



עת"א 45986/05/17 - טל אזולאי, נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

28 מאי 2017

עת"א 45986-05-17 אזולאי(אסיר) נ' מדינת ישראל

לפני הרכב כבוד השופטים:

ד"ר רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

אברהם אליקים, סגן נשיא

תמר נאות פרי

העותר

טל אזולאי, (אסיר)

ע"י ב"כ עו"ד מיכאל כרמל

נגד

המשיבה

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד סג"ד ריבי שפירא

פסק דין

השופט ד"ר ר. שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

הרקע הדיוני והעתירה בתמצית:

העותר מרצה מאסר למשך שישה (6) חודשים לאחר שהורשע בעבירה של מעשה מגונה שלא בהסכמה, עבירה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין"). עתירה זו שבפנינו הוגשה בהמשך לעתירה קודמת שנדונה בפני אותו מותב, עת"א 1889-05-17 (להלן: "העתירה הראשונה"). עניינן של העתירות בהחלטת נציבת שב"ס, רב גונדר עפרה קלינגר, אשר החליטה שלא לאשר את שחרורו המוקדם של העותר, זאת בהתאם לסמכותה לפי סעיף 2 לחוק שחרור על תנאי מאסר תשס"א - 2001 (להלן: "חוק שחרור על תנאי ממאסר").

קדמה לעתירה הראשונה שהובאה בפני הרכב עתירה שהגיש האסיר כדי שתועבר לעיונו החלטת הנציבה. לאחר שההחלטה הועברה לעיונו של ב"כ העותר שונתה העתירה כך שתופנה כנגד ההחלטה עצמה. בעתירה הראשונה, שנדונה בפנינו ביום 10.5.17, הורנו על החזרת עניינו של העותר לדין בפני הנציבה. הטעם לכך היה כי הנציבה נתנה את החלטה על בסיס טעות עובדתית כאשר סברה שהעותר מרצה מאסר בעבירה חמורה יותר, של מעשה מגונה בכוח, עבירה לפי הוראות סעיף 348(ג1) לחוק העונשין. עוד הורינו כי תועמד לעיון נציבת שב"ס חוות דעת של הערכת מסוכנות מינית שנערכה לצורך בחינת האפשרות להוצאת העותר לחופשות. מדובר בחוות דעת שהוכנה ע"י מב"ן בהתאם להוראות חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, תשס"ו-2006 (להלן: "חוק ההגנה על הציבור"). בשים לב לצנעת הפרט לא נפרט את תוכן חוות הדעת. נאמר רק כי חוות הדעת קבעה כי ניתן להוציא את העותר לחופשות בתנאי פיקוח שפורטו בהחלטה. מכאן סברנו כי ראוי שנתונים אלו יובאו בפני הנציבה.

נציבת שב"ס בחנה שוב את עניינו של העותר והחליטה, לאחר עיון במסמכים שפורטו, לרבות בחוות דעת מב"ן שהוכנה



לצרכי בחינת הוצאת העותר לחופשה, וחוות דעת של מטפל פרטי המציע תכנית טיפול באסיר, כי בנסיבות אלו אין מקום לשחרר את העותר קודם לתום מאסרו. הנציבה ציינה בהחלטה כי העותר לא השתלב בקבוצה טיפולית והגדירה את רצונו לעבוד טיפול כ"מוטיבציה מילולית". הנציבה קבעה כי הסכמת מב"ן ליציאת העותר לחופשות אינה משליכה על רמת המסוכנות לטווח הארוך. בנסיבות אלו, ותוך שהנציבה מביאה בחשבון את תכנית הטיפול הפרטית, החליטה הנציבה שלא לאשר את שחרורו המוקדם של העותר. נגד החלטה זו הוגשה העתירה שבפנינו.

למען הסדר יצוין כבר כעת, ולכך אתייחס בהמשך, כי מב"ן הכין גם חוות דעת לעניין שחרור מוקדם של העותר. חוות דעת זו לא הועברה לעיון הנציבה ע"י מב"ן. עם זאת נדגיש כי מדובר בחוות דעת דומה לזו שהוכנה בעניין הוצאת העותר לחופשה, לרבות לעניין הערכת המסוכנות המפורטת בה.

כפי שאפרט בהמשך, הליך קבלת ההחלטה של הנציבה היה רציף בכשלים מנהליים. עם זאת, ובסיכומי של דבר, ובשים לב לכללי ההתערבות בהחלטות מנהליות מסוג זה שבפנינו, אציע לחברי להרכב כי העתירה תידחה. עם זאת נדגיש את הכשלים בהליך והצורך לתקנם, וזאת לעתיד לבוא. נציין כי חלק מהכשלים הדיוניים כבר נדונו במסגרת העתירה הראשונה ותוקנו במסגרת ההחלטה נשוא העתירה הנוכחית. נזכירם שוב מאחר ולא ניתן לנתק את רצף האירועים שיש לראותם כמכלול.

תמצית טענות ב"כ הצדדים:

טענות ב"כ הצדדים פורטו בהרחבה בפרוטוקול הדיונים בשתי העתירות ונביאם בתמצית:

ב"כ העותר טוען כי הנתונים על בסיסם קיבלה הנציבה את החלטתה אינם נכונים וכן שב"ס אינו מציג את התמונה המלאה בפני בית המשפט. לטענתו אין זה נכון כי העותר לא שיתף פעולה בהליכי טיפול. לדבריו לא הוצע לו טיפול ייעודי לעברייני מין. העותר שותף והשתלב בקבוצות טיפול שעניינן עבריינות כללית. בהמשך הוצע לו להשתלב בקבוצת טיפול ייעודית ואולם זאת בתנאי שיסכים לוותר על בקשתו לשחרור מוקדם. לכך העותר סירב. לטענתו מדובר בהליך טיפולי המיועד לאסירים המרצים מאסר מושך בהרבה. העותר מציין כי החל בטיפול אצל מטפל פרטי עוד קודם לתחילת ריצוי מאסרו, בעת שהמתין לבירור דינו ושהה בתנאים של הגבלת חירות שלא בדרך של כליאה. לטענתו, הטיפול שקדם למאסרו ביחד עם תכנית הטיפול שהוצעה לתקופה שלאחר שחרורו, כל אלו מעידים על רצון אמיתי להשתלב בטיפול, בניגוד לאמור בהחלטת הנציבה.

ב"כ המשיבה מבהירה בטיעוניה כי העותר השתלב בתכניות חינוך בכלא ואולם לא בתכנית טיפול ייעודית. בכל הנוגע לחוות הדעת של מב"ן מפנה ב"כ המשיבה לאמירות בחוות הדעת שחלקן מבוססות על תסקירים שנערכו לעותר קודם למאסרו וחלקן על הבדיקות שערך מב"ן ולפיהן קיים חשש לחזרה לביצוע עבירות (רצדיביזם), אם כי ברמה בינונית נמוכה. על רקע מכלול הנתונים טוענת ב"כ המשיבה כי אין מקום להתערב בהחלטת הנציבה.

דין והכרעה:



כפי שאפרט סבור אני כי במקרה שבפנינו, על אף הפגמים המנהליים שליוו את הליך גיבוש ההחלטה, אין מקום להתערב בה. זאת בהתאם לכללי ההתערבות המוגבלת בהחלטות מסוג ההחלטה נשוא העתירה, והגם שסבור אני כי ניתן גם היה לקבל החלטה אחרת. אבהיר להלן:

בפנינו, כאמור, עתירה מנהלית המופנית כנגד החלטת נציבת שב"ס שלא לשחרר את העותר שחרור מוקדם. כלל הביקורת המנהלית על החלטות הנציבה זהה לזה החל על הביקורת המנהלית על החלטות ועדת שחרורים.

כלל יסוד הוא כי על אסיר לרצות את מלוא תקופת העונש שנגזרה לחובתו על ידי בית המשפט, וכי לא עומדת לו זכות קנויה שעונש זה יקוצר [רע"ב 314/06 **מדינת ישראל נ' פלוני** (1.2.2006), פסקאות 7-8 לפסק דינו של השופט לוי; בג"צ 3959/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' הוועדה לענין בעונש פד"י נג(3)**, 721 (1999), פסקאות 24-27; רע"ב 205/08 **קייס עסילה נ' שרות בתי הסוהר**, (24/6/2008)]. שחרורו המוקדם של האסיר הנו נושא הנתון לשיקול דעתה של ועדת השחרורים או של נציבת שב"ס, לפי העניין. אין זכות לאסיר לשחרור מוקדם. אולם, חרף העובדה כי לאסיר לא עומדת זכות מהותית לשחרור מוקדם, הרי שעומדות לו כלל הזכויות הדיוניות הנוגעות לעניין זה [עע"א 2/83 **ועדת השחרורים נ' יהודה בן יעקב אסיאס** פ"ד לז(2), 688 694-693 (1983)]. כך, עומדת לאסיר הזכות כי עניינו ישמע בפני הגורם המחליט, כי ינהגו כלפיו בשוויון וללא משוא פנים, כי השיקולים שישקלו בעניינו יהיו שיקולים עניינים ומבוססים, וכי לא יישקלו בעניינו שיקולים זרים [ע"א 281/61 **שם טוב נ' ועדת השחרורים שליד שירות בית הסוהר** 2329 פ"ד טו 2060, 2062 (1961)].

בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, אינו פועל כערכאת ערעור על החלטת הוועדה או הנציבה. הוא בוחן את ההחלטה שהתקבלה בעניינו של האסיר כהחלטה מנהלית. מכאן שהתערבותו של בית המשפט תיעשה רק במקרים בהם קמה עילה מאלה המאפיינות את המשפט המנהלי. על בית המשפט לשמור על מרחב של שיקול דעת של הגורם המוסמך להחליט לגבי שחרור אסירים, ולהתערב בהחלטות רק אם הן לוקות בחוסר סבירות קיצוני [עע"א 2/83 בענין **אסיאס הנ"ל**; בג"צ 89/01 **הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ועדת השחרורים**, פ"ד נה(2), 838, 871 (2001); רע"ב 4570/02 **מחאמיד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5), 236 (2002); רע"ב 3686/10 **סמיר גנאמה נ' ועדת השחרורים** (9/12/2010); רע"ב 6566/13 **שלמה דביר נ' היועמ"ש ואח'** (11/2/2014) פסקאות 8-11].

כדי שתקום עילת התערבות שיפוטית בהחלטה המנהלית על ההחלטה להיות כה מוטעית עד כי שום גורם מחליט סביר לא היה יכול להחליט החלטה דומה.

במקרה שבפנינו חלו, בראשיתו של ההליך, פגמים מנהליים שהצדיקו את התערבותנו בהחלטה. מדובר במצג נתונים שגוי שהיה בפני הנציבה שעל בסיסו התקבלה ההחלטה הראשונה. בהתאם הורינו על החזרת עניין של האסיר לבחינה נוספת של הנציבה. הבחינה הנוספת נערכה על בסיס מצג נתונים מלא יותר, הגם שבעניין זה התעוררו קשיים שנפרט בהמשך. בסיכומי של דבר, נרפאו עיקר הפגמים המנהליים שבהליך קבלת ההחלטה, ואשר היוו בסיס להתערבותנו בהחלטה במסגרת העתירה הראשונה.

השאלה שבפנינו כעת היא האם ההחלטה, כפי שהתקבלה ועל בסיס תשתית הנתונים שהייתה בפני הנציבה, היא



החלטה בלתי סבירה בצורה קיצונית שאף גורם מוסמך לא יכול היה להחליט החלטה דומה. סבור אני כי התשובה לשאלה זו שלילית. זאת הגם שלו אני הייתי הגורם המחליט כי אז יש להניח כי הייתי מחליט אחרת. כפי שצוין, אין אנו יושבים כערכאת ערעור אלא כערכאת ביקורת מנהלית. הגם שלשיטתי ניתן היה לתת משקל רב יותר לתכנית הטיפול הפרטית ולטיפול שהחל בו האסיר בטרם ריצוי עונשו, וזאת אל מול כל יתר הנתונים, לרבות חוות דעת מב"ן, לא ניתן לומר כי החלטת הנציבה שהתייחסה לכל אותם נתונים היא בלתי סבירה בצורה קיצונית, באופן המצדיק את התערבותנו.

מטעם זה, של שמירה על מעמדו של הגורם המחליט והקפדה בגבולות הביקורת המנהלית הראויה, סבור אני כי דינה של העתירה להידחות, וכך אציע גם לחברי להרכב להחליט.

הערות בטרם סיום:

בטרם סיום החלטה זו לא אוכל שלא להעיר הערות בכל הנוגע לנושאים הטעונים, לגישתי, בחינה ותיקון, הן ע"י הגורם המנהלי והן ע"י גורמי החקיקה.

מועד קבלת החלטת הנציבה בעניינו של העותר:

הערה ראשונה היא בנוגע לטענת העותר, הנכונה עובדתית, כי ההחלטה המקורית שהובאה בפנינו במסגרת העתירה הראשונה, התקבלה למעשה לאחר שחלף המועד בו היה על הנציבה להחליט בעניין שחרורו המוקדם של העותר. אין חולק כי אכן ההחלטה התקבלה מספר ימים לאחר המועד בו מלאו שני שליש ממאסרו של העותר. מניחים אנו כי מדובר בתקלה שארעה מאחר ובימים אלו חזרה הנציבה למלא את תפקידה לאחר תקופת העדרות. במשך היעדרותה מילא את מקומה קצין אחר בדרגת גונדר שעשה מלאכתו נאמנה. ככל הנראה ימי החלפת התפקידים וחזרתה של הנציבה לתפקידה הם אלו שגרמו לתקלה. עם זאת ראוי היה להקפיד הקפדת יתר בעניין קיום דיון ומתן החלטה במועד, זאת כדי שלא יפגעו זכויות העותר.

הליך קבלת ההחלטה:

הערה שניה מתייחסת להליך קבלת החלטה ע"י נציב/ת שב"ס. חוק שחרור על תנאי ממאסר קובע, בסעיף 2, כי כאשר אסיר מרצה מאסר שמשכו עד שישה (6) חודשים תתקבל ההחלטה בעניין שחרור מוקדם ע"י נציב שב"ס. כאשר משך המאסר ארוך יותר מתקבלת החלטה ע"י ועדת השחרורים. בהמשך מפרט חוק שחרור על תנאי ממאסר את כללי וסדרי הדיון בפני ועדת שחרורים. אין, למעשה, בחוק הוראות בכל הנוגע לסדרי הדיון בהליך המתקיים בפני נציב/ת שב"ס.

פקודת הנציבות מס' 04.65.00 קובעת את סדרי הדיון בהליך של שחרור מוקדם על תנאי של אסירים ע"י נציב בתי הסהר. בתמצית יצוין כי על אסיר המבקש שחרור מוקדם להעביר, באמצעות גורמי הכלא, את בקשתו המנומקת לעיונו של הנציב. מכלול גורמי שב"ס (גורמי כליאה, מודיעין, טיפול וכד') מעבירים לנציב את חוות דעתם. הנציב בוחן ושוקל שיקולים שעיקרם דומה לשיקולים המפורטים בחוק שחרור על תנאי ממאסר.



אין מדובר בהליך סדור במסגרתו ניתנת לאסיר הזדמנות להגיב לטענות המועלות ע"י מכלול הגורמים בעניינו. ההליך גם אינו מסדיר דרך לפניית עורך דין מטעם האסיר בבקשה מפורטת לנציב שב"ס, לא כל שכן מתן מענה לטענות המועלות נגד האסיר, לרבות הסבת תשומת הלב לחוסרים או טעויות בתשתית העובדתית, כפי שאירע במקרה שבפנינו, בעיקר במסגרת הדיון בעתירה הראשונה.

הגם שקיים צידוק ענייני לקיצור ופישוט ההליך כאשר מדובר במאסר קצר, סבור אני כי יש מקום לקבוע כללי דיון שיבטיחו אפשרות של אסיר להביא את כל טענותיו כנגד החלטת הנציב/ה, לרבות באמצעות עורך דין מטעמו, באופן שיבטח קיומו של הליך מנהלי ראוי והוגן בעניינו.

העברת חוות דעת מב"ן לעיון הנציב/ה:

חוק ההגנה על הציבור מפרט גורמים הזכאים לעיון בחוות הדעת המוכנות ע"י מב"ן הן לעניין הוצאת אסיר לחופשה והן לצורך שחרור מוקדם. נציב שב"ס אינו מוזכר בחוק כגורם הזכאי לעיון בחוות הדעת, לרבות חוות דעת שהוכנה לצורך שחרור מוקדם. ואכן, במקרה שבפנינו, סרבו גומי מב"ן להעביר את חוות הדעת לעיון הנציב, זאת על אף החלטה מפורשת של בית משפט זה בעתירה הראשונה.

בעניין זה כבר ניתנה על ידנו החלטה ביום 18.5.17, במסגרת העתירה הראשונה, בה הבהרנו את החומרה שבהתנהלות מב"ן אשר ראה לעצמו חירות שלא למלא אחר החלטת בית משפט, זאת בלא שנעשתה פניה לביטול החלטה או בדרך של ערעור. לא נוסף על הדברים שכבר כתבנו בהחלטה הנ"ל.

מעבר לאמור, נושא זה טעון הסדרה בדרך של חקיקה. אין זה סביר שחוות דעת מקצועית המוכנה לצורך הליך של בחינת בקשה של שחרור מוקדם, ושהייתה מוצגת לעיון ועדת שחרורים לו היה מדובר באסיר המרצה מאסר של יותר משישה (6) חודשים, לא תועבר לעיון נציב/ת שב"ס שאמור להחליט בעניין שחרורו המוקדם של אסיר. ענין זה ראוי שיוסדר ע"י המחוקק בהליך חקיקה סדור, ולא באמצעות חקיקה שיפוטית.

הערה משלימה:

מצב הדברים וההבדל בהליך הדיוני גורם לכך שמצבו של נאשם שנגזר עליו מאסר שמשכו עולה על שישה חודשים טוב יותר, בכל הנוגע להליכי הדיון בבקשה לשחרור מוקדם, מזה המרצה מאסר קצר. לא בכדי פונים לעיתים ב"כ נאשמים למותבי בית משפט ומבקשים לתקן גזר דין כך שבמקום שייגזר עונש של שישה חודשי מאסר, יקבע בית המשפט כי ירוצה עונש של שישה חודשי מאסר ועוד יום אחד. כי הרי במצב דברים זה מופיע האסיר בפני ועדת שחרורים כשהוא מיוצג וכשיש באפשרותו להגיב לטענות המועלות כנגדו וכאשר כל חוות הדעת המקצועיות עומדות לנגד עיני הוועדה.

סבור אני כי כאשר נקבע ההליך הפשוט והמקוצר לדיון בשחרור המוקדם של אסיר שמאסרו קצר משישה חודשים לא התכוון החוק לגרוע מזכויות דיוניות של אסיר ובעיקר לא התכוון החוק ליצירת הליך שעלול לגרום לכך שבפני הגורם המחליט, נציב/ת שב"ס, לא תוצג התמונה המלאה בטרם קבלת ההחלטה. ראוי כי ליקוי זה יתוקן, בהתאמה המתחייבת



מעובדת קיומו של מאסר קצר והחשיבות של קבלת החלטה בפרק זמן קצר, ובמועד.

סיכום:

בסיכומי של דבר, ובצד הערותי כמפורט לעיל, אני סבור שבמקרה שבפנינו רופאו עיקרם של הפגמים המנהליים בהליך קבלת החלטת נציבת שב"ס. בשים לב לכללי הגבלת התערבותו של בית משפט מנהלי בהחלטות מסוג זה, אציע לדחות את עתירתו של האסיר, הגם שלו הייתי אני הגורם המחליט בהתאם להוראות חוק שחרור על תנאי ממאסר בהחלט יתכן שהייתי מחליט אחרת.

**ד"ר ר. שפירא, ס. נשיא
[אב"ד]**

השופט א. אליקים, סגן נשיא:

אני מסכים.

אבקש להוסיף כי במתכונת הדיונית המוגבלת לפי המצב החקיקתי היום מן הראוי להקפיד הקפדת יתר על קיום הנמקה מפורטת של ההחלטה כפי שפעלה הנציבה בהחלטה השנייה ואין להסתפק, כפי שנעשה במקרים אחרים, בשימוש בטופס סטנדרטי עליו נרשמת הערה קצרה.

ראו לעניין זה עע"מ 4349/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נגד משרד ראש הממשלה (3.11.2015).

"מושכלות ראשונים הם כי שומה על החלטה של רשות ציבורית לכלול את ההנמקה בכללה העומדת בבסיס ההחלטה. הנמקה חלקית מצידה של הרשות פוגעת באפשרות אפקטיבית מצד הפרט להתעמת עם הרשות שקיבלה את ההחלטה. פרט הפונה לרשות יודע על עמדת הרשות אך מתוך מה שהובא לידיעתו. הנמקה ראויה ומלאה היא אפוא חיונית לשם תקיפה יעילה של ההחלטה המנהלית".

**אברהם אליקים, סגן
נשיא**

השופטת ת. נאות פרי:



אני מסכימה לכל האמור מעלה, ואבקש להוסיף כי חשיבותה של ההנמקה המפורטת נלמדת גם נוכח העובדה שבמהלך הטיעון בעל-פה בדיון שהתקיים בפנינו, ביקשה באת כוחה של המשיבה להוסיף ולבאר את נימוקי ההחלטה, תוך הוספת טיעונים.

ברי כי יש קושי בהעלאת נימוקים שאינם מפורטים בהחלטה הכתובה, והדבר מצטרף לעמדות של חברי הנכבדים להרכב.

תמר נאות פרי, שופטת

הוחלט לדחות את העתירה, כמפורט לעיל.

בהסכמת הצדדים ניתן פסק הדין בהעדרם והוא יועבר בדחיפות לעיון ב"כ הצדדים וכן לעותר באמצעות מחלקת האסיר בשב"ס.

ניתן היום, ג' סיוון תשע"ז, 28 מאי 2017, בהעדר הצדדים.

תמר נאות פרי, שופטת

אברהם אליקים, סגן
נשיא

ד"ר רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]