

ראווי פואד סולטאני ת"ז 032700908 (אסיר בבי"ס גלבווע)

ע"י ב"כ עוה"ד רימא איוב ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן
ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או
חנין נעאמנה ו/או ראמי ג'ובראן מעדאלה – המרכז המשפטי
לזכויות המיעוט הערבי בישראל, רח' יפו 94 חיפה, ת"ד 8921
חיפה 31090, טל' 04-9501610, פקס: 04-9503140

העותר

- נגד -

1. המשרד לביטחון פנים - שירות בתי הסוהר
ע"י פרקליטות מחוז צפון, גלבווע 9 נצרת עלית, 17000.

המשיב

2. האוניברסיטה הפתוחה
דרך האוניברסיטה 1, ת"ד 808, רעננה 4310.

משיבה פורמאלית

עתירת אסיר ובקשה למתן צו ביניים

1. בהתאם לסעיף 62א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 מוגשת בזאת עתירת אסיר בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להתיר לעותר להמשיך את לימודיו האקדמאיים ולהשתתף בלימודים האקדמיים באוניברסיטה הפתוחה, וזאת הן בקורסים שכבר נרשם אליהם והן בקורסים שהוא עתיד להירשם אליהם במסגרת לימודים לתארים אקדמיים באוניברסיטה הפתוחה.
2. כמו כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו ביניים המורה על השעיית החלטת המשיב בדבר איסור המשך לימודיו האקדמאיים של העותר, על מנת למנוע את הפסקת לימודיו של העותר אצל המשיבה 2 עם תחילת סמסטר סתיו 2012/2011 וזאת עד להכרעה הסופית בעתירה זו.

מבוא

3. העותר הינו אזרח ישראלי, יליד 1986, השפוט ל- 68 חודשי מאסר, שמניינם החל מיום מעצרו ב 10 באוגוסט 2009. העותר מסווג כאסיר ביטחוני בגין ביצוע עבירות בענין מגע עם סוכן חוץ, אך הוא אינו מסווג בתוך בית הכלא כמי שמתייך לארגון כלשהוא. יודגש כי, בטיעונים לעונש, במסגרת עסקת הטיעון, הדגישה פרקליטות המדינה שהעותר היה קורבן למעשיהם של אחרים, עשה את הכל כדי להתרחק מהסוכן הזר ולהתנתק עמו; ולא ביצע דבר ולא מילא אחר דרישותיו של הסוכן לאחר שובו ארצה.

4. קודם למאסרו סיים העותר שתי שנות לימודים לקראת תואר ראשון במשפטים. בתקופת מאסרו החל העותר ללמוד אצל המשיבה 2 לימודי תואר ראשון במסלול חברה ורוח וזאת החל סמסטר קיץ 2010. במהלך שלושה סמסטרים השלים העותר את לימודיו בקורסים מגוונים וקיבל בהם ציונים מרשימים.

5. לאחר שהעותר נרשם ללימודים בקורסים האמורים להתקיים בסמסטר הקרוב, המתחיל ביום 25 באוקטובר 2011, נודע לו כי לפי החלטה חדשה שהתקבלה לאחרונה על ידי המשיב, המונעת מכל האסירים המסווגים כאסירים ביטחוניים ללמוד אצל המשיבה 2, לא יהא רשאי להמשיך את לימודיו. ההחלטה הנ"ל, כפי שיוסבר בהמשך, הינה החלטה פוליטית שהתקבלה כתגובה ישירה על סירובו של שלטון החמאס בעזה לאפשר ביקורים מטעם הצלב האדום אצל החייל גלעד שליט. (להלן: "ההחלטה" או "החלטת המשיב").

6. אין ספק, כי שקילת שיקולים בדבר תנאי כליאתו של החייל גלעד שליט הינם שיקולים שיכולים להיות ענייניים ורלבנטיים בהקשרים מסוימים ונופלים בגדר סמכותה השיורית של הממשלה. עם זאת, שיקולים אלה אינם מהווים שיקולים ענייניים ורלבנטיים לצורך החלטה על הפגיעה בזכויות יסוד של אסירים, ובכללם העותר, שלא רק שאין לו קשר כלשהו עם נושא כליאתו של גלעד שליט או עם תנועת החמאס, אלא שזכויותיו אינן קלף מיקוח והפגיעה בהן, אם בכלל, חייבת להתבצע על פי עקרון שלטון החוק ובהתאם להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא למותר לציין, כי לפי ההלכה הפסוקה, שנקבעה בהקשר לאסירים לבנונים שהוחזקו כקלפי מיקוח לצורך קבלת מידע אודות החייל הנעדר רון ארד, שחרור ישראלים הינה פעולה מאוד חשובה אך אין בה כדי להצדיק מעצרו של אדם במעצר מינהלי על מנת שישמש קלף מיקוח וזאת, כדברי הנשיא ברק, מהטעם הבא:

"הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה".

דני"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742 (2000).

באותה פרשה הוסיפה השופטת דורנר דברים היפים גם לענייננו:

"מטרתו של מעצר העותרים – קידום השחרור של רון ארד ושל שבויים ונעדרים אחרים – ראויה מאין כמותה. ברם, היא כשלעצמה אינה יכולה להקנות סמכות מעצר".

שם, בעמ' 768.

7. הלכה פסוקה היא, כי זכויות האדם והאזרח של אסירים נשמרות גם בתוך בית הכלא והגבלתן מצומצמת לנושאים הנובעים מהגבלת חופש התנועה ומהכליאה עצמה, וחיבת להתבצע על פי חוק ובהתאם לתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחולת החוקה לא נפסקת עם הכניסה של האסיר לבית הכלא, נהפוך הוא, דווקא במצב זה חשוב להגן על האדם מפני הכוח העצום שבידי המדינה כתוצאה מהכליאה.
8. יודגש, כי האפשרות היחידה של העותר, ככלל האסירים הביטחוניים, ללמוד לימודים אקדמיים היתה במסגרת של המשיבה 2. פקודת נציבות מס' 04.48.00 (להלן: הפקודה), מגדירה את הנוהל באשר ללימודים של אסירים ביטחוניים אצל המשיבה 2 וקובעת כי שירות בתי הסוהר יאפשר לאסירים ביטחוניים ללמוד לימודים אקדמיים לצורך הרחבת השכלתם וזאת אך ורק במסגרת תוכניות הלימודים בהתכתבות של המשיבה 2, לכן שלילת האפשרות ללמוד אצל המשיבה 2 משמעה שלילה מוחלטת של זכות העותר ללמוד.
9. לפיכך, יטען העותר, כי החלטת המשיב פוגעת מעל הנדרש בזכותו לחינוך וכן באינטרס ההסתמכות בדבר המשך לימודיו. היא פוגעת בזכות לשוויון שכן ההחלטה הני"ל לא חלה על אסירים פליליים אשר ממשיכים את לימודיהם אצל המשיבה 2 והיא גם לא חלה על אסירים יהודים שהורשעו בגין עבירות ביטחון. כמו כן ההחלטה פוגעת בזכות לכבוד פגיעה אנושה במיוחד היות והפגיעה הינה בליבת הזכות, האוסרת על הפיכת האדם או זכויותיו החוקתיות לאמצעי להשגת מטרות אחרות. במקרה דנן, זכותו של העותר לאוטונומיה אישית, המתבטאת בבחירתו ללמוד, להתפתח ולהשתקם נהפכים לאמצעים להשגת מטרות אחרות כתוצאה מההחלטה. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור האפליה בין האסירים המסווגים כביטחוניים לעומת האסירים האחרים, וזאת על אף שסיווג זה אינו רלבנטי ללימוד אצל המשיבה 2. מכאן כי החלטת המשיב מעבירה מסר לפיו המשמעות של חייו והתפתחותו העתידית של העותר הינם נחותים וניתן לפגוע בהם גם מחוץ למסגרת שלטון החוק.
10. עיקר טיעונו של העותר הוא, החלטת המשיב ניתנה מתוך חריגה קיצונית מסמכות בהיותה נשענת על שיקולים זרים, שאין בינם ולבין השיקולים שהמשיב מוסמך לשקול ולא כלום. החלטת המשיב היא החלטה פוליטית שלא התקבלה מטעמים של שמירה על ביטחון הכלא, הסדר והשלום; היא לא התקבלה מטעמים הנוגעים לניהול הפנימי של בית הכלא והיא אף לא נוגעת לשום עניין המתייחס למסוכנות אישית של העותר כתוצאה מהמשך לימודיו האקדמאיים. החריגה הקיצונית מסמכות מתבטאת גם בהעדר המידתיות של ההחלטה, שהינה גורפת ביותר והתקבלה על אף שאינה נשענת על תשתית עובדתית רלבנטית, הינה נעדרת חריגים וללא שנשקלה הפגיעה החמורה בזכויות יסוד חוקתיות.
11. במעמד זה מדגיש העותר, כי הוצאת צו ביניים כמבוקש לא תגרום נזקים בלתי הפיכים למשיבה ולעומת זאת, אי הוצאת צו זה עלולה לגרום לעותר נזקים משמעותיים ולכן מאזן הנוחות במקרה דנן נוטה לטובתו של העותר במיוחד לאור הפגיעה באינטרס ההסתמכות שלו. לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה.

הרקע העובדתי

12. העותר יליד 1986 הינו אזרח מדינת ישראל ותושב העיר טירה שבמשולש. עד למעצרו ניהל העותר חיים נורמטיביים ותקינים - הוא גדל בחיק משפחה משכילה, אביו עורך דין ותיק, אמו מורה לחינוך מיוחד ולומדת לתואר שני באוניברסיטת תל-אביב. אחיו לומד רפואה בחו"ל ואחותו תלמידה בבית ספר תיכון. לאחר סיום לימודיו בבית הספר התיכון האורתודוכסי בחיפה, שהינו אחד מבתי הספר הערבים היוקרתיים בישראל, החל העותר בלימודים לקראת תואר ראשון במשפטים.
13. כיום העותר הינו אסיר, ומאז הוגש נגדו כתב אישום הוא שוהה בבית סוהר גלבו. יצוין, כי במכתבו של גנ"ם דקר אילת, מפקד בית הסוהר גלבו, מיום 25 למאי 2011, במענה לפניית באי כוחו של העותר, במסגרת טיפולם בעניין אחר הנוגע לעותר, צוין, כי העותר אינו מסוגל בבית הכלא כמי שמשתייך לארגון כלשהוא.
- העתק המכתב מצ"ב ומסומן כנספח ע/1.

השתלשלות העניינים עד למתן פסק דין בהליך הפלילי נגד העותר

14. בתאריך 10 באוגוסט 2009 נעצר העותר בחשד לביצוע עבירות ביטחון. במסגרת עסקת טיעון, שהושגה לאחר תום החקירה והגשת כתב אישום נגדו, הודה העותר בכתב האישום המתוקן והורשע בעבירות של מסירת ידיעה לאויב ובמגע עם סוכן חוץ. על העותר נגזרו 68 חודשי מאסר, שתחילתם ביום מעצרו.
15. יודגש, כי המדובר בבחור צעיר, אשר נסיבות מעורבותו בתיק הפלילי הן נסיבות מיוחדות ביותר שאף פרקליטות המדינה הדגישה כי אמנם הוא ביצע את יסודות העבירות במישור הפורמלי, אך הוא עשה את הכל כדי להתחמק ולהתרחק מסוכן החוץ כדי לא ליפול בתחום הפליליות. בטרם גזירת עונשו ובמהלך הטיעונים לעונש הדגיש סניגורו של העותר, עו"ד חוסין אבו חוסין, כי העותר היה לטרף קל שנוצל ע"י גורם זר בחו"ל בשל אישיות לא בשלה של בחור צעיר. בשעת המפגש עם אותו גורם זר הוא הנהן בראשו להסכמה, אבל בתוך תוכו היתה אי הסכמה ואי רצון לכבד את הבקשות של הפונים אליו, ולכן מאז אותו מפגש נושא האישום ועד ליום מעצרו, לא עשה העותר דבר מהדברים שהתבקש לעשות על ידי אותו גורם זר. נהפוך הוא, בכל השלבים הוא לא יזם העברת מידע וכל הזמן ניסה להתחמק מאותו גורם ומדרישותיו. העותר, הודה בעבירות שיוחסו לו, הסביר שעשה טעות ושנפל בפח ושיתף פעולה עם חוקריו, גם המשטרתיים וגם עם חוקרי שב"כ.
16. גם ב"כ המאשימה, עו"ד עודד קלר, אשר ביקש במסגרת טיעונו לעונש שלא למצות את מלוא חומרת הדין עם העותר, תיאר את הנסיבות המקלות של ביצוע העבירות:

"במקרה הנ"ל אנחנו מצאנו ובחרנו שלא למצות עם הנאשם את מלוא חומרת הדין וזאת בשים לב לענישה שהוצגה בפני בית המשפט בתיק שהיא מידתית ביחס לנסיבות שפורטו בכתב האישום. במסגרת השיקולים שהביאו אותנו אני אציין מספר נקודות: הנאשם בחור צעיר ואפילו אפשר לומר גם תמים שנפל

כפרי בשל לידיהם של אנשי חיזבאללה מתוחכמים שהפילו אותנו בפח וניצלו את היותו בחור צעיר ולא מגובש בדעתו. זה עולה גם מחומר הראיות ומהתרשמות החוקרים. הנאשם נפל בפח של אנשי מקצוע שזה התפקיד שלהם להפיל בפח צעירים וכאלו שלא יודעים בהכרח לומר לא ולעצור בנקודה הנכונה והדברים לא נעשו ביוזמתו הראשונית שלו. עוד עולה מחומר הראיות שבמספר הזדמנויות שונות לאורך כל התקופה הנאשם ניסה לנתק או לדחות את הקשר שלו עם המפעילים שלו מהחיזבאללה תוך שהוא לעיתים יוצר בפניהם מצגים שקריים וכוזבים. הדברים מפורטים בחלק מעובדות כתב האישום. אני אומר בסיטואציות מסוימות הנאשם מוסר למפעיליו כי אין לו אינטרנט בבית, הוא אמר שהוא עסוק בתקופה האחרונה, אין לו אינטרנט, דברים שבדיעבד אנו יודעים להגיד שהם לא נכונים וזאת על מנת להתחמק מהקשר עם אותם מפעילים בחיזבאללה. עוד אנו יכולים להגיד מחומר הראיות שלאחר שהנאשם שב לארץ מפולין לא נקט בפעולות אקטיביות נוספות על מנת לממש את הקשר, לא עולה מהתיק שהוא אסף מידע נוסף, אין לנו ראיות ולא עולה כי ביצע פעולות נוספות במסגרת המשימות שהוא קיבל ממפעילו בפגישה בפולין וככל שהראיות אף מצביעות הוא נמנע מלהפעיל את אותה תוכנת הצפנה שהיתה מאפשרת לו לתקשר עם מפעיליו בחיזבאללה. מפנה לסעיף 14, הנאשם מסר שמות של אנשים נוספים. הוא חזר ארצה ולא ביצע כל פעולות אקטיביות, הוא ניסה להתחמק ולהימנע מליצור קשר עם אנשי החיזבאללה. הודאתו של הנאשם בכתב האישום המתוקן ובעיתוי הנוכחי טרם נשמעו העדים מעבר לעובדה שנחסך זמנו של בית המשפט ושל העדים, אנחנו חושבים שיש פה ערך חשוב בהיבט של חרטה ולקיחת אחריות כפי שאני מצפה ומקווה שתישמע בהמשך, ובדגש על אותה חרטה והכאה על חטא שחשוב שתהיה ברורה וחדה למען יראו אחרים ויבינו שהדרך הזו היא דרך לא נכונה שאין שום שכר בסופה. נקודה אחרונה, אציין שמדובר בבחור צעיר, ללא עבר פלילי, ללא עבר בטחוני ונקודה זו בוודאי גם עומדת לזכותו".

תפ"ח (מרכז) 23128-08-09 מדינת ישראל נ' סולטאני, (לא פורסם, ניתן ביום 06.04.2010); העתק הפרוטוקול מצ"ב ומסומן כנספח ע/2.

לימודיו האקדמיים של העותר והחלטת המשיב להפסיקם

17. לעותר היה רצון לשקם את מסלול חייו כבר בתחילת תקופת מאסרו ולשם כך הוא נרשם בראשית מאסרו, בסמסטר הקיץ בשנת 2010, ללימודי תואר ראשון במסלול חברה ורוח אצל המשיבה 2. העותר סיים בהצלחה את הקורסים באותו הסמסטר וכן את הקורסים המגוונים להם נרשם בסמסטר א' ו- ב' של שנת הלימודים 2010-2011. להלן פירוט הקורסים אותם השלים העותר והציונים אותם קיבל:

ציון	קורס לתואר	
88	מושגי יסוד ביחסים בינלאומיים	סמסטר ג' 2010
91	גי'נוסייד	
93	החברה הערבית בישראל	סמסטר א'

		2011
69	דיקטטורות במאה ה-20	
81	מבוא להיסטוריה של המזרח התיכון בעת החדשה	
77	היסטוריה דיפלומטית	סמסטר ב' 2011
90, 93	אירופה ערש הלאומיות	
79	המזרח התיכון בין מלחמות העולם	

העתק רשימת הקורסים והציונים של לימודי העותר בתקופת מאסרו מצ"ב ומסומן כנספח 3/ע.

18. במהלך סמסטר ב' 2011 ולקראת תחילת סמסטר קיץ 2011, נרשם העותר ושילם עבור שני קורסי קיץ, "השיטה של אירופה" ו-"אנגלית רמה C", והחל בלימודי הקורס "אנגלית רמה C". מתדפיס המפרט את פרטי קורסים, סטטוס רישום וציונים, שהופק ע"י אבי העותר ביום 13 ביולי 2011 עולה, כי ליד הקורס "השיטה של אירופה" סומן סטטוס "נרשם" וליד הקורס "אנגלית רמה C" סומן סטטוס "בלימוד". יצוין, כי במסגרת לימודיו של העותר בקורס האנגלית הכין העותר עבודה ואף הספיק לסיימה ולשלוח אותה בדואר לצורך בחינתה. כמו כן ביקש העותר להירשם לקורסי סתיו 2011/2012.

העתק התדפיס מצ"ב ומסומן כנספח 4/ע.

19. בתאריך 23 ביוני 2011 הודיעה קצינת החינוך בבית סוהר גלבוע לדובר האסירים לענייני חינוך באגף 4, בו שוהה העותר, כי כל האסירים הביטחוניים הלומדים, לא יהיו זכאים עוד ללמוד לימודים אקדמיים ועל כן לא ניתן יהיה להירשם לקורסי סתיו 2011/2012 של המשיבה 2.

20. מספר ימים לאחר מכן, בתאריך 27 ביוני 2011, נתקבלה הודעה נוספת באגף 4 בכלא גלבוע, לפיה האסירים הביטחוניים לא יוכלו להשתתף ולהשלים את לימודיהם בקורסי הקיץ של המשיבה 2, על אף שכבר נרשמו אליהם ושילמו עבורם.

21. למרות ההודעה הנ"ל קיבל העותר את חומרי הלימוד לשני קורסי הקיץ להם היה רשום ואף התאפשר לו לשלוח עבודה שהכין במסגרת הקורס "אנגלית רמה C" אל המשיבה 2 לשם בדיקתה.

22. להפתעת העותר, במהלך חודש יולי שלחה נציגת המשיב בבית סוהר גלבוע, המפקדת דורית אוחיון, בחזרה לעותר את העבודה ששלח בדואר בקורס "אנגלית רמה C" ואף מסרה לו, באמצעות דובר האגף, האסיר מחמד עבאד כי אם ישלח מטלה נוספת במסגרת הקורס הוא עלול להיענש.

23. מן הראוי לציין, כי משלוח העבודה נעשה בעוד הרישום לשני הקורסים נשאר על כנו, אף לאחר שניתנו ההוראות ע"י קצינת החינוך בדבר הפסקת הלימודים. כך גם עולה מתדפיס פירוט הקורסים באתר האוניברסיטה הפתוחה (נספח ע/4 לעיל).

24. בניגוד לרישומים אלה, בבדיקת קטגוריית הפניות בנספח ע/3, שהינו תדפיס מעודכן מחודש אוגוסט 2011, עולה כי היתה פניה לביטול ההרשמה של שני הקורסים. פניה זו לביטול הרישום, לא נשלחה ע"י העותר ו/או ע"י מי מטעמו שכן הוא היה נחוש בדעתו להמשיך ולהשלים את לימודיו האקדמיים ואף להירשם לתואר שני בעודו מרצה את מאסרו. ציוני הגבוהים כפי שהם עולים מגליון הציונים שלו (נספח ע/4) מעידים אף הם על רצון העותר להמשיך בלימודיו האקדמיים. כמו כן, עולה כי הפניה לביטול הרישום טופלה והרישום אכן בוטל בפועל.

25. אילולא הפסקת לימודיו ע"י המשיב, כפי שיפורט להלן, היה צפוי העותר לסיים את לימודיו לתואר ראשון בסמסטר קיץ 2012, כפי שעולה מתצהיר העותר, בו הוא מתאר את תרומת וחשיבות הלימודים עבורו.

תצהיר העותר מצ"ב ומסומן כנספח ע/5.

26. במקביל לתהליך הפסקת לימודי העותר, הצהיר ראש הממשלה מר בנימין נתניהו, ביום 23 ביוני 2011 בפתיחת נאומו במושב הנעילה של "ועידת הנשיא" בירושלים, כפי שדווח בכלי תקשורת שונים, כי "לא יהיו מסטרנטים לרצח ודוקטורנטים לטרור". ראש הממשלה ציין עוד, כי "התנאים המפליגים לטרוריסטים שרצחו אזרחים חפים מפשע ויושבים בכלא ייפסקו". ראש הממשלה הבהיר: "אנחנו נוקטים בשורה של צעדים לשינוי התנאים בכלא. למשל, עצרתי את הנוהל האבסורדי שלפיו טרוריסטים בכלא נרשמים ללימודים אקדמיים".

העתק פרסומים באתרי האינטרנט של הארץ ו- NRG בהם צוטטו הדברים מצ"ב ומסומן כנספחים ע/6 ו- ע/7 בהתאמה.

<http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1232447.html>

<http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/253/366.html>

27. על רקע פרסומים אלה, פנתה ביום 27 ביוני 2011 ב"כ העותר במכתב לנציב שירות בתי הסוהר וביקשה לברר האם החל שב"ס לנקוט בצעדים כלשהם כנגד האסירים הביטחוניים על רקע עניין גלעד שליט, האם התקבלה הנחיה להרע את תנאי הכליאה ובאילו תנאים המדובר, וכן האם נכונה הטענה בדבר בידוד אסירים הנחשבים למנהיגים פוליטיים בולטים.

העתק הפניה מצ"ב ומסומן ע/8.

28. פניה זו לא זכתה למענה ואולם לב"כ העותר החלו להגיע ידיעות לפיהן החל יישום מעשי של דברי ראש הממשלה, ורשויות הכלא הפסיקו את לימודי האסירים הביטחוניים, לרבות

העותר. אי לכך פנתה ב"כ העותר ביום 5 ביולי 2011 לנציבות שירות בתי הסוהר במכתב תזכורת, בו ביקשה גם התייחסות לעניין ההוראה בדבר הפסקת לימודי האסירים.

העתק מכתב התזכורת מצ"ב ומסומן ע/9.

29. רק ביום 27 ביולי 2011 התקבלה במשרדי ב"כ העותר תשובתו של המשנה ליועמ"ש בשירות בתי הסוהר מיום 25 ביולי 2011 על הפניה דלעיל. בתשובה צוין, כי תנאי כליאת האסירים נבחנים מעת לעת וכי הוחלט להפסיק את לימודיהם של כלל האסירים הפלסטינים שאינם פליליים באוניברסיטה הפתוחה ושלא לאפשר התחלת לימודים באוניברסיטה לנרשמים חדשים.

העתק התשובה מצ"ב ומסומן ע/10.

30. מדיניותו החדשה של המשיב, כפי שעולה מהתשובה דלעיל, האוסרת על לימודים אקדמאיים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה מהווה שלילה סלקטיבית של זכויות מכלל האסירים הערבים המסווגים כבטחוניים, לרבות העותר שהינו אזרח המדינה. היא לא חלה על שאר האסירים הפליליים, לרבות אסירים יהודים שביצעו עבירות ביטחוניות.

31. בעקבות התשובה הנ"ל שלחה ב"כ העותר ביום 2 באוגוסט 2011 פניה למשנה ליועמ"ש של שירות בתי הסוהר בדרישה לביטול החלטת המשיב, בהיותה בלתי חוקתית ופוגעת בזכויות יסוד של האסירים, ובהם העותר, וכן לאשר לעותר להמשיך את לימודיו בקורסי הקיץ ולאפשר לו להירשם לקורסים נוספים ולהמשיך את לימודיו בסמסטר סתיו 2011/2012.

העתק הפניה מצ"ב ומסומן כנספח ע/11.

32. לפניה הנ"ל לא נתקבל מענה עד למועד הגשת עתירה זו, בנסיבות אלה ובשל דחיפות הנושא מוגשת עתירה זו לבית המשפט הנכבד.

תכלית הגבלת זכויות האסירים

33. ביום 20 ביולי 2011 התקיימה ישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת. הישיבה התקיימה בדלתיים סגורות ונידונה בה הצעה לדיון מהיר בתנאי כליאתם של האסירים הביטחוניים. בפתח הישיבה טען חה"כ אריה אלדד, כי מטרת הישיבה הינה בירור אודות "ההקלות" להן זוכים האסירים הביטחוניים בבתי הכלא בישראל. מדברים שנאמרו על ידי משתתפי ישיבת הוועדה, כפי שהם מצוטטים בפרוטוקול הישיבה, עולה באופן ברור, כי תכליתה של ההחמרה בתנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים הינה ענישתית ונובעת מטעמים פוליטיים וזאת על רקע סוגיית החייל גלעד שליט. יפים לעניין זה דברי ח"כ אלדד לפיהם:

"כשבאנו בדברים לפני כשנתיים עם נציגי הממשלה בקשר להצעת חוק שבאה להגביל את ביקורי המשפחות, למשל, אצל אסירי החמאס, כל עוד גלעד שליט לא נהנה מביקור של איזה נציג בינלאומי או עורך דין אצלו, נאמר לנו בדיון סגור שאין

צורך בחוק כי המדינה ממילא מצרה או מקשה על התנאים שלהם [...] כשביקשנו לדעת איך עושים זאת? אמרנו לנו ואני מצטט מה שנאמר באותו דיון: צמצמנו את מספר רשתות הטלוויזיה שהם יכולים לצפות בהם ל-5 ערוצים בלבד וגם תארים אקדמיים כבר לא כל-כך קל לעשות בכלא [...] התחושה הציבורית שנוצרה היא של הפקרות מוחלטת, תנאי כליאה מקלים מאוד, מפליגים, מה שנקרא במקומות אחדים: "קייטנת החמאס בכלא ישראל" ועל-כך ביקשנו לשמוע את תמונת המצב".

ראו: עמ' 2 לפרוטוקול הישיבה.

העתק פרוטוקול הישיבה מצ"ב ומסומן ע/12.

34. בתשובה לשאלה הנ"ל, השיב ראש חטיבת מודיעין במשרד לביטחון פנים, מר דן אבימאיר, כי ביטול הלימודים האקדמיים של האסירים הביטחוניים הינו החידוש האחרון בנושא הגבלת זכויות האסירים הביטחוניים וזאת כמפורט להלן:

"מה שהשתנה בתקופה האחרונה היא העובדה שנמנעה יכולת רישום ללימודים באוניברסיטה הפתוחה. כיום אף אסיר ביטחוני לא יכול להירשם. אפשר לומר שעדיין יש כאלה שלמדו בעבר ועדיין חייבים בבחינה מסוימת והם יוכלו לעבור את הבחינה במשך עוד כחודש בתקופה שבה מתנהלות הבחינות של האוניברסיטה הפתוחה. מכיוון שההרשמה לאוניברסיטה הפתוחה היא פר סמסטר, לא ניתן להירשם וללמוד קורסים נוספים. מתקיימת כרגע בחינה של נושאים נוספים שניתן יהיה לנקוט." (ההדגשה אינה במקור)

ראו: עמ' 16 לפרוטוקול הישיבה.

35. למעשה נציג המשיב שנכח בישיבת הכנסת, מר דן אבימאיר, לא שלל כי מניעת לימודים אקדמיים מהווה חלק מאותה תוכנית לשלילת זכויות מהאסירים הביטחוניים עליה הצהירה הממשלה כמתואר לעיל. לא זו אף זו, הוא הוסיף כי בקרוב תיבחן החמרה בעוד תנאי מאסר של האסירים הביטחוניים.

36. הנה כי כן, התכלית העומדת מאחורי ההחלטה למנוע מהעותר, ומכלל האסירים הביטחוניים ללמוד לימודים אקדמיים אינה נוגעת לביטחון בית הכלא, היא לא התקבלה למען שמירה על הסדר והשלום בבית הכלא, היא אינה נוגעת לטעמים ביטחוניים של הקשורים לעצם הלימוד עצמו או לתכניו, והיא לא מתייחסת כלל למאפיינים של התנהגותו האישית של העותר בבית הכלא. כמו כן, ההחלטה התקבלה ללא בדיקת השלכותיה הפרטניות על העותר או על אחרים, וללא תשתית עובדתית רלבנטית המתייחסת להפסקת הלימודים ולהשלכותיהם על העותר או על אסירים אחרים.

השלכות האיסור ללמוד על העותר

37. לימודיו בקורסים של המשיבה 2 במשך שלושה סמסטרים היוו עבור העותר דרך יחידה ומשמעותית לקיום חיים נורמאליים, ולשיקום בעודו שוהה בין כותלי בית הסוהר. לימודיו העניקו לעותר סיפוק רב, הן בשל התכנים והרעיונות המגוונים שבקורסים, האתגר שבלימוד בהתכתבות והן בשל הציונים הגבוהים שקיבל. הם סיפקו לעותר כלים חינויים לשמירה ולפיתוח של קווי מחשבה חיוביים, לשמירה על כבודו ועל חירותו הרוחנית. זאת במיוחד מאחר ומדובר באסיר ביטחוני שלא מוצעות לו כל תוכניות שיקום בבית הסוהר ואף לא עיסוק בעבודה כלשהי.

38. מחקרים מצביעים על כך שחשיבותם של לימודים אקדמיים בעבור אסירים אינה רק במילוי שעות הפנאי והפגת שעמום אלא דווקא בהיותם גורמים להעשרה ולגירוי של האינטלקט. קריאה, עיון בחומרי לימוד, הכנת עבודות, היבחנות במבחנים, כל אלה מסייעים בשינוי דפוסי התנהגותם של האסירים בכלל, לרבות הפחתת האלימות, שיפור דימויים העצמי, שיפור ביטויים העצמי, חיזוק הקשר שלהם עם העולם החיצוני והעלאת מעורבותם בשינויים המתחוללים בעולם החיצוני. כמו כן, חינוך והשכלה בכלא, ככלל, מסייעים בחיזוק הקשרים של האסירים עם המשפחה ויכולתם להקים משפחה לאחר השחרור מהכלא.

39. כמו כן, בקרב האסירים גובר הצורך שלהם להיות מודעים למתרחש מחוץ לכלאם. טובתו של האסיר מחייבת לשמור ככל האפשר על הקשר בינו לבין החברה החופשית, אשר ממנה בא והוא מנותק ממנה על-ידי חומות הכלא. טובתה של החברה גם הוא מחייב קידום של שיבת האסיר לחיק החברה באופן שיאפשר את שילובו בה בצורה טובה. הקניית כלים וכישורי חיים מקלה על האסירים בתקופת מאסרם וסוללת את דרכם להשתלבות קלה ומוצלחת יותר בחברה לאחר שחרורם. לימודים יכולים להדביק את הפער בין אורח החיים במשטר הכלא לבין אורח החיים מחוצה לו. כך ממחקר שבו השתתפו 158 אסירים מבית כלא בבוסטון שבארה"ב, עולה, כי ללימודי קריאה, כתיבה ותחומי ידע הייתה השפעה ניכרת על דימויים העצמי של האסירים. נמצא, כי לאחר ההשתתפות בתוכניות הלימודיות, חלה עלייה חיובית ניכרת בדימוי העצמי בקרב 98% מהאסירים ובתחום ההתנהגותי חל שיפור בקרב 87% מהמשתתפים: יפים לעניין זה דברי אופנהיים ותימור שחקרו את נושא השפעת לימודים על אסירים:

"על רקע ההערכה המקובלת בדבר ההשפעות השליליות של בית הסוהר על האסירים השוהים בו, מתבלטים אגפי החינוך בבתי הסוהר בארץ בפוטנציאל ההשכלתי והחינוכי שלהם, שעל פי מחקר זה תורמים לדימוי עצמי משופר של האסירים הלומדים בהם. שיפור זה עשוי לתרום לגיבוש דימוי עצמי בלתי עברייני ואולי גם להפסקת עבריינות".

מירב אופנהיים ואורי תימור, "מאסר, חינוך ודימוי עצמי - השפעת לימודים במרכזי חינוך בבתי הסוהר על דימויים העצמי של האסירים", **מפגש לעבודה חינוכית - סוציאלית**, 22, (55-73), דצמבר 2005.

40. החשיפה ללימוד והשכלה מקבלת משנה חשיבות כאשר מדובר באסיר עם סיווג ביטחוני, שהמשיב שולל ממנו את האפשרות להשתתף בכל פעילות חינוך ושיקום בבית הכלא. למעשה, הלימודים האקדמיים הפכו לאמצעי הבלעדי הנמצא בידי העותר להקלה של חווית המאסר, ושל הקשיים הנלווים לשלילת חירותו, והכלי היחיד שיכול לסייע בשיקומו והכנתו לקראת שובו לחברה עם סיום מאסרו.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית החלה על זכויות יסוד של אסירים

41. הלכה פסוקה היא, כי כניסתו של אדם לבית הסוהר איננה מפקיעה מאליה את יתר זכויותיו שהיה זכאי להן אלמלא מאסרו. כדברי בית המשפט העליון בעניין גולן:

"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 מיגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות; מהן מיגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מיגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין".

עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 148-149 (1996). (להלן: "עניין גולן").

ראו גם:

בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם, ניתן ביום 12.02.07), פסקאות 10 ו-13.

בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984);

עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201 (1983);

בג"ץ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567, 573 (1986);

בג"ץ 221/80 דרוויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 546 (1980);

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, סעיפים 7 ו-10(1);

Basic Principles for the Treatment of Prisoners, סעיפים 1 ו-5.

העתק העקרונות מצ"ב ומסומן ע/13.

<http://www2.ohchr.org/english/law/basicprinciples.htm>

Rec. R (2006)2 on the European Prison Rules, סעיף 2. (להלן: "כללי המאסר

האירופאים").

העתק החלק הרלוונטי של כללים מצ"ב ומסומן ע/14.

<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=955747>

הפגיעה בזכות לחינוך ובאינטרס ההסתמכות

42. החלטת המשיבים לא לאפשר לעותר ללמוד בקורסים שאליהם נרשם וכן להירשם לקורסים עתידיים יפגע קשות בעותר, שהסתמך על כך שהמשיב אפשר את הלימודים אצל המשיבה 2 והשלים כבר שלושה סמסטרים לקראת תואר ראשון במסלול חברה ורוח, קיבל אישורים וציונים ונוצרה אצלו ציפיה שהמשיב יאפשר לו להמשיך את לימודיו ולהשלים את התואר.
43. החלטת המשיב אם כן, פוגעת באינטרס ההסתמכות של העותר וגורמת לו לנזקים, כולל כספיים, בשל תשלום עבור הרישום והלימודים וכן השקעת זמן ומאמץ בלמידה, בכתובה ובמחקר בקורסים שכבר למד בציפייה שבתוך תקופה לא ארוכה, קיץ 2012, ישלים את לימודיו לתואר ראשון.
44. לא למותר לציין, כי גם הפסקת הלימודים של העותר נעשתה מבלי שניתנה לעותר, כמו גם לאסירים האחרים במצבו, זכות שימוע ואפשרות להשמיע את טיעוניהם בעניין.
45. ודוק, ביהמ"ש בעניין זקס עמד על חשיבות מתן זכות טיעון לבעל רישיון אשר מסרבת המדינה לאשר חידוש רישונו, ונקבע כי: "לא הרי ביטול רישיון, שכבר ניתן, כהרי מתן רישיון חדש [...] אחרי מתן הרישיון, אין לבטלו ע"ס חשד גרידא ללא חקירה, שהנוגע בדבר מוזמן להשתתף זה ולהשמיע את טענותיו".
- בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 700 (1952).
- ראו לעניין זה גם:
- בג"ץ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל, 9 (טרם פורסם, ניתן ביום 21.5.08);
- דפנה ברק ארז, "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי", משפטים כ"ז(1), 17, 60-61 (1996).
46. בנוסף, הפסקת לימודי העותר פוגעת בזכותו לחינוך הכוללת את האפשרות ללמוד, להשכיל ולרכוש ידע. הפגיעה בזכותו של העותר הינה קשה במיוחד שכן הוא סיים חלק משמעותי של הלימודים לקראת התואר לאחר שהשלים שלושה סמסטרים ברציפות, והתכוון להתחיל בלימודי קורסי קיץ שנרשם אליהם והחל בתהליך לקראת הרשמה לקורסי סתיו 2012/2011.
47. בעניין קונטאר שיבח כב' השופט זמיר את שירות בתי הסוהר על כך שאיפשר לעותר שם ללמוד קורסים במסלול הרוח והחברה אצל המשיבה 2 ואף המליץ על מציאת הסדר שיאפשר לעותר לקיים קשר טלפוני עם המנחה האקדמי מטעם המשיבה 2:

"הלימודים באוניברסיטה הפתוחה הם, כפי שהמשיב מציג זאת, בעלי חשיבות רבה בדרך החדשה שבחר לעצמו. טוב עשה שב"ס שאיפשר למשיב, בהתאם לפקודת הנציבות בנוגע ללימודים אקדמיים ובהיעדר טעמי ביטחון נוגדים, ללמוד באוניברסיטה הפתוחה. שב"ס אף רואה טעם, וגילה נכונות, לסייע למשיב בקשר טלפוני עם האוניברסיטה. במהלך הדיון לפני בית המשפט הועלתה הצעה, ולפיה המשיב יהיה רשאי להביא לפני קצינת החינוך של בית הסוהר את בקשתו לשוחח בטלפון עם האוניברסיטה, כל אימת שיחשוב שיש צורך בשוחח כזאת; קצינת החינוך תשקול את הבקשה כדי לברר אם היא מצדיקה קשר טלפוני ישיר בין המשיב לבין האוניברסיטה; אם לדעתה יש הצדקה לקשר כזה, היא תטלפן לאוניברסיטה. אל המזכירה או החונכת לפי העניין, ותאפשר למשיב, עם יצירת הקשר, לשוחח בעברית, בנוכחותה, על נושא הבקשה. הצעה זאת לא נדונה על-ידי שב"ס. בא-כוח המערערים הודיע לבית

המשפט כי אם המשיב יגיש בקשה ברוח הצעה זאת, היא תישקל על-ידי שב"ס בכובד ראש, לאור הנוהל הקיים."

עע"מ 7488/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492, 505 (1996) (להלן: "עניין קונטאר")

48. לפני יותר משלושים שנה פסק בג"ץ כי קריאה ולימוד בתוך כותלי בית הכלא הינה חלק מזכותו של האסיר הביטחוני. בית המשפט העליון פסל בפרשת לבנה את החלטת שירות בתי הסוהר למנוע מאסיר לקבל ולקרוא ספרים של מרקס, אנגלס, לנין ועוד. באותו עניין טען שירות בתי הסוהר, כי הכנסת הספרים עלולה להתסיס את ציבור האסירים, ולפגוע בביטחון בית הסוהר. בית המשפט העליון קיבל את העתירה ופסק כי:

"לא ניתנה לו למנהל בית-הסוהר סמכותו לאסור הכנסת ספרים לתוך בית הסוהר, על-מנת שהוא יבחר, לפי טעמו שלו, מה יאה לו לאסיר פלוני לקרוא ומה אינו יאה לו. כשם שחובשי בית-המדרש הנושאים עונשם בבית-הסוהר רשאים לבחור להם לקריאה וללימוד אך כתבי-קודש בלבד, כן - להבדיל - רשאים קומוניסטים הנושאים עונשם בבית-סוהר לבחור להם לקריאה וללימוד ספרות קומוניסטית בלבד. הבחירה שלהם היא, והעובדה שבעיני מנהל בית-הסוהר בחירה חסרת טעם היא, אינה מעלה ואינה מורידה. [...] מרוב להיטות על "שמירת השקט בין כתלי בית-הסוהר" נתפס מנהל בית הסוהר לכלל טעות משפטית שרשאי הוא להשתמש בסמכותו לאסור הכנסת ספרים לשם סתימת הפיות ומניעת ויכוחים פוליטיים, כשם שנתפס לכלל טעות עובדתית שיש בספרים אשר העותר חפץ בהם הפעם, חומר מסית ומדיחי".

בג"ץ 144/74 ליבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד כח(2) 686, 690 (1974).

49. בית המשפט העליון עמד פעמים רבות ובשורה של פסקי דין על מעמדה של הזכות לחינוך בזכות יסוד.

ראו: בג"ץ 7374/01 פלוני נ' מנכ"לית משרד החינוך, פ"ד נד(6) 529, 545 (2003);

בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך פ"ד נט(5), 577 (2005).

50. זכות האסיר לחינוך מעוגנת בהסדרים ובכללים בינלאומיים ואזוריים העוסקים בזכויות אסירים. הסדרים אלה מדגישים את הצורך בהתאמת תוכניות החינוך לצורכיהם של האסירים. כללי תקנות סטנדרט המינימום של האו"ם לטיפול באסירים - UN Standard Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners משנת 1955 (להלן: "כללי האו"ם") קובעים בסעיף 77 קובע כי:

"(1) Provision shall be made for the further education of all prisoners capable of profiting thereby, including religious instruction in the countries where this is possible. The education of illiterates and young prisoners shall be compulsory and special attention shall be paid to it by the administration.

"(2) So far as practicable, the education of prisoners shall be integrated with the educational system of the country so that after their release they may continue their education without difficulty."

51. כמודגש בסעיף 6 לכללי האו"ם, אסור להפלות בין אסירים שונים במימוש סטנדרטים מינימאליים אלו.

מצ"ב העתק הסעיפים הרלוונטים בכללי האו"ם ומסומנים ע/15.

<http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm>

כמו כן, סעיף 28.1 לכללי המאסר האירופאים משנת 2006 (נספח 14 לעיל):

"Every prison shall seek to provide all prisoners with access to educational programs which are as comprehensive as possible and which meet their individual needs while taking into account their aspirations."

52. כפי שהוסבר לעיל, ללימודים חשיבות רבה בתהליך שיקומו של האסיר ובהכנתו לעולם המודרני שבחוץ. לכן יש צורך בהתאמת תוכניות הלימודים בתוך בית הכלא לתוכניות הלימודים מחוץ לבית הכלא. בהקשר זה סעיף 5 לכללי המאסר האירופאים (2006), קובע, כי:

"Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community."

ראו גם: כלל 60(1) ו-2 לכללי האו"ם בנספח ע/15 לעיל.

53. ולעניין התאמת תוכניות הלימודים, ראו סעיף 28.7 לכללי המאסר האירופאים (2006) הקובע, כי:

"As far as practicable, the education of prisoners shall:
a. be integrated with the educational and vocational training system of the country so that after their release they may continue their education and vocational training without difficulty;
and
b. take place under the auspices of external educational institutions."

הפגיעה בזכות לשוויון

54. הזכות לשוויון הוכרה בפסיקה כזכות חוקתית המהווה חלק מכבוד האדם. על רקע עמדת המשיב כפי שבאה לכדי ביטוי בנספח ע/10 והעובדה כי איסור הלימודים באוניברסיטה הפתוחה חל אך ורק על אסירים ערבים המסווגים כביטחוניים. העותר יטען, כי החלטת המשיב הינה מפלה בשני מישורים. **במישור הראשון** היא מפלה בין אסירים ערבים המסווגים כביטחוניים לעומת כלל האסירים הפליליים שרשאים להמשיך את לימודיהם ופתוחה בפניהם האפשרות להירשם לקורסי סתיו 2011/2012, במאמר מוסגר יצוין, כי המשיב הוא שנושא בחלק נכבד מעלות שכר הלימוד של האסירים הפליליים. **במישור השני** החלטת המשיב הינה מפלה היות והיא מפלה על רקע לאום בין האסירים הערבים המסווגים כביטחוניים לבין אסירים יהודים שביצעו עבירות ביטחון, שהרי האיסור לא חל על האחרונים.

55. בעניין קונטאר התייחס השופט זמיר לסוגיית הטיפול באסירים ביטחוניים בין כותלי בית הכלא ולמקרים שבהם ההבחנה בינם לבין אסירים פליליים הינה לא רלבנטית באומרו:

"אכן, יש בקרב האסירים הביטחוניים שביצעו פשעים מחרידים ונתעבים. אך על כך נגזר עונשם על-ידי בית המשפט למאסר, כל אחד לפי מידת פשעו. ואין שב"ס רשאי להוסיף עונש משלו, בשל חומרת הפשע, על העונש שנגזר על-ידי בית המשפט. אכן, יש מקום להבדיל בין אסיר לאסיר בנוגע לתנאי המאסר, אך רק לפי צורכי הסדר והביטחון או לפי שיקולים ענייניים אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים כאלה. שב"ס מכיר בעיקרון זה, והוא ריכך במשך השנים את גישתו כלפי אסירים ביטחוניים, ככל ששיקולי ביטחון וסדר איפשרו זאת, לדעתו. בהתאם לכך, שב"ס ביטל או צמצם מגבלות שונות שהיו מוטלות בשעתו על אסירים ביטחוניים, להבדיל מאסירים אחרים, כגון, באשר לאספקת מיטות ובאשר לאיסור על החזקת מכשירי רדיו".

עניין קונטאר, עמ' 503.

56. היותו של אסיר "אסיר ביטחוני" אינו מצדיק פגיעה שרירותית בזכויות היסוד שלו וגם אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להבחין מול שאר האסירים. וכדברי בית המשפט בעניין דוברין:

"כתברה נאורה, עלינו להבטיח את השמירה על כבוד האסיר ואת ההגנה על זכויותיו כל עוד אין בכך כדי לסתור את תכליותיו האמיתיות של המאסר, או לעמוד בניגוד לאינטרס ציבורי רב חשיבות המצדיק את הצרת זכויותיו, חובה זו חלה לגבי כל אסיר באשר הוא. כך לגבי אסיר השפוט לתקופה קצרה, וכך הוא לגבי אסיר המרצה מאסר ארוך בגין פשעים חמורים, כך הוא לגבי אסיר עולם שנשפט בגין רצח, ויהא זה רצח על רקע מלחמת כנופיות בעולם התחתון, או רצח של ראש ממשלה. כך הוא לגבי אסיר ביטחוני. מסגרת העקרונות אחידה היא לגבי כל אסיר באשר הוא, אף שהחלתם הפרטנית על אסיר זה או אחר עשויה להשתנות ממקרה למקרה בהתאם לתנאים ולנסיבות". (ההדגשה לא במקור)

בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר, (לא פורסם, ניתן ביום 20.03.2006), פסקה 15.

57. החלטת המשיב עוסקת באחת מזכויות היסוד הבסיסיות ביותר, היא הזכות לחינוך ולכן תוצאת האפליה במישור השני דהיינו בין האסירים הערבים המסווגים כביטחוניים לעומת האסירים הביטחוניים היהודים, נגועה באחת מן ההבחנות החשודות ביותר, היא ההבחנה על בסיס הלאום והגזע ולכן הינה מפלה.

58. בנושא האפליה על רקע לאום וגזע, עמד הנשיא ברק בעניין המעקב, ודבריו יפים לענייננו:

"עקרון השוויון חולש על כל תחומי הפעילות של השלטון. יחד עם זאת, חשיבות מיוחדת נודעת לו בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה ואזרחיה שאינם יהודים. חובה זו - של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל - ערבים ויהודים כאחד - מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שציינתי במקום אחר, "אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק [...] הפליה על ידי המדינה בין אזרחים של המדינה [...] מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג

בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל".

בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, ניתן ביום 27/02/2006) (להלן: **עניין ועדת המעקב**) בפסקה 14 לפסק דינו של השופט ברק.

59. אכן, הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה ודי בעצם התוצאה המפלה, כדברי השופט חשין בעניין **שדולת הנשים**:

"עקרון השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה".

בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998);
ראו גם: בג"ץ 6689/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 279-280, (2000).

60. בענייננו, הדרך בה אסר המשיב על כל האסירים הערבים המסווגים כבטחוניים להשתתף בלימודים אצל המשיבה 2 הביאה לתוצאה מפלה, בין אם הייתה מכוונת ובין אם לאו.

61. הנה כי כן, האבחנה בין אסירים ביטחוניים לבין האחרים אינה רלבנטית לצורך לימודים במסגרת הקורסים של המשיבה 2, שהרי אין בין לימודים אלה לבין סיווג העבירות ולא כלום. מכאן, כי לכן זו הינה בגדר הפליה פסולה הן על רקע סיווג העבירות והן על רקע לאום.

הפגיעה בזכות לכבוד

62. הזכות לכבוד האדם הינה זכות חוקתית המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט העליון אימץ את מודל הביניים אשר, כדברי השופט פוגלמן המסכמים את ההלכה הפסוקה והספרות בענין זה:

"אינו מתמצה רק בפגיעות מובהקות בכבוד הכוללות מרכיבים של השפלה וביזוי אך גם אינו משתרע על פני זכויות האדם כולן".

בג"ץ 6824/07 **ד"ר מנאע נ' רשות המסים** (טרם פורסם, ניתן ביום 25.07.2010) פסקאות 29-30.

בעניין **התנועה לאיכות השלטון** הבהיר הנשיא ברק, כי:

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית".

בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 656 (2006).

63. בעניין **וכסלבאום** עמד בית המשפט על הגדרתה של הזכות לכבוד כלהלן:

"בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, וזאת במסגרת החברתית שעמה הוא קשור ושבה הוא תלוי. "כבוד האדם" משתרע על מגוון רחב של היבטים אנושיים".

בג"ץ 5688/92 **וכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2), 812, 827 (1993).

64. השכלה ולימוד לתואר אקדמי בתוך בית הכלא הינם ביטוי מובהק לזכותו של האסיר לחירות האישית הרוחנית, המתבטאת במימוש האוטונומיה שלו בבחירת דרכו לפי רצונו. הזכות לכבוד האדם כוללת זכות זו והיא כוללת גם האיסור להשתמש בכבוד האדם כאמצעי להשגת מטרות אחרות.

65. הזכות לכבוד, המעגנת את חירותו האישית הרוחנית של האדם ואת עיצוב אישיותו, ובכלל זה את עיצוב יחסיו עם החברה, הינה זכות הנשמרת גם בכותלי בתי הכלא. כך נקבע בעניין **גולן**, שעסק בקשר בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם של האסיר, שהם רלבנטיים לעניין הזכות ללימוד של העותר:

"נשוב למושכלות יסודיים. ההגנה על חופש הביטוי, כחלק מכבוד האדם, היא הערובה המרכזית לשמירת חירותו הרוחנית של האדם. במסגרתו מממש האדם רצונות ושאיפות הטבועים בו והמבטאים את חירותו הרוחנית: להשכיל ולרכוש ידע, להיות מעורב בחיי החברה, לשמוע דעת זולתו ולבטא את דעתו. המאסר שולל מן האדם את חופש התנועה שלו, ובכך מוטלת הגבלה חמורה, לא רק על זכות היסוד שלו לחירות אישית, אלא גם על יכולתו המעשית לממש כרצונו את חירותו הרוחנית. אמנם בלב-לבה של החירות הרוחנית - כיכולת האסיר לחשוב, להאמין ולשמור על צלם האדם שלו - אין למאסר דריסת רגל. אך, כפי שכבר ציינו [...] היכולת של אסיר לממש את זכותו לחופש הביטוי הינה הרבה יותר מצומצמת ומוגבלת מיכולתו של אזרח חופשי. ולחופש הביטוי (המוגבל) הנתון לאסיר יש להעניק הגנה רחבה ככל האפשר."

עניין **גולן**, עמ' 159.

66. בעניין **גולן** פסל בית המשפט העליון את החלטת שירות בתי הסוהר למנוע מאסיר לפרסם טור בעיתון ועמד על המגבלות המיוחדות, המוטלות על מימוש זכות האסיר לביטוי חופשי, ביניהן מגבלות שהן "אינהרנטיות" למאסר (והנובעות באופן ישיר משלילת חופש התנועה), וביניהן מגבלות, הנובעות מהאינטרסים המיוחדים, הכרוכים בניהול תקין של בתי סוהר. בית המשפט קבע, כי ככלל, אין להטיל הגבלות על חופש הביטוי של האסיר, אלא בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה ממשית בשלום הציבור או לפגיעה ממשית בהבטחת השלום הסדר והמשמעת בין כותלי הכלא.

67. בענייננו, לא זו בלבד שלא קיימת וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה, אלא ששיקולים בטחוניים לא היו כלל בבסיס ההחלטה נשוא העתירה. בכל מקרה, אין קשר בין המשך לימודי העותר לבין סוגיות ביטחוניות כלשהן, בין אם מדובר בביטחון הפנימי של בית הכלא ובין אם מדובר בביטחון המדינה.

68. איסור לימודים אקדמיים בבית הכלא מגביל לא רק את מרחב הביטוי המחשבותי, הלשוני והתרבותי של האסירים אלא אף מנתק אותם מהעולם החיצוני ומהחידושים וההתפתחויות שחלים בו. הוא מונע ומעכב את התפתחותם ובכך פוגע בכבודם.

69. הלימודים האקדמיים אפשרו לעותר להתעדכן בשינויים שעוברים על החברה, לעמוד על הקשר בין התיאוריה למציאות, לפתח קווי מחשבה חדשים ומגוונים ולהגיב לשינויים בצורה הגיונית ורציונאלית יותר. במקום לעודד תהליך חיובי זה ולאפשר לעותר שמרצה עונש של 68 חודשים לקבל תואר אקדמי במהלך ריצוי עונשו, ההחלטה מעכבת ומכשילה את תהליך ההתפתחות החיובי שהיה בעיצומו ומבקשת ליצור בין כתלי הכלא אסיר שיהיה חסר השכלה בעל כורחו.

70. כאשר שוללים מאסיר את זכותו לחירות רוחני אך בשל היותו אסיר וללא הצדקה עניינית, יש בכך השפלה מיוחדת, המעצימה את הפגיעה בכבוד. השפלה זו מתבצעת כלפי העותר הן בהיותו אסיר והן בהיותו אסיר שלא זוכה ליחס שווה עם אחרים המסווגים כפליליים. בעניין **גולן** עמדה השופטת דורנר על הקשר שבין פגיעה בחופש הביטוי לפגיעה בכבוד האדם:

”ביסוד שלילת חופש הביטוי מאסיר עומדת ההנחה כי בהיותו פושע הוא חסר כבוד – אדם נחות. שלילה כזו פוגעת איפוא בזכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו”.

עניין **גולן**, עמ' 188.

71. בנוסף, ההפליה בין האסירים על בסיס לאום וההפליה על בסיס הסיווג של אסיר, המדירות את האסירים הערבים המסווגים כבטחוניים ואשר כפי שפורט לעיל, אין ביניהן לבין הלימודים דבר, הינה משפילה. לאחרונה התייחס השופט רובינשטיין לנושא ההדרה בהקשר להפרדה כפויה בין נשים לגברים בקווי אוטובוס וקבע כי היא מהווה השפלה הפוגעת ישירות בליבת הזכות לכבוד. החלטת המשיב העומדת במרכזה של עתירה זו מקיימת הפרדה לא עניינית בין אסירים ומעבירה מסרים כי האוטונומיה האישית של סוג מסוים של אסירים חשובה יותר מאלה האחרים שניתן להתייחס אליה כנחותה.

בג"ץ 746/07 רגן נ' **משרד התחבורה** (לא פורסם, ניתן ביום 5.1.11).

פיסקת ההגבלה

חוסר סמכות- פגיעה שלא לפי חוק או בחוק

72. התנאי ראשון לפגיעה בזכות מוגנת לפי פיסקת ההגבלה הינו שהפגיעה מעוגנת בחוק. הפסיקה העליונה קבעה, כי החוק בתור הסדר ראשוני חייב להיות מפורש, ברור ובהיר. החוק חייב גם להתוות בקווים ברורים את שיקול הדעת של הרשות, היינו עליו להיות מנחה ולא להותיר אפשרות לשיקול דעת רחב. תנאים אלה הם תנאים בסיסיים לקיומו של שלטון חוק במובנו המהותי. בעניין **ועדת המעקב** התייחס המשנה לנשיא חשין לשאלה כיצד חוק חייב להיראות וקבע, שהסדר ראשוני המתיר פגיעה בזכות חוקתית חייב לקבוע קריטריונים ברורים ומבחנים מפורטים ומדוקדקים המוגדרים במפורש בחוק, וכי אסור שחוק כזה יהיה כללי ויעניק הסמכה כללית לממשלה או שריה לפגוע בזכות חוקתית.

עניין **ועדת המעקב**, פסקה 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

73. יצוין, כי למעשה ההלכה הפסוקה שקדמה **לעניין ועדת המעקב** קבעה שהסמכה בחוק להיות "ברורה, מפורשת וחד-משמעית", וכי לא די בהסמכה כללית כדי לפגוע בזכות יסוד. הלכה זו קיבלה משנה תוקף בעקבות חקיקת חוקי היסוד, המעגנים חוקתית את זכויות האדם.

ראו: בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 520-521 (1999).

בג"ץ 5936/97 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך**, פ"ד נג(4) 673, 683-684 (1998)

74. סמכות המשיב במקרים העשויים להצדיק פסילת הלימודים מוסדרת בסעיף 3.ב לפקודת נציבות בתי הסוהר מס' 04.48.00, שכותרתה הינה "לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה":

"מפקד ביס"ר רשאי לפסול לימודיו של אסיר בכל עת מסיבות ביטחוניות, משמעותיות או אחרות"

העתק פקודת הנציבות מצ"ב ומסומן כנספח ע/16.

75. מבלי להתייחס לסוגיית חוקיות פקודת הנציבות בתור כזו שעונה על הגדרת הסדר ראשוני הרי ההסמכה שנקבעה בסעיף 3 ב. כשלעצמה רחבה, כללית וגורפת ועל כן היא אינה עונה על תנאי ההסדרים הראשוניים המחייבים כי הוראת חקיקה ראשית תהיה ברורה, ספציפית וממוקדת במיוחד כאשר היא מסמיכה את הרשות המנהלית להגביל ולפגוע בזכויות יסוד של הפרט. סעיף זה מעניק כמעט שיקול דעת מוחלט לרשות בניגוד לעקרונותיו של שלטון החוק במובנו המהותי.

76. **במקרה זה קיימות שתי אלטרנטיבות: הראשונה לקבוע כי סעיף זה אינו חוקתי ובכך אין סמכות למשיב לקבל את החלטתו; השנייה, ליתן פרשנות תכליתית לסעיף זה שתכלול אך ורק את העניינים שהמשיב מוסמך להחליט בעניינם.**

האלטרנטיבה הראשונה - החלטת המשיב התקבלה בהעדר סמכות

77. המשיב קיבל את החלטתו הנדונה בהעדר סמכות כדן, שכן החלטתו לא נשענת על הוראה מפורשת וברורה המתווה את המותר והאסור. העדר הסמכות, שהובילה כשלעצמה למצב שבו ניתן לקבל החלטות שרירותיות, מצאה ביטוי גם בתשובת המשיב לפניית ב"כ העותר לפיה המשיב בוחן את תנאי כליאתם של האסירים מעת לעת ועל סמך כך הוחלט לבטל את הלימודים האקדמאים בבית הכלא בו לומד העותר (נספח ע/10)

78. בפרשת **האגודה לזכויות האזרח בישראל** דן בית המשפט העליון בעניין דומה ופסל תקנה שהותקנה על ידי השר לביטחון פנים, אשר פגעה, ללא הסמכה מפורשת בחוק, בזכותו של אסיר להיפגש עם עורך דין. בית המשפט פסק, כי כאשר מדובר בתקנה הפוגעת בזכויות יסוד, לא די בהסמכה הכללית, הקבועה בסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר, להסדיר בתקנות "כל ענין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו, שלום ועיילותם של סוהרים, ניהולם הטוב של בתי הסוהר ומשמעתם ומשמורתם הבטוחה של אסירים בתחום בתי סוהר ובשעת עבודתם מחוץ לתחום בתי הסוהר". באותו עניין ציינה השופטת חיות כי:

"[...] עוצמתה של הזכות העלולה להיפגע מן ההגבלות שנקבעו בתקנה 29(ב), ומהות הפגיעה מחייבות הסמכה מפורשת

ומפורטת בחקיקה הראשית, ואין די בהסמכה הכללית שבסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [...] חשיבותה של הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית היא בהיותה תוצר של שיג ושיח פרלמנטרי, אשר במהלכו ניתנת הדעת על מכלול השיקולים החוקתיים הצריכים לעניין הספציפי, וכן להסדרים אלטרנטיביים הבאים בחשבון, ובכך היא נבדלת מהסמכה כללית."

בג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 746, 762 (2003).

בדומה פסק השופט ריבלין כי :

"בסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר לא מצאתי רמז להסמכה מפורשת של מחוקק-המשנה, לפגוע בזכות לייצוג. אמירות כלליות בדבר הסמכות להתקין תקנות בכל "עניין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו" או בכל עניין הנוגע ל"ניהולם הטוב של בתי הסוהר ומשמעתם" - אין בהן די."

עניין **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, עמ' 768.

על יסוד האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי החלטת המשיב הנדונה ניתנה בהעדר סמכות שכן סעיף 3.3 לפקודת נציבות בתי הסוהר 04.48.00 הינו בלתי חוקתי.

האלטרנטיבה השנייה - פרשנות תכלית: חריגה קיצונית מסמכות

79. בית המשפט מתבקש ליתן פרשנות מצמצמת ביותר לסעיף הנדון לפי כללי הפרשנות התכליתית כך שיחול אך ורק עת קיומם של טעמים ביטחוניים משמעותיים ביותר המצדיקים את ההגבלה על הזכות ללימוד וכי סמכות זו תופעל כשהמשך הלימוד יפגע בביטחון המדינה, או הסדר והשלום בבתי הכלא בדרגה של וודאות קרובה לוודאי.

80. כידוע, ובהתאם להלכה הפסוקה, חוקים הפוגעים בזכויות אדם מתפרשים באופן מצמצם ביותר ולפי התכלית העומדת מאחורי הסמכות. הלכה זו הינה מושרשת אף לפני חוקי היסוד. כך למשל בעניין **כרדוש** נקבע, כי על אף קיומה של תקנה המעניקה שיקול דעת רחב ביותר לרשם החברות להימנע מרישום חברה, תקנה זו לא יכולה להעניק סמכות לרשם החברות לשקול שיקולים שאינם נוגעים לרישום החברות והם לא נמצאים בגדר סמכותו. עוד נקבע, כי שיקולים ביטחוניים אינם מסמכותו של רשם החברות. יפים לענייננו דברי השופט זוסמן בדיון הנוסף בעניין **כרדוש** שם פסק כי :

"[...] שיקול דעת שניתן לרשות מינהלית - אפילו אם הוא מוחלט - צמוד תמיד לחובה שהרשות חייבת למלאה, היינו לתפקידי המינהל שלמענם הוסמכה הרשות לפעול לפי שיקול דעתה, ככל שהחופש יכול להיות גדול יותר, לעולם לא יהא בלתי מוגבל. שרירות-לב, מעשה הנעשה מתוך מניעים סובייקטיביים, שדבר אין להם עם צרכי המינהל, חורג מגדר שיקול הדעת. מי שרשאי לנהוג לפי שיקול דעתו, חייב לנהוג תוך מניעים השייכים לעניין ואינו רשאי לנהוג תוך שרירות לה, כאשר תאוה נפשו."

ד"נ 16/61 **רשם החברות נ' כרדוש**, פ"ד טז 1209, 1216 (1962);

ראו גם: בג"ץ 241/60 **כרדוש נ' רשם החברות**, פ"ד טו 1151 (1961).

81. פרשנות תכליתית של דבר חקיקה, המתיישבת עם עקרונות היסוד, מבקשת למצוא את האיזון הראוי בין תכליתו הסובייקטיבית של החוק לבין תכליתו האובייקטיבית.

בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1), 749, 763 (1993).

82. פרשנות זו מעניקה לסעיף 3.ב לפקודה וודאות ובהירות, העומדים בקנה אחד עם עקרונותיה של פסקת ההגבלה היא מגנה על עקרון הפרדת הרשויות על ידי צמצום סמכותה של הרשות לנהוג על פי אמות המידה, שנקבעו על ידי המחוקק בחוק המסמך, ולא מעבר לכך.

ראו: אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 5, 17-18,

83. הסמכויות המותרות אם כן, לפי הפקודה הינן אלה המאפשרות למשיב לנהל את ענייני בית הכלא ולשמור על שלומו ועל שלום הציבור מפניו של האסיר. המשיב אינו רשאי לשקול שיקולים מעבר למה שהפקודה מתירה לו. בעניין **גולן** מנה בית המשפט העליון את השיקולים הרלבנטים הנופלים בגדר סמכותו של המשיב ואשר לפיהם הוא מוסמך לפעול וזאת בתנאי שיאזן נכונה עם חירויות היסוד של האסיר לפי מבחן הודאות הקרובה לוודאי:

"הנה כי כן, בידי שלטונות בית הסוהר נתונים אמצעים שבכוחם להטיל הגבלות על כמה מביטוייה האפשריים של החירות הרוחנית, אך הרשות לעשות כן נתונה להם, לרוב ובעיקר, **בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה ממשית בשלום הציבור, או לפגיעה ממשית בהבטחת השלום, הסדר והמשמעת בין כותלי הכלא**. אפשר, אמנם, שבמסגרת האיזון יינתן משקל גם לאינטרסים אחרים, שאינם נובעים משיקולי הביטחון או מצורכי השמירה על הסדר והמשמעת, אך כרוכים **בצורכי הניהול התקין של בתי הסוהר במונח הרחב (כיעילות מינהלית, היסכון במשאבים וכדומה)**. אך בשים לב לחשיבותו ולמרכזיותו של חופש הביטוי, משקלם היחסי של אינטרסים נוספים אלה אינו רב. בדרך כלל, לא יהיה בהם בלבד כדי להביא לשלילת הזכות, וניתן יהיה להתחשב בהם רק בקביעת המידה שבגדרה יורשה האסיר לממש את זכותו" (ההדגשה אינה במקור)

עניין **גולן**, עמ' 161.

84. הנה כי כן, לפי כללי הפרשנות, המלים "מסיבות ביטחוניות, משמעותיות או אחרות" בסעיף 3.ב לפקודה חייבות להתפרש כמתייחסות אך ורק לעניינים השייכים לסמכותו של המשיב:

ביטחון, סדר וענייני ניהול פנימי. כמו כן, על המשיב להשתמש בסמכות זו רק בהתקיים מבחן הודאות הקרובה לוודאי.

85. כפי שפורט בחלק העובדתי של עתירה זו, החלטת המשיב להפסיק את הלימודים האקדמיים של האסירים הביטחוניים מקורה ביוזמות פוליטיות, שהתבטאו בהצהרת ראש הממשלה מחודש יוני 2011 וביוזמות חברי כנסת לקדם דיונים אודות הרעת תנאי כליאת של אסירים ביטחוניים. כפי שעולה מפרוטוקול הדיון בהצעות לדיון מהיר בתנאי כליאת אסירים ביטחוניים אשר התקיימה בוועדת הפנים ואיכות הסביבה בכנסת ביום 20 ביולי 2011 (נספח ע/12) החלטת המשיב אומצה כצעד ראשון במטרה למתן את הכעס השורר בקרב החברה הישראלית והתחושה הציבורית לגבי התנאים שבהם מוחזקים האסירים הביטחוניים.

86. על כן, החלטתו של המשיב מהווה חריגה קיצונית מסמכות. הטלת איסור גורף ושרירותי על לימודים אקדמיים של האסירים הביטחוניים משמעה הטלת עונש קולקטיבי שמטרתו ליצור

לחץ בהקשר לסוגיה של החייל גלעד שליט ולהרגיע את הרוחות בקרב הפלג הפוליטי בענף הזכויות המוענקות לאסירים ביטחוניים. שיקולים אלה, כמו כל שיקול פוליטי או מפלגתי אחר, אינם מהעניינים שהמשיב מוסמך לשיקול ואינם נוגעים לסמכותו והם לא מהעניינים המאפשרים פגיעה בזכויות יסוד.

87. אמנם שקילת פתרונות על ידי הממשלה למען שחרורו של החייל גלעד שליט הינם לכל הדעות שיקולים ענייניים ואף נופלים בתחום חובתה כלפי אזרחיה, אך היותם שיקולים ענייניים לצורך מסוים ובמסגרת סמכותה של הממשלה, לא הופכת אותם לענייניים המצויים במסגרת שיקוליו של המשיב או במסגרת סמכותו המאפשרת פגיעה בזכויות אסירים. לא אחת נקבע בפסיקה, כי שיקול חיובי ורצוי עלול להיפסל כשיקול זר מבחינתה של רשות שלא הופקדה עליו, שכן לא כל שיקול ראוי הוא שיקול ענייני. שיקולים זרים - שאינם כרוכים בהכרח במניע פסול - הם תוצאה של החלטות שקיבלה הרשות תוך שקילת שיקולים מחוץ לתחום אחריותה.

ראו:

בג"ץ 324/71 הוועד המקומי סביון נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית, פ"ד כז(1) 85, 90 (1972);
דפנה ברק ארז, משפט מינהלי, 637-638 (2010).

88. הנה כי כן, מהאמור לעיל עולה כי המשיב חרג מסמכותו באופן קיצוני ביותר בכך שקיבל את ההחלטה, האוסרת על האסירים הערבים המסווגים כביטחוניים ללמוד אצל המשיבה 2, על בסיס שיקולים זרים, שאינם מן העניין ואין הם מהשיקולים המותרים לפי הסעיף המסמיך או התכלית של הפקודה.

לחילופין: מבחן המידתיות

מבחן המשנה הראשון: הקשר הרציונאלי

89. העותר יטען שאין באיסור הגורף על לימודים אקדמיים של כלל האסירים הביטחוניים עליו הורתה החלטת המשיב בכדי לקיים זיקה כלשהי לאחת מהתכליות המפורשות בפקודה, העונות על מבחן החוקיות ועשויות להסמיך פגיעה בזכויות יסוד. זאת במיוחד, כפי שהצבענו לעיל, היות והחלטת המשיב התקבלה ממניעים פוליטיים ובלא שתשען לא נטענו טיעונים ענייניים שעשויים להצדיק את הפגיעה בזכויות היסוד. אף אם יטען המשיב, כי ההחלטה משרתת תכלית ראויה, ביטחונית למשל, הרי שהגורפות והעמימות המאפיינות את ההחלטה מבוססות על הנחה מוטעית לפיה לימודיו של כל אסיר המסווג כביטחוני, בכל אגף ובכל בית כלא, רק בשל סיווגו, מהווים סכנה לביטחונה של המדינה. הנחה זו מוטעית מיסודה ואין בינה לבין האמצעי כל קשר רציונאלי. עובדה היא שבמשך שנים רבות התאפשר לאסירים ביטחוניים ללמוד במסגרת המשיבה 2 והדבר לא פגע בבטחון המדינה.

מבחן המשנה השני: אמצעי פחות בחומרתו

90. העותר יטען, כי מכח מגבלות חופש התנועה שבמאסר, שמטיל המאסר, שיטת הלימוד המוצעת על ידי המשיבה 2 לאסירים מבוססת בעיקרה על הוראה מרחוק. לכל קורס יש חומר לימוד כתוב הנשלח בדואר לסטודנטים הרשומים אליו, קציני החינוך של המשיב

מפקחים ומתאמים את הפעולות בין האסירים והמשיבה 2 ולשב"ס תמיד נתונה האפשרות לעיין בחמורים שמועברים בהתכתבות בין האסיר והמשיבה 2 או מי מטעמה. שיטה זו הינה מספקת ועונה על התכלית הביטחונית. ההחלטה העמומה והגורפת של המשיב קבעה איסור כוללני על לימודיהם של כלל האסירים הביטחוניים הערבים, לרבות העותר, וזאת ללא בחינת הסיכון הנובע מכל אסיר ספיציפי, נתונו האישיים וטיב ומאפייני החומר הנלמד בקורסים אליהם הוא רשום.

91. ודוק, **המבחן המנחה כיום לפי הדין הינו מבחן הבדיקה האינדיבידואלית**, הלוקח בחשבון את נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה. סימוכין בולטים לגישה זו ניתן למצוא בהלכה הפסוקה של בית המשפט העליון. כך בית המשפט העליון קיבל עתירה שתקפה את חוקתיותו הוראת תיקון חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) ששלל את זכות הגישה לערכאות של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים, ופסל את הוראת החוק. הנשיא ברק באותו עניין כי:

"אכן, הדרך המיידית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של 'פעולה מלחמתית', תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת". (הדגשה לא במקור).

בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.06), פסקה 37 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: "עניין עדאלה").

הנשיא ברק התייחס לצורך בבחינה פרטנית גם בעתירה שתקפה את חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) 2003, שם אמר:

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון [...] הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו-שלנו. כך הדבר במשפט המשווה."

בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (טרם פורסם, ניתן ביום 14.05.2006), פסקה 69 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ראו גם: דנג"ץ 4418/04 **לשכת העיתונות הממשלתית נ' סייף** (לא פורסם, ניתן ביום 4.8.04).

מבחן המשנה השלישי: מבחן המידתיות הצר

92. המבחן הזה הינו פרגמאטי וערכי. הוא בוחן האם התועלת הצומחת מההחלטה עולה על האינטרסים בדבר הפגיעה בזכויות היסוד והאם ההחלטה הינה כדאית וחיונית גם אם היא פוגעת בזכויות יסוד. מבחן זה מניח, כי הפגיעה החוקתית עמדה בשני המבחנים הראשונים של המידתיות. הוא מניח כי קיים קשר רציונלי בין דבר החקיקה הפוגע לבין התכלית אותה נועד דבר החקיקה להגשים, וכי האמצעי שנבחר פוגע את הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית בזכות החוקתית, הנדרשת לשם הגשמת תכלית החקיקה. בכפוף לקיומן של דרישות אלה

בודק מבחן המשנה השלישי האם תכלית החקיקה מצדיקה את האמצעים שנבחרו להגשמתה. על תפקידו המיוחד של מבחן המשנה השלישי של המידתיות ראו דברי הנשיא ברק בעניין **עדאלה** שצוטטו לעיל בפסקה 50.

93. העותרים יטענו, כי ההחלטה לא משרתת תכלית ראויה, במיוחד כשהמשיב לא הצביע על תכלית או אינטרס ציבורי מוגן הנופל בגדר סמכויותיו. אף אם יטען לקיומה של תכלית ביטחונית הרי שמתכונת הלימודים בהתכתבות המוצעת על ידי המשיבה 2, המתקיימת בתיאום ובפיקוח קציני חינוך של שב"ס, עונה על תכלית זו.

94. העותר יטען, כי הנזק אשר ייגרם לעותר וליתר האסירים הבטחוניים כתוצאה משלילת אפשרותם ללמוד אצל המשיבה 2 לימודים אקדמאיים, פוגעים בזכויות יסוד, באופן חמור העולה בעוצמתו מכל תועלת אחרת אשר תצמח למשיב כתוצאה ממדיניותו הבלתי חוקית.

95. יתירה מזו, גורפותה של החלטת המשיב, והעדר קריטריונים מהותיים בעניין אופן הפעלתה, הביאו למצב של שרירות ביישומה בין כותלי בית הסוהר. כך בזמן שבו המשיב אוסר על העותר ויתר האסירים הבטחוניים הערבים ללמוד לקורסים שנרשמו אליהם ולהירשם לקורסים עתידיים, עדיין מתאפשר ליתר האסירים הבטחוניים שאינם ערבים ולאסירים פליליים בכללותם ללמוד לתארים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כמפורט ברישא לעתירה זו.

רימא איוב, עו"ד
ב"כ העותר

חיפה, 8 בספטמבר 2011.