

בעניין: מרוואן ברגותי, ת.ז 959251745

(עציר בכלא הדירים)

באמצעות עו"ד עביר בכר ו/או חסן ג'בארין ו/או ריאד אניס ו/או ח'דר שקיראת ו/או ארנה כהן ו/או מרוואן דלאל ו/או גדיר ניקולא ו/או סוהאד בשארה ו/או מוראד אלסאנע; מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, טל': 04-9501610 פקס: 04-9503140, ת.ד 510, שפרעם 20200.

במקרה חירום: 064-863864

**העותר**

- נ ג ד -

**1. שירות בתי הסוהר**

על-ידי פרקליטות מחוז המרכז

**המשיב**

**עתירת אסיר**

- מוגשת בזאת עתירת אסיר לפיה מתבקש ביהמ"ש הנכבד להורות למשיב לבוא ולתת טעם:
1. מדוע לא לבטל את ההחלטה המורה על החזקת העותר בבידוד למשך 5 ימים החל מיום 4/12/02.
  2. מדוע לא תבוטל הוראת המשיב האוסרת על כל העצורים/אסירים להעניק ראיונות לכלי התקשורת.
  3. לחילופין, מדוע לא לבטל את ההחלטה המורה על החזקת העותר בבידוד למשך 5 ימים בגין ביצוע עבירה משמעתית ולהחליפה בעונש הפוגע פחות בכבודו ובחירותו האישית.

**בקשה לקיום דיון דחוף בעתירה**

עניינה של עתירה זו הנו החלטתו של המשיב מיום 3/12/02 לשלוח את העותר לבידוד לתקופה של 5 ימים בגין ביצוע עבירת משמעת האוסרת מתן ראיונות לכלי התקשורת. העותר נשלח לבידוד

ביום 4/12/02 בשעה 10:00 בבוקר. קיימת חשיבות מיוחדת לקיום הדיון בעתירה בהקדם לאור העובדה כי אין כל צידוק בשהייתו הממושכת והבלתי חוקית בבידוד. אי קיום דיון דחוף ייתר עיקר סעדי העתירה. אי לכך בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון דחוף בעתירה דנן.

## **ואלה הם נימוקי העתירה:**

### **הרקע העובדתי**

1. העותר הנו פלסטיני תושב רמאללה, נמצא במעצר מיום 15/04/02 וביום 14/08/02 הוגש נגדו כתב אישום, אולם טרם ניתנה החלטה בדבר מעצרו עד תום ההליכים המשפטיים. העותר הנמצא כיום בבית המעצר, כלא הדרים.

2. ביום 3/12/02 נערך מפגש בין העותר לבין עורך דינו מר ח'אדר שקיראת בכלא הדרים.

3. ביום 4/12/02, לאחר המפגש שנערך בין העותר לבין עורך-דינו מר שקיראת, פורסמה ידיעה בכלי תקשורת רבים, לפיה העותר קורא מבית הכלא להחלפת ההנהגה ברשות הפלסטינית והוא התייחס בין היתר לזכותם של הפלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה להתנגד לכיבוש הישראלי בשטחים הכבושים.

רצ"ב הידיעה שפורסמה בעיתון הארץ מיום 4/12/02, כנספח שסימנו ע/1.

4. על פי הידיעה שפורסמה בעיתון הארץ מיום 5/12/02, ובהסתמך על דברים שנמסרו מפי דוברת שירות בתי הסוהר, גבי אורית מסר-הראל, נדון העותר לחמישה ימי בידוד בעקבות הראיון שהעניק לסוכנות החדשות AP ביום 3/12/02, וכי העותר נענש בגין הפרת הנהל האוסר על כל העצורים להעניק ראיונות לתקשורת.

רצ"ב הידיעה מעיתון הארץ מיום 5/12/2 כנספח שסימנו ע/2.

5. יש לציין, כי דוברת שרות בתי הסוהר אישרה, בשיחה טלפונית לח"מ, את כל האמור בכתבה בעיתון הארץ לעיל. הדוברת ציינה בפני הח"מ, כי אין לה מידע נוסף לגבי המקרה דנן מלבד זה אשר פורסם בעיתונות.

6. ביום 5/12/02, בעקבות פרסום הידיעה בתקשורת על העונש שהוטל על העותר, ניגש עורך-דינו של העותר מר ח'אדר שקיראת אל בית כלא הדרים וביקש להיפגש עם לקוחו, העותר. עורך דין שקיראת המתין למעלה משלוש שעות בבית הכלא, אולם המשיב סירב לאפשר לו להיפגש עם העותר בטענה, כי לא ניתן אישור על ידי מנהלת בית הכלא. בשיחה טלפונית עם מנהל משרדו של סגן מנהלת בית הכלא, ביקש עו"ד שקיראת לקבל העתק

מהדו"ח המשמעותי ומההחלטה בנוגע לעונש בידוד שהוטל על העותר, אולם זה הראשון  
כי "יש מצב חירום, לא נוכל להיענות לבקשתך".

רצ"ב תצהירו של עו"ד שקיראת עם פירוט של השתלשלות העניינים בבית הכלא, כנספח  
שסימנו ע/3.

7. הח"מ ניסתה לקבל העתק מדו"ח המשמעות, ההחלטה בדבר העונש ונוסח ההוראה  
הספיציפית שנטען כי העותר הפר, אולם מבית הכלא נמסר, כי לא ניתן להשיג את החומר  
המבוקש לפני יום ראשון, 8/12/02.

### תוכן הדברים שצוטטו מפיו של העותר

8. על פי הידיעה שפורסמה בעיתון הארץ, מאת הכתב ארנון רגולר, מיום 4/12/02 בדבר  
דבריו של העותר כפי שנמסרו לעורך דינו מר שקיראת, צוטט העותר כמי שאמר:

" הרשות הפלשתינית צריכה לפנות את מקומה להנהגה צעירה  
יותר באמצעות בחירות שייערכו מוקדם ככל האפשר".

...

"הגיע הזמן שרבים מהמנהיגים הפלשתינים ייפנו את מקומם  
אחרי שנכשלו בתפקידם ומעלו באחריותם בקרב המכריע הזה-  
האינתיפאדה. הדבר צריך להיעשות בתהליך דמוקרטי מוקדם  
ככל האפשר".

"בהתייחס להמשך האינתיפאדה אמר ברגותי כי "ההתנגדות"  
(ברגותי משתמש במודע למינוח הזה, המשתמע למישור הצבאי  
ולפיגועים בשטחי הגדה ועזה, א"ר) לכיבוש היא זכות מקודשת  
של העם הפלשתיני לאור האמצעים שישראל משתמשת בהם  
נגד הפלשתינאים בשטחים. אסור לאיש לשכוח שהפלשתינאים  
נשאו ונתנו עם ישראל במשך עשר שנים וקיבלו הסכמים קשים  
ומשפילים, ובסופו של דבר לא קיבלו כלום חוץ מאחריות על  
האנשים, ללא אחריות על השטח והריבונות".

ראו ע/1.

9. העותר יטען, כי הדברים אשר צוטטו מפיו התייחסו במפורש לעמדתו הפוליטית בעניין  
האופן שבו מתנהלים העניינים הפנימיים ברשות הפלסטינית. כאחד אשר מכהן  
בתפקידים פוליטיים שונים לרבות חברות במועצה הפלסטינית שנבחרה על-פי הסכמי  
הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית, יש לו זכות להביע עמדה בנוגע להנהגה  
הפלסטינית, תפקודה והעתיד הצפוי לה.

10. חלקם השני של הדברים שצוטטו מתייחס לעמדתו באשר לדרך פתירת הסכסוך  
הפלסטיני-ישראלי. בעניין זה העותר חזר על עמדתו הידועה לכל, כי על הפלסטינים  
להילחם נגד הכיבוש בתחום השטחים הכבושים. מדובר בעמדה פוליטית אידיאולוגית  
אשר לא פעם חזר העותר עליה בפורומים שונים. יש לציין, כי עמדה זו מוצאת לה  
תימוכין אפילו בכתב האישום שהוגש נגד העותר אשר בבירור מראה כי הוא מתנגד

בתוקף לכל מעשה אלים נגד האזרחים בישראל ודבק בעמדה כי את ההתנגדות והמאבק יש לבצע בתחום השטח הכבוש.

11. יובהר כי, עד למועד כתיבת שורות אלו, לא עלה בידי הח"מ להשיג את ההוראה האוסרת על אסירים להתראיין לכלי התקשורת. על כן ההתייחסות להלן היא בהסתמך על מה שדווח בעיתונות בדבר הימצאותה של הוראה שכזו, דברים אשר אושרו על ידי דוברת שירות בתי הסוהר הן בפני העיתונות והן בפני הח"מ, ב"כ העותר.

### הטיעון המשפטי

12. העותרים יטען, כי החלטתו של המשיב הנה בלתי חוקית, ופוגעת מעל הנדרש בזכויות החוקתיות של העותר לרבות זכותו לחופש ביטוי, חירות רוחנית ולאוטונומיה אישית. העותר יוסיף ויטען, כי ההוראה האוסרת עליו להתראיין הנה גורפת ובלתי חוקית עומדת בניגוד להוראות פסקת ההגבלה, ואי לכך דינה להתבטל.

### זכויות האדם בין חומות הכלא והחובה להגן עליהן

13. הלכה פסוקה היא, שזכויות האדם של האסיר/עציר אינן נפגעות רק בשל עובדת המאסר, אלא הן ממשיכות לחול אף בתוך בית הכלא. כניסוחו כב' של השופט אלון בפרשת **הוקמה נ' שר הפנים**<sup>1</sup>:

"כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין"<sup>2</sup>.

ובעניין **גולן** נקבע כי:

"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"<sup>3</sup>.

14. כב' הנשיא ברק מדגיש שוב ושוב את החשיבות להגן על זכויות האדם של האסיר ולהימנע מפגיעה שהנה בלתי מידתית. להלן חלק מדבריו שנאמרו בטקס פתיחת בית סוהר צלמון:

<sup>1</sup> בג"צ 337/84 **הוקמה נ' שר הפנים**, פ"ד לח(2), 826.

<sup>2</sup> **שם**, עמ' 832.

<sup>3</sup> עע"א 4463/94 **אבי חנניה גולן נגד שרות בתי הסוהר**, פ"ד (4), 136, 155. (להלן: "עניין גולן").

" חומות הכלא מפרידות בין האסיר לחופש, חומות הכלא אסור להן להפריד בין האסיר לכבודו כאדם. זכותו של האדם לחופש ניטלה מן האסיר, זכותו של האדם לשלמות גופו ונפשו לא ניטלה ממנו. האסיר נהנה מכל זכויות האדם, למעט אלה שנשללו ממנו במפורש, או ששילתן משתמעת כתוצאה טבעית המסתברת מהמאסר עצמו.

האסיר זכאי לשוויון, לפרטיות ולשלמות גופנית ונפשית. האסיר זכאי לחופש ביטוי. הוא זכאי לחופש דת ומצפון. כל הזכויות הללו אינן מוחלטות, הן יחסיות. ניתן להגבילן לשם הגנה על אסירים אחרים ולשם הגנה על אינטרס הציבור.

אך להגבלות יש גבולות. ההגבלה צריכה להיות לתכלית ראויה: היא צריכה להיות במידה הדרושה..."<sup>4</sup>

15. בית המשפט קבע יותר מפעם, כי שעה שסוגרים על אסיר את חומות הכלא, בית המשפט הופך להיות זה אשר מגן על זכויות האסיר באשר הוא אסיר.<sup>5</sup> כבי' השופט י' זמיר אומר בעניין זה כי:

"אכן, בית המשפט הוא אשר שלח את האסירים אל בין החומות, אך עכשיו, כשהחומות סוגרות עליהם, בית המשפט הוא אביהם של האסירים."<sup>6</sup>

16. העותר יטען אפוא, כי המסגרת הנורמטיבית המחייבת את תחולת עקרונות היסוד והזכויות החוקתיות חלה עליו וכי, כפי שיפורט להלן, המשיב מס' 1, הפר זכויות אלה ובניגוד להלכה הפסוקה.

### **אי חוקיות ההוראה האוסרת להתראיין בכלי התקשורת**

#### **א. ההוראה מגבילה את זכותו של האסיר לחופש ביטוי**

17. העותר יטען, כי ההוראה האוסרת על עצורים להתראיין לכלי התקשורת הנה גורפת בלתי חוקתית ופוגעת מעל לנדרש בזכותם החוקתית של העצורים להתבטא ולהביע את עמדותיהם בפומבי ולממש את חירותם הרוחנית.

18. חופש הביטוי נמנה עם זכויות היסוד של האדם עוד בטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>7</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בא ועיגן את ההכרה ההילכתית במעמדו החוקתי של חופש הביטוי. כניסוחו של כבי' השופט ברק:

<sup>4</sup> כבי' נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרון ברק בטקס פתיחת בית צוהר צלמון בצפון הארץ, 30.1.1996. (www.ips.gov.il)

<sup>5</sup> ראו: דבריו של כבי' השופט י' כהן, עע"א 733/02 (מחוזי נצרת) מוחמד זאיד נ' שרות בתי הסוהר ואח' (טרם פורסם).

<sup>6</sup> עת"א 7440/97 מדינת ישראל נ' אבי גולן, פד"י נב (1) 8.

"נראה כי כיום ניתן לגזור זכות זו מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, החופש להתבטא במילים בלבד או במעשים מבטאים- הוא ביטוי מובהק לכבוד האדם וחירותו."<sup>8</sup>

19. זכות היסוד החוקתית לחופש ביטוי אינה נשללת מן האדם עם מאסרו ונתונה היא לאסיר ולעציר גם בתא כלאו.<sup>9</sup> בעניין גולן<sup>9</sup> ביטל בית המשפט העליון את החלטת שירות בתי הסוהר האוסרת על האסיר לפרסם טור אישי באחד המקומונים. כבי' השופט מצא הדגיש את החשיבות להגן על חופש הביטוי של האסיר, האוטונומיה האישית שלו וחירותו הרוחנית, וזאת בין היתר, לשם שמירה על כבודו של האסיר:

"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 (בפסקה 15 לעיל), 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."<sup>10</sup>

20. העותר יטען, כי דין ההוראה להתבטל הואיל והיא מגבילה את זכותו לגישה לאמצעי תקשורת. גישה לאמצעי התקשורת הנה דרך להגשמת זכותו של העותר לחופש ביטוי. ללא אפשרות גישה אל אמצעי התקשורת עלולה הגשמתו של חופש הביטוי להיות חלקית בלבד. כבי' השופט שמגר עיטר את זכות הגישה לכלי התקשורת בלבוש חקיקתי באומרו:

"קיימת זכות גישה אל אמצעי התקשורת. זכות זו נובעת מהעקרון הכללי בדבר חופש הביטוי במשפטנו. מטרתה היא לאפשר את הגשמת חופש הביטוי ... זכות הגישה (RIGHT OF ACCESS) לאמצעי התקשורת מטרתה להגשים את חופש הביטוי במובן הציבורי ובמובן הפרטי."<sup>11</sup>

"ההכרה בחירויות היסוד כחלק מהותי מן המשפט בישראל טומנת בכנפיה גם את המסקנה כי חירויות היסוד מהוות חלק מן המשפט, כשמן וכייעודן, היינו ככללי יסוד המנחים ומגבשים דפוסי המחשבה והפרשנות המשפטית ומשפיעים עליהם מרוחם

<sup>7</sup> ראו בעניין זה: בג"צ 73/53 חברת קול העם בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; בג"צ 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז (5), 189.

<sup>8</sup> בג"צ 2481/93 דיון נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח (2), 456, 468.

<sup>9</sup> עניין גולן, עמ' 157.

<sup>10</sup> שם, עמ' 163.

<sup>11</sup> בג"צ 6218/93 ד"ר שלמה כהן, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט (2), 529, 542.

וממגמתם" (ד"נ 9/77, חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ. עיתון הארץ בע"מ ואח', פ"ד לב(359, 337) 3). מהבסיס הרעיוני של עקרון חופש הביטוי נובעות הזכויות המיועדות להגשים את העקרון. בין זכויות אלו אנו מונים את זכות הגישה לאמצעי התקשורת. זכות זו זכתה ללבוש חקיקתי בכל הנוגע לשידורי הטלוויזיה. הגיונה של זכות הגישה נשען על מאפיינים מסויימים, אשר אינם בלעדיים לשידורי הטלוויזיה בלבד. גיבוש והחלת זכות הגישה מחייבת בחינה של מאפיינים אלו.<sup>12</sup>

21. החלת איסור גורף על העצורים להתראיין, נוגדת את ההלכה הפסוקה אשר קבעה כי אין להגביל את חופש הביטוי "אלא על יסוד הסתברות ברמה של ודאות קרובה שמימוש הזכות עלול לגרום נזק ממשי לאינטרס חיוני של המדינה והציבור".<sup>13</sup> הוראת המשב מטילה הגבלה גורפת על הזכות לחופש ביטוי מבלי לעשות את האיזונים הנדרשים על-פי מבחני הפסיקה.

### ב. מבחן הודאות הקרובה

22. העותר יטען כי, הוראת המשב נוגדת את ההלכה הפסוקה הקובעת, כי רק בהתקיים מבחן הודאות הקרובה ניתן להגביל את הזכות לחופש ביטוי וחירות רוחנית. בעניין **גולן** הנ"ל נקבע, כי ההגבלה על החירות הרוחנית תעשה רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה ממשית בשלום הציבור ובביטחונו:

" 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".<sup>14</sup>

23. הלכה מושרשת ומיוסדת היטב מאז פרשת **קול העם**<sup>15</sup> היא כי הגבלת הזכות לחופש ביטוי עשויה להישקל רק אם ההימנעות מכך מקימה סכנה, בדרגת הסתברות העולה כדי ודאות קרובה ולא הערכה סתמית של פגיעה ממשית בשלום הציבור או בסדר הציבורי. כניסוחו של השופט שמגר באותו עניין:

" העקרון המדריך צריך להיות תמיד: האם, עקב הפרסום, נוצרה אפשרות של סכנה לשלום הציבור, שהיא "קרובה לודאית"; הגילוי של נטיה סתם בכיוון זה, בתוך דברי הפרסום, לא יספיק כדי מילוי דרישה זו. כמו כן, שומה עליו, על שר-הפנים, להעריך את השפעת דברי הפרסום על שלום הציבור רק לפי מידה של המתקבל על הדעת לאור המסיבות שאפפו אותם;

ולבסוף, אפילו השתכנע השר, שהסכנה שנגרמה על-ידי הפרסום "קרובה לודאית", רצוי הדבר, כי ישקול היטב אם היא רצינית במידה המצדיקה את השימוש בכוח הדרסטי של הפסקת

<sup>12</sup> שם, עמ' 545.

<sup>13</sup> עניין **גולן**, עמ' 158.

<sup>14</sup> שם, עמ' 165.

<sup>15</sup> בג"צ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז, 871.

העתון, שהכיל את הדברים הפסולים, או אם אינה קיימת שהות מספקת המאשרת לעשות פעולה אפקטיבית לשם ביטול ההשפעה הנפסדת העולה מהם, בדרכים פחות חריפות, כגון על ידי בירור, הכחשה והסבר נגדי.<sup>16</sup>

24. במקרה דנן, העותר הביע עמדות פוליטיות הידועות לכל, הידיעה פורסמה מחוץ לכותלי בית הכלא ואין בה דבר הפוגע בדרגה של ודאות קרובה לוואדי בביטחון הפנימי של בית הכלא, ועל-כן לא היה המשיב מוסמך להעניש את העותר בגין דברים אלו.

#### ד. הוראה פוגעת בכבודו של העותר

25. הוראת המשיב אשר פוגעת בזכותו להתראיין ולבטא את דעותיו, פוגעת אף בכבודו כאדם וכעציר. לא אחת הדגיש בית המשפט את חובת רשויות בית הכלא להגן על כבודו של האסיר מפני פגיעה: יפים לכאן דברי כב' השופט ברק כתוארו אז:<sup>17</sup>

"אכן, המאסר מחייב שלילת חופש, אך אין בו כדי להצדיק, מעצם מהותו, פגיעה בכבוד האדם. ניתן לקיים מאסר שישמור על כבוד האדם של האסיר. חומות הכלא אינן צריכות להפריד בין האסיר לבין צלם האנוש... בית סוהר אסור לו שיהפך למכלאה, וחדר האסיר אסור לו שיהפך לכלוב. עם כל הקשיים הכרוכים בדבר, חברה מתורבתת חייבת לשמור על רמה אנושית מינימאלית של תנאי מאסר. לא נהיה אנושיים אם לא נבטיח רמה אנושית לאסירים שבחברתנו. אין להשיג את מטרתה של הענישה הפלילית על-ידי פגיעה בכבוד האסיר ובצלמו כאדם".<sup>18</sup>

#### ג. העדר הוראה מפורשת בדין

26. יתירה מזו, העותר יטען בהעדר הוראה מפורשת בחוק לא ניתן להגביל את זכותו לחופש ביטוי. אין די בקיומה של הוראה פנימית, כנטען על-ידי המשיב, האוסרת קיום ראיונות עם העצירים בכדי להצדיק פגיעה מראש בזכותם לחופש ביטוי ולגישה לתקשורת. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מציין מפורשות כי הפגיעה בזכות יסוד תיעשה בחוק או לפי הסמכה מפורשת בחוק, כלשונו:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

27. הפסיקה העליונה אף היא מדגישה כי פגיעה בזכות יסוד תיעשה רק מכח הוראה מפורשת בדין. וכך נאמר בעניין גולן:

"חירויות אחרות, שמימושן (למצער החלקי) אינו מותנה בחופש התנועה ויכול להיעשות גם בתא (או מתא) המאסר, מוסיפות לעמוד לאסיר גם בהיותו בבית הסוהר. אם הרשות חפצה

<sup>16</sup> שם, עמ' 893-892.

<sup>17</sup> בג"צ 540/84 יוסף ואח' נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ (1) 567.

<sup>18</sup> שם, עמ' 573.



להשעות, או להגביל, את יכולתו לממש גם חירויות מן הסוג הזה, מוטל עליה להראות כי סמכותה לעשות כך מעוגנת בדין בהוראה מפורשת.<sup>19</sup>

28. בפס"ד קטלן<sup>20</sup> ביטל המשפט העליון את החלטת שירות בתי הסוהר לבצע חוקן בעצירים החשודים כשהם שבים לבית המעצר על אף ששירות בתי הסוהר הסתמך על שני חיקוקים לביצוע חוקנים. החוקק האחד היה תקנה מתקנות בית הסוהר הקובעת כי רשאי סוהר להשתמש בכל האמצעים הסבירים, כולל שימוש בכח, להשלטת הסדר הטוב, אולם בג"צ קבע כי אין בחיקוק זה כדי להתיר חדירה לגופו של עציר לשם גילוי סם מסוכן, ואם אכן לכך התכוון מחוקק המשנה, הרי יש לפסול את החקיקה כחורגת מן הסמכות בהיותה בלתי סבירה. גם הסעיף בפקודת בית הסוהר הקובע כי "חיפוש יערך בכל אסיר במועדים שנקבעו". אין בו כדי להתיר חיפוש בתוך גופו של האדם. בית המשפט קבע כי כיוון שישנה התנגשות בין שני אינטרסים חשובים, האחד האינטרס של כל אדם, לרבות עציר ואסיר, לשלמות גופו ולכבודו כאדם, והאחר, האינטרס של האסירים ושל המדינה לניהול תקין של בית הסוהר, על הכנסת לחוק חוק בנדון, לאחר בדיקת הפרשה והאלטרנטיבות השונות שניתן להעלותן לשם מניעת הברחת סמים לתוך כותלי בית הכלא. על החובה לקיום חקיקה מפורשת אומר כב' השופט ברק כי:

"משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי... אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה לפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו. ביצוע חוקן בעצור ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנעתו ופוגע בזכותו כאדם... על כן, כדי ששלטונות בתי הסוהר יוכלו לבצע חוקן ללא הסכמתו של העצור, ובכך להצדיק מעשה פלילי ועוולה אזרחית של תקיפה, עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן."<sup>21</sup>

29. בפרשת גיוס בני הישיבות בית המשפט העליון קבע כי הנושא עקרוני ונוגד לזכויות יסוד כמו השוויון בפני החוק וכי הפטור שנטען לגביו אינו חוקי כל עוד לא נסמך על חקיקה ראשית, ולכן הוא ציווה שהכנסת תוציא מלפניה חקיקה ספציפית הנוגעת לעניין, לדבריו:

"גישתנו זו אין משמעותה שהרשות המבצעת אינה רשאית לקבוע מדיניות כללית להפעלת סמכותה. בדרך כלל קביעתה של מדיניות כללית על ידי הרשות המבצעת מותרת היא וראויה. גישתנו הינה, כי יש עניינים, מיוחדים במינם, בהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית. יש עניינים כאלה, בהם ההכרעות צריכות להתקבל בכנסת, תוך שהרשות המבצעת צריכה להסתפק במדיניות לביצוען. מבחינה מעשית, פירוש הדבר, בדרך כלל, שבית המשפט נותן פירוש צר לסמכות שהחוק

<sup>19</sup>עניין גולן, עמ' 153.

<sup>20</sup> בג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3), 294.

<sup>21</sup> שם, עמ' 298.

מעניק לרשות המבצעת. כך נוהגים בתי משפט גם באותן שיטות משפט בהן לכלל הבסיסי תוקף חוקתי ולא רק תוקף פרשני.<sup>22</sup>

30. הנה כי כן, החלטת המשיב הינה בטלה משום שהיא לא נשענת על חקיקה ראשית המעניקה לו סמכות מפורשת לפגוע בזכויות יסוד.

### **הבידוד כעונש אכזרי ובלתי מידתי**

31. לחלופין יטען העותר, כי גם אם היתה ההוראה האוסרת על עצורים להתראיין חוקית, העונש אשר הושת על העותר הנו בלתי מידתי, במיוחד כי מדובר על ביצוע עבירה הנופלת במסגרת חופש הביטוי. העותר יוסיף ויטען כי דבריו אשר צוטטו בכלי התקשורת הנם מבטאים את עמדתו הפוליטית הידועה לכל ואף מוצאת לה תימוכין בכתב האישום המיוחס לו, ואין זו הפעם הראשונה שהוא משמיע דבריו שכאלו.

32. העותר יטען, כי המשך שהייתו בבידוד בגין עמדותיו הפוליטיות כמוהו כהטלת עונש כפול עליו להיענש פעמיים בגין עמדותיו. במעצרו הרי כבר מרצה הוא עונש בגין עמדותיו אלו וכעת הוא נדרש לשאת עוד עונש בגין אותם דברים.

33. חמורה כפליים העובדה, כי טרם נכרע דינו של העותר בדברים המיוחסים לו בכתב האישום ואפילו טרם ניתנה החלטה באם בית המשפט הנכבד מוסמך לדון בעניינו. המשיב בהחלטתו חרף את דינו וקבע כי יש להענישו בגין עמדותיו על דרך של בידוד. אם כך הם פני הדברים, המשיב עלול להגיע להחלטה כי מעתה יש להחזיק את העותר אך בבידוד הואיל והוא עדיין דבק בעמדותיו, שכאמור טרם נידונו בפני בית המשפט הדן בעניינו העיקרי.

34. העותר יטען, כי במידה ואכן מעלים דבריו אשר צוטטו בכלי התקשורת חשדות לביצוע עבירה כלשהי, חזקה על רשויות אכיפת החוק, ובראשן המשיב, שיפתחו בחקירה וינקטו בהליכים המשפטיים המתבקשים. אי נקיטת הליכים, ולו בפתיחת חקירה משטרתית, כנגד העותר מצביע על העדר הבסיס המשפטי להענשתו של העותר בגין דבריו ו/או על חוסר עניין לציבור ו/או העדר אשמה בעבירה כלשהי.

35. סעיף 58 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 מונה דרכי ענישה רבות בגין ביצוע עבירת משמעת. על-פי אותו סעיף מוסמך קצין השיפוט שהרשיע אסיר בעבירת משמעת להענישו על דרך התראה ו/או אזהרה חמורה ו/או קנס בכפוף לתנאים מסויימים ו/או בידוד ו/או הפחתת ימי שחרור בכפוף לתנאים מסויימים. מבלי לגרוע בטיעוניו של העותר, כי לא ביצע אף עבירת משמעת הקבועה בחוק, הוא יטען כי אפילו לו נכנס מעשהו

<sup>22</sup> בג"צ 3267/97 רובנשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5), 481, 426.

לגדר עבירה משמעתית הרי ניתן היה להענישו בצורה הפוגעת פחות בכבודו ובאופן ההולם את מעשיו, במיוחד שמעשיו נופלים לגדר הבעת דעה פוליטית היוצאת מפי אדם בעל מעמד פוליטי ייצוגי בקרב בני עמו. ובמיוחד כי אין זו הפעם הראשונה אשר משמיע בה העותר את דעותיו אלו.

36. העותר יטען כי בחירת אופציית הבידוד כעונש מבין כל שאר האופציות הפוגעות פחות בכבודו ובחירותו כעציר, הנה שרירותית ובלתי סבירה. בבג"צ **שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי**<sup>23</sup> קבע בית המשפט כי שיקול דעתו הסובייקטיבי של המשיב הוא נתון למגבלות במיוחד כאשר מסתמנת ממנו פגיעה בחופש הביטוי. הפעלת שיקול הדעת מבוססת על בחירה בין אופציות שונות הכפופות לעקרונות המשפט המנהלי ובמיוחד הסבירות:

"שיקול-דעת מניח חופש בחירה בין אופציות חוקיות. שיקול-דעת סובייקטיבי מניח, כי הבחירה בין האופציות תיעשה על-פי הערכת טיבן של האופציות על-ידי בעל הסמכות. הערכה זו צריכה להיעשות בהתאם לכללי המשפט המינהלי. על-כן צריכה ההערכה להיעשות בתום-לב, ללא שרירות או אפליה ומתוך שקילת כל הנתונים הרלוואנטיים, ונתונים אלה בלבד. זאת ועוד: הערכת האופציות והבחירה באופציה העדיפה צריכות להיעשות בסבירות (בג"צ 389/80 (דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה 421 (1)). אכן, שיקול-דעת סובייקטיבי והמבחן האובייקטיבי של הסבירות אינם נוגדים זה את זה, אלא משלימים זה את זה. קביעת האופציה החוקית צריכה להיעשות על-פי מבחן הסבירות. קיומו של שיקול-דעת אינו מסמך רשות מינהלית לעצב אופציה בלתי סבירה. לעתים קיימות מספר אופציות, שכולן סבירות. נוצר מיתחם של סבירות. שיקול הדעת מאפשר לרשות השלטונית לבחור בין האופציות השונות. על-כן, על הצנזור הצבאי לשקול, אם קיימת ודאות קרובה כי פרסום בעיתון יביא לפגיעה ממשית בביטחון. שקילה זו צריכה להיעשות בסבירות, תוך לקיחה בחשבון של צורכי הביטחון מזה וחופש הביטוי מזה, ותוך איזון ביניהם על-פי מבחן הוודאות הקרובה.<sup>24</sup>

37. העותר יטען, כי כעציר שמורות לו כל ההגנות המוענקות לכל אסיר ועציר אחר בבית הכלא. כלל גדול הוא, כי הגבלת זכויות של האסיר באשר הוא, מותרת רק במידה המתחייבת מעונש המאסר ושליטת חופש התנועה. לגבי זכויות וחירויות אחרות שמימושן אינו מותנה בחופש התנועה ויכול להיעשות גם בתא המאסר, מוספיות הן לעמוד לאסיר גם בהיותו בבית סוהר.<sup>25</sup> שלילת חופש הביטוי מהעותר מהווה כשלעצמה עונש וכאילו לא די בכך. המשיב בחר להושת המשיב על העותר עונש על עונש תוך שימוש לרעה בסמכויותיו וללא כל הצדק שבדין. בעניין זה מציין כב' השופט כהן כי:

"רעות רבות, הכרוכות בהכרח בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל בל נוסיף על הרעות ההכרחיות שאין למנוע מגבלות ופגיעות שאין בהן לא צורך ולא הצדקה. הסמכויות המוקנות למנהלי בתי-הסוהר לקיים סדר ומשמעת חייבות

<sup>23</sup> בג"צ 680/88 מאיר שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4), 617.

<sup>24</sup> שם, עמ' 636-635.

<sup>25</sup> ראו: עניין גולן, עמ' 155-154.

להיות רחבות מאד; אבל מה שהסמכות רחבה יותר, הפיתוי גדול יותר להשתמש בה שלא לצורך וללא הצדקה של ממש.”<sup>26</sup>

38. הענשתו של העותר על דרך הבידוד מהווה הפרה בסיסית לכללים ולסטנדרטים הבינלאומיים וליחס המתחייב כלפי העצירים. סעיף 31 מהסטנדרטים המינימאליים ליחס כלפי אסירים קובע כי ענישת האסיר על-ידי בידודו בתא חשוך הנה אסורה ויש לבטלה כלשונו של הסעיף:

“Rule 31 provides that: “Corporal punishment, punishment by placing in a dark cell, and all cruel, inhuman or degrading punishments shall be completely prohibited as punishments for disciplinary offences.”<sup>27</sup>

39. סעיף 32 לאותם כללים קובע כי לא ישלח אסיר לבידוד בטרם נבדק על-ידי רופא ונתקבלה חוות דעתו של הרופא כי האסיר יכול לשרוד בתנאי הבידוד. סעיף זה אף קובע כי בכל מקרה אין לשים את האסיר בתא חשוך ובאופן שהוא עלול להיות צפוי לעינויים, פיזיים או נפשיים אפילו אם נקבע על ידי הרופא כי אסיר זה יוכל לשרוד בתנאים הקשים, כלשונו:

“Rule 32 (1) provides that: “Punishment by close confinement or reduction of diet shall never be inflicted unless the medical officer has examined the prisoner and certified in writing that he is fit to sustain it.”

Rule 32 (2) provides that: “The same shall apply to any other punishment that may be prejudicial to the physical or mental health of a prisoner. In no case may such punishment be contrary to or depart from the principle stated in rule 31.”

40. יתירה מזו, הענשת האסיר בגין עבירת משמעת על דרך של בידוד זכתה לגינוי במועצת האום הכללית. בהחלטתה של המועצה מיום 14/12/1990 הוחלט כי יש לעשות את מירב המאמצים כדי לבטל אפשרות הענישה על דרך הבידוד:

---

<sup>26</sup> עניין לבנה, עמ' 690.

<sup>27</sup> Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolution 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977.

“Principle 7 states that: “Efforts addressed to the abolition of solitary confinement as a punishment, or to the restriction of its use, should be undertaken and encouraged.”<sup>28</sup>

41. החלטת מועצת האו"ם הכללית מיום 9/12/1988, אף היא מעניקה הגנה מלאה לזכויותיהם של העצורים מפני ענישה גורפת, כלשונה:

“Principle 6 states that: “No person under any form of detention or imprisonment shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.\* No circumstance whatever may be invoked as a justification for torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”

Principle 7: “ \* The term "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment" should be interpreted so as to extend the widest possible protection against abuses, whether physical or mental, including the holding of a detained or imprisoned person in conditions which deprive him, temporarily or permanently of the use of any of his natural senses, such as sight or hearing, or of his awareness of place and the passing of time.”<sup>29</sup>

על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צווים כנאמר בראשית העתירה וכן לקבוע דיון קרוב בעתירה לגופה בהקדם.

---

עביר בכר, עו"ד  
ב"כ העותר

---

<sup>28</sup> Basic Principles for the Treatment of Prisoners. Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/111 of 14 December 1990.

<sup>29</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment. Adopted by General Assembly resolution 43/173 of 9 December