

בתי המשפט

בש 092690/02		בבית המשפט המחוזי בתל-אביב - יפו	
בש 093066/02			
תאריך:	10/03/2003	כב' השופט זכריה כספי	בפני:

בעניין:

מדינת ישראל

המבקשת

נגד

1. שיח עבד אל כרים עביד

2. מצטפא דיב מרעי דיראני

3. ג'הארד וילאם ע"א לטיף שומאן

4. פאוזי מחמד מצטפא איוב

המשיבים

ב"כ המבקשת: עו"ד ד. חן
 ב"כ המשיבים 1 ו-2: עו"ד צ. ריש
 ב"כ המשיב 3: עו"ד ל. צמל
 ב"כ המשיב 4: עו"ד ה. אבו שחאדה

כתבי עת:

[ארנה בן-נפתלי, שרון גלייכגויטש, "כליאתם של אנשי כוחות", המשפט, כרך ז \(תשס"ב\) 435](#)

החלטה**הרקע והנסיבות**

שיח עביד ומצטפא דיראני (המשיבים 1 ו-2) הם אזרחים לבנונים. הראשון היה מנהיג בולט בארגון החיזבאללה ואילו השני שימש כקצין בטחון של תנועת אמל ולאחר שפרש ממנה, פעל בשיתוף פעולה עם ארגון החיזבאללה. הם הוחזקו עד לאחרונה במעצר מנהלי (הראשון מאז 1989 והשני מאז 1994), מכוח **חוק סמכויות שעת חירום** (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן: "**חוק המעצרים המנהליים**") לאחר שנמצא, כי נשקפת מהם סכנה לבטחון המדינה. עתה הם מוחזקים מכוח צווי כליאה שהוציא

הרמטכ"ל ב- 16.6.02, לפי סעי' 3(א) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב – 2002 (להלן: "החוק").

ג'הארד שומאן (המשיב 3), הוא אזרח בריטי שנעצר בישראל. הרמטכ"ל הוציא כנגדו צו כליאה, מכוח החוק, ב- 16.6.02.

פאוזי איוב (המשיב 4), הוא אזרח קנדי שנעצר בחברון. כנגדו הוציא הרמטכ"ל צו כליאה, מכוח החוק, ב- 21.10.02.

המשיבים 1 ו-2 עתרו ביום 6.3.02 לבג"צ וטענו כנגד חוקיותו של החוק. במקביל התקיים בעניינם ההליך מכוח החוק והוצאו כנגדם צווי הכליאה, כנזכר.

בהמשך, במסגרת הליך זה – ביקורת שיפוטית לפי החוק - הובאו המשיבים 1 – 3 ב- 27.6.02 בפני (ב"ש 91589/02) על מנת לבדוק אם נתקיימו התנאים הקבועים בחוק, המאפשרים את כליאתם. ב"כ המשיבים 1 ו-2, עו"ד ריש, סירב ליטול חלק בדיון לגופו עד אשר תינתן החלטת בג"צ בעתירתו. בהמשך ביקש, על פי הנחיית מרשיו, לאפשר את אי-התייצבותם בבית המשפט, כמו גם את אי התייצבותו שלו. לבקשתו צורפו כתבי הודעה וויתור מתאימים, בהם מאשרים המשיבים 1 ו-2, שיודעים הם – כך על פי החלטה שנתתי – כי העדרם מן הדיון לא ימנע את קיומו התקין של זה. אישרתי, בשעתו, את בקשת ההעדרות האמורה והדיונים במסגרת הביקורת השיפוטית הראשונה בעניינם של המשיבים 1 ו-2, נתקיימו, איפוא, בהעדרם. במהלכם של אלה הובאו ראיות בעניינם, ובהן פורטו כל הנסיבות הנוגעות להם, בהתייחס למעצרים, למעמדם ולמעשיהם וכן המסקנות המשתמעות מאלה.

ב- 7.11.02 קבעתי, מכוח הראיות שהגישה ב"כ המדינה והמשתמע מהן, כי כל אחד משני המשיבים 1 ו-2 הוא לוחם בלתי חוקי, כהגדרתו בחוק, וכי שחרורו יפגע בבטחון המדינה ועל כן החלטתי, כי צווי הכליאה שהוציא הרמטכ"ל, **יעמדו בתוקפם**.

ב- 17.11.02, לאחר דיון ענייני, בו נטלה חלק ב"כ המשיב 3, הובאו בפני הוכחות מספיקות לכך, כי המדובר בלוחם בלתי חוקי על פי הגדרתו בחוק וכי שחרורו יפגע בבטחון המדינה. על כן השארתי את צו הרמטכ"ל **בתוקפו**. אציין, כי במהלך הדיון בענייני השמיעה באת כוחו את הטענה כנגד חוקתיות החוק, אולם טענה זו לא לוותה בנימוקים ולכן דחיתיה מטעם זה.

באשר למשיב 4 (ב"ש 92690/02), הדיונים בביקורת השיפוטית בעניינו החלו ב- 31.10.02 והחלטה כאן בעניינו תינתן, איפוא, במסגרת הביקורת הראשונה.

ב- 12.12.02 החלו הדיונים במסגרת ביקורת שיפוטית נוספת, בעניינם של המשיבים 1 – 3 (ב"ש 93066/02), לפי סעי' 5(ג) לחוק.

באותו יום קבע בית המשפט העליון בעתירתם של המשיבים 1 ו-2 (בבג"צ 2055/02 **שיח עביד ומצטפא דיראני נ' שר הבטחון** (טרם פורסם)), כי בג"צ לא ידון בעתירה כל עוד עומד לעותר סעד חלופי. בענייננו, כך נקבע, עומד לעותרים סעד חלופי בבית משפט זה, בעת שהוא דן בהליכי הביקורת השיפוטית. מכיון שכך, העלו ב"כ ארבעת המשיבים בפני את העתירה כנגד חוקתיות החוק, במסגרת הביקורת השיפוטית, בשלביה השונים, בהתאמה, כפי שפירטתי לעיל. איחדתי, איפוא, את הדיון בענייניהם של הארבעה יחדיו והחלטה שאתן להלן, תתייחס, כיוצא מזה, לשאלות הנכבדות של

חוקתיות החוק והתאמתו לכללי המשפט הבינלאומי. ההחלטות הענייניות בביקורת השיפוטית הנוספת בעניינם של משיבים 1 – 3 ובביקורת השיפוטית בעניינו של משיב 4, תינתנה בנפרד ותשלמנה את הביקורת השיפוטית בעניינם.

עיקרי החוק

החוק נתקבל ב- 4.3.02 בכנסת ישראל (פורסם בס"ח 1834, עמ' 192, ביום 14.3.02) ונועד, לפי האמור בסעי' 1 שבו:

"... להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי".

תחולתו של החוק, על פי סעי' 12(א) (הוראות מעבר), היא גם על לוחם בלתי חוקי המוחזק בידי רשויות המדינה, ביום תחילתו של החוק.

"לוחם בלתי חוקי" על פי לשון החוק הוא (סעי' 2):

"אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבינלאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה".

לפי סעי' 3(א) לחוק, רשאי הרמטכ"ל להוציא צו כליאה, אם יש לו:

"יסוד סביר להניח כי אדם המוחזק בידי רשויות המדינה הוא לוחם בלתי חוקי, וכי שחרורו יפגע בבטחון המדינה".

לענין הפגיעה בבטחון המדינה, מקים החוק חזקה בסעי' 7 שבו, שם נקבע, כי יראו את שחרורו של אדם כפוגע בבטחון המדינה, אם אותו אדם נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, או שנטל חלק בפעולות כאלה וזאת כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל. בסעי' 8 לחוק נטבעה מעמדה של קביעת שר הבטחון, בתעודה חתומה, בענין פעולות איבה:

"קביעה של שר הבטחון בתעודה כי כוח מסוים מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או כי תמו או טרם תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, תשמש הוכחה בכל דיון משפטי אלא אם הוכח אחרת".

על פי סעי' 3(ג) הכלוא רשאי לטעון כנגד צו הכליאה שהוצא, בפני קצין בדרגת סגן אלוף, אשר ירשום את טענות הכלוא ויביאן בפני הרמטכ"ל.

הרמטכ"ל יכול לבטל את צו הכליאה בכל שלב לאחר הוצאתו, אם סבר, כי אין מתקיימים התנאים הקבועים בסעי' 3(א) לחוק, או כי קיימים, כהגדרת החוק, טעמים מיוחדים המצדיקים את שחרורו של הכלוא.

צו הכליאה של הרמטכ"ל יבוטל על פי סעי' 5(א) לחוק ע"י בית המשפט המחוזי, במסגרת ביקורת שיפוטית, אם מצא בית המשפט, כי אין מתקיימים התנאים הקבועים בסעי' 3(א) לחוק. לצורך הביקורת, יובא הכלוא בפני בית המשפט לא יאוחר מ- 14 ימים מיום מתן צו הכליאה.

ביקורת שיפוטית חוזרת יש לבצע, על פי סעי' 5(ג) לחוק, אחת לשישה חודשים. בביקורות אלה בודק בית המשפט האם אין בשחרורו של הכלוא כדי לפגוע בבטחון המדינה או האם קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים את שחרורו. אם מצא כך, יבטל את צו הכליאה.

זכות הייצוג בהליכים אלה ניתנת להגבלה ע"י שר המשפטים (סעי' 6(ב) לחוק), למי שאושר באישור בלתי מסויג לשמש סניגור בבתי הדין הצבאיים. לפי סעי' 6(א), הכלוא רשאי "להיפגש עם עורך דין במועד המוקדם האפשרי שבו ניתן לקיים את הפגישה בלי לפגוע בצרכי בטחון המדינה" אך לא יאוחר משבעה ימים לפני תחילת ההליכים של הביקורת השיפוטית הראשונה.

הביקורות יתקיימו בדלתיים סגורות אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת (סעי' 5(ו)), ובמהלכן ניתן, על פי סעי' 5(ה) לחוק, לסטות, מטעמים שיירשמו, מדיני הראיות. בית המשפט רשאי גם לקבל ראיה שלא בנוכחות הכלוא או בא כוחו, אם שוכנע, לאחר דיון, כי גילויה כך, עלול לפגוע בבטחון המדינה.

בסעי' 10(א) בחוק נקבע, כי:

"כלוא יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו".

טענות המשיבים

אביא להלן את טענות ב"כ המשיבים כנגד החוק. ב"כ המשיבים 1 ו- 2 הגיש טיעונים כתובים, בענין זה, המבוססים על טיעוניו בעתירתו לבג"צ, כאמור. ב"כ המשיב 3 הודיעה, כי היא מצטרפת לטיעונים אלה. ב"כ המשיב 4 הגיש טיעונים כתובים משלו. הטיעונים הכתובים דומים במהותם, בעיקרו של דבר. לאחר קבלת טענות ב"כ המדינה, הגישו ב"כ המשיבים תגובות על טיעוני המדינה.

אתייחס, לפיכך, יחדיו, לאשר נטען בכל כתב טענות בנפרד.

הטענות בענין אי-חוקתיות החוק

טענותיהם העיקריות של ב"כ המשיבים מופנות כנגד חוקתיותו של החוק, בהקשר של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) (להלן: "חוק היסוד"). לדעתם, חוק לוחמים בלתי חוקיים, בהיותו חוק המגביל

חירות אישית, פוגע בכבוד האדם המובטח בחוק היסוד. החוק, כך הם טוענים, איננו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה לפי חוק היסוד, המאפשרת, רק בתנאים מסויימים, לפגוע בחירויות המובטחות על פיו.

טענות נוספות מופנות כלפי היות החוק עומד, לטענתם, בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי המחייבים את ישראל.

"מטרתו האמיתית" של החוק, כך ב"כ המשיבים, הינה להכשיר החזקתם של בני ערובה לצורך שימושם כ"קלפי מיקוח", שנפסלה במפורש ע"י בית המשפט העליון בדנ"פ 7048/97 פלונים נ"י שר [הבטחון, פד"י נד\(1\), 72](#).

עוד טוענים הם, כי בעת שנחקק החוק, התעלמו מחוקקיו מחוות דעת וטיעונים של גורמים שונים, כנגדו או כנגד מקצת מהוראותיו.

אביא טיעונים אלה, שנכתבו בצורה בהירה, נרחבת ויסודית, בפירוט, כדי לעמוד, בהמשך, עליהם ועל טיבם.

-

החוק פוגע בכבוד האדם המובטח בחוק-היסוד ואינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה

עקרון חירותו האישית של אדם, שהיה קיים זה מכבר בשיטתנו המשפטית, עוגן ע"י המחוקק בסעי' 5 לחוק היסוד. החוק פוגע, כך ב"כ המשיבים, בהתחשב במגבלה החמורה שהוא מטיל על חירותו של הכלוא, בעקרון זה. הפגיעה היא בשלושה מארבעת התנאים שמכוח פיסקת ההגבלה, על פי סעי' 8 לחוק היסוד, כפי שאלה נקבעו בפסיקה.

אלה הטענות שבפיהם, הנוגעות לשלושת התנאים האמורים:

החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל

על ערכיה של מדינת ישראל ניתן ללמוד מסעי' 1 ו-1א לחוק היסוד. לדעת ב"כ המשיבים, פוגע החוק בערכים אלה בשורה של קביעות:

1. עצם יצירת מנגנון לשלילת חירותו של אדם במעצר מנהלי בלא משפט.

המשפט בישראל מייחס חשיבות עליונה לשמירה על חירותו של כל אדם באשר הוא, ומקפיד כי זו לא תישלל, אלא במקרים יוצאי דופן וחריגים. המעצר המנהלי, לא כל שכן הכליאה על פי החוק, פוגעים בעקרון זה.

2. הענקת הסמכות לשלול חירות, בהתעלם מעקרון האחרייות האישית של אדם למעשיו.

מכוח החזקות הקבועות בסעי' 7 – 8 לחוק, השתייכותו הארגונית של אדם לכוח ששר הבטחון קבע, כי הוא מבצע פעולות איבה נגד ישראל, מספיקה כדי שייחשב כמי ששחרורו יפגע

בבטחון המדינה, מבלי שיהא צורך להראות, כי הוא מסכן באופן אישי, ישיר או עקיף, את בטחון המדינה.

3. הענקת הסמכות לשלול חירותו של אדם לתקופה בלתי מוגבלת.

על פי לשון החוק, מעצר על פיו יכול להימשך כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל. דבר זה מביא לכך, כי אין מגבלות כלשהן על משך הזמן בו ניתן להאריך את מעצרו של אדם, מאחר ואין בחוק הגדרה של "פעולות איבה" ואין התנאה בקיום מצב חירום.

4. הענקת הסמכות לכלוא אדם ללא משפט לקציני צבא.

אליבא ב"כ המשיבים, יש בהענקת הכוח לכלוא אדם ללא משפט ולתקופה בלתי מוגבלת לקציני צבא נטולי הכשרה משפטית כלשהי, פגיעה בלתי נסבלת בערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

5. מתן תחולה רטרואקטיבית לחוק.

בסעי' 12(א) לחוק, התעלמה המדינה, כך טוענים הם, מכלל היסוד השולל חקיקה רטרואקטיבית. יש לפסול, לפחות, הוראה זו אם לא את החוק כולו.

6. אי עמידה על קיומו של הליך הוגן עובר להוצאת צו הכליאה, שבו יתאפשר למועמד לכליאה להשמיע טענותיו לפני מעשה, ובפני אותו הגורם שעומד להוציא את הצו.

סעי' 3(ב) לחוק מסמיך את הרמטכ"ל להוציא צווי כליאה גם שלא במעמד האדם המוחזק בידי המדינה. הוראה זו עומדת בניגוד לכללי הצדק הטבעי ולחובת ההגינות המנהלית.

זכותו של הכלוא להליך הוגן נפגעת גם ע"י העובדה, כי בניגוד לחוק המעצרים המנהליים, הביקורת השיפוטית לפי החוק נעשית כל שישה חודשים, שהנו פרק זמן ארוך ובלתי סביר. עוד יוצאים ב"כ המשיבים כנגד הקביעה בסעי' 5(ד) לחוק, לפיה הדיון בערעור נשמע בבית המשפט העליון ע"י דן יחיד ולא בפני הרכב רחב יותר של שלושה שופטים.

7. שלילת זכותו של העצור, למשך 14 ימים, להיות מובא בפני שופט.

משמעותה של ההוראה בסעי' 5(א) לחוק הינה, כי קציני הצבא מוסמכים להחזיק אדם במעצר במשך שבועיים ימים, לפי שיקול דעתם, מבלי שיהא עליהם להראות, כי המעצר עומד בתנאי החוק. בכך נפגע עקרון נגישות הפרט לבית המשפט.

8. הפרת עקרון היסוד בדבר פומביות הדיון.

קביעתו של סעי' 5(ה) לחוק, כי הדיונים בהליכים לפיו ייערכו בדלתיים סגורות, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת, מהווה פגיעה חמורה ושלא לצורך בעקרון החוקתי החשוב של פומביות הדיון המעוגן בסעי' 3 לחוק יסוד: השפיטה.

9. הקניית יתרון בלתי ראוי לגורמי הצבא באמצעות סטיה מדיני הראיות.

הוראת סעי' 5(ה) לחוק, המאפשר סטיה מדיני הראיות, יוצרת חוסר איזון בין גורמי הצבא לבין הכלואים. היא מונעת קיומו של הליך הוגן ונוגדת את כללי הצדק הטבעי. אי גילוי ראיות המייחסות לכלוא סיכון לבטחון המדינה, משבשת לחלוטין את יכולתו להתגונן מפני האמור באותן ראיות ומטילה עליו נטל שאין הוא יכול לעמוד בו.

10. **שלילת זכותו של העצור לבחור לו עו"ד כרצונו ולהיפגש עם מייצגו מיד לאחר מעצרו.**

פגיעה נוספת בהליך ההוגן, עניינה בפגיעה בזכותו של העצור להיות מיוצג ע"י עו"ד וזאת בשלושה אופנים:

- א. בחוק אין כל קביעה בדבר חובת מינוי סניגור.
- ב. שלילת זכות העצור להיפגש עם מייצגו בסמוך לאחר שהודע לו על מעצרו – סעי' 6(א) לחוק.
- ג. שלילת זכות העצור לבחור לו עו"ד כרצונו – סעי' 6(ב) לחוק.

11. **פגיעה בזכות הקניין.**

בהליך פלילי רגיל, משזוכה אדם מהאשמה המיוחסת לו או בוטלה האשמה נגדו, רשאי בית המשפט לפסוק לו מאוצר המדינה הוצאות הגנתו ופיצוי בגין מעצרו או מאסרו (סעי' 80 לחוק [העונשין](#) התשל"ז-1977). גם סעי' 38(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), אומר דבר דומה. זו זכות קניינית-חוקתית שאיננה קיימת בחוק.

החוק לא נועד לתכלית ראויה

מטרתו של החוק איננה להעניש את הלוחמים הבלתי חוקיים, שכן אין המדובר בחקיקה פלילית. הוא לא בא למנוע סכנה בטחונית למדינת ישראל. לצורך כך קיים [חוק המעצרים](#) המנהלים. מעצם העובדה, כך טוענים ב"כ המשיבים, שהמדינה לא הסתפקה [בחוק המעצרים](#) המנהלים אלא חוקקה חוק נוסף, המאפשר כליאת אנשים ללא משפט, צריך להבין, כי מטרתו של החוק שונה.

תכליתו המקורית של החוק, לדעתם, נועדה להעניק למדינה הכשר להחזקת הכלואים כבני ערובה, על מנת שיוסיפו לשמש כקלפי מיקוח במו"מ להשבת רון ארד. מטרה זו נפסלה, במפורש, ע"י בית המשפט העליון.

הפגיעה בחירות הינה במידה העולה על הנדרש

החוק אינו עומד במבחן המידתיות, על כל שלושת מבחני המשנה שבו, כפי שנקבעו בפסיקה:

1. **מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי.** לפי טענתם, אין קשר רציונלי בין המשך כליאתם על פי החוק לבין התכלית שביסוד החוק שהינה, לסברתם, קידום המו"מ לשחרור רון ארד.

2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.**

החוק אינו עומד גם במבחן משנה זה, שכן ניתן, להערכתם, להגשים את המטרה החקיקתית, שהיא, כאמור על ידם, שימוש בכלואים כבני ערובה במו"מ לשחרורו של רון ארד, באמצעים אחרים שפגיעתם בזכויות פחותה: העמדה לדין, הכרזתם כשבויים או הארכת מעצרו המנהלי מכוח [חוק המעצרים](#) המנהליים.

3. **מבחן האמצעי המידתי.** החוק אינו עומד, לדעתם, גם במבחן זה. הוא לא יצמיח תועלת לציבור, שכן המו"מ בענייניו של רון ארד לא יתקדם מכוחו. לעומת זאת יגרום החוק לנוק רב להם, לזכויות האדם בישראל, לצבינה הדמוקרטי של המדינה ולמעמדה בקרב אומות העולם.

מכל האמור לעיל עולה, כך ב"כ המשיבים, כי **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים** הינו חוק בלתי חוקתי, העומד בסתירה ל**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. על כן מבקשים הם, כי בית המשפט יכריז על בטלותו או, לחלופין, על בטלותם של חלק מהסעיפים הכלולים בו.

החוק סותר את כללי המשפט הבינלאומי המחייבים את מדינת ישראל

על פי טענת ב"כ המשיבים, החוק אינו עומד בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המחייבים את ישראל. החוק סותר חזיתית את הוראות אמנות ג'נבה השלישית והרביעית, בכך שהוא מתיימר לכונן מעמד חדש שאינו מוכר בדין הבינלאומי ("לוחם בלתי חוקי"), ובעת שקבע הוראות שונות, שאינן עולות בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. מכיון שכך, קם נימוק נוסף לבטלו.

ואלה עיקרי טענותיהם:

1. כינון מעמד בלתי מוכר של "לוחם בלתי חוקי"

לטענתם, על פי אמנות ג'נבה השלישית והרביעית במשפט בינלאומי קיימות שתי קטגוריות של אנשים: לוחמים ואזרחים מוגנים.

לוחמים – אלה שלפי סעי' 4 לאמנת ג'נבה השלישית, אשר בנופלים בידי האויב יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה. למרות שהם חסינים מפני העמדה לדין פלילי, ניתן להחזיקם במעצר (סעי' 21 לאמנת ג'נבה השלישית) עד לתום מעשי האיבה.

אזרחים (מוגנים) – אנשים שלא השתתפו בלחימה. אלה נופלים לגדר סעי' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, ומוגנים על ידה.

כל אדם, על פי טיעונם זה, חייב להיכנס לאחת מן הקטגוריות של האמנות. אין מקום ליצור כלאיים, כדוגמת "לוחם בלתי חוקי", שאינו שבוי מלחמה הואיל ואינו מכבד את דיני המלחמה ואינו אזרח, הואיל ונטל חלק בלחימה. על כן, גם חברים במיליציות וכוחות התנגדות, שאינם מנהלים את פעולותיהם על פי דיני המלחמה ולא ייחשבו כשבויי מלחמה, ייראו כ"אזרחים מוגנים".

2. הפרת ההגנות הקבועות במשפט הבינלאומי לגבי אנשים שאינם שבויי מלחמה

נקיטת צעדים כלפי "אזרח מוגן", כהגדרתו בסעי' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, חייבת להעשות בכפוף ליתר ההוראות ההומניטריות שבאמנה, שהחוק איננו נשמע להן. הוראות אלה מופיעות, בין השאר, בסעי' 5 ו-42 לאמנה הרביעית וכוללות, בין היתר, דרישה, לפיה ניתן לעצור אזרח מוגן רק כשאותו אדם, ע"י מעשיו, ידיעותיו או כישוריו, מהווה איום ממשי לבטחון המדינה. המדובר במעצר הצופה את פני העתיד, ולא בכזה שנועד להעניש על אירוע בעברו של אדם.

ברי, כך ב"כ המשיבים, כי הימנותו של אדם על כוח המבצע פעולות איבה, בכל תפקיד שהוא, אינה מקיימת את תנאי המסוכנות האישית לפי סעי' 42.

3. אי היותה של מדינת ישראל ב"מצב חירום"

מתוך ארבע אמנות המסדירות את נושא זכויות האדם והפגיעה בהן בזמן חירום, רלוונטית לענייננו, כך נטען, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966. סעי' 9 לאמנה קובע, כי אין לעצור אדם במעצר שרירותי וכי ניתן לעצרו רק מטעמים ובהליכים שנקבעו בחוק.

סטיה מהוראות תקנה זו אפשרית לפי סעי' 14(1) לאמנה, רק בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה וגם אז רק בתור אמצעי אחרון, במידה הנדרשת.

הנוסח המופיע בסעיפים 7 – 8 לחוק בדבר אי סיום "פעולות האיבה נגד מדינת ישראל", הוא, לדעתם, בעייתי, הואיל ואינו מגדיר מהי פעולת איבה. מצב זה מאפשר לרשויות המדינה לכלול ביניהם גם מקרים שאינם מהווים "איום על חיי האומה".

על כן, טוענים ב"כ המשיבים, כי בהעדר הפנייה ברורה בחוק לקיומו של מצב חירום במדינה, וכן בהעדר הגדרה של "פעולת איבה", ניתן לקבוע, כי סעיפים 7 – 8 לחוק עומדים בניגוד להתחייבות ישראל על פי אמנה זו.

4. הפרת האיסור על לקיחת בני ערובה

מטרתו של החוק היא החזקת בני ערובה בלא משפט על מנת שישמשו כקלפי מיקוח בלא להכיר בהם כשבויי מלחמה ולהעניק להם את ההגנות המחויבות. מטרה זו, כך נטען, פוגעת באחד האיסורים המפורשים והבלתי מסויגים שנקבעו במשפט הבינלאומי ההומניטרי, הוא האיסור על לקיחת בני ערובה.

5. טיעונים נוספים

אלה מתבססים על נייר עמדה שהגיש ארגון הצלב האדום לוועדת חוץ ובטחון של הכנסת, והוא כולל עניינים אחדים. ביניהם הטענה, לפיה ההסמכה לעצור אדם רק בשל השתייכותו לכוח הנוקט פעולות איבה, כנזכר, סותרת את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

טענה נוספת מופנית כנגד ההוראה בסעי' 9 לחוק, המאפשרת נקיטה בהליכים פליליים כנגד לוחם בלתי חוקי, בהיותה סותרת את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקובעים, כי ניתן להעמיד לדין אנשים שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, רק בכפוף לקיומם של הליכים משפטיים נאותים.

עוד נטען, כי אמנת ג'נבה הרביעית קובעת, שמעצר מנהלי עד לתום הסכסוך, הוא החריג, ויש להפסיקו מיד כאשר הצורך הבטחוני שחייב אותו, חדל להתקיים ולכל המאוחר עם תום הסכסוך. לעומת זאת, סעיפים 4 ו-5 לחוק, יוצרים תשתית לפיה ברגיל יוחזק לוחם שאינו שבוי מלחמה עד סוף מעשי האיבה ורק כחריג ישוחרר.

לדעתם, עצם העובדה, כי לוחמים ישראליים או גופותיהם לא הוחזרו, אינה יכולה להיחשב כהמשך הלחימה, באופן הנדרש לקביעתו של הרמטכ"ל, בסעי' 8 לחוק, לענין זה.

הפעלת החוק באופן רטרואקטיבי לגבי מי שהיה כלוא בעת חקיקת החוק, מנוגדת, כך לדעתם, לחובתה של ישראל למלא בתום לב את התחייבויותיה על פי האמנות עליה חתמה.

לפי טענה אחרת, התעלם המחוקק בעת חקיקת החוק מעמדות של יועצים, ששללו את החוק או חלקים ממנו. במקרה כזה, היה מקום ליתן משקל ראוי לעמדתם.

טיעוני המדינה

המדינה, בטיעוניה הכתובים, התייחסה לטענות ב"כ המשיבים ושללה אותם מכל וכל. לטענתה, החוק אינו סותר את חוק היסוד. הוא עומד בתנאי פיסקת ההגבלה, שכן מטרתו לגיטימית, הוא עולה בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל ופגיעתו בחירות הפרט הינה מידתית וסבירה. החוק, כך המדינה, עומד בהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

מקום נרחב הקדישה המדינה לרציונל ולמטרה שמאחורי החוק. מטרתו של החוק אינה לשמש כסות של עלה תאנה לשימושם של הכלואים כבני ערובה, אלא למנוע חזרתם של אנשי כוחות האויב, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל.

עמידתו של החוק בהוראות חוק היסוד

ב"כ המדינה דוחה את הטענות בדבר אי החוקתיות של החוק, כאמור, ובמסגרת זו הוא בוחן את פיסקת ההגבלה ואת הטיעונים שהועלו בענין זה.

הבחינה הראשונה נוגעת לשאלת ההלימה לערכיה של המדינה. בהקשר זה בדק ב"כ המדינה את טיעוני המשיבים והביא את עמדתו בכל שורת הטענות שהעלו.

אליבא נציג המדינה, יש לדחות את הטענה כנגד חוקיות המעצר המנהלי. המדובר, לדעתו, במעצר לגיטימי, שהוכר זה מכבר ע"י המשפט הישראלי. הערך העומד ביסוד חוק זה הוא הגנה על בטחון המדינה ותושביה. ערך זה תואם את ערכיה של מדינת ישראל.

באשר לטענה, כי תקופת המעצר היא בלתי מוגבלת, הרי שאין הדבר כך.

אורך תקופת המעצר מותנית במשך זמן פעולות האיבה, המתבצעות ע"י הכוח שעליו נמנה הכלוא וכן בשאלה אם יש חשש ששחררו יגרום, מחדש, לסיכון בטחון המדינה. כל עוד צפוי אדם הכלוא מכוח החוק לחזור למעגל הלחימה נגד ישראל, הרי שאין מקום לשחררו.

גם לטענה, לפיה החוק מעניק סמכות לשלול חירות, בהתעלם מעקרון האחריות האישית, אין בסיס, לדעת ב"כ המדינה. סעי' 3 לחוק אינו מאפשר מעצר על בסיס קולקטיבי, אלא עוסק בצורה מפורשת רק במעצר על בסיס אינדיבידואלי. החוק מורה לבחון כל מקרה לגופו ומאפשר לכלוא אך ורק לוחם בלתי חוקי, המסכן, באופן אישי, את בטחונה של מדינת ישראל.

הפקדת סמכות המעצר בידי הרמטכ"ל וקציניו אינה פוגעת בערכי המדינה. מדובר בהסדר סביר, התואם את ערכיה של מדינת ישראל. המעצר הוא "צבאי" במהותו, שהרי המדובר בלוחמים, והסמכות לביצועו ניתנה, מטבע הדברים, לדרג הצבאי. כך מקובל במשפט הבינלאומי ואין בכך כל פגם.

לחוק לא נקבעה תחולה רטרואקטיבית, אלא תחולה אקטיבית. המחוקק, אומנם, קבע, כי לא מן הנמנע שהחוק יופעל כלפי אנשים המוחזקים בידי המדינה, אולם, אין בכך כל פגם. אם הכוח עליו הם נמנים ממשך לבצע פעולות איבה כנגד מדינת ישראל, יש חשש ממשי שעם שחרורם הם ישובו להלחם כנגד ישראל. אין סיבה, כך המדינה, לשלול את תחולתו של רציונל החוק, אך מפני שנעצרו בידי המדינה בטרם כניסת החוק לתוקפו.

הזכות הקיימת למדינה לעצור לוחם בלתי חוקי, כל עוד הוא עלול לסכן את בטחון המדינה, היא זכות מוכרת וידועה במשפט הבינלאומי. לפיכך, כל שעושה החוק במישור זה, היא לעגן בחקיקה פנימית הוראה זו. בכל מקרה, לא נפגע כאן כל ערך מערכי המדינה.

גם לטענה כאילו העדרה של דרישה, כי מדינת ישראל תהיה ב"מצב חירום" פוגעת בערכי המדינה, אין מקום. המאבק בטרור הוא מאבק ממושך ועיקש, אשר צפוי להימשך לאורך זמן. הואיל והסמכויות המעוגנות בחוק מוקנות, בהתאם למשפט הבינלאומי, לכל מדינה באשר היא, כחלק מזכותה להגן על עצמה, אין מקום להתנותן דווקא בהכרזה פורמלית על "מצב חירום".

ההליך שנקבע כהליך לביקורת על צו המעצר, עולה בקנה אחד, כך המדינה, עם ערכיה של מדינת ישראל. הטעמים בגינם נקבעה בחוק תקופה בת 14 ימים, לכל היותר, עד להבאת כלוא בפני שופט, נעוצים, בעיקר, בסוג המצבים שבהם מיועד החוק להפעלה. ככלל, יתכן שהחוק יופעל ביחס ללוחמי אויב שייטפסו תוך כדי לחימה. במצבים כאלה, כך המדינה, לא ניתן להביא עצורים באופן מידי לביקורת שיפוטית.

בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, הבאה לביקורת שיפוטית, לפי סעי' 43 לאמנת ג'נבה הרביעית, תיעשה "בהקדם האפשרי". האמנה אינה דורשת, כי הביקורת השיפוטית תהיה מיידית וכן אינה דורשת, כי הביקורת תתבצע ע"י בית המשפט. המחוקק הישראלי החמיר בענין ויש בכך להפריך את הטענה בענין "מנגנון בלתי הוגן" של ביקורת. ההסדר לפיו השמעת טענות הכלוא בפני קצין הרושם את דבריו ומביאם לרמטכ"ל על מנת שיחליט אם לעמוד על הצו או לבטלו, נותן, גם הוא, טעם לפרק הזמן שנקצב בחוק עד להבאת הענין לביקורת השיפוטית.

הוראת סעי' 5(ו) לחוק בענין סגירת דלתיים נחקקה על מנת לשמור, במידת האפשר, על בטחון המדינה, ערך ראוי כשלעצמו. הוראה זו מהווה מגבלה מקובלת במשפטנו, ולפיה מתנהלים גם ההליכים לפי [חוק המעצרים](#). לבית המשפט סמכות להורות על פתיחת הדלתות, מה שנעשה, כך המדינה, ע"י בית משפט זה בדיונים שהתקיימו. בטענה לפיה לאפשר החוק "העלמתם" של אנשים, כתוצאה מקיומם של דיונים בדלתיים סגורות, אין ממש, בהתחשב בריבוי הליכי הביקורת השיפוטית, ובתנאי הכליאה, רבות האפשרות לביקורי כלואים.

גם בסטיה מדיני הראיות אין משום פגיעה בערכי המדינה, שכן הדבר מתיישב עם הצורך של שמירה על בטחון המדינה, שהינו ערך יסודי במשפט. היקף שיקול הדעת שניתן לבית המשפט בתחום קבלת הראיות בהליכי הביקורת השיפוטית, הוא רחב ביותר, וחזקה, כך המדינה, שבית המשפט יידע לאזן, כהלכה, בין טעמי בטחון לבין השמירה על זכויותיו של הכלוא.

ההסדר שנקבע בענין זכות העצור לבחור לו עורך דין, מקביל להסדר הקבוע [בחוק המעצרים](#) המנהליים ובחוקים אחרים, ובבסיסו טעמי בטחון. אין בו כל פגם. החוק יכול שיופעל בנסיבות מלחמתיות ובנסיבות כאלה קיימים טעמים כבדי משקל העשויים להצדיק מניעת מפגש כזה. אשר

לאפשרות לדחות בימים אחדים את זכות העצור לפגישה עם עורך דין, הרי שזו בגדר צעד מקובל מטעמי בטחון שאין בה, כך המדינה, כל פסול.

באשר לתכלית הראויה, דחה ב"כ המדינה את הטענה הגורסת, כי ביסודו של החוק עומד הרצון להחזיק בבני אדם כקלפי מיקוח. תכליתו של החוק היא בטחונית וראויה. לדעתו, הפגיעה בזכות החוקתית הינה במידה שאינה עולה על הנדרש. אגב כך התייחס למבחני המשנה והתמודד עם הטיעונים הנוגעים אליהם.

טענתם של ב"כ המשיבים באשר למבחן ההתאמה, יוצאת מתוך נקודת הנחה, כי החוק נועד להחזקת הכלואים בישראל כקלפי מיקוח. הנחה זו שגויה, כך המדינה. תכלית החוק הינה להרחיק לוחמים בלתי חוקיים ממעגל המלחמה והאמצעי שנבחר לשם כך, תואם וסביר.

אליבא ב"כ המשיבים, ניתן לנקוט נגד לוחמים בלתי חוקיים בהליך אשר יפגע במידה פחותה יותר בזכויותיהם, כגון העמדתם לדין פלילי, החזקה במעצר מנהלי או הכרזה עליהם כשבויי מלחמה.

לדעת נציג המדינה, החוק נועד לעגן במשפט הישראלי עקרונות של המשפט הבינלאומי, תוך מילוי חסר שהיה קיים ביחס להסדרת החזקתם של לוחמים בלתי חוקיים.

העמדה לדין פלילי עשויה להיות בעייתית בשל קשיים ראייתיים שונים וכן בשל היותו בעל מטרה עונשית ולא מניעתית, שכן הוא אינו מאפשר מניעת שחרורו של לוחם אויב בעת שזה מסיים לרצות את מאסרו.

[חוק המעצרים](#) המנהליים נועד להסדיר את היחסים בין המדינה ותושביה ולא לסיטואציה מלחמתית. ומעצם טיבו וטבעו, להפעלה לתקופות קצרות, יחסית.

באשר להצעה להכריז על לוחמים אלה כשבויי מלחמה, הרי שהכלואים אינם עומדים בתנאים הרלוונטיים שבדיני המלחמה.

לטענה לפיה לא תצמח מהחוק תועלת לציבור לעומת הנזק שיגרם, כנזכר, ובכך נפגעת המידתיות, אין בסיס. החוק נועד לשרת את הציבור, בהגינו עליו מפני הסכנות הטמונות בשחרור לוחמי אויב וחזרתם ללחימה. החוק, כך המדינה, אינו מפר זכויות אדם ואינו ראוי לביקורת בינלאומית, אלא, דווקא, לתמיכתה של הקהילה הבינלאומית. זכויות אדם אינן רק זכויותיהם של לוחמים בלתי חוקיים, אלא גם זכויותיהם של קורבנותיהם הפוטנציאליים.

עמידתו של החוק בהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי

לדעת נציג המדינה, עומדות הוראות החוק בכללי המשפט הבינלאומי והוא מנמק את עמדתו תוך התייחסות לטיעוני ב"כ המשיבים כפי שפורטו לעיל. על פי עמדתו, אין החוק יוצר מעמד חדש של לוחמים בלתי-חוקיים, שאינו מוכר במשפט הבינלאומי, המייחס חשיבות רבה לעצם היכולת להבחין בתנאי לחימה בין לוחם לבין אזרח.

המושג "לוחמים בלתי חוקיים" והגדרתו, המופיעים בסעי' 3 לחוק, אינם פרי המצאה של מדינת ישראל, כי אם מושג הלקוח מהמשפט הבינלאומי, המופיע בספרות למיניה. ההבחנה בין לוחמים לאזרחים אינה הבחנה תיאורטית בלבד. היא מעוגנת, היטב, גם בפרקטיקה הבינלאומית ומופעלת על ידי צבאות אחרים בעולם. כך במדריך הצבא הגרמני ובמדריך הצבא האמריקני. כך גם באמצעות צו

נשיאותי בארצות הברית, לאחרונה, בענין לוחמי אל קעידה, שזכה לתמיכה בקהילה המשפטית בארצות הברית.

להבחנה זו חשיבות פרקטית ומשפטית רבה, לדעת ב"כ המדינה, שכן אמנת ג'נבה השלישית קובעת שורה של זכויות בסיסיות שיש להעניק לשבויי מלחמה ובהן חסינות בפני העמדה לדין בגין מעשים שבוצעו על ידם במהלך הלחימה. על פי סעי' 118 לאמנה זו, ניתן להחזיק שבוי מלחמה עד לתום פעולות האיבה בין הצדדים. הרציונל לכך טמון, לדעתו, בלגיטימיות של מניעת חזרתו של השבוי למעגל הלחימה. דברים אלא נכונים, בבחינת קל וחומר, לגבי לוחם בלתי חוקי. לוחם כזה זכויותו פחותות, כמובן מאליו, מאלה המוענקות לשבויי מלחמה ואותו רציונל שחל לגבי שבוי מלחמה – החשש מפני חזרתו למעגל הלחימה – חל ביתר שאת לגביו.

ב"כ המשיבים טענו, כי העובדה שאדם המבצע פעולות איבה נגד מדינה, אינו נופל להגדרת "לוחם" שבסעי' 4 לאמנת ג'נבה השלישית, הופכת אותו, מיניה וביה, להיות בגדר "אזרח מוגן", כהגדרתו בסעי' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית ואזי זכאי הוא לכל הזכויות המוקנות לאזרח מוגן. לטענתם, מעצרו של "אזרח מוגן" יכול להיעשות רק אם הוא עומד בתנאי סעי' 42 לאמנת ג'נבה הרביעית, ולפי הטענה, החוק אינו עומד בתנאיו של סעי' 42 הנ"ל.

טענה זו משוללת יסוד לדעת ב"כ המדינה. ראשית עולה השאלה המקדמית אם לוחמים בלתי חוקיים, הנכנסים להגדרה של אזרח מוגן, הקבועה בסעי' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, הופכים עקב כך ל"אזרחים מוגנים" עם כל הזכויות הנלוות. זוהי שאלה שהתשובה לה אינה פשוטה. ספק גדול הוא, כך המדינה, אם מנסחי האמנות המדוברות, ראו לנגד עיניהם אנשים מוגנים, אשר עוסקים בטרור. גם במקרה ולוחם בלתי חוקי נכנס להגדרת "אזרח מוגן", טוען ב"כ המדינה, עדיין חל עליו סעי' 5 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי ניתן לשלול מאזרח המעורב בביצוע פעולות נגד ביטחונה של המדינה, זכויות הקבועות באמנה, מקום שהענקת אותן זכויות יש בהן כדי לפגוע בביטחון המדינה. הוא הדין, לדעתו, גם בשלילת חירות.

על כל פנים, גורסת המדינה, ללוחמים הבלתי חוקיים, ניתנות ממילא, על פי החוק, כל הזכויות המוקנות ל"מוגנים" באמנת ג'נבה הרביעית, אלא אם כן מתקיים לכך חריג מכוח האמנה עצמה; זו מתירה להורות על מעצרו של לוחמים בלתי חוקיים, במעצר מן הסוג שאותו מאפשר החוק, בנסיבות שבהן נשקפת מאותם אנשים סכנה לביטחון המדינה.

למדינה העוצרת שיקול דעת רחב ביותר ביחס לנסיבות שבהן ניתן להפעיל את סמכות המעצר, לרבות אדם, אשר, באופן אישי, הוכיח את מסוכנותו לביטחונה, מתוך שהשתייך לארגון שמטרתו לפגוע בסדר הציבורי.

פרשנות זו עולה, לטענת המדינה, בקנה אחד עם החזקה הקבועה בסעי' 7 לחוק. מדינה הנאבקת בטרור רשאית לצאת מתוך הנחה, כי מאדם הנמנה עם כוח הלוחם נגדה, וכן מאדם שנטל חלק בפעולותיו של ארגון שכזה, יישקף סיכון ביטחוני של ממש אם ישוחרר.

לטענת המדינה, נקבעו בחוק הוראות וסייגים המיועדים להבטיח, כי ההסדר הקבוע בו יעלה בקנה אחד עם הוראות סעיפים 42 – 43 לאמנת ג'נבה הרביעית. כך, ההסדרים שנקבעו בסעי' 5 לחוק, עומדים בדרישה לביקורת שיפוטית זו בצורה מלאה ומחמירה, טובה יותר מאשר הצו הנשיאותי האמריקני.

נציג המדינה מסכים לכך שקיים במשפט הבינלאומי איסור קטגורי על לקיחת בני ערובה, אולם זו איננה תכלית החוק, כפי שהבהיר, היא אינה מעוגנת בו, אינה מוסדרת בהוראותיו, ואינה מתאפשרת מכוחו.

טענה נוספת כנגד החוק היא, כי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות - 1966 שעליה חתומה ישראל, קובעת, כי אדם לא יהיה נתון ב"מעצר שרירותי", ומתירה לסטות מכך רק בעת חירום. לפיכך לפי הטענה, מכיוון שהחוק לא הוגבל ל"שעת חירום", סותר הוא כביכול את מחויבות המדינה.

תשובת המדינה נעוצה בהבחנה בין נשוא האמנה, שנועדה לחול רק במצבי שלום, לבין ענינו, שעליו חלים כללי המשפט הבינלאומי, שנועדו להסדיר מצבי מלחמה. אלה מקנים למדינה, במפורש, סמכות להחזיק במעצר לוחמים בלתי חוקיים. אליבא המדינה, הגישה המקובלת היא, כי המשפט הבינלאומי של זכויות אדם, מחד גיסא, שעליו נמנית אמנה זו, והמשפט הבינלאומי ההומניטרי (דיני המלחמה), מאידך גיסא, הם שני משטרים משפטיים נפרדים, אשר נועדו לחול בנסיבות נבדלות זו מזו. סמכות המעצר של לוחמי אויב, היא אחת מסמכויות הנתונות למדינה מכוח דיני המלחמה, ועל כן אין כלל רלוונטיות, על פי גישה זו, לאמנה הנזכרת.

יתר על כן, גם אם הוראות האמנה חלות, הרי אין בהן, כך ב"כ המדינה, דבר הסותר את החוק, שכן החוק אינו מאפשר לעצור אדם ב"מעצר שרירותי", אלא במעצר שנועד לתכלית ראויה. עם הצטרפותה לאמנה צירפה ישראל הצהרה בדבר קיום "מצב חירום" בישראל, הצהרה העומדת בתוקפה. לפיכך, החוק חל כיום במקביל להכרזתו של מצב חירום במדינה, ועל כן חלים סעיפי האמנה המתאימים לשעת חירום.

לסיכום מדגיש הוא, כטענה חילופית, כי האמנה היא מתחום המשפט הבינלאומי ההסכמי ולא המנהגי ואין היא מהווה חלק מהמשפט הישראלי הפנימי. על כן, אין המשיבים יכולים לבסס, בהקשר זה, עילה חוקית להתערבות בית המשפט.

נציג המדינה מזכיר, כי גם אם היה החוק סותר את כללי המשפט הבינלאומי, הרי אין בזה די לפסילתו, שכן, הוא חוק ישראלי פנימי, הגובר על כל הוראה של המשפט הבינלאומי.

החוקתיות

העקרונות שנועדו להגן על כבוד האדם וחירותו עוגנו בחוק היסוד, כדי לשקף את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עקרונות היסוד שעליהם מושתתות זכויות היסוד של האדם בישראל, הם ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין והם יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

כך נקבע בסעיפים 1 ו-1א לחוק היסוד. על פי אלה נקבעה הזכות לחירות אישית ובצידה האיסור ליטול חירות זו או להגבילה במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת (סעי' 5). אין פוגעים בזכויות היסוד שנקבעו בחוק היסוד, ובכלל זה הזכות לחירות אישית, כך סעי' 8 לחוק, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

אבחון, להלן, את שורת הטענות שהעלו, כנזכר, ב"כ המשיבים בהקשר זה, אשר לדעתם מביאות את החוק לגדר של כזה שאיננו עומד בקביעות של חוק היסוד וסותר או איננו תואם את העקרונות שעוגנו בו ואשר עליו מושתתת, בין היתר, הזכות לחירות אישית. זו שאלת חוקתיות החוק.

ההתאמה לערכיה של מדינת ישראל

1. יצירת מנגנון של מעצר מנהלי

הטרוניה הראשונה של ב"כ המשיבים היא רחבה במהותה וחורגת מעבר לטיעון כלפי החוק גופו. זו נוגעת לעצם יצירתה של דרך מעצר מנהלי, השוללת את חירותו של אדם בלא משפט. כיוצא מזה מבקשים הם לפסול את המעצר המנהלי, דרך כלל, בהיותו פוגע בעקרון המכבד את זכותו של אדם להיותו בן חורין.

אי-אפשר לקבל טענה זו. כפי שאביא בהמשך, בדיון הנוגע למשפט הבינלאומי, המעצר המנהלי מוכר כדרך לגיטימית לשימוש בידי המדינה בנסיבות מסויימות. כך מאפשרת אמנת ג'נבה הרביעית (בסעיפים 42 ו-78) למעצמה הכובשת לעצור אזרחים מוגנים מכוחה, כאשר בטחונה מצריך, באופן בולט, נקיטת צעד זה.

גם במשפט הפנימי של מדינת ישראל לא נפסל המעצר המנהלי מכוח חוק המעצרים המנהליים (או גם מכוח חקיקה קודמת) או הוטל בו דופי, לא רק מחמת היותה של החקיקה הזו משורינת מכוח ההוראה בדבר שמירת דינים, לפי סעי' 10 בחוק היסוד, אלא גם לגופו של ענין, בשעה שהיה צורך לבחון את המעצר המנהלי על פי רוח האמור בחוק היסוד.

כאשר נבחנו הדברים בהקשר אליו, עניינית, הם נבדקו בפסיקה בכל הנוגע לדרך הפעלתו, הלכה למעשה. הסבירות והמידתיות נבחנו בכל מקרה, כמו גם האיזון הראוי שבין שלילת חירותו של הפרט הנוגע בדבר לבין צרכיו של הכלל.

על עקרונם של דברים עמד כב' השופט זמיר, בהקשר אחר, בבג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פד"י נג"י (5) 241 בעמ' 261 – 262:

"החירות האישית היא, מכוח סעי' 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות חוקתית. יתרה מזאת: החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה... רק בן חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו... משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד... מעצר בידי רשות מנהלית... היא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית... החירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה בדרך של מעצר בידי רשות מנהלית... עם זאת, כידוע, לא כל פגיעה בחירות האישית עומדת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החירות האישית, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת.

ניתן להגביל את החירות האישית ובנסיבות מסויימות אף צריך להגביל אותה, כדי להגן על זכויות אחרות או על אינטרס ציבורי. חוק היסוד מכיר בצורך זה והוא קובע תנאים לצורך זה. תנאים אלה נקבעו בפסיקת ההגבלה שבחוק היסוד. לפיכך השאלה בכל מקרה של פגיעה בחירות האישית היא אם הפגיעה עומדת בתנאים שנקבעו בפסיקת ההגבלה. פסיקה זאת היא קו ההגנה על זכויות היסוד, לרבות החירות האישית. בית המשפט נחלץ להגן על החירות האישית מפני חוק פוגע, רק כאשר החוק פורץ את קו ההגנה שהוצג בפסיקת ההגבלה".

כך גם על ידי כב' הנשיא ברק בבג"צ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח' (טרם פורסם), בעמ' 10 – 11, כאשר התייחס למעצר הפלילי הרגיל, שמכוח חוק

סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) תשנ"ו – 1996 ואל המעצר המנהלי שמכוח [חוק המעצרים](#) המנהליים.

החוק עושה שימוש במעצר המנהלי, כפי שפירטתי מתוך הוראותיו, כדי להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה. זה העקרון שבבסיס חקיקתו. אעמוד על הדברים, בהרחבה, להלן, בעת הדין על תכליתו ומטרתו.

האם צריך לשלול את קיומו רק בשל העובדה, כי המדינה מצאה כראוי להסדיר, באמצעות חקיקה, תחום שלא היה מוסדר, לדעתה, וביכרה לייחד לו חוק מיוחד, שיחול על לוחמים בלתי חוקיים לבדם, מבלי צורך לעשות שימוש ב[חוק המעצרים](#) המנהליים, בו נעשה שימוש עד לחקיקתו? התשובה לכך שלילית. עקרונית, חקיקתו של חוק כזה (מבלי להיכנס לדין בהוראותיו), איננה ראויה לביקורת. היא גם איננה יכולה לשמש עילה לטענה כנגד חוקתיותו. במיוחד כך, כאשר החוק עושה שימוש, עקרונית, במכשיר קיים במשפט הפנימי הישראלי, שאיננו סותר, בתור שכזה, את כללי המשפט הבינלאומי.

2. עקרון האחריות האישית של אדם למעשיו

מרבית הטענות בהקשר זה הופנתה, כאמור, להוראות סעי' 7 ו-8 לחוק (חזקת השחרור הפוגע בבטחון המדינה והקביעה, היוצרת הוכחה, בענין קיומן של פעולות איבה).

הוראת סעי' 7 היא בגדר של חזקה חוקית שמכוחה, יראו, לענין החוק, את מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד המדינה או שנטל חלק בביצוען, כמי ששחרורו יפגע בבטחון המדינה, כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח כנגד המדינה. על פי אופיה היא "חזקה עקיפה", המותנית בתשתית עובדתית שיש להקימה.

זו איננה חזקה חלוטה, שכן היא מאפשרת להוכיח אחרת. על ההוכחה במידה של מאזן ההסתברות, ראה האמור בע"פ 1964/91 [בן דוד נ' מדינת ישראל, פד"י מו\(3\) 70](#), בעמ' 75 ובע"א 4941/90 [מדינת ישראל נ' אלוש, פד"י מו\(4\) 181](#), בעמ' 184, ששם אמר כב' השופט מצא גם את אלה:

"אך ברי, שמידת ההוכחה הנדרשת עשויה להשתנות ממקרה למקרה (ע"פ 232/55, בעמ' 2063) ובקביעתה יש להתחשב, בין היתר, גם ביכולתו האובייקטיבית של הנאשם להוכיח, על רקע הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, את העובדה השלילית הנדרשת לסתירה החזקה".

על אף זה שסעי' 7 נוקט בלשון "לענין חוק זה", אינני סבור, כי הוא חל על סעי' 3(א) לחוק, המדבר על "יסוד סביר להניח". קיומו של יסוד סביר זה מחוייב כבסיס לאפשרות הוצאת צו הכליאה על ידי הרמטכ"ל. קיומו מחוייב לגבי היותו של אותו אדם לוחם בלתי חוקי, ועל פי לשונו, גם על כך ששחרורו יפגע בבטחון המדינה. לדעתי, תנאי היסוד הסביר הזה, שהוא פוזיטיבי במהותו, איננו יכול לעלות בקנה אחד עם מסקנה המתאפשרת מכוח קיומה של חזקה, כולל כזו הנזכרת בסעי' 7.

משמעותו של דבר הוא, כי כאשר מוצא צו הכליאה, צריך שיהא בידי הרמטכ"ל יותר מאשר מסקנה המתבססת על חזקה.

לענין קביעת שר הבטחון לפי סעי' 8, הרי שנאמר בה, כי היא תשמש הוכחה בכל דיון משפטי (אלא אם יוכח ההיפך), לכך, כי כוח מסויים מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או כי תמו או טרם תמו פעולות האיבה שלו נגד המדינה.

בכל מקרה, אין הקביעה יכולה לשמש בסיס להוצאת צו הכליאה, המחייבת, כאמור, את קיומו של היסוד הסביר לכך שהמדובר בלוחם בלתי חוקי, על פי אפשרויות הגדרתו לפי סעי' 2 לחוק.

עיקר עוקצן של הטענות הופנה כנגד עצם האפשרות לכלוא אדם מכוח השתייכותו הארגונית לכוח המבצע פעולות איבה, מבלי צורך להראות, כי הוא עצמו נטל חלק בפעולות כאלה. קיומה של החזקה בענין השחרור, מחריפה, עוד יותר, את הטענות של פגיעה בעקרונות האחריות האישית.

זו טענה ממשית הדרושה בחינה. במסגרת הבחינה אי-אפשר לנתק את אפשרות הכליאה הזו מן ההוראות האחרות שבחוק ואי-אפשר לבחון אותו באספקלריה של החוק הפנימי של המדינה בלבד.

ראשית צריך להדגיש, כי המדובר אך באחת מן האפשרויות של בחינת אחריותו של אדם וכיצא בזה גם את שאלת הסיכון הצפוי ממנו לבטחון המדינה. האפשרות האחרת, זו הנזכרת ראשונה ומכוחה האדם הוא לוחם בלתי חוקי, עניינה בפעילות אישית של אותו אדם בדרך של נטילת חלק בפעולות איבה נגד המדינה. כבר בכך מוקחה עוקצה של הטענה במידה ניכרת, שהרי החוק איננו מחייב הסתמכות על שיוך ארגוני בלבד.

אולם, השאלה המרכזית בענייננו היא האם יש לראות באפשרות להסתמך על שיוך כזה, משום חריגה, כשלעצמה, מעקרון האחריות האישית של אדם למעשיו. אינני סבור כך. הימנות עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל היא, כשלעצמה, מעשה אקטיבי. אדם המצטרף לארגון או לכוח הפועל כנגד המדינה, מבצע, בעצם הצטרפותו, מעשה שיש לו משמעות. משמעותו כפולה: ההצטרפות מצביעה על הזדהות עם מטרותיו של אותו ארגון או כוח. בה בעת היא נועדה, מעצם טבעה, כדי ליטול חלק, כזה או אחר, בפעולותיו של הכוח או הארגון, לצורך קידום מטרותיו. כאשר המטרות האלה נועדו לפגוע בבטחון המדינה ואזרחיה, משמעות ההצטרפות לשורות הכוח או הארגון מקבלת מימד של פעילות לצורך מימוש מטרות אלה.

אחריות אישית מעין זו במשפט הפנימי של מדינת ישראל איננה נדירה. כך הוא בהקשר לאחריותו של אדם, שנקבעה בגדר של עבירה, בעצם חברותו בהתאגדות אסורה, לפי סעי' 147 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977, סעי' 3 לפקודת מניעת טרור, תשי"ח – 1948, או גם לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. גזירה שווה אפשר לגזור מאחריותו של אדם גם למעשיהם של אחרים לפי סעי' 29 או סעי' 499 לחוק העונשין.

עקרון האחריות האישית לא נפגע באלה, כפי שהעקרון לא נפגע מן הקביעה בחוק, המאפשרת לראות את החברות בכוח, המבצע פעולות איבה, או ההימנות עימו, כפעילות אקטיבית שאיננה שונה מפעילות אקטיבית אישית של ביצוע פעולות איבה.

לא למיותר להזכיר – וארחיב בהמשך – את זאת, כי גם במשפט הבינלאומי הסתמכות כזו מוכרת ואפשרית ודי בה, כאשר הסיכון מעצם ההימנות קיים, כדי להצדיק את המעצר.

3. הגבלת תקופת שלילת החירות

צו הכליאה של הרמטכ"ל איננו מוגבל בתוקפו, מבחינת זמן הנקוב בו, משמע הוא איננו מוצא לתקופה מסויימת. בכך הוא שונה, כידוע, מצו מעצר לפי [חוק המעצרים](#) המנהליים.

האם יש בכך כדי להביא לאפשרות מעצר לתקופה שאין עליה מגבלות כלשהן? סבורני שאין כן הדבר. הגם שאין הצו מוגבל באורך זמן ספציפי הנקוב בו לצורך תוקפו, הרי שקיימות בהוראותיו מגבלות ענייניות הקוצבות את תוקפו. בבחינה עקרונית, אי-אפשר לפסול דרך זו של המחוקק ולומר, כי היא עדיפה על פני נקיבת זמן לתוקף הצו, דווקא, ולכלל הפחות אין לומר, כי הגבלה עניינית כזו אינה הולמת את ערכי היסוד.

לא למיותר להוסיף, כי גם החזקה שלפי סעי' 7 לחוק מוגבלת בתוקפה. היא תחול כל עוד לא תמו פעולות האיבה.

באשר לתוקף הצו, הרי שהוא יונק מן המציאות הקיימת בכל שעה.

בעת שהמציאות הזו משתנית באופן שהסיכונים לבטחון המדינה מאת הכלוא חדלו להתקיים, יבוא צו הכליאה לסיומו, בין בביטול הצו על ידי הרמטכ"ל לפי סעי' 4 לחוק ובין בביטולו על ידי בית המשפט, במסגרת הביקורת השיפוטית, לפי סעי' 5(ג) שבו.

גם כאן אין להתעלם מכללי המשפט הבינלאומי, המאפשרים כליאה של לוחם חוקי עד תום פעולות הלחימה וההשוואה המתבקשת מכך לענייניו של לוחם בלתי חוקי, שהצורך למנוע ממנו חזרה למעגל הפועלים כנגד המדינה והמסכנים את בטחונו, מתחייב עוד יותר. בהקשר זה יובהר בהמשך, כי לגישה המתירה, כשלעצמה, כליאתו של לוחם בלתי חוקי עד תום פעולות האיבה, יסודות מבוססים במשפט הבינלאומי.

אין לשכוח, כי החוק הקנה סמכות לרמטכ"ל, כמו גם לבית המשפט, לבטל את צו הכליאה בכל עת שהוא סבור, כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים את שחרור הכלוא. הדעת נותנת, כי בין אלה גם טעמים הכרוכים בחלוף הזמן, העשויים להקהות או לבטל לחלוטין את עוקצה של הפגיעה בבטחון המדינה. דומה הוא, על פי עקרונו של דבר ובשינויים המחוייבים, לחלוף הזמן המשפיע על מסוכנותו של עציר במשפט הפלילי.

4. סמכות הכליאה בידי הרמטכ"ל

הפקדת סמכות הכליאה בידי הרמטכ"ל, הדרג העליון בצבא, והוא בלבד, איננה צריכה להיות פסולה. בוודאי שאין לראותה כפוגעת בערכיה של מדינת ישראל. בסופו של דבר, המדובר בלוחם בלתי חוקי ובבחינת אספקטים צבאיים הכרוכים בבטחון המדינה.

העובדה, כי רשות מנהלית עליונה זו נטולת הכשרה משפטית, כטענת ב"כ המשיבים, אין בה כדי לפסול, עקרונית, את אפשרות הפקדת הסמכות בידיה, כדרך שאין פוסלים כזו, בהקשר לכל רשות מנהלית אחרת המפעילה סמכויות על פי דין ולרבות כאלה – כמו שוטר – המפעילות סמכות מעצר.

הדגש צריך להיות מושם על דרך הפעלת הסמכות, העומדת לביקורת ומבחן עתיים על ידי בית המשפט.

5. האומנם תחולה רטרואקטיבית?

אין לראות רטרואקטיביות בתחולת החוק על מי שהיה כלוא, קודם כניסתו לתוקף, מכוח עילות אחרות ודברי חקיקה אחרים. קביעת הוראת מעבר בסעי' 12(א) לחוק, אין פירושה מתן תחולה רטרואקטיבית לחוק. זו הוראה הבאה להסדיר את אפשרות תחולתו, כעקרון, על מי המוחזק בידי רשויות המדינה, ביום תחילתו. המדובר במי המוחזק מכוח עילה כלשהי ובגדר זה מעצר לסוגיו, מאסר או אפילו עיכוב. בנסיבות מסויימות יכולה ההוראה לחול גם על מי שהוחזק כשבוי מלחמה. התנאי הוא, כי המוחזק יהא בגדר של לוחם בלתי חוקי, על פי סעי' 2 בחוק.

הסדר מעבר כזה מתאפיין בעת שנחקק חוק שתכליתו להסדיר תחום שלא היה מוסדר קודם חקיקתו והוא נחוץ למניעת חללים משפטיים או ספק שהיה מתעורר, אלמלא קביעת ההסדר. ההסדר מצהיר על מצב משפטי קיים ואין הוא חל למפרע.

6. הוגנות הליך

הטענות שהושמעו כנגד חוסר הוגנות הליך הוצאת הצו וסדרי הדין הכרוכים בו, אינן ברמה של פגיעה בערכיה של המדינה ועד כדי פסילת החוק או ההוראות הנוגעות לענין.

אפשר היה, אומנם, ליצור מנגנון לפיו תתאפשר שמיעת הטענות כנגד הוצאת צו הכליאה, לפני הוצאתו. אלא שתכלית שימוע מעין זה מושגת, בפועל, גם על ידי מנגנון הטיעון כנגד הצו שהוצא, מכוח סעי' 3(ג) לחוק. אין לראות פגם בכך שהטיעון מושמע בפני קצין בכיר, שאיננו הרמטכ"ל, ולא הייתי רואה צורך, בהתחשב בכך שהחוק הקנה את סמכות הכליאה לרמטכ"ל בלבד, בזה שהטיעון כנגד הצו יישמע, בהכרח, על ידי הרמטכ"ל אישית.

הקביעה, כי הטיעון יישמע בפני קצין בכיר בדרגת סא"ל או יותר, מניחה את הדעת ומבטיחה את זאת, כי הוא יובא במלואו בפני הרמטכ"ל.

בטיעון שלפיו ראוי, כי צו הכליאה יוצא במעמד האדם שעליו יחול, אין ממש. גם בנסיבות אחרות מוצאים צווים, כולל צווי מעצר, על ידי רשויות שונות ולרבות בית משפט, לאחר עיון בחומר כתוב המובא בפניהן ואין הכרח בהבאתו של האדם הנוגע בדבר בפניהן. העובדה, כי בענינו המדובר במי המוחזק בידי המדינה, איננה צריכה, עקרונית, לשנות מדרך הפעולה, מה עוד שאין המדובר בסעי' 3(ב) לחוק, בקביעה קטגורית בענין זה.

7. ההבאה בפני שופט

החוק מחייב הבאת הכלוא בתוך 14 ימים מיום מתן צו הכליאה בפני שופט בית המשפט המחוזי.

במהלך תקופה זו מתקיימים שני הליכים נוספים:

א. הליך הטיעון של הכלוא כנגד הצו.

ב. הבאת הטענות בפני הרטמכ"ל ושקילתן בידיו.

ענין זה הוא שאלה הנובעת ממבחן המידתיות ולא כזו העולה כדי פגיעה בערכים. אבחן, איפוא, נקודה זו בהמשך, כולל טענת המדינה בענין הצורך לקחת בחשבון מצבי לחימה.

8. הליך הביקורת השיפוטית ופומביות הדיון

הליכי הביקורת השיפוטית עומדים בהתאמה להוראות מעין אלה הקבועות בסעי' 43 לאמנת ג'נבה הרביעית, כאשר החוק קבע הסדרים מחמירים יותר, בעצם קביעת הביקורת השיפוטית בפני בית משפט מחוזי והענקת זכות ערעור לבית המשפט העליון.

באלה אין אי-הוגנות, לא כל שכן פגיעה בערכיה של המדינה.

ב"כ המדינה מביא, כנזכר, טעם מדוע נקבעה בחוק הוראה לפיה יתקיימו הדיונים במהלך הביקורת השיפוטית, בדלתיים סגורות, אלא אם הורה בית המשפט אחרת.

אלא שגם כך, עדיין, ניתן למתוח ביקורת על אופן הקביעה, כאשר על עצם הצורך, לעתים, לקיים את הדיון בדלתיים סגורות, מחמת העיסוק בסוגיות בטחוניות רגישות, אין חולק.

בפועל מסר המחוקק את סמכות ההחלטה בידי בית המשפט, כאשר בעצם הקביעה בדרך זו, הביע את דעתו אודות רגישות ההליך מבחינה בטחונית, ועל כך שהמדובר במידע רגיש או ברמות סיווג בטחוני גבוהות, שעל בסיסו קבע הרטמכ"ל, כי קיים היסוד הנדרש למתן צו הכליאה.

אולם כל עוד מסור הענין לשיקול דעתו של בית המשפט ואין המדובר בהוראה מנדטורית המחייבת, בכל מקרה, דיון בדלתיים סגורות, וודאי הוא שאין לומר, כי בזה נפגעו הערכים ובהם עקרון היסוד של פומביות הדיון, עד כדי הצורך בפסילת ההוראה. יותר מזה, מצינו הוראות ממין זה המחייבות, בכל מקרה, דיון בדלתיים סגורות, בלא שיקול דעת של בית המשפט. ראה לדוגמא, הוראת סעי' 46(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971, בענין דיון בעתירה לגילוי ראיה או סעי' 9 לחוק המעצרים המנהליים.

בנסיבות אלה, כולל בשעה שהכלוא זכאי ליצוג על ידי עורך דין, אין כלל חשש לאפשרות העלמתם של בני אדם באמצעות קיום הליך משפטי במחשכים.

9. סטייה מדיני הראיות

תכלית הסטייה מדיני הראיות, הבאה לכדי ביטוי בסעי' 5(ה) לחוק, איננה הקניית יתרון בלתי ראוי לגורמי הצבא. מאחר ואין המדובר בהליך של משפט, אין הצדקה להחיל עליו את כללי הראיות של המשפט, מה עוד שאחת ממטרותיו של החוק, כפי שאפרט להלן, היא לאפשר את מעצר הלוחם הבלתי חוקי באמצעות מידע וראיות שאינן קבילות במשפט פלילי, או שמחמת רגישותם, אי-אפשר לחושפם או להביאם במסגרת דיני הראיות של משפט מסוג זה.

החוק מאפשר את הסטייה האמורה בהליכים לפיו (על אף מיקום ההוראה והקשרה הענייני, נראה, כי היא חלה לא רק על הביקורת השיפוטית) מטעמים שירשמו. בדרך זו מבקש החוק,

כך נראה, להבטיח הפעלת שיקול דעת בעת החלטה לסטות מדיני הראיות. הוא מתנה קבלת ראייה שלא בנוכחות הכלוא או בא כוחו או מבלי לגלותה להם, אם שוכנע שהגילוי עלול לפגוע בבטחון המדינה או בבטחון הציבור. זהו הסדר מקביל לנקבע [בחוק המעצרים](#) המנהליים ומצינו מסוגו גם בחקיקה, בנסיבות שבהן אין המדובר בהליך של משפט או כאשר נמצא צורך לשמירה על בטחון המדינה מפני פגיעה בו בדרך של חשיפת סודות או ענינים רגישים. ראה לדוגמא, ההוראה בדבר מידע חסוי, בסעי' 17 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א – 2001, לענין דיון בפני ועדת השחרורים. ראה גם האמור בסעי' 35(ט) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996 ותקנה 7 [לתקנות סדר הדין הפלילי](#) (סמכויות אכיפה-מעצרים) (דחיית פגישת עצור בעבירות בטחון עם עורך דין) תשנ"ז-1997, הדנה בהגבלת זכות העיון במסמכים שהוגשו בהליך שהתנהל שלא בנוכחות העצור או סניגורו, לפי סעי' 35(ד) או (ט) לחוק.

אין לומר, איפוא, כי בעצם קיומו של הסדר זה, הלוקח בחשבון את הערך של שמירה על בטחון המדינה או הכלל, נפגעו ערכים אחרים של המדינה, הבאים ליתן הגנה לפרט, באופן המצדיק העדפתם של אלה האחרונים.

10. זכויות בהקשר היצוג

בחוק לא נקבעה חובת יצוג על ידי עורך דין לכלוא, שהרמטכ"ל הוציא לגביו צו כליאה לפי החוק. עם זאת נקבעו בחוק הוראות בענין זכות היצוג בידי עורך דין ופגישה עימו.

נראה, כי היה מקום לקביעה בענין חובת היצוג, בהתחשב בכך שהחוק מכוון לחול, בעיקרו של דבר, כנזכר ע"י ב"כ המדינה (ואתייחס לכך בהמשך) על לוחמים בלתי חוקיים שאינם אזרחי המדינה או תושביה. אם מותר להעזר, לצורך כך, בפרקטיקה – המועטת, יחסית – שנצברה מאז ראשית תחולתו, המדובר, אכן, בכאלה שהם אזרחי חוץ.

מותר לצפות, כי דווקא בני אדם אלה, שאינם בני הארץ, אינם מכירים את שפתה, אינם מורגלים למוסדות ולמערכות המשפט שלה, ובמיוחד, בשל כך שהם עשויים להיות כלואים לפרקי זמן לא-קצרים, ייוצגו על ידי עורך דין בהליכים מכוח החוק, כדרך חובה, בין אם ידם השיגה למנות לעצמם כאלה ובין אם לאו. הייתי מציע לשקול ענין זה.

אלא שהביקורת בענין זה איננה יורדת לשורשו של ענין. עקרונית, ספק אם העדרה של הוראה מסויימת, הראויה להתקיים, צריכה להוביל למסקנה של אי-חוקיות. עניינית, זכותו של כלוא כזה איננה נמצאת מקופחת, בשל האפשרות למנות לו, בשעת הצורך, עורך דין, על בסיס הסמכות הטבעית של בית משפט לעשות כן, בנסיבות ראויות, בשעה שהחקיקה המסדירה ייצוג או מינוי כזה, איננה חלה על הענין.

מכל מקום, גם כאן מותר להעזר בפרקטיקה שנצברה בעניינם של המשיבים, המיוצגים כולם על ידי עורכי דין שמונו לכך על ידי והמדינה נושאת בשכר טרחתם.

הטרונניה בענין הסדרת רשות הפגישה עם עורך דין, המאפשרת, מכוח סעי' 6(א) לחוק, לדחות פגישה כזו, מטעמים של פגיעה בצרכי בטחון המדינה, עד לשבעה ימים בטרם יובא הכלוא בפני בית המשפט המחוזי, איננה ענין הפוגע בערכיה של המדינה.

עקרונית, קמו אפשרויות כאלה גם מכוח חקיקה אחרת, כולל לצרכים אחרים. ראה הוראות סעי' 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996 (בהקשר חקירה) או

סעי' 35 לחוק והתקנות שהותקנו לפיו (בהקשר לעצור בעבירות בטחון), ולכל היותר ניתן לטעון, בענין זה, פגיעה במידתיות הראויה ועל כן אבחון אותו בהמשך, בעת הדיון במבחן האמצעי שמידתו פחותה.

גם באפשרות שמכוח סעי' 6(ב) לחוק, להגביל בצו את זכות היצוג למי שאושר באישור בלתי מסוייג לשמש כסניגור בבתי הדין הצבאיים, לפי הוראות סעי' 318(ג) [לחוק השיפוט הצבאי](#), תשט"ו-1955, אין פגיעה בערכי היסוד.

ראשית, המדובר באפשרות שהיא בגדר רשות של שר המשפטים להוציא צו, כאמור (להבדיל מחובה), מה שמקשה, באופן ממש, את עוקצה של ההוראה. לא למיותר להזכיר, מעבר לרמת העקרון שבה יש לבחון את הענין, כי עד כה, צו כזה לא הוצא.

שנית, יניקה מתוך ההסדר הקיים [בחוק השיפוט הצבאי](#) לגבי חיילים של צבא-הגנה לישראל, היא הנותנת לדחייה, כליל, של הטענה בענין פגיעה בערכיה של המדינה. קשה לומר, כי מה שנמצא ראוי והולם, בהקשר זה, לגבי חיילי צה"ל, מתוך הצורך לקחת בחשבון טעמים שבטחון המדינה, איננו ראוי לגבי מי שהחוק רואה בו לוחם בלתי חוקי. הוראה דומה של סייג לבחירת סניגור, צריך לומר, קיימת גם בסעי' 14 [לחוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#), תשמ"ב-1982, לגבי כל חשוד או נאשם, בעת שבטחון המדינה מחייב סייג זה, מכוח אישור שר הבטחון.

11. הזכות לפיצוי בשל כליאה בלא יסוד

אין בחוק הוראות דומות להוראות סעי' 80 [לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977 או לסעי' 38(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), לעת שבית המשפט ימצא, כי לא נתקיימו התנאים הקבועים בחוק להוצאת צו הכליאה.

כפי שסברתי לענין העדרה של הוראה בענין חובת יצוג, כך סבור אני גם כאן, כי העדרה של הוראה כזו איננו יורד לשורשו של ענין.

עניינית, נראה, כי דרכו של מי שהיה כלוא כך, להיפרע בפיצוי, איננה חסומה, למרות העדר הוראה מיוחדת בחוק, אם בדרך של הליך אזרחי ואם בדרך של מתן פרשנות תכליתית להוראות סעי' 38(א) ו-1(ג) [לחסידי"פ](#) (סמכויות אכיפה-מעצרים), הראויה בחינה בהקשר הפיצוי.

תכלית ראויה

כדי לעמוד על תכליתו של חוק, מושג נורמטיבי במהותו, יש לבחון את רכיביה של זו. המדובר בתכליתו הסובייקטיבית ובתכליתו האובייקטיבית. על אלה ראה בדברי כב' הנשיא ברק בדנ"פ **פלוניס**, שם בעמ' 739. ראה גם מדבריו בבג"צ [869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש עשרה ואח', פד"י מו\(2\) 692](#), בעמ' 706.

התכלית הסובייקטיבית היא "כוונת המחוקק" ההיסטורית, משמע – המטרות שנבחנו על ידי המחוקק והונחו על ידו, הלכה למעשה, ביסוד החוק. על אלה ניתן ללמוד מתוך לשונו של החוק וההיסטוריה החקיקתית שלו.

התכלית האובייקטיבית של החוק, היא "מטרת החקיקה", דהיינו, התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברתנו. היא נגזרת מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ומכוח סוג החוק וטיפוסו. היא מבטאת את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהיות החוק "יצור החי בסביבתו", סביבה זו כוללת את ההקשר החקיקתי הקרוב, אך משתרעת גם על מעגלים נרחבים יותר של עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות. ראה בדנ"פ **פלונים**, שם בעמ' 739 ובפסיקה המובאת שם. ראה גם בע"א **165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות**, פד"י לט(2), 70 בעמ' 75.

על תכליתו הסובייקטיבית של החוק בעניינו (בכפוף לשינויים שחלו בו בהמשך) ניתן לעמוד מתוך האמור בהצעת החוק ובדברי ההסבר (ה"ח 2883 מיום 14.6.00, עמ' 415).

במבוא לדברי ההסבר נאמר כך (עמ' 416):

"החוק המוצע בא לעגן את הסמכות העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לכלוא איש כוחות אויב שאינו שבו מלחמה, עד לתום פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין אותו כוח".

וביתר פירוט מובאת כוונה זו בדברי ההסבר לסע' 3 שבו:

"סעיף זה מבטא את הרעיון, המעוגן במשפט הבינלאומי ההומניטרי, ולפיו ניתן להחזיק באנשי כוח האויב כל עוד נמשכות פעולות האיבה, כדי שהללו לא יחזרו למעגל הלחימה. היגיון זה חל הן ביחס ללוחמים חוקיים, הזכאים למעמד של שבוי מלחמה, והן מקל וחומר, ביחס לאנשי כוחות האויב, שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה".

דברים מעין אלה נאמרו גם בתזכיר הצעת החוק מיום 7.5.00.

מטרות נוספות אותן ביקש החוק להשיג כרוכות בהעמדת הכליאה לביקורת שיפוטית ובתנאי החזקתו של הכלוא, כאמור במבוא לדברי ההסבר (עמ' 416):

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

מן הכתוב בטיעוני ב"כ המדינה למדתי לדעת, כי תכלית זו, על מטרותיה הנזכרות, מקפלת בתוכה את תוצאות הבחינה שעשו רשויות המשפט והבטחון במדינה בעקבות פסק הדין בדנ"פ **פלונים** ולאחר

שלמדו, היטב, את שנאמר בו ובמיוחד אודות תכליתו האובייקטיבית של המעצר מכוח [חוק המעצרים](#) המנהליים.

במהלך הבחינה הזו, כך נאמר, נשקלה גם האפשרות לחוקק חוק שיאפשר, מפורשות, להחזיק במעצר גורמים עוינים, אף אם לא צפויה משחרורם סכנה לבטחון המדינה, ובלבד שקיים בסיס ממשי לסברה, כי החזקתם במעצר תסייע בפדיון שבוינו ונעדרינו. אפשרות זו נפסלה, כפי שהממשלה התנגדה גם להצעות חוק פרטיות ברוח זו, שהונחו על שולחן הכנסת.

לעומת זאת, הוציאו הרשויות תחת ידיהן את הצעת החוק, במתכונת המופיעה בה, שהביאה לחקיקתו, בסופו של דבר, של החוק במתכונתו הנוכחית.

עוד מבהיר ב"כ המדינה, כי קשירתו של החוק לנושא פדיון שבויים איננה במקומה, למרות שבתודעה הציבורית הוא נקשר לנושא זה. על תכליתו של החוק, על פי מטרותיו המוצהרות, עמדו, כך ב"כ המדינה, נציגי המדינה שהציגוהו בוועדת הכנסת וליוו את הליך חקיקתו לכל אורך הדרך.

מזכיר אני את אלה (עליהם עמד בהרחבה רבה ב"כ המדינה בטיעונו הכתובים בעמ' 6 – 14), שכן הטרידה אותי, למרות סקירתו המרחיבה של ב"כ המדינה, קירבתה – מבחינת זמן – של יוזמת החקיקה של החוק אל פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ **פלוניס**, כמו אופן ניסוח ההסברים לחקיקה ומטרותיה, במבוא לדברי ההסבר בהצעת החוק. וכל זה על רקע טיעוניהם של ב"כ המשיבים, כולל בתגובותיהם על טיעוני המדינה, לכך, כי תכליתו של החוק היא להשיג את מה שנפסל, מכוח [חוק המעצרים](#) המנהליים, בפסק הדין.

אם לא זו תכלית החוק, שאלתי עצמי, מה פשר יזימת חקיקתו מיד לאחר קביעותיו של פסק הדין בענין **פלוניס**? אין כוונתי, אבהיר, לראייה שלילית של תכלית ראויה, כמו שחרור שבויים ונעדריים ופדיונם. גם מבקרי החוק סברו, כי תכלית כזו היא ראויה. ראה, לדוגמא, אצל בן נפתלי ו**גלייכגויטש**, **כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה**, המשפט, בהוצאת המכללה למינהל, גליון מס' 11 (פברואר 2002). השאלה מתעוררת לענין נקיטת האמצעי של החזקת בני ערובה או קלפי מיקוח, לצורך כך.

הגבירו את התהייה, הסברים אלה במבוא להצעת החוק (עמ' 416):

"בית המשפט העליון בדנ"פ **7048/97 פלוניס נ' שר הבטחון (טרם פורסם)**, קבע ברוב דעות, כי לא ניתן להחזיק אדם במעצר מכוח [חוק סמכויות שעת חירום](#) (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן: [חוק המעצרים](#)), מקום שהטעם היחיד למעצר הוא לצרכי שחרור שבויים ונעדריים.

עם זאת שופטי בית המשפט העליון ציינו, כי פסק דינם מתייחס לעילת מעצר מכוח [חוק המעצרים](#), ואין הם מתייחסים במסגרתו לאפשרות לעצור אדם מכוח מקור משפטי אחר, לרבות מכוח עילה שמקורה במשפט הבינלאומי ההומניטרי.

בבג"צ 2967/00 בתיה ארד נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם), התייחס נשיא בית המשפט העליון ליוזמה לפתוח בהליך חקיקה, שיאפשר את כליאתם של אנשי כוח אויב שאינם שבויי מלחמה, וציין, כי אין הוא רואה בחקיקה מעין זו כל עקיפה של פסק הדין בדנ"פ **7048/97 פלוניס**.

בניתיים פורסם גם פסק הדין בעתירת בתיה ארד (פד"י נד 188 (2)), שכזכור ביקשה להורות על מניעת

החזרתם של שלושה עשר עצורים לבנוניים, מכוח ההחלטה בדנ"פ פלונים וכן ביקשה להורות על המשך החזקתם במעצר של המשיבים 1 ו-2.

בעניינם של אלה האחרונים לא נבחנה העתירה, לאור עמדת שר הבטחון על המשך מעצרו המינהלי ובחינת חוקיותו, אותה שעה, על ידי נשיא בית המשפט המחוזי.

בעניינם של שלושה עשר העצורים קיבל בג"צ את עמדת ב"כ המדינה, שהציג את המצב המשפטי, שעל פיו אין סמכות להחזיקם בישראל, מחמת כך שאינם שבויי מלחמה בהיותם חברים בארגוני טרור שפעלו בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה, אין מקום לנקוט כנגדם הליכים פליליים ואין מקום לעוצרם עד תום ההליכים, ובשל כך שפתיחתם הקרובה של הליכי חקיקה (של חוק זה – ז.כ.), אין בהם כדי להסמיך את שלילת חירותו של אדם, גם אם החוק יאפשר, לאחר קבלתו, את שלילתה.

לאחר אמירה שכוונה לעותרת ולמשפחתה, אמר כב' הנשיא ברק דברים אלה (עמ' 192):

"המדינה עשתה בעבר ותמשיך לעשות בעתיד כל שניתן לעשות לקבלת מידע באשר לשבויינו ולנעדרינו. הקבינט המדיני-בטחוני החליט (ביום 18.4.2000) 'להמשיך במאמץ עליון לקבלת מידע אודות שבויינו ונעדרינו, במטרה להשיבם לישראל'. אך מאמץ זה חייב להעשות במסגרת החוק. מדינת חוק אינה יכולה לפעול בניגוד לחוק גם כאשר מדובר על שבויים או על נעדרים. לענין זה באה היוזמה לפתוח בהליך חקיקה שיאפשר כליאתם של 'לוחמים בלתי חוקיים'. לענין זה נעיר כי איננו רואים בחקיקה מעין זו כל עקיפה של פסק דינו בדנ"פ 7048/97. בית המשפט אמר את דברו באשר למשפט הקיים. זה כוחו וזה תפקידו. הכנסת רשאית לשנות המצב הקיים. זה כוחה וזה תפקידה. זוהי הפרדת הרשויות הראויה".

אף מכאן ניכר – על פי מה שהוצג בפני בית המשפט העליון – הקשר בין יוזמת החקיקה של החוק לבין השבויים והנעדרים.

כדי לבחון, בהמשך, מה משמעות יש לקשר כזה אל שאלת התכלית הראויה של החוק, אעבור לבחינת התכלית האובייקטיבית שלו, כולל שאלת מיקומו של הקשר הזה במסגרת התכלית האובייקטיבית.

כבר בבדיקה ראשונית, אפשר להיווכח, כי תכליתו האובייקטיבית של החוק איננה שונה מזו של [חוק המעצרים](#) המנהליים, כפי שנקבעה בדנ"פ פלונים, שם בעמ' 740:

"תכלית זו היא כפולה: מחד גיסא, שמירה על בטחון המדינה; מאידך גיסא, שמירה על כבודו ועל חירותו של כל אדם. תכליות אלה מתבקשות ממעגלים שונים המקיפים את החוק. המעגל הקרוב, המתמקד בחוק עצמו ובסוג הסדריו, טומן בחובו תכלית משולבת שעניינה הגנה על בטחון המדינה תוך הקפדה על חירות האדם וכבודו. מטעם זה הגביל החוק (בסעיף 1) את סמכות המעצר המנהלי לתקופה שבה קיים במדינה מצב חירום, ומאותו טעם נקבע (סעיף 4) הליך של ביקורת שיפוטית תקופתית על הפעלת הסמכות. שילוב דומה עולה גם מהמעגל הרחוק יותר, הנותן ביטוי לערכים בסיסיים של השיטה. גם ערכים אלה כוללים את ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל כמדינה שוחרת חירות וכבוד לצד האינטרס החברתי שבשמירה על בטחון המדינה".

שמירה על בטחון המדינה היא אינטרס חברתי שכל מדינה מבקשת להגשימו. היא קשורה עם חובתה הבסיסית להגן על קיומה, שלומה ושלוש אזרחיה. זו זכותה הטבעית להגן על עצמה, ככל דמוקרטיה מתגוננת, מפני המתנכלים לה. ראה האמור על ידי כב' השופט קדמי, בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פד"י נג' (4) 817, בעמ' 847.

במסגרת הזו הוכר הצורך במעצר מנהלי גם במדינות דמוקרטיות שוחרות חופש, מחמת הקושי למצוא בגדרי המשפט הפלילי, מענה לאיומים מסויימים על בטחון המדינה. ראה האמור בענין פלונים, בעמ' 740, וכן באסמכתאות המובאות שם. ראה גם בעמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הבטחון, פד"י מב' (3) 529, בעמ' 532.

מנגד, השמירה על חירותו ועל כבודו של כל אדם והגנה עליהם, הן זכויות חוקתיות שנקבעו בחוק היסוד. שני ערכים אלה, החירות והכבוד, הם יסוד לכל שאר זכויות היסוד, הם עומדים בבסיס הסדר החברתי שלנו ולפיכך מהווה ההגנה והשמירה עליהם, ערך יסוד הפרוש על כל דברי החקיקה. ראה גם מדברי כב' השופט זמיר, בבג"צ 2320/98 אל עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פד"י נב' (3) 346, בעמ' 357.

בין שני רכיבי התכלית האובייקטיבית האלה קיימת התנגשות חריפה. כל מעצר פוגע בחירות, לא כל שכן כך מעצר, על פי צו המוצא על ידי רשות מנהלית ובלא משפט.

פגיעתו של סוג מעצר זה קשה במיוחד. לעתים הוא לתקופות ארוכות שאינן מוגבלות מראש ולא פעם, בנסיבות שהעצור איננו יודע, בשל טעמי בטחון המדינה, מהי התשתית העובדתית להחלטה על מעצרו ויכולתו להתגונן כלפיה, מוגבלת.

לפיכך נחוץ איזון בין בטחון המדינה ובטחון הציבור לבין החירות והכבוד של הפרט.

איזון זה, נאמר בענין פלונים, שם בעמ' 741, מניח:

"כי ניתן לאפשר במדינה דמוקרטית שוחרת חופש ובטחון – מעצר מנהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה... הטעמים לעמדה זו הם שניים: ראשית, הפגיעה של מעצר מנהלי בחירות ובכבוד של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה היא קשה. הפגיעה היא קשה שכן היא פוגעת בחירותו של אדם – חירות המוגנת בישראל ברמה חוקתית – על חוקית – בלא משפט ובלא פסק דין. עם זאת, היא נסבלת. היא בבחינת הרע במיעוטו".

רכיבי התכלית האובייקטיבית המונחת ביסוד חוק המעצרים המנהליים, אינם שונים מאלה של התכלית האובייקטיבית של החוק. גם כאן המדובר במעצר מנהלי, גם כאן ענין לנו בתקופה שאיננה מוגבלת מראש בזמן ואף כאן, בסיכומו של דבר, המדובר בפגיעה ממשית בזכויות היסוד של הכלוא לחירות וכבוד. אלא שבטחון המדינה והצורך להגן על אזרחיה מפני סיכונים צפויים (עליהם עמדתי לאורכה של כל החלטה זו) מאזנים את הפגיעה האמורה ומעמידים גם מעצר מנהלי מסוג זה, שמכוח החוק, בגדר של נסבל. הרע במיעוטו, שאין ממנו מנוס, בנסיבות שבה מצויה החברה בישראל, המבקשת להתגונן כנגד פגיעות בה, פעמים הרבה אכזריות וקשות.

אלא שיסוד מוסד לאיזון המורכב הזה נעוץ בכך שמן הפרט, הוא הכלוא לפי צו הרמטכ"ל, נשקפת סכנה לבטחון המדינה. באמירת הבסיס לסמכות הוצאת צו הכליאה על ידי הרמטכ"ל, לפי סעי' 3(א) לחוק, נקבע, כזכור, התנאי – שבלעדיו אין – כי שחרורו של אותו אדם, יפגע בבטחון המדינה.

על פניו, עומד, איפוא, החוק, באיזון הנדרש הזה וכיוצא בזה, ועל בסיס האמור בו, ניתן לומר, כי תכליתו ראויה.

אלא שעדיין יש לבחון אם אין זו אמירת-סרק הבאה לכסות על תכלית אחרת. וכאן שב אני לשאלות הטורדות שהזכרתי, אודות קרבת החוק לענין השבויים והנעדרים, במובנים שהבאתי לעיל.

בחינה זו, לרבות קביעת המשמעויות של השאלות שנתעוררו, מורכבת, אלא שבסופה הגעתי למסקנה, לא בלי היסוס, כי למרות קרבתו של החוק לסוגיית השבויים והנעדרים, אין לומר, כי תכליתו חורגת מן התכלית הראויה המוצהרת על ידו ובאה לכדי ביטוי מפורש בהוראותיו.

מתוך שלא לשמה, בא לשמה. סבורני, כי זה אשר אירע במהלך הענינים שהחל בנסיון להכשיר החזקת עצירים לבנוניים כקלפי מיקוח לשחרור שבוינו ונעדרינו ועד לחוק במתכונתו הנוכחית. הביטוי המפורש להבחנות בין אותו נסיון לבין מתכונתו הנוכחית של החוק, ניכר בשוני המהותי שבין נוסחו של סעי' 3 להצעת החוק, שאיננו לוקח בחשבון, כלל, את שאלת מסוכנותו של הכלוא לבטחון המדינה, לבין הנוסח הקיים, על פיו תנאי הוא, כי שחרורו יפגע בבטחון המדינה. ודוק: נאמר "יפגע" ולא "עלול לפגוע". משמע, סף האיום הקיים הוא מוחלט.

אם עמדה הצעת החוק מחוץ למסגרת של האיזון שבין שני רכיבי התכלית האובייקטיבית, בטחון המדינה, מזה, וחירותו וכבודו של הפרט, מזה, בהעדרה של נקודת האיזון, שיסודה בסכנה האישית הצפויה מן הפרט לבטחון, שב החוק לתוך המסגרת הזו.

מותר להניח, כי התזווה המהותית הזו לכיוון תכלית ראויה ואיזון שבין שני האינטרסים המתנגשים, יסודה גם בביקורת הממשית שנמתחה על הצעת החוק, כולל בחוות דעת שהוגשו לוועדת הכנסת, במהלך שלבי החקיקה, או גם במאמרים, עליהם הצביעו ב"כ המשיבים.

כאשר בוחנים את הביקורת הזו, ובמיוחד זו שנמתחה במאמרם של בן נפתלי וגלייכגויטש, ששימשה יסוד לסיכומים בכתב של, לפחות, מקצת המשיבים, ניכר בה שהיא מתייחסת לאמור בהצעת החוק, כולל לענינים והגדרות שחלו בהם שינויים, מהם מהותיים, בחוק עצמו. בין אלה, הגדרת הכלוא וסיווגו, באופן התואם, כפי שאצביע על כך בהמשך, את כללי המשפט הבינלאומי, קיצור התקופה שעד ההבאה לביקורת שיפוטית, הרחבה ממשית של הבסיס לביקורת השיפוטית והעתקת הביקורת התקופתית מן הרמטכ"ל אל בית המשפט המחוזי והענקת סמכות לבית המשפט לשחרור הכלוא.

זאת ועוד, אם חפצה המדינה להסדיר בחקיקה מיוחדת את אפשרויות הכליאה במעצר מנהלי של מי שנקבעו כלוחמים בלתי חוקיים ולהבדילם ממי שניתן לעוצרם על פי הוראות **חוק המעצרים** המנהליים, בהבחנה, מתוך טבע הענין, גם ברשות העוצרת ובענינים אחרים (עליהם כבר עמדת), אי אפשר לפסול את מעשיה ידיה, אם זה נמצא בגדר של תכלית ראויה.

לא למיותר להוסיף, כי בעת שנקבע בחוק תנאי הסיכון לבטחון המדינה, שמה עליה המדינה את עול כבלי הוכחתו, כולל לבית המשפט וכבר בזה צמצמה את מסגרת הניתן להיות כלול בצו הכליאה, לעומת המסגרת הקודמת, בשעתו, שמכוחה ביקשו להחזיק בני אדם במעצר, אפילו בלא מגבלת שיוך ללחימה בלתי חוקית, ואשר יסודות שלה נמצאו טבועים, כאמור, גם בהצעת החוק.

המידתיות

על פי פסקת ההגבלה בחוק היסוד, צריכה פגיעה בזכויות שעל פיו, לעמוד גם בדרישת המידתיות. זו מתמקדת באמצעים שנבחרו על ידי המחוקק. אמצעים אלה, שנבחרו להגשמת התכלית הראויה, צריכים להיות מידתיים.

הפסיקה הישראלית חילקה את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה, המהווים קונקרטיזציה של עקרון המידתיות הכללי.

שלושת מבחני המשנה הם: מבחן האמצעי המתאים והרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן האמצעי המידתי (במובנו הצר).

ראה גם בענין **צמח**, שם בעמ' 269 – 270. ראה גם האמור על ידי הנשיא ברק ב**בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פד"י נא(4) 367**, בעמ' 384 – 385.

החלוקה למבחני משנה נועדה לסייע בגיבוש אמות-המידה העקרוניות בקביעת מידתיותה של החקיקה.

אבחון, איפוא, את טענות ב"כ המשיבים גם באספקלריית המידתיות, על מבחניה הנזכרים.

מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי

אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית, הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי החקיקתי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה החקיקתית. ראה האמור ב**בג"צ 3477/95 בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פד"י מט(5) 1**, בעמ' 12.

טענות ב"כ המשיבים בהקשר זה מתבססות על הנחתם, כי החוק נועד לכלוא לוחמים מסוגם של המשיבים בישראל, כדי להחזיקם כקלפי מיקוח ולשם קידום המו"מ לשחרורו של רון ארד או גם שבויים ונעדרים אחרים.

בעת הדיון בתכלית החוק מצאתי, כי זו איננה תכליתו. התכלית המוצהרת בחוק היא כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, כדי להרחיקם ממעגל הלחימה, עד תום פעולות האיבה בין ישראל לבין הכוח עימו הם נמנים. זו תכלית ראויה.

גם האמצעי שנבחר לקיימה מתאים להשגתה. הוא עומד, לפיכך, במבחן ההתאמה, שכן הוא מוביל, על פי טיבו והגיונו, להגשמת תכלית החוק.

מבחן האמצעי שמידתו פחותה

האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר. ראה האמור בענין **בן עטייה**, שם בעמ' 12 ובע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי בע"מ, פד"י מט(4) 221**, בעמ' 436. בענין **לשכת מנהלי ההשקעות**, שם בעמ' 385, המשיל כב' הנשיא ברק, לצורך הדגמת מבחן זה, את האמצעי החקיקתי לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. עליו לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת תכלית זו, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. על פי אותה דרך, אוכל לומר, כי בעת הביקורת, בחינת היחס שבין התכלית לבין המידה המינימלית הנדרשת לפגיעה היא בכיוון הפוך, תוך ירידה בשלבי אותו סולם, שלב אחר שלב, כדי לבדוק האם שלב נמוך יותר, די בו להשגת המטרה.

וכיצד מגיעים לנקודת האיזון? זו שאלה שאין לה תשובה מדויקת, שכן המידתיות איננה ניתנת למדידה.

עמד על כך כב' השופט זמיר בענין **צמח**, שם בעמ' 273 :

"אכן, זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים אינם כתפוחי אדמה, שניתן לשקול אותם על כפות המאזניים, אלה כנגד אלה, ולראות בעין מה מכריע את הכף. עם זאת, כיון שאי אפשר לשקול, צריך להעריך. צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם מזה ושל אינטרסים ציבוריים מזה. האיזון הראוי ביניהם הוא שקובע את המידתיות".

וכן :

"... כאשר הערכה נותרת שנויה במחלוקת, דרושה הכרעה. ההכרעה צריכה להתקבל על ידי בית המשפט. זה התפקיד וזו הסמכות של בית המשפט. זו גם המיומנות של בית המשפט. בית המשפט רגיל, בהקשרים שונים, להעריך את המשקל היחסי של זכויות ואינטרסים מתמודדים, על יסוד תשתית של נתונים ושיקולים שהונחה בפניו, ובדרך זאת להגיע אל האיזון הראוי".

בענינו יש לבחון את האמצעי שמידתו פחותה בשני מישורים. הראשון, ענינו בבדיקת אפשרות השימוש באמצעי אחר, שפגיעתו בזכות תהא קטנה יותר. השני, ענינו בבדיקה של מידת עוצמתו של האמצעי הננקט, כדי לבדוק האם מידת חריפות קטנה יותר שלו, שבהכרח פוגעת פחות בזכות, איננה מספיקה כדי להשיג את המטרה.

הראשון הוא בבדיקת אפשרות חליפית לאמצעי שנוקט. השני הוא בבדיקה של מינון האמצעי הזה.

בשאלת האפשרויות החליפיות הציעו ב"כ המשיבים לראות בכלואים כשבויי מלחמה, להעמידם למשפט או, למצער, לעוצרם מכוח [חוק המעצרים](#) המנהליים, שגם פגיעתו בזכויותיהם, לדעתם, פחותה.

באשר לאפשרות לראותם כשבויי מלחמה, הרי שזו איננה קיימת. עמדתה העקבית של מדינת ישראל, כך הבהיר ב"כ המדינה, היתה שלא לראות העצורים מסוגם של המשיבים, שבויי מלחמה, מאחר ואין הם עומדים בתנאי סעי' 4 לאמנת ג'נבה השלישית. די בכך שאין הם נוהגים בפעולותיהם לפי דיני המלחמה ומנהגיה, כדי לשלול מהם, כפי שכבר ציינתי, מעמד זה. עמדה זו זכתה להכרה גם בפסיקה, כולל בענין **בתיה ארד**, שם בעמ' 190 ולרבות בעניינם של משיבים 1 ו-2 עצמם.

העמדתם לדין פלילי של המשיבים אינה פתרון ישים, שכן זו איננה בבחינת כזה ראה וקדש. העמדה לדין פלילי מותנית, מטבעה, בקיומן של ראיות, שניתן להביאן בפני בית המשפט, על פי כללי הראיות הנקוטים אצלנו.

בהקשר זה מקבל אני את עמדתו של ב"כ המדינה על כך שהעמדה לדין פלילי עלולה להיות בעייתית, בשל קשיים ראיתיים שונים ולפיכך, כבר מן הטעם הזה היא איננה מעשית. עמדתי על כך, אוסיף ואומר, גם מתוך העיון בתיעוד ובמסמכים שהציגה המדינה, במהלך הביקורת השיפוטית לגופה, הנוגעת למשיבים.

מוכן אני לקבל גם את הנימוק השני של ב"כ המדינה, לפיו, העמדה לדין פלילי, כעקרון, איננה יכולה להתמודד עם הסיכונים הצפויים מאת לוחם בלתי חוקי שכזה, לאחר שנידון וריצה עונשו. עדיין קיים אז חשש ממשי, כי לוחם כזה ישוב ויצטרף לשורות הארגון ויטול חלק בפעילותו כנגד מדינת ישראל.

וכאן בא הנימוק הזה בגדרה של תכלית החוק, שנועד למלא את החסר הקיים בחקיקה ולהסדיר באמצעות החוק את החזקתם של הלוחמים הבלתי חוקיים.

אם זו תכלית החוק, הרי ש**חוק המעצרים** המנהליים לא יסכון לעניינו. על פי עמדת המדינה, כפי שהביא אותה מר ניצן, נועד **חוק המעצרים** המנהליים, בראש ובראשונה, להסדיר, בשעת חירום, כאמור בו, את היחסים בין המדינה לתושביה. הוא איננו מיועד להתמודדות עם תופעת הלוחמים הבלתי חוקיים.

אינני מתעלם מכך, כי בעבר, כולל בעניינם של המשיבים או חלקם, נעשה שימוש ב**חוק המעצרים** המנהליים. עם זאת, אינני רואה מקום להורות, או אפילו ליעץ, על נקיטה בכלי משפטי, בשעה שהמדינה איננה סבורה, כי המשך נקיטתו ראויה או נותנת מענה מספיק ומבקשת למלא את החסר הזה, כנזכר, באמצעות חקיקה מיוחדת, מותאמת לנושא ולנסיבותיו.

עתה יש לבחון, בגדר האמצעי שמידתו פחותה, את עוצמתם של האמצעים הקבועים בחוק ותוחמו בזמן, שננקב בהוראה הנוגעת אליהם.

אתייחס לאלה על פי סדרם הענייני, הכרונולוגי.

בסעי' 6(א) נקבעה זכותו של הכלוא להיפגש עם עורך דין. וזו לשונו:

"הכלוא רשאי להיפגש עם עורך דין במועד המוקדם האפשרי שבו ניתן לקיים את הפגישה בלי לפגוע בצרכי בטחון המדינה, אך לא יאוחר משבעה ימים בטרם הבאתו לפני שופט בית המשפט המחוזי, בהתאם להוראת סעיף 5(א)".

אין חולקין, כי הרישא של הסעיף היא, על פניה, ראויה, שכן היא מצהירה על זכותו של הכלוא, כפי שכבר הזכרתי, להיפגש עם עורך דין. לא רק זה אלא שהיא מצהירה על כך שהדבר יתממש **במועד המוקדם האפשרי**, שבו ניתן לקיים את הפגישה, מבלי לפגוע בצרכי בטחון המדינה.

סיוגה של זכות זו מוכר במשפטנו לא פחות מן הקביעות המצהירות על קיומה. אמר על כך בית המשפט העליון ב**בג"צ 2901/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י נו(3) 19**, בעמ' 20:

"אין חולק שזכותו של עצור בדרך כלל להיפגש עם פרקליט היא זכות יסוד. אך קיימות נסיבות שבהן דינה להדחות לזמן מסויים עקב שיקולים של בטחון הציבור ושלומו".

כבר עמדתי על כך שמצינו גם בחקיקה אחרת הוראות מעין אלה.

למרביית הצער, אין אנו חיים בתקופה שלווה. פגיעות בבטחון המדינה ואזרחיה מתבצעות תדיר ובמיוחד כך בעת האחרונה, המתאפיינת, מזמן לזמן, במבצעים צבאיים ובפעולות לחימה של כוחות צה"ל, הנאלצים לנקוט באלה, כתגובה על פעילות טרוריסטית קשה וכאמצעי מנע כנגדה. המדובר, אומנם, בדרך כלל, בפעילות בשטחים המוחזקים בידי צה"ל, אולם דבר חקיקה, במיוחד החוק שבענינו, צריך לקחת בחשבון גם מצבי לחימה כאלה כנגד ארגונים במקום אחר, כולל בגבול הצפון.

על עקרונו של דבר, בהקשר זה, עמד בית המשפט בענין **המוקד להגנת הפרט**, שם בעמ' 21, כאשר המדובר היה במניעת פגישה כזו (בצו זמני שתוקפו לחודשיים) למשך תקופה שעד 18 ימים:

"לדעתנו, לא יעלה על הדעת שבמהלך פעולות לחימה ובסמוך להן יאפשר המשיב פגישה של אנשים שקיים לגביהם חשש שהם מסכנים או עלולים לסכן את בטחון האזור, את בטחון כוחות צה"ל או את בטחון הציבור, עם עורכי דין, כל עוד לא בשלו התנאים המאפשרים שקילת נסיבותיו האינדיבידואליות של כל עצור ועצור".

כאשר בוחן אני את ההוראה שלפי סעי' 6(א) בחוק, אינני סבור, כי היא חורגת במידתיותה מעבר לנדרש וכי יש מקום להמליץ על הקטנתה, לא כל שכן על פסילתה.

ראשית, אין המדובר בקציבת זמן שרירותית של מניעת הפגישה לגבי כל כלוא. ההוראה קוצבת זמן מקסימום אפשרי וכיוצא בזה, מותרת את קציבתו באופן אינדיבידואלי לכל כלוא בנסיבותיו. ניתן לסבור, כי בשעת הצורך, לא תימנע האפשרות להעמיד במבחן משפטי מגבלת פגישה כזו, לגבי כלוא מסויים, על אף העדרו של מנגנון כלשהו בחוק לענין זה, ולרבות בעל הסמכות להורות עליה.

שנית, כאמור כבר, רשאי היה המחוקק לקחת בחשבון נסיבות של פעילות לחימה אינטנסיבית – שאינן נדירות, למגינת הלב – המקשות על בחינת עניינו ונסיבותיו של כלוא כזה או אחר, בעת שקבע את תקרת זמן מגבלת הפגישה והעמידה על שבעה ימים.

אוסף, כי מניעת פגישה עם עורך דין בעבירות בטחון, לפי סעי' 35(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996, אפשרית לתקופה ראשונה שלא תעלה על עשרה ימים וניתן להאריכה עד כדי עשרים ואחד ימים על ידי נשיא בית המשפט המחוזי.

שב אני ומזכיר, כי מן הראוי לתת את הדעת לחסרונו של בעל הסמכות להורות על מניעת הפגישה בחוק והמנגנון להפעלתה.

בסעי' 5(א) נקבע, כי כלוא יובא בפני שופט בית המשפט המחוזי לא יאוחר מארבעה-עשר ימים מיום מתן צו הכליאה.

להצדקת אורך תקופה זו הפנה ב"כ המדינה לכך, כי התקופה כוללת גם את הליך הטיעון כנגד הצו, שלפי סעי' 3(ג), כולל עיון הרמטכ"ל בטענות הכתובות ומתן החלטתו.

גם בהקשר זה מצייין מר ניצן, כי החוק לוקח בחשבון גם מצבי לחימה, העשויים לעכב את אפשרות הבאת הכלוא לביקורת השיפוטית, ועל כן נחוצה התקופה הנקובה בו.

עקרונית, מקובלת עלי עמדת המדינה. אינני סבור, כי המדובר במהלך של תקופה, שניתן לומר עליה, כי איננה מידתית. אומר אני כך, לאחר שהמחוקק היטה אוזנו לביקורת שנמתחה על עורך התקופה של 21 ימים, שנקבע, בהקשר זה, בהצעת החוק.

אינני סבור, כי ניתן ללמוד גזירה שווה ממבחן המידתיות, כפי שנקבע בענין צמח, הנזכר. כל ענין ייבחן לגופו ובהקשרו.

עמד על כך כב' השופט זמיר, שם בעמ' 266 :

"מבחן המידתיות הוא מבחן גמיש. השאלה מהי 'המידה הנדרשת' של פגיעה בזכות תלויה בכל ענין ומקרה בהקשר של הענין והמקרה, יהיה זה הקשר של מקום או זמן, מעמד או תפקיד, וכיוצא באלה. בהקשר שונה המידתיות שונה: המידה הנדרשת בהקשר אחד אינה בהכרח המידה הנדרשת בהקשר אחר. כך, לדוגמא, לגבי אסירים... כך גם לגבי אדם המצוי במעמד אחר".

ענין לנו במי שהוצא לגביו צו כליאה משום פעילותו, במישרין או בעקיפין, כנגד מדינת ישראל ומחמת כך ששחרורו יפגע בבטחון המדינה. אין המדובר באדם שנעצר בידי רשות מנהלית והוא מובא בפני בית המשפט, כדי להאריך את מעצרו, מחמת כך שהוא חשוד בביצוע עבירה. המדובר במי המובא לבית המשפט, כדי שזה יבדוק, בנסיבות שהזכרתי, אם נתקיימו התנאים להוצאת צו הכליאה, שתוקפו שריר וקיים והוא איננו זקוק הארכה. ההקשר שונה. כך גם הנסיבות והמעמד.

גם מחוק המעצרים המנהליים, שתחולתו על בני אדם אחרים, כך על פי ההבחנה שבעצם חקיקת החוק, אין ללמוד גזירה שווה. שם המדובר בצורך לאשר את צו המעצר (או גם לבטלו או לקצרו), מה שאין כך בחוק, כנזכר. גם כאן שונים ההקשר, המעמד והנסיבות, ומכוחם של אלה – גם המנדט שניתן לבית המשפט ואופן הפעלתו.

עם זאת, כדי להבהיר את השלבים ולהפרידם זה מזה, ראוי לשקול קביעת מועד לקיום הליך הטיעון, באופן שממילא תקוצר התקופה שבמהלכה יש להביא את הכלוא בפני בית המשפט.

הענין האחרון הזקוק בחינה בהקשר מידתיותו הוא קיומה של הביקורת השיפוטית מדי שישה חודשים. ב"כ המשיבים מפנים אל הוראות [חוק המעצרים](#) המנהליים וטוענים, כי שם הועמדה תקופת הביקורת על שלושה חודשים.

בדקתי טענה זו ואני סבור כי הנדון אינו דומה לראייה. [בחוק המעצרים](#) המנהליים מנגנון המעצר שונה בבסיסו מזה שנקבע בחוק. שם המדובר בהוצאת צו מעצר שתוקפו לא יעלה על שישה חודשים. בחוק, על בסיס מטרתו, כנזכר, אין הכליאה מוגבלת בזמן אלא בנסיבות. נתקיימו הנסיבות, יבוטל צו הכליאה.

הדעת נותנת, איפוא, כי צו מעצר מנהלי המוצא לשישה חודשים, צריך להיות מובא לביקורת שיפוטית בתוך תקופה קצרה משישה חודשים. לפיכך נקבעה תקופה זו, על פי המנגנון שב[חוק המעצרים](#) המנהליים, למועד שאיננו מאוחר משלושה חודשים אחרי אישור המעצר, באופן התואם את אורכו המירבי, או אורך מעצר קצר ממנו.

האמצעי המידתי

לא מצאתי, כי בבחינה שבין התועלת לציבור מתוך חקיקת החוק וההוראות שבו, לבין הפגיעה בצביונה הדמוקרטי של המדינה, מעמדה בקרב אומות העולם והנוק לזכויות האדם בישראל ולכלואים, כטענת ב"כ המשיבים, ידם של אלה האחרונים על העליונה.

כבר אמרתי, כי אי-אפשר לבוא בטרוניה אל המחוקק, שביקש להסדיר תחום שלא היה מוסדר קודם לכן, או שלא הוסדר, לדעתו, כאות. כבר מטעם זה יש לראותו, עקרונית, בחיוב.

אין להתעלם גם מן התועלת העניינית שבהפעלת החוק על לוחמים בלתי חוקיים – ועליהם בלבד – בנסיבות שבהן נאבקות מדינת ישראל כנגד ארגוני טרור למיניהם ומבקשת למנוע מאנשיהם, חזרה למעגל הלחימה, מה שבלא ספק יפגע בבטחונה ובבטחון אזרחיה ושלומם.

צדק רב בפי ב"כ המדינה, כאשר מזכיר הוא, כי זכויות אדם אינן רק זכויותיהם של לוחמים בלתי חוקיים, המוחזקים בידי המדינה, אלא גם זכויותיהם של האזרחים, הצפויים להיפגע ממעשי טרור המבוצעים על ידי ארגונים למיניהם, במהלך פעולות האיבה שלהם כנגד המדינה ואזרחיה. לאזרחים הזכויות המלאות להיות מוגנים על ידי מדינתם מפני פעולות ומעשים כאלה ובכלל זה, בעיקרו של דבר, בדרך של מניעתן, ככל שהדבר עולה בידה.

זו תכליתו האובייקטיבית הראשונה של החוק. מטרתו למנוע סיכונים לבטחון המדינה באמצעות כליאתם של אלה, ששחרורם יפגע בו.

אין חולק, כי כליאה כזו, ככל מעצר אחר, פוגעת במי שנכלא מכוח החוק, שהרי ניטלת ממנו חירותו וכיוצא בזה נפגע גם כבודו.

השאלה, כבר אמרתי, היא שאלה של איזון. בכל מקרה של התנגשות, יש לחפש את נקודת האיזון. על פי מה שהבאתי בהחלטה זו, דעתי היא, כי נקודת האיזון לא הופרה.

החוק בראי המשפט הבינלאומי

סעי' 1 לחוק מצהיר, כי החוק נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. את המחלוקת בענין זה בין ב"כ המשיבים ונציג המדינה, הבאתי לעיל.

אבחן, איפוא, את הטיעונים מתוך תשומת לב לעובדה, כי הנחת היסוד היא שהמחוקק הישראלי לא התכוון לגרום להפרת חובותיה הבינלאומיות של המדינה. ראה האמור בבג"צ 302/72 חילו ואח' נ' מ"י, פד"י כז(2) 169, בעמוד 177 וכן בבג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פד"י ו' 945 בעמוד 966. על חזקת התאמה זו ראה גם בענין פלונים, שם בעמ' 742 – 743.

אקדים ואומר, כי כל אחד מן הצדדים נחרץ בעמדותיו, כפי שהצבעתי עליהן לעיל. כל אחד מהם תמך את דעתו במובאות מתוך פרשנות הוראות האמנות הנוגעות בדבר, ובמיוחד כך נציג המדינה.

לענין השאלה הנוגעת לקיומו של המינוח "לוחם בלתי חוקי", אפשר למצוא, כפי שאבהיר בהמשך, נטייה מתמשכת לסווג כך לוחמים שאינם נוהגים על פי דיני המלחמה, על תנאיהם. ב"כ משיב 4 עצמו הסכים, בענין זה, עם עמדת המדינה, להבדיל מב"כ משיבים 1 ו-2, שאל טענותיו הצטרפה, באורח כולל, ב"כ משיב 3.

ביתר השאלות הנוגעות למשפט הבינלאומי נחלקו הצדדים באופן מוחלט: המדינה – מזה, וב"כ המשיבים כולם – מזה. כאמור, כל אחד מאלה, תומך דעתו באסמכתאות משלו. זה טבעו וטיבו של המשפט הבינלאומי, לא רק זה המנהגי, אלא גם ההסכמי. כללי הפעולה הולכים ומתגבשים במהלך שנים ודורות ופעמים הרבה ניתנות על ידי המלומדים או בתי המשפט במדינות שונות, פרשנויות שאינן זהות, בענינים כאלה או אחרים, ולעתים חלוקים המלומדים בדעותיהם. יש המפרשים כך ויש המפרשים אחרת. יש הנוהגים כך ויש הנוהגים אחרת.

כיצד, איפוא, יש לבחון, בנסיבות כאלה, שאלת התאמתו של החוק אל כללי המשפט הבינלאומי? זו שאלה מורכבת, בשים לב לקיומן של דעות שונות. בנסיבות כאלה אי אפשר לטעון התאמה, שהיא פרי של תמימות-דעים ואי אפשר לדרוש כזו. המבחן הקובע הוא קיומם של יסודות מבוססים במשפט הבינלאומי לענין נבדק כלשהו, המקובלים על הרוב, באופן המונע את הטענה, כי הוא סותר אותו במהותו, או איננו מתיישב עימו בהקשריו המרכזיים. קיומן של דעות אחרות, לגבי אותו ענין נבדק, על פי מבחן זה, או השמעת ביקורת, באופן כזה או אחר, לא יעמידו אותו, בהכרח, בחוסר התאמה לכללי המשפט הבינלאומי ובוודאי שלא יפסלו אותו, כמי שנוגד כללים אלה. ראה האמור, בהקשר זה, על המשפט הבינלאומי המנהגי, בבג"צ 69/81 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה והשומרון ואח', פד"י לז(2) 197, בעמ' 238 – 242.

על פי המבחן הזה ועל בסיס הדעות והפרשנות הרלוונטיות, אבדוק את טענות ב"כ המשיבים.

1. **האם החוק יוצר סטאטוס חדש שאינו קיים במשפט הבינלאומי?**

מוסכם על הכל, כי במשפט הבינלאומי קיימת הבחנה בין כאלה הנחשבים על ידו כ"לוחמים" ונופלים בגדר סעי' 4 לאמנת ג'נבה השלישית, לבין אלה הנחשבים כאזרחים מוגנים, הנופלים בגדר סעי' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית. השאלה היא האם קיימת הבחנה, בקרב הלוחמים בין אלה הנחשבים כלוחמים המקיימים את התנאים הקובעים והם זכאים, כאשר הם נופלים בידי הצד שכנגד, לזכויות של שבויי מלחמה, על פי האמנה השלישית, לבין לוחמים שאינם מקיימים אותם תנאים. שאלה אחרת היא מה מעמדם של אותם לוחמים שאינם עומדים בתנאים ומהן זכויותיהם. בפיסקה זו אעמוד על שאלת ההבחנה בין שני סוגי הלוחמים הנזכרים, ויסודותיה.

לוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, כאמור בסעי' 3 לחוק, הם לוחמים חוקיים, משמע אלה העומדים בארבעת התנאים במצטבר, הקבועים בסעי' 4 לאמנת ג'נבה השלישית, שישראל צד לה ואף הסדירה בתקנות ובפקודות הצבא את אופן תחולתה:

- א. הם משתייכים לכוח שעליו מפקד האחראי לפקודיו.
- ב. הם נושאים סימן הבחנה קבוע הניתן לזיהוי מרחוק.
- ג. הם נושאים נשק בגלוי.
- ד. הפעולות הננקטות על ידם הן בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה.

לוחם שאיננו עומד באחד התנאים האמורים, לא יהיה זכאי, עם נפילתו בידי הצד שכנגד, למעמד של שבוי מלחמה על פי האמנה. על הזכות המותנית הזו ראה אצל י. דינשטיין, בספרו **דיני מלחמה**, בהוצאת שוקן ת"א (1983) בעמ' 100, אצל Greenspan בספרו **The Modern Laws of Land Warfare** (1959) University of California Press, p. 58 ואצל Oppenheim בספרו **International Law**, Vol II.7th ed. (1951) p. 372.

על פי כללי המשפט הבינלאומי, מלחמה אמורה להתנהל באופן בלעדי בין לוחמים של הצדדים השונים, כאשר הפגיעה באזרחים צריכה להיות מינימלית. בכך באה לביטוי השאיפה להגן על האוכלוסיה האזרחית, שאיננה נוטלת חלק בסכסוך המזוין, בו משתתפים הצבאות של הצדדים.

סעי' 48 לפרוטוקול הנוסף משנת 1977 לאמנת ג'נבה הרביעית (שגם לה ישראל צד והוראותיה הוכנסו לפקודות הצבא, כמחייבות את חיילי צה"ל) קובע כ"כלל בסיסי" את החובה להבחין, בכל עת, בין אזרחים ללוחמים. כלל זה אומץ ע"י כותבי הפרוטוקול פה אחד והוא נחשב כמיישם משפט בינלאומי מנהגי בתחום.

התפקיד העיקרי של הלוחם הוא, בסופו של דבר, להגן על האזרח. הלוחם המסתיר את נשקו, אינו לובש מדים או מפר את דיני הלחימה, לא רק שאינו מגן על האוכלוסייה האזרחית, אלא הוא מטשטש את ההבחנה בין לוחמים לאזרחים ומסכן בכך את האוכלוסייה האזרחית.

על הטעם להבחנה עמד גם דינשטיין, שם בעמ' 97:

"ההבחנה בין לוחמים חוקיים ובלתי חוקיים נועדה בראש ובראשונה לשמור על ההבחנה בין לוחמים לאזרחים, ומשום כך, שתי ההבחנות משלימות זו את זו. אם הלוחמים יוכלו להיעלם בתוך ציבור האזרחים, כל אזרח בתוך אותו ציבור ייחשד כלוחם נסתר ויסבול מן התוצאות הנובעות מכך".

ראה גם במאמרו של דינשטיין **The distinction Between Unlawful Combatants and War Criminals**, שפורסם במסגרת קובץ מאמרים לכבודו של שבתאי רוזן בהוצאת : 105 p. (1989) Martinus Nijhoff

"A person is not allowed to wear simultaneously two caps: the hat of a civilian and the helmet of a soldier. He who engages in combat by night, while purporting to be a quiet civilian by day, is neither a civilian nor a combatant . He is unlawful combatant".

כבר לפני למעלה משנות דור, הבחין בית המשפט האמריקאי ב- **Ex parte Quirin (1942)** 317 U.S.1, בין לוחמים חוקיים (Lawful Combatants) ללוחמים בלתי חוקיים (Unlawful Combatants). פסק הדין ניתן ב- 1942, במשפט צבאי שנערך למחבלים נאצים, שאחד מהם היה אזרח אמריקאי. בית המשפט קבע, כי לוחמי אויב, במיוחד כאלה ש"בלי **מדים באים בחשאיות מבעד הקווים וכוונתם עשיית מלחמה**", עלולים להעצר בלי זכותם החוקתית למשפט, אפילו אם הם אזרחים אמריקאים. וכך כתב שם השופט Stone:

"By universal agreement and practice, the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are like wise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunal for acts which render their belligerency unlawful".

ההבחנה בין לוחמים חוקיים לבלתי חוקיים הופיעה מאז בעשרות רבות של מאמרים, ספרים ופסקי דין. נציג המדינה הצביע על רשימה ארוכה של אסמכתאות כאלה. אזכיר, כאן, רק אחדות.

בספרה **The Law of War**, Cambridge University Press (2000) p.108 התייחסה
Ingrid Deter להבחנה זו:

“Any regular soldier who commits acts pertaining to belligerence in civilian clothes loses his privileges and is no longer a lawful combatant. Unlawful combatants may thus be either members of regular forces or members of resistance or guerrilla movements who don't fulfill the conditions of lawful combatants”.

לאחרונה נעשה שימוש בהבחנה זו בהחלטת כב' השופט צ. גורפינקל ב**בייש (מחוזי ת"א) 92134/02 מדינת ישראל נ' מרואן ברגותי** (טרם פורסם) וכן בהחלטת בית המשפט השומע את התיק העיקרי ב**תפ"ח (מחוזי ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי** (טרם פורסם). בשתייהן קבע בית המשפט, כי ההבחנה הנזכרת מבוססת, היטב, במשפט הבינלאומי.

הסיכון הצפוי מאת הלוחם הבלתי חוקי לאוכלוסייה האזרחית אינו נשאר ללא מענה מצד המשפט הבינלאומי. זהו מעשה חמור, שהמשפט הבינלאומי מנסה למנוע. התגובה עליו היא בשלילת זכותו של אותו לוחם בלתי חוקי למעמד של שבוי מלחמה, יחד עם כל הזכויות הנלוות לכך, כפי שמסבירה Ingrid Deter בספרה:

“The main effect of being a lawful combatant is entitlement to prisoner of war status. Unlawful combatants, on the other hand, are a legitimate target for any belligerent action but, if they are captured, they are not entitled to any prisoner of war status. They are also personally responsible for any action they have taken and may thus be prosecuted and convicted for murder if they have killed an enemy soldier. They are often summarily tried and enjoy no protection under international law”.

עומד על כך גם דינשטיין, שם בעמ' 96.

מעמד של לוחם בלתי חוקי ושלילת זכותו כשבוי מלחמה, מוכר ומקובל גם בפרקטיקה הבינלאומית.

במדריך המלחמה של צבא גרמניה נכתב:

Whereas combatants may not be punished for the mere fact of fighting, persons, who take a direct part in the hostilities without being entitled to do so (unlawful combatants), have to

face a penal consequences. They do not have a right to the status of prisoners of war”.

בדומה לכך קבע מדריך הלחימה של הצבא האמריקאי :

“Persons, such as guerrillas and partisans, who take arms and commit hostile acts without having complied with the conditions prescribed by the laws of war for recognition as belligerents... are, when captured by the injured party, not entitled to be treated as prisoners of war and may be tried and sentenced to execution or imprisonment”.

על פי כל אלה יש לקבוע, כי הסטטוס של "לוחם בלתי חוקי", המופיע בסעי' 3 בחוק איננו יציר החוק. הוא איזכור של הסטטוס הזה, כפי שהתגבש, במשך השנים, במשפט הבינלאומי ההומניטרי. ההבחנה בינו לבין מי הנחשב ללוחם חוקי, מקובלת כך במשפט הבינלאומי ומכוחה נגזרות ההגנות והזכויות המוענקות ללוחם החוקי ונשללות, בהתאמה, מזה שאיננו כזה.

מכוח ההבחנה הזו נשללת ממנו הזכות למעמד של שבוי מלחמה, על כל מה שמקנה המעמד הזה מכוח האמנה השלישית, ולרבות תנאי החזקה הולמים וחסינות מפני העמדה לדין בשל מעשים שעשו במהלך הלחימה.

2. האם סותר החוק את הוראות המשפט הבינלאומי החלות על מי שאינם שבוי מלחמה?

כיוצא משלילת הזכות למעמד של שבוי מלחמה ממי הנחשב ללוחם בלתי חוקי, שאיננו עומד בתנאי סעי' 4 לאמנת ג'נבה השלישית, מתעוררת השאלה לגבי מעמדו וזכויותיו. עמדתם של ב"כ המשיבים, כנזכר, ברורה והיא נשענת על דעתם, שאיננה מכירה אלא בסטטוס של לוחם או בסטטוס של אזרח מוגן, לפי סעי' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית. עקרונית, לא קיבלתי, כאמור כבר, את עמדתם זו. מצאתי טעם בעמדת המדינה גם בכל הנוגע למשמעויות המתבססות על הסטטוס הענייני של הלוחם הבלתי-חוקי.

אכן, קשה לקבל את הדעה לפיה מי שהוא לוחם בלתי חוקי, לאחר שנמצא, כי הפר את אחד התנאים, המקנים ללוחם את זכויותיו כשבוי מלחמה, מעת שנפל בידי הצד שכנגד, ייראה, בהכרח, כאזרח מוגן, הזכאי לפי אמנת ג'נבה הרביעית.

זו דעה העוצמת עיניה בפני המציאות, שהלכה והעצימה בשנים האחרונות, בעת שנתרבו ארגוני הטרור שהחמירו והחריפו את מעשיהם, בפגיעות באוכלוסיה האזרחית ומתוך רצון מופגן לכוון אליה את פגיעותיהם, על מנת להשיג את מטרותיהם.

קשה גם לסבור, כי סוג זה לוחמים, בלא ספק לוחמים בלתי חוקיים בשל ההפרות הקשות של דיני המלחמה, כנזכר כבר, יהא זכאי, לאחר שנשללו ממנו זכויות של שבוי מלחמה, בעקב אלה – לכל הזכויות המוקנות לאזרח מוגן, לפי האמנה הרביעית.

הגיון זה מעמיד בספק את השאלה האם, אומנם, היתה כוונת כותבי שתי האמנות לראות כך את הלוחמים הבלתי חוקיים מסוג זה, העוסקים בטרור מאורגן ובמיוחד בכל הנוגע להענקת הזכויות של אזרח מוגן לאנשי טרור אלה.

עמד על כך כב' הנשיא ברק ב**בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח'**, **פד"י נו" (6) 352**, בעמ' 381 – 382, (בענין פרשנות סעי' 78 לאמנה הרביעית):

"פירשנו כמיטב יכולתנו את הוראותיו של סעי' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. על פי כל הגישות הפרשניות המקובלות, ביקשנו לתת להן מובן שיוכל להתמודד עם המציאות החדשה שמדינת ישראל ניצבת בפניה. ספק בעינינו אם מנסחיה של הוראת סעי' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ראו נגד עיניהם אנשים מוגנים אשר שיתפו עצמם לטרור ול'פצצות חיות'. מציאות חדשה זו מחייבת גישה פרשנית דינמית להוראותיו של סעי' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, באופן שהיא תוכל להתמודד עם המציאות החדשה".

משמעות הדבר היא הצורך ליצור פרשנות דינמית, לא רק להוראות סעי' 78 לאמנה הרביעית, אלא גם להוראות נוספות, באופן שייקח בחשבון את המציאות החדשה, שאת עקבותיה ותוצאותיה אפשר לראות לא רק אצלנו, כי אם גם במדינות אחרות, הנאלצות גם הן להתמודד עם מציאות זו.

נראה, כי ניתן לעשות כן, באמצעות דרך פרשנות זו, אף מבלי להחיל על הענין מערכת דינים יחודית, כהצעת ב"כ המדינה, המצריכה התפתחות משמעותית של המשפט הבינלאומי בתחום זה.

בדרך כזו צריך לראות את הצו הנשיאותי של נשיא ארצות הברית מיום 13.11.01, המאפשר מעצרו הבלתי מוגבל בזמן של כל חבר בארגון אל-קעידה או כל אדם שעסק בטרור או סייע לו, כמוגדר בו, באופן שגרם נזק לארצות הברית, לאזרחיה, לבטחונה או למדיניות שלה.

הצו הזה, שמכוחו נעצרו רבים, מתבסס על ההבחנה שבין לוחמים חוקיים לבין לוחמים בלתי חוקיים. אלה האחרונים נקראים גם "לוחמים חסרי זכויות", שכן אינם זכאים לזכויות שמכוח מעמד שבויי מלחמה, מחד גיסא, ואינם זכאים גם למלוא הזכויות שלפי אמנת ג'נבה השלישית.

ראה במאמרה של R. Wedgwood, שפורסם ב- 96 A.J.I.L. 328 (April 2002).

הגם שהדעות אודות צעדים אלה של ארצות הברית חלוקות, כפי שהצביעו על כך ב"כ המשיבים 1, 2 ו-4 בתגובותיהם לסיכומי המדינה, ניתן לראות גם בכיוון זה – קיצוני משהו באופן ביצועו – ראייה נכוחה של המציאות שהזכרתי, המצדיקה מתן פרשנות דינמית לדיני המלחמה הבינלאומיים, המאפשרים, בלא ספק, את החזקתם של הלוחמים החוקיים במעצר עד תום פעולות הלחימה, באופן המאפשר החזקה במעצר עד תום פעולות האיבה גם של לוחמים בלתי חוקיים.

בשני המקרים, המטרה היא למנוע מן הלוחם לשוב ולהצטרף לשורות האויב, הפועל כנגד המדינה העוצרת.

ראה, בהקשר זה, את האמור בפסק דין של בית המשפט לערעורים בארצות הברית של ה- 4th Circuit, בענין **Hamdi V.D. Rumsfeld (Hamdi III)**.

אלא שאין לי צורך להכריע בשאלה האם הלוחמים הבלתי חוקיים, שנשללות מהם זכויות השבוי, בעת מעצרים, נכנסים, בהכרח, להגדרה של אזרח מוגן, באופן המזכה אותם בכל הזכויות המוקנות למוגנים, בהתחשב בעמדת ב"כ המדינה, לפיה זכויות אלה, שמכוח האמנה הרביעית, מוענקות להם, ממילא, על פי החוק (כאילו היו אזרחים מוגנים), בכפוף לחריגים שמכוח האמנה עצמה. הוא מפנה, לענין החריגים, לסעי' 5 באמנה, המאפשר את שלילת הזכויות וזכויות היתר, אם בהענקתן של אלה יש כדי לפגוע בבטחון המדינה.

בחנתי עמדה זו ואני סבור, כי ניתן לקבלה. על פיה אפשר לראות את הלוחמים הבלתי חוקיים, בפועל, כאזרחים מוגנים.

על אפשרות מעצרים של מוגנים, בנסיבות מסויימות, אין חולק.

בסעי' 42 לאמנת ג'נבה הרביעית נאמר כך :

"אין לצוות על עצירתם של מוגנים... אלא אם כן בטחונה של המעצמה העוצרת מצריך את הדבר לחלוטין".

סעי' 78 לאמנה דן גם הוא בענין וזו לשונו :

"היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, ליחד להם מקום מגורים או לעצרים".

כאמור כבר, מעלים ב"כ המשיבים את הטענה לפיה ניתן לעצור מוגן רק כשאותו אדם מסוים, ע"י מעשיו, ידיעותיו או כישוריו, מהווה איום ממשי לבטחון המדינה. ברי, לפיכך, כי הימנות של אדם על כוח המבצע פעולות איבה, בכל תפקיד שהוא, אינה מקיימת, לדעתם, את תנאי המסוכנות האישית הנדרשת, ואת הצורך להראות סיכון ביטחוני ממשי והכרחי, הנשקף מאותו אדם מסוים. כל דבר אחר מהווה למעשה ענישה קולקטיבית.

פרשנות זו איננה, כך נראה, פועל יוצא הכרחי מהוראות האמנה. בפועל נוטים לפרש באופן רחב יותר את סמכויות המעצר הנזכרות, כמו גם את ההקשרים שבהם מופעלות הסמכויות האלה. פרשנות רחבה זו נותנת טעם לקבל את עמדתה של המדינה בהקשר זה.

הפרשנות המקובלת של סעי' 42 קובעת, כי למדינה העוצרת יש שיקול דעת רחב ביותר ביחס לנסיבות שבהן ניתן להפעיל את סמכות המעצר. לענין זה ראה דבריו של ז'אן פיקטה בספר

IV Geneva Convention Relative to the Protection of הפרשנות הרשמי של האמנה, :257
Civilian Persons in Time of War (Geneva, 1985)

“It did not seem possible to define the expression ‘security of the state’ in a more concrete fashion. It is thus left very largely to Governments to decide the measure of activity prejudicial to the internal or external security of the state which justifies internment or assigned residence”.

ובאשר לנסיבות שבהן ניתן לפעול על פי הוראות סעי' 42, אומר פיקטה, מפורשות:

“... a belligerent may intern people or place them in assigned residence if it has serious and legitimate reason to think that they are members of organizations whose object is to cause disturbances, or that they may seriously prejudice its security by other means, such as sabotage or espionage; the provisions of Article 5 of the present Convention may also be applied in such cases”.

ראה גם את הכתוב בספרו של Dieter Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, (1995) p. 288, שהתייחס לשיקול הדעת של המדינה, על בסיס הסעיפים 42 ו-78 יחדיו:

“In both situations there must be a threat to public security linked with the person in question. GC 4 allows the authorities a great deal of latitude”.

על פי האמור, צריך, אומנם, שיהא קשר בין האיום על הבטחון לבין האדם שבו מדובר, אולם אין הכרח, כך ניתן להבין, כי הקשר הזה יהא ישיר, משמע כזה המבוסס, דווקא, על מעשה פוגע שביצע אותו אדם אישית.

ראה, בהקשר זה, את שנאמר על ידי כבי הנשיא לשעבר שמגר בבג"צ [102/82 צמל ואח' נ' שר הבטחון ואח', פד"י לז\(3\) 365](#), בעמ' 375, בהתייחסו לסעי' 78 לאמנה:

“הסעיף האמור מתיר כליאה של אנשים, אשר לגביהם קיימים – בשל התנהגותם או בשל נתוניהם האישיים – טעמים החלטיים של בטחון, המחייבים מעצרים”.

משמע, שיקול הדעת של המדינה יכול להיות מופעל גם על בסיס השתייכותו של אותו אדם לארגון הפוגע, באמצעות טרור וחבלה, בבטחונה. דין אחד, צריך שיהא, להשתייכות זו, כאשר מוכח, כי הארגון אליו משתייך אותו אדם, נוקט באמצעי טרור וחבלה, ולביצוע מעשים מוכחים כאלה, הלכה למעשה, על ידי אותו אדם אישית.

ניתן לומר, איפוא, כי המשפט הבינלאומי מאפשר את מעצרו של אלה המסכנים את בטחון המדינה, כאשר למדינה שיקול דעת רחב לקביעה, בחוקיה שלה, של שיקולי הבטחון ההכרחיים - imperative reasons of security (סעי' 78), המהווים בסיס להיותו של המעצר הכרחי - absolutely necessary (סעי' 42).

מדינת ישראל פעלה על פי שיקול דעת זה שהוקנה לה, בהוראות הרלוונטיות של החוק.

אם נבחן את מה שנקבע, בהקשר זה, בחוק, אפשר להיווכח, כי המחוקק נקט בסעי' 2 לחוק (הגדרת לוחם בלתי חוקי), בשתי הדרכים של קביעת האיום הצפוי מאותו אדם: מי שביצע, בפועל, מעשים פוגעים כנגד המדינה או נמנה עם כוח המבצע מעשים כאלה נגדה.

בחינה עניינית של שתי דרכים אלה, מצביעה על זהות במשמעות באיום הצפוי. איום כזה מפני מי שבעבר (אי-אפשר שבהווה יעשה כן, שהרי הוא נתון בידי המדינה ומנוע, מעשית, מביצוע) נטל חלק במעשים פוגעים (פעולות איבה) שווה, במהותו, לאיום מפני מי המשתייך לכוח, הממשיך ומבצע, בה בעת, מעשים כאלה.

אם לגבי האיום הצפוי בדרך הראשונה, אי-אפשר שתהא לב"כ המשיבים, לשיטתם, טרוניה, שהרי טענתם היא, כי צריך שאיש בעונו ישא, הרי שגם לגבי האיום הצפוי בדרך השנייה, לא יכולה להיות להם טרוניה ולפחות לא לגבי מידת התאמת רכיב זה לפרשנות מקובלת של מלומדים, כנזכר, במשפט הבינלאומי.

כשלעצמי, הייתי אומר כך גם עניינית, באשר לזהות בחומרת האיומים הצפויים בשתי הדרכים, מה עוד שהחוק מבטיח בדיקה חוזרת של אלה על ידי מוציא צו הכליאה ובהמשך גם במסגרת ביקורת שיפוטית של בית המשפט המחוזי, עם זכות ערעור לבית המשפט העליון. אין כל סיבה פרשנית, כך כבר הראיתי, להבחין, לענין הפעלת סמכות המעצר, בין שני סוגי האיום. אין גם כל סיבה עניינית להבחין כך, בעיתות שכאלה, כאשר הטרור, מבית ומחוץ, מכה בלא-רחם, בכל הנקרה בדרכו. הוא איננו מבחין בין כוחות לוחמים לבין אוכלוסיה אזרחית. יותר מזה, הוא מרכז את פעילותו במיוחד כלפי האוכלוסיה האזרחית, כדי להרבות את הקורבנות והנפגעים ובדרך זו להשיג את מטרותיו, כפי שכבר הזכרתי. במציאות כזו אין להבחין בין האיום הנשקף מאת מי שביצע, הוא עצמו, פעולת טרור או פגיעה אחרת מסוג דומה ונכלא בגין כך ועל בסיס הידוע על פעילותו זו, לבין האיום הצפוי ממי הממשיך לארגון המבצע – וממשיך לבצע – פעילות כזו. המסקנה המתבקשת מחברות כזו בארגון איננה רק בגדר של הסכמה לפעילותו אלא גם הסכמה להשתתף בפעילות המסוכנת לבטחון המדינה, או הציבור, אותה ביצע, כאמור, וממשיך לבצעה. בשני המקרים, המדובר במהלך לגיטימי של מעצר, שנועד להגן על המדינה ואזרחיה מפני האיום או הסיכון הצפוי להם מפני אותו אדם.

גם ההסדרים שנקבעו בסעי' 43 לאמנה מוצאים את מקומם בהוראות סעי' 5 לחוק, לפיהן מועמד צו הכליאה בביקורת שיפוטית על ידי בית משפט מחוזי, עם זכות ערעור לבית המשפט העליון. הביקורת הזו היא עתית ומתבצעת, בהתאמה להוראות האמנה, מדי תקופה, כנזכר. בהשוואת ההסדרים שנקבעו בחוק, בהקשר זה, לאלה שנקבעו באמנה, ניתן לראות כי הקביעות בחוק מקנות יותר מן

הנדרש באמנה, כגון זכות הטיעון בפני העוצר, ביקורת על ידי בית משפט (ולא על ידי גוף מנהלי) או זכות ערעור על החלטת בית המשפט.

3. האם החוק פוגע באיסור המוטל במשפט הבינלאומי על החזקת "בני ערובה"?

האיסור במשפט הבינלאומי על לקיחת בני-ערובה הוא איסור המופיע בסעי' 34 לאמנת ג'נבה הרביעית, בסעי' 75(ג) לפרוטוקול המשלים הראשון המתווסף לאמנת ג'נבה, בסעי' 4(ג) לפרוטוקול המשלים השני לאמנת ג'נבה, ובאמנה ספציפית שיוחדה לענין זה – האמנה הבינלאומית כנגד לקיחת בני ערובה, שעליה ישראל חתומה. סעי' 147 לאמנה ג'נבה הרביעית אף קובע, כי לקיחת בני ערובה היא הפרה חמורה של האמנה.

ז'אן פיקטה בפרשנותו לסעי' 34 לאמנת ג'נבה, שם בעמוד 229, מפרש את המושג בן-ערובה-
"hostage", כך:

"...hostages are nationals of a belligerent state who of their own free will or through compulsion are in the hands of the enemy and are answerable with their freedom of their life for the execution of his orders and the security of his armed forces".

בסעי' 1 לאמנה הבינלאומית כנגד לקיחת בני ערובה משנת 1979, נכתב:

"Any person who seizes or detains and threatens to kill, to injure or to continue to detain another person (here in after referred to as the hostage) in order to compel a third party...to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostages commits the offences of taking of hostages..."

ראה גם את דבריו של כב' השופט קדמי בענין פלוניס, שם, בעמ' 759:

"בבסיס משמעותו הקלאסית של המושג "בני ערובה", עומד "איום"-ממשי ומוחשי – של פגיעה בשלמות גופם ואף בחייהם של המוחזקים בתור שכאלה, על מנת למנוע מ"חבריהם" נקיטת פעולה זו או אחרת במסגרת פעילותם השוטפת. בנסיבות כאלה, מהווה ההחזקה במעצר "אמצעי לחימה" במאבק בין צדדים יריבים; כשפסלותו נעוצה, בעיקרה, באיום הבלתי אנושי הכרוך בו".

על מקורות נוספים האוסרים החזקת בני ערובה וטעמי פסלותם, ראה בחוות הדעת של כב' הנשיא ברק וכב' השופט דורנר בענין **פלונים**, שם בעמ' 742 – 743 ו- 765 – 767.

לא מצאתי צורך להאריך בהקשר זה ולהביא דברים נוספים אודות שאלת האיסור על החזקת בני ערובה, שכן הגעתי למסקנה, בעת שדנתי בתכליתו של החוק ובמטרתו, כי אלה אינם מצביעים על כוונה להחזיק, מכוחו, בני ערובה כקלפי מיקוח לשחרור חיילי צה"ל השבויים או הנעדרים. תכליתו, כבר אמרתי, היא בכליאה של מי שנשקפת מהם סכנה לבטחון המדינה, בשעה ששחרורם עלול להביא לחזרתם למעגל הלחימה כנגדה.

4. האם פוגע החוק בחובותיה של המדינה על פי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות?

האמנה הבינלאומית בדבר הגנה על הזכויות האזרחיות והמדיניות של האדם (ה- ICPR), שישראל צד לה כיום, אוסרת בסעי' 9, לכלוא אדם ב"מעצר שרירותי":

"לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולבטחון אישי. לא יהיה אדם נתון במעצר או במאסר שרירותיים. לא תישלל חירותו של אדם אלא מטעמים ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק".

זו הצהרה על זכותו של כל אדם לחירותו האישית. בצידה נשמרת גם הזכות לבטחון אישי. הזכות לבטחון אישי איננה נופלת בחשיבותה מן הראשונה. חשוב, במיוחד, לזכור זאת, כאשר בוחנים מציאות שבה המדינה נאלצת לנקוט באמצעים שונים, כדי להגן על אזרחיה מפני פגיעות בבטחונם האישי. על המציאות המוכרת הזו, בשנים האחרונות, עומד כב' הנשיא ברק, בענין **עגורי**, שם בעמ' 358 – 382 ובעמ' 382 – 383. אפשר להבין, בבירור, מדוע חל האיסור על "מעצר שרירותי", דווקא, שכן נקודת המוצא היא, כי הפגיעה בחירות, אפשרית, אם קיימים טעמים לעשות כן ובהליכים שנקבעו בחוק. זו גישה, לא למיותר להזכיר, התואמת את המשפט הישראלי. עמד על כך, לאחרונה, כב' הנשיא ברק בענין **מרעב**, שם, בעמ' 10 – 11. ואם צריך להוסיף ולהגדיר את המעצר השרירותי, הרי שאפשר לומר, כי בגדרו של זה באה הפעלת סמכות המעצר שלא לצרכי התכלית שהמעצר נועד להשיגה או בלא בסיס ענייני. במלים אחרות – מעצר בלא עילת מעצר חוקית. גם על כך ראה בענין **מרעב**, שם בעמ' 13.

בסעי' (1)4 מתירה האמנה למדינות החברות בה, לסטות מחלק מהוראותיה בשעת חירום:

"בשעת חירום כללית (Public Emergency) המאיימת על חיי האומה (Which threatens the life of the nation) אשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאית המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל פי אמנה זו..."

משמע, האמנה גופה לא התעלמה מתנאי חירום מיוחדים, בתוככי מדינה שהיא צד לאמנה. למרות האפשרות האמורה, הניתנת מכוחה, לסטות ממקצת מהוראותיה, הרי ישנן כאלה, שמהן אין ניתן

לסטות, אפילו בתנאי חירום (לדוגמא סעיפים 6, 7, 8, 11, 15, 16 ו-18). סעי' 9 שבה, המאפשר, כנזכר, את המעצר שאיננו שרירותי, אינו כלול ביניהן.

לטענת ב"כ המשיבים, כליאתו של אדם לפי החוק היא בגדר "מעצר שרירותי". עוד מוסיפים הם, כי העדר הפנייה ברורה בחוק לקיומו של מצב חירום במדינה והעדר הגדרה מה ייחשב כ"פעולות איבה", בניגוד לדברי האמנה המדברת על מצב חירום המאיים על חיי האומה, המצדיקות שימוש בסמכות הכליאה הקבועה בחוק, מובילים למסקנה, כי הפעלת סמכות הכליאה, בנסיבות כאלה, עומדת בניגוד להתחייבויותיה של ישראל באמנה.

נראה לי, כי אין לקבל טענות אלה. אבהיר, להלן, את עמדותי, וזה מבלי צורך להיכנס להבחנה שביקש לעשות ב"כ המדינה בין תחולת האמנה, לדעתו, רק במצב של שלום, לבין עניננו, שעליו חלים כללים שנועדו להסדיר מצבי מלחמה. ההבחנה בין שני המשטרים במשפט הבינלאומי: זכויות אדם וכללים הומניטריים, איננה, לעניננו, הכרחית, מה עוד שקיים קושי להבחין בין מצב חירום, לצרכי האמנה, לבין מצב מלחמה או לחימה, שבבסיס דיני המלחמה. אפשר להשאיר, לעת מצוא, את בדיקתה של הבחנה זו.

על המעצר והמעצר השרירותי כבר עמדתי. עקרונית, אי-אפשר לראות במעצרו של אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד המדינה או נמנה עם כוח המבצע פעולות כאלה, משום מעצר שרירותי, שהרי המדובר, כפי שהצבעתי על כך בפסקה הדנה בהפעלת סמכות המעצר, במהלך לגיטימי שנועד להגן על המדינה ואזרחיה, מפני מי המבקש לפגוע בהם.

על פי סעי' 14(א) לאמנה, כמצוטט, ניתן לסטות מהוראותיה, בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה, שהוכרז רשמית על קיומה.

מדינת ישראל נמצאת, כיום, במצב חירום שהוכרז רשמית, מכוח סעי' 49(א) ו-64(א), והיא נמצאת במצב זה מאז שבוע לאחר הקמתה. זאת ועוד, עם הצטרפותה לאמנה, צרפה ישראל הצהרה בדבר קיום "מצב חירום" במדינה, הצהרה, העומדת בתוקפה גם כיום.

מצב חירום קיים, איפוא, ובכל מקרה, מצב חירום לצורך האמנה ומכוח האמור בה.

בבג"צ 87/85 ארגוב נ' מפקד כוחות צה"ל לאיזור יו"ש, פד"י מב(1) 353, בעמ' 364, התייחס כב' הנשיא לשעבר שמגר לדרישת "האיום על חיי האומה" וקבע, כי האמנה מתייחסת גם לתנאי חירום ציבוריים, שאינם מגיעים לכדי מצב מלחמה. הדבר הודגם שם באמצעות מובאות מסיכומיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, בפרשת *Lawless V. Ireland* (1957) 1 EHRR 15, המונה את היסודות אותם הביא בית הדין בחשבונו, כאשר הכיר בקיומו של מצב חירום:

"The existence on 5 July 1957 of a 'public emergency threatening the life of the nation' had been reasonably deduced by the respondent government from a combination of several factors: namely, the existence in its territory of a secret army (the IRA) engaged in unconstitutional activities and using violence to attain its purposes; The fact that this army was also operating outside its territory, thus seriously jeopardizing the relations...with its neighbor; and the steady and alarming increase in terrorist activities..."

וכדברי כב' הנשיא לשעבר שמגר, שם :

"קרי, קיומו של ארגון טרוריסטי סודי, תחומי פעולתו הטרוריסטוריאליים הנרחבים ופעולות טרור, הלכה למעשה, הם שהיוו יסוד למסקנה, כי נתקיים מצב של חירום "המסכן את חיי האומה"."

העדר הגדרה בחוק למינוח "פעולות איבה", אין בכוחו, בהקשר מצב החרום, להראות, כי הפעלת סמכות הכליאה היא פגומה ואיננה תואמת את האמור באמנה.

ראשית, מינוח זה רחב בהיקפו, מה שמקשה, מיניה וביה, על מתן הגדרה ממצה. לא למיותר להזכיר, כי המינוח הזה לא הוגדר גם ב**חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה**, תש"ל – 1970. מה שהוגדר שם הוא "פגיעת איבה" והיא נעשתה, בעיקרה, בדרך איזכורם של המבצעים :

"פגיעה מפעולות איבה של כוחות צבאיים או צבאיים למחצה או בלתי סדירים של מדינה עויינת לישראל, מפעולות איבה של ארגון עוין לישראל או מפעולות איבה שבוצעו תוך סיוע לאחד מאלה, בשליחותם או מטעמם או על מנת לקדם מטרותיהם (לכולם ייקרא להלן: "כוחות אויב");"

גם בפסיקה הנוגעת ל**חוק התגמולים** היתה התייחסות לפרשנות המונחים האחרים, כמו "פגיעה" וכיוצא בזה לשאלות הנוגעות לאופן הפגיעה, נסיבותיה והאדם שגרמה. אל "איבה" היתה התייחסות כאל מובן מאליו על פי לשונו או הגדרתו המקובלת. ראה, לדוגמא, האמור בבג"צ 294/89 **המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת הערעורים על פי סעי' 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה**, תש"ל-1970 ואח', פד"י מה(5) 445 בעמ' 454 – 455. כך גם בשורה ארוכה של החלטות של ועדות הערעורים שמכוח **חוק התגמולים**. הגדרה מילונאית מקובלת של המינוח, ראה אצל א. אבניאון, **מילה במילה**, בהוצאת איתאב (2000) בעמ' 25.

שנית, אין סתירה בין העדר הגדרת המינוח הנזכר בחוק והותרת הגדרתו לפסיקה, אם בדרך של שימוש בהגדרתו המילונאית או בדרך פרשנית אחרת, לבין דרישת האמנה לקיומו של מצב החירום, המאיים על חיי האומה. בסופו של דבר, גם הגדרה כזו של מצב החירום היא כוללת ומאפשרת ליצוק לתוכה תוכן, כדרך שהדבר נעשה בענין **ארגיוב** או בפרשת **Lawless**.

ושלישית, גם עניינית אין סתירה הכרחית בין המינוח הנזכר, בפרשנותו המקובלת, לבין מצב החירום האמור. הכל על פי הנסיבות שבבסיס פעולות האיבה, משמעויותיהן של אלה והשפעתן על המדינה והאזרחים.

5. הטיעונים הנוספים

כבר עמדתי על כך, בעת הדיון בחוקתיות החוק, כי מרבית הביקורת על הוראות החוק, התייחסה למתכונת שהובאה בהצעת החוק. במתכונת זו הוכנסו שינויים מהותיים, כיוצא מן הביקורת שהושמעה, כולל מתן בסיס לגיטימי לכליאה, מכוח הסיכון לבטחון המדינה והוראות מתקנות אחרות, שיש בכוחן לבטל את עיקרי הביקורת או, לפחות, למתנה באופן ממש. לפיכך אין ממש גם בטענה של התעלמות מדעתם של יועצים, שראוי היה ליתן משקל לדעתם. בפועל, כך מתברר, ניתן משקל כזה.

סוף דבר

החוק, כך מצאתי, איננו עומד בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי: זה ההומניטרי או זה הנוגע לזכויות האדם, כפי שאלה חלים בעניננו. בין על פי התאמה עניינית, במרביתו, ובין על פי מה שיש לראותו כהתאמה על פי פרשנות מקובלת, הוא עומד בהתאמה לכללים אלה.

החוק איננו אי-חוקתי. הוא פוסע בעקבות חוק היסוד והוא ער למה שנקבע בו. כאשר הוא פוגע בזכות לחירות אישית וכיוצא מזה, בכבודו של הכלוא מכוחו, הוא עושה כן באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל ומתוך תכלית ראויה. הפגיעה היא מידתית ואיננה עולה על הנדרש.

מבלי לסבור, כי מי מבין הוראותיו חורגת מן האמור לעיל, הצבעתי על ענינים אחדים, בעיקרו של דבר בתחום הנוגע למידתיות, המחייבים עיון ושקילה.

המזכירות תמציא עותקי החלטה זו לבאי כח הצדדים.

זכריה כספי 54678313-92690/02

ניתנה היום ו' באדר ב', תשס"ג (10 במרץ 2003) בהעדר הצדדים.

זכריה כספי, שופט

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

נוסת מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה