

1. עבד אלוהאב מסימי (קטין)
 2. סאמר קאסם
 3. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- ת"ז 408575025
ת"ז 405580689
ע"ר 580312247
ע"ר 581111567

באמצעות עו"ד רביע אגבריה ו/או חסן ג'בארין ו/או פאדי ח'ורי ו/או סאוסן זהר ו/או סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני ו/או נרימאן שחאדה-זועבי ו/או סארי עראף, מטעם עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, רח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090; טל': 04-9501610; סלולארי: 052-525460188; דוא"ל: rabea@adalah.org

העותרים

- נגד -

1. הכנסת
ע"י ב"כ מטעם היועץ המשפטי לכנסת
הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408638; פקס: 02-6753495
2. שירות בתי הסוהר
ע"י ב"כ מטעם מחלקת הבג"צים, ירושלים
רח' צלאח א-דין 31 ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 3(ב) לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), התשע"ח-2018, ס"ח 2755 מיום 7.11.2018, המחריג את קבוצת האסירים הביטחוניים מתחולת תיקון החוק והוראת השעה.

בקשה לקיום דיון דחוף

1. בד בבד להגשת עתירה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על קיום דיון דחוף בעתירה.
2. העותר מס' 1 הוא יליד שנת 2002 שהוחזק במעצר החל מיום 10.8.2018 ונשפט בבית המשפט הצבאי לנוער ביום 22.1.2019 כך שנגזרו עליו 20 חודשי מאסר לריצוי בפועל, החל מיום מעצרו. מועד שחרורו המלא הוא בחודש אפריל 2020; מועד שחרורו המינהלי צפוי לחול בחודש מרץ 2020 ואילו מועד שחרורו המינהלי המורחב – שנשלל ממנו – צפוי לחול בחודש דצמבר 2019.
3. העותר מס' 2 הוא יליד שנת 2000 שהוחזק במעצר החל מיום 22.2.2017 ונשפט בבית המשפט הצבאי לנוער ביום 13.3.2018 כך שנגזרו עליו 29 חודשי מאסר לריצוי בפועל, החל מיום מעצרו. מועד שחרורו המלא הוא בחודש יולי 2019; מועד שחרורו המינהלי צפוי לחול בחודש יוני 2019 ואילו מועד שחרורו המינהלי המורחב – שנשלל ממנו – צפוי לחול בחודש פברואר 2019.
4. אשר על כן, עיכוב בקביעת מועד דיון בעתירה זו יגרום לעותרים נזקים בלתי הפיכים ואף עלול לייתר את סעדי העתירה במקריהם הקונקרטיים.
5. כמו כן, בשל הפגיעה הרחבה והמתמשכת בקבוצת אסירים שהפרטים המשתייכים אליה משתנים עם חלוף הזמן, ונוכח אופי הטענות כנגד חוקתיות תיקון החוק שחל בינתיים על קבוצת אסירים זו, התארכות ההליך המשפטי עלול לגרום עוול בלתי הפיך לקבוצה רחבה בהרבה מהעותרים הקונקרטיים.
6. על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון בעתירה דן בהקדם האפשרי ובשים לב למועדי שחרורם של העותרים.

רקע עובדתי

מבוא

1. החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), השתע"ח-2018 (להלן: "תיקון החוק" או "תיקון מס' 54") התקבל בכנסת ה-20 ביום 5.11.2018 ופורסם ברשומות ביום 7.11.2018 (ס"ח 2755). תיקון החוק נועד להרחיב את היקפי השחרור המינהלי במטרה להביא להרחבת שטח המחיה של אסירים. זאת, על רקע פסיקת בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (פורסם באר"ש, 13.6.2017) (להלן: בג"ץ הצפיפות בבתי הסוהר) שקבעה כי הצפיפות בבתי הסוהר אינה עומדת בסטנדרטים ראויים וכי על המדינה לפעול תוך פרק זמן קצוב לשם הרחבת שטח המחיה המינימאלי לכל אסיר ואסיר.

2. ואולם, בשלבים מתקדמים של הליך החקיקה ובעקבות פרסומים תקשורתיים, הוחלט על החרגת האסירים הביטחוניים מהוראות החוק ונוצרו שני מסלולים חוקיים מקבילים על בסיס סעיף העבירה בה הורשע האסיר וללא זיקה לחומרת העונש שהוטל עליו, אך ורק מטעמים פוליטיים פסולים. זאת, שכן עד אותו שלב היה ברור כי החוק נועד לחול על כלל האסירים ללא החרגה על בסיס סיווג האסיר וכך היה בהצעת החוק המקורית שאושרה בוועדת השרים לענייני חקיקה וכך גם הוחלט בשלבים מוקדמים של הדיונים בוועדת הפנים והגנת הסביבה (להלן: הוועדה).

3. לידתה של הצעת החוק שהבשילה לתיקון החוק דן באה בעקבות עבודת מטה במשרדי הממשלה, שמטרתה לגבש תכנית עבודה לקיום הוראות בג"ץ הצפיפות בבתי הסוהר. הממשלה יזמה את קידומה של הצעת החוק וכבר ביום 30.5.2018 פורסמה הצעת החוק מטעם הממשלה לקראת קריאה ראשונה בכנסת. על-פי הוראות הצעת החוק, יורחבו תקופות השחרור המינהלי באופן מדורג, בהתאם לתקופת המאסר אליה נידון האסיר, וללא זיקה לסיווגו כאסיר פלילי או ביטחוני. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה, נדונה בוועדת הפנים והגנת הסביבה לקראת קריאה שנייה ושלישית, וכבר ביום 1.8.2018 הוחלט על קידומה במתכונת זו. יצוין, כי כבר בשלב זה נשקלה בוועדה אפשרות יצירת הבחנה בין אסירים פליליים לאסירים ביטחוניים באשר לתחולת תיקון החוק, אך עיגונה של הבחנה מסוג זה נדחה מפורשות על-ידי חברי הוועדה ולאחר שהממשלה החליטה מלכתחילה לקדם את הצעת החוק ללא יצירת הבחנה כאמור על רקע הקשיים החוקתיים שהבחנה כזו מעוררת.

4. לאחר אישורה של הצעת החוק בוועדה לקראת קריאה שנייה ושלישית, התפרסמו בתחילת חודש אוקטובר דיווחים בתקשורת לפיהם "המדינה צפויה לשחרר כ-300 אסירים ביטחוניים" (להרחבה ראו בהמשך). בעקבות זאת, הצהיר יו"ר וועדת הפנים – ח"כ יואב קיש – באמצעות ראיון ברדיו מיום 10.10.2018 כי "זה פשוט לא יקרה, נפתח את החוק ונתקן את הדברים". בהמשך לאמור, החליטו הגורמים הפוליטיים כאמור להוסיף להצעת החוק הוראות המחריגות את תחולתה באופן קטגורי ומוחלט מקבוצת האסירים הביטחוניים ללא תלות באורך מאסרם, ללא שהתקבלה החלטת ממשלה בנושא וחרף התרעות מקשיים במישור החוקתי והבינלאומי שהחרגה כאמור מעוררת. כך למשל, היועץ המשפטי לממשלה הביע עמדתו לפיה החרגה כאמור מעוררת קשיים חוקתיים כבדי משקל ונציג מחלקת ייעוץ וחקיקה – מר אייל זנדברג – ציין במהלך הדיונים כי "במקום שבו אנחנו מבקשים לייצר אבחנה בין קבוצות, צריך לאתר את לזהות את השוני הרלוונטי שיהפוך את ההסדר לשוויוני. לא קל הדבר להבחין בין קבוצות של אסירים כשהמשמעות היא שחרור או המשך מאסר" (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 16.10.2018). דברים דומים אף אמר מר ליאור ייחימוביץ' – עוזרו של השר לביטחון פנים – שציין כי "נציגו של היועץ המשפטי לממשלה וגם בשיחות שלא בדיון הזה, שאין בסיס משפטי ליצירת האבחנה הזאת בכל מצב, גם בהקשר של הבינוי וגם בהקשר של החקיקה" (עמ' 15 לפרוטוקול הדיון מיום 16.10.2018).

5. חרף האמור, תיקון החוק התקבל בסופו של יום בנוסח המחריג מתחולתו אסירים ביטחוניים – ללא תלות באורך מאסרם – שהוגדרו בסעיף 3(ב) לתיקון החוק על פי סעיף החיקוק שבגינן הורשעו. החרגה זו יצרה אנומליה חוקית לפיה אסירים שהורשעו בסעיפי עבירה מסוימים

שנקבעו בסעיף 3(ב) לתיקון החוק, לא ייהנו משחרור מינהלי מורחב, באופן קטגורי, גם אם מדובר בקטינים נעדרי עבר פלילי שנשפטו לכל תקופה שהיא, בעוד שיתר האסירים, גם אם מדובר בבגירים עתירי עבר פלילי ושהורשעו בעבירות חמורות, ביניהן עבירות אלימות או מין, יזכו לשחרור מינהלי מורחב באופן אוטומטי, כל עוד נגזר דינם לתקופה שאינה עולה על 4 שנים.

6. מכאן העתירה דנן המופנית כנגד חוקתיות סעיף 3(ב) לתיקון החוק, בהיותו מעגן בחקיקה ראשית מסלולים חוקיים נפרדים ללא הבחנה עניינית; מנוגד לזכות לשוויון בין אסירים ופוגע בחירותם; חותר תחת תכלית החוק העיקרית שעניינה הרחבת שטח המחיה לאסירים; ואינו עומד ביתר תנאי פסקת ההגבלה.

העותרים

7. העותר מס' 1 – עבד אלוהאב מסימי (יליד שנת 2000) – והעותר מס' 2 – סאמר קאסם (יליד שנת 2002) – הם אסירים שנשפטו בבית המשפט הצבאי לנוער, בעודם קטינים ונעדרי עבר פלילי כלשהו, לתקופות של 20 חודשים ו-29 חודשים בהתאמה, על רקע יידוי אבנים ובקבוקי תבערה ובעבירות על פי סעיפים שהוחרגו מהוראות החוק באשר לשחרור מינהלי מורחב. מועד שחרורו המינהלי המורחב של עותר מס' 1 חל בחודש דצמבר 2019 ואילו מועד שחרורו המינהלי המורחב של עותר מס' 2 חל בחודש פברואר 2019, עם הגשתה של עתירה זו. העותרת מס' 3, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, היא עמותה הרשומה בישראל והפועלת, בין היתר, להגנה על זכויות האדם בכלל וזכויות הערבים-פלסטינים בפרט. העותרת מס' 4, האגודה לזכויות האזרח, היא עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל, ובין היתר פועלת לשמירה על זכויות של ציבור העצורים והאסירים בישראל.
- הכרעת הדין וגזר הדין בעניין עותר מס' 1 מצ"ב ומסומנים ע/1.
 - הכרעת הדין וגזר הדין בעניין עותר מס' 2 מצ"ב ומסומנים ע/2.

החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), התשע"ח-2018 – רקע והליך החקיקה

8. ביום 13.6.2017 ניתן פסק הדין בבג"ץ הצפיפות בבתי הסוהר במסגרתו הורה בית המשפט הנכבד על הרחבת שטח המחיה המזערי לכל אסיר ועצור, כך שיעמוד תוך 9 חודשים מיום מתן פסק הדין על 3 מ"ר לפחות (לא כולל שטח השירותים והמקלחת), ותוך פרק זמן של 18 חודשים ממתן פסק הדין על 4.5 מ"ר לפחות.
9. בחלוף 9 חודשים ממועד מתן פסק הדין, בחודש מרץ 2018, הגישה המדינה בקשה לדחיית יישום פסק הדין עד שנת 2027, אולם בית המשפט הנכבד הבהיר כי על המדינה להגיש תוך שבוע ימים "תוכנית מפורטת ולוחות זמנים צפופים לעמידה בפעימה הראשונה שנקבעה בפסק הדין ... לשם יצירת מרחב מחיה של 3 מ"ר לפחות, לכל אסיר ועצור" (פס' 1 להחלטה מיום 19.3.2018). עוד הובהר כי "המשיבים יבדקו וידווחו בהודעה המעדכנת, על אפשרויות של חקיקה, כמו אלו שהועלו בבקשה שבפנינו ... ואולם במסגרת הודעת העדכון הנ"ל – ההגעה ליעד הפעימה הראשונה, לא תותנה, בהכרח, במימוש החקיקה הנ"ל" (שם).

10. בהודעת העדכון שהוגשה מטעם המדינה ביום 29.3.2018, הודגשה, בין היתר, התכנית להרחיב משמעותית את השימוש במנגנון השחרור המינהלי על-ידי קידום תיקוני החקיקה :

“עיקרו של המתווה מושתת על שני אדנים: הראשון – הרחבה משמעותית של השימוש במנגנון השחרור המינהלי, באופן שעתיד לפנות כ-1,000 - 950 מקומות כליאה במהלך תקופת תחולתה של הוראת שעה ייחודית שיש כוונה לחוקק בהקדם האפשרי. יוער בהקשר זה, כי מספר האסירים המשתחררים בהתאם למנגנון זה גדול יותר ממספר מקומות הכליאה שיתפנו.” (ההדגשה הוספה, ר.א.)

11. בהמשך להודעת העדכון, ביום 6.5.2018 אישרה וועדת השרים לענייני חקיקה את קידומה של הצעת החוק מטעם הממשלה, וביום 30.5.2018 פורסמה ברשומות והונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסהור (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), התשע"ח-2018, ה"ח 1229, במסגרתה הוצע להרחיב, למשך 3 שנים, את היקפי השחרור המינהלי **לכלל האסירים**. בתוך כך, הוצע לקבוע מדרג להגדלת תקופת השחרור המינהלי על פי תקופת המאסר אליה נידון האסיר.

12. כמו כן, הצעת החוק קבעה שסמכות נציב בתי הסוהר (להלן: הנציב) תומר לסמכות שבחובה וכן כי הנציב יהיה רשאי להוסיף על תקופת השחרור המינהלי המורחבת, באישור היועץ המשפטי לממשלה, תקופה נוספת בת שבועיים. בנוסף, נקבע בהצעת החוק כי הפחתת תקופת השחרור המינהלי תחול כל אימת שהאסיר סיים לרצות לפחות מחצית מהעונש שנגזר עליו.

- הצעת החוק כפי שהונחה על שולחן הכנסת ופורסמה ברשומות ביום 30.5.2018 **מצ"ב ומסומנת ע/3**.

13. בהקשר זה, יצוין כי בעקבות תיקון מס' 41 לפקודת בתי הסוהר משנת 2012, נקבעה לראשונה הבחנה באשר לזהות האסירים לגביהם ניתן להחיל את השחרור המינהלי, בהתאם לחומרת עונשם. הוראות סעיף 68א לפקודת בתי הסוהר העוסקות בשחרור המינהלי, מאפשרות להפעיל את סמכות הנציב לכלל האסירים השפוטים עד 4 שנים, ללא תלות בסוגיית שחרורם המוקדם על-פי חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 (להלן: חוק שחרור על-תנאי). לעומת זאת, אסירים שתקופת מאסרם עולה על 4 שנים, זכאותם לשחרור מינהלי מותנית בהחלטת וועדת השחרורים לאשר את שחרורם המוקדם בהתאם להוראות חוק שחרור על-תנאי.

14. ביום 9.7.2018, אישרה הכנסת את הצעת החוק בקריאה ראשונה ברוב של 56 חברי כנסת וזו עברה להכנה לקראת קריאה שניה ושלישית בוועדת הפנים והגנת הסביבה (להלן: הוועדה), שקיימה בנושא מספר ישיבות (ביום 25.7.2018 ; 1.8.2018 ; 15.10.2018 ; 16.10.2018 ; 24.10.2018 ו-28.10.2018).

- פרוטוקול הדיון וההצבעה במליאת הכנסת בקריאה ראשונה **מצ"ב ומסומן ע/4**.

- פרוטוקולי הישיבות בוועדת הפנים והגנת הסביבה **מצ"ב ומסומנים ע/5 – ע/10 בהתאמה**.

15. יודגש, בהקשר זה, כי הצעת החוק הממשלתית שעברה בקריאה ראשונה והונחה על שולחן וועדת הפנים, לא כללה הבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים, בשל קשיים שהבחנה כזו מעוררת, כפי שיפורט להלן. לא זו אף זו, אלא שלקראת נעילת ישיבת הוועדה הראשונה מיום 25.7.2018, התייחס יו"ר הוועדה, ח"כ יואב קיש, לאפשרות הרחבת סמכות השחרור גם לאסירים ביטחוניים שמרצים עונש מעל 4 שנים ולא שוחררו בשחרור על-תנאי, בציינו:

"יש נושא נוסף שעלה לי בדיון עכשיו, שלא דיברנו עליו, ואני מבקש שתחשבו גם עליו. אני מדבר על אלה שעברו את ארבע השנים ולמעשה לא קיבלו שלישי, ולצורך העניין כל הדבר הזה לא משפיע עליהם, ולצורך העניין היום הם לא מקבלים יום אחד של שחרור. לא מינהלי, לא שלישי ולא כלום. כמובן הביטחוניים ברובם נמצאים שם. [...] מה שחשוב לי ואני רוצה התייחסות עליו זה האם אנחנו נוסף סעיף למי שנמנע ממנו שיקום – הרי אחד הדברים שאמרנו שהם לא מקבלים שלישי כי הם לא מסוגלים לקבל את השיקום – לאפשר בכל זאת אישור מינהלי של עד ארבעה שבועות. זה בערך חודש, ואני מדבר על אנשים בתקופות של ארבע שנים ומעלה. [...] אם בסוף יש לו כלי שהוא יודע שהוא יכול להיות מקוצר בארבעה שבועות, והוא לא קיבל שיקום כי הוא לא יודע עברית וכו', אני לא פוסל לאפשר את הגמישות הזאת, ואז יהיו אסירים שיקבלו את זה. אני מבקש שתחשבו על זה ותביאו עמדה. כפי שראינו, מעל ארבע שנים, אם הוא לא קיבל שלישי – אנחנו יודעים שרק מעטים מקבלים שלישי – כל הקטגוריה הזאת למעשה לא נמצאת בהליך הזה." (ההדגשות הוספו – ר.א.)

16. סוגיית תחולת החוק על אסירים ביטחוניים עלתה שוב בדיון מיום 1.8.2018, שם התייחס יו"ר הוועדה לאפשרות יצירת מסלולים שונים בחוק עבור אסירים פליליים ואסירים ביטחוניים:

"אני רוצה להעלות שאלה עקרונית שעלתה גם כן בעקבות הסתייגות וזה ההפרדה בחוק הזה בין ביטחוני לפלילי. נאמר בחלק מההסתייגויות לתת מסלולים שונים, למה אנחנו מתייחסים לזה כחד-הוא? ומדוע לא לפתוח מסלולים שונים? אני אשמח לשמוע התייחסויות האם זה נשקל, האם חשבתם על זה - כן או לא. אני רוצה לדעת. האם מישהו התייחס לזה?"

17. בהקשר זה, הביעה גב' שמרית גולדנברג ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים את הקושי הנלווה להגדרת "אסירים ביטחוניים" בחקיקה ראשית לצורך שחרור מינהלי וכן את היעדרה של זיקה בין ההבחנה לצורך שחרור מינהלי ובין תכלית החוק שנועדה להבטיח את הפחתת הצפיפות בבתי הסוהר:

"אני אתייחס לאפשרות של החרגת האסירים הביטחוניים. יש לה כמה היבטים וכמה קשיים. [...] לא כל העבירות שמי שאנחנו מגדירים כאסירים ביטחוניים הן עבירות ביטחוניות מובהקות. יש גם עבירות שהן עבירות פליליות שהנסיבות של הביצוע הופכות אותן לביטחוניות. [...] קודם כל, יש כאן קושי מבחינת היישום והעובדה שאין הגדרה אובייקטיבית בחוק לנושא הזה היא נתון מאוד מאוד משמעותי. אם צריך, ארחיב. אני שמה את זה כאן כרגע בשלב הזה. [...] לגבי למה לא עושים

- יש כל מיני סיבות, חלקן בתחום המשפט הבין-לאומי. [...]
בנוסף לכל הקשיים היישומיים שהם משמעותיים, בעינינו יש
כאן גם קושי במישור החוקתי וצריך לקחת את זה בחשבון.
תכלית השחרור המינהלי היא להבטיח את נושא הצפיפות.
[...] קשה להגיד שבסופו של דבר בתוך קבוצה של אסירים
שמוגדרים בקטגוריה מסוימת, מכולם נשקפת מסוכנות שהיא
זוהה. זה ברור שגם בקבוצה של מה שאנחנו רואים כאסירים
ביטחוניים, מנעד החומרה מאוד מאוד משתנה. " (ההדגשות
הוספו – ר.א.)

18. בסופו של הדיון, סיכמה גב' גולדנברג בציינה:

"אגיד בקצרה שאנחנו כן סבורים שהמנגנון צריך להישאר
מנגנון אוטומטי ככל הניתן, כשהרף של ארבע השנים מבטיח כן
בחינה של נושא המסוכנות, ואז השחרור המינהלי."

19. לעניין זה, יוער כי בפני הוועדה עמדו נתונים באשר להתפלגות האסירים הפליליים
והביטחוניים בשירות בתי הסוהר. במסגרת זו, הובאו נתונים המצביעים על כך ש-35% בלבד
מתוך קבוצת האסירים הביטחוניים הם אסירים שנגזר דינם לתקופה הפחותה מארבע שנים,
דהיינו אסירים שמנגנון השחרור המינהלי חל עליהם באופן ישיר, לעומת כ-60% בקרב
האסירים הפליליים.

- דף נתונים שהוגש לוועדה מטעם שב"ס לקראת הדיון ביום 1.8.2018 **מצ"ב ומסומן ע/11.**
- נתונים נוספים שפורטו בעמדת הייעוץ המשפטי לוועדה **מצ"ב ומסומנים ע/12.**

20. בהמשך לדברים אלה, ולאחר התייעצות בין חברי הכנסת החברים בוועדה, הוחלט על קידום
הצעת החוק כפי שאושרה בממשלה וללא החרגת האסירים הביטחוניים מגדרה. יו"ר הוועדה
סיכם בהקשר זה:

"אנחנו - חברי הכנסת - התייעצנו, והיית איתנו. אני אומר גם
לפרוטוקול [...] שני דברים שלא ניכנס אליהם בהצעת החוק
הזו: לא נתייחס לנושא אסירים ביטחוניים או אסירים
פליליים. את העניין הזה אולי נעשה בפעם אחרת, אבל לא
בהצעת החוק הזו. גם לא ניכנס להבחנה בין סוגי העבירות.
כפי שדיברנו, אנחנו לא נפתח את הדיון בעניין הזה. אנחנו
נשאיר את זה כפי שהצעת החוק היתה. למעשה, זה מסכם את
ההצעות. תיכף נצביע." (ההדגשות הוספו – ר.א.)

21. ואכן, בסופה של הישיבה מיום 1.8.2018 התקיימה הצבעה על נוסח הצעת החוק לקראת
קריאה שנייה ושלישית והוועדה החליטה, בפה אחד, על קידומה של הצעת החוק בנוסח זה.

22. ואולם, כחודשיים לאחר מכן השתנו הדברים בעקבות פרסומים בתקשורת וללא שהתקבלה
החלטת ממשלה בנושא. ביום 7.10.2018 פורסמה כתבה בעיתון "הארץ" שכותרתה "המדינה
צפויה לשחרר כ-300 אסירים ביטחוניים כדי להקל על הצפיפות בבתי הכלא".

- הכתבה בעיתון "הארץ" מיום 7.10.2018 **מצ"ב ומסומנת ע/13.**

23. בהמשך לפרסום זה, התראיין יו"ר וועדת הפנים – ח"כ יואב קיש – לרדיו 103FM ביום 10.10.2018, שם הצהיר כי "כשהנושא הגיע לחקיקה בוועדת הפנים הבהרתי שאני לא מוכן לשחרר אסירים ביטחוניים במסגרת החקיקה הזו ... אני לא אהיה מוכן לשחרר עצירים ביטחוניים במסגרת התיקון הזה, זה פשוט לא יקרה. נפתח את החוק ואנחנו נתקן את הדברים כדי שהנושא יהיה ברור". זאת, חרף דבריו הברורים והסותרים מיום 1.8.2018, לפיהם הצעת החוק לא תתייחס לנושא האסירים הביטחוניים.

- הריאיון מיום 10.10.2018 **מצ"ב ומסומן ע/14**.

24. על רקע דברים אלה, נשלח ביום 15.10.2018 מכתב מטעם היועץ המשפטי לממשלה הממוען לשר לביטחון פנים ושר האוצר והופץ לגורמים נוספים, שעוסק בהחרגתם של האסירים הביטחוניים מההסדר המוצע. במסגרת המכתב עמד היועץ המשפטי לממשלה על הבעייתיות שבהתנהלות הליכי החקיקה באמצעות פרסומים בתקשורת והדגיש את מחויבות שרי הממשלה להצעת החוק הממשלתית כפי שהוגשה וכן כי החרגה כאמור לא זכתה לדיון ממצה בהשלכותיה החוקתיות:

2. כעולה מפרסומים בתקשורת בימים האחרונים, בדעתה של ועדת הפנים של הכנסת להחריג מהצעת החוק את האסירים הביטחוניים, כמפורט להלן. עוד פורסם כי השר לביטחון הפנים מתכוון לתמוך ביוזמה זו.

3. המחויבות של שרי הממשלה היא להצעת החוק הממשלתית כפי שהוגשה. שינוי משמעותי בנקודה רגישה כל כך של ההסדר, אין זה נכון שיזכה לתמיכה של שרים בממשלה ללא דיון וביורר הולמים של הבסיס הענייני לשינוי והצדקתו החוקתית.

4. יובהר, כי בניגוד לאמור בפרסומים השונים, שאלת חוקתיות החרגתה של אוכלוסיית האסירים הביטחוניים – או כל קבוצת אסירים אחרת – מהסדר השחרור המינהלי כלל לא הודדה עד כה. בדיונים שהתקיימו לצורך היערכות לקיום פסק הדין בבג"ץ 1892/14 האמור, העלה המשרד לביטחון הפנים אפשרות שלא להחיל על אסירים ועצורים ביטחוניים את הסטנדרט שנקבע בדבר שטח המחיה המינימלי בפסק הדין. בעניין זה הובהר על-ידי משרד המשפטים כי בפסק הדין קביעות ברורות באשר לכך שהסטנדרט המינימלי חל על כל אסיר ועצור, כחלק מעקרון היסוד של השמירה על כבוד האדם, ללא כל הבחנה בין אסירים פליליים וביטחוניים.

25. בהמשך לאמור, עמד היועץ המשפטי לממשלה על כך שהחרגה כאמור מעוררת קשיים חוקתיים אם כי לא קבע כי מדובר בהצעת חוק בלתי חוקתית כשלעצמה, כל אימת הוראות בג"ץ הצפיפות בבתי הסוהר מקוימות גם ביחס לאסירים הביטחוניים:

"בדיון שקיימתי אתמול – 14.10.18, הוסבר על ידי נציגי שירות בתי הסוהר כי לעת הזו קיימת ירידה מסוימת במספר האסירים המוחזקים בבתי הסוהר, באופן שהמדינה תוכל לעמוד בהתחייבותה לבית המשפט באמצעות השחרור המינהלי המורחב גם אם תוחרג ממנו אוכלוסיית האסירים הביטחוניים.

יחד עם זאת, מדובר בתמונת מצב אשר עשויה להשתנות תוך זמן קצר (ובפרט ככל שיהיו אירועים שיחייבו מעצרים נרחבים). בדיון הובהר כי ככל שמצבת האסירים תשוב ותעלה, הרי שמשמעות ההחרגה של האסירים הביטחוניים מהצעת החוק שבנדון היא צמצום משוער של למעלה ממאתיים מקומות כליאה, העלול לפגוע באפשרות לעמוד בפסק הדין. לפיכך, בראש ובראשונה הובהר כי **לא ניתן להחריג אוכלוסיות אסירים מתחולת הצעת החוק, מבלי להבטיח קיומו של מענה חלופי מספק למקומות הכליאה שייגרעו מההסדר**.

9. לשאלת החוקתיות של רעיון ההחרגה, לאחר ששמעתי את עמדת הגרומים המקצועיים, אני סבור כי החרגה כאמור מעוררת קשיים במישור החוקתי, אך לא ניתן לומר כי היא בלתי-חוקתית.

בקצרה ייאמר כי לאסירים אין זכות קנויה לשחרור מנהלי ... יחד עם זאת, ככל שמופעל השחרור המינהלי, הרי שלכאורה על הרשות להחילו באופן שוויוני לגבי כלל אוכלוסיית האסירים, בהעדר טעם ענייני להבחנה ביניהם." (ההדגשה במקור)

26. בעמדתו, ציין היועץ המשפטי לממשלה שני שיקולים שעל בסיסם, ובכפוף להבטחת שטח המחיה בהתאם להוראת בית המשפט, ניתן לכאורה לבסס הבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים, חרף הקשיים שהיא מעוררת:

"לצד זאת, נראה כי ניתן לבסס הבחנה מעין זו המוצעת, בין כלל האסירים הפליליים ובין האסירים הביטחוניים, בהקשר הספציפי של השחרור המינהלי המורחב שבהצעת החוק, בהתבסס על מאפייניה המיוחדים של הפשיעה הביטחונית ועל האופן שבו הרשות מתמודדת עם תופה זו, אשר נבדלים ומובחנים בהיבטים מסוימים מתופעות עברייניות אחרות. הבחנה שכזו ניתן להשתית על שני נדבכים המצטברים זה לזה:

א. ייחודה של הפשיעה בתחום הטרור, אשר קיבלה ביטוי לאחרונה, בין היתר, בחקיקתו של חוק המאבק בטרור [...] העבריינות הביטחונית-אידיאולוגית, אם כן, מכוונת לא רק לנזקים הישירים הנגרמים ממעשה העבירה, אלא היא מכוונת לפגיעה במדינה עצמה ולשיבוש שגרת החיים הציבורית. [...] לפיכך נראה כי התכלית העיקרית על בסיסה ניתן להשתית את ההבחנה בין האסירים הביטחוניים לבין אסירים פליליים – לעניין הגדלת תקופת השחרור המינהלי – מוסבת על השוני בין עבירות פליליות "רגילות" לבין עבירות ביטחוניות על רקע אידיאולוגי-לאומני בהקשר של האינטרס הציבורי החשוב שעניינו במאבקה של המדינה בפעילותם של ארגוני הטרור, והרצון שלא לנקוט באמצעי שעלול לפגוע בהרתעה של מדינת ישראל כלפי ארגוני הטרור ובעבריינים הפוטנציאליים על רקע אידיאולוגי-לאומני מהמשך מאבקם האלים במדינת ישראל ובחברה הישראלית.

ב. כב' הנשיא (בדימי) גרוניס, הכיר בכך שהאסירים הביטחוניים מהווים קבוצת שוויון שונה ומובחנת מזו של

כלל האסירים לעניין תנאי מאסר, בשל מאפייניהם הייחודיים. [...]

שני הרכיבים האמורים אמנם אינם נוגעים ישירות לשאלת השחרור המינהלי אבל ניתן להסתייע בהם כדי לטעון כי הסיכון הייחודי הנובע מעבירות הטרור ... מצדיקים התייחסות שונה במידת-מה של המחוקק לאוכלוסיית האסירים הביטחוניים בהקשרים מסוימים, והם יכולים לבסס טענה שלפיה במקרים אלה גובר משקלם של שיקול ההרתעה ושיקולי הגמול ומיצוי העונש שנגזר על העבריין.

10. יובהר, כי ההבחנה המוצעת אינה חפה מקשיים, והיא ניתנת להצדקה רק במצב בו המדינה אכן עומדת בדרישות פסק הדין באשר לשטח המחיה הנתון לכל אסיר ועצור, ובפרט עמידה בשטח מחיה כאמור ביחס לאסירים הביטחוניים, ככל שאלה לא יזכו לשחרור מנהלי מורחב שתכליתו להבטיח את קיום פסק הדין. לאור האמור, גם בהינתן העמדה שלפיה ניתן להגן על החרגת אוכלוסיית האסירים הביטחוניים כאמור לעיל, הרי שלא ניתן ללכת בדרך זו ככל שכתוצאה מכך לא יהיה בידה של המדינה לעמוד בקיום פסק הדין לגבי כל האסירים, ללא יוצא מן הכלל. קידום ההצעה מחייב אפוא את ההיערכות הנדרשת לשם הוספת מקומות כליאה- למשל בדרך של הוספת "כפסת", כפי שהוסבר – ובהעמדתם של מקומות אלה תוך זמן קצר."

- עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר להחרגתם של האסירים הביטחוניים מההסדר המוצע **מצ"ב ומסומנת ע/15.**

27. במקביל לדברים אלה, הובאה הצעת החוק לדיון נוסף בוועדה ביום 15.10.2018, במסגרתו הצהיר יו"ר הוועדה כי ברצונו לערוך שינוי להצעת החוק הממשלתית – ללא שניתנה החלטת ממשלה בנושא – ולקדם את הצעת החוק בנוסח המחריג מתחולתה, באופן קטגורי, את קבוצת האסירים הביטחוניים. לפיכך, העלה יו"ר הוועדה הצעת רביזיה לדיון מחדש, שהתקבלה ברוב של חברי הוועדה כבר באותו יום.

28. למחרת, ביום 16.10.2018, דנה וועדת הפנים שוב בהצעת החוק ובהחרגתם של אסירים ביטחוניים מהוראותיה. בפתח הדברים התייחס יו"ר הוועדה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בציינו כי זו השתנתה בעקבות "איומים" לבלימת החקיקה שהפעיל:

"חברים, אם לא הייתי מודיע על עצירת החקיקה, החוק שהשר ארזן העביר לוועדה היה משחרר מחבלים וזאת בגלל שהיועץ המשפטי לממשלה התנגד להחרגתם מהחוק. הודעתי בעבר ואני עומד על דעתי - לא אעביר חקיקה שתאפשר שחרור מחבלים. מפתיע בעיני שרק אחרי שאיימתי בעצירת החקיקה, קיבלתי עדכון שיש שינוי בעמדת היועץ המשפטי. בסך הכל השינוי הוא לטובה, ואני חושב שהמהלך שאני מוביל - ואני אומר את זה בצורה הכי ברורה: אני לא אתן שישוחררו אסירים ביטחוניים. אחרת לא יהיה חוק." (ההדגשות הוספו – ר.א.)

29. עוד בהקשר זה, נטען בוועדה בדיון כי החרגתם של האסירים הביטחוניים נובעת משיקולים פסולים ולא ענייניים, לאחר שפורסמו דיווחים עיתונאיים בנושא. כך למשל ציין ח"כ אחמד טיבי:

"עכשיו, א. אנחנו מגלים שהשר ארדן קורא את עיתון 'הארץ' כל יום, ולפי זה החוק הזה משתנה בגלל שהוא קרא את ג'וש שיושב כאן. הוא גילה לציבור ש-300 איש ביטחוניים משתחררים. ואז, אתה מקבל טלפון בהול בבוקר, לא נעים, יש פריימריז, יש בחירות מוקדמות ואז משנים חוק, הופכים אותו 180 מעלות, מקצה לקצה. לא היה כדבר הזה. לא היה כדבר הזה. אמרתם דברים, עכשיו אתם כמו זיקית משנים את עמדתכם לפי הנסיבות, לפי הצעקות. [...] גם אם תעביר את החוק הזה, זה לא יישנה הרבה אבל זה מציג את הכנסת באור מגוחך שאתם עושים פלסטר מעבודת החקיקה. כל האנשים שיושבים פה, בגלל אותה סיבה של התנהגות השר ארדן ושלך, פתאום מתהפכים. דברים מקצועיים הופכים להיות ההיפך. לבן הופך להיות שחור."

30. בהמשך, אשרר יו"ר הוועדה כי הפרסום העיתונאי אכן השפיע על תהליך קבלת ההחלטות:

היו"ר יואב קיש:

אני רוצה להודות לג'וש מעיתון "הארץ" שבאמת בעניין הזה שם את הפוקוס - -

אוסאמה סעדי:

כל הכבוד לעיתון "הארץ".

היו"ר יואב קיש:

נכון. אני לא מכחיש.

אוסאמה סעדי:

אתם כל הזמן תוקפים את עיתון "הארץ". פתאום עכשיו יש הערכה לעיתון "הארץ". כל הכבוד לך.

היו"ר יואב קיש:

לפעמים הוא גם דוגמה לתועלת של עיתון "הארץ", ואני רוצה לומר לך בצורה הכי ברורה: המסר לא השתנה.

31. כמו כן, נטען הן על-ידי חברי כנסת והן על-ידי מר' איל זנדברג – ממונה בכיר במחלקת יעוץ וחקיקה, כי השינויים שנערכו בהצעת החוק הממשלתית נערכו על דעת יו"ר הוועדה ללא שהתקבלה החלטת ממשלה בנושא ולמעשה לאחר שהוועדה הצביעה על קידומה של הצעת החוק בנוסח קודם מיום 1.8.2018. כמו כן, נטען כי ההחלטה להחריג את האסירים הביטחוניים מהווה "נושא חדש" המצריך את אישור וועדת הכנסת (ראו עמ' 11 – 12 לפרוטוקול הדיון מיום 16.10.2018). כך למשל, ח"כ (לשעבר) אוסמה סעדי ציין כי "מדובר בהצעת חוק ממשלתית, אדוני, והצעת החוק הממשלתית מדברת על כל האסירים בלי אבחנה. כשהאבחנה המקורית בחוק לא השתנתה – עד ארבע שנים ומעל ארבע שנים. ולכן, כאשר אתה היום בא, אחרי שסיימנו את כל החקיקה בקריאה שנייה ושלישית, והוועדה הצביעה פה-אחד למרות שכל ההסתייגויות האלה, שעכשיו אתה מעלה, עלו במהלך הישיבה ב-1 באוגוסט" (פרוטוקול הדיון מיום 16.10.2018, בעמ' 17-18).

32. זאת ועוד. מר' זנדברג שב והדגיש כי בהקשר זה כי קיימים קשיים חוקתיים להבחין כאמור בין אסירים ביטחוניים לפליליים :

"משעלה הרעיון ונשאל היועץ המשפטי לממשלה לגבי ההיבטים המשפטיים של הרעיון, אני רוצה להתייחס לגופם של דברים, נכון שאין לאסיר זכות קנויה לשחרור מנהלי. שחרור מנהלי בא מרציונאליים מנהליים, מאילוצים של המערכת. יחד עם זאת, משמוחל הסדר מסוים כלשהו של שחרור מנהלי, אני חושב שכל אסיר זכאי שההסדר יחול עליו בצורה - - [...] **במקום שבו אנחנו מבקשים לייצר אבחנה בין קבוצות, צריך לאתר את לזהות את השוני הרלוונטי שיהפוך את ההסדר לשוויוני.** לא קל הדבר להבחין בין קבוצות של אסירים כשהמשמעות היא שחרור או המשך מאסר. זה דבר משמעותי שפוגע בזכות החירות ולכן, גם מה שאני אגיד בסופו של דבר הוא אחרי לבטים משפטיים או ניסיון להבין עד כמה ללכת עם כוחה של הכנסת לפגוע בהקשר הזה אולי בזכות השוויון ובעקיפין בזכות לחירות מתוך שהסתכלנו על ההקשר המסוים, הקשר של שחרור מנהלי, שכאמור הוא אילוץ של המערכת והוא מדבר גם על ההקשר של משך תקופת המאסר בשונה למשל מתנאי המאסר." (שם, בעמ' 13, ההדגשות הוספו – ר.א.)

33. כמו כן, מר' ליאור חיימוביץ - עוזרו של השר לביטחון פנים ח"כ גלעד ארדן שיזם את הצעת החוק – אף ציין בהקשר זה :

"צודק איל כשהוא אומר שבשלבם מוקדמים לאחר קבלת פסק הדין של בג"ץ, יזם השר לביטחון פנים איזה שהוא מהלך של יצירת אבחנה בין אסירים פליליים לבין אסירים ביטחוניים בכל מה שנוגע ליישום הוראות פסק הדין. האבחנה שהשר ביקש ליצור מתייחסת גם לפתרונות ארוכי הטווח, שזה פתרונות הבינוי וגם לפתרונות לטווח הבינוני וגם פתרונות לטווח הקצר, שזה הפתרונות שאנחנו דנים בהם היום. פה דרכינו נפרדות לצערי כי בדיון שהתקיים אצל השר הובהר על ידי משרד המשפטים שאין בסיס משפטי – [...] **נציגו של היועץ המשפטי לממשלה וגם בשיחות שלא בדיון הזה, שאין בסיס משפטי ליצירת האבחנה הזאת בכל מצב, גם בהקשר של הבינוי וגם בהקשר של החקיקה. אני רק רוצה להזכיר שכל הסיבה שבחוק הנוכחי קיימת מלכתחילה אבחנה, לא בתיקון הנוכחי אלא בחוק בכלל, קיימת אבחנה בשחרור מנהלי בין עד ארבע שנים לבין מארבע שנים ואילך, היא בדיוק בגלל הטענה הזאת של משרד המשפטים, שאין בסיס לאבחנה עניינית בין ביטחוני ללא ביטחוני אז יצרו ארבע שנים.**" (שם, בעמ' 15, ההדגשות הוספו – ר.א.)

34. חרף כל האמור, הוחלט על קידומה של הצעת החוק בנוסח המחריג את האסירים הביטחוניים, שהגדרתם הוספה כאמור בסעיף 3(ב) לתיקון החוק. להשלמת התמונה, יצוין כי ביום 22.10.2018 נערך דיון בוועדת הכנסת בטענה כי ההחרגה של האסירים הביטחוניים מהווה "נושא חדש", אולם הוועדה החליטה לדחות את הטענה.

- פרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת מיום 22.10.2018 **מצ"ב ומסומן ע/16.**

35. לאור זאת, הונחה ביום 29.10.2018 הצעת החוק הכוללת הוראות המחריגות את האסירים הביטחוניים מתחולתה על שולחן הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית. אי לכך, פנתה העותרת מס' 3 ביום 4.11.2019 ליועץ המשפטי לממשלה וליועץ המשפטי לכנסת והתריעה מפני אי החוקתיות הגלומה בהצעת החוק וביקשה לפעול כנגד קידומה.

- פניית העותרת מס' 3 מיום 4.11.2018 **מצ"ב ומסומנת ע/17**.

36. ואולם, למחרת עלתה הצעת החוק להצבעה וזכתה בסופו של יום לעיגון בתיקון החוק, שעבר בקריאה שנייה ושלישית. ההסתייגויות שהגישו חה"כ נדחו. החוק פורסם ברשומות ביום 7.11.2018 ונכנס לתוקף כחודש וחצי לאחר מכן, ביום 20.12.2018, כך שהוראת השעה הקבועה בו, כפי שיפורט להלן, תעמוד על כנה עד ליום 20.12.2021.

- פרוטוקול הדיון וההצבעה במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית **מצ"ב ומסומן ע/18**.

השחרור המינהלי ותיקון מס' 54 – רקע כללי והוראות תיקון החוק

37. הסמכות להורות על שחרור מינהלי מעונגת בסעיף 68 לפקודת בתי הסוהר, אשר קובע כד (ההדגשות הוספו – ר.א.):

ג68. (א) עלתה תפוסת האסירים על תקן הכליאה, יורה הנציב שישוחררו טרם זמנם האסירים שיתרת מאסרם ביום מתן ההוראה (להלן – היום הקובע), אינה עולה על יתרת המאסר המרבית שנקבעה בתוספת הראשונה לקבוצת האסירים שעמה נמנים אותם האסירים, ואולם לא ישוחרר לפי סעיף זה אלא אסיר שבמועד האמור נשא לפחות מחצית מתקופת מאסרו.

38. נוסח דומה לסעיף זה היה תקף עובר לתיקון מושא עתירה זו, והעניק שיקול דעת לנציב שירות בתי הסוהר בבואו להורות על שחרור מינהלי (ההדגשות הוספו – ר.א.):

עלתה תפוסת האסירים על תקן הכליאה, רשאי הנציב לפי שיקול דעתו ובמועד שימצא לנכון, להורות שישוחררו טרם זמנם האסירים שיתרת מאסרם ביום מתן ההוראה (להלן – היום הקובע), אינה עולה על יתרת המאסר המרבית שנקבעה בתוספת הראשונה לקבוצת האסירים שעמה נמנים אותם אסירים.

39. כמו כן, בעקבות תיקון מס' 54 לפקודה, התווספה על סמכות החובה שעוגנה בסעיף 68(א) סמכות שברשות המותנית באישור היועץ המשפטי לממשלה, להגדיל את תקופת השחרור המינהלי בשבועיים נוספים שעה שתפוסת האסירים עדיין עולה על תקן הכליאה ואינה עומדת בתנאי הדין:

(ב) מצא הנציב, לאחר שחרור אסירים לפי הוראות סעיף קטן (א), כי תפוסת האסירים עדיין עולה על תקן הכליאה ואינה עומדת בתנאי הדין, רשאי הוא, באישור היועץ המשפטי לממשלה, להגדיל לגבי קבוצות האסירים שבטור א' בתוספת הראשונה את יתרות המאסר המרביות הקבועות לגביהן בטור ב' באותה תוספת, בפרק זמן שיוורה ושלא יעלה על שבועיים; שחרור של אסירים טרם זמנם לפרק זמן נוסף כאמור יהיה באופן ובהיקף שיקבע הנציב בפקודות נציבות בתי הסוהר, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.

40. לעניין סעיף 68 לפקודת בתי הסוהר, הוגדרו המונחים "אסיר", "קבוצת אסירים", "שחרור מינהלי", "תפוסת אסירים" ו"תקן כליאה" בסעיף 68א(1) לפקודה באופן הבא:

"אסיר" –

(1) אסיר שפוט לתקופת מאסר שאינה עולה על ארבע שנים ;
(2) אסיר שפוט לתקופת מאסר העולה על ארבע שנים, שוועדת השחרורים החליטה לגביו שישוחרר על-תנאי מנשיאת יתרת תקופת מאסרו לפי סעיפים 3, 4 או 5 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 ;
"קבוצת אסירים" – קבוצת אסירים המאופיינת באורך המאסר שהוטל על מי שנכלל בה, כמפורט בתוספת הראשונה ;
"שחרור מינהלי" – שחרור אסירים טרם זמן לפי סעיף 68ג ;
"תפוסת אסירים" – מספר האסירים המוחזקים בכלל בתי הסוהר לרבות אסירים המאושפזים בבתי חולים לפי סעיפים 15(א) ו-16, או השוהים בחופשה לפי סעיף 36 וכן עצורים המוחזקים בכלל בתי הסוהר ; לעניין הגדרה זו, "אסיר" – כהגדרתו בסעיף 1 ;
"תקן כליאה" – סך כל מקומות הכליאה בכלל בתי הסוהר .

41. סעיף 1 לפקודה משלים הגדרות אלו ומגדיר את סוגי האסירים השונים :

"אסיר" – הנתון כדין במשמורת בית סוהר ;
"אסיר אזרחי" – אסיר שאינו אסיר פלילי ;
"אסיר פלילי" – אסיר על פי כתב של בית משפט או רשות אחרת כשהם דנים בפלילים או כתב של בית דין צבאי ;
"אסיר שפוט" – אסיר פלילי שנגזר דינו ;

42. לעניין תקן הכליאה, קובע סעיף 68 לפקודת בתי הסוהר כי "השר [לבטחון פנים] רשאי לקבוע בצו, מעת לעת באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, את תקן הכליאה, לתקופה שלא תעלה על שנה". ואכן, תקן כאמור נקבע מדי שנה בצו, כאשר האחרון שביניהם פורסם ביום 27.11.2017 וקבע כי תקן הכליאה יעמוד על 15,500 מקומות כליאה. עם זאת, במסגרת תיקון מס' 54, נקבע בסעיף 4 לתיקון החוק כי: "על אף האמור בסעיף 68 לפקודה, בתקופה שמיום פרסומו של חוק זה עד יום ב' בכסלו התש"ף (30 בנובמבר 2019) יהיה תקן הכליאה בכלל בתי הסוהר 14,000 מקומות כליאה".

43. הנה כי כן, ממכלול הוראות החוק עולה כי בעקבות תיקון מס' 54 לפקודה, סמכותו של הנציב להורות על שחרור מינהלי היא סמכות חובה המותנית בהתקיימותם של מספר תנאים מצטברים: **ראשית**, כי תפוסת האסירים עולה על תקן הכליאה שהועמד על 14,000 מקומות ; **שנית**, כי מדובר באסיר פלילי שנגזר דינו לתקופה שאינה עולה על ארבע שנים אין אסיר פלילי שנגזר דינו לתקופה שעולה על ארבע שנים והוחלט על שחרורו בהתאם לחוק שחרור על-תנאי ; **שלישית**, כי במועד השחרור נשא האסיר לפחות מחצית מתקופת מאסרו.

44. על רקע האמור, הרחיב תיקון מס' 54 לפקודה את תקופת השחרור המינהלי הקבועות בתוספת הראשונה לתקופה של שלוש שנים, כך שתקופות אלו הוגדלו משמעותית, בהתאם לתקופת המאסר שנגזרה על האסיר. הרחבת תקופת השחרור המינהלי, כפי שמופיעה בתוספת הראשונה עובר לתיקון ולאחריו, מפורטת בטבלה שלהלן :

טור ב' לאחר תיקון מס' 54 יתרת מאסר מרבית בשבועות	טור ב' עובר לתיקון מס' 54 יתרת מאסר מרבית בשבועות	טור א' – קבוצת אסירים מי שנדון למאסר לתקופה –
8	2	העולה על חודש ואינה עולה על חצי שנה
12	3	העולה על חצי שנה ואינה עולה על שנה
16	4	העולה על שנה ואינה עולה על 18 חודשים
20	5	העולה על 18 חודשים ואינה עולה על 24 חודשים
20	6	העולה על 24 חודשים ואינה עולה על 30 חודשים
21	7	העולה על 30 חודשים ואינה עולה על 36 חודשים
24	8	העולה על 36 חודשים ואינה עולה על 42 חודשים
27	9	העולה על 42 חודשים ואינה עולה על 48 חודשים
27	10	העולה על 48 חודשים ואינה עולה על 54 חודשים
27	11	העולה על 54 חודשים ואינה עולה על 60 חודשים
27	12	העולה על 60 חודשים ואינה עולה על 66 חודשים
27	13	העולה על 66 חודשים ואינה עולה על 72 חודשים
28	14	העולה על 72 חודשים ואינה עולה על 78 חודשים
30	15	העולה על 78 חודשים ואינה עולה על 84 חודשים
30	16	העולה על 84 חודשים ואינה עולה על 90 חודשים
30	17	העולה על 90 חודשים ואינה עולה על 96 חודשים
30	18	העולה על 96 חודשים ואינה עולה על 102 חודשים
30	19	העולה על 102 חודשים ואינה עולה על 108 חודשים
30	20	העולה על 108 חודשים ואינה עולה על 114 חודשים
30	21	העולה על 114 חודשים ואינה עולה על 120 חודשים
30	22	העולה על 120 חודשים ואינה עולה על 126 חודשים
30	23	העולה על 126 חודשים ואינה עולה על 132 חודשים
30	24	העולה על 132 חודשים

45. חרף האמור, סעיף 3(ב) לתיקון החוק קבע כי הוראות התיקון המרחיבות את תקופות השחרור המינהלי, לא יחולו על קבוצת האסירים שהוגדרה בסעיף, וחלף זאת יקראו את החוק והתוספת הראשונה בנוסחן שקדם לתיקון. כך קובע סעיף 3(ב) לתיקון החוק:

3. (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), בתקופת הוראת השעה יחולו, לענין אסיר שהתקיים בו אחד מהתנאים המפורטים להלן, הוראות סעיף 68 והתוספת הראשונה לפקודה כנוסחן ערב תחילתה של תקופת הוראת השעה:

(1) הוא הורשע בעבירת טרור כהגדרתה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן – חוק המאבק בטרור);

(2) הוא הורשע בעבירה לפי פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 או תקנה 84 או 85 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כנוסחם ערב ביטולם בחוק המאבק בטרור, או עבירת ביטחון כהגדרתה בחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, כנוסחו ערב ביטולו בחוק המאבק בטרור;

(3) הוא הורשע בידי בית משפט צבאי כהגדרתו בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בעבירה לפי חלק ג' לתקנות האמורות;

(4) הוא הורשע בידי בית משפט צבאי כהגדרתו בתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, כפי שהוארך תוקפן ותוקן נוסחן בחוק, מעת לעת, בעבירה נגד ביטחון המדינה שנקבעה בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009, בצו אחר שהוציא המפקד הצבאי באזור או בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כתוקפן באזור.

46. מכאן העתירה דן המבקשת מבית המשפט הנכבד להוציא מתחתיו צו על-תנאי המופנה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 3(ב) לתיקון החוק, בהיותו מנוגד לזכות לשוויון בין אסירים, יוצר מסלולים חוקיים נפרדים ללא זיקה מוצדקת לתכלית החוק ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

הטיעון המשפטי

סעיף 3(ב) לתיקון החוק פוגע בזכויות יסוד ומעגן בחקיקה ראשית מסלולים חוקיים נפרדים ומפלים

47. כידוע, לכל אסיר – ובכלל זה אסיר ביטחוני – שמורות זכויות האדם והחירויות הנתונות לו, אלא אם הגבלתן נדרשת כתוצאה מעצם המאסר ותכליותיו. ידועים בהקשר זה דבריו של בית המשפט הנכבד במסגרת ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136, 152 – 153 (1996):

"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאת מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן

מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות, מהן מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין... הנחת היסוד היא, שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר"

48. במסגרת זו, על המדינה מוטלת החובה לנהוג בשוויון בין כלל האסירים, ולצורך כך אין נפקא מינה אם היחס השונה בין אסירים שווים מונהג בנוגע לזכות מוקנית או טובת הנאה, שכן גם ההחלטה להעניק טובת הנאה כפופה לעקרון השוויון ואין להבחין בין אסירים בהענקת טובת הנאה על בסיס שאינו ענייני ושאינו משרת את תכלית הענקת טובת הנאה. בית המשפט הנכבד עמד זה מכבר על זכותם של אסירים לשוויון, אף כאשר מדובר בהענקת או שלילת טובת הנאה וקבע בהקשר זה כי קבוצת האסירים הביטחוניים אינה מהווה קבוצת שוויון נפרדת.

49. ב-דנג"צ 204/13 **צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 14.4.2015) (להלן: עניין **צלאח**) – שם נדונה ההחלטה לשלול מאסירים ביטחוניים את האפשרות להשתלב בלימודים גבוהים במסגרת מאסרם – עמד בית המשפט הנכבד על זכותם של אסירים ביטחוניים לשוויון וקבע כי אסירים ביטחוניים אינם מהווים קבוצת שוויון נפרדת ועל כן אין לגזור יחס שונה לאסירים ביטחוניים ללא הצדקה עניינית:

"עמדתם הכללית של המשיבים היא, כי בשל מסוכנותם של האסירים הביטחוניים ומאפייניהם הייחודיים, יש לראותם כקבוצת שוויון נפרדת, אשר משטר חייה בין כתלי בית הכלא שונה בתכלית מזה של האסירים שאינם אסירים ביטחוניים. לגישתם של המשיבים, ההבדלים המהותיים בין קבוצות אלה, מלמדים על סבירותה של ההבחנה שנעשתה במקרה זה בין אסירים ביטחוניים לבין אסירים אחרים. טענה זו – אין לקבל. החובה לנהוג בשוויון חלה כלפי קבוצה מסוימת שנקבעה לאתו עניין, ולא כלפי אנשים מחוצה לה. אולם, יש לבחון אם קיימת הצדקה להבחנה בין הקבוצות השונות, לצורך נורמה ספציפית או מדיניות מסוימת ... לא די בסיווגם של אסירים ביטחוניים ככאלה, או בחומרת העבירות שביצעו, על-מנת לנקוט כלפיהם ביחס שונה בכל דבר ועניין." (ההדגשות הוספו – ר.א.)

50. זאת ועוד: בית המשפט הנכבד קבע זה מכבר כי אין מקום להבחין בין אסירים רק משום שמדובר באסיר ביטחוני אשר ביצע עבירות מסוג מסוים. כך למשל, בע"א 3244/90 אל סורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.1990) – שם נדונה שאלת שחרורו המוקדם של אסיר ביטחוני – הוחלט כי:

"אין לקבוע חד משמעית כי עבירות מסוג מסויים יש בהן כדי לשלול באורח אוטומאטי את האפשרות כי הוועדה תמליץ על הפחתת תקופת המאסר... אלא יש לבחון בכל מקרה ומקרה את כלל הנסיבות ובתוכן את השאלה מה יכולה מהות העבירה ללמד על הסיכוי כי האסיר לא ישוב לפעולות עבריינית לאחר שחרורו. במקרה אחר שנדון בפני, ועניינו תנאיו וזכויותיו של אסיר בטחוני בהיותו במאסר, קבעתי לאמור: '... גם אם אדם

מסווג כאסיר ביטחוני עדיין יש בכל מקרה ומקרה לבחון אם חרף זאת לא ראוי ליתן לו פריבילגיה זו או אחרת' ... דברים אלה כוחם יפה גם שעה שהשאלה הנדונה היא שאלת שחרורו של אסיר עם תום שני שלישים מתקופת מאסרו. (ההדגשה הוספה – ר.א.)

51. כמו כן, יצוין כי הפסיקה עמדה בהקשרים שונים, כגון זכויותיהם של חשודים בעבירות ביטחון, על החשיבות שבשמירה על מערך זכויות אחיד גם לחשודים בעבירות ביטחון, באופן העולה בקנה אחד עם חשודים פליליים אחרים. יפים לצורך זה דבריו של בית המשפט הנכבד ב-בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.02.10):

"ענייננו הוא בחקירות של חשודים בפלילים. המסגרת שבה מתבקש מעצרו של החשוד – גם אם הוא חשוד בעבירות ביטחון – היא מסגרת פלילית. אמנם מדובר במטריה מיוחדת המציבה אתגרים מיוחדים אולם אין בכך כדי לשמוט את העובדה שהחשוד נחקר לגבי מעורבותו-שלו בעבירות ביטחון. במסגרת החקירה הוא עשוי להישאל שאלות הצופות פני פעילות טרור עתידית אך אין משמעות הדבר כי מדובר ב"מעצר סיכולי" בלבד שכן החקירה והמעצר נשענים על עילות הנוגעות למעורבותו בעבירות ביטחון. לעניין זה העצור הוא בגדר חשוד. יש לפיכך לשמור על זכויותיו כחשוד בפלילים"

52. הבחנה גורפת בין אסירים על בסיס העבירות המיוחדות להם ויצירתם של מסלולים חוקיים נפרדים, בחקיקה ראשית, ללא זיקה לתכלית החוק, פוגעת בראש ובראשונה בעקרון הדמוקרטי הבסיסי של שלטון החוק, שנועד להבטיח גם את עקרון השוויון בפני החוק.

53. לכל אסיר, ובגדר זאת אסיר ביטחוני, נתונה הזכות לשוויון, ואין להפלות בינו ובין אסירים אחרים ללא שהבחנה משרתת את תכלית החוק או המאסר ורק משום שהורשעו בעבירות על פי סעיף חיקוק מסוים, לא כל שכן סעיף חיקוק שהעונש שנגזר בגינו הוא נמוך יחסית (פחות מ-4 שנים). די באמור כדי לבסס את המסקנה כי תיקון החוק פוגע באופן גורף ושלא כדין בזכות לשוויון בין אסירים.

54. למעלה מזאת: הפגיעה בזכות לשוויון בין אסירים כרוכה בענייננו אף בפגיעה הן בחירותם של האסירים והן בכבודם כבני אדם, שכן ההבחנה בינם לבין אסירים אחרים נעשית מטעמים שרירותיים של סעיף העבירה ופורום השיפוט, ללא כל זיקה לאורך מאסרם או חומרת מעשיהם. משמעותה של הבחנה זו, המשליכה על חירותם באופן ישיר, היא כי אסירים אלו יישאו תקופות מאסר שונות מאסירים שנגזר עליהם עונש זהה – אך ורק בשל העובדה כי הורשעו בסעיף עבירה מסוים או נשפטו בפורום שיפוט מסוים.

55. דיסוננס חוקתי זה מקבל משנה חומרה שעה שאסירים בגירים, שלחובתם עבר פלילי מכביד ונגזר דינם לתקופה של כארבע שנים יזכו לשחרור מינהלי מורחב, בעוד קטינים, שעברם נקי ושנגזר דינם לתקופות פחותות משמעותית, כדוגמת העותרים, לא יזכו לשחרור מינהלי מורחב, אך ורק בשל סעיף העבירה שבה הורשעו. ודוק: במסגרת יישום ראשוני של הוראות החוק, שוחררו מאות אסירים, מתוכם כ-247 אסירים שהורשעו בעבירות אלימות במשפחה,

177 אסירים שהורשעו בעבירות סמים ו-49 אסירים שהורשעו בעבירות מין (ראו: יהושע בריינר "מי העבריינים שיוצאים לחופשי ואיך זה נקבע: שאלות ותשובות לקראת שחרור האסירים היום" **הארץ** 20.12.2018 <https://www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.6761543>).

56. על האמור נוסף כי אין להתעלם מהעובדה שתיקון החוק נועד לפגוע בקבוצת אסירים בעלת מאפיינים לאומיים – היינו אסירים ערבים-פלסטינים. אמנם על-פניו ההחלטה שעוגנה בהוראת השעה אינה מבחינה בין האסירים על-פי מוצאם, אולם בפועל תחולתה מיושמת בעיקר – אם לא רק – נגד אסירים ערבים-פלסטינים. בהקשר זה, הלכה פסוקה היא כי מבחן קיומה של אפליה הינו המבחן התוצאתי המתמקד בתוצאת מימוש הנורמה העומדת לביקורת שיפוטית (ראו: בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), 27.2.2006), פסקה 18 לפסק דינו של השופט ברק; בג"ץ 332/87 **בן שלמה נ' שר הפנים**, פ"ד מג(3) 353, 356 (1989).

57. פגיעה זו בזכויותיהם של אסירים ביטחוניים לשוויון, כבוד וחירות מקבלת משנה תוקף בהקשר של השחרור המינהלי, שנקבעו בו הסדרים ספציפיים שנועדו להעדיף את הזכות לשוויון גם בהענקת טובת הנאה זו, וכן בהינתן קביעותיו של בית המשפט הנכבד בבג"צ הצפיפות בבתי הסוהר שנועדו לחול באופן מפורש גם על אסירים ביטחוניים ואשר מצוקת הצפיפות בתאיהם היא החריפה ביותר.

הזכות לשוויון והשחרור המינהלי

58. הוראות הדין הספציפיות החלות על שחרור מינהלי (lex specialis) נועדו להעדיף את עקרון השוויון ולמנוע החרטה שרירותית של אסירים שלא מבוססת על אורך המאסר שנגזר עליהם, שמשקף למעשה את חומרת מעשיהם בשקילה אינדיבידואלית. כאמור, בסעיף 68א(1) הוגדר המונח "קבוצת אסירים" לצורך השחרור המינהלי כפונקציה של אורך המאסר שהוטל על האסיר:

"קבוצת אסירים" – קבוצת אסירים המאופיינת באורך המאסר שהוטל על מי שנכלל בה, כמפורט בתוספת הראשונה" (ההדגשה הוספה – ר.א.)

59. לא זו אף זו, במטרה למנוע אפליה פסולה בין אסירים בהחלט מנגנון השחרור המינהלי, סעיף 68ד(ג) לפקודת בתי הסוהר קובע כי:

"68ד (ג) היו ביום הקובע אסירים הנמנים עם אותה קבוצה שיתרת מאסרם זהה, ויש לשחרר שחרור מינהלי רק חלק מהם – ישוחררו כולם, על אף האמור בסעיף קטן (ב), אף אם תקטן בכך תפוסת האסירים מתקן הכליאה" (ההדגשה הוספה - ר.א.)

60. זאת ועוד: בעקבות תיקון מס' 41 כאמור, הוספו הוראות הקובעות כי ההבחנה בין אסירים לצורך זכאותם לשחרור מינהלי תהא לפי אורך מאסרם, ונקבע רף חקיקתי של 4 שנות מאסר, המבדיל בין זכאות אוטומטית לשחרור מינהלי וזכאות המותנית באישור וועדת השחרורים. יוזכר, כי ברקע הדברים תיקון זה נועד למנוע את שחרורם המינהלי של אסירים ביטחוניים

שנשפטו בגין עבירות חמורות ולתקופות מאסר ארוכות, אם כי לא נקבע בשום שלב הסדר גורף המונע מכלל האסירים שהורשעו על פי סעיף חיקוק מסוים או בית משפט צבאי, את זכאותם לטובת הנאה מסוג השחרור המינהלי.

61. בהקשר זה, בית המשפט פסק כי אין להפלות בין סוגי אסירים לצורך חישוב תקופת השחרור המינהלי שלא על פי תקופת המאסר שלה הם נידונו. ב-עת"א 56679-06-15 **בובליל נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 29.7.2015), שם נדון ענייננו של אסיר צבאי שנשפט בבית דין צבאי לתקופה של 5 שנים והתעוררה מחלוקת באשר לאופן חישוב תקופת השחרור המינהלי, פסק בית המשפט כי:

"לא מצאתי כל נימוק להפלות בינו לבין אסיר פלילי אחר שחישוב תקופת המאסר לצורך שחרור מנהלי נעשה על פי תקופת המאסר שלה הוא נידון על ידי בית המשפט שהורה על מאסרו" (שם, בפס' 9, ההדגשות הוספו – ר.א.).

62. למעלה מזאת, ההבחנה בין אסירים פליליים ואסירים ביטחוניים בתיקון החקיקה מושא עתירה זו מקבלת משנה חומרה, משום שמטרת תיקון החקיקה מלכתחילה הייתה לסייע בקיום הוראות בג"ץ הצפיפות בבתי הסוהר, שהורה על יצירת שטח מחייה ראוי לכלל האסירים, ללא הבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים. לא למותר לציין בהקשר זה את דבריו של כב' השופט א' רובינשטיין בבג"צ הצפיפות בבתי הסוהר:

"אציין תחילה, כי פסק דין זה ממוקד בנושא שטח המחיה, ללא זיקה, שאין לה עיגון בדין, לחומרת העבירות שעליהן מרצים האסירים את עונשיהם, העשויות להיות חמורות ומתועבות; כמו כן אין אנו נדרשים להבחנה בין אסירים פליליים לפליליים-ביטחוניים (על כל המורכבות לגבי האחרונים) שבמובן הדין הבסיסי אין ביניהם הבחנה, וכך גם לא להבחנה בין עצורים פליליים למינהליים, שאינה מעניינת של תיק זה." (ההדגשות הוספו – ר.א.).

63. הנחיצות לשחרר אסירים ביטחוניים על מנת לקיים את הוראות בג"צ הצפיפות בבתי הסוהר היא מוגברת, שכן אגפי האסירים הביטחוניים נתחווורו בתור האגפים הצפופים ביותר, וכפי שציין כב' השופט רובינשטיין:

"נאמר כך בפשטות – היעלה על הדעת כי אסיר או עצור אשר שוכבים לישון ומתעוררים בבוקר יום יום, שבוע שבוע, חודש חודש ושנה שנה, בתא אשר גודלו 2.2 מ"ר (מחנה עופר) 2.3 מ"ר (בית סוהר מגידו) 2.4 מ"ר (מתקני כליאה ניצן, רמון וקציעות) וכדומה, חיים את חייהם "בכבוד ובריאות", כנדרש על-פי החוק? היכולים אנו, שופטי ישראל, להתעלם מן המציאות בשטח ולהמשיך לשלוח את המורשעים בפלילים – קל וחומר החשודים או הנאשמים בפלילים – חמורים פשעיהם ככל שיהיו, ואשוב ואמר כי רבים מהם מעוררים סלידה ושאת נפש לאין קץ הן במישור הפלילי והן במישור הפלילי-ביטחוני, לתנאי כליאה שאינם ראויים למחיתו של אדם, וכפי שציין חברי השופט (בדימוי) זילברטל באחד הדיונים בתיק זה – למקום שאף אחד מאתנו לא היה מחזיק בו מעמד יומיים"

פרוטוקול הדיון מיום 13.7.15, בעמ' 5)? ונציין כאן, כי לפי נתוני השב"ס, נמצאת ישראל הרבה מתחת לרף הממוצע באירופה הנוגע לשטח המחיה המוקצה לאסיר (שהוא 8.8 מ"ר שם), ולפי נתוני הצלב האדום אף מתחת לנהוג במאוריציוס (4.08 מ"ר), בקניה (3.7 מ"ר) ובסנגל (3.55 מ"ר) ... סבורני, כי אין להשיב לשאלות הללו אלא באופן אחד, קרי, שלא בחיוב." (ההדגשות הוספו – ר.א.)

64. אשר על כן, עולה כי סעיף 3(ב) לתיקון החוק פוגע בזכותם של אסירים ביטחוניים לשוויון ועל כן גם בזכותם לחירות ולכבוד, מנוגד להוראות הדין הספציפיות החלות על מנגנון השחרור המינהלי וחותר תחת פסיקתו של בית המשפט הנכבד והצורך להבטיח שטח מחייה הולם מינימאלי גם לאסירים ביטחוניים הסובלים ביתר שאת ממצוקת הצפיפות בבתי הסוהר.

סעיף 3(ב) לתיקון החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה

65. סעיף 3(ב) לתיקון החוק פוגע כאמור בזכות האסירים לשוויון ויוצר מסלולים נפרדים ומפלים עבור סוגי אסירים שונים. פגיעה זו, כפי שיפורט להלן, לא נועדה לשרת תכלית ראויה וממילא אינה עומדת במבחני המידתיות, בהיותה מחילה הסדר קטגורי מפלה על בסיס סעיף החיקוק או פורום השיפוט שבו נשפטו האסירים.

סעיף 3(ב) לתיקון החוק אינו משרת תכלית ראויה ומנוגד לתכלית תיקון החוק העיקרית

66. תכליתו של השחרור המינהלי היא להקל על הצפיפות בבתי הסוהר. תכלית זו נלמדת בראש ובראשונה מלשון החוק אשר מורה על השימוש בכלי השחרור המינהלי אך ורק שעה שעלתה תפוסת האסירים על תקן הכליאה. סעיף 68ד(ב) לפקודה קובע, בהקשר זה, כי "הגיעה תפוסת האסירים כדי תקן הכליאה – לא ישוחרר עוד כל אסיר שחרור מינהלי".

67. על תכלית זו עמד בית המשפט הנכבד לא אחת. במסגרת רע"ב 6943/13 **אוחנה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.11.2013) (להלן: עניין **אוחנה**) – שם נדונה תחולתו של תיקון מס' 41 לפקודה אשר קבע לראשונה כי שחרור המינהלי של אסירים שתקופת מאסרם עולה על ארבע שנים מותנה בזכאותם לשחרור מוקדם על פי חוק שחרור על-תנאי – ציין כב' השופט ע' פוגלמן כי: "השחרור המינהלי הוא כלי הנתון בידי נציב שירות בתי הסוהר **שתכליתו בעיקרה היא הקלה על צפיפות האסירים בבתי הסוהר**" (ההדגשה הוספה – ר.א.). בהקשר זה, השחרור המינהלי אופיין כטובת הנאה – להבדיל מזכות מוקנית של האסיר – אשר נובעת ממחסור מערכת במקומות כליאה (שם).

68. ב-רע"ב 1049/15 **ניזרי נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 18.6.2015) (להלן: עניין **ניזרי**) – שם נקבע כי יש להחיל את הסדר השחרור המינהלי על תקופת המאסר חלף קנס – התייחס כב' השופט נ' הנדל לתכליתו של השחרור המינהלי ולזיקתו למסוכנות האסיר וחומרת מעשיו:

"התכלית היא התמודדות עם מצב בו תפוסת האסירים עולה על תקן הכליאה. כדי לשמור על איזון בין יעדי הענישה

והתכלית האמורה, יש לקבוע אילו אסירים יזכו לשחרור מינהלי. כך יוצר איזון ראוי בין הצורך לפנות מקום בבתי הסוהר לבין ההגנה על האינטרס הציבורי. בטרם תוקן הסעיף, בשנת 2012, לא נערכה הבחנה בין אסירים שונים על סמך חומרת מעשיהם. בתיקון 41 לפקודה נוסף הקריטריון של תקופת מאסר שאינה עולה על ארבע שנים. **מטרת התיקון הייתה להתחשב בחומרת מעשיו של האסיר ובמסוכנותו לציבור.** [...] **באיזון שנקבע במסגרת תיקון 41 לפקודה נלקחות בחשבון, בין היתר, חומרת מעשיו של האסיר ומסוכנותו. אלה "נמדדות" גם באמצעות אורך תקופת המאסר שהושתה עליו בגזר הדין. מכאן הקו המפריד בין מאסר לתקופה העולה על ארבע שנים למאסר לתקופה קצרה יותר. אף הייתי מוסיף את השיקול של עקרון ההלימה בענישה** (לפי תיקון 113 לחוק העונשין). לאמור, ככל שהעבירה חמורה יותר, כך חלשה יותר ההצדקה להתערבות ולהקלה בעונש בצורת שחרור מינהלי. תקופת מאסר שאיננה ארוכה – ארבע שנות מאסר ופחות מכך, מאפשרת התחשבות מסוימת בשיקולים מינהליים. המחוקק קבע אפוא סטנדרט של ארבע שנים כרף המפריד בין מי שראוי לשחרור המינהלי ומי שאינו ראוי לו. ניתן להתייחס לרף זה בשני אופנים – כחזקה חלוטה בדבר העדר מסוכנות או כמדד לחומרת מעשי האסיר." (ההדגשות הוספו – ר.א.)

69. עולה, אפוא, כי מנגנון השחרור המינהלי נועד לקצר בתקופות המאסר של אסירים, על פי **מפתח של תקופת המאסר** שנגזרה עליהם, במטרה להקל על הצפיפות בבתי הסוהר. ובכן, לצורך הגשמת תכלית זו ועל רקע פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין הצפיפות בבתי הסוהר, יזמה הממשלה את קידומו של תיקון מס' 54 לפקודה, שנועד לסייע למדינה להרחיב את שטח המחייה בשירות בתי הסוהר באמצעות הגדלת תקופות השחרור המינהלי של כלל האסירים. דברים אלה שוקפו בדברי ההסבר להצעת החוק:

"נמצא כי האמצעי המתאים ביותר לשם קיום הוראות פסק הדין [בג"צ הצפיפות בבתי הסוהר – ר.א.] הוא הרחבה נוספת של הסדר השחרור המנהלי ... הסדר אשר מאפשר שחרור אסירים טרם זמנם בהוראת נציב בתי הסוהר ... בהתאם לאמור מוצע, כאמצעי זמני עד ליישום הדרכים הנוספות לקיום פסק הדין ... לתקן, בהוראת שעה למשך שלוש שנים, את התוספת הראשונה לפקודה ... שבה נקבעו התקופות לשחרור מינהלי של אסירים, ולהגדיל תקופות אלה"

70. עם זאת, לתיקון החוק התווספה בשלבים מתקדמים כאמור הוראה המחריגה את תחולתו מקבוצת האסירים הביטחוניים שהוגדרו בסעיף 3(ב) לתיקון החוק, חרף היעדרה של זיקה בין קבוצת האסירים שהוחרגו לבין משך מאסרם או חומרת מעשיהם, ועל אף הפגיעה בזכות לשוויון בין אסירים.

71. לעניין זה, הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית העומדות מאחורי ההחרגה הנדונה אינן ראויות. חוק ייחשב כמקדם תכלית ראויה "אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל [...]. המבחן יתחשב במהות

הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. 'ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה' [...]. יש אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד" (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (טרם פורסם, 16.9.2013). קביעה זו אוששה אף בפסק דינו של השופט פוגלמן בבג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 22.9.2014). עוד ראו לעניין זה אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 305-300 (2010)). מטרתה של נורמה משפטית הפוגעת בזכות חוקתית היא ראויה לא רק אם תכנה הוא ראוי אלא אם הצורך בה הוא חיוני, נחוץ וראוי (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005). ראו גם: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 264, 235 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור ואח' נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

72. בענייננו: תכלית תיקון החוק העיקרית היא כאמור לסייע בהפחתת הצפיפות בבתי הסוהר והבטחת שטח מחיה ראוי לכל אסיר, במטרה לקיים את פסיקת בית המשפט הנכבד במסגרת בג"צ הצפיפות בבתי הסוהר. תכלית זו תקפה ביתר שאת כאמור לגבי אסירים ביטחוניים, שסובלים מצפיפות גבוהה במיוחד בתאיהם ומשכך החרגתם חותרת תחת תכלית החוק. החרגתם של אסירים ביטחוניים מתיקון החוק באופן קטגורי לא עוגנה מלכתחילה בהליך החקיקה ולא נועדה לשרת תכלית ראויה, אם כי נבעה בדיעבד משיקולי נקמנות וענישה פסולים ובעקבות דיווחים תקשורתיים כאמור. כך למשל, דברי יו"ר הוועדה בפרוטוקול מיום 16.10.2018 מדגימים את התכלית הסובייקטיבית הנקמנית של ההחרגה:

"ענייני כרגע זו הצעת החוק שלא תוציא לרחוב יום אחד מוקדם אסיר ביטחוני. כן, ואסיר ביטחוני, גם אם הוא מסיע שב"ח, גם אם הוא מעביר לפלאפונים למחבלים בכלא – יש אחד כזה, אני לא יודע אם אתה מכיר אותו, הוא לא ייחנה מהצעת החוק הזאת. תודה."

73. על התכלית האובייקטיבית של החרגה זו עמד גם היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו מיום 15.10.2018:

"התכלית העיקרית על בסיסה ניתן להשתית את ההבחנה בין האסירים הביטחוניים לבין אסירים פליליים – לעניין הגדלת תקופת השחרור המינהלי – מוסבת על השוני בין עבירות פליליות "רגילות" לבין עבירות ביטחוניות על רקע אידיאולוגי-לאומני בהקשר של האינטרס הציבורי החשוב שעניינו במאבקה של המדינה בפעילותם של ארגוני הטרור, והרצון שלא לנקוט באמצעי שעלול לפגוע בהרתעה של מדינת ישראל כלפי ארגוני הטרור ובעבריינים הפוטנציאליים על רקע אידיאולוגי-לאומני מהמשך מאבקם האלים במדינת ישראל ובחברה הישראלית. [...]"

שני הרכיבים האמורים אמנם אינם נוגעים ישירות לשאלת השחרור המינהלי אבל ניתן להסתייע בהם כדי לטעון כי הסיכון הייחודי הנובע מעבירות הטרור ... מצדיקים התייחסות שונה

במידת-מה של המחוקק לאוכלוסיית האסירים הביטחוניים
בהקשרים מסוימים, והם יכולים לבסס טענה שלפיה במקרים
אלה גובר משקלם של שיקול ההרתעה ושיקולי הגמול ומיצוי
העונש שנגזר על העבריין." (ההדגשות הוספו – ר.א.)

74. ואולם, בכל הכבוד הראוי, תכליות אלו שצוינו הן פסולות ואינן יכולות לעמוד בפני ביקורת
חוקתית ואינן יכולות לבסס יצירתם של מסלולי חקיקה שונים לאסירים על פי סעיף העבירה
שבה הורשעו וללא תלות בשאלת חומרת העונש שנגזר על האסיר האינדיבידואלי בפועל.

75. בהקשר זה, נפסק זה מכבר כי אין להטיל על אסירים ביטחוניים מגבלות משיקולים
ענישתיים. כך למשל, ב-ע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' סמיר קונטאר, פ"ד (4) 492 (1996)
נדונה ההבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים לעניין קיום קשר טלפוני עם העולם החיצון,
וצוין שם כי:

"אין להטיל על אסירים ביטחוניים מגבלה על קשר עם אנשים
מחוץ לבית הסוהר אם אין היא נדרשת על יסוד שיקולים
ביטחוניים או שיקולים ענייניים אחרים, אלא נובעת רק
משיקולים של ענישה או נקמנות, או אם היא פוגעת באסיר
מעבר למידה הנדרשת על-ידי שיקולים ענייניים" (ההדגשות
הוספו – ר.א.)

76. כמו כן, בעניין צלאח הנ"ל הודגש כי מגבלות המוטלות על אסירים ביטחוניים אינן יכולות
להיות שרירותיות:

"החלטה להטיל מגבלות מיוחדות על אסירים ביטחוניים אינה
יכולה להיות שרירותית. ... יש מקום להבדיל בין אסיר
ביטחוני לבין אסיר פלילי בנוגע לתנאי המאסר רק אם הדבר
מתחייב מצורכי סדר וביטחון או לפי שיקולים ענייניים
אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים אלה" (ההדגשות
הוספו – ר.א.)

77. בנוסף, במישור התכלית האובייקטיבית, נזכיר כי בדיוני הוועדה עצמה, עמדו הנציגים של
משרד המשפטים, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, על היעדרה של זיקה עניינית בין
החרגתם הגורפת של אסירים ביטחוניים ובין הפחתת הצפיפות בבתי הסוהר. כך למשל, כבר
ביום 1.8.2018, ציינה גבי שמרית גולדנברג ממחלקת ייעוץ וחקיקה:

"בנוסף לכל הקשיים היישומיים שהם משמעותיים, בעינינו יש
כאן גם קושי במישור החוקתי וצריך לקחת את זה בחשבון.
תכלית השחרור המינהלי היא להבטיח את נושא הצפיפות. [...]
קשה להגיד שבסופו של דבר בתוך קבוצה של אסירים
שמוגדרים בקטגוריה מסוימת, מכולם נשקפת מסוכנות שהיא
זהה. זה ברור שגם בקבוצה של מה שאנחנו רואים כאסירים
ביטחוניים, מנעד החומרה מאוד מאוד משתנה." (פרוטוקול
דיוני הוועדה מיום 1.8.2018)

78. משאלו הם פני הדברים, ברי כי החרגתם של האסירים הביטחוניים כפי שהוגדרו בהוראות
סעיף 3(ב) לתיקון החוק לא נועדה לשרת תכלית ראויה, נבעה משיקולים פסולים והוכחה כלא

נחוצה בעליל, במיוחד שעה שהממשלה והוועדה יזמו מלכתחילה אפשרות שחרור לכלל האסירים ואף סוכם בדיון מיום 1.8.2018 שלא להחריג את האסירים הביטחוניים.

79. בהקשר זה, קשה לטעון, כפי שנכתב בעמדת היועץ המשפטי לממשלה מיום 15.10.2018, שהחרגה כזו מושתתת על תכלית עניינית. גם לגישת היועץ המשפטי לממשלה, המדובר בשיקולים ש"אמנם אינם נוגעים ישירות לשאלת השחרור המינהלי" (שם, בפסק 9), אולם הם "יכולים לבסס טענה שלפיה במקרים אלה גובר משקלם של שיקול ההרתעה ושיקולי הגמולי". ובכן, טענה זו, בכל הכבוד הראוי, אינה יכולה לעמוד. **ראשית**, היועץ המשפטי לממשלה עצמו הסתייג מחוקתיות של תיקון החוק והתנגד לקידומו במתכונת כזו מלכתחילה עוד בשלב דיוני וועדת השרים לענייני חקיקה, ויש בכך כדי להעיד על אי החוקתיות שהחרגה כזו מעוררת. **שנית**, קשה להצדיק את התכלית העונשית המושתתת על שיקולי גמול והרתעה כאשר מדובר על מנגנון מינהלי שתכליתו אינה עונשית, ובוודאי כאשר שיקולים עונשיים אלו חלים באופן סלקטיבי אך ורק על האסירים הביטחוניים. כוחן של מילים אלו, שניתנו כהצדקה להחרגת האסירים הביטחוניים, הוא יפה באותה מידה גם ביחס ליתר האסירים, בשינויים המחוייבים. **שלישית**, אחד האדנים עליהם נסמכת עמדת היועץ המשפטי לממשלה נדחה מפורשות בעמדת הרוב בעניין **צלאח** הנ"ל. כפי שנקבע בחוות דעתה של כב' הנשיאה מ' נאור, עליה חלק בדעת מיעוט כב' המשנה לנשיאה גרוניס, הרי שאין לקבל את טענת המדינה לפיה קבוצת האסירים הביטחוניים מהווה קבוצת שוויון נפרדת (ר' פסי' 49 לעיל). די בכך כדי לשמוט את הקרקע מתחת לעמוד תווך זה, ולנימוקים להבחנה המוצעת.

80. למעלה מזאת: השרירותיות שבהבחנה המעוגנת בסעיף 3(ב) להוראות החוק מדברת בעד עצמה ושומטת את הקרקע מתחת להצדקות שניתנו להבחנה מעין זו. מההגדרה המופיעה בסעיף עולה, למשל, כי אסירים שהורשעו בעבירות ביטוי מסוג גילוי הזדהות או הסתה על פי סעיף 24 לחוק המאבק בטרור יוחרגו מתחולת הוראות החוק, ואילו אסירים שהורשעו בעבירות דומות של הסתה לגזענות על פי סעיף 144ב לחוק העונשין, יזכו לשחרור מינהלי מורחב; אסירים שהורשעו בעבירות של זריקת חפצים לעבר אדם או רכוש לפי סעיף 212 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) יוחרגו מתחולת הוראות החוק, ואילו אסירים שהורשעו בעבירת יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה לפי סעיף 332א לחוק העונשין, יזכו לשחרור מינהלי מורחב; אסירים שהורשעו בעבירת הפרעה לחייל לפי סעיף 218 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) יוחרגו מתחולת החוק, בעוד אסירים שהורשעו בעבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו בנסיבות מחמירות לפי סעיף 275א, יזכו לשחרור מינהלי מורחב; כל אלה ועוד הן דוגמאות להבחנות שאינן מבוססות על כל תכלית עניינית ושמטרתם כאמור "לתפור" את גזרת ההגדרה, עד כמה שניתן, על אסירים ביטחוניים ללא תלות בעונש שנגזר עליהם בפועל.

סעיף 3(ב) לתיקון החוק אינו מידתי

81. כידוע, גם בהנחה כי תכלית סעיף 3(ב) לתיקון החוק תיחשב לראויה כשלעצמה, ולא כך הוא, הרי שגם אז אין לראות בהסדר הגורף שנקבע ככזה העומד במבחני המידתיות, שנחלקים לשלושה מבחני משנה: (1) מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה; (2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ו-(3) מבחן המידתיות במובן הצר. להלן נעמוד על אי החוקתיות הכרוכה

בתיקון החוק על פי חלוקה זו. יודגש כבר כאן, כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה אינה בוחנת את מידתיות ההסדר כנדרש, אם כי מתמקדת בתכליתו.

מבחן המשנה הראשון – קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה

82. סעיף 3(ב) לתיקון החוק אינו מקיים את מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה, שכן הוא נוקט בהבחנה **שרירותית** על סמך סעיף העבירה או פורום השיפוט, באופן שאינו מקיים קשר רציונאלי להגשמת התכלית העיקרית של החוק: הפחתת הצפיפות בבתי הסוהר. למעשה, סעיף 3(ב) לתיקון החוק מנוגד לתכלית החוק העיקרית, ונוסף בשלבים מתקדמים להליך החקיקה, בעקבות פרסומים בכלי התקשורת, על מנת להגשים תכליות נקמניות פסולות באמתלה ביטחונית לכאורה שאינה מבוססת כלל.

83. קיומו של קשר רציונאלי בין אמצעי לתכלית אינו נבחן לפי זיקה סיבתית טכנית יבשה אלא גם לפי מבחני **הוגנות, הגינות והעדר שרירותיות**. כך למשל, ב-בג"ץ 9593/04 מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844 (2006) נקבע כי:

"מבחן הקשר הרציונאלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונאלי הוא על היותו של הקשר רציונאלי. **משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון**..." (ההדגשות הוספו – ר.א.) ראו גם: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 279 (2002); וכן דברי השופטת ארבל בעניין 2887/04 אבו מדיגס נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פסקה 37 (טרם פורסם, 15.04.2007).

84. בהקשר זה, יש לזכור כי מתכונתו המקורית של תיקון החוק, אותה יזמה הממשלה ואושרה ביום 1.8.2018 בוועדת הפנים בהסכמת יו"ר הוועדה וחבריה, לא כללה התייחסות שונה לקבוצת האסירים הביטחוניים, חרף העלאת אפשרות ליצירת הבחנה כאמור עוד בשלבים מוקדמים על-ידי יו"ר הוועדה עצמו. האמור אינו מותיר מקום לספק כי החרגה כזו שהתווספה להצעת החוק בשלבים מתקדמים ובעקבות פרסומים בתקשורת, אינה מקיימת כל זיקה ממשית לתכלית ביטחונית ואף חותרת תחת תכלית החוק העיקרית שהיא הפחתת הצפיפות בבתי הסוהר, ועל כן אינה מקיימת קשר סיבתי בין האמצעי לתכלית.

85. למעלה מזאת, אף אם יונח כי קיימת תכלית ביטחונית כלשהי אותה נועדה ההחרגה לשרת – ולא כך הוא – הרי ש"אין לנקוט באמצעי שרירותי" כאמור כגון הבחנה על בסיס פורום השיפוט או סעיף העבירה. זאת ועוד: "החלטה להטיל מגבלות מיוחדות על אסירים ביטחוניים אינה יכולה להיות שרירותית" (עניין **צלאח הנ"ל**) ובאותו אופן ש"אין לקבוע חד משמעית כי עבירות מסוג מסויים יש בהן כדי לשלול באורח אוטומאטי את האפשרות כי הוועדה תמליץ על הפחתת תקופת המאסר" (עניין **אל סורי הנ"ל**) הרי שאין לקבוע כי עבירות מסוג מסויים, יש בהן כדי לשלול באורח אוטומאטי את תחולת תיקון החוק בעניין השחרור המינהלי. זאת, שכן קביעה כאמור אינה עומדת הן במבחן הקשר הרציונאלי והן במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, כפי שיבואר להלן.

מבחן המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה

86. גורפות ההסדר שנקבע והיותו מחריג את קבוצת האסירים הביטחוניים רק בשל היותם מוגדרים ככאלה על פי סעיף העבירה או פורום השיפוט שבו הורשעו, אינו מקיים את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. על פי מבחן זה, מבין שלל האמצעים המגשימים תכלית מסוימת "יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה" וכן כי "החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסקה 69 לפס"ד של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין **עדאלה**). ראו גם: בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006); בג"ץ 5627/02 **סיף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5) 70, 77-87 (2004); בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 357 (2004); בג"ץ 3477/95 **בן-עטיה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(5) 1, 15 (1996)).

87. בתוך כך, הוטעם כי "הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban)" וכן כי "הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות" (עניין **עדאלה הנ"ל**, בפס' 69 – 70 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק). הפסיקה אף הדגישה בעניינם של אסירים ביטחוניים בפרט, כי אין להטיל עליהם מגבלות **גורפות**, רק משום היותם אסירים ביטחוניים. יפים בהקשר זה דבריה של כב' הנשיאה מ' נאור בדנג"צ **צלאח הנ"ל**:

"כדי שההבחנה בין אסיר אחד לאחר תהא מותרת, לא די בקיומו של שוני רלוונטי, אלא נדרש כי השוני בהתייחסות לא יעלה על הנדרש. יש בעייתיות בקביעה חד-משמעית, שלפיה סיווגו של אדם כאסיר ביטחוני וסוג העבירות שביצע, מצדיקים לשלול ממנו פריבילגיות, מבלי שתהיה פתוחה בפניו כל אפשרות לשוב ולדרוש את הטבה. זאת, גם אם ההנמקה לשלילת הפריבילגיה אינה חלה עליו" (ההדגשות הוספו – ר.א.).

88. לא זו אף זו, הודגש כי נקודת המוצא היא שהסדר גורף אינו הסדר שעומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה:

"ככלל, "כל הסדר גורף 'נחשד' בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית" ... ניתן לדעת לקבוע – על בסיס החומר שלפנינו – כי ראוי שהיקפו של הסדר הנדון ייבחן פעם נוספת על-ידי המשיבים." (שם, ההדגשות הוספו – ר.א.).

89. הבחירה לשלול את טובת ההנאה של שחרור מינהלי על פי סעיף החיקוק או פורום השיפוט שבו הורשעו האסירים, מהווה למעשה בחירה באמצעי **שרירותי וגורף** בעת ובעונה אחת, ופוגע שלא לצורך וללא כל הצדקה באוכלוסיית אסירים החיה בתנאי צפיפות מחמירים מיתר האסירים. די בכך כדי לקבוע כי סעיף 3(ב) לתיקון החוק אינו חוקתי, גם ללא שהצטברו לאי חוקתיות זו רבדים נוספים – ולא כך הוא כאמור.

90. בהקשר זה, אין גם בזמניותה של הוראת השעה כדי להפחית כהוא זה מן הפגיעה ולהפוך פגיעה זו לפחותה בחומריתה. אומנם היקף הביקורת השיפוטית על דברי חקיקה זמניים עשוי להיות פחות מהיקפה כאשר עסקינן בחקיקה קבועה, ואולם, כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד, "חקיקה זמנית איננה חסינה מהתערבות שיפוטית" (בג"ץ 1548/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פסקה 20 לפסק הדין (טרם פורסם, 14.7.2008)). יפים בהקשר זה גם דבריו של בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד נו(2) 699, 713 (2002), שם צוין:

"אינני אומר כי בעצם הגבלת תוקפו של מעשה חקיקה כלשהו - או בהגדרתו כ"הוראת שעה" - יש כדי לחסן את מעשה החקיקה מפני ביקורת חוקתית. אף פגיעה "זמנית" בזכות חוקתית שאינה לתכלית ראויה או שמידתה עולה על הנדרש, אינה פגיעה מותרת, וחוק הפוגע פגיעה כזאת עלול להיפסל"

91. בענייננו, זמניותו של ההסדר אין בה כדי להצדיק חריגה מהמבחנים החוקתיים הרגילים ואין בה כדי להשפיע על שאלת מידתיותה של הפגיעה. ראשית, ההסדר הקבוע פוגע הן בזכות לשוויון והן בתכלית החקיקה עצמה וחותר תחת פסיקתו של בית משפט נכבד זה בעניין הצפיפות. שנית, מדובר בהוראת שעה שתחולתה הוגדרה, בשלב זה, לתקופה של **שלוש** שנים ויש בכך משום טעם נוסף כדי להטות את הכף לעבר התערבות שיפוטית, שכן אין מדובר בהסדר לטווח קצר. שלישית, אין להשלים עם הסדר, הגם זמני, הקובע מסלולים חוקיים נפרדים ומפלים, ללא כל זיקה לתכלית החוק ובניגוד לזכויות חוקתיות. רביעית, משמעותו של ההסדר היא כי האסירים הביטחוניים יסבלו מעיכוב משמעותי, הן במישרין והן בעקיפין, בהבטחת הרחבה בשטח המחיה ההולם, הגם שאלו האסירים שסובלים יותר מכל מצפיפות זו.

92. זאת ועוד: אין להתעלם מהעובדה כי החרגה זו מצטברת להבחנות פוגעניות רבות הנוגעות לתנאי מאסרם ומחיתם של אסירים ביטחוניים. אכן, כפי שנקבע בעניין **פלוני**, "לא ניתן לבחון את ההוראה שבסעיף 5 לחוק מבלי להביא בחשבון גם את המסגרת הנורמטיבית הכוללת שעניינה חקירה ומעצר של חשודים בעבירות ביטחון" (בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (טרם פורסם, 11.2.2010)). כך הם פני הדברים אף בענייננו: לא ניתן לבחון את הוראות סעיף 3(ב) לתיקון החוק מבלי להציב אותה על רקע המערך הנורמטיבי השלם החל בעניינם של אסירים ביטחוניים.

93. מרביתם של ההסדרים המיוחדים החלים על אסירים ביטחוניים מעוגנים בפקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" המטילה מגבלות שונות על קבוצת אסירים זו, כגון מגבלות בעניין ביקורי משפחות; היעדר אפשרות, ככלל, לקיים ביקורי התייחדות; היעדר אפשרות, ככלל, לערוך שיחות טלפון; ועוד. בנוסף, האפשרות לרכוש השכלה באמצעות לימודים באוניברסיטה הפתוחה נמנעת אף היא מאסירים ביטחוניים וכך גם אפשרות להשתלב בהליכי שיקום כלשהם אשר משליכים, כידוע, גם על סיכוייהם להשתחרר בשחרור על-תנאי. בהקשר זה, בית המשפט הנכבד עמד לאחרונה ב-רע"ב 6259/17 **דוגיא נ' שרות בתי**

הסוהר (פורסם בנבו, 7.1.2018) על הצורך להכיר בהצטברותם של תנאי מחיה מחמירים אלה ובמציאות הכליאה המורכבת – ולהתחשב בהן:

”... ניתן אף יהיה לזקוף לזכותו של האסיר הזר שיקולים **המעידים על כך שתנאי כליאתו הם מורכבים וקשים יותר מאלו של יתר האסירים**. כך, בפרט, בשעה שלא ניתנה לאסיר הזר אפשרות להשתלב בהליכי שיקום וטיפול, לא התאפשר לאסיר הזר להשתלב בפועל באפשרויות לימוד בבית הסוהר בשל אי-ידיעת השפה העברית, מאסרו בפועל לא כלל ביקורים ויציאות לחופשות מבית הסוהר, ועוד. **במצבים מסוג זה, בפרט כאשר הנתונים מצטברים זה לזה, תוכל הוועדה להתחשב באסיר הזר, מתוך הבנתה את חוויית העונש השונה שחוה...** הכרה באפשרות זו מטרתה לשקף ולבטא את מציאות הכליאה המורכבת, מתוך הפנמה שאכן ייתכנו מצבים שבהם מוצדק להתייחס באופן גמיש ומותאם לאסירים מסוגים מסוימים, בשל תנאי כליאתם, בשלבים השונים על רצף הזמן של המאסר – זאת, לא כעניין נורמטיבי גורף, אלא כעניין עובדתי פרטני.” (ההדגשות הוספו – ר.א.)

94. על האמור יש להוסיף כי גם במישור יישום קביעותיו של בג”ץ הצפיפות בבתי הסוהר, נבחרו אמצעים שונים שהוחלו על אסירים ביטחוניים ונופלים בתנאיהם מתנאי המחיה הסטנדרטיים, כגון אכלוס האסירים באגפי אוהלים זמניים. יש בכך טעם נוסף המגביר את הפגיעה באסירים הביטחוניים וזכויותיהם לשוויון, לכבוד ולחירות באופן שמוסיף על הפגיעה הכרוכה בבחירת אמצעי שרירותי וגורף זה.

מבחן המשנה השלישי – המידתיות במובן הצר

95. העותרים יטענו כי אין לראות בהסדר שנקבע ככזה העומד במבחן המידתיות במובן הצר. ההסדר הנבחר צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכויות האדם החוקתית והנזק שהוא גורם. מבחן זה הינו ערכי במהותו, במסגרתו נבחן היתרון החברתי והתועלת הציבורית הצומחים מן הפגיעה בזכות החוקתית לעומת הפגיעה בזכויות האדם (ראו, למשל, ראו: בג”ץ 7052/03 **עדאלה נ’ שר הפנים**, פ”ד סא (2) 202, פסקה 91-92 ו-107 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006); בג”ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ’ שר האוצר**, סג (2) 545, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009); בג”ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל**, פ”ד נט(2) 481, 550 (2005); בג”ץ 4769/95 **מנחם נ’ שר התחבורה**, פ”ד ז(1) 235, 279-280 (2002); בג”ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ’ הכנסת**, פ”ד סא (1) 619, פסקאות 57-61 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)).

96. כאמור, ההחלטה להחריג את קבוצת האסירים הביטחוניים מהוראות תיקון החוק התקבלה משיקולים לא ענייניים, בניגוד למתכונת המקורית שאומצה בהחלטת הממשלה ורק בעקבות פרסומים בעיתונות. נוכח האמור, ברי כי לא קיימת כל נחיצות או תועלת ממשית שתצמח מן ההחרגה. עם זאת, גם בהנחה כי קיימת תועלת כלשהי, הרי שהיא מתגמדת ביחס לנזק הנובע מהחרגה זו.

97. בית המשפט הנכבד שב והדגיש בהזדמנויות רבות את מעמדו הרם של עקרון השוויון המהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/68 **ברגמן נ' שר האוצר**, כז(1) 693, 698) ואשר הוא "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 800, 806).

98. בהתאם, הפגיעה בזכות לשוויון הוכרה בתור "הרע מכל רע" (השופט מ' חשין ב-בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, 504), שכן "תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות" והיות שהפגיעה בשוויון "פוגעת בזכותו העצמאית של האדם" (בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 332). כוחם של דברים אלה יפה גם מקום בו מדובר בהבחנה בין אסירים, בהינתן כי "זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו" (עניין **גולן הנ"ל**).

99. כפי שהובהר לעיל, אין ספק כי יצירתם של מסלולים נפרדים ומפלים בין אסירים בחקיקה ראשית משמעה פגיעה קשה בעקרון השוויון בפני החוק, וכפועל יוצא מכך גם פגיעה בכבודם ובחירותם של האסירים. פגיעה זו מקבלת משנה חומרה על רקע הקונצנזוס במשפט הבינלאומי לגבי הצורך לנהוג בשוויון וללא אפליה בין אסירים, כפי שבא לידי ביטוי בהחלטת האסיפה הכללית מס' 45/111 שכותרתה "Basic Principles for the Treatment of Prisoners" (התקבלה בקונצנזוס, 14 דצמבר 1990) אשר מורה כך:

1. All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings.
2. There shall be no discrimination on the grounds of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

100. על האמור יש להוסיף כי החרגת האסירים הביטחוניים מההסדר גורמת לנזקים גם במישור יישום קביעות בית המשפט בבג"ץ הצפיפות בבתי הסוהר ועל כן חותרת תחת תכליות החוק העיקריות וכן תחת ההתניה שעמדה בבסיס עמדת היועץ המשפטי לממשלה. כפי שצוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כלל לא ברור אם לאור ההחרגה המדינה תצליח לעמוד בהתחייבותה להבטיח שטח מחיה ראוי, שכן אף בהנחה שכיום ניתן לקיים את קביעות בית המשפט, "מדובר בתמונת מצב אשר עשויה להשתנות תוך זמן קצר" וכן כי "משמעות החרגה של האסירים הביטחוניים מהצעת החוק שבנדון היא צמצום משוער של למעלה ממאתיים מקומות כליאה, העלול לפגוע באפשרות לעמוד בפסק הדין". זאת ועוד: אין להתעלם מכך שהאמצעים שנבחרו עבור אסירים ביטחוניים ליישום פסק הדין, כגון שיכונם באוהלים, מוסיפים הם לפגיעה בזכויותיהם לשוויון, לכבוד ולחירות.

101. לפיכך, עריכת איזון בין החשיבות החברתית היחסית העומדת בבסיס החרגה הגורפת – ככל שאכן ישנה כזו – לבין היקף הפגיעה הקשה בזכויות האדם החוקתיות, בערכים דמוקרטיים אחרים ובאפשרות להבטיח לאורך זמן שטח מחיה ראוי לאסירים, מביאה ללא ספק לתוצאה חד משמעית, לפיה הנזק מההסדר עולה על כל תועלת שתצמח ממנו.

סוף דבר

102. סיכומם של דברים – סעיף 3(ב) לתיקון החוק פוגע בזכות לשוויון, לחירות ולכבוד, חותר תחת תכליתו העיקרית של תיקון החוק עצמו ואינו נועד למטרה ראויה, ועל אף זמניותו, הוא בלתי מידתי לנוכח כישלונו לעמוד בשלושת מבחני המשנה של דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה. על כן, דינו בטלות.

על יסוד האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בפתח העתירה, ולאחר קבלת עמדת המשיבים להפכו למוחלט.

רביע אגבריה, עו"ד
ב"כ העותרים

21 פברואר 2019, חיפה