



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1537/24

לפני :

כבוד הנשיא יצחק עמית
כבוד המשנה לנשיא נעם סולברג
כבוד השופטת דפנה ברק-ארז

העותרים :

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

נגד

המשיבים :

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

המבקשים להצטרף 1 :

איציק בונצל ו-30 אחרים

המבקשים להצטרף 2 :

שורת הדין ו-8 אח'

התנגדות לצו על-תנאי

תאריכי ישיבות :

ו' תמוז תשפ"ה (2 יולי 2025)
כ"ד אב תשפ"ה (18 אוגוסט 2025)
ז' חשוון תשפ"ו (29 אוקטובר 2025)

בשם העותרים :

עו"ד עודד פלר

בשם המשיבים :

עו"ד רן רוזנברג

בשם המבקשים להצטרף 1 :

עו"ד יהודה פואה

בשם המבקשים להצטרף 2 :

עו"ד אבי גז

פסק-דין

השופטת דפנה ברק-ארז:

1. מאז פרוץ המלחמה ביום ה-7 באוקטובר 2023 הוחל איסור גורף על ביקורים של נציגי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (להלן: הצלב האדום) אצל אסירים ביטחוניים. לצד זאת הוחל איסור נלווה על העברת מידע לנציגי הצלב האדום ביחס לאותם אסירים. האם אסורים אלה עומדים בדרישות הדין? זוהי השאלה שבה נדרשנו להכריע.

2. ראוי לומר כבר עתה: ההתדיינות בתיק זה הייתה חריגה באופייה. מעבר לכך שהעתירה עוסקת בנושא רגיש, ולא כל שכן בימי המלחמה הקשים שידענו – לאורך התקופה שבמהלכה היה התיק תלוי ועומד, במשך למעלה משנתיים, הגישה המדינה באופן חוזר ונשנה עשרות בקשות למתן ארכה. אלה נסבו בשלבים מוקדמים על הגשת התגובה המקדמית (שמעולם לא הוגשה), ובהמשך גם על הגשתם של כתב התשובה ושל הודעות משלימות. בתוך כך הוגשו גם בקשות מרובות לדחיית הדיונים שנקבעו. בהחלטות שניתנו בעניין, וכן בדיונים במעמד צד אחד שהתקיימו לצורך הכרעה בבקשות הארכה, חברי ההרכב הביעו לא אחת את מורת רוחם ממצב הדברים שנוצר. למותר לציין כי העותרים התנגדו בעקביות לבקשות שהוגשו.

3. התנהלות יוצאת דופן זו, שבגדרה ניתנו למדינה הזדמנויות רבות מספור להציג את עמדתה, הביאה להתמשכות ניכרת של ההליך. אף על פי כן, לבסוף נמצאנו עומדים בפני שוקת שבורה. עמדה סדורה, מנומקת ומפורטת מטעם המדינה ביחס לתשתית המשפטית החולשת על הסוגיה שבפנינו – אין. אף התמונה העובדתית נותרה מעורפלת בחלקה. חלוף הזמן הביא עמו גם שינויי נסיבות משמעותיים – ובראשם השלמת התהליך של החזרת החטופים ארצה, נושא שחזר ועלה כרלוונטי למדיניות שהונהגה. אולם, המדינה דבקה במחדלה, חרף הפצרות חוזרות ונשנות מבית משפט זה.

4. זוהי אפוא נקודת המוצא, העגומה למדי, שממנה התחילה כתיבתו של פסק דין זה. אכן, נסיבות השעה הן קשות. אולם, בית המשפט הביא אותן בחשבון וגילה אורך רוח רב. חיכינו עד בוש.

5. ועוד הערה שראוי להקדים ולציין: לאחר שהשלמתי את כתיבת הדברים עד תומם והעברתי את הנוסח לחבריי – ביום 8.5.2026 התקבלה הודעה מעדכנת מטעם המדינה, בעלת אופי קצר ותמציתי. כפי שעוד יפורט, הודעה זו כללה צמצום מסוים של היקף

האיסור שעליו נסבה העתירה, אך מנקודת מבטי – כזה שלא נותן מענה לטענות שמובאות בעתירה. אתייחס להתפתחות זו לקראת סוף דבריי.

רקע ביחס לאוכלוסיית האסירים הביטחוניים

6. בפתח הדברים יש להבהיר כי כתב העתירה נסב על אסירים ועצורים פלסטינים מאזור יהודה ושומרון ומרצועת עזה המוחזקים במשמורת של שירות בתי הסוהר (להלן: שב"ס) או של צה"ל. בהתאם לכך גם הצו על-תנאי הוצא ביחס לאוכלוסייה האמורה. זאת, הגם שאוכלוסיית האסירים שלגביה הוחלו האיסורים הנוגעים לצלב האדום היא כנראה רחבה יותר וכוללת לכאורה גם אסירים פליליים וכן אזרחים ותושבים ישראלים. מכל מקום, הדיון הנוכחי מוגבל לאסירים שאליהם נדרשו כתבי הטענות, ובהתאמה המונח אסירים ביטחוניים יתייחס אליהם בלבד.

7. בהמשך לאמור, ראוי להציג בקצרה את התשתית המשפטית להחזקתם של אסירים ביטחוניים בידי הרשויות בישראל. חלקם מוחזקים במתקני שב"ס הפועלים מכוח פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר), וחלקם מוחזקים במתקנים המופעלים על-ידי צה"ל מכוח דברי חקיקה אחרים ותחיקת הביטחון באזור (ראו בהקשר זה: בג"ץ 2690/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.3.2010) (להלן: עניין המתקנים בשטח ישראל)). האסירים הביטחוניים נבדלים זה מזה במצבם המשפטי.

8. מסלול אחד להחזקתם של אסירים ביטחוניים הוא המסלול הפלילי – בין כמי שמרצים עונשים שהוטלו עליהם בגזרי דין ובין כמי שעצורים על-פי סדרי הדין הפליליים. אלה מוחזקים ככלל בידי שב"ס. סעיף 1 לפקודת בתי הסוהר קובע באופן רחב כי אסיר הוא "הנתון כדין במשמורת בית סוהר", ועל בסיס זה פקודת נציבות מס' 04.05.00 "תהליך הגדרת אסיר ביטחוני" (16.7.2025) מגדירה את הקריטריונים לסיווגו של אסיר כאסיר ביטחוני. בתמצית, מדובר במי שנחשד, הואשם או הורשע בעבירות ביטחון או טרור (ראו בהקשר זה: רע"ב 4779/17 אבו-צעלוק נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (22.3.2020); בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 25 לפסק דינו של השופט ד' מינץ (8.7.2021) (בדעת מיעוט, אך לא לעניין זה – ד' ב' א')). במאמר מוסגר יוער כי המסלול הפלילי חל גם ביחס למי שההליכים בעניינו מתקיימים בהתאם לחקיקת הביטחון באזור.

9. מסלול שני הוא זה של המעצר המינהלי. אשר לאזרחים ותושבים ישראלים, המקור לכך בדין הוא חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979. לעומת זאת, מעצרים המינהלי של תושבים פלסטינים מאזור יהודה ושומרון נעשה מכוח דיני האזור, ובפרט מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009. יצוין כי בהתאם לסעיף 286 לצו זה – ניתן להחזיק עצור מינהלי במתקן מעצר או כליאה לפי תחיקת הביטחון באזור, בבית סוהר המופעל על-ידי שב"ס או בבית סוהר צבאי הפועל לפי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

10. מסלול שלישי הוא זה של כלואים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: חוק לוחמים בלתי חוקיים). סעיף 1 לו מצהיר כי "חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי". בהמשך לכך, סעיף 2 לחוק זה מגדיר לוחם בלתי חוקי כ"אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה" (ראו גם: דברי ההסבר להצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, התש"ס-2000). במאמר מוסגר יצוין כי האמנה הנזכרת, הידועה כאמנת ג'נבה השלישית, אינה חלה על האסירים הביטחוניים שעניינם נדון כאן – בין משום שלא פעלו במסגרת צבאית סדירה ובהקשרי לחימה במוכן הצר ובין משום שפעלו תוך הפרתם של דיני המלחמה ומנהגיה ולא עמדו בכללים המזכים אותם במעמד של שבויי מלחמה (ראו: בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188, 191 (2000); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 554-555 (2006) (להלן: עניין הסיכולים הממוקדים)). מכל מקום, במישור המעשי, חוק לוחמים בלתי חוקיים רלוונטי לכלואים שהם תושבי רצועת עזה. בהתאם להגדרת "מקום כליאה" בחוק זה, ניתן להחזיק כלואים מכוחו הן בידי שב"ס והן בידי צה"ל.

11. אלה הם האסירים הביטחוניים הרלוונטיים לענייננו. חשוב להקדים ולהדגיש כי פסק דיננו נסב אפוא על אוכלוסייה רחבה של אסירים ועצורים. חלק גדול מהם מוחזקים בבתי כלא ישראלים ללא קשר ישיר למלחמה שפרצה ביום ה-7 באוקטובר 2023

(וממילא אף מבלי שנטלו חלק באירועים הקשים של אותו היום) – הגם ששינוי המדיניות העומד במרכז פסק דיננו התרחש זמן קצר לאחר מכן.

פעילות הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים

12. המדיניות המאפשרת את פעילותו של הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים הונהגה כבר בסמוך לאחר תום מלחמת ששת הימים בשנת 1967 ונשמרה מאז בעקביות. זאת, הן באשר לביקורים והן באשר למסירת מידע בסיסי בעניינם של האסירים. בהקשר זה הפנו העותרים, בין השאר, למכתבו של ראש ענף ממשל צבאי בצה"ל מיום 20.2.1968 שנשלח גם לנציבות שב"ס (נספח 1 לעתירה), שנשא את הכותרת "ביקור נציגי הצלב האדום במתקני עצירה". במכתב צוין כך:

"להלן הבהרה והשלמה... לאמור בסעיף 143 מאמנת ג'נבה 4:
א. בעת ביקורם בבית סוהר או מתקן עצירה יהיו נציגי הצלב האדום רשאים לפגוש ולשוחח בחופשיות וללא הגבלה עם כל העצירים, בתנאי שהדבר נעשה יחד עם קצין מלווה.
ב. נציגי הצלב האדום יהיו רשאים לבקש פגישה ביחידות, ושיחה חופשית, ללא נוכחות מלווה (אלא אם יבקשו מתורגמן ביזמתם) עם כל אחד מן העצירים הנלא ברור] או העצורים במעצר מינהלי.
ג. שלטונות מתקן העצירה רשאים למנוע פגישה ללא נוכחות מלווה עם עציר הנמצא עדין בשלבי החקירה, לפני משפט" (ההדגשות במקור).

כבר עתה יצוין כי המדיניות האמורה, בכל הנוגע לביקורי הצלב האדום ולמסירת מידע אליו כאחד, עוגנה בשנת 2002 בפקודת נציבות שב"ס מס' 03.12.00 הנושאת את הכותרת "ביקורי הצלב האדום הבינלאומי בבתי הסוהר" (להלן: פקודת הצלב האדום). הוראותיה של פקודה זו יוצגו בהמשך הדברים.

13. עם פרוץ המלחמה חל שינוי בפרקטיקה האמורה, וביקורי הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים, כמו גם מסירת מידע בעניינם – הופסקו לחלוטין. תחילה, לא התפרסמה כל החלטה רשמית ולא ניתנו הסברים בעניין (אם כי אמירות של השר לביטחון לאומי שפורסמו ברשתות החברתיות ובתקשורת התייחסו לסוגיה).

14. בסמוך לאחר מכן הוכרז "מצב חירום כליאתי", באופן שגרר שינויים שונים בתנאי ההחזקה של אסירים ביטחוניים (ראו בהקשר זה: בג"ץ 7650/23 האגודה לזכויות

האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי, פסקאות 2-3 (30.10.2023)). כמו כן, ביום 16.10.2023 יצאה פקודת נציבות שב"ס שעניינה "הוראת שעה – צמצום פעילויות שגרה בעת מלחמה" (להלן: הוראת שעה צמצום פעילויות), אשר בה נקבע בכלליות כי "על אף האמור בכל פקודת נציבות יצומצמו למינימום ו/או יבוטלו כלל פעילויות השגרה המתקיימות בזמן שגרה בבתי הסוהר, בכפוף להוראות הדין". הוראת שעה זו הוראה ועודכנה מעת לעת, כאשר החל מיום 8.5.2025 הובהר בה כי "לעניין הוראת שעה זו, פעילויות שגרה – כל פעילות או טובת הנאה הקבועה בפקודות נציבות שאין יסודה בזכויות המוקנות לאסיר". נכון לעת הזו, תוקפה העדכני של הוראת השעה הוא עד ליום 14.6.2026. כפי שיובהר בהמשך, נטען בפנינו כי הוראה זו משעה אף את ההסדר הנוגע לפעילותו של הצלב האדום.

15. ביום 30.10.2023 הצלב האדום פנה לנציבת שב"ס באותה עת, שמחליפה הוא המשיב 6, בבקשה לחזור ולאפשר את גישתו לאסירים הביטחוניים במתקני שב"ס. למחרת היום השיבה נציבת שב"ס לפניה זו בשלילה. תשובתה לא הונחה על שולחננו בהליך הנוכחי, ועל כך ניתן להצטער, אך ניתן להבין כי השינוי הוסבר על רקע האירועים שפקדו את מדינת ישראל, וכן בקושי ביצירת סידורי אבטחה מתאימים. מצב דברים זה עומד בעינו אף כעת, והוא הניצב ביסוד ההליך שבפנינו.

השלבים שקדמו להגשת העתירה

16. ביום 2.11.2023 האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא העותרת 1, פנתה לפרקליטה הצבאית הראשית דאז, שצוינה בעתירה כמשיבה 3, והעלתה טענות שעניינן יחס לא תקין לכלואים מרצועת עזה המוחזקים במחנה "שדה תימן". במסגרת פנייה זו התבקש לאפשר לנציגי הצלב האדום גישה מידית לכלואים אלה.

17. ביום 5.12.2023 פנו ארגוני זכויות אדם, וביניהם חלק מהעותרים דכאן, ליועצת המשפטית לממשלה, המשיבה 4, ולנציבת שב"ס. פניה זו נסבה על טענות לאלימות שהופעלה כלפי אסירים ביטחוניים בתקופת המלחמה. בתוך כך חזרה ועלתה הדרישה לחדש את ביקוריהם של נציגי הצלב האדום בבתי הסוהר.

18. ביום 31.12.2023 פנו העותרים פעם נוספת ליועצת המשפטית לממשלה ולפרקליטה הצבאית הראשית בדרישה לאפשר את ביקור נציגי הצלב האדום אצל אסירים

ביטחוניים ואת מסירת המידע הנוגע להם. פניית תזכורת נשלחה גם ביום 30.1.2024. עד למועד הגשת העתירה ביום 22.2.2024 לא התקבל מענה לפניות אלה.

עיקרי הטענות בעתירה

19. העתירה, שהוגשה על-ידי ארבעה ארגוני זכויות אדם, מכוונת נגד המדיניות הגורפת האוסרת על פעילותו של הצלב האדום בעניינם של אסירים ביטחוניים המוחזקים על-ידי שב"ס וצה"ל – הן בהיבט של ביקורים והן בהיבט של דיווח ומסירת מידע.

20. בעתירה מצוין כי הצלב האדום הוא ארגון בינלאומי ניטרלי ובלתי תלוי, שנדבך חשוב בפעילותו נוגע למי שנכלאו על רקע סכסוך מזוין. תפקידו בהקשר זה, לפי האמור בעתירה, הוא לשמור על שלמותם הפיזית והנפשית של העצורים, למנוע התעללות בהם ולהבטיח תנאים הוגנים העומדים בסטנדרטים הבינלאומיים. לשיטת העותרים, כך עושה הצלב האדום בכ-100 מדינות ברחבי העולם, שעד לאחרונה גם מדינת ישראל נמנתה עמן. העותרים מדגישים כי במשך עשרות שנים אפשרה המדינה באופן שגרתי ביקורים של נציגי הצלב האדום במתקנים שבהם מוחזקים אסירים ביטחוניים, וכי חובתה לעשות כן – שמומשה באופן רציף ומעולם לא הייתה שנויה במחלוקת – מעוגנת במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי כאחד. עוד טוענים העותרים כי זה עשורים רבים שהרשויות בישראל מעבירות באופן שוטף לידי הצלב האדום מידע על כל פלסטיני שנעצר, לרבות פרטים בדבר מקום כליאתו, הן ביחס לאזור יהודה ושומרון והן ביחס לרצועת עזה. העותרים מוסיפים ומדגישים כי אף בתקופת הקורונה, שבמהלכה נאסרה כניסתם של גורמי חוץ למתקני מעצר וכליאה, הוחרגו נציגי הצלב האדום מההגבלות והותר להם לקיים ביקורים כסדרם (כאמור בתקנה 6(ב) לתקנות שעת חירום) מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי הסוהר), התש"ף-2020 וכן בסעיף 5(ב) לצו בדבר מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ומתקני כליאה (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1831), התש"ף-2020)).

21. העותרים מוסיפים וטוענים כי החל מיום ה-7 באוקטובר 2023 חלה הרעה משמעותית בתנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים במתקני שב"ס, באופן שמגביר אף יותר מהרגיל את הצורך בביקורים מטעם הצלב האדום. כן נטען כי בתקופה זו אסירים ביטחוניים רבים שנעצרו ברצועת עזה ונכלאו כלוחמים בלתי חוקיים, מוחזקים במתקני צה"ל, כפופים למניעת מפגש עם עורכי דינם ומנותקים מהעולם החיצון לחלוטין – כך שביקורי הצלב האדום דרושים לפיקוח על מצבם.

22. במישור המשפטי העותרים טוענים כי בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי, מצבם של כלל האסירים הביטחוניים זהה בכל הנוגע לחובה ההומניטרית לאפשר את פעילותו של הצלב האדום בעניינם. לטענתם, הגם שאלה מוחזקים מכוחם של דינים שונים – בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה הם נחשבים כולם ל"תושבים מוגנים" (להבדיל מאשר לוחמים כמובנו של המונח במשפט הבינלאומי). הדברים אמורים, כך מובהר, אף ביחס לכלואים המוחזקים מכוח חוק לוחמים בלתי חוקיים. העותרים מדגישים כי החובה לשמור על העקרונות ההומניטריים חלה ביתר שאת ביחס לכלואים ולעצורים.

23. באופן יותר ספציפי העותרים טוענים כי סעיפים 136-141 לאמנת ג'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית) מסדירים את העברת המידע לצלב האדום ביחס לאזרחים המוחזקים במשמורת מעל שבועיים. זאת, כך נטען, באופן יזום ושוטף וללא צורך בבקשה. העותרים מוסיפים וטוענים כי סעיפים 76 ו-143 לאמנה האמורה מעגנים את החובה לאפשר גישה של נציגי הצלב האדום למקומות מאסר, תוך מתן "חופש גמור" לבחור את המקומות שברצונם לבקר בהם. לטענת העותרים, הוראות אלו נהנות ממעמד של משפט בינלאומי מנהגי, וככאלה מחייבות את מדינת ישראל גם ללא קליטה ישירה בחקיקה.

24. לצד האמור, העותרים מציינים כי סעיף 143 לאמנת ג'נבה הרביעית מכיר בסייג לחובה לאפשר את ביקורי הצלב האדום, המוגבל למצבים של "הכרח צבאי" ואשר ניתן להחילו "כאמצעי ארעי ויוצא מן הכלל". לטענתם, אין להתחשב בהקשר זה בשיקולים ביטחוניים כלליים, כי אם בצרכי לחימה מידיים. העותרים מוסיפים כי גם הסייג הכללי הקבוע בסעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית, אשר שולל מתושב מוגן את הזכויות המוקנות לו באמנה בנסיבות שבהן הוא מעורב בפעילות שעלולה לפגוע בביטחון המדינה, נוגע לסיכון קונקרטי הנשקף מאדם מסוים ואינו יכול לשמש בסיס לשלילה גורפת של זכות מאלפי אסירים ביטחוניים, כפי שנעשה במקרה דנן. לשיטת העותרים, החלטה זו אף מפרה את הכלל המנהגי של המשפט הבינלאומי ההומניטרי האוסר על ענישה קולקטיבית (המעוגן, לפי הנטען, בין השאר בסעיף 133(1) לאמנת ג'נבה הרביעית).

25. אף במישור המעשי מבהירים העותרים כי הרשויות בישראל הכירו לאורך השנים במחויבותן לאפשר את ביקורי הצלב האדום מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וכי הדבר בא לידי ביטוי בשורה ארוכה של פסקי דין שניתנו בבית משפט זה. לטענת

העותרים, מדיניות זו נמשכה גם בעתות לחימה, ובכלל זה במהלך מלחמת לבנון הראשונה, מבצע חומת מגן ומבצע צוק איתן.

26. נוסף על כך, העותרים טוענים כי החובה לאפשר ביקורים מטעם הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים ולהעביר לו מידע בעניינם נובעת גם מדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי.

27. עוד נטען כי ההחלטה המונעת זאת באופן גורף פוגעת אף בזכויות היסוד של האסירים הביטחוניים בהתאם למשפט הציבורי בישראל. העותרים טוענים כי ביקורים של גורם חיצוני, מקצועי, ניטרלי ועצמאי הם חיוניים כדי להבטיח את השמירה על זכויותיהם של האסירים הביטחוניים ועל תנאי כליאתם, ולדווח על פגיעה בהם. לשיטתם, הדברים מקבלים משנה תוקף ביחס לכלואים פלסטינים בימים של סכסוך מזוין פעיל, ולא כל שכן ביחס לאלו מתוכם שהם מנועי מפגש עם עורכי דין. בכל הנוגע לחובה למסור מידע בעניינם של האסירים הביטחוניים, נטען כי זו נועדה לממש את זכותם לכבוד ולהבטיח את חירותם ואת בריאותם.

28. כמו כן, נטען כי ההחלטה על איסור ביקורים של הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים ועל הפסקתה של מסירת המידע בעניינם ניתנה בחוסר סמכות. בהקשר זה מוטעם כי לא קיימת חקיקה פנימית סותרת המאפשרת למדינה להימנע מלפעול בהתאם לחובותיה במישור הבינלאומי. העותרים מוסיפים כי הסייגים הקיימים בחקיקה ביחס למתן אפשרות לביקורים אצל אסירים ביטחוניים נסכים כולם על החלטה אינדיבידואלית המתייחסת לאדם ספציפי באופן זמני. ממילא, כך נטען, אין כל הוראה חוקית המאפשרת לשלול ביקורים באופן גורף מכלל האסירים הביטחוניים לתקופה כה ארוכה. אף בכל הנוגע למסירת מידע ביחס לאסירים הביטחוניים נטען כי אין כל מקור בדין המאפשר להימנע מחובה זו, שהתבצעה לאורך שנים באמצעות הצלב האדום. לבסוף נטען כי ההחלטה שהתקבלה לוקה בפגמים נוספים – בהיותה שרירותית, נגועה בשיקולים זרים, בלתי מידתית ובלתי סבירה בעליל.

29. על בסיס זה, הסעדים שהתבקשו כוונו לביטולו של האיסור הגורף על ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים, וכן למסירת פרטים הנוגעים לאסירים לידיהם של אלה.

30. בשלב זה תוצג השתלשלות העניינים מאז הגשת העתירה. כאמור בפתח הדברים, הייתה זו התדיינות בעלת אופי חריג, וכדי להסביר כיצד הגענו עד הלום נדרש פירוט מה.

31. העתירה הוגשה ביום 22.2.2024 ובו ביום ניתנה החלטה שהורתה למדינה להגיש תגובה מקדמית מטעמה בתוך 21 ימים (השופטת י' וילנר).

32. בהמשך לכך, ביום 14.3.2024 המדינה ביקשה ארכה בת שבועיים להגשת התגובה המקדמית. המדינה טענה כי הארכה נדרשת מאחר שנקבע "דיון מתכלל במטה לביטחון לאומי... בהשתתפות כלל גורמי המדינה הנדרשים לצורך השלמת גיבוש העמדה". העותרים מצדם התנגדו לבקשה וטענו כי בחלוף הזמן מתעצמת הדחיפות בטיפול בעתירות נוכח העניין בו עסקינן. הבקשה התקבלה.

33. ביום 17.3.2024 הוגשה בקשה מטעם הצלב האדום, שצורף מלכתחילה כמשיב השביעי בעתירה, כי בית המשפט יורה על מחיקתו כצד להליך השיפוטי, ובהתאם יפטור אותו מהגשת תגובה ומהתייצבות לדיון. זאת, כך הוסבר, מאחר שהסעדים בעתירה אינם מופנים כלפיו ומשום שהבעת עמדה מטעמו בעתירה עלולה להשפיע לרעה על פעילותו בישראל ובאזור. ביום 18.3.2024, בהסכמת העותרים, ניתנה החלטה שהורתה על מחיקת הצלב האדום מההליך.

34. ביום 28.3.2024 המדינה הגישה בקשת ארכה שנייה להגשת התגובה מטעמה בשבועיים נוספים. בבקשה צוין כי התקיימה ישיבה במטה לביטחון לאומי, אך עלה צורך להביא את הדברים בפני הדרג המדיני על מנת לגבש עמדה. גם בפעם הזו העותרים התנגדו מפאת דחיפות העניין. בו ביום ונוכח התנגדות העותרים, בית משפט זה נעתר לבקשה באופן חלקי והורה למדינה להגיש תגובה מקדמית עד ליום 7.4.2024. בהמשך לכך הוגשו עוד שתי בקשות ארכה מטעם המדינה (בימים 7.4.2024 ו-17.4.2024) שבבסיסן, כך נטען, הצורך להביא את הדברים בפני ראש הממשלה ומורכבות הנושא. העותרים שבו והתנגדו לארכות מהטעמים שהציגו.

35. לאחר שבית משפט זה נעתר לבקשות הארכה בהחלטות מהימים 8.4.2024 ו-18.4.2024, ביום 8.5.2024 הוגשה הודעת עדכון מטעם המדינה. בהודעה זו צוין כי

לאחר שנבחנו מספר חלופות ואלה הוצגו לראש הממשלה, ביום 25.4.2024 העניין הובא בפני ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט) והוחלט להסדיר מנגנון חלופי לביקורי הצלב האדום, כדלקמן:

1. "מדינת ישראל תמנה שופט ישראלי בדימוס, בעל רקע רלוונטי, לבצע את הביקורים.
2. מדינת ישראל תמנה שני פקידי ממשל זרים בדימוס לליווי השופט, בעלי מומחיות רלוונטית, בהיועצות עם בריטניה.
3. ישראל ובריטניה יסכמו את פרטי המנגנון.
4. המנגנון יופעל בכפוף לשיקולי הביטחון הישראליים ושיקולי חיסיון מידע.
- פרטי המנגנון על בסיס העקרונות שלעיל שיסוכמו עם הבריטים יובאו לאישור ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי."

המדינה הטעימה כי בהתאם להחלטה זו עליה לשקוד על פרטי המנגנון האמור (להלן: המנגנון החלופי) שיסוכמו עם ממשלת בריטניה ויובאו בתוך מספר שבועות בפני הקבינט. בנסיבות אלה, כך נטען, התשתית העובדתית שעומדת ביסוד העתירה השתנתה משמעותית באופן שיש בו כדי להשליך על מתכונת בירורה. על כן, המדינה ביקשה ארכה בת שלושים ימים להגשת התגובה המקדמית מטעמה וזאת לשם גיבוש פרטי המנגנון.

36. מנגד, עמדתם של העותרים, אשר צורפה להודעה, הייתה כי אין מקום למתן ארכות נוספות. העותרים הטעו כי ממילא אפשרות גישה של דיפלומטיים בריטים לאסירים ביטחוניים אינה מהווה תחליף לביקורי הצלב האדום. זאת, הן בשים לב למומחיות של נציגי הצלב האדום והן בהתחשב בדיון החל. עוד נטען כי בשים לב לחלוף הזמן ולצורך שעולה, יש לקבוע מועד לדיון דחוף בעתירה.

37. בית משפט זה קיבל את הבקשה באופן חלקי והורה למדינה להגיש תגובה מקדמית עד ליום 28.5.2024. זאת, בשים לב להתפתחות שנמסרה מטעמה מחד גיסא ולעמדת העותרים מאידך גיסא.

38. ביום 28.5.2024 המדינה הגישה בקשת ארכה נוספת בת שבועיים. בבקשה צוין כי חלה התקדמות בכל הנוגע לקביעת פרטיו של המנגנון החלופי, אך נדרש זמן נוסף להשלמת העבודה הפנים ממשלתית בעניין זה. מנגד, העותרים התנגדו לבקשה והדגישו כי המנגנון המוזכר כלל אינו נוגע לעניינה של העתירה. ביום 30.5.2024 ניתנה הארכה

המבוקשת, תוך שנקבע כי התגובה המקדמית תכלול התייחסות לטענות העותרים בדבר היעדר זיקה בין המנגנון החלופי המוצע בהחלטת הקבינט לבין הסעד המבוקש בעתירה.

39. לאחר שהתבקשה ארכה נוספת, ביום 13.6.2024 בית משפט זה הורה למדינה להגיש בתוך ארבעה ימים התייחסות לטענה בדבר היעדר זיקה בין המנגנון החלופי לסעד שהתבקש. לאחר מכן, כך נקבע, בקשה הארכה תיבחן לגופה.

40. ביום 19.6.2024, לאחר שקיבלה לצורך כך ארכה נוספת, המדינה הגישה הודעה מטעמה שכללה התייחסות לטענת היעדר הזיקה. בהודעה נטען כי המנגנון החלופי המתגבש צפוי למלא את התכלית שהצלב האדום מילא עד כה – קביעת גורם חיצוני לרשויות המדינה שיהיה ראוי לבקר במתקני הכליאה, לשמוע תלונות של אסירים ביטחוניים ולהעביר מידע ביחס אליהם. עוד נטען כי מאפייני הביקורים יהיו דומים למתכונת המפורטת בפקודת הצלב האדום. אשר על כן, המדינה טענה כי מתקיימת זיקה בין הפעלת המנגנון הנבחן לבין הסעד המבוקש בעתירה.

41. בו ביום בית משפט זה נעתר לבקשת הארכה וקבע כי התגובה המקדמית תוגש ביום 1.7.2024.

42. בהמשך לכך, ביום 23.6.2024 העותרים הגישו בקשה לעיון חוזר בהחלטה זו. בבקשתם שבו העותרים על טענותיהם לפיהן החלטת הקבינט כלל אינה מרפאת את הפגם שבמניעת גישתם של נציגי הצלב האדום לכלואים ואי-מסירת מידע בעניינם. בהחלטה מיום 26.6.2024 בית משפט זה דחה את הבקשה לעיון חוזר.

43. ביום 2.7.2024 המדינה הגישה בקשת ארכה קצרה בת 24 שעות לצורך הגשת בקשה מפורטת יותר. בקשת הארכה המלאה, העשירית במספר, הוגשה למחרת היום. בבקשה זו המדינה ציינה כי אישורו של המנגנון החלופי טרם נדון בישיבת הקבינט, ועתרה לארכה של שבועיים נוספים. העותרים מצדם הביעו תרעומת על העיכוב בהגשת התגובה. בו ביום בית משפט זה קבע כי העתירה תיקבע לדיון בפני הרכב בהקדם וכי התגובה המקדמית תוגש עד חמישה ימים לפני מועד הדיון. בהמשך לכך התיק נקבע לדיון ביום 29.7.2024 (בפני הנשיא י' עמית והמשנה לנשיא נ' סולברג) (שבאותה עת היו עדיין שופטים, אך לשם הנוחות יכוננו בהתאם לתוארם כיום), וכן השופט ד' מין).

44. שבוע לפני המועד שנקבע לדיון בעתירה הגישה המדינה בקשה לדחייתו, כך שהוא ייקבע מחדש בשבוע השני של חודש אוגוסט 2024. העותרים מצדם התנגדו לבקשה. ביום 23.7.2024 ניתנה החלטה לפיה הדיון שנקבע יתבטל וחלף כך ייקבע דיון בשבוע הראשון של חודש אוגוסט (הנשיא עמית). כן נקבע כי המדינה תגיש את תגובתה 72 שעות לפני המועד שייקבע. הדיון נקבע בהמשך ליום 4.8.2024 (בפני המשנה לנשיא סולברג והשופטים י' כשר ו-ר' רונן).

45. ביום 30.7.2024 הגישו העותרים בקשה לצירוף מסמכים לקראת מועד הדיון. בסופו של דבר בקשה זו התקבלה ביום 20.8.2024. יצוין כי בתוך כך צורף לתיק בית המשפט מכתבו של מתאם פעולות הממשלה בשטחים משנת 1979 לראש משלחת הצלב האדום, שבו פורטו התחייבויותיה של מדינת ישראל ביחס לפעילותו של הצלב האדום, ובכלל זה:

"In order to facilitate the humanitarian activities of the ICRC, Israel intends to initiate and implement the following changes in the arrangements presently applying to the visits by ICRC delegates to the security detainees detained in the Territories and in Israel.

1. a) Delegates of the ICRC may visit freely such detainees without witness within fourteen days of their arrest.

The Israel Authorities will notify the ICRC of the arrest of security detainees within 12 days of their arrest.

...

5. These arrangements shall not be denied to the ICRC except where imperative or absolute military security or necessity so requires".

46. ביום 31.7.2024 המדינה הגישה בקשת דחייה נוספת של מועד הדיון בשבועיים לפחות, שנדרשה לטענתה בשל המתיחות הביטחונית ששררה באותם ימים ושמנעה מהדרג הבכיר להידרש לגיבוש התגובה המקדמית. חרף התנגדות העותרים, בית משפט זה נעתר לבקשה (המשנה לנשיא סולברג) ומועד הדיון החדש נקבע ליום 27.8.2024 (בפני הנשיא עמית והשופטים כשר ו-רונן).

47. ביום 23.8.2024 הגישה המדינה בקשה נוספת לדחיית מועד הדיון. זאת, כפי שניתן להיווכח, בחלוף כחצי שנה מאז הגשת העתירה ובטרם הוגשה תגובה מקדמית. בהמשך לכך, בעקבות ארכות רבות נוספות שהתבקשו בהליך ומטעמי יעילות דיונית,

ביום 25.8.2024 בית משפט זה נתן צו על-תנאי (הנשיא עמית והשופטים כשר ו-רונן) שהורה למדינה כך:

”א. ליתן טעם מדוע לא יבוטל האיסור הגורף על ביקורים של נציגי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום אצל אסירים ועצורים פלסטינים מרצועת עזה ומאיו”ש המוחזקים במשמורת הצבא ושירות בתי הסוהר.

ב. ליתן טעם מדוע לא יימסרו לוועד הבינלאומי של הצלב האדום פרטים באשר לכלל האסירים והעצורים הפלסטינים מרצועת עזה ומאיו”ש המוחזקים במשמורת הצבא ושירות בתי הסוהר.”

עוד נקבע בהחלטה כי ייקבע מועד לדיון בחודש ספטמבר 2024 וכי כתב התשובה מטעם המדינה יוגש עד שבועה ימים לפני מועד הדיון. כידוע, הצו על-תנאי שיצא תוחם את גדר הדיון אף בשלב הנוכחי.

48. בו ביום הוגשה בקשת הצטרפות לעתירה בשם קבוצת פונים – בני משפחות שכולות של חללים שנפלו במהלך המלחמה, בני משפחותיהם של אזרחים ישראלים שנחטפו לרצועת עזה, וכן עמותת “בצלמו”. בתמצית, נטען בבקשה כי המדיניות הממשלתית מושא העתירה נוגעת לעניין פוליטי ומדיני, ועל כן בית משפט זה אינו הפורום המתאים לדון בה. עוד נטען בבקשה כי העתירה הייתה אמורה להיות מוגשת על-ידי ארגון הצלב האדום, וכי לעותרים אין יפוי כוח לייצג את האסירים הביטחוניים. כן הוטעם כי ככל שבית המשפט לא ייעתר לצרף את המבקשים כצד להליך, יש לאפשר להם להצטרף אליו במעמד של “ידידי בית המשפט”. המבקשים הוסיפו וטענו כי עומדת להם זכות להשמיע את קולם בהליך מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס”א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה). ביום 27.8.2024 נקבע כי בקשת ההצטרפות תידון בפני ההרכב, וביום 4.9.2024 התבקשו יתר הצדדים להגיש את תגובתם לבקשה (הנשיא עמית).

49. ביום 11.9.2024 הוגשה תגובת העותרים לבקשת ההצטרפות. בתגובה הביעו העותרים הזדהות עם כאבם האישי של המבקשים להצטרף, אך לגוף הדברים סברו כי אין בסיס משפטי לצירופם כבעלי מעמד לעתירה. בכלל זה נטען כי חוק זכויות נפגעי עבירה אינו רלוונטי במקרה דנן, שכן הוא מכוון לזכויותיהם של נפגעי עבירה בהליכים פליליים קונקרטיים בעוד שכאן עסקינן בחוקיותה של מדיניות גורפת. עוד הוטעם כי למבקשים להצטרף אין יריבות משפטית עם העותרים, ואף לא מומחיות בנושא הנדון.

העותרים הוסיפו והלינו על התנהלותה של עמותת "בצלמו", שלפי הנטען מנסה להתערב בהליכים משפטיים כדי "לפוצץ" דיונים, להשמיע השמצות ונאצות ולרדוף את באי-כוח העותרים. ביום 13.9.2024 המדינה מסרה כי היא מותירה את בקשת ההצטרפות לשיקול דעתו של בית המשפט.

50. לאחר דחייתו של הדיון הקודם, התיק נקבע לדיון מחדש ביום 29.9.2024 (מועד שבו הצטרפתי לראשונה למותב). ששה ימים לפני כן, ביום 23.9.2024 המדינה הגישה בקשה נוספת לדחיית הדיון ולהארכת מועד להגשת כתב התשובה. בבקשה צוין כי חרף ניסיונות חוזרים לכולל את הסוגיה בסדר היום של דיוני הקבינט, הרי שעל רקע נושאים ביטחוניים דחופים יותר טרם התקיים דיון כאמור ובהתאמה אף לא התקבלה החלטה בעניין עד כה. כן הוטעם כי קיימת כוונה לעשות כן בהזדמנות הראשונה. המדינה הדגישה כי "בקשה זו חריגה היא אף יותר מקודמותיה, שאף הן היו חריגות ביותר. כלל הגורמים העוסקים במלאכה מודעים לכך היטב". העותרים מצדם התנגדו לדחיית הדיון בתוקף ופרסו בפירוט את טעמיהם לכך, תוך שהדגישו כי הימנעותה של המדינה ממענה לעתירה "מדברת בעד עצמה". בשלב זה אף ביקשו העותרים צו ביניים שיורה להשיב את פעילותו של הצלב האדום על כנה, במתכונת שבה התקיימה עשורים רבים.

51. בו ביום בית משפט זה נעתר לבקשת הדחייה בשים לב לכך שכבר ניתן צו על-תנאי, הגם שצוין כי "אין לכחד כי יש ממש בהתנגדות העותרים" (הנשיא עמית). הדיון עצמו נקבע בהמשך ליום 2.12.2024 (בפני הנשיא עמית והשופט מינץ יחד עמי).

52. ביום 13.10.2024 הוגשה בקשה נוספת להצטרפות כצד להליך (כמשיבים ולחלופין במעמד של "ידידי בית המשפט"). הבקשה הוגשה על-ידי ארגון "שורת הדין" וכן על-ידי בני משפחה של חטופים ישראלים נוספים, חלקם כאלה ששחררו וחלקם כאלה שעדיין הוחזקו באותה עת ברצועת עזה. בתמצית, בבקשה נטען כי אין מקום לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים שעה שהדבר נמנע מהחטופים הישראלים המוחזקים ברצועת עזה. העותרים והמדינה כאחד הותירו את הבקשה לשיקול דעתו של בית המשפט, מבלי להתייחס לגוף הטענות, ונקבע כי אף היא תידון בפני ההרכב.

53. ביום 26.11.2024 המדינה שבה וביקשה לדחות את מועד הדיון והגשתו של כתב התשובה. בבקשה צוין כי נושא העתירה נדון בקבינט, אך המתווה שהוצג לא אושר וניתנו הנחיות נוספות להמשך גיבושו. עוד נטען כי הסוגיה היא נושא לשיח מדיני ודיפלומטי

שיש לאפשר את מיצוי. העותרים התנגדו נחרצות לבקשת הדחיה בתגובה מפורטת מטעמם, וחזרו על עיקרי עמדתם. בהחלטה שניתנה ביום 27.11.2024 נעתר בית משפט זה לבקשה, לפנים משורת הדין. הדיון בהליך נקבע ליום 6.1.2025 בפני ההרכב הנוכחי, ומאותו שלב ניתנו ההחלטות על-ידי מותב זה או חלקו.

54. בהמשך לכך הוגשו שלוש בקשות נוספות מטעם המדינה לדחיית הדיונים שנקבעו (בימים 31.12.2024, 24.2.2025 ו-22.4.2025). כל זאת, מבלי להגיש את כתב התשובה. בשלוש הבקשות האמורות המדינה טענה כי בבסיסן עומדים טעמים ביטחוניים ומדיניים שלא ניתן לפרטם, וביקשה להעביר חומר חסוי לעיונו של בית המשפט.

55. לאחר שעיינו בחומר החסוי, בימים 2.1.2025, 24.2.2025 ו-22.4.2025 ניתנו החלטות שקיבלו את בקשות הדחייה על יסוד טעמי הביטחון שהוצגו, לא בלי התלבטות, והורו בסופו של דבר כי כתב התשובה יוגש ביום 19.6.2025.

56. ביום 12.6.2025 העותרים הגישו בקשה לקבוע מועד לדיון בעתירה וכן להורות למדינה להגיש לעיונו של בית המשפט בלבד את דו"חות הביקורת שנערכו מאז פרוץ המלחמה על-ידי גורמים במשרד המשפטים (ובהם הסנגוריה הציבורית, מחלקת ייעוץ וחקיקה והפרקליטות) בעניין מתקני הכליאה שבהם מוחזקים האסירים הביטחוניים (להלן: דו"חות הביקורת). בו ביום נקבע כי במסגרת כתב התשובה תידרש המדינה גם לבקשה זו.

57. ביום 19.6.2025 הגישה המדינה בקשה נוספת להארכת המועד להגשתו של כתב התשובה בכ-45 ימים. למחרת היום הורינו למדינה להגיש את דו"חות הביקורת במעטפה סגורה וביקשנו את הסכמתם של העותרים לקיום דיון במעמד צד אחד בבקשת הארכה. ביום 22.6.2025 הודיעו העותרים כי הם מסכימים לכך.

58. דיון כאמור התקיים בפנינו ביום 2.7.2025, ובמהלכו עיינו בדו"חות הביקורת והפנינו שאלות בנוגע אליהם לגורמי הביטחון. בהמשך לכך, בהחלטה מיום 6.7.2025 נקבע כי "לא נס ליחם של הטעמים המקצועיים הנוגעים לביטחון המדינה, שעומדים ביסוד הבקשה" וכי כתב התשובה מטעם המדינה יוגש עד ליום 5.8.2025. בתוך כך הובהר כי אין בהחלטה זו כדי לגרוע מהחובות החלות מכוח הדין כלפי המוחזקים במתקני כליאה ישראליים.

59. ביום 6.8.2025 הגישה המדינה את בקשת הארכה העשרים במספר, שבה היא עתרה להאריך את המועד להגשת כתב התשובה ב-30 ימים נוספים. אף בקשה זו נקבעה לדיון במעמד צד אחד.

60. הדיון התקיים ביום 18.8.2025. לאחר מכן, ביום 21.8.2025 ניתנה החלטתנו שבה נקבע כי הטעמים המקצועיים הנוגעים לביטחון המדינה עומדים בעינם, ולצד זאת הובהר כי אין מניעה להגשתו של כתב תשובה באופן שלא יפגע באינטרסים הביטחוניים. בסיכומו של דבר הורינו כי כתב התשובה יוגש עד ליום 31.8.2025.

61. לאחר שהמדינה הגישה עוד ארבע בקשות ארכה להגשת כתב התשובה (בימים 29.8.2025, 16.9.2025, 18.9.2025 ו-22.9.2025) – ביום 25.9.2025 ניתנה החלטה שבה קבענו כי "לא ראינו עילה או הצדקה למתן ארכה נוספת בעת הזו... יוזכר כי כל שהתבקשו המשיבים לעשות הוא להגיש את תשובתם תהא אשר תהא". על רקע זה הובהר כי אין מנוס משמיעת ההתנגדות לצו על-תנאי. הדיון נקבע ליום 19.10.2025 והמדינה נדרשה להגיש את כתב התשובה עד ליום 5.10.2025.

62. ביום 6.10.2025 הגישה המדינה את הבקשה ה-25 לדחייה של הגשת כתב התשובה ושל מועד הדיון. הבקשה נדרשה לאפשרות של מימוש מתווה לשחרור החטופים הישראלים בטווח הזמן הקרוב, ובהקשר זה נטען כי כל החלטה בנושא עלולה לפגוע במאמץ להשבתם. בתוך כך צוין כי "חריגותה של בקשה זו ברורה היא לכל העוסקים בדבר. בצד זאת, דומה כי חריגותם ורגישותם של הימים הקרובים, ברורה גם כן".

63. המתווה לשחרור החטופים אושר ביום 9.10.2025 בהחלטת ממשלה מס' 3396 ויצא אל הפועל, כך שביום 13.10.2025 חזרו ארצה כלל החטופים החיים, תוך שנמשכו המאמצים להשבת גופותיהם של החללים שנותרו ברצועת עזה. בהחלטה מיום 15.10.2025 קבענו כי בהינתן שינוי הנסיבות הידוע לכול, הדיון יידחה ליום 26.10.2025 ועד אז יהיה על המדינה להגיש כתב תשובה מטעמה. עוד הובהר כי הדיון האמור יתקיים בין אם יוגש כתב תשובה ובין אם לאו.

64. ביום 16.10.2025, בעקבות בקשה לדחייה קצרה שהגיש בא-כוח העותרים מטעמים אישיים, הוחלט על דחיית הדיון ליום 29.10.2025. יצוין כי המדינה הגישה

שתי בקשות נוספות למתן ארכות קצרות להגשת כתב התשובה בימים 24.10.2025 ו- 28.10.2025.

כתב התשובה והדיון בהתנגדות לצו על-תנאי

65. כתב התשובה מטעם המדינה הוגש בסופו של דבר בבוקרו של יום הדיון. בטרם יתואר לפרטיו, ראוי לציין כי כתב התשובה – שהיה קצר בהיקפו – נשא אופי פרקטי ועובדתי בעיקרו, ולא כלל התייחסות מלאה להיבטים המשפטיים הרלוונטיים לענייננו.

66. בפתח הדברים צוין בכתב התשובה כי מאז פרוץ המלחמה ועד אותה עת סירב ארגון הטרור חמאס להעביר למדינת ישראל או לצלב האדום מידע כלשהו על החטופים הישראליים שבידיו, וכן כי לא הותרו אצלם ביקורים של נציגי הצלב האדום או העברת ציוד רפואי באמצעותו. בהמשך לכך נמסר כי בהתאם למתווה לשחרור החטופים, נציגי הצלב האדום פגשו את כלל האסירים הביטחוניים ששחררו במסגרת ההסכם והגיעו למתקני הכליאה בעת שחרורם. לצד האמור, צוין כי ארגון הטרור חמאס מפר את התחייבויותיו במסגרת המתווה ונמנע מלהשלים את השבת גופותיהם של 13 החללים שנותרו ברצועת עזה באותה העת.

67. המדינה הוסיפה וציינה בכתב התשובה כי סוגיית פעילותו של הצלב האדום ביחס לאסירים ביטחוניים הובאה לפתחם של כלל הגורמים המדיניים והביטחוניים הרלוונטיים, לרבות הבכירים שבהם. בהקשר זה נמסר כי לאחר שהושקעו בו מאמצים רבים המנגנון החלופי שנדון בקבינט "הפך לבלתי אקטואלי", וכי עבודת המטה בנושא נמשכה. בתוך כך צוין עוד כי ניתן לסכם את עמדת שירותי הביטחון בפרפרזה זו:

"להערכת שירות הביטחון הכללי קיים אינטרס בטחוני מובהק, בעת הזו, שלא למסור מידע מלא אודות פלסטינים המוחזקים בידי ישראל, או לאפשר ביקורים של גורם חיצוני, עד להשבת כלל החטופים לישראל" (ההדגשה במקור).

כן נמסר כי לעמדת גורמי המודיעין בשב"ס, מאז החלה המלחמה גבר היקף האיומים הנשקף מאסירים ביטחוניים לפגיעה בלוחמי הכליאה ולהכוונת פיגועי טרור, בתוך ומחוץ לכותלי הכלא. בתוך כך צוין כי "במסגרת זו בוחנים ארגוני הטרור גם את האפשרות לעשות שימוש בצירים 'מותממים' ללא ידיעת המעורבים".

68. כתב התשובה הוסיף וציין כי ביום 22.10.2025 סיכם ראש הממשלה את הדירקטיבה בעניין, כדלקמן:

"ראשית, יש למנוע ביקורים של [הצלב האדום] ביחס לכלל הכלואים המוחזקים בשירות בתי הסוהר ובצה"ל, עד להשבת כלל החטופים החללים לישראל. שנית, שירות בתי הסוהר וצה"ל לא יעבירו מידע ל[צלב האדום] על כלואים עד להשבת כלל החטופים החללים לישראל, פרט למידע על שמות הכלואים ועצם החזקתם (ללא מיקום), וגם זאת רק בעניינם של כלואים שאינם מרצועת עזה ואינם משויכים לחמאס או לג'יהאד האסלאמי".

עוד נמסר כי בהתאם לדירקטיבה שצוינה, ביום 29.10.2025 שבו הוגש כתב התשובה, החליט שר הביטחון לעשות שימוש בסמכותו לפי תקנה 12(ב) לתקנות כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תנאי כליאה), התשס"ב-2002 (להלן: תקנות לוחמים בלתי חוקיים) כך שייאסר ביקור של נציגי הצלב האדום אצל כל הכלואים שמוחזקים מכוח חוק לוחמים בלתי חוקיים. יוער, כי בהתאם לנוסח התקנה במועד קבלת ההחלטה, התקופה המקסימלית לאיסור כאמור עמדה על שלושה חודשים. אולם, מאז תוקן ההסדר החקיקתי ותקופה זו הוארכה מעת לעת. כעת התקופה המקסימלית הקבועה בתקנות לעניין זה היא 229 ימים.

69. המדינה הוסיפה והפנתה למנגנוני ביקורת ובקרה אחרים הפועלים בעניינם של אסירים ביטחוניים, ללא מעורבות של הצלב האדום. בתוך כך הוזכר המנגנון של מבקרים רשמיים במתקני שב"ס המעוגן בסעיף 72 לפקודת בתי הסוהר, ובמסגרתו רשאים לקיים ביקורים בין השאר יו"ר הוועדה לביטחון לאומי ככנסת, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת, שופטי בית המשפט העליון, היועצת המשפטית לממשלה וכן שופטים של בתי משפט שלום ומחוזי בתחום שיפוטם. לפי סעיף 72א לפקודת בתי הסוהר, אלה מוסמכים להיכנס בכל עת לבית סוהר "ולבדוק את התנאים שבו, את דרכי הטיפול באסירים, את ניהולו התקין... והתאמתם של כל אלה להוראות הדין ולהוראות אחרות". עוד נקבע בסעיף זה כי "לשם ביצוע תפקידיו רשאי מבקר רשמי להיכנס לכל מקום בבית סוהר ולשוחח עם כל אסיר". נוסף לכך, המדינה ציינה כי מנגנון מקביל פועל מכוח סעיף 9א לחוק לוחמים בלתי חוקיים, אשר נחקק בתקופת המלחמה כהוראת שעה. סעיף זה מסדיר את האפשרות הנתונה לבעלי התפקידים הנזכרים לבקר במתקן כליאה שבו מוחזקים לוחמים בלתי חוקיים על-פי הסדר שפרטיו דומים בעיקרם לאלה שמעוגנים בפקודת בתי

הסוהר (בכפוף לכך שתחת יו"ר הוועדה לביטחון לאומי בא יו"ר ועדת החוץ והביטחון וכן ניתנה אפשרות ביקור גם לפרקליט הצבאי הראשי).

70. לבסוף המדינה הדגישה כי כלל האסירים הביטחוניים מוחזקים מכוח אסמכתה חוקית וכי מתקיימים בעניינם הליכי ביקורת שיפוטית בהתאם לדין הרלוונטי. עוד צוין המנגנון שפורט בבג"ץ 2254/24 אבו מוסא נ' צבא הגנה לישראל, פסקה 4 (2.5.2024) לפיו ניתן לקבל מידע בעניינו של אסיר ביטחוני ולקבוע מפגש שלו עם עורך דינו.

71. לנוכח כל האמור, בסיכומי של דבר המדינה טענה כי חלו תמורות משמעותיות ביחס לתשתית העובדתית והמשפטית שעמדה ביסוד הצו על-תנאי שיצא. על רקע זה, וכן בשים לב לשיקולים הביטחוניים שהוזכרו בפרפרזה האמורה – המדינה טענה כי העתירה במתכונתה המקורית אינה אקטואלית וכי בנקודת הזמן הנוכחית אין מקום לתת את הסעדים שהתבקשו בה, כך שדינה להימחק.

72. שעות אחדות לאחר הגשתו של כתב התשובה התקיים בפנינו הדיון בהתנגדות לצו על-תנאי. באי-כוח המדינה חזרו על העמדה לפיה חל שינוי משמעותי בנסיבות שעמדו ביסוד העתירה. במענה לשאלות ההרכב שנסבו על ההיבט המשפטי של הסוגיה, באי-כוח המדינה הזכירו את פסק הדין שניתן בבג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769 (2001) (להלן: עניין עובייד) – אשר הופיע בכתב העתירה אך לא הוזכר כלל בכתב התשובה. באותו מקרה נדון סירוב מטעמים ביטחוניים לאפשר ביקור של נציגי הצלב האדום אצל שני עצורים לבנוניים שבאותה עת הוחזקו בישראל. כבר עתה יובהר, כי העתירה דווקא התקבלה וההחלטה לאסור על ביקורי הצלב האדום שנדונה באותו פסק דין בוטלה בו (ולהשלמת התמונה ייאמר כי עתירה לקיים דיון נוסף בפסק הדין נדחתה. ראו: דנג"ץ 7060/01 ארד נ' דיראני (23.4.2002)). בטיעון בעל-פה בפנינו ביקשה המדינה להיבנות ממקרה זה – אשר אף ברקעו עמדה סוגיית ההשלכות על ישראלים המוחזקים בידי ארגוני הטרור, כשבנסיבות העניין צורפו כמשיבים לעתירה בני משפחתו של הנווט רון ארד. המדינה הדגישה כי פסק הדין האמור רלוונטי לדיון, הן בשל כך שהדיון בו התמקד במשפט הישראלי הפנימי (ולא במשפט הבינלאומי) והן מאחר שהוא נסב על מקרה של מניעת מפגש עם נציגי הצלב האדום במשך תקופה ארוכה יותר (בהשוואה למקרה הנוכחי). עוד צוין כי יש לראות בפקודת הצלב האדום משום נוהל פנימי בלבד וכי היא נועדה לימי השגרה ה"רגילים", להבדיל מהסיטואציה החריגה שנוצרה לאחר ה-7 באוקטובר 2023. כמו כן, באי-כוח המדינה הטעו כי סוגיית פעילותו של הצלב האדום הונחה על שולחנם של הגורמים הבכירים ביותר, לרבות ראש

הממשלה, וכי ההחלטות בעניין התבססו על שיקולים ביטחוניים מובהקים שאין כל מקום להתערב בהם.

73. מנגד, באי-כוח העותרים שבו על טענותיהם לגוף הדברים וכן מתחו ביקורת על התנהלות המדינה במסגרת ההליך. בתוך כך הוטעם כי כלל לא ברור מהי ההחלטה שעמדה ביסוד המדיניות מאז ה-7 באוקטובר 2023, ונטען כי המדיניות ה"מתגלגלת" בנושא, ובכלל זה החלטתו של שר הביטחון שהתקבלה ביום הדיון עצמו – מלמדת על השרירותיות העומדת ביסוד האיסור על פעילותו של הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים. לשיטת העותרים, הבסיס המשפטי למדיניות זו "מפוקפק לגמרי", כאשר החלטתו של שר הביטחון ממילא נסבה רק על לוחמים בלתי חוקיים ולא על אלפי אסירים ביטחוניים אחרים – שביחס אליהם לא הוצג כל טיעון משפטי. באי-כוחם של העותרים הוסיפו והדגישו כי הוראות המשפט הבינלאומי העוסקות בצלב האדום נועדו במיוחד לימי מלחמה, כאשר ההנחה שביסודן היא שדווקא בעת כזו אזרחי האויב המצויים בידי הצד השני חשופים לפגיעות קשות.

74. לדיון התייצבו גם באי-כוחם של המבקשים להצטרף. אלה טענו, בין היתר, כנגד זכות העמידה של העותרים, בשים לב לכך שהאסירים הביטחוניים או הצלב האדום לא הגישו עתירה בעצמם. במישור המשפט הבינלאומי נטען כי ביקורים של הצלב האדום צריכים להתקיים על בסיס של הדדיות, בשונה ממה שקרה בנסיבות המקרה הנוכחי.

75. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת הדיון הוגשו חוות דעת חסויות מטעם שירות הביטחון הכללי וגורמי המודיעין בשב"ס.

השלמות טיעון

76. מאחר שכתב התשובה הוגש בסמוך למועד הדיון, במתכונת מקוצרת ותוך התמקדות בדירקטיבה מדינית, למחרת היום הורינו למדינה להגיש הודעה משלימה עד ליום 12.11.2025. זאת, באופן שיפרט את הבסיס המשפטי לעמדה שהוצגה.

77. המדינה הגישה לא פחות מארבע בקשות להארכת מועד להגשת ההודעה המשלימה (בימים 13.11.2025, 24.11.2025, 28.11.2025 ו-4.12.2025). העותרים התנגדו לבקשות אלה, כאשר לאחרונה שבהן צורפה בקשה למתן פסק דין. ביום 7.12.2025 ניתנה החלטתנו שבה הובהר כי אין מקום להיעתר לבקשת המדינה, תוך

שהודגש כי בשלב זה התיק נדחה לעיון וכי המדינה תהיה רשאית להגיש את ההודעה המשלימה עד ליום 11.12.2025.

78. בסופו של דבר ההודעה המשלימה הוגשה ביום 12.12.2025. בהודעה טענה המדינה כי המסגרת המשפטית לבחינת המדיניות ביחס לפעילות הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים היא זו שנקבעה בפסק הדין בעניין עובייד, שניתן פה אחד בהרכב מורחב של חמישה שופטים. לטענת המדינה, באותו מקרה בית משפט זה הותיר ב"צריך עיון" את השאלות מתחום המשפט הבינלאומי, בקבעו כי שאלת המפתח העומדת לבחינה היא סבירות ההחלטה הקונקרטית שלא לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל שני העותרים שעניינם נדון. המדינה טענה כי מהלך זה רלוונטי לענייננו ביחס לכל אוכלוסיית האסירים הביטחוניים.

79. לגוף הדברים הוטעם כי ההחלטה בעניין פעילותו של הצלב האדום ביחס לאסירים הביטחוניים כפי שזו באה לידי ביטוי בדירקטיבה העדכנית – מצויה במתחם הסבירות. זאת, בין השאר בהתחשב בעובדה שהיא התקבלה על-ידי הדרג המדיני הבכיר ביותר ועל בסיס עמדות מפורטות ועדכניות של גורמי הביטחון. עוד נטען כי בעת שבית המשפט נדרש לבחינת סבירותה של ההחלטה עליו להידרש גם למנגנוני המבקרים הרשמיים שמוסיפים להתקיים בעת הזו וכוללים גם בעלי תפקידים מחוץ לרשות המבצעת. כן הודגש כי הגם שבעניין עובייד בית משפט זה התערב בהחלטה למנוע את ביקורי הצלב האדום – הדבר נעשה בחלוף שלוש שנים שבמהלכן הצטמצם משקלם של השיקולים הביטחוניים לעומת השיקולים ההומניטריים. לעומת זאת, כך צוין, בענייננו עמדתם של הדרג המדיני ושל גורמי הביטחון היא שידו של השיקול הביטחוני עודה על העליונה.

80. המדינה הוסיפה וטענה כי אין לקבל את עמדתם של העותרים לפיה קיימת חובה בלתי מסויגת להתיר את ביקוריהם של נציגי הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים. ביחס לפקודת הצלב האדום נטען כי זו אכן נהוגה בשגרה, אלא שהמציאות הביטחונית הנוכחית כמו גם הדירקטיבה העדכנית של ראש הממשלה מחייבות סטייה ממנה. בהקשר זה נטען כי לא ניתן להיבנות מהוראותיה של פקודת הצלב האדום לנוכח הוראת שעה צמצום פעילויות שעדיין עומדת בתוקפה. לשיטת המדינה, משמעות הדברים היא שפקודת הצלב האדום אינה חלה בעת הזו.

81. לבסוף צוין בהודעה, בהתאם למצב הדברים באותה עת, כי עדיין מוחזק בידי חמאס חלל חטוף אחד וכי ככל שיהיה שינוי במצב דברים זה, הגורמים הרלוונטיים יקיימו דיון מחדש בנושא. עוד נמסר כי בהתאם לדירקטיבה העדכנית, שב"ס העביר לצלב האדום רשימה המונה 4,047 שמות של אסירים ביטחוניים שאינם מרצועת עזה ואינם משויכים לחמאס או לג'יהאד האסלמי. כן הובהר כי שר הביטחון דן מחדש בהחלטתו מיום 29.10.2025 בהתאם לדרישה שעולה מתקנה 12(ג) לתקנות לוחמים בלתי חוקיים.

82. ביום 18.12.2025 הוגשה תגובה מטעם העותרים להודעה המשלימה, ובה הם הטעו כי לא עולות ממנה טענות משפטיות חדשות שיש בהן כדי לבסס את עמדת המדינה. בפרט, הוטעם כי המדינה לא ביססה את מדיניותה על אדנים חוקיים וכי ממילא מדובר במדיניות בלתי סבירה. על כן העותרים ביקשו כי יינתן צו מוחלט בעתירה. ביום 26.1.2026 העותרים אף הגישו בקשה נוספת למתן פסק דין.

שינוי נסיבות: השלמת התהליך של החזרת החטופים

83. ביום 26.1.2026 אותרה ברצועת עזה גופתו של החלל החטוף האחרון, רן גואילי ז"ל, והוא הושב לישראל. מאז לא מוחזקים עוד ברצועת עזה חטופים ישראלים, חיים או חללים. במובן זה, השתנו חלק מתנאי הרקע למדיניות שעליה הוחלט. זאת, אף בשים לב לדירקטיבה עצמה שבה צוין במפורש כי האיסורים על פעילותו של הצלב האדום יחולו "עד להשבת כלל החטופים החללים לישראל".

84. בהתחשב בהתפתחויות האמורות, ביום 2.2.2026 התבקשה המדינה לעדכן אם חל שינוי במדיניות הנוהגת בעניין, וזאת עד ליום 15.2.2026. אף בשלב זה הגישה המדינה שתי בקשות ארכה. בסופו של דבר, ביום 1.3.2026 ניתנה החלטתנו שבה הובהר:

"כאמור בהחלטות שניתנו זה מכבר, התיק נדחה לעיון. בשלב הדיוני הנוכחי, ובשים לב לבקשות הארכה החוזרות ונשנות מטעם המשיבים – אין עוד מקום לקצוב מועד להגשת הודעת עדכון נוספת. ככל שיחול שינוי רלוונטי קודם להשלמת כתיבתו של פסק הדין, המשיבים יוכלו לעדכן בעניין".

לאחר מכן חלפו למעלה מחודשיים שבמהלכם לא הוגשה כל הודעה נוספת. ביום 8.5.2026 הוגשה ההודעה האחרונה מטעם המדינה, שאתיחס אליה לקראת סיום.

דיון והכרעה

85. בסופה של דרך ארוכה, הגיעה עת הכרעה. הדיון בהליך היה מורכב בשים לב לאירועים שהתרחשו בעולם הממשי, מחוץ להיכל המשפט. ישראל הייתה שרויה במלחמה קשה ומרה, שטרם הסתיימה לחלוטין. כמעט לכל אורך ההליך היו מצויים ברצועת עזה חטופים ישראלים שהוחזקו בידיהם של ארגוני טרור אכזריים. הם לא זכו להגנת המשפט, ולמעשה לא זכו להגנה כלל. זאת ועוד: כל העת היה תלוי ועומד חשש ביחס להשלכות של המדיניות על גורלם של החטופים, והכול על רקע הערכות מודיעיניות ונסיבות כלליות של חוסר ודאות. היו אף דברים שנדרשו לזמן. מכל מקום, ומבלי שההחלמה מפגעי המלחמה נשלמה, אין מוצא ממתן פסק דין בעתירה.

86. במהלך ההתדיינות הניחו העותרים תשתית משפטית נרחבת לטענותיהם, שעוגניה נטועים הן בדין הישראלי והן במשפט הבינלאומי. מנגד, כמתואר לעיל, חרף הזדמנויות חוזרות ונשנות שניתנו לה לעשות כן, המדינה נמנעה מלבסס על אדנים משפטיים ברורים את המדיניות שהונהגה. ראוי להדגיש: אין מדובר במחדל דיוני בלבד, כי אם בקושי מהותי העומד ביסוד האיסורים הגורפים שהוטלו על פעילותו של הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים. משמעו של דבר הוא אחד: איסורים אלה אינם יכולים לעמוד. אני סבורה אפוא כי דין העתירה להתקבל, במובן זה שיינתן צו מוחלט לפיו יבוטל האיסור הגורף על ביקורים מטעם הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים המוחזקים על-ידי שב"ס וצה"ל ותימשך מסירת המידע בעניינם לידי הצלב האדום בהתאם למתכונת שנהגה בעבר, כפי שזו עוגנה בהוראותיה של פקודת הצלב האדום ובאופן דומה, בשינויים המחויבים, גם במתקנים המופעלים על-ידי צה"ל.

87. לגוף הדברים, מסקנתי נובעת הן מהוראותיו של הדין הישראלי הפנימי והן מכללי המשפט הבינלאומי שנחשבים לחלק ממנו וחלים בנסיבות העניין. יושם אל לב כי שני הנדבכים האמורים עולים בקנה אחד זה עם זה ולאמיתו של דבר אף שלובים זה בזה. דרך הילוכי תהא אפוא זו: אפתח בהצגה של הוראות הדין הישראלי החלות בנסיבות העניין, לצד כללי המשפט הבינלאומי הרלוונטיים ופסקי דין קודמים שניתנו בסוגיות אלו. בהסתמך על כך, אפנה לבחון את האיסורים שהוטלו, כפי שאלה באו לידי ביטוי בדירקטיבה העדכנית בנושא, על דרך מעבר מן הכלל אל הפרט.

88. בטרם אדון בהיבטים אלו כסדרם, אציין תחילה כי ראיתי להסתפק בחומרים הכתובים מטעם המבקשים להצטרף, כמו גם בדברים שנשמעו מטעמים בדיון שהתקיים. זאת, אף מבלי להורות באופן פורמלי על צירופם כצד להליך.

החקיקה הישראלית בנושא ביקורים בבתי סוהר ופעילות הצלב האדום

89. ראוי לפתוח בכך שבחקיקה הישראלית, כשבענייננו הדגש מושם בחקיקת משנה, קיימות הוראות המסדירות באופן מפורש וקונקרטי את פעילותו של הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים.

90. כדי שהדברים יהיו חדים וברורים אקדים ואסביר: הזכות לביקורים של נציגי הצלב האדום אינה מעוגנת כיום בחקיקה ראשית של הכנסת. עם זאת, היא קבועה במספר הסדרים בעלי מעמד של חקיקת משנה, המחייבים אף הם כחלק מהוראות הדין. כל זאת, מבלי לגרוע מכך שהוראות אלה לא נקבעו בתוך ריק נורמטיבי. כפי שיתואר בהמשך, הן נועדו לתת מענה להתחייבויות של ישראל במישור המשפט הבינלאומי אף ללא חקיקה ראשית בעניין. עוד יש להוסיף, כי ככל שיש ספק לגבי תחולתן הפורמלית של הוראות הומניטריות מהמשפט הבינלאומי – הרי שמדינת ישראל חזרה והצהירה כי היא רואה עצמה מחויבת לנהוג בהתאם להן. הכול – כמפורט להלן.

91. מבין ההסדרים החלים על החזקתם של אסירים ביטחוניים, ההתייחסות המפורשת ביותר לזכות לקבל ביקורים של נציגי הצלב האדום היא בעניינם של מי שנכלאו כלוחמים בלתי חוקיים. ההסדר בנושא זה קבוע בתקנה 12 לתקנות לוחמים בלתי חוקיים, שכותרתה היא "ביקור אצל כלוא", ומורה כדלקמן:

"(א) כלוא יורשה לקבל, במקום שיקבע המפקד, מבקרים כמפורט להלן:
(1) נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי..."

בהמשך לכך, תקנות 12(ב)-(ג) מסדירות את הסמכות להטיל הגבלה זמנית על זכות הביקור. במועד הגשת העתירה הן הורו כך:

"(ב) על אף האמור בתקנת משנה (א)(1) רשאי שר הביטחון לאסור על כלוא לקבל ביקור של נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים, אם שוכנע כי הדבר יסכן את ביטחון המדינה; דבר האיסור יודע לכלוא.

(ג) הורה שר הביטחון על איסור מבקרים כאמור בתקנת משנה (ב), ידון בהוראתו מחדש אחת לחודש לפחות, או אם הכלוא או מבקר כאמור ביקש לדון בה במועד מוקדם יותר ושר הביטחון ראה טעם לעשות כן".

92. יש לציין עוד כי ביום 29.1.2026 פורסמה הוראת שעה אשר האריכה את פרק הזמן המצוין בתקנת משנה 12(ב) משלושה חודשים ל-137 ימים. ביום 15.3.2026 תוקנה הוראת השעה האמורה כך שהתקופה הוארכה ל-168 ימים, ביום 15.4.2026 התקופה הוארכה בשלישית ל-198 ימים, וביום 14.5.2026 היא הוארכה ברביעית ל-229 ימים. מכל מקום, גם לאחר שתוקנו, תקנות אלו מורות כי לוחמים בלתי חוקיים מורשים לקבל ביקורים של נציגי הצלב האדום, בכפוף לאפשרות לשלול זכות זאת מכלוא לתקופה מוגבלת, על בסיס טעמים ביטחוניים ותוך מתן הודעה לאותו כלוא.

93. נוסף על האמור, כפי שצוין לעיל, זה למעלה משני עשורים נושא פעילותו של הצלב האדום ביחס לכלל אוכלוסיית האסירים הביטחוניים מוסדר בפקודת הצלב האדום. פקודה זו הותקנה מכוחו של סעיף 80א(ב) לפקודת בתי הסוהר, המסמיכה את נציב שב"ס להוציא פקודות כלליות. לכך יש חשיבות רבה מאחר שבהתאם לסעיף 80ג(א) לפקודת בתי הסוהר, את כלל הפקודות וההוראות מטעם נציבות שב"ס – רואים כדינים. אם כן, גם פקודת הצלב האדום היא במעמד של דין ובהתאמה בעלת תוקף מחייב. בהקשר זה אף צוין ברע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (7.10.2010) (להלן: עניין יונס) כי "ניתן לטעון כי פקודות השירות ובכללן פקודות הנציבות, הינן איפוא, כללים שהוצאו מכוח חוק ועל כן מהוות הן תקנות... ניתן לטעון כי לפחות בחלקן גלומות נורמות משפטיות וכי הן מופנות לציבור בלתי מסויים ועל כן הן תקנות בנות-פועל-תחיקתי" (שם, בפסקה 60). איני סבורה כי בנסיבות העניין אנו נדרשים להכריע בשאלה זו במלואה, אך יש בדברים אלה כדי לספק חיזוק נוסף למעמדה המחייב של פקודת הצלב האדום. כבר בשלב זה אפוא ניתן לדחות את טענת המדינה לפיה פקודה זו היא בגדר "נוהל פנימי" בלבד.

94. סעיף 1 לפקודת הצלב האדום קובע כי –

"(א) בהתאם להסכמים בין מדינת ישראל וארגון הצלב האדום הבינלאומי ולפי אישורי משרד הביטחון, משרד המשפטים ומשרד החוץ, מתקיימים ביקורים של נציגי הצלב האדום הבינלאומי בבתי הסוהר בהם כלואים אסירים/עצורים תושבי השטחים.

(ב) נציגי הצלב האדום הבינלאומי רשאים לשוחח עם האסירים/עצורים ולקבל תלונותיהם בנוגע לתנאי המחיה".

בהמשך לכך, סעיף 3 לפקודת הצלב האדום מונה את סוגי האסירים והעצורים שאותם רשאים לבקר נציגי הצלב האדום, ובהם – עצורים ביטחוניים בחקירה, עצורים שהסתיימה לגביהם החקירה, עצורים עד תום ההליכים, עצורים מינהליים, לוחמים בלתי חוקיים וכן אסירים שפוטים פליליים וביטחוניים. כפי שמציין הסעיף במפורש, הדברים אמורים גם ביחס לתושבי אזור יהודה ושומרון ורצועת עזה. כמו כן, סעיף 9 לפקודת הצלב האדום עוסק במסירת מידע:

"מסירת מידע לפי בקשת נציגי הצלב האדום הבינלאומי בעת הביקור:
א. יימסר מידע לפי בקשת נציגי הצלב האדום הבינלאומי אודות שמות האסירים/עצורים וכן פרטים אודות סדר היום, תנאי מחייה, זכויות וחובות.
ב. מפקד בית הסוהר רשאי למסור לנציגי הצלב האדום הבינלאומי מידע בדבר מוצאם של הכלואים, מספרם הכולל, חלוקתם המספרית לשפוטם ועצורים".

לצד האמור, פקודת הצלב האדום כוללת הוראות נוספות הנוגעות לאפשרות של אסיר ביטחוני להגיש תלונה לצלב האדום ולדרכי הטיפול בה, כמו גם לסדרי התיאום של ביקורי הצלב האדום.

95. ההוראות בנושא ביקורי הצלב האדום הן חלק מיריעה רחבה יותר של הסדרים שעניינם ביקורים אצל אסירים ביטחוניים, אוכלוסייה הכוללת כזכור קבוצות שונות מבחינת הבסיס בדין לכליאתם. בכלל זה ניתן למנות בתמצית את סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר ותקנות 30(ג)-(ד) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן: תקנות בתי הסוהר), שעניינם באסירים שפוטים המרצים עונש מאסר. כמו כן, ביחס לעצורים פליליים יש להזכיר את סעיף 9(ב)(6) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 ותקנה 12 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997 (להלן: תקנות המעצרים). בהקשרם של עצורים מינהליים יש לציין את תקנה 11 לתקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981, החלה על תושבים ואזרחים ישראלים, תקנה 11 לתקנות בדבר מעצר מינהלי (תנאי החזקה במעצר מינהלי) (יהודה ושומרון), התשמ"ב-1981 (להלן: תקנות בדבר מעצר מינהלי) – שנוסחה זהה – החלה על תושבי אזור יהודה ושומרון, וכן

סעיפים 13-14 לפקודת נציבות מס' 04.02.00 "תנאי החזקה במעצר מינהלי" (11.2.2003).

96. אכן, פסק דינו אינו עוסק באופן כללי בביקורים אצל אסירים ביטחוניים – אלא ממוקד בסוגיה הספציפית של ביקורים מטעם הצלב האדום. עם זאת, הדברים אינם בלתי קשורים. כאשר מדובר בביקורים "רגילים" בבתי סוהר אצל אסירים שפוטו, כדוגמת ביקורי משפחות או קרובים, אלה עשויים להיות מוגדרים כ"טובת הנאה" שהיקפה תלוי במדיניות. זאת, בשונה מעצורים פליליים ועצורים מינהליים, שביחס אליהם קבלת ביקורים כאמור היא בגדר זכות מוקנית (בהקשר זה, ראו: עניין יונס, בפסקאות 47-48). מכל מקום, במובחן מסוגיית הביקורים הכללית – ביקורי הצלב האדום הם בעלי מעמד שונה, ואינם בגדר טובת הנאה הניתנת באופן פרטני לאסיר ביטחוני זה או אחר. בהתאמה, וכפי שיוסבר עוד בהמשך, מדובר בזכות שעל הגבלתה או שלילתה חלים כללים אחרים ומחמירים.

97. אף מבלי להיכנס לעובי הקורה בשלב זה, המסקנה הראשונית העולה מן האמור עד כאן היא שעל פני הדברים ההגבלות הגורפות שהוטלו על פעילותו של הצלב האדום בבתי הכלא – אינן תואמות את ההסדרים הקבועים בחקיקה הרלוונטית שהוצאה, רובה ככולה, על-ידי גורמי הרשות המבצעת עצמה. בהתאמה, גורמים אלה הם המופקדים על תיקון של הוראות אלה, בתקנות או בפקודות נציבות, או לחלופין על ביטולן – דבר שלא נעשה בכל הנוגע להסדרים שנקבעו (למעט ביחס לפרקי הזמן הנקובים בתקנה 12(ב) לתקנות לוחמים בלתי חוקיים), ולכן אלה מוסיפים לחייב את המדינה (השוו: בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה – עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן ופסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (3.7.2022)).

תחולתן של הוראות המשפט הבינלאומי ומעמדן במשפט הישראלי

98. לצד המקורות הנורמטיביים שמקורם בדין הישראלי, התשתית המשפטית בענייננו כוללת גם הוראות מהמשפט הבינלאומי. כידוע, נקודת המוצא העקרונית בהקשר זה היא כי בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפועלים באזור יהודה ושומרון וברצועת עזה קיים מצב של עימות מתמשך אשר חלים לגביו דיני הסכסוך המזוין של המשפט הבינלאומי. מבלי להיכנס לפירוט שאינו נדרש בענייננו, יצוין בקצרה כי כללי המשפט הבינלאומי נחלקים לכאלה שזכו למעמד מנהגי ולכאלה שיש להם מעמד הסכמי בלבד, והדבר משליך על יחסו של המשפט הישראלי אליהם. הוראות בעלות אופי מנהגי

נחשבות לחלק ישיר מהדין הפנימי בישראל, למעט בנסיבות שבהן קיימת חקיקה סותרת – שאז זו תגבר עליהן. לעומת זאת, על מנת להקנות לכללים בעלי אופי הסכמי תוקף מחייב במשפט הישראלי, נדרשת קליטה יזומה שלהם באמצעות חקיקה מאמצת (בהקשר זה, ראו: עניין הסיכולים הממוקדים, בעמ' 544-547; בג"ץ 2280/24 גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא עמית (27.3.2025) (להלן: עניין הסיוע ההומניטרי)).

99. מקורות נורמטיביים משלימים בתחום המשפט הבינלאומי מצויים בדיני זכויות האדם, אשר עשויים למלא את החסר במקרה הצורך (ראו: עניין הסיכולים הממוקדים, בעמ' 546; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 353 (2008)). עוד יש להזכיר את חזקת ההתאמה הפרשנית, לפיה ככלל יש לשאוף להקנות לחקיקה הישראלית פרשנות העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי המחייב את המדינה בנסיבות העניין (שם). חזקה זו נהוגה עמנו משכבר הימים. אכן, "כלל ידוע הוא, כי מן הדין לפרש חוק חרות מקומי – אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר – בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי" (בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר-האוצר, פ"ד ו 945, 966 (1952)).

תחולת המשפט הבינלאומי בהיבט של אמנת ג'נבה הרביעית

100. הוראות הנוגעות לביקורים מטעם הצלב האדום אצל אנשים המוחזקים כתנאים של שלילת חירות מופיעות במקורות המשפט הבינלאומי במספר הקשרים, ובפרט באמנת ג'נבה הרביעית. אמנה זו כוללת הן הוראות בעלות אופי הסכמי והן הוראות בעלות אופי מנהגי. מדינת ישראל היא צד לאמנה וכתב האישור ביחס אליה הופקד ביום 6.7.1951. עם זאת, הכנסת לא אימצה את הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית בחקיקה ראשית, כך שעל פני הדברים רק הוראותיה המנהגיות נחשבות לחלק מהדין הישראלי הפנימי. מכל מקום, הגם שעמדתה העקרונית העקבית של מדינת ישראל מאז שנת 1967 הייתה שדיני התפיסה הלוחמתית הקבועים באמנת ג'נבה הרביעית אינם חלים במישרין באזור יהודה ושומרון וברצועת עזה – לאורך השנים הובהר פעם אחר פעם כי במצבים של תפיסה לוחמתית באזורים אלה מדינת ישראל רואה עצמה מחויבת להוראותיה ההומניטריות של האמנה ומכבדת אותן כעניין של מדיניות (ראו: בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364 (2002); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 517 (2005); עניין הסיכולים הממוקדים, בעמ' 548; בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה חיות (9.6.2020). כן

ראו: Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 262 (1971). יודגש באופן ברור כי במסגרת הליך זה, המדינה לא טענה בפנינו כלל ועיקר כי חל שינוי כלשהו במדיניות מבוססת זו.

101. אכן, במסגרת יישום תכנית ההתנתקות בוטל הממשל הצבאי שהונהג ברצועת עזה בשנת 1967 (השוו בהקשר זה: עניין הסיוע ההומניטרי, פסקה 22 והמקורות הנזכרים שם). יחד עם זאת, מאחר שכלל האסירים הביטחוניים מוחזקים במתקנים המצויים בשטחה של מדינת ישראל או באזור יהודה ושומרון, אין צורך להידרש בהליך דנן להבחנות הקיימות בין האסירים בהתאם למקום מושבם המקורי. כפי שהובהר בעבר על-ידי בית משפט זה:

”בית משפט זה עסק פעמים רבות בשאלת הבטחת תנאים הולמים לעצורים הפלשתיניים, בין אם הם עצורים בישראל ובין אם במחנה עופר, על-פי אמות המידה המהותיות הקבועות באמנות הבינלאומיות... בכל הנוגע לתנאי המעצר וההוראות המהותיות של אמנת ג'נבה [הרביעית] ואף של אמנות בינלאומיות נוספות בעניין החזקת עצורים, קבע בית משפט זה באופן ברור וחד-משמעי כי על ישראל לכבד את הוראות המשפט הבינלאומי” (עניין המתקנים בשטח ישראל, בפסקאות 7 ו-13).“

לכך ניתן להוסיף כי חוק לוחמים בלתי חוקיים עצמו מבהיר כי הוא נועד לעלות בקנה אחד עם מחויבויותיה ההומניטריות של מדינת ישראל. בהתחשב בכך שבמישור המעשי חוק זה מופעל בעיקרו ביחס לכלואים מרצועת עזה, דהיינו: ביחס לכלואים שהובאו מאזורים שאינם מוחזקים בתפיסה לוחמתית – עולה בבירור כי מדינת ישראל אינה כופרת בתחולתן של החובות ההומניטריות אף ביחס לכלואים אלה.

102. יש להטעים כי המחויבות הנמשכת שנטלה על עצמה מדינת ישראל לכבד את ההוראות ההומניטריות באמנת ג'נבה הרביעית לא נותרה אך בגדר מדיניות “אופציונלית”, שברצותן יקיימוה הרשויות וברצותן יסטו ממנה. הלכה למעשה, במרוצת השנים מדיניות מוצהרת זו שימשה בסיס לקיומה של ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל ביחס לתושבי האזור ורצועת עזה בשלל מקרים. יפים בהקשר זה הדברים שצוינו בעניין המתקנים בשטח ישראל:

”אשר לתחולת הוראות אמנת ג'נבה [הרביעית], הרי מאז החלת דיני הכיבוש על האזור ב-1967 טענה המדינה בפני

בית המשפט שמדובר באמנה הסכמית, ולפי גישתה הביקורת השיפוטית על יישום הוראות האמנה היא מכוח המחויבות שהמדינה קיבלה על עצמה, כעניין שבמדיניות, לכיבוד ההוראות ההומניטריות שבאמנה. בהתאם לכך, בחן בית המשפט בפסיקה ענפה את קיום אותן הוראות במהלך השנים" (שס, בפסקה 6).

כאז כן עתה.

103. על יסוד המחויבות המתוארת בית משפט זה הבהיר בעבר כי "ברור שההוראות של אמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בתנאי מעצר הן בעלות אופי הומניטרי, ועל-כן יש לנהוג על-פיהן" (בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 397 (2002) (להלן: עניין מחנה עופר). ראו גם: בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403, 413 (2002)). זוהי אפוא נקודת המוצא גם בענייננו.

104. חשוב להבהיר כי אסירים ביטחוניים – גם אם היו מעורבים בפעולות טרור או איבה – הם בגדר "אזרחים" או "תושבים מוגנים", בהתאם למשמעותם של מונחים אלה במשפט הבינלאומי. זאת, מבלי לגרוע מכך שכל עוד אזרח נוטל חלק ישיר במעשי איבה – עשויות להישלל ממנו ההגנות המוקנות לאזרחים בגדרי המשפט הבינלאומי, כמו בהקשר של דיני הסיכולים הממוקדים (ראו: עניין הסיכולים הממוקדים, בעמ' 554-559).

105. הדברים האמורים עד כה הובאו כרקע מקדים, וכעת אפנה לבחון את כללי המשפט הבינלאומי הרלוונטיים לגופם.

המשפט הבינלאומי וההוראות הנוגעות לפיקוח מטעם הצלב האדום

106. בענייננו יש להתמקד קודם כול בהוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית, שסעיף 143 לה קובע כך –

"לנציגיהן או לשליחיהן של המעצמות המגינות תהיה הרשות ללכת לכל המקומות, שבהם נמצאים מוגנים, ביחוד למקומות מעצר, מאסר ועבודה. תהיה להם גישה לכל הבניינים התפוסים על ידי מוגנים, והם יוכלו לשוחח עם אלה האחרונים, בלא עדים, אם באופן אישי ואם באמצעות מתורגמן.

אין לאסור ביקורים כאלה אלא מחמת שיקולי הכרח צבאיים, ואף אז – כאמצעי ארעי ויוצא מן הכלל. אין לצמצם את אורך זמן ביקוריהם ותדירותם. לנציגים ושליחים כאלה יהיה חופש גמור לבחור את המקומות, שברצונם לבקר בהם. המעצמה העוזרת או הכובשת, המעצמה המגינה, ואם יתעורר הצורך – מעצמת ארץ מוצאם של האנשים, שעומדים לבקר אצלם, יכולות להסכים ביניהן שבני מולדתם של העצירים יורשו להשתתף בביקורים. שליחי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום יכולים אף הם ליהנות מן הזכויות המיוחדות הנ"ל. מינויים של שליחים אלה יוגש לאישורה של המעצמה השלטת בשטחים שבהם יבצעו את תפקידיהם."

נוסף על כך, סעיף 76 לאמנה מורה בין יתר הוראותיו כי "מוגנים שנעצרו יהיו זכאים לביקורם של שליחי המעצמה המגינה והוועד הבינלאומי של הצלב האדום, בהתאם להוראות סעיף 143."

107. נוסף על האמור, אמנת ג'נבה הרביעית כוללת אף הוראות שעניינן איסוף מידע בעניינם של עצורים. כך מורה בין השאר סעיף 136 לאמנה:

"בפרוץ סכסוך ובכל מקרי כיבוש יקים כל אחד מבעלי הסכסוך לשכת מודיעין רשמית שתהא אחראית לקבלתן והעברתן של ידיעות בענין המוגנים שברשותו. כל אחד מבעלי הסכסוך ימסור ללשכתו, תוך זמן קצר ביותר, ידיעות על כל אמצעי שנקט בנוגע למוגנים שהושמו במשמרת למעלה משבועיים, שייחדו להם מקום מגורים או שהם עצירים."

בהמשך לכך, סעיף 140 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כדלקמן:

"יש להקים בארץ נויטראלית סוכנות מודיעין מרכזית בשביל מוגנים, וביחוד בשביל עצירים. הוועד הבינלאומי של הצלב האדום יציע, אם יראה צורך בכך, למעצמות הנוגעות בדבר לארגן סוכנות כזאת... מתפקידה של הסוכנות לאסוף את כל הידיעות מהסוג האמור בסעיף 136, שתקבל באורח רשמי או פרטי, ולהעבירן במהירות האפשרית לארצות מוצאם או מגוריהם של הנוגעים בדבר, פרט למקרים שבהם עשויות העברות כאלה להזיק לאנשים, שהידיעות האלה נוגעות אליהם, או לקרוביהם. היא תקבל מבעלי הסכסוך את כל ההקלות ההוגנות לביצוע העברות כאלה..."

ההוראות שלעיל אין לפרשן בשום פנים כאילו הן באות לצמצם את פעולותיהם ההומאנית של הועד הבינלאומי של הצלב האדום ואגודות הסיוע המתוארות בסעיף 142.

להשלמת התמונה יצוין כי סעיף 142 מורה כך:

"תוך כפיפות לאמצעים ההכרחיים, לדעת המעצמות העוצרות, לשם שמירת בטחונן, או לשם סיפוק כל צורך הוגן אחר, יקבלו נציגי ארגונים דתיים, אגודות סיוע או ארגונים אחרים המסייעים למוגנים, מהמעצמות האלה, אם בשביל עצמם ואם בשביל סוכניהם מיופי-הכוח, את כל ההקלות הדרושות לביקור המוגנים, לחלוקת אספקות וחמרי סיוע מכל מקור למטרות חינוך, נופש או דת, כדי לסייע להם להסדיר את שעות הפנאי שלהם בתוך מקומות המעצר. אגודות או ארגונים כאלה אפשר להקים בשטח המעצמה העוצרת או בכל ארץ אחרת, או הם יכולים להיות בעלי אופי בינלאומי. המעצמה העוצרת רשאית להגביל את מספר האגודות והארגונים שנציגיהם יהיו רשאים לבצע את פעולותיהם בשטחה ובהשגחתה, ובלבד שהגבלה כזאת לא תפריע לאספקת סיוע יעיל ומספיק לכל המוגנים. מצבו המיוחד של הועד הבינלאומי של הצלב האדום בשדה פעולה זה יוכר ויכובד כל העת."

108. לצדם של הסדרים אלה, יש להזכיר את החריגים המעוגנים באמנת ג'נבה הרביעית. כפי שעולה מן האמור עד כה, אחד החריגים קבוע בסעיף 143 עצמו, המורה כי ניתן לאסור על ביקורי הצלב האדום אצל מי שברגיל זכאי להם "מחמת שיקולי הכרח צבאיים" ו"כאמצעי ארעי ויוצא מן הכלל". על כך יש להוסיף את הסייג הכללי שנקבע להוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית בסעיף 5 לה, שזו לשונו:

"מצא אחד מבעלי הסכסוך שמוגן הנמצא בשטחו חשוד לחלוטין על פעולות, או עוסק בפעולות, לרעת בטחונה של המדינה, לא יהיה אותו אדם זכאי לתבוע לעצמו את הזכויות וזכויות-היתר לפי האמנה הזאת, שאילו השתמשו בהן לטובת אותו אדם, היו פוגעות בבטחונה של אותה מדינה. נעצר אדם בשטח כבוש, כמרגל או כמחבל או כחשוד חשד של ממש בפעולה לרעת המעצמה הכובשת, יהיו רואים אותו אדם, מקום שהבטחון המוחלט מחייב את הדבר, כאילו הפסיד את זכויות-הקשר שלו לפי האמנה הזאת."

בכל מקרה מן המקרים האלה ינהגו בכל זאת בבני אדם כאלה במידה אנושית, ואם הועמדו לדין, לא ישללו מהם את הזכויות של שפיטה הוגנת וסדירה שנקבעו באמנה

הזאת. כן יעניקו להם בהקדם האפשרי, ובמידה שאין בכך פגיעה בבטחון של המדינה או של המעצמה הכובשת – הכל לפי העניין, – את כל הזכויות וזכויות-היתר של אדם מוגן לפי האמנה הזאת".

אם כן, סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית מכיר באפשרות של החרגת הזכות לקשר עם נציגי הצלב האדום, אך זאת רק "מקום שהבטחון המוחלט מחייב את הדבר", ותוך החזרת הזכויות על מכוון בהקדם האפשרי.

109. להשלמת התמונה ניתן להזכיר גם את הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון). אכן, בשונה מהמצב ביחס לאמנות ג'נבה, ישראל לא הצטרפה כצד לפרוטוקול זה. עם זאת, יש לתת את הדעת על ההסדרים הקבועים בו, מאחר שחלקם נחשבים כמשקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי, המחייב את כלל המדינות אף כאשר אינן צד לאמנה המאמצת אותם. ואכן, בפסיקתו של בית משפט זה נקבע בעבר כי כללים מסוימים המעוגנים בפרוטוקול הראשון משתייכים למשפט הבינלאומי המנהגי (ראו למשל: עניין הסיכולים הממוקדים, בעמ' 560-562). סעיף 45(3) לפרוטוקול הראשון מורה כך:

"Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of Article 75 of this Protocol. In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding Article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention".

משמעות הדברים היא כי חרף האמור בסעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית – סעיף 45(3) לפרוטוקול הראשון קובע כי יש להקנות את זכויות הקשר של עצורים למי שאינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה, למעט מרגלים (ראו גם: יורם דינשטיין דיני מלחמה 215 (1983)). בשלב הנוכחי, הדברים נזכרים כאן למעלה מן הצורך.

110. עוד יוער, למען הסר ספק, כי אין מקום להידרש לסעיף 126 לאמנת ג'נבה השלישית, שעניינו במעמדם של שבויי מלחמה, מעמד של האסירים הביטחוניים אינם זכאים (השוו לעיל בפסקה 10).

התייחסות לפעילותו של הצלב האדום בגדרי ההלכה הפסוקה

111. בשלב זה, ראוי להציג אף את פסקי הדין העיקריים שעסקו בנושאים העומדים על הפרק בהליך שבפנינו, במישרין או בעקיפין.

112. אפתח בבג"ץ 6757/95 חירבאוי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (11.2.1996) (להלן: עניין חירבאוי) שנסב על עתירה בעניין מסירת מידע על מעצר שבוצע לפי תחיקת הביטחון באזור יהודה ושומרון. במסגרת ההתדיינות, הצדדים הגיעו להסכמות שקיבלו תוקף של פסק דין, וכללו בין השאר התייחסות להתחייבויות הבאות:

"ב. מרכז השליטה הצה"לי (בין שהמדובר במשל"ט ובין שהמדובר בגורם אחר) יקבל מכל הגורמים (צה"ל, משטרה, שב"ס), מידע עדכני בדבר מעצרו ומקום מעצרו של עצור אחת ליממה, באופן שניתן יהא לאתר העצור, לפי פניה בכתב של גורמי חוץ.

ג. מרכז השליטה הצה"לי ימסור פרטים מן המידע האמור, על פי פניה בכתב של אגודות ציבוריות שעיסוקן בכך..."

113. בהמשך הובהר כי הדברים אמורים במסירת מידע באמצעות הצלב האדום. וכך צוין בעניין זה בבג"ץ 1104/10 השר לענייני אסירים ומשוחחרים ברשות הפלסטינית נ' נציב שירות בתי הסוהר (23.2.2011):

"אין מחלוקת כי בהתאם להסכמות שהתקבלו בעניין חירבאוי מעבירה מדינת ישראל מידע אודות אסירים ועצורים תושבי השטחים המוחזקים על ידה לארגון הצלב האדום הבינלאומי ולאגודות ציבוריות המבקשות לעשות כן ועל כן המידע הדרוש לעותרים יכול שיועבר אליהם באמצעות הגופים הללו ואין כל חשש כי לא יימסר מידע כאמור ככל שזה ידרש" (שם, בפסקה 4).

114. הסוגיה של ביקורים מטעם ארגון הצלב האדום, להבדיל ממסירת מידע בלבד, עלתה כבר בהליך שנסב על החזקת עצורים לבנונים במחנה המעצר "אנצאר" במלחמת לבנון הראשונה. באותו עניין בית משפט זה דחה את העתירה בין היתר על רקע הצהרה של המדינה כי היא מקיימת "מערכת קבועה של תיאום עם נציגי הצלב האדום הבינלאומי, המקבלים רשימתם המלאה של העצורים, ואשר רשאים לפגשם בהתאם לאמור בסעיף 143 לאמנת ג'נבה הרביעית" (בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 375, 365 (1983). ההדגשה במקור).

115. הוא הדין בפסק הדין שעסק בהחזקתם של אסירים ביטחוניים במחנה קציעות, ובו צוין כי "ניתנות הזדמנויות נוחות ותכופות לכל עציר להיפגש עם נציגי הצלב האדום ולהביא לפנייהם תלונות בכל נושא המעיק עליהם" (בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 831 (1988)). עוד ניתן להזכיר את עניין מחנה עופר, שבו נדונה עתירה שעסקה בתנאי הכליאה של עצורים מהאזור במהלך מבצע "חומת מגן". במסגרת הליך זה צוין כי "הצלב האדום הורשה להיכנס למחנה (מאז 14.4.2002), ואנשיו מבקרים בכל מקום ללא כל מגבלה. הם משוחחים עם כל עצור המצוי במקום. הם נפגשים עם דרגי הפיקוד ומשמיעים באוזניהם את הערותיהם על תנאי המעצר" (שם, בפסקה 11). אף במקרים אלו העתירות נדחו בין השאר בהתבסס על המשך פעילותו של הצלב האדום בהתאם להחלטת המדינה לאפשר זאת.

116. למעשה, במישור של יישום המדיניות ביחס לביקורי הצלב האדום, זכור מקרה חריג אחד בלבד – עניין עובייד. כזכור, באותו עניין נבחנה החלטה לאסור על ביקורים של הצלב האדום רק אצל שני עצורים לבנוניים שהוחזקו באותה עת בישראל, ואף אז העתירה התקבלה. פסק הדין בעניין עובייד ביטל את ההחלטה שהתקבלה בקבעו כי זו חורגת ממתחם הסבירות:

"עלינו להחליט מהו האיזון הראוי עתה, בחלוף שלוש שנים מקבלת ההחלטה הראשונה... כל זאת, על רקע מעצר מינהלי ממושך ביותר. על שאלה זו תשובתנו הינה כי עתה שוב אין כל אפשרות להצדיק את מניעת המפגש של העותרים עם נציגי הצלב האדום. עם חלוף השנים והחודשים הופך השיקול ההומניטרי כבד יותר ויותר. לעומת זאת חלוף הזמן הולך ומקטין את משקלו של השיקול הביטחוני... שוכנענו כי באיזון הראוי בין השיקולים ההומניטריים לבין שיקולי הביטחון יד השיקולים ההומניטריים על העליונה" (שם, בעמ' 774).

בנסיבות העניין ונוכח המסקנה האמורה, התחומה לגדרי המשפט המינהלי – פסק הדין לא נדרש לשאלת תחולתן של חובות מהמשפט הבינלאומי ביחס למפגשים עם הצלב האדום. מכל מקום, חשוב לשים לב לשאלה שנדונה שם – החרגת שני אסירים מסוימים מן המדיניות הכללית של ביקורי הצלב האדום. לא כך בענייננו.

117. לאחר שהלכתי לאורכה של דרך ארוכה, המסקנה שאני מגיעה אליה נחזית להיות ברורה. האיסורים הגורפים שמוטלים על פעילותו של הצלב האדום בקרב אסירים ביטחוניים זה כבר יותר משנתיים וחצי – ללא הגבלת זמן – מעוררים קושי של ממש ואינם יכולים לעמוד. הדברים אמורים הן לנוכח חקיקת המשנה שהוצגה, הן בהתחשב בהוראות המשפט הבינלאומי המחייבות, והן בשים לב לעקרונות העולים מפסיקתו של בית משפט זה בעבר. חשוב להדגיש כי הסתמכותה המאוחרת של המדינה על תקנות לוחמים בלתי חוקיים – המעוררת קושי בפני עצמה ושהוחל בה רק כשנתיים לאחר הטלת האיסורים – ממילא רלוונטית רק לפלח אחד של אוכלוסיית האסירים הביטחוניים.

118. אכן, עצם קיומה של מדיניות ארוכת שנים לאפשר ביקורים מטעם הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים ולמסור מידע לידי איו מכריע את הכף. מדיניות ניתן לשנות. אולם כפי שהוסבר, מדובר במדיניות הנתמכת בחובות משפטיות שחלות על המדינה. אף על פי כן, המשיבים ביקשו לעגן את המדיניות העדכנית האוסרת על פעילות הצלב האדום, בעיקרו של דבר, ב"דירקטיבה של הדרג המדיני". זאת, ללא תימוכין משפטיים מספקים, ובשלב הנוכחי – לאחר שהוחזרו כלל החטופים – ללא כל הנמקה.

119. חשוב לחזור ולהדגיש: התשתית המשפטית לעמדת המדינה לא הוצגה אף בכתב התשובה שהוגש כשנה ושמונה חודשים לאחר תחילת ההתדיינות. למרבה הצער, חלף התייחסות מקיפה לשאלות המשפטיות, כפי שניתן היה לצפות – בעיקרו של דבר, כתב התשובה הסתכם בהצהרה ביחס לדירקטיבה שניתנה. אמנם, לדירקטיבה יש חשיבות רבה במישור הפרקטי – והצגתה סייעה בהבהרת התמונה העובדתית ביחס למצב הקיים. עם זאת, לא ניתן להתבסס רק עליה במסגרת התדיינות משפטית שבה תצהיר התשובה חייב לכלול, לצד טענות שבעובדה, גם נימוקים משפטיים המבססים את עמדת המדינה (ראו למשל: ע"מ 9682/06 עיריית ראשון לציון נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 15 (13.7.2008)).

120. בנסיבות העניין, ניתנו למדינה הזדמנויות רבות מספור להסביר ולנמק את עמדתה – אך אלה לא נוצלו. יפים לענייננו דברים שציינתי במקרה אחר: "על-פי כללי הדיון, משלא ניתנת תשובה עניינית לצו על-תנאי, ולא כל שכן לאחר אורכות חוזרות ונשנות – אין מוצא מהפיכתו למוחלט. אם יש משאב שבית משפט זה לא חסך בתיק הנוכחי זהו

זמן נוסף לצורך גיבוש החלטה" (בג"ץ 2368/18 עמותת ש.ע.ל. – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 8 לפסק דיני (9.5.2024)).

121. למעשה, וכמפורט לעיל, רק לאחר שהמותב ביקש מהמדינה ב"רחל בתך הקטנה" לפרט את הבסיס המשפטי למדיניות הנוהגת הוחל במתן מענה ראשוני וחלקי להיבט המשפטי. דא עקא, גם בשלב זה עמדת המדינה לקתה בחסר, והתייחסה רק לשאלת הסבירות תוך הסתמכות על פסק הדין בעניין עובייד. על כך יש להתפלל. לאמיתו של דבר, כפי שתואר לעיל, המסגרת הנורמטיבית לבחינת הסוגיה מורכבת הרבה יותר וכוללת נדבכים שונים – שלא זכו למענה כלשהו מצד המדינה. על פני הדברים, ניתן היה להוציא צו מוחלט בעתירות כבר באותה העת (השוו: בג"ץ 18225-06-25 גילון נ' ממשלת ישראל, פסקה 43 (14.12.2025)). לצד האמור – בשים לב לחשיבותו של הנושא העומד על הפרק ניתנו למדינה הזדמנויות נוספות להציג את עמדתה במלואה, והדבר נעשה באופן חלקי בלבד. על כל פנים – לא נפטור עצמנו מהתייחסות לגוף הדברים.

122. כאמור, מקורה של המדיניות הישראלית לאפשר את פעילותו של הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים – כבר בסמוך לתום מלחמת ששת הימים בשנת 1967 – הוא במערכת החובות ההומניטריות שנטלה על עצמה המדינה באופן עקבי. בכלל זה, מדינת ישראל התחייבה לפעול למסירת מידע בעניינם של אסירים ביטחוניים לידי הצלב האדום, בהתאם לסעיפים 136 ו-140 לאמנת ג'נבה הרביעית, וכן לאפשר ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים בהתאם לסעיפים 76 ו-143 לאמנה זו.

123. אכן, אין מדובר ב"סוף פסוק". בכל הנוגע לביקורים של הצלב האדום, סעיף 143 עצמו כולל חריג לכלל האמור, בקבעו כי "אין לאסור ביקורים כאלה אלא מחמת שיקולי הכרח צבאיים, ואף אז – כאמצעי ארעי ויוצא מן הכלל". משמע – חריגים קיימים. אולם, הם אמורים להיות יוצאים מן הכלל וארעיים. העותרים טענו בפנינו כי סייג זה אינו נסב על שיקולי ביטחון כלליים, אלא מכוון למניעה זמנית של ביקורים בשל צרכים דחופים הנוגעים ללחימה עצמה, כדוגמת קרבה של מתקן מעצר לאזורי הקרבות. בנסיבות העניין איני רואה צורך להידרש להכרעה בכל הנוגע לטיבם של אותם "שיקולי הכרח צבאיים", מן הטעם שבכל מקרה אני סבורה כי אלה אינם מתקיימים בשלב הנוכחי. כזכור, הטעם העיקרי למדיניות, כפי שהוצג בפרפרזה הגלויה מטעם גורמי הביטחון, היה כי קיים אינטרס ביטחוני מובהק שלא לאפשר ביקורים של גורמים חיצוניים אצל אסירים ביטחוניים "עד להשבת כלל החטופים לישראל". משמעות הדברים בשלב הנוכחי היא שהשיקול הביטחוני שעמד ביסוד המדיניות אינו רלוונטי עוד כפי שהיה באותה עת,

וודאי שאין לראות בו הכרח צבאי כמובנו של המונח בסעיף 143 לאמנת ג'נבה הרביעית. ממילא לא הוצג בפנינו טעם ביטחוני אחר להחלטה שהתקבלה. הדברים אמורים ביתר שאת בהתחשב בעובדה שהאיסורים בענייננו הוטלו ללא הגבלת זמן, כך שמלכתחילה יש קושי לראות בהם כאמצעי ארעי ויוצא מן הכלל. יוער, כי בכתב התשובה צוינה אף עמדתם של גורמי המודיעין בשב"ס לפיה ארגוני הטרור בבתי הכלא בוחנים אפשרות לקדם פעילות עוינת באמצעות גורמים "מותממים" אף ללא ידיעתם. אולם, חשש כוללני זה לא התייחס באופן ספציפי לנציגי הצלב האדום ומכל מקום לא התייחס לשלילת ביקורים מטעמים באופן גורף וללא הגבלת זמן.

124. אף הסייג הכללי הקבוע בסעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית, לפיו תושב מוגן מאבד זכויות מסוימות המוקנות לו כאזרח ככל שהוא מעורב בפעילות שעלולה לפגוע בביטחון המדינה, אינו מבסס הטלתו של איסור גורף על פעילותו של הצלב האדום אצל כלל האסירים הביטחוניים. ראשית, סעיף זה עצמו קובע כי גם בנסיבות של שלילת הזכויות ממי שעסק או נחשד בפעילות עוינת יש לשוב ולפעול להענקתן בהקדם האפשרי, ככל שאין בכך משום פגיעה בביטחון המדינה. בהמשך לאמור לעיל, ובשים לב לטעמיה של הדירקטיבה שנמסרה בכתב התשובה – המדינה לא הציגה כל שיקול עדכני הנוגע לביטחון המדינה כיום, לאחר שכלל החטופים חזרו ארצה. במובן זה, בשלב הנוכחי אין בפנינו כל עמדה עדכנית מבוססת לפיה בעת הזו פעילותו של הצלב האדום בקרב אסירים ביטחוניים פוגעת בביטחון המדינה. אף בהקשר זה אין די בחשש הכללי שעליו הצביעו גורמי המודיעין בשב"ס, ושלא זכה לתיקוף מאז חרף שינוי הנסיבות והזמן שחלף.

125. מכל מקום, וזה העיקר – הסייג המעוגן בסעיף 5 עוסק בשלילת זכויות אינדיבידואלית מאדם ספציפי בנסיבות קונקרטיות, ואינו יכול לשמש בסיס למדיניות רוחבית וגורפת כמו זו מושא ענייננו. כך עולה במישרין מלשונו של הסעיף. כפי שציין השופט ח' מלצר בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.1.2015) בסוגיה אחרת הנוגעת לזכויותיהם של אסירים ביטחוניים, תוך התייחסות ישירה לסעיף 5 האמור: "נדרשות לכך ראיות אינדיבידואליות ולא רק חזקה גורפת הנובעת ממקום המגורים" (שם, בפסקה 20 לפסק דינו). הדברים מתיישבים עם הדרך המקובלת לפרשנותו של לסעיף 5 באמנה:

"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" (COMMENTARY: IV

GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE
PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR
55 (Jean S. Pictet ed., 1958)).

לאמיתו של דבר, הדברים נאמרים במידה רבה למעלה מן הצורך כי ממילא המדינה כלל לא טענה לתחולתם של החריגים הנזכרים בנסיבות העניין. אכן, הוראות האמנה כוללות חריגים פרטיקולריים, צרים ומתוחמים לנסיבותיהם, אך המדינה לא הסתמכה עליהם בפנינו ואף לא הנהירה באיזה אופן הם חלים, ולא כל שכן באופן גורף ואף בעת הזו.

126. עוד אבהיר, כי איני סבורה שיש צורך להכריע בגדרי המשפט הבינלאומי עצמו אם ההוראות באמנת ג'נבה הרביעית הנוגעות לפעילותו של הצלב האדום בעניינם של אסירים ביטחוניים הן בבחינת דין מינהגי או הסכמי (ראו למשל: Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. I, (2005) 439-445 (p.)). מנקודת מבטו של המשפט הישראלי עצמו, די בעובדה שעסקינן בהוראות הומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית כדי לבסס את חובתה של המדינה לעמוד בהן כחלק מדרישות הדין. בהקשר זה ניתן לשוב ולהזכיר את הדברים שכבר צוטטו לעיל: "ברור שההוראות של אמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בתנאי מעצר הן בעלות אופי הומניטרי, ועל-כן יש לנהוג על-פיהן" (עניין מחנה עופר, בעמ' 397).

127. זאת ועוד: המדיניות בסוגיה זו שזורה במסכת רחבה יותר של חובות לפי המשפט הבינלאומי שנטלה על עצמה מדינת ישראל מימים ימימה. בנסיבות אלה, יש משמעות רבה לעובדה שהבסיס המשפטי למצב הדברים החדש נותר מעורפל. המדינה לא הבהירה כיצד המדיניות הגורפת שהונהגה מתיישבת עם המחויבות ההומניטריות של מדינת ישראל, מחד גיסא, ואף לא טענה כי היא חזרה בה ממחויבות מבוססת זו, מאידך גיסא. נותרה אפוא בעינה המסקנה שהוצגה קודם לכן: האיסורים הגורפים על פעילותו של הצלב האדום בקרב אסירים ביטחוניים במתכונת שבה הוטלו אינם מתיישבים עם המחויבות ההומניטרית של מדינת ישראל בסוגיה זו. בהתחשב במסקנה זו, אף מתייתר הצורך להוסיף ולבחון את הסוגיה גם מבעד לדיני זכויות האדם הבינלאומיים (ראו והשוו: עניין הסיוע ההומניטרי, בפסקה 18).

128. חשוב להדגיש: אין מדובר במצב שבו המשפט הבינלאומי נכפה על מדינת ישראל "הר כגיגית". ההפך הוא הנכון: מדינת ישראל חזרה והצהירה לאורך השנים כי היא רואה עצמה מחויבת למלא אחר ההוראות ההומניטריות באמנת ג'נבה הרביעית. מדיניות

מבוססת ועקבית זו ראשיתה עוד בשלהי מלחמת ששת הימים בשנת 1967 וניתן לה ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה בהקשרים רבים ומגוונים (ראו משכבר הימים: בג"ץ 337/71 אלמקדסה נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574, 580 (1972); בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 29 (1979); בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל (שר הביטחון), פ"ד לד(3) 597, 595 (1980); בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 794-795 (1983)). הד ברור למדיניות זו ניתן לראות אף בחקיקת הכנסת, בסעיף 1 לחוק לוחמים בלתי חוקיים המבהיר כי חוק זה נועד להסדיר את הסדרי הכליאה "בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי". ויודגש שוב: לאורך ההתדיינות הממושכת כולה המדינה לא טענה כי היא חזרה בה ממדיניות זו, לא מניה ולא מקצתיה.

129. הדברים משתלבים בהתחייבויות שניתנו מטעם הממשלה לבית משפט זה בהליכים שונים, כדוגמת עניין חירבאוי שבו התחייבה המדינה למסור לידי הצלב האדום מידע בעניינם של אסירים ביטחוניים. בדומה לכך, בשורה של פסקי דין (שהובאו לעיל בפסקאות 114-115) הובעה נכונות נמשכת מצד המדינה לאפשר את ביקורי הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים – עובדה שיוחסה לה משקל בגדרי ההכרעה בהליכים אלו. המדינה לא השכילה להתמודד עם תקדימי עבר אלו בגדרי ההליך הנוכחי, ולהבהיר כיצד הם מתיישבים עם האיסורים הגורפים שהוטלו.

130. הדברים אמורים אף לנוכח הוראותיו החקוקות של הדין הישראלי הפנימי. כפי שניתן להיווכח, ככלל, התקנות והפקודות המחייבות את שב"ס אינן מאפשרות למנוע מפגש של אסירים ביטחוניים עם נציגי הצלב האדום ומסירת מידע בעניינם באופן גורף, כללי ורוחבי – וללא הגבלת זמן. משמעות הדברים היא שלא ניתן להצביע על חקיקה פנימית הסותרת את הוראות המשפט הבינלאומי בסוגיה. ויובהר, למען הסר ספק: הדירקטיבה העדכנית שנמסרה אינה בגדר חקיקה כלל ועיקר.

131. בהקשר זה יש להתייחס קודם כולל לפקודת הצלב האדום. כאמור, מעמדה של פקודה זו הוא של דין. ואולם, מאז ה-7 באוקטובר 2023 פקודת הצלב האדום רוקנה לחלוטין מתוכנה והפכה ל"אות מתה" הלכה למעשה. אין בידי לקבל את טענת המדינה בהתייחס לכך, לפיה הוראת שעה צמצום פעילויות מבססת מקור נורמטיבי מספק להתגברות על הוראותיה של פקודת הצלב האדום. ראשית, הוראת השעה מורה על צמצומן או ביטולן של פעילויות השגרה "בכפוף להוראות הדין". כפי שהוסבר, הדין החל על הסוגיה כולל רבדים שונים ובהן אף הוראות שמקורן במשפט הבינלאומי,

המחייבות את המשך פעילותו של הצלב האדום בקרב אסירים ביטחוניים. שנית, ובהמשך לכך – ביום 8.5.2025 הובהר במסגרת הארכת תוקפה של הוראת שעה צמצום פעילויות כי זו נסבה אך ורק על טובות הנאה, שאין יסודן בזכויות מוקנות. בהתחשב באמור לעיל ביחס למעמדן המחייב של ההוראות ההומניטריות באמנת ג'נבה הרביעית, ובפרט אלה הנוגעות לצלב האדום – ברי כי בהיעדר תחולה לאחד מהחריגים הקבועים בדין, אין לראות בביקורי הצלב האדום ובמסירת מידע לידי משום טובות הנאה בלבד, כאלה שניתנות לשלילה. כידוע, כאשר עסקינן במילוי חובה המוטלת על הרשויות – צדו השני של המטבע הוא זכות המוקנית לפרט. המסקנה הנובעת מכך היא שאין לראות בהוראת שעה צמצום פעילויות הסדר המשעה את הוראותיה של פקודת הצלב האדום, כך שזו עודנה עומדת בתוקפה.

132. בהקשר זה יש מקום להוסיף ולהתייחס באופן פרטני אף להוראות החקיקה הספציפיות שעניינן לוחמים בלתי חוקיים. כזכור, תקנה 12(א)(1) לתקנות לוחמים בלתי חוקיים מורה כי כלוא יורשה לקבל ביקורים של הצלב האדום. הוראה זו, שמקורה בתקנות שהותקנו מכוח סמכותו של שר הביטחון, אינה כפופה כלל לפקודות נציבות שב"ס, וממילא אין בכוחה של הוראת שעה צמצום פעילויות כדי לפגוע בה.

133. לצד זאת, תקנה 12(ב) קובעת חריג לפיו שר הביטחון רשאי לאסור על כלוא ביקור של הצלב האדום לתקופה מסוימת, אם שוכנע כי הדבר יסכן את ביטחון המדינה. כמו כן, תקנה 12(ג) קובעת כי ככל שניתנה הוראה כאמור, שר הביטחון ידון בהחלטתו מחדש אחת לחודש לפחות. כזכור, רק ביום הגשתו של כתב התשובה החליט שר הביטחון לעשות שימוש בסמכותו זו ואסר על כלל הכלואים מכוח חוק לוחמים בלתי חוקיים לקבל ביקורים של הצלב האדום. האם יש בכך כדי לבסס את האיסור שהוטל ביחס לקבוצה המוגדרת של אסירים ביטחוניים שהם לוחמים בלתי חוקיים? אף על כך יש להשיב בשלילה.

134. תחילה יובהר כי החלטתו האמורה של שר הביטחון ניתנה ביום 29.10.2025. במלים אחרות, שר הביטחון קיבל לראשונה החלטה האוסרת באופן גורף על ביקורים של הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים לאחר למעלה משנתיים שבמהלכן נאסר הדבר בפועל. ברי כי התנהלות זו מעידה על פגם חמור ביותר היורד לשורש ההחלטה המקורית להפסיק את הביקורים, למצער אצל קבוצת הלוחמים הבלתי חוקיים. לא ניתן שלא לשאול: מכוח מה נמנעו הביקורים עד אותה עת, לשיטת המדינה? שאלה היא, ותשובה – אין.

135. על כך יש להוסיף כי מלכתחילה, נוסחה המקורי של תקנה 12(ב) אפשר להטיל איסור על ביקורי הצלב האדום אצל כלוא למשך שלושה חודשים. בהמשך הוארכה תקופה זו ל-137 ימים, ל-168 ימים, ל-198 ימים, וכעת מדובר ב-229 ימים. הלכה למעשה – זהו מניין הימים מאז יום קבלת החלטתו של שר הביטחון, 29.10.2025. הארכה "מלאכותית" זו של פרק הזמן שבו ניתן לשלול ביקורים של הצלב האדום – בהתאם להתמשכותם של האיסורים בפועל – שמה לאל את המגבלה שנקבעה בתקנה זו. מדובר בהיפוך היוצרות: התקנה אינה קוצבת את פרק הזמן האפשרי להטלת האיסור על ביקורי הצלב האדום; אלא משך האיסור בפועל הוא זה שמכתיב את התקופה הקבועה בתקנה. מדובר במנגנון מוקשה מיסודו.

136. לא למותר להוסיף כי כאשר ההחלטה המקורית התקבלה, ביום 29.10.2025 – היא ניתנה בהתחשב במגבלת הזמן של שלושה חודשים שהייתה בתוקף באותה עת. דומה כי הארכת פרק הזמן המקסימלי שניתן להגביל במהלכו ביקורים של הצלב האדום, מבלי לקבל החלטה מחודשת על הטלת מגבלה – מאריכה מאליה את תוקפה של ההחלטה מיום 29.10.2025, מבלי לתת את הדעת לנסיבות העדכניות. אף היבטים אלו של ההחלטה מעוררים קושי של ממש. הקושי אף מחריף בשים לב לאמור בתקנה 12(ג) לתקנות לוחמים בלתי חוקיים. לפי תקנה זו, שר הביטחון נדרש לדון מחדש בהוראה שנתן בדבר איסור על ביקורי הצלב האדום אחת לחודש לפחות. עם זאת, מהמדינה נמסר פעם אחת בלבד שכך אמנם נעשה, במסגרת הודעת העדכון מיום 12.12.2025. כל זאת, כאשר האיסורים מוחלים בפועל זה כשנתיים וחצי, וכאשר החלטתו הראשונה של שר הביטחון התקבלה כבר לפני כחצי שנה.

137. מעבר לכך, ההחלטה האמורה של שר הביטחון היא גורפת ונטולת חריגים. ככזו היא מנוגדת למחויבות ההומניטרית של מדינת ישראל במסגרת המשפט הבינלאומי – אשר עוגנו בסעיף 1 לחוק לוחמים בלתי חוקיים עצמו. כמו כן, החלטה כללית מסוג זה אינה מתיישבת עם לשונה של תקנה 12(ב), שנוסחה נסב על החלטה אינדיבידואלית ביחס לכלוא מסוים. כך עולה גם מנוסחה של תקנה 12(ג), המתייחסת לאפשרות של כלוא ספציפי לבקש משר הביטחון לדון מחדש בהוראה האוסרת עליו לקבל מבקר מטעם הצלב האדום, אף בטרם עבר חודש מהמועד הקודם שבו נדונה ההחלטה בעניינו. מדובר אפוא בהוראות בעלות אופי פרטני, אשר לא ניתן להישען עליהן כבסיס משפטי למדיניות גורפת (לאי-תחולתה של סמכות הנוגעת לחריג ספציפי על אוכלוסיה רחבה, ראו והשוו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 529 ו-540 (1998)).

138. לשם השוואה, על פני הדברים אף החקיקה המתייחסת באופן כללי לביקורים אצל אסירים ביטחוניים מאפשרת לשלול זאת רק באופן זמני וקונקרטי, כלומר ביחס לאדם מסוים ולתקופה מוגבלת. כך, תקנה 30(ג) לתקנות בתי הסוהר קובעת כי "הנציב רשאי להורות על מניעת ביקורים אצל אסיר, לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים, אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי האסיר עלול לנצל ביקורים לשם פעילות, שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור". בדומה לכך, תקנה 12(ה) לתקנות המעצרים קובעת כי המפקד "ל או נציב שב"ס "רשאי להורות על מניעת ביקורים אצל עצור, לתקופה שלא תעלה על חודש ימים, אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי העצור עלול לנצל ביקורים לשם פעילות שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור". תקנה 11(ד) לתקנות בדבר מעצר מינהלי קובעת כי "רשאי המפקד לאסור ביקורים של מבקרים דרך כלל או של מבקר מסויים אצל עציר מסויים, אם שוכנע כי הדבר דרוש לביטחון האזור, דבר האיסור יודע לעציר; היה האיסור לתקופה העולה על חודשיים, רשאי העציר לערעור על האיסור בפני מפקד כוחות צה"ל באזור". לכאורה, לשונן של הוראות אלו מלמדת כי עניינן בהגבלה אינדיבידואלית בלבד, שניתן להטיל באופן זמני ומתוחם, להבדיל מהוראה גורפת וכללית. אכן, תקנות אלה עוסקות בסוגיה הכללית של ביקורים אצל אסירים ביטחוניים – שאינה עומדת במוקד ההליך דנן. אולם, בכל הנוגע לסוגיה הספציפית של ביקורי צלב אדום – אצל אסירים ביטחוניים בכלל ואצל לוחמים בלתי חוקיים בפרט – אין הבדל מהותי בין הסוגיות בכל הנוגע לאופי ההחלטה שניתן לקבל – אינדיבידואלית להבדיל מאשר כללית ורחבה.

139. המסקנה העולה מן הדברים היא שהוראות הדין הישראלי החלות על אסירים ביטחוניים בכללותם – לרבות לוחמים בלתי חוקיים – אינן מאפשרות לאסור באופן גורף וללא הגבלת זמן על פעילותו של הצלב האדום במתקני הכליאה. ניתן אף לציין – גם אם מעבר לדרוש בשלב זה – כי משנה חיזוק למסקנה האמורה ניתן למצוא בחזקת ההתאמה הפרשנית. אפילו היה, ולו בדוחק, בסיס לפרשנות הוראות הדין הישראלי ככאלה שמתירות הגבלה גורפת ובלתי מוגבלת על פעילותו של הצלב האדום אצל אסירים ביטחוניים – הרי שהיה מקום לדחותה ולהעדיף את הפרשנות המתיישבת עם הוראות המשפט הבינלאומי. אכן, רמת המפורשות של ההסדרים בנושא זה משתנה בהתאם להקשר. הדברים הם חדים ומפורשים יותר בכל הנוגע ללוחמים בלתי חוקיים. אולם, כאשר נוספת לכך חזקת ההתאמה הפרשנית – ובשים לב להסדרים הברורים הקבועים במשפט הבינלאומי, המסקנה מקבלת משנה תוקף.

140. בשלב זה, ובהתאם לעמדת המדינה, אוסיף ואדרש לבחינת האיסורים שהוטלו בנסיבותיו של המקרה דנן לנוכח פסיקתו של בית משפט זה בעניין עובייד. לאחר שבחנתי את הדברים אני סבורה כי אף קו טיעון זה אינו מחזק את עמדת המדינה, בהתחשב בהבחנות המשמעותיות בין נסיבותיו של עניין עובייד לבין המקרה דנן. כפי שכבר צוין, העובדות בעניין עובייד היו שונות לחלוטין. עמדת המוצא באותו עניין הייתה ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל כלל האסירים הביטחוניים, כאשר המחלוקת נסבה על עניינם של שני עצורים ספציפיים שהוחרגו מן הכלל. הנדון אינו דומה אפוא לראיה, ולמעשה היפוכם של דברים הוא הנכון. המקרה שבפנינו – שנסב על אלפי אסירים ביטחוניים – מעורר קושי רב יותר מאשר ההחלטה הספציפית בעניין עובייד. ולא כל שכן לאחר שחלפו כשנתיים וחצי מאז התקבלה החלטה זו כהחלטה כללית. על כך יש להוסיף, גם מבלי להידרש לשאלת המידתיות באופן ממצה, כי עצם היותה של המדיניות גורפת ונטולת חריגים מקים "חשד" לפיו ההסדר אינו עומד בדרישת המידתיות (בין השאר, ראו: רע"ב 994/24 שירותות בתי הסוהר נ' ח'דר, פסקאות 30-32 (6.11.2024) והמקורות שם).

141. לא למותר להזכיר פעם נוספת כי ביסוד המדיניות שהוצגה עמד טעם ביטחוני – שהוגדר על-ידי הגורמים הביטחוניים והמדיניים ככזה שחל "עד להשבת כלל החטופים החללים לישראל". משעה שתנאי זה התקיים במלואו, פג השיקול העיקרי – ולמעשה היחיד – שהוצג לתמיכה באיסורים שהוטלו. אף החששות הכלליים שהועלו מטעם גורמי המודיעין בשב"ס לא נשאו אופי קונקרטי שהתייחס לפעילותו של הצלב האדום ולמאפייניה. ממילא אין צריך לומר כי ביקורי הצלב האדום נעשו מאז ומתמיד בהתאם לסדרי העבודה של שב"ס, תוך שמירה על כלל הסמכויות המסורות לו ואינן נגרעות. בעת הזו, אם כן, בהינתן שהמדינה לא סיפקה כל טעם חלופי חרף פרק הזמן הממושך שניתן לה לעשות כן – אין למדיניות עוד על מה לסמוך. כזכור, עניין עובייד עסק במפורש באיזון שבין השיקול ההומניטרי לבין השיקול הביטחוני. אין לי אלא לשוב ולצטט את שנכתב בנסיבותיו של אותו מקרה:

"עתה שוב אין כל אפשרות להצדיק את מניעת המפגש של העותרים על נציגי הצלב האדום. עם חלוף השנים והחודשים הופך השיקול ההומניטרי כבד יותר ויותר. לעומת זאת חלוף הזמן הולך ומקטין את משקלו של השיקול הביטחוני. בעניין זה שאלנו את נציגי הצבא שהופיעו בפנינו ובדקנו השיקולים בדוק היטב. שוכנענו כי באיזון הראוי בין השיקולים ההומניטריים לבין שיקולי הביטחון יד השיקולים ההומניטריים על העליונה".

הדברים רלוונטיים גם לענייננו, ובהתחשב באמור לעיל – אף ביתר שאת.

142. לכך יש להוסיף כי בהתחשב בכך שהשיקול הביטחוני שהוצג לאורך הדרך איבד מתוקפו עם חזרתו של החלל החטוף האחרון – נשמטה הקרקע תחת ליבת ההנמקה שניתנה, והמדינה לא הציגה טעמים אחרים תחתיה. במובן זה, בשלב הנוכחי ניתן אף לומר כי מדובר במדיניות שמעוררת חשש לשרירותיות (ראו והשוו: בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 460, 449 (1981); עע"ם 1930/22 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים, פסקה 39 (11.10.2023); עע"ם 63194-08-25 כהן נ' עיריית רמת גן, פסקה 32 (22.3.2026)).

143. הקושי האמור אף מחריף בהתחשב בכך שתשומת לבה של המדינה לעניין זה הופנתה באופן מפורש וחד-משמעי בהחלטתנו מיום 2.2.2026. ואכן, המדינה הצהירה יותר מפעם אחת כי "ככל שיהיה שינוי במצב העובדתי כפי שפורט, יקיימו הגורמים הרלוונטיים דיון מחודש בנושא" (פסקה 22 לכתב התשובה. ראו גם: פסקה 25 להודעה המשלימה מיום 12.12.2025). עדכון בעניין בושש להגיע זמן רב.

העמדה העדכנית מחודש מאי 2026

144. בשלב זה, ולאחר שהשלמתי את מלאכת הכתיבה של פסק הדין, ביום 8.5.2026 הונחה על שולחננו הודעה מעדכנת מטעם המדינה שכללה את הנחייתו ראש הממשלה בזו הלשון:

"לקיים ביקורים של [הצלב האדום] בחמשת המתקנים הביטחוניים של שב"ס ובמתקני צה"ל בהם מוחזקים כלואים ביטחוניים, לרבות במתקנים שמוחזקים בהם קטינים, במסגרתם, בין היתר, יתרשמו מתנאי הכליאה, יבצעו סיור במתקנים וייפגשו עם אנשי הסגל של שב"ס וצה"ל לצורך קיום שיח מקצועי, וכל זאת ללא קיום מפגשים אישיים עם הכלואים מטעמים ביטחוניים".

145. ראוי לציין כי גם בשלב מאוחר זה, ההודעה המעדכנת לא כללה כל טיעון בכל הנוגע לבסיס המשפטי להחלטה על ביקורי הצלב האדום במתכונת מצומצמת זו. אף על פי כן, המדינה שבה וטענה כי דין העתירה להימחק.

146. בהמשך לכך הוגשה תגובתם של העותרים ביום 11.5.2026. העותרים סבורים כי אין בהודעה המעדכנת כדי לתת מענה לטענות שבעתירה. לשיטתם, ביקורי הצלב האדום

הם בגדר זכות של האסירים הביטחוניים, ועל כן אין להסתפק בסיור במתקני הכליאה ללא מפגש עם האסירים עצמם. העותרים מוסיפים ועומדים על החשיבות ההומניטרית שיש לפעילותו המלאה של הצלב האדום, על שלל היבטיה, בציינם כי אף זו הפעם המדיניות המוצהרת לא נתמכה בהנמקה ברורה.

147. לאחר שעיינתי בדברים אני סבורה שאין בהודעה המעדכנת כדי לייתר את הדיון בעתירה מעיקרו או כדי לשנות את המסקנה האופרטיבית שעליה יש להורות. במישור הפורמלי, בחינת המצב המשפטי בכל הנוגע לביקורי הצלב האדום מלמדת כי ביקורים אלה אמורים לכלול אף מפגש בלתי אמצעי עם האסירים והעצורים, ולא רק צפייה בהם או מפגשים עם הסגל המשגיח עליהם. אלה הם פני הדברים הן לפי ההוראות הרלוונטיות במשפט הישראלי עצמו והן לפי כללי המשפט הבינלאומי. לכך יש להוסיף, כי אף מבחינת התכלית העומדת ביסוד ההסדרים פשיטא כי סיורים שאינם כוללים מפגש בלתי אמצעי עם האסירים הביטחוניים אינם נותנים מענה לתפקיד הפיקוח הישיר על התנאים שבהם הם מצויים, שהוא ה-*raison d'être* העומד ביסוד הדברים.

148. סעיף 1(ב) לפקודת הצלב האדום קובע באופן חד-משמעי כי במסגרת הביקורים, נציגי הצלב האדום יהיו "רשאים לשוחח עם האסירים/עצורים ולקבל תלונותיהם בנוגע לתנאי המחיה". למעשה, סעיף 7(ג) לפקודה זו כולל הוראות מפורטות ביחס לשיח בין נציגי הצלב האדום לבין האסירים הביטחוניים, באופן שמדגיש את הפן האינדיבידואלי של ההסדר המכוון למפגשים אישיים:

"שיחות נציגי הצלב האדום הבינלאומי עם סוגי האסירים/עצורים המנויים המנויים בסעיף 3 לעיל יערכו באופן הבא:

(1) שיחת נציג הצלב האדום הבינלאומי תהא שיחה אישית במקום שיועד לכך לרבות בתאי הכליאה, שדלתו סגורה וללא נוכחות איש סגל.

(2) במידה שנציג הצלב האדום הבינלאומי מעוניין להיפגש עם עצור/אסיר השוהה באגף הפרדה או באגף שמור, תיערך השיחה במקום שיקבע מפקד בית הסוהר ובלבד שלא בתאי הכליאה, כאשר לשם הבטחת בטחון המפגש נדרשת נוכחות סוהר שיימצא בטווח ראייה בלבד וזאת בתיאום עם נציג הצלב האדום הבינלאומי...

(3) בכל מקרה, אין לאפשר קיום שיחה/מפגש של נציג הצלב האדום הבינלאומי עם אסיר/עצור השוהה באגף הפרדה/שמור בתוך אגפים אלו.

(4) במידה שנציג הצלב האדום הבינלאומי מעוניין להיפגש עם אסיר/עצור שאינו שוהה באגף הפרדה או באגף שמור ולדעתו של מפקד הביס"ר מדובר באסיר בעל רקע אלים

ו/או תוקפן ו/או לוקה בנפשו וקיים חשש כי יתקוף את נציג הצל"א הבינלאומי, יחולו הוראות סעיף קטן ג.2) לעיל...

5) טרם תחילת שיחה/מפגש נציג הצלב האדום הבינלאומי עם אסיר/עצור ובסיום השיחה/מפגש, ייערך חיפוש על גופו של האסיר/עצור כמפורט בפקודה 03.06.00 – 'עריכת חיפוש'.

6) במידה שנציג הצלב האדום הבינלאומי יזדקק למתורגמן, הוא יועמד לרשותו מבין העצורים/אסירים באותו בית סוהר. המתורגמן יהיה על דעת מפקד הביס"ר ונציג הצלב האדום הבינלאומי. מפקד בית הסוהר רשאי להתנגד למתורגמן שהוצע ע"י נציג הצלב האדום הבינלאומי ולבקש מתורגמן אחר.

7) ככלל, אין להרשות לנציגי הצלב האדום הבינלאומי לשוחח עם קבוצת אסירים, למעט שיחה עם מס' אסירים השוהים בתאם, שעה שנציגי הצלב האדום הבינלאומי מבקרים בו, ובתנאי שאין מניעה מטעמי בית הסוהר לקיום השיחה".

נקל להיווכח כי המגבלה העיקרית שהוטלה נסבה דווקא על קיום שיח קבוצתי, להבדיל מהמפגש האישי עם האסיר, שהוא העומד במרכז הדברים.

149. אף תקנה 12(א)(1) לתקנות לוחמים בלתי חוקיים מורה כי "כלוא יורשה לקבל" מבקרים מטעם נציגי הצלב האדום. מכאן עולה שהזכות היא של הכלוא עצמו, וכוללת מניה וביה מפגש שיש בו ראייה ושמיעה של האסיר בתקשורת בלתי מתווכת.

150. הדברים אף מתיישבים עם התפיסה הכללית לגבי אופן הניהול של ביקורים מטעם גורמי חוץ במתקני כליאה שבהם מוחזקים אסירים, ואסירים ביטחוניים בכלל זה. כך למשל, על דרך ההשוואה ניתן לציין כי אף פקודת נציבות מס' 03.04.00 "מבקרים רשמיים בבתי הסוהר" (25.8.2024) קובעת בסעיף 8(ב) כי "לשם ביצוע תפקידו, רשאי מבקר רשמי... לשוחח עם כל אסיר, אף שלא בנוכחות מפקד מתקן הכליאה או גורם אחר". הדברים מובאים למעלה מן הצורך אך כדי להדגיש את הזיקה הישירה בין התפיסה של "ביקור" אצל אסיר לבין האפשרות לקיים עמו שיח בלתי אמצעי.

151. ובחזרה להקשר הנוכחי: זוהי אף עמדתו של המשפט הבינלאומי. בהתאם לסעיף 143 לאמנת ג'נבה הרביעית, נציגי הצלב האדום "יוכלו לשוחח עם [האסירים הביטחוניים] בלא עדים, אם באופן אישי ואם באמצעות מתורגמן". הוראה מפורשת זו היא שעמדה ביסוד המדיניות שהונהגה בישראל החל משנת 1967 בעניין (כפי שצוין

באופן ברור במכתב שהוזכר בפסקה 12). אם כן, סיור ללא מפגש ושיח – כלל אינו ביקור כמובנם של הדברים בהוראות הרלוונטיות, וממילא התועלת שבצדו מצומצמת למדי.

152. אכן, כפי שהסברתי לעיל, הזכות לביקורי צלב אדום היא זכות שהמשפט הבינלאומי עצמו מכיר באפשרות לקבוע לה חריגים, אולם אלה אמורים להיות ספציפיים ומתוחמים (כמפורט לעיל בפסקאות 123-125). לא זה המצב שבפנינו. כאן חשוב לחזור ולציין כי ההודעה המעדכנת של המדינה לא כללה טיעון סדור באשר לתחולתם של החריגים המוכרים בדין, ולאמיתו של דבר, כמו בשלבי ההתדיינות הקודמים, היא לא כללה התייחסות כלשהי לביסוס המשפטי של העמדה העדכנית שהוצגה.

153. אף מעבר לפן המשפטי הטהור, ראוי לזכור כי אין מדובר בדקדוקי עניות פורמליסטיים. ההסדרים שעניינם ביקורי הצלב האדום נועדו להביא אל בתי הכלא את נקודת המבט החיצונית, שהיא חיונית תמיד. ללא קשר בלתי אמצעי עם האסירים הביטחוניים אין תועלת רבה בהסדר כולו. שמיעת הסגל המשגיח על הכלואים, עם כל חשיבותה, היא בגדר שמיעה "במעמד צד אחד". אינני מקלה ראש בהיבטים הביטחוניים הכרוכים בתיאום ביקורים מהסוג הנדון, אך חזקה על שירות בתי הסוהר שידע לנהל את נושא הביקורים מבחון תוך שמירה על הסדר והוראות הבטיחות – כפי שנעשה לאורך עשורים. הדברים אמורים ביתר שאת מאחר שהטענה לקיומם של טעמים ביטחוניים הוצגה באופן גורף ונטול חריגים.

ושוב חוזרת השאלה: הכך ננהג באויבינו?

154. על הדיון כולו – במקרה זה, כמו גם במספר מקרים אחרים שהגיעו אל פתחו של בית משפט זה – מרחף צלה של השאלה: מהן חובותינו כלפי אויבינו? האמנם ייקוב הדין את ההר?

155. כאזרחית של מדינה שחפצה להיות שומרת חוק, ולא רק כשופטת, אני סבורה שהתשובה היא ברורה, ולאמיתו של דבר קשה פחות מכפי שעולה מן הרושם הראשון. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, שלא תלך בדרכם של ארגוני הטרור. שמירה על דרישות הדין היא הבסיס שבלעדיו לא ייכוננו סדרי שלטון ומשפט (ראו מהעת האחרונה: בג"ץ 4268/24 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 24 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן וכן חוות דעתי (18.9.2024); בג"ץ 2858/24 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי, פסקה 30 לחוות דעתי

((7.9.2025)). עמדה עקרונית זו אינה בבחינת חידוש. יפים לכאן הדברים שנכתבו כבר בעניין עובייד, אשר עמד במוקד ההתדיינות לפנינו ובמרכז הטיעון של המדינה:

”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” (שם, בעמ' 774. ראו גם: בג”ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ”ד לה(3) 113, 130 (1980); בג”ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ”ד נו(3) 30, 34-35 (2002)).

156. עוד יש לומר כי פעילותו של הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים אינה כוללת כשלעצמה הטבות כלשהן. הביקורים כשם כן הם – מאפשרים ביקורת על תנאי הכליאה של אותם אסירים לשם שמירה על תנאים בסיסיים, בהתחשב בקושי הטבוע במצב של שלילת חירות ובפוטנציאל החשיפה המוגבר לפגיעה במצב דברים זה (ראו והשוו: בג”ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ”ד סג(2) 545, 645 ו-649 (2009); ע”פ 6347/12 מדינת ישראל נ' מרה, פסקה 22 (13.5.2013); בג”ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה ע”ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (13.6.2017)). אף מסירת המידע נועדה לאפשר מעקב וביקורת. למדינה שומרת חוק יש עניין בביקורת מסוג זה, והשיח הישיר עם האסירים עצמם צפוי לתרום לה. אין מדובר בשאלה של ”לוקסוס” אלא בשמירה על סטנדרטים בסיסיים.

157. בשולי הדברים, ניתן להוסיף כי ביקורת חיצונית במתקני הכליאה יכולה אף לסייע במענה לטענות, העולות מעת מעת, באשר ליחס של הרשויות בישראל לאסירים הביטחוניים.

158. לאמיתו של דבר, ההכרה בחשיבותו של מנגנון פיקוח חיצוני תואמת אף את עמדתה של המדינה עצמה, אשר בשלבים מוקדמים יותר ביקשה לייסד מנגנון חלופי לביקורי הצלב האדום, בצינה כי "המנגנון המתגבש צפוי למלא אחר התכלית אשר עד כה מילא הצלב האדום – קרי, קביעת גורם חיצוני לרשויות המדינה, אשר יהיה רשאי לבקר במתקני כליאה, לקבל תלונותיהם של כלואים רלוונטיים ולהעביר מידע אודותם" (פסקה 7 להודעה מיום 19.6.2024). הנה כי כן, מדינת ישראל עצמה הכירה – ומכירה גם עתה – בחשיבות התכלית העומדת ביסודה של ביקורת מטעם הצלב האדום, כגוף חיצוני ובלתי תלוי ברשויות השלטון.

159. האמת ניתנת להיאמר: לאורך זמן ממושך ריחף מעל העתירה צל נוסף – גורלם של החטופים הישראליים ברצועת עזה שהוחזקו בידי ארגוני הטרור. קשה היה מבחינה רגשית ומצפונית להלום מצב שבו החטופים סובלים מהחזקה בתנאים אכזריים, ללא מעורבות של הצלב האדום או של גופים אחרים בעניינם – לא בביקורים, לא במסירת מידע, ואף לא בהספקת תרופות נחוצות – בעוד דרישה מקבילה מוצבת בעניינם של האסירים הביטחוניים, שבחלקם קשורים לאותם ארגוני טרור.

160. בשלב הנוכחי איננו צריכים להתמודד עם דילמה זו. אכן, עמדתו של המשפט הבינלאומי בסוגיה זו היא ברורה: חובות הומניטריות בסיסיות אמורות להתקיים גם ללא היבטים של הדדיות. לצד זאת, במישור המעשי עשויות להתעורר שאלות של "צורך" הנובעות ממורכבותה של המציאות עצמה על רקע שיקולים של פיקוח נפש, וכן שאלות הנוגעות לפרשנותם של חריגים שהוצגו. כאמור, אנו פטורים מלהשיב על שאלות מורכבות אלה. בינתיים אין עוד חטופים ישראלים ברצועת עזה, וזהו מקור של שמחה לכול (המהולה כמובן בעצב רב על כל הסבל והאובדן שליוו את דרכם בשלבים קודמים, כמו גם על כך שחלקם הושבו רק לאחר שכבר לא היו עוד בין החיים).

161. טרם סיום יוזכר פעם נוספת כי ההתדיינות בתיק נמשכה זמן ארוך מהרגיל, כשלמדינה ניתנו הזדמנויות רבות לבסס את עמדתה – שלא נוצלו כדבעי. הרושם הוא שהמדינה הותירה לבית משפט זה את מלאכת הוצאתם של הערמונים מן האש. ההודעה המעדכנת הותירה יריעת מחלוקת משמעותית ולכן לא שינתה מכך. מכאן פסק דינו זה.

162. לו תישמע דעתי – נהפוך את הצו על-תנאי למוחלט במובן זה שהמדינה תאפשר ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל האסירים הביטחוניים ותמשיך במסירת המידע בעניינם, בהתאם למתכונת המעוגנת בהוראותיה של פקודת הצלב האדום ובאופן דומה, בשינויים המחויבים, גם במתקנים המופעלים על-ידי צה"ל.

163. עוד אציע כי המדינה תישא בהוצאות העותרים בסכום של 40,000 שקלים.



דפנה ברק-ארז
שופטת

המשנה לנשיא נעם סולברג:

1. בדרכה אל התוצאה – קבלת העתירה והפיכת הצו על-תנאי למוחלט – צעדה חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, כמאסף בכל התחנות, כשהיא מנווטת בנככי המשפט המינהלי ובנפתולי הדין הבינלאומי. כחברתי, אף אני סבור כי דין העתירה להתקבל. ברם, אפסע פסיעות אחדות בלבד בדרך בה הילכה, לא עוד, ואעמוד מלכת.

2. אכן, בעתירה הוצגו טענות כבדות משקל, שלפיהן למדיניות האוסרת על ביקור נציגי ארגון הצלב האדום בבתי הסוהר, ומפגשים עם אסירים, עצורים, ועצירים מינהליים פלסטינים, ועל העברת מידע לארגון לגביהם – אין עוגן בדין להיאחז בו. בטיעוניהם בכתב ובעל-פה, הסבירו העותרים בפירוט מדוע לשיטתם זיזים אשר עליהם ביקשו המשיבים לתלות את מדיניותם – אינם מסוגלים לכך. ברם, בחלוף שנתיים-ימים ויותר, שבהן מתנהלת העתירה, לא זכו הטענות הללו למענה משפטי הולם מטעם המשיבים; חלקן אף לא זכו למענה כלל. בנסיבות אלו, תמים דעים אני עם חברתי כי אין לנו מנוס מלפסוק את הדין, ולהורות על קבלת העתירה. בד בבד, בהינתן מצב דברים זה, סבורני

כי ניטיב לעשות אם ניזהר מלהורות הלכה בסוגיות שמעבר למחלוקת הקונקרטית; ואם נישמר מהבעת עמדה לגבי המדיניות, מטוב עד רע.

3. הערה מקדימה, כי אין ברירה: לא היינו מוכרחים להגיע עד הלום. משך שנתיים ויותר, יכלו משיבי המדינה לתקן את דרכיהם, ולהעמיד את המדיניות בה נקטו על יסודות פורמליים יציבים. למצער, ניתנה בידי המשיבים האפשרות להציג נימוקים, ולבסס עמדה שלפיה המצב איננו 'כצעקתה', וכי אין עליהם חובה משפטית לעשות כנטען. הזדמנויות לנקוט באחת מדרכי הפעולה, חזרו ונשנו: כשהוגשה העתירה; כאשר ניתן לגביה צו על-תנאי; לאחר שהערנו על הקשיים במצב הקיים בדיון בעל-פה; ונוכח שינויים משמעותיים שחלו במישור העובדתי, אשר פתחו למשיבים פתח לפעול אחרת. דא עקא, שהמשיבים לא ניצלו אותן הזדמנויות, ולא הלכו באף אחת מן הדרכים. על כך יש להצר; גם כעת, בבואנו להכריע בעתירה, אין לפנינו טיעון משפטי סדור ומפורט כדבעי מטעם המשיבים.

רקע רלבנטי

4. הודות ליריעה הרחבה, עובדתית ומשפטית, שפרשה חברתי, אסתפק ברקע תמציתי. תמונת הדברים ממעוף הציפור היא זו: הוראות הדין המסדירות את פעילותו של הצלב האדום אצל אסירים בטחוניים משתייכות לשתי מערכות דינים, בהתאם לסיווגם של האסירים. למערכת דינים אחת, שתחולתה מקיפה את כלל האסירים, העצורים והעצירים המינהליים הפלסטינים, שייכת פקודת נציבות שב"ס מס' 03.12.00, שכותרתה "ביקורי הצלב האדום הבינלאומי בבתי הסוהר" (להלן: הפקודה או פקודת הצלב האדום). מערכת דינים שנייה, עניינה רק באסירים הכלואים מכוחו של חוק לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: החוק או חוק לוחמים בלתי חוקיים). בצל קורתה שוכנת תקנה 12(א)(1) לתקנות כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תנאי כליאה), התשס"ב-2002 (להלן: התקנות או תקנות לוחמים בלתי חוקיים), שכותרתה "ביקור אצל כלוא". כפי שאפרט בהמשך, שתי הוראות אלו קובעות את 'המצב הרגיל' במקומותינו, ומבטיחות את ביקורי הצלב האדום אצל אסירים בטחוניים, וכן גם מסירה של מידע לארגון לגביהם.

5. סמוך לאחר אותו יום איום ונורא, 7.10.2023, גמרו המשיבים אומר למנוע את ביקורי הצלב האדום אצל האסירים הבטחוניים, כמו גם את מסירת המידע, באופן מְיָדִי. כך עשו בפועל, מבלי שניתנה החלטה פורמלית על כך. בעתירה נטען, בין היתר, כי המדיניות הקובעת איסור גורף על ביקורים ועל מסירת מידע אינה מתיישבת עם ההוראות

שנזכרו. תשובת המשיבים לטענה זו השתנתה והתפתחה במהלך חיי העתירה. אציג אפוא את המענות ואדון בהם כסדרם.

פקודת הצלב האדום – 3 קושיות

6. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר), מסמיכה את נציב שב"ס להוציא הוראות ופקודות כלליות, בזו הלשון:

80א. (א) הנציב יוציא, באישור השר, הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לענין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה (להלן – הוראות שירות בתי הסוהר).

(ב) הנציב יוציא פקודות כלליות שיקבעו פרטים בנושאים האמורים בסעיף קטן (א) (בפקודה זו – פקודות נציבות בתי הסוהר).

[...]

80ג. (א) לענין פקודה זו רואים את פקודות השירות כדינים.

(ב) היתה סתירה בין הוראת שירות בתי הסוהר ובין פקודת נציבות בתי הסוהר – עדיפה הוראת שירות בתי הסוהר; היתה סתירה בין פקודת נציבות בתי הסוהר לבין פקודה אחרת – עדיפה פקודת נציבות בתי הסוהר.

7. מכוחו של סעיף 80א(ב) לפקודת בתי הסוהר, יצאה מאת הנציבות, בשנת 2002, פקודת הצלב האדום (אשר עודכנה לאחרונה ביום 8.12.2020). שורת הסדרים נקבעו בה, לצורך קיום ביקורים מטעם הארגון בבתי הסוהר. כך היא נפתחת:

1. א. בהתאם להסכמים בין מדינת ישראל וארגון הצלב האדום הבינלאומי ולפי אישורי משרד הביטחון, משרד המשפטים ומשרד החוץ, מתקיימים ביקורים של נציגי הצלב האדום הבינלאומי בבתי הסוהר בהם כלואים אסירים/עצורים תושבי השטחים.

ב. נציגי הצלב האדום הבינלאומי רשאים לשוחח עם האסירים/עצורים ולקבל תלונותיהם בנוגע לתנאי המחיה.

8. בהמשך, מפורטים בסעיף 3 לפקודה "סוגי אסירים ועצורים אותם רשאים לבקר נציגי הצלב האדום הבינלאומי", כאשר תחת כנפיו חוסים כלל האסירים, העצורים והעצירים המינהליים תושבי יהודה, שומרון ועזה, אשר לגביהם נסובה עתירה זו. סעיף 6 לפקודה מגדיר "ביקור [...] עם אסירים/עצורים המנויים בסעיף 3", כ"ביקור מיוחד" אותו רשאי הצלב האדום לתאם בהתראה קצרה בת 48 שעות; זאת, להבדיל מ"ביקור שגרתי", אשר

אותו נדרש הארגון לתאם בהתראה של חודש-ימים (ההדגשות הוספו – נ' ס'). סעיף 9 לפקודה מסדיר גם את סוגיית מסירת המידע, וקובע כי "יימסר מידע לפי בקשת נציגי הצלב האדום הבינלאומי אודות שמות האסירים/עצורים וכן פרטים אודות סדר היום, תנאי מחייה, זכויות וחובות". כך היה מצב הדברים – נורמטיבית ומעשית – עד לפרוץ המלחמה. לאחר מכן, כנזכר, הופסקו לחלוטין ביקורי הצלב האדום אצל האסירים הבטחוניים, כמו גם מסירת המידע על אודותם.

9. כפי שתיארה חברתי, מאז הודעת העדכון שהגישו המשיבים ביום 8.5.2024, ועד לדיון שהתקיים לפנינו כשנה וחצי לאחר מכן, ביום 29.10.2025, העמדה העקבית – והיחידה – שנשמעה מפי המשיבים בהקשר זה, היתה כי בכוונתם ליצור מנגנון אלטרנטיבי של פיקוח חיצוני, אשר יחליף את פעולת הצלב האדום בבתי הסוהר, להלכה ולמעשה. וכך, במשך למעלה משנה ומחצה בהן התגלגל ההליך בין בקשת ארכה אחת לזו שבעקבותיה, כאשר בתווך אף ניתן צו על-תנאי, לא נשמע מפי המשיבים, ולו ברמז, כי לדעתם פקודת הצלב האדום אינה מטילה עליהם חובה לאפשר ביקורים ולמסור מידע.

10. רק במסגרת כתב התשובה, אשר הוגש בבוקרו של יום 29.10.2025, שעות ספורות לפני תחילת הדיון, הודיעו המשיבים, כי הוחלט לזנוח את הקמת המנגנון החלופי. ברם, במסגרת אותו כתב תשובה לא בא זכרה של פקודת הצלב האדום, ולא ניתנה תשובה כלשהי לטענת העותרים שהסתמכה עליה. היה זה אפוא רק במסגרת הטיעון בעל-פה, ובתשובה לשאלותינו, שניתן לראשונה מענה כלשהו, שכלל התייחסות לפקודת הצלב האדום ולהוראותיה. על רקע זה, למחרת הדיון, הוכינו למשיבים להגיש השלמת טיעון, ובה פירוט הבסיס המשפטי לעמדה שהוצגה על-ידם. לאחר ארכות מספר, הוגשה ביום 12.12.2025 הודעה משלימה קצרה למדי, חסרה התייחסות ממשית למרבית טענות העותרים, כמו גם לשאלות שהוצגו בדיון. בסיום דברי אשוב לקשיים העולים מההתנהלות הדיונית המתוארת. אולם גם לגופם של דברים, סבורני כי התשובות השונות שהציגה המדינה אינן מניחות את הדעת. אפנה לדון בהן כעת.

קושיה ראשונה: פקודת הצלב האדום – תקנה או הנחיה?

11. כנזכר לעיל, מענה ראשון מטעם המשיבים לטענת העותרים, שלפיה פקודת הצלב האדום מחייבתם להחזיר לקדמותם את ביקורי הצלב האדום ואת מסירת המידע לארגון במתכונת שנהגה לפני המלחמה, הוצג במסגרת הטיעון בעל-פה, ובמענה לשאלותינו. אז, טען ב"כ המשיבים כי פקודות הנציבות הן "נהלים פנימיים", אשר "נועדו להסדיר מצב דברים רגיל", תוך שניתן לסטות מהם כשהשעה צריכה לכך. טענה זו

נכללה לאחר מכן גם במסגרת ההודעה המשלימה, שם הוסבר לגבי פקודת הצלב האדום, כי "אכן נהגו על-פיה בשגרה, אלא שהמציאות הביטחונית בה נטועה העתירה [...] עודנה חריגה ביותר", ומשכך רשאים המשיבים לסטות מהוראותיה ללא קושי. מענה זה אינו מספק כלל וכלל.

12. ראשית, וכפי שציננה חברתי, סיווגן של פקודות נציבות שב"ס כנהלים פנימיים, להבדיל מתקנות, אפשרי אמנם, אך אינו חף מקשיים. הנפקות להבחנה נובעת, כידוע, מכך ש"הנחיות הן נורמות גמישות משום – שבניגוד לחוקים או לתקנות – האמור בהנחיה אינו מחייב את הרשות המפעילה אותה לקיים את ההנחיה בכל המקרים שבגדר ההנחיה, אלא שביישום ההנחיה יש לרשות אפשרות במקרים מסוימים לסטות מהאמור בה ולהגיע לפתרון מיוחד, אם הנסיבות הקונקרטיות החריגות של המקרה הספציפי מצדיקות זאת" (יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי 571 (2022) (להלן: דותן)). לגבי פקודות נציבות שב"ס, הובעה בפסיקה עמדה שלפיה ראוי לסווגן כתקנות או כ'מעין תקנות' – ולא כהנחיות – אולם הנושא טרם הוכרע (ראו בהקשר זה את המחלוקת שנתגלעה ברע"ב 4779/17 אבו-צעלוק נ' שירות בתי הסוהר (22.3.2020) (להלן: עניין אבו-צעלוק), פסקה 58 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ח' מלצר, והשוו לפסקה 14 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז; וראו גם: רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 60 (7.10.2010) (להלן: עניין יונס), וההפניות הרבות שם).

13. שנית, ומבלי לטעת מסמרות, אעיר כי לעמדה שלפיה ראוי לסווג את פקודת נציבות שב"ס כתקנות, יש בסיס בלשונו של סעיף 80ג(א) לפקודת בתי הסוהר, אשר קובע במפורש, כי "לענין פקודה זו רואים את פקודות השירות כדינים" (ההדגשה הוספה – נ' ס'); עמדה זו אף מתיישבת, על פני הדברים, עם המבחנים שנקבעו לסיווג תקנות בחוק ובפסיקה (ראו: סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות); ראו גם: ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957); בג"ץ 5480/14 ועד ארגון הסגל האקדמי הבכיר באקדמיה למוסיקה ולמחול בירושלים נ' המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 128 (10.11.2016); דותן, עמודים 567-570, 572).

14. אדגיש, כי אף שהעותרים הסתמכו בטיעוניהם על פקודת הצלב האדום, וטענו לגביה למעמד מחייב; ואף שבדיון בעל-פה הקשינו על הנחת המוצא של המשיבים שלפיה מדובר בנהלים פנימיים בלבד – גם בהודעה המשלימה חזרו המשיבים על הדברים כטענה בעלמא, ללא התייחסות ממשית להבחנות המושרשות בין סוגים שונים של כללים מינהליים, ומבלי שהוצג טיעון מבוסס לגבי הסיווג הנ"ל לפקודות נציבות שב"ס. זאת,

אף שיש טעם לומר כי במקרה של ספק, "שיקולי היסוד של שלטון החוק ופומביותו מחייבים לכל הפחות להגיע למסקנה שהנטל להוכחה בעניין זה הוא על הרשות" (דותן, עמוד 570).

קושיה שניה: סטייה או הפרה?

15. אף אם אניח לטובת המשיבים, כי פקודת הצלב האדום היא הנחיה מינהלית בלבד, ברי כי לא נובע מכך שניתנה בידם הרשות להתעלם ממנה כליל. אכן, "סטייה מהנחיה מינהלית אינה כשלעצמה בלתי חוקית [...]. הרשות רשאית לסטות מן ההנחיות המנהליות במקרה ספציפי בהסתמך על נסיבות המקרה, מבלי לשנות את ההנחיות" (עע"מ 9156/05 גרידינגר נ' ראפ, פסקה 10 (10.6.2008) (להלן: עניין גרידינגר); ראו גם: בג"ץ 5277/96 חוד – חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854, 861-862 (1997)). ברם, לא הרי סטייה נקודתית מהנחיות כהרי שינוי כולל שלהן. כאשר עסקינן במקרה הראשון, בו מבקשת הרשות לחרוג מהנחיותיה במקרה ספציפי ומיוחד, היא רשאית לעשות כן, בכפוף לעמידה בחובות דיוניות מוגברות – בכלל זאת, הנמקה מפורטת בדבר קיומן של נסיבות המצדיקות את הסטייה (ראו: עניין גרידינגר, פסקה 10; דותן, עמוד 814).

16. לעומת זאת, ככל שהרשות רואה לנכון לחרוג באופן רחב היקף ומתמשך מן ההסדר הקבוע בהנחיות, אזי אין עסקינן בסטייה מן ההנחיות גרידא, כי אם בשינוי שלהן, אותו יש לבצע בדרך שבה ניתנה ההנחיה (סעיף 15 לחוק הפרשנות; ראו והשוו: ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2198 (1961); דותן, עמודים 738-739). במקרה האחרון, אם תפעל הרשות בניגוד להנחיות מבלי לשנותן, יש לראותה כמי שמפרה אותן, ולא כמי שסוטה מהן (ראו והשוו לדרך שבה נעשו בעבר שינויים במדיניות שעוגנה בפקודות נציבות שב"ס: בג"ץ 8297/15 הררי נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 26 לפסק הדין של השופט ד' מיינץ (18.8.2019); דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 12 לפסק הדין של הנשיאה מ' נאור (14.4.2015); ראו גם: דותן, עמודים 824-816; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 248-258 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

17. ביישום לדנן: כפי שהובהר לעיל, עצירת מסירת המידע ומניעת המפגשים של הצלב האדום עם האסירים הבטחוניים, היא החלטה רחבה וגורפת, הנמשכת לאורך זמן. אין מדובר בחריגה נקודתית, לגבי אסיר ספציפי, או קבוצת אסירים לגביהם עלו חששות מיוחדים, או למשך תקופת זמן מתוחמת. כך נוהגים המשיבים, אף שלא חל כל שינוי בהוראותיה של הפקודה עצמה. על כן, אפילו הייתי מניח כי יש לסווג את הפקודה כהנחיה, תלף תקנה או 'מעין תקנה' – וכאמור, מדובר בהנחה שאינה פשוטה כלל – הרי

שהמשיבים אינם ממלאים אחר הוראותיה משך תקופה ארוכה, מבלי לבטלה או לשנותה, חרף העובדה שבסמכותם וביכולתם לעשות כן. המשיבים מפרים אפוא את הוראת הפקודה. מדוע לא שינו את הוראות הפקודה כך שתשקף את המדיניות עליה הצהירו, אף שהדבר הוא לאל-ידם? למשיבים פתרונים.

קושיה שלישית: האם פקודת הצלב האדום בוטלה על-ידי הוראת השעה?

18. במסגרת ההודעה המשלימה מיום 12.12.2025, נמצאה לראשונה בפי המשיבים גם טענה חלופית, שלפיה אף אם ראוי לייחס לפקודת הצלב האדום מעמד מחייב, הרי שהיא בוטלה באופן זמני על-ידי הוראת שעה שיצאה מאת הנציבות ביום 16.10.2023, זו כותרתה: "צמצום פעילויות שגרה בעת מלחמה" (להלן: הוראת השעה). זו לשונה: "על אף האמור בכל פקודת נציבות יצומצמו למינימום ו/או יבוטלו כלל פעילויות השגרה המתקיימות בזמן שגרה בבתי הסוהר, בכפוף להוראות הדין. הנחיות בדבר אופן והיקף קיומן ו/או ביטולן של פעילויות השגרה, ככל שיתקיימו, יינתנו מעת לעת, בהתאם להערכות המצב העתיות שיתקיימו בראשות נציבת בתי הסוהר". תוקפה של הוראת שעה זו מוארך מעת לעת, כאשר אגב ההארכה ה-29 שלה, למעלה משנה וחצי לאחר שיצאה הוראת השעה לראשונה, נוספה להודעת ההארכה הבהרה שלפיה "לעניין הוראת שעה זו, פעילויות שגרה – כל פעילות או טובת הנאה הקבועה בפקודות נציבות שאין יסודה בזכויות המוקנות לאסיר". אכן, על-פי סעיף 80ג(ב) לפקודת בתי הסוהר, הוראת שירות בתי הסוהר מצויה גבוה יותר במדרג הנורמטיבי מפקודה, כך שמבחינה עקרונית יכולה היתה הוראת השעה לשלול את תוקפה של פקודת הצלב האדום. אלא, שפרשנות הוראת השעה לא מצביעה בהכרח על ניסיון לעשות כן. אסביר.

19. המשיבים מבקשים לתלות בהוראה שלפיה "יבוטלו כלל פעילויות השגרה", ובהבהרה שנוספה לה בהמשך הדרך, את ביטול ביקורי הצלב האדום ואת הפסקת מסירת המידע על אסירים בטחוניים לארגון. פעילויות אלה נכללות לשיטתם, כך ניתן להבין, בגדר "פעילויות שגרה". דא עקא, סבורני כי לשון ההוראה, הן בנוסחה המקורי, הן לאחר הוספת ההבהרה – מתקשה לשאת פרשנות זו. 3 טעמים מוצא אני לכך.

20. טעם ראשון, קשור בהבחנה המצויה בפקודת הצלב האדום, כפי שתואר לעיל, בין "ביקור שגרתי" ל"ביקור מיוחד", כאשר הביקורים אצל האסירים הבטחוניים נמנים על הקטגוריה של ביקור מיוחד (בהתאם לכך, לצלב האדום ניתנה רשות לקיימם בהתראה קצרה בהרבה מאשר "ביקורים שגרתיים"). מובן, כי הגדרה זו שוקלת נגד הפרשנות

שלפיה ביקורי הצלב האדום אצל האסירים הבטחוניים נכנסים, ולו מבחינה לשונית, בגדר "פעילויות שגרה", כלשון הוראת השעה.

21. טעם שני, שגם בשלו מתקשה אני להתיר את הספקות ביחס לפרשנות שבה מצדדים המשיבים, נוגע להגדרת המונח "פעילויות שגרה" המובאת בהבהרה, שלפיה מדובר ב"כל פעילות או טובת הנאה הקבועה בפקודות נציבות שאין יסודה בזכויות המוקנות לאסיר"; ולטענת המדינה כי ביקורי הצלב האדום אצל האסירים הבטחוניים חוסים תחת הגדרה זו. בדברי חקיקה קרובים, ובפסיקה אשר עסקה בסוגיות דומות, ניתן למצוא חלוקה בין שני סוגי ביקורים. ביקורים מן הסוג האחד – ובהם ביקורי ידידים ומשפחה – נחשבים כ"טובות הנאה", אותם רשאי מפקד בית הסוהר להעניק או לשלול בהתחשב בהתנהגותו של האסיר ובשיקולים נוספים (רע"ב 6976/18 שירות בתי הסוהר נ' פרש, פסקה 63 (16.6.2021) (להלן: עניין פרש)); תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978; פקודת נציבות שב"ס 04.17.00 "הענקת טובות הנאה ושלילתן". ביקורים מן הסוג השני – ובהם ביקורים של עורכי דין, אנשי דת וחברי כנסת – נחשבים לרוב כ"זכות מוקנית" (ראו: עניין יונס, פסקה 45; עניין אבו-צעלוק, פסקה 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר). בעניין דנן, טענו העותרים כי המפגשים מהסוג השלישי, של נציגי הצלב האדום אצל אסירים בטחוניים, קרובים יותר באופיים לביקורים המסווגים כ"זכות מוקנית" מאשר לאלו שנחשבים כ"טובות הנאה". לא אכריע בדבר, רק אעיר בזהירות כי אכן ישנן אינדיקציות מסוימות, שעשויות לשקול לטובת הפרשנות אותה מציעים העותרים (ראו והשוו למשל: סעיף 12 לפקודת נציבות שב"ס 04.42.00, "סדרי ביקור אצל אסירים"; סעיף 17 לפקודת נציבות שב"ס 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים"; עניין פרש, פסקה 73).

22. אף אם יתכן בהחלט שישנם טעמים נוגדים, שבגינם קשה לסווג את ביקורי הצלב האדום כ"זכות מוקנית" – המשיבים לא טענו לגביהם דבר. זאת, למעט אמירה לקונית, אשר יש בה אף שמץ של הודאה, כי "אין לקבל את טענת העותרות ביחס לקיומה של חובה בלתי מסויגת בדין הפנימי להתיר ביקורים של נציגי הצלב האדום" (ההדגשה במקור). ודוק: גם לו היה נקבע שביקורי הצלב האדום אצל אסירים בטחוניים ראויים להיחשב בהקשר דנן כ"זכות מוקנית", אין עסקינן כמובן בזכות חוקתית. במישור המהותי, משמעותה העיקרית של קביעה כאמור היא, כי אין מדובר בטובת הנאה, אותה רשאי מפקד בית סוהר להעניק או לשלול על-פי שיקול דעתו. למותר לציין, כי קביעה היפותטית זו אינה מקימה "חובה בלתי מסויגת" לאפשר את הביקורים. אין עוררין על כך שהמשיבים מוסמכים להגביל את היקפה של הזכות שהוקנתה לאסירים הבטחוניים בפקודת הצלב

האדום, ככל שאכן הוקנתה, ואף לבטל אותה לחלוטין. דא עקא, שבעניין דנן הוראת השעה מצהירה על עצמה במפורש כי אינה גורעת כמלוא נימה מזכויות מוקנות, כך שטענת המשיבים שלפיה לא קמה להם מכוח הפקודה חובה בלתי מסויגת לאפשר את הביקורים – כלל אינה רלבנטית.

23. לסיכום הנקודה, העותרים הציגו טענות בלתי מבוטלות, שתומכות בסיווג ההוראות המעוגנות בפקודת הצלב האדום תחת הכותרת "זכות מוקנית", ובהתאם לכך – באי-תחולתה של הוראת השעה על הוראות אלו. המשיבים מצדם לא ענו דבר לעניין זה, ולמעשה, כמצוין לעיל, את דבריהם בנדון ניתן אף לראות כ'הודאה במקצת הטענה' (השוו: בבלי, בבא קמא קז, א).

24. טעם שלישי לדחיית פרשנות המשיבים להוראת השעה, הוא שלמצער בכל הנוגע להפסקת מסירת המידע לצלב האדום על אודות האסירים, ההוראה חסרה עוגן לשוני מינימלי למדיניות זו, שכן קשה לראות במסירת מידע, שאינה מלווה בביקור פיזי או במפגש עם אסירים, כפעילות המתקיימת בבתי הסוהר. לגבי נקודה זו, ההבהרה שנוספה להוראת השעה אינה מעלה ולא מורידה.

25. מהטעמים שהובאו לעיל, מסופקני, ספק רב, אם הוראת השעה ביטלה מלכתחילה את תוקפה של פקודת הצלב האדום; גם לאחר ההבהרה שנוספה לה, קשה לתלות בה את הפסקת ביקורי הארגון בבתי הסוהר ואת הפסקת מסירת המידע.

26. סיכום ביניים: מן האמור עולה, כי למצער באופן לכאורי, על פני הדברים, יש ממש בטענות העותרים המסתמכות על פקודת הצלב האדום. זאת, בהתחשב בספקות לגבי הסיווג אותו הציעו המשיבים לפקודה כ"נהלים פנימיים"; בהינתן שאף אם הצדק עם המשיבים, ופקודת הצלב האדום הריהי הנחיה מינהלית בלבד, אין המשיבים רשאים לדוש אותה בעקבם, ולפעול בניגוד להוראותיה משך הרבה למעלה משנתיים-ימים, מבלי לבטלה או לשנותה בדרך המלך; ונוכח הקשיים בפרשנות הוראת השעה ככזו המכוונת לבטל באופן זמני את פקודת הצלב האדום. כל אלה מלמדים, לכל הפחות, על קושי של ממש במישור הסמכות או ההליך (כתלות בסיווג הפקודה – ראו דותן, עמודים 566, 571, 588-589, ו-818-819). המשיבים, מצדם, טענו לגבי כלל הסוגיות הנזכרות באופן לקוני וחסר, אם בכלל; השאירו חלק מהטענות ללא מענה, ולו מינימלי; ולא ראו לנכון להציג בסיס משפטי של ממש לעמדתם. למען הסדר הטוב אציין כי בפי ב"כ קבוצת המבקשים

להצטרף, קרובי משפחה של חטופים, נרצחים וחללי צה"ל, נמצאו טענות שונות, הנוגעות בין היתר לדין הראוי, ולמעמדו של עקרון ההדדיות במשפט הבינלאומי, אך התייחסות של ממש לדין הפנימי – לא מצאנו. מכל מקום, אחריות המשיבים היא; אין זו אחריותם.

תקנות לוחמים בלתי חוקיים – קושיה רביעית

27. עד כאן, לגבי פקודת הצלב האדום, אשר חלה על כלל האסירים, העצורים, והעצירים המינהליים. כעת אעבור למערכת הדינים השניה, הרלבנטית רק לאסירים הכלואים מכוח חוק לוחמים בלתי חוקיים (להלן גם: הכלואים). כפי שיפורט להלן, כאן הבן מוסיף על 3 הקושיות הקודמות, קושיה רביעית במספר: "שְׁלֹשָׁה הַמָּה נִפְלְאוּ מִמֶּנִּי וְאַרְבָּעָה לֹא יִדְעָתִים" (משלי ל, יח).

28. כנזכר לעיל, תקנה 12 לתקנות לוחמים בלתי חוקיים מסדירה את הביקורים אצל הכלואים. זו היתה לשונה במועד הגשת העתירה:

(א) כלוא יורשה לקבל, במקום שיקבע המפקד, מבקרים כמפורט להלן:

- (1) נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי;
- (2) כל מבקר אחר, לרבות בן משפחה, שתקנה 13 [העוסקת בזכות ההיוועצות עם עורך דין – נ' ס'] אינה חלה עליו – ברשות מיוחדת שהרמטכ"ל רשאי לתתה לפי שיקול דעתו.

(ב) על אף האמור בתקנת משנה (א)(1) רשאי שר הביטחון לאסור על כלוא לקבל ביקור של נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים, אם שוכנע כי הדבר יסכן את ביטחון המדינה; דבר האיסור יודע לכלוא.

(ג) הורה שר הביטחון על איסור מבקרים כאמור בתקנת משנה (ב), ידון בהוראתו מחדש אחת לחודש לפחות, או אם הכלוא או מבקר כאמור ביקש לדון בה במועד מוקדם יותר ושר הביטחון ראה טעם לעשות כן.

על יסוד זה, נטען בעתירה, כי האיסור הגורף שהטילו המשיבים על מפגשים בין הכלואים לבין נציגי הצלב האדום עמד בניגוד לתקנות.

29. במסגרת כתב התשובה, שכנזכר הוגש בבוקר הדיון – כאשר ההליך כבן שנתיים, ולאחר שניתן צו על-תנאי – נמסר לנו כי "בהינתן תקנה 12(א)(1) [לתקנות לוחמים בלתי חוקיים], החליט שר הביטחון היום (29.10.25) לעשות שימוש בסמכותו לפי תקנה 12(ב) [לתקנות לוחמים בלתי חוקיים], כך שייאסר קיום ביקורים של נציגי ארגון הצלב"א אצל

[הכלואים], וזאת לאחר ששוכנע כי הדבר יסכן את ביטחון המדינה, על בסיס חוות דעת של גורמי הביטחון הרלוונטיים". בד בבד עם אותה החלטה על איסור הביקורים, תיקן השר את מניין הימים הנקוב בתקנה 12(ב) לתקנות, כך שתִּלָּף "3 חודשים", כפי אורכה המקסימלי של ההגבלה שרשאי היה השר להשית על כלוא בנוסח התקנה הקודם, הוארכה התקופה המקסימלית ל-137 ימים (מאז הוארכה שוב ל-168 ימים, ושוב ל-198 ימים, ושוב ל-229 ימים).

30. הקושי בקבלת תשובה זו ברור ומובהק, ואיני נדרש להרחיב בכך הרבה, שכן בנקודה זו תמים דעים אני עם חברתי, השופטת ברק-ארז (ראו: פסקאות 132-138 לחוות דעתה). אכן, אין מנוס אלא לראות באמור בכתב התשובה, ובמה שלא נאמר בו, כהודאת בעל דין של המשיבים כי במשך תקופה ארוכה, ארוכה מדי, פעלו בהתעלמות מוחלטת מהוראות תקנות לוחמים בלתי-חוקיים. זאת, למרות שהעותרים הסבו את תשומת ליבם לקיומן, והעלו טענות מכוחן, עוד בראשית הדרך. מסכים אני גם לדברי חברתי, כי ממילא, תקנות 12(ב) ו-12(ג), על-פי לשונן, אינן מאפשרות אף כעת הטלת איסור גורף על מפגשי הצלב האדום עם כלל האסירים, אלא רק הגבלה נקודתית של המפגשים עם אסיר ספציפי, הנסמכת על שיקול דעת פרטני, כך שהמשיבים אינם יכולים להסתמך עליהן כפי שביקשו לעשות (ראו למשל: בג"ץ 6314/17 נמנס נ' ממשלת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט י' אלדון (4.6.2019); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 529 ו-540 (1998)).

31. נוסף על כך, דומה כי גם היום, לאחר התיקון שהכניסו המשיבים בתקנות, הם אינם ממלאים אחר הוראות תקנה 12(ג), הדורשת מן השר לבחון מחדש את החלטתו מִהֵי חודש בחודשו. המשיבים אינם טוענים כי הדבר נעשה, וממילא לא ברור כיצד בחינה כזו יכולה להיעשות, בהינתן ההנחיה הגורפת כמתואר לעיל. אין מדובר בעניין של מה בכך, או בדקדוקי עניות פורמליסטים. יפים לכאן דברים שנכתבו בהקשר דומה, גם אם לפני זמן רב; כוחם במותניהם: "יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על-ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה" (בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הביטחון, פ"ד ב 5, 15 (1949)). בעניין דנן, מחוקק המשנה – שר הביטחון – הוא הגורם אשר חרת עלֵי לוח את המגבלות החלות עליו בבואו להשתמש בכוח שנתנה לו תקנה 12(ב), אך מכך כמובן לא נובע כי הוא רשאי להתעלם ממנה, שאחרת – מה הועילו חכמים בתקנתם, פשוטו כמשמעו (בדומה לעקרון הידוע שלפיו שלטון החוק משמעו גם שלטון החוק במחוקק).

32. לבסוף יוער, כי גם לו היו התקנות מאפשרות הטלת הגבלה גורפת, קשה להבין מדוע בחרו המשיבים לילך בדרך עקלתון, ובמקום להשעות את הביקורים למשך תקופה של עד 3 חודשים בכל פעם – תוך דיון מחודש בהחלטה מדי חודש בחודשו כמצוות התקנות – הם בחרו לתקן את נוסחה של תקנה 12(ב) לתקנות כך שמשך הזמן הנקוב בה מוארך מעת לעת באופן שמשקף, רטרואקטיבית, את משך הזמן שתלף מאז שקיבל שר הביטחון את החלטתו. למותר לציין כי התנהלות זו, במסגרתה השר מסמך עצמו להטיל הגבלה מסוימת 'פוסט פקטום', מנוגדת לכללי יסוד הנהוגים עמנו מאז ומקדם (לגבי הקושי בהשתתף מגבלות על אדם באופן רטרואקטיבי באמצעות חקיקת משנה, ראו: ע"א 10/55 "אל-על" נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' ראש העיר תל אביב-יפו, פ"ד י 1586, 1589 (1956); בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837, 855-861 (1996); בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, 422-427 (1997); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נז(5) 673 (2003); דותן, עמודים 793-796).

סיכומו של דבר

33. העותרים טענו, כי הוראותיהן של פקודת הצלב האדום ושל תקנות לוחמים בלתי חוקיים מטילות על המשיבים חובה בדין – לאפשר ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל האסירים הבטחוניים, ולמסור לגביהם מידע, בכפוף לסייגים שבאותן הוראות. כעולה מן האמור לעיל, עמדתם זו אינה נטולת בסיס כלל וכלל; על פני הדברים, יש בה ממש, והיא מעוררת חשש, שמא לוקה מדיניות המשיבים בפגמים בתחום חוקיות המינהל ובמישור הסמכות (ולמצער במישור ההליך, כתלות בסיווג ההוראות). לעומת זאת, המשיבים בחרו, משך למעלה משנתיים-ימים, שלא לבטל, אף לא לשנות, אותן ההוראות, על אף שהדבר נמצא באחריותם ובסמכותם, וגם לא הציגו בסיס משפטי מפורט לתזה שלפיה ההוראות הנזכרות אינן מטילות עליהם חובה בדין; "עד מתי אָתָם פְּסָתִים עַל שְׁתֵּי הַסֵּפִים?" (מלכים א יח, כא).

34. מצב דברים זה המשיך גם לאחר שהערנו על הקושי שהוא מעורר בדיון בעל-פה – ולא השתנה עד עצם היום הזה. כך, ביום 8.5.2026, כבר במהלך כתיבת פסק הדין, הודיעונו המשיבים כי הנחייתו העדכנית של ראש הממשלה היא שיש לאפשר לצלב האדום לבקר בבתי הסוהר ולשוחח עם אנשי שב"ס וצה"ל, תוך המשך איסור על מפגשים של נציגי הארגון עם אסירים, ומבלי שנמסר דבר לגבי כוונה לעגן הנחיה זו באופן פורמלי. הודעה זו מדגימה היטב את התנהלות המשיבים לאורך ההליך כולו, שבו הוגשו לבית המשפט הודעות עדכון לרוב, ובהן סופר מהי ההנחיה העדכנית של הדרג המדיני

לגבי איסור המפגשים בין הצלב האדום לאסירים הבטחוניים והפסקת מסירת המידע, מבלי שהמשיבים ראו לנכון ליישב את ההנחיות עם הדין הקיים.

35. אם כן, משהגיעה עת הכרעה, ונמצא, למצער באופן לכאורי, כי יש ממש בטענות העותרים; ומשלא ניתן מענה רלבנטי מאת המשיבים – לא נותרה לנו ברירה אלא לקבוע כי הדין עם העותרים, ולהפוך את הצו על-תנאי למוחלט. תוצאה זו נובעת מאופיו הדו-שלבי של ההליך הבג"צי, כמו גם משיטת הדיון האדברסרית, הנהוגה בכל ענפי המשפט הישראלי (השוו: תקנה 9(ד) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984; ראו גם: בג"ץ 8189/10 גלילי נ' היועצת המשפטית של משרד הבריאות, פסקה ד' (12.12.2010) (להלן: עניין גלילי); בג"ץ 8150/98 תאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433, 446-447 (2000); ברק-ארז, 436-437; יצחק זמיר הסמכות המינהלית 2791-2792, 2803-2804 (2017)); כן השוו לדברים שאמרתי לאחרונה, באשר לשיטה האדברסרית ולהשלכותיה במישור המעשי: רע"א 73497-06-25 רשות הפיתוח נ' קסאס, פסקאות 15-17 (2.6.2026), והאסמכתאות הרבות שם).

הערות בטרם חתימה

36. על מה שדרוש באופן הכרחי: משהגעתי למסקנה אליה הגעתי – אשר לגביה חברתי ואני תמימי דעים – לא ראיתי לנכון להמשיך עימה במסעה ולדון בסוגיות נוספות אשר ההכרעה בהן אינה נדרשת עוד. אכן, משהעלו העותרים קושיות כבדות משקל לגבי פגמים שנפלו במדיניות המשיבים – הן במישור הסמכות, הן במישור שיקול הדעת – ובאין תשובה עניינית מטעם המדינה, לא נותר לנו אלא לחרוץ את הדין, כמצוין לעיל. ברם, סבורני כי טוב נעשה אם נתחום בנסיבות חריגות אלה את הכרעתנו לגדרי העתירה בלבד, בלי לטעת מסמרות משפטיים במחוזות רחבים יותר (ראו: עניין גלילי, פסקאות ד, ט-י). 'צמצום עצמי' זה אינו בבחינת השתמטות מחובה חלילה. נהפוך הוא; הוא-הוא חובתנו, בהתאם לכלל הידוע שלפיו בית המשפט אינו דן בסוגיה אשר ההכרעה בה אינה דרושה לפתרון המחלוקת שלפניו (על הגיונו של הכלל ועל חשיבותו, כמו גם על כלל דומה הקיים במשפט העברי, הרחבתי בעבר לא פעם: עע"מ 1798/20 עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, פסקאות 12-14 (7.1.2021); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקאות 3-10 (23.5.2021); ראו גם: יצחק זמיר "ביקורת שיפוטית בעניינים תיאורטיים" ספר סטיב אדלר 583, 602 (2016)). עם זאת, למקרא חוות הדעת של חברתי, וכדי שלא תתפרש שתיקה כהודאה, אסיים בהערות אחדות.

37. על סבירות ומשקל, צדק ומוסר: חברתי ציינה, ובצדק, כי המשיבים כמעט הפצירו בנו בכתב התשובה לדון בסבירותה של ההחלטה לגופה, כאשר הדגישו שוב ושוב כי "שאלת המפתח היא [...] סבירות החלטת הדרג המדיני", וכי עלינו לבחון בעיקר את האיזון שנערך במסגרת אותה החלטה, בין "השיקול הביטחוני" לבין "השיקול ההומניטרי" (זאת, בהסתמך על שנקבע בבג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769 (2001)). כפי שעולה מן האמור לעיל, אגב המיקוד בסטנדרט הסבירות, נשמטה מן התשובה התייחסות לכללים חשובים לא פחות – ובהכרח קודמים בסדר הניתוח – כגון עמידה בתנאי החוקיות ובהוראות דין קונקרטיות, וכן התייחסות למישור הסמכות וההליך; תנאים שרק בהתקיימם, ניתן בכלל להרהר בשיקול הדעת לגופו. חוששני, כי הדבר מעיד על שיבוש מסוים של סדר הדברים. המשיבים הקדימו אפוא אחרית לראשית, והחסירו את העיקר מן הספר; כל נלך גם אנחנו בעקבותיהם.

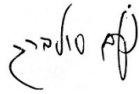
38. בהקשר זה אבקש לחזור על דברים שאמרתי בעבר, בעניין קרוב – שינוי שערכו המשיבים בתנאי הביקור של חברי כנסת אצל אסירים בטחוניים: "הכרעה בדבר המידה והמשקל שיש להעניק לכל אחד מן האינטרסים המתרוצצים לפנינו, הריהי הכרעה ערכית בעיקרה. אין מדובר בשאלות שבפתרון ישנו יתרון לבית משפט זה, על פני הדרג הנבחר. במקרים מסוימים גילה המחוקק דעתו, כי ערך מסוים עולה בחשיבותו על ערכים אחרים, והעניק לו מעמד שונה. אולם, לבד מאותם מקרים שנתפרשו בכתובים, ככלל אין סיפק בידי הכלים השיפוטיים שברשותנו ליתן מענה לשאלת מעמדם של ערכים המתגוששים ביניהם" (בג"ץ 4252/17 ג'בארין נ' הכנסת, פסקאות 25-26 (14.7.2020)). אמנם, תהום פעורה בין האופן וההליך בו שונה מנגנון הביקורים באותו מקרה (ראו שם, פסקה 20), לבין התנהלות המשיבים בדנן, ומכאן, בין השאר, הצורך בהפיכת הצו למוחלט. ברם, לגבי יכולתנו לבחון את סבירות ההחלטה לגופה, להעריך את משקלם של השיקולים הבטחוניים בהם עסקינן, ולאמוד אותם כנגד שיקולים אחרים – דומני כי הדברים עומדים על מכונם. מאותם טעמים, ובהינתן שאף לשיטת חברתי אין בכך משום פגיעה בזכות חוקתית, אינני סבור כי לדעתנו בשאלה אם ראוי ומוסרי למנוע את מפגשי האסירים עם ארגון הצלב האדום – תהא זו אשר תהא – ישנה חשיבות יתרה (ראו והשוו לדברי הנשיא מ' לנדוי בבג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, לד(3) 294, 307-308 (1980)).

39. על הדין הבינלאומי: בעקבות טענות שהעלו העותרים, מצאה חברתי לנכון לדון בהרחבה גם במעמדן של הוראות כאלה או אחרות מן הדין הבינלאומי, ובמשמעותן לענייננו. מהטעמים הכלליים שנזכרו לעיל, סבורני כי מוטב שנמנע מקביעות מרחיקות לכת בנושא סבוך זה, כאשר תשובה מטעם המדינה לא שמענו, ואת השלכות הרוחב של

אותן קביעות לא נדע. לא זו אף זו: סבורני, כי גם אם נקבע הלכה בעניין, בכל הנוגע ל-ד' אמותיו של נושא העתירה דנן, לא תצמח מכך תועלת מרובה. כפי שעולה מהניתוח המפורט שערכה חברתי במסגרת הדין הפנימי, כמו גם מהניתוח (המצומצם יותר) שערכתי אני, בעת הזו לא עומדת לפנינו החלטה תקפה, מנומקת, אשר ממלאת אחר הוראות הדין. משכך, לו יבקשו המשיבים לחזור בעתיד על אותה מדיניות, ממילא יצטרכו לקבל החלטה חדשה ומנומקת, על יסוד שיקולים תקפים ורלבנטיים, ולעגן אותה באופן פורמלי כנדרש. בזהירות המתבקשת, ומבלי לטעת מסמרות, אציין כי אפשר שהחלטה שכזו ממילא תתגבר על חלק מהקשיים עליהם הצביעה חברתי במישור הדין הבינלאומי, בהתחשב בכך שבמקרה של התנגשות חזיתית, הוראה ברורה וחד-משמעית של המשפט הפנימי תגבר על הוראת דין בינלאומי (עצ"מ 8277/17 זיוד נ' שר הפנים, פסקה 65 לפסק דינה של הנשיאה חיות (21.7.2022)). גם מטעם זה, אפוא, מוטב לנו להימנע מלהכריע בסוגיות אלו.

40. התנהלות המשיבים בעתירה: בטרם סיום, אבקש להצטרף לתסכול אותו מביעה חברתי, השופטת ברק-ארז, השזור כחוט השני לאורכה ולרוחבה של חוות דעתה, מהתנהלותם הדיונית של המשיבים בהליך. לכל ידוע שבית המשפט מפגין סבלנות רבה – לעתים רבה מאוד – כלפי בקשות ארכה שמוגשות מטעם המדינה בהליכי בג"ץ. זאת, בהתחשב בין היתר בצורך של גורמים בכירים אצל משיבי המדינה להידרש לסוגיות העולות בעתירות; בעומס העצום של תיקים אשר מוטל על שכמם של מייצגי המדינה; ונוכח הקושי לברר הליכים מבלעדי עמדה סדורה מטעמם. ברם, סבלנות זו, שלעתים אינה באה בהלימה עם הצורך לברר עתירות במהירות, מחייבת מן הצד השני כי משיבי המדינה יעשו כל שלאל ידם, במסגרת המגבלות המעשיות, על מנת לאפשר את בירור העתירה באופן ראוי ובמסגרת זמנים סבירה. חוששני, כי בנדון דידן, לא כך נעשה. לא על חינום חוששת חברתי כי אצל המשיבים העדיפו כי נוציא אנו, בית המשפט, את הערמונים מן האש; פעם אחר פעם נעתרנו בלב כבד, אך שלם, לבקשות ארכה, שנומקו בקשיים בטחוניים ממשיים, המונעים אפילו את קיומו של דיון בסוגיית ביקורי הצלב האדום אצל האסירים הבטחוניים, כל עוד הוחזקו החטופים בשבי צר. והנה החטופים שבו, אך תקוותנו כי כעת תוגש תשובה עניינית מטעם המדינה – נתבדתה.

אחרית דבר, כראשיתו: מהנימוקים שפורטו לעיל, אני מסכים לתוצאה שבפסקאות 162-163 לחוות דעתה של חברתי.



נעם סולברג
משנה לנשיא

הנשיא יצחק עמית:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה, היסודית והמנומקת של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, על כל חלקיה ומסקנותיה.

אכן, אין להתעלם מן המטען החריג והכבד אשר ריחף מעל ההתדיינות שבפנינו מראשיתה ועד סופה. ההליך דנן התברר בשעה קשה ומטלטלת בתולדות המדינה, כאשר אזרחינו וחיילינו הוחזקו בידי ארגוני הטרור הרצחניים ברצועת עזה, והמאמץ הלאומי להשבת כלל החטופים והחטופות, החיים והחללים כאחד, התנהל בד בבד עם המערכה הביטחונית הממושכת. מציאות קשה זו לא נעלמה מעיניו של בית המשפט. היא מצאה את ביטויה, בין היתר, באורך הרוח המיוחד שננקט על-ידינו בניהול ההליך, במתן שהות חוזרת ונשנית למשיבי המדינה להציג את עמדתם ולעדכנה, ובנכונות ללכת כברת דרך משמעותית לקראתם, הרבה מעבר למקובל בנסיבות רגילות. חרף הזדמנויות חוזרות ונשנות אלה, וכפי שציין אף חברי המשנה לנשיא נ' סולברג, לא השכילה המדינה לבסס את עמדתה או להציג טעמים מספקים שיש בהם כדי להצדיק את המשך המדיניות מושא העתירה.

בד בבד, ראוי להדגיש כי אין לפרש את פסק דיננו זה כמקנה לאסירים ביטחוניים, על קבוצותיהם השונות, זכות יתר, פריבילגיה או הטבה כלשהי. רבים מהם לקחו חלק במעשי טרור חמורים ואכזריים, שפגיעתם בקורבנותיהם ובחברה הישראלית כולה אינה ניתנת לשיעור. מעשים אלה ראויים לכל גינוי והוקעה. ואולם, השאלה שהונחה לפתחנו אינה נוגעת לטיבם של אותם מעשים, אלא לגבולות הכוח השלטוני ולחובתם של גורמי המדינה לפעול במסגרת הדין המחייב אותם. כפי שהיטיבה לתאר חברתי השופטת ברק-ארז, ההכרעה בעתירה שבפנינו ממחישה היטב את ההבחנה

היסודית שבין מדינת ישראל – כמדינה יהודית ודמוקרטית המושתתת על שלטון החוק ועל כיבוד הדין – לבין אויביה. דווקא בשעות משבר, כאשר רגשות הכאב, הזעם והאבל הם טבעיים ומובנים, נמדדת עוצמתה של מחויבות זו. ההקפדה על עקרונות המשפט גם בעתות חירום אינה חולשה ואינה ויתור; היא ביטוי לחוסנה של המדינה ולעוצמתה המוסרית, והיא מן המאפיינים הבסיסים שמבדילים בינינו ובין מבקשי רעתנו.

לבסוף, הגם שהכרעתנו מושתתת על הוראות הדין החולשות על הסוגייה שבפנינו בלבד, אין להתעלם מן המציאות הרחבה שבצלה היא ניתנת. בתקופה שבה מופנות כלפי מדינת ישראל טענות והאשמות קשות בזירה הבינלאומית, אשר לא אחת מנוצלות בידי גורמים המבקשים לערער על הלגיטימיות של פעולותיה, נודעת חשיבות מיוחדת לשימורם של מנגנוני ביקור ותיעוד חיצוניים, מקום שהדין מכיר בהם ומחייב את הפעלתם. במובן זה, יש בכך משום ביטוי נוסף למחויבותה העמוקה של מדינת ישראל לשלטון החוק, ובה בעת גם עדות לביטחונה בצדקת דרכה ובחוקיות פעולותיה.



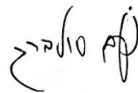
יצחק עמית
נשיא

הוחלט פה אחד לקבל את העתירה ולהפוך את הצו על-תנאי למוחלט.

ניתן היום, י"ח סיוון תשפ"ו (03 יוני 2026).



דפנה ברק-ארז
שופטת



נעם סולברג
משנה לנשיא



יצחק עמית
נשיא