



**חוות דעת בעניין ההצעה להרע את תנאי כליאתם**  
**של אסירים המשויכים לחמאס**

הצעתה של ועדת השרים המיוחדת בעניין הרעת תנאי כליאתם של אסירים המשויכים לחמאס, כתגובה לכישלון השיחות בעניין שחרורו של גלעד שליט, הינה פסולה ואינה עומדת במבחן משפטי. ועדה זו, שהוקמה על-ידי ממשלת ישראל על-פי החלטה מיום 17.3.09, בעקבות הפסקת המגעים עם חמאס בנושא עסקת חילופי האסירים, התכנסה לראשונה למחרת ההחלטה, ביום 18.3.09, בראשות שר המשפטים דניאל פרידמן. לאחר אותה פגישה ראשונה נמסר, כי בתום שבועיים יפורסמו המלצותיה של הוועדה בדבר הרעת תנאי מאסרם של האסירים המשויכים לחמאס, הכלואים בישראל. כחלק מהרעה זו, מסר השר פרידמן לתקשורת, תישללנה הזכות לביקורי משפחה וזכויות נוספות, "בכדי להשוות את תנאי כליאתם לאלו של גלעד שליט".

ההחלטה פסולה בשל ארבעה טעמים עיקריים. טעם אחד הינו העובדה הבסיסית, שהאסירים נהנים מזכויות המוקנות להם על-פי דין, ישראלי ובינלאומי כאחד, כאשר פגיעה בזכויות אלו צריכה לעמוד במבחני המידתיות והסבירות – מה שלא מתקיים בענייננו. טעם שני הינו עניין האפליה הפסולה של אסירים המשויכים לארגון חמאס, באם אכן תתמש החלטת הממשלה, אפליה האסורה הן על-פי המשפט הבינלאומי והן על-פי המשפט הישראלי. טעם שלישי הוא העובדה כי הרעת התנאים מהווה ענישה קולקטיבית, האסורה על-פי המשפט הבינלאומי. טעם רביעי ואחרון הינו העובדה, כי מטרת הענשתם הקולקטיבית של האסירים המשויכים לחמאס היא הפיכתם לקלפי מיקוח, על-מנת להפעיל לחץ על גורמים עליהם אין לאסירים כל שליטה, עניין פסול ולא מוסרי לכשעצמו.

נבחן את ארבעת הטעמים כסדרם.

**א. זכויות הכלואים על-פי דין**

המסקנה היא, שיש הצדקה לקבוע הסדרים מיוחדים לגבי אסירים ביטחוניים... עם זאת ברור כי הסדרים אלה חייבים לעמוד במבחנים המשפטיים החלים בדרך כלל על החלטות מינהליות: הם חייבים להיות ענייניים, סבירים ומידתיים. כך, למשל, אין להטיל על אסירים ביטחוניים מגבלה על קשר עם אנשים מחוץ לבית הסוהר אם אין היא

נדרשת על יסוד שיקולים ביטחוניים או שיקולים ענייניים אחרים, אלא נובעת רק משיקולים של ענישה או נקמות, או אם היא פוגעת באסיר מעבר למידה הנדרשת על-ידי שיקולים ענייניים.

עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר פ"ד נ(4) 492, 501.

#### הזכות לביקורי קרובים בכלא

הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה היא זכות יסוד, הן של העצורים והן של בני משפחותיהם. זוהי זכות בסיסית, הנובעת מתפיסתו של האדם כיצור חברתי, המתקיים במסגרת משפחה וקהילה והנגזרת מזכות היסוד לחיי משפחה. הזכות לביקורי משפחה מעוגנת בשורה של מקורות משפטיים, ישראלים ובינלאומיים. ניתן לציין, בין המקורות הללו, את אמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת בסעיף 116 כי:

**כל עציר רשאי לקבל מבקרים - בייחוד אנשי משפחה קרובים - לעיתים מזומנות ובתדירות האפשרית. במידת האפשר, יתירו לעצירים לסור לבתיהם במקרים דחופים, ובייחוד - במקרים של מוות או מחלות אנושות בין אנשי משפחתם.**

וכן את סעיף 47 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), תשל"ב-1971, ואת פקודת הנציבות 04.42.00 שכותרתה "סדרי ביקור אצל אסירים", הקובעת בסעיף 1 כי:

**הביקור הוא אחד מאמצעי הקשר החשובים שבין האסיר למשפחתו, חבריו, ידידיו. הביקור עשוי להקל על האסיר בעת שהותו בבית הסוהר ולעודדו בשעות משבר.**

גם הסטנדרט המינימאלי לטיפול באסירים של האו"ם (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955) קובע, בכלל 37:

Prisoners shall be allowed under necessary supervision to communicate with their family and reputable friends at regular intervals, both by correspondence and by receiving visits.

וכלל 92, המתייחס לעצורים שלא נשפטו, קובע כי:

**An untried prisoner... shall be given all reasonable facilities for communicating with his family and friends, and for receiving visits from them, subject only to restrictions and supervision as are necessary in the interests of the administration of justice and of the security and good order of the institution.**

במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, נקבע כי הזכות של עצירים ואסירים לקבל ביקורים הינה זכות מוכרת במשפט הבינלאומי המנהגי:

**Rule 126. Civilian internees and persons deprived of their liberty in connection with a non-international armed conflict must be allowed to receive visitors, especially near relatives, to the degree practicable.**

...In a resolution adopted in 1999, the UN General Assembly demanded that Yugoslavia respect the requirement to allow detainees to receive family visits in the context of the conflict in Kosovo (UNGA Res.54/183). In the **Greek case** in 1969, the European Court of Human Rights condemned the severe limitations on family visits to detainees. In 1993, the Inter-American Commission on Human Rights recommended that Peru allow relatives to visit prisoners belonging to the Tupac Amaru Revolutionary Movement.

JM Henckaerts, L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law p. 448-449 (Volume I: Rules. 2005).

גם מדינות אחרות, המתמודדות עם בעיות וקשיים ביטחוניים, התמודדו עם שאלת הביקורים אצל אסירים המכונים ביטחוניים. פסק הדין של ה- Grand Chamber of the European Court of Human Rights, עסק בשאלת תנאי מעצרו של עבדאללה אוצ'לאן, שהואשם על ידי שלטונות טורקיה, כי הוא העומד בראש ארגון המחתרת הכורדי ה-PKK. מר אוצ'לאן נדון למיתה, העונש הומתק למאסר עולם והוא מוחזק, מטבע הדברים, בתנאי ביטחון מירביים. למרות זאת, על פי פסק הדין של ה-Grand Chamber, מר אוצ'לאן נהנה מביקורים שבועיים של בני משפחתו:

192 In the present case, it is true that the **applicant's detention posed exceptional difficulties for the Turkish authorities. The applicant, as the leader of a large, armed separatist movement, is considered in Turkey to be the most dangerous terrorist in the country...**

193 The applicant's prison cell is indisputably furnished to a standard that is beyond reproach... the Court notes that the cell which the applicant occupies alone is large enough to accommodate a prisoner and furnished with a bed, table, armchair and bookshelves. It is also air-conditioned, has washing and toilet facilities and a window overlooking an inner courtyard...

**194 ...He sees a doctor every day and his lawyers and members of his family once a week.**

Öcalan v. Turkey (Application No. 46221/99 p. 1046-1047).

לא זו אף זו. הזכות לביקורים אינה של האסיר לבדו. היא גם זכות מוכרת במשפט הבינלאומי של בני המשפחה של האסיר, אשר הקשר שלהם עימו ניתק עם השמתו במאסר. וכך מסכם זאת אחד המלומדים:

People who are sent to prison lose the right to free movement but retain other rights as human beings. One of the most important of these is the right to contact with their families. **As well as being a right for the prisoner, it is equally a right for the family members who are not in prison.** They retain the right of contact with their father or mother, son or daughter, brother or sister who has been sent to prison. Prison administrations have a responsibility to ensure that these relationships can be maintained and developed. Provision for all levels of communication with immediate family members should be based on this principle. It follows that the loss or restriction of family visits should not be used as a punishment under any circumstances.

(Coyle A. **A Human Rights approach to prison management: A handbook for prison staff** International Centre for Prison Studies (King's College, University of London and the UK Foreign and Commonwealth Office) 2002. p 95).

#### **זכויות האדם של האסיר נשמרות לו גם בעת מאסרו**

הזכות לביקורי משפחה במתקני הכליאה נובעת גם מהתפיסה השולטת הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי שעצם המעצר או המאסר, אין בהם כדי לשלול את זכויות היסוד של הכלוא. חומות הכלא מגבילות את חופש התנועה של הכלוא, על כל הנובע מכך, אך אין בהן כדי להפקיע את זכויות היסוד האחרות שלו, למעט כאלו שנשללו ממנו על-פי הוראה מפורשת בדיון:

**כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדיון... שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא: על-פי האמור בדברים, כה ג: 'ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה**

העברית: 'משלקה - הרי הוא כאחיד' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיד ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו.

בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832.

בדומה, סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע כי:

All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

סעיף זה פורש על ידי הוועדה לזכויות האדם, הגוף הממונה על יישום האמנה, ב- CCPR General Comment No. 21, מתאריך 10.4.1992, באופן רחב ביותר:

[R]espect for the dignity of such persons must be guaranteed under the same conditions as for that of free persons. **Persons deprived of their liberty enjoy all the rights set forth in the Covenant, subject to the restrictions that are unavoidable in a closed environment.**

גם על פי סעיפים 1 ו-5 של ה-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, אשר אומצו על ידי האסיפה הכללית של האו"ם (בהחלטה 45/111 מתאריך 14.12.1990), נקבע העיקרון לפיו אסירים זכאים לכל זכויות האדם, מלבד אלו הנשללות מעצם המאסר עצמו. בסעיף 1 נקבע כי:

All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings.

ועל פי סעיף 5:

Except for those limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, **all prisoners shall retain the human rights and fundamental freedoms set out in the Universal Declaration of Human Rights**, and, where the State concerned is a party, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, as well as such other rights as are set out in other United Nations covenants.

ההוראות השונות בדבר הזכות לביקורים בכלא מאפשרות להטיל הגבלות על הזכות, בין השאר, מטעמי ביטחון. אולם, ככל הגבלה על זכות יסוד, הגבלות מעין אלו צריכות להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, תוך מתן משקל לחשיבות זכות היסוד הנפגעת. בענייננו הנדון כאן, ההחלטה להגביל או לבטל כליל את זכות האסירים לביקורים, או כל זכות אחרת המוקנית להם

מעצם מעמדם כאסירים, אך ורק בשל השתייכותם לכאורה לארגון החמאס, אינה עומדת במבחן הסבירות והמידתיות כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון.

לא זו אף זו. האסירים שבני משפחותיהם מתגוררים ברצועת עזה אינם זוכים כלל לביקורי משפחה מזה כמעט שנתיים ימים, בעקבות החלטה מכוונת של הרשויות הישראליות. לא נראה סביר ומידתי להוסיף להגבלה לא מידתית ולא סבירה זו עוד הגבלות שונות ומשונות, העומדות בניגוד גמור לכל הדינים והכללים אותם מנינו לעיל, בבחינת הוספת חטא על פשע.

### **ב. אפליה פסולה**

החלטת ועדת השרים המיוחדת מהווה אפליה פסולה של אסירים המשוויכים לחמאס. ההחלטה קובעת הרעת תנאי מאסר לכלל המשוויכים לקבוצה זו, בהשוואה לשאר "האסירים הביטחוניים", אך ורק בשל השתייכותם הארגונית-פוליטית.

כלל ידוע הוא במשפט הישראלי, כי השוויון הוא ערך נעלה וראשון במעלה מבין הכללים המשפטיים. משנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוכרה הזכות לשוויון כחלק מזכותו של האדם לכבוד, על פי מודל ביניים הכולל בגדרי כבוד האדם לא רק פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה הפוגעות בגרעין הכבוד של האדם (ראו השופטת ד' דורנר בבג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 131-133), אלא גם אפליה שאין עימה השפלה ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754, פיסקה 39 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

החובה שלא להפלות - שאינה אלא תמונת הראי של זכות האדם לשוויון - מוטלת בראש ובראשונה על רשויות השלטון. "רשות אסורה בהפלייה, והיא: יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים" (בג"ץ 1703/92 **ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(4) 193, 204 וכן בג"ץ 803, 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501, 507-508, להלן: **פרשת כפר ורדים**).

בפרשת כפר ורדים נקבע כי יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה יחסית לשוני ביניהם (שם, 507). מכאן, ברור כי הענקת יחס שונה לקבוצה מסוימת מתוך כלל האסירים המכוונים ביטחוניים, שכל המבדיל אותה הינו ההשתייכות הפוליטית-ארגונית לכאורה של הנמנים עליה, מהווה אפליה פסולה ואסורה על-פי פסיקת בית המשפט העליון. ברוח זו מצטט הנשיא ברק את השופט חיים כהן, הקובע כי:

הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ובגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפלייה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, **השתייכות פוליטית או חברתית**, ייחוס

משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה (ח' כהן, ערכיה של מדינה יהודית  
ודמוקרטית, עמ' 32).

בג"ץ 6472/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על  
1578, 1559, (2)2006, בעמוד 1578.

בנוסף, אפליה מסוג זה הינה אסורה בתכלית האיסור על-פי המשפט הבינלאומי. סעיף 14 לאמנה  
האירופית בדבר זכויות האדם קובע מפורשות כי:

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this  
Convention shall be secured without discrimination on any ground  
such as sex, race, colour, language, religion, **political or other  
opinion**, national or social origin, association with a national  
minority, property, birth or other status.

בסעיף 26 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המציין ספציפית את איסור  
האפליה על-בסיס השתייכות פוליטית, נקבע כי:

All persons are equal before the law and are entitled without any  
discrimination to the equal protection of the law. In this respect,  
the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all  
persons equal and effective protection against discrimination on  
any ground such as race, colour, sex, language, religion, **political  
or other opinion**, national or social origin, property, birth or  
other status.

סעיף זה פורש על ידי הוועדה לזכויות האדם ב-21, CCPR General Comment No. כך:

This rule must be applied without distinction of any kind, such as  
race, colour, sex, language, religion, political or other opinion,  
national or social origin, property, birth or other status.

גם על פי סעיפים 1 ו-5 של ה-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, אשר אומצו  
על ידי האסיפה הכללית של האו"ם (בהחלטה 45/111 מתאריך 14.12.1990), נקבע העיקרון לפיו  
אסירים זכאים לכל זכויות האדם, מלבד אלו הנשללות מעצם המאסר עצמו. בסעיף 1 נקבע כי:

All prisoners shall be treated with the respect due to their  
inherent dignity and value as human beings.

Except for those limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, **all prisoners shall retain the human rights and fundamental freedoms set out in the Universal Declaration of Human Rights**, and, where the State concerned is a party, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, as well as such other rights as are set out in other United Nations covenants.

סעיף 29 ב-Basic Principles for the Treatment of Prisoners, העוסק במשמעת וענישה, קובע חד-משמעית כי לא ניתן להעניש אסיר אלא על-פי חוק, ועל-סמך מעשה עליו אחראי האסיר עצמו :

### **Discipline and punishment**

29. The following shall always be determined by the law or by the regulation of the competent administrative authority:

- (a) Conduct constituting a disciplinary offence;
- (b) The types and duration of punishment which may be inflicted;
- (c) The authority competent to impose such punishment.

**30. (1) No prisoner shall be punished except in accordance with the terms of such law or regulation, and never twice for the same offence.**

**(2) No prisoner shall be punished unless he has been informed of the offence alleged against him** and given a proper opportunity of presenting his defence. The competent authority shall conduct a thorough examination of the case.



## ג. ענישה קולקטיבית

החלטת ועדת השרים המיוחדת מהווה ענישה קולקטיבית של האסירים המשויכים לחמאס, מאחר וזהו עונש המוטל על כולם אך ורק בשל השתייכותם הארגונית לכאורה, מה עוד שהסיבה להטלת העונש במקרה זה, לגירסת ישראל, היא התנהלותם של ראשי הארגון במסגרת המו"מ עם נציגי ממשלת ישראל, שלכואים אין שום קשר אליה ואו יכולת השפעה עליה.

ענישה קולקטיבית אסורה במשפט הבינלאומי במסגרת דיני המלחמה וכן במשפט הבינלאומי לזכויות האדם. עקרון העל האוסר על שימוש באמצעי ענישה גורפים ושרירותיים הפוגעים בקבוצות שלמות של אנשים, מהווה גם חלק חשוב מכללי המשפט הבינלאומי המנהגי.

מאחר והמדובר בענייננו באסירים שהם תושבי שטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית, ניתן להחיל כאן את הדינים הקשורים בדיני המלחמה. במסגרת זו, קובעת תקנה 50 לתקנות האג:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.

בסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. **Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited.** Pillage is prohibited.

פרשנות הצלב האדום מבהירה כי ההבדל בין האמור בתקנות האג לבין האמור באמנת ג'נבה הרביעית נעוץ, בין היתר, בכך:

The Provision is very clear. If it is compared with Article 50 of the Hague Regulations, it will be noted that that Article could be interpreted as not expressly ruling out the idea that the community might bear at least a passive responsibility.

Thus, a great step forward has been taken. **Responsibility is personal and it will no longer be possible to inflict penalties on persons who have themselves not committed the acts complained of.**

J.S. Pictet, Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, p. 225 (Geneva, 1958).

מעניין לראות כיצד מפרש Pictet את הסיבה לאיסור על השימוש ב- measures of intimidation or of terrorism לא רק ככזה הבא להגן על המוגנים תחת הכיבוש, אלא אף כאיסור התואם את האינטרסים של הצד הכובש :

During past conflicts, the infliction of collective penalties has been intended to forestall breaches of the law rather than to repress them; in resorting to intimidatory measures to terrorise the population, the belligerents hoped to prevent hostile acts. **Far from achieving the desired effect, however, such practices, by reason of their excessive severity and cruelty, kept alive and strengthened the spirit of resistance. They strike at guilty and innocent alike. They are opposed to all principles based on humanity and justice and it is for that reason that the prohibition of collective penalties is followed formally by the prohibition of all measures of intimidation or terrorism with regard to protected persons, wherever they may be.**

Pictet, Commentary, p. 225-226.

אף סעיף 75(2)(d) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות גינבה קובע כי :

(2) The following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents...

**(d) collective punishments**

פרשנות הצלב האדום לסעיף זה מבהירה כי :

**3055. The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise.**

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

החמרת תנאי מאסרם, הקשים ממילא, של האסירים ה"ביטחוניים" הפלסטינים, אך ורק בשל שיוכם הלכאורי לארגון החמאס, הינה בבחינת ענישה קולקטיבית פסולה. זאת כאשר ברי כי החמרת התנאים לא נועדה לענות על צורך ביטחוני כלשהו.

#### ד. שימוש באסירים המשויכים לחמאס כ"קלפי מיקוח"

כאמור לעיל, הסיבה הרשמית להטלת הסנקציות על האסירים המשויכים לחמאס הינה כי החייל גלעד שליט מוחזק בתנאים הנוגדים את כללי המשפט הבינלאומי, בידי הארגונים הפלסטיניים ברצועת עזה. אין חולק כי הדרישה שגלעד שליט יקבל את התנאים המגיעים לו על פי דין הינה לגיטימית, אולם שלילת זכויות יסוד מבני אדם באופן קולקטיבי, אינה בין האמצעים המותרים במדינה שומרת חוק.

שלילת הביקורים וזכויות נוספות מהווה למעשה שימוש בכלואים הפלסטיניים כקלפי מיקוח, במטרה להפעיל לחץ שיוביל לשחרורו של גלעד שליט. שימוש בבני אדם כקלפי מיקוח למטרה זו נפסל בצורה חד משמעית על ידי בית המשפט העליון, כפי שכתב הנשיא דאז ברק, והדברים יפים אף לענייננו:

מודע אני לסבלן של משפחות שבויי צה"ל ונעדרינו. רב הוא כאבן. חלון השנים ואי־הוודאות פוצעים את נפש האדם. כאוב הוא עוד יותר מצבו של שבוי, המוחזק בסתר ובהיחבא, קרוע מביתו וממולדתו. אכן, כאב זה, לצד האינטרס העליון של מדינת ישראל להשבת בניה לגבולם, לא נעלם מעיניי. הוא לא מש מלבי עת נתתי החלטתי בעמ"מ 10/94. לא פחת הוא מאז ועד היום. הטרגדיה האנושית והחברתית שבשבי ובהיעדרות נישאת על כתפינו יום יום. אולם, ככל שחשובה המטרה של שחרור שבויים ונעדריים, אין בה – במסגרת החוק העומד לדיון בעתירה זו – כדי להכשיר את כל האמצעים. לא ניתן – במצב החוקי שבפנינו – לתקן עוול בעוול. סמוך אני ובטוח, כי מדינת ישראל לא תשקוט ולא תנוח עד שתמצא הדרך לפתרון סוגיה כאובה זו. כמדינה וכחברה, תהא נחמתנו בכך שהדרך לפתרון תהלום את ערכינו היסודיים.

דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 744.

חשוב לציין כי על פי אמנת ג'נבה הרביעית, הפרת האמנה בידי צד אחד, אל לה להשפיע על המחויבות של הצד האחר לכבד את תנאי האמנה. ההתחייבויות אותן נטלה ישראל על עצמה כשאישרה את אמנת ג'נבה הרביעית, אינן אמורות להיות מושפעות מהעובדה כי הצד האחר אינו מקיים בעצמו את הוראותיה.

כפי שכתב פיקטה:

It (the Fourth Geneva Convention – ד.ש.) is not an engagement concluded on a basis of reciprocity, binding each party to the contract only in so far as the other party observes its obligations.

Pictet, Commentary p.15.

היעדר ההדדיות הוכר אף בפסיקה הישראלית. כך בית המשפט העליון:

**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 יישקלו 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 יתרוננו שלנו.

בג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, 775.

## סיכום

החלטתה של ועדת השרים המיוחדת בעניין הרעת תנאי מאסרם של אסירים המשויכים לחמאס, לא עומדת במבחנים משפטיים בסיסיים ביותר, שנקבעו הן בדין הישראלי, הן בדין הבינלאומי.

בין היתר, החלטה זו מהווה פגיעה קשה, בלתי סבירה ובלתי מידתית, בזכויות היסוד המוקנות לאסירים הכלואים בישראל ולבני משפחותיהם. ודוק, כפי שהרחבנו לעיל, אין המדובר בפריבילגיות, המוענקות לאסירים בשל טוב ליבן של רשויות החוק במדינת ישראל. המדובר, כפי שראינו, בזכויות יסוד של האסירים כבני אדם, הנמצאים במשמורתה של המדינה. השקפה אחרת על נושא זה סותרת מניה וביה את פסיקת בית המשפט העליון, ואת הדין הבינלאומי בעניין זה.

כמו-כן, נראה כי החלטה זו מהווה פגיעה אנושה בשוויון בין כלל האסירים המכונים ביטחוניים, ועל-כן מהווה אפליה פסולה על-בסיס השתייכות ארגונית-פוליטית. זאת ועוד, היא מהווה הענשה קולקטיבית של ציבור גדול של אסירים, הפסולה מכל וכל על-פי כל דין. ולבסוף, ההחלטה הופכת קבוצה גדולה של אסירים ל"קלפי מיקוח" עד להסדרתו של עניין שאין להם כל נגיעה ו/או השפעה עליו.

כל אלו הופכים את החלטת ועדת השרים לבלתי סבירה בצורה קיצונית, ועל-כן דינה להיפסל ולהתבטל.

ירושלים, 29 במרץ 2009.