

העותרים :

1. סעיד צלאח

ע"י עוה"ד עביר בָּכָר
מהקליניקה המשפטית לזכויות ושיקום אסירים, הפקולטה
למשפטים אוניברסיטת חיפה
טל': 04-9815327 ; נייד : 050-3025502 ; פקס : 072-2449452
דוא"ל : abeer.baker@gmail.com

2. ראוי סולטאני

ע"י עוה"ד חסן ג'בארין ו/או נדים שחאדה ואח'
מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
טל': 04-9501610 ; פקס : 04-9503140

3. מוחמד כרים יונס

ע"י עוה"ד אן סוצ'יו ו/או לילה מרגלית ו/או דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
טל' 03-5608185 ; פקס : 03-5608165

נגד -

-

המשיבים :

1. שרות בתני הסוהר

2. מדינת ישראל

3. המשרד לביטחון פנים

כולם ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

4. האוניברסיטה הפתוחה

ע"י עוה"ד סלי ברון

(משיבה פורמאלית)

סיכומים מטעם העותרים

בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 3.12.2013, מתכבדים העותרים להגיש את סיכומיהם, כדלקמן :

1. השאלה העומדת בפני בית משפט נכבד זה, ואשר דורשת הכרעה מחדש, הינה האם החלטת המשיבים לשלול באופן גורף מכלל האסירים המסווגים כביטחוניים את האפשרות ללמוד במסגרת האוניברסיטה הפתוחה – בה בעת שאפשרות זו ניתנת לאסירים הפליליים – מהווה אפליה אסורה. האם ניתן להטיל על אסירים ביטחוניים מגבלות שרירותיות, גורפות ומפלגות, הנעדרות כל קשר ענייני לתכלית הסיווג?

2. החלטת המשיבים לשלול מכלל האסירים הביטחוניים את האפשרות ללמוד באו"פ, מבלי להצביע על טעם ענייני העשוי להצדיק זאת, מהווה אפליה פסולה, הסותרת באופן חריף את ההלכה הפסוקה ארוכת השנים של בית משפט נכבד זה בעניין זכויותיהם של אסירים בכלל, ובעניין אסירים ביטחוניים בפרט. פסק הדין מושא דיון נוסף זה, המכשיר את החלטת המשיבים, יוצר למעשה הלכה חדשה, לפיה ניתן לפגוע בזכותו של אסיר לשוויון, ולהרע באופן שרירותי את תנאי מאסרו, בשל סיווגו בלבד, וללא כל נימוק ביטחוני מבוסס ורלוונטי. פסק הדין 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.

רקע עובדתי בתמצית מרובה:

3. העותרים הנם אסירים המסווגים כביטחוניים אשר למדו לתואר ראשון באוניברסיטה הפתוחה בישראל. משנת 1994 הורשו אסירים ביטחוניים להירשם לאוניברסיטה הפתוחה בדומה לאסירים פליליים, אשר הורשו ללמוד במסגרת זו עוד משנת 1978. אפשרות זו היתה פתוחה בפני האסירים הביטחוניים בכפוף לעמידתם בתנאים מסוימים שקבע שרות בתי הסוהר בפקודת נציבות 04.48.00 "לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה". בשנת 2010 עמד מספרם של האסירים הלומדים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה על 270 אסירים, אשר מתוכם 60 הנם פליליים והיתר ביטחוניים.

4. בחודש יוני 2011 וכתוצאה מהחלטה מדינית שהתקבלה על רקע החזקתו בשבי (דאז) של החייל גלעד שליט, הופסקו לימודיהם של כלל האסירים לרבות העותרים באופן פתאומי. מדובר היה בהחלטה גורפת שכוונה בתחילה כנגד האסירים הפלסטינים המסווגים כביטחוניים – לרבות פלסטינים אזרחי מדינת ישראל. מאוחר יותר טענו המשיבים, כי היא חלה על כלל אוכלוסיית האסירים הביטחוניים לרבות היהודים שביניהם (ראו להלן).

5. עתירות אסירים שהגישו העותרים נגד החלטת המשיבים נדחו בבתי משפט המחוזיים בנצרת ובמחוז מרכז. בקשות רשות ערעור שהגישו העותרים נדונו ביום 24.12.12 במאוחד ונדחו בהחלטה משותפת, בה נקבע כי:

" לא נמצא בדין, כולל המשפט החוקתי, עיגון לזכותו של אסיר ללמוד לימודים גבוהים תוך כדי שהותו בכלא. השאלה אותה יש להציג, ואף אותה העלו המבקשים היא, האם לאסירים הביטחוניים נתונה זכות כאמור נוכח העובדה ששרות בתי הסוהר מתיר לאסירים פליליים ללמוד באוניברסיטה הפתוחה. כלומר, השאלה היא האם קיים בסיס בדין לשוני בין סוגי האסירים, פליליים וביטחוניים, בהקשר האמור. 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 באבחנה האמורה.

הטיעון המשפטי

6. החלטת המשיבים להפסיק את לימודי העותרים ולשלול מכלל האסירים הביטחוניים את האפשרות ללמוד באוניברסיטה הפתוחה פוגעת בזכות האסירים לשוויון בניגוד לפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: היא אינה משרתת תכלית ראויה, והיא מפרה את עקרון המידתיות. היא סותרת את הפסיקה העקבית והחד-משמעית של בית משפט נכבד זה לעניין ההבחנה המותרת בין אסירים ביטחוניים לפליליים, והאיסור על שימוש בסיווג ככסות לנקמנות. כן היא סותרת את עקרונות היסוד אשר נקבעו בפסיקה בנוגע להטלת מגבלות על זכויותיהם של אסירים בכלל.

פסק דינו של בית המשפט סותר את הלכותיו בעניין האופן שיש לבחון חוקיות הגבלת זכויות האדם של האסירים:

7. בפסק דינו קבע בית המשפט הנכבד, כי "לא נמצא בדין, כולל המשפט החוקתי, עיגון לזכותו של אסיר ללמוד לימודים גבוהים תוך שהותו בכלא".

8. עמדתם של העותרים הינה, כי לאסירים עומדת הזכות להשכלה גבוהה בכלא כל אימת שהדבר איננו מתנגש עם אינטרס מוגן אחר, וכי גישה זו מתחייבת מהעיקרון המורש אף הוא בפסיקת בית משפט נכבד זה, לפיו זכויות האדם אינן נעצרות בשערי בית הסוהר. יחד עם זאת, השאלה העומדת לדיון בענייננו אינה שאלת אופי הזכות ללימודים גבוהים, אלא שאלת זכות העותרים לנגישות שווה להשכלה גבוהה, בדומה לאסירים הפליליים.

9. בהקשר זה יש גם להזכיר, כי העותרים לא פנו וביקשו לממש את האפשרות ללמוד במסגרת האו"פ יש מאין, אלא לבטל החלטה מנהלית ששללה מהם אפשרות זו, לאחר שהיא ניתנה להם משך כמעט 20 שנים. בהיבט המינהלי מדובר בהחלטה פסולה בשל השיקולים הפסולים שעמדו בבסיסה והפרתה את הזכות לשוויון. שומה היה על בית המשפט לבחון את הפגיעה הנ"ל בכפוף למבחנים שהתווה בהחלטות רבות שיצאו מלפניו ואשר עסקו בבחינת חוקיות הטלת מגבלות על אסירים בכלל. סיווגם הביטחוני של העותרים איננו אמור להוות חסם מפני בחינת עניינם לפי אותן אמות מידה חוקתיות שאימץ בית המשפט הנכבד כלפי האסירים בכלל.

10. התפיסה המשפטית הנוהגת במשפט הישראלי אימצה את הגישה, שלפיה ענישה המטילה על עבריין עונש מאסר, מכוונת במישרין ליטול את חירותו האישית לתקופה הנגזרת ולא מעבר לכך. תכלית המאסר לפיכך, מתמצית בשלילת חירותו האישית של האסיר, תוך הגבלת חופש תנועתו. גישה זו נועדה לצמצם את הפגיעה בזכויות האדם של האסיר. אי לכך נקבע בפסיקה, כי זכויות האדם של האסיר נשמרות גם בין כתלי בית המאסר, בכפוף לאלו הנשללות כמתחייב מעצם טיבו וטבעו של המאסר.

11. כתוצאה מעקרונות היסוד שאומצו בתפיסה המשפטית בישראל 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, לחירות רוחנית ולאוטונומיה אישית; לבריאות ולחופש בחירה ואפילו בזכותו להצביע בכנסת. חקיקה שאיפשרה הקמת בית סוהר שינוהל על ידי תאגיד פרטי ולא המדינה, בוטלה על ידי בית המשפט בשל הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של האסירים לחרות ולכבוד.

ראו: בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 298, 294 (1980); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (ניתן ביום 12.02.07), פסקה 10; בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (ניתן ביום 13.06.06) פסקה 13; ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152 (1996); בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984); ע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201 (1983); בג"ץ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567, 573 (1986); בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 546 (1980).

12. 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 היא חוקית רק אם היא מתחייבת באופן הכרחי מהמאסר, או שהיא מבקשת לקיים אינטרס נוגד מוכר ורב משקל כגון הצורך להבטיח ניהול תקין של בית הסוהר ושמירה על הביטחון והמשמעת. התנאי לחוקיות אותן הגבלות הוא כי אלו יתיישבו עם עקרונות המשפט החוקתי והמינהלי היינו, שהפגיעה בזכויות האדם תהיה במידה הנדרשת לצורך השגת האינטרס הנוגד, ולא מעבר לכך. הגבלות כאלו נועדו להבטיח את שלום האסירים, את שלום הסוהרים, ואת בטחון הציבור הרחב מפני סיכונים הנשקפים מיושבי בית הסוהר.

ראו: בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, (7.10.2010), פסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

13. עקרונות היסוד הנ"ל הם אלה שחייבו את בית משפט זה לשבת על המדוכה ולנמק מדוע יש להתיר לאסיר לפרסם טור בעיתון, להכניס ספר פוליטי לכלא, להצביע בבחירות ולהכניס עיתון וספרים לכלא. באותה מידה עקרונות אלה הנחו את ביהמ"ש כאשר קבע, כי אין להכניס חומרים פורנוגרפיים ובובות מין לכלא. בכל המקרים הנ"ל הציב בית המשפט שאלה משפטית אחת והיא: האם יש הצדקה לשלול מהאסירים הזכויות המבוקשות.

14. מעמדת המשיבים ברור, כי הפסקת הלימודים לא נועדה להגשים אינטרס מוגן או להגן עליו. מדובר במקרה ברור, שבו ההגבלה על תנאי הכליאה שימשה אמצעי נוסף של ענישה ונקמה, תפיסה שנדחתה על ידי בית משפט נכבד זה. יפים לכאן דבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין דוברין:

"התפיסה לפיה ניתן לפגוע בזכות להורות הנתונה לאסיר בשל חומרת העבירה שעבר, ונוכח שיקולי הרתעה והוקעה של העבריין, זרה לעקרונות היסוד של הדין הפלילי ותורת הענישה. גישה זו עומדת בסתירה בולטת גם לתפיסה החוקתית השלטת בשיטת המשפט הישראלית. היא אינה מתיישבת עם העקרונות הערכיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואינה מבטאת תכלית ראויה ומידתיות הולמת."

עניין **דוברין**, פסקה 23 להחלטתה של השופטת פרוקצ'יה.

15. הנה כי כן, המשיבים חרגו מסמכותם בכך שקיבלו החלטה על בסיס שיקולים פוליטיים ונקמניים ודין החלטתם בטלות. פסק דינו של בית המשפט אשר נתן גושפנקא להתנהלותם של המשיבים סותר את הלכות בית משפט נכבד זה, שהגדירו את גבולות שימוש רשויות הכלא בסמכותן, בבואן להטיל מגבלות כלשהן על תנאי מחייתם של אסירים בכלל ושל אסירים ביטחוניים בפרט.

16. בהעדר התנגשות עם אינטרס ציבורי מוגן אסור לרשות הכליאה להוסיף עונש על זה שנגזר על אותם אסירים. פסק הדין קובע, כי ניתן לפגוע בזכות החוקתית של אסירים לשוויון וניתן לנגוס בזכויות שהוענקו להם אף מבלי להצביע על כל אינטרס נוגד. קביעה זו מנוגדת לחלוטין לרציונאל העובר כחוט השני בכל החלטותיו העקרוניות של בית משפט נכבד זה הדנות בזכויות אסירים (לרבות אסירים ביטחוניים).

הפגיעה בזכות העותרים לשוויון איננה כדין

17. הפסקת לימודיהם של העותרים במסגרת האו"פ בה בעת שאסירים פליליים יכולים להמשיך להירשם וללמוד באו"פ, מהווה אפליה פסולה ופגיעה שלא כדין בזכותם החוקתית של האסירים הביטחוניים לשוויון.

18. נקודת המוצא לדיון בענייננו היא, כי זכויות האדם, ובכלל זה הזכות לשוויון, 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" (עע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 152 (1996)).

19. אף אם נקבל את הטענה המוטעית לטעמנו, כי לימודים אקדמיים הינם הטבה בלבד ולא זכות, יטענו העותרים, כי **הזכות לשוויון בנגישות להשכלה** הינה זכות יסוד שמקורה בזכות לכבוד. העדפת אסיר פלילי על פני אסיר ביטחוני במימוש הזכות ליחס שווה בהנגשת החינוך היא לא עניינית ומובילה לכשעצמה ליחס משפיל הפוגע בגרעין הקשה של הזכות לכבוד. פגיעה זו מהווה הפרה בוטה לעקרון איסור האפליה. ההבחנה בין "זכות" ל"הטבה" אינה רלוונטית לעניין זה. כפי שהדגיש השופט (כתוארו אז) ברק: "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) 777, 767 (1979)) (ההדגשה הוספה)).

20. משהחליטה רשות שלטונית להעניק הטבה מסויימת לאדם היא לא יכולה לסרב להעניק את אותה ההטבה לאדם מאותו הסוג, מבלי שקיימת הבחנה עניינית: "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 בע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (6.10.09): "במקרה שבו מסור לרשות שיקול דעת להעניק הטבה מסוימת הן לפלוני, הן לאחרים, הרי שאף שאין היא מחויבת להעניק את אותה הטבה כלל ועיקר, משבחרה להעניקה לאחרים, אין היא רשאית לשלול את אותה ההטבה מפלוני באין שוני רלוונטי ביניהם..." (פסקה 16 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל) (ההדגשה הוספה) (וראו גם ההחלטה בבג"ץ 181/96 "הארץ" נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ(5) 45 (1996)).

פסק דינו של בית המשפט סותר החלטות קודמות שעסקו בשאלת השלכת סיווג האסיר כביטחוני על תנאי כליאתו:

21. פסק הדין סותר באופן מובהק את ההלכה הפסוקה המושרשת היטב של בית משפט נכבד זה, לעניין המסגרת הנורמטיבית לבחינת מגבלות, המוטלות על אסירים ביטחוניים מכוח סיווגם.

22. הותרת פסק הדין נשוא עתירה זו על כנו תביא לשינוי יסודי בשיטה המשפטית הנהוגה בישראל ביחס להגבלות על תנאי כליאתם ומחיימתם של הכלואים בכלל ואלה שסווגו כביטחוניים בפרט. שכן, לפי פסק הדין, די אם במקרים אחדים הצדיק בית משפט זה את ההבחנה בין האסירים הביטחוניים לפליליים 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 מחיימתם של האסירים הביטחוניים בטענה שאפליית אותם אסירים נמצאה מוצדקת על ידי בית המשפט בעבר.

23. שיטת המשפט הכירה בזכותם של כלל האסירים לשוויון ובחובת שירות בתני הסוהר לנהוג בשוויון כלפי כולם. באותה עת התיר בית משפט זה לרשויות הכליאה להטיל מגבלות מסוימות על אסירים המסווגים כביטחוניים – אך זאת אך ורק ככל שהדבר רלוונטי לתכלית הביטחונית של הסיווג ולאחר עריכת האיזונים המתבקשים. החלטת המשיבים, הפוגעת בתנאי מאסרם של האסירים הביטחוניים באופן גורף ושרירותי, סותרת את הדרישה הבסיסית בפסיקה, לקיומו של קשר מהותי בין המגבלות, המוטלות על אסירים ביטחוניים, לבין תכלית הסיווג. לעניין סיווגו של אסיר, קבע בית המשפט העליון כי הסיווג עשוי לגרור הבדלים בתנאי המאסר אולם הבדלים אלו יהיו כשרים רק "ככל שהם מתבססים על שיקולים ענייניים ומתבצעים באופן סביר" (עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 499, 492 (1996) (להלן- "עניין קונטאר")).

24. סיווג אסיר כביטחוני נועד לשרת צרכים אדמיניסטרטיביים וביטחוניים של רשות הכליאה. הוא לא נועד להתיר פגיעה גורפת ושרירותית בכבודו, בזכויותיו החוקתיות בכלא או בתנאי מאסרו, ולא נועד לשמש אמתלה להרעה בתנאי מחייה כנקמה על מעשיהם. ככלות הכל מדובר במי שהורשעו בביצוע עבירות בדרגות חומרה שונות וכיום הם נושאים את עונשיהם, כפי שנקבעו בידי בית המשפט. דינם כדין כל אסיר אחר וכבודם ככבודו של כל אסיר אחר.

25. יש לזכור, כי עיקר ההגבלות הנגזרות מהסיווג נוגע לקשר הלא מפקח עם העולם החיצון. לימודים באוניברסיטה הפתוחה נעשים בצורה מפקחת ובשליטה מלאה ומעולם לא עלתה טענה כי הם מהווים אמצעי להעברת מסרים אסורים או הכוונת פעולות שנועדו לפגוע בביטחון של איש או בביטחון המדינה.

26. דווקא הפסיקה, המובאת בידי המשיבים לביסוס עמדתם לפיה בית המשפט הכיר בהבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים, היא המעידה על הפסול שבניסיון להטיל מגבלות שרירותיות על אסירים ביטחוניים מטעמי נקמנות גרידא. מפסיקה ענפה זו עולה בצורה חד משמעית, כי ההבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים הותרה אך ורק לאחר שבית המשפט בחן באופן מדוקדק את השיקולים, שעמדו ביסוד ההבחנה, והשתכנע כי מדובר בשיקולים עניינים ומבוססים.

א. בעניין **דרויש** מצא בית המשפט, כי האפליה בין האסירים הביטחוניים אשר לנים על גבי מזרונים לעומת הפליליים אשר להם מסופקת מיטה, הינה חוקית משהשתכנע, כי ההבחנה בין האסירים בהקשר זה הינה הכרחית למניעת סכנה קונקרטית ומוכחת וכי היא נובעת "משיקולים ענייניים של שמירה על הביטחון בבית הסוהר" (בג"ץ 221/80 **דרויש נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לה(1) 536, 544 (1980));

ב. בעניין **קונטאר** התיר בית המשפט את המגבלות החלות על אסירים ביטחוניים לעניין קשר טלפוני נוכח השיקולים הביטחוניים שעמדו בבסיס ההחלטות וקיומו של איזון ראוי בין האינטרסים, תוך שהזהיר מפני הגבלת זכויות שלא לצורך באמתלת הסיווג הביטחוני:

"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, בעמ' 501)

באותו עניין, בית המשפט לא הסתפק בבחינת חוקיותו וסבירותו של ההסדר הכולל החל על אסירים ביטחוניים (ההגבלה על קיום שיחות טלפון), וקבע שיש

לבחון את אופן יישומו של ההסדר על המקרה הקונקרטי של האסיר הביטחוני המסוים: "יש מקום לבדוק אם היישום של הנוהל בנסיבות של מקרה מסוים מקיים איזון ראוי בין האינטרסים... אינטרסים אלה, כפי שנקבעו בנוהל המפורש, מתבטאים, ראשית, בשאלה אם המקרה הינו חריג... ושנית, בשאלה אם שיחת הטלפון עלולה לסכן את בטחון המדינה." (עמ' 502).

ג. בעניין **יונס** בית המשפט אישר את המגבלות המיוחדות על ביקורים אצל אסירים ביטחוניים רק לאחר שבחן היטב את תכלית ההגבלה ואת מידתיותה ומצא, כי היא הכרחית לצורכי ביטחון וכי היא מידתית לצורך השגת תכלית זו. בית המשפט הדגיש את חשיבות קיומו של חריג למגבלה הגורפת המאפשר בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה ואפשרות להפריך את חזקת המסוכנות ולהסיר את המגבלה: "אדגיש, בהקשר זה, את חשיבות קיומו של חריג המאפשר בדיקה אינדיבידואלית לעניין מידתיות הפגיעה בזכויות האסירים הביטחוניים לקשר עם העולם שמחוץ לבית הכלא". (רע"ב 6956/09 **יונס נ' שירות בתי הסוהר**, סעיף 83 לפסק דינו של השופט דנציגר (7.10.2010)). השופט דנציגר הדגיש בפסק דינו, כי סיווגו של אסיר כ"ביטחוני" אינו מספיק כשלעצמו כדי להטיל מגבלה גורפת ובלתי ניתנת להפרכה על אסיר: "איני סבור כי די בסיווג "האדמיניסטרטיבי" של אסיר ביטחוני לאגף המזוהה עם ארגון עוין זה או אחר כדי לקבוע כי קיימות ראיות פוזיטיביות להמשך קיומו של קשר עם ארגון עוין או עם חברי ארגון עוין. חלף זאת, על המשיב לבחון האם באופן מהותי האסיר מוסיף לקיים קשר עם ארגון עוין או עם חבריו." (סעיף 79 לפסק הדין).

27. סיווגם של אסירים בכלא איננו רלוונטי לשאלת זכותם להמשיך את לימודיהם באו"פ. הגבלת הנגישות להשכלה גבוהה אמורה להיות מבוססת על טעמים ענייניים ואינדיבידואליים כגון ניצול לרעה של הלימודים ואפילו התנהגות משמעתית פסולה כפי שהיה נהוג טרם הפסקת הלימודים.

28. גם פקודות הנציבות, המעגנות את המגבלות הרבות על הקשר של האסירים הביטחוניים עם העולם החיצון, מכירות באפשרות להסרה חלקית או מלאה של מגבלות אלה - ומתן אפשרות ליהנות למשל משהייה באגף של אסירים פליליים, משיחות טלפון, מביקורי ידידים וקרובי משפחה מדרגה שנייה, מביקורי התייחדות, חופשות מהכלא ואף השתתפות בפעילויות שיקום מחוץ לכלא - בהתאם לנסיבות האינדיבידואליות של האסיר (ראו: פקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים", סעיף 4(ב)). זאת, שכן בהעדר מסוכנות קונקרטי לביטחון המדינה לא יהא זה מוצדק לשלול כל זכות או הטבה מהאסיר הביטחוני כשהיא ניתנת לאסיר הפלילי.

29. בהקשר זה ראוי לציין, כי העיקרון שמנחה את בתי המשפט בהחלטות בעניין מגבלות על אסירים ביטחוניים, הוא כי בהעדר מידע קונקרטי עדכני אין מקום לנהוג באסירים

ביטחוניים באורח שונה מן הנהוג לגבי אסירים פליליים: "הפקנ"צ מכירה בקטגוריה של אסירים ביטחוניים, אשר בהעדר מסוכנות קונקרטית בהווה לביטחון המדינה-לא יהא זה מידתי לשלול מהם טובות הנאה מסוימות המוענקות ברגיל לאסירים פליליים" (עת"א ב"ש) 26360-11-11 נאסר **אבו הדובה נ' שירות בתי הסוהר** (24.1.2012)). לצורך בחינת ההצדקה להטלת הגבלות על תנאי המאסר, בתי המשפט לא מסתפקים בחוות דעת כללית הנוגעת לסיכון הביטחוני העולה מאסירים המסווגים כביטחוניים ככלל, אלא דורשים התייחסות לענייננו המסוים של האסיר (עת"א (חיפה) 26844-01-13 **אבו גויעד נ' שרות בתי הסוהר** (24.3.2013)). ראו גם: עת"א 52331-06-12 **בן דוד נ' משטרת ישראל/שב"ס** (לא פורסם. 4.12.2012)).

30. הנה כי כן, שלילת הלימודים נעשתה בצורה גורפת באופן שלא הותיר מקום אפילו לבחינה פרטנית או לחריגים. לשלילה גורפת מעין זו אין אח ורע אפילו בנהלי שב"ס. שכן, כאמור אין בנמצא אף הוראה השוללת בצורה מוחלטת טובת הנאה כלשהי מאסיר בשל סיווגו מבלי להותיר פתח לבדיקה פרטנית לפי קריטריונים מסוימים.

31. פסק הדין מושא דיון נוסף זה יוצר למעשה מסגרת נורמטיבית חדשה לבחינת חוקיות הטלת מגבלות על אסירים בכלל ועל אסירים ביטחוניים בפרט. הותרת פסק הדין על כנו משמעה, כי מעתה לא יהיה צורך בבחינת כל הגבלה על זכויותיו של האסיר הביטחוני לפי המבחנים המקובלים בפסיקה, שכן די בסיווג הביטחוני כדי לשלול מכללא הענקת זכויות מסוימות בכלא, הניתנות לאחר.

32. אף במדינות שונות שהכירו בזכותם של אסירים לרכוש השכלה גבוהה בהתכתבות, המגבלות שהוטלו על האסירים בפני מימוש אפשרות הלימודים אינן נוגעות לסיווגם בכלא אלא למידת התאמתו של כל אסיר המגיש בקשה לפי שורה של קריטריונים: מוטיבציה, יכולת, לימודים קודמים, המלצה של רשויות הכלא ועוד.

33. במדינות רבות בארה"ב פתוחה בפני אסירים האפשרות ללמוד לימודים גבוהים. בשנים 2003-2004 נמצא, כי ב-43 מדינות בארה"ב היו תוכניות לימוד אקדמאיות פתוחות בפני אסירים. הקריטריונים שלפיהם מחליטים אם לקבל אסיר נוגעים לסיכויי האסיר למצות את לימודיו (משך המאסר, גיל, הישגים ועוד).

The Institute for Higher Education Police, Learning to Reduce Recidivism, A 50-State Analysis of Postsecondary Correctional Education Policy, p. 13, November 2005

<http://www.ihep.org/assets/files/publications/g-1/LearningReduceRecidivism.pdf>

34. גם בבתי הסוהר בקנדה פתוחות בפני האסירים אפשרויות ללמוד בהתכתבות לתארים אקדמאים. אפשרות זו פתוחה אף בפני האסירים בקטגוריית המסוכנות הגבוהה ביותר המוחזקים במתקן כליאה באבטחה מקסימלית ב-Sainte-Anne-des-Plaines בקוויבק. דווקא לאור הסכנה הביטחונית הנשקפת מאסירים אלה, נעשו מאמצים מיוחדים להגברת חשיפתם ללימודים, כחלק מהמאמץ להקטין את מסוכנותם.

Despite, and in light of, the security concerns posed by inmates in the high-maximum security units of Canada's federal institutions, efforts have been undertaken to increase the level of programming offered to these inmates. Educational programming is viewed as an essential part of the effort to reduce the risk that these inmates present...inmates have access to a variety of correspondence courses, which are particularly well suited to education needs at the college and university levels.

Correctional Service Canada, FORUM on Corrections Research
<http://www.csc-scc.gc.ca/publications/forum/e031/e031e-eng.shtml>

למידע על לימודי אסירים בהתכתבות במדינות אירופאיות ראו :

- <http://www.justice.gov.uk/downloads/offenders/psipso/psi-2012/psi-32-2012-open-university.doc>)
- Jo Hawley, Iona Murphy and Manuel Souto-Otero, 2013, 'Prison Education and Training in Europe: Current State of Play and Challenges' http://ec.europa.eu/education/library/study/2013/prison_en.pdf, 34

המשיבים לא עמדו בנטל לשכנע כי מדובר באבחנה מותרת וכי האפליה עומדת בפיסקת ההגבלה

35. פסק הדין מושא עתירה זו סטה מעקרון בסיסי זה כאשר הניח כדבר המובן מאליו ושאיננו דרוש הנמקה, כי הפגיעה בזכותם של האסירים לשוויון מותרת מעצם העובדה, כי במקרים קודמים שלא פורטו, היא נמצאה מוצדקת.

א. המשיבים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם

36. זאת ועוד ; פסק דינו של בית המשפט הנכבד סותר את העיקרון הבסיסי במשפט החוקתי המחייב את המשיבים לשאת בנטל לשכנע, כי מדובר באבחנה מותרת ולא באפליה פסולה ואסורה. העותרים 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) 529-542.

37. בית המשפט הנכבד קבע בפסק דינו, כי מדובר בהבחנה מותרת בין אסירים פלילים וביטחוניים במימוש הזכות לשוויון בהקשר הזה מבלי לנמק מדוע מדובר בהבחנה מותרת ולא בהפליה, מבלי לציין את הבסיס הנורמטיבי לקביעה זו וגם מבלי לבסס נימוק זה על תשית עובדתית כלשהי. לא למותר לציין, כי גם המשיבים כאמור לא הרימו את הנטל המוטל עליהם להצדיק פגיעה בזכויותיהם של האסירים ובכל טענותיהם לא היה כל טיעון ענייני המסביר מדוע סיווגו של אסיר בכלא כביטחוני הינו מרכיב מבחין ורלוונטי לצורך "ההבחנה" במימוש השווה לרכישת השכלה גבוהה באמצעות התכתבות. גם בתגובתם לבקשה לדיון נוסף מיום 11.8.2013 לא העלו המשיבים כל הסבר משכנע, המראה את הזיקה בין המשך לימודיהם של העותרים לבין פגיעה צפויה בביטחון בית הסוהר, ביטחון המדינה או אפילו בביטחונו של איש. במילים אחרות, המשיבים לא הסבירו מדוע הסיווג הביטחוני הינו מרכיב רלבנטי המצדיק את ההבחנה בין אסירים ביטחוניים ופליליים בכל הקשור למימוש הזכות לחינוך.

38. במקרה דנן, וכפי שעולה בצורה ברורה גם מתגובת המשיבים מיום 11.8.2013, הפגיעה בזכותם של העותרים לשוויון איננה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. הפגיעה איננה לתכלית ראויה ואיננה מידתית.

ב. הפגיעה בזכויות העותרים איננה לתכלית ראויה:

39. על התכלית הפסולה העומדת ביסוד ההחלטה להפסיק את לימודי כלל האסירים הביטחוניים, ניתן ללמוד בין השאר מהשתלשלות העניינים בקבלת החלטה זו. כזכור, וכמפורט בבקשה לדיון נוסף שהגישו העותרים, מלכתחילה הפסקת הלימודים נעשתה במסגרת ניסיון פסול לפגוע בתנאי מאסרם של האסירים הביטחוניים על מנת להפעיל לחץ לשחרור גלעד שליט. תכלית הפסקת הלימודים לפי כך לא נועדה לשרת תכלית ראויה כיוון שאין בינה לבין התנהגותם של האסירים ולא כלום.

40. לאחר שחרורו של גלעד שליט שבו המשיבים ונימקו את המשך שלילת הלימודים ברצון להצר את מרחב המחיה של האסירים הפלסטינים בכלא באמצעות צמצום זכויותיהם למינימום המתחייב לתפיסת המשיבים על פי דין, ולא מעבר לכך.

41. על אף הניסיון הבלתי מוצלח של המשיבים לשוות אופי "ביטחוני" להחלטתם, למעשה הם לא הצביעו על כל אינטרס ביטחוני העלול להיפגע כתוצאה מהמשך הלימודים, ולא העלו כל טענה באשר לסכנה ביטחונית הטמונה בהם. על דלותו של הטיעון הביטחוני ניתן ללמוד בין השאר מהערת המשיבים ביחס לגילוי ה"מרעיש", כי הקורס "גי'נוסייד" הוא אחד הקורסים הפופולאריים בקרב האסירים הביטחוניים (פיסקה 38 לתגובת המשיבים לרע"ב).

42. על חולשת הנימוק ה"ביטחוני" כביכול של החלטה ניתן ללמוד גם מהודאת המשיבים עצמם, כי נימוק זה לא היווה הבסיס המרכזי להחלטה, אלא לכל היותר שיקול נוסף ומשני בלבד. כאמור בתגובת המשיבים: "החלטת המשיבים נתקבלה, **בין היתר, גם לנוכח מידע** המצוי בידי גורמי הביטחון, ואשר מעיד על כך שארגוני הטרור מעבירים כספים, מסרים ואמצעים שונים לטובת אסירים ביטחוניים בבתי הכלא" (סעיף 27 לתגובה המשיבים לבקשה לדיון נוסף מיום 11.8.2013 (ההדגשה הוספה)).

ג. הפגיעה בזכויות העותרים אינה מידתית

43. החלטת המשיבים אינה עומדת גם במבחן המידתיות. ראשית, לא מתקיים כל קשר רציונאלי בין הצעד הגורף בו נקטו המשיבים, שלילת אפשרות מאסירים ביטחוניים ללמוד באו"פ, לבין הרצון למנוע תגמול אסירים ביטחוניים בידי ארגוני טרור. כפי שביט משפט נכבד זה הדגיש בעבר, יש להראות כי בין החלטה הפוגעת לבין האינטרס הנגדי "מתקיים קשר של זיקה הגיונית ושל קרבה עניינית. ריחוק או עמימות של הקשר, **אות הם לכך שהפגיעה אינה מוצדקת**". (עניין גולן, 158) (הדגשה לא במקור).

44. ודוק; במידה שהמשיבים מבקשים להילחם בכספים המועברים, לכאורה, לידי אסירים ביטחוניים, הרי שיש בידיהם כלים רבים ומגוונים לעשות זאת. ברי, כי אין כל קשר בין עניין זה לבין חסימת פעילות לגיטימית לחלוטין ואף ראויה כגון לימודים באוניברסיטה הפתוחה.

45. החלטת המשיבים אף אינה עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אף אם ניתן היה להצביע על תכלית ראויה, ודאי שאין זה מידתי לשלול מכלל האסירים הביטחוניים את הלימודים מבלי לבצע בדיקה פרטנית לגבי כל אחד מהאסירים באופן ספציפי, במיוחד נוכח מספרם המועט יחסית של האסירים הביטחוניים הלומדים באו"פ.

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

47. בית משפט נכבד זה פסל חוק ששלל מפלסטינים תושבי השטחים הכבושים את הזכות להגיש תביעות נזיקין בגין פגיעה ברכושם או בגופם ע"י כוחות הביטחון. המשיבים ביקשו להצדיק את שלילת הזכויות על בסיס שיוכם האתני של הנפגעים וקטלוגם בבחינת שייכים לישות אויבת (בג"ץ 8276/05 עדאלה נגד שר הביטחון (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 ברק קבע בפסקה 37 לפסק דינו, כי:

"אכן, הדרך המידתית היא בחינה 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 (2000); עמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 188 (2003); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (11.6.08) פסקאות 21 ו-49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

48. בעניין דוברין הדגיש בית משפט נכבד זה את חובת המשיבים לשמור על כבודם וזכויותיהם של האסירים ולבחון הגבלות על זכויותיהם בקפידה ובאופן פרטני :

"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."

בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (ניתן ביום 13.06.06)

49. הנה כי כן המשיבים פגעו שלא כדין בזכותם של העותרים לשוויון.

על יסוד האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק דינו מושא עתירה זו ולהורות על חידוש לימודיהם של האסירים המסווגים כביטחוניים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה בישראל.

עביר בכר, עו"ד	חסן ג'בארין, עו"ד	אן סוצ'יו, עו"ד
ב"כ העותר מס' 1	ב"כ העותר מס' 2	ב"כ העותר מס' 3

20.02.14