

## פרשת כלא 6

### השופט בעז אוקון\*

בפרשת הבנקאים<sup>1</sup> נקבע כי זכות היסוד להליך ראוי מהווה חלק מן הזכות לכבוד, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפרשה זו הונח יסוד לפיתוח הגנה חוקתית רחבה בתחום ההליך הפלילי. יסוד כזה מצוי, באופן מובהק, בפסק הדין של כבוד השופט מצא, המציב את מבחן ההתאמה להליך הפלילי. השופט מצא קובע כי עניינו של ההליך הפלילי הוא "בהתנהגות המוגדרת כעבריינית" ו"כפעילות המזוהה כאנטי חברתית". הוא מסביר כי "התופעה של התנהגות עבריינית, הנתפסת לאורך זמן, על ידי רשויות המדינה ועל ידי כלל הציבור, כפעילות חברתית לגיטימית, חורגת מן המוסכמות שעל יסודן מושתת הדין הפלילי"<sup>2</sup>. ואולם משמעותה המלאה של זכות יסוד זו טרם הובהרה<sup>3</sup>. זכויות היסוד, ובהן הזכות להליך ראוי, הן תבניות מחשבה מופשטות. ניתן לדמות מונחים אלה לשטרות. יש בהם חלק מודפס וחלק כתוב. החלק המודפס כולל מילים מופשטות כמו כבוד, חירות, צדק ודמוקרטיה. אלה הן קטגוריות בסיסיות. אבל השטר הוא חסר כיסוי כל עוד איננו ממלאים את החלק הכתוב שבו וקובעים כמה חירות אנו מקצים, למי ועד לאיזה סכום<sup>4</sup>. האפשרות לעכב את ההליך הפלילי נגד נאשם או לזכותו, אף אם התקיימו יסודות העבירה, בשל החריגה מהמוסכמות "על יסודן מושתת הדין הפלילי" מהווה הדגמה למחיר אותו השיטה המשפטית מוכנה "לשלם" על מנת להגן על עקרונות יסוד הקיימים בשיטה. שאלת המחיר נדונה עתה, פעם נוספת,

\* שופט בית המשפט השלום בתל-אביב-יפו. מרצה מן החוק באוניברסיטת תל-אביב ובמכללה למינהל.

- 1 ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד (נ) 221 (להלן: פרשת הבנקאים).
- 2 השופט מצא, שם, בע' 456. השו"ג גם לעמדת כבוד השופט טל באותה פרשה: "הגנה מן הצדק", משמעה, שמעיקרא לא היה זה צורך להאשימם בפלילים בפרשה זו. תמציתה של ההגנה מן הצדק — רשות שעודדה מעשה פלוני בידי אחר, מושתקת מלהפוך לו עורף ולהאשימו בפלילים על אותו מעשה עצמו" (ע' 491).
- 3 לדיון כללי בזכות להליך ראוי ראו הרשימה "הגשת כתב אישום כעילה להעברת דירקטור מתפקידו" המופיעה בכרך זה, בעמוד 329.
- 4 ראו: א' קאר מהי היסטוריה (1986) 88.

וזאת בגדרו של בג"צ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי<sup>5</sup>. פרשה זו סבה על סוגיית יכולתו של השלטון להתנער מהסכם המקנה לעבריין חסינות מפני העמדה לדין. סוגיה זו נוגעת לכוחות ההעמדה לדין של הרשויות. עם זאת, היא יכולה להקרין גם על שאלה אחרת והיא היקף ההגנה העומדת לנאשמים, גם אם בוטל ההסכם. חשיבות פסק הדין היא בהבחנה העולה ממנו, בין השיקולים הנוגעים להגשת כתב האישום לבין ההגנות אשר יכולות לעמוד לנאשמים בהליך הפלילי עצמו. על מנת לעמוד על הבחנה זו, מן הראוי להידרש לפרשת כלא 6 בפירוט.

זוהי היה סיפור המעשה: במתקן כליאה צבאי אירעה התמרדות של חלק מן הכלואים. הכלואים תפסו כמה מאנשי הסגל והחזיקו בהם. בעקבות ההשתלטות נוהל משא ומתן בין הכלואים לבין שלטונות הצבא. המשא ומתן הוביל לחתימת הסכם לפיו כאשר ההתמרדות תסתיים, לא יועמדו המורדים לדין על העבירות לכאורה שהיו כרוכות בהתמרדות. חרף הסכם זה נעצרו הכלואים המורדים סמוך לאחר סיום ההתמרדות. הוגשו נגדם כתבי אישום, המייחסים להם אחריות לביצוע עבירות שונות במהלך ההתמרדות. כבית המשפט העליון עלתה השאלה האם ניתן להגיש כתבי אישום חרף ההסכם שבין השלטון לבין הכלואים?

לכאורה חייבה השאלה דיון במעמדו של הסכם אשר נשתכלל בנסיבות של אילון. ואולם כבוד השופט אור העדיף לא לדון במישרין בשאלת ביטול הסכם שלטוני בשל כפייה<sup>6</sup>. הוא קבע כי המדינה רשאית להשתחרר מן ההסכם. אמנם הסכם שלטוני הוא הסכם מחייב, אך מדובר בהסכם רופף. כוח החיוב של השלטון מצומצם. ההבטחה המקופלת בהסכם ניתנת לביטול אם תובעים זאת אינטרסים חיוניים של הציבור. הדיון בהלכת ההשתחררות חורג מגדרו של חיבור זה. די להעיר כי פרשת כלא 6 מעלה שאלה קשה הנוגעת לכוח ההשתחררות של השלטון מהסכם שלטוני. בפרשה זו היו ידועים לרשות כלל הנתונים הרלבנטיים לצורך הכרעה. ההכרעה התקבלה על רקע זה. ניתן היה להניח כי הלכת ההשתחררות מהווה "שם קוד" מורחב לעילות ביטול שיסודן בפגם ברצון (לרבות טעות רשלנית) או סיכול (לרבות שינוי נסיבות מכביד). ואולם בפרשת כלא 6 נקבע במפורש כי "זכותו — ואף חובתו — של השלטון, להשתחרר מהסכם שעשה, אם האינטרס הציבורי מחייב זאת", וזאת לכאורה אף בלא שינוי נסיבות כלשהו<sup>7</sup>. קביעה זו היא חריפה במיוחד, משום שעולה ממנה אפשרות לפיה השלטון, בהיותו ער למכלול השיקולים שלפניו, יחתום על הסכם בידועו כי הוא עומד להשתחרר ממנו מאוחר יותר, לאחר השגת התכלית הרצויה, וזאת על יסוד אינטרס ציבורי. ניתן לסבור כי חלוף הזמן, הוא כשלעצמו, מהווה יסוד להשתחררות מן ההסכם, אף בלא שינוי נסיבות חיצוני.

5 בג"צ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 24.11.97) תקדין עליון 97(3) 534, (להלן: פרשת כלא 6).

6 שם, פסקה 10 של פסק הדין.

7 לעיל הערה 5, פסקה 11 של פסק הדין.

הטעם לכך יכול להיות המשקל השונה שמייחסים לאינטרס הציבורי בחלוף הזמן. ניתן לדבר אז על שינוי נסיבות, הנוגע לתפיסת השלטון את תפקידו או להערכתו את חשיבות האינטרס המתחרה. נסיבות אלה לא התקיימו כאן. לכן במבט ראשון נראה כי הורחבו גבולות הלכת ההשתחררות, אולם בפועל התוצאה מיוסדת על פגם ברצון בעת ההתקשרות. השופט אור מציין כי "אין מדובר בהתקשרות שנעשתה ביישוב דעת כנסיבות המאפשרות שקילה פרטנית של היבטיה השונים. על צוות המשא ומתן הוטל לקבל החלטה בזמן אמיתי, תחת לחץ כבד הנובע מקיומו של חשש ממשי לפגיעה בגוף ובחיים. במצב זה, לא היתה שהות מספקת לבחינה סדורה של האופציות השונות אשר עמדו בפני צוות המשא ומתן בסוגיה שעל הפרק — האם להתחייב על אי נקיטת הליכים כלפי הכלואים המורדים בקשר להתמרדות, ואם כן — האם לסייג התחייבות זו. במוקד עמדה — ובצדק — השאיפה להגן על שלמות גופם ועל חייהם של השוהים בפלוגה"<sup>8</sup>. נראה אם כן כי בית המשפט סבר כי הלכת ההשתחררות מאפשרת לרשויות התביעה להתנער מהסכסם אם הושג בעקבות לחץ שמקורו באיום שהופעל על ידי העבריינין. את הערת השופט אור לפיה אין ההחלטה מבוססת על ביטול ההסכסם בשל כך שהוא נכרת עקב כפייה ואילוץ, יש להבין כמצומצמת לכך שלא נערך דיון "אם ובאיזו מידה, חלים הדינים הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי)" על ההסכסם השלטוני<sup>9</sup>. לא משתמע מכאן כי ניתן היה להשתחרר מן ההסכסם אך ורק בשל אינטרס חיוני נוגד, אשר כבר היה ידוע לרשות בעת ההתקשרות.

התוצאה היא שההליך הפלילי המתנהל בבית הדין הצבאי נותר בעינו. עצם הגשת כתבי האישום, תוך התנערות מן ההסכסם, לא שימש בסיס להתערבות בשיקול הדעת של רשויות התביעה. השופט אור מציין כי גם החלטה הפוכה, לאמור כיבוד ההסכסם, לא הייתה מובילה להתערבות בית המשפט. על רקע זה עולה השאלה האם התרת הגשת כתבי האישום מסירה מעל סדר היום של ההליך הפלילי את הנסיבות שהובילו להגשתם, או שעדיין פתוחה לנאשמים הגנה המבוססת על ההסכסם ממנו השתחררה הרשות המאשימה?

בפרשת הבנקאים נמתח קו הפרדה בין הלגיטימיות של פתיחת ההליך הפלילי לבין השאלה אם לנאשם עומדת הגנה "חוץ פלילית", לאמור הגנה שיסודה בהליך הראוי ואשר אינה מהווה חלק מן ההגנות הפליליות "במובן הצר". באותה פרשה הוגש כתב האישום על פי הנחיה של בית המשפט הגבוה לצדק<sup>10</sup>. לא יכולה הייתה להיות מחלוקת, על כן, כי ייזום ההליכים הפליליים נגד הנאשמים היה פעולה סבירה, ולמעשה מחויבת המציאות. ואולם עובדה זו לא שללה מן הנאשמים את

8 לעיל הערה 5, פסקה 15 ז' של פסק הדין.

9 לעיל הערה 5, פסקה 10 של פסק הדין. עדיין יש צורך לבחון מהו אילוץ המצדיק השתחררות מהסכסם שלטוני. יש להניח כי בחינה כזו תעשה על ידי היקש מחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג — 1973.

10 בג"צ 935/89 גנור נ' י"מ, פ"ד מד(2) 485.

ההגנה הנוגעת למכלול הנסיבות שהובילו להגשת כתב האישום<sup>11</sup>. כבוד השופט ד' לויין מאמץ את הגישה לפיה על בית המשפט "לראות את תמונת האירועים נשוא האישום בצורתם המורכבת ובראייה רחבה יותר מאשר בדיקת יסודות העבירה והאם התקיימו לגבי כל אחד מן הנאשמים"<sup>12</sup>. על כן, בית המשפט בפרשת הבנקאים מוכן היה לבחון את שאלת ההגנה מן הצדק ושאלות אחרות שעניינן הגנת הזכות להליך הראוי.

בפרשת כלא 6 הולך בית המשפט העליון באותה דרך. הוא מבהיר כי ההחלטה הנוגעת לעצם הגשת כתב האישום אינה שוללת את ההגנה מן הצדק. אמת, בית המשפט מציין כי היסודות הנחוצים להפעלת הגנה זו לא התקיימו לכאורה במקרה שלפניו<sup>13</sup>. ואולם ברור מההחלטה שהטעם לכך נובע מחיסרון ראייתי ולא מעצם ההשתחררות מההסכם שנעשה עם השלטון. השופט אור מציין כי ברגיל תידון טענה של הגנה מן הצדק במהלכו של הדיון הפלילי בפני הערכאה הדיונית. דיון כזה יאפשר הבאת ראיות הנחוצות לצורך הכרעה בקיום ההגנה. הוא מדגיש כי בהחלטתו אין "כדי לפגוע בטענות מי מן הצדדים לעיצומו של ההליך הפלילי המתנהל בבית הדין הצבאי"<sup>14</sup>. האמנם יכולה הטענה לעמוד למורדים לאחר שהמדינה שוחררה מכבלי ההסכם עליו חתמה?

התשובה לשאלה זו אינה קלה. ההליך תלוי ועומד בבית הדין הצבאי. הראיות טרם נשמעו. גם כללי הסובידיצה מחייבים זהירות רבה בכל הנוגע לנקיטת עמדה בשאלה זו. עם זאת, נראה כי התשובה העקרונית היא חיובית. אם כך, תעלה השאלה כיצד יכול ההסכם להתבטל ויחד עם זאת לשמש יסוד להגנה בהליך הפלילי עצמו?

על מנת לענות על שאלה זו ניתן להידרש לפרשת *A-G of Trinidad and Tobago v. Phillip*<sup>15</sup>. פרשה זו מאוזכרת על ידי בית המשפט בפרשת כלא 6 ללא הסתייגות. באותו מקרה נטלו 411 חברי כת דתית חלק בהתקוממות חמושה שחתרה להוריד מן השלטון את הממשלה החוקית של טרינידד וטובגו. המורדים השתלטו על בניין הפרלמנט. הם תפסו מספר אנשים כבני ערובה. בעקבות מגעים שנוהלו באמצעות מתווך העניק נשיא המדינה חנינה כוללת למשיבים. חנינה זו הייתה חנינה המותנית בשחרור ללא פגע של בני הערובה. בני הערובה שוחררו כמובטח. למרות החנינה נאסרו המורדים והועמדו לדין. הם הגישו בקשה לצו הביאס קורפוס. הם

11 כבוד השופט ד' לויין עומד על דברים אלה במפורש (לעיל הערה 1, פסקה 152). הוא דוחה את הטענה לפיה ההגנה מן הצדק חסומה בפני הנאשמים הואיל ו"בשאלה האם ראוי להעמיד את הנאשמים לדין ישנו למעשה, מעשה בית דין כפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"צ גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה...".

12 שם, שם.

13 לעיל הערה 5, פסקה 18 של פסק הדין.

14 לעיל הערה 5, פסקה 19 של פסק הדין.

15 [1995] 1 AC 396.

טענו שההליכים נגדם עומדים בסתירה לחנינה שקיבלו. העניין הגיע אל מועצת המלכה אשר קבעה כי יש לעכב את ההליכים. כמו בפרשת כלא 6, קבעה מועצת המלכה כי עצם ייזומם של ההליכים הפליליים לא היה פסול. מועצת המלכה סברה כי אין תוקף לחנינה מותנית. החנינה חייבת להתייחס לעבירות ולמעשים הסמוכים להענקתה. כאן נוצר פער זמנים בין מועד ההסכמה לבין שחרורם של בני הערובה, ועל כן החנינה לא תפסה. ואולם ההליך עצמו נגד המורדים – עוכב. חשוב לזכור כי מעמדו של ההסכם השלטוני במשפט האנגלי רופף עוד יותר מזה שבישראל. למעשה, שלטת שם התפיסה לפיה הסכם המתייחס לסמכויות שלטוניות אינו מחייב כלל<sup>16</sup>. על רקע זה ההסכמה לא להעמיד לדין את הקושרים אינה בעלת תוקף מחייב. אף על פי כן, הגיעה מועצת המלכה למסקנה כי העמדת המערערים לדין מהווה שימוש לרעה בהליכי משפט<sup>17</sup>. כיצד יכולה הייתה מועצת המלכה לקבוע כי עצם פתיחת ההליך אינה פגומה ויחד עם זאת לעכב את ההליך נגד הקושרים?

כדי להשיב על שאלה זו יש לחזור ליסודות ההגנה מן הצדק. הגנה זו אינה מתמקדת בשאלה אם נפל פגם בעצם ההליך של העמדה לדין. לעניין הפעלתה אין בהכרח חשיבות לכנות מניעה של הרשות המאשימה או לכשרותם. עניינו של הכלל אינו בהטחת ביקורת על רשות אלא במצבם של הנאשמים<sup>18</sup>. לכן אף אישום שהוגש בתום לב אינו חוסם את הפעלת ההגנה. אחד היסודות החשובים ביותר להפעלת ההגנה הוא בדיקה אינדיבידואלית של מצב הנאשם. מבחינה זו, עניין אחד הוא כוחו של השלטון להשתחרר מן ההסכם אם תובעים זאת צורכי ציבור. עניין אחר הוא המשך ההליך הפלילי לאחר שנבחן מצבו של אותו פרט אשר סמך על ההסכם. בגדרו של העניין האחרון יש לצורכי הציבור משקל פחות. הואיל ויכול שתיגרם פגיעה בזכות ההליך ראוי, יהיה מקום לבחון האם צורכי הציבור עומדים במבחן פסקת ההגבלה<sup>19</sup>. ובמילים אחרות: העובדה כי צורכי הציבור הצדיקו את ביטול ההסכם עדיין אינה מניחה כמובן מאליו את שלילת ההגנה הסומכת על מצב הדברים אשר קדם להגשת האישום, לרבות קיומו של הסכם. חשיבות פסק הדין בפרשת כלא 6 היא התשתית שהוא מניח להבנתה זו.

בית המשפט מציב במרכז פסק הדין את השיקול הציבורי הנגזר מחשיבות

16 ד' פרידמן ונ' כהן חזיים (1991, כרך א) 357.

17 מועצת המלכה דחתה את הטענה לפיה החנינה הושגה מחמת כפייה. היא הסבירה כי טענת הכפייה אינה יכולה להידון באמצעות כלים חזיים או אזרחיים רגילים. ראשי מדינה וממשלותיהם נתקלים פעמים רבות במצבים בהם עליהם לפעול תחת לחץ. למעט במקרה לחץ המתבטא באלימות פיזית ישירה או כליאה של מקבל ההחלטה עצמו, ולא של אחרים, לא תתקבל טענת הכפייה.

18 ב' אוקון וע' שום "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג (תשנ"ו) 265, 278. ראו במיוחד דברי לורד Salmon, המובאים שם. גם שינוי מצב לרעה של הנאשם אינו חנאי הכרחי להפעלת ההגנה. ראו שם, בע' 272.

19 פסקת ההגבלה חלה על רשויות השלטון מכוח פסקת הכיבוד. ראו גישת כבוד השופטת דורנר בבג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 136.

המשמעת הצבאית. "מצב, בו חוברים חיילים אחדים, מפעילים כוח כלפי מפקד, ועושים כל זאת תוך אי ציות בצוותא לפקודות מחייבות, הוא מצב בלתי נסבל בארגון צבאי. הוא מלמד על פריקת כל רסן ועול של משמעת, ועל התנכרות מוחלטת לערכים הבסיסיים עליו מושתת הארגון הצבאי. ביצועה של עבירה כזו... מגבש, על כן, אינטרס ציבורי מובהק בקיומה של תגובה עונשית במסגרת המשפט הפלילי"<sup>20</sup>. אנו רואים כי השיקול של שמירת המשמעת הצבאית, יחד עם אובדן העצה בו היו נתונים מקבלי ההחלטות, הצדיק לא רק את ההשתחררות מן ההסכם אלא את עצם ההעמדה לדין.

ואולם בית המשפט מתייחס גם למצב הנאשמים. מתברר כי גם שלטונות הצבא הפרו את המשמעת הצבאית על ידי התעלמות מהוראות הנוגעות למצב בתי הכלא הצבאיים. השופט אור מציין ש"מן החומר שבפנינו עולה, כי הצפיפות בבית הכלא, ובכלל זה בפלוגה ג', הייתה גבוהה בהרבה מן המותר, ובמועדים שונים עמדה על כפליים מן הצפיפות המירבית המותרת במתקן. כן עולה, כי במצב זה היה גם כרי לסכן את בריאותם של הכלואים"<sup>21</sup>. בחינת ההגנה מן הצדק תחייב בחינה מדוקדקת של משמעות חריגה זו של הממונים על המשמעת מן ההוראות המחייבות אותם. כך, יהיה מקום לשקול: האם דובר בחריגה זמנית או חריגה שלאורך זמן? האם הפרקליט הצבאי הראשי ויתר הממונים על השלטת החוק במסגרת הצבא פעלו כמתחייב על מנת לעמוד על תנאי המאסר בבתי הכלא השונים? בדיקה זו מתחייבת נוכח העובדה שבית המשפט העליון קבע כי ייתכן קיומו של קשר סיבתי בין מצבם של הכלואים לבין המרידה שביצעו. "ספק בעיני" — אומר השופט אור — "אם הדרישות שהועמדו בפסיקה לכך שהתנאים בבית כלא יעמדו ברמה המינימלית המתחייבת במדינה תרבותית אכן התקיימו במקרה שבפנינו. אין לשלול את האפשרות, כי התנאים האמורים תרמו לאירועים נשוא עתירה זו"<sup>22</sup>.

יתר על כן, מפסק הדין עולים ממצאים הנוגעים להפרת הזכות לכבוד של הכלואים. "אין חולק" — קובע בית המשפט — "כי התנאים הפיזיים בבית הכלא, השוכן במבנה ישן מימי המנדט הבריטי, הם קשים. על פני הדברים, מצב דברים זה אינו עולה בקנה אחד עם זכותם של הכלואים לכבוד, הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"<sup>23</sup>. מכאן שהכלואים היו נתונים במצב בו נפגעה זכות יסוד שלהם. ראינו כי הפגיעה האמורה אינה גוזרת בהכרח כי הרשות תהיה קשורה להסכם אי העמדה לדין. ואולם הפגיעה הזו חייבת לבוא בחשבון בעת ששוקלים את ההגנה מן הצדק. קו פרשת המים אותו מתאר השופט אור בפרשת כלא 6

20 לעיל הערה 5, פסקה 15 ג' של פסק הדין.

21 לעיל הערה 5, פסקה 15 ו' של פסק הדין.

22 שם, שם.

23 שם, שם.

הוא ברור. בעוד שכהחלטה אם להעמיד אדם לדין יש לתת משקל יתר לאינטרס הציבורי, המתבטא בחזקה לפיה מקום בו מדובר בהתנהגות פלילית קיים אינטרס ציבורי בהעמדת החשוד לדין, הרי בגדרו של ההליך עצמו ניתן משקל מכריע למצבו של הנאשם ולהתנהגות הרשות בקשר לכך. השופט אור הולך צעד נוסף בעקבות החלטתו בבג"צ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה<sup>24</sup> לפיה הביקורת על עצם ההחלטה אם להעמיד אדם לדין היא מצומצמת. בשלב זה נבחנים רק תום לבה של הרשות המאשימה וסבירות החלטתה. בפרשת כלא 6 קובע השופט אור כי ההחלטה להעמיד לדין היא סבירה, כפי שגם החלטה הפוכה הייתה סבירה. הוא אינו דן במידת הפגיעה בזכות להליך ראוי. שאלה זו, כמו גם מידת ההתאמה של ההליך להכרעה במסגרת הפלילית, ייבדקו יחד עם יתר ההגנות, במהלך המשפט עצמו. שאלות אלה אינן חלק מן הביקורת השיפוטית על עצם ההחלטה להעמיד לדין. בהליך הפלילי נגזר דינו של הנאשם על רקע קונקרטי. על כן אינטרסים של הציבור, אשר יכולים להצדיק את ביטול ההסכם בכל הנוגע להעמדה לדין, אינם מונעים את הדיון בשאלה אם התנאים שהובילו להסכם ולביטולו הם מסוג כזה המצדיק את הפעלת ההגנה מן הצדק. "ביטול החוזה משמעותו שחורר הצדדים מחובתם לבצע חיוביהם בעתיד, אך אין פירושו עקירת החוזה מהמציאות המשפטית שבין הצדדים"<sup>25</sup>. מציאות זו מחייבת דיון בשאלה המוקדמת והחשובה של הפגיעה בכבוד הכלואים. אם יתחוויר כי מדובר בפגיעה קשה לאורך זמן, אפשר שיהא מקום להפעיל לגביהם את ההגנה מן הצדק. באותו אופן תחייב המציאות המשפטית שבין הצדדים לבחון את דרכי גיבושו של ההסכם בין הצדדים. בתוך כך ניתן יהיה לעמוד על שאלת הייצוג של הכלואים ועל התנהגות הצדדים בקשר לכריתת ההסכם. הפרדה זו בין השיקולים מסבירה מדוע נמנע בית המשפט העליון ממתחת ביקורת או התייחסות עניינית לשאלת התנאים בבית המאסר. תמונת המצב המתגלה מפסק הדין היא עגומה ומצערת. התלונות שנשמעו מפי האסירים, שכללו התעללות לשמה, זכו לתיאור בלבד, הואיל והמקום בו ניתן יהיה מבחינה ראייתית וראוי יהיה מבחינה דיונית לדרון בהן הוא בית הדין הצבאי.

יש להדגיש כי על מנת להקים את ההגנה, בדיקה זו אינה חייבת להוביל למסקנה לפיה לא עמדה בפני הכלואים ברירה אחרת, למעט התמרדות. יש להניח כי לא זה היה המצב<sup>26</sup>. השאלה גם אינה אם ההתמרדות עומדת ביחס של סובב ומסובב עם

24 (טרם פורסם 15.6.97). ראו במיוחד את דברי השופט אור בפסקה 3 של פסק הדין.

25 ראו דברי כבוד השופט ברק, בהקשר אחר: ע"א 741/79 כלנית השרון נ' הורביץ, פ"ד לה(3) 533.

26 בפסקה 15 ו' של פסק הדין מעיר השופט אור כי מ"החומר שכפנינו לא עולה כי העותרים או חבריהם מיצו את האפשרויות החוקיות שעמדו בפניהם כדי להעלות את טענותיהם, טרם נקטו בצעד הקיצוני בו בחרו". מוכן כי גם שאלה זו, ובעיקר מודעותם של הכלואים לזכויותיהם, גישתם לייצוץ משפטי והתייחסות השלטונות לתלונות שהוגשו, אם הוגשו, יוכלו להתבאר בבית הדין הצבאי.

התנאים בבית הכלא. אמנם השופט אור מציין במפורש כי אין לשלול את האפשרות כי התנאים האמורים הובילו למקרה קשה זה. ואולם לא לכאן מכוונים חציה של ההגנה מן הצדק. גם שאלת ההסתמכות אינה מכרעת. בכלל, פעמים רבות, אינטרס ההסתמכות של עבריינים הוא נושא מורכב. לא פעם התחושה היא שאינטרס זה לא ראוי לאזכור כלל, שלא לדבר על כיבוד<sup>27</sup>. אך ההגנה יכולה להינתן גם מקום בו לא נפגעה יכולת הנאשם להתגונן במשפטו, מחמת הפעולות שנקטו על ידי הרשות<sup>28</sup>. הגנה זו עניינה בשמירת ההגינות של ההליך הפלילי מתוך נקודת מבט רחבה. המטרה היא לשמור על ההתאמה בין ההליך שנקט לבין התכליות הבסיסיות של הדין. לעתים יכולה עצם המסקנה של פגיעה קודמת בזכות יסוד להצדיק את מניעת המשכו של ההליך הפלילי.

בקשר לכך יש להביא בחשבון מספר שיקולים. השיקול המרכזי הוא מעמדה של זכות היסוד כטעם עצמאי להגנה, ללא צורך במטען תועלתני. כך, למשל, תנאי מאסר הפוגעים בזכות לכבוד יכולים, הם עצמם, להוביל למסקנה שאין טעם או צורך במיזוי הדין של מי שהתקומם נגד תנאים אלה. העמדת ההליכים לא תרשת על הצדקת הפעולה. הפעולה אינה יכולה להיות מוצדקת. היא תתבסס על ההכרה בעצם חשיבות הזכות שנפגעה. דברים אלה ודאי יהיו תקפים מקום בו נשללה הזכות ממי שנתון למרותו המוחלטת של אדם אחר, למשל אסיר בבית הכלא. טעם נוסף נוגע לערך המחנך שיש להחלטה מעין זו כלפי השלטון. יש לזכור כי כושר הפגיעה של היחיד, עברייני ככל שיהיה, קטן; של המדינה, יהיו כוונותיה טובות ככל שיהיו, גדול. דברים אלה ודאי נכונים ביחס לבית הכלא הצבאי. בכלא זה מצויים בדרך כלל בני אדם צעירים בתחילת דרכם. לא כולם הם עבריינים מועדים. טיפול לא נאות באנשים אלה עלול לצרף אותם למסגרת עבריינית למשך יתרת חייהם.

קו המחשבה המשקף בגדרה של ההגנה מן הצדק מכתוב את ירידת ערכו של הסדר הציבורי בעת ההתנגשות עם זכות הפרט. זוהי אחת העלויות המתבקשות מכיבוד זכויות היסוד. פרשת כלא 6 מציגה את השאלה האם יהיה לנו העוז להפקיר עצמנו למשמעות השינוי ביחס שבין הפרט לבין השלטון, במקום להתעטף באינטרס כללי ועמום של אמון הציבור במערכת האכיפה הפלילית. לא ניתן לומר, בשלב זה, אם זהו המקרה המתאים להפעלת ההגנה, בהתחשב בזכות ההליך ראוי. בית המשפט העליון הותיר את השאלה פתוחה לבירור ענייני ועובדתי במסגרת הערכאה הדיונית.

L. Tribe American Constitutional Law (NY, 2nd ed., 1988) 640 27

Bennet v. Horseferry Road Magistrates Court [1993] 3 All ER 138 28

כי הדוקטרינה אינה מוגבלת לקיום חשש לקיפוח הנאשם בהליך עצמו. פסק דין זה מאזכר על ידי השופט אור ללא הסתייגות, לעיל הערה 5, פסקה 18 של פסק הדין. ראו גם אוקון ושחם, לעיל הערה 18, בע' 272.