

העותרים:

1. מחמוד ראיך מגאדבה (ת"ז -----) (אסיר בבי"ס שאטה)
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר)
ע"י ב"כ עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או מיכל פינצ'וק ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או לימור יהודה ו/או סוניה בולוס ו/או עאזם בשארה ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000

טל': 02-6521218; פקס: 02-6521219

המשיב:

שירות בתי הסוהר
ע"י פרקליטות מחוז צפון

עתירת אסיר

מוגשת בזאת עתירת אסיר, בהתאם לסעיף 62א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן, "פקודת בתי הסוהר"), בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להתיר לעותר 1 (להלן, "העותר") להעביר כתבות ו/או מאמרים לפרסום באמצעי התקשורת הכתובה באופן חופשי, מבלי שיידרש לקבל לכך אישור מראש.

בנוסף, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע, כי פקודה 04.42.01 לפקודת הנציבות ("ראיונות אסירים לכלי התקשורת", להלן "הפקודה"), בטלה או שיש לבטלה, ככל שהיא מתייחסת למאמרים ו/או כתבות לעיתונות.

ואלה נימוקי העתירה:

1. העותר הינו אסיר פלילי בבית סוהר שאטה.
2. בי וס 10.10.04 הגיש העותר בקשה לקבל אישור להפיץ מאמרים לכלי התקשורת, המתארים את חוויותיו בין כותלי הכלא.
3. ביום 31.10.04, לאחר שבקשתו זו לא נענתה, עתר העותר לבית משפט נכבד זה.
4. מיד לאחר שהגיש את עתירתו, זומן העותר על ידי מפקד אגפו, אשר הודיע לו כי בקשתו לפרסם נדחתה, וכי אם יפרסם כתבה או מאמר כלשהו, הוא יועמד לדין משמעתי.
5. כמו כן הובהר לעותר על ידי סגל בית הסוהר, כי אסור לו לקיים מגע כלשהו עם עיתונאים או אנשי תקשורת, ללא קבלת אישור מוקדם מאת דובר שב"ס.
6. ביום 6.12.04 פנתה הח"מ ליועמ"ש שב"ס, בדרישה לאפשר לעותר לפרסם כתבות בכלי התקשורת ולפעול ל לביטול הדרישה לקבלת אישור מוקדם לפני פרסום כתבות או מאמרים. בפניה זו התייחסה הח"מ, בין השאר, למכתב עקרוני בנושא הכללים, המסדירים ראיונות אסירים בכלי התקשורת, אשר שלחה למשיב ביום 1.6.03.
- העתק הפניה מי וס 6.12.04 מצ"ב ומסומן ע/1. העתק הפניה מיום 1.6.03, והעתק תשובת המשיב מיום 22.7.03 מצ"ב ומסומן ע/2.
7. לאחר שפנייה זו לא נענתה, פנתה הח"מ ביום 22.2.05 לב"כ המשיב והודיעה, כי קיבלה על עצמה לייצג את העותר בעתירתו (עע"א 1811/04). בי וס 2.3.05 התקיים הדיון בעתירה, בו הודיע המשיב, כי יאפשרו לעותר לפרסם מאמריו בעיתונות בהתאם לכללים, ולאחר הצגת כתביו בפני רשויות שב"ס. בדיון ביקשה הח"מ מבית המשפט רשות להגיש

עתירה מתוקנת, אשר תתייחס לתנאים ולכללים, אשר נקבעו בידי שב"ס לפרסום המאמרים. בית המשפט הנכבד לא נעתר לבקשה זו וקבע, כי ניתן יהיה להגיש עתירה חדשה אם ינסה העותר לפרסם מאמר והתנאים שייקבעו על ידי המשיבים לא יישאו חן בעיניו.

- העתק הפניה מיום 22.2.05 מצ"ב ומסומן ע/3. העתק פרוטוקול הדיון ותשובת המשיב מצ"ב ומסומן ע/4.

8. ביום 7.4.05, בעקבות החלטת בית המשפט הנכבד, הגיש העותר שלושה מאמרים להנהלת בית הסוהר: "אנסים בשירות החוק"; "גם בשב"ס עושקים את העשוקים"; ו"חממה של מחלות". ימים אחדים לאחר מכן הגיש מאמר רביעי, "דם, יזע ודמעות", וכעבור מספר ימים נוספים הגיש מאמר חמישי. כל המאמרים הוגשו למפקד האגף.

9. זמן קצר לאחר מכן, כאשר ביקש לברר מה עלה בגורל המאמרים, נמסר לו בעל פה על ידי קצינת האסירים, כי חלק מהמאמרים נפסלו בשל היותם "פוגעים בשמו הטוב של שב"ס", ומחשש שיצרו "פאניקה" בציבור, וכי חלק אחר נשלח לדובר. לא נאמר לו אלו מבין המאמרים נפסלו ולא ניתנה לו כל הנמקה מפורטת. זמן מה לאחר מכן, כאשר שאל את מנהל בית הסוהר בראיון איתו בקשר למאמרים, השיב המנהל באופן כללי, כי לא אישר אותם. בקשתו לקבלם חזרה סורבה תוך שנאמר לו, כי יתויקו בתיקו האישי.

10. ביום 26.5.05, למעלה מחודשים לאחר הגשת ארבעת המאמרים הראשונים בידי העותר, פנתה הח"מ ליועמ"ש המשיב בדרישה לקבל ללא דיחוי העתק המאמרים, אשר הוגשו על ידי העותר ונפסלו לפרסום, ואת הנימוקים לכך, ובדרישה לפעול ללא דיחוי להעברת יתר המאמרים לפרסום. רק ביום 8.8.05, לאחר שליחת מכתב תזכורת, קיבלה הח"מ את התשובה הלאקונית של ע' יועמ"ש המשיב, לפיה "נמסר לאסיר שבנדון כי ניתן לו אישור להעביר הכתבות (3 במספר) לפרסום בתקשורת". במקביל, הוחזרו לעותר שלושה מתוך חמשת המאמרים, אשר הוזכרו בפניית הח"מ, ונאמר לו, כי ניתן אישור לפרסום ("גם בשב"ס עושקים את העשוקים"; "חממה של מחלות"; ו"אנסים בשירות החוק"). בתשובת ע' היועמ"ש לא היתה כל התייחסות למאמרים הנוספים, אשר ככל הנראה נפסלו לפרסום, או לדרישת הח"מ לקבל העתק המאמרים שנפסלו יחד עם נימוקי הפסילה.

- העתק הפניה מיום 26.5.05 מצ"ב ומסומן ע/5. העתק התשובה מיום 8.8.05 מצ"ב ומסומן ע/6. העתק המאמרים שהוחזרו לעותר מצ"ב ומסומן ע/7.

11. על גבי אחד המאמרים שהוחזר לעותר ("אנסים בשירות החוק") רשומה החלטתו של מנהל בית סוהר שאטה ממרץ 2005 (אשר לכאורה בוטלה בעקבות פניית הח"מ), לפיה הכתבה אינה מאושרת לפרסום, שכן היא "מסכנת את בטחון בית הסוהר ויושביו כמו כן מסכן את הציבור".

12. יצויין, כי דבר אישור שלושת המאמרים נמסר לראשונה לעותר כאשר שהה בצינוק בגין דו"ח משמעת. לאחר 7 ימי הצינוק, אשר החלו בתאריך 17.7.05, זומן העותר לשיחה עם קב"ט בית הסוהר, אשר הודיע לו, כי ישהה 7 ימים נוספים בהפרדה. במהלך שיחה זו ביקר הקב"ט את אופן התנהלותו של העותר, ובפרט קבל נגד העובדה, כי הוא נוהג להביע את דעותיו לעתים קרובות, ולהשמיע תלונות בנוכחות אסירים אחרים. כאשר העותר שאל על הוצאת המאמרים שאושרו הובהר לו, כי הוא אמנם רשאי להוציא את המאמרים, אולם עליו לדעת, כי אם יפעל לפרסום מאמרים, תימצא הדרך לגרום לכך, שהוא יישלח שוב ושוב לצינוק.

13. ביום 24.8.05 לערך שלח העותר את שלושת המאמרים שאושרו למדור הדעות של מערכת העיתון "מעריב". במקביל שלח העותר העתק המאמרים לבאת כוחו, הח"מ. במשך חודשים רבים התקשר העותר מספר רב של פעמים למדור הדעות, ונמסר לו שוב ושוב, כי המאמרים לא הגיעו למערכת.

14. יובהר, כי זמן מה לאחר הגשת חמשת המאמרים הראשונים, אשר הוזכרו בפניית הח"מ מיום 26.5.05, הגיש העותר מאמר שישי, "כלא שטה מחוץ לתחום". מספר ימים לאחר הגשת המאמר נמסר לו מפי מפקד האגף, כי גם מאמר זה לא אושר בידי המנהל.

15. ביום 1.12.05 פנתה הח"מ שוב לעו"ד גילה שבירו, עוזרת יועמ"ש המשיב, בעניין אי הגעת המאמרים שאושרו למערכת העיתון "מעריב", וכן בעניין העובדה, שלגבי חלק מהמאמרים שהוגשו לא נתקבלה כל תשובה. בפניה הובאו אף דבריו של קב"ט בית הסוהר, המתוארים לעיל. עד היום, ועל אף הזמן הרב שחלף, פנייה זו טרם נענתה.

- העתק הפניה מיום 1.12.05 מצ"ב ומסומן ע/8.

16. בתאריך 6.12.05 זומן העותר לשיחה עם קצינת האסירים של בית הסוהר. במהלך פגישה זו מסרה קצינת האסירים לעותר העתק של שלושת המאמרים שאושרו, וכן העתק של 'כלא שטה מחוץ לתחום', עליו נרשמה הערה, כי הוא לא אושר לפרסום. כמו כן נמסר לעותר, כי יוכל לשלוח את שלושת המאמרים שאושרו לעיתונות, באמצעות דואר רשום.

17. בנוסף מסרה קצינת האסירים, שאין ברשותה מאמרים נוספים, שהוגשו בידי העותר, וכי כל מה שהוגש על ידו הוחזר אליו.

18. בעקבות שיחה זו שלח העותר את שלושת המאמרים לעיתון "הארץ", הפעם בדואר רשום. לאחר כשבוע וחצי מצא, כי המאמרים טרם הגיעו ליעדם.

19. כאשר בירר את הדבר עם קצינת האסירים, בדיקתה העלתה, שהם טרם נשלחו בפועל. לאחר בדיקתה המאמרים נשלחו.

20. ביום 28.1.06 הגיש העותר למפקד אגפו 6 מאמרים נוספים: "סימני הסרטן מאחורי סורג ובריח", "אמונה ושלוש", "אפליית האסירים האנאלפביתיים הערבים", "הרצחתם וגם התקדמתם", "מתאבדים מהזון הכחול", ו"קפה אנוס". במקביל, הגיש בשנית את המאמר "כלא שטה מחוץ לתחום", על מנת לברר את טעמי פסילתו. עד היום, לא קיבל כל התייחסות למאמרים אלו.

הטיעון המשפטי

21. אופן טיפול המשיב בבקשת העותר לפרסם את מאמריו, וניסיונותיו החוזרים ונשנים להציב כל מכשול אפשרי בפני העותר, כדי למנוע ממנו בפועל לפרסם, שלל ממנו, הלכה למעשה, את זכותו היסודית לחופש הביטוי. תחילה טען המשיב בפני העותר, כי אין לו כל זכות לפרסם מאמרים בעיתון, וכי אם ינסה לעשות כן, יינקטו נגדו צעדים משמעתיים. רק לאחר שהגיש עתירה לבית משפט נכבד זה נאות המשיב לקבל את מאמריו לבדיקה, וגם אז פסל אותם כלאחר יד, ללא נימוקים ברורים ומבלי לתת תשובה פרטנית לגבי כל מאמר ומאמר. היה זה רק בעקבות התערבות הח"מ, שנאמר לעותר לראשונה, כי אושרו חלק מהמאמרים לפרסום. אולם, גם לאחר פניית הח"מ לא הובהר לעותר או לבאת כוחו, מה עלה בגורל המאמרים הנוספים שהגיש. לאחר קבלת האישור, שלח העותר את מאמריו למדור הדעות במערכת העיתון "מעריב", באמצעות שירות הדואר של בית הסוהר, ובאופן תמוה, במשך זמן רב המאמרים לא הגיעו ליעדם. כל זאת, תוך שהובהר

לעותר, כי אם יפרסם מאמרים, בכל זאת תימצא הדרך להענישו. רק בעקבות התערבות נוספת של הח"מ, התאפשר לעותר להעביר חלק מהמאמרים באמצעות דואר רשום. מאמרים נוספים שהגיש לאישור לא זכו לכל התייחסות.

22. אופן התנהלותו זה של המשיב פוגע קשות בזכויות יסוד חוקתיות של העותר. הוא שולל ממנו את חירות הביטוי ופוגע בכבודו כאדם. הוא סותר באופן ברור את הלכת בית המשפט העליון בע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136 (להלן, עניין "גולן"), ומעיד כאלף עדים על הצורך בביטול פקודת הנציבות, הדורשת מכל אסיר, המבקש לשגר כתבה או מאמר לעיתונות, לקבל קודם לכן אישור.

23. בשולי הדברים יובהר, כי עתירה זו מופנית נגד פקודה 04.42.02, אך ככל שהיא חלה על פרסום כתבות ומאמרים. היא אינה עוסקת בשאלות המיוחדות, העשויות להתעורר שעה שמדובר בראיונות עיתונאיים, הכרוכים בהסדרת כניסתו של עיתונאי לשטחי בית הסוהר, אלא רק בשאלה אם המשיב רשאי לדרוש מאסיר, המבקש לשגר כתבה או מאמר לעיתונות, לבקש אישור מיוחד לשם כך.

24. כפי שיפורט להלן, אין למשיב כל סמכות לדרוש מאסיר לקבל אישור מוקדם, לפני שיגור מאמר או כתבה לכלי התקשורת. בנוסף, דרישת האישור המוקדם פוגעת שלא כדין בזכות האסיר לביטוי חופשי, ללא תכלית ראויה ובניגוד לעקרון המידתיות.

על זכות האסיר לביטוי חופשי

25. חירות הביטוי והדעה היא זכות יסוד חוקתית, בעלת מעמד בכורה במשפט הישראלי. היא עוגנה מימים ימימה בהלכה הפסוקה של בית המשפט העליון כ"זכות עילאית", אשר נובעת "במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש" (בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טז(4) 2407, 2415; בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871). היא כוללת הן את זכותו של אדם לשמוע את דברי זולתו, והן את זכותו להשמיע את דעתו לכל המעוניין להקשיב לו.

26. זכות האדם לביטוי חופשי נגזרת, בין השאר, מזכותו הבסיסית לכבוד. "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 " (עניין גולן, עמ' 163). היום, חופש הביטוי מעוגן גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן "מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?" (גולן, עמ' 157).

וראו גם:

בג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456.

27. כשאר זכויות היסוד, "זכות היסוד החוקתית לחופש הביטוי אינה נשללת מן האדם עם מאסרו ונתונה היא לאסיר גם בתא כלאו" (גולן, עמ' 157). שלילת חירותו של אדם באמצעות מאסר תכליתה להגביל את חופש תנועתו, אך אין בה כשלעצמה כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם הנוספות הנתונות לכל בר אנוש:

"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 מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות...הנחת היסוד היא, שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר" (גולן, עמ' 152-153).

ועוד:

"אכן, המאסר מחייב, מעצם מהותו 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." (בג"צ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 573, 567).

וראו גם:

בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 832, 826 (בעניין זכותו של אסיר להצביע בבחירות);

עע"א 4/82 מ"י נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201 (בעניין זכותו של אסיר להיבדק על ידי מומחה רפואי לפי בחירתו);

בג"צ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (בעניין זכותו של אסיר לקבל ולקרוא ספרים של מרקס, אנגלס, לנין ועוד).

28. בגולן, בית המשפט עמד על המגבלות המיוחדות, המוטלות על מימוש זכות האסיר לביטוי חופשי, ביניהן מגבלות שהן "אינהרנטיות" למאסר (והנובעות באופן ישיר משלילת חופש התנועה), וביניהן מגבלות, הנובעות מהאינטרסים המיוחדים, הכרוכים בנייהול תקין של בתי סוהר. בית המשפט הבהיר, כי **מבחן ה"וודאות הקרובה"** – המבחן החוקתי המסדיר בדרך כלל פגיעות בחופש הביטוי – הוא המבחן החוקתי הראוי גם בהקשר של בתי הסוהר; וכי האינטרסים המיוחדים צריכים למצוא את ביטויים במסגרת משוואה הסתברותית זו:

"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 בתי הסוהר במונח הרחב (כיעילות מינהלית, חיסכון במשאבים וכדומה). אך בשים לב לחשיבותו ולמרכזיותו של חופש הביטוי, משקלם היחסי של אינטרסים נוספים אלה אינו רב. בדרך כלל, לא יהיה בהם בלבד כדי להביא לשלילת הזכות, וניתן יהיה להתחשב בהם רק בקביעת המידה שבגדרה יורשה האסיר לממש את זכותו" (עמ' 165 – ההדגשה אינה במקור).

29. עוד הדגיש שם השופט מצא, כי בנוסף על מבחן הוודאות הקרובה, יש לבחון גם אם החלטת הרשות מקיימת את מבחן המידתיות:

"אין צריך לומר, כי גם כששרשות יש טעם מוצק להצדקת הפגיעה בחופש הביטוי של האסיר – היינו, בהתקיים הסתברות ממשית שהביטוי יפגע בביטחון הציבור או יעמיד בסכנה את הסדר והמשמעת בבית הסוהר – מוטל על הרשות לעמוד במבחן המידה, ואסור לה לפגוע בזכותו של האסיר יותר מן הדרוש למניעת הסיכון. על הרשות לזכור, כי פגיעתה בחופש הביטוי של אסיר היא, לעולם, בגדר תוספת פגיעה, ובעיקר מצווה היא לעמוד בפני הפיתוי להשתמש בסמכותה שלא לצורך או מעבר לצורך. בבואו לעשות שימוש בסמכותו האמורה, ייטיב בעל הסמכות בשירות בתי הסוהר אם ישווה לנגד עיניו את דבר השופט ח' כהן בפרשת לבנה... 'רעות רבות, הכרוכות בהכרח בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל בל נוסיף על הרעות ההכרחיות שאין למנוען מגבלות ופגיעות שאין בהן לא צורך ולא הצדקה. הסמכויות המוקנות למנהלי בתי-הסוהר לקיים סדר ומשמעת חייבות להיות רחבות מאד; אבל מה שהסמכות רחבה יותר, הפיתוי גדול יותר להשתמש בה שלא לצורך וללא הצדקה של ממש...'" (עמ' 161).

30. דווקא בהקשר של בתי הסוהר קיימת חשיבות מיוחדת לשמירה מירבית על חופש הביטוי. בית הסוהר הוא מוסד סגור ו"טוטאלי". האסירים המוחזקים בו נתונים במידה

רבה לחסדי כולאיהם, ושליטת הסוהרים על אורח חייהם היא כמעט מוחלטת. שליטה זו יוצרת, מיניה וביה, פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכויותיהם של בני אדם, ומגבירה את הצורך בפיקוח ציבורי שוטף וחופשי על הנעשה מאחורי הסורגים. מכאן, שדרישת האישור המוקדם אף פוגעת, בנוסף על הפגיעה בחופש הביטוי של האסיר, בזכות הציבור לדעת על המתרחש בין כותלי הכלא.

פקודת נציבות 04.42.01 – פגיעה בחירות הביטוי הניתנת לאסיר

31. על סמך הלכת גולן, כביכול, הוציא המשיב את פקודה 04.42.01 לפקודות הנציבות, הקובעת נהלים לקיום מגע בין אסירים לבין כלי התקשורת. אולם, כפי שיובהר להלן, תחת לקבוע כללים, המקיימים את מבחן ה"וודאות הקרובה" שנקבע בהלכת גולן, קבע המשיב הסדר, המעניק לו שליטה כמעט טוטאלית על כל ביטוייו של אסיר בתקשורת. למקרא הפקודה קשה להשתחרר מהרושם, שתכליתה העיקרית איננה שמירה על חופש הביטוי של האסיר, במגבלות הראויות, אלא שמירה על תדמיתו של שב"ס מפני פרסומים שאינם מחמיאים לו.

32. הפקודה קובעת באופן גורף, כי "אסיר אינו רשאי... להתראיין בכלי התקשורת אלא אם קיבל לכך אישור בכתב מאת דובר שב"ס" (סעיף 1(ג)). "ראיון" לצורך העניין מוגדר כראי ון "לעתו נות הכתובה, לתקשורת האלקטרונית (רדיו וטלוויזיה), לאינטרנט, באמצעות שיחה טלפונית או ישירה עם גורם תקשורת כלשהוא, וכן כתיבת מאמר/כתבה לעתונות כתובה" (סעיף 1(ה)).

- העתק הפקודה מצ"ב ומסומן ע/9.

33. אסיר, המבקש לקיים "ראיון" כאמור, נדרש להגיש בקשה מיוחדת, המפרטת את כלי התקשורת המדובר ואת נושא הראיון המבוקש. בטרם מתן החלטה בבקשה, על דובר השירות לקבל חוות דעת של מנהל בית הסוהר, אשר תתייחס הן לשאלה אם יש בהתרת הפרסום "משום סיכון להפרת הביטחון, הסדר או המשמעת בבית הסוהר, סיכון לשלומו של האסיר, אסירים או סוהרים, או פגיעה בביטחון המדינה ו/או שלום הציבור", והן לשאלת 'התנהגותו של האסיר' (סעיף 3(ג)). במקרים "בעלי אופי ציבורי", על הדובר להיוועץ עם נציב שב"ס (סעיף 3(ד)). כמו כן, "במקרים בעלי אופי ציבורי ועפ"י שיקול דעת הנציב, יעודכן השר מבעוד מועד בדבר ההחלטה להתיר קיום הראיון" (סעיף 3(ז)). הוראות דומות מסדירות פניות עיתונאים לראיין אסירים.

34. עוד מבהירה הפקודה, כי גם אסיר, המצוי מחוץ לכותלי בית הסוהר – לרבות אסיר בחופשה - אינו רשאי להתראיין ללא קבלת אישור הדובר (סעיף 5(א)), וכי "בנוסף לשיקולים להתיר או לאסור קיום ראיון לאסיר עם כלי תקשורת, תילקח בחשבון גם תדירות הפניות... כך שככלל לא יותר ראיון עם אותו אסיר אלא אחת לחודש, למעט מקרים חריגים עפ"י שיקול דעת דובר שב"ס" (סעיף 7(ב)). בשולי הדברים יצויין, כי עד לתיקון הפקודה, ככל הנראה ביוני 2004, נאמר בה מפורשות, כי אסיר בחופשה אינו חייב לקבל אישור מוקדם לפני קיום ראיון.

35. הוראה נוספת, אשר הופיעה בפקודה עד לתיקונה קבעה, כי "אישור דובר שב"ס לקיום ראיון בכלי התקשורת עם אסיר יפרט את מועד הראיון, מקומו, נושא הראיון, משך הראיון, אופן ביצוע הראיון, הנוכחים מטעם שב"ס והנחיות נוספות, לרבות האפשרות להפסקת הראיון ע"י הנוכחים מטעם שב"ס במידה ויש בדברי האסיר משום פגיעה כמפורט..." לא ידוע לח"מ אם הוראה זו בוטלה, או שמא הועברה להנחיות פנימיות של המשיב.

36. על פי הפקודה, אם כן, ברירת המחדל היא, כי אסיר אֵינּו רשאי לקיים מגע עם אמצעי התקשורת או לפרסם מאמר. בהעדר אישור מיוחד מאת דובר שב"ס, כל ניסיון מצדו של אסיר להעביר חומר לכלי התקשורת או לדבר עם עיתונאי מהווה עבירת משמעת. קביעה זו סותרת באופן עמוק את מבחן הוודאות הקרובה ואת העיקרון שנקבע בעניין גולן, כי אסיר זכאי להגנה על זכותו לביטוי חופשי.

חוסר סמכות

37. תנאי ראשוני לחוקיותו של כל הסדר, הפוגע בזכויות יסוד, כי ייקבע מכו **ח הסמכה מפורשת בחוק** (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). עוד טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הבהיר בית המשפט העליון, כי:

"כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצא מן האמור לעיל, כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד. זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על-ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על-ידי המחוקק הראשי" בג"צ 337/81 מיטרני ואח'י נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358.

38. הלכה זו, לפיה על ההסמכה בחוק להיות "ברורה, מפורשת וחד-משמעית", וכי לא די בהסמכה כללית כדי לפגוע בזכות יסוד, רק התחזקה בעקבות חקיקת חוקי היסוד, העוסקים בזכויות אדם. ראו: בג"צ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 520-521. כן ראו: בג"צ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673-683, 684.

39. בבג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, פסל בג"צ תקנה של השר לביטחון פנים, אשר פגעה ללא הסמכה מפורשת בחוק בזכותו של אסיר להיפגש עם עורך דין. בית המשפט הדגיש בהקשר זה, כי כאשר מדובר בתקנה הפוגעת בזכויות יסוד, לא די בהסמכה הכללית, הקבועה בסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר, להסדיר בתקנות "כל ענין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו, שלומם ויעילותם של סוהרים, ניהולם הטוב של בתי הסוהר ומשמעתם ומשמורתם הבטוחה של אסירים בתחום בתי סוהר ובשעת עבודתם מחוץ לתחום בתי הסוהר". כפי שהדגישה השופטת חיות:

"דעתי היא כי עוצמתה של הזכות העלולה להיפגע מן ההגבלות שנקבעו בתקנה 29(ב), ומהות הפגיעה מחייבות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה הראשית, ואין די בהסמכה הכללית שבסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר.... חשיבותה של הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית היא בהיותה תוצר של שיג ושיח פרלמנטרי, אשר במהלכו ניתנת הדעת על מכלול השיקולים החוקתיים הצריכים לעניין הספציפי, וכך להסדירם אלטרנטיביים הבאים בחשבון, ובכך היא נבדלת מהסמכה כללית (השווה בג"ץ 355/79 הנ"ל [11], בעמ' 303) " (שם, עמ' 762).

ומתוך חוות דעתו של השופט ריבלין:

בסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר לא מצאתי רמז להסמכה מפורשת של מחוקק-המשנה, לפגוע בזכות לייצוג. אמירות כלליות בדבר הסמכות להתקין תקנות בכל "עניין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו" או בכל עניין הנוגע ל"ניהולם הטוב של בתי הסוהר ומשמעתם" – אין בהן דיי" (שם, עמ' 768).

40. אין בחוק כל הוראה, המסמיכה את המשיב להטיל מגבלות מיוחדות על זכותו של אסיר לשגר כתבות או מאמרים לאמצעי התקשורת. זכותו של אסיר לשלוח ולקבל מכתבים, סמכות המשיב לבדקם והעילות הספציפיות, העשויות להצדיק מניעת העברתם במקרים חריגים, מוסדרות בסעיפים 47א-47ד לפקודת בתי הסוהר (וראו גם: פקודת נציבות 04.43.00, בעניין "מכתבי אסירים – משלוח וקבלה"). הוראות אלו אינן מקנות למשיב כל סמכות מיוחדת לפסול מכתב בשל כך בלבד שהוא מיועד לעיתונאי או כולל חומר, המיועד לפרסום ברבים.

41. בנסיבות אלו, פקודה 04.42.01, ככל שהיא חלה על כתבות ו/או מאמרים של אסירים, מהווה פגיעה בזכויות יסוד – בזכות האסיר לביטוי חופשי ובזכות הציבור לדעת - אשר אינה מכוח הסמכה מפורשת בחוק או על פיו.

העדר תכלית ראויה ופגיעה בעקרון המידתיות

42. בנוסף, אין בפקודה 04.42.01, ככל שהיא חלה על כתבות ו/או מאמרים של אסירים, כדי לשרת תכלית ראויה, ואין היא עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות.

43. מבחן הוודאות הקרובה מגלם בתוכו את התכליות הלגיטימיות, העשויות **במקרים חריגים וקיצוניים** להצדיק פגיעה בזכות האסיר לביטוי חופשי, ומתווה את מידת הפגיעה המותרת למען תכליות אלו. מבחן זה משמעותו, כי אסיר זכאי לפרסם, וכי המשיב רשאי להתערב בכך רק כאשר קיימת ודאות קרובה, כי הפרסום הספציפי אכן יפגע באופן קשה ומשמעותי באינטרסים המוגנים.

44. ביקורת לגיטימית זו של המשיב על פרסומי אסירים עשויה להיעשות, למשל, במסגרת סמכותו הכללית לעבור על מכתבי אסירים, המעוגנת בסעיפים 47א-47ד לפקודת בתי הסוהר; הדרישה הנוספת לקבלת אישור דובר לפני הפרסום יכולה אך לשרת תכליות פסולות, אשר אין בינן לבין מבחן הוודאות הקרובה ולא כלום - כגון הרצון למנוע פרסומים שאינם מחמיאים למשיב; הרצון למנוע פרסומים ביקורתיים או פרסומים, אשר לדעת המשיב הינם כוזבים; או הרצון לקבוע לגבי אסיר זה או אחר, כי אין הוא זכאי ליהנות מביטוי חופשי.

45. בהקשר זה יובהר, כי אין בחשש – הקיים גם מחוץ לכותלי הכלא – שמא דברי ביקורת יהיו כוזבים או בלתי מדויקים, כדי להצדיק מניעת השמעתם. חברה דמוקרטית מושתתת על ההנחה, שהשמעה חופשית של דעות היא הדרך הטובה ביותר להגיע לחקר האמת. באיזו זכות יחליט דובר שב"ס, אם טענות האסיר, אותן הוא מבקש לפרסם בעיתונות, מוצדקות או משוללות יסוד? אלו כלים יש בידי הדובר לבחון את אמיתות הדברים? לאור האופי ה"טוטאלי" של בתי הסוהר והכוח הרב הנתון בידי הסוהרים, הסכנה מפני השתקה של ביקורת מוצדקת מוחשית הרבה יותר מהנוק, שעלול להיגרם מפרסום האשמות שווא.

46. גם אם אמור דובר המשיב למלא את תפקידו כ"נאמן הציבור", באופן טבעי אמון הוא על טיפוח תדמית שב"ס בעיני הבריות. התניית זכות האסיר לפרסם בקבלת אישור מיוחד מאת הדובר יוצרת מיניה וביה חשש כבד, כי חופש הביטוי של האסיר יוכפף בסופו של דבר לשיקולים זרים, כגון הרצון הטבעי למנוע פרסומים, אשר עלולים להזיק לתדמית זו.

השתלשלות העניינים המתוארת לעיל בעניינו של העותר מדגימה את נטייתו הטבעית של כל גוף למנוע פרסומים שאינם לרוחו, ואת האופן, שבו דרישת האישור המוקדם מסכלת, הלכה למעשה, את חופש הביטוי של האסיר.

47. חוסר סבירות הפקודה מתבטא גם בכך, שאין בה הוראות אשר יכולות להבטיח, כי החלטת הדובר תינתן בתוך זמן סביר, וכי תועבר החלטה מנומקת לאסיר במקרה של פסילה. פעמים רבות, מאמר שאינו מתפרסם באופן מהיר אינו אקטואלי. השתלשלות העניינים במקרה של העותר מדגימה היטב כיצד עיכובים מרחיקי לכת וחוסר הנמקה מביאים בפועל לשלילת זכות האסיר לפרסם ולפסילה שרירותית של מאמרים.

48. מהפקודה אף עולה, כאמור, כי על הדובר לשקול במסגרת שיקוליו לא רק שיקולים, הנוגעים למהות הפרסום, אלא אף שיקולים, הנוגעים למיחות האסיר – כגון שאלת התנהגותו בבית הסוהר. שיקול זה הינו זר לחלוטין למבחן הוודאות הקרובה, ומשקף ראייה פסולה של חופש הביטוי כאל "פריבילגיה", הניתנת כ"פרס" לאסירים שהתנהגותם טובה. הוא מהווה חלק מהמנגנון הפסול, הקבוע בפקודת הנציבות, הדורש אישור מיוחד כדי לפתוח בפני האסיר את צוהר חופש הביטוי.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כמפורט בתחילת עתירה זו.

היום, 8 ביוני 2006

לילה מרגלית, עו"ד
ב"כ העותרים