

העותרים:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567
2. רופאים לזכויות אדם – ישראל, ע"ר 580142214
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ז"ל, ע"ר 580163517
4. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, ע"ר 580438147

כולם באמצעות ב"כ עוה"ד אן סוצ'יו (מס' רישיון 58965) ו/או רוני פלי ו/או עודד פלר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או גיל גן-מור ו/או גדיר ניקולא ו/או דבי גילד-חיו ו/או עביר ג'ובראן ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או הגר שחטר ו/או רעות שאער ו/או רעידה עואד

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טלפון: -----, פקס: 03-5608165
דוא"ל: -----

נגד

המשיבים:

1. הממשלה
2. שר הביטחון
3. הפרקליטה הצבאית הראשית
4. היועצת המשפטית לממשלה
5. השר לביטחון לאומי
6. מ"מ נציב שירות בתי הסוהר

באמצעות מחלקת הבג"צים
פרקליטות המדינה, ירושלים

7. הוועד הבינלאומי של הצלב האדום
דרך מנחם בגין 37, תל אביב
טלפון: 03-5245286, פקס: 03-5270370

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים 1-6 והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יבוטל האיסור הגורף על ביקורים של נציגי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום אצל אסירים ועצורים פלסטינים מרצועת עזה ומהגדה המערבית המוחזקים במשמורת הצבא ושירות בתי הסוהר.
- ב. מדוע לא ימסרו לוועד הבינלאומי של הצלב האדום פרטים באשר לכלל האסירים והעצורים הפלסטינים מרצועת עזה ומהגדה המערבית המוחזקים במשמורת הצבא ושירות בתי הסוהר.

א. מבוא וטעמי הבקשה לקיום דיון דחוף

1. עתירה זו מופנית נגד החלטת המשיבים 1-6 (להלן: **המשיבים**) להפסיק החל מיום 7.10.2023 לראשונה ובאופן גורף את הביקורים של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (להלן: **הצלב האדום**) אצל כלל האסירים והעצורים הפלסטינים מהגדה המערבית ומעזה (להלן: **הכלואים הפלסטינים או האסירים הביטחוניים**), שמוחזקים במשמורת הצבא ושירות בתי הסוהר. לצד הפסקת הביקורים הפסיקו המשיבים אף להעביר לצלב האדום מידע באשר לכלואים הפלסטינים שבמשמורתם – מידע שהועבר באופן שוטף לידי הצלב האדום בהתאם לחובותיה של מדינת ישראל לפי הדין הבינלאומי, וזאת, בין היתר, לצורך עדכון משפחות הכלואים.
2. יצוין כבר בפתח הדברים, כי המשיבים לא פרסמו את דבר קבלת ההחלטה. לא פורסם מיהו הגורם שקיבל את ההחלטה הגורפת, ולא פורסם לשון ההחלטה או הנימוקים לה. פניות העותרים למשיבים בעניין זה לא נענו. על ההחלטה למדו העותרים מהודעות יחסי ציבור לתקשורת, מהודעות של פוליטיקאים ברשתות החברתיות ומהודעות של הצלב האדום.
3. ביום שבת 7.10.2023 פתח חמאס במלחמה על ישראל באמצעות התקפה על אוכלוסייה אזרחית. מעל 1,200 אישה, איש, קשישים וטף נרצחו. מאות אנשים, בהם נשים, זקנים וילדים, נחטפו לרצועת עזה, וגורלם של 134 חטופים אשר מוחזקים בשבי חמאס בעזה עדיין אינו ידוע. אלפים נוספים נפצעו ונעקרו מבתיהם, ורובם עקורים עד היום. מאז הטבח ופרוץ מלחמת "חרבות ברזל" עצרו כוחות הביטחון אלפי פלסטינים מעזה ומהגדה. חלקם הוחזקו ועודם מוחזקים בבסיסים צבאיים בשטחי הגדה (בסיס ענתות, לדוגמה) ובישראל (בסיס שדה תימן, לדוגמה) והיתר בבתי הכלא של שב"ס.
4. כ-9,000 אסירים ועצורים ביטחוניים מוחזקים כיום בידי שב"ס, ועל פי ההערכות למעלה מ-1,000 עצורים נוספים מעזה מוחזקים בידי הצבא. בנוסף, כ-1,500 עצורים ואסירים פליליים פלסטינים מוחזקים בשב"ס. עתירה זו מתמקדת בכלואים על רקע בטחוני בשל התנאים הקשים שבהם הם מוחזקים, אך החלטת המשיבים על הפסקת הביקורים של הצלב האדום הוחלה גם על הכלואים הפלסטינים הפליליים. האמור בדבר חובותיה של ישראל לאפשר גישה של נציגי הצלב האדום ולמסור פרטים אודות מצב המוחזקים על ידה תקפים גם לגבי הפלסטינים שנכלאו על רקע פלילי.
5. הגידול העצום במספר הכלואים הביטחוניים בתוך ארבעה חודשים הוביל לפגיעה בלתי נמנעת בתנאי הכליאה שלהם. הכלואים במתקני שב"ס מוחזקים בצפיפות אדירה (90% מהם בשטח מחיה של פחות מ-3 מ"ר) ואלפים מהם מולנים על הרצפה. בנוסף, מאז 7.10 חלה הרעה משמעותית בתנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים במסגרת מדיניות רשמית של שב"ס להגבלת התנאים והתנועה שלהם למינימום, ובתוך כך גם הוגבלה גם הגישה שלהם לשירותים רפואיים.
6. כפי שיפורט להלן, גם במתקנים הצבאיים וגם במתקני שב"ס מוחזקים כלואים ביטחוניים בתנאים קשים, ולפי העדויות חווים אלימות והשפלות קשות. על פי הדיווחים, לפחות שני עצורים מתו בעת החזקתם במשמורת הצבא ושישה נוספים במשמורת שב"ס, כשלפחות על שניים מהם התגלו סימני אלימות קשים. בעקבות זאת נפתחה חקירה נגד 19 סוהרים בגין אלימות כלפי אסירים ביטחוניים בכלא קציעות, ובימים אלו מתנהלת חקירה לגבי אסיר

שמת בכלא מגידו. מדובר במספר חסר תקדים של מקרי מוות של כלואים במשמורת שב"ס והצבא בזמן קצר כל כך, שמעלה חשש כבד באשר לתנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים והיחס כלפיהם.

7. החובה המוטלת על המשיבים לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל כלל העצורים והאסירים הפלסטיניים הכלואים בידי ישראל מעולם לא היתה שנויה במחלוקת, והיא מעוגנת הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי. ישראל מכירה בחובה זו ומימשה אותה באופן רציף מאז 1968. חובה זו חלה תמיד, אולם היא חלה ביתר שאת בזמן מלחמה כשהחשש לפגיעה בזכויותיהם של אזרחי אויב גבוה במיוחד ומחייב מעורבות של גורם חיצוני נייטרלי בפיקוח על תנאי הכליאה.

8. החזקתם של האסירים הביטחוניים במשמורת מוסדרת על ידי מערכות דינים שונות: תושבי רצועת עזה עצורים ברובם מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: **חוק הלב"חיים**), ואחרים מכוח צווי מעצר בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), השתנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**); תושבי הגדה עצורים ושפוטים מכוח תחיקת הביטחון החלה בגדה. למרות המאפיינים השונים של הכלואים, והסדרי החקיקה השונים שמכוחם הכלואים מוחזקים, החובה לאפשר ביקורים של הצלב האדום מבוססת על אותה תשתית נורמטיבית.

9. נאמר בפתח הדברים: העותרים שותפים לדאגה לחטופים המוחזקים בידי חמאס. לזוועתנו, בעת הזאת חמאס מחזיק בידיו 134 חטופים ישראלים בתנאים נוראים. מהעדויות הקשות של החטופות ששבו מהשבי עולה כי חטופים מבודדים מהעולם, חשופים לאלימות, להשפלות ולרעב. הם אינם זוכים לטיפול רפואי ותרופתי חיוני. פרט לפרסומי תעמולה שנועדו ללוחמה פסיכולוגית, חמאס אינו מוסר פרטים באשר למי שמוחזק בידיו וממאן לאפשר ביקורים של הצלב האדום אצל החטופים. בין החטופים לרצועה יש מי שנרצחו בשבי חמאס. ואולם, חובותיה של ישראל כלפי מי שמוחזק על ידה אינן משתנות משום פשעי המלחמה והפשעים נגד האנושות של חמאס.

10. תכלית החלטת המשיבים על מניעת ביקורי הצלב האדום אינה ברורה, אולם העובדה כי היא הוחלטה באופן גורף על כלל קבוצת האסירים פלסטיניים – הפליליים והביטחוניים, ובכלל זה על אלפי אסירים שנכלאו לפני אירועי ה-7.10, ללא קשר לשיוכם הארגוני וכן על קטינים ונשים – מלמדת על היותה החלטה שרירותית שנועדה להעניש ולנקום בהם באופן קולקטיבי על המעשים הנוראיים של חמאס. מדובר בהחלטה פסולה שמנוגדת לחובותיהם של המשיבים לפי המשפט הבינלאומי ולפי המשפט הישראלי.

11. ביקורי הצלב האדום נועדו לוודא, כי גם בשעת סכסוך היחס כלפי הכלואים של הצד השני יהיו הומאניים, יעמדו בתנאי המינימום הנדרשים, וכי הכלואים לא יהיו חשופים לעינויים או להעלמה. ביטול ביקורי הצלב האדום זה ארבעה חודשים חושף אלפי כלואים לאלימות וליחס משפיל, לפגיעה בבריאותם עד כדי סכנת מוות ולתנאי כליאה בלתי אנושיים. בנוסף, סירוב למסור מידע אודות הכלואים מונע את האפשרות של הצלב האדום לקיים פיקוח על כליאתם, ומונע ממשפחותיהם לדעת מה עלה בגורלם והאם הם בכלל בין החיים. כפי שיתואר להלן, לא מדובר בחשש בעלמא. **משכך נבקש כי הדיון בעתירה יקבע בדחיפות.**

ב. הצדדים לעתירה

12. העותרת 1, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הינה ארגון זכויות אדם העוסק בקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים. בין היתר, עוסקת העותרת בהגנה על זכויות אסירים ועצורים.
13. העותרת 2, רופאים לזכויות אדם – ישראל, הינה עמותה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה לפעול להגנה וקידום זכויות האדם הנוגעות לבריאות בתחומי השליטה של מדינת ישראל, ובמיוחד סוגיית הנגישות והשוויון בשירותי הבריאות לקבוצות שונות ובכללן אוכלוסיית הכלואים.
14. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ז"ל, הוא ארגון זכויות אדם, אשר מסייע מזה שנים רבות לאסירים ועצורים פלסטינים בשמירה על זכויותיהם הבסיסיות.
15. העותרת 4, עמותת גישה – מרכז לשמירה על החופש לנוע, הינה עמותה שמטרתה להגן על זכויות האדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה, ביניהן הזכות לחופש תנועה.
16. המשיבה 1, הממשלה, אמונה על ניהול המלחמה וקביעת מדיניות ביחס לארגונים בינלאומיים.
17. המשיב 2, שר הביטחון, הוא השר האחראי על קביעת מקומות הכליאה מתוקף חוק הלב"חים וכן על קביעת תנאי הכליאה של הכלואים על פי חוק זה.
18. המשיבה 3, הפרקליטה הצבאית הראשית, היא המפקחת על השלטת שלטון החוק בצה"ל והיא בעלת הסמכות המשפטית העליונה בצה"ל.
19. המשיבה 4, היועצת המשפטית לממשלה, היא הפרשנית המוסמכת של החוק כלפי רשויות המדינה ואחראית על ייצוג האינטרס הציבורי ושמירה על קיום החוק.
20. המשיב 5, השר לביטחון לאומי, הוא השר האמון, בין היתר, על תפקודם של בתי הסוהר. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר) ותקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן: תקנות בתי הסוהר) מקנים למשיב סמכויות נרחבות לקביעת כללים ותקנות המשליכים על מדיניות הכליאה בישראל, או לאשרם.
21. המשיב 6, מ"מ נציב שירות בתי הסוהר, עומד בראש הארגון הממשלתי האמון על החזקת אסירים במשמורת בטוחה ונאותה, תוך שמירה על כבודם ובריאותם.
22. המשיב 7, הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בישראל, הוא ארגון הפועל בישראל מאז שנת 1948 ומקיים נוכחות קבועה בגדה המערבית וברצועת עזה מאז שנת 1967. עיקר פעילותו מתמקדת באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית המוגנת על פי החוק ההומניטרי הבינלאומי – זאת תוך הקפדה רבה על אופיו כארגון הומניטרי, ניטרלי, חסר פניות ועצמאי.

ג. מעמד העותרים בעתירה

23. הפסיקה הכירה לא פעם בתפקידם של העותרים לשמש לפה למי שזכויותיו נפגעו, בעיקר אם על הפרק עומדות שאלות ציבוריות חשובות, הנוגעות לפגיעה בזכויות יסוד. כך, למשל, בבג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006) נקבע:

"גם אם נכונים הם העובדים הזרים להיכנע לגורלם, אנו לא נסכים כי תופעת הסדר הכבילה תמשיך ותשרור בקהלנו. אכן, שפר גורלם של העובדים הזרים, החלשים והפגיעים שבקירבנו, ונחלצו לעזרתם אנשים טובים, מתנדבים בעם - אלה הם העותרים שלפנינו - ובזכותם של אוהבי-חסד אלה נתמזל מזלנו ונתגלגלה זכות לידינו להגן על צלם האנוש של אותם עובדים. ואנו נגן עליהם, על העובדים הזרים, הגם שלא ביקשו זאת מאיתנו". (פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין).

24. עתירה זו מצטרפת לשורה של עתירות שהוגשו בשנים האחרונות על ידי ארגוני זכויות אדם בעניינים הנוגעים לזכויותיהם של כלואים. כך, בין היתר, בעניין הצפיפות בבתי הכלא (בג"ץ 1829/14 האגודה לזכויות האזרח נגד השר לבטחון פנים (13.6.2017)); בעניין מסירת מידע אודות מצב רפואי של כלואים (בג"ץ 523/22 רופאים לזכויות אדם נ' שר הבריאות (4.4.2023)); בעניין החזקת עצורים והלנתם בתחנות המשטרה (בג"ץ 6019/22 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים (10.1.2023)), וכן בג"ץ 7132/23 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון לאומי (תלוי ועומד)); בעניין החובה לחסן אסירים נגד נגיף הקורונה (בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (31.1.2021)). גם עתירה זו, כמו האחרות, עוסקת בשלילת זכויותיהם של כלואים במסגרת מדיניות גורפת.

25. בנוסף, בשל המלחמה, הקשר עם משפחותיהם של כלואים מרצועת עזה מתאפשר בקושי רב. כמו כן, משפחותיהם של עצורים ואסירים חוששות לפנות בשם קרוביהם לבית המשפט, שמא יהיו חשופים להתנכלות, וזאת במיוחד בעת הזאת. משום כך, מביאים העותרים פעם אחר פעם עתירות הנוגעות לזכויותיהם בפני בית המשפט הנכבד, אשר עמד על צורך לברר עתירות כאשר נסיבותיו של הנפגע העיקרי מקשות על פנייתו לערכאות, או כאשר הוא פוחד לעשות כן (ר', למשל, בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (13.5.2020)). עוד עמד בית המשפט הנכבד, על כך שיש לברר עתירות, שעה שמשאביה של האוכלוסייה הנפגעת מוגבלים ומידת נגישותה לערכאות נמוכה. כך, למשל, נפסק בעניין מדיניות משרד הפנים בעניין של מהגרות עבודה:

"כבר נפסק, כי עתירה העוסקת בענין בעל אופי ציבורי רחב עשויה להידון במסגרת עתירה ציבורית באמצעות עותרים ציבוריים, גם בלא עותרים ספציפיים הנפגעים במישרין מהמעשה המינהלי... על אחת כמה וכמה כך הוא, משמדובר במקרה זה בנפגעות פוטנציאליות מהגרות עבודה, שמשאביהן מוגבלים ביותר, וניתן להניח שחסרים להן כלים של ידע, מומן והתמצאות, הנדרשים לצורך ייזום הליכי תביעה בענייניהן."

(בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 15 לפסק הדין
13.4.2011).

ד. עתירות קודמות הנוגעות לענייננו

26. מאז פרוץ המלחמה הוגשו שורה של עתירות לבית המשפט הנכבד בעניינם של עצורים ואסירים פלסטיניים באמצעות ארגוני זכויות אדם. ארבע עתירות הביאס קורפוס הוגשו על ידי העותר 3, המוקד להגנת הפרט, וארגוני זכויות אדם נוספים, בהן נתבקש מידע אודות מעצרים של תושבי עזה. עתירות אלה נדחו כולן. כפי שיפורט להלן, הסעדים המבוקשים בעתירה זו אינם דומים לעתירות שנדונו והפסיקות בעניינן אינן משפיעות עליה. לעמדת העותרים הן אף מחזקות את הצורך הדחוף בשינוי המדיניות בגינה מוגשת עתירה זו.
27. ביום 11.10.2023 הוגשה עתירה בשם שני תושבי רצועת עזה והמוקד להגנת הפרט (בג"ץ 7439/23, **אלואחד נ' צבא הגנה לישראל** (31.10.2023) (להלן: עניין **אלואחד**)). העתירה נדחתה. ראשית, נקבע כי הצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (אזור יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: **הצו בדבר הוראות ביטחון**) קובע, כי מסירת המידע תיעשה "לקרוביו" של העצור ולכן לא ניתן למסור את המידע למוקד להגנת הפרט. שנית, נקבע שהצו לא חל ביחס לעצורים תושבי רצועת עזה, וכי העותרים לא הצביעו על מקור אחר בדין המחייב את המשיבים למסור פרטי מידע על אודות מקום הימצאם של תושבי עזה שנעצרו בישראל אגב פעולה מלחמתית, וכי שיקול הדעת בנוגע לכך מסור באופן בלעדי לגורמי הביטחון.
28. ביום 22.10.2023 הוגשה עתירה על ידי המוקד להגנת הפרט בשמם של עשרה תושבי רצועת עזה עתירה (בג"ץ 7637/23 **קשטה נ' צבא הגנה לישראל** (6.11.2023)). שם מסר המל"ל, לשיטתו לפנים משורת הדין, את מקום מעצרים של העותרים. העותרים ביקשו למחוק את העתירה, ובפסק-הדין מיום 6.11.2023 קבע בית המשפט שביחס לעותרים הפרטניים העתירה התייתרה, ואת הסעדים העקרוניים דחה לגופם בהתבסס על פסק הדין בעניין **אלואחד**.
29. ביום 2.11.2023 הוגשה עתירה שלישית על ידי המוקד להגנת הפרט ובשמם של 568 תושבי רצועת עזה, אשר שהו עם פרוץ המלחמה בישראל מכוח היתרים ונעצרו על-ידי גורמי הביטחון בישראל לאחר שההיתרים נשללו (בג"ץ 7946/23 **אבו עאבד נ' צבא הגנה לישראל** (13.11.2023) (להלן: עניין **אבו עאבד**)). בתגובתם המקדמית של המשיבים נמסר – גם הפעם, לשיטתם, לפנים משורת הדין פרטי – מידע אודות מקום הימצאם של 15 עותרים לגביהם נערכה פניה מוקדמת. בפסק דין מיום 13.11.2023 נקבע כי העתירה מוצתה ודינה להימחק.
30. ביום 22.12.2023 הוגשה עתירה רביעית, בג"ץ 9021/23 **ואדי נ' צבא הגנה לישראל**, בשם 62 תושבי רצועת עזה (להלן: עניין **ואדי**). ביום 18.2.2024 נדחתה העתירה, ונקבע כי היא מתייחסת לעותרים ממספר סוגים שעניינם נבדל זה מזה, ולכן הבסיס העובדתי הנוגע לכל אחד מהעותרים הוא שונה. עוד נקבע, כי העותרים לא פירטו את הנסיבות הפרטיקולריות לגבי מעצרים של כל אחד מהם ומשכך לא ניתן לברר את הזכויות שיש לכל אחד מהעותרים.
31. הגם שהעותרים סבורים שפסיקה זו אינה עומדת בקנה אחד עם הדין הבינלאומי וכן עם הדין הישראלי, וכי לא ניתן לדון בחובתה של ישראל כלפי מוגנים ללא דיון, או למצער איזכור של החובות הנגזרות מאמנת ג'נבה הרביעית, אין בפסקי דין אלה להשפיע על מעמדו של הוועד

הבינלאומי של הצלב האדום או על הסעדים בעתירה זו. עתירה זו אינה עוסקת בחובת המשיבים להעביר מידע למשפחות העצורים אלא בחובה להעביר את המידע לצלב האדום וזאת לצורך מימוש חובתו לפקח על הכלואים הפלסטינים, לקיים ביקורים אצלם ולהעביר מידע אודותיהם למשפחותיהם. בנוסף, ובניגוד לסעדים שהתבקשו בעתירות שלעיל, שני הסעדים בעתירה זו הינם נקודתיים, ממוקדים וכרוכים זה בזה – מימוש חובת הפיקוח של הצלב האדום והביקורים אצל הכלואים מותנית, בין היתר, במסירת מידע שוטף לגביהם.

32. זאת ועוד, עתירה זו נוגעת אמנם לקבוצה נרחבת של אסירים ועצורים שמוחזקים מכוח דינים שונים, במתקנים שונים, כשחלקם בידי הצבא וחלקם בידי שבי"ס. אלא שמקורם הנורמטיבי של שני הסעדים המבוקשים בעתירה זו הוא אחד: המשפט הבינלאומי ההומניטרי שמעמדו מנהגי. גם התשתית העובדתית שבבסיס עתירה זו זהה ברובה לכלל הכלואים הפלסטינים. משכך, אין בצירופם של כלל הכלואים הפלסטינים לכדי עתירה אחת כדי לסרב את הדיון ואף אין כל הצדקה או היגיון להבחין בין אוכלוסיית הכלואים הפלסטינים על פי מקום כליאתם או הדין החל על החזקתם.

33. בנוסף לאלה, ביום 25.10.2023 הוגשה על ידי העותרת 1, האגודה לזכויות האזרח, וארגוני זכויות אדם נוספים עתירה בדרישה לעצור את הפגיעה בזכויות היסוד של האסירים והעצורים הביטחוניים שננקטה על ידי שבי"ס מאז פרוץ המלחמה (בג"ץ 7753/23 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון לאומי** (23.11.2023) (להלן: עתירת **מדיניות מנעול**)). מדיניות זו כללה הגבלה של ביקורי עורכי דין אצל האסירים הביטחוניים, החרמת כל הציוד שלהם ובכלל זה ספרים, עיתונים ובגדים, הגבלת היציאה שלהם לטיפולים רפואיים, ניתוק האור בתאים במהלך רוב שעות היום ועוד. בית המשפט דחה את העתירה הן בשל טעמים פרוצדוראליים (כריכת סעדים רבים ושונים וקיומו של סעד חלופי) והן לגופה משקיבל את טענות המדינה, כי צמצום תנאי הכליאה והתנועה של האסירים הביטחוניים באופן גורף נדרש מטעמים ביטחוניים.

34. דחיתן של כלל העתירות המפורטות לעיל מחזקת את חובותיהם של המשיבים לממש את הסעדים המבוקשים בעתירה זו. על רקע דחיית עתירות העוסקות בחובות המשיבים ביחס לתנאי הכלואים במשמורתם וביחס למסירת מידע בדבר מעצרים, נודעת חשיבות מוגברת לתפקידו של הצלב האדום כמי שמפקח על תנאי כליאת הכלואים הפלסטינים ומבטיח כי אנשים לא "ייעלמו" אף בעת סכסוך מזוין.

ה. העובדות הצריכות לעניין

הצלב האדום – ביקורים בבתי הכלא בישראל

35. הצלב האדום הינו ארגון בינלאומי ניטרלי ובלתי תלוי שפועל מכוח אמנות גי'בה להגנה על נפגעי סכסוכים מזוינים וסיוע להם. ביקורים אצל כלואים (מטעמי ביטחון) על רקע סכסוך, מהווים היבט חשוב בפעילות ההגנה של הצלב האדום, ותכליתם לשמור על שלמותם הפיזית והנפשית של העצורים, למנוע התעללות בהם ולהבטיח להם תנאים הוגנים בהתאם לסטנדרטים הבינלאומיים.

36. נציגי הצלב האדום מבקרים בבתי הסוהר בכ-100 מדינות, נפגשים עם הכלואים, בוחנים את תנאי המעצר ודורשים מהרשויות לנקוט בצעדים הנדרשים כדי לשפר את הטיפול בעצורים. במקרי חירום הצלב האדום מספק ציוד כגון תרופות, ביגוד, מוצרי הגיינה ומזון (International Committee of the Red Cross, What we do for detainees, 18.7.2023). למעט במקרים חריגים, המדינות החתומות על אמנות גינה מקיימות את חובתן לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל אסירים זרים המוחזקים בידיהן על רקע סכסוך. יצוין, כי אפילו במתקן הצבאי של ארה"ב בגוואנטנמו שבקובה, שבו הוחזקו מאות עצורים בעקבות אירועי ה-11.9.2001, הותר לצלב האדום לבקר את הכלואים לאורך שנות קיומו של המתקן (<https://www.icrc.org/en/document/icrc-calls-transfers-eligible-guantanamo-detainees>).

37. הצורך בקיום ביקורים של גורם ניטרלי אצל כלואים על רקע סכסוכים מזויינים נובע מההכרה בכך, שבעתות של סכסוך הטינה והעוינות ששוררות בין הצדדים לסכסוך נוטות לחלחל גם למקומות הכליאה, ומשפיעות על היחס כלפי כלואים של הצד השני לסכסוך. כלואים אלה חשופים יותר מאחרים להתעללות וליחס לקוי מצד האחראים על כליאתם.

38. ישראל מאפשרת באופן שגרתי ביקורים של הצלב האדום אצל כלואים פלסטינים מאז 1968. מיד בתום מלחמת ששת הימים הכירה ישראל בחובתה לאפשר ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל עצורים ואסירים מהגדה המערבית. כבר ביום 20.6.1967 שלח היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, דב שפי, מכתב לנציב בתי הסוהר בנוגע ל"עצירים ואסירים בשטח כבוש" והבהיר את החובה לנהוג בהתאם לאמנת גינה הרביעית בנוגע לטיפול בעצורים ואסירים בזמן מלחמה ובמיוחד בשטחים כבושים. בפברואר 1968 הבהיר ראש ענף ממשל צבאי למפקדי נציבות שירות בתי הסוהר, כי בהתאם לסעיף 143 לאמנת גינה הרביעית, לאנשי הצלב האדום יותר לבקר בבתי הסוהר והמעצר ולשוחח בחופשיות עם כלל האסירים.

מכתבו של היועץ ליהודה ושומרון מיום 20.6.1967 ומכתבו של ראש ענף ממשל צבאי מפברואר 1968 מצ"ב כנספח ע/1.

39. בתחילה נאסרו ביקורים חופשיים של נציגי הצלב האדום אצל עצורים ביטחוניים בשלב החקירה, אולם בשנת 1979 נחתם הסכם בין הצלב האדום לבין ממשלת ישראל "לביקור עצירים בחקירה", ובמסגרתו הוסדרו הפרטים באשר לאופן קיום הביקורים אצל עצורים שמצויים בחקירות, פרקי הזמן בין הביקורים וכיו"ב:

The ICRC regularly monitored IPS facilities, as well as IDF security prisoner and detention facilities; it did not monitor the secret detention facility. Pursuant to a 1979 ICRC-Israel agreement, it could not visit interrogation facilities but could meet in designated areas of these units detainees who had been interrogated (US State Department, Human Rights Report 2005 on Israel and the Occupied Territories, 8.3.2006).

40. ביקורי הצלב האדום מלווים לעיתים ברופאים של הארגון שבודקים את מצבם הבריאותי של הכלואים ומסייעים להם ולמשפחותיהם. כך, לדוגמה, בתצהיר המצורף מתאר אביו של ----, תושב רמאללה בן 20 שנעצר בספטמבר 2022 וסובל מסרטן המעי הגס, כי מאז מעצר ועד לפרוץ המלחמה, "רופא מטעם הצלב נהג לבקר אצלו במר"ש [המרכז הרפואי של שב"ס]

כל מספר שבועות על מנת לעקוב אחרי מצבו ואחרי הטיפול שמקבל במר"ש. כמו כן, רופא הצלב אף סייע במספר הזדמנויות לרופאי שב"ס לקבל בדיקות ומידע אודות הטיפול ש---- קיבל טרם המעצר לצורך התאמת הטיפול".

תצהירו של מר ----- מצ"ב כנספח ע/2.

41. במקרים המתאימים מטפלים נציגי הצלב האדום בתלונות של כלואים פלסטינים בנוגע לתנאי כליאתם והיחס כלפיהם, ומקיימים שיח עם הגורמים הרלוונטיים, וזאת באופן חשאי וללא פרסום. במקרים רבים ביקורי הצלב האדום מתקיימים בשעה שעצורים מצויים בבידוד מוחלט. זהו הקשר היחיד שלהם עם העולם החיצון, כפי שקורה לעיתים קרובות בתקופה שבה עצורים ביטחוניים מצויים במניעת מפגש עם עורך דין. ביקורים אלה הובילו לעיתים לפתיחה בחקירה בנוגע לחשדות בדבר עינויים ואלימות כלפי עצורים (ראו לדוגמה: בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.12.2017)).

42. ביקורי הצלב האדום במתקני שב"ס מוסדרים בפקודת נציבות שב"ס מס' 03.12.00 ולפיה הצלב האדום רשאי לבקר בכל מתקני הכליאה שבהם כלואים אסירים או עצורים תושבי השטחים. על פי הפקודה נציגי הצלב האדום רשאים לבקר את כל סוגי העצורים והאסירים הפלסטינים (פליליים וביטחוניים) מרצועת עזה, מהגדה המערבית, מרמת הגולן וממזרח ירושלים: עצורים ביטחוניים, עצורים עד תום ההליכים, עצורים מנהליים, לוחמים בלתי חוקיים ושפוטים. זאת, למעט עצורים פליליים בחקירה. באשר לעצורים ביטחוניים בחקירה נקבע, כי הצלב האדום יורשה להיפגש עם העצור לאחר 14 ימים מיום המעצר ולאחר מכן כל 14 ימים.

43. עוד על פי הפקודה, נציגי הצלב האדום רשאים להגיש תלונות רשמיות במקרים שבהם הם מוצאים חבלות או סימנים המעוררים חשד להכאת אסירים או לעבירה פלילית אחרת. במקרים אלה נדרש רופא לבדוק את האסיר ולמלא תעודה רפואית וכן לצלם אותו. בנוסף, נציגי הצלב האדום רשאים לבקש ביצוע בדיקה על ידי רופאים מטעמם.

נוהל ביקורי הצלב האדום הבינלאומי בבתי הסוהר מצ"ב כנספח ע/3.

44. בנוסף, זה עשורים רבים שרשויות הכליאה בישראל מעבירות באופן שוטף לידי הצלב האדום מידע בדבר כל פלסטיני שנעצר ופרטים בדבר מקום כליאתו וזאת הן ביחס לעצורים מהגדה והן ביחס לאלה מעזה (ראו לדוגמה: בג"ץ 1104/10 השר לענייני אסירים ומשוחזרים ברשות הפלסטינים נ' נציב שירות בתי הסוהר, פסקה 4 לפסק הדין (23.2.2011)).

45. כך, לדוגמה, בעניין מסירת פרטי תושבי רצועת עזה שנעצרו במהלך מבצע "צוק איתן" הבהירה המדינה: "לארגון הצלב האדום הבין-לאומי, שצה"ל ורשויות המדינה הרלוונטיות עומדות איתנו בקשר שוטף כל העת, ובפרט מאז תחילת המבצע, יש מעמד מיוחד במשפט הבין-לאומי בסוגיה של קבלת והעברת מידע על עצורים בעימות מזוין" (בג"ץ 5243/14 המוקד להגנת הפרט נ' צבא ההגנה לישראל, פסקה 17 לתגובה מקדמית מטעם המדינה מיום 1.8.2014). בהמשך נכתב: "ברצועת עזה, כאמור, רואה המדינה בצלב האדום הבין-לאומי כגורם היחיד הרשאי לקבל מידע כללי על אודות העצורים, אף מבלי שיקבל הרשאה פרטנית לכך מטעמם או מטעם קרוביהם. זאת, בדומה לתפקיד שעשוי למלא הצלב האדום הבין-

לאומי בהקשר זה בעימות צבאי בין מדינת ישראל לאחת ממדינות האויב הגובלות בה" (שם), פסקה 22).

46. כמו כן, מסייעים נציגי הצלב האדום למשפחות הכלואים הפלסטינים לקיים ביקורים בבתי הכלא (כיום רק למשפחות מהגדה המערבית שכן מאז 2007 נאסרו ביקורי משפחות מעזה). הבקשות לביקור מוגשות למינהל האזרחי בתיווך נציג הצלב האדום והביקורים עצמם מבוצעים במסגרת הסעות המאורגנות על ידי הצלב האדום (ראו לדוגמה: בג"ץ 5692/09 **אלגדיאן נ' מדינת ישראל** (18.11.2009); מרכז המחקר והמידע של הכנסת, ביקורי בני משפחה וחברי כנסת אצל אסירים ועצורים בכלא (2.7.2012)).

47. על פי נתוני הצלב האדום, בחצי השנה הראשונה של שנת 2023 הצלב האדום קיים 262 ביקורים אצל עצורים פלסטינים, ובכלל זה 29 ביקורים בידי צוות רפואי. בנוסף, סייע הצלב האדום ל-29,165 קרובי משפחה לקבל אישורי כניסה ולבקר את קרוביהם במתקני כליאה בישראל (International Committee of the Red Cross, Israel and the Occupied Territories: Facts and Figures January to June 2023, 1.10.2023).

48. לאורך השנים הקפידה ישראל לאפשר ביקורים של הצלב האדום ללא הגבלות במתקני המעצר והכליאה של שב"ס ושל הצבא וזאת אף במהלך מלחמות ומבצעים צבאיים. בין היתר, המדינה הבהירה בפני בית המשפט העליון, כי אפילו במתקן המעצר הצבאי 1391, שעצם קיומו נשמר בסודיות במשך שנים רבות, הכלואים מקיימים מפגשים עם הצלב האדום (בג"ץ 8102/03 **גלאון נ' שר הביטחון**, פסקה 10 לפסק הדין (20.1.2011) (להלן: עניין **בית הסוהר הסודי**)). המקרה היחיד המוכר לנו של מניעת ביקורי הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים היה בעניינם של "קלפי המיקוח", עצורים לבנוניים ובהם מוסטפא דיראני ועבד אל-כרים עובייד, אשר הוחזקו ללא אפשרות להיפגש עם הצלב האדום במטרה ללחוץ על שוביו של רון ארד. בעקבות פסיקת בג"ץ בעניינם של דיראני ועובייד התירה המדינה את ביקורי הצלב האדום גם אצלם (בג"ץ 794/98 **עובייד נ' שר הביטחון** (23.8.2001) (להלן: עניין **עובייד**)).

49. על המחויבות של ישראל להבטחת ביקורי הצלב האדום אצל האסירים הפלסטינים ניתן ללמוד אף מהחרגתם של נציגי הצלב האדום מהאיסור על כניסת גורמי חוץ לבתי הסוהר ומתקני הכליאה של הצבא במסגרת תקנות הקורונה (תקנות שעת חירום) (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי הסוהר), התש"ף-2020 וצו בדבר מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ומתקני כליאה (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התש"ף-2020).

מאז 7.10 – אלפי עצורים פלסטינים והפסקת ביקורי הצלב האדום

50. מאז פרוץ המלחמה עצרו רשויות הביטחון כ-4,000 עצורים ביטחוניים בגדה ובעזה. בפברואר 2024 הוחזקו במשמורת שב"ס 8,926 אסירים ביטחוניים ובהם: 3,484 עצורים מנהליים, 2,752 עצורים ביטחוניים, 2,084 שפוטים ו-606 לוחמים בלתי חוקיים (**נתוני כליאה**, המוקד להגנת הפרט, וכן שב"ס, **דוח כלואים רבעון רביעי לשנת 2023** באתר שב"ס (להלן: **דוח כלואים**)). זאת, לעומת 5,328 אסירים ביטחוניים לפני המלחמה (בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים**, הודעת עדכון מטעם המדינה מיום 18.12.2023).

51. על פי נתוני שב"ס, מבין הכלואים הפלסטינים הוחזקו בדצמבר 2023 205 קטינים (137 מהם ביטחוניים) ו-83 נשים (71 מהן ביטחוניות). עוד על פי הנתונים, כ-3,500 מהכלואים הפלסטינים הביטחוניים מסווגים כחברים בארגון הפתח וכ-3,000 מסווגים כחברי חמאס. עוד עולה מהנתונים, כי מרבית הכלואים הביטחוניים בשב"ס הם בגדר "עצורים" ורק כ-2,000 שפוטים (דוח כלואים).

52. בנוסף, אלפי עצורים נוספים מעזה הוחזקו וחלקם עודם מוחזקים במתקני מעצר צבאיים. עם פרוץ המלחמה נעצרו אלפי פועלים עזתיים שהיתרי העבודה שלהם בישראל בוטלו עם פרוץ המלחמה. הם הוחזקו בבסיסים צבאיים בגדה המערבית (בסיס ענתות, לדוגמה). ביום 2.11.2023 החליט הקבינט המדיני-ביטחוני על החזרתם של הפועלים ששהו בישראל ביום פרוץ המלחמה לעזה ובעקבות זאת כ-3,000 תושבים הוחזרו לדרום הרצועה (עניין אבו עאבד, תגובת המדינה מיום 9.11.2023).

53. בנוסף, מספר לא ידוע של עצורים ביטחוניים מעזה (ככל הנראה מעל 1,000) מוחזקים בידי הצבא במחנה הצבאי "שדה תימן" מכוח חוק הלב"חים. המחנה הצבאי "שדה תימן" הוכרז ביום 8.10.2023 על ידי שר הביטחון כ"מקום כליאה" בהתאם לסעיף 3א(ב) לחוק הלב"חים, וזאת על מנת לאפשר החזקה של עצורים מעזה (צו כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים) (קביעת מקום כליאה) (הוראת שעה), התשפ"ד-2023).

54. עם פרוץ המלחמה הופסקו כליל הביקורים של נציגי הצלב האדום במתקני הכליאה של שב"ס והצבא ואף אחד מאלפי העצורים והאסירים הפלסטינים לא נפגש עם נציגי הצלב האדום מאז. במקביל הופסק הדיווח לצלב האדום באשר לפרטי הפלסטינים שנעצרו. לאחרונה הבהיר מנהל מחלקת המזרח התיכון בצלב האדום, כי "החל מ-7 באוקטובר, הרשויות הישראליות קיבלו החלטה להשעות את הביקורים דרך הצלב האדום הבין-לאומי. אנחנו מצרים על כך וממשיכים לדבר עם הנוגעים בדבר כדי לחדש את הביקורים האלו" (מעריב 24.1.2024); וראו גם פרסום בעניין הפסקת הביקורים באתר הצלב האדום: International Committee of the Red Cross, Frequently asked questions on ICRC's work in Israel (and the Occupied Territories, 20.12.2023).

55. כך, לדוגמה, מתארת -----, תושבת רמאללה, שבן זוגה עצור מנהלי מאז יולי 2022: "-----, בן 51, ידוע טרם מעצרו כחולה סרטן ובעברו כריתה של חלק מהמעיי הגס... ידוע לנו כי הוא היה אמור לבצע בדיקות מעקב במהלך חודש נובמבר, אך אין לנו כל מידע אם הוצא לבדיקות. היום הוא מוחזק בכלא קציעות. בעבר אני יודעת כי רופא מטעם הצלב ביקר אצלו. מתחילת המלחמה, כמעט ואין לנו שום מידע אודות מצבו הבריאותי של -----. הגיעו אלינו שמועות דרך אסירים שהשתחררו כי מצבו הרפואי התדרדר מאד, וכי אינו מקבל מענה רפואי".

תצהירה של ----- מצ"ב כנספח ע/4.

56. ההחלטה שהתקבלה בעניין זה נלמדה מהיישום שלה בפועל. לא פורסמה כל החלטה רשמית בעניין, לא דווח מי קיבל את ההחלטה או מה הנימוק לה. מהתבטאויות בתקשורת של השר לביטחון לאומי ושל נציבת שב"ס היוצאת עולה, כי ההחלטה התקבלה בתגובה להחזקת

החטופים הישראלים בידי חמאס ומניעת ביקורי הצלב האדום אצלם על ידי חמאס, וכדי להפעיל עליו לחץ למסור מידע על החטופים.

57. ביום 30.10.2023 פנה הצלב האדום לנציבת שב"ס בדרישה לחזור ולאפשר לנציגיו לבקר במתקני השב"ס לאחר שאלה הופסקו ב-7.10. על פי הפרסומים בתקשורת, תגובת נציבת שב"ס לבקשת הצלב האדום לקיים ביקורים אצל אסירים פלסטינים היא: "בשל המלחמה המתמשכת, **הסבל שנגרם לאזרחים בלתי מעורבים** וסידורי האבטחה הנרחבים הנדרשים משירות בתי הסוהר במהלך תקופה זו, **בלתי אפשרי לתאם את הביקורים שביקשתם**" (ירון אברהם, הדרישה החצופה של נציגי הצלב האדום – והסירוב בישראל, N12 (1.11.2023)).

הפרסום אודות פניית הצלב האדום לנציבת שב"ס מיום 30.10.2023 מצ"ב כנספח ע/5.

58. כאמור, ביום 22.12.2023 הוגשה עתירה לבג"ץ מטעם המוקד להגנת הפרט ובה התבקש צו הביאס קורפוס למסירת מידע בדבר מקום החזקתם של פלסטינים שנעצרו מאז 7.10 (עניין ואדי). עתירה זו לא עסקה בצלב האדום, ולא כללה סעד שנוגע אליו. ואולם, על פי הפרסומים בתקשורת, עמדת גופי הביטחון ופרקליטות המדינה הייתה להודיע לבית המשפט שיש לאפשר לצלב האדום לקבל פרטים משירות בתי הסוהר אודות הכלואים. השר לביטחון לאומי התנגד לכך. ביום 18.1.2024 פרסם השר בן גביר בעמוד הפייסבוק שלו: "**אסור שהצלב האדום יקבל מידע על מחבלי החמאס שכלואים בישראל כל עוד מדינת ישראל לא מקבלת אפילו פיסת מידע על מצב חטופינו בעזה** – הומניטרי רק תמורת הומניטרי!". בתגובה לכך פורסמה הודעה מטעם היועצת המשפטית לממשלה שבה נמסר: "בעקבות הודעת השר בן גביר הרינו להבהיר כי מדובר בהחלטה החורגת מתחומי סמכותו של השר לביטחון לאומי ונתונה לדרג המדיני-בטחוני. בכל מקרה טרם הוגשה תגובה מטעם המדינה" (אורלי אלקלעי ואבישי גרינצייג "בן גביר סירב לעתירה של הצלב האדום, היועמ"שית בתגובה: השר חורג מסמכותו, כאן (18.1.2024)). בתגובת המדינה לבית המשפט מיום 23.1.2024 לא הוזכר הצלב האדום.

59. ביום 24.1.2024 פורסמה הודעה נוספת של השר לביטחון לאומי במספר רב של כלי תקשורת, ובה הובהרה שוב מדיניותו: "המדיניות הברורה שלי מהרגע הראשון הוא הומניטרי תמורת הומניטרי. **רוצים פרטים על המחבלים הארורים שלהם - שיעבירו פרטים על החטופים הגיבורים שלנו**. זה דרישה הגיונית, נורמלית מוסרית ומשפטית, כל מדינה נורמלית הייתה דורשת זאת. טוב שבפרקליטות המדינה הבינו וקיבלו את עמדתי".

תנאי כליאת העצורים ואסירים הביטחוניים

כלואים בשב"ס

60. מאז 7.10 חלה החמרה קיצונית בתנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים. עם פרוץ המלחמה הצהיר שב"ס על נקיטה במדיניות "מנעול" כלפי האסירים הביטחוניים, שנועדה להפחית למינימום את תנועתם ולבודד אותם ככל הניתן מהעולם החיצון ("הוראת שעה – צמצום פעילויות שגרה בעת מלחמה" מיום 16.10.2023 והארכה מיום 26.10.2023). כחלק ממדיניות זו הוגבלו תנאי הכליאה ותנועתם של האסירים הביטחוניים למינימום: הם אינם יוצאים מתאיהם לאורך כל שעות היממה למעט לכשעה לכל היותר ביום שבמהלכה מורשים האסירים להתקלח; אין להם גישה לרדיו או לטלוויזיה; האור בתאים כבוי לאורך שעות

היום; הם לא יוצאים למרפאה או לטיפולים מחוץ לכלא; הם לא זכאים לרכוש מוצרים בקנטינה; כל הציוד שלהם מהתאים הוחרם, ובכלל זה ספרים, עיתונים ובגדים. המדינה לא ערערה על קיומה של מדיניות זו וטענה כי צעדים אלה משרתים טעמים ביטחוניים. כאמור עתירה בעניין זה נדחתה (עניין **מדיניות מנעול**).

61. בנוסף, בוטלה האפשרות שניתנה לאסירים הביטחוניים לבשל את מזונם בעצמם ולרכוש מזון בקנטינה, ובמקום זאת מסופק להם אוכל דל ומועט וזאת בהתאם למדיניות שב"ס. בתגובת שב"ס לטענת השר בן גביר על כך שאסירים ביטחוניים ממשיכים לקבל ארוחות דשנות הכוללות בשר, הובהר כי "בניגוד לטענות ובהתאם למדיניות נציבת בתי הסוהר לצמצום תנאי המחיה של האסירים הביטחוניים למינימום המתחייב על פי חוק, עודכן לוח המזון לעצורים ולאסירים הביטחוניים, תוך מתן מינימום התחליפים המתחייבים על פי דין" (מאיר תורג'מן, בן גביר נגד שב"ס: לשנות את התפריט של אסירי הנוחי'בה, **Ynet** (1.1.2024)).

62. מדוח שפורסם לאחרונה על ידי הסנגוריה הציבורית על בסיס ביקורים בבתי הכלא, עולה תמונה קשה ביותר של תנאי כליאה מחפירים במתקנים הביטחוניים. כך, לדוגמה, כלואים ביטחוניים דיווחו כי הציוד האישי נלקח מהם ובכלל זה בגדים ותמונות של בני משפחה, ואחד העצורים דיווח שנותר עם אותם בגדים במשך 24 ימים. עוד נכתב בדוח, כי במתקן מעצר ירושלים מופסקת אספקת החשמל לתאים בכל יום בין 5:00-21:00 והאסירים שוהים כל היום בחושך ואף אוכלים את ארוחותיהם בחושך. גם השמיכות והמזרונים נלקחים לאורך שעות היום. בנוסף, מאז פרוץ המלחמה בוטלה לחלוטין אפשרות היציאה לחצר, ובין העצורים שפגשו נציגי הסנגוריה היו אנשים שלא ראו אור יום במשך כל ימי מעצרם. מתגובת שב"ס לטענות עולה, כי מדובר במדיניות שחלה ביחס לאסירים הביטחוניים (הסנגוריה הציבורית, **תנאי הכליאה במתקני שירות בתי הסוהר: דוח מיוחד על רקע מצב החירום הכליאתי**, 6.2.2024).

63. ניתוקם של האסירים הביטחוניים מהעולם החיצון מתבטא גם בשינויי החקיקה שבוצעו מאז 7.10 המונעים את הבאתם באופן פיזי לדיונים משפטיים בעניינם (בהתאם לחוק קיום דיונים בהיוועדות חזותית בהשתתפות עצורים, אסירים וכלואים (הוראת שעה – חרבות ברזל), התשפ"ד-2023 וההכרזה על הגבלה ביטחונית מכוח סעיף 2(ה) לחוק זה).

64. בנוסף, חלק ניכר מהעצורים הביטחוניים מצויים מאז פרוץ המלחמה במניעת מפגש ממושכת עם עורכי דין, כך שעבורם הניתוק מהעולם החיצון הוא מוחלט. תיקוני חקיקה שעברו לאחרונה מאפשרים להאריך את מניעת המפגש של עצורים ביטחוניים שנעצרו לאחר 7.10 (הן לוחמים בלתי חוקיים והן עצורים בעבירות ביטחון) עד ל-180 יום (החוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (חרבות ברזל) (פגישה עם עורך דין של עצור בעבירת ביטחון), התשפ"ד-2024 וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תיקון מס' 4 והוראת שעה – חרבות ברזל), התשפ"ד-2024). למיטב הבנת העותרים, למעט מקרים יוצאי דופן, האיסור על מפגש עם עו"ד הוחל על כלל העצורים העזתים שמוחזקים במתקני הצבא או השב"ס (כך עולה, לדוגמה, מהדיון בהצעת החוק להארכת תקנות שעת חירום בעניין פגישה עם עו"ד של עצור בעבירת ביטחון מיום 14.1.2024 בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת וכן מהדיון בהצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בעניין הארכת תקופות המעצר ומניעת המפגש מיום 18.12.2023 בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת).

65. לצד מדיניות הבידוד וצמצום התנאים המוצהרת שבש"ס נקט בה, חלה גם הרעה משמעותית בתנאי הכליאה הפיזיים של האסירים הביטחוניים. נוכח העלייה הדרמטית במספר הכלואים, נחקק ביום 18.10.2023 חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 64 – הוראת שעה – חרבות ברזל) (מצב חירום כליאתי), התשפ"ד-2023, אשר מתיר למנהלי בתי סוהר לחרוג משטח המחייה המינימלי של כלואים ולצופפם בתאים ללא הגבלה, וכן להלינם שלא על מיטה. תנאים קשים אלה נקבעו בעוד מערכת הכליאה בישראל מצויה ממילא במשבר חמור של צפיפות. כתוצאה מכך, רובם ככולם של האסירים הביטחוניים בשב"ס (למעלה מ-90%) מוחזקים כיום בצפיפות קשה הנמוכה מ-3 מ"ר לאסיר ולמעלה מ-3,000 אסירים ביטחוניים מולנים ללא מיטה (דיווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת לפי סעיף 19כא(ג) לפקודת בתי הסוהר, 6.2.2024). במקרים מסוימים יורד שטח המחיה בו מוחזקים האסירים הביטחוניים אף ל-1.5 מ"ר: "יש תא אחד שיש בו אפילו 30 אסירים... בקציעות... זה תא של 45 מטר" (אליאסף זכאי, רע"ן תכנון כליאה בשב"ס, פרוטוקול מס' 90 משיבת הוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, עמ' 10, 19.12.2023).

66. לעדויות על הפרות שיטתיות של זכויות אדם בסיסיות הצטרפו גם דיווחים על מדיניות עקבית של השפלה וביזוי. בין אלה, דיווחים על כך שבשב"ס מחזיק את עצורי החמאס מ-7.10 בחושך מוחלט וכשברקע מתנגן ההמנון, "התקווה" (משה נוסבאום, השיר שמחבלי נוח'בה שומעים בכלא ללא הפסקה – ההמנון הלאומי "התקווה", N12 (14.11.2023)). בסרטון נוסף נראו עצורים פלסטינים כשהם נדרשים לעמוד בתוך אוטובוס בזמן השמעת ההמנון תוך כדי השפלות וקללות מצד הסוהרים.

67. מכתבה ששודרה בערוץ 13 ביום 18.2.2024 ומתארת את תנאי כליאתם של עצורי "הנוח'בה" בכלא קציעות, עולה כי השפלתם של העצורים והחזקתם בתנאים מחפירים הם חלק מהמדיניות שבשב"ס מתגאה בה. בכתבה מצולמים העצורים כשהם רוכנים על הרצפה עם הפנים למטה בעת הספירה בתא כשברקע נשמעת מוזיקה חזקה ("עם ישראל חי") שמושמעת באגף כל העת. סגן מפקד הכלא מסביר, כי השמעת "שירי ארץ ישראל זה חלק מהחיוזוק והמורל". העצורים מוחזקים בחושך מוחלט בתאים מחניקים ללא כל ציוד ואף ללא מזרונים, כך שהם יושבים על מיטות הברזל או על הרצפה. עוד מבהיר סגן מפקד הכלא, כי העצורים מקבלים רק לחם, עגבנייה וגבינה לבנה. עוד עולה מהכתבה, כי גם בשאר האגפים הביטחוניים צומצמו תנאי הכליאה והם מוחזקים ללא כל ציוד ("הארונות שלהם ריקים"), בחושך והמזון המסופק להם מועט ודל ביותר ("אורז, ירק וחמוס.... אין פה בשר, אין פה שום דבר"). עוד מבהיר סגן מפקד הכלא, כי המצב זהה בכלל האגפים הביטחוניים (יוסי אלי, "כולם כאן רוצחים מהנוח'בה": הצצה לבית הכלא השמור בישראל", **חדשות 13** (18.2.2024)).

68. בנוסף, עדויות רבות על אלימות כלפי עצורים נחשפו במסגרת דיוני המעצרים שהתנהלו בעניינם של העצורים מהגדה המערבית, וכן עלו מפגישות שקיימו עורכי הדין של הארגונים העותרים עם עצורים ואסירים ביטחוניים מהגדה המערבית. העצורים מעזה רובם ככולם במניעת מפגש עם עורך דין והפרוטוקולים בעניינם חסויים, כך שאין כל דרך לקבל מידע באשר למצבם.

פניות הארגונים ועדויות בעניין השפלה ואלימות כלפי אסירים ביטחוניים מצ"ב כנספת ע/6.

69. על פי הדיווחים, מאז 7.10 שישה אסירים מתו במשמורת שב"ס, כשעל חלקם התגלו סימני אלימות ולגבי אחרים עולה חשש שלא קיבלו טיפול רפואי מספק. כך, לדוגמה, -----, בן 38, מת בכלא קציעות והודעה על מותו פורסמה ביום 19.11.2023. על פי עדויות של שותפיו לתא, הוא הוכה קשות על ידי הסוהרים. במקרה זה נפתחה חקירה נגד 19 סוהרים. גם בעניין מותו של -----, בן 23, שמת בכלא מגידו, נפתחה חקירה נגד סוהרים לאחר שהתברר שנמצאו על גופו סימני אלימות רבים (הגר שיזף, שישה פלסטינים מתו בכלא מפרוץ המלחמה, לפחות שניים מהם נמצאו עם סימני אלימות, הארץ (6.12.2023)).

כלואים במתקני צה"ל

70. למחנה "שדה תימן", המצוי מספר קילומטרים צפונית מערבית לבאר-שבע, מובאים עצורים מעזה שנתפסו במהלך הקרבות. מספר הכלואים שם אינו ברור, אולם מדיווחים בתקשורת ובדיונים בוועדות הכנסת עולה, כי מדובר על למעלה מ-1,000 עצורים. החזקת העצורים במחנה מתבצעת מכוח חוק הלב"חים. בהתאם לתיקון החוק שעבר לאחרונה, עצורים אלה מצויים במניעת מפגש עם עורך דין למשך עד חצי שנה והביקורת השיפוטית על מעצרם מתקיימת רק לאחר 75 ימים (חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תיקון מס' 4 הוראת שעה), התשפ"ד-2023).

71. משמעות הדבר כי העצורים במחנה מוחזקים בידי חיילים בנייתוק מוחלט מהעולם החיצון וללא כל ביקורת או פיקוח חיצוני על מצבם. בידודם המוחלט של העצורים תושבי עזה, המוחזקים בבסיס "שדה תימן", מקשה על איסוף מידע בנוגע לתנאים ולרמת האלימות כלפיהם.

72. עם זאת, מעדויותיהם של חפים מפשע שהוחזקו ב"שדה תימן", ושחררו בחזרה לעזה לאחר שנחקרו, התגלתה תמונה מחרידה של תנאי כליאה בלתי אנושיים, השפלות ועינויים של ממש. מהעדויות שנאספו עולה, כי עצורים מוחזקים במתקן זה כשהם ישובים על ברכיהם בתנוחה כואבת במשך שעות רבות מדי יום. הם אזוקים במשך כל שעות היממה ועיניהם מכוסות. כך הם אוכלים, עושים את צרכיהם ומקבלים טיפול רפואי. כך, עולה, בין היתר, גם מתדריך לטיפול רפואי שפרסם משרד הבריאות: "לפי הנחיות גורמי הביטחון האחראים על הכלואים במתקן הכליאה, הכלואים אזוקים כל העת, ועיניהם מכוסות, גם בעת מתן טיפול רפואי" (משרד הבריאות, "תדריך לטיפול רפואי בלוחמים בלתי חוקיים במתקן שדה תימן – מלחמת חרבות ברזל", סעיף 5.1, 19.12.2023).

73. בכתבה שפורסמה באתר "שיחה מקומית" ביום 3.1.2024 תוארו בהרחבה עדויות של עצורים שהוחזקו בשדה תימן ושחררו בחזרה לעזה. מהעדויות עולה שבשדה תימן מתקיימות בשגרה פרקטיקות של עינויים. מי שהוחזקו במתקן ושחררו דיווחו, כי עצורים נענשו על דברים של מה בכך באמצעות קשירתם לגדר למשך שעות, כאשר ידיהם מונפות למעלה. מי שידיו עייפו והוריד אותם – הוכה. בנוסף, חיילים במתקן הכו עצורים, כיבו עליהם סיגריות, השתינו על עצורים ומנעו מהם אוכל, גישה לשירותים ושינה (יובל אברהם, 20 שעות על הברכיים. מי שזז, מוכה'. אזרחים מעזה על המעצר בישראל, שיחה מקומית (3.1.2024)).

74. עוד דווח, כי מספר עצורים מתו במתקן. הצבא סרב לומר כמה מתו וממה מתו, והסתפק בהודעה לאקונית כי הנושא בבדיקה (הגר שיזף, מאות עזתים שנעצרו במלחמה כלואים

בדרום עם כיסוי עיניים ואזוקים רוב היום, **הארץ** (18.12.2023)). בעקבות הפרסום פנתה העותרת 2, עמותת רופאים לזכויות אדם, לצבא ולמשרד הבריאות ביום 25.12.2023 בדרישה לקבל מידע אודות מספר העצורים שמתו במשמורת. הפניות לא נענו.

הפניות עובר להגשת העתירה

75. ביום 2.11.2023 פנתה העותרת 1 לפרקליטה הצבאית הראשית בעניין חשש להתעללות בעצורים מרצועת עזה במחנה "שדה תימן". בתוך כך דרשה לאפשר לנציבי הצלב האדום גישה מיידית לכל הכלואים מרצועת עזה המוחזקים במשמורת הצבא.

פניית האגודה לזכויות האזרח מיום 2.11.2023 מצ"ב כנספח ע/7.

76. ביום 31.12.2023, לאחר שהתחוויר כי מניעת ביקורים ומסירת מידע הינם מדיניות, פנו הארגונים העותרים ליועצת המשפטית לממשלה ולפרקליטה הצבאית הראשית בדרישה לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל הכלואים הפלסטינים וכן למסור לצלב האדום מידע באשר לעצורים המוחזקים בידי ישראל. משלא התקבל כל מענה, נשלחה תזכורת ביום 30.1.2024.

פניות הארגונים העותרים מיום 31.12.2023 ומיום 30.1.2024 מצ"ב כנספח ע/8.

77. עד למועד הגשת העתירה לא התקבלה תשובה לפניות.

ו. הטיעון המשפטי

78. הכלואים שבעניינם עוסקת עתירה זו מוחזקים אמנם מכוחם של דינים שונים, אולם על כולם חלה אותה תשתית נורמטיבית בהיותם "תושבים מוגנים" על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי. מתוקפו מחויבת המדינה לאפשר ביקורים של נציגי הצלב האדום, וכן למסור לצלב האדום פרטים אודות מעצרים. חובות אלה מעוגנות גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי.

79. חובות אלה חלות על המשיבים גם מכוח הדין הישראלי. מעבר לקליטתו האוטומטי של הדין המנהגי למשפט המקומי, גם החובה החוקתית להגן על כבודם ובריאותם של כלל האסירים והעצורים שמצויים במשמורת שב"ס והצבא מחייבת את המשיבים להמשיך ולאפשר את ביקורי הצלב האדום כאמצעי פיקוח אפקטיבי חיוני למימוש החובה.

80. ההחלטה מושא עתירה זו התקבלה בחוסר סמכות, בהעדר הוראה מפורשת בדין הישראלי המתירה למשיבים להפסיק את ביקורי הצלב האדום ואת העברת המידע לידיהם.

81. כפי שיפורט להלן, מערכת הדינים הרלוונטיים לעניינינו הם דיני הלחימה, והם תולדה של מלחמות קשות, מול האכזריים שבאויבים. בשוך הקרבות של מלחמת העולם השנייה, כאשר נחשפו זוועות הנאצים, באו מדינות לכדי החלטה שיש להסכים על כללים כדי להפחית את הסבל הנובע ממלחמות, וכי יש לקבוע כללים ברורים ככל שניתן, ולהסכים על מנגנונים ניטרליים ככל שניתן, לצורך הגנה על בני אדם ושמירה על זכויותיהם, במצב שהוא ממצבי הקיצון הקשים ביותר. לא תהיה זו הגזמה לומר כי כללים אלו נכתבו בדם ואין להפר אותם.

82. מהלך הטיעון המשפטי של העותרים בקליפת אגוז: העתירה עוסקת בכלל הכלואים הפלסטינים בישראל. הם אמנם כלואים מתוקף דינים שונים, אך מעמדם מבחינת הדין

הבינלאומי זהה. הם כולם חוסים תחת הגנתה של אמנת ג'נבה בדבר הזרחים בימי מלחמה (1949) (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**). הסנקציות מושא עתירה זו, מהוות הפרה של הוראות מנהגיות לפי הדין הבינלאומי וכן נוגדות את האיסור על ענישה קולקטיבית. בנוסף, הן פוגעות בזכויות אדם. גם הפרה של חובות מנהגיות לפי הדין הבינלאומי וגם פגיעה בזכויות אדם מחייבות הסמכה מפורשת בחוק. אין בחוק הישראלי הסמכה לשלילה הגורפת של העברת המידע לצלב האדום ולא למניעת הגישה המוחלטת לכלואים. מכאן, שהטלת המגבלות הללו נעשתה שלא בסמכות. למעלה מן הצורך נטען עוד, כי אפילו היתה ההחלטה מעוגנת במקור סמכות, הרי שהיא אינה סבירה והתקבלה בשרירות על יסוד שיקולים לא ענייניים של נקם וענישה, והיא בלתי מידתית ובלתי סבירה.

המשפט הבינלאומי

83. המקורות המרכזיים להוראות המשפט הבינלאומי בסכסוך מזויין בינלאומי מעוגנים באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה (להלן: **תקנות האג**), בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית, בהוראות המינהגיות הקבועות בפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן: **הפרוטוקול הראשון**), ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. ישראל אמנם אינה חתומה על הפרוטוקול הנוסף, ואולם, כאמור, רוב הכללים המפורטים בו הם בעלי מעמד **מנהגי**. ככזה, הם הופכים למחייבים ונקלטים באופן אוטומטי למשפט הפנימי, בין אם מדינה שותפה להסכם ובין אם לא, אלא אם קיימת חקיקה ראשית מדינתית סותרת. במקביל למשפט ההומניטרי, חלות הוראות משפט זכויות האדם כדין משלים (בג"ץ 3239/02 **מועב נ' מפקד כוחות צה"ל**, פסקה 21 לפסק הדין (5.2.2003); ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion, par.102-112 (9.7.2004)).

החובה למסור את פרטי הכלואים ולאפשר גישה לנציגי הצלב האדום - משפט בינלאומי

הומניטרי

84. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע את העקרונות הבסיסיים ביותר של המשפט הבינלאומי ההומניטרי: אזרחים מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לגופם ולכבודם, ליחס הומאני ולהגנה מפני כל מעשי אלימות או איום במעשי אלימות (ראו גם סעיף 46 לתקנות האג). לפי המלומד זיאן פיקטה, הפרשן הרשמי של הצלב האדום לאמנת ג'נבה, סעיף זה חל על כל אזרח מוגן והוא חל אף ביתר שאת על אזרחים כלואים:

"The obligation to give humane treatment and to respect fundamental rights remains fully valid in relation to persons in prison or interned, whether in the territory of a Party to the conflict or in occupied territory. It is in such situations, when human values appear to be in greatest danger, that the provision assumes its full significance."

Jean S. Pictet Comentary on Geneva Convention IV of 1949, p. 201 (Geneva, 1958).

(להלן: **פיקטה**)

85. כלואים חשופים לפגיעה בזכויותיהם מצד רשויות החקירה והכליאה ובתוך סביבת הכלא תמיד. בעתות מלחמה, וכאשר הכלואים נמנים על אוכלוסיית אויב, החשש לפגיעה בהם

מחריף שבעתיים. לכן, כנגזרת מעקרון כבוד האדם, מוקדשים פרקים נרחבים באמנות ז'נבה לחובות של המדינות באשר לאזרחים מוגנים הכלואים בחזקתן. אמנות ג'נבה קבעו את החובה המוטלת על הצדדים לסכסוך לאפשר פיקוח על הכלואים שבחזקתם בעת סכסוך או בעת כיבוש באמצעות גורם ניטרלי: הצלב האדום. פיקוח זה כולל את החובה למסור מידע אודות עצורים לצלב האדום ולאפשר לנציגי הארגון גישה למתקני הכליאה ולכלואים.

86. סעיפים 136-141 (סימן ה') לאמנת ג'נבה הרביעית עוסקים בהעברת מידע בין צדדים לסכסוך באשר לאזרחים המוגנים שמוחזקים במשמורת בידי הצדדים ולצורך כך מסדירים את הקמתן של "לשכות מודיעין וסוכנות מרכזית". סעיפים אלה קובעים כי "בפרוץ סכסוך ובכל מקרי כיבוש" חלה על המדינות החובה לנהל רישום מסודר ומפורט של פרטי העצורים באמצעות לשכות מודיעין וכן להעביר את כל הפרטים לצד השני באמצעות סוכנות מודיעין מרכזית ניטרלית – הצלב האדום. האמנה מפרטת את המידע שיש להעביר לצלב האדום ואת אופן העברתו באשר לכלל המוגנים שנעצרו למשך למעלה משבועיים בידי בעלי הסכסוך. מסירת הודעה מיידית לצלב האדום על כל אדם שנעצר נועדה לממש הן את זכות של עצור ליידע את משפחתו בדבר מעצרו ומקום הימצאו, הן את החובה של צדדים לסכסוך להימנע מ-enforced disappearance של אזרחים, והן את זכותו של העצור לקבל ביקורים של נציגי הצלב האדום ושל כוהני דת ולהבטיח את התנאים ההומניטאריים של כליאתו.

87. יודגש, כי האמנה קובעת שהמידע בדבר העצורים יועבר באופן יזום ושוטף על ידי כל אחד מהצדדים לסכסוך ללא צורך בפנייה או בקשה של הצד השני או של הצלב האדום (סעיפים 136-137).

88. סעיף 76 לאמנת ג'נבה הרביעית המסדיר את תנאי כליאתם של אזרחים מוגנים, קובע כי הם יהיו זכאים לתנאי מזון והגיינה שיהא בהם כדי לשמור על מצב בריאותם הטוב. עוד קובע הסעיף כי "מוגנים שנעצרו יהיו זכאים לביקורים של ... הוועד הבינלאומי של הצלב האדום".

89. סעיף 143, שכותרתו "פיקוח", מעגן את החובה לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל המוגנים הכלואים. סעיף זה נמצא במסגרת הפרק העוסק ב"ביצוע האמנה" (החלק הרביעי לאמנה), וכולל את המנגנונים והכלים שיבטיחו את מימוש ההוראות המהותיות של האמנה. הסעיף קובע כי לנציגי הצלב האדום יש זכות "ללכת לכל המקומות שבהם נמצאים מוגנים, בייחוד למקומות מאסר ועבודה... לנציגים ושליחים כאלה יהיה חופש גמור לבחור את המקומות שברצונם לבקר בהם". הסעיף מפרט כי חובה זו כוללת גישה חופשית לכל מקומות הכליאה וקיום מפגש עם הכלואים ללא נוכחות עדים.

90. ההוראות שלעיל נהנות ממעמד של משפט מנהגי. בשנת 2005 פרסם הצלב האדום דוח, המסכם מחקר מקיף שערך הארגון בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי. כנספח לדוח פורסמה רשימה של 161 כללים שנקבע לגביהם שהם בעלי מעמד מנהגי. כלל 123 קובע את החובה להעביר את פרטיהם של עצורים ושבויים במסגרת סכסוכים מזויינים בינלאומיים לצלב האדום:

"In international armed conflicts, the details recorded pursuant to this rule must be forwarded to the other party and to the Central Tracing Agency at the ICRC"

(להלן: כללי המשפט המנהגי)

91. כלל 124(א) לכללי המשפט המנהגי קובע, כי בסכסוכים מזוינים בינלאומיים, תינתן לוועד הבינלאומי של הצלב האדום גישה סדירה לכל בני האדם שחירותם נשללה על מנת לבדוק את תנאי כליאתם ולחדש את הקשר בין אנשים אלה לבין משפחותיהם. בהמשך מפורטים הסטנדרטים לביקורים אלה. בכלל זה נקבע:

When granted access to detainees, the ICRC visits them in accordance with a number of established operational principles. The standard terms and conditions under which the ICRC conducts visits include:

- access to all persons deprived of their liberty for reasons related to armed conflict, at all stages of their detention and in all places where they are held;
- the possibility of talking freely and in private with the detainees of its choice;
- the possibility of registering the identity of the persons deprived of their liberty;
- the possibility of repeating its visits on a regular basis;
- authorization to inform the family of the detention of a relative and to ensure the exchange of news between persons deprived of their liberty and their families, whenever necessary. (Ibid, p. 445)

92. בסעיף 143 לאמנת ג'נבה נקבע סייג לחובה לאפשר גישה חופשית לנציגי הצלב האדום לכלואים: "אין לאסור ביקורים כאלה אלא מחמת שיקולי הכרח צבאיים, ואף אז – כאמצעי ארעי ויוצא מן הכלל". על פי פיקטה, הכוונה בשיקולי הכרח צבאיים, "necessity", היא לאפשר באופן זמני בלבד דחייה של ביקורי הצלב האדום בשל צרכים צבאיים חיוניים ומיידיים, כגון קירבה לאיזורי הלחימה (עמ' 574-576). יודגש, כי לא מדובר על שיקולים ביטחוניים אלא על צורך צבאי הכרחי בלבד שנוגע ללחימה עצמה.

93. אמנת ג'נבה הרביעית כוללת סייג כללי הקבוע בסעיף 5, ולפיו ניתן לשלול מאדם את הזכויות שניתנות על ידי האמנה, אם הענקתן של אלה יכולה לפגוע בבטחון המדינה. פיקטה מבהיר ששלילת זכויות מתוקפו של סעיף 5 נובע מסיכון שעלול להיגרם מאדם מסוים, ואינו יכול להצדיק שלילה גורפת:

"The suspicion must not rest on a whole class of people; collective measures cannot be taken under this Article; there must be grounds justifying action in each individual case." (p. 55)

94. בהמשך דברי הפרשנות מבהיר פיקטה שבכל מקרה, אין בסעיף זה כדי לשחרר את המדינות מהחובה להודיע אודות מעצרו של אדם:

"The Detaining Power is, however, in no way released from its obligation to notify the arrest." (p. 57)

95. פיקטה מסכם את פרשנותו לסעיף בהבהרה כי בידוד מהעולם הוא חריג, שיכול להיות מוטל על אדם מסוים במצבים בהם המעשים שבגינן עולה חשש לפגיעה בביטחון הינם לא רק חשדות (לדוגמה בענייני ריגול):

"It must be emphasized most strongly, therefore, that Article 5 can only be applied in **individual cases** of an exceptional nature, when the existence of specific charges makes it almost certain that penal proceedings will follow. This Article should never be applied as a result of mere suspicion." (p. 58)

כלל הכלואים הפלסטינים בישראל זכאים לביקורי הצלב האדום

96. עקרון בסיסי במשפט הבין לאומי הינו האבחנה בין **לוחמים** – עליהם חלות ההגנות המנויות באמנת ג'נבה השלישית (1949) והכללים להגנה על שבויי מלחמה – לבין **אזרחים** – החוסים תחת ההגנות של אמנת ג'נבה הרביעית.

97. ההוראות המנהגיות שלעיל חלות על הכלואים הפלסטינים המוחזקים במתקני הכליאה של שב"ס או הצבא – בין אם הם מעזה ובין אם מהגדה המערבית, בין אם הם כלואים מתוקף חוק הלב"חים, הצו בדבר הוראות ביטחון, או חוק המעצרים – לפי ההלכה הפסוקה, כולם בגדר "מוגנים" על-פי אמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 4 לאמנה מגדיר "מוגנים" כמי שמוצאים עצמם בשעת סכסוך או כיבוש בידי אחד מבעלי הסכסוך או אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיה של אותו בעל סכסוך או מעצמה כובשת.

98. לעניין החלת הגדרת "מוגנים" על לוחמים העצורים מכוח חוק הלב"חים ראו: ע"פ 6659/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(4) 329 (2008), פסקה 12 לפסק הדין (להלן: עניין **פלוני**). פסיקה זו זכתה לביקורת בקרב מלומדים, ארגוני זכויות אדם והקהילה הבינלאומית, אשר אינם מכירים בקטגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים". על פי המשפט הבינלאומי, על לוחמים שמוחזקים בידי צד לסכסוך חלה אמנת ג'נבה השלישית והכללים הקבועים בה בדבר שבויי מלחמה. עם זאת, משום שההוראות באמנת ג'נבה השלישית ובאמנת ג'נבה הרביעית הנוגעות להעברת מידע לצלב האדום ולביקורים של נציגיו במתקני הכליאה הן דומות, ומשום הפסיקה בעניין **פלוני**, ננתח את חובותיה של ישראל בעניין זה לפי אמנת ג'נבה הרביעית.

99. נפרט: **באשר לכלואים מהגדה המערבית**, אין כל ספק באשר לתחולת הוראות אמנת ג'נבה הרביעית עליהם בהיותם תושבים "מוגנים" מכוח דיני התפיסה הלוחמתית (ראו: דנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' מוחמד עליאן** (9.9.2019); בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (9.6.2020)).

100. **באשר לתושבי עזה הכלואים בישראל**, גם אם נעצרו תוך כדי מלחמה, מדינת ישראל, כאמור, אינה מכירה בהם כשבויי מלחמה, אלא כלוחמים בלתי חוקיים. משמעות הדבר, שעל פי הפסיקה הם בגדר אזרחים וחלות עליהם ההגנות של אמנת ג'נבה הרביעית. בעניין זה נקבע:

"הקביעה לפיה "לוחמים בלתי חוקיים" שייכים לקטגוריית "האזרחים" במשפט הבינלאומי, עולה בקנה אחד עם הפרשנות הרשמית של אמנות ג'נבה לפיהן בסכסוך מזוין או במצב של כיבוש, זכאי כל אדם המוצא עצמו בידי הצד שכנגד, לסטטוס מסוים תחת המשפט הבינלאומי ההומניטארי - סטטוס

של שבוי מלחמה שאמנת גינבה השלישית חלה עליו, או סטטוס של אזרח מוגן
שאמנת גינבה הרביעית חלה עליו :

There is no "intermediate status"; nobody in enemy hands can be
outside the law." (O. Uhler and H. Coursier (eds.) Geneva
Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of
War: Commentary (ICRC, Geneva, 1950), Commentary to article 4,
(p. 51) "עניין פלוני, פסקה 12 לפסק הדין).

101. אף שלוחמים בלתי חוקיים אינם זכאים לכל ההגנות להן זוכים אזרחים מוגנים שלא
השתתפו בלחימה, הם זכאים להגנות בעלות תוקף מנהגי: "למותר לציין כי לוחמים בלתי
חוקיים אינם מחוץ לחוק. אין הם בגדר outlaws. גם אותם ברא האל בצלמו; גם את כבוד
האדם שלהם יש לכבד; גם הם נהנים וזכאים להגנה, ולו מינימלית, על ידי המשפט הבינלאומי
המנהגי. בוודאי כך כשהם נתונים במעצר או כאשר הם מובאים לדין." (בג"ץ 769/02 הועד
הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא ברק
(14.12.2006) (ההפניות הוסרו) (להלן: עניין החיסולים)).

102. יובהר עוד, כי סעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון לאמנות גינבה הרחבי את מושג ה"עימות המזוין
הבינלאומי" באופן שיחול גם על סכסוכים א-סימטריים (ראו בעניין זה: Commentary on
the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August
(1949) (ICRC, Geneva 1987), Paragraph 112-113).

103. ואכן, בית המשפט הנכבד הכיר בפרשנות זו של האמנה והחיל את ההגנות החלות על עימות
מזוין בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict) גם בעניין הגדה ועזה (לדין
מעמיק בסיווג אופי העימות ראו עניין החיסולים, פסקאות 16-22 לפסק דינו של הנשיא ברק).

104. כפי שהובהר בפרק העובדתי, המשיבים הכירו במחויבותם לאפשר את ביקורי הצלב האדום
אצל האסירים הפלסטינים מאז 1968 מכוח הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. כך,
לדוגמה, בעתירה שעסקה בתנאי כליאת עצורים מהגדה המערבית במתקן עופר במהלך מבצע
"חומת מגן" הבהירה המדינה, כי נציגי הצלב האדום מבקרים באופן חופשי במתקן, ובית
המשפט קבע: "כידוע, מדינת ישראל רואה עצמה מחויבת על פי ההוראות ההומניטריות
שבאמנה זו. על מחויבות זו חזר בא כוח המשיב גם בעתירה שלפנינו. ברור שההוראות של
אמנת גינבה הרביעית העוסקות בתנאי מעצר הן בעלות אופי הומניטרי, ועל כן יש לנהוג על
פיהן." (בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית,
פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק (18.12.2002) (להלן: עניין מתקן עופר)).

105. כך היה גם בעניין מתקן המעצר "אנצאר" בלבנון שבו הוחזקו עצורים לבנונים. בית המשפט
דחה את העתירה, בין היתר, לאחר שהובהר על ידי המדינה כי היא עומדת בדרישות שנקבעו
באמנה בדבר ביקורי הצלב האדום ויידוע המשפחות: "מקיימים במסגרת ההליכים
הסדירים, המתחייבים בכגון דא, מערכת קבועה של תיאום עם נציגי הצלב האדום
הבינלאומי, המקבלים רשימתם המלאה של העצורים, ואשר רשאים לפגשם בהתאם לאמור
בסעיף 143 לאמנת גינבה הרביעית." (בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון (13.7.1983)).

106. אף בעניין מעצרים של תושבי עזה במהלך מבצע "צוק איתן" הבהירה המדינה לבג"ץ, כי "לארגון הצלב האדום הבין-לאומי, שצה"ל ורשויות המדינה הרלוונטיות עומדות איתו בקשר שוטף כל העת, ובפרט מאז תחילת המבצע, יש מעמד מיוחד במשפט הבין-לאומי בסוגיה של קבלת והעברת מידע על עצורים בעימות מזוין", ומשכך "רואה המדינה בצלב האדום הבין-לאומי כגורם היחיד הרשאי לקבל מידע כללי על אודות העצורים, אף מבלי שיקבל הרשאה פרטנית לכך מטעם או מטעם קרוביהם" (בג"ץ 5243/14 המוקד להגנת הפרט נ' צבא ההגנה לישראל, פסקאות 17 ו-22 לתגובה מקדמית מטעם המדינה מיום 1.8.2014).

107. ההכרה בחובתה של ישראל ליידע את הצלב האדום וכן את משפחתו של העצור הביאה את המפקד הצבאי לעגן חובה זו בנוהל. בבג"ץ 670/89 עודא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (21.11.1989) (להלן: עניין עודא) התקשו רשויות הצבא בעמידה בחובת ההודעה, בשל אירועי האינתיפדה הראשונה. לכן הותקנו נהלים מסודרים כדי שהצו הצבאי יגשים את הוראות החוק הבינלאומי: "כדי למלא ביתר דיוק את חובת ההודעה מטעם המשיבים והבאת תוכנה לידיעת קרובי העצורים הוצאו הוראת נוהל מפורטות, שעניינן 'הודעה על מעצר למשפחות העצורים ולצלב האדום'" (פסקה 3 לפסק הדין).

108. עוד יש להדגיש, כי הדדיות אינה תנאי לקיום ההוראות ההומניטריות באמנה ואין בעובדה שצד לסכסוך מפר את הוראות האמנה כדי להתיר לצד השני להפר גם הוא את ההוראות (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999)). התבטאויות נציבת שב"ס והשר לביטחון לאומי מלמדות על כך שהחלטה על הפסקת הביקורים והעברת המידע היא סנקציה אשר הוטלה בעקבות החטיפה של 240 ילדים, נשים וגברים על ידי חמאס ומניעת גישה אליהם. אלא שהוראות אלה אינן תלויות בהדדיות, והפרתן על ידי חמאס אינה משחרר את ישראל מחובותיה.

109. החלטת המשיבים מפרה גם את האיסור על ענישה קולקטיבית המהווה איסור מנהגי של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. האיסור מעוגן בתקנה 50 לתקנות האג, בסעיף 33(1) לאמנת ג'נבה הרביעית ובסעיף 75 לפרוטוקול הראשון הנלווה לאמנה. תכליתה של הסנקציה שמהווה ענישה קולקטיבית אינה משנה. בין אם הענישה נועדה כדי להרתיע ובין אם להעניש, זוהי פגיעה בכבוד האדם ושימוש בו כאמצעי. לפי הפרשנות של הצלב האדום לסעיף 75 לפרוטוקול הנוסף, הטלת סנקציות גורפות, מכל סוג, היא ענישה קולקטיבית:

"The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise".

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. p. 874 (Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, Eds. ICRC, Geneva, 1987).

110. לפי הפרשנות, יש להבחין בין מניעה גורפת של פרווילגיות שאינן זכויות מוקנות לפי האמנה, לבין "פעולת גמול" כבענייננו שהיא שלילת זכויות המוקנות לפי האמנה, והיא ענישה קולקטיבית אסורה (ר' גם לירון א. ליבמן "האף תספה צדיק עם רשע": אמצעי ביטחון וענישה קולקטיבית" המכון הישראלי לדמוקרטיה, עמ' 32 (2019)). בעניינינו המדובר בזכויות יסוד, המעוגנות בדין מנהגי, ושלידתן גורפת, לכל הכלואים הפלסטינים, רק בשל היותם פלסטינים.

חובות המשיבים לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי

111. ישנם מספר מקורות נוספים במשפט זכויות האדם הבינלאומי שמחייבים גם הם את המשיבים להעביר מידע לצלב האדום באשר לכלואים הפלסטינים שבחזקתה וכן לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל הכלואים.

112. בשנת 1988 אימצה העצרת הכללית של האומות המאוחדות שורת עקרונות להגנה על כל אדם המצוי תחת כל סוג של משמורת (Body of Principle for the Protection of All Persons) (under Any Form of Detention or Imprisonment). כלל 16(2) קובע את זכותו של כלוא זר כי תימסר הודעה אודות מעצרו לנציג קונסולרי או לנציג של ארגון בינלאומי שהוא תחת הגנתו.

113. החובה למסור מידע אודות כלואים נובעת גם מהחובה למנוע "היעלמות כפויה" (enforced disappearances). היעלמות כפויה היא מסוג הפשעים אשר מוגדרים באמנת רומא (2002) כפשע נגד האנושות, והיא אף עוגנה באמנה של האו"ם "להגנה על כל אדם מפני היעלמויות כפויות" מ-2010. מדובר בכלל שהוכר כבעל תוקף מנהגי (כלל 98 לכללי המשפט המנהגי). מקרוב אנו מכירים את מידת האכזריות שיש בחטיפת אנשים, ובעת כתיבת שורות אלה 134 ישראלים זורים שנחטפו מישראל עודם מוחזקים בידי חמאס, בלי זכויות בסיסיות וגורלם לא נודע.

114. בפסק הדין בעניין בית הסוהר הסודי ("מתקן 1391" הצבאי) נדחתה הטענה, כי קיומו של מתקן סודי שמקום הימצאו אינו ידוע מהווה "היעלמות כפויה", וזאת מכיוון שהודעה על המעצר נמסרת לבני המשפחה ביחס לכל העצורים. עוד הודגש בפסק הדין כי הכלואים במתקן זוכים למפגשים עם הצלב האדום.

115. החובה לאפשר פיקוח חיצוני על כלואים שאינם אזרחי המדינה המחזיקה בהם נקבעה גם ב"כללי מנדלה" שמשקפים את הסטנדרטים המינימאליים החלים על כליאתו של כל אדם. סעיף 62(2) לכללים קובע:

"Prisoners who are nationals of States without diplomatic or consular representation in the country and refugees or stateless persons shall be allowed similar facilities to communicate with the diplomatic representative of the State which takes charge of their interests or any national or international authority whose task it is to protect such persons"

UN General Assembly, **United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners** (the Nelson Mandela Rules), 17.12.2015.

ההחלטה פוגעת בזכויות היסוד של הכלואים

116. הלכה פסוקה היא כי זכויות האדם של האסירים כולם – הפליליים והביטחוניים – נשמרות גם בין כתלי הכלא, להוציא אלו הנשללות באופן הכרחי מהמאסר: "התפיסה החוקתית המעגנת את זכויות האדם במעמד נורמטיבי עליון מקרינה ואוצלת גם על זכויות האדם של האסיר, ועל יכולתו לממשן במסגרת הכלא... 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**, פסקה 13 לפסק הדין (13.6.2006) (להלן: עניין דוברין)).

117. המשיבים מחויבים להבטיח את זכויות היסוד של הכלואים במשמורתם לשלמות הגוף, לחיים ולכבוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובה זו עוגנה באופן מפורש בחקיקה. ביחס לכלואים המוחזקים בשב"ס נקבע בסעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר, כי כל "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". הוראה דומה נקבעה בנוגע לעצורים בסעיף 9(א) לחוק המעצרים. הוראה זהה נקבעה גם בסעיף 10(א) לחוק הלב"חים.

118. זכויות אלה אינן מחייבות רק הימנעות מפגיעה בהן בידי רשויות הכליאה אלא הן כוללות גם את החובה והאחריות ל**נקוט בצעדים** שיבטיחו הגנה עליהן: "חוק היסוד מבחין בין החובה המוטלת שלא לפגוע בחיים, בגוף או בכבוד, לבין **החובה להגן** על החיים הגוף והכבוד... החובה השנייה היא ביטוי **לחובת הפעולה** המוטלת על הזולת "להגנה" על החיים, הגוף או הכבוד. חובה פוזיטיבית זו מכוונת לכל רשויות השלטון" (אהרן ברק, **פרשנות במשפט** כרך ג': פרשנות חוקתית, עמ' 365-366 (תשנ"ד)).

119. ביקורים של **גורם נייטרלי ועצמאי** חיוניים כדי להבטיח את השמירה על זכויות הכלואים, ולדווח לרשויות על פגיעה בהם ובתנאי כליאתם. הסיכון מפני פגיעה בזכויותיהם של אסירים פלסטינים בעת סכסוך הוא גבוה ביותר. במיוחד בתקופה שבה מתקיים סכסוך מזוין פעיל שגובה חיי אדם של חיילים ואזרחים נדרש פיקוח מוגבר על תנאי הכליאה ועל מצבם הבריאותי של הכלואים. העדויות הקשות שנאספו מאז פרוץ המלחמה באשר למצבם של האסירים הביטחוניים ובכלל זה, אלימות, העדר טיפול רפואי ויחס לא אנושי אך מחזקים מסקנה זו. די במדיניות המוצהרת של שב"ס על הגבלת תנאי הכליאה והתנועה של כלל האסירים הביטחוניים מאז פרוץ המלחמה ובנתונים באשר למותם של 8 אסירים ביטחוניים מאז פרוץ הלחימה, כדי לבסס את הצורך בפיקוח הדוק חיצוני וניטרלי.

120. אף על פי שחלק מהכלואים הפלסטינים בישראל זכאים לביקורי עורכי דין, שחלקם זכאים אף להגיש עתירות אסיר בעניין תנאי כליאתם, ושגורמים שונים רשאים לקיים ביקורים רשמיים במתקני הכליאה, אין תחליף לביקורים של גורם נייטרלי ומקצועי שמלווה ברופאים ואמון על הבטחת תנאי הכליאה ההומניטאריים של כלואים בעת סכסוך. תפקידו, סמכויותיו וניסיונו של הצלב האדום הופכים גורם זה לייחודי וחסר תחליף. פיקוח אמיתי ואפקטיבי על זכויות הכלואים הפלסטינים אפשרי רק במקרה של ביקור פיסי בתוך בתי הסוהר, בתאי הכלואים וכאשר הכלואים יכולים להתבטא ללא חשש ולהיבדק על ידי גורם חיצוני ומקצועי.

121. השלכותיה של החלטת המשיבים חמורות במיוחד ביחס לאלפי הכלואים הפלסטינים שנמצאים בניתוק מוחלט מהעולם החיצון משהם מצויים במניעת מפגש עם עורכי דין ואינם זכאים לביקורים כלשהם. כך המצב ביחס לאלפי הכלואים מעזה (למעט במקרים בודדים שמניעת המפגש הוסרה), ורבים מהעצורים מהגדה המערבית שמצויים גם הם במניעת מפגש עם עורך דין.

122. על חשיבות ביקורי הצלב האדום אצל כלואים ניתן ללמוד מפסק הדין בבג"ץ 253/88 **סג'דיה נ' שר הביטחון** (8.11.1988), שעסק בתנאי החזקת עצורים במתקן קציעות. השופטים שביקרו

במתקן המעצר נתקלו בתלונות "בדבר עלבונות ופגיעה בגופם ובכבודם מצד אחדים מהסוהרים ומאת אנשי צבא, שליוו אותם למחנה המעצר". בית המשפט דחה את העתירה, בין היתר, לאחר שהתברר כי ניתנת לכלואים אפשרות לפגוש את נציגי הצלב האדום:

"ניתנות הזדמנויות נוחות ותכופות לכל עציר להיפגש עם נציגי הצלב האדום ולהביא לפנייהם תלונות בכל נושא המעיק עליהם. שלטונות הצבא בכלל ומפקדי בית המעצר בפרט מקיימים מגעים מתמידים עם נציגי הצלב האדום, וכל תלונה וכל הצעה נבדקות ברוח אוהדת." (פסקה 9 לפסק דינו של השופט בך).

123. כך גם טענה המדינה בבג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403 (2002) שעסק בתנאי המעצר במתקן קציעות, בו שוכנו קרוב לאלף עצורים מנהליים. לטענת המדינה, ביקורי הצלב האדום במקום, וכן אביזרי ההפעלה והפנאי שסופקו על ידי הארגון, הינם חלק מרשימת האינדיקציות לכך שתנאי החיים במתקן אינם בלתי סבירים, ואף ראיה למאמצי המדינה לשפרם (שם, בעמ' 409).

124. כך גם בתגובה לעתירה שעסקה בתנאי הכליאה הקשים שדווחו בכלא עופר במהלך מבצע "חומת מגן", אז הבהירה המדינה בתגובתה, כי "נציגי הצלב האדום מבקרים במתקן באופן חופשי, ובכך מתאפשר לגורם חיצוני בינלאומי לפקח על הנעשה במתקן" (עניין מתקן עופר, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק).

125. באשר לחובה למסור לצלב האדום מידע בנוגע לכלואים המוחזקים במשמורת, גם זו נועדה לממש את זכותו של אדם לכבוד ולהבטיח את חירותו ובריאותו. הצלב האדום שימש כגורם המרכזי למסירת מידע למשפחות הכלואים הפלסטינים ולהעברת מידע בדבר מקום הימצאם ומצבם הבריאותי. מאז פרוץ המלחמה נותק הקשר בין העצורים לבין בני משפחותיהם, ואלפי עצורים פלסטינים "נעלמו" מבלי שנמסר מידע לבני משפחותיהם. הפסיקה הכירה במעמד החוקתי של חובת היידוע:

"חובת הודעה זו הינה פועל יוצא מזכות יסוד הנתונה לאדם שנעצר כדת וכדין על ידי השלטונות המוסמכים, שאלה יביאו את דבר מעצרו ומקום מעצרו לידיעת קרוביו, למען יידעו מה עלה בגורלו של קרובם העצור וכיצד ניתן להושיט לו את העזרה הדרושה לו כדי להגן על חירותו. זכות זו, זכות טבעית היא, ונגזרת היא מכבוד האדם ומעקרונות הצדק הכלליים, ונתונה היא הן לעצור עצמו והן לקרוביו" (עניין עודא, פסקה 3 לפסק הדין. וראו גם ההכרה בחובה זו בעניין בית הסוהר הסודי, פסקה 22 לפסק הדין).

126. חובה זו אף מעוגנת בחקיקה ביחס לכלל סוגי הכלואים המוחזקים במשמורת: בסעיף 33א לחוק המעצרים נקבע כי "תימסר ללא דיחוי הודעה על מעצרו ועל מקום הימצאו" והוראה דומה נקבעה בסעיף 78א לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970. בנוסף, מכוח הוראת סעיף 1ג) לחוק המעצרים חלה חובת ההודעה על כל מעצר מכוח הדין הישראלי ובכלל זה על כליאתם של לב"חים: "הוראות חוק זה יחולו על מעצר... לפי כל חוק, אלא אם כן נקבעו בחוק הוראות אחרות".

127. בנוסף, החלטתם הגורפת של המשיבים פוגעת בכבודם של הכלואים הפלסטינים משהיא מבטאת התייחסות לאסירים כאמצעי בלבד – בין אם לצורך הפעלת לחץ להשגת תכליות

חיזונית להם, ובין אם כנקמה על פעולות של אחרים. התייחסות זו אל אסיר כאמצעי בלבד פוגעת בזכותו לכבוד ונפסלה בפסיקה כבלתי חוקתית: "כאשר מתייחסים אל האדם, לא כאל 'תכלית' כשלעצמה' אלא כאל 'אמצעי בלבד' פוגעים בערך של כבוד האדם... ההכרה באדם כמטרה ולא כאמצעי קשורה ב'יקשר ענייני הדוק' לכבוד האדם כחלק מ'מודל הביניים בפרשנות הזכות החוקתית לכבוד האדם'" (בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת נאור (19.11.2009)).

128. גם אם תכלית הסנקציות הינה הפעלת לחץ על חמאס להשבת החטופים, הרי שהטלת ענישה קולקטיבית לצורך קידום תכלית זו היא פסולה: "הגם שאין חולק כי ממשלת ישראל רשאית לנקוט את מירב האמצעים כדי לקדם את השבתם של שבויים ונעדרים ישראלים המוחזקים על ידי ארגון החמאס; וכי מדובר בתכלית ראויה שיש לחתור ללא לאות להגשמתה... שומה עלינו לזכור את העיקרון שלפיו 'איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת'..." (בג"ץ 5693/18 **ציאם נ' ראש הממשלה** (26.8.2018)).

129. עוד נקבע בפסיקה, כי שלילת זכויות מאסירים לצורך ענישתם אסורה: "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. טעמים של הוקעת שפלות מעשי העבירה שביצע אינם מספקים היתר לכך. תחושות סלידתו של הציבור מעברייני... גם הן אין בכוחן להשפיע, כשלעצמן, על היקף זכויות האדם הנתונות לו בכלא, ועל אופי ההגבלות המותרות לגביהן. **מושכלות יסוד של מוסר הציבורי, ותחושת נקם המפעמת בחלק מן הציבור כלפי אסיר זה או אחר, אינם בגדר שיקול רלבנטי או תכלית ראויה למנוע ממנו את מימוש זכות האדם להורות הנתונה לו...**" (בעניין **דוברין**, פסקה 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (ההדגשה הוספה)).

130. אכן, ככלל, מדינת ישראל אינה מתכחשת לחובתה למסור מידע ולאפשר לנציגי הצלב האדום לבקר כלואים פלסטינים. יוצאת מן הכלל היתה פרשת **עובייד**. אז, סירבה המדינה להתיר לדיראני ולעובייד, שני אזרחים לבנונים שהוחזקו במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח", להיפגש עם הצלב האדום. המניעה הוטלה לצורך הפעלת לחץ על חיזבאללה למסור מידע על הנווט החטוף רון ארד וחיילים ישראלים נוספים שהוחזקו בידי חיזבאללה. שם, בניגוד לענייננו, איסור המפגש עם הצלב האדום הוטל על שני עצורים ספציפיים שנחשדו במעורבות בחטיפה ובהחזקת מידע בנוגע למקום הימצאות החטופים. בנוסף, בניגוד לענייננו, המדינה הדגישה בתגובותיה לבית המשפט, כי חרף מניעת מפגשם של העותרים שם עם ארגון הצלב האדום, הם לא היו מנותקים מהעולם החיצוני: סיפורם סוקר בתקשורת, הם נפגשו באופן סדיר עם עורך דינם וזכו לפנות לבית המשפט בעניינם. דהיינו, הובהר ברבים כי שלומם תקין וכי הם מצויים בקו הבריאות. משכך, טענה המדינה כי "בנסיבות אלה חשיבות התרת קיומם של ביקורי הצלב האדום אצל העותרים הינה פחותה בהרבה לעומת מצב, שבו **אין מאפשרים כל הצעדים הללו לאנשים המוחזקים במעצר**" (עניין עובייד, פסקה 5 (ההדגשה הוספה)).

131. בהקשר זה יזכר, כי חרף המנגנונים שהמדינה מנתה בעניין **עובייד** כמנגנוני ביקורת מספקים בהיעדר ביקורי הצלב האדום, ולמרות האינטרס הביטחוני, בית המשפט קיבל את העתירה והורה למדינה להתיר את מפגשם של שני העצורים עם הצלב האדום, בין היתר, בשל הימשכות המניעה. יפים לענייננו דבריו של הנשיא ברק:

"ישאל השואל: וכי זכאים הם העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים? חברים הם בארגוני טרור שההומניות מהם והלאה ושפגיעות באנשים חפים מפשע הן לחם חוקם. האם ראויים העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים, שעה שחיילים ואזרחים ישראלים מוחזקים בידי ארגונים שאליהם משתייכים העותרים, ואלה אינם שוקלים כלל שיקולים הומניטריים ומסרבים למסור כל מידע על אנשינו המוחזקים בידם? על שאלות אלה תשובתנו היא זו: **מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו. מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרונו שלנו.**" (פסקה 8 לפסק הדין, ההפניות הוסרו).

132. לסיכום, ההחלטה על מניעת ביקורי הצלב האדום והפסקת מסירת המידע לידי הצלב פוגעת בזכויות האדם של הכלואים והיא אינה משרתת תכלית מותרת. שלילה גורפת של זכויות אדם לצורך נקמה או כאמצעי מיקוח אינה לגיטימית.

החלטה נטולת סמכות

133. אין עוררין שבידי המשיבים שיקול דעת רחב בבואם להסדיר את תנאי הכליאה של הנתונים במשמורת, ולקבוע כללים והגבלות בהתאם למצב הביטחוני. אלא שבדומה לכל רשות, הם אינם רשאים לפעול אלא במסגרת הסמכות המוקנית להם בחוק. ההוראות המנהגיות שלעיל מחייבות את המשיבים ונקלטות באופן אוטומטי למשפט הפנימי, בין אם מדינה שותפה להסכמים ובין אם לא, אלא אם קיימת חקיקה ראשית מדינתית סותרת. יודגש, כי העובדה שהמחוקק הישראלי לא אימץ באופן מפורש הוראות מנהגיות לתוך הדין הפנימי אינה מורידה מתחולתן ומתוקפן (בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון** (5.4.1983)). בענייננו לא קיימת חקיקה פנימית סותרת שמאפשרת למשיבים למנוע את ביקורי הצלב האדום באופן גורף מכל האסירים הפלסטינים בכל מתקני הכליאה.

134. בנוסף, הפגיעה בזכויות האדם של האסירים הפלסטינים כתוצאה ממניעת ביקורי נציגי הצלב האדום היא חמורה וממשית וזאת במיוחד על רקע העדויות המדאיגות העולות ממתקני המעצר והכליאה השונים וממקרי המוות של אסירים ועצורים ביטחוניים מאז פרוץ המלחמה. מניעת מפגשם של האסירים עם הצלב האדום והפסקת מסירת מידע לארגון מחייבת סמכות ברורה, חד משמעית ומפורשת בחוק. בהעדר כל מקור חוקי שמתיר זאת, מדובר בהחלטה נטולת סמכות המנוגדת לעקרון חוקיות המנהל.

135. באשר לכלואים מעזה שמוחזקים מכוח חוק הלב"חים, ומשמדובר בקטגוריה מיוחדת שחורגת מהאבחנה הדיכוטומית שנקבעה באמנות ג'נבה (בין אזרחים לבין לוחמים), הזכות לביקורי הצלב האדום הוסדרה באופן מפורש בתקנה 12 לתקנות כליאתם של לוחמים בלתי

חוקיים (תנאי כליאה), התשס"ב-2002. על פי תקנה 12(ב), שר הביטחון רשאי לאסור ביקור של נציגי הצלב האדום אצל **כלוא ספציפי** בלבד **למשך שלושה חודשים**, וזאת "אם שוכנע כי הדבר **יסקן את ביטחון המדינה**". משמעות הדבר, כי החוק אינו מסמיך את השר לקבל החלטה גורפת האוסרת על ביקורי הצלב האדום אצל כל הכלואים הפלסטינים לזמן בלתי מוגבל כבענייננו.

136. באשר לכלואים המוחזקים בשב"ס, אין חקיקה המאפשרת את מניעת ביקורי הצלב האדום אצל הכלואים. פקודת בתי הסוהר מסמיכה אמנם את רשויות הכליאה לשלול מאסירים טובות הנאה מסוימות, ובכלל זה ביקורי משפחות, אלא שסמכות זו נוגעת רק לטובות הנאה ואין היא חלה על זכויות המוקנות לאסירים – אלה ניתנות לשלילה רק כשהדבר נקבע מפורשות בחוק (כגון פגישה עם עורך דין (סעיף 45 לפקודה) או כניסה של כהני דת לבקר אסירים (סעיף 49 לפקודה)) (רע"ב 6956/09 יונס נ' **שירות בתי הסוהר**, פסקאות 45-47 לפסק הדין (7.10.2010)).

137. תקנות בתי הסוהר מסדירות את סמכות שב"ס למנוע כניסה של מבקר ספציפי או למנוע ביקורים מאסיר ספציפי, כאשר עולה חשד לפגיעה בביטחון. תקנה 30(ב) מקנה למנהל בית הסוהר את הסמכות לאסור "בהחלטה מנומקת ובכתב" כניסה של **מבקר מסוים** לבית הסוהר, "אם יש לו יסוד סביר לחשוד שביקורו של אותו אדם יגרום לפגיעה בביטחון המדינה, בביטחון הציבור או בסדר הטוב והמשמעת של בית הסוהר". בנוסף מסמיכות התקנות את נציב שב"ס להורות על מניעת ביקורים אצל אסיר למשך עד שלושה חודשים (עם אפשרות להארכה), כאשר יש "יסוד סביר לחשוד כי **האסיר עלול לנצל ביקורים** לשם פעילות, שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור". תקנות אלה אינן רלוונטיות לענייננו שכן הן נועדו להסדיר מניעה פרטנית לגבי אסיר או מבקר מסוימים, וכאשר קיים חשד שהביקורים ינוצלו לרעה.

138. באשר לעצורים ביטחוניים המוחזקים מכוח החוק הישראלי, החוק מעגן את זכותם "לקבל מבקרים", ובאשר לעצורים שטרם הוגש נגדם כתב אישום, קבלת ביקורים מותנית באישור הממונה על החקירה "שאינ בכך כדי לפגוע בחקירה" (סעיף 9(ב)(6) לחוק המעצרים). משמעות הדבר, כי גם חוק זה אינו מסמיך את המשיבים לשלול ביקורים באופן גורף.

139. הזכות לקבל ביקורי הצלב האדום אצל כלל הכלואים הפלסטינים במתקני הכליאה של שב"ס מעוגנת, כאמור, גם בפקודת נציבות שב"ס הקובעת, כי "כלוא יורשה לקבל מבקרים כמפורט להלן: א. נציבי ארגון הצלב האדום הבינלאומי" (פקודת נציבות "ביקורי הצלב האדום הבינלאומי בבתי הסוהר" מס' 03.12.00, סעיף 16 (תאריך עדכון אחרון 08.12.2020)). על פי הפקודה נציגי הצלב האדום רשאים לבקר את כל סוגי העצורים והאסירים הפלסטינים מרצועת עזה, מהגדה, מרמת הגולן וממזרח ירושלים: עצורים ביטחוניים, עצורים עד תום ההליכים, עצורים מנהליים, לוחמים בלתי חוקיים, וכן שפוטים. אף עצורים ביטחוניים המצויים בעת חקירה רשאים לאחר 14 יום לקבל ביקורים של הצלב האדום. יצוין, כי אין בפקודת הנציבות כל חריג או תנאי לקיום הביקורים.

140. נוסף לאמור לעיל, אין אף מקור חוק המתיר למשיבים להימנע ממסירת מידע למשפחות הכלואים – חובה שהתבצעה באמצעות הצלב האדום והופסקה מאז פרוץ המלחמה.

141. בהתאם לאמור, מניעת מפגשי הצלב האדום עם כלל האסירים הפלסטינים מהווה חריגה חמורה מעקרון חוקיות המנהל, וזאת בהיעדר חקיקה ראשית מובהקת המתירה זאת.

פגמים בשיקול הדעת – החלטה שרירותית, נגועה בשיקולים זרים, בלתי מידתית ובלתי סבירה

142. למעלה מן הצורך ייטענו העותרים, כי אפילו היתה ההחלטה על מניעת מפגשי האסירים עם הצלב האדום והפסקת העברת המידע לארגון בסמכות (ולא היא) הרי שהיא שרירותית, נגועה בשיקולים זרים, בלתי מידתית ובלתי סבירה.

143. סוגיית הגבלת הקשר של אסירים ביטחוניים עם אנשים מחוץ לבית הסוהר נדונה בעבר מספר פעמים, ונקבע כי הסדרים הנוגעים לנגישותם של אסירים אלה עם העולם החיצון חייבים להיות ענייניים, סבירים ומידתיים – כנדרש מכל החלטה מנהלית. בעניין זה נקבע, כי "...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, פ"ד נ(4) 492, 501 (1996)).

144. יוזכר: שיקול ענייני הינו שיקול רלוונטי להחלטה המנהלית המצוי במסגרת סמכותה של הרשות; אין הרשות מורשית להתחשב בשיקולים אחרים, גם אם סבורה בתום לב שישרתו את האינטרס הציבורי (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3493-3495 (2020)).

145. בעניינינו, החלת מניעת המפגש עם הצלב האדום על כלל האסירים הפלסטינים יחד עם התבטאויות השר לביטחון לאומי ונציבת שב"ס לשעבר מצביעות על שרירותיות והסתמכות על שיקולים לא ענייניים. בנוסף, גם אופן מסירת ההחלטה לידיעת הציבור, בהודעות יחסי ציבור מטעם המשיבים, בפרסום פנייה דיסקרטית של ארגון בינלאומי ובהודעת ניצחון על היועצת המשפטית לממשלה, עלולים להעיד ששיקולי פופולריות תפסו את מקומן של זכויות האדם הנפגעות ושל חובותיה של ישראל.

146. גורפות ההחלטה – בבחינת התועלת הספקולטיבית והבלתי מוכחת להשפיע כך על חמאס לעומת הנזק הברור לזכויות האדם של הכלואים – מעידה על חוסר מידתיות וחוסר סבירות מובהקים מצד המשיבים.

147. חשיבותן ההומניטרית והחוקתית של פגישות האסירים הפלסטינים עם ארגון הצלב האדום היא ללא ספק "ברורה וחזקה", מכל הסיבות הרבות שתוארו לעיל. מנגד, גם לו היה די בתכלית של יצירת לחץ על חמאס כדי להביא לשלילה כה גורפת של זכויות, הרי שלאחר שהמדיניות הזו מופעלת משך ארבעה חודשים, לא נראה שיש סיבה לחשוב שמניעת הגישה של נציגי הצלב האדום לכלואים פלסטינים מעודדת את חמאס להתיר ביקורים כאלה אצל החטופים. נכון הדבר גם לעניין תנאי הכליאה הקשים, אשר גם מהם לא נראה על פניו שצומחת לחטופים טובה כלשהי. שיקולים אחרים, הנוגעים לרצון הציבורי לנקום ולהעניש את האסירים או להיותם של האסירים "קלפי מיקוח" בעסקת החטופים הם, כאמור, שיקולים שאינם ענייניים שאין לשקול אותם בבחינת האיזון בין האינטרס ההומניטרי לאינטרס הביטחוני, או בכלל.

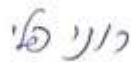
148. המשיבים לא נתנו משקל לשיקול ההומניטרי הכבד שנובע הן מחשיבות ביקורי הצלב האדום למימוש זכויות האדם הבסיסיות ביותר של הכלואים. יתרה מכך, לא נראה כי המשיבים שקלו את חובתם כלפי האוכלוסייה המוגנת, שעל ביטחונה ורווחתה הם אמונים. במקום זאת, נתנו משקל אדיר לשיקולי נקם וענישה שאין לשקול במסגרת החלטות מנהליות. לכן, שיקול הדעת שהפעילו המשיבים חוטא לכללי המשפט המינהלי, ובהתאם החלטתם בלתי חוקית, אפילו היתה בסמכות.

בשל כל אלה, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי כמבוקש, לקבוע את העתירה לדיון דחוף, ועם קבלת תשובת המשיבים להפוך את הצו למוחלט.

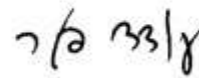
22 בפברואר 2024



אן סוצ'יו, עו"ד



רוני פלי, עו"ד



עודד פלר, עו"ד

ב"כ העותרים