

1. לילא בורגאל, ת.ז. 020322459
 2. סנא דקה, ת.ז. 023223787
 3. מוחמד ג'בארין, ת.ז. 057549743
 4. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 5. אל-דמיר – אגודה להגנה על זכויות האסירים וזכויות האדם
 6. אגודת מאנדילא
 7. האגודה למען האסיר
 8. מרכז אל-קודס לסיוע משפטי וזכויות אדם
 9. עמותת אל-חאק
 10. רופאים לזכויות אדם
- ע"י ב"כ עוה"ד עביר בכר ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או מרואן דלאל ו/או גדיר ניקולא ו/או סוהאד בשארה ו/או מוראד אלסאנע ו/או עאדל בדיר מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל; טל': 04-9501610; פקס: 04-9503140; שפרעם, ת.ד 510, מיקוד 20200.

העותרים

-נגד-

1. שרות בתי הסוהר
 2. השר לביטחון פנים
- על ידי פרקליטות המדינה
רחוב סלאח אל-דין 29
ירושלים

המשיב

עתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

- מוגשת בזאת עתירה דחופה למתן צו על תנאי, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע:
- א. לא יספק מלח באופן יומיומי לכלל האסירים השובתים רעב בימים אלה בבתי כלא שונים בישראל.
 - ב. לא ימנע כליל מהחרמת מלח מתאיהם של האסירים השובתים רעב.
 - ג. לא ישיב לכלל האסירים השובתים רעב את המלח שהוחרם מתאיהם.

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים להימנע מהחרמת מלח מקרב אסירים השובתים רעב, וכן להימנע מאי אספקת מלח לאותם אסירים, עד להכרעה סופית בעתירה דנן, וזאת מהנימוקים שלהלן:

- א. המשיבים נוקטים במדיניות בלתי חוקית כנגד אסירים במשמורתם השובתים רעב, הכוללת החרמת מלח ואי אספקתו לאותם אסירים. מלח הינו מצרך חיוני השומר על האיזון הנדרש בגוף בעתות שביתת רעב, וכן מונע התפרצות תופעות מסוכנות ביותר בגוף, כמפורט בחוות הדעת המקצועיות שבגוף העתירה להלן.
 - ב. מדיניות זו, מעמידה את חיי ובריאות אותם אסירים בסכנה ממשית. מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות ובזכויות יסוד של אותם אסירים, אשר חרף מאסרם אין הם משוללי אותן זכויות.
 - ג. הסכנה לחיי אותם אסירים עולה מניה וביה מדברי השר הממונה על שירות בתי הסוהר, השר לביטחון פנים, אשר התבטא במסיבת עיתונאים ביום 13.8.2004, לקראת שביתת הרעב של אסירים המסווגים כביטחוניים, באומרו "מבחינתי הם יכולים לשבות יום, חודש ועד מוות."
 - ד. מאזן הנוחות נוטה בבירור לצד החובה למנוע פגיעה ממשית וקשה בבריאות האסירים שובתי הרעב, לא כל שכן כאשר יש חובה על המשיבים לספק את המלח לאותם אסירים. מנגד, לא יגרם כל נזק למשיבים במידה והם ימנעו מהחרמת ומאי אספקת מלח לאסירים שובתי הרעב.
 - ה. בנוסף, עתירה זו הינה מבוססת מהבחינה העובדתית והמשפטית, בהיותה כוללת, בין השאר, שתי חוות דעת מקצועיות המצביעות באופן מפורש וברור על הסכנה הממשית לחיי ובריאות אדם שובת רעב אם שוללים ממנו את נגישותו למלח.
- ו. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה זו.

בקשה לדיון דחוף

- א. עניינה של עתירה הפרתן של זכויות חוקתיות ובסיסיות ביותר של אסירים השובתים רעב, והנמצאים במשמורתם של המשיבים.
- ב. העותרים מבקשים, אם כן, לקבוע עתירה זו לדיון דחוף ביותר, על מנת לברר את הפרות המשיבים לחובותיהם על פי דין, לא כל שכן כאשר הפרות אלה כרוכות בהשלכות כה שליליות על זכויות כה נעלות.
- ג. למעשה, עתירה זו נמצאת במרוץ עם הזמן מרגע הגשתה. ישנם אסירים השובתים רעב כבר יותר מ- 10 ימים, החל מיום 15.8.2004. המשך המצב הקיים, של אי אספקת מלח להם על ידי המשיבים, והחרמת האחרונים למלח שהיה קיים אצל האסירים שובתי הרעב, כרוך בסיכון ממשי וחמור לחיי אותם אסירים מעבר לתוצאות המאוחרות יותר של שביתת הרעב כשלעצמה.
- ד. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה זו.

רקע עובדתי

העותרים

1. העותרים מס' 1-3 הנם בני משפחותיהם של אסירים אשר שובתים רעב בימים אלה והחרדים על חיי יקיריהם והסיכון הטמון באי אספקתם במלח. העותרת מס' 1, הנה אמו של האסיר מוכלס בורגאל, הכלוא בכלא גלבע. העותרת מס' 2 הנה בת זוגתו של האסיר וליד דקה, הכלוא בימים אלה בכלא אופק. העותר מס' 3 הנו אחיו של האסיר ויסאם ג'בארין, הכלוא בכלא הדרים.
2. העותרים 4-10 הינם ארגוני זכויות אדם הפועלים להגנת זכויות אלה בישראל ובשטחים. העותר מס' 4 הנו מרכז משפטי לזכויות אדם הרשום כדין בישראל, הפועל לקידום זכויות המיעוט הערבי במישור המשפטי ובכלל זה, קידום והגנת זכויותיהם של האסירים והעצורים הכלואים בבתי הכלא בישראל. העותרת מס' 5 הנה עמותה רשומה כדין הפועלת להגנה על זכויות האדם והסביבה בגדה המערבית. העותרות מס' 6-8 הינן עמותות רשומות כדין הפועלות לקידום זכויות אסירים ועצירים פלסטינים. העותרת מס' 9 הנה עמותה רשומה כדין הפועלת להגנה על זכויות האדם בשטחים לרבות תיעוד הפרות זכויות אלה. העותרת מס' 10 הינה עמותה רשומה כדין הפועלת למען זכויות רפואיות בישראל ובשטחים.

שביתת הרעב של האסירים המסווגים כביטחוניים

3. ביום 15/08/04 פתחו כ- 1500 אסירים ועצורים הכלואים בבתי הכלא, נפחא, אשל, אוהלי קידר והדרים, בשביתת רעב, כמחאה על תנאי חייהם בתוך בית הכלא. מאוחר יותר, הצטרפו לשביתת הרעב אסירים נוספים מבתי כלא שונים, כגון בית כלא גלבע, נווה תרצה, שקמה וניצן. על-פי דיווחיו של המשיב נכון ליום 23/08/04 הגיע מספרם של האסירים שובתי הרעב ל – 2885.

ראו: <http://www.ips.gov.il/news/news.asp>

4. יש לציין, כי עם פתיחת שביתת הרעב הודיעו האסירים, כי שביתתם כוללת הימנעות מאכילת דברי מאכל למעט נוזלים ומלח.
5. עם פתיחת שביתת הרעב ביום 15/08/04 פשטו סוהרים אל תאיהם של האסירים והחרומו מוצרים רבים לרבות דברי מאכל, נוזלים ומלח. הסוהרים עשו זאת, חרף ידיעתם, כי אין בכוונת האסירים להפסיק נטילת נוזלים ממותקים ומלח. כתוצאה מכך, אולצו האסירים על-ידי המשיב ובלית ברירה, לשבות רעב באופן שהם שותים מי שתייה בלבד, ללא תוספת כלשהי למים, בניגוד לרצונם.

ההשפעה המיידית של העדר תוספת מלח למי השתייה על בריאותם של האסירים השובתים רעב

6. מניעת גישת האסירים שובתי הרעב למלח, עלולה לגרום להם נזקים גופניים. חשיבותו של המלח הנה בכך, כי הוא מהווה המקור העיקרי של הנתרן בגוף. בחוות דעתו המצורפת לעתירה זו מציין, ד"ר זאהר ארמלי, מומחה ברפואה פנימית, כי הנתרן הנו האלמנט החשוב ביותר במדור החוץ תאי (פלסמה – דם). אי אספקת מלח ברציפות לגוף עלולה להפחית מריכוז הנתרן בגוף, שהנו בד"כ 140 מא"ק לכל ליטר מים. ירידת ריכוז הנתרן מתחת ל – 135 מא"ק לליטר, מוגדרת במונחים רפואיים כהיפונתרמיה שהנה הפרעה אלקטרוליטית המסכנת חיים. יש לציין, וכפי שעולה מחוות דעתו הרפואית של ד"ר ארמלי, ככל שכמות המים בגוף עולה, כך ריכוז הנתרן בפלסמה יורד.

רצ"ב חוות דעתו המפורטת של ד"ר זאהר ארמלי, כנספח שסימנו ע/1.

7. הביטויים הקליניים להיפונתרמיה, שהנה כאמור הפרעה אלקטרוליטית המסכנת חיים והנובעת מהעדר ריכוז הנתרן שמקורו במלח, יכולים לנוע בין מצבים קלים כגון: בחילות הקאות, חולשה כללית ועייפות ומצבים קשים כמו: כאבי ראש, חוסר התמצאות בזמן ובמקום, אי שקט, אבוד שליטה על הסוגרים, בצקת ריאות, התכווצויות, תרדמת, דום נשימתי ומוות. לפי חוות דעתו של ד"ר ארמלי, במקרים אלה הגישה הטיפולית הנה לפי אכילת מלח, או שתיית נוזלים עתירי מלח.

ראו: ע/1.

8. כמפורט בחוות הדעת של ד"ר ארמלי היפונתרמיה אמיתית, שהנה סוג אחד מבין 3 סוגי היפונתרמיה, נגרמת כתוצאה מעודף מים יחסית לריכוז האוסמולים בגוף, כאשר הנתרן מהווה את האוסמול הכי חשוב בפלסמה. צום מאכילה מהווה אחת הסיבות לגרימת היפונתרמיה אמיתית:

"הנתרן הוא הקטיון הכי חשוב במדור החוץ-תאי (פלסמה או דם), ונמצא בד"כ בריכוז של 140 מא"ק/ליטר. המלח הוא המקור העיקרי של הנתרן בגופנו. היפונתרמיה היא הפרעה אלקטרוליטית מסכנת חיים, ומוגדרת כרמת נתרן בפלסמה הנמוכה מ-135 מא"ק/ליטר.
היפונתרמיה אמיתית (עם אוסמולריות נמוכה) תמיד מהווה מצב של עודף מים יחסית לריכוז האוסמולים בגוף. האוסמול הכי חשוב במדור החוץ-תאי (פלסמה) הוא הנתרן ... ככל שכמות המים בגוף עולה, כך ריכוז הנתרן בפלסמה יורד.

...

היפונתרמיה אמיתית (היפוטונית): מצב של עודף מים ביחס לכמות האוסמולים בגוף, ז"א יש מצב של דילול של האוסמולים ע"י עודף מים או נוזלים היפוטוניים (רכוז נמוך של נתרן) אחרים.
סיבות רבות יכולות לגרום למצב הזה, ביניהן כשל של הלב או הכבד, תת-פעילות של בלוטת התריס, פסיכוזיס, תרופות, הקאות, שלשולים, צום מאוכל תוך המשך שתייה, פעילות ספורטיבית תחרותית, ועוד.

ראו: ע/1.

9. ועוד, תגובת הגוף לירידה בריכוז הנתרן אצל גוף בריא שונה בתוצאותיה מתגובתו בקרב גוף שהנו בצום מוחלט מאוכל. לפי חוות הדעת של ד"ר ארמלי, בגוף בריא הכליות יכולות לאתר ירידת ריכוז הנתרן וכתגובה לכך הן פועלות להחזרת ריכוז הנתרן בפלסמה לרמה הבסיסית, ע"י הפרשת עודף מים ודיכוי ההורמון שתפקידו ספיגת מים לגוף דרך המערכת הכלייתית (Antidiuretic Hormone). אי לכך, בגוף בריא הכליות מסוגלות להפריש עודף המים בגוף בכמות של כ- 10-15 ליטר, דבר אשר מונע ירידת ריכוז הנתרן. לעומת זאת, במצב של צום מוחלט מאכילה, כמות קטנה של נוזלים נטולי נתרן, כגון המים, יכולה להוריד את רמת הנתרן בפלסמה עד כדי הגעה למצב של היפונתרמיה וזאת כי צום מאוכל מדכא את היכולת של הכליות להפריש מים. כך שלהבדיל מאדם רגיל היכול להפריש 10-15 ליטר ליום, אדם שנמצא בצום מאוכל יכול להפריש מים עד ל-4 ליטר ליום, כדברי ד"ר ארמלי:

"בגוף בריא, הכליות מסוגלות להפריש עודף המים החופשיים בכמות של כ- 10 עד 15 ליטר ליממה. זה לא המקרה אצל אנשים שהאוכל שלהם מכיל כמות קטנה של חלבון (ברות דלת חלבון), כגון שתייני בירה, אנשים בתת-תזונה, או במצב עוד יותר קשה שהוא צום מוחלט מאוכל, כמות קטנה של נוזלים היפוטוניים (ריכוז נמוך של נתרן) או נוזלים נטולי נתרן כגון מים, יכולים להוריד את רמת הנתרן בפלסמה ולהגיע למצב של היפונתרמיה.

צום מאוכל מדכא באופן משמעותי וישיר את היכולת של הכליות להפריש מים חופשיים. פירושו של הדבר שאצל אנשים אלה, היכולת המקסימלית להפרשת מים יורדת ל- 4 ליטר ליממה (במקום 10-15 ליטר), דבר שמעלה באופן משמעותי ביותר את הסיכון לפתח היפונתרמיה, עקב קושי בהפרשת עודף המים מהגוף." (ההדגשה לא במקור).

ראו: ע/1.

10. ד"ר מאיר לירון, לשעבר מנהל מחלקה פנימית ה' במרכז הרפואי תל-אביב, מציין בחוות דעתו המצורפת לעתירה זו, כי לאחר ימים ספורים של שביתת רעב ותוך המשך שתית מים חופשית הנזק שעלול להיגרם לגוף כתוצאה משתיית מים ללא תוספת מלח במהלך שביתת רעב, הנו קודם ואף מעבר לנזק הנגרם מאוחר יותר כתוצאה מהעדר אכילה, כדבריו:

"במשך שביתת רעב של למעלה מימים ספורים ותוך המשך שתית מים חופשית עלול חוסר מלח (נתרן) לגרום לשיבושים חמורים במערכת האלקטרוליטים של הגוף, מעבר ועוד קודם, לנזק הנגרם בהמשך ע"י הרעב ומניעת חומרי האנרגיה כשלעצמם. מכאן שיש חשיבות לספק לאדם שאינו אוכל, נוסף למים גם מלח בכמות של 1.5 גרם (חצי כפית) ליום."

רצ"ב חוות דעתו של ד"ר מאיר לירון, כנספח שסימנו ע/2.

ראו: ע/1.

11. הנה כי כן, וכעולה מחוות הדעת הרפואיות אשר ניתנו על-ידי רופאים מומחים לרפואה פנימית והמבוססות על הספרות המקצועית, אין חולק כי אי הוספת מלח באופן יומיומי למי השתייה, אותן נוטל האדם השובת רעב, תגרום לפגיעה בגופו ובריאותו ויש בה כדי לפתח אצלו מצב של היפונטרמיה כתוצאה מפיחות ריכוז הנתרן בפלסמה של הגוף. "היפונטרמיה היא הפרעה אלקטרוליטית מסכנת חיים, ממנה עלינו לנקוט כל האמצעים האפשריים בכדי למנוע היווצרותה, ובמידה והיא מתפתחת עלינו לטפל בה באופן הדחוף ביותר".

ראו: ע/1.

פניות לרשויות

12. ביום 18/08/04 בעקבות הפרסומים בכלי התקשורת אודות החרמת המלח מתאיהם של האסירים השובתים רעב, פנה העותר מס' 4 אל המשיב וביקשו, להחזיר, בין היתר, את המלח לאסירים וזאת נוכח הסיכון הבריאותי הטמון באי נטילת מלח באופן יומיומי.

רצ"ב פניית העותר מס' 1 מיום 18/08/04, כנספח שסימנו ע/3.

13. במענה לפנייתנו של העותר מס' 1 הנ"ל השיב המשיב ביום 18/08/04, כי בהתאם לנוהל מחלקת הרפואה שלו, אין כל צורך להוסיף מלח למי השתייה במהלך השבועיים הראשונים של שביתת הרעב הואיל ולא נשקפת סכנה לבריאותו של האסיר, כדלקמן:

"בהתאם לנוהל מחלקת הרפואה אין צורך רפואי במהלך השבועיים הראשונים לשביתת הרעב להוסיף תוספת למים לשתייה... לאחר שבועיים נותנים תוספות למים עפ"י הנוהל ובהתאם לצורך הרפואי. כמובן שהתקופה המוגדרת לעיל נתונה לשינוי ובאם מצבו הרפואי של אסיר מסוים יחייב זאת ינתנו התוספות למים גם במועד מוקדם יותר... עפ"י נוהל מחלקת הרפואה בשב"ס, לא נשקפת סכנה לחייו או בריאותו של אסיר שובת רעב אך ורק מים לפחות בשבועיים הראשונים, בכפוף לחריגים כפי שצויין לעיל".

רצ"ב תשובתו של המשיב מיום 18/08/04 כנספח שסימנו ע/4.

14. יש לציין, כי העותר מס' 4 פנה כמה פעמים אל המשיב הן באופן ישיר והן באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים, וביקש לקבל העתק מהנהלים בדבר הטיפול הרפואי באסיר שובת רעב, עליהם סמך המשיב את טענתו בדבר העדר הצורך בתוספת המלח. העותר הדגיש בפנייתו את דחיפות העניין וביקש לשלוח את הנהלים בהקדם. יצוין, כי אין לאותם נהלים כל זכר בחוק, בחקיקת משנה ו/או פקודות נציבות שב"ס. עד לכתיבת שורות אלה טרם קיבל העותר מס' 4 את הנהלים הנ"ל.

רצ"ב פנייתו של העותר מס' 4 מיום 22/08/04, כנספח שסימנו ע/5.

רצ"ב פנייתו של העותר מס' 4 מיום 23/08/04 ותשובת המשיב כנספח שסימנו ע/6.

15. נוכח הסירוב לחשוף את הנהלים בדבר הטיפול הרפואי באסיר שובת רעב, בפני העותר מס' 4, נותר לעותרים להסתמך על האמור בתשובתו של המשיב מיום 18/08/04 ולהניח, כי הנה משקפת את האמור בנהלים בדבר הטיפול הרפואי באסיר שובת רעב. העותרים שומרים לעצמם את הזכות לטעון כנגד חוקיות הנהלים לכשיחשפו בפניהם.

16. מתשובתו של המשיב מיום 18/08/04 עולה, כי לפי נהליו הוספת מלח למי השתייה הנה בגדר החרג ולא הכלל, הואיל ולטענתו, במהלך השבועיים הראשונים של שביתת הרעב, לא נשקפת סכנה לחייו של האסיר או לבריאותו, אם הוא ייטול מים בלבד ללא תוספת כלשהי. דבריו אלה של המשיב, סותרים בריש גלי את העמדה הרפואית המקובלת כפי שעולה מחוות הדעת של ד"ר לירון וד"ר ארמלי המצורפות לעתירה זו. לפי חוות הדעת הרפואיות, גופו של האדם זקוק באופן יומיומי לנתרן הנמצא במלח וכי לאחר ימים ספורים משביתת רעב ותוך המשך שתייה עלול חוסר המלח לגרום לשיבושים חמורים במערכת האלקטרוליטים של הגוף. כמו כן, אי אספקת המלח בתדירות יומיומית עלולה להפחית את ריכוז הנתרן בפלסמה ולגרום לתופעות קליניות מסוכנות עד מוות. הפגיעה בבריאותו של האסיר, שובת הרעב, יכולה להיות איטית ולא מורגשת, ולהידרדר מסחרחורת תחילה עד בצקת בריאות, דום נשימתי ואפילו מוות.

ראו: ע/4-1-1/ע-2.

הטיעון המשפטי

17. העותרים יטענו, כי החרמת המלח מתאיהם וסירוב המשיב לספק להם מלח בתדירות יומיומית הנה בלתי חוקית, בהיותה פוגעת, ללא הסמכה מפורשת בדין, בזכויותיהם החוקתיות של האסירים השובתים רעב, לחיים, לשלמות גוף, לכבוד ובזכותם לבריאות ולאוטונומיה אישית.

הפגיעה בזכות לחיים, לשלמות גוף ולכבוד של האסירים

18. העותרים יטענו, כי בהסתמך על האמור בחוות הדעת המצורפות לעתירה דנן, אי אספקת המלח באופן יומיומי יש בה כדי לגרום לנזקי גוף בטווח הקצר והארוך דבר אשר מהווה פגיעה בזכותם החוקתית לשלמות גוף. ד"ר ארמלי הדגיש בחוות דעתו כי במצב של העדר אספקת נתרן לגוף יש להבטיח, כי כל נוזל שהאדם שותה יכיל מלח.

ראו: ע/1-1/ע-2.

19. על-פי סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין פוגעים בחייו בגופו ובכבודו של אדם באשר הוא אדם. על מעמדן של זכויות אלו והיקפן החוקתי נאמר בפסיקה כי "מדובר בחייו של אדם, בגופו ובכבודו, שעל כולם מצווים אנו לשמור ולהגן".

ע"א 88 / 506 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה נ' מדינת ישראל מח (1) 87, 102.

ראו גם:

רע"א 97 / 5587 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר (קטיין) על-ידיו הוריו ואפוטרופסין נא (4)
830, עמ' 840.
ע"פ 85 / 480 יוסף קורטאם נ' מדינת ישראל מ (3) 673, עמ' 685.

העדר הסמכה בחוק

20. העותרים יטענו, כי החרמת המלחים מתאיהם הנה בלתי חוקית בהיותה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות ללא הסמכה מפורשת בדין.

21. במכתבו של המשיב, מיום 18/08/04 הוא טען, כי החרמת המלח נעשתה מתוקף הסמכות המוקנית לו בפקודת נציבות (להלן: פקני"צ) 04.16.00. על-פי אותה הוראת פקני"צ לאחר 48 שעות לאחר מתן ההודעה על פרוץ שביתת הרעב הקבוצתית, יוצאו מתאי שובתי הרעב כל מצרכי המזון.

רצ"ב פקודת הנציבות מס' 04.16.00, כנספח שסימנו ע/7.

ראו: ע/4.

22. מבלי לגרוע מזכותם של העותרים, לתקוף בעתיד חוקיות הוראת פקני"צ 04.16.00, הם יטענו, כי המשיב או מי מטעמו אינם מוסמכים להורות על הוצאת המלח מתאיהם של האסירים, הואיל ומדובר במעשה הפוגע בזכויותיהם החוקתיות של האסירים לחיים, לשלמות גוף ולכבוד. בהעדר הוראה מפורשת בחוק, אין די בקיומה של הוראה פנימית גורפת המאפשרת החרמת מלח מן האסיר, כדי להקנות סמכות למשיב לפגוע בזכויות היסוד של האסירים השובתים רעב. דבר זה הנו בניגוד לאמור בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיו, פגיעה בזכות יסוד תיעשה בחוק או לפי הסמכה מפורשת בחוק.

23. הלכה פסוקה היא, כי פגיעה בזכות יסוד תיעשה רק מכח הוראה מפורשת בדין. ביום 10.02.04 ביטל בית משפט נכבד זה תקנה שהותקנה על ידי השר לביטחון פנים ואשר הסמיכה את נציב או מנהל בית הסוהר להורות על מניעת פגישת עצור עם עורך-דינו או הפסקתה. אותה תקנה נמצאה על-ידי בית המשפט (בדעת רוב) כבלתי חוקתית הן בשל פגיעתה הגורפת בזכות היסוד של העצור/אסיר להיפגש ולהיוועץ בעורך-דינו והן בשל העובדה, כי מדובר בחקיקת משנה שהותקנה ללא סמכות מפורשת בחוק, כלשונו של כב' השופט ריבלין:

"אכן, בטרם בודקים, באופן מהותי, האם דבר חקיקה עומד באמות המידה החוקתיות, יש לבחון האם התקיים הליך החקיקה הנדרש לפני פגיעה בזכות יסוד. הדרישה לעיגון הפגיעה בזכות יסוד אך ורק בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית נקבעה במשפטנו עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם... השקפה זו קיבלה ביטוי ברור בפסקת ההגבלה, המצויה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד:

חופש העיסוק. פסקת ההגבלה קובעת, כי פגיעה בזכות אדם מוגנת חייבת להיעשות "בחוק" או "לפי חוק". על מרכיב זה שבפסקת ההגבלה נאמר, כי ביסודו עומד עקרון שלטון החוק בהיבטו הפורמלי ובהיבטו המהותי-הצר (א' ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ה) 489). מרכיב זה נועד לבטא את הצורך בהרשאה מפורשת מטעם הריבון, בטרם פגיעה בזכויות יסוד.

בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם), ניתן ביום 10.02.04. ראו גם הערותיה של כב' השופטת חיות באותו עניין.

24. בפס"ד קטלן ביטל בית המשפט העליון את החלטת שירות בתי הסוהר לבצע חוקן בעצירים חשודים, כשהם שבים לבית המעצר על אף ששירות בתי הסוהר הסתמך על שני חיקוקים לביצוע חוקנים. החוקק האחד היה תקנה מתקנות בית הסוהר הקובעת כי רשאי סוהר להשתמש בכל האמצעים הסבירים, כולל שימוש בכח להשלטת הסדר הטוב. בית המשפט קבע כי אין בחיקוק הנ"ל כדי להתיר חדירה לגופו של עציר לשם גילוי סם מסוכן, ואם אכן לכך התכוון מחוקק המשנה, הרי יש לפסול את החקיקה בהיותה חורגת מן הסמכות ובלתי סבירה. בנוסף נקבע, כי הסעיף בפקודת בית הסוהר הקובע כי "חיפוש יערך בכל אסיר במועדים שנקבעו", אין בו כדי להתיר חיפוש בתוך גופו של האדם. בית המשפט קבע, כי כיוון שישנה התנגשות בין שני אינטרסים חשובים, האחד האינטרס של כל אדם, לרבות עציר ואסיר, לשלמות גופו ולכבודו כאדם, והאחר, האינטרס של האסירים ושל המדינה לניהול תקין של בית הסוהר, על הכנסת לחוק חוק בנדון, לאחר בדיקת הפרשה והאלטרנטיבות השונות שניתן להעלותן לשם מניעת הברחת סמים לתוך כותלי בית הכלא. על החובה לקיום חקיקה מפורשת ראשית אומר כב' השופט ברק כי:

"משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי... אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה לפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו. ביצוע חוקן בעצור ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנעתו ופוגע בזכותו כאדם... על כן, כדי ששלטונות בתי הסוהר יוכלו לבצע חוקן ללא הסכמתו של העצור, ובכך להצדיק מעשה פלילי ועוולה אזרחית של תקיפה, עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן."

בג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3), 294, 298;

ראו גם: בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5), 481, 426; בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4), 817, 835. בג"צ 337/81 מטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337.

25. העותרים יטענו, כי בהעדר חקיקה ראשית מפורשת המסמיכה את המשיב לפגוע בזכויותיהם לחיים ולשלמות גוף ולכבוד, ובשל עוצמת זכותם הנפגעת ומהות הפגיעה, והעובדה כי החרמת המלח תאיץ את ההידרדרות במצב האסירים הבריאותי, אין המשיב מוסמך להחרים את המלח מחדרי האסירים השובתים רעב, ודין החלטתו בטלות.

חוסר מידתיות

26. המשיב ככל רשות מנהלית אחרת, כפוף לעקרונות המשפט המנהלי, בכלל זה לעקרון המידתיות. העותרים יטענו, כי הדרך שבה בחר המשיב לטפל בעניין שביתת הרעב תוך פגיעה בזכויותיהם של האסירים הנה בלתי מידתית, היות והיא נוגדת את סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה) ואינה תואמת את מבחני המשנה שנקבעו בפסיקה.

27. המשיב טוען, כי החרמת המלח נעשית כצעד משמעותי עונשי על ההחלטה לשבות רעב, המוגדרת בסעיף 56 (8) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב - 1971, כעבירה משמעותית. לטענת המשיב, אחד הטעמים שעומדים מאחורי ראיית שביתת הרעב כעבירה משמעותית הנו החשש לפגיעה בבריאותו של האסיר. יוצא, כי מצד אחד המשיב טוען, כי הוא חושש לשלומם של האסירים ולפגיעה בבריאותם כתוצאה משביתת הרעב, ומצד שני הוא מאיץ את הפגיעה בבריאותם על-ידי החרמת המלח שהנו אלמנט חיוני והכרחי לגופו של האדם, על אחת כמה וכמה כשהמדובר באדם שובת רעב. הדרך שבה פועל המשיב נוגדת את שלושת מבחני המשנה שנקבעו בפסיקה בנוגע לעקרון המידתיות, קרי מבחן ההתאמה הרציונלית בין המטרה לאמצעי, האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן האמצעי המידתי.

28. **מבחן ההתאמה הרציונלית:** על-פי מבחן זה נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה החקיקתית (ראו: בג"צ 3477/95 ישראל בן עטיה ואח' נ' שר החינוך והתרבות, מט (5) 1, 12). לא יעלה על הדעת כי שמירה על בריאותו של האסיר תעשה בדרך של החמרת הפגיעה בבריאותו, על דרך שלילת המלח ממנו.

29. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה:** במסגרת דרישות המידתיות, על האמצעי המנהלי לקיים את מבחן המשנה לפיו הפגיעה באינטרס המוגן הינה במידה הקטנה ביותר. לפי אותו, מבחן האמצעי הפוגע בזכות יסוד הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית באמצעי פחות דרסטי, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר. העותרים יטענו אפוא, כי שלילת המלח על כל הנזק הבריאותי הכרוך בכך, ואשר מגיע עד כדי סיכון חיים, איננה מהווה את האמצעי שפגיעתו פחותה ביותר בזכויותיהם של האסירים. נהפוך הוא, מדובר באמצעי שפגיעתו הנה ישירה וחמורה ביותר.

ראו: ע/ו-1 ע/2.

30. **מבחן האמצעי המידתי:** לפי מבחן זה האמצעי הנבחר, אפילו אם הוא מגשים את המטרה, ואפילו אם אין אמצעי מתון ממנו, צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית. העותרים יטענו, כי הנזק אשר יגרם להם כתוצאה משלילת המלח הנו חמור ועולה בעוצמתו מכל תועלת אשר תצמח למשיב כתוצאה ממדיניותו הבלתי חוקית.

ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מיגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221, ראו גם דבריו של כב' הנשיא ברק ב: בג"צ 1715/97 לשכת מינהלי ההשקעות הישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4), 367, 389-390.

זכויות האדם של האסיר בין חומות הכלא והחובה להגן עליהן

31. הלכה פסוקה היא, שזכויות האדם של האסיר אינן נפגעות רק בשל עובדת המאסר, אלא הן ממשיכות לחול אף בתוך בית הכלא. כניסוחו של השופט אלון בפרשת *הוקמה נ' שר הפנים*:

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

בג"צ 337/84 *הוקמה נ' שר הפנים*, פ"ד לח (2), 826, 832. ובעניין *גולן* נאמר:

"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תאכלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מיגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות; מהן מיגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מיגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין".

עע"א 4463/94 *גולן נ' שרות בתי הסוהר*, פ"ד נ (4), 136, 155; ראו גם: עע"א 4/82 *מדינת ישראל נ' תמיר*, פ"ד לז(3), 201;

Basic Principles for the Treatment of Prisoners, article 1, 5

32. העותרים יטענו, כי על המשיב כמי שאמון על שלומם של האסירים והגנה עליהם, חלה חובה לדאוג לבריאותם ולשלמות גופם של האסירים, גם שהנם שובתים רעב. העיקרון הראשון בעקרונות האו"ם בנוגע לכללים האתיים החלים על הצוותים הרפואיים בבתי הכלא, קובע מפורשות, כי על הצוותים הרפואיים של בתי הכלא חלה חובה, בין היתר, להגן על בריאותם של האסירים, כדלקמן:

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

ראו:

UN Principles of Medical Ethics regarding Health Personnel in the Treatment of Prisoners.

33. העותרים יטענו, כי זכותם של האסירים לחיים, שלמות גוף וכבוד שמורה להם גם בין כותלי בית הסוהר, וגם כאשר הם שובתי רעב. חובת המשיב הנה להגן על זכויותיהם אלו ולא לפעול לרמיסתן כענישה על שביתת הרעב בצורה בלתי חוקית ובלתי מידתית. המסגרת הנורמטיבית המחייבת את תחולת עקרונות היסוד והזכויות החוקתיות חלה גם על המשיב אשר הפר זכויות אלה, בניגוד לחוק וההלכה הפסוקה.

על יסוד האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לתת צו על תנאי כאמור בראשית העתירה ולאחר קבלת תשובת המשיב להופכו למוחלט ולחייב את המשיב בהוצאות.

עביר בכר, עו"ד

ב"כ העותרים