

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

רע"ב _____

אחמד מהאניה ת.ז. _____ (אסיר)

כולם ע"י עוה"ד נארימאן שחאדה – זועבי ו/או עדי מנסור
ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני ו/או סלאם ארשייד

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 3109001 ;
טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140 ; דוא"ל: adalah@adalah.org
ליצירת קשר ישיר: נייד מספר: 0526088502 – מייל: nareman@adalah.org

ו/או עו"ד חאלד אזבארגה
רחוב הרצל 21/1, לוד, 71336
טל: 08-9295418 ; פקס: 08-9295419, דוא"ל: khaledlaw@bezeqint.net
ליצירת קשר ישיר: 052-8804400

המבקש

נ ג ד

מדינת ישראל
באמצעות מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רחוב צלאח אלדין 31, מיקוד 9711054, ירושלים
טל: 073-3925590 ; פקס: 02-6467011 ; דוא"ל: HJC-dep@justice.gov.il

המשיבה

בקשת רשות ערעור

ובקשה לקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת בקשה לרשות ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע (השופטים אריאל ואגו, עמית כהן, ודניאלה בן טולילה), בעתירת אסיר עת"א 28147-08-22 אחמד מהאניה (אסיר) נ' מדינת ישראל, מיום 01.09.2022.

עתירת האסיר הוגשה נגד החלטת ועדת שחרורים מיוחדת במקום מושבה בבית משפט השלום ברמלה בתיק ושק"מ 485679-03-21 מיום 19.06.2022, אשר קבעה כי בהתאם לסעיף 40 לחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 (להלן: "חוק המאבק בטרור") העבירות בהן הורשע המבקש במסגרת תפ"ח 63571-10-15 בבית המשפט המחוזי בירושלים מיום 10.05.2016, הן "מעשה טרור". משמעותה של ההחלטה היא **מניעת שחרורו של המבקש על תנאי ממאסרו** לפי חוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א-2001 (להלן: "חוק שחרור על תנאי").

בהחלטתו מיום 01.09.2022 דחה בית המשפט המחוזי בבאר שבע את העתירה לעיל, ובכך, אישר את הקביעה של ועדת השחרורים המיוחדת מיום 19.06.2022, וזאת מבלי שנדרש לשאלות החוקתיות שהועלו במסגרת העתירה כפי שיפורט להלן.

בקשת רשות ערעור זו מעוררת שאלות חוקתיות כבדות משקל ביחס לחוקיותו של ס' 40 לחוק המאבק בטרור, אשר מחייבות בחינה שיפוטית מעמיקה. שאלות אלו חורגות מעניינו האישי של המבקש, ויש בעטיין השלכות רחבות על הזכויות החוקתיות של אוכלוסיית אסירים רחבה המורשעים בסוג מסוים של עבירות.

כפי שיפורט בהמשך, שגה בית משפט קמא בהחלטתו הני"ל עת דחה את עתירתו של המבקש, לא התערב בקביעתה של ועדת השחרורים המיוחדת, מנע את גישתו של המבקש לוועדת השחרורים בהתאם לחוק שחרור על-תנאי, ובכך הותיר את תקופת מאסרו על קנה.

עוד יטען המבקש כי, שגה בית המשפט קמא עת התעלם בהחלטתו מנסיבותיו האישיות החריגות של המבקש המחייבות, כשלעצמן, גישה לוועדת השחרורים.

כך גם שגה בית המשפט קמא משהחליט להימנע מלדון בחוקיות סעיף 40 לחוק המאבק בטרור בדרך של תקיפה עקיפה, וזאת מכוח הסמכות הניתנת לו בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אשר " מעגן אפוא את סמכותו של בית משפט לדון ולהכריע, באופן אגבי, בשאלה אינצידנטלית, הנתונה לסמכות השיפוט העניינית של בית משפט אחר, ובלבד שהכרעה בשאלה זו דרושה לבירור עניין שהובא כדין לפני בית המשפט" (ע"א 993/19 פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (נבו 05.07.2022)). בכך, נמנע בית המשפט קמא מלבחון את השאלות כבדות המשקל שהועלו ביחס לחוקיותו של הסעיף. כל זאת, בהחלטה לא מנומקת וחלקית שהתעלמה כליל מהבעייתיות בהמשך כליאתו של המבקש, ובכלל סתימת הגולל לאסירים ביטחוניים מלעתור לוועדת השחרורים ולדרוש את שחרורם על-תנאי.

על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להתערב בהחלטת הערכאה קמא, לבטל את החלטתה של ועדת השחרורים המיוחדת במקום מושבה בכלא רמלה, והן להכריז כי סעיף 40 לחוק המאבק בטרור אינו חוקתי ובכך להורות על בטלותו ביחס למבקש.

יחד עם הבקשה לרשות ערעור, מוגשת **בקשה לקיום דיון דחוף** בעניינו של המבקש, אשר ביצע את העבירות בהן הורשע בהיותו בן 13, משמע על גבול העדר האחריות הפלילית, והחל לרצות את תקופת מאסרו בהיותו בן 14. המבקש נמצא במאסר ממושך, כאשר רקע המורכבות במצבו הנפשי הועבר לאחרונה למאסר בבידוד. מצבו הנפשי של המבקש התדרדר עד מאוד בתקופת המאסר, והוא אובחן במחלת סכיזופרניה קשה, מחלת נפש כרונית, עם מגמת הדרדרות פרוגרסיבית, שהתפתחה במהלך שהותו במאסר.

על פי חו"ד פסיכיאטר שנערכה בעניינו של המבקש מיום 30.08.2022, נקבע כי קיים אצלו: "סיכון פוטנציאלי לפגיעה עצמית בשל רקע של סכיזופרניה, היסטוריה של פגיעות עצמיות ואובדנות, חבלת ראש, נטייה לאימפולסיביות ואין להתעלם מגורם סיכון משמעותי נוסף- שהייה בתנאי בידוד". עוד

הוערך כי: "כליאתו [של המבקש] בתנאי בידוד תעמיק עוד יותר את הפגיעה בהתפתחותו ותפגע קשות בשלמותו הנפשית וביכולתו להשתקם".

ביחס לטיפול אותו מקבל המבקש בין כותלי הכלא קבע הפסיכיאטר כי; "אין הוא מקבל טיפול ראוי מאחר ולא ניתן להעניק טיפול כאמור במסגרת של בית הכלא". עוד ציין כי; "אדם צעיר הלוקה בסכיזופרניה אינו יכול לקבל טיפול הולם במסגרת הכלא, המשך כליאתו תגרום באופן בלתי נמנע להידרדרות במצבו הנפשי ותוביל ללקות ונכות בלתי הפיכה עם סיכון משמעותי לאובדנות".
רצ"ב העתק מסיכום הערכה פסיכיאטרית בעניינו של האסיר מיום 30.08.2022 ומסומן כנספח א'.

משתמע מן האמור באופן חד משמעי כי המשך שהותו של המבקש במאסר עלול להביא להתדרדרות חדה יותר במצבו הנפשי, ולסכל כל אפשרות לשיקומו עם שחרורו מהכלא בתום תקופת מאסרו. מה גם, המשך שהייתו במאסר עלול לסכן באופן ממשי את חייו, בשל נטיותיו האובדניות וניסיונותיו להשמת קץ לחייו.

על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון בעניינו של המבקש בהקדם האפשרי, וזאת בשל מצבו הנפשי המתדרדר, הפגיעה החמורה בזכויותיו, ובשל אי חוקיותו של סעיף 40 לחוק המאבק בטרור, כפי שיפורט ארוכות בהמשך.

להלן נימוקי הבקשה:

רקע עובדתי:

1. המבקש, אחמד מהאניה, יליד 22.01.2002, תושב שכונת בית חנינא בירושלים.
2. נגד המבקש הוגש כתב אישום, במסגרת תפ"ח (מחוזי ירושלים) 63571-10-15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 10.05.2016), בגין אירוע מיום 12.10.2015, **בהיות בן 13**. לפי עובדות כתב האישום, המבקש יחד עם בן דודו, יליד שנת 2000, החליטו לבצע פיגוע דקירה כלפי יהודים "במטרה לרוצחם". לשם כך, הצטיידו שניהם בסכינים שנטלו מבתיהם, ונסעו לשכונת פסגת זאב הסמוכה. שם, ביצע בן דודו של המבקש שני אירועי דקירה כנגד שני עוברי אורח והביא לפציעתם, כאשר המבקש עצמו לא ביצע שום פעולת דקירה במהלך האירוע כלל וכלל. למבקש יוחסו, מכוח דיני השותפות, שתי עבירות של ניסיון לרצח לפי סעיף 1305(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ועבירה נוספת של נשיאת סכין שלא כדין לפי סעיף 186 לחוק. יצוין כי למבקש נגרמה חבלה קשה בראשו בעקבות "נטרולו" באירוע באמצעות רכב שהתנגש בו בעוצמה, ובן דודו נורה למוות בידי שוטרים.

רצ"ב העתק מכתב האישום נגד המבקש, מסומן כנספח ב'.

3. בתשובתו לאישום הודה המבקש בעובדות כתב האישום, למעט המילים "**במטרה לרצחו**", שכן הוא טען כי לא ניסה לגרום למותם של בני אדם, אלא המטרה שלו הייתה "להפחיד באמצעות הדקירה, ולגרום לכל היותר לפציעה". ביום 10.05.2016, הכריע בית המשפט המחוזי את דינו של המבקש, וקבע כי הוכח אשמו מעבר לספק סביר בשתי עבירות של ניסיון רצח, אשר יוחסו לו בכתב האישום, ובעבירת נשיאת סכין שלא כדין.

רצ"ב העתק מהכרעת הדין בעניינו של המבקש, מיום 10.05.16, מסומן נספח ג'.

4. לאורך ניהול התיק הפלילי בעניינו שהה המבקש במעון נעול, והחל במסגרתו הליך טיפולי. שירות המבחן התרשם כי עם התקדמות ההליך הטיפול המבקש הביע חרטה על מעשיו, גילה אמפתיה כלפי הקורבנות, הפנים כי היה שותף בביצוע העבירות, הגיב לתכנים טיפוליים והחל לשנות את עמדותיו ותפיסותיו. על כן, ולאור גורמי הסיכון והסיכוי, גילו הצעיר של המבקש, מורכבות המקרה והנזק העלול להיגרם לגיבוש זהותו ועמדותיו ככל שיוטל עליו עונש מאסר בפועל, המליץ שירות המבחן להימנע מהטלת מאסר בפועל, ולחלופין להורות על החזקתו במעון נעול עד הגיעו לגיל 18. אך חרף המלצה זו, נתן בית המשפט המחוזי משקל בכורה לשיקולי הרתעה על פני שיקולי שיקום המבקש בעת גזירת דינו של המבקש, ודן אותו, בהחלטה מיום 07.11.2016, לעונשים להלן; 12 שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי, ופיצוי כספי לנפגעי העבירות בסך כולל של 180,000 ₪.

רצ"ב העתק מתסקיר שירות המבחן לעניין העונש מיום 14.09.2016, מסומן נספח ד'.

רצ"ב העתק מגזר הדין בעניינו של המבקש, מיום 07.11.16, מסומן נספח ה'.

5. הערעור שהוגש על ידי המבקש לעליון, במסגרת ע"פ 10025/16 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 10.08.2017), נדחה ביחס לרכיב של הכרעת הדין, אך ערעורו על גזר הדין נתקבל חלקית, ועונשו קוצר ל- 9.5 שנות מאסר בפועל.

רצ"ב העתק מהחלטת בית המשפט העליון בערעור, מיום 10.08.17, מסומן נספח ו'.

6. להשלמת התמונה, יצוין כי ביום 1.11.16, היינו לאחר שהוכרע דינו של המבקש בבית המשפט המחוזי בירושלים, נכנס לתוקף חוק המאבק בטרור. עת ששנתיים לאחר כניסתו לתוקף, וביום 02.01.2019, נכנס לתוקף תיקון מס' 4 לחוק, בכך שנוסף לו ס' 40א (להלן: "סעיף 40א"), שזו לשונו;

" 40א. לא ישוחרר על-תנאי מנשיאת יתרת תקופת מאסרו לפי חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, מי שנגזר עליו עונש מאסר בשל ביצוע עבירה של רצח, רצח בנסיבות מחמירות או ניסיון לרצח שבית המשפט קבע לגביה בפסק דינו, לפי סעיף 37, שהיא מעשה טרור, או מי שוועדת שחרורים מיוחדת לפי סעיף 33א לחוק האמור, מצאה על יסוד פסק הדין בעניינו כי עבר עבירה כאמור שהיא מעשה טרור לפני תחילתו של חוק זה".

7. בקליפת אגוז, ובטרם נפרט את טענותינו החוקתיות, יוזכר כבר עתה כי, ס' 40א לחוק המאבק בטרור שולל באופן גורף וקטגורי בפני כל מי שהורשע בעבירה של רצח, רצח בנסיבות מחמירות או ניסיון לרצח, לפי סעיף 37 לחוק המאבק בטרור את האפשרות להשתחרר על תנאי ממאסר, בניגוד לתכלית הענישה, והן לתכלית חוק שחרור על-תנאי ממאסר. זאת ועוד, הסעיף מחיל את ההגבלה האמורה בצורה רטרואקטיבית על כל עבירה שבוצעה טרם חקיקתו, ומסמך ועדת שחרורים מיוחדת להחליט, על סמך עיון בפסק הדין שניתן בערכאה הפלילית, האם העבירה בה הורשע אסיר הינה "מעשה טרור". משמע, מעניק הסעיף לוועדה את הסמכות המוחלטת "להרשיע" אדם בצורה רטרואקטיבית ברכיב עבירה שלא עמד לנגד עיניו עת נהל משפטו, וזאת מבלי לתת בידו אפשרות נאותה להתגונן מפני רכיב זה. במילים אחרות, הוא מעתיק את החובה

המוטלת על שופט שדן בערכאה הפלילית לפי ס' 37 לחוק המאבק בטרור, ומחיל אותה על וועדה מנהלית, בניגוד לעקרונות היסודיים של הליך ההוגן וזכות טיעון, ובניגוד לכל אמות צדק פרוצדוראלי. לצד זאת, שולל ההליך את זכותם של אסירים לטעון ולעתור לוועדת השחרורים בצורה גורפת ושרירותית, ופוגע בכך בזכותם להליך הוגן.

8. יצוין כי כלשונו של סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, שעניינו החמרה בענישה של מי שהורשע בעבירה של מעשה טרור, חובה כי "[מש]קבע בית המשפט כי אדם ביצע עבירה שהיא מעשה טרור או הרשיע אדם בעבירה כאמור, יציין זאת בפסק דינו". כאשר הגדרת מעשה טרור כפי שהיא מופיעה בסעיף 2(א)(ג) להוראות החוק הינה:

"מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

(1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;

(2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;

(3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:

(א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;

(ב) פגיעה חמורה בבטיחות הציבור או בבריאותו;

(ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור;

(ד) פגיעה חמורה בקודשי דת; לעניין זה, "קודשי דת" – מקום פולחן או קבורה ותשמישי קדושה;

(ה) פגיעה חמורה בתשתיות, במערכות או בשירותים חיוניים, או שיבוש חמור שלהם, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה;....."

9. במרץ 2021, הגיש המבקש בקשה לשחרור מוקדם על תנאי, כאשר המועד הצפוי לשחרורו המוקדם היה ביום 22.09.21. בעקבות בקשה זו, ועדת שחרורים מיוחדת לפי סעיף 33(א) לחוק שחרור ממאסר על תנאי, ובמסגרת ושק"מ 48579-03-21, קבעה בהחלטתה מיום 03.10.21, ומבלי שהתקיים דיון בפניה, כי העבירות בהן הורשע המערער בבית המשפט המחוזי בירושלים הן "מעשה טרור", ועל כן אין מקום לדון בבקשתו של המבקש לשחרור מוקדם.

רצ"ב העתק מהחלטת וועדת השחרורים המיוחדת מיום 3.10.21, מסומן נספח ז'.

10. המבקש הגיש לבית המשפט המחוזי בבאר שבע עתירת אסיר כנגד החלטת האמורה. בהחלטתו מיום 05.01.22 הורה בית המשפט על החזרת עניינו לוועדת השחרורים המיוחדת לצורך קיום דיון בפניה טרם מתן החלטה בדבר סיווג העבירות.

רצ"ב העתק מהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 05.1.22, מסומן נספח ח'.

11. ביום 07.02.22 ועדת השחרורים לעניינים מיוחדים ברמלה החליטה בשנית, ללא שנתקיים דיון בפניה, כי המבקש ביצע עבירה שהינה "מעשה טרור", ועל כן, לפי סעיף 40א אין לדון בבקשתו לשחרור מוקדם. עתירת אסיר נוספת הוגשה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע כנגד החלטה זו, וביום 13.04.22 הורה בית המשפט להחזיר פעם נוספת את עניינו של המבקש לוועדה לצורך קיום דיון.

רצ"ב העתק מהחלטת ועדת השחרורים המיוחדת מיום 07.02.22, מסומן נספח ט'.

רצ"ב העתק מהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 13.04.22, מסומן נספח י'.

12. ביום 19.06.22 התקיים דיון בפני ועדת שחרורים לעניינים מיוחדים ברמלה. המבקש טען בפני הוועדה, בין היתר, כנגד חוקיותו של סעיף 40א לחוק המאבק בטרור, והחלתו הרטרואקטיבית על עבירות שבוצעו טרם חקיקת החוק. כך גם, טען המבקש נגד אי קיומו של הליך הוגן בפני הוועדה; שכן הוועדה מחליטה על סמך עיון בפסק הדין שנתקבל בערכאה הפלילית ללא שמיעת ראיות. המבקש טען גם כי, הקביעה בעניין סיווגן של העבירות בהן הורשע כ"מעשה טרור" צריכה להתקבל בערכאה הפלילית, בידי בית המשפט שדן בתיק, ולא על ידי ועדת השחרורים עצמה, וזאת מאחר ולא ניתנה למבקש הזדמנות נאותה להתגונן במסגרת ההליך הפלילי מפני העבירות החמורות לפי חוק המאבק בטרור, אשר בכלל נחקק לאחר שהוכרע דינו של המבקש. כך גם, טען המבקש נגד החלת ההגבלה בסעיף ללא אבחנה בין בגירים לקטינים. זאת ועוד, עתר המבקש בפני הוועדה לשחרורו המוקדם לפי ס' 7 לחוק שחרור על תנאי, וזאת בשל מצבו הרפואי החמור, ותמך זאת בחו"ד פסיכיאטרית עדכנית שהוגשה בעניינו.

13. הוועדה דחתה בהחלטה קצרה ולא מנומקת את טענותיו של המבקש נגד סעיף 40א לחוק המאבק בטרור. כמו כן, סירבה הוועדה לדון בטענה של שחרור לפי ס' 7 לחוק שחרור על תנאי בשל העדר סמכות. משכך, קבעה הוועדה לאחר עיון בפסק הדין כי מעשיו של המבקש הם בבחינת "מעשה טרור", ולכן אין לדון בבקשתו לשחרור מוקדם.

רצ"ב העתק מהחלטת ועדת השחרורים מיום 19.6.2022, מסומן נספח יא'.

14. על החלטה זו הוגשה עתירת אסיר לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, במסגרת עת"א 28147-08-22 **מהאניה אחמד נ' מדינת ישראל**. המבקש חזר על טענותיו כפי שהובאו בפני ועדת השחרורים בדבר אי חוקיותו של ס' 40א, ועתר לשחרורו לפי ס' 7 לחוק שחרור על תנאי בשל מצבו הבריאותי.

15. בתגובתה לעתירה, טענה המדינה כי "הטענות בעתירה בדבר אי חוקיות ס' 40א דלות ביותר, ואינן יוצרות בסיס משפטי מספיק לביקורת חוקתית על חקיקה ראשית לפי חוק היסוד". ביחס לטענה כנגד ההחלה הרטרואקטיבית לסעיף 40א לחוק המאבק בטרור, הפנתה המדינה להחלטת בית המשפט העליון בע"א 1613/91 **אורית ארביב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 765, 776 (להלן: "**עניין ארביב**") ולרע"ב 1559/03 **מדינת ישראל נ' דני סוויסה**, פ"ד נח(1) 880 (להלן: "**עניין סוויסה**"), שם לשיטתה הכשיר בית המשפט החלה רטרואקטיבית של חוקים. עוד שביחס לטענת המבקש לעניין אי החוקיות בהחלת סעיף 40א על קטינים, דחתה המדינה את הטענה וציינה כי בדיונים לחקיקת החוק הועלתה הסתייגות כאמור, שבסופו של יום לא

נתקבלה. עוד דחתה המדינה את טיעונו של המבקש ביחס לסעיף 7 לחוק שחרור על תנאי, וטענה כי הדיון שביחס בין סעיף זה לבין סעיף 40 לחוק המאבק בטרור הינו דיון תאורטי, זאת מאחר והמבקש אינו עונה על הגדרות סעיף 7 לחוק שחרור על תנאי.

בהחלטתו מיום 1.9.22, ולאחר שנתקיים דיון בפניו, דחה בית המשפט המחוזי את עתירת האסיר לעיל, וזאת מבלי שנדרש לטענות החוקתיות שהועלו על ידי המבקש, וללא נימוק, באומרו "מעל הנדרש, איננו סבורים שבטענות הכלליות של העותר יש כדי להצדיק תקיפה עקיפה של מעשה החקיקה". ובכן, החלטת ועדת השחרורים לעניינים מיוחדים נותרה על כנה.

רצ"ב העתק מהחלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 1.9.22, מסומן נספח יב'.

16. מכאן מוגשת בקשת רשות ערעור זו.

הטיעון המשפטי:

17. המבקש יטען כי טעה בית משפט קמא עת דחה את עתירתו של המבקש והותיר את החלטת ועדת השחרורים המיוחדת על כנה. בנוסף, הוא שגה עת התעלם מהטענות החוקתיות שהועלו בנוגע לסעיף 40א והשלכותיו על עניינו של המבקש.

18. כפי שיפורט להלן, סעיף 40א פוגע בזכויות החוקתיות של אסירים שביצעו סוג מסוים של עבירות על ידי החרגתם באופן קטיגורי ויצירת מסלולים חוקיים נפרדים ומפלים הפוגעים בזכות לשוויון והליך הוגן. הוראת החוק מחילה את ההחרגה האמורה בצורה רטרואקטיבית אסורה, ללא קשר למועד ביצוע העבירה ובניגוד לעקרון החוקיות. בנוסף, סעיף 40א מעניש בצורה שרירותית, קולקטיבית וגורפת אסירים ביטחוניים ללא תכלית ראויה, ומונע את גישתם לוועדת השחרורים בניגוד לתכליתו של חוק שחרור על-תנאי.

19. על כן, ייטען כי סעיף 40א פוגע באופן ישיר במבקש ובזכויותיו בצורה שרירותית וללא תכלית ראויה; הוא מנוע מלדרוש את שחרורו לאור החלטת הסעיף בצורה רטרואקטיבית ע"י ועדת השחרורים המיוחדת, שהגדירה את העבירה בה הורשע כ"עבירת טרור" בדיעבד, שכן לצד הפגיעה הבלתי מידתית בזכותו להליך הוגן ושוויון, הוא נאלץ לשהות במאסר שאינו מותאם לנסיבותיו האישיות, חרף מצבו הנפשי המתדרדר.

ס' 40א לחוק המאבק בטרור פוגע בזכויות חוקתיות

הפליה ופגיעה בזכות החוקתית לשוויון

20. כלשון ס' 40א לחוק המאבק בטרור, לא ישוחרר על-תנאי מנשיאת יתרת תקופת מאסרו מי שנגזר עליו עונש מאסר בשל ביצוע עבירה של רצח, רצח בנסיבות מחמירות או ניסיון לרצח, וזאת בהתקיימותם של שני תנאים חלופיים; האחד, כי בית המשפט שהכריע את דינו של האסיר לאחר תחילת תוקפו של החוק סיווג את העבירה בה הורשע כ"מעשה טרור" בהתאם לסעיף 37 לחוק המאבק בטרור, והשני בקביעתה של ועדת שחרורים מיוחדת בהתאם לסעיף 33(א) לחוק שחרור על-תנאי כי העבירה בה הורשע האסיר לפני תחילת תוקפו של החוק הינה "מעשה טרור", וזאת בהסתמך על הכרעת הדין וגזר הדין בעניינו, ותו לא.

21. דה פקטו, סעיף 40 לחוק המאבק בטרור מייצר, הלכה למעשה, שני מסלולים חוקיים נפרדים; הראשון, אשר מיועד לאסירים פליליים שהורשעו בהתאם לחוק העונשין וחל לגביהם הוראות חוק שחרור על-תנאי, והשני אשר מיועד לאסירים "ביטחוניים", שהורשעו בעבירות מסוימות בהתאם לחוק העונשין ו/או חוק המאבק בטרור, וגישתם לוועדה נסתמה הרמטית בניגוד מוחלט לתכליות הענישה וחוק שחרור על-תנאי. זו ועוד, הוא מייצר שני מסלולים חוקיים נפרדים נוספים אף בתוך הקבוצה של אסירים המסווגים כביטחוניים והורשעו בעבירות הנדונות; הראשון מיועד לאלו שהורשעו לפי סי' 37 לחוק המאבק בטרור, ודינם הוכרע בפני בית משפט לעניינים פליליים. והמסלול השני מיועד לאלו שביצעו את העבירות עובר לחקיקת חוק מאבק בטרור, ונדונים בפני ועדת שחרורים מיוחדת לצורך ההכרעה האם המעשה בו הורשעו מוגדר כ"מעשה טרור", בדומה לעניינו של המבקש.

22. הפרדה זו פוגעת בזכויותיהם החוקתיות של אסירים לשוויון ומעגנת בחקיקה ראשית מסלולים חוקיים נפרדים, בכך שהיא מחריגה באופן נחרץ אסירים "ביטחוניים" שנגזר עליהם עונש מאסר בשל ביצוע עבירות מסוימות מזכות הגישה לוועדת השחרורים בהתאם לחוק שחרור על-תנאי. החרגה זו מתבצעת באופן קטיגורי ללא קשר לנסיבות ביצוע העבירות בהן הם הורשעו, או נסיבותיהם האישיות שאפפו, קדמו או השתכללו לאחר ביצוע העבירות. בכך, מנתק הסעיף את הקשר ההדוק בין הליך הרשעתו של האסיר לבין הליך כליאתו, כששניהם מבוססים, בהרמוניה מכוונת, על בחינה אינדיבידואלית של העבירה ונסיבותיה, שיקומו של האסיר וחזרתו לחברה, בחינה שעמדה לנגד השופט בעת גזירת עונשו של המבקש.¹

23. לצד זאת, אין להתעלם מהעובדה שסעיף 40 נועד לפגוע בקבוצת אסירים בעלת מאפיינים לאומיים – היינו אסירים ערבים-פלסטיניים. על פניו, ההחרגה בסעיף החוק אינה מבחינה בין אסירים על-פי מוצאם או לאומם, אך בפועל תחולתה מיושמת בעיקר ואף באופן מוחלט נגד אסירים ערבים-פלסטיניים. בהקשר זה, הלכה פסוקה היא כי מבחן קיומה של אפליה הינו המבחן התוצאתי המתמקד בתוצאת מימוש הנורמה העומדת לביקורת שיפוטית (ראו בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה נ' ממשל ישראל** (טרם פורסם, 27.02.2006), פסקה 18 לפסק דינו של השופט ברק; בג"ץ 332/87 **בן שלמה נ' שר הפנים**, פ"ד מג(3) 353, 356 (1989)). דבר אשר יש בו להעיד על השרירותיות של הסעיף, זאת ועוד על היותו נועד כאמצעי לענישה קולקטיבית של קבוצת האסירים שהורשעו לפי עבירות מסוימות על פי חוק המאבק בטרור,² שכן עצם שיוכם לקבוצה זו מונע מהם באופן גורף את הזכות לגשת לוועדת שחרורים (בג"ץ 3390/16 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת** (נבו 08.07.2021)), כפי שנקבע בעניינו של המבקש עת סיווגה ועדת השחרורים המיוחדת את העבירות בהם הורשעו כ"מעשה טרור".

24. כליאתם של אסירים נועדה, בראש ובראשונה, לצורך הענשתם בהתאם לשיקולי ההלימה על העבירות בהן הם הורשעו. ואולם, ועל אף הפגיעה הרחבה בזכויותיהם, לרבות זכותם לחופש תנועה, אין בעצם כליאתם משום שלילה מוחלטת לזכויותיהם, שכן לכל אסיר, ובכלל זה אסיר ביטחוני, שמורות זכויות האדם והחירויות הנתונות לו, אלא אם הגבלתן נדרשת כתוצאה מעצם

¹ לעניין השחרור המוקדם ממאסר ותכליותיו, ראו אלי שרון **שחרור מוקדם ממאסר** (2003).

² לירון אק ליבמן "הדרך הקצרה ביותר בין שתי נקודות היא קו ישר: על ענישה קולקטיבית כפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם (בעקבות בג"ץ 3390/16) **פורום עיוני משפט** מו 1 (ספטמבר 2022).

המאסר ותכליותיו. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט בע"א 4463/94 **אבי חנניה 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. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות, מהן מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין".

25. במסגרת זו, חובה על המדינה, וכן רשות בתי הסוהר כרשות מנהלית, לנהוג בשוויון בין כלל האסירים, ואין היא יכולה להבחין או להחריג אסירים בהעדר שוני רלוונטי. לצורך כך, אין נפקא מינה אם היחס השונה בין אסירים שווים מונהג בנוגע לזכות מוקנית בחוק או מוענקת על פי שיקול דעת של הרשת המוסמכת. 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 כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק שחרור על-תנאי (ר' בהקשר זה רע"ב 3969/97 **מדינת ישראל נ' חאלד אבו רביע**, נא(5) 470 (1997)). ראו עוד דנג"צ 204/13 **צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 14.04.2015) (להלן: "**עניין צלאח**"), שם נקבע:

"רשות מינהלית המחליטה לתת הטבה מסוימת לאדם, אינה יכולה לסרב ללא סיבה הגיונית לתתה לאדם אחר. וזאת, גם אם אין לרשות חובה מן הדין להעניק הטבה מסוימת, אלא מדובר בהטבה הניתנת בהתאם לשיקול דעת" (שם, בפסקה 20).

26. כך גם, חובת השוויון בין אסירים קמה ללא קשר לסיווגם במערכת בתי הסוהר כ"ביטחוניים" או "פליליים". עמד על כך בית המשפט **בעניין צלאח**, שם נדונה החלטת שירות בתי הסוהר לשלול מאסירים ביטחוניים את האפשרות להשתלב בלימודים גבוהים במסגרת מאסרם, ונקבע כי אין בעצם הגדרתם או סיווגם של אסירים כביטחוניים על מנת לנהוג כלפיהם ביחס שונה, שכן אין הם מהווים קבוצת שוויון נפרדת שקיים בעיניה שוני המבדיל אותם מיתר האסירים, באומרו:

"..... החובה לנהוג בשוויון חלה כלפי קבוצה מסוימת שנקבעה לאותו עניין, ולא כלפי אנשים מחוצה לה... לא די בסיווגם של אסירים ביטחוניים ככאלה, או בחומרת העבירות שביצעו, על-מנת לנקוט כלפיהם ביחס שונה בכל דבר ועניין. דברים ברוח דומה קבע השופט ד' לוי בע"א 3244/90 אל סורי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (30.10.1990). באותו עניין נדונה שאלת שחרורו המוקדם של אסיר ביטחוני. השופט לוי פסק כי במסגרת בחינת שאלת שחרורו המוקדם של אסיר ניתן לשקול גם את מהות העבירה שבוצעה ואת חומרתה. עם זאת, נקבע כי אין מקום לשלול את האפשרות לשחרור מוקדם רק משום שמדובר באסיר ביטחוני אשר ביצע עבירות מסוג מסוים, ויש לקחת בחשבון את מכלול הנסיבות" (שם, בפסקה 16. ההדגשות אינן במקור)

27. הדברים הללו יפים ביתר שאת עת עסקינן בסוגיית שחרור המוקדם מהכלא של אסירים המסווגים כאסירים ביטחוניים, כאשר זו עמדה לפתחו של בית המשפט בע"א 3244/90 אל סורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.1990), שם נדונה סוגיית שחרור המוקדם של אסיר ביטחוני, ונקבע כי **אין מקום לשלול את האפשרות לשחרורו המוקדם של אסיר אך ורק משום שמדובר על אסיר ביטחוני שביצע עבירות מסוג מסוים, ויש לקחת בחשבון את מכלול הנסיבות:**

"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 תנאו וזכויותיו של אסיר בטחוני בהיותו במאסר, קבעתי לאמור: '... גם אם אדם מסווג כאסיר ביטחוני עדיין יש בכל מקרה ומקרה לבחון אם חרף זאת לא ראוי ליתן לו פריבילגיה זו או אחרת...' דברים אלה כוחם יפה גם שעה שהשאלה הנדונה היא שאלת שחרורו של אסיר עם תום שני שלישים מתקופת מאסרו" (שם, בפסקה 7).

28. מהאמור לעיל, עולה כי ההבחנה הגורפת בין אסירים על בסיס העבירות המיוחסות להם ויצירתם של מסלולים חוקיים נפרדים בחקיקה ראשית כפי שנעשה בסעיף 40א, ובניגוד מוחלט לתכליתו של חוק שחרור על-תנאי, פוגעת בראש ובראשונה בעקרון השוויון בפני החוק. ובעניינינו, שלילת אפשרות שחרורו המוקדם של המבקש אך ורק משום שמדובר על אסיר ביטחוני שהעבירות בהן הורשע סווגו בדיעבד כ"מעשי טרור" פוגעת בזכותו לשוויון וזכותו לטעון לשחרורו לפי חוק שחרור על-תנאי ללא כל שוני רלוונטי, ותוך התעלמות מוחלטת מנסיבותיו האישיות.

ההחלה הרטרואקטיבית של ס' 40 לחוק המאבק בטרור

29. לא רק שההחרה של האסירים הביטחוניים מתבצעת באופן קטגורי, ללא מתן הדעת לנסיבות ביצוע העבירה או נסיבותיו האישיות של האסיר, אלא היא גם מתבצעת ללא קשר למועד ביצוע העבירה. הסעיף חל על כל עבירה, כולל זו שבוצעה בטרם ניתנה הגדרה משפטית ונורמטיבית למונח "מעשה טרור", ואף בהתעלם ממסגרתו, תכליתו והשלכותיו השונות במסגרת ההליך הפלילי. זאת, חרף העובדה שהעבירות המוגדרות בחוק המאבק בטרור שונות במהותן ובתקופת מאסרן, שכן הענישה המקסימאלית בגין "מעשה טרור" הינה כפולה מזו שנקבעה בחוק העונשין.

30. בעניינינו של המבקש, ועדת השחרורים המיוחדת קבעה כי מעשיו מהווים "מעשה טרור" ביום 19.06.2022 – כשש שנים **לאחר** הרשעתו ביום 10.05.2016, וחרף העובדה שהרשעתו קדמה את חקיקתו של סעיף 40א בשנתיים וחצי (סעיף 40א חוקק במסגרת תיקון מס' 4 לחוק המאבק בטרור, שפורסם ברשומות ביום 02.01.2019).

31. כידוע, הוראות דין אינן חלות, ככלל, למפרע. נורמות משפטיות לעולם נתפסות ככאלה החלות בראייה עתידית. באומרו של השופט ברק **בעניין ארביב** (אליו הפנתה המדינה בטיעוניה בערכאה קמא):

"חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון" (שם, פסקה 9).

32. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהליך הפלילי, שכן לאור חומרת ההליך והשלכותיו חסרות התקדים על זכויותיהם של חשודים ונאשמים, וכן התוויית ההתנהגות הכרוכה בקביעת עבירות וסנקציות בגינן, נקבע הכלל בסעיף 3 לחוק העונשין, תשל"ז-1979 כי "אין עונשין למפרע", בזו לשון הסעיף:

(א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

33. ועוד, ההחלה הרטרואקטיבית פוגעת בעקרון סופיות הדיון. כך, בקביעתו של שופט מובאים מכלול הטעמים של הענישה, כולל השיקול של סיכויי ההשתלבות בהליך שיקומי בין כותלי בית הסוהר, ולפי כך מוקצבים השנים לצורך הענשתו של נאשם. משמע, עת שופט גוזר את דינו של נאשם הוא מתחשב, בין היתר, בהערכות ביחס לסיכויי שיקומו, כאשר עומדת לנגד עיניו ההזדמנות של הנאשם לבקש שחרור מוקדם ככל והוא ממלא אחר הפוטנציאל השיקומי שלו. כאשר לשיקול זה ישנה השפעה מכרעת על שנות המאסר בפועל אותם ישהה האדם מאחורי סורג ובריח, לעומת אלו שיבלה אותם כאדם חופשי על תנאי. על כן, להחלה הרטרואקטיבית של סעיף 40, ולקביעה שמעשה הנאשם הינו "מעשה טרור" יש משום התערבות מלאכותית בקביעתו של בית המשפט, ושנינו מהותי ממש בשיקולים העומדים בפני בית המשפט טרם גזירת עונשו של הנאשם.

34. בענייננו, קביעת ועדת השחרורים המיוחדת כי העבירות בהן הורשע המבקש הינן "מעשה טרור" יש בה משום קביעה עובדתית, נורמטיבית ומשפטית חדשה הפוגעת בעקרון סופיות הדיון וקביעתו של בית המשפט המחוזי בערכאה הדיונית. הגדרת "מעשה טרור" לא עמדה לנגד עיני השופט בעת גזירת דינו, משלא היוותה חלק מספר החוקים דאז, ועל כן, לא עמדו השלכות הגדרה זו על סיכויי שחרורו המוקדם של המבקש לנגד עיני הערכאה הדיונית. סביר להניח כי, עת דן השופט בערכאה הדיונית את המבקש לעונש שנגזר עליו, עמדה לנגד עיניו האפשרות כי, ככל והמבקש ממצב את פוטנציאלו השיקומי, הוא עשוי לזכות לשחרור מוקדם, וזה שיקול אשר התווה את גובה העונש שהוטל עליו. עוד סביר להניח כי, אילולא היה ידוע לשופט שדן את המבקש כי אין הוא זכאי לטעון לשחרורו המוקדם בשל השינוי החקיקתי, ייתכן והעונש שהיה מוטל על המבקש בסופו של יום משתנה בהתאם למציאות החוקתית החדשה.

35. בערכאה קמא, הפנתה המדינה בטיעוניה לעניין סוויסה ועניין ארביב כתגובה לטענת הרטרואקטיביות שהועלתה על ידי המבקש, כאשר חשוב לאבחן בין שני המקרים הללו לבין מקרה דנן. בעניין סוויסה, מדובר בפועל בשאלה הנוגעת לצמצום סמכויותיה של ועדת השחרורים בשל כניסתו לתוקף של חוק שחרור-על-תנאי ממאסר, במטרה לאגד את כלל סמכויות הוועדה שפוזרו קודם לכן בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: "פקודת בתי הסוהר"), חוק העונשין ותקנות העונשין (דרכי ענישה) (סדרי דיון בוועדת שחרורים וסדרי פנייה אליה, התשט"ו-

1654), אל חוק מאגד אחד. השינוי בסמכויות הוועדה, **בעניין סויסה**, הסתכם בכך שמקום בו טרם כניסת חוק שחרור על תנאי לתוקף הייתה לוועדה "רשות" להפקיע רישיונו של אסיר אשר ביצע הפרה לתנאי השחרור, עם חקיקת החוק היא הפכה להיות "חייבת" להפקיעו, אם כי ניתנה בידי הסמכות להורות על קיצור תקופת המאסר ביחס לתקופת הרישיון. במילים אחרות, השינוי הינו שינוי טכני בלבד, שאף ניתן לראות בו במקום כלשהו כהטבה עם קבוצת האסירים ככלל. מה גם, שההסדר החדש זהה במהותו להסדר הישן והתכלית הינה אותה תכלית, כאשר שניהם חלים באופן שווה על כלל אוכלוסיות האסירים.

36. כך גם **בעניין ארביב**, אשר עסק בשאלת התיקון שבוצע במסגרת פקודת בתי הסוהר. שם אבחן השופט ברק בין שלושת המונחים; רטרואקטיביות, פרוספקטיביות ואקטיביות של החוק. השופט ברק קבע כי "החלת חוק היא אקטיבית, אם היא מוחלת על מצב דברים המתקיימים ביום כניסתו של החוק לתוקף". להמחשה, מביא השופט ברק את הדוגמה הבאה: "חוק קובע עבירה חדשה של הפרת אמונים של דירקטור. תהא זו הפעלה רטרואקטיבית של החוק החדש, אם הוא יחול על הפרת אמונים (פעולה) שהתרחשה בטרם החוק חוקק. תהא זה הפעלה אקטיבית של החוק החדש (ולא רטרואקטיבית או פרוספקטיבית), אם הוא יחול על מי שמונה דירקטור בטרם הוחק החוק החדש אך הפר אמונים לאחר צאת החוק". בעוד שהשופט ברק אסר על החלה רטרואקטיבית של החוק, הוא הכשיר את החלה האקטיבית. כאשר לענייננו, אין לטעון כי החלת ס' 40א על המבקש היא החלה אקטיבית, כי ממילא חוק מאבק בטורור ככלל נחקק בסוף שנת 2016 לאחר שדינו הוכרע בערכאה הדיונית, קל וחומר סעיף 40א לאותו חוק שנחקק שנתיים לאחר מכן. כל הכללה של המבקש בגדר סעיף 40א כאמור הינה החלה רטרואקטיבית האסורה בהתאם לחוק והפסיקה כאחד.

37. ההחלה הרטרואקטיבית של הסעיף מנוגדת גם כן לעקרון החוקיות, הקובע כי אין להטיל אחריות פלילית בגין פעולות שנעשו בטרם נחקק החוק, אלא רק על פעולות עתידיות. לדברי השופט ברק **בעניין ארביב**; "לעניין פירוש חוק העוסק במטריה הפלילית – יש להתחשב כמובן, בין השאר, בעקרון החוקיות". כאשר לענייננו, הקביעה כי מעשה כלשהו הינו מעשה טרור יש בה משום הטלת "אחריות פלילית" לכל דבר ועניין, ואין לבצע הפרדה מלאכותית לפיה קביעה זו נועדה למטרת מניעת שחרור ממאסר בלבד – כפי שלא ניתן לעשות הפרדה מלאכותית בין הליך הרשעתו של נאשם לבין מאסרו. על כן, יש לראות בקביעה זו משום הכרעה מחדש לדינו של המבקש, מקום שלא ניתנת לו הזדמנות ראויה להתגונן מפני השלכות הכרעה זו.

38. התוצאה של השלמה עם החלה רטרואקטיבית זו הינה הדבקת תווית של עבירת טרור למבקש, ללא כל שמירה על כללי הליך הוגן ולא צדק פרוצדוראלי, על כל השלכותיה ההרות גורל של קביעה זו, כולל על זכותו לשחרור מוקדם מהכלא. כאמור, הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה כי החוק ככלל לא היה קיים עת הוכרע דינו של המבקש, ובכך, הפגיעה במבקש הינה חמורה שבעתיים, מאחר והתיקון אינו בבחינת "הסדרה של מצב קיים" אלא בבחינת יצירת מציאות חדשה, השונה במהותה ותכליתה מהמצב הקיים. המדובר בחוק המשפיע על "מעמדו ותכונותיו המשפטיות" של המבקש, והן על "תוצאותיהן המשפטיות" של פעולותיו, כפי שהוגדרו על ידי השופט ברק בהלכת ארביב, וזאת בניגוד לחזקת אי רטרואקטיביות.

פגיעה בזכות להליך הוגן

39. כלל הוא, כי חובה על הרשות לאפשר הליך הוגן לכלל האסירים. הגם שהזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי בולט במשפט הפלילי, היא חלה כל אימת שרשות שלטונית עושה שימוש בכוחה הכופה באופן שעלול לפגוע באדם, כאשר ביסודותיה של הזכות מונחים שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין (ראו בש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, סג(3) 500(2010), ראו גם 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא (1), 559 (2006)). על מעמדה של הזכות להליך הוגן נפנה לדברי השופט הנדל ב-ע"פ 7915/15 **גדבאן נ' מדינת ישראל** (נבו 09.07.2017) (להלן: "**הלכת גדבאן**"), באומרו בפסקה 9 לפסק דינו:

"כלי ליישום העקרונות החוקתיים במשפט הפלילי, מגיע, באופן טבעי, בדמות זכותו של נאשם למשפט הוגן. כפי שקבע השופט י' טירקל: "חוק היסוד ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנו (ראו: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", בעמ' 281 וכן גרוס, במאמרו הנ"ל, בעמ' 169-173)...". (ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767 (1999)). ועוד ראו דברי המשנה לנשיאה אי רובינשטיין: "ההליך ההוגן הוא יסוד מוסד במדינת חוק, והוא מצוי לטעמי במעמד חוקתי נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי אדם שזכויותיו להליך הוגן נפגעו – נפגע כבודו כאדם" (ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 742, 780 (2009))."

40. כאמור, סעיף 40 לחוק המאבק בטרור מהווה פגיעה קשה בזכות להליך הוגן בשתי רמות שונות; הראשונה במתן סמכות לוועדת השחרורים המיוחדת לקבוע כי האסיר ביצע עבירה שעונה על הגדרת "מעשה טרור" על סמך עיון בפסק הדין של הערכאה הדיונית וללא מתן זכות טיעון, והשנייה בחסימת דרכו של האסיר מלגשת לוועדת שחרורים, בניגוד להוראות ותכלית החוק כפי שיפורטו להלן.

41. ביחס ל**רמה הראשונה** של הפגיעה, יש לראות בסמכות הניתנת לוועדת השחרורים המיוחדת מעין סמכות "להרשיע" אדם בעבירה לפי חוק המאבק בטרור, מבלי שהתקיים הליך הוגן בעניינו. ואולם, קביעה זו אמורה להתקבל בפני הערכאה הדיונית בהליך הפלילי, שאז לאסיר, בעודו נאשם, ניתנת ההזדמנות להתגונן כראוי מפני אישום זה, ולא בדיעבד על ידי רשות מנהלית שאינה חלק מההליך העיקרי.

42. מציאות מעוותת זו אינה חותרת תחת זכויותיו הבסיסיות של כל נאשם בלבד, אלא גם, היא מנוגדת לאופיו ויסודותיו של ההליך הפלילי עצמו, כולל חובת ההנמקה המוטלת על השופט המכריע את הדין. יפים לעניין זה דבריו של השופט הנדל **בהלכת גדבאן**;

" לענייננו, או ליתר דיוק לשיטתנו, נזכיר את חובת ההנמקה המוטלת על השופט המכריע את הדין (ראו סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי). הניסיון מלמד כי בית משפט אינו נוטה לקצר במתן נימוקיו, ובתיקים בהם מורשע נאשם בעבירה חמורה – ההנמקה עשויה להתרחב בהתאם. כך או כך, חובת ההנמקה מבטיחה כי

בית המשפט יתחבט ויכנס לעובי הקורה ולעומק המחלוקת בין הצדדים. נדרש מהשופט לבחון ביסודיות רבה את העדים שהעידו לפניו – וביתר שאת את עדות הנאשם. לחם חוקו הוא בדיקת תשובות הנאשם לחקירת שתי וערב נוקבת של התביעה. זהו שלב חיוני לתהליך של בירור העובדות."

43. על כן, לא מתקבל על הדעת כי הקביעה אם מעשה כלשהו הינו "מעשה טרור" תיעשה אגב עיון בפסק דין שכלל לא דן בשאלה זו, ולא בחן אותה לעומק. קביעה כאמור מחייבת הנמקה של השופט לאחר ששמע את טיעוני הצדדים והכריע בהם. להרחבה על ההבדל בין המסלול הפלילי למסלול המנהלי נפנה לאבחנה שעשה בית המשפט העליון ביחס לשאלת הערכאה המוסמכת לדון בבקשה לשלילת אזרחות, אשר נידונה בעע"מ 8277/17 **עלאא זיוד נ' שר הפנים** (נבו 21.07.2022), לפסק דינה של השופטת חיות, באומרה;

"הבדלים אלה מובילים לגישתי אל המסקנה, כי באותם מקרים שבהם ניתן להגיש בקשה בכל אחד משני המסלולים, יש להגיש את הבקשה לבית המשפט שדן בהליך הפלילי..... בהינתן העובדה שהתועלת הצומחת מן המסלול הפלילי ומן המסלול המנהלי היא זהה (שכן שני המסלולים עשויים להוביל בסופו של דבר לתוצאה דומה של ביטול אזרחות), **ולנוכח העובדה כי במסלול הפלילי זכאי האזרח להגנות דינוניות משמעותיות שאינן חלות במסלול המנהלי** (ובכללן, הוכחת ביצוע המעשים מעבר לכל ספק סביר ומניעת האפשרות לקיום דיון בהיעדרו ובסטייה מדיני הראיות) – **יש מקום להעדיף את המסלול הפלילי**". (שם, פסקה 102 לפסק דינה של השופטת חיות)

44. משמע ישנה העדפה ברורה ומכערת למסלול הפלילי, על פני המנהלי, בשל ההגנות הדינוניות המשמעותיות, והמתבקשות, שמעוגנות בו. שכן, תוצאה זהה עלולה להתקבל בשני המסלולים, אך הפגיעה בזכויותיו של האדם הינם מוגבלות יותר ככל שעסקינן במסלול הפלילי.

45. **הרמה השנייה** של פגיעת ס' 40 לחוק המאבק בטרור בזכותו של האסיר להליך הוגן, הינה החסימה ההרמטית לדרכו של אסיר שהורשע בעבירות מסוימות מלהתייצב ולטעון לשחרורו המוקדם בפני ועדת שחרורים, ואף קודם לכן, בזכותו לטעון בפני ועדת שחרורים מיוחדת לעניין סיווג העבירות בהן הורשע כ"מעשה טרור", שכן הקביעה נעשית על סמך עיון בפסק הדין וללא נוכחות האסיר. למותר לציין כי, זכות הטיעון היא תנאי מקדים לקיומו של הליך הוגן, ועניינה במתן אפשרות ממשית ואפקטיבית למי שנפגע מהחלטת הרשות להעלות את טיעוניו ולהתעמת עם ההחלטה, עוד לפני שזו הבשילה למעמד בעל תוקף משפטי.

46. זכות זו עוגנה זה מכבר בבג"ץ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב(2) 1493 ועם מרוצת הזמן הפכה לאבן יסוד מאבני המשפט המינהלי ותחולתה הורחבה. על החשיבות לאפשר לאסיר הליך הוגן עמד בית המשפט ברע"ב 4644/15 **ג'ורג' ראעי נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 15.06.2016), שם נדונה הוראה של שירות בתי הסוהר אשר מונעת מאסירים ביטחוניים שלא נערכות עבורם תוכניות שיקום על ידי הרשות לשיקום האסיר להיפגש עם מומחים פרטיים לצורך עריכת תוכניות שיקום פרטיות, כאשר תוכניות אלו מוצגות לוועדת השחרורים כחלק מהתשתית הנדרשת להכרעתה בדבר

שחרור על-תנאי ממאסרם. בהחלטתו, הכריז בית המשפט על בטלות סעיפים 5.6.17-5.6.1.7-5.6.17 להוראת שעה – כניסת מומחים פרטיים לבית סוהר (פורסמה ביום 23.07.2015), וקבע כי:

"לא פעם הודגשה חשיבות האובייקטיביות של ועדת השחרורים [.....]; זכותו של האסיר לנהל את ההליך באופן מיטבי ולהיות חשוף ככל האפשר למידע המצוי לפני הוועדה [.....]; ובדגש לענייננו – זכותו של האסיר להתייצב לפני הוועדה ולהשמיע טיעונו (סעיף 16 לחוק שחרור על-תנאי); [.....]. כמפורט לעיל, סיכויי השיקום של האסיר הם שיקול רלוונטי ומרכזי בפעילות הוועדה, והוא כאמור נושא שבמומחיות. הוועדה יכולה להידרש לשיקול זה – בין היתר – באמצעות קבלת חוות דעת של מומחים ובאמצעות הידרשות לתכניות שיקום, הנערכות אף הן בידי מומחים. על כן, אפשרותו של האסיר לטעון לסיכויי שיקומו יכול שתיגזר במקרה המתאים מאפשרות גישה למומחים, מקום שבו הרשויות לא מעמידות לרשותו שירותי מומחה; ויש לראות אפשרות זו כערובה דיונית הנגזרת מהזכות לייצוג הולם. מסקנת ביניים היא כי לאסיר העומד לפני ועדת השחרורים עומדת הזכות לניהול הליך הוגן; וכי מזכות זו אף נגזר הצורך בערובות דיוניות מתאימות – לרבות גישה למומחים במקרה המתאים" (שם, בפסקה 19).

47. זה המקום לציין כי, ההסדר הקבוע בסעיף 40א אינו רק סותר את תכליתו של חוק שחרור על תנאי, הוא אף זר וחריג בנוף של החוק. שכן, הוראות חוק שחרור על תנאי אף מקנות לאסירים שנדונו למאסר עולם, העונש החמור ביותר בספר העונשין, הזכות לעתור בפני ועדת שחרורים מיוחדת לקציבת עונשם, ולאחר מכן לטעון לשחרורם המוקדם בפני ועדה רגילה, בעוד שאסירים שנופלים בגדר סעיף 40א הינם היחידים שמנועה מהם זכות זו.

ס' 40א לחוק המאבק בטרור אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה

48. הוראת החוק, כפי שנעמוד להלן, אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה; היא לא נועדה לתכלית ראויה, שכן היא מענישה אסירים בצורה שרירותית וקולקטיבית בניגוד לתכלית חוק שחרור על-תנאי ועקרונות המשפט הפלילי, ומחילה את עצמה בצורה רטרואקטיבית על כל אסיר שביצע את העבירות האמורות ללא קשר למועד ביצועו. זאת ועוד, הוראת החוק בלתי מידתית ומחילה הסדר קטגורי המפלה על בסיס סעיף החיקוק לפיו הורשע האסיר בצורה גורפת ובהעדר קשר רציונלי למטרת כליאת האסיר או שחרורו.

תכלית לא ראויה

49. כאמור, תכליתו העיקרית של סעיף 40א הינה מניעת שחרורם המוקדם של אסירים ביטחוניים בהתאם לחוק שחרור על-תנאי. זאת, בהתאם למציעיה, "לנוכח החומרה המיוחדת שבביצוע עבירת רצח או ניסיון לרצח שהם מעשה טרור"³. הגם שאין בעצם "החומרה המיוחדת" בכדי להוות

³ הצעת חוק המאבק בטרור (תיקון מס' 4) (מניעת שחרור על-תנאי ממאסר של מי שהורשע ברצח או בניסיון לרצח), התשע"ט – 2018.

תכלית ראויה לשם הפגיעה בזכויותיהם של אסירים לשוויון והליך הוגן, חשוב לעמוד, תחילה, על התכלית האמיתית שעמדה לנגד המחוקק בעת ההצבעה על הוראת החוק.

50. מעיון בפרוטוקולי הוועדה והמליאה בדיון על הצעת החוק, נלמד כי כוונת המחוקק שונה היא מדברי ההסבר להוראה הנדונה. כך, מציין ח"כ עודד פורר, אחד המציעים לתיקון החוק בדיון על הצעת החוק בקריאה ראשונה במליאה ביום 10.12.2018, כי אין פוטנציאל שיקומי לאסיר ביטחוני באשר הוא, דבר אשר מצדיק, לראיתו, למנוע ממנו טובות הנאה למיניהן, לרבות השכלה גבוהה:

"טרוריסטים זה לא משהו שהוא בר-שיקום. זה לא שעכשיו מישהו יעבור איזשהו תהליך, והאידיאולוגיה שלו, הרצח כתוצאה ממניע אידיאולוגי – אפשר לשקם אותו בזה שנלמד אותו מקצוע מסוים בכלא, או השכלה. עד עכשיו גם ראינו שכל ההשכלה שרכשו האסירים הביטחוניים בין כותלי בית הסוהר הופנתה בסופו של דבר כדי למקסם את היכולות שלהם בארגוני הטרור אחרי שהם משתחררים מהכלא" (פרוטוקול הדיון על הצעת החוק בקריאה ראשונה במליאה, 10.12.2018, ישיבה מס' 386, בעמ' 215).

51. כך, דגלו מציעי החוק בגישת הענשה קולקטיבית הנסמכת על איום פוטנציאלי חסר ביסוס, לפיו אדם המסווג, לטעמם, כאסיר ביטחוני, אינו זכאי לטובות הנאה בכותלי בית הסוהר. בהתאם לדבריו של ח"כ פורר, הענשה זו ראויה היא לכל אסיר ביטחוני באשר הוא, שכן אלמלא ההסכמות עם ועדת השרים לענייני חקיקה, יש להחיל את ההחרגה לכלל העבירות הביטחוניות:

"לצד, בהתאם להסכמות שהגענו עם ועדת השרים לענייני חקיקה – עדיין לא ממקסמת את מה שרצינו. היא חלה, לפחות בתנאים האלה, רק על מי שהורשע ברצח או בניסיון לרצח. אבל אנחנו חושבים בהחלט שצריך להרחיב אותה לכלל העבירות הביטחוניות" (שם, בעמ' 216).

52. ח"כ ענת ברקו, שהצעתה אוחדה יחד עם ח"כ פורר, מצטרפת לראייה זו, ומציינת כי האסירים הביטחוניים, רובם ככולם, אינם זכאים לתנאים דומים לאלו של האסירים הפליליים:

"מעבר לזה, כשאנחנו מדברים על כליאה של האנשים הללו, אנחנו צריכים להביא בחשבון שאין שיקום במקום שאין חרטה. הם מרגישים שהם עשו משהו טוב מבחינתם. אין חרטה. החברה שלהם מחבקת אותם, מהללת אותם, מחלקת בקלאוות כשהם רוצחים יהודים. כל פיגוע כזה זוכה לתשואות רמות בחברה שלהם. אין שום דבר שמגיע לאנשים שחותרים תחת הסדר החברתי. לא מדובר בעבריינים קונבנציונליים, שהרעיון הוא לשקם אותם ולהחזירם לחברה; זה לא קיים במקרה של פשיעה אידיאולוגית, ולכן הם לא ראויים לרחמינו" (שם, בעמ' 219).

53. בבחינת סעיף המטרה בחוק המאבק בטרור, וכן בדברי ההסבר שקדמו לחקיקתו, אין ולא אזכור אחד המצדיק את היחס השונה לאסירים הביטחוניים בהקשר לענישתם, שכן מטרת החוק הינה, בראש ובראשונה, מניעתם וסיכולן של עבירות טרור, וכן מניעת הקמתם, קיומם ופעילותם של

ארגוני טרור, כשאין בכל אחת מהמטרות הללו זיקה ולו רחוקה מהתכליות עליהן עמדו המחוקקים בעת תיקון החוק. ועוד, אין במטרות חוק המאבק בטרור או בהסבריו משום הצדקה להבחנה הגורפת והקטיגורית שמייצר תיקון החוק, שכן במנותק משאלת חוקיותו, אין בו משום הגדרת קבוצת שוויון נפרדת לצורך ביסוס יחס שונה בענישה.⁴

54. לפי האמור לעיל, ובהתאם לסעיף 40א, תהליך הכליאה עובר טרנספורמציה מלאכותית כשעניינו באסירים "ביטחוניים"; בחינתם באופן קולקטיבי הופכת להיות נחלת הכלל, וכליאתם נועדה לצורך גמול והענשה, ותו לא. כל זאת, שעה שאסירים שביצעו עבירות פליליות, שלעיתים אף מכבידות הרבה יותר מאשר אותם אסירים "ביטחוניים", זוכים לאפשרויות של שיקום ורהביליטציה, שבמהלכם או בסופם ניתנת להם גישה לנכוח ולטעון בפני ועדת השחרורים ולדרוש את שחרורם על-תנאי. בכך, מאופיין האסיר הביטחוני באופן קטיגורי ושרירותי מיתר האסירים הפליליים, ומופלה ללא כל אבחנה אינדיבידואלית רלוונטית. כך גם המבקש, עת "אובחן" כאסיר ביטחוני שביצע "מעשה טרור" ונמנע ממנו תהליך שיקומי וגישה לוועדת השחרורים בדומה לאסירים הפליליים בבית הסוהר, וכן אסירים ביטחוניים שהורשעו בעבירות שהוחרגו מסעיף 40א.

55. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בשים לב לתכליות הענישה שהובאו במסגרת מסקנות ועדת גולדברג ותיקון מס' 113 לחוק העונשין, התשע"ב-2011 בנוגע להבניית שיקול הדעת בענישה. לפי התיקון, עיקרון ההלימה והבחינה האינדיבידואלית הוא העיקרון המנחה בגזירת העונש, בשים לב לנסיבות ביצוע העבירה, נסיבותיו האישיות של כל נאשם, סיכויי השתקמותו ועוד.⁵ ואולם, על אף העובדה שדינו של האסיר הביטחוני נגזר בהתאם לשיקולים שהותוו במסגרת תיקון מס' 113 לעיל, הוא מוחרג אפילו מעצם הדיון בעניינו במסגרת שיקולים דומים, ולעיתים אף משלימים.

56. רוח דומה נושבת בחוק שחרור על-תנאי, אשר מאפשר לאסיר שריצה שני שליש ממאסרו להשתחרר על תנאי מנשיאת יתר התקופה. הבחינה לבקשת האסירים הינה בחינה אינדיבידואלית, בהתבסס על שורה של שיקולים מנחים המוסדרים בסעיף 9 להוראותיו, הכוללים; שיקולים הקשורים לסוג העבירה שבוצעה, נסיבותיה וחומרתה, עברו הפלילי של האסיר, התנהגותו של האסיר בתוך כותלי בית הסוהר, וקיומם של הליכים אחרים המתנהלים נגדו. כך גם, ולפי הוראות הסעיף, הוועדה מסתייעת בחוות דעת מקצועיות של גורמים רבים, לרבות שב"ס, משטרת ישראל, הרשות לשיקום האסיר ועוד, כשכל גוף מביא את עמדתו ביחס לבקשת האסיר להשתחרר, בהתאם למקצועיותו ומנקודת מבטו השונה. מה גם, שסעיף 7 לחוק שחרור על תנאי מנחה את הוועדה להתחשב במצבו הבריאותי של האסיר כשיקול לשחרורו המוקדם, לרבות באותם מקרים בהם המשך שהותו במאסר מסכן את חייו באופן ממשי, בדומה למקרה של המבקש.

57. במקביל, סעיף 10 לחוק שחרור על-תנאי קובע כי "במקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות שבהם סברה הוועדה כי שחרורו של האסיר על-תנאי יפגע במידה חמורה באמון הציבור במערכת המשפט, אכיפת החוק ובהרתעת הרבים, משנוצר יחס בלתי סביר בין חומרת העבירה, נסיבותיה והעונש שנגזר על האסיר לבין תקופת המאסר שיישא האסיר בפועל אם ישוחרר, רשאית הוועדה להביא בחשבון גם נתונים אלה בהחלטתה, נוסף על הנתונים המפורטים בסעיף 9; משקלם של הנתונים

⁴ סעיף 1 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. ראו בנוסף את דברי ההסבר להצעת חוק מספר 949 כפי שהובאה לקריאה ראשונה, במסגרת הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015.

⁵ ראו ד"ר עמי קובו, פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה **הסניגור** 183.

לפי סעיף קטן זה בהחלטת הועדה יפחת ככל שיגדל החלק מעונש המאסר שהאסיר כבר נשא". ובסעיף 10(ב) נקבע; "ועדת שחרורים מיוחדת, בבואה להחליט בענין שחרור על-תנאי של אסיר עולם, תשקול, נוסף על שיקולים אחרים האמורים בחוק זה, האם חל באסיר שינוי בולט וממשי מבחינת הבנת חומרת מעשיו ומבחינת מוכנותו להשתלב בחברה ולתרום לה."

58. משמע, חוק שחרור על תנאי מתווה את פעילות הוועדה ואף מאפשר לה במקרים מסוימים להעדיף אינטרסים אחרים על פי נסיבותיו האישיות של האסיר, ככל והמקרה מצדיק זאת. דוגמה נוספת לכך הינה סעיף 30 לחוק שחרור על תנאי, אשר קובע כי בית משפט שהרשיע אדם ברצח רשאי לקבוע, לענין המלצה לקציבת עונש מאסר עולם, שאותו אדם ביצע את המעשה בנסיבות חריגות בחומרתן. משעשה בית המשפט כן, ועדת שחרורים מיוחדת לא תמליץ להקל בעונשו של האסיר בטרם חלפו לפחות 15 שנים מהיום שבו החל לשאת את מאסרו, ובלבד שהתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-40 שנים. משמע, גם במקרי הרצח האכזריים ביותר, חוק שחרור על-תנאי נותן בידי הוועדה את הסמכות להעדיף שיקולים ואינטרסים ציבוריים על פי נסיבותיו האישיות של האסיר, אך בד בבד מותיר את הקביעה כי מדובר על "נסיבות חריגות בחומרתן" לבית המשפט. כך גם, הוא נותן לוועדת השחרורים את הסמכות המחולטת להכריע בענין השחרור תוך שהוא מתערב במקצת לעניין תקופת הקציבה של העונש ותולו, מבלי שהוא כובל את ידיה של הוועדה.

59. מכאן, ניתן לראות איך סעיף 40 לחוק מאבק בטרור מנוגד לתכלית חוק שחרור ממאסר על-תנאי, ואף יתרה מזו, הוא מרוקן אותו מתוכן ככל והדבר נוגע לקבוצה מסוימת של אסירים – גם אם נתוניו האישיים של האסיר מצדיקים את שחרורו על תנאי ממאסר. דברים אלה מקבלים משנה חומרה כאשר קיים חוק ספציפי (lex-specialis) החל על שחרור מוקדם ומתווה את פעילותה של ועדת השחרורים, ונועד להעדיף את עקרון השוויון, למנוע החרגה שרירותית של אסירים ולהחיל למעשה שקילה אינדיבידואלית המבוססת על קריטריונים אובייקטיביים המאזנים בין תכליות הענישה לבין נסיבותיו האישיות של האסיר, הליך שיקומו, משך מאסרו ועוד.

60. על כן, שחרורו של המבקש מעולם לא נשקל בצורה אינדיבידואלית. נסיבותיו האישיות, לרבות גיל ביצוע העבירה, החלק שנטל בה, ההליך השיקומי שעבר מאז, וכן מחלתו הנפשית, נעלמו לסירוגין בצל החרגתו הקולקטיבית. על המבקש הונחה תווית "ביטחוני", ומעמדו כאסיר שווה בוועדת השחרורים נשמט.

סעיף 40 לחוק שחרור על תנאי אינו מידתי

מבחן המידתיות הראשון: העדר קשר רציונאלי

61. ההסדר הקבוע בסעיף 40 לחוק המאבק בטרור מנותק רציונלית הן מתכלית הענישה והן מתכלית חוק שחרור על-תנאי ממאסר. חסימת דרכו של אסיר מלגשת לוועדת שחרורים, במיוחד מסיבות המבוססות על נקמות, אין בה כדי להשיג את תכלית הענישה, התכלית השיקומית, ואף אין בה להשיג את התכלית ההרתעתית. לכן אין לקבוע כי אמצעי זה הינו הולם או רציונאלי שכן הוא שרירותי ומוביל לפגיעות חמורות בזכויות החוקתיות שפורטו לעיל. וכדברי הנשיאה ביניש בג"ץ 9593/04 מוראד נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (טרם פורסם, 26.6.2006), אשר חידדה את מבחן הקשר הרציונאלי באומרה:

”מבחן הקשר הרציונלי 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 רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון” (שם, בפסקה 25. ההדגשה אינה במקור)

62. להמחשת האמור, נפנה לדברי השופט בדימוס דליה דורנר אשר עמדה בראש הוועדה לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (דו"ח ועדת דורנר).⁶ בדו"ח מתחה השופטת דורנר ביקורת על מדיניות החמרת הענישה של הממשלה וציינה כי "על רקע הקושי לקדם הרתעה ושיקום באמצעות מאסרים; העלות הגבוהה של המאסרים; השפעתם של מאסרים ממושכים על רצידיביזם; והקושי להתאים בחקיקה אשר מטבעה קובעת עונשים מרביים או מזעריים את הענישה לרמת המסוכנות, הרי שככלל – הארכת תקופות המאסר הקבועות בחקיקה אינה מקדמת את המאבק בפשיעה ולכן אינה מוצדקת כאמצעי להשגת מטרה זו [.....]. וככלל אין לנסות להשיג הרתעה או שיקום באמצעות שינוי העונש המרבי שבצד העבירה... " (שם, עמ' ד) (ההדגשה במקור).

63. האמור מלמד כי, אם החמרת העונש המרבי שבצד העבירה אין בה להשיג מטרת השיקום או ההרתעה, מקל וחומר מניעת שחרורו המוקדם של מי שריצה את מרבית העונש ונתונו האישיים מצדיקים את שחרורו ושילובו חזרה בחברה. שכן, חוק שחרור על תנאי מסמיך את ועדת השחרורים לדון בכל מקרה לגופו, ולהחליט על סמך התרשמותו ממאפייניו האישיים של האסיר אם ישנו סיכון להישנות עבירות ואם יש בשחרורו בכדי לסכן את שלום הציבור, וככל ונמצא כי התשובה בחיוב, היא מונעת את שחרורו המוקדם.

64. משמע, החוק הקיים – ללא הזדקקות לסעיף 40א – נותן מענה הולם ומספק לאותם מקרים בהם יש לאסור על שחרורו המוקדם של אסיר. נציין, בהקשר זה, כי הסטטיסטיקה הקיימת מלמדת כי שיעורי השחרורים המוקדמים הינו נמוך ביותר, ובין השנים 2016-2018 עמד על לא יותר מ - 40%, כאשר מרבית בקשות השחרור שהוגשו לוועדה נדחו על ידיה, ובפרט אלו שהוגשו על ידי אסירים המסווגים כאסירים ביטחוניים.⁷

65. מה גם, שמחקרים אמפיריים אחרים מלמדים כי שיעור הרצידיביזם בקרב אסירים ביטחוניים נמוך מאשר בקרב אסירים פליליים (ראו בהקשר זה דו"ח הרצידיביזם 2018-2018 לפיו שיעור המועדות בקרב אסירים ביטחוניים בשנת 2013 עמד על 18%, אל מול 40% בקרב אסירים פליליים בתקופה המקבילה) – בניגוד לטענתם של מחוקקי החוק.⁸ על כן, הקביעה לפיה אסיר המסווג כ"ביטחוני" לעולם לא ישתקם הינה משוללת כל אמת, ומניעת אותם אסירים באופן מוחלט מלהשתרר בשחרור מוקדם הינה שרירותית, ומבוססת על יחס של נקמנות גרידא.

⁶ הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דו"ח הוועדה 2015

⁷ מיה רוזנפלד, רחלי נח, "ועדות (אי) שחרורים: מבט אמפירי אל עבר השחרור המוקדם בישראל בראי המגמה לצמצום שיעור הכליאה" חוקים טו 9 (2021).

⁸ יוחנן ועקנין וקתרין בן צבי דו"ח רצידיביזם בישראל 2013-2018, 22 (שירות בתי הסוהר, ענף המחקר, 2019).

מבחן המידתיות השני: האמצעי שפגיעתו פחותה

66. סעיף 40א מחיל הסדר אשר כובל את ידה של ועדת השחרורים באופן מוחלט, ואוסר עליה לדון במקרים של אסירים ביטחוניים המורשעים בעבירות מסוימות, כגון הרשעתו של המבקש בעבירת ניסיון לרצח, בניגוד מוחלט להוראות ותכלית חוק שחרור על-תנאי. המדובר בהסדר גורף, כאשר הפסיקה קבעה זה מכבר כי; "כל הסדר גורף 'נחשד' בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית" (רע"ב 6956/09 מאהר יונס נ' שירות בתי הסוהר (נבו 07.10.2010)).

67. נוסף לגורפות, סעיף 40א חל על קטינים ובגירים כאחד, כאשר כלל ידוע הוא שמעמדם של קטינים במשפט הפלילי וההתייחסות לגבי הרשעתם ומאסרם שונה במהותה מזו לבגירים.⁹ ודוק, עניינם של קטינים הוסדר בחקיקה נפרדת, בחוק הנוער (ענישה, שפיטה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (להלן: "חוק הנוער") אשר בסעיף 1א(א) שבהוראותיו קובע כי: "מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו ייעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו".

68. ההתייחסות המיוחדת לקטינים בחוק נובעת מההכרה בייחודיות של קבוצת גיל זו, כאשר הכתיבה הענפה בתחום ההתפתחות הקוגניטיבית של הקטינים והמתבגרים מלמדת כי; לקטינים יכולת שיפוט בוגרת מוגבלת ביחס לבגירים, הם יותר פגיעים מלחצים חיצוניים שליליים, פחות שולטים בדחפים, יכולת התכנון שלהם מוגבלת יותר, והן יכולת ההימנעות ממצבי סיכון.¹⁰ משכן, קבוצת גיל זו זוכה לאפיון מיוחד הן בחקיקה והן בפסיקה, לאומרו של השופט הנדל- ב ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל, סד(1) 2010);

".. הקטין הנו דמות מתפתחת. כך, ניצב הקטין בשיטת המשפט הישראלית על קו התפר שבין אחיו הקטן בן ה-12, שאינו אחראי כלל, לבין אחיו הגדול שמעל לגיל 18. הסדר המשפטי דורש סימון גבול מדויק – גיל 12 על פי חוק הנוער הישראלי. עם זאת, ההתפתחות אינה נעשית בין רגע אלא מהווה תהליך הדרגתי. מציאות זו מצדיקה התחשבות במעמד הקטין בבוא בית המשפט לגזור את עונשו."

69. אך מנגד, סעיף 40א חל על קטינים בהתעלם מכל אפיון מיוחד לקבוצת גיל זו, לרבות לסיבות העומדות מאחורי הסתבכות הקטינים בעבריינות, לסיכויי שיקומם הגבוהים ועוד. מה גם, שסעיף 40א חותר תחת תכליתו העיקרית של חוק הנוער, אשר רואה בחשיבות רבה לשיקומו של האסיר ושילובו בחזרה בחברה. זאת ועוד, ס' 40א לחוק המאבק בטרור מבחין בין קבוצות שונות של קטינים שהורשעו בפלילים בהקשר של הזכות לגשת לוועדת שחרורים, כאשר עיקר ההפליה הינה בין הקטינים ממוצא יהודי לקטינים ממוצא ערבי-פלסטיני, מאחר והמציאות מלמדת כי עיקר המורשעים בעבירות הנמנות על ס' 40א הם אלו השייכים לקבוצה האחרונה. הפליה זו הינה הפליה שרירותית ולא עניינית, ולכן

⁹ לימור עציוני, נוער במשפט הפלילי, 2019.

¹⁰ Brief for The American Psychological Association, American ;Policy, 57 WASH. U. J. L. & POL'Y 13 (2018) Psychiatric Association, And National Association of Social Workers as Amici Curiae in Support of Petitioners at 26-27, Miller v. Alabama, 567 U.S. 460 (2012) (Nos. 10–9646, 10–9647)

היא עולה כדי הפליה פסולה (ראו בהקשר זה בג"ץ 3390/16 **עדאלה נ' הכנסת** (נבו 08.07.2021) שעניינו שלילת קצבאות ביטוח לאומי מהורי קטינים שהורשעו בעבירות ביטחוניות).

70. על כן, ההסדר הגורף שבחוק מחריג את המבקש פעם נוספת, הפעם בהיותו קטין, ערבי-פלסטיני ואסיר "ביטחוני", ואינו מעניק כל משקל לאפיון המיוחד הנדרש לנוכח גילו והשפעת המאסר על התפתחותו. כל זאת, תוך פגיעה בזכותו לשוויון ביחס לשאר האסירים הקטינים שלא סווגו כ"ביטחוניים" בעבירות האמורות, שיש בעצם קטינותם משום גורם משפיע בעת שקילת שחרורם על-תנאי.

71. נציין בנוסף כי הגורפות בענייננו נוגדת למשלימות שבין ההליך הפלילי להליך המאסר עליה עמדנו בהרחבה לעיל. במהלך ניהול תיקו של המבקש בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לנוער (הן הליך המעצר והן ההליך העיקרי), ניתן משקל לקטינותו וליחס המיוחד לקבוצת גיל זו. כך, למשל, שירות המבחן נטל תפקיד חשוב ומתערב בתסקירי השונים, והמבקש אף שהה במעון נעול בהתאם לצו פיקוח תוך ניסיון ליצור רצף טיפולי ושיקומי התאום את מצבו. אך קטינותו נסוגה, ואף נשמטה, כשיושמו הוראות ס' 40 לחוק המאבק בטרור, תוך ניתוק מוחלט מהוראות חוק הנוער, ובהחמרה יתרה לדין אתו.

72. ואולם, הפגיעה של סעיף 40 אינה בקבוצה של קטינים בלבד, אלא בעוד קבוצות אוכלוסייה חלשות, כגון חולי הנפש וחולים סופניים. ההחלה הקטיגורית של ס' 40 על כל אדם שהורשע ברצח, רצח בנסיבות מחמירות וניסיון לרצח סותמת את הגולל בפני אסירים שבית המאסר אינו מתאים למצבם ואף עלול להזיק להם, לבריאותם ולשלמות גופם, ובמקרים נוספים אף לזו של אסירים אחרים אשר נמצאים באותו מתקן כליאה יחד איתם. כך גם, הוא שולל את הסמכות של ועדת השחרורים, הניתנת לה לפי ס' 7 לחוק שחרור על-תנאי, להורות על שחרור מוקדם של אסירים מסיבות הומניטריות, כשאין עוד תועלת מהישארותם בין כותלי בית הסוהר. אף באותם מקרים בהם האסיר גוסס ואינו מהווה שום סכנה כלפי העולם, הוועדה אינה יכולה להגיד את מילתה מאחר והסעיף כובל אותה לחלוטין.

73. והנה כי כן, המבקש שאובחן על מחלת סכיזופרניה קשה עם מגמת הדרדרות פרוגרסיבית, אשר התפתחה במהלך ובשל שהותו בכלא, שלאורה ניסה לפגוע בעצמו ובאחרים במהלך מעצרו בבית הסוהר, אינו יכול אף לטעון לשחרורו על-תנאי, ומבליט בכך, בצורה החריפה ביותר, את חשיבותה של הבחינה האינדיבידואלית של ועדת השחרורים, והפסלות והמסוכנות שבגורפות החוק.

מבחן המידתיות השלישי: מבחן המידתיות במובנו הצר

74. לפי מבחן ערכי זה, יש לבחון את המבחן הערכי בו התועלת מהתיקון עולה על הנזק הנגרם ממנו (ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נגד שר הפנים** (פסק דין מיום 14.5.06)).

75. לפי האמור לעיל, ניכר כי אין ממש תועלת בהסדר המוצע בסעיף 40 לחוק המאבק בטרור, שכן תוצאותיו ניתן להשיג באמצעות חוק השחרור על תנאי, אשר נותן בידי ועדת השחרורים את שיקול הדעת הרחב להחליט בבקשת אסיר לשחרור מוקדם, כך גם, מותר לה את האפשרות להעדיף אינטרסים כלליים על פני נסיבותיו האישיות של המבקש. זאת ועוד, וכפי שהובא לעיל, בכל מקרה אסירים המסווגים כאסירים "ביטחוניים" אינם זוכים לשחרור מוקדם על ידי הוועדה במרבית המקרים.

76. מאידך, הנזק מהחוק הוא נזק עצום, אשר יורד לשורשי ההליך התקין והצדק הפרוצדוראלי, ועוד, הוא חותר נגד עקרונות היסוד של השיטה המשפטית, כולל זה העיקרון של השוויון. כך גם, הוא מביא לנזק

עצום לאותם אסירים אשר חרף חומרת העבירות אותם ביצעו, נסיבותיהם האישיות מצדיקות את שחרורם המוקדם, ואין כל אינטרס לחברה להשאירם מאחורי סורג ובריח, אך עדיין החוק חוסם באופן מוחלט את דרכם לוועדת השחרורים, והמבקש הוא הדוגמה המובהקת למקרה מהסוג האמור.

סוף דבר

77. האמור לעיל מלמד באופן שאינו משתמע לשני פנים כי סעיף 40א לחוק המאבק בטרור הינו חוק שרירותי, גורף, מפלה, ואף מנוגד לערכים ועקרונות בסיסיים של שיטת המשפט, לרבות עקרון החוקיות. וכן, שולל הסעיף מהאסירים שהורשעו בסוג מסוים של עבירות זכויות אלמנטריות כגון הזכות לשוויון, והן הזכות להליך הוגן.

78. המקרה המובהק ביותר לאי החוקיות של הסעיף הינו המקרה של המבקש עצמו. כאמור, המבקש ביצע את העבירות המיוחסות לו בהיותו בן 13 בלבד, על גבול העדר האחריות הפלילית, כאשר הוא מושפע מקרוב משפחתו המבוגר ממנו. אומנם הוא הורשע על פי דיני השותפות בביצוע בצוותא, אך חלקו באירוע הינו שולי ביותר, שכן מעשה הדקירה לא בוצע על ידו אלא על ידי בן דודו שנהרג באירוע, כאשר כל חלקו של המבקש באירוע היה הצטיידות בסכין והנפתה ברחוב. מבלי להמעיט בחומרתם של מעשים אלו, אך בסכין זו הוא לא עשה שום שימוש בכדי להסב נזק כלשהו לאדם.

79. המבקש, ובמהלך ניהול משפטו, החל הליך טיפולי מכוח צו פיקוח שהוטל עליו. בטיפול הפגין התקדמות רבה, הוא הפנים את חומרת מעשיו, התחרט על ביצועם, הבין את הנזק שנגרם למתלוננים כתוצאה מהם, והצטער על כך. אך חרף המלצת שירות המבחן להשאירו במעון נעול עד הגעתו לגיל 18, בחר בית המשפט למצות אתו את הדין, ובכך נקטע הרצף הטיפולי אותו הוא החל במעון.

80. המאסר הוביל להתדרדרות חדה במצבו הנפשי של המבקש, עד אשר התפתחה אצלו מחלת נפש כרונית. לפי חו"ד מומחה, המשך שהיית המבקש בכלא עלול להוביל אותו למצב אל חזור מבחינה נפשית, שכן אין בכלא מסגרת מתאימה לטיפול במצבו. מה גם, שהמשך שהייתו בכלא עלול לסכן באופן ממשי את חייו בשל ההיסטוריה האובדנית שלו, והחמור מכך, בשל החזקתו בכלא בתנאי בידוד.

81. צעיר כאמור, במצב דברים מתוקן, אינו אמור לשהות רגע אחד נוסף בין כותלי הכלא. כך שאין לחברה שום תועלת בהחזקתו מאחורי סורג ובריח. ואולם, אף אם ועדת שחרורים מיוחדת השתכנעה כי בנסיבות המקרה היא הייתה מותירה את שחרור המוקדם של המבקש, אין היא יכולה לעשות כן, זאת מאחר וידיה כבולות מכוח סעיף 40א. וכאן, זו ההמחשה המובהקת ביותר לגורפות שבסעיף, לשרירותיות שבו, וליחס הנקמני המאפיין אותו.

82. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להתערב בהחלטת הערכאה קמא, לבטל את החלטתה של ועדת השחרורים המיוחדת במקום מושבה בכלא רמלה, והן להכריז כי סעיף 40א לחוק המאבק בטרור אינו חוקתי ובכך להורות על בטלותו ביחס למבקש.

חאלד אזבארגה, עו"ד

עדי מנסור, עו"ד

נארימאן שחאדה-זועבי, עו"ד

חיפה, 03.10.2022