

## שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם

מאת

### נתנאל דגן\*

א. מבוא. ב. שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם: המגמה עד לחקיקת החוק ולאחריו. ג. שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם: הצגת הממצאים; 1. מישור עומק היישום; 2. מישור היקף היישום. ד. שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם: ניתוח משפטי-פוזיטיבי; 1. רכיב ראשון: מקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות; 2. רכיב שני: פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק; 3. רכיב שלישי: פגיעה בהרתעת הרבים; 4. רכיב רביעי: פגיעה בדרישת ה"מידתיות בפועל" בענישה. ה. תבחינים שיפוטיים לצמצום יישומו של סעיף 10(א) לחוק; 1. עניין גרסיה: חזרה לדעת המיעוט בעניין שקולניק וצמצום ל"מקרים חריגים ונדירים"; 2. עניין יתח: הפנים הכפולות של דרישת המידתיות וחשש מחוסר ודאות; 3. עניין שלו: הפנים הכפולות של דרישת אמון הציבור וצמצום לפי אורך המאסר. ו. שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם: משפט משווה. ז. סעיף 10(א) לחוק ביישומו: הצעת הגורמים ודרכי התמודדות. ח. סיכום ומסקנות.

### א. מבוא

הטלת עונש מאסר דורשת מאמץ מצטבר של הרשות החוקרת, התביעה, הסנגוריה, בית המשפט ורשויות בתי הסוהר כדי להעמיד את הנידון לדין, להטיל עליו עונש וליישמו. אולם בכך לא נסתיימה מלאכת עיצוב העונש. לקראת תום שני שלישים מתקופת המאסר המאמץ מתנקז לצומת מרכזי בגדרו אמורה להתקבל החלטה אם לשחרר את האסיר טרם מלוא העונש שנגזר עליו בבית המשפט ובאילו תנאים (להלן: שחרור מוקדם או שחרור על

\* תלמיד לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר אילן. תודות לרות קנאי ולנתי רונאל על הנחיה, עידוד וליווי. תודות למשתתפי הסדנה על דיונים, הארות והערות טובות. תודה לחגית לרנאו על ביקורת מעשירה ומועילה. תודה לאורי תימור ולרוחם אפודי על הערות לטיוטת המאמר. תודה למערכת עלי משפט על הערותיהם.

תנאי).<sup>1</sup> שחרור מוקדם מסווג כטובת הנאה או פריבילגיה.<sup>2</sup> לאסיר אין זכות מוקנית כי מאסרו יקוצר,<sup>3</sup> והנטל להראות כי הוא ראוי לשחרור רובץ על שכמו.<sup>4</sup> פורמלית, החלטת שחרור מוקדם היא אוטונומית ונפרדת ממעשה קביעת העונש, אולם מהותית היא חלק אינטגרלי מיישומו.<sup>5</sup> כשיטת המשפט הישראלית שיקול הדעת לשחרור על תנאי ממאסר מסור לפי חוק לידיה של ועדת השחרורים (להלן: הוועדה),<sup>6</sup> הוועדה דנה במספר רב של אסירים. היא אחראית לחלק הארי מכלל השחרורים המוקדמים<sup>7</sup> ולחלק ממשי מכלל השחרורים ממאסר.<sup>8</sup> הוועדה מחזיקה תחת ידה סמכות חשובה באשר למידת העונש שהאסיר ירצה בפועל ולמידת ההגבלות שיחולו על חרותו. להחלטתה נודעת חשיבות מיוחדת בשל היותה, ככלל, המילה האחרונה במלאכת עיצוב העונש.<sup>9</sup>

- 1 ראו Kevin Reitz, *Modeling Discretion in American Sentencing Systems*, 20 L. & POL'Y 389, 402 (1998) ("the last meaningful sanctioning decision is often made by the parole board").
- 2 ראו רע"ב 4856/12 אבו לבן נ' ועדת השחרורים בגוש מרכז (פורסם בנבו, 9.7.2012); השוו Joan Petersilia, *Employ Behavioral Contracting for "Earned Discharge"*, 6 PUB. POL'Y & CRIMIN'Y 807 (2007) ("No prisoner has a legal right to obtaining parole. Rather, it is a privilege provided by state grants, through a contractual arrangement with a prisoner, who signs a parole release contract in exchange for the promise to abide by these specified conditions").
- 3 רע"ב 910/10 אמירה נ' ועדת השחרורים המיוחדת (פורסם בנבו, 7.2.2010).
- 4 ראו רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה, בפס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.7.2009).
- 5 ראו Peter A. Ozanne, *Bringing the Rule of Law to Criminal Sentencing: Judicial Review, Sentencing Guidelines and a Policy of Just Deserts*, 13 L. U. CHI. L. J. 721, 722 (1982) ("Parole boards and trial judges are both considered 'sentencers'... The parole release decision is as important as the judge's sentence in the formal process of determining actual punishment in most felony sentencing systems").
- 6 לרקע כללי ראו אלי שרון שחרור מוקדם ממאסר (2003); משה טלגם "סימפוזיון על שחרור מוקדם של אסירים" עיונים בקרימינולוגיה 1, 38 (1985); אליעזר ל' סבה "שחרור מוקדם של אסירים: עקרונות ואידיאולוגיות" עיונים בקרימינולוגיה 1, 3 (1986).
- 7 לצד שחרור מוקדם בידי הוועדה זאת קיימים הסדרי שחרור מוקדם בשיקול דעת רשויות בית הסוהר במאסרים קצרים (3–6 חודשי מאסר) לפי ס' 2 לחוק ושחרור מינהלי לפי תקן הכליאה.
- 8 ראו בנתוני הרשות לשיקום האסיר "אסירים שפוטים פליליים אזרחי ישראל: נתונים לשנת 2010" 12–13 (2010); הנהלת ועדות שחרורים "ריכוז נתונים לשנת 2012" (2013).
- 9 השוו Jeremy Travis & Kirsten Christiansen, *Failed Reentry: The Challenges of Back-end Sentencing*, 13 GEO. J. POV'Y L. & POL'Y 249, 251 (2006); לתפיסת מעשה הענישה כרצף ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, בפס' 28 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009) ("שלב הענישה של עבריין פלוני, שהורשע על ידי בית משפט מוסמך ונגזר דינו למאסר, אינו שלב "יישומי-טכני" בלבד של הדין הפלילי; אלא מדובר בחלק מהותי ובלתי נפרד מההליך הפלילי בו נוקטת המדינה כלפי הפרט, שבלעדיו מאבדים החלקים הקודמים בהליך חלק ניכר ממשמעותם"). עיצוב נוסף של העונש עשוי להיעשות באמצעות חנינה. להליך זה מטרות שונות (גם אם חופפות לעיתים) ושיקול דעת שונה ראו אליעזר ל' סבה החנינה האישית והחנינה הכללית: היבטים משפטיים

לפני הכניסה לעומק הדיון יוקדם מבוא קצר ונדרש על תכליתו של השחרור המוקדם ושיקולי הוועדה. ככלל, תכליות השחרור המוקדם המקובלות הן תועלתניות וצופות פני עתיד: מניעה, שיקום, הרתעת היחיד ומטרות מערכתיות.<sup>10</sup> אפרט אותן בתמצית:

(1) מניעה (תכלית החופפת במידה רבה את התכלית השיקומית): ההנחה היא שבמועד גזר הדין אין אפשרות לדעת במדויק מהו העונש המתאים לנידון בהתאם למסוכנות המדויקת הנשקפת ממנו. לכן נדרשת סמכות נוספת שתעצב את העונש ותביא בחשבון שינויים שאירעו מאז מועד גזירת הדין. מכך גם נגזר תפקידה של הוועדה: עליה לבחון את התקדמותו השיקומית של האסיר ובעזרת מומחיותה לזהות האם ומתי הוא הגיע לנקודה בה לא נשקפת ממנו מסוכנות – וממילא המשך מאסרו אינו נדרש.<sup>11</sup> במקביל, שחרור על תנאי מאפשר פיקוח על האסיר המשוחרר תוך צמצום המסוכנות הנשקפת ממנו. לעומת זאת, אסירים שנחשבים מסוכנים נותרים מאחורי סורג ובריח לנשיאת יתרת מאסרם בפועל;<sup>12</sup>

(2) שיקום (תכלית החופפת במידה רבה את התכלית המניעתית): שחרור על תנאי משמש תמריץ להתמיד בתכניות שיקומיות. הוא מניח כי קיים סיכוי סביר לשיקומו של האסיר, וכי די בתקופת המאסר שנשא עד כה לצורכי שיקומו – אותו ימשיך בקהילה.<sup>13</sup> לשם כך, הוועדה מעריכה את סיכויי שיקומו של האסיר ומשחררת אותו

ופנולוגיים 105 (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1975).

10 ראו Kevin Reitz, *Questioning the Conventional Wisdom of Parole Release Authority*, in THE FUTURE OF IMPRISONMENT 199 (Michael Tonry ed., 2004). במסגרת זו לא אדון בשאלת הביסוס העיוני והאמפירי שלהן. במשפט האמריקני הודגשה בשלביו הפורמטיביים גם התכלית הגמולית ובעיקר הפחתת שונות בלתי רצויה בענישה. ה-Parole Board נתפסה כמסייעת להפחית שונות בלתי רצויה בין נאשמים דומים במאפייניהם ראו Norval Morris, *The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy*, 72 MICH. L. REV. 1161 (1974).

(1974). תכליות אפשריות נוספות להליך המוזכרות שם הן גילוי חסד ורחמים כלפי המשוחרר באמצעות שחרור מוקדם מטעמים של חולניות מתמדת, הפחתת הצפיפות בבתי הסוהר ועוד. למטרות אלו מיועדים בדרך כלל או בנוסף הסדרי קרדיטים, שמאמר זה לא יתמקד בהם. לעניין הסדרים אלו ראו Dora Schriro, *Is Good Time a Good Idea? A Practitioner's Perspective*, 21 FED. SEN. REP. 179 (2009).

11 ראו Kevin Reitz, *The "Traditional" Indeterminate Sentencing Model*, in THE OXFORD HANDBOOK OF SENTENCING AND CORRECTIONS 270, 277 (Joan Petersilia & Kevin Reitz eds., 2012).

12 ראו JOAN PETERSILIA, WHEN PRISONERS COME HOME: PAROLE AND PRISONER REENTRY 60–71 (2003); בג"ץ 4681/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים – גוש צפון, פ"ד נא(4) 679, 684 (1997) ("על שניים אלה תיתן ועדת השחרורים את דעתה. על תקנת הכלל ועל תקנת הפרט. על הסכנה הצפויה לציבור אם ישוחרר האסיר מכלאו, מזה, ועל סיכויי שיקומו של האסיר, מזה. שניים אלה חד הם, ואותם נתונים ושיקולים יזינו אותם").

13 ראו PETERSILIA, שם, בעמ' 18 ("In the long run, no one is more dangerous than a criminal who has no incentive to straighten himself out while in prison and who returns to society without a structured and supervised release plan. As ironic as it may seem, it

במסגרת תכנית שיקומית ובתנאים נוספים. אלו אמורים לשמש ליווי שיקומי עם שחרורו לקראת השתלבותו חזרה בקהילה כאזרח שומר חוק;<sup>14</sup>

(3) הרתעת היחיד: אפשר להגשים את התכלית ההרתעתית באמצעות אפשרות ביטול השחרור המוקדם במקרה שהאסיר הפר את תנאי שחרורו או ביצע עבירה נוספת בתקופת התנאי (ההחלטה זו מכונה גם "הפקעת רישיון");<sup>15</sup>

(4) מטרות מערכתיות, שחרור על תנאי עשוי לעודד התנהגות טובה של האסירים בזמן מאסרם, שהיא תנאי לשחרורם המוקדם ולהרתיע אסירים שהם עברייני משמעת ובכך לקדם ניהול משמעתי אפקטיבי של בית הסוהר.<sup>16</sup>

כנובע מתכליות השחרור המוקדם החלטות הוועדה מבוססות על הערכתה בתחומי השיקום והמסוכנות.<sup>17</sup> לוועדה הוענק שיקול דעת רחב, כאשר זו יכולה לשקול "כל מדיניות פנאלוגית הנראית לה, אפילו שונה היא ממדיניותו הפנאלוגית של בית המשפט הגבוה לצדק, ובכלל זאת מדיניות שאינה שיקומית בהכרח".<sup>18</sup> הפסיקה הדגישה כי הוועדה היא הגוף המקצועי האמון על יישום אמות המידה להפעלת שיקול הדעת בתחום זה, ומהנחה זו נגזר מתחם התערבות שיפוטי צר בהחלטותיה.<sup>19</sup> היכולת להתערב בשיקול דעתה של

is in the interests of public safety that discretionary parole system should be (reinstated)

14 ראו והשוו חוק הרשות לשיקום האסיר, התשמ"ג-1983, ס"ח 49; אורלי לוטן "סקירה בנושא תוכניות לשיקום אסירים" 6-11 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2005); שלי מזרחי ואורי טל-ספירו "תוכניות לשיקום אסירים: רקע וסקירה משווה" (הכנסת: מרכז המחקר והמידע, 2010) והספרות המובאת שם; Reitz, *Questioning*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 210-212.

15 ראו PEGGY B. BURKE, *PAROLE VIOLATIONS REVISITED* (2004); רע"ב 427/05 חרב נ' מדינת ישראל, בפס' 16 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 30.3.2005) ("החלטת המחוקק להפוך את ביטול השחרור לעניין שבחובה משמיעה מסר של הרתעה מוחשית וממשית לאסיר, מסר הבא לומר לו – משמעת באמון שניתן בך וחזרת לסורך, אחת דינך – כלל הוא כי תשוב אל מאחורי סורג ובריח").

16 ראו למשל Joel M. Caplan, *What Factors Affect Parole: A Review of Empirical Research*, 71 FED. PROB. 16, 16-19 (2007). בהקשר לכך, שחרור מוקדם, באמצעות שחרור מנהלי, מקדם מטרת של הפחתת צפיפות בבית הסוהר וכליאה הומנית בהתאם לתקן הכליאה ראו צו בתי הסוהר (שחרור מינהלי) (קביעת תקן כליאה), התשע"ב-2012.

17 ראו יעל חסין "שחרור מוקדם של אסירים: כישלון או הצלחה?" עבריינות וסטיה חברתית ו 103, 106 (1978); יעל חסין "ניבוי קליני לעומת סטטיסטי" עבריינות וסטיה חברתית יב 66 (1984).

18 ראו ע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד לז(2) 688 (1983); בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת שחרורים בבית סוהר מעשיהו, פ"ד נה(2) 838, 870 (2001) (להלן: עניין שקולניק) ("אין בית המשפט משים עצמו כוועדת שחרורים. השאלה אינה מה היה בית המשפט פוסק אילו הוא היה פועל כוועדת שחרורים"); שרון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 153-155.

19 ראו רע"ב 873/07 נגידאת נ' נציב שירות בתי הסוהר, בפס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.2.2007) ("ועדת השחרורים... היא הגוף המקצועי האמון על יישום אמות המידה להפעלת שיקול הדעת בתחום זה... שיקול הדעת המוקנה לרשות הוא רחב, ובית המשפט ימנע מהתערבות בהחלטתה, אלא במקרים חריגים בהם נפל בהחלטה פגם משפטי מהותי"); Jack

הוועדה בעתירה לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, מוגבלת (להלן: בית המשפט המנהלי). בית המשפט המנהלי, ככלל, אינו מתערב בהחלטת הוועדה ואינו מחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו. תפקידו הוא לבחון אם הוועדה פעלה במסגרת סמכותה ואם לא נפלו בשיקוליה פגמים מהותיים.<sup>20</sup> אין מקום להתערבות שיפוטית בשיקול דעתה של הוועדה כאשר שיקול דעת זה, אפילו אינו מקובל על בית המשפט, עומד במבחן הסבירות.<sup>21</sup> ובתמצית, התערבות שיפוטית בהחלטת הוועדה היא בגדר חריג לכלל (להלן: עקרון אי-ההתערבות).

התפתחותו של השחרור המוקדם בישראל מלמדת כי משלביו הראשונים ובמשך שנים ארוכות, הוועדה התנהלה ללא מסגרת חוקית מוגדרת להכוונת שיקול דעתה. בתקופה ממושכת זו השיקולים, הנתונים המזינים אותם ואופי עבודת הוועדה הוסדרו באמצעות שילובם של מקורות מגוונים: דברי חקיקה שונים, תקנות והנחיות של פסיקת בית המשפט העליון. מצב זה יצר דיסהרמוניה נורמטיבית, עורר קשיי אחידות, הביא לתוצאות פרשניות בלתי סבירות<sup>22</sup> וגרם לקושי חוקתי.<sup>23</sup> הביקורת שנמתחה על מצב זה בפסיקה ובדוח קרפ (1991)<sup>24</sup> הובילו לחקיקת חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א–2001 (להלן: החוק).<sup>25</sup> עיקר חידושיו של החוק נגעו לכינוס כלל ההוראות הדנות בשחרור מוקדם למסגרת אחת וקביעת שיקולי הוועדה, והנתונים אותם תשקול, באופן פורמאלי ומוגדר.<sup>26</sup> בדומה למצב ערב חקיקתו, החוק מעניק לוועדה שיקול דעת רחב. הוא מאפשר לוועדה לשיקול אסופה מגוונת של נתונים הקשורים באסיר, בעבירה שביצע ונסיבות ביצועה, בסיכויי שיקומו והסיכון הנשקף ממנו לשלום הציבור. שיקול הדעת הרחב ורשימת הנתונים,

M. Seitz, *Federal Parole Decisionmaking: Judicial Review for the Fortunate and Few*, 85 DICK. L. REV. 501, 513 (1981).

20 ראו רע"ב 1942/05 אבו צעלוק נ' מדינת ישראל, בפס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.6.2005).

21 ראו למשל רע"ב 5663/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפס' 12 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 21.8.2012) ("שיקול הדעת הנתון לוועדת השחרורים בעניין זה וגדר שיקוליה, המונחים על-ידי הוראת סעיף 9 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, הינם רחבים. על כן, בית המשפט, המעביר את החלטת הוועדה בשבט הביקורת השיפוטית יטה שלא להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה, ויתערב אך במקום בו שוכנע בית המשפט כי נפל פגם בהחלטתה של הוועדה, בשל אחת העילות המוכרות במשפט המינהלי, ובכללן חריגה ממשית ממתחם הסבירות").

22 ראו דברי ההסבר להצעת חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א–2001, ה"ח 518, בעמ' 534, 536 (להלן: הצעת החוק); ס' 69–77 לפקודת בתי הסוהר, 1946, ע"ר 1946, תוס' 1, 9; עניין אסיאס, לעיל ה"ש 18, בעמ' 695.

23 ראו רע"ב 9837/03 גרסיה נ' ועדת השחרורים, בפס' 4 לפסק דינו של השופט טירקל (פורסם בנבו, 20.1.2004).

24 ראו הוועדה בנושא שחרור מוקדם של אסירים בראשות י' קרפ דין וחשבון 17 (1991) (להלן: דוח קרפ).

25 ס"ח 410.

26 ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 22.

הלא סגורה, הכלולה בסעיף 9 לחוק, משקפים בעיקר שיקולי שיקום ומניעה.<sup>27</sup> ואכן, ככלל, כך גם הוא המצב בפועל. שיקולי שיקום ומניעה הם לב עבודתה של הוועדה הלכה למעשה וברגיל היא מתמקדת באסיר הקונקרטי העומד שבפניה.<sup>28</sup> אולם לכלל זה יש יוצאים מן הכלל. חריגים לשיקול הדעת השיקומי-מניעתי של הוועדה הם שיקולי "אינטרס הציבור" כפי שכונו בפסיקה ונקבעו לאחר מכן בסעיף 10(א) לחוק (להלן: שיקולי אינטרס הציבור או שיקולים סעיף 10(א) לחוק). שיקולים אלו הם שיקולים בעלי אופי כללי – גמולי והרתעתי. מבטם רחב אף מעבר לעניינו של האסיר הספציפי העומד בפני הוועדה. הם חריגים בנוף השיקומי-מניעתי של שיקולי הוועדה ומיועדים ל"מקרים בעלי חומרה ונסיבות מיוחדות".<sup>29</sup> יישום של שיקולי אינטרס הציבור משמעו כי ייתכן שאסיר לא ישוחרר על תנאי גם אם התנהג כראוי בתקופת מאסרו, השתקם ולא נשקפת ממנו מסוכנות בשל אינטרס הציבור כי ירצה את מלוא העונש שנגזר עליו. שקילת שיקולי אינטרס הציבור מותנית, לפי לשונו של סעיף 10(א) לחוק, בכך שהוועדה סבורה כי השחרור המוקדם ישפיע לרעה בשלושה מישורים: פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק; פגיעה בהרתעת הרבים; והיווצרות יחס לא מידתי בין העונש שנגזר על האסיר לבין העונש שישא בפועל לו ישוחרר על תנאי.<sup>30</sup>

שיקולי אינטרס הציבור הם בעלי חשיבות מעשית וסמלית רבה. הם משרטטים את הקו העדין בין נכונותה של הקהילה, במקרה המתאים, לשחרר אסיר בשחרור מוקדם, לבין היעדר נכונות מצד הקהילה להקל בעונשו של מי שפגע באופן חמור בערכיה המשותפים והורחק ממנה לתקופת המאסר. לשם יישומם של שיקולי אינטרס הציבור נדרש שיקוף של תחושות החברה כלפי העבירה וניסיון לאמוד כיצד הקלה בעונש תשפיע על עמדת הקהילה ביחס לשמירה על החוק והערכים המוסריים המוגנים בו.<sup>31</sup>

27 ראו ס' 3, 7, 9–12 לחוק; רע"ב 4518/08 בן ישי נ' ועדת שחרורים (פורסם בנבו, 4.6.2008); דוח קרפ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 114; שרון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21.

28 ראו למשל בעניין אבו צעלוק, לעיל ה"ש 20, בפס' 7 לפסק הדין ("התנאי הראשון מדגיש את ההיבט האישי הנוגע לאסיר, ובכלל זה התנהגותו בכלא ונכונותו להשתקם ולהיטיב את דרכיו; התנאי השני נותן משקל לאינטרס הציבורי הכללי ונועד להבטיח כי שחרורו המוקדם של האסיר לא יסכן את שלום הציבור... אמורה ועדת השחרורים לאזן באורח ראוי בין ההיבט האישי לבין ההיבט הציבורי הכללי, בין משקל נסיבותיו האישיות של האסיר לבין עניינו של הציבור להבטיח מפני הישנות עבירות והפרות חוק").

29 ראו ע"א (ת"א) 1009/02 מדינת ישראל נ' יתח, בפס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.1.2002).

30 ראו ע"א (ת"א) 3450/08 מנבר נ' ועדת השחרורים, בפס' 27 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.3.2009); ע"א (נצ') 1584/06 שחף נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 13.9.2006); ע"א (נצ') 39/10 מחג'אנה נ' ועדת השחרורים, בפס' 10 לפסק דינו של השופט ארבל (פורסם בנבו, 18.2.2010); עת"א (מרכז) 12941-05-10 אלוני נ' מדינת ישראל, בפס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.9.2010).

31 השוו ANTONY DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 99–100, 139–150 (2001); השוו גם מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט: תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 491, 497–499 (2004)

המאמר יתמקד בבחינת יישומם של שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם והערכת האתגרים בדרך ליישומם ההולם. המאמר יטען כי גם לאחר חקיקת סעיף 10(א) לחוק טרם נוצרה היציבות המשפטית הנדרשת ביישומם. המאמר יתאר מגמה זו, יציע גורמים לה ויבקש להציע דרכים לתיקונה. המאמר יכלול ניתוח שראשיתו הצגת נתונים כמותיים ומשפטיים, המשכו בניתוח משפטי-פוזיטיבי ובחינה השוואתית של הנושא בשיטות משפט מקבילות, וסופו דיון בממצאים השונים.

מבנה המאמר יהיה כך: ראשית, המאמר יסקור בקצרה את המגמה עד לחקיקת סעיף 10(א) לחוק ואת השינוי שזה הביא עמו (סעיף ב). שנית, המאמר יציג ממצאים כמותיים ומשפטיים ראשוניים בנוגע ליישום שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם תוך בחינת היחס בין החוק על ספר והחוק בפעולה.<sup>32</sup> ממצאים אלו, שעיקרם הוא הגמשת עקרון אי-ההתערבות בנוגע ליישום סעיף 10(א) לחוק, יהוו מצע לדיון משפטי שייערך בהמשך המאמר (סעיף ג); שלישית, המאמר יציע ניתוח פוזיטיבי של יישום שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם. ניתוח זה ילמד על אופי הפעלת שיקולים אלו, הרטוריקה הנלווית ליישומם והפרשנות הניתנת לרכיבים הכלולים בהם. זאת על סמך ההנחה כי קיימת זיקה פנימית בין רטוריקה למהות (סעיף ד).<sup>33</sup> רביעית, המאמר יציג דרכים שהוצעו בבית המשפט המנהלי על מנת לצמצם את מספר המקרים שניתן לכלול במסגרת סעיף 10(א) לחוק; תוך זיהוי זרם פסיקה המזדהה עם דעת המיעוט בהלכת שקולניק (סעיף ה); חמישית, המאמר ידון ביחס לשיקולי אינטרס הציבור בשיטות משפט מקבילות ויבקש למקם את עמדת המשפט הישראלי במסגרת השוואתית (סעיף ו); שישית, המאמר ידון בממצאים השונים ויציע גורמים אפשריים למגמות שנמצאו ובראשן היעדר יציבות מספקת ביישומם של סעיף 10(א) לחוק (סעיף ז). שביעית, המאמר יציע המלצות לשיפור המצב הקיים מתוך רצון להתאים בין סוג ההחלטה והסמכות המיישמת אותה (סעיף ח).

("אשר לענישה בפלילים, נתעוררה ביקורת ונפגם האמת על כך שבתי המשפט אינם גוזרים עונשים ראויים בעברות מסוימות... בית המשפט אסור הוא לעשות מעשה כדי לרצות את הציבור או חלקים בו. בה בעת לא יתעלם בית המשפט מהלכי רוח שבציבור. בית המשפט לא יכריע בדיון – אסור הוא להכריע בדיון – על פי הלכי רוח אלה, ואולם לא יהא זה לא אנושי ולא נכון אם נאמר לו להתעלם מהם כמו לא היו. יתר על כן: גם אם ירצה, לא יוכל בית המשפט להתעלם מאותם הלכי רוח. כך הוא באשר לרמת הענישה ולסוגיות של חוקה. אמון הציבור נדרש הוא לבית המשפט, ובלבד שנדע ונזהיר עצמנו היטב-היטב כי מדברים אנו לא בהסכמה של הציבור להכרעות בית המשפט אלא באמון הציבור בכך שבית המשפט שוקל בדעתו כל שיש צורך לשקול...").

32 Shai Danziger, Jonathan Levav & Liora Avnaim-Pesso, *Extraneous Factors in* 32  
 (2011) *Judicial Decisions*, 108 PRO. NAT'L ACAD. SC. 6889 (בניגוד למחקר זה – כאן הפער  
 המוצע נובע מפרשנות ולא מגורמים חיצוניים); חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט"  
 339, 314, 303, דורנר 303, 314, 339 (שולמית אלמוג, דורית בינייש ויעד רותם עורכים, 2009).  
 33 השוו ליאורה בילסקי "משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר" פלילים ח 13, 27–28, 52  
 (1999).

## ב. שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם: המגמה עד לחקיקת החוק ולאחריו

שאלת היחס הראוי לשיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם מלווה את המשפט הישראלי עוד מראשית שנות ה-60'. עובר להלכת שקולניק (2001), וחקיקת סעיף 10(א) בעקבותיה, הוועדה הייתה רשאית לשקול שיקולי אינטרס הציבור בשני מקרים בלבד: שחרור מוקדם מטעמים רפואיים<sup>34</sup> וביטול רישיון שחרור בשל הפרת תנאים ("הפקעת שלישי").<sup>35</sup> להוציא שני מקרים אלו לא הייתה הוועדה רשאית לשקול שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם.<sup>36</sup> לפי התפיסה ששררה אז חומרת העבירה כשלעצמה, בלא שתהא בכך השלכה על שיקום האסיר, לא נחשבה כשיקול ראוי לוועדה אלא לבית המשפט הגוזר את הדין.<sup>37</sup> ההלכה שנשתרשה במשך שנים ארוכות הייתה כי על הוועדה להתמקד בסיכויי שיקומו של האסיר ובמסוכנות הצפויה לציבור ממנו אם ישוחרר על תנאי (שיקולי "תקנת הפרט" ו"תקנת הכלל") ולא בשיקולים עונשיים-כלליים.<sup>38</sup> את תחילת היפוך המגמה באשר לשיקולי אינטרס הציבור אפשר לזהות בדעת השופט חשין בעניין דותן.<sup>39</sup> עניין זה עסק בוועדה הצבאית לעיון בעונש (המקבילה לוועדה האזרחית) ונשמעה בו אפשרות עקרונית לשקול שיקולי אינטרס הציבור גם בוועדה האזרחית. ראשית המגמה שהובעה בעניין דותן הגיעה לכלל הכרעה בעניין שקולניק. במקרה זה דובר על אסיר שהורשע ברצח בנסיבות חמורות והוטל עליו מאסר עולם. עונשו נקצב ולאחר הקלה נוספת עונשו עמד על כאחת עשרה שנות מאסר. לאחר הליכים נוספים הוועדה קבעה כי האסיר אינו מסוכן לציבור והחליטה על שחרורו על תנאי כך שירצה בפועל כשמונה שנות מאסר. נגד החלטת הוועדה הוגשה עתירה לבית המשפט העליון לביטולה משיקולי אינטרס הציבור והסוגיה הגיעה לכלל דיון עקרוני בבית המשפט העליון.

34 ראו בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש, פ"ד נג(3) 752, 721 (1999) (להלן: עניין דותן).

35 ראו בג"ץ 223/96 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 30.7.1997).

36 ראו בג"ץ 281/61 שם טוב נ' ועדת השחרורים, פ"ד טו 2062, 2060 (1961) ("מטרה ענשית זו באה על סיפוקה כאשר ניתן פומבי לגזר הדין של בית המשפט... תפקידה היחיד של הוועדה הוא לשקול שיקולים הנעוצים במטרה של תיקון האסיר מזה ובאינטרס של בטחון המדינה ושלום הציבור מזה").

37 ראו בג"ץ 281/66 פחמאוי נ' ועדת השחרורים, פ"ד כ(4) 121, 123 (1966). עם זאת, בעניין שם טוב, שם, בעמ' 2063 צוין כי ייתכנו סוגי עבירות "אשר אפיים החמור והמיוחד עשוי להצביע, הוא לבדו, על הסיכון לאינטרסים של הציבור".

38 ראו בסקירת התפתחות הפסיקה בנושא בעניין שקולניק, לעיל ה"ש 18.

39 ראו עניין דותן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 741-742; דנג"ץ 5404/99 דותן נ' התנועה לאיכות השלטון בישראל (פורסם בנבו, 30.1.2000); לדיון ביקורתי בפסיקה זו ראו הדר אבירם "על הקושי שבקביעת הלכות כלליות על בסיס מקרים קיצוניים" משפט וצבא 14, 343, 351, 357 (2003); אריאל בנדרו "אווירת-צבא בביקורת שיפוטית: בין שפיטות לפופולאריזם" פלילים ט 440-435, 413 (2000).



בפסק הדין נחלקו הדעות. דעת הרוב סברה כי הוועדה רשאית לשקול שיקולי אינטרס הציבור במקרים חריגים ומיוחדים, כאשר יש לאזן את שיקולי תקנת הפרט והכלל עם שיקולי אינטרס הציבור על פי נסיבות המקרה ומידת הקרבה לריצוי מלוא העונש.<sup>40</sup> השופט חשין הביע, כך דומה, עמדה מרחיבה יותר. לדעתו, הוועדה רשאית לשקול את מכלול שיקולי בית המשפט בגזר הדין. מדבריו ניתן להבין כי שיקולי אינטרס הציבור אמורים להיות לנגד עיני הוועדה דרך קבע ולא רק כחריג.<sup>41</sup> לעומת זאת, דעת המיעוט שללה שימוש בשיקולים אלו משיקולים תיאורטיים ומעשיים, ועל כל פנים ללא הסמכה מפורשת בחוק.<sup>42</sup>

דעת הרוב הציגה מגוון הנמקות לביסוס עמדתה. עיקרן בתפיסה עקרונית של שיקול דעת הוועדה כחלק משלים של מלאכת קביעת העונש. דעת הרוב ראתה בוועדה אחד ממרכיבי ההליך הפלילי. משכך, נבחנה עבודתה מתוך התאמה להליך כולו. לגישה זו קיים קושי להצדיק כיצד שיקול אחד, המשוקלל עם יתר שיקולי הענישה במלאכת גזר הדין, הופך לשיקול הנשלל קטגורית בוועדה. עוד נטען כי לא ראוי שהמטרת שגזר הדין מבקש להגשים יסוכלו על ידי שחרור מוקדם. טיעונים נוספים נתלו ביכולתה של הוועדה לשקול שיקולים אלו בעת שחרור מוקדם מטעמי חולניות או בשל הפקעת רישיון. בנוסף, הפסיקה הוותיקה, שלכאורה שללה את השימוש בהם, פורשה כעוסקת במצב שבו שיקולי אינטרס הציבור הם שיקולים יחידים. לבסוף, הובעה הדעה כי אין חידוש רב בשקילת שיקולי אינטרס הציבור בשל היותם חלק משיקולי "תקנת הכלל" הקיימים.<sup>43</sup>

דעת המיעוט התנגדה לשימוש בשיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם ועל כל פנים בהיעדר קביעה של שיקולים אלו בחוק. דעה זו הציגה אף היא מגוון נימוקים לביסוס עמדתה. אפשר לחלק נימוקים אלו לשלושה ערוצים המקיימים ביניהם זיקה: הערוץ הראשון עסק בהיעדר התאמה לשיקול הדעת המאפיין את הוועדה. הוועדה אינה בית משפט. לפיכך, כך נטען, עליה להתמקד בעברייני ולא בעבירה. הועלה החשש, שכאשר הוועדה שוקלת שיקולי אינטרס הציבור היא הופכת למעין מבקרת של גזר הדין ולמצער שוקלת את שיקוליו בשנית. החשש שהובע ביקש למנוע מצב שבו הוועדה תהפוך מגוף מנהלי בעל תפקיד משלים, האמור לבחון את הנסיבות בפרספקטיבה של חלוף הזמן, לסמכות מבקרת, הרשאית להתערב בשיקולי גזר הדין.<sup>44</sup> הערוץ השני עסק בקושי חוקתי הגלום בשימוש בשיקולי הרתעת הרבים. לדעת השופט אנגלרד שיקולי אינטרס הציבור אינם מתיישבים עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שממנו נובע כי מניעת שחרור מוקדם

40 ראו עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 884–885, 871–872.

41 ראו שם, בעמ' 883 לפסק הדין ("על דרך העיקרון, כי לעת שהיא שוקלת אם תעניק לאסיר רשיון חופש אם תסרב לו, רשאית ומוסמכת היא ועדת השחרורים להביא במנין שיקוליה אותם שיקולים עצמם שהביאו את בית-המשפט לגזור על האסיר עונש כפי שגזר עליו. ומשרשאית ומוסמכת היא לשקול אותם שיקולים, ממילא חייבת היא בדבר").

42 ראו בדעת השופטים אור, שם, בעמ' 892–893; ואנגלרד, שם, בעמ' 875–876, 905–906.

43 ראו שם, בעמ' 865–867, 865–883, 900–901.

44 ראו שם, בעמ' 893.

לשם השגת מטרות חברתיות שאינן קשורות לאישיותו של האסיר, יוצרת פגיעה חוקתית בכבוד האדם. הדבר עולה גם מהצו הקטגורי הקאנטיאני האוסר להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו;<sup>45</sup> הערוץ השלישי עסק בסיכונים אפשריים הנוגעים לאופייה של הוועדה. בגדרו הובע החשש מהשפעות ציבוריות ולחצים על עבודתה. נטען כי הכנסת שיקולים אלו לעבודת הוועדה עלולה לגרום לחוסר ודאות בכללי השחרור המוקדם.<sup>46</sup> לבסוף, נטען כי שימוש בשיקולי אינטרס הציבור עלול לשלול את "הערך החינוכי" הטמון בשחרור המוקדם.<sup>47</sup>

דיון מורכב זה הגיע לסימום עם הכרעת דעת הרוב בעניין שקולניק שאפשרה להשתמש בשיקולי אינטרס הציבור במקרים מיוחדים, ונחתם עת נחקק סעיף 10(א) לחוק בשנת 2001.<sup>48</sup> סעיף 10(א) לחוק, שכותרתו "שיקולים נוספים להחלטת הוועדה", מבטא את שיקולי אינטרס הציבור וקובע כך:

"במקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות שבהם סברה הועדה כי שחרורו של האסיר על-תנאי יפגע במידה חמורה באמון הציבור במערכת המשפט, אכיפת החוק ובהרתעת הרבים, משנוצר יחס בלתי סביר בין חומרת העבירה, נסיבותיה והעונש שנגזר על האסיר לבין תקופת המאסר שיישא האסיר בפועל אם ישוחרר, רשאית הועדה להביא בחשבון גם נתונים אלה בהחלטתה, נוסף על הנתונים המפורטים בסעיף 9; משקלם של הנתונים לפי סעיף קטן זה בהחלטת הועדה יפחת ככל שיגדל החלק מעונש המאסר שהאסיר כבר נשא".

45 ראו עמנואל קנט הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות 95 (משה שפי מתרגם, משמון שטיין עורך, 1965) ("הציווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד"); עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 875–876 ("הפיכתה של אפשרות שחרורו ברישיון של אסיר להשגת מטרות חברתיות שאינן קשורות לאישיותו של האסיר היא פגיעה בכבוד האדם ובחירותו, זכויות המעוגנות כיום בחוק יסוד כזכויות חוקתיות"). בנוסף הדבר קשה לדעתו בשל עקרון החוקיות, שלפיו יש להימנע מהחלה חריגה של עונש על נאשם ספציפי, בניגוד לנוהג הכללי.

46 ראו אבירם, לעיל ה"ש 39, בעמ' 352–355. דוח קרפ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 107–108.

47 ראו עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 867 השופט ברק השיב על כך כי טיעון זה כשלעצמו, על אף היותו "טיעון רב חשיבות", אין בו כדי לשלול את ההתייחסות לשיקולי אינטרס הציבור, היות ששלילה מלאה כזו מבוססת על ההנחה כי השיקול החינוכי מוחלט ואינו ניתן לאיזון. אולם ככל שיקולי הוועדה גם השיקול החינוכי הוא יחסי וצריך לאזן עצמו כנגד שיקולים אחרים.

48 השוו הנחיות פרקליטת המדינה (12.1) "השיקולים שלפיהם תיקבע עמדת בא כוח היועץ המשפטי לממשלה בוועדת השחרורים", ס' 9 (1.1.2003). ("יש להדגיש בפני הוועדות את תפקידן בהגשמת האינטרס הציבורי... האם השחרור יפגע בערכי יסוד של החברה ומה תהא השפעת ההחלטה על ערכי כיבוד החוק במדינת ישראל ועל גיבוש נורמות ההתנהגות הראויות").

סעיף 10(א) לחוק הוא סעיף מורכב המציב שורה של מבחני סף מצטברים: (1) מקרים בעלי חומרה או נסיבות מיוחדות; (2) בהם, כתוצאה משחרורו המוקדם של האסיר, ייפגעו המישורים הבאים: (א) אמון הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק; (ב) הרתעת הרבים; (2) ייווצר יחס בלתי סביר בין העונש שנגזר ובין תקופת המאסר בפועל לו ישוחרר; (3) בנוסף, הסעיף כולל הוראת פיתוח במשקל שיקולים אלו ככל שהאסיר מתקדם לקראת ריצוי מלוא העונש שנגזר עליו. ברי כי המבחנים המצטברים שמציב המחוקק באים לצמצם את השימוש בסעיף 10(א) לחוק. ואכן, הפסיקה הדגישה בהמשך ללשון החוק כי "יש לצמצם עד מאוד את השימוש בסעיף זה ולהשאיר את יישום החריגים לחריגים באמת" ולא "כדבר שבשגרה".<sup>49</sup> הדבר עולה גם מהשוואה ללשונה של הצעת החוק – שהיא מרחיבה ביחס לצמצום שנוקט בו סעיף 10(א) לחוק בשלושה מופעים: ראשית, הצעת החוק הציעה את הנוסח "סברה הוועדה במקרים מיוחדים", ואילו בחוק שנתקבל נוספה הדרישה ל"נסיבות מיוחדות". שנית, הצעת החוק הציעה את הנוסח "היחס בין העונש שנגזר לעונש שישא האסיר בלתי סביר" כרכיב נפרד, אולם בחוק שנתקבל לבסוף, מדובר ברכיב מצטבר. שלישית, בהצעת החוק נכללה חלופה "או באינטרס ציבורי אחר", אך בנוסח החוק שנתקבל לבסוף לא נכללה חלופה מרחיבה זו.<sup>50</sup>

הצמצום המובע בלשון סעיף 10(א) לחוק ופרשנות הפסיקה לגביו מקבלים חיזוק נוסף, בהשראה פרשנית, מהוראות חוק העונשין (תיקון 113) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ב–2012 (להלן: חוק ההבניה).<sup>51</sup> במבט עונשי כולל דומה כי קיימת קוהרנטיות עונשית במצב הקיים בכל הנוגע לשיקולי גמול והרתעה בהליך קביעת העונש. חוק ההבניה מייחס משקל רב לעקרון השיקום. יש שראו בו כקובע את מעמדו של השיקום כעיקרון השני בחשיבותו בגזירת הדין (לאחר עקרון הגמול שהוא העיקרון המנחה בשלב גזר הדין).<sup>52</sup> דומה כי הדבר אמור בדרך קל וחומר בנוגע לשלב השחרור המוקדם – שממוקד ממילא בשיקום האסיר ושילובו בקהילה.

בנוסף, חוק ההבניה מעניק משקל נמוך יחסית לשיקולי הרתעה ומאפשר לשופט לשקול אותם רק בתוך מתחם העונש ההולם שקבע, ורק אם מצא שקיים סיכוי של ממש כי אכן הדבר יסייע להרתעה. לכן ומקל וחומר, מקומם של שיקולי הרתעה אמור להצטמצם מאוד בשלב השחרור המוקדם, הממוקד ממילא בשיקום ומניעה. מצב המשתקף בהוראות סעיף

49 ראו עניין גרסיה, לעיל ה"ש 23, שם.

50 ראו הצעת חוק שחרור על תנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 520; עניין גרסיה, שם, בפס' 5 לפסק הדין.

51 ס"ח 102 (10.1.2012) (בתוקף מיום 10.6.2012); הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו–2006, ה"ח 241 (12.6.2006). קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין", להלן ה"ש 108, בעמ' 101.

52 ראו והשוו חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14, 17–18 (2012) ("ברוב-רובם של התיקים הפליליים, אין בית המשפט נדרש להצדקה מיוחדת או לשיקול דעת מיוחד, והוא מונחה כי במקרים המתאימים ניתן ואף ראוי להעדיף את שיקולי השיקום על פני העיקרון המנחה ועל פני יתר השיקולים בענישה").

10 (א) לחוק.<sup>53</sup> כלומר רק במקרים בהם ישנו חשש מבוסס כי דחיית בקשת האסיר לשחרור מוקדם תתרום להרתעת הרבים ולכיבוד החוק בעתיד. כאשר אין להסתפק בהרתעה הגלומה בגזר הדין ויש צורך לתת לה ביטוי גם בשלב השחרור המוקדם.<sup>54</sup> בנוגע לשיקולי גמול, העיקרון ההלימה שהוא העיקרון המנחה בשלב גזר הדין הופך לחריג בשלב השחרור המוקדם.<sup>55</sup> עמדה זו מבטאת הכרה כפולה: ראשית, הדרישה הגמולית, לפחות במקרה של נידון בעבירות שאינן חמורות במיוחד, מקבלת את עיקר סיפוקה עד למועד הדיון בוועדת השחרורים. ניתן לראות בכך איזון בנוגע לשיקולי גמול – מרכזיותם בשלב גזר הדין מאוזנת בחריגותם בשלב השחרור המוקדם. בנוסף, הדבר מלמד על הכרה בצורך של מעבר מגמול לשיקום בחלוף הזמן. בפסיקה עקבית נקבע כי הוועדה אינה בית משפט, וכי היא איננה גוזרת עונש או משמשת ערכאת ערעור.<sup>56</sup> עמדה על כך השופטת ארבל בעניין פחימה:

"גזירת העונש נעשית בהתאם לשיקולי הענישה ובשים לב לנסיבות העניין ולנתוניו הקונקרטיים של הנאשם. גם אם נלקחים בגדרם שיקולי שיקום, מעשה הענישה מוסב אל העבר. על העונש לבטא באופן הולם את המעשים וחומרתם. שחרור מוקדם לעומת זאת, נגזר במידה ניכרת גם מהתנהגותו של האסיר, מחוות הדעת המקצועיות בעניינו ומשיקולי שיקום. פניו של השחרור המוקדם אל העתיד, גם אם לוקח הוא בחשבון שיקולים הקשורים בעבירה בה הורשע האסיר ונסיבותיה. כל הליך ותכליתיו".<sup>57</sup>

גישה זו משתלבת עם עיקרון ההתקדמות בענישה (progression principle) כהגדרת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Dickson*: בשלבי הראשונים, העונש מבוסס בעיקר על גמול ולקראת סיומו הוא מבוסס בעיקר על שיקום רה אינטגרטיבי והכנה לשילוב מחדש בקהילה. עמדה זו מביעה איזון בין הכרה בכך שמדובר ברצף אחד, מצד אחד, אך גם שכל

53 לניתוח ההולך בכיוון זה ראו בפסק דינו של השופט שפירא בעת"א (חי) 47864-12-12 אבו צוה נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 9.1.2013); השוו לרנאו ושרון, שם, בעמ' 19; הנושא טעון פיתוח נוסף (ובמיוחד בכל הנוגע לשיקולי מניעה) שלא כאן מקומו.

54 השוו עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 858.

55 ראו ס' 40 לחוק ההבניה.

56 ראו עניין שם טוב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 2068; רע"ב 10031/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, פ"ד נט(5) 305, 307 (2005); עע"א 2024/96 היועץ המשפטי לממשלה נ' אבו אסעד, פ"ד נ(3) 95 (1996); ובהחלטות הוועדה ראו וש"מ (מעשיהו) פלוני נ' ועדת שחרורים מיוחדת, בדברי השופט עמית (פורסם בנבו, 3.3.2004); וש"מ (צלמון) פלוני נ' ועדת שחרורים מיוחדת, בדברי השופט קדמי (פורסם בנבו, 9.7.2003).

57 ראו ע"פ 1732/10 פחימה נ' מדינת ישראל, בפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 30.3.2011) במקרה זה דחה בית המשפט את טענת האסיר שלפיה היות שהוא מכחיש את ביצוע העבירה וסיכויי שחרורו נמוכים ראוי להקל בעונשו במסגרת ערעור על חומרת העונש.

שלב משקף תכליות שונות, מצד שני.<sup>58</sup> בנוסף, הצמצום בלשון סעיף 10(א) לחוק משקף הכרה ראויה כי שלב השחרור המוקדם אינו הספירה המיטבית לשקילת שיקולי גמול והעברת מסר ציבורי ועל כן אלו הם החריג בו ואינם הכלל. שנית, סעיף זה מבטא את ההנחה כי כלל שיקולי הענישה, גם אם בעוצמה שונה, מתמידים באינרציה לאורך הליך קביעת העונש.<sup>59</sup> לכן גם לשיקולי ענישה יש מקום, במקרים חמורים, בשלב השחרור המוקדם. הדבר מבטא את מיקומו המרכזי של עיקרון ההלימה אינו מתאיין כליל בשלב השחרור המוקדם, אלא מקבל מקום תחום במקרים מיוחדים.

58 Dickson v. U.K., App No 44362/04, [2007] ECHR 1051, par. 28 (“This objective is reinforced by the development of the ‘progression principle’, in the course of serving a prison system thereby sentence, a prisoner should move progressively through the be on punishment moving from the early days of a sentence, when the emphasis may and retribution, to the latter stages, when the emphasis should be on preparation for release”); Michael Davis, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, 93 ETHICS 726 (1983). המחבר מסביר כי שלב גזר הדין ממצה את ההיבט הגמולי ומותיר את שלב השחרור המוקדם לשיקולים אישיים: “The second stage in sentencing is not retributive. It cannot be because all retributive considerations are taken into account in the first stage. The act has told us all it can. The second stage stands to retribution as promise breaking stands to promising. The second stage concerns exceptions, not the general case. Here is the place for considerations of personal character, family situation, hope of reform, overcrowding of prisons, and so on” (Attorney General), 2012 BCCA 435, par. 64 (“While Parliament was undoubtedly animated by the full range of sentencing principles in setting such threshold periods, it appears to have been principally motivated by the sentencing goals of deterrence and denunciation. By establishing a fixed formula for a minimum period of parole ineligibility Parliament seems to have concluded that a minimum period of physical confinement was necessary to advance the causes of general deterrence and denunciation even if the offender was completely rehabilitated and posed absolutely no threat to society at the time of sentence”)

59 השוו לפסק דינו של השופט חשין בעניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 883 (“לעת גוזרו עונש על נאשם, אמור בית-המשפט להביא במנין את שיקולי הענישה המקובלים כולם: חומרת העבירה, הרתעת היחיד והרתעת הרבים, שיקולי שכר ועונש וגמול, שיקום העבריין, חומרת הפגיעה בקורבן, אמון הציבור בהליכי המשפט ועוד. בית-המשפט מכניס שיקולים אלה כולם אל קדירה אחת – כל אחד ואחד מהם במינון הראוי לו בנסיבות הספציפיות של המקרה הקונקרטי העומד לדיון – וכך גוזר הוא את הדין. ואולם, שיקולים אלה כולם – וכל אחד מהם – אינם קופאים על מקומם לעת גזירת הדין. נהפוך הוא: מלווים הם את האסיר – בדמות גזר הדין והמסר העולה ממנו – ומתקיימים הם והולכים כל שנות המאסר. אותם שיקולים שהביאו את בית המשפט לגזור על נאשם גזר-דין שגור, אותם שיקולים עצמם ממשיכים לתמוך בגזר-הדין, קרא: בהצדק להחזקתו של הנאשם-האסיר בכלא. אלא שהזמן, ידענו כולנו, דרכו שהוא מכרסם בכל. בענייננו יכרסם הזמן בעוצמתם של השיקולים שהולידו את גזר-הדין. אלא שהכירסום לא יהא זהה בכל אחד מן השיקולים שלעניין; יש מן השיקולים שהכירסום בהם יהא מעט – אולי אף מעט-מן-המעט – ויש מן השיקולים שהכירסום בהם יהא עמוק וכוחם ייתש ויילך”).

מאז חקיקת סעיף 10(א) לחוק חלף למעלה מעשור. כיום שיקולים אלו מיושמים, גם אם כחריג, כחלק בלתי נפרד מהליך השחרור המוקדם. חלוף הזמן מאפשר פרספקטיבה ראשונית לבחינת יישומם הפוזיטיבי. בשלב ראשון ולשם העמקת הדיון בנושא יובאו ממצאים כמותיים ראשוניים לבחינת עומק והיקף יישומם. בהמשך, המאמר יבקש להראות, על אף ששיקולי אינטרס הציבור נקבעו במפורש בסעיף 10(א) לחוק, הדי הדיון בשאלת יישומם לא שכחו ודומה כי טרם נוצרה היציבות המשפטית הנדרשת בנושא.

### **ג. שיקולי אינטרס הציבור בוועדה ובבית המשפט המנהלי: הצגת הממצאים**

בחינה ראשונית של מעמדו של סעיף 10(א) לחוק בהליך השחרור המוקדם תעשה בשני מישורים: המישור הראשון יבחן את עומק היישום, כלומר יבקש לאתר מגמה באשר לחומרת המקרים שבהם נשקלו שיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק; המישור השני יבחן את היקף היישום, כלומר יבקש לאתר מגמה באשר למספרם של המקרים שבהם שיקולים אלו מיושמים – בוועדה בבית המשפט המנהלי.

#### **1. מישור עומק היישום**

בשלב ראשון נבחן עומק היישום של סעיף 10(א) לחוק. בחינה זו נעשתה באמצעות ניתוח של החלטות הוועדה ופסיקת בית המשפט המנהלי (ובמקרה של ערעור על פסק דינו של בית המשפט המנהלי – גם פסק דינו של בית המשפט העליון) בעתירות על החלטתה של הוועדה. הממצאים מלמדים כי חומרת המקרים בהם נשקל סעיף 10(א) לחוק מצוי במגמת העמקה והנמכת רף החומרה. כלומר, בחלוף הזמן חלה ירידה מדורגת בחומרת העבירה בה יושם סעיף 10(א) לחוק – כמשתקף בסעיף האישים שבו הורשע האסיר. אמנם, סעיף 10(א) לחוק עוסק ב"מקרים בעלי חומרה", ולא ב"עבירות חמורות".<sup>60</sup> עם זאת, ולאור ההנחה כי סעיף העבירה הוא בעל משקל רב בהערכת חומרת העבירה יש בו אינדיקציה לעומק השימוש בשיקולים אלו. ואכן, שלא במפתיע, השימוש בסעיף 10(א) לחוק מצוי בעיקר

60 ראו ע"א (ב"ש) 2697/01 אסיג נ' ועדת שחרורים, פ"מ התשס"א(2) 577, 585 (2001) (שיקולי אינטרס הציבור יש בהם כדי להתאים לעברת סיוע ברצח, אך אין מתחייב כי חובה לפעול לפיהם בכל מקרי הרצח. עם זאת צוין שם כי "הגם שסעיף העבירה אינו קובע לבדו, ודאי הינו בעל משקל רב"); עניין מחג'אנה, לעיל ה"ש 30, שם ("לא רק סעיפי האשמה הם הקובעים אם להשתמש בסעיף זה או לא, אלא גם תוצאות העבירה והזעזוע שנגרם על ידה לחברה כולה"); ע"א (נצ') 724/03 אוחנה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.1.2004) ("אכן, המחוקק לא הבדיל לצורך השחרור על תנאי בין סוגי עבירות שונות").

בעבירות המתה.<sup>61</sup> אולם, בחלוף השנים במספר מקרים לא מבוטל נעשה שימוש בסעיף זה גם בעבירות הנחשבות קלות באופן יחסי, הן בעונש הקבוע לצדן והן ביסוד הנפשי המלווה את ביצוען. הנמכת "רף הכניסה" לשעריו של סעיף 10(א) לחוק מבוטאת באופן הבא: אם בימי ראשית החוק (בשנת 2001 וסמוך לה), הוא יושם בעיקר בעבירות המתה, אלימות ורכוש חמורות), הרי שבחלוף הזמן (בשנים 2008–2009) הוא יושם גם בעבירות שנחשבות, באופן יחסי, כחמורות פחות (כמו עבירות תקיפה, סמים, רכוש ותעבורה).<sup>62</sup>

אם כן, מבחינה עקרונית, בחלוף הזמן הורחבה והועמקה האפשרות ליישם את סעיף 10(א) לחוק במישור חומרת העבירה. נקודת הראשית הנורמטיבית להחלת שיקולים אלו היא כזכור בעניין שקולניק. מקרה זה עסק ברצח שבוצע בנסיבות קשות, הוגדר "מקרה חריג שבחריג",<sup>63</sup> ונוצר בו פער אפשרי בין גזר דין של מאסר עולם כעונש חובה לבין שמונה שנות מאסר לריצוי בפועל לו האסיר שוחרר על תנאי. אולם, כעשור לאחר מכן יושם סעיף 10(א) לחוק, בין היתר, גם בעבירות תעבורה שונות. כך למשל, בשנת 2008 יושם סעיף 10(א) לחוק בשלושה מקרים שונים של עבירות תעבורה שאינן כוללות המתה: (1) בעניין עבדאללה אושררה בבית המשפט העליון החלטת הוועדה ליישם את סעיף 10(א) לחוק בעניינו של אסיר שנדון ל-13 חודשי מאסר לאחר שהורשע בעבירה של נהיגה בפסילה והצתת מצלמת תנועה כדי להשמיד ראיות בשל "האינטרס הציבורי במלחמה בקטל בדרכים".<sup>64</sup> (2) בעניין חפר החליטה הוועדה ליישם את סעיף 10(א) לחוק בעניינו של אסיר שנדון ל-18 חודשי מאסר בגין ארבעה מקרים של נהיגה בזמן פסילה ועבירות נלוות של אי-

61 ראו וש"מ (כרמל) 3/02 פלוני נ' ועדת שחרורים (פורסם בנבו, 24.3.2002); השוו וש"מ 12/02 בדארנה נ' ועדת שחרורים (פורסם באתר הרשות השופטת (להלן: אר"ש), 19.9.2002).

62 ראו בפירוט הבא: בעברת רצח, ראו למשל בהחלטת הוועדה שצוטטה בע"א (חי) 485/08 סובחי נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 10.7.2008); בעבירות אלימות, ראו למשל ע"א (נצ) 1040/04 עארף נ' ועדת שחרורים (פורסם בנבו, 22.2.2004); בעבירות מין ראו למשל ע"א (נצ) 1324/07 חנקין נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 21.5.2007); בעבירות ביטחוניות, ראו למשל בע"א (ב"ש) 5882/05 רבחי נ' ועדת שחרורים (פורסם בנבו, 1.2.2006); בנידון קטין, ראו למשל בעניין שחף, לעיל ה"ש 30; בעבירות תעבורה, ראו למשל עת"א (חי) 9838-12-08 איוב נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 8.1.2009); בעבירות סחר בנשים, ראו למשל עניין אוחנה, לעיל ה"ש 60; בעברת אי-מניעת פשע ראו למשל בע"א (ב"ש) 2981/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 28.1.2004) (להלן: עניין ברגותי); בעבירות רבות של גרם מוות ברשלנות ראו עניין מחג'אנה, לעיל ה"ש 30.

63 ראו עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 884.

64 ראו רע"ב 541/08 עבדאללה נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 20.1.2008) ("מעשים אלו הינם מעשים חמורים ביותר, אשר לצד העבירות בהן הורשע המבקש בעבר, משקפים את המסוכנות הנשקפת ממנו לציבור הרחב. לעניין זה אין בעובדה כי למרבה המזל לא גרמו מעשיו של המבקש לפגיעות או לאבידות בנפש כדי להפחית מהסיכון הנשקף מעצם המעשים, המלמדים גם על זלזול בחוק").

ציות לרמזור ונהיגה ללא ביטוח;<sup>65</sup> (3) לבסוף, בעניין איוב החליטה הוועדה ליישם את סעיף 10(א) לחוק בעניינו של אסיר שנדון לשנת מאסר בגין עבירות של נהיגה בפסילה ובשכרות.<sup>66</sup>

## 2. מישור היקף היישום

בשלב שני נבחן את שאלת היקף יישומו של סעיף 10(א) לחוק בהליך השחרור המוקדם. בחינה זו נעשתה באמצעות ניתוח כמותי ראשוני של החלטות שניתנו לפי סעיף 10(א) לחוק. לשם כך יצר המחבר בשנת 2010 מאגר מחקר שכלל 789 החלטות שחרור מוקדם (100%), שהתקבלו ופורסמו בשנים 2001–2009. ההחלטות שנסקרו פורסמו במאגרי הפסיקה שונים ובאתר הרשות השופטת.<sup>67</sup> המחקר בחן את המקרים בהם טען נציג היועץ המשפטי לממשלה כי על הוועדה לשקול את סעיף 10(א) לחוק בעבודתה (ולדחות על פיהם את בקשת האסיר לשחרור מוקדם). לאחר מכן נבחנו מידת יישום סעיף 10(א) לחוק בהחלטות הוועדה. כלומר, מספר המקרים שבהם אימצה הוועדה את טיעוני נציג היועץ המשפטי לממשלה ודחתה בקשות לשחרור מוקדם, בין היתר, על סמך שקילה מפורשת של סעיף 10(א) לחוק. בשלב הבא נבחנו מקרים בהם הוגשה עתירה על החלטת הוועדה, בה נדונה, בין היתר, סבירות ההחלטות לשימוש בסעיף 10(א) לחוק במקרה הנתון. במסגרת זו נבחנו השאלה האם שקילת סעיף 10(א) לחוק בידי הוועדה "אושררה" על ידי הערכאה המנהלית. כלומר, מהם המקרים בהם יישומו של סעיף 10(א) לחוק צלח את מלוא המסלול האפשרי: בוועדה ובמקרה של עתירה גם בבית המשפט המנהלי (ולעיתים אף בבית המשפט העליון).<sup>68</sup> ממצאי המחקר הם כדלקמן:

65 ראו ע"א (ת"א) 1538/08 חפר נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 9.4.2008) (באותו עניין הוסכם כי הדיון לא יתמקד בס' 10(א) לחוק, על אף שכך ההחלטה נומקה בוועדה, ויתרכו בשאלת המסוכנות).

66 ראו עניין איוב, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1140. השופטת ברלינר אימצה את עמדת הוועדה, אך הוסיפה כי "אנו שמים את הדגש דוקא על הסיכון שבשחרור. איננו רואים ביסודו של דבר הבדל, בין סיכון הנובע מעבירות פליליות רגילות כמפורט בחוק העונשין לבין עבירות חמורות של נהיגה בפסילה או בשכרות שיסודן בפקודת התעבורה ובתקנות התעבורה". ייתכן כי הדבר משקף מגמה של החמרה בענישה בעבירות תעבורה חמורות (בין היתר כתוצאה של פאניקה מוסרית). ראו והשוו מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית והחמרת הענישה" דין ודברים ז' 59, 88–90 (2012) (לטענת המחברת, החברה הישראלית מצויה בפאניקה מוסרית בנוגע לתאונות פגע וברח).

67 מאגרי המידע שמהם מורכב מאגר המחקר הם: נבו, תקדין, פדאור, סקירה משפטית ואתר הרשות השופטת בכתובת: [ethics.court.gov.il/releaseComdecisions/DecisionsList.aspx](http://ethics.court.gov.il/releaseComdecisions/DecisionsList.aspx).

68 ראו נתנאל דגן הליך קבלת ההחלטות בוועדות שחרור אסירים בישראל 122–124 (עבודת מוסמך, אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, 2010) (המאמר מתמקד רק בהיבט מסוים של הנושא לדיון. ממצאים נוספים ראו שם).



## יישום סעיף 10(א) לחוק בוועדה – תמצית התפלגות ממצאים כמותיים (ראשוניים)

N	התפלגות תיקי שחרור מוקדם לפי סעיף 10(א) לחוק בוועדה
789 (100%)	מספר התיקים שנבחנו (מאגר המחקר)
728 (92.27%)	תיקים רגילים (בהם לא טען נציג היועמ"ש, בין היתר, לפי סעיף 10(א) לחוק בוועדה)
61 (7.73%)	מספר התיקים בהם טען נציג היועמ"ש, בין היתר, לפי סעיף 10(א) לחוק בוועדה
55 (6.97%)	מספר התיקים בהם הוועדה החליטה, בין היתר, לפי סעיף 10(א) לחוק
90.16%	אחוז אימוץ טיעונו של נציג היועמ"ש, בין היתר, לפי סעיף 10(א) לחוק ודחיית הבקשה לשחרור מוקדם על פי טיעון זה בוועדה

N	התפלגות לפי מידת "אשרור" קבלת סעיף 10(א) לחוק בבית המשפט המנהלי
50 (100%)	מספר התיקים בהם הוגשה לבית המשפט עתירה על החלטת הוועדה ליישם, בין היתר, שיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק מכלל מאגר המחקר
18 (36%)	מספר התיקים בהם "אשרור" בית המשפט את החלטת הוועדה ליישם, בין היתר, שיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק
32 (64%)	מספר התיקים בהם לא "אשרור" בית המשפט את החלטת הוועדה ליישם, בין היתר, שיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק
2.28%	אחוז התיקים, מכלל מאגר המחקר, בהם "אושררה" החלטת סעיף 10(א) לחוק בבית המשפט המנהלי (לא כולל מקרים בהם כלל לא הוגשה עתירה כנגד הוועדה)
2.91%	אחוז המקרים בהם יושמו שיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק בוועדה, מכלל מאגר המחקר (כולל מקרים בהם לא הוגשה עתירה כנגד הוועדה)

## הממצאים הם כדלקמן:

(1) טיעונו היועץ המשפטי לממשלה לפי סעיף 10(א) לחוק: בתקופת המחקר טען נציג היועץ המשפטי לממשלה בפני הוועדה כי יש להשתמש בשיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק ב-7.73% מהתיקים שבאו בפני הוועדה (כלל מאגר המחקר). במהלך השנים לא נרשמה עלייה ממשית במספרם של התיקים בהם הושמעו טיעונים לפי סעיף 10(א) לחוק. אלו נמצאו בטווח קבוע ונמוך יחסית של כשמונה תיקים לשנה ומלמדים כי לאורך השנים משתקפת מדיניות טיעון שהיא לרוב קבועה וזהירה בידי נציג היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע למספר המקרים הראויים לבוא בגדרי סעיף 10(א) לחוק.<sup>69</sup> בנוסף, רק ב-2.28% מכלל מאגר המחקר יושם סעיף 10(א) לחוק בוועדה וההחלטה ליישמו אושררה בבית

המשפט המנהלי (שהם 2.91% יחד עם מקרים בהם לא הוגשה עתירה על החלטת הוועדה). הדבר מלמד על שיעור יישום נמוך של שיקולים אלו, התואם את לשון סעיף 10(א) לחוק המורה ליישמו רק במקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות.

(2) החלטה לפי סעיף 10(א) לחוק בוועדה: שיעור אימוץ טיעונו של נציג היועץ המשפטי לממשלה לפי סעיף 10(א) לחוק בוועדה הוא גבוה. כ-90.16% מהתיקים שבהם טען נציג היועץ המשפטי לממשלה במקרה מסוים, בין היתר, שיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק הוועדה אימצה את עמדתו והחליטה לדחות את בקשת האסיר לשחרור מוקדם, בין היתר, לפי שיקולים אלו. הדבר מלמד כי הוועדה מביעה הערכה ואמון רב לעמדת נציג היועץ המשפטי לממשלה ולשיקול דעתו, וככלל, מאמצת אותה בהחלטתה ודוחה על פיה את בקשת האסיר לשחרור מוקדם;

(3) עתירה לבית המשפט המנהלי: שיעור העתירות שנתקבלו בבית המשפט המנהלי ושיבשו לבטל החלטות שניתנו על בסיס סעיף 10(א) לחוק הוא גבוה יחסית. רק כבשליש (36%) מהתיקים שבהם הוועדה שקלה סעיף 10(א) לחוק והוגשה עתירה בנושא "אשררה" ההחלטה בבית המשפט המנהלי. ביתר המקרים (64%) בית המשפט המנהלי לא "אשרר" את יישומו של סעיף 10(א) לחוק בוועדה. ממצא זה מלמד על הגמשת עקרון אי-ההתערבות בבית המשפט המנהלי בנוגע ליישום סעיף 10(א) לחוק בידי הוועדה. עוד הדבר מלמד על פערי פרשנות אפשריים בנוגע לאופיו והיקפו של סעיף זה – נושא שיוחב עליו להלן. ראוי להדגיש כי יש לנקוט זהירות כלפי הממצאים – שהם בגדר ראשית דיון בנושא. תוקפם של הממצאים עומד בפני מספר מגבלות: חוסר נגישות למלוא ההחלטות שניתנו בשנים אלו; חלוף הזמן שבין שלב הדיון בוועדה לשלב העתירה – נתון המשפיע על עיצוב ההחלטה ושיקוליה; שיקול הדעת הרחב של הוועדה; הסכמות שונות בין הצדדים ועוד. עם זאת, דומה כי הם מאפשרים ראשית עיון בנושא – הטעון עוד בחינה אמפירית מקיפה.<sup>70</sup> בחלק הבא המאמר יעבור לבחון את הנושא בניתוח משפטי-פוזיטיבי. המאמר ינתח את פרשנותו של סעיף 10(א) לחוק בהליך השחרור המוקדם. המאמר יטען כי פערים אפשריים הנוגעים לשקילת סעיף זה כפי שהתגלו בנתונים הכמותיים נובעים, בין היתר, מאופיים הגמיש של הרכיבים הכלולים במסגרת סעיף 10(א) לחוק – המאפשר מרחב פרשני ביישומם. לאחר מכן המאמר יעמוד על דרכי התמודדות שהוצעו בבית המשפט המנהלי כדי לצמצם את השימוש בשיקולים אלו.

70 ממצאים אלו חלקיים, אולם הם יכולים להראות תמונה ראשונית על מגמת השימוש בשיקולים אלו לקראת מחקר אמפירי ממצה בעתיד. במסגרת מאמר זה לא נבחן היחס בין קבלת עתירות על עבודת הוועדה על יסוד שימוש בס' 10(א) לחוק לבין קבלת עתירות על יסוד שיקולים המנויים בס' 3 או 9 לחוק (התנהגות טובה, הערכת מסוכנות או שיקום וכו'). כן לא נבחן היחס הפנימי שבין אחוזי קבלת העתירות כאשר עותר היועץ המשפטי לממשלה וכאשר עותר האסיר נגד החלטות הוועדה על יסוד שיקולים המנויים בס' 3 או 9 לחוק. השוואת נתנאל דגן, אורי תימור ונתי רונאל "מתיר אסורים: מטרות חוק שחרור על תנאי ממאסר בעיני ראשי ועדת השחרורים ושיקול הדעת ביישומם" צוהר לבית הסוהר 15, 62, 72–75 (2013) (דיון ביחס של יו"ר ועדות שחרורים לסעיף 10(א) לחוק על סמך ניתוח ראינות עמם).

## ד. שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם: ניתוח משפטי-פוזיטיבי

דיון ביישומם של שיקולי אינטרס הציבור דורש תיאור של אבני הבניין המרכיבים אותם וכיצד הם מתבארים בפסיקה ובהחלטות הוועדה. המושגים מהם מורכב סעיף 10(א) לחוק – חומרת העבירה, אמון הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק, הרתעת הרבים ומידתיות בענישה – מקיפים ספרות ענפה החורגת ממטרות המאמר.<sup>71</sup> במסגרת מאמר זה המיקוד יהיה צנוע ויתמקד ביישומם ולא בניתוחם העקרוני-מושגי. לשם נוחות הדיון, המאמר יבחן את יישומו הפוזיטיבי של כל רכיב בנפרד.

### 1. רכיב ראשון: מקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות

לשם סיווגן של מקרים שראויים להיכנס בשערי אותם "מקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות" – המצדיקים יישום של סעיף 10(א) לחוק – הוועדה שוקלת נתונים מגוונים. לשם יישום רכיב זה נבחנים השלכותיה הציבוריות והחינוכיות של העבירה; האשם שליווה אותה והתגובה החברתית ההולמת אותה;<sup>72</sup> מידת הנזק שגרמה<sup>73</sup> וההקשר הכולל שבה היא בוצעה.<sup>74</sup> כך למשל נשאלת השאלה אם העבירה עוררה "שאט נפש ותיעוב קשים במיוחד"<sup>75</sup> או הותירה זעזוע ו"רישום טראומטי".<sup>76</sup> לשם כך מובא בחשבון שאלת נפגע

71 למושג "אמון הציבור" במשפט והפגיעה בו ראו Robert F. Copple, *From the Cloister to the Street: Judicial Ethics and Public Expression*, 64 DENV. U. L. REV. 549 (1988); Susan Kenny, *Maintaining Public Confidence in the Judiciary: A Precarious Equilibrium*, 25 MONASH U. L. REV. 209 (1999); חשין, לעיל ה"ש 31, בעמ' 497–499. למושג "הרתעת הרבים" והפגיעה בו ראו Steven N. Durlauf & Daniel S. Nagin, *The Deterrent Effect of Imprisonment, in* CONTROLLING CRIME: STRATEGIES AND TRADEOFFS 43 (2010); למושג "מידתיות בענישה" והפגיעה בו ראו רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה פלילית או חוקתית" משפטים לה 147, 150–157, 164–165, 204 (2005).

72 ראו עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 874 ("מהות המעשה החמור שביצע האסיר כתוצאה של אידיאולוגיה קיצונית").

73 ראו ו"ש (מעשיהו) פלוני נ' ועדת שחרורים (פורסם באר"ש, 30.1.2012) ("הרשעות אלה הינם הרשעות חמורות ביותר, הן בנסיבותיהן והן בתוצאות האמורות שנלוו אליהן – מות 5 בני אדם ופציעות חמורות לעשרות בני אדם נוספים").

74 ראו ע"א (נצ') 1022/09 נאדי נ' ועדת השחרורים, בפס' 24 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 25.5.2010) ("המעשה בוצע עת התחוללה במקומותינו מערכה נגד ארגוני החבלה אשר ניסו באמצעות מעשים כגון זה, שבוצע במתחם הדולפינריום, וקטל של המונים לגרום לפחד ולפניקה בקרב אזרחי המדינה ולהביא לשיבוש חמור בחיי היום יום של האזרח הפשוט. במקרים כגון אלה נתפסו בעיני הציבור כמעשים חמורים ביותר, הפוגעים בביטחונם האישי של כלל האזרחים ומשבשים את אורחות חייהם עד היסוד").

75 ראו ו"ש (מעשיהו) גרסיה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 22.6.2003).

76 ראו ו"ש (מרכז) 206/00 הר שפי נ' מדינת ישראל, בפס' 2, 5 להחלטה (פורסם בנבו, 5.6.2011) ("פשע שזעזע את אושיות המדינה ורישומו הטראומטי ימשיך לפעפע ימים רבים בלב כל אדם ולא כל שכן כל אזרח שומר חוק שעתידיה הדמוקרטי של המדינה בנפשו").

העבירה: האם מדובר על נפגע עבירה פרטי או הציבור כולו; <sup>77</sup> והאם נפגע העבירה הוא ילד או חסר ישע. <sup>78</sup>

## 2. רכיב שני: פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק

בחינת יישום רכיב "הפגיעה ב"אמון הציבור במערכת המשפט" ו"אכיפת החוק" בהליך השחרור המוקדם מגלה כי לשם הערכתו נעשה שימוש במגוון כלי עזר והדגשת פרספקטיבות שונות במעשה העבירה. בעניין שקולניק צוין כי רכיב זה מתקיים מקום שבו שחרור המוקדם של האסיר "יזעזע קשות את אמון הציבור באפקטיביות המשפט הפלילי ויפגע עמוקות בתחושת הצדק של הציבור", <sup>79</sup> וכי זו "עלולה לפגוע בתחושת הצדק של הציבור, להביא לזלזול בחוק, ולפרוץ את הכבלים המחזיקים אותנו כחברה שומרת חוק". <sup>80</sup> בעניין סובחי נקשרו זה בזה הפגיעה באמון הציבור והצורך בשמירה על מידתיות בענישה כאשר הודגש כי "לא ניתן לומר גם שתוצאה זו לפיה מי שאנס ונטל חייה של צעירה בת 21 ישוחרר לאחר חלוף 24 שנים אינה פוגעת באמון הציבור במערכת אכיפת החוק, על כל רבדיה". <sup>81</sup> בעניין אלוני נעשה צעד נוסף. במסגרתו, נשקלה קולת העונש שנגזר על האסיר כנתון לחומרה. במקרה זה דובר על אסיר שהורשע ברצח בהיותו קטין בן 14 ובעבירות נוספות של שוד ורכוש בתיק אחר. האסיר נדון לעונש כולל של 21 שנות מאסר בפועל. בית המשפט המנהלי "אשרר" את עמדת הוועדה, שהחילה את שיקולי אינטרס הציבור בעניינו, וציין כי "מתן רישיון חופש לעותר, ובמיוחד מקום בו נגזר עונש קל מזה שמושת על עבריינים בגירים שמבצעים עבירות דומות, יזעזע קשות את אמון הציבור באפקטיביות

77 ראו ע"א (נצ') 80/10 גנאמה נ' ועדת שחרורים מיוחדת, בפס' 45–46 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.4.2010) (להלן: גנאמה מנהלי) ("העבירה נועדה לפגוע בילד, ללא אבחנה, רק על רקע מוצאו, וזאת תוך מגמה לפגוע בציבור כולו. בכך חורג היקפה של העבירה מגדרה של עבירה "רגילה" – אשר נוגעת, דרך כלל, לעניינים שבין הרוצח לקורבן או למרב, לבני משפחתו").

78 ראו ו"ש (איילון) פלונית נ' ועדת שחרורים (פורסם באר"ש, 13.3.2012) ("על פי תיעוד מצולם, וכעולה מגזר הדין התנהגה האסירה כלפי המטופלת התנהגות קשה ומצמררת. היא הכתה בה בכל דרך אפשרית, ללא מחשבה וללא עילה נראית לעין, התיעוד הראה כי המטופלת חייתה בחשש מהמטפלת, הושיטה את ידיה להגן על עצמה, התקיפה הייתה אלימה וחוזרת ונשנית. אין להרבות מילים על חומרת מעשיה של האסירה כלפי מי שהייתה חסרת ישע ותחת טיפולה").

79 ראו עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 869.

80 ראו שם, בעמ' 871–872; עניין יתח, לעיל ה"ש 29, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת קובו ("במקרים אלו קיים חשש אמיתי, כי מתן רישיון חופש לאסיר יפגע בתפיסת הציבור את חומרת התנהגותו של האסיר וכך תפגע הרתעת היחיד והרתעת הכלל, באופן העלול להביא מהצד האחד לזלזול באיסור הפלילי ובשלטון החוק ומהצד השני לאבדן תחושת הצדק של הציבור ואמונו במערכת אכיפת החוק...").

81 ראו עניין סובחי, לעיל ה"ש 62.

מערכת המשפט ויביא לפגיעה בתחושת הצדק בקרב הציבור".<sup>82</sup> ראוי לשים לב לעולה מבין שיטי אמירה זו: העונש הקל שהוטל על האסיר על פי חוק, בגין קטינותו הוא, במפתיע, דווקא שיקול להחמיר עם האסיר וליישם את סעיף 10(א) לחוק בעניינו.<sup>83</sup> במקרים אחרים נוצרה זיקה בין המימד הציבורי שבמעשה העבירה מצד אחד ומידת הפגיעה באמון הציבור הגלומה בה מצד אחר.<sup>84</sup> כך למשל, בעניין גנאמה (פרשת רצח דני כץ) דובר על אסירים אשר הורשעו בעבירות של רצח אלים של קטין וחטיפה לשם ביצוע רצח. הוועדה דחתה את בקשתם לשחרור מוקדם וקבעה כי לצורך בחינת הפגיעה באמון הציבור יש לשקול לא רק את סעיפי האישום אלא גם את תוצאות העבירה בפועל תוך התחשבות בתדמית החוק בעיני האסירים עצמם, עבריינים פוטנציאליים אחרים והציבור כולו.<sup>85</sup> בית המשפט המנהלי, שדן בעתירה שהוגשה על החלטת הוועדה, שב ואימץ את עמדתה. הוא הדגיש את האפקט הציבורי של מעשה העבירה ובעיקר את מגמתה לפגוע בציבור כולו – דרך נפגע העבירה הפרטי.<sup>86</sup>

ניתוח דומה נמצא בעניין נאדי. במקרה זה האסיר הורשע, בין היתר, בעבירות של סיוע להריגה וגרימת חבלה חמורה בכוונה מחמירה לאחר שהסיע ברכבו מפגע שפוצץ עצמו וגרם למותם ופציעתם של רבים. בית המשפט הדגיש את תפיסת העבירה בעיני הציבור כאסון לאומי והציב אותו בהקשר כולל של מערכה נגד ארגוני הטרור.<sup>87</sup> לפיכך, קבע כי גם

82 ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 30, בעמ' 26–27 לפסק הדין; עניין ברגותי, לעיל ה"ש 62 (דובר על אסיר שהורשע בגין אי-מניעת עבירה לאחר שלאסיר נודע מפי אחר דבר פיגוע העומד להתרחש, והוא לא דיווח על כך, שם צוין כי "שחרור של המשיב על תנאי יכול לשדר מסר לציבור שבתי המשפט אינם מתייחסים בחומרה מספקת לעבירה שהמשיב עבר וכי ניתן לעבור עליה לסדר היום").

83 השוו ע"פ 4379/02 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006).

84 ראו עניין מחג'אנה, לעיל ה"ש 30, בפס' 5, 12 לפסק הדין ("כפי שלמעשה היה הד ציבורי, רחב בהרבה מאשר למעשה רגיל, ונוגע היה הוא בציבור כולו, הרי גם שחרורו של העותר יצור הד בסדר גודל כזה").

85 ראו וש"מ 7/03 גנאמה נ' ועדת שחרורים מיוחדת, בעמ' 24–25 להחלטת הוועדה (פורסם בנבו, 7.12.2009) ("בתוך עמנו אנו יושבים. אנו קוראים ורואים, שומעים וחווים, את רגשות אמון הציבור במערכת הכוללת של המשפט ואכיפת החוק, ואין לנו כל ספק לקבוע, שחזרתם לבתיים של האסירים בטרם שהשלימו עד תום את תקופת העונש... תיראה בעיני עצמם, בעיני הסובבים אותם ובעיני הציבור כולו – כחולשה והתרופפות של שלטון החוק במדינה – היא תפגע בתדמית החוק, בהרתעת הרבים ובכך באכיפת החוק, וכתוצאה מכך ייפגע האינטרס הציבורי בכללו").

86 בית המשפט עמד על הפער בין הגינות מערכת המשפט – שאפשרה לאסירים הליכים משפטיים מרובים ובכללם משפט חוזר לאסירים – ובין חומרת העבירה והפגיעה באמון הציבור באותה מערכת המשפט כתוצאה משחרורו המוקדם טרם השלמת מלוא העונש החמור שנגזר עליהם ראו עניין גנאמה מנהלי, לעיל ה"ש 77, בפס' 46 לפסק הדין ("שחרורם המוקדם של העותרים, יהא בו כדי להשפיע על הציבור כולו – ולפגוע באמונו במערכת אכיפת המשפט – אותה מערכת אשר יצאה מגדרה כדי לברר את אשמתם של העותרים, וליתן להם כל אפשרות לעמוד על חפותם – ובכך כשלו").

87 ראו עניין נאדי, לעיל ה"ש 74, שם.

הפחתה קטנה בעונש עשויה לפגוע בערכים הקבועים בסעיף 10(א) לחוק. במסגרת יישום סעיף 10(א) לחוק בית המשפט ביקש לשקף מחדש את ההד הציבורי שמעשה העבירה יצר והתחושות הקשות שזו עוררה, ומהן גזר את מסקנתו בדבר ציפיות הציבור כי האסיר ירצה את מלוא העונש שנגזר עליו.<sup>88</sup>

לסיכום, ניתן לראות במסגרת פרשנות רכיב "השמירה על אמון הציבור" בהליך השחרור המוקדם שימוש בכלים מגוונים: שיקוף של חומרת העבירה והשלכותיה בניסיון לדמות את השפעתה הציבורית; התחשבות במניע לביצוע העבירה; ובחינת השאלה מהי מטרת ביצוע העבירה – אם היא מוכוונת נגד נפגע עבירה פרטי או הציבור כולו. ממבט כולל, ניתן לראות ביישום של רכיב זה היבט קומוניקטיבי המשתלב בתפיסת עולם גמולית. במסגרת יישומו של רכיב זה מועבר מסר המגנה את העבירה לא רק לעברייני אלא גם לנפגעי העבירה ולחברה כולה.<sup>89</sup>

### 3. רכיב שלישי: פגיעה בהרתעת הרבים

בחינת יישום רכיב הפגיעה בהרתעת הרבים מגלה כי אף בו נעשה שימוש מגוון. במסגרת יישומו של רכיב זה בהליך השחרור המוקדם נערכה הקבלה בין הפגיעה בכבוד האדם הטמונה בשימוש בשיקולי הרתעת הרבים ובין הפגיעה בכבוד האדם של נפגע העבירה הגלומה בעבירה. בכך נוצר מעין איזון בין השניים תוך התמודדות מרומזת עם הקושי הקאנטיאני עליו הצביע השופט אנגלרד בעניין שקולניק.<sup>90</sup> כך למשל, בעניין יתח דובר על אסיר שהורשע, בין היתר, בעבירה של גרימת חבלה חמורה כנגד אשתו ונדון בגינה ל-14 שנות מאסר. בית המשפט המנהלי, בדעת מיעוט, נטען כי יש להחיל במקרה זה את סעיף 10(א) לחוק כאשר "למול הפגיעה בכבוד האדם של העברייני, הטמונה בשימוש בשיקולי הרתעת הרבים, יש להעמיד באותה השורה את כבוד האדם של הקורבן". עוד הודגש כי הדבר נדרש במיוחד בשל ריבוי בעבירות אלימות במשפחה.<sup>91</sup>

88 ראו שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט חשין ("מעשים אלה ותוצאותיהם הנוראיות נתפסו בעיני הציבור כאסון לאומי. אין ספק כי כלל הציבור מצפה כי מי שנטל חלק במעשים חמורים ונבזים כאלה ירצה את מלוא תקופת המאסר שהוטלה עליו, וכל הפחתה בעונשם של כאלה, קטנה כגדולה, תפגע באופן חמור באמון הציבור במערכת המשפטית, באכיפת החוק ובהרתעת הרבים"; השוו עניין גנאמה מנהלי, לעיל ה"ש 77, בפס' 46 לפסק הדין ("הדי הפרשה זכו להד נרחב בציבוריות הישראלית – הד אשר הדהד משך שנים רבות, עד כי גם כיום, כשלושה עשורים לאחר ביצוע מעשה הרצח, עדיין מהדהדים הדיה של הפרשה בתודעה הקולקטיבית של הציבוריות הישראלית").

89 השוו Duff, לעיל ה"ש 31, שם.  
90 השוו דנ"פ 3750/94 דרכי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994) ("כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודו של המתלונן, העד, הקרבן; ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם").

91 ראו עניין יתח, לעיל ה"ש 29, בפסק דינה של השופטת רובינשטיין ("צורך ההרתעה וההגנה על ציבור הקורבנות הפוטנציאלי הינו הכרח ילוד המציאות נוכח הפיכתן של עבירות האלימות במשפחה נגד נשים למכת מדינה").

השימוש ברכיב הרתעת הרבים מוביל לעיתים לפרשנויות רחבות. כך למשל, בעניין אנג'ל דובר על אסיר שנדון לכ-11 שנות מאסר בארצות הברית בגין עבירות הונאה בהיקף גדול. האסיר הוחזר לישראל על מנת לרצות את עונשו בהתאם לדין הישראלי. בקשתו לשחרור מוקדם נדחתה. בית המשפט ציין כי הצורך בהרתעת הרבים מופנה גם כלפי עבריינים פוטנציאליים המצויים מחוץ לישראל מחשש שמדינת ישראל תהפוך "למדינת מקלט לעבריינים המצפים להקלה בעונשיהם".<sup>92</sup> פרשנות רחבה נוספת לרכיב זה מצויה בעניין זאהר בו דובר על מפקד בכיר לשעבר בצה"ל שהורשע, בין היתר, בסדרת עבירות מין חמורות של פקידה שעבדה בפיקודו ונדון לשש שנות מאסר בפועל.<sup>93</sup> הוועדה הצבאית לעיון בעונש הורתה, בדעת רוב, על שחרורו המוקדם לאחר שהגיש תכנית שיקום פרטית. בית המשפט העליון ביטל את ההחלטה, בין היתר, משיקולי אינטרס הציבור. בפסק דינו פרש בית המשפט את היקפם של שיקולי ההרתעה כך שיכללו גם הרתעתן של נפגעות עבירה עתידיות מלהתלונן תוך העברת מסר קשה לעבריינים פוטנציאליים. בית המשפט הדגיש כי "דעת הרוב (בוועדה, נ.ד.) איננה נדרשת למסר שהיא שולחת לנפגעות (ונפגעי) עבירות המין: כי מסע החתחתים שהן צפויות לעבור אם תחלטנה להגיש תלונה במטרה ממילא לא ישיג את המטרה של מיצוי הדין עם העברייין עד תומו".<sup>94</sup>

הפגיעה בהרתעת הרבים נתפסת כשיקול רלוונטי ליישום סעיף 10(א) לחוק בסוגים שונים של עבירות, כולל עבירות בעלות היבט אקספרסיבי, אמוציונלי או אידאולוגי בולט. זאת למרות שעבירות אלו נעדרות לעיתים שקילה רציונלית של הפסד ורווח במונחים כלכליים "קרים" וההיבט ההרתעתי שלהן חלש יחסית.<sup>95</sup> כך למשל, הובעה העמדה כי

92 ראו רע"ב 6803/04 אנג'ל נ' בית המשפט המחוזי, פ"ד נט(2) 186, בפס' 6 לפסק הדין (2004).

93 ראו בג"ץ 6067/11 הפרקליט הצבאי הראשי נ' הוועדה הצבאית לעיון בעונש זאהר (פורסם בנבו, 2.2.2012).

94 ראו שם, בפס' 67-69 לפסק הדין ("דעת הרוב איננה נדרשת למסר הקשה שהיא שולחת לציבור ככלל ולחוטאים-בכוח בפרט: כי עברייני המין יוכלו לזכות באופן אוטומטי כמעט בהקלה בעונשם, חמורים מעשיהם ככל שיהיו, אף אם לא יודו במעשיהם ויכו על חטא, ובלבד שיציגו תוכנית שיקום פרטית... החלטת הוועדה ודאי עלולה להגביה עוד יותר את המשוכה הנפשית שעל קורבן עבירת המין לצלוח בטרם תחליט להגיש תלונה... אם עסקינן בבחינת מכלול שיקולי הענישה והשיקום (שמקומם העיקרי הוא בגזר הדין, ולא בדיוני הוועדה)... קשה לומר שאין 'כל תוצאה חברתית חיובית' בהרחקת אנס מורשע ומסוכן (לעת הזו) מן הציבור לתקופה של שנתיים נוספות, בשליחת מסר מרתיע לעברייני מין, ודאי כאלה הממשיכים להכחיש את ביצוע העבירה בידם, בחיזוק אמון הציבור במערכת אכיפת החוק, ובעידוד קורבנות של עבירת מין להתלונן נגד העבריינים").

95 ראו LARRY J. SIEGEL & JOSEPH J. SENNA, INTRODUCTION TO CRIMINAL JUSTICE 70 (2007); Ross L. Matsueda, Derek A. Kreager & David Huizinga, *Detering Delinquents: A Rational Choice Model of Theft and Violence*, 71 AM. SOC. REV. 95, 103 (2006) ("instrumental crimes... are more susceptible to rationality and deterrence than expressive crimes"). ראו שם לקשיי האבחנה בין עבירות אלו ודין אמפירי. בהקשר לכך, דומה כי היותו של שלב השחרור המוקדם בין כתלי בית הסוהר מפחית אף הוא מעוצמת ההיבט ההרתעתי הגלום ביישום ס' 10(א) לחוק השוו *Reitz, Questioning*, לעיל ה"ש 10,

הקלה בעונשו של מפגע שנתפס תפגע בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים היות ש"אין ספק, כי מרגע שידעו אלה כי העונש המושג עליהם יהא בר הפחתה, הרי ממילא תופחת אף רתיעתם מביצוע העבירה" (ההדגשה אינה במקור, נ.ד.).<sup>96</sup>

לבסוף, נקבע כי אורך העונש אינו קנה מידה בלעדי ליישום רכיב זה. כך למשל, בעניין הר שפי דובר על אסירה שהורשעה בעבירה של אי-מניעת פשע (במסגרת פרשת רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל). הוועדה קבעה כי גם מאסר קצר שהוטל בגין עבירות בנסיבות מחמירות יישקל, לפי הצורך, בבחינת רכיב הרתעת הרבים, וכי אין במאסר קצר לכשעצמו כדי לשלול את השימוש בו.<sup>97</sup>

לסיכום, תפיסת רכיב הרתעת הרבים במסגרת שקילת סעיף 10(א) לחוק מלמדת על גיוון פרשני בשקילתו: אורך תקופת המאסר שהוטלה אינה משמשת קנה מידה בלעדי לבחינת הצורך בשימוש ברכיב זה. הוא מיושם בעבירות בעלות מניע כלכלי-רציונלי מצד אחד ואמוציונלי מצד שני; כנגד עבריינים פוטנציאליים בישראל ומחוצה לה; ובעבירות הנחשבות "מכת מדינה". עוד נמצא כי השימוש בשיקולי הרתעה משמש גם ככלי המעביר מסר לציבור נפגעי העבירה, וממבט כולל אפשר לראות בו גם מימד של רצון בהשפעה חינוכית-מוסרית הקרובה לשקף שיקולי גמול.<sup>98</sup>

#### 4. רכיב רביעי: פגיעה בדרישת ה"מידתיות בפועל" בענישה

הרכיב הרביעי והאחרון הנבחן במסגרת סעיף 10(א) לחוק עוסק בבחינת "היחס שבין העונש שנגזר על האסיר לבין תקופת המאסר שיישא האסיר בפועל אם ישוחרר". רכיב זה משקף דיון גמולי הממוקד ביחס שבין חומרת העבירות לחומרת העונשים שהוטלו בגינם. זהו היבט פרגמטי של הדרישה למידתיות בענישה שניתן לכנותו כ"מידתיות בפועל". הוא מבוסס על חשיבותו של עקרון המידתיות בענישה והיותו משקף את ערכי היסוד של המשפט הפלילי.<sup>99</sup> היחס הנבחן הוא בין שני משתנים: מצד אחד מצוי הביטוי העונשי ההולם שניתן בגזר הדין ושאמור לשקף גינוי חברתי בהתאם לחומרת העבירה; מצד שני

בעמ' 206–207. בהקשר לכך, ניתן לטעון כי חומרתם של המקרים הנכנסים בשערי ס' 10(א) לחוק היא בעלת אפקט החורג מהאופי המרוחק והסמוי מן העין של שלב השחרור המוקדם – זאת על אף שדיוני ועדת השחרורים נערכים בין כתלי בית הסוהר ובחלוף הזמן.

96 ראו עניין מחג'אנה, לעיל ה"ש 30, בפס' 12 לפסק דינו של השופט ארבל.

97 ראו עניין הר שפי, לעיל ה"ש 76, בפס' 3 להחלטה; עניין מנבר, שם, בפס' 49 לפסק הדין.

98 השוו יוהנס אנדנאס "ההשפעה המוסרית או החינוכית של החוק הפלילי" משפטים ה' 209 (1973).

99 ראו בדעת השופטת ביניש בעניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 898 ("הפגיעה בציבור נוצרת גם באותם מקרים חריגים שבהם נפגע באופן קשה ובוולט היחס בין העונש הראוי על פי גזר דינו של בית המשפט לבין מועד שחרורו של האסיר; בנסיבות כאלה נוצרת פגיעה משמעותית בערכי היסוד אשר ההליך הפלילי נועד להגשימם. על הוועדה לשקול גם נתון זה בגדר בחינתה את אינטרס הציבור"); השוו ס' 40 לחוק ההבניה.



מצוי הביטוי העונשי בפועל, שנמוך מזה שהובע בגזר הדין ועלול להביע גינוי חברתי חלש יותר – שאינו משקף את היחס ההולם לחומרתו של אותו מקרה.<sup>100</sup>

בחינת רכיב הפגיעה במידתיות במסגרת יישום סעיף 10(א) לחוק מלמדת על דרכים שונות להערכתה. בחלק מהמקרים הוצעה פרשנות מרחיבה לדרישת המידתיות ואופי הפגיעה בה. כך למשל, בעניין מנבר דובר על עניינו של אסיר שנדון ל-16 שנות מאסר, בין היתר, בגין עבירות ביטחוניות. במקרה זה ולצורך יישום דרישת המידתיות בפועל נבחנו בידי הוועדה השלכות ארוכות טווח של העבירה על מדיניות הפנים והחוק של ישראל – החורגות ממאפייני המקרה הקונקרטי של האסיר ונוגעות לשאלות כלליות של מדיניות ענישה ראויה והמערכה המדינית שמנהלת ישראל.<sup>101</sup> בדומה לכך, בעניין אנגיל הובא בחשבון גם עונש ראוי בקנה מידה זר כאמת מידה לתפיסת העונש הראוי. לשם כך, בנוסף, פורש הביטוי העונש "שנגזר על האסיר" באופן תכליתי ולא צומצם רק לעונשים שנגזרו על ידי בתי המשפט בישראל.<sup>102</sup> במקרה זה הודגש כי "שחרורו של המבקש, שבשל מעשהו נמצא ראוי למאסר של 136 חודשים, מקץ שלוש שנות מאסר וחצי הוא בבחינת דבר ההופך לחוכא ואיטלולא את אכיפת החוק ושם לקלס את מערכת המשפט".<sup>103</sup>

פרשנות מרחיבה של דרישת הפגיעה במידתיות עולה מעניין מחג'אנה בו נקבע כי העונש ההולם לא נקבע משיקולים פורמאליים כאשר "לא רק סעיפי האשמה הם הקובעים אם להשתמש בסעיף זה או לא, אלא גם תוצאות העבירה והזעזוע שנגרם על ידה לחברה כולה".<sup>104</sup> במקרה זה, ולשם הערכת הפגיעה בדרישת המידתיות בפועל בחן בית המשפט את היחס שבין העונש הפוטנציאלי האפשרי המרבי שאפשר היה לגזור על האסיר בנסיבות

100 השוו עניין יתח, לעיל ה"ש 29, בפס' 9 לפסק דינה של השופטת קובו; ו"ש (מעשיהו) פלוני נ' ועדת השחרורים (פורסם באר"ש, 13.5.2000).

101 ראו עניין מנבר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 5-6 לפסק הדין ("שחרורו לאחר שריצה 10 שנים בלבד, מתוך 16 שנים שהוטלו עליו, עלול לפגוע במערכה המדינית שמנהלת ישראל כלפי פנים וחוק ביחס לאיראן, וכן עלול לגרום לפגיעה חמורה באמון שנותן הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק, ובאינטרס של הרתעת היחיד והרבים מבית ומחוץ, ועלול להעביר מסר סלחני כלפי מבצעים פוטנציאליים של מעשים חמורים כמו שעשה העותר"). בית המשפט המנהלי "אשרר" את עמדת הוועדה וציין שם, בעמ' 23 לפסק הדין כי "שחרורו המוקדם של העותר עלול לשדר מסר שלילי ושגוי של פייסנות כלפי העוסקים בפרוליפרציה באשר הם, וכן לעודד פעילות כנגד בטחונה של מדינת ישראל". כלומר שיקולים של פגיעה באמון הציבור ופגיעה בהרתעה. ראו ע"א 1922/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים גוש מרכז, בפס' 1 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.6.2004) (להלן: עניין אנגיל) ("לאחר שנקבע בארה"ב כעונש ראוי מאסר בפועל בן למעלה מ-11 שנים הרי ששחרורו של המשיב לאחר תקופה בת 3.5 שנים בלבד תביא לפגיעה חמורה באמון הציבור במערכת המשפט, כאשר הציבור שאינו מתמצא בנבכי עולם החוק ישאל, ובצדק, כיצד במערכת מתוקנת ימצא עצמו עבריין, אשר הורשע בעבירה חמורה של מרמה בהיקף חסר תקדים ונדון בארה"ב לעונש האמור ולתשלום פצוי משמעותי, מתהליך חופשי ברחובה של עיר בטרם ריצה אפילו שליש מעונשו המקורי... ומבלי ששילם מאומה מהקנס שהושת עליו. התוצאה מכל אלה כי המשיב שחטא בפלילים לא רק שאינו מכפר על מעשיו ונענש כגמולו, אלא יוצא נשכר").

103 ראו שם, בפס' 3 לפסק הדין.

104 ראו עניין מחג'אנה, לעיל ה"ש 30, שם.

המקרה, ובין העונש בפועל שיוטל עליו אם ישוחרר.<sup>105</sup> במילים אחרות: יש לשקול, באותם מקרים חמורים ומרובי נפגעים, גם את שאלת הצטברות העונשים הפוטנציאלית והתקיימותה בנסיבות המקרה. כלומר, היחס הנבחן אינו רק הפער בין העונש הנגזר לעונש המיושם, אלא פער בין העונש שראוי היה, או שיכול היה, להיגזר לבין העונש בפועל.<sup>106</sup> בנוסף, בעניין נאדי הודגש כי יש לבחון התקיימותו של רכיב המידתיות גם במקרה שנותרה לאסיר בעת הדיון בוועדה תקופה קצרה יחסית לנשיאה בפועל. גם כאן נעשה שימוש במבחן היפותטי: איזה עונש מרבי (מצטבר) היה בית המשפט יכול לגזור על האסיר ומכך נגזרת המסקנה כיצד יש לראות את העונש שירצה בפועל לו ישוחרר.<sup>107</sup> ניתן לראות במבחן זה שיקול דעת המאפיין ברגיל ערכאת ערעור: העיסוק בשאלת העונש ההולם, האם הוא במצטבר או בחופף, מאפיינת דיון מקובל בערעור על גזר הדין.<sup>108</sup>

מקרה נוסף שבו הופעל שיקול דעת המאפיין ערכאת ערעור הדנה בחומרת העונש מצוי בעניין דותן. במקרה זה דובר על אסיר, קצין בכיר לשעבר בצה"ל, שנדון ל-13 שנות מאסר במסגרת הסדר טיעון בגין עבירות שוחד ומרמה חמורות. הוועדה הצבאית הורתה על שחרורו המוקדם, אולם בית המשפט העליון ביטל את החלטתה משיקולי אינטרס הציבור. השופט חשין הדגיש את קולתו של הסדר הטיעון שנערך עם דותן כשיקול להחלת שיקולי

105 ראו שם, בפס' 5 לפסק הדין. בית המשפט תיאר כיצד תפגע דרישת המידתיות אם ישוחרר האסיר בשחרור מוקדם: "העותר נטל חלק בקיפור חייהם של 21 בני אנוש. משקבע בית המשפט העליון, כי ניתן לגזור עליו עונש מצטבר בנפרד בשל כל נפש ונפש שפתיל חייה קופד, הרי, לכאורה, עתיד היה לרצות עונש מאסר מירבי שהינו כפולה של העונש הקבוע בחוק – 3 שנים – במספר הנפשות שמצאו את מותם. קשה אמנם לערוך חישוב אריחמטי של נפשות חיות וכאבם של בני משפחות, אשר אין לו שיעור, אולם, אין ספק כי ביחס למספר הנפשות שנפטרו, עונשו של העותר עונש קל הינו".

106 ראו עניין גנאמה מנהלי, לעיל ה"ש 77, בפס' 47 לפסק דינו של השופט ארבל. בגזר הדין צוין כי היה ראוי לגזור על האסיר עונש מאסר מצטבר לעונש מאסר העולם שהוטל עליו. הוועדה ציינה על סמך אמירה זו כי "ריצוי עונש מאסר של 23 שנים ביחס לעונש המקורי אשר קבע בית המשפט כי מן הראוי היה כי יושט עליהם, עונה על התנאי השלישי שנקבע בסעיף 10(א)".

107 ראו עניין נאדי, לעיל ה"ש 74, בפס' 24 לפסק דינו של השופט חשין ("אמנם העונש המירבי על עבירת הסיוע להריגה הוא 10 שנות מאסר. דא עקא, שבעניינינו העותר סיע בהריגתו של לא רק אדם אחד, אלא של 21 בני אדם, ובית המשפט העליון כבר פסק, לא אחת, כי ניתן לגזור עונשים נפרדים בגין כל אחד ממעשה הקטילה... העונש המירבי בעניינינו של העותר יכול היה להצטבר לעשרות רבות של שנים בגין עבירת הסיוע להריגתם של 21 קורבנות. לכך יש להוסיף את העבירה הנוספת של סיוע בגרימת חבלה חמורה ל-110 אנשים נוספים... נכון שתקופת המאסר שנותרה לריצוי הינה תקופה קצרה ביחס, קצת יותר משנה, כך שהמשקל שיש ליתן לנתונים עפ"י סעיף 10(א) יפחת בהתאם. יחד עם זאת, בנסיבות החמורות כמפורט לעיל, ונוכח תקופת המאסר שנגזרה, הרי שלטעמנו כל הפחתה בעונש המאסר שנגזר על העותר, תיצור יחס בלתי סביר בין חומרתה המפליגה של העבירה, נסיבותיה והעונש שנגזר על העותר, לבין תקופת המאסר שיישא בפועל אם ישוחרר על תנאי, הגם שתקופת המאסר שנותרה לריצוי קצרה ביחס").

108 השוו רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים כד 97, 99 (1994).

אינטרס הציבור. לתפיסתו, ההקלה שזכה לה דותן במסגרת הסדר הטיעון בתוספת ההקלה הגלומה בשחרור מוקדם יוצרת פער לא סביר בין העונש הראוי לעונש בפועל.<sup>109</sup> לסיכום, ניתן לראות כי לשם יישום רכיב המידתיות הוועדה ובית המשפט המנהלי נעזרים במגוון כלים פרשניים: יצירת זיקה בין רכיב זה לרכיב הפגיעה באמון הציבור. כלומר, ענישה בלתי מידתית מובילה לפגיעה באמון הציבור, ואין מדובר דווקא על שני רכיבים הנבחנים לחוד. דרישת המידתיות נתפסת כחלק מערכי היסוד של ההליך הפלילי. כאשר לשם בחינתה נשקלים לא רק סעיפי האישום אלא גם תוצאות העבירה; כך ניתן להיעזר אף בקנה מידה זר להערכת חומרת העבירה ובפרשנות מרחיבה של הביטוי "העונש שנגזר" כולל העונש ההיפותטי האפשרי (כולל אפשרות לצבירת עונשים או עונש המוטל שלא במסגרת הסדר טיעון) כקנה מידה להערכת העונש ההולם. עוד אפשר לראות כי רכיב זה מיושם גם ביתרת מאסר קצרה יחסית. לבסוף, לעיתים הוועדה יוצקת לתוך רכיב זה גם שיקולים רחבים של השפעת השחרור המוקדם על מדיניות החוץ והפנים הכללית של ישראל.

לאחר הצגת יישומו ופרשנותו של סעיף 10(א) לחוק בהליך השחרור המוקדם המאמר יעבור להתמודדות הפסיקה עם עצם קיומם של שיקולים אלו, הצורך לצמצם את השימוש בהם והדרכים שהוצעו לשם כך בפסיקה.

### ה. תבחינים שיפוטיים לצמצום יישומו של סעיף 10(א) לחוק

ניתוח הפסיקה מלמד כי היחס כלפי שיקולי אינטרס הציבור עודנו מורכב. גם לאחר חקיקת סעיף 10(א) לחוק, הפסיקה טרם הגדירה במדויק את היקפו הראוי.<sup>110</sup> עיון בפסיקה מגלה רצון לצמצם את השימוש בשיקולים אלו כמצוות המחוקק באמצעות פיתוח תבחינים שיפוטיים שונים. לעיתים צמצום זה נעשה תוך הזדהות – במפורש או במרומז – דווקא עם דעת המיעוט בעניין שקולניק המבקשת לשלול לחלוטין את השימוש בהם (ובמפתיע, גם לאחר חקיקת סעיף 10(א) לחוק). מגמה מצמצמת כזו עשויה לבוא לידי ביטוי בהגמשת

109 ראו עניין דותן, לעיל ה"ש 34, בפס' 47 לפסק דינו של השופט חשין ("בית הדין היה כאנוס על פי הדיבור – על פי הסדר הטיעון – ומעיד הוא על עצמו כי חתם על גזר הדין במעין כורח. לאמירות אלו נודע משקל מכריע לעת דיוניה של הוועדה הצבאית. בית הדין כמו אומר לנו: היינו גוזרים על דותן שנות מאסר רבות, רבות יותר, אך לאחר היעשות הסדר הטיעון אין אנו רואים עצמנו בני חורין להתעלם ממנו כמו לא היה. כך היה לעת גזר הדין. ואולם, קולו של בית הדין הולך מאז ניתן – ביום 27 במאוס 1991 – ועד לימינו שלנו. והקול משמיענו כי בית הדין הקל בעונשו של דותן אך בשל הסדר הטיעון שנעשה. האם אין בדברים אלה, כשהם לעצמם, כדי לאצול – ובמישרין – על שיקול דעתה של הוועדה הצבאית, ולחובתו של דותן? התשובה לשאלה היא, לדעתנו, בחיוב נמרץ"; ראו גם בנדור, לעיל ה"ש 39, בעמ' 432–435. 110 השוו עניין אסייג, לעיל ה"ש 60, שם (נושא זה נחשב "קרקע בתולה מבחינה משפטית", כאשר טרם הוגדר תוכן לכלל זה); עניין זאהר, לעיל ה"ש 93, בפס' 67 לפסק הדין ("לא נידרש כאן לקביעת תבחינים להכללת עניינו של אסיר פלוני במקרים אלה").

עקרון אי-ההתערבות ביחס ליישומו של סעיף 10(א) לחוק בוועדה. ניתן להדגים מגמה זו והתבחינים השיפוטיים שמבטאים אותה באמצעות שלושה מקרים בעניינם של גרסיה; יתח; ושל. המקרה ראשון נדון בבית המשפט העליון (בדן יחיד), ושני האחרים בבית המשפט המנהלי כדלקמן.

### 1. עניין גרסיה: חזרה לדעת המיעוט בעניין שקולניק וצמצום ל"מקרים חריגים ונדירים"

הדוגמה הראשונה לפיתוח תבחינים שיפוטיים לשם צמצום יישום סעיף 10(א) לחוק מצויה בעניין גרסיה. במקרה זה דובר על אסיר שנדון ל-10 שנות מאסר בגין סדרת עבירות מין חמורות שבוצעו בקטינה. הוועדה דחתה את בקשתו לשחרור מוקדם וציינה כי זו הזדמנות ראויה להביא בחשבון את סעיף 10(א) לחוק. הוועדה הבהירה כי "אין לנו עניין במקרה מזדמן, ואין לנו עניין בזילות הסעיף ושיקול דעת הוועדה מונחה בזהירות רבה ותוך שיקול מעמיק ויסודי".<sup>111</sup> לאור זאת קבעה כי זהו "מקרה מובהק בעל חומרה יתרה" וכי נסיבותיו מיוחדות, ומשכך החילה את שיקולי אינטרס הציבור.<sup>112</sup> אולם בית המשפט המנהלי קבע, הגם שדחה את בקשת האסיר לשחרור מוקדם משיקולי מסוכנות, כי:

"לא אחת הזדמן לנו לציין כי אי אפשר לנופף בסעיף 10(א) לחוק ולהעלותו באופן שגרתי, שכן הדבר יפגע בתכליתו ובמהותו. מדובר בסעיף שיש להשתמש בו במקרים חריגים ביותר, כאשר הדברים אמורים בעיקר באנשים שיש להם מעמד ציבורי וכאשר הפגיעה בציבור היא אכן פגיעה ברורה ומוחלטת, שאם לא תאמר כך – אין לך מקרה של עבירה חמורה שלא ניתן להישען על סעיף זה".<sup>113</sup>

אמירה זו מלמדת על רצון בקביעת מסגרת ליישום סעיף 10(א) לחוק באמצעות תחיתמו לפי זהות האסיר – אנשים בעלי מעמד ציבורי; ולפי סוג הפגיעה בציבור – פגיעה ברורה ומוחלטת. האסיר עתר לבית המשפט העליון. החלטת בית המשפט העליון ניתנה לאחר הלכת שקולניק וחקיקת סעיף 10(א) לחוק. עם זאת, היא הולכת דווקא בכיוון שהובע בדעת המיעוט האוסרת את השימוש בשיקולי אינטרס הציבור. השופט טירקל ציין לעניין הלכת שקולניק כי "דעת המיעוט באותה פרשה נראית לי מדעת הרוב. אין זה מן הצדק שאסיר שנסיבותיו האישיות עושות אותו ראוי לשחרור לא יזכה לכך משום חשש של 'מה יאמרו הבריות'".<sup>114</sup> אמנם השופט טירקל ציין כי "משאמר המחוקק את דברו אין אנו רשאים

111 ראו עמ' 8–9 להחלטת הוועדה בעניין גרסיה, לעיל ה"ש 75.

112 ראו שם.

113 ראו ע"א (ת"א) 2073/03 גרסיה נ' ועדת השחרורים, בפסק דינו של השופט גרוס (פורסם בנבו, 15.9.2003); השוו עניין מנבר, לעיל ה"ש 30, בפס' 47 לפסק הדין ("אין לראות בהוראת סעיף 10(א) לחוק כ'אות מתה', ויש לעשות בה שימוש במקרים המתאימים").

114 ראו עניין גרסיה, לעיל ה"ש 23, בפס' 5–6 לפסק דינו של השופט טירקל.

להתעלם ממנו", אולם הוסיף וציין כי סעיף 10(א) הוא "הוראת חוק מוקשה". לכן, הדגיש כי "עלינו לפרש את הסעיף פירוש צר ומצמצם וליישמו רק במקרים חריגים ונדירים"<sup>115</sup>. בתמצית, אפשר לראות כי במקרה זה הן בית המשפט המנהלי והן בית המשפט העליון עשו מאמץ לצמצם את השימוש בשיקולים אלו. לשם כך הודרך שיקול דעת הוועדה ביישום סעיף 10(א) לחוק בתבחינים שונים: בבית המשפט המנהלי – באמצעות מבחנים מצמצמים לפי סוג האסיר (בעל מעמד ציבורי) ומידת הפגיעה באינטרס (ברורה ומוחלטת); בבית המשפט העליון, תוך הזהות מפורשת עם דעת המיעוט בהלכת שקולניק, הועלה הרף להחלת שיקולים אלו מרף של "מקרים בעלי חומרה ו"בנסיבות מיוחדות" עד לרף של מקרים "חריגים ונדירים" – שדומה כי הוא מצמצם אף יותר מלשון החוק – המצומצמת ממילא.

## 2. עניין יתח: הפנים הכפולות של דרישת המידתיות וחשש מחוסר ודאות

בעניין יתח דובר על אסיר שנדון ל-14 שנות מאסר בגין חבלה בכוונה מחמירה לאחר שהצית את אשתו. הוועדה הורתה על שחרורו המוקדם אף ש"התרשמה מהנסיבות החמורות במיוחד של העבירה"<sup>116</sup>. המדינה עתרה כנגד ההחלטה בטענה כי זו לא נתנה משקל ראוי לשיקולי אינטרס הציבור בשל חומרתה יוצאת הדופן של העבירה, אכזריותה והשלכותיה על הנפגעת. בית המשפט המנהלי, בדעת רוב, ציין כי "אמון הציבור אינו ענין אוטומטי וסטנדרטי ולא יתכן לקבוע כי בכל מקרה של עבירה חמורה תהא פגיעה באמון הציבור ולפיכך אין להעניק שחרור ברישיון"<sup>117</sup>. גם בעניין יתח דעת הרוב בבית המשפט המנהלי נטתה לכיוונה של דעת המיעוט בהלכת שקולניק כאשר הודגש בה במפורש כי "גישתם של כב' השופטים אור ואנגלרד לא אומצה כלשונה בחוק שחרור על תנאי כמצוטט בסעיף 10(א) דלעיל. עם זאת נראה לי כי יש ליתן את הדעת לדבריהם"<sup>118</sup>. בהמשך הניתוח בית המשפט המנהלי צועד שני צעדים נוספים מעבר ללשונו המצמצמת של סעיף 10(א) לחוק: ראשית, הוא קורא – כתנאי מקדים להחלת שיקולי אינטרס הציבור את הצורך לשקול את חוסר הוודאות שאלו מביאים לתוך דיני השחרור המוקדם.<sup>119</sup> שנית, בית המשפט מציג גוון נוסף של אינטרס הציבור בהדגישו את מעמד האסיר באינטרס זה. לשון אחר, אינטרס הציבור מתפרש על ידי בית המשפט גם כאינטרס האסיר לשיקום ולא רק כאינטרס עונשי:

115 ראו שם.

116 ראו רע"ב 634/02 מדינת ישראל נ' יתח, בפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 31.1.2002).

117 ראו עניין יתח, לעיל ה"ש 29, בעמ' 835.

118 ראו שם.

119 ראו שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת קובו ("במסגרת הפעלת שיקול דעתה על הוועדה הנכבדה לשים לנגד עיניה את הבעייתיות האמורה ככל שזו נוגעת לשיקול ההרתעתי ולפגיעה הטמונה בו בכבוד האדם ובחירותו וכן לכל יתר השיקולים לענין הגמול בראוי בדין ההתנהגות הטובה והחדרת מרכיב של חוסר וודאות לכללי השחרור ברישיון, וכי מן הראוי לשקול בזהירות יתר את הפעלת השיקול של אינטרס הציבור תוך שקילת כל הנסיבות כולן").

"ההליך הפלילי בכלל וקביעת השחרור על תנאי, מטרתם לא רק להביא לדין את העבריין על מעשהו האסור, אלא גם לשקם את העבריין, להגן על הציבור מפני חזרתו למעגל הפשע, לעודדו להתנהגות טובה בכלא. הכל על מנת שניתן יהיה לקיים מסגרת חיים סבירה בתנאי הכלא הקשים שתקווה בצידה, לנצל את המסגרות השיקומיות והטיפוליות על מנת שהחברה כולה תצא נשכרת. גם בכך רואה אני אינטרס ציבורי".<sup>120</sup>

תוצאת הפרספקטיבה הרחבה והדר-צדדית של המושג "אינטרס הציבור" מובילה, באופן פחות צפוי, לדין ברריות המידתיות לקולה – והפעם, בין היתר, לטובתו של האסיר:

"העונש שנגזר על המשיב של 14 שנות מאסר, הוא עונש ראוי לכל הדעות למעשה שנעשה. הוא נשא את מרבית עונשו וישב בבתי הסוהר תקופה ארוכה של כ-9 שנים, ללא הקלה בעונש בתנאים שאינם כידוע קלים, בלשון המעטה. כעת הוא מבקש לחזור למוטב ולחזור לחברה. השארתו בבית האסורים לתקופה נוספת של כ-5 שנים, בהתחשב במשך הזמן שחלף ובמהלך השיקומי שנתקיים לאורך השנים הללו, לא תהיה מידתית והינה מעבר לנדרש. ניתן לקבוע שתקופת המאסר שהאסיר ריצה בהתחשב במאסר שנגזר עליו, עומדת ביחס סביר לחומרת העבירה. חומרת העבירה באה לידי ביטוי במפורש ובמפורט בגזר הדין ובעונש שהוטל על האסיר".<sup>121</sup>

בתמצית, בעניין יתח ניתן לזהות גישה חיובית לדעת המיעוט בעניין שקולניק על בסיס קושי חוקתי ("פגיעה הטמונה בו בכבוד האדם וחירותו") ופגיעה בציפייה של אסיר שהתנהג כראוי לשחרור מוקדם ("הגמול הראוי בגין ההתנהגות הטובה"). בית המשפט המנהלי מגביל את שיקול הדעת בנוגע ליישום סעיף 10(א) לחוק באמצעות שקלול מרכיב חוסר וודאות שזה מביא עמו להליך השחרור המוקדם. בנוסף, בית המשפט רואה במושגים "אינטרס הציבור" ו"מידתיות" פנים כפולות – שאינן מודגשות בדרך כלל. בגינם יש לבחון גם את האינטרס של האסיר. בנוסף, בעמדה זו גלומה, כך דומה, גם נקודת מבט חדשה: במקום שנקודת המוצא לדין בעונש המידתי תהיה העונש שנקבע בגזר הדין, נקודת המוצא

120 ראו שם, בפס' 9 לפסק דינה של השופטת קובו.

121 השוו שם, שם ("תחושתו היא כי במקרה דנן נוצקו שיקולים של ערעור לשיקולי האינטרס הציבורי ויש להיזהר בכך שלא יהפוך ענין זה כדרך עוקפת לערכאת ערעור. תחולתו היא בנסיבות חריגות ביותר, תוך איזון נכון של כל השיקולים ולא תוך צביעה בצבע עז של אחד השיקולים... המחוקק לא קבע ככלל כי בעבירות מסוימות כגון אלה שהמשיב הורשע בהן ירצה העונש עד תום תקופת המאסר").

לדיון בעונש ההולם היא העונש לאחר נשיאת שני שלישים ממנו – זאת בניגוד לעמדה המקובלת – הרואה בעונש הנגזר בבית המשפט כעונש ההולם את חומרת העבירה.<sup>122</sup>

### 3. עניין שלו: הפנים הכפולות של דרישת אמון הציבור וצמצום לפי אורך המאסר

בעניין שלו נדון אסיר לשלוש שנות מאסר בגין עבירות אלימות.<sup>123</sup> לאחר שהדיון בעניינו של האסיר עבר מוועדה אחת לחברתה, יושרו לבסוף בעניינו שיקולים לפי סעיף 10(א) לחוק. בית המשפט המנהלי, שדן בעתירה על החלטת הוועדה, ציין כי:

“נראה כי הלבשת חריג זה על מקרה העותר הינה כניסיון להיכנס לנעליים גדולות מדי. קשה לקבל שהחלטה להפחית את עונשו של העותר משלוש שנות מאסר לשנתיים, ונכון להיום, משלוש שנים לשנתיים וחצי, בכוחו לפגוע באמון הציבור במערכת המשפטית. התנאים המצטברים של סעיף 10 בדבר קיומם של מקרים חריגים ופגיעה חמורה, מלמדנו שיש לצמצם עד מאוד את השימוש בסעיף זה ולהשאיר את יישום החריגים לחריגים באמת.”<sup>124</sup>

לפי קביעה זו, במאסר קצר, שבו בהתאמה גם תקופת התנאי קצרה, יהיה קושי גדול לקבוע כי קיימת פגיעה באמון הציבור.<sup>125</sup> בהמשך פסק הדין ניכרת המגמה שנמצאה בעניין יתח – הצגת אינטרס האסיר כחלק מאינטרס הציבור. כך צוין בהערה על שינוי בעניין האסיר מהחלטת ועדה אחת לחברתה, ללא הצדקה מספקת:

“אם עסקינן בשיקול של אמון הציבור, נדמה שהוא עומד לצדו של העותר דווקא. אמנם, מטרתה העיקרית של ההחלטה המינהלית אינה להשיג את אמון הציבור. יחד עם זאת, עליה לקפל בתוכה ציפייה לגיטימית של הפרט, כי ההחלטה מתייחסת אליו כחלק מהציבור...”<sup>126</sup>

122 השו Michael M. O’Hear, *Beyond Rehabilitation: A New Theory of Indeterminate Sentencing*, 47 AM. CRIM. L. REV. 1247, 1267 (2011) (“Although parole is sometimes framed as ‘early release’, this convention is artificial. We could just as easily say that the normal release date for a prison inmate is the time when he or she is first considered for parole, and an initial denial of parole amounts to delayed release... as providing for delayed, not early, release”). הדברים נאמרו על השיטה האמריקנית (במסגרת מאסר לא קצוב). נושא זה חורג ממטרות המאמר.

123 ראו ע"א (ב"ש) 2148/02 שלו נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 5.6.2002).

124 ראו שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

125 השו עניין נאדי, לעיל ה"ש 74, שם.

126 ראו שם.

גם במקרה זה מדגיש בית המשפט (אמנם בהקשר שונה) את פניה הכפולות של הדרישה לשמירה על אמון הציבור: לא רק תביעה המופנית לעבר האסיר, אלא גם תביעה לעברה של המדינה. פרשנות דרישת המידתיות לטובת האסיר מלמדת על שינוי המובן הקלסי של סעיף 10(א) – מאמצעי המכוון כנגד האינטרס של האסיר לכזה הדורש, בין היתר, מהמדינה לנקוט כלפיו באופן מידתי.

לסיכום, דומה כי למרות ששיקולי אינטרס הציבור נקבעו בסעיף 10(א) לחוק עוד לפני כעשור, היחס הראוי כלפיהם טרם מצא את מקומו המוגדר. הדבר בא לידי ביטוי בהגשמת עקרון אי-ההתערבות. יתרה מכך, לפחות זרם פסיקה מסוים מזדהה עם דעת המיעוט בהלכת שקולניק.<sup>127</sup> במסגרת זו ניתן למצוא שלוש דרכים מרכזיות להדרכת שיקול דעת הוועדה ביישומו של סעיף 10(א) לחוק: ראשית, צמצום לשון סעיף 10(א), אף יותר מההגבלה הקיימת בו ממילא, תוך הצעה לצמצומו החמור במבחן כפול: לפי סוג האסיר – בעל מעמד ציבורי – וקביעת הרף ליישומם ב"מקרים חריגים ונדירים" כאשר ה"פגיעה ברורה ומוחלטת"; שנית, הצעת תבחינים נוספים ומצמצמים ליישום שיקולים אלו: בחינת חוסר הוודאות הגלום בהם כמכשול טרם יישומם; בחינת מידתיות העונש המושג על האסיר באופן דו-כיווני – לא רק מנקודת מבט הבוחנת את ההקלה בעונש אלא גם מנקודת מבט הרואה במועד השחרור המוקדם את נקודת המוצא – ומניעתו כהחמרה (גם אם שחרור מוקדם אינו זכות קנויה לאסיר); שלישית, צמצום ביישום שיקולים אלו במאסרים קצרים וזיהוי משמעות כפולה ברכיב הפגיעה באמון הציבור: האחד – לדחיית בקשתו של האסיר לשחרור מוקדם; והשני – כלי לבחינת ההגינות כלפיו.

לאחר ניתוח הדין הפוזיטיבי, המאמר ימשיך בבחינת היחס לשיקולי אינטרס הציבור במשפט המשווה. במסגרת זו המאמר יבקש לבחון את יחסן של שיטות משפט מקבילות לשיקולים אלו ולשבץ את עמדתו של המשפט הישראלי על רקע רחב.

## ו. שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם: משפט משווה

ניתוח משווה מלמד על שלוש גישות מרכזיות ביחס לשיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם. גישות אלו יכוננו בתמצית: הגישה המרחיבה, הגישה המצמצמת והגישה האוסרת על פי מידת השימוש שהן מאפשרות בשיקולי ענישה בהליך השחרור המוקדם. הניתוח המוצע יטען כי השיטה הישראלית עברה מגישה אוסרת, ששררה עד הלכת שקולניק, לגישה מצמצמת המבוטאת בהלכת שקולניק וסעיף 10(א) לחוק. קודם הניתוח יוער כי ערכו של עיון משווה בנושא מוגבל. הדבר נובע מהשוני הבולט שבין הסדרי שחרור

127 לדיון בעניין גרסיה ראו ע"א (נצ') 1030/07 פארס נ' ועדת שחרורים, בפס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.2.2007); ע"א (ת"א) 1097/04 קריו נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 9.2.2004); השו"ע ע"א (ת"א) 2701/07 גאנם נ' מדינת ישראל, בפסק דינו של השופט מודריק (פורסם בנבו, 27.11.2007).



מוקדם שונים: בהיקף שיקול הדעת המוקנה לשופט ולוועדה; במודל המאסר – קצוב ולא קצוב – לפי העניין; היחס העקרוני השונה לשיקולי השיקום בהליך קביעת העונש; במידת הדגש בפיקוח לאחר השחרור ועוד.<sup>128</sup> עם זאת דומה כי אפשר להפיק תועלת מעיון השוואתי באשר ליחס העקרוני לשיקולים אלו והתאמתם לתכליות ההליך כולו.

## 1. הגישה המרחיבה

גישה זו מקבלת את שיקולי אינטרס הציבור כשיקול לגיטימי בהליך השחרור המוקדם. לגישה זו אין לייחד את השימוש בשיקולי אינטרס הציבור למקרים חמורים או נסיבות מיוחדות אלא יש ליישםם כחלק אינטגרלי מהליך השחרור המוקדם. בהכללה, ניתן לזהות גישה זו עם עמדת המשפט האמריקני. השחרור המוקדם במשפט האמריקני עבר רפורמה בשנות השבעים של המאה הקודמת. עד אז נעשה השחרור המוקדם על ידי ה- Parole Boards כחלק בלתי נפרד משיטת מאסר לא קצוב כאשר מרב שיקול הדעת בענישה היה בידיה.<sup>129</sup> השחרור המוקדם היה מבוסס שיקום תוך הדגשת הפיקוח על האסיר ברישיון. ה- Parole Boards נהנו משיקול דעת כמעט בלתי מוגבל: העונש המדויק נקבע על ידיהם בטווח הרחב שבין עונש המינימום לעונש המקסימום שהטיל השופט בגזר הדין. אולם מאז שנות השבעים נרשמה אכזבה בידי משפטים, קרימינולוגים וגורמים במערכת אכיפת החוק מההצדקה השיקומית לקיומו ומהיעדר השוויון שיצר בענישה. על חשבון המגמה השיקומית עלתה מגמה גמולית שהדגישה ענישה מידתית ושוויונית וקראה לשינוי יסודי בהליך השחרור המוקדם הקיים.<sup>130</sup> בעקבות מגמות אלו החקיקה במדינות רבות בארצות הברית (וברמה הפדראלית) עברה להכוונה וצמצום שיקול הדעת של ה- Parole Board ואף לביטולו המלא של השחרור ב- Parole.<sup>131</sup>

128 ראו Keith Bottomley, *Parole in Transition: A Comparative Study of Origins, Developments, and Prospects for the 1990s*, 12 CRIM. & JUST. 319 (1990).

129 ראו Reitz, *Questioning*, לעיל ה"ש 10, שם.

130 ראו James Wootton, *Truth in Sentencing: Why States Should Make Violent Criminals Do Their Time*, 20 U. DAYTON L. REV. 779, 780–781 (1995).

131 ראו The Sentencing Reform Act of 1984 (P.L. No. 98-473, 98 Stat. 1987); Robert Howell, *Sentencing Reform Lessons: From the Sentencing Reform Act to of 1984 the Feeney Amendment*, 94 J. CRIM. L. & CRIM'Y 1069, 1070–1071 (2004); Comprehensive Crime Control Act, 98 Stat. (1984); 18 U.S.C § 4161 (1982). חקיקה זו ביטלה את ה- Parole Boards הפדראלית; טיוטת ה- Model Penal Code (להלן: MPC) דוחה שחרור מוקדם ב- Parole. עם זאת היא מותירה כלים להפחתת עונש מנהלית בידי רשויות בתי הסוהר; בהתנהגות טובה ובביצוע מטלות בזמן המאסר (Good Time Laws); או מסיבות מיוחדות (חולניות מתמדת, מצב משפחתי מיוחד). מודל זה מבקש, בין היתר, לעודד רה-אינטגרציה של האסיר בחברה ראו Model Penal Code: Sentencing § 6.06 (Tentative Draft No. 2, 2011).

פתרון מקובל להכוונת שיקול הדעת במשפט האמריקני (במדינות שלא ביטלו כליל את השחרור המוקדם) הוא קביעת הנחיות לשחרור מוקדם (Parole Guidelines).<sup>132</sup> ההנחיות מבוססות בדרך כלל על שני צירים עיקריים: הראשון מציין על פני סולם את המסוכנות הנשקפת מהאסיר לפי משתנים דינמיים וסטטיים; השני מציין על פני סולם את חומרת העבירה.<sup>133</sup> הגישה המרחיבה נמצאה בכמה מדינות בארצות הברית כשיקול לגיטימי הן של Parole Boards שפועלות בשיקול דעת רחב והן כאלו הפועלות לפי הנחיות וכן ברמה הפדראלית.<sup>134</sup> ההנחיות הפדראליות קבעו כי ה-Parole Board הפדראלית יכולה לשקול טרם שחרור על תנאי גם אם: "that release would not depreciate the seriousness of his offense or promote disrespect for the law"<sup>135</sup>. דברי ההסבר להנחיות הבהירו כי משמעות ביטוי זה כוללת שני קריטריונים נפרדים. כך למשל הובאה בדברי ההסבר הדוגמה הבאה: נבחר ציבור מורשע בעבירת הונאה הכוללת הפרה של אמון הציבור ונידון לשלוש שנות מאסר. שחרורו על תנאי לאחר שנה אחת יכול לעודד בציבור חוסר כבוד לחוק גם אם העונש עשוי לעמוד בדרישת ההתאמה לחומרת העבירה.<sup>136</sup> דברי ההסבר הדגישו עוד כי שיקולי ענישה הם חלק אינטגרלי מהליך השחרור המוקדם:

"The Parole Commission, in making each parole determination, shall recognize and make a determination as to the relative severity of the prospective parolee's offense and that in so doing shall be cognizant of the public perception of and respect for the law... *Determinations of just punishment are part of the parole process, and these determinations cannot be easily made because they require an even-handed sense of justice...* it is important for the parole process to achieve an aura of

- 132 ראו Joan Petersilia, *Parole and Prisoner Reentry in the United States*, 26 CRIM. & JUST. 479, 479–451 (1999); Joan Petersilia, *When Prisoners Return to Communities: Political, Economic, and Social Consequences*, 65 FED. PROB. 3 (2001)
- 133 ראו Albert W. Alschuler, *Sentencing Reform and Parole Release Guidelines*, 51 U. COLO. L. REV. 237 (1980). הצלחת ההנחיות ל-Parole Board שימשה לאחר מכן כמודל לקביעת הנחיות לשופט הגוזר את הדין (Sentencing guidelines).
- 134 ראו Anne M. Payne, *Pardon and Parole*, 59 AM. JUR. § 88 (2009); Ill. Rev. Stat. 38 § 1003-3-5(c) (1982); U.S. v. McGinnis, 734 F.2d 1193 (7th Cir 1984); 28 C.F.R. § 2.20 (1980); 45 Fed. Reg. § 6379 (1979).
- 135 כיום, האפשרות לשחרור מוקדם ברמה הפדראלית אפשרית לקבוצה מצומצמת של אסירים (למשל, כאלו שנדונו למאסר קודם הרפורמה הגמולית או אסירים שנדונו בבתי משפט צבאיים). ראו Parole Commission and Reorganization Act, Pub. Law 94-233, 1, U.S.C. § 4206; United States Parole Commission Guidelines for Federal Prisoners, § 2.18 (2010) [www.justice.gov/uspc/documents/uspc-manual111507.pdf](http://www.justice.gov/uspc/documents/uspc-manual111507.pdf). הנחיה זו קיימת מאז שנות ה-70. ניתן להשוות את לשון התיקון משנת 1976 למצב שלפניו. עד אז נקבע לפי § 18 U.S.C. § 4203 (1970) על ה-Parole Boards לשקול שיקולים שיקומיים-מניעתיים ולא עונשיים.
- 136 ראו Parole Commission Guidelines, שם, בדברי ההסבר.

fairness by basing determinations of just punishment on comparable periods of incarceration for similar offenses committed under similar circumstances. The parole decision-makers must weigh the concepts of general and special deterrence, retribution and punishment".<sup>137</sup>

בהמשך לכך, הפסיקה האמריקנית, ככלל, ראתה בחיוב שקילת שיקולים אלו. כך למשל, בעניין *Parter* פורשה ההוראה שבהנחיות כמאפשרת שקילת שיקולי הרתעת הרבים כחלק משיקוליה הרגילים של ה-Parole Board.<sup>138</sup> עוד נקבע כי אין בשקילת שיקולי הרתעה בהליך השחרור המוקדם משום "סיכון כפול" וענישה כפולה על אותו מעשה.<sup>139</sup> בעניין *Greenholtz* צוין כי על ה-Parole Boards לשקול, בין השאר, את שיקולי חומרת העבירה וגרימת חוסר כבוד אפשרי למערכת המשפט כתוצאה מהשחרור.<sup>140</sup> עמדה זו אומצה בחיוב בפסיקה מדינתית באילינוי, נברסקה, ניו יורק, רוד איילנד ועוד.<sup>141</sup> מדינות אלו הפעילו שיקולי ענישה בהליך השחרור המוקדם במגוון מקרים – רובם, כצפוי, בעבירות אלימות חמורות, מין והמתה.<sup>142</sup> יתרה מכך, בעניין *Resnick* נעשה צעד נוסף ובו צוין כי בהליך שחרור מוקדם מבוסס שיקול דעת רחב, שיקולי חומרת העבירה ופגיעה באמון הציבור הם החשובים שבמערך השיקולים.<sup>143</sup> לבסוף, בעניין *Rosenkrantz* קבע בית המשפט העליון של קליפורניה כי שיקולי חומרת העבירה אף יכולים להיות שיקול יחיד כאשר חומרת העבירה חריגה בחומרתה,<sup>144</sup> והדבר אינו פוגע בזכות החוקתית להליך הוגן.<sup>145</sup> ישנן מדינות היוצרות קריטריונים לשקילת שיקולי אינטרס הציבור בהליך השחרור המוקדם. הקוד הפלילי בקליפורניה מאפשר בנוגע לשחרור מוקדם של אסירי עולם שני

137 ראו שם, בס' 2.20-01, העוסק במטרות ההנחיות (ההדגשה הוספה).

138 ראו *Prater v. U.S. Parole Commission*, 764 F.2d 1230 (1984).

139 ראו *Block v. Potter*, 631 F.2d 233 (3d Cir. 1980).

140 *Greenholtz v. Nebraska Penal Inmates*, 422 U.S. 1, 8 (1979) ("The Board to assess the whether, in light of the nature of the crime, the inmate's offense will minimize the gravity of the offense, weakens the deterrent impact on others, and undermines respect for the administration of justice")

141 ראו באילינוי, *Francis v. Fox*, 838 F.2d; ניו יורק, *Turner v. Klinck*, 933 F.2d 1012 (1991); רוד איילנד, *R. I. Parole Board Policy Statement § A(2)* (2007); חקיקה בניו יורק דרשה עמידה על אמינות החוק ראו *McKinney* N.Y. Crim. Proc. Law § 410.91(3) (2005) ("that imposition of such a sentence would not have an adverse effect on public safety or public confidence in the integrity of the criminal justice system")

142 ראו למשל *Wiley v. U.S.*, 380 F.Supp. 1194 (M.D.Pa.1974).

143 ראו *Resnick v. U.S.* 835 F.2d 1297 § 33 (1988); *Herbert v. N.Y.* 97 A.D.2d 128, 129 (1983).

144 ראו *In re Rosenkrantz*, 59 P.3d 174, 184 (Cal. 2002); Cal. Code Regs. tit. 15 (1990); Daniel Weiss, *California's Inequitable Parole System: A Proposal to Reestablish Fairness*, 78 S. CAL. L. REV. 1573, 1588–1591 (2005) (המחבר מבקר את ההשפעות הגמוליות בשיטה זו והפיכת שלב השחרור המוקדם לדיון גמולי נוסף).

145 ראו למשל *Irons v. Carey*, 479, 660 F.3d 658 (9th Cir. 2007).

מסלולים מקבילים: הן ה-Parole Board והן המושבעים בשלב גזר הדין יכולים לקבוע כי העבירה שבוצעה חריגה בחומרתה ולא יתאפשר בעניינה שחרור מוקדם.<sup>146</sup> לשם ההחלטה בשאלה זו נקבעו בחוק קריטריונים: (א) מספר נפגעי העבירה; (ב) האם העבירה בוצעה באופן מחושב וקר רוח; (ג) האם הנפגע נוצל לרעה, כבודו חולל או גופו הושחת בזמן ביצוע העבירה או לאחריה; (ד) האם העבירה בוצעה תוך הפגנת חוסר רגישות בולט לסבלו של הנפגע או בשל סיבה קלת ערך. יצוין כי למרות קריטריונים אלו, שיקול הדעת נותר בידי ה-Parole Board. עליה לשיקול שיקולים אלו לפי המקרה הקונקרטי שבפניה, יתר הנתונים בענייניו של האסיר ושאלת מסוכנותו הכוללת.<sup>147</sup>

אם כן, אפשר לראות כי קיימות שיטות משפט שלא זו בלבד שמקבלות את השימוש בשיקולי אינטרס הציבור, אלא אף רואות בהם שיקול מרכזי (ובמיוחד בעבירות חמורות). במדינות שבהן שיקול הדעת בהליך מובנה בהנחיות שיקולי אינטרס הציבור משולבים בדרך כלל בשיקולי חומרת העבירה ומשוקללים לציר המכמת את חומרת העבירה; לעתים אפשר להשתמש בהם אף ללא קביעה מפורשת בהנחיות, מכוח הפרקטיקה הנוהגת.<sup>148</sup> הגישה המרחיבה, המבוטאת במשפט האמריקני, משתלבת עם מעמד הנמוך יחסית של שיקולי שיקום בשיטה זו ועליית שיקולי גמול על חשבונם; האכזבה משיטת המאסר הלא קצוב; הירידה בכוחה של שיטת ה-Parole והקריאה הגוברת להחמרה בענישה.<sup>149</sup>

הכיוון הגמולי שמובע במשפט האמריקני משתלב במגמה שמקורה בשלהי שנות ה-70 ליצור אחידות ושוויון בשיטת המאסר הלא קצוב שבה פועלת Parole Board בשיקול דעת רחב. גישה זו מבוססת על נסיגה מהמודל הקלאסי של השחרור המוקדם: משחרור מוקדם שממוקד בשיקומו של האסיר ופועל במסגרת מאסר לא קצוב התבצע מעבר לשחרור מוקדם מבוסס גמול שממוקד בקביעת עונש הולם. לרוב, זהו שלב מעבר עד לביטול השחרור המוקדם במסגרת מאסר לא קצוב. לכן מושם דגש על שיקולי ענישה בהליך המוקדם עד

146 ראו Cal. Penal Code, S. 190.2, 3040–3041 (West 2004); Cal. Code Reg. tit. 15 CA ADC § 2402, C(1) (“The prisoner committed the offense in an especially heinous, atrocious or cruel manner”).

147 ראו David W. Ball, *Heinous, Atrocious, and Cruel: Apprendi, Indeterminate Sentencing, and the Meaning of Punishment*, 109 COLUM. L. REV. 893, 902–903 (2009); Cal. Code Regs. tit. 15, § 2402(a)–(b), (c)(1)(a)–(e) (2005).

148 ראו Welsh v. Mizell, 668 F.2d 328 (7th Cir. 1982); Heirens v. Mizell, 729 F.2d 449 (7th Cir. 1984).

149 ראו PETERSILIA, לעיל ה"ש 12; רק בשנים האחרונות מתגבשת במלואה ההכרה במשפט האמריקני בצורך בשילוב מחדש של האסיר בקהילה לאחר שחרורו ובדבר תפקידם של גורמים המצויים בקצה הרצף העונשי בתהליך זה (ובמיוחד בשלב קביעת תנאי השחרור ובהליך ביטול השחרור). ראו JEREMY TRAVIS, BUT THEY ALL COME BACK: FACING THE CHALLENGES OF PRISONER REENTRY 40–44, 263–264 (2005). הדברים קיבלו לאחרונה הכרה בכל הנוגע לקטינים. ראו MPC § 6.11B, לעיל ה"ש 131, המכיר בתכלית הרה-אינטגרטיבית כתכלית עיקרית אצל קטינים; ראו גם בדברי ההסבר לטיטת ה-MPC של Reitz, שם, בעמ' xxi–xxii, 11–12, על מגמת ההחמרה והגידול הרב בשיעור המאסרים בארצות הברית; אבירם, לעיל ה"ש 39, שם.

להשבת מרב או כל שיקול הדעת בענישה לידי השופט. גישה זו אינה מתאימה לשיטת השחרור המוקדם בישראל. בישראל, השחרור המוקדם מבוסס על שיקולי שיקום ומניעה ופועל במסגרת שיטת מאסר קצוב ומרב שיקול הדעת בענישה מצוי אצל השופט. בהתאמה, הוועדה אינה ממוקדת בשיטתיות בקביעת העונש ההולם ובשקילת שיקולי גמול והרתעה.<sup>150</sup>

## 2. הגישה המצמצמת

לפי גישה זו שיקולי אינטרס הציבור הם שיקול לגיטימי במלאכת השחרור המוקדם, אולם הם מיועדים למקרים יוצאי דופן בחומרתם. אפשר לזהות גישה זו, בין היתר, עם השיטה האנגלית והישראלית. באנגליה, הנחיות מזכירות המדינה מורות כי כאשר נגזר על אסיר עונש מאסר עולם חובה, רשאית ה-Parole Board האנגלית (הפועלת, ככלל, במסגרת מאסר קצוב) לשקול בין היתר, לאחר תקופת המינימום שנשא בהוראת בית המשפט גם שיקולים של אינטרס הציבור. אמירה זו עוגנה בפסיקה שהדגישה את הצורך להתחשב בשיקולי פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט בשלב השחרור המוקדם.<sup>151</sup> בנוסף, תחת גישה זו אפשר לשבח את עמדת המשפט הישראלי, אשר עבר מגישה אוסרת בשנות השישים לגישה מצמצמת כיום. ניתן לראות בכך מעבר מגישה שיקומית-מניעתית "טהורה" לגישה בעלת גוון גמולי-הרתעתי מסוים. מגמה דומה משתקפת גם בשינוי מעמדו של צו המבחן בישראל: כאמצעי ענישה מובחן ולא רק כאמצעי טיפולי.<sup>152</sup> גישה זו מתאימה לשיטות מאסר קצוב – הרווחות בשיטות שמקורן בריטי – שבהן שלב השחרור המוקדם ממוקד בשיקום ומניעה ולא בענישה (תכלית המוגשמת בגזר הדין).

## 3. הגישה האוסרת

הגישה האוסרת שוללת קטגורית את השימוש בשיקולי אינטרס הציבור בשלב השחרור המוקדם. גישה זו מצויה בשיטות השחרור המוקדם של גרמניה, ניו זילנד וסקוטלנד. כך למשל, נקבע כי בגרמניה שיקולי אינטרס הציבור אינם חוקתיים ופוגעים בזכות היסוד לחירות.<sup>153</sup> בניו זילנד, אף על פי שפרשנות מרחיבה של החוק הקיים מאפשרת שקילת שיקולי ענישה, הפסיקה קבעה כי שיקולי אינטרס הציבור בכלל, והרתעת הרבים בפרט,

150 ראו והשוו Kate Stith, Steve Y. Koh, *The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines*, 28 WAKE FOREST L. REV. 223, 229 (1993).

151 ראו Directions to the Parole Board under Section 32(6) of the Criminal Justice Act 1991 § 2, C(7) (2004); R. v. Anderson [2002] UKHL 46, 11; R v. Thompson [1997] 3 All ER 97; Criminal Justice Act, 1991, § 35(2)–(3), c. 53 (Eng.).

152 השוו רות קנאי "צו מבחן: מחלופה לעונש חילופי" מחקרי משפט טז 353, 365–366 (2001).

153 ראו בנייתו עמדת המשפט הגרמני בדעת המיעוט של השופט אנגלרד בעניין שקולניק, לעיל ה"ש 18.

מקומם בבית המשפט ולא במסגרת השחרור המוקדם.<sup>154</sup> בעניין *Reid* נימק בית המשפט עמדה זו בהבדלים היסודיים שבין השניים: פומביות גזר דין בבית המשפט לעומת האפקט הציבורי הקטן יחסית של החלטות שחרור מוקדם; היעדר האפשרות לערער על החלטות שחרור מוקדם והיעדר כללי סדר דין פלילי קבועים לטובת האסיר.<sup>155</sup> בסקוטלנד נקבע כי סוגיות של ענישה אינן מעניין ה-Parole Board, מתוך הבחנה בין תפקידה המעין-שיפוטי המרוכז בשיקום לתפקידו של שלב גזר הדין על תכליותיהם ושיקוליהם השונים.<sup>156</sup> הגישה האוסרת פועלת מתוך העמדת מטרה שיקומית-מניעתית בבסיס השחרור המוקדם. היא מבטאת יחס שלילי עקרוני לשיקולי הרתעת הרבים או לשיקולים אחרים החיצוניים לעברייין ושמקורם בחומרת העבירה או ביחס הציבור אליה. שיקולים אלו נתפסים כחלק מתפקידו של בית המשפט ולא כחלק מהמסגרת של שחרור מוקדם ממאסר. גישה זו מתאימה לשיטות משפט השמות דגש רב על עקרונות חוקתיים ועל הפרדה קטגורית בין שלב גזר הדין ושלב השחרור המוקדם.<sup>157</sup>

לסיכום, הניתוח המשווה מלמד כי היחס הראוי לשיקולי אינטרס הציבור הוא מצמצם וזהיר. גישה מצמצמת מתאימה לשיטות משפט המאופיינות בשיטת מאסר קצוב. שיטות אלו רואות בשלב השחרור המוקדם כמבוסס על תכלית שיקומית-מניעתית; בהתאמה, שלב גזר הדין ממצה על פי רוב את ההיבט העונשי ושיקולי ענישה הם החריג להליך השחרור המוקדם. עם זאת, גישת הרואה את מעשה קביעת העונש כרצף תאפשר במקרים חמורים ליישם שיקולי ענישה בהיקף מצומצם ותחום גם בשלביו המאוחרים והמנהליים של רצף הענישה. לפיכך, אופן ניסוחו המצמצם של סעיף 10(א) לחוק עולה בקנה אחד עם הרובד

154 ראו Katherine Belton, *Release on Parole: Gambling with Community Safety or Effective Risk Management?*, 39 VICT. U. L. REV. 265, 277 (2008)

155 ראו Parole Act, 2002, §§ 7, 14, 28, 35 N. 10 (NZ.); *Reid v. New Zealand Parole Board*, 2006 CA 247/05, Par. 34, 21 (2006)

156 ראו *Petch v. Her Majesty's Advocate* [2011] HCJAC 20, 36–39 (“The Board make it clear that it perceives its function to be, and only to be, to assess the risk (if any) which, on the expiry of the punishment part, the life prisoner, if released, would present to the public. It does not, it seems, perceive its function as being concerned in any respect with the punitive element of the sentence”)

157 השוו למשל *Padilla v. Utah Bd. of Pardons and Parole* 947 P.2d 664, 327 Utah Adv. Rep. 54 (2007) (“While the courts have the power to sentence, the Board has been given the power to pardon and parole. These are two separate and distinct powers, neither of which invades the province of the other”) במקרה זה טען אסיר כי עצם קיומה של הוועדה פוגע בעיקרון החוקתי של תפקידה של הפרדת רשויות בין תפקידה של הרשות השופטת והרשות המבצעת. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי הסמכות לגזור את הדין והסמכות לשחרור מוקדם נפרדות זו מזו, כאשר אף אחת מהסמכויות אינה פולשת לתחומה של חברתה; עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 893 (השופט אור): “קיימת הפרדה ברורה באופי הפונקציות שממלאים בית המשפט מזה וועדת השחרורים מזה. בית המשפט מופקד על מלאכת גזירת הדין, וועדת השחרורים מופקדת על בחינת הסיכוי לשיבה מוצלחת של אסיר לחיק החברה, בלי שיהווה סיכון לה, ואין מלכות אחת נוגעת ברעותה”.

הנורמטיבי. סעיף 10(א) לחוק משתלב בשיטת המאסר הנוהגת בישראל, העקרונות המנחים את שלב השחרור המוקדם, וברמת הפשטה גבוהה יותר, ובשינויים המחויבים, גם עם העקרונות המנחים את שלב גזירת הדין.<sup>158</sup>

## ז. סעיף 10(א) לחוק ביישומו: הצעת הגורמים ודרכי התמודדות

ברמה הפוזיטיבית דומה כי גם כעשור לאחר חקיקת סעיף 10(א) לחוק טרם הוגדרו בפסיקה תבחינים למקרים הראויים ליישומו בהליך השחרור המוקדם. המצב הקיים מלמד על שונות פרשנית אפשרית בתפיסת היקף תחולתו הראוי וחוסר יציבות מספקת בשאלת סוג המקרים הבאים בגדרו.

הממצאים מלמדים על שתי מגמות עיקריות, העולות בקנה אחד, ביחס ליישום סעיף 10(א) לחוק בהליך השחרור המוקדם: ראשית, הגמשת עיקרון אי-ההתערבות בבית המשפט המנהלי בנוגע ליישומו של סעיף 10(א) לחוק בידי הוועדה כמשתקף בממצאים הכמותיים; שנית, מספר המקרים שבהם יושם סעיף 10(א) לחוק הוא נמוך ומשקף יישום ראוי לדרישותיו המצמצמות של החוק. אולם טווח חומרת העבירות שבהן יושם סעיף 10(א) לחוק על ידי הוועדה הלך והתרחב בהדרגה בחלוף הזמן: ממקרה של רצח, חטיפה ועברת מין על רקע ביטחוני, שבה הוטלו עד 45 שנות מאסר, או כזה שהוגדר "אסון לאומי" ועד מקרה של נהיגה בפסילה ובשכרות, שבו נגזרה שנת מאסר אחת בלבד.<sup>159</sup> מבלי להיכנס לשאלה הסבוכה כיצד מעריכים חומרת עבירות על נסיבותיהן,<sup>160</sup> נדמה כי שני קצות הרצף שבהם מיושמים שיקולים אלו רחוקים זה מזה מרחק ניכר. בד בבד קיים, לפחות בזרם פסיקה מסוים, ניסיון לצמצם את השימוש בסעיף 10(א) לחוק כדרישת החוק ואף מעבר מכך, תוך שאיפה לשוב לתקופה שטרם קבלת הלכת שקולניק שהתאפיינה בגישה אוסרת. אפשר שתוצאת מגמה זו מובילה לחוסר ודאות מספקת באשר להיקף תחולתו הראוי של סעיף 10(א) לחוק. כך למשל, במצב הקיים, כך דומה, קיים צורך באבחנה פסיקתית עקרונית שתבהיר מדוע סוג שיקול הדעת בגדרו מיושם סעיף 10(א) לחוק בעניין גרסיה, קובע תוצאה שונה מעניין עבדאללה, כאשר בית המשפט העליון מבקר את יישומם במקרה הראשון על סמך דעת המיעוט בעניין שקולניק, ו"מאשרר" אותם במקרה השני.<sup>161</sup> ניתן להציע כי הפערים בתפיסת היקפו הראוי של סעיף 10(א) לחוק, וממילא הגמשת עיקרון אי-ההתערבות, נובעת משני גורמים עיקריים הקשורים זה בזה:

- 158 ראו לעיל ה"ש 57–59 והטקסט המלווה אותן. הדברים אמורים במיוחד לאור קביעת העיקרון המנחה בענישה כהלימה לפי ס' 40 לחוק ההבניה.
- 159 ראו עניין איוב, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1140.
- 160 השוו לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" חוקים ג 99, 116–125 (2011).
- 161 ראו לעיל ובהתאמה ה"ש 23, 64. אמנם שתי החלטות אלו ניתנו בבית המשפט העליון בדין יחיד, אך נראה כי אין בכך כדי להקל את המתח העקרוני שהן עשויות לעורר.

ראשית, ייתכן כי השונות הפרשנית שנמצאה ביחס לסעיף 10(א) לחוק נובעת מאופיים הרחב של הרכיבים הכלולים בו. הסקירה הפוזיטיבית לעיל מלמדת על יישומים מגוונים באשר לפרשנות התוכן הכלול בסעיף 10(א) לחוק. אין בכך כדי להפגיע; המושגים פגיעה באמון הציבור ומידתיות הם בעלי רחבים ובעלי רקמה פתוחה.<sup>162</sup> הם נעים על פני רצף ומצריכים הערכה ערכית-נורמטיבית<sup>163</sup> במסגרת קביעת "גבולותיו של כוח הווטו שיוצרות תחושות הציבור".<sup>164</sup> הדברים אמורים במיוחד בנוגע להערכת מידת הפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט. לגבי מושג זה, אמר השופט חיים כהן, בהקשר אחר, כי הוא פיקציה משפטית אשר שספק אם ניתן להגדירו:

"קיומו של אמון הציבור אינו ניתן להוכחה... למעשה, אין אנו יודעים מאומה על קיומו או אי קיומו או על טיבו או היקפו או מהותו, וכל אשר השופטים והסופרים כתבו עליו ועל חשיבותו וחיוניותו הוא בגדר חזון או אומדנה או ניחוש".<sup>165</sup>

בנוסף, גם בחינת רכיב המידתיות מצריכה לעתים דיון בסוגיות רוחב כלליות ונעדרות קנה מידה אובייקטיבי וקשוח, כמו קביעת אמות המידה לגינוי ציבורי והיחס ההולם בין עבירה והעונש שהוטל בגינה. הדברים אמורים במיוחד במקום שבו מדובר במקרים שנדונים

162 השוו, בשינויים, ע"פ 4333/10 לביא נ' מדינת ישראל, בפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.2.2011); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 18 (1996); השוו עניין חרב, לעיל ה"ש 15, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל ("מטרתו של ההסדר החוקי ליצור כלל משפטי ברור שיחול על טווח רחב ביותר של מקרים ולהבטיח טיפול שוויוני ודומה בהם, בהתאם לעקרונות שהתווה המחוקק"); ע"א 2685/10 רוטמן נ' מע"צ, בפס' 46 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 1.1.2012) ("מושגים בעלי 'רקמה פתוחה', מעצם טבעם, אין בהם אמת מידה להבחנה בין המצבים העובדתיים שנכללים בהם לבין מצבים שלא יבואו בגדרם").

163 ראו Christopher Slobogin, *Prevention as the Primary Goal of Sentencing: The Modern Case for Indeterminate Dispositions in Criminal Cases*, 48 SAN DIEGO L. REV. 1127, 1155 (2011) ("consensus about the precise punishment range, particularly if the three variables are considered simultaneously, is probably impossible to achieve. Even if consensus can be reached, defining the relevant terms and applying them consistently is a gargantuan task"); Richard A. Bierschbach, *Proportionality and Parole*, 160 U. PA. L. REV. 1745, 1749 (2012).

164 ראו עניין אסייג, לעיל ה"ש 60, בעמ' 7720.

165 ראו חיים כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 14, 9, 19–20 (2002); השוו אהרן ברק "בית המשפט העליון ואמון הציבור" מבחר כתבים (כרך א) 965, 970 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) ("אמון הציבור משמעותו, אמון בהגינות השיפוטית ובניטרליות השיפוטית. זהו אמון הציבור ברמתו המוסרית של השופט. זהו אמון העם, כי איננו צד למאבק המשפטי, וכי לא על כוחנו אנו נאבקים, אלא על השלטתו של החוק אנו נאבקים. זהו אמון העם כי במקום בו יש לנו שיקול-דעת אנו מפעילים אותו לשם הגשמת ערכיה של מדינת ישראל").



בשלב השחרור המוקדם – בריחוק זמן ומקום ממועד ביצוע העבירה.<sup>166</sup> לאור האמור ייתכן כי נוצרות פרשנויות שונות באשר לתוכן הרכיבים הכלולים בסעיף 10(א) לחוק. הדבר, כך דומה, נובע מאופיים הרחב והקושי האינהרנטי לתחום את היקפם. שנית, ייתכן כי הדבר נובע מהבדלים בהכשרתן ומעמדן של הסמכויות הרלוונטיות. נדרשת בענישה זיקה בין סוג ההחלטות לזהות הסמכות המיישמת אותן.<sup>167</sup> לוועדה אין יתרון יחסי על בית המשפט ביישום שיקולי ענישה של גמול והרתעה. במסגרת יישום סעיף 10(א) לחוק, כמשתקף בסקירה הפוזיטיבית נדונות לעתים שאלות הרלוונטיות בעיקר לערכאת ערעור הדנה בעונש ההולם לנסיבות המקרה. כך למשל סוגיות של הצטברות עונשים או חפיפתם, מעמד שאלת קטינות העבריינין ביחס לעונש או השאלה אם הסדר הטיעון שאליו הגיעו הצדדים משקף את העונש ההולם.<sup>168</sup> זהו שיקול דעת השונה מזה שבהכרעה מדעית בנושאי שיקום ומסוכנות – תחום מומחיותה המקצועית של הוועדה. לא בכדי בשיטת משפט הנותנת מקום מרכזי לעיקרון הגמול מרב שיקול הדעת בענישה מסור לשופט ולא למומחים במדעי החברה. ההנחה היא כי קביעת העונש היא מעשה סמלי בגדרו החברה נותנת תוקף מוסרי מחודש לנורמה שהופרה, מגנה את הפרתה ומביעה סלידה מוסרית מביצוע העבירה. תפקידו של השופט מתמצת ומסמל את ערכי החברה.<sup>169</sup> בזכות כך הוא נהנה מאמון ומכבוד ציבורי ועל כן הוא הסמכות המתאימה לשיקולי גמול.<sup>170</sup> לעומת זאת, בשלב השחרור המוקדם, המסגרת העקרונית שונה. אמנם בראש הוועדה מוצב

166 ראו Janet Schmidt, *The Creation of Parole Guidelines: From Rehabilitation to Retribution*, 3 CONT. CRISES 419, 423 (1979) ("criteria for determining degrees of seriousness of crimes must ultimately be determined by someone's or some group's subjective interpretation... no external objective criteria, beyond people's judgments, exists for producing a continuum of seriousness of delinquent acts")  
 167 ראו Paul H. Robinson & Barbara Spellman, *Sentencing Decisions: Matching the Decisionmaker to the Decision Nature*, 105 COLUM. L. REV. 1124, 1128 (2005) ("Each decisionmaker has both advantages and disadvantages as a sentencer. Most importantly, each of these advantages and disadvantages has a different impact on different aspects of the sentencing decision")

168 ראו לעיל בסעיף ד למאמר.  
 169 ראו James S. Gwin, *Juror Sentiment on Just Punishment: Do the Federal Sentencing Guidelines Reflect Community Values*, 4 HARV. L. & POL'Y REV. 173, 193 (2010) ("By its nature, sentencing is a weighing of moral judgment in the context of specific facts")  
 170 ראו John Barry, *Judicial Sentencing or Treatment Tribunals*, in THE CRIMINAL IN THE ARMS OF THE LAW, 660, 661 (Leon Radzinowicz & Marvin Wolfgang eds., 1971) ("From time immemorial the judge has fulfilled a traditional role in human societies, a role that crystallizes and symbolizes fundamental social values. The judicial institution is trusted and respected for its impartiality and its incorruptibility, two qualities of rare social value and importance")

שופט אך הוא מופקד ברגיל על איזון בין שיקולי שיקום ומניעה ולא על הערכת העונש המידתי.<sup>171</sup>

לכן, כך ניתן לשער, מוגמש עקרון אי-ההתערבות בעת יישומו של סעיף 10(א) לחוק. ההצדקה לקיומו של עקרון אי-ההתערבות נעוצה בעיקרה במעמדה המיוחד של הוועדה כגוף מומחים מיומן, מנוסה ומקצועי בתחומי הטיפול, השיקום והערכת מסוכנות – המצדיק אי-ההתערבות בשיקול דעתה בידי בית המשפט המנהלי.<sup>172</sup> אולם במקום שבו הוועדה מיישמת שיקולי ענישה ההצדקה לאי-ההתערבות פוחתת. מכאן, כך ניתן לשער, נובעת הגמשת עקרון אי-ההתערבות.

לשוני בין בית המשפט הגוזר את הדין לוועדה היבט נוסף. חברי הוועדה הם ברובם אנשי מקצוע – מומחים בתחומי הטיפול והשיקום – ואינם עוסקים ברגיל באיזון בין כלל שיקולי הענישה.<sup>173</sup> לכן, ייתכן כי קיים קנה מידה עונשי שונה בין הוועדה לבית המשפט שמקורו בהבדלים בהרכב, ההכשרה והאפיונים שלהם. כך למשל, Brodeur טען כי בית המשפט הגוזר את הדין והוועדה מפעילים סטנדרטים שונים לצורך הערכת חומרתן של עבירות.<sup>174</sup> בהקשר לכך, Lovegrove מצא כי תפיסת המידתיות של אדם מן היישוב – ובכללה, כך ניתן לטעון, חברי הוועדה – גמישה ושונה מזו של בית המשפט.<sup>175</sup> אחרים מצאו כי פערים ממשיים בתפיסת חומרת עבירות ועונשים בין שופטים לבין הציבור.<sup>176</sup> יתרה מכך, ייתכן שהוועדה מעריכה את העונש ההולם באופן מחמיר יותר בהשוואה לבית המשפט. בהקשר לכך, Robinson טען כי בניגוד ליתר חברי הקהילה שופטים עומדים

171 ראו למשל בדוח קרפ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 28, נקבע כי בראש הוועדה יעמוד שופט, בין השאר, בהנמקה שיקומית-מניעתית ("שופט הוא בעל הכישורים המתאימים לאזן בין האינטרסים השונים שבטובת הציבור לעומת טובת האסיר ולהעריך נאותה את מידת המסוכנות ואת סיכויי השיקום לאור נסיבות העניין").

172 ראו עניין גנאמה, לעיל ה"ש 4, בפס' 36 לפסק הדין ("נקודת המוצא הינה, כי שיקול-הדעת המסור לוועדת השחרורים הוא רחב, ובידיה המומחיות, המיומנות, והאחריות המקצועית בעניינים המצויים בגדר סמכותה על-פי חוק. לפיכך, בית המשפט יתערב בהחלטותיה של ועדת השחרורים רק במקרים קיצוניים, בהם השתכנע כי נפל בהחלטתה פגם משפטי מהותי בהתאם לאחת העילות המוכרות במשפט הציבורי").

173 ראו עניין שקולניק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 893; שם, בפסק דינו של השופט אור ("הוועדה, על פי הרכבה ועל פי תכלית קיומה, אינה פרום נאות להתערבות בשיקולי ענישה").

174 ראו Jean-Paul Brodeur, *The Attrition of Parole*, 32 CAN. J. CRIM'Y 503, 504 (1990).

175 ראו Austin Lovegrove, *Proportionality Theory, Personal Mitigation, and the People's Sense of Justice*, 69 C.A.M.B. L. J. 321, 344 (2010) ("The public do not view personal mitigation through a proportionalist's eyes. There is more to their sense of justice than strict proportionality... public's view of culpability is much broader too").

176 ראו Jan W. de Keijser, *Bridging the Gap Between Judges and the Public: A Multi-Method Study*, 3 J. EXP. CRIM'Y 131, 154, 157 (2007) ("there is a punitiveness gap between judges and the public... in the eyes of the general public, judges' sentences will never be harsh enough").

בקביעות בפני הערכת מידת חומרתן של עבירות. לכן, נוצר אצלם קנה מידה שונה לקביעת העונש ההולם:

“Common sense may be the first casualty of legal training... the criminal court judge is exposed to a daily parade of the worst side of human behavior. Such exposure is likely to alter the judge's perceptions about the standard of unacceptable conduct”.<sup>177</sup>

דומה כי הדבר עשוי להסביר את השונות בתפיסת היקפו הראוי של סעיף 10(א) לחוק בידי סמכויות שונות – כאשר הוועדה נוטה ליישם סעיף זה באופן מרחיב יותר מאשר בית המשפט. לא מיותר לציין כי המקרים שנדונים לשם יישומו של סעיף 10(א) לחוק הם לרוב חמורים וקשים. אלו מקרים שבהם ישנה פגיעה בערכיה הבסיסיים ביותר של החברה. לא פעם מתעורר בהם רצון אינטואיטיבי לתגובה חברתית מוסרית ורגשית חזקה,<sup>178</sup> שתביע מסר סלידה מהמעשים הקשים באמצעות דחיית הבקשה לשחרור מוקדם.<sup>179</sup> בה בעת, הוועדה עומדת מול דרישת החוק לנקוט בצמצום רב ביישומם. תוצאת מפגש זה עשויה לגרום למתח פרשני ולשונות בתפיסתו היקפו הראוי של סעיף 10(א) לחוק בין הסמכויות השונות.

## ח. סיכום ומסקנות

המאמר בחן את מעמדו של שיקולי אינטרס הציבור, הקבועים בסעיף 10(א) לחוק, בהליך השחרור המוקדם. המאמר עמד על מגמות ביישומם, היקף פרשנותם ואופי השתלבותם בעבודת הוועדה. במאמר נמצאו שתי מגמות משיקות: הראשונה, היא מגמה של הגמשת עקרון אי-ההתערבות ביישומם של שיקולים אלו, המתבטאת בהתערבות מוגברת יחסית ביישומם בידי הוועדה. השנייה, היא היעדר מבחנים מוגדרים בפסיקה בנוגע לסוג המקרים הבאים בשעריו של סעיף 10(א) לחוק. מצב זה יוצר מגמות שונות בפסיקה ביחס לשיקולים אלו ולהיקף תחולתם הראויה. במאמר הוצע כי מגמות אלו נובעות בעיקרן

177 ראו Paul H. Robinson, *Legality and Discretion in the Distribution of Criminal Sanctions*, 25 HARV. J. ON LEGIS. 393, 417 (1988). אמנם גם חברי הוועדה נחשפים למקרים חמורים אולם נדמה כי לא באותה עוצמה וכמות אליו נחשף הרכב שופטים מנוסה לאורך שנים.

178 השוו ביחס לשיקולי גמול 187 PHILOSOPHY 64 Igor Primoratz, *Punishment as Language*. (“These feelings are natural, healthy and strong, and their satisfaction is good in itself”); Keith Hawkins, *Assessing Evil: Decision Behaviour and Parole Board Justice*, 23 BRIT. J. CRIM'Y 101, 102–103 (1983). (ההדגשה הוספה).

179 David Karp, *The Judicial and Judicious Use of Shame Penalties*, 44 CRIME & DELINQ. 277 (1998) (המחבר דן ב"דחף הגמולי" כלשונו להטיל עונש ההולם את חומרת העבירה).

משני גורמים: ראשית, אופיים העמום, והמופשט לעתים, של הרכיבים הכלולים בסעיף 10(א) לחוק. אלו מובילים לטווח פרשנות רחב. שנית, ובהמשך לכך, בשל אבחנה באופי שיקול הדעת של הוועדה ובית המשפט בנוגע לשקילת שיקולי גמול והרתעה. הסוג השונה של שיקול הדעת נובע מהבדלים בסוג ההכשרה, המומחיות והניסיון השונה של שתי הסמכויות. גורמים אלו מועצמים בשל המתח הפרשני הנלווה ליישומן של סעיף 10(א) לחוק. סעיף זה עוסק במקרים חמורים. ביישומו נוצר מתח בין הדרישה האינטואיטיבית לעונש המשקף גינוי ההולם את חומרת העבירה מצד אחד, אל מול צורך בצמצום ביישומם של שיקולי ענישה בהליך השחרור המוקדם מצד אחר.

לסיום, אבקש להציע שתי הצעות אשר עשויות לתרום לאחידות בהליך יישום סעיף 10(א) לחוק (גם אם לא בתוצאתו הסופית): הראשונה נוגעת לקביעת תבחינים מוגדרים בפסיקה מנחה לשקילתם, והשנייה נוגעת להכוונה מתאימה של חברי הוועדה (ובפרט שאינם שופטים בהכשרתם) בסוגיות הנוגעות לרצף הפלילי:

ראשית, עקביות בענישה היא מרכיב חשוב בקידום אמון הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק.<sup>180</sup> השגת יציבות משפטית בנושא תבטא תפיסה קוהרנטית ורצויה של רצף הענישה תוך שיתוף פעולה והבנה הדדית בין הוועדה לבית המשפט.<sup>181</sup> כאמור לעיל, גם כעשור לאחר חקיקת סעיף 10(א) לחוק דומה כי טרם פותחו תבחינים שיפוטיים מוגדרים דיים ליישומן. לכן, מוצע כי הפסיקה תקבע תבחינים שיפוטיים מוגדרים באשר למצבים שבהם יחול סעיף זה. קביעת תבחינים שיפוטיים אמורה לסייע להכווין את שיקול דעתה של הוועדה מצד אחד, אך תוך הותרת שיקול דעת ממשי בידיה מצד אחר. הצעה זו עשויה לצמצם את הגמשת עקרון אי-ההתערבות, לסייע בהגברת אמינותו של ההליך בעיני הציבור כולו ולהגביר את ודאות כללי השחרור המוקדם בקרב אוכלוסיית האסירים.<sup>182</sup> חשיבותה

180 השוו Council of HM Circuit Judges, *A Sentencing Commission for England and Wales Observations of the Council of HM Circuit Judges*, 10 (2009) ("Consistency in sentencing is important not only to the offender, but also to those directly affected by the crime and to the public since a perception of inconsistency in sentencing is likely to lead to loss of public confidence in the criminal justice system"). (ההדגשה הוספה).

181 ראו David Cole & Shereen Benzvy-Miller, *Integrating Sentencing and Parole*, 32 CAN. J. CRIM'Y 493, 498 (1990) ("It is of paramount importance that sentencing and parole decision-making be integrated to a greater degree than they are at present").

182 קיימות כמה אפשרויות להנחיית שיקול הדעת של הוועדה בנושא, ולכל אחת יתרונות וחסרונות משלה. הדיון בנושא חורג ממטרת המאמר, והוא דורש דיון מקיף בשאלת ההצדקה והצורך בהדרכת שיקול דעת הוועדה באופן כולל ובנוגע לשיקולים אלו, בפרט. עם זאת אפשר להציג בכותרות כמה אפשרויות: הדרכה באמצעות הנחיות מנהליות פנימיות; הנחיות דרך הפסיקה, למשל פי סוג העבירה (אישי ציבור) או חומרת העבירה (אסון לאומי); קביעת הנחיות בדומה לשיטת ההנחיות ל-Parole Boards שבארצות הברית; הדרכת שיקול דעת התביעה, כאשר טיעון לפי ס' 10(א) ייעשה באישור פרקליט מחוז (ההתרשמות היא כי בחלק מהמחוזות בישראל הנוהל האמור פועל באופן בלתי פורמלי); קביעת רשימת עבירות שבהן לא תהיה אפשרות לשחרור מוקדם (עבירות ביטחוניות אידאולוגיות, למשל). בהקשר זה יש לציין כי דוח קרפ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 107-108 דחה הצעה לקבוע הצעה כזו משלוש

של פסיקה מנחה בנושא חשובה במיוחד לאור חריגותו הכפולה של סעיף 10(א) לחוק ביחס לשיקול הדעת המקובל ברגיל בהליך השחרור המוקדם: ראשית, בגוף הנהנה דרך קבע משיקול דעת רחב מאוד, ביישומו נדרש צמצום ואיזון מורכב; שנית, בגוף המפעיל ברגיל שיקול דעת מניעת-שיקומי, ביישומו נדרש שיקול דעת גמולי-הרתעתי.

שנית, רוב חברי הוועדה בעלי מומחיות מקצועית פורמאלית בהערכת סיכויי שיקום וניבוי מסוכנות. מומחיותם מצדיקה כי תימסר בידיהם המלאכה המורכבת והחשובה של הגנת שלום הציבור. אולם דומה כי ראוי להטמיע אצל חברי הוועדה שאינם שופטים, באמצעות הכשרה מתאימה, ידע משפטי הנוגע לפעולתו של הרצף העונשי (על חלקיו הפליליים והמנהליים).<sup>183</sup> הכוונתם של אלו בסוגיות משפטיות המצויות בזיקה לסמכותם אמורה לסייע להם בהפעלת שיקולי ענישה בהליך ועשויה להגביר את האחידות בהליך קבלת ההחלטות בנושא זה. יש לקוות כי אלו ייצאו נתרמים ממנה גם במופעים אחרים של שיקול דעת בהליך השחרור המוקדם.

סיבות: האחת, בשל התפיסה כי חומרת העבירה אינה נמדדת רק על פי טיבה אלא גם על פי כלל נסיבות ביצועה; השנייה, אורך תקופת המאסר הוא סולם נכון להגדרת החומרה על פי מכלול הנסיבות; השלישית, היות ששחרור לפי סוג העבירה עלול להביא לרגשות הפליה, תסכול וקיפוח. אפשרות נוספת היא העברת שיקול הדעת בעניין זה לידי בית המשפט הגזר את הדין כפי שנהוג בחלק ממדינות ארצות הברית. ראו Christopher R. Mock, *Parole Suitability Determinations in California: Ambiguous, Arbitrary and Illusory*, 17 S. CAL. REV. L. & SOC. JUST. 889 (2008); טיטת ה-MPC, לעיל ה"ש 131, בס' 305.6 מציעה כי במקרה של אסירים שנדונו לעונשים חמורים, יתאפשר להקל בעונשם בידי גוף שיפוטי (sentencing modification) בחלוף 15 שנות מאסר מכלל העונש שנגזר על האסיר.

183 השוו, למשל, להכוונה בנושא במדריך אמריקני PEGGY B. BURKE, A HANDBOOK FOR NEW PAROLE BOARD MEMBERS PART OF A RESOURCE KIT FOR NEW PAROLE BOARD MEMBERS, .33-34 (2003).