

עת"א 30418/12/16 - מחמוד מגאדבה נגד שרות בתי הסוהר, מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"א 30418-12-16 מגאדבה(אסיר) נ' שרות בתי הסוהר

בפני	כבוד השופטת מיכל ברנט
העותר	מחמוד מגאדבה (אסיר)
נגד	
המשיבים	1. שרות בתי הסוהר 2. מדינת ישראל

החלטה

כללי

1. העותר הוא אסיר פלילי המרצה עונש מאסר של 21 שנים וחמישה חודשים בגין שהיה בלתי חוקית, שוד, אונס בכוח וחבלה גופנית חמורה, שמניין מיום 12.8.96. מועד שחרורו הצפוי הוא בתחילת שנת 2018.
2. העותר מבקש להורות למשיבים לאפשר לו להתראיין לכתב ערוץ 10, מר אביעד גליקמן, במסגרת ביקור רגיל, ללא הקלטה וללא צוות תקשורת נלווה, ולחלופין להתראיין בראיין טלפוני, עם או בלי הקלטה.
3. העותר ציין כי הוא מסכים שסוהר יהיה נוכח בעת הריאיון; שהכתב יעביר את תוכן הפרסום מבעוד מועד לבדיקת שב"ס ולאישורו, בכפוף לכל דין; שהמשיבים יקליטו את הריאיון.

טענות ב"כ הצדדים

4. לטענת ב"כ העותר, סעיפים 5(א)(1), 5(א)(3) ו-5(ב)(6) לפקודת הנציבות 04.42.01 מיום 30.9.14 "הטיפול בפניית אסיר לפרסום דברים בציבור" (להלן: "הפקנ"צ"), הקובעים כי פרסום דבריו של אסיר ייערך בכתב למעט במקרים חריגים, וכי עליו לעמוד בקריטריונים שנמנו על ידי המשיב, הם בלתי חוקתיים, פוגעים באופן לא מידתי בזכותם של האסירים לקיים ראיונות, ועל כן מבקש העותר להורות על בטלותם.
5. להלן בתמצית טיעוני ב"כ העותר:

א. העותר לא מהסס להיאבק בתנאי הכליאה של האסירים ופעילותו הובילה במקרים רבים לשיפור

בתנאי האסירים, ותיקנה ליקויים שנפלו בעבודת שב"ס.

ב. מטרתו של הריאיון היא חשיפת תנאי האסירים לציבור, והעברת ביקורת לגיטימית על התנהלות המשיב. המשיב מנסה למנוע פרסום ביקורת על התנהלותו, ובכך מונע ביקורת ציבורית. כך, כמענה לפניותיו של העותר, נמסר לו על ידי דובר שב"ס שחשיפת קשיים בתנאי הכליאה ובחיי היום יום של האסירים נעשית בכלי התקשורת כעניין שבשגרה וכי "אין כל נחיצות בחשיפתם" על ידי העותר דווקא, והדרך הלגיטימית לעשות כן היא במסגרת עתירת אסיר.

ג. ריאיון עיתונאי נופל בגדר זכותו החוקתית של העותר לחופש ביטוי ולכבוד האדם, בפרט לנוכח מטרת הריאיון וחשיבותו הציבורית, ודרישת הפקודה כי התקשורת בין הכתב לאסיר תהיה בכתב בלבד אינה עומדת בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, באשר היא אינה מידתית.

ד. העותר מתקשה להסביר את עצמו ואת טענותיו בכתב באופן ברור, והוא מתקשה להפריד בין עיקר לטפל, לכן חיוני לאשר קיומה של שיחה בעל פה בין הכתב לעותר. על כן, גם אם ימצא בית המשפט כי הפקודה חוקתית, הרי שבעניינו הפרטני מוצדק לקיים את החריג לפקודה, המאפשר קיום ראיון פרונטאלי.

6. כתימוכין לטענותיו הפנה ב"כ העותר לקביעותיו של כבוד השופט מצא בע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, בו נקבע כי "זכות היסוד החוקתית לחופש הביטוי אינה נשללת מן האדם עם מאסרו ונתונה היא לאסיר גם בתא כלאו", וכפי שציינה כבוד השופטת דורנר באותו עניין, "פגיעה בחופש הביטוי של אסיר בשל היותו אסיר פוגעת בכבוד האדם כמשמעותו בחוק היסוד", וכן "...דברי ביקורת על תנאי המעצר אף אם לדעת הרשות אינם נכונים, לעצמם, אינה עילה לפגיעה בחופש הביטוי. יש להקפיד על כך שהשמירה על המשמעת בכלא לא תיהפך כסות לסכירת פיו של אסיר...כידוע, שירות בתי הסוהר עצמו אינו מדייר עצמו ממגע עם עיתונאים באמצעות דובר השירות או עובדי השירות הבכירים. בבתי הכלא נערכים אף ביקורים יזומים של עיתונאים שהם חלק מיחסי הציבור של השירות, המבקש להראות את פניו במיטבם. בנסיבות אלה, מניעתו של אסיר מלהשמיע דברי ביקורת שבפיו היא בלתי הוגנת, ואף עשויה לפגוע בציבור, הזכאי להיחשף ל"שוק הדעות" כולו".

כן הפנה ב"כ העותר לדבריו של כבוד השופט עמית בע"א 751/10 **פלוני נ' דיין-אורבך**, לפיהם "הפסיקה חזרה וקבעה כי חופש הביטוי מהווה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד", ולדבריו של כבוד השופט דנציגר בבג"ץ 1247/15 **הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' שירות בתי הסוהר** לפיהם שלילתו של חופש הביטוי של אסיר "הוכרה זה מכבר כפוגעת בזכויות יסוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

7. ב"כ המשיב מצדו עמד על כך שמטרת הפרסום - ביקורת על תנאי הכליאה - אינה נמנית על גדר המקרים המנויים בפקנ"צ, בהם יתאפשר לאסיר לפרסם את דבריו בציבור, וכי לשם כך עומד לרשותו הערוץ המשפטי. עוד נטען, כי הפקנ"צ מאזנת כראוי בין חופש הביטוי לאינטרסים ציבוריים נוגדים, ובהם ההגנה על כלל הציבור, על

נפגעי העבירה, על הסדר והמשמעת בבתי הסוהר ועל אנשי הסגל בבית הסוהר, ועומדת בכללי המשפט המנהלי והחוקתי בישראל.

כתימוכין הפנה ב"כ המשיב לדבריה של כבוד הנשיאה (בדימ') בייניש ברע"ב 9552/09 **סיגלית כהן נ' שב"ס**, באומרה כי לצד ההכרה בחשיבותו של חופש הביטוי, "...מקובלת בפסיקתנו התפיסה כי היקף ההגנה לה זוכה חופש הביטוי עשוי להשתנות על פי סוג הביטוי ובהתחשב בזכויות ובאינטרסים העומדים מנגד".

ב"כ המשיב הפנה לפסק דינה של כבוד הנשיאה (בדימ') בייניש ברע"ב 5493/06 **עמנואל פלד נ' שב"ס**, בו נפסק שההחלטה לאסור באופן מוחלט הכנסת חומרים פורנוגרפיים התקבלה על ידי המשיב בשים לב למכלול המטלות שעליו למלא במסגרת אחריותו לניהול הבטוח של בתי הסוהר, ובמשאבים המוגבלים העומדים לרשותו.

נטען, כי פרסום דברי אסירים עלול לעורר מהומות ולפגוע בסדר הציבורי, הן בתוככי הכלא והן מחוצה לו, ועלול אף להביא לפגיעה באנשי סגל ובאסירים; כי הפרסום עלול לתרום להאדרת שמו של אסיר מסוים ולעלייה במעמדו; כי הפרסום עלול לפגוע ברגשות הציבור ונפגעי העבירה; וכי הכללים הקטגוריים נועדו לאפשר ניהול תקין ויומיומי של מתקני הכליאה.

דין והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

8. על פי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: "הפקודה"), אסירים יוחזקו בתנאי כליאה הולמים, שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותם ובכבודם, ולשילוב בפעילויות פנאי, חינוך ושיקום, על פי תנאי התקנות והפקודות.

9. הפקודה מסדירה הגבלות שונות על אורח חיי האסירים, ובהן אופן שליחה וקבלה של דברי דואר, קשר עם אנשי דת, שיפוט וענישה בגין עבירות משמעת, החזקה בהפרדה בנסיבות המפורטות בפקודה ועוד. בסעיף 51 לפקודה שעניינו "חפצים אסורים וקשר עם החוץ" נקבע כי "לא יתקשר אדם עם אסיר אלא לפי הכללים וההוראות המסדירים אותה תקשורת". מכאן, כי מכוח חקיקה ראשית (שחוקקה עובר לקבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם) הקשר של האסיר עם מי שמצוי מחוץ לכותלי בית הסוהר מוגבל ומפוקח על ידי הרשות.

10. בסעיפים 80א(א) ו-80ב לפקודה הוסמך נציב בתי הסוהר להוציא תחת ידיו הוראות כלליות ופקודות הנוגעות לארגון השירות, סדרי המנהל, המשטר והמשמעת בבתי הסוהר, לשם הבטחת פעולתו התקינה.

11. מכוח הסעיף האמור הוצאה פקודת הנציבות 4.42.01 "**ראיונות אסירים לכלי התקשורת**".

פקודת נציבות זו אפשרה - במסגרת המגבלות האמורות - פגישה עם עיתונאי בין כתלי בית הסוהר לאחר קבלת אישור

פקודת נציבות זו בוטלה וביום 5.8.12 פורסמה הוראה שעה - איסור ראיונות אסירים - אשר קבעה באופן גורף כי לא יתקיימו ראיונות אסירים לתקשורת למעט חריגים, וזאת במסגרת ראיון בכתב.

ביום 30.9.14 פורמה כאמור פקודת הנציבות החדשה, 4.42.01 "הטיפול בפניית אסיר לפרסום דברים **בציבור**". הפקנ"צ מכירה בחופש הביטוי כזכות יסוד של כל אדם ובכלל זה אסיר, ויחד עם זאת, מציינת את הצורך בהטלת מגבלות על חופש הביטוי של האסיר לשם קיום הביטחון, הסדר, המשמעת והניהול התקין של בתי הסוהר וכן לשמירה על שלומם של האסירים, אנשי הסגל, ביטחון המדינה, שלום הציבור ורגשותיו.

בהתאם לכך נקבע בפקנ"צ, כי ככלל פרסום דבריו של אסיר ייערך בכתב בלבד, למעט במקרים חריגים, אם שוכנע ראש אגף האסיר כי "בשל טיבו של הפרסום או נסיבות אחרות הנוגעות לעניין יש חשיבות לכך שהפרסום יתקיים שלא בכתב". שיקולים הנדרשים בבחינה לפני פרסום כאמור הם מטרת הפרסום (כאשר יש לשקול בחיוב פרסום שתכנו הוא טענת חפות של האסיר, לאחר שמיצה את כלל ההליכים המשפטיים בעניינו), התנהגות האסיר, קיום מידע הקושר את האסיר למעורבות שלילית, עמדת נפגע העבירה, השפעת הפרסום על בטחון המדינה, שלום הציבור ובטחונו, הסדר והמשמעת בבית הסוהר, הליכי חקירה או משפט.

12. הפקנ"צ יוצקת אם כן תוכן להוראה שבסעיף 51 לפקודה, ובעשותה כן מטילה היא מגבלות על חופש הביטוי של האסירים. אף שסעיף 51 לפקודה חוקק לפני המהפכה החוקתית, הרי שהפקנ"צ המתקנת מאוחרת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובשים לב לכך, יש לבחון האם הוראותיה הפוגעות בחופש הביטוי עומדות בתנאי פסקת ההגבלה כאמור.

מבחני פסקת ההגבלה

13. ברע"ב 5493/06 פלד האמור, עמדה כבוד הנשיאה (בדימ') בייניש על כך שפסקת ההגבלה מתווה ארבעה תנאים אשר בהתקיימם נמצא כי הפגיעה בזכות הינה כדין: הפגיעה תיעשה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו; על הפגיעה להיות לתכלית ראויה, אשר הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; הפגיעה תהא מידתית.

בענייננו מקור ההגבלה הראשוני בחופש הביטוי מצוי בהוראה חוקית, דהיינו סעיף 51 לפקודה, ויישומו המגביל מוצא מקומו בפקנ"צ, שהוצאה מכוח סמכותו של הנציב על פי סעיפים 80א(א) ו-80ב לפקודה, ועל כן מתקיימת דרישת ההסמכה.

מטרתה של הפגיעה היא לשם קיום הביטחון, הסדר, המשמעת והניהול התקין של בתי הסוהר וכן לשמירה על שלומם של אסירים, אנשי סגל, שלום הציבור ורגשותיו. במובן זה מדובר בתכלית ראויה, אשר הולמת את ערכי המדינה.

כל שיש לעמוד עליו בענייננו, אם כן, הוא טיבן של ההגבלות, ובחינה האם הן מידתיות. לפיכך אעמוד על טיבן של

14. ההגבלה הראשונה מתייחסת לאופן הפרסום, ולפיה ככלל פרסום דבריו של אסיר ייערך בכתב בלבד, אם כי במקרים חריגים ניתן לאשר פרסום בדרך אחרת.

בהקשר זה נקבע ברע"ב 1293/14 **הררי נ' שב"ס** על ידי כבוד השופט עמית, כי "קשה להלום כי כל אימת שיעלה רצון בידי אסיר להתראיין על ידי אמצעי תקשורת, בית הסוהר יצטרך להתארגן לשם כך, על כל הכרוך בניהול התקין של בית הסוהר, הביטחון והסדר והמשמעת בבית הסוהר", זאת בפרט מקום שעומדות בפני האסיר חלופות אחרות של ביטוי, בדמות פרסום כתבות בכתב. כבוד השופט עמית חזר על עמדה זו גם ברע"ב 3102/15 **זוזיאשווילי נ' שב"ס**.

סבורני כי במובן של הקצאת משאבי הרשות וסדר היום של הרשות מדובר במגבלה ראויה ומידתית, בפרט כאשר שיקול הדעת נותר בידי הרשות לשיקול מקרים חריגים.

15. מגבלה נוספת היא בדיקת נוסח הפרסום ותוכנו מבעוד מועד, וגם בכך אינני מוצאת בעייתיות שכן מדובר בכלי שנועד להגן על האינטרסים הציבוריים המנויים לעיל.

16. מגבלה משמעותית יותר נמצאת במניין השיקולים העומדים בבסיס ההחלטה האם לאשר פרסום אם לאו, כמפורט בסעיף 5 לפקנ"צ:

"ב. לצורך החלטתו בבקשת אסיר לפרסום דבריו, ישקול הגורם המוסמך גם את השיקולים המפורטים להלן:

(1) מטרת הפרסום - ככלל יש לשקול בחיוב אישור פרסום שתוכנו הוא טענת חפות של האסיר, לאחר שמיצה את כלל ההליכים המשפטיים בעניינו, להבדיל מפרסום המאדיר או נותן במה לאסיר על רקע עבירות שביצע ואשר אין לפרסום **תכלית חשובה אחרת**". (ההדגשות שלי - מ.ב.)

מדובר בסעיף המגביל פרסום המאדיר אסיר על רקע עבירותיו או פרסום שהוא נעדר תכלית חשובה, כאשר "תכלית" זו הינה מונח בעלת "רקמה פתוחה" הנתונה לפרשנות ממקרה למקרה. לדידי, ההפניה לאישור פרסום שמטרתו טענת חפות מהווה דוגמא לפרסום כאמור, ואין המדובר בסעיף סגור אלא בסעיף סל, שכן לא ניתן להעלות על הדעת שמטרת מתקין הפקנ"צ היתה שכלל הראיונות בעניינם של אסירים ייוחדו מעתה לעניין חפותם, הא ותו לא.

(2) "התנהגות האסיר בבית הסוהר - התנהגות חיובית בהתאם לכללי הסדר והמשמעת בבית הסוהר.

(3) קיומו של מידע הקושר את האסיר למעורבות שלילית."

שני סעיפים אלה קשורים זה בזה, ולדידי מטעמי שמירה על הסדר והמשמעת בבית הסוהר, יש והם יעמדו במבחני המידתיות על אף הפגיעה בחופש הביטוי, אם ייעשה בהם שימוש מושכל ומידתי, דהיינו - בכפוף לקיומו של מידע רלבנטי משמעותי או עדכני.

(4) "עמדת נפגע העבירה - ככל שניתן להשיגה במאמצים סבירים ע"י ק' נפגעי עבירה. משקלה של עמדת נפגע העבירה ייקבע בהתאם למכלול נסיבות העניין, ובכלל זה ישקול הגורם המוסמך בין היתר, את העבירה בה הורשע האסיר, תוכן הפרסום המבוקש, משך הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה מידת הפגיעה העלולה להיגרם לנפגע העבירה כתוצאה מהפרסום המבוקש.

(5) השפעת הפרסום על האינטרסים הבאים:

(א) בטחון המדינה

(ב) שלום הציבור ובטחונו

(ג) הסדר והמשמעת בבית הסוהר, לרבות פגיעה בשמו של אסיר

(ד) הליכי חקירה או משפט בעניינו של האסיר או של אדם אחר

(ה) רגשות נפגע העבירה"

מדובר בשני סעיפים השומרים על אינטרס ציבורי מובהק, אשר יש והם יעמדו במבחני המידתיות על אף הפגיעה בחופש הביטוי, אם ייעשה בהם כאמור שימוש מושכל ומידתי, והדבר כאמור צריך להיבחן באופן פרטני ולא ניתן לומר באופן כוללני כי מדובר בפגיעה שאינה מידתית בחופש הביטוי.

(6) "סבר הגורם המוסמך כי מתקיים אחד השיקולים בסעיף 5 לעיל, ייתן הוראות מתאימות בקשר לאופן קיום הפרסום או בקשר לתוכן הפרסום באופן שיבטיח כי לא תיגרם פגיעה באחד מהמנויים לעיל, כגון על ידי השמטת חלק מתוכן הפרסום או שינויו, אם הדבר ניתן."

סעיף זה ממחיש את כוונת נציב שב"ס כי ההגבלות האמורות אכן תופעלנה בצורה מידתית, וכי גם במקום בו ישנו חשש לפגיעה כאמור, לא יפסל הפרסום באופן גורף, אלא ייעשה מאמץ להשמיט את החלקים הפוגעניים ממנו ובכך לאפשר את הפרסום באופן חלקי.

17. לאור כל אלה, בחנתי את בקשתו של העותר לעריכת ראיון עיתונאי, ומצאתי לבסוף להיעתר לבקשתו, ואלה נימוקיי.

התנגדות המשיב לקיום ראיון עם העותר מהטעם שמטרת הריאיון אינה מצויה בפקודת הנציבות, וכי באפשרותו להגיש עתירות לבית המשפט, אינה ראויה ואף אינה נכונה לדידי. כפי שציינתי לעיל, ההגבלה על מטרת הריאיון הינה בבחינת "רקמה פתוחה" המתאימה לבחינה בכל מקרה ומקרה. העותר מבקש לפרסם כתבה שמטרתה העברת ביקורת על התנהלות שב"ס, ולא ניתן לומר שמדובר בפרסום שמטרתו אינה חשובה.

כבוד השופטת דורנר עמדה בפרשת **גולן** הנ"ל על חשיבותה הציבורית של העברת הביקורת על הרשות ועל כך שאין הצדקה ל"סכירת פיות" באצטלה של שיקולי משמעת, ואין לי אלא לחזור על דבריה:

"...דברי ביקורת על תנאי המעצר אף אם לדעת הרשות אינם נכונים, לעצמם, אינה עילה לפגיעה בחופש הביטוי. יש להקפיד על כך שהשמירה על המשמעת בכלא לא תיהפך כסות לסכירת פיו של אסיר...".

יחד עם זאת, איני מוצאת לקבל את בקשתו של העותר לעריכת ראיון פרונטאלי, בשים לב לפגיעה של ראיונות פרונטאליים בהתנהלות היום יומית של המשיב. העותר לא הציג לדידי טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה מהכלל שנקבע בפק"נצ, ביחס לקיום ראיון שלא בכתב.

שקלתי האם להתיר לעותר עריכת ראיון עיתונאי בכתב, לנוכח המידע המודיעיני שהוצג לעיוני ובפרט ידיעה שמספרה 2390877, ולאחר לבטים, באתי לכלל מסקנה כי יש להתיר עריכת ראיון כאמור, בשים לב לסמכותו של המשיב לקבל לידיו מבעוד מועד את נוסח הפרסום, ולבדוק את תוכנו טרם העברתו לפרסום.

נוסחה זו מאזנת נכונה בין האינטרס הציבורי בשמירה על הביטחון והמשמעת בבית הסוהר מחד, ועל זכותו של העותר לחופש הביטוי מאידך.

18. לאור האמור לעיל, העתירה מתקבלת, במובן זה שיותר לעותר לקיים ראיון עיתונאי בכתב עם הכתב אביעד גליקמן, בכפוף לעמידתו של הריאיון בכללי פקודת הנציבות.

המזכירות מתבקשת לשלוח העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, י"ט שבט תשע"ז, 15 פברואר 2017, בהעדר הצדדים.