

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין:

1. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (ע"ר 580168854)
2. רופאים לזכויות אדם (ע"ר 580142214)
3. המוקד להגנת הפרט (ע"ר 580163517)
4. גישה (ע"ר 580438174)
5. עדאלה (ע"ר 580312247)

באמצעות ב"כ עוה"ד אלונה קורמן ו/או
גינאן עבדו ו/או סגיא מישרקי בראנסה
ואח' מהוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
רח' הצפירה 18, תל אביב
טל': 03-7733134; פקס: 03-9080588

העותרים

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
משכן הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים 9195016
טל': 02-6408636, פקס: 02-6496802

2. ממשלת ישראל

3. ראש הממשלה

4. שר הביטחון

5. צבא הגנה לישראל

6. שירות הביטחון הכללי

7. היועצת המשפטית לממשלה

כולם על-ידי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה
רח' צלאח-א-דין 31, ירושלים 9711054
טל': 073-3925590, פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצווי בנינים ולקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי המופנה למשיבים 1-7 והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטלנה ההוראות בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תיקון מס' 4 והוראת שעה – חרבות ברזל), התשפ"ד-2023, שעניינן משך הוראת הכליאה הזמנית, משך הזמן עד לביקורת שיפוטית, משך מניעת המפגש עם עו"ד ואופן הביקורת השיפוטית, כדלקמן:

1. מדוע לא יבוטל סעיף 10א(א)3(ב) שקובע "בסעיף 3(ג), במקום "96 שעות" יקראו "45 ימים" ובמקום "96 השעות האמורות" יקראו "45 הימים האמורים" ואולם, על אף האמור בסעיף קטן (א), הוראת כליאה זמנית לא תעמוד בתוקפה לתקופה העולה על 30 ימים אלא אם כן ניתנה או הוארכה על ידי קצין בדרגת רב-סרן ומעלה";
2. מדוע לא יבוטל סעיף 10א(א)4(ב) שקובע "בסעיף 5, במקום "מ-14 ימים" יבוא "מ-75 ימים" ובמקום "14 ימים" יקראו "75 ימים";
3. מדוע לא יבוטל סעיף 10א(א)5(ב) שקובע "בסעיף 6 – (א) בסעיף קטן (א), במקום "שבעה ימים" יקראו "30 ימים"; (ב) בסעיף קטן (א1), במקום "לעשרה ימים" יקראו "ל-75 ימים";

ימים"; (ג) בסעיף קטן (א2), אחרי "להאריך את התקופה האמורה בסעיף קטן (א1)" יקראו "בתקופות נוספות אשר לא יעלו על 45 ימים כל אחת" ובמקום "21 ימים" יקראו "180 ימים"

4. מדוע לא יבוטל סעיף 10א(א)6) שקובע "דיונים לפי סעיפים 5 ו-6 יתקיימו שלא בנוכחות הכלוא אלא בהשתתפותו בדרך של היוועדות חזותית, ויחול לעניין זה סעיפים 15 ו-16 לחוק קיום דיונים בהיוועדות חזותית בהשתתפות עצורים, אסירים וכלואים (הוראת שעה – חרבות ברזל), התשפ"ד-2023, בשינויים המחויבים ובשינוי זה: על אף האמור בסעיף 15(ב)2(2) לחוק האמור, אם הכלוא אינו מיוצג, ניתן לקיים את הדיון בלא נוכחות בא כוחו; אין בהוראות פסקה זו כדי לגרוע מהוראות סעיף 5(ה) לעניין קיום דיון שלא בנוכחות הכלוא או בא כוחו, ומהוראות סעיף 6 לעניין הסמכות להורות שכלוא לא ייפגש עם עורך דין."

ואלה הם הנימוקים:

פתח דבר

עניינה של עתירה זו הוא בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תיקון מס' 4 והוראת שעה – חרבות ברזל), התשפ"ד-2023 מיום 18.12.23, אשר שינה באופן קיצוני את הוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: החוק), לעניין משך הוראת הכליאה הזמנית, משך הזמן עד לביקורת שיפוטית, משך מניעת המפגש עם עו"ד ואופן עריכת הביקורת השיפוטית, לתקופה של ארבעה חודשים (להלן: הוראת השעה), בדרך אשר מרוקנת מתוכן את כל הערובות הפרוצדורליות להבטחת זכויותיהם של כלואים לחירות, לחיים ולשלמות הגוף.

בהתאם למצב המשפטי השורר כעת, כלואים מוחזקים בישראל ללא הליך מנהלי כלשהו בעניינם לתקופה מקסימלית של 45 ימים, במקום 96 שעות שבחוק; כלואים מוחזקים בישראל ללא ביקורת שיפוטית לתקופה מקסימלית של 75 ימים, במקום 14 ימים שבחוק; כלואים מוחזקים בישראל ללא יכולת לפגוש עורך דין לתקופה מקסימלית של 75 ימים באישור ממונה לפי החוק ושל 180 ימים באישור בית משפט, במקום 10 ו-21 ימים שבחוק, בהתאמה; הליכי ביקורת שיפוטית של כלואים אינם מתקיימים בין כותלי בתי המשפט אלא מתקיימים בדרך של היוועדות חזותית, גם כאשר הם אינם מיוצגים.

כל זאת, שעה שכל סוגיית החזקתם של הכלואים מכוח החוק נשמרת בסודיות מוחלטת, ולא מתפרסם או נמסר מידע כלשהו על-ידי המשיב מס' 5, לרבות לגבי עצם החזקתם של הכלואים. למעשה, הוראת השעה יוצרת "חור שחור" במסגרתו שלום, ביטחונם וזכויותיהם הבסיסיות ביותר של הכלואים מכוח החוק אינם מבוקרים על-ידי גורם חיצוני כלשהו במשך פרקי זמן ארוכים ובלתי סבירים, תוך יצירת חשש כבד לחייהם ולשלמות גופם.

עתירה זו מבקשת, אם כן, להעמיד לבחינה חוקתית את הוראת השעה, וזאת מהנימוק שהיא פוגעת בזכויות לחירות, לחיים, לשלמות הגוף ולהליך הוגן, באופן שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שלא נועד לתכלית ראויה ובאופן בלתי מידתי בעליל.

חוסר המידתיות של הוראת השעה הינו מובהק במיוחד שעה שלצד ביטול הערובות הפרוצדורליות לא עוגן כל הסדר שנועד להבטיח את שלומם של הכלואים בדרכים חלופיות, וזאת כאשר מצד אחד, המשיבים אינם חושפים ולו את מספר הכלואים שמוחזקים מכוח החוק, מסרבים למסור פרטים אודות מקומות החזקתם של כלואים, וכן מסרבים למסור פרטים אודות מספר הכלואים אשר מתים או נגרם נזק לגופם ולבריאותם במהלך כליאתם בישראל, ומצד שני, מתפרסם מידע אודות עינויים, תנאי כליאה בלתי אנושיים ומקרי מוות בקרב הכלואים מכוח החוק.

בעתירה זו, כל ההדגשות לא היו במקור, אלא אם צוין אחרת.

בקשה לצווי ביניים ולקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להפעיל את סמכותו מכוח סעיף 19 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, וליתן צווי ביניים, ולחלופין, להורות על קיום דיון דחוף בעתירה, כדלקמן:

1. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו ביניים אשר מורה למשיבים 2-6 להימנע מיישום הוראת השעה עד למתן פסק בעתירה.
2. לחלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צווי ביניים המורים למשיבים 2-6: (1) להוציא לאלתר ולא יאוחר מ-96 שעות ממועד הוראת הכליאה הזמנית צווי כליאה לכל הכלואים אשר עניינם טרם נבדק; (2) לקיים לאלתר ולא יאוחר מ-14 יום ממועד הכליאה הליך של ביקורת שיפוטית לכל הכלואים אשר עניינם טרם נבחן על-ידי בתי המשפט; (3) לאפשר לאלתר ולא יאוחר מ-7 ימים ממועד הכליאה או 10 ימים ממועד הכליאה באישור הממונה לפי החוק, או 21 יום באישור בית המשפט, מפגש עם עורכי דין אצל כל הכלואים.
3. לחלופי חלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה.
4. עניינה של עתירה זו, אשר מהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו על כל נספחיה, בהוראת שעה מיום 18.12.23 אשר פוגעת באופן אנוש בזכויותיהם של מי שכלואים בישראל מכוח החוק הן לפי המשפט הישראלי והן לפי המשפט הבינלאומי, תוך יצירת משטר של מעצרים שרירותיים ואף העלמה כפויה, אשר אסורים לפי המשפט הבינלאומי.
5. למעשה, מאז שהחלה מלחמת חרבות-ברזל, מאות ואולי אף אלפי כלואים מעזה הוחזקו ומוחזקים בתנאים של ניתוק מוחלט מן העולם החיצון, כאשר הוראת השעה מסדירה חלק מהתנאים לניתוקם מן העולם.
6. הוראת השעה שוללת את הזכות שלא להיות נתון לטעויות בשיקול דעת, בדרך של ביטול כל ההגנות הפרוצדורליות שבחוק: הארכת משך הזמן להוצאת צו כליאה לאחר שימוע, הארכת משך הזמן לביקורת שיפוטית, מניעת מפגש עם עורך דין והגבלת הביקורת השיפוטית להיוועדות חזותית.

7. הסדר משפטי זה חמור במיוחד שעה שאין דיווח אודות מספר הכלואים, יש סירוב למסור מידע אודות עצם החזקתם ותנאי החזקתם של הכלואים, מתפרסם מידע רשמי אודות מקרי מוות, ומצטברות עדויות על עינויים ועל תנאי כליאה בלתי אנושיים.
8. תוקפה של הוראת השעה הוא ארבעה חודשים מיום 18.12.23. נכון למועד הגשת העתירה, חלפה מחצית מהתקופה.
9. צווי בניניים ולחלופין קיום דיון דחוף מבוקשים בזאת, אם כן, מאחר שאי מתן צו בניניים או קיום דיון דחוף, משמעותם קבלת המצב הקיים ואי קיום ביקורת שיפוטית.

ואלה הם נימוקי העתירה:

א. הצדדים

1. העותרים מס' 1-5 הם ארגוני זכויות אדם בישראל אשר פועלים למען זכויות אדם של אנשים אשר חיים בישראל ובשטחים שבשליטתה, מזה מספר עשורים.
2. המשיבה מס' 1, הכנסת, היא הרשות המחוקקת של מדינת ישראל, פועלת מכוח חוק יסוד: הכנסת (להלן: הכנסת). הוראת השעה במרכז של עתירה זו מעוגנת בחקיקה ראשית של הכנסת.
3. המשיבה מס' 2, ממשלת ישראל, היא הרשות המבצעת של מדינת ישראל, פועלת מכוח חוק יסוד: הממשלה (להלן: הממשלה). למרותה של הממשלה נתונים צבא הגנה לישראל ושירות הביטחון הכללי, המשיבים מס' 4-5, בהתאמה, לפי חוק יסוד: הצבא ולפי חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ). הוראת השעה התקבלה על בסיס הצעת חוק של הממשלה.
4. המשיב מס' 3, ראש הממשלה, עומד בראשות הממשלה (להלן: ראש הממשלה). בין יתר תפקידיו, משיב זה הוא השר הממונה מטעם הממשלה על שירות הביטחון הכללי לפי סעיף 4(ב) לחוק השב"כ. נציגי משרדו לקחו חלק בדיון שקדם לתיקון החוק בתאריך 18.12.23, והוא מי שחתום על הצעת החוק הממשלתית שעל בסיסה התקבלה הוראת השעה.
5. המשיב מס' 4, שר הביטחון (להלן: שר הביטחון). משיב זה ממונה על משרד הביטחון, שאמון על עיצוב יעדי הביטחון הלאומי ועל מימושו. בין יתר תפקידיו, משיב זה הוא השר הממונה מטעם הממשלה על צבא הגנה לישראל לפי סעיף 2(ב) לחוק יסוד: הצבא, והוא השר הממונה על ביצועו של החוק. נציגי משרדו לקחו חלק בדיון שקדם לתיקון החוק בתאריך 18.12.23, והוא מי שחתום על הצעת החוק הממשלתית שעל בסיסה התקבלה הוראת השעה, לצידו של ראש הממשלה.
6. המשיב מס' 5, הינו צבא הגנה לישראל, צבאה של מדינת ישראל, פועל מכוח חוק יסוד: הצבא (להלן: צה"ל). בין היתר, משיב זה אמון על יישום החוק, לצידו של שירות הביטחון הכללי. ראש

תחום לוחמים בלתי חוקיים בפרקליטות הצבאית לקח חלק בדיון שקדם לתיקון החוק בתאריך 18.12.23.

7. **המשיב מס' 6**, הינו שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ), פועל מכוח השב"כ. בין היתר, משיב זה אמון על יישום החוק, לצידו של צה"ל.

8. **המשיבה מס' 7**, היא היועצת המשפטית לממשלה, עומדת בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת והשירות המשפטי הציבורי (להלן: היועצת המשפטית לממשלה). בתוך כך, היועצת המשפטית לממשלה אמונה על ייעוץ בהכנת חקיקה המוגשת על ידי הממשלה לכנסת ובחינת השתלבותה כחוק, במשפט החל בישראל. בדיון בהצעת החוק נכחו שלוש נציגות של המחלקה למשפט פלילי במערך ייעוץ וחקיקה, אשר הציגו את השינויים הנדרשים בחוק.

ב. התשתית העובדתית

ב.1. הרקע לחוק

9. ביום 4.3.2002 התקבל החוק בכנסת.

10. לפי דברי ההסבר לחוק, מטרת החוק היא לאפשר כליאה של אנשי כוח אויב שלעמדת מדינת ישראל לא נכנסים תחת הקטגוריה של שבויי מלחמה, מצד אחד, ולהבטיח את זכויותיהם של הכלואים מכוח החוק, מצד שני. וזאת, על רקע פסיקת בית המשפט בדנ"פ 7084/97 **פלוניס נגד שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000), שם נקבע כי לא ניתן להחזיק אדם במעצר לצורכי שחרור שבויים ונעדרים:

"החוק המוצע בא לעגן את הסמכות, העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי התומניטרי, לכלוא איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה, עד לתום פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין אותו כוח.

כמו כן בא החוק המוצע להבטיח, בין השאר, כי כליאתו של איש כוח אויב כאמור תעמוד לביקורת שיפוטית ותיבחן בעיון תקופתי, וכי הכלוא יזכה לתנאי כליאה הולמים, שלא יפגעו בכבודו ובבריאותו."

11. עם חקיקת החוק, נטען כי החוק יוצר קטגוריה משפטית חדשה של "לוחמים בלתי חוקיים" אשר אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, במסגרתו אדם אשר מוחזק על-ידי האויב יכול להיות "תושב מוגן" או "שבוי מלחמה", וזו עמדת העותרים. עתירה זו לא תוקפת את החוק אלא את הוראת השעה ומשום כך ייעשה שימוש במונח "לוחמים בלתי חוקיים".

12. במסגרת ע"פ 6659/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, סב(4) 329 (2008), נדרש בית המשפט העליון לחוקתיות החוק ביחס לתקופות שמעוגנות בו (להלן: פסק דין בעניין חוקתיות החוק) הן התקופות שעתיירה זו מבקשת להשיב לתוקף, ופסק כי החוק, על התקופות המנויות בו, הוא חוק אשר פוגע פגיעה משמעותית בחירותם של עצורים, ואולם מאחר שהוא נועד לחול במצבי לחימה, ההסדרים המעוגנים בו לעניין משך הוצאת צו כליאה, משך הזמן לביקורת שיפוטית, ומשך מניעת המפגש עם עו"ד, הם מידתיים, וכי בכל מקרה, יש לפעול לשם צמצום התקופות:

"יאימר מיד כי סמכויות המעצר הקבועות בחוק פוגעות פגיעה משמעותית, ואף קשה, בחירותו האישית של העצור. פגיעה זו מוצדקת בנסיבות מתאימות לשם הגנה על בטחון המדינה. עם זאת, נוכח עוצמת הפגיעה בחירות האישית ובהתחשב בתריגותם של אמצעי המעצר הקבועים בחוק, יש לעשות מאמץ פרשני על-מנת לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכות לחירות כך שתהא מידתית לצורך השגת התכלית הביטחונית ולא מעבר לכך.

...

כפי שצוין לעיל, החוק נועד לחול, בין היתר, בנסיבות בהן מתקיים מצב לחימה בשטח שאינו ישראלי, במסגרתו עשויים לפול בידי כוחות הצבא מספר גדול יחסית של לוחמי אויב. בהתחשב בנסיבות ייחודיות אלה, איננו רואים לקבוע כי תקופת הזמן המירבית של 14 ימים לעריכת ביקורת שיפוטית ראשונה על צו המעצר, חורגת ממתחם המידתיות באופן המצדיק את התערבותנו לקיצור התקופה המירבית הקבועה בחוק. יחד עם זאת, ראוי להדגיש כי תקופת הזמן הקבועה בחוק היא תקופה מירבית ואינה פוטרת את המדינה מלעשות מאמץ כדי להביא את העצור לביקורת שיפוטית ראשונה במועד המוקדם ביותר האפשרי בהתחשב במכלול נסיבות העניין.

...

בהתחשב בתכליתו הביטחונית של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ובהתחשב בכך שהחוק האמור נועד לחול במצבי לחימה מתמשכים ואף בנסיבות בהם כוחות הצבא נלחמים בשטח שאינו בשליטת ישראל, אין לומר כי פרק-זמן מירבי של שבעה ימים למניעת מפגש של עצור עם עורך-דין כאשר צרכי הביטחון מחייבים זאת, חורג ממתחם המידתיות..."

2.ב. הרקע להוראת השעה

13. בתאריך 7.10.23 התעוררה מדינת ישראל למתקפה רצחנית מצידם של מספר ארגוני טרור מרצועת עזה, אשר חדרו לשטחה של מדינת ישראל, וביצעו שורה של פשעי מלחמה. חלק מפשעי המלחמה, החזקת בני ערובה ועינויים, עודם מתרחשים נכון למועד כתיבת שורות אלו.

14. בתאריך 8.10.23 החליטה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי על נקיטת פעולות צבאיות משמעותיות בהתאם לסעיף 40(ג) לחוק יסוד: הממשלה.

15. בתאריך 9.10.23 פורסם צו כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (קביעת מקום כליאה)(הוראת שעה), התשפ"ד - 2023, חתום על-ידי שר הביטחון, לפיו "המחנה הצבאי "שדה תימן" על המיתקנים שבו, הוא מקום כליאה להחזקת לוחמים בלתי חוקיים". לפי צו זה, תוקפו היה עשרה שבועות מיום פרסומו.

16. בתאריך 10.10.23 הכריזה הממשלה, כי ההחלטה לנקוט בפעולות צבאיות משמעותיות לפי סעיף 40(א) לחוק יסוד: הממשלה, מצריכה שינויים בתחולת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, לפי סעיף 10א(א) לחוק.

17. בתאריך 13.10.23 פורסמו תקנות שעת חירום (תרבות ברזל) (מועדים לטיפול בלוחמים בלתי חוקיים בעת מלחמה או פעולות צבאיות), התשפ"ד-2023 (להלן: תקנות שעת חירום), אשר האריכו את המועדים הקבועים בחוק לעניין משך הוראת הכליאה הזמנית, משך הזמן עד לביקורת שיפוטית, משך מניעת המפגש עם עו"ד, כך: משך הוראת הכליאה הזמנית הוארך ל-21 ימים במקום 96 שעות שקבועות בחוק, משך הזמן לביקורת שיפוטית הוארך ל-30 ימים מיום הכליאה במקום 14 ימים שקבועים בחוק, משך מניעת המפגש עם עו"ד הוארך ל-21 ימים מיום הכליאה במקום 7 ימים שקבועים בחוק, כאשר הממונה רשאי להאריך את מניעת המפגש עד 28 ימים מיום הכליאה במקום 10 ימים בחוק, ושופט בית המשפט המחוזי רשאי להאריך את מניעת המפגש עד 45 ימים מיום הכליאה במקום 21 ימים בחוק, בהתקיים התנאים שבחוק.

****העתק תקנות שעת חירום מיום 13.10.23 מצ"ב לעתירה כנספח 1/ע**

18. בהמשך לכך, בתאריך 13.10.23 הכריזה הממשלה פעם נוספת על הפעלת סעיף 10א לחוק, בשים לב לשינויים שהותקנו בתקנות שעת חירום.

19. בתאריך 26.10.23 פורסם תיקון לתקנות שעת חירום, ובו הארכה נוספת של המועדים, וכן עיגון הוראה כי הביקורת השיפוטית תתקיים בדרך של היוועדות חזותית, גם אם הכלוא אינו מיוצג. משך הוראת הכליאה הזמנית הוארך ל-30 ימים במקום 96 שעות שקבועות בחוק, משך הזמן לביקורת שיפוטית הוארך ל-45 ימים מיום הכליאה במקום 14 ימים שקבועים בחוק, משך מניעת המפגש עם עו"ד הוארך ל-28 ימים מיום הכליאה במקום 7 ימים שקבועים בחוק, כאשר הממונה רשאי להאריך את מניעת המפגש עד 45 ימים מיום הכליאה במקום 10 ימים בחוק, ושופט בית המשפט המחוזי רשאי להאריך את מניעת המפגש עד 60 ימים מיום הכליאה במקום 21 ימים בחוק, בהתקיים התנאים שבחוק.

****העתק תיקון ראשון לתקנות שעת חירום מיום 26.10.23 מצ"ב לעתירה כנספח 2/ע**

20. בהמשך לכך, בתאריך 26.10.23 הכריזה הממשלה פעם נוספת על הפעלת סעיף 10א לחוק, בשים לב לשינויים שהותקנו.

21. בתאריך 5.12.23 פורסם תיקון שני לתקנות שעת חירום, ובו הארכה נוספת של המועדים. משך הוראת הכליאה הזמנית הוארך ל-42 ימים במקום 96 שעות שקבועות בחוק, ולצד זאת נקבע כי הסמכות להורות על כליאה זמנית לתקופה העולה על 30 ימים נתונה לקצין בדרגת רב סרן. משך מניעת המפגש עם עו"ד, באישור בית משפט, הוארך ל-80 ימים במקום 21 ימים בחוק.

****העתק תיקון שני לתקנות שעת חירום מיום 5.12.23 מצ"ב לעתירה כנספח 3/ע**

22. בהמשך לכך, בתאריך 5.12.23 הכריזה הממשלה פעם נוספת על הפעלת סעיף 10א לחוק, בשים לב לשינויים שהותקנו.

23. בתאריך 18.12.23 פורסם תיקון לצו כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (קביעת מקום כליאה)(הוראת שעה), התשפ"ד-2023, במסגרתו הצו מיום 9.10.23 הוארך עד יום 29.2.24.

ב.3. הליך החקיקה

24. בתאריך 11.12.23 פורסמה הצעת חוק מטעם הממשלה, הצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תיקון מס' 4 והוראת שעה-חרבות ברזל), התשפ"ד-2023 (הצעות חוק הממשלה – 1690, 11.12.2023)(להלן: הצעת החוק), והיא הונחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה.

25. הצעת החוק כללה תיקון קבע לסעיף 10א וכן עיגון בחוק של תקנות שעת החירום, תוך הארכה נוספת של המועדים שנקבעו בתקנות שעת החירום, כך שמשך הוראת הכליאה הזמנית יעמוד על 45 ימים, משך הזמן עד לביקורת שיפוטית יעמוד על 75 ימים, וזו תיעשה בדרך של היוועדות חזותית, גם כאשר הכלוא אינו מיוצג, ומשך מניעת המפגש יעמוד על 75 ימים באישור הממונה לפי החוק, ועל תקופה מצטברת של 180 ימים באישור בימ"ש.

26. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי "הגידול המשמעותי בכמות הכלואים משפיע הן על מועדי הכליאה והן על המועדים לעניין מניעת מפגש של הכלוא עם עורך דינו, כפי שיפורט להלן". ביחס למשך הוראת הכליאה הזמנית נכתב כי "מספרם הרב של הלוחמים הבלתי חוקיים מצריך הארכה זו, שכן טרם הוצאת הצו הקבוע נערך שימוע לכלוא ובחינה פרטנית ומעמיקה של עניינו, ורק לאחר מכן מתקבלת החלטה. מדובר בהליך ארוך ומורכב, ולנוכח מספרם חסר התקדים של הכלואים נדרש להאריך את המועד האמור." ביחס למשך הזמן עד לביקורת שיפוטית נכתב, "תקופה זו נדרשת כדי לאפשר די זמן ממועד הוצאת צו הכליאה הקבוע ועד למועד שבו עניינו של הכלוא חייב להידון לפני שופט בית המשפט המחוזי. זאת, בשים לב לצורך לבחון כל תיק על המידע הפרטני המבסס את צו הכליאה בו, לערוך השלמות נדרשות ולהספיק לקיים בפועל את הדיונים הרבים בבית המשפט המחוזי." ביחס למניעת מפגש עם עו"ד נכתב כי, "פרקי זמן אלה נדרשים בשל מצב הלחימה הקיים, ולנוכח המספר הרב של הלוחמים הבלתי חוקיים. חקירות הלוחמים הבלתי חוקיים הן חקירות מורכבות, אשר עולה מהן מידע חיוני לביטחון המדינה ולצורך מניעת סיכון לחיי אדם. לפיכך, כדי לממש את מטרות החקירה והחוק על הצד הטוב ביותר, ובהתאם לצרכים ששוקפו בהקשר זה על ידי גורמי הביטחון, נמצא כי מניעת מפגש בהתאם לתקופות המוצעות היא חיונית ומוצע לעגנה כאמור בהוראת השעה." ביחס להיוועדות חזותית נכתב, "ישנם לוחמים בלתי חוקיים רבים הכלואים במיתקנים שונים של שירות בתי הסוהר ויש קושי מהותי להסיע את כולם לדיונים באולמות בתי המשפט, בשל כמות הכלואים, מסוכנותם הרבה, מורכבות השינוע שלהם, העומס שמוטל על שירות בתי הסוהר בתקופה זו ומצב הלחימה שבו אנו מצויים בימים אלה."

27. בתאריך 14.12.23 התקיים דיון לקראת קריאה ראשונה במליאה. את הצעת החוק הציג שר האנרגיה והתשתיות במקום שר הביטחון, ואלו היו דבריו:

"... כבר בתחילת המלחמה עלה הצורך לקבוע הסדרים ייחודיים בנסיבות החריגות שבמסגרתן נתפסו מחבלים רבים העונים להגדרת לב"ח בחוק, ושהיו מעורבים במתקפת 7 באוקטובר. לפיכך, התקינה הממשלה, מכוח סמכותה שבחוק חוק-יסוד: הממשלה, תקנות שעת חירום ייעודיות שעיקרן הורדת הדרג המאשר את החזקת הלב"ח והארכת המועדים הקבועים בחוק להבאה בפני שופט או למניעת מפגש עם עורך דין.

בהמשך, לאחר שהחל התמרון הקרקעי של צה"ל בשטח רצועת עזה, שבמסגרתו נתפסו מאות לבי"חים שהובאו לחקירה בישראל, נדרשו התאמות נוספות לנוכח צורכי הלחימה, ובכלל זה הארכה נוספת של המועדים, ונעשו תיקונים מתאימים לתקנות שעת החירום.

תקנות שעת חירום האמורות צפויות לפקוע בתחילת ינואר 2024, ולפיכך, במסגרת הצעת החוק המובאת לאישור הכנסת, מוצע לעגן את ההסדרים שנקבעו בתקנות שעת החירום בחקיקה שתהיה בגדר הוראת שעה לתקופה של ארבעה חודשים. במסגרת הצעת החוק בוצעו התאמות נוספות, ובכלל זה הארכה נוספת של חלק מהמועדים, כגון הארכת התקופה שבה ניתן למנוע מפגש עם עורך דין."

28. בתום הצגת הדברים, חברי הכנסת שנכחו קיימו דיון בבחירות לרשויות המקומיות.

29. לאחר מכן, התקיימה הצבעה אם להעביר את הצעת החוק לוועדת החוץ והביטחון. שניים עשר חברי כנסת הצביעו בעד, לא היו נמנעים ולא היו מתנגדים. הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה והועברה לוועדת החוץ והביטחון להכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

****העתק דיון בהצעת החוק במליאה מיום 14.12.23 מצ"ב לעתירה כנספח 4/ע**

30. בתאריך 18.12.23 התקיים בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת דיון הכנה של הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית (להלן: דיון בהצעת החוק). בדיון זה נכחו חברי הוועדה, חבר הכנסת משה סעדה, נציגה ממשרד ראש הממשלה, שני נציגים ממשרד הביטחון, ובכלל זה ראש תחום לוחמים בלתי חוקיים בפרקליטות הצבאית, שלוש נציגות מהמחלקה למשפט פלילי ייעוץ וחקיקה, נציגה מפרקליטות אזרחית דרום ונציג לשכת עורכי הדין, והוא נמשך שעה.

31. בדיון זה הוצגה הצעת החוק, ונענו שאלותיהם של חברי הוועדה ושל חבר הכנסת משה סעדה ביחס לצורך לקיים הליך של ביקורת שיפוטית ולאפשר מפגש עם עו"ד למי שכלואים מכוח החוק. חברי הכנסת שנכחו בדיון סברו כי יש לשלול זכויות אלו לאורך כל תקופת הלחימה.

****העתק פרוטוקול דיון בהצעת החוק מיום 18.12.23 בוועדת החוץ והביטחון מצ"ב לעתירה
כנספח 5/ע**

32. בהתאם לפרוטוקול הדיון, בהמשך לדיון הפומבי התקיים דיון סגור. בהתאם לדברים שנאמרו בדיון הפומבי על-ידי ראש תחום לוחמים בלתי חוקיים בפרקליטות הצבאית, נציג מטעם משרד הביטחון, ניתן היה להבין כי בדיון הסגור יימסרו פרטים אודות מספר הכלואים שמוחזקים מכוח החוק והמאפיינים שלהם:

"לגבי עניין החיפיים והאוכלוסייה, נוכל לפרט בדיון הסגור, שחברי הכנסת יוכלו להבין מי האוכלוסייה שאנחנו מדברים עליה" (פרוטוקול הדיון, עמ' 18)

33. עוד באותו יום, הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית. הצעת החוק התקבלה, לפרק זמן של ארבעה חודשים, לאחר שתשעה חברי כנסת הצביעו בעד הצעת החוק. לא היו מתנגדים ולא היו נמנעים.

4.ב. **ברקע הוראת השעה – מספר לא ידוע של מקרי מוות, עינויים והעלמה כפויה**
34. למרות ניתוקם של הכלואים מן העולם החיצון במהלך כליותם, ההודעות הרשמיות של דובר צה"ל והעדויות של כלואים ששחררו לעזה שופכים אור על שורה של הפרות אשר עולות כדי סיכון ממשי לחייהם של הכלואים, לבריאותם ולשלמות גופם ונפשם.

35. הן לפי העדויות והן לפי הודעות דובר צה"ל, בשדה תימן היו מקרי מוות של כלואים. בעוד שלכלואים ששחררו אין אפשרות לשפוך אור על תמונת המצב הרחבה, והם לכל היותר יכולים לדעת מי מת במקבץ הכלואים שהם הוחזקו בתוכו, צה"ל וגורמי המדינה מסרבים למסור את המספר המדויק של מקרי המוות. סירוב זה מעורר את החשש שמא מדובר במקרים רבים, יתכן אף עשרות. בקשותיו של העותר מס' 2 לקבל מידע אודות מספר מקרי המוות טרם זכו למענה.

****העתק בקשות העותר מס' 2 מצ"ב לעתירה כנספח 6/ע**

36. בנוסף לכך, עמדת המדינה היא כי אינה מחויבת במסירת מידע לדורשי מידע כמו העותרים לגבי עצם כליותם של אנשים מסוימים כמו גם לגבי מקומות כליותם. בהיתן זאת, המעצר בתנאי ניתוק מן העולם הופך להעלמה כפויה.

****העתק תגובת המדינה ללא נספחים בבג"ץ 9021/23 מצ"ב לעתירה כנספח 7/ע**

37. עדויות של כלואים אשר שחררו לעזה, אשר פורסמו בתקשורת, כמו גם "מקור" של עיתון הארץ, מלמדים על כליאה בתנאים בלתי אנושיים אשר עולים כדי עינויים: כלואים מוחזקים כל העת, במשך ימים עד שבועות, כשעיניהם מכוסות וידיהם אזוקות באזיקוני פלסטיק, במצב של כריעה על הברכיים משך 20 שעות ביממה, כאשר מי שזו או מדבר נענש, הם ישנים על מזרנים דקים, דמויי מזרני יוגה, חלק מהפציעות של הכלואים מזדהמות, גם אנשים חולים מופקרים ללא טיפול רפואי, וישנם מקרי מוות (הגר שיזף, מספר העזתים הכלואים בישראל עלה בכ-150% בחודש; תיילים מתעללים בעצורים, הארץ, 2.1.2024)(להלן: הארץ), יובל אברהם, "20 שעות על הברכיים. מי שזו, מוכה". אזרח מעזה על המעצר בישראל", שיחה מקומית, 3.1.2024 (להלן: שיחה מקומית), Miriam Berger and Hajar Harb, Gazan, prisoners describe abuse at secretive Israeli detention sites, *The Washington Post*, 11.1.24 (להלן: וושינגטון פוסט).

38. בנוסף, קיימות עדויות לפיהן הכלואים נתונים לענישה מצידם של חיילים במתקן הכליאה, בדמות אלימות פיזית, מניעת אוכל והשמה בתנחות מכאיבות. בנוסף לכך, כלואים נתונים לאלימות ולאיומים מצידם של חוקרים במהלך החקירות. לפי עדותו של גיהאד חמודה שפורסמה בושינגטון פוסט, חוקרים הרביצו לו כשהוא הכתיש שיוך לחמאס, כאשר אחד מהחוקרים החזיק סכין ואיים לחתוך לו אצבע אם לא יודה בהחזקת נשק.

39. בתאריך 23.1.24 התפרסמה עדותו של חמיס אלברדיני, בן 55, שהיה כלוא בישראל, אשר דיווח על אלימות קשה ועל פצעים עמוקים באזור מפרקי הידיים שנצפו על-ידי הכתבים על ידיו של אלברדיני ועל ידיהם של כלואים נוספים שרואיינו על-ידי הכתבים. לצד דיווחים אלו, פורסם כי מהכלואים נמנעו אוכל, שתייה, שירותים וכי הם היו נתונים ליחס אכזרי ומשפיל, שכלל

החזקה בקור ומניעת שינה (Matt Bradley, Mo Abbas and Lawahez Jabari, Torture allegations spiked in Israel jails after Oct.7, as one group warns jailers seek 'revenge', NBC News, 23.1.24).

40. עוד באותו יום, התפרסמה עדותו של מגדי אל דריני בן 50, אשר היה כלוא בישראל במשך 40 ימים כשידיו אזוקות, עיניו מכוסות, והוא ישוב על הברכיים, ללא יכולת לזוז, כמעט כל הזמן. הוא דיווח כי האיזוק גרם לחתכים במפרקי הידיים שהותירו פצעים ושבסופו של דבר הזדהמו, וכי היו מכים אותו ואת מי שהיו כלואים אותו עם מקל וכי קיללו אותם (Raja Abdulrahim, Stripped, Beaten or Vanished: Israel's Treatment of Gaza Detainees Raises Alarm, The New York Times, 23.1.24)

41. מהמתואר לעיל עולה תמונה מדאיגה ביותר. קיימות עדויות ברורות ממקורות שונים לפיה הכלואים לפי החוק נתונים ליחס לא אנושי אשר כבר עתה הוביל לפגיעות קשות בכלואים ולמקרי מוות. במצב דברים זה פיקוח ובקרה חיצוניים והדוקים הכרחיים לשם המשך קיומו של שלטון חוק.

5. יישום הוראת השעה – גודל קבוצת הכלואים ומאפייניהם

42. לעותרים לא ידוע המספר המדויק של הכלואים בישראל נכון לכתיבת שורות אלו, אלא תמונת מצב חלקית ביותר, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרסומים רשמיים של שירות בתי הסוהר, בדברי ההסבר להצעת החוק ובדיונים הפומביים שהתקיימו. וזאת, מאחר שבשונה משירות בתי הסוהר, צה"ל אינו מפרסם נתונים אודות מספר הכלואים מכוח החוק בישראל.

43. בהתאם לדברי ההסבר להצעת החוק מיום 11.12.23, "עוד בתחילת הלחימה וטרם תחילת התמרון הקרקעי ברצועת עזה, נעצרו לוחמים בלתי חוקיים רבים שנכנסו למדינת ישראל במהלך אירועי 7 באוקטובר. עד כה, התמרון הקרקעי הביא למעצר של מאות רבות של כלואים נוספים מכוח החוק, ועם המשך התמרון מספר זה צפוי להמשיך לגדול".

44. גם בדבריו של שר האנרגיה והתשתיות שהציג את הצעת החוק במליאת הכנסת בתאריך 14.12.23, נמסר כי בישראל מוחזקים מאות לוחמים בלתי חוקיים.

45. בדיון בהצעת החוק, חבר הכנסת משה סעדה ציין כי נמסר לו שבישראל מוחזקים כ-2000 כלואים (פרוטוקול הדיון, בעמ' 9) וחבר הכנסת משה טור פז ציין כי "80% נתפסו בעזה במהלך הלחימה".

46. נציגת המחלקה למשפט פלילי בייעוץ וחקיקה ציינה כי כ-100 כלואים נמצאים במסלול הפלילי (פרוטוקול הדיון, בעמ' 9). נציגה נוספת של המחלקה למשפט פלילי בייעוץ וחקיקה ציינה כי "הרוב המוחלט של האנשים שעונים להגדרת הזו של לוחם בלתי חוקי ונמצאים תחת המסלול הזה, בשונה מהמסלול הפלילי, רובם המוחלט לא מה-7 באוקטובר" (פרוטוקול הדיון, בעמ' 9).

47. על פי נתוני שירות בתי הסוהר, אשר גם מתקניו משמשים לכליאת הכלואים מכוח החוק, כפי שהועברו לעותר מס' 3, נכון לתאריך 1.2.24, מוחזקים בשירות בתי הסוהר 606 "לוחמים בלתי חוקיים". בהתאם לדוח הרבעוני שמתפרסם על-ידי שירות בתי הסוהר ואשר כולל את מספר

הכלואים לפי החוק, וכן חלוקה מגדרית וגילית שלהם, ניתן לראות כי לאורך החודשים חלה עלייה, וכי מספר הכלואים הגדול ביותר היה בסוף חודש דצמבר:

דצמבר	נובמבר	אוקטובר	
573	247	94	בגירים
10	3	5	קטינים בני 16-18
-	-	1	קטינים בני פחות מ-16
42	10	-	נשים בגירות
1	-	-	קטינות בנות 16-18
-	-	-	קטינות בנות פחות מ-16
626	260	100	סה"כ

48. בדומה לכך, אין בידי העותרים מידע ביחס למאפיינים של הכלואים מכוח החוק, ואולם ממעט המידע הרשמי שפורסם, ניתן לקבוע ללא ספק כי חלק מהכלואים לפי החוק מוחזרים לעזה מסיבות שונות.

49. לפי הודעה רשמית של דובר צה"ל, שדה תימן נועד לתשאל ולסינון ראשוני של עצורים, עד להעברתם לשב"ס או עד לשחרורם, כאשר "עצורים שנמצא כי לא היו מעורבים בפעילות טרור ואין הצדקה להמשך החזקתם, מוחזרים לרצועת עזה בהזדמנות הראשונה" (שיחה מקומית, ושינגטון פוסט).

50. לפי מידע שהגיע לעותר מס' 2, אחת מהנשים שהיו כלואות בבית סוחר דמון במעמד "לוחמת בלתי חוקית" הייתה אישה בת 82 אשר סובלת מדמנציה.

51. לפי מידע שפורסם בתקשורת, על בסיס עדויות של מי שהיו כלואים בישראל ושחררו לעזה, קורה שמעצרים שמתבצעים בעזה כוללים אנשים שאינם מעורבים בלחימה באופן כלשהו, ושנמצאים במקום שהצבא ביקש להתפנות ממנו. לפי עדות שפורסמה ב"שיחה מקומית", של אדם בשם אימון לובאד, הוא נעצר על-ידי צה"ל מביתו מאחר שלא התפנה לדרום הרצועה, נחקר על-ידי יחידת 504 תוך הכאתו באופן ברוטאלי, לאחר מכן הועבר למתקן צבאי בישראל, ושחרר לעזה לאחר שבוע. עוד לפי עדותו, כשהוא הגיע למעבר כרם שלום, הוא ראה שם ארבעה עשר אוטובוסים עם כחמש מאות אנשים (שיחה מקומית).

52. לאור כל אלו, ניתן להניח כי בישראל יש מאות כלואים ואף אלפים אשר רובם המוחלט נעצרו במסגרת התמרון הקרקעי בעזה, שחלקם נכלאים בישראל ואז משוחררים לעזה, שחלקם האחר אף מגיע לשירות בתי הסוהר ואז משוחרר משם, וכי בכל מקרה, סביר להניח כי גם אנשים שאין להם שום קשר "ללחימה בלתי חוקית" יוחזקו בישראל על לא עוול בכפם לפרקי זמן ממושכים, בתנאים קשים ולא הולמים, בלא קיום הליך מנהלי כלשהו, ללא ביקורת שיפוטית וללא אפשרות לפגוש עו"ד.

6. ביישום הוראת השעה – פרקי הזמן להוצאת צו כליאה ולביקורת שיפוטית בפועל

53. פרקי הזמן עד להוצאת צווי כליאה ועד לקיום ביקורת שיפוטית מעוגנים בתיקון לחוק בדרך

של תקופות מקסימום.

54. לעותרים אין מידע ביחס לפרקי הזמן שעוברים בפועל עד להוצאת צווי כליאה ולקיום ביקורת שיפוטית, וזאת מאחר שמידע זה אינו מתפרסם, ולעורכי דין מטעם העותרים אין גישה לכלואים.

55. יחד עם זאת, דברי ההסבר לחוק אשר מבססים את הצורך בתיקון לחוק בעלייה חסרת תקדים במספר הכלואים לפי החוק, וכן היעדר התייחסות מפורשת לכך שנעשה ניסיון כלשהו לצמצם את פרקי הזמן האמורים מקימים את החשש, שמא התקופות המקסימליות הן התקופות בפועל.

56. היעדר מנגנון דיווח כלשהו אף מקים את החשש, שמא הוראת השעה תנוצל לרעה, גם אם תהיה ירידה במספר הכלואים, מידע אשר כפי שתואר בהרחבה, נעלם מעיני הציבור.

7.ב. יישום הוראת השעה – מניעת מפגש עם עו"ד והעדר ייצוג

57. בהתאם לדבריה של נציגת הפרקליטות האזרחית בדרום בדיון בהצעת החוק, נכון לתאריך 18.12.23, אף לא אחד מהכלואים בישראל, אף לא אלה שהתקיימו הליכים משפטיים בעניינם, יוצגו על-ידי עורך דין:

"הם לא מיוצגים. עד היום אף אחד לא היה מיוצג, לא היו להם עורכי דין. יש להם מניעות מפגש, שגם בהקשר הזה, במסגרת הצעת החוק, מבקשים להאריך את המועדים של מניעת המפגש." (פרוטוקול הדיון, בעמ' 15)

58. בתאריך 24.12.23 פנו חלק מהעותרים לשירות בתי הסוהר, בבקשה לאפשר להם לפגוש את הכלואים לפי החוק אשר מוחזקים בשירות בתי הסוהר. בפניה זו הודגש כי לעותרים אין מידע ביחס לבתי הסוהר שבהם מוחזקים הכלואים, וזאת בהיעדר גוף אשר מוסר מידע זה, ושירות בתי הסוהר התבקש להעביר פרטי קשר של הגורם מולו ניתן לתאם ביקור כאמור. בתאריך 4.1.23 התקבלה תשובה כי הפניה מיום 24.12.23 הינה כללית ולכן לא ניתן לענות עליה. בתאריך 7.1.23 נשלחה הבהרה. תשובה עניינית לא התקבלה עד היום.

**העתק התכתבות עם שירות בתי הסוהר בעניין ביקורים של כלואים לפי החוק מצ"ב לעתירה
כנספח 8/ע

59. פניה דומה בבקשה לערוך ביקורים של עורכי דין מטעם העותרים בשדה תימן נשלחה לפרקליטה הצבאית הראשית ביום 31.12.23. גם פניה זו לא נענתה עד היום.

העתק פניה לפרקליטה הצבאית הראשית מצ"ב לעתירה **כנספח 9/ע

60. במקביל לכך, הגיע לידי העותר מס' 2 מידע בדבר מעצרה ומצבה הבריאותי של אישה בת 82 אשר סובלת מדמנציה, ואשר מוחזקת בבית סוהר דמון. על בסיס מידע זה, נשלחה לבית סוהר דמון, בקשה לבקר את הכלואה. במענה לכך, נמסר על-ידי שירות בתי הסוהר בתאריך 31.12.23, כי "כלואות מנועות מפגש עם עו"ד בהתאם להחלטת הממונה מכוח סעיף 6(א) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002 עד ליום 21.2.24". בעקבות תשובה זו, הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בחיפה, והפרקליטות הודיעה כי "בשלב זה אין מניעה כי

המערערת תיפגש עם עו"ד" (עת"א 27563/01/24). מיד לאחר מכן, הכלואה בת ה-82 הוחזרה לעזה ולא התקיים מפגש עם עו"ד מטעם העותר מס' 2.

****העתק תשובת שירות בתי הסוהר בעניין הכלואה בת ה-82 מצ"ב לעתירה כנספח ע/10**

61. בנוסף, הגיע לידי העותר מס' 1 מידע בדבר החזקתן של כלואות לפי החוק בבית סוהר דמון. בעקבות מידע זה, נעשו מספר פניות מטעם עורכות הדין בעותר מס' 1, בבקשה לבקר כלואות ששמותיהן ומספרי הזהות שלהן ידועות לעותר מס' 1. במענה לאחת מהפניות מיום 15.1.24, נמסר כי שתי הנשים שביקורן התבקש אינן נמצאות בבתי הסוהר ואינן באחריות שירות בתי הסוהר. פניה מיום 16.1.24 נענתה בתאריך 21.1.24, כי היא בבדיקה. פניה נוספת מיום 18.1.24 לא זכתה להתייחסות כלשהי. נכון למועד כתיבת שורות אלו, טרם התקבל מענה בבקשות הביקור.

62. לאור כל האמור, יש יסוד סביר להניח כי הכלואים אשר מוחזקים בישראל מצויים במניעת מפגש קולקטיבית וגורפת ללא הפעלת שיקול דעת.

ג. מיצוי הליכים

63. בתאריך 18.1.24 פנו העותרים ליועצת המשפטית לממשלה וליועצת המשפטית של הכנסת, במכתב התראה לפני נקיטה בהליכים, בבקשה לבטל את ההוראות לעניין משך הוראת הכליאה הזמנית, משך מניעת המפגש עם עו"ד, משך הזמן עד לביקורת שיפוטית ואופן הביקורת השיפוטית, כפי שעוגנו בהוראת השעה. וזאת, מאחר שהן פוגעות בזכויות לחירות, לחיים, לשלמות הגוף ולהליך הוגן, באופן שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שלא נועד לתכלית ראויה ובאופן בלתי מידתי בעליל.

****העתק פניה מיום 18.1.24 מצ"ב כנספח ע/11**

64. העתק מהפנייה נשלח למשרד ראש הממשלה, למשרד הביטחון, לפרקליטה הצבאית הראשית ולמנהל מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה.

65. בפניה זו הוטעם כי לחייהם של הכלואים בישראל מכוח החוק נשקפת סכנה ממשית, כפי שזו באה לידי ביטוי בהודעות דובר צה"ל ובפרסומים בתקשורת אשר מתבססים על עדויות של מי שהיו כלואים בישראל ושותררו לעזה.

66. לאור עוצמת אי החוקתיות ובהינתן הסכנה הנשקפת לחייהם של מי שכלואים בישראל בתנאים של ניתוק מן העולם החיצון, ביקשו העותרים לקבל התייחסות לטענות עד לתאריך 28.1.24.

67. בתאריך 22.1.24 קיבלו העותרים הודעה מלשכת היועצת המשפטית לממשלה, כי הפנייה מיום 18.1.24 הועברה לטיפול של המחלקה למשפט פלילי במערך ייעוץ וחקיקה.

****העתק תשובה מיום 22.1.24 מצ"ב כנספח ע/12**

68. בתאריך 29.1.24 קיבלו העותרים מענה מהמשנה ליועצת המשפטית לכנסת, כי הייעוץ המשפטי של הכנסת אינו מייעץ לעניין ביטולו של חוק.

****העתק תשובה מיום 29.1.24 מצ"ב כנספח ע/13**

69. בתאריך 30.1.24 התקבלה הודעה מאחראית פניות ציבור במערך ייעוץ וחקיקה, כי הפנייה התקבלה והועברה לבירור הגורם הרלוונטי בייעוץ וחקיקה.

****העתק תשובה מיום 30.1.24 מצ"ב כנספח ע/14**

70. בתאריך 31.1.24, ומשלא התקבל מענה לגופן של הטענות, נשלחה תזכורת אחרונה לפני נקיטה בהליכים משפטיים למנהל מערך ייעוץ וחקיקה, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה.

****העתק תזכורת מיום 31.1.24 מצ"ב כנספח ע/15**

71. נכון לכתיבת שורות אלו, טרם התקבל מענה כלשהו.

72. מכאן עתירה זו.

ד. הטיעון המשפטי

73. ההוראות לעניין משך הוראת הכליאה הזמנית, משך מניעת המפגש עם עו"ד, משך הזמן עד לביקורת שיפוטית ואופן הביקורת השיפוטית, כפי שעוגנו בהוראת השעה, פוגעות בזכויות לחירות, לחיים, לשלמות הגוף ולהליך הגון, באופן שאינו חולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שלא נועד לתכלית ראויה ובאופן בלתי מידתי בעליל.

74. הוראת השעה הופכת את החוק, שהוא ממילא דרקוני, לחוק משולל ערובות פרוצדורליות, שנועדו להבטיח ששלילת חירותם של מי שכלואים לפי החוק לא תיעשה באופן שרירותי, ותעמוד בהלימה לזכויותיהם הבסיסיות לכבוד ולשלמות הגוף. בכך, הוא עומד בסתירה חזיתית לאדנים הדמוקרטיים של מדינת ישראל ולהתחייבויות שלה במישור הבינלאומי.

ד.1. הפגיעה בזכויות חוקתיות

i. פגיעה בזכות לחירות – הוראה כליאה זמנית ממושכת ובירור פרטני מאוחר

75. "לוחם בלתי חוקי", לפי סעיף 2 לחוק, הוא "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 בשבוי מלחמה."

76. בהתאם לסעיף 3(א) לחוק, הוראת כליאה זמנית מתקבלת על בסיס "יסוד סביר להניח שאדם שהובא לפניו הוא לוחם בלתי חוקי" (סעיף 3(א) לחוק), וזאת ללא הערובות הקבועות לעניין הוצאות צו כליאה לפי סעיף 3(ב) לחוק – דרישה לפגיעה בביטחון הכללי, דרישה לשימוע, ודרישה לפירוט הטעמים.

77. בדברי ההסבר להצעת החוק הוטעם כי, הליך הוצאת צו כליאה הינו הליך ארוך ומורכב במסגרתו מבררים את הראיות הקיימות לעניין התזקתו של אדם מסוים, כאשר בסופו מתקבלת החלטה אם ישוחרר לעזה אם לאו.

78. בפסק הדין בעניין חוקתיות החוק נפסק כי הליך השימוע לפי סעיף 3(ג) הינו הליך ראשוני שנועד למנוע טעויות בזיהוי, ואף נקבע כי הליך זה תוך פרק זמן של 96 שעות הינו מידתי מאחר שאחרי הליך ראשוני זה מגיעה ביקורת שיפוטית תוך עד 14 יום:

"יודגש כי הליך השימוע לפי סעיף 3(ג) לחוק הינו הליך ראשוני שמטרתו העיקרית היא למנוע טעויות בזיהוי. כפי שיפורט להלן, בנוסף להליך השימוע הראשוני, מחייב החוק קיומה של ביקורת שיפוטית בפני שופט בית-משפט מחוזי במועד שלא יאוחר מ-14 ימים מעת מתן צו הכליאה, באופן המפחית את הפגיעה הנטענת על-ידי המערערים. בהתחשב בכל אלה, אין לומר כי ההסדר הקבוע בחוק בנוגע להליך השימוע חורג ממתחם המידתיות."

79. הארכת משך הוראת הכליאה הזמנית לפרק זמן של עד 45 ימים משמעותה שלילת אותו הליך ראשוני שנועד למנוע טעויות בזיהוי, ויצירת מצב בו כלואים מוחזקים עלולים להיות מוחזקים ללא עוול בכפם, למשך פרק זמן ממושך ביותר של עד 45 ימים, מבלי שמתקיימים בעניינם רכיבי הגדרת "לוחם בלתי חוקי" כנדרש לצורך הוצאת צו כליאה.

80. הסדר זה פוגע באופן אנוש בזכות לחירות של מי שכלואים בישראל מכוח החוק, אשר מעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כזכות יסוד בסיסית בישראל. על זכות זו כתב כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, נג(5) 241 (1999), בפסקה 17 לפסק דינו:

"החירות האישית היא, מכוח סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות חוקתית. יתרה מזאת: החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות... שלילת החירות האישית, בדרך של מאסר היא העונש הכבד ביותר שמדינה מתוקנת מטילה על עבריינים..."

81. וזאת, כאשר לפחות ביחס לחלק מהאנשים, ייתכן כי אין להם כל קשר לחימה בלתי חוקית, והם מוחזקים בישראל במצב בלתי נסבל בשל חשדות שווא.

82. בהיעדר מנגנון דיווח כלשהו בחוק, לא ניתן לדעת כמה אנשים מתוך אלו שנעצרים, מוחזרים לעזה בתום תקופת ההוראה הזמנית, מהטעם שלא נמצא כי יש להוציא בעניינם צו כליאה, או מטעם אחר, ולא ניתן אלא להניח כי ישנם אנשים אשר כלואים בישראל במשך תקופה ממושכת של 45 יום, בתנאי כליאה קשים כאשר נשקפת סכנה לבריאותם הגופנית והנפשית, וזאת למרות שהם לא עונים להגדרה של "לוחם בלתי חוקי" לפי החוק.

ii. פגיעה בזכות הגישה לערכאות ובזכות להליך הוגן - ביקורת שיפוטית מאוחרת ולא בנוכחות הכלוא

83. הארכת משך הזמן עד לביקורת שיפוטית ל-75 ימים מיום הכליאה, וזאת בדרך של היוועדות חזותית, פוגעת באופן אנוש בזכות הגישה לערכאות ובזכות להליך הוגן ולייצוג.

84. בית המשפט העליון עמד לא אחת על חשיבות הביקורת השיפוטית המיידית כאמצעי חיוני להגנה על זכויות אדם ולמניעת מעצרים שרירותיים (ראו בהקשר זה: בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נד(2) 349 (2003)).

85. פסק הדין בעניין חוקתיות החוק אשר קבע כי פרק זמן של 14 ימים לביקורת שיפוטית לפי החוק הוא סביר בהינתן ההקשר של החוק קבע גם כי יש חשיבות גדולה להבאת כלוא לביקורת שיפוטית בהקדם האפשרי, וזאת כדי למנוע טעויות שמחירן עלול להיות שלילת חירות ללא עילה מוצדקת:

"אשר לתקופת-הזמן שבין מעצרו של העצור לבין הביקורת השיפוטית הראשונה על צו המעצר - כבר נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי נוכח מעמדה של הזכות לחירות אישית ועל-מנת למנוע טעויות שבעובדה או בשיקול-דעת שמחירן עלול להיות שלילת חירותו של אדם ללא עילה מוצדקת, יש להביא את העצור המנהלי בפני שופט "בהקדם ככל האפשר" בהתחשב בנסיבות (דברי הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, בעמ' 819-820).

86. מניעת ביקורת שיפוטית למשך תקופה כה ארוכה שוללת, הלכה למעשה, את הזכות החוקתית לגישה לערכאות, זכות אשר הוגדרה על ידי כבוד השופט חשין בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, נא(3) 577 (1997), ככזו "[ה]שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר- וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות יסוד."

87. החשיבות של הבאת הכלוא בפני שופט באופן פיזי הובעה במפורש בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, סג(3) 500 (2010), שם הבהיר כבוד המשנה לנשיאה ריבלין, כי הסדר המאפשר הארכת מעצרו של אדם שלא בנוכחותו, הוא הסדר פסול מבחינה חוקתית, וכי דווקא כאשר מדובר בחשוד בעבירת ביטחון, "אשר יכולתו להתגונן בהליכי המעצר מוגבלת מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיו" (פיסקה 28 לפסק הדין) – ובכלל זה מניעת מפגש עם עורך דין – יש להקפיד ביתר שאת בשמירה על זכותו להיות נוכח, לכל הפחות, בדיוני המעצר הנוגעים לעניינו. כבוד השופטת פרוקצ'ה הוסיפה, כי "חרף המורכבות המיוחדת באיזון הערכי הנדרש בעניין זה, הפגיעה בזכות העצור להליך הוגן, הכרוכה באי הבאתו לדיון שיפוטי המתנהל בעניינו, היא כה עמוקה וכה שורשית, עד כי אין להתירה גם בהינתן ההכבדה הניכרת על גורמי הבטחון בניהול פעולותיהם לאכיפת החוק והבטחון במדינה."

88. ודוק. כאשר בית המשפט לא רואה את הכלוא באולם, הוא לא יכול להתרשם באופן בלתי אמצעי ואמיתי ממצבו הרפואי והנפשי. משכך, לא מתקיימת כל ביקורת חיצונית על תנאי הכליאה והיחס לכלוא, אף במקרים בהם הכלוא חשוף לעינויים, פגיעות גוף שיש בהן אף לגרום למותו.

89. ברי כי פרק זמן כה ממושך של 75 ימים חותר תחת הזכות לחירות ולביקורת שיפוטית לשם הבטחתה, גם לפי פסק הדין בעניין חוקתיות החוק. מניעת ביקורת שיפוטית למשך תקופה כה ארוכה מפקירה את הכלואים לכליאת שווא ללא עוול בכפם, בתנאי כליאה קשים ביותר

פגיעה בזכות להיוועץ עם עו"ד ובזכות להליך הוגן – מניעת מפגש ממושכת

90. תוראת השעה לעניין מניעת המפגש עם עורכי דין אשר מתירה מניעת מפגש לתקופות ממושכות, אשר יכולות להגיע באופן מצטבר ל-180 ימים, פוגעת פגיעה אנושה בזכות להיפגש עם עורכי דין אשר מהווה זכות חוקתית. המפגש עם עורך דין משמש ערובה מרכזית לשמירה על זכויות חוקתיות נוספות כגון: הזכות להליך הוגן, הזכות שלא להיות נתון לעינויים, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לקבלת טיפול רפואי, הזכות לכבוד האדם. לביקורי עורכי דין ישנה חשיבות רבה גם בהקשר של מניעת עינויים ויחס לא אנושי ותיעודם וכן בקרה על שימוש באמצעים שונים העלולים לפגוע בגופם ובבריאותם של האסירים.

91. בית המשפט הכיר זה מכבר, בשורה ארוכה של פסקי דין, בזכות של עצורים ואסירים להיפגש עם עורכי דין כזכות יסוד. זכות זו זכתה למעמד חוקתי בהיותה נגזרת "מזכותו של אדם לחירות אישית" (בג"ץ 3412/19 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור ואח', פ"ד מז(2) 843 (1993), 847, וגם: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נה(2) 746 (2004).

92. בהעדר מפגש עם עורך דין, נפגעת גם הזכות להליך הוגן אשר אף היא הוכרה כזכות חוקתית, הנגזרת מהזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.09.2014)). זכות זו מעגנת בתוכה זכותו של כל אדם לקבל שירותים משפטיים ובמסגרת זו האפשרות להיפגש ולהיות מיוצג על ידי עורך דין (ראו בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995)).

93. לשם השוואה, לכלואים שאינם מוגדרים לוחמים בלתי חוקיים יש גישה מיידית כמעט לעורכי דין. כך נקבע בסעיף 45 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תש"לב – 1971 ובתקנה 28 לתקנות בתי הסוהר, תש"לח – 1978, ובהתאם בפקודת נציבות 04.34.00 (עדכון 15.2.22), שם נקבע בסעיף 6 כי מועד הפגישה עם עורך הדין יהיה "ללא דיחוי ולא יאוחר מ- 24 שעות ממועד הפניה".

94. עוצמת הפגיעה בזכות להיוועץ עם עו"ד מקבלת משנה תוקף נוכח היישום הקולקטיבי של מניעת המפגש, כפי שבאה לידי ביטוי בדבריה של נציגת פרקליטות דרום בדיון בהצעת החוק, כי אף לא אחד מהכלואים פגש עורך דין או קיבל ייצוג משפטי בעניינו המשפטי לפני בית המשפט, כמו גם בתשובת בית סוהר דמון לבקשת הביקור.

95. בהינתן שבית המשפט העליון פסק בפסק הדין בעניין חוקתיות החוק כי בתנאים של לחימה מתמשכת שבעה ימי מניעת מפגש הם מידיתיים, הרי כי התקופות שמעוגנות בהוראת השעה אינן יכולות להיות כדין ובוודאי, שכדי להצדיק זאת יש צורך בהסבר משכנע ופרטני, הסבר שלא קיים כאן, שעה שאף דברי ההסבר מתייחסים לצורך במניעת מפגש כעקרון וכעניין קולקטיבי.

96. הוצאת צו כליאה, הביקורת השיפוטית ומפגש עם עורך דין משמשים ערובות לשמירה על זכויות חוקתיות נוספות כגון: הזכות לשלמות הגוף, הזכות לבריאות ולקבלת טיפול רפואי, הזכות לכבוד האדם.

97. כליאה שרירותית, מניעת המפגש והעדר ביקורת שיפוטית במשך זמן כה ארוך, פוגעת בכבוד האדם של הכלואים, במיוחד בעת הזו, עת המלחמה. הדברים נאמרים כאשר אנו נחשפים לכך שהתנאים של כלואים המוגדרים ביטחוניים או לוחמים בלתי חוקיים הורעו מאוד, וישנן עדויות על מקרי מוות, הזנחה ואלימות רבים ואף חשש לעינויים או יחס בלתי אנושי.

98. לביקורי עורכי דין, ישנה חשיבות רבה גם בהקשר של מניעת עינויים ויחס לא אנושי ותיעודם וכן בקרה על שימוש באמצעים שונים העלולים לפגוע בגופם ובבריאותם של האסירים.

99. בשל הפגיעה במספר זכויות יסוד יש לשקול את הפגיעה המצטברת בזכויות האדם, אשר נעשית, על פי התיקון. לפיכך גם אם יפסק, כי פגיעה באחת מן הזכויות כשלעצמה אינה עוברת את סף אי-החוקתיות, הרי שהצטברות הפגיעות מביאה אותנו בוודאי לסף זה (ראו לעניין זה בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, סג(3) 500 (2010)).

v "לוחמים בלתי חוקיים" זכאים לזכויות יסוד

100. מושכלות יסוד הן כי זכויות האדם אינן נסוגות רק בשל היותו של אדם זר במדינה (ראו: עת"מ (י-ם) 1954/09 **הילאל נ' משרד הפנים** (24.8.10), דברי כב' הנשיאה בדימוס ביניש בעע"ם 1038/08 **מדינת ישראל נ' געביץ** (11.8.09), בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים** (13.4.2011), פסקה 36 לפסק-דין של כב' השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 4542/02 **קו לעובד נגד ממשלת ישראל**, (30.3.2006), פסק-דין של כב' השופט לוי, ובעיקר פסקאות 30, 41).

101. כלל הוא כי זכויות היסוד של האדם בישראל אינן פוקעות עם כניסתו של אדם לבית הסוהר, וכי "זכויות היסוד של האדם שורדות גם בין חומות בית הסוהר" (ע"א 4463/94 **גולן נ' שב"ס**, פ"ד נד(4) 136, 152, וראו גם בג"ץ 337/84 **הוקמה נ' שר הפנים**, פ"ד לח(2) 826, בג"ץ 365/97 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 72, רע"ב 656/09 **יונס נ' שב"ס** (7.10.10) פסקה 36).

102. לא זו אף זו, הכליאה מביאה להגברת החובות של המדינה כלפי הכלואים, אשר מצויים במצב של תלות טוטאלית במדינה וחוסר ישע. כך נאמר, למשל, לגבי הזכות לבריאות של תושב שטחים בעע"א 2808/05 **אלתמימי נ' רמ"ח רפואה** (טרם פורסם, 28.10.07):

"העותר הינו תושב שטחים. ברם, משהינו נמצא ברשות המדינה – מחויבת זו ליתן לו טיפול רפואי כמו זה הניתן לאזרחי המדינה באמצעות הרפואה הציבורית... העותר זכאי לקבל טיפול רפואי מיטבי שבכוחו של שב"ס ליתן לו גם אם עלות הטיפול הרפואי הינה גבוהה..."

103. החוק והתקנות שהותקנו לפיו הוא למעשה ביטוי לתפיסה כי גם לוחמים בלתי חוקיים אשר מגיעים משטחי אויב, לעתים אף בזמן מלחמה, זכאים לזכויות. אין גם מחלוקת שרשויות

המדינה, ובכללן צה"ל, הכולאות את הלוחמים כפופות לחוקי היסוד.

.vi. החובה להגנה על זכויות יסוד של כלואים בעת מלחמה וחרום

104. גם בעתות מלחמה מחויבת המדינה לחוק (ראו, למשל, בג"צ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385), ובית המשפט הנכבד מחויב לפעול על פי תפקידו ולבחון את החוקתיות של הפעולות ושל החקיקה של רשויות המדינה. לעניין זה יפים הדברים שנאמרו בבג"ץ 7146/12 **אדם ואח' נ' הכנסת**, פ"ד סו(1) 717 (2013), פסקה 67 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל:

"... אין בית משפט זה רשאי להתעלם מפגיעה בזכויות יסוד אשר אינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה הקבועות במפורש בחוקי היסוד. על בית המשפט הוטל התפקיד לוודא כי מלאכת החקיקה של הכנסת אינה פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד, ואין הוא רשאי למשוך ידיו ממלאכה זו. עליו לעשותה, איפוא, תוך איזון רגיש ומודע בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין השמירה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד שבבסיס שיטת המשטר במדינת ישראל."

105. כאשר מבקשת הכנסת, בהליך פוליטי ומזורז לפגוע בזכויות יסוד, גם בעת חרום ומלחמה, הרי שיש מקום להפעיל ביקורת שיפוטית. יפים הדברים שנאמרו בבש"פ 8823/07 **פלוני נ' מ"י**, פ"ד סג(3) 500 (2010):

"התפיסה העקרונית של שיטת המשפט בישראל היא שיש לקיים את מצוות החוקה גם אל מול איום הטרור. אכן, "זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפנייה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 39 (1999)). אולם זה סוד עוצמתו של המשטר הדמוקרטי, שעומד איתן על עקרונותיו ועל ערכי היסוד שלו גם כאשר מדובר בעימות מול מי שאינו אוחז בעקרונות דומים (ראו גם בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006))."

106. השמירה על זכויות אדם גם במצבי חירום מתזקת את הכוחות השומרים על ביטחון הציבור. זהו ה"אני מאמין" של בית המשפט במדינת ישראל, כפי שביטא זאת כב' הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שו הביטחון ואח'**, פ"ד סא(2) 202 (2006), פסקאות 20-21:

"חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה, והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה... למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת. אין אנו מכירים בהבחנה חדה בין השניים. אין לנו דיני איזון שהם מיוחדים לתקופת לחימה..."

107. בעניין כלואים, החובה להגנה על זכויות יפה שבעתיים. עצם ההחזקה של הכלואים במאסר מחייבת בחינה קפדנית על ידי בית המשפט והגנה על זכויותיהם. ההגנה המיוחדת שנותן בית המשפט לאסירים, נוסחה בעע"א 7440/97 מ"י נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 8:

"אכן בית המשפט הוא אשר שלח את האסירים אל בין החומות, אך עכשיו, כשחומות סוגרות עליהם, בית המשפט הוא אביהם של האסירים."

108. הפסיקה בעניין הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות שירות בתי הסוהר יפה לעניינינו שכן מדובר בכלואים אשר חרותם מוגבלת על ידי המשיבים, וכדבריו של כבוד השופט ד' בר אופיר, עתירות אסירים (הוצאת פרלשטיין-גינזור בע"מ ינואר 2003), בעמ' 137:

"הסמכות של שירות בתי הסוהר אינה דומה, מבחינת המהות והחיקף, לסמכות מנהלית רגילה. מצד אחד, בגלל התלות הגדולה של האסירים בסוהרים, ומחמת החשש מפני שימוש לרעה בכוח שבידי הסוהרים (כוח שמופעל מאחורי חומות גבוהות) יש צורך כפול ומכופל בביקורת של בית המשפט על שירות בתי הסוהר. בית המשפט שלח אמנם את האסירים אל בין החומות, אולם עכשיו כשהחומות סוגרות עליהם, בית המשפט הוא אביהם של האסירים."

vii. הוראת השעה מהווה הפרה של התחייבויותיה של מדינת ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי

109. בהתאם לסעיף 1 לחוק, סעיף המטרה, החוק "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".

110. המשפט הבינלאומי ההומניטרי מבחין בין תושבים מוגנים לבין לוחמים ומתיר את תפיסתם והחזקתם של האחרונים כשבויי מלחמה הזכאים להגנות שונות בהתאם להוראות אמנת ג'נבה השלישית.

111. לאור ההבחנה החדה הקיימת במשפט הבינלאומי ההומניטרי בין "לוחם" לבין "תושב מוגן", המשפט הבינלאומי אינו מתיר מקום ל-"יצור כלאיים" שאינו מוגן על פי אף לא אחת מאמנות ג'נבה:

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

112. עם חקיקת החוק, עלתה הטענה לפיה יצירת קטגוריה שלישית של "לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם נהנים מהגנות של "שבויי מלחמה" בהתאם לאמנת ג'נבה השלישית ולא מהגנות של "תושבים מוגנים" על פי אמנת ג'נבה הרביעית מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי.

113. במענה לטענה האמורה, פסק הדין בעניין חוקתיות החוק קבע כי "לוחמים בלתי חוקיים" הינם בבחינת "תושבים מוגנים" אשר זכויותיהם מעוגנות באמנת ג'נבה הרביעית. כך נקבע בפסק הדין כי:

"אין חולק בפנינו כי הוראותיו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים צריכות להתפרש בהתאם לעקרונות האמורים, המתנים מעצר מינהלי בהוכחת קיומה של עילה המבוססת על מסוכנות אישית (סעיף 20 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ד. בייניש)"

114. הוראת השעה אינה מתיישבת עם הכלל האמור ביחס לקיומה של מסוכנות אישית לצורך מעצר של "תושב מוגן", שכן בהתאם להסדר המשפטי הקיים, מתאפשרת כליאה של תושב מוגן לפרק זמן של עד 45 ימים בטרם נדרשים לשאלת מסוכנותו בפעם הראשונה, בהליך ראשוני של שימוע.

115. הזכות שלא להיות נתון במעצר שרירותי היא אבן יסוד הן במשפט הבינלאומי ההומניטרי והן במשפט זכויות האדם הבינלאומי, והיא קשורה באופן הדוק לזכות להליך של ביקורת שיפוטית על המעצר.

116. כך למשל, על פי סעיף 9(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), נקבע כי יש להביא כל עצור ללא דיחוי בפני שופט:

Anyone attested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power

117. הוראה זו נתפסת כבעלת אופי מינהגי (ראו N. Roodley, The Treatment of Prisoners Under International Law, 340). הוראה דומה מצויה ב Body of Principles for the Protection of aLL Persons under any Form of Detention or Imprisonment, שאושרו על ידי עצרת האומות המאוחדות בשנת 1988. עיקרון 11(1) קובע:

A person shall not be kept in detention without being given an effective opportunity to be heard promptly by a judicial or other authority

118. על פי הפרשנות של הוועדה לזכויות האדם של האו"ם: "Delays must not exceed a few days", (ראו Report of the Human Rights Committee, GAOR, 37th session, Supplement No 40, 1982). ברוח דומה קובע סעיף 5(3) לאמנה האירופאית על זכויות האדם (1950).

119. בית המשפט האירופאי לזכויות האדם קבע בהקשר זה כי:

The degree of flexibility attaching to the notion of 'promptness' is limited, even if the attendant circumstances can never be ignored for the purposes of the assessment under paragraph 3. Whereas promptness is to

assessed in each case according of its special features, the significance to be attached to those features can never be taken to the point of impairing the very essence of the right guaranteed by Article 5(3), that is the point of effectively negating the State's obligation to ensure a prompt release or a prompt appearance before a judicial authority (Brogan v. United kingdom, (1988) 11 EHRR 117, 134).

120. עקרון דומה נקבע בסעיפים 43 ו-78 לאמנת גינבה הרביעית לפיהם הביקורת השיפוטית (או המנהלית) על החלטת המעצר צריכה להתבצע בהקדם האפשרי "as soon as possible" בלשון סעיף 43 לאמנה, או "בעיכוב המינימאלי האפשרי" "with the least possible delay" בלשון סעיף 78 לאמנה.

121. הזכות להיוועץ עם עו"ד נגזרת מסעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית.

122. על פי סעיף 18(1) ל- Body of Principles for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment

A detained or imprisoned person shall be entitled to communicate and consult with his legal counsel

123. שלילת הזכות להיוועץ עם עו"ד לצד כליאת אנשים ללא הליך ראשוני ומידי של ביקורת מנהלית ושיפוטית יוצרה הלכה למעשה מצב של מעצר *incommunicado*, האסורים על פי הדין הבינלאומי החומניטרי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי.

124. בהקשר של מעצר *incommunicado* פסק בית הדין האירופי באחד המקרים שבו עצור הותזק ללא קשר עם עורך דין וללא אפשרות לנקוט בהליך שיפוטי נגד מעצרו :

That is a situation incompatible with Article 5 & 4 of the Convention and its underlying rationale, the protection of individuals against arbitrariness. National authorities cannot do away with effective control of lawfulness of detention by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved. (al-Nashif v. Bulgaria, Judgment 20 June 2002, par. 94)

125. בשני מקרים נוספים, בו היו טענות ליחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל אגב מעצר *incommunicado*, נפסק על-ידי בית הדין האירופאי לזכויות אדם שמעצר בתנאים של ניתוק מן העולם החיצון מקים, מטבעו, סכנה להתעללות ולהפרת זכויות אדם *Etxebarria Caballero v. Spain*, ¶ 32 (2014), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146771>; *Ataun Rojo v. Spain*, ¶ 27 (2014), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146772>.

126. בשים לב לכך שהניתוק מהעולם מתבצע במקביל לאי מסירת מידע לגבי עצם כליאתם של הכלואים מכוח החוק ולגבי מקומות כליאתם, ולמניעת גישת הצלב האדום לכלואים אלו, נוצר

חשש כבד לכך שמדובר בהעלמה כפויה.

127. האמנה להגנה על כל בני האדם מפני היעלמויות כפויות משנת 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance), שישראל תמכה באימוצה, קובעת במפורש שהעלמה כפויה, שכוללת שלילת חירות על ידי סוכני המדינה, תוך סירוב להודות בשלילת החירות או תוך הסתרת גורלו של האדם הנעלם באופן שמוותר אותו מחוץ להגנת החוק הינה אסורה לחלוטין. עוד נקבע במפורש כי לא ניתן להצדיק התנהלות מעין זו גם במצב של מלחמה או מצב חירום ציבורי. סעיף 5 לאמנה ממשיך וקובע כי העלמה כפויה נרחבת ושיטתית מהווה פשע נגד האנושות.

128. הפרות שיטתיות ורוחביות של הערובות הבסיסיות הנ"ל בזמן מלחמה עלולות לעלות כדי פשעי מלחמה לפי חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי (אמנת רומא), ואף לכדי פשעים נגד האנושות. על פי סעיף 7 (e) 1 לאמנת רומא, כליאה או כל דרך אחרת של שלילת חירות שהינה מנוגדת לכללי יסוד במשפט הבינלאומי, אשר נעשית באופן רוחבי ושיטתי, הינה בגדר פשע נגד האנושות. סעיף (i)7(1) לאמנת רומא מגדיר את ההעלמה הכפויה של אנשים בניסיונות הדומות לאלו שהתיקון לחוק מאפשר כפשע נגד האנושות. על פי סעיף (vi)2(8), שלילה מכוונת של ערובות להליך הוגן מהווה פשע מלחמה.

129. ברי כי פרקי הזמן הממושכים שמעוגנים בהוראת השעה, לצד יתר המנגנונים אשר מנתקים את הכלואים מן העולם, אינם יכולים לעמוד מבחינה חוקית בהשוואה לנורמות הקבועות במשפט הבינלאומי, הן ההומניטרי הן משפט זכויות האדם, ואף עלולים להוות פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות.

130. בהתקיים סתירה מפורשת בין הוראת חוק בישראל לבין המשפט הבינלאומי, אין בסתירה זו כשלעצמה כדי להביא לבטלות הוראת חוק ישראלית (בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' שר הביטחון, סב(1) 1 (2006), פסקה 20 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק). עם זאת, בהתאם ל"חזקת ההתאמה" יש לפרש את הזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאור מחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, בהעדר סתירה מפורשת בין חוק היסוד להוראות המשפט הבינלאומי. הדין הבינלאומי משמש גם בעת הבחינה של בית המשפט האם החוק נתקן לתכלית ראויה (ראו, למשל, בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, סו(1) 717 (2013), פסקה 91 לפס"ד כב' השופטת ארבל).

ד.2. הוראת השעה אינה הולמת את ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל

131. מדינת ישראל מושתת על יסודות החירות, הדברים אף מובאים במגילת העצמאות.

132. שמירה על הזכויות החוקתיות היא חלק בלתי נפרד מטובת הציבור ומהתועלת הציבורית שכל דבר חקיקה צריך לשאוף להגשים (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 553 (1993)).

133. ערכיה של המדינה מחייבים שלא לאפשר כליאה לתקופה ארוכה ללא משפט וללא ביקורת

שיפוטית, באופן המביא, הלכה למעשה, להעלמה כפויה של אנשים, הפיכתם לפגיעים ולשקופים, חשופים לשרירות ונתונים למרותם של אחרים בלא הגבלה אפקטיבית. יפים לעניין זה דבריו של כב' הנשיא ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589 (1995):

"במדינה דמוקרטית, אשר הציבה בראש חוקתה את הצו כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... (סעיף 1 לחוק היסוד), מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג."

134. גם כאשר ביטחון המדינה הוא שמונח על הכף, יש לזכור כי הביטחון הוא אמצעי להבטחת המשטר הדמוקרטי שהוא משטר המגשים את חירויות הפרט (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 645 (1989)).

ד.3. הוראת השעה אינה מקיימת את דרישת התכלית הראויה

135. משהראינו כי הוראת השעה פוגעת בזכויות חוקתיות מוגנות וכי אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, הלא די בכך כדי לקבוע כי היא אינה חוקתית ובטלה. ואולם, לצורך הניתוח המשפטי, נבחן אם תכליתה ראויה.

136. לפי דברי החסבר "פרקי זמן אלה נדרשים בשל מצב הלחימה הקיים, ולנוכח המספר הרב של הלוחמים הבלתי חוקיים. חקירות הלוחמים הבלתי חוקיים הן חקירות מורכבות, אשר עולה מהן מידע חיוני לביטחון המדינה ולצורך מניעת סיכון לחיי אדם. לפיכך, כדי לממש את מטרות החקירה והחוק על הצד הטוב ביותר, ובהתאם לצרכים ששוקפו בהקשר זה על ידי גורמי הביטחון, נמצא כי מניעת מפגש בהתאם לתקופות המוצעות היא חיונית ומוצע לעגנה כאמור בהוראת השעה".

137. מדברי החסבר עולה, אם כן, כי תכליתה המוצהרת של הוראת השעה הינה ביטחונית – הוראת השעה נועדה להתמודד עם מספר רב של כלואים שנוצר בעקבות המלחמה, וביחס למניעת מפגש עם עורכי דין, גם להביא לידי מימוש מטרות החקירה והחוק על הצד הטוב ביותר.

138. כפי שנקבע בפסיקה, תכלית חקיקתית הינה ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והגון בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים; או כאשר היא משרתת מטרה ציבורית חיונית, צורך חברתי לוחץ או עניין חברתי מהותי שמטרתם לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן (ראו: בג"צ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876 (2005), בעמ' 889-890; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997), בעמ' 52-53).

139. בהתאם לכך, אסור שהתכלית תהיה אדישה לזכויות יסוד. בעניין זה יפים דבריו של כב' הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006), בפסקה 52:

"אך מתי נראה את תכליתו של חוק, הפוגע בזכויות אדם, כתכלית ראויה? נראה לנו כי תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל."

140. כן ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש, פ"ד סה(2) 44 (2012), פסקה 23 לפסק דין של כבוד השופט א.א. לוי (שהיה בדעת מיעוט באותו עניין):

"כיצד זה יכול חוק, שכל מהותו היא גריעה מן הזכות, לבטא רגישות לאותה זכות? התשובה על כך פשוטה. כדי שייחשב ראוי מבחינת מטרתו, על החוק הפוגע לגלות דעתו כי אין הוא מבקש לפגוע בזכות המוגנת באורח כה אנוש, עד כי הוא נעשה אדיש לחלוטין למשקלה ולחשיבות ההגנה עליה. חוק, שאינו מכיר כל ועיקר בחשיבותה של זכות היסוד הנפגעת, הוא חוק שתכליתו אינה ראויה. לא ניתן להולמו בגדרו של סדר חברתי ששיח הזכויות הוא מאושיותו (ראו גם מדינה וסבן לעיל, בעמ' 88). כדי לצלוח את מבחן הרגישות לזכות יש להראות, אפוא, כי החוק מותיר – ככל שהדבר ניתן – מרווח אמיתי לקיומה, ולו הגרעיני, של הזכות – רחב יותר או פחות, כעת או לעתיד לבוא, במגבלות כאלו או אחרות – ובלבד שקריאתו מובילה למסקנה כי אין הוא מתכחש לזכות זו. כתב על כך דר' יעקב בן-שמש: "מדינה דמוקרטית אשר רגישה לזכויות האדם אינה חופשית לקדם את הגשמתן של תכליות ציבוריות באופן טוטלי, היא המחיר אשר יהא, ותהא הפגיעה בזכויות האדם קשה ככל שתהא. תכליות טוטליות סופן פרקטיקות טוטלטריות. ספק אם חוק שנועד להגשים את תכליתו באופן מרבי הינו חוק שנועד לתכלית ראויה, וזאת אף אם תכליתו, כשלעצמה, הינה תכלית ראויה..."

141. למרות שברור כי מספר רב של כלואים, במצב מלחמה, מקשה על המערכת לעמוד בזמנים הקבועים בחוק, לפני הוראת השעה, לא ניתן להתעלם בבחינת תכלית החוק מהשלילה הקיצונית של הזכויות לפי הוראת השעה, וזאת בלא עיגון של מנגנוני פיקוח כלשהם על מצבם של הכלואים לאורך הכליאה הממושכת תוך ניתוקם מן העולם, ובהיעדר התייחסות כלשהי לדרקוניות של ההסדר הקיים. יתרה מכך, המילים "על הצד הטוב ביותר" משקפות היעדר איזון בין התכלית הביטחונית לבין הזכויות שנפגעות כתוצאה מכך, ומתן העדפה מוחלטת לזו הראשונה.

142. נראה כי הוראת השעה הינה ביטוי מובהק למצב של אדישות לזכויות של הכלואים שנפגעות. אדישות זו בצירוף עם מהות הזכויות הנפגעות ועוצמת הפגיעה בהן, כל אחת בנפרד ובאופן מצטבר, משליכים באופן ברור על תכלית התקיקה, הופכים אותה לבלתי ראויה.

ד. הוראת השעה אינה מידתית

143. גם אם הוראת השעה הייתה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית וגם אם היא הייתה לתכלית ראויה, הוראת השעה אינה צולחת את עקרון המידתיות על שלושת מבחני המשנה שלו: הקשר הרציונלי, האמצעי שפגיעתו פחותה ומדתיות במובן הצר.

144. ראשית יש לציין, כי "בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה של הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (בג"ץ 2355/98 ישראל סטמקה נ' שר הפנים, נג(2) 728 (1999), פסקה 52).

145. לגבי מבחן המשנה הראשון, הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה - הארכת המועדים הקבועים בהוראת השעה ביחס למשך הוראת הכליאה הזמנית וביחס למשך הזמן עד לביקורת שיפוטית יכולה ליתן מענה למספרם הרב של הכלואים בעקבות המלחמה. הקשר בין מניעת מפגש ממושכת עם עורכי דין לבין מימוש מטרות החקירה ומטרות החוק, כשזו מוצהרת ומיושמת באופן קולקטיבי, ביחס לכל הכלואים מכוח החוק, הוא לא ברור, ואף מקים חשש שמא מניעת המפגש עם עו"ד מנוצלת לרעה. מכל מקום, נטל ההוכחה לקיום קשר כזה הוא על המדינה, במקרה שנקבע שהחוק פוגע בזכות יסוד (ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995), פסקה 9 לפסק דינו של כבוד השופט גולדברג).

146. לגבי מבחן המשנה השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הרי שוודאי שניתן היה לקיים את תכליות הוראת השעה גם לולא נקבעו תקופות כה ארוכות של כליאה ללא משפט, תוך מניעת מפגש עם עורך דין והעדר ביקורת שיפוטית. כך למשל, ניתן היה להקצות משאבים גדולים יותר לטיפול בלוחמים בלתי חוקיים, לעת המלחמה, ולכל הפחות, לעגן בחוק מנגנוני פיקוח שיבטיחו הגנה מירבית על מי שחירותם נשללת בזמן מלחמה, בדרך של דיווח עיתי אודות מספר הכלואים, מספר המתים, וכיוב'. יוער, מדינת ישראל למודת ניסיון בהתמודדות עם מלחמות ועם טרור, וחוק לוחמים בלתי חוקיים נועד מלכתחילה למצבי חרום ולעתות חרום, לזמנים לא רגילים ולהתמודדות עם "לוחמים" לא רגילים. החוק בנוסחו הרגיל, כפי שנחקק בשנת 2002, כולל כבר הוראות דרקוניות שנועדו להתמודד עם מצב החרום והקושי שהתעורר בכליאתם של לוחמים מהסוג שעמו ישראל מתמודדת כעת. כמו כן יצוין, כי אמצעי של מעצר ללא משפט הוא אמצעי שפגיעתו גדולה מזה של מעצר לאחר משפט, ויש לנקוט בו רק בליט ברירה (ראו, למשל, בהקשר של מעצר מנהלי בעמ"ס 4794/05 נריה אופן נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.06.2005)).

147. לגבי מבחן המשנה השלישי, המידתיות במובן הצר, הרי שזה "בוחר את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית" (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, סא(2) 202 (2006), פסקה 74 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק). במקרה זה הפגיעה בזכויות החוקתיות כה עזה ואנושה, שיש צורך בתועלת מוחשית ועוצמתית מהצד השני. עצם התועלת ביעילות והקטנת העומס על מערכת המשפט והכליאה, ככל שאכן יש תועלת בכך, אין בה כדי להוות תועלת ממין זה.

5.ג. פגמים בהליך חקיקת הוראת השעה

148. נוסף על אי החוקתיות, התיקון לחוק נעשה בהליך חקיקה חפוז ומזורז, כמתואר לעיל, וזאת ביחס הפוך למשמעות החוקתית של הוראת השעה. במקרה זה, כאשר מדובר על תיקון כה משמעותי ופגיעה אנושה בזכויות יסוד, לא היה מקום להליך שכזה.

149. בהתאם לפסיקות בית המשפט העליון, הליך חקיקה מזוורז פוגע בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה במובן זה שהוא לא מאפשר די זמן לשם גיבוש עמדה :

"מבחינה פורמאלית... חוק התכנית הכלכלית הוא חוק לכל דבר ועניין, חוק מן-המניין הוא. ואולם מבחינה מהותית – ובה עיקר – נתקשה לתאר את הליך חקיקתו של החוק כהליך תקין. נתבונן בהליך החקיקה למתחילתו ועד סופו, וידענו כי הלכה למעשה הייתה זו הממשלה שחקקה את חוק התכנית הכלכלית. הכנסת כמו נתפרקה את סמכותה הראשונית לחקוק והעבירה סמכותה לממשלה. הכנסת – מרצונה – ענתה אמן אחרי החלטת הממשלה, ויתרה מרצונה על סמכותה – על סמכותו העילאה של מחוקק – לקבוע סדרי חיים למדינה" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, נט(2) 14, 81-82 (2004)).

וכן :

"אכן, הליכי החקיקה של שני החוקים, וכמוהם של שורה ארוכה של "חוקי הסדרים" נוספים שחוקקה הכנסת בשנים האחרונות, מעוררים צער כבד, ובעיקר חשש עמוק מפני חקיקה פזיזה בעלת השלכות נרחבות, שאינה מקבלת את ההתייחסות הראויה מבית המחוקקים אף שהם עומדים בכללים הפורמאליים לחקיקתו של חוק בישראל. (בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, נט(5) 567, 575 (2005)).

150. במקרה דנן, הליך החקיקה המזוורז מצטרף לכך שלחברי הכנסת שהצביעו במליאה לא הייתה גישה לכל הנתונים שהוצגו בדיון החסוי שהתקיים בוועדת החוץ והביטחון, על-כן, היכולת שלהם לבחון באופן ביקורתי את ההסדר ולגבש עמדה, הינה מוגבלת ביותר, אם בכלל קיימת.

151. ואולם, גם אם לא די באלו כדי להפעיל ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה הרי שברי כי מהלך דברים זה מצטרף לכשלים שבבסיס הוראת השעה. יפים לענייננו דברי בית המשפט העליון בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 01.01.2024), בעמ' 329 :

"הבהילות בהליכי החקיקה של התיקון : חוק יסוד : השפיטה התגבש במשך שש שנים והתקבל ללא כל מתנגדים מקרב חברי הכנסת. התיקון לחוק היסוד נושא דיונו התקבל תוך כחודש, אך ורק בקולות חברי הקואליציה.

...

גם אם אין בפגם הליכי זה, כשלעצמו, כדי לפגוע בתוקפו של התיקון, הוא מצטבר לכשלים המהותיים שבבסיס התיקון לחוק היסוד."

152. הליך החקיקה המזוורז במקרה זה משקף את היעדר המידתיות שבהוראת השעה. על אף

חומרת הפגיעה בזכויות בסיסיות, לא התקיים דיון ענייני כלשהו, ולא נעשה ניסיון למצוא חלופות ראויות לפגיעה בזכויות.

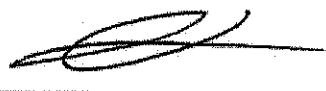
לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש ברישא, ולאחר קבלת תשובת המשיבים ליתן צו מוחלט.

כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות משפט של העותרים ובשכר טרחת עורכי דינם.

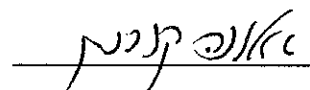
היום, 19.2.24



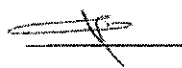
נדיה דקה, עו"ד




עדי לוסטיגמן, עו"ד



אלונה קורמן, עו"ד



חסן ג'בארין, עו"ד



אסנת כהן-ליפשיץ, עו"ד