

1. סעיף צלאח

(אסיר בבית סוהר גלבוט)

ע"י עוה"ד עביר בָּכָר מהקליניקה המשפטית לזכויות
ושיקום אסירים – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת
חיפה, הר כרמל, חיפה, (מ"ר 33825)
טל': 04-9815327, נייד 0503025502, פקס: 0722449452,

דואל: abeer.baker@gmail.com

המבקש ברע"ב 2459/12

2. ראוי פואד סולטאני

(אסיר בבית סוהר נפחא)

באמצעות עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או רימא איוב
ו/או ג'לאל דקואר ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או
פאטמה אל-עג'ו ו/או אראם מחאמיד ו/או נדים שחאדה
מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090, טל': 04-9501610; פקס:
04-9503140

המבקש ברע"ב 2539/12

3. מוחמד כרים יונס

(אסיר בבית סוהר הדורים)

באמצעות עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר ואח' מהאגודה
לזכויות האזרח בישראל; רח' נחלת בן ימין 75, תל-אביב 65154.
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

המבקש ברע"ב 4063/12

- נ ג ד -

1. שרות בתי הסוהר

2. מדינת ישראל

על-ידי ב"כ מפרקליטות המדינה משרד המשפטים,
ירושלים טלפון: 02-6466450; פקס: 02-6467011

המשיבים ברע"ב 2459/12

1. המשרד לביטחון פנים – שרות בתי הסוהר

על-ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466450; פקס: 02-6467011

2. האוניברסיטה הפתוחה (משיבה פורמאלית)

על ידי עוה"ד סלי ברון, הלשכה המשפטית; דרך
האוניברסיטה 1, ת.ד. 808, רעננה 4310; טל': 09-7781119;
פקס: 09-97780908

המשיבים ברע"ב 2539/12

שרות בתי הסוהר

המשיב ברע"ב 4063/12

בקשה לדיון נוסף

מוגשת בזאת בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן ביום 24.12.12 על ידי הרכב השופטים: כבוד הנשיא א' גרוניס, כבוד השופט ח' מלצר וכבוד השופט א' שוהם.

פסק הדין ניתן בשלושת ההליכים שבכותרת שעניינם הנו אחד, נדונו במאוחד והחלטה בעניינם היתה אחת.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון נוסף בהליכים שבכותרת, בהרכב מורחב שידון ויכריע בשאלה האם החלטת המשיבים לשלול באופן גורף מכלל האסירים המסווגים כביטחוניים את האפשרות ללמוד במסגרת האוניברסיטה הפתוחה – בה בעת שזכות זו ניתנת לאסירים הפליליים - מהווה אפליה אסורה.

עותק מהחלטת בית המשפט מיום 24.12.12 מצורף כנספח ב/1.

הבקשה בתמצית

1. ביום 24.12.12 בסיום הדיון הראשון שהתקיים בפני בית המשפט, ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בהליכים שבכותרת. עניינם של שלושת ההליכים שנדונו בפני בית המשפט באותו יום היה

אחד: האם החלטת המשיבים להפסיק באופן גורף את לימודיהם של כל האסירים המסווגים כביטחוניים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה, בה בעת שהמשיכו האסירים הפליליים להיות זכאים להמשך לימודיהם ללא מפריע, הינה החלטה כדין. ברקע ההחלטה לשלול מהאסירים הפלסטינים את לימודיהם עמדה פרשת שחרורו של החייל גלעד שליט. כחלק מהלחץ על חמאס להגיע להסדר בנושא, המשיבים החליטו להצר את מרחב חייהם של האסירים הביטחוניים בבתי הכלא בישראל.

2. כפי שיפורט להלן, פסק הדין נשוא הבקשה, המתיר אפליה זו מבלי לבחון קיומו של טעם ענייני העשוי להצדיק אותה, סותר באופן חריף את ההלכה הפסוקה ארוכת השנים האוסרת על הבחנה שרירותית בין אסירים ביטחוניים ופליליים, לעניין תנאי מאסרם. סטייה זו מההלכה הפסוקה יש בה כדי לקבוע, הלכה למעשה, הלכה חדשה, לפיה ניתן לפגוע בזכותו של אסיר לשוויון, ולפגוע בתנאי מאסרו, בשל כך בלבד שסווג כביטחוני – ללא נימוק ביטחוני מבוסס ורלוונטי. בהקשר זה, הוא עלול לכרסם בצורה משמעותית במסורת העקבית של בית משפט נכבד זה, לבחון החלטות של המשיב על פי העיקרון הבסיסי, שזכויות האדם אינן נעצרות בשערי בית הסוהר.

3. בית המשפט הנכבד דן בבקשות רשות הערעור כבערעורים וביום הדיון דחה אותם לגופם, תוך שהמליץ לשקול מחדש את עניינם של האסירים, שעמדו לסיים את התואר האקדמי, ולקבל בעניינם החלטה נפרדת. אפליית האסירים הביטחוניים ביחס לפליליים בהקשר הנדון נמצאה מוצדקת על ידי בית המשפט, שקבע בהחלטתו, כי:

”בית משפט זה הביע דעתו בסוגיית האבחנה האמורה וקבע בהקשרים שונים כי אין מדובר באפליה פסולה כאשר זכות מסוימת ניתנת לאסיר פלילי אך אינה ניתנת לאסיר ביטחוני. דעתנו היא שגם לעניין לימודים באוניברסיטה הפתוחה אין פסול בהבחנה האמורה”.

4. לראשונה בית המשפט מתיר למשיבים להטיל מגבלות גורפות על האסירים שסווגו כביטחוניים, מבלי לקיים בחינה מדוקדקת של השאלה, אם הן קשורות באופן רציונאלי וענייני לתכלית הסיווג. פסק הדין יוצר לראשונה מצב שבו ניתן לשלול אפריורית מהאסיר זכות או פריבילגיה מסוימת רק בשל סיווגו, מבלי שתהיה בפני האסיר האפשרות לשוב ולדרוש מיצוי הזכות עם שינוי כלשהו בנסיבות או לפי תנאים חריגים שהוא עומד בהם. בכך, פסק הדין קובע כי ניתן לפגוע בזכותו החוקתית של אסיר לשוויון, מבלי להעמיד את הפגיעה במבחני פסקת ההגבלה. די בסיווג הביטחוני של האסיר בכלא על מנת להצדיק יחס שונה בתנאי כליאתו ובמערך זכויותיו, וכל זאת ללא צורך בבחינת זיקת ההגבלה לסיווג הביטחוני.

5. ועוד; פסק דינו של בית המשפט הנכבד משנה את ההלכה הפסוקה שנקבעה בפסקי דין רבים אשר התוו את גבולות המותר והאסור בנוגע לפגיעה בזכויותיהם של האסירים בכלל ואלה המסווגים כביטחוניים בפרט. אמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה הסדירו באופן ברור ונהיר את האיזונים שצריכים להיעשות כל אימת שהוטלו מגבלות על זכויות האדם בכלא בכלל ועל האסירים הביטחוניים בפרט, כדלקמן:

א. הלכה פסוקה היא, כי זכויות האדם של האסיר נשמרות גם בין כתלי בית המאסר, בכפוף לאלו הנשללות מעצם המאסר. הגבלת זכויות האדם של האסיר בכלא מתאפשרת, במידה והיא מתחייבת באופן הכרחי מהמאסר, או שהיא מבקשת לקיים אינטרס נוגד (ציבורי או פרטי) מוכר ורב משקל ובתנאי כי תתיישב עם עקרונות המשפט המנהלי והחוקתי. קווי יסוד אלה נקבעו בפסיקת בית המשפט הנכבד מקדמא דנא. יפים לכאן דבריה של כבוד השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה, כדלקמן:

"התפיסה החוקתית המעגנת את זכויות האדם במעמד נורמטיבי עליון מקרינה ואוצלת גם על זכויות האדם של האסיר, ועל יכולתו לממשן במסגרת הכלא. ביסוד השיטה החוקתית בישראל מובנית ההנחה כי אין לשלול או לגרוע מזכויות יסוד הנתונות לאדם אלא אם כן קיים אינטרס נוגד מוכר, פרטי או ציבורי, רב משקל במידה כזו, המצדיק זאת. הנחה זו פועלת גם בתחום ענישת עבריינים. משמעותה היא כי ההגנה על זכויות אדם ניתנת גם לאסירים לאחר ענישתם, ופגיעה בהם אפשרית רק מקום שאינטרס ציבורי נוגד בעל משמעות כבדת משקל, מצדיק זאת. פגיעה כזו מוכרת אך במידה הנדרשת לצורך השגת האינטרס הנוגד, ולא מעבר לכך."

בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר ([פורסם בנבו], ניתן ביום 13.06.06) פסקה 13.

ב. באשר להבחנה בין האסיר הביטחוני לפלילי, נקבע כי אין לעשות שימוש בסיווגו של אסיר בכלא כאמצעי להצדקת פגיעה בזכויותיו כאשר אין זיקה בין הסיווג לבין מהות הזכות המבוקשת, כדלקמן:

המסקנה היא, שיש הצדקה לקבוע הסדרים מיוחדים לגבי אסירים ביטחוניים, ובכלל זה לעניין האפשרות של אסירים כאלה לעמוד בקשר טלפוני עם אנשים מחוץ לבית הסוהר. עם זאת ברור 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. [הדגשה הוספה]

....

אכן, יש מקום להבדיל בין אסיר לאסיר בנוגע לתנאי המאסר, אך רק לפי צרכי הסדר והביטחון או לפי שיקולים ענייניים אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים כאלה. [הדגשה הוספה]

6. יש להזכיר, כי עקרונות היסוד הנ"ל הם אלה שחייבו את בית משפט זה לשבת על המדוכה ולנמק מדוע יש להתיר לאסיר לפרסם טור בעיתון, להצביע בבחירות ולהכניס עיתון ובאותה מידה מדוע אין לאפשר לו להכניס חומרים פורנוגרפיים ובובות מין לכלא. בכל המקרים הנ"ל הציב בית המשפט שאלה משפטית אחת והיא: האם בדין שוללים מהאסירים הזכויות המבוקשות.
7. ענייננו אפוא בפקס דין שאם יישאר על כנו יביא לשינוי יסודי בשיטה המשפטית הנהוגה בישראל ביחס להגבלות על תנאי כליאתם ומחייבתם של הכלואים בכלל ואלה שסווגו כביטחוניים בפרט. שיטת המשפט הכירה בזכותם של כלל האסירים לשוויון ובחובות שירות בתי הסוהר לנהוג בשוויון כלפי כולם. בה ובאותה עת התיר בית משפט זה לרשויות הכליאה לפגוע בזכות האסירים לשוויון בצורה מדתית ככל שהדבר רלוונטי לאופי הסיווג ולאחר עריכת האיזונים המתבקשים.
8. המבקשים ידגישו, כי כל פגיעה בזכות לשוויון הנה פגיעה אסורה אלא אם כן הובאו נימוקים משכנעים כי מדובר בהבחנה מותרת. פסק הדין סטה מעקרון בסיסי זה כאשר הניח כדבר המובן מאליו ואיננו דרוש הנמקה, כי הפגיעה בזכותם של האסירים לשוויון מותרת מעצם העובדה כי במקרים אחרים שונים שלו פורטו, היא נמצאה מוצדקת.
9. משעמדו המבקשים בנטל ההוכחה כי מדובר באפליה, הנטל עובר אל המשיבים להצדיק חוקיותה. החלטתו של בית המשפט פטרה את המשיבים מנטל זה על-אף שהשיטה המשפטית מחייבת הרמתו.
10. בניגוד לפסיקה העקבית של בית משפט נכבד זה, פסק הדין פותח פתח ליצירתם של שני משטרי כליאה בבתי הכלא: האחד לאסירים פליליים, והשני לאסירים שסווגו כביטחוניים. הותרת פסק הדין על כנה משמעה שבחינת הגבלת זכויותיו של אסיר פלילי תמשיך להיעשות לפי השיטה המשפטית שאומצה בישראל, ולפיה הגבלת הזכויות תהא כפופה לאמות המידה שנקבעו בפסיקה לרבות האיזונים שצריכים להיעשות בהקשרה של כל זכות/פריבילגיה בכלא. באשר לאסיר שסווגו כביטחוני, הרי לא יהא צורך בבחינת כל הגבלה על זכויותיו לפי מבחני הפסיקה, שכן די בסיווג הביטחוני על מנת לשלול מכללא הענקת זכויות מסוימות בכלא הניתנות לאחר.
11. הסטייה הקיצונית של פסק הדין מההלכות המושרשות בדבר מעמד זכויות האסירים במדינת ישראל יוצרת מצב משפטי חדש המחייב דיון בהרכב מורחב.
12. ההכרעה בשאלה שמעלה בקשה זו הנה הכרחית בנסיבות העניין דווקא בשל השיקולים הבלתי ענייניים והתכלית הבלתי ראויה שעמדו מלכתחילה בבסיס החלטת המשיבים לשלול מהאסירים הפלסטינים את לימודיהם במסגרת האוניברסיטה הפתוחה, כפי שהוסבר באריכות בכתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט הנכבד.

רקע עובדתי

המבקשים

13. המבקשים הנם אסירים שכתוצאה מהחלטה מדינית הופסקו לימודיהם במסגרת האוניברסיטה הפתוחה החל מחודש יוני, 2011. ברקע הדברים עומד כשלון המאמצים לשחרור החייל גלעד שליט, שנכון למועד קבלת ההחלטה על הפסקת הלימודים היה שבוי בידי ארגון החמאס.

14. המבקש מספר 1 הנו אסיר ביטחוני פלסטיני תושב השטחים המרצה עונש של 27 שנים החל מיום 18.11.04. המבקש היה רשום ללימודים במדעי הרוח באוניברסיטה הפתוחה והשלים עד כה 3 קורסים. עתירה שהגיש כנגד ההחלטה להפסיק את לימודיו נדונה על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת ונדחתה (עת"א (מח'נצ') 27387-09-11 **צ'לאח נ' שב"ס**, החלטה מיום 7.03.12).

15. המבקש מס' 2 הנו אזרח ישראלי, יליד שנת 1986 אשר קודם למעצרו החל בלימודים לקראת תואר ראשון במשפטים. אביו של המבקש הנו עו"ד ותיק וידוע מאזור המשולש, אמו מורה לחינוך מיוחד ולקראת סיום לימודי תואר שני באוניברסיטת תל-אביב. אחיו סטודנט לרפואה ואחותו תלמידת בית ספר תיכון. המבקש איננו משויך לאף ארגון עוין ובית הסוהר מגדירו שנטול שיוך ארגוני. עם תחילת מאסרו ומתוך רצון לשקם את חייו ולהעביר את זמנו באופן חיובי בכלא נרשם המבקש ללימודי תואר ראשון במסלול חברה ורוח באוניברסיטה הפתוחה בישראל. עתירה שהגיש המבקש כנגד ההחלטה להפסיק את לימודיו נדונה על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת ונדחתה (עת"א (מח'נצ') 16207-09-11 **סולטאני נ' שב"ס**, החלטה מיום 7.03.12).

16. המבקש מספר 3 הנו אזרח ישראלי, אסיר עולם, שעונשו נקצב לאחרונה ל-40 שנים. בימים אלה מלאו למבקש 30 שנים בכלא. בשנת 1996 החל המבקש את לימודיו במסגרת האוניברסיטה הפתוחה בישראל בחוג מדעי המדינה ויחסים בינלאומיים. עתירה שהגיש כנגד ההחלטה להפסיק את לימודיו נדונה על ידי בית המשפט המחוזי מרכז ונדחתה (עת"א (מח'מרכז) 4902-08-11 **יונס נ' שב"ס**, החלטה מיום 7.05.12). יוער, כי מאחר שהמבקש 3 נמצא על סף סיום לימודיו לתואר, הוא הגיש במקביל בקשה למשיב לשקול את המשך לימודיו, בהתאם להמלצת בית המשפט בפסק דין זה.

הפסקת לימודי האסירים הביטחוניים:

17. אסירים פליליים הורשו להירשם לאוניברסיטה הפתוחה מאז שנת 1978 בעוד שאסירים ביטחוניים הורשו לעשות זאת רק בשנת 1994. בשנת 2010 עמד מספרם של האסירים הלומדים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה על 270 כאשר 60 מהם הנם פליליים והיתר ביטחוניים.

18. כאמור, ביום 25.06.11 הכריז ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, על כוונתו לשלול מהאסירים הביטחוניים הפלסטיניים, בין היתר, את האפשרות ללמוד במסגרת האוניברסיטה הפתוחה. עד לאותה עת ניתנה האפשרות לכלל האסירים במדינה ללמוד במסגרת האוניברסיטה הפתוחה במהלך ריצוי מאסרם ובכפוף לעמידתם בתנאים מסוימים שקבע שרות בתי הסוהר בפקודת נציבות 04.48.00 **"לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה"** שלימים בוטלה.

19. רשימת תחומי הלימוד שאושרו עבור כל האסירים הלומדים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה מונה את התחומים: מדעי הרוח, סוציולוגיה, כלכלה וניהול, פסיכולוגיה ומדעי המדינה. במסגרת אותם לימודים נחשפים האסירים למגוון רחב של מטריה עיונית בתחומים שונים בענייני דת, מדינה, דמוקרטיה, מדעי התנהגות ועוד. שרות בתי הסוהר אוסר במפורש לימודי קורסים במסגרת מדעי החיים, מדעי הטבע, מדעי המחשב, פיזיקה וכימיה. נוסף למגבלות על תכני הלימוד, האסירים נדרשים לעמוד במטלות הלימודים בהסתמך אך על ספרי הלימוד המועברים אליהם דרך האוניברסיטה ללא יכולת לעשות שימוש בחומרי עזר נוספים כגון מחשבים, גישה לאינטרנט השאלת ספרים ועוד. חרף אותן מגבלות רבים מהאסירים הצליחו להשלים את תואריהם האקדמאיים ואף בהישגים מרשימים.

20. עמדתם של המשיבים כפי שהובאה בפני כל הערכאות שדנו בעניין היתה, כי ההחלטה לשלול את לימודי האוניברסיטה הפתוחה ניתנה לאחר שהוחלט על ידי הדרג הפוליטי והמקצועי לצמצם עד למינימום את ההטבות המוענקות לאסירים הפלסטינים המסווגים כביטחוניים ולא לתת כלום מעבר למתחייב על-פי דין. המשיבים לא הכחישו כי מדיניות הצמצום הנ"ל כוונה אך כלפי האסירים הפלסטינים הביטחוניים ולא כנגד כלל האסירים כחלק ממדיניות מאסר חדשה עליה הוחלט בקרב רשויות הכליאה. בנוסף ובקליפת האגוז נטען, כי שלילת הלימודים נועדה גם כדי למנוע ניצול מימון הלימודים על ידי ארגוני טרור לשם שדרוג מעמד ארגונם בכלא. המשיבים לא ייחסו למי מהמבקשים טענה ספציפית בהקשר זה וסמכו את דבריהם על מידע סודי כללי.

21. יצוין, כי בהחלטה מושא בקשה זו בית המשפט לא עיין ולא ביקש לעיין במידע הסודי עליו מדובר דבר ובפסק דינו לא ייחס כל חשיבות לטענות המשיב בהקשר זה.

22. למן תחילת ההליכים המשפטיים בעניין זה, טענו המבקשים כי ההחלטה לשלול מהם את המשך לימודיהם במסגרת האוניברסיטה הפתוחה הנה החלטה הכפופה לכל אמות המידה הקבועות במשפט המנהלי לרבות חובת ההגינות ומתן החלטה מתוך שיקולים עניינים ולא מפלים. במישור החוקתי טענו המבקשים, כי החלטת המשיבים הנה מפלה, איננה מידתית ולא לתכלית ראויה ועל כן דינה בטלות.

הטיעון המשפטי

פגיעה בזכות חוקתית - מבחן הבדיקה הפרטנית, הנטל והסעד:

23. המבקשים טוענים בבקשה זו, כי לראשונה בית המשפט מתיר קיומה של אפליה גורפת בין שתי קבוצות של אסירים, מבלי לקיים בחינה חוקתית של ההצדקה להבחנה, ומבלי להעניק את הסעד המשפטי המתחייב מקום בו נפגעת הזכות החוקתית לשוויון.

24. הסטייה הקיצונית מאמות מידה חוקתיות יוצרת למעשה הלכה חדשה לפיה היותו של אסיר ביטחוני מאיינת מכללא את זכותו החוקתית לשוויון וכל זאת ללא בדיקה עניינית של ההפליה בהקשר הנדון ובמיוחד באם יש לנושא זה השלכות ביטחוניות כלשהן ו/או קשר כלשהו לשאלת המסוכנות. אי לכך פסק הדין קובע הלכה חדשה לפיה סוגיית איסור ההפליה אינה רלבנטית לאסירים המסווגים כביטחוניים משום שהסיווג כשלעצמו מאיין את הצורך בבדיקה פרטנית.

25. בית המשפט הנכבד שב וחיזק את ההלכה שלפיה, אין פוגעים בזכויות אדם ואין מגבילים זכויות חוקתיות על בסיס שייכות אתנית ו/או באופן גורף וכוללני. בהחלטה שניתנה פה אחד על-ידי בית משפט נכבד זה, נפסל חוק ששלל מהפלסטינים תושבי השטחים הכבושים את הזכאות להגיש תביעות נזיקין בגין פגיעה ברכושם או בגופם ע"י כוחות הביטחון. המשיבים ביקשו להצדיק את שלילת הזכויות על בסיס שיוכם האתני של הנפגעים וקטרוגם בבחינת שייכים **לישות אויבת** (בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הביטחון**, (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 12.12.06). בפסק דין זה שניתן פה אחד בהרכב מורחב, נקבע כי החוק אינו חוקתי בהיותו, בין היתר, גורף וכוללני. הנשיא (בדימוס) ברק קבע בפסקה 37 לפסק דינו, 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" (הדגשה לא במקור).

ראו גם:

דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, 741; עמ"ס 8788/03 **פדרמן נ' שר הביטחון**, פ"ד נח(1) 176, 188; ע"פ 6659/06 **פלוני נגד מדינת ישראל** (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 11.6.08) פסקאות 21 ו-49 לפסק דינה של הנשיאה (דאז) ביניש).

26. פסק דינו של בית המשפט הנכבד סותר את העקרון הבסיסי במשפט החוקתי המחייב את המשיבים לשאת **בנטל** לשכנע כי מדובר בהבחנה מותרת ולא בהפליה פסולה ואסורה. המבקשים עמדו בנטל להוכיח כי מדובר בהחלטה מפלה הפוגעת בזכותם החוקתית לשוויון. משכך, נטל ההוכחה עובר למשיבים לבוא ולנמק מדוע האפליה במקרה זה איננה אפליה אסורה. שכן:

”משנמצא כי דבר-חקיקה פוגע בזכות-יסוד מוגנת, נטל ההוכחה
כי הפגיעה מידתית ולפיכך חוקתית הוא על הטוען לחוקתיות
החוק.”

בג”ץ 366/03 **עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי נ’ שר האוצר**, פ”ד ס(3) 464 (2005), פסקה 18
לפסק דינו של השופט לוי (דעת מיעוט אך לא בעניין זה); ראו גם: בג”ץ 8035/07 **אליהו נ’ ממשלת
ישראל** (פסק דין מתאריך 21.5.08); אהרן ברק **מידתיות במשפט, הפגיעה בזכות החוקתית
והגבלותיה** (2010) 542-529.

27. בפסק הדין מושא בקשה זו הצדיק בית המשפט את אפלייתם לרעה של האסירים המסווגים
כביטחוניים תוך הפניה למקרים שנדונו בעבר במילים אלו **”בית משפט זה הביע דעתו בסוגיית
האבחנה האמורה וקבע בהקשרים שונים כי אין מדובר באפליה פסולה”**. משמע, ולפי פסק דינו של
בית המשפט, די אם במקרים אחדים הצדיק בית משפט זה את ההבחנה בין האסירים הביטחוניים
והפליליים על מנת לקבוע שגם במקרה זה אין מדובר באפליה פסולה. החלטה זו יש בה חידוש קשה
ומרחיק לכת שעלול להצדיק כל הגבלה עתידית ונוספת על תנאי מחייתם של האסירים הביטחוניים
בטענה שאפליית אותם אסירים נמצאה מוצדקת על ידי בית המשפט בעבר.

28. המבקשים ידגישו, כי דווקא ההחלטות שבהן נמצאה ההבחנה בין האסירים הביטחוניים לבין
הפליליים מוצדקת התייחסו לעניינים ספציפיים ומוגדרים, כאשר נקודת המוצא בהן היתה, כי הסיווג
כשלעצמו אינו מצדיק הרעה שרירותית של תנאי המאסר. אכן, הגישה הכללית שנקט בה בית
המשפט העליון הנה כי בהקשר לאסירים ביטחוניים עומדת תכלית מיוחדת להגבלות על
זכויותיהם שהיא איננה קשורה רק בסדרי הכלא אלא גם משיקולי בטחון מדינה כלליים. אי
לכך נפסק, **”אין פסול ביצירת קטגוריה נפרדת של אסירים ביטחוניים, עליהם תחול מערכת
כללים מיוחדת, הכוללת הגבלות שונות המוטלות על מי שנמנה עליה..”** (רע”ב 6956/09 **יונס
נ’ שב”ס** [פורסם בנבו] 7.10.10, פסקה 10 להחלטת השופטת (בדימוס) פרוקצ’יה; להלן:
עניין יונס). **יחד עם זאת**, הזהיר בית המשפט הנכבד מפני הגבלת זכויות שלא לצורך באמתלת
הסיווג הביטחוני, כדלקמן:

”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.”

עע”א 1076/95 **מדינת ישראל נ’ קונטאר**, (נ) 492, 501 (1996); ראו גם: רע”ב 4714/04 **יגאל עמיר נ’
שירות בתי הסוהר**, נט (6), 145, 157 (2005);

29. המבקשים ידגישו לפי זה, כי הקושי שיצרה החלטת בית המשפט הנכבד הנו בכך, כי די בסיווג של
אסיר כביטחוני בכלא על מנת לפטור את רשות הכליאה מהרמת הנטל המוטל עליה להראות כי

אפליית האסיר בהקשר הנדון הנה מוצדקת, נובעת מאופי הסיווג ועומדת במבחנים שקבעה פסיקת בית משפט זה.

30. ודוק; החלטת בית המשפט יוצרת לראשונה מצב שבו ניתן לשלול אפריורי מהאסיר זכות מסוימת רק בשל סיווגו מבלי שתהיה בפני האסיר האפשרות לשוב ולדרוש מיצוי הזכות עם שינוי כלשהו בנסיבות או לפי תנאים חריגים שהוא עומד בהם. שכן, בצד הנורמה המכלילה שמחמירה בתנאי כליאתם של אסירים מסוימים בקשרם עם העולם החיצוני, פקודות שרות בתי הסוהר כוללות נורמות מקלות המאפשרת בנסיבות מסוימות הסרה חלקית או מלאה של ההגבלות ומתן אפשרות ליהנות למשל משהייה באגף של אסירים פליליים, משיחות טלפון, מביקורי ידידים וקרובי משפחה מדרגה שנייה, מביקורי התייחדות, חופשות מבית הכלא ואף השתתפות בפעילויות שיקום מחוץ לבית הכלא.

להרחבה על ההגבלות המוטלות על תנאי כליאתם של האסירים הביטחוניים: ראו פקודת נציבת 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים". ראו גם: **עניין יונס**, פסקה 10 להחלטת השופט דנציגר.

31. ודוק; הכרה בקיומה של זכות מקים תרופה להפרתה. משהכירה הפסיקה בזכויותיו החוקתיות של האסיר בכלא הרי מוטלת הבטחת אכיפת הזכויות על בתי המשפט. קביעת הסעד מחייבת בחינת הפרת הזכות ועמידתה במחנים החוקתיים. אי בחינת הפרת הזכות פגע לא רק במעמדה אלא אף בסעד שבצידה:

"אכן, משהכירו חוקי היסוד בזכויות האדם, מוטלת הבטחת אכיפתן על בית המשפט. זכויות ללא סעדים עשויות להיות ללא כל תועלת. פרשנות תכליתית של הזכות חייבת להוביל ליצירת סעדים האוכפים את הזכות. זכות אינה קיימת בחלל; צמוד לה סעד האוכף אותה. הסעד מגן על אותם ערכים אשר הזכות מגנה עליהם"

אהרן ברק **פרשנות במשפט במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית** (1994) (704); ראו גם: אהרן ברק **מידתיות במשפט, הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) (551).

סטיית בית המשפט מעקרונות היסוד שנקבעו בפסיקה בנוגע להטלת מגבלות על זכויות אסירים **בכלל**:

32. כתוצאה מעקרונות היסוד שאומצו בתפיסה המשפטית נסללה הלכה למעשה הדרך להכרה בזכויות חוקתיות רבות של האדם שמאחורי סורג ובריח, ובחובת רשות הכליאה להגן על אותן זכויות. בית המשפט העליון הכיר בזכויותיו של אסיר לכבוד, לחירות ולשלמות גוף, לתנאי חיים מינימאליים ובכבוד בכלא; לחופש ביטוי ואוטונומיה אישית; לבריאות וחופש בחירה ואפילו בזכותו להצביע

בכנסת. חקיקה שאפשרה הקמת בית סוהר שינוהל על ידי תאגיד פרטי ולא המדינה, בוטלה על ידי בית המשפט בשל הפגיעה שבדבר בזכויותיהם החוקתיות של האסירים לחרות ולכבוד.

ראו:

בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294, 298 (1980). באותו עניין נקבע כי ביצוע חוקן באסיר לא הסכמתו פוגע בכבודו, בחירותו ובשלמות גופו; בג"ץ 7834/04 **בורגאל נ' שירות בתי הסוהר** ([פורסם בנבו], 14.9.2004), פסקה 5 לפסק הדין (להלן: **עניין בורגאל**). באותה פרשה נדונה החלטת שירות בתי הסוהר להחרים מלח מתאיהם של האסירים השובתים רעב; אהרן ברק "על זכויות האסיר" **מבחר כתבים א'**, בעמ' 652 (תש"ס); בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים** ([פורסם בנבו] 12.02.07); ראו גם: בג"ץ 540/84 **יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון**, פ"ד מ(1) 567, 573 (1986); בג"ץ 221/80 **דרוויש נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לה(1) 536, 546 (1980). עע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 152 (1996) בית המשפט הכיר בזכותו של אסיר לפרסם טור בעיתון; בג"ץ 114/86 **וייל נ' שב"ס** פ"ד (3) 477, 492 (1987); עע"א 4/82 **מדינת ישראל נ' תמיר**, פ"ד לז(3) 201 (1983); בג"ץ 337/84 **הוקמה נ' שר הפנים**, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 19.11.09).

33. בצד ההכרה בזכויות האדם העומדות לאסיר בכלא מסדירה שיטת המשפט הישראלית את האופן שבו יש לבחון ואולי להצדיק פגיעות מסוימות בזכויות האדם בכלא. הגבלת זכויות האדם של האסיר בכלא מתאפשרת, במידה והיא מתחייבת באופן הכרחי מהמאסר, או שהיא מבקשת לקיים אינטרס נוגד מוכר ורב משקל כגון הצורך של ניהול תקין של בית הסוהר ושמירה על הביטחון והמשמעת. התנאי להצדקת אותן הגבלות הוא כי אלו יתיישבו עם עקרונות המשפט המנהלי והחוקתי היינו, שהפגיעה בזכויות האדם תהיה "במידה הנדרשת לצורך השגת האינטרס הנוגד, ולא מעבר לכך".

בג"ץ 337/84 **הוקמה נ' שר הפנים**, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984); **עניין יונס**, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

34. פסק דינו של בית המשפט סותר את החלטות בית משפט נכבד זה שהגדירו את גבולות שימוש רשות הכליאה בסמכותה בבואה להטיל מגבלות כלשהן על תנאי מחייתם של האסירים הביטחוניים. בהעדר התנגשות עם אינטרס ציבורי מוגן אל לרשות הכליאה להוסיף עונש על זה שנגזר על אותם אסירים. פסק הדין, קובע כי ניתן לפגוע בזכות האסירים לשוויון אף מבלי להצביע על כל אינטרס נוגד. קביעה זו הנה בעייתית ומעוררת קושי המחייב דיון בהרכב מורחב.

35. הנה כי כן, החלטתו הקצרה של בית המשפט יצרה למעשה **מסגרת נורמטיבית** חדשה לבחינת שאלת חוקיות הטלת הגבלות על אסירים בכלל ואלה הביטחוניים בפרט. הקושי שבהחלטה הנו הקביעה הכללית, כי אפליית האסירים הביטחוניים בכלא מוצדקת היא כשלעצמה ללא העמדת הפגיעה בזכות לשוויון במבחני פסקת ההגבלה כמתחייב על פי עקרונות המשפט החוקתי והמנהלי. המבקשים ידגישו, כי ההגבלות המוטלות עליהם בשל סיווגם אכן מטילות עליהם מגבלות שאינן מוטלות על האסירים הפליליים. ואולם, על מגבלות אלה להיות רלוונטיים לתכלית הסיווג, ואסור שיהיו

שרירותיים. עיקרן של ההגבלות שהצדיק בית משפט זה הנו בהגבלת הקשר עם העולם החיצוני והחשש שמא ינוצל אותו קשר לפגיעה בביטחון המדינה. חשש זה איננו קיים בהקשר הלימודים הואיל וחומרי הלימודים נשלחים הישר מהאוניברסיטה הפתוחה ואליה בפקוח הדוק מטעם שרות בתי הסוהר. מכאן, שאין כל קשר בין תכלית הסיווג הביטחוני ובין האיסור הגורף שהטיל המשיב על כלל האסירים הביטחוניים ללמוד.

על יסוד האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון נוסף בערעוריהם של המבקשים וביחוד בשאלה העיקרית שהוגדרה בכותרת בקשה זו.

לילה מרגלית, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

עביר בכר, עו"ד

8.1.13