



מבזקי הארות פסיקה 69 | יולי 2017

בתחתית שרשרת המזון – עצירים מינהליים בצל חוק הזנה בכפייה

יעל פרנקל *

א. מבוא. ב. בלוע החוק – חקיקת חוק ההזנה בכפייה. ג. על המשקל – פסק הדין. ד. עצם בגרון – סוגיית העצירים המינהליים; 1. מעמדם הייחודי של עצירים מינהליים; 2. השיקול הבטחוני. ה. סיכום – אין משיחין בשעת הכיבוש, שמא ויקדים קנה לוושט.

א. מבוא

“זזה לא מה ש...
ישביע את
רעבוני לא
זה לא
מה
שיניח את
דעתי
לא
זה לא זה”¹

ביולי 2015 התקבל בכנסת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה–2015,² העוסק ב"מניעת נזקים בריאותיים לאסיר שובת רעב".³ החוק מסמיך את בית המשפט

* עו"ד יעל פרנקל היא סטודנטית לתואר שני במשפטים, עמיתת תכנית "תקנה" של הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולה, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. יונה וולך "זזה לא זה" דברים (1966).
1
2 פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971 (להלן: "הפקודה").
3 סימן ב'2 לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה–2015 (להלן: "התיקון לחוק").



פסיקה 69 | יולי 2017
"רפואה משלימה"

המחוזי להתיר, במקרים מסוימים, מתן טיפול רפואי לכלוא⁴ שובת רעב בניגוד לרצונו, לרבות באמצעות הזנתו בכוח אם נשקפת סכנה לבריאותו או לחייו. ההסתדרות הרפואית ומספר ארגוני זכויות אדם הגישו עתירה לביטול החוק, ובג"ץ נדרש להכריע בשאלת חוקיותו.⁵ במסגרת העתירה נדונה, בין היתר, שאלת חוקיותו של סעיף 19(ה) לחוק, המורה לבית המשפט לשקול את הפגיעה בביטחון המדינה כחלק ממסגרת בקשת ההיתר להזנה בכפייה.⁶

בג"ץ ערך איזון בין ערך קדושת החיים וביטחון המדינה לבין זכותו של הפרט לאוטונומיה ולחופש ביטוי, וקבע כי החוק המאפשר לכפות טיפול רפואי על שובתי רעב הנתונים במשמורת המדינה חרף סירובם, עומד במבחן החוקתי. זאת, שעה שתכליתו הדומיננטית של החוק היא שמירה על חייו של שובת הרעב. באשר לתכליתו המשנית של החוק, המערכת שיקולי ביטחון בהליך אישור ההזנה בכפייה, ציין בג"ץ כי היא כשלעצמה לא תצדיק תחילת הליך בהתאם לחוק, ולא תאפשר כשלעצמה הוראה לטפל בכלוא בניגוד לרצונו, אלא בכפוף לתכלית העיקרית – הצלת חייו.⁷ יותר משבעים עמודים נדרשו לשופטים כדי להתמודד עם מורכבות הסוגיה, על הקשיים שטבועים בה, ולנמק מדוע החוק עומד במבחני החוקתיות. אחד הנימוקים שהניח את דעת השופטים הם הפיקוח והבקרה ההדוקים על תהליך אישור ההזנה בכפייה, הכוללים גורמים רפואיים, משפטיים ושיפוטיים.⁸

על אף שגבולות החוק שורטטו סביב אסיר שובת רעב, היעדר הגדרה מבוארת בחוק באשר למי ייחשב אסיר, גרם למחוקק להזיז לתוך ההליך כל אדם כלוא – אסיר ועציר כאחד. בג"ץ גם הוא לא ערך הבחנה בין סוגי משוללי החירות מושאי החוק בקיימו איזון חוקתי, ומערכת השיקולים והאיזונים אותם הפעיל בנוגע לאסירים כוונה גם למקרים שבהם בין

⁴ בנוסח התיקון לחוק נעשה שימוש במונח "אסיר". כפי שיתברר מיד, הן מנסחי החוק והן בית המשפט לא ערכו הבחנה בין סוגי כלואים, והתיקון חל על אסירים ועצירים כאחד.

⁵ בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 11.9.2016) (להלן: "עניין הר"י" או "פסק הדין").

⁶ סעיף 19(ה) לפקודה קובע כי בעת ההליך לבחינת בקשה להיתר טיפול רפואי כפוי, בית המשפט ישקול בין היתר "שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, ככל שהובאו בפניו ראיות לעניין זה".

⁷ על הבעייתיות שבסעיף השיקולי הביטחון ניתן ללמוד מדבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, שציין כי השימוש בסעיף זה צריך להיעשות "במשורה שבמשורה ובמקרים חריגים, ובהינתן תשתית ראייתית מתאימה". ראו פסק הדין, לעיל ה"ש 5, בפס' קמ"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. גם השופט מזוז ציין כי "טוב יעשו גורמי המדינה המופקדים על כך אם ישובו וישקלו את ביטולו של סעיף 19(ה)", וכי "קיומו מעורר חששות וטענות". ראו שם, בפס' 22 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁸ שם, בפס' קי"א, קע"ד ו-קמ"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, ובפס' 9 לפסק דינו של השופט מזוז.



שובתי הרעב נמנים גם עצירים מינהליים. בהארת פסיקה זו אטען כי הפרדת עניינם של עצירים מינהליים⁹ שובתי רעב משאר אסירים "רגילים"¹⁰, היא מחויבת מציאות בהתחשב בייחודיותה של קבוצה זו. הבחנה זו לטענתי הייתה יכולה להוביל את השופטים לתוצאה שונה מזו שהתקבלה, ולקבוע כי ככל שמדובר בשובתי רעב שהם עצירים מינהליים, חוק ההזנה בכפייה אינו צולח את המבחן החוקתי.

הגם שבמסגרת יריעה קצרה זו מצאתי לנכון לבקר את תוצאת פסק הדין בהתייחס לעניינם של עצירים מינהליים בלבד, אין בכך הצדקה לגיבוי בג"ץ לפגיעה הכה חמורה בזכויות אדם ובזכויות אסירים שובתי רעב. טענתי המרכזית היא, כי מלבד תוצאתו הקשה לעיכול של פסק הדין, הן כלפי אסירים והן כלפי עצירים, שגה בג"ץ כאשר לא ערך את ההבחנה הנדרשת בין שתי הקבוצות בהתחשב במאפייניהן הייחודיים.

בפרק ב אסקור בקצירת האומר את הרקע לחקיקת החוק, בפרק ג אציג את תמצית פסק הדין, ובפרק ד אבקש לבחון את עניינם הייחודי של העצירים המינהליים כפי שצריך היה להשתקף בחוק ובפסיקה ואבקר את היעדרם מהמופע המשפטי. בפרק ה אסכם את הטיעון בהארה זו.

ב. בלוע החוק – חקיקת חוק הזנה בכפייה

שורשיה של תופעת שבתות הרעב בקרב אסירים בבתי הכלא בישראל נטועים עוד בשנות ה-60 של המאה הקודמת, כשזו נועדה בעיקרה למחות נגד עינויים, תנאי החזקה משפילים וסוגיית המעצרים השרירותיים.¹¹ מאז, לאורך השנים התקיימו שבתות רעב רבות כאשר שבתות הרעב ההמונית של אסירים ביטחוניים ועצירים מינהליים בשנת 2012, הייתה לנקודת מפנה משמעותית בהשפעתה על השיח הציבורי והפוליטי בישראל ובעולם. שבתות זו שכוונה, בין היתר, נגד מדיניות המעצרים המינהליים שבה נוקטת מדינת ישראל, גררה

⁹ בהארה זו אתמקד בהתייחסותי בעצירים מינהליים פלסטינים. על אף שבמהלך השנים עצרה ישראל במעצר מינהלי גם מספר אזרחים ישראלים, מדובר במקרים בודדים ולתקופות קצרות, ואין ספק כי חוק ההזנה בכפייה יפגע, הלכה למעשה, בעצירים הפלסטינים.

¹⁰ מסגרת הארה זו לא הותירה מקום לביצוע הבחנה בין סוגי אסירים, על אף חשיבותה של הבחנה זו, ולפיכך אתייחס אליהם כאגד אחד.

¹¹ להרחבה על הסיבות שבבסיס שבתות הרעב ראו אמאני דעיף והדס זיו **שבתות הרעב של אסירים פלסטינים בבתי הכלא בישראל** (רופאים לזכויות אדם, 2013) (להלן: "דוח רופאים לזכויות אדם").

www.phr.org.il/wp-content/uploads/2016/05/1%D7%A9%D7%91%D7%99%D7%AA%D7%95%D7%AA-%D7%A8%D7%A2%D7%91-2013.pdf



התגייסות פלסטינית¹² ובינלאומית¹³ שכללה פעולות מחאה והזדהות בישראל ומחוצה לה. בשנת 2014 פרצה שביתת רעב המונית נוספת של עצירים מינהליים, שיוחדה כולה למחאה נגד השימוש הנרחב והשיטתי בכלי המעצר המינהלי נגד פלסטינים.¹⁴ חששה של מדינת ישראל ממספרם הגבוה של המשתתפים בשביתות הרעב, התקופה הממושכת של השביתה וההשלכות הביטחוניות הנלוות לכך,¹⁵ הם שדחפו להקמת צוות בין משרדי שיגבש מתווה הולם להתמודדות עם התופעה. בסופו של תהליך נחקק תיקון 48 לחוק פקודת בתי הסוהר¹⁶ שעניינו "מניעת נזקים בריאותיים לאסיר שובת רעב", המאפשר במקרים מסוימים ובכפוף לתנאים הקבועים בחוק, להתיר טיפול רפואי לאסירים ולעצירים שובתי רעב חרף סירובם. טרם חקיקת החוק לא כלל ספר החוקים הוראת חוק המסדירה טיפול במקרים של כלואים שובתי רעב, ואלו טופלו במסגרת הוראותיו של חוק זכויות החולה.¹⁷

התיקון לחוק מפרט את הליך בקשת ההיתר למתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב. ההליך נפתח בחוות הדעת של הרופא המטפל, המתייחסת לסכנה הנשקפת לחיי האסיר¹⁸ ולסוג הטיפול הרפואי המבוקש.¹⁹ ההליך מאפשר לנציגי שירות בתי הסוהר, באישור היועץ

¹² אודי דקל ואורית פרלוב "השלכות שביתת הרעב של האסירים הפלסטינים (כולל מידע מהרשתות החברתיות)" **מבט על** 337 (המכון למחקרי ביטחון לאומי, 2012) heb.inss.org.il/index.aspx?id=4354&articleid=5345.

¹³ ראו, למשל: הודעת מזכ"ל האו"ם דאז באן קי-מון: "Concerned at plight of Palestinian hunger strikers, Ban urges solution without delay" **UN News Center** www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=41959&Cr=palestin&Cr1.

ראו גם הודעת הממונה על מדיניות החוץ באיחוד האירופי קת'רין אשטון: European Union, Statement by the spokesperson of EU High Representative Catherine Ashton on the Hassan Safadi, Palestinians held deteriorating health conditions of Samer al-Barq and in administrative detention in Israel, 14.9.2012, A 409/12, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/132456.pdf.

¹⁴ ג'קי חורי "מתרחבת מחאת העצירים המנהליים: 125 שובתים רעב יותר מחודש, 70 אושפוזו" **הארץ** www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.2338091 2.6.2014.

¹⁵ כך, למשל: הפגנות המוניות בין כתלי הכלא ומחוצה לו; הפרות סדר בהיקף רחב; התפרצות התנהגויות אלימות כאות הזדהות עם שובת הרעב ועם מאבקו; העלאת סוגיית השימוש במעצר מינהלי לדיון ציבורי בעולם, ופגיעה בתדמיתה של מדינת ישראל; לחץ בינלאומי על מדינת ישראל שיוביל לכניעה לדרישותיהם של שובתי הרעב. ראו להלן ה"ש 45–47.

¹⁶ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתת רעב) התשע"ד–2014 (להלן: "הצעת החוק").

¹⁷ ס' 15 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, שעניינו "טיפול רפואי ללא הסכמה", מפרט את התנאים להענקת טיפול רפואי ללא הסכמת החולה.

¹⁸ ס' 19(א) לפקודה.

¹⁹ ס' 19(ב) לפקודה.



המשפטי לממשלה, לפנות לבית המשפט המחוזי בבקשה לקבל את ההיתר. טרם קבלת הבקשה, על נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו לשקול את מצבו הרפואי והנפשי של האסיר; את השלכות אי-מתן טיפול; את הסיכויים והסיכונים הנובעים מהטיפול המבוקש והשלכותיו על כבוד האסיר; ואת עמדת האסיר ונימוקיו.²⁰ כמו כן, קובע החוק כי על בית המשפט לשקול שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, ככל שהובאו ראיות לכך.²¹

התיקון לחוק עבר מספר שינויים עד לנוסחו הנוכחי, בעקבות ההסתייגויות הרבות שהוגשו מטעם ארגונים שונים.²² השינוי הקוסמטי המרכזי שבוצע צמצם את מקומם של השיקולים הביטחוניים. שיקולים אלה אשר היוו בתחילה, בגלוי, חלק מן הסעיף העיקרי המתווה את שיקול הדעת השיפוטי,²³ הומרו לתכלית משנית הנלווית לצורך הרפואי.²⁴ הצעת החוק עוררה סערה גדולה שהובילה ארגונים רבים, אנשי אקדמיה ואישי ציבור, להתנגד להצעת החוק ולפעול נגד קידומה.²⁵ תוך התעלמות מניירות העמדה שהונחו על שולחנה,²⁶ שגוללו את הסיכונים הכרוכים בהליך, כמו גם את הבעיות האתיות, המוסריות והמשפטיות העולות מהחוק, אישרה הכנסת את החוק, והזנה בכפייה הזונה רשמית לספר החוקים של מדינת ישראל.

²⁰ ס' 19(ד) לפקודה.

²¹ ס' 19(ה) לפקודה.

²² עניין הר"י, לעיל ה"ש 5, בפס' ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

²³ שם, בפס' י"ז.

²⁴ כפי שיודגם בהמשך, שינוי זה אינו מהותי והלכה למעשה עדיין תופס מקום לא מבוטל בהליך.

²⁵ לפרסומים מרכזיים ראו יהונתן לייס "מחאה נגד חוק ההזנה בכפייה: 'מנוגד למשפט הבינ"ל'" **הארץ** 22.6.2014 www.haaretz.co.il/news/politi/1.2355513; עידו אפרתי "היום: מרתון דיונים לאישור חוק הזנה בכפייה של אסירים ועצירים מינהליים" **הארץ** 1.6.2014 www.haaretz.co.il/news/politi/1.2349916.

²⁶ "תגובה לכוונה לתיקון פקודת בתי הסוהר בנושא האכלה בכפייה לאסירים שובתי רעב" (המועצה הלאומית לביואתיקה, 6.4.2014) www.health.gov.il/PublicationsFiles/Bioethics-Force-feeding.pdf; "עמדת ההסתדרות הרפואית בישראל בדבר הצעת החוק להזנה בכפייה – לקראת דיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת" (ההסתדרות הרפואית בישראל, יוני 2014) www.ima.org.il/userfiles/image/forcefeeding.pdf; מרדכי קרמניצר, עמיר פוקס והנן סידור "טייטת חוק פקודת בתי הסוהר (מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ד 2014 – חוות דעת שהוגשה לוועדת השרים לענייני חקיקה" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 15.5.2015) www.idi.org.il/ministerial-committee/4672; "הצעת פקודת בתי הסוהר (מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ד-2014" (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 6.7.2015) www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2015/08/prisoners-feeding060715.pdf.



ג. על המשקל – פסק הדין

ההסתדרות הרפואית בישראל ומספר ארגוני זכויות אדם עתרו לבג"ץ לביטול החוק. העותרים טענו כי החוק איננו חוקתי, כיוון שהוא סותר את זכות היסוד לכבוד, המקפלת בתוכה את הזכות לאוטונומיית הפרט על גופו; הוא פוגע בחופש הביטוי; והוא אינו שוויוני ומנוגד לערכי היסוד של האתיקה הרפואית בעולם. בבסיסם של דברים לא מצאו העותרים כי קיימת הצדקה להחריג את אוכלוסיית הכלואים שובתי הרעב מההסדר הקבוע בחוק זכויות החולה, המפרט את התנאים להענקת טיפול רפואי ללא הסכמת החולה.²⁷ לטענת העותרים, השונות בין כלואים לחולים המסרבים לטיפול רפואי מושתתת על תכלית חוץ-רפואית, היינו על חשש מפגיעה בביטחון המדינה.²⁸ במרכז עתירתם העלו העותרים את הטענה כי השמירה על חיי הכלוא מהווה תכלית משנית בלבד, שאינה אלא יעד ביניים שנועד לשרת את התכלית הביטחונית שאינה תכלית ראויה.²⁹

מנגד טענה הכנסת כמשיבה, כי החוק יוצר הסדר משלים להסדר הקיים בחוק זכויות החולה, ונותן מענה למורכבות המיוחדת המתעוררת כשהמטופל המסרב לקבל טיפול רפואי הוא כלוא. לטענתה, החוק יוצר איזון בין קדושת חיי הכלוא לבין כיבוד האוטונומיה שלו, ועל אף שהוא מאפשר פגיעה בזכויות חוקתיות, זו נועדה לתכליות ראויות ועומדת במבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁰ ההתנגשות בין מתן טיפול כפוי בניגוד לרצונו של כלוא שובת רעב לבין זכויותיו היסודיות ביותר, לכבוד ולחופש ביטוי, ניתבה את המותב בעתירה לבחינה חוקתית של החוק לאור מבחני פסקת ההגבלה.. בג"ץ הכיר בכך שבמרכזו של החוק עומד עקרון קדושת החיים המשרתת תכלית ראויה. באיזון בין קדושת החיים וביטחון המדינה אל מול זכותו של הפרט לכבוד ולחופש ביטוי, קבע בג"ץ כי החוק צולח את מבחני המידתיות. בג"ץ קבע כי בהקשר זה מתקיים יחס ראוי בין התועלת העשויה לצמוח מן החוק לבין הפגיעה האפשרית בזכות החוקתית עקב הפעלתו, כאשר הפגיעה מתחייבת לשמירת חיי של שובת הרעב. בג"ץ הוסיף וציין כי הידרשות להליך זה תהיה כשלעצמה מוצא אחרון.³¹

²⁷ ס' 15(2) לחוק זכויות החולה מתיר מתן טיפול רפואי לאדם בניגוד לרצונו, אם מתקיימים חמישה תנאים מצטברים: ניתן לכך אישור של ועדת האתיקה שהוקמה מכוח החוק; נשקפת לאדם סכנה חמורה; נמסר לאדם מידע מראש כנדרש לקבלת הסכמה מדעת; הטיפול הרפואי צפוי לשפר את מצבו במידה ניכרת; יש יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע.

²⁸ עניין הר"י, לעיל ה"ש 5, בפס' כ"א לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

²⁹ שם, בפס' כ"ז.

³⁰ שם, בפס' מ"א-מ"ד.

³¹ המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין כי "השימוש בחוק הוא כמוכחן שלב אחרון, מעין "נשק יום הדין". שם, בפס' קל"ו-קל"ז.



באשר לסוגיית השיקול הביטחוני, בג"ץ קבע כי גם הוא מחליק בגרונו של המבחן החוקתי, שעה שאין מדובר בתכלית בלעדית או עיקרית שלא הייתה מצדיקה לבדה את תחילת ההליך. תכלית זו תעמוד אך כנלווית לחוות דעתו של גורם רפואי, הסובר כי קיימת סכנה ממשית לחייו של הכלוא וכי הטיפול המבוקש נועד להציל את חייו. את החשש ממרכזיותה של התכלית הביטחונית בהליך הדף בג"ץ בשים לב לכך ששיקולים ביטחוניים יישקלו רק לאחר ה"מסע" הרפואי,³² ובכל מקרה יהיו כפופים להצגת ראיות שיאששו את החשש מפגיעה חמורה בביטחון המדינה. בג"ץ הוסיף וקבע בהקשר זה, שהשיקול הביטחוני מקפל בתוכו הגנה על חייהם של אחרים, ולכן כל עוד הוא משני לתכלית ההגנה על חיי כלוא אין לקבוע כי הוא אינו משרת תכלית ראויה.³³

השופט מזוז, שדעתו לא הייתה נוחה משיקולי הביטחון, ניסה לדרוש לכל הפחות הפרדה דיונית בין בחינת השיקולים הרפואיים תחילה לשיקולים הביטחוניים לאחריה, כדי שאלו לא ישמשו את בית המשפט בערבויה.³⁴ דרישה זו לא מצאה לה מקום בדעת הרוב מחשש לכבילת ידיה של הערכאה הדיונית.³⁵

ד. עצם בגרון – סוגיית העצירים המינהליים

התיקון לחוק מושא פסק הדין, שלא כשמו "מניעת נזקים לאסיר שובת רעב", אינו מתייחס רק לעניינם של אסירים "מן המניין" – אסירים שנגזר דינם בפני ערכאה שיפוטית, אלא יריעתו נפרשת גם על עצירים מינהליים. עצירים אלו נעצרים על סמך הוראה מינהלית במעצר מנע, ללא הכרעה שיפוטית, ללא כתב אישום, ללא משפט וכלי שנגזר עליהם עונש מוגדר.³⁶ על אלו ועל אלו, הגם שקרוי דמותם שונים, החיל המחוקק דין שווה. הבחנה זו,

³² המסע כולל כאמור את שקילת מצבו הרפואי והנפשי של האסיר, סיכויים וסיכונים בהליך, עמדתו של האסיר ועוד. שם, בפס' קל"ח.

³³ שם, בפס' קכ"ו.

³⁴ שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט מזוז.

³⁵ שם, בפס' קמ"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ובפס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג.
³⁶ להרחבה על המעצר המינהלי ראו "ללא משפט: מעצר מנהלי של פלסטינים על ידי ישראל וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים" (בצלם והמוקד להגנת הפרט, 2009) www.btselem.org/hebrew/publications/summaries/200910_without_trial; Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, 45(3) VANDERBILT J. TRANS. L. (2012). להרחבה נוספת ראו "רקע על מעצר מנהלי" (בצלם, 2016) www.btselem.org/hebrew/administrative_detention



מלבד הערת אגב אחת שאינה טעונה הרחבה,³⁷ נעדרת מפסק הדין. הבחינה החוקתית בחסות בג"ץ נערכה בלי לבחון את עצמת הפגיעה במושאי של החוק לסוגם. בג"ץ ציין בפסק הדין כי "לא יתכן חולק כי בנסיבות בהן שובת הרעב הוא אסיר או עציר קיימת מערכת איזונים ושיקולים שונה וכי המשקל שיינתן לאוטונומית הרצון של אסיר או עציר שובת רעב במערכת איזונים זו אינה כשל של שובת רעב שאינו אסיר או עציר",³⁸ אך בה בעת לא מצא לנכון להפעיל מערכת איזונים ושיקולים שונה בשים לב לקבוצות הכלואים השונות.³⁹ לטעמי, התייחסות נפרדת לסוגיית העצירים המינהליים במובחן מעניינם של אסירים, לא רק שהייתה יכולה להוביל לתוצאה שונה המחריגה קבוצה זו מתחולת החוק, כי אם בהכרח הייתה מובילה לכך. טיעון זה בנוי על עובדות ועל משפט. במישור העובדתי, עצירים מינהליים מהווים נתח מרכזי מנפגעי החוק.⁴⁰ במישור המשפטי, אעלה שני נימוקים מרכזיים השזורים זה בזה: הראשון, מתמקד במעמדם הייחודי של עצירים מינהליים, מעמד המחייב שמירה מוגברת על זכותם לחופש ביטוי ולאוטונומיה, אשר הגבלתם טעונה הצדקה שונה מזו של אסירים רגילים; השני מתמקד בשיקול הביטחוני, אחד מעמודי היסוד של החוק, ומצביע על כך ששיקול זה מוטא באופן מובנה לרעת עצירים מינהליים, ובכך מקטין את סיכוייהם להתגונן בעת הליך אישור הזנה בכפייה ומפלה אותם לרעה. מעצר מינהלי מאפשר למדינה לבצע מעצרים למניעת פגיעה בביטחון המדינה על סמך ראיות המצויות בידי רשויות החוק,⁴¹ אלא שפעמים רבות הוא משמש גם ככלי לדיכוי ההנהגה התרבותית החברתית והפוליטית הפלסטינית, לגדיעת צמיחתה ולהחלשת כוח התנגדותה לכיבוש.⁴² עבור העצירים המינהליים שביתת רעב מהווה לרוב אמצעי אחרון למחות ולהיאבק נגד השלטון הישראלי, לאחר שכל שאר צורות המאבק הכזיבו. נראה כי בשנים האחרונות רבים משובתי הרעב היו עצירים מינהליים, אשר מאבקם נועד להפעיל לחץ על הרשויות להעמידם לדין ולהציג ראיות לאשמתם, או לשחררם לחופשי.⁴³ שביתת העצירים המינהליים בשנת 2012 הובילה בסופו של דבר לתוצאות

³⁷ עניין הר"י, לעיל ה"ש 5, בפס' ק"מ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ראו להלן הרחבה בפרק הסיכום.

³⁸ שם, בפס' פ"ו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

³⁹ לביקורת נוספת על ההגדרה הרחבה ונעדרת ההבחנה בין סוגי כלואים ראו יואב קני "הזנה וכוח: מזון וביו-פוליטיקה בפולמוס סביב הזנתם בכוח של כלואים שובתי רעב" **לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל** (אייל גרוס ויפיי תירוש עורכים, 2017).

⁴⁰ מתוך דוח רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 11, בעמ' 9-11.

⁴¹ לעיל ה"ש 36.

⁴² אמאני דעיף **רעבים לצדק – הזנה וטיפול בכפייה של שובתי רעב פלסטינים בישראל** (רופאים לזכויות אדם, 2016) cdn4.phr.org.il/wp-content/uploads/2017/01/ForcedFeeding_Heb_Digital.pdf

⁴³ ראו לעיל ה"ש 11, עמ' 11-12. כמו כן ראו יעל מרום "הדרך היחידה להתמודד עם שביתות הרעב היא להפסיק עם המעצרים המינהליים" **שיחה מקומית** 10.8.2015



עוקבות – העלאת סוגיית השימוש במעצר מינהלי לדיון ציבורי בעולם,⁴⁴ לחץ בינלאומי על מדינת ישראל לחדול משימוש בכלי זה ולשחרר את העצירים המינהליים, והפחתה משמעותית במספר העצירים המינהליים בחודשים שלאחר מכן,⁴⁵ הפחתה שיש לשער שהיא תוצר הלחץ הציבורי.⁴⁶ המדינה זיהתה בשביתות אלה את פוטנציאל הפגיעה התדמיתית-פוליטית בשל תשומת הלב והלחץ הבינלאומי נגד המעצרים המינהליים, וכפגיעה ביעילותו של כלי המעצר המינהלי. על רקע זה, נראה כי המדינה ביקשה באמצעות החוק לעצור ולנטרל את השפעותיהן השליליות של שביתות הרעב על יכולתה להמשיך להשתמש בכלי המעצר המינהלי.⁴⁷ מניעים אלה אינם בבחינת השערה בלבד, והם גלויים ועולים מדברי ההסבר להצעת החוק, מהליכי החקיקה,⁴⁸ ומהתבטאויותיהם של פוליטיקאים שלקחו חלק בקידומו.⁴⁹

בניגוד למגמת ההפחתה בסוף שנת 2012, לא רק שלא חל שיפור מהותי במדיניות השימוש במעצר המינהלי, אלא שמאז שנת 2013 גדל מספר העצירים המינהליים במקביל לתהליך חקיקת החוק. נכון למועד פסק הדין עמד מספרם של העצירים המינהליים על 644.⁵⁰ קרוב לוודאי כי שביתות רעב של עצירים מינהליים צפויות להמשיך להיות דבר

mekomit.co.il/%D7%9C%D7%94%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7-%D7%A2%D7%9D-%D7%94%D7%9E%D7%A2%D7%A6%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%94%D7%9E%D7%A0%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%99%D7%9D/
ראו לעיל ה"ש 12 ו-13.

⁴⁴ בחודשים שלאחר שביתת הרעב חלה ירידה משמעותית במספר האנשים שהוחזקו במעצר מנהלי לכ-140 עצירים, המספר הנמוך ביותר בשנים האחרונות. "נתונים על מעצר מנהלי בשטחים" (בצלם, 9.1.2017 www.btselem.org/hebrew/administrative_detention/statistics)

⁴⁵ לדברי השר לביטחון פנים והמלצתו לצמצם מעצרים מנהליים ראו ברק רביד "השר לביטחון פנים ממליץ לצמצם את השימוש במעצרים מנהליים" **הארץ** 3.5.2012 www.haaretz.co.il/news/politics/1.1699896. כמו כן לנתונים על אי-חידוש צווים מנהליים כתוצאה מלחץ ציבורי ראו דקל ופרלוב, לעיל ה"ש 13.

⁴⁶ יהונתן ליס "נוסח חוק ההזנה בכפייה רוכך, ויש עתיד הסירה התנגדותה" **הארץ** 24.6.2014 www.haaretz.co.il/news/politics/1.2358282; עידן סימון "מה כולל חוק ההזנה השנוי במחלוקת" **mako** 23.6.2014 www.mako.co.il/news-military/security-q2_2014/Article-f52c31cf628c641004.htm

⁴⁷ כך עולה מדבריו של השר לביטחון פנים, יצחק אהרונוביץ': "מטרת החוק היא למנוע [...] להפעיל לחץ על מדינת ישראל באמצעות שביתת הרעב [...] מנסים להפעיל לחצים על ממשלת ישראל, עלי ועל שירות בתי הסוהר באמצעות השביתה כדי להשיג כל מיני מטרות [...] למנוע את המעצרים המנהליים". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 306 של ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19 (16.6.2014).

⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 47 ו-48.

⁴⁹ ראו לעיל ה"ש 45.



פסיקה 69 | יולי 2017
"רפואה משלימה"

שבשגרה, כך שהם יהיו נפגעי העיקריים של חוק ההזנה בכפייה,⁵¹ ובכל מקרה לא יהוו קבוצה שולית ומשנית לאסירים השובתים רעב. בשל עובדה זו נדמה שראוי היה להעמיד במרכז פסק הדין את עניינם של אלו, ולהפעיל את מערכת האיזונים בהתאם, בשים לב להבדלים המהותיים בעניינם בהשוואה לאסירים רגילים. אסביר במה דברים אמורים.

1. מעמד הייחודי של עצירים מינהליים

ככלל, אסירים אינם משתמשים בשביתת הרעב כדי למחות על עובדת כליאתם, כי אם ככלי למחאה נגד פגיעה בתנאי החזקתם הכוללים בין היתר מניעת ביקורים, בידוד, מניעת נגישות להשכלה גבוהה ועוד.⁵² הגם שחשיבותם של תנאי הכליאה כחלק מכבוד האדם אינה מוטלת בספק, אין מדובר במחאה כנגד שלילת החירות עצמה, שהיא הגרעין הקשה ביותר של זכויות האדם.⁵³ שלא כמו האסירים, בהיותם ערומים מזכויות⁵⁴ רותמים העצירים המינהליים את גופם⁵⁵ כדי לעורר מודעות לעצם כליאתם ולהיאבק נגד שלילת חירותם ללא משפט הוגן, כתב אישום או ראיות זמינות ולכאורה ללא הגבלת זמן. בתגובה לשליטה אותה מפעילה המדינה על גופם,⁵⁶ משתמשים העצירים המינהליים בגופם כדי להפעיל כוח הופכי

⁵¹ כך גם עולה מדבריו של ח"כ דב חנין: "החוק שהולך לפגוע, בין היתר, קונקרטי כרגע בעצירים מנהליים, שהם עצירים שנמצאים בבית-הכלא לאורך תקופות ארוכות מאוד ללא משפט". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 308 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19 (16.6.2014).
ראו לעיל ה"ש 11.

⁵²
⁵³ Universal Declaration of Human Rights (1948). ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם פותחת בהצהרה כי "All human beings are born free and equal in dignity and rights". לכתיבה נוספת על החירות ראו ג'ון לוק **המסכת השנייה על הממשל המדיני** 65 (יוסף אור מתרגם, 1959); "החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות", ראו בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג' (5) 241, פס' 17 לפסק דינו של השופט זמיר (1999).

⁵⁴ שלטון יכול לגונן על הגוף ולהתייחס אליו כאל גוף בעל זכויות, אך הוא יכול גם להתכחש לו עד כדי הפיכתו להפקר – ל"גוף חשוף" "Homo Sacer". ג'ורג'יו אגמבן הוא זה שטבע את המונח "חיים חשופים" כביטוי למי שחייו חשופים משום שמצב עניינים פוליטי כלשהו (כגון מעצר מינהלי, לענייננו) הפקיע אותו מהגנת החוק והפקיר אותו לחסדי הכוח השלטוני. ראו GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE (Daniel Heller-Roazen trans, 1998).

⁵⁵ שביתות הרעב של הסופרג'יסטיות בבתי הסוהר הבריטיים בראשית המאה העשרים של המאה הקודמת הוצגה כ"המצאה של קריאת תיגר פוליטית מזון חדש, אשר רותמת את החיים עצמם (bare life) למאבק לשחרור", ראו Ewa Płonowska, Ziarek, *Bare Life on Strike: Notes on the Biopolitics of Race and Gender*, 107 S. ATLANTIC Q. 98 (2008).

⁵⁶ לפי התיאוריה הביו-פוליטית של מישל פוקו, הפעלת הכוח של המדינה בעידן הקלאסי התבטאה בזכות המדינה להמית או להניח לחיות. עם הזמן זכות זו התחלפה בשליטת המדינה ש"אוחזת" בחיים לכל



על המדינה, תוך שהם מחייבים את נושאי הכוח השלטוני להתייחס לדרישותיהם. לאסירים ניתנת ההזדמנות להיאבק בשלילת חירותם ובהגבלת הזכויות הנלוות לה בבית המשפט, ואילו לעצירים המינהליים שביתת הרעב היא הכלי האחרון, בדל השליטה היחיד שניתן להם, להתנגד בפרהסיה לשלילת הזכות הבסיסית ואולי היסודית ביותר שיש לו לאדם.⁵⁷ נראה שהשופט מזוז היה ער להבחנה השורשית בין אסירים לעצירים מינהליים בכל הנוגע להגבלת הזכות לחופש ביטוי, כאשר ציין כי הגבלת זכויות האסיר היא נגזרת ממהות העונש. כך לדבריו "הגבלת חופש התנועה אינה ממצה את מכלול מרכיבי הענישה הגלומים בעונש המאסר [...] לאסיר שמורות זכויות האדם והאזרח אלא ככל שהגבלתן מתחייבת ממהות עונש המאסר שהוטל עליו".⁵⁸ כך פתח השופט מזוז אך לא חתם, שלא הליך משפטי וללא הכרעה משפטית אין לא עונש; לא מכלול מרכיבי ענישה הגלומים בעונש; ולא הגבלה של זכויות אדם המתחייבת ממהות עונש המאסר. ככל שמדובר בעציר מינהלי הנתון במעצר ללא משפט בהוראת גורם מינהלי, מטרת מעצרו מניעתית ולא משמשת כאמצעי ענישה. על כן, הגבלת זכותו למחאה אינה נגזרת מעונש מאסר המוטל עליו. בניגוד לחירות ולזכויות כמו הזכות לחופש הביטוי, שנשללות מאסירים לזמן מוגבל, החזקתם של עצירים מינהליים הנובעת מכוח הוראה מינהלית בלבד, אינה מוגדרת בגזר דין או במסגרת קצובה אחרת של ענישה. עצירים מינהליים אינם יודעים מתי יצאו שוב לחופשי,

אורכם, תוך כדי ניהול ארגון ופיקוח עליהם בהקשר של קיומו הפיזי של האדם ובהיותו מין חי בעל גוף בעולם חי, כאשר המוות הוא גבול אחיזה זו. לדברי פוקו "זו הפעם הראשונה בהיסטוריה שבה הביולוגיה השתקפה בפוליטיקה; עובדת החיים אינה עוד אותו מסד בלתי נגיש שמבצבץ רק מפעם לפעם במקריות המוות ובגורליותו; היא עוברת בחלקה לשדה הנתון לפיקוחו של הידע ולהתערבותו של הכוח. והאחרון לא יראה עוד מול רק נתינים משפטיים שפסגת אחיזתו בהם היא המוות, אלא יצורים חיים והאחיזה שיוכל להפעיל עליהם תצטרך להתמקם במישור החיים עצמם; נטילת האחריות לחיים, יותר מאשר האיום במוות, היא שפותחת בפני הכוח את הנישה עד לגוף". ראו מישל פוקו **תולדות המיניות – כרך ראשון: הרצון לדעת** 96 (גבריאל אש מתרגם, 1996).

⁵⁷ השוכחים לא מבקשים למות באמצעות שביתת הרעב, אלא ליצור שינוי תוך נכונות למסור את נפשם למטרה זו. על פי פוקו ותאוריית הביו-פוליטיקה, המחוקק כיוון בחקיקת חוק הזנה בכפייה לנקודת זמן זו, כאשר נזעק לבסס מחדש את שליטתה של המדינה על גופו של הכלוא בתגובה לניסיון הפקעת הזכות על המוות השמורה לה בלעדית. ראו שם.

⁵⁸ עניין הר"י, לעיל ה"ש 5, פס' 7 לפסק דינו של השופט מזוז. קולות דומים נשמעו מכיוונם של ארגונים שצידדו בקיומו של חוק ההזנה בכפייה, והתייחסו למחאתו של האסיר כחותרת תחת זכותה של המדינה לאכוף נגדו את העונש שנגזר עליו ולהשיב לו כגמולו, באופן המצדיק את הגבלת זכות הביטוי. ראו למשל: יעל בקלור-קאהן ועדי ארבל "חוות דעת – הזנה בכפייה לאסירים ביטחוניים שובתי רעב: הרע במיעוטו" (המכון לאסטרטגיה ציונית, 2015).



ואין כל הגבלה למשך הזמן שבו ניתן להחזיקם במעצר,⁵⁹ שלעתים נמשך חודשים ואף שנים.⁶⁰ שביתת הרעב, המתעמתת עם חוסר הוודאות האמורה נשללת כעת גם היא, בחסות בית המשפט, לזמן בלתי-מוגדר ומוגבל. שעה שמנגד לקדושת חיי אדם ולביטחון המדינה עומדת פגיעה בזכויות שנשללו בהיעדר הליך משפטי הוגן, ולא מכוח מהות העונש אלא ממניעים מניעתיים וללא הגבלת זמן, מוטל על ההצדקה לפגיעה בזכויות החוקתיות לעמוד לכל הפחות ברף גבוה יותר מזה המוצב בעניינם של אסירים. שיקול זה לא מצא לו ביטוי בינות עשרות עמודי פסק הדין.

2. השיקול הביטחוני

למרות שהשיקול הביטחוני רופד היטב בטיעון הומניטרי ובעקרון קדושת החיים, הוא מהווה נדבך מרכזי בחוק.⁶¹ בג"ץ, ששם ליבו לחשש שהשיקולים הביטחוניים יהיו חלק עיקרי ומרכזי מהשיקולים הנדרשים, מיקד חלק ניכר מדינו בחוקתיות סעיף זה, והדגיש כי שימוש בשיקול זה ייעשה במשורה שבמשורה, בהינתן תשתית ראייתית מתאימה ולאחר שיוכח הצורך הרפואי.⁶² שיקול זה, למותר לציין, ייבחן ויישקל בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה שיובא בפני בית המשפט. עם זאת, חרף החרישה היסודית והמדוקדקת בסוגיה, בג"ץ לא שם לבו לרגישות הביטחונית הקולקטיבית שטבועה בשביתות רעב של עצירים מינהליים. אבקש לטעון שזאת באה לידי ביטוי בעת שביתת רעב של עצירים מינהליים מעוררת אוטומטית את החשש הביטחוני וללא תלות בנסיבות מקרה קונקרטי.

כאמור, אחד ממרכיביו של השיקול הביטחוני נעוץ בחשיפה תקשורתית בינלאומית למחאתם של שובתי הרעב. חשיפה כזו עלולה לשכלל שני סוגי פגיעה אותם נועד החוק למנוע, כל אחד בנפרד או יחד: פגיעה בתדמית המדינה וביחסי החוץ שלה וכניעה תחת לחץ ציבורי לתנאים שעלולים, כך נטען, לסכן את ביטחונה.⁶³ כאשר עניינו של אסיר שובת

⁵⁹ החוקים המסדירים את השימוש במעצר מינהלי, מתירים מעצר מינהלי של אדם לתקופה של עד חצי שנה. חוקים אלה מאפשרים הארכה של צווי המעצר בחצי שנה נוספת בכל פעם, ללא הגבלה על מספר ההארכות. ראו לעיל ה"ש 36 ולהלן ה"ש 67.

⁶⁰ כך למשל: האסיר מחמוד שבאנה המוחזק כ-11 שנה במעצר מינהלי, מאזן אנטשה המוחזק 10 שנים ועוד. יש לציין כי זהו משך הזמן שבו השלושה מוחזקים במעצר לסירוגין. ג'קי חורי, עידו אפרתי וברק רביד "העצירים שכלואים שנים בלי משפט שובתים רעב, נתניהו דוחף להזין אותם בכפייה" הארץ 3.6.2014 <http://www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.2339252>

⁶¹ ראו לעיל ה"ש 16, 47-48.

⁶² ראו לעיל ה"ש 7.

⁶³ בג"ץ לא דן בהיקף הפגיעה בביטחון המצדיקה הזנה בכפייה, והותיר אותה במתחם שיקול דעתו של בית המשפט שלפניו תונח הבקשה. משכך, כעולה מהליכי החקיקה, גם חשיפה לקהל הבינלאומי ופגיעה



רעב מובא בפני בית המשפט, הרי שסבירות היתכנות הנזקים האמורים יישקלו בהתחשב בעניין הציבורי שיכול להתעורר על רקע הבקשות הקונקרטיות עליהן בוחר האסיר להילחם בגופו, ולסיכון הכרוך בכניעה להן. בהתאם לסוגם ולטיבם של התנאים אותם ביקש האסיר להעלות על נס ציבורי, ייבחן ויוכרע השיקול הביטחוני. כך לדוגמה, מאבקם של אסירים נגד החזקתם בבידוד או נגד שלילת אישורי לימודים לא יעורר בהכרח הדים תקשורתיים, ואף אם כן, נדמה כי כניעה לדרישות מסוג זה לא תקים חשש ממשי לפגיעה בביטחון המדינה. לא כך בעניינם של עצירים מינהליים שאינם בוחרים את מושא מאבקם. באמצעות שביית רעב מוחים העצירים המינהליים בגופם, כדי לסמן שעצם חייהם וחירותם מופקרים לחסדי הריבון בהיעדר הגבלה חוקית לכך.⁶⁴ מדינת ישראל, שעושה שימוש רחב בכלי המעצר המינהלי באופן החורג מהסטנדרטים הבינלאומיים המותרים,⁶⁵ אף מגייסת את מאמציה לטשטוש דמותם ומחאתם של העצירים המינהליים. כאשר העצירים ישתמשו ברעבונם כדי להנכיח בשיח הציבורי את גופם העירום מזכויות, הסיכון לחשיפה בינלאומית ולדרישת שחרורם עולה. הסיכון הביטחוני בעניינם של עצירים מינהליים, אם כן, לא יהיה בבחינת תחזית אפשרית שהיתכנותה תיבחן בהתאם למקרה הקונקרטי כי אם תסריט קבוע וידוע מראש.

על כך יש להוסיף כי בעניינם של העצירים המינהליים, המדינה אף לא צריכה לעבור את מסע גביית הראיות המפרך אותו דורש סעיף השיקול הביטחוני,⁶⁶ על מנת להוכיח שהכניעה ללחץ תסכן את ביטחונה. הראיות שביססו כבר במערכה הראשונה את מסוכנותו של העציר ושהצדיקו את המעצר המינהלי מלכתחילה,⁶⁷ נכונות כעת לשמש את המדינה

ביחסי החוץ והדיפלומטיה של ישראל בעולם עולים כדי חשש לפגיעה בביטחון המדינה, אותה נועד למנוע התיקון לחוק ויהוו שיקול בהליך בקשה להזנה בכפייה.

⁶⁴ אגמבן התייחס למקרים קיצוניים שבהם "האדם החשוף" הוא מושא ישיר לאלימות מצד השלטון השולל את חירותו, כמו למשל: באמצעות חוקי חירום זמניים. AGAMBEN, לעיל ה"ש 54, שם.

⁶⁵ ראו למשל, ס' 5, 42–43 ו-78 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (נחתמה ב-1949). בנוסף, פעמים רבות היכן שאין בידי הרשות ראיות קבילות להרשעה, נעשה השימוש במעצר המינהלי כחלופה להעמדה לדין. כך לדוגמה בבג"ץ 317/13 עברה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 21.1.2013).

⁶⁶ סעיף 19(ה) לפקודה קובע כי "בית המשפט י שקול שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, ככל שהובאו לפניו ראיות לעניין זה".

⁶⁷ תקפם של המעצרים המינהליים, בין היתר, מכוח צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) מס' 1651 (להלן: "הצו"), וכן מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן: "חוק מעצרים"). סעיף 285 (א) לצו מסמך מפקדים צבאיים בגדה המערבית לעצור אדם כאשר קיים "יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון האזור או ביטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר". סעיף 2 לחוק מעצרים מסמך את שר הביטחון להורות על מעצרו של אדם על סמך הוראה דומה.



כדי לאשש את החשש הביטחוני משחרורו כתוצאה מלחץ ציבורי.⁶⁸ הרי פשיטא, כי שאלת מסוכנות אדם פלוני המצדיקה את מעצרו ושאלת הפגיעה בביטחון המדינה מעצם שחרורו, הן שאלות חופפות שלמענה עליהן נדרשות ראיות זהות. ראיות אלה עומדות הכן. הנה מבלי משים יצר סעיף שיקולי הביטחון שבתיקון לחוק רשת הדוקה ומאורגנת היטב סביב עניינו של עציר מינהלי שובת רעב: בה בעת שאושרה שלילת חירותו הובטחה גם שלילת זכותו להשתמש בגופו למחאה.⁶⁹

חומרת הדברים מקבלת משנה תוקף נוכח הסעיף המתיר לבית המשפט לקבל ראיה לפגיעה בביטחון המדינה שלא בנוכחות הכלוא, אם יש חשש שגילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה ואי-גילוייה עדיף על גילוייה.⁷⁰ סעיף זה דומה לסעיף הסטייה מדיני הראיות בשעת מעצרו של אדם במעצר מינהלי, שמאפשר לעצור אדם על סמך ראיות חסויות שגילויין עלול לפגוע בביטחון.⁷¹ משעה שאותן ראיות משמשות בשתי המערכות – בהליך אישור המעצר המינהלי ובהליך שלילת הזכות לשובת רעב – הרי שאם במערכה הראשונה הוצגו ראיות חסויות מחשש לביטחון, או אז פרקטיקה דומה תונהג במערכה האחרונה. בהקשר זה יש לציין כי במרבית המקרים, הרוב המכריע של החומר שעליו מתבסס צו המעצר המינהלי הוא סודי ונעלם מעיני החשוד, כך שלעצור לא ניתנת הזדמנות אמיתית להתגונן או להפריך את החשדות נגדו. מעתה, כך גם תהא מנת חלקו בעת הליך אישור ההזנה בכפייה. שלילת הזכות להתגונן, היא מהפגיעות החמורות בזכות להליך הוגן. הליך הביקורת השיפוטית בהקשר זה נעדר ערובות מינימליות להבטחת הליך משפטי תקין, עד כי ספק אם ניתן לראות בו הליך שיפוטי של ממש.

גם כאן, אילו בחינה מדוקדקת של האמור הייתה מוצאת מקום בפסק הדין, היא הייתה מובילה למסקנה כי בעניינם של עצירים מינהליים אין החוק עומד במבחני המידתיות. מתוך

⁶⁸ ברק רביד "השר לביטחון פנים ממליץ לצמצם את השימוש במעצרים מנהליים" **הארץ** 3.5.2012. www.haaretz.co.il/news/politics/1.1699896

⁶⁹ דברים אלו נכונים בכפוף לכך שבית המשפט ימצא שהתנאים הרפואיים-בריאותיים נתמלאו וכי חייו של העציר בסכנה, וינתן משקל לשיקולי הביטחון שסייעו לגבש עמדה סופית כוללת לגבי הבקשה למתן היתר לטיפול רפואי שלא בהסכמה.

⁷⁰ סעיף 19טו(ה) (1) לפקודה.

⁷¹ סעיף 290 לצו קובע כי "רשאי השופט לקבל ראיה, אף שלא בנוכחות העציר או בא כוחו או בלי לגלותה להם, אם אחרי שעיין בראיה או שמע טענות, אף שלא בנוכחות העציר ובא כוחו, שוכנע שגילוי הראיה לעציר או לבא כוחו עלול לפגוע בביטחון האזור או בביטחון הציבור". סעיף 6 לחוק מעצרים קובע כי "רשאי נשיא בית המשפט המחוזי לקבל ראיה אף שלא בנוכחות העציר או בא-כוחו או בלי לגלותה להם אם, אחרי שעיין בראיה או שמע טענות, אף שלא בנוכחות העציר ובא כוחו, שוכנע שגילוי הראיה לעציר או לבא כוחו עלול לפגוע בביטחון המדינה או בביטחון הציבור". על הבעייתיות בשימוש בראיות חסויות בהליך המעצר המינהלי ראו קרבס, לעיל ה"ש 36, בעמ' 683.



שלא מתקיים יחס ראוי בין התועלת העשויה לצמוח מהחוק לבין הפגיעה בזכות החוקתית עקב הפעלתו, הייתה נרקמת הכרעה שונה.

ה. סיכום – אין משיחין בשעת הכיבוש, שמא יקדים קנה לוושט.

כפי שטענתי, נראה כי הראשונים והראשיים להיפגע מחוק ההזנה בכפייה יהיו אלו שגם כעת מצויים בתחתית שרשרת הכליאה. דווקא קולם של אלה שהיו צריכים זאת יותר מכל, לא קיבל ביטוי בחוק ובפסק הדין. אמנם, מאז חקיקת החוק ועד היום נהגו המדינה והרשויות הביטחוניות באיפוק שעצר אותן מלהפעיל את חוק ההזנה בכפייה, אך ייתכן שהסיבות לכך הן כי מאז קבלת החוק טרם התרחשו שביתות רעב המוניות,⁷² או מפאת חשש הרשויות מסירובם של רופאים להוציא לפועל החלטת בית המשפט.⁷³ עם זאת, כבר כעת נחזים צעדים להכשרת הקרקע להפעלת החוק, כך שברגע המתאים ובשעת הצורך הרשויות לא יתקשו להוציאו אל הפועל,⁷⁴ ואין מי שתתקע לידינו כי הליך זה אכן יהיה, כפי שהזהירו השופטים, מוצא אחרון בלבד.

כאמור, המדינה ביקשה להתהדר במסכת שמירה על קדושת חייו של האסיר כניצבת במרכז החוק וכתכליתו העיקרית. הביקורת שביקשתי להשמיע היא כי בג"ץ לקח גם הוא חלק בנשף המסכות, כאשר הסביר בפסק דין סדור ומנומק היטב המשתרע על פני עמודים רבים מדוע החוק עומד במבחני החוקתיות, ולא ערך את ההבחנה הנחוצה בין עצמת הפגיעה בזכויותיו של אסיר לבין זו במקרה של עציר מינהלי. הבחנה שלו הייתה נערכת,

⁷² גם בג"ץ התייחס לכך בציינו כי "הנה כי כן, בשני המקרים נמצא פתרון שלא עשה שימוש בחוק בו עסקינן [...] אין ביטחון, ואין מי שיתקע לידינו, כי כך יהא בכל מקרה, ויש לחשוב גם על תשריטים של שביתות המוניות". ראו עניין הר"י, לעיל ה"ש 5, בפס' קל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בחודש אפריל 2017 החלה שביתת רעב המונית של אסירים ביטחוניים. השביתה הסתיימה לאחר 40 יום בעקבות הסכמות שהושגו עם שירות בתי הסוהר בנוגע לדרישותיהם של האסירים.

⁷³ רופאים רבים הצהירו כי לא ישתפו פעולה עם ההליך הקבוע בחוק. דוגמה לכך עולה מדבריו של יו"ר ההסתדרות הרפואית בישראל, ד"ר ליאוניד אידלמן, ראו יהונתן ליס ועידו אפרתי "הממשלה אישרה לקדם את חוק הזנת אסירים בכפייה: ההסתדרות הרפואית: ננחה רופאים להתעלם מהחוק" **הארץ** 14.6.2015. כתבה ב'הארץ': <http://www.haaretz.co.il/premium-1.2659641>. ראו גם רותם אליזרע, מורן אזולאי ועומרי אפרים "הרופאים נגד הזנת מחבלים בכפייה: 'לא ניישם את החוק'; ארדן 'חייבים לעשות את תפקידם'" **ynet** 14.6.2015 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-:4668351,00.html>

⁷⁴ כך, בין היתר, תכניות של שב"ס והמשרד לביטחון פנים להקים בית חולים שיהיה כפוף לשב"ס ושרופאיו יצייתו לחוק. איציק סבן "יוזמה בית חולים למחבלים יוקם במתחם כלא איילון" **ישראל היום** <http://www.israelhayom.co.il/article/414953> 22.9.16



היה בה כדי לשרטט תוצאה שונה לאלו ולאילו. בג"ץ בחר שלא לבחון את עניינם הייחודי של עצירים מינהליים, אלא ציינו בשורת אגב ולא יסף:

"לא ניתן להתעלם מכך שפעמים רבות בהן מתעוררת שאלת הטיפול באסיר שובת רעב, יהא זה כאשר מדובר בעציר מנהלי. מקרים אלה מעלים קשיים נוספים, שונים במהותם בהקשרים משפטיים מאלה העולים במקרה של האסיר שובת הרעב לאחר שהורשע ונגזר דינו, שכן בהיותם מכווני מניעה, כוללים הם באופן אינהרנטי את שאלת הסיכון הביטחוני הנשקף מן העצור, ככל שהוא כשיר פיסית ומנטלית".⁷⁵

במסגרת רשימה זו טענתי, כי לו היה בג"ץ מונחה על ידי מערכת איוונים שונה בכל הנוגע לעצירים מינהליים, הייתה נשמרת זכותם לשבות רעב בלי שהחוק ינעץ בה את שינוי. טענה זו נשענה על שני אדנים, הראשון הוא חשיבות וצדקת מחאתם של עצירים מינהליים כקבוצה הפגיעה ביותר מבין אוכלוסיית הכלואים. השני הוא ההטיה המובנית הנובעת מהשיקול הביטחוני. שני אלה היה בכוחם להטות את האיזון החוקתי לטובת זכות העצירים המינהליים לאוטונומיה על גופם ולחופש ביטוי.

את בחירתו של בג"ץ לחרוש אך בשטחה הנוח והמוכר של הבחינה החוקתית, ניתן לפרש כהחמצת דיון בשורשיה של תופעת שביתת הרעב בקרב העצירים המינהליים. שורשים אלה, הנטועים במדיניות ובהיקף השימוש במעצר המינהלי נעדרים מפסק הדין, על אף שיתכן שהיה נכון ליתן להם מקום, ולא בכדי. בג"ץ שנועד בתפקידו המקורי להיות שומר הסף, הפך לחלק פעיל במכניזם האוטומטי הקרוי מעצר מינהלי, ולפיכך קשה לצפות שיתגייס למאבקם של העצירים נגד השימוש בפרקטיקה זו גם הפעם. קשה לצפות שבג"ץ ייטה לחפש פתרון לנזקי שביתות הרעב בשדות אחרים, כמו למשל בנחלתן של זכויות האדם. בפני בג"ץ עמדה האפשרות לערוך דיון יסודי בכלי המעצר המינהלי, שסופו ייתכן שהיה קורא למדינת ישראל לבחון את ביטולם ולהפנות את העצירים להליך משפטי הוגן כמקובל במדינה דמוקרטית. הבחירה להתמודד עם הסוגיה באמצעות מתן הכשר לחוק, אף מבלי לתן את הדעת לקבוצה מרכזית הנפגעת ממנו, היא בבחינת מתן אור ירוק להמשך רמיסת הזכויות של אחת האוכלוסיות הנפגעות ביותר. אוכלוסייה שמעצרה יסודו בעוול, וכעת גם שלילת זכותה למחאה נגד העוול, יסודה גם הוא בעוול.

ואם בג"ץ בכבודו לקח חלק בחיזוק הליכים שאינם עומדים באמות מידה של צדק ואתיקה, אין ערובה לכך שגורמים נמוכים יותר בשרשרת ההליך, מהרופאים ועודות האתיקה ועד לבתי המשפט המחוזיים, לא יזינו עצמם בצדקת ההליך, ויאשרו את השימוש הבלתי-מידתי בחוק כחותמת גומי בידי המדינה ומערכת הביטחון.⁷⁶ כך, הטיעון בדבר

⁷⁵ עניין הר"י, לעיל ה"ש 5, בפס' ק"מ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.



קדושת חיי העציר יהפוך לעלה תאנה, ויהיה כלי בידי הרשויות לצורך דיכוי המאבק במדיניות השליטה הישראלית על חייהם וגופם של מיליוני אנשים.