

בבית המשפט העליון בירושלים

בג"ץ

1. רופאים לזכויות אדם – ישראל (ע"ר)
 2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (ע"ר)
 3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
 4. יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם
ע"י עוה"ד תמיר בלנק (מ.ר. 30016) ו/או עדי לוסינגמן (מ.ר. 29189)
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947
- נ ג ד -

העותרים

מדינת ישראל

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
צלחה אלדין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011

המשיבה

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המחייב את המשיבים לבוא וליתן טעם:
מדוע לא יקבע, כי תיקון (48) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשע"ה – 2015 (להלן: "התיקון
ו"הפקודה" – בהתאמה) בטל.

בית המשפט הנכבד מתבקש לאחד את הדיון בעתירה זו, עם העתירות שהוגשו כבר בעניין התיקון,
בג"ץ 5304-15 ובגץ 5441-15. העותרים דכאן קיבלו לידם מידע לגבי האמור בעתירות האמורות
ויבקשו להצטרף לחלק מהטיעונים הקיימים בעתירות האחרות.

א. הקדמה

התיקון שם עצמו כחקיקה שעניינה הצלת חיי אדם חולה השובת הרעב, אולם מהותו זה – rason
d'etre שלו היא שבירת שביתת רעב של אסירים והשתקת מחאתם.

התיקון עומד בסתירה לחוק זכויות החולה, ויוצר נורמה רפואית אחת לאסירים פלסטינים,
ונורמה רפואית אחרת לאנשים חופשיים ולאסירים יהודים.

התיקון עומד בסתירה לכללי האתיקה הרפואית וקורא לרופאים לעבור על כללי האתיקה והחוק
הבינלאומי, תוך הענקת חסינות במשפט הישראלי (אם כי לא בדין הבינלאומי).

התיקון מאפשר ואף מחייב קבלת החלטות טיפוליות רפואיות בכפוף לשיקולים בטחוניים
ופוליטיים.

המסגרת החוקית והאתית הקיימת בטרם התיקון מספקת מסגרת מתאימה להתמודדות עם
שביתות רעב, בהסתמכה על בניית יחסי אמון בין רופא למטופל. התיקון עוקף את הוראות חוק
זכויות חולה, המאפשר מרחב להצלת חיים גם בהיעדר הסכמה מדעת, וזאת בכפוף לתנאים
נוקשים בשל הצורך להגן על זכויות אדם בסיסיות. חוק זכויות החולה לצד השארת מקום
לשיקול דעת הרופאים וועדות האתיקה מקפיד להותיר מקום לאוטונומיית רצון המטופל, כולל
מטופל שובת הרעב.

שביתת רעב היא מוצא אחרון שבוחר בו אסיר, כאשר נכשלו כל האמצעים האחרים, כולל
הידברות עם הרשויות. עצורים ואסירים פלסטינים בוחרים לשבות רעב במחאה על מדיניות
והתנהלות שרירותית ופוגענית כלפיהם. המחאה של האסירים הפלסטינים נסובה בשנים

האחרונות נגד מדיניות המעצר המנהלי, ומדיניות הבידוד, העינויים, ולמען קבלת זכויות אדם בסיסיות כגון מניעת ביקורי המשפחה, טיפול רפואי לקוי ותנאי אחזקה לקויים ולא אנושיים נוספים. התיקון קודם כאמצעי לשבירת מחאת האסירים.

ב. העותרים

1. העותרת 1, עמותת רופאים לזכויות אדם (להלן: "רל"א") הינה עמותה רשומה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה לפעול להגנה וקידום זכויות האדם הנוגעות לבריאות בתחומי השליטה של מדינת ישראל, ובמיוחד סוגיית הנגישות והשוויון בשירותי הבריאות לקבוצות שונות. העמותה מהווה כתובת לעצירים ואסירים הפונים אליה לסייע להם במימוש זכויותיהם ולשיפור תנאי כליאתם והטיפול הרפואי בהם.
2. העותרת 2, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל הינו עמותה ציבורית רשומה בישראל, שעיקר עיסוקו במאבק משפטי וציבורי נגד עינויים ובהגנה על זכויותיהם של עצורים ונחקרים.
3. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט ע"ש לוטה זלצברגר ז"ל, עמותה המסייעת לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים שזכויותיהם הופרו על ידי ישראל ובכלל זה אסירים פלסטינים הכלואים בישראל.
4. העותרת 4, יש דין – הינו עמותת מתנדבים הפועלת משנת 2005 למען ביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית אשר נכבשו על ידי מדינת ישראל, וזאת, בין היתר, באמצעות חיזוק והעצמה של הליכי אכיפת החוק על אזרחים ישראלים ואנשי כוחות הביטחון, תוך מתן סיוע משפטי לתושבים המוגנים המתגוררים בגדה המערבית.

ג. הרקע לחקיקת התיקון לפקודה

ג.1. שביתות רעב בקרב אסירים פלסטיניים

5. בישראל כלואים בשגרה אלפי אסירים ועצירים פלסטינים. אסירים אלה מוגדרים בחלקם הגדול על ידי שירות בתי הסוהר כ'בטחוניים' וזאת על פי טיבה של העבירה והמניע הנטען לה. מדובר בהגדרה אדמינסטרטיבית של השב"ס ללא עיגון בחקיקה כלשהי¹. הרוב המכריע של עצורים אלה הינם תושבי שטחים, ירושלים המזרחית וישראל.
6. נכון לחודש אוגוסט 2015 מחזיקה ישראל ב- 5625 אסירים בטחוניים, מתוכם 3696 אסירים שנשפטו, 1795 עצורים הממתניים למשפט ו- 344 עצורים מנהליים².
7. לאורך ההיסטוריה נקטו אסירים ברחבי העולם בשביתות רעב ככלי במאבקם כנגד עוולות, תנאי כליאה, דיכוי ואי הכרה פוליטית וחברתית. המקרים הבולטים בשנים האחרונות הינם של מבקשי מקלט הנכלאים במדינות המערב, של עצירים ואסירים פוליטיים המוחים על כליאתם השרירותית, וכן של אסירים ועצירים המוחים כנגד העינויים שמופעלים נגדם. וזכורים אולי במיוחד, המקרים של מהאטמה גנדי³ והמחתרת האירית⁴.

¹ ראו פקודת נציבות בתי הסוהר מס' 04.05.00 "הגדרת אסיר בטחוני", וכן מרכז המידע של הכנסת <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03332.pdf>

² מתבסס על נתונים שנמסרו למוקד להגנת הפרט <http://www.hamoked.org.il/Prisoners.aspx>

³ מתבסס על דוח שב"ס משנת 2007 לגבי "אסירים בטחוניים הכלואים בשירות בתי הסוהר"
⁴ http://ips.gov.il/Items/05637/bitchonim_heb_2007.pdf ודוח רופאים לזכויות אדם "שביתות הרעב של

8. במהלך השנים, קיימו האסירים הפלסטיניים 'הביטחוניים' המוחזקים בבתי הכלא בישראל מספר שביתות רעב, כאשר, למעשה, מתום שנת 2011 ועד היום לא היה זמן נתון שבו לא התקיימה שביתת רעב של אסיר פלסטיני.

8.1 בין שביתות הרעב הבולטות⁵, ניתן לציין את השביתה הראשונה בשנת 1968 בכלא שכס, שביתה בשנת 1972 בכלא שקמה, אשר מטרתה היתה שיפור תנאי מחיה בסיסיים ובמהלכה ככל הנראה מת אחד השובתים, עבד אלקאדר אבו אלפחם, ככל הנראה כתוצאה של סיבוכי האכלה בכפייה. השביתה בשנת 1980 בכלא נפחא בדרישה לשיפור תנאי מחיה במהלכה מתו שני שובתים ראסם חלאווה, ועלי אלגעפרי כתוצאה של סיבוכי האכלה בכפייה. שביתות כלליות בשנים 1984 ו-1986 בתביעה להכרה בנציגי האסירים, אשר בעקבותיהם החל שב"ס לקיים שיחות עם דוברי האסירים, שביתה כללית בשנת 1992 אשר הביאה לשיפור תנאי המחיה בהסדר והכרה באוטונומיה מסויימת של האסירים באגף, שביתה בשנת 1995 בכלא נפחא, שביתה כללית של 10 ימים בשנת 1998 על רקע הגעתו של נשיא ארצות הברית לישראל, שביתה בשנת 2000 בימ"ר הדרים, שמטרתה שיפור התנאים בנושא הפרדות וביקורים, בעקבות השביתה הוקמה ועדת פרנבוך. שביתה כללית בשנת 2004 בעניין מחיצות זכוכית בביקורים, הכנסת טלפונים והפסקת חיפושים בעירום. השביתה נמשכה 19 ימים ולא הביאה לתוצאות.

8.2 בשנת 2011 התקיימה שביתת רעב של כ-300 אסירים פלסטיניים למשך כ-25 ימים במחאה על תנאי כליאה⁶.

8.3 חדר מוסא עדנאן⁷ - ביום השני למעצרו ה-18.12.11 פתח עדנאן בשביתת הרעב הממושכת ביותר עד לאותה עת בהיסטוריית שביתות הרעב של האסירים הפלסטיניים, וזאת במחאה על מעצרו המנהלי. לאחר 66 ימים של שביתה הושגו הבנות שהובילו להפסקת שביתתו ולשחרורו ביום 17.4.12. השפעת מאבקו הממושך, ושחרורו של ח'דר עדנאן החזירה לסדר יום הציבורי את סוגיית השרירותיות שבמעצרים מנהליים. שמונה עצירים מנהליים פתחו בשביתות רעב ממושכות לאחר שעדנאן שוחרר. בשנת 2015 שוב נעצר עדנאן במעצר מנהלי ופתח בשביתת רעב שנמשכה כ-55 יום. בתום השביתה שוחרר ביום 12.7.15.

8.4 ביום 17.4.12, יום האסיר הפלסטיני, פתחו כ-1600 אסירים פלסטיניים בשביתת רעב המונית. דרישות השובתים כללו: הוצאת אסירים פלסטינים מבידוד, חידוש ביקורי משפחות מרצועת עזה והפסקת חיפושים גופניים בערום. השביתה הסתיימה ביום 14.5.12 בתיווך מצרים. ההסכם שהביא לסיום שביתת הרעב

אסירים פלסטיניים בבתי הכלא בישראל: בין אתגרים פוליטיים ומוסריים לאתגרים רפואיים ואתיים בטיפול בשובתי רעב | אפריל 2013

⁵ מתבסס על דוח שב"ס משנת 2007 לגבי "אסירים בטחוניים הכלואים בשירות בתי הסוהר"

http://ips.gov.il/Items/05637/bitchonim_heb_2007.pdf ודוח רופאים לזכויות אדם "שביתות הרעב של אסירים פלסטיניים בבתי הכלא בישראל: בין אתגרים פוליטיים ומוסריים לאתגרים רפואיים ואתיים בטיפול בשובתי רעב | אפריל 2013"

⁵ מתבסס על דוח שב"ס משנת 2007 לגבי "אסירים בטחוניים הכלואים בשירות בתי הסוהר"

http://ips.gov.il/Items/05637/bitchonim_heb_2007.pdf ודוח רופאים לזכויות אדם "שביתות הרעב של אסירים פלסטיניים בבתי הכלא בישראל: בין אתגרים פוליטיים ומוסריים לאתגרים רפואיים ואתיים בטיפול בשובתי רעב | אפריל 2013"

⁶ <http://www.phr.org.il/default.asp?PageID=37&ItemID=1296>

⁷ <http://phr.org.il/default.asp?PageID=37&ItemID=1380>

בשיתוף השב"כ, שב"ס והמשרד לביטחון פנים כלל הבנה, שיש לצמצם את כלי המעצר המנהלי ולהפעילו במקרים חריגים ביותר בלבד, כלומר לפעול על פי הדין הישראלי המצוי. בעקבות שביתה זו הואצו ההליכים לחקיקת החוק הנוכחי.

8.5. ביום 24.4.14 פתחו כ-80 עצירים מנהליים (מתוך כ-190) בשביתת רעב במחאה על מעצרים ללא משפט. ביום 8.5.14 הצטרפו לשביתה כ-25 עצירים מנהליים נוספים וכן וכמה אסירים אחרים, בתאריך 11.5.14 נמנו כ-130 שובתים. ביום 9.6.14 אמר בדיון בכנסת ח"כ אופיר אוקוניס בשם המשרד לביטחון פנים, כי יש נמנו 243 שובתים מתוכם 72 מאושפזים בבתי חולים⁸. אף לא אחד מהאסירים נפגע באופן ממשי במהלך השביתה.

8.6. מחמד עלאן - עלאן, בן 31, עורך דין במקצועו, נעצר בנובמבר 2014 והוחזק במעצר מנהלי במשך כתשעה חודשים. הוא החל בשביתת רעב במחאה על חידוש צו מעצרו המנהלי ביוני 2015. מוחמד שבת רעב, לפי מודל שביתות הרעב באירלנד; הוא קיבל מים בלבד ללא מלחים וללא ויטמינים, וסרב לבדיקות רפואיות וטיפולים. לאחר הדרדרות במצבו ואבדן הכרה, הוא טופל באוגוסט 2015 בבתי החולים סורוקה וברזילי ומצבו השתפר. לאחר שהובהר, כי נגרם לו נזק מוחי, הורה בג"ץ על הקפאת צו המעצר המנהלי כנגדו ביום 19.8.15 (בג"ץ 5580/15 עלאן נ' שירות הביטחון הכללי).

2.ג. הטיפול בשובתי רעב בישראל – המצב עד התיקון לפקודה

9. כאמור לעיל, בישראל ארעו מספר לא מבוטל של שביתות של אסירים עד היום. שביתות אלה טופלו ומטופלות באמצעים הרבים הקיימים בידי השב"ס ובתי החולים ולא הצריכו חקיקה ספציפית מיוחדת נוספת.

10. שביתת רעב נחשבת כעבירת משמעת על פי סעיף 56(8) לפקודה, העוסק באסיר ש"סירב לאכול לחם חוקי". כמו כן שביתת רעב יכולה להיות גם עבירת משמעת על פי סעיפים 56(11) ו-56(41) לפקודה העוסקים בהשחתת מזון ופגיעה במשמעת.

11. השב"ס קבע פקודת נציבות מיוחדת העוסקת בשביתת רעב של אסירים (פקודת נציבות 04.16.00 עדכון מיום 19.1.05)⁹. הפקני"צ מגדירה שביתת רעב כסירוב לאכול 4 ארוחות (24 שעות). בפקודה מנויים לאחר 24 שעות (4 ארוחות). הפקני"צ מעניקה שלל כלים לשב"ס לטפל בשובתי רעב הן בהיבט המשמעת, תוך שלילת זכויות והטבות שונות כגון טיולים, ביקורים וכדומה והעמדת השובתים לדין משמעת. כמו כן מפרטת הפקני"צ את אופן הטיפול והמעקב הרפואי הנחוצים במקרה של שביתת רעב.

12. חוק זכויות החולה, תשנ"ו – 1996 החל גם על אסירים, קובע, ככלל, בסעיף 13, כי טיפול רפואי ינתן בכפוף להסכמה מדעת. כחריג לכלל ההסכמה, קובע חוק זכויות החולה בסעיף 15 הוראות המאפשרות טיפול ללא הסכמה, בהתקיים מכלול של תנאים ובכפוף לבחינתה של וועדת האתיקה של אותו ממסד רפואי העומד לבצע טיפול זה.

⁸ דברי הכנסת ה-19, ישיבה 142, 9.6.14 עמ' 35

⁹ <http://www.shabas.gov.il/Uploads/Commands/PDF/352.pdf>

13. יתר על כן, החוק מתייחס גם למקרים בהם המטופל מתנגד לטיפול ומאפשרו בתנאים מסויימים תוך מתן משקל לערך הרצון והאוטונומיה של החולה. כך קובע סעיף 15(2) לחוק:

(2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:

- (א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;
- (ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;
- (ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע.

ובהמשך, סעיף 15 (3) מאפשר מתן טיפול ללא הסכמה במצב חירום רפואי.

14. חוק זכויות החולה נותן ביטוי להגנה המוגברת על האוטונומיה והכבוד של הפרט, והוא מעגן את זכותו של החולה שלא להיות נתון לטיפול רפואי כפוי ופטרונני (ראו, דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11(2009), 32).

15. הכלים הקיימים היום, לאחר חקיקת חוקי היסוד, וחוק זכויות החולה, בידי השב"ס וגורמי הרפואה הצליחו להביא, כפי שתואר לעיל, לסיום השביתות של האסירים הבטחוניים בלא הזנה ו/או טיפול בכפיה, ובלא שהדבר גבה את חייהם של אסירים ובלא שהתערערו אמות הסיפין¹⁰.

16. דווקא במקרים בהם הוחלט על טיפול כפוי, אירעו מספר מקרי מוות. כך היה בשביתה של 1972, במהלכה מת עבדאלקאדר אבו אלפחם. בשנת 1980, עוד בטרם חקיקת חוק זכויות החולה, הוחלט על טיפול של הזנה בכפיה, לצורך מאבק בשביתה בכלא נפחא וגם בשביתה זו מתו שני שובתים.

ד. הליך החקיקה

ד.1. השלב הראשון – עד אפריל 2014

17. כאמור לעיל, בשנת 2012 בעקבות שביתת הרעב ההמונית ושביתות העצירים המנהליים, החלו במשרד המשפטים לגבש חקיקה בעניין הזנה וטיפול בכפיה של אסירים שובתי רעב.

18. ביום 7.8.13, או בסמוך לכך, הופצה טיוטת תיקון הפקודה אל המועצה הלאומית לביואתיקה, להסתדרות הרפואית בישראל ולסניגוריה הציבורית. במכתב המשנה ליועמ"ש (פלילי) עו"ד רז נזרי מיום 7.8.13 הנלווה לטיוטת הצעת החוק, נכתב, כי הרקע להצעה הוא שביתות הרעב בקרב אוכלוסייה האסירים הביטחוניים בשנת 2012. במכתב התבקשו הגורמים אליו מוען, להעיר את הערותיהם עוד לפני הפצת תזכיר חוק רשמי. בהמשך נראה, כי למרות התנגדות כל הגורמים אליהם מוען המכתב, קודם התיקון ואושר בכנסת, כאשר במהותו הוא זהה לטיוטא, עם שינויים פרוצדוראליים בשוליים.

¹⁰ ראו, למשל, אודות הטיפול בשביתת הרעב בשנת 2004, במהלכה לא נפגע איש, בדיון שנערך בוועדת הפנים של הכנסת ביום 6.9.04. במהלך דיון זה ציין היו"ר ח"כ יורי שטרן " אנחנו תקווה שלא תפרוץ עוד שביתה ושתדעו גם לענות לדרישות המוצדקות או לתלונות המוצדקות של האסירים בבוא מועד ולא בדיעבד או לאחר שהם נוקטים בצעדים שיש בהם סיכון לבריאותם ולתפקוד הנכון של המערכת".

19. בתחילת שנת 2014 הופץ תזכיר רשמי של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מניעת נזקי שביתת רעב), תשע"ד – 2014 (להלן: "התזכיר"). בתזכיר החוק נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים:

ב. מטרת החוק המוצע והצורך בו

במהלך שנת 2012 התרחשה תופעה של שביתות רעב בהיקף גדול, בקרב אסירים ועצורים ביטחוניים, בבתי הסוהר בישראל. תופעת שביתות הרעב בקרב אסירים איננה חדשה, וגם בשנים קודמות התמודד שירות בתי הסוהר עם נושא מאתגר זה, בדומה למדינות רבות נוספות שהתמודדו עם התופעה. שביתות הרעב בשנת 2012 התאפיינו הן בכך שהשתתפו בהן מספר גדול של אסירים, והן בכך שחלק מן האסירים המשיכו בשביתת הרעב למשך פרק זמן ממושך, אשר בחלק מהמקרים הגיע עד כדי סיכון חיייהם. מצב דברים זה חייב את שירות בתי הסוהר, וכן את המערכת הרפואית והמשפטית, להידרש לנושא על היבטיו השונים באופן מעמיק, ולבחון את דרכי ההתמודדות הראויות והמתאימות נוכח מצבים של שביתות רעב מתמשכות...

בפסקה זו צף ועולה, בברור, כי החוק מכוון כלפי אסירים מסוג אחד בלבד, פלסטינים והוא חוק פוליטי. מדובר במפורש על חוק כנגד לאום מסויים, ואין בינו לבין דאגה לבריאות האסירים כמעט כלום.

20. בתזכיר צויין גם, כי:

.... שאדם שנעצר בהחלטה שיפוטית או מינהלית, או נאסר בעקבות גור דין של בית המשפט (לצורך מסמך זה, שניהם ייכללו במונח "אסיר") – נתון במשמורת חוקית, ומכוחה חלק מזכויותיו נשללות או נפגעות, ובראשן הזכות לחירות, והאוטונומיה המלאה על חייו ועל גופו. אדם המוחזק במשמורת חוקית נמצא באחריות המדינה, באמצעות זרועה הארוכה – שירות בתי הסוהר, הנושא באחריות הישירה לשמירה על חייו, בריאותו, שלומו ורווחתו של האסיר.

.... הוראות סעיף 322 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977¹¹, בו נקבע כי: "מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו... חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, ולדאוג לבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה".

21. התזכיר ממשיך וגורס:

יחד עם זאת, עקרון יסוד הנוגע למעמדם של אסירים, הוא כי המאסר אינו שולל מהם אלא את אותן זכויות אשר אינן עולות בקנה אחד עם מהות המאסר. שאר הזכויות והחירויות עומדות על תילן גם בין חומות בתי הסוהר...

דווקא לאור חירותו המוגבלת של האסיר, יש לזכור כי גם הכלים העומדים לרשותו לצורך הבאת מחאה או קידום ענייניו הם מוגבלים, ועל כן זכותו לחופש ביטוי מקבלת משנה חשיבות, ויש לאפשר לו, ככל הניתן, לבטא את עמדותיו ורצונותיו...

¹¹ האזכור של סעיף 322 לחוק העונשין, הוא בכל הכבוד, שלא ממין העניין. החובה המוטלת על הרשויות באשר לאסיר הינה "לספק לו את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו". מובן שב"סיפוק צרכי מחייתו" טמונה החובה לספק את המזון אך מכאן לא נגזרת החובה להזין בפועל את האסיר שמסרב לכך. כך גם באשר לדאגה לבריאותו – מובן שדאגה זו הינה בכפוף לכל דין ובהקשר זה לחוק זכויות החולה.

22. התזכיר מציין, כי סעיף 15 לחוק זכויות החולה נועד להתמודד עם מצבים מורכבים וחריגים כגון זה של דילמה בין טובת החולה לבין רצונו, ולקבוע הנחיות בדבר מתן טיפול רפואי ללא הסכמת המטופל. התזכיר מציין, כי במהלך שביתות הרעב פועלים הגורמים הרלבנטיים בהתאם לסעיף זה, וזאת בהסתמך על סעיף 27 לחוק זכויות החולה המחיל את הוראותיו על כוחות הביטחון והשב"ס בכללם.
23. על פי התזכיר נטען, כי שביתת רעב היא מצב רפואי ייחודי, משום שהוא תוצאה של התנהגות רצונית של המטופל. לכך ניתן להשיב, כי מקרים רבים ברפואה נובעים מהתנהגות רצונית של המטופל, התנהגות המביאה להרעה קשה במצבו כגון עישון כבד המוביל לשלל מחלות, בחירות תזונתיות ושל סגנון חיים המובילות להשמנת יתר ושלל מחלות. כמו כן לא ברור מדוע תכונה זו של שביתת רעב רלבנטית לאופן הטיפול הרפואי הדרוש, או זה שינתן בשונה משאר המצבים הרפואיים.
24. טענה נוספת העולה בתזכיר הינה, כי הבחירה בהימנעות מאכילה היא לצורך השגת תכלית במישור האישי או הפוליטי. ביחס לכך יטענו העותרים, כי לא ברור מדוע יש לבחון את המניע של הבחירה בהעדר טיפול/אכילה ולא את הבחירה עצמה ותוצאותיה הרפואיות. ההתייחסות למניע ממחישה שוב את התכלית שביסוד התיקון, למנוע מאסירים פלסטינים למחות ולמנוע כל אפקט מצטבר של מחאה זו בתוך ומחוץ לכלא, ולא דאגה רפואית לאסירים השובתים או לבריאותם.
25. מנסחי התזכיר מודים, כי "הרשות אינה יכולה לכפות על השובת להפסיק את שביתת הרעב, מבלי שהדבר ייחשב כפגיעה חמורה בחירות הפרט שלו", אולם אינם מצליחים ליישב בהצלחה קביעה זו עם החלטתם לפגוע באופן חמור ובוטה כל כך בחירות פרט זו על ידי טיפול בכפייה תוך התחשבות בשיקולים לבר רפואיים.
26. התזכיר טוען, כי פן ייחודי נוסף הקיים במצב של שביתת רעב הינו, ששובת הרעב איננו מבקש למות, זו אינה תכלית השביתה. לעניין זה יציינו העותרים, כי אמנם האבדן העצמי אינו תכלית השביתה, אולם ההתמדה בשביתה והסירוב לטיפול הוא הבעת עמדה ברורה כי השובת מוכן למות וזוהי בחירתו.
27. התזכיר גורס, כי עצם היות השביתה סוגיה פוליטית, מחייבת מענה במסגרת חוק מיוחד, מחוץ לחוק זכויות החולה. גם כאן לא ברורה הקפיצה הלוגית בין הסוגיה הכללית לבין הצורך בטיפול ספציפי בחולה/שובת, לבד מהעמסת עניינים פוליטיים והכפפת שיקולים רפואיים לשיקולים פוליטיים, דבר שאסור שיעשה.
28. בהמשך מאזכר התזכיר את הצהרת טוקיו משנת 1975¹² והצהרת מלטה משנת 1975¹³ של איגוד הרפואה העולמי ה-WMA, אולם שולל ללא נימוק משכנע או מבוסס את האמור בהן, בדבר איסור מפורש על רופאים להשתתף בהזנה בכפייה, אשר נחשבת כעינוי/יחס בלתי אנושי ומשפיל.

¹² World Medical Association, Declaration of Tokyo – Guidelines for Physicians Concerning Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment (revised, 2006)

¹³ World Medical Association, Declaration of Malta on Hunger Strikes (revised, 2006)

29. התזכיר מוסיף ומאזכר את הנחיות משרד הבריאות בכותרת "תדריך לטיפול רפואי בשובת רעב (כולל עצירים ואסירים)", אשר פורסמו באפריל 2012¹⁴. התזכיר מציין, כי לטעמם של מנסחי החוק, גם בתדריך זה, המאפשר פעולות מסוימות בניגוד לרצון החולה השובת, אין די. הדבר מנוגד לאמור בתדריך עצמו, אשר באותה עת גרס, כי הוא "אינו מחיל על נושא זה כללים שונים מהחוק הרגיל אלא נועד להביא להכרה טובה של ההיבטים הקליניים בטיפול בשובתי רעב, ושל הכלים הקיימים בחקיקה בעניין זה...". והדברים מדברים בעד עצמם. כלומר גם משרד הבריאות סבר, לפחות בשנת 2012, כי די בכלים החוקיים הקיימים כדי להתמודד עם שביתות רעב.

"נספח ג" תזכיר התיקון לפקודה מצ"ב כנספח "ג"

2.ד. האצת החקיקה בנוסח הקיים בצל שביתת העצירים הפלסטינים ואירוע חטיפת הנערים

30. ביום 24.4.14 החלה שביתת רעב של עצירים מנהליים פלסטיניים שנמשכה 28 ימים. שביתה זו הביאה להאצה של הליך החקיקה וניסיון להשלים אותו בחופזה בלא דיון מעמיק, תוך שאיפה להגיע למטרה של שבירת השביתה. נוסח התיקון שהתקבל לבסוף, הוא תולדה של אותו הליך חקיקה חפוז תחת לחץ אותה שביתה.

31. ביום 18.5.14 אישרה ועדת השרים לענייני חקיקה את הצעת החוק וביום 9.6.14 היא פורסמה ברשומות¹⁵ ועברה בקריאה ראשונה בכנסת¹⁶. דברי ההסבר של הצעת החוק חוזרים, בעיקרם, על הדברים שנאמרו בתזכיר החוק. נוסח ההצעה אף הוא זהה במהותו לנוסח שצורף לתזכיר.

32. ביום 12.6.14 נחטפו שלושה נערים בגדה. עוד טרם נודעה והוכרזה בוודאות חטיפתם וגורלם, התקבעה ההנחה, כי הנערים נחטפו על ידי ארגון החמאס והדבר הביא לגל של גינויים, וכן האצה נוספת של תהליך החקיקה. ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת קבעה מרתון דיונים דחופים בימים 16-18.6.14, אשר במהלכם בהליך חפוז ומואץ אושר נוסח החוק להעברה למליאת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית¹⁷. במהלך הדיונים חלו מספר שינויים בנוסח החוק, שינויים אשר אינם משנים ממהותו, המאפשרת האכלה בכפוף לכפוף לשיקולים חוץ – רפואיים, תוך מתן חסינות לרופאים ומטפלים והצגת ראיות חסויות.

"נספח ד" נוסח התיקון לפקודה אחרי הדיון בוועדת הפנים ב- 18.6.14 (עם מחיקות) מצ"ב כנספח "ד"

33. התיקון לפקודה הובא לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת ביום 30.6.14, אולם ביום זה נמצאו גופות הנערים החטופים והדיון לא התקיים עד לפיזור הכנסת ביום 8.12.14.

¹⁴ למיטב הבנת הח"מ ולאחר חיפוש במאגרים, ההנחיות הוסרו מאתר משרד הבריאות מסיבה לא ברורה, אולם לא ידוע לח"מ שהן בוטלו.

¹⁵ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתת רעב), תשע"ד – 2014, הצ"ח ממסלה 870, 9.6.14

¹⁶ דברי הכנסת ה-19, ישיבה 142, 9.6.14

¹⁷ ראוי לציין, כי השר יאיר שמיר, אשר הציג את עמדת הממשלה בדיון בקריאה הראשונה סבר, כי בשל מהותו של החוק, יש לדון בוועדת החוק חוק ומשפט ולא בוועדת הפנים. ראו ד"כ 19, ישיבה 142, 9.6.14 בעמ' 98

34. עם כינוס הכנסת ה- 20 הוחל על החוק דין רציפות ביום 6.7.15. בכנסת הנוכחית התקיימו שלושה דיונים בוועדת הפנים בעניין החוק וביום 30.7.15 הוא התקבל ברוב של 46 ח"כ לעומת 40 מתנגדים.

3. ד. סיכום לעניין תכלית החוק ומהותו

35. מכל האמור לעיל, ומלשון החוק עצמו, ברור כי הטעם העיקרי לתיקון הינו ניסיון למנוע הישגים הסברתיים-פוליטיים של האסירים ולמנוע מחאתם. הדברים ברורים על פניהם וגם נאמרו על ידי גורמים שונים במפורש. טעמים נוספים הם ענישתיים ואזכור ערטילאי של בטחון המדינה.

36. כך, למשל, בפתח הדיון בוועדת הפנים ביום 16.6.14 הסביר השר לביטחון פנים דאז יצחק אהרונוביץ', כי "מטרת החוק היא למנוע מהאסירים או מארגוני פח"ע להפעיל לחץ על מדינת ישראל באמצעות שביתת הרעב. אני אומר את זה בצורה ברורה וחדה¹⁸. כך השר הנוכחי לביטחון פנים גלעד ארדן, בישיבת ועדת הפנים מיום 14.7.15 אומר "... השימוש בכלי של שביתת רעב היה נפוץ יותר אצל אסירים ביטחוניים שלמעשה רצו להשיג על ידי השביתה הזאת את שחרורם, או להפעיל איזה שהוא לחץ על גורמי החוק במדינת ישראל לקבל איזה שהן זכויות או טובות הנאה שלא היו מגיעות להם. אנחנו לא סבורים שצריך לאפשר זאת"¹⁹. כך עו"ד יואל הדר שהתבטא בישיבת ועדת הפנים מיום 16.6.14: "אנחנו נותנים את הזכות הזאת, אבל עד שזה מתנגש עם זכות אחרת, שלדעתנו היא יותר מאשר הזכות הזאת. המטרה שלנו שהזכות האחרת, שהיא ביטחון הציבור, לא תאפשר לאסיר להשיג את המטרה שלו בפגיעה בביטחון הציבור או בביטחון מה שקורה בתוך הכלא. לכן אלו הזכויות המתנגשות. כל עוד המצב שלו מאפשר את זה אנחנו נותנים לו את זכות המחאה"²⁰. ועוד התבטאויות רבות ודומות, כולל במסמכי הכנת החוק עצמם. אולי חמורה מכל היא התבטאות של השר ארדן במהלך ישיבת ועדת הפנים ביום 14.7.15, בה ציין: "אדוני היו"ר, הייתי מציע גם להקרין בהמשך השבוע איך נראים נפגעי הטרור שחלק מהאנשים ששובתים רעב היו מעורבים. זה כדי לאזן את התמונה.", התבטאות המצביעה על נקמנות ושימוש בחוק כדי לפגוע ולהעניש שובתי רעב שביצעו פעולות כנגד ישראל.

37. התהליך המתואר בחוק המביא לטיפול כפוי (כולל הזנה בכפיה), מתחיל בחוות דעת של רופא, וממשיך בפניה של השב"ס לבית המשפט המחוזי.

38. חוות דעתה של ועדת האתיקה של המוסד המטפל היא גורם ממליץ בלבד, ואין חובה לקבל כלל המלצה ממנה אם הנושא דחוף.

39. החוק קובע במפורש, כי הוא גובר על הוראות סעיפים 13 ו-15 לחוק זכויות החולה, ומאין אותם בקשר לאסירים שובתי רעב. השיקולים אליהם מופנה בית המשפט בעת קבלת החלטתו בנוגע לטיפול כפוי: אחריות השב"ס לבריאות האסיר, המצב הרפואי והנפשי, סיכויים וסיכונים בטיפול אופיו ומידת פולשנותו, עמדת האסיר, טיפול דומה בעבר, וכמו כן "חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמור בבטחון המדינה, ככל שהובאו בפניו ראיות לעניין זה". ראיות אלה יהיו על פי לשון החוק חסויות. בתום התהליך ניתן יהיה להשתמש

¹⁸ פרוטוקול 306 מיום 16.6.14 של ועדת הפנים

¹⁹ פרוטוקול 26 מיום 14.7.15 של ועדת הפנים

²⁰ פרוטוקול 308 מיום 16.6.14 של ועדת הפנים

בכוח כדי ליתן את הטיפול והוא יוכל להיעשות בכל מקום, לאו דווקא בבית חולים. החוק קובע חסינות למבצע "הטיפול" ולמוסד הרפואי מפני תביעה בנוזקין.

40. הננו רואים, כי הטעמים של "בטחון המדינה" ו"חיי אדם" (שאינו האסיר עצמו) הם אך מסווה כנגד האסירים, והתיקון נועד למנוע שימוש בכלי הכמעט האחרון בידיהם במאבק זה. לטעמנו תכלית זו אינה יכולה להצדיק, בשום פנים, פגיעה קשה בכבוד האדם של האסיר. מאבקים הסברתיים-פוליטיים מנהלים בכלים של הסברה ושל דיון ציבורי ושל בחינה למדיניות כנגדה מוחים – ולא באמצעות פגיעה כה קשה בכבוד האדם.

ה. יישום החקיקה ובשלות

41. עתירה זו מוגשת בטרם נבחן התיקון הלכה למעשה ובטרם יושם. גם בעניינו של שובת הרעב מוחמד עלאן, שעלה לאחר קבלת התיקון, בחרו המשיבים, מסיבות השמורות עמם, שלא להפעיל את ההליכים הקבועים בתיקון.

42. העותרים מודעים לכך, שבתיקון נקבעו מנגנונים, כולל מנגנונים המפעילים ביקורת שיפוטית על החלטת המשיבים בדבר הזנה בכפיה וכן לאפשרות התיאורטית של תקיפה עקיפה של החקיקה במהלך הליכים אלה. יחד עם זאת, העותרים סבורים, כי הזמן והמקום לדון בתיקון הוא כעת, גם אם טרם יושם ובודאי שלא בלחץ הזמן הקצר ביותר הקבוע בהליכים הקבועים בחוק עצמו, ונסביר.

43. לאחרונה נדונה בהרחבה דוקטרינת "הבשלות" בבג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.14) ושם סוכמו ההלכות בעניין זה בעיקר בחוות הדעת של כבוד הנשיא גרוניס:

ייחודה של עילת הבשלות הוא בהערכה של נקודת הזמן בה ראוי שבת המשפט יבחן סוגיה נתונה. המצב הקלסי בו מתעוררת שאלת הבשלות הוא כאשר עותרים מבקשים מבית המשפט – כפי שארע בעתירות שלפנינו – לבחון חקיקה או חקיקת משנה שטרם יושמו על ידי הרשות המבצעת....

ההצדקה המרכזית ביסוד השימוש בעילת הבשלות היא למנוע מצב בו בית המשפט מכריע בעניין שתוצאותיו או היקף פרישתו אינם ברורים דיים...

.... דוקטרינת הבשלות נועדה לשימוש במיוחד, אך לא רק, במצב שבו החוק הנבחן "על פניו" אינו מעורר פגיעה חוקתית, ולא ניתן לקבוע, מבלי שהחוק ייושם, אם יש בו כדי לפגוע בזכות חוקתית...

... ישנם חוקים שמעצם טיבם מעוררים פגיעה חוקתית ולפיכך, אינם מצריכים יישום עובדתי לשם בחינת חוקתיותם. ... השאלה אם קיימת תשתית עובדתית מספקת במסגרת השלב הראשון של בחינת הבשלות אינה בבחינת נייר לקמוס המניב תוצאה חד משמעית. הדבר תלוי, כאמור, בשורה של גורמים, ובהם: הוראות החוק הנבחן, היקפה של התשתית העובדתית שנפרשה לפני בית המשפט, טיבה ועוצמתה של הפגיעה הנטענת ומרחב התמרון שניתן לרשות המבצעת ביישום החוק.

המסקנה כי התשתית העובדתית אינה מספקת לשם דיון בעתירה לגופה היא רק השלב הראשון בבחינת הבשלות. כאמור, יש להוסיף ולבחון האם ישנם טעמים המצדיקים את בירור העתירה...

האפקט המצנן יכול ללוש צורות נוספות, העשויות להצדיק דיון בעתירה שטרם בשלה. כך, יש מקום לבחון דיון בעתירות אם המתנה של בית המשפט ליישום החוק תחשוף את העותר לסיכון כלשהו (ובכלל זאת, לסנקציה כלשהי) או תחייב אותו להפר את החוק...

בדומה, ייתכן שמבחינה מעשית, בשל טיבו של העניין הנדון, אין נקודת זמן שבה העתירה תהא בשלה, ודיון בה לעולם יהיה מוקדם מדי או

מאוחר מדי (ראו, בעניין זה Tribe, בעמ' 344-350. עוד ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 249-250 (1999)). רביעית, בבואו להכריע אם לדון בעתירה שאינה בשלה, על בית המשפט לשקול אם קיים אינטרס ציבורי ממשי בבירור העתירה.

לסיכום, אם כן, נראה כי יש מקום להחיל במשפטנו מבחן דו-שלבי להערכת בשלותה של עתירה לדיון. בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או אם נדרש יישום של החוק כדי להשיב על השאלה. בשלב השני נדרש בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף היעדרה של תשתית עובדתית מספקת. בעניין זה עשויות להיות נסיבות שונות, ועמדנו על חלקן לעיל.

44. כבוד השופט גיבוראן (שהיה בדעת מיעוט לגבי תוצאת ההחלטה, אם כי לא בהכרח לגבי ההנמקה) הוסיף:

בהקשר זה, ציינתי בעבר כי שני שיקולים צריכים לעמוד בפני בית המשפט בבואו לבחון טענת אי בשלות (ראו: התייחסות דומה בפסקה 18 לחוות דעתו של חברי הנשיא גרוניט, במסגרת השלב השני להערכת בשלות עתירה לשיטתו). ראשית, יש לאמוד את עצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לפרט אם לא תבורר העתירה, במיוחד כאשר נדונות זכויות יסוד חוקתיות של הפרט. שנית, יש לבחון אם ישנו הליך חלופי לבירור יעיל יותר של הטענות (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (23.2.2012) (להלן: פרשת נ"ר); דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פסקאות 13 – 17 לפסק דיני (14.4.2013); ראו: גם בפסקה 54 לפסק דינה של המשנה לנשיא נ' [אודר באותה הפרשה]).

45. וכבוד השופטת חיות העירה:

הנה כי כן ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה בישראל אינה כרוכה בהכרח בשאלת אופן יישומו, אם כי ייתכנו בהחלט מקרים אשר בהם החוק נחזה להיות חוקתי על פניו ורק האופן שבו הוא מיושם חושף את אי החוקתיות שבו.

46. יישום המבחנים לעניין הבשלות שנקבעו בפרשת סבח רק לאחרונה, מלמד, כי המקום והזמן לדון בחוקתיות התיקון, הוא פורום נכבד זה ובעת הזו.

47. מדובר בתיקון ברור, הקובע הוראות ברורות לגבי אופן יישומו. יישום התיקון פוגע באופן קשה בזכויות חוקתיות, הנמצאות בלב גרעין זכויות האדם, הזכויות לאוטונומיה, לשוויון, לביטוי, להגנה על הגוף והנפש. דחיית הדיון והמתנה ליישומו עלולה להעמיד רופאים, ומטפלים מול מצב בו הם נדרשים, גם אם לא מחויבים, לבצע מעשה שעלול להוות עינוי ועלול להוות מעשה שאינו חוקתי ואף פלילי וכן להיות חשופים להעמדה לדין מחוץ לישראל, גם אם בתוכה הם יפעילו כנגדם את האמצעים המנויים בחוק ובכך מעמידים אותם במצוקה קשה. יישום התיקון בפועל על אסירים עלול לחשוף אותם לעינויים, או לפגיעה בלתי חוקתית בזכויותיהם, פגיעה שהינה בלתי הפיכה.

48. באשר לאפשרות של תקיפה עקיפה, הרי מדובר על הליך שיפוטי אמור לארוך סדר גודל של ימים ספורים, וזאת גם בהתחשב בכך, שהוא נפתח כאשר הרופאים סבורים כי יש דחיפות רפואית ומצבו הרפואי של האסיר חמור. במצב כזה קשה מאוד לקיים דיון אמיתי ורציני בסוגיה נכבדת כזו.

1. עמדת רל"א וארגוני זכויות נוספים כפי שהובעה במהלך הליך החקיקה

49. בחודש יולי 2013 פנתה רל"א ליועץ המשפטי לממשלה על רקע הידיעות בתקשורת בדבר קידום הצעת חוק להאכלה בכפייה של אסירים פלסטיניים. בפניה זו הובהר הקושי האינהרנטי בהסדרת נושא רפואי על ידי גופי הביטחון והכפפת שיקולים רפואיים לשיקולים חוץ-רפואיים. כמו כן הובהר, כי האכלה בכפייה מנוגדת לאתיקה ונחשבת כיחס בלתי אנושי ומשפיל ועולה כדי עינויים. הוסבר, כי נציגי הרופאים בארץ ובעולם מתנגדים לפרקטיקה זו.

"נספח ה" מכתב רל"א ליועמ"ש מיום 15.7.13 מצ"ב כנספח "ה"

50. בתגובה למכתב רל"א מיום 15.7.13, כתב עו"ד רוז נורי, המשנה ליועמ"ש (פלילי) ביום 2.9.13, כי טיוטת הצעת החוק הועברה להתייחסות של גופים האמונים על סוגיות של אתיקה רפואית (הרי"י והמועצה הלאומית לביאותיקה), לצורך קבלת התייחסותם. כמו כן הודה עו"ד נורי, כי שב"ס (כלומר הגורם הבטחוני שאינו רפואי) שותף לגיבוש ההצעה ומייצג את "האינטרס לשמור על חייהם של הכלואים ועל בריאותם". עו"ד נורי טוען, כי מדובר בסיטואציה שאינה עניין פרטי שבין המטופל ורופאיו. עו"ד נורי מודה, כי הצעת החוק מסמיכה את בית המשפט להורות על האכלה בכפייה. עו"ד נורי סבור, כי, לטעמו, האכלה בכפייה במתווה של התיקון לפקודה לא תחשב כעינוי.

"נספח ו" מכתב המשנה ליועמ"ש מיום 2.9.13 מצ"ב כנספח "ו"

51. בתגובה לתזכיר החוק ולהצעת החוק, העביר רל"א את התייחסותו ליועמ"ש ביום 16.2.14. בהתייחסות זו נאמר:

עמדתנו היא כי פתרונה של מורכבות פוליטית עבור הרשויות אסור שיעבור דרך כפייה והפרות אתיות של צוותי רפואה. ביקורתנו תקפה לכל נוסח שיתיר האכלה בכפייה ויעמוד בסתירה או יפתח פתח להפרה של האמנות הבינלאומיות והחקיקה הקיימת בישראל.

באשר לדאגת הרשויות המקדמות את הצעת החוק לנוקים בריאותיים העלולים להיגרם לשובתי רעב, דאגה זו היתה יכולה להיות כנה לו היתה נעדרת אמצעי כפייה, ולו לא הייתה נסתרת על ידי מציאות בה מתקיימת התעלמות מצרכיהם הבריאותיים של כלואים בישראל בכלל ושל אסירים פלסטיניים בפרט. כזכור, אלה האחרונים שבתו רעב בין השאר בשל הזנחה רפואית של מצבם הבריאותי, מהם נציין את מחמד תאג', אכרם ריחאווי, דיראר אבו סיסי ורבים אחרים.

בהמשך ציינה רל"א את המובן מאליו, כי הצעת החוק מנוגדת לאמנות והצהרות בינלאומיות העוסקות באתיקה רפואית ובאיסור על עינויים וכן סותרת ועוקפת חקיקה קיימת ובעיקר חוק זכויות החולה. רל"א התריעה שוב מפני הכפפת השיקולים הרפואיים לשיקולים הבטחוניים והפוליטיים, פגיעה בעצמאות ומעמד הצוות הרפואי, והשתתפות רופאים בטיפול בכפייה האסור על פי כללי האתיקה.

"נספח ז" מכתב רל"א מיום 16.2.14 ליועמ"ש מצ"ב כנספח "ז"

52. ועדת האתיקה של רל"א, המורכבת מרופאים העבירה ביום 16.2.14 מכתב למנכ"ל משרד הבריאות, ובו הודגשו האיסורים האתיים הקיימים על האכלה בכפייה והובעה התנגדות נחרצת לחוק.

"נספח ח" מכתב ועדת האתיקה של רל"א מיום 16.2.14 למנכ"ל משרד הבריאות מצ"ב כנספח "ח"

53. לצד רל"א, ידוע לח"מ, כי גופים נוספים בחברה האזרחית, האמונים ועוסקים בזכויות אדם העבירו את עמדתם לגבי תזכיר החוק והצעת החוק למשיבים כך האגודה לזכויות האזרח במכתב מיום 27.3.14, שם צויינה התנגדותה הנחרצת להצעת החוק, אשר מנוגדת לכללי האתיקה, פוגעת בזכויות אדם ומנוגדת לחוק זכויות החולה, אשר מהווה מענה מספק למצבים מעין אלה. האגודה שלחה מכתב נוסף לחברי הכנסת הנוכחית, ביום 6.7.15 לקראת חידוש הדיון בהצעה.

"נספח ט" מכתב האגודה לזכויות האזרח מיום 27.3.14 לשר לבט"פ מצ"ב כנספח "ט"

"נספח י" מכתב האגודה לזכויות האזרח מיום 6.7.15 לחברי הכנסת מצ"ב כנספח "י"

54. המכון הישראלי לדמוקרטיה הגיש נייר עמדה מטעמו לועדת השרים לענייני חקיקה, לקראת הדיון בשנת 2014 בהצעת החוק. בנייר העמדה, אשר פורסם גם באתר האינטרנט של המכון, הובעה התנגדות נחרצת לחוק. המכון סבר, כי החוק יגרום לפגיעה בכבוד האדם במובנו הפשוט והגרעיני ביותר, ולא רק בחופש הביטוי של האסיר. המכון סבר, כי חוק זכויות החולה הוא כלי מספק על מנת להתמודד עם הסוגיה של שביית רעב, ואין צורך בחקיקה נוספת בדמות החוק המוצע. המכון עמד על חוסר ההיגיון בהצדקה להזנה בכפיה באפשרות להפרות סדר מחוץ לבית הכלא.

"נספח יא" נייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה מצ"ב כנספח "יא"

55. ביום 29.7.15 התפרסם קול קורא²¹ של מספר ארגוני זכויות אדם והחברה האזרחית, ובו נקראו חברי הכנסת להצביע נגד החוק. בקול הקורא נאמר ש"מדובר בחקיקה שכל מטרתה היא שבירת רוחם וגופם של עצירים מנהליים ואסירים המביעים מחאה בדרך לא אלימה, תוך רמיסת חוק זכויות החולה, וכבוד האדם". לקריאה היו שותפים האגודה לזכויות האזרח, אמנסטי אינטרנשיונל ישראל, בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים, גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות האדם, המוקד להגנת הפרט, המוקד לפליטים ומהגרים, ורל"א.

"נספח יב" קול קורא מיום 29.7.15 מצ"ב כנספח "יב"

56. בנוסף, ארגוני זכויות אדם נוספים הגישו התנגדויותיהם לחקיקה המוצעת בשלב הבאת החוק לכנסת ולאחר מכן. וביום 10.8.15 הוגשה עתירה על ידי ארגון מיזאן לזכויות האדם וארגון יוסף אלצדיק לתמיכה באסיר (בג"ץ 5441-15).

57. המועצה הלאומית לביואתיקה אף היא העבירה המלצותיה ביום 6.4.14 לכוונה לתקן את החוק. המועצה הייתה בדעה, "שהדרך הטובה ביותר להגיע לאיזון בין הערכים של קדושת החיים וזכות האוטונומיה של אסיר שובת רעב היא דרך תהליכית, בה נוצר קשר מתמשך ורציף בין האסיר לבין גורם רפואי/טיפולי מחוץ למערכת הכלא...". המועצה סברה, כי הצעה הכוללת מתן אפשרות לשופט להורות על הזנה כפויה על פי שיקול כלשהו מלבד השמירה על חייו של השובת רעב, מנוגדת לעקרונות הביואתיקה ויש לדחותה על הסף. המועצה סברה, שאין מקום לחקיקה ספיציפית בנושא שביית רעב של אסירים. רוב חברי הוועדה סברו, כי החקיקה הקיימת, כולל חוק זכויות החולה נותנים מענה לשביית הרעב.

"נספח יג" נייר עמדה של המועצה הלאומית לביואתיקה מיום 6.4.14 מצ"ב כנספח "יג"

²¹ <http://www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=Updates1527>

58. ועדת האתיקה של הר"י והר"י עצמה העבירו למשיבים את התנגדותם להצעת החוק במהלך הליך החקיקה. התנגדות זו הובאה בהרחבה בבג"ץ שהגישה הר"י (בג"ץ 5304/15) כנגד חוק והעותרים כאן אינם מתיימרים לדבר בשמה של הר"י, שקולה נשמע באופן רם וברור במסגרת הבג"ץ שהגישה ולפני כן בהליך החקיקה. יאמר רק, כי על פי עמדתה של הר"י וההסתדרות הרפואית העולמית WMA - World Medical Association, אליה היא משוייכת, החוק נוגד את כללי האתיקה הרפואית וההאכלה בכפיה מהווה עינויים. העותרים דכאן מצטרפים לעמדה זו.

ז. האכלה בכפיה - פרוצדורה המהווה יחס בלתי אנושי ומשפיל ועלולה להגיע לכדי עינוי

59. כדי להבין מדוע האכלה בכפיה הינה עינוי יש לדעת מהו בעצם הליך ההזנה בכפיה ובמה הוא כרוך. פרופ' מיכאל ויינגרטן, אשר עסק בנושא בהיבט של האכלת אנורקסיות וחקר את נושא האכלה בכפייה כותב:

מהלך ההזנה בדרך כלל הוא באמצאות "זונדה", צנור גומי או פלסטיק המוחדר לקיבה דרך הפה או דרך האף. לפעמים ההזנה ניתנת בעירווי לתוך הוריד, או ישר לתוך הקיבה דרך פתח שנפתח בדופן הבטן. לכל השיטות יש סכנות מיידיות של נזק מכני לרקמות מסביב – לרירית האף, לגרון, לושט, לרקמות ליד הורידים, או לשכבות השונות של דופן הבטן ושכבת הצפק מתחתיו. הנזק המכני המיידי גורם לכאב, לדימום, ויכול לגרום לזיהום ולדליפת חומר ההזנה ונזק כימי ממנו. הסיכוי לסיבוכים עולה כשחוזרים על פעולת ההזנה פעמים רבות – וכידוע ההזנה חייבת לחזור על עצמה מדי מספר שעות. למשל, החדרה חוזרת של הזונדה לאף, שהיא השיטה השכיחה ביותר, גורמת לנזק חוזר ויצירת צלקות וכך לקושי הולך וגובר בבצוע הפעולה וסיכוי גובר לגרימת נזק נוסף. סיבוך נוסף הוא כשלון במיקום הצנור וכתוצאה מכך הזלפת החומר לאזורים מסוכנים במקום הקיבה – לריאה או לחלל הבטן. סיבוך זה יכול להיות קטלני עקב חנק או זיהום. עוד סיבוך הוא הרחבת יתר של הקיבה, מלווה בכאב דמום והקאה. הקאה יכולה להעביר תוכן הקיבה אל תוך הריאה. החומר המוחדר חייב להיות מאוזן מבחינת ההרכב כדי למנוע הפרעות ברמות המלחים המינרליים, החלבונים הסוכר והויטאמינים בדם, הפרעות שיכולות להביא לנזק מוחי ונוירולוגי, לאי-סדירות הדופק ואף לדום לב. כל זה נאמר כאשר ההזנה בכפייה נעשית ללא התנגדות פיזית. הסיכוי לסיבוכים אלו עולה אם הפעולה נעשית ע"י אדם לא מיומן.

כאשר המטופל מתנגד לפעולת ההזנה יש סדר גודל נוסף של סכנה. עצם ההתנגדות הפיזית ונסיונות הצוות להתגבר עליה, גורמת לכאב ולתאונות, לחבורות או לשברים. מטבע הדברים, ההתנגדות הפיזית מגבירה עוד יותר את הסיכונים המכניים שהוזכרו.

"נספח יד" חוות דעת פרופ' ויינגרטן מצ"ב כנספח "יד"

60. את האופן בו מתבצעת האכלה בכפייה, לפחות לפי השיטה של החדרת "זונדה" דרך האף. ניתן לראות בהדגמה שנעשתה לאחרונה ומוצגת באינטרנט בקישור: <https://www.youtube.com/watch?v=z6ACE-BBPRs>. סרטון זה הוצג בפני ועדת הפנים בישיבה מיום 14.7.15.

61. עו"ד לאה צמל, אשר ייצגה את האסירים ששבתו רעב בבתי הכלא בישראל בשנות השמונים סיפרה לעיתונות על אופן ההזנה בכפיה שבוצעה בהם, הזנה שגרמה לסיבוכים וככל הנראה

למוות²², כי "זה בוצע על כיסא שמזכיר כיסא של רופא שיניים. שלושה סוהרים אחזו את האסיר שלא יזוז ואדם נוסף הכניס את הזונדה בכוח דרך האף עד לקיבה."

62. הדיונים המשפטיים שהתקיימו סביב השאלה אם ההאכלה בכפייה מהווה עינויים עסקו בפרשנויות שונות למרכיבים של הגדרת עינויים כפי שנקבעה בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים ונגד עונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (1984) (להלן: "CAT"). וכך מוגדרים עינויים בסעיף 1 ל-CAT:

לעניין אמנה זו, המונח "עינויים", הוראתו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצע או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי בשידולו, אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על-פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם

63. נפנה כעת לבחינת מרכיבים של "עינויים" כהגדרתו ב-CAT, בהקשר של האכלה בכפייה.

63.1. **כאב חמור** מוגדר ב-CAT: "מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי".

התיאור הרפואי המצויין בחוות הדעת של פרופ' ויינגרטן מבהיר, כי כל שלוש השיטות של הזנה בכפייה כרוכות בגרימת כאב וסבל קשים, קל וחומר כשמדובר בהתנגדות פיזית של המטופלים שובתי הרעב, בייחוד כאשר אלו נמצאים בשביתת רעב מתקדמת ובמצב בריאותי קשה, מה שהופך התערבות כוחנית למסוכנת וכזו העלולה לגרום להם לנזקי גוף ואף עלולה להיות קטלנית.

עדויות רבות של שובתי רעב ברחבי העולם, מתארות סבל פיזי ונפשי שלהם, חלקם אף תיארו את הסיטואציה כאונס. בדוח²³ ובתלונה²⁴ שהתפרסמו על ידי ארגון Reprieve שהוא ארגון משפטי בינלאומי העוסק באכיפת המשפט הבינלאומי, הובאו עדויות של אסירים מגוואטמלו, אשר הוזנו בכפייה במתקן המאסר. בעדויות אלה מסופר על הכאב וההשפלה הכרוכים בהזנה בכפייה.

אחת העדויות של האסיר סמיר מוקבל גורסת:

"The force-feeding itself is simple torture. Now they are using the metal-tipped tubes, forcing them in and pulling them out twice a day, leaving people vomiting on themselves in the restraint chair, and so forth." Shaker Aamer "I will never forget the first time they passed the feeding tube up my nose. I can't describe how painful it is to be force-fed this way. As it was thrust in, it made me feel like throwing up. I wanted to vomit, but I couldn't. There was agony in my chest, throat and

²² כתבת הארץ מיום 20.6.14 עמ' 9 "רופאים מזהירים מפני ההזנה בכפייה: פעולה אגרסיבית העלולה לגרום לפציעות" מאת עידו אפרתי, ובקישור 1.2354481-1 <http://www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.2354481-1>

²³ http://www.reprieve.org.uk/wp-content/uploads/2015/04/2014_01_11-PUB-Gitmo-Hunger-Strike-Report-Final.pdf

²⁴ http://www.reprieve.org.uk/wp-content/uploads/2015/01/2014_08_27_INT-OECD-Complaint-re-G4S1.pdf

stomach. I had never experienced such pain before. I would not wish this cruel punishment upon anyone.”

63.2. האלמנט השני הכלול בהגדרת העינויים הוא מרכיב **המטרה**: "במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא".

המניעים והכוונה של הצעת חוק זו גלויים בפרטי סעיפיה ובהצהרות מציעיה, והינם בפירוש מיועדים לשבירת רוחם ומחאתם של שובתי הרעב. תוך כדי שימוש בכח על ידי המדינה או אלו אשר הוסמכו מטעמה, ותוך כדי פלישה לגופו של שובת הרעב ללא רשותו ועל אף התנגדותו. כפי שהביע את הדברים השר ארדן באחת ההזדמנויות, המטרה היא גם עונשית ונקמנית.

כמו כן מטרת החוק המוצהרת הינה הזנה כלפי סוג מסויימים של אסירים, באופן מפלה.

63.3. הרכיב השלישי הוא מעורבות הרשויות במעשה: "מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי בשידולו".

במקרה זה אין ספק, כי המעשה נעשה באנשים שחירותם נשללה ואשר נמצאים תחת שליטתו המוחלטת של שבי"ס. המעשה נעשה על ידי מטפל על פי הוראת הרשות בהסכמתה, בעידודה ותוך מתן חסינות לאחר מעשה.

64. לכך ניתן להוסיף, כי בנייר עמדה שפרסמה הר"י בשנת 2005 ובו המלצות לשכת האתיקה נכתב²⁵:

האכלה בכוח של שובת רעב נחשבת לצורה של עינוי

65. גם הצהרת מלטה קובעת בסעיף 13, כי האכלה בכפייה היא צורה של יחס בלתי אנושי ומשפיל. ובלשון ההצהרה:

Forcible feeding is never ethically acceptable. Even if intended to benefit, feeding accompanied by threats, coercion, force or use of physical restraints is a form of inhuman and degrading treatment.

ח. האיסור המוחלט על הפעלת עינויים ויחס בלתי אנושי

ככל שהאכלה בכפייה נחשבת כעינויים, או יחס בלתי אנושי ומשפיל, היא בודאי אסורה על פי הדין הישראלי והבינלאומי ולא ניתן להכשיר פרקטיקה זו בחקיקה.

1. ח. האיסור על עינויים ויחס בלתי אנושי ומשפיל במשפט הישראלי

66. הדין הישראלי קובע איסורים חד משמעיים על עינויים ויחס בלתי אנושי ומשפיל. מעבר לעיקרון העל שאין מענים אדם, עיקרון שאינו זקוק לכתיבה עלי ספר והוא ברור מאליו, קיימות מספר הוראות חוק ופסיקה מפורשת בעניין.

²⁵ <http://www.ima.org.il/MainSite/EditClinicalInstruction.aspx?ClinicalInstructionId=147>

67. בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ר"מ ישראל, פ"ד נח(2) 746, 836 (1999) קובע הנשיא ברק כי עינויים ויחס בלתי אנושי או משפיל אסורים בישראל (הדברים נאמרו בהקשר של חקירה):

... מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment). (ראו: M.D. Evans, R. Morgan *Preventing Torture*, at p. 61; N.S. Rodley *The Treatment of Prisoners under International Law*, at p. 63). איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים...

68. השימוש בעינויים גם מנוגד לדין הפלילי, על פי סעיף 280(1), 192, 322 ו-368(ג) לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.

69. מובן, שעינוי מהווה פגיעה בכבוד, בגוף ובחיים, זכויות המוגנות על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, האוסר על כל פגיעה בכבוד האדם שאינה מכוח החוק, לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. ודאי שעינויים מהווים פגיעה בכבוד האדם בניגוד לחוק היסוד בכל נסיבות שהן, ולא ניתן לטעון כי הם עומדים בפסקת ההגבלה.

70. פגיעות גופניות ונפשיות והשפלה הן פגיעות המצויות ב"גרעין ההגנה על כבוד האדם ועל חירותו" (א. ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי, פרשנות חוקתית (1994) בעמ' 413).

71. גם השופט חיים כהן התייחס למשמעותה של הזכות לכבוד, וקבע:

"No affront to human dignity is of such turpitude as physical or mental torture. ... It is human dignity, pure and simple, which lies at the root of the prohibition of torture".

Haim H. Cohen, "On the Meaning of Human Dignity" 13 *Isr. Y. B. Hum. Rts.* (1983) 226, 229.

72. בעמדת ממשלת ישראל, כפי שהוצגה בפני ועדת האו"ם לענייני עינויים (ישיבה 18, ז'נבה 7.5.97), נכתב (בהקשר של חקירות) על ידי נציגי משרד המשפטים עו"ד נילי ארד ועו"ד שי ניצן, כי האיסור על שימוש בעינויים הוא מוחלט, גם לשיטת ישראל. בעמדה נכתב:

The prohibition on torture is absolute. As a result, and despite the current predicament of the State and the pressing need to fight terrorism, investigators are never, and never have been, authorized to use torture, even if its use might possibly prevent some terrible attacks and save human lives. Likewise, as stipulated by Article 16 of the Convention, it is absolutely forbidden to use cruel, inhuman or degrading methods of interrogation.

ח.2. האיסור על עינויים ויחס בלתי אנושי ומשפיל במשפט הבינלאומי

73. כבר "בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" שאומצה ע"י העצרת הכללית של האומות המאוחדות בשנת 1948 נקבע האיסור על עינויים בסעיף 5. הסעיף נוסח בזו הלשון:

"לא יהיה אדם נתון לעינויים ולא ליחס או לעונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים."

74. ההכרזה האוניברסלית מקובלת כיום, כחלק ממשפט העמים המחייב. וראו בעניין זה, למשל, פרופ' דינשטיין (המשפט הבינלאומי העל מדינתי) בעמ' 123, וראו גם: Nigel Rodley : The Treatment of Prisoners under International Law, בעמ' 63.

75. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, (כ"א 31, 269, אושררה ב-1991) מתייחסת בסעיף 7 ובסעיף 10 ליחס נאות לאנשים שחירותם נשללה ולאיסור המוחלט על עינויים בזו הלשון:

ס' 7: "לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים..."

ס' 10(א): "אנשים שנשללה חירותם ינהגו בהם ברוח אנושית ומתוך התחשבות בכבודו העצמי של האדם."

איסור העינויים והיחס האכזרי, הבלתי אנושי או המשפיל שבסעיף 7 לאמנה, הוא איסור שלא ניתן לסגת ממנו, אפילו בשעת חירום, על פי סעיף 4 לאמנה.

76. ישראל מחוייבת ל-CAT, עליה חתמה בשנת 1986 ואשררה אותה ב-1991 (כ"א 31, 249) והיא אף חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי והאיסור על עינויים הוא דין בינלאומי קוגנטי.

CAT מדגישה בסעיף 2 כי:

אין להיאחז בנסיבות חריגות, בין אם מצב מלחמה או איום במלחמה, אי יציבות פוליטית פנימית או מצב חירום אחר, כצידוק לעינויים.

כמו כן קובעת CAT בסעיף 16 כי:

מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוטה מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים כמוגדר בסעיף 1, מקום שמעשים כאמור בוצעו על ידי או בעידודו או בהסכמתו של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או השלמתם בשתיקה.

77. לכך יש להוסיף, כי בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע, כי בנסיבות מסוימות הסבל עשוי להיות מוחרף או מועצם על ידי גורמים חברתיים או תרבותיים וכי יש לקחת בחשבון את הרקע החברתי, התרבותי והדתי הספציפי של הקורבנות בהערכת חומרת המעשים המיוחסים. הדברים נכונים לשובתי רעב, שבנוסף לסבל הפיזי הכרוך בהזנה, הרי שמדובר בסבל נפשי בנסיבות של השביתה. כך בפסק הדין שעסק במפקדי צבא שחרור קוסובו משנת 2005 בס' 237 לפסק הדין:

"In certain circumstances the suffering can be exacerbated by social and cultural conditions and it should take into account the specific social, cultural and religious background of the victims when assessing the severity of the alleged conduct."

Prosecuter v. Limaj et al. Case No. IT-03-66, Judgment, 30.11.2005.

ח.3. האיסור על עינויים במשפט הבינלאומי ההומניטרי

78. יש לזכור, כי התיקון אמור להיות מופעל, כפי שגם מטרתו המוצהרת, כנגד אסירים פלסטינים תושבי השטחים הכבושים. פלסטינים תושבי השטחים הכבושים, ובכלל זה כלואים פלסטינים, הינם "תושבים מוגנים" כאמור בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר

הגנת אזרחים בימי מלחמה, משנת 1949. לפיכך, כללי המשפט ההומניטארי המעוגנים באמנה זו ובמשפט המנהגי חלים לגביהם.

79. החובה לנהוג באופן אנושי והאיסור המוחלט על עינויים ועל יחס אכזרי בלתי אנושי או משפיל (להלן: "התעללות") מעוגנים היטב במשפט ההומניטארי ההסכמי (ראו סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה משנת 1949 וסעיפים 27 ו-32 לאמנת ג'נבה הרביעית). כמו כן משקף האיסור על עינויים והתעללות כלל מנהגי, החל על כל הצדדים לסכסוך. ראו מחקר הצלב האדום בדבר המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי בכלל 90.

J. M. Henckaerts & L. Doswald-Beck CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW (Cambridge, 2005), pp.315-319.

80. עינויים והתעללות מהווים גם הפרות חמורות של אמנת ג'נבה הרביעית המקימות אחריות פלילית. (סעיפים 146 ו-147 לאמנת ג'נבה הרביעית).

81. בנוסף, סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי אין להשתמש כלפי מוגנים בכפייה גופנית. הזנה בכפייה, כפי שמציע התיקון, מהווה הפרה גם של הוראה זו.

82. הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה קובע בסעיף 11(1):

"The physical or mental health and integrity of persons who are in the power of the adverse Party or who are interned, detained or otherwise deprived of liberty as a result of a situation referred to in Article 1 shall not be endangered by any unjustified act or omission. Accordingly, it is prohibited to subject the persons described in this Article to any medical procedure which is not indicated by the state of health of the person concerned and which is not consistent with generally accepted medical standards which would be applied under similar medical circumstances to persons who are nationals of the Party conducting the procedure and who are in no way deprived of liberty".

83. ישראל אמנם לא אישרה את הפרוטוקול הראשון, וזאת בשל התנגדות לחלק מסעיפיו²⁶. יחד עם זאת, סעיף 11(1) אינו נמנה על הסעיפים אליהם התנגדה ישראל²⁷. ישנה עמדה של מלומדים במשפט הבינלאומי הגורסת, כי חלק מהעקרונות המעוגנים בפרוטוקולים של אמנות ז'נבה הפכו עם השנים למשפט בינ"ל מנהגי אשר מחייב גם את המדינות אשר לא אשררו את הפרוטוקולים. העיקרון המעוגן בסעיף 11(1) הוא אחד מהם²⁸.

משמעות יישום סעיף 11(1) לפרוטוקול הראשון, הינה, כי מדינת ישראל מנועה מליישם הליכים רפואיים שאינם עולים בקנה אחד עם הסטנדרטים הרפואיים המקובלים, אשר מיושמים על אזרחים ישראלים שאינם כלואים.

²⁶ רות לפידות, יובל שני, עדו רוזנצוייג. ישראל ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה. המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים דצמבר 2011.

²⁷ שם

²⁸ Jean-Marie Henckaerts, *Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict*. International Review of the Red Cross, Volume 87 Number 857 March 2005.

84. קיימת עמדה ברורה בקרב רבים מהגופים המשפטיים והטריבונאליים המרכזיים בעולם, לפיה הזנה בכפייה היא אסורה, כאשר היא מתבססת על שיקולים שאינם קשורים לנחיצות רפואית או כאשר היא מתבצעת בדרך שגורמת לסבל וכאב רב. על אף שלא קיים איסור מוחלט ומפורש במשפט הבינלאומי על ביצוע טיפול רפואי כפוי, לרבות האכלה בכפייה של כלואים שובתי רעב, ישנן אמנות מחייבות אשר מהם ניתן להסיק איסור כזה כמו CAT או האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות.

85. להלן יפורטו עמדות חלק מהגופים והמוסדות הבינלאומיים אשר התייחסו באופן ישיר וברור לסוגיה של חוקתיות הטיפול כפוי והאכלה בכפייה על פי המשב"ל.

ט.1. בית המשפט האירופי לזכויות אדם

86. פסק הדין בו התייחס בית המשפט האירופי לזכויות אדם (להלן: "ביהמ"ש האירופי") באופן מקיף לראשונה לסוגיה של האכלה בכפייה היה פסק דין משנת 2005 *Nevmerzhitsky v. Ukrain*²⁹. בפסק הדין חזר ביהמ"ש האירופי על עקרונות היסוד ביחס לסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם³⁰ (להלן: "סעיף 3"), אשר אוסר על עינויים ויחס או עונשים לא אנושיים או משפילים. ביהמ"ש קבע שעל מנת שפעולה מסוימת תיפול תחת ההגדרה של יחס משפיל כמשמעותו בסעיף 3 עליה להגיע לסף מינימלי של חומרה, דבר אשר יכול להשתנות בהתאם לנסיבות, אך בכל המקרים ביהמ"ש יבחן את מטרת הפעולה ולא רק תוצאותיה:

Furthermore, in considering whether treatment is "degrading" within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3. However, the absence of such a purpose cannot conclusively rule out a finding of a violation of this provision]...]³¹.

באותו מקרה קבע ביהמ"ש האירופי שהאכלה בכפייה אינה אסורה רק כל עוד היא מקיימת שלושה תנאים מצטברים: (1) נחיצות רפואית; (2) קיום הפרוצדורה הנאותה בקבלת ההחלטה; (3) ההאכלה מתבצעת בדרך שאינה משפילה או לא אנושית.

ביהמ"ש התייחס גם לאמצעים שנקטו לביצוע האכלה בכפייה ציין כי השימוש באזיקים, מכשיר להרחבת הפה וצינור הגומי שמוכנס לגוף במקרים שיש התנגדות מצד האסיר יכולים להיחשב כעינויים או יחס משפיל ולא אנושי אם אין נחיצות רפואית, ועל כן קבע שהאכלה בכפייה במקרה זה מהווה עינויים.

²⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68715>, under 94.

³⁰ Article 3: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment".

³¹ שם פיסקה, 80.

87. בפסק דין משנת 2007 בעניין *Ciorap v Moldova*³² חזר ביהמ"ש האירופי על הכללים שקבע בעניין *Nevmerzhtsky* וקבע כי במקרה הספציפי ההאכלה בכפיה בוצעה ללא נחיצות רפואית, זאת למרות קביעת ביהמ"ש המקומי במולדובה שיש נחיצות רפואית. זאת ועוד, ביהמ"ש ראה בהנחיות הפנימיות של רשויות הכליאה, שאומצו גם ע"י ביהמ"ש המולדובי, לפיהם שביתת רעב הינה הפרה לסדר בכלא, ואשר על פיהם הוחזק האסיר בבידוד לתקופה של 20 יום, כתומכת בטענת האסיר שהמטרה של ההאכלה בכפיה הייתה לגרום לו להפסיק את שביתתו ולא מתוך נחיצות רפואית.

88. בניגוד לתיקון לפקודה הפסיקה של ביהמ"ש האירופי דורשת "מצב של סכנת חיים" כתנאי להאכלה בכפייה³³ ולא מסתפקת במצב שבו הטיפול נועד למניעת פגיעה עתידית. הדברים גם מתיישבים עם הדוקטרינה והידע הרפואי הגורסים, כי לא ניתן במהלך שביתת רעב לדעת במדויק מתי תהיה פגיעה עתידית.

89. הפרוצדורה הקבועה על פי התיקון לפקודה, אשר מאפשרת ניהול הדיון בעניינו של שובת הרעב עם ראיות חסויות, ובכך מעמידה אותו בעמדה נחותה מבחינה דיונית ביחס למדיינים אחרים, ובניגוד לכללי הצדק הטבעי, מהווה, על פי הפסיקה האירופית הפרה של התנאי השני המאפשר הזנה בכפיה, קרי הפרוצדורה הנאותה. כך למשל במקרה של *Rappaz*³⁴, ביהמ"ש התייחס לעובדה שהחלטה להאכלה בכפייה ניתנה ע"י ביהמ"ש הפדרלי השוויצרי, אך גם לכך שכל ההחלטות שאומצו על בסיס אותה החלטה היו מנומקות במכלול סיבות, וגררו הליכים אדברסריים נוספים. באף אחד מהמקרים שהוצגו בפני ביהמ"ש האירופי לזכויות אדם בעניין ההאכלה בכפייה לא היה מקרה שהחוק המקומי קבע פרוצדורה אשר מנשלת את האסיר מהכלים הניתנים לשאר האוכלוסייה להגנה על זכויותיהם ההחלטה של האכלה בכפייה המתבססת על חקיקה מפלה על בסיס לאומי פוליטי, ואשר מבוססת על הליך לא הוגן, כגון ראיות חסויות ודיונים סגורים שהאסיר לא יוכל לאתגר אותם, אינה ממלאה את התנאי השני לאישור האכלה בכפייה על ידי ביהמ"ש האירופי, קרי הליך נאות, ובכך הינה פסולה ומהווה עינויים ויחס משפיל ולא אנושי.

90. ולהבדיל, בעניין *Horoz v Turkey*³⁵ קבע בהמ"ש האירופי שלא ניתן לבקר את המדינה בשל כך שהיא כיבדה את ההחלטה של הכלוא לשבות ולא לאפשר כל התערבות במצבו הרפואי, גם אם התוצאה הייתה שהוא מת, במיוחד לאור:

"The authorities had amply satisfied their obligation to protect Mr Horoz's physical integrity, specifically through the administration of appropriate medical treatment; indeed, they could not be criticised for accepting Mr Horoz's clear refusal to allow any intervention, even though his state of health was life-threatening. Thus, it was impossible for the Court to establish a

³² ECtHR 19 June 2007, *Ciorap v Moldova*, App. No. 12066/02.

³³ ECtHR 19 June 2007, *Ciorap v Moldova*, App. No. 12066/02. Paragraph 81.

³⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-7486>; לסיכום באנגלית:

³⁵ ECtHR 31 March 2009, *Horoz v Turkey*, App. No. 1639/03.

causal link between the State Security Court's refusal to release the applicant's son and the latter's death"³⁶.

2.ט. הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם IACHR

91. במאי 2013 ובעקבות שביתת הרעב בהם פתחו אסירים בגואנטנמו והדיווחים על האכלתם בכפייה נדרש לעניין ה-IACHR, אחד הגופים המובילים של ארגון מדינות אמריקה (OAS) שבין תפקידיו הפעלת ביקורת לגבי מצב זכויות האדם במדינות החברות, בשיתוף עם גופים נוספים של האו"ם.

92. ה-IACHR פרסם הודעה³⁷ אשר גינתה, בין היתר, את השימוש בהאכלה בכפייה של אסירים שובתי הרעב בגואנטנמו. בהודעה נכתב:

In addition, the IACHR and the aforementioned United Nations bodies call to mind that, according to the World Medical Assembly's Declaration of Malta, in cases involving people on hunger strikes, the duty of medical personnel to act ethically and the principle of respect for individuals' autonomy, among other principles, must be respected. **Under these principles, it is unjustifiable to engage in forced feeding of individuals contrary to their informed and voluntary refusal of such a measure. Moreover, hunger strikers should be protected from all forms of coercion, even more so when this is done through force and in some cases through physical violence.** Health care personnel may not apply undue pressure of any sort on individuals who have opted for the extreme recourse of a hunger strike. Nor is it acceptable to use threats of forced feeding or other types of physical or psychological coercion against individuals who have voluntarily decided to go on a hunger strike. (Emphasis added)

3.ט. בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר - ICTY

93. בדצמבר 2006, החליט בית הדין הפלילי הבינלאומי לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר (להלן: "בית הדין") כי ניתן להאכיל בכפייה את Vojislav Seselj³⁸, מייסד ויו"ר המפלגה הסרבית הרדיקלית, אשר עמד למשפט בגין פשעי מלחמה, אולם זאת רק בכפוף לכללי האתיקה הרפואית, כולל הצהרת מלטה מאותה שנה.

³⁶ Press release issued by the Registrar, 31.03.2009. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2693600-2937450>

³⁷ IACHR, UN Working Group on Arbitrary Detention, UN Rapporteur on Torture, UN Rapporteur on Human Rights and Counter-Terrorism, and UN Rapporteur on Health reiterate need to end the indefinite detention of individuals at Guatánamo Naval Base in light of current human rights crisis, 1 May 2013, Available at: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13278&LangID=E>

³⁸ ICTY website, <http://www.icty.org/x/cases/seselj/tord/en/061206.pdf>

94. יודגש כי באתר של ה- ICTY קיימות הנחיות לאסיר שמבקש למחות בצום³⁹, ושם מוזכר שהאכלה בכפייה לא תבוצע:

"Whilst you remain mentally competent, artificial feeding will only be commenced with your consent. Should you have become mentally incompetent, your treating physicians have an obligation to assess whether or not to artificially feed you in accordance with the Declaration of Malta. Force feeding will not be undertaken".

הוראות אלה, אינן בעלות מעמד משפטי מחייב ברמה של פסיקה, אולם הן מבטאות את עמדתו העדכנית של ה- ICTY.

ט.4. דוחי האו"ם המיוחדים על עינויים ועל בריאות

95. הדווח המיוחד על עינויים ולדווח על הזכות לבריאות של האו"ם⁴⁰, פנו לממשלת ישראל ביוני 2014 והפצירו שלא לקדם הצעת חוק זו, ואף הגדירו את ההאכלה בכפייה כיחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל המגיע לכדי עינויים האסור על פי האמנה נגד עינויים⁴¹.

96. ביום 05 למרץ 2015, במושב ה-28 של מועצת זכויות האדם של האו"ם, הציג ח'ואן מנדו, הדווח המיוחד על עינויים ויחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל, דוח באשר לסטטוס רשימת הסוגיות אשר העלה מול ממשלת ישראל⁴². הדווח מציין כי ממשלת ישראל לא ענתה לפנייתו בעניין חוק האכלה בכפייה. הדווח מוסיף כי בהיעדר המידע סותר באשר להצעת החוק, יש מהות וטעם בטענות שהוצגו בהתקשורת הראשונית שנשלחה מצדו. ממשלת ישראל, על ידי אישור הצעת חוק שיעניק להזנה בכפייה וטיפול רפואי טיפול באסירים בניגוד לרצונם, יפרו את זכותו של אסיר לחופש מעינויים ו/או יחס אכזרי, בלתי אנושי ו/או משפיל, כאמור בסעיפים 1 ו-16 לאמנה נגד עינויים. הדווח כותב:

"in the context of the draft amendment to the Prisons Act to engage to force-feeding detainees, we would like to recall that acts or threats of forced feeding or other types of physical or psychological coercion against individuals who have opted for the extreme recourse of a hunger strike may constitute a cruel, inhuman or degrading treatment or even torture Authorities have a duty to look for other solutions to the crisis created by a hunger strike, including good faith dialogue with the inmates about their grievances".

³⁹ Voluntary Protest Fasts- Information for Detainees: available at http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Detention/voluntary_protest_fast-info_for_dets_rev_090325.pdf

⁴⁰ הדווח המיוחד של האו"ם ממונה על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם ותפקידו לבחון שאלות הרלבנטיות לנושאי אמנות שונות, במקרה הזה האמנה נגד עינויים ואופן יישום האמנות בשטח המדינות הכפופות לאמנות אלה. הדווח מבצע חקירות ובדיקות וכותב דוחות ופניות בקשר לביצוע ויישום האמנות.

⁴¹ <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14770&LangID=E>

⁴² <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/8CBAFBD0EC1E757285257E04005661FF>

97. אין מדובר בעמדה חדשה של האו"ם או כזו המופנית רק כלפי ישראל. כבר בשנת 2006 הגישו חמישה דווחים של האו"ם לוועדת האו"ם לזכויות אדם דוח⁴³ בעניין מצבם של העצורים בגואנטנמו מאז יוני 2004. הדווח על עינויים והדווח על בריאות התייחסו, בין היתר, לנושא של ההאכלה בכפייה. שני הדווחים התייחסו לנושא מזוויות שונות, אך הם מציגים את עמדותיהם כמשלימות. הדווח על עינויים מתמקד בשיטות ובכוח שהופעל לביצוע ההאכלה וקובע, כי מדובר בעינויים:

"There are recurrent reports of three contexts in which excessive force was routinely used: during transportation, with regard to operations by the "Initial Reaction Forces" (IRF), and by force-feeding during hunger strikes. The last is briefly dealt with in section V on the right to health. According to reports by the defense counsels, some of the methods used to force-feed definitely amounted to torture"⁴⁴.

98. הדווח לענייני בריאות מתייחס לאתיות ולחוקיות של ההאכלה בכפייה עצמה ללא קשר לשיטות הביצוע, ואף קובע כי האכלה בכפייה של עצורים כשירים מהווה הפרה לזכות לבריאות ואנשי הרפואה המעורבים מפרים את חובתם האתית⁴⁵. הדווח מבסס את קביעתו על הסטנדרטים האתיים שנקבעו בהכרזות מאלטה וטוקיו, אך גם על הזכות לאוטונומיה הקבועה במשפט הבינ"ל לזכויות אדם⁴⁶.

99. גם ה- The Economic and Social Council הפועל לפי האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) בהתייחסות למצב האסירים בגואנטנמו ב- 2006 ציין כי השימוש בכוח כדי להאכיל עצורים בשביתה חייב להיות מוערך כשווה לעינויים כמשמעותם בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים⁴⁷.

100. באוגוסט 2013, הדווח המיוחד נגד עינויים הוציא הודעה לעיתונות בעניין השביתה בבתי הכלא בקליפורניה, והתייחס לעניין האישור שנתן שופט מחוז לשלטונות קליפורניה להאכיל אסירים בכפייה תחת תנאים מסויימים⁴⁸:

"It is not acceptable to use threats of forced feeding or other types of physical or psychological coercion against individuals who have opted for the extreme recourse of a hunger strike"⁴⁹.

101. הדובר של The UN High Commissioner for Human Rights התבטא שהאכלה בכפייה היא עינויים⁵⁰:

⁴³ UN Commission on Human Rights, *Situation of Detainees at Guantánamo Bay*, 27 February 2006, E/CN.4/2006/120, available at: <http://www.refworld.org/docid/45377b0b0.html> [accessed 20 July 2015].

⁴⁴ שם עמ' 17, פיסקה 54.

⁴⁵ שם עמ' 25, פיסקה 94.

⁴⁶ שם עמ' 23, פיסקה 80.

⁴⁷ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/112/76/PDF/G0611276.pdf?OpenElement>

⁴⁸ Plata/Coleman v. Brown, Case Nos. C01-1351 TEH (N.D. Cal.) and 2:90-cv-0520 LKK JFM P (E.D. Cal.).

⁴⁹ California jails: "Solitary confinement can amount to cruel punishment, even torture" – UN rights expert . 23 August 2015. Available at: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13655&LangID=E#sthash.CX3KQxmP.dpuf>

"If it's perceived as torture or inhuman treatment – and it's the case, it's painful – then it is prohibited by international law".

י. משמעות הדין הבינלאומי בעת עריכת הביקורת החוקתית

102. העותרים סבורים, כי התיקון לפקודה עומד בסתירה להוראות הדין הבינלאומי, כפי שהוצג להלן.

103. אכן, בהתקיים סתירה מפורשת בין הוראת חוק בישראל לבין המשפט הבינלאומי, אין בסתירה זו כשלעצמה כדי להביא לבטלות הוראת חוק ישראלית⁵¹. עם זאת, בהתאם ל"חזקת ההתאמה" יש לפרש את הזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, בהעדר סתירה מפורשת בין חוק היסוד להוראות המשפט הבינלאומי.

104. פרופ' אייל בנבנישתי עמד על כך שיש מקום לפרש את חוקי היסוד לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, ובאופן ספציפי לאור האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הן לאור "חזקת ההתאמה" והן לאור הטענה האפשרית, כי שני חוקי היסוד משנת 1992 אומצו מתוך מטרה לקיים את הוראות האמנה:

"More specifically, the international standards on human rights can help in interpreting Israel's two Basic Laws concerning human rights. In addition to the general arguments for compatibility described above, one could argue that the Basic laws have been enacted in fulfillment of the duty under Article 2(2) of the 1966 Covenant "to adopt such legislative or other measures that may be necessary to give effect to the rights recognized in the [1966 Covenant]". ...

Therefore, in interpreting the rights under the Basic Laws, as well as the limitations on those rights, international standards, first and foremost those enunciated in the 1966 Covenant, are of particular significances. Note that this claim not only imports international standards to Israeli human rights law, but also elevates these standards to the level of entrenched law, thereby possibly restricting the competence of the Knesset to derogate from them, and influencing the interpretation of other laws that impinge on human rights."

Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 ISRAEL LAW REVIEW 136, 148-150 (1994)

105. בספרו בעניין פרשנות חוקתית עומד גם פרופ' אהרן ברק על העיקרון לפיו יש לפרש את הוראות חוקי היסוד (ולא רק את הוראותיה של חקיקה) בהתאם ל"חזקת ההתאמה". להבדיל מן המשפט המשווה, המשמש כ"השראה" בפרשנות חוקי היסוד, המשפט הבינלאומי זוכה ל"מעמד פרשני מיוחד", הנגזר מן ההנחה שחוקי היסוד אינם עומדים בסתירה למחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל:

⁵⁰ <http://opiniojuris.org/2013/05/01/is-force-feeding-always-illegal/>

⁵¹ בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון (12.12.06) פסקה 20 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק

מעמד פרשני מיוחד [בפרשנות חוקי היסוד, ת.ב.]. יש להעניק לאמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם אשר ישראל חברה להן. אמנות אלה משקפות את השאיפות של הקהילה הבינלאומית, והן השפיעו על עיצובו של הדין המקומי. ההתחשבות באמנות אלה מתבקשת מתוך רצוננו להיות חברים שווי זכויות בקהילה הבינלאומית, ומהחזקה, כי הדין המקומי אינו נוגד את המשפט הבינלאומי."

אהרן ברק, **פרשנות במשפט, כרך שלישי – פרשנות חוקתית** (1994), עמ' 237.

106. הדין הבינלאומי משמש גם בעת הבחינה של בית המשפט האם החוק נחקק לתכלית ראויה (ראו, למשל, בג"ץ 7146/12 **אדם ואח' נ' הכנסת** (16.9.13) פסקה 91 לפס"ד כב' השופטת ארבל).

107. לסיכום, אף שסתירה בין הוראות הדין הבינלאומי להוראות חקיקה ראשית היא כשלעצמה לא תביא לבטלותה של הוראת חוק ישראלית, הרי שאת חוקי היסוד, המהווים את הבסיס החוקתי לפסילת החקיקה המתבקשת, יש לפרש בהתאם לדין הבינלאומי. היותר והדין הבינלאומי מורה לנו, כי מדובר בעינויים, או לכל הפחות חוק המאפשר פעולות הפוגעות בזכויות יסוד בצורה קשה ויתר על המידה, הרי שהדין הבינלאומי מחייב ומורה על פרשנות החקיקה הישראלית באופן שיאפשר פסילת החקיקה הנוכחית.

יא. האיסור על אנשי רפואה לבצע האכלה בכפיה של אסירים

108. עתירה זו מוגשת גם בשם של אנשי ונשות רפואה החברים בארגון רופאים לזכויות אדם. עמדת הרופאים והמטפלים בישראל, כפי שהובעה על ידי הגופים המייצגים אותם, ההסתדרות הרפואית בישראל, הסתדרות האחים והאחיות בישראל והמועצה הלאומית לביואתיקה הינה שהאכלת אסירים בכפיה היא עבירה אתית ואין לבצע אותה.

109. הדברים הובאו בהרחבה בבג"ץ 5304/15 שהוגש על ידי הר"י, שם אוזכרו הצהרת טוקיו והצהרת מלטה של ההסתדרות הרפואית העולמית (WMA) משנת 1975 (עודכנה בשנת 2006) – האוסרת השתתפות רופאים בעינויים, ואשר אומצה על ידי ההסתדרות הרפואית בישראל, אשר פרסמה בשנת 2007 בנייר עמדה העוסק באיסור השתתפות רופאים בחקירות ובעינויים⁵² וכן בנייר עמדה שפרסמה הר"י בשנת 2005 ובו המלצות לשכת האתיקה שם נכתב⁵³: "האכלה בכוח של שובת רעב נחשבת לצורה של עינוי. רופא לא ישתתף בהאכלה בכוח של שובת רעב."

110. העצרת הכללית של האו"ם קיבלה בשנת 1982 עקרונות אתיים הנוגעים לאנשי רפואה במתקני כליאה⁵⁴. עקרונות אלה כוללים:

Principle 1

Health personnel, particularly physicians, charged with the medical care of prisoners and detainees have a duty to provide them with protection of their physical and mental health and

⁵² <http://www.ima.org.il/MainSite/ViewCategory.aspx?CategoryId=1112>

⁵³ <http://www.ima.org.il/MainSite/EditClinicalInstruction.aspx?ClinicalInstructionId=147>

⁵⁴ Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Adopted by General Assembly resolution 37/194 of 18 December 1982

treatment of disease of the same quality and standard as is afforded to those who are not imprisoned or detained.

Principle 2

It is a gross contravention of medical ethics, as well as an offence under applicable international instruments, for health personnel, particularly physicians, to engage, actively or passively, in acts which constitute participation in, complicity in, incitement to or attempts to commit torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Principle 5

It is a contravention of medical ethics for health personnel, particularly physicians, to participate in any procedure for restraining a prisoner or detainee unless such a procedure is determined in accordance with **purely medical criteria** as being necessary for the protection of the physical or mental health or the safety of the prisoner or detainee himself, of his fellow prisoners or detainees, or of his guardians, and presents no hazard to his physical or mental health.

Principle 6

There may be no derogation from the foregoing principles on any ground whatsoever, including public emergency.

111. הצלב האדום הבינלאומי הביע גם הוא באופן פומבי את עמדתו⁵⁵, כי האכלה בכפייה אינה מקובלת, ופוגעת בכבוד האדם של האסירים. הצלב האדום הביע את תמיכתו והזדהותו בעניין זה עם הצהרות טוקיו ומלטה.

The ICRC is opposed to forced feeding or forced treatment; it is essential that the detainees' choices be respected and their human dignity preserved. The ICRC's position on this issue closely corresponds to that expressed by the World Medical Association in the Malta and Tokyo Declarations, both revised 2006.

112. פרוטוקול איסטנבול⁵⁶, "מדריך בדבר חקירה ותיעוד אפקטיביים של עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה", אשר נכתב מטעם האו"ם, עוסק בסעיף 64 בחשיבות של הסכמה מדעת לטיפול. הסעיף קובע, כי יש לשים דגש מיוחד על הסכמה מדעת, כפי שהמונח בא לידי ביטוי בהצהרת ליסבון של ההסתדרות הרפואית העולמית. הסעיף בתרגומו לעברית⁵⁷ קובע:

ככל שהשלכות של ההליך יהיו חמורות עבור המטופל, כך יגדל ההכרח המוסרי להשגת הסכמה מדעת בצורה תקינה. כלומר, כאשר ברור שהבדיקה והטיפול הם לתועלת הטיפולים של הפרטים, הסכמתם שתשמע מתוך שיתוף הפעולה שלהם בהליכים תהיה מספקת. במקרה שבדיקה לא תהיה מיועדת בצורה מרכזית למטרות טיפוליות, יש צורך בזהירות רבה בוודוא כי המטופל מודע ומסכים לכך וכי אינה מנוגדת

⁵⁵ <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/hunger-strike-icrc-position.htm>

⁵⁶ Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Istanbul Protocol, Manual on the Effective Investigation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Geneva, 2004)

⁵⁷ <http://www.stoptorture.org.il/files/%20הגהה%20אחרי%20-%20אסטנבול%20.pdf>

לטובת עניינו של המטופל בכל צורה שהיא. ההערכה האתית היחידה של בריאותו של אסיר היא זו המיועדת להעריך את בריאותו של המטופל על מנת להגיע לבריאות המיטבית ולשמר אותה, ולא על מנת לסייע לענישה.

113. האיסור לרופא או איש צוות רפואה לתת טיפול רפואי כפוי, הוא בבחינת מושכלות ראשוניים. איסור זה מצא את ביטויו המפורש בחקיקה הישראל בסעיף 14 לחוק זכויות החולה, אשר הוחל גם על כוחות הביטחון והשב"ס (ראו סעיף 27 לחוק).

114. משמעות מתן הכשר חוקי בצו שיפוטי לעבירה אתית ולהפרת החוק הבינלאומי, תוך מתן חסינות ממשפט, עלולה להגיע לכדי מתן היתר לרופא ולמטפל להשתתף בעינויים ו/או ביחס בלתי אנושי ומשפיל.

115. הממשלה, המודעת להתנגדות הזרם המרכזי של הרופאים המיוצג על ידי הר"י, החליטה לעקוף התנגדות זאת על ידי מציאת רופאים שכן יהיו מוכנים לתת או לתמוך בטיפול מעין זה בדרכים לא דרכים. ניתן ללמוד זאת גם מהתבטאות של ראש הממשלה, אשר על פי הדיווח בחדשות ערוץ 2, אמר בפגישה ביום 2.6.14 עם שרים ונציגי שב"ס, כי "ימצא רופאים שיסכימו להאכיל בכפייה אסירים פלסטינים שובתי רעב, אם ההסתדרות הרפואית בישראל תמשיך בהתנגדותה לחוק"⁵⁸.

י.ב. זכויות האסיר במשמורת

116. זכויות היסוד של האדם בישראל, אינן פוקעות עם כניסתו של אדם לבית הסוהר. "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 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).

117. בבג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 נאמרו הדברים הבאים, היפים לעניינו:

כלל גדול בדינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כד לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין.

118. ודברים דומים נאמרו בעידן שלאחר חוקי היסוד, בבג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (12.2.07):

עונש מאסר המוטל על אדם אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק במידה שהגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר, ובמידה שהפגיעה בזכות מוגנת על פי יסודות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

119. עוד בעניינם של אסירים, הותקנו תקנות הסטנדרט המינימאלי לטיפול באסירים, Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, אשר אומצו בשנת 1955 בקונגרס הראשון של האו"ם למניעת פשע ולטיפול בעבריינים, ואושרו בהחלטות המועצה הכלכלית והסוציאלית של האו"ם בשנים 1957 ו-1977. בג"ץ הסתמך על תקנות אלה מספר פעמים, למשל, בג"ץ 221/80 דרויש נ' שב"ס, פ"ד לה(1) 536 ובג"ץ 4634/04 לעיל. בתקנות אלה מצווה שמירה על כבודם של האסירים ואיסור על פעולה אכזרית או משפילה נגדם.

⁵⁸ הדברים לקוחים מכתבה באתר <http://doctorsonly.co.il/2014/06/79244>

120. בדצמבר 1990 אימצה העצרת הכללית של האו"ם הכרזה בדבר Basic Principles for the Treatment of Prisoners (החלטה מספר 45/111 מיום 14.12.90). בהכרזה זו נאמר, בין היתר:

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

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

9. Prisoners shall have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation

121. החלטה 43/173 מיום 9.12.88 של העצרת הכללית של האו"ם, שכותרתה: Body Principles for the protection of All Persons under Any Form of Detention נוספת לאסירים. נקבע שם בעקרון 6⁵⁹:

No person under any form of detention or imprisonment shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. No circumstance whatever may be invoked as a justification for torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

122. חוק זכויות החולה, חל, כאמור גם על אסירים ואנשי כוחות הביטחון האחראים עליהם, וזאת בתוקף סעיף 27 לחוק.

123. הנה כי כן, אין כל בסיס בחוק, ליחס שונה לאסירים חולים ולטיפול כפוי באסירים שובתי רעב.

יג. הזכויות החוקתיות הנפגעות

יג.1. גופו וכבודו של האדם

124. מתן טיפול כפוי משמעו פגיעה בגרעין הקשה של כבוד האדם, פגיעה באוטונומיה וברצון החופשי שלו.

125. הערך של כיבוד אוטונומיית הרצון של האדם (היותו בן חורין), מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק מהזכות לכבוד (ראו א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג' פרשנות חוקתית, בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד (4) 221, (233).

⁵⁹ <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm> and see also GA resolution 45/111 (14.12.90) The Basic Principles for the Treatment of Prisoners: All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx>

126. המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו'-שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו (דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48 בעמ' 95-96).

127. הזכות לאוטונומיה של כוללת גם את זכות כי יעזבוהו לנפשו (בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 470). בע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים כרמל**, פ"ד נ(4) 526, בעמ' 569-570 נאמר, כי "מזכות זו משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו". בהמשך צוטט שם המלומד Dworkin, המסביר:

"It is a physical concept rather than an intellectual one. If you touch me or eavesdrop on me, you have injured my autonomy by invading my space. If you actually do something to change my body, you have injured my autonomy by changing the very constitution of what I am" (R.B. Dworkin "Medical Law and Ethics in the Post-Autonomy Age" 68 *Ind. L.J.* (1992-1993) 727, at p. 733).

128. טיפול כפוי, תוך שימוש גם בהזנה בכפיה, הוא טיפול פולשני מאוד, כואב מאוד, משפיל ומסכן את בריאותו של האסיר. מדובר באחת הפגיעות הקשות ביותר שניתן לדמיין באוטונומיה ובכבוד האדם של האסיר, תוך פגיעה בגופו. הדברים קשים במיוחד בסיטואציה של שביתת הרעב של אסירים, כאשר הפגיעה היא לא רק פיזית, אלא נפשית. הטיפול נוגד את האידיאולוגיה של האסיר, ומתבצע על ידי מי שהוא רואה בהם יריבים ואינו בוטח בהם כלל.

2.ג. חיי אדם

129. אין צורך להכביר במילים על חשיבות ומרכזיות חיי אדם בשיטת המשפט שלנו. השמירה על החיים מוזכרת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

130. כעולה מניירות העמדה וחוות הדעת המקצועיות שהונחו בפני יוזמי החוק, הטיפול הכפוי, ובעיקר הזנה בכפיה, אינו מועיל וגורם למוות במקרים רבים, כפי שקרה בעבר גם בישראל.

131. הפגיעה בחיי אדם במקרה של הזנה בכפיה היא אפשרות ממשית. גם אם תמצי לומר, כי הזנה כזו מופעלת כדי לשמור על חיי אדם, הרי שהתוצאה ההפוכה, המתרחשת בהסתברות גבוהה, מחייבת את המסקנה, כי החוק עלול לפגוע בחיי אדם.

3.ג. שוויון

132. התיקון לחוק נועד להיות בשימוש כנגד אסירים פלסטיניים השובתים רעב ולא כנגד כל קבוצה אחרת. כך עולה מההסבר לחוק, מהתבטאויות הבכירים סביב החוק⁶⁰ ומתכליתו. בכך נפגעת הזכות לשוויון, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק מהזכות לכבוד (ראו, למשל, בג"ץ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164).

⁶⁰ לפי הדיווח בערוץ 2, ראש הממשלה, בנימין נתניהו כינס ביום 2.6.14 דיון מיוחד בנושא, בהשתתפות השר לביטחון פנים, נציב שבי"ס וגורמים נוספים, על רקע התרחבות שביתת הרעב של האסירים הביטחוניים בארץ. נתניהו הורה לגורמים השונים לזרז את אישור הצעת החוק שתאפשר האכלה בכפיה של אסירים אלה, לאחר שעברה כבר את אישור ועדת השרים לחקיקה - הדברים לקוחים מכתבה באתר <http://doctoronly.co.il/2014/06/79244>

133. העובדה שאין בחוק אזכור, כי הוא מצומצם לקבוצה מסוימת, אין בה כדי להוסיף או לגרוע במקרה זה. ככל שתכליתו אינה ברורה, הרי שבית המשפט הנכבד יופנה לדברים שנאמרו בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש (11.1.12) פסקה כ"ד לפס"ד של כב' השופט רובינשטיין:

ואולם, מקובל עלי כי את שאלת ההפליה אין לבחון רק לפי לשון החוק, אלא גם לפי השפעתו המעשית; לצורך "קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 754, 749 - השופט בך; בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר (לא פורסם);

134. מדינת ישראל הינה צד לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) משנת 1965 (כ"א 25, 457, אושררה ב-1979). על פי סעיף 5 לאמנה זו, על המדינות שהינן צד לאמנה למנוע ולבער אפליה גזעית ולהבטיח את זכותו של כל אחד לשוויון בפני החוק, ללא זיקה לגזעו, לאומו או למוצאו האתני.

135. הוראות התיקון לחוק פוגעות בזכויות העצורים על פי המשפט הבינלאומי, אליו מחוייבת מדינת ישראל. האפליה הטמונה בחוק מהווה אם כן הפרה בוטה של חובת המדינה, המעוגנת בסעיף 1(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות:

...to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

136. התיקון לפקודה, מטרתו יצירת נורמה אשר מכוונת אך ורק כלפי קבוצה לאומית מסוימת של בני אדם, קבוצה שהוגדרה מראש כיעד להפעלת החוק. התיקון יביא להפליה פסולה נגד עצירים פלסטינים, מרביתם לא אזרחים, ופוגע שלא כדין בזכותם לשוויון.

137. הפגיעה של התיקון לפקודה בזכויות אדם אוניברסאליות ובערבויות להליך הוגן, אינה נהפכת למידתית ולמוצדקת כשפגיעה זו מוגבלת לקבוצה אחת המופלית לרעה, אלא להיפך. כאשר החוק פוגע רק ב"אחר", הפגיעה בזכויות יסוד חמורה שבעתים. חומרה מיוחדת יש לייחס לאפליה על רקע גזע או לאום (ראו, בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258).

138. ואם תמצי לומר או לטעון, כי מדובר בחוק כללי, שיחול על כל אסיר באשר הוא בעתיד, הרי שאולי הדברים חמורים אף יותר, באשר הפגיעה מכוחו תהיה נרחבת ותשמש את הרשויות במקרים רבים.

יג. פגיעה בזכות הקניין - חסינות מוחלטת בגין עוולה הכרוכה בטיפול הכפוי

139. התיקון לפקודה קובע, כי לא ניתן יהיה להגיש תובענה נגד אדם על מעשה שעשה בהתאם להחלטת בית המשפט המתירה טיפול רפואי בכפיה, אלא אם המעשה נעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור.

140. לא ברור מדוע פגיעה זו בזכות התביעה ובקניין נחוצה בהקשר זה. ניתן לשער, ויש לדברים ביסוס בדברי ההסבר להצעת החוק שפורסמה על ידי הממשלה, כי יוזמי החוק הבינו, כי מעטים הרופאים או מטפלים שישכימו לבצע טיפול כפוי בנסיבות האמורות. כדי לעודד

פעולה של רופאים כנגד האתיקה הרפואית, ניתנת להם חסינות, שאינה מוכרת בישראל כמעט בשום מטריה אחרת של טיפול רפואי, כפוי או רצוני או בתחום הרשלנות בכלל.

141. בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (12.12.06) בו נדון תיקון מספר 7 לחוק הנוזקים האזרחיים (אחריות מדינה), אשר הגביל את אפשרות התביעה בגין רשלנות המדינה, נאמרו הדברים הבאים:

תיקון מס' 7 קובע כי המדינה אינה אחראית בנוזיקין בהתקיים התנאים הקבועים בו. האם שלילת האחריות בנוזיקין פוגעת בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? התשובה היא בחיוב. ניתן לבסס זאת בשני טעמים עיקריים. ראשית, הזכות בנוזיקין הנתונה לניזוק (או ליורשיו או לתלויים בו), ואשר נשללה על ידי תיקון מס' 7, הינה חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין (פסקה 24 לפס"ד הנשיא ברק).

... האחריות בנוזיקין מגינה על מספר זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנוזיקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט ואינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנוזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה (פסקה 55 לפס"ד הנשיא ברק).

142. בענייננו מדובר בחסינות גורפת יותר מזו הניתנת בעת פעולה מלחמתית, באשר גם חוק הנוזקים האזרחיים מחריג פעולות שנעשות נגד אדם במשמורת וכן מאפשר מתן פיצוי לפני משורת הדין.

143. המלומד אנגלרד כותב בספרו:

זכות הפיצויים הבסיסית של אדם, הנפגע על-ידי מעשה עוולה, היא זכות חוקתית העולה מן ההגנה על חייו, גופו, ועל קניינו ... כל הגבלה של הזכות לפיצויים בגין מעשה עוולה חייבת לעמוד במבחן החוקתי של תכלית ראויה ושל מידה שאינה עולה על הנדרש (י' אנגלרד, **פיצויים לנפגעי תאונות דרכים**, מהדורה שלישית (תשס"ה), עמ' 9)

144. ובעניין עמדה דומה במשפט העמים לגבי הכפיפות של דיני הנוזיקין למגבלות חוקתיות, ראו

גם I. England, **The Philosophy of Tort Law** (1993) 125-134

145. החוק נותן חסינות גם למוסד רפואי על פעולה שעשה עובד המוסד בתום לב ובאופן סביר. חסינות כפולה זו, של המבצע והמוסד הרפואי, לצד העובדה כי פעולה המתבצעת בצו שיפוטי זוכה בכל מקרה לחסינות, מקשה עד מאוד על הגשת תביעה בגין עוולה המתרחשת בעת הטיפול הכפוי.

146. לסיכום עניין זה, ניתן לומר, כי מתן החסינות הגורפת ויוצאת הדופן, הינה פגיעה ישירה בזכות הקניין. בנוסף, מדובר על פגיעה המעמיקה את הפגיעה בכבוד, באוטונומיה ובגוף האדם, באשר היא מאפשרת פגיעה בהם עם חסינות בצידה. כמו כן, עצם העדר היכולת לתבוע מהווה באופן עצמאי השפלה נוספת עבור הנפגע. התכלית של החסינות הינה בלתי ראויה, באשר מטרתה, אולי העיקרית, הינה עידוד רופאים, מטפלים, ומוסדות רפואיים לפעול בניגוד לכללי האתיקה הרפואית.

5.ג. חופש הביטוי

147. חופש הביטוי הוא בין זכויות היסוד המוכרות בשיטה הישראלית עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד⁶¹ ולאחריהם, כחלק מכבוד האדם וחירותו⁶².

148. בית המשפט העליון היה מוכן להניח, כי שביתת רעב מהווה ככלל אמצעי לגיטימי של ביטוי ומחאה, אולם סבר, כי לאסירים לא מוקנית זכות כזו בין כותלי הכלא⁶³.

149. מניעת שביתת רעב מצד הרשויות פוגעת בחופש הביטוי שלהם. גם אם אין מדובר בפגיעה שהיא כשלעצמה מצדיקה ביטול החוק, הרי שעצם הפגיעה יש לו משקל באפקט המצטבר המטה את הכף לטובת הביטול.

6.ג. פגיעה מצטברת

150. ראינו, כי התיקון לחוק פוגע בפגיעה חריפה במספר זכויות יסוד חוקתיות. מדובר בפגיעה המתרחשת בעת ובעונה אחת, עקב אותה פעולה, של טיפול כפוי.

151. העותרים סבורים, כי יש לשקול את הפגיעה המצטברת בזכויות האדם, אשר נעשית, על פי התיקון לפקודה גם על סמך ראיות שאינן גלויות לאסיר, באופן מצטבר. לפיכך גם אם יפסק, כי פגיעה באחת מן הזכויות כשלעצמה אינה עוברת את סף אי-החוקתיות, הרי שהצטברות הפגיעות מביאה אותנו בודאי לסף זה (ראו לעניין זה בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מ"י** (11.2.10))⁶⁴.

ד. הבחינה החוקתית**ד.1. כללי**

152. העותרים מודעים לכך, כי בקשתם אינה בקשה שגרתית. העותרים מודעים לכך, כי לא בנקל יפסול בית המשפט הנכבד חוק של הכנסת. יחד עם זאת, מדובר בחוק קיצוני, המביא לתוצאות קיצוניות והוא יהווה כתם על ספר החוקים של ישראל כל עוד יוותר שם.

153. לעניין זה יפים הדברים שנאמרו לאחרונה בבג"ץ 7146/12 **אדם ואח' נ' הכנסת** (16.9.13) 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.

⁶¹ בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617

⁶² בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715

⁶³ בג"ץ 7837/04 **בורגאל נ' שב"ס** (14.9.04)

⁶⁴ לדיון מקיף בדוקטרינת הפגיעה המצטברת, ראו "בלונדהיים ומרדכי, לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית, **משפטים מד** (תשע"ד) 569

154. כאשר מבקשת הכנסת, בהליך פוליטי ומזורז⁶⁵, הליך שהקשר בינו לבין דמוקרטיה, כמשטר האמור לדאוג גם לזכויות הפרט ולמיעוט, הוא פורמאלי בלבד, הליך שפער רב בין תכליתו המוצהרת לזו האמיתית - לפגוע באופן כה חמור בזכויות אדם ובמושכלות יסוד של השיטה הכללית ושל מקצוע הרפואה, הרי שיש מקום להפעיל ביקורת שיפוטית גם על מעשיה. יפים הדברים שנאמרו בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מ"י (11.2.10):

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 לפניה. 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"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006)).

155. השמירה על זכויות אדם גם במצבי חירום מחזקת 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' שר הביטחון ואח' (14.5.2006) 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...

זאת ועוד: אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה. אכן, אם נכשל בתפקידנו בימי מלחמה וטרור, לא נוכל למלא את תפקידנו כראוי בימי שלום ושלווה. מבחינה זו טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה היא יותר מטעותן של הרשות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בחלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית המשפט כאבן שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן תמחקנה ולרוב איש לא יזכור זאת....

156. בעניינו, הבחינה החוקתית, על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חייבת להוביל למסקנה, כי החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה הקבוע בסעיף 8 לחוק היסוד. החוק אינו לתכלית ראויה, החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ואינו עומד גם במבחני המידתיות.

יד.2. החוק אינו לתכלית ראויה

157. מבחן "התכלית הראויה" מורכב משלושה מבחני משנה, כפי שתואר בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש (11.1.12) על ידי כבוד השופט א.א. לוי בסעיף 22 לפסק דינו:

⁶⁵ לביקורת על הליך חקיקה מזורז (בהקשר של חוק ההסדרים), ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל (27.9.04) ובג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (7.2.05)

שלוש משוכות, בזו אחר זו, נדרש חוק לצלוח כדי שמטרתו הקונקרטית תיחשב ראויה: [א] עליו להיות מכוון להשגתם של יעדים חברתיים, היינו, לשרת אינטרס ציבורי ממשי. ניתן לכנות דרישה זו בשם מבחן האינטרס; [ב] אינטרס זה צריך להיות חשוב דיו כדי שיצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת, וזאת בהתחשב במהותה של הזכות ובעומק הפגיעה בה. ... זהו מבחן הנחיצות. ... [ג] על החוק להלום משטר חוקתי המגן על זכויות אדם. מדברים אנו במבחן הרגישות לזכות."

158. עמדנו לעיל על תכליות החוק, הסמויות והגלויות. בשורה התחתונה, החוק נועד לשבור את רוחם ואת גופם של אסירים פוליטיים, שהם ממוצא פלסטיני ולהענישם, בשביתות הקיימות ובשביתות דומות, אם יגיעו, וזאת על רקע פוליטי ספציפי.

159. אין לקבל את הטענה, כאילו הרשויות שיזמו את הצעת החוק דאגו לנזקים בריאותיים העלולים להיגרם לשובתי רעב, דאגה זו היתה יכולה להיות כנה לו היתה נעדרת אמצעי כפייה, ולו לא הייתה נסתרת על ידי מציאות בה מתקיימת התעלמות מצרכיהם הבריאותיים של כלואים בישראל בכלל ושל אסירים פלסטינים בפרט. כזכור, אלה האחרונים שבתו רעב בין השאר בשל הזנחה רפואית של מצבם הבריאותי.

160. תכלית ראויה היא תכלית אשר, כפי שציין כב' הנשיא א' ברק בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, בסעיף 52 לפסק הדין:

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.

161. תכלית ראויה צריכה לשקף את הערך העליון במדינת ישראל, כי **"כל אדם – לרבות כל נאשם – הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה"** (בג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מ"י**, פ"ד נ(2) 769, 783).

יד.3. החוק אינו הולם את ערכי מדינת ישראל

162. מדינת ישראל היא מדינה המושתתת על ערכים דמוקרטיים, הכוללים כבוד לזכויות אדם, רפי שנאמר בבג"ץ 794/98 **עובייד נ' שר הבטחון**, פ"ד נה(5) 769, 775:

מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבנו. מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרוננו שלנו."

163. אהרון ברק כותב, בספרו **פרשנות במשפט**, כי "על ערכיה של מדינה דמוקרטית ניתן ללמוד מתפיסתן הכללית והפרטיקולרית של האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם", אשר כפי שראינו, מתנגדות באופן נחרץ לפרקטיקה של האכלה בכפייה או טיפול כפוי דומה באסירים (ראו, אהרון ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי (1994) עמ' 354).

164. חוק המתיר להזין אסירים בכפייה ומכפיף זאת לשיקולים חוץ – רפואיים, גם בניגוד להחלטת ועדת האתיקה, המביא רופאים ומטפלים לפעול בניגוד לכללי האתיקה ופוגע קשות בכבוד, באוטונומיה, בביטוי ובקניין, והמגיע כדי עינוי והתעללות, אינו יכול להיות בהלימה עם ערכיה של מדינת ישראל הדמוקרטית.

165. החוק אינו מידתי ואינו עומד במבחני המידתיות: הקשר הרציונאלי בין האמצעי הפוגע בזכות לבין המטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר. עמד על המבחנים הללו הנשיא א' ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 :

מבחן המשנה הראשון, הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי. אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית - ובענייננו, הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי החקיקתי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה החקיקתית...; מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית - ולענייננו הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר... האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. 'על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם'... 'אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה'... . מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר אפילו מתאים הוא (רציונלית) להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית... זהו מבחן הבוחן את התוצאה של החקיקה, והאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. אם השימוש באמצעי החקיקתי גורם לפגיעה חמורה בזכות האדם, ואילו התועלת הצפויה ממנו לציבור היא מזערית, כי אז אפשר שהחקיקה חורגת מהמידה הדרושה (במובנה הצר).

166. לגבי מבחן המשנה הראשון, הטענה כי הזנתו בכפייה של שובת רעב תמנע את מותו ובכך תמנע התעוררות מחאות והפגנות המוניות, שהינן זכויות מחאה יסודיות, היא חסרת בסיס הגיוני. שביתות הרעב מטבען מגייסות דעת קהל ואור הזרקורים לעוול כנגדו מוחה שובת הרעב, דיכוי מאבקו ע"י הפעלת כוח היא ערובה בפני עצמה להתעוררות המחאות ולעוד עיסוק ציבורי בענייניו של שובת הרעב. לראייה אפשר להביא את המחאות הציבוריות והעיסוק באפשרות הזנתו בכפייה של שובת הרעב עליאן, עיסוק שחרג מכל סיקור והתייחסות לשביתות רעב של בודדים בשנים האחרונות.

167. בנוסף למה שצויין לעיל, הזנה בכפייה היא הליך כואב ומסוכן, אשר יש חשש ממשי שיגרום למוות של השובת. לפיכך אין קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה.

168. לגבי מבחן המשנה השני, בפני הרשויות דרכים אחרות, מזיקות פחות, לפיתרון קונפליקטים עם אסירים שובתי רעב. לרוב - וגם בשביתות שאירעו לאחרונה - שביתת רעב הינה האמצעי האחרון של האסיר למחות ולהיאבק כנגד עוול הנגרם לו לאחר שכל שאר צורות המאבק הכזיבו. האסירים והעצורים הפלסטינים הכלואים בישראל ביקשו דרך שביתות הרעב, דרך מחאה לא אלימה, למחות על דיכויים הפוליטי, כליאה שרירותית ומעצר מנהלי, ואו תנאי כליאה בלתי-אנושיים, הכוללים בידוד, טיפול רפואי לקוי ומניעת ביקורי משפחה. רבות מהדרישות של האסירים התקבלו גם על ידי בתי המשפט בעבר ומהוות חלק מהמשפט הישראלי הנוהג, וודאי חלק מהמשפט הבינלאומי. פתוחה הדרך בפני הרשויות

למלא את בקשותיהם של הכלואים או חלקן, כדרך לפיתרון השביתה, כפי שאף נעשה במספר מקרים בארץ ובעולם, ניתן גם לפעול בדרך של הדברות או בכל דרך אלימה פחות. אסור בכל מקרה לפעול בעינויים או בדרך של התעללות.

169. חוק זכויות חולה, מספק לשובתי הרעב הגנות מספיקות מפני פגיעה רפואית, ומספק לרשויות ולקהילה הרפואית איזונים ראויים בין הזכות לאוטונומיה, החובה להציל חיים וקדושת החיים. זהו הכלי והאמצעי בו משתמשת הקהילה הרפואית מאז חיקוקו במקרים החריגים בהם יש אי הסכמה לקבלת טיפול רפואי במצבים מסכני חיים.

170. בטווח הקצר ניתן לפעול, בדרך של אימוץ הסטנדרטיים האתיים שנקבעו באמנת מלטה, הקפדה על זכויות שובתי הרעב ככל חולה אחר כפי שמעוגנות בחוק זכויות החולה, הסדרת כניסת חופשית ורציפיה של רופאים עצמאיים לצורך ליווי, מעקב וטיפול בשובתי רעב הבוחרים בכך, הימנעות מכבילת שובתי רעב בעת אשפוזם. בטווח הארוך, הקמת מערך פיקוח ובקרה חיצוני ועצמאי בקשר לטיפול ולמעקב אחרי שובתי רעב והוצאת מערך הרפואה לכלואים מכפיפות שב"ס לאחריות משרד הבריאות.

171. לגבי מבחן המשנה השלישי, הרי שהפגיעה בזכות האדם בכבוד, בחייו, בשוויון, בקניין, במסגרת שימוש בהאכלה בכפיה היא פגיעה היורדת לשורש, למרכז הקשה של זכויות האדם. מדובר בהליך כואב מאוד, מסוכן, המוגדר כעינוי, ועומד בניגוד מוחלט לרצון החולה. הנזק שבפגיעה בזכויות הוא קשה ביותר ולא ניתן להצדיק אותו גם אם יטען חשש, שתמיד יהיה עתידי ובהכרח ערטילאי, לביטחון המדינה.

טו. סיכום

172. התיקון לפקודת בתי הסוהר, האמור לאפשר למדינה לטפל ולהזין בכפיה אסירים שובתי רעב, תוך הכפפת השיקולים הרפואיים לשיקולים בטחוניים ואחרים, תוך רמיסה של כללי האתיקה הרפואית והמשפט הבינלאומי, כולל אלה האוסרים על עינויים והתעללות, ותוך מתן חסינות גורפת, בהליך שחלקו חסוי בפני שובת הרעב חקוק כעת על ספר החוקים של ישראל.

173. בשם העותרים, ארגוני זכויות אדם והחברה אזרחית בישראל אנו פונים לבית המשפט הנכבד ומבקשים ממנו שיפעל על מנת להסיר כתם זה עוד בטרם יופעל החוק בפועל.

174. בית המשפט הנכבד מתבקש, אם כן, ליתן צו על תנאי כמבוקש בכותרת העתירה, ולאחר תשובת המשיבה, להפכו לצו מוחלט.

היום: 6.9.15

תמיר בלנק, עו"ד
מ.ר. 30016
ב"כ העותרים*

*בכתבת העתירה סיעו הגב' אמאני דעיף, עו"ד עולא שתיו ועו"ד אפרת ברגמן - ספיר