

העותר :

מוחמד כרים יונס (אסיר)

ע"י ב"כ עוה"ד אן סוצ'יו ו/או לילה מרגלית ו/או דן יקיר ו/או
דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או ו/או לימור
יהודה ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או קרן צפריר ו/או גיל גן-
מור ו/או נסרין עליאן ו/או ראוייה אבורביעה ו/או משכית בנדל
ו/או רגד ג'ראיסי

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

- נגד -

המשיב 1 :

שרות בתי הסוהר

עתירה מתוקנת

בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 4.10.11, מתכבד העותר להגיש עתירה מתוקנת בהליך שבכותרת.
בהתאם לסעיף 62א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, מוגשת בזאת עתירת אסיר בה מתבקש
בית המשפט להורות למשיב לאפשר לעותר להמשיך את לימודיו באוניברסיטה הפתוחה (להלן - "או"פ").

מבוא :

1. עניינה של עתירה זו בהחלטת המשיב, שנמסרה לעותר ביום 8.7.11, לשלול מהעותר את זכותו להמשיך את לימודיו האקדמאיים באו"פ. העותר הנו אזרח ישראלי הלומד באו"פ בהתכתבות מאז שנת 1996 ונותרו לו ארבעה קורסים לסיום תואר הבוגר. העותר קיבל את הודעת המשיב בהפתעה גמורה לאחר שכבר נרשם לסמסטר הקיץ באו"פ ואף שילם את שכר הלימוד והוא נאלץ לקטוע באחת את לימודיו. החלטת המשיב התקבלה במסגרת מדיניות חדשה וגורפת של המשיב, לפיה אין אסירים "פלסטינים שאינם פליליים" רשאים ללמוד עוד באו"פ. ככל הידוע לעותר ועל פי דיווחים בתקשורת, החלטה זו התקבלה כחלק מהמדיניות עליה הכריז ראש הממשלה לאחרונה, שנועדה להחמיר את תנאי הכליאה של אסירים ביטחוניים כחלק מהמאמצים לשחרור גלעד שליט.
2. כבר בפתח הדברים יודגש, כי עתירה מתוקנת זו מוגשת מספר ימים לאחר שגלעד שליט שוחרר משוביו, במסגרת עסקה שיצאה לפועל ביום 18.10.11. יש לקוות, כי בנסיבות אלה המשיב ישקול מחדש את מדיניותו הפסולה, ויתיתר הצורך בדיון בעתירה זו. מכל מקום, במידה והמשיב לא

יחזור בו מהחלטתו, מוגשת כעת עתירה מתוקנת זו, בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 4.10.11 וזאת על מנת לאפשר את קיום הדיון שנקבע לעתירה ליום 22.11.11.

3. מכל מקום, החלטה זו של המשיב, כפי שיוסבר בהמשך, היתה ונותרה החלטה שרירותית לחלוטין ואינה מבוססת על כל שיקול ענייני לגיטימי, הנוגע לעותר באופן ספציפי. ההחלטה הנה בלתי חוקתית בעליל משהיא נגועה בהפליה קיצונית על בסיס לאום והיא פוגעת בזכויות היסוד של העותר לכבוד ולחירות רוחנית. בנוסף, החלטת המשיב חורגת מסמכות ופוגעת בעקרון חוקיות המנהל וגם משכך הנה פסולה ועל המשיב לבטלה.

הרקע העובדתי :

4. העותר הוא אזרח ישראלי שנשפט למאסר עולם בשנת 1983 והוא מרצה את עונשו בבית הסוהר הדרים. העותר מוגדר על ידי המשיב כאסיר ביטחוני והוא מזוהה עם תנועת הפתח בכלא.

5. זה שנים רבות שהמשיב מתיר לאסירים ביטחוניים ללמוד באו"פ ואף עיגן זכות זו בנוהל המסדיר את תהליך ההרשמה והלמידה, פקודת הנציבות מס' 04.48.00 "לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה". כבר בשנת 1996 החל העותר את לימודיו באו"פ לתואר בוגר במדעי החברה ויחסים בינלאומיים. לפני כעשר שנים עשה העותר הפסקה בלימודיו, בין היתר, מכיוון שהתקשה עם קורסי האנגלית. לפני כשנה חידש העותר את לימודיו ולאחר שהצליח לסיים את חובותיו במקצוע האנגלית, המשיך ללמוד בקורסים השונים. לקראת תחילת סמסטר הקיץ 2011 באו"פ נרשם העותר לקורס "מדעי המדינה לגווינו" ואף שילם את שכר הלימוד עבור קורס זה בסך 2500 ₪.

6. להפתעתו הרבה, ביום 8.7.2011, עשרה ימים בלבד לפני תחילת לימודיו בסמסטר הקיץ, הודיע קמ"ן בית הסוהר לדובר האסירים על החלטת המשיב לבטל את הלימודים של כלל האסירים הביטחוניים באו"פ באופן גורף ומיידי. בנוסף, החרים המשיב מתאו של העותר את כל ספרי האו"פ שהיו ברשותו, ספרים השייכים לקורסים אותם למד בעבר באו"פ.

7. בעקבות החלטת המשיב נמנע מהעותר להתחיל את לימודיו בסמסטר הקיץ והוא אף עתיד להפסיד את סמסטר הסתיו 2011-2012 שעומד להתחיל ב- 25.10.11. כמו כן, עד ליום זה לא קיבל העותר בחזרה את שכר הלימוד ששילם עבור הקורס אליו נרשם בסמסטר הקיץ (2500 ₪) וזאת למרות הבטחת המשיב, להעביר בהקדם הודעה לאו"פ על ביטול הלימודים כדי ששכר הלימוד יושב לאסירים.

8. מלבד הפגיעה ברצף הלימודים של העותר והפסד שני סמסטרים, החלטת המשיב גרמה לעותר לפגיעה מוראלית ולייאוש. העותר 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.

9. יצוין כי לעותר נותרו ארבעה קורסים מתקדמים בלבד לצורך סיום לימודיו לתואר בוגר.

- תצהיר העותר מצ"ב ומסומן ע/1.

הרקע להחלטת המשיב:

10. ביום 23.6.2011 הצהיר ראש הממשלה, בנימין נתניהו, בנאום שנשא במושב הנעילה של "ועידת הנשיא" בירושלים, כי הוא החליט לשנות את המדיניות כלפי האסירים הביטחוניים הכלואים בישראל בתגובה לדחייה של החמאס את בקשת הצלב האדום לבקר את גלעד שליט. כך, על פי הדברים שצוטטו בתקשורת: "חמאס הודיע שהוא דחה את בקשת הצלב האדום לבקר את גלעד שליט. החלטתי לשנות את מדיניות ישראל כלפי הטרוריסטים שיושבים בכלא הישראלי... התנאים המפליגים של הטרוריסטים בתוך הכלא הישראלי ייפסקו... עצרתי את הנוהל האבסורדי שלפיו טרוריסטים שיושבים בכלא הישראלי על רצח נרשמים ללימודים אקדמאיים. לא יהיו יותר דוקטורנטים לטרור, מאסטרנטים לרצח. החגיגה הזאת נגמרה."

ניר יחב "פלסטינים: החמרת תנאי האסירים תוביל למרד בכלא" walla חדשות, 26.6.2011.
(<http://news.walla.co.il/?w=/21/1835073>)

ראו גם: עמוס הראל, ואבי יששכרוב, "ראש הממשלה: נגמרה החגיגה של הטרוריסטים בבתי הכלא בישראל", הארץ, 24/06/11. (<http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1178181>)

11. החלטה זו של ראש הממשלה באה בהמשך להחלטת ממשלה ממרץ 2009 על הקמת ועדת שרים מיוחדת לבחינת הרעת תנאי האסירים הביטחוניים, אשר התקבלה בעקבות כשלון המשא ומתן לשחרור גלעד שליט בעת ההיא.

12. ביום 20.7.11 התקיימה ישיבה בדלתיים סגורות בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ובמהלכה נידונו תנאי כליאתם של האסירים הביטחוניים. בעקבות הישיבה הודיע המשיב לתקשורת כי "אסירים ביטחוניים לא יוכלו להתחיל בלימודים אקדמאיים, אך אלה שכבר החלו בלימודים יוכלו לסייםם" וכן כי "בקרב תבחן החמרה של עוד תנאי מאסר של האסירים הביטחוניים, ובהם ביקורי משפחה, ביקורי צלב אדם, ספרים וכתבי עת, מכתבים, קניית מוצרים בקנטינה, צמצום מספר ערוצי טלוויזיה והפקדות כספיות".

"אסירים ביטחוניים לא יחלו לימודים אקדמיים", רשת ב', 20.7.11
(<http://www.iba.org.il/bet/?entity=749911&type=1>)

13. על הקשר ההדוק בין הפגיעה בתנאי האסירים הביטחוניים הפלסטינים לבין תנאי כליאתו של גלעד שליט ניתן ללמוד מדברי הסיכום של מ"מ יו"ר הוועדה, ח"כ ציון פיניאן:

"מצטיירת תמונה שתנאי כליאתם של האסירים הביטחוניים כתנאים של דיירי קייטנה. כל זאת כאשר חייל צה"ל, גלעד שליט, נמק בתנאים מחפירים ותת אנושיים בחדר חשוך בידי החמאס."

ועדת הפנים קוראת לשירות בתי הסוהר לבדוק את כל הטענות ואת כל הנושאים שהועלו פה ולהגיש לנו תשובות תוך 30 יום. " (פרוטוקול משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה, 20.7.2011).

14. ביום 24.7.11 הגיש העותר בעצמו עתירת אסיר כנגד החלטת המשיב וביום 25.9.11 הודיע העותר לבית המשפט כי הוא מיוצג באמצעות הח"מ. העתירה נקבעה לדיון ליום 4.10.11 בפני כבוד השופטת רגיניאנו. לקראת הדיון הגיש המשיב באמצעות לשכת יועמ"ש שב"ס בקשה לדחות את הדיון עד לאחר מיצוי של ההליך המשפטי התלוי ועומד באותו העניין בבג"צ (בג"צ 5488/11 האתם אסמעיל ואח' נ' שב"ס). העותר הגיש התנגדות לבקשה ובדיון שהתקיים ביום 4.10.11 הוחלט, כי הדיון בעתירה יתקיים בחודש נובמבר על מנת לאפשר לפרקליטות אשר קיבלה על עצמה את הייצוג להכין את תגובתה לדיון. כמו כן, נקבע כי העותר יגיש עתירה מתוקנת בתוך 10 ימים.

• העתק כתבי בי-דין בהליך עד כה מצ"ב ומסומן ע/2.

15. בשולי הדברים, ועל מנת להבין את מהות החלטתו הגורפת והמפלה של המשיב, מצורפת מכתב תשובה מיום 27.7.11, אשר נשלח לעו"ד רימה איוב מארגון עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, על ידי עו"ד נאווה מימון, משנה ליועמ"ש שב"ס. במכתב זה, אשר הועבר בתשובה לבקשת עו"ד איוב לברר, אם החל המשיב לנקוט בצעדים כלשהם נגד האסירים הביטחוניים על רקע עניין גלעד שליט, הוסבר כי - "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 ולא לאפשר התחלת לימודים באוניברסיטה הפתוחה לנרשמים חדשים." (ההדגשה הוספה).

• העתק מכתבה של עו"ד מימון מצ"ב ומסומן ע/3.

הטיעון המשפטי

זכויות היסוד של אסירים

16. הלכה פסוקה היא, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר. הנחת היסוד היא, שלמעט זכותו של האסיר לחופש תנועה הנשללת ממנו עם כניסתו לכלא, סל זכויות האדם של אסיר אינו נפגע והוא זכאי לאותן זכויות וחירויות ככל אדם (נע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 159 (1996) (להלן - "עניין גולן")). יפים לענייננו דבריה של השופטת פרוקצ'יה בבג"צ 2245/06 ח"כ נטע דבורין נ' שירות בתי הסוהר שעסק בזכותו של האסיר יגאל עמיר לממש את זכותו להקים משפחה ולהביא ילדים:

"כלל הוא כי הענישה הפלילית, ובתוכה מאסר, איננה מפקיעה מאליה את זכויות האדם מן הנענש ומן האסיר, אלא במידה שהגבלתן של אותן זכויות מתחייבת באופן הכרחי מן המאסר, ומתיישבת עם מהות הפגיעה החוקתית

המותרת, על פי פסקת ההגבלה. (בג"צ 2245/06 ח"כ נטע דבורין נ' שרות בתי הסוהר (להלן - "עניין דבורין"))

17. ראוי להביא גם את עמדת המדינה בבג"צ בעניין יגאל עמיר שלעיל 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... **בהעדר הוראת חוק מפורשת כזו, ובהעדר נימוק בטחוני או משמעותי המצדיק הגבלה כזו, אין מקום לשלול את בקשתו של עמיר להעביר דגימת זרע לבת זוגו.**" (עניין דבורין, פסקה 8).

18. חשיבות ההגנה על זכויות האסירים ומניעת שלילה שרירותיות של זכויות, איננה מצטמצמת לעניינו של האסיר הספציפי בלבד אלא זהו תנאי הכרחי לשמירה על כבודה של החברה כחברה 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 דבורין, פסקה 23). זהו אינטרס של החברה כולה "בעיצוב ויישום של נורמות מוסר ואתיקה ביחס לאדם באשר הוא אדם. **באלה נבחנת רמתה המוסרית והאנושית של החברה**" (בג"צ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פסקה 12 (12.2.07) (ההדגשה הוספה)).

19. עקרונות כלליים אלו חלים על כלל האסירים ובכלל זה גם על אסירים המסווגים על ידי רשויות בית הסוהר כאסירים בטחוניים. סיווג זה משליך אך ורק על המגבלות השונות שניתן להטיל על האסיר לאור שיקולים ביטחוניים. משכך, הפגיעה הנוספת בזכויות האסירים הביטחוניים, לעומת אסירים פליליים, הנה לגיטימית רק על סמך שיקולים ביטחוניים:

"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 נקמות, או אם היא פוגעת באסיר מעבר למידה הנדרשת על-ידי שיקולים ענייניים"

השופט זמיר בע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ (4) 492, 501 (1996).

החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד

פגיעה בכבוד האדם

20. מהאמור לעיל עולה, כי מטרת הפגיעה בתנאי הכליאה של אסירים ביטחוניים פלסטינים היתה להפעיל לחץ על תנועת החמאס בתגובה להחזקתו בשבי של החייל החטוף גלעד שליט. החלטת המשיב לאסור על העותר ועל אסירים ביטחוניים ככלל ללמוד באו"פ באופן גורף וללא הבחנה אישית בין אסיר לאסיר, **פוגעת בזכות לכבוד** של העותר שכן היא מבטאת התייחסות לאסירים כאמצעי לחץ להשגת תכליות חיצוניות להם. הזכות לכבוד האדם רואה באדם מטרה בפני עצמו ולא אמצעי להשגת מטרות אחרות (א' ברק, **פרשנות חוקתית**, עמ' 421 (תשנ"ז)).

21. החלטת המשיב משקפת התייחסות אל האסירים כאמצעים בלבד, כ"קלפי מיקוח", להשגת תכליות חיצוניות, לגיטימיות וחשובות ככל שיהיו. יפים לענייננו דבריה של השופטת נאור בפסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר :

"כאשר מתייחסים אל האדם, לא כאל 'תכלית' כשלעצמה' אלא כאל 'אמצעי' בלבד, פוגעים בערך של כבוד האדם" (עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87, 95 (1996)). ההכרה באדם כמטרה ולא כאמצעי קשורה ב"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם כחלק מ"מודל הביניים" בפרשנות הזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו ברק פרשנות חוקתית 407-406, 416). על-פי "מודל הביניים", שאומץ כאמור בפסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק פרשנות חוקתית, 421).

בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פסקה 18 (19.11.2009).

22. כמו כן, מדברי ראש הממשלה שצוטטו לעיל, עולה כי ההחלטה הגורפת משקפת **ענישה קולקטיבית** של כלל האסירים הביטחוניים על מעשי אחרים. השימוש בענישה קולקטיבית פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד של העותר, מנוגד לנורמות של המשפט הפלילי ומהווה הפרה של משפט זכויות האדם הביני"ל.

פגיעה בזכות לרכוש השכלה ובזכות לחופש הביטוי

23. החלטת המשיב פוגעת בזכותו של העותר לרכוש השכלה וידע, בזכותו לחינוך ובזכותו לפתח את אישיותו ולהעשירה וכל זאת ללא כל הצדקה עניינית. החלטת המשיב פוגעת בזכותו של העותר לחופש הביטוי והדעה, שהנה זכות יסוד חוקתית בעלת מעמד בכורה במשפט הישראלי. הזכות לחופש הביטוי נגזרת מזכותו של העותר לחירות רוחנית אשר שמורה לו גם בתוך הכלא :

"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).

24. בעניין גולן קבע בג"צ, 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).

25. ברי, כי 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 שרירותי ולא ענייני.

26. 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.”

27. בהקשר זה יובהר, כי בענייננו אין העותר מבקש אפילו, כי המשיב יספק לו אמצעי לימוד או יממן לו את הלימודים. העותר מממן בעצמו את הלימודים, והאו"פ מספקת את כל חומרי הלימוד. כל שמבקש העותר הוא, כי המשיב לא ישלול ממנו את אפשרות מימוש זכותו ללימוד.

28. למותר לציין, כי גם היותו של אסיר ביטחוני אינו מצדיק פגיעה שרירותית בזכויות היסוד שלו. בית המשפט העליון הכיר אמנם בסמכות המשיב לנקוט בהגבלות מיוחדות לגבי אסירים ביטחוניים אם זאת בית המשפט חזר והדגיש, כי על המשיב להקפיד תמיד על קיום איזון נאות בין זכויות האסיר לבין הצורך הביטחוני, ולהימנע מפגיעות שרירותיות בכל מקרה.

פגיעה בזכות לשוויון

29. כאמור, החלטת המשיב לשלול את לימודיו של העותר באו"פ התקבלה 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. יוצא מכך, כי אסיר ביטחוני יהודי רשאי להמשיך בלימודיו באו"פ מן הטעם היחיד שהוא אינו נמנה עם הקבוצה הפלסטינית ולעומת זאת העותר, שהנו אזרח ישראלי, זוכה ליחס זהה לזה שזוכים פלסטינים שאינם אזרחי ישראל. המשיב מגדיר לראשונה קבוצה חדשה של אסירים המאופיינים בהשתייכותם האתנית-לאומית לצורך קביעת תנאי המאסר שלהם. כלום יש צורך להכביר במילים ביחס לפסול שבהבחנה מעין זו?

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

31. על חשיבות הזכות לשוויון בין אזרחי המדינה היהודים לערבים עמד נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרון 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"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה** (27.2.2006)).

32. 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;

33. 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

34. החלטת המשיב הנה בלתי חוקתית והיא אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. ראשית, ההחלטה התקבלה **בלא הסמכה בחוק ותוך הפרת תכלית החקיקה**, כפי שיוסבר בהמשך. שנית, ההחלטה אינה משרתת תכלית ראויה כלשהי. מדבריו של ראש הממשלה ניתן אף ללמוד כי מדובר באמצעי שנועד לתקן עוול בעוול או אף חמור מכך, לשמש כנקמה על תנאי החזקתו של גלעד שליט בשבי: "חמאס הודיע שהוא דחה את בקשת הצלב האדום לבקר את גלעד שליט. החלטתי לשנות את מדיניות ישראל כלפי הטרוריסטים שיושבים בכלא הישראלי..."

35. למעלה מן הצורך יובהר עוד כי אף טרם שחרורו של גלעד שליט, החלטת המשיב לא עמדה במבחני המידתיות. **לא התקיים כל קשר רציונלי** בין הצעד הגורף בו נקט המשיב, שלילת אפשרות מאסירים ביטחוניים ללמוד באו"פ, לבין המטרה החשובה עליה הצהיר ראש הממשלה בתקשורת, שחרור גלעד שליט או שיפור תנאי כליאתו. מדובר באמצעי שרירותי, בלתי הוגן ומחוסר היגיון. על אחת כמה וכמה נכונים דברים אלה כעת, מששחרר גלעד שליט משביו.

36. על השרירות המוחלטת שבאמצעי זה ניתן ללמוד מהחלטתו על העותר אשר, כאמור, כלל איננו מזוהה עם תנועת החמאס והוא אזרח ישראלי.

37. אין עוררין על כך שלמשיב קיים שיקול דעת רחב לפעול במסגרת סמכותו, אלא שבדומה לכל רשות מנהלית גם המשיב אינו רשאי לפעול מחוץ למסגרת הסמכות המוקנית לו בחוק. החלטת שב"ס לשלול מהעותר את הזכות ללמוד התקבלה **בחוסר סמכות** משווע שכן אין בנמצא דבר חקיקה, אשר מסמיך את שב"ס 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. לפי עקרון חוקיות המינהל, רשות מינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשות.

38. סעיף 76 לפקודת בתי הסוהר קובע את סמכותו הכללית של המשיב לעסוק "בניהול בתי הסוהר, בהבטחת אסירים ובכל הכרוך בכך". כמו כן, סעיף 80 מסמיך את נציב שב"ס להוציא הוראות כלליות שיקבעו "עקרונות לענין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה". הפקודה מסמיכה, אם כן, את המשיב לקדם מטרות המשרתות את צרכי הניהול התקין של בתי הסוהר ואת תכלית הענישה:

"סמכויותיו של נציב שירות בתי הסוהר הוקנו לו **בפקודת בתי הסוהר** (נוסח חדש) תשל"ב-1971. מעבר לסמכויות ספציפיות שהוקנו לרשות המוסמכת במסגרת הפקודה, על שירות בתי הסוהר לעסוק בניהול בתי סוהר, בהבטחת אסירים וכל הכרוך בכך (סעיף 76). בתי הסוהר והסוהרים יהיו בפיקודו ובניהולו של הנציב בכפוף להנחיות השר (סעיף 80). **סמכות הנציב משתרעת על ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בכלל, והבטחת פעולתו התקינה של השירות, והוא מוסמך להוציא הוראות כלליות בענין זה.**"

עניין **דבורין**, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

39. על החרیגה הקיצונית של המשיב מהסמכות המוקנית לו בחוק ניתן ללמוד אף מתכלית הסמכות הכלליות שניתנה לשר להתקין תקנות ב"כל עניין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו, שלומם ויעילותם של סוהרים, ניהולם הטוב של בתי סוהר ומשמעתם ומשמורתם הבטוחה של אסירים בתחום בתי סוהר ובשעת עבודתם מחוץ לתחום בתי סוהר..." (סעיף 132 (17) לפקודה). מהוראה כללית זו ניתן ללמוד על מסגרת הסמכות המוקנית למשיב אשר רק בתחומה רשאי הוא לקבל החלטות.

40. לא זו בלבד שההחלטה התקבלה בחוסר סמכות, אלא שהיא אף פוגעת במטרות שלשמן פועל שב"ס, בין היתר, להבטיח את הניהול התקין של בית הסוהר, המשמעת והמשטר בכלל ולדאוג לשיקום האסיר. להחלטת שב"ס לשלול מאסירים ביטחוניים פלסטינים את האפשרות ללמוד באו"פ עשויה להיות השפעה שלילית על הסדר והמשמעת בבית הסוהר.

41. בפסק דין של בית המשפט העליון אשר עסק בהיקף הסמכויות הנתונות לשב"ס, קבע השופט זמיר לעניין הסמכות המינהלית של שב"ס כי **"כל סמכות צריכה להיות מופעלת כדי לשרת את תכלית החוק, על יסוד שיקולים ענייניים, באופן סביר ובמידה הנדרשת..."** (ע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 8, 1 (1998)).

42. לעניין השימוש במגבלות על אסירים לצורך הכבדת הענישה קבע בג"צ, כי תכלית ההגבלות על זכויות האסיר לא נועדה להוסיף על העונש שהוטל על האסיר, לנקום באסיר על פשעיו או להקשות עליו את תנאי מאסרו, כגמול על מעשיו הנפשעים: "מקום שזו תכליתן של ההגבלות, הן עלולות שלא לעמוד במבחן החוקתיות, משאין זו תכלית ראויה. הגבלה שאינה מתחייבת מהגשמת תכליות המאסר, ואינה נעוצה באינטרס ציבורי לגיטימי אחר, מהווה, הלכה למעשה, הטלת אמצעי ענישה נוסף על האסיר, בגין העבירה שבה הורשע...**אין זה בגדר סמכותו של שירות בתי הסוהר לענוש את האסיר מעבר לענישה שנגזרה עליו בגזר הדין על דרך צמצום זכויות האדם הנתונות לו גם בהיותו אסיר.**" (פסקה 14, 17 בעניין דבורין).

הליך מנהלי לקוי

43. החלטת המשיב פסולה אף מטעמים מנהליים. ההחלטה הגורפת והכללית של המשיב מנוגדת לעקרונות יסוד של **הליך מנהלי תקין**.

44. ראשית, החלטת המשיב מנוגדת לעקרון עצמאות שיקול הדעת. עקרון זה מחייב שהרשות המוסמכת תפעל באופן עצמאי ולא באופן "עיוור" על בסיס הוראות שניתנו לה כתכתיב מגבוה (דפנה ברק ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 161-162 (2010)). התנהלות המשיב מעלה את החשש כי המשיב לא הפעיל את שיקול דעתו המקצועי בתחום המומחיות והסמכות שלו וקיבל החלטה המבוססת על שיקולים פוליטיים, לא ענייניים, אשר הונחתו עליו מצד ראש הממשלה.

45. שנית, כפי שנאמר כבר לעיל, ההחלטה התקבלה מבלי שנלקחו בחשבון השיקולים העובדתיים הרלוונטיים **לעניינו של העותר**. שיקול הדעת של המשיב בבואו לשלול מהעותר את זכותו ללמוד לא התבסס על תשתית עובדתית רלוונטית הנוגעת לעותר עצמו. כידוע, תנאי מוקדם לקבלתה של החלטה מינהלית תקינה הוא הביסוס העובדתי לה (דפנה ברק ארז, עמ' 439).

46. חובתה של הרשות לשכנע בדבר ההצדקה להחלטה שקיבלה גוברת במקרה שלפנינו לאור הפגיעה באינטרס ההסתמכות והציפייה של העותר. 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 מותרת מקום לספקות סבירות." (בג"צ 56/76 **ברמן נ' שר המשטרה**, פ"ד לא(2) 687 (1977)).

47. שלישית, המשיב קיבל החלטה הפוגעת בזכויותיו של העותר מבלי לאפשר לו לממש את **זכות הטיעון**. על הזכות להשמיע טענות בטרם תיפגע זכות מזכויותיו של האזרח בידי רשות שלטונית פים דבריה של הנשיאה בייניש:

"עקרון יסוד מושרש בשיטתנו המשפטית הינו כי רשות מנהלית תימנע מהחלטה הפוגעת בזכויותיו ובמעמדו של אדם, **אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות הוגנת ונאותה להביא טענותיו לעניין**. (ראו למשל: : בג"ץ 113/52 **זקס נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ו 696, 703 מפי השופט אולשן; בג"ץ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב 1493, 1508 מפי השופט זילברג; בג"ץ 185/64 **פלוני נ' שר הבריאות ואח'**, פ"ד יט(1) 122, 126 מפי השופט זוסמן). העיקרון בדבר זכות הטיעון שעיוגו ההיסטורי היה בכללי הצדק הטבעי, היה לאחד מכללי ההגינות המנהלית ומסמניו המובהקים של הליך

מנהלי הוגן. העיקרון נגזר גם מאחריותה של הרשות המנהלית בתפקידה כנאמן הציבור. תכליתה של זכות הטיעון להבטיח כי הרשות תתייחס בהגינות לעניינו של האזרח, ותקבל החלטותיה על-בסיס תשתית עובדתית נאותה ותוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים הרלוונטיים לעניין (ראו: דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 3486/94 מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה, פ"ד מח(5) 291, 302 והאסמכתאות המובאות שם; עוד ראו: י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו) 794-795 (להלן: הסמכות המינהלית)).

בג"צ 3495/06 הרב לישראל יונה מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (30.7.2007) (וראו גם: בג"צ 654/78 גינולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 655 (1979); בג"צ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 889-890 (2004)).

48. כמו כן, הלכה היא, כי לא הרי סירוב לאשר בקשה חדשה או רישיון כשלילה של זכות שניתנה כבר. עוד בתחילת דרכה של הפסיקה נקבע כי: "לא הרי ביטול רישיון, שכבר ניתן, כהרי מתן רישיון חדש... אחרי מתן הרישיון, אין לבטלו על סמך חשד גרידא ללא חקירה, שהנוגע בדבר מוזמן להשתתף בה ולהשמיע את טענותיו." (בג"צ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו, 696, 700 (1952)). (וראו גם: בג"צ 4504/05 ראיסה ולדימיר סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים (4.11.2009); בג"צ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל (21.5.08)).

49. על הפגיעה הקשה בהליך המנהלי התקין ניתן ללמוד עוד מהנוהל שגיבש העותר עצמו בעניין ההליך הראוי לשלילת האפשרות ללמוד מאסיר. פקודת הנציבות מס' 04.48.00 מיום 8.1.2004 בעניין "לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה" קובעת כי שב"ס יאפשר לאסירים ביטחוניים ללמוד לימודים אקדמאים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה לצורך הרחבת השכלתם במסגרת של לימודים בהתכתבות.

50. 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.

51. גם ביחס לשלילה קבוצתית של טובות הנאה – אמצעי בעייתי, 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)).

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להתיר לעותר להמשיך את לימודיו באו"פ.