

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 1437/02

בג"צ 3168/02

בפני :
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

העותרים בבג"צ 1437/02 :
1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של דר' לוטה
זלצברגר
3. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

העותרת בבג"צ 3168/02 :
לשכת עורכי הדין בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"צ 1437/02
ובבג"צ 3168/02 :
1. השר לביטחון פנים
2. שירות בתי הסוהר

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ב בתמוז התשס"ג (22.07.03)

בשם העותרים בבג"צ
1437/02 :
עו"ד דן יקיר

בשם העותר בבג"צ 3168/02 :
ד"ר גיל אוריון, עו"ד עודד רביבו, עו"ד תמר
תורג'מן

בשם המשיבים בבג"צ
1437/02 ובבג"צ 3168/02 :
עו"ד יוכי גנסיין

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

התקנה נשוא הדיון

1. לפנינו שתי עתירות שהדיון בהן אוחד, בהן טוענים העותרים כי תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 בטלה היא. תקנה 29 עברה גלגולים שונים, עליהם נעמוד בהמשך הדברים. נוסחה האחרון, שהותקן בעוד העתירות תלויות ועומדות, קובע:

"פגישת אסיר עם עורך דין שלא בטווח שמיעה
 29(א) פגישת אסיר עם עורך דין, שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר.
 (ב) התעורר חשד ממשי כי פגישת אסיר עם עורך דין כאמור בתקנת משנה (א) תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו של אדם או את ביטחונו או את שלום הציבור או את ביטחון המדינה, רשאי הנציב או מנהל בית סוהר להורות על מניעת הפגישה או הפסקתה."

גלגולה של התקנה

2. תקנה 29 עברה, כאמור, מספר גלגולים. נוסחה המקורי של התקנה משנת 1978 (להלן הנוסח הראשון) קבע:

"פגישה שלא בנוכחות סוהר
 29. פגישת אסיר עם עורך דינו וכן ביקור של אדם שהאסיר ביקש להתקשר עמו בעניין מעצרו או הליכים משפטיים, ייערכו שלא בנוכחות אדם אחר, במידה שתנאי הביטחון וביטחון המדינה מאפשרים זאת."

בנוסח הראשון נכרכו, בנשימה אחת, פגישה של אסיר עם עורך דינו ופגישה של אסיר עם אדם שאינו עורך דין, עמו ביקש אסיר להתקשר בעניין משפטי. הכלל היה שהשיחה תיערך שלא בנוכחות אדם אחר, אך זאת בסייג האמור בתקנה. התקנה לא קבעה מי יחליט שאין אפשרות לקיים את הפגישה שלא בנוכחות אדם אחר.

ביום 19.12.01 תוקנה התקנה על ידי השר לביטחון פנים. הנוסח השני של התקנה קבע:

“פגישת אסיר עם עורך דין, שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר, אלא אם כן קיים חשד ממשי כי מתן השירות באופן האמור, יאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו או ביטחונו של אדם, את שלום הציבור או את בטחון המדינה.”

3. מכוחה של תקנה זו פורסם נוהל פנימי. איני רואה צורך לעמוד על פרטיו, כיוון שהנוהל הוחלף בנוהל אחר.

4. בעקבות הנוסח השני של התקנה הוגשו העתירות שבפנינו. ביום 11.9.02 הוצא צו על תנאי בו נדרשו המשיבים לנמק לגבי נוסחה השני של התקנה:

1. מדוע לא ייקבע כי הסיפא לתקנה 29 לתקנות בתי הסוהר התשל"ח-1978 החל מהמילים 'אלא אם כן' בטלה; או מדוע לא תבוטל.
2. מדוע לא ייקבע כי 'נוהל פגישת עו"ד לקוח' שפרסם המשרד לבטחון פנים מכוחה של תקנה 29 האמור בטל, או מדוע לא יבוטל.
3. מדוע הגבלות על זכותו של אסיר להיפגש עם עורך דינו לא ייעשו במסגרת חקיקה ראשית תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי, בהתאם לעקרונות יסוד במשפט הישראלי.”

5. ביום 19.12.02 פורסם ברשומות תיקון נוסף לתקנה האמורה, הוא הנוסח השלישי שצוטט בפתח הדברים. בעקבות תיקון התקנה הגישו באי כוח הצדדים “בקשה מוסכמת לקביעת הסדר דיוני”. בבקשה צויין כי בעקבות הערות בית המשפט במהלך הדיון התקין השר לבטחון פנים תקנה חדשה אשר החליפה את התקנה נשוא העתירות. נוסח התקנה הועבר לבאי כוח העותרים, ועמדתם היא שהעתירות לא התייתרו. הוסכם בין הצדדים שתוגשנה עתירות מתוקנות; יוגש תצהיר תשובה לעתירות המתוקנות, והדיון בעתירות יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי בעתירות המתוקנות. בית המשפט התבקש לאמץ את ההסדר הדיוני המוסכם. השופט חשין החליט לאמץ את ההסדר האמור.

6. ביום 2.4.03 לאחר הגשת ההסדר הדיוני המוסכם הוציאה לשכת היועץ המשפטי של שירות בתי הסוהר נוהל מפורט חדש בעניין יישום התקנה החדשה. אעמוד על עיקריו של הנוהל, אך איני רואה את הנוהל ככלול בהסדר הדיוני. הנוהל החדש לא

היה קיים בעת ההסדר הדיוני ולא היתה בקשה לתקן את העתירות לאחר הוצאתו. גם עיקרי הטיעון שהגישו הצדדים התמקדו בתקנה 29(ב) החדשה, ולא בנוהל, על כן אתמקד רק בעיקרי הדברים.

בנוהל מצויין כי הוא בא לקבוע כללים חדשים שיבטיחו את חסיון הפגישה בין עורך דין לאסיר. בפגישה כאמור שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי לא ימצא סוהר או אדם אחר בטווח שמיעה, אף שניתן להציב סוהר בטווח ראייה. עוד מצויין בנוהל כי מידע המבסס חשד ממשי כי פגישה בין אסיר ועורך דין תנוהל לצורך ביצוע עבירות כמפורט בתקנה יובא לידיעת מנהל בית הסוהר. "חשד ממשי" מוגדר בנוהל כ"חשד מבוסס כגון מידע ספציפי שהתקבל בדבר כוונה וניצול פגישה כאמור או העברת חפץ אסור שעלול לשמש לביצוע עבירות כאמור".

הנוהל מוסיף וקובע כי החלטה שתקבל לאחר התייעצות עם ראש מערך מודיעין בשב"ס והיועץ המשפטי של השב"ס, ולאחר שמנהל בית הסוהר נתן לעורך הדין הזדמנות לטעון טענותיו. על ההחלטה יודיע מנהל בית הסוהר לעורך הדין ולאסיר, ולאסיר יודיע על זכותו להגיש עתירת אסיר נגד ההחלטה. החלטת מנהל בית הסוהר תהיה תקפה לפרק זמן של עד 14 יום, או עד החלטה של הנציב. הנוהל קובע גם הוראה לפיה אם נבצר מהמנהל להחליט - רשאים קצינים מסויימים להחליט על השעיית הפגישה לפרק זמן של 4 שעות, או עד החלטת המנהל, לפי המוקדם. הנציב יתן החלטה לכל המאוחר תוך 14 יום מהחלטת מנהל בית הסוהר. גם בפני הנציב יש לאפשר לעורך הדין לטעון טענותיו. אם הנציב החליט, לאחר השימוע, כי יש מקום למנוע את הפגישה, יודיע לעורך הדין את החלטתו ונימוקה, וכן את משך הזמן למניעת הפגישה.

נימוקי ההחלטה ימסרו לעורך הדין ולאסיר, אלא אם יש בגילויים כדי לפגוע בביטחון המדינה או בעניין ציבורי חשוב. במקרה כזה תימסר לעורך הדין תמצית המידע אם לא ניתן למסור תמצית של המידע תובא תשובת סרוב כי העילה נוגעת לבטחון המדינה או לאינטרס ציבורי חשוב אחר וכי לא ניתן לפרט הטעמים.

העתירות המתוקנות

7. העותרים טוענים בעתירותיהם המתוקנות כי גם התקנה בנוסחה הנוכחי פוגעת באופן בלתי ראוי ובלתי מידתי בזכותו של אסיר להיוועץ עם עורך דינו שהיא זכות יסוד; תקנת משנה (ב) סותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והותקנה בחוסר

סמכות, פקודת בתי הסוהר אינה כוללת לא הסמכה מפורשת, ואף לא הסמכה משתמעת לפגוע בתקנות בזכות היסוד של אסיר למפגש עם עורך דין, ועל כן התקנה איננה חוקית; בבתי הסוהר נמצאים עצורים עד תום ההליכים, אסירים שפוטים, עצירים מינהליים ולוחמים בלתי חוקיים. על פי הוראות שונות שבחקיקה ראשית (שיוזכרו ביתר פירוט להלן), לכל אחד מאלה מוקנית הזכות להיפגש ביחידות עם עורך דינו, לעתים תוך קביעת מגבלות כגון דרישת הצגת אישורים שונים. עוד טוענים העותרים, כטיעון חלופי, שהתקנה עמומה ובלתי סבירה וכי מבחן "החשד הממשי" איננו המבחן הראוי. נוסחת האיזון הנכונה היא מבחן "הוודאות הקרובה" להתרחשות נזק ממשי וחמור לבטחון הציבור. התקנה אינה כוללת הנחיה באשר לאופיו של "החשד הממשי", איננה כוללת חובת הנמקה, איננה קובעת עיון תקופתי בחלוף הזמן, איננה כוללת ביקורת שיפוטית או הליך ערעור, והיא עמומה וסתמית; התקנה חורגת מסמכות: התקנה אינה באה לטפל בבעיה הקשורה לבטחון בתי הסוהר, אלא בבעיה הכרוכה בבטחון המדינה ובשלום הציבור. סעיף 132 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] התשל"ב-1972 (להלן: הפקודה) אינו מסמיך את השר להתקין תקנות בעניינים אלה.

טענות המשיבים

8. המשיבים טוענים כי התקנה בנוסחה החדש איננה פוגעת בחסיון עורך דין לקוח. אכן, פגישת אסיר עם עורך דינו תיערך שלא בטווח שליטה של אדם אחר. ואולם, מקום שממידע מודיעיני ממשי עולה כי מטרת הפגישה איננה למטרת יעוץ משפטי, ממילא אין החסיון חל. כשקיים חשד ממשי שהפגישה תנוצל לצורך עבירה או לתכנונה, אין המדובר בעניינים הנופלים לגידרה של זכות ההיוועצות עם עורך דין. זכות ההיוועצות איננה כוללת בתוכה פגישה המיועדת לתכנון עבירה או לביצועה. התקנה קובעת את המובן מאליו ולפיו פגישה שלא למטרות של יעוץ משפטי אינה מוגנת על ידי הדין; בהקשר זה העובדה שהמבקר הוא עורך דין בתוארו אינה מעלה ואינה מורידה. בית הסוהר לא נועד להיות אכסניה למפגש שנועד לביצוע עבירות או לתכנון. עוד מדגישים המשיבים כי התקנה אינה מונעת מאסיר להיוועץ עם עורך דין אחר: בפני האסיר פתוחה הדרך להיפגש ולהתייעץ עם כל עורך דין פרט לעורך הדין לגביו קיים חשש קונקרטי כאמור. אין ללמוד גזירה שווה מחוקים העוסקים במניעת פגישה של אסיר עם כל עורך דין. המשיבים מוסיפים וטוענים כי התקנה הותקנה בסמכות. סעיף 132 לפקודת בתי הסוהר מסמיך את השר להתקין תקנות לגבי "ענין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו" ולעניין הקשור ל"ניהולם של בתי הסוהר, ומשמעתם". בהוראות אלו ישנה הסמכה להתקנת התקנה.

המשיבים מפנים גם לנוהל, העתיד להיות מעוגן בפקודת נציבות בתי הסוהר. הנוהל נותן לטענתם מענה ראוי לסוגיות שמעלים העותרים. מכל מקום - טענות שעניינן יישום התקנה והנוהל שהוצא מכוחה – אין מקומן במסגרת עתירה זו.

היקפה של זכות ההיוועצות של אסיר עם עורך דין

9. אכן, נקודת המוצא לדיון היא זכותו של אדם, ואסיר בכלל זה, להיות מיוצג בידי עורך דין על פי בחירתו ולשם כך להיוועץ עימו בתנאי חסיון. על זכות זו וחשיבותה עמד בית המשפט פעמים רבות עוד לפני העידן החוקתי, כנגזרת של סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין. (ראו, למשל, בג"צ 193/67 קהווגי נ' נציב בתי הסוהר ואח', פ"ד כ"א (2) 183; בג"צ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח', פ"ד כט(2), 169). בית המשפט חזר והדגיש את חשיבותה של הזכות האמורה גם אחרי העידן החוקתי (למשל, בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ"ז (2) 349; בג"צ 4330/93 פריד גאנמ, עו"ד נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4), 221).

10. זכותו האמורה של אדם ואסיר להיוועץ עם עורך דין כבחירתו בתנאים המבטיחים את החסיון אכן, היא בגדר מושכלות יסוד. הזכות נועדה לאפשר קבלת שירות מקצועי. מתן שירות מקצועי נהנה מחסיון עורך דין לקוח (סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין) (התשכ"א-1961). ואולם, למרבה הצער, ישנם מקרים מועטים, בהם ישנו ניצול לרעה של מעמדם של עורכי דין ושל החסיון ליחסי עורך דין לקוח, כך שהחסיון מאפשר ביצוען של עבירות. לא לכך נועדו מפגשים או התקשרויות בין עורך דין ללקוחו. על כך שפגישה שנועדה לביצוע עבירה איננה חלק מזכות ההיוועצות ואין היא מוגנת עמד בית המשפט בכמה הקשרים. בע"פ 670/80 ברוך בן ישראל אבוחצירא נ' מ"י, פ"ד לה(3), 681, דן בית המשפט בשאלת קבילות עדותו של עורך דין בשם גולן שניתנה במשפטו של המערער. הטענה היתה שהעדויות חסויה היא בשל יחסי עו"ד לקוח שבין המערער וגולן. על טענה זו אמר השופט בייסקי:

"הדברים, להם התייחסה עדותו של גולן, הם במישור לגמרי אחר, ולא רק ששום קשר ענייני אין להם לשירות מקצועי שנותן עורך-דין - אלא הם נוגדים אותו ניגוד חמור. הדברים נסבו על הפצת מסמך מזויף, בידוי ראיה והדחה בעדות, כשהמערער מנסה להפוך את גולן לשותפו בעבירות. ואיש לא יעלה על הדעת - ואני מוצא פגם בעצם הטיעון - כי עניינים שכאלה ייחשבו כעניינים שיש להם 'קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי

עורך הדין ללקוח'... זהו תחום פלילי-עברייני גרידא, המצוי הרחק הרחק מזה שהתכוון המחוקק להגן עליו בדרך של חיסיון בין הלקוח לבין עורך הדין ועובדיו."

בדומה: חוק האזנת סתר תשל"ט-1979 בנוסחו המקורי לא איפשר, בשום נסיבות, האזנת סתר למשרדיהם של עורכי דין. בעחה"ס 1/81 מ"י נ' פלוני, פ"ד לו(1), 614, 616 העיר בעניין זה הנשיא לנדוי:

"אין ספק שהחוק שלנו טעון תיקון במגמה שלא לנעול דלת לפני האזנת סתר לשיחות טלפון, המתנהלות על-ידי עורך-דין. הניסיון במשפטיים פלילים ומשמעתים מוכיח, לצערנו, שבין הציבור הגדול של עורכי-דין במדינה, העושים מלאכתם באמונה, ישנם מעטים, שאינם נרתעים מהפרות בולטות של חובותיהם המקצועיות וממעשים פלילים. עורך דין מושחת כזה עלול להוות מוקד לפעילות פלילית משום ידיעותיו המקצועיות דווקא, והמצב הקיים לפי החוק הנדון עלול להפוך את משרדיהם של אלה ל'שמורות טבע' לצורך תכנון פשעים וחיפוי עליהם. משום כך יש ויש צורך לתת בידי המשטרה, למקרים קיצוניים כאלה ותוך ערובות הולמות, את המכשיר של האזנת סתר גם לשיחותיו של עורך-דין, לשם איסוף חומר מודיעיני וראייתי. בזה הכירה החקיקה בארצות-הברית וגם אגודת עורכי הדין האמריקניים סמכה את ידיה על כך, כעולה מחוברת, שמר בלטמן הגיש: AMERICAN BAR ASSOCIATION STANDARDS RELATING TO THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE, ELECTRONIC SURVEILLANCE, 1978 STANDARD 2-5.10. PRIVILEGED COMMUNICATIONS AT PP. 25-26

הנושא חשוב, ומוטב שהכנסת תתן עליו את דעתה באורח מעמיק יותר מאשר עשתה בהוראה הסתמית שבסעיף 9 של החוק, (האוסר האזנת סתר לשיחות חסויות - מ.נ.) על-מנת שמתן היתר להאזנה לשיחות טלפוניות עם עורך דין יוסדר על-ידי הכנסת עצמה בחוק, או שהחוק יסמך רשות מתאימה אחרת להתקין תקנות על הנושא."

ואכן בשנת תשנ"ה הוסף תיקון לחוק האזנת סתר והוסף סעיף 9א. הסעיף מסמך נשיא בית משפט מחוזי להתיר האזנת סתר, בתנאים מסויימים גם לשיחה "חסויה" "אם שוכנע שיש יסוד לחשד שעורך דין... מעורב בעבירה" (וראו עוד לעניין היקף השירות המקצועי, שירות אינו כולל עבירות פליליות שיבוצעו בעתיד - על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד מא(4), 770).

ודוק: בענייננו שלנו אין המדובר בהאזנה לתוכן השיחה כפי שהתאפשר, לכאורה, בנסיבות מסויימות מהנוסחים הקודמים של התקנה. התקנה החדשה אינה פוגעת בחסיון השיחות, ואינה מאפשרת בשום מקרה האזנה לשיחת לקוח – עורך דין. התקנה בנוסחה עוסקת במניעת פגישה שיש לגביה חשד ממשי שנועדה לאפשר עבירה פלילית מהסוג המפורט בתקנה.

11. סיכום ביניים: זכותו של אסיר היא לפגוש בין כותלי בית הסוהר עורך דין כבחירתו, לשם התייעצות מקצועית, והכל תוך שמירה על חסיון השיחה. על כן, בדין קובעת תקנה 29 (א) כי פגישת אסיר עם עורך דין שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר. האפשרות להאזין לשיחת לקוח עורך דין – בוטלה.

עם זאת, זכותו האמורה של אסיר איננה מתפרשת, מדעיקרא, על פגישה שתכליתה היא לאפשר ביצוע עבירה. לפגישה כזו אין קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך דין לאסיר. במובן זה תקנה 29 (ב) מצביעה על המובן מאליו: פגישה שנועדה לאפשר עבירות ובפרט עבירות כמפורט בתקנה – פגישה אסורה היא. אין לאסיר זכות חוקתית מוגנת לקיום פגישה כזו. בכך לא אמרנו, עדיין, דבר וחצי דבר בשאלה כיצד ייקבע, על יסוד מה, ועל ידי מי, שפגישה מסויימת אסורה היא, ועל כן יש למונעה או להפסיקה. לכך נפנה עתה.

מניעת הפגישה או הפסקתה – כיצד

12. התקנה קובעת כי נציב שירות בתי הסוהר או מנהל בית הסוהר רשאים למנוע את הפגישה או להפסיקה. אך מובן הוא, עם זאת, כי בעניין זה, כמו בכל החלטה של רשויות בתי הסוהר, הפוסק האחרון איננו הנציב או מנהל בית הסוהר אלא בית המשפט. וזכותו של האסיר היא להביא את ההחלטה לביקורת שיפוטית. הזכות לביקורת שיפוטית איננה מצויינת, אמנם, בתקנה גופה (כפי שאינה מצויינת בתקנות אחרות או בהוראות ספציפיות שבפקודה) אלא בסעיף 62 א לפקודה שעניינה עתירת אסירים בכל עניין הנוגע למאסרם או מעצרם. על כן, אין בעובדה שהתקנה אינה מסדירה את הביקורת השיפוטית על ההחלטה כדי לפגום בתקנה. ועוד: להבדיל, למשל, מהאזנת סתר או האזנה גלויה לשיחה עם עורך דין, מניעת הפגישה בנסיבות הקבועות בתקנה איננה יוצרת נזק בלתי-הפיך. חזקה על בתי המשפט המקיימים ביקורת שיפוטית בכגון דא שידונו במניעת פגישה במהירות המתחייבת מנסיבותיו של כל עניין.

13. קשה שלא להעיר כאן במאמר מוסגר כי ההוראה בנוהל לפיה יכולים אחרים שאינם מנהל בית סוהר או הנציב לעכב למספר שעות את הפגישה, אינה עולה, לכאורה, בקנה אחד עם ההסמכה הנקבעת בתקנה גופה. לא אתעכב על עניין זה משום שהעתירות המתוקנות עוסקות בתקנה ולא בנוהל.

14. בדומה, התקנה גופה אכן אינה קובעת חובת שימוע טרם מתן ההחלטה. ואולם חובת השימוע קיימת אף היא מכח הדין (ראו זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך ב) עמ' 796 – 797, בג"צ 654/78 - ריבה גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד לה(2), 649, 654-655). הנוהל מסדיר את כללי השימוע, אך חובה זו קיימת ממילא מכח הדין, ואם תופר – אף זו עילה לפניה בעתירת אסיר. על כן, גם העובדה שהתקנה אינה קובעת במפורש את חובת השימוע איננה גוררת את בטלותה.

15. שאלה אחרת היא שאלת המבחן שיפעיל הנציב או המנהל בבואו לאסור על הפגישה, שאלה זו נוגעת לפרשנותה של התקנה. העותרים תוקפים גם את המבחן המצדיק את הפעלת הסמכות, המבחן של "חשד ממשי". התקנה נוקטת לשון "התעורר חשד ממשי [שהפגישה] תאפשר ביצוע עבירה". "חשד ממשי" מהו? נראה כי משקלן של הראיות המינהליות המעוררות את החשד צריך להיות משקל כבד במיוחד וזאת בשים לב לטיב הזכות הנפגעת לכאורה. נזכיר גם כי התקנה לא הסמיכה את הנציב או המנהל לאסור פגישה בשל חשד ממשי שהפגישה תאפשר ביצועה של כל עבירה. המדובר רק בעבירה המסכנת את שלומו של אדם או בטחונו או שלום הציבור או בטחון המדינה. במובן זה התקנה היא מידתית.

מסקנתי עד כה היא כי ההסדר שבתקנה כלשעצמו, הסדר ראוי הוא, ואין הוא פוגע בזכות חוקתית מוגנת. מכאן אוכל לפנות לטענת העותרים לפיה ההסדר חייב למצוא מקומו בחוק ולא בתקנה.

ההסדר – בחוק או בתקנה

16. בטענה שהעלו העותרים ולפי ההסדר חייב להיות בחוק ולא בתקנה זו כמה רבדים: המדובר בנושא המסדיר הסדר ראשוני ועל כן חייב הוא, לטענת העותרים, להימצא בחוק ולא בתקנה; ישנו הסדר של סוגיית מניעת מפגש עם עורך דין בחוקים שונים, והתקנה חייבת לעלות בקנה אחד עם אותם הסדרים; החוק המסמיך – פקודת בתי הסוהר – איננו מסמיך את השר להתקין תקנות בנושא מניעת פגישה כאמור. ואפילו תאמר שישנה הסמכה, התקנה עוסקת בעניינים החורגים מתחומם של בתי

הסוהר. התקנה מתימרת להפעיל סמכות בעניין מניעת עבירות "חיצוניות" לבית הסוהר. אדון ברבדים השונים של הטענות, לא דווקא לפי הסדר האמור.

17. במבט ראשון שובה את הלב טענת העותרים ולפיה הדין בעניין איסור מפגש עורך דין-לקוח הוסדר בהוראות שונות המצויות בחקיקה ראשית, ואין לסטות ממנו או לעוקפו בחקיקת משנה או על פיה. העותרים מצביעים על סעיפים 34-35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 הקובעים הוראות מפורטות בעניין זכות העצור להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו ללא דיחוי וביחידות, והמנגנון להגבלתה לתקופות קצובות; על סעיף 6 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 ותקנה 13 לתקנות כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תנאי כליאה) התשס"ב-2002 שהוצאו מכח החוק כאמור; על תקנה 12 לתקנות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשנ"א-1991. החיקוקים הנזכרים עוסקים בפירוט, לגבי עצורים מסוגים שונים בזכות הפגישה עם עורך דין והגבלתה. לכאורה, (אך רק לכאורה), התקנה שבענייננו היא באותה מאטריה של מניעת פגישה המוסדרת בחיקוקים הנזכרים, ועל כן עליה להשתבץ כחלק בלתי נפרד מהם, ובודאי לא לסתור אותם.

18. הטענה שובה כאמור את הלב במבט ראשון. נקודת המוצא לחיקוקים הנזכרים ולתקנה שלפנינו היא אותו כלל בו פתחנו את דיוננו – זכותו של כל אדם להיוועץ בעורך דין לפי בחירתו. ואולם, סידרת החיקוקים שהזכרנו עניינם מניעת פגישת עורך דין-לקוח, דהיינו הגבלת האפשרות לקבלת ייעוץ. התקנה נשוא דיוננו עוסקת במניעת פגישה שעל פי חשד ממשי אין היא במהותה פגישת עורך דין לקוח, אף שהיא נחזית לכזו. התקנה עוסקת במניעת פגישה שתכליתה לאפשר עבירות מסויימות. אין בין מניעת הפגישה נשוא החיקוקים הנזכרים לבין מניעת הפגישה נשוא תקנה 29(ב) אלא שיתוף השם בלבד. החיקוקים עוסקים בפגישה שעל דרך העיקרון מותרת היא אלא שהיא נדחית, במגבלות שנקבעו, משום צרכי החקירה או משום חשש להעברת מסרים ממתקני המעצר החוצה באופן גלוי או מוצפן (ראו בג"צ 3239/02 הנ"ל בעמודים 380-382). התקנה לעומת זאת עוסקת, כמבואר, בפגישה שלא נועדה למתן שירות מקצועי אלא נועדה לאפשר ביצוע עבירה. לא בכדי קובעת תקנה 29א לתקנות בתי הסוהר כי הוראות תקנות 28 ו-29 יחולו על עצור ככל שהפגישה לא הוגבלה על פי סעיפים 29 – 30 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (כיום – הוראת סעיפים 35-34 לחוק סדר הדין (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו-1996). התקנה נשוא דיוננו – תקנה 29(ב) נמצאת במישור אחר מאשר ההגבלות על פגישת לקוח-עורך דין בסדרת

החיקוקים. המנגנונים שנקבעו בחיקוקים להגבלת הפגישה אינם נוגעים לעניין המוסדר בתקנה 29 (ב).

19. האם החוק המסמיך – פקודת בתי הסוהר - מסמיך את השר להתקין תקנות בעניין איסור פגישה שתכליתו למנוע ביצוען של עבירות מחוץ לבית הסוהר? תשובתי על כך בחיוב. סעיף 132 (17) לפקודה מסמיך את השר להתקין תקנות ב"כל עניין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו ניהולם הטוב של בתי הסוהר ומשמעתם ומשמורתם הבטוחה של אסירים בתחום בתי הסוהר ובשעת עבודתם מחוץ לתחום בתי הסוהר".

סימן ו' לפרק ב' לפקודת בתי הסוהר מסדיר (באופן לא ממצה) את הקשר בין אסיר לבין העולם החיצון. לגבי אסירים בטחוניים אישר בית המשפט הסדר שבהוראות נציבות בתי הסוהר המאפשר, כעיקרון, הגבלות שיחות טלפון. וכך קבע השופט זמיר:

"האינטרסים העיקריים שיש להתחשב בהם בקביעת הסדר לגבי התקשורת של אסירים בטחוניים עם העולם החיצוני, לצד הזכות של האסיר, הם הסדר והבטחון, לא רק בבית הסוהר עצמו, אלא אף מחוץ לבית הסוהר. משמע, בטחון המדינה הוא אינטרס שיש להתחשב בו בעניין זה. שהרי אדם נכלא בבית הסוהר, לא רק כעונש על עבירה, אלא גם כדי להגן על החברה מפניו. לכן שב"ס אחראי לכך שאסירים בטחוניים לא יקיימו קשר טלפוני עם גורמים עוינים שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה. לצורך זה הוא רשאי לקבוע הסדר שימנע או יכביד על קשר כזה" (עע"מ 1076/95 מ"י נ' סמיר קונטאר פ"ד נ (4) 492, 503 ההדגשה אינה במקור).

אם כך לגבי הסדר שבהוראות הנציבות, הסדר שבתקנה - על אחת כמה וכמה. המחוקק הראשי הסמיך את מחוקק המשנה לדאוג לענייני הסדר והבטחון בבתי הסוהר. אין לשכוח כי בבתי הסוהר, מעצם טבעם, ישנו ריכוז של עבריינים מהם נשקפת סכנה לציבור.

20. האם ההסדר צריך למצוא מקומו בחקיקה ראשית או די בכך שיימצא בתקנה? על השאלה מתי צריך הסדר למצוא מקומו בחקיקה ראשית עמד בהרחבה בית משפט זה בבג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5), 481. כפי שבואר שם בהרחבה, אמות המידה העקרוניות (ההסדרים הראשוניים) צריכות להיקבע בחקיקה ראשית. חקיקת המשנה של המינהל והאקטים האינדיווידואלים שלו (הסדרים

משניים) חייבים לבצע את אמות המידה העקרוניות הקבועות בחקיקה הראשית. אולם, ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני ומידת הפירוט הנדרשת ממנו; קשה גם במשטר דמוקרטי מודרני לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה. במקרים מיוחדים וקיצוניים אפשר שהכלל הבסיסי יגבר על שיקולי יעילות וראוי יהיה לבטל הסדרים משניים מן הטעם שאין להם יסוד בהסדרים הראשוניים. אכן, במקרים קיצוניים נפסלו הסדרים משניים תוך קביעה שהעניין ראוי לחקיקה ראשית. כך ארע בפרשת רובינשטיין עצמה בשאלת גיוסם של בחורי ישיבות. כך אירע בבג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3), 294, בו קבע בית המשפט כי לביצוע חוקן באסיר לשם גילוי סמים יש צורך בחקיקה ראשית העשויה להסמיך את מחוקק המשנה. אלה הם אכן מקרים קיצוניים המחייבים הכרעה של המחוקק הראשי.

21. המקרה שלפנינו איננו נופל לדעתי בין אותם מקרים בהם ההסדר חייב להימצא בחוק דווקא אף שהוא יכול, כמובן, להימצא בו. נחזור אל נקודת המוצא: התקנה איננה באה להגביל מתן שירות משפטי לאסיר. היא באה להגביל שימוש לרעה במשרתו של עורך דין כך שהפגישה עמו תאפשר ביצועה של עבירה. הסדר בעניין זה איננו הסדר ראשוני. הוא אינו חייב להימצא דווקא בחוק. ואף זאת ראוי לציין: מהנתונים שבפנינו עולה כי עד היום השימוש בתקנה לפי הנוסח השני והנוסח הנוכחי שימוש מוגבל ביותר הוא. במסגרת בקשה לפרטים נוספים ביקש עו"ד יקיר, ב"כ העותרים בבג"צ 1437/02 לדעת אם נעשה שימוש בתקנה 29 (ב) בנוסחה השניה או בנוסחה הנוכחי. בתשובה שהוגשה בהסכמה נמסר כי מאז כניסת הנוהל החדש לתוקף לא נמנעה כניסת עורכי דין. לפני כניסת הנוהל לתוקף נמנעה כניסתו של עורך דין שנשא לכאורה רישיון עריכת דין מטעם הרשות הפלסטינית, שלא היה רשאי להיכנס לבית הסוהר כיון שלא עמד בתנאים המוגדרים לכך. עוד נמנעה כניסתם של שלושה עורכי דין לאסירים בטחוניים בעקבות מציאת טלפונים סלולאריים בכליהם לאחר שהצהירו בעת כניסתם כי אין ברשותם מכשיר נוסף על זה שהפקידו. בשימוע שנערך הובהר כי אינם מייצגים את האסירים בעניין משפטי, ומשכך לא היו זכאים להיכנס כעורכי דין לבתי הסוהר. מדובר, איפוא, בעניין שולי, וגם העותרים בעתירותיהם לא הצביעו על שום מקרה קונקרטי בו באמת ובתמים נפגעה זכותו של מאן דהוא לייצוג. זכותם של העותרים להעלות את השאלה העקרונית בעניין תוקפה של התקנה. עם זאת, גם להיקף המזערי של הבעיה שהצריכה את התקנת התקנה יש לתת, לדעתי, משקל בשאלה אם העניין חייב להיות מוסדר דווקא בחקיקה ראשית.

22. על כן אציע לחברי לדחות את העתירה ולא לבטל את תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 בנוסחה הנוכחי.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

1. לצערי, אין בידי להסכים למסקנתה של חברתי השופטת מ' נאור. לו דעתי נשמעה, היינו קובעים כי תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר התשל"ח-1978 (להלן: תקנה 29(ב)) בטלה, מן הטעם שהתקנת הסדר המגביל את פגישתו של אסיר עם עורך-דינו, מצריכה הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית.

2. זכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים ובכללה הזכות להיפגש עם עורך-דין והזכות להיות מיוצג על ידו היא זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו, וכן את זכותו להליך הוגן (בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל פ"ד מז(1) 209, 212; בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל ואח' פ"ד מט(1) 661). חשיבותה של הזכות לקבלת שירותים משפטיים, מודגשת מקום שהנזקק לייצוג הוא אסיר, בשל המגבלות החלות עליו במצב זה, וכן משום שאסיר, באשר הוא אסיר, נדרש לא אחת להליכים בעלי אופי משפטי. אכן, כאשר עומדת על הפרק פגיעה בזכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, המתחם שבו נבחנת הפגיעה הוא מתחם זכויות היסוד, ואמות המידה הפועלות במתחם זה הינן אמות מידה חוקתיות.

3. בחוות דעתה מציינת חברתי, כי תקנה 29(ב) לא נועדה לפגוע בזכותו של אסיר לקבלת שירותים משפטיים. כל מטרתה, למנוע שימוש לרעה במעמד הפגישה עם עורך-דין כדי לבצע עבירה, ואין צריך לומר כי פגישה לצרכים פסולים אלה, אינה חוסה תחת הזכות המוגנת לקבלת שירותים משפטיים. לטעמי, העובדה שהתקנה חותרת למטרה ראויה, אין בה כדי לשלול את אפשרות הפגיעה בזכותו של האסיר לקבלת שירותים משפטיים. אדרבא, פגיעה זו תהיה, יש להניח, תוצאה נלווית ובלתי נמנעת מיישום התקנה בחלק מן המקרים. המבחן ההסתברותי הקבוע בתקנה הוא, כאמור בה, מבחן של "חשד ממשי". "חשד ממשי" אינו וודאות. "חשד ממשי" אף אין בו קרבה לוודאות. בין האסירים שלגביהם קיים "חשד ממשי" כי פגישתם עם עורך-הדין תאפשר ביצוע עבירה, יהיו, קרוב לוודאי, כאלה שמטרת פגישתם היא קבלת שירותים משפטיים לגיטימיים. זכותם של אסירים אלה לקבלת שירותים משפטיים תיפגע. גם חירותם לבחור את עורך-הדין עמו ברצונם להיפגש ולהתייעץ תיפגע. אפשר שפגיעה זו

הכרחית היא - ואיני מביעה עמדה בשאלת המבחן הנורמטיבי שיש להחיל בנסיבות העניין - אך האם מקומה בחקיקת משנה? וככל שמקומה בחקיקת משנה, מהי ואיזו היא ההוראה המסמיכה הראויה לצורך כך?

4. סעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר) קובע כי השר מוסמך להתקין תקנות לצורך:

כל ענין אחר שפקודה זו מורה שאפשר להתקין לו תקנות וכל ענין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו, שלומם ויעילותם של סוהרים, ניהולם הטוב של בתי סוהר ומשמעתם ומשמורתם הבטוחה של אסירים בתחום בתי סוהר ובשעת עבודתם מחוץ לתחום בתי סוהר.

חברתי סבורה כי די בהסמכה כללית זו על מנת להכשיר את התקנתה של תקנה 29(ב). אכן, סעיף הסמכה דומה, שמכוחו הותקנו הוראות שירות בתי הסוהר ופקודת נציבות בתי הסוהר - הוא סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר - פורש כסעיף המאפשר גם התקנת הסדרים המיועדים למנוע פגיעה בביטחון המדינה (למשל בדרך של קיום קשר טלפוני עם גורמים עוינים), ולא רק הסדרים המיועדים לשמירת הביטחון והסדר בין כותלי בית הסוהר (ראו: ע"מ 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד (4) 492, להלן: פרשת קונטאר). אולם, נראה לי, בכל הכבוד, כי המקרה שלפנינו שונה מן המקרה אשר נדון בפרשת קונטאר וזאת נוכח מהותה של הזכות העלולה להיפגע (זכות יסוד) ואופי הפגיעה (הגבלת המפגש והגבלת החירות לבחור את עורך-הדין). דעתי היא כי עוצמתה של הזכות העלולה להיפגע כתוצאה מן ההגבלות שנקבעו בתקנה 29(ב), ומהות הפגיעה, מחייבות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה הראשית ואין די בהסמכה הכללית שבסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר. העובדה שהתקנה בה עסקינן אינה מכוונת לפגיעה חזיתית וישירה בזכות היסוד, והעובדה כי הפגיעה האפשרית בזכות תהא במקרה זה תוצאה נלווית בלבד של יישום תקנה, המכוונת למנוע ניצול לרעה של המפגש בין האסיר לעורך-הדין, כל אלה אין בהם לטעמי כדי לשנות ממסקנה זו. חשיבותה של הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית היא בהיותה תוצר של שיג ושיח פרלמנטרי, אשר במהלכו ניתנת הדעת למכלול השיקולים החוקתיים הצריכים לעניין הספציפי וכן להסדרים אלטרנטיביים הבאים בחשבון, ובכך היא נבדלת מהסמכה כללית (השוו: בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, (303).

5. גישה זו יש לה עיגון בפסיקתו של בית המשפט העליון לאורך השנים. כך, למשל, מציין הנשיא ברק בבג"צ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 520, כי:

...התפתח קו ברור של פסיקה אשר קבע כי במקום שהסדר החקיקתי פוגע בחירותו של הפרט, נדרש בדרך-כלל כי הסמכתו של המינהל בחקיקה הראשית תהא ברורה, מפורשת וחד-משמעית...

גישה זו הינה - כפי שנקבע בפרשת מיטרני - בעלת אופי כללי, וחלה בכל מקרה בו ההסמכה היא לפגיעה בחירויות יסוד של האדם...

קו פסיקה זו, הביא להגנה מוגברת על חירותו של הפרט. הסמכתו של המחוקק הראשי התפרשה בדרך-כלל כמאפשרת פגיעה בחירות הפרט רק אם ביטויה היה מפורש, ברור וחד-משמעי...

כך בעבר, וכך על אחת כמה וכמה לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (שס, 523).

חיזוק נוסף לגישה זו ניתן למצוא בכך שהגבלות אחרות שעניינן פגיעה בזכות לקבלת שירותים משפטיים בדרך של צמצום חירותו של אדם לבחור לעצמו עורך-דין כרצונו, מוסדרות, כולן, בחקיקה ראשית (ראו: סעיף 14 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; סעיף 6(ב) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002; סעיף 8(ב) לחוק סמכויות שעת-חרום (מעצרים), התשל"ט-1979).

סוף דבר, לו דעתי נשמעה היינו עושים את הצו על תנאי למוחלט, וקובעים כי תקנה 29(ב) בטלה. עם זאת, נראה לי כי אין זה רצוי שהביטול יהיה מייד ומהראוי שהחלטת הביטול תיכנס לתוקפה במועד עתידי שייקבע, על-מנת לאפשר למחוקק לשקול את הצורך בהסדרת דבר חקיקה ראשי מסמיך, כאמור. תקופת מעבר בת תשעה חודשים נראית לי סבירה בנסיבות דנן, וזאת בהתחשב בתהליך החקיקה הנדרש וכן בהתחשב ביתר השיקולים הצריכים לעניין, ובכלל זה הנזק שעלול להיגרם לביטחון הציבור, כתוצאה מהיעדר אמצעי נורמטיבי כלשהו בתקופת הביניים, למניעת מפגשים בין אסירים לבאי-כוחם, מקום שקיים חשש ממשי כי הפגישה מנוצלת לרעה ומאפשרת ביצוע עבירה (לביטול ממועד מסוים בעתיד, כאחד הביטויים של תורת הבטלות

היחסית, ראו בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ ואח', פ"ד נד(1) 112, בעמ' 120 והאסמכתאות הנזכרות שם, וכך השוו בג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה, מחוזות ת"א והמרכז ואח', פ"ד נו(1), 739.

ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

1. עיינתי בחוות-הדעת של חברותי, השופטת מ' נאור והשופטת א' חיות. לאחר ששקלתי בדבר, הגעתי למסקנה כי דעתי כדעת השופטת חיות. לפיכך, מצטרף אני למסקנתה כי תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978 (להלן: תקנה 29(ב)) בטלה. להלן נימוקי.

2. כפי שכותבות חברותי, הזכות לייצוג היא זכות יסוד מוכרת במשפט הישראלי. כך בכלל, וכך בהליך פלילי בפרט (בש"פ 5136/98 נחום מנבר נ' מדינת ישראל, תק-על 98(3) 770). גם זכותם של העציר ושל האסיר להיפגש עם עורך דין הוכרה כזכות יסוד (ראו בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד מז(2) 843, 847-848). "נקודת המוצא הינה, כי לכל עצור הזכות להפגש עם עורך-דין ולהיועץ עמו. זוהי זכות בעלת אופי חוקתי. היא אחד הביטויים לזכויות האדם של העציר. היא מבטאת 'עיקרון גדול' של סדר דין פלילי במדינה דמוקרטית" (בג"צ 6302/92 דומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 209, 212).

ביסוד הזכות לייצוג טעמים שונים. "נקודת המוצא העקרונית הינה כי חירותו של כל אדם - פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי - היא למנות לעצמו שלוח כרצונו. חירות זו היא בעלת חשיבות כאשר השלוח הוא עורך-דין. חשיבות מיוחדת יש לה, לזכות זו, כאשר הפרקליט מייצג את הפרט כנגד השלטון. חשיבותה העליונה מתבטאת בייצוג חשוד או נאשם בהליכים פליליים" (בג"ץ 1843/93 ח"כ פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 717). הזכות לייצוג דרושה לו לאדם על-מנת להבטיח את מכלול זכויותיו האחרות. היא נחוצה על-מנת לשמור על זכות השתיקה (ראו ע"פ 96/66, פ"ד כ(2) 539, 546). היא דרושה בכדי ליתן תוקף לזכות לחירות, לכבוד ולקניין. שהרי, ההליך המשפטי, ובוודאי השהייה במעצר או במאסר, כל אלה חושפים את זכויות האדם לפגיעה. הייצוג המשפטי דרוש על-מנת להטיח כי הפגיעה בזכויות אלה, אם תיעשה - לא תיעשה אלא לאחר הליך הוגן ועל-פי הדין. נזכור, כי "בעולם משפטי

כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה להיות, שהוא מיוצג על ידי מי שיודע כזו התורה ומדבר לשון הסתר" (ח' ה' כהן, "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו 42 (תש"ל)).

הזכות להיפגש עם עורך דין צימחה שורשים איתנים במשפטנו. היא הוכרה תחילה על ידי הפסיקה (ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(3) 1541). היא עוגנה במפורש בדברי חקיקה שונים, ובהם חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996. כיום, ניתן אף לטעון כי להיבטים שונים של זכות זו ביסוס חוקתי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד מז(2) 843 (ביסוס הזכות על החירות האישית); בג"צ 4330/93 חיים לנדאו נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4), 221 (ביסוס הזכות על האוטונומיה של הרצון האישי); וכן השוו ע"פ 6613/93 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529).

3. האם הוראת תקנה 29(ב) פוגעת בזכות לייצוג? בצדק מציינת חברתי, השופטת נאור, כי תקנה 29(ב) לא באה להגביל את האפשרות של האסיר לקבל שירות משפטי, אלא רק למנוע שימוש לרעה באפשרות זו. אכן, "שירות מקצועי" של עורך דין יכול שיתייחס לעבירות פליליות, אך זאת כאשר העבירה כבר בוצעה והעבריינין מבקש מעורך-הדין שירות מקצועי בקשר לכך, כגון ייצוג בהליכים פליליים שננקטו נגדו, אך מקום שהעבריינין מוסר לעורך-דין על כוונתו לבצע עבירה בעתיד, והוא אף נוהג כך, כי אז אין הלקוח מעוניין בכל שירות מקצועי מעורך-הדין, ואין זה מסוג הדברים שיש להם קשר לשירות מקצועי שניתן על ידי עורך-דין" (על"ע 17/86 עו"ד פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770; ראו גם עחה"ס 1/81 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד לו(1) 614). בוודאי, שהשירות המקצועי של עורך-דין ללקוחו אינו כולל פגישה אשר "תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו של אדם או את ביטחונו או את שלום הציבור או את ביטוחן המדינה" – כלשון תקנה 29(ב).

יחד עם זאת, כמו חברתי השופטת חיות, גם אני סבור כי אין בכך כדי לאיין את הפגיעה האפשרית בזכות לייצוג. התכלית הראויה של ההוראה, והעובדה כי היא נועדה לסנן מתוך כלל המפגשים שבין אסירים לבין עורכי-דין את אותם מפגשים אסורים, אין בהן כדי לשלול את פוטנציאל הפגיעה בזכות לייצוג, הנובע מעצם המבחן ההסתברותי המצוי בתקנה – מבחן "החשש הממשי" – אשר יישומו נתון, לפי התקנה, לשיקול דעתו של הנציב או מנהל בית סוהר. הסנקציה הקבועה בתקנה, מקום בו שורר בלב

הנציב או מנהל בית הסוהר חשש ממשי כי הפגישה תאפשר ביצוע עבירה, היא מניעת הפגישה (מראש) או הפסקתה. ניתן אפוא לומר, כי תקנה 29(ב) מאפשרת – אמנם לתכלית ראויה – לפגוע בזכות לייצוג של עצירים, המבקשים להיוועץ עם עורך-דינם בעניין משפטי לגיטימי. התכלית הראויה אינה מעלימה את הפגיעה האפשרית בזכות, אלא, לכל היותר ובהתקיים התנאים הצריכים לכך, הופכת אותה לפגיעה חוקית וחוקתית. לפיכך, עולה כאן שאלה של איזון בין אינטרסים מתנגשים. כדברי השופט ד' ביניש, בהקשר אחר: "אל מול זכות השתיקה של החשוד והנאשם, הזכות להיוועץ בעורך דין והזכות להליך הוגן, עומדים אינטרסים ציבוריים חשובים כגון הלחימה בפשע, הגנה על ביטחון המדינה ושלומו הציבורי...". אולם עד שמגיעים לבחינה מהותית של איזון זה, עומדת שאלה מקדמית, והיא – באיזו דרך חקיקתית צריך להיעשות איזון זה.

4. אכן, בטרם בודקים, באופן מהותי, האם דבר חקיקה עומד באמות המידה החוקתיות, יש לבחון האם התקיים הליך החקיקה הנדרש לפני פגיעה בזכות יסוד. הדרישה לעיגון הפגיעה בזכות יסוד אך ורק בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית נקבעה במשפטנו עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. על ההיגיון העומד מאחורי התפיסה לפיה פגיעה בזכות יסוד יכול שתיעשה רק בדרך חקיקתית מוגדרת, עמד הנשיא מ' שמגר בבג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337:

"קביעת דרכים מוגדרות ומיוחדות לשינויה של זכות יסוד היא במידה רבה האמצעי העיקרי, המבטיח, שהנושא ייבחן כיאות מבחינה מהותית: הגבלה של הזכות אינה צריכה להיות מונהגת אלא אחרי עיון ודיון זהירים, כי קיצוץ בהיקפה של הזכות יכול להוליך, כפועל יוצא, לעיוות אופיו של המשטר החברתי או המדיני, במידה זו או אחרת. הרי אמרנו, כי מקומה של זכות יסוד במערכת משפטית נתונה היא בכואה למידת קיומו של שלטון החוק המהותי, והשינוי בהיקפה של הזכות משליך בהכרח גם על המשך קיומו של שלטון החוק. מכאן עולה החשיבות של קביעת דרכים חקיקתיות מוגדרות, אשר רק באמצעותן ניתן לשנות מתחולתה ומהיקפה של זכות היסוד."

על יסוד תפיסה זו, הוסיף הנשיא שמגר וקבע כי:

"הבדיקה של חקיקת המשנה על-פי הגבולות, שהותוו לה בחקיקה הראשית, היא, כמובן, קפידה במיוחד, כאשר מדובר בהגבלתה של זכות יסוד: למחוקק המשנה דרושה, כמוזכר לעיל, בכל מקרה הסמכה מפורשת של

המחוקק הראשי, ועל-כן אנו שבים כאן גם אל שאלת פרשנותו של הכתוב. בשל המעמד החוקתי המיוחד של זכות יסוד, ייבדק באופן קפדני וזהיר, אם אכן יש ללמוד מן ההסמכה של המחוקק הראשי, אם היא קיימת, כי הייתה מונחת ביסודה הכוונה להעניק למחוקק המשנה את הכוח לשנות מגבולותיה והיקפה של זכות יסוד. כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצא מן האמור לעיל, כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד. זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על-ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על-ידי המחוקק הראשי."

השקפה זו קיבלה ביטוי ברור בפסקת ההגבלה, המצויה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. פסקת ההגבלה קובעת, כי פגיעה בזכות אדם מוגנת חייבת להיעשות "בחוק" או "לפי חוק". על מרכיב זה שבפסקת ההגבלה נאמר, כי ביסודו עומד עקרון שלטון החוק בהיבטו הפורמלי ובהיבטו המהותי-הצר (א' ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ה) 489). מרכיב זה נועד לבטא את הצורך בהרשאה מפורשת מטעם הריבון, בטרם פגיעה בזכויות יסוד.

5. כפי שעולה מסקירתה של חברתי השופטת נאור את תולדות תקנה 29, זו עברה גלגולים שונים מאז שנת 1978 ועד היום. כל תיקון בא ושיפר את המצב – מבחינת השמירה על הזכות לייצוג – יחסית לדין שקדם לו. נשאלת השאלה, האם יש בעובדה זו כדי ליתן "חסינות" לדין המתקן, או למצער להביא ל"ריכוך" אמות המידה החוקתיות שדבר החקיקה נדרש לעמוד בהן. התשובה לשאלה זו ניתנה זה מכבר בפסיקת בית משפט זה. אמר השופט י' זמיר, בבג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, בנוגע לחקיקה ראשית מיטיבה:

"...בית המשפט, שעה שהוא בודק את החוקיות של חוק לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ייחס משקל לעובדה שמדובר, אם מדובר, בחוק מיטיב. אך, כאמור, העובדה שמדובר בחוק מיטיב אינה מחסנת את החוק מפני ביקורת שיפוטית בהתאם לחוק-היסוד."

על השיקולים הצריכים לעניין זה עמד פרופ' א' ברק, בספרו פרשנות במשפט –

פרשנות חוקתית (תשנ"ה) 563:

"מתעוררת השאלה, אם אין מקום להציב דרישות מחמירות פחות – מזווית הראיה של פסקת ההגבלה –

לענין חקיקה חדשה המתקנת חוק ישן. אכן, אם יוצבו הדרישות הרגילות של פסקת ההגבלה, עשויה החקיקה החדשה - המבקשת להיטיב עם זכויות האדם לעומת הדין הישן - להכשל בבחינה החוקתית. התוצאה אשר תתבקש היא חזרה לדין הישן, שפגיעתו בזכויות האדם קשה שבעתיים. מה הועילו, איפוא, חכמים בתקנתם? על-פי קו מחשבה זה, ראוי הוא לעצב פסקת הגבלה מיוחדת לחוק חדש המתקן חוק ישן. כנגד גישה זו ניתן לטעון, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע שתי פסקאות הגבלה - האחת לחוק חדש 'רגיל' והאחרת לחוק חדש המתקן חוק ישן - אלא פסקת הגבלה אחת בלבד. זאת ועוד: ההבחנה בין חוק חדש 'חדש' לבין חוק חדש המתקן חוק ישן היא קשה ועשויה להוות מקור לחוסר וודאות. לבסוף - וזה העיקר בעיני - אין זה ראוי לדלל את דרישותיה של פסקת ההגבלה. פסקה זו מציבה דרישות מינימום מסוימות בפני המחוקק, ומן הראוי הוא שדרישות אלה יופעלו לעניין כל דבר חקיקה חדש היוצא מבית מדרשו של המחוקק. פסילתה של חקיקה חדשה, המתקנת את הדין הישן, שכן הוראותיה אינן מקיימות את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אינן היתר למחדל חקיקתי. מן הראוי שהם יהוו תמריץ לשינוי עמוק יותר, אשר יעלה בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה".

הנה כי כן, גם חקיקה משפרת ומיטיבה – ובוודאי חקיקת-משנה משפרת ומיטיבה – צריכה לעמוד בדרישות החוקתיות. ובענייננו: עצם העובדה כי תקנה 29(ב), בנוסחה החדש, מתיימרת לפגוע פחות בזכות להיוועץ בעורך-דין, מאשר הדין שקדם לה, אין בה כדי לאיין את הדרישה להסמכה חקיקתית מפורשת, בטרם פגיעה בזכות יסוד בחקיקת-משנה. הכללים לעניין זה הותוו עוד לפני חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, והם בוודאי יפים ונכונים, ואף ביתר שאת, היום.

6. נותרה, אפוא, השאלה, האם הותקנה תקנה 29(ב) מכוח הסמכה ספציפית ומפורשת לפגיעה בזכות להיפגש עם עורך-דין. המשיבים סומכים, בעניין זה, על הוראת סעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר). האם כוללת הוראה זו את ההסמכה הנדרשת? גם בעניין זה מצטרף אני לעמדתה של השופטת חיות, כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. בסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר לא מצאתי רמז להסמכה מפורשת של מחוקק-המשנה, לפגוע בזכות לייצוג. אמירות כלליות בדבר הסמכות להתקין תקנות בכל "עניין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו" או בכל עניין הנוגע ל"ניהולם הטוב של בתי הסוהר ומשמעתם" – אין בהן די.

בשל כל אלה, מצטרף אני לפסק-דינה של השופטת חיות. כמותה גם אני סבור
כי ראוי להשהות תוקפה של החלטת הביטול הזו למשך תשעה חודשים למען אפשר
למחוקק ליתן דעתו לצורך בהסדרה ראשית של הנושא.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינם של השופטים א' חיות וא' ריבלין, כנגד
דעתה החולקת של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, י"ח בשבט התשס"ד (10.2.2004).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט