

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

ע"י ב"כ עוה"ד רימא איוב (מ.ר 46760) ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן  
ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או ראמי  
ג'ובראן ו/או אראם מחאמיד מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות  
המיעוט הערבי בישראל, רח' יפו 94 חיפה, ת"ד 8921 חיפה 31090, טל'  
04-9501610, פקס: 04-9503140

**המבקש**

- נגד -

**1. המשרד לביטחון פנים - שירות בתי הסוהר**

ע"י פרקליטות המדינה משרד המשפטים, מרח' צלאח אדין 29  
ירושלים 91010, טל' 026466422, פקס: 02-6467011

**המשיב**

**2. האוניברסיטה הפתוחה**

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

**משיבה פורמאלית**

**בקשה למתן רשות ערעור**

מוגשת בזאת בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בעע"א 11-09-16207 שניתנה ביום 07/03/2012 על ידי כבוד השופט יונתן אברהם.

1. בקשה זו עוסקת בהחלטת המשיב, לאסור על המבקש, אסיר אזרח ישראל המסווג כאסיר בטחוני, ועל כל האסירים הביטחוניים הערבים השוהים בבתי הסוהר השונים להשתתף בקורסים שנרשמו אליהם וכן להירשם לקורסים במסגרת לימודיהם האקדמיים באוניברסיטה הפתוחה.

2. העתירה שהגיש המבקש כנגד החלטת המשיב נדחתה על ידי בית המשפט קמא. בהחלטת בית המשפט קמא נקבע, כי הזכות לחינוך איננה זכות בעלת מעמד חוקתי; כי הזכות להשכלה גבוהה נגזרת מחוק יסוד: חופש העיסוק. החלטת בית המשפט קמא הכשירה את האפליה בין אסירים פליליים לבטחוניים בטענה כי יש צורך בנקיטת מגבלות קפדניות ובו בזמן דחתה את הטענה בדבר אפליה בין אסירים בטחוניים ערבים לעומת אסירים בטחוניים יהודים בנימוק שלא הוצגו נתונים המוכיחים קיומה.

3. החלטת בית המשפט קמא קבעה עוד, כי בהתאם למידע מודיעיני חסוי שהוגש על ידי המשיב, הטבות שניתנו לאסירים בטחוניים נוצלו ע"י ארגוני טרור לתגמול חלק מאותם אסירים בדרכים שונות וכן לצורך יצירת קשר והעברת מסרים מהכלא ואליו וכי בהתרת המצב על כנו יש כדי להביא לעידוד הטרור ולפגיעה ממשית בבטחון המדינה. עוד קבע בית המשפט קמא, כי שלילת הזכויות נעשתה בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה וכי היא עונה על דרישת החוקיות, נועדה לתכלית ראויה ונעשתה באופן מידתי.

מצ"ב העתק מהחלטת בית משפט המחוזי בנצרת, מסומן כנספח ב/1.

4. המבקש טוען בבקשת רשות הערעור ובנימוקי הערעור, כי זכויות היסוד החוקתיות המוקנות לו כאדם עומדות לו גם בהיותו כלוא בבית הסוהר; כי דחיית עתירתו על ידי בית המשפט קמא בטעות יסודה; וכי המשיב שולל ממנו את זכויותיו החוקתיות לחינוך, להשכלה גבוהה, לכבוד, לאוטונומיה אישית ולשוויון, בהסתמך על חומר מודיעיני חסוי כללי וגורף, מבלי שהתקיימה דרישת החוקיות, ללא תכלית ראויה וללא עריכת בדיקה אינדיבידואלית, כמתחייב מפסיקה ענפה וברורה של בית משפט נכבד זה, ומבלי שהתקיימו מבחני המידתיות.
5. רשות ערעור זו מעלה שאלות משפטיות מדרגה ראשונה, הנוגעות להפרה קשה וישירה של זכויות יסוד ומן הדין לתתה.
6. בנוסף, עניינה של בקשה זו הינו בערעור על פסק דין שניתן בערכאה ראשונה ובהתאם להוראות סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה, ערעור על החלטת בית המשפט קמא אמור להיות בזכות ולא ברשות.

## **ואלה הם נימוקי הבקשה:**

### **רקע עובדתי:**

7. המבקש יליד 1986 הינו אזרח מדינת ישראל. עד למעצרו ניהל המבקש חיים נורמטיביים ותקינים - הוא גדל בעיר טירה שבמשולש, בחיק משפחה משכילה - אביו עורך דין ותיק, אמו מורה לחינוך מיוחד הלומדת 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 המובילים בישראל, החל המבקש בלימודים לקראת תואר ראשון במשפטים.
8. כיום המבקש הינו אסיר. הוא שהה מאז הוגש נגדו כתב אישום בבית סוהר גלבע, ולאחרונה הועבר לבית סוהר נפחא. יצוין, כי במכתב מיום 25 למאי 2011, של גנ"ם דקר אילת, מנהל בית סוהר גלבע, במענה לפניית באי כוחו של המבקש בעניין אחר הנוגע למבקש, צוין, כי המבקש אינו מסווג בבית הכלא כמי שמשתייך לארגון כלשהוא.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן כנספח ב/2.

### **השתלשלות העניינים עד למתן פסק דין בהליך הפלילי נגד המבקש:**

9. בתאריך 10 באוגוסט 2009 נעצר המבקש בחשד לביצוע עבירות ביטחון. במסגרת עסקת טיעון הודה המבקש בכתב האישום המתוקן והורשע בעבירות של מסירת ידיעה לאויב ובמגע עם סוכן חוץ. על המבקש נגזרו 68 חודשי מאסר, שתחילתם ביום מעצרו.
10. יודגש, כי המדובר בבחור צעיר, אשר נסיבות מעורבותו בתיק הפלילי הן נסיבות מיוחדות ביותר. אף פרקליטות המדינה הדגישה בטיעוניה כי המבקש עשה את הכל כדי להתחמק ולהתרחק מסוכן החוץ וכך תיאר ב"כ המאשימה, אשר ביקש במסגרת טיעונו לעונש שלא למצות את מלוא חומרת הדין עם המבקש, 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 אותו 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 ממפעיליו 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 ב/3**.

### **לימודיו האקדמיים של המבקש והחלטת המשיב להפסיקם:**

11. למבקש 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. המבקש סיים בהצלחה את הקורסים באותו הסמסטר וכן את הקורסים המגוונים להם נרשם בסמסטר א' ו- ב' של שנת הלימודים 2010-2011 כמפורט בטבלה שלהלן:

קורס לתואר	ציון
סמסטר ג' 2010	מושגי יסוד ביחסים בינלאומיים 88
	גינסייד 91
סמסטר א' 2011	החברה הערבית בישראל 93
	דיקטטורות במאה ה-20 69
	מבוא להיסטוריה של המזרח התיכון בעת החדשה 81
סמסטר ב' 2011	היסטוריה דיפלומטית 77
	אירופה ערש הלאומיות <b>בלימודי</b> ציוני עבודות: 93, 0.
	המזרח התיכון בין מלחמות העולם <b>79</b> . ציוני עבודות: 83, 89.

העתק רשימת הקורסים והציונים של לימודי המבקש בתקופת מאסרו מצ"ב ומסומן **כנספח ב/4**.

12. במהלך סמסטר ב' 2011 ולקראת תחילת סמסטר קיץ 2011, נרשם המבקש ושילם עבור שני קורסי קיץ, "השיטה של אירופה" ו-"אנגלית רמה C", והחל בלימודי הקורס "אנגלית רמה C". יצוין, כי במסגרת לימודיו של המבקש בקורס האנגלית הכין המבקש עבודה ואף הספיק לסיימה ולשלוח אותה בדואר לצורך בחינתה. כמו כן ביקש המבקש להירשם לקורסי סתיו 2011/2012.

העתק התדפיס מצ"ב ומסומן **כנספח ב/5**.

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

14. 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.

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

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

17. יצוין, 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. בניגוד לרישומים אלה, בבדיקת קטגורית הפניות **בנספח 5/ב**, שהינו תדפיס מחודש אוגוסט 2011, עולה כי היתה פניה לביטול ההרשמה של שני הקורסים. פניה זו לביטול הרישום, לא נשלחה ע"י המבקש ו/או ע"י מי מטעמו, שהיה נחוש בדעתו להמשיך ולהשלים את לימודיו האקדמיים ואף להירשם לתואר שני בעודו מרצה את מאסרו. ציוניו הגבוהים מעידים אף הם על רצון המבקש להמשיך בלימודיו האקדמיים. כמו כן, עולה כי הפניה לביטול הרישום טופלה והרישום אכן בוטל בפועל. אילמלא הפסקת לימודיו ע"י המשיב, כפי שיפורט להלן, היה צפוי המבקש לסיים את לימודיו לתואר ראשון בסמסטר קיץ 2012, כפי שעולה מתצהיר המבקש שצורף לעתירה בפני בית משפט קמא, בו הוא מתאר את תרומת וחשיבות הלימודים עבורו.

התצהיר מצ"ב ומסומן כנספח 6/ב.

18. במקביל לתהליך הפסקת לימודי המבקש, 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 7/ב ו-8/ב בהתאמה.

19. על רקע פרסומים אלה, פנתה ביום 27 ביוני 2011 ב"כ המבקש 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 9/ב.

20. פניה זו לא זכתה למענה ואולם לב"כ המבקש החלו להגיע ידיעות לפיהן החל יישום מעשי של דברי ראש הממשלה, ורשויות הכלא הפסיקו את לימודי האסירים הביטחוניים, לרבות המבקש. אי לכך פנתה ב"כ המבקש 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 ב/10.

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

העתק התשובה מצ"ב ומסומן ב/11.

22. מדיניות המשיב, כפי שעולה מהתשובה דלעיל, מהווה שלילה סלקטיבית של זכויות מכלל האסירים הערבים המסווגים כביטחוניים, לרבות המבקש שהינו אזרח המדינה. היא לא חלה על שאר האסירים הפליליים, לרבות אסירים יהודים שביצעו עבירות ביטחוניות. בעקבות התשובה הנ"ל שלחה ב"כ המבקש 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 המבקש, וכן לאשר למבקש להמשיך את לימודיו בקורסי הקיץ ולאפשר לו להירשם לקורסים נוספים ולהמשיך את לימודיו בסמסטר סתיו 2011/2012.

העתק הפניה מצ"ב ומסומן כנספח ב/12.

23. לפניה הנ"ל לא נתקבל מענה ועל כן הוגשה העתירה בבית המשפט קמא.

מצ"ב עתירתו של המבקש שהוגשה ביום 8 בספטמבר 2011 כנספח שסימנו ב/13.

### **כתב התשובה מטעם המשיב וההליכים בבית משפט קמא:**

24. בכתב התשובה שהגיש המשיב נטען, כי לימודים באוניברסיטה הפתוחה מהלך ריצוי מאסר הינם הטבה שאינה מחויבת על פי הדין ולכן אין חובה לאפשרם; כי לא מדובר בזכות יסוד חוקתית; כי הפקודה שעניינה לימודי אסירים בטחוניים באוניברסיטה הפתוחה בוטלה ביום 12.9.2012 (מספר ימים לאחר הגשת העתירה ע"י המבקש); וכי בידי גורמי הבטחון מידע המעיד על כך שארגוני טרור מעבירים כספים מסרים באמצעים שונים לטובת אסירים בטחוניים ומכאן כי אין לאפשר תנאי מאסר שיאפשרו לארגוני טרור לתגמל בכלא את האסירים הבטחוניים.

המשיב הודה, כי ביסוד בדיקת תנאי מאסרם של האסירים הבטחוניים עמדו מאמצי הממשלה לשחרור החייל גלעד שליט אך טען שבמהלך הבדיקה נעשתה בדיקה משפטית שהחילה מדיניות חדשה כלפי האסירים הבטחוניים. המשיב שלל כל טענה בדבר אפליית בין אסירים בטחוניים ופליליים וטען שקיים שוני בין שתי הקבוצות והתכחש לטענה בדבר אפלייה בין אסירים בטחוניים ערבים ויהודים, אך יחד עם זאת הודה, כי התאפשר לאסיר בטחוני יהודי להמשיך את לימודיו גם לאחר המניעה וזאת היות והחל בלימודיו בחודש ספטמבר 2011 בהתאם לחריג הקבוע בסעיף 4ב לפקודה בעניין אסירים בטחוניים, וכי לימודיו יופסקו בעתיד לאור ביטול הפקודה בעניין לימודי אסירים בטחוניים באוניברסיטה הפתוחה.

רצ"ב כתב התשובה שהוגש ע"י המשיב על כל נספחיו כנספח שסומן ב/14.

25. הדיון בעתירה התקיים ביום 15 בנובמבר 2011, במאוחד עם שתי עתירות נוספות (עת"א (מחוזי נצרת) 8955-11-11 ראידי סלחות נ' שירות בתי הסוהר ו- עת"א (מחוזי נצרת) 39730-9-11 צלאח סעיד נ' שירות בתי הסוהר). לאחר שהדיון הסתיים ביקשה ב"כ המשיב להגיש חוות דעת מודיעינית חסויה. ב"כ המבקש התנגדה ובית המשפט קמא הורה למשיב להודיע תוך 7 ימים מיום הדיון האם בכוונתו להגיש את חוות הדעת ואם תהיה התנגדות מטעם המבקש, יודיע המשיב האם ימציא תעודת חסיון בעניין. כמו כן הורה בית המשפט קמא למשיב לצרף להודעתו פרפרזה של האמור בחוות הדעת. בהמשך להחלטה זו, המשיב אישר את כוונתו להגיש את חוות הדעת וצירף אליה פרפרזה, המבקש התנגד להגשת חוות הדעת, ובעקבות כך המשיב הוציא תעודה בדבר ראיות חסויות.

26. התעודה בדבר ראיות חסויות שהוגשה ע"י המשיב, בה צויין, כי מסירת ה ראיות עלולה לפגוע בבטחון המדינה, התייחסה לחוות דעת בנושא קבלת כספי טרור על ידי אסירי חמאס בבתי הכלא בישראל ולחוות דעת של מחלקת מודיעין בנושא העברת כספי טרור למוטיב חמאס. היות ואין בין דברים אלה לבין נסיבותיו של המבקש דבר, הסכים המבקש כי החומר הסודי יוגש לעיון בית המשפט. בית המשפט הורה על הגשת חוות הדעת, עיין בהן והתבסס על האמור עליהם בהחלטתו נשוא בקשה זו.

פרפרזה של חוות הדעת החסויה מצ"ב ומסומנת **כנספח ב/15**.  
הודעה מטעם המשיב על כוונתו להגיש חומר חסוי, תגובת המבקש מיום 11/12/2011 והחלטת בית המשפט מיום 12/12/2012 קמא מצ"ב **כנספחים ב/16, ב/17 ו- ב/18** בהתאמה.  
תעודה בדבר ראיות חסויות שהוגשה ע"י המשיב מצ"ב **כנספח ב/19**.  
תגובת המבקש והסכמתו להגשת חוות הדעת מיום 25/01/2012 והחלטת בית המשפט קמא מיום 8/02/2012 מצ"ב ומסומנים **נספחים ב/20 ו- ב/21** בהתאמה.

### **זכותו של המבקש לערער על החלטת בית המשפט קמא:**

27. המבקש יטען, כי יש לדון בערעור כערעור בזכות, היות והמדובר בערעור על החלטה שניתנה בערכאה ראשונה. זאת בשל הוראת סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה קובע, כי "פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסק דין של בית המשפט העליון".

28. אכן, על-פי סעיף 62 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב - 1971 (להלן: "פקודת בתי הסוהר") ניתן לתקוף את החלטת בית המשפט המחוזי בעתירות אסירים על דרך בקשת רשות ערעור שיכולה להינתן הן על ידי בית המשפט המחוזי בשבתו כדן בעתירות אסירים והן על ידי בית המשפט העליון, ואולם המבקש יטען, כי יש לקרוא את הוראת סעיף 62 באופן המתיישב עם קביעותיו של חוק יסוד: השפיטה, וזאת הן בשל מעמדו הנורמטיבי של חוק היסוד, הגובר על פקודת בתי הסוהר שהנה חקיקה רגילה, והן נוכח הרציונל העומד מאחורי מתן האפשרות בפני כל מתדיין להשיג בזכות על קביעותיה של הערכאה הראשונה שדנה בעניינו.

29. למען הבהירות נציין, כי קיימים שני סוגי הליכים בעניינים הנוגעים לאסירים ועצירים הבאים לפתחו של בית משפט נכבד זה בבקשות רשות ערעור. סוג הליך ראשון, הוא הסוג עסקינן, נסב על בקשתו של אסיר לערער על החלטת בית המשפט המחוזי שניתנה במסגרת עתירת אסיר בעניין הנוגע למאסרו, בהתאם לסעיף 62א(א) לפקודת בתי הסוהר. במסגרת הליך זה החלטת בית

המשפט המחוזי בעניינו של האסיר מהווה החלטה של הערכאה הראשונה. הסוג השני של ההליכים נוגע לבקשתו של האסיר לערער על החלטת בית המשפט המחוזי שניתנה במסגרת ערעור על החלטת ועדת שחרורים בעניין שחרור על תנאי או בעניין המלצה על קציבת תקופת מאסר של אסיר לפי חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א – 2001. בהליכים מסוג זה האסיר למעשה מגיע לפתחו של בית משפט נכבד זה כערכאה שלישית, שכן עתירתו של האסיר בפני בית המשפט המחוזי היתה במסגרת הליך ערעור. עניינו של המבקש כאמור נופל בגדר הסוג הראשון העוסק בערעור על החלטה שניתנה בערכאה ראשונה ומכאן כי קמה לו הזכות להשיג על החלטת בית המשפט קמא כמצוות חוק יסוד: השפיטה.

30. יצוין, כי בית משפט נכבד זה ביטל בעבר את תקנה 13 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), תשי"ז-1957 (להלן: תקנות משפט חוזר) אשר שללה שלא כדין את זכותו של נאשם לערער בזכות כנגד הכרעת דינו, וקבע כי הותקנה בחוסר סמכות ובסתירה לדין המקנה לנאשם ערעור בזכות על החלטת הערכאה הראשונה שדנה בעניינו, זכות הנגזרת אף היא מסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה.

רע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 5.03.2003).

31. בעניינו אמנם חל סעיף שמירת הדינים ואולם, לנוכח חשיבותה של הזכות לערער והיותה בגרעין זכת היסוד החוקתית להליך הוגן, הרי שיש להעדיף פרשנות המקנה את אותה זכות על-פני פרשנות השוללת אותה.

בג"ץ 87/85 ארגוב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(1) 353, 361-362 (1988);  
בג"ץ 1520/94 שלם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(3) 227, 233 (1994);  
בש"פ 2708/95 שפיגל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 221, 232 (1995).

32. ודוק; בית משפט נכבד זה התייחס במהלך השנים האחרונות בשורה של החלטות שונות לסוגיית זכותו של אסיר לערער כאשר מדובר בערעור על החלטה שניתנה בערכאה ראשונה. הלכה עקרונית בעניין טרם נקבעה, אולם ניכר היה להבחין בתמיכת חלק משופטי בית משפט נכבד זה בטענה שמעלה המבקש בבקשתו זו, כך בעניין פריניאן קבע כבוד השופט גרוניס, כי כאשר מדובר בהליך שבו האסיר תוקף לראשונה החלטה שיפוטית לפני בית משפט, הרי אין שום הצדקה להפעיל מבחן מצמצם בנוגע להתערבותו של בית משפט זה במסגרת בקשה לרשות ערעור וכי יש להפעיל מבחן מרחיב לגבי בקשות רשות ערעור מסוג זה, כדלקמן:

"השאלה הנשאלת היא מהו המבחן שבית משפט זה אמור להפעיל שעה שהוא בוחן בקשת רשות ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי בעניינים הנזכרים. לדעתי, יש להבדיל באופן ברור בין בקשת רשות ערעור המשתייכת להליכים מן הטיפוס הראשון לבין זו מן הטיפוס השני. במקרה הראשון, מדובר כזכור בעתירת אסיר הנוגעת למאסרו או מעצרו. עתירה מעין זו מופנית, דרך כלל, נגד החלטה של הנציב או של גורם אחר במסגרת שירות בתי הסוהר. מכאן, שהעתירה תוקפת לראשונה לפני בית משפט החלטה שנתקבלה על ידי רשות מינהלית. נוכח העובדה שמדובר בתקיפה ראשונה לפני בית משפט (או לפני גוף מעין שיפוטי), אין שום הצדקה להפעיל מבחן מצמצם... דומה, שאין צורך לפרט את ההבדל בין בקשת רשות ערעור בגלגול שלישי לבין בקשת רשות ערעור המופנית נגד החלטה של בית המשפט המחוזי בעתירת אסיר מן הטיפוס הראשון, שהינה בבחינת "גלגול שני". לאור ההבדל, סבורני שצריך להפעיל מבחן מרחיב לגבי בקשות רשות ערעור מן הטיפוס הראשון."

רע"ב 425/09 פריניאן נ' פרקליטות המדינה (טרם פורסם, 11.03.2009) פסקה 3 להחלטת השופט גרוניס.

33. בדומה, בעניין **אביטל**, עמד השופט רובינשטיין על הצורך להבחין בין בקשת רשות ערעור על החלטת בעתירת אסירים רגילה לבין בקשות המתייחסות להחלטות ועדות שחרורים:

"ראשית, אשוב ואציין, כי המדינה חוזרת כדרכה על האמירה כי רשות ערעור בעתירות אסיר ניתנת רק בנסיבות בהן עולה שאלה משפטית או כללית בעלת חשיבות. כבר צוין לא אחת כי יש להבחין בין מקרים שבהם הביקורת השיפוטית בבית המשפט לעניינים מינהליים היתה לאחר הכרעתו של גוף מעין-שיפוטי, כמו ועדת שחרורים והיא כ"גלגול שלישי", לבין כאלה שבהם הביקורת השיפוטית באה אחרי החלטה מינהלית, ואינה בחינת גלגול שלישי... לדידי גם נושאים אנושיים הבאים לאחר גלגול שיפוטי אחד, במקרים המתאימים, אף שאינם ברום הבעיות המשפטיות והציבוריות, עשוי להינתן להם יומם הערעורי בבית משפט זה; כמובן, צריך הדבר להיעשות במקרים מתאימים, ואזכיר כי לא אחת מבקשת המדינה עצמה רשות ערעור בגלגול שני במקרים פרטניים. מטבע הדברים רשות זו לכאן ולכאן ניתנת במשורה, אך הדלת אינה נעולה לטעמי."

רע"ב 6687/09 **אביטל נ' שירות בתי הסוהר**, (טרם פורסם, 24.08.2009), פסקה יא'.  
ראו גם:

רע"ב 4785/08 **רכיד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 13.08.2008) פסקה ט';

רע"ב 10478/08 **צלאח נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 27.01.2009) פסקה ט';

רע"ב 2640/09 **טורק נ' שירות בתי הסוהר** (טרם פורסם, 7.05.2009);

רע"ב 6757/08 **אבוועסא נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 15.09.2008);

רע"ב 3045/08 **מדינת ישראל נ' פריניאן** (טרם פורסם, 11.05.2008);

רע"ב 314/06 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 1.02.2006).

34. **המבקש יטען אפוא בבקשה זו כי הגיעה העת להכריע בסוגיה חשובה זו ולקבוע כי לאסיר זכות ערעור על החלטת בית משפט המחוזי בשבתו כערכאה ראשונה.**

35. לחלופין המבקש יטען, כי יש מקום להעניק לו רשות ערעור על-פי ההלכה שקבע בית המשפט הנכבד בנוגע לשיקולים שעל בית המשפט להפעיל בבואו לתת רשות ערעור. הלכה פסוקה היא, כי רשות ערעור ניתנת כדבר שבשגרה אלא רק "אם מתגלית בעיה משפטית בעלת חשיבות או אם עולה נושא אחר שחשיבותו כללית".

ראו: רע"ב 7/86 **וייל נ' מדינת ישראל**, תק-על 86(2) 1134 (1986).

36. המבקש יטען, כי בקשתו זו מעוררת שאלות משפטיות כבדות משקל המשליכות הן על זכויותיהם החוקתיות של האזרחים במדינה והן על היקף זכויותיהם החוקתיות של האסירים הכלואים בתוך בתי הכלא במדינה. החלטת בית המשפט קמא סתה סטייה ניכרת מהלכות בית משפט נכבד זה, המגינות על הזכות לחינוך, לכבוד, לאוטונומיה אישית ולשוויון, כזכויות יסוד חוקתיות. כמו כן החלטת בית המשפט קמא שללה את תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הזכות לחינוך.

37. כמו כן התעלם בית המשפט קמא מטענות מהותיות שהעלה המבקש בדבר זכותו של אסיר אזרח צעיר לקבל שירותי שיקום. יודגש כי סוגיה זו מהווה שאלה משפטית מדרגה ראשונה המחייבת כשלעצמה מתן רשות ערעור לשם בירורה והכרעה בה.

38. עצם שלילת זכותו של המבקש כאדם, כאזרח וכאסיר ללמוד לתואר אקדמי בשל סיווגו כאסיר בטחוני ו/או בשל מוצאו הלאומי, מעידה על אפליה חמורה ומן הדין כי בית משפט זה יתן רשות ערעור ויתערב בביטולה. המשיב מבקש להנהיג משטר הפרדה בכלא המבוסס על אפליה שבה מותר לחלק מהאסירים לממש זכויות חוקתיות, בעוד שמאחרים הן נשללות.

39. שלילה זו נעשית לטענת המשיב על יסוד מידע מודיעיני חסוי, כללי וגורף, המתייחס לכלל האסירים הביטחוניים הערבים. היא נעשית ללא הסמכה בחוק וללא בדיקה אינדיבידואלית ובאופן לא מידתי, ומכאן הצורך ליתן רשות ערעור, להתערב בהחלטת בית המשפט קמא ולבטלה.

## ואלה הם נימוקי הערעור לגופו

### I. הפגיעה בזכויות החוקתיות של המבקש

#### הפגיעה בזכות לחינוך ולכבוד

40. טעה בית המשפט קמא עת קבע, כי הזכות לחינוך של האסיר אינה זכות בעלת מעמד חוקתי אלא בעלת מעמד חוקי בלבד. בניגוד מוחלט לקביעה זו, בית המשפט העליון הכיר בזכות לחינוך כזכות בעלת מעמד חוקתי הנגזרת מהזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לעניין זה יפים דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין אבו לבדה :

"חשיבותו המכרעת של החינוך בחיי הפרט ובעיצוב הווייתו האנושית, מרכזיותו של החינוך בקביעת אורח חייו ואיכות חייו של האדם, וגורליותו של גורם זה במימוש כבודו האנושי, משלבים, לכאורה, את הזכות לחינוך במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם אשר הוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. נראה, כי הזכות לחינוך נמנית על אותו "גרעין קשה" של כבוד האדם, שבלעדיו ערך הכבוד האישי נגסם פגיעה מהותית וקשה".

בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (טרם פורסם, ניתן ביום 06.02.2011), פסקה 42 לפסק הדין.

41. טעה בית המשפט קמא כשקבע, כי הזכות להשכלה גבוהה אינה חלק מהזכות לחינוך וכן בקביעתו כי הזכות לרכישת השכלה אקדמית אינה זכות יסוד בנימוקו שאינה מפורטת בסעיפים 2-4 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו. בית המשפט קמא התעלם בהחלטתו מטענה מרכזית של המבקש לפיה הזכות להשכלה גבוהה נגזרת גם מהזכות לכבוד המוכרת כזכות יסוד חוקתית. כמו כן, טעה בית המשפט קמא בקביעתו כי הזכות להשכלה גבוהה נגזרת רק מחופש העיסוק. אנו מסכימים כי חוק יסוד : חופש העיסוק הינו מקור נוסף שניתן לבחון לאורו את החלטת המשיב מול הפגיעה בזכות ואולם הוא אינו המקור היחידי לקביעת מעמדה של הזכות כזכות חוקתית.

42. 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).

43. 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.

44. 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 לחינוך בכלל, ולהשכלה גבוהה בפרט, של המבקש:

"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. [...] 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.

45. 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, בהן מגבלות הנובעות באופן ישיר משלילת חופש התנועה ומגבלות 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.

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

47. כאשר שוללים מאסיר את זכותו לחירות רוחנית אך בשל היותו אסיר וללא הצדקה עניינית, יש בכך השפלה מיוחדת, המעצימה את הפגיעה בכבוד. השפלה זו מתבצעת כלפי המבקש הן בהיותו אסיר והן בהיותו אסיר שלא זוכה ליחס שווה לאסירים המסווגים כפליליים. בעניין **גולן** עמדה השופטת דורנר על הקשר שבין פגיעה בחופש הביטוי לפגיעה בכבוד האדם וקבעה כי "ביסוד שלילת חופש הביטוי מאסיר עומדת ההנחה כי בהיותו פושע הוא חסר כבוד – אדם נחות. שלילה כזו פוגעת אפוא בזכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

עניין **גולן**, עמ' 188.

48. 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 בעניין זה, "מודל 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 30-29.

49. 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).

### **הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון ובנגישות שווה להשכלה גבוהה:**

50. ראשית יודגש, כי המשיב הודה, בסעיף 4 לכתב התשובה לעתירה נשוא בקשה זו, בחובה ליתן לאסירים בטחוניים את כל זכויות היסוד המוקנות לאסירים פליליים, אך לגישתו הזכות ללמוד במוסדות להשכלה גבוהה היא פריבילגיה ומשכך הוא רשאי לשלול אותה.

51. ככל שעולה השאלה אם הזכות להשכלה גבוהה מהווה זכות יסוד, הרי הזכות לשוויון בהשכלה הגבוהה נגזרת מזכות היסוד החוקתית לכבוד האדם ובשל כך אין מקום להתייחס אליה כפריבילגיה. ההפליה ביכולת הפרט לרכוש השכלה הגבוהה יוצרת תחושת קיפוח קשה הפוגעת בכבודו.

52. לעקרון השוויון משמעות מכרעת בהקשר למימוש הזכות להשכלה גבוהה. בלא שוויון בהשכלה גבוהה לא יובטח מימושה של הזכות. הפליה במתן הזכות להשכלה גבוהה משמעה העדפת קבוצה או פרט על פני אחרים המצויים במעמד שווה ואי מתן הזדמנות שווה לקבוצה או לפרט שקופחו לממש את פוטנציאל יכולותיהם וסיכוייהם.

53. עוד יטען המבקש, כי בהתאם לניתוח שעשה בית המשפט קמא עולה כי הזכות להשכלה הינה זכות חוקתית כנגזרת מחוק היסוד: חופש העיסוק. לעניין זה נבהיר, כי איננו רואים בחוק יסוד: חופש העיסוק כמקור עיקרי יחיד ובלעדי המקים את הזכות להשכלה גבוהה כזכות יסוד חוקתית ואולם גם לפי הניתוח הנ"ל של בית המשפט קמא, זכות הפרט להשכלה גבוהה איננה פריבילגיה אלא זכות יסוד חוקתית.

54. יתירה מזו, עקרון השוויון בהשכלה גבוהה מעוגן לא רק מכח העקרונות הכלליים וכנגזרת של זכות היסוד החוקתית לכבוד האדם ולאוטונומיה אישית. עקרון זה מעוגן בחקיקה ספציפית - חוק זכויות הסטודנט, תשס"ז-2007, הכולל הוראות מפורשות האוסרות על הפליה בהשכלה גבוהה. **סעיף 2** של חוק זה קובע, כי מטרת החוק הינה לעגן את הזכות לנגישות להשכלה גבוהה ואת עקרון השוויון ההזדמנויות בהשכלה גבוהה. **סעיף 3** לחוק קובע כי הזכות להשכלה גבוהה כוללת את הזכות לשוויון ההזדמנויות בקבלה ללימודים במוסד לצורך רכישת השכלה גבוהה. **סעיף 4** מעגן את עקרון איסור ההפליה, בין היתר, בקבלה לתחומי לימוד שונים, כאשר ההפליה היא על רקע חברתי-כלכלי, דת, לאום מין או מקום מגורים.

55. גם המשפט הבינלאומי מכיר בזכות לנגישות שווה למוסדות להשכלה גבוהה כחלק מהזכות לחינוך. כך סעיף 13(ב) (3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, אשר נחתמה ואושררה ע"י מדינת ישראל בשנת 1991, מציין את הזכות להשכלה גבוהה במסגרת הזכות לחינוך, כאשר שבבסיסה עומד עקרון הנגישות השווה למוסדות השכלה גבוהה.

גם ההכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם משנת 1948 קובעת בסעיף 26(1), כי לכל אדם הזכות לחינוך וכי השכלה גבוהה צריכה להיות נגישה באופן שווה לכולם על בסיס כשרון. האמנה הבינלאומית נגד הפליה בחינוך משנת 1960 מחייבת בסעיף 4 לספק נגישות שווה להשכלה גבוהה על בסיס יכולת אינדיבידואלית.

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, עמ' 205.  
ההכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם : <http://www.un.org/Overview/rights.html> ;  
האמנה הבינלאומית נגד הפליה בחינוך : [http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d\\_c\\_educ.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d_c_educ.htm).

56. עוד יצוין, כי בשנת 1998 אימץ ארגון המדע והתרבות של האו"ם (UNESCO) את ההצהרה העולמית בדבר השכלה גבוהה למאה העשרים ואחד ( World Declaration on Higher Education ) (for the Twenty-First Century: Vision and Action). הצהרה זו מדגישה את חשיבות הנגישות השווה להשכלה גבוהה כאמצעי למימוש הזכות עצמה וקובעת, כי יש להקל על הנגישות להשכלה גבוהה של קבוצות מסוימות כמו מיעוטים לאומיים, מיעוטים תרבותיים ומיעוטי שפה, שכן קבוצות אלו עשויות הן כקולקטיב והן כפרטים לתרום מכישרונם וניסיונם לפיתוח החברה :

3(d). "Access to higher education for members of some special target groups, such as indigenous peoples, cultural and linguistic minorities, disadvantaged groups, peoples living under occupation and those who suffer from disabilities, must be actively facilitated, since these groups as collectivities and as individuals may have both experience and talent that can be of great value for the development of societies and nations. Special material help and educational solutions can help overcome the obstacles that these groups face, both in accessing and in continuing higher education."

לעיון בנוסח המלא של ההצהרה, ראה :

[http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration\\_eng.htm](http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_eng.htm)

### **הפגיעה בזכות לשוויון :**

57. הזכות לשוויון הוכרה בפסיקה כזכות חוקתית המהווה חלק מכבוד האדם. על רקע עמדת המשיב כפי שבאה לכדי ביטוי ב**נספח 11** שלעיל והעובדה כי איסור הלימודים באוניברסיטה הפתוחה חל אך ורק על אסירים ערבים המסווגים כביטחוניים. בהליך בפני בית משפט קמא טען המבקש, כי החלטת המשיב הינה מפלה בשני מישורים. במישור הראשון היא מפלה בין אסירים ערבים המסווגים כביטחוניים לעומת כלל האסירים המסווגים כפליליים שרשאים להמשיך את לימודיהם ופתוחה בפניהם האפשרות להירשם לקורסים. במאמר מוסגר יצוין, כי המשיב הוא שנושא בחלק נכבד מעלות שכר הלימוד של האסירים המסווגים כפליליים, מה שאין כן לגבי המבקש ושאר האסירים המסווגים כביטחוניים. במישור השני החלטת המשיב הינה מפלה על רקע לאום בין האסירים הערבים המסווגים כביטחוניים לבין אסירים יהודים המסווגים כביטחוניים, עליהם לא חל האיסור.

58. טעה בית המשפט קמא כשדחה את טענת המבקש בדבר האפליה בין האסירים הפליליים לבטחוניים למימוש הזכות להשכלה גבוהה, וזאת בטענה, כי האופי המיוחד הנלווה להתארגנותם

של האסירים הבטחוניים מחייב נקיטת מגבלות קפדניות בהשוואה לאסירים פליליים אחרים. קביעה גורפת זו מכשירה לכאורה נקיטת מגבלות כנגד אסירים בטחוניים ללא אבחנה וללא שקילת כל השיקולים הרלוונטיים, בעוד הפסיקה המנחה בסוגיה זו קובעת שעל המגבלות כאלה לנבוע משיקולים ענייניים ולעמוד במבחנים המשפטיים החלים על החלטה מנהלית. כך, בעניין **קונטאר** פסק השופט זמיר כי:

"הסדרים אלה חייבים לעמוד במבחנים המשפטיים החלים בדרך כלל על החלטות מינהליות: הם חייבים להיות ענייניים, סבירים ומידתיים. כך, למשל, אין להטיל על אסירים ביטחוניים מגבלה על קשר עם אנשים מחוץ לבית הסוהר אם אין היא נדרשת על יסוד שיקולים ביטחוניים או שיקולים ענייניים אחרים, אלא נובעת רק משיקולים של ענישה או נקמנות, או אם היא פוגעת באסיר מעבר למידה הנדרשת על-ידי שיקולים ענייניים... 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."

עע"מ 7488/95 **מדינת ישראל נ' קונטאר**, פ"ד (4) 492, 500, 503 (1996) (להלן: "עניין קונטאר").

59. סיווגו של אסיר כאסיר ביטחוני אינו מצדיק פגיעה שרירותית בזכויות היסוד שלו וגם אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להבחינו ביחס שאר האסירים. וכדברי בית המשפט בעניין **דוברין**:

"כחברה 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)

בגי"ץ 2245/06 **ח"כ דוברין נ' שרות בתי הסוהר**, (לא פורסם, ניתן ביום 20.3.06), פסקה 15.

60. החלטת המשיב עוסקת בזכויות יסוד בסיסיות ולכן תוצאת האפליה במישור השני דהיינו בין האסירים הערבים המסווגים כבטחוניים לעומת האסירים הביטחוניים היהודים, נגועה באחת מן ההבחנות החשודות ביותר, היא ההבחנה על בסיס הלאום ולכן הינה מפלה.

61. טעה בית המשפט קמא עת קבע, כי הטענה בדבר אפליית אסירים בטחוניים ערבים לעומת אסירים ביטחוניים יהודים הינה טענה בעלמא. בתשובת המשיב ב ע/11, צויין באופן חד משמעי 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". בנוסף, בכתב התשובה אישר המשיב כי התאפשר לאסיר בטחוני יהודי להמשיך את לימודיו גם לאחר המניעה בנימוק החל בחודש 9/11 וזאת בהתאם לחריג הקבוע בסעיף 4b לפקודה בעניין אסירים ביטחוניים, וכל שנטען הוא שלימודיו יופסקו בעתיד לאור ביטול הפקודה בעניין לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה.

62. בנושא האפליה על רקע לאום עמד הנשיא ברק בעניין **ועדת 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 שווים וזכויות וחובות במדינת ישראל".

בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, ניתן ביום 27.02.2006) בפסקה 14 לפסק דינו של השופט ברק. (להלן: "עניין **ועדת המעקב**").

63. 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);

בג"ץ 6689/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 279-280 (2000);

ראו גם עניין **ועדת המעקב**, בפסקה 18.

64. בענייננו, הדרך בה אסר המשיב על כל האסירים הערבים המסווגים כבטחוניים להשתתף בלימודים אצל המשיבה 2, ובכלל זה על המבקש, הביאה לתוצאה מפלה, וזאת בין אם הייתה היא מכוונת ובין אם לאו.

65. הנה כי כן, מדיניותו המשיב, כפי שעולה מהתשובה דלעיל, האוסרת על לימודים אקדמאיים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה מהווה שלילה סלקטיבית של זכויות מכלל האסירים הערבים המסווגים כבטחוניים, לרבות המבקש שהינו אזרח המדינה. היא לא חלה על שאר האסירים הפליליים או אסירים יהודים שביצעו עבירות ביטחוניות. האבחנה בין אסירים ביטחוניים ערבים לבין האחרים אינה רלבנטית לצורך לימודים במסגרת הקורסים של המשיבה 2, שהרי אין בין לימודים אלה לבין סיווג האסירים כבטחוניים ולא כלום. מכאן, כי המדובר בהפליה פסולה הן על רקע סיווג האסירים והן על רקע לאום.

#### **השלכות הפסקת הלימודים על המבקש וזכותו לשיקום :**

66. בית המשפט קמא לא הכריע בטענת המבקש בעניין הזכות לשיקום. בעתירתו הרחיב המבקש על חשיבות הלימודים בעבורו, ובמיוחד בהיותם הדרך היחידה והמשמעותית לשיקומו בין כותלי בית הסוהר כאסיר ביטחוני שלא מוצעות לו כל תוכניות שיקום בבית הסוהר ואף ללא עיסוק בעבודה כלשהי.

67. המבקש הצביע על מחקרים בדבר חשיבותם של לימודים אקדמיים בעבור אסירים, להעשרה ולגירוי של האינטלקט. מחקרים אלה קובעים כי לימודים אקדמיים מסייעים בשינוי דפוסי הנהגותם של האסירים, וכי חינוך והשכלה בכלא, ככלל, מסייעים בחיזוק הקשרים של האסירים עם המשפחה וליכולתם להקים משפחה לאחר השחרור מהכלא.

68. למותר לציין, כי שיקום האסיר משרת לא רק את האסיר אלא גם את החברה, אליה הוא עתיד לשוב עם תום מאסרו. בכתב התשובה לעתירה הפנה המשיב לנספח ב' שצורף לה ושהיווה חלק בלתי נפרד הימנה, בסעיף 36 לנספח זה הכחיש המשיב את קיומה של הזכות לשיקום בטענה כי לאסירים בטחוניים תושבי האזור אין זכות מוקנית לשיקום.

69. מבלי לדון בשאלת זכאותם של האסירים תושבי האזור לקבל שירותי שיקום, שאינה מענייננו, טען המבקש במהלך הדיון בעתירה והינו חוזר על טענתו גם לצורך בקשה זו כי מעמדו כאזרח שאינו נשלל בהיותו אסיר או בשל סיווגו כאסיר בטחוני, מזכה אותו בשירותו שיקום, שעד היום לא הוענקו לו במסגרת מסודרת. כאמור לעיל, עד להחלטת המשיב נשוא בקשת ערעור זו, הלימודים האקדמיים אמצעי חשוב להקלה של חווית המאסר, ושל הקשיים הנלווים לשלילת חירותו, והכלי היחיד שיכול לסייע בשיקומו והכנתו לקראת שובו לחברה עם סיום מאסרו, ככל אסיר אזרח אחר.

70. לא אחת העביר בית המשפט העליון ביקורת על העדר מסגרת שיקומית עבור אסירים בטחוניים, ועל התוצאות החיוביות שמסגרות אלו מספקות, לרבות באופקים רחבים של חינוך והשכלה, הן לגבי אסירים בטחוניים קטינים והן לגבי אסירים בטחוניים צעירים דוגמת המבקש. בע"פ 10118/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 30.04.2007) נאמר בפסקה ח(2)(ב) לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין:

"השאלה העולה היא מדוע אין בשירות בתי הסוהר הסדרים מתחייבים בתחום הסוציאלי והחינוכי, ברוח החוק הנזכר. הדעת נותנת כי איש אינו מעוניין שהקטינים (או צעירים מאוד אחרים) הבאים בשערי בית הסוהר ובצקלונם עבירות בתחום הטרור, יזכו לשרוג בעבריינות, ובית הסוהר יהפוך להם לאוניברסיטה למדעי הטרור, על פי החברה הטרוריסטית בה ישוהו, בלא שמנגד ישנו מאמץ, גם אם סיכווי מעורפלים, לטיפול, לתעסוקה, לחינוך. האינטרס אינו של הקטינים או הצעירים בלבד, ואין זה הופך את בית הסוהר, יהא הטוב שבהם ולא כל שכן מתקן כמו "דמון", לבית הבראה; הדבר הוא אינטרס הציבור, כדי למצות את הסיכוי – גם אם אינו מזהיר בכל המקרים – שהעבירות היו מעידות נעורים, וניתן להביא את האנשים לתפקוד נורמטיבי ומועיל".

ראו גם ע"פ 4682/11 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 28.12.2011) בפסקה יט לפסק הדין.

71. למרות דברים ברורים אלה התעלם בית המשפט קמא מהפגיעה החמורה של החלטת המשיב בשיקומו של המבקש.

## **II. הפגיעה בזכויות החוקתיות הינה בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה:**

### **חוסר סמכות ופגיעה שלא לפי חוק**

72. טעה בית המשפט קמא משאפשר פגיעה בזכויותיו החוקתיות של המבקש ללא שקבע שקיימת הסמכה מפורשת לכך בחוק.

73. בהתאם לכתב התשובה שהוגש ע"י המשיב בבית משפט קמא, פקודת נציבות בתי הסוהר מס' 04.48.00, שכותרתה "לימודי אסירים ביטחונים באוניברסיטה הפתוחה" בוטלה ביום 12.09.2011, כלומר ארבעה ימים לאחר שהוגשה העתירה נושא הערעור לבית המשפט קמא. מכאן, כי בעת קבלת החלטת מניעת לימודי האסירים הביטחוניים בחודש יוני 2011, פקודת הנציבות הייתה עדיין בתוקף. בסעיף 33 לפקודה זו נקבעו התנאים לשלילת הזכות להשתתף

בלימודים ומשום כך העלה המבקש טענות בדבר העדר סמכות לבטל את הלימודים משתי סיבות חלופיות, שכל אחת מהן מהווה עילה עצמאית לקביעה כי ההחלטה נשוא העתירה הינה בטלה :

א. כי ההחלטה נסמכת על הוראה כללית וגורפת, שאינה עונה על התנאי הראשון של פסקת ההגבלה, המחייב כי הוראת חוק הפוגעת בזכות תהיה ברורה מפורשת וספציפית.

ב. כי ההחלטה התקבלה תוך חריגה קיצונית מסמכות ועל יסוד שיקולים זרים, שהינם החורגים מתחום אחריותה של הרשות.

74. המבקש הוסיף וטען במהלך הדיון שעם ביטול הפקודה ובהעדר הסדרת נושא הלימודים הגבוהים של האסירים הבטחוניים הן בפקודה הכללית והן בפקודה ספציפית, הרי שסעיף 1א לכללים ביחס לאסירים בטחוניים מחייב אכיפת זכויות בכפוף למערך הקיים לגבי יתר האסירים, דהיינו בהתאם לפקודה מס' 04.49.00 שכותרתה לימודי השכלה על תיכונית במסגרות חוץ לאסירים פליליים.

75. בית המשפט קמא קבע, כי הפקודה מיועדת לקבוע את הנוהלים הפנימיים של שב"ס לאישור הלימודים ולא דן כלל בשאלת העדר הסמכות בשני היבטים שפורטו לעיל ומסיבה לא ברורה ציין בהחלטתו שהמבקש יוצא כנגד סמכות שב"ס לבטל את הפקודה, טענה שלא הועלתה כלל ע"י המבקש לא בגוף עתירה ואף לא במהלך הדיון.

76. טעה בית המשפט קמא גם בקביעתו, כי דרישת החוקיות מתקיימת ע"י הענקת סמכות לשב"ס להטיל מגבלות על האסירים ללא הוראה מפורשת בחוק. בית המשפט קמא ציטט אמירה מפסקה 13 בעניין **קונטאר** שלעיל לפיה "שיקול הדעת בעניין הצורך בהטלת מגבלות על אסירים מופקד לפי החוק בידי שב"ס: האחריות לשמירת הסדר והביטחון מוטלת עליו ולפיכך גם הסמכות הנדרשת לצורך זה מוקנית לו". ואולם בית המשפט קמא התעלם מהקביעה המפורשת והמאוחרת שנקבעה בעניין **יונס**, שעסקה בשאלת הסדרת זכויות אסירים ובעיקר בנוגע למדיניות הנוגעת לקשרי האסירים עם העולם החיצון, וקבעה כי לא די בהפקדת הסמכות בידי שב"ס להנהגת סדר וביטחון בבית הסוהר, הן מכח עקרון החוקיות והן למניעת האפשרות כי יופעל שיקול דעת שיביא לפגיעה קשה בקשרי האסיר עם העולם החיצון מחוץ לבתי הכלא, בנוסף לאור המורכבות שבהענקת סמכות שעניינה פגיעה בזכויות והמומחיות הנדרשת לקביעת נהלים והטלת מגבלות. כב' השופט דנציגר התייחס לסוגייה זו בעניין **יונס** בלשון זו :

"ער אני לכך כי בעניין קונטאר נקבע כי די בהסמכה הקבועה בסעיף 8א לפקודת בתי הסוהר כדי להסמיך את נציב שב"ס לקבוע בפקודת נציבות הסדר לגבי קשר טלפוני של אסירים שאינו מוסדר בפקודת בתי הסוהר; כי די בה כדי שהנציב יקבע נוהל נפרד הנוגע לקשר טלפוני של אסירים ביטחוניים (עניין קונטאר הנ"ל, בעמ' 497-498); וכי בכלל זאת מוסמך נציב שירות בתי הסוהר להתחשב בשיקולים של סדר ציבורי וביטחון המדינה (עניין קונטאר הנ"ל, בעמ' 502). יחד עם זאת, סבורני כי ראוי שהשיקולים שנציב שב"ס רשאי לשקול בקביעת מדיניותו בנוגע לקשרי אסירים עם העולם שמחוץ לבית הכלא יוסדרו במפורש על ידי המחוקק, וכי ראוי שתבוצע התאמה של הוראות פקודת בתי הסוהר לאמצעי התקשורת הקיימים כיום ושלא היו קיימים או נהוגים במועד בו נחקקו ההוראות הנוגעות בדבר בפקודת בתי הסוהר. דומה כי הדבר אינו מתחייב רק מעקרון חוקיות פעולות המינהל אלא גם מן האפשרות כי הפעלת שיקול הדעת המוקנה לנציב שב"ס תוביל, במקרים מסויימים, לפגיעה קשה בקשרי אסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא, ובפרט פגיעה בזכותו למשפחה [השוו: עניין האגודה לזכויות האזרח]. אכן, הסמכות שהוענקה לנציב שירות בתי הסוהר אינה דומה לסמכות מנהלית רגילה בשל מורכבותה הרבה. דומה כי היא דורשת מומחיות רבה כמו גם גמישות והתאמה למצבים

**משתנים ולצרכי השעה, אך אין בכך כדי להפחית מן הצורך לקבוע אמות מידה כלליות לפעולת המשיב, שניתן לטעון כי אינן מתמצות באלה הקבועות בסעיף 80א לפקודת בתי הסוהר" (ההדגשה אינה במקור).**

רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, ניתן ביום 07.10.2010), פסקה 67 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר.

77. מכל האמור עולה, כי לא התקיים תנאי החוקיות שבפסקת ההגבלה ודי בכך כדי לקבוע כי נפלה טעות מהותית בהחלטת בית המשפט קמא ולבטלה.

### **תכלית החלטת המשיב**

78. לעניין התכלית העומדת בבסיס החלטת המשיב, קבע בית המשפט, בהסתמך על ראיות חסויות וגורפות, כי הטבות שניתנו לאסירים בטחוניים נוצלו ע"י ארגוני טרור לתגמול חלק מאותם אסירים, בדרכים מתוחכמות שונות וכן לצורך יצירת קשר והעברת מסרים מהכלא החוצה וההיפך, וכך שוכנע בית המשפט כי התרת המצב על כנו יש בו כדי להביא לעידוד הטרור ולפגיעה ממשית בבטחון המדינה.

79. טענות אלו הומצאו בתגובה לעתירה אך העובדות בשטח מראות, כי התכלית האמיתית שעמדה בבסיס החלטת המשיב היתה להחמיר בתנאי הכליאה על רקע חטיפת החייל גלעד שליט. כך, 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 ח"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: צמצמו 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 **כנספח ב/22**.

80. 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.

81. למעשה נציג המשיב שנכח בישיבת הכנסת לא שלל את הטענה, כי מניעת לימודים אקדמיים מהווה חלק מאותה תוכנית לשלילת זכויות מהאסירים הביטחוניים עליה הצהירה הממשלה כמתואר לעיל. הוא אף הוסיף כי בקרוב תיבחן החמרה בעוד תנאי מאסר של האסירים הביטחוניים.
82. הנה כי כן, טעה בית המשפט כשאימץ את האמור בחוות הדעת המודיעינית כתכלית מניעת לימודי המבקש. כפי שפורט לעיל, עניינו של החייל גלעד שליט הוא שעמד בבסיס מדיניות המשיב לשלול זכויות מאסירים לרבות בעניין הלימודים האקדמיים ולא מניעת " עידוד פעילות טרור ופגיעה ממשית בביטחון המדינה " היתה התכלית שעמדה בבסיס ההחלטה.
83. יצוין, כי המשיב הודה בסעיף 9 לכתב התשובה לעתירה, כי ביסוד בדיקת תנאי מאסרם של האסירים הביטחוניים אכן עמדו מאמצי הממשלה לשחרור החייל גלעד שליט ובמהלך הבדיקה נעשתה בדיקה משפטית שהחילה מדיניות חדשה כלפי האסירים הביטחוניים.
84. יודגש, כי שלילת הלימודים האקדמאיים מהאסירים הביטחוניים אינה נוגעת לביטחון בית הכלא, היא לא התקבלה למען שמירה על הסדר והשלום בבית הכלא, היא אינה נוגעת לטעמים ביטחוניים הקשורים לעצם הלימוד עצמו או לתכניו, והיא לא מתייחסת כלל למאפיינים של התנהגותו האישית של המבקש בבית הכלא. כמו כן, ההחלטה התקבלה ללא בדיקת השלכותיה הפרטניות על המבקש או על אחרים, וללא תשתית עובדתית רלבנטית המתייחסת להפסקת הלימודים ולהשלכותיהם על המבקש או על אסירים אחרים.

### **פגיעה בלתי מידתית**

85. טעה בית המשפט קמא כשקבע, כי החלטת המשיב לאסור על המבקש לממש את זכויותיו החוקתיות, עומדת במבחן המידתיות. ראוי לציין, כי טעות מהותית נוספת בהחלטת בית המשפט קמא הינה כי בכל הפסקאות המנתחות את מבחן המידתיות, בית המשפט לא התייחס לזכות שנשללה כזכות יסוד אלא נקב בביטויים "הטבות" או "הקלות" וזאת חרף קביעתו מדובר בזכות חוקתית הנגזרת מחוק יסוד: חופש העיסוק.

### **מבחן המשנה הראשון: העדר קשר רציונאלי בין התכלית לאמצעי, גורפות והעדר בדיקה אינדיבידואלית:**

86. טעה בית המשפט עת קבע, כי מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי לתכלית התקיים בענייננו. גם אם תתקבל הטענה לפיה החלטת המשיב נועדה לתכלית בטחונית הנטענת בחומר המודיעיני, המבקש יטען שאין באיסור הגורף על לימודים אקדמיים עליו הורתה החלטת המשיב בכדי לקיים זיקה כלשהי לתכלית זו, שעשויה להסמיך פגיעה אבסולוטית בזכויות יסוד. הגורפות והעמימות המאפיינות את ההחלטה מבוססות על הנחה מוטעית לפיה לימודיו של כל אסיר המסווג כבטחוני, 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 בטחוניים ללמוד במסגרת המשיבה 2 והדבר לא פגע בביטחון המדינה.

87. טעה בית המשפט קמא משקבע, כי על סמך אותו חומר סודי שהוגש בפניו, ניתן לפגוע בזכויות כל האסירים הביטחוניים לרבות המבקש ולשלול מהם את הזכות ללמוד באוניברסיטה הפתוחה מבלי שנתן משקל לשאלת סיווג המבקש בבית הכלא וללא עריכת בדיקה אינדיבידואלית להערכת הסיכון הנובע מלימודיו של המבקש הספציפי.

88. כמו כן, שלילת הזכות באופן אבסולטי וגורף מכלל האסירים הביטחוניים הערבים אינה מתיישבת עם מסקנות חוות הדעת, שהרי כפי שהבהיר בית המשפט קמא: "ההטבות שניתנו לאסירים ביטחוניים נוצלו על ידי ארגוני הטרור לתגמול חלק מאותם האסירים" (עמ' 10 להחלטה- שורות 15-16) (ההדגשה לא במקור). אמירה זו מצביעה על הגורפות ובלתי הסבירות של ההחלטה המורה על שלילת הזכות מכלל האסירים הביטחוניים הערבים לרבות המבקש על אף שהחומר המודיעיני לכשעצמו מתייחס לתגמול חלק מאותם אסירים בלבד.

89. המבקש יטען, שאינו נמנה על אותם אסירים שחוות הדעת המודיעינית מתייחסת אליהם וכי בפני בית המשפט קמא הוכח כי בעניין אחר הנוגע למבקש, אישר המשיב כי המבקש אינו מסווג בבית הכלא כמי שמשתייך לארגון כלשהוא בהתאם. ראה **נספח ב/2** לעיל.

90. כאמור לעיל בתעודה בדבר ראיות חסויות שהוגשה ע"י המשיב (**נספח ב/16**) צויין כי מסירת הראיות עלולה לפגוע בבטחון המדינה וזאת בהקשר לחוות הדעת בנושא "קבלת כספי טרור על ידי אסירי חמאס בבתי הכלא בישראל", וחוות דעת של מחלקת מודיעין בנושא "העברת כספי טרור למוטיב חמאס". מסיבה זו וגם בשל מעמדו הברור של המבקש כמי שאינו משתייך לארגון חמאס או ארגון עוין אחר וכמי שלימודיו ממומנים על ידי משפחתו בלבד, הסכים המבקש כי החומר הסודי יוגש מבלי להיזקק להגשת עתירה לגילוי ראיה.

91. המבקש יטען עוד, כי טעה בית המשפט קמא משקבע שלא נדרשת בדיקה אינדיבידואלית המוכיחה את הקשר בין האמור בחוות הדעת לאסיר הספציפי. קביעה זו סוטה מהמבחנים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון ומחייבים עריכת בדיקה אינדיבידואלית.

92. נוסף כי את הבדיקה האינדיבידואלית יש לערוך באופן שימנע פגיעה שרירותית באסירים ובזכויותיהם. חוות הדעת אמורה לא רק להוכיח העברה או אי העברת מסרים או כספים למימון הלימודים, אלא גם שהקשר הספציפי המדובר, מבחינת אופיו, היקפו וטבעו, עלול להפוך את הזכות ללמוד במסגרת האוניברסיטה הפתוחה לסכנה לביטחון המדינה. הסתפקותו של בית המשפט קמא בחוות דעת כללית כאמור תגרום לשלילת זכויות רציניות מהאסיר באופן גורף וללא ביקורת שיפוטית. אי עריכת בדיקה אינדיבידואלית פוגעת פגיעה בלתי מדתית בזכויותיו החוקתיות.

93. ודוק, ההלכה הפסוקה קובעת כי פגיעה בזכות יסוד מחייבת בדיקה אינדיבידואלית, הלוקחת בחשבון את נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה. כך לאחרונה נידונה שאלת ההסדרים הגורפים ונפסק כי הוראת סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, המביאה לשלילת גמלת הבטחת הכנסה מאדם המחזיק או משתמש ברכב ואינו עומד בחריגים הקבועים בסעיף 9א(ג) לחוק, אינה מידתית, ומשום כך אינה עומדת במבחני החוקתיות, במיוחד לאור החלת ההסדרים הגורפים והעדר בחינה הפרטנית. כב' הנשיאה בייניש ביארה סוגייה זו וקבעה:

"הסדרים גורפים, מעצם טיבם, אינם מתחשבים במצבו הפרטני של כל אדם ואדם. הם מבוססים על מבחנים סטטיסטיים ועל הערכה שמוחלת באופן אחיד וללא

הבחנה. קיימת בהם בעייתיות טבועה בשל נכונותם להתעלם מנסיבות של מקרים קונקרטיים. ... הסדרים גורפים תמיד נוטים להיות פשוטים להחלה וליישום בהשוואה לבחינה פרטנית. אולם המטרה אינה מקדשת את האמצעים. "יעילות" אינה בבחינת ערך עליון כאשר עסקינן בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן. **כך בכלל וכך בפרט, כשעסקינן בבחינת הכנסותיו של אדם, הנעשית ממילא באופן פרטני ואינדיבידואלי**". (ההדגשה אינה במקור)

בג"ץ 10622/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (טרם פורסם, ניתן ביום 28.02.2012) בפסקאות 66 ו-69 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש. (להלן: "עניין חסן").

94. בית המשפט קבע, כי למרות היעילות שמספק הסדר גורף, חובת הרשות המנהלית לערוך בדיקה אינדיבידואלית כשיש פגיעה בזכויות יסוד והדברים אמורים במיוחד במקרים בהם נדרשת בחינת הכנסותיו של אדם. בעניין **חסן** הטיל בית המשפט חובה על הרשות המנהלית, וזאת בידיעה כי היא תבוצע בבקשותיהם של תובעי הבטחת הכנסה, המונים אלפים רבים. מקל וחומר בערעור דנן, בו נדרשת בחינת אינדיבידואלית לאופן מימון לימודי המבקש הספציפי ולכלל היותר לגבי האסירים הערבים המסווגים כבטחוניים ואשר למדו לתארים אקדמיים, המונים עשרות בודדות בלבד.

95. בית המשפט העליון קיבל בעבר עתירה שתקפה את חוקתיות 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 קבע כי:

"אכן, **הדרך המידתית 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". (ההדגשה לא במקור).

בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.2006), פסקה 37 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: "עניין עדאלה");

ראו גם: בג"ץ 5627/02 **סיף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, נח(5) 70 (2004).

96. סוגיית הבדיקה האינדיבידואלית עלתה גם בעניין **חליחל**, שם העותר ביקש לנסוע ללבנון ולהשתתף בפסטיבל לקבלת פרס ספרותי, בית משפט נכבד זה קבע, כי לא נמצאה מניעה ביטחונית ספציפית הנוגעת למבקש וליציאתו בניגוד למקרים אחרים שבהם התנגדה המדינה ליציאת אזרחיה למדינות אויב מטעמי ביטחון פרטניים. כב' השופט מלצר התייחס בפסק הדין לצורך בהפעלת שיקול דעת פרטני:

"ככלל, אין פסול בקיומה של מדיניות לגבי אופן הפעלת שיקול דעת במקרים שונים וכבר ציינו כי המדיניות הכללית שמנחה את המשיבים בתחום זה היא סבירה לעצמה. ואולם, גם כאשר גובשה מדיניות שכזו – ואפילו קיימים כללים וקריטריונים להפעלת המדיניות (ואיננו עוסקים כאן בשאלה זו, שהיא למעשה חלק מהראש השני של העתירה שטרם נדון) – על הרשות לפעול תוך הפעלת שיקול דעת פרטני ולבחון כל מקרה לגופו. זוהי הסוגיה של "המקרה המיוחד" במשפט המינהלי ועל הרשות המינהלית מוטלת חובה להתחשב בו במסגרת שיקול דעתה, שאם לא תעשה כן – יהיה בכך כדי לפגום בחלטתה. במקרה שלפנינו התנגדות המדינה נבעה מטעמים כלליים, ולא הובא כל חומר ביטחוני שלילי הנוגע למבקש עצמו. בנסיבות אלה, הגם ששיקולי הביטחון הכלליים הם חשובים, דומה כי על שר הפנים היה להוסיף ולבחון את יתר השיקולים, ולא להסתפק בקביעה העקרונית כי אין להתיר את היציאה מטעמים מופשטים של ביטחון המדינה."

בג"ץ 2390/10 **חליחל נ' שר הפנים** (טרם פורסם, ניתן ביום 23.05.2010) בפסקאות 16-17.

ראו גם:

בג"ץ 653/83 **מבע מוציאים לאור נ' סגן נציב מס ההכנסה**, פ"ד לט(3) 29, 35-36 (1985);

יואב דותן "ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה והמקרה הפרטי המיוחד" **משפטים** כ"ד 425 (תשנ"ה);

אסף רנצלר **שימוש חורג במקרקעין**, פרק ג' נורמות כלליות ובעיית המקרה המיוחד, 109-65 (2009);

דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי**, כרך א' 201-202 (2010) (להלן: דפנה ברק-ארז).

97. בעניין **פלוני** נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלת חוקתיות החזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, הרואה באותו לוחם כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, לאחר שהמדינה הצהירה בפני בית המשפט, כי אין היא נוהגת לפעול לפי אותה חזקה, כל עוד לא הוכיחה מסוכנות אינדיבידואלית.

ע"פ 6659/06 **פלוני נגד ממשלת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 11.6.2008).

98. חובת המשיב לשמור על כבודם וזכויותיהם של האסירים ולבחון הגבלות זכויותיהם בקפידה **ובאופן פרטני** חלה על כלל האסירים ללא קשר לסיווגם בבית הסוהר, כלשונה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **דוברין**:

"כחברה 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 בטחוני.**" (הדגשה לא במקור).

בג"ץ **דוברין**, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

99. בפרשת **Campbell** שנדונה בפני בית הדין האירופי לזכויות האדם נקבע, כי חוק בריטי המתיר באופן גורף את בחינתם של דברי הדואר שמקבלים אסירים מעורכי דינם מפר את הזכות לפרטיות הקבועה בסעיף 8 לאמנה האירופית. בית הדין קבע, כי לצורך הגשמתה של התכלית הביטחונית שעמדה בבסיס אותו חוק, בבדיקות המתבססות על חשד אינדיבידואלי ואין להתיר פגיעה גורפת בזכות לפרטיות.

**Campbell v. United Kingdom**, (15 EHRR 137 (1993));

See also: **Aphteker v. Secretary of State** 378 U.S. 500, 504, 515 (1964).

### מבחן המשנה השני: אמצעי פחות בחומרתו

100. טעה בית המשפט קמא כשדחה את טענת המבקש, כי לימודי האסירים המסווגים כבטחוניים אינם מפוקחים מכח שיטת הלימוד המוצעת על ידי המשיבה 2 והמבוססת בעיקרה על הוראה מרחוק בתיאום ופיקוח קציני החינוך בבתי הסוהר. כך אף באשר לקביעת בית המשפט קמא, כי עצם הלימודים והעברת חומרי לימוד למשיבה 2 יש בהם כדי להעביר מסרים המסכנים את בטחון המדינה (נספח ב/1, עמ' 11, שורות 25-22). קביעה זו משמעה שחומרי לימוד, עבודות ובחינות של המשיבה 2, משמשים להעברת מסרים המשרתים ארגוני טרור, ובכך מחשיד את כלל המרצים, המתרגלים והבוחנים הפועלים מטעם המשיבה 2 כבקבלת והעברת מסרים לארגוני טרור.

101. במישור השני קבע בית המשפט, כי לא ניתן למנוע תיגמול של אסירים בטחוניים על ידי מימון לימודיהם על ידי ארגוני טרור באופנים עקיפים שונים ורבים עד שהכספים מגיעים מארגוני הטרור לגורם המשלם את עלות הלימודים. טענה זו, גם בהנחה שהיא נכונה לגבי חלק מהאסירים שחוות הדעת מתייחסת אליהם, הינה גורפת ומרחיקת לכת, שהרי שיטת הלימודים מרחוק עונה על התכלית הביטחונית וכדי לצמצם את הסיכון באופן שמקיים את התכלית, די בבחינת שיטת העברת חומרי הלימוד על ידי המשיבה 2 ובחינת מימון לימודי האסירים במבחן אינדיבידואלי, הלוקח בחשבון את נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה.

### **מבחן המשנה השלישי: מבחן המידתיות הצר**

102. מבחן זה בודק האם התועלת הצומחת מההחלטה עולה על האינטרסים בדבר הפגיעה בזכויות היסוד והאם ההחלטה הינה כדאית וחיונית גם אם היא פוגעת בזכויות יסוד. בכפוף לקיומן של דרישות אלה בודק מבחן המשנה השלישי האם תכלית החקיקה מצדיקה את האמצעים שנבחרו להגשמתה.

103. קביעת בית המשפט קמא, כי הפגיעה בזכויות היסוד של המבקש הינה פגיעה זמנית וכי יוכל להשלים את לימודיו כשיתחרר מבית הסוהר, שגויה ביסודה ומרוקנת את הזכות מתוכן.

104. המבקש יטען, כי הנזק אשר ייגרם לו כתוצאה משלילת האפשרות ללמוד אצל המשיבה 2 פוגעים בזכויות יסוד, באופן חמור העולה בעוצמתו מכל תועלת אחרת אשר תצמח למשיב כתוצאה ממדיניותו הבלתי חוקתית. הדברים אמורים במיוחד לאור העדר בדיקה אינדיבידואלית, הגורפות של החלטת המשיב, והיותה נעדרת קריטריונים מהותיים בעניין אופן הפעלתה.

לאור כל האמור לעיל, יטען המבקש כי שגה בית המשפט קמא כשדחה את עתירתו ועל כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן רשות ערעור על ההחלטה, לקבל את ערעור המבקש ולאפשר לו להירשם וללמוד בקורסים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה.