

המבקש:

מוחמד כרים יונס (אסיר בבי"ס הדרים)

ע"י ב"כ עוה"ד אן סוצ'יו ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר  
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או  
עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן  
ו/או אשרף אליאס ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר ו/או  
ראויה אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או נירה שלו ו/או רגד  
ג'ראיסי ו/או שרונה אליהו חי ו/או מיכל פומרנץ ו/או יונתן  
בן שושן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' נחלת בנימין 75, ת"א 65154  
טל: 5608185 פקס: 5608165

- נגד -

המשיב:

שרות בתי הסוהר  
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רח' סלאח א-דין 29, ירושלים 91010  
טל' 02-6466422; פקס: 02-6467011

## בקשה למתן רשות ערעור

בית המשפט הנכבד מתבקש בזה ליתן למבקש רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בעת"א 4902-08-11, אשר ניתן ביום 7.5.2012 על ידי כבוד השופט אברהם טל.

בפסק הדין דחה בית המשפט הנכבד קמא את עתירת המבקש להורות למשיב לאפשר לעותר להמשיך את לימודיו באוניברסיטה הפתוחה.

**העתק החלטת בית המשפט הנכבד קמא בעת"א 4902-08-11 ופרוטוקול הדיון בעתירה מיום 22.11.11 מצ"ב ומסומן ב/1.**

ואלה נימוקי הבקשה:

1. בקשה זו עוסקת בהחלטת המשיב לשלול מהעותר את זכותו להמשיך את לימודיו האקדמאיים באוניברסיטה הפתוחה (להלן - "או"פ"), החלטה אשר הוחלה באופן גורף על כלל האסירים המסווגים כביטחוניים. המבקש, אזרח ישראלי המרצה מאסר עולם בלתי קצוב מאז שנת 1983, לומד באו"פ בהתכתבות מאז שנת 1996 ונותרו לו ארבעה קורסים בלבד לסיום תואר הבוגר.

2. במרכז הבקשה עומדות שאלות עקרוניות וכבדות משקל המשליכות באופן ישיר על יכולתם של אסירים לממש את זכותם החוקתית לחירות רוחנית ובכלל זה את זכותם לחופש ביטוי ולרכישת השכלה וידע - זכויות שהוכרו בע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996)(להלן- "עניין גולן"). בית המשפט קמא דחה את עתירתו של המבקש נגד החלטת המשיב וקבע, כי למבקש לא עומדת זכות ללימודים אקדמיים מאחר שמדובר בהטבה בלבד, אותה רשאי המשיב להגביל כחלק מההגבלות המוטלות על התקשורת של אסירים עם העולם החיצון. החלטתו של בית המשפט קמא סותרת הלכות מבוססות שנקבעו בבית משפט נכבד זה בעניין זכותם של אסירים לחירות רוחנית, ובכלל זה לרכישת השכלה וידע, וכן בעניין זכותם של אסירים להמשיך לממש בין כתלי הכלא את מלוא הזכויות והחירויות הנתונות לכל אדם מלבד אותן זכויות הקשורות באופן אינהרנטי להגבלת חופש התנועה שלהם.
3. בית המשפט קמא שגה גם כשדחה את טענת ההפליה בין אסירים ביטחוניים לפליליים בקובעו, כי קיימת הבחנה רלוונטית ביניהם המצדיקה הסדרים מיוחדים לאסירים הביטחוניים. החלטת בית המשפט קמא בעניין זה פותחת פתח להבחנה שרירותית בין אסירים אך בשל סיווגם וללא בסיס רלוונטי. כמו כן, בית המשפט קמא סמך את החלטתו כי החלטת המשיב הינה מידתית על קיומו של מידע מודיעיני, אשר לפיו הכספים המשמשים את האסירים הביטחוניים למימון הלימודים מקורם בארגוני טרור, וזאת למרות שלא קיים כל קשר רציונאלי בין האמצעי שנקט על ידי המשיב לתכלית הביטחונית המוצהרת.
4. בית המשפט קמא אישר החלטה שרירותית לחלוטין וגורפת שאינה מבוססת על כל שיקול ענייני לגיטימי, הנוגע לעותר באופן ספציפי. בית המשפט סמך את החלטתו על מידע מודיעיני כוללני שאין בינו לבין הסוגיה שעל הפרק כל קשר רציונאלי. בכך, גם התיר בית המשפט קמא הפליה פסולה בין אסירים ביטחוניים לפליליים מבלי שקיימת הבחנה רלוונטית המצדיקה את ההפליה. בית המשפט קמא אף התעלם מהטענות שהעלה המבקש בעניין הפלייתו לעומת אסירים יהודיים ובכך התיר, בפועל, הפליה חמורה על רקע אתני-לאומי.
5. לאור זאת, התערבות בית משפט נכבד זה נדרשת במקרה זה על מנת למנוע את הפגיעות הקשות בזכויות יסוד חוקתיות של המבקש ושל כלל האסירים הביטחוניים.
6. לאור האמור לעיל, מתבקש בית משפט נכבד זה להעניק למבקש רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט קמא. על פי ההלכה הפסוקה, רשות ערעור בעתירות אסירים ניתנת כאשר "**מתגלית בעיה משפטית בעלת חשיבות או אם עולה נושא אחר שחשיבותו היא כללית**" (רע"ב 7/86 וייל נ' מדינת ישראל, תק-על 2)86 (1134 (1986)), או כאשר מתעוררות "**סוגיות החורגות מעניינו של המבקש ומערבות נושאים בעלי השלכות חוקתיות ציבוריות או משפטיות נרחבות**" (רע"ב 5318/99 קוסטיקה נ' הוועדה למניעת אלימות במשפחה, תק-על 3)99 (1395 (1999)).
7. יצוין, כי בסוגיה הנדונה בבקשה זו תלויות ועומדות על פי הידוע לנו שתי בקשות נוספות בפני בית משפט נכבד זה: רע"ב 2539/12 סולטאני ראוי פואד נ' המשד לביתחון פנים ורע"ב 2459/12 סעיד צלאח נ' שרות בתי הסוהר.

## עיקרי העובדות:

8. המבקש הוא אזרח ישראלי שנשפט למאסר עולם בשנת 1983 והוא מרצה את עונשו בבית הסוהר הדרים. המבקש מוגדר על ידי המשיב כאסיר ביטחוני והוא מזוהה עם תנועת הפתח בכלא. העותר החל כבר בשנת 1996 את לימודיו לתואר בוגר במדעי המדינה ויחסים בינלאומיים. זאת במסגרת היתר שניתן לאסירים ביטחוניים ללמוד באו"פ, ושעוגן בפקודת הנציבות מס' 04.48.00 "לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה".

9. ביולי 2011, עשרה ימים בלבד לפני תחילת לימודיו של המבקש בסמסטר הקיץ עברו שילם המבקש את שכר הלימוד ורישומו אושר, החליט המשיב על ביטול הלימודים של כלל האסירים הביטחוניים באו"פ באופן גורף ומיידי. בהמשך, בספטמבר 2011, בוטלה פקודת הנציבות 04.48.00. מלבד הפגיעה ברצף הלימודים של המבקש, החלטת המשיב גרמה לעותר לפגיעה מוראלית ולייאוש. המבקש החל את ריצוי מאסרו כשהיה בן 23 בלבד והוא מרצה כבר כמעט 30 שנים בכלא. בהיותו אסיר ביטחוני, הלימודים באו"פ מהווים עבורו את אחד מקשריו המועטים עם העולם החיצון והיה בהם כדי להעניק למבקש תקווה וביטוי של רצונו להשתקם. יצוין, כי לעותר נותרו ארבעה קורסים מתקדמים בלבד לצורך סיום לימודיו לתואר בוגר, לימודים עליהם שוקד המבקש מאז 1996.

10. בעקבות החלטת המשיב, הגיש העותר את העתירה בבית המשפט קמא ביום 24.7.11 וביום 23.10.11 הוגשה עתירה מתוקנת.

עתירת המבקש מיום 24.7.11 ועתירה מתוקנת שהוגשה ביום 23.10.11 לבית המשפט קמא מצ"ב ומסומנות ב/2.

11. ביום 20.11.11 הגיש המשיב את תשובתו לעתירה וצירף כחלק בלתי נפרד מתשובתו בעתירה את תגובת המדינה לעתירה בעניין זה שהוגשה לבג"ץ (בג"ץ 5488/11 אסמעאל נ' שירות בתי הסוהר).

כתב תשובת המשיב מיום 20.11.11 והתגובה מיום 30.10.11 שהוגשה במסגרת בג"ץ 5488/11 מצ"ב ומסומנים ב/3.

12. ההסברים שהעלה המשיב בדבר החלטתו על הפסקת הלימודים לאסירים הביטחוניים עברו כמה גלגולים, אשר יש בהם כדי להמחיש את שרירות ההחלטה. המשיב הסביר, כי הבסיס המקורי להחלטתו היה ניסיון להפעיל לחץ על תמאס לשחרר את גלעד שליט, כפי שעולה מתשובת המדינה בבג"ץ 5488/11: "בהמשך להחלטות ממשלה שעסקו במאמצים לשחרור החייל החטוף גלעד שליט... הממשלה הנחתה את חברי הצוות לבחון אלו מן הפריבילגיות הניתנות לאסירים בטחוניים אינן מתחייבות על פי הדין" (סעיף 3 לתגובה). ואכן, בתחילה הוחלה ההחלטה על אסירים פלסטיניים בלבד, כפי שניתן ללמוד מתשובת המשנה ליועמ"ש שב"ס, עו"ד נאוה מימון, מיום 27.7.11 לפנייתה של עו"ד רימה איוב מארגון עדאלה בעניין זה: "תנאי החזקת אסירים נבחנים ע"י

שב"ס מעת לעת. במסגרת בחינה שבוצעה לאחרונה הוחלט להפסיק את לימודיהם של **האסירים הפלסטינים שאינם פליליים** באוניברסיטה הפתוחה" (ההדגשה הוספה).

תשובת עו"ד נאוה מימון מיום 27.7.11 **מצ"ב ומסומנת ב/4**.

13. בהמשך, לאחר שחרור החטוף גלעד שליט באוקטובר 2011, ומשהוחלט שלא לבטל את ההחלטה על שלילת הלימודים באו"פ, העלה המשיב הסבר חדש, לפיו בלא קשר לשחרור שליט, עבודת המטה שביצע הצוות העלתה שאסירים ביטחוניים מקבלים **הטבות נרחבות מדי מעבר למה שמחויב על פי חוק**. מתשובת המשיב עולה, כי זהו ההסבר העיקרי והמרכזי להותרת ההחלטה על כנה לאחר שחרור שליט: "התקיימה חשיבה ונציב שירות בתני הסוהר החליט לצמצם חלק מהפריבילגיות כיוון שהוא לא מחויב לתת אותן" (דברי ב"כ המשיב בפרוטוקול הדיון בביהמ"ש קמא, עמ' 2). וכך, "משממצאי הבחינה העלו כי לאסירים בטחוניים קיימים תנאים שהם מעבר לנדרש ומתחייב על פי הדיון, החלטה זו הוחלה על כלל האסירים הביטחוניים ולא רק על אסירי חמאס" (סעיף 24 לתגובת המשיב לבג"ץ).

14. בנוסף, הוסיף המשיב טיעון נוסף, לפיו שלילת ההטבות מבוססת **גם** על שיקולים ביטחוניים. על פי עמדת המשיב שהוצגה בפני בית המשפט קמא, קיים מידע מודיעיני, לפיו ארגוני הטרור מעבירים כספים לטובת אסירים בטחוניים בבתי הכלא, וכי כספים אלה שהועברו על ידי גורמי טרור אפשרו להם ליהנות מזכויות שונות במטרה לתגמל אסירים בטחוניים בין כתלי הכלא. בנוסף, נטען כי "גם ביקורים בכלא, הן ביקורי משפחות והן ביקורי עורכי דין, נוצלו להעברת מסרים, כספים ואמצעים אל הכלא ומחוצה לו. משכך, משנמצא כי הטבות שניתנו לאסירים בטחוניים, לרבות הזכות לקבל כספים מן החוץ, נוצלו לרעה, לא יכול להיות חולק כי מדינת ישראל איננה מחויבת להבטיח תנאי מאסר, שיאפשרו לארגוני הטרור לתגמל בכלא את האסירים הביטחוניים" (סעיף 19 לתגובה בבג"ץ).

15. יודגש, כי בשום שלב לא טען המשיב לקיומו של קשר ישיר כלשהו בין הלימודים עצמם לבין פגיעה כלשהי בביטחון המדינה או בביטחון הציבור, ולא נטען, כי הלימודים עצמם מהווים סכנה ביטחונית.

16. במהלך הדיון שהתקיים ביום 22.11.2012 ביקש המשיב להגיש לבית המשפט חומר מודיעיני הנוגע להעברת כספים מארגוני טרור לידי האסירים הביטחוניים. המבקש התנגד להגשת החומר המודיעיני לבית המשפט בטענה, כי מידע זה אינו רלוונטי כהוא זה לעניין הלימודים עצמם שכן אין בין מידע הנוגע להעברת כספים לאסירים לבין ההחלטה לשלול פעילות לגיטימית של לימודים באו"פ ולא כלום. בית המשפט קמא הנכבד הסתפק בעיון בפרפראזה שהוגשה על ידי המשיב והחליט שלא לעיין בחומר החסוי.

17. ביום 7.5.2012 נתן בית המשפט הנכבד קמא את פסק דינו בעתירה. בית המשפט דחה את העתירה וקבע, כי שלילת האפשרות ללמוד לימודים אקדמיים אינה פוגעת בזכותו של המבקש שכן מדובר בטובת הנאה בלבד; כי שלילת חופש התנועה של אסיר גוררת אחריה הגבלה של הזכות לתקשורת

עם העולם החיצון ולכן מוסמך המשיב להגביל תקשורת זו באמצעות שלילת הלימודים; כי החלטת המשיב אינה מפלה בין אסירים פליליים לביטחוניים מכיוון שמדובר בהבחנה מותרת המבוססת על הגדרת המבקש כאסיר ביטחוני; כי שלילת האפשרות ללמוד באו"פ נועדה להשגת מטרה ביטחונית ראויה וכי הפגיעה הינה מידתית, אף אם מדובר בפגיעה בזכות לחופש העיסוק.

## הטיעון המשפטי:

### זכויות היסוד של אסירים

18. נקודת המוצא לדיון בענייננו היא, כי זכויות האדם אינן נעצרות בשערי הכלא. כדברי השופט מצא בעניין גולן:

*"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך כלאו...הנחת היסוד היא, שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר" (עמ' 152).*

19. אכן, כליאתו של אדם מגבילה בהכרח את חופש התנועה שלו ופוגעת בזכותו לחירות, אולם אין בפגיעה זו כדי ל"הפקיע" ממנו את הזכות, או כדי להתלות את תחולתה לגביו. מעבר לפגיעה הקונקרטיית והמוגדרת בחירות ובחופש התנועה של האדם הכלוא, אין בכליאתו כדי להצדיק פגיעות נוספות בזכויותיו. ראוי להביא בהקשר זה את עמדת המדינה בעתירה לבג"ץ בעניין זכותו של יגאל עמיר לקיים הזרעה מלאכותית, לפיה: "על פי ההלכה הפסוקה, יש להבחין בין ההגבלות על זכויות אדם הנדרשות מעצם המאסר, כגון הגבלת חופש התנועה, לבין זכויות אחרות שאינן אינהרנטיות למאסר ואין לצמצמן אלא על פי הוראה מפורשת בדין... בהעדו הודאת חוק מפורשת כזו, ובהעדו נימוק בטחוני או משמעתי המצדיק הגבלה כזו, אין מקום לשלול את בקשתו של עמיר להעביר דגימת זרע לבת זוגו." (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 8 לפסק דינה של השי' פרוקצ'יה (13.6.06)) (ההדגשה הוספה) (להלן - "עניין יגאל עמיר").

20. חשיבות ההגנה על זכויות האסירים ומניעת שלילה שרירותית של זכויות, איננה מצטמצמת לעניינו של האסיר הספציפי בלבד, אלא היא תנאי הכרחי לשמירה על כבודה של החברה כתברה תרבותית המגינה גם על זכויותיהם של מי שפשעו נגדה: "מדינה נאורה נבחנת לא רק ביחס שהיא נותנת לאזרחיה הנאמנים, אלא גם בהתייחסותה לפושעים החיים בקרבה, ובהם הפושעים הניקלים ביותר, המבקשים לערער את יסודותיה הערכיים." (עניין יגאל עמיר, פסקה 23).

21. עקרונות אלו חלים על כלל האסירים ובכלל זה גם על האסירים המסווגים על ידי המשיב כ"ביטחוניים". סיווג זה משליך אמנם על המגבלות השונות שניתן להטיל על האסירים, אולם אך ורק אם ההגבלות נדרשות לאור שיקולים ביטחוניים. פגיעה נוספת בזכויות אסירים ביטחוניים משום שיוכס לסיווג ה"ביטחוני", כבענייננו, ובהעדו שיקולים ביטחוניים ענייניים, אינה לגיטימית.

22. החלטת בית המשפט קמא סותרת את ההלכה שנקבעה בבית משפט נכבד זה, לפיה כל זכויותיו וחירויותיו של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר. כאמור, הלימודים באוניברסיטה הפתוחה של האסירים הביטחוניים מצריכים התכתבות עם האוניברסיטה, שליחת שכר הלימוד לאוניברסיטה, קבלת ספרים ואחת לכמה חודשים כניסה של בוחן לבית הכלא לצורך קיום בחינה לאסירים. ודאי שאין בפעולות אלה, אשר המשיב התיר במשך למעלה מ-15 שנים, כדי להוות "מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית" של אסיר (עניין גולן, עמ' 149). בעניין זה נקבע, כי "חירויות אחרות, שמימושן (למצער החלקי) אינו מותנה בחופש התנועה ויכול להיעשות גם בתא (או מתא) המאסר, מוסיפות לעמוד לאסיר גם בהיותו בבית הסוהר" (עניין גולן, עמ' 152) (ההדגשה הוספה).

### פגיעה בזכות לחירות רוחנית ובזכות לרכוש השכלה וידע

23. בית המשפט קמא קבע, כי לימודי המבקש בהתכתבות באוניברסיטה הפתוחה אינם בגדר "זכות" אלא הטבה או טובת הנאה בלבד (פסקאות 1, 4 בפרק "דיון והכרעה" לפסק הדין של בית המשפט קמא). קביעה זו עומדת בסתירה להלכת בית משפט נכבד זה בעניין זכותו של אסיר לחירות רוחנית, אשר שמורה לו גם בתוך הכלא ואשר כלולות בה הזכות לחופש הביטוי והדעה והזכות לרכוש השכלה וידע:

*"ההגנה על חופש הביטוי, כחלק מכבוד האדם, היא הערובה המרכזית לשמירת חירותו הרוחנית של האדם. במסגרתו של חופש הביטוי 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 עם 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' 163) (ההדגשה הוספה).*

24. בית המשפט קמא מבסס את החלטתו בעניין זה על כך שבניגוד ללימודי יסוד, אין חובת המדינה לספק לאסירים לימודים אקדמאיים. ראשית, הזכות "להשכיל ולרכוש ידע" אשר הוכרה במסגרת זכותו החוקתית של אדם לחירות רוחנית לא הוגבלה אך ללימודי יסוד, ומשכך פרשנות זו אין לה על מה שתתבסס. שנית, המבקש אינו דורש, כי המשיב יספק לו אמצעי לימוד או יממן לו את הלימודים. העותר מממן בעצמו את הלימודים, והאז"פ מספקת את כל חומרי הלימוד. כל שמבקש העותר הוא, כי המשיב לא ישלול ממנו את אפשרות מימוש זכותו ללמוד המסתכמת בעיקרה, מבחינת המשיב, בהיתר להתכתבות עם האז"פ ובהיתר לכניסת בוחן לתוך הכלא.

25. שלישית, אין למבקש כל אפשרות אמיתית אחרת "להשכיל ולרכוש ידע" מלבד הלימודים באז"פ. טענת המשיב, אשר התקבלה על ידי בית המשפט קמא, לפיה קיימים אמצעים רבים אחרים להרחבת השכלתם של אסירים ביטחוניים משוללת כל יסוד. הלימודים באוניברסיטה הפתוחה היא מסגרת הלימודים השיטתית היחידה, שהיתה פתוחה בפני אסירים ביטחוניים, וזאת בניגוד לאסירים פליליים, שזכאים למגוון רחב הרבה יותר של מסגרות השכלה. כך, על פי פקודה 03.01.00

"כללי הפעלת בתי סוהר לאסירים פליליים" פתוחות בפני אסירים פליליים האפשרויות הבאות:  
לימודים בהתכתבות בכל מוסד אקדמי; חינוך משלים; קורסי הכשרה מקצועית ואירועי חינוך  
(סעיף 20 לפקודה). כמו כן, על פי פקודה זו אסירים פליליים מוצאים בתנאים מסוימים גם  
לפעילות חינוכית מחוץ לבית הסוהר.

26. אמנם אסירים ביטחוניים רשאים להחזיק כיום ב-2 ספרים בתאם, הם מנויים לעיתונים ורשאים  
לצפות בטלוויזיה ולשמוע רדיו. אלא שהאפשרויות הפתוחות בפני המבקש להתעדכן באקטואליה  
ולקרוא ספרים אינן מספיקות כדי לאפשר את מימוש זכותו של המבקש לרכוש השכלה וידע. כמו  
כן, ובניגוד לטענת המשיב, באגף בו מוחזק המשיב אין "ספרייה" במובן המקובל של המילה, אלא  
מחסן שבו האסירים מניחים את הספרים שסיימו לקרוא ואסירים אחרים רשאים לקחת משם  
ספרים. המשיב אינו רוכש ספרים לספרייה זו ומלאי הספרים ב"ספרייה" זו הינו מוגבל וכולל  
בעיקרו רומנים, ספרי דת וספרי היסטוריה. בנוסף, בניגוד לטענת המשיב בסעיף 39 לתגובה לבג"ץ,  
אשר התקבלה על ידי בית המשפט קמא בסעיף 7 לפסק הדין, אין בספרייה זו ספרי לימוד של  
האו"פ. ספרים אלו הוצאו מהספרייה מיד לאחר שהתקבלה החלטת המשיב על שלילת הלימודים  
באו"פ.

27. חשיבות זכותם של אסירים להשכיל ולרכוש ידע אף מוכרת ב- UN Standard Minimum Rules  
for the Treatment of Prisoners משנת 1955. סעיף 77 לכללים 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."

28. ראוי להזכיר בהקשר זה גם את פסק דינו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת  
החינוך. אף כי בעניין אבו לבדה נידונה הזכות לחינוך יסודי, יפות האמירות שנאמרו שם בעניין  
הזכות לחינוך גם לענייננו ובמיוחד ההכרה בזכות לחינוך כחלק מהזכות החוקתית לכבוד:

**"בלא חינוך, לא ניתן לאדם סיכוי לממש את הווייתו העצמית, לפתח את כשרונותיו ויכולותיו, ולעצב את תפיסתו הערכית והמוסרית, שבלעדיהם נפגעת יכולתו להשתלב בחברה בת-תרבות... הזכות לחינוך משמשת יסוד למימושן של זכויות יסודיות נוספות, כגון חופש הביטוי והיכולת לקלוט מידע, חופש ההצבעה והבחירה, חופש ההתאגדות וחופש העיסוק, אשר בלעדיה, עלולות גם הן להיפגע... 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 נימנית על אותו "גרעין קשה" של כבוד האדם, שבלעדי ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה" (בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פסקאות 24-26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (6.2.2011) (ההדגשה הוספה)).**

29. תכליתה המקורית של החלטת המשיב היתה להפעיל לחץ על תנועת החמאס בתגובה להחזקתו בשבי של החייל החטוף גלעד שליט. אף אם המשיב שינה בהמשך את גרסתו בדבר השיקולים שעמדו בבסיס החלטתו, ראוי היה כי בית המשפט ייתן דעתו לפגיעה החמורה בכבוד האדם הגלומה בשיקולים המקוריים של המשיב, אשר הניעו אותו לקבלת ההחלטה.

30. החלטתו הגורפת של המשיב שאינה מבחינה בין אסיר לאסיר, פוגעת בזכות לכבוד של העותר שכן היא מבטאת התייחסות לאסירים כאמצעי לחץ להשגת תכליות חיצוניות להם. התייחסות זו אל אסירים כאמצעים בלבד נפסלה בפסיקה כבלתי חוקתית: "כאשר מתייחסים אל האדם, לא כאל 'תכלית כשלעצמה' אלא כאל 'אמצעי בלבד' פוגעים בערך של כבוד האדם... ההכרה באדם כמטרה ולא כאמצעי קשורה ב'קשר ענייני הדוק' לכבוד האדם כחלק מ'מודל הביניים' בפרשנות הזכות החוקתית לכבוד האדם" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת נאור (19.11.09)).

31. גם התכלית ה"חדשה" שהעלה המשיב להחלטתו, לפיה שלילת הלימודים מוצדקת מכיוון שאין הוא מחויב להעניק לאסירים ביטחוניים הטבות, פוגעת בכבודו של המשיב. מדברים אלה של המשיב עולה, כי החלטת המשיב כלל אינה מבוססת על טעם ענייני הנוגע לאינטרס ציבורי, אינטרס ביטחוני או כל אינטרס רלוונטי אחר המצדיק את שלילת הזכות. המשיב התיר לעותר בפרט ולאסירים הביטחוניים בכלל ללמוד באו"פ זה למעלה מ-15 שנים, וכעת, לפתע, המשיב גילה, כי מדובר בהטבה ולא בזכות והחליט לבטל את ההיתר שניתן, מכיוון שאין הוא מחויב להעניק הטבות לאסירים ביטחוניים. מדברים אלה ברור, כי המשיב החליט לשלול מהמבקש את זכותו לחירות רוחנית באופן שרירותי אך ורק בשל סיווגו כאסיר ביטחוני וללא כל קשר ענייני לו עצמו. מעבר לפגיעה בזכותו של המבקש לחירות רוחנית, החלטת המשיב פוגעת גם בכבודו של המבקש כפי שנקבע בעניין גולן: "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". (עמ' 188).

### הפליה בין אסירים ביטחוניים לפליליים

32. בית המשפט קמא קבע, כי החלטת המשיב אינה פוגעת בזכות לשוויון היות שקיימת הבחנה לגיטימית בין אסירים ביטחוניים לפליליים. טענתו העיקרית של המשיב, כי שלילת הלימודים מאסירים ביטחוניים מותרת מאחר שמדובר בהטבה שאין חובה לתת אותה, משקפת סטייה מוחלטת מהזכות לשוויון. דברי המשיב אינם מותירים מקום לספק: "המשיב 1 חייב אמנם ליתן גם לאסירים ביטחוניים את כל זכויות היסוד המוקנות לאסירים פליליים, אולם אין הוא מחויב ליתן להם כל פריבילגיה וטובת הנאה שניתנת לכלל האסירים האחרים" (סעיף 4 לתגובת המשיב לעתירה) (ההדגשה הוספה). מדברי המשיב עולה, כי לעניין האסירים הביטחוניים קיים סטנדרט



נמוך יותר של תנאי מאסר המגיעים להם לעומת שאר האסירים וזאת אך ורק לאור סיווגם כ"ביטחוניים" וללא כל קשר לשיקולים הביטחוניים הנוגעים לעניין. החלטת בית המשפט מעניקה לגיטימציה למשיב לבצע הפחתה בתנאי המאסר של אסירים המסווגים ביטחוניים אך בשל סיווג זה.

33. בית המשפט קמא קבע, כי "לימודיו של העותר באוניברסיטה הפתוחה כרוכים ביצירת תקשורת בכתב איתה ולכן מוסמך המשיב להגביל אותה כחלק מהמגבלות המוטלות על התקשורת של העותר עם העולם החיצון." בית המשפט קמא מבסס טענתו זו על פסק הדין בע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר פ"ד נ(4) 492 (1996) (להלן - "עניין קונטאר"), אשר קבע, כי "שלילת חופש התנועה של אסיר גוררת אחריה הגבלה של זכויות אחרות, כמו הזכות לתקשורת בכתב או בע"פ עם העולם החיצון." (ציטוט בסעיף 2 לפסק הדין של ביהמ"ש קמא). אכן פסק הדין בעניין קונטאר קובע, כי קיימת הצדקה להטיל מגבלות מיוחדות על אסירים ביטחוניים בכל הנוגע לקשר עם החוץ לאור הסכנה שימשיכו לקיים קשר עם ארגוני טרור בתקופת המאסר. אלא שפסק הדין הדגיש, כי ההסדרים המיוחדים שיוטלו על אסירים ביטחוניים לעניין הקשר עם החוץ 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.**" (עניין קונטאר, עמ' 500) (ההדגשה הוספה).

34. הנחת המוצא ליחס שמחויב המשיב להעניק לכלל האסירים היא שוויון בין כלל האסירים. סיווג אסירים כ"ביטחוניים" אינו מתיר כשלעצמו הבחנה בינם לבין האסירים הפליליים. הפגיעה בתנאים של האסירים הביטחוניים מותרת רק באותם המקרים, שבהם יש הצדקה על בסיס שיקולים ביטחוניים ענייניים לשלול מהאסירים הביטחוניים תנאים מסוימים. תכליתו היחידה של הסיווג האדמיניסטרטיבי של אסירים ביטחוניים הינה להתמודד עם בעיות ביטחוניות. משכך, למשיב יש סמכות ליצור הבחנות בתנאי הכליאה בין האסירים הביטחוניים לפליליים רק באותם המקרים בהם קיים עניין ביטחוני מובהק (עניין קונטאר, עמ' 501-500; בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 544 (1980); רע"ב 4251/99 שוכרי נ' שירות בתי הסוהר (1.11.99)). הזכות לשוויון בין האסירים באה לידי ביטוי אף בפקודה העוסקת ב"כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" הקובעת בסעיף 1d כי בכל הנושאים שלא הוסדרו בפקודה, יחולו התנאים החלים על כלל האסירים.

35. כך, לדוגמה, בפסק הדין בעניין יגאל עמיר שעסק בזכותו של עמיר לקיים טיפולי הפרייה מלאכותית, הכיר המשיב בסמכותו להגביל אך ורק את אותן הזכויות של אסירים ביטחוניים שמימושן עשוי ליצור חשש ביטחוני.

36. לעניין התכלית הביטחונית, המשיב עצמו מודה, כי ההצדקה הביטחונית לשלילת הלימודים לא היתה הבסיס לקבלת ההחלטה אלא היה זה שיקול נוסף ומשני בלבד, כפי שעולה מתגובת המדינה לעתירה "ההחלטה נתקבלה, **בין היתר, גם** לנוכח מידע המצוי בידי גורמי הביטחון" (סעיף 8

לתגובת המדינה לעתירה). בכל מקרה, גם שיקול זה אינו יכול להיות בסיס להבחנה רלוונטית בין אסירים ביטחוניים לפליליים לעניין הלימודים באו"פ, כפי שיפורט בהמשך.

37. אף אם נקבל את הטענה המוטעית לטעמנו, כי מדובר בהטבה בלבד ולא בזכות, הרי שאין עוררין על כך **שהזכות לשוויון בנגישות להשכלה** הינה זכות יסוד שמקורה בזכות לכבוד. העדפתה של קבוצה אחת על פני אחרת מבלי שקיימת כל הבחנה רלוונטית בין הקבוצות, משפילה ופוגעת בזכות לשוויון. שלילת נגישותו של אסיר ביטחוני להשכלה גבוהה אך בשל היותו מסווג כ"ביטחוני" מבלי שקיימת הצדקה עניינית, הינה החלטה משפילה הפוגעת בכבוד האדם. ההבחנה בין "זכות" ל"הטבה" אינה רלוונטית לעניין זה. כפי שהדגיש השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות: **"לדעתי הבחנה זו בין זכות לפריבילגיה לעניין זכות השמיעה, אבד עליה הכלח... תהא פעולתו של המינהל אשר תהיה, ויהיה אפיונה אשר יהיה, אין המינהל יכול שלא לפעול בהגינות כלפי האזרח"** (בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767, 777 (1979) (ההדגשה הוספה)).

38. הזכות לשוויון בהשכלה הגבוהה קיבלה אף עיגון בחוק במסגרת חוק זכויות הסטודנט, תשס"ז-2007, אשר מטרתו "לקבוע עקרונות לזכויות האזרח הישראלי ותושב ישראל לנגישות להשכלה גבוהה... מתוך הכרה במחויבות החברה בישראל לזכויות אלה ולשוויון הזדמנויות בהשכלה גבוהה." (סעיף 2 לחוק). הזכות לנגישות שווה להשכלה גבוהה הוכרה גם באמנות בינלאומיות שונות להן מחויבת ישראל, ובין היתר: סעיף 13(ב) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; סעיף 26(1) להכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם משנת 1948 וסעיף 4 לאמנה הבינלאומית נגד הפליה בחינוך משנת 1960.

39. ראוי להוסיף בהקשר זה, כי דווקא מאחר שלא ניתנת לאסירים הביטחוניים האפשרות ללמוד במסגרות לימודים אחרות הפתוחות בפני אסירים פליליים וזאת מטעמי בטחון, נותרה אפשרות מימוש זכותם לרכישת השכלה וידע במסגרת האו"פ כאפשרות יחידה. נסיבות אלה מחייבות ביתר שאת הקפדה יתרה שלא לפגוע באפשרות הלימוד באו"פ לאסירים הביטחוניים.

40. זאת ועוד. בית משפט נכבד זה פסק לא אחת כי הזכות לשוויון נבחנת גם ביחס להטבות ולא רק ביחס לזכויות ועל כן, שאלת סיווג הלימודים באו"פ כזכות או הטבה אינה משנה לעניין הפגיעה בזכות לשוויון. משהחליטה רשות שלטונית להעניק הטבה מסויימת לאדם היא לא יכולה לסרב להעניק את אותה ההטבה לאדם מאותו הסוג, מבלי שקיימת הבחנה עניינית. בבג"ץ 43/72 עמבר נ' שר הבטחון נקבע לעניין הפליה בתשלומים, כי: **"אחד היסודות של הצדק ושלטון החוק, שאין להפלות בין אדם לאדם במצב שווה... וזה אף-על פי שאין על המדינה חובה לפי חוק לשלם הטבות כאלה"** (בג"ץ 43/72 עמבר נ' שר הבטחון, פ"ד כו(2) 63 (1972) (ההדגשה הוספה)). וכך נקבע גם בעע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (6.10.09): **"במקרה שבו מסווג לרשות שיקול דעת להעניק הטבה מסויימת הן לפלוני, הן לאחרים, הרי שאף שאין היא מחויבת להעניק את אותה הטבה כלל ועיקר, משבחרה להעניקה לאחרים, אין היא רשאית לשלול את אותה הטבה מפלוני באין שוני רלוונטי ביניהם..."** (פסקה 16 לפסק דינה של כבי' השופטת ארבל) (ההדגשה הוספה) (וראו גם פסק הדין בבג"ץ 181/96 "הארץ" נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ(5) 45 (1996)).

## הפליה בין אסירים ערבים ליהודים

41. כאמור לעיל, החלטת המשיב לשלול את לימודיו של המבקש באו"פ התקבלה בתחילה כחלק מהחלטה גורפת לשלול לימודים לכל "האסירים הפלסטינים שאינם פליליים". החלטה זו נגועה בהפליה קיצונית ביותר שהמשיב מודה בה בפה מלא: הקריטריון המנחה את המשיב בהחלטתו לפגוע בתנאי האסירים הביטחוניים הנו ההשתייכות האתנית-לאומית של האסיר.

42. לאחר שחרורו של שליט מן השבי, החליט המשיב על החלת ההחלטה בעניין שלילת הלימודים על כלל האסירים הביטחוניים, יהודים וערבים כאחד. על פי עמדת המשיב מיום 13.11.11 בתשובה לעת"א (נצרת) 16207-09-11, שעסקה גם היא בעניין נשוא בקשה זו, החלטתו אינה לוקה בהפליה מכיוון שההחלטה הוחלה גם על האסיר הביטחוני היהודי האחד שלמד באו"פ. אלא שמתשובתו של המשיב דווקא עולה תמונה ברורה של הפליה. בניגוד ליתר האסירים הביטחוניים, לאותו אסיר ביטחוני יהודי "אושר במהלך חודש 8/11 (מועד בו הפקודה היתה עדיין בתוקף) ללמוד בסמסטר שהחל בחודש 9/11. בקשתו זו של האסיר אושרה בהתאם לחריג הקבוע בסעיף 4ב לפקודה בעניין אסירים בטחוניים" (סעיף 10 לכתב תשובה בעת"א 16207-09-11 ראוי סולטאני נ' שב"ס). בניגוד לאותו אסיר ביטחוני יהודי, לגבי המבקש שהיה אף הוא רשום כבר לסמסטר שהחל ב-9/11 ושילם את שכר הלימוד, לא נבחנה האפשרות לאפשר לו להמשיך בלימודיו ולהשלים את הסמסטר.

כתב התשובה בעת"א 16207-09-11 מצ"ב ומסומן ב/5.

43. אף אם נקבל את טענת המשיב, כי החלטתו לא נובעת ממניעים מפלים, לא ניתן להתעלם מהתוצאות המפלות של החלטה. לעומת אסיר ביטחוני יהודי אחד אשר נפגע מהחלטת המשיב, כל יתר האסירים הביטחוניים שנפגעו מהחלטת המשיב, כ-200 במספר, הינם ערבים (על פי הערכות שב"ס והאו"פ, בשנת 2010 למדו כ-210 אסירים ביטחוניים באו"פ. אסף שטול-טראורינג, "אוניברסיטה מאחורי הסורגים" הארץ, 4.11.2010).

44. בית משפט נכבד זה פסק לא אחת, כי הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של הפליה וכי די בתוצאה המפלה: "עקרון השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה" (השופט חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998)). מכך יוצא, כי אף אם ההחלטה הינה "נייטרלית" כביכול ומוחלת על כלל האסירים הביטחוניים, העובדה כי רובם ככולם של האסירים הביטחוניים המושפעים מההחלטה הינם ערבים יוצרת הפליה אסורה.

לעניין זה ראו גם: בג"ץ 6689/95 קעאדו נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279-280 (2000); בג"ץ 953/87 פרוז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333-4 (1988); בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749, 764 (1994).

45. ההפליה הינה מן הפגיעות החמורות שיתכנו בזכויות האדם. הפליה המבוססת על השתייכותו האתנית-לאומית של אדם משפילה באופן מיוחד ופוגעת בכבוד האדם (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (11.5.06); בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (14.5.06)).

46. על חשיבות הזכות לשוויון בין אזרחי המדינה היהודים לערבים עמד הנשיא ברק בעניין ועדת המעקב העליונה: "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." (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה (27.2.2006)).

47. החלטת המשיב פוגעת בזכות לשוויון המעוגנת באמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית משנת 1965 שאושרה על ידי ישראל ב-1979. סעיף 2 לאמנה קובע כי: Each State Party undertakes to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation.

48. האיסור על הפליה בין אסירים על רקע השתייכות אתנית-לאומית מעוגן גם במסמכים שונים של האו"ם וביניהם בסעיף 2 ל- Basic Principles for the Treatment of Prisoners משנת 1990 ובסעיף 6 ל- UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners משנת 1995.

### פסקת ההגבלה

49. מבלי לדון בשאלה, אם ראוי לסווג חופשות כ"זכות" או כ"טובת הנאה" – הרי שללא ספק ההחלטה לשלול מהמשיב את האפשרות ללמוד באו"ם לאחר 15 שנים, היא החלטה המשליכה באופן ישיר על זכותו לחירות רוחנית. בנסיבות אלו, על ההחלטה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: עליה להלוט את ערכיה של מדינת ישראל, לשרת תכלית ראויה, ולעמוד בדרישת המידתיות. גם אם מבקשים לראות בלימודים משום "פריבילגיה", הרי שמדובר בפריבילגיה מסוג מיוחד, הקשורה קשר בל-יינתק לזכות יסוד.

### העדר הסמכה בחוק:

50. שגה בית המשפט קמא כאשר התעלם מטענות המבקש בעניין העדר הסמכות שבידי המבקש לשלול ממנו ומשאר האסירים הביטחוניים את הזכות ללמוד.

51. כפי שטענו בהרחבה בסעיפים 37-42 לעתירה המתוקנת, החלטת המשיב לשלול מהמבקש את הזכות ללמוד התקבלה בחוסר סמכות שכן אין בנמצא דבר חקיקה, אשר מסמיך את המשיב לאמץ מדיניות של הרעת תנאי אסירים ביטחוניים באמצעות ביטול הטבות ופגיעה בזכויות, למטרה

שאינה נוגעת לניהול בית הסוהר עצמו, לשמירה על ביטחון בתי הסוהר וכדומה. סעיף 76 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 קובע את סמכותו הכללית של המשיב לעסוק "בניהול בתי הסוהר, בהבטחת אסירים ובכל הכרוך בכך" וסעיף 80א לפקודה מסמיך את נציב שב"ס להוציא הוראות כלליות שיקבעו "עקרונות לעניין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה". כפי שציינה השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין בעניין יגאל עמיר: "סמכות הנציב משתרעת על ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בכלא, והבטחת פעולתו התקינה של השירות, והוא מוסמך להוציא הוראות כלליות בעניין זה" (פסקה 11 לפסק דינה של הש' פרוקצ'יה)(ההדגשה הוספה).

52. המשיב לא העלה כל שיקול ענייני הנוגע לצרכי הניהול התקין של בתי הסוהר להצדקת החלטתו לשלול את הלימודים באו"פ מאסירים ביטחוניים. גם השיקול הביטחוני שכביכול הנחה את המשיב אינו רלוונטי לעניין משהוא אינו נוגע ללימודים עצמם.

53. לא זו בלבד שהחלטת המשיב הינה בחוסר סמכות, אלא שהיא אף פוגעת במטרות שלשמן הוא פועל. להחלטת המשיב עשויה להיות השפעה שלילית על הסדר והמשמעת בבית הסוהר. יפים לענייננו דבריו של השופט זמיר לעניין הסמכות המינהלית של שב"ס: "כל סמכות צריכה להיות מופעלת כדי לשרת את תכלית החוק, על יסוד שיקולים ענייניים, באופן סביר ובמידה הנדרשת..." (עמ"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 8 (1998)).

#### תכלית בלתי ראויה:

54. בעניין גולן קבע בג"ץ, כי הפגיעה בחירות הרוחנית של האסירים מותרת רק בהתקיים מבחן מחמיר של ודאות קרובה לפגיעה ממשית בשלום הציבור, או לפגיעה ממשית בהבטחת השלום, הסדר והמשמעת בין כותלי הכלא:

*"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 בית הסוהר במובן הרחב (כיעילות מינהלית, חיסכון במשאבים וכדומה). אך בשים לב לחשיבותו ולמרכזיותו של חופש הביטוי, משקלם היחסי של אינטרסים נוספים אלה אינו רב" (עניין גולן, עמ" 165) (ההדגשה הוספה).*

55. ראשית, נזכיר, כי העילה המקורית לשלילת הלימודים היתה חטיפתו של גלעד שליט והרצון להפעיל לחץ על חמאס לשחרורו או לשפר את תנאי כליאתו. תכלית זו אינה ראויה משהיא פוגעת בזכות לכבוד של המבקש שכן היא מבטאת התייחסות לאסירים כאמצעי לחץ להשגת תכליות חיצוניות להם. כמו כן, לא התקיים כל קשר רציונאלי בין הצעד הגורף בו נקט המשיב לבין התכלית: שיפור תנאי החזקתו של שליט בשבי ושחרורו. על השרירות המוחלטת שבאמצעי זה ניתן ללמוד מהחלטתו על העותר, אשר כלל אינו מזוהה עם תנועת החמאס והוא אזרח ישראלי. בית

המשפט קמא התעלם לחלוטין בפסק דינו מהתכלית הבלתי חוקתית שעמדה ביסוד החלטת המשיב.

56. כעת, לאחר שחרורו של שליט, ברור על אחת כמה וכמה, כי הותרת ההחלטה על כנה הינה שרירותית ונועדה לתכלית בלתי ראויה. יוזכר, כי טענתו העיקרית של המשיב להצדקת שלילת הלימודים באו"פ כלל אינה מבוססת על טיעון ביטחוני. התכלית המרכזית שעמדה ביסוד החלטתו להפסיק את הלימודים באו"פ היתה, כי במסגרת עבודת המטה של הצוות המקצועי שהוקם בשנת 2009 לבחינת תנאי כליאתם של אסירים בטחוניים, התגלה כי מדובר בהטבה שאין המשיב מחויב לתת לאסירים ביטחוניים (סעיף 2 לתשובה). כך גם עולה מתגובת המדינה בבג"ץ: "בחינה רוחבית שנעשתה על ידי המשיבים העלתה, כי התנאים מהם נהנו אסירים בטחוניים הינם **הרבה מעבר למתחייב** על פי הדין או על פי המשפט הבינלאומי. **על כן**, המשיבים החליטו לצמצם חלק מן התנאים האמורים" (סעיף 16 לתגובה לבג"ץ) (ההדגשה הוספה).

57. מדברים אלה של המשיב עולה, כי לא קיימת כל תכלית עניינית להחלטת המשיב מלבד "הגילוי", כי מדובר בהטבה ולא בזכות. לא ברור מהו האינטרס העומד מאחורי החלטת המשיב לשלול מהמבקש את הלימודים באו"פ מלבד אולי הרצון של המשיב להרע את תנאי האסירים הביטחוניים בבתי הסוהר וודאי שזו לא יכולה להיות תכלית ראויה.

58. לענין התכלית הביטחונית, אשר הועלתה על ידי המשיב, לפיה כספי ארגוני טרור משמשים למימון הלימודים באו"פ ועל כן מוצדק לשוללם, נוצר הרושם כי טיעון זה נועד אך לצורך יצירת מראית עין של גושפנקא ביטחונית להחלטה ולצורך ההצדקה להבחנה בין האסירים הביטחוניים לפליליים. דווקא העלאת טענה זו חושפת את העדרו של בסיס ביטחוני בהחלטה ואת השרירות שבה.

59. הדרישה לטעמים כבדי משקל מתגברת נוכח העובדה, כי המשיב העניק זכות זו לעותר וליתר האסירים הביטחוניים במשך למעלה מ-15 שנים ומשכך גם מתקיים אינטרס ציפיה והסתמכות. בענייננו לא זו בלבד שלא מתקיים מבחן הודאות הקרובה שאומץ בפסיקה כנוסחת האיזון לפגיעה בזכויות אדם בכלל, ולהגבלת חופש הביטוי בפרט, אלא שהאינטרס העומד מנגד הנו בלתי ראוי, שרירותי ולא רלוונטי, כפי שיובהר להלן.

#### **מבחן המידתיות:**

60. אף אם התכלית של מניעת תגמול כספי מצד ארגוני טרור לאסירים ביטחוניים הינה ראויה, ההחלטה אינה עומדת באף אחד ממבחני המידתיות. ראשית, **לא מתקיים כל קשר ראציונלי** בין הצעד הגורף בו נקט המשיב, שלילת אפשרות מאסירים ביטחוניים ללמוד באו"פ, לבין הרצון למנוע תגמול אסירים ביטחוניים בידי ארגוני טרור. במידה שהמשיב מבקש להילחם בכספים המועברים, לכאורה, לידי אסירים ביטחוניים כתגמול על מעשיהם מארגוני טרור, הרי שיש בידיו כלים רבים ומגוונים לחסום את דרכו של הכסף. כך, יכול המשיב לעשות שימוש בכלים פליליים ומנהליים הנתונים לו במסגרת חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 וכן במסגרת תחיקת הביטחון.

61. המשיב לא העלה כל אינטרס ביטחוני או אחר הנוגע ללימודים עצמם ולא העלה כל טענה באשר לסכנה ביטחונית הצומחת מעצם הלימודים עצמם. לאור זאת, הניסיון ליצור קשר בין בעיית העברת הכספים לבין הלימודים באו"פ אינו ראוי.

62. חסימת פעילות לגיטימית לחלוטין ואף חינוכית וראויה כאמצעי לחסימת המקור הכספי שעומד, כביכול, מאחורי מימון הפעילות, הינה החלטה בלתי סבירה לחלוטין וחסרת כל הגיון רציונאלי. על פי הגיון זה, יכול המשיב להחליט גם על הגבלת המבקש מקניית סיגריות, קניות בקנטינה ותשלום למנוי לעיתון. ברי גם, כי החלטת המשיב אינה עונה בשום אופן על התכלית הביטחונית שהינה עצירת העברת כספים מארגוני הטרור לידי האסירים הביטחוניים.

63. למעלה מן הצורך יוער, כי החלטת המשיב אינה עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אף אם ניתן היה להצביע על תכלית ראויה, וודאי שאין זה מידתי לשלול מכלל האסירים הביטחוניים את הלימודים מבלי לבצע בדיקה פרטנית לגבי מקור הכספים לגבי כל אחד מהאסירים באופן ספציפי, במיוחד נוכח מספרם המועט יחסית של האסירים הביטחוניים הלומדים באו"פ. בדיקה פרטנית של כל מקרה לגופו היתה מגשימה כל תכלית ביטחונית לגיטימית.

64. בית משפט נכבד זה חזר מספר פעמים על ההלכה לפיה איסורים גורפים ללא בדיקה אינדיווידואלית פוגעים מעבר לנדרש בזכויות. כך, לדוגמה, נפסק בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית פ"ד נח(5) 70 (2004), בעניין איסור גורף שהוטל על מתן תעודת עיתונאי לתושבי שטחים: "סירוב ללא כל בדיקה אינדיווידואלית להעניק תעודת עיתונאי בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי." (עמ' 77). וכך גם נפסק בעניין קונטאר:

*"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 שבי"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 נאלה" (עמ' 503) (ההדגשה הוספה).*

65. יודגש, כי המבקש נחשב, על פי מיטב ידיעתו, לאסיר למופת בעייני המשיב, אין לו כל בעיות משמעת ולא נטענו נגדו על ידי המשיב כל טענות ביטחוניות. נהפוך הוא, המשיב נחשב לאסיר מתון בעל השפעה חיובית על שאר האסירים הביטחוניים.

66. המשיב טוען עוד, כי במקרים שונים התגלה, כי חלק מהאסירים הביטחוניים מנצלים הטבות שניתנו להם כדי להעביר מסרים, כספים ואמצעי אל הכלא (סעיף 19 לתגובת המשיב לבג"ץ). אף אם טענה זו יכולה להוות בסיס לשלילה של הטבות מסוימות מאותם אסירים שניצלו לרעה הטבה מסוימת, וודאי שאין מקום לענישה קולקטיבית של כלל האסירים הביטחוניים ובוודאי שאין מקום לביטול הלימודים באו"פ, אשר לגביהם כלל לא נטען שנוצלו לרעה.

67. מהאמור לעיל עולה בבירור, כי הפגיעה הקשה בזכויותיו של המבקש ויתר האסירים הביטחוניים לחירות רוחנית, לכבוד ולשוויון אינה שקולה כנגד התועלת הנובעת ממנה. אין בשלילת הלימודים באוני' כדי לשפר במאום את ביטחון המדינה, את הסדר והמשמעת בכלא או כל אינטרס לגיטימי אחר. נהפוך הוא, דווקא שלילתה של פעילות חינוכית, אשר יש בה כדי לתרום לסדר וליציבות בכלא, עשויה לפגוע בביטחון ובסדר. מחקרים מוכיחים כי קיים קשר שלילי ברור בין השתתפות בלימודים אקדמיים של אסירים לבין רמת הרצידיביזם שלהם, כי לימודים אקדמיים משפיעים לטובה על סיכויי השיקום של האסירים וכן על המשמעת בתוך בתי הכלא (Stevens D. J. & Ward C. S, "College Education and Recidivism: Educating Criminals is Meritorious" *Journal of Correctional Education*, Vol. 48, No. 3 (1997); Gerber J. & Fritsch E. J., "Adult Academic and Vocational Correctional Education Programs: A Review of Recent Research" *Journal of Offender Rehabilitation*, Vol 22, Issue 1-2 (1995) באחד המחקרים דווח כי מספר המאסרים החוזרים בקרב אסירות אמריקאיות שהשתתפו בתוכניות לימודים בקולג' במהלך מאסרן היה נמוך פי 4 מאשר בקרב אסירות שלא למדו במהלך מאסרן. גם במהלך שהותן בכלא השפיעו הלימודים לטובה על התנהגותן של האסירות שלקחו חלק בלימודים, על מעורבותן החיובית בתוכניות שיקום ועל יצירת אווירה רגועה יותר בתוך בית הכלא. (Torre M. E & Fine M., "Bar None: Extending Affirmative Action to Higher Education in Prison" *Journal of Social Issues*, Vol. 61, No.3, p, 579, 583, 587-588 (2005)).

68. מהדברים שלעיל עולה, כי החלטת המשיב אינה משרתת תכלית ראויה והיא אינה מידתית. התכלית הביטחונית כלל אינה עומדת בקשר רציונאלי לאמצעי ובכל מקרה ניתן היה להשיג תכלית זו באמצעות בדיקה פרטנית, שפגיעתה פחותה והיא עדיין מאפשרת את מימוש התכלית הביטחונית אשר כביכול קיימת.

69. בשולי הדברים נתייחס לעמדת בית המשפט קמא הנכבד, לפיה עומדת למשיב "חזקת התקינות" "שדי בה כדי לגרום לדחיית העתירה בכל הקשור לנימוקים שעומדים בבסיס ההחלטה" לאור התנגדותו של המבקש לבקשת המשיב להציג את החומר החסוי במעמד צד אחד (סעיף 5 להחלטה בעמ' 7). על פי הנחיית פרקליטת המדינה מס' 21.9 "הצגת מידע מודיעיני חסוי לבית משפט הדין בעתירת אסירים ובוועדת שחרורים" פרקליט רשאי להציג בפני בית המשפט חומר מודיעיני חסוי "העומד בבסיס החלטת שב"ס" (סעיף 2 להנחיה). עמדת בית המשפט קמא מתעלמת מכך שהחומר החסוי שביקש המשיב להציג לא היה רלוונטי להחלטתו מאחר שהחומר כלל לא נגע לסוגיית הלימודים אלא לבעיית העברת הכספים לאסירים הביטחוניים. כמו כן, כפי שהוסבר לעיל, השיקול העיקרי שעמד בבסיס החלטת המשיב לא היה השיקול הביטחוני אלא "הגילוי" כי מדובר בהטבה ולא בזכות.

70. על פי הנחיית פרקליטת המדינה שלעיל סירובו של העותר לעיונו של בית המשפט בחומר במעמד צד אחד חייב את הפרקליט לדאוג להוצאת תעודת חיסיון. משהתנגד המבקש לכך שביהמ"ש יעיין בחומר החסוי ובהעדר תעודת חיסיון לא קמה חזקת תקינות המנהל.



71. משהחליט בית המשפט לקבל את התנגדות המבקש ולהסתפק בפרפראזה כללית בלבד, שהוצגה גם בפני המבקש, לא היה מקום שבית המשפט יקבל בפסק דינו את טענות המשיב לגבי טעמים ביטחוניים להחלטה על סמך הפרפראזה.

### החלטה מינהלית בלתי סבירה

72. אף אילו ההנחה המוטעית של בית המשפט הנכבד קמא, כי לא מדובר בזכות אלא בהטבה בלבד שניתנה למשיב במשך 15 שנים, היתה נכונה, הרי שהחלטת המשיב, ככל החלטה מינהלית ובכלל זה החלטה על שינוי מדיניות, חייבת להתבסס על שיקול דעת ענייני ולהיות סבירה, מידתית והגונה: "שיקול הדעת המינהלי חייב להיות מופעל בתום לב, על יסוד שיקולים ענייניים, בשוויון, בסבירות ובמידתיות" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי (כרך ב') 619 (2010)). מהאמור לעיל עולה, כי לא זו בלבד שהחלטה מבוססת על שיקולים בלתי רלוונטיים, אלא שהיא גם פוגעת בזכויות האסירים לחירות רוחנית, לכבוד ולשוויון.

73. הדבר מקבל משנה תוקף נוכח אינטרס ההסתמכות והציפייה שיש לעותר לאחר שהותר לו במשך 15 שנים ללמוד באו"פ. המבקש השקיע עשרות אלפי שקלים בלימודים אלה במשך השנים, וכל מאמציו הושקעו במטרה להרחיב דעה ולזכות בסופו של דבר בתואר אקדמי. השקעתו של המבקש היתה מבוססת על הציפייה הלגיטימית, כי הוא יוכל להשלים את לימודיו לצורך קבלת תואר. יוזכר, כי למשיב נותרו ארבעה קורסים בלבד לצורך השלמת לימודיו לתואר בוגר.

74. חובתה של הרשות לשכנע בדבר ההצדקה להחלטה שקיבלה גוברת במקרה שלפנינו לאור הפגיעה באינטרס ההסתמכות והציפייה של המבקש. כידוע, "אם מדובר בזכויות קיימות, אשר אותן מבקשת הרשות לשלול הרי למרות שאין הרשות חייבת לסמוך החלטתה על פסיקתה הקודמת של ערכאה שיפוטית דוקא, דרושה בכל זאת הוכחה משכנעת, שאינה מותירה מקום לספקות סבירות." (בג"ץ 56/76 ברמן נ' שר המשטרה, פ"ד לא(2) 687 (1977)).

75. פקודת נציבות 04.17.00 שעניינה "הענקת טובות הנאה ושלילתן" קובעת בסעיף 1(ה), כי שלילת טובות הנאה היא הליך מעין שיפוטי. תהליך שלילת טובות הנאה מחייב קיום הליך שימוע לאסיר וכי ההחלטה תהייה בכתב ותכלול את נימוקי השלילה.

76. גם ביחס לשלילה קבוצתית של טובות הנאה – אמצעי פסול, שחוקיותו מוטלת בספק – קבע המשיב, כי ההחלטה צריכה להתבסס על התנהגות של קבוצת אסירים מסוימת או לתנאים מיוחדים שנוצרו בתוך בית הסוהר כגון מרד, מהומה, שביתת רעב וכדומה. סעיף 9(ב) לפקודה קובע "בוצע מעשה שיש בו הפרת משמעת המצדיקה שלילת טובות הנאה, והמעשה בוצע ע"י קבוצת אסירים מסוימת... מותר לשלול טובות הנאה מכל הקבוצה". אולם גם במקרה כזה נקבע בפקודה, כי יש לקיים הליך בחינה אישי לאסיר הטוען שלא היה שותף להפרה (סעיף 9(ב)(2)).

77. מהאמור לעיל עולה, כי ההחלטה הגורפת של המשיב פסולה משהיא מנוגדת לעקרונות יסוד של הליך מנהלי תקין.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן למבקש רשות ערעור.

22 במאי 2012

---

אן סוצ'יו, עו"ד  
ב"כ המבקש