

עת"א 27064/10/16 - אליאור ביטון, נגד שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים, מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"א 27064-10-16 ביטון(אסיר) נ' שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים ואח'
בפני כבוד השופט יוסף בן-חמו
העותר אליאור ביטון,
נגד
המשיבים
1. שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים
2. מדינת ישראל

החלטה

השאלה המתעוררת במסגרת עתירה זו הינה, האם - כטענת ב"כ העותר - על בית המשפט המנהלי הדין בעתירת אסיר, להורות למשיבה - שב"ס, לפעול להוצאת תעודת חיסיון לגבי מידע ששימש את הרשות המנהלית על שני חלקיה - הגוף הממליץ והגוף המחליט, בהחלטה המנהלית נשוא העתירה, כל אימת שהעותר מתנגד לכך שבית המשפט יעיין ב"מידע הסודי", ויורה למשיבה להוציא תעודת חיסיון מבלי שאותו מידע יעבור את הסינון והבדיקה של בית המשפט, קודם למתן הצו.

ודוק, אין מדובר במקרה בו בית המשפט מעיין ב"דוח הסודי" ומחליט, לאחר עיון, שאין הצדקה להחסותו בפני העותר, שאז הדרך למנוע את גילוי המידע היא הוצאת תעודת חיסיון, כאן מבקשים שבית המשפט יורה על הוצאת תעודת חיסיון מבלי שהשופט ייחשף לאותו מידע.

נראה לי כי גם טעמים של מדיניות משפטית וגם ניתוח של המצב העובדתי, מביאים למסקנה שהתשובה לכך היא שלילית.

העתירה

האסיר הגיש עתירה נגד ההחלטה המנהלית אשר דחתה את בקשתו לשלבו בסבב חופשות.

הנימוקים לעתירה:

- העותר שולב בעבר בסבב חופשות, עד אשר אלה הופסקו ביום 19/12/13.
- האסיר מתפקד באופן חיובי, ללא רבב, עובד במטבח בית הסוהר, אין לחובתו דוחות משמעת, בדיקות השתן נקיות, לפני כחצי שנה שימש כתומך של שני אסירי השגחה וזכה להערכה רבה מצד מפקדיו.
- העותר פנה וביקש לשוב ולשלבו בסבב חופשות, בפעם האחרונה פנה ביום 27/9/16, אולם בקשתו סורבה עמוד 1

ונדחתה בנימוק "חמ"ן שלילי המצביע על מסוכנות גבוהה ויתרת מאסר ארוכה מאוד".

• ככל שקיים מידע או חמ"ן שלילי הרי שתוקפם ומהימנותם של המידעים צריכה להיבחן מעת לעת.

נתוני האסיר והמאסר :

העותר הינו אסיר פלילי המרצה עונש מאסר של יותר מ - 20 שנה, לאחר שהורשע בעבירות של הריגה, עבירות כלפי המשפט, קשירת קשר לביצוע פשע, סחיטה באיומים, החזקת סכין. מסווג בקטגוריה ב/1 - משטרה.

כתב התשובה:

• העותר פנה מס' פעמים בבקשה ליציאה ל"חופשה ראשונה", כהגדרתה ב"פקנ"צ החופשות", מאחר וחלפו מס' שנים מאז הופסקו חופשותיו. עתירות שהגיש נגד ההחלטה המנהלית נדחו. בקשתו המנהלית האחרונה נדחתה בהחלטה מנהלית מיום **28/12/16**. הנימוק לדחייה - "התנגדות גורמי המודיעין ומשטרת ישראל ליציאתו לחופשה".

• בהתחשב בסיווגו של העותר ל"קטגוריה ב/1" ובהתאם ל"פקנ"צ החופשות", כל יציאה לחופשה מותנית באישור גורמי המודיעין ומשטרת ישראל.

• מעמדת גורמי מודיעין בשב"ס עולה כי בעניינו של האסיר קיים מידע מודיעיני רב ורציף, בדבר מעורבות שלילית של העותר גם בתוך הכלא וגם כלפי הנעשה בחוץ. המידע מצביע על מסוכנות במידה ויצא העותר לחופשה. לפיכך, מתנגדים גורמי המודיעין בשב"ס ליציאתו לחופשה.

• משטרת ישראל מתנגדת ליציאת העותר לחופשה, נוכח מסוכנותו המוערכת כ"גבוהה", והעובדה כי קיימת סכנה ממשית ומידית לשלום הציבור ביציאתו לחופשה. המשטרה סבורה כי הוצאתו לחופשה עלולה לחזק את מעמדו, להעצים את כוחו ולסייע לו בקידום ענייניו באופן שימשך לעסוק בפלילים, וביתר שאת.

• לתשובת המשיבה צורפו חוו"ד גלויה של מודיעין שב"ס וחוו"ד גלויה של משטרת ישראל. המשיבה ציינה בכתב התשובה כי "חומר סודי יוצג לעיונו של בית המשפט".

• בעניינו של העותר קיים מידע מודיעיני של שב"ס ומידע משטרתי המצביע על מסוכנותו, כולל **מידע עדכני** של שב"ס. על רקע המידעים, ההחלטה המנהלית איננה חורגת ממידת הסבירות הנדרשת.

מועד הדיון בעתירה נקבע ליום 14/2/17. ביום 12/2/17 - יומיים לפני מועד הדיון, הגישה ב"כ העותר "בקשה דחופה" בה ביקשה שבית המשפט יורה למשיבה להוציא תעודת חיסיון עובר לדיון בעתירה. הנימוק ל"בקשה הדחופה" - העותר מכחיש מכל וכל כל קשר לגורמים עברייניים או לפעילות פלילית כלשהי כעולה מהפרפרזות שנמסרו לו. לאור החשש כי המדובר במידעים שאינם מהימנים, העותר מתנגד להגשתם אלא בכפוף להוצאת תעודת חיסיון. על כן, מתבקש בית המשפט **להורות למשיבה להוציא תעודת חיסיון ולהעבירה לב"כ העותר.**

בהחלטה מיום 12/2/17 קבעתי כי אין מקום להורות למשיבה להוציא תעודת חיסיון כשהמשיבה עצמה איננה מבקשת

זאת מיוזמתה. עוד נקבע בהחלטה כי ככל שהעותר יתנגד להגשת חומר מודיעיני, לא יוגש לעיון בית המשפט חומר מודיעיני. כמו כן, הפנתה ההחלטה להלכה המנחה שנקבעה **ברע"ב 1621/06 מחמד שיבלי נ' שב"ס** ופסקי הדין המצוטטים שם.

בדיון שהתקיים במעמד הצדדים הודיעה ב"כ העותר כי היא מתנגדת לכך שבית המשפט יעיין במידעים אלה, בטרם מתן צו להוצאת תעודת חיסיון.

ב"כ המשיבה טען כי פרט למידעים ששימשו את "הגורם המקצועי הממליץ" - מודיעין שב"ס ומשטרת ישראל, שהמליצו לדחות את הבקשה לחופשה ואת הגורם המנהלי שהחליט לדחות את הבקשה כמומלץ, **הצטבר בינתיים חומר מודיעיני חדש מהעת האחרונה ממש**. ככל שהעותר מתנגד להגשת המידעים ששימשו את הגורם המנהלי לעיון בית המשפט, קמה לרשות חזקת תקינות המנהל. על כן הוא מבקש שבית המשפט יורה על דחיית העתירה.

דין:

הסכמה של אסיר לכך שבית המשפט הדין בעתירת אסיר יעיין במידע מודיעיני, ניתנת כדבר שבשגרה - לעיתים בליט ברירה. העותרים יודעים כי אם לא תינתן הסכמתם לעיון במידע הסודי יהיה בית המשפט מנוע, למעשה, מהפעלת ביקורת שיפוטית על סבירותה של ההחלטה המנהלית, המתבססת על אותו מידע. התוצאה תהא דחיית העתירה, מכח "חזקת התקינות של המעשה המנהלי" [רע"ב 1621/06 שיבלי נ' שב"ס (השופט רובינשטיין)], רע"ב 798/07 **מקסים אזולאי נ' שב"ס** (השופטת פרוקצ'ה), עת"א (ב"ש) 28907/10/11 (השופט פרידלנדר)].

כב' השופט פרידלנדר כותב בסעיף 17 לפסק דינו כי אין זה נדיר שהמשפט מתפשר בעניין היצמדות לראיות אמינות, לצורך קידום של אינטרסים חברתיים אחרים. לעיתים, המשפט מונע מעצמו ראיות אמינות ולעיתים - הוא רואה עצמו נאלץ לקבל גם ראיות שנטען כי הן מפוקפקות.

האיזון בין האינטרסים של מתן חופשה לאסיר ושל החובה להגן על שלום הציבור נעשה לאור מעמדה הנורמטיבי של החופשה.

מתן חופשה לאסיר הינו בגדר "טובת הנאה" ולא בגדר "זכות מוקנית". כך קובע מפורשות סעיף א' של פרק א' ל"פקנ"צ החופשות" 04.40.00. כך נפסק, בין היתר ברע"ב 3881/15 פלוני נ' שב"ס, רע"ב 4811/14 פלוני נ' שב"ס, רע"ב 8736/13 אמיר נ' שב"ס, רע"ב 2818/13 חפותר נ' שב"ס.

אמנם זכות זו קיבלה מעמד מסוים בפסיקה ולא בנקל תוגבל או תישלל מהאסיר פריבילגיה זו (רע"ב 6481/01 אלעביד נ' שב"ס). אולם עדיין נתון הדבר לשיקול דעתם של הגורמים המוסמכים והחופשה איננה ניתנת באופן אוטומטי לכל אסיר החפץ בכך (ראה גם רע"ב 7482/15 עודאי מסארווה נ' שב"ס).

האיזון בין האינטרסים המתנגשים נעשה לאור המדרג הנורמטיבי של האינטרסים המתנגשים.

באיזון בין טובת הנאה של חופשה לאסיר, לבין הגנה על שלום הציבור, **גובר משקלו של שלום הציבור (רע"ב 4961/06 יעקב מזרחי נ' שב"ס).**

בהקשר של "המידע המודיעיני", אין דינה של עתירת אסיר, בעניין יציאה לחופשה, כדין כליאתו של אדם בן חורין. במקרה שבו אדם בן חורין שלא הורשע בדין נכלא בשל מידע מודיעיני שגוי - נגרמת פגיעה חמורה בזכות אדם יסודית. יש להיות נכונים ליטול סיכונים מחושבים לשלום הציבור כדי למזער את הסיכון לפגיעה שכזו. לעומת זאת, במקרה שנשללת חופשה מאסיר בשל מידע מודיעיני שגוי, הנזק יתמצה בשלילה לא מוצדקת של טובת הנאה, שלאסיר אין זכות לקבלה. יש לזכור כי במקרה שהמידע המודיעיני אודות מסוכנותו של האסיר אינו אמיתי, אך בשל הפקפוק באמינות המידע יוחלט להוציא את האסיר לחופשה - עלול הדבר לגרום לסיכון הציבור ולפגיעה חמורה בו, ובמקרים קיצוניים אף לקיפוח חיי אדם [עת"א (באר שבע) 28907/10/11].

ברע"ב 978/07 מקסים אזולאי נ' מ"י, התייחסה כב' השופטת פרוקצ'ה לטענות המופנות כנגד ההליך של הצגת חומר חסוי בפני בית המשפט במעמד צד אחד וקבעה כי:

"אותו הליך שכנגדו טוען המבקש, הינו הליך הננקט דרך שגרה בהליכים בפני בית המשפט והוא נבחן בעבר בפסיקות בתי המשפט ואושר על ידם. על פי ההלכה הפסוקה הצגתו של חומר חסוי לבית המשפט, במעמד צד אחד, במסגרת עתירת אסיר, אפשרית רק מקום שניתנת לכך הסכמתו של האסיר - העותר. יחד עם זאת, אם העותר אינו מסכים שבית המשפט יעיין, שלא בנוכחותו, במידע החסוי, תחול על החלטת הרשות המנהלית חזקת החוקיות. חזקה היא שהרשות המנהלית קיבלה את החלטתה כדין, ומי שמבקש להפריך חזקה זו, עליו הראיה... הנחיות פרקליט המדינה וחוות הדעת של נציגת תלונות הציבור על שופטים, אליהם מפנה המבקש מתיישבים גם הם עם ההלכה הפסוקה האמורה".

בפסק הדין מצוין כי אין להתעלם מהמורכבות המובנית בהליך של הצגת מידע סודי בעתירות אסירים, כפי שעמד עליה כב' השופט רובינשטיין **ברע"ב 1621/06 שבלי נ' מ"י**, עם זאת, חרף מורכבות הליך העיון בחומר חסוי במעמד צד אחד, **הדין הוא כפי שנקבע בהלכה הפסוקה**, אף שיש, מטבע הדברים, לנקוט זהירות מיוחדת בבדיקת החומר בהליך כזה ובהסקת מסקנות ממנו.

הוצאת תעודת חיסיון

בפסק הדין בעניין "שיבלי" מצוין כב' השופט רובינשטיין כי אכן, החוק מאפשר במקרים מסוימים להוציא תעודת חיסיון בהתאם לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א - 1971, אך במקרים אלה **גם בית המשפט מנוע מלעיין בחומר הראיות.**

סעיפים 44 ו- 45 לפקודת הראיות (נוסח חדש), הדנים בהוצאת תעודת חיסיון פותחים במילים: **"אין אדם חייב**

למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראייה...". מנוסח הסעיפים ניתן להבין שההיזקקות להליך של הוצאת תעודת חיסיון הינה רק למקרה שהגורם שבידיו המידע איננו חפץ למסור ובמקרה כזה **בית המשפט לא יקבל כראיה את תוכן המידע.**

במקרה שבפנינו השב"ס המחזיק במידע מבקש להגיש את המידע ששימש את הגורם המנהלי בהחלטתו לבית המשפט, לצורך הבחינה השיפוטית של ההחלטה המנהלית. מי שמתנגד לכך שבית המשפט יעיין בחומר, הוא העותר.

התוצאה של קבלת בקשת ב"כ העותר להורות למדינה להוציא תעודת חיסיון וככל שתוצא תעודת החיסיון - התוצאה המעשית היא שבית המשפט המנהלי **לא יוכל להפעיל ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית.**

ברע"ב 4393/11 יוסי מוסלי נ' מ"י, נדונה השאלה **האם מוטלת חובה על המדינה להוציא תעודת חיסיון בהתייחס לחומר המודיעיני שעליו היא מסתמכת במסגרת "בקשה להחזקת אסיר בהפרדה" והאם בית המשפט יוכל לעיין בחומר האמור במעמד צד אחד רק אם ניתנה הסכמת האסיר לכך?**

בית המשפט משיב **בשלילה** לשתי שאלות אלה. בית המשפט בוחן את התכליות העומדות בבסיס ההסדר הספציפי הקבוע בסעיף 19ח' לפקודת בית הסוהר. בסעיף 14 לפסק הדין נרשם :

"כאשר מדובר בבקשת הפרדת יחיד מעבר ל- 6 חודשים, בית המשפט המחוזי - ולא הרשות המנהלית - הוא הגורם המוסמך להורות על החזקתו של אסיר בהפרדה. אין מדובר אפוא בביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, אלא על החלטה ראשונה של הגורם המוסמך לקבל החלטה מנהלית, אם תימנע מבית המשפט האפשרות לעיין בחומר המודיעיני במעמד צד אחד, הוא לא יוכל לבחון את מכלול הטעמים העומדים בבסיס בקשת ההפרדה לגופם ובמלוא היקפם, ויידרש לסמוך את ידיו על נימוקי הבקשה, ככל שהם מסתמכים על מידע שלא ניתן לגלותו לאסיר. אין להלום מצב דברים זה, שכן - כאמור - אין מדובר בביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, שיכולה ליהנות מחזקת החוקיות, אלא בהחלטה הראשונה של הגורם המוסמך".

ברקע ההסדר שבסעיף 19ח' לפקודת בתי הסוהר, ניצבת ההתנגשות בין האינטרס הציבורי להגנה על מקורות מודיעיניים לבין זכותו של אסיר להליך הוגן.

לא יכולה להיות מחלוקת **שעוצמת הפגיעה** באסיר על ידי החלטה להחזקתו בהפרדה גדולה **לאין שיעור לעומת מניעת פריבילגיה של חופשה.** אין חולק כי להחזקת אסיר בהפרדה, השלכות קשות עליו, וכי החזקתו צריכה להצטמצם למשך הזמן ההכרחי לכך, ורק כמוצא אחרון בהעדר כל אפשרות אחרת להשיג את תכלית ההפרדה (ראה, בין היתר, רע"ב 565/13 פרנסואה אבוטבול נ' מ"י, רע"ב 5649/15 חבני נ' מ"י).

בעוד שבעניין חופשה, חל **הנטל על האסיר** להוכיח שהוא ראוי לחופשה, **הנטל** להוכיח כי נתקיימו הנסיבות המחייבות

החזקתו של אסיר בהפרדה - **חל על שב"ס**.

אמנם פסק דינו של בית המשפט בעניין "מוסלי" מתבסס על ניתוח ופרשנות של סעיף 19ח' שיוחד לעניין ההפרדה, אך לאור העובדה שבהפרדה, בה הפגיעה בזכות גדולה יותר, אין חובה להורות על הוצאת תעודת חיסיון ובית המשפט הדן בהפרדה מוסמך לעיין בחומר, אינני רואה הצדקה להטיל חובה כזו כאשר אין מדובר בזכות אלא בפריבילגיה.

שיקולי מדיניות:

שיקולי המדיניות צריכים לתמוך בדחיית הבקשה משני צידי "מקבילית הכוחות" והאינטרסים המנוגדים של הצדדים, גם זה של המדינה וגם זה של העותר.

מבחינת העותר, אין ספק שזכות הגישה לערכאות - להגיש עתירה לבית המשפט שיעביר ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית, הינה זכות מוקנית הקבועה בסעיף **62א** לפקודת בתי הסוהר הקובע:

"(א) אסיר רשאי להגיש לבית המשפט המחוזי שבאיזור שיפוטו נמצא בית הסוהר שבו הוא מוחזק, עתירה נגד רשויות המדינה ואנשים הממלאים תפקידם על פי דין בכל עניין הנוגע למאסרו או מעצרו".

מתן החופשה, כאמור, איננו זכות קנויה של האסיר, אלא הטבה. ככל שתתקבל בקשת העותר להורות למשיבה להוציא תעודת חיסיון, יצא שכרו בהפסדו ובשל הטענות נגד שלילת הפריבילגיה, תיפגע זכות מוקנית שלו להגיש עתירה, כיוון שבפועל תתקיים "חזקת התקינות", ובית המשפט לא יוכל באופן מעשי להעביר תחת שבט ביקורתו את ההחלטה המנהלית. על כן, דווקא האינטרס המהותי והחוקתי של העותר איננו תומך בקבלת בקשתו.

* גם מהצד השני של "מקבילית הכוחות" - האינטרס הציבורי, ישנם טעמים המצדיקים דחיית הבקשה.

לבתי המשפט מוגשת כמות עצומה של עתירות אסירים. כזכור, בעבר העתירות נדונו בפני בג"צ. נוכח ריבוי העתירות תוקנה פקודת בית הסוהר (תיקון מס' 5, 1980) והסמכות הועברה לבתי המשפט המחוזיים (פרט לעתירות "הביאס קורפוס"), תוך השארת האפשרות, במקרים חריגים מסוימים, (בעיקר כשמדובר בתקיפת שיקולי מדיניות לפנות לבג"צ) (ראה בג"צ **5850/00 קוטיק ואח' נ' שר הפנים, רע"ב 5898/10 מגדבה נ' שב"ס, רע"ב 7244/09 בושנאק נ' שב"ס**).

החלטותיה של הרשות המנהלית נסמכות, בהרבה מהמקרים, על מידע מודיעיני. המידע המודיעיני הוא "כלי עבודה" מהמרכזיים והחשובים ביותר הנחוצים לניהול תקין של בית הסוהר ולבחינת מסוכנות של אסיר. בלעדי המידעים המודיעיניים לא יוכל השב"ס למלא את תפקידו. לצורך כך קיים אגף המודיעין בשב"ס ואגף המודיעין במשטרה האמונים, מכח הראיות והמידעים שבידיהם, להעריך, כגוף מקצועי, את מסוכנותו של אסיר ואת המסוכנות הנשקפת כלפיו.

הוראה גורפת למשיבה להוציא תעודת חיסיון כל אימת שהעותר יבקש זאת, עלולה לגרום לתקלה ציבורית ולנטרל את

יכולת שב"ס לנהל באופן תקין את בתי הסוהר ולהטיל עומס בלתי סביר על השר המוסמך להוציא תעודת חיסיון.

* מתן האפשרות לדרוש הוצאת צו חיסיון בכל מקרה באופן גורף נוגד את התכלית שבהוראות תקנה 6 לתקנות סדרי דין (עתירות אסירים), התש"מ - 1980 הקובעת כי :

"בכל עניין של סדר דין שלא נקבע בתקנות אלה, ידון בית המשפט בדרך הנראית לו מועילה להכרעה צודקת ומהירה".

גם שיקולים של חיסכון בזמן שיפוטי, שהוא משאב יקר, יש להם מקום.

מבחינה מעשית אם יינתן צו המורה למשיבה להוציא תעודת חיסיון, וככל שתוצא תעודת חיסיון והעותר יבקש לחלוק על תוקפה של תעודת החיסיון ועל חסיונו של החומר, הרי הוא יצטרך להגיש עתירה לגילוי ראייה, על פי הוראות סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות. במקרה כזה, מי שמוסמך לדון בבקשה לפי סעיף 45 הוא בית המשפט - אותו מותב שדן בהליך העיקרי [כאשר מדובר בחיסיון לטובת המדינה, הסמכות היא לבית המשפט העליון (סעיף 44 לפקודת הראיות)]. בית המשפט הדן בבקשה מוסמך לצורך החלטתו בעתירה לגילוי ראייה לעיין בראיה לצורך החלטה בדבר גילוייה. בית המשפט הדן בעתירה ובהליך העיקרי רשאי, לפי שיקול דעתו, להעביר את הדיון בעתירה לשופט אחר שאינו דן בתיק (סעיף 45(ג) לפקודת הראיות).

התוצאה המעשית היא כי אם לא יחלוק העותר על תעודת החיסיון, בית המשפט לא יעיין בראיה ותישאר במלוא עוצמתה חזקת תקינות המנהל ואם הוא יבקש לחלוק, בכל מקרה יחזור העניין לבית המשפט הדן בהליך העיקרי. ההסדר החוקי הקיים מיתר את הצורך בפנייה ובהוצאת תעודת חיסיון ובהגשת בקשה לגילוי ראייה.

בסעיף 17 לפסק הדין ברע"ב 4393/11 - מוסלי, הנ"ל נקבע :

"על פי אמות המידה המקובלות, רשות מנהלית רשאית להתבסס על מידע מודיעיני חסוי לצורך החלטתה. כאשר עומדת ההחלטה לביקורת שיפוטית, מציגה הרשות את נימוקיה לפני בית המשפט, ובלשונו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) לנדוי - "ביקורת כזו לא תיתכן ללא בדיקת המידע העובדתי". אם מבקשת הרשות להימנע מהצגת מידע חסוי לבית המשפט לאחר שניתן צו על תנאי, עליה להציג תעודת חיסיון... הפועל היוצא של הצגת תעודת חיסיון, הוא - כאמור - אי הצגת החומר לבית המשפט.

ברבות הימים, נפסק כי הצגתו של חומר חסוי לבית המשפט במעמד צד אחד, במסגרת דיון שעניינו ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות, תתאפשר אם ניתנה לכך הסכמתו של העותר (בג"צ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית). כאשר העותר מתנגד להצגת החומר החסוי במעמד צד אחד, קמה לטובת הרשות חזקה שלפיה קיבלה החלטה כדין בהתבסס על אותו חומר. מי שמבקש להפריך חזקה זו, עליו הראיה (בר"מ 5237/15 משרד הפנים נ' קרסלן,

בג"צ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים). כלל זה הוחל גם בעתירות אסיר (ראו למשל רע"ב 798/07 אזולאי נ' שב"ס, רע"ב 10051/06 כהן נ' נציב שב"ס).

בעניין "מוסלי" מציין בית המשפט כי הכרעתו מתמקדת בשאלת הצורך בתעודת חיסיון לגבי הארכת הפרדה בלבד. בית המשפט נמנע מהכרעה בשאלה מה הדין מקום שבו בעתירת אסיר העותר מתנגד להצגת החומר החסוי במעמד צד אחד ואף מתנגד לעצם קיומו של חיסיון על מידע המוגדר על ידי המדינה כ"סודי", האם המדינה מחויבת להציג בפני בית המשפט תעודת חיסיון לפי סעיפים 44,45 ו- 46 לפקודת הראיות. בית המשפט נמנע מלהתייחס לשאלה זו הואיל ועתירה בנושא זה היתה תלויה ועומדת בבית המשפט העליון בעת מתן פסק הדין בעניין "מוסלי". בית המשפט קבע שלגבי הארכת הפרדה המצב הינו ברור לאור ההוראה החוקית הספציפית בסעיף 19ח' כפי שפורשה על ידי בית המשפט.

העתירה לגילוי ראייה בעתירת אסיר שאותה הזכיר בית המשפט בעניין "מוסלי" הינה העתירה בבג"צ 1000/10 אל אטרש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית.

עיון בעתירה זו מגלה שבהמשך נמחקה העתירה לבקשת מגישה - העותר, והחלטת המחיקה ניתנה ביום 2/1/13.

קיים שוני בין רף ההוכחה ודיני הראיות במשפט הפלילי לבין התשתית הראייתית הנדרשת לשם קביעת עובדות לצורך החלטה מנהלית. רשות מנהלית איננה כפופה לדיני הראיות הרגילים ולפיכך, להבדיל מבית משפט, רשאית רשות מנהלית לקבל כל ראייה "אשר אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי וסומך עליה..." [י.זמיר-הסמכות המנהלית] (כרך ב) (11) וכן בג"צ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פד"י נב(4) 690 וכן עת"ת 9993/03 דלאל עיסא מוחמד חמדאן נ' מ"י וכן רע"ב 6395/15 עבדאללה ח'רובה נ' שב"ס (כב' השופט גובראן)

המקור להענקת טובות הנאה לאסיר ושלילתן על ידי הרשות המוסמכת נקבע בסעיף 36 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"א - 1971.

סעיף 19 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח - 1978 קובע:

"(א) מנהל בית סוהר רשאי, על פי כללים שקבע הנציב, להעניק לכלל האסירים או לסוג אסירים או לאסיר מסוים טובות הנאה מעבר לזכויות מוקנות שנקבעו בחיקוק, כגון: ביקורים, מכתבים, חופשות, קניית מוצרים, האזנה לשידורים בכלי תקשורת, או צפייה בהם (להלן: "טובות הנאה") המותנות בהתנהגותו הטובה של האסיר המסוים או בסוג בית הסוהר או האגף שבו הוא מוחזק או במצב בית הסוהר. (ב) מנהל בית הסוהר רשאי, לפי שיקול דעתו, למנוע מאסיר שהתנהגותו איננה טובה או מסוג אסירים בבית הסוהר או מכלל האסירים בבית הסוהר טובות הנאה: מניעת טובות הנאה תיעשה על פי כללים שקבע הנציב.

פקנ"צ 04.40.00 קובעת בסעיף 2 :

"חופשה אינה זכות מוקנית, אלא טובת הנאה מבין טובות ההנאה המנויות בתקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח - 1978".

סעיף יב.3. (א) לפקנ"צ מגדיר "מידע" :

"מידע מודיעיני מהימן משב"ס או מכל גורם מודיעיני אחר אודות האסיר שנתקבל בתקופת מאסרו, ואשר יש בו כדי להצביע על מסוכנותו של האסיר לשלום הציבור או לביטחון המדינה או להמשך עיסוק בפלילים".

סעיף ג' לפרק א' ל"פקנ"צ החופשות" קובע שאישור חופשה על ידי הגורם המוסמך ינתן בהתייחס לאלה וכפי המפורט להלן בפקודה.

1. סוג העבירה, טיבה, נסיבותיה וכן סיווג לקטגוריה המאפשרת חופשה, כמפורט בפרק ב'.

2. ריצוי תקופת מאסר מינימאלית כמפורט בפרק ג'.

3. תפקוד חיובי של האסיר בבית הסוהר, כמפורט בפרק ד'.

4. מידת הסכנה הנשקפת לציבור מן האסיר במהלך החופשה והסיכוי שלא ישוב ממנה, כמפורט בפרק ה'.

לגבי אסירים המסווגים בקטגוריה ב/1, כל יציאה שלהם לחופשה מותנית באישור אח"מ/קמב"ס וכפופה לתנאים מגבילים שייקבעו (סעיף יא' לפרק ב' בפקנ"צ). המידע נשוא העתירה הוא מידע של גופי מודיעין אלה.

הערכת המסוכנות הנקבעת על ידי הגורם המוסמך מהווה שיקול מרכזי בהחלטה של הגורם המנהלי.

קביעת מהימנותו של המידע שנאסף הוא עניין המסור לגורמים המוסמכים ברשות המנהלית. לפיכך, לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתו בשיקול הדעת המנהלי, כל עוד נעשה הדבר בהליך ראוי על ידי הגורם המנהלי המוסמך.

גילוי המידע עלול לחשוף את זהות גורמי המידע ולהעמיד את חייהם בסכנה, על כן, אין נוהגים לחשוף או לאפיין את המידע או מקורו.

בבר"ע 2529/97 מ"י נ' אוזן, הטעים כב' הנשיא ברק :

"האחריות על ניהול בית הסוהר מוטלת על נציב בית הסוהר. בית המשפט איננו מנהל את בית הסוהר. הביקורת השיפוטית היא ביקורת על חוקיות החלטת

הנציב".

מפאת חשיבותו הגדולה של המידע כבסיס להחלטה מנהלית ועל מנת למנוע פגיעה מעבר למידה הנדרשת באינטרס של האסיר, ניתנת הנחיה של פרקליט המדינה שכותרתה "**הצגת מידע מודיעיני חסוי לבית המשפט הדין בעתירת אסירים ובוועדת השחרורים**". ההנחיה הקובעת כי ככלל, אין להציג מידע מודיעיני חסוי בפני בית המשפט בלא קבלת הסכמת העותר, איננה מקובלת והיא אף עלולה לפסול את ההחלטה.

השופט רובינשטיין ברע"ב **1621/06** מציין שאמנם הנחיה זו איננה מחייבת את בית המשפט, אך היא מבטאת מוסכמות יסוד במשפט הישראלי. זאת, שהרי ככלל בית המשפט אינו דן בעניינו של אדם על סמך חומר שלא הוצג לאותו אדם.

עיינתי בהנחיות פרקליט המדינה, **הנחיה מס' 12.9 - "הצגת מידע סודי לבית משפט הדין בעתירות אסירים"**, **עדכון אחרון יא' טבת התשס"ז, 1 בינואר 2007**, המפרט את אופן הצגת המידע הסודי לבית המשפט הדין בעתירות אסירים ובו הוראה גורפת לרשויות התביעה שאין להציג מידע סודי במעמד צד אחד, בלא הסכמת העותר. מידע סודי, על פי ההנחיה, אין משמעותו רק מידע שהוצאה לגביו תעודת חיסיון, אלא כל מידע שלדעת הרשות המנהלית המוסמכת ולדעת פרקליטות המדינה, אין לגלותו מטעמי ביטחון המדינה, ביטחון הציבור וכיוב'.
כמו כן, יש הוראות בדבר עריכת פרפרזה למידע הסודי בלשון שלא תחשוף מקורות או חומר רגיש אחר, ובמקרים המתאימים ניתן לגלות גם את עיקרי המידע הסודי לעותר.

ישנה גם הוראה לפרקליט המופיע בעתירת אסיר להציג בפני בית המשפט מידע סודי במעמד צד אחד, להודיע כי יש בידו מידע סודי העומד בבסיס ההחלטה המנהלית וכי הוא מוכן להציג בפני בית המשפט בכפוף לכך שהעותר או בא כוחו יסכימו כפי שנקבע בהלכה הפסוקה (**בג"צ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל**). במקרה של התנגדות, הפרקליט יבהיר לבית המשפט ולעותר ובא כוחו שעל פי ההלכה הפסוקה בהעדר הסכמה, עומדת לרשות חזקת תקינות המעשה המנהלי, לפיה חזקה היא שאכן קיים חומר בידי המדינה המבסס את עמדתה בעניינו של האסיר העותר וכי אם לא יפריך העותר את החזקה תעמוד חזקת התקינות.

אם העותר מתנגד להצגת החומר, על הפרקליט לטעון לקיומה של חזקת החוקיות ולדרוש על פיה את דחיית העתירה.

כאשר מדובר בחומר מודיעיני יש למבקש זכות לקבל הסבר כללי על מהות החומר, במגבלות הסודיות (**ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מ"י, בש"פ 8935/04 יהודה אוהיון נ' מ"י**). על פני הנחיית פרקליט המדינה (סעיף 4) על הפרקליט... להשתדל לכלול בחומר הגלוי את מירב המידע שאותו נתן לגלות לעותר. למשל על ידי עריכת פרפרזה של המידע בלשון שלא תחשוף מקורות או חומר רגיש.

ב"כ העותר מבקשת לתמוך את בקשתה בהנחיית פרקליט המדינה המפורטת בסעיף 7 הקובעת כי :

"במקרה שבמהלך הדיון חולק העותר על הודעת בא כח המדינה כי מדובר ב"חומר סודי" ודורש כי תוצא תעודת חיסיון על ידי השר, על פי פקודת הראיות לגבי חומר זה, שבה יקבע באופן רשמי כי אכן מדובר בחומר סודי, יש לבקש

עמוד 10

דחיית הדין כדי לדאוג להוציא תעודת חיסיון".

טענת ב"כ העותר אינה נראית לי מכמה טעמים:

א. כפי שקבע כב' השופט רובינשטיין ברע"ב 1621/06 בסעיף ג.1 לפסק הדין: **"הנחיה זו כמובן אינה מחייבת את בית המשפט"**.

ב. ב"כ העותר מבקשת קביעה גורפת (שורה 9, עמ' 1 לפרוטוקול הדין): **"אני סבורה שהמידעים עליהם הם (שב"ס) נסמכים צריכים להיות גלויים"**.

ג. נקודת המוצא הינה שהחומרים הינם אכן "סודיים", כפי שממליץ הגורם המקצועי. מידעים אינם צריכים להיות גלויים כנטען. גילוי גורף של כל המידעים עליהם נסמכת הרשות המנהלית חותר תחת הבסיס ההכרחי המאפשר את ניהולו של בית הסוהר ושמירה על חייהם ועל ביטחונם של הסוהרים, של האסירים ומוסרי המידע השונים כאחד, והמשמשים אותה לעבודה יום יומית, איננו עולה על הדעת. באין סודיות אין מידע.

ד. במקרה הספציפי, העותר איננו מבקש ליתן צו להוצאת תעודת חיסיון משום שהוא סבור שהחומר איננו סודי במקרה הספציפי שלו, אלא משום שהוא סבור שכאשר דנים בעתירת אסיר אין מקום לחומר סודי, "הכל צריך להיות גלוי" (ראה טיעוני ב"כ העותר בדין).

בפועל, מבחינתו של העותר, אין מדובר בחומר סודי שלגבי תוכנו הוא "מגשש באפילה" ואין לו מושג כלפיו, ועל כן, אין לו את היכולת המינימאלית להתגונן מפניו. עיקרו של החומר נמסר לעותר כפי שניתן ללמוד, בין היתר, מתוכן הבקשה, כפי שיפורט להלן.

בסעיף 2 לבקשה כותב העותר:

"כפי שמצוין בעתירה העותר מכחיש ומכל וכל כל קשר לגורמים עברייניים או לפעילות פלילית כלשהי כעולה מהפרפרזות"

המחלוקת של העותר הינה מידת **מהימנותם** של המידעים, כפי שהוא מצוין בסעיף 3:

"לאור החשש כי מדובר במידעים שאינם מהימנים, אנו מבקשים להודיע כי נתנגד להגשתם, אלא בכפוף להוצאת תעודת חיסיון".

בית המשפט הדין בעתירת אסיר הינו בית משפט מנהלי ולא ערכאה דיונית פלילית, הקובעת מהימנות ועובדות לאחר שמיעת ראיות וחקירת עדים.

ככלל, ולמעט מקרים חריגים, בהם בית המשפט הדן בעתירה מורה על הזמנת עד או בעל תפקיד, הדיונים הינם בעלי אופי "ערעורי" - ביקורת שיפוטית הדנה בשאלה האם החלטת הרשות המנהלית עומדת בדרישות ובסטנדרטים המחייבים רשות מנהלית (סבירות, תקינות ההליך, שימוע וכד').

אין פירוש הדברים שלעולם לא ניתן יהיה לבקש צו לגילוי ראיה. החוק מאפשר, במקרים מסוימים, להוציא תעודת חיסיון וכן יש לבית המשפט את שיקול הדעת האם ליתן צו בעניין הוצאת תעודת חיסיון אך זה היוצא מהכלל. אבל הכלל צריך להיות שאין מקום להורות באופן גורף על מתן צו המורה על הוצאת תעודת חיסיון.

האיזון הנעשה במצב "הנחות" בו מצוי העותר, כשמדובר במידע סודי, הוא העצמת האחריות המוטלת על בית המשפט, חובת בית המשפט היא לפקח על התנהלות הרשות, ובין היתר, להבטיח שיימסר לעותר מידע מפורט ככל הניתן. לשם הרחבת הגילוי עד למירב האפשרי, בין על ידי פרפרזה ובין באמצעים אחרים, מתחייב עיון שיפוטי מוקפד, ככל הניתן, ובית המשפט משמש "כמעין פה" למי שהחומר הוחסה בפניו (בג"צ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז) (כמו גם ב"מעצר ימים").

רמת המהימנות של מוסר המידע ושל תוכן המידע נקבעים בשלב ראשון על ידי הגורם המקצועי המנהלי והם מופיעים בד"כ בראש דף המידע לגבי כל ידיעה וידיעה המוגשת לבית המשפט, אך גם קביעת רמת מהימנות זו, של המידע ושל המודיע, הנקבעת על ידי הרשות נתונה לביקורת שיפוטית **מנהלית** של בית המשפט הדן בעתירה.

חוות הדעת הגלויה של המשטרה במקרה הפרטני של העותר יש בה הרבה מעבר לפרפרזה. היא מפרטת, בצד מספרי המידע, גם את תוכנם: פעילות פלילית, סכסוך בין עבריינים, מעורבות בפעילות פלילית, קשרים עם עבריינים. המידע, על אף היותו ישן, מעיד על היותו של העותר "שור מועד" אשר ממשיך לעסוק בפלילים אף בהיותו מאחורי סורג ובריה. מסוכנותו מוערכת כ"גבוהה". הערכת משטרת ישראל היא כי יציאתו לחופשה עלולה לחזק את ידיו ולהעצים את כוחו ואף תסייע בידו לקידום עניינו באופן כזה שימשיך לעסוק בפלילים, וביתר שאת.

הדוח הגלוי של מודיעין שב"ס מציין כי קיים חמ"ן רב **ורציף** בדבר מעורבות שלילית בתוך הכלא ומחוצה לו, דבר המצביע על מסוכנות במידה ויצא לחופשה, ומפרט את תוכן המידעים: מסוכנות כלפי חפים מפשע, מעורבות ומסוכנות כלפי חפים מפשע, מעורבות שלילית.

בעע"א (ת"א) 1711/00 נחום מנבר נ' שב"ס מציין השופט בר אופיר כי בעוד שזכותו של נאשם לדיון הוגן היא זכות יסוד, לאסיר המרצה את עונשו אין זכות מוקנית לצאת לחופשה והנושא נתון לבחינה פרטנית של הוועדה העוסקת בכך. לפיכך, נראה כי גילוי מידע המונע יציאתו של אסיר לחופשה עומד, בדרך כלל, בדרגת חשיבות פחותה מגילוי מידע שנועד לסייע לנאשם בהגנתו לפני שהורשע.

ככל שמדובר בזכות מהותית יותר הנטייה להסתמך על "חזקת התקינות" של הרשות המנהלית הינה נמוכה יותר ויש צורך בבדיקה קפדנית יותר גם של ההחלטה המנהלית והשיקולים שהביאו אליה ובכללם המידע שעליו הסתמכה.

בהליכים בפני וועדת השחרורים ובפני בית המשפט הדין בבקשה להחזקתו של אסיר בהפרדה, בית המשפט יכול להיזקק לחומר המודיעיני גם ללא הסכמת האסיר. כך קובע סעיף 19ח' לפקודת בתי הסוהר וכך קובע סעיף 17 ל"חוק שחרור על תנאי ממאסר" תשס"א-2001. במקרים אלה, בית המשפט רשאי לקבוע שיש לגלות את המידע לאסיר "אם תוצג תעודת חיסיון". אינני סבור שהמצב בעתירת אסיר לעניין פריווילגיה צריך להיות שונה.

כאשר מדובר בפריבילגיות, הנטייה לסמוך על חזקת תקינות המנהל הינה יותר מובנת. משום שפוטנציאל הפגיעה באינטרס האסיר הינו במדרג הנמוך, לא מצא המחוקק צורך ליתן הוראה מפורשת לבית המשפט את הזכות לעיין במידע הסודי ללא הוצאת תעודת חיסיון וקבע שהעיין יהיה רק בהסכמתו של העותר.

אולם, אם העותר אינו מסכים שבית המשפט יעיין בחומר שלא בנוכחות, במידע החסוי אשר שימש בסיס להחלטת הרשות, תחול על אותה החלטה, בדרך כלל, חזקת החוקיות. החזקה היא שהרשות המנהלית קיבלה החלטה כדין ומי שמבקש להפריך את החזקה עליו הראייה.

שיקולי צדק ומשמעות "הליך הגוגן", משתנים לא רק כאשר מדברים על הליך מנהלי לעומת הליך שיפוטי, אלא אף בתוך ההליך הפלילי המתנהל בבית המשפט. ב"מעצר ימים", מעשה של יום יום הוא שבתי המשפט מורים על מעצר לצרכי חקירה על סמך ראיות שלא תהיינה קבילות בשלב ניהול המשפט ובכלל זה מידעים.

כשם שהמידעים הם "כלי עבודה" בלתי אינן, בו משתמשת המשטרה, כך משמש כלי זה את השב"ס.

לא שמעתי שבדיונים ב"מעצר ימים" בהם נשללת חירותו של אדם, שהיא זכות היסוד בה' הידיעה של אדם, פונה החשוד או בא כוחו לבית המשפט הדין במעצר הימים ומבקש שבית המשפט לא יעיין בחומר הראיות בטרם תוצא תעודת חיסיון.

ההליך בעתירה מנהלית דומה במובן מסוים להליך "מעצר ימים", שכן גם שם נבחנת למעשה ההחלטה המנהלית של המשטרה לעצור אדם מעצר ראשוני ולבקש המשך מעצרו לצורך חקירה.

אם בשלילת חירות ב"מעצר ימים" אין זכות לחשוד/עצור לעיין בחומר הסודי, אלא אם כן תוצא תעודת חיסיון, אין מקום להקנות זכות שכזו כאשר מדובר רק במניעת הטבה.

ככל שמהות הזכות הינה בדרגה נמוכה יותר, משתנה נקודת האיזון ונעה לעבר העדפת האינטרס הציבורי.

בהינתן כי על כפות המאזניים עומדים, מחד גיסא, אינטרס ציבורי חשוב של צורך באיסוף מידע ומסירתו ללא חשש בתוך כותלי הכלא לצורך הבטחת הביטחון והסדר והבטחת שלום הציבור, ומאידך גיסא, זכותו של אסיר שהמידע שעל יסודו נבחנת שלילת הפריבילגיה, במצב זה נקודת האיזון הנכונה והראויה היא שהמידע יבחן על ידי בית המשפט הדין בעתירה, בכפוף להסכמת האסיר.

בבקשה שבפני הנימוק לבקשה להוציא תעודת חיסיון **אינו בטענה שאין מדובר ב"חומר סודי", אלא בטענה שהחומר אינו מהימן.** טענה זו איננה מצדיקה מתן הוראה להוצאת תעודת חיסיון.

לאור האמור, אני דוחה את בקשת העותר שביקש להורות למשיבה להוציא תעודת חיסיון לגבי המידע ששימש את הרשות המנהלית הממליצה והמחליטה.

מאחר והעותר מתנגד לכך שבית המשפט ייחשף למידע המודיעיני ששימש את הרשות המנהלית, וכן למידע מודיעיני עדכני נוסף "מהעת האחרונה ממש", כפי שטען ב"כ המשיבה, ולאור חזקת התקינות המנהלית, דין העתירה כולה להידחות ועל כן אני מורה על דחיית העתירה.

ניתנה היום, כ"ז שבט תשע"ז, 23 פברואר 2017, בהעדר הצדדים.