 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**אלופה אורלי מרקמן** - הנשיאה

בעניין:

**מ/\*\*\*\*\*\*\* רס"ן א' ס' -** המבקש (ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי -** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן אליסף מלמד; סרן שני שחר)

בקשת יציאה לחופשה מן מאסר. הבקשה נדחתה.

**ה ח ל ט ה**

1. לפניי בקשתו של רס"ן א' ס', **המבקש**, להורות על חופשה ממאסר לרגל חג הפסח המצוי בפתח, לאחר שבקשתו בעניין נדחתה אמש על-ידי מפקד הכלא הצבאי, שבו הוא מרצה את עונשו.

**רקע והשתלשלות העניינים**

1. המבקש שירת כמפקד ספינה בחיל הים. ביום 29 בספטמבר 2022 הורשע, לאחר שמיעת ראיות, בשלוש עבירות אינוס של קצינה ששירתה עמו, בסיומו של "ערב מפקדים", בליל ה-3 בפברואר 2019. כן הורשע בעבירה של התנהגות שאינה הולמת. ביום 10 בינואר 2023 נגזר דינו והושתו עליו מאסר בפועל בן חמש שנים ומחצה, מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. לצד זאת, הוטל עליו לשלם פיצויים לנפגעת העבירה בסך 40,000 ש"ח. המבקש החל לרצות את עונש המאסר בפועל ביום 1 בפברואר 2023.
2. בין לבין הגישה ההגנה ערעור על הכרעת הדין ועל חומרת העונש. התביעה מצדה ערערה על קולת העונש. ערעורי הצדדים נשמעו אך טרם ניתן בהם פסק דין.

**החלטתו של מפקד הכלא**

1. כאמור, אתמול, 3 באפריל 2023, דחה מפקד הכלא את הבקשה לחופשה. הוטעם כי תקנה 84 לתקנות השיפוט הצבאי (בתי סוהר צבאיים), התשמ"ז-1987 מסמיכה את מפקד הכלא לאשר לכלוא חופשה מיוחדת, שלא תעלה על 72 שעות, וכי על פי הוראת קמצ"ר 3110 "חופשות מיוחדות לכלואים בבסיס כליאה", ככלל, אסיר שנגזר דינו אך טרם ריצה שליש מעונשו, לא ייצא לחופשה. לצד זאת, מונה ההוראה חריגים, אשר בהתקיימם, מוסמך מפקד הכלא להורות על חופשה לאסיר שטרם השלים שליש מעונשו, ובהם החריג שלפיו מתקיימות "נסיבות מיוחדות המצריכות מתן חופשה" לדעת מפקד הכלא.
2. לגוף הדברים, פירט מפקד הכלא כי המבקש החל לרצות עונש מאסר בפועל בן חמש שנים ומחצה, לפני חודשיים בלבד, וכי לא הציג בבקשתו נסיבות חריגות המצדיקות חופשה בעת הזו. בואר כי מדובר באסיר שהורשע בעבירות מין, "התנהגותו בכלא שלילית, ולחובתו נרשמו שני טופסי תלונה במהלך כליאה קצרה. לבסוף קיים מידע מודיעיני לגבי האסיר, שעניינו פגיעה במשמעת וחריגה מנהלים". כמו כן, ציין מפקד הכלא, כי שקל את מצבו הרפואי של אביו של המבקש, אך אין בו כדי להצדיק חופשה, בנסיבות העניין. עם זאת, הובהר כי מתוך התחשבות בנסיבות אלו, אישר מפקד הכלא "ביקור חריג נוסף של משפחת האסיר כבר מחר, או במהלך חול המועד" וכן, כי "ככל שתחול הידרדרות במצבו הרפואי של אביו, האסיר יוכל להגיש בקשה נוספת לחופשה, אשר תיבחן בהתאם לנהלי בסיס הכליאה".

**טיעוני הצדדים**

1. בא כוחו של המבקש, עו"ד אילן כץ, עתר להתערב בהחלטת מפקד הכלא ולהורות על מתן חופשה למבקש לנוכח מאפייניו הייחודיים של חג הפסח; בשים לב למצבו הרפואי של אביו של המבקש; למעמדו של המבקש כקצין שפסק דינו טרם חלוט; ואף לשהותו הממושכת במעצר בית ומכאן, לטענה בדבר היעדר חשש מפני הימלטות מאימת הדין. כתימוכין לבקשה הוצגו לעיוני אסמכתאות בדבר מצבו הרפואי של האב.
2. התביעה הצבאית התנגדה לבקשה. תחילה נטען, כי אין לבתי הדין הצבאיים סמכות לדון בבקשה למתן חופשה לאסיר המרצה עונש מאסר בכלא, להבדיל מעניינו של עצור. נטען, כי המדובר בסוגיה הנתונה לשיקול דעתו של מפקד הכלא, וכי הדרך להשיג עליה היא באפיק המנהלי של פניה לנציב קבילות חיילים, ובמקרה הצורך, על-ידי עתירה לבג"ץ.
3. עם זאת, התביעה ביקשה למקד את טיעוניה לגופה של בקשה. נטען, כי החלטתו של מפקד הכלא סבירה, בהתאם לאמות המידה המקובלות ולפיכך, על פי כללי הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות - אין מקום להתערב בשיקול דעתו.

**דיון והכרעה**

**בחינת החלטתו של מפקד הכלא**

1. לאחר שנתתי דעתי לעמדותיהם של הצדדים ולנימוקים שעמדו בבסיס החלטתו של הגורם המוסמך - מפקד הכלא, מצאתי כי בעת הזו, אין מקום להתערב בהחלטה ואין להורות על יציאתו של המבקש לחופשה.
2. כידוע, "הלכה היא כי אין לאסירים זכות קנויה ליציאה לחופשות... וכי בית המשפט לא יתערב בנקל בהחלטות שב"ס בנוגע ליציאה לחופשות" (רע"ב 10186/16 **אלטורי נ' שירות בתי הסוהר**, פסקה 4 (1.1.2017); רע"ב 6494/20 **קריספיל נ' שירות בתי הסוהר**, פסקה 6 (29.10.2020); ע"מ/55/22 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר פלג**, פסקה 15 (2022); עלב"ש 8/21 **טור' חמזה נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 18 (2021)). הוטעם, כי חופשת אסיר "היא פריבילגיה, טובת הנאה, ואיננה בבחינת זכות מוקנית" (רע"ב 5444/09 **חג' יחיא נ' שירות בתי הסוהר**, פסקה 5 (22.10.2009); ראו גם: רע"ב 5089/13 **אוחנה נ' שירות בתי הסוהר** (24.7.2013)).
3. בהקשר דומה, ביחס לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות בנוגע לחופשות של עצורים מן הכלא, נקבע כי "... 'דרך המלך' לאישור חופשה מן המעצר היא הדרך המנהלית - בקשה מרשויות הכליאה, בדרך שהותוותה בעניין בתקנות השיפוט הצבאי (בתי סוהר צבאיים), התשמ"ז-1987 ובפקודות הצבא. הדבר מתבקש, שכן בידי רשויות הכליאה המידע, בין מידע ישיר ובין מידע מודיעיני, אשר למידת מסוכנותו של העציר והסיכויים כי לא ישוב מן החופשה... היבט נוסף הוא של שוויון והיעדר אפליה בין עצורים בעלי נסיבות דומות" (ע/38/15 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' פרידמן** (1.6.2015); וראו גם עניינו של **סמ"ר** **פלג** לעיל).
4. בהתאם נקבע, כי הבחינה השיפוטית ביחס להחלטתם של הגורמים המוסמכים לדחות בקשה לחופשה, עניינה **בחוקיות ההחלטה ובסבירותה**, על פי כללי המשפט המנהלי, וכי ככלל, הערכאה השיפוטית לא תחליף את שיקול הדעת המסור לגורמי הכליאה, בכל הנוגע למתן חופשות לאסירים (רע"ב 4200/16 **סבן נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 (30.5.2016); רע"ב 2432/19 **אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל**, פסקה 5 (4.4.2019); רע"ב 5841/18 **אלקלעי נ' מדינת ישראל**, פסקה 6 (7.8.2018); רע"ב 4398/18 **עשור נ' שירות בתי הסוהר**, פסקה 6 (20.6.2018); ב"ש/78/17 **מ' ח' נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 7 (2017)). נפסק עוד, כי "... הביקורת השיפוטית על החלטה בנוגע ליציאת אסיר לחופשות הנה **זהירה ומצומצמת** לבחינה האם מדובר בהחלטה בלתי סבירה, האם היא מבוססת על שיקולים בלתי סבירים או האם נפל בה פגם אחר המצדיק התערבות..." (רע"ב 8267/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (22.12.2012), הדגשות הוספו).
5. מן הכלל אל הפרט. אכן, מצויים אנו בפתחו של חג הפסח, ואולם על המבקש הושת מאסר בפועל בן חמש שנים ומחצה ואף כי טרם ניתן פסק דין בערעורי הצדדים, חלפו כחודשיים בלבד מאז החל לרצותו (ראו והשוו גם לסעיף י"ז1 בפרק ג' בפקודת הנציבות של שירות בתי הסוהר 04.40.00 ("חופשות אסירים")). ההגנה אמנם נימקה את בקשתה במצבו הרפואי של אבי המשפחה, אך לא הוצגה לעיוני תמונה רפואית המחייבת התערבות בהחלטתו של מפקד הכלא. ברי כי ככל שתחול החמרה במצב הרפואי של האב, יוכל המבקש לפנות בבקשה מתאימה בצירוף האסמכתאות הרלוונטיות. מכל מקום, במכלול הדברים, אין לקבוע כי החלטתו של מפקד הכלא אינה סבירה.
6. אציין עוד, כי המבקש הורשע בעבירות מין חמורות ובחינת כלל הנתונים מלמדת, כי על אף הנסיבות המשפחתיות - בראי התמונה המלאה - החלטתו של מפקד הכלא סבירה ומידתית, ואין להתערב בה.

**שאלת הסמכות**

1. בחינת ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי בעבר לא כללה פקודת בתי הסוהר הוראה מפורשת בדבר אפשרותו של כלוא, המבקש להשיג על החלטות הנוגעות לתנאי מעצרו או מאסרו, לפנות לערכאה שיפוטית. הסמכות הכללית לדון בעתירות מעין אלה, הייתה נתונה כמובן בידי בג"ץ, מכוח סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. עתירות אסירים הוסדרו בחקיקה במסגרת תיקון מס' 5 לפקודת בתי הסוהר, בשנת 1980 (חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 5), התש"ם-1980, ס"ח תש"ם מס' 972) וכן בתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978. בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון הפקודה נכתב כי התיקון נועד:

"להעביר את הטיפול בעתירות אסירים בעניינים הנוגעים לתנאי החזקתם במאסר או במעצר.. מבית המשפט הגבוה לצדק לבתי המשפט המחוזיים. כך יוקל העומס על בית המשפט גבוה לצדק ויהיה אפשר לטפל בעתירותיהם של אסירים ביותר יעילות; ייחסך גם טלטול האסירים עד לבית המשפט העליון בירושלים והם יובאו לבתי המשפט המחוזיים שבתחום שיפוטם נמצאים בתי הסוהר שהם מוחזקים בהם" (הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 5), התש"ם-1980, הצ"ח תש"פ 99).

בהתאם, נקבע בסעיף 62א לפקודת בתי הסוהר, כדלקמן:

"אסיר רשאי להגיש לבית המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו נמצא בית הסוהר שבו הוא מוחזק (להלן בסימן זה בית-המשפט) עתירה נגד רשויות המדינה ואנשים הממלאים תפקידים על פי דין בכל ענין הנוגע למאסרו או למעצרו".

על-פי לשון החוק, רשאי האסיר לפנות לבית המשפט המחוזי בכל שאלה הנוגעת למאסרו או למעצרו, על כלל היבטיה (ראו: רע"ב 4865/04 **מדינת ישראל נ' סויסה**, פ"ד ס(2) 57 61-60 (2006)), ובכך להעמיד בפני **ביקורת שיפוטית** את ההחלטות המנהליות של שירות בתי הסוהר ביחס אליו. הוראת סעיף 62ג לפקודת בתי הסוהר מוסיפה וקובעת כי "החלטת בית המשפט בעתירה ניתנת לערעור לפני בית המשפט העליון אם נתקבלה רשות לכך מבית המשפט בגוף ההחלטה או מאת שופט בית המשפט העליון".

1. ההסדר שעוגן בפקודת בתי הסוהר לא הוחל על אסירים המרצים את עונשם בכלא הצבאי (להבדיל מאסירים שנשפטו בבתי הדין הצבאיים אך מרצים את עונשם בכלא של שירות בתי הסוהר), ולפיכך, בהקשר זה, נוצר **פער ניכר** בין ההליכים העומדים לרשותם של אסירים, המוחזקים בבתי הכלא של השב"ס לבין אלה העומדים לרשותם של אסירים המוחזקים בכלא צבאי. אסירים המרצים את עונשם בכלא של שב"ס זכאים לפנות לביקורת שיפוטית באמצעות המנגנון של עתירות לבית המשפט המחוזי ואף לבקש רשות ערעור על ההחלטה השיפוטית בעניינם. הם זכאים להיות **מיוצגים** על ידי עורכי דין מטעמם וכן להיות **נוכחים** בדיון המשפטי בעניינם (ראו תקנות סדרי הדין (עתירות אסירים), התש"ם-1980). אפשרויות אלו אינו נתונות לאסירים המרצים את עונשם בכלא הצבאי ואלה רשאים להשיג על ההחלטות בעניינם במסגרת קבילה לנציב קבילות החיילים, או, במקרה המתאים, על ידי עתירה לבג"ץ.
2. מכאן גם **הכרסום בזכות הגישה לערכאות**, שהיא "יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית" (רע"א 5027/09 **פלונית נ' משרד המשפטים**, פסקה כ"ד (2.6.2010); ראו גם: ע"א 1480/04 **מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד סא(2) 855, 873 (2006); ועניינו של **טור' חמזה** לעיל).

הדברים מקבלים משנה תוקף, שעה שמדובר בעתירות אסירים:

"בעניינם של אסירים, מתחדדים שני שיקולים הנושאים עימם משקל מיוחד, הנעוצים בטיבן המיוחד של עתירות אסירים, השיקול האחד עניינו בצורך לקיים ביקורת שיפוטית ישירה ומעמיקה על תנאי אחזקתם של אנשים במשמורת, כדי להבטיח הגנה קפדנית על זכויותיהם הבסיסיות. לא אחת, נוגעות עתירות אסירים בזכויות אדם בסיסיות, ולפיכך קיימת חשיבות מיוחד בקיום נגישות האסיר לערכאות השיפוט, ובקיום ביקורת שיפוטית יעילה...בצד שיקול זה, יש להיות ערים לכך כי אסירים, ובמיוחד אלה השפוטים לזמן ארוך, נפגעים לאורך השנים ביכולותיהם הכלכליות... האינטרס הציבורי מצדיק, כי אסיר המתמודד עם קושי כספי ממש בתשלום אגרה, לא ימצא את דלתות בית המשפט נעולות בפניו..." (רע"ב 689/10 **מועתסם נ' מדינת ישראל שב"ס**, פסקה 7 (13.4.2010); על תפקידו של השופט הדן בעתירות אסירים ראו גם רע"פ 2410/93 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מז(3) 802 (1993)).

1. היבט נוסף הוא עניינו של הציבור בכלל ועניינם של נפגעי עבירות בפרט, בביקורת השיפוטית על החלטות בעניין תנאי המאסר ובהן, חופשותיו של אסיר. בוודאי בעת בחינת מסוכנותם של עברייני מין וההשלכות של יציאתם מן הכלא (בשים לב, בין היתר, למגבלות הקיימות בחוק על חשיפתן של הערכות מסוכנות מינית בעניינם, ראו חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, תשס"ו-2006).
2. לאורך השנים עמד בית הדין הצבאי לערעורים על הפער בסוגיה ועל חשיבותו של מנגנון מסודר לקיום **ביקורת שיפוטית** על החלטותיו של מפקד הכלא בנוגע לתנאי המאסר של הכלואים בו (ראו: ב"ש/33/01 **טור' דמתי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 11 (2001); ב"ש/48/04 **סא"ל אל הייב נ' התובע הצבאי הראשי** (2004); ב"ש/78/17 לעיל; ועניינו של טור' **חמזה** לעיל). כמו כן, על רקע הפער הקיים, הונחה זה מקרוב, על שולחן הכנסת הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון עתירות אסיר), התשפ"ב-2022, שלפיה מן הראוי לעגן בחוק השיפוט הצבאי את זכותו של אסיר או עצור המוחזק בבית סוהר צבאי להגיש עתירה נגד רשויות הצבא בכל עניין הנוגע לכליאתו לבית דין צבאי מחוזי וכן לדון בערעור בנושא בבית הדין הצבאי לערעורים. בדברי ההסבר להצעה צוין כי:

"בחלוף למעלה מארבעה עשורים מאז כינונו של מוסד עתירות האסירים, וברוח התקופה בה זכויות האדם ובכללן הזכות לשוויון וזכות הגישה לערכאות קיבלו מעמד של בכורה במשפט הישראלי, בשלה העת לכונן מוסד עתירות אסירים בכל הנודע לחיילים הכלואים בבתי סוהר צבאיים בדומה לזה הקיים לגבי אסירים בבתי סוהר אזרחיים".

1. בתי הדין הצבאיים מקיימים לא פעם **ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות של מפקד הכלא בנוגע לתנאי המעצר** של כלוא ובהן גם החלטות על חופשות ממעצר, והכל - בהתאם לכללים המקובלים בפסיקת בית המשפט העליון. דומה, כי אין חולק שבשלה העת **להשלים את ההסדר המקביל גם בעניינם של אסירים**, המרצים את עונשם בכלא הצבאי, ויש לגבש מנגנון מסודר של עתירה לבית הדין הצבאי המחוזי ואפשרות לפנות בערעור על ההחלטה בנושא, אל בית הדין הצבאי לערעורים (ראו הצעת החוק בנושא).
2. ראוי, אפוא, כי הפרקליטות הצבאית תיתן דעתה להסדרת הביקורת השיפוטית בנושא ויפה שעה אחת קודם. נוכח האמור, **תועבר ההחלטה לעיון הפרקליטה הצבאית הראשית**.
3. מכל מקום, לנוכח האמור בפסקאות 14-13 לעיל - הבקשה נדחית.

ניתנה היום, י"ג בניסן התשפ"ג, 4 באפריל 2023, ותועבר על ידי מזכירות בית הדין לצדדים ולמבקש.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ אלופה אורלי מרקמן   
נשיאת בית הדין הצבאי  
ל ע ר ע ו ר י ם**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור**

**סרן כפיר לב תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**