

עדי 1824/14

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' הנשיא: אל"ם נתנאל בנישו

המערער: עלאא חסן סלימאן משאהרה, ת"ז XXXXXXXXXXX

(באמצעות ב"כ עו"ד נרי רמתי ועו"ד עביר בכר)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית

(באמצעות ב"כ סא"ל מוריס הירש)

ערעור על גזר דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' השופטת רס"ן הילית בר-און ביבר)

בתיק מס' 3659/13 מיום 27.05.14

(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 2 ביולי 2014, ד' בתמוז התשע"ה

חקיקה שאוזכרה:

צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009: סע' 184, 184 (ב), 185, 185 (א), 185 (ב), 186 (ז), 186 (ט), 187, יא

חוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001: סע' 2, 3, 13 (א), 13 (ב), 20, 20 (א), 20 (ד), 20 (ב) 30 (ב)

צו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970 - מבוטל: סע' 44, 45

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוק-יסוד: נשיא המדינה: סע' 11 (ב)

מיני-רציו:

* סעיף 185 (א) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], אינו סותר נורמה רלוונטית מהמשפט הבינלאומי ואף מתיישב עם רוח חוקי היסוד והחקיקה המקבילה בישראל. שכן, על אף שהיא מבטלת את שיקול דעת בית המשפט במקרה בו אדם הורשע בעבירה העולה על שלושה חודשי מאסר, ההוראה נועדה לתכלית ראויה ואף עומדת במבחן הסבירות והמידתיות, לנוכח תנאי האזור.

* משפט בינלאומי פרטי – שטחים מוחזקים – ממשל צבאי

המערער הגיש ערעור על גזר דין שמעורר שתי שאלות. הראשונה, במישור העקרוני, נוגעת לעתירת הסנגוריה להכרזה כי סעיף 185 לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], אינו חוקתי. השנייה, במישור הפרטני, עניינה האם במקרה דנן ראויה הוראת בית המשפט קמא להורות על החזרת המערער להמשך ריצוי העונש שנגזר עליו במסגרת תיק אחר.

בית המשפט דחה את הערעור ופסק כלהלן:

לבתי המשפט הצבאיים באזור נתונה הסמכות לערוך ביקורת בדבר חוקתיותם של צווי מפקד כוחות צה"ל באזור, בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי על פיהן הוקם והוסמך השלטון הצבאי באזור. אין בכוחם של חוקי היסוד להעניק לבתי המשפט הצבאיים באזור סמכות ביקורת על צווי המפקד הצבאי.

אין בעובדה כי סעיף 185 אינו מותר שיקול דעת לבית המשפט שלא להורות על החזרת אסיר משוחרר על תנאי להמשך ריצוי עונשו כאשר זה ביצע עבירה נוספת, כדי ליצור חוסר הוגנות בהליך. בחינת חוקתיות ההוראה בהקשר הרחב, מלמדת על קיומו של שיקול דעת שיפוטי.

אין מקור נורמטיבי לקביעה שסעיף 185 אינו תואם את הוראות המשפט הבינלאומי או את עקרונות חוקי היסוד שאומצו באזור. כתוצאה ממסקנה זו, יש לקבוע עוד כי רשאי היה המפקד הצבאי לחוקק את סעיף 185 (א) ובכך לסיים את בחינת חוקיות הוראה זו.

פסק דין

כללי

שתי שאלות עומדות להכרעה במסגרת הערעור הנוכחי. הראשונה, במישור העקרוני, נוגעת לעתירת הסנגוריה להכרזה כי [סעיף 185](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התש"ע-2009 (להלן: הצו) אינו חוקתי. השנייה, במישור הפרטני, עניינה האם במקרה דנן ראויה הוראת בית המשפט קמא להורות על החזרת המערער להמשך ריצוי העונש שנגזר עליו במסגרת תיק (יהודה) 2528/09.

העובדות הצריכות לעניין

ביום 31.05.10, נגזר דינו של המערער, בגין עבירות של חברות בחוליה צבאית, זריקת בקבוקי תבערה, ניסיון לרכוש נשק, יצור שני רימונים מאולתרים וירי לעבר אדם. במסגרת הסדר הטיעון שהביא להודאת המערער נגזרו עליו 54 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד מאסר מותנה וקנס (תיק (יהודה) 2528/09)). עוד בטרם סיים המערער לרצות את עונשו, שוחרר בצו של מפקד האזור, במסגרת העסקה לשחרור החייל גלעד שליט.

ביום 25.03.14, הרשיע בית המשפט קמא את המערער, על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של הפרת הוראה בדבר סגירת שטח, בכך שיצא מהאזור ושהה בירושלים ללא היתר בשתי הזדמנויות. בהתאם להסכמת הצדדים נגזר עונשו של המערער ל-50 ימי מאסר לריצוי בפועל. עם

זאת, נותרו הצדדים חלוקים בשאלה האם יש להורות על החזרת המערער לריצוי יתרת עונשו מתיק 2528/09 הנ"ל.

לאחר שבית המשפט שמע את טיעוני הצדדים בעניין, הגיע למסקנה כי אכן יש להורות על ביטול ההקלה בעונש שניתנה למערער ולהחזירו לריצוי יתרת המאסר, העומדת על כ-21 חודשים.

הערעור ותשובת התביעה

מכאן ערעור הסנגוריה, המתרכז כאמור בהוראה אחרונה זו של בית המשפט קמא.

הסנגוריה תוקפת את ההוראה בשני מישורים.

במישור העובדתי, טוענת הסנגוריה כי טעה בית המשפט קמא משקבע שהמערער היה מודע לתנאי שחרורו במסגרת כתב ההקלה מיום 18.12.11. הסנגוריה מציינת כי בפני בית המשפט לא הוצגה כל ראיה תומכת בטענה זו ואף לא בטענה כי המערער חתם על תנאי שחרורו. הסנגוריה מפנה להוראת [סעיף 184](#), לפיה המפקד הצבאי רשאי לחון בתנאים. לדעת הסנגור, יש להסיק מהוראה זו כי מפקד האזור אף מוסמך לחון אדם ללא תנאי. בהיעדר הוכחה כי במקרה הנוכחי נקבעו תנאים, אין להניח לחובת המערער כי היה מודע לתנאים האמורים. בעניין זה, טוען הסנגור כי צו המפקד הצבאי אינו דין אשר אי ידיעתו אינה פוטרת, שכן מדובר בחקיקה שניונית הקובעת תנאים אדמיניסטרטיביים בלבד. מכל מקום, אם תנאי השחרור מהווים חקיקה, הרי שזו לא פורסמה בשפה הערבית בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי. עוד טוען הסנגור כי בכל הליך משפטי דומה, דוגמת הפעלת מאסר מותנה או שחרור על ידי וועדת שחרורים, התנאים הרלוונטיים מוסברים היטב. מאחר שלא הוכח כי אלה הוסברו למערער, אין מקום להפעילם ולהורות על החזרת המערער להמשך ריצוי עונשו.

מעבר לכך, תוקפת הסנגוריה בתקיפה עקיפה את חוקיותו של [סעיף 185 \(א\)](#) לצו. הסנגוריה עומדת על סמכותו של בית המשפט לבטל את חקיקת מפקד האזור במסגרת תקיפה עקיפה כאמור. לשיטתה, הוראת הצו, אשר אינה מאפשרת כל שיקול דעת לבית המשפט ומחייבת ביטול הקלה על תנאי אם בוצעה עבירה כלשהיא, מנוגדת למשפט הבינלאומי ויוצרת אפליה קיצונית בין הדין באזור לבין ההוראות החוקיות המקבילות בישראל המעניקות שיקול דעת לוועדת השחרורים. לדעת הסנגוריה, ההבדל בדינים יוצר הבחנה פסולה בין המערער ואחרים שנשפטו בבתי המשפט הצבאיים באיו"ש, לבין נאשמים בעבירות דומות שעניינם יתברר בפני ועדת השחרורים הפועלת לפי חוק שחרור על תנאי. עוד טוענת הסנגוריה כי מפקד כוחות צה"ל באזור מנוע מלחוקק צווים שאינם עומדים בתנאי המידתיות. לדעתה, כבילת שיקול הדעת של בית המשפט פוגעת בעיקרון יסוד זה ואינה מאפשרת כל התחשבות בעובדות המקרה ובשיקולים הראויים להישקל.

על רקע כלל האמור, עותרת הסנגוריה לביטול הוראת בית המשפט קמא להחזיר את המערער להמשך ריצוי עונשו ואף לקביעת בטלות הוראת [סעיף 185 \(א\)](#), המגבילה את שיקול דעת בית המשפט.

התביעה הצבאית מתנגדת לערעור על כל חלקיו. לטעמה, טענת הסנגוריה כי המערער לא היה מודע לתנאי שחרורו, אינה יכולה לעמוד משלושה טעמים. ראשית, הטענה לא הועלתה בפני בית המשפט קמא ולא ניתן להעלותה בשלב הערעור. צו ההקלה בעונש הוגש לבית המשפט קמא ולא נטענה נגדו כל טענה. שנית, המערער לא ביסס טענה זו כשנמנע מלהעיד בפני בית המשפט קמא. על כל אלה מוסיף התובע, כי המערער הפר תנאי הקבוע בצו בדבר הוראות ביטחון. תנאי זה הינו חלק מהחקיקה הראשית באזור. לאור זאת, כל שחרור עליו חותם מפקד האזור מותנה מכללא בתנאי האמור והוא אף בידיעת המערער כחלק מכלל ידיעת הדין.

באשר לחוקתיות הוראות הצו, התאים התובע כי תכלית ההוראה ראויה. לשיטתו, כאשר אדם קיבל "פרס", בדמות שחרור בטרם סיום ריצוי עונשו, ראוי המפקד הצבאי להתנות את השחרור בתנאים כרצונו ובכלל זה חובה סטטוטורית להחזרה להמשך ריצוי העונש במקרה של הפרה. התובע הדגיש כי הדברים נכונים במיוחד כאשר נדון עניינו של אדם ששחרורו המוקדם נקבע במסגרת עסקה פוליטית, דוגמת "עסקת שליט", ולא כתוצאה משיקולי שיקום והתנהגות. התובע הוסיף וטען כי המציאות לקראת עסקה זו משולה להחזקת "אקדח לרקתה של המדינה", מצב בו אין כל פסול בקביעה חד משמעית כי אדם ששחרר בנסיבות אלה יוחזר להמשך ריצוי עונשו, ללא שיקול דעת, אם יבצע עבירה המפרה את תנאי השחרור. לנוכח כל אלה, סבר התובע כי ההוראה ראויה ומידתית למימוש תכליתה.

על כך הוסיף התובע כי המחוקק ריבון להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט, כפי שאף עולה מהוראות שונות בדין הפלילי. עוד טען התובע כי הדין בישראל אינו שונה מהדין באזור, כאשר גם שם שיקול דעתה של הוועדה מוגבל למקרים בהם מובא משוחרר על תנאי בפניה בהתאם [לסעיף 30\(ב\)](#) לחוק שחרור על תנאי. התובע הפנה [לסעיף 20](#) לחוק ועל בסיסו טען כי גם על פי הדין בישראל שיקול דעת הוועדה מצטמצם לקיצור שולי של העונש.

זאת ועוד, התובע ביקש לדחות את הנחת היסוד של ההגנה, לפיה שוני בין הדין באזור לדין בישראל מלמד מיניה וביה על אפליה פסולה. בעניין זה, הפנה התובע למספר החלטות של בית המשפט העליון, בהן הוכרה האפשרות לקיומם של דינים שונים באזור [\(בג"ץ 1073/06 מסאלמה נ' בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש \(פורסם בנבו 26.03.06\)\)](#) בנושא מתחם הענישה, [בג"ץ 10720/06 פריד נ' בית המשפט הצבאי לערעורים \(פורסם בנבו 11.02.07\)](#) בנושא תקופות המעצר. התובע סבר, כי גם בעניינינו השוני בין הדינים נובע מההבדל בנסיבות השוררות באזור. משכך, שוני זה אינו יכול להוות בסיס לטענת אפליה. התובע אף שלל אי התאמה בין המצב החוקי לבין כללי המשפט הבינלאומי. לשיטתו, אין דבר במשפט הבינלאומי הפוסל אפשרות להחזיר אדם שקיבל הקלה בעונש להמשך ריצוי עונשו.

מודעות המערער לתנאי שחרורו

טענתה הראשונה והפרטנית של הסנגוריה נוגעת לשאלת מודעות המערער לתנאי שחרורו.

על אף שטענתו של הסנגור שובת לב ממבט ראשון, אין לקבלה.

עם זאת, אעיר תחילה כי בבקשה מעין זו מצופה מהתביעה שתגיש את כלל המסמכים הרלוונטיים ולא תסתפק בצו השחרור. חובה זו נובעת מהמשמעות הרת הגורל העשויה להיגרם כתוצאה מקבלת הבקשה, אשר מהותה שלילת חירותו של האסיר, לעיתים לפרק זמן ממושך. על כן, ככל שהאסיר המשוחרר חתם על מסמכים המבהירים לו את תנאי שחרורו, יש להגישם לבית המשפט. בענייננו ניתנה הזדמנות לתביעה להגיש את המסמכים, אך הדבר לא נעשה. לאור זאת, יש להניח כי אלה אינם בנמצא.

ברם, גם בהיעדר מסמכים כאמור, לא מתחייבת המסקנה המבוקשת על ידי הסנגוריה.

[סעיף 184](#) לצו קובע את סמכותו של מפקד האזור להתנות שחרור בתנאים שונים. הסעיף אף מתנה את השחרור בתנאי סטטוטורי של אי ביצוע עבירה שעונשה שלושה חודשי מאסר או יותר בתוך תקופת תנאי שתיקבע. אשר על כן, אין ספק כי תנאי זה מהווה חלק מהחקיקה הראשית באזור, אשר אי ידיעתו אינה משנה את תחולתו.

בענייננו, אין חולק כי המערער הפר את התנאי הסטטוטורי האמור, כאשר ביצע עבירה שעונשה עולה על שלושה חודשים. אין גם חולק כי הצו בדבר הוראות ביטחון פורסם כנדרש. לאור זאת, שאלת ידיעת המערער על אודות התנאי האמור אינה מעלה או מורידה.

כאן המקום לציין, כי בעבר לא נכלל התנאי האמור כחלק מהוראות הצו בדבר הוראות ביטחון. [סעיפים 44 ו-45](#) לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל – 1970, עד לתיקונם בשנת 2011, הסמיכו אמנם את המפקד הצבאי לקבוע תנאי שחרור, אך לא קבעו את אי ביצוע העבירה כתנאי סטטוטורי. על רקע זה, דנה הפסיקה במספר הזדמנויות בשאלת המשמעות של אי הבאת תנאי השחרור לידיעת האסיר המשוחרר (ראה בהרחבה [ע' \(איו"ש\) 1098/05](#) אבו רדאחה נ' התוב"ץ (פורסם בנבו 07.03.06)) וכן [ע' 2418/06 מלח נ' התוב"ץ](#) (פורסם בנבו 10.07.06)). אין זה המקרה בענייננו, כאשר עסקינן בתנאי הקבוע בחקיקה ראשית.

בהתאם, פטורים אנו מלדון ביתר טענותיו של הסנגור באשר לנפקות אי הוכחת הבאת ההחלטה בדבר ההקלה בעונש מיום 8/12/11 לידיעת המערער. כמו כן, איננו נדרשים לשאלת המעמד הנורמטיבי של ההחלטה האמורה והנפקות היכולה לנבוע מאי ידיעת תנאי השחרור המפורטים בה. טענות אלה מכוונות כלפי ההחלטה הפרטנית בדבר שחרור המערער. החלטה זו אינה סותרת את החקיקה. נכון אמנם כי בכוחו של המפקד להתנות אף על התנאי הסטטוטורי האמור, אך במצב דברים זה, נטל ההוכחה רובץ על הטוען שכך נהג המפקד. במקרה דנן, המערער נמנע מלהעיד, ועל כן, אין מקום לסטות מההוראה החוקית הכללית ומהמסקנה כי טענת המערער אינה מבוססת.

עם זאת, מצאתי להעיר כי טענות הסנגור מדגימות היטב את המורכבות הנובעת מהיעדר ריבוד חקיקתי ברור באזור, כאשר לכאורה כל צו פרטני של המפקד הצבאי הופך מיניה וביה לחלק מהחקיקה הראשית. מצב זה מעורר קושי עיוני. ברם, כאמור איננו נדרשים לעסוק בסוגיה זו

במסגרת הערעור הנוכחי (בעניין זה אף ראו עד"י 4869/07 + 1459/08 **התביעה הצבאית נ' הודלי** (פורסם בנבו 02.10.08).

סמכות בית המשפט לבקר את חוקתיות החקיקה הראשית באזור

הצדדים לא חלקו על סמכות בימ"ש זה לבחון את חוקתיות הוראות **סימן י"א** לצו, ובאופן ממוקד יותר, של **סעיף 185 (א)**.

ואכן, עוד בעניין **שוורץ (וע' 5/06 שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור** (פורסם בנבו 31.10.06)) קבענו כי לבתי המשפט הצבאיים באזור נתונה הסמכות לערוך ביקורת בדבר חוקתיותם של צווי מפקד כוחות צה"ל באזור, בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי על פיהן הוקם והוסמך השלטון הצבאי באזור. מסקנה זו נומקה הן בפירמידת הנורמות מהן נשאבים מעמדו וסמכותו של המפקד והן משורה של טעמים מעשיים כבדי משקל, אשר פורטו בהחלטתי האמורה.

וכך סוכמו הדברים בעניין **שוורץ** :

"מכאן מתבקשת המסקנה כי בתי המשפט הצבאיים מוסמכים לבחון את חוקתיותם של צווי המפקד הצבאי על פי נורמות המשפט הבינלאומי אף כי אין בכוחם של חוקי היסוד להעניק לבתי המשפט סמכות ביקורת על צווי המפקד הצבאי".

ודוק, לאור אופי הבחינה, נבנה אותה כ"בחינה חוקתית". זאת, על אף שבמסגרת החוקית לפועלם של המפקד הצבאי ושל בתי המשפט באזור, במישור המשפט הבינלאומי, לא קיימת כידוע חוקה. ברם, גם בהעדר חוקה, אין ספק כי קיימות נורמות על לפיהן נדרש מפקד כוחות צה"ל באזור לפעול.

אך תחילה, מן הראוי כי נציב את שאלת דרכי בחינת חוקתיות הוראה מתוך תחיקת הביטחון, שכן עד כה, לא פירט בית משפט זה באופן שיטתי מה הן דרכי הפעלת סמכותו האמורה ועל פי אלו מבחנים יבקר בית המשפט את חוקיותם של הוראות תחיקת הביטחון.

מחד גיסא, כבר קבענו כי אין בכוחם של חוקי היסוד להעניק לבתי המשפט הצבאיים באזור סמכות ביקורת על צווי המפקד הצבאי (ראה עניין **שוורץ הנ"ל**, בעמ' 17). לאור זאת, איננו נדרשים לבחון האם הוראות תחיקת הביטחון, ובעניינו **סעיף 185 (א)** הנ"ל, עומדות בקנה אחד עם פסקת ההגבלה הכלולה ב**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

אלא שלצד האמור, יש להזכיר את שקבענו מקדמת דנא, היינו כי :

"הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, אינו חל באזור, הרי שדוחו שורה עלינו"**
(ע"מ אזח"ע 5/01 אל ג'מאל נ' התוב"ץ (פורסם בנבו 03.06.01)).

ובאופן דומה בעניין נחלה :

"הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... אינם חלים באופן ישיר באזור, עמדנו לא אחת על כך שמנחים אנו עצמו לפעול לפי רוחם, במגבלות המתעוררת מן המצב הביטחוני המיוחד בו פועלים בתי המשפט הצבאיים באזור" (ע"מ 1271/06 התוב"ץ נ' נחלה) [פורסם בנבו]

לאור זאת, גם אם בחינת החוקיות תעשה על פי נורמות המשפט הבינלאומי, הרי שנוכל לאמץ לדין האזור את העקרונות והמבחנים שפותחו במשפט הישראלי לבחינת חוקתיותם של חוקים.

מסקנה זו עולה מתוך הנימוקים שפורטו בעניין שוורץ לקיום סמכות הבחינה החוקתית. היא אף מתבקשת משלושה טעמים מצטברים, בראשם הצורך ליצור תבנית בחינה אחידה, תכליתית וקוהרנטית עם דיני האזור ועם הדין הישראלי, ממנו אנו שואבים עקרונות ראויים לשם עשיית משפט צדק.

הטעם השני נטוע בעקרונות המשפט הבינלאומי על פיהם פועל השלטון באזור. חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את הסדר ואת קיומם של חיים ציבוריים תקינים (תקנה 43 לתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, 1907). לאור זאת, המפקד הצבאי נדרש לדאוג לזכויותיהם המגוונות של תושבי האזור. הוא אף פועל לשמירה על בטחון האזור ובטחון מדינת ישראל. כתוצאה מכך, נוצר מתח מובנה בין האינטרסים.

על כן, יש במבחן המידתיות כדי לאפשר יצירת איזון ולהבטיח מימוש ראוי של הזכויות המוקנות לאוכלוסייה על פי המשפט הבינלאומי לצד שמירה על הביטחון. מבחן זה מבטיח כי נורמות אלה לא ייפגעו לתכלית פסולה או מעבר לנדרש. בכוחו אף למנוע יצירת אפליה פסולה. הדברים אמורים במיוחד לנוכח אורך השליטה הישראלית ביהודה ושומרון.

אדגיש כי בקביעותי אלה איני מתעלם מהשאלה הכללית האם ניתן לבחון את העמידה בעקרונות המשפט הבינלאומי באמצעות מבחני מידתיות (במיוחד כאשר חלק מהוראותיו קובעות חובות מוחלטות). אלא שלטעמי, כאשר עסקין בהתאמת נורמות המפרטות עקרונות של המשפט הבינלאומי בחקיקה פנימית ספציפית, הרי שלא רק שניתן לבחון את התאמת הנורמה לעיקרון באמצעות מבחני מידתיות, אלא שזו הדרך הראויה להבטיח יישום הולם של הנורמה. הדברים נכונים במיוחד כאשר איננו מדברים על איסורים מוחלטים של המשפט הבינלאומי, אלא על נורמות התנהלות המחייבות את הריבון בשטח המוחזק ואשר מטרת החקיקה להפיח בהן רוח חיים ולקרום עליהן עור וגידים בחיי המעשה.

כך בענייננו, כאשר השאלה העומדת להכרעה נוגעת להתאמת הוראה חוקית פרטנית עם עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי בדבר הצורך להבטיח הליך הגון.

ואכן, דרכי היישום של עיקרון זה, המפורטות באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 ואף ביתר נורמות המשפט הבינלאומי מהן ניתן ללמוד על אודותיו, לעולם יהיו מופשטות יותר מאשר חקיקה בשיטת משפט פעילה. ואכן, נעדרת אמנת ג'נבה הרביעית הוראות

סדורות בנוגע לסדרי דין או לראיות על פיהן יפעלו בתי משפט שהוקמו מכוח סעיף 66 לאמנה. משכך, במקרה דנן, כאשר עסקינן בזכות להליך הוגן שמפקד כוחות צה"ל באזור פירט אותה בחקיקה, אין קושי לבוא ולבחון האם הפירוט הנ"ל תואם את העיקרון הכללי של המשפט הבינלאומי או חורג ממנו בהתאם למבחני מידתיות.

נראה כי בגישה דומה נוקט המלומד י' שני. לטעמו, עיקרון המידתיות הקיים במשפט הבינלאומי ובכלל זה בדיני זכויות האדם ובמשפט ההומניטארי מאפשר אימוץ של מבחני המידתיות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון. ובלשונו:

"ניכרת תמיכה של ממש בהכללה של שלושת מבחני המידתיות שהתפתחו בדין המדינתי של מספר מדינות גם בעקרון המידתיות שחל במישור הבינלאומי. העיקרון מורכב משלושה מבחני משנה הקובעים את היקף תחולתו: (א) ההתאמה של האמצעי להגשמת התכלית (מבחן הנחיצות); (ב) היעדרה של חלופה פוגענית פחות (מבחן ההכרחיות); (ג) מבחן המידתיות במובן הצר" (י' שני "השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין לאומי" המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 75, בעמ' 141).

שלישית, הליכה בתוואי זה אף תואמת את דרכו של בית המשפט העליון בבוחנו את חוקיות צווי מפקד כוחות צה"ל באזור ופעולותיו. כך לדוגמא בעניין **מרעב** בו דן בית המשפט בחוקיות צו 1500, אשר האריך את תקופות המעצר עד להבאה בפני שופט על רקע מבצע "חומת מגן" (ראה **בג"צ 3239/02 מחמוד מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** (פורסם בנבו 05.02.03)). באותו עניין, בחן בית המשפט את התאמת הוראות הצו עם עקרונות חוקתיים ומנהליים של המשפט הישראלי הרלוונטיים. כך בעניין **עג'ורי** בו נבחנה התאמת צו תיחום מגורים לנורמה הרלוונטית במשפט הבינלאומי (**ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו 03.09.02)). כך אף לאחרונה **בבג"צ 3368/10 משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו 06.04.14), בו בחן בית המשפט את עמידת תקופות המעצר באזור בעקרונות **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. בכל אלה ובהחלטות רבות נוספות עושה בית המשפט העליון שימוש במבחנים חוקתיים ובמבחן מידתיות (ראה **בג"צ 10356/02 הס' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו 04.03.04)), **בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו 30.6.04)), וראה גם **בג"צ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו 03.09.03)), בעניין ה"פגיעה המונעת" והפסיקה הרבה המובאת בו).

העולה מן המקובץ, כי לשם בחינה חוקתית של תחיקת הביטחון על פי נורמות המשפט הבינלאומי הרלוונטיות, יכולים בתי המשפט הצבאיים להסתייע בדרכי הבחינה החוקתית אשר אומצו במשפט הישראלי.

נזכיר בעניין זה, כי הבחינה החוקתית המקובלת במשפט הישראלי מורכבת משלושה שלבים. בשלב הראשון, בוחן בית המשפט האם החוק פוגע בזכות חוקתית. בענייננו, נבחן האם ההוראה של המחוקק פוגעת בזכות יסוד המעוגנת בנורמות של המשפט הבינלאומי, על פיהן נדרש השלטון הצבאי לפעול ואף ברוח חוקי היסוד.

בשלב השני, בוחן בית המשפט האם החוק עומד בתנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה, פגיעה בחוק או על פיו, הלימה עם ערכי מדינת ישראל, תכלית ראויה ומידתיות. רלוונטיים לענייננו, בשינויים המחויבים, התכלית הראויה והמידתיות.

בעניין אחרון זה, נציין את ההלכה הידועה כי:

"את הדרישה כי הפגיעה לא תהיה במידה העולה על הנדרש, מקובל לחלק לשלושה מבחני משנה. מבחן המשנה הראשון מבקש לבחון האם מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר בחוק ובין תכליתו..."

... מבחן המשנה השני בוחן האם האמצעי שנבחר הוא האמצעי שפגיעתו פחותה..."

...מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן המידתיות "במונח הצר", מחייב את קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון החברתי הצומח ממנה. גם מבחן זה מתקיים בענייננו..." (בג"ץ [2442/11](#) חיים שטנגר, עו"ד נ' יו"ר הכנסת ואח' (פורסם בנבו 26.6.13))

או אז, אם ישתכנע בית המשפט כי אכן נגרמה פגיעה חוקתית, אזי ידון בתוצאה של פגיעה זו.

נבחן, על כן, את חוקיותו של [סעיף 185\(א\)](#) לצו בהתאם לאמור.

חוקתיות ההוראות המסדירות את ההחזרה להמשך ריצוי עונש

טענת הסנגוריה בענייננו הינה כי קביעת המחוקק, לפיה בהתקיים התנאי הקבוע [בסעיף 184 \(ב\)](#) לצו, חובה על בית המשפט להורות על החזרת אסיר משוחרר על תנאי ריצוי עונשו, אינה הולמת את עקרונות המשפט הבינלאומי. לשיטתה, פסילת שיקול דעתו של בית המשפט הופכת את ההוראה לבלתי מידתית ויוצרת אפליה ביחס לדין הישראלי.

על מנת לבחון טענה זו עלינו לעמוד תחילה על הנורמה הבינלאומית העשויה לבסס הפרה.

הסנגוריה לא הצביעה בפנינו על נורמה ספציפית בעניין זה. זאת לא בכדי, מאחר שבאמנת ג'נבה הרביעית קיימות התייחסויות בודדות להליך המשפטי, ואף עוד פחות באשר לענישה. לא למותר לציין, כי האמנה אינה כוללת כל התייחסות לשחרור על תנאי ולביטולו.

יחד עם זאת, עיקרון יסוד במשפט הבינלאומי כי ניתן לשלול את חירותו של אדם אך ורק על פי חוק (ראה בעניין זה Customary International Humanitarian Law Volume II, art 2662 ברם, אין חולק כי כך בענייננו, כאשר המחוקק קבע שורה של הוראות המסדירות את החזרתו של אסיר משוחרר על תנאי להמשך ריצוי עונשו.

עוד נדגיש, כי העיקרון המחייב ביקורת שיפוטית על החלטה השוללת חירות, העולה ממספר הוראות במשפט הבינלאומי, נשמר בעניינו, כאשר המחוקק קבע כי בית משפט או וועדה שיפוטית הם אשר יורו על החזרתו של משוחרר על תנאי להמשך ריצוי מאסרו.

נראה, על כן, כי הסנגוריה משליחה את יהבה על החובה לקיים הליך הוגן.

ואכן חובה זו מושרשת היטב במשפט הבינלאומי בכלל ובאמנת ג'נבה בפרט.

סעיף 3 (1) D לאמנת ג'נבה הרביעית קובע את דרישות היסוד המינימאליות לפעולת הצדדים לסכסוך מזוין. בין היתר, נקבע איסור להרשיע או להעניש שלא בהתאם להליך בפני בית משפט שהוקם כחוק ותוך הבטחת זכויות משפטיות מקובלות:

"the passing of sentences and carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples."

ברוח דומה, סעיף 5 לאמנה קובע, בנוגע לחשודים בעבירות הפוגעות בביטחון:

"...in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention"

ובסעיף 71 לאמנה:

"No sentence shall be pronounced by the competent courts of the Occupying Power except after a regular trial..."

וראה גם סעיפים 64 – 74 לאמנה וכן סקירה ממצה על הזכות להליך הוגן במשפט הבינלאומי Doswald-Beck Customary International Humanitarian Law Volume II, art 2786 & Hencakerts ואילך.

הזכות להליך הוגן אף זכתה לעיגון כזכות חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, 11.02.10).

בדומה נקבע על ידי ביהמ"ש זה, בעקבות פסיקת בית המשפט העליון:

"רבות דובר בפסיקה על הזכות להליך הוגן, ואני מבקש להביא דברים אחדים שנאמרו בעניין זה מפי כב' השופט לוי בג"ץ 11339/05..."

'סמכותה של המדינה להעמיד אדם לדין אוצרת בתוכה כוח רב. משמעותה של הזכות להליך הוגן היא, בתמצית, כי מקום בו מבקשת

המדינה לעשות שימוש בכוח זה, עליה לעשות זאת במסגרת הליך נאות, בגדרו תיבחן ההצדקה לפגיעה בחירויות היסוד של הנאשם. ניהולם של הליכים משפטיים הוגנים, הוא "ביטוי למחויבות החברה הנאורה לפעול במודע, במסגרת האפשרויות הקיימות, למניעת עיוותי דין במשפטיהם של הפרטים" ... על כן, קיומם של הליכים הוגנים אינו רק תכלית העומדת בפני עצמה, אלא גם אמצעי אשר נועד לשרת את אינטרס הציבור לעשיית צדק ולחשיפת האמת... הזכות להליך הוגן אינה מגשימה רק אינטרס אישי של החשוד או הנאשם העומדים לדין. זהו אינטרס ציבורי שכל אחד מהפרטים בחברה – כנאשם פוטנציאלי – ידע שאם וכאשר יתקיימו נגדו הליכים פליליים, הם יתנהלו באופן ראוי והוגן... (בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע ואח, [פורסם בנבו] (פורסם בתקדין, 08/10/2006).

.... הגינות ההליך הפלילי היא כאמור אינטרס ציבורי מובהק, והפגיעה בה, וכפועל יוצא מכך הפגיעה בזכויותיו של המערער, מהווה שיקול לזכותו שלא ניתן להתעלם ממנו" (ע" 2631/11 התביעה הצבאית נ' חאג' (פורסם בנבו 06.05.13))

זכות זו, מתפרטת לשורה של עניינים המהווים עקרונות בסיסיים של כל שיטת משפט נאורה: עצמאות בית המשפט, אי תלות השופטים, פרסום החקיקה, גילוי הראיות, האפשרות לחקור עדים ועוד. מתוך כך, אין ספק כי שיקול דעת שיפוטי הינו אחד מאבני היסוד של הזכות להליך הוגן. ויפים לענייננו דבריו של הנשיא (בדימי) א' ברק:

"על פי השקפתי, שיקול דעת שיפוטי הוא אינטגרציה למשפט. משפט ללא שיקול דעת שיפוטי הוא גוף ללא נשמה. שיקול דעת שיפוטי הוא מרכיב מרכזי בעצם מהות המשפט." א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004), בעמ' 36.

ברם, אין פירושו של דבר כי על מנת להבטיח הליך הוגן נדרש להותיר שיקול דעת שיפוטי מוחלט. ואכן, עוד מקדמת דנא הודגשה "מגבלות הכוח" של רשות מנהלית, בין אם זו משתייכת לרשות המחוקקת, המבצעת או השיפוטית:

"אכן, שיקול-דעת סטטוטורי יכול שיהא רחב ויכול שיהא צר, אך לעולם הוא מוגבל. מספר האפשרויות, העומדות לפני בעל החלטה, יכול שיהא רב ויכול שיהא מועט, אך לעולם אינו בלתי מוגבל. בכך מבטיח הדין את חירותו של הפרט ...

עקרונות אלה חלים לעניין כל שיקול-דעת, היונק כוחו מדבר חקיקה. הם חלים על שיקול-דעת של כל נושא משרה ברשות המבצעת. עקרונות אלה חלים על כל נושא משרה ברשות השופטת. עקרונות אלה חלים על כל נושא

משרה ברשות המחוקקת. (ההדגשה אינה במקור) [\(בג"צ 742/84 הרב מאיר](#)

[כהנא נ' שלמה הלל ואח', פ"ד לט\(4\), 85](#))

כך, שיקול הדעת השיפוטי יופעל לעולם בגבולות אשר הותוו על ידי הדין. הוא יונק את כוחו מהחוק ואף פועל להגשמת תכליותיו. ד' אמות החוק הם אשר גודרים את סמכויותיו ואת שיקול דעתו של בית המשפט.

זאת ועוד, לעיתים יגביל המחוקק את שיקול דעתו של בית המשפט בעניין ספציפי זה או אחר. ההליך הפלילי כולו שזור בהוראות המגבילות או שוללות את שיקול דעתו של השופט.

כך בכל הקשור לכללים הראייתיים הפוסלים סוגי ראיות שונים מלבוא בשערי בית המשפט, בין אם לאור מהות הראיה (עדות מפי השמועה) ובין אם מכוח מוסרה (חסיונות, קרובי משפחה וכדומה). כך גם בסוגיית הענישה הפלילית. בעניין זה נזכיר את החובה להטיל עונש מינימום בעבירות מסוימות. כן נפנה למגבלות הקבועות בקשר להפעלת מאסר מותנה, הדומות מהותית לענייננו. הוראות הדין בישראל ובאזור מצמצמות את שיקול דעתו של בית המשפט באשר לאפשרות שלא להפעיל מאסר מותנה ואף מחייבות את בית המשפט להפעיל מאסר זה כאשר נגזר מאסר בפועל בגין הרשעה החדשה. בית המשפט אף אינו רשאי להפעיל את המאסר המותנה בחלקו. דוגמא מאלפת נוספת נדונה בעניין **חרב וליד**, בו עמדה לדיון פרשנות של ההוראה השוללת את שיקול דעתו של בית המשפט לחפוף עונש שהוטל בגין ביצוע עבירה נוספת בתקופת שחרור על תנאי **(סעיף 20 ד)** לחוק שחרור על תנאי, הדומה **לסעיף 185 (ב)** לצו). באותו עניין עמד בית המשפט העליון על חשיבות שיקול דעתו של בית המשפט ועל הזהירות הדרושה מהמחוקק בבואו לצמצם משיקול דעת זה. אולם, בית המשפט קבע כי בעניין האמור מדובר בצמצום נקודתי וממוקד, אשר נעשה על ידי המחוקק באופן שאינו מותיר מקום לפרשנות אחרת. עוד קבע בית המשפט כי תכליתה ההרתעתית של ההוראה ראויה והיא נועדה להבהיר כי אסיר שעבר עבירה במהלך תקופת התנאי לא יזכה להקלה נוספת **(ע"פ 4654/03 חרב וליד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 26.06.06))**.

הוראות אלה אינן נחלתו של הדין באזור או הדין בישראל בלבד, אלא מקובלות הן בשיטות משפט נאורות אחרות (ראה לדוגמא בכל הנוגע לצמצום שיקול דעתו של השופט בנוגע לענישה במשפט הצרפתי, **(Droit penal et Procedure penale, Gare & Ginestet**),

ויפה בענייננו קביעתו של המלומד Pictet בפירושו לסעיף 3 לאמנה הנ"ל הקובע:

"We must be very clear about one point: it is only "summary" justice which it is intended to prohibit. No sort of immunity is given to anyone under this provision. ...and it leaves intact the rights of the state to prosecute, sentence and punish according to the law."

הנה כי כן, אין בעובדה כי [סעיף 185](#) אינו מותיר שיקול דעת לבית המשפט שלא להורות על החזרת אסיר משוחרר על תנאי להמשך ריצוי עונשו כאשר זה ביצע עבירה נוספת, כדי ליצור חוסר הוגנות בהליך.

אך מעבר לכך, סבורני כי בחינת חוקתיות ההוראה בהקשרה הרחב, מלמדת על קיומו של שיקול דעת שיפוטי.

אין לקרוא את [סעיף 185\(א\)](#) במנותק מהקשרו. [סעיפים 184 עד 186](#) יוצרים הסדרה שלמה של נושא החנינה וההקלה בעונש. על כן, את התאמתה של אחת מהוראות הפרטניות של הסדר זה עם הזכות להליך הוגן יש לבחון על רקע ההסדר בכללותו.

המחוקק יצר שני מסלולים מקבילים לביטול הקלה בעונש על תנאי. הראשון, כתוצאה מהרשעה בעבירה נוספת במהלך תקופת התנאי ([סעיף 185\(א\)](#)). השני, במסגרת הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי ([סעיף 186](#) לצו). במסלול זה מוסמכת הוועדה לקבוע האם הופר תנאי מתנאי השחרור. תנאים אלה כוללים אף ביצוע עבירה נוספת.

בדומה להסדרה הקיימת במקרה של הרשעה בעבירה נוספת, כאשר הוועדה קובעת שבוצעה עבירה, מחויבת היא להורות על החזרת המשוחרר להמשך ריצוי עונשו ([סעיף 186\(ז\)](#)). אולם, כאשר הופר תנאי שאינו מהווה עבירה נוספת, רשאית הוועדה לקבוע שהמשוחרר לא יוחזר להמשך ריצוי עונשו או כי ישוב לשאת מאסר לתקופה קצרה מאורך תקופת התנאי ([סעיף 186\(ט\)](#)).

הנה כי כן, המחוקק לא שלל את שיקול דעתו של הגורם המוסמך להורות על המשך ריצוי עונש. בית המשפט והוועדה בעלי שיקול דעת מלא לקבוע האם הופר אחד מתנאי השחרור. זאת ועוד, במקרה בו הפרת התנאי אינה עבירה נוספת רשאית הוועדה להכריע האם תוצאת ההפרה תהיה החזרת המשוחרר להמשך ריצוי עונשו. כל שקבע המחוקק הוא כי, מקום בו הפרת התנאי מהווה עבירה נוספת, יוגבל שיקול הדעת השיפוטי והמשוחרר ימשיך לשאת את עונשו.

ואם לא די בכך, נזכיר מושכלות יסוד באשר למהות ביטול שחרור על תנאי:

“עסקינן בהליך נפרד שאינו מהווה חלק אינטגרלי מההליך הפלילי, ...הליך זה, אמנם מבוסס על הרשעתו של הנידון על ידי בית המשפט בהליך פלילי, אך הוא המשך ישיר להחלטה המנהלית להקל בעונש בתנאים. מטרתו אינה ענישה חדשה, אלא בחינת הצורך להורות על החזרת נידון להמשך ריצוי מאסרו, לאחר שהפר לכאורה תנאי שנלווה לשחרורו.” (ההדגשה אינה במקור) (ע"מ 1762/12 אלשאוה נ' המפקד הצבאי (פורסם בנבו 10.07.12)).

מכאן, כי ביטול שחרור אינו מתבצע בחלל ריק. הוא המשך ישיר לגזירת עונשו של האסיר. על כן, גם אם בהליך החזרה להמשך ריצוי עונש, נשלל שיקול דעתו של בית המשפט (במקרה של ביצוע עבירה נוספת בלבד), הרי שהליך זה הינו תוצאתי לשיקול הדעת הראשוני, במסגרתו נקבע מלכתחילה עונשו של האסיר.

סעיף 185 (א) מתייחס, על כן, למקרים ספציפיים והמהווה אך הוראה פרטנית מתוך מכלול ההוראות הקשורות לענישה, שחרור וביטול. לגבי כלל הוראות אלה קיים שיקול דעת שיפוטי עקרוני. משכך, לא ניתן לומר כי הסדרת הסוגיה, ובכלל זה ההוראה הפרטנית של סעיף 185 (א) עומדות בסתירה לזכות להליך הוגן.

לנוכח מסקנותיי דלעיל, אין מקור נורמטיבי לקביעה שסעיף 185 אינו תואם את הוראות המשפט הבינלאומי או את עקרונות חוקי היסוד אותם אימצנו באזור. כתוצאה ממסקנה זו, יש לקבוע עוד כי רשאי היה המפקד הצבאי לחוקק את סעיף 185 (א) ובכך לסיים את בחינת חוקיות הוראה זו.

על אף קביעה זו, ראיתי לנכון להעיר עוד מספר הערות בכל הנוגע לתכלית ההוראה, מידתיותה וסבירותה.

תכלית ראויה

כאמור, סעיף 185 הינו חלק ממשטר הפיקוח אותו ביקש המחוקק להחיל על אסיר משוחרר על תנאי. על רקע זה, להוראה זו שתי תכליות. ראשית, במישור הגמול, ההוראה מבקשת למצות את הדין עם מי שלא השכיל לנצל הזדמנות שניתנה לו לתקן את דרכיו ומעד פעם נוספת. שנית, היא נדרשת ליצירת הרתעה אישית, לבל יבצע אסיר משוחרר עבירה. בעניין זה נדגיש כי אף אם ההסדר האמור לא נועד לחול רק במצבים בהם השחרור נובע מהסדר מדיני, לא ניתן להתכחש כי זו המציאות הרווחת באזור. במצב דברים זה, בו השחרור אינו נובע משינוי אישי שנוצר אצל האסיר, אלא מצורך מדיני – ביטחוני כללי המחייב שחרור אסירים בעלי פוטנציאל מסוכנות, קיימת הצדקה להגברת ההרתעה. משכך, רצונו של המחוקק ליצור הרתעה אישית הינו בהחלט לתכלית ראויה.

הדברים באו לידי ביטוי עוד בעניין חמדאן בו קבענו:

“לצד האמור, מכירים אנו בעובדה כי באזור נעשה לעיתים שימוש בסמכות המפקד הצבאי לשחרור מוקדם מטעמים מדיניים וביטחוניים שאינם קשורים לשינויים שחלו באשר לאסיר פרטי זה או אחר. למותר לציין כי בידי המפקד הצבאי הסמכות המלאה לפעול כאמור.

יחד עם זאת, כאשר באים אנו לבחון את משמעותו של שחרור כאמור בהיבט הזכויות הצומחות לאסיר פרטי, יש לקבוע כי לסיבה בגינה התקבלה החלטת השחרור רלוונטיות רבה. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר עסקינן בשאלת תוצאות הפרת תנאי השחרור.

על רקע האמור, קבענו לא פעם בנוגע להשפעת הפרת תנאי שחרור שנקבעו במסגרת שחרורים כלליים (גם כאשר הדבר היה נתון לשיקול דעת בית המשפט) כי הכלל הינו שהנאשם יוחזר להמשך ריצוי עונשו. זאת מתוך ההנמקה כי מדובר בהחלטה מנהלית, במסגרתה הנאשם אינו נענש פעם שנייה, אלא עליו להשלים

את מסכת עונשו שקוצר. (ההדגשה אינה במקור) עדי"י 1096/12 **חמדאן נ' התביעה הצבאית** (פורסם בנבו 28.03.12).

שתי תכליות אלה מצדיקות קביעת סנקציה ברורה במקרה של הפרת תנאי שחרור. כאשר הפרה זו מלווה בביצוע עבירה, אזי נדרשת גישה נוקשה יותר.

מתקיים, ללא ספק, קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר בצו לבין התכליות האמורות. הפרת תנאי השחרור מביאה לביטולו של שחרור זה. נראה כי אף מושגת הרתעה ולראיה נציין כי משוחררים רבים נמנעים מלבצע עבירות.

לנוכח האמור, יש לקבוע כי הסדרת שחרורם של אסירים על תנאי, כפי שנקבעה בצו בדבר הוראות ביטחון, נעשתה מתוך שיקולי גמול והרתעה, במטרה להבטיח פיקוח על האסירים משוחררים ולמנוע עבריינות חוזרת. תכליות אלה עומדות בקנה אחד עם העקרונות של משפט האזור ושל משפט הבינלאומי.

מידתיות והעדר אפליה

הסנגוריה טענה כי השוואת ההסדר באזור למקבילו הישראלי מלמדת על חוסר מידתיות ויוצרת אפליה פסולה.

אלא שעיון בהסדר הישראלי, הקבוע בחוק שחרור על תנאי, תשס"א – 2001, מלמד כי גם שם שיקול דעתה של וועדת השחרורים מוגבל ביותר.

בשונה מהדין באזור בו, כאמור, מתקיימים שני מסלולים מקבילים לביטול שחרור על תנאי, כל הליכי השחרור בהתאם לחוק שחרור על תנאי מתנהלים בפני וועדות המוקמות על פי חוק זה. מסלול השחרור המרכזי הקבוע בחוק הינו בהחלטה של וועדת השחרורים. החלטה זו יכולה להינתן רק בתום ריצוי שני שלישים של העונש (סעיף 2 ו-3 לחוק, בחריגים הנוגעים למצב רפואי חמור ביותר או כאשר האסיר ריצה 25 שנות מאסר). שחרור זה מותנה בתנאי סטטוטורי והוא כי המשוחרר לא יעבור עבירת עוון או פשע נוספת בתקופת התנאי (סעיף 13 לחוק). הסעיף אף קובע תנאים סטטוטוריים נוספים שאינם מענייננו). לצד האמור, רשאית הוועדה להתנות את שחרורו של אסיר בתנאים נוספים מעבר לאי ביצוע העבירה (סעיף 13 (ב)).

גם בחוק שחרור על תנאי מתייחס המחוקק באופן מובחן להפרת התנאים השונים. כאשר אסיר עבר עבירה נוספת, הכלל הוא כי "**תבטל הוועדה את שחרורו ותחייבו לשאת מאסר שאורכו כאורך תקופת התנאי**" (סעיף 20 (א) לחוק). לכלל זה שני חריגים. האחד, כאשר הרשעת האסיר בעבירה נוספת לא הביאה להטלת עונש מאסר בפועל (סעיף 20 ב לחוק). במצב דברים זה, רשאית הוועדה להאריך את תקופת התנאי. השני, כאשר מוסמכת הוועדה שלא לחייב את האסיר לשאת את מלוא תקופת התנאי, אך לא פחות ממחציתה. בשני המצבים, רשאית הוועדה לנהוג כאמור בנסיבות מיוחדות בלבד.

נציין עוד, להשלמת התמונה, כי בדומה לדין באזור, כאשר התנאי שהופר אינו עבירה, רשאית הוועדה לבטל את השחרור או להזהיר את המשוחרר ואף לקבוע תקופת תנאי חדשה.

לצד סמכות השחרור האמורה, עומדת בפני עצמה סמכות החנינה של נשיא המדינה (סעיף 11 (ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה). הנשיא מוסמך לשחרר אסיר בטרם סיים לשאת את כל תקופת המאסר. סעיף 30 (ב) לחוק שחרור על תנאי קובע כי אסיר ששחרר על ידי הנשיא, יראו אותו כאילו שוחרר על תנאי ויחולו עליו ההוראות עליהן עמדנו בנוגע לאי ביצוע עבירה נוספת ולתוצאות הפרת תנאי זה (סעיפים 13 (א) ו-20 לחוק). עם זאת, מוסיף הסעיף: "והכל אלא אם כן קבע הנשיא אחרת בהחלטתו".

התביעה הצבאית טענה בפניי כי כאשר הורה נשיא המדינה על שחרור אסיר ביטחוני בנסיבות הדומות לענייננו, שלל הנשיא את שיקול דעתה של הוועדה שלא להורות על החזרת האסיר להמשך ריצוי מלוא שארית מאסרו.

ואכן, כך עולה מהחלטת שחרור שהוצגה בפניי במהלך הדיון, כאשר בעניין זה מקובלת עליי פרשנות התביעה לכתב השחרור.

לאור האמור, עולות שתי מסקנות. הראשונה, כי אם מבקשים אנו להשוות את ענייננו, קרי שחרור אסיר ביטחוני, על רקע החלטה מדינית-ביטחונית כללית, לשחרורים דומים על פי החוק הישראלי, נראה כי אין הבדל בין הדינים. הכא כהתם הדין זהה ואם בוצעה עבירה נוספת, נשלל שיקול הדעת של הגורם המורה על החזרת האסיר להמשך ריצוי עונשו.

ואם תאמר כי בבחינה חוקתית עלינו לבחון את ההסדר הכללי, הרי שכאמור, גם על פי החוק הישראלי, מקום בו בוצעה עבירה נוספת הכלל הוא החזרה למאסר והסייגים הם מועטים במהותם ובהיקפם.

לפיכך, לא נוכל לקבוע כי היעדר הסייגים המצומצמים האמורים מדין האזור, הופך אותו לבלתי סביר ולבלתי מידתי. כפי שכבר הובהר פעמים רבות, מציאות האכיפה הפלילית באזור נבדלת מזו הקיימת במדינת ישראל. על רקע זה, לעיתים נדרשת הסדרה חוקית שונה (ראה ע"מ איו"ש 3603/05 דואס נ' התוב"צ (פורסם בנבו 29.12.05)), ו"ע הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, ע' 1516/11 התביעה הצבאית נ' סאלם (פורסם בנבו 18.03.13), בג"ץ 10416/05 אלחרוב נ' בית המשפט הצבאי ביהודה (פורסם בנבו 24.05.07), בג"ץ 3450/06 דויב נ' המפקד הצבאי (פורסם בנבו 12.02.08) וכן לאחרונה בבג"ץ משרד האסירים הנ"ל).

כך, בנידון דידן, בהיעדר אמצעי פיקוח אפקטיביים, קיימת הצדקה להחמרת הסנקציה במקרה של הפרת תנאי השחרור, לשם הגברת ההרתעה. על רקע זה, אין לקבוע כי השינויים הנקודתיים בדין, הנובעים מהמציאות השונה עמה מבקש המחוקק להתמודד, יוצרים אפליה פסולה.

בהתקיים שיקול דעת דומה בין המערכות בכל הקשור לקביעה האם אכן הופר תנאי מתנאי השחרור, ואף באשר לתוצאת הפרה זו מקום בו אין מדובר בעבירה נוספת, אין לומר כי ההוראה באזור אינה מידתית.

על אף הקושי אשר עלול להיווצר במקרה קיצון כתוצאה מהיעדר מוחלט של שיקול דעת, אין לומר כי זה הופך את הוראת המחוקק לבלתי מיידית. זאת, לאור התכליות החברתיות החשובות אותה ההוראה מבקשת להשיג. אכיפת החוק מחייבת לעתים קביעת עקרונות נוקשים לשם העברת מסר חברתי נהיר. חוסר הסובלנות כלפי מי שזכה לשחרור מוקדם ממאסר ובחר לחזור לסורו הינו הכרח בכל משטר המבקש להמעיט בעבריינות, וביתר שאת בנסיבות הייחודיות של האזור. משכך, אין לומר כי הפגיעה העלולה להיגרם למשורר על תנאי כתוצאה מצמצום שיקול דעתו של בית המשפט, אינה שקולה אל מול האינטרסים הציבוריים כבדי המשקל המושגים באמצעות צמצום שיקול דעת זה.

לאור זאת, הגעתי למסקנה כי ההוראה הקיימת בצו אמנם מצמצמת את שיקול הדעת של בית המשפט, אך זאת תוך קביעת אמצעי שפגיעתו אינה עולה על הנדרש. הסעיף אף מבטא יחס סביר בין הפגיעה בזכות לחירות לבין היתרון החברתי הצומח ממנו, בדמות הרתעתו של אדם מורשע לבל ימעד עוד וגמול למי שלא עמד בתנאי לשחרורו.

על כן, יש לקבוע כי הוראת הצו אף עומדת במבחני המידתיות ואינה יוצרת אפליה פסולה בהשוואה לדין בישראל.

בחינת הצורך בשינוי החקיקה

על אף האמור, מבקש אני לחזור ולהדגיש כי, ללא ספק, קביעתו ההחלטית של המחוקק באזור, אשר אינה מותירה כל שיקול דעת לבית המשפט אלא להורות על החזרה להמשך ריצוי עונש של מי שהורשע בדין, עלולה להציב אותנו בפני מצבים קשים להכרעה. על כן, גם אם החלטיות ההוראה אינה מנוגדת לעקרונות המשפט הבינלאומי ולרוח חוקי היסוד, ראוי כי זו תכלול בתוכה פתרון למקרים חריגים. המציאות המורכבת באזור כבר לימדה אותנו כי בהתנגשות בין האינטרס הכללי לביטחון לבין זכויות הפרט, עשויות להתעורר דילמות אנושיות לא פשוטות. לאור זאת, מן הראוי כי יינתנו לבית המשפט הכלים לפתור דילמות אלה. אין צורך לנדוד למחוזות הדמיון הרחוקים על מנת לצייר לעצמנו מצב בו, על אף שמידת הדין מצדיקה את ההוראה להחזיר אסיר משוחרר על תנאי להמשך ריצוי עונשו, הצדק או מידת הרחמים מטים את הכף לאי הפעלת סנקציה זו. טול לדוגמא מקרה בו העבירה המהווה הפרה הינה פעוטה או אפילו טכנית ובמקביל צפוי האסיר להמשך ריצוי עונש ממושך ביותר. האם במצב דברים זה לא יהיה מוצדק להתיר לבית המשפט שיקול דעת מסוים לחרוג מן הכלל האמור? בל נשכח עוד כי [סעיפים 184-187](#) לצו נועדו להסדיר את סוגיית החנינה על תנאי במלואה, ובכלל זה מצבים בהם יורה מפקד כוחות צה"ל באזור על שחרור פרטני של אסיר, שלא על רקע כורח מדיני. בסיטואציה זו, האם לא ייתכן צורך לחרוג לעתים מכלל ההחזרה?

דילמות אלה ואחרות כבר הועלו על ידי בפרשת **חמדאן** ובעניין **שראונה** הנ"ל, ולטעמי הגיע העת כי המחוקק יידרש להן.

לעתים, מושמעת הטענה כי הפיתרון לדילמות אלה מצוי בהפעלת שיקול דעת ראוי בשלב בו בוחנות רשויות האכיפה את הצורך לבקש מבית המשפט או מהוועדה להורות על המשך ריצוי העונש. איני

סבור כי יש בפתרון זה כדי להניח את הדעת. ראשית, יקשה ליישמו כאשר הרשויות מבקשות להביא את האסיר על עונשו תוך הגשת כתב אישום. שנית, עלינו לזכור כי סמכות הפעלת הסנקציה נותרה בידי בית המשפט או הוועדה השיפוטית. על כן, מן הראוי כי יינתנו להם מלוא האמצעים להכריע בעניין.

לנוכח דבריי אלה, סבורני כי טוב ייעשה המחוקק אם יבחן את הדברים כאמור.

ועל אף האמור, לאור מסקנתי לפיה אין הוראת הצו נגועה בחוסר חוקתיות, אין מנוס מהקביעה
זוהי לזו אותה קבענו בעניין **חמדאן** :

"... גם אם אני מסכים עם בית משפט קמא כי הגבלת שיקול דעתו של בית המשפט עלולה ליצור לעיתים מצבים בהם דעת בית המשפט לא תהיה נוחה מהחזקת נאשם להמשך ריצוי מאסרו, ככל שזוהי הוראתו המפורשת של המחוקק, אין לבית המשפט אלא לכופ את ראשו מפני צווי זה."

סוף דבר

העולה מן המקובץ, כי [סעיף 185 \(א\)](#) אינו סותר נורמה רלוונטית מהמשפט הבינלאומי ואף מתיישב עם רוח חוקי היסוד והחקיקה המקבילה בישראל. כפי שהובהר, על אף שהיא מבטלת את שיקול דעת בית המשפט במקרה בו אדם הורשע בעבירה העולה על שלושה חודשי מאסר, ההוראה נועדה לתכלית ראויה ואף עומדת במבחן הסבירות והמידתיות, לנוכח תנאי האזור.

המערער, תושב האזור בן 26, הורשע על פי הודאתו, במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של הפרת הוראה בדבר סגירת שטח. עיון בכתב האישום מלמד כי באוקטובר 2012 ושוב ביום מעצרו ה- 24/06/13, יצא את תחומי האזור ללא היתר ונכנס לירושלים. כל אלה עשה המערער כאשר הוא משוחרר בתנאים, לאחר שהורשע בעבירות ביטחוניות חמורות (ייצור וזריקת חפץ מבעיר, חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת, סחר באמל"ח וירי לעבר אדם) ונדון לעונש של 54 חודשי מאסר לריצוי בפועל. מתוך עונש זה, ריצה המערער כ-33 חודשים בלבד, בטרם שוחרר במסגרת ההסכם לשחרור החייל גלעד שליט.

מעבר לעובדה הפשוטה כי המערער הפר תנאי סטטוטורי לשחרורו, יש בהפרה האמורה כדי ליצור סיכון ביטחוני. והרי ידוע הוא כי לא בכדי נקבע איסור יציאה מהאזור ללא היתר.

בנסיבות אלה, כאשר שחרורו של המערער לא נבע כתוצאה משינוי אישי שחל בו במהלך מאסרו, ולאור העובדה כי הפר בשתי הזדמנויות את תנאי שחרורו, קיימת הצדקה לביטול שחרור זה ולהחזרתו להמשך ריצוי עונשו.

אשר על כן, יש לקבוע כי לא רק שהחלטת בית המשפט קמא תואמת את הדין המצוי, אלא שהיא אף ראויה בנסיבות העניין.

לאור מסקנות אלה, הנני דוחה את הערעור.

ניתן היום, 11 בפברואר 2015, כ"ב בשבט התשע"ה, בנוכחות המערער, ב"כ המערער והתוב"ץ.

נשיא

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

נתנאל בנישו 54678313-1824/14

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה