

הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

רון שפירא *

א. מבוא; ב. הכליאה כשלילת זכות יסוד; ג. הפיקוח השיפוטי על שב"ס; ד. ראיות מינהליות כבסיס לקבלת החלטות בעניינם של אסירים; ה. בירור ובחינת העובדות ושמירה על קיומו של הליך הוגן; ו. ראיות חסויות; ז. החלת העקרונות שפורטו לעיל על נושאים הנדונים בענייני אסירים; 1. הפסקת ריצוי עונש מאסר בעבודות שירות; 2. ענישה משמעתית ושלילת זכויות/טובות הנאה מהאסיר; 3. קציבת תקופת מאסר, שחרור מוקדם על תנאי ברישיון וביטולו של השחרור המוקדם; ח. עקרון "אחידות הענישה" והצורך באכיפה אחידה בתחומי בית הסוהר; ט. הצעת חוק סדרי מנהל; י. סיכום

א. מבוא

עונש מאסר נגזר על-ידי בית המשפט במסגרתו של הליך פלילי. בית המשפט הגוזר את הדין קובע את המשך המירבי של תקופת המאסר ואת אופן ריצויו, בין בכליאה ממש או בעבודות שירות. טעות היא לחשוב שבזאת הסתיימה קביעת טיבו ותנאיו של עונש המאסר. בפועל — גזר הדין אינו קובע את תנאי המאסר. הנושא של תנאי המאסר יתעורר, אם בכלל, רק לאחר שבית המשפט אמר את דברו באשר

* שופט בית המשפט המחוזי חיפה. עמית הוראה בפקולטה למשפטים ובבית הספר למדעי המדינה וחבר במרכז לניהול ומדיניות ציבורית של אוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לשופט בית המשפט העליון (בדימוס) פרופ' יצחק זמיר, לשופטי בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין וסלים ג'ובראן, לפרופ' דפנה ברק-ארז, לד"ר אורן גזל ולד"ר מיכל טמיר, על שהואילו לקרוא טיוטות מוקדמות של רשימה זו ולהעיר את הערותיהם שסייעו בידי בהשלמתה. תודות לד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים, על שהאיר את עיניי ביחסו של המשפט העברי לסוגיות שנבחנו ברשימה זו. כן אודה לעו"ד גב' אילנית הלל ולעו"ד גב' עינת שגיא שהיו לידי לעזר באיסוף החומרים לכתיבתה של רשימה זו.

לעונש ולאחר שהנידון יחל לרצות את עונשו¹. תנאי הכליאה, ואף משכו הסופי של המאסר, נקבעים בהחלטות של שירות בתי הסוהר (להלן: שב"ס) באמצעות ועדות מקצועיות הפועלות לידו (כגון, ועדה לעניין אלימות, ועדת השחרורים). הן שמסוגות את האסיר, קובעות את מידת מסוכנותו, את תנאי כליאתו, את זכותו לחופשות, ובסופו של ההליך – את האפשרות לקציבת העונש ולשחרורו מוקדם ברישיון.

שב"ס והגופים הפועלים במסגרתו, כפופים לבקרה שיפוטית המבוצעת, הלכה למעשה, במסגרת עתירות אסירים המוגשות בהתאם להוראות סימן ח' 1 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971. בהליך יזום על-ידי האסיר, כוחנים בתי המשפט² את החלטות שב"ס.

שב"ס וגורמים מטעמו דנים בעניינו של אסיר במסגרת עבודתו של שב"ס כרשות מינהלית. החלטות הרשות המינהלית מתקבלות בדיונים פנימיים של גורמי שב"ס, בהם אין לאסיר זכות השתתפות, למעט בדיוניהן של ועדות שחרורים לפי חוק שחרור על תנאי ממאסר. במסגרות מינהליות אלה נקבעים תנאי ריצויו של עונש המאסר בפועל. אסיר הרואה עצמו נפגע מהחלטות הרשות המינהלית רשאי לעתור לבית המשפט. הדיון בעתירה מתנהל בהתאם לכללי המשפט המינהלי. בית המשפט בוחן את החלטותיהם של נציגי שב"ס ושל הכפופים לו, כפי שהתקבלו במסגרת המינהלית. הביקורת השיפוטית מתמקדת בבחינת ההליכים שהתקיימו בשב"ס ובשמירה על ניהול תקין של הליך המינהלי, וכן בבחינת הראיות על-ידי הגורם המחליט ובהפעלת שיקול הדעת המינהלי כדין. הבחינה מתמקדת בקיום הליכים תקינים שמטרתם להבטיח את שמירת זכויותיו של האסיר, כגון שימוע וכיוצא בזה. אין מדובר בהליך של ערעור הבוחן את הנתונים מחד גיסא, ואת החלטת שב"ס, מאידך גיסא, אלא את קיומו של הליך תקין ואת קבלתה של החלטה המעוגנת בדיון, החלטה שניתנה בסמכות ושאינה חורגת ממתחם הסבירות. כללי הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המינהלית מצמצמים את התערבותם של בתי המשפט בהחלטות שב"ס והוועדות המקצועיות, הבוחנות את עניינו של האסיר, למקרים חריגים בלבד.

1 כג"ץ 6285/05 עמיר נ' מדינת ישראל, תק-על 2005 (4) 572, 573 (2005).
 2 ס' 62 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר או הפקודה). קובע, כי עתירה נגד החלטות שב"ס תוגש לבית המשפט המחוזי שבתחום שיפוטו מצוי בית הסוהר בו כלוא האסיר; ס' 62 לפקודה מפנה בעניין עתירות אסירים נגד החלטות ועדות השחרורים להוראות חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א–2001 (להלן: חוק שחרור על תנאי ממאסר), הקובע בס' 28, כי עתירה נגד החלטת ועדת שחרורים וועדת שחרורים מיוחדת תוגש לבית משפט לעניינים מינהליים בהתאם להוראות חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000; בעוד שעתירות אסירים, שאינן בעניין של ועדת שחרורים, נדונות לפני שופט יחיד, עתירות אסירים נגד החלטות ועדות שחרורים נדונות לפני מותב של שלושה שופטים; עם זאת, בפועל, נדונות כל העתירות כעתירות מינהליות ועל פי כללי המשפט המינהלי.

הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

תשתית הראיות המינהליות, המשמשת את שירות בתי הסוהר בקבלת החלטות, ושיטת הפיקוח המינהלי המופעלת על-ידי בתי המשפט בבחינתן של החלטות אלו, מביאות לידי תוצאה בה רכיבים משמעותיים מתנאי הריצוי של עונש המאסר נקבעים בהחלטה מינהלית. זאת – על בסיס תשתית ראייתית שלא הייתה קבילה לשם הרשעתו של האסיר, וספק אם הייתה קבילה ומספיקה לשם גזירת הדין בהליך הפלילי.³

ברשימה זו אבחן את ההליך המינהלי המשמש בסיס לקביעת תנאי המאסר וכן את הביקורת השיפוטית על ההליך המינהלי שיאפשרו לשב"ס למלא תפקידו. אבחן אם זכויות האסיר אינן נפגעות כתוצאה משינוי האורגן הדין בעניינו ומהמעבר מדיון במסגרת הדין הפלילי למסגרת של המשפט המינהלי.⁴ אציג את הקושי שבקיום בקרה שיפוטית יעילה על החלטות שב"ס בהיעדר סדרי דין מחייבים וברורים להליכי קבלת החלטות במירב התחומים שבהם מתקבלות החלטות בעניינם של אסירים. אנסה להציע כללים אשר יסייעו לשמור על תקינותו והגינותו של הליך קבלת החלטות בעניינו של אסיר. אציע לאמץ כללים למניעת מצב, שבו חומות הכלא מחד גיסא, וכללי המשפט המינהלי, יהפכו למחסום מפני ביקורת שיפוטית ממשית על החלטות שב"ס, מאידך גיסא.

ב. הכליאה כשלילת זכות יסוד

מאסר ומעצר הינם אמצעים שנוקטים נגד מבצעי עבירה,⁵ החל משלב החשד הראשוני לביצוע עבירה, כחלק מאמצעי החקירה, עובר לשימוש במעצר ככלי להגנה על החברה וההליך השיפוטי לאחר הגשת כתב אישום, בדרך של מעצר עד

3 הדין הפלילי אינו קובע הבחנה בין טיב הראיות ורמתן, הנדרשים לשם הרשעת נאשם, לבין הראיות הנדרשות לשם גזירת דינו. עם זאת, רמת הראיות הנדרשת בפרקטיקה בהליך הטיעון לעונש שונה מזו שבשלב הדיוני הקודם של קביעת האשמה. כך, למשל, בדרך של קבלת תסקירי מבחן, מכתבי המלצה על נאשמים ועדויות אופי. עם זאת, יש להדגיש כי הוראות הדין החלות הן מבחינת סדר הדין הפלילי והן מבחינת דיני הראיות וזוהו לכל שלבי ההליך הפלילי. ראו לעניין זה: ענת הורביץ הליך גזירת הדין – היבטים דיוניים וראייתיים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, 2003).

4 בעבר רווחו דעות שלפיהן נשללות מעברייני זכויותיו הבסיסיות ולמעשה כניסתו אל מאחורי חומות הכלא הינה חלק משלילה של כל זכויותיו כאדם, זאת – כחלק מהליך הענישה; ראו לעניין זה: (1977) 32-69 MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH; כיום, אין חולק כי עונש המאסר, הגם ששולל הוא זכויות בסיסיות מאדם, כשהעיקרית שבהן היא הזכות לחירות, אין בו כדי לשלול את כלל זכויותיו של העבריין ההופך לאסיר. שלילת הזכויות מוגבלת לזו הנדרשת לתכלית הענישה והמאסר; ראו רע"ב 6172/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 8-9 (1998) (להלן: עניין גולן); בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לת(2) 826, 830-831 (1984).

5 לרבות נגד מי שנחשדים בכוונה לביצוע עבירה ונעצרים במעצר מינהלי מכוח הוראות חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.

לתום ההליכים, וכלה במאסר של מי שהורשע ונגזר עליו עונש בהתאם. החלטה בדבר שלילת חירותו של אדם, בין לצורכי מעצר ובין במסגרת גזירת עונש מאסר, היא החלטה השוללת זכות יסוד חוקתית, הזכות לחירות⁶. החוק מסמיך את בית המשפט לשלול את חירותו של אדם אך ורק מכוח הסמכה מפורשת "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."⁷

כדי להבטיח את ההגנה החוקתית על החירות נקבעו בדין הפלילי כללים נוקשים של סדרי דין ודיני ראיות המתווים את הפיקוח השיפוטי על פעולות חקירה המבוצעות על-ידי משטרת ישראל וגופי חקירה אחרים ובהמשך, מסגרת דיונית להוכחת אשמתו של אדם. כללי דיון אלו, שמטרתם חשיפת האמת ובידור האשמה, קובעים סדרי דין ודיני ראיות נוקשים ומחייבים, הן בשלבי החקירה והן בשלבי בידור האשמה⁸.

החוק קובע כללים זהים, הן של סדרי דין והן של דיני ראיות, גם בהליך הטיעון לעונש וגזירת הדין. עם זאת נראה, כי בשלב דיוני זה משתנה אופיו של הדיון בבית המשפט, כאשר בפועל, ועל אף שהדין אינו קובע כל הבחנה לעניין זה⁹, משתנה אופן ניהול המשפט, במיוחד בכל הנוגע להליך הצגת הראיות לפני בית המשפט וההקפדה הדווקנית על סדרי הדין ועל דיני הראיות¹⁰. עם זאת, ועל אף הגמישות המאפיינת את הדיון בטיבו ובמידותיו של העונש שייגזר, כפוף ההליך כולו להוראות הדין הפלילי, במובן זה שלנאשם שמורות כל הזכויות לעמוד על כל כללי סדר הדין ודיני הראיות, ובתי המשפט מצווים לגזור את הדין לאחר הליך של איסוף ראיות בו ניתנת לנאשם ההזדמנות להתנגד להבאת ראיות מטעם התביעה, לחקור עדים ולהביא ראיות מטעמו.

ההליך הפלילי בפרט, ועקרונות שיטת ניהול המשפט ככלל, מקנים, במסגרת הפרוצדורלית והמהותית, כלים להבטחת קיומו של הליך משפטי הוגן. הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות חוקתית הנשענת על הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹¹. פגמים בהליך הוגן, המגיעים לכדי עיוות דין, מהווים עילה לקיומו

6 ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

7 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

8 בצד קיומם של כללי סדר דין ודיני ראיות נוקשים מתגברת המגמה להשתחרר מכללים נוקשים ולבסס הכרעות שיפוטיות, גם במסגרת הפלילית, על "השכל הישר". כך, למשל, באה לידי ביטוי בפסיקה המגמה לעבור בדיני הראיות ממבחני קבילות למבחנים שעניינם משקל הראיה. ראו למשל: Alex Stein, *The Refoundation of the Evidence Law*, 9 CANADIAN J. L. & JURISPRUDENCE, 279, 281 (1996).

9 ראו הוראת ס' 60 לפקודת הראיות, [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות"), שאינה מבחינה בין שלבי הדיון השונים ככל שהדבר נוגע לדיני הראיות החלים על ההליך המתנהל בבית המשפט.

10 ראו דיון נרחב בתופעה בכללותה, הורביץ, לעיל ה"ש 3.

11 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 374, 354-375 (2002); אהרן ברק פרשנות במשפט — פרשנות חוקתית כרך שלישי 432 (התשנ"ד); דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס

של משפט חוזר¹². הזכות להיות נוכח בדיון, לשמוע את הנטען נגדך ולהשמיע טיעונים היא זכות בסיסית במשפט הפלילי. בהליך המינהלי הוכרה זכות השימוע והטיעון גם כן כזכות בסיסית. זכות הטיעון הינה מזכויות היסוד שיש לכל אדם אשר עניינו נדון לפני הרשות. הכלל הבסיסי בשיטת המשפט מורה, כי רשות מינהלית תימנע מהחלטה בזכויותיו של אדם בטרם תעניק לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו¹³. הכלל הוא, כי מדובר בזכות מהותית אשר לא תישלל אלא במקרים חריגים. זכות זו חלה גם כאשר מדובר בגוף שהוא בגדר מייצג או ממליץ בלבד, לא כל שכן רשות אשר עלולה בהחלטותיה לפגוע בזכויות יסוד¹⁴. זכות הטיעון היא זכות יסוד ששורשיה נטועים בכללי הצדק הטבעי¹⁵. אין היא זכות מוחלטת ונעדרת סייגים, ואולם היא נחשבת לביטוי מובהק להליך תקין של בירור עובדות על ידי הרשות המינהלית¹⁶. הלכה היא, כי שלילת הזכות לטיעון לפני רשות מינהלית "צריכה להיות בלשון ברורה ומפורשת. מקום שהוראת החוק ניתנת לפירושים מספר, עדיף הפירוש, אשר ייתן תוקף לזכות הטיעון ולא יסתור אותה"¹⁷. זכות הטיעון והחובה לאפשר את מימושה חלה על החלטות מינהליות שיש בהן פגיעה בפרט, למעט פעולות שלטוניות ריבוניות מובהקות¹⁸.

על אלו יש להוסיף את הזכות להיות מיוצג בידי עורך דין. הזכות לייצוג היא זכות יסוד מוכרת במשפט הישראלי¹⁹ בכלל, ובהליך פלילי בפרט²⁰. גם זכותם של

- ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט 4, 169 (2004); בעו אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב ההליך הפלילי" המשפט ג 265 (1996).
- 12 הוראות ס' 31(א)(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. ראו גם עניין ברנס, שם; מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 פ"ד נג(1) 529 (1999).
- 13 בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 703 (1952); בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1511 (1958); בג"ץ 361/76 "המגדר – ברולית" חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 281 (1977); בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, תק"על 2003(2) 1121 (2003).
- 14 יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב 796–801 (התשנ"ו); בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626 (1990).
- 15 בג"ץ 7574/60 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק"על 2007(1) 758, 760 (2007).
- 16 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 482–725, 725–724, 421 (2005); רע"ב 1769/05 פלוני נ' מדינת ישראל, תק"על 2005(3) 79, 81 (2005) (להלן: עניין פלוני); רע"ב 6104/06 י' ש' נ' שירות בתי הסוהר, תק"על 2006(3) 4604, 4607 (2006).
- 17 בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 657 (1979).
- 18 עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 16, בפס' 422–423; בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת, וחברי המועצה נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709 (2004); בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd. נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991).
- 19 בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 763–764 (2004).
- 20 בש"פ 5136/98 מנבר נ' מדינת ישראל, תק"על 98(3) 770 (1998); קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני

העציר ושל האסיר להיפגש עם עורך דין הוכרה כזכות יסוד בעלת אופי חוקתי²¹. הזכות לייצוג היא, למעשה, כלי שמטרתו להבטיח קיומן של הזכויות האחרות, הן במסגרת ההליך הפלילי והן במסגרות אחרות שבהן נדרגות ומוכרעות זכויותיו של אדם. הייצוג המשפטי דרוש על-מנת להבטיח כי הפגיעה בזכויות אלה – אם תיעשה – לא תיעשה אלא לאחר הליך הוגן ועל-פי הדין.

בהליך הפלילי, תפקידו של הייצוג המשפטי הוא למנוע פגיעה בהליך הוגן מחמת היעדר הבנה של רזי ההליך עצמו²². זכות הייצוג המשפטי עוגנה במפורש בדברי חקיקה שונים²³. רואים לה בסיס חוקתי גם מכוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁴. כשל בייצוג עלול להוות גם חלק מעיוות דין, והוא בגדר עילה לקיומו של משפט חוזר²⁵.

אלא שמערכת דינים וזכויות יסוד אלו, הבאים לקבוע את כללי קביעת האשמה והעונש בצד הגנה על זכויות נאשם מפני הכוח השלטוני, לבל תישלל זכותו החוקתית לחירות ללא צידוק בדין, משתנה מעת שסיים בית המשפט את תפקידו בדין הפלילי. בשלב הבא, וככל שנגזר עונש של מאסר, עוברת קביעת דרכי ריצוי עונש המאסר ואמצעי הכליאה שניקטו כלפי האסיר, וכפועל יוצא מכך – הליך קבלת החלטות שעניינן בשלילת החירות וזכויות נוספות בעלות מעמד מוכר במשפט²⁶,

משפט יג 557 (1999); איתן מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243 (1999). הזכות לייצוג משמעה גם הזכות שלא להיות מיוצג; ראו ע"פ 5889/01 נחום נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1569 (2005); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2006(2) 1093 (2006).

21 בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד מז(2) 843, 848–847 (1993); בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 212, 209 (1993); ע"מ"נ (מחוזי חי) 379/06 פלוני (קטיין) מס. מוחזק 64768 נ' משרד הפנים, תק-מח 2007(1) 2862 (2007).

22 חיים ה' כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו 42 (התשל"ל); קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני משפט יג(3) 557 (1989).

23 ס' 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982; ס' 18 לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו–1995; ס' 15–17 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–1991; ס' 18(א) לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול, התשל"א–1971; ס' 6(ד) 24(1) לחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו–2006; ס' 16(ד) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996; ס' 22 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961; חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב–1972.

24 לעניין ביסוס הזכות על החירות האישית ראו עניין סופיאן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 843; ולעניין ביסוס הזכות על האוטונומיה של הרצון האישי ראו בג"ץ 4330/93 לנדאו נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221 (1996).

25 עניין קוזלי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 569–570.

26 זכויות, כגון הזכות למפגש עם קרובי משפחה, הזכות להחזיק חומר קריאה, זכות ההתייחסות וכדומה, הן כולן זכויות שאפשרות מימושן נקבעת, בתקופת המאסר, על-ידי גורמי שב"ס. חלק מהזכויות הוכר כזכויות יסוד וחלקן – כזכויות בעלות דרגה גבוהה. לא כאן המקום לעסוק בסיווגן של הזכויות הללו ודי בכך שנאמר כי, לדעת הכול, מדובר בזכויות בעלות חשיבות עליונה.

הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

למערכת המינהלית של שירות בתי הסוהר. במסגרת זו, מתקבלות החלטות בעניינו של האסיר שלא במסגרת של הליך הכולל סדרי דין ברורים וללא הסדרה של זכויות בסיסיות, כמו זכות הטיעון, שימוע וזכות לייצוג.²⁷ בהיעדרם של הליכים מוסדרים קיים חשש גם לפגיעה בזכות הבסיסית להליך הוגן בכל עניין שמשמעותו האופרטיבית היא קביעת תנאי המאסר ומשכו, וכפועל יוצא מכך – שלילה והגבלה על הזכות הבסיסית לחירות ולזכויות הנגזרות ממנה.

ג. הפיקוח השיפוטי על שב"ס

שב"ס הינו רשות מינהלית והביקורת השיפוטית בוחנת אם סמכויותיו הופעלו לפי כללי הפעלת הסמכויות המינהליות.²⁸ בית המשפט נמנע מלהתערב בשיקול הדעת של שב"ס, אלא אם כן הופעל שלא כהלכה.²⁹ משיקולים זרים, בחריגה מסמכות או תוך קבלת החלטות החורגות ממידתיות ראויה, ממתחם הסבירות ומדרישות החוק.³⁰ האחריות לניהול בית הסוהר מוטלת על נציב בתי הסוהר ועל הכפופים לו. בית המשפט אינו מנהל את בתי הסוהר. הביקורת השיפוטית היא ביקורת על חוקיות החלטותיהם של הנציב ושל גורמי הכליאה השונים.³¹

עם זאת, בתי המשפט הכירו בכך שקיים הבדל בין רשות מינהלית רגילה לבין ממלאי תפקידים בשירות בתי הסוהר.³² ההבדל נעוץ, ראשית לכל, במהות הסמכות ובהיקפה. הסמכות לנהל בית סוהר מקנה בידי הנציב וממלאי התפקידים בשב"ס שליטה מלאה על חיי האסיר. אין אדם שכפוף ותלוי ברשות מינהלית לשבט או לחסד כמו אסיר, ואין רשות שמכתיבה אורחות חיים לאדם כשב"ס. לרשות

27 יצוין כי בחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, לא הוכרה זכותו של אסיר לייצוג משפטי על-ידי הסניגוריה הציבורית בהליכים הנדונים בעניינו כשב"ס, למעט בדיון לפני ועדת שחרורים או ועדת שחרורים מיוחדת, וזאת, אם החליטה הוועדה למנות לו סניגור ציבורי; ראו הוראות ס' 18 לחוק הסניגוריה הציבורית; סוגיית זכותו של האסיר לייצוג משפטי בהליכים משמעותיים המתקיימים בתחומי הכלא, שאינה נדונה במסגרת הדיון ברשימה זו, זכתה לדיון נרחב במסגרת בחינת קיומו של הליך משמעותי הוגן בארה"ב ובאנגליה; על חשיבותה של זכות הייצוג לאסירים בהליכים פנימיים במסגרת שב"ס, ראו עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 19; כן ראו ע"א (מחוזי חי') 966/02 שטרית נ' שירות בתי הסוהר, תק"מ 2002 (3) 8307 (2002); ע"א (מחוזי חי') 376/04 ורדי נ' שירות בתי הסוהר, תק"מ 2004 (2) 1137 (2004); ע"א (מחוזי חי') 451/06 סביחאת נ' שירות בתי הסוהר, תק"מ 2006 (4) 8116, 8117 (2006).

28 ע"א 7488/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד (4) 492, 504 (1996).

29 עניין גולן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 6-7.

30 רע"ב 2529/97 מדינת ישראל נ' אורן, תק"על 97 (2) 456 (1997).

31 רע"ב 2410/93 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מז (3) 802 (1993); רע"ב 8916/03 סיבוני נ' שירות בתי הסוהר, תק"על 2004 (1) 370 (2004); רע"ב 7522/00 שכורי נ' שירות בתי הסוהר, תק"על 2000 (3) 2550 (2000); רע"ב 7424/00 מישלב נ' מדינת ישראל, תק"על 2000 (3) 2538 (2000).

32 ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136 (1996).

מינהלית רגילה יש סמכות נקודתית, לעניין מסרים בתנאים מסוימים. לנציב שב"ס ולאנשיו יש סמכות גורפת ונמשכת לשמירה על הסדר והביטחון³³, הוא מחייב שמירה על כבוד האדם. לכלל גם תפקיד ומטרה שיקומית/חינוכית ומוטלת עליו האחריות להכנת האסיר לחיים תקינים בחברה, לאחר שיסיים לרצות את עונשו³⁴. מכאן, שהסמכות של שב"ס אינה דומה, מבחינת המהות וההיקף, לסמכות מינהלית רגילה.

בפסיקה נקבע, כי ההבדל במהות ובהיקף הסמכות צריך להתבטא גם בביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות. התלות הגדולה של אסירים בסוהרים, והחשש מפני שימוש לרעה בכוח שבידי הסוהרים מאחורי חומות גבוהות, יוצר צורך מוגבר בביקורת שיפוטית על שב"ס. חובתו של בית המשפט להיות זה המגן על זכויות האסיר במציאות המיוחדת בה, מעצם הסטטוס בו הוא מצוי, נשללות זכויותיו והוא נתון למרותו המוחלטת של שב"ס³⁵.

עם זאת, הגבילה הפסיקה גם את היקף מעורבות בית המשפט בפיקוח על רשויות שב"ס. נפסק, כי על בתי המשפט להיזהר מפני מעורבות יתר בניהול בתי הסוהר. עוד נקבע, כי התערבות בהחלטות רשויות הכלא תתבצע במקרים קיצוניים בלבד ובאופן מצומצם³⁶. החלטה במקרה אחד, תוך סטייה מן הכלל, עלולה להשליך על מקרים רבים. בית המשפט הדן בעתירתו של אסיר אינו רואה לפניו אלא אסיר אחד בעניין אחד. כשהוא מקבל החלטה נקודתית, חייב בית המשפט לבחון גם את התמונה הכללית, ככל שהוא יכול, ולשקול את ההשלכות הצפויות של ההחלטה על מקרים אחרים. עליו למצוא את האיזון הראוי בין עניינו של האסיר לבין עניינו של הציבור בניהול תקין של בית הסוהר. מהות הסמכות של ניהול בית סוהר מחייבת את בית המשפט בזהירות רבה, כדי למנוע צמצום מתחם הסבירות אשר בגדרו מצויות החלטות שב"ס, באופן שימנע ניהול תקין של בית הסוהר. בבחינת האיזון, המתבצע בפועל בין החובה להגן על זכויות האסירים לבין

33 שמירה על ביטחון היא גורם חיוני המכתיב את ניהול הכלא, לא רק בהיבט של הגנה על שלום הציבור ככלל, אלא גם בהיבט של שמירה על בטחונם האישי של הסוהרים; ראו לעניין זה: גיורא קינן ואיילה מלאך-פיינס לחץ ושחיקה בשב"ס: גורמים, תוצאות ודרכי התמודדות, 4 (הוצאת לשכת המדען הראשי של המשרד לביטחון פנים, יולי 2003).

34 על התפישה המודרנית בדבר תפקידיו של הכלא ושינוי הגישה בדבר מטרתם של אמצעי ענישה ראו: PIETER SPIERENBURG, THE SPECTACLE OF SUFFERING: EXECUTIONS AND THE EVOLUTION OF REPRESSION, FROM A PREINDUSTRIAL METROPOLIS TO THE EUROPEAN EXPERIENCE (1984); MALCOLM M. FEELEY & EDWARD L. RUBIN, JUDICIAL POLICY MAKING AND THE MODERN STATE, 294 (1998).

35 עניין גולן, לעיל ה"ש 4; בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, תקעל 2001 (2) 739, 754 (2001).

36 רע"ב 3664/04 סרסאוי נ' שירות בתי הסוהר, תקעל 2004 (3) 1151, 1152 (2004); רע"ב 104/04 כלב נ' שירות בתי הסוהר, תקעל 2004 (2) 35, 36 (2004); רע"ב 1058/04 דקל נ' שירות בתי הסוהר, תקעל 2004 (1) 3443, 3444 (2004); רע"ב 1430/03 כהן נ' מדינת ישראל, תקעל 2003 (2) 2374 (2003).

הליך מינהלי קבוע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

המדיניות להמעיט בהתערבות בהחלטות הגופים המוסמכים בשב"ס, נראה, כי מידת ההתערבות בהחלטות שב"ס אכן מצומצמת³⁷.

ד. ראיות מינהליות כבסיס לקבלת החלטות בעניינים של אסירים

רשות מינהלית מחויבת לקבוע עובדות כבסיס לכל החלטה מינהלית³⁸. האיסוף והקביעה של העובדות הרלוונטיות לצורך מתן ההחלטה המינהלית הם חלק בלתי נפרד מהליך קבלת החלטות ותנאי לתקינותו ולהגינותו, המביא בחשבון את הנתונים הרלוונטיים להחלטת הרשות³⁹. שיקולים כבדי משקל אינם יכולים להתבסס על השערות בלבד, ויש לעגנם בנתונים עובדתיים ברורים⁴⁰. על הרשות מוטלת חובה ליזום את איסוף הראיות לצורך קביעת התשתית העובדתית, ועליה להכיר את העובדות ולהפעיל את שיקול דעתה בהתבסס עליהן⁴¹.

דיני הראיות החלים בבתי המשפט אינם חלים על רשות מינהלית⁴². רשות מינהלית, ושב"ס ככזה, רשאית לקבוע עובדות גם על בסיס ראיות שאינן קבילות בהליך שיפוטי, לרבות עדויות מפי השמועה ומידעי מודיעין⁴³. עם זאת, לא כל

37 לממצאים בעניין האחוז הנמוך של עתירות אסירים המתקבלות ראו: טלי רובין (עבודת גמר לתואר מוסמך בקרימינולוגיה בנושא "עתירות אסירים" בהדרכת ד"ר יעל חסין מהמכון לקרימינולוגיה בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, ינואר 1995). היקף ההתערבות המצומצם של בתי המשפט בהחלטות רשויות הכליאה אינו ייחודי למציאות המשפטית בישראל. ראו לעניין זה: S. LIVINGSTONE, T. OWEN & A. MACDONALD, PRISON LAW, 551 (2003).

38 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 556 (1986).

39 בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 59 (1983).

40 בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 51-54 (1989).

41 ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ב 282-283 (התשנ"ו); בג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-424 (1994).

42 ראו הוראת ס' 60 לפקודת הראיות. קיומם של "דיני ראיות" שונים לרשויות המינהל מאלה החלים בבתי המשפט אינו חידוש של המשפט המודרני. עוד במשפט העברי יש סימנים להבחנה בין הראיות שחייבו בהליך שיפוטי לבין ראיות אשר חייבו את "המינהל", דהיינו, את גופי השלטון, בקבלת החלטות בעלות אופי שלטוני. ראו, למשל, בעניין קביעת מעמדו של אדם ככהן, על כל הזכויות הנגזרות ממעמד זה, חלקן טקסיות (דוגמת העלאתו ראשון לקריאת התורה בבית הכנסת), וחלקן ממוניות ("מתנות כהונה", כגון תרומה מן התבואה). בעניין זה נקבעה ההלכה, ש[נאם] היה עד אחד מעיד עליו, נאמן להאכילו בתרומה בזמן הזה ולקרות בתורה ראשון ולישא את כפיו, ואפילו אביו נאמן עליו. ואפילו משטרות מעלין לכהונה בזמן הזה. כיצד, הרי שהיה כתוב בשטר: פלוני כהן לזה מפלוני מנה, ועדים חתומים עליו, הרי זה בחזקת כהן ככהני זמן זה. וכן מעלים מנשיאות כפים ומקריאה בתורה ראשון להיות כהן ככהני זמן זה" (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ג' סעיף ב). ומוסיף על כך הרמ"א, ש"יש אומרים דאם חתם עצמו: אני פלוני כהן עד, מהני בזמן הזה", הר"ן על מסכת כתובות פרק ב, דף כד ע"ב; ניתן ללמוד מהאמור שכאשר אין סכסוך, מקילים בדיני הראיות ומכשירים אף בעד אחד, וגם אם הוא קרוב, ודי אפילו בשטרות המעידים לפי תומם על היות פלוני כהן.

43 בג"ץ 581/80 אמסלם נ' נציב שב"ס, פ"ד לה(2) 325 (1981); עע"א 2/87 ועדת השחרורים נ'

ראיה יכולה לשמש תשתית לקביעת עובדות. שמועות כשלעצמן, שאינן נתמכות בראיות אחרות, אינן יכולות להוות תשתית לקביעת עובדות⁴⁴. הרשות רשאית לשקול את השמועות במכלול הראיות המינהליות, ואולם השמועות לבדן לא יוכלו להוות בסיס להחלטה הפוגעת בזכויות, כל זאת, אם לא נתמכו בראיות נוספות⁴⁵. על הרשות לסמוך את התשתית העובדתית על ראיות שיש בהן ערך הוכחתי⁴⁶. אין להסתפק בשברי מידע. על התשתית העובדתית להיות נתמכת בחומר שעל בסיסו יכול האדם הסביר לגבש עמדה⁴⁷.

המבחן שגובש בפסיקה לצורך קבלת הראיה המינהלית הוא מבחן הסבירות. מידת ההוכחה, הנדרשת לצורך קביעת ממצא עובדתי, היא זו שתוביל רשות מינהלית סבירה לקביעת הממצא על בסיס אותן ראיות. הרשות רשאית לבסס את החלטותיה על כל ראיה שאדם סביר היה מסתמך עליה לצורך קבלת אותה החלטה⁴⁸. ראיה שאדם סביר לא היה מייחס לה משקל, אף הרשות אינה יכולה להביאה כבסיס להחלטתה. על הרשות המינהלית לאסוף את הראיות, לסנן ולהבחין בין ראיות שיש בהן ערך הוכחתי לבין ראיות שאין בהן כל ערך, ולקבוע את העובדות בהתאם⁴⁹.

סבירות המשקל שניתן לראיה המינהלית נבחנת בשים לב לטיב ההחלטה המתקבלת על בסיס אותה ראיה. ככל שעוצמת הפגיעה בזכויות רבה יותר, כך יש לבסס את ההחלטה בעובדות הנסמכות על ראיות טובות יותר⁵⁰. כאשר משמעות

סוירס, פ"ד מא(2) 445 (1987); בג"ץ 550/89 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, פ"ד מג(2) 739 (1991); בג"ץ 21/79 בן שמעון כהן נ' ועדת השחרורים, פ"ד לג(1) 474 (1979).

44 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד כ 80, 84 (1949); בג"ץ 21/48 סופר נ' שר המשטרה, פ"ד כ 365, 381-383 (1949); בג"ץ 287/71 דעבול נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד כו(2) 821, 828 (1971).

45 זמיר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 750 ואילך.

46 בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972); ע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד לז(2) 688, 694 (1983).

47 ע"ב 2/84 גיימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 249 (1984).

48 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, תק"על 2003(3) 2034, 2034 (2003).

49 ראו עניין לנסקי, לעיל ה"ש 46; עניין יורונט קווי זהב, לעיל ה"ש 41, בעמ' 424.

50 ראו לעניין זה דברים שנאמרו בע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יכ(3) 2017, 2063 (1958); על המחלוקת בעניין יישום האבחנה בטיב הראיות לפי חומרת העבירה ראו ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 650 (1988); כן ראו דיון בספרו של יעקב קדמי על הראיות — הדין בראי הפסיקה כרך שלישי 1501 (2003); כמו כן, על ההקבלה בין חשיבות הזכויות הנדרגות כגורם המכריע בטיב הראיות המינהליות המשמשות להחלטת הרשות ניתן ללמוד גם בדיני המלחמה במשפט העברי. בדין בסוגיית פטורים מהשתתפות במלחמה הוקשחו הדרישות הראייות להוכחת זכאות לפטור בהחלטה מינהלית. הרמב"ן פירש את הראיה הנדרשת בדרך זו: "שיביאו עדים על הבית ועל הכרם והאישה לפני שר הצבא ואז ייתן לו רשות לחזור". מדבריו משתמע, שהראיה הנדרשת,

ההחלטה הינה פגיעה בזכויות קיימות, ובעיקר פגיעה בזכויות יסוד, כי אז יש לבסס את ההחלטה בעובדות שנתמכות בראיות מינהליות ברורות ומשכנעות.⁵¹

המשקל שניתן לראיה המינהלית וסבירות ההחלטה שמתקבלת על בסיס אותה ראיה, נמדד, בין היתר, גם בהתחשב בדיון שבתחומו ניתנה ההחלטה המינהלית. יישומו של מבחן סבירות הראיה המינהלית מוביל לנוסחה, שלפיה ככל שהפגיעה בזכויות יסוד רבה יותר, כך גם טיב הראיות שנדרש לביסוס ההחלטה המינהלית.⁵² מעשה, הפוגע בפגיעה חמורה בזכויות, יאושר רק כאשר החלטת הרשות המינהלית נתמכת בראיות משמעותיות ביותר. במקרים של פגיעה חמורה בזכויות יסוד, אין לבסס החלטה מינהלית על תשתית עובדתית שבספק. אין מדובר במבחן "הספק הסביר" המקובל במשפט הפלילי, ואולם, אין הרשות המינהלית יכולה להסתפק בראיות המתפרשות לכאן ולכאן.⁵³

החלטת ההלכות הנ"ל על מערכת היחסים שבין שב"ס לאסיר מובילה אל המסקנה שעל שב"ס לבסס את החלטותיו, בעניין זכויותיהם של אסירים, על בסיס ראיות מינהליות ברמה גבוהה מבין רמת הראיות הנדרשת מרשות מינהלית. הכול – בהתייחס לטיב הזכות הנשללת מהאסיר ולחומרת הפגיעה בו אל מול הצרכים המיוחדים הנדרשים לניהולו התקין של בית הסוהר. אמנם, מדובר בהליך מינהלי של קבלת החלטות, אך מצוי הוא בתחומים הנושקים למשפט הפלילי. עניינן של החלטות שב"ס הנוגעות למי שמרצה מאסר בקביעת תחומי מימוש זכויותיו החוקתיות, זכויות שמסגרתן כבר הוגבלה כחלק בלתי נפרד מעצם גזירת עונש המאסר. בהתאם, רמת הראיות המינהליות צריכה להיבחן בזיקה לרמת הראיות הנדרשת לביסוס החלטה בדבר שלילת זכויות בהליך הפלילי. מכאן שנטל הראיה המינהלית המוטל על הרשות מצוי במדרג הגבוה. אמנם, בהליך המינהלי אין חובה לקבל את ההחלטות על בסיס ראיות שיש בהן כדי להוכיח את הנטען מעבר לספק הסביר, כמקובל במשפט הפלילי, ואולם החלטתו המינהלית של שב"ס צריכה להיות מעוגנת בראיות מינהליות ברמה סבירה⁵⁴, אשר אינן ניתנות לפירושים לכאן

צריכה לעמוד בכל כללי הראיות המקובלים. אולם, הרמב"ן מדגיש שהסיבה לדרישה זו היא ש"לולי כן היו מרבית העם חוזרים בטענות שקר". הרמב"ן אינו מנמק את הקשחת הכללים הראייתיים בכך שעל פי דין התורה, "על פי שנים עדים יקום דבר". ייתכן, שהרמב"ן הבין שכללים אלו אינם חלים על המינהל, ומשום כך נימק, שבמקרה זה יש להקשיח את דיני הראיות, משום שקיים חשש סביר שהחייל יבקש להשתמש מחובתו בתואנות שונות; ראו רמב"ן, לדברים, כ, 8.

51 בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3) 1021, 1031 (2002).

52 בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, תק-על 2003(4) 497, 503 (2003); בג"ץ 3615/98 נימושינ' נ' משרד הפנים, פ"ד נד(5) 780, 787 (2000); בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 704 (1998).

53 ראו ברכה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 297–307; בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 699–698 (1995).

54 ראו דרישה פחותה לראיות מינהליות כבסיס לענישה משמעתית בבתי סוהר ב-, Superintendent, Massachusetts Correctional Institution, Walpole v. Hill, 472 U.S. 445 (1982).

ולכאן⁵⁵, ראיות השוללות במידה סבירה ספק בכל הנוגע לאסיר ולשאלה הנבחנת בעניינו.

החלת הכלל, שלפיו סבירות הראיה המינהלית נבחנת גם בהתייחס לדין החל על התחום בו נעשה בה שימוש, תומכת בהסתייעות בכללים הנוהגים בבחינת משקלן וטיבן של ראיות על פי הוראות פקודת הראיות, לשם הערכת סבירותה של קבלת ההחלטות על בסיס אותן ראיות מינהליות. זאת, על דרך ההיקש מדיני הראיות הנוהגים בהליך הפלילי וככל שהראיות מבססות החלטה למנוע טובת הנאה או זכות אחרת מאסיר. ככל שעניינו של ההליך בשלילת זכות חשובה יותר, בעלת מעמד חוקתי מוכר, כך גדלים החובה להקפיד על כללי הדיון, השמירה על הזכויות הדיניות והמהותיות, וביסוס ההחלטה על תשתית ראייתית מוצקה יותר⁵⁶.

כאמור, גורמי שב"ס מודעים לקושי שבהסתמכות על מידעים מודיעיניים, ובמיוחד כאלו הנאספים מבעלי עניין שונים, שחלקם מעוניינים אולי לפגוע באסיר מטעמים שונים⁵⁷. נראה, כי בנסיבות אלו אין מניעה לעשות שימוש בכללי פקודת הראיות ולהיעזר בהם ככלי מכוון ומסייע, אם כי לא כובל ומחייב, להערכת טיבן של ראיות מינהליות, תוך התאמת הכללים להליך ולנסיבות המיוחדות של תנאי הכלא.

כך, למשל, ראוי לנהוג בזהירות במקורות מידע שעניינם שותפים לדבר העבירה שבגינה מרצה האסיר את עונשו, שותפים למעשה בתחומי הכלא שבגינה נבחן עניינו של האסיר ואף בעלי עניין אחרים, לרבות נפגעי עבירה, אשר ייתכן שינסו, בדרך של העברת מידע שלילי לשב"ס אודות האסיר, להחמיר את תנאי כליאתו ומצבו⁵⁸. כללים אלו בדיני הראיות, המשמשים להבטחת תקינותה של הראיה ולמניעת מצב שתוכנה של עדות או ראיה יושפע ממערכות יחסים שיגרמו למסירת מידע שאינו אמת, טובים גם ככלי מסייע לבחינת סבירותה של הראיה המינהלית. הכול, תוך שימוש מתאים בכללים אלה והתאמתם לנסיבות בכל מקרה ומקרה.

55 רע"ב 10031/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, תק-על 2005(1) 104, 107 (2005); עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 772–773 (1992); וראו גם רע"ב 2018/97 שטרית נ' ועדת השחרורים, תק-על 97(2) 106 (1997), פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק; יוזכר לעניין זה, כי גם במשפט האזרחי נקבע כי כאשר מועלית טענה נגד צד, שהיא במהותה טענה בעלת אופי פלילי, כגון טענת מרמה, נטל ההוכחה על הטוען מוגבר מעבר לנטל המוטל עליו בהליך אזרחי רגיל. ניתן ללמוד, כי כאשר טיב הטענה המשפטית הוא בתחום הנושק לפלילי, רמת הראיות הנדרשת תהא גבוהה יותר.

56 מיכל טמיר "עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל ה' 497, 548–549 (2000).

57 ראו פסקי הדין המצוינים בה"ש 55 לעיל.

58 ראו למשל: עע"א (מחוזי חי') 348/03 כהן נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח 2004(1) 4993 (2004).

ה. בירור ובחינת העובדות ושמירה על קיומו של הליך הוגן

חובתו של שב"ס היא ליוזם השגת ראיות הנחוצות לקביעת עובדות שישמשו בסיס למדיניות כליאה לכל אסיר ואסיר. על שב"ס מוטלת גם החובה להתעדכן בשינוי נסיבות בכל הנוגע להפעלת סמכויות הכליאה. כאשר נשקל שינוי בתנאי מאסרו של אסיר, יש לבסס את ההחלטה, בין היתר, על עובדות המצדיקות את השינוי⁵⁹. לשם כך קיים נוהל אבחון, שעניינו מיון אסירים, קביעת תנאי כליאתם וקבלת החלטות בעניין העברות בין בתי כלא, חופשות אסירים, הליכי שיקום, תעסוקה ושחרור מוקדם ממאסר⁶⁰. הליך האבחון כולל איסוף מידע שוטף ממכלול של גורמים, במטרה לספק נתונים הן לצורכי הכליאה השוטפים והן לצמתי החלטה מוגדרים, כגון החלטות בדבר חופשות, שינוי בסיווג אסיר וכד'⁶¹. בהתאם, מבחן העובדות, סבירות השימוש בראיות המינהליות וסבירות ההחלטות המתקבלות על בסיסן, נמדדים הן בהתייחס לקביעה עובדתית הצופה פני עבר והן על בסיס ההשערה העובדתית המתייחסת לסיכון אפשרי מהתנהגותו של האסיר, הצופה פני עתיד.

עבר פלילי מהווה נתון חשוב בהערכת מסוכנותו של האסיר⁶². נתונים על עבר פלילי⁶³, יחד עם חוות דעת של גורמים מקצועיים בכלא, כגון גורמי בריאות הנפש, אנשי רפואה ועובדים סוציאליים, משמשים בסיס לקביעת עובדות המשמשות את רשויות שב"ס, בכל הנוגע לאבחון האסיר ולסיווגו, ובהתאם – גם לקביעת תנאי כליאתו. מקורות מידע אלו ניתנים לבחינה ולבקרה הן על-ידי רשויות שב"ס והן על-ידי בתי המשפט, בבואם לבחון את סבירות ההחלטה המינהלית. מידעי מודיעין, הן של שב"ס והן של משטרה, מהווים חלק מרכזי בתשתית הידיעות המשמשות את שב"ס בקבלת כל החלטה, וזאת, בשל ההיבט המכריע של שיקולי בטחון הציבור מחד גיסא, ובטחון האסיר מאידך גיסא. שיקולי ביטחון קודמים, בדרך כלל, לשיקולים אחרים. שמירה על הביטחון מהווה אחת מתכליותיה העיקריות של פקודת בתי הסוהר⁶⁴.

59 ייתכנו גם גורמים נוספים, כגון שינוי מדיניות כללית.

60 דן סתר אבחון ומיון אסירים בשירות בתי הסוהר בישראל (הוצאת לשכת המדען הראשי במשרד לבטחון פנים, 1999).

61 שם, בעמ' 233–303.

62 בש"פ 6253/94 אלון נ' מדינת ישראל, תק"על (3)94, 1246, 1250 (1994); בש"פ 1326/98 פלוני נ' מדינת ישראל, תק"על (1)98, 1 (1998); בש"פ 6761/99 מדינת ישראל נ' זכור, תק"על (3)99, 1173 (1999).

63 זיכוי נאשם מעבירה שיוחסה לו בהליך פלילי אינו מונע מהרשות המינהלית לבחון ראיות מינהליות בנוגע לאפשרות של ביצוע עבירה פלילית. ראו ע"מ 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל, תק"על (1)2005, 1230, 1234 (2005).

64 בג"ץ 8630/04 ואנונו נ' מנהל בית סוהר שיקמה, תק"על (3)2005, 968 (2005); ראו גם ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421 (1979); ע"פ 4890/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594, 601 ואילך (2001).

תכלית זו מצויה בבסיס פעולותיו של שב"ס⁶⁵. מכאן גם חשיבותו של מערך המודיעין המעורב בהמלצה לגבי כל החלטה. להמלצות שב"ס משקל רב במסגרת השיקולים המשפיעים על כל קבלת החלטה בעניינו של אסיר⁶⁶.

בתי המשפט מכירים בקושי שבבחינת מידע מודיעיני, אשר לעתים עלול להיות מבוסס על רכילות או על הלשנה שעניינה התחשבות בין אסירים⁶⁷. במסגרת הפיקוח השיפוטי בוחן בית המשפט את כמות המידעים, את הצלבתם ואת מידת עדכניותם⁶⁸. כאשר רואה בית המשפט כי הגופים המקצועיים האמונים על הערכת מקורות מודיעין בחנו את המידעים וגיבשו את מסקנתם לאחר בחינה ושקילה, לא יתערב בית המשפט במשקל שניתן למידעים במסגרת החלטתם⁶⁹. עם זאת, כאשר עניינו של אסיר נבחן על-ידי רשויות מוסמכות שונות, שמסקנתן בנוגע למסוכנות אסיר שונה, כי אז לא תמיד יקבל בית המשפט את הערכת גורמי שב"ס, ובמיוחד כשאלו מבוססים על מידעים קלושים בלבד⁷⁰.

קיום החובה המוטלת על שב"ס לבירור עובדות, ובמיוחד כשאלו מבוססות על מידעים מודיעיניים חסויים, יחד עם עקרונות היסוד של המשפט, מחייבים ליתן לאסיר הזדמנות להתעמת עם הטענות המועלות נגדו ולהשיב להן לגופן. בלא שתינתן ההזדמנות לאסיר להתייחס לעובדות ולטענות נגדו, לא יושלם הליך מינהלי תקין של בירור עובדות⁷¹. כאשר מדובר בשלילת זכויות בהליך של ענישה

65 ע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד (4) 500, 492 (1996); רע"ב 6531/97 קהלני נ' בית סוהר איילון, תק-על (1) 167 (1998); רע"ב 1728/98 מועד נ' מדינת ישראל, תק-על (2) 746 (1998); ע"א 6481/01 אל-עביד נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נז(6) 678, 714 (2003); רע"ב 8469/04 אבו סלימאן נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 4.11.2004); ע"א 4714/04 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(6) 145 (2005).

66 סתר, לעיל ה"ש 60, בעמ' 242.

67 ע"א (מחוזי נצ') 714/03 עבדאללה נ' משטרת ישראל, תק-מח (4) 1580, 1581 (2003); ע"א (מחוזי ת"א) 1590/01 ריברה נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח (2) 4471 (2001); ע"א (מחוזי נצ') 1214/04 שימשילשווילי נ' ועדת השחרורים, תק-מח (2) 3375, 3376 (2004).

68 ע"א (מחוזי ת"א) 1147/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, תק-מח (1) 1170, 1171 (2003); ע"א (מחוזי חי') 477/04 אע'באריה נ' משטרת ישראל, תק-מח (3) 4225, 4226 (2004); רע"ב 3318/03 חמד נ' שירות בתי הסוהר, תק-על (2) 2124 (2003); ע"א (מחוזי נצ') 1573/04 איסקוב נ' משטרת ישראל, תק-מח (4) 3829 (2004).

69 רע"ב 3019/98 מדינת ישראל נ' ארזי, פ"ד נב(2) 743, 746-747 (1998); רע"ב 10426/03 מדינת ישראל נ' פרנסואה, תק-על (3) 2004 (3) 39 (2004); רע"ב 3630/04 מקסימוב נ' שירות בתי הסוהר, תק-על (2) 2004 (2) 2986, 2987 (2004); פרשת ריברה, לעיל ה"ש 67; ע"א (מחוזי ת"א) 2208/00 פרושינובסקי נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח (4) 2000 (4) 2693 (2000).

70 ע"א (מחוזי חי') 515/04 ש' נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח (4) 2004 (4) 1223 (2004); עניין כהן, לעיל ה"ש 58.

71 על זכות השימוע לפני שלילת זכויות, כחלק מהליך מינהלי תקין, ראו: בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, תק-על (1) 2004 (1) 2709, 2723 (2004); בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305 (1994); עניין גינגולד, לעיל ה"ש 17; ע"א (מחוזי חי') 510/05 נזאר נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח (1) 2005 (1) 1044, 1045 (2005).

עקב ביצוע עבירה, מעוגנת זכותו של האסיר להתגונן ולהשמיע טענותיו בפקודה המגדירה את העבירות, את ההליך לבירורן ואת הענישה בגינן.⁷² אין הוראות דומות המחייבות מתן הזדמנות לאסיר להתגונן מפני שלילת זכויות, כפועל יוצא מהליך סיווג ומיון בעת קליטתו למאסר ולאחר מכן, במהלך מאסרו בהליכים שונים, כגון לפני ועדות לעניין אלימות במשפחה, סיווג מסוכנות של עברייני מין וכדומה.⁷³ היעדר הסדרה בחוק של סדרי דין ברורים, של זכות האסיר לשימוע, של הזכות לעיין בראיות נגדו ושל הזכות לייצוג, מהווה חסר המותיר את ההגנה על זכויות יסוד חוקתיות בידי הרשות המינהלית והפועלים מטעמה. חסר זה מטיל על בית המשפט חובה להקפיד בשמירה על הפעלת הסמכות, אשר ככל שהיא רחבה יותר, גלום בה גם הפיתוי להשתמש בה שלא לצורך.⁷⁴

זכות הטיעון או השימוע של אסירים עוגנה בהוראות פקודת נציבות בתי הסוהר והיא חלה על שירות בתי הסוהר מעצם היותו של בית הסוהר רשות מינהלית, המקבל ומבצע החלטות שעניינן פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות.⁷⁵ יחד עם זאת, ההליך שהוסדר על פי הפקודות בשב"ס קובע זכות טיעון מוגבלת, וזאת, בהיעדרו של האסיר עצמו ובהיעדר זכות לייצוג על-ידי עורך דין במהלך הדיון. שמיעת עמדתו של אסיר בעניין הנדון בוועדות מקצועיות של שב"ס, והתייחסותו לטענות המועלות נגדו, נעשות בדרך של טיעון בכתב באמצעות העובד הסוציאלי בכלא.⁷⁶ שיטת טיעון זו באה להגן על חסיון ראיות ולאפשר דיון חופשי ומקצועי.⁷⁷ עם זאת, לא ניתן להתעלם מהקושי לראות בהליך זה שימוע של ממש בהתאם לנדרש מרשות מינהלית,⁷⁸ ומימוש הזכות לטיעון ולייצוג הוגן. האסיר השולח טיעונו בכתב לוועדה הדנה בעניינו אינו יודע אלו טענות מועלות שם נגדו ועל בסיס איזו תשתית עובדתית מועלות הן. ממילא, אין הוא מסוגל להתייחס לאותן טענות התייחסות של ממש ולהביא מטעמו ראיות או טענות לסתור את הנטען נגדו. מתן זכות שימוע וטיעון, בלא שיש לאסיר את עיקרי הטענות נגדו, ולו באופן כללי, מעקר, למעשה, את זכות השימוע⁷⁹ ואת יכולתו של האסיר לממש את זכות הטיעון

72 ס' 56–62 לפקודת בתי הסוהר.

73 למעט בעניין החזקת אסיר בהפרדה, בהתאם להוראות סימן ב1 לפקודת בתי הסוהר, הליך המחייב את אישורו של בית המשפט ומטיל על שב"ס גם את החובה לנמק החלטות בעניין זה.

74 בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד כח(2) 686, 690–691 (1974).

75 עניין ברמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1508.

76 עניין פלוני, לעיל ה"ש 16; רע"ב 10949/02 אלג'ריי נ' ועדת השחרורים, תק-על 2003(2) 2379 (2003); רע"ב 3892/04 כ' נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2004(3) 1089 (2004) (להלן: עניין: שירות בתי הסוהר); רע"ב 4581/04 פלוני נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2004(3) 2041, 2043 (2004) (להלן: עניין פלוני 2004).

77 ראו מחלוקת לעניין טיבו של ההליך ומגבלות האיוון הראוי בין שמירה על חסיון ראיות לבין הגנה על זכויות האסיר, ע"א (מחוזי חי') 411/04 ורדי נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח 2004(2) 5266 (2004); עניין איסקוב, לעיל ה"ש 68.

78 זמיר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 793–832.

79 זכות השימוע כוללת, מעצם טיבה, את הזכות לדעת, ולו בעיקרי הדברים, את טענות הצד

באופן אפקטיבי. הפסיקה אמנם ראתה בהזדמנות הניתנת לאסיר ללמוד את נימוקי ההחלטה של הוועדה שדנה בעניינו ולהכין את טיעונו לקראת המועד הבא בו יידון עניינו שוב⁸⁰, משום תרופה לזכות הטיעון המוגבלת שעומדת לרשותו, זאת בהיעדר מידע מראש על הטענות המועלות נגדו. עם זאת, אין בכך כדי להוות תרופה של ממש לקושי שיש לאסיר להתגונן מפני הטענות המועלות נגדו.

לגישתי, קושי זה הטבוע בהליך מטיל על בית המשפט חובה מוגברת לבחון את ההחלטות ולוודא כי התבססו על ראיות ממשיות. בנסיבות אלו, כאשר רק בדיון הבא יוכל האסיר להגיב על טענות שהועלו נגדו ואשר היוו תשתית לקבלת החלטה בעניינו בדיון קודם, קמה החובה לקצוב את משך הזמן בו נשללת מהאסיר זכות, עד לדיון הבא בעניינו, כך שיהיה מידתי. זאת, במיוחד כאשר מדובר בשלילת זכות על בסיס מידע מודיעיני הצופה פני עתיד, להבדיל מענישה משמעתית. כאשר המועד, בו רשאי האסיר לממש זכות, או פרק הזמן לשלילת הזכות אינם קבועים בחוק או אינם מוגדרים בבירור בהחלטה השוללת את הזכות, יש לבחון את ההחלטה ואת התשתית העובדתית שעמדה לנגד עיני ש"ס בכל פרק זמן סביר. על בית המשפט לבדוק אם אותן ראיות מינהליות ואותו מידע, ככל שהתאמתו עם הזמן או דעכו, מצדיקים את המשך שלילתה של הזכות. בהיעדרם של ראיות ומידע עדכניים, יש לבחון מחדש את צדקת ההחלטה בדבר שלילת זכות מאסיר⁸¹, במובן זה שגם אם התקבלה בעבר החלטה כדין לא יהיה בה כדי להנציח את שלילת הזכות. נושאים אלו לא הוסדרו בדבר חקיקה, ועל בתי המשפט החובה להקפיד בפיקוח על אופן קבלת ההחלטה ובקציבת מועד תחולתה, בהיותה החלטה השוללת זכויות יסוד. סבור אני, כי המגבלות המוטלות על האסיר בדרך קיום ההליך בשב"ס מטילות על בית המשפט חובה לזהירות ולרגישות מוגברת בהפעלת הביקורת השיפוטית על החלטות שב"ס.

ו. ראיות חסויות

כאמור, גורמי שב"ס דנים לא אחת בעניינו של אסיר במסגרת דיון החסוי בפני האסיר, כאשר הראיות המוצגות לפני גורמי שב"ס הן, בדרך כלל, ראיות חסויות.

שכנגד; ראו בג"ץ 28/74 שעשע נ' ועדת העררים לעניני מוגיות, פ"ד כח(2) 652, 658 (1974); עניין המגדר – ברזלית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 291–293; ע"א 831/86 מאור נ' מיכאלי, פ"ד מד(1) 762, 770 (1990); זמיר, שם, בעמ' 816.
80 עניין פלוני, לעיל ה"ש 16.
81 ראו על דרך ההיקש מהחלטות בעניין מעצר מינהלי: בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, תק"על 2003(3) 386, 383 (2003); עמ"מ 5652/00 עוביד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913, 921–922 (2000); ראו גם ע"א (מחוז חי') 534/05 אוזן נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 21.3.2005); ע"א (מחוז חי') 558/05 אוהיון נ' שירות בתי הסוהר, תק"מח 5948 (1) 2005 (2005).

בעיקרן, הראיות הן בגדר מידעים ממקורות מודיעין משטריים וממקורות מודיעין שבתחומי הכלא.

בהליך פלילי, המאשימה היא היוזמת את ההליך ועליה מוטל נטל הבאת הראיות. כאשר מבקשת המאשימה לעשות שימוש בראיה חסויה ננקט הליך של הוצאת תעודת חיסיון חתומה בידי השר הממונה⁸². בהמשך, ולאחר שמוגש כתב האישום, זכאי הנאשם לפנות בבקשה להסרת החיסיון, כולו או חלקו⁸³. ראיות חסויות פוגעות, מעצם טיבן, בהגנתו של הצד שהראיות חסויות בפניו. בהליך הפלילי, החיסיון פוגע בנאשם. באיזון בין הצורך להגן על מקורות מידע אל מול הצורך להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות נאותה להתגונן, נקבע⁸⁴, כי "עשיית צדק" בהקשר זה פירושה ניהול הליך פלילי הוגן, שיש בו כדי לחשוף את האמת ולא לגרום לעיוות דין לאותו נאשם ספציפי העומד לדין. על-כן, אם חומר החקירה, אשר לגביו חל החיסיון, חיוני הוא להגנת הנאשם, כי אז, בוודאי, הצדק דורש את גילוי, ושיקול זה עדיף על פני כל שיקול של אבטחת מקורות מידע אפשריים. שום נימוק של אבטחת מקורות מידע, ויהא הוא הנכבד ביותר, אינו שוקל יותר, במשקלולתו היחסית של הליך פלילי נתון, ממשקל הרשעתו של חף מפשע. עדיף זיכויו של נאשם, שאת אשמתו אין להוכיח בשל הצורך לגלות ראייה שיש אינטרס בטחוני שלא לגלותה, על פני הרשעתו של נאשם, שאת חפותו אין להוכיח בשל הצורך שלא לגלות ראייה חסויה. כמובן, על בית המשפט לשקול את שני האינטרסים גם יחד, תוך מתן משקל לכל אחד מהם. משעשה כן, יחליט על פי העדיפות היחסית. הכלל הוא, שאם הראיה הפלוגית חיונית היא להגנת הנאשם, כי אז לא יקיים בית המשפט את החיסיון, אלא יורה על גילוי הראיה⁸⁵. על בית המשפט לאזן בין הגנת הנאשם מחד גיסא, לבין הגנה על מקורות המידע, מאידך גיסא. ככל שהסכנה למקורות המידע תגבר כך ייטה בית המשפט להגן על החיסיון. ואולם, זאת, תוך שמירה על זכויות הנאשם ועל סיכוייו להתגונן מפני האישום המיוחס לו⁸⁶.

כללים אלו אינם חלים על הדיון המתנהל בעניינו של אסיר מול הגורמים המקצועיים של שב"ס, והם גם לא אומצו ככללים לבחינת החיסיון שעה שבית המשפט בוחן את תקינות החלטותיו של שב"ס במסגרת של עתירות אסירים.

82 ס' 44-45 לפקודת הראיות.

83 בהתאם להוראות ס' 46 לפקודת הראיות.

84 ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 738 (1984).

85 ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 443, 445 (1997); בש"פ 6392/97 בלביס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 176 (1997); ע"א 2629/98 השר לבטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786 (2001); ע"פ 568/99 עסאף נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 374 (2001); בש"פ 7403/00 חטיב נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(3) 2434 (2000); בש"פ 4796/03 מוזס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 139 (2003); בש"פ 10508/05 אבו מוך נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1) 2460 (2006); בש"פ 987/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 2891, 2893 (2006).

86 עמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(4) 687 (2004).

את סוגיית חסיון הראיות ומקורות המידע בעניינו של אסיר יש לבחון בהתייחס להליכים מסוגים שונים. הראשון כולל את כל אותם הליכים הננקטים בעניינו של האסיר בעת ריצוי עונש המאסר, כגון סיווגו, קביעת מקום הכליאה, הערכת המסוכנות לשם אישור יציאתו לחופשה, החזקתו בהפרדה והליכים משמעותיים הננקטים נגדו. ההליך השני, השונה במהותו, הוא הליך המתקיים לפני ועדה הדנה בשחרורו של אסיר בהתאם להוראות חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001.

בכל הנוגע לדיונים מהקבוצה הראשונה, המתנהלים לפני הגורמים המקצועיים בשב"ס, כי אז מתנהל הדיון ללא נוכחות האסיר או נציג מטעמו. בעניין החזקתו של אסיר בהפרדה, קיימת חובה לערוך שימוע לאחר חלוף 96 שעות-הפרדה ראשונות⁸⁷. קיימת חובה גם לנמק בפני האסיר את טעמי החזקתו בהפרדה. אולם, ניתן להימנע ממתן נימוקים ולהטיל חיסיון על ההחלטה מטעמים של בטחון המדינה, בטחון בית הסוהר ושמירה על שלומם של אסירים, סוהרים וניהולו התקין של בית הסוהר⁸⁸. בדיונים בוועדות להערכת מסוכנותו של מי שהורשע בעבירות אלימות במשפחה או בעבירות מין, אין כלל חובה לקיים את הדיון במעמדו של האסיר. גובש נוהל, שלפיו האסיר מעביר טענותיו לוועדה באמצעות העובד הסוציאלי שבכלא ואולם טענות המועלות נגדו חסויות הן בפניו, לפחות עד למתן ההחלטה. לא כל שכן התשתית הראייתית המוצגת לפני הוועדה. נוהל זה אושר בפסיקת בית המשפט העליון⁸⁹. ממילא, ועל פי נוהל זה, אין ניתנת לאסיר הזדמנות לברר את הראיות שנגדו, לא כל שכן לנקוט הליך להסרת החיסיון, ככל שהוטל על הראיות או על הדיון כולו⁹⁰. יצוין עוד, כי במסגרת הדיון בהארכת החזקתו של אסיר בהפרדה מעבר לתקופת שישה חודשים, רשאי בית המשפט לסטות מדיני הראיות ולשמוע ראיות במעמד צד אחד, אם שוכנע כי הדבר נחוץ מטעמים של בטחון המדינה. יודגש, כי לא נקבעה הוראה זוהי בעניין החיסיון מטעמים של בטחון הציבור, ואולם, בפועל, נשמרות ראיות חסויות מפני האסיר. זאת, בהתבסס על הסמכות הכללית לחסות ראיות שעניינן הגנה על בטחון הציבור ועל שלומו, הנובעת גם מהוראות סעיף 19ב לפקודה.

מעבר לכללים שגובשו, ניצב בפני האסיר גם קושי טכני בעצם הגשת בקשה להסרת חיסיון, כאשר עניינו נבחן על-ידי בית המשפט כבואו לרון בעתירת אסיר נגד החלטת שב"ס. כאמור – העתירה מוגשת על-ידי האסיר. ממילא, בעת הגשתה לא ידועות לאסיר הראיות ששימשו את שב"ס עת שהחליט לשלול ממנו

87 ראו הוראות סימן ב לפקודת בתי הסוהר והוראות ס' 19ד לפקודת הראיות שעניינו הליך השימוע.

88 ראו הוראות ס' 19א וס' 19ב לפקודת הראיות.

89 עניין אלג'רבי, לעיל ה"ש 76; עניין שירות בתי הסוהר, לעיל ה"ש 76; עניין פלוני 2004, לעיל ה"ש 76; עניין פלוני, לעיל ה"ש 16.

90 עניין ורדי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1140.

טובת הנאה זו או אחרת. טיב הראיות שעל בסיסן התקבלה ההחלטה מובא לראשונה לפני בית המשפט ביום הדיון בעתירה, ובדרך כלל הוא מועבר על-ידי שב"ס לפרקליטות זמן קצר לפני הדיון. ברוב העתירות מתבקש בית המשפט לבטל החלטה שנתנו רשויות שב"ס, שתוקפה, ממילא, לזמן קצר וקצוב. ביום הדיון פונה הפרקליטות לבית המשפט ומצהירה כי בידה ראיות אשר אמורות להיות חסויות על פי הערכתם של גורמים מקצועיים בשב"ס (מודיעין, עובדים סוציאליים, גורמי בריאות הנפש, וכד') ובמשטרה. הפרקליטות מודיעה, כי אם מבקש האסיר לעיין בראיות כי אז מתבקש בית המשפט לדחות את מועד הדיון כדי לאפשר פנייה לשר הממונה להוצאת תעודת חיסיון. במצב דברים זה, ניצב האסיר בפני קושי – אם יבקש לדחות את הדיון כדי שתוצא תעודת חיסיון ויתקיים הליך של בקשה להסרתו, כי אז ייתכן שעד לסיומו של ההליך לא תהיה עוד בקשתו חיונית. אם מותר הוא על ההליך, ממילא נשארות הראיות חסויות בפניו. נראה, שמטעמים אלה בוחרים רוב העותרים שלא למצות את ההליך ושמים מבטחם בבית המשפט שיבחן את הראיות החסויות ויכריע בעתירתם.

בפסיקת בתי המשפט הובעו דעות שונות בכל הנוגע לזכותו של אסיר לחשוף ראיות חסויות ששימשו את הגורמים המקצועיים בשב"ס בעת שנדון עניינו. להבדיל מנאשם בהליך פלילי, שזכותו להתגונן היא זכות יסוד, אין לאסיר זכות קנויה ליהנות מתנאים אלו או אחרים במהלך מאסרו. להבדיל מהליך פלילי בעניינו של אסיר, בו החיסיון מתנגש עם זכויות יסוד, הרי שבמסגרת המאסר ההגנה על החיסיון מתנגשת בזכותו של אסיר לטובות הנאה שאינן בגדר זכויות יסוד⁹¹. מכאן גם שנקודת האיזון משתנה, ובדרך כלל יגבר הצורך להגן על מקורות המידע החסויים ועל ממלאי התפקידים בשב"ס על פני זכות האסיר להסיר את החיסיון⁹². לגישתי, במצב דברים זה, החובה המוטלת על בית המשפט לבחון לעומק את הראיות החסויות שלפניו, ואת ההליך שבו בחנו הגורמים המקצועיים בשב"ס אותן ראיות, הינה חובה מוגברת, זאת בהיעדר הליך מוסדר של בחינת הצידוק בחיסיון בשלב הדיון לפני גורמי שב"ס. בנסיבות אלו, ראוי לשקול החלת כללים שיבטיחו שהחיסיון על מקורות מידע וראיות יהיה חריג לכלל וכי ייעשה בו שימוש רק במקרים חיוניים. עקרון הצדק וההליך ההוגן מחייבים שהכלל יקנה לאסיר זכות להיות חשוף לטיב הראיות נגדו, לרבות לתוכנן של חוות דעת מקצועיות בעניינו, ויתאפשר לו לעיין בחומר הראיות. החריג לכלל צריך להיות ראיות חסויות בפני האסיר. ראוי להסדיר נוהל, שלפיו הסמכות לבקש להטיל חיסיון על חומר מסוים תהיה מסורה לרשויות שב"ס. ואולם, לשם כך יהיה מוטל על שב"ס הנטל לבקש

91 סיווגה של זכות כ"זכות יסוד" אינו דבר ברור מאליו. ראו למשל את הדיון בזכות האסיר להתאחדות בעניין עמיר, לעיל ה"ש 65; בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 483–484 (1987); עניין אוהיון, לעיל ה"ש 81.

92 עניין איסקוב, לעיל ה"ש 68; ע"א (מחוז ת"א) 1711/00 מנבר נ' שב"ס, תק"מח 2000(2) 1431 (2000).

את תעודת החיסיון ולשכנע בכל הליך מתאים בדבר הצידוק שבהטלת חיסיון⁹³. כיום, למעשה, המצב הוא הפוך. עיקר החומר חסוי, ובפועל אין לאסיר אפשרות להשמיע עמדתו בעניין החיסיון בהליכים המתנהלים בעניינו.

על הצורך בקביעת הליך מוסדר לבירור הנחיצות בחיסיון והסרתו, ניתן ללמוד מהוראות חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001. עניינו של חוק זה בהליכים לשחרור מוקדם של אסירים. בהתאם לחוק, דנה ועדה בשחרורו על תנאי של אסיר. החוק מפרט את הנתונים שעל הוועדה לשקול בבואה לדון בשחרורו של אסיר, ואת סוגי הראיות שיובאו לפניה, לרבות חוות דעת של גורמים מקצועיים. בין היתר, קובע החוק הוראות מפורשות בדבר חיסיון ראיות ומקורות מידע, וההליך בו נדון החיסיון⁹⁴. החוק קובע, כי בא כוח היועץ המשפטי לממשלה רשאי להציג לפני הוועדה מידע שגילוי לאסיר ולבא כוחו עלול, לדעתו, לפגוע בבטחון המדינה, או בעניין ציבורי חשוב אחר, אף שלא בנוכחות האסיר ובא כוחו ובלי לגלות להם את תוכנו. זאת, בתנאי שנמסרה הודעה על הבקשה לאסיר או לבא כוחו. הוועדה רשאית לעיין במידע שהוצג לפניה כחסוי, לשם החלטה בבקשת היועץ המשפטי לממשלה להטיל את החיסיון, ולקבל ממנו פרטים נוספים לעניין המידע, שלא בנוכחות האסיר ובא כוחו. במסגרת שיקוליה על הוועדה לבחון, אם העניין שיש באי גילוי של מידע חסוי שהוצג לפניה עדיף מהצורך לגלותו לשם עשיית צדק. לשם כך רשאית היא לקיים את הדיון בעניינו של האסיר אף שלא בנוכחות האסיר ובא כוחו ובלי לגלות להם את תוכנו של המידע החסוי. הוועדה תודיע לאסיר או לבא כוחו ולבא כוח היועץ המשפטי לממשלה על החלטתה בבקשה לאשר שימוש בחומר חסוי, ורשאית היא לקבוע שנימוקי ההחלטה, כולם או מקצתם, יהיו חסויים. עם זאת, החליטה הוועדה שלא לגלות לאסיר ולבא כוחו תוכנו של מידע חסוי, כולו או מקצתו, תעביר הוועדה לאסיר פרטים או תמצית של המידע החסוי, ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע בבטחון המדינה או בעניין הציבורי האחר; הייתה הסיבה לאי גילוי המידע הגנה על טובתו של האסיר, רשאית הוועדה לגלות את המידע החסוי רק לבא כוחו של האסיר, כפוף להסכמתו של האסיר. החלטת הוועדה כפופה לביקורת שיפוטית.

נראה, כי הוראות אלו מבטיחות אפשרות לבחון בחינה הוגנת את הצורך

93 גישה דומה באה לידי ביטוי בכללים בדבר הליכים משמעתיים הנוהגים בבתי הכלא באנגליה (ס' 20.2 של ה"Discipline Manual"), הקובע כי הראיות בעניינו של אסיר תהיינה גלויות, אלא אם כן חשיפתן עלולה לגרום לסכנה ממשית למקור הראיה, זאת למעט אם חל על הראיה חיסיון מפורש מכוח הוראת חוק. בתי המשפט אף פסקו כי עקרון הצדק מחייב מתן אפשרות עיון לאסיר בראיות כנגדו. יחד עם זאת, הימנעות ממתן זכות עיון לאסיר אינה פוגמת, בהכרח, בתקינות ההליך. עם זאת נקבע בפסיקה נוספת כי הימנעות מחשיפת חומר חסוי בשעה בו קיים פער בין עדויות וחוות דעת שנמסרו על-ידי אותו מקור לרשויות הכלא מהווה פגיעה בהליך ההגנה; ראו ב-LIVINGSTONE, OWEN & MACDONALD, לעיל ה"ש 37 כפרק 46.9 ובפסקי הדין המאוזכרים שם מול ה"ש 93-94.

94 ס' 17 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר.

בחיסיון. זאת, בצד מתן אפשרות לאסיר להתייחס בטיעונו לפני הוועדה לראיות החסויות, ככל שטיבן ותוכנן נמסר לו בתמצית. קיומו של הליך מוסדר בעניין חיסיון בדיון בעניין שחרור מוקדם של אסיר ממחיש את החסר בהליך מוסדר בדיון בעניינים אחרים הנוגעים לאסיר בעת מאסרו. זאת, על אף שיש בדיונים אלו כדי להשפיע על תנאי כליאתו וזכויותיו בתקופת המאסר. בפסיקה נקבע, כי אימוץ הליך הקבוע בחוק זה בדיונים בעניינים אחרים הנדונים בהליך של עתירת אסירים, הוא ראוי, וזאת – מכוח סמכותו של בית המשפט לדון בכל עניין בדרך הנראית לו מועילה בנסיבות העניין⁹⁵. יחד עם זאת, מן הראוי שאימוצו של הנוהל ייעשה בחקיקה מפורשת שתמלא את החסר גם בהתייחס לעניינים אחרים של אסירים שיש בהם השלכה ממשית על זכויותיהם ועל תנאי כליאתם.

ז. החלת העקרונות שפורטו לעיל על נושאים הנדונים בענייני אסירים

בשים לב לאמור לעיל, אבחן להלן נושאים הבאים לידי ביטוי בהחלטות שב"ס ובהחלטות הוועדות הפועלות במסגרתו והעומדים לביקורת שיפוטית במסגרת של עתירות אסירים.

1. הפסקת ריצוי עונש מאסר בעבודות שירות

בית משפט, שגזר על אדם מאסר בפועל לתקופה שאינה עולה על שישה חודשים, רשאי להחליט שהנידון יישא את עונש המאסר, כולו או חלקו, בעבודת שירות⁹⁶. החלטה זו מותנית בקבלת חוות דעת חיובית של הממונה על עבודות שירות⁹⁷. במקרים רבים מתיר בית המשפט את ריצוי עונש המאסר בעבודות שירות לאחר שקיבל משירות המבחן תסקירים חיוביים בעניינו של הנאשם וכן לאחר ששקל את חומרת העבירה, את נסיבותיו האישיות המיוחדות של נאשם, את גילו, את עברו הפלילי ועוד נתונים רלוונטיים, כפי שהוכחו לפני בית המשפט שגזר את הדין בהתאם לראיות כנדרש בהליך הפלילי.

גם אם אישר בית משפט לנאשם לרצות את עונשו בעבודות שירות, יכול שריצוי העונש יופסק, ויהיה על הנאשם לרצות את עונשו במתקן כליאה. הפסקת עבודות

95 עניין עמיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 3449.

96 ס' 351 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

97 יצוין כי הפסיקה הנחתה את בתי המשפט לבקש תחילה את חוות דעתו של הממונה ורק אחר-כך לגזור את הדין. זאת, כדי שלא יהיה כבול בגזירת מאסר בפועל אם לאחר שנגזר הדין תתקבל חוות דעת שלילית מהממונה על עבודות שירות; ראו לעניין זה ע"פ 537/89 מדינת ישראל נ' בן משה אברהמין, פ"ד מג(4) 772, 778–779 (1989); רע"פ 935/06 מנסור נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 2675, 2676 (2006); עם זאת, נפסק כי בית המשפט גם אינו כבול בהמלצת הממונה על עבודות שירות, ואולם ייטה לקבלה בהיותה מבוססת על שיקולים מקצועיים; ראו רע"פ 2994/06 חביב אללה נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 560, 561 (2006).

השירות יכולה להיות בהליך של הפסקה שיפוטית⁹⁸, כתוצאה מהרשעה נוספת בעבירה אחרת, או בהפסקה מינהלית, עקב החלטתו של נציב שירות בתי הסוהר⁹⁹. על החלטתו של נציב שב"ס ניתן לעתור לבית המשפט בהליך של עתירת אסיר¹⁰⁰. כאמור, בכל הנוגע להפסקה מינהלית של ריצוי העונש בעבודות השירות, מדובר בהליך המתקיים עלידי נציב שירות בתי הסוהר. העילות להפסקה המינהלית של עבודות השירות מפורטות בחוק. עיקרן של העילות בהפרת הוראות הקשורות לעצם העסקתו של הנאשם בעבודות שירות. עילה נוספת היא פתיחת חקירה פלילית בעניינו, בחשד שעובד השירות עבר עבירה¹⁰¹. נציב שב"ס מקבל החלטה מינהלית המשנה תוצאה מעשית של גזר דין, שהתקבל בהליך שיפוטי על בסיס ראיות שהוכחו במידה הנדרשת במשפט הפלילי לקביעת עונשו של מי שהורשע בדין¹⁰². הפסקה מינהלית של עבודות השירות משמעה כליאתו של עובד השירות בבית סוהר כאסיר לכל דבר ועניין. מדובר, אם כן, בהחלטה שתוצאתה שלילת חירותו של אדם. מכאן גם נגזר טיב הראיות המינהליות שעל בסיסן ניתן להורות על הפסקת עבודות השירות ועל ריצוי עונש המאסר ככלא. ראוי הוא, כי ראיות אלו יהיה חד משמעיות, בדוקות ומאומתות, ברמת סבירות המביאה לידי ביטוי את הזיקה לראיות הנדרשות לגזירת מאסר בפועל בעת גזירת הדין.

בכל הנוגע לעילות להפסקת עבודות השירות, שעניינן הפרת הוראות מעסיק או מפקח על עבודות שירות, והתנהגות שאינה הולמת במקום העבודה, נראה, כי תשתית הראיות המינהליות הנדרשת לקבלת החלטה עולה מעצם פירוט העילות. נתונים המתקבלים מהמעסיק ומהמפקח הממונה הם התשתית הנדרשת להוכחת העילות ולקבלת החלטה בהתאם. מכאן, שעיקרו של ההליך נבחן בשים לב לאופן ביורר הטענות נגד עובד השירות. אם נערך שימוע, ואם הטענות מוצגות לפני עובד השירות וניתנת לו הזדמנות נאותה והוגנת להשיב לטענות נגדו, כי אז החלטתו של הנציב, לאחר שנשקלות כל הנסיבות, תהיה סבירה ובתחום סמכותו. רק לעתים רחוקות ניתן יהיה לטעון כי ההחלטה מצדיקה את התערבותו של בית המשפט. שונה המצב בעילה שעניינה פתיחת חקירה נגד עובד השירות בחשד שעבר עבירה. בטרם אתייחס לעילה ולדרך בחינתה, אעיר כי נוסח הוראת החוק הוא רחב ואינו מגביל פתיחת חקירה במסגרות של עבירות בדרגת חומרה זו או אחרת. לכאורה, פתיחת חקירה בחשד לביצוע עבירה מסוג חטא (לדוגמה: עבירות על

98 ס' 51 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

99 ס' 51 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

100 בכל הנוגע להפסקה שיפוטית, מדובר בהליך שבבסיסו הרשעה בעבירה נוספת עלידי בית משפט. החלטה זו מבוססת על ראיות כנדרש במשפט הפלילי ולא אורש לדון בה במסגרת רשימה זו.

101 ס' 51(א)(1)-(5) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

102 לעניין זה אציין שוב את ההבדל הקיים בפועל ברמת הראיות הנדרשת במסגרת הליך גזירת הדין, בהשוואה להליך קביעת האשמה והכרעת הדין; לדיון נרחב ומקיף ראו אצל הורביץ, לעיל ה"ש 3.

הליך מינהלי קבוע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

חוקי עזר עירוניים) עשויה להיות עילה להפסקת עבודות השירות. נראה, שלא לכך התכוון המחוקק, ובפועל גם מופסק ריצוי עונש של עבודות שירות במקרים בהם ביצע עובד השירות עבירה מסוג פשע.

פתיחת חקירה היא פועל יוצא של הגשת תלונה במשטרה או של פתיחת חקירה יוזמה על-ידי המשטרה לאחר שנודע כי נעברה עבירה¹⁰³. עובד שירות עלול למצוא עצמו נחקר כחשוד גם כאשר אינו קשור כלל לביצוע העבירה. כך, למשל, אם נחקר בהסתמך על מידע שקשר אותו לביצוע העבירה, ובחקירה נמצא שאין למידע בסיס: כך אם נחקר בהיותו בדוקאי של משטרת ישראל, שנקלע לזירת העבירה באקראי, וכך גם אם מוגשת נגדו תלונת סרק על-ידי בעל עניין המבקש לפגוע בו. מטרת החקירה המתירה להורות על הפסקת ריצוי של עונש מאסר בעבודות שירות, בנסיבות של פתיחת חקירה בחשד לביצוע עבירה, היא מניעת מצב בו אדם המרצה עונשו בעבודות שירות ימשיך לבצע עבירות נוספות ויפגע בציבור במהלך ריצוי עונשו. אין בחוק כוונה לפגוע בזכויותיו של עובד השירות אך ורק מהטעם שנפתחה חקירה בה נקשר שמו, וזאת, כאשר אין לו קשר לביצוע העבירה הנחקרת.

מכאן שבהליך זה, שתוצאתו האפשרית הינה שלילת חירותו של אדם, יש לבסס את ההחלטה בדבר הפסקת עבודות השירות על ראיות מינהליות המצביעות על מעורבות, לכאורה, של עובד השירות בביצוע אותן עבירות שבגינן נפתחה חקירה. ברי, כי אין נציב שב"ס או בית המשפט הדן בעתירת האסיר אמור לקבוע כי יש בסיס מוצק להרשעתו של עובד השירות¹⁰⁴, ואין גם צורך להמתין להרשעתו בדין (כי הרי אז, ממילא, ניתן להפסיק את עבודות השירות בהחלטה שיפוטית). עם זאת, לא ניתן לראות בעצם פתיחתה של חקירה נגד עובד השירות עילה להפסקת ריצוי עונשו בעבודות שירות, וזאת, ללא בדיקה אם יש תשתית ראייתית המצביעה, לכאורה, על מעורבותו בביצוע העבירה. על נציב שב"ס להשתכנע במידה שבה רשות שלטונית סבירה, אשר החלטתה פוגעת בזכויות אדם, צריכה להשתכנע, כי על פי הראיות המינהליות שלפניו עבר עובד השירות עבירה במהלך תקופת ריצוי עונשו בעבודות שירות¹⁰⁵.

הגשת כתב אישום נגד עובד השירות, לא כל שכן מעצרו עד לתום ההליכים או הרשעתו בדין, יהוו ראיה מספיקה כי עובד השירות היה, לכאורה, מעורב בפלילים בתקופת ריצוי עונשו בעבודות שירות. בהתאם, יהוו גם עילה מבוססת כנדרש להפקעת עבודות השירות. מאידך גיסא, אם נפתחה חקירה בחשד שעובד

103 ס' 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982.

104 ראו על דרך קל וחומר עניין חמדאן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1234.

105 ראו על דרך ההיקש עניין ארביב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 772-773; עניין שטרית, לעיל ה"ש 55; עניין היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 55; דברים אלו נאמרו בהתייחס לסוגיה של מעבר עבירה על-ידי אסיר בתקופה בה שוחרר בשחרור מוקדם ברישון ונכונים גם למקרה של הפסקת ריצוי עונש של מאסר בעבודות שירות.

השירות ביצע עבירה וחלף זמן רב ממועד פתיחתה¹⁰⁶ ללא שהוגש כתב אישום וללא שנמצאו כל ראיות הקושרות את עובד השירות לביצוע העבירות, כי אז לא ניתן יהיה להורות על הפסקת עבודות השירות רק מהטעם הטכני שנפתחה חקירה בעניינו¹⁰⁷. רק אם ניתן להצביע, על סמך ראיות מינהליות בעלות עוצמה של ממש, שאכן עובד השירות קשור, ולו לכאורה, לביצוע העבירות, כי אז ניתן יהיה להורות על הפסקה מינהלית של ריצוי עונשו בעבודות שירות¹⁰⁸. הפסקת ריצוי העונש בעבודות שירות רק מחמת פתיחתה של חקירה בחשד לביצוע עבירה, ללא כל בדיקה של קשר בין עובד השירות לביצוע העבירה, תביא לתוצאה בה תסוכל תכליתו של גזר הדין שנפסק בהליך הפלילי, ללא ביסוס עובדתי המצדיק פגיעה בזכויות יסוד.

2. ענישה משמעתית ושליטת זכויות/טובות הנאה מהאסיר

כללי התנהגות, הליכים משמעתיים והשימוש בענישה – ולחלופין בהענקת טובות הנאה – מהווים כלי הכרחי ומקובל לניהול בתי הסוהר. יתירה מזאת – אופן אכיפתם של אמצעי המשמעת מהווה גורם משמעותי המשפיע על האופן בו אסירים בוחנים את ניהול בתי הכלא ואת היחס ההוגן כלפיהם¹⁰⁹. מכאן גם החשיבות בניהולו של משטר משמעתי אשר, לצד מתן יחס הוגן לאסיר, מאפשר את ניהולו התקין של הכלא.

פקודת בתי הסוהר קובעת סדרה של כללי התנהגות ומפרטת מעשים המהווים עבירות בתחומי הכלא¹¹⁰. בהתאם להוראות הפקודה, ניתן להעמיד אסיר לדין משמעתי בתחומי בית הכלא, לפני קצין מוסמך¹¹¹, וניתן, במקרים מתאימים, גם להעמידו לדין פלילי לפני בית משפט¹¹². הענישה, שמוסמך קצין לגזור על אסיר בהליך משמעתי, מגוונת ומגיעה עד לכדי שלילת ימים מהתקופה בה זכאי האסיר לשחרור מינהלי מוקדם או לשחרור מוקדם ברישיון¹¹³. בהליך פלילי לפני בית משפט ניתן אף לגזור עונש של מאסר שיצטבר למאסר שאותו מרצה האסיר בעת ביצוע העבירה¹¹⁴.

106 פקודות שב"ס קובעות, כי ניתן לשלול חופשות מאסיר שנפתחה חקירה בעניינו, לתקופה של שישה חודשים, אם לא הוגש כתב אישום בפרק זמן זה; נראה, שפרק זמן זה הוא גם פרק זמן סביר לקבוע כי אין בעצם פתיחת חקירה, שלא הבשילה לכתב אישום, עילה להפסקת ריצוי עונש של מאסר בעבודות שירות.

107 עז"א (מתחי חי') 316/03 בן דוד נ' שירות בתי הסוהר, תק"מ 2003 (4) 1337 (2003).

108 רע"ב 426/06 חווא נ' שירות בתי הסוהר, תק"על 2006 (1) 3425 (2006); רע"ב 4973/06 אדרי נ' שירות בתי הסוהר, תק"על 2006 (3) 1053, 1055 (2006).

109 ראו: LIVINGSTONE, OWEN & MACDONALD, לעיל ה"ש 37, בעמ' 312.

110 ס' 56 לפקודת בתי הסוהר, לרבות 41 סעיפי משנה המפרטים מעשים המהווים עבירה; חלק מאותם מעשים מהווה גם עבירה על פי חוק העונשין.

111 ס' 57 לפקודת בתי הסוהר.

112 ס' 61 לפקודת בתי הסוהר.

113 ס' 58–59 לפקודת בתי הסוהר.

114 ס' 61 לפקודת בתי הסוהר.

פקודת בתי הסוהר קובעת, כי "לא יוטל עונש על אסיר אלא לאחר חקירה מתאימה ולאחר שניתנה לו הזדמנות לשמוע את האישום והראיות נגדו ולהתגונן"¹¹⁵. סעיף זה נוקט לשון שעניינה הבטחת קיומו של הליך הוגן, לרבות בירור עובדתי ובחינת ראיות, הן על-ידי רשויות שב"ס בשלב החקירה והן במסגרתו של ההליך המשמעתי.

נראה, כי את הוראותיו של הסעיף ניתן לחלק לשני שלבים. השלב הראשון, הוא שלב קיומה של "חקירה מתאימה". באותו שלב, מחויב שירות בתי הסוהר, ככל רשות מינהלית¹¹⁶, לערוך את הבירור העובדתי המוקדם עוד בטרם ינקוט הליך נגד האסיר. החובה לבירור עובדתי תיעשה בשים לב להליך ובהתחשב בתוצאותיו שעלולות להגיע עד כדי שלילת הזכות לשחרור מוקדם, ובפועל – להארכת תקופת המאסר. מכאן, שבשים לב לכלל, כי סבירות הראיה המינהלית הולכת אחר הדין שבתחומו מתקבלת ההחלטה, נראה, כי על שב"ס מוטלת חובה לקיים בירור עובדתי מוקדם וחקירה שתביא לגיבוש תשתית ראייתית סבירה שאינה משתמעת לכאן ולכאן.

ניתן לבחון את החובה המוטלת על שב"ס לקיומה של חקירה מתאימה על דרך ההיקש ובהתאמה המתחייבת, בשים לב לכללים שנקבעו לקיום חקירה פלילית. זאת, גם בשים לב להוראות הסעיף שעניינו קיומו של הליך שיפוט/משמעתי הוגן. הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹¹⁷. כפועל יוצא מכך, מוטלת גם החובה על הרשות החוקרת לבחון כל גרסה וכל ראיה שיש בהן כדי להביא לחקר האמת. חובה זו מוטלת על הרשות החוקרת ומוטלת על התביעה כשלוח הציבור וחובתה לבחון את הראיות, כתב האישום בפלילים. התביעה פועלת כשלוח הציבור וחובתה לבחון את הראיות, לאתר את מחדלי החקירה ולתקנם, הכול כדי להבטיח שזכותם של חשודים לא תקופח והאמת תצא לאור¹¹⁸. נראה, כי יש לאמץ עקרונות אלה בבואו של שב"ס לבצע "חקירה מתאימה", כנדרש בהוראת הפקודה, חקירה שעניינה הליך משמעתי שתוצאתו עלולה להגיע עד כדי העמדת האסיר לדין וגזירת עונש שמשמעותו מאסר בפועל. בשים לב למגבלותיו של הדיון המשמעתי בתחומי הכלא, ולמגבלות על חשיפתן של ראיות חסויות בפני האסיר, נראה, כי ההקפדה על קיום החקירה המתאימה על-ידי שב"ס, בטרם נקיטתו של הליך משמעתי, מהווה אמצעי ממשי המבטיח כי זכויותיו של האסיר לא יקופחו¹¹⁹.

115 ס' 60 לפקודת בתי הסוהר.

116 על החובה לבירור עובדתי ראו לעיל דיון בה"ש 11–14 ופסקי הדין הנדונים בה"ש אלו.

117 ראו על דרך ההיקש, עניין בונס, לעיל ה"ש 11, בעמ' 375–376; ברוך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 432; וינר, לעיל ה"ש 11; ראו דיון בהשפעת המחל בהיעדר חקירה על סיכויי הגנת נאשמים ועל קיומו של הליך משפטי הוגן ברע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, תק"על 2542 (1)2005, בפס' 32 לפסק הדין.

118 מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה' 173 (1996).

119 ראו גישה דומה באנגליה ב: LIVINGSTONE, OWEN & MACDONALD, לעיל ה"ש 37, בעמ' 37.

3. קציבת תקופת מאסר, שחרור מוקדם על תנאי ברישיון וביטולו של השחרור המוקדם

חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א–2001, אשר בא במקומם של סעיפים 28–34 לפקודת בתי הסוהר, קובע את סדרי הדיון שעל פיהם ניתן לשקול ולקבל בקשת אסיר להורות על שחרורו קודם למועד שנקבע בגזר הדין. כן קובע החוק את הכללים לקציבת תקופת מאסרו של מי שנגזר עליו לרצות עונש של מאסר עולם. במקרים בהם נעתרה בקשתו של אסיר, והוא שוחרר שחרור מוקדם, קובע החוק גם את התנאים בהם ניתן להורות על ביטולו של השחרור המוקדם ועל השבתו של האסיר, ששוחרר בתנאים שפורטו ברשיונו, אל בית הסוהר.

החוק חידש בכמה תחומים שלא הוסדרו קודם לחקיקתו, ואימץ בהוראותיו הלכות שנקבעו קודם לחקיקתו בפסיקת בית המשפט העליון¹²⁰. במאמר זה לא אדון במכלול חידושיו של החוק, לרבות בהיותו חוק הקובע, הלכה למעשה, כללים לשיקול דעת שיפוטי בעניין אמות המידה לגזירת עונש. הדיון יתמקד בהליך המינהלי ובראיות המינהליות שעל פיהן מתקבלת ההחלטה המינהלית בהתאם לחוק ולסדרי הדיון לבחינתן של הראיות.

הדיון בעניין שחרור מוקדם על תנאי ובעניין המלצה לנשיא המדינה על קציבת עונשים של מאסר עולם מתנהל לפני ועדת שחרורים או ועדת שחרורים מיוחדת. הוועדות נתונות לביקורת שיפוטית של בית המשפט לעניינים מינהליים, שבבית המשפט המחוזי, ושל בית המשפט העליון, במסגרת הליכי ערעור על החלטותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים¹²¹. החוק מפרט נתונים שעל ועדת השחרורים לשקול בבואה להורות על שחרור מוקדם על תנאי¹²². כמן כן קובע החוק, כי, כתנאי למתן החלטה בעניינם של אסירים שהורשעו בעבירות אלימות במשפחה ובעבירות מין, יש לקבל חוות דעת מוקדמת מוועדות מקצועיות בעניין מסוכנות האסיר הנדרן¹²³.

311–343; נראה, כי גם הפסיקה בארה"ב, בה נדרשו בתי המשפט להתערב בהליכים משמעתיים בתחומי הכלא, מצמצמת את הביקורת השיפוטית על תקינותו של הליך החקירה וההליך המשמעתי הננקט בהמשכו, תוך הימנעות מבחינת טיב הראיות, כאשר בית המשפט מסתפק בקיומן של ראיות סבירות. ראו לעניין זה את פסק הדין בעניין Walpole, שאוחר לעיל בה"ש 54; ראו גם: FEELEY & RUBIN, לעיל ה"ש 34, בעמ' 40 ו-273; כן ראו Wolf v. McDonnell, 418 U.S. 539 (1974).

120 ראו, לדוגמה, הוראות ס' 10 לחוק, שעניינן דחיית בקשה לשחרור מוקדם מטעמים של אינטרס ציבורי; סעיף זה אימץ את פסיקתו של בית המשפט העליון בבג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עניינים נ' ועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838 (2001) (להלן: פרשת שקולניק); ראו גם רע"ב 6803/04 אנג'ל נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, תק"ע 2802 (3) 2004 (2004).

121 פרק ד בחוק שחרור על-תנאי ממאסר.

122 הוראות ס' 9–10 לחוק. יצוין כי אין הוראה דומה לעניין קציבת עונשים. בעניין זה מוגבל שיקול דעתה רק למקרים בהם הורשע האסיר בעבירה של רצח ראש ממשלה ממניעים פוליטיים.

123 ס' 11 לחוק קובע את החובה לקבל חוות דעת מועדה, הכוללת נציגים של משרד העבודה

הוראות סעיף 9 מפנות את הוועדה אל מכלול שיקולים המחייב איסוף נתונים וראיות מינהליות. בכל הנוגע לעברו של אסיר, להרשעותיו הקודמות, להחלטות קודמות בעניינו וכדומה¹²⁴, אין, למעשה, כל קושי בהגדרת הראיה הנדרשת, בהיותם של אלו החלטות שיפוטיות או מוסדיות המתועדות במסמכים. כך גם לגבי חוות הדעת הנדרשות ממשטרת ישראל, שב"ס, הרשות לשיקום האסיר ושירות המבחן¹²⁵.

סעיף קטן (6) מטיל על הוועדה לשקול גם נתונים שעניינם התנהגותו של האסיר במהלך תקופת מאסרו, ובהם השתלבותו בתכניות טיפוליות, שימוש בסמים או לחלופין גמילה משימוש בסמים, אירועי התנהגות חיוכית או שלילית, מעורבות בפלילים, אירועי בריחה וכד'. בעניינים אלה לא פורט בהוראת החוק טיב הראיות שיש להביא לפני הוועדה. נראה, כי הפירוש המתבקש בעניינים אלו הוא שהראיות המינהליות שיובאו יהיו תיעוד כל אותם רכיבים רלוונטיים לשיקול דעתה של הוועדה ברישום המתנהל על-ידי שב"ס בתיקו האישי של האסיר. בהתאם, וכפועל יוצא מהוראות הסעיף ומהצורך בהבאת ראיות לפני ועדת השחרורים, מוטלת על שב"ס החובה לנהל תיעוד הולם של כל אותם נתונים שיידרשו בבוא העת לוועדת השחרורים לאורך תקופת מאסרו של האסיר¹²⁶. נראה, כי במקרה בו לא יתקיים תיעוד כנדרש, כי אז תוכל הוועדה, ויכול בית המשפט הבוחן את החלטותיה, לראות את היעדר התיעוד כראיה מינהלית לטובתו של האסיר ולהקיש מהיעדרו של תיעוד הולם מסקנות התומכות בשחרורו המוקדם על תנאי¹²⁷.

והרווחה ושירות בתי הסוהר, בעניין מסוכנות של אסיר שהורשע בעבירת אלימות או בעבירת מין במשפחה. ס' 12 לחוק מתנה מתן החלטה לגבי מי שהורשע בעבירת מין או הלוקה בנפשו בחוות דעת לעניין מסוכנות האסיר שתוכן על-ידי מי שהוסמך לכך על-ידי שר הבריאות; ראו לעניין זה הוראות ס' 6(א)(3) לחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה מפני עברייני מין), שנכנס לתוקף ביום 1/10/06 וחלק מהוראותיו ייכנסו לתוקף בהליך מדורג שימשך חמש שנים ממועד כניסתו לתוקף.

124 ס' 9(1)-(5) לחוק ההגנה מפני עברייני מין.

125 ס' 9(7)-(10) לחוק ההגנה מפני עברייני מין.

126 יצוין לעניין זה, כי אין בהוראותיה של פקודת בתי הסוהר כל אזכור לחובה בדבר גיהול תיק אישי ותיעוד מידע בעניינו של אסיר, למעט אזכור של רישום פרטיו בס' 4 לפקודה. דווקא בעניין בתי הסוהר, מצוינת בפקודה האפשרות לקיים מאגר מידע, ואולם, אין כל פירוט של חובות התיעוד והרישום. כפועל מתנהל רישום שוטף בתיק בו מרוכזים נתוני האסיר, לרבות כל אותם נתונים המפורטים בס' 9(6) לחוק ההגנה מפני עברייני מין.

127 נראה, שלעניין זה אין מניעה להרחיב את דוקטרינת הנזק הראייתי בשל היעדרו של תיעוד, הפועלת נגד אותו גורם שאמור היה לדאוג לעריכתו. גישה זו של הרחבת דוקטרינת הנזק הראייתי באה לידי ביטוי בפסק הדין שניתן בע"א 361/00 ד'האר נ' יואב, תק"על 2005(1) 1253 (2005); שבעניינו נדחתה בקשה לדיון נוסף, ראו דנ"א 1912/05 מדינת ישראל נ' ד'אהר, תק"על 2005(2) 144 (2005). עד לאתרוגה נדונה דוקטרינת הנזק הראייתי ונעשה בה שימוש בעיקר בהקשר לחביעות נזיקין שעניין רשלנות רפואית ומחדל בשמירת התיעוד הרפואי. ואולם, במספר פסקי דין נאמר כבר כי אין מניעה להחלת הדוקטרינה גם במקרים אחרים. ראו בדברי המשנה לנשיא אור בע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, תק"על 2004(2) 837, 843 (2004); ברות דומה ציינה השופטת דורנר, בדעת יחיד תוך שהפנתה, בין היתר,

כאמור, בכל הנוגע לאסירים שהורשעו בעבירות אלימות או בעבירות של מין במשפחה, או אסירים שהורשעו בעבירות מין או שנמצא כי הם לוקים בנפשם, דורש החוק כי לפני ועדת השחרורים תונח חוות דעת של מעריך מסוכנות, שהוא רופא פסיכיאטר, פסיכולוג, עובד סוציאלי או קרימינולוג קליני¹²⁸. עצם טיבה של הראיה קבוע בחוק ההגנה מפני עברייני מין, דהיינו – חוות דעת כתובה¹²⁹. בכל הנוגע למשקלה הראיית של חוות הדעת, טרם ניתנו פסקי דין מאז שנכנס לתוקפו חוק ההגנה מפני עברייני מין. בעבר, בטרם נחקק החוק, נפסק, כי חשיבותה של חוות הדעת של מב"ן (הגורם המוסמך טרם כניסתו של החוק החדש לתוקף) היא אמנם רבה, אך אין להתנות את סמכותה של הוועדה להורות על שחרור מוקדם בקיומה של חוות דעת חיובית של מב"ן. המלצות מב"ן אינן יכולות להחליף את שיקול דעתה של הוועדה. הוועדה היא הגורם האחרון המחליט בעניינו של האסיר, והיא המוסמכת להחליט על שחרורו, גם אם מב"ן לא החליט שאין האסיר מסוכן לציבור אם ישוחרר. הוועדה היא גוף מעין-שיפוטי שבראשו שופט מקצועי, ומסור לה שיקול דעת בדבר שחרור האסיר, אף בניגוד לעמדת מב"ן¹³⁰. עם זאת נקבע, כי החלטה של הוועדה בניגוד לחוות דעת מב"ן או בהיעדרה, היא היוצא מן הכלל. הוועדה תידרש במקרים כאלה לנמק את החלטתה בנימוקים מיוחדים שיירשמו, ותידרש לקבוע מנגנונים שיבטיחו את היעדר מסוכנותו של האסיר¹³¹. מקרים אלה יהיו נדירים. נראה, כי חקיקתו של חוק ההגנה מפני עברייני מין נועדה ליצור הליך מוסדר לסיווגו של עברייני כבעל מסוכנות מינית. עם זאת, גם החוק החדש אינו

גם לפרשת מאיר בע"א 8858/02 מדינת ישראל נ' זהווה, תק-על 2588 (2) 2004; יצוין שהמדובר בפרשת זהווה לא היה בתביעה שעילתה רשלנות רפואית, אלא בתביעה נגד המדינה בגין הפקעת שטח פרטי, שאת גודלו המדויק התקשה התובע להוכיח בשל מוקשים שזרע בו הצבא ואשר מנעו ממנו את האפשרות למדוד את השטח; ראו גם: ע"א 8279/02 גולן נ' עוזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל ע"י דורה מנחם, תק-על 2006 (4) 4160, 4167 (2006); ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני, תק-על 2006 (4) 4084, 4096 (2006); על דוקטרינת הנזק הראייתי ראו: אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191, 241–254 (1998); Porat & Stein, Tort Liability Under Uncertainty (2001) 165–167; על האפשרות להחיל את הדוקטרינה בהליכים פליליים, ראו רון שפירא "מחזורים בחקירת המשטרה" סניגור 97–98, 5 (2005).

128 ס' 5) לחוק הגנה מפני עברייני מין.
129 ניתן ללמוד מהוראות ס' 6 לחוק ההגנה מפני עברייני מין, כי חוות דעת המעריכה מסוכנות תהיה בכתב. זאת, מההתייחסות להעברת העתקים מחוות הדעת לגורמים שונים. עם זאת, לא צוין הדבר במפורש בחוק.

130 רע"ב 10059/02 אסלאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 603 (2003). בקשה לדין נוסף בעניין זה נדחתה; ראו דנג"ץ 2353/03 מדינת ישראל נ' אסלאן, תק-על 2003 (2) 3060 (2003); ראו גם רע"ב 216/99 דריהם נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 1999 (7) 5925/98 (1999); רע"ב 5925/98 עלאונה נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נב(4) 577, 579 (1998); רע"ב 8136/98 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 1999 (1) 117 (1999).

131 רע"ב 1723/03 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 424 (2003).

הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

מגדיר באופן ברור סדרי דיון וראיות הנדרשים לשם הערכת מסוכנות, והוא משאיר את הקביעה לשיקול דעתם הרחב של גורמים מקצועיים, בלא שנקבעו סדרי פיקוח ברורים על החלטותיהם.

חוק שחרור על-תנאי ממאסר קובע סדרי דין, לרבות בעניין ראיות חסויות והליכי ערעור¹³². ועדת השחרורים בוחנת על בסיס התיעוד שלפניה ועל פי מכלול חוות הדעת המקצועיות, אם קיימות די ראיות מינהליות התומכות במסקנה, כי האסיר למד את לקחו וכי קיים סיכוי סביר לשיקומו ("תקנת הפרט"). זאת, אל מול השמירה על בטחון הציבור ושלומו. השאלה הינה, אם על בסיס הראיות המינהליות ניתן להסיק כי קיים סיכוי סביר שבתקופת השליש, בה ישהה האסיר מחוץ לכותלי בית הסוהר, הוא לא ישוב ל"פעילות עבריינית" ("תקנת הכלל"). על אלה מוסיפה הוועדה שיקולים בעלי אופי ציבורי, כמפורט בסעיף 10 לחוק. מהפסיקה עולה, שכל שוועדת השחרורים דנה בהתאם לסדרי הדין והחלטתה נתמכה בראיות מינהליות שתועדו כנדרש, לא יתערב בית המשפט בהחלטתה¹³³. גם אם מצא בית המשפט כי המסקנה המשפטית שנלמדה מהראיה המינהלית הייתה שגויה, נוטה בית המשפט להחזיר את הדיון לוועדה כדי שתשקול שוב את מכלול הנתונים שהונחו לפניה ותחליט בהתאם לסמכותה.

גם אם שוחרר אסיר שחרור מוקדם על תנאי ברישיון, רשאית ועדת השחרורים להורות על ביטול שחרורו והחזרתו למאסר, זאת, אם עבר עבירה נוספת בתקופת היותו משוחרר ברישיון או אם הפר את תנאי הרישיון¹³⁴. בכל הנוגע לביצוע עבירה נוספת, ראו דברים שצוינו בהקשר לבחינת אותה סוגיה לעניין הפסקת ריצוי עונש בעבודות שירות¹³⁵. נראה, כי בשים לב לטיב ההחלטה, שעניינה, למעשה, גזירת מאסר, ראוי שגם החלטה, שלפיה הפר האסיר את תנאי הרישיון, תיתמך בראיות שעל בסיסן ניתן להשתכנע, במידה שבה רשות שלטונית סבירה, אשר החלטתה פוגעת בזכויות אדם, חייבת להשתכנע, כי הופרו תנאי הרישיון.

132 לעניין ראיות חסויות ראו לעיל פרק ו' לרשימה זו.

133 רע"ב 314/06 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על 2006(1) 1527 (2006); השור רע"ב 4878/06 מדינת ישראל נ' סמיר, תק-על 2006(3) 4187 (2006); גישה דומה, של בחינת תקינות ההליך המינהלי, תוך התערבות מצומצמת בהחלטות ועדות השחרורים לגופן, רווחת גם באנגליה, ראו Livingstone, Owen & Macdonald, לעיל ה"ש 37, בעמ' 412-424; על המדיניות הנוהגת במדינות השונות בארה"ב והצורך בפיתוח כלים פרודורליים לבקרה על דיונים של גופים מקצועיים במסגרת בתי הסוהר ראו בספרם של FEELEY & RUBIN, לעיל ה"ש 34.

134 ס' 20-21 לחוק ההגנה מפני עברייני מין.

135 ראו לעיל דיון מול ה"ש 66-68, ופסקי הדין שאזכרו בה"ש 67. באנגליה קיימת פרודורה מקבילה של הפקעת רישיון השחרור והשבתו של אסיר ששוחרר ברישיון הן על-ידי בית משפט, אשר הרשיע את האסיר בעבירה הנוספת, והן על-ידי שר הפנים. סמכותם של בית המשפט ושל השר שונה, אך החלטתו של האחר אינה שוללת את סמכותו של האחר להחליט החלטה נוספת, ובלבד שיביא בחשבון את החלטתה של הרשות המקבילה. ראו:

R. v. Home Secretary [2001] EWHC Admin 38 QB

חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, הוא, כאמור, חוק חדש שטרם לוכן בהרחבה בפסיקה. בבסיסו – יצירת כללים דינאמיים ומהותיים שמטרתם, בין היתר, לקבוע סדרי דין ואמות מידה מהותיות לקיצור עונשי מאסר ולקציבתם על ידי ועדות השחרורים. על רקע זה, של קביעת כללים להפעלת שיקול דעת והליך מסודר בקבלת ההחלטות אצל ועדת השחרורים, ראוי להזכיר את ההליך שהתפתח במסגרת הפדרלית בארה"ב, שעניינו ביטול סמכויותיהן של ועדות שחרורים וקביעת תנאים נוקשים וכללים מנחים לגזירת הדין ולקביעת משכו של עונש המאסר.

בהמשך לביקורת הציבורית על היעדר אחידות בענישה וסטיית בתי משפט מרמות ענישה הקבועות בחוק נחקק ה-Sentencing Reform Act (1984). החוק ביטל את סמכותן של ועדות השחרורים לשחרר אסירים מבית סוהר שחרור מוקדם על תנאי וברישיין. כוננה מועצה ציבורית שתפקידה לקבוע כללים מנחים המפרטים את הנסיבות העובדתיות ואת השיקולים השונים (Sentencing Guidelines) שבהם המשפט יחויבו לשקול בבואם לגזור את הדין ולקבוע עונש¹³⁶. קובץ ה-Federal Sentencing Guidelines שהתקבל, הוא קובץ של הנחיות המועצה המוסמכת, המכיל פירוט של עובדות, שאותן חייב בית המשפט להביא בחשבון בעת גזירת העונש. נוסף לכך, קובע הקובץ את המשקל שיש להעניק לכל עובדה רלוונטית ומצורפים לו הכרזות מדיניות (Policy statements) ודברי פרשנות (Commentary) של המועצה המוסמכת¹³⁷. הקובץ קובע גם נוסחה מחייבת, מעין דרך חשבונאית, על בסיסה יש לתת משקל לכל נתון. שימוש בנוסחאות אמור להביא את בית המשפט לרמת הענישה שתגזור בכל מקרה ומקרה, כאשר מרווח שיקול הדעת המסור לו, בטווח שנקבע כתוצאה משקלול הנתונים שנקבעו בקובץ, מוגבל ביותר.

תקיפת הליך קביעתם של כללי הענישה המנחים, בטענה כי אינם חוקיים בהיותם כללים שנקבעו על-ידי המועצה הציבורית ושלא בהליך חקיקה כמקובל בכל הנוגע לקביעת סנקציה פלילית, נדחתה¹³⁸. עם זאת, קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי חבר מושבעים הדן בעונשו של נאשם רשאי להביא בחשבון גם עובדות שלא נכללו בקובץ כללי הענישה המנחים¹³⁹, ולאחרונה פסק בית המשפט העליון של ארה"ב כי כללי גזירת הדין הנ"ל אינם מחייבים את בתי המשפט, והם

136 מלאכת איתור העובדות וניסוחן, הסתמכה במידה רבה על פרקטיקת הענישה הקיימת בבתי המשפט. להבהרת טיבן של הנחיות מעין אלה ושל הניסויים השונים שנערכו בארצות הברית בטרם אימוצן, ראו רות קנאי "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקרי משפט 234 (1987).

137 ראו Stinson v. United States, 113 S. Ct. 1913 (1993), שם נקבע כי דברי הפרשנות של המועצה המוסמכת מחייבים את בתי המשפט, אלא אם כן הם סותרים את החוקה, או חוק פדרלי או סותרים באורח בוטה את הלשון של ההנחיה הנדונה.

138 Mistretta v. United States, 109 S. Ct. 647 (1989).

139 Blakely v. Washington, 542 U.S. (2004).

הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

מנחים בלבד¹⁴⁰. בית המשפט העליון של ארה"ב לא התערב, בשלב זה, בסמכויות רחבות ביותר שנקבעו בכללים המנחים, בכל הקשור לשמיעת ערעורים על גזרי הדין של בתי המשפט הפדרליים האזוריים.

נראה, כי בעניין מידת עצמאותם של בתי המשפט בארה"ב וחופש הפעולה בהתייחס לכללים המנחים, טרם נאמרה המילה האחרונה. עם זאת, יש לשים לב להפקעת הסמכות לקבוע את משך ריצוי המאסר מוועדות השחרורים והעברתה לבתי המשפט. על בתי המשפט לקבוע כבר במסגרת גזר הדין את האפשרויות לסטות מתקופת המאסר הנגזרת על האסיר ואת האפשרות לשחרור מוקדם ברישיון. מדובר בצמצום סמכויות הרשות המינהלית בכל הנוגע לקביעת גבולותיו של עונש המאסר, והעברת הליך קציבת העונש מהליך המתנהל לפני גוף מינהלי להליך שיפוטי, המתנהל במסגרת ההליך הפלילי ותוך שמירה על סדרי דין, לרבות הליכי ערעור. ההליך בארה"ב נבע מביקורת על הליכי קבלת החלטות שלא על פי אמות מידה ברורות, ללא סדרי דין אחידים ובלא שמופצלים שיקולים ברורים. למעשה, הועתקו סמכויות מהרשות המינהלית לרשות השופטת וגם במסגרת זו נקבעו כללים המנחים את בתי המשפט בעניין קציבת עונשי מאסר. נראה, כי ניתן ללמוד מהניסיון בארה"ב על הצורך בגיבוש כללים דיוניים ומהותיים גם לעניין הפעלת הסמכות המינהלית של ועדת השחרורים ודרכי הביקורת השיפוטית על החלטותיה, גם בשיטת המשפט הנוהגת בישראל, לרבות לאחר החלתו של חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א–2001.

ח. עקרון "אחידות הענישה" והצורך באכיפה אחידה בתחומי בית הסוהר

עקרון "אחידות הענישה" הוא עיקרון מנחה בשלב גזירת הדין¹⁴¹. הכלל הוא, שעונשם של שניים שהורשעו באותו מעשה יהיה זהה, זאת – כל עוד מכלול נתונייהם האישיים דומים¹⁴². עיקרון זה הוא חלק בלתי נפרד מעקרון השוויון בפני החוק¹⁴³. אין בו כדי למנוע את בית המשפט מהתייחסות אינדיבידואלית לכל נאשם בנסיבותיו האישיות ובנסיבותיו של המקרה¹⁴⁴. עקרון אחידות הענישה מיועד למנוע הפליה בין נאשמים ולהבטיח דין אחד לאלה שחטאו במשותף; ואולם, עקרון "האחידות בענישה" אינו חל במקרים בהם מורשעים נאשמים בכיצוע עבירות זהות, במקרים שאין ביניהם דבר משותף ובמשפטים נפרדים. העונשים הקבועים בחוק,

140 United States v. Fanfan; United States v. Booker, 543 U.S. (2004)

141 ע"פ 6672/03 קמינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 441, 446–447 (2003), ופסקי הדין שאוחרו שם.

142 ע"פ 419/81 פייביש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 701, 707–708 (1981).

143 בש"פ 7686/03 רפייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 753, 761–762 (2003).

144 ע"פ 7802/00 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(1) 327 (2002); ע"פ 348/77 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 517 (1978); ע"פ 434/89 ריים נ' מדינת ישראל, תק-על 90(3) 1378 (1990); ע"פ 5640/97 רפאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 433 (1999).

ופסקי דין של בית המשפט העליון והענישה שנקבעה בהם, מנחים, כאמת מידה, את כלל בתי המשפט. עם זאת, אין בישראל מדיניות ענישה מוצהרת וברורה, וקיימים פערי ענישה ניכרים בגזרי דין של נאשמים שהורשעו בעבירות דומות.¹⁴⁵

אחידות הענישה של אלה שדינם נגזר במשותף, או הרשעה בעבירות זהות לאסירים שנגזר דינם לרציו עונש של מאסר, אינן מחייבות אחידות בתנאי המאסר שאותו ירצו. תנאי כליאתו של אסיר נקבעים בשים לב לנתוניו האישיים, למידת המסוכנות הנשקפת ממנו, למצבו הבריאותי והנפשי, ועוד מכלול של נתונים המשפיעים על סיווג תנאי כליאתו.

עם זאת נראה, כי נודעת חשיבות להחלתו של עקרון השוויון, גם אם לא לעניין האחידות בתנאי מאסר, בכל הנוגע לשמירה על כללי התנהגות האסירים בבית הסוהר ולשמירה על אחידות בהחלטות לגבי אסירים שתנאי כליאתם, סיווגם ונתונייהם דומים.

ענישה משמעתית מחד גיסא, ומתן טובות הנאה, מאידך גיסא, הם אמצעים מוכרים ולגיטימיים להכוונת ההתנהגות בבית הסוהר, וכפועל יוצא מכך, לאחידות בפעולות המינהל, ולעניין זה שב"ס, בטיפולו באסירים. האסיר לומד על כללי ההתנהגות בעיקר מתוך מעקב אחר התנהגות רשויות הכלא ותגובותיהן למעשי אסירים שונים.¹⁴⁶ ציפיותיו של האסיר משב"ס מתבססות על מנהגי אכיפתם של כללי ההתנהגות, כפי שהאסיר עד להם בחיי היום יום.

אכיפה אחידה של כללי התנהגות על-ידי רשות ממונה מסייעת בהכוונת ההתנהגות של האוכלוסייה הרלוונטית לפעולתה של אותה רשות. היעדר בהירות במדיניות האכיפה עלול ליצור חוסר ודאות באשר לתגובתה האפשרית של הרשות להתנהגות נתונה, וכפועל יוצא מכך – לפגוע בפועל בציפייה לגיטימית, עד כדי פגיעה בהליך הוגן.¹⁴⁷

אכיפה בררנית של כללי התנהגות כלפי אסירים שונים ובבתי סוהר שונים עלולה לגרום למצב בו יינתן טיפול שונה לאסירים שנתונייהם ונסיבותיהם האישיות דומים. סלקטיביות באכיפה, בין שהיא נעשית משיקולים זרים ובין

145 שלמה גיורא שוהם פשיעה, סטייה ופיקוח חברתי 172–188 (1985); ראו לעניין פערים באכיפת התוק על אוכלוסיות שונות, גם במחקרם של אריה רטנר וגרעין פישמן "צדק לכל – יהודים וערבים במערכת המשפט בישראל" דין וחשבון הוועדה לבחינת ההסדרים בעניין פרסומים מחקירות המשטרה וגופי חקירה סטטוטוריים אחרים (התש"ס); שם, נבכנה מידת השוויון שיש בהחלת הדין הפלילי על אזרחים ערבים ויהודים בישראל. נמצא, כי בכל החתכים שנבחנו קיים פער ניכר לרעת הערבים ביחס ליהודים בעלי אותם מאפיינים אישיים. המחקר מצא, כי ההסתברות לסגירת תיקים של עבריינים ערבים נמוכה מזו של היהודים; סיכוייהם של נאשמים ערבים להיות מורשעים גבוהים מאלה של היהודים. גם ההסתברות לגזירת עונשי מאסר על עבריינים ערבים גבוהה מזו של יהודים.

146 דפנה ברק-ארו "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז 209, 224 (2003).

147 לדיון נרחב בסוגיה זו ראו, מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 136–155 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, התשס"ה–2004).

הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית

שיסודה בשקילת שיקולים רלוונטיים באופן שונה, נוגדת את עקרון היסוד של שוויון בפני החוק¹⁴⁸ ומהווה פגיעה בכללי צדק בסיסיים המחייבים רשות מינהלית בפעולותיה¹⁴⁹.

על שב"ס, כרשות מינהלית, לפעול בכפיפות לחובתו לשמור על שוויון מינהלי¹⁵⁰. שוויון מינהלי הוא חלק מחובותיו כנאמן הציבור ועיקרון ביצועי¹⁵¹ המנחה את פעולת המינהל. עליו החובה, מכוח כללי המשפט המינהלי, לפעול בהגינות דינית ובהגינות מהותית תוך הפעלת סמכויותיו ביושר, בשוויון, בסבירות ובתום לב, ללא שרירות ושלא בדרך מפלה¹⁵².

סיווגם השונה של אסירים, בשם לב לנתניהם האישיים, וסיווגם השונה של מתקני כליאה, בשם לב לטיב האוכלוסייה הכלואה בהם, יוצרים, מעצם טיבם, הבדלים באכיפת כללי התנהגות. עם זאת, וככל שנתוני הכליאה זהים, כך גם ראוי שאכיפת כללי התנהגות על אסירים תהיה זהה. בכך יש כדי לשרת את תכליתם של כללי ההתנהגות בתחומי הכלא, בדרך של הכוונת התנהגות ראוייה וקיום משטר הוגן של שכר ועונש הידוע מראש לאסירים, באופן המגשים את ציפיותיהם מהמערכת. אכיפה סלקטיבית של כללי התנהגות כלפי אסירים בעלי נתונים דומים פוגעת באמון האסירים במערכת ומהווה פגיעה בזכותו של האסיר ליחס הוגן.

פיקוח שיפוטי על אחידות באכיפת כללי התנהגות על-ידי שב"ס הינו מורכב מעצם ההבחנה שבין אסירים לפי נתניהם האישיים לבין בתי סוהר המיועדים לאוכלוסיות שונות של אסירים. זאת, מעבר לקושי בהוכחת כל טענה לאכיפה בררנית בהיות הנתונים מצויים בעיקר בידיה של הרשות ובלתי נגישים לציבור¹⁵³. חזקת חוקיותה של פעולת המינהל אל מול הקושי שבהצגת ראיות לכאורה המעידות על אכיפה בררנית של כללי התנהגות שונים על אסירים שנתניהם דומים, מקשה על הוכחת הטענה. אמנם לבית המשפט הסמכות לדרוש מהרשות המינהלית, ולעניין זה — שב"ס, פרטים נוספים¹⁵⁴ בכל הנוגע לאכיפת כללי התנהגות על כלל האסירים, ואולם בכך אין תרופה לקושי המובנה בעצם בחינת הטענה. דרך אפשרית לפיקוח

148 בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1, 9 (1998); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, תק-על 2005(1) 4756, 4777 (2005), פס' 26–27 לפסק הדין; יודגש, כי לא כל אכיפה חלקית היא בגדר אכיפה בררנית פסולה; ראו דנ"פ 5189/05 איילון — חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 474, 481 (2006).

149 זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום — על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42, 72 (2004).

150 על ההבחנה בין "שוויון חוקתי" ל"שוויון מינהלי" ראו מיכל טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואליים ולסביבות" הפרקליט מה 94, 109–111 (2000).

151 יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (2000).

152 בג"ץ 688/81 מייגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד ל(4) 85 (1982).

153 טמיר, לעיל ה"ש 147, בעמ' 289–325.

154 ס' 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000; ס' 11 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984.

שיפוטי על אכיפת כללי התנהגות זהים על אסירים שעניינם דומה, היא בהעברת נטל ההוכחה להיעדר קיומה של אכיפה בררנית מצד שב"ס, זאת, כאשר מוצגות לפני בית המשפט ראיות לכאורה המצביעות על קיומה של אכיפה בררנית כנ"ל¹⁵⁵. ואולם, גם בכך לא יהיה כדי להפחית הפחתה של ממש את הקושי לפקח באופן יעיל על אכיפה אחידה, כדי שאסירים לא ימצאו עצמם נתונים לאכיפה סלקטיבית של כללי התנהגות בין חומות הכלא, משיקולים פסולים או מטעמים אחרים הפוגמים בזכותם לקיומו של מאסר הוגן.

נראה, שגם בעניין זה, קיומם של סדרי דיון נאותים בעניינם של אסירים, תוך שמירה על זכותם לשימוע ולטיעון ותוך מתן אפשרות לייצוג הולם על-ידי עורך דין, ימעיט את האפשרות לאכוף סלקטיבית את כללי התנהגות באופן שאינו ראוי, מטעמים פסולים, ותוך התעלמות מעקרון אחדות הענישה במובנו הרחב – יחס הוגן ואחיד לכלל האסירים בעת ריצוי העונש.

ט. הצעת חוק סדרי מנהל

מעיון בפסיקה ובספרות ניתן ללמוד, כי עיקרה של הביקורת השיפוטית על החלטות שב"ס מתמקד בבחינתם של סדרי הדיון אצל שב"ס. להבדיל מביקורת של ערכאת ערעור על החלטותיו של בית משפט, ובחינת השימוש שעשה בית המשפט דלמטה בראיות שלפניו, התמקדה הביקורת המינהלית בתקינות ההליך המינהלי ובסבירות ההחלטה בהתאם לנתונים שעמדו לפני שב"ס. סבירות ההחלטה וסבירות הראיות שהיוו בסיס להחלטה נמדדות בהתאם לשיקולים שעניינם שמירה על תפקוד המערכת ועל בטחון הציבור. שיקולים אלה אינם משפטיים טהורים. הסמכות לשקול אותם נמסרה לגופים המקצועיים בשב"ס. בהתאם, וכפי שעולה בפסיקה, ההתערבות בהחלטות שב"ס מצומצמת למקרים חריגים. העובדה, שהביקורת השיפוטית מתמקדת בבחינת סדרי הדיון אצל שב"ס ואצל הגורמים המקצועיים הפועלים במסגרתו, מדגישה את הצורך בקביעתם של סדרי דיון ודיני ראיות שיבטיחו קיום הליך הוגן תוך שמירה על זכויות יסוד חוקתיות, ויצרו, במקביל, פיקוח שיפוטי יעיל עליו.

חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א–2001, קבע סדרי דיון בכל הנוגע לעבודתו של ועדות השחרורים. פקודת בתי הסוהר קובעת סדרי דיון כלליים בעניין החזקתו של אסיר בהפרדה, וכן קובעת כללים לדיון בעבירות של אסירים בין כותלי בית הסוהר. ואולם, אין בהוראות החוק הסדרה כללית של דרכי פעולתו של שב"ס הדין בעניינו של האסיר. היעדר כללי פעולה, המנחים את הרשות המינהלית בכואה לקבל החלטה בעניינו של אסיר, הן כהיבט הדיוני והן כקביעת כללים לבחינת הראיות ולקביעת עובדות, יוצר חסר דיוני, המותיר את אופן קיומו של

155 כג"ץ 6396/96 זקן נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 307 (1999).

ההליך בשב"ס לשיקול דעתו של הממונה בשטח ומסכן את קיומו של הליך הוגן על פי אמות מידה ידועות וברורות. קיומם של סדרי דיון ודיני ראיות יוצר גם כלי לביקורת מהותית על התנהגות הרשות המינהלית, במקרה זה – שב"ס. החסר בכללי דיון מוביל לצמצום הפיקוח השיפוטי על סבירות החלטות, על פי מבחן התוצאה, ומקשה לפקח על עצם קיומו של הליך הוגן שבו מתקבלות ההחלטות על-ידי הרשות המוסמכת.

לעניין זה נראה, כי חלק מאותן בעיות, שעליהן הצבענו לעיל, ניתן היה להסדיר לו אומצו הוראותיה של הצעת חוק סדרי מנהל שהוכנה על-ידי פרופ' קלינגהופר¹⁵⁶. הצעה זו, שלא הבשילה לכדי דבר חקיקה, אינה מכפיפה את הדיון ברשות המינהלית להוראות פקודת הראיות והיא משאירה את קביעת משקלן של הראיות לעובד הציבור, לפי הבנתו הסבירה והעניינית. יחד עם זאת, קובעת ההצעה סדרי דיון, לרבות נהלים לקיום הליכים, לזכות לייצוג, נהלי רישום פרוטוקול ותייעוד הדיון, זכות כללית לעיון בראיות, תוך שמירה על זכות הרשות המינהלית לטעון לחיסיון, סדרי שימוע – לרבות החובה ליתן הסבר על זכות הטיעון.

הצעת החוק, כפי שפורסמה, מציעה כללים בסיסיים לשמירה על הליך הוגן ועל זכויות יסוד חוקתיות. ההצעה, מעצם טיבה, אינה מתייחסת לכל אותם נתונים ייחודיים של משטר בתי הסוהר, אלא קובעת כללים בסיסיים לניהול דיון ולקבלת החלטות אצל כלל רשויות המינהל. עם זאת, קיום דיון בעניינו של אסיר בהתאם לסדרי הדין המפורטים בהצעת החוק, מבטיח כי זכויות דיוניות שבבסיסן זכויות מהותיות¹⁵⁷ (כגון: זכות טיעון, זכות ייצוג, וכדומה) יישמרו, וראיות מינהליות ייבחנו, והוא מאפשר יצירת כלים לפיקוח שיפוטי על החלטות שב"ס בדרך של בחינת קיומם של סדרי הדין המפורטים בהצעה.

נראה שאימוץ של הצעתו של פרופ' קלינגהופר וקביעת סדרי דיון ודיני ראיות מינהליים בדבר חקיקה יכול היה ליצור כלי מנחה בידי הרשות המינהלית לאופן ניהול הדיון וקבלת ההחלטות על ידה, תוך התייחסות לכלל הגורמים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה ולשמירת זכויותיהם של הצדדים, שלהחלטה יש השלכה על זכויותיהם. בכך יש גם כדי לשפר את כלי הפיקוח של בית המשפט על הרשות המינהלית, בעניינו – שב"ס, כל זאת, מבלי שהדבר יפגע בעקרון אי ההתערבות של בית המשפט בשיקול הדעת המינהלי.

י. סיכום

תפקיד שב"ס הוא לקיים את תכלית המאסר, בראש ובראשונה – להגן על הציבור מפני העבריין. ואולם, מלאכה זו צריכה להיעשות תוך שמירה על זכויות

156 י"ה קלינגהופר "הוראות הצעת חוק סדרי מנהל" משפטים יב 348–357 (1982).

157 לעניין קיומם של כלים פרוצדורליים, המבטיחים זכויות מהותיות, ראו מרים בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראו בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5–17 (1988).

יסוד במסגרת מגבלות המאסר. הזכות להליך הוגן, שהיא זכות יסוד בעלת אופי חוקתי, אינה פוקעת עם המאסר והיא מחייבת את שב"ס בהחלטותיו, מעצם היותן החלטות השוללות זכויות מהותיות והמשיקות לדין הפלילי. כך גם ההליך שבו מתקבלות החלטות בעניינו של אסיר וכך גם טיבן של הראיות המינהליות שבבסיס ההחלטות. האיוון שבין שמירה על זכויות האסיר מחד גיסא, והחובה לאפשר לשב"ס חופש פעולה, מאידך גיסא, מטילים על בתי המשפט חובה להפעיל ביקורת שיפוטית זהירה, תוך כדי בקרה מתמדת על הליכי קבלת החלטות ועל טיבן של הראיות המינהליות. כל זאת, כדי שלא ייענש האסיר בפועל במסגרת הליך בו נשללה זכותו להליך הוגן ועל בסיס ראיות והחלטות מינהליות, מעבר למידה הראויה שנקבעה בהליך הפלילי.

כדי להבטיח קיומו של הליך מינהלי תקין לקבלת החלטות, תוך שמירה על זכויות האסיר, ראוי שייקבעו בחוק סדרי דין ודיני ראיות שיבטיחו שאכן הרשות המינהלית שוקלת את השיקולים הרלוונטיים, בוחנת את הראיות הנדרשות ונותנת משקל מתאים לראיות בהתאם לנושא הנבחן. קביעת סדרי דין מחייבים תסייע בידי רשויות שב"ס להבטיח את קיומם של הליכים זהים בכל בתי הכלא ואת קבלת החלטות בנוהל אחיד, כך שעניינו של האסיר לא יהיה תלוי בכלא בו הוא מרצה את עונשו או בממלא התפקיד הדין בעניינו.

קיומם של סדרי דין ברורים ואחידים, ואימוצם של כללים מנחים לבחינתן של הראיות, יסייעו גם בקיומה של ביקורת שיפוטית יעילה על הנעשה מאחורי החומות, תוך שמירה על יכולת פעולתו של שב"ס מחד גיסא, והבטחת קיומן של זכויות האסיר, מאידך גיסא.