

1. פלוני (קטין)
2. אחמד בן בלאל אבו אלנור
3. עלאא אלדין שריף מוסא הבל
4. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
5. מרכז אלמיזאן לזכויות אדם
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל

באמצעות עו"ד רביע אגבריה (מ.ר. 78648) ו/או חסן ג'בארין ו/או עדי מנסור ואחרים מטעם עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, רח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090; טל': 04-9501610; דוא"ל: rabea@adalah.org.

וכן עו"ד מוחמד ג'בארין (מ.ר. 28771) מרחוב הרברט סמואל 66, חדרה; פקס: 08-6409633.

העותרים

- נגד -

1. הכנסת
ע"י ב"כ מטעם היועץ המשפטי לכנסת
הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408638; פקס: 02-6753495
2. שירות בתי הסוהר
3. השר לביטחון לאומי

באמצעות 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 למתן צו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 1(2)(ב) לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (הוראות שעה), התשפ"ג-2023, ס"ח 3067 מיום 26.7.2023, המחריג באופן גורף ומוחלט את קבוצת האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המינהלי.

בקשה למתן צו ביניים ולקביעת דיון דחוף

1. בד בבד להגשת עתירה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על מתן צו ביניים אשר ישהה את כניסתו לתוקף של סעיף 1(2)(ב) לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (הוראות שעה), התשפ"ג-2023 שהוראותיו צפויות לחול כבר ביום 1.9.2023, עד להכרעה סופית בעתירה.
 2. בתמצית, כניסתו לתוקף של סעיף 1(2)(ב) לתיקון פקודת בתי הסוהר משמעה חסימה גורפת, מיידית ומוחלטת של השימוש במנגנון השחרור המינהלי כלפי האסירים הביטחוניים אך ורק בשל תיוגם ככאלה וללא כל קשר לאורך מאסרם או חומרת עבירתם. **כפי שיורחב בעתירה, הפסקה גורפת כאמור לא רק מנוגדת לדין החוקתי אלא גם מנוגדת לעמדת ראש השב"כ ובכירים בשב"ס ותוביל לעלייה במספר הכלואים והחרפת מצוקת הכליאה והצפיפות הלא חוקתית בבתי הסוהר.**
 3. עמדת גורמים אלה מעידה בבירור על השרירותיות והנקמנות שביסוד תיקון החוק והיעדר כל תכלית עניינית, לא כל שכן ביטחונית, להחרגת אסירים אלה. החרגה גורפת כאמור אף מנוגדת לעמדה מפורטת ולקווים המנחים שגיבש היועץ המשפטי לממשלה במסגרת חקיקת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), התשע"ח-2018 וכן לפסיקה העליונה בעניין טיב ההגבלות שניתן להחיל על האסירים הביטחוניים.
 4. כידוע, הלכה היא כי השיקולים למתן צו ביניים נסמכים על סיכויי העתירה ומאזן הנוחות (ראו בר"ם 301/03 **אחים סקאל בע"מ נ' רשות שדות התעופה** (פורסם בנבו, 18.3.2003)). בבוא בית המשפט להחליט בבקשה למתן צו ביניים, עליו לשקול שני שיקולים מרכזיים אלה כאשר מתקיים ביניהם יחס של "מקבילית כוחות". כפי שיפורט להלן, שני שיקולים אלה נוטים בבירור לטובת המבקשים ומצדיקים מתן צו ביניים.
 5. **סיכויי העתירה להתקבל גבוהים:** העתירה דן מעלה סוגיה עקרונית שעניינה הסדר חוקי מפלה, שרירותי וגורף המחמיר את הדין הקיים באשר לאוכלוסייה שלמה של אסירים אך ורק בשל תיוגם ומחריף את מצוקת הצפיפות הלא חוקתית בבתי הסוהר. בעוד שיתר האסירים זכאים להטבת השחרור המינהלי הרגיל באורח אוטומטי, כל עוד נשפטו לתקופה שאינה עולה על שלוש שנים, הרי שהטבה זו נשללה מאוכלוסיית האסירים הביטחוניים אך ורק בשל תיוגם וללא שום קשר לאורך המאסר שנגזר עליהם באורח פרטני. כך, נוצר מצב בו הטבה זו נשללת, למשל, מאסירים קטינים ללא עבר פלילי שנשפטו למספר חודשים בלבד בבית המשפט הצבאי, אך מוענקת לאסירים בגירים, עתירי עבר פלילי, שנשפטו בגין עבירות חמורות בהרבה ולתקופה הגובלת בשלוש שנים.
 6. לא יכול להיות ספק כי אנומליה זו מעלה קשיים חוקתיים ברורים. ודוק: **בית המשפט הנכבד ראה לנכון להרחיב את ההרכב הדן בעתירה דומה שהגישו העותרים מס' 4 ו-6 ולדון בה כאילו ניתן צו על תנאי בשל הסוגיה העקרונית שהיא מעלה** (ראו: בג"צ 1406/19 פלוני נ' הכנסת (החלטה על הרחבת הרכב מיום 1.8.2019)).
- כפי שיפורט בהמשך, באותו עניין נדונה הוראת שעה קודמת שהחריגה את האסירים הביטחוניים מהסדר השחרור המינהלי המורחב אך הותירה את שחרורם בשחרור מינהלי "רגיל". בית המשפט לא הגיע בשעתו לכדי הכרעה לגופו של עניין, שכן תקופת הוראת השעה

שנדונה בהליך ההוא פקעה וההסדר החוקי שעל בסיסו הוגשה העתירה הוחלף בהסדר חקיקתי אחר.

7. די בהחלטה בעניין פלוני לדון בעתירה בהרכב מורחב וכאילו ניתן בה צו על-תנאי כדי להעיד על סיכויי העתירה הגבוהים גם בענייננו, שכן עתה בחר המחוקק להחמיר בדין הקיים ולנקוט באמצעי גורף, נקמני ושרירותי באופן מובהק, בהיעדר תשתית עובדתית וללא תכלית עניינית.

8. לכך יש להוסיף את אופיו הגורף של ההסדר הננקט; ההחמרה בצפיפות בבתי הסוהר הצפויה בעקבותיו; התנגדות גורמים מקצועיים כגון ראש השב"כ ובכירים בשב"ס; וסתירתו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהתריעה על קשיים חוקתיים הכרוכים בהחרגת האסירים הביטחוניים מהשחרור המינהלי הגורף.

9. לאמור מצטרפים שיקולים רבים, כפי שיפורט בעתירה, המחזקים את סיכויי העתירה להתקבל.

10. **מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת המבקשים:** ההסדר הקיים עד למועד כניסתו לתוקף של תיקון החוק דנן מאפשר לכלל האסירים שנשפטו מתחת לשלוש שנים להשתחרר בשחרור מינהלי "רגיל" (שאינו מורחב). תיקון החוק צפוי לשלול הסדר בסיסי זה מהאסירים הביטחוניים באופן בלעדי ללא כל תכלית עניינית ובהיעדר כל תשתית עובדתית התומכת בכך.

11. הצו המבוקש נועד למנוע את אפלייתם הגורפת של האסירים הביטחוניים אך ורק בשל תיוגם ולאפשר את השימוש במנגנון השחרור המינהלי כלפיהם, הן הרגיל והן המורחב, באופן שיתרום להקלה – ולמצער למנוע החמרה – במצב הצפיפות בבתי הסוהר.

12. בהיעדרו של הצו המבוקש, העתירה עשויה להתייתר, ומכל מקום, גם אם לא תתייתר, ייגרם נזק רב לכלל אוכלוסיית האסירים שתסבול מהחרפה הצפיפות בבתי הסוהר, תיפגע זכותה לשוויון, לכבוד ולחירות באופן בלתי חוקתי וייפגע שלטון החוק.

13. במקביל, לא יגרם נזק כלשהו למשיבים אם תעוכב כניסתו לתוקף של תיקון החוק. נהפוך הוא: עמדת ראש השב"כ וגורמים בכירים בשב"ס מעידה, הלכה למעשה, כי ייגרם נזק חמור מהחלת תיקון החוק, וברי כי האסירים עצמם יסבלו מהחרפת הצפיפות ותנאי המחיה באגפים שכבר נקבע כי הם לא עומדים באמות המידה החוקתית. עמדת ראש השב"כ והגורמים הבכירים בשב"ס אף מעידה כי אין כל תשתית ביטחונית המניעה את תיקון החוק מלבד התכלית הנקמנית, שכידוע, אינה חוקתית.

14. ברי כי מאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובת המבקשים ומצדיק מתן צו ביניים. האמור מקבל משנה חיזוק לאור סיכוייה הטובים של העתירה להתקבל.

15. עתירה זו על כל חלקיה וטיעוניה מהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

בקשה לצו ארעי

16. עד לקבלת תגובת המשיבים והכרעת בית המשפט הנכבד בבקשה לצו ביניים, מתבקש צו ארעי שימנע את כניסת סעיף 1(2)(ב) לתיקון החוק לתוקף, מהנימוקים שפורטו לעיל.

בקשה לקביעת דיון דחוף

17. בהינתן דחיפות העניין, משקל הסוגיה שעל הפרק וההשלכות המידיות של כניסת תיקון החוק לתוקף כמפורט לעיל, מתבקש בית המשפט לקבוע את העתירה לדיון דחוף, מוקדם ככל שניתן.
18. שלושת העותרים הפרטניים בעתירה זו הם אסירים ביטחוניים שהטבת השחרור המינהלי, לא כל שכן הטבת השחרור המינהלי המורחב, צפויה להישלל מהם אך ורק בשל תיוגם כאסירים ביטחוניים על פי ההגדרה המופיעה בתיקון החוק.
19. העותרים נשפטו לתקופות קצרות יחסית, הפחותות משמעותית משלוש שנים ואשר נופלות לגדרו של הסדר השחרור המינהלי המורחב ביחס לאסירים אחרים. כך למשל, העותר מס' 1 הוא קטין, יליד שנת 2006 שהוחזק במעצר מיום 27.11.2022 ונשפט בבית המשפט הצבאי לנוער ביום 3.7.2023 כך שנגזרו עליו 13 חודשי מאסר לריצוי בפועל. מועד שחרורו המלא הוא בחודש דצמבר 2023; מועד שחרורו המינהלי – שנשלל ממנו – יחול בחודש נובמבר 2023; ומועד שחרורו המינהלי המורחב – שגם נשלל ממנו – יחול כבר בחודש ספטמבר 2023.
20. בדומה, מועד השחרור המלא של עותרים מס' 2 ו-3 הוא בחודש ינואר 2024 ופברואר 2024, בהתאמה; מועד שחרורם המינהלי יחול בחודש דצמבר 2023 וינואר 2024, בהתאמה; ואילו מועד שחרורם המינהלי המורחב יחול בחודש ספטמבר 2023 ואוקטובר 2023, בהתאמה.
21. **עיכוב בקביעת מועד דיון בעתירה דנן יגרום לעותרים נזקים בלתי הפיכים ואף עלול לייתר את סעדי העתירה במקריהם הקונקרטיים.**
22. 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.
23. לאור כל זאת, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון בעתירה דנן בהקדם האפשרי ובשים לב למועדי שחרורם של העותרים.

רקע עובדתי

מבוא

1. החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (הוראות שעה), השתפ"ג-2023 (להלן: "תיקון החוק") התקבל בכנסת ה-25 ביום 24.7.2023 ופורסם ברשומות ביום 26.7.2023 (ס"ח 3067). תיקון החוק נועד להאריך ולתקן את המנגנון שנקבע בתיקונים קודמים, שנחקקו כהוראת השעה, ואשר מרחיבים את היקפי השחרור המינהלי במטרה להביא להרחבת שטח המחייה של אסירים. זאת, על רקע פסיקת בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (אר"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.

- החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (הוראות שעה), התשפ"ג-2023 **מצ"ב ומסומן ע/1**.
2. ואולם, ההסדר החוקי שהתקבל במסגרת תיקון החוק דן מחיל סטנדרט גורף, שרירותי ומפלה אשר אוסר באופן מוחלט לעשות שימוש כלשהו במנגנון השחרור המינהלי כלפי האסירים הביטחוניים אך ורק בשל תיוגם כאסירים ביטחוניים. החרגה מוחלטת זו היא **בלעדית** לאסירים הביטחוניים ומהווה **החמרה** באפלייתם ביחס להוראות החוק שהיו בתקוף עובר לתיקון החוק. זאת, שכן תיקון החוק מושא העתירה דן מחריג את האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המינהלי כולו, הן הרגיל והן המורחב, באופן שמעמיק את הפגיעה בעניינם ביחס ליתר קבוצות האסירים. כפועל יוצא מכך, החרגה זו גם חותרת תחת התכלית העיקרית לשמה נועד תיקון החוק והיא הפחתת הצפיפות בבתי הסוהר.
3. החרגתם הגורפת של האסירים הביטחוניים מהשחרור המינהלי לא נסמכת על כל תשתית עובדתית או תכלית עניינית, לא כל שכן תכלית ביטחונית. השלכות החרגה זו אף לא נדונו בהרחבה בדיוני הוועדה ולא ניתנה הדעת לקשיים החוקתיים עליהם התריע היועץ המשפטי לממשלה בעבר ולשיקולים מהותיים נוספים.
4. יודגש, כי החרגת האסירים הביטחוניים מהשחרור המינהלי **לא רק מנוגדת לדין החוקתי והמהותי אלא גם לעמדת גורמים מקצועיים מהדרג הגבוה ביותר** וביניהם ראש השב"כ ובכירים בשב"ס. אך לאחרונה, התריע ראש השב"כ בפני הקבינט המדיני-ביטחוני כי החרגת האסירים הביטחוניים מהשחרור המינהלי תוביל להשלכות מיידיות חמורות ובין היתר תוביל להחמרת הצפיפות בבתי הסוהר באופן שישליך על מערך הכליאה. עמדה זו מחדדת את היעדרה של כל תכלית עניינית או ביטחונית ביסוד ההחרגה כאמור.
- כתבה מאת משה נוסבאום, בגלל החוק החדש: ראש השב"כ נגד השר בן גביר, אתר חדשות 12 (29.8.2023) **מצ"ב ומסומנת ע/2**.
- כתבה מאת אמיר אטינגר, אזהרת ראש השב"כ: בשל הצפיפות בבתי הכלא - מעצר מבוקשים נפגע, אתר ישראל היום (28.8.2023) **מצ"ב ומסומנת ע/3**.
5. האמור מקבל משנה תוקף נוכח עמדת גורמים בכירים בשב"ס אשר התריעו מהצפיפות הלא חוקתית ממילא שעתידה להחמיר באופן מובהק בעקבות האיסור המוחלט על שחרור אסירים ביטחוניים כלשהם בשחרור מינהלי. זאת, שכן אין שום אפשרות לווסת בין מקומות הכליאה של אסירים פליליים לאלה של אסירים ביטחוניים.
6. ואכן, בשב"ס עמדו על ההשלכות המיידיות של החרגת האסירים הביטחוניים, בצינים כי: "עם כניסת תיקון לסעיף חוק השחרור המנהלי ביום 1.9, ישוחררו משב"ס כ-120 אסירים פליליים בלבד. לאור החרגת האסירים הביטחוניים, מקומות שהיו צפויים להתפנות במתקנים ביטחוניים יישארו תפוסים. הסבה של אגפים פליליים בבית סוהר 'אלה' איננה יישומית ולא עלתה בשום שיח עם גורמי המקצוע". זאת ועוד, גורם בכיר בשב"ס ציין כי מניעת השחרור המינהלי מאסירים ביטחוניים לא רק יגביר הצפיפות אלא גם צפוי "רק להגביר את המתוחות והנפיצות שהסלימו בעת האחרונה באגפים הביטחוניים".

- הכתבה מאת משה נוסבאום, "אנחנו באירוע קשה": בשב"ס מצטרפים לאזהרה של ראש השב"כ נגד חוק האסירים הביטחוניים של בן גביר, אתר חדשות 12 (30.8.2023) **מצ"ב ומסומנת ע/4**.

7. להשלמת התמונה, יצוין כי עיגונה והעמקתה של אבחנה זו, המייצרת מסלולים חוקיים נפרדים ומפלים בין אסירים על בסיס תיוגם וללא זיקה לחומרת העונש שהוטל עליהם באורח פרטני, היא תוצר של הליך חקיקה פגום, שהונע משיקולים לא ענייניים, ואשר החל כבר בשלהי שנת 2018 עת חוקקה הכנסת את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), התשע"ח-2018, ס"ח 2755 (להלן: **תיקון מס' 54**).

8. במסגרת תיקון מס' 54, הרחיבה הכנסת את השימוש במנגנון השחרור המינהלי על מנת להתמודד עם הצפיפות בבתי הסוהר אך בד בבד הוחלט לראשונה על החרגת האסירים הביטחוניים מהסדר השחרור המינהלי המורחב (אם כי נותר על כנו הסדר השחרור המינהלי הרגיל ביחס לאסירים ביטחוניים שנשלל עתה במסגרת תיקון החוק מושא עתירה זו). החלטה זו התקבלה מטעמים פוליטיים ונקמניים פסולים, בשלבים מאוחרים של הליך החקיקה, וכנגד עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהתריע כבר אז מקשיים חוקתיים שבהחרגה כאמור. תיקון החוק דן חושף ומחדד שיקולים נקמניים אלה ביתר שאת.

9. מיד לאחר שנחקק תיקון מס' 54, הגישו העותרים מס' 4 ו-6 עתירה כנגד חוקתיותו בשםם של אסירים קטינים נעדרי עבר פלילי, שנשפטו לתקופות קצרות יחסית ואשר ההטבה לשחרור מינהלי מורחב נשללה מהם אך ורק בשל תיוגם כאסירים ביטחוניים (בג"צ 1406/19 **פלוני נ' הכנסת** (להלן: "עניין פלוני"). שם, הודגש כי החרגתם של אסירים ביטחוניים אך ורק בשל תיוגם יצרה אנומליה חוקית ופגעה בזכויותיהם לשוויון, לכבוד ולחירות באופן שאינו עומד במבחני פסקת ההגבלה.

10. ואכן, מפאת השאלות העקרוניות שהעתירה העלתה, דן בה בית המשפט כאילו ניתן בה צו על תנאי ובהרכב מורחב של שבעה שופטים. ואולם, בעוד העתירה בעניין **פלוני** תלויה ועומדת בפני בית המשפט, פקע תיקון מס' 54, שנחקק כהוראת שעה, ובא תחתיו תיקון מס' 57 ששינה את ההסדר החוקי הקיים. חרף עמידת העותרים על העתירה, תוך הבהרה שההסדר החדש אינו מרפא את הפגמים החוקתיים, החליט בית המשפט לדחות את העתירה בשים לב לכך שהתשתית העובדתית השתנתה.

11. **עתה, משבחר המחוקק לחדש ולהעמיק את הפגיעה וההפליה כנגד קבוצת האסירים הביטחוניים על ידי החרגתם ממנגנון השחרור המינהלי מכל וכל, ללא כל הצדקה עניינית ובניגוד לעמדת גורמי מקצוע בכירים, בשלה העת לדון בחוקתיות ההחרגה כאמור. בית המשפט הנכבד מתבקש לפסול את ההוראות המפלות את האסירים הביטחוניים בהיותן הוראות גורפות ושרירותיות, הפוגעות בזכויות יסוד באופן בלתי מידתי ומנוגדות לפסיקה העליונה בעניין טיב ההבחנות שניתן להחיל בין אסירים.**

העותרים

12. העותר מס' 1 – אחמד נעמאן אבו נעים (יליד שנת 2006) הוא קטיין שנשפט בבית המשפט הצבאי לנוער לתקופה של 13 חודשי מאסר בפועל, על רקע הרשעתו בזריקת חפצים לעבר אדם או רכוש ובהנחת פצצה בצוותא. בית המשפט הדגיש כי מעשיו לא גרמו נזק לגוף או רכוש, ואף לא ידוע פוטנציאל הנזק שהיה טמון בהם. העותר מס' 1 הוחרג ממנגנון השחרור המינהלי בהתאם לסעיף 68ג(ב) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 אשר נתקף בעתירה זו. מועד שחרורו המינהלי של עותר מס' 1 צפוי לחול בחודש נובמבר 2023 כאמור ומועד שחרורו המינהלי המורחב צפוי לחול כבר בחודש ספטמבר 2023.

- הכרעת הדין וגזר הדין בעניין עותר מס' 1 מצ"ב ומסומנים ע/5.

13. העותר מס' 2 – אחמד בן בלאל אבו אלנור (יליד שנת 1994) הוא אסיר שנשפט בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, לתקופה של 24 חודשי מאסר בפועל, על רקע הרשעתו בחברות בארגון טרור ובאימונים צבאיים אסורים. העותר מס' 2 הוחרג ממנגנון השחרור המינהלי בהתאם לסעיף 68ג(ב) לפקודת בתי הסוהר אשר נתקף בעתירה זו. מועד שחרורו המלא של עותר מס' 2 הוא בחודש ינואר 2024; מועד שחרורו המינהלי יחול בחודש דצמבר 2024; ומועד שחרורו המינהלי המורחב יחול בחודש ספטמבר 2023.

- הכרעת הדין וגזר הדין בעניין עותר מס' 2 מצ"ב ומסומנים ע/6.

14. העותר מס' 3 – עלאא אלדין שריף מוסא הבל (יליד שנת 2000) הוא אסיר שנשפט בבית המשפט הצבאי עופר, לתקופה של 24 חודשי מאסר ויום מאסר בפועל, על רקע הרשעתו בזריקת חפצים לעבר אדם או רכוש, בזריקת פצצה בצוותא, ובנשיאת החזקת וייצור נשק. בית המשפט הבהיר כי בגזר הדין הוא שקל את העובדה כי אין אינדיקציה לגרימת כל נזק ממעשה הנאשם, וכן ניתן משקל ממשי למצבו הרפואי המורכב של העותר שסובל ממצב כרוני ברגליו. העותר מס' 3 הוחרג ממנגנון השחרור המינהלי בהתאם לסעיף 68ג(ב) לפקודת בתי הסוהר אשר נתקף בעתירה זו. מועד שחרורו המלא של עותר מס' 3 יחול בחודש פברואר 2024; שחרורו המינהלי יחול בחודש ינואר 2024; ומועד שחרורו המינהלי המורחב צפוי לחול בחודש אוקטובר 2023.

- הכרעת הדין וגזר הדין בעניין עותר מס' 3 מצ"ב ומסומנים ע/7.

15. העותר מס' 4, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, היא עמותה הרשומה בישראל והפועלת, בין היתר, להגנה על זכויות האדם בכלל וזכויות האוכלוסייה הערבית-פלסטינית בפרט. העותרת מס' 5 מרכז אלמיזאן, הוא ארגון זכויות אדם מוביל ומרכזי בעזה. העותרת מס' 6, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל, ובין היתר פועלת לשמירה על זכויות של ציבור העצורים והאסירים בישראל. העותרת מס' 6 היא גם העותרת בבג"ץ הצפיפות בבתי הסוהר הנ"ל.

רקע להרחבת השימוש בשחרור המינהלי

16. השימוש במנגנון השחרור המינהלי החל בשנת 1990 עת חוקקה הכנסת את חוק שחרור מינהלי (הוראת שעה), התש"ן-1990. חוק השחרור המינהלי נועד כבר אז לצורך התמודדות עם מצוקת המחסור במקומות כליאה והצפיפות בבתי הסוהר. אותה הוראת שעה קבעה כי כאשר מספר הכלואים עולה על תקן הכליאה השר לביטחון פנים רשאי להורות על שחרור אוטומטי לאסירים שיתרת מאסרם אינה עולה על הרף המפורט בחוק. יצוין, כי המנגנון נחקק כהוראת שעה והוחרגו ממנו אסירים מסוימים. ואולם, בתום התקופה הניסיונית ולאחר חקיקת חוקי היסוד, עוגן מנגנון השחרור המינהלי כהוראה קבועה בספר החוקים והוחל על כלל האסירים בבתי הסוהר במסגרת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 13) (שחרור מינהלי), התשנ"ג-1993.

- חוק שחרור מינהלי (הוראת שעה), התש"ן-1990 **מצ"ב ומסומנים ע/8**.

- החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 13) (שחרור מינהלי), התשנ"ג-1993 **מצ"ב ומסומנים ע/9**.

17. מאז חקיקת תיקון מס' 13 שעיגן את מנגנון השחרור המינהלי בפקודת בתי הסוהר, עבר החוק מספר שינויים, המשמעותי שבהם לענייננו הוא החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41), התשע"ב-2012 (להלן: **תיקון מס' 41**). התיקון הגביל את מנגנון השחרור המינהלי האוטומטי וקבע כי אסירים שנגזר דינם ליותר מארבע שנים, יזכו לשחרור מינהלי אך ורק בכפוף להחלטה פרטנית של וועדת שחרורים לשחררם על-תנאי.

18. תיקון מס' 41 קבע, אם כן, כי ההבחנה בין אסירים לצורך זכאותם לשחרור מינהלי אוטומטי תהא לפי אורך מאסרם. יצוין, כי הרקע ליצירתה של הבחנה מסוג זה היה רצון המחוקק להחריג את האסירים הביטחוניים שהורשעו בעבירות חמורות ולתקופות ממושכות מהשחרור המינהלי, שכן על פי הנתונים שהוצגו, מרבית האסירים הביטחוניים נשפטו לתקופות העולות על ארבע שנים, בהשוואה ליתר אוכלוסיית האסירים שמרביתה נשפטה לתקופות קצרות יותר. עם זאת, ראוי להדגיש כי האמצעי שנבחר במסגרת תיקון מס' 41 היה אורך המאסר חלף החרגה גורפת של קבוצת אסירים, שכן מדובר בפרמטר פרטני ששוקל את המסוכנות של האסיר על פי גזר הדין של בית המשפט. השחרור המינהלי לא נאסר באופן מוחלט, אלא הותנה באישור בחינה פרטנית.

- החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41), התשע"ב-2012 **מצ"ב ומסומנים ע/10**.

19. 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) (הפעימה הראשונה), ותוך פרק זמן של 18 חודשים ממתן פסק הדין על 4.5 מ"ר לפחות (הפעימה השנייה).

20. מאז ניתן פסק הדין בעניין הצפיפות, ביקשה המדינה מבית המשפט דחיות חוזרות ונשנות לעמידה ביעדים שהוצבו. נכון למועד כתיבת שורות אלו, נדחה מועד יישום פסק הדין עד ליום 31.12.2027 (ראו בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (נבו 29.12.2022)). כפי שיורחב בהמשך, המדינה עדיין רחוקה מאוד מעמידה בתנאי הפעימה השנייה

וסוגיית הצפיפות בבתי הסוהר אף החמירה בשנים האחרונות בשל עליה שחלה במצבת האסירים בפועל.

21. על מנת לעמוד ביעדים שנקבעו בפסק הדין, החליטה הממשלה כבר בשנת 2018 על מתווה להפחתת הצפיפות בבתי הסוהר. אחד האמצעים העיקריים והמרכזיים שנבחרו להפחתת הצפיפות בבתי הסוהר הוא הגברת והרחבת השימוש במנגנון השחרור המינהלי (כפי שנאמר בדברי ההסבר לתיקון מס' 54: "נמצא כי האמצעי המתאים ביותר לשם קיום הוראת פסק הדין הוא הרחבה נוספת של הסדר השחרור המנהלי"). במסגרת זו, הוצע להרחיב, למשך 3 שנים, את היקפי השחרור המינהלי לכלל האסירים ולקבוע מדרג להגדלת תקופת השחרור המינהלי על פי תקופת המאסר אליה נידון האסיר.

תיקון מס' 54 לפקודת בתי הסוהר

22. על רקע החלטת הממשלה בנושא המתווה להפחתת הצפיפות בבתי הסוהר, ביום 6.5.2018 אישרה וועדת השרים לענייני חקיקה את קידומה של הצעת חוק מטעם הממשלה להרחבת השימוש במנגנון השחרור המינהלי. ואכן, ביום 30.5.2018 הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), התשע"ח-2018, ה"ח 1229.

23. הצעת החוק הרחיבה משמעותית את תקופת השחרור המינהלי, וזאת לכלל האסירים שנשפטו לתקופת מאסר הפחותת מ-4 שנים. הצעת החוק, שהבשילה בהמשך לכדי חוק, נקבעה כהוראת שעה לשלוש שנים. כמו כן, הוצע כי סמכות נציב בתי הסוהר 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 לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), התשע"ח-2018 **מצ"ב ומסומנים ע/11.**

24. ביום 9.7.2018, אישרה הכנסת את הצעת החוק בקריאה ראשונה ברוב של 56 חברי כנסת וזו עברה להכנה לקראת קריאה שנייה ושלישית בוועדת הפנים והגנת הסביבה (להלן: הוועדה), שקיימה בנושא מספר ישיבות.

- פרוטוקול הדיון וההצבעה במליאת הכנסת בקריאה ראשונה על תיקון מס' 54 מיום 9.7.2018 **מצ"ב ומסומנים ע/12.**

- פרוטוקולי הישיבות בוועדת הפנים והגנת הסביבה בעניין תיקון מס' 54 **מצ"ב ומסומנים ע/13 – ע/18 בהתאמה.**

25. יודגש, בהקשר זה, כי הצעת החוק הממשלתית שעברה בקריאה ראשונה והונחה על שולחן וועדת הפנים, לא כללה הבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים, בשל הקשיים שהבחנה כזו מעוררת, כפי שיפורט להלן.

26. לא זו אף זו, אלא שלקראת נעילת ישיבת הוועדה הראשונה מיום 25.7.2018, התייחס יו"ר הוועדה דאז, 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 נוסיף 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." (ההדגשות הוספו)

27. ואולם, כפי שיפורט בהמשך, בעקבות פרסומים בתקשורת לקראת אישור החוק בקריאה שניה ושלישית, החליטה הוועדה דאז להוסיף הוראות המחריגות את קבוצת האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המינהלי המורחב. ואכן, ביום 5.11.2018 חוקקה הכנסת את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה) (שחרור מינהלי), השתע"ח-2018 (להלן: "תיקון החוק" או "תיקון מס' 54") שפורסם ברשומות ביום 7.11.2018 (ס"ח 2755), בנוסח המחריג את האסירים הביטחוניים מתחולת השחרור המינהלי המורחב.

28. הוראות אלה התקבעו בנוסח החוק וחודשו עם פקיעתו, ללא בחינה עניינית, אם כי עתה החליט המחוקק להחמיר ולהעמיק את האפליה הקיימת בעניינם של אסירים ביטחוניים על ידי החרגתם כליל ממנגנון השחרור המינהלי, הן הרגיל והן המורחב.

ההחלטה העקרונית להחיל את תיקון מס' 54 על כלל האסירים

29. הצעת החוק לתיקון מס' 54 קודמה בוועדת השרים לענייני חקיקה במתכונת שחלה על כלל האסירים, ללא הבחנה בין אסירים פליליים לביטחוניים. יצוין כי היעדרה של הבחנה זו אף תואמת את הפסיקה בבג"צ הצפיפות בבתי הסוהר, שאינה מסייגת את תחולתה בעניין אסירים ביטחוניים וקובעת כי אלה אף אלה זכאים לאותו שטח מחיה מינימאלי.

30. החלטה זו שלא לבסס הבחנה גורפת בין האסירים אף עולה בקנה אחד עם תיקון מס' 41 לפקודת בתי הסוהר, שקבע כי המפתח להבחנה בין אסירים לצורך השחרור המינהלי תהא מבוססת על אורך מאסרם, שכן אורך המאסר הוא פרמטר ייחודי לכל אסיר, שנגזר על ידי בית המשפט באורח פרטני, ומהווה פרוקסי ענייני המשקף את המסוכנות מהעבירה שביצע האסיר. משכך, קבע המחוקק במסגרת תיקון מס' 41 כי אסירים שנשפטו לתקופה הפוחתת מארבע שנים יהיו זכאים לשחרור מינהלי ללא קשר לשאלת שחרורם על-תנאי, ואילו אסירים שנשפטו

לתקופה ממושכת יותר העולה על ארבע שנים יהיו זכאים לשחרור מינהלי אך ורק אם זכו בשחרור על-תנאי.

31. בהמשך לאמור, סוגיית תחולת מנגנון השחרור המינהלי המורחב על אסירים ביטחוניים עלתה בדיוני הוועדה והתקבלה החלטה של הוועדה, בשלבים מתקדמים של הליך החקיקה, כי תיקון מס' 54 יחול על כלל האסירים ויקודם ללא החרגתם של האסירים הביטחוניים מתחולתו.

32. כך למשל, הרעיון להחריג את קבוצת האסירים הביטחוניים עלה בדיון ביום 1.8.2018, במהלכו התייחס יו"ר הוועדה דאז 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?"

33. בהקשר זה, הביעה גבי 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 זהה. זה ברור שגם בקבוצה של מה שאנחנו רואים כאסירים ביטחוניים, מנעד החומרה מאוד מאוד משתנה." (ההדגשות הוספו)

34. בסופו של הדיון, סיכמה גבי 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" (ההדגשות הוספו)

35. 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/19**.
- נתונים נוספים פורטו בעמדת הייעוץ המשפטי של וועדת הפנים מיום 24.7.2018 אשר **מצ"ב ומסומנת ע/20**.

36. 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)

37. 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 שאינו מחריג את האסירים הביטחוניים מתחולת החוק (פרוטוקול הדיון צורף כחלק מפרוטוקולי הוועדה הנ"ל ומסומן ע/14).

ההחלטה להחריג את האסירים הביטחוניים מתיקון מס' 54

38. חרף ההחלטה להחיל את תיקון מס' 54 על כלל האסירים, כחודשיים לאחר מכן השתנו הדברים בעקבות פרסומים בתקשורת, וזאת ללא שהתקבלה החלטת ממשלה בנושא וללא שהונחה תשתית עובדתית רלוונטית המצדיקה יצירת הבחנה כאמור בין האסירים הביטחוניים לאסירים האחרים באשר לשחרור המינהלי המורחב.

39. ביום 7.10.2018 פורסמה כתבה בעיתון "הארץ" שכותרתה "המדינה צפויה לשחרר כ-300 אסירים ביטחוניים כדי להקל על הצפיפות בבתי הכלא". 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.

- הכתבה בעיתון "הארץ" מיום 7.10.2018 **מצ"ב ומסומנת ע/21**.
- ריאיון יו"ר וועדת הפנים מיום 10.10.2018 **מצ"ב ומסומן ע/22**.

40. 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 מהסדר 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 חודדה 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 מעקרונ היסוד של השמירה על כבוד האדם, ללא כל הבחנה בין אסירים פליליים וביטחוניים**. (ההדגשות הוספו)

41. בהמשך לאמור, עמד היועץ המשפטי לממשלה על כך שהחרגה כאמור מעוררת קשיים חוקתיים, 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 החרגה 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 הגורמים 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)

- עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר להחרגתם של האסירים הביטחוניים מההסדר המוצע מיום 15.10.2018 **מצ"ב ומסומנת ע/23**.

42. זאת ועוד, מר' איל זנדברג ממונה בכיר במחלקת ייעוץ וחקיקה הדגיש בדיוני הוועדה כי קיימים קשיים חוקתיים בהבחנה 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 מרציונאלים 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." (פרוטוקול הדיון מיום 16.10.2018, בעמ' 13)

43. כמו כן, ציין מר' ליאור חיימוביץ - עוזרו של השר לביטחון הפנים דאז ח"כ גלעד ארדן שיזם את הצעת החוק לתיקון מס' 54 – באותו דיון:

"צודק איל כשהוא אומר שבשלבים 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)

44. חרף כל האמור, הוחלט על קידומה של הצעת החוק לתיקון מס' 54 בנוסח המחריג את האסירים הביטחוניים. תיקון החוק קבע כי הוראות התיקון המרחיבות את תקופות השחרור המינהלי לא יחולו על קבוצת האסירים הביטחוניים, **שהוגדרו כדלקמן** :

3. (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), בתקופת הוראת השעה יחולו, לעניין 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.

45. כבר כאן, יודגש כי הגדרה זו, אשר נשמרה בתיקון החוק הנתקף בעתירה זו, היא הגדרה **שרירותית** שמעלה קשיים חוקתיים בפני עצמה ודי בכך כדי להוביל לביטולה. כפי שיורחב בחלק המשפטי, ניתן להצביע על מספר דוגמאות שממחישות את השרירותיות שהגדרה זו נגועה בה :

א. אסירים שהורשעו בעבירות ביטוי מסוג גילוי הזדהות או הסתה על פי סעיף 24 לחוק המאבק בטרור יוחרגו כליל ממנגנון השחרור המנהלי, ואילו אסירים שהורשעו בעבירות דומות של הסתה לגזענות על פי סעיף 144 לחוק העונשין, יזכו לשחרור מינהלי **מורחב** ;

ב. אסירים שהורשעו בעבירות של זריקת חפצים לעבר אדם או רכוש לפי סעיף 212 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) יוחרגו כליל ממנגנון השחרור המנהלי, ואילו אסירים שהורשעו בעבירת יידי או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה לפי סעיף 332 לחוק העונשין, יזכו לשחרור מינהלי **מורחב** ;

ג. אסירים שהורשעו בעבירת הפרעה לחייל לפי סעיף 218 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) יוחרגו כליל ממנגנון השחרור המנהלי, בעוד אסירים שהורשעו בעבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו בנסיבות מחמירות לפי סעיף 275 לחוק העונשין, יזכו לשחרור מינהלי **מורחב**.

46. חרף האמור, החוק לתיקון מס' 54 פורסם ברשומות ביום 7.11.2018 ונכנס לתוקף כחודש וחצי לאחר מכן, ביום 20.12.2018, כך שהוראת השעה הקבועה בו, עמדה על כנה עד ליום 20.12.2021.

בג"צ 1406/19 פלוני נ' הכנסת ותיקון מס' 57 לפקודת בתי הסוהר

47. ביום 21.2.2019, הגישו העותרים מס' 4 ו-6 עתירה נגד חוקתיות תיקון מס' 54 והחרגת האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המינהלי המורחב (בג"צ 1406/19 פלוני נ' הכנסת). בעתירה התבקש בית המשפט הנכבד לבטל את ההסדר המחריג את האסירים הביטחוניים בהיותו פוגע בזכויות החוקתיות לשוויון, לכבוד ולחירות ומעגן בחקיקה ראשית מסלולים חוקיים נפרדים ומפלים על בסיס שרירותי ללא עמידה במבחני פסקת ההגבלה.

48. ביום 10.6.2019 נערך דיון ראשון בעתירה דן בפני הרכב תלתא של בית המשפט הנכבד (כב' השופטים הנדל, קרא ושטיין). בהמשך לכך, החליט בית המשפט לערוך שימוש בסמכותו ולהורות על קיום דיון המשך בפני הרכב מורחב של בית המשפט הנכבד "בשים לב לשאלות העקרוניות העולות בהליך" (בג"צ 1406/19 פלוני נ' הכנסת, החלטה מיום 1.8.2019). ואכן, ביום 22.10.2019, קבעה כב' הנשיאה חיות כי הדיון בתיק ייערך בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים אשר זהותם נקבעה בהחלטה.

49. ביום 5.7.2020 התקיים דיון המשך בעתירה בפני הרכב מורחב כאמור. בפתח הדיון ציין אב בית הדין, כב' השופט (כתוארו אז) הנדל, כי: "העניין הזה מעורר שאלות עקרוניות לכן קבענו את זה להרכב מורחב. בנסיבות אלה, אנו רוצים לראות את הדיון הזה כאילו הוצא צו על תנאי. אין בכך הבעת עמדה לגבי התוצאה" (ההדגשות הוספו). לאחר שמיעת דברי ההרכב, הותירה המדינה את ההחלטה על ניהול הדיון לשיקול דעת בית המשפט הנכבד והדיון אכן נערך בסופו של יום כאילו ניתן בו צו על תנאי.

50. במסגרת הדיון בעתירה, הצהירה המדינה על כוונתה לערוך תיקוני חקיקה במנגנון השחרור המינהלי המורחב באופן שיהיה בו כדי להשליך על הסעד שהתבקש בעתירה ולשנות מההסדר המפלה בו. משכך, בית המשפט דרש מהמשיבים לשוב ולעדכן באשר להתקדמות הליך החקיקה והמדינה הגישה, מעת לעת, הודעות מעדכנות בנושא, ומשכך, ההכרעה בעתירה התעכבה.

51. עוד טרם ניתן פסק דין בעתירה, קיבלה הכנסת ביום 20.12.2021 את תיקון מס' 57 לפקודת בתי הסוהר (להלן: **תיקון מס' 57**). במסגרת זו, הוארך תוקפן של הוראות תיקון מס' 54 עד ליום 20.3.2022 ונקבע כי החל מיום 21.3.2022 ועד ליום 31.7.2022, ייכנס לתוקפו הסדר חדש שנקבע במסגרת תיקון מס' 57.

- החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 57 והוראות שעה), התשפ"ב-2021 **מצ"ב ומסומן כנספח ע/24**.
- פרוטוקולי הישיבות בוועדת ביטחון הפנים בעניין תיקון מס' 57 **מצ"ב ומסומנים ע/25 - ע/27 בהתאמה**.

52. ההסדר החדש שנקבע במסגרת תיקון מס' 57 ערך שלושה שינויים עיקריים בהסדר שנקבע בתיקון מס' 54, וזאת כדלקמן:

- א. שינוי תקרת הזכאות האוטומטית לשחרור מינהלי מארבע שנים לשלוש שנים;
- ב. הקטנת תקופות השחרור המינהלי המורחב לאסירים שנשפטו ל-18 עד 36 חודשים ואשר וועדת השחרורים לא קיבלה בעניינם החלטה על שחרור מוקדם;
- ג. יצירת מנגנון של "זכאות מותנית" לשחרור המינהלי המורחב ביחס לקבוצות אסירים מסוימות, דהיינו, התניית הזכאות לשחרור מינהלי מורחב בזכאות לשחרור על-תנאי ביחס לאסירים שהורשעו בעבירות אלימות חמורה, עבירות מין, אלמ"ב ועוד (להלן: "**הסדר הזכאות המותנית**").

53. ואולם, באשר לאסירים הביטחוניים, שימר תיקון מס' 57 את הסדר ההחרגה הגורפת ממנגנון השחרור המינהלי המורחב כך שהטבה זו נשללה מהם מכל וכל, אף ללא קשר להחלטות הפרטניות בעניינם בפני וועדת שחרורים.

54. לפיכך, יצר תיקון מס' 57 שלוש קטגוריות שונות של אסירים לגביהם יחולו הוראות שונות באשר לשחרור המינהלי, וזאת כדלקמן:

א. **ההסדר הכללי**: אסירים שנשפטו לתקופת מאסר הפחותה משלוש שנים, אך שנתקבלה בעניינם החלטה פרטנית על שחרור על-תנאי (סעיף 2)4 (לתיקון מס' 57), יהיו זכאים לתקופות שחרור מינהלי מורחב. יצוין כי, אסירים שנשפטו לתקופה של 18 חודשים עד 36 חודשים וזכו לשחרור על תנאי, יזכו לתקופת שחרור מינהלי מורחב העולה על תקופת השחרור המינהלי המורחב אליו יהיו זכאים אותם אסירים שלא זכו לשחרור על תנאי.

ב. **הסדר הזכאות המותנית**: באשר לאסירים שהורשעו בעבירות אלימות חמורה, אלמ"ב, עבירות מין ועבירות נוספות, נקבע כי זכאותם לשחרור מינהלי מורחב תהיה מותנית בהחלטת וועדת השחרורים בנושא שחרורם על-תנאי (סעיף 2)4 (לתיקון מס' 57). אסירים שלא שוחררו בשחרור על תנאי יזכו לתקופות השחרור המינהלי ה"רגיל" שהיו תקפות עובר לתיקון מס' 54, בעוד שאלו ששוחררו בשחרור על תנאי יהיו זכאים לשחרור המינהלי המורחב באופן זהה לאסירים אחרים ששוחררו על תנאי במסגרת ההסדר הכללי.

ג. **הסדר ההחרגה המוחלט**: אסירים ביטחוניים הוחרגו באופן מוחלט, וללא סייגים, מהסדר השחרור המינהלי המורחב. הם יהיו זכאים רק לשחרור מינהלי "רגיל" שהיה תקף ערב תיקון מס' 54 (סעיף 2)4 (לתיקון מס' 57).

הטבלה שלהלן ממחישה את ההבדלים בתקופות השחרור המינהלי אליו זכאים כל אחת מהקבוצות שלעיל לפי תיקון מס' 57. יודגש, כי **בנוסף לתקופות השחרור המינהלי המורחב המפורטות בטבלה, ככלל מתווספת תקופה בת שבועיים שמעמיקה את הפער בין השחרור ה"רגיל" לשחרור ה"מורחב"**. זאת, בהתאם לסעיף המעניק סמכות להוסיף תקופה זו לנציב

בתי הסוהר כל עוד תפוסת האסירים "עדיין עולה על תקן הכליאה ואינה עומדת בתנאי הדין" (סעיף 68ג(ה) לפקודת בתי הסוהר).

קבוצה ג' – הסדר ההחרגה המוחלט	קבוצה ב' – הסדר הזכאות המותנית		קבוצה א' – ההסדר הכללי		
	שחררו על תנאי	לא שחררו על תנאי	שחררו על תנאי	לא שחררו על תנאי	
הסדר מוחלט					
שבועיים	8 שבועות	שבועיים	8 שבועות	8 שבועות	1-6 חודשים
3 שבועות	12 שבועות	3 שבועות	12 שבועות	12 שבועות	6-12 חודשים
4 שבועות	16 שבועות	4 שבועות	16 שבועות	16 שבועות	12-18 חודשים
5 שבועות	16 שבועות	5 שבועות	16 שבועות	10 שבועות	18-24 חודשים
6 שבועות	18 שבועות	6 שבועות	18 שבועות	12 שבועות	24-30 חודשים
7 שבועות	20 שבועות	7 שבועות	20 שבועות	14 שבועות	30-36 חודשים
-	24 שבועות	-	24 שבועות	-	36-42 חודשים
-	27 שבועות	-	27 שבועות	-	42-72 חודשים
-	28 שבועות	-	28 שבועות	-	72-78 חודשים
-	30 שבועות	-	30 שבועות	-	למעלה מ- 78 חודשים

55. להשלמת התמונה, יצוין כי העותרים מס' 4 ו-6 פנו במהלך הליך החקיקה לוועדת הפנים והתריעו על הקשיים החוקתיים שבהגבלת השחרור המינהלי שעה שהוראות בג"צ הצפיפות

אינן מקוימות, וכן הקשיים הגלומים בהחרגה השרירותית של קבוצות אסירים שונות, ובפרט האסירים הביטחוניים כלפיהם ננקטה החרגה גורפת בהרבה, מהשחרור המנהלי המורחב.

- פניית העותרים מס' 4 ו-6 לחברי וועדת ביטחון הפנים מיום 21.11.2021 **מצ"ב ומסומן ע/28**.

56. ואולם, בסופו של יום תיקון מס' 57 נכנס לתוקף ביום 21.3.2022. בהמשך לתיקון החוק, טענו המשיבים במסגרת הדיון בעניין **פלוני** כי דין העתירה להימחק, שכן המחוקק שינה את ההסדר החוקי עליו מלינה העתירה. בתגובתם מיום 13.1.2022, עמדו העותרים על טענותיהם בעתירה גם באשר לתיקון מס' 57 לחוק. בתוך כך, נטען כי:

"השינויים הצפויים במסגרת תיקון מס' 57 לא רק משמרים את הפגיעה הקיימת אלא מחריפים ומחדדים את האפליה הלא חוקתית וההסדר הפוגעני, הגורף והשרירותי שננקט בעניינם של אסירים ביטחוניים. [...] בעוד שבעניינם של אסירים מסוימים נקבע הסדר של זכאות מותנית לטובת ההנאה, התלויה בקביעת וועדת השחרורים לאחר שבחנה את נסיבות המקרה הקונקרטי, הרי שבעניינם של אסירים ביטחוניים נקבע והוארך הסדר של החרגה גורפת" (תגובת העותרים בעניין **פלוני** מיום 13.1.2022)

57. בסופו של יום, בית המשפט הנכבד דחה את העתירה מהטעם כי היא "אינה מציגה את התשתית העובדתית והנורמטיבית הנחוצה לדיון בהסדר הסטטוטורי החדש" (בג"ץ 1406/19 **פלוני נ' הכנסת**, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל (אר"ש 27.2.2022)).

58. הסדר זה, שהיה אמור לחול מספר חודשים בודדים עד לפקיעתו ביום 31.7.2022, הוארך בשל התפזרות הכנסת ובהתאם להוראת סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, עד ליום 15.2.2023. בהמשך, הוארך תוקפו של ההסדר במספר חודשים נוספים באמצעות החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 61 והוראת שעה) – התשפ"ג-2023 (להלן: **תיקון מס' 61**), כך שעמד בסך הכל בתוקף עד ליום 31.7.2023.

59. הנה כי כן, **החרגתם של האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המינהלי המורחב הותרה בתיקונים ובהארכות שבאו לאחר תיקון מס' 54 בעוד ההליך בעניין פלוני תלוי ועומד בבית המשפט, וללא שנקבע כי מדובר בהבחנה חוקתית.**

60. עתה, משבחר המחוקק לשוב ולערוך שינויים משמעותיים בהסדר החקיקתי באופן שמעמיק את הפגיעה באסירים הביטחוניים ומחריגם ממנגנון השחרור המינהלי מכל וכל, הן הרגיל והן המורחב, בשלה העת לשוב ולדון בחוקתיות החרגה גורפת זו, שמנוגדת לשורת פסיקות קודמות של בית המשפט הנכבד, כפי שיפורט בחלק המשפטי.

החרפת הצפיפות בבתי הסוהר ותיקון מס' 62 לפקודת בתי הסוהר

61. בשנים האחרונות חלה עליה משמעותית במצבת הכלואים בבתי הסוהר אשר החרפה את בעיית הצפיפות והוסיפה קושי על עמידה ביעדים להרחבת שטח המחיה לאסירים. מגמת עליה זו ממשיכה גם בשנה הנוכחית חרף מאמצי המדינה השונים להפחית את הצפיפות בבתי הסוהר.

62. בהקשר זה, שימש מנגנון השחרור המינהלי ככלי מרכזי ומשמעותי בשנים האחרונות להפחתת הצפיפות בבתי הסוהר. ואכן, לקראת פקיעת תוקפו של מנגנון השחרור המינהלי המורחב ביום 31.7.2023, פורסם תזכיר חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 62 והוראות שעה), התשפ"ג-2023 שנועד להאריך את תוקפו של מנגנון השחרור המינהלי המורחב ולהגדיל את תקן הכליאה כך שיעמוד על 14,500 מקומות כליאה. תזכיר החוק עמד על מגמת העלייה במצבת הכלואים במתקני בתי הסוהר ועל הצורך להאריך את השימוש במנגנון השחרור המינהלי המורחב:

"העלייה המשמעותית בהיקפי הכלואים הביאה לעלייה בצפיפות במיתקני הכליאה, באופן המקשה על קליטת עצורים ואסירים ושיבוצם במיתקני הכליאה בהתאם להוראות הדין ופסיקת בית המשפט העליון [...] בהתאם לנתוני שירות בתי הסוהר, מגמת העלייה במצבת הכלואים נמשכת גם בשנת 2023. [...] לעמדת גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר, הפסקת הפעלתו של מנגנון השחרור המינהלי המורחב בעת הזו תוביל לעלייה נוספת במצבת הכלואים בשירות בתי הסוהר ולהגברת הצפיפות" (ההדגשות הוספו).

63. על אף חרפת הצפיפות בבתי הסוהר, תזכיר החוק ביקש להחמיר את הדין בעניינם של אסירים ביטחוניים ולקבוע כי אלה לא ישוחררו כלל בשחרור מנהלי – לא בשחרור רגיל ולא בשחרור מורחב. זאת, תוך היתלות בסיסמאות לקוניות כגון "המאפיינים הייחודיים של עבירת הטרור" או "האנטי- חברתיות הטמונה ביסודן של עבירות אלו" שמייחדות לכאורה את האסירים הביטחוניים מיתר האסירים, ללא כל תשתית עובדתית המבססת זאת וללא קשר לאורך המאסר אליו נשפטו באורח פרטני. בד בבד, הוחלט לשוב ולהרחיב את תקופות השחרור המינהלי של אסירים שתקופת מאסרם היא בין 18 חודשים ל-36 חודשים, כך שיעמדו על תקופות זהות לאלו שהיו במסגרת תיקון מס' 54 ועובר לתיקון מס' 57.

- תזכיר חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 62 והוראות שעה), התשפ"ג-2023 מצ"ב ומסומן כנספח ע/29.

64. כבר אז, התריעה הסנגוריה הציבורית בפני היועץ המשפטי למשרד לביטחון פנים על הקשיים שתזכיר החוק מעורר ועל הבעייתיות שבצמצום השימוש בשחרור המינהלי שעה שהצפיפות בבתי הסוהר גוברת:

"במהלך השנה האחרונה חלה החמרה משמעותית בצפיפות השוררת במתקני הכליאה לנוכח גידול משמעותי במצבת הכלואים המוחזקים במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר. נכון לעת הזו, מצבת הכלואים בישראל עומדת על כ-16 אלף עצורים ואסירים, נתון המשקף עלייה של מאות כלואים מדי שנה ב-3 השנים האחרונות. לצד זאת, ניתנה לאחרונה על ידי בג"ץ ארכה נוספת בת 5 שנים ליישום מלא של בג"ץ שטח המחיה וניכר כי המהלכים הנדרשים ליישום פסק הדין של בג"ץ הואטו במידה רבה. שילוב הדברים מביא להחמרה משמעותית ביותר בצפיפות הקיימת וחשש כבד לאי-עמידה בהחלטת בג"ץ. על כן, הוא מחייב לטעמנו הימנעות מצמצום השחרור המנהלי שמהווה למעשה את האמצעי העיקרי היום להתמודדות עם בעיית הצפיפות." (ההדגשות במקור)

- עמדת הסניגוריה הציבורית באשר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 62 והוראת שעה), התשפ"ג-2023 **מצ"ב ומסומנת ע/30**.

65. למעלה מזאת, עמדה הסניגוריה הציבורית על הפגיעה בשוויון שבהחרגת האסירים הביטחוניים כלל ממנגנון השחרור המינהלי ועל התנגדותה ליצירת הבחנה זו בהיעדר כל נתונים רלוונטיים:

"בהיעדר הבחנה מבוססת, אנו מתנגדים עקרונית ליצירת קטיגוריות של אסירים שלגביהם לא יתאפשר שחרור מנהלי. **להחרגה זו יש משום פגיעה קשה בשוויון**. לגופו של עניין, אין בהכרח קשר בין סוג העבירה שבה הורשע האסיר וסיווגה הכללי לבין מסוכנותו האינדיבידואלית לציבור. כך למשל, בין האסירים המרצים מאסר בשל עבירות ביטחוניות ישנם כאלה שהורשעו בעבירות מן הרף התחתון מבחינת חומרתן ונסיבות ביצוען; וחלקם מרצים עונשי מאסר קצרים יחסית, וזה להם מאסרם הראשון.

מבלי להידרש לנימוקים המפורטים בתזכיר לעניין ההצדקה להחרגת עניינם של אסירים אלו, נציין כי הבחנה זו אינה מבוססת על נתונים רלוונטיים, לרבות שיעור הרצדיביזם של אוכלוסיית אסירים זו לעומת אחרות, ובפרט **לא הונחה כל תשתית עובדתית או אמפירית המלמדת על פגיעה יתרה ומוגברת בשלום הציבור בעקבות קיומם של השחרורים המנהליים של אסירים שהורשעו בעבירות ביטחון**". (שם, בפס' 14-15, ההדגשות במקור)

66. חרף האמור, ביום 10.7.2023 הונח תזכיר החוק על שולחן הכנסת בדמות הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (הוראות שעה), התשפ"ג-2023 בנוסח שהחריג את האסירים הביטחוניים כלל ממנגנון השחרור המינהלי. הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה כבר באותו יום ברוב של 41 חברי כנסת מול 25 חברי כנסת.

- הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (הוראות שעה), התשפ"ג-2023 **מצ"ב ומסומן כנספח ע/31**.

67. הצעת החוק נדונה בוועדה לביטחון לאומי בהליך חפוז ובהשתתפות מעטה של חברי כנסת בימי 17 ו-18 ליוני 2023. במסגרת זו, הלינו העותרים בפני חברי הוועדה על הקשיים החוקתיים שהחרגת האסירים הביטחוניים מעוררת. כך למשל, עותר מס' 4 שיגר לשר הממונה על החוק, ליועצת המשפטית לממשלה ולחברי הוועדה לביטחון לאומי שתי פניות בעניין אי-חוקתיות הצעת החוק וביקש לגנוז את החרגת האסירים הביטחוניים מהצעת החוק. בתוך כך, הותרע כי הצעת החוק משמרת ומקבעת הסדר פסול המפלה אסירים ביטחוניים לרעה אך משום תיוגם של האסירים הביטחוניים וללא קשר לחומרת העבירה או משך המאסר אליו נדונו.

- פניית העותר מס' 4 אל חברי הוועדה לביטחון לאומי, היועצת המשפטית לכנסת והיועצת המשפטית לממשלה מיום 18.7.2023 **מצ"ב ומסומן כנספח ע/32**.

- פניית העותר מס' 4 אל השר לביטחון לאומי, יו"ר הכנסת, היועצת המשפטית לכנסת והיועצת המשפטית לממשלה מיום 24.7.2023 **מצ"ב ומסומן כנספח ע/33**.

68. יצוין כי, במסגרת סקירה שהגיש הייעוץ המשפטי לחברי הוועדה, הודגש כי מצב הדברים כיום רחוק ביותר מקביעות בית המשפט בעניין הצפיפות וכי אך ורק מחצית מהאסירים שוהים בתאים העומדים בשטח מחיה של 4.5 מ"ר לאסיר :

"בדיון שנערך בוועדה בנובמבר 2021 הערכת שבי"ס היתה שעד סוף 2022 כ-80% מהאסירים יהיו בתאים של 4.5 מ"ר לאסיר. במהלך השנה ירדו הערכות אלה בהדרגה, ומנתונים שהוצגו לוועדה בפברואר 2023 עלה כי רק 54% מהאסירים **שהו אז בתאים העומדים בתנאים אלה**. פתיחת האגפים החדשים שיפרה את המצב רק במעט, ולהערכת שבי"ס, עם פתיחת האגף הרביעי בכלא עופר, יעלה שיעורם של אסירים אלה ל-56.5% (מסמך סקירת הייעוץ המשפטי לוועדה, בפס' 25).

69. באשר לביטול השחרור המנהלי לאסירים הביטחוניים, הצוות המשפטי של הוועדה סבר כי אין מניעה משפטית להבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים, זאת בניגוד וללא כל התייחסות לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מיום 15.10.2018 שעמד על הקשיים שבהחגה כאמור. יחד עם זאת, התריע הייעוץ המשפטי מהשפעת ההחגה על הצפיפות בבתי הסוהר :

"יחד עם זאת, יש לתת את הדעת למשמעות החרגתם של האסירים הביטחוניים על הצפיפות בבתי הסוהר. מטבע הדברים, אם פחות אסירים משתחררים בשחרור מינהלי, יותר אסירים נשארים בבית הסוהר, והצפיפות גדלה. יש לעמוד על משמעות החרגתם של האסירים הביטחוניים על מצב הצפיפות בבתי הסוהר, בפרט לאור מצוקת המקום בשנה וחצי האחרונות, ומה המענה שניתן לכך" (שם, פס' 34, ההדגשות הוספו).

- דוח הסקירה מטעם הצוות המשפטי לוועדה לביטחון לאומי מיום 16.7.2023 **מצ"ב ומסומן כנספח ע/34**.

70. חרף האמור, חברי הוועדה לא נדרשו ולא עמדו על משמעות החרגתם של האסירים הביטחוניים באופן ראוי והדיונים בוועדה בנושא הסתכמו ככלל בדברי אנשי המקצוע, ששבו והדגישו את בעיית הצפיפות. כך למשל, נציגת שבי"ס בוועדה, ד"ר קתרין בן ציון, הדגישה :

"אני לא יודעת אם אתם מכירים את הצפיפות בשבי"ס היא באמת בלתי נסבלת ברמה שאנחנו לא יכולים להשים אדם במקום המיועד לו כי אין מקומות, בטח בעצורים. בכל לילה אנחנו מפנים תאים, לפעמים אנחנו סוגרים בתי מעצר." (תמלול מדיון הוועדה ביום 17.7.2023, פרוטקול הדיון טרם פורסם)

- פרוטקול הדיון טרם פורסמו, דיוני הוועדה זמינים לצפייה באתר מאגר החקיקה הלאומי. ראו קישור : <https://tinyurl.com/3dkm622k>

71. למעלה מזאת, לאחר אישור החוק אף עמדו בשבי"ס באופן ברור יותר על המשמעויות החרפות של החרגת האסירים הביטחוניים ועל ההחמרה במצב הצפיפות בבתי הסוהר, שבית המשפט הנכבד כבר קבע כאמור כי אינה עומדת בסטנדרטים חוקתיים כיום :

"עם כניסת תיקון לסעיף חוק השחרור המנהלי ביום 1.9, ישוחררו משבי"ס כ-120 אסירים פליליים בלבד. לאור החרגת האסירים הביטחוניים, מקומות שהיו צפויים להתפנות

במתקנים ביטחוניים יישארו תפוסים. הסבה של אגפים פליליים בבית סוהר 'אלה' איננה יישומית ולא עלתה בשום שיח עם גורמי המקצוע. נציבת בתי הסוהר הורתה על הקפאת שיפוץ אגפים על מנת לאפשר אכלוס של 80 אסירים בבית סוהר שטה, זאת לצד אכלוס בהצפפה במתקנים נוספים" (ראו נספח ע/3; ההדגשות הוספו).

72. כמו כן, יצוין כי המדינה הודתה זה מכבר שהחרגתם של האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המינהלי המורחב השפיעה על החרפת הצפיפות בבתי הסוהר. כך למשל, בהודעת עדכון מיום 3.11.2022 שהוגשה במסגרת ההליכים שלאחר מתן פסק הדין בבג"צ הצפיפות בבתי הסוהר, עמדה המדינה על כך שהחרגת קבוצות אסירים ממנגנון השחרור המנהלי המורחב הוא מבין הגורמים לעלייה במספר הכלואים, עליה אשר גרמה להגברת הצפיפות ואף אי עמידה בתנאי הפעימה הראשונה שהציב בג"ץ:

"שילוב הדברים הוביל, בו-זמנית, לעלייה במספר הכלואים המובאים למתקני שירות בתי הסוהר (שני הגורמים הראשונים), **לצד ירידה בהיקף האסירים המשתחררים בשחרור מינהלי מורחב בכל יום** (הגורם השלישי). תוצאת הדבר, בהתאם לנתונים שנמסרו משירות בתי הסוהר, היא אותה עלייה משמעותית ומתמשכת בתפוסת העצורים והאסירים במתקני שירות בתי הסוהר, אשר גרמה להגברת הצפיפות ולצמצום שטח המחיה במתקני הכליאה. [...] כל אלו, וכפי שאף שוקף במסגרת בקשת הארכה שהוגשה מטעם המשיבים ביום 12.9.22 **הובילו גם לפגיעה ביכולתו של שירות בתי הסוהר לקיים באופן מלא ומתמשך את הפעימה הראשונה שנקבעה בפסק הדין**, כך שבמתקנים שונים ולפרקי זמן מסוימים, עצורים מוחזקים בתאים בשטח הנמוך מ-3 מ"ר" (ההדגשות הוספו)

- הודעת עדכון מטעם הממשלה ובקשה נוספת לשינוי מועד קיום פסק דין מיום 3.11.2022
מצ"ב ומסומן כנספח ע/35.

73. חרף האמור ועל אף מרכזיותו של מנגנון השחרור המינהלי בארסנל הכלים שעומדים לרשות המדינה, החליטו המשיבים לקדם חוק המחמיר את הדין הקיים ומחריג את האסירים הביטחוניים מכלל השימוש במנגנון השחרור המינהלי. זאת, על אף היעדר כל תשתית עובדתית כאמור המבססת שוני רלוונטי באשר להבחנה בין קבוצות האסירים באופן קולקטיבי באשר לשחרור המינהלי וכן על אף ההשלכות המידיות על הצפיפות הצפויות מצמצום השימוש במנגנון זה עוד יותר.

74. הצעת החוק אושרה במליאת הכנסת בקריאה שניה ושלישית ביום 24.7.2023, ברוב של 12 חברי כנסת בלבד ובהתנגדות חבר כנסת אחד, וזו פורסמה ברשומות ביום 26.7.2023.

75. הטבלה שלהלן ממחישה את ההבדלים בתקופות השחרור המינהלי אליו זכאים כל אחת מקבוצות האסירים בהתאם למצב המשפטי בהווה. יודגש, כי בנוסף לתקופות השחרור המינהלי המורחב המפורטות בטבלה, ככלל מתווספת תקופה בת שבועיים שמעמיקה את הפער בין האסירים שזכאים לתקופות השחרור המורחב לאלה שמוחרגים מההסדר כלל (ראו סעיף 68ג(ה)).

קבוצה א' – ההסדר הכללי	קבוצה ב' – הסדר הזכאות המותנית באשר לעבירות מין, אלימות, אלמ"ב ועוד		קבוצה ג' – אסירים ביטחוניים		
	שחררו על תנאי	לא שחררו על תנאי	שחררו על תנאי	מוחלטת	
8 שבועות	8 שבועות	8 שבועות	-	6-1 חודשים	
12 שבועות	3 שבועות	12 שבועות	-	12-6 חודשים	
16 שבועות	4 שבועות	16 שבועות	-	18-12 חודשים	
20 שבועות	5 שבועות	20 שבועות	-	24-18 חודשים	
20 שבועות	6 שבועות	20 שבועות	-	30-24 חודשים	
21 שבועות	7 שבועות	21 שבועות	-	36-30 חודשים	
24 שבועות	-	24 שבועות	-	42-36 חודשים	
27 שבועות	-	27 שבועות	-	72-42 חודשים	
28 שבועות	-	28 שבועות	-	78-72 חודשים	
30 שבועות	-	30 שבועות	-	למעלה מ-78 חודשים	

76. מכאן העתירה דן המבקשת מבית המשפט הנכבד להוציא מתחתיו צו על-תנאי המופנה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 1(2)1(ב) לתיקון החוק, בהיותו מנוגד לזכות לשוויון בין אסירים ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

הטיעון המשפטי

תיקון החוק פוגע בזכויות יסוד

77. 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 עע"א 4463/94 גולן נ' **שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(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. [...] הנחת היסוד היא, ששל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר"

78. 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 טובות 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 טובות הנאה וקבע בהקשר זה כי קבוצת האסירים הביטחוניים אינה מהווה קבוצת שוויון נפרדת.

79. בדנג"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, כשלעצמם, קבוצת שוויון נפרדת ועל כן אין לגזור יחס שונה לאסירים ביטחוניים ללא הצדקה עניינית. כך למשל, קבעה כב' הנשיאה מ' נאור כי:

"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 לאותו 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." (פס' 16 לחו"ד הנשיאה נאור, ההדגשות הוספו)

80. לעניין יצירת הבחנה בין האסירים ושליילת טובת הנאה מחלקם, סברו מרבית שופטי ההרכב כי יש לבסס הבחנה כאמור על תשתית עניינית שרלוונטית להבחנה ויש לקיים קשר רציונאלי

לשוני בין הקבוצות באשר לאותה הבחנה. כך למשל, השופטים גיבראן וחיות הצטרפו לכלל חלקי פסק דין הנשיאה נאור, וכב' השופטת (כתוארה אז) חיות אף הדגישה בחוות דעתה כי:

"עמדה זו נגזרת מן החובה המוטלת על הרשות המינהלית - ובענייננו שירות בתי הסוהר - לנהוג בשוויון וזאת גם מקום שבו היא מעניקה הטבה הנתונה לשיקול דעתה אותה אין היא חייבת להעניק. על כן, מקובלת עלי עמדת חברתי לפיה שלילה גורפת של האפשרות ללמוד במסגרת האוניברסיטה הפתוחה מכלל האסירים המסווגים כביטחוניים יש בה כדי לעורר קושי ועל פני הדברים איני רואה מדוע לא תונהג בהקשר זה בדיקה פרטנית" (ההדגשות הוספו)

81. כמו כן, השופט (כתוארו אז) הנדל ציין בחוות דעתו כי:

"אולם עצם קיום הקבוצות, וההכרה בשוני ביניהן, אין בכוחם כדי להצדיק הבחנות מלאכותיות או שרירותיות ביניהן (ראו גם עמדת חברי הנשיא בדימוס בפסקה 8; הדבר אף נקבע בעבר בפסיקה – ראו למשל דברי השופט י' זמיר בעניין קונטאר, פסקה 10). ראוי כי במישור הכללי יהיה קשר רציונאלי בין ההבחנה לבין מאפייניהן של שתי הקבוצות. בהקשר זה התייחסה חברתי הנשיאה לפסיקה האמריקאית, לפיה יש צורך בקיומו של טעם לשוני בין הקבוצות. גישה זו מקובלת עלי מאד" (פס' 3 לחוו"ד השופט הנדל) (ההדגשה הוספה)

82. ואכן, בית המשפט הנכבד חזר והטמיע עמדה זו בסוגיות דומות ואף פסל חקיקה ראשית בשל יצירת הבחנות לא ענייניות ומפלות גם כאשר הדבר נבע מהבחנה המבוססת על בסיס הרשעה פלילית של אסירים ביטחוניים. לא מכבר פסל הרכב מורחב של בית המשפט הנכבד הוראת חוק ששללה קצבאות סוציאליות מהורים לקטינים שהורשעו בעבירות ביטחוניות מסוימות (ראו והשוו: בג"ץ 3390/16 **עדאלה נ' הכנסת** (פורסם באר"ש, 8.7.2021) (להלן: **עניין קצבאות הילדים**)). בתוך כך, הוטעם כי יצירתן של הבחנות המושתתות על סוגי עבירות שונות חייבת להיסמך על שוני רלוונטי לעניין הנדון ולתכלית הנורמה, גם כאשר מדובר בהבחנות שנערכו על ידי המחוקק (ראו, למשל, סעיף 8 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן).

83. כמו כן, נקבע, בדעת רוב, כי ההבחנה שנדונה פוגעת בזכות לשוויון במובנה החוקתי ועל פי "מודל הביניים" שהשתרש בפסיקה. בהקשר זה, הדגישה כב' הנשיאה חיות כי **גורפות** ההסדר שנקבע והיעדר כל בחינה פרטנית מהווים את ליבת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון (ובהמשך גם מובילים למסקנה שמדובר בהסדר שאינו מידתי):

"ליבת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון במקרה דנן טמונה בכך שההסדר הקבוע בסעיף 325 (ב) לחוק שולל מהורים לקטינים שהורשעו ונידונו לעונש מאסר בגין עבירות ביטחון מספר גמלאות באופן גורף, מבלי לבחון את התנהלותו של ההורה ואת זיקתו לביצוע העבירה" (ס' 1 לחוו"ד הנשיאה חיות); ההדגשות (הוספו)

84. זאת ועוד, בפסק הדין הביעה כב' השופטת דפנה ברק-ארז את העמדה כי הפגיעה בשוויון החוקתי נובעת מעצם השימוש ב"קריטריון מתייג", שמתקיים כל אימת שההבחנה "משדרת

מסר לפיו פרטים מסוימים אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת" (פס' 27 לחוות דעתה של כב' השופטת דפנה ברק-ארז). בתוך כך, נקבע כי עצם השימוש בקריטריון ההרשעה הפלילית יש בו משום שימוש בקריטריון מתייג וכי "בכל מקרה שבו ייעשה שימוש בקריטריון מתייג, כדוגמת משקל גוף או הרשעה בפלילים, ואלה דוגמאות בלבד, הכניסה לגדריה של פסקת ההגבלה היא מידית, ללא בחינה נוספת של ההקשר" (שם). ברי, כי הבחנה גורפת המבוססת על תיוג האסיר כאסיר ביטחוני על בסיס עצם הרשעתו בסעיף עבירה פלילית מסוימת, כפי שננקט בענייננו, נופלת אף היא בגדרי השימוש בקריטריון מתייג הפוגע בשוויון החוקתי.

85. בנוסף, הפגיעה האמורה בשוויון החוקתי מקבלת משנה תוקף, ועומדת כשלעצמה, בשל יצירת אפליה תוצאתית על בסיס קבוצתי, שכן רובם ככולם של האסירים המוחרגים באורח אוטומטי וגורף הם ערבים-פלסטינים, כלומר, קבוצת לאום שסיווגה, גם במבחן התוצאה, הוכר זה מכבר כ"סיווג חשוד" (ראו ס' 37 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). 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** (27.2.2006), פסקה 18 לפסק דינו של השופט ברק; בג"ץ 332/87 **בן שלמה נ' שר הפנים**, פ"ד (מג) 353, 356 (1989)).

86. ובחזרה לעניינים של האסירים הביטחוניים, בית המשפט הנכבד קבע זה מכבר כי אין מקום להבחין בין אסירים **רק משום שמדובר באסיר ביטחוני אשר ביצע עבירות מסוג מסוים**. במסגרת עע"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 אוטומטי 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 בטחוני 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)

87. 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** (פורסם בנבו, 11.02.10):

"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"

88. הבחנה גורפת בין אסירים על בסיס העבירות המיוחסות 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.

89. לכל אסיר, ובגדר זאת אסיר ביטחוני, נתונה הזכות לשוויון, ואין להפלות בינו ובין אסירים אחרים ללא שההבחנה 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-3 שנים). די באמור כדי לבסס את המסקנה כי תיקון החוק פוגע באופן גורף ושלא כדין בזכות לשוויון בין אסירים.

90. 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.

91. דיסוננס חוקתי זה מקבל משנה חומרה שעה שאסירים בגירים, שלחובתם עבר פלילי מכביד ונגזר דינם לתקופה של כשלוש שנים יזכו לשחרור מינהלי מורחב, ואילו קטינים, שעברם נקי ושנגזר דינם לתקופות פחותות משמעותית, כדוגמת העותרים, לא יזכו לשחרור מינהלי כלל, אך ורק בשל סעיף העבירה שבה הורשעו.

92. פגיעה זו בזכויותיהם של אסירים אלו 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

93. הוראות הדין הספציפיות החלות על שחרור מינהלי (lex specialis) נועדו להעדיף את עקרון השוויון ולמנוע החרגה שרירותית של אסירים שלא מבוססת על אורך המאסר שנגזר עליהם, שמשקף למעשה את חומרת מעשיהם בשקילה אינדיבידואלית. כאמור, בסעיף 68א 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
(הסימון הוסף)

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

”68(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.).

95. 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 (אשר הופחת במסגרת תיקון מס' 57 לשלוש שנים), ואשר מבדיל 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, את זכאותם לטובת הנאה מסוג השחרור המינהלי.

96. בהקשר זה, בתי המשפט פסקו בעבר כי אין להפלות בין סוגי אסירים לצורך חישוב תקופת השחרור המינהלי שלא על פי תקופת המאסר שלה הם נידונו. בעת"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)

97. ברי כי איסור מוחלט של שחרור מינהלי אך בשל תיוג אסיר כביטחוני, אף אם מאסרו נקבע לתקופה של פחות משלוש שנים, ואף אם נעשתה בחינה פרטנית בעניינו, מוביל לפגיעה אנושה בשוויון.

98. 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 מעניינה של תיק זה." (ההדגשות הוספו)

99. 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 ובבריאות", 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-בטחוני, לתנאי כליאה שאינם ראויים למחייטו של אדם, וכפי שציין חברי השופט (בדימי) 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)

100. די באמור כדי להצביע על כך שתיקון 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.

הסדר הזכאות המותנית מחדד את הפגיעה באסירים הביטחוניים

101. בעוד שבעניין אסירים אחרים נקט המחוקק בהסדר זכאות מותנית שרלוונטי באשר לשחרור המינהלי המורחב, הרי שבעניינם של האסירים הביטחוניים בחר המחוקק להחמיר ולנקוט בהסדר החרגה גורף ומוחלט התקף באשר לכלל מנגנון השחרור המינהלי. הבחנה זו מחדדת אף היא את הפגיעה באסירים הביטחוניים ומעמיקה את הפגיעה בזכותם לשוויון.

102. מבלי לנקוט עמדה באשר לחוקתיות הסדר הזכאות המותנית, שעל פניו מעורר שאלות חוקתיות משמעותיות אף הוא, הרי שברור כי הסדר החרגה המוחלט שנקט בעניינם של האסירים הביטחוניים הוא חמור וחריף יותר באופן שמחדד את הפגיעה בעניינם.

103. החרגה גורפת זו משמעה הוא שללא שום קשר לשאלת המסוכנות האינדיבידואלית או אורך המאסר של האסיר, עצם התיוג כ"אסיר ביטחוני" על פי סעיף העבירה שבו הורשע,

יוביל לשלילה אוטומטית של טובת ההנאה, גם אם מדובר באסיר השפוט לתקופה קצרה ביותר וגם אם מדובר באסיר, שלאחר בחינה פרטנית של וועדת השחרורים, הוחלט לשחררו על-תנאי (חרף החסמים המבניים שאינם נוטים לטובת שחרורם על-תנאי של האסירים הביטחוניים מלכתחילה). מצב דברים זה הוא ייחודי לאסירים הביטחוניים ואינו מתפרש לעבר שום קבוצה אחרת, שכן קבוצות אחרות שלגביהם החמיר המחוקק עדיין חוסות תחת משטר הזכאות המותנית.

104. כפי שיורחב בהמשך, הסדר ההחרגה המוחלט כאמור אינו מושתת על שוני רלוונטי כלשהו בין האסירים ביחס לתכליתה העיקרית של החקיקה והיא הפחתת הצפיפות בבתי הסוהר. זאת ועוד: הסדר זה שקשור בטבורו לשלילת חירותם של בני אדם יש בו משום הפליה שקשורה באופן ענייני הדוק לכבוד האדם באופן העולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לשוויון בין אסירים, לא כל שכן כאשר לכך מצטברת, במבחן התוצאה, אפליה קבוצתית על בסיס סיווג חשוד מסוג לאום.

תיקון החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה

105. סעיף 1(2)(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 **גורף** ומפלה על בסיס סעיף החיקוק ופורום השיפוט שבו נשפטו האסירים, ללא קשר לאורך מאסרם.

תיקון החוק אינו משרת תכלית ראויה ומנוגד לתכלית תיקון החוק העיקרית

106. 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".

107. 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 שחרורם 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).

108. ברע"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 ייווצר 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)

109. 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. הבחירה במפתח זה להבחנה בין האסירים נשענת על העובדה כי אורך המאסר הוא פרמטר ייחודי ופרטני לכל אסיר ואסיר, המשקלל כאמור את חומרת מעשיו ומסוכנותו לציבור.

110. ובכן, לצורך הגשמת תכלית זו ועל רקע פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין הצפיפות

בבתי הסוהר, יזמה הממשלה את שורת התיקונים שהאחרון שביניהם הוא התיקון שעומד בבסיס עתירה זו. במסגרת תיקון החוק שבעניינינו, שיקפו דברי ההסבר את העלייה המתמשכת במצבת הכלואים ואת הצורך לנקוט בצעדים שיקלו על הצפיפות בבתי הסוהר על ידי הארכת השחרור המינהלי:

"לנוכח העלייה המשמעותית שחלה במצבת הכלואים כאמור לעיל והצורך בהמשך קידום פעולות וצעדים שיביאו לייעול ולהרחבה של מערך הכליאה ומרחב המחיה בבתי הסוהר ולעמידה בפסיקת בג"ץ בהקדם האפשרי, ובשים לב לעמדת גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר שלפיה **הפסקת הפעלתו של הסדר השחרור המינהלי המורחב בעת הזו תביא לעלייה נוספת במצבת הכלואים בשירות בתי הסוהר ולהגברת הצפיפות**, מוצע להאריך בשנה את הוראת השעה בעניין השחרור המינהלי המורחב ומוצעים שינויים נוספים בהסדר השחרור המינהלי המורחב שנקבע בתיקון מס' 57"

111. עם זאת, לתיקון החוק התווספה כאמור הוראה המחריגה כליל את תחולתו מקבוצת

האסירים הביטחוניים, חרף היעדרה של זיקה בין קבוצת האסירים שהוחרגו לבין משך מאסרם או חומרת מעשיהם, ועל אף הפגיעה בזכות לשוויון בין אסירים.

112. לעניין זה, הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית העומדות מאחורי הסדר ההחרגה המוחלט אינן ראויות. בהקשר זה, **יודגש כי בשל הדיון הקצר והחלקי בלבד בתיקון החוק דנו, הרי שלא ניתן להבין באופן מלא את התכלית העומדת בבסיס ההחרגה במנותק מההיסטוריה החקיקתית שראשיתה בתיקון מס' 54 לפקודה.**

113. 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** 300-305 (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 נו(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 **מנור ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

114. 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"ץ 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 ממנגנון השחרור המנהלי באופן גורף לא עוגנה מלכתחילה במנגנון השחרור המינהלי ולא נועדה לשרת תכלית ראויה, אם כי השתרשה בו משיקולי נקמנות וענישה פסולים ובעקבות דיווחים תקשורתיים כאמור שהובילו להחרגתם תחילה מהשחרור המנהלי המורחב במסגרת תיקון מס' 54.

115. לא ניתן לנתק כאמור היסטוריה חקיקתית זו, שנפרשה בהרחבה בחלק העובדתי של העתירה ומעידה על תכליתו הסובייקטיבית הפסולה של המחוקק, מהשתרשות ההחרגה והעמקתה בתיקון החוק הנתקף עתה. ואכן, התכלית הנקמנית והלא עניינית שבבסיס החרגת האסירים הביטחוניים מתחדדת נוכח דברי השר לביטחון לאומי בפרסום בחשבונו בפייסבוק בו נכתב כי הוא התעקש על קידום החרגה כאמור כנגד עמדת גורמי המקצוע אך ורק בשל תיוגם של האסירים:

"לוקח בחשבון שהתדרוכים של גורמים בשב"כ ובשב"ס יגדלו נגדי השבוע, וזאת לאור העובדה שביטלתי את האופציה של אסירים ביטחוניים להשתחרר בשחרור מנהלי מוקדם ... **לאחר עבודת מטה שקיימתי, הודעתי לשב"כ ולשב"ס שאני לא מתכוון לשנות לרגע את עמדתי - גם מחבל שזרק אבן ולא פגע,**

הוא מחבל. ולא שייך בשום אופן לאפשר לו שחרור מוקדם מהכלא" (ההדגשות הוספו; פרסום מיום 29.8.2023 בעמוד הפייסבוק של השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר, זמין בקישור <https://tinyurl.com/3xfn54up>)

116. ובחזרה לתיקון החוק שבענייננו, הרי שדברי ההסדר עומדים לכאורה על התכלית האובייקטיבית שהניעה את החרגתם של האסירים הביטחוניים:

"עבירות הביטחון מהוות סוג ייחודי של עבירות, השונות מעבירות פליליות אחרות. נוסף על פגיעה בערכים החברתיים המוגנים בדומה לעבירות פליליות אחרות ולעבירות אלימות בפרט, לעבירות על רקע ביטחוני יש ממד חומרה מיוחד. כך, בנוסף לכוונת העברין לפגוע באדם מסוים או בקבוצה של אנשים, פעילות טרור טומנת בחובה כוונה לפגוע בחברה כולה. עבירות הטרור אינה מכוונת רק לנזקים הישירים הנגרמים ממעשה העבירה, אלא היא מכוונת לפגיעה במדינה עצמה, ולשיבוש שגרת החיים בה, בין השאר על ידי זריעת פחד ובהלה בציבור, ויצירת תודעה שלפיה אף אדם אינו מוגן מפניה. [...]"

על רקע האמור, בהינתן המאפיינים הייחודיים של עבירת הטרור ובפרט היקפה הרחב של תופעת הטרור, האנטי-חברתיות הטמונה ביסודן של עבירות אלה ופגיעתן הקשה והרחבה בחברה כולה, קיים אינטרס ציבורי מוגבר לשמירה על האינטרסים המוגנים העומדים בבסיס עבירות אלה, להגשמת תכליות הענישה תוך מיצוי העונש שנגזר על האסירים שהורשעו בעבירות אלה ולשמירה על ההרתעה הנדרשת כלפי ארגוני הטרור ועבריינים פוטנציאליים של עבירות ביטחון. מאפיינים ייחודיים אלה עומדים בבסיס ההסדר המוצע שלפיו אסיר שהורשע בעבירות ביטחון לא יהיה רשאי להשתחרר בשחרור מינהלי, וזאת במסגרת האיזון הנערך בגדר הסדר השחרור המינהלי בין הקלת הצפיפות במיתקני הכליאה לבין שמירה על אינטרסים מוגנים אחרים. (ההדגשות הוספו)

117. ואולם, בניגוד לסיסמאות אלה המתעטפות לכאורה ב"ייחודיות" עבירות הביטחון וקיומו של "אינטרס ציבורי מוגבר", הרי שעמדת גורמים מקצועיים מהדרגה הבכירה ביותר, כגון ראש השב"כ, מעידה כאלף עדים על היעדרה של כל תכלית ביטחונית ממשית במניעת שחרורים מינהליים לאסירים ביטחוניים שנמצאים על הצד הקל יותר של מנעד הענישה (לעניין זה ראו נספחים ע/2 – ע/4).

118. למעלה מזאת, תכליות אלו שצוינו הן פסולות 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.

119. בהקשר זה, נפסק זה מכבר כי אין להטיל על אסירים ביטחוניים מגבלות משיקולים ענישתיים. כך למשל, ב-עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' סמיר קונטאר, פ"ד נ(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.).

120. 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.).

121. בנוסף, במישור התכלית האובייקטיבית, נזכר כי בדיוני הוועדה עצמה לקראת תיקון מס' 54, עמדו הנציגים של משרד המשפטים, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, על היעדרה של זיקה עניינית בין החרגתם הגורפת של אסירים ביטחוניים מההסדר המרחיב את תקופת השחרור המנהלי 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)

122. בהקשר זה, קשה לטעון, שהחרגה כזו מושתתת על תכלית עניינית. **ראשית**, היועץ המשפטי לממשלה עצמו הסתייג מחוקתיות החרגת האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המנהלי המורחב והתנגד לקידומו במתכונת כזו במסגרת תיקון מס' 54 עוד בשלב דיוני וועדת השרים לענייני חקיקה, ויש בכך כדי להעיד על אי החוקתיות שהחרגה כזו מעוררת במיוחד כי תיקון החוק בענייננו מבקש להחריג את האסירים הביטחוניים ממנגנון השחרור המנהלי החרגה מוחלטת.

שנית, קשה להצדיק את התכלית העונשית המושתתת על שיקולי הענישה 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.

האמור מקבל משנה חיזוק לאור דבריהם של פרופ' אורן גזל-אייל ופאדי מרזוק-מקלדה במאמרם ”מהפכת השחרור המנהלי – ממדיניות כליאה מבוססת ביקוש למדיניות מבוססת היצע” **עיוני משפט** מ”ז (2023):

"חוק השחרור המנהלי המוגבר פוגע גם בעקרון ההלימה במובן הבסיסי הזה. אומנם, בקרב מרבית האסירים הפלייליים אין פגיעה כה משמעותית... אולם ההחרגה של אסירים ביטחוניים וההחרגה המותנית של מי שהורשעו בעבירות מין ואלומות חמורה פוגעת בעיקרון זה" (בעמ' 68, ההדגשות הוספו)

ובהמשך, בעמ' 69 – 70 הודגש כי :

"אפשר לכאורה לומר כי העבירות שהוחרגו מהשחרור המוגבר – עבירות מין ואלומות חמורה ועבירות ביטחון – מחייבות החמרה עם מבצעהן ולכן מוצדק לקצר את השחרור המנהלי שלהם (דהיינו להאריך את מאסרם), גם במחיר קיצור משמעותי יותר של מאסרם של אסירים אחרים. אולם חומרת העבירה כבר נשקלה בידי בית המשפט בקביעת העונש. אם בית המשפט הטיל על נאשמים אלו עונש דומה לעונש שמוטל על נאשמים בעבירות פליליות אחרות, קשה להצדיק תקופות שחרור מנהלי שונות לנאשמים אלו מטעמי הלימה."

שלישית, אחד האדנים עליהם מתבססת התכלית העומדת מאחורי החרגתם הכוללת של האסירים הביטחוניים 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. די בכך כדי לשמוט את הקרקע מתחת לעמוד תווך זה, ולנימוקים להבחנה המוצעת.

123. למעלה מזאת: השרירותיות שבהבחנה שתיקון החוק עורך מדברת בעד עצמה ושומטת את הקרקע מתחת להצדקות שניתנו להבחנה מעין זו. מההגדרה המופיעה בתיקון החוק עולה, למשל, כי אסירים שהורשעו בעבירות ביטוי מסוג גילוי הזדהות או הסתה על פי סעיף 24 לחוק המאבק בטרור יוחרגו כליל ממנגנון השחרור המנהלי, 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 כליל ממנגנון השחרור המנהלי, 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 כליל ממנגנון השחרור המנהלי, בעוד אסירים שהורשעו בעבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו בנסיבות מחמירות לפי סעיף 275א, יזכו לשחרור מינהלי מורחב; אלו דוגמאות ספורות מבין מקרים רבים בהם ההבחנה איננה מבוססת על כל תכלית עניינית ושמטרתה כאמור "לתפור" את גזרת ההגדרה, עד כמה שניתן, על אסירים ביטחוניים ללא תלות בעונש שנגזר עליהם בפועל.

סעיף 1(2)(ב) לתיקון החוק אינו מידתי

124. כידוע, גם בהנחה כי תכלית סעיף 1(2)(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.

מבחן המשנה הראשון – קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה

125. סעיף 1(2)(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 1(2)(ב) לתיקון החוק מנוגד לתכלית החוק העיקרית. הדבר מקבל משנה חומרה לאור העובדה שהצפיפות בבתי הסוהר הולכת וגדלה באופן שממעמיק את הפגיעה בזכויות האסירים.

126. 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).

127. 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.

128. כמו כן, **אין בסיס עובדתי אמפירי לטענה כי האסירים הביטחוניים מסוכנים יותר לציבור**. להיפך: שיעור החזרה לכלא בתוך חמש שנים מהשחרור בקרב האסירים הביטחוניים הוא נמוך יותר מאסירים אחרים. כך למשל, בעוד ששיעור הרצידיביזם של אסירים ביטחוניים עומד על 18%, אותו שיעור בקרב אסירים הנכלאו בשל עבירות רכוש עומד על 53%, ו-40% בקרב עבירות אלימות, שוד, סמים וסדר ציבורי.

על האמור עמדו במפורש המלומדים אורן גזל-אייל ופאדי מרזוק-מקלדה במאמרם "מהפכת השחרור המנהלי" בעמ' 57-58:

"אין בסיס מחקרי ברור המראה כי אסירים בעבירות המוחרגות או אסירים שנדונו למאסרים ממושכים מסוכנים יותר מהאסירים האחרים. כך, אסירים בגין עבירות סמים, שוד או עבירות נשק עשויים להיות אסירים מסוכנים לא פחות מאסירים שהורשעו בעבירות המוחרגות. חוק המעצרים, למשל, מגדיר עבירות אלו כיוצרות חזקת מסוכנות. חשוב מכך, שיעורי הרצידיביזם בעבירות אלו אינם נופלים משיעורי הרצידיביזם בעבירות המוחרגות"

129. למעלה מזאת, אף אם יונח כי קיימת תכלית ביטחונית והרתעתית 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

130. 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)).

131. 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 שהבחנה 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

ולדווש את הטבה. זאת, גם אם ההנמקה לשלילת
הפריבילגיה אינה חלה עלינו (ההדגשות הוספו)

132. 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 לדעתי לקבוע – על בסיס החומר שלפנינו – כי ראוי שהיקפו של הסדר הנדון ייבחן פעם נוספת על-ידי המשיבים. " (שם, ההדגשות הוספו)

133. 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 חמורים. די בכך כדי לקבוע כי תיקון החוק אינו חוקתי, גם ללא שהצטברו לאי חוקתיות זו רבדים נוספים – ולא כך הוא כאמור.

134. 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**, פיסקה 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"

135. 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 מתארכת אשר נוסח מוקדם שלה עוגן בספר החוקים כבר בשנת 2019 ואשר ההסדר הקבוע בבסיסה צפוי אף להמשיך ולהתארך בשל מצוקת הצפיפות בבתי הסוהר**. 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.

136. זאת ועוד: אין להתעלם מהעובדה כי החרגה זו מצטברת להבחנות פוגעניות רבות הנוגעות לתנאי מאסרם ומחייטם 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.

137. 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 אפשרותם 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)

138. 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

139. 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 והנוק 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)).

140. 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 לנוק הנובע מהחרגה זו.

141. 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 יסודי 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).

142. 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 בזהותו 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**).

143. 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).

144. זאת ועוד: כפי שמראים המלומדים אורן גזל-אייל ופאדי מרזוק-מקלדה במאמרם "מהפכת השחרור המנהלי", הרי שההחלטה להחריג סוגי אסירים מהשחרור המינהלי מובילה להארכת השחרורים המינהליים של אסירים אחרים באופן שפוגע באינטרס הציבורי יתר על המידה:

"ההחלטה להחריג סוגי אסירים מהשחרור המנהלי המוגבר מובילה להארכת השחרורים המינהליים של אסירים אחרים מעבר לדרוש, באופן שפוגע באינטרס הציבורי בצמצום

145. 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.

146. לפיכך, עריכת איזון בין החשיבות החברתית היחסית העומדת בבסיס ההחרגה 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

147. סיכומם של דברים – סעיף 1(2)(ב) לתיקון החוק המחריג את האסירים הביטחוניים בואפן גורף ומוחלט ממנגנון השחרור המינהלי פוגע בזכות לשוויון, לחירות ולכבוד, חותר תחת תכליתו העיקרית של תיקון החוק עצמו, לא נועד למטרה ראויה ואינו עומד במבחני המידתיות.

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

רביע אגבריה, עו"ד
ב"כ העותרים

30 אוגוסט, 2023