



בבית המשפט העליון

רע"ב 6976/18

רע"ב 6977/18

רע"ב 7435/18

לפני : כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) ח' מלצר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט י' אלרון

המבקש : שירות בתי הסוהר

נ ג ד

המשיב ברע"ב 6976/18 : אברהם פרש

המשיב ברע"ב 6977/18 : אייל בן משה

המשיב ברע"ב 7435/18 : יניב זגורי

צד קשור : הסניגוריה הציבורית

המבקשת להצטרף כידיד בית משפט :

לשכת עורכי הדין

בקשת רשות ערעור על פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 12.7.2018 בעת"א 34905-06-18 ומיום 1.8.2018 בעת"א 56557-05-18 שניתנו על-ידי כבוד השופט א' משניות, ועל החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 12.9.2018 בעת"א 63173-07-18 שניתנה על-ידי כבוד השופטת מ' ברנט

תאריך הישיבה : ל' בשבט התש"ף (25.2.2020)

בשם המבקש : עו"ד תהילה רוט, עו"ד רועי שויקה

בשם המשיב ברע"ב 6976/18 : עו"ד גיל שפירא, עו"ד עינת גייר

בשם המשיב ברע"ב 6977/18 : עו"ד רענן עמוסי, עו"ד מורן סעדון

בשם המשיב ברע"ב 7435/18 : עו"ד מוטי אזולאי

בשם המבקשת להצטרף כידיד בית משפט : עו"ד קובי אביטבול, עו"ד רותם טובול

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם ניתן להגביל את משכן ותדירותן של שיחות טלפון שמקיימים אסירים ועצורים עם עורכי דינם? זו, בעיקרו של דבר, השאלה שעוררו בקשות רשות הערעור שהונחו לפתחנו, אשר הוגשו כולן על-ידי שירות בתי הסוהר (להלן: שב"ס).

המסגרת החקיקתית

2. על מנת לדון בבקשות רשות הערעור ולהבין את גדר המחלוקת ראוי להציג תחילה את הוראות הדין הנוגעות לתקשורת בין אסירים ועצורים לעורכי דינם, כמו גם הוראות רלוונטיות נוספות הנוגעות לתנאי הכליאה. נקדים ונאמר כי בעוד שהוראות אלו מפרטות הסדרים שונים הנוגעים לפגישה עם עורך דין במתקן הכליאה, וכן הסדרים הנוגעים לתקשורת טלפונית של אסיר או עצור עם בני משפחה ומכרים, אין בהן התייחסות מפורשת לסוגיה הקונקרטית שעומדת על הפרק – תקשורת טלפונית בין אסירים ועצורים לעורכי דינם.

3. מפגשים בין אסירים ועצורים לעורכי דין – בכל הנוגע למפגשים בין עצור לבין עורך דינו, קובע סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) כך:

"(א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו.
 (ב) ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי.
 (ג) פגישת העצור עם עורך הדין תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על תנועתיו של העצור."

הסעיף מוסיף וקובע, בסעיפים קטנים (ד)-(ו), סייגים המגבילים את זכות ההיוועצות של עצור עם עורך דינו בנסיבות חריגות: אם נוכחותו של העצור נדרשת לצורך השלמת פעולות חקירה ועריכת הפגישה עם עורך הדין תחייב את הפסקתן, אם פגישת העצור עם עורך הדין עלולה לסכל או לשבש את מעצרו של חשודים נוספים באותו עניין, או אם עיכוב הפגישה לזמן מוגבל נדרש לצורך שמירה על חיי אדם, סיכול

פשע, או מניעת עבירת ביטחון. אף במקרים אלו, מורה החוק כי ניתן יהיה לדחות את הפגישה למשך פרק זמן קצר שלא יעלה על 48 שעות.

4. יש להוסיף כי סעיף 35 לחוק המעצרים קובע הסדר המאפשר מניעת מפגש של עורך דין עם עצור למשך תקופה ארוכה יותר, כמפורט שם, כאשר מדובר בחשד לעבירות ביטחון.

5. בהמשך לכך, תקנה 11 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997 (להלן: תקנות המעצרים) שהותקנו מכוח של חוק זה, קובעת:

"(א) מועד לפגישת עצור עם עורך דין יתואם מראש; מפקד מקום המעצר יאפשר פגישה ראשונה של עצור עם עורך דינו, לבקשת אחד מהם גם שלא בשעות המקובלות במקום המעצר.
(ב) פגישת עצור עם עורך הדין תיעשה ביחידות בחדר נפרד, ובתנאים המבטיחים את סודיות הפגישה, אולם באופן המאפשר פיקוח על התנהגות העצור ותנועותיו".

6. הזכות להיוועץ עם עורך דין עומדת גם לאסיר בשלב ריצוי עונשו, ומעוגנת בסעיף 45 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (להלן: פקודת בתי הסוהר) הקובע כי "אסיר זכאי להיפגש עם עורך דין לשם קבלת שירות מקצועי". בדומה להוראה שחלה על המפגש בין עצור לעורך דינו, גם במקרה זה נקבע, כי הפגישה תתקיים ביחידות בתנאים המבטיחים שמירה על חיסיון עורך דין-לקוח, אך יחד עם זאת "באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של האסיר". סייגים לכך – תחומים ומוגדרים – הוגדרו בהמשך: בסעיף 45א (שהוסף לפקודה במסגרת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 30), התשס"ה-2005), ובסעיף 1א45 (שהוסף גם הוא לפקודה במסגרת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 43) התשע"ב-2012). זאת, בהקשר של חשש מפני שימוש במפגש לביצוע עבירה המסכנת את ביטחונו של אדם, את ביטחון הציבור, את ביטחון המדינה או את ביטחון בית הסוהר, או עבירת בית סוהר (כהגדרתה בסעיף 56 לפקודה זו) הפוגעת פגיעה ממשית במשמעת בבית הסוהר ועלולה להביא לשיבוש חמור בסדריו ובניהולו.

7. בהמשך לכך, תקנות 28-29 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן: תקנות בתי הסוהר) מסדירות אף הן את אופן ניהולו של המפגש בין האסיר או העצור לעורך דינו, ואת המקרים החריגים בהם ייאסר על קיום אותו מפגש.

8. שיחות טלפון של אסירים ועצירים – ההסדר הכללי בעניין ניהול שיחות טלפון על-ידי אסירים ועצורים קבוע בסעיף 9(ב)(6) לחוק המעצרים, המורה כך:

“עצור יהיה זכאי, בין היתר, לכל אלה:

...

(6) לקבלת מבקרים, ולקיום קשר טלפוני; עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום – יהא זכאי לאלה, רק אם אישר הממונה על החקירה שאין בכך כדי לפגוע בחקירה.”

לצד זאת מסמיך סעיף 10(ב) לחוק המעצרים את מפקד בית המעצר לנקוט אמצעי משמעת נגד עצור שלא מילא את חובותיו, לאחר שניתנה לו זכות טיעון בעניין, ובין היתר לשלול את זכותו לקיום קשר טלפוני.

9. על כך יש להוסיף כי סעיף 11 לחוק המעצרים מסמיך את השר לביטחון פנים, באישורה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות הוראות לביצועם של סעיפים 7 עד 10 לאותו חוק. תקנה 10 לתקנות המעצרים שהותקנו מכוחו של סעיף זה קובעת כך:

“(א) עצור שהוגש נגדו כתב אישום יהיה זכאי לעשות שימוש בטלפון במקום המעצר פעם ביום לפרק זמן סביר; השימוש בטלפון יהיה על חשבון העצור.

(ב) עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום לא יהיה זכאי לעשות שימוש בטלפון כאמור בתקנת משנה (א) אלא אם כן הממונה על החקירה אישר כי אין בכך כדי לפגוע בחקירה.

(ג) עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום למעט עצור שאינו זכאי על פי החוק להיפגש עם עורך דינו, יהיה זכאי לבקש בכתב ממפקד מקום המעצר שיתקשרו טלפונית למשרדו של עורך דינו לשם מסירת הודעה מטעמו; מסירת ההודעה על פי בקשת העצור תתועד בכתב בידי מי שמסר את ההודעה.”

10. הסדרים כלליים נוספים – בנוסף לאמור, חלות על אסירים ועצורים ההוראות הכלליות של פקודת בתי הסוהר ותקנות בתי הסוהר.

11. נפתח בכך שנזכיר את תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, הקובעת את העיקרון הכללי בדבר סמכותו של מנהל בית הסוהר להעניק לאסירים או לשלול מהם “טובות הנאה” מעבר לזכויות המגיעות להם על-פי חוק. וכך קובעת תקנה זו:

“(א) מנהל בית הסוהר רשאי, על-פי כללים שקבע הנציב, להעניק לכלל האסירים או לסוג אסירים או לאסיר מסויים טובות הנאה מעבר לזכויות מוקנות שנקבעו בחיקוק, כגון: ביקורים, מכתבים, חופשות, קניית מצרכים, האזנה

לשידורים בכלי-תקשורת או צפייה בהם (להלן - טובות הנאה), המותנות בהתנהגותו הטובה של האסיר המסויים או בסוג בית הסוהר או האגף שבו הוא מוחזק או במצב בבית הסוהר.

(ב) מנהל בית הסוהר רשאי, לפי שיקול דעתו, למנוע מאסיר שהתנהגותו איננה טובה או מסוג אסירים בבית הסוהר או מכלל האסירים בבית הסוהר טובות הנאה; מניעת טובות הנאה תיעשה על-פי כללים שקבע הנציב. (ג) על אף האמור בתקנת משנה (א), מניעת טובות הנאה לפי תקנה זו יכול שתכלול גם איסור על החזקת חפצים שהותרו לפי תקנה 37, למעט מסמכים כאמור בתקנה 37(ג)."

12. במישור נוסף, מסמיך סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר את נציב בתי הסוהר להתקין, באישור השר הממונה, "הוראות כלליות שיקבעו עקרונית לענין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה" וכן "פקודות כלליות שיקבעו פרטים בנושאים האמורים", הידועות כפקודות נציבות בתי הסוהר (להלן: פקודות הנציבות). ראוי אפוא לבחון את פקודות הנציבות הרלוונטיות לדיון.

13. הראשונה שבהן היא פקודת הנציבות מס' 04.34.00 שכותרתה "מתן שירות מקצועי לאסירים ועצורים ע"י עורכי דין". זו מורה כי יש לאפשר לאסיר או לעצור להיפגש עם עורך דינו לצורך קבלת שירות מקצועי, וכי על מפקד בית הסוהר שבתחומו נמצא האסיר או העצור לאפשר לו להתקשר לעורך הדין ולזמנו בהקדם האפשרי לצורך מימוש זכות ההיוועצות. הפקודה מוסיפה ומפרטת הוראות שונות המסדירות את אופן המפגש בין האסיר או העצור לבא-כוחו.

14. השנייה היא פקודת נציבות מס' 04.36.00, הנושאת את הכותרת "קשר טלפוני של אסירים" (להלן: פקודת הנציבות בדבר קשר טלפוני), והקובעת, בסעיפים 1(א) ו-1(ב), כי קשר טלפוני של אסיר עם בני משפחתו מוגדר כ"טובת הנאה". משמעות הדברים היא, בצירוף לתקנה 19 שנזכרה לעיל, כי מנהל בית הסוהר מוסמך למנוע מאסיר שיחות טלפון עם בני משפחתו בזיקה להתנהגותו. עוד קובעת פקודת נציבות זו, בסעיף 7, כי תדירות השיחות של כלל האסירים ומשכן ייקבעו על-ידי מפקד בית הסוהר בהתחשב בין היתר במספר האסירים באגף ובסדר יומם. כמו כן, סעיף 8 לפקודה זו מורה כי השעות הקבועות לשיחות טלפון יהיו מהשעה 8.00 בבוקר עד השעה 22.00 בלילה, לפי פירוט שיקבע מפקד בית הסוהר, וכי לאחר "ספירת הלילה" של האסירים לא ניתן יהיה לערוך שיחות טלפון.

15. השלישית היא פקודת נציבות מס' 04.03.00 שכותרתה "החזקת אסירים בהפרדה". סעיף 22(ד)(5) לפקודה זו מורה כי עצור המוחזק בהפרדה יכול לשוחח בטלפון במשך עד 60 דקות ביממה, שאותן הוא רשאי לפצל לכל היותר לשלושה מועדים שונים. עם זאת, בפועל, ניתנת לעצורים בהפרדה אפשרות לשוחח בטלפון במשך פרק זמן כפול של עד 120 דקות ביממה (ראו: רע"ב 8020/09 אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר (26.7.2010); רע"ב 6/13 מוסלי נ' מדינת ישראל (11.4.2013); רע"ב 5947/15 מלכי נ' שירות בתי הסוהר (7.9.2015)).

פסיקה קודמת

16. בית משפט זה נדרש במספר הזדמנויות לסוגיה של הגבלת משכן ותדירותן של שיחות טלפון של עצורים ואסירים, ובכללם אסירים ביטחוניים. באותם מקרים נקבע כי בסמכותו של שב"ס להגביל את הקשר הטלפוני בין אסירים ועצורים לגורמים מחוץ לבית הסוהר. זאת, מכוח סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר ותקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, וכחלק מסמכותו הכללית להסדיר את המינהל, המשטר, המשמעת והפעולה התקינה של בתי הסוהר (עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492, 498 (1996) (להלן: עניין קונטאר); רע"ב 6561/97 מדינת ישראל נ' מנדלסון, פ"ד נב(5) 849, 858 (1998); רע"ב 2012/09 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, פסקה ט"ו (30.3.2009)). אולם, פסקי דין אלה לא נסבו על הגבלת הקשר הטלפוני של אסירים ועצורים עם עורכי דינם, אלא על קשר טלפוני בינם לבין בני משפחתם וגורמים אחרים.

17. במקרה אחד – רע"ב 5711/11 בר מוחה נ' שירות בתי הסוהר (6.9.2011) – ההחלטה שניתנה נסבה על הגבלת הקשר הטלפוני של אסיר לא רק עם בני משפחתו אלא גם עם עורכי דינו. עם זאת, במקרה זה הועלו טענות שנסבו על שיקול הדעת הקונקרטי שהופעל בעניינו של המבקש, להבדיל מטענות במישור החוקתי, ועל כן בקשת רשות הערעור נדחתה בשל אופייה הפרטני. הטענה העקרונית בדבר הפגיעה בזכות להיוועצות לא עלתה גם בהחלטה מאוחרת שעסקה באותו אסיר (רע"ב 50/12 שרות בתי הסוהר נ' בר מוחה (29.1.2012)).

18. אם כן, ההלכה הפסוקה טרם נדרשה לשאלה הניצבת במוקד הבקשות שלפנינו באשר לסמכותו של שב"ס לשלול או להגביל את שיחות הטלפון של עצורים ואסירים עם עורכי דינם.

19. שאלת הסמכות לאסור על שיחות טלפון בין אסירים ועצורים לבין עורכי דינם התעוררה בפנינו במסגרת שלושה הליכים שונים, שאוחדו יחד לצורך הכרעה בה. נפנה אפוא כעת להצגת אותם הליכים.

רע"ב 6977/18 – הגבלת שיחות טלפון של אסיר עם עורך דינו כסנקציה משמעתית

20. בקשה זו נסבה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 12.7.2018 (עת"א 34905-06-18, השופט א' משניות), ועניינה באיסור שהטיל שב"ס על האסיר אייל בן משה (להלן: בן משה) לשוחח בטלפון עם עורך דינו – איסור שתוקפו חודש ימים – וזאת כסנקציה משמעתית במסגרת שלילת טובות הנאה שונות. בן משה הגיש עתירת אסיר נגד החלטה זו לבית המשפט המחוזי, אשר קיבל את העתירה וקבע כי קיום קשר בין האסיר לעורך דינו, ובכלל זה קיום קשר טלפוני ביניהם, אינו בגדר טובת הנאה. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי שלילה או הגבלה ממשית של משך הקשר הטלפוני של האסיר עם עורך דינו, מעבר להגבלה שנקבעה לכל האסירים באגף, פוגעת פגיעה שאינה מידתית בזכות החוקתית להליך הוגן ובזכות לייצוג על-ידי עורך דין. הודגש, כי ישנה חשיבות רבה לשמירה על זכויות אלו, בשל הפגיעה המובנית בזכויות בסיסיות הנגזרות מעצם המאסר ובשל פער הכוחות הקיים בין שב"ס לאסירים. לנוכח זאת, כך נקבע, לא ניתן לשלול או להגביל את קיום הקשר הטלפוני, מבלי להסדיר זאת בחקיקה מפורשת.

רע"ב 6976/18 – הגבלת שיחות טלפון של אסיר עם עורך דינו בשל חשש לשימוש לרעה בקשר הטלפוני לשם ביצוע עבירות

21. בקשה זו נסבה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 1.8.2018 (עת"א 56557-05-18, השופט א' משניות), ועניינה בהגבלה שהטיל שב"ס על קיום שיחות טלפון בין האסיר אברהם פרש (להלן: פרש) לעורך דינו, כך שבמשך חודש ימים הותר לו לנהל שיחת טלפון אחת ביום למשך 15 דקות רק עם אחד מעורכי דינו (מתוך ששה עורכי דין המייצגים אותו). מגבלה זו הוטלה על רקע החשש לשימוש לרעה בשיחות הטלפון לשם ביצוע עבירות מרמה, תוך פגיעה בשלום הציבור וביטחוננו. בית המשפט המחוזי קיבל את עתירת האסיר שהגיש פרש נגד החלטה זו, בקבעו כי לא מצא טעם לאבחן בין מקרה זה למקרה שנדון בעניינו של בן משה, הנזכר לעיל. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, כל עוד לא קיימת עילה למניעת מפגש בין האסיר לעורכי דינו, אף אין עילה לשלול את עריכתן של שיחות הטלפון ביניהם.

רע"ב 7435/18 – הגבלת שיחות הטלפון של עצור עם עורך דינו בשל חשש לשימוש לרעה בקשר הטלפוני לשם ביצוע עבירות

22. בקשה זו נסבה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 12.9.2018 (עת"א 63173-07-18, השופטת מ' ברנט), אשר דן בהחלטת שב"ס להאריך בחודש ימים את המגבלה שהוטלה על ניהול שיחות הטלפון של העצור יניב זגורי (להלן: זגורי) עם עורך דינו, כך שיותר לו לנהל שיחת טלפון אחת ביום למשך 15 דקות. במקרה זה הובהר כי המגבלה הוטלה על בסיסה של תשתית מודיעינית, כדי למנוע פעילות פלילית בין כתלי בית הסוהר. זגורי הגיש עתירת אסיר נגד החלטה זו לבית המשפט המחוזי, אשר קיבלה והורה על ביטול המגבלה האמורה, לאחר שקבע כי היא פוגעת בזכות החוקתית להליך הוגן וחייבת על כן להיעשות על-פי הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.

עמדת שב"ס בבקשות רשות הערעור

23. במסגרת שלוש הבקשות שלפנינו, שב"ס לא חלק על חשיבותה של זכות ההיוועצות של אסירים עם עורכי דינם, כחלק מזכותם להליך הוגן. אולם, לשיטתו, זכות זו מחייבת רק לאפשר מפגש פנים אל פנים בין האסיר או העצור לעורך דינו, והיא אינה כוללת זכות לקיום קשר טלפוני ביניהם, ודאי שלא כזכות מוחלטת או בלתי מסויגת. נכון לשלב שבו הוגשו בקשות רשות הערעור, שב"ס סבר כי אפשרות האסיר לקיים קשר טלפוני רציף ושוטף עם עורך דינו, שלא על מנת לזמנו לפגישה, מהווה טובת הנאה אשר ניתן לשלול אותה אם קיימת לכך הצדקה ביטחונית או משמעתית, מבלי להידרש להסמכה בחקיקה ראשית לעשות כן.

24. עמדת שב"ס נשענה על פרשנות סעיף 1(ב) לפקודת הנציבות בדבר קשר טלפוני, הקובע כמפורט לעיל כי "הקשר הטלפוני לאסיר מהווה טובת הנאה". בהקשר זה הטעים שב"ס, כי הפקודה מבקשת להסדיר את כל הקשרים הטלפוניים שמקיים האסיר, בין עם בני משפחתו ובין עם אחרים.

25. שב"ס מצא תימוכין לפרשנותו בכך שישנם אף אמצעים טכנולוגיים נוספים שעשויים לייעל את הקשר בין עורך הדין ללקוחו – כדוגמת חלופת דואר אלקטרוני – ואף הם אינם עומדים לרשות האסיר. לשיטת שב"ס, ניתן ללמוד מכך שאין חובה לאפשר קיום קשר טלפוני בין האסיר לעורך דינו ללא כל סייגים.

26. במישור המעשי, הובהר כי ההגבלה על משך השיחה נדרשת הן כאמצעי משמעותי והן כאמצעי מניעתי, לנוכח החשש שהאסיר יעשה שימוש בשיחת הטלפון עם עורך דינו כדי ליצור קשר עם גורמים עברייניים. הוסבר בהקשר זה שלמערכת הטלפונים של שב"ס אין אפשרות לזהות חיבור של קו נוסף לשיחה, שאינו מאושר מראש לצורך תקשורת עם האסיר. שב"ס טוען כי עניינו של פרש מדגים היטב את הקושי האמור, בשים לב לכך שהוא ביצע חלק מהעבירות בהן הורשע ובגינת נדון לעונש מאסר, באמצעות שיחות טלפון שניהל מבין כתלי בית הסוהר. כמו כן, טוען שב"ס כי אף עניינו של זגורי, שהוא עצור, מבטא את הקושי הנדון, שכן הוא מואשם בהעברת מסרים לעד המדינה במשפטו באמצעות עורך דינו.

27. זאת ועוד, לעמדת שב"ס מסוכנות הנובעת מהאסיר או העצור עצמו עשויה במקרים מסוימים להקים הצדקה להגבלת ליבת זכות ההיוועצות (קרי, במפגש פנים אל פנים) וממילא ניתן להגביל באותן נסיבות גם את הקשר הטלפוני עם עורך הדין. הגבלת זמן השיחה לפרק זמן של 15 דקות בלבד – כפי שנעשה בעניינם של פרש וזגורי – מהווה אפוא, כך נטען, איזון ראוי וסביר בין הרצון לאפשר לאסיר או לעצור ליידע את עורך דינו כי הוא זקוק לשירותיו המקצועיים ולתאם עמו מועד פגישה, לבין הצורך להגן על שלום הציבור וביטחונו (בנסיבות הנדונות בעניינו של פרש), ולחלופין הצורך לשמור על הסדר והמשמעת בין כתלי בית הסוהר (בנסיבות הנדונות בעניינו של בן משה).

28. בגדר הבקשות הובהר, כי גם אם ניתן מענה נקודתי לחלק מהמקרים הנדונים, הרי שהן מעוררות סוגיה עקרונית בעלת השלכות רוחב על התנהלות הכללית של שב"ס. בהקשר זה צוין כי נכון למועד הגשת הבקשות היו 14 עצורים שהוטלה עליהם הגבלה לקיים קשר טלפוני עם עורך דינם, כך שזה הותר להם על בסיס של הגבלה לפרק זמן קצר וקצוב. בכל המקרים הללו, כך נטען, קיים חשש ממשי כי תקודם באמצעות הקשר הטלפוני פעילות פלילית חמורה.

טענות המשיבים

29. בשלב זה נפנה להציג את התשובות בבקשות השונות, אשר יש בהן מן המשותף, אך הן כוללות גם היבטים המבחינים ביניהן.

30. עניין בן משה – בתשובתו לבקשה טען בן משה כי זו אינה מצדיקה מתן רשות ערעור, מאחר שההליך הפך תיאורטי ביחס אליו, ואף שב"ס עצמו טען במקרה אחר, כי אין מדובר בסוגיה עקרונית (רע"ב 4311/18 בן משה נ' מדינת ישראל (6.6.2018)). לגוף

העניין, טען בן משה כי שב"ס אינו מוסמך לשלול שיחות טלפון בין אסיר לעורך דינו, שכן אין כל התייחסות מפורשת לכך בפקודת בתי הסוהר, בתקנות או בפקודות הנציבות, וזאת בניגוד להסדרה הנוגעת להגבלת הקשר הטלפוני של אסירים עם בני משפחתם. לטענתו של בן משה, מגבלה כאמור מהווה פגיעה יסודית בזכויות האסיר להליך הוגן ולהיוועצות עם עורך דין, שהן זכויות יסוד חוקתיות שאין לפגוע בהן אלא בחקיקה מפורשת. בן משה הוסיף וטען, כי יש לדחות מכל וכל את טענת שב"ס לפיה זכות ההיוועצות מצומצמת למפגש אישי במתכונת של פנים מול פנים בלבד, בין היתר לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות המאפשרות לתת ייצוג מקצועי יעיל ואפקטיבי באמצעות הטלפון, כמו גם לנוכח הזמן והמשאבים הרבים הנדרשים לצורך קיום מפגש בין כתלי בית הסוהר. עוד הודגש, כי מניעת מפגש בין אסיר לעורך דינו הוגבלה בחוק רק למקרים חריגים ומתוחמים, למשך תקופות מוגבלות, ואף הוכפפה להפעלת ביקורת שיפוטית. הסדרים אלה, כך נטען, אינם עולים בקנה אחד עם האפשרות של מניעת שיחות טלפון ללא הסמכה מפורשת וללא הסדר של ביקורת שיפוטית.

31. עניין פרש – לאחר הגשת בקשת רשות הערעור בעניינו, הודיע פרש כי אין לו עניין בתוצאות ההליך, שכן המגבלה שהוטלה על קיום שיחות הטלפוניות שלו עם עורך דינו בוטלה זה מכבר. ביום 26.11.2018 נעתר רשם בית משפט זה באותה עת (השופט ג' לובינסקי ז"ו) לבקשת הסניגוריה הציבורית להשיב לבקשה בהיבט הכללי שלה, בשם לב לצורך בבירור עקרוני של הסוגיה.

32. בתגובתה מיום 27.12.2018 טענה הסניגוריה הציבורית כי דין הבקשה להידחות. לשיטת הסניגוריה הציבורית, שלילתו או הגבלתו של קשר טלפוני בין אסיר לעורך דינו פוגעת פגיעה מהותית בליבת הזכויות החוקתיות שלו לייצוג משפטי ולהליך הוגן. הסניגוריה הציבורית הדגישה, כי היכולת לנהל תקשורת רציפה עם הסניגור היא חיונית לשם מימוש זכויות אלו, וכי תקשורת זו אינה יכולה להתבטא רק במפגשים פנים אל פנים, שתדירותם, מטבע הדברים, היא נמוכה יותר. על כן, כך נטען, שלילת הזכויות והגבלתן טעונית הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. הסניגוריה הציבורית הוסיפה, כי אין לראות בהסדרים הקבועים בפקודת בתי הסוהר באשר לפגישה בין אסיר לעורך דינו לצורך מתן שירות מקצועי הסדר שלילי המצמצם את מימושה של זכות ההיוועצות למתכונת של מפגש בלבד. לשיטת הסניגוריה הציבורית, השאלה אילו אמצעי תקשורת נכללים בגדר מימוש זכותו של האסיר להיוועצות עם עורך דינו, צריכה להיבחן על רקע שינויי העתים ובהתאמה להם. בהקשר זה הוטעם כי כיום הקשר הטלפוני מהווה אמצעי בסיסי וחיוני הדרוש לשם תקשורת תקינה.

33. הסניגוריה הציבורית הוסיפה וטענה כי אין לקבל את עמדת שב"ס לפיה הקשר הטלפוני הוא בגדר טובת הנאה שניתן לשלול מכוח תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר. לשיטתה, זכות האסיר להיוועץ עם בא-כוחו בטלפון עומדת לו באופן עצמאי וללא תלות באופן התנהגותו. במובן זה, כך נטען, אין לגזור גזירה שווה בין קשר טלפוני של האסיר עם עורך דינו לבין קשר טלפוני עם בני משפחה ומכרים, מאחר שמלאכת האיזון הנדרשת כשמדובר בפגיעה בזכות הייצוג היא בוודאי שונה וחייבת להתבסס על הסמכה מפורשת בחוק. יתר על כן, הסניגוריה הציבורית הדגישה כי על-פי פקודת הנציבות בדבר קשר טלפוני ניתן לקבל החלטה המגבילה את הקשר הטלפוני לתקופה של חצי שנה בכל פעם, על-פי שיקול דעתו של נציב שב"ס. נטען, כי אין זה מתקבל על הדעת כי תוקנה למנהל בית הסוהר סמכות כה מרחיקת לכת שיש בה כדי לפגוע באופן ממשי בזכות האסיר לייצוג משפטי.

34. לבסוף טענה הסניגוריה הציבורית, כי שב"ס לא הצביע על חשש ממשי ספציפי לשימוש לרעה בתקשורת הטלפונית, אלא הסתפק בהצגת אפשרות תיאורטית בלבד לכך, באופן המטיל דופי בציבור עורכי הדין בכללותו. ככל שאכן יש שימוש לרעה בקשר הטלפוני בין עורכי דין ללקוחותיהם האסירים, כך נטען, ניתן להתמודד עם התופעה תוך שימוש באמצעים שפגיעתם בזכויות האסירים פחותה, כגון הליכים משמעותיים או אף פליליים (כנגד עורך הדין). זאת ועוד, נטען כי הפתרון שניתן על-ידי שב"ס – ניהול שיחה למשך 15 דקות בלבד – אינו מאיין את הסיכון לניצול לרעה של הקשר הטלפוני, ועל כן ממילא אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי ואינו הולם את התכלית שלשמה נועד. בדומה לכך, נטען כי העובדה ששב"ס אינו מבקש להגביל את המפגש בין האסיר לעורך דינו גם במקרים שבהם הוא עומד על הגבלת הקשר הטלפוני ביניהם – מעוררת כשלעצמה קושי.

35. עניין זגורי – בתשובתו לבקשת רשות הערעור בעניינו העלה גם זגורי טענות דומות, והצביע על כך שהחלטה להגביל את שיחות הטלפון עם עורכי דינו נעשתה ללא כל עיגון ואחיזה בדין. הוא הוסיף וטען כי מגבלה זו תאיין בפועל את האפשרות לממש את זכות ההיוועצות, לנוכח קשיים אובייקטיביים בנוגע לתיאום של מועדי הביקורים; המרחק הרב שעשוי להיות קיים בין מקום משרדו של עורך הדין למקום המאסר או המעצר; שעות הביקור המוגבלות; ואף זמני ההמתנה הארוכים עד לקיום המפגשים בפועל. עוד צוין, כי בשל הקשיים המתוארים, אין ביכולתו של עורך הדין לבקר את העצור בין דיוני ההוכחות, כאשר אלו מתקיימים פעמיים או שלוש בשבוע, חרף הנחיצות הרבה שנודעת לעבודת ההכנה של הסניגור לקראת חקירות העדים.

36. זגורי הוסיף וטען, ביחס לעניינו הפרטני, כי ההליך הפלילי המתנהל נגדו הוא "מגה תיק", כך שכתב האישום, הכולל בין היתר עבירות רצח, ניסיון רצח ועבירות נוספות, מחזיק כ-50 עמודים, חומר החקירה כולל למעלה מ-400 קלסרים ומאות דיסקים, ורשימת עדי התביעה, ביניהם עדי מדינה, כוללת 316 עדים (מבלי שרשימה זו אף הוגדרה כסופית). בנסיבות אלה, ובשעה שהוא מוחזק בתנאי הפרדה ללא אפשרות ביקורים, טען זגורי כי שיחות הטלפון עם עורכי דינו הן חיוניות לצורך ניהול הגנתו, והגבלתן אף היא אינה מידתית.

מהלך הדיון בבקשות

37. בתיק התקיימו שלושה דיונים במותבים שונים. בתום הדיון הראשון, שהתקיים ביום 10.1.2019 (המשנה לנשיאה ח' מלצר, והשופטים י' עמית ו-ע' גרוסקופף), משהוברר כי הבקשות הפכו תיאורטיות ביחס לשלושת המשיבים (שכן המגבלות המקוריות שהוטלו על הקשר הטלפוני שלהם עם עורכי דינם כבר לא היו בתוקף), הורה בית המשפט לשב"ס לנסות ולגבש הצעה להסדר. זאת, בין היתר תוך הבחנה בין מצבים שבהם קיים מידע על שימוש לרעה בקשר הטלפוני לצורך ביצוע פעילות פלילית לבין מצבים שבהם הרקע להגבלה הוא משמעותי או התנהגותי.

38. ביום 5.2.2019 הוגשה הודעה מטעם שב"ס שבה נערכה הבחנה בין עצורים ואסירים, שבעניינם יש תשתית עובדתית גלויה או מידע מודיעיני המקימים חשש ממשי לכך שהשימוש בטלפון נועד לצורך קידום פעילות פלילית – ועל כן מוצדק, לשיטת שב"ס, להגביל את הקשר הטלפוני בינם לבין עורכי דינם, לבין עצורים ואסירים שנשללה מהם טובת ההנאה של קיום קשר טלפוני עם בני משפחתם על רקע משמעותי או התנהגותי – אשר בעניינם אין זה מוצדק להחיל את המגבלה האמורה. יחד עם זאת, צוין כי מקום שבו נשללה האפשרות לקשר טלפוני בשל התנהגות שלילית "הקשורה באופן ישיר לשימוש בטלפון עצמו" – למשל, גרימת נזק למכשיר טלפון, מניעת שימוש בטלפון מאסירים אחרים, או עקיפת המגבלה על התקשרות למספרי טלפון שאינם מאושרים – תיתכן הטלת מגבלה על שיחות הטלפון עם עורך הדין, כך שאלו יוגבלו ל-15 דקות בלבד. עוד צוין, כי במקרה שבו נדון עצור או אסיר לעונש בידוד במסגרת דין משמעותי, לא תינתן לו האפשרות לקיום קשר טלפוני, לרבות עם עורך דין, במהלך כל תקופת הבידוד. במקרה אחרון זה, תינתן לאסיר או לעצור אפשרות ליצור קשר טלפוני עם עורך דינו פעם אחת לפני הכניסה לבידוד, וכן תיוותר על כנה האפשרות להיפגש עם עורך הדין במהלך תקופת הבידוד (כאשר תיאום הפגישה ייעשה באמצעות מנהל האגף או מי

מטעמו). לעמדת שב"ס, מתווה זה מאזן באופן ראוי בין האינטרס הציבורי של ביטחון הציבור, לרבות מניעת פשיעה מבין כתלי בית הסוהר, לבין הזכות להיוועץ בעורך דין.

39. המשיבים כולם התנגדו למתווה המוצע על-ידי שב"ס, ובעשותם כן הדגישו את חשיבותו של הקשר הטלפוני בין האסיר או העצור לעורך דינו, ואת מרכזיותו למימושן של זכות ההיוועצות והזכות להליך הוגן. אשר לאפשרות של שלילה מוחלטת של קשר טלפוני בתקופה שבה האסיר מרצה עונש בידוד, נטען כי אין הצדקה לשלילת קשר טלפוני בין אסיר השוהה בבידוד לעורך דינו, בה בשעה שלא נאסרה פגישה ביניהם. עוד נטען כי קיימת אפשרות שעד להגעתו של עורך הדין לפגישה עם האסיר תסתיים תקופת הבידוד, באופן שלא ניתן יהיה לעתור כנגד חוקיותם של עונש הבידוד או תנאיו. כן הודגש, כי עונש הבידוד אינו שמור למקרים חמורים בלבד, ועלול להיות מושת גם בגין עבירות משמעת קלות כגון הוצאת מזון מהמטבח בלא רשות, התנהגות בחוסר נימוס או התרשלות בעבודה (ראו פקודת הנציבות מס' 04.13.00 שכותרתה "דין משמעתי לאסירים"). על כן, לשיטת המשיבים, דווקא בתקופת הבידוד נודעת חשיבות רבה לשימור הקשר הטלפוני בין האסיר לעורך דינו.

40. אשר לשלילת הקשר הטלפוני מטעמים משמעתיים או התנהגותיים, נטען כי ה"שימוש לרעה בטלפון" המתואר על-ידי שב"ס אינו רלוונטי לזכות ההיוועצות, שבה אין לפגוע, בהתחשב במעמדה החוקתי. אשר לשלילת הקשר בשל קיומו של מידע מודיעיני באשר לשימוש לרעה בטלפון, נטען כי מדובר ב"סיסמא ריקה מתוכן", כי לאסירים לא תהיה אפשרות להתגונן מפני הטלת מגבלות מטעם ערטילאי מסוג זה, וכי זוהי הגבלה שאינה סבירה או מידתית. הסניגוריה הציבורית הבהירה, מצדה, כי רק במקרה שבו קיים חשד ממשי לניצול לרעה של הקשר הטלפוני עם עורך הדין לשם ביצוע עבירות, ניתן יהיה לשלול את הקשר הטלפוני, בדומה להסדר הקבוע בסעיפים 45 ו-1א45 לפקודת בתי הסוהר, באשר למניעת מפגש עם עורך הדין.

41. ביום 26.9.2019 הגישה לשכת עורכי הדין בקשה להצטרף להליך במעמד של "ידיד בית המשפט", כמי שמייצגת את האינטרס של ציבור עורכי הדין. אציג כאן את עיקרי הבקשה, ובהזדמנות זו אציע לחברי לצרפה להליך גם באופן פורמאלי, לנוכח תרומתה לבירור הסוגיה. על-פי העמדה שהציגה לשכת עורכי הדין, קשר טלפוני בין אסיר או עצור לעורך דינו קשור בקשר הדוק להגנה על מספר זכויות יסוד חשובות, ובהן הזכות לכבוד האדם וחירותו, זכות ההיוועצות, הזכות להליך הוגן, הזכות לחופש הביטוי וזכות האסיר ל"קשר עם העולם החיצון". על כן, כך נטען, כל הגבלה או שלילה של קשר טלפוני כאמור טעונה עמידה במבחניה של פסקת ההגבלה. בנסיבות העניין, נטען כי

הפגיעה בזכויות לא נעשתה מכוח חוק או הסמכה מפורשת בו וכן אינה עומדת במבחני המידתיות. זאת ועוד, לעמדת לשכת עורכי הדין, קבלת עמדתו של שב"ס תוביל למדרון חלקלק שיפגע בזכויות היסוד לייצוג ולהליך הוגן, מבחינתה של אוכלוסיית האסירים והעצורים, שהיא אוכלוסייה מוחלשת. עוד נטען, כי יש בכך כדי להטיל דופי ביושרם של ציבור עורכי הדין ובתדמיתם בפני הציבור ובפני רשויות אכיפת החוק. זאת, כך נטען, שעה שישנם כלים אחרים להתמודדות עם התופעה של עורכי דין המפרים את חובתם המקצועית והאתית, שפגיעתם בציבור האסירים בכללותו פחותה. לבסוף, לשכת עורכי הדין טוענת כי קבלת עמדת שב"ס תביא לפגיעה מהותית בטיב השירות המקצועי שניתן על-ידי עורכי הדין ללקוחותיהם האסירים והעצורים, וכן תשפיע על ניהול זמנם של עורכי הדין ועל פרנסתם.

42. דיון שני בבקשות התקיים ביום 2.10.2019 (המשנה לנשיאה מלצר והשופטים י' אלרון ו-גרוטסקופ). במהלך הדיון הבהיר שב"ס כי הגבלתן של שיחות טלפון בשל תשתית עובדתית הנוגעת לפעילות פלילית מתייחסת, הלכה למעשה, נכון למועד הדיון, למספר אסירים הנופל מ-20 (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון). בתום הדיון ניתנה החלטה המורה לשב"ס, לסניגוריה הציבורית וללשכת עורכי הדין להתייחס למצב המשפטי בסוגיה זו בשיטות משפט נוספות.

43. בהתאם להחלטה האמורה הגישו הצדדים סקירות שהתייחסו להיבטים של משפט השוואתי. בתמצית ייאמר, כי שב"ס הציג עמדה לפיה במרבית המדינות שנבדקו נהוגות הגבלות שונות על השימוש בטלפון לאסירים. מנגד, הסניגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין ביקשו ללמוד מההסדרים הקיימים בשיטות משפט אחרות כי לקשר הטלפוני של אסירים ועצורים עם עורך דין נודעת חשיבות עליונה לשם מימוש זכותם להליך הוגן. עם זאת, הצדדים לא הציגו התייחסויות ישירות לשאלה הפרטנית שעמדה במרכז ההליך הנוכחי, והיא – האם נדרשת הסמכה בחקיקה ראשית לצורך הטלת מגבלות על קשר טלפוני של אסירים ועצורים עם עורכי דינם.

44. ביום 25.2.2020 התקיים דיון שלישי בבקשות, הפעם בפני המותב הנוכחי. במהלך הדיון ציינה היועצת המשפטית של שב"ס כי עמדתו הנוכחית היא שזכות ההיוועצות כוללת גם את הזכות ליצירת קשר טלפוני, אלא ש"דרך המלך" למימושה של זכות זו היא במפגש פנים אל פנים בין האסיר או העצור לעורך דינו (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון). היא הוסיפה והצהירה כי אף לשיטת שב"ס גם במקרי קיצון לא ניתן לשלול לחלוטין את זכותו של אסיר או עצור לקשר טלפוני עם עורך דינו, וכי הגבלת משך השיחה

ל-15 דקות במקרים של חשד לביצוע עבירה פלילית באמצעות הקשר הטלפוני, מבטאת איזון הולם בין האינטרס הציבורי לבין זכות האסיר להיוועצות עם עורך דינו.

45. בתום הדיון, הורינו כי שב"ס ימסור בתוך ששה חודשים הודעה מעדכנת, שבה יבהיר אם בכוונתו לפעול בדרך של חקיקה ראשית להסדרת הסוגיה, וכן יתאר את האמצעים הטכנולוגיים העומדים לרשותו, ככל שישנם, על מנת לסכל שימוש לרעה בשיחות טלפוניות שמתקיימות בין אסירים ועצורים לעורכי דינם.

46. הודעתו המעדכנת של שב"ס הוגשה, לאחר מספר אורכות שניתנו, ביום 11.12.2020. במסגרת זו שב"ס על עמדתו, לפיה הגבלת משכן של שיחות טלפון בין אסיר או עצור לעורך דינו, בשונה משלילתן המוחלטת, אינה מצריכה הסמכה בחקיקה ראשית, והיא נופלת בגדר סמכותו ואחריותו של נציב שב"ס לניהול בתי הסוהר והבטחת פעילותם התקינה, בהתאם לסעיף 80א לפקודת בתי הסוהר. שב"ס שב והדגיש, כי עיקר מימושה של זכות ההיוועצות הוא בדרך של מפגש ולא בהתקשרות טלפונית, ועל כן ככל שזו נפגעת הרי שהפגיעה היא מצומצמת.

47. בכל הנוגע לאמצעים הטכנולוגיים הקיימים, עדכן שב"ס כי קודם על-ידו פיילוט שנועד לבחון מניעת שימוש לרעה בטלפון על-ידי אסירים או עצורים לצורך ביצוע עבירות מרמה, הונאה והתחזות. במסגרת הפיילוט, כאשר ישנם אסירים ועצורים שקיימת בעניינם תשתית מודיעינית לכך שהם עלולים לנצל את הקשר הטלפוני לרעה, מושמעת בשיחות הטלפון שהם מקיימים, בכל 45 שניות, הודעה מוקלטת המתריעה כי השיחה מתבצעת ממערכת "שחף" של שב"ס, וזאת על מנת ליידע את נמעני השיחה על היותם אסירים ובדרך זו למנוע התחזות מצדם. כן צוין כי במקרים מסוימים מתאפשרת התקשרות טלפונית לטלפון הנייד של עורך הדין, בכפוף להצהרתו כי הטלפון הנייד מצוי בחזקתו ובשימושו הבלעדי – כדי למנוע אפשרות שהאסירים ימסרו לשב"ס מספרי טלפון שאותם הם מציגים ככזב כמספרי טלפון של עורכי דינם, וכן לסכל שימוש לרעה בטלפון המשרדי.

48. יחד עם זאת הובהר, כי חדשות לבקרים מתפתחות שיטות לעקיפת האמצעים הטכנולוגיים שבידי שב"ס, המאפשרות הוספת נמענים לשיחה בדרך של "שיחת ועידה", "שירות עקוב אחריי" או "חדרי צ'אט". על כן, כך נטען, בסופו של דבר אין בנמצא אמצעים המאפשרים לדעת מי הנוכחים הנוספים המאזינים לשיחה בין האסיר או העצור לעורך דינו. עוד צוין, כי גם שיחה שעל פניה נשמעת תמימה, עשויה לכלול תכנים מוסווים באשר להכוונה וקידום פעילות פלילית אסורה.

49. אם כן, הליווי השיפוטי הארוך של הסוגיה, כמו גם הארכה שניתנה לשקילת הצורך בחקיקה בנושא, לא הובילו לפתרון. בשלב זה, נדרשת אפוא הכרעתנו.

דיון והכרעה

50. הלכה מושרשת וידועה היא כי רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי הדין בעתירת אסיר שמורה למקרים החריגים בהם מעוררת הבקשה לרשות ערעור שאלה בעלת חשיבות ציבורית או סוגיה משפטית עקרונית, החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים לבקשה (רע"ב 7/17 וייל נ' מדינת ישראל (26.6.1986); רע"ב 4588/17 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט א' שהם (31.7.2017) (להלן: רע"ב 4588/17); רע"ב 1980/20 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פסקה 11 (3.6.2020) (להלן: עניין אבוטבול)). הבקשות שלפנינו עומדות באמת מידה מחמירה זו. הסוגיה הניצבת להכרעתנו היא מורכבת ורגישה. על כף המאזניים ניצבים, מצד אחד, האינטרס הציבורי שלא ניתן להפריז בחשיבותו במניעת פשיעה המבוצעת בדרכי תחבולה ובתחכום רב גם מבין כתלי בית הסוהר, באמצעות שימוש לרעה בקשר טלפוני המתאפשר בין אסיר או עצור לעורך דינו, ומצד אחר, זכויותיהם החוקתיות של חשודים, נאשמים ומי שנגזר דינם, להליך הוגן ולהיוועצות עם עורכי דינם. זכויות אלה מוסיפות לעמוד להם גם כאשר הם נשלחים למעצר עד תום ההליכים או לריצוי עונש מאסר מאחורי סורג ובריח, ולמעשה בעיקר במצבים אלה. לאמיתו של דבר, העובדה ששב"ס עמד על ניהול ההליכים גם לאחר שהחלטות הפרטניות בעניינם של המשיבים כבר לא היו תקפות מלמדת כשלעצמה על הפן העקרוני של הדברים. עוד ניתן להוסיף, כי הדחיפות שעשויה ללוות את הצורך של אסיר או עצור להתקשר לעורך דינו תומכת כשלעצמה בהכרעה עקרונית במקרה שבפנינו, מבלי לחכות למקרה הבא. מכל הטעמים הללו, החלטנו לתת רשות ערעור בכל שלוש הבקשות ולדון בערעורים לגופם. הגיעה אפוא עת הכרעה.

51. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים אני סבורה שיש לדחות את הערעורים שהוגשו על-ידי שב"ס, וכך אציע לחבריי לעשות, כמפורט להלן. בתמצית, הטעם לכך הוא ששב"ס לא הצביע על הוראת חוק המקנה לו סמכות לשלול קיומן של שיחות טלפון בין אסירים או עצורים לבין עורכי דינם במתכונת שבה הדבר נעשה (ובכפוף להסדר הקבוע בסעיף 45 לפקודת בתי הסוהר, שלא עמד ביסוד ההחלטות שהתקבלו, כמפורט להלן).

52. לא לחינם הובאה באריכות ובפירוט השתלשלות העניינים מאז הגשת הבקשות אי אז בשנת 2018 ועד למועד מתן פסק דיננו. דומה שכברת דרך לא מבוטלת נעברה מאז הביע שב"ס את עמדתו לראשונה, במסגרת הגשת הערעורים שלפנינו. עמדתו המקורית של שב"ס הייתה שקיום קשר טלפוני בין אסירים ועצורים לעורכי דינם הוא "טובת הנאה" שאותה ניתן לשלול, למשך פרק זמן מסוים, כאמצעי ענישה בשל התנהגותם השלילית. לעומת זאת, בשלב הנוכחי, אין עוד מחלוקת על כך שלשב"ס אין סמכות לשלול לחלוטין מאסירים או עצורים את האפשרות לקיים קשר טלפוני עם עורכי דינם, אלא רק – כך לשיטתו – להגבילה במקרים מסוימים (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 25.2.2020; סעיף 6 להודעה המעדכנת מטעם שב"ס מיום 11.12.2020). כברת דרך זו הייתה חשובה אך לא היה בה די. בשל מורכבות הדברים ובהתחשב בהיבטיה החוקתיים של הסוגיה הצענו לשב"ס לשוב ולשקול את הצורך בהסדרת הנושא, על מכלול היבטיו, בחקיקה ראשית. משהבהיר שב"ס כי הוא דוגל בכך שהגבלת הקשר הטלפוני בין אסירים או עצורים לעורכי דינם מצויה בגדרי סמכותו המינהלית של נציב שב"ס, ואינה טעונה הסמכה בחקיקה ראשית, לא נותר לנו אלא להכריע בשאלה עקרונית זו.

53. השאלה הניצבת אפוא להכרעתנו היא האם שב"ס נדרש להסמכה מפורשת בחקיקה ראשית בעודו מבקש לאסור על שיחות טלפון של אסירים ועצורים עם עורכי דינם. אני סבורה שעל שאלה זו יש להשיב בחיוב. מסקנה זו מבוססת על שני נדבכים עיקריים, שיפורטו להלן: היקף פריסתה של זכות ההיוועצות עם עורך דין, מחד גיסא, והיקף תחולתו של עקרון חוקיות המינהל, מאידך גיסא. ההיסטוריה החקיקתית של פקודת בתי הסוהר מוסיפה למסקנה זו משנה חיזוק.

זכות ההיוועצות עם עורך דין

54. נקודת המוצא לדיון היא כי זכותו של אדם להיות מיוצג על-ידי עורך דין ולקבל ממנו שירותים משפטיים היא זכות יסוד מוכרת במשפטנו. הזכות לייצוג משפטי מגשימה את הזכות החוקתית להליך הוגן ומביאה לידי ביטוי את חירותו של אדם למנות לעצמו שלוח כרצונו (בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 232 (1996); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 761 (2004) (להלן: בג"ץ 1437/02)). לזכות לייצוג יש אף זיקה חשובה לכללי הצדק הטבעי, בשל זיקתה לזכות הטיעון (בג"ץ 1843/93 פנחסני נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 717 (1995); ע"א 8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש, פסקה כ"ב לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (30.12.2012); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 523-528 (2010) (להלן: ברק-ארז)). חשיבותה הרבה של הזכות לייצוג

משפטי הוכרה בפסיקתנו עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד, כנגזרת של סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (ראו בג"ץ 193/67 קהוג'י נ' נציב בתי הסוהר, פ"ד כא(2) 183, 185 (1967); ע"פ 134/89 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203, 211-208 (1990)). לאחר חקיקת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות כאמור כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי. פגיעה בה תתאפשר אפוא רק בהתאם לאמות המידה החוקתיות (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 495-497 (2006); בג"ץ 1437/02, בעמ' 754 ו-761; אהרן ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, 864-863 (2014)).

55. הזכות לייצוג משפטי היא משמעותית במיוחד בהליכים פליליים, שבהם מוטלת על הכף חירותו של אדם, כאשר לאופן ניהול הגנתו של נאשם עשויה להיות השלכה ישירה על תוצאות ההליך (ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקה 90 לפסק דינו של השופט א' שהם (2.8.2018)). במקרה זה נועדה הזכות לייצוג משפטי להבטיח, מבחינה מהותית, כי פגיעה בזכויותיו של נאשם, ובראשן זכות היסוד לחירות, לא תיעשה אלא לאחר קיומו של הליך הוגן. תחולתה של הזכות לייצוג משפטי אינה מוגבלת רק לשלב ניהולו של ההליך הפלילי, אלא משתרעת גם לאחריו, כאשר אדם המרצה עונש מאסר נזקק לקבלת שירותים משפטיים ולייצוג משפטי נוסף בערכאות. זכות זו עומדת במלוא היקפה גם לעצורים ולאסורים, על אף שלילת חירותם. למעשה, משנה חשיבות נודע לזכות לייצוג משפטי ולהיוועצות עם עורך דין בהיותו של המיוצג נתון מאחורי סורג וברית, בשל הפגיעה האינהרנטית בזכויותיו הבסיסיות של אדם עם השמתו במעצר או במאסר, ובשל יחסי הכוחות המובנים, שאינם שווים, בינו לבין שב"ס. בית משפט זה חזר ועמד על הדברים בפסיקתו. כפי שציין המשנה לנשיאה רובינשטיין:

"מן האסיר, גם אם יושב הוא על פי דין ומטבע הדברים אינו נמנה על ל"ו הצדיקים, נשללת בראש וראשונה זכותו לחרות, אליה מצטרפות הגבלות נוספות הנובעות מתכלית המאסר ומטיבו; ואולם אין האסיר מתערטל מזכויותיו כאדם, ואין הוא מאבד את החירויות הנתונות לכל אדם באשר הוא אדם, אלא אם הדבר נדרש לשם תכלית המאסר. כתלי בית הסוהר אינם 'חור שחור נורמטיבי', שמעבר לחומותיו אין זכויות ואין מגן. נהפוך הוא, האסיר – אשר לו כמובן חובות התנהגות במאסר – נתון במשמורתה של המדינה, והיא נושאת לגביו באחריות מוגברת" (בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה ל"ג (13.6.2017)). ראו גם: ע"פ 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 148 (1996)).

56. לנוכח חשיבותה הרבה של הזכות לייצוג משפטי כחלק מהזכות להליך הוגן, יש להבטיח כי מימושה בידי כל אדם, גם אם הוא נתון במעצר או במאסר, יהא מהותי, יעיל וממצה, ולא ייעשה בדרך של מן השפה ולחוץ בלבד. המסקנה הנובעת מכך היא כי יש לאפשר את התנאים הנדרשים לקיומה של היוועצות מלאה ואפקטיבית בין האסיר או העצור לעורך דינו (לעניין מימושה המהותי של זכות ההיוועצות, ראו בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-35 (23.8.2018)).

57. השאלה המתחדדת בשלב זה היא: מה כוללת זכות ההיוועצות? האם, כשיטת שב"ס, היא תחומה למפגש פנים אל פנים בלבד בין האסיר או העצור לעורך דינו, באופן שרק על קיומו של אותו מפגש, משכו ותדירותו יש להגן? או שמא, כעמדת המשיבים – בה תומכות גם הסניגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין – אף קיומן של שיחות טלפוניות בין האסיר או העצור לעורך דינו מוגנות מכוחה של זכות זו? לאחר ששקלתי בדבר, אני סבורה כי הדין עם המשיבים.

58. אין חולק כי קיימת חשיבות מרבית לפגישה בארבע עיניים של האסיר או העצור עם עורך דינו. אני נכונה גם לקבל את העמדה לפיה פגישה זו מהווה את "דרך המלך" למימושה של זכות ההיוועצות (ראו: רע"ב 3898/19 שגב נ' שירותות בתי הסוהר, פסקה 11 (31.10.2019); עניין אבוטבול, פסקה 16; רע"ב 3120/20 קורליאונה נ' שירותות בתי הסוהר, פסקה 14 (30.6.20)). במובן זה, אין לומר ששב"ס יכול לקבוע, מיוזמתו, כי הכלל למימוש זכות ההיוועצות יהיה באמצעות התייעצות טלפונית בין האסיר לבין עורך דינו. אולם, מכאן אין לגזור את ההפך. הגבלת הקשר של האסיר או העצור עם עורך הדין לפגישה פנים אל פנים בלבד, ללא מתן חלופה אחרת, פוגעת פגיעה ממשית בזכות ההיוועצות.

59. קיומו של מפגש בין האסיר או העצור לעורך הדין, במתכונת המבוססת על הגעתו של האחרון למתקן הכליאה, כרוך בהשקעת זמן ומשאבים לא מבוטלים. מתקני הכליאה פזורים בכל רחבי הארץ, ולעיתים קרובות מרוחקים מרחק רב ממקום מגוריו או עבודתו של עורך הדין. ימי הביקורים ושעותיהם מצומצמים. הכניסה למתקן הכליאה מחייבת בדיקה ביטחונית מדוקדקת שאורכת זמן ומכבידה גם על שב"ס. לעתים, התערבותו של עורך הדין לטובת לקוחו האסיר נדרשת באופן מיידי וללא דיחוי, מבלי להותיר זמן לתיאום פגישה פנים אל פנים לצורך קבלת עמדת האסיר, למשל במקרה שבו שב"ס מסרב לאפשר לו לצאת לחופשה לרגל אירוע משפחתי דחוף, או במקרה שבו הופעלו אמצעי ריסון וענישה שאינם מידתיים, לדעת האסיר, ונדרשת התערבות שיפוטית. לעתים דווקא

כאשר נדרשת תקשורת רציפה בין עורך הדין לעצור המנהל את משפטו, לא ניתן לקיים את המפגשים בשל השקעת הזמן הכרוכה בכך, כגון בעת ניהול דיוני הוכחות במהלך שמיעתו הרצופה של התיק. כמו כן, במקרים של ניהול תיקים מורכבים במיוחד, אין באפשרותו של עורך הדין להכניס את חומר הראיות הרב אל בין כתלי בית הסוהר כדי לדון בו יחד עם העצור, ואף אין בזמן המוקצב לפגישתם כדי להספיק לצורך הכנת התיק על בוריו. הקשיים – נכוחים הם. קיומו של ערוץ תקשורת נוסף בין הצדדים, באמצעות שיחות טלפון, עשוי בהחלט ליתן מענה לפחות לחלק מן הקשיים הללו. כאשר משפטו של האסיר עודנו מתנהל, יש בערוץ תקשורת זה כדי לצמצם את מידת הפגיעה בשוויון בנגישות לשירותים משפטיים של נאשמים שעצורים במהלך משפטם מאחורי סורג ובריה מול נאשמים שאינם נתונים במעצר כזה.

60. יתר על כן, הקשר הטלפוני מאפשר לעורך הדין להשלים מידע נקודתי חסר, מבלי שיידרש להטריח עצמו לפגישה נוספת עם האסיר או העצור, על כל הכרוך בכך. הוא מאפשר לו להעניק שירות מקצועי ללקוחו, מבלי להטיל עליו או על משפחתו את העלויות הכספיות המשמעותיות הנלוות להגעה אל מתקן הכליאה (או, במקרים אחרים, חוסך את העלויות לקופת המדינה כאשר הסניגוריה הציבורית מייצגת את הנאשם). לעומת הקשיים הכרוכים בהגעה פיזית אל מתקן הכליאה, הקשר הטלפוני הוא יעיל, זמין וזול. כשם שבאפשרותו לייעל את התקשורת בין עורך הדין ללקוחו על דרך הכלל, כך על אחת כמה וכמה כאשר חירותו של הלקוח נשללה, והוא תלוי לחלוטין באפשרות הגעתו של עורך הדין לבית הסוהר.

61. ואם הקשר הטלפוני הוא חלק מהותי וחשוב מהזכות להיוועצות בימים כתיקונם, כך נכון הוא שבעתיים במציאות חיינו הנוכחית, בשל המגבלות הקיימות על מפגש פנים אל פנים בעקבות נגיף הקורונה. בעת הגשת הבקשות בשנת 2018 לא העלו אמנם בעלי הדין על דעתם כי על הקשיים המתוארים בנוגע למפגשים בין אסירים ועצורים לעורכי דינם יתווספו גם המגבלות מהעת הנוכחית, הכוללות צמצום משמעותי של הגעת עורכי דין מייצגים למפגש עם לקוחותיהם במתקני הכליאה, וכן ביטול הגעתם של אסירים ועצורים לבתי המשפט על מנת להיות נוכחים פיזית בדיונים בעניינם, והחלפתם בנוכחות מרחוק באמצעות היוועדות חזותית. מציאות זו, שהפכה בשנה האחרונה לחלק משגרת החיים, מדגישה אף יותר את חיוניותה של התקשורת הטלפונית כאמצעי היחיד האפשרי, לעתים, לקיום קשר רציף ויציב בין האסירים והעצורים לעורכי דינם.

62. שב"ס טוען, כזכור, כי מאחר שאין בפקודת בתי הסוהר הוראה מפורשת המעגנת את זכות האסיר לקיים קשר טלפוני עם עורך דינו, המשמעות היא כי אין מדובר בזכות העומדת לאסיר, ודאי שלא בזכות יסוד.

63. ראשית, טענה זו מעוררת קושי לא מבוטל. היא מניחה שקיום קשר טלפוני בין האסיר לעורך דינו אינו "זכות מוקנית שנקבעה בחיקוק", כלשון תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר. הנחה זו אין לקבל. קשר טלפוני בין אסיר או עצור לעורך דינו הוא חלק אינהרנטי מזכות ההיוועצות, שמעמדה החוקתי אינו מאפשר שלילה או הגבלה שלה כלאחר יד. לפיכך, זכותו של אסיר להתייעץ עם עורך דינו אינה תלויה בהתנהגותו, ואינה יכולה להיות מותנית בשיקול דעתו הבלתי מוגבל של מנהל בית הסוהר. זאת, בשונה מטובות הנאה כגון ביקורים או חופשות שאכן נתפסות כזכויות יתר, המותנות בהתנהגותו הטובה של האסיר או בתנאי הכליאה המתאפשרים בבית הסוהר בו מוחזק האסיר.

64. שנית, בניגוד לנטען, העמדה המבקשת לתלות את הזכות לקיים קשר טלפוני עם עורך הדין בעיגון חקיקתי לוקה בהיפוך יוצרות. הזכות להיוועצות, שהיא אף חלק מהזכות להליך הוגן, נהנית ממעמד של זכות יסוד. לפיכך, הגבלת הזכות היא שצריכה להיות מעוגנת בחקיקה, ולא קביעתה. זהו ההיגיון הבסיסי של עקרון חוקיות המינהל כפי שהוכר עוד בבג"ץ 49/1 בד'דנו ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83 (1949) (בין השאר, ראו גם: דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פסקאות 5-6 לחוות דעתי (9.9.2019); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסקאות 37-38 (5.11.2017); ברק-ארז, בעמ' 99-98 ו-121).

65. ניתן להוסיף, כי בהתחשב בכך שמניעת הקשר הטלפוני בין האסיר או העצור לעורך דינו פוגעת פגיעה של ממש בזכות ההיוועצות, כמתואר לעיל, יש מקום להקפיד שבעתיים על דרישת ההסמכה (ראו עוד: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס"ב (4) 715, 823-824 (2008); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה (3) 305, 336-337 (2012)).

66. שב"ס הפנה לפסק דינו של בית משפט זה ב-רע"ב 4588/17 שנסב על הגבלה שהוטלה על מפגשים "פתוחים" (ללא מחיצה) בין אסירים ביטחוניים לעורכי דינם, לנוכח המסוכנות הנשקפת מאותם אסירים. שב"ס טען כי לאחר שבפסק דין זה אושרה ההגבלה, המצויה בליבתה של הזכות להיוועצות, קל וחומר כי ניתן להגביל שיחות

טלפון. אולם, אין הנדון דומה לראיה. בניגוד לנטען, אין לומר כי באותו עניין קיבל בית המשפט את הטענה כי הצבת המחיצה השקופה בין האסיר לעורך דינו פוגעת בזכות ההיוועצות עם עורך הדין. ההיפך הוא הנכון. בנסיבות אותו עניין נקבע, כי למרות אי הנוחות שבדבר, האסיר יכול לשוחח בחופשיות עם עורך דינו, מבלי ששיחתם תהיה נתונה להאזנה, ומבלי שמופעל עליהם לחץ זמן (ראו שם, בפסקה 24 לחוות דעתו של השופט א' שהם, וכן בפסקה 4 לחוות דעתי). בניגוד לכך, בענייננו, הפגיעה בזכות ההיוועצות כתוצאה מהחלטת שב"ס להגביל את הקשר הטלפוני, היא ברורה ונוכחת, ולא ניתן להשלים עימה, כל עוד היא נעשית שלא על דרך של חקיקה ראשית.

המחלוקת במבט היסטורי

67. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מובאת בחשבון ההיסטוריה החקיקתית של פקודת בתי הסוהר משנת 1971, הנושאת כיום את הכותרת "נוסח חדש" אך ביסודה היא פקודה מנדטורית שנחקקה לפני עשרות בשנים (למעשה, בשנת 1946), בעת שמכשירי טלפון לא היו חזון נפרץ. בנסיבות אלה, ולנוכח שינויי העתים, לא ניתן להסיק כי הוראותיה מסדירות באופן ממצה את אופני התקשורת בין האסיר לעורך דינו לשם קבלת שירות מקצועי בין כתלי בית הסוהר.

68. דוגמה הממחישה היטב כי תוכן הפקודה מותאם לרוח התקופה בה נוסחה, ורלוונטית במיוחד לענייננו, נמצאת בהסדר שעניינו חליפת מכתבים בין אסירים לבין גורמים מחוץ לבית הסוהר (סעיף 81 לפקודת בתי הסוהר, 1946, שהפך להיות סעיף 47 לפקודה בנוסחה דהיום). האפשרות שניתנת לאסיר לשלוח מכתבים בדואר הוסדרה בסעיף זה בהתאם לרוח התקופה ולנסיבותיה. בהמשך, נוספו לפקודת בתי הסוהר הוראות נוספות הנוגעות לחלופת מכתבים בין האסיר לבני משפחתו, מכריו, עורכי דינו וחברי כנסת (סעיפים 47-א ד לפקודת בתי הסוהר (ראו: חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 17) התשנ"ח-1998 וחוק הפסקת חברות בכנסת של חבר הכנסת המכהן כשר או כסגן שר (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2015). בין היתר, נקבע כעת בסעיף 47א, כי "אסיר זכאי לשלוח, באמצעות הנהלת בית הסוהר ובהתאם להוראות חוק זה, מכתבים, ולשם כך יינתן לו נייר כתיבה בכמות שתיקבע בפקודות השירות". הנה כי כן, פקודת בתי הסוהר מורה כי נייר מכתבים יינתן לאסיר בכמות מספקת, אך שותקת בכל הנוגע לאפשרותו לקיים קשר טלפוני שוטף עם בני משפחתו, מכריו ועורך דינו. החסר והיעדר השיטתיות זועקים.

69. הוראות חוק אלו, העוסקות בתקשורת בין האסיר לאחרים מחוץ לכתלי בית הסוהר, ובכללם עורך דינו (בלשון הפקודה משנת 1946, "יועצו המשפטי"), מלמדות אפוא כי הנחות היסוד של הפקודה משקפות, במידה רבה, את העולם של אתמול ואינן מותאמות להתפתחויות הטכנולוגיות של המאה העשרים ואחת. הפקודה אמנם תוקנה מעת לעת ונערכו בה התאמות (כגון בדוגמא של חלופת המכתבים), אך יש טעם רב בטענת הסניגוריה הציבורית כי הדבר נעשה בדרך של "טלאי על טלאי" ולא כהסדר כולל וממצה. התיקונים שהוכנסו בפקודה במהלך השנים נעשו באופן נקודתי, מבלי לבטא תפיסה כוללת של המחוקק בנושא. כך, למשל, כפי שצוין בפסקה 5 לעיל, לפחות במקרה אחד פעל המחוקק בעבר כדי לעגן בחקיקה ראשית את הפגיעה בזכות ההיוועצות. בבג"ץ 1432/02 הורה בית משפט זה, בדעת רוב, על בטלותה של תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר, כנוסחה אז, שאפשרה להורות על מניעת פגישה בין אסיר לעורך דינו, או להפסיקה, אם התעורר חשד ממשי כי פגישה זו תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו של אדם או את ביטחונו או את שלום הציבור או את ביטחון המדינה. בהמשך לכך, תוקנה פקודת בתי הסוהר והוסף בה סעיף 45א (ראו גם: דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 30) (פגישת אסיר עם עורך דין), התשס"ה-2004).

70. מכל מקום, כאמור, היעדר כל התייחסות בפקודת בתי הסוהר לקשר הטלפוני בין האסיר או העצור לעורך דינו הוא בולט לעין. יתכן כי הדבר מלמד על הצורך בהתאמת הוראות פקודת בתי הסוהר לאמצעי התקשורת הקיימים כיום (ראו לעניין זה האמור ברע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 67 (7.10.2010)). כך או כך, אין ללמוד מהיעדר זה כי המחוקק ראה בתקשורת הטלפונית בין האסיר לעורך דינו אמצעי המהווה פריווילגיה מיוחדת – "טובת הנאה" כפי שביקש שב"ס לטעון – אלא סביר יותר כי הוא מלמד על כך שבעת חקיקת הפקודה לא הייתה התקשורת טלפונית נפוצה במידה שבה היא מקובלת כיום.

מבט השוואתי

71. בהתחשב באמור עד כה, ההתייחסות להיבטים של משפט השוואתי – סוגיה שעלתה במהלך הדיונים – היא בבחינת למעלה מן הצורך. ניתן אפוא להסתפק בהתרשמות כי הסדרת הקשר בין אסירים לבין גורמי חוץ, ובהם עורכי דין, נעשית ככלל על-פי חקיקה. לצורך הדיון שבפנינו השאלה החשובה אינה האם שיחות טלפון של אסיר ועצור עם עורך דינו ניתנות להגבלה, במצבים מסוימים, אלא האם ניתן לעשות כן ללא הסמכה חוקית. ייתכן שלעתים אפשר להשיב על שאלה זו בחיוב – בחוק שנחקק לתכלית

ראויה ובכפוף לדרישת המידתיות. אולם, בשלב הנוכחי – העיקר חסר מן הספר: העיגון בחקיקה.

72. בארצות הברית למשל, שבה החזקתם של אנשים בתנאי כליאה מוסדרת גם במשפטן של המדינות השונות וגם במשפט הפדראלי, לפי העניין, ניתן להצביע על גיוון בהסדרים החקיקתיים. כך למשל, ב-21 מן המדינות קיימת חקיקה הקובעת סטנדרטים שעניינם קיום שיחות טלפוניות בין אסיר לעורך דינו. במספר מדינות נוספות החקיקה רק מחייבת לקבוע מדיניות הנוגעת לשיחות טלפון כאלה. יש מדינות שבהן נקבעו אף כללים ספציפיים הנוגעים למשכן ותדירותן של שיחות כאלה. כך למשל, בחוק של מדינת איידהו נקבע כי שיחות טלפון בין אסיר לבין עורך דינו יהיו כפופות למגבלה של "משך סביר". ניתן להוסיף ולציין כי בהתחשב בשונות גבוהה זו גובשו במהלך השנים הצעות רפורמה של גופי מקצוע שונים, כדוגמת ה-American Bar Association שביקשו להציע סטנדרטים ליישום של זכות ההיוועצות. ההנחה שעמדה ביסוד המלצות אלה הייתה חתירה לזכות היוועצות אפקטיבית בין אסיר לעורך דינו. לענייננו חשובה העובדה שאלה הניחו כי עורכי הדין מעניקים שירות מקצועי לאסירים גם באמצעות הטלפון, ואף עמדו על כך שזמן השיחות עם עורכי הדין אינו צריך לבוא "על חשבון" שיחות טלפון אחרות (להרחבה, ראו: Johanna Kalb, *Gideon Incarcerated: Access to Counsel in Pretrial Detention*, 9 UC IRVINE L. REV. 101 (2018)). ניתן להוסיף, כי פסק דין מרכזי של בית המשפט העליון של קנדה בנושא של זכות ההיוועצות בעורך דין נסב על מקרה שבו נמנעה מעצור שהיה נתון בחקירה אפשרות לשוחח עם עורך דינו בטלפון במהלך הזמן שבו היה מאושפז וחקירתו התמשכה (ראו: R. v. Taylor [2014] 2 SCR 50).

בין איסור לבין הסדרה הנוגעת לניהולו של בית הסוהר

73. אם כן, הקביעה כי הטלת הגבלות הנוגעות לקשר טלפוני בין אסיר או עצור לעורך דינו טעונה הסדרה בחקיקה מבוססת על תפיסות היסוד של המשפט הציבורי בישראל – עקרון חוקיות המינהל, מחד גיסא, וההגנה על זכות ההיוועצות, מאידך גיסא. אין בנמצא תימוכין לעמדת שב"ס לפיה יש לראות בקשר הטלפוני בין האסיר או העצור לעורך דינו "טובת הנאה" בלבד, אשר ניתן לשלול אותה על-פי שיקול דעתו של מנהל בית הסוהר, בדומה לקשר טלפוני של אסירים עם בני משפחתם. נהפוך הוא: אותו קשר טלפוני משמש חלק בלתי נפרד מזכות ההיוועצות, שהיא, כאמור, זכות יסוד. שלילתה או הגבלה טעונית אפוא הסמכה מפורשת בדין, ואין להסיק קיומה של סמכות לעשות כן

באופן משתמע מהוראות פקודת בתי הסוהר, או מתקנות בתי הסוהר, ובוודאי שלא מפקודת נציבות זו או אחרת.

74. משהגעתי למסקנה האמורה, איני נדרשת ליתר טענות הצדדים ביחס למידתיות ההסדר גופו שהציע שב"ס, ובין היתר בנוגע לשאלה האם ניתן להגביל את משך השיחות לפרק זמן של 15 דקות או למעלה מכך. שאלות אלה ממילא אינן מתעוררות בשלב הנוכחי, כאשר העיקר חסר מן הספר – ההסמכה עצמה.

75. לאחר שאמרתי את שאמרתי באשר לכך ששב"ס אינו מוסמך לאסור על קשר טלפוני בין אסירים לבין עורכי דינם, ראוי להוסיף את המובן מאליו: כמו כל פעילות הנוגעת לסדר יומם של אסירים, אף את שיחות הטלפון ניתן להסדיר. כשם שזכות ההיוועצות אינה מבטיחה לאסירים את האפשרות לשבת עם עורך דינם בכל שעה משעות היום ולמשך פגישה שאינה מוגבלת בזמן, הדברים נכונים גם ביחס לשיחות טלפון בין אסירים לבין עורכי דינם. נדרשת אפוא הבחנה בין שתי קטגוריות שונות של הגבלות על זכותם של אסירים לקיים שיחות טלפון עם עורכי דינם. קבוצה אחת מתייחסת להגבלות קונקרטיות הנוגעות להתנהגותו של האסיר או לסיכון שעשוי להיות כרוך בניהולן של שיחות אלה. החלטה מסוג זה מהווה הגבלה ישירה של זכות ההיוועצות, ועל כן מחייבת הסדרה חקיקתית מפורשת. לצד זאת, קבוצה אחרת של הגבלות עשויה להיות תולדה של היבטי ניהול כלליים של בתי סוהר, לרבות הקצאת משאבים. כך למשל, גם כאשר נקודת המוצא היא שאסיר זכאי לשוחח בטלפון עם עורך דינו, אין להלום שהוא יוכל לדרוש לעשות כן במשך 12 שעות רצופות או באישון ליל. במלים אחרות, הגבלות פריפריאליות הנוגעות לסדרי ניהולו של הכלא ולסדר היום של האסיר אינן טעונות הסדרה מפורשת מעבר לסמכותו הכללית של שב"ס, לפי סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר, לקבוע את סדריהם של מתקני הכליאה ולהבטיח את פעולתם התקינה. מכל מקום, הדברים שונים ככל שמדובר בהחלטה שכל כולה מכוונת להגבלת זכותם של אסירים מסוימים לקיים שיחות טלפון עם עורכי דינם.

חקיקה ספציפית

76. אם כן, לשיטתי, לא קיים הסדר חקיקתי ספציפי המקנה לשב"ס סמכות לתת הוראה קבועה שעניינה הגבלה על ניהול שיחות טלפון בין אסיר או עצור לעורך דינו. לשם שלמות התמונה, ראוי להוסיף, כי ההסדר הקבוע בסעיף 45א לפקודת בתי הסוהר, המאפשר הטלת מגבלות קצרות מועד על מפגשים בין אסיר לעורך דינו מטעמים ביטחוניים, רלוונטי מטבע הדברים גם להגבלה על שיחות טלפון מכוח החלטה ספציפית

המתקבלת בגדרו של הסדר זה. אך מובן הוא כי במהלך התקופה שבה נאסרה פגישה פנים אל פנים בין אסיר לעורך דינו, מהטעמים הקבועים באותו סעיף ועל פי הוראותיו, תחול אותה מגבלה גם על קיום שיחות טלפון בין האסיר לעורך דינו. יחד עם זאת, התקופה המקסימלית שבמהלכה ניתן למנוע פגישה בין השניים, היא 10 ימים בלבד (ככל שלא מדובר בהחלטה המערבת פנייה לבית משפט מטעם היועץ המשפטי לממשלה). מובן אפוא כי לא ניתן להגביל קיומן של שיחות טלפוניות מכוח הוראות סעיף זה למשך תקופה ארוכה יותר, כפי שנעשה במקרים שהובאו לפתחנו, ואף שב"ס לא ביקש לראות בסעיף זה מקור סמכות לכך.

77. אין כמובן להוציא מכלל אפשרות שבמסגרת הסדר חקיקתי יוטלו מגבלות אלו ואחרות על זכותם של אסירים ועצורים לקיים קשר טלפוני עם עורכי דינם, כאשר על הפרק עומדים שיקולים הנוגעים לשלום הציבור וביטחוננו, ולמניעת פשיעה מחוץ ובין כתלי בית הסוהר. שיקולים אלה הם בוודאי כבדי-משקל, ואין לשלול שיהיה בהם, במקרים מסוימים, כדי להטות את הכף לטובת הטלת מגבלות מסוימות (בשים לב שאף הזכות להיפגש עם עורך דין ניתנת להגבלה, בהקשרים מתוחמים ומוגבלים). נקודה זו מחדדת את הצורך בעיגון חקיקתי לצורך כך, שהרי מעבר לעקרונות החוקתיים, חזקה כי במסגרת הליך חקיקה מסודר יישקלו כל השיקולים הרלוונטיים ויערך האיזון המתאים בין האינטרס הציבורי לבין הזכות החוקתית ומידת הפגיעה בה.

עם חתימה

78. בשלב זה, משהגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט י' אלרון, אבקש להתייחס בקצרה לדבריו. אני סבורה כי עניין אבוטבול כלל לא נדרש לשאלת הסמכות להגביל את שיחות הטלפון של אסירים עם עורכי דינם. השאלה הקונקרטית שעמדה בו לדיון הייתה קציבת משכן של השיחות הטלפוניות של אסיר שהוחזק בתנאי הפרדה עם עורך דינו ועתר להאריך את פרק הזמן שבמהלכו הותר לו לקיימן למשך ארבע שעות ביום, במקום שלוש. אגב כך צוין כי פגישה פנים אל פנים בין האסיר או העצור לעורך דינו היא "דרך המלך" למימושה של זכות ההיוועצות. הא – ותו לא. כפי שציינתי בפסקה 58 לעיל, תוך הפניה בין היתר לעניין אבוטבול, על עמדה עקרונית זו אף אני איני חולקת. בהתייחס לסעיף 51 לפקודת בתי הסוהר אוסיף, כי הוראת חוק זו, שאף שב"ס לא תמך בה את יתדותיו, אינה כוללת הסמכה להגבלת זכותו של אסיר לשוחח בטלפון עם עורך דינו, אלא רק קובעת עבירה פלילית שעניינה איסור כללי ליצור קשר עם אסירים בניגוד להוראות מחייבות (ביחד עם סעיף 52 לפקודה). עוד יש להדגיש כי סעיף 51 אינו קובע מהן ההוראות המחייבות שניתן לתת בעניין. בפסיקתו של בית משפט זה אף צוין,

ש"סעיף זה לפי לשונו, מטיל איסור על אדם להתקשר עם אסיר, ואין הוא מטיל איסור על אסיר להתקשר עם אדם" (עניין קונטאר, בעמ' 498).

טיכום

79. מסקנתי היא אפוא ששב"ס אינו מוסמך לאסור קשר טלפוני בין אסירים ועצירים לבין עורכי דינם במתכונת של הגבלה אינדיווידואלית, להבדיל מאשר מגבלות כלליות הנוגעות לאופן קיום שיחות טלפוניות על-ידי אסירים ועצורים, בהתאם לסדרי המינהל, המשטר והמשמעת בבית הסוהר. מסקנה זו מבוססת על פרשנותו של הדין הקיים וחיבותה של זכות ההיוועצות.

80. אשר על כן הערעורים נדחים במוכן זה שייקבע כי לשב"ס אין סמכות לשלול או להגביל את שיחות הטלפון בין אסירים ועצורים לעורכי דינם. במכלול הנסיבות המערערים ישלמו הוצאות למשיבים בסך כולל של 15,000 שקלים שיתחלקו כך: 5,000 שקלים לסניגוריה הציבורית שטענה ב-רע"ב 6976/18 ו-5,000 שקלים לכל אחד מהמשיבים ברע"ב 6977/18 וברע"ב 7435/18.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

1. קראתי את חוות דעת חברתי השופטת ד' ברק-אח, ואין בידי להסכים עמה.
2. הסוגיה שבמוקד הבקשות דנן, במתכונתן הנוכחית, היא אם נציב שירות בתי הסוהר רשאי לקבוע מגבלות לגבי משך הזמן שיינתן לעצור או לאסיר לשוחח עם עורך דינו באמצעות טלפון. זאת, הן בנסיבות שבהן קיים חשש קונקרטי כי הקשר הטלפוני ישמש לקידום פעילות פלילית מבין כותלי בית הסוהר; הן בנסיבות שבהן נשללה מהאסיר כל אפשרות לקיים קשר טלפוני עם גורמים המצויים מחוץ לכותלי בית הסוהר בגין עבירת משמעת שביצע. יובהר, כי מגבלה זו אינה באה לגרוע מזכותו של עצור או אסיר להיפגש ולשוחח עם עורך דינו פנים מול פנים.

עוד יובהר, כי אין מדובר בסוגיה המתעוררת כעניין שבשגרה. כפי שהדגישה המדינה, מגבלות על משך קיומה של שיחת טלפון בין עצור או אסיר לעורך דינו נקבעות "בזהירות רבה ובמקרים הנדרשים בלבד". זאת, בין היתר, כאשר קיימת תשתית עובדתית גלויה או מידע מודיעיני, המעוררים חשש שהקשר הטלפוני עלול לשמש לשם קידום פעילות פלילית מבין כותלי בית הסוהר.

כמו כן, הדגישה המדינה את נחיצותן של הגבלות מסוג זה, שכן לא פעם התגלה בדיעבד כי אסירים אכן עשו שימוש לרעה בגישתם למכשיר הטלפון לביצוע עבירות חמורות – ובכללן הונאות – תוך נקיטה בשיטות פעולה מתוחכמות אשר אפשרו להם לעקוף חסמים טכניים שנועדו להגביל את שיחותיהם לעורכי דינם בלבד.

3. דומה כי עיקר סוגיה זו הוכרע פה אחד על ידי מותב תלתא של בית משפט זה לפני חודשים מספר, אשר קבע כי אין להתערב בהחלטת שירות בתי הסוהר להגביל את פרק הזמן של אסיר לשוחח עם עורכי דינו באמצעות טלפון – ובלבד שאין בכך כדי לשלול את אפשרותו לממש את זכותו להיוועץ בעורך דינו. זאת, תוך שהודגש כי:

"זכות ההיוועצות של אסיר או עציר עם עורך דינו ממומשת על ידי זכות האסיר להיפגש עם עורך דינו בכלא. קיום קשר טלפוני עם עורך הדין אינו תחליף למפגש עם עורך הדין, אלא נועד, ככל הנדרש, להשלמות פרטים או לעדכונים, וממילא אינו נדרש לזמן ממושך, וודאי שלא באופן קבוע ולאורך זמן" (רע"ב 1980/20 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פסקה 16 (3.6.2020) (להלן: הלכת אבוטבול; ההדגשות במקור – "א"). ראו גם רע"ב 3120/20 קורליאונה נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 14 (30.6.2020)).

הנה כי כן, בית משפט זה כבר הכריע בהלכת אבוטבול כי שירות בתי הסוהר רשאי להגביל את משך שיחותיו של אסיר עם עורך דינו באמצעות טלפון. ממילא, הבקשות שלפנינו אינן מעוררות עוד סוגיה עקרונית של ממש.

4. אף לגופו של עניין, אני סבור כי שירות בתי הסוהר מוסמך לקבוע מגבלות על שיחות טלפוניות בין אסיר או עצור לבין עורך דינו – וזאת בניגוד לעמדת חברתי השופטת ברק-ארז.

5. אין חולק באשר לחשיבות זכות היסוד של כל אדם – ובכלל זה עצור ואסיר – להיוועץ בעורך דין, הנחוצה למימוש זכותו להליך הוגן (לדין באשר למעמד הזכות, ועל כך שזכות זו נגזרת מהזכות להליך הוגן ראו למשל ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, 504–505 (4.5.2006); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקאות 90–92 לפסק דינו של השופט א' שהם וההפניות המופיעות שם, וכן שם בפסקאות 6 ו-10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר).

אכן, אין לפגוע בזכות יסוד בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק; וככל שהפגיעה בזכויות יסוד משמעותית יותר יש לעמוד בדווקנות רבה יותר על הדרישה להסמכה מפורשת (ראו בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 798–799 (2010)). ראו גם רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דיני (18.2.2020).

דרישה זו להסמכה מפורשת בחוק עשויה להגביר את הפיקוח על החלטות הרשות, לצמצם את החשש לפגיעה לא מידתית בזכויות, ולהבטיח כי יתקיים דיון ציבורי באשר לאיזון הראוי בין האינטרסים והזכויות המתנגשים. היא אף חלה לגבי פגיעה בזכויות עצורים ואסירים אשר מימושן אינו מותנה בחופש התנועה, וניתן לממשן מתוך כותלי הכלא (ראו למשל ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 153 (1996); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762–763 (2004)).

6. בהתאם לכך, שירות בתי הסוהר אינו רשאי להגביל את זכות ההיוועצות של עצור או אסיר עם עורך דין, אלא לפי הסמכה מפורשת לכך בחוק.

יודגש, כי זכות היסוד להיוועצות ניתנת למימוש בדרכים שונות – ובהן תכתובות עם עורך דין, שיחות טלפוניות עימו, היוועדות חזותית, ופגישות הנערכות פנים אל פנים.

כמי שבעצמו התנסה בעבר בייצוג עצורים ואסירים, ו"כיתת רגליו" בין בתי המעצר ובתי הסוהר לשם הגנה על זכויותיהם וייצוגם בהליכים המשפטיים בעניינם, איני סבור כי יכולה להיות מחלוקת על כך שאופן מימוש זכות ההיוועצות עשוי להשליך על טיבה – שכן כל אחד מהאופנים שתוארו לעיל כרוך ביתרונות ובחסרונות ביחס לאחרים. כך, למשל, בעוד שמפגש פיזי עם עורך הדין עשוי לעיתים לאפשר למצות את השיחה עימו באופן יעיל יותר משיחת טלפון, הרי שעצם זמינות עורך הדין לשוחח בטלפון עם שולחו עשויה להוות במצבים מסוימים יתרון משמעותי על פני מפגש פנים מול פנים.

בהתאם לכך, החופש לבחור כיצד לממש את זכות ההיוועצות מהווה מרכיב משמעותי מזכות זו. על כן, לגישתי, כל מגבלה על אופן התקשרותו של אדם עם עורך דינו יש בה כדי להביא לפגיעה מסוימת בזכות ההיוועצות – אשר עוצמתה תלויה במכלול נסיבות העניין ובחלופות הקיימות למימוש הזכות – ובתור שכזו, מחייבת הסמכה מתאימה בחוק.

7. אולם, בניגוד לשופטת ברק-ארז, אני סבור כי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר או הפקודה) מכילה בתוכה הסמכה מספקת המאפשרת לשירות בתי הסוהר להגביל את זכותו של אסיר להיוועצות עם עורך דין באמצעות שיחה טלפונית, תוך קציבת משך הזמן המרבי לקיום השיחה. זאת, מכוח סעיף 51 לפקודת בתי הסוהר, המורה:

"לא יתקשר אדם עם אסיר אלא לפי הכללים וההוראות
המסדירים אותה תקשורת".

ברי הוא, כי לעניין סעיף זה, "אדם", כולל את עורך דינו של העצור או האסיר; ולגישתי, די בהוראות הסעיף כדי להסמיך את שירות בתי הסוהר לקבוע כללים והסדרים באשר לאופן שבו ניתן לתקשר עם עצור או אסיר (ראו גם רע"ב 744/17 עווד נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 17 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (20.2.2018); רע"ב 3102/15 זוזיאשוילי נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 3 (23.12.2015). אולם ראו והשוו ע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492, 498 (1996)).

כעולה מלשון הסעיף, כללים והסדרים אלו עשויים לחול על התקשרות האסיר עם כל אדם – לרבות עורך דינו – תוך קביעת מגבלות על פרקי הזמן שבמהלכם יוכל האסיר לשוחח טלפונית עמו. פרשנות זו אף מסתברת, שכן קשה להלום כי לעצור או לאסיר זכות קנויה לשוחח באמצעות הטלפון עם עורך דינו כל אימת שיבחר ללא כל מגבלת זמן וללא פיקוח על תוכן השיחה מפאת החשש לפגיעה בחסיונה – בשעה שמדובר בטכנולוגיה שאותה ניתן לנצל לרעה לשם העברה מהירה של מידע למטרות עברייניות.

הדברים אף נלמדים מקל וחומר מפסיקת בית משפט זה בעניין ראעי. באותו עניין, נקבע כי יש בסעיף 51 לפקודה – כמו גם בסעיפים כלליים אחרים בה העוסקים

בהסדרי הכניסה לבתי הסוהר – כדי להעניק לשירות בתי הסוהר הסמכה מספקת להגבלת גישתו של אסיר למומחים לקראת דיון בעניינו בפני ועדת השחרורים. זאת, אף שחוות דעתם נחוצה למימוש זכותו להליך הוגן, והגבלת גישתו אליהם כרוכה בפגיעה בזכות זו (רע"ב 4644/15 דאעי נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (15.6.2016)).

כפי שצוין לעיל, זכות ההיוועצות נגזרת מהזכות להליך הוגן. אם הוראות סעיף 51 לפקודת בתי הסוהר מקנות הסמכה מספקת להגבלת גישתו של אסיר למומחים, באופן הפוגע בזכותו להליך הוגן – הרי שקל וחומר כי די בהוראות סעיף זה גם כדי להסמיך את שירות בתי הסוהר לקבוע מגבלות באשר לאופן מימוש זכות ההיוועצות באמצעות שיחה טלפונית, בנסיבות שבהן ניתן כאמור לממשה בשיחה של פנים מול פנים.

8. מידתיות שבהפעלת סמכות זו מעלה שאלה נפרדת ועצמאית. לגישתי, בחינת מידתיות הפעלת הסמכות מושפעת מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ומהחלופות האחרות העומדות לרשות האסיר למימוש זכותו להיוועץ עם עורך דינו (ראו גם הלכת אבוטבול, בפסקה 16).

כך נעשה במקרים אחרים שבהם נקבעו מגבלות על אפשרותם של אסירים לשוחח עם בני משפחתם, שבהם נבחנו באופן מדוקדק מגבלות שהוטלו על אסירים לשוחח עם בני משפחותיהם על בסיס החומר הגלוי והמודיעיני שלימד על חשש לניצול לרעה של שיחות אלו (ראו בפרט את פסק דיני ברע"ב 4637/19 מדינת ישראל נ' זגורי (18.4.2019)); וכך נעשה בדיון בהלכת אבוטבול כאשר נקבעו מגבלות על אפשרותו של אסיר לשוחח עם עורך דינו, ונבחנו החלופות העומדות לאסיר לממש את זכות ההיוועצות.

במקרה דנן, איני רואה צורך להרחיב בעניין אמות המידה לבחינת מידתיות החלטת שירות בתי הסוהר ביחס לאסיר מסוים. זאת, מאחר שבשלב זה הפכו הבקשות שלפנינו לתיאורטיות, שכן המגבלות המקוריות שהוטלו על המשיבים לתקשר עם עורכי דינם באופן טלפוני אינן בתוקף.

ממילא, אין לפנינו נסיבות קונקרטיות אשר למולן ניתן לבחון את מידתיות ההחלטה להטיל מגבלות על אסיר מסוים לתקשר עם עורך דינו באמצעות הטלפון.

9. סוף דבר, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו שבים על קביעת בית משפט זה בהלכת אבוטבול, שלפיה שירות בתי הסוהר רשאי לקבוע מגבלות על שיחות אסירים עם עורכי דינם, ובלבד שקיימת להם חלופה הולמת למימוש זכות ההיוועצות.

ט פ ו ט

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. לאחר שקראתי את חוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, הנני מצטרף לאמור שם, בכפוף לכמה הערות ודגשים, שיפורטו להלן.

2. אין חולק כי הזכות להיוועץ עם עורך דין היא זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי – העומדת לאסירים ולעצורים כאחד, כמבואר בחוות הדעת של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בפסקאות 53-55 ובחוות דעתו של חברי השופט י' אלרון בפסקה 5 (זכות זו אף מעוגנת בחקיקה בסעיף 34(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) ובסעיף 45 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר)).

זכות ההיוועצות היא חלק אינהרנטי מהזכות להליך הוגן ומזכות הטיעון, ונראה כי יש לה חשיבות מיוחדת עבור אסירים ועצורים, וזאת כדי להבטיח הגנה על זכויותיהם נוכח הפגיעה המובנית בהן מעצם ריצוי העונש שהוטל עליהם או המעצר (ראו: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 754, 761, 764 (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקאות 90-92 לפסק דינו של השופט א' שהם (02.08.2018) (להלן: עניין חייבטוב)).

על כן, השאלה שבפנינו אינה האם עומדת לאסירים זכות מוקנית להיוועץ עם עורך דין, אלא האם הזכות להיוועצות עם עורך דין כוללת גם זכות להיוועצות טלפונית.

3. המערערים גורסים כי מימושה של הזכות להיוועצות עם עורך דין היא בפגישה פנים אל מול פנים, וכי איננה כוללת זכות להיוועצות טלפונית. טענה זו איננה מקובלת עליי. אני מצטרף איפוא לעמדה שהביעה חברתי, השופטת ד' ברק-ארז ולנימוקה, המופיעים, בפסקאות 56-61 לחוות דעתה, לפיהם קשר טלפוני חיוני למימוש אפקטיבי, יעיל ושוויוני של הזכות להיוועץ, וכן לקביעתו של חברי, השופט י' אלרון לפיה: "החופש

לבחור כיצד לממש את זכות ההיוועצות מהווה רכיב משמעותי מזכות זו" (שם, בפסקה 6 לחוות דעתו).

4. הנה כי כן, משקבענו כי שיחה טלפונית עם עורך דין הינה חלק מהזכות להיוועצות, נדרשת הסמכה בחוק כדי להגביל קשר טלפוני זה. זאת, בהתאם לעקרון חוקיות המנהל, לפיו פעולה מינהלית איננה יכולה להיעשות ללא הסמכה, בפרט כאשר היא פוגעת בזכויות הפרט (ראו למשל: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 355-358 (1983)); ועניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 766), וכן מכת סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו למשל: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: עניין "המפקד הלאומי").

מכאן שיש להידרש לשאלה האם קיימת לשב"ס הסמכה בחוק להגביל את הזכות להיוועצות באופן של מניעת קשר טלפוני בין אסיר או עציר לבין עורך דינו. אקדים ואומר כי לדעתי, בשאלת ההסמכה יש להבחין בין מקרה של מניעת קשר טלפוני כסנקציה משמעתית, לבין מקרה בו הדבר נעשה לצורך שמירה על ביטחון הציבור. עניין זה עולה במידת מה אף מדברי חברתי בפסקה 76 לחוות דעתה, אך אני סבור כי קיים צורך לחדד ולהדגיש את ההבחנה הנ"ל, וכן ללבן את משמעות סעיפי החוק השונים הנוגעים לסוגייה (הן לעניין אסירים והן לעניין עצורים).

אפנה עתה איפוא לליבון סוגיות אלה, ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

שיחת טלפון כטובת הנאה המותנית בהתנהגות טובה או בתנאי הכליאה

5. אני מצטרף בהסכמה למסקנת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, לפיה אין לראות בשיחת טלפון עם עורך דין "טובת הנאה", ולא קיימת הסמכה בחוק להגביל שיחות טלפון עם עורך דין כאמצעי משמעותי, כפי שפסק גם בית המשפט המחוזי ב-עת"א (ב"ש) 34905-06-18 בן משה נ' שירות בתי הסוהר (12.07.2018) (להלן: עניין בן משה).

עמדת שב"ס, לפיה קשר טלפוני עם עורך דין (שלא כדי לקבוע פגישה) הינו בבחינת טובת הנאה, מתבססת על סעיף 1(ב) לפקודת נציבות מס' 04.36.00 (קשר טלפוני של אסירים) (להלן: פקודת הנציבות), לפיו: "הקשר הטלפוני לאסיר מהווה טובת הנאה". לגישתם של המערערים, פקודת הנציבות איננה עוסקת בקשר טלפוני של אסיר עם בני משפחה דווקא "אף אם זו התכלית המרכזית של הפקודה...". לשיטתם, העובדה כי סעיף

6 לפקודת הנציבות קובע כי בסמכות מפקד מחוז, לפי המלצת מפקד בית הסוהר או רח"ט מודיעין, למנוע לחלוטין קשר טלפוני מאסיר – מחזקת את טענותיהם בהקשר זה.

6. להשקפתי, עמדה זו של המערערים מוקשית, שכן פקודת הנציבות מגדירה מפורשות בסעיף 1א כי מדובר בשיחות טלפון עם בני משפחה, וזהו לשון הסעיף:

(א): "על מנת לסייע לאסיר לשמור על קשריו עם בני משפחתו, תינתן לו האפשרות להתקשר אליהם באמצעות טלפון ציבורי המותקן בבית הסוהר".

כמו כן גם המערערים הכירו בכך כי הסדרת הקשר עם בני משפחה היא תכליתה המרכזית של פקודת הנציבות.

7. לתפיסתי, לא ניתן לפרש סעיפים המתייחסים לשיחות טלפון בכלל ועם בני משפחה בפרט, ככאלה הכוללים שיחת טלפון עם עורך דין, שכן מדובר בעניין שונה בתכלית. שיחת טלפון עם עורך דין איננה דומה לשיחה עם בן משפחה, ומדובר באינטרס שונה מעיקרו – הזכות להיוועצות, לעומת הזכות לשמור על קשר עם העולם שמחוץ לכותלי בית הסוהר ובמיוחד עם בני המשפחה הגרעינית (ביחס לזכות אחרונה זו ולגבולותיה, ראו: רע"ב 6956/09 יונס נ' שירותות בתי הסוהר פסקאות 44-40 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (להלן: עניין יונס); והשוו: בג"ץ 8297/15 הרדי נ' שירותות בתי הסוהר, פסקה 4 לחוות דעת המיעוט של חברתי השופטת ד' ברק-ארז (להלן: עניין הרדי)).

הזכות לשמור על קשר עם החוץ חשיבותה רבה, אך היא איננה בעלת מעמד זהה לזכות להליך הוגן ולזכות להיוועצות הנגזרת ממנו, כאשר העמדה המרכזית בפסיקה היא כי ביקורים של בני משפחה, למשל, מהווים טובת הנאה (עניין הרדי, פסקאות 32-33 לפסק דינו של השופט ד' מין), בעוד שפגישה עם עורך דין היא זכות מוקנית.

מסקנה זו נכונה גם ביחס לפסקי הדין, אשר קבעו כי בסמכות שב"ס להגביל שיחות טלפון, שאליהם הפנו המערערים. פסיקות אלו, כאמור בחוות דעתה המנומקת של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז – אינן מתייחסות לשיחות טלפון עם עורך דין, אלא לשיחות עם בני משפחה ומכרים, ואלו הן, כאמור, שתי סוגיות שונות בתכלית.

8. מכל מקום לא ניתן להסתפק בחקיקת משנה או בהנחיות הנ"ל לשם הפגיעה האמורה, שכן נדרשת לכך הסמכה בחקיקה ראשית (ראו: עניין האגודה לזכויות האזרח, אשר קבע מפורשות (כנגד דעתה החולקת של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור) כי פגיעה

בזכות של אסיר להיוועץ עם עורך דין צריכה שתהיה מתוקף הסמכה בחקיקה ראשית (שם, בעמ' 761-763)).

9. גם לעניינם של **עצורים** – סוגיה אשר חבריי לא הרחיבו ביחס אליה, ואשר לגביה הפנו המערערים, בין היתר, לחקיקה ראשית (חוק המעצרים) – חשובה ההבחנה בין שיחות טלפון עם מכרים וקרובים, לבין שיחות טלפון עם עורך דין.

בעניין זגורי, המערערים הפנו שם לסעיף 9(ב)(6) לחוק המעצרים, הקובע את זכאות העצור לקיום קשר טלפוני ולביקורים, לסעיף 10(ב) לחוק המעצרים, המסמיך את מפקד בית הסוהר לשלול זכות זו על רקע משמעת, ולסעיף 11 לחוק המעצרים המסמיך את השר לביטחון פנים להתקין תקנות הנוגעות לסעיפים אלו. בשונה מפקודת בתי הסוהר, חוק המעצרים מתייחס ישירות לשיחות טלפון של עצורים, אולם לתפיסתי סעיפים אלו אינם רלבנטיים לענייננו. זאת, שכן לא ניתן לראות בהם כמעניקים סמכות להגבלת שיחות טלפון עם עורך דין, משום שהם נוגעים לקשר טלפוני בכלל, ויש לעמוד על ההבחנה בין סוגי שיחות הטלפון, עליה הצבעתי לעיל, ועל חשיבותה המיוחדת של הזכות להיוועצות.

10. כאמור, פגיעה בזכות חוקתית או הגבלה שלה דורשת מכח סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הסמכה מפורשת ומפורטת, ולא ניתן להסתפק בהסמכה כוללת וגורפת (ראו למשל: עניין "המפקד הלאומי", בעמ' 823). במקרים של עצורים, הזכות להיוועצות אף מקבלת חשיבות רבה יותר, זאת נוכח הימצאותם בעיצומו של ההליך הפלילי, ועקב חשיבותה של ההיוועצות לקיומו של משפט צדק והליך הוגן, וליכולתו של הנאשם להגן על חפותו ועל זכויותיו הדיוניות והמהותיות בשלב זה (ראו למשל: עניין חייבטוב, פסקה 90 לפסק דינו של השופט א' שהם ו-בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 31 לפסק דינו של השופט י' אלרון (23.08.2018)).

כפי שנקבע בפסיקה – חשיבותה של הזכות משפיעה ביחס ישיר על דרישת הספציפיות של ההסמכה הנדרשת (ראו: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקאות 52-54 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (13.09.2017); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 121-125 (2010)).

11. לעניין דרישת ההסמכה המפורשת, ברצוני להתייחס גם לאמירת חברי השופט י' אלרון, לפיה סעיף 51 לפקודת בתי הסוהר מעניק הסמכה כללית למפקד בית הסוהר להגביל שיחות טלפון של אסירים עם עורכי דינם. בעניין זה הנני מרשה לעצמי לחלוק. לשון הסעיף הנ"ל: "לא יתקשר אדם עם אסיר אלא לפי הכללים וההוראות" היא לשון

כללית מאד, אשר, כפי שציינה חברתי השופטת ד' ברק-ארוז, נוגעת לאיסור על אדם להתקשר עם אסיר, ולא לאיסור אשר חל על האסירים עצמם. כמו-כן, קשה לכלול היוועצות טלפונית עם עו"ד תחת מונחים של: "תקשורת" עם כל "אדם", שכן תקשורת עם כל אדם איננה דומה לתקשורת עם עו"ד, קרי – היוועצות.

פרשנות לפיה הסעיף הנ"ל מעניק סמכות כללית ובלתי מוגבלת להגביל תקשורת של אסיר עם עורך דין לפי שיקול דעתו של מנהל בית הסוהר – נראית איפוא מוקשית, וסותרת את דרישת ההסמכה המפורשת.

מידתיות הפגיעה

12. לאחר שמצאתי כי אין הסמכה בחוק לפגיעה בזכות להיוועצות ככלי משמעת – אין צורך להכריע בשאלת המידתיות של ההסדר. אולם, למעלה מן הצורך אעיר כי גם לו הייתי מקבל את עמדת חברי, השופט י' אלרון, לפיה סעיף 51 לפקודת בתי הסוהר מעניק סמכות כללית בעניין, יתכן כי הפגיעה בזכות להיוועצות כחלק מעיצום משמעת המושת על אסיר – לא היתה עומדת ביתר מבחני "פיסקת ההגבלה". אני סבור כי אף ששמירה על המשמעת ועל ניהולו התקין של בית הסוהר הם אינטרסים חשובים, הרי שמניעת קשר עם עורך דין כאמצעי משמעת איננה עומדת במבחני המידתיות, וזאת מן הטעמים הבאים:

ראשית, קיים ספק אם אמצעי כזה מקיים בכלל קשר רציונאלי עם תכלית ההגבלה, שכן עבירת המשמעת איננה קשורה לאפשרות לקבל יעוץ משפטי אפקטיבי, שהיא כאמור זכות מוקנית.

שנית, אף אם נניח כי קיים קשר רציונאלי מסוים, שכן ייתכן כי מניעת שיחת טלפון יש בה משום תמריץ לאסיר לנהוג כהלכה ויש בה גם משום הרתעה כלפי אסירים אחרים – הסדר כזה איננו עומד במבחן השני של המידתיות: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לעניין זה נראה כי לא חסרים לשב"ס אמצעי משמעת שונים אחרים, ובכללם: מניעת שיחות טלפון עם מכרים ועוד, אשר אינם פוגעים בזכות להיוועצות, ויכולים לממש את אותה התכלית, ולו בקירוב.

גם ביחס למבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר, נראה כי הסדר כזה איננו מניח את הדעת. כאמור, הגבלת שיחות טלפון, או חמור מכך – שלילתן, היא פגיעה מהותית בזכות להיוועצות, ונדרש אינטרס משמעותי בכדי להצדיק פגיעה

כזו. לדידי, כאשר לא מתקיים חשד ממשי לשימוש לרעה בשיחת הטלפון עם עורך הדין, נראה, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, שאין זה מידתי להגביל זכות זו.

לצד האמור, כפי שציין חברי השופט י' אלרון בחוות דעתו, עניינם הפרטני של המשיבים הגיע זה מכבר אל פתרונו, ולכן בחינת המידתיות של הגבלת שיחות טלפון כאמצעי משמעת היא בשלב זה עיונית בלבד.

הגבלת שיחת טלפון במקרים של חשש לפגיעה בציבור

13. אקדים ואומר כי סעיף 45 לפקודת בתי הסוהר, המעגן את הזכות של האסיר לפגישה עם עורך דין ומתייחס לאפשרות להגביל פגישות אלו, עשוי לעמדתו לשמש מקור סמכות להגבלת שיחות טלפון עם עורך דין במקרים מסוימים. כעת אפרט.

14. סעיף 45א(ב) לפקודת בתי הסוהר קובע כי במקרים חריגים, שבהם יש חשש ממשי כי פגישה עם עורך דין מסויים תביא לפגיעה בשלום הציבור או בביטחון בית הסוהר, ניתן להגביל את הזכות להיוועצות, וזוהי לשונו:

“היה לנציב או למנהל בית סוהר חשד ממשי כי פגישה אסיר עם עורך דין מסויים תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את ביטחונו של אדם, את ביטחון הציבור, את ביטחון המדינה או את ביטחון בית הסוהר, או עבירת בית סוהר הפוגעת פגיעה ממשית במשמעת בבית הסוהר העלולה להביא לשיבוש חמוש בסדרי בית הסוהר וניהולו, או כי פגישה כאמור תאפשר העברת מידע בין אסירים או בינם לבין גורמים מחוץ לבית הסוהר וקיים חשש כי העברת המידע כאמור קשורה לקידום פעילותו של ארגון טרור או שהיא נעשית בהכוונתו, רשאי הוא להורות על מניעת הפגישה לתקופה כאמור בסעיף קטן (ג); ורשאי הנציב או מנהל בית הסוהר להורות על מניעת פגישה של עורך הדין עם אסירים נוספים, אם יש לו חשד ממשי כי מתקיימת גם לגבי הפגישה עמם אחת מהעילות המנויות בסעיף קטן זה.”

סעיפים קטנים (ג)-(יא) לסעיף הנ"ל קובעים את התנאים ואת ההוראות החלים על מניעת מפגש. כך, למשל, סעיף קטן (ג) קובע את משך המניעה האפשרי (כאשר משך הזמן המקסימאלי ללא אישור בית משפט הוא 10 ימים); סעיף קטן (ד) קובע זכות טיעון; וסעיף קטן (ו) קובע זכות לעתור לבית משפט מחוזי על ההחלטה בעניין מניעת המפגש. תיקון החקיקה הראשון שהתבצע בנוגע למניעת מפגש עם עורך הדין היה בעקבות פסיקת בית משפט זה בעניין האגודה לזכויות האזרח, אשר קבע כאמור כי נדרשת הסמכה מפורשת

ומפורטת בחקיקה ראשית על מנת להגביל זכות זו (ראו: עמ' 315-317 לדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 30) (פגישת אסיר עם עורך דין), התשס"ה-2004) (להלן: הצעת החוק). מטרת התיקון הנ"ל הייתה לפיכך לעגן את זכות האסיר למפגש עם עורך דין, כמו גם את התנאים למניעת פגישה זו במקרים חריגים, שבהם קיים חשש ממשי לניצול לרעה של הזכות לצורך ביצוע עבירה (שם, עמ' 315).

אפנה עתה איפוא לפרשנות סעיף 45א(ב) לפקודת בתי הסוהר, ולשאלה האם הוא חל על מקרים של מניעת שיחות טלפון עם עורך דין.

פרשנות הסעיף

15. ככלל, ראשית המהלך הפרשני נטועה, כידוע, בלשון (ראו למשל: עניין עליאן, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). בעניינו, לשון החוק מתייחסת לאפשרות להגביל "פגישה אסיר עם עורך דין מסוים". לשון הסעיף איננה מגבילה איפוא את המונח "פגישה" לפגישה פיזית דווקא המתקיימת בין כותלי בית הסוהר, ונראה כי אין לשלול את האפשרות שהמונח "פגישה" עשוי לכלול גם פגישה טלפונית. כיום, "פגישות טלפוניות" הן עניין שבשגרה. פגישות שכאלו נפוצות בתחומי עיסוק שונים ומגוונים, ונחשבות חלק אינהרנטי מהעולם המקצועי ומשעות העבודה. נראה כי הדבר תקף במיוחד במקרה של אסירים, כאשר שיחות הטלפון משמשות להיוועצות מקצועית, ועשויות לענות על ההגדרה "פגישה". בהקשר זה יש להוסיף ולציין כי משבר הקורונה הדגיש גם הוא את החשיבות בקיום קשר טלפוני בתחומים שונים.

16. בהמשך לאמור לעיל, הכללת השיחה הטלפונית כחלק מזכות להיוועצות נעוצה במהותה בהכרה כי שיחת הטלפון היא פגישה מקצועית. לדידי, אם בידינו לקבל עמדה זו לעניין היקף תחולתה של הזכות להיוועצות, יש לקבלה גם לעניין הגבלת הזכות, שנעשית באמצעות הגבלת שיחות הטלפון. כך עולה גם מתגובת המשיבים בעניין בן משה בפסקאות 35 ו-91 למשל, שם הם מפנים לדבריי ולדברי חברתי השופטת י' וילנר בפרוטוקול הדיון שהתקיים בתאריך 06.06.2018 ב-רע"ב 4311/18 בן משה נ' מדינת ישראל, ועומדים על כך כי: "אין כל שוני והבחנה בין מניעת מפגש ומניעת שיחת טלפון", וכי: "מניעת שיחות טלפון בין אסיר לעורך דינו הינה בבחינת מניעת מפגש" (ההדגשות שלי – ח"מ).

17. לשון החיקוק היא איפוא תנאי הכרחי לצורך פרשנותו של החוק, אך היא איננה בבחינת תנאי מספיק (ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427 (1980)).

אף אם נקבל, לצורך הדיון, עמדה לפיה פרשנות לשונית "טבעית" יותר היא שהמונח "פגישה" מתייחס בעיקרו לפגישה פנים מול פנים, תורת הפרשנות התכליתית מחייבת לבחון גם חלופות נוספות המתיישבות עם לשון הסעיף (השוו: בג"ץ 6301/18 השופטת רונית פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים, פסקה 10 לחוות דעת המיעוט של חברתי השופטת ד' ברק-ארוז (27.12.2018) (להלן: עניין פוזננסקי)). כבואנו לבחור בין שתי אפשרויות לשוניות, תיבחר זו המגשימה את תכלית החוק בצורה המיטבית (ראו למשל: דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; אהרון ברק פרשנות תכליתית במשפט 133 (תשס"ג-2003)).

תכלית הסעיף

18. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, תכלית הסעיפים הללו בפקודה היא לעגן את הזכות למפגש עם עורך דין, תוך הבטחת אמצעים לשמירה על ביטחון הציבור וביטחון בית הסוהר. נראה כי פרשנות המניחה כי הזכות המעוגנת כוללת היוועצות טלפונית, וכי ניתן להגביל את הנגישות לשיחות טלפון עם עורך דין מסוים כאשר שיחות עמו מעלות חשד לפגיעה בביטחון, מגשימה את התכלית החקיקתית – לאפשר הגבלת היוועצות כאשר הדבר נחוץ למניעת עבירות. בהקשר זה יצויין כי נקבע בפסיקה כי כדי למלא אחר דרישת ההסמכה המפורשת, אין הכרח בפירוש דווקני, אלא: "נוכל אף להסתפק בהסמכה מפורשת, אשר עולה מתוך תכליתו החד משמעית של החוק המסמך" (דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פסקה 21 (19.10.2009)).

19. בנוסף, בבחינת חלופות פרשניות שונות, יש לעמוד על כך כי ה"הליך הפרשנות הוא דינאמי ונותן בכל נקודת זמן מובן עכשווי ללשון החוק הישן תוך צמצום הפער בין החוק ובין המציאות" (עניין עליאן, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). ככל שהטכנולוגיה מתקדמת – נראה כי במציאות העכשווית נכון להעניק ללשון "פגישה" מובן הכולל בתוכו גם "פגישה טלפונית", והדבר נכון במיוחד מאז פרוץ מגפת הקורונה.

באשר להיוועצות בעורך דין, המציאות הטכנולוגית מרחיבה את אפשרויות מימוש הזכות, אך היא עלולה גם להוות כר פורה לניצול לרעה של הזכות, והיא מעצימה את החשש לעבריינות מתוך כותלי בית הסוהר באמצעות "שלט רחוק". הפרשנות המוצעת יש בה לפיכך כדי להתאים את החוק למציאות זו, בגבולות: לשון החוק, כוונת המחוקק ותכליתו האובייקטיבית של ההסדר הנורמטיבי הנדון.

20. זאת ועוד – אחרת. היות שפגישה פיזית ובלתי אמצעית עומדת בליבת זכות ההיוועצות, והיא "דרך המלך" למימושה (כאמור בחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בפסקה 58; עיינו והשוו גם ל-רע"פ 1980/20 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פסקה 16 (03.06.2020) (להלן: עניין אבוטבול)) – נראה שמקל וחומר שכלל שקיימת הסמכה להגביל היוועצות פיזית, קיימת הסמכה להגביל גם היוועצות טלפונית. זאת כאשר הנסיבות הן זהות, וכאשר ההיוועצות הטלפונית מעלה חשד ממשי לביצוע עבירה, והכל בכפוף למגבלות החוק (עיינו: אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 467 (1992); עניין פוזננסקי, פסקה 33 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן, ודעת המיעוט של חברתי השופטת ד' ברק-ארז באותו עניין; בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקה 6א לחוות דעתו של השופט י' עמית).

21. כאמור, בפסיקה נקבע כי דרישת ההסמכה המפורשת תלויה הקשר – "לכלל הפסיקתי בדבר הסמכה ברורה ומפורשת, יש ליתן פרשנות גמישה ו'הקשרית', שלפיה מידת דווקנותה של ההסמכה המפורשת הנדרשת תיגזר מן החשיבות היחסית של הזכות הנפגעת, מידת הפגיעה בה, תכלית החוק ומכלול הנסיבות" (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פסקה 17 (20.12.2010); ראו גם: עניין עליאן, פסקה 13 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות והמקורות הנזכרים שם, ופסקה 5 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז). בהקשר זה יש להתייחס לכך שבמקרים החוסים תחת סעיף 45א לפקודת בתי הסוהר, נראה כי מידת הפגיעה בזכות ההיוועצות מאוזנת על ידי המגבלות הקבועות בחוק, שביניהן: הטלת מגבלת זמן למניעת המפגש, זכות טיעון וזכות ערר. כלומר, החוק קובע אמות מידה ברורות למאפיינים המהותיים של הפגיעה (השוו: עניין "המפקד הלאומי", בעמ' 823).

על כן, מקובלת עליי טענת המערערים כי יש להבחין בין מקרים שונים של הגבלת זכות ההיוועצות באמצעות מניעת שיחות טלפון. יחד עם זאת, ההכרעה במקרה של המשיבים המסוימים וההבחנה בין עניין פרש ועניין בן משה, עליה מצביעים המשיבים – התייתרה בענייננו, ואין צורך לבחון אם ההגבלות על קיום שיחות טלפון במקרים של המשיבים שבפנינו עמדו במגבלות סעיף 45א לפקודת בתי הסוהר (כגון: דרישה לחשד ממשי, קציבת זמן ההגבלה ומענה לשאלה האם מתן 15 דקות השיחה למשיבים אינו מאיין את הטענה בדבר מסוכנותם). מה גם שהצדדים לא הפנו לסעיף הנ"ל (ראו פסקה 76 בחוות של חברתי השופטת ד' ברק-ארז). הנה כי כן, קביעתי כי סעיף 45א לפקודת בתי הסוהר יכול להעניק סמכות להגביל את זכות ההיוועצות במקרים המתאימים, נובעת מהצורך להכריע בשאלה העקרונית שבפנינו בדבר סמכותו של שב"ס (שם, פסקה 50).

22. לאור דברי חברתי בפסקה 76 לחוות דעתה, ברצוני להדגיש כי אין בקביעותי הנ"ל כדי לומר כי בכל פעם ששב"ס מונע היוועצות פיזית עם עו"ד מסויים רשאי הוא גם למנוע היוועצות טלפונית עם אותו עו"ד, אלא כי ניתן להגביל את הזכות להיוועץ טלפונית רק כאשר זו מקימה "חשש ממשי" ועומדת בתנאי החוק והגבלותיו. לצורך העניין, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, יתכנו מקרים בהם יהיה מוצדק למנוע פגישה פיזית ולא תהיה הצדקה למנוע קשר טלפוני, ואף להפך. וכל זאת תוך שמירה דקדקנית על הזכות להיוועצות.

עצורים

23. הקביעות הפרשניות אותן הצעתי, נכונות לדידי גם לעניינם של עצורים. זכותו של עצור להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו, לצד האפשרות להגביל זכות זו במקרים חריגים, מעוגנות בסעיפים 34 ו-35 לחוק המעצרים. באשר לאפשרות להגביל היוועצות של כל עצור, סעיף 34(ד) לחוק זה קובע כי במקרים שבהם הפגישה עם עורך הדין מחייבת הפסקה, או דחייה של הליכי החקירה – ניתן לדחות את קיומה לשעות ספורות; סעיף 34(ה) לחוק המעצרים מאפשר דחיית פגישה עם עורך דין שלא תעלה על 24 שעות במקרה ש"הפגישה עלולה לסכל או לשבש מעצרו של חשודים נוספים באותו עניין, למנוע גילוי ראיה או תפישת דבר שהושג בקשר לאותה עבירה", וסעיף 34(ו) לחוק הנ"ל מאפשר מניעת מפגש שלא תעלה על 48 שעות, במקרה שהקצין הממונה "שוכנע שהדבר נחוץ לשם שמירה על חיי אדם או לצורך סיכול פשע", זאת לצד קביעה כי: "אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של עצור, שביקש זאת, שתיתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בעניין מעצרו".

באשר לחשודים בעבירות ביטחון, סעיף 35(א) לחוק המעצרים מונה את הנסיבות שבהן ניתן למנוע פגישה עם עורך דין, כמו גם זכות ערעור על החלטה למנוע פגישה וכללים דיוניים שונים. זאת, בדומה למגבלות המופיעות בסעיף 45א לפקודת בתי הסוהר.

24. נראה איפוא כי מאותם טעמים שמנתי לעיל לעניין פרשנות סעיפים 45 ו-45א לפקודת בתי הסוהר, יש לראות בסעיפים 34 ו-35 לחוק המעצרים כמעגנים את הזכות להיוועצות של עצורים, אך גם ככאלה המבססים סמכות להגביל את הזכות, ובכללה את הזכות להיוועצות טלפונית – במקרים המתאימים ותחת הגבלות החוק.

25. סיכומם של דברים עד כה – לא ניתן לשלול מאסירים ומעצורים את הזכות להיוועצות באמצעות קשר טלפוני עם עורך דינם ללא הסמכה מפורשת בחוק, ואין מדובר בטובת הנאה שניתן לשלול אותה בהתאם לשיקול דעת שב"ס בהקשר לצרכים משמעותיים. יחד עם זאת נראה כי קיימת סמכות להגביל או לדחות, באופן מידתי ותחת מגבלות החוק, את האפשרות לשוחח עם עורך דין בעת מעצר או מאסר, במקרים של חשש לשיבוש הליך חקירה או חשד ממשי לביצוע עבירה. זאת, לאור העובדה שקיימת סמכות להגביל מפגש פיזי – שהוא כאמור ליבת זכות ההיוועצות.

הנה כי כן לאור כוונת המחוקק ותכלית החקיקה ולאור הקביעה כי היוועצות טלפונית הינה חלק מהזכות להיוועצות, סבורני כי הפרשנות המוצעת מתיישבת עם לשון החוק, ויש בה קיום של רצון המחוקק למנוע עבירות כאלו, לצד שמירה על הזכות להיוועצות והגבלת הפגיעה בה רק במקרים הקיצוניים המנויים בחוק.

גישה זאת מתיישבת גם עם המסקנות העולות מבחינת המשפט המשווה, שלסקירתו אפנה כעת.

26. בהתאם להחלטתי מתאריך 02.10.2019, הצדדים הגישו סקירה משווה, אשר אמנם איננה מתייחסת לשאלת ההסמכה בחוק, אך עולה ממנה כי במרבית שיטות המשפט המערביות שנסקרו, ישנו עיגון לחשיבות קיום קשר טלפוני בין אסיר או עציר לעורך דינו, וכי אין מדובר בטובת הנאה שניתן לשלול אותה כאמצעי משמעת. לצד זאת, שיחות טלפון עם עורך דין ניתנות להגבלה במקרים, אשר יש בהם משום איום על הסדר הציבורי או פגיעה בביטחון הציבור.

27. כך, במשפט הקנדי, אליו מפנה הסניגוריה הציבורית בתגובתה – קשר טלפוני נחשב כחלק מהנגישות לייעוץ משפטי (Canada, Corrections and Conditional Release Regulations, s. 90. 97. 34; Commissioner's Directive 085, Correspondence And Telephone Communication, 2001-12-17; Commissioner's Directive 084, Inmates' Access (To Legal Assistance And The Police) עם זאת, ניתן למנוע מאסיר לפי הדין הקנדי קשר עם נמען מסוים, או להסיר את החיסיון מהשיחה, ככל שקיים חשד כי השיחה עלולה להביא לפגיעה בביטחון של אדם.

בדומה, באנגליה מעוגנת האפשרות לקיום קשר טלפוני חסוי של אסיר עם עורך דין (THE INTERCEPTION OF COMMUNICATIONS IN PRISONS AND SECURITY MEASURES, PSI ;04/2016, p. 2.25-2.2), כאשר ניתן להסיר את החיסיון במקרים בהם מתעורר חשד סביר כי הקשר הטלפוני נועד לביצוע עבירה (Prisoner Communication Services, PSI 49/2011, p. 14/2(f)).

הסדרים דומים קיימים גם בגרמניה, בנורבגיה ובבלגיה (ראו: עמ' 3-4 להודעת עדכון מטעם לשכת עורכי הדין ו-עמ' 4-5 להודעה מעדכנת מטעם הסניגוריה הארצית).

28. לסיום, ארשה לעצמי להעיר עוד ארבע הערות תמציתיות.

ראשית, באשר להתייחסות של חברי השופט י' אלרון לפסק הדין ב-עניין אבוטבול, שהכיר, לדעתו, בסמכות שב"ס לפגוע בזכות להיוועצות, הנני מסכים עם חברתי, השופטת ד' ברק-ארז כי פסק הדין הנ"ל אכן לא עסק ישירות בשאלת הסמכות להגביל שיחות טלפון של אסיר עם עורך דינו. זאת ועוד, ראוי לשים אל לב כי פסק הדין עסק בהגבלה של שיחות טלפון כאלו לשלוש שעות ביום, והודגש כי מדובר בפרק זמן ממושך מאוד (עיינו שם, בפסקה 16). על כן, ממילא לא ברורה היקף הפגיעה בזכות שם, וקשה להקיש מעניין זה לענייננו.

מכל מקום, פסק הדין האמור עסק באסיר שהוגבלו משך שיחות הטלפון שלו, בהתחשב במסוכנות הנשקפת ממנו, ובעבירות חמורות שיוחסו לו, אשר בחלקן בוצעו מתוך הכלא, וכן על סמך מידע מודיעיני רב על המשך פעילות פלילית מתוך הכלא (שם, בפסקה 12). כלומר, פסק הדין לא נגע במקרים שבהם הזכות מוגבלת כסנקציה משמעתית וללא קשר למסוכנות.

שנית, קיים צורך בעדכון פקודת בתי הסוהר ולהתאים אותה לאמצעי התקשורת השונים הקיימים כיום (כפי שציין השופט י' דנציגר בעניין יונס, בפסקה 67). שיחות טלפון עם עורך דין הן כאמור חלק חשוב מהזכות להיוועצות ובמציאות של ימינו הן מקבלות משמעות מיוחדת. על כן, יש מקום לקבוע הסדר מפורט יותר בעניין, ולעדכן גם את חקיקת המשנה וההנחיות בהתאם.

שלישית, אני רואה לנכון לשוב ולהדגיש כי פרשנות לפיה "פגישה" כוללת גם פגישה טלפונית – אין משמעותה כי פגישה טלפונית מייתרת את החובה לאפשר פגישה פיזית. מדובר בשתי צורות שונות למימוש זכות ההיוועצות, המהוות חלק בלתי נפרד ממנה, וניתן להגביל כל אחת מהן רק במקרים חריגים ובכפוף לתנאים הקבועים בדין, ולביקורת שיפוטית אפשרית על אלה.

רביעית, אני מבקש להצטרף לקביעה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בפסקה 75 לחוות דעתה, לפיה מהמסקנה כי שיחת הטלפון היא חלק מהזכות להיוועצות – לא נובע בהכרח

כי כל אסיר זכאי לקיים שיחות טלפון בלתי מוגבלות בכל שעות היממה. כשם שפגישות פיזיות מוסדרות על ידי נציבות בתי הסוהר, כך גם ניתן להסדיר פגישות טלפוניות באופן סביר. כאמור, לא ניתן למנוע מאסיר ספציפי קיום שיחות טלפון עם עורך דינו ללא הצדקה של "קיום חשש ממשי" תחת מגבלות סעיף 45א לפקודה. אולם, הגבלות הקשורות להיבטים ניהוליים כלליים יכולות להיקבע מתוקף סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר, שהוא סעיף ביצועי במהותו.

29. בכפוף לכל האמור לעיל – אני מצטרף לתוצאה ולהנמקה שהוצעה על ידי חברתי, השופטת ד' ברק ארז בחוות דעתה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז, בהסכמת המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, ובניגוד לדעתו החולקת של השופט י' אלרון.

ניתן היום, ו' בתמוז התשפ"א (16.6.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה (בדימ')