשיבות פסק הדין חורגת מעניינו הפרטי המצומצם והוא תורם להבנת מערכת היחסים הנורמטיבית אסיר - שב"ס. פסק הדין המקיף התמקד בניחות מצבם המשפטי של אסירים המצויים בסטטוס של הפרדה, בידוד וטעון הגנה, או המצויים באגף מעבר - מושגים שיובהרו להלן.³ בית המשפט דן באופן מפורט באבחנות בין הסיווגים השונים ושיקול הדעת המאפיין את החלתם. אך דומה כי ייחודו של פסק הדין גלום באיתורו של חלל משפטי בו מופעל שיקול דעת - ללא הסמכה בחוק - ותוך השמעת ביקורת על אופן הפעלתו. במסגרת מאמר זה יוצגו בתמצית עיקרי הקביעות שבפסק הדין. לקביעות אלו חשיבות מעשית ותיאורטית. מעשית, הן יכולות לשמש כלי עזר להבהרת נקודות המגע שבין האסיר ושב"ס על השלכותיהן המינהליות והאזרחיות, וכן לאופי הטיפול

באסיר; תיאורטית, הן יכולות ללמד על טיב שיקול הדעת המצוי והרצוי בהפעלת עניינים הנוגעים לענישה בידי שב"ס כגוף מעין שיפוטי.⁴ יצוין עוד כי הביקורת שהועלתה בפסק הדין משתלבת בממצאי דוח הסנגוריה הציבורית לעניין ענישה משמעתית החורגת מהחולם. פסק הדין מהווה, כך דומה, ביטוי ממוקד לתופעה זו.⁵

ב. תמצית הרקע ועיקרי פסק הדין

האסיר המדובר נדון ל-21 שנות מאסר בשל עבירות אלימות ומין חמורות. האסיר, שהיה בסטטוס של טעון הגנה, טען כי הופרו כלפיו פקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), תשל"ב-1971 (להלן: **הפקודה**) ופקודות נציבות בתי הסוהר (להלן: **פקנ"צ**). האסיר טען, בין היתר, כי הוצא מאגף 10, בו שהה עד אז, והועבר לאגף 7 - שכונה "אגף מעבר", תוך פגיעה בחלק מתנאי מאסרו. רק לאחר כ-24 יום בהם שהה באגף 7, הוא הועבר לאגף הפרדה הארצי. העברתו מאגף המעבר נעשתה רק לאחר ביקורה של מבקרת מטעם נציב בתי הסוהר שביררה אודות מצבו של האסיר.⁶ האסיר, שלא יוצג בדיון, כמקובל בתביעות קטנות, הגיש חמש תביעות קטנות בעניינים שונים שאוחדו, ושעניינן היה סעד של פיצוי כספי. האסיר תבע את שב"ס, שיוצג בידי פרקליטות המדינה. עניינו של מאמר זה הוא בתיק אחד מהתיקים המאוחדים,⁷ ואילו מתווסף תיק דומה נוסף מתוכם.⁸ התביעות בשני תיקים אלה התקבלו על ידי בית המשפט, תוך שהוא מביע ביקורת על גורמי המדינה (שב"ס והפרקליטות). בית המשפט פסק בהן לתובע

* עו"ד נתנאל דגן, תלמיד לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, ד"ר אוריאל תימור, המחלקה לקרימינולוגיה, מכללת אשקלון ואוניברסיטת בר אילן, תודתנו לעורך המאמרים עו"ד רענן גלעדי על הערותיו המועילות.

1. ת"ק (נת') 1348/09-07-09, **מחמוד מגאדבה נ' מדינת ישראל** (21.8.2011), פסק דינה של השופטת יעל קלוגמן. הציטוטים להלן בגוף הטקסט כולם מפסק הדין.

2. השוו בועז סנגור "פשעי שוטרים, רשלנות תובעים, אופטימיות שופטים והרשעת חפים מפשע" **הסינגור** 158, 4-10 (2010).

3. לסטטוס הפרדה ראו רע"ב 10/06 **אטיאס נ' שירות בתי הסוהר** (9.5.2006); לסטטוס הבידוד, ראו רע"ב 6495/05 **עמיר נ' שירות בתי הסוהר** (6.3.2006); לסטטוס של אסיר טעון הגנה, ראו עת"א (נצ') 44604-02-11 **מדינת ישראל נ' שנקר** (11.7.2011).

4. ראו רע"ב 425/09 **פריניאן נ' פרקליטות המדינה** (11.03.2009); רע"ב 6687/09 **אביטל נ' שירות בתי הסוהר**, (24.08.2009).

5. דוח הסנגוריה הציבורית תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר ומשרתת ישראל, 14-13 (2011) (להלן: דוח הסנגוריה).

6. ראו בעמ' 10 לפסק הדין.

אחרים לפרק זמן מוגבל לשם הגנה על חייו, ואין בבית הסוהר מקום מתאים להפרדה כזאת. אז יוחזק האסיר בבידוד, שישמש להפרדה. עם זאת, יש להדגיש כי כאשר אסיר מוחזק בבידוד לצורך הפרדה, אזי השהות בבידוד אינה מהווה עונש והאסיר "היה זכאי לכל התנאים וההטבות שזכאי להם כל אסיר אחר"¹⁵. מושג שני הטעון בירור הוא **החזקה בהפרדה**. החזקה בהפרדה, לעומת בידוד, אינה ענישה אלא אמצעי-מנע. היא נדרשת לאחת ממגוון מטרות, הנוגעות לשלום האסיר או אחרים, או למניעת עבירות, וכאשר לא ניתן להשיג אותה מטרה בדרך אחרת.¹⁶ לגבי אסיר בהפרדה הכלל הוא "החזקת אסיר בהפרדה מהווה אמצעי מנע ואינה מהווה עונש. זכויותיו של אסיר הפרדה יהיו זכויות של כל אסיר, בכפוף לאילוצים הנובעים מעצם הימצאות האסיר בהפרדה"¹⁷. הוראות החוק קובעות מדרג סמכויות לצורך אישור החזקת אסיר בהפרדה. מדרג זה עולה ככל שעולה משך זמן ההפרדה, עד לסמכות בית המשפט המחוזי. עוד נקבעה בחוק חובת שימוע ואישור מראש בכתב של גורם מוסמך להורות על הפרדה.¹⁸

מושג שלישי הטעון בירור הינו הסטטוס של אסיר **טעון הגנה**. אסיר טעון הגנה הוא אסיר שנשקפת סכנה לשלמו מאסירים אחרים, ועל כן יש להפרידו מהם. בשל הצורך בהפרדה מאסירים אחרים, יתכן ואסיר טעון הגנה יוחזק באגף טעוני הגנה שבתוך בית הסוהר, ובמקרים מסוימים - יתכן והוא יוחזק בהפרדה. עם זאת, הגדרת אסיר כ"טעון הגנה" אין משמעה בהכרח מעמד של אסיר בהפרדה.¹⁹

לאחר הבהרה ראשונית של מושגי יסוד אלו עובר בית המשפט לבחון את הסטטוס בו שהה האסיר - אגף המעבר ובו, לטענתו, נשללו ממנו זכויות שונות ללא הסמכה בחוק ותוך הפעלת שיקול דעת רחב מהמוקנה לבעל הסמכות.

ד. אגף המעבר, סמכויות צינון וחלל משפטי

האסיר, כאמור, הועבר מאגף 10 למה שכונה כ"אגף מעבר". האסיר טען כי בתא המעבר שררו תנאים קשים. יש להקדים ולציין כי לנציב בתי הסוהר קיימת סמכות להורות על העברת אסיר מבית הסוהר שבו הוא שוהה לבית סוהר אחר.²⁰ לשם כך קיימות ועדות מיוחדות ברמה הארצית והמחוזית, העוסקות בבדיקה וביעוץ לנציב בתי הסוהר לעניין זה. עוד יש לציין כי על אף ש"מעבר" אמור להיות מצב זמני של העברה ממתקן כליאה אחד למשנהו

פיצוי כולל של כ- 20,000 ש"ח, בצירוף הוצאות משפט. מדברי בית המשפט, המסתמכים על פסק דין קודם, עולה כי מדובר בפיצויים כספיים בגין הפרת חובתו של שב"ס כלפי אסיר בקשר למאסרו, וזאת "בין מכווח הדין הפרטי (כגון עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה), ובין מכווח הדין הציבורי (פיצויים מינהליים על עוול מינהלי)".⁹ יצויין כי על פסקי הדין הוגשה בקשת רשות ערעור מטעם המדינה לבית המשפט המחוזי מרכז, ובעת כתיבת הדברים היא תלויה ועומדת.¹⁰

מוקד הדיון בפסק הדין נסב על טענת האסיר, לפיה הוא ביקש לצאת מאגף טעוני הגנה ובתגובה, נאסר בבידוד למשך 24 ימים רצופים באגף 7 - אגף המעבר. האסיר טען כי תקופת הבידוד הייתה בניגוד להוראות הדין ותוך שלילת זכויות שונות (שימוש בציוד אישי ובמכשירי כתיבה, טיול יומי ועוד). מבחינה משפטית, עיקר תשומת הלב הוקדשה לניתוח הסטטוס של האסיר בהיותו ב"אגף המעבר". המדינה טענה כי האסיר לא הושם בבידוד או בהפרדה, אלא ב"אגף מעבר", וכי הופעל כנגדו שימוש ראוי באמצעי ריסון וכדו, ומכוח שיקול דעת שהוענק לרשויות בית הסוהר כאמצעי צינון באגף זה.¹¹ בתמצית, בית המשפט קבע כי המושג של "אגף מעבר" אינו מוסדר בחוק, בתקנות או בפק"צ. משך ציין כי מצב זה נשען על "ריק משפטי". כן קבע כי ההוראות הנוגעות לאמצעי ריסון אינן רלבנטיות בעניינו של האסיר. לפיכך קבע כי שיקול הדעת שהופעל בעניינו חרג מהיקף שיקול הדעת המוקנה בחוק לרשויות שב"ס, באופן שגרם לאסיר נזק ומצדיק פיצוי כספי. פסק הדין מפרט את האבחנות השונות בין שלושה סוגי מצבים משפטיים: "אסיר בהפרדה", "בידוד" ואסיר "טעון הגנה".¹² בשלב ראשון, על מנת להיטיב ולהבין את מתווה פסק הדין יש לעמוד על עיקרי האבחנות הבסיסיות בין המצבים השונים - כפי שניתח בית המשפט בפסק דינו.

ג. סטטוס של אסיר בהפרדה, בידוד וטעון הגנה

מושג ראשון הטעון בירור לשם הבנת מתווה פסק הדין הוא **עונש הבידוד**. בידוד הוא עונש משמעותי שניתן לגזור בידי קצין שיפוט על אסיר, בגין עבירת בית סוהר.¹³ הכלל הוא: "לא יוחזק אסיר בתא בידוד אלא אם הורשע בדין משמעתי והוטל עליו עונש בידוד".¹⁴ אולם, קיימים שני חריגים לכך: (א) הפרת משמעת המצריכה הרחקה מיידית עד מועד הדיון המשמעתי למשך 48 שעות; או (ב) כאשר יש הכרח להפריד את האסיר מאסירים

7 ת"ק 09-07-5895.

8 ת"ק 10-01-18450.

9 ראו פס" 3 לפסק הדין.

10 רת"ק (מרכז) 11-09-49471. נכון לכתיבת שורות אלה בקשת רשות הערעור קבועה לדיון ביום 12.13.14.

11 ראו פק"צ 04.15.00 - אמצעי ריסון.

12 ראו גם דוח רופאים למען זכויות אדם "בידוד אסירים ועצירים בבתי הכלא בישראל" 12-11 (2011).

13 ראו ס' 58-56(א)(4) לפקודה; & Delinq. 124-156 'Supermax' Confinement 43 Crim. & Delinq. Issues in Long-Term Solitary and (2003).

14 ראו ס' 57 לפקודה; ס' 3 לפק"צ 04.14.00 - החזקה בבידוד.

15 ראו ס' 3(ב)2 לפק"צ 04.14.00 - החזקה בבידוד.

המשך מעמ' 5

פגיעה אחרת בתנאי מאסרו שאינה כלולה בסמכות שבחוק. ואכן, גם כאן הביע בית המשפט ביקורת על הניסוח הכללי של עמדת בית הסוהר כ"החלטת מערכת" וללא אישור בכתב על הוראת ההפרדה. הוא והוסיף וציין כי על אף שהאסיר לא היה בסטטוס של בידוד, אלא של הפרדה, הופעלו כלפיו סמכויות ענישה החורגות מהמותר. בית המשפט ציין כי:

"הענישה שנקט מנהל הכלא, בהתאם לפק"צ, היתה רק שלילת טובות הנאה... ענישה של שלילת טובות הנאה אינה מעניקה למנהל הכלא סמכות להחזיק את האסיר בתנאים שהם למעשה נחותים בחלקם אפילו מתנאי בידוד... וזאת כאשר התובע לא הועמד לדין משמעתי ולא נגזר עליו עונש של בידוד... מופרכת על פניה טענת המדינה, כאילו יש למנהל בית הסוהר שיקול דעת - שאין לו כל בסיס בדין - להוציא את התובע ל"תקופת צינון", למקום שבו תנאי המאסר גרועים באופן משמעותי מהתנאים שמגיעים לו, וכאשר משכה "הקצוב" של אותה תקופה אינו מוסדר בשום מקום, ואין לדעת מה הוא... החזיק את התובע, במשך שלושת השבועות מושא התביעה דנן, בתנאי מאסר "עונשיים", תחת סטטוס "בלתי ברור", ללא סמכות כדן. דומה שאיש לא יחלוק כי תנאי החזקתו של אסיר צריכים להתקיים, בכל עת, על פי הוראות ספציפיות וברורות שבדין, ואינם יכולים להיות "לוטים בערפל" או נתונים ל"החלטתו" השרירותית של מנהל הכלא או של בעל תפקיד אחר" (פסקה 9 לפסק הדין).

בית המשפט ציין כי אמצעי ריסון פיזיים מיידיים דרושים על מנת למנוע בעד אסיר לפגוע בעצמו או באחרים "בכל מקרה שהדבר הכרחי כדי למנוע אותו מהתפרע, מהזיק לעצמו או לאחרים או מלגרום נזק לרכוש", למשך 24 שעות בלבד.¹⁶ ואכן, הוראות הריסון הן סוגי כבילה מדורגים לפי מידת עוצמתה של הכבילה. בית המשפט קבע כי לאור היות האיום הנתען של האסיר איום מילולי בלבד, שלא כלל ניסיון פגיעה בו, באחרים או ברכוש, הפתרון שנקבע בחוק הוא הפרדה. הפרדה, שכאמור, אינה אמצעי ריסון. בית המשפט קבע כי לו אכן היה האסיר מסוכן לעצמו או לאחרים היה די בהפרדה ולא היה צורך באמצעי ריסון נוסף, וודאי לא היה צורך בהעברה לאגף המעבר תוך שלילת זכויות מהותיות (טיול יומי, שימוש בצידוד אישי ועוד) למשך 22 יום. בית המשפט דחה את טענת המדינה

(למשל, לשם הבאה לבית משפט במקום מרוחק), בפועל אסירים ועצירים לא מעטים נמצאים, מסיבות שונות, במצב של 'מעבר', כאשר למעשה אין כל כוונה להעבירם למקום אחר. כך גם קיימים בבתי הסוהר תאים בהם מוחזקים אסירים או עצירים 'במעבר', בזמן שחסרה הסדרה בדין של מעמד זה. בית המשפט מצא כי עובדתית בבית הסוהר בו שהה האסיר, אגף המעבר, היה נפרד מאגף ההפרדה והוחזקו בו אסירים מסוגים שונים: אסירי הפרדה, אסירים שהגיעו להישפט במחוז זה, אסירים שנדונו לעונשי בידוד וריצו בו את עונשם בהעדר תאים מתאימים יותר ועוד. בית המשפט ראה באגף זה 'כאגף כל בו', ששימש בפועל להחזקת אסירים מסוגים שונים של סטטוס, ולמעשה - כל הסוגים, פרט לכליאה רגילה. בית המשפט ציין כי אין לקבל כי בשל העדר הסדרה בדין של סטטוס המעבר, אין מגבלת זמן על החזקת אסיר במסגרתו; כך גם אין לומר כי למנהל בית הסוהר שיקול דעת רחב, ולמעשה כמעט בלתי מוגבל בנושא זה:

"על פי עקרונות-הבסיס של המשפט המינהלי, אין לשלטונות שב"ס, כרשות מינהלית, אלא הסמכויות שהדין נותן להם. כל עוד אין הסדר בדין (לרבות הפק"צ), לגבי תנאי החזקתו של אסיר "במעבר" - אין מנהל הכלא, או בעלי תפקידים אחרים בשב"ס, יכולים לעשות באסיר כרצונם. הם חייבים לסווג את מעמדו בהתאם להוראות שקיימות בפקודת בתי הסוהר, בתקנותיה ובפק"צ, ולתת לו תנאי מאסר בהתאם להן" (פסקה 6 לפסק הדין).

בשלב זה נטען על ידי המדינה כי הפגיעה בחלק מזכויותיו של האסיר נעשתה כחלק משיקול דעת רחב המוקנה לשב"ס לעשות שימוש באמצעי צינון וריסון. המדינה טענה כי האסיר איים לסכן אסירים אחרים, ובשל כך נוצר צורך להפרידו מיתר האסירים בשל דאגה לשלמו ולשלומם וכחלק מאמצעי צינון וריסון. במילים אחרות, האסיר הועבר לאגף המעבר כ"אמצעי ריסון" בשל איומו לפגוע באחרים. לפיכך, רשויות שב"ס החליטו כי האסיר "לא ישאר באגף 10 בהתאם להחלטת המערכת", והוא הושם בסטטוס של 'צינון לתקופה קצובה'.

יש לציין כי אכן לפי הוראות החוק לרשויות שב"ס ישנה סמכות סטטוטורית לשלול טובות הנאה מסוימות ללא צורך בדין משמעתי, במסגרת ענישה מינהלית. עם זאת, עדיין אין בענישה זו כדי לשנות את הסטטוס של האסיר כאסיר הפרדה או לגרור

16 ראו ס' 19 לפקודת בתי הסוהר, בו מצוינות מטרות של שמירה על ביטחון המדינה או ביטחון בית הסוהר; שמירה על שלומם או בריאותם של האסיר או של אסירים אחרים; מניעת פגיעה במשמעת ובאורח החיים התקין בבית הסוהר; מניעת עבירות אלימות, סמים או כאלו שקשורות בארגוני פשיעה; או לטובתו של אסיר קטין.

17 ראו ס' 11 (ד) של פק"צ 04.03.00 - החזקת אסירים בהפרדה; פק"צ 04.14.00 - החזקה בבידוד.
18 ראו ס' 19-א19-א19 לפקודה; מזמן הפרדה מסוים חלה חובת התייעצות עם גורם מקצועי, ראו תקנות בתי הסוהר [קביעת גורמים מייצגים להחזקת אסיר בהפרדה], התשס"א-2001.

19 ראו ס' (4) לפק"צ 04.04.00 - אסירים טעוני הגנה; יתכן כי אסיר טעון הגנה יהיה גם במעמד של אסיר בהפרדה ואז יחולו לגביו הן הוראות הדין לגבי טעון הגנה והן הוראות הדין לגבי החזקה בהפרדה.

20 ראו ס' 12 לפקודה.

21 ראו תקנה 22 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח - 1978.

כי מדובר בסמכות ענישה בשיקול דעת שב"ס:

למותר להכביר דברים על האטרקטיביות של אמצעי ענישה "אפקטיבי" כזה, שאינו דורש הליך ותיעוד ואשר נטול למעשה מגבלות ופיקוח... (פסקה 10 לפסק הדין).²²

בית המשפט הוסיף וסיכם את העקרונות הכלליים העולים מעניין זה:

"בעלי התפקידים בשב"ס הם רשות מינהלית. הדין אוסר על פקיד הציבור - האדם ש"מאייש" את הרשות המינהלית - לפעול כטוב בעיניו ומחייב אותו לפעול בהתאם לסמכויות שהדין מעניק לו, ולא מעבר לכך. לפיכך אין מנהל הכלא ראשי לשנות לרעה את תנאי המאסר של אסיר, אלא על פי סמכות כדן... אין לו סמכות "להמציא" תנאי מאסר אחרים, גרועים יותר, שאינם מוסדרים בפק"צ, ואשר הדין לא נתן בידיו סמכות להחילם. בעלי התפקידים בשב"ס אינם רשאים לנהוג באסיר על פי "ראות עיניהם", מחוץ לגדרן של הוראות דין כלשהן, ותוך פגיעה בזכויותיו" (פסקה 10 לפסק הדין).

דומה כי אלו דברים עקרוניים ובעלי חשיבות כללית, בעת עיסוק בענישה והפעלת שיקול הדעת ליישומה. גם אם יש בידי בעלי תפקידים בשב"ס סמכויות ענישה מרחיקות לכת העומדות בבחינה חוקתית, הרי שיש להפעילן במתחם הסמכויות שבחוק.²³ ההבחנה בין עצם הטלת המאסר לבין ביצועו בפועל היא לעיתים מלאכותית: מדובר בהליך פלילי אחד שיש בו דרגות שונות של שיקול דעת.²⁴ הן עונש המאסר המוטל בגזר דין והן אכיפתו בפועל בבית הסוהר, הינם חלק מההליך הפלילי ושניהם כרוכים בהפעלת שיקול דעת. כך גם הטיפול המשמעותי באסירים, הנו במידה רבה, חלק בלתי נפרד מן העונש שנגזר עליהם.²⁵

ההערת סיום

אוכלוסיית האסירים בחלקה היא אוכלוסייה שהתנהגותה לעומתית, אלימה, ובלתי צפויה.²⁶ זאת בזמן שחלק מהאסירים נידונו למאסרים ארוכים מאוד ובעבירות חמורות, ותוך שהם מעוררים רגשי סלידה בציבור.²⁷ ניהול בית הסוהר הוא מהמשימות המורכבות ביותר, המבוצעת בסביבת עבודה קשה ומאתגרת.²⁸ מלאכה זו דורשת שיקול דעת מגוון וייחודי ובתנאי קושי ניכרים.²⁹ הפעלת שיקול דעת בעל אופי של ענישה משמעותית, בין כתלי

"אלה דברים חמורים מאד: הרי איש אינו חולק כי אין למנהל הכלא סמכות ענישה "על פי החלטתו", אלא רק על פי הדין. אם כך, היה על המדינה לפרט אילו סמכויות ענישה הפעיל המנהל, בקשר עם העברת התובע מאגף 10 אל אגף "המעבר", תוך פגיעה בתנאי מאסרו; וכמובן - לצרף את התיעוד הנדרש בדבר הפעלת אותן סמכויות ענישה" (פסקה 9 לפסק הדין).

מהאמור עד כה עולה כי קיימת חשיבות להקפדה עקבית על הפעלת סמכויות ענישה לפי הוראות שבדין. בית המשפט ביקר את קיומה של עמימות באשר להפעלת שיקול הדעת העונשי של סמכותם המעין שיפוטית של גורמי שב"ס.

ד. על ענישה מעין שיפוטית: גלויה וסמויה

כאמור עד כה, בית המשפט הדגיש כי הסטטוס שעל פיו מסווג אסיר, ותנאי מאסרו, חייבים להיות בכל עת על פי הדין, וכי לא יכול להתקיים מצב של ריק משפטי בעניין זה. בעלי התפקידים בשב"ס, כרשות מינהלית, אינם רשאים ליצור יש מאין סטטוס משפטי, הכרוך בהרעת תנאי מאסר, מבלי שהדבר מעוגן בדין. הוראות החוק מכסות באופן מלא את צרכי הפרדתו של האסיר מהרגע שנוצר צורך בכך וגם כאשר הצורך בהפרדת האסיר נוצר בעקבות אירוע בלתי צפוי. על כן לא אמור להתקיים חלל כזה לעניין הפרדה. בית המשפט הוסיף וביקר את המצב לפיו אין כלל ודאות כי עניינו של האסיר, שהועבר זמנית אל אגף המעבר, שלא בסטטוס של הפרדה, אכן יובא בפני ועדת ההפרדות הארצית. במצב זה יתכן שרשויות שב"ס יחליטו - כעבור זמן בלתי מוגדר ומבלי להעלותו בפני ועדת ההפרדות הארצית - להחזיר את האסיר לאגף המקורי בבית הסוהר. בכך יסתיים סטטוס "המעבר". וזאת, ללא שנודע כי ננקטה כלפי האסיר פרקטיקת ענישה, תוך שלילת זכויות מהותיות של תנאי מאסרו וללא אישור, דיווח או תיעוד:

"אמצעי זה נותן בידי מנהל בית הסוהר כוח בלתי מבוקר, להרע באחת את תנאי מאסרו של האסיר, באופן משמעותי ולמשך זמן בלתי מבוטל, מבלי שיידרש לקיים תנאים שקבועים בדין, לתעד בפרוטרוט או לקבל אישורים מבעלי תפקידים בדרג גבוה יותר...

²² עוד צויין בפס' 10 לפסק הדין: "התמונה העגומה והחמורה היא כי אם החליט מנהל הכלא שלא להביא את עניינו של אותו אסיר לפני ועדות ההפרדות שלפי פק"צ-ההפרדה, אלא רק 'להענישו', למשך זמן מה, בתנאי מאסר קשים, על מנת ללמדו לקח ולהשיג ממנו התנהגות נוחה יותר בעתיד, הרי הפרקטיקה של 'אגף המעבר' נותנת בידיו כלי מצויין: הסדר המעבר הרי מוכר לכל, 'דה פקטו', אך למרבית הנוחות אינו מוסדר דה-יורה".

²³ ראו בג"צ 1475/10 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה (14.4.2010) ("עונש בידוד אינו מוגדר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"); ת"ק (מ-י) 1354/07 **יהודאי נ' שרות בתי הסוהר**, תק-של 2007(4), 21941 (2007) (ניתן לאסיר פיצוי בשל תנאי כליאה ירודים).

²⁴ ראו בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (19.11.2009), בפס' 5 לפסק דינה של השופטת נאור ובפסק דינו של השופט גוברמן ("בשליחתו של העבריין המורשע אל מאחורי חומות בית הסוהר אין המדינה מסיימת את תהליך הענישה, ובמובנים רבים הכניסה אל בינות כותלי הכלא מהווה את ראשיתו של התהליך ואת לב ליבו... לכל אלו מתלווים מנגוני ענישה פנימיים, ליצירתה ולאכיפתה של המשמעת בבתי הסוהר. אף אם לא נראה בכל אלו משום ענישה במובנה המסורתי, הרי שמהותו של בית הסוהר כמוסד ענישתי סובבת סביב מאפייניו אלו, וכל רגע ורגע מחייבם של הכלואים מוכתבים ומעוצבים על ידיהם. בדרך זו, ניתן לומר כי כל אותן פעולות המבוצעות כלפי הכלוא מהוות בפועל את לב ליבה של הפעלת הכוח הריבוני כלפי הפרט, הרבה מעבר לעצם ההחלטה על

בית הסוהר - על אף שהיא נעשית רחוק מעין של ביקורת ציבורית ועל אלו שהורשעו בדין, צריכה לקבל יחס נורמטיבי הולם כחלק ממכלול הגורמים המרכיבים את מלאכת קביעת ויישום העונש.³⁰ עניין **מגאדבה** מלמד כי לעיתים הצורך לרסן הפרות משמעתיות בבית הסוהר עלול להביא עד כדי הרחבת סמכויות שבדין; במקום להביא את האסיר לפני ועדת ההפרדות, שתחליט אם יש מקום להעבירו לאגף הפרדה, שם יהיה מנותק מאסירים אחרים, אך יהיה בעל זכויות ככל אסיר אחר. פסק דין זה מלמד כי יתכנו חללים משפטיים (לאקוונות), שבתחומם חסרות הגדרות של דרכי טיפול או ענישה. לפיכך, יש לבחון את הפעלת שיקול הדעת הפנולוגי של רשויות בית הסוהר במגמה לאתר את קיומם של חללים אלו, ולמלאם בהנחיות נורמטיביות. מכאן גם עולה הקריאה למחוקק שלא להותיר חללים אלו בעינם במציאות הקשה והסבוכה של חיי המאסר.³¹ מסר נלווה ונוסף העולה מפרשה זו הוא חשיבותם של ביקורים מטעם בעלי תפקידים מחוץ לבית הסוהר (הן מבקרים פנימיים כמו המבקר מטעם הנציב במקרה זה, והן מבקרים חיצוניים, רשמיים ובלתי רשמיים) - שאלמלא בוצעו - לא הייתה מופסקת במקרה זה הפגיעה בזכויות האסיר. הדבר גם מעודד את עבודת הביקורת על גופים מינהליים ומעין שיפוטיים, בידי גופים שיפוטיים ושאינם כאלו, וכחלק מהקפדה עקרונית על זכויות אדם גם לגבי מי שנשללה חרותו בדין.³² ממבט נורמטיבי כולל, פסק הדין מלמד על הצורך בהקפדה על "עיקרון החוקיות", אם נשאל את הביטוי הפילי, וכן על עיקרון חוקיות המינהל, אם נציין את הביטוי המינהלי.³³ עיקרון החוקיות קובע כי אין עבירה ואין עונש באין חוק (Nullum

crimen nulla poena sine lege praevia). עיקרון זה הקבוע כיום בחוק העונשין בהקשר הפילי,³⁴ נובע מהצורך להקפיד על זכויות הפרט, על הוגנות, ומתוך רצון למנוע הפעלה שרירותית של שיקול דעת במדינת חוק, השומרת על הפרדת רשויות.³⁵ יודגש כי גם במסגרת שיטת משפט השומרת על שלטון החוק יש מקום לשיקול דעת, שהרי אין אפשרות - ואף אין זה רצוי - לקבוע מראש כללים נוקשים לכל המצבים שיתעוררו בעתיד. אולם, על שיקול הדעת להיות מוגבל לתחומים שבהם הוא מותווה בדין ונדרש. יש להפעילו בהתאם לקריטריונים ברורים, ועליו להיות נתון לביקורת. אם מתקיימים תנאים אלה שיקול הדעת מתיישב עם שלטון החוק.³⁶ ואכן, דומה כי פסק דין זה משמיע קול כפול: כלפי בעלי הסמכות, שלא יפעילו את סמכותם מעבר לקבוע בחוק; וכלפי המחוקק, שידאג להגדיר את סמכויות הענישה כראוי - כך שלא ייווצרו חללים משפטיים סמויים מן העין, בנושאים הנוגעים לענישה או המשיקים לה. מסקנה נוספת הינה כי דווקא בית המשפט האזרחי בכלל, ובית המשפט לתביעות קטנות בפרט (המאפשר לאסיר לנהל תביעה אפקטיבית ללא ייצוג), מתברר כפלטפורמה טובה לא רק לתיקון הנזק והעוול שנגרם במקרה הקונקרטי, אלא גם לתיקון בעיות מערכתיות אשר בתי משפט אחרים מתקשים לעיתים לתת להן מענה. כך למשל, עתירות אסירים ועתירות לבג"ץ מתייתרות ונמחקות זמן קצר לאחר הגשתן ברגע שההפרה מופסקת. רק בתביעה אזרחית ניתן לקיים דיון מעמיק גם ביחס לעוולות שאירעו בעבר והופסקו. עולה מהאמור כי בחלק מהמקרים, השייכים לכאורה למסלול המינהלי או הפילי, יכול בירור האמת והדין להיעשות גם בדרך הפחות צפויה: באמצעות המשפט האזרחי.³⁷

שליחתו אל מאחורי סורג ובריח".

- 25 השו"ת קמיני "הסיווג הראוי של מרשם פילי: על הקושי שבהעברת נטל הענישה לידיים פרטיות ומשמעותו" **עלי משפט** ט 327, 333-334 (תשע"א).
- 26 יחושע וייס, גבי יהודה "אלימות בקרב אסירים פיליים בבתי הסוהר" **צוהר** 10, 74-75 (2006).
- 27 בג"צ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר**, בפס" 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (13.06.2006) ("כחברה נאורה, עלינו להבטיח את השמירה על כבוד האסיר, ואת ההגנה על זכויותיו כל עוד אין בכך כדי לסתור את תכליותיו האמיתיות של המאסר, או לעמוד בניגוד לאינטרס ציבורי רב חשיבות המצדיק את הצרת זכויותיו. חובה זו חלה לגבי כל אסיר באשר הוא. כך לגבי אסיר השפוט לתקופה קצרה, וכך הוא לגבי אסיר המרצה מאסר ארוך בגין פשעים חמורים").
- 28 על הקושי והסיכונים בתפקיד זה ראו למשל *Craig Haney, Curtis Banks, Philip Zimbardo Interpersonal Dynamics in a Simulated Prison International* 69, 93-95 (1973) (1(1) *J. Crim. & Penol'y*).
- 29 Andrew Coyle, *International Prison Management Centre for Prison Studies* 30-33 (2002).
- 30 Kevin Reitz *Modeling Discretion in American Sentencing Systems* 20(4) **L. & Pol'y** 390, 391 (1998).
- 31 בית המשפט ציין כי המחוקק אמור להסדיר בחקיקה מתאימה את עניין סטטוס ה"מעבר" על כל היבטיו: הגדרת התבחינים לפיהם יסווג אסיר כנתון במעבר; יתחום משכי הזמן של סטטוס זה והגדרת בעלי התפקידים המוסמכים לעניין זה, בדומה להסדרים שבפק"צ ההפרדה; פירוט תנאי המאסר לאסיר במעבר; לרבות תנאי המחיה שמגיעים לו, ומבחינת מכלול זכויותיו; השוו 14(4) *James Bonta, Paul Gendreau Reexamining the Cruel and Unusual Punishment of Prison Life* (1990) **L. & Hu. Behavior** 347.
- 32 דוח הסנגוריה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7; בג"ץ 540/84 **יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון**, פד"מ (1) 657 (1986).
- 33 ראו למשל יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** 67, 115 (תשס"ה).
- 34 ראו ס' 1 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פי"); ע"פ 205/73 **רוס נ' מדינת ישראל**, פד"מ (2) 365, 372 (1973) ("כלל גדול הוא בדיני עונשין: אין עונשין מן הדין... לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחוק בלבד... ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנלוגיה והגיון יכולים לעשות").
- 35 Claus Krebs *Nulla poena nullum crimen sine lege: Definition of Concept of Legality* Planck Institute 1-4 (2010).
- 36 השוו, בשינויים, רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י 39, 43-39 (תשנ"ג).
- 37 ראו דרון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא - אנטומיה של יחסים מסובכים" **קריית המשפט** א 307 (תשס"א).