

בי"ש (תל-אביב-יפו) 90512/06

בי"ש (תל-אביב-יפו) 90513/06

מדינת ישראל

נגד

1. פלוני

2. פלוני

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

[19.07.2006]

כב' השופט זכריה כספי

בשם המבקשת - עו"ד זמירה גולדנר ועו"ד עודד קלר

בשם המשיבים - עו"ד אבו-שחאדה ועו"ד תמר פלג-שריק

החלטה

רקע

שני המשיבים כלואים מאז 12.9.05 מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: "החוק"). באותו יום הוציא הרמטכ"ל צו כליאה כנגד כל אחד מהם. ביקורת שיפוטית לפי סעיף 5(א) נתקיימה בשעתו ובסיומה לא מצאתי מקום, מטעמים ענייניים, לבטל את צווי הכליאה. ערעור על החלטתי נדחה על ידי כב' השופט רובינשטיין ב-ע"פ 1221/06 עימד ואח' נ' מדינת ישראל תק-על 2006(1) 3696. גם ביקורת שיפוטית עתית, מקץ שישה חודשים, נתקיימה וביום 16.7.06 נתתי החלטה, בה שללתי את האפשרות לפיה אין בשחרורם כדי לפגוע בבטחון המדינה או כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים את שחרורם. גם הפעם הזו לא מצאתי מקום לבטל את צווי הכליאה.

להשלמת התמונה אבהיר, כי כל אחד מן הכלואים היה עצור ערב הוצאת צו הכליאה, במעצר מנהלי מכוח תחיקת הבטחון באזור חבל עזה (פלוני מיום 17.3.02 ופלוני מיום

23.3.03) ועניינו נבחן, מעת לעת, על ידי בית המשפט הצבאי בעזה.

במהלך הביקורת השיפוטית נטענו על ידי ב"כ המשיבים גם טענות הנוגעות לחוקתיות החוק, לשאלת התאמתו לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ולמשמעות סיום התפיסה הלוחמתית של ישראל ברצועת עזה.

מאחר והמדובר בשאלות משפטיות נכבדות, איפשרתי לצדדים שהות להגשת טיעונים בכתב, אף מעבר למועד סיומה של הביקורת השיפוטית הראשונה, ולרבות מתן אפשרות לכל צד להגיב בכתב על הסיכומים הכתובים של הצד שכנגד.

לאחר מתן ההחלטה, כאמור, בנושא הענייני של כל אחד מן הכלואים, ואחרי שסיכומי הצדדים ותגובותיהם הוגשו, הגיעה העת למתן ההחלטה בצדדים העקרוניים-משפטיים, שהועלו על ידי ב"כ המשיבים.

בהחלטה זו אתייחס בנפרד לכל אחד מן הנושאים שהזכרתי. בשעתו כבר התייחסתי, בעיקרו של דבר, לטענות המושמעות כנגד חוקתיות החוק ובעניין אי-התאמתו, כנטען, לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. אמרתי דברים בהקשרים אלה בהחלטה בב"ש 92690/02 מדינת ישראל נ' שייח עביד ואח', פדאור 02(8)93.

אביא, לפיכך, דברים מתוך מה שהבאתי שם בהרחבה, תוך התייחסות גם לטענות נוספות שהועלו בענייננו.

חוקתיות החוק

טענות הצדדים

ב"כ המשיבים טוענים, כי החוק פוגע, לאין שיעור באבני היסוד של הדמוקרטיה בישראל ועל כן יש להכריז על בטלותו, הואיל ואיננו עומד במבחנים החוקתיים שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעניין חקיקה מאוחרת לחוק היסוד. סעיפי החוק, אשר ב"כ המשיבים טענו לאי-חוקיותם, הם סעיפים 1-8, 9(ב) ו-11.

לטענתם, החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התכלית שעל פיו והרקע לחקיקת החוק של החזרת שבויים היא ראויה, אך היא כוללת בחובה תכלית נוספת של החזקת אנשים כבני ערובה, שהיא תכלית בלתי-ראויה.

תוך התייחסות לסעיפים 1 ו-2 לחוק, נטען, כי אלה אינם עולים בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, כאמור, ולפיכך גם ההגדרה של לוחם בלתי חוקי, עומדת בסתירה לכללים אלה. לעניין זה אתייחס בנפרד, בפרק שיועד לשאלת ההתאמה של החוק לכללים האמורים.

טענות נוספות הופנו בעניין סעיפים 3 ו-4 לחוק, שעניינן מעצרו של אדם ללא הליך משפטי נאות, הפוגע קשה בחרות, ופגיעה בעקרון האחריות האישית, שכן החוק מאפשר, לדעת המשיבים, מעצרו של אדם, גם אם אין נשקפת מפניו סכנה לבטחון המדינה, כולל באמצעות החזקה שמכוח סעיף 7 לחוק, הרואה אדם הנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל, כמי ששחרורו יפגע בבטחון, כל עוד לא תמו פעולות האיבה וזאת, כל עוד לא הוכח אחרת. החזקה הזו, לפי הנטען, מטילה את חובת ההוכחה על הכלוא עצמו, שאין בידו להתמודד עם חומר ראיות חסוי, המשמש בסיס

לכליאתו.

הפקדת סמכויות המעצר בידי הרמטכ"ל, כרשות צבאית, אף בה ישנה פגיעה מהותית כאמור. כך גם באשר לזכות הטיעון של הכלוא. נטען, כי היא הופכת סדרי עולם ועומדת בניגוד גמור למרכיבי זכות הטיעון המקובלים.

קצפם של ב"כ המשיבים יצא גם כנגד סעיף 8 לחוק, המאפשר לשר הבטחון לקבוע, בתעודה כתובה, כי כוח מסויים מבצע פעולות איבה נגד ישראל, או כי טרם תמו פעולות האיבה האלה. תעודה כזו תשמש הוכחה בכל דיון משפטי, אלא אם יוכח אחרת. בדרך זו מועבר נטל הראייה על הכלוא, באופן שלא יוכל לעמוד בו.

בעניין סעיף 5 עצמו, הקובע את דרכי הביקורת השיפוטית, טענו ב"כ המשיבים, כי הזמנים שנגקבו למועדי הביקורת, ארוכים מידי ובלתי סבירים. ביקורת נמתחה גם בעניין שמיעת הערעור בבית המשפט העליון בפני דן יחיד וכן כלפי הסמכות לסטות מכללי הראיות, הפוגעת ביכולת הכלוא להתגונן. כך גם באשר לסגירת הדלתיים, ככלל.

באשר לסעיף 6 הושמעו טענות בעניין הגבלת זכות הייצוג, המונעת פגישה מיידית של הכלוא עם עורך דין ומאפשרת לפגוע בחופש הבחירה של הכלוא באשר לעורך הדין שייצגו.

סעיף 9(ב), המאפשר נקיטת הליכים פליליים כנגד לוחם בלתי חוקי, הוא בגדר של כפילות פסולה בעיני המשיבים, שכן הוא מאפשר כליאה מקבילה, כולל הבטחת אפשרות כליאתו לפי החוק, לאחר שיסיים את ריצוי עונשו, שהיא בגדר של עונש אכזרי.

עוד נטענו טענות כנגד המידתיות של החוק, בכל הנוגע לפגיעה במבחן ההתאמה, שכן גם אם תכליתו ראויה, האמצעי לקידום המטרה איננו מתאים ובעניין מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לגבי זה האחרון נטען, כי העמדת המשיבים לדן פלילי והכרזה עליהם כשבויי מלחמה, פגיעתם בהם פחותה מזו שלפי החוק. גם מבחן האמצעי המידתי לא נתקיים, לטענת המשיבים, בהוראת החוק.

בהמשך יוחדו דברים נרחבים על ידי ב"כ המשיבים בעניין אפשרות הנקיטה בדרך המעצר המנהלי, מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן "חוק המעצרים המנהליים") שגם הוא אמצעי שפגיעתו פחותה בהם, מן המעצר שלפי החוק.

ב"כ המדינה עמדו על הרציונל שבבסיס החוק והרקע לחקיקתו. כנגד טענות המשיבים, אומרים נציגי המדינה, כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נחקק לתכלית ראויה ועומד במבחני המידתיות.

באשר לזכות הטיעון של כלוא לפי סעיף 3(א) לחוק, הפנו לדברים שנאמרו בעניין שייח עביד, שמכוחם ניתן לומר, כי המדובר במנגנון מניח את הדעת.

לעניין החזקה שלפי סעיף 7, ראתה המדינה את תכליתה של זו כנובעת מהתכלית החקיקתית של המקרים שיבואו בגדרו של החוק. הגם שנמתחה ביקורת, בהקשר זה, בעניין שייח עביד, כך נטען, עדיין פעלה המדינה, בכל המקרים, תוך הצגת תשתית ראייתית ומבלי להסתמך רק על החזקה שלפי סעיף זה. בכל מקרה אין המדובר, לדעתה, בהוראת חוק הראויה ביטול.

באשר לטענות בעניין הקביעה לפי סעיף 8, סבורים נציגי המדינה, כי אין ממש בטענה, כי זו נועדה לצורך העברת נטל ראיה על הכלוא. גם כאן הפנו לפרקטיקה, לפיה לא

נסמכה המדינה על הקביעה לבדה, אלא בחרה להציג בפני בית המשפט חוות דעת עדכניות ומפורטות אודות הארגון או הכוח הרלבנטי לכלוא זה או אחר.

בעניין ההתעלמות מעקרון האחריות האישית, דחתה המדינה את הטענה והפנתה לכך שהחוק עוסק בכליאה על בסיס אינדיווידואלי וכן לפרשנות שניתנה בעניין עבייד בהקשר זה.

ב"כ המדינה לא ראו פגם בקביעת הגורם הצבאי כגורם המוסמך לעצור לוחם בלתי חוקי. גם בהקשרי מעצר אחרים ניתנה סמכות כזו, ובכל מקרה, זו נתונה לביקורת שיפוטית אזרחית, כולל של בית המשפט העליון. גם את הביקורת אודות הקושי במינוח "פעולות איבה" בסעיף 2 לחוק, דחתה המדינה והפנתה לאמור בעניין עבייד.

בסדרי הדין של הביקורת השיפוטית רואה המדינה מנגנון ראוי ומותאם לצרכים, שאין בו פגם מבחינת עתוי הביקורת, אף לא בדרך ביצועה ולרבות קיומה בדלתיים סגורות, שכן עניין זה האחרון מסור לשיקול דעת בית המשפט. כך גם בעניין סטיה מדיני הראיות, שגם אליה התייחס בית המשפט בעניין עבייד. על שלילת זכות הכלוא לבחור לעצמו עורך דין, אמרה המדינה, כי טענה זו אין ממש. גם אם הוער בעניין עבייד אודות הצורך בקביעת חובת הייצוג בחוק, הרי שבפועל לא קופחה זכות כלוא כלשהו בייצוגו, בהתחשב בסמכות הטבועה של בית המשפט להורות על מינוי עורך דין בעבורו, בנסיבות הראויות.

ביתר הטענות הנוגעות למינוי סניגור בלתי מסויג ובפגיעה בחופש הבחירה של הכלוא בהעדף אפשרות כזו, או בדיון בפני דן יחיד בערעור, לא ראתה המדינה ממש, במיוחד כאשר בערעור קמה הסמכות להרחיב את המותב.

עניין הכפילות בהליכים (פליליים ומכוח החוק) נדון גם הוא בעניין עבייד והמדינה ביקשה לדחות, גם כאן, את הטענה.

נציגי המדינה סברו, כי קיים מתאם בין תכלית החוק לבין האמצעי שנבחר. באשר למבחן האמצעי שמידתו פחותה, הבהירו, כי המדובר בהליכים שונים, באשר ההליך הפלילי איננו יכול להתמודד עם הסיכונים הצפויים מלוחם בלתי חוקי, לאחר ריצוי עונשו, אם הועמד לדין.

באשר למבחן המידתי טענו ב"כ המדינה, כי קיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מן החוק לבין פגיעתו בזכויות של לוחמים בלתי חוקיים, בהתחשב בכך שהחוק נועד לשרת את הציבור ולהגן עליו מפני הסכנות הטמונות בשחרור לוחמים בלתי חוקיים וחזרתם למעגל המלחמה.

לדעתם החוק עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

דין והפניות

את המתווה הכולל בעיקרן של השאלות שבמחלוקת בין הצדדים כאן, בהקשרים החוקתיים, שרטטתי באופן נרחב ומפורט בעניין שייח עבייד ואח'. הבאתי שם גם את עיקרי החוק. אשוב ואביאם, גם לצורך ענייננו, שכן אלה הבסיס לדין המפורט.

עיקרי החוק והוראותיו

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 ההומניטארי".

"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 לגבי התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבינלאומי ההומניטארי, 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 (סע' 5(ו)), ובמהלכן ניתן, על פי סע' 5(ה) לחוק, לסטות, מטעמים שיירשמו, מדיני הראיות. בית המשפט רשאי גם לקבל ראייה שלא בנוכחות הכלוא או בא כוחו, אם שוכנע, לאחר דיון, כי גילויה כך, עלול לפגוע בבטחון המדינה.

בסע' 10(א) בחוק נקבע, כי:

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

על החוקתיות

כבר אמרתי, כי 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 יכובדו 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 (סע' 5). אין פוגעים בזכויות היסוד שנקבעו בחוק היסוד, ובכלל זה הזכות לחירות אישית, כך סע' 8 לחוק, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

התאמה לערכיה של מדינת ישראל

הטענות שהועלו כאן, נטענו, בעיקרן, גם בעניין עבייד. הטרזוניה 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 הזה, 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 מסוימות. 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 משוריינת מכוח ההוראה בדבר שמירת דינים, לפי סע' 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' (5) 241 בעמ' 261 - 262.

כך גם על ידי כב' הנשיא ברק בבג"צ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח' פד"י נז" (2) בעמ' 363-364, 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. האם צריך לשלול את קיומו רק בשל העובדה, כי המדינה מצאה כראוי להסדיר, באמצעות חקיקה, תחום שלא היה מוסדר, לדעתה, וביכרה ליחד לו חוק מיוחד, שיחול על לוחמים בלתי חוקיים לבדם, מבלי צורך לעשות שימוש בחוק המעצרים המנהליים, בו נעשה שימוש עד לחקיקתו? על שאלה זו עמדתי בעניין עביד (עמ' 19) ותשובתי לכך היתה שלילית. עקרונית, חקיקתו של חוק כזה (מבלי להיכנס לדיון 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.

מרבית הטענות בהקשר עקרון האחריות האישית של אדם למעשיו, הופנתה, להוראות סע' 7 ו-8 לחוק (חזקת השחרור הפוגע בבטחון המדינה והקביעה, היוצרת הוכחה, בענין קיומן של פעולות איבה). הוראת סע' 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 דברים אודות מידת ההוכחה הנדרשת וכן על יכולתו האובייקטיבית של הנאשם להוכיח, על רקע הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, את העובדה השלילית הנדרשת לסתירה החזקה.

על המינוח "יסוד סביר להניח" שבסעיף 7, אמרתי בענין עביד (עמ' 20), כי כאשר מוצא צו הכליאה, צריך שיהא בידי הרמטכ"ל יותר מאשר מסקנה המתבססת על חזקה. ראה דברים נרחבים, בהקשר זה, שאמרתי ב-ב"ש 91863/03 מדינת ישראל נ' אבו זייד, בעמ' 74-76 (לא פורסם). שם הוריתי על ביטול צו הכליאה לאחר שיסוד זה לא נתקיים.

עם זאת, קשה לדחות את הביקורת המוצדקת אודות הקושי האובייקטיבי של כלוא להתמודד עם החזקה. גם המדינה עמדה, במהלך הדיונים שנתקיימו במשך השנים בענייניהם של כלואים כאלה, על הקושי הזה ובכל מקרה, כפי שהבהירה, הביאה תשתית ראייתית עניינית בהקשר זה, ולא עמדה על השימוש בחזקה לבדה.

נראה לי, לפיכך, להציע שינוי בהוראת סעיף זה בכיוון של ריכוך מהותי בתחולתה של החזקה. לכל הפחות ראוי להקנות סמכות לבית המשפט, לפיה יורה על הבאת ראיות מטעם המדינה במקרה שהוא סבור, כי הכלוא איננו יכול לעמוד בהוכחת עניינים עובדתיים, בקשר לפעולות האיבה, כדי לנסות ולהוכיח אחרת ממה שנקבע בגדר חזקה. ז.

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, כמו בענין עביד, 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 שכבר בחנתי אותה בשעתו. 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 הדגשתי, כי המדובר אך באחת מן האפשרויות של בחינת אחריותו של אדם וכיוצא 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 בעניננו היא האם יש לראות באפשרות להסתמך על שיוך כזה, משום חריגה, כשלעצמה, מעקרון האחריות האישית של אדם למעשיו. בשונה במעט ממה שאמרתי בענין עביד, אומר עתה, כי לשאלה זו פנים לכאן ולכאן. עם זאת, קשה לראות בחריגה כזו, משום ניתוק הקשר האישי, כליל, של אותו אדם, ממעשיהם של אחרים, החברים יחד עימו באותה קבוצה או באותו ארגון. 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 וכבר הצבעתי על זה בענין עביד (עמ' 21-22). 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, תש"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, סברתי, לא נפגע באלה, ולפחות איננו נפגע ממשית, 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 פעולת איבה.

לא למיותר להזכיר, ועמדתי על הדברים, בשעתו, את זאת, כי גם במשפט הבינלאומי

הסתמכות כזו מוכרת ואפשרית ודי בה, כאשר הסיכון מעצם ההימנות קיים, כדי להצדיק את המעצר. ועמדתי על כך בהמשך.

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? עניתי על כך בשלילה. הגם שאין הצו מוגבל באורך זמן ספציפי הנקוב בו לצורך תוקפו, הרי שקיימות בהוראותיו מגבלות עניניות הקוצבות את תוקפו. בבחינה עקרונית, אי-אפשר לפסול דרך זו של המחוקק ולומר, כי היא עדיפה על פני נקיבת זמן לתוקף הצו, דווקא, ולכל הפחות אין לומר, כי הגבלה ענינית כזו אינה הולמת את ערכי היסוד.

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 לסימו, 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 לעניינו 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 להקחות 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.

ראה גם דברים שאמרתי בעניין גורם הזמן ב-ב"ש 90590/03 מדינת ישראל נ' איוב בעמ' 18-19 (לא פורסם). וראה הערותיו של כב' השופט רובינשטיין בע"פ 1221/06, בעניינם של המשיבים.

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. את אלה אמרתי בעניין עבייד (עמ' 23).

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.

בטענות כנגד סעיף 11 לחוק, המאפשר ל-רמטכ"ל לאצול מסמכויותיו על פי החוק לקצין בדרגת אלוף, אינני מוצא פגם חוקתי, על אף שראוי, להותיר סמכויות כאלה בידי מבלי לאצול אותן. עם זאת, אפשר ומצב לחימה, כזה או אחר, עלול למנוע מן הרמטכ"ל את

הפעלת סמכויותיו. אצילת הסמכויות באה לתת פתרון למניעה כזו.

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.

שב אני על הערתי, כי אפשר היה, ליצור מנגנון לפיו תתאפשר שמיעת הטענות כנגד הוצאת צו הכליאה, לפני הוצאתו. עם זאת תכלית שימוע מעין זה מושגת, בפועל, גם על ידי מנגנון הטיעון כנגד הצו שהוצא, מכוח סע' 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, כבר אמרתי, 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 בסע' 3(ב) לחוק, בקביעה קטגורית בענין זה.

הליכי הביקורת השיפוטית עומדים בהתאמה להוראות מעין אלה הקבועות בסע' 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.

אלא שגם כך, עדיין, ניתן למתוח ביקורת, כפי שעשיתי, 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 הרמטכ"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 סע' 46(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א - 1971, בענין דיון בעתירה לגילוי ראיה או סע' 9 לחוק המעצרים המנהליים.

לגופו של דבר נראה לי, כי טוב היה לו הותיר המחוקק את עצם קביעת הדיון בדלתיים סגורות לסמכות בית המשפט העורך את הביקורת השיפוטית, הכל לפי הצורך ולפי הענין.

על תכלית הסטייה מדיני הראיות, הבאה לכדי ביטוי בסע' 5(ה) לחוק, עמדתי בענין עביד. אין בה 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, 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 והקשר הענייני, נראה, כי היא חלה לא רק על הביקורת השיפוטית) מטעמים שיירשמו. 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. בעניין עביד הבאתי הוראות חקיקה מקבילות אחרות. ראה שם, בעמ' 25-26.

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.

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.

בענין עביד אמרתי, כי היה מקום לקביעה בענין חובת היצוג, בהתחשב בכך שהחוק מכוון לחול, בעיקרו של דבר, על לוחמים בלתי חוקיים שאינם אזרחי המדינה או תושביה. אם מותר להעזר, לצורך כך, בפרקטיקה 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. אני חוזר על הצעתי לתקן את החוק בהתאם.

אלא שהביקורת שמתחתי 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 ראיות, בשעה שהחקיקה המסדירה ייצוג או מינוי כזה, איננה חלה על הענין.

הטרניה, כפי שהועלתה גם בענין עביד ואח' (עמ' 26-27), בענין הסדרת רשות הפגישה עם עורך דין, המאפשרת, מכוח סע' 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. את זאת כבר אמרתי.

עקרונית, קמו אפשרויות כאלה גם מכוח חקיקה אחרת, כולל לצרכים אחרים. ראה המפורט שם.

גם באפשרות שמכוח סע' 6(ב) לחוק, להגביל בצו את זכות היצוג למי שאושר באישור בלתי מסוייג לשמש כסניגור בבתי הדין הצבאיים, לפי הוראות סע' 318(ג) לחוק השיפוט

הצבאי, תשט"ו-1955, לא מצאתי פגיעה בערכי היסוד.

ראשית, המדובר באפשרות שהיא בגדר רשות של שר המשפטים להוציא צו, כאמור (להבדיל מחובה), מה שמקשה, באופן ממשי, 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 שבבטחון המדינה, איננו ראוי לגבי מי שהחוק רואה בו לוחם בלתי חוקי. הוראה דומה של סייג לבחירת סניגור, צריך לומר, קיימת גם בסע' 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.

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 פלוני, בעמ' 739. ראה גם מדבריו בבג"צ 869/92 זילי 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 וטיפושו. 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 7048/97 פלוני, פד"י נד(1) 721, 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 בענינו (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 שבוי מלחמה, עד לתום פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין אותו כוח".

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

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".

על תכלית זו, כולל מטרותיה הנזכרות, ועל השקלא וטריא שהביאו לגיבושו הסופי של החוק, עמדת, בהרחבה, בעניין עבייד ואח' (עמ' 32-29), ואין לי צורך לחזור על כך.

גם על תכליתו האובייקטיבית של החוק עמדתי שם. היא 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 ושלומו 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 פלוני, 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 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 סע' 3(א) לחוק, נקבע, כזכור, התנאי - שבלעדיו אין - כי שחרורו של אותו אדם, יפגע בבטחון המדינה.

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

באשר לביקורת שנמתחה אודות תכלית החוק, הרי שגם עליה עמדתי, בשעתו, כולל בכל הנוגע לביקורת אודות הצעת החוק, שהוכנסו בה, לאחר מכן, שינויים משמעותיים, המקהים בהרבה את עוקצה של ביקורת זו. כבר אמרתי, כי 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, אי אפשר לפסול את מעשיה ידיה, אם זה נמצא בגדר של תכלית ראויה.

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 בבג"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.

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

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 בבג"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 לשחרור
של רון ארד או גם שבויים ונעדרים אחרים.

בעת הדיון בתכלית החוק מצאתי, כבר בעניין עביד, כי זו איננה תכליתו. התכלית
המוצרת 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.

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 בעניין צמח, שם בעמ' 273.

בשעתו בחנתי את האמצעי שמידתו פחותה בשני מישורים. הראשון, עניינו בבדיקת
אפשרות השימוש באמצעי אחר, שפגיעתו בזכות תהא קטנה יותר. השני, עניינו 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 בדיקת אפשרות חליפית לאמצעי שננקט. השני הוא בדיקה של מינון
האמצעי הזה.

בשאלת האפשרויות החליפיות הציעו ב"כ המשיבים לראות בכלואים כשבויי מלחמה,
להעמידם למשפט או, לפחות, לעוצרם מכוח חוק המעצרים המנהליים, שגם פגיעתו

בזכויותיהם, לדעתם, פחותה. כך נטען, בשעתו, בעניין עביד. האפשרות האחרונה, הורחבה כאן. אתייחס אליה בהתאם.

באשר לאפשרות לראותם כשבויי מלחמה, הרי שזו איננה קיימת. עמדתה העקבית של מדינת ישראל, היתה שלא לראות בעצורים מסוגם של המשיבים, שבויי מלחמה, מאחר ואין הם עומדים בתנאי סע' 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. ראה האמור על ידי כב' הנשיא ברק ב-בג"צ 1967/00 בתיה ארד ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פד"י נב(2) 188, בעמ' 191.

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 הנקוטם אצלנו.

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. ראה אשר אמרת בעניין עביד ובעניין אבו זייד בעמ' 74-71.

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

בהחלטתי בעניין עביד סברתי (עמ' 38), כי אם זו תכלית החוק, הרי שחוק המעצרים המנהליים לא יסכון לענייננו וכי אינני רואה מקום להורות למדינה או אפילו ליעץ לה, על נקיטה בכלי משפטי, בשעה שהיא סבורה, כי נקיטה בו איננה נותנת מענה מספיק ומבקשת למלא את החלל המשפטי הזה, כנזכר, באמצעות חקיקה מיוחדת, מותאמת לנושא ולנסיבות, כמו החוק.

כפי שכבר אמרתי בהחלטתי מיום 25.1.06 בעניינם של המשיבים, בעמ' 42-39 (לא פורסם), אינני רואה עניינים אלה אחרת גם היום. עמדתי שם, בהרחבה, על עקרון המידתיות באשר לשאלת ההעדפה הנטענת על ידי המשיבים ובהמשך לאמור שם, לאחר שהוגשו הסיכומים הכתובים בכל השאלות העקרוניות, לא ראיתי מקום לשנות מעמדה זו, למרות שאם בוחנים את עניינם של המשיבים אל מול ענייניו של עביד ואחרים שהיו כרוכים בהחלטה בענייניו, מוצאים אנו שינויים עובדתיים.

בענייננו המדובר בתושבי רצועת עזה, שפעלו שם ונעצרו, בשעתו על פי חקיקת הבטחון באזח"ע, קודם שנכלאו על פי החוק. שינויים אלה, כך למדתי לדעת, אינם בני השפעה על המסקנה המשפטית, העומדת להכרעה בנקודה זו.

מקובלת עלי השקפת המדינה, שקיבלתי אותה גם בעניין עביד. אין המדובר בבחירת אמצעים אנכיים, בסולם הולך ועולה של אמצעים. אילו כך היה הדבר, כפי שהזכרתי בעניין המידתיות וכפי שבואר הדבר בפסיקה, אכן היה צורך לבחור באמצעי המידתי, שפגיעתו במשיבים פחותה. מן הדין היה לעצור בשלב הסולם הנמוך יותר, יהא אשר יהא, בטרם בוחרים במשנהו, זה שמעליו, אם די בנמוך, לצורך השגת המטרה.

עניין לנו במישור אופקי, ששני החיקוקים ניצבים עליו, זה ליד זה. כל אחד מן השניים נועד לתכלית שונה ועל כן, בנסיבות כמו של ענייננו, אין הוא עומד לבחירה מול רעהו.

ער אני לכך, כי כנגד המשיבים ננקט, קודם כליאתם לפי החוק, אמצעי אחר - מעצר

מינהלי - שאיננו שונה, מהותית, מן המעצר לפי חוק המעצרים. אלא שאין בזה כדי להכריע את הכף עתה. ראשית, חל שינוי במצב המשפטי בשל שינוי הנסיבות, מחמת הפסקת התפיסה הלוחמתית של צה"ל ברצועת עזה. מה שהיה אפשרי אז, שוב איננו אפשרי עתה. כאשר נצרכה המדינה להחליט עתה, החליטה באמצעי ההולם ביותר לדעתה את הנסיבות. היא בחרה בכליאה מכוח החוק. שנית, אפשרות זו לא היתה זקוקה מימוש ואפשר שלא היתה ריאלית, בשעתו, כאשר מכוח דיני התפיסה הלוחמתית ניתן היה לכלוא תושבי אזור, על ידי המדינה התופסת, באזור עצמו.

שלישית, על בסיס הבחירה הזו, עתה, שאין בה פגם כשלעצמה, אין זה ראוי לבוא ולחייב את המדינה או להמליץ בפניה, לנקוט בדרך שאיננה מותאמת לעניין ואיננה נותנת מענה מספיק לנסיבות. ועל כך כבר עמדתי, יותר מפעם אחת, בעניינים אחדים.

בסע' 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 בבג"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".

למרבת 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 שבענייננו, צריך לקחת בחשבון גם מצבי לחימה כאלה כנגד ארגונים במקום אחר, כולל בגבול הצפון. כך אמרתי, בשעתו, בעניין עביד (עמ' 39). הארועים של הימים האחרונים ממחישים צורך זה במלוא תוקפו.

כאשר בחנתי את ההוראה שלפי סע' 6(א) בחוק, לא סברתי, 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. גם כאן קיים צורך בתיקון החוק.

בסעי' 5(א) נקבע, כי כלוא יובא בפני שופט בית המשפט המחוזי לא יאוחר מארבעה-עשר ימים מיום מתן צו הכליאה. אינני סבור, כי המדובר במהלך של תקופה, שניתן לומר עליה, כי איננה מידתית. אומר אני כך, לאחר שהמחוקק היטה אוזנו לביקורת שנמתחה על אורך התקופה של 21 ימים, שנקבע, בהקשר זה, בהצעת החוק, כפי שאמרתי בעניין עביד.

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, חוזר אני על הערתי, כי 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 עוד בעניין עביד (עמ' 41). אני 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 שבחוק המעצרים המנהליים, למועד שאיננו מאוחר משלושה חודשים אחרי אישור המעצר, באופן התואם את אורכו המירבי, או אורך מעצר קצר ממנו.

לא מצאתי, כי בבחינה שבין התועלת לציבור מתוך חקיקת החוק וההוראות שבו, לבין הפגיעה בצביונה הדמוקרטי של המדינה, מעמדה בקרב אומות העולם והנזק 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 נאבקה מדינת ישראל כנגד ארגוני טרור למיניהם ומבקשת למנוע מאנשיהם, חזרה למעגל הלחימה, מה שבלא ספק יפגע בבטחונה ובבטחון אזרחיה ושלומם. זכויות אדם אינן רק זכויותיהם של לוחמים בלתי חוקיים, המוחזקים בידי המדינה, אלא גם זכויותיהם של האזרחים, הצפויים להיפגע - וכפי שהמציאות מוכיחה, גם נפגעים - 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 גם בהחלטה זו, כבקודמתה, דעתי היא, כי נקודת האיזון לא הופרה.

התאמת החוק לכללי המשפט הבינלאומי המחייבים את מדינת ישראל

טיעוני הצדדים

לטענת המשיבים, החוק אינו עומד בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. החוק, לגישתם, סותר את הוראות אמנות ג'נבה, השלישית והרביעית, ולמעשה יוצר מעמד חדש, בלתי מוכר במשפט הבינלאומי - "לוחם בלתי חוקי". מחד, החוק אינו מכיר במשיבים כ"שבויי מלחמה" (על פי אמנת ג'נבה השלישית) ומאידך, אינו מכיר בהם כ"אזרחים מוגנים" (אליבא דאמנת ג'נבה הרביעית).

לפי סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, אדם העונה על ההגדרה של שבוי מלחמה חסין מפני העמדה לדין בגין מעשיו בעת המלחמה, אך הוא יישאר במעצר עד תום פעולות האיבה (סעיף 21 לאמנה ג'נבה השלישית). במשך השנים, כך המשיבים, הורחבה הגדרת הלוחמים הזכאים לקבל מעמד של שבוי מלחמה, והיא כוללת גם כוחות התנגדות ומיליציות שאינם מכבדים את דיני המלחמה, אך מחזיקים נשקם בגלוי.

ארה"ב וישראל לא חתמו על הפרוטוקול ה-I לאמנות ג'נבה שם מעוגן רעיון זה. חרף זאת, גורסים המשיבים, דבר זה כבר הפך, מזה זמן, לחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי המחייב.

נדבר מרכזי בתזת המשיבים הוא, שהגדרת "לוחם בלתי חוקי" בזירה הבינלאומית אינה עומדת בפני עצמה. "יצור כלאיים", הם מכנים זאת בסיכומיהם. דהיינו, חלה הבחנה דיכוטומית חדשה: אם אדם אינו שבוי מלחמה לפי אמנת ג'נבה השלישית - וזאת משום שהארגון אליו הוא משתייך אינו מקיים את דיני המלחמה - אזי יש להכיר בו כ"אזרח מוגן", לפי אמנת ג'נבה הרביעית, ולהעמידו למשפט פלילי. קטגוריית הביניים של "לוחם בלתי חוקי", ממשיכים המשיבים, אינה ראויה או מוכרת במשפט הבינלאומי.

במאמר של ה. מודריק בהנחיית פרופ' מ. קרמניצר לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, דצמבר 2005), אליו מפנים המשיבים, הודגש, שהגדרת פלונים כ"לוחמים בלתי חוקיים" נועדה לשלול מהם זכויות הנובעות מהאמנות השונות. לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, מחדדים המשיבים, אדם, באשר הוא אדם, חייב להיות מוגן על ידי אחת האמנות: או שהוא שבוי מלחמה או שהוא אזרח מוגן.

וכך ניסחו זאת מודריק וקרמניצר בעמ' 18 למאמרם הנזכר לעיל:

"את יצירת הקטגוריה 'לוחמים בלתי חוקיים' מנחה המטרה לשלול מהאנשים הנכללים בה את הגנת האמנות. יוצרי הקטגוריה מבקשים למקם את האנשים הללו מחוץ למעמד 'המוגנים' על פי אמנת ג'נבה הרביעית ובכך לשלול מהם את ההגנות הנתונות למי שאינם לוחמים".

המשיבים גם נסמכים על המאמר של א. בן נפתלי וש. גליכגויטש כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה, המשפט, גליון מס' 11, פברואר 2001, עמ' 32-37,

94-98. המאמר נכתב טרם חקיקת החוק ודן בהגיון העומד מאחורי הצעת החוק לכנסת. שם נאמרו בעמ' 94 הדברים הבאים:

"אשר על כן, בא הצעת החוק ומבקשת להעניק בסיס משפטי להמשך אחזקתם. דא עקא, שהיא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, מנוגדת לכיוון התפתחותו וממילא אנכרוניסטית, וסותרת את מטרתו היסודית: המשפט הבינלאומי איננו מקבל כיום מעמדות אחרים, כגון זה המוצע בהצעת החוק, קרי, מין יצור כלאיים, זן מיוחד של בריות, שאינם אזרחים ואינם לוחמים, וממילא שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה. לדידו של המשפט הבינלאומי, אדם שאינו זכאי ליהנות ממעמד של שבוי מלחמה הוא אזרח בשעת המלחמה, וחלים עליו כל הכללים של אמנת ג'נבה הרביעית, וכלוא שאינו זכאי למעמד של אזרח או למעמד של שבוי מלחמה, הינו בן ערובה".

לדידם של המשיבים, המשפט הבינלאומי אינו מכיר בכך שצבא יכלא אדם, ללא הגבלת זמן ברורה, עד תום פעולות האיבה של הארגון אליו משתייך אותו אדם. יתרה מזו, הם מבארים, אקט זה הוא אנטי-דמוקרטי ופסול, בכך שהוא מאפשר החזקת המשיבים כקלפי מיקוח לצורך שחרור שבויים ישראלים. דרך פעולה זו נפסלה בעבר, הן בשדה המשפט הבינלאומי והן בבית המשפט העליון הישראלי.

המבקשת, בסיכומיה המפורטים, אינה כופרת בהבחנה הקלאסית של דיני המלחמה הנקוטים במשפט הבינלאומי בין לוחמים לאזרחים. עם זאת, לגישה, ההבחנה היא בין לוחמי אויב, המקיימים דבר שבשגרה את כל התנאים הרלוונטיים לעניין זכאות למעמד של שבוי מלחמה ובין לוחמי אויב שאינם מקיימים תנאים אלה, ולכן אינם זכאים למעמד מסוג זה.

המבקשת מבהירה, כי לפי סעיף 4 (4) לאמנת ג'נבה השלישית, ישנם כאלה, דוגמת כתבים צבאיים, שאינם נחשבים לוחמים ולמרות זאת, יהיו זכאים למעמד של שבוי מלחמה אם ייפלו בשבי. לשיטת המבקשת, לא ניתן להסיק, כי מי שאינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה, מקבל, בהכרח, מעמד של "אזרח מוגן". דבר זה, כך נטען, אינו גורע מהאפשרות לסווג את האיש כלוחם.

הרציונל של המבקשת בנוגע להבחנה בין לוחמים חוקיים ללוחמים בלתי חוקיים מתמקד ברצון של המשפט הבינלאומי להגן על אוכלוסיה אזרחית בעת לחימה. "כאשר לוחם אויב אינו לובש מדים, אינו נושא את נשקו בגלוי, או מפר בעצמו את דיני הלחימה (למשל- תוקף או פועל מתוך אוכלוסיה אזרחית), הוא בהכרח מטשטש את ההבחנה בין לוחמים ואזרחים, ומסכן את חייהם של האזרחים".

אחת הטענות העיקריות של המדינה היא, שהמחוקק הישראלי לא המציא את המושג "לוחם בלתי חוקי", וזה מקבל ביטוי רב בספרות המקצועית של המשפט הבינלאומי. להמחשת הפרקטיקה הנהוגה, בנוסף לספרות העניפה, הציגה המדינה את הצו הנשיאותי בארצות ברית בעניינם של העצירים בגוונטאנאמו, לוחמי אל-קאעדה, מיום 13.11.01. צו זה מאפשר מעצר ללא התחייבות לשפוט את העצירים, ללא ביקורת שיפוטית בעניינם וקל וחומר, אינו קובע תאריך יעד לשחרורם.

לתמיכה בטיעוניה הזכירה המבקשת, כי בית המשפט העליון האמריקאי אישר בעניין Hamdi v. Rumsfeld, 124 S.Ct. 2633 (2004), כי מעצר, מהסוג האמור לעיל, של המערער, שהיה קשור להתארגנות אנטי-אמריקאית באפגניסטן, הינו חוקי. המשפט הבינלאומי, כך סוברת המבקשת, שולל מהלוחמים הבלתי חוקיים את המעמד של שבוי מלחמה.

לגרסת המבקשת, סכנה עתידית לבטחון המדינה יכולה להילמד, לעיתים, מפעולות עבר של אדם - שהוא מבחינתה לוחם בלתי חוקי- וממערבותו בפעילות של ארגון טרור. לפיכך, יש להותירו במעצר לפי החוק- שעולה בקנה אחד עם ההסדר הקובע באמנת ג'נבה הרביעית.

האם החוק יוצר סטאטוס חדש שאינו קיים במשפט הבינלאומי?

המשפט הבינלאומי המנהגי מתגבש ומשתנה, כידוע, לאורך השנים והדורות. לכללי הפעולה נוצקות פרשנויות שונות ומשונות, בהתאם לכל אסכולה או מדינה. בשל מגוון הדעות, מורכבת וקשה היא המלאכה בבחינת התאמתו של חוק לכללי המשפט הבינלאומי.

יש לומר כבר עתה, כי גווי הדעות לא יעמידו גישה מסוימת במבוכה או יפסלו אותה. המבחן הקובע הוא איתורם של יסודות מבוססים במשפט הבינלאומי לעניין מסוים. יסודות אלה צריכים להיות מקובלים על הרוב וזאת כדי למנוע את הטענה, כי חלה סתירה מהותית. לעניין זה, בנוגע למשפט הבינלאומי המנהגי, ראה בג"צ 69/81, אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה והשומרון ואח', פד"י לז(2) 197, בעמ' 238-242. באשר למבחני הבדיקה של שאלה מעין זו, בשעה שקיימות גישות שונות, ראה אשר כתבתי בעניין עביד (בעמ' 43).

הנחת מוצא בדיון היא, כי המחוקק הישראלי לא התכוון לגרום להפרת החובות הבינלאומיות של מדינת ישראל. ואכן, לפי סע' 1 לחוק, הוא נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים באופן, שיעלה בקנה אחד עם מחויבויות ישראל אל מול המשפט הבינלאומי ההומניטרי ובכלל האמנות הבינלאומיות השונות שנכרתו במהלך השנים.

מוסכם על באי כוח הצדדים, וגם על מומחי המשפט הבינלאומי, כי ישנה הבחנה ברורה וחדה בין "לוחמים" (סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית) ו"אזרחים מוגנים" (סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית). על הבחנה חשובה זו חתומה גם מדינת ישראל בסע' 48 לפרוטוקול הנוסף משנת 1977 לאמנת ג'נבה הרביעית. כלל זה, שהוגדר שם כ"כלל בסיס", יש לציין, נחשב כמיישם משפט בינלאומי מנהגי.

כבר באמצע המאה הקודמת נדרש בית המשפט האמריקאי לדיון בענייננו. בפסק דין Ex parte Quirin (1942) 317 U.S.1, נגלתה, אכן, ההבחנה בין לוחמים חוקיים לבלתי חוקיים. היה זה משפט צבאי שנערך למחבלים נאצים, שאחד מהם היה אמריקאי. בית המשפט סבר אז, כי לוחמי אויב, במיוחד אלו נטולי המדים, אפשר שיעצרו ותישלל אף זכותם החוקתית למשפט- אפילו הם אזרחים אמריקאים. במיוחד אלה, ש"בלי מדים באים בחשאיות מבעד הקווים וכוונתם עשיית מלחמה". וכך קבע, בשעתו, השופט Stone:

"By universal agreement and practice, the law of war draw 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".

עם שתי שאלות, למעשה, אנו מתמודדים: ראשית, האם אכן ישנה הפרדה בין לוחמים חוקיים ללוחמים בלתי חוקיים? ושנית, אם התשובה לשאלה הראשונה חיובית, הרי מה מעמדם של הלוחמים הבלתי חוקיים? לשתי שאלות אלה התייחסתי, בהרחבה, בהחלטתי בעניין עביד (עמ' 46-60). אביא, גם כאן, מתוך אותם דברים, שכן אינני רואה אותם אחרת.

לוחם חוקי זכאי למעמד של שבוי מלחמה, אם הינו עומד בארבעה תנאים מצטברים, הקבועים בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, שישראל חתומה עליה (ואף הסדירה בתקנות ובפקודות הצבא את אופן התחולה):

1. הוא משתייך לכוח שעליו מפקד האחראי לפקודיו.

2. הוא נושא סימן הבחנה קבוע הניתן לזיהוי מרחוק.

3. הוא נושא נשק בגלוי.

4. הפעולות שהוא נוקט הן בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה.

מי שאינו עומד באחד התנאים המצטברים - כך גם טוען י. דינשטיין בספרו דיני מלחמה, הוצאות שוקן (1983) בעמ' 100 - לא יהיה זכאי למעמד של שבוי מלחמה.

לפי כללי המשפט הבינלאומי, מלחמה אמורה להתנהל בין לוחמים של שני צדדים ניצים. הפגיעה באזרחים חייבת להיות מינימלית. על חשיבות ההבחנה בין לוחמים לאזרחים, וכן על יצירת מעמד נוסף של לוחם בלתי חוקי, עמד דינשטיין במאמרו The Distinction Between Unlawful Combatants and War Criminals, שפורסם בקובץ מאמרים לכבודו של שבתאי רוזן בהוצאת Martinus Nijhoff

(1989) p.105:

“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”.

בספרו החדש של דינשטיין, The Conduct of Hostilities under the law of International Armed Conflict (Cambridge University Press, 2004), at 29 חוזר המלומד על דבריו הקודמים ומחדד לגבי זכויות הלוחם הבלתי חוקי:

“He is a combatant in the sense that he can be lawfully targeted by the enemy, but he cannot claim the privileges appertaining to lawful combatancy”.

במילים אחרות: הלוחם הבלתי חוקי יכול באופן חוקי להיעצר, אך אינו יכול לדרוש את המעמד של לוחם חוקי, עם מעצרו, דהיינו- שבוי מלחמה.

בספר The Law of War, Cambridge University Press (2000) p.108, מתייחסת Ingrid Deter להבחנה חשובה זו ומדגישה בבירור את אובדן הזכויות של הלוחם הבלתי חוקי:

“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”.

כך ציין לאחרונה גם פרופ' D.W. Kmiec ב- Constitutional Law Symposium,

Constitutionism and the War on Terror: Observing the Separation of

Powers: the President War Power Necessarily Remains the Power to Wage War Successfully, 53 Drake L. Rev. 851 (summer, 2005) 851, at 864.

The differentiation of lawful and unlawful combatants is not an exercise of revenge or animus, but the preservation of civilization. The military is asked to direct its aim at military targets and to preserve the lives of POWs. For this to be possible, lawful soldiers must be civilians and and prisoners are not taking aim to kill them. As two scholars succinctly put the matter: 'civilians who international terrorism status are a threat not only to soldiers who abuse their non-combatant innocents everywhere by drastically abide by the rules, they endanger on killing civilians. Restricting eroding the legal and customary restraints a way of limiting war's the use of arms to lawful combatants has been "savagery since at least the middle ages

המדריך הצבאי האמריקאי משנת 2005, chapter 2, Operational Law Handbook, Law of War, at 17 מגדיר לוחם בלתי חוקי ככזה, שאינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה:

"Unprivileged belligerents may include spies, saboteurs, or civilians who are participating in the hostilities or who otherwise engage in unauthorized attacks or other combatant acts. Unprivileged belligerents are not entitled to prisoner of war status, and may be prosecuted under the domestic law of the captor".

וכן בא הדבר לידי ביטוי מוחשי, שוב, בשלילת זכותם של לוחמים בלתי חוקיים לקבל מעמד של שבוי מלחמה, במדריך המלחמה של צבא גרמניה:

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".

פרופ' ד. קרצ'מר במאמרו Extra-Targeted Killing of Suspected Terrorists: Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? 16 EJIL (2005), 171 סבור, כי יש לראות בפעילי הטרור, המשתייכים לארגונים שונים "לוחמים", ולא "אזרחים מוגנים". כך כתב בעמ' 194:

"When the armed conflict is essentially between a state and the terrorist group, the theory that the terrorists are civilians simply does not make sense. An armed conflict model of law (as opposed to a law-enforcement model) cannot be applicable if only one party to the conflict has combatants."

כשלעצמי, הנני רואה נטייה משפטית-בינלאומית מתמשכת לסיווג לוחמים, שאינם נוהגים על פי דיני המלחמה, דהיינו, לוחמים בלתי חוקיים. כך גם הבחינו השופטים בעניין תפ"ח (ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי, תק-מח 2004(2) 3430.

כמו כן, מעמד הלוחם הבלתי חוקי ושליילת זכויותיו מוכרים במדריכי המלחמה, כאמור לעיל, של צבאות גרמניה וארה"ב. מדברים אלו ואחרים עולה, כי הסטטוס של לוחם בלתי חוקי אינו בגדר יצירה חדשה של החוק הישראלי. הוא פרי התגבשות של מנהג במשפט הבינלאומי. מכוח הבחנה זו נשלל מהלוחם הבלתי חוקי המעמד של שבוי מלחמה. וכך סברתי בעניין עביד

(עמ' 48):

"על פי כל אלה יש לקבוע, כי הסטטוס של 'לוחם בלתי חוקי', המופיע בסע' 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".

ואם כך, צצה, במלוא חריפותה, השאלה, מהו מעמדו של הלוחם הבלתי חוקי? מהן זכויותיו?

כבר סברתי, בעניין עביד, כי קשה לקבל את הדעה, לפיה מי שנמצא כלוחם בלתי חוקי - עם הפרת אחד מארבעת התנאים האמורים לעיל והמכוננים מעמד של שבוי מלחמה - ייחשב כ"אזרח מוגן" לפי אמנת ג'נבה הרביעית.

וכך אמרתי שם (עמ' 49):

"זו דעה העוצמה 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... 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".

ואולם, איני מחויב להכריע בשאלה האם לוחמים בלתי חוקיים, נטולי זכויות של שבוי מלחמה, חוסים תחת ההגדרה של אזרח מוגן, ולפיכך גם מקבלים את הזכויות הנדרשות לפי שיוך זה. החוק מעניק, ממילא, זכויות ללוחמים הבלתי חוקיים מכוח אמנת ג'נבה הרביעית, כמו היו אזרחים מוגנים. וזאת בכפוף לחריגים של האמנה. אם כך, לאחר בחינת הדברים, אני סבור שניתן לראות בלוחמים הבלתי חוקיים, בפועל, כאזרחים מוגנים.

לפי סע' 42 לאמנת ג'נבה הרביעית, ברורה אפשרות המדינה לעצור אזרחים מוגנים, אם נסיבות מסוימות מתקיימות:

"אין לצוות על עצירתם של מוגנים... אלא אם כן בטחונה של המעצמה העוצרת

מצריכה את הדבר לחלוטין".

ניתן, אמנם, להחזיק בדעה, כי מעצר של אזרח מוגן הוא חוקי רק כשאותו אדם מסוים מחזיק ביכולות, שעלולות להוות איום ממשי על בטחון המדינה. לפי קו מחשבה זה, הרי השתייכות לארגון עוין, המבצע פעולות איבה אינה מכשירה נסיבות מתאימות למעצרו. רוצה לומר, לא זוהה מרכיב של סכנה מוחשית מצד אותו אדם לבטחון המדינה, הרי מעצרו מהווה סוג של ענישה קולקטיבית.

גישה זו, כך אני סבור, אינה הפרשנות המתבקשת בעת האחרונה, מהוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית. הפרשנות צריכה להיות רחבה יותר ולמסור שיקול דעת רחב בהתאם לנסיבות שבעטיין מפעילים את סמכות המעצר.

וראו בעניין זה דבריו של ז'אן פיקטה בספר הפרשנות הרשמי של האמנה - IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, 1985) בעמ' 257:

"It did not seem 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".

וכך הדגשתי בעניין עביד (עמ' 53):

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

סע' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עוסק אף הוא במעצר של אזרחים מוגנים, בנסיבות מסוימות, וזו לשונו:

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

גם כב' הנשיא ברק עסק בסוגיה זו בבג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פד"י נו (6) 362, בעמ' 381-382:

"פירשנו כמיטב יכולתנו את הוראותיה של סע' 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 סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ראו נגד עיניהם אנשים מוגנים אשר שיתפו עצמם לטרור ול'פצצות חיות'. מציאות חדשה זו חייבת גישה פרשנית דינמית להוראותיה של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, באופן שהיא תוכל להתמודד עם המציאות החדשה".

לפיכך, אין לבחון רק את המסוכנות האופרטיבית לביטחון המדינה והמסוגלות של מאן

דהוא לאיים באורח ממשי על חיי האזרחים. יש ליתן פרשנות רחבה ודינמית גם להוראות נוספות זולת סע' 78 האמור לעיל, כפי שציינתי בעניין עביד (עמ' 49):

"משמעות הדבר היא הצורך ליצור פרשנות דינמית, לא רק להוראות סע' 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 את העניין מערכת דינים ייחודית, כהצעת באי כוח המדינה, המצריכה התפתחות משמעותית של המשפט הבינלאומי בתחום זה".

באספקלריה זו יש גם לבחון את הצו הנשיאותי של נשיא ארצות הברית מיום 13.11.01 המתיר מעצר בלתי מוגבל בזמן של כל חבר אל-קאעדה, או כל אדם אחר שעסק בטרור, או סייע לטרור באופן שגרם נזק לארצות הברית. צו זה, שהינו שנוי במחלוקת והוביל למעצר של רבים, מבוסס על ההבחנה בין לוחמים חוקיים לבלתי חוקיים. אלו האחרונים מכונים גם "לוחמים חסרי זכויות", מכיוון שאינם זכאים למלוא הזכויות לפי אמנת ג'נבה השלישית.

למרות החריפות של אופן הביצוע של האמריקאים בעניין זה, הרי, לראיית, פעולה זו מצביעה על המציאות אותה הזכרתי לעיל בעניין עביד (עמ' 50). וכך הוספתי שם בנוגע להפעלת הצו של נשיא ארצות הברית:

"... ניתן לראות גם בכיוון זה- קיצוני משהו באופן ביצועו- ראייה נכוחה של המציאות שהזכרתי, המצדיקה מתן פרשנות דינמית לדיני המלחמה הבינלאומיים, המאפשרים, ללא 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".

מסקנתי היא, שהמשפט הבינלאומי מתיר מעצר של אנשים המסכנים את בטחון המדינה, כאשר למדינה ישנו שיקול דעת נרחב, באמצעות חוקיה היא, לבחון את שיקולי הבטחון ההכרחיים. מחויבת, אמנם, זיקה בין האדם שנעצר לאיום על בטחון המדינה, אך קשר זה אינו חייב להיות ישיר, כלומר, קשר המבוסס על מעשה פוגעני של אותו אדם ספציפי כלפי המדינה.

ישראל פעלה באמצעות חוק זה בשיקול הדעת המוקנה לה לפי הוראות הרלוונטיות בחוק. בסע' 2 לחוק, המגדיר מיהו לוחם בלתי חוקי, פילס המחוקק שתי דרכים לקביעה האם אכן צפוי איום מאותו אדם: האחת, מי שביצע, בפועל, מעשים פוגעים כנגד המדינה; והשנייה, מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה.

ניתוח שתי הדרכים הללו מצביע על זהות במשמעות של האיום הצפוי מצד אותו אדם: איום מפני מי שביצע בעבר פעולות איבה זהה, מהותית, לאיום מפני מי שמשתייך לכוח עוין שממשיך לבצע מעשים כאלה.

לגישתי, אין כל סיבה פרשנית להבחין בעניין הפעלת סמכות המעצר בין שני סוגי האיום. אין סיבה עניינית לאבחן כך בשעה שאנשי כוחות טרור, מכים בימים אלה ממש, ללא הבחנה וללא רחם, גם באוכלוסיה אזרחית. יתרה מזו, הפעילות מתרכזת, דווקא, באוכלוסייה האזרחית, הפגיעה יותר. כך מתרבים הקורבנות והנפגעים ומועצמים הישגי

הטרור.

וכך הסברתי עמדתי בעניין עבייד (בעמ' 54), בהתייחס לתקופה הרלוונטית היא:

"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 שהשתייך 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".

יש להוסיף, כי הוראות סע' 5 לחוק קובעות, שהעציר יעמוד לביקורת שיפוטית עתית בבית המשפט המחוזי וכן תהא נתונה ברשותו האפשרות להגיש ערעור לבית המשפט העליון. הוראות אלה הן בהתאם להסדרים בסע' 43 לאמנת ג'נבה הרביעית. ויתרה מזו: ההסדרים בחוק מעניקים יותר מן הנדרש באמנה. כך בנוגע לזכות הטיעון בפני הגוף העוצר, באשר לביקורת על ידי בית המשפט (ולא על ידי גוף מנהלי) וכן לזכות הערעור.

המשפט הבינלאומי והחזקת בני ערובה

החזקת בני ערובה אסורה נזכרת בסע' 34 לאמנת ג'נבה הרביעית, בסע' 75(2)(ג) לפרוטוקול המשלים הראשון המתווסף לאמנת ג'נבה, בסע' 4(2)(ג) לפרוטוקול המשלים השני לאמנת ג'נבה וכן באמנה ספציפית שיוחדה לעניין זה- האמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה, עליה ישראל חתומה.

וכך מפרש כב' השופט קדמי את המושג "בן ערובה" בדנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון פ"ד נד(1) 721, 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 החזקה במעצר 'אמצעי לחימה' במאבק בין צדדים יריבים; כשפסלותו נעוצה, בעיקרה, באיום הבלתי אנושי הכרוך בו".

לא מצאתי טעם להאריך בנקודה זו. עוד בעת הדיון בתכלית החוק ומטרותיו, הגעתי למסקנה, כי אין הכוונה להחזיק עצירים כבני ערובה כקלפי מיקוח לשחרור שבויים ונעדרים ישראלים. כוונת המחוקק הייתה לכלוא לוחם בלתי חוקי, המסכן את בטחון המדינה ושחרורו ימשיך לסכנה.

החוק אל מול האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (1966)

קיימת התאמה בין החוק לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות של האדם (ה- ICPR), שישאל חתומה עליה. ב- סע' 9 בה נאמר:

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

נראה, אם כן, שהזכות לבטחון אישי אינה פחותה מהזכות לחירות אישית. לגישתי, חשוב לשים לב לכך, בייחוד, בבואנו לבחון את המציאות, שבה מדינה נאלצת לנקוט אמצעים שונים להגנת אזרחיה מפני פגיעה בבטחונם האישי. על מצב דברים זה כבר עמד כבר הנשיא ברק בעניין עג'ורי, שם בעמ' 358-359 ובעמ' 382-383.

ציינתי זאת בעניין עביד (עמ' 58):

"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".

"מעצר שרירותי" הוא, כמובן, אסור. פגיעה בחירותו של אדם אפשרית, רק אם קיימים אמצעים חוקיים לכך ויש טעם מובהק בכך. תפישה זו של האמנה תואמת, איפוא, את הדין השורר בישראל.

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

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

כלומר, האמנה גופה לא התעלמה מתנאי חירום מיוחדים, בתוככי המדינה שהיא צד לאמנה.

למרות האפשרות האמורה, הניתנת מכוחה, לסטות ממקצת מהוראותיה, הרי ישנן כאלה שמהן אין ניתן לסטות, אפילו בתנאי חירום.

קיים קושי להבחין בין מצב חירום, לצרכי האמנה, לבין מצב לחימה, שבסיס דיני המלחמה. ישראל מצויה במצב חירום שהוכרז רשמית מכוח סע' 49 (א) ו-64(א) והיא נמצאת במצב זה מאז שבוע לאחר הקמתה. עם הצטרפות ישראל לאמנה הדגישה, כי קיים מצב חירום במדינה. הצהרה זו עומדת בתוקף עד היום. לעניין "איום על חיי האומה" ראה בג"צ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל לאיזור יו"ש, פד"י מב(1) 353, בעמ' 364.

משמעות סיום התפיסה הלוחמתית בעזה

הטענה המרכזית של ב"כ המשיבים, בהקשר זה, היא שעם סיום התפיסה הלוחמתית של ישראל בעזה וכיוצא בזה - סיום הממשל הצבאי שלה שם, יש לשחרר את העצירים תושבי השטח הכבוש, שהוחזקו על ידי ישראל עד אז, בהתאם להוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: "האמנה"). בהמשך טוענים הם טענות נוספות ובהן טענה בדבר איסור על כליאתם של המשיבים בישראל.

המדינה חולקת על טענות אלה. יותר מזה, היא סבורה, כי גם אם חלה אמנה זו בעניינם של המשיבים (ראה לעיל את עמדת המדינה בעניין תחולתה), הרי שלא רק שאיננה מחייבת את שחרורם, אלא היא מתירה להמשיך ולהחזיקם במעצר, עד תום הלחימה שמנהלים ארגוני הטרור, בין היתר, מתוך שטח רצועת עזה, כנגד מדינת ישראל.

ותושביה.

אבחן טענות אלה ואקדים מילים אודות ההיסטוריה של התפיסה הלוחמתית של ישראל בעזה. זו קיימת, כזכור, מאז מלחמת ששת הימים שבמהלכה כבשו כוחות צה"ל את רצועת עזה בשנת 1967. על ההיבטים המשפטיים של הדין החל בחבל עזה מאז, ראה האמור בבג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת ואח', תק-על 2005(2) 2595, אליו מפנים נציגי המדינה בסיכומיהם.

ביום 11.9.05 קיבלה ממשלת ישראל החלטה מס' 4235 "לסיים את הנוכחות הישראלית ברצועת עזה ובציר פילדלפי", בהמשך להחלטת הממשלה מיום 6.6.2004 בדבר תכנית ההתנתקות.

ביום 12.9.05 הסתיימה הוצאתה אל הפועל של התכנית וחיילי צה"ל עזבו את שטח הרצועה, שהשליטה בה הועברה לידי הרשויות הפלסטיניות.

עד אותו יום, כך הבהירו נציגי המדינה, הוחזקו חמישה מתושבי הרצועה במעצר מינהלי, מכוח חקיקת הבטחון ב-אזח"ע. שלושה מהם שוחררו ביום הפינוי והשניים הנותרים - הם המשיבים - הושמו במעצר מכוח צווי כליאה על פי החוק.

הבסיס לעמדת המדינה בעניין המשתמע מסיום התפיסה הלוחמתית של מדינת ישראל בעזה, הוא ההבחנה בין דיני התפיסה הלוחמתית (Law of Belligerent Occupation) לבין דיני הלחימה

(Law of Warfare). שניהם ענפים של דיני המלחמה במובנם הרחב.

לדעת המדינה, חלו דיני התפיסה הלוחמתית ודיני הלחימה, במקביל, בעת קיומו של הממשל הצבאי בעזה, על רקע פעילות הטרור שהתקיימה בכל עת קיומו של זה. עם סיום התפיסה הלוחמתית, אין עוד תחולה של הדינים הנוגעים לה. מאחר ופעולות איבה וטרור ממשיכות להתקיים מתוך הרצועה כנגד מדינת ישראל, גם לאחר ההתנתקות, ממשיכים לחול דיני הלחימה.

תוך התייחסות להוראות סעיפי האמנה מצביעה המדינה על הוראות המסדירות את שלבי הלחימה וכאלה המתייחסות למצב של תפיסה לוחמתית.

ב"כ המשיבים תוהים על ההבחנה שעורכת המדינה בין שני סוגי הדינים ומתרעמים על כך שלא הובאה מטעמה כל אסמכתה להבחנה זו. לטעמם, ההבחנה עצמה אינה ברורה ולא הובא הסבר מצד ב"כ המדינה, לשאלה כיצד ההבחנה משליכה על אופן תחולתה של האמנה על אנשים כדוגמת המשיבים.

לתהייה זו אין מקום בעיני, שכן אני סבור, כי לא רק שבעמדת המדינה הגיון, אלא שזו העמדה המבטאת באופן נכון את המצב המשפטי הקיים.

ההבחנה בין הדינים המתייחסים לתפיסה לוחמתית לבין דיני הלחימה, כאשר שני הקטיגוריות (עם שתיים נוספות) מהוות חלק מדיני המלחמה, היא מקובלת. ראה למשל, אצל דינשטיין, דיני מלחמה, שם בעמ' 18-19. ראה בהקשר זה התייחסותו של כב' הנשיא ברק בעניין עג'ורי (שם בעמ' 364) ובבג"צ 393/82 אלמסחוסיה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש פד"י לז(4) 785 בעמ' 793.

הבסיס להחזקתם של אלה המסכנים את בטחון המדינה, כמעצמה כובשת, מצוי בסעיף

78 לאמנה. על הוראת סעיף זה, מטרתו והפרשנות שניתנה לו, עמדתי לעיל, בפיסקה הדנה בכללי המשפט הבינלאומי, במסגרת בדיקת השאלה האם, ככלל, סותר החוק את הוראות המשפט הבינלאומי החלות על מי שאינם שבויי מלחמה.

נראה, כי במצב הנוכחי ובהעדר תפיסה לוחמתית, הוראה זו ויתר הוראות האמנה החלות בתפיסה לוחמתית לבדה, אינן עוד לענייננו. במצב זה יכולות להתקיים, איפוא, ההוראות המאפשרות לצד לסכסוך לעצור אנשים המאיימים על בטחונו במסגרת פעולות איבה המתנהלות נגדו.

כאלה הן הוראות סעיפים 41 ו-42 לאמנה. גם על הוראות אלה עמדתי לעיל וביתר הרחבה, בעניין עביד, כולל הפרשנות המקובלת של פיקטה ו-פֶּלֶק להוראות.

ניתן, איפוא, לראות, לצורך בחינת המצב החדש שנוצר עם סיום התפיסה הלוחמתית ומשמעויותיו, כי האמנה מפרידה גם היא, בין מעצרו של אדם המסכן את הבטחון בשטח שהמדינה שולטת בו ככובשת, לבין מעצר כזה בעת שקיים סכסוך עם צד אחר, שפעולות איבה משטחו, מתקיימות כנגד המדינה ואזרחיה.

בהוראות סעיפים 132 ו-133 לאמנה, שעניינן שחרור עם סיום פעולות איבה, והן בבחינת הוספה על האמור בסעיף 42 שלה, אין המשיבים יכולים להיתלות. מתוך הוראות אלה, כולל בפרשנותם המקובלת (ראה אצל פיקטה, כנזכר), מובן, כי שחרור כזה מותנה בסיומן של פעולות האיבה.

הכלל הזה, כך מצינו, מעוגן גם במדריכים הצבאיים של צבאות זרים, כמו המדריך הבריטי:

The Manual of Law Armed Conflict by the UK

על העקרון הזה עמד גם Watkin במאמרו הנזכר: לוחמים בלא זכויות? בעמ' 52. ראה גם אצל -

A. Roberts, the End of Occupation : Iraq 2004, 54 Int'l & Comp. L. Quar (2005) 27, 45.

הכלל הנזכר דומה בהגיונו להוראת סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית בדבר מעמדם של שבויי מלחמה, משנת 1949, הקובע, כי ראוי לשחרר את שבויי המלחמה עם הפסקת פעולות האיבה. ומכלל הן, אתה למד לאו. כל עוד לא תמו פעולות האיבה, אין משחררים.

לאותה מסגרת מצטרפת גם הוראת סעיף 134 לאמנה, שגם עליה מתבססים ב"כ המשיבים. אלא שגם כאן אין ההוראה תומכת בגישתם.

כדוגמת הוראת סעיף 133 הקודם לו, אף זה מתנה את השחרור המומלץ (בלא חיוב לעשות כן) של עצורים והשבתם למקומות מגוריהם האחרונים, בסיום התפיסה של השטח או עם סיום פעולות האיבה. צריך לקרוא הוראה זו, כדעת המדינה, על פי הגיונו של סעיף 133 והעקרון הטמון בו, משמע - לפי המאוחר שבין השניים. שאם לא תאמר כך, נמנעת מן המדינה פעולת הגנה שרשאית היא לעשותה לצורך הגנה על אזרחיה, כאשר מעשי איבה נמשכים ומתקיימים, מתוך שטח, שסיימה בו את שליטתה, קודם לכן.

סעיף 77 לאמנה, שגם עליו נסמכו המשיבים, איננו נוגע לענייננו, שכן המדובר בו במי שהואשמו או הורשעו בבתי משפט. לא כאלה הם המשיבים, שהוחזקו ערב סיום התפיסה הלוחמתית, במעצר מנהלי. גם ההפניה לספרו של פיקטה (שם, בעמ' 366) על ידי ב"כ המשיבים, בהקשר פרשנותה של ההוראה, איננה מועילה. וכך נאמר שם:

“It is made clear that the provision covers both persons accused of offences (in preventive detention) and those convicted by the courts and serving their sentences.”

מובן, כי כוונת פיקטה היא להבחנה בין מי שהואשם בבית משפט בביצוע עבירות ומצוי במעצר (בלשונו - מעצר מונע) לבין מי שהורשע על ידי בית משפט ומרצה את עונשו. המשיבים אינם נמנים עם אף לא אחת משתי קטגוריות אלה.

מקובלת עלי פרשנות המדינה להוראות סעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה הרביעית, מהן מנסים המשיבים ללמוד על איסור, כביכול, על המשך כליאת המשיבים בישראל.

סעיף 76 ממוקם בפרק הרלבנטי למצב של תפיסה לוחמתית והוא חל על מי שהואשמו או הורשעו בבית משפט. גם סעיף 49 ממוקם בקשר של תפיסה לוחמתית והוא איננו נזכר בסעיף 79 המונה את העקרונות החלים על עצירי בטחון.

ההסתמכות על פיקטה (שם בעמ' 511), המזכיר, כי מדינות נהגו, לאורך שנים, להחזיק עצורים המוחזקים בידי צד לסכסוך מטעמי בטחון, בשטחן, היא במקומה. מכאן מובנת גם ההנחה הברורה שלו, כי במהלך פעולות האיבה מוחזקים עצורים כאלה בשטחו של הצד העוצר, אשר את בטחונו הם מסכנים. על כן אין לקבל את טענת המשיבים, לפיה כללי המשפט הבינלאומי אוסרים על מעצרים, עתה, בישראל.

לפיכך הוראות אלה אינן רלוונטיות לעניינינו.

ניתן לומר, איפוא, לסיכום, כי סיום התפיסה הלוחמתית של ישראל ברצועת עזה, איננו מונע ממנה, על פי כללי המשפט הבינלאומי, וליתר דיוק - מכוח דיני הלחימה, כנזכר, את מעצרים של אנשים כדוגמת המשיבים, עד סיום פעולות האיבה כנגד מדינת ישראל. למרבית הצער, פעולות האיבה לא באו לכלל סיום מצד כוחות וארגונים ברצועה, אלא הלכו והתגברו. ארועי השבועות האחרונים והשימוש הרב ברקטות שנעשה לכיוון ישובי מערב הנגב, מתוך מטרה ברורה של פגיעה באזרחים, אך מאששים נקיטת האמצעים כנגד הסכנה, מפניה חפצה המדינה להתגונן.

סוף דבר

בהחלטה זו בחנתי את חוקתיות החוק, את התאמתו לכללי המשפט הבינלאומי הרלבנטי ואת משמעות סיום התפיסה הלוחמתית של המדינה ברצועת עזה, על אפשרות כליאתם של המשיבים.

כמו בעניין עביד, מצאתי גם כאן, כי החוק איננו אי-חוקתי. וכך אמרתי שם (עמ' 60):

“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.”

גם הפעם הזו, כולל מתוך עיסוק בפרקטיקה של הביקורת השיפוטית, מצאתי, כי עניינים

אחדים שמתוך הוראותיו זקוקים בחינה מחדש, עיון ושקילה ואף תיקון החוק בהתאם. עם זאת אינני סבור, כי יש באלה משום חריגה ממה שהזכרתי לעיל, משמע מן התכלית הראויה ובעליל ממתחם המידתיות.

ומתוך אלה, מצאתי גם, כי אין, בדרך החוק, משום סתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומינטרי ומחויבותה של מדינת ישראל לאלה. בתחום זה, מצויות גישות מקובלות, שהלכו ונתחדדו בשנים האחרונות, המאפשרות לבסס עליהן, באופן ראוי, את הוראות החוק הרלבנטיות לענין.

עוד מצאתי, כי גם עם סיום התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה, כנזכר, עדיין ניתן לעצור, מכוח החוק, בישראל, אנשים, כדוגמת המשיבים, שנמצא, בעת נתונה, כי הם מסכנים את בטחון המדינה ואזרחיה.

הצדדים יוכלו לקבל עותקי החלטה זו בלשכתי.

זכות ערעור לבית המשפט העליון תוך 30 ימים מהיום.

ניתנה היום כ"ג בתמוז, תשס"ו (19 ביולי 2006) בלשכתי.