

עת"א 7015/06/22 - ג'ומעה בן מוסא ח'דר נגד שרות בתי הסוהר, מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עת"א 7015-06-22 ח'דר(אסיר) נ' שרות בתי הסוהר

לפני	כבוד השופט מיכאל קרשן
העותר	ג'ומעה בן מוסא ח'דר (אסיר)
נגד	
משיבים	1. שרות בתי הסוהר 2. מדינת ישראל

בשם העותר: עו"ד מיכל פומרנץ

בשם המשיבים: עו"ד גלעד ארליך; עו"ד שחף קליינמן-שמעוני

פסק דין

כלום הוראות פקודת נציבות בתי הסוהר 04.40.00 - חופשות אסירים, השוללות מאז שנת 2015 מאסירים תושבי הרשות הפלסטינית באופן גורף את האפשרות להשתלב בסבב חופשות, נעשו כדין? האם הן תואמות את עקרונות המשפט המינהלי? אלו השאלות המרכזיות שמתעוררות בעתירת אסיר זו.

העותר, תושב הרשות הפלסטינית מרצה עונש מאסר עולם שנקצב ל-35 שנים. העותר ביקש לשלבו בסבב חופשות, בהן ישהה בבית אחיו שהינו תושב ישראל המתגורר במזרח ירושלים. בקשתו נדחתה אך על בסיס תושבותו, מבלי שנערכה בדיקה פרטנית של נתוניו. מכאן עתירת האסיר שהגיש לבית המשפט.

הרקע לעתירת האסיר

1. העותר, יליד 1976, נולד ברמאללה, תושב הרשות הפלסטינית.

2. **בהיותו בן 22 שנים, הרשיע בית המשפט המחוזי ירושלים את העותר בעבירה של גרימת מוות בכוונה תחילה וכן בעבירות של ניסיון רצח ושוד בנסיבות מחמירות.** העותר נהג לקיים יחסי מין הומוסקסואליים בתשלום, ובשתי הזדמנויות שונות שדד את בני זוגו באלימות קשה. אחד הקורבנות שרד את תוצאות מעשי האלימות שהסב לו העותר והחלים מפציעותיו. הקורבן האחר נפטר מפצעיו. בית המשפט המחוזי גזר על העותר, בין היתר, מאסר עולם חובה ועוד 12 שנות מאסר בפועל (ת"פ (מחוזי י-ם) 193/98). ערעור שהגיש העותר על פסק הדין -

נדחה בידי בית המשפט העליון (ע"פ 3898/99).

3. **נשיא המדינה קצב את עונשו של העותר ל-35 שנים. הוא מסווג כאסיר פלילי תושב הרשות הפלסטינית.** עד כה ריצה העותר כ-24 שנות מאסר. מועד שחרורו המלא חל ביום 25.3.2033.

4. העותר פנה לשב"ס בבקשה לשלבו בסבב חופשות. לאחר דין ודברים עם שב"ס קיבלה באת כוחו, בסופו של דבר, תשובה מקצינת האסירים ולפיה עניינו של העותר לא יעלה לדיון במסגרת ועדת אסירי עולם, אך יש ביכולתו להגיש בקשה לחופשה מטעמים מיוחדים. קצינת האסירים הפנתה את באת כוח המשיב בעניין זה להוראות הרלוונטיות בפקודה, ולמעשה דחתה את בקשת העותר על הסף.

המסגרת הנורמטיבית לחופשת אסיר

5. סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: **פקודת בתי הסוהר**), קובע כי בתי הסוהר יהיו בפיקוחו וניהולו של הנציב. לפי הוראות סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר הנציב יוציא, באישור השר, "הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לענין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה", ופקודות כלליות שיקבעו פרטים בנושאים האמורים - אלו הן פקודות נציבות בתי הסוהר.

בהתאם להוראות סעיף 80ג לפקודת בתי הסוהר, לענין פקודת בתי הסוהר רואים את פקודות הנציבות כדינים.

6. **חופשת אסיר** מנויה בין יתר טובות ההנאה הניתנות לאסירים לפי תקנה 19(א) לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978 (להלן: **תקנות בתי הסוהר**). על פי התקנה, רשאי מנהל בית הסוהר, על פי כללים שקבע נציב שירות בתי הסוהר (להלן: **הנציב**), כאמור בפסקה הקודמת, להעניק לאסירים או לאסירים מסוימים טובות הנאה כגון: ביקורים, מכתבים, חופשות, קניית מצרכים, האזנה לשידורים בכלי-תקשורת. טובות ההנאה מותנות, בין היתר, בהתנהגותו האסיר.

7. סעיף 36(א) לפקודת בתי הסוהר קובע כי "השר רשאי, על פי בקשת אסיר או על פי המלצת הנציב, לתת לאסיר, בתנאים שייראו לשר, חופשה מיוחדת שלא תעלה על תשעים ושש שעות". מכוח האמור לעיל ובהתאם לסעיף זה ולנוהל השר 02.2.01 (להלן: **נוהל השר**) הוציא הנציב את פקודת נציבות בתי הסוהר 04.40.00 - חופשות אסירים (להלן: **הפקודה**).

8. הפקודה מגדירה את מטרת מתן החופשה לאסיר באופן הבא: "חיזוק הקשר בין האסיר לבין משפחתו וקהילת מגוריו, הקלה זמנית בחסכים שהמאסר גרם ויצירת תמריץ להתנהגות טובה של האסיר בבית הסוהר"(סעיף ב'1 לפקודה).

9. **מסגרת שיקול הדעת בכל הקשור להוצאת אסיר לחופשה נקבעה בסעיף ג' לפקודה.** השיקולים

הצריכים לעניין הם: סוג העבירה, טיבה ונסיבותיה; סיווג לקטגוריה המאפשרת חופשה; ריצוי תקופת מאסר מינימלית; תפקוד חיובי של האסיר בבית הסוהר; מידת הסכנה הנשקפת לשלום הציבור מן האסיר במהלך החופשה והסיכוי שלא ישוב ממנה.

10. הפקודה מבחינה בין שני סוגים של חופשות: חופשה "רגילה" וחופשה מטעמים מיוחדים. חופשה "רגילה" היא שילוב האסיר בסבב חופשות, אשר משכן ותדירותן משתנה. התדירות המקסימלית של חופשות אסירים היא פעמיים בחודש (אסירים המשולבים באגף שיקום פרטני) והמשך המקסימלי של חופשה הוא 96 שעות. חופשה מטעמים מיוחדים, הקבועה בפרק ח' לפקודה, כשמה כן היא: חופשה הניתנת לאסיר לצורך מסוים, כגון שמחה משפחתית או אבל. העתירה הנוכחית אינה עוסקת בחופשה מטעמים מיוחדים.

11. פרק ב' לפקודה מגדיר מספר אוכלוסיות מיוחדות, להן לא תינתן חופשה "רגילה":

"ו. לאסיר הנמנה על אחת הקבוצות שלהלן, **תינתן חופשה מטעמים מיוחדים בלבד ורק באישור הנציב:**

1. חופשה של אסיר ביטחוני בכפוף להתקיימות התנאים כמפורט בסעיף 1(1);
2. אסיר השפוט למאסר עולם שעונשו לא נקצב;
3. חופשה ראשונה של אסיר השפוט למאסר עולם, שעונשו נקצב; וכן חידוש אישור יציאתו לחופשה של אסיר כאמור, אם הופסקו חופשותיו;
4. **אסיר תושב הרשות הפלסטינית;**
5. אסיר המוחזק מכוח צו הרחקה או צו הסגרה;
6. אסיר אזרחי, כהגדרתו בפקודת בתי הסוהר;
7. אסיר המסווג לקטגוריה א' אשר הורשע בביצוע עבירות לפי חוק המאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003 או אסיר שהוגדר כחבר בארגון פשיעה..."

(ההדגשות אינן במקור - מ' ק')

נוסף על האמור, בסעיף כ"ה לפקודה, המצוי בפרק ו' ועוסק בהליך הטיפול בבקשה להוצאה לחופשה מיוחדת של אוכלוסיות מיוחדות, נקבעו ההוראות הבאות בנוגע לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית:

1. ככלל, לא יומלץ בפני הנציב לאשר יציאתו לחופשה של אסיר תושב הרשות הפלסטינית.
2. על אף האמור בסעיף קטן (1) לעיל, פנה בבקשה לחופשה אסיר תושב הרשות הפלסטינית ופירט בבקשתו נסיבות מיוחדות וחריגות המצביעות על כך שעל אף חזקת המסוכנות הקיימת ביחס לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית נוכח המצב הביטחוני, ניתן להגיע למסקנה ברורה וחד משמעית כי בעניינו החזקה האמורה אינה מתקיימת - **ניתן להמליץ בפני הנציב על הוצאתו לחופשה וזאת מטעמים מיוחדים בלבד.**
3. בקשת אסיר תושב הרשות הפלסטינית ליציאה לחופשה כאמור בסעיף קטן 2 לעיל, תבחן על ידי מפקד המחוז או סגנו (להלן: "הגורם הממליץ"), על יסוד קבלת כלל ההתייחסויות והמסמכים המפורטים בסעיף ט', פרק ב.
4. הגורם הממליץ כאמור בסעיף קטן 3 לעיל יעביר המלצה מנומקת בכתב לנציב בצירוף כלל המסמכים

(ההדגשות אינן במקור - מ' ק')

12. הוראות הפקודה בנוגע לחופשותיהם של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית עברו מספר שינויים.
13. בעבר לא חלו מגבלות מיוחדות על חופשות האסירים תושבי הרשות הפלסטינית.
14. בחודש יולי 2001, בעקבות פיגועי טרור קשים, הוסף לפרק ו' לפקודה סעיף הקובע כי "ככלל לא יומלץ בפני השר לאשר יציאתו לחופשה של אסיר תושב הרשות הפלסטינית". חוקיות סעיף זה נתקפה במספר עתירות אסירים. הערעורים על פסקי דין אלה נדונו על ידי בית המשפט העליון במאוחד במסגרת רע"ב 1698/02 **עיאדה נ' שירות בתי הסוהר**. לאחר שנשמעו הערות בית המשפט הודיע שב"ס כי הסעיף ירוכך, כך שכל אסיר מקבוצה זו שנתון במאסר למעלה משלוש שנים תיבחן בקשתו לחופשה במסגרת וועדה מיוחדת. נוכח הודעה זו נמחקו הערעורים ביום 17.6.2004 (להלן: **עניין עיאדה**).
15. הפקודה תוקנה, ונקבע בה כי ניתן להמליץ בפני השר על הוצאתו לחופשה של אסיר פלילי תושב הרשות הפלסטינית, בהתקיים שני תנאים: **האחד**, האסיר שפוט לפרק זמן העולה על 3 שנים ועומד ביתר תנאי הפקודה לעניין יציאתו לחופשה. **והשני**, "האסיר פירט בבקשתו נסיבות מיוחדות וחריגות המצביעות על כך שעל אף חזקת המסוכנות הקיימת ביחס לאסירי תושבי הרשות הפלסטינית נוכח המצב הביטחוני, ניתן להגיע למסקנה ברורה וחד משמעית כי בעניינו החזקה האמורה אינה מתקיימת". עוד נקבע כי הוועדה הבוחנת את בקשת האסיר תעיין לצורך זה גם בחוות דעת שירות הביטחון הכללי.
16. המגבלה בפקודה המתוקנת עמדה אף היא לביקורת שיפוטית. ברע"ב 6023/06 **פלוני נ' שירות בתי הסוהר** (8.2.2007) (להלן: **רע"ב 6023/06**) דחה בית המשפט העליון, במותב תלתא, בקשת רשות ערעור על פסק דין בעתירת אסיר, אשר התמקדה בהיעדר אמות מידה פרטניות לבחינת יציאה לחופשה של אסיר תושב הרשות הפלסטינית. בפסק הדין קבע בית המשפט העליון כי שילוב הוראות אלה עם יתר השיקולים האחרים הצריכים לעניין, "נותן מענה לדרישה לאמות מידה **פרטניות** שמכוחה עותר המבקש למתן רשות ערעור" (ההדגשה שלי - מ' ק').
17. בשנת 2015 תוקנה הפקודה פעם נוספת, באופן שהוצג לעיל והוא הנוסח העומד כעת ביסוד העתירה שלפני.
18. עינינו הרואות: לפי הפקודה עובר לשינוי, ניתנה אפשרות לנציב לאשר בקשת אסיר פלילי תושב הרשות הפלסטינית להשתלב בסבב חופשות, אם הוכיח האסיר כי חזקת המסוכנות אינה מתקיימת בעניינו ולאחר שהנציב עיין בחוות דעת שהוגשו לו ובתנאי חופשה מסוימים. לעומת זה, לפי הפקודה בנוסחה היום, לא תאושר חופשה "רגילה" לאסיר תושב הרשות הפלסטינית בשום תנאי, ואף אין כל נוהל לטיפול בבקשות לחופשת אסירים תושבי הרשות הפלסטינית שאינן חופשות מטעמים מיוחדים. מסקנה זו מתחייבת מלשון הפקודה, והיא עולה בקנה אחד עם פסיקתו המחייבת של בית המשפט העליון כאשר נדרש להוראות הפקודה בעניין קרוב - שלילת הסמכות לאשר לאסירים **ביטחוניים** לצאת לחופשות "רגילות" [רע"ב 4779/17 **יוסף אבו-צעלוק נ' שירות בתי הסוהר** (22.3.2020) (להלן: **עניין אבו-צאלוק**)], פסקה 37 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ח' מלצר].

טענות הצדדים לעתירה

19. לטענת העותר, בעקבות תיקון הפקודה בשנת 2015, ופרשנות המשיב את הוראותיה, חלה החמרה בכל הקשור ליציאתם של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית לחופשה "רגילה", אשר יצרה הפליה אסורה בינם לבין יתר האסירים, לרבות אלה המשתייכים לאוכלוסיות מיוחדות אחרות, הלוקה אף בשרירותיות משום שעניינם של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית אינו נבחן באופן פרטני.

העותר מדגיש כי בניגוד לאסירים השייכים ליתר האוכלוסיות המיוחדות, שככלל יכולים לשנות את מצבם באופן שיאפשר להם לצאת לחופשות, אין לאסיר תושב הרשות הפלסטינית יכולת לשנות את מקום לידתו. נתון זה גוזר את גורלו של העותר בבואו להשתלב בחופשות וההתחשבות בו כנתון בלעדי מהווה הפליה אסורה.

20. לדעת העותר, פרשנות שב"ס את הוראות הפקודה כך שהן שוללות את סמכות שב"ס לבחון את עניינו של העותר לחופשה "רגילה", אינה סבירה, אינה מידתית, מהווה אפליה פסולה ומונעת בחינה של כלל השיקולים על מנת לאתר אמצעי שפגיעתו פחותה. התנהלות בה רשות מינהלית אינה מפעילה שיקול דעת ואינה בוחנת מקרים חריגים מנוגדת לעקרונות המשפט המינהלי וההלכה הפסוקה.

21. העותר מבקש אפוא לתת להוראות הפקודה "פרשנות מקיימת", שתאפשר לשלבו בסבב חופשות, ולחלופין לבטל את הוראות הפקודה השוללות מאסירים תושבי הרשות הפלסטינית את האפשרות להשתלב בסבב חופשות.

22. העותר הפנה לתכליות החשובות של חופשות האסירים, כמפורט בפקודה עצמה, ולהשלכות השליליות הרבות לאי שילובו של אסיר בסבב חופשות, ובעיקר אפשרותו לזכות בשחרור מוקדם התלוי כדרך הטבע בבחינת התנהגות האסיר במסגרת חופשות. גם אם חופשה היא טובת הנאה בלבד, אין להבחין באופן פסול לעניין זה בין סוגי אסירים. על המשיבים לבחון פרטנית את בקשת העותר לצאת לחופשה.

23. עוד צוין כי העותר הוא אסיר פלילי למופת. זה מכבר נטל העותר אחריות מלאה על מעשיו והוא מצטער ומתחרט עליהם. אין לו קשר עם בני משפחתו ברשות הפלסטינית וכל שנותר לו היא משפחתו במזרח ירושלים. במסגרת מאסרו השתלב העותר בחינוך, בעבודה ובמסגרות טיפול. במשך כל התקופה הארוכה בה שהה במאסר לא נרשמו לחובתו אירועים המעידים על מסוכנותו. חרף זאת בקשתו כלל לא נבדקה ובכך נמנעה ממנו האפשרות לקבל פריבילגיה הניתנת לאוכלוסיות אחרות, ואף לתושבי מדינות זרות. העותר הגיש בקשה לשחרור מוקדם. ועדת השחרורים החליטה לדחות ההכרעה בבקשתו עד לאחר שניתן יהיה לבחון את התנהלותו מחוץ לכלא, אם וככל שיצא לחופשות (וש"מ 26614-10-20 מיום 28.2.2023).

24. המשיבים סבורים כי אין מקום לדון במסגרת עתירת אסיר זו ב"שאלות עקרוניות תיאורטיות שאינן רלבנטיות למקרה הפרטני". זאת כיוון שלדעתם העתירה אינה נוגעת להחלטה פרטנית הקשורה בתנאי מאסרו של העותר.

לשיטת המשיבים העתירה אף הוגשה בשיהוי, שכן הפקודה תוקנה עוד בשנת 2015 על רקע ההחמרה המתמשכת במצב הביטחוני בישראל.

25. עוד טוענים המשיבים כי בפועל התיקון לא הביא לשינוי מהותי במתן חופשות לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית, שכן גם קודם לתיקון לא ניתנו חופשות לאלה בשל מסוכנותם האינהרנטית, והתיקון לפקודה נועד רק להסיר אי-בהירות מסוימת, ולא היה בו שינוי מהותי יחסית למצב הקודם.

26. המשיבים סבורים כי ישנה שונות רלוונטית בין אסירים תושבי הרשות הפלסטינית לבין אסירים אחרים, המשפיעה על האפשרות להעניק להם חופשות. נאמנותם של אסירים אלה אינה נתונה למדינת ישראל, בפרט לאור המצב הביטחוני המתוח. בהוצאתם של אסירים בני אוכלוסייה זו לחופשה טמון פוטנציאל לטרור, כעולה בין היתר מחוות דעת מסווגת שהגיש המשיב 3, שירות הביטחון הכללי.

לדעת המשיבים אין זה נכון כי אסיר תושב הרשות הפלסטינית אינו יכול לשנות את הגדרתו, שכן באפשרותו לפנות לקבלת מעמד חוקי בישראל, מכוח נישואין או מכל טעם אחר.

27. במישור הפרטני טענו המשיבים כי העותר לא הפריך את חזקת המסוכנות הקבועה בעניינו, בין היתר משום שהוא זוכה לתמיכה כספית מהרשות הפלסטינית ומן העובדה שזוכה לביקורי משפחות באמצעות הצלב האדום ניתן ללמוד שלא ניתן קשר עמם. עוד צוין כי העותר הוא אסיר עולם, שפוטנציאל בריחתו גבוה משל אסירים אחרים, ובשעתו אף שהה בישראל שלא כחוק.

המשיבים מציינים כי שילובו של העותר בהליכי טיפול נעשה לפני משורת הדין. העובדה כי עבר הליכים כאלה אין משמעה שהעותר הפריך את חזקת המסוכנות החלה בעניינו, שכן זו אינה קשורה בעבירה אותה ביצע אלא נובעת מעצם היותו תושב הרשות הפלסטינית.

28. המשיבים טוענים לבסוף כי הלכה פסוקה היא שבית המשפט אינו מתערב בשיקול דעת הגורם המוסמך, אף אם סבר כי ראוי היה לערוך איזון אחר. מעבר לכך, לאור הערות בית המשפט, הובא הנושא לבחינת השר לביטחון לאומי וכן הוצגה לפניו חוות דעת מטעם שירות הביטחון הכללי ועמדת השר אף היא כי אין מקום לביצוע שינוי בנוהל השר ובפקודה.

29. במסגרת הדיון בעתירה עיינתי במעמד צד אחד, בהסכמת העותר, בחוות דעת שב"כ (סומנה על ידי **במ/1** ונשמרה בכספת בית המשפט). חוות הדעת מקיפה את עמדת השירות באופן כללי בנוגע לאפשרות הוצאת אסיר תושב הרשות הפלסטינית לחופשות, ואת עמדתו הפרטנית בנוגע לעותר כאן.

דין והכרעה

30. העתירה מעוררת מספר שאלות עקרוניות, אולם טרם שאלה ייבחנו יש להכריע בטענות המקדמיות שהעלו המשיבים.

דין בטענות המקדמיות

א. אין כל מניעה לדון בשאלות עקרוניות במסגרת עתירת אסיר

31. לפי הוראות סעיף 62א(א) לפקודת בתי הסוהר רשאי אסיר להגיש לבית המשפט המחוזי "עתירה נגד רשויות המדינה ואנשים הממלאים תפקידים על-פי דין בכל ענין הנוגע למאסרו או למעצרו...".

32. אין ולא יכול להיות חולק כי עתירות נגד החלטות שב"ס לסרב להוציא אסיר לחופשה הן בעניין הנוגע למאסר. העתירה שלפניי מכוונת נגד החלטה פרטנית כזו שנתקבלה בעניינו של העותר.

33. טענת המשיבים היא כי אין זה ראוי לדון בעתירה במתווה שבסעיף 62א(א) לפקודת בתי הסוהר, משום ההיבטים העקרוניים והכלליים שבה. טענה זו אין כל אפשרות לקבל.

ההלכה הפסוקה קובעת בבירור ובעקביות כי: "דרך המלך" לתקיפת הוראות או החלטות מינהליות בעניינו של אסיר היא הגשת עתירת אסיר לפי סעיף 62א לפקודת בתי הסוהר, התשל"ב-1971. זאת אף במקרים שבהם העתירה כוללת טענות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות או כשמדובר בעתירה "רוחבית" שתוקפת פרקטיקות כלליות של שב"ס" (ראו: בג"ץ 1443/21 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים רמת גן נ' נציב שירות בתי הסוהר, פסקה 9 (30.6.2021)) [בג"ץ 135/23 יהונתן רבינוביץ נ' שירות בתי הסוהר (15.3.202)].

זאת ועוד. בהעלותם טענת סף זו התעלמו המשיבים מן העובדה כי הוראות הפקודה הנוגעות למגבלות על חופשות לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית, בנוסחיה הקודמים, נתקפו בעתירות אסירים ולא בדרך של פניה ישירה לבג"ץ, ומכך שהמדינה טוענת טענת סף הפוכה כמעט כל אימת שמוגשת עתירה לבג"ץ הכוללת היבטים עקרוניים שהיו יכולים להידון במסגרת של עתירת אסיר [השוו: בג"ץ 4531/09 ברגותי נ' שירות בתי הסוהר (16.6.2010)].

34. מובן, ואין צריך לומר, כי עתירת אסיר אינה יכולה להיות מנותקת מעניינו הפרטני של אסיר או עציר, אלא שריבו של העותר כאן הוא ללא ספק ריבו הפרטי. בעניינו שלו נתקבלה ההחלטה, הנשענת על הוראות הפקודה, כי לא יוכל לצאת לחופשה "רגילה".

35. אין אפוא כל מניעה לדון בשאלות העקרוניות שהתעוררו במסגרת עתירת אסיר זו, ולמעשה הדבר מתחייב. ב. אין עסקינן בעתירה תיאורטית

36. אמת, פעמים רבות מעלות עתירות אסירים שאלות עקרוניות או שאלות הנוגעות למספר אסירים. לעיתים אין מדובר בשאלה עקרונית, אך להכרעה לא תהיה עוד השפעה על תנאי המאסר של העותר (לדוגמא, אסיר העומד להשתחרר) והעתירה הופכת לעתירה תיאורטית, וכידוע בית המשפט אינו דן בשאלות תיאורטיות, אלא בנסיבות חריגות.

37. טענת המשיבים היא כי אין צורך להכריע בהיבטים העקרוניים העולים בעתירה, משום שגם אם היה נדון עניינו של העותר לפי נוסחה הקודם של הפקודה, לא ניתן היה להוציאו לחופשה.

38. דא עקא, שכפי שהראינו למעלה, בנוסחה הקודם של הפקודה נפתח פתח, צר אמנם, אשר אפשר להוציא אסיר תושב הרשות הפלסטינית לחופשה "רגילה", ובכל מקרה עניינו היה מובא לפני ועדה לצורך בחינה פרטנית. הנוסח הנוכחי של הפקודה אינו מאפשר כלל בחינה פרטנית של בקשת אסיר תושב הרשות הפלסטינית לצאת לחופשה "רגילה". כפי שאירע בעניינו של העותר כאן, דינן של בקשות מסוג זה במתווה שקבעה הפקודה - דחיה על הסף.

במצב דברים זה אין לומר שהעתירה מעוררת שאלה תיאורטית. כפועל יוצא, יש לדחות את טענת המשיבים כי התיקון לפקודה נועד רק על מנת להסיר אי-בהירות וגם לפי הדין הקודם לא נדונו בקשות אסירים תושבי הרשות הפלסטינית לצאת לחופשה "רגילה".

ג. העתירה לא הוגשה בשיהוי

39. בעניין זה ניתן לקצר. העתירה לא הוגשה בשיהוי סובייקטיבי, שהלוא העותר הגיש את עתירתו מיד לאחר שנתקבלה החלטה המינהלית בעניינו. היא אף לא הוגשה בשיהוי אובייקטיבי, שכן ריבו של העותר כאן נולד רק לאחר שנתקבלה החלטה בעניינו ולא - להבדיל מעתירה כללית - לאחר שתוקנה הפקודה, בשנת 2015.

40. מעבר לדרוש אציין כי, הלכה למעשה, לוקה טענת השיהוי במעגליות. זאת משום שאם הייתה מוגשת עתירת אסיר כוללנית סמוך לאחר תיקון הפקודה היא הייתה נדחית בהיעדר קונקרטיזציה, ואם הייתה מתקבלת טענת שיהוי כלפי העתירה הפרטנית רק משום חלוף הזמן מעת שתוקנה הפקודה, התוצאה הייתה שהפקודה, כמוה כפקודות הנציבות האחרות, הייתה חסינה מביקורת שיפוטית.

לא לחינם הכירה הפסיקה במצב בו הכרעה שיפוטית עשויה להתרחש לאחר שהאירוע התרחש, אך תוך קיום הסתברות סבירה כי אירועים דומים יתרחשו בעתיד, כחריג אפשרי לכלל לפיו בית המשפט לא ידון בעתירות תיאורטיות, שאם לא כן לא ידון בית המשפט בעתירה לעולם, בהיותה מוקדמת מדי או מאוחרת מדי [ראו י' זמיר **הסמכות המינהלית כרנג' - הביקורת השיפוטית: כללי הסף**, 1829-1830 (2014); בג"ץ 5318/21 **עיריית רעננה נ' משטרת ישראל**, פסקאות 59-60 (18.5.2022); בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת**, לט(3) 141, 146 (1986)].

41. מצאתי לדחות אפוא את טענת השיהוי.

ומכאן לדין בעתירה גופה

42. על שירות בתי הסוהר, ככל רשות מינהלית, חלים כללים ולפיהם עליו להפעיל את סמכותו בסבירות, מידתיות ובלא משוא פנים, כאשר הסבירות והמידתיות מושפעות ממהות הסמכות. בניהול מערכת הכליאה ישנם אתגרים לא פשוטים ועל כן עומדים לנציב ולשירות בתי הסוהר מתחמי סבירות ומידתיות רחבים יותר באופן יחסי, ובית המשפט ימעט להתערב בקביעת המדיניות בידי הנציב [בג"ץ 3477/95 **ישראל בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, מט(5) 1 (1996); רע"ב 6561/97 **מדינת ישראל נ' רונן מנדלסון ו-19 אח'**, פ"ד נב(5) 849 (1998)].

43. לא מצאתי לקבל את טענת העותר כי שורש הבעיה נעוץ בפרשנות שגויה של שב"ס להוראות הפקודה. כמתואר למעלה, הוראות הפקודה ברורות והן אכן שוללות את סמכות הגורמים הרלוונטיים לבחון באופן פרטני בקשת אסיר שמקום מושבו ברשות הפלסטינית לחופשה "רגילה".
השאלה בה יש למקד את הדיון היא האם ניתן לקיים הוראות גורפות אלה שבפקודה.

44. אפתח במושכלות ראשוניים: מתן חופשות "רגילות" לאסיר איננו בגדר זכות קנויה לאסיר, אלא זוהי טובת הנאה שרשאי מנהל בית הסוהר להעניק לאסיר, או למונעה ממנו, לפי שיקול דעתו. כך עולה במפורש מסעיף 36(א) לפקודת בתי הסוהר, שלפיו השר (אם כי סמכות זו הואצלה לבעלי תפקידים בשב"ס) **רשאי** לאשר חופשה לאסיר, וכן מהוראת תקנה 19(א) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, שלפיה **רשאי** מנהל בית סוהר, על פי כללים שקבע הנציב, להעניק לאסיר **טובות הנאה מעבר לזכויות שנקבעו בחיקוק, כגון חופשות**.

כך מורה גם ההלכה הפסוקה: עע"א 6481/01 **אל עביד נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נז(6) 678, 713 (23.10.2003) (להלן: **עניין אל עביד**); רע"ב 6956/09 **יונס נ' שירות בתי הסוהר** (7.10.2010) (להלן: **עניין יונס**), פסקאות 6 ו-7 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה; עניין **אבו-צאלוק**; רע"ב 8802/14 **פלוני נ' שירות**

בתי הסוהר, פסקה 11 (23.3.2015); קע"ב 8571/07 **מדינת ישראל נ' גמליאל**, פסקה 6 (21.2.2008). ראו גם בג"ץ 581/80 **אמסלם נ' נציב שירות בתי-הסוהר**, פ"ד לה(2) 325, 328-329 (1981).

כיוון שיציאה לחופשות אינה מוחזקת כחלק מזכויות האדם המוכרות של האסיר, שהגבלתן כפופה לעקרונות פסקת ההגבלה, חסינות הוראות הפקודה בנוגע לחופשה "רגילה" לאסיר מפני בחינה חוקתית ישירה בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [השוו: עניין **יונס**, פסקה 7 לחוות דעתה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה; בג"ץ 6314/17 **נמנם נ' מדינת ישראל** (4.6.2019) (להלן: **עניין נמנם**)], פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) נ' הנדל].

45. עם זה, כפי שצוין למשל בעניין **אבו-צעלוק**, אין פירוש הדבר שהוראות הפקודה חסינות מעילות הביקורת של המשפט המינהלי.

46. חופשת אסירים "רגילה" היא כלי מינהלי חשוב שהשימוש בו עשוי להפוך את המגבלה על חירותו של האסיר למידתית יותר, וכאמור לעיל הפקודה עצמה רואה תועלות חשובות במתן חופשה לאסיר. על כך יש להוסיף את העובדה כי מתן חופשה "רגילה" לאסיר הוא נדבך משמעותי בהגשמת מארג שלם של זכויות ופריבילגיות אחרות בהן עשוי האסיר לזכות, בראש ובראשונה הזכות לשחרור מוקדם.

47. על כן, בנוגע לאפשרות לזכות בחופשה "רגילה", והדבר נכון גם ביחס לכל טובות ההנאה האחרות, אין האסיר מופקר לשרירות שב"ס:

"הנהלים והכללים אשר קבעה נציבות שירות בתי הסוהר לאישור חופשותיהם של אסירים, מושתתים על ההוראות הסטטוטוריות שבפקודת בתי הסוהר ועל התקנות שמכוחן, ויש ליישמן בהתאם לעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית" (עניין **אל עביד**, עמ' 710).

48. על הוראות הפקודה לעמוד, בין היתר, באיסור להפלות בין אסירים המשתייכים לאותה קבוצת שוויון. בנוסף, עליהן להתבסס כמובן על נימוקים ענייניים, ולעמוד במבחני הסבירות והמידתיות [עניין **נמנם**; דנג"ץ 204/13 **סעיד צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (14.4.2015), (להלן: **עניין צלאח**)].

49. עקרון השוויון והחובה שלא להפלות, שאינה אלא תמונת ראי של זכות האדם לשוויון, מבוססים היטב במשפטנו:

"מאז ראשית ימי המדינה הוכרה הזכות לשוויון בשיטתנו המשפטית כזכות יסוד מן המעלה הראשונה (ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165, 166-169 (תש"ס) (להלן: זמיר וסובל)). על פי התפישה המקובלת מושג השוויון משמעו "יחס שווה אל בני-אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי לעניין נושא השוויון" (בג"ץ 9863/06 קר"ן - עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל - שר הבריאות, פסקה 9, 28.7.2008); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקה 45 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (24.3.2009)). הפליה פסולה קיימת על כן מקום שבו נעשית הבחנה בין אנשים או מצבים בלא שיש לכך הצדקה עניינית."

בג"ץ 1268/09 **זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר**, סה(3) 688, 714 (2012); ראו גם דנ"א 1297/20 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (25.7.2022), פסקה 81 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות

50. עקרון השוויון ואיסור ההפליה חלים גם בין כותלי בית הסוהר. הבחנה בין אסירים צריך שתיעשה על בסיס טעם ענייני. יש לבחון האם קיימת הצדקה להבחנה בין קבוצות האסירים השונות, לצורך נורמה ספציפית או מדיניות מסוימת (עניין **צלאח**, פסקאות 15 ו-16 לפסק דינה של כב' הנשיאה מ' נאור).

51. הוראות הפקודה שוללות קטגורית מתן חופשה "רגילה" לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית, וכן לאוכלוסיות אסירים מיוחדות נוספות: אסיר ביטחוני, אסיר שפוט למאסר עולם שעונשו לא נקצב (וכן חופשה ראשונה של אסיר עולם שעונשו נקצב וחדוש יציאתו לחופשה של אסיר עולם לאחר שהופסקו), אסיר המוחזק מכוח צו הרחקה או צו הסגרה, אסיר אזרחי ואסיר המסווג לקטגוריה א' שהוגדר כחבר בארגון פשיעה.

הוראות הפקודה מגבילות, או מתנות בתנאים, מתן חופשה רגילה גם לאסירים המשתייכים לקטגוריות נוספות: אסיר תושב חוץ, אסיר שפוט או חשוד בביצוע עבירות אלימות במשפחה, אסיר השפוט על עבירות מין, אסיר המקבל תחליפי סם, אסיר מאושפז, אסיר חולה ועוד.

52. דיון ממצה בהסדרים שנקבעו ביחס לאוכלוסיות האסירים האחרות חורג כמובן מן הדרוש להכרעה בפסק דין זה, אך יושם אל לב כי השתייכות האסיר לכמעט כל אחת מן הקבוצות תלויה, במידה זו או אחרת, בהתנהגותו. כך, למשל, קציבת עונשו של אסיר עולם מושפעת במידה מכרעת מהתנהגותו, ואפילו אסיר שהוגדר אסיר ביטחוני, או חבר בארגון פשיעה, יכול לנתק עצמו מאותה קבוצה ולעשות לשינוי סיווגו באופן שיבטל את המניעה המוחלטת על הוצאתו לחופשה.

זאת ועוד, ברוב המקרים השתייכות האסיר לקבוצה המיוחדת אינה שוללת ממנו באופן גורף את האפשרות לצאת לחופשה, וישנם חריגים: כך אסיר תושב חוץ יכול לבקש לצאת לחופשה אם מסר כתובת לשהייה בתחומי ישראל ונמצא אזרח ותושב ישראל שהסכים לערוב לו; ועדת אלמ"ב או הוועדה להערכת מסוכנות יכולות להמליץ על מתן חופשה לאסיר אלמ"ב; ומב"ן או וג"ע יכולות להמליץ על מתן חופשה לאסיר בעבירת מין.

53. לעומת כל אלה, אסיר שנולד בתחומי הרשות הפלסטינית ולא קיבל תושבות ישראלית - לא יכול לצאת מן הקטגוריה המגבילה (אינני סבור כי טענת המשיבים, לפיה ביכולתו של אסיר כזה להינשא לישראלית ולזכות בתושבות, ראויה להתייחסות רצינית), ואין בנמצא בענייני חריגים כלשהם.

54. על השאלה אם מוצדק לשלול מתן חופשה "רגילה" לאסירים ביטחוניים, בהתאם להוראות הפקודה לאחר תיקון 2015, השיב בית המשפט העליון בחיוב בעניין **אבו צעלוק** (בדעת רוב - נגד דעתו החולקת של כב' השופט מ' מזוז).

ברם, נקודת המוצא להכרעת הרוב בעניין **אבו-צעלוק** הייתה קיומה של פקודת נציבות נפרדת לאסירים ביטחוניים (פקודה מס' 03.02.00 - "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים") ופסיקתו העקבית של בית המשפט העליון שאישרה מגבלות קבוצתיות שהוטלו על ידי שב"ס על אוכלוסיית אסירים זו (עניין **צאלח**, עניין **יונס**, רע"ב 6797/03 **מדינת ישראל נ' אלראזק** (2.11.2003), עע"א 1076/95 **מדינת ישראל נ' קונטאר**, פ"ד נ(4) 492 (1996) (להלן: **עניין קונטאר**), עע"א 4714/04 **עמיר נ' שירות בתי הסוהר** (7.3.2005) ועוד).

בנוסף, ההוראה המגבילה צלחה את מבחני המשנה של המידתיות רק לאור העובדה כי שב"ס הותר פתח ליציאת אסירים ביטחוניים לחופשה "רגילה", בכפוף לשינוי סיווג האסיר (עניין **אבו-צעלוק**, פסקה 54 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר).

55. המשיבים טוענים כי קיימת הצדקה להבחין בין אסירים תושבי הרשות הפלסטינית לבין יתר האסירים, מן הטעם שטבועה בהם מסוכנות אינהרנטית, הנובעת מעצם העובדה שהם אינם בעלי זכות חוקית לשהות בישראל, ובמהלך החופשה יותר להם האפשרות לנוע במרחבי ישראל באופן שעלול להביא לסיוע לארגוני טרור. עוד צוין כי יכולתם של אסירים כאלה לברוח לשטחי הרשות הפלסטינית קלה ומוגברת יותר, ונאמנתם אינה נתונה בהכרח למדינת ישראל.

המשיבים סבורים כי בקביעת הסדר גורף בעניינם של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית פעלו הם כדין, כפי שנעשה זה מכבר בעניינם של האסירים הביטחוניים.

56. אינני סבור כי טענת המשיבים עומדת בפני הביקורת.

57. בית המשפט העליון הכיר לאורך השנים בכך שיש לקבוע הסדרים מיוחדים, חלקם גורפים, לגבי אסירים ביטחוניים מן הטעמים הבאים [עניין **קונטאר**, עמ' 500]:

"בית המשפט הכיר בהבדל בין אסירים ביטחוניים לבין אסירים אחרים ובנפקות של הבדל זה לגבי תנאי המאסר. בבג"צ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר [3], בעמ' 544, הציג השופט י' כהן את המאפיינים של אסירים ביטחוניים, כפי שצוינו בתצהיר של נציב בתי הסוהר:

"...האסירים הביטחוניים הם גוף מאורגן הפועל כגוף אידיאולוגי אחיד, וזה על-פי הוראות מנגנון ארגוני, שאותו מקיימים אסירים אלה בכל בית-כלא, והמחליט על פעולות האסירים, תוך הפעלת משמעת חמורה ואמצעי ענישה המגיעים עד כדי חיסול פיזי של הסרבנים. בין היתר נאמר בתצהיר, שאסירים ביטחוניים מסרבים לצאת לעבודה ומקיימים פעולות קולקטיביות אחרות המראות על משמעת ועל מנהיגות היכולה לכפות משמעת כזאת. כן נאמר בתצהיר, שאסירים ביטחוניים בבתי-כלא מקבלים הנחיות והוראות לפעולה מארגוני חבלה שונים, ומוציאים לפועל הוראות אלה".

על רקע זה מגיע השופט י' כהן, שם, למסקנה זאת:

"האופי המיוחד הזה של התארגנות האסירים הביטחוניים, התארגנות המביאה לידי ביטוי עוינות לשלטון, מצדיק, לדעתי, את מסקנת המשיב, שהאמצעים הביטחוניים שיש לנקוט כלפי האסירים הביטחוניים חייבים להיות חמורים יותר מאשר האמצעים הביטחוניים הנקוטם כלפי אסירים פליליים. ההפליה, שעליה קובל העותר, איננה על-כן הפליה פסולה. היא איננה נובעת משיקולים פסולים, אלא משיקולים ענייניים של שמירה על הביטחון בבתי הסוהר".

ראו גם בג"צ 96/80 אלמלעבי נ' שירות בתי הסוהר ואח' [4].

המסקנה היא, שיש הצדקה לקבוע הסדרים מיוחדים לגבי אסירים ביטחוניים..."

58. המשיבים לא טענו, ובדין לא טענו, כי מאפיינים אלה של אוכלוסיית האסירים הביטחוניים טבועים ומתקיימים כולם גם באוכלוסיית האסירים תושבי הרשות הפלסטינית. ככל שאסיר תושב הרשות הפלסטינית ניחן במאפיינים כאלה - יסווג האסיר גם כאסיר ביטחוני.

59. ועם זה יש לקבל את עמדת המשיבים כי לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית מאפיינים ייחודיים שמצדיקים, בהיבטים מסוימים הנוגעים לסוגיית החופשות, התייחסות קבוצתית שונה מצד רשויות הכליאה.

כפי שצוין בכתב התשובה ובסיכומי המשיבים, אסירים תושבי הרשות הפלסטינית אינם מורשים, ככלל, לשהות בתחומי ישראל. לרבים מאסירים אלה קשרי משפחה ואולי גם קשרים נוספים ברשות הפלסטינית. יש לקבל גם את הטענה כי, במקרים רבים, אסירים אלה אינם חשים מחויבות ואינם בהכרח נאמנים למדינת ישראל, וקיים סיכון מוגבר לבריחתם לתוך שטחי הרשות אם יזכו לחופשה בתחומי ישראל. הסיכון במתן חופשות לאסירים המשתייכים לקבוצה זו

קיבל ממד מוחשי בחוות דעת שב"כ בה עיינתי, בהסכמת העותר, והמצב הביטחוני הנוכחי - לאחר פרוץ המלחמה - מגביר עוד יותר את הסיכונים הנובעים מהוצאת אסירים אלה לחופשה בעת הנוכחית.

60. כל אלה הצדיקו לטעמי התייחסות קבוצתית שונה בהיבט החופשות לקבוצת האסירים תושבי הרשות הפלסטינית יחסית לשאר האסירים. התייחסות שהיא, כשלעצמה, לא פוגעת בעקרון השוויון. במלים אחרות, לא נפל פגם בהחלטת נציב שב"ס לכלול בפקודה התייחסות **נפרדת** לחופשות אסירים תושבי הרשות הפלסטינית, כך שבמצב הדברים הרגיל לא תינתנה להם חופשות "רגילות".

ואמנם, בית המשפט העליון נכון היה להכיר בהתייחסות קבוצתית שונה בהיבט החופשות לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית. אך זאת לא באופן גורף, שהרי כאמור לעיל העתירות שנדונו בעניין **עיאדה** נמחקו רק לאחר ששב"ס הודיע על ריכוך הסעיף הגורף, ובמסגרת **רע"ב 6023/06** אישר בית המשפט העליון את נוסח הפקודה שהטמיע נוהל מרוכך אשר אפשר לאסיר תושב הרשות הפלסטינית, במסגרת חריג צר, בדיקה פרטנית של עניינו.

61. השאלה היא האם רשאית הייתה הרשות המינהלית, במסגרת תיקון הפקודה משנת 2015, לסטות מן ההסדר שאושר על ידי בית המשפט העליון ברע"ב **6023/06**, ולכבול את שיקול דעתה כך שבשום נסיבות לא תוכל לבחון סטייה מן הכלל, שלפיו לא תינתן לאסיר תושב הרשות הפלסטינית חופשה "רגילה".

62. רשויות המינהל מחויבות להפעיל את סמכותן בסבירות ובמידתיות. מידתיות משמעותה כי אם פוגעת הרשות בפעולתה בזכויותיו של הפרט, עליה לעשות זאת באופן שאינו עולה על הנדרש על מנת להגשים את מטרת פעולתה [בג"ץ 3477/95 **בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1 (1996)]. במבחני המידתיות ניתן לעשות שימוש גם במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות ונהלי הרשות [בג"ץ 509/80 **יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה**, פ"ד לה(3) 589 (1981)]; עניין **אבו צעלוק**, פסקה 58.ג. לחוות דעתו של כב' המשנה לנשיאה ח' (מלצר)].

63. אבחן אפוא את ההסדר השולל מתן חופשה "רגילה" לאסיר תושב הרשות הפלסטינית בהתאם למבחני המשנה של המידתיות, הנהוגים במשפט המינהלי:

64. ההסדר נושא העתירה מקיים לדעתי את מבחן המשנה הראשון של המידתיות - **הקשר הרציונאלי שבין האמצעי למטרה**. שלילת האפשרות לחופשה "רגילה" לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית אכן מקדמת את התכליות העומדות בבסיס ההסדר, שהן שמירה על שלום הציבור וביטחונו ומניעת בריחה ממשמורת.

65. דא עקא, חוששני כי ההסדר שנקבע אינו מקיים כראוי את שני מבחני המשנה האחרים של המידתיות: האמצעי שפגיעתו פחותה והמידתיות במובנה הצר.

66. המבחן השני הוא **האמצעי שפגיעתו פחותה**. ההחלטה המינהלית אינה מקיימת מבחן משנה זה אם נמצא שניתן היה לנקוט באמצעי אחר, שיכול היה להגשים את המטרה במידה שווה או דומה לאמצעי הנבחר, שפגיעתו פחותה בזכויות האסירים תושבי הרשות הפלסטינית.

כאמור, מטרת ההסדר שנבחר בעניינם של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית היא שמירה על שלום הציבור וביטחונו ומניעת בריחה ממשמורת. מוכן אני לצאת מנקודת הנחה כי לא היה בכוחו של כל אמצעי אחר, פחות גורף, שהיה נבחר בידי הרשות, להשיג את המטרה הזו **במידה שווה** [השוו: עניין **יונס**, פסקה 74; רע"ב 4644/15 **ראעי נ' שירות בתי הסוהר** (15.6.2016)], פסקה 26 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן (להלן: **עניין ראעי**)], אף כי יש, כמובן, בידי המשיבים כלים מגוונים שנועדו להפיג את מסוכנותם של אסירים **בעת** צאתם לחופשה (בנוגע למקום החופשה, משכה, העמדת ערבים, חתימה בתחנת משטרה, ועוד - כמפורט בפרק כ' לפקודה).

67. אלא, שההסדר שנבחר כאן הוא, כאמור, שלילה מוחלטת של האפשרות להוציא אסיר תושב הרשות הפלסטינית לחופשה רגילה.

"... כידוע, על הרשות המינהלית מוטלת החובה לבחון האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות (ראו: בג"ץ 6867/96 המועצה המקומית כפר-כנא נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 111, 115 (1998); בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193, 213 (1999); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 250 (2010) (להלן: **ברק-ארז**)). בנוסף לכך, הפעלת שיקול דעת לצורך יישומו של נוהל מינהלי בעניינו של אדם צריכה להתבצע לאחר בחינת נסיבותיו הקונקרטיות והרלוונטיות לשם קבלת ההחלטה. אף במקרים בהם מגבשת הרשות המינהלית מדיניות כללית, עליה לבחון האם ראוי ליישם אותה בשם לב למערכת העובדות בכל מקרה (ראו: בג"ץ 3758/17 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט**, פסקה 29 (20.07.2017); **ברק-ארז**, 201-206, 439-440).

בג"ץ 2777/18 **כרנז נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פסקה 4 **לפסק** (16.4.2018). ראו גם דברי כב' השופט מ' מזוז בפסקה 14 בעניין **אבו צעלוק**.

68. ואמנם, איסור מוחלט שכזה, שאינו כולל ההתייחסות קונקרטית כלשהי לעניינו של האסיר הפרטני, מעורר קושי מובנה ביחס להתקיימות מבחן המשנה השני.

כידוע, "הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות", וגם במקרים בהם אין מנוס אלא לעשות כן הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה עשוי לחייב קביעת מנגנון אשר יאפשר חריגים להסדר הגורף [עניין **ראעי**, פסקה 27; בג"ץ 7052/03 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, 346-345 (2006) (להלן: **בג"ץ 7053/03**); בג"ץ 8276/05 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1, 43 (2006); עניין **אל עביד**, עמ' 714 מול האות ז; עניין **צלחה**, פסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה מ' נ].

69. בעניינו שלנו לא נקבעו חריגים להסדר הכולל, והמשיבים אף אינם רשאים להפעיל שיקול דעת ביחס לסיווגם של האסירים תושבי הרשות הפלסטינית. סיווג זה נקבע לפי מקום תושבותם של האסירים, ומטבע הדברים - כיוון שהאסיר נתון במשמורת ולאור דיני ההתאזרחות הנוהגים במדינת ישראל - במצב הדברים הרגיל זהו נתון שאינו בר שינוי. בכך שונה לרעה מצבה של קבוצת אסירים זו ממצבה של קבוצת האסירים הביטחוניים שיכולים בהתנהגותם להביא להוצאתם מן הקבוצה שהשתייכות אליה מצדיקה הסדר גורף.

כל זאת בניגוד למצב ששרר עובר לשינוי הפקודה בשנת 2015. אז הותירו המשיבים פתח לנציב לאשר חופשה "רגילה" לאסיר תושב הרשות הפלסטינית, אם ניתן היה להגיע למסקנה ברורה וחד משמעית כי בעניינו לא מתקיימת חזקת המסוכנות. לאחר תיקון הפקודה לא נותר לנציב פתח להפעלת שיקול הדעת ביחס לחופשה "רגילה" לאסיר תושב הרשות הפלסטינית, גם אם ניתן לסתור בעניינו את חזקת המסוכנות.

70. המשיבים סבורים כי אין מקום ליצור חריגים לכלל הגורף שנקבע ביחס לאפשרות להוציא "חופשה רגילה" אסירים תושבי הרשות הפלסטינית. עמדה זו לא אוכל לקבל.

לא השתכנעתי כי בעניינם של אסירים השייכים לקבוצה זו מלכתחילה ראוי היה לקבוע הסדר גורף, נטול חריגים, כפי שמוצדק היה לעשות ביחס לאוכלוסיית האסירים הביטחוניים הנגועים במסוכנות אישית גבוהה. הסדר גורף שכזה אינו צולח את מבחן המידתיות השני.

בנוסף עולה לטעמי ההסדר הגורף כדי הפליה אסורה בין קבוצת האסירים תושבי הרשות הפלסטינית ליתר האסירים השוהים בבתי הכלא, ובראש ובראשונה כלפי האסירים הזרים - שיכולים לצאת לחופשה "רגילה" בתנאים

מסוימים, ואף כלפי האסירים הביטחוניים - שחזקת המסוכנות בעניינם והחשש שלא ישובו מחופשתם עולים עשרות מונים על אלה המתקיימים באסירים תושבי הרשות הפלסטינית, ובכל זאת יכולים הם לשכנע שאין עוד לסווגם בקבוצה זו, ובכך יפתח פתח ליציאתם לחופשה "רגילה".

71. המבחן השלישי הוא מבחן **המידתיות "במובן הצר"**. במסגרת מבחן זה יש לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת המטרה לבין הפגיעה בזכויות הפרט הנלוות לה.

מאותם טעמים שהובאו לעיל סבורני כי לא מתקיים יחס ראוי כנדרש בין התועלת הצומחת מהגשמת המטרה בדרך של יצירת הסדר גורף לבין הפגיעה בזכויות הפרט של האסירים תושבי הרשות הפלסטינית. ודוק: כפי שכבר צוין, לא זו בלבד שלחופשה "רגילה" תועלות חשובות כמפורט בסעיף ב'1 לפקודה, שילוב האסיר בחופשות מסוג זה השפעה מכרעת על היבטים חשובים לא פחות, כגון השתלבות בעבודה, במסגרות מתקדמות של שיקום ובעיקר - על היכולת לשכנע את ועדת השחרורים לקצר את מאסרו. יצוין כי את הפגיעה המשמעותית בהליך לפני ועדת השחרורים ניתן היה לסווג כפגיעה בזכות להליך הוגן (השוו: עניין **ראעי**), אך לא ארחיב בעניין זה משלא נשמעו לפני טיעונים ברוח זו.

72. הנה כי כן, מוצדק היה לקבוע הסדר **מבחין** לעניין מתן חופשה "רגילה" בעניינם של האסירים תושבי הרשות הפלסטינית. ועם זה, תוספת התועלת הגלומה ביצירת הסדר **גורף** ונטול חריגים לא הצדיקה לדעתי פגיעה כה חמורה בזכויות הפרט של אסירים אלה, ויש בה יסוד מפלה. בהקשר זה יצוין כי המשיבים לא סיפקו נתונים בנוגע למספר האסירים תושבי הרשות הפלסטינית שעשויים להגיש בקשה לחופשה "רגילה" בהינתן התנאים המחמירים שהיו קיימים בפקודה ערב תיקונה בשנת 2015, ולא הוכיחו כי הדבר ידרוש משאבים יוצאי דופן.

73. מסקנה זו מתחייבת מכללי המשפט המינהלי. אין בה משום החלפת שיקול דעתו המקצועי של נציב שירות בתי הסוהר בשיקול דעתו של בית המשפט.

74. חשוב לציין כי המשיבים לא השכילו להסביר מדוע ראו לסטות בשנת 2015 מן ההסדר הקודם, שעבר כאמור ביקורת חוקתית על ידי בית המשפט העליון במסגרת **רע"ב 6023/26**. עמדתם, שנדחתה על ידי, הייתה שלא נעשה כל שינוי מהותי בפקודה.

סיכום

75. סיכומו של דבר, שלא נמצא פגם בהחלטת נציב שב"ס לקבוע התייחסות שונה ומחמירה ביחס לאפשרות הוצאתם לחופשה "רגילה" של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית - עד כדי יצירת חזקת מסוכנות, שניתנת לסתירה, כפו שנעשה למשל בדין שקדם לתיקון 2015 לפקודה.

ואולם, ההסדר הגורף, שאינו מאפשר בשום תנאי מתן חופשה "רגילה" לאסיר תושב הרשות הפלסטינית, אינו צולח את מבחן המידתיות, בדגש על מבחני המשנה השני והשלישי [השוו דברי כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות **בבג"ץ 7052/03** (פסקה 5 לפסק דינה)], ואינו עולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון **ברע"ב 6023/06**, בו נדונו הוראות הפקודה בנוגע לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית טרם תיקון 2015.

76. זה המקום לומר כי יש לדחות בשתי ידיים את הטענה, כי לעולם אין לאפשר חופשות אסירים תושבי הרשות הפלסטינית בתחומי המדינה משום שאין הם מורשים לשהות בתחומה.

נכון הדבר כי מתן היתר לאסיר מסוג זה לשהות בתחומי המדינה מעורר קושי, ואולם בהיתר זמני ומצומצם מאוד עסקינן, ובסוגיה קרובה - חלופת מעצר לאסיר תושב הרשות הפלסטינית בתחומי המדינה - פסק בית המשפט העליון כי הדבר אפשרי, אם כי ראוי שיישמר למקרים נדירים [בש"פ 6781/13 **קונדוס נ' מדינת ישראל** (4.11.2013)], פסקה

15 להחלטה). ראו גם ראו: בש"פ 743/15 פלוני נ' מדינת ישראל (22.2.2015); בש"פ 3952/14 נעאלוה נ' מדינת ישראל (16.6.2014); בש"פ 2628/12 טל נ' מדינת ישראל (29.4.2012); בש"פ 4253/17 דבש נ' מדינת ישראל (18.6.2017); בש"פ 3797/15 פלוני נ' מדינת ישראל (11.6.2015).

ודוק: קושי כאמור אמור היה להתעורר, ומן הסתם אף התעורר, גם בעת הביקורת השיפוטית שעברו נוסחי הפקודה הקודמים. והנה, בשני פסקי הדין של בית המשפט העליון שהוזכרו למעלה לא התקבלה עמדת המדינה כי מדובר בשיקול-סף, שמונע קטיגורית מתן חופשה רגילה לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית.

התוצאה

77. ההסדר הגורף שעוצב בפקודה בשנת 2015 בכל הקשור למתן חופשה "רגילה" לאסירים תושבי הרשות הפלסטינית שאינם אסירים ביטחוניים אינו עומד בכללי המשפט המינהלי, ואני מכריז על בטלותו.

78. על המשיבים לעצב הסדר מידתי ביחס לקבוצת אסירים זו תוך 6 חודשים.

79. עד לעיצוב ההסדר החדש יחולו בנושא החופשות הרגילות של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית הוראות הפקודה ערב תיקון 2015, אשר קבעו לגביהם "חזקת מסוכנות" משמעותית, אך בצד זה הקנו כאמור לנציב שירות בתי הסוהר סמכות להוציא אסיר השייך לקבוצה זו לחופשה "רגילה" בהתקיים תנאים מסוימים.

80. על שב"ס לבחון את בקשת העותר לצאת לחופשה "רגילה" בהתאם לדין שקדם לתיקון הפקודה בשנת 2015.

אין צריך לומר כי בבחינת בקשת העותר לצאת לחופשה "רגילה" יתן שב"ס דעתו לכל ההיבטים הצריכים לעניין, ובכלל זה לחוות דעת שב"כ.

ניתן היום, י"ז כסלו תשפ"ד, 30 נובמבר 2023, בהעדר הצדדים.