

1. פלוני
2. פלוני

על-ידי ב"כ עוה"ד ה' אבו-שחאדה ואח'  
מרח' דניאל פריש 8, תל אביב 64731  
טל': 03-6958512 ; פקס': 03-6959783

## ה מ ע ר ע ר י ם

נ ג ד

### מדינת ישראל

על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים ירושלים

## ה מ ש י ב ה

### תגובה לערעורים מטעם פרקליטות המדינה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, פרקליטות המדינה מתכבדת להגיש את תגובת המשיבה, כדלהלן:

### מבוא

1. הערעור בתיק ע"פ 6659/06 מופנה כלפי החלטותיו מיום 16.7.2006 ומיום 19.7.2006 של בית המשפט קמא (כבוד השופט זכריה כספי) בב"ש 90512/06 (להלן: "**ההחלטה**"). בית המשפט קמא דחה את דרישת המערערים כי יורה על שחרורם מהמעצר בו הוא מוחזקים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב – 2002 (להלן: "**החוק**" או "**חוק הלב"ח**" או "**חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים**"), ואישר את צווי הכליאה שהוצאו בעניינם מכוח החוק.  
בנוסף, בית המשפט קמא דחה את טענותיהם של המערערים כנגד חוקתיות החוק, וקבע כי החוק מקיים את המבחנים החוקתיים שנקבעו בחוקי היסוד. כן נקבע על-ידי בית המשפט קמא, כי החוק עולה בקנה אחד עם הכללים הקבועים במשפט הבינלאומי ההומניטרי וכי אין ממש בטענת המערערים כי יש להורות על שחרורם ממעצרם לאור סיום התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה. לבסוף, בית המשפט דחה את טענתם החלופית של המערערים, כי יש להורות על מעצרם מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט – 1979 (להלן: "**חוק המעצרים**") חלף החזקתם במעצר מכוח החוק. בגדרו של ערעור זה המערערים שבים ומעלים את הטענות שהועלו על-ידם בפני בית המשפט קמא.
2. הערעור בתיק ע"פ 1757/07 מופנה כלפי החלטת בית המשפט קמא מיום 13.2.2007, בה שב ודחה את בקשת המערערים להשתחרר ממעצרים.
3. **עמדת המדינה היא כי דין הערעורים להידחות.** המדינה תטען כי יש להורות על דחיית טענות המערערים, הן בכל הנוגע לחוקתיות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים והן בכל הנוגע לצווי הכליאה הקונקרטיים שהוצאו בעניינם.
4. **בשלב ראשון**, יובהר הרציונל העומד בבסיסו של החוק ויפורטו הוראותיו העיקריות והרקע לחקיקתו. נטען, כי הרציונל העומד בבסיס החוק הוא מניעת חזרתם של אנשי כוחות אויב, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל. רציונל זה הינו רציונל ביטחוני ולגיטימי, שאין כל ספק בדבר חשיבותו, והוא מתיישב באופן מלא עם העקרונות הבסיסיים ביותר של ניהול סכסוך מזויין.
5. **בשלב שני**, יובהר כיצד עומד החוק בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נבהיר, כי החוק עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, כי תכלית החוק הינה תכלית לגיטימית וראויה, וכי הפגיעה שהוא פוגע בחירות הפרט הינה מידתית. במסגרת זו נתייחס לטענתם החלופית של המערערים, כי חלף החזקתם במעצר מכוח החוק, יש להורות על החזקתם במעצר מכוח חוק המעצרים. לענין זה נטען כי החוק הוא המסגרת המתאימה ביותר למניעת הסיכון הנשקף מהמערערים.
6. **בשלב שלישי**, נתייחס לטענות המערערים כנגד חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים במישור המשפט הבין-לאומי. במסגרת זו יידונו הנושאים הבאים, לפי סדרם, כדלקמן:

תחילה נדון במונח "לוחם בלתי חוקי" ונראה כי המדובר במונח מוכר ומקובל במשפט הבין-לאומי עוד מהמאה הקודמת ואף קודם לכן. לאחר מכן נידרש לסמכותה של מדינה, שהיא צד לסכסוך מזויין, לתפוס ולעצור את האנשים המעורבים בלחימה כנגדה, ובכלל זה, גם אלו המוגדרים כ"לוחמים בלתי-חוקיים".

נראה, כי זכותו של צד לסכסוך מזוין להפעיל כוח כנגד הכוחות המזוינים של הצד היריב, הינה זכות טבועה עליה מושתת כל רעיון המלחמה מקדמת דנא. כן נראה כי לצד סמכותו של צד לסכסוך מזוין להפעיל כוח כנגד אלו הנוטלים חלק בפעולות האיבה נגדו, וכחלק ממנה, עומדת לו כמובן גם הזכות הפוגענית פחות, והיא החזקתם במשמורת של אנשים אלה, מקום בו הם נופלים לידי.

נדון במשך החזקה האפשרי של אנשים כאמור ונראה כי, ככלל, מדינה רשאית להחזיק במשמורת לוחמים בלתי-חוקיים המסכנים את ביטחונה, עד תום פעולות האיבה בין הצדדים. כן נראה כי בניגוד לדין החל על לוחמים חוקיים שהינם שבויי מלחמה, מדינה רשאית להעמיד לדין גם לוחמים בלתי-חוקיים המוחזקים על-ידה. לאחר מכן, נדון בדין החל על "לוחמים בלתי-חוקיים", אשר קובע את החובות, הזכויות וההגנות להם הם זכאים בתקופת מעצרים. נראה כי הן במצב של סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי והן במצב של סכסוך מזוין בין-לאומי, ובהתאם לכל פרשנות אפשרית שהיא, החוק עולה בקנה אחד עם ההוראות הרלבנטיות במשפט הבין-לאומי ואף מעניק ללוחמים הבלתי-חוקיים זכויות וערבויות מעבר לנדרש. לבסוף נראה כי אין כל סתירה בין חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים לבין כללי המשפט הבין-לאומי בעניין לקיחת בני ערובה.

6. **בשלב רביעי**, נתייחס לתשתית העובדתית בעניינם של המערערים ולטענות הקונקרטיות שהם מעלים כנגד צווי הכליאה שהוצאו בעניינם. נטען כי המערערים הם "לוחמים בלתי-חוקיים" לעניין החוק, כי המערערים פעלו במסגרת ארגון החזבאללה, שהוא כוח המבצע פעולות איבה כנגד מדינת ישראל, וכי קיים יסוד סביר להניח כי שחרורם של המשיבים יפגע בביטחון המדינה. על-יסוד האמור נטען כי צווי הכליאה הוצאו כדין, וכי לא נפל בהם כל פגם, המצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד. בהתבסס על התשתית העובדתית האמורה, ועל הניתוח המשפטי דלעיל, נראה כי החזקתם של המערערים במעצר עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי והינה כדין.

7. **בשלב חמישי**, נתייחס לסיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, ולטענות המערערים בדבר המשך החזקתם במעצר לאחר מועד זה. בחלק זה נראה, כי הוראות המשפט הבין-לאומי לא רק שאינן מחייבות את שחרור המערערים, אלא הן מתירות באופן מפורש את המשך החזקתם במעצר גם במציאות שנוצרה לאחר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה. נטען, כי בשינוי המצב המשפטי ברצועת עזה אין כדי להשפיע על חוקיות החזקתם במעצר של המערערים מכוח החוק.

**פרק א' – אקדמת מילין.....עמ' 6**

**פרק ב' – עיקרי העובדות.....עמ' 8**

חלק א' – סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה.....עמ' 8

חלק ב' – עניינם של המערערים.....עמ' 10

**פרק ג' – עיקרי החוק, הרקע לחקיקתו והרציונל העומד בבסיסו.....עמ' 14**

**פרק ד' – עמידתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.....עמ' 21**

חלק א' – מבוא.....עמ' 21

חלק ב' – חוקתיות ההסדר העיקרי המעוגן בחוק.....עמ' 21

(1) ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ותכלית החוק.....עמ' 22

(2) הטענה לפיה חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו עומד במבחן המידתיות.....עמ' 25

חלק ג' – חוקתיות החזקות הקבועות בסעיפים 7 ו-8 לחוק.....עמ' 29

(1) מבוא.....עמ' 29

(2) הטענה בדבר חוקתיות החזקה בסעיף 7 לחוק.....עמ' 31

(3) סעיף 8 לחוק בדבר הקביעה בדבר פעולות איבה.....עמ' 36

חלק ד' – טענות נוספות.....עמ' 37

(1) החוק אינו פוגע בזכות הטיעון של הכלוא.....עמ' 37

(2) הטענה לפיה הפקדת סמכות הכליאה בידי רשויות הצבא פוגעת באבני היסוד של המשטר הדמוקרטי.....עמ' 39

(3) הטענה לפיה היעדר הדרשה כי מדינת ישראל תהיה ב"מצב חירום" פוגעת קשה בשלטון החוק.....עמ' 39

(4) הטענה בדבר היות המונח "מעשי איבה" "פרובלמטי ובלתי מוגדר".....עמ' 42

(5) הטענות לפיהן החוק קובע מנגנון בלתי הוגן מבחינת סדרי הדין.....עמ' 42

(6) הטענה בדבר הבאת הכלוא בפני שופט פעם ב-6 חודשים כזמן ארוך ובלתי סביר.....עמ' 43

(7) הטענה לפיה החוק פוגע פגיעה בלתי ראויה בעקרון פומביות הדין.....עמ' 44

(8) האפשרות לסטות מדיני הראיות וקבלת ראיות במעמד צד אחד.....עמ' 45

(9) הטענה לפיה שולל החוק את זכותו של הכלוא לבחור לו עו"ד כרצונו ולפגוש בו לאלתר.....עמ' 46

(10) מינוי סניגור בלתי מסויג והטענה לפגיעה בחופש הבחירה ובחופש העיסוק של עורכי הדין.....עמ' 46

(11) דיון בערעור בפני דן יחיד בבית המשפט העליון.....עמ' 47

(12) הטענה כנגד כפילות האפשרות הנקיטה בהליכים פלילים לפי סעיף 9(ב) לחוק.....עמ' 47

חלק ה' – על הצורך בריסון שיפוטי בכל הנוגע לחקיקה של הכנסת.....עמ' 48

**פרק ה' – עמידתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בהוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי.....עמ' 50**

חלק א' – "לוחמים בלתי חוקיים" – מעמד מוכר במשפט הבין-לאומי.....עמ' 50

חלק ב' – שאלת סיווגם של הלוחמים הבלתי חוקיים והשלכותיה לענייננו.....עמ' 62

חלק ג' – המשפט הבין-לאומי והחזקתם במשמורת של המעורבים בפעולות איבה בידיו של צד לסכסוך.....עמ' 67

חלק ד' – משך ההחזקה של המעורבים בלחימה במסגרת סכסוך מזוין.....עמ' 75

חלק ה' – המעדה לדין של לוחמים בלתי חוקיים.....עמ' 77

חלק ו' – הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים לעניין החזקתם בידי היריב.....עמ' 82

(1) טענות המערערים.....עמ' 82

(2) הדין החל על החזקתם במשמורת של לוחמים בלתי חוקיים.....עמ' 83

חלק ז' – ההסדר החוק – מעצר מטעמי ביטחון פרטניים.....עמ' 113

חלק ח' – הסדרי המעצר בחוק תואמים את המשפט הבין-לאומי.....עמ' 119

חלק ט' – חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים והאיסור המוטל במשפט הבינ"ל על החזקת 'בני ערובה'.....עמ' 119

חלק י' – סיכום.....עמ' 121

**פרק ה' – מן הכלל אל הפרט: החזקת המערערים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.....עמ' 124**

חלק א' – מן הכלל אל הפרט (המישור העובדתי).....עמ' 124

חלק ב' – מן הכלל אל הפרט (המישור המשפטי).....עמ' 126

**פרק ו' – כליאתם של המערערים לאחר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה.....עמ' 131**

חלק א' – המסגרת הנורמטיבית.....עמ' 132

(1) דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית.....עמ' 132

(2) התנאים לתחולתם של דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית.....עמ' 134

חלק ב' – מן הכלל אל הפרט: סיום הממשל הצבאי ותחולת דיני התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה.....עמ' 135

(1) סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית.....עמ' 136

(2) מועד שחרורם של המסכנים את ביטחון המדינה העוצרת, לרבות שבויי מלחמה ולוחמים בלתי חוקיים.....עמ' 140

(3) סעיף 77 לאמנה – מסירת כלואים עם סיום הכיבוש.....עמ' 145

חלק ג' – כליאת המערערים בשטח ישראל לאחר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה.....עמ' 149



8. בפתח הדברים, יש מקום להתייחס למהות הטיעון של המערערים. בין יתר טענותיהם המערערים טוענים כי יש להורות על שחרורם מהמעצר בו הם מוחזקים מכוח החוק, שכן לטענתם החוק אינו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי, מטעמים שונים. כן נטען על ידם, כי יש להורות על שחרורם מהמעצר, לאור סיום התפיסה הלוחמתית בעזה וכללי המשפט הבין-לאומי הנוגעים לכך.
9. כפי שיפורט להלן, עמדת המשיבה הינה כי החזקתם של המערערים במעצר מכוח החוק עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי. יחד עם זאת, יש לזכור כי המסגרת המתאימה לבחינת חוקיות מעצרים של המערערים וכן לבחינת חוקיות הוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, הינה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
10. כידוע, ההלכה בישראל היא, שהמשפט הבינלאומי המינהגי מהווה חלק ממשפט הארץ, אולם זאת רק בהעדרו של חוק מקומי סותר. המשפט הבין-לאומי ההסכמי מהווה חלק מהמשפט הפנימי רק לאחר הליך קליטה מתאים.
- ראו: ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט"ז 2033, 2040; בג"צ 102/82 צמל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לז(3) 365; בג"צ 606/78 אויב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג(2) 113, 120א, 132; בג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 4, 35-36; רע"א 7092/94 Her Majesty the Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625.
11. כאשר קיימת חקיקה ראשית ברורה וחד משמעית, היא גוברת על המשפט הבין לאומי, אף אם הוא מהווה חלק מן המשפט הישראלי. לעניין זה נפסק כי:

"גם אם אצא מתוך הנחה שהחקיקה הישראלית הפנימית אינה עולה בקנה אחד עם החוק הבינלאומי המנהגי... גובר המשפט הישראלי...אומר בית-המשפט, מפי הנשיא שמגר: "כאשר מדובר בכלל מן המשפט הבינלאומי המינהגי, חל העיקרון...לפיו מקום בו יש ניגוד בין החקיקה הישראלית לבין כלל מינהגי של המשפט הבינלאומי הפומבי...עדיפה הוראת החוק אשר במשפטנו". מוסיף הנשיא שמגר ואומר, כי: "ההנחה צריכה להיות, שהמחוקק שואף לתאם את חוקו לעקרונות המשפט הבין-לאומי (שזכו להסכמה כללית). אולם, כאשר מתוך החוק שחקק הלה בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית-המשפט מצווה שלא להתחשב בה..." בענייננו "המשפט הפנימי בסוגיה הנדונה ברור וחד משמעי והוא גובר על המשפט הבינלאומי, ככל שאינו עולה בקנה אחד עמו" [ההדגשות במסמך זה, אלא אם נאמר אחרת, אינן במקור – שלנו]

בג"צ 256/01 רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים פ"ד נו(2), 930, 935.

כן ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי ואח' נ' שר הפנים ואח' (ניתן ביום 14.5.06) (בסעיף 17 לפסק דינו של הנשיא א' ברק); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד נט(2) 481 (להלן: "פרשת המועצה האזורית חוף עזה") (בסעיף 55 לפסק דין הרוב); בג"ץ 2587/04 בוכריס ואח' נ' פקיד שומה חדרה, תקדין 2005(2) 3648.

12. בענייננו קיימת הוראת חוק מפורשת – חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים - המאפשרת למדינת ישראל להחזיק במעצר את המערערים. מכל מקום, חוק זה עולה בקנה אחד באופן מלא עם הוראות המשפט הבינלאומי, והוא מבסס את המשך כליאתם של המערערים.
13. מאחר שהמערערים טענו בהרחבה רבה כי החוק סותר את כללי המשפט הבינלאומי, הבאנו בהרחבה רבה את כללי המשפט הבינלאומי הנוגעים לענייננו (אולי בהרחבת יתר), וזאת כדי להוכיח כי על פי כל השיטות וכל הדעות הקיימות במשפט הבינלאומי בנושא המורכב של "לוחמים בלתי חוקיים", תואם החוק הישראלי את הכללים הללו.

מכל מקום, לאורך כל הדרך יש לזכור, כי השאלה העיקרית – אליה נתייחס לפני הבאת הסקירה הבינלאומית המפורטת – היא השאלה האם חוק זה סותר את חוק היסוד, שכן רק אם כך הדבר – ניתן להורות על בטלותו.

**פרק ב' - עיקרי העובדות****חלק א' - סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה**

14. ביום 5.6.1967 פרצה מלחמת ששת הימים. במסגרת המלחמה תפסו כוחות צה"ל, בין היתר, את שטח רצועת עזה. מאז מלחמת ששת הימים הוחזקה רצועת עזה ב"תפיסה לוחמתית" על ידי כוחות צה"ל. לעניין השתלשלות העניינים בהיבט המשפטי בנוגע לדין אשר חל ברצועת עזה מאז מלחמת ששת הימים נפנה לפרשת המועצה האזורית חוף עזה.

15. ביום 11.9.2005 קיבלה ממשלת ישראל את החלטה מס' 4235 הקובעת כדלקמן:

21

מזכירות הממשלה  
שמור

החלטה מס' 4235 של הממשלה מיום 11.09.2005.

סיום הנוכחות הישראלית ברצועת עזה ו"בציר פילדלפי" 4235.

מ ה ל י ט י ם, (פה אחד), לסיים את הנוכחות הישראלית ברצועת עזה וב"ציר פילדלפי" כדלקמן:-

בהתאם להחלטת הממשלה מס' 1996 מיום 6.6.2004 בדבר תכנית ההתנתקות, יוציא צה"ל את כוחותיו משטחי רצועת עזה, לרבות מאזור קו הגבול שבין רצועת עזה למצרים ("ציר פילדלפי").

הוצאת הכוחות תבוצע בלוח זמנים שייקבע על-ידי מערכת הביטחון, בהתחשב בצרכים המבצעיים בשטח.

עם יציאת כוחות צה"ל משטחים אלה, תועבר האחריות עליהם לידי הרשויות הפלסטיניות ויסייג הממשל הצבאי באזור חבל עזה. מערכת הביטחון, בתיאום עם משרד המשפטים, תנקוט בצעדים הדרושים לביטולו הפורמלי של הממשל הצבאי.

16. ואכן, ביום 12.9.2005 הסתיים יישומה של תוכנית ההתנתקות, ואחרון חיילי צה"ל עזב את שטח רצועת עזה. באותו יום הוציא מפקד פיקוד הדרום באותה עת, האלוף דן הראל, ששימש כמפקד כוחות צה"ל באזור, את המנשר בדבר סיום הממשל הצבאי כדלקמן:

**צבא הגנה לישראל****מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי**

1. יציאת צה"ל משטחי רצועת עזה והעבירו את השליטה בשטחים אלה לידי המועצה הפלסטינית. בהתאם להחלטת ממשלת ישראל מיום ז' באלול התשס"ה (11 בספטמבר 2005), היום, ח' באלול התשס"ה (12 בספטמבר 2005), יצאו כוחות צבא הגנה לישראל משטחי רצועת עזה והעבירו את השליטה בשטחים אלה לידי המועצה הפלסטינית.

2. סיום הממשל הצבאי מסופו של יום זה, תם הממשל הצבאי באזור חבל עזה.

ח' באלול התשס"ה

12 בספטמבר 2005

דן הראל, אלוף  
מפקד כוחות צה"ל  
העזרה

17. לפיכך, החל מיום 12.9.2005 בשעה 00:24, הסתיים הממשל הצבאי של צה"ל בשטח רצועת עזה; **מיום זה רצועת עזה אינה מצויה עוד בתפיסה לוחמתית**. החל ממועד תום הממשל הצבאי בחבל עזה, צה"ל אינו מפעיל עוד סמכויות ממשל צבאי ברצועת עזה, ובכלל זה סמכויות מכוח תחיקת הביטחון. ראוי לציין, כי נקודת מוצא זו אינה במחלוקת (לצורך דיון זה) בין המערערים לבין המדינה.
18. משעזבו חיילי צה"ל כליל את רצועת עזה, פעילות צה"ל באזור זה הינה בגדר פעילות לחימתית המבוצעת **בשטח זר**, מחוץ לשטח המדינה, שבו אין למדינת ישראל תפיסה לוחמתית, ודומה הוא בעיקרו לשטח של מדינה זרה שמתוכו מבוצעות פעולות לחימה נגד מדינת ישראל. בעניין זה נבקש להפנות לתשובת המדינה בבג"ץ 10265/05 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון**.
- צילום התגובה בבג"ץ 10265/05 מצורף ומסומן **מש/1**. לתשובה זו נספחה בשעתה הודעה משלימה שהגישה המדינה בבג"ץ 769/02, המסומנת מש/1א. מפאת חשיבותה לענין, מצ"ב גם הודעה זו.
19. מצב דברים זה משנה את הסביבה המשפטית שבה פועלת מדינת ישראל ברצועת עזה: בטרם פינוי הרצועה ועזיבת צה"ל את האזור, הרי ככל שחלו ברצועת עזה דיני התפיסה הלוחמתית, היה צה"ל אמון מכוחם, על-פי המשפט הבינלאומי, על הסדר הציבורי ובטחון האזור. במסגרת זו, הוצאה על-ידי המפקדים הצבאיים ברצועה במהלך שנות התפיסה הלוחמתית שם תחיקת ביטחון, אשר הסדירה, בין היתר, את מעצרים של מי שמסכנים את בטחון האזור או בטחון הציבור. ראו, לדוגמא, את הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (מס' 941) (אזור חבל עזה), התשמ"ח-1988 (להלן: "**צו המעצרים המינהליים**"). עם ביטולו של הממשל הצבאי, תמה למעשה האפשרות להסתמך על תחיקת הביטחון כמקור סמכות לפעילות כוחות צה"ל, וזו מתבצעת ברצועה מכוח דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, המהווים חלק מדיני העימות המזוין.
- ראוי לציין, כי בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין, הכיר בכך שעל פעולות הלחימה של צה"ל נגד הטרור הפלסטיני חלים דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי. לעניין זה ראו, לדוגמא, בג"ץ 3451/02 **אלמדני נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 30, 34: "ישראל מצויה בלחימה קשה כנגד טרור משתולל... לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על-פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה".
20. להשלמת התמונה נציין, כי גם לאחר יציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה וסיום הממשל הצבאי ברצועה, המשיכו ארגוני הטרור והם עודם ממשיכים לבצע פעולות טרור כנגד מדינת ישראל וכנגד אזרחיה ותושביה; זאת, בין היתר, מתוך שטח רצועת עזה. מעשי טרור אלו מהווים המשך ישיר לפעילות ארגוני הטרור כנגד מדינת ישראל ותושביה. מנגד מנהלת מדינת ישראל לחימה מזוינת מזה למעלה משש שנים.
- משמע, עם יציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה וסיום הממשל הצבאי הגיעה לקיצה התפיסה הלוחמתית ברצועה, אולם העימות המזוין המתנהל אל מול ארגוני הטרור, הפועלים, בין היתר, מתוך שטח רצועת עזה, טרם הגיע לקיצו.**
21. אין צורך לציין, כי לצד התמודדות מול ארגוני הטרור הפלסטיניים מדינת ישראל נאלצת להתמודד עם הטרור והשלכותיו בחזיתות נוספות – כגון נגד ארגון **החיזבאללה**, הפועל בעיקר בגבול הצפון, אך גם ברצועת עזה, באזור יהודה והשומרון ובתוך מדינת ישראל. כן נוטלת ישראל חלק במערכה העולמית שמנהלות מדינות המערב כנגד ארגוני הג'יהאד העולמי ושלוחותיהם השונות.
- חלק ב' - עניינם של המערערים**
22. ביום 12.9.2005, לקראת תום הממשל הצבאי בעזה, הוחזקו חמישה תושבים מרצועת עזה במעצר מינהלי, מכוח צווים שהוצאו בעניינם על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, בהתאם לצו המעצרים המינהליים. שלושה מבין העצורים המינהליים האמורים שוחררו ביום 12.9.2005, עם תום הממשל הצבאי, בהתאם להחלטת מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה. כפי שיפורט להלן, לגבי השניים הנותרים – המערערים, פלוני ופלוני - הוציא הרמטכ"ל צווי כליאה, בהתאם לסמכותו בסעיף 3 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ועניינם הוא נושא הדיון בפני בית משפט נכבד זה.
23. המערער 1, פלוני, הוא תושב רצועת עזה, יליד 1973. פלוני נעצר ביום 1.1.2002 ומעצרו הוארך עד ליום 17.3.2002. מאז הוחזק פלוני במעצר מינהלי, שהוארך מעת לעת על ידי המפקד הצבאי ואושר בביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט הצבאי בעזה. הצו בדבר מעצרו המינהלי של פלוני עמד בתוקפו עד ליום 12.9.2005.
24. המערער 2, פלוני, הוא תושב עזה יליד 1972. פלוני הוא בנו של אלמוני, אשר נהרג בפעילותו כנגד כוחות צה"ל. פלוני נעצר ביום 24.1.2003. מעצרו הוארך עד ליום 23.2.2003. מאז ועד ליום 12.9.2005 הוחזק המערער 2 במעצר מנהלי, שהוארך מעת לעת ונבחן על ידי בית המשפט הצבאי בעזה.
25. ביום 12.9.2005 פורסם, כאמור, המנשר בדבר סיום הממשל הצבאי באזור חבל עזה. באותו היום, הוצאו כנגד המערערים צווי כליאה בחתימתו של הרמטכ"ל, מכוח סמכותו בסעיף 3 לחוק לוחמים בלתי חוקיים. בכל אחד מצווי הכליאה קבע הרמטכ"ל, כי "צו זה הוצא מכיוון שיש לי יסוד סביר להניח על בסיס מידע

מודיעיני מבוסס שהוצג בפני, כי הכלוא הוא לוחם בלתי חוקי במשמעו בחוק, וכן כי שחרורו יפגע בבטחון המדינה".

26. ביום 15.9.2005 הובאו צווי הכליאה לידיעת המערערים, וניתנה להם ההזדמנות לטעון את טענותיהם בעניינם, בהתאם לסעיף 3(ג) לחוק. **שני המערערים ויתרו על ההזדמנות להעלות טענותיהם, וצינו כי אין ברצונם לומר דבר**. טפסי הליך השימוע שנערכו למערערים הוצגו בפני הרמטכ"ל, אשר החליט, ביום 20.9.2005, כי צווי המעצר ישארו בתוקפם.
- צילומי צווי הכליאה צורפו לערעור וסומנו **נספח ה' ונספח ו'**.  
צילומי טפסי הליך השימוע מצורפים ומסומנים **מש/2 ומש/3** בהתאמה.  
צילום החלטת הרמטכ"ל שהשאיר את הצווים בתוקפם מצורף ומסומן **מש/4**.
27. ביום 22.9.2005 החל בפני בית משפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט ז' כספי) הליך הביקורת השיפוטית בעניינם של המערערים, כאמור בסעיף 5 לחוק לוחמים בלתי חוקיים. נציין כי כבר במועד זה הוחלט על-ידי בית המשפט המחוזי לשמוע את שני ההליכים יחדיו. בנסיבות אלו, נבקש להלך להתייחס להליכים שהתקיימו ביחס למערערים במאוחד.
28. ביום 16.11.2005 המשיכה הביקורת השיפוטית.
- במועד זה הוגשה לבית המשפט קמא תעודה בחתימתו של שר הביטחון, בהתאם לסמכות המעוגנת בסעיף 8 לחוק, בה קבע השר כי "הכוח המכונה 'חיזבאללה' מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, וכי טרם תמו פעולות האיבה של הכוח האמור נגד מדינת ישראל". כן הוגשה בעניין זה חוות-דעת מטעם חטיבת המחקר של אמ"ן. במסגרת חוות הדעת פורט המידע המצוי ברשות המשיבים המבסס את קביעת שר הביטחון בתעודה שנחתמה על-ידו.
- בנוסף, בכל הנוגע לפלוני, הוגשה לבית המשפט חוות דעת מומחה מטעם גורמי הביטחון, לפיה תפס פלוני את מקומו של אלמוני (שנהרג בפעילות כוחות צה"ל) **כבכיר בארגון החיזבאללה**. עוד הובאה בפני בית המשפט תשתית ראייתית ברורה אשר ממנה עולה מסוכנותו של פלוני, שעודנה נמשכת חרף התקופה בה הוחזק במעצר מנהלי. כן התייחסה חוות הדעת באופן ברור לאפשרות קליטתו של פלוני חזרה אל ליבה של תשתית הטרור הקיימת, ולתרומתו המשמעותית לקיומה של זו.
- בכל הנוגע לפלוני, מחוות דעת גורמי הביטחון עלה כי היה מעורב בפעילות חבלנית עוינת מטעם ארגון החיזבאללה. בחוות הדעת הובאו פרטי מידע המצביעים על המסוכנות הנשקפת ממנו וההערכה הברורה כי עם שחרורו ישוב פלוני וייקלט חזרה בפעילות חבלנית זו מטעם ארגון החיזבאללה **כאחד הפעילים הבכירים של הארגון ברצועת עזה**, ומכאן שתרומתו לתשתית הקיימת תהא משמעותית עד מאוד.
- כן הועמד לעיונו של בית המשפט קמא חומר נוסף, כפי שעולה מהחלטתו מיום 25.1.2006.
29. במהלך ההליכים נחקרו המומחים מטעם המדינה ארוכות על-ידי ב"כ המערערים על חוות הדעת שניתנו על-ידם. חלק מהתשובות לשאלות ב"כ המערערים ניתנו במעמד שני הצדדים, וחלק מהתשובות ניתנו לבית המשפט, במעמד צד אחד, שכן היו מבוססות על מידע מודיעיני חסוי.
30. ביום 25.1.2006 ניתנה החלטת בית משפט קמא בביקורת הראשונה. במסגרת ההסדר הדיוני שנקבע, בהסכמת הצדדים, על-ידי בית המשפט קמא, הוא נמנע מלהתייחס לטענות המערערים בכל הנוגע לחוקתיות החוק, ובכל הנוגע לעמידתו של החוק בתנאים הקבועים בכללי המשפט הבינלאומי. בהחלטתו קבע בית המשפט קמא כי לא נפל פגם בהליך הוצאתם של צווי הכליאה כנגד פלוני וכנגד פלוני, וכי נתקיימו בעניינם כל התנאים הקבועים בחוק, **לרבות העובדה כי היא בשחרורם כדי לפגוע בביטחון המדינה**. לאור דברים אלו, מצא בית המשפט לנכון להותיר על כנם את צווי הכליאה של המערערים, שהוצאו על-ידי הרמטכ"ל.
31. על החלטה זו של בית המשפט המחוזי, הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"פ 1221/06). ביום 7.03.2006 נידון הערעור בפני כבוד השופט א' רובינשטיין. ביום 14.3.2006 פורסמה החלטת השופט רובינשטיין אשר דחה את הטענות שהועלו בגדרו של הערעור. במסגרת החלטתו ציין כבוד השופט רובינשטיין, כדלהלן:

**"מן החומר שעיינתי בו עולה בבירור זיקתם של העוררים לחיזבאללה והשתתפותם בפעולות לחימה נגד אזרחי ישראל בטרם מעצרים; כן עולים ניסיונות חיזבאללה לנצל את המצב בחבל עזה מאז ההתנתקות ונסיגת כוחות ישראל"**



"לאחר העיון בחומר הגלוי והחסוי כאחד נראה לי כי אין מקום להתערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא. ראשית, יש אישוש מהותי ומשכנע לתשתית שהיתה ביסוד המעצר בשעתו, באשר לקשרי המערערים עם חיזבאללה, מבקשי נפשה של ישראל, ולפעילות במסגרת לחימת חיזבאללה נגד אזרחים בישראל. כך גם באשר לחיזבאללה דהאידינא ופעולותיו נגד ישראל. אכן מבחינת החוק כנתינתו, במובן המשפטי, החזקה שבסעיף 7 די בה כדי להצדיק אי התערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא, שהרי המדובר על פי החומר בבירור במי שנמנו על חיזבאללה או נטלו חלק בפעולות איבה שלו, ועל כן רואים אותם כמי ששחרורם יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות חיזבאללה נגד ישראל. אך מתווספת לכך, במקרה דנא, ויש בזאת כמובן חיזוק משמעותי ומהותי בגדרי צדק אינדיבידואלי, אף המסוכנות האישית. מבחינה זו אוכל לאמץ את שקבע השופט קמא.

ועוד, דומני כי גם באשר לסיכון לחזרת המערערים למעשיהם אם ישוחררו, התשתית ההסתברותית ראויה, אף אם דבר זה כמובן אין להניחו בוודאות. אכן, אין המדובר בסיטואציה מורכבת..."

צילום ההחלטה צורף לערעור וסומן נספח יז'.

32. במקביל, ביום 9.3.2006 התחילה הביקורת השיפוטית העתית מכוח סעיף 5(ג) לחוק, בפני בית המשפט קמא. במסגרת ביקורת שיפוטית זו נדונו טענות המערערים כנגד חוקתיות החוק, וכנגד המשך החזקתם בניגוד – לטענתם – לכללי המשפט הבינלאומי.

33. בתום הדיון ניתנו על-ידי בית המשפט קמא שתי החלטות. ביום 16.7.2006 ניתנה החלטתו של בית המשפט קמא, בעניינם הפרטני של המערערים. בהחלטה זו נקבע, בין היתר, כי:

"בחנתי את המידע הכולל שהובא בענייניו של כל אחד משני הכלואים ולרבות המידע העדכני, במידה שהובא, הנוגע לכל אחד מהם. על פי המידע הזה, פלוני, מנהיג בכיר בשטח, ופלוני, פעיל מרכזי כריזמאטי, ישוּבו בסבירות גבוהה, לפעילות טרור, אם ישוחררו עתה..."

על בסיס מה שהובא בפני, מתוך חוות דעת המומחים ועדויותיהם בבית המשפט, אני נותן משקל מלא להערותיהם ולעמדתם, בכל הנוגע להשפעת שחרורם האפשרי של השניים על בטחון מדינת ישראל ואזרחיה. אין ספק בלבי, הבסיס ההכרחי לשחרורם של השניים איננו קיים, שכן אין לומר כי בשחרורו של כל אחד מהם, עתה, אין כדי לפגוע בבטחון המדינה. היפוכו של דבר הוא הנכון. לא מצאתי גם כל טעמים מיוחדים המצדיקים את השחרור. לפיכך אינני מבטל את צווי הכליאה".

ביום 19.7.2006 ניתנה החלטתו של בית המשפט קמא בטענות העקרוניות שהועלו על-ידי המערערים. בית המשפט דחה את טענותיהם של המערערים, בקובעו כי המדובר בחוק חוקתי, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנחקק לתכלית ראויה, ותוך פגיעה מידתית, שאינה עולה על הנדרש, בזכויותיהם של המערערים. כן נקבע על-ידי בית המשפט קמא כי החוק עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, וכי גם עם סיום התפיסה הלוחמתית ניתן לעצור, מכוח החוק, אנשים, כדוגמת המערערים, בנסיבות בהן נמצא, בעת נתונה, כי הם מסכנים את בטחון המדינה ואזרחיה.

צילום ההחלטה מיום 19.7.2006 צורף לערעור וסומן נספח כד'.

34. הערעור מופנה כנגד שתי החלטות אלו. נוסף ונציין, כי הביקורת השיפוטית העתית השלישית לגבי שני המערערים החלה בבית המשפט קמא ביום 3.9.2006. בית המשפט קמא קבע את המשך הדיון בביקורת העתית ליום 7.12.2006. במועד זה לא התקיים דיון עקב תקלה בהבאת אחד הכלואים לבית המשפט. ביום

11.12.2006 המשיך הדין. במועד זה העידו המכונה "רוט" מאמ"ן והמכונה "אמיתי" משירות הביטחון הכללי. הכלואים בחרו שלא להעיד. ביום 17.1.2007 השמיעו הצדדים את סיכומיהם. דיון זה התקיים בהעדרם של הכלואים, לפי בקשתם. ביום 13.2.2007 ניתנה החלטתו של בית המשפט קמא. בית המשפט קמא אישר את צווי הכליאה. בפסק-דינו עמד בית המשפט קמא על חשיבותם של המערערים לפעילות ארגון חיזבאללה:

"שמעתי מפי העדים המומחים ובמיוחד כך, ממה שכתבו בחוות הדעת שלהם, פרטים ומידע על תשתית הטרור שהקים חזבאללה באזור עזה, את דרכי פעולתה בעבר ואת איפיוני פעילותה גם בעת הזו. לדעת המומחה "רוט", רצועת עזה מסתמנת כמאפיין הדומה ללבנון ושאיפת הארגון היא להופכה, בדרך מאפייני הלחימה, ככזו ולצורך כך הוא מגביר את ההליך התומך בכוח זה.

אין ספק, על פי מה שהוצג בפני, לשני הכלואים היה תפקיד חשוב בהקמת התשתית הזו, בשעתו, ובהתווית פעילות, אם בפח"ע ממש...בולט במיוחד, בהקשר זה, פלוני, דמות של מנהיג בשטח ומופעל חיזבאללה בכיר. גם פלוני איננו אדם מן השורה, שכן גם הוא בעל אישיות כריזמטית ופעל בתפקידים בכירים...

לפי שעה זו מסקנה נוספת, **מעצרים של השניים משיג גם תכלית סיכולית ממדרגה ראשונה**. הערכת שני המומחים היא, כי שחרורם מן המעצר, תסייע לחזבאללה בעידוד הפח"ע וערעור סיכוי ליציבות פנימית. מומחה השב"כ מעריך בסבירות גבוהה, כי השניים ישוב ולבצע פעילות טרור נגד המדינה, אם ישוחררו"

בית המשפט קמא הוסיף ועמד על משמעות שתיקת הכלואים במסגרת ההליך בפניו:

"יש מעמד ראייתי מכוח זה, גם לשתיקת כלוא, שנמנע מלומד דברים, או מלהביא ראיות כלשהן, כנגד מה שהובא מטעם המדינה. המנעות כזו מחזקת את עדויות המומחים ואת חוות הדעת שלהם, הכוללות מידע ופרטים אודות הכלואים"

וכן התייחס לטענה המערערים כי חלוף הזמן ממועד כליאתם מצדיק את שחרורם:

"בסופו של דבר סובר אני, כי שיני הזמן לא נגסו במסוכנותו של כל אחד מן השניים, באופן המקשה את עוקצה של זו. בנסיבות אלה אינני יכול לומר, כי אין בשחרור של כל אחד מן המשיבים הכלואים, כדי לפגוע בביטחון המדינה. בצד זה, לא הובאו בפני טעמים מיוחדים כלשהם המצדיקים את השחרור"

ההליך בע"פ 1757/07 מופנה כנגד החלטה זו.

35. לאחר שעמדנו על עיקרי העובדות הצריכות לענינו, נעבור לבחינה המשפטית של הוראות החוק. נעמוד תחילה על הרציונל העומד בבסיס החוק ועל הרקע לחקיקתו. לאמר מכך נבחן את עמידת סעיפי החוק בהוראות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבסוף נבחן את עמידתו של חוק זה בהוראות המשפט הבין-לאומי.

### **פרק ג' – עיקרי החוק, הרקע לחקיקתו והרציונל העומד בבסיסו**

36. מאז הקמתה נאלצת מדינת ישראל להתמודד עם פעולות לחימה וטרור המבוצעות נגדה על ידי מדינות וגופים שונים, ששמו להם למטרה לפגוע במדינה ובאזרחיה. בשנים האחרונות מתמודדת מדינת ישראל עם הטרור והשלכותיו בחזיתות השונות, וזאת בעיקר לנוכח הטרור הפלסטיני, ולנוכח הטרור המופעל על ידי ארגון החיזבאללה, הפועל נגדה בעיקר בגבול הצפון, אך גם ברצועת עזה, באזור יהודה ושומרון ובתוך מדינת ישראל. במקביל, שותפה מדינת ישראל במערכה העולמית נגד ארגוני הגיהאד העולמי ושלוחותיהם השונות. **ארגוני הטרור במעשיהם הם, מלמדים היטב על הסכנות הביטחוניות שעמן המדינה מתמודדת ושעימן צפויה היא להתמודד בעתיד.**

37. התמודדות עם פעולות לחימה וטרור של אויבי המדינה מבוצעת בדרכים רבות. בין היתר עושה המדינה פעולות, שמטרתן לפגוע בלוחמי האויב ובפעילי טרור ובתשתית המשרתת אותם, למנוע חדירתם של לוחמי אויב ופעילי טרור לשטחי המדינה, לתפוס לוחמי אויב ופעילי טרור מבעוד מועד – או לכל הפחות לאחר מעשה - וכיו"ב.
38. חלק מרכזי בהתמודדות עם פעולות לחימה, איבה וטרור המבוצעות נגד מדינת ישראל נעשה, מטבע הדברים, באמצעות כליאתם של אנשי כוחות אויב אשר נתפסו על ידי גורמי הביטחון. כאשר לוחם אויב נתפס על ידי גורמי הביטחון, וכל עוד נשקפת ממנו סכנה מהטעם ששיחרורו צפוי להביא לחידוש פעילותו נגד ביטחון המדינה, קיים אינטרס בטחוני ראשון במעלה שלא לשחררו. זאת מאחר **שרק באמצעות החזקתם של לוחמי האויב במעצר, מובטחת הפסקת מעורבותם בפעולות האיבה ומוסרת הסכנה הביטחונית הנשקפת מהם. עקרון זה, כפי שמפורט בתגובה זו, הוא בגדר מושכלת יסוד של כל התמודדות עם לוחמי אויב**, והוא העומד בבסיסה של הזכות העומדת לכל מדינה המצויה בעימות מזוין, שלא לשחרר את לוחמי האויב, שצפויים עם שחרורם לחזור ולהילחם בה. זכות בסיסית זו, נובעת מחובתה של מדינה להגן על עצמה ועל אזרחיה, והיא עומדת במבחנים משפטיים ומוסריים.
39. ברקע חקיקת החוק עמדה ההבנה, כי זכות יסוד זו, המעוגנת בכללי המשפט הבין-לאומי, ומשקפת מושכלות יסוד של הגנה על ביטחונה של מדינה, לא באה לידי ביטוי בצורה מפורשת בספר החוקים של מדינת ישראל. משכך, נועד החוק לעגן את הרציונל האמור, ככל שהוא מתייחס למי שנחשבים "לוחמים בלתי חוקיים" (ובכללם פעילי טרור, כפי שמפורט להלן בהרחבה), ולקבוע את ההסדרים המנהליים והמשפטיים הכרוכים בכליאתם של אלה.
40. מכאן נלמד כי הרציונל שבבסיס החוק והוראות החוק מתיישבים עם כללי המשפט הבין-לאומי ועם הוראות המשפט הפנימי. רציונל זה בא לידי ביטוי בסעיף 1 לחוק, המביא לידי ביטוי את מטרתו של החוק:
- "חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי"**
- כפי שנפרט בהמשך הדברים, החוק אכן עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי.
41. במסגרת סעיף 2 לחוק מוגדר לוחם בלתי חוקי, כ"אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה".
42. ההסדר העיקרי מעוגן בסעיף 3(א) לחוק, הקובע כדלהלן:
- "היה לרמטכ"ל יסוד סביר להניח כי אדם המוחזק בידי רשויות המדינה הוא לוחם בלתי חוקי, וכי שחרורו יפגע בביטחון המדינה, רשאי הוא להוציא צו בחתימת ידו, המורה על כליאתו במקום שיקבע (להלן - צו כליאה); צו כליאה יכול את הטעמים לכליאה וזאת בלי לפגוע בצורכי ביטחון המדינה."**
- כן חשוב להפנות לחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק:
- "לענין חוק זה, יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת."**
- ולקביעה בענין פעולות איבה, הקבועה בסעיף 8 לחוק:
- "קביעתו של שר הביטחון, בתעודה החתומה בידיו, 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 כן יוכח ההיפך."

43. החוק קובע מנגנון של ביקורת שיפוטית. תחילה חובה לקיים ביקורת שיפוטית תוך 14 יום לכל היותר מיום המעצר, ואחר כך חובה לקיים ביקורת שיפוטית חוזרת לכל היותר אחת לששה חודשים. ההסדר בעניין זה מעוגן בסעיף 5 לחוק. כן קבועים בחוק הסדרים נוספים, אליהם נתייחס בהמשך הדברים. כן ראוי להפנות ל תקנות כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תנאי כליאה), התשס"ב-2002, המסדירות את תנאי כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים.

44. יודגש, כי החוק הוא חוק כללי, אשר ניתן להחילו ביחס לכל מי שהם בגדר לוחמים בלתי חוקיים, אשר נטלו חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל או נמנו עם כוח המבצע פעולות איבה כאמור.

למותר לציין, כי החוק, כלשונו וכרוחו, אינו מתייחס לאנשים מסויימים, אינו מסייג את הפעלתו ביחס לאנשים מסויימים, ולא נועד להסדיר מקרה פרטני זה או אחר, אלא נועד הוא לתת למדינה כלים משפטיים להתמודד עם מציאות ביטחונית רחבה ובעייתית.

45. אמנם, הליכי חקיקתו של החוק החלו בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נ"ד(1) 721, (להלן: "**דנ"פ פלוניס**"), אשר עסק בתושבי לבנון שהוחזקו באותה עת בישראל מכוח צווי מעצר מינהליים, ובו נקבע כי אין סמכות להחזיקם במעצר אם הטעם היחיד לכך הוא צורכי שחרור שבויים ונעדרים. אולם מכאן ועד לטענת המערערים כי חקיקת החוק נועדה לאפשר החזקתם במעצר של עצורים לצורכי פדיון שבויים ותו-לא, המרחק רב.

בעקבות מתן פסק הדין בדנ"פ **פלוניס**, ולמידת הנושא בכללותו, הגיעו גורמי הביטחון והמשפט למסקנה כי קיימת "**לקונה**" חקיקתית בנדון, שכן אין בנמצא חוק שיסדיר באופן ייעודי את נושא החזקתם במעצר של לוחמים בלתי חוקיים, ושיעודו יהיה להסדיר את הוצאתם ממעגל פעולות האיבה נגד מדינת ישראל. אכן, קיים חוק המעצרים המנהליים, בו ניתן להשתמש במקרים מגוונים. אולם בהיעדר חוק ייעודי לנושא זה, לא תמיד ניתן היה להשתמש בחוק המעצרים המנהליים, כפי שיובהר בהמשך, ולא היתה זו המסגרת ההולמת והמתאימה על-מנת להתמודד עם הסיטואציה בה עסקינן.

לפיכך החליטה המדינה לפתוח בהליכי חקיקתו של חוק ייעודי שיאפשר להוציא אל מחוץ למעגל הלחימה לוחמים בלתי חוקיים, ובסוף התהליך, נחקק החוק נושא הדיון שפנינו.

46. בעניין זה נפנה לדבריו של כב' השופט כספי בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח'**, תק – מח 2003(1) 37926, בעמ' 42:

"כבר אמרתי, כי אין לבוא בטרוניה אל המחוקק, שביקש להסדיר תחום שלא היה מוסדר קודם לכן, או שלא הוסדר, לדעתו, כיאות. 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 הטרור למיניהם ומבקשת למנוע מאנשיהם, חזרה למעגל הלחימה, מה שבלא ספק יפגע בביטחונה ובביטחון אזרחיה ושלומם."

יפים לעניין זה גם דבריו של כב' השופט רובינשטיין, בערעור הקודם שהגישו המערערים על החלטתו של בית המשפט קמא, במסגרת הליכי הביקורת השיפוטית מכוח החוק (ע"פ 1221/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פדאור (לא פורסם) 06 (6) 44):

"החוק נחקק – כפי שהוצג לעיל – בניסיון להתמודד עם מצב שאינו ייחודי לאזורנו, בוודאי לאחר אירועי 11.9.01 בארה"ב, כשמהמדובר ב'עימות מזוין שאינו מגיע לכדי מלחמה', אך בולט במיוחד באזור זה; למלחמה ה'קלאסית' בין מדינות הצטרפה – ואולי אף כבשה חלק מרכזי – לוחמת ארגוני טרור; אנשיהם אינם באים בגדרה של אמנת ג'נבה השלישית מ-1949; לפרוטקולים מ-1977 הנלווים לאמנת ג'נבה לא הצטרפה ישראל, אך נדרשה דרך קבע לטפל במי שניהלו לוחמה בכסות אזרחית כזאת ואחרת נגדה, שלא כחלק מכוח צבאי מדינתי ובלא להחיל על עצמם את חוקי המלחמה כל עיקר. מטבע הדברים מתעוררת,

כמו בנושאים רבים שבאו ובאים לפני בית משפט זה, שאלת היחס בין ביטחון לזכויות העצורים. החוק הניח – כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק – הנחה של הקבלה מסוימת למצבם של שבויי מלחמה, במקרים שאין ליתן בהם מעמד זה עצמו, לפי אמנת גינבה השלישית מ-1949. שבויי מלחמה מוחזקים עד תום פעולות האיבה, ולכך כיוון החוק במקבילו, כדי למנוע שיבתם של הכלואים לפעולות איבה”

47. הנה כי כן, החוק ניזום לתכלית אחת ברורה – עיגון הסמכות הקבועה במשפט הבין-לאומי, המאפשרת להחזיק לוחמים בלתי חוקיים של האויב במעצר, בנסיבות בהן שחרורם צפוי לסכן את ביטחון המדינה.
48. תכלית זו שביסוד החוק הודגשה בדיוני ועדת הכנסת, על ידי נציגיהם המוסמכים של משרד הביטחון ומשרד המשפטים, אשר הציגו את הצעת החוק בפני הועדה ואשר ליוו את הליך חקיקת החוק לכל אורכו.
- צילום הצעת החוק מצורף ומסומן מש/5.
49. יתירה מזו, תכלית זו עולה במפורש מעיון בדברי ההסבר להצעת החוק שהגישה הממשלה, בהם נכתב: כדלקמן:

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

(הצעות חוק 2883 מיום י"ב בסיון התש"ס (14 ביוני 2000), עמוד 416).

וביחס לסעיף 3 להצעת החוק נכתב:

”סעיף זה מבטא את הרעיון, המעוגן במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ולפיו ניתן להחזיק באנשי כוח האויב כל עוד נמשכות פעולות האיבה, כדי שהללו לא יחזרו למעגל הלחימה. הגיון זה חל הן ביחס ללוחמים חוקיים, הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, והן, מקל וחומר, ביחס לאנשי כוח האויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.”

50. ההסברים בדבר תכליתו של החוק הוצגו, בצורה מפורטת ומלאה בדיוני ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, לרבות על ידי אנשי שם מעולם המשפט, ונציגי היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות הצבאית הראשית.
51. בין השאר, במסגרת זו גם הוסבר, מהו החסר הקיים בדין הפנימי שהחוק נועד למלא. בענין זה הובהר, כי בחקיקה הקיימת אמנם קיימים מספר הסדרים חקיקתיים שמאפשרים לנקוט בצעדים שונים נגד לוחמים בלתי חוקיים, אולם גם הובהר מדוע כל אחד מדברי חקיקה אלה, אינו נותן מענה שלם לבעיה שהוצגה לעיל. להלן נביא בתמצית הסברים אלה.

א. חוק העונשין, תשל"ז-1977 – נועד לאפשר העמדה לדין בגין מעשים פלילים. אכן חוק העונשין ישים לעיתים גם ביחס ללוחמים בלתי חוקיים, ואולם, לעיתים אין הוא נותן מענה לצורך בכליאתו של הלוחם הבלתי חוקי, כך למשל, חוק זה אינו מאפשר מניעת שחרורו של לוחם אויב, מקום שקיים קושי ראייתי המונע ניהול משפט פלילי. בנוסף, חוק זה, אף אם הופעל נגד לוחם בלתי חוקי, ואף אם בגינו נשפט אותו לוחם, הורשע ונדון למאסר, אינו מונע כלל ועיקר את הסכנה צופה פני עתיד אשר יכולה להשקף מאותו לוחם בלתי חוקי, עת מסיים הלה לרצות את תקופת מאסרו, במקרה שבו גם לאחר סיום המאסר צפוי הלוחם הבלתי חוקי לחזור לשורות הארגון שאליו הוא משתייך במטרה להמשיך לבצע פעולות איבה כנגד המדינה. לפיכך, חוק זה אינו נותן את המענה הנדרש לענייננו. מכל מקום מטרתו של חוק זה היא עונשית ולא מניעתית, ולפיכך הוא אינו רלוונטי ישירות לענייננו.

ב. חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, אף הוא מאפשר לעתים לעצור לוחם בלתי חוקי, וזאת כאמצעי למניעת מסוכנותו בעתיד. אלא שחוק זה נועד מיסודו, ליתן למדינה דרך להתמודד עם מי שמסכנים אותה מבפנים (ובראש ובראשונה, תושבי המדינה), ומלכתחילה, הוא לא נועד להסדיר

**מצבי לחימה והתמודדות עם כוחות אויב**. לכך נוסף, כי חוק זה נועד ככלל מעצם טיבו וטבעו להפעלה לתקופות קצרות יחסית, אף כי כמובן אין מניעה להפעילו גם לזמן ארוך, אם קיימות נסיבות המצדיקות זאת. בנוסף, על פי הפרקטיקה והפסיקה, הדגש בנושא המעצר המנהלי הוא על קיומו של מידע ספציפי המלמד על כוונותיו של העצור כראיה למסוכנותו, ולא על עצם השתייכותו לגורם עוין, כגון ארגון טרור הנמצא במצב של לחימה מול ישראל, כראיה למסוכנותו העתידית. נמצא, כי **חוק זה לא נועד מעיקרו להסדרת בעיות כגון הבעיה בה עסקינו, היינו בעיית החזקתם במעצר של לוחמים בלתי חוקיים, ועל כן ודאי שהיה מקום להסדרת הנושא בחקיקה ייעודית שתדון ישירות בנושא זה ותקבע לכך את ההסדרים הראויים**.

ג. **תחיקת הביטחון** - בחקיקה זו, אשר הוצאה בתוקף סמכותו של המפקד הצבאי במסגרת הממשל הצבאי באיו"ש (ובעבר גם באזח"ע, עד ליישום תוכנית ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי ביום 12.9.05) נקבעו גם הסדרים למעצרים של מי שמסכנים את הביטחון, הן במסגרת הליך פלילי והן במסגרת הליך מנהלי. הסדרים אלו מצויים בצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל – 1970, וכן בצו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1226), התשמ"ח – 1988, ובעבר גם במקביליהם באזח"ע. יצוין, כי תחולתם של דברי חקיקה אלו מוגבלת לתחומי ריבונותו של המפקד הצבאי, אשר בתוקף סמכותו הוצאו. בהתאם, ההסדר המצוי בתחיקת הביטחון יכול להיות ישים לעתים כלפי לוחמים בלתי חוקיים, הפועלים בשטח בו חלה תחיקת הביטחון. מכל מקום, אין הסדרים אלו רלבנטיים ללוחמים בלתי חוקיים שאינם מצויים בשטח בו חלה תחיקת הביטחון. כפי שיובהר עוד בהרחבה, עם יציאתם של כוחות צה"ל מרצועת עזה, אין מסגרת דיונית זו רלוונטית כלל לתושבי עזה המסכנים את בטחון המדינה, וזאת החל מאז יום 12.9.05.

52. מן האמור לעיל עולה, כי בחקיקה הישראלית (וגם בתחיקת הביטחון) לא היה מענה ייעודי לסוג המצבים שעמם נועד להתמודד החוק החדש.
53. כאמור, סוגיה זו נדונה ביסודיות בעקבות מתן פסק הדין בדנ"פ פלונים. לאחר שנמצא כי אכן במקרים מסוימים אין בידי המדינה כלים משפטיים מתאימים, ולפיכך הגיעו גורמי הביטחון והמשפט למסקנה כי יש מקום לתיקון חקיקה בנושא, שיעמוד בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי. משנמצא הדבר, הוצגה ההצעה בפני הרשות המחוקקת וזכתה לתמיכתה.
54. ראוי לציין, כי הן מעצר בהתאם לחוק המעצרים והן מעצר בהתאם להוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, הינם שניהם מעצרים **מינהליים**, במובן זה שהם נעשים על ידי רשות מנהלית ולא בעקבות הליך שיפוטי, וזאת להבדיל ממעצר המבוצע בהתאם להוראות הדין הפלילי, שהינו מעצר **פלילי**. במסגרת הערעור טוענים כאמור המערערים כי בהוראות החוק יש כדי ליצור סוג מעצר נוסף, שלישי, שאינו נמנה על הסוגים שפורטו לעיל. כפי שהובהר בהרחבה לעיל, יש לדחות טענה זו על הסף. אין המדובר בסוג מעצר חדש, כי אם במעצר מינהלי (קרי, מעצר המבוצע על-ידי רשות מינהלית, ולא על ידי רשות שיפוטית במסגרת הליך הפלילי), שמאפייניו הולמים במיוחד ומותאמים למעצרים **המינהלי** של לוחמים בלתי-חוקיים. נציין שוב, כי דחיית טענה זו שומטת את הבסיס תחת טענות רבות שהועלו על ידי המערערים, המכירים בכך שעל פי כללי המשפט הבין לאומי קמה סמכות לעוצרם במעצר מינהלי, אולם בטיעון משפטי "מתחכם" ביקשו להימנע מכך, בטענה שמעצר מכח החוק אינו מעצר מינהלי, ולא היא, כאמור.
55. להשלמת הטיעון ראוי להוסיף ולציין, כי אכן יתכן בהחלט כי החזקתם של לוחמי אויב מכוח החוק ומניעת שחרורם, עשויה לסייע למדינת ישראל גם בהיבטים של שחרור השבויים והנעדרים הישראליים. עם זאת, תוצאה זו הינה בגדר **תוצאת לוואי** לתכלית העיקרית של הצעת החוק – מניעת חזרתם של לוחמי אויב למעגל הלחימה – ואינה בגדר מטרת החוק או תכליתו. תוצאת לוואי זו אינה פוסלת את החוק ואין בה כל פגם, מוסרי או משפטי, כפי שאין פגם בכך שמדינה מחזיקה בידה שבויי מלחמה, שאף הם עשויים להשתחרר במסגרת חילופי שבויים.
- ראוי להדגיש נקודה זו – המערערים אינם חולקים על זכותה של המדינה להחזיק עד לתום פעולות האיבה לוחמים חוקיים שנתפסו על-ידיה. עיקרון זה מעוגן באופן מפורש באמנת ג'נבה השלישית. אמנם להחזקתם של לוחמים חוקיים עשויות להיות תוצאות לוואי במישור של שחרור השבויים והנעדרים (שכן ניתן יהיה להחליפם בעסקה לחלופי שבויים), אולם בעובדה זו כשלעצמה, אין כדי לשלול את הלגיטימיות של החזקתם של שבויי המלחמה. לטעמה של המדינה, אין שום טעם היכול להצדיק את העדפתם של המערערים, שהינם לוחמים בלתי-חוקיים, על-פני לוחמים חוקיים.
56. לא למותר יהיה גם להדגיש, בענין זה, כי החוק אינו מיועד לחול על אזרחים תמימים, אשר אין להם דבר עם פעילות חבלנית ופעולות איבה כנגד מדינת ישראל, וכל תכלית החזקתם היא למטרת "פדיון שבויים". עניינו של החוק אך ורק באנשי כוחות אויב או במי שנמנו עליהם במצב של לחימה מתמשכת, אשר טעמים מניעתיים מחייבים את אי שחרורם ואת אי החזרתם למעגל הלחימה בישראל.

57. נבקש להתייחס בקצרה גם לטענת המערערים, כאילו יש בחוק כדי לעקוף את פסק דינו של ביהמ"ש העליון **בדנ"פ פלוניס**. בבחינת העובדות ביחס למערערים אשר בפנינו, ניתן להגיע למסקנה כי טענה זו משוללת כל יסוד.

58. במסגרת פסק הדין בדנ"פ האמור, פסק בית המשפט הנכבד, כי העילה של פדיון שבויים כשלעצמה, אינה מצדיקה החזקה במעצר מינהלי מכח חוק המעצרים המינהליים. קביעה זו הביאה לשיחרורם של 13 עצורים לבנונים. עם זאת, בית המשפט לא קבע עמדה לענין החזקתם של לוחמי אויב, שלא על בסיס עילה של "פדיון שבויים", ולא חיווה את דעתו לענין החזקת לוחמי אויב מכוח סמכות אחרת שבדין. ממילא, החוק דן, אינו סותר או עוקף את פסיקת בית המשפט העליון בעניין זה.

59. יתירה מזו, טיוטה של הצעת החוק דן, הוצגה בפני בית המשפט העליון במסגרת ההליך המשפטי שהתנהל בבג"ץ 2967/00 **בתיא ארד נ' כנסת ישראל ואח'**, פ"ד נד (2) 188, הליך שהתנהל זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בדנ"פ פלוניס, ולבית המשפט הובהר כי קיימת כוונה לחוקק חוק שיאפשר מעצרים של לוחמים בלתי חוקיים. בית המשפט התייחס ליוזמה זו, וקבע כי אין בהליכי חקיקת חוק שכזה משום ניסיון לעקוף את שנקבע בדנ"פ פלוניס. כדברי כב' הנשיא (בדימוס) ברק, שנכתבו בהסכמת חבריו:

"מדינת חוק אינה יכולה לפעול בניגוד לחוק גם כאשר מדובר בשבויים ונעדרים. 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 דיננו בדנ"פ 7048/97. בית המשפט אמר דברו באשר למשפט הקיים. זה כוחו וזה תפקידו. הכנסת רשאית לשנות המצב הקיים. זה כוחה וזה תפקידה. זוהי הפרדת הרשויות הראויה."

כאמור לעיל, במקרה דנן תכליתו של החוק היתה ממילא שונה, והיא נועדה למנוע שחרורם של לוחמים בלתי חוקיים, שאם ישוחררו יחזרו להילחם כנגד ישראל.

## פרק ד': עמידתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

### חלק א' - מבוא

60. כפי שיפורט להלן בהרחבה, עמדת המשיבה הינה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי. עם זאת, מאחר שהמדובר בדבר חקיקה של הכנסת, המסגרת המתאימה לבחינתו הן הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ופיסקת ההגבלה המעוגנת במסגרת חוק היסוד.
61. המערערים טוענים, כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטענתם, החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל; הוא נועד לתכלית שאינה ראויה; והוא פוגע בזכות יסוד למעלה מן הנדרש. בגין כל אחת משלוש הטענות הללו נטען כי מדובר בחוק בלתי חוקתי שיש להכריז על בטלותו. המערערים מבקשים באופן גורף כי בית המשפט הנכבד יורה על בטלות סעיפים 8-1, 9(ב) ו-11 לחוק.
62. המדינה סבורה כי דין טענות אלו להידחות, הן באופן כללי, והן באופן ספציפי, בכל הנוגע לכל אחת מהוראות החוק, שביטולן מתבקש במסגרת הליך זה.
63. המשיבה סבורה כי במסגרת הניתוח החוקתי יש מקום להבחין בין טענות המופנות כלפי ההסדר הכללי המעוגן בחוק, המתיר לרמטכ"ל להוציא צו המורה על כליאתו של "לוחם בלתי חוקי", לבין ההסדרים הפרטניים הנלווים לכך, הנוגעים לזכות הטיעון המוענקת לכלואים עובר להוצאת צו הכליאה; להליכי הביקורת השיפוטית; לזהות הגורם המוסמך להורות על הוצאת צו הכליאה; למניעת המפגש של הכלוא עם עורך-דינו ולאפשרות לנקיטה בהליכים פליליים כנגד הכלוא במקביל להחזקתו במעצר מכוח החוק.
64. אופי הטענות החוקתיות המועלות על-ידי המערערים, בכל הנוגע להסדר העיקרי המעוגן בחוק הינו ברור. נטען כי הסדר זה פוגע בזכות לחירות, ואינו מקיים את חוק היסוד. לא כך הם פני הדברים בכל הנוגע לטענות הקשורות להסדרים הפרטניים הנלווים בכך. המערערים אינם מבהירים בכתב הערעור באופן מפורש אילו **זכויות חוקתיות** נפגעו, כתוצאה מהסדרים אלו, ומהי העילה להתערבותו של בית משפט נכבד זה בדבר חקיקה של הכנסת. לפיכך, עמדת המשיבים הינה כי בכל הנוגע להסדרים הפרטניים, המערערים לא הרימו את הרף המינימלי הנדרש ולא הוכיחו מהי הזכות החוקתית שנפגעה. די בכך כדי להצדיק את דחיית טענות אלו. בנסיבות אלו, נבקש להתמקד בהמשך הדברים בטענות הנוגעות להסדר העיקרי. עם זאת, נתייחס בקצרה גם לשלל טענות המערערים לגבי יתר סעיפי החוק (תוך שאנו עומדים על הטענה כי המערערים לא הרימו את הנטל הראשוני להוכיח מהי הזכות החוקתית הנפגעת).

### חלק ב' - חוקתיות ההסדר העיקרי המעוגן בחוק

65. הניתוח החוקתי שפיתח בית המשפט העליון מבוסס על ניתוח תלת שלבי:

"השלב הראשון בוחן אם החוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית לענין חוקי היסוד... בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכויות האדם היא כדין. בשלב זה נבחנת השאלה אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, לא כל פגיעה בזכות אדם היא פגיעה שלא כדין. לא פעם פוגע חוק בזכות אדם חוקתית, אך חוקתיותו של החוק עומדת בעינה, שכן הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה... אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה אינה כדין, עובר הניתוח לשלב הבא. שלב שלישי זה בוחן את תוצאות אי החוקתיות. זהו שלב הסעד."

ראו: בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת** (טרם פורסם) בפסקה 20 לפסק דינו של הנשיא א' ברק. (להלן: "עניין התנועה לאיכות השלטון").

66. להלן נבקש לנתח את ההסדר העיקרי המעוגן במסגרת חוק הלב"ח - המסמך את הרמטכ"ל להוציא צו לכליאתו של אדם, שיש לו יסוד סביר להניח כי הינו לוחם בלתי חוקי, וכי שחרורו יפגע בביטחון המדינה - בהתאם למיתווה זה.

### 1. ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ותכלית החוק

67. תכליתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים הינה "להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי" (סעיף 1 לחוק). בהתאם לאמור, סעיף 3 לחוק קובע כי הרמטכ"ל



רשאי להורות על כליאתו של "לוחם בלתי חוקי" באם יש לו יסוד סביר להניח כי שחרורו יפגע בביטחון המדינה. זה הוא ההסדר העיקרי המעוגן בחוק.

68. טענות המערערים בעניין זה נשענות על הנחות בלתי מבוססות. הטענה העיקרית המועלית על-ידי המערערים כנגד הסדר זה הינה כי תכליתו היא לאפשר החזקת "בני ערובה" בישראל, בניגוד לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בדנ"פ פלוניס. נטען, כי תכלית זו אינה ראויה והיא אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
69. בנוסף, המערערים טוענים כי מעצרו של אדם ללא הליך משפטי נאות סותר את ערכיה של מדינת ישראל ואינו בגדר תכלית ראויה.
70. עמדת המדינה הינה כי דין טענות המערערים להידחות, שכן החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ונועד לתכלית ראויה.
71. כאמור לעיל, נקודת המוצא העקרונית היא, כי כליאתו של אדם הינה בראש ובראשונה פגיעה בחירותו. זכות זו מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
72. יחד עם זאת, ככל זכות אחרת, גם זכות זו הינה יחסית, והיא עשויה לסגת מפני זכויות ואינטרסים אחרים. עמד על כך בית המשפט הנכבד בפרשת עג'ורי:

"זכותו של אדם לכבודו, לחירותו ולקניינו אינן זכויות מוחלטות. אלה הן זכויות יחסיות. ניתן לפגוע בהן כדי לקיים את זכויותיהם של אחרים, או את מטרותיו של הכלל. אכן, זכויות האדם אינן זכויותיו על אי בודד. אלה הן זכויותיו כחלק מחברה. על כן הן ניתנות להגבלה כדי לקיים זכויות דומות בידי בני החברה האחרים. הן ניתנות לפגיעה כדי לקדם מטרות חברתיות ראויות, אשר בסופו של יום יקדמו את זכויות האדם עצמן. אכן, זכות האדם וההגבלה עליה יונקות ממקור משותף, שעניינו זכותו של האדם בחברה הדמוקרטית." [שם, סעיף 15]

73. מעצרו של אדם מטעמי ביטחון שונים, הוא מעצר שהוכר זה מכבר ידי המשפט הישראלי, והוא מוכר ולגיטימי אף במשפט הבין-לאומי (ראו הניתוח המפורט להלן).
74. כפי שפורט בהרחבה לעיל, מטרת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים היא להעניק בידי מדינת ישראל כלי משפטי, המעוגן במשפט הבין-לאומי, המאפשר להחזיק במעצר אדם אשר נשקפת ממנו, באופן אישי, סכנה לביטחונה של מדינת ישראל, ולמנוע חזרתו לחימה נגד ישראל. בנסיבות כאלה, כפי שעולה מכללי המשפט הבין-לאומי לרבות מאמנת ג'נבה הרביעית, ניתן להפעיל את סמכות המעצר.
- התכלית הניצבת ביסוד החוק הינה אפוא הגנה על בטחון המדינה ותושביה. תכלית זו ודאי תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והינה תכלית ראויה. האם ניתן ברצינות לטעון כי מעצרו של לוחם בלתי חוקי, ששחרורו מסכן את ישראל, אינו לתכלית ראויה ואינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית?

75. המדינה תבקש לדחות מכל וכל את טענת המערערים כאילו תכליתו של החוק הינה לאפשר החזקתם של "בני ערובה". לקיחת "בני ערובה", כמשמעותה בכללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, אינה חלק ממטרות החוק, היא אינה מעוגנת בו, ואינה מוסדרת בהוראותיו.

תכליתו של החוק היא כאמור, לאפשר את כליאתם של מי שנשקפת מהם סכנה לביטחון המדינה, כאשר שיחורם עלול להביא לחזרתם למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל. בכך לא נפל כל פגם.

מופרכות טענת המערערים נלמדת גם מעניינם הפרטני, שכן במועד שבו החליט הרמטכ"ל להורות על מעצרו כלוחמים בלתי חוקיים, לא היו "שבויים" ישראלים מוחזקים כלל בידי ארגוני הטרור בעזה ולמרות זאת המערערים נעצרו. עובדה זו, כשלעצמה, מפריכה את טענתם.

76. המשיבה טענה כי יש לדחות אף את טענות המערערים, בעניין אופיו של הליך המעצר המינהלי. יש לזכור כי המעצר המינהלי מוכר בשיטתנו המשפטית, הן במסגרת המשפט הפנימי (מכוח חוק המעצרים) והן מזה שנים ארוכות בדיני האזור.

מעצרים מינהליים מכוח החוק ומכוח תחיקת הביטחון באיו"ש (ובעבר גם ברצועת עזה) מובאים חדשות לבקרים לפתחו של בית משפט נכבד זה, והם מוכרים כאחד האמצעים החיוניים להגנה על שלומה של המדינה

ובטחון אזרחיה ותושביה. זאת לא רק בישראל, כי אם במדינות נוספות במערב, הנדרשות להתמודד עם פעולות טרור. ודאי כי התכלית הניצבת בבסיס מעצרים אלו – שמירה על ביטחון המדינה ושלומו של הציבור – הינה ראויה והולמת את ערכיה של המדינה.

77. לכל אורך הטיעון, המערערים טוענים כי החוק יוצר סוג מעצר חדש, שאינו מעצר פלילי ואינו מעצר מינהלי. מהנחה זו מבקשים המערערים לגזור מסקנות משפטיות שונות. אלא שכאמור לעיל, יש לדחות טענה זו מכל וכל. חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים יוצר מנגנון של מעצר מינהלי, המקביל באופיו לחוק המעצרים המינהליים, אלא שהוא נועד ליתן מענה לסיטואציה הייחודית של לוחם בלתי-חוקי שנעצר על-ידי מדינת ישראל בדרך של מעצר על ידי רשות מנהלית, שלא בדרך של הליך פלילי.

78. עוד נטען על ידי המערערים, כי חוק המעצרים המינהליים לא נבחן לאחר חקיקת חוקי היסוד. בעניין זה נבקש להפנות את המערערים לדבריו של בית המשפט המחוזי בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח' בעמ' 18** :

**"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 ללא משפט... 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... 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 המינהליים (או גם מכוח חקיקה קודמת) או הוטל בו דופי, לא רק מחמת היותה של החקיקה הזו משוריינת מכוח ההוראות בדבר שמירת דינים, **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."

79. יש לזכור, כי חוק היסוד מכיר בצורך להגביל במקרים ובנסיבות מסוימות את החירות האישית וזאת כדי להגן על זכויות אחרות ואינטרסים ציבוריים. לא כל פגיעה בחירות האישית עומדת בניגוד לחוק היסוד, שכן אף זו, כמו כל זכות אחרת, אינה מוחלטת. ממילא, ברי כי השימוש בכלי של "מעצר מינהלי" עולה בקנה אחד עם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ונועד לתכלית ראויה. יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט (בדימוס) זמיר בבג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נב(3) 346, שניתן לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו :

**"...המעצר המינהלי, גם אם הוא מגונה, הרי הוא הכרחי. טעמים כאלה מאפשרים לומר, במקרה של מעצר מינהלי, כי השיקול של קדושת החיים גובר על השיקול של חירות האדם**. אכן, גם מדינות נאורות אחרות, כמו אנגליה וארצות-הברית, ראו הכרח לעצמן, במצב של סכנה לביטחון הלאומי, לנקוט דרך של מעצר מינהלי"

כן ראו: **דנ"פ פלונים**; בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' **מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד נ(6) 721 ("תכליתו של [חוק המעצרים המינהליים] הינה לשמור על ביטחון המדינה אך בה בעת לשמור על כבודו ועל חירותו של האדם");

ראוי להעיר, כי טענות המערערים כלפי עצם החזקה במעצר מסוג של מעצר מינהלי, אינן עולות בקנה אחד עם טענה נוספת המועלית על-ידם, כי יש להמיר את החזקתם במעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי

חוקיים במעצר מכוח חוק המעצרים המינהליים. טענות אלו אינן עולות בקנה אחד, ונדמה כי המערערים מדברים בעניין זה "בשני קולות".

80. לאור כל האמור לעיל, עמדת המדינה הינה כי חוק לוחמים בלתי-חוקיים וההסדר העיקרי בו, המעוגן בסעיף 3 לחוק, הולמים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ונועדו לתכלית ראויה.

## 2. הטענה לפיה חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו עומד במבחן המידתיות

81. המערערים טוענים כי החוק אינו מקיים את מבחני המידתיות - מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי – וכי מטעם זה יש להורות על בטלותו של החוק. דין הטענה להידחות.

### מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי

82. טענתם של המערערים בעניין זה הינה כאילו אין מתאם בין תכלית החוק לבין האמצעי שנבחר. אלא שטענתם יוצאת מתוך הנחה כי החוק נועד להחזקת הכלואים בישראל כקלפי מיקוח לשם קידום המשא ומתן להחזרת השבויים והנעדרים.

83. כפי שבואר לעיל בהרחבה, **הנחה זו שגויה לחלוטין**. מאחר שתכלית החוק הינה להרחיק לוחמים בלתי חוקיים ממעגל הלחימה, ברור כי האמצעי שנבחר לשם כך הינו תואם וסביר, ועל כן הטענה במישור זה הינה חסרת בסיס. בענין זה נקבעו הדברים באופן ברור בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח' בעמ' 36** :

"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."

84. תכליתו של החוק הינה, כאמור לעיל, לאפשר את כליאתם של מי שנשקפת מהם סכנה לביטחון המדינה, כאשר שיחרורם עלול להביא לחזרתם למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל. ברי כי סמכות המעצר המעוגנת בסעיף 3 לחוק הולמת את התכלית האמורה, וממילא, מתקיים בנסיבות אלו מבחן ההתאמה.

### מבחן האמצעי שמידתו פחותה

85. בענין זה טוענים המערערים כי ניתן לנקוט נגד לוחמים בלתי חוקיים בהליך, אשר יפגע במידה פחותה יותר בזכויותיהם, כגון העמדתם **לדין פלילי**, הכרזה עליהם **כשבויי מלחמה**, או החזקתם במעצר מינהלי מכח חוק המעצרים המינהליים.

86. כפי שמפורט להלן בהרחבה, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נועד לעגן במשפט הישראלי עקרונות של המשפט הבין-לאומי, תוך מילוי **חסר** שהיה קיים ביחס להסדרת החזקתם של לוחמים בלתי חוקיים. ביחס לאנשים אלה, הכלים המשפטיים הקיימים, שלא גובשו לצורך התמודדות עם סיטואציה מלחמתית (בין מלחמה במדינה זרה ובין בגורמי טרור) אינם נותנים תמיד מענה מספק.

87. **העמדה לדין פלילי** - כאמור לעיל, פתרון זה עשוי להיות בלתי ישים או למצער בעייתי, בשל קשיים ראיתיים שונים וסיבות נוספות אחרות.

בנוסף, לעיתים אין די באמצעי זה שכן, לאחר שלוחם שכזה נשפט ומרצה מאסרו, עדיין עלול הוא לסכן את המדינה, ככל שקיים חשש ממשי כי הוא יחזור ויצטרף לארגון הנלחם בישראל. גם לענין זה נפנה לב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח' בעמ' 38** :

"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 לשורות הארגון וייטול 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."

88. אשר **למעצר מנהלי** עפ"י חוק המעצרים המינהליים: חוק זה נועד – בראש ובראשונה, להסדיר יחסים בין **מדינה לתושביה**, בשעת חירום, כלפי אלו המסכנים אותה מבפנים. חוק המעצרים המנהליים, על הגבלותיו

שגובשו בפסיקה לאורך השנים, אינו מיועד להתמודדות עם תופעת הלוחמים הבלתי חוקיים, לא נועד להסדיר מצבי לחימה והתמודדות עם כוחות אויב, ואינו נותן תמיד מענה מספק במצבים אלה. חוק המעצרים נועד מטבעו להפעלה לתקופות קצרות יחסית, אם כי ניתן להעלות על הדעת החזקת אנשים במעצר מכוחו, לתקופות ארוכות, בנסיבות המתאימות. וראה גם בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח' בעמ' 37 :

"אם זו תכלית החוק, הרי שחוק המעצרים המנהליים לא יסכון לענייננו. "

ובהמשך הדברים :

"...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."

89. עמדת המדינה הינה כי אין מדובר בהליכים מקבילים ושווים, אלא בהליכים אשר נועדו לשרת תכליות שונות. משכך הבחירה היא בהליך הראוי, המתאים יותר לנסיבותיהם של המערערים. יובהר כי אומנם חוק המעצרים מיועד להסדרת היחסים בין המדינה לתושביה מקום בו נשקפת מהם סכנה לביטחונה, אולם, אין ללמוד מכך, כי לא ניתן יהיה בעתיד לעשות שימוש בחוק המעצרים כנגד תושבי רצועת עזה או כנגד תושבי חוץ בנסיבות אשר יצדיקו זאת.

90. עמדת המדינה הינה כי לעת הזאת, לאחר סיום התפיסה הלוחמתית בחבל עזה, ההליך המשפטי המתאים יותר למשיבים הוא חוק לוחמים בלתי חוקיים. אולם, אין בהליכה לפי חוק זה, כדי לשלול בעתיד, אפשרות נקיטת הליך מעצר מינהלי כנגד תושב רצועת עזה או תושב חוץ אחר, במקרים בהם תהא המדינה סבורה כי זהו ההליך ההולם את הנסיבות. כך יכול שיעשה למשל, כאשר ידובר בתושב עזה שאינו נמנה על ארגון טרור, אך בכל זאת הוא מסכן את בטחון המדינה.

91. עניינם של המערערים נבחן לאור המעשים המיוחדים להם, שיוכם הארגוני, פעילות הארגון כנגד מדינת ישראל, מעמדם בתשתית, והחשש שעם שחרורם ישובו וישתלבו בפעילות התשתית הארגונית להם שייכים. נמצא כי ההליך לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הוא ההליך ההולם ביותר את נסיבות החזקתם במשמורת המדינה. כאמור, ניתן להעלות על הדעת מקרים אחרים בהם השימוש בחוק המעצרים המינהליים יהלום יותר את הנסיבות, אולם מקרים אלו אינם רלבנטיים למערערים.

92. טענתם של המערערים לפיה יש להעדיף הליך של מעצר מינהלי על פני הליך כליאה לפי החוק, יש בה אף כדי להטעות. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אינו מייתר את המעצר המנהלי או בא במקומו ולהיפך. ניתן להעלות על הדעת מקרים בהם ישוחרר אדם ממעצר מנהלי, ועם שחרורו יוצא כנגדו צו כליאה מכוח החוק. במצב דברים זה, כאשר עומדת בפני המדינה, מלכתחילה, אפשרות בחירה במסלול המשפטי המתאים יותר, יועדף חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

המערערים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יורה על החזקתם במעצר מינהלי מכוח חוק המעצרים מינהליים חלף החזקתם מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים. אלא שגם לו היו מוחזקים המערערים מכוח חוק המעצרים המינהליים, ובית המשפט היה מורה על שחרורם, עדיין ניתן היה להורות על מעצרו מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, ובית המשפט היה נדרש לבחון מעצר זה, מכוח הוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים. בנסיבות אלו, ברי כי יש לבחור מלכתחילה במסלול המשפטי המתאים יותר – החזקה מכוח חוק הלב"ח.

93. אשר לבקשת המערערים להכריז עליהם כשבויי מלחמה – הרי שהכלואים ושכמותם אינם עומדים בתנאים הרלוונטים שבדיני המלחמה לענין זה. ממילא, בנסיבות אלו, אין מקום להחזקתם כשבויי מלחמה. נזכיר, כי החוק קובע במפורש שהוא מיועד לחול רק על מי שלא מתקיימים לגבי התנאים המקנים לו מעמד של שבוי מלחמה (סעי' 2 לחוק).

בענין זה נבקש להפנות לפסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2967/00 בתיא ארד ואח' נ' כנסת ישראל ואח' פ"ד נד (2) 188, בעמ' 190, שם נקבע ביחס לעצורים לבנוניים שהוחזקו עד אז במעצר מנהלי, כדלקמן :

"הארגונים אליהם השתייכו העצורים הלבנוניים הם ארגוני טרור, הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה. כך, למשל, ארגונים אלה פוגעים במתכוון באזרחים ויורים מתוך אוכלוסייה אזרחית, המשמשת להם כמגן. כל אלה הן פעולות הנוגדות את

המשפט הבין-לאומי. אכן, עמדתה העקבית של ישראל היתה כל השנים, שלא לראות בארגונים השונים, כגון החיזבאללה, ארגונים שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליהם. לא מצאנו עילה להתערב בעמדה זו".

אשר על כן, אין ממש בטענת המערערים כי יש להחזיקם כשבויי מלחמה.

לסיכום ענין זה נבקש להפנות, לדבריו של בית המשפט קמא, אשר קבע כי:

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

באשר לאפשרות לראותם כשבויי מלחמה, הרי שזו איננה קיימת. עמדתה העקבית של מדינת ישראל, היא שלא לראות בעצורים מסוגם של המשיבים, שבויי מלחמה, מאחר ואין הם עומדים בתנאי סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית. די בכך שאין הם נוהגים בפעולותיהם לפי דיני המלחמה ומנהגיה כדי לשלול מהם...מעמד זה. עמדה זו זכתה להכרה בפסיקה.

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. 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 וייטול חלק בפעילותו כנגד מדינת ישראל.

[ובכל הנוגע למעצר המערערים במעצר מינהלי] מקובלת עלי השקפת המדינה...[כי] אין המדובר בבחירת אמצעים אנכיים, בסולם ההולך ועולה של אמצעים...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...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"

94. לאור האמור, עמדת המדינה הינה כי ההסדר העיקרי המעוגן בסעיף 3 לחוק מקיים את המבחן השני של המידתיות – מבחן "האמצעי שמידתו פחותה".

מבחן האמצעי המידתי (מידתיות במובן "הצר")

95. לטענת המערערים, אין כל יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מהחוק לבין הנזק שייגרם לזכויות האדם והפרט ממנו. לטענתם הותרת החוק על כנו תגרום נזק לזכויות האדם בישראל ולצביונה הדמוקרטי של המדינה.
96. המדינה תטען כי יש לדחות טענה זו. חוק לוחמים בלתי-חוקיים נועד לתכלית בעלת חשיבות רבה – שמירה על שלום הציבור וביטחונו, ומתן הגנה לציבור מפני הסכנות הטמונות בשחרור לוחמי אויב וחזרתם למעגל הלחימה. החוק אינו מפר זכויות אדם ואינו ראוי לביקורת בין-לאומית, אלא דווקא לתמיכתה של הקהילה הבין-לאומית, הנאבקת בטרור. זכויות אדם אינן רק זכויותיהם של לוחמים בלתי חוקיים, אלא גם זכויותיהם של קורבנות פוטנציאליים של מעשי טרור וארגוני טרור.
- כפי שעוד יפורט בהרחבה, חוק זה אף עולה בקנה אחד עם העקרונות המעוגנים במשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי מכיר בצורך החיוני בהחזקתם של לוחמים חוקיים כשבויי מלחמה ובהחזקתם של לוחמים בלתי-חוקיים כעצורים, על-מנת למנוע את שובם למעגל הלחימה. התועלת הביטחונית הטמונה בכך היא רבה עד מאוד, והיא מקיימת גם אחר מבחן המידתיות במובנו הצר.
97. לפיכך נטען, כי קיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מהחוק לבין פגיעתו בזכויותיהם של לוחמים בלתי חוקיים. אשר על כן גם טענה זו דינה להדחות. לעניין זה ראה גם בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1), 235 בעמ' 281-282, מפי כבוד השופט בייניש :

"ודוק, הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק, **אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם**. קביעה כזו, תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. זאת ועוד; שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדוייקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. **יתכנו מצבים בהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור**. עקב כך, הכיר בית-משפט זה ב"מרחב תימרון חוקתי" המכונה גם "מיתחם המידתיות". גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותם של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה, אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים. בית-המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות, כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדרי מיתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם והוא בלתי מידתי באופן ברור." (ההדגשות הוספו)

98. לאור כל האמור, עמדת המשיבים הינה כי יש לדחות את טענות המערערים כלפי ההסדר העיקרי המפורט בחוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, המעגן את סמכותו של הרמטכ"ל להורות על כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, זאת מאחר שמדובר בהסדר חוקתי, העולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

#### חלק ג' - חוקתיות החזקות הקבועות בסעיפים 7 ו-8 לחוק

1. **מבוא**
99. המערערים טוענים כי יש להורות על בטלות סעיפים 7 ו-8 לחוק. סעיף 7 לחוק קובע חזקה **הניתנת לסתירה** כי "יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בבטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת". סעיף 8 לחוק קובע כי אם שר הביטחון קבע כי כוח מסוים מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או כי תמו או טרם תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, יהא הדבר הוכחה בכל דיון משפטי, אלא אם יוכח ההיפך.

100. עמדת המדינה הינה כי בנסיבות המקרה דנן אין מקום להידרש לטענות החוקתיות האמורות של המערערים, שכן דיון בסוגיות אלו אינו נחוץ לצורך הכרעה בעניינם של המערערים.
101. כפי שפורט לעיל, המשיבים הציגו בפני בית המשפט קמא תשתית עובדתית מפורטת ונרחבת בכל הנוגע לסיכון שישקף לביטחון המדינה אם ישוחררו המערערים, ולא התבססו על החזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק. עם זאת, לחלופין, המערערים גם הציגו בפני בית המשפט קמא חוות-דעת, המבססת את הקביעה כי ארגון החיזבאללה הינו כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל (ככל שיש צורך בכך, לאור נסיבות העת האחרונה).
102. בנסיבות אלו, עמדת המדינה הינה כי אין צורך שבית המשפט הנכבד יידרש לטענות החוקתיות שהועלו על-ידי המערערים בעניין סעיפים אלו, שכן המדובר בדיון תיאורטי, שאינו נדרש לצורך ההכרעה הקונקרטית בעניינם של המערערים.
103. יפים לעניין זה דבריו הידועים של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר, בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4), 221 :

"בהקשר זה מן הנכון לשוב ולהזכיר כי בארצות בעלות מסורת חוקתית ארוכה משלנו, מקובל ונהוג כי הטענה בדבר אי-חוקתיות נבחנת בזהירות ותוך ריסון. עוצבו כללים ייחודיים המשמשים את בית המשפט המתבקש להחליט על בטלותה של חקיקה, מטעמים חוקתיים...ואלו הקווים שהיתווה השופט ברנדייס :

(א) ...

**(ב) בית המשפט אינו נוהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטי ( ABSOLUTELY NECESSARY ) לצורך הכרעה בעניין.**

**(ג) בית המשפט לא יגבש כלל של משפט חוקתי, שהוא רחב יותר מן הנדרש לצורך הכרעה בעובדות הקונקרטיות שבפניו, אשר עליהן יש ליישמו.**

(ד) בית המשפט לא יחליט בבעיה חוקתית, אף אם היא מועלת כיאות, אם יש גם טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בעניין נשוא הדיון. אם ניתן להכריע במחלוקת על פי שני טעמים חלופיים, האחד חוקתי ואחר המעוגן בפרשנות החוק או בעקרונות כלליים של המשפט, בית המשפט יחליט רק על יסוד נימוק מן הסוג השני.

(ה) בית המשפט לא יחליט על תוקפו של חוק חרות על יסוד תביעתו של צד שאינו יכול להצביע על כך שהוא נפגע על ידי הפעלתו...

הגישה העקרונית שבאה לידי ביטוי בכללים והרוח הנושבת מהם ראויים, כאמור, לתשומת לב ולמחשבה, כי הנסיון שנצבר במקומות אחרים, בתחום אשר עליו מדובר כאן, יכול להיות לנו לעזר. הרי איננו מושכים ידינו מן העיון והמחקר ההשוואתיים בתחום משפטי כלשהו, והדבר הוא, בדרך כלל, לברכה."

התייחס לכללים אלו השופט חשין בבג"ץ 5503/94 **סגל נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נא(4), 529, עמ' 549-550, באומרו :

"ואמנם, שלושה כללים אלה שהבאנו [כללים (ב), (ד) ו-(ז) – שלנו] הינם בני השכל הישר, וראוי כי נאמצם לנו. כללים אלה החילונו

עד היום על חקיקת-מישנה...קל-וחומר נחילם על חקיקה  
ראשית."

104. בנסיבות אלו, ולאור התשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט קמא, עמדת המשיבים הינה כי בית משפט נכבד זה אינו צריך להידרש לטענות העותרים בכל הנוגע לחוקתיות החזקות הקבועות בסעיפים 7 ו-8 לחוק. ההכרעה בעניין זה אינה נחוצה כאמור לצורך החלטה בעניינם של המערערים, וודאי שאינה "דרושה באופן החלטתי", כלשונו של השופט ברנדייס. על אף האמור, ולמעלה מן הצורך, נבקש להלן להתייחס גם לטענות המערערים בעניין זה.
- 2. הטענה בדבר חוקתיות החזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק**
105. סעיף 7 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובע חזקה לפיה מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח באמור, בין במישרין ובין בעקיפין, יראהו כמי ששחררו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, **וזאת כל עוד לא יוכח אחרת.**
106. המערערים טוענים כי חזקה זו אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, ואינה לתכלית ראויה.
107. דין הטענה להידחות. עמדת המשיבה הינה כי סעיף 7 לחוק עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הוא נועד לתכלית ראויה, והוא מקיים אחר מבחני המידתיות.
108. **קביעתה של החזקה נובעת מהמצבים העובדתיים עימם נדרש החוק להתמודד.** ההצדקה לקביעת החזקה יסודה בעובדה כי תכלית החוק הינה להתמודד עם לוחמים בלתי-חוקיים, אשר משמעות שחרורם, כל עוד לא תמו פעולות האיבה בין הצדדים, הינה כי הם עלולים לשוב לפעול כנגד המדינה.
109. ככלל, המדינה פועלת על-מנת להציג תשתית ראייתית נרחבת ומפורטת בדבר מסוכנות הכלואים. כך נהגה המדינה בכל המקרים בהם נעשה שימוש עד היום בחוק לוחמים בלתי חוקיים, עד כי בתי המשפט לא נזקקו עד עתה לחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק. כך גם בעניינם של המערערים נשוא הליך זה.
110. עם זאת, עשויים להיווצר מצבים בהם המדינה תידרש לעשות שימוש בחזקה זו. כך, למשל, ניתן לתאר מצב בו מדינת ישראל וכוחות הביטחון, תוך כדי מצב לחימה או עימות מזוין, יתפסו אנשי ארגון טרור הנלחם כנגד מדינת ישראל (כגון ארגון החיזבאללה), שלא יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בין היתר מכיוון שאין הם מקיימים את דיני המלחמה.
- יכול ובמצב דברים זה, אכן יעשה שימוש בחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק, בתוך מסגרת של לחימה. זאת, לאור קושי מובנה של רשויות הביטחון בעת לחימה לחקור כל אחד מהעצורים ולבסס כנגדו תשתית ראייתית מפורטת נפרדת, בייחוד במצב דברים בו נעצרים מספר רב של חברי ארגון טרור, שלא ידוע עליהם דבר **למעט שיוכם הארגוני**; יתר על-כן, אף אם תתאפשר חקירה כאמור, ביחס לאותם טרוריסטים, ספק אם אותם לוחמים בלתי-חוקיים ישתפו פעולה בחקירה, באופן שיאפשר ביסוס המידע אודות כוונת פעולתם, מטרותיהם ומסוכנותם. במצב כזה, יקשה על המדינה, מכל הסיבות שפורטו לעיל, להציג לבית משפט תשתית ראייתית מפורטת ולכן יכול ויעשה שימוש בחזקה שבסעיף 7 לחוק.
- יש לזכור, כי לו היה מדובר בלוחמים חוקיים, ניתן היה להחזיקם במעצר, כשבויי לחימה, אך ורק על-יסוד זיהויים הארגוני. אין כל הצדקה לקביעתו של כלל שונה, ככל שהמדובר בלוחמים בלתי-חוקיים, ואין כל מקום להטיל נטל כבד יותר על המדינה, בנסיבות אלו.** ודאי כי אין המדובר בהסדר שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ואינו לתכלית ראויה.
111. מעניין לציין בנקודה זו את **פרשת Hamdi** (אליה נתייחס בהרחבה בהמשך הדברים). בענין זה דעת הרוב בבית המשפט העליון האמריקאי אישרה את החזקתו הנמשכת במעצר של העותר, אך קבעה כי מכוח החוקה האמריקאית, יש לאפשר לאזרחי ארה"ב, המוחזקים במדינה, הזדמנות מהותית לטעון כנגד הבסיס העובדתי להחזקתם במעצר, בפני גוף נייטרלי (id., at 2635, 2648). בכל מקרה, נקבע לגבי הליכים כאלה כי –

"the exigencies of the circumstances may demand that, aside from these core elements, enemy combatant proceedings may be tailored to **alleviate**...[the] burden [on] the Executive at a time of ongoing military conflict".



לפיכך נקבע כי בהליכים אלה ניתן יהיה להסתמך על ראיות בלתי קבילות, כגון עדות שמיעה, ובנוסף ניתן ליצור חזקה, ניתנת לסתירה, לטובת המדינה:

"the Constitution would not be offended by a presumption in favor of the government's evidence, so long as that presumption remained a rebuttable one and fair opportunity for rebuttal were provided"  
(id., at 2649).

לעניין החלטת בית המשפט בנושא זה, ראה גם **Kmiec**, להלן, בעמ' 871.

112. לא למותר יהיה לשוב ולהפנות כאן, גם להחלטתו של כבוד השופט רובינשטיין בערעורם הקודם של המערערים (ע"פ 1221/06) בעמ' 10:

"לעניין זה אעיר רק, כי החוק נחקק בראש וראשונה למקרים שבהם אין ראיה למסוכנות אישית. מקרים שאינם כמכבר כשהלוחמים זיהו עצמם במדיהם ובסמליהם; בדומה, ככלל אין ראיה למסוכנות אישית עתידית לגבי שבויי מלחמה. לא למותר לציין, כי לשיטת המערערים, שלפיה ההגנות שבחוק המעצרים המינהליים טובות מאלה שבחוק דנא, יוצא שלבעלי מסוכנות אישית, שכלפיהם מבקשים הם להחיל את חוק המעצרים המינהליים, תהא – בכפוף לחוקתיות החוק – הגנה טובה יותר מאשר למי שאין להם מסוכנות אישית. [ההדגשות הוספו – שלנו]

113. ראוי לציין כי במסגרת הבחינה החוקתית יש ליתן משקל מיוחד לכך שאין המדובר בחזקה מוחלטת, אלא חזקה הניתנת לסתירה. הסדר זה מאזן באופן הולם וראוי בין הצורך הביטחוני, כפי שפורט לעיל, לבין האינטרסים והזכויות של הכלואים. גם בנסיבות בהן נדרשת המדינה לעשות שימוש בחזקה, כמפורט, יכול עדיין הכלוא להציג מידע הסותר את החזקה או לנסות לשכנע בדרך אחרת כי היא אינה חלה. יש לזכור, בעניין זה, כי דווקא לכלוא יש מידע אודות קורותיו, היכול להביא לסתירה החזקה, במקרים המתאימים.

114. לעניין יכולתו של הכלוא הבודד כ"אדם יחיד" לסתור את החזקה שבדין, נבקש להפנות לב"ש 91868/03 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' איברהים אבו-זייד**, בו הורה כב' השופט כספי על ביטול צו כליאה שהוציא הרמטכ"ל מכוח חוק זה ושחרר את הכלוא, וזאת בהעדר תשתית ראייתית מספקת למסוכנותו, למרות החזקה שבחוק.

לפיכך נטען כי החזקה הינה לתכלית ראויה והיא מידתית.

115. טענה נוספת שהועלתה על-ידי המערערים, היתה כי החוק מעניק סמכות להורות על כליאה קולקטיבית של אסירים, תוך התעלמות מעיקרון האחריות האישית.

116. דין הטענה להידחות. כפי שפורט בהרחבה לעיל, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עוסק, בצורה מפורשת, אך ורק **בכליאה** מטעמי ביטחון פרטניים, הנובעים ממעורבותו של אדם בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל. החוק מאפשר לכלוא אך ורק לוחם בלתי חוקי המסכן, באופן אישי, את ביטחונה של מדינת ישראל. כך נקבע במפורש בסעיף 3 לחוק. החוק אינו מאפשר לערוך מעצרים קולקטיביים, מבלי שכל מקרה נבחן לגופו. מכאן נובע כי החוק מבוסס על עקרון האחרייות האישית וטענת המערערים בעניין זה חסרת בסיס ודינה להדחות.

117. בהקשר זה נבקש להפנות לפיקטה, פרשן המוסמך של אמנות ג'נבה, הרואה בהשתייכות "**לארגונים שמטרתם לפגוע בסדר הציבורי**" כמספקת לצורך הוכחת המסוכנות הנדרשת לשם מעצר - "internment" על-פי אמנת ג'נבה הרביעית (ראה להלן). כיוון שכך, מדין קל וחומר ניתן לעצור אדם, אשר באופן אישי נטל חלק בפעולות של כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או נמנה עליו, והוא מסכן עקב כך את בטחון המדינה. בהמשך לכך, נציין את קביעתו של בית משפט זה בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח'** בעמ' 21:

"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.

...

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

...

...גם במשפט הבין-לאומי הסתמכות כזו מוכרת ואפשרית ודי בה, כאשר הסיכון מעצם ההימנות קיים, כדי להצדיק את המעצר.

כך גם נקבע על-ידי בית המשפט קמא בפרשה זו :

"...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 טיבה, 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 אלו.

**אחריות אישית מעין זה במשפט הפנימי של מדינת ישראל איננה נדירה**... כך הוא בהדרש לאחריותו של אדם, שנקבעה בגדר של עבירה, בעצם חברותו בהתאגדות אסורה... עקרון האחרון האישית, סברתי, לא נפגע באלה, ולפחות איננו נפגע ממשית, כפי שהעקרון לא נפגע מן הקביעה בחוק, המאפשרת לראות את חברות בכוח, המבצע פעולות איבה, או ההימנות עימו, כפעילות אקטיבית שאיננה שונה מפעילות אקטיבית אישית של ביצוע פעולות איבה... לא למיותר להזכיר... כי גם במשפט הבינלאומי הסתמכות כזו מוכרת ואפשרית ודי בה, כאשר הסיכון מעצם ההימנות קיים, כדי להצדיק את המעצר".

118. טענה נוספת שהועלתה על-ידי המערערים הינה כי אין בסעיף 7 לחוק כל מגבלה לגבי משך תקופת המעצר ותקופה זו בלתי מוגבלת. דין הטענה להידחות.
119. כמפורט לעיל, אורך תקופת המעצר תלוי במשך פעולות האיבה שמתבצעות על-ידי הכוח שעליו נמנה הכלוא או שבפעולותיו נטל חלק, וכן בשאלה אם יש חשש ששחרורו יגרום מחדש לסיכון בטחון המדינה. **כל עוד צפוי הכלוא מכוח החוק לחזור למעגל הלחימה נגד ישראל, ולסכן את בטחונה, הרי שאין מקום לשחרורו**. מדינת ישראל מחויבת למנוע סיכון בטחוני לאזרחיה, גם במחיר של החזקה ממושכת של לוחמי אויב.
120. יודגש שוב, כי לו היה מדובר ב**לוחם חוקי**, הזכאי למעמד של שבוי מלחמה, היתה מדינת ישראל זכאית למנוע את שחרורו עד לסיומן של פעולות האיבה בין הכוח שעליו הוא נמנה לבין מדינת ישראל. במילים אחרות, המדינה היתה רשאית למנוע את חזרתו למעגל הלחימה נגדה, בשם אינטרסים ברורים של הגנה על ביטחון אזרחיה. כך הדבר גם לגבי מעצר מטעמי ביטחון של "אזרח מוגן", שאינו נוטל חלק בסכסוך המזוין, אשר מעצרו נדרש מטעמי ביטחון, הזכאי להגנותיה של אמנת ג'נבה הרביעית.
- דברים אלו יפים, בבחינת קל וחומר, ביחס לאיש הכוחות המזוינים של האויב, שאינו מקיים את דיני המלחמה, ועם חזרתו למעגל הלחימה צפוי הוא לחזור ולהפר אותם. מטרת החוק היא לספק למדינה את הכלים, המתיישבים עם עקרונות המשפט הבין-לאומי, כדי להתמודד עם הסכנות הכרוכות בשחרור לוחמי אויב, והחזקה שנקבעה בחוק מתיישבת עמם היטב.
121. אכן, החזקתם במעצר של לוחמים בלתי חוקיים, עד לסיום פעולות האיבה, משרתת **מטרה מניעתית** :

"According to well-settled LOAC [Law Of Armed Conflict], the historical practice among nations, and the spirit and principles contained within Geneva Convention III, art. 118, the **U.S. may continue to hold both lawful and unlawful combatant detainees for the entire duration of the present international armed-conflict; that is, until the cessation of hostilities.** Unless a captured combatant has been justly tried, convicted and sentenced to confinement, the lawful internment of any captured combatant in time of international armed conflict is not punitive, nor is it a form of pre-trial custody or confinement. It is mere preventive detention that is fully authorized under LOAC.

...

While captured combatants are detained during active hostilities, there is no requirement under international law to charge such detainees with a crime or, before they are charged, to provide them legal counsel to challenge their detention. No nation at war has ever done so. Nor, during ongoing hostilities, has any nation ever allowed captured and detained enemy combatants to access its civilian court system in order to challenge their detention. Mere detention of captured combatants during time of hostilities is not a criminal judicial process. It is a military action to disarm enemy combatants, as well as a means to facilitate the gathering of military intelligence. Most importantly, however, it supports the ongoing war effort and avoids prolonging the conflict by removing hostile combatants from the battlefield. Through the preventive quarantine of unlawful combatant detainees in Guantanamo Bay, they are curtailed, from again taking up arms illegally and fighting, or otherwise supporting the fight, against the U.S. and its coalition allies during the current ongoing global armed conflict."

J. P. Bialke, AL-QAEDA & TALIBAN UNLAWFUL COMBATANT DETAINEES, UNLAWFUL BELLIGERENCY, AND THE INTERNATIONAL LAWS OF ARMED CONFLICT, 55 A.F. L. Rev. (2004) 1, at 60-62.

122. ניתן אף לומר כי לא רק שקיימת סמכות להחזיק במשמורת לוחם בלתי-חוקי, כל עוד פעילות האיבה נמשכת, על-מנת למנוע חזרתו למעגל הלחימה, קיימת אף חובה לעשות כן, שהרי מדינה חפצת חיים אינה יכולה לשחרר מן המעצר את מי שמיד עם שחרורו ישוב לפעול כנגדה וכנגד אזרחיה. בהתאם, החזקה אשר נקבעה בסעיף 7 לחוק עולה בקנה אחד עם רציונל זה, בהיותה מוגבלת בתקופה, למועד בו טרם תמו פעולות האיבה וכל עוד שחרורו של הכלוא יסכן את ביטחון המדינה. מכל מקום, אין כל ספק שאין מקום לקבוע כי החזקת פעיל טרור אשר לגביו קיימת הערכה כי ישוב עם שחרורו לפעילות בשרות ארגון הטרור, בתקופה בה מעשי האיבה נמשכים, הינה בלתי סבירה וודאי שאין לומר כי אינה חוקתית.

123. ואכן, ניתן למצוא בפרשת **Hamdi** התייחסות שונה למעצר בלתי מוגבל בזמן, לעומת מעצר המוגבל לתקופה בה נמשכות פעולות האיבה. כפי שנקבע בדעת הרוב:

"it is a clearly established principle of the law of war that detention may last no longer than active hostilities"  
(id., at 2641).

דעת הרוב קבעה במפורש שהחזקה במעצר, לצורך מניעת שובם של הלוחמים למעגל הלחימה הינה מותרת, כל עוד נמשכות פעולות האיבה (id. at 2642).

לעומת זאת, החזקה לתקופה בלתי מוגבלת בזמן לצרכי חקירה אינה מותרת (id., at 2641). לעניין האבחנה בפסק הדין, בין תקופה בלתי מוגבלת בזמן, לבין סיום פעולות האיבה, ראה גם **Kmiec**, להלן, בעמ' 868-869.

124. אורך תקופת הכליאה תלוי אם כן במשך קיומן של פעולות האיבה שמתבצעות על-ידי הכוח שעימו נמנה העצור או שבפעולותיו לקח חלק. שינוי המציאות הביטחונית באופן שיהיה בו כדי לבטל את החשש לביטחון המדינה בוודאי יהיה בו כדי להביא לבחינה מחודשת של צו הכליאה. הדברים גם הובאו בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' שיח עובייד ואח' בעמ' 22 :

"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... דווקא, ולכל 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." [ההדגשות הוספו – שלנו]

כן ראו דבריו של בית המשפט קמא בעמודים 42-43 לפסק-דינו.

125. נמצא, כי כל אימת שצפוי אדם הכלוא מכוח החוק לחזור למעגל הלחימה נגד ישראל, ולסכן את ביטחונו, הרי שאין מקום לשחררו. חובתה של מדינת ישראל, היא בראש ובראשונה לאזרחיה ולמניעת סיכון בטחוני כלפיהם. יישום סמכות כליאה זו, תואם בהחלט את ערכי המדינה. לפיכך נטען כי דין טענה זו להדחות.

### 3. הטענה בדבר חוקתיות החזקה הקבועה בסעיף 8 לחוק

126. טענת המערערים כלפי סעיף 8 לחוק אינה ברורה. בסיכומיהם בבית המשפט קמא ציינו המערערים, כי השאלה באם תמו או לא פעולות האיבה, ראוי ותוכרע על-ידי הרשות המבצעת, לרבות שר הביטחון. המערערים מוסיפים כי קביעה כזו אינה שאלה משפטית שעל בית המשפט הנכבד להכריע בה.

127. בכל מקרה, בפועל, בכל ההליכים לגבי כלואים מכוח חוק לוחמים בלתי חוקיים, לא נסמכה המדינה אך ורק על הקביעה של שר הביטחון, אלא בחרה תמיד להציג לפני כבוד בית המשפט הנכבד וב"כ הכלואים חוות דעת עדכניות ופרטניות על הארגון או הכוח הרלבנטי אשר הכלוא חבר בו. חוות דעת אלו גיבשו בפני בית המשפט תשתית ראייתית ברורה וביססו מעבר לכל ספק את קביעתו של שר הביטחון.

מכל מקום, כאשר טענות המערערים מופנות ביחס להכרזה על ארגון החיזבאללה, אשר חרט על דגלו את המאבק המזוין במדינת ישראל ובאזרחיה, נדמה כי אין צורך להכביר מילים. ממילא, אין כל צורך להכריע בטענה זו בגדרו של הליך זה.

128. ראוי לציין, כי מנגנון דומה לכך אף נקבע בסעיף 8 לפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948.

### חלק ד' - טענות נוספות

129. כפי שפורט לעיל, המערערים מעלים טענות כנגד הוראות נוספות הקבועות במסגרת החוק, אשר אינן נוגעות לליבו של ההסדר המעוגן בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. המערערים לא הבהירו, כאמור, מהן הזכויות החוקתיות שנפגעו כתוצאה מהוראות אלו, ודי בטעם זה כדי להצדיק את דחייתן.

130. כידוע, בשלב הראשון של הניתוח החוקתי – הוכחת הפגיעה בזכות החוקתית – הנטל מוטל על הטוען לבטלות החוק, שכן החוק נהנה מ"חזקת חוקתיות". על כן, הנטל על העותרים להוכיח כי החוק אינו חוקתי. לעניין זה נפסק כי:

"על הכל מוסכם, כי נטל השכנוע בשלב הראשון (הפגיעה בזכות החוקתית) מוטל על הטוען לאי חוקתיות החוק. "ההנחה (הפרזומציה) הינה כי חוק הוא חוקתי ... והמבקש לסתור זאת, עליו הנטל" (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 428).

התנועה לאיכות השלטון בפסקה 21 לפסק הדין.

אין במדובר בשאלה טכנית של נטל ההוכחה, אלא בעמדה מהותית. החוק הוא יציר כפיו של המחוקק הראשי. הוא תוצר של איזון בין גורמים שונים השותפים למלאכת החקיקה.

בשל אופיו של הליך החקיקה לא כל אינטרס בא לידי ביטוי באופן מוחלט בתוצר הסופי של החקיקה. אולם מכאן ועד לקביעה כי החוק פוגע בזכות יסוד חוקתית המרחק רב.

לעניין זה יש להזכיר כי הניתוח החוקתי אינו בוחן את סבירות החוק, או האם מדובר בחוק ראוי ומושלם. זוהי הראיה היא זוהי ראיה חוקתית, המתמקדת בפגיעות חוקתיות.

לכן, בשלב ראשון על העותרים להראות כי נפגעה זכות חוקתית שלהם. אלא שלטעמנו, בכל הנוגע לעיקר הטענות הנוספות, העותרים לא הרימו נטל זה. די בכך כדי לבסס את דחייתן של טענות אלו. על אף האמור, נבקש להתייחס להלן – למעלה מן הצורך – גם לגופן של טענות אלו.

#### 1. החוק אינו פוגע בזכות הטיעון של הכלוא

131. המערערים טוענים כי ההסדר המעוגן בסעיף 3 לחוק פוגע בזכותם להשמיע את טענותיהם עובר להחלטתו של הרמטכ"ל על הוצאת צווי הכליאה.
132. כאמור, דין הטענה להידחות כבר מן הטעם שהמערערים לא מפרטים מהי הזכות החוקתית הנפגעת, מכוחה הם טוענים לביטולו של ההסדר המעוגן בעניין זה במסגרת החוק.
133. זאת ועוד, המערערים טוענים כי זכות הטיעון, צריך שתיתן טרם הוצאת צו הכליאה; כי יש לאפשר להם להעלות את טענותיהם בפני הרמטכ"ל עצמו; וכי יש לאפשר להם להשמיע טענותיהם, להביא ראיותיהם ולהעיד עדיהם, עובר להוצאת הצו.
134. הטענות המועלות על-ידי המערערים בהקשר זה הינן טענות כלליות ותיאורטיות, ודינן להידחות מטעם זה בלבד. יש לזכור, כי **המערערים סירבו להשמיע טענותיהם במסגרת הליך השימוע שנערך להם**. ממילא, בנסיבות אלו, אין הצדקה לכך שבית המשפט הנכבד יידרש לטענות אלו, באופן תיאורטי, ובמנותק מהעובדות נשוא ערעור זה.
135. זאת ועוד, עמדת המשיבים הינה כי בהליך השימוע הקבוע בחוק לא נפל כל פגם. המחוקק לא התכוון לייתר את הליך הביקורת השיפוטית בבית המשפט בקובעו את הליך השימוע בסעיף 3(א). המנגנון אשר נקבע בסעיף 3(ג) נועד כדי למנוע בין היתר טעויות בזיהוי, וממילא בא הוא אך להיטיב עם הכלוא ולאפשר לו להשמיע כבר בסמוך למועד הוצאת צו הכליאה את טענותיו, עוד בטרם הובא הכלוא בפני שופט בית המשפט המחוזי. לא למותר יהיה לציין כי אין בנמצא מנגנון שימוע דומה בהליכי מעצר מנהליים לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) תשל"ט-1979 ומעולם לא נקבע כי יש בכך פגם.
- בית המשפט, בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שיח עובייד ואח'**, קיבל עמדה זו בקובעו, בעמ' 23:

"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 לעניין. 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 סעיף 3(ג) לחוק**. אין לראות פגם בכך שהטיעון מושמע בפני קצין בכיר, שאיננו הרמטכ"ל... 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."

136. אין צורך להזכיר, כי בהתאם להלכה הפסוקה, רשות מינהלית יכולה לצאת ידי חובת קיום הליך השימוע בדרך של קיום שימוע בפני אחר (עוזר או נציג של הרשות המוסמכת). בנסיבות בהן התקיים שימוע בפני אחר, אין חובה לערוך שימוע נוסף בפני הרשות המוסמכת. השוו: בג"ץ 5445/93 **עיריית רמלה נ' שר הפנים**, פ"ד (1) 397; בג"ץ 2159/97 **מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים**, פ"ד (נב) 81, 75, 81. ודאי שכך הם פני הדברים, כאשר עסקינן במנגנון שימוע המעוגן בצורה מפורשת בחוק.
137. לא למותר להתייחס, גם לתכלית החקיקתית של החוק שנועד ליתן מענה בין היתר לעתות מלחמה, שעה שאין מדובר בכלואים ספורים. ברי כי בעתות לחימה כאלו, דרישה לשימוע עובר לקבלת ההחלטה על הוצאת

צו הכליאה, שייערך בפני הרמטכ"ל עצמו, - עוררה קשיים ממשיים, ולא תמיד מתאפשר במציאות של לחימה (השוו: בג"ץ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2) 529, 541; בש"פ 6221/94 **הילמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 215).

138. מכאן יוצא כי יש להורות על דחיית טענות המערערים בענין הפגיעה בזכות הטיעון, הן מן הטעם שהמערערים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם ולא הוכיחו מהי הזכות החוקתית הנפגעת, והן מאחר שההסדרים בעניין זה עולים בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, נועדו לתכלית ראויה והינם מידתיים.

## 2. הטענה לפיה הפקדת סמכות הכליאה בידי רשויות הצבא פוגעת באבני היסוד של המשטר הדמוקרטי

139. **גם טענה זו דינה להדחות.** ראשית, גם בעניין זה המערערים לא הרימו את הנטל ולא הראו איזו זכות חוקתית נפגעה, כתוצאה מהפקדת סמכות הכליאה בידי הרמטכ"ל.

140. שנית, את קביעת הגורם המוסמך להוצאת צו הכליאה יש לבחון לאור יעוד החוק ומטרותיו, והמקרים אשר יובאו בגדרו.

141. מדובר במעצר "צבאי" במהותו, ומטבע הדברים, אך סביר הוא להקנות את סמכות המעצר של לוחמים (חוקיים כבלתי חוקיים) בידי הדרג הצבאי. כך מקובל במשפט הבין-לאומי ובכך אין כל פגם. כן נבקש להוסיף, כי הסמכות להוציא צו כליאה נגד לוחם בלתי חוקי הופקדה בידי הדרג הצבאי הבכיר ביותר, **דבר שאינו מחויב כלל על פי המשפט הבין-לאומי**, וזאת מהטעם והצורך להבטיח כי השימוש בסמכות זו יעשה במקרים המתאימים.

142. מעבר להיות הסדר זה סביר בפני עצמו, יש לזכור כי סמכותו של הרמטכ"ל להורות על כליאתו של לוחם בלתי חוקי אינה מתקיימת בחלל ריק, אלא כפופה להליכי הביקורת השיפוטית המותווים בחוק. בכך מובטח כי המעצר יעבור תחת עינה של רשות שיפוטית מקצועית ובלתי תלויה. על אחת כמה וכמה, כאשר הביקורת השיפוטית כוללת הליך של ערעור לבית משפט נכבד זה.

143. גם ביחס לטענה כי הרמטכ"ל מוסמך לאצול מסמכותו לקצין בדרגת אלוף, נאמר כי הדבר בא אך להבטיח את האפשרות המעשית להוצאת צו כליאה במצבי הלחימה השונים. עוד יצוין, כי בפועל, בעניינם של המערערים, הוצאו צווי הכליאה על-ידי הרמטכ"ל עצמו.

מעבר לכך, יצוין כי הוצאת צו מעצר מינהלי בידי הדרג הצבאי, נוהגת בתחיקת הביטחון, כבדבר שבשגרה, ועמדה כבר בביקורתו של בית משפט נכבד זה פעמים רבות.

## 3. הטענה לפיה היעדר הדרישה כי מדינת ישראל תהיה ב"מצב חירום" פוגעת קשה בשלטון החוק

144. לטענת המערערים, צו הכליאה אשר מוצא מכוחו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אינו מותנה בהכרזה על קיום מצב חירום במדינה. מכאן לשיטתם יוצא כי ניתן על נקלה להוציא צו כליאה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, וזאת להבדיל מחוק המעצרים המנהליים, שם נדרשת הכרזה זו.

145. **גם דינה של טענה זו להידחות.** שוב נציין, כי המערערים לא ציינו מהי הזכות החוקתית מכוחה הם טוענים לבטלותה של הוראה זו, שנקבעה על-ידי המחוקק.

146. לגופם של דברים, מדינת ישראל מתמודדת עם פעולות טרור ופעולות לחימה נגדה מאז ראשית הקמת המדינה, ולמרבה הצער, כפי שניתן לצפות, התמודדות זו אינה צפויה להסתיים בקרוב. התפשטות אירועי טרור עולמי דוגמת אלו שאירעו בארה"ב, אנגליה, ספרד ומדינות אחרות מוכיחה כי המערכה העולמית שנפתחה כנגד הטרור, נדונה למאבק ממושך ועיקש לאורך זמן. הואיל והסמכויות המעוגנות בחוק מוקנות בהתאם למשפט הבין-לאומי, לכל מדינה באשר היא, כחלק מזכותה להגן על עצמה, אין מקום להתניית תחולת החוק דווקא בהכרזה פורמאלית על "מצב חירום" השורר בתחומי המדינה. בכל מקרה, באי התנייה זו בודאי שאין כדי לפגוע בערכי המדינה ואין בה כדי להוביל לפסילת החוק.

147. טענה נוספת, המועלית על-ידי המערערים, הינה הטענה כי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, שעליה חתמה מדינת 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 לפי האמנה, ועל כן דין החוק להיות מוכרז כבטל עקב סתירה זו. **בטענה זו אין כל ממש, וזאת מכמה וכמה סיבות.**

148. **ראשית**, יצוין כי שאלת היחס בין דיני הלחימה לבין דיני זכויות האדם במצב של עימות מזויין היא סבוכה ואין לגביה תשובה חד משמעית. בעבר, העמדה המקובלת היתה כי מדובר בשני תחומים נפרדים ומובדלים –

הראשון חל בתקופות של עימות מזוין והשני בתקופות של שלום. היום נשמעות עמדות "חדשניות" יותר, אך לא ברי כי השתנה הכלל המחייב בסוגיה.

149. **שנית**, גם לפי הגישה לפיה משטר זכויות האדם חל גם במצב של לחימה, הרי שנורמות ספציפיות של דיני הלחימה גוברות על אלו של דיני זכויות האדם, כ-lex specialis. כך נקבע על-ידי ה-International Court of Justice (ICJ), בחוות דעתו בפרשת ה-Nuclear Weapons:

"25. ...In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable lex specialis, namely the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus, whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself...

...

34. In the light of the foregoing, the Court concludes that the most directly relevant applicable law governing the question of which it was seized, is that relating to the use of force enshrined in the United Nations Charter and the law applicable in armed conflict which regulates the conduct of hostilities, together with any specific treaties on nuclear weapons that the Court might determine to be relevant."

1996 Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996.

**ראה לעניין זה גם את** Watkin, להלן, בעמ' 68.

עמד על כך לאחרונה הנשיא ברק בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, (טרם פורסם. נפסק ביום 14.12.2006), באומרו:

"דינים אלה [דיני המשפט הבין-לאומי העוסקים בעימות (או סכסוך) בעל אופי בין-לאומי – שלנון] מהווים חלק של דיני ניהול הלחימה (ה-jus in bello). מנקודת המבט ההומניטרית, הם חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי (ה-International Humanitarian Law). משפט ההומניטרי זה הוא "הדין המיוחד" (ה-lex specialis) החל בעימות מזוין. במקום שדין זה חסר ניתן להשלימו על ידי "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-Human Rights Law) [שם, פסקה 18 לפסק הדין]

לפיכך, לכל הדעות, גם אם המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם חל בענייננו במקביל לתחולת דיני המלחמה, הרי שעדיין, מקום שסוגיית מעצרים של לוחמים בעת לחימה מוסדרת במסגרת דיני הלחימה, הוראות אלה גוברות על הוראותיו הכלליות של המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם. בהקשר שלפנינו, סמכות המעצר של לוחמי אויב היא אחת הסמכויות הנתונות למדינה מכוח דיני הלחימה, ועל כן אין כלל רלוונטיות לאמנה שאליה מפנים המערערים.

הטענה, לפיה המונח "סיום פעולות האיבה" אינו עומד בתנאי האמנה אליה מפנה המערערים, הינה חסרת בסיס, ומנוגדת למושכלות יסוד של המשפט הבין-לאומי, ואימוצה עלול להביא לידי מצבים אבסורדיים. כך, למשל, משמעות גישת המערערים היא, שמדינה הנמצאת במלחמה, לא תוכל לתפוס לוחמי אויב ולהחזיקם כשבויי מלחמה – הסדר בסיסי, המעוגן בכלל המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ובפרט באמנת גינבה השלישית בדבר הגנה על שבויי מלחמה – שכן, המדובר במעצר לטווח ארוך, ללא משפט, בניגוד כביכול להוראות הרלוונטיות באמנות זכויות אדם שונות. כך גם לגבי החזקה במעצר מטעמי ביטחון של מוגנים, עד לסיום פעולות האיבה, לפי סעיף 133 לאמנת גינבה הרביעית. טענה זו של המערערים הינה מופרכת ועל כן יש לדחותה.

150. **שלישית, וזה העיקר, אף אם הוראות האמנה היו חלות בענייננו, לא היה בהן דבר הסותר את החוק, שכן החוק אינו מאפשר לעצור אדם ב"מעצר שרירותי" (שהוא המעצר האסור על פי האמנה), אלא מאפשר הוא לעצור אדם במעצר שנועד לתכלית ראויה, ומעצר שכזה מעוגן היטב הן בדין הפנימי והן במשפט הבין-לאומי.** נדגיש שוב, כי אין המדובר במעצר ללא הגבלת זמן, כבחוק הבריטי, הנדון בפסק-דין A. v. Secretary, הנזכר בסיכומי המערערים. לפיכך, גם מטעם זה, כשלעצמו, דין הטענה להדחות.

151. **רביעית, יש לציין, כי עם הצטרפותה לאמנה, צרפה ישראל הצהרה בדבר קיום "מצב חירום" בישראל, הצהרה אשר לא בוטלה עד עצם היום הזה. לפיכך, החוק חל כיום במקביל להכרזתו של מצב חירום במדינה, ועל כן חלים בנדון סעיפי האמנה המתייחסים לשעת חירום. מאחר שהסעיף באמנה העוסק במעצרים, הוא אחד הסעיפים שאין מניעה לגרוע מהם – לפי האמנה - בעת חירום, הרי שממילא, אף אם ניתן לראות בחוק כ"גורע" מסעיף המעצרים הקבוע באמנה, אין בכך כל פסול, בהתחשב בשעת החירום בה נמצאת מדינת ישראל. נמצא, כי בכל מקרה, אין כל סתירה בין האמנה לבין החוק.**

152. **חמישית, בהיות האמנה דן אמנה מתחום "המשפט הבין-לאומי ההסכמי", ולא אמנה המשקפת "משפט בין-לאומי מנהגי", אין היא מהווה חלק מהמשפט הישראלי הפנימי. לפיכך, המערערים אינם יכולים לבסס עילה חוקית להתערבות בית משפט נכבד זה, בהסתמך עליה, וגם בטעם זה די, כשלעצמו, לדחיית הטענה האמורה.**

לפיכך, מכל אחד מהטעמים הללו, דין טענה זו להידחות על הסף.

153. ודאי שאין לטענה זו מקום, בשים לב לנסיבות הזמן והמקום, ולעובדת פעילותם של המערערים במסגרת ארגון החיזבאללה.

4. **הטענה בדבר היות המונח "מעשי איבה" "פרובלמטי ובלתי מוגדר"**

154. **נבקש מבית המשפט לדחות גם טענה זו.** העובדה כי אין בחוק הגדרה מפורשת של המונח "פעולת איבה" או רשימה סגורה של פעולות בהם יופעל החוק, מלמדת כי תוכנו של המונח שואב את עצמו מהמציאות הביטחונית והסכנה הנשקפת לביטחון המדינה. אין בהעדרה של הגדרה פרשנית בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים כדי להראות פגם מהותי אשר יש בו כדי לבטל את החוק.

155. גם בעניין זה נפנה לב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח'** בעמ' 59 :

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



... אין סתירה בין העדר הגדרת המינוח הנזכר בחוק והותרת הגדרתו לפסיקה, אם בדרך של שימוש בהגדרתו המילונית או בדרך פרשנית אחרת, לבין דרישת האמנה לקיומו של מצב החירום, המאיים על האומה."

#### 5. הטענות לפיהן החוק קובע מנגנון בלתי הוגן מבחינת סדרי הדין

156. אף דינו של טענות אלו להדחות. כעולה מלשון החוק, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובע מנגנון כפול של ביקורת שיפוטית. השלב הראשון בהליך הביקורת השיפוטית הוא הבאת העצור בפני שופט של בית המשפט המחוזי, לא יאוחר מ- 14 ימים מיום הוצאת צו הכליאה. השלב השני הוא קיום ביקורת עתית אחת לששה חודשים בפני בית המשפט המחוזי.
157. הטעמים בגינם נקבעה בחוק תקופה בת 14 יום לכל היותר עד להבאה בפני שופט (ולא תקופה קצרה הימנה), נעוצים, בעיקר, בסוג המצבים שבהם מיועד החוק להפעלה. ככלל, יתכן בהחלט שהחוק יופעל ביחס ללוחמי אויב שיתפטו תוך כדי לחימה ובזירות לחימה. במצבים כאלה, לא ניתן להביא העצורים באופן מיידי לביקורת שיפוטית, ועל כן נקבע פרק זמן סביר לביצוע הדבר.
158. יוער בנושא זה, כי השוני במועד הביקורת השיפוטית בין חוק המעצרים המנהלים לבין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מתחייב מסוג המקרים בהם מיועד החוק להפעלה.
159. בהקשר זה יצוין, כי המערכה האחרונה בלבנון חשפה כי המגבלות הקיימות כבר היום בחוק מציבות קושי ממשי ביישום החוק במצב של לחימה בעצימות גבוהה, בחזית רחבה, ובעומק שטח האויב. בפרט עוררו קושי ההוראות בדבר חובת ההבאה בפני שופט תוך 14 ימים וסוגיית מניעת מפגש עם עורך דין (הקיימת ומוסדרת למשל באופן רחב, ביחס לעצורים בחשד לביצוע עבירת ביטחון לפי חוק סדר הדין הפלילי והתקנות מכוחו). בהתאם, המדינה בוחנת הצעת תיקוני חקיקה בעקבות לקחי המערכה האחרונה.
160. זאת ועוד, יצוין כי אף אמנת ג'נבה הרביעית אינה דורשת כי הביקורת השיפוטית תהיה מיידי, והיא אינה קוצבת מספר ימים מקסימלי עד להבאה בפני ערכאת הביקורת (ראה סעיפים 43 ו-78 לאמנה). בנסיבות אלה, בודאי שההסדר שנקבע בחוק הינו סביר. הסדר זה מקביל בעיקרו אף לדין שנקבע בתחיקת הביטחון לגבי מעצרים מינהליים. ואכן, גם הביקורת השיפוטית על צו מעצר מינהלי יכולה להתבצע (בכפוף למשך צו המעצר המינהלי) אחת לשישה חודשים.
161. לא למותר יהיה לציין, כי אמנת ג'נבה מסתפקת גם בביקורת של גוף מנהלי על המעצר, ואינה דורשת ביקורת של גוף שיפוטי דווקא, כפי שנקבע בחוק דנן. עובדה זו ודאי מפריכה את הטענה לפיה נקבע כאן "מנגנון בלתי הוגן" של ביקורת על הוצאת הצו.
162. לכך נוסיף, כי החוק הוסיף וקבע הסדר נוסף ומידתי, כשלב מקדים לפני עריכת הביקורת המשפטית. במסגרת הסדר זה ניתנת לכלוא הזדמנות להשמיע את טענותיו בפני קצין בדרגת ס"ל, אשר רושם את הטענות המועלות בפניו, ומציגן בפני הרמטכ"ל על מנת שיחליט האם להותיר את הצו על כנו או לבטלו (סעיף 3(ג) לחוק).
- הסדר זה נועד, בין היתר, למנוע טעות בזיהוי העצור, וכן נועד הוא לתת לכלואים הזדמנות, מוקדמת ככל האפשר, להעלות את טענותיהם בפני הרמטכ"ל. מטבע הדברים, ככלל, רצוי לקיים הליך זה לפני קיום הליך הביקורת השיפוטית, שכן רצוי שהרמטכ"ל יחליט אם הוא עומד על קיום הצו אם לאו, לפני שהצו יובא בפני שופט לביקורתו. גם מטעם זה יש טעם בפרק הזמן שנקצב בחוק עד להבאת הנושא בפני ערכאת הביקורת השיפוטית.
163. לא למותר יהיה לציין גם בענין זה, כי הסדר זה אינו נדרש לפי כללי המשפט הבין-לאומי, אולם גם בענין זה קבע המחוקק הישראלי חובה זו, כחובה נוספת, המיועדת להבטיח את תקינות המעצר.
164. עוד נציין, כי הסדר דומה נקבע גם בחוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952, בסעיפים 13א – 13ב.
165. לסיכום, ההליך שנקבע כהליך לביקורת צו הכליאה, עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל ואין בו כל פגם. בודאי שאין בו פגם המצדיק את ביטול החוק, כנדרש בעתירה.
6. הבאת הכלוא בפני שופט רק פעם ב- 6 חודשים - הטענה כי פרק זמן זה הינו ארוך ובלתי סביר
166. גם כאן דין הטענה להידחות. מועד הביקורת השיפוטית נגזר מטיבה ומהותה של ביקורת זו. ההליך נועד לודא שלא חל שינוי ממשי בשאלת המסוכנות – כגן עקב תום מעשי האיבה – ולשם כך די בהחלט בביקורת חצי שנתית.

167. בנוסף, גם סעיף 43 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי מעצרו המנהלי של מוגן מטעמי ביטחון ייבחן לא פחות מפעמיים בשנה – כלומר, ביקורת חצי שנתית תואמת גם את הקריטריונים הקבועים באמנה זו. בודאי שלא ניתן לקבוע כי מועדים התואמים לאלו שנקבעו באמנת ג'נבה – הינם מופרכים.

168. יתירה מזו, הנסיון מוכיח כי הליך הביקורת לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו מסתיים בישיבה אחת בפני ערכאת הביקורת. בכל אותם מקרים בהם הוצא עד כה צו כליאה מכוח החוק הציגה המדינה במסגרת ההליך תשתית ראייתית מפורטת (חלקה במעמד הכלואים ובי"כ וחלקה לענינו של בית המשפט), הכוללת העדת המומחים המקצועיים בתחומים השונים, הגשת חוות דעת מקצועיות, קיום חקירות נגדיות, סיכומים ועוד.

169. במקרים האמורים הליך הביקורת השיפוטית מכוח החוק, נמשך על פני מספר ישיבות, מדי 6 חודשים. עוד נוסף כי על כל החלטה של בית משפט בביקורת שיפוטית, המתקיימת כאמור אחת לשישה חודשים, עומדת לכלוא זכות ערעור לבית המשפט העליון, וזאת אחת ל-6 חודשים. **מכאן כי אין לראות במשך זמן של 6 חודשים כזוה שאינו סביר או ארוך באופן חריג.** ההליך בעניינם של המערערים מהווה דוגמא לכך.

170. לא למותר להוסיף ולציין, כי בנסיבות בהן חל שינוי עובדתי של ממש, יכול הכלוא לפנות לרמטכ"ל, בבקשה כי ישוב ויבחן את צו הכליאה שהוצא בעניינו, וכן, לאחר מכן, להעלות טענותיו במסגרת ההליכים השיפוטיים.

#### 7. הטענה לפיה החוק פוגע פגיעה בלתי ראויה בעקרון פומביות הדיון

171. **אף דינה של טענה זו להדחות.** בענין זה, המערערים מלינים על כך שבהתאם להוראות החוק (סעיף 5(ו)), הדיונים בהתאם לחוק יתקיימו בדלתיים סגורות, **אלא אם הורה בית המשפט אחרת.**

172. דין הטענה להידחות, כבר מן הטעם שהעותרים לא הצביעו על זכות חוקתית הנפגעת מהוראת חוק זו. יתר על-כן, המערערים מתעלמים מכך שהוראת חוק זו מותירה שיקול-דעת לבית המשפט לקבוע כי הדיונים לא יתקיימו בדלתיים סגורות. ממילא, בנסיבות אלו, דרך המלך הינה לתקוף החלטה קונקרטית של בית המשפט לסרב לפתוח את הדלתיים בדיון קונקרטי, ולא לקיים דיון עקרוני-תיאורטי בשאלת החוקתיות של הוראת חוק זו.

173. יש לזכור, כי הוראה זו נחקקה על מנת לשמור, במידת הצורך, על אינטרסים של בטחון המדינה, ערך שהינו ודאי ערך ראוי. יתירה מזו, מדובר במגבלה מקובלת במשפטנו, אשר לפיה מתנהלים למשל הליכים לפי חוק המעצרים המנהליים, שאף שם עוסקים בתי המשפט בסוגיות ביטחוניות רגישות (ראו סעיף 9 לחוק המעצרים המינהליים)

174. כאמור, המערערים אף בוחרים להתעלם מכך שיש בסמכותו של בית המשפט להורות על פתיחת הדלתיים, דבר אשר נעשה לא אחת בדיונים שהתקיימו בבתי המשפט המחוזיים בעניינם של כלואים שהוחזקו מכוחו של החוק. חזקה על בתי המשפט כי במקומות המתאימים יבחנו את האפשרות לפתוח את דלתות הדיון, ויעשו כן אם ימצאו כי לא יגרם בכך נזק לביטחון המדינה. קיום האפשרות להורות על פתיחת הדלתות שומטת את הבסיס תחת הטענה כי המדובר בהוראת חוק שאינה חוקתית, אף לו היה בטענה זו ממש. לענין זה נפנה לבי"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שיח עובייד ואח' בעמ' 25** :

"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."

כן ראו והשוו: בג"ץ 576/88 חוסייני נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מב(3) 286.

#### 8. הטענה כי האפשרות לסטות מדיני הראיות ולקבל ראיות במעמד צד אחד – פוגעת למעלה מן הנדרש בזכויות הכלואים

175. לטענת המדינה, לא רק שבסדרי דין אלה אין פגיעה בערכי המדינה, אלא הדבר מתיישב עם הצורך החיוני של שמירה על בטחון המדינה. גם בנושא זה ההסדר הקבוע בחוק מקביל להסדר המעוגן בחוק המעצרים המנהליים, בחוק שחרור-על-תנאי ממאסר, התשס"א - 2001, ובחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) התשנ"ו - 1996. כן מעוגן הסדר זה בפרקטיקה המקובלת בבית המשפט העליון, בשורה ארוכה של נושאים בהם ההחלטה המינהלית של המדינה מתבססת על מידע חסוי, שניתן להציגו לבית המשפט בלבד, במעמד צד אחד. לענין זה נפנה לבי"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שיח עובייד ואח' בעמ' 25** :

"מאחר ואין המדובר בהליך של משפט, אין הצדקה להחיל עליו את כללי הראיות של המשפט... החוק מאפשר את הסטייה האמורה בהליכים לפיו מטעמים שירשמו. 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."

כן ראו את דבריו של בית המשפט קמא בעמ' 45 לפסק הדין.

נבקש להפנות בעניין זה גם לדבריו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4400/98 **ברהם נ' שופט משפטאי**, פ"ד נב(5) 337, שם נפסק כי שופט משפטאי, המקיים הליך של ביקורת שיפוטית בעניין של מעצר מינהלי, רשאי לקבל כראיה את החומר שעמד בפני המפקד הצבאי שהחליט על המעצר המינהלי, גם אם חומר זה אינו קביל כראיה על-פי דיני הראיות.

השוו, בנוסף, את דבריו של כבוד השופט כהן בעמ"ס 1/80 **הרב כהנא נ' שר הביטחון**, לה(2) 253, 259 :

"קבלת הטענה שאין לבסס אישור מעצר מינהלי על חומר ראיות שלא הובא לידיעת העציר או בא-כוחו, הייתה שוללת כמעט כל אפשרות לעשות שימוש בהוראות החוק דווקא באותם המקרים הנדירים, שבהם קיימות סיבות כבדות משקל להיזקק לאמצעי החמור של מעצר מינהלי, היינו, כשהסכנה לבטחון המדינה או לביטחון הציבור, שאותו נועד המעצר למנוע, היא רצינית ביותר".

176. בכל מקרה, היקף שיקול הדעת שניתן לבתי המשפט בתחום קבלת הראיות בהליכי הביקורת השיפוטית, הוא רחב, וחזקה שבתי המשפט ידע לאזן כהלכה בין טעמי ביטחון לבין השמירה על זכויותיו של הכלוא מכוח החוק.

9. **הטענה לפיה שולל החוק את זכותו של הכלוא לבחור לו עו"ד כרצונו ולפגוש בו לאלתר**

177. **מדובר בטענה שאין בה ממש**. באשר לאפשרות לדחות בכמה ימים את זכות העצור לפגישה עם עורך דין, הרי שמדובר בצעד מקובל מטעמי בטחון שאין בו כל פסול. יש להביא בחשבון, כי החוק יכול שיופעל בנסיבות מלחמתיות (כפי שאכן אירע במהלך המערכה האחרונה מול ארגון החיזבאללה), מקום שצווי הכליאה יוצאו ביחס ללוחמי אויב סמוך לתפיסתם בזירות הלחימה ובעת קרבות, ובנסיבות אלה קיימים טעמים כבדי משקל, העשויים להצדיק מניעת מפגש של לוחמי אויב עם עורכי דינם מייד לאחר הוצאת הצו. האיזון שנעשה לענין זה בחוק הוא ראוי והולם, בהתחשב בתכלית החקיקה והליכי הביקורת השיפוטית.

178. לענין זה נפנה לבג"צ 2901/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו(3), 19, בו נקבע הדבר בבירור. יצוין עוד כי הערתו של בית משפט זה בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח'**, בדבר העובדה כי היה מקום לקביעה בחוק של חובת ייצוג, לא נסתרה מעיני המשיבים, והדבר יישקל לכשיישקלו תיקוני חקיקה לחוק. ברם, עובדה היא כי עניינית, לא קופחה זכותו של אף כלוא לפי החוק לייצוג, וזאת בין היתר, לאור סמכותו הטבועה של בית המשפט להורות על מינוי עו"ד, בנסיבות הראויות, סמכות בה נעשה שימוש עד כה, דבר שהוביל לכך **שלכל** הכלואים לפי החוק היה עד כה ייצוג.

179. מכל מקום, בודאי שלטענה זו אין מקום בהליך שלפנינו, בו מיוצגים המערערים. זאת ועוד, אף המציאות מלמדת כי בפועל בהליכים שהתקיימו מכוחו של חוק לוחמים בלתי חוקיים, יוצגו **כל** הכלואים על-ידי עורכי דין, בחלקם עורכי דין שהעמידה המדינה לרשותם ונשאה בשכר טרחתם.

10. **הטענה נגד הצורך במינוי סגור בלתי מסויג והטענה לפגיעה בחופש הבחירה ובחופש העיסוק של עורכי הדין**

180. אין בטענות אלו ממש. ההסדר בעניין זכות העצור לבחור לו עורך דין, שנקבע בענין זה, הוא מקביל להסדר הקבוע בחוק המעצרים המנהליים ובחוקים אחרים, ובבסיסו טעמי ביטחון הקשורים לרגישותו הביטחונית של ההליך. אין בכך אין כל פגם. לענין זה נפנה לב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח'** בעמ' 27 :

"קשה לומר, כי מה שנמצא ראוי והולם, בהקשר זה, לגבי חיילי צה"ל, מתוך הצורך לקחת בחשבון טעמים שבביטחון המדינה, איננו ראוי לגבי מי שהחוק רואה בו לוחם בלתי חוקי"

181. לא למותר לציין כי סוגיה זו אינה מתעוררת באופן קונקרטי במקרה דנן, שכן המערערים אינם מלינים על בא-כוחם במסגרת ההליך, ואינם טוענים כי ישנו עו"ד אחר שביקשו להעסיקו, ושמפאת ההסדר האמור הדבר לא הסתייע. ממילא, המדובר בטענה תיאורטית, שאין מקום להידרש אליה בגדרו של הליך זה.
- 11. דיון בערעור בפני דן יחיד בבית המשפט העליון והחשש לפיו הביקורת השיפוטית תהיה למראית עין בלבד**
182. אין ממש בטענה ובחששותיהם של המערערים. אין חולק כי שופט בית המשפט העליון בשבתו כדן יחיד בהליך ערעור בפניו על החלטת בית המשפט המחוזי, יבצע את מלאכת הביקורת השיפוטית נאמנה. מדובר בהליך אשר יכול ויבוא בפני בית המשפט העליון **אחת ל-6 חודשים**, במסגרת ערעור על החלטת בית משפט המחוזי בביקורת השיפוטית, ואין החלטה בערעור אחד מהווה סוף פסוק או מונעת הגשת ערעור חדש על החלטה בביקורת מאוחרת יותר. לכן ההשוואה אשר עורכים המערערים להליך הפלילי אין לה מקום כלל ועיקר.
183. זאת ועוד, מעבר לאמור לעיל, לנשיא בית משפט עליון או לשופט בית משפט עליון אשר דן בערעור, סמכות להרחיב את המותב במידה ויראו לנכון לעשות כן, וכך אכן אירע בענין דנן.
- 12. הטענה כנגד כפילות באפשרות הנקיטה בהליכים פלילים לפי סעיף 9 (ב) לחוק**
184. המערערים אינם חולקים על חוקיות ההוראה לפיה ניתן יהא להעמיד לוחם בלתי חוקי לדין פלילי. ברם, לטענתם, העובדה כי הרמטכ"ל רשאי להוציא צו כליאה כנגד לוחם בלתי חוקי שננקט כלפיו הליך פלילי על פי כל דין, הינה בלתי סבירה. זאת ועוד, לטענתם, כפילות ההליכים לפי סעיף 9 (ב) לחוק באה בגדר החוק אך כדי להבטיח את המשך כליאתו של אדם גם לאחר שיסיים לרצות את עונשו.
185. טענה זו דינה להידחות. כפי שיפורט להלן, בהתאם למשפט הבין-לאומי כלל לא מוטלת חובה על המדינה העוצרת להעמיד לדין לוחם בלתי-חוקי, והיא רשאית להחזיקו במשמורת מניעתית. יחד עם זאת, להבדיל משבוי מלחמה, נתונה לה האפשרות להעמידו לדין, במקרים בהם היא רואה זאת לנכון. יתר על-כן, בנסיבות אשר כבר פורטו בהרחבה לעיל, בחלק מן המקרים הליכה בהליך הפלילי לפי חוק העונשין, כלל אינה אפשרות בת קיימא מטעמים של בטחון המדינה או קשיים ראיתיים. לפיכך, לעתים אין ביכולתו של ההליך פלילי כדי להגשים את התכלית החקיקתית אותה מבקש להשיג חוק לוחמים בלתי חוקיים.
186. ללמדך, כי לעיתים אין בכוחו של חוק העונשין לתת מענה מתאים. להבדיל, בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ההסתכלות היא מניעתית צופה פני עתיד, כפי שזו נגזרת בהווה מהמציאות הבטחונית והשייכות הארגונית של הלוחם הבלתי חוקי.
187. הוראת סעיף 9(ב) לחוק, מיועדת בעיקרה לשימוש במקרים בהם הכלוא עומד לסיים את תקופת מאסרו, שנקבעה בגזר דין בהליך פלילי. הוראה זו תחול, באותם מקרים בהם נמצא כי הארגון אליו שייך הכלוא, ממשיך ונוקט באותם פעולות איבה כנגד מדינת ישראל, גם לקראת מועד שחרורו, ויהא בשחרורו של הכלוא כדי להשיבו לפעילות בארגון שתסכן את בטחון המדינה.
- במצב דברים כזה, היעלה על הדעת להשיב לוחם שכזה חזרה לשדה הקרב? במקרים אלו, וכפועל יוצא מהתכלית המניעתית, ניתן לשקול הוצאת צו כליאה אשר ימנע מהלוחם לחזור ולקחת שוב חלק בפעולות האיבה כנגד מדינת ישראל. יש לזכור כי התכליות של הסדרים אלו שונות, כאשר הדגש במעצר מכוח החוק הוא מניעתי.
188. מכאן, שכל הטענות וההשוואה להוראות **חוק סדר הדין הפלילי** (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996 **ולחוק הנוער** (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) התשל"א-1971, אינן רלבנטיות כלל לרוב רובם של המקרים, וממילא טענות אלו בטלות. עניין זה נדון גם בהחלטת בית משפט קמא בב"ש 91868/03 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' איברהים אבו-זייד** :
- "בתי המשפט לא ראו בהפעלת סמכות המעצר המינהלי לאחר שחרור ממעצר או זיכוי, עקיפה של הוראות בית המשפט ובלבד שהפעלת הסמכות נעשתה בנסיבות ראויות ועל בסיס חומר ראיתי מתאים".**
189. בית משפט נכבד זה, הוסיף וביסס את השוני והתכלית היחודית לכל אחד מן האפשרויות, והפנה לדברי המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז) בבג"צ 6843/93 **קטמש נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון**, דינים עליון, כרך לז', עמ' 609 :

"מעצר מינהלי אינו תחליף למעצר עד תום ההליכים. כאשר בית-משפט מחליט לשחרר נאשם עד תום ההליכים נגדו, המפקד הצבאי אינו רשאי - על בסיס אותו חומר עצמו - לעצור את הנאשם עד תום ההליכים. עם זאת, אין מניעה לכך שנאשם - אשר בית המשפט סירב לעצרו עד תום ההליכים - ייעצר במעצר מינהלי ובלבד שהחומר הראייתי אשר שימש למעצר המינהלי שונה מהחומר הראייתי אשר שימש למעצר עד תום ההליכים. אכן, במשטר דמוקרטי האמון על שלטון החוק, מן הראוי הוא להעדיף משפט פלילי על פני מעצר מינהלי. על-כן, כאשר קיים נגד חשוד חומר ראיות לכאורה שחלקו ניתן לגילוי (ולשימוש במשפט פלילי) וחלקו חסוי (על-כן לא ניתן לשימוש במשפט פלילי), מן הראוי הוא להגיש כנגד החשוד אישום פלילי בגדרי החומר הגלוי ולא לבקש את מעצרו של אותו חשוד, בגין חומר זה, במעצר מינהלי. במצב דברים זה אם החשוד יוצא זכאי מהאישום הפלילי, אין בכך כדי למנוע עשיית שימוש בתום לב בחומר החסוי בגדרי ההליך של המעצר המינהלי. אם כך לגבי זיכוי הנאשם, על אחת כמה וכמה שכן הם פני הדברים לענין מעצר מינהלי, שעה שהמשפט הפלילי טרם הסתיים".

#### חלק ה' - על הצורך בריסון שיפוטי, בכל הנוגע לחקיקה של הכנסת

190. לסיכום פרק הבחינה החוקתית, נבקש להפנות את בית המשפט, למידת הזהירות הנדרשת, בעת שהוא בוחן טענות המועלות בפניו בדבר אי חוקתיותו של חוק. כפי שנקבע, לא מכבר בבג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, תק-על-2005(2), 2595, עמ' 2626:

"ביישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית-המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון" (השופט ד' ביניש בפרשת מנחם, עמ' 263). בצדק ציין השופט י' זמיר כי:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מהחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט... כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק" (בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496; להלן - פרשת מרכז השלטון המקומי; ראו גם בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68; להלן - פרשת הופנונג).

אכן, לא הרי ביטול חוק בשל אי חוקתיותו, כביטול תקנה בשל אי חוקיותה. בביטול חוק בשל אי-חוקתיותו עניין לנו בביטול דבר חקיקה שנחקק על ידי גוף שנבחר על ידי העם. מכאן הגישה, כי נדרשת פגיעה בולטת ומשמעותית בזכות אדם חוקתית, כדי להביא לאי-חוקתיות החוק (ראו פרשת הופנונג, עמ' 68); מכאן התפיסה, כי לא הרי חוק "קבוע" כהרי חוק "זמני" בבחינת חוקתיות החוק (ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 486; פרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 494; בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699). אכן, בבחינה החוקתית "כל הממעט הרי זה משובח" (השופט מ' חשין בבג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 548). גם מרחב התימרון של המחוקק נגזר מזהירות שיפוטית זו. עם זאת, זהירות אסור לה שתגרור אחריה קיפאון. לא על ערכיו שלו מגן בית המשפט. הוא מגן על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא נותן ביטוי לדברה של הכנסת בחוק-יסוד. בצד כבוד החוק מונח כבוד חוק-היסוד. מקום שבית

המשפט קובע כי החוק פגע פגיעה של ממש ושלא כדין בחוק היסוד, עליו להסיק את המסקנות המתבקשות מפגיעה זו".

191. עוד ראה, דברי כב' הנשיא לשעבר שמגר, בבג"צ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221, 349 :

"בהקשר זה מן הנכון לשוב ולהזכיר כי בארצות בעלות מסורת חוקתית ארוכה משלנו מקובל ונהוג כי הטענה בדבר אי-חוקתיות נבחנת בזהירות ותוך ריסון".

באשר לדרך נקיטת הזהירות הנדרשת על ידי השופט, ציין הנשיא לשעבר, באותה פרשה, בעמ' 348 :

"השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק אשר מאזן כראוי בין צרכי הפרט לצרכי הכלל שאותו "הייתי אני מחוקק לו הייתה בידי הסמכות". השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו הינה "האם החוק אשר הוחק הלכה למעשה מאזן בין צרכי הפרט לצרכי הכלל באופן המקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה". אם התשובה על שאלה זו היא חיובית, על השופט להכיר בתוקפו של החוק ובכוחו לפגוע כדין בזכות אדם מוגנת, גם אם הבחירה במטרה או באמצעים אינה נראית לשופט רצויה והוא היה בוחר באופן פעולה שונה. כפי שכבר צוין, השופט אינו מופקד על בחינת תבונתה של חקיקה פלונית אלא על בדיקת חוקיותה".

192. עמד על כך גם כב' הנשיא ברק, בבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, תק-על (3)97, 721, עמ' 728 :

"אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק-יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על חוקיות, שהוא עצמו קבען (ראו ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג 403 (התשנ"ו)). עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה.

193. עוד ראה דברי כב' השופט זמיר בבג"צ 3434/96 הופנונג ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פ"ד נ (3) 57, 67 :

"בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לשבת שבעה נקיים : לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק, ולהקפיד מאד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה."

194. בשוקלנו את הטענות המועלות בסיכומי המערערים, על פי הקריטריונים האמורים, ברורה התוצאה : בחוק דגן לא נפל כל פגם ובודאי שאין כל הצדקה לפסילתו בשל אי התאמתו, כביכול, להוראות חוק היסוד. החוק נועד לתכלית ראויה, אין הוא פוגע בערכיה של מדינת ישראל, והוא נחקק באופן מידתי.

### פרק ה' : עמידתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בהוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי

195. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עוסק, כפי שמעיד שמו, בהחזקתם במשמורת של אנשים המעורבים בפעולות לחימה נגד מדינת ישראל. על-כן, השאלה העומדת לפנינו בחלק זה הינה, מהם הכללים בדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי החלים ביחס למעצרים של אנשים העוסקים ומעורבים בלחימה כנגד צד לסכסוך המזוין, והאם תואם חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים כללים אלה.

כפי שנראה להלן, חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים תואם באופן מלא את הנורמות הקבועות במשפט הבין-לאומי לעניין מעצרים של המעורבים בפעולות לחימה כנגד מדינה, שהיא צד לסכסוך מזוין.

### חלק א' - "לוחמים בלתי חוקיים" - מעמד מוכר במשפט הבין-לאומי

196. המערערים טוענים כי החוק יוצר יש-מאין מעמד (סטאטוס) חדש לגמרי, של "לוחמים בלתי חוקיים", שאינו קיים במשפט הבין-לאומי ההומניטרי. לטענת המערערים, האבחנה היחידה המקובלת במשפט הבין-לאומי היא בין לוחמים, הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, לבין אזרחים, ואילו החוק חותר תחתיה, תוך יצירת מעמד וקטיגוריה בלתי מוכרים של "לוחמים בלתי חוקיים".

197. דין טענת המערערים להידחות. כפי שיפורט להלן, המונח "לוחמים בלתי חוקיים" הינו מונח מוכר ועתיק יומין במשפט הבין-לאומי. בנוסף, החוק נועד לבטא את אחד העקרונות הבסיסיים והמוכרים ביותר בדיני הלחימה, על-פיו מבחינים בין לוחמי אויב, המקיימים את כל התנאים הרלוונטיים בדיני הלחימה לענין זכאות למעמד של שבויי מלחמה, לבין לוחמי אויב, שאינם מקיימים תנאים אלה, ועל כן אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, ולכל הזכויות והפריבילגיות הנלוות למעמד זה והנגזרות ממנו.

198. בשלב ראשון, טרם שנידרש למונח "לוחמים בלתי חוקיים", עלינו לעסוק תחילה במונח אחר, שגור וידוע בדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי - "שבויי מלחמה".

199. במשפט הבין-לאומי קיימת מערכת שלמה של כללים המסדירים את זכויותיהם וחובותיהם של שבויי המלחמה וכל הכרוך בטיפול בעניינם. כללים אלה מעוגנים בעיקר באמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה משנת 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה השלישית") וכן בתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן: "תקנות האג").

סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מונה את קטגוריית האנשים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, עם נפילתם בידי היריב. כך, למשל, סעיף A4(1) קובע כי אנשי הכוחות המזוינים הסדירים של הצדדים לסכסוך (כאשר צד לסכסוך, כפי שנראה בהמשך, משמעותו מדינה שהינה צד לאמנה), וכן אנשי מליציה או מתנדבים, המהווים חלק מהכוחות המזוינים הסדירים, זכאים למעמד זה. סעיף A4(2), לעומת זאת, דן באנשי מליציות ומתנדבים אחרים, לרבות תנועות התנגדות מאורגנות, המשתייכים לצד לסכסוך, וקובע כי אנשיהם יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה, ובלבד שיקיימו ארבעה תנאים מצטברים:

- א. צריך לפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו, דהיינו, השתייכות לארגון המתפקד באופן הירארכי.
- ב. עליהם לשאת סימן הבחנה קבוע, שניתן להכיר אותו מרחוק.
- ג. עליהם לשאת את נשקם בגלוי.
- ד. עליהם לנהל את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה.

### לוחם, אשר אינו נמנה על כוחות הצבא הסדירים של צד לסכסוך, או שלא מתקיימים לגביו ארבעת התנאים האמורים, במצטבר, אינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה עם נפילתו בידי הצד השני.

200. דרישה זו, לפיה על לוחם אויב לעמוד בתנאים מסוימים על מנת לזכות במעמד של "שבוי מלחמה" מבוססת ומעוגנת באסמכתאות רבות. ראו לדוגמא:

Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, (1959, University of California Press), p 58; Ingrid Detter, *The Law of War*, (2<sup>nd</sup> edition, 2000) p.136; L. Oppenheim, *International Law*, vol. II - Disputes, War and Neutrality, (7<sup>th</sup> edition, 1951), p.372. K. Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy", Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2005 Number 2, at 27; Y. Dinstein, "דינשטיין, דיני מלחמה, הוצאת שוקן, תל אביב (1983), בעמ' 98 (להלן: "דינשטיין"); The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict (Cambridge University Press, 2004), at 33-44.

201. פרופ' דינשטיין מונה 3 תנאים נוספים אשר התוספו, לגישתו, במשתמע ומכוח הפרקטיקה, לארבעת התנאים הנ"ל – אירגון, השתייכות לצד לוחם, והעדר חובת נאמנות כלפי המעצמה העוצרת. אף לתנאים אלה חשיבות, אולם בענייננו אין צורך להרחיב בנושא.

202. נמצא, כי כללי המשפט הבין-לאומי קובעים מספר מבחינים לעניין זכאותו של איש הכוחות המזוינים של צד לסכסוך למעמד של "שבויי מלחמה". מבחינים אלה מקובלים על מדינת ישראל ואליהם מכון סעיף 2 לחוק לוחמים בלתי חוקיים, בהתייחסו לסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית.

203. יצויין, כי סעיף 44 לפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן: "הפרוטוקול הראשון") מבקש להרחיב את הגדרתם של לוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה עם תפיסתם על-ידי הצד שכנגד גם לאנשי כוחות מזוינים של צד לסכסוך שאינו מדינה. כידוע, מדינת ישראל לא חתמה על הפרוטוקול הראשון, לא אשררה אותו, והיא אינה צד לו. בנוסף, אין המדובר בכלל מנהגי, ועל כן הוא אינו מחייב את מדינת ישראל. עוד יצויין, כי כלפי הרחבה זו נמתחה ביקורת רבה. פרופ' דינשטיין למשל, סיכם את ביקורתו באומר:

"זוהי הלכה מופרכת מיסודה, אשר יש בה כדי לערער את כל המיבנה המחשבתי של דיני המלחמה. קשה להאמין, שבמציאות יפעילו מדינות את הוראת סעיף 44 הלכה למעשה" [דינשטיין, עמ' 110-114]

204. זאת ועוד, יש לציין כי בהתאם לדעת מלומדים, ישנם "שחקנים" לא מדינתיים שונים, שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה אף בהתאם להוראות סעיף 44 לפרוטוקול הראשון. **בכלל אלו מצויים גם ארגוני טרור וטרוריסטים, אשר גם לפי נוסחו המרחיב והשנוי במחלוקת של הסעיף האמור אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.** לעניין זה ניתן להפנות לדבריו של המלומד Watkin ביחס לפרוטוקול הראשון, שם הוא קובע מפורשות, כי הפרוטוקול מרחיב אמנם את מעגל הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, אך אין בו כדי להפוך לגיטימיים את ארגוני הטרור והנמנים על שורותיהם:

"Regardless of the manner in which the 'national liberation' provisions of the Protocol have been regarded, **the armed forces of certain non-state actors are excluded from attaining combatant status even under Additional Protocol I.**

**Additional Protocol I does not legitimize terrorism or terrorist organization.** It extends international humanitarian law protection and obligations to a limited group of non-state actors whose ability to remain legitimate depends on their actions during the conflict. Regardless of how narrowly the scope of Additional Protocol I is interpreted, its provisions are not extended to all non-state actors."

K. Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy", Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2005 Number 2, at 26 - 27.

205. חשוב לציין, כי דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, מכירים, מחד-גיסא, בקיומם של אנשים שאינם "לוחמים", אשר זכאים בכל זאת למעמד של שבויי מלחמה עם תפיסתם, ומאידך-גיסא, בקיומם של "לוחמים", אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה עם תפיסתם. כך, לדוגמא, כתבים צבאיים המסופחים לכוחות הלוחמים, אינם נחשבים כלוחמים ואינם מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה. למרות זאת, הם זכאים למעמד של שבויי מלחמה אם ייפלו בשבי – סעיף A4(4) לאמנת ג'נבה השלישית. מנגד, ישנם מקרים בהם אדם יהווה מטרה לגיטימית לתקיפה, למרות שלא יהיה זכאי למעמד של שבוי מלחמה אם ייתפס. כך למשל, לוחם אשר אוסף במדינת האויב מודיעין בבגדים אזרחיים, ייחשב ל"מרגל", ולא ייחנה כלל ממעמד של שבוי מלחמה. זאת, למרות שהוא מהווה כמובן מטרה לגיטימית לתקיפה (תקנות 29 – 31 לתקנות האג).

206. לענייננו, לעומת לוחמים "חוקיים", הזכאים למעמד של שבויי מלחמה (כיוון שהם מקיימים את התנאים שהובאו לעיל), עומדים לוחמים שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה, עם נפילתם בידי היריב. הכינוי המקובל לאנשים לוחמים אלה הוא "**לוחמים בלתי חוקיים**".

207. על מנת להבהיר את השימוש במונח "לוחמים בלתי חוקיים", יש להבין את הטעמים שבבסיס ההבחנה בין לוחמי אויב (חוקיים), שזכאים למעמד של שבוי מלחמה, ובין לוחמים בלתי חוקיים, שאינם זכאים למעמד זה.

208. בבסיס האבחנה בין לוחמים "חוקיים" ו"לוחמים בלתי חוקיים" עומד אחד מעקרונות היסוד החשובים והמרכזיים במשפט הבין-לאומי – **עקרון האבחנה בין לוחמים ואזרחים**.



כידוע, אחת המטרות החשובות של דיני הלחימה היא להבטיח שמי שייפגעו בעת לחימה יהיו, ככלל, רק לוחמי האויב, ואילו לאוכלוסייה האזרחית תובטח הגנה והיא לא תפגע. על מנת לממש מטרה זו **המשפט הבין-לאומי מייחס חשיבות עצומה לעצם היכולת להבחין בתנאי לחימה בין לוחם לבין אזרח. הפגם המרכזי המשוויד להתנהגותם של לוחמים מסוימים, ושבגינו נשלל מהם המעמד של שבוי מלחמה עם תפיסתם, הוא בכך שבהתנהגותם הם מטשטשים את ההבחנה בין לוחמים לבין אזרחים.** עמד על כך פרופ' דינשטיין בספרו:

"ההבחנה בין לוחמים חוקיים ובלתי-חוקיים נועדה בראש ובראשונה לשמור על ההבחנה בין לוחמים לאזרחים, ומשום כך, שתי ההבחנות משלימות זו את זו. אם לוחמים יוכלו להעלם בתוך ציבור האזרחים, כל אזרח בתוך אותו ציבור ייחשד כלוחם נסתר ויסבול מן התוצאות הנובעות מכך. אם חפצים להקפיד על הוצאת רוב האזרחים מחוץ למעגל הלחימה, הכרחי להבטיח שההבחנה ביניהם לבין לוחמים תהיה חדה וחלקה. אי לזאת, **דרוש להטיל סנקציה (שלילת המעמד של לוחם חוקי, על כל המשתמע מכך) על מי שמנסה לנצל את ההבחנה לרעה ומסכן במעשיו את המשך קיומה.** הסנקציה על ניצול לרעה של ההבחנה בין אזרחים לבין לוחמים היא הערובה לכך, שההבחנה תמשיך להישמר" [דינשטיין, עמ' 97]

כך מציין גם פרופ' Kmiec :

"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 civilians and POWs. For this to be possible, lawful soldiers must be assured that civilians and prisoners are not taking aim to kill them. As two international terrorism scholars succinctly put the matter: "**Civilians who abuse their non-combatant status are a threat not only to soldiers who abide by the rules, they endanger innocents everywhere by drastically eroding the legal and customary restraints on killing civilians.**" Restricting the use of arms to lawful combatants has been a way of limiting war's savagery since at least the Middle Ages."

D. W. Kmiec, Constitutional Law Symposium Constitutionism and the War on Terror: Observing the Separation of Powers: the President's War Power Necessarily Remains "The Power to Wage War Successfully" 53 Drake L. Rev. 851 (Summer, 2005) 851, at 864.

להבחנה בין לוחמים "חוקיים" ללוחמים בלתי חוקיים, מתייחס גם המשפטן Bialke במאמרו:

"Armed conflict places large numbers of civilians on all sides of a conflict in grave situations where the risks of death, suffering, loss, and other depredations are extremely high. This is especially so when combatants disguise themselves unlawfully as protected noncombatant civilians. LOAC has long been designed, to mitigate the risks to civilians by clearly **distinguishing lawful combatants** (such as uniformed military personnel under a responsible chain of command, who carry arms openly, and who are obliged to and do follow international law) **from unlawful combatants** (such as members of the Taliban who *en masse* do not meet the four criteria

of lawful belligerency and who *en masse* have willfully and continually failed to follow LOAC, and **al-Qaeda** who *en masse* are stateless and whose right to take up arms is not recognized under international law)...

These essential customary international law distinctions between lawful/unlawful combatants and noncombatants prevent collateral deaths and suffering of protected civilians and other noncombatants during armed conflict. LOAC serves to protect noncombatants by providing all combatants an unambiguous positive incentive to constrain their behavior as well as the potential of future punishment for failing to do so."

J. P. Bialke, *Al-Qaeda & Taliban Unlawful Combatants Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed Conflict*, 55 A.F. L. Rev. (2004) 1, at 7-9.

209. בהתאם, כאשר לוחם אויב אינו לובש מדים, אינו נושא את נשקו בגלוי, או מפר בעצמו את דיני הלחימה (למשל - תוקף אזרחים או פועל מתוך אוכלוסיה אזרחית), הוא בהכרח מטשטש את ההבחנה בין לוחמים ואזרחים, ומסכן את חייהם של האזרחים. בהתנהגותו יש משום פגיעה באבחנה החשובה בין לוחמים לבין אזרחים.

210. המשפט הבין-לאומי אינו נשאר אדיש להתנהגות זו של לוחמים, והוא שולל מהם את הזכות למעמד של שבוי מלחמה, על כל הזכויות הכרוכות בכך:

"Again, an accurate designation *en masse* of unlawful belligerency so made, and the attendant forfeiture of POW status are not considered punitive to the individual combatant. Rather, an unlawful combatant designation with its denial of POW status is in accordance with the fundamental principle and maxim of international law, *jus ex injuria non oritur*, "a right does not arise from a wrong." [J. P. Bialke, , at 20.]

211. סוג זה של לוחמים, שבמעשיהם נפל פסול חמור, מכונים בספרות המקצועית "לוחמים בלתי חוקיים". כינוי זה, כמו גם האבחנה שבבסיסו, מופיעים במדריכים הצבאיים של מדינות רבות, ובעשרות אסמכתאות בתחום המשפט הבין-לאומי.

212. המונח "לוחמים בלתי חוקיים" מעוגן ראשית, בפרקטיקה הבין-לאומית, וצבאות אחרים בעולם עושים בו שימוש. כך למשל, מדריך המלחמה של צבא גרמניה עושה שימוש במונח "לוחמים בלתי חוקיים", ומתייחס להבדל בינם לבין לוחמים חוקיים:

"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) face penal consequences. They do not have the right to prisoners of war status"

Humanitarian Law in Armed Conflict - Manual – edited by The Federal Ministry of Defense of the Federal Republic of Germany, 1992.

באופן דומה קובע מדריך הלחימה של הצבא האמריקאי כדלקמן:

“Persons, such as guerillas and partisans, who take up arms and commit hostile acts without having complied with the conditions prescribed by the laws of war for recognition as belligerents (see GPW art. 4 par 61 herein), 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”.

FM 27-10, Department of Army Field Manual , "The Law of Land Warfare", 1956.

ראו גם את מדריך חיל האוויר האמריקאי משנת 1976, para 3-3.

עוד נפנה בהקשר זה אל המדריך הצבאי הקנדי The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level (2001), המגדיר "לוחמים בלתי חוקיים", בין היתר, כאזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה, שכירי חרב או מרגלים. לפי מדריך זה, הלוחמים הבלתי חוקיים מאבדים את חסינותם מפגיעה והופכים מטרות לגיטימיות. אם ייתפסו, הם אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, וניתן להעמידם לדין ולהענישם. עם זאת, יש לנהוג בהם בצורה הומאנית (ibid, at 3-4, 3-5; 10-2; GL-19).

מדריך אמריקאי נוסף - המדריך האמריקאי למשפט אופרטיבי Operational Law Handbook משנת 2005, מגדיר גם הוא לוחמים שלא יהיו זכאים למעמד של שבוי מלחמה, כדלקמן:

**"Unprivileged belligerents.** 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."  
(chapter 2, Law of War, at 17).

213. בהקשר המלחמה העולמית בטרור (Global War on Terrorism - **GWOT**), קובע המדריך האמריקאי כי מעמדם של הטרוריסטים הוא כשל **לוחמים בלתי חוקיים**:

**"Status of Enemy participants in conflict. Unlawful Combatants.** Taliban and al-Qaida lack some or all of the four attributes specified in Article 4, GC III, thus they are unlawful combatants"

(chapter 18, Combating Terrorism, at 387).

מעמדם של העצורים בגוונטאנאמו, המוחזקים במסגרת ה"מלחמה העולמית בטרור" בהובלת ארה"ב, מובהר אף הוא במדריך, בהסתמך על הכרזת הבית הלבן מיום 07/02/2002:

"Status of Detainees in Guantanamo Bay.  
The White House statement released on February 7, 2002 resolved this issue. The president determines that neither Taliban nor al-Qaida detainees are entitled to POW status. The president confirmed that the Geneva Conventions do apply to the Taliban detainees, but not to the al-Qaida detainees. In regards to the al-Qaida detainees, al-Qaida is not a state party to the Geneva Conventions, it is a foreign terrorist group. Its members are therefore not entitled to the protections the Geneva Convention. In regards to the Taliban detainees, the Taliban detainees are not entitled to POW status because they do not satisfy the four conditions specified in Article 4."

214. נציין, כי לאחרונה אף נתקבל בארצות הברית חוק חדש ( Military Commissions Act of 2006, S.3930 / PL 109-366, 120 Stat. 2600), שנחתם על-ידי הנשיא ונכנס לתוקף ב- 17 באוקטובר 2006, העוסק בלוחמים בלתי חוקיים, והמעגן את הסמכות להעמיד לדין לוחמים בלתי חוקיים של האויב, המעורבים במעשי איבה כנגד ארה"ב, בפני טריבונל צבאי. בהקשר זה הוגדר המונח "unlawful enemy combatant" כדלקמן:

"a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the US or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces)..."

215. גם בכתיבתם של מלומדים המונח "לוחמים בלתי חוקיים" הינו מונח שגור וידוע. כך למשל, מתייחס לנושא פרופ' דינשטיין:

**"בצד האבחנה בין לוחמים לאזרחים, קיימת הבחנה משלימה בין לוחמים חוקיים ובלתי חוקיים. הכלל הוא שרק לוחמים חוקיים זכאים למעמד של שבויי מלחמה, כלומר נהנים מן היתרון של החסינות מפגיעה שעה שהם נופלים בידי האויב. לוחמים בלתי חוקיים, לעומת זאת, מותר להעמיד למשפט ולהעניש בכל חומרת הדין, אם כי אסור להוציאם להורג ללא הליכים משפטיים"** [דינשטיין, עמ' 96]

עוד נפנה לספרו החדש של פרופ' יורם דינשטיין, בו הוא קובע לאמור:

"An enemy civilian who does not take arms, and does not otherwise participate actively in the hostilities, is guaranteed by LOIAC not only his life, health and dignity (as is done with respect to prisoners of war), but even his personal liberty which cannot be withheld (through detention) without cause. However, a person is not entitled to wear simultaneously two caps: the hat of a civilian and the helmet of a soldier. A person who engages in military raids by night, while purporting to be an innocent civilian by day, is neither a civilian nor a lawful combatant. **He is an unlawful combatant. 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.**" [Dinstein, p. 29]

כן נבקש להפנות לדבריה של פרופ' דטר:

"The principle of distinction is of importance. If a person fulfills the requirements for combatant status he is entitled to the 'rights' of a soldier, notably to enjoy prisoner of war status if captured; if he does not fulfill these requirements, he is an "**unlawful combatant**" and may be shot."

Ingrid Deter, The Law of War, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge, University Press 2000' p. 141

כן ראו דבריו של פרופ' Jinks:

"The upshot is that denial of POW regime in many cases arguably carries no unique protective consequences. Of course many persons captured in time of war do not neatly fit into the category of

"civilians". The central difficulty is what protections apply, and which should apply, to persons who have directly participated in hostilities, yet failed to satisfy the requirements for POW status. Such persons, often called "**unlawful combatants**" or "**unprivileged belligerents**" pose an important challenge to the laws of war"

D. Jinks, The Declining Significance of POW Status, 45 HARV. INT'L L.J. (2004), 367, at 378 - 379.

מספר האסמכתאות במשפט הבין-לאומי, המתייחס ללוחמים בלתי חוקיים, הוא רב. אסמכתאות אלה מעידות על קיומו המבוסס היטב של המונח "לוחמים בלתי חוקיים" במסגרת דיני הלחימה. לענין זה ראו למשל: .216

Ex parte Quirin et al. (1942) 317 U.S. 1; Morris Greenspan, The Modern Law of Land Warfare, 1959 University of California Press, p 58; Dieter Fleck, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict Oxford University Press, 1995, p, 68; Spencer J. Corona and Neal A. Richardson "Justice For war Criminals of Invisible Armies" 21 Okla. City U.L. Rev 349; Neal K. Katyal and Laurence H. Tribe "Waging War, Deciding Guilt" 111 Yale L.J. 1259 April 2002; Kenneth Anderson "The Military Tribunal Order" 25 Harv J.L. & Pub. Pol'y 591, Spring 2002; Ruth Wedgwood "Al Qaeda, Terrorism and Military Commissions" 96 A.J.I.L. 328 April 2002; Yoram Dinstein "The Distinction Between Unlawful Combatants and War Criminals" in International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honor of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 103; Richard R. Baxter "So-called 'Unprivileged Belligerency' Spies, Guerrillas, and Saboteurs" in The British Year Book of International Law, 1951, p. 332;

כן ראו, למשל, מן השנים האחרונות:

M. Mofidi and Amy E. Eckert, "Unlawful Combatants" or "Prisoners of War": The Law and Politics of Labels, 36 Cornell Int'l L.J. (2003) 59; M. N. Schmitt, WAR, INTERNATIONAL LAW, AND SOVEREIGNTY: REEVALUATING THE RULES OF THE GAME IN A NEW CENTURY: Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees, 5 Chi. J. Int'l L. (Winter, 2005) 511; K. Watkin, CANADA/UNITED STATES MILITARY INTEROPERABILITY AND HUMANITARIAN LAW ISSUES: LAND MINES, TERRORISM, MILITARY OBJECTIVES AND TARGETED KILLING, 15 Duke J. Comp. & Int'l L. (Spring / Summer, 2005) 281; J. R. Pariseault, Applying the Rule of Law in the War on Terror: An Examination of Guantanamo Bay Through the Lens of the U.S. Constitution and the Geneva Conventions, 28 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. (Spring, 2005) 481; D. Jinks, The Declining Significance of POW Status, 45 HARV. INT'L L.J. 367 (2004); D. Kretzmer, Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?, EJIL 16 (2005)171; C. A. Bradley and J. L. Goldsmith, Congressional Authorization and the War on Terrorism, 118 Harv. L. Rev. (2005) 2047; R. Goodman and D. Jinks, Replies: International Law, U.S. War Powers, and the Global War on Terrorism, 118 Harv. L. Rev. (2005) 2653; C. A. Bradley and J. L. Goldsmith, Rejoinder: The War on Terrorism: International Law, Clear Statement requirements, and Constitutional Design, 118 Harv. L. Rev. (2005) 2683. K. Dormann, "the Legal Situation of "unlawful/unprivileged combatants", IRRC, vol. 85, P. 45

אכן, נסיונות לטעון (גם לאחר פיגועי ה-11.9.2001), כי קטגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים" איננה קיימת, נדחו. כפי שמציין Watkin (במאמר שצורף על-ידי המערערים), כבר הוכר בכך שנעשה שימוש בקטגוריה זו עוד מראשית המאה הקודמת: .217

"Immediately following the September 11, 2001 attacks on the United States, there was even a denial that "unlawful combatants"

exist as a legal category at all. **However, increasingly there have been acknowledgments that these participants in hostilities "have frequently been used at least since the beginning of the last century in legal literature, military manuals, and case law."**

K. Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy", Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2005 Number 2, at 6.

המלומד דורמן (שהוא איש ארגון הצלב האדום הבין לאומי), מציין גם הוא כי המונח "לוחם בלתי חוקי", על אף שאינו מופיע באופן מפורש במקורות הכתובים של המשפט הבין-לאומי, הינו מושג ידוע ומקובל, שנעשה בו שימוש לפחות עוד מתחילת המאה הקודמת. וכך הוא כותב:

"Whereas the terms "combatant", "prisoner of war" and "civilian" are generally used and defined in the treaties of international humanitarian law, the term "unlawful combatant", "unprivileged combatant/belligerent" do not appear in them. They have, however, been frequently used at least since the beginning of the last century in legal literature, military manuals and case law."

K. Dormann, "the Legal Situation of "unlawful/unprivileged combatants", IRRC, vol. 85, P. 45, at 46.

218. יצוין, כי ההבחנה בין לוחמים חוקיים ללוחמים בלתי חוקיים עולה גם מהוראות אמנות גינבה השלישית והרביעית, והפרוטוקולים הנספחים לאמנות משנת 1977 (שהתייחסו לעיל למעמד המשפטי). כך למשל, סעיף 45(3) לפרוטוקול ה-I מתייחס במפורש למי שנטלו חלק בפעולות איבה ואינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה, תוך שהוא מפנה לרשימה מינימלית של זכויות משפטיות, אותן יש להבטיח לקטגוריה זו של אנשים (הזכויות עצמן מנויות בסעיף 75 לפרוטוקול ה-I). כפי שמציין **Watkin**, במאמר הנ"ל, ביחס לפרוטוקול המשלים ה-I:

"This distinction represents a departure from the notion that there are only two categories referred to in Article 50(1) of Protocol I, namely combatants and civilians." (id., at 59).

219. לסיכום, מכל האמור לעיל עולה, כי המשפט הבין-לאומי מכיר במונח "לוחמים בלתי חוקיים". המדובר במונח שגור וידוע עוד מן המאה הקודמת. לא זו אף זו, במציאות של ימינו הפך מושג זה למושג מרכזי וחשוב עוד יותר, נוכח העובדה שלמלחמה ה"קלאסית" בין מדינות הצטרפה - ואולי אף נטלה מקום מרכזי - לחימה של ארגוני טרור.

220. **כאן המקום לציין, כי גם בישראל, הכירו בתי המשפט במספר החלטות במונח של "לוחמים בלתי חוקיים" ובאבחנה זו שבין "לוחמים חוקיים" ל"לוחמים בלתי חוקיים", וקבעו כי מדובר באבחנה מבוססת היטב במשפט הבין-לאומי.**

בעניין זה נבקש להפנות לב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח'**, תק-מח 2003(1) 37926 במיוחד לעמוד 48 לפסק הדין, שם קבע **כב' השופט כספי**:

"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 הבין-לאומי ההומניטרי. ההבחנה בינו לבין מי הנחשב ללוחם חוקי, מקובלת כך, במשפט הבין-לאומי 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."

נפנה גם לב"ש 92134/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' מרואן ברגותי**, תק-מח 2003(1)37926, במיוחד לעמודים 20-24 להחלטה זו, שם קבע **כב' השופט גורפינקל** :

"טרוריסטים הפוגעים באוכלוסייה אזרחית אינם נכנסים למסגרת של "לוחמים חוקיים" הזכאים למעמד של "שבויי מלחמה", מכיוון שאינם מקיימים את התנאים, על פי הדין הבין-לאומי, שלוחם חוקי נדרש לעמוד בהם... המשפט הבין-לאומי מבחין בין שתי קבוצות של לוחמים המבצעים פעולות איבה כנגד מדינת ישראל.

קבוצה ראשונה של גורמים המבצעים פעולות איבה נגד המדינה, כוללת אנשים הנימנים על צבאות סדירים המנהלים פעולות לחימה נגד מדינת ישראל, בהתאם לדיני המלחמה. לוחמים הפועלים במסגרת קבוצה זו ונתפסים, זוכים למעמד של שבויי מלחמה...

הקבוצה השנייה של לוחמים אותה מזהה המשפט הבין-לאומי, מכונה "לוחמים בלתי חוקיים". בקבוצה זו, נכללים אנשי ארגוני טרור וכוחות אויב הנוטלים חלק בפעולות טרור ואיבה נגד ישראלים וישראל, אך בהיתפסם אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה...

אבחנה זו של המשפט הבין-לאומי בין לוחמים חוקיים לבין לוחמים בלתי חוקיים, מבוססת במספר רב מאד של אסמכתאות, בנוסף מעוגנת היא בפרקטיקה הבין-לאומית ומופעלת על ידי צבאות אחרים בעולם כדוגמאות צבא ארצות-הברית וצבא גרמניה".

221. אבחנה זו, שבין "לוחמים חוקיים" ל"לוחמים בלתי חוקיים", הוכרה שוב בהחלטה אחרת שנתן בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (בהרכב כב' השופטים **סירוטה, טל ובנימיני**), בתפ"ח 1158/02 (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' מרואן ברגותי**, תק-מח 2004(2)4523 בעיקר בעמ' 11, 17-19 :

"באי-כוח הנאשם מתעלמים התעלמות מוחלטת מההבחנה הברורה שמבחין המשפט הבין-לאומי בין "שבויי מלחמה", שהם לוחמים אשר פועלים בהתאם לדיני המלחמה ולכללים שנקבעו באמנת ז'נבה השלישית, לבין "לוחמים בלתי-חוקיים". ההבחנה בין לוחמים חוקיים ובלתי-חוקיים במשפט הבין-לאומי היא הבחנה מהותית, אשר מכוחה נגזרות ההגנות המוענקות ללוחמים וזכויותיהם".

כך נפסק גם על ידי בית המשפט קמא בפרשה זו.

222. לאחרונה דן בית משפט נכבד זה בסוגיית מעמדם של המחבלים וארגוניהם. בית המשפט קבע באופן מפורש כי המחבלים והשולחים אותם "הם לוחמים בלתי חוקיים" (בג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, (טרם פורסם. נפסק ביום 14.12.2006) (להלן: "פרשת הסיכול הממוקד")). נפסק על-ידי הנשיא (בדימו') ברק, בהסכמת כב' השופטים ביניש וריבלין, כי :

"אכן, המחבלים והארגונים השולחים אותם הם לוחמים בלתי חוקיים (unlawful combatants)"

למסקנה זו מגיע הנשיא (בדימי) לאחר שהוא עומד על התנאים אותם נדרשים לקיים לוחמים על-מנת לזכות במעמד של שבויי מלחמה, עליהם הוא אינו רואה צורך להרחיב, ובעודו קובע באופן מפורש כי:

”אין לנו צורך לדון בכל אלה, שכן ארגוני הטרור באיזור ויחידיהם אינם מקיימים את התנאים של לוחמים. די אם נציין שאין להם סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק, והם אינם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני הלחימה ומנהגיה.”

יצוין, כי לאחר שהנשיא (בדימי) ברק קובע כי המחבלים והארגונים עליהם הם נמנים הם לוחמים בלתי חוקיים, ובהקשר זה ממש, הוא מפנה לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ולהגדרה הקבועה בסעיף 3 בחוק ביחס למושג זה.

223. כל האמור מוביל אם כן למסקנה, כי אין כל ספק שקיים, כעניין שבעובדה ובמשפט, מונח של "לוחמים בלתי חוקיים". חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מתייחס למונח "לוחמים בלתי חוקיים" כפי שהוא מוכר וידוע במשפט הבין-לאומי, לתיאור האנשים המשתתפים בלחימה, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, עם נפילתם בידי הצד שכנגד. אין המדובר ביצירה עצמאית של החוק הישראלי, אלא החוק מיישם את משמעות המושג האמור, כפי שהיא מוכרת מזה שנים במשפט הבין-לאומי.

224. בראי כל הדברים האמורים יש לקרוא את סעיף 3 לחוק, הקובע כי "לוחם בלתי חוקי" הוא:

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

כאמור לעיל בהרחבה, סעיף זה מתיישב באופן מלא עם המשפט הבין-לאומי ההומניטרי.

225. בשלב זה, יש להידרש לשאלה נפרדת והיא - מהו מעמדם של "לוחמים בלתי חוקיים" במשפט הבינלאומי ולאילו קטיגוריה מן הקטיגוריות הקיימות במשפט הבין-לאומי הם משתייכים.

### חלק ב' - שאלת סיווגם של הלוחמים הבלתי חוקיים והשלכותיה לענייננו

226. התשובה לשאלה מהו מעמדם של הלוחמים הבלתי חוקיים ולשאלה לאילו קטיגוריה הם משתייכים, אינה פשוטה. בעניין זה קיימות דעות ועמדות שונות מצד מלומדים במשפט הבין-לאומי. נראה כי קיימות בעניין זה שלוש גישות:

- א. "לוחמים בלתי חוקיים" הם תת-קטיגוריה המצויה תחת קטיגוריית ה"אזרחים";
- ב. "לוחמים בלתי חוקיים" הם תת-קטיגוריה, המצויה תחת קטיגוריית ה"לוחמים";
- ג. "לוחמים בלתי חוקיים" הם קטיגוריה נפרדת, העומדת בפני עצמה, לצד השתיים האחרות.

227. יצוין, כי בית משפט נכבד זה דן בסוגיה האמורה לאחרונה **בפרשת הסיכול הממוקד**. לצד הקביעה, שפורטה לעיל, לפיה המחבלים וארגוני הטרור עליהם הם נמנים הם "לוחמים בלתי חוקיים", התייחס בקצרה כבוד הנשיא (בדימי) ברק גם לשאלה, האם לוחמים בלתי חוקיים הם "לוחמים", "אזרחים", או שמא הם נכללים בקטיגוריה שלישית ונפרדת העומדת בפני עצמה, לצד קטיגוריית ה"אזרחים" וה"לוחמים".

228. הנשיא ברק קבע כי המחבלים וארגוניהם, עימם יש למדינת ישראל סכסוך מזוין, אינם נופלים לקטיגוריה של "לוחמים", שכן הם אינם משתייכים לאנשי הצבא (armed forces), ואין הם נופלים ליחידות להם מעניק המשפט הבין-לאומי המנהגי מעמד של שבויי מלחמה. בהמשך לכך, דן כבוד הנשיא בשאלה, האם קיימת קטיגוריה נפרדת של "לוחמים בלתי חוקיים" וקבע, כי בהתאם למשפט המצוי, נראה כי לא קיימת היום קטיגוריה שלישית ונפרדת של לוחמים בלתי חוקיים. בעניין זה נקבע על-ידו, כי:

”לא ננקוט עמדה בשאלה אם רצוי להכיר בקטיגוריה שלישית זו [לוחמים בלתי-חוקיים – שלנו]. השאלה שלפנינו אינה של משפט רצוי אלא של משפט מצוי. לדעתנו, בכל הנוגע למשפט המצוי אין



**בפנינו מספיק נתונים המאפשרים לנו להכיר בקיומה של קטיגוריה שלישית זו.** זאת, על פי המצב הקיים של המשפט הבינלאומי, בין ההסכמי ובין המנהגי... קשה לנו לראות כיצד ניתן להכיר בקטיגוריה שלישית במסגרת פירושן של אמנות האג וג'נבה. לא נראה לנו כי הוצגו בפנינו נתונים מספיקים המאפשרים לנו לומר כי קטיגוריה שלישית זו הוכרה, לעת הזו, במשפט הבינלאומי המנהגי. עם זאת, מציאות חדשה מחייבת לעתים פרשנות חדשה. כללים שפותחו על רקע מציאות שהשתנתה יצטרכו לקבל פירוש דינמי אשר יתאים אותם, במסגרת כללי הפרשנות המקובלים, למציאות החדשה... ברוח פרשנות זו ניגש עתה אל הדינים של המשפט הבינלאומי המנהגי הדנים במעמדם של אזרחים המהווים גם לוחמים בלתי חוקיים"

לאור האמור, ובהסתמך על הגדרת המונח "civilian", המופיעה בסעיף 150(1) לפרוטוקול הראשון, הגיע כבי הנשיא (בדימ') ברק למסקנה, כי לוחמים בלתי חוקיים – שאינם נופלים להגדרת "לוחמים" – הם "אזרחים". כבוד הנשיאה ביניש הצטרפה לקביעתו האמורה של הנשיא (בדימ').

229. כבוד המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, התייחס גם הוא בחוות דעתו לשאלת סיווגם של הלוחמים הבלתי חוקיים, ולמורכבותה, תוך שהוא מציין כי המדובר בשאלה אשר התשובה לה אינה פשוטה כלל וכלל:

"במסגרת הדיון במערכת הנורמטיבית הכלולה בדיני המשפט הבינלאומי, עוסק חברי הנשיא בשאלת סיווגם הנכון של ארגוני הטרור וחבריהם: האם יש לראותם כלוחמים, כאזרחים או שמא כקבוצה נפרדת של לוחמים בלתי-חוקיים? מסקנתו של חברי היא, כי ככל שמדובר במשפט המצוי, "אין בפנינו נתונים המאפשרים הכרה בקיומה של קטיגוריה שלישית" של לוחמים בלתי-חוקיים, וכיוון שלוחמים כאלה אינם מקיימים את תנאי-הכניסה למסגרת הקטיגוריה של "לוחמים", הרי שיש לסווגם כאזרחים. סיווג זה, כך הוא מבהיר, אינו מקנה, במסגרת המשפט הבינלאומי, הגנה לאזרחים שנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה; אלה, לפיכך, אינם מוגנים מפני תקיפה, בעת שנוטלים הם חלק ישיר בפעולות הטרור.

**סוגיית הסיווג הנכון והראוי של ארגוני טרור וחבריהם מעוררת שאלות קשות.** המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי (Customary International Humanitarian Law) מחייב את הצדדים לסכסוך להבחין בין אזרחים ללוחמים, בין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות ולהימנע מגרימת נזק יתר לאזרחי האויב. השאלה היא אם המציאות לא יצרה, בפועל, קבוצה נוספת שדינה הוא דין מיוחד. אכן, היקפו של הסיכון הנשקף למדינת ישראל ולשלום אזרחיה מצדם של ארגוני הטרור, וחוסר ההלימה בין האמצעים הננקטים ברגיל כנגד אזרחים מפרי-חוק לבין האיום הנובע מפעילות הטרור, מעוררים חוסר נוחות בעת שבאים אנו להתאים את הקטיגוריה המסורתית של "אזרחים" לאלה הנוטלים חלק פעיל במעשי טרור. אלה האחרונים אינם "לוחמים" – כהגדרתם במשפט הבינלאומי. האופן שבו הוגדרו ה"לוחמים" באמנות הנוגעות בדבר נובע דווקא מן הרצון לשלול מן "הלוחמים הבלתי-חוקיים" הגנות מסוימות הניתנות ללוחמים חוקיים (במיוחד הגנות הנוגעות לסוגיית השבי וההעמדה לדין). אלה הם "נצים נטולי זכויות יתר"... אולם, דווקא המאפיינים של ארגוני הטרור וחבריהם, המוציאים אותם מכלל ה"לוחמים" – היעדר סימני היכר הניבטים למרחוק ואי-קיום דיני המלחמה ומנהגיה – יוצרים קושי, ככל שיש בהחרגה זו

משום מתן מעמד מיטיב, ולו אך בעניינים מסוימים, למי שבוחר להפוך לוחם "בלתי-חוקי", הפועל שלא בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ולכללי המוסר וההומניטאריות.

סיווגם של חברי ארגוני הטרור תחת הקטגוריה של "אזרחים" איננו, אפוא, דבר מובן מאליו... במקום אחר נכתב: '...אם לא ראוי לראות בטרוריסטים כלוחמים, וכפועל יוצא מכך להעניק להם את ההגנות המגיעות ללוחמים, קל וחומר שאין לראותם כאזרחים שאינם לוחמים, ולהעניק להם זכויות רבות הרבה יותר" אלה הסבורים כי קטגוריה שלישית של פורעי חוק מתקיימת, מדגישים כי נמנים עליה אלה המבקשים לערפל את הגבולות שבין אזרחים ללוחמים... הקושי עשוי להתעצם עוד אם נביא בחשבון כי גם אלה המבדילים עצמם מן הלוחמים החוקיים מזה, ומן האזרחים התמימים מזה, אינם עשויים מקשה אחת. באים בהם קבוצות שאינן בהכרח זהות זו לזו מבחינת הנכונות לקבל על עצמן נורמות יסוד משפטיות ואנושיות. במיוחד ראוי, בהקשר זה, להבחין בין לוחמים בלתי חוקיים הנאבקים בצבא מזויין לבין אלה שבמכוון פועלים כנגד אזרחים."

כבוד המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, מסיים הדיון בסוגיה זו, באמרו כי:

"נראה, אפוא, כי הדין הבינלאומי נדרש להתאים את עצמו לעידן שבו אנו חיים. לאור הנתונים שבאו בפנינו, מציע חברי הנשיא לערוך את ההתאמה במסגרת פרשנות הדין הקיים, המכיר, לשיטתו, בשתי קטגוריות – לוחמים ואזרחים... תיתכנה כאמור גישות אחרות. לא מצאתי צורך להרחיב לגביהן שכן לאור כללי הפרשנות שמציע חברי הנשיא, מאבד הקושי העקרוני, בסופו של יום, מעוקצו.

הפרשנות שמציע חברי הנשיא אי' ברק יוצרת בפועל ובצדק, קבוצת התייחסות נוספת. ניתן לגזור אותה מקבוצת הלוחמים ("לוחמים בלתי-חוקיים") וניתן לגזור אותה מקבוצת האזרחים. בדרך האחרונה הולך חברי הנשיא. אם נלך בדרכו, נגזור מקבוצה זו את קבוצת האזרחים פורעי החוק הבינלאומי, שאותם הייתי מכנה - uncivilized civilians. כך או כך, אין בין הדרכים שוני תוצאתי, שכן הפרשנות שמציע חברי הנשיא להוראות המשפט הבינלאומי מתאימה את הכללים למציאות החדשה. פרשנות זו מקובלת עלי. זוהי פרשנות דינאמית המתגברת על מגבלות הקריאה הפשטנית (Black letter reading) של דיני המלחמה."

230. דבריו של כבוד המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, ממחישים את מורכבות סוגיית סיווגם של הלוחמים הבלתי חוקיים.
231. כאמור, ישנן גישות שונות במשפט הבין-לאומי, באשר לסיווגם הראוי של הלוחמים בלתי חוקיים. זאת, בעיקר, לאור העובדה, כפי שנראה בהמשך, שהלוחמים הבלתי חוקיים אינם מהווים קבוצה הומוגנית, אלא קבוצה הטרוגנית, אשר בין הנמנים עליה עשויים להיות הבדלים שונים (כתלות למשל במעמד השטח בו נתפסו; הארגון אליו השתייכו וכדומה).
232. כך למשל, פרופ' דינשטיין סבור כי יש לראות בלוחמים הבלתי חוקיים כמי שנמצאים תחת קטיגורית ה"לוחמים". אולם, על שום הפסול שנפל באופן פעולתם, אין הם זכאים למעמד של שבויי מלחמה לו זכאים לוחמים "חוקיים", על כל המשמעויות הנובעות מכך:

"בצד האבחנה בין לוחמים לאזרחים, קיימת הבחנה משלימה

בין לוחמים חוקיים ובלתי חוקיים. הכלל הוא שרק לוחמים

חוקיים זכאים למעמד של שבויי מלחמה, כלומר נהנים מן

היתרון של החסינות מפגיעה שעה שהם נופלים בידי האויב.

לוחמים בלתי חוקיים, לעומת זאת, מותר להעמיד למשפט

ולהעניש בכל חומרת הדין, אם כי אסור להוציאם להורג ללא

הליכים משפטיים" [דינשטיין, עמ' 96]

כן נפנה בעניין זה לדבריו של המלומד ג'ינקס, בעת שהוא מציג עמדות שונות הקיימות בנושא זה :

"The concern is that the conceptual and normative structure of humanitarian law requires a sharp distinction between combatants and civilians (or non-combatants), strongly suggesting that persons taking up arms in time of war are not properly considered civilians. According to this view, combatants either qualify for POW status or fall outside the protective schemes of humanitarian law". (Jinks, at 379)

בהמשך לכך, בהערת שוליים מציין ג'ינקס, כי בכל מקרה, כאשר לוחמים אלה נופלים בידי היריב, יחולו עליהם הוראות שונות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי המקנות הגנות בסיסיות, והן בעיקרן הוראות סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה וסעיף 75 לפרוטוקול הראשון, עליהן עוד נעמוד בהרחבה בהמשך.

.233 לעניין זה ניתן לראות למשל, גם את הכתוב במדריך הצבא הבריטי :

"The expression 'combatant' has in the past used in two senses. Sometimes it has been used to describe any person who actually engages in hostile act in an armed conflict on behalf of a party to the conflict, whether or not he is permitted to do so. It has been used to describe only those persons with a right to take a direct part in hostilities. For this reason, it has often been qualified by the use of the adjectives 'lawful' or 'unlawful'."

The manual of the Law of Armed Conflict, Edited by The UK Ministry of Defence (Oxford University Press) (2004), 38.

.234 לשאלת הסיווג האמור נדרשה המדינה כבר בפרשת הסיכול הממוקד. עמדת המשיבים היתה ועודנה, כי קיים קושי בסיווגם של לוחמים בלתי חוקיים כ"אזרחים". קושי זה מתחדד ומתעצם כאשר מדובר בעימות מזוין של מדינה מול "שחקן" לא מדינתי (Non State Actor), כמו ארגון טרור, הפועל באופן מאורגן, ואשר האנשים הפועלים מטעמו במסגרת העימות אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, עם נפילתם בידי המדינה העוצרת. כאמור, בפסיקה נקבע שוב ושוב כי ישראל מנהלת כיום "עימות מזוין" מול ארגוני הטרור הפלסטינים.

משמעות הקביעה לפיה "לוחמים בלתי חוקיים" במצב כזה הם "אזרחים", הינה כי בצד השני לסכסוך, אין כלל "לוחמים", אלא "אזרחים" בלבד. קביעה כאמור מעוררת בעיות קונספטואליות קשות והיא מנוגדת להגדרות ולעקרונות הבסיסיים ביותר של רעיון הסכסוך המזוין. מצב זה, בו רק בצד אחד ישנם לוחמים, סותר את המוסכמות הבסיסיות ביותר ביחס לכל סכסוך מזוין - לא כל שכן ביחס לסכסוך מזוין בין-לאומי - שכן ההנחה הבסיסית ביחס לסכסוך מזוין היתה מאז ומתמיד, כי הוא כולל פעולות איבה בין (לפחות) שני כוחות מזוינים.

מעבר לכך, קביעה לפיה בצד השני לסכסוך כולם "אזרחים", אינה לוקחת בחשבון את העובדה שהצד שאינו מדינה בסכסוך המזוין, כולל קבוצות מזוינות מאורגנות, ולא אזרחים נפרדים שאינם מאורגנים, אשר החליטו לפתע פתאום ליטול נשק לידם.

לעניין זה, ניתן לראות למשל את דבריו של פרופ' קרצ'מר, המקבל את הגישה כי חלים על לחימה נגד הטרור דיני העימות המזוין, וקובע כי במסגרת זו, יש לראות בטרוריסטים "לוחמים" ולא "אזרחים מוגנים". כלשונו (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.**”

David Kretzmer, Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? 16 EJIL (2005) 171.

עמדה דומה מביע במאמרו גם דר' שיינדורף, הן בשאלת הדינים החלים על סכסוך מזוין של מדינה מול ארגון לא מדינתי, שם הוא מתייחס לאנשים הנמנים על שורותיו של הארגון הלא מדינתי, כאל לוחמים ("combatants") ולא כאל אזרחים, שכן, אנשים אלו הם המרכיבים את הכוח המזוין הנלחם מול המדינה. ראו: R.S. Schondorf, "Extra-state Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?", 1 (New York University Journal of International Law and Politics, 37, (2004), 1.

235. יצוין, כי במסגרת הדיון בפרשת הסיכול הממוקד, המדינה התייחסה לשלושת אפשרויות הסיווג דלעיל – והיא עשתה כן על מנת להראות שלפי כל סיווג שהוא מהווים מחבלים המשתתפים בלחימה "מטרות חוקיות לתקיפה". ואכן, הקביעה בעניין סיווגם של ה"לוחמים בלתי חוקיים" בפסק הדין בפרשה זו נעשתה אגב הדיון בסוגיית חוקיות תקיפת מטרות במהלך סכסוך מזוין, וכל השופטים הגיעו למסקנה כי המחבלים המשתתפים באופן פעיל בלחימה מהווים "מטרות חוקיות לתקיפה". במסגרת הדיון בפרשה זו לא נידונו השלכותיה של הקביעה האמורה על תחומים נוספים הקשורים בניהול סכסוך מזוין, כמו למשל על שאלת הדין שיחול על מעצרים של אנשים כאמור.

236. לענייננו, יודגש, כי אין בהבחנה שעשה בית המשפט, לעניין הסיכול הממוקד, בין המונח "combatant" לבין המונח "civilian", שבפרוטוקול הראשון, כמו גם בקביעה כי לעת הזו אין מקום להכיר בקטיגוריה משפטית שלישית ונפרדת של "לוחמים בלתי חוקיים", כדי להשפיע על הסוגיה המרכזית העומדת לפנינו, והיא שאלת הסמכות להחזיק במשמורת לוחמים בלתי חוקיים, ובמקרים המתאימים להעמידם לדין. ההבחנה שערך בית המשפט בין המונח "combatant" ו"civilian", לצורך הדיון בחוקיותן של מטרות לתקיפה, אינה זהה לאבחנות הקיימות ביחס לשאלת הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים בעת מעצרים, שכן תחולת דין זה, כפי שנראה בהמשך, קשורה, בין היתר, במונח "protected person" ולא במונח "civilian", בו נעשה שימוש בפרוטוקול הראשון.

השאלה המתעוררת בדיון הנוכחי נוגעת לסוגיית מעצרים של לוחמים בלתי-חוקיים, ולגביה יש להבחין בין שתי שאלות נפרדות. **השאלה האחת** היא שאלת הסמכות לעצור ולהחזיק במשמורת לוחמים בלתי חוקיים. **השאלה השנייה** היא שאלת הדין החל על אנשים כאמור בתקופת החזקתם, המגדיר את ההגנות, הזכויות והחובות החלות ביחס אליהם בתקופה זו.

237. לגבי שאלת עצם הסמכות לעצור לוחמים בלתי חוקיים - כפי שנראה להלן בהרחבה, כל מדינה שהיא צד לסכסוך, רשאית להחזיק במעצר את האנשים המעורבים בלחימה נגדה. מדובר בכלל יסודי ביותר בדיני העימות המזוין של המשפט הבין-לאומי, העומד בבסיס אמנות גינבה והפרוטוקולים הנספחים להם, והמעוגן במדריכים הצבאיים של מדינות רבות, בכתבתם העניפה של מלומדים ובפסיקה ישראלית וזרה. לעניין זה אין נפקא מינא אם אדם מוגדר כ"לוחם", "אזרח" או "לוחם בלתי-חוקי".

238. לאחר שנעמוד על סמכות המעצר כאמור, נעבור לדון בשאלה נוספת ונפרדת, והיא שאלת הדין החל על אנשים (ובפרט – לוחמים בלתי-חוקיים) המוחזקים בידי האויב במהלך סכסוך ומזוין. יצוין, כי שאלה זו היא השאלה המרכזית המעסיקה מלומדים בכתבתם בסוגיית הלוחמים הבלתי חוקיים, היוצאים כולם מנקודת מוצא המכירה, כמובן מאליו, בסמכותה של מדינה לעצור גם לוחמים בלתי חוקיים המעורבים בפעולות איבה נגדה (בדיוק כפי שניתן לנהוג ביחס לוחמים "חוקיים"), והמתמקדים לכן בשאלת ההגנות להן הם זכאים כל זמן בו הם מוחזקים בידי המדינה העוצרת.

במסגרת זו, נראה כי שאלת הדין החל על מי שנעצר במסגרת סכסוך מזוין, תלויה בעיקר בהגדרת הסכסוך בו נתפס העצור. לעניין זה, יש להבחין בין הוראות המשפט הבין-לאומי החלות בסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, לבין ההוראות החלות בסכסוך בין-לאומי. כפי שנראה, במידה שמדובר בסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, חל

על כל עצור סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה משנת 1949, הקובע הוראות בסיסיות להגנה על כל אדם. מאידך, במידה שמדובר בסכסוך מזוין בין-לאומי, עולה השאלה, האם מדובר בלוחמים חוקיים, הנופלים לאמנת ג'נבה השלישית, ב - "protected persons" הנופלים לאמנת ג'נבה הרביעית, או בקבוצה שאינה נופלת לאף אחת מן האמנות האמורות, אשר גם ביחס אליה קיימות הגנות בסיסיות. בהקשר זה נעמוד בין היתר, על המונחים "civilian" ו-"protected person", ונראה כי אין זהות בין השניים. כפי שנראה בהמשך, ישנן סיטואציות, בהן לא חלה אמנת ג'נבה הרביעית על אנשים שונים במהלך סכסוך מזוין. בהקשר זה, נראה כי קיימות דעות שונות, באשר לתחולת האמנה הרביעית על "לוחמים בלתי חוקיים", ומכל מקום, ישנם מצבים בהם האמנה הרביעית אינה חלה על "לוחמים בלתי-חוקיים".

לצד הדברים האמורים נראה, כי גם אם הלוחמים הבלתי חוקיים נכללים בגדר האמנה הרביעית, לאור כך שהם נתיני אויב המוחזקים בידי היריב, הם אינם זכאים לטעון לפריבלגיות השונות שמעניקה האמנה ככלל ל"מוגנים", וזאת מכוח סעיף 5 לאמנה.

לדין בשאלות אלה נעבור עתה.

### חלק ג' - המשפט הבין-לאומי והחזקתם במשמורת של המעורבים בפעולות איבה בידיו של צד לסכסוך מזוין

239. כידוע, שתי השיטות הבסיסיות ליצירת כללים מחייבים בין מדינות במשפט הבין-לאומי הן מנהג ואמנות. אמנות מהוות מסמך כתוב, שתוכנו משקף את שהוסכם עליו בין מדינות שונות, והן חלות רק על המדינות שהצטרפו להן. לעומת זאת, כללים מנהגיים נוצרים על ידי הפרקטיקה הנוהגת של המדינות וה- *opinio juris*. כללים מנהגיים מחייבים את כל הקהילה הבין-לאומית.
240. היחס בין כללים מנהגיים לעומת אלו המופיעים באמנות, הוא לעיתים מורכב. בכל מקרה, מדובר בשני מקורות עצמאיים המתקיימים זה לצד זה, ואף אחד מהם אינו בלעדי. כך קבע בית הדין הבין-לאומי **בפרשת ניקרגואה**, בפסקה 179 לפסק הדין:

"It will therefore be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content."

ובפסקה 183 ממשיך בית הדין וכותב:

"It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed developing them."

Nicaragua v United States (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua) ICJ Rep. [1986], p. 14, at para 179, 183.

241. באופן ספציפי ביחס לדיני העימות המזוין של המשפט הבין-לאומי, ישנן כיום מספר אמנות חשובות הנוגעות לאופן ניהולה של הלחימה ולהגנות שיש להעניק במסגרתה לקטיגוריות שונות של אנשים - אמנות האג מן השנים 1899 ו- 1907, אמנות ג'נבה משנת 1949 ושני הפרוטוקולים הנספחים לה משנת 1977 (אשר על מעמדם המשפטי עמדנו לעיל); כך ישנן בתחום דיני העימות המזוין אמנות חדשות יותר, כמו למשל האמנה בדבר נשק קונבנציונאלי משנת 1980, וחמשת הפרוטוקולים הנספחים לה, אמנת בית הדין הבין-לאומי הפלילי ("חוקת רומא") ועוד. במקביל, המשפט המנהגי היווה מאז ומתמיד ומהווה גם היום מקור חשוב ומרכזי בדיני העימות המזוין, אשר בלעדיו לא ניתן לעמוד על מלוא היקפם של דינים אלה. כפי שמציינים: Guelff – Roberts

"Despite the importance of international agreements in the contemporary development of the law, any work concerning the laws of war which is limited to international agreements risks distorting not only the form but also the substance of the law. ...[T]he present laws of war emerged as customary principles and rules from the practice of states."

"The codification of customary rules about the conduct of armed hostilities into particular agreements which began to occur in the second half of the nineteenth century did not displace customary law, whether in the form of customary principles or more specific customary rules. Indeed, during the very process of codification it was recognized that much of the law continued to exist in the form of unwritten customary principles."

A. Roberts & R. Guelff, Document on the Laws of War. (3<sup>rd</sup> Ed.), (Oxford), 2000, p. 7 - 8.

242. אם כן, המשפט הבין-לאומי מורכב מדין מנהגי ודין הסכמי אשר נוסף לו עם השנים. גם כיום כללים רבים במשפט הבין-לאומי אינם כתובים על ספר, כאשר האמנות שנכתבו במהלך השנים, מוסיפות על הדינים המנהגיים ומעלות את חלקם על הכתב. בהתאם, העובדה כי כללים מנהגיים בסיסיים שונים במשפט הבין-לאומי אינם מופיעים בכתב, או שהם מעוגנים באמנות אשר מדינות שונות אינן צד להן, אין משמעותם כי הם לא קיימים, או כי המדינות אינן חייבות בציות להם.

243. אם נשוב לענייננו, נדרש עתה לכללי המשפט הבין-לאומי הקיימים בעניין מעצרים של אלו המעורבים בלחימה כנגד צד לסכסוך מזוין. טיעונו של ב"כ המערערים, המבקש לאתר דווקא באמנת ג'נבה הרביעית סעיף ספציפי המהווה מקור סמכות למעצרים של לוחמים בלתי-חוקיים, אינו עולה בקנה אחד עם הכלליים הבסיסיים של המשפט הבין-לאומי, בכלל, ושל דיני הלחימה בפרט. זאת, שכן כללים אלו מבוססים, כידוע, על כך שלמדינה שהיא צד לסכסוך מותר להפעיל כוח כנגד אלו שמעורבים בלחימה נגדה, לתקוף אותם ולעוצרם (עוד לפני שנדרשים לדין החל על אנשים כאמור, שעה שהם נופלים בידי היריב). המשפט הבין-לאומי, כמו גם דיני הלחימה בתחומים הרלבנטיים, באים להסדיר ולקבוע מגבלות באשר לשיטות ואמצעי התקיפה, כמו גם הוראות הומניטאריות באשר לאופן הטיפול במי שנתפס בידי המדינה במהלך הסכסוך.

244. כידוע, במסגרת כל סכסוך מזוין, רשאית מדינה שהיא צד לסכסוך להפעיל כוח כנגד אנשי הכוחות המזוינים של הצד שכנגד, ובכלל זה לפגוע בהם ולכוון לעברם את מתקפותיה, על מנת להשיג את היתרונות הצבאיים הלגיטימיים במסגרת הסכסוך. במלים אחרות, דיני העימות המזוין באופן כללי, ועקרון הצורך הצבאי בפרט, מכירים באפשרות לעשות שימוש באמצעים כוחניים על מנת לגבור על האויב. כל זאת, בכפוף לכללים ולמגבלות הקבועים בדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי. כלל זה הינו כלל ברור ומובן מאליו, שהרי רעיון הפעלת הכוח הוא אשר עומד בבסיס קיומה של כל מלחמה.

245. זכותו של צד לסכסוך להפעיל כוח כנגד לוחמי הצד שכנגד אינה כמובן בלתי מוגבלת. במשפט הבין-לאומי, על מקורותיו השונים, ניתן לראות מגבלות שונות ביחס לזכות זו. כך למשל, עקרון יסוד במשפט הבין-לאומי הינו כי במסגרת סכסוך מזוין, אין לעשות שימוש באמצעים אשר גורמים סבל ופגיעה מיותרים לצד היריב.

בהקשר זה ניתן לפנות למדריך הצבאי הבריטי, אשר במסגרת התייחסותו לאחד מעקרונות היסוד של המשפט הבין-לאומי - עקרון הצורך הצבאי - אומר את הדברים הבאים :

"Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources."

The manual of the Law of Armed Conflict, Edited by The UK Ministry of Defence (Oxford University Press) (2004), p. 21 – 22.

זכותו של צד לסכסוך מזוין להפעיל כוח כנגד הכוחות המזוינים של הצד היריב, הינה זכותו הטבועה של צד לסכסוך, עליה מושתת כאמור כל רעיון המלחמה מקדמת דנא, וזאת על אף שאינה מעוגנת באמנה ספציפית.

246. לצד הסמכות האמורה של צד לסכסוך מזוין להפעיל כוח כנגד אלו הנוטלים חלק בפעולות האיבה נגדו, וכחלק ממנה, עומדת לו כמובן גם הזכות הפוגענית פחות, והיא החזקתם במשמורת של אנשים אלה, מקום בו הם נופלים לידי. זכות זו אף היא זכות בסיסית ומובנת מאליה (יתרה מכך, ישנם מצבים בהם אף חובה לנהוג בדרך זו. כך, למשל, כאשר לוחם הניח את נשקו ונכנע).

בהקשר זה נפנה למשל לפסק-דינו של בית הדין הצבאי האמריקאי בנירנברג בפרשת בני הערובה, שם נאמרו הדברים הבאים (שאומצו מאוחר יותר גם במדריך הצבאי הבריטי):

**"Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money.** In general, it sanctions measures by an occupant necessary to protect the safety of his forces and to facilitate the success of his operation. It permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war; **it allows the capturing of armed enemies and others of particular danger,** but it does not permit the killing of innocent inhabitants for the purposes of revenge or the satisfaction of the lust to kill..."

The Hostages Case (United States v List and others) 8 WCR 34.

247. בהתאם, ברורה ומוכרת זכותו של צד לסכסוך לתפוס ולהחזיק את אנשי כוחות הצבא הסדירים של הצד שכנגד היה והם נופלים לידי, כאשר מרגע זה, זכאים הם ככלל למעמד של שבויי מלחמה. באופן דומה, ברור כי צד לסכסוך רשאי להחזיק במשמורת גם את כל אותם אנשים המשתתפים במעגל הלחימה נגדו, אשר עם נפילתם בידי אינם זכאים, מסיבות שונות, למעמד של שבויי מלחמה. **על אלה נמנים, בין היתר, אותם אנשים המכונים "לוחמים בלתי חוקיים".**

248. סמכותה של מדינה שהיא צד לסכסוך, לתפוס ולהחזיק במשמורת את אנשי הכוחות המזוינים של הצד שכנגד מעוגנת במדריכים הצבאיים של מדינות שונות. כך, למשל, מדריך הצבא הבריטי מתייחס לתפיסתם של שבויי מלחמה, ומסדיר את אופן הטיפול בהם כל זמן שהם מוחזקים בידי האויב (ראה: The manual of the Law of Armed Conflict, Edited by The UK Ministry of Defence (Oxford University Press) (2004), p. 141 - 211).

249. זכותו של צד לעצור את המעורבים בלחימה נגדו מעוגנת גם בכתבי מלומדים ובפרשנות למקורות המשפט הבין-לאומי. כך למשל, ביחס לשבויי מלחמה, ניתן לראות למשל את דברי הפרשן הרשמי של ארגון הצלב האדום לאמנות ג'נבה:

"Prisoners of war are in the power of the State which has captured them. This power is based on force, and the first concern of the captor is to maintain it by resisting any escape or attempted escape by prisoners."

Jean S. Pictet, Commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960 p. 178.

250. כן ראו דבריו של המלומד Jinks ביחס להחזקתם של לוחמים בכלל, בידי צד לסכסוך, במסגרת סכסוך מזוין:

"... POWs, even if immune from criminal prosecution, may be deprived of their liberty because of their participation in the hostilities. That is, **all enemy combatants, even if POWs, may be**

**detained without criminal charge for the duration of hostilities."**

D. Jinks "The Declining Significance of POW Status", Harv. Int'l. L.J. vol 45, 367, 437.

.251 הלכה זו חלה כמובן גם לגבי לוחמים בלתי חוקיים. כך קובע למשל פרופ' דינשטיין:

"It is also noteworthy that, unlike war criminals (who must be brought to trial) **unlawful combatants also may be subjected to administrative detention without trial** (and without the attendant privileges of prisoners of war). Detention of unlawful combatants without trial was specifically mentioned as an option in the Quirin case...and the option has indeed been used widely by the United States in the war in Afganistan."

Y. Dinstein, The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict (2004), p. 31.

ברוח דומה קבע גם John B. Bellinger בהרצאתו ב- London Scholl of Economics מיום 31.10.06, ביחס לזכותו של צד לסכסוך לעצור את לוחמי הצד שכנגד כחלק מן הזכות להפעיל כוח במסגרת סכסוך מזוין; הדברים נאמרו שם ביחס לעצורי "אל-קעידא" ו"הטליבאן" המוחזקים במשמורת ארה"ב:

"One of the most basic precepts in law of armed conflict is that states may detain enemy combatants until the cessation of hostilities. It cannot reasonably be argued that the United States and its allies had the right to use force in Afganistan but did not have the right to detain individuals as part of that use of force...Our Supreme Court explicitly affirmed that the US had the right to detain enemy combatants as part of right to use force."

[Http://lse.ac.uk/collection/LSEPublicLecturesandEvents/pdf/2006103/-JohnBellinger.pdf](http://lse.ac.uk/collection/LSEPublicLecturesandEvents/pdf/2006103/-JohnBellinger.pdf)

.252 כזכור, לאחרונה קבע גם בית המשפט העליון במסגרת פסק דינו בעניין מדיניות הסיכולים הממוקדים, כי לוחמים בלתי חוקיים אינם מוגנים מפני תקיפה צבאית. כך קבע הנשיא (בדימ') ברק:

"זה דינו של **הלוחם הלא חוקי**. כל עוד הוא שומר על הסטטוס שלו כאזרח – כלומר, אינו הופך להיות חלק מכוחות הצבא – אך הוא מבצע פעולות לחימה, הוא חדל ליהנות מההגנה הניתנת לאזרח, והוא נתון לסיכוני תקיפה בדומה ללוחם בלא שהוא נהנה מזכויותיו של הלוחם כשבוי מלחמה. אכן, מחבלים וטרוריסטים, המבצעים פעולות איבה אינם זכאים להגנה הניתנת לאזרחים."

אם ניתן לתקוף לוחם בלתי-חוקי במסגרת תקיפה צבאית, ברי כי מכוח קל וחומר, ניתן אף לעוצרו. ואכן, בית המשפט התייחס באותו פסק דין באופן מפורש לאפשרות מעצרו של לוחם בלתי חוקי, תוך שהוא מציין שגם לוחמים בלתי חוקיים זכאים להגנה, ולו מינימלית, על ידי המשפט הבין-לאומי:

"למותר לציין כי לוחמים בלתי חוקיים אינם מחוץ לחוק....גם הם נהנים וזכאים להגנה, ולו מינימלית, על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי... בוודאי כך **כשהם נתונים במעצר** או כאשר הם מובאים



לדין (ראו סעיף 75 לפרוטוקול הראשון...) [שם, פיסקה 25 לפסק  
הדין של כב' הנשיא (בדימ') ברק]

253. חשוב להבהיר, כפי שצויין לעיל, כי זכותו של צד לסכסוך להחזיק במשמורת את אלו הנוטלים חלק בעימות מזוין נגדו הינה כה ברורה ומובנת מאליה, עד שרוב המקורות במשפט הבין-לאומי, כמו גם כתיבתם של מלומדים בנושא, מתמקדים בעיקר בשאלת התנאים והיחס להם זכאים אנשים כאמור מרגע היתפסם, ולא בשאלה האם ניתן להחזיקם במשמורת.

במלים אחרות, הנחת המוצא של המשפט הבין-לאומי בנושא היא, כי זכותו של צד לעימות מזוין להחזיק במעצר אנשים כאמור, המסכנים את ביטחוננו של צד לסכסוך, הינה מובנת מאליה, והיא מהווה חלק מזכותו להפעיל כוח במסגרת סכסוך מזוין; על כן, עיקר העיסוק מכוון ליחס ולאופן הטיפול באנשים כאמור, כל זמן בו הם מוחזקים בידי היריב.

254. הדבר בא כאמור לידי ביטוי גם בכתיבתם של מלומדים. כך למשל, פרופ' Jinks דן במאמרו בשאלת ההגנות החלות על לוחמים בלתי חוקיים, על סוגיהם השונים. מאמרו מושתת על הנחת מוצא בדבר זכותה של מדינה, שהיא צד לסכסוך, לעצור את לוחמי הצד שכנגד, והוא אף מתייחס להוראות ספיציפיות במשפט הבין-לאומי הנוגעות לתנאי החזקתם של לוחמים בלתי חוקיים (אליהן נתייחס בהרחבה בהמשך), מהן עולה הנחת מוצא דומה:

"...[t]he authority of belligerent states to detain, captured combatants without criminal charge or trial does not vary significantly depending on the applicable rule. **Article 3 does not purport to confer or condition the power to detain captured combatants. Article 75 of Additional Protocol I tacitly assumes that parties may detain combatants,** requiring only that such persons "shall be released with the minimum delay possible and in any event as soon as the circumstances justifying the arrest, detention of internment have ceased to exist.

D. Jinks, The Declining Significance of POW Status, 45 Harv. Int'l L.J. (Summer, 2004), 367, at 418.

גם מדברי המלומד Watkin עולה בבירור כי אפשרות החזקתם של הנמנים על שורות הכוחות המזוינים של הצד שכנגד היא ברורה מאליה. עמדה זו היא הנחת המוצא לשאלה המרכזית בה הוא דן – אופן הטיפול והתנאים להם זכאים לוחמים בלתי חוקיים במשך תקופת מעצרם (ראה: K. Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy", Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2005 Number 2, at 56-57).

255. יצוין, כי זכותו של צד לסכסוך להחזיק במעצר את המעורבים בלחימה נגדו מעוגנת גם בפסיקה זרה ובפסיקה של בתי המשפט בישראל. כך למשל, מפסק-דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין **Quirin**, עולה זכותו הברורה של צד לסכסוך לתפוס ולהחזיק במעצר לוחמים חוקיים כמו גם לוחמים בלתי חוקיים, במהלך סכסוך מזוין:

"Lawful combatants are subject to **capture and detention** as prisoners of war by opposing military forces. **Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention,** but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful."

*Ex parte Quirin et al.* (1942), 317 US [Supreme Court Reports] 1, 30-1.

256. גם בפסק דין מן השנים האחרונות, אישר בית המשפט העליון האמריקאי כי קיימת סמכות להחזיק במעצר, כלוחם אויב, את מי שהיה חבר בכוחות העויינים את ארה"ב או שותפיהם של כוחות כאלה באפגניסטן, והשתתף בפעולות האיבה כנגד ארה"ב, במסגרת סמכויות הפעלת הכוח שאישר הקונגרס לנשיא לאחר אירועי ה-11 בספטמבר 2001: **Hamdi v. Rumsfeld**, 124 S.Ct. 2633 (2004).

בפסק הדין האמור, קבע בית המשפט, בדעת רוב, כי מעצרו של האיש – שנועד למנוע ממנו המשך השתתפות בפעולות איבה נגד ארצות הברית - הינו חוקי לחלוטין, הן לפי המשפט האמריקני הפנימי והן לפי המשפט הבין-לאומי. כפי שציינה דעת הרוב, בהסתמך על פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **Ex parte Quirin**, ועל אמנות וכתובה אקדמית בנושא משפט הלחימה:

"The capture and detention of lawful combatants **and the capture, detention, and trial of unlawful combatants**, by 'universal agreement and practice' are 'important incident[s] of war'... The purpose of detention is to prevent captured individuals from returning to the field of battle and taking up arms once again... [C]aptivity in war is 'neither revenge, nor punishment but solely protective custody, the only purpose of which is to prevent the prisoners of war from participation in the war... [D]etention to prevent a combatant's return to the battlefield is a fundamental incident of war" [id., at 2640]

257. מעבר לכך, יצוין, כי גם בית המשפט העליון בישראל הכיר זה מכבר בזכותו של צד לסכסוך לעצור את אנשי הכוחות המזוינים שמנגד. לעניין זה יפים דבריו של כבוד הנשיא (בדימו') שמגר בפסק הדין שניתן בבג"ץ 102/82 **לאה צמל נ' שר הביטחון**, לז' (3) 365, בעמ' 368 - 370:

"הנושא שלפנינו נשלט על-ידי הוראותיהם של דיני המלחמה, **ואלו מתירים לצד לוחם את נקיטתם כלפי אויב של הצעדים הדרושים, כדי שפעילותו העוינת תסוכל**, יהיה זה על-ידי מניעתה מראש או יהיה זה על-ידי תגובה כלפיה... **בין סמכויותיו של צד לוחם כלול, בין היתר, גם הכוח לעצור גורמים עוינים, המסכנים אותו מבחינה ביטחונית בשל אופי פעילותם**, ולעניין זה אין נפקא מינה, מה שייכותם של אלו מבחינה לאומית או מבחינת נתינותם, אמת המידה הקובעת בסוגיה זו היא אך ורק אופי פעילותם. היו גם מדינות - וישראל איננה ביניהן - שאימצו לעניין זה אמת מידה של לאומיות או מוצא ולא של פעילות. **מכל מקום, מקובל, כי מי שמסכן את כוחותיו של הצד הלוחם מבחינה ביטחונית, נתונה הרשות לכלאו.**

פרקליט המלומד של חלק מן העותרים, עו"ד אביגדור פלדמן, ביקש להפנות בהקשר זה לדברים המובאים בספרו הנ"ל של PROF SCHWARZENBERGER, לפיהם נדחתה בוועידת האג השנייה משנת 1907 ההצעה לאסור כליאת אזרחים, כי הסברה השלטת הייתה אז, שהוראה כאמור היא מיותרת, מאחר שממילא נוהגים לכלוא רק שבויי מלחמה. המסקנה, אותה ביקש הפרקליט המלומד להסיק מדברים אלה, היא, כי כל מעצר של אזרחים נוגד את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי.

תיזה זו של הפרקליט המלומד בטעות יסודה. בוועידת האג דובר על מעצרים של תושביה ואזרחיה של ארץ האויב בתור שכאלה, אך גורלם של אנשים נושאי נשק, שאינם נמנים עם אלו הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, ושל האנשים, המגישים להם סיוע, היה, בהתאם לתפיסות ששלטו בעת ההיא, אפילו חמור בהרבה מן המקובל כיום לפי סעיפים 5 או 78 לאמנת ג'נבה הרביעית (אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949)... יהיו

האמצעים האחרים שננקטו בעבר אשר יהיו, מעצרים של נושאי נשק עוינים ושל המסייעים בידיהם היה תמיד בגדר הפעלת סמכות כדין של הכוח הלוחם ונותר כזה. מעמדו ואופי פעולותיו של מי שחירותו נשללה הם המכתיבים, אם ינהגו בו בדרך זו או אחרת מבין הדרכים החלופיות, בהן מותר לנהוג כלפי מי שמסכן ביטחונם של כוחות הצבא. המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי... יוצר בהקשר זה מספר סיווגים וחלוקות ומאבחן לעניין זה, בין היתר, בין נתיני אויב הנמצאים בתוך שטחו של צד לוחם, לבין תושביו של שטח הנתון לתפיסה לוחמתית... כן יש שוני בין מי שנחשב למרגל או למחבל וצפוי בשל כך להעמדה לדין לבין שבוי מלחמה, המוכר כבעל מעמד כאמור... אינני מתכוון למנות כאן את כל האבחנות RATIONE PERSONAE, החלות בסוגיה שלפנינו, ועל-כן גם לא הוספתי ופירטתי מהותן של קבוצות האבחנה לפי חלוקתן הרחבה והעקרונית (לוחמים מול בלתי לוחמים, חברי כוחות מזוינים מול אזרחים, לוחמים חוקיים מול לוחמים בלתי חוקיים;... גם לא מניתי באופן ממצה את כל סוגי האנשים, אותם רשאי צד לוחם לשבות או לכלוא, כי הדבר איננו דרוש כאן, ואיזכורם של הסיווגים, שהובא לעיל, לא בא אלא כדי להצביע על כך, שבהתאם לדיני המלחמה כוחו של צד לוחם עמו בכל הנוגע לשימתם במשמורת של אלו המסכנים את ביטחון הכוחות הצבאיים."

258. דברים אלו יפים, ככתבם וכלשונם, לעניננו. מהאמור עולה כי לצד לסכסוך מותר להחזיק במשמורת את לוחמי הצד שכנגד. זכות זו קיימת בכל סכסוך מזוין – הן סכסוך בין-לאומי והן סכסוך שאינו בין-לאומי. כך הוא הדבר ביחס ללוחמים חוקיים, וכך, כפי שנוסיף ונראה עוד בהמשך, ביחס ללוחמים בלתי חוקיים. אין כל מחלוקת במשפט הבינ-לאומי כי לוחמים אלו, בדיוק כמו לוחמים חוקיים, ניתן להחזיק במשמורת, נוכח הסיכון שהם מהווים לבטחוננו של הצד העוצר, ונוכח העובדה שגם בבסיס מעצרים, עומד אותו היגיון של מניעת שיבתם למעגל הלחימה נגד המדינה העוצרת.

כפי שנראה בהמשך, קיימת אמנם מחלוקת בקרב מלומדים במשפט הבינ-לאומי, בשאלת הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים, על סוגיהם השונים, כל זמן בו הם מוחזקים בידי הצד היריב. אולם, כאמור לעיל, מחלוקת זו אינה נוגעת לעצם האפשרות להחזיקם במעצר, ככל לוחם אחר, ונקודת המוצא היא כי לוחמים אלו מוחזקים כדין בידי היריב.

#### חלק ד' - משך ההחזקה של המעורבים בלחימה במסגרת סכסוך מזוין

259. מהאמור לעיל עולה כי מדינה רשאית לכלוא לוחמים בלתי-חוקיים, המסכנים את ביטחונה. ככלל, מדינה רשאית להחזיק במשמורת לוחמים בלתי-חוקיים אלו, עד תום פעולות האיבה בין הצדדים. הרציונל העומד בבסיס הכלל האמור, הינו ברור ופשוט. כל עוד לא תמו פעולות האיבה, עלול איש הכוחות המזוינים של היריב לשוב למעגל הלחימה, עם שחרורו, דבר שיסכן כמובן את המדינה העוצרת.

260. בעניין זה קובע, למשל, סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית, ביחס ללוחמים הזכאים למעמד של שבוי מלחמה:

"Prisoners of war shall be released and repatriated without delay after the cessation of active hostilities."

כן ראה לעניין זה מדריך הצבא הבריטי: The manual of the Law of Armed Conflict, Edited by The : (UK Ministry of Defence (Oxford University Press) (2004), p. 205.

261. הדבר ידוע ובה לידי ביטוי גם בספרות בנושא. לעניין זה ניתן לפנות למשל לספרו של Hingorani בעניין שבוי מלחמה:

"Repatriation of prisoners after cessation of hostilities is a normal consequence of such cessation. The Geneva Convention of 1949

provides that the prisoners shall be released and repatriated after the cessation of active hostilities.

...

Enemy personnel are captured in order to prevent their further participation in hostilities. Their detention, therefore, is necessarily co-extensive with and conditional upon the continuation of hostilities."

R. C. Hingorani, Prisoners of war, (N. M. Tripathi Private LTD) (1963), p. 207 – 208.

262. דברים אלו יפים גם ביחס ללוחמים בלתי-חוקיים. אין כל טעם המצדיק להבחין בין תקופת החזקתם במעצר של לוחמים חוקיים לבין תקופת החזקתם במעצר של לוחמים בלתי-חוקיים, ודאי שלא לצורך יצירת כלל המקל עם לוחמים בלתי-חוקיים (ייתכן שההיפך הוא הנכון).

בהקשר לאפשרות החזקתם של לוחמים בלתי חוקיים עד תום פעולות האיבה, נבקש להפנות עתה לכמה מקורות נוספים בעניין זה.

כך למשל, ראו דבריו של המשפטן Bialke :

"According to well-settled LOAC [Law Of Armed Conflict], the historical practice among nations, and the spirit and principles contained within Geneva Convention III, art. 118, the U.S. may continue to hold both **lawful and unlawful combatant detainees for the entire duration of the present international armed-conflict; that is, until the cessation of hostilities.** Unless a captured combatant has been justly tried, convicted and sentenced to confinement, the lawful internment of any captured combatant in time of international armed conflict is not punitive, nor is it a form of pre-trial custody or confinement. It is mere preventive detainment that is fully authorized under LOAC.

LOAC is unambiguous in this regard, authorizing throughout history the **long-term preventive detention of combatants** in an international armed conflict by the capturing party until the cessation of hostilities."

J. P. Bialke, Al-Qaeda & Taliban Unlawful Combatants Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed Conflict, 55 A.F. L. Rev. (2004) 1, at 60 – 62.

כן ראו דבריו של John B. Bellinger בהרצאתו ב- London Scholl of Economics מיום 31.10.06, ביחס לזכותו של צד לסכסוך לעצור את לוחמי הצד שכנגד עד תום פעולות האיבה. הדברים נאמרו שם ביחס לעצורי "אל-קעידא" ו"הטליבאן" המוחזקים במשמורת ארה"ב, שהינם, כאמור, לוחמים בלתי-חוקיים :

"One of the most basic precepts in law of armed conflict is that states may detain **enemy combatants until the cessation of hostilities.**"

263. כזכור, כפי שצינו לעיל, מעמדם של העצורים בגוונטאנאמו, המוחזקים במסגרת ה"מלחמה העולמית בטרור" בהובלת ארה"ב, הינו של "לוחמים בלתי חוקיים", והם אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. הדבר מובהר, כפי שצינו לעיל, במדריך האמריקאי למשפט אופרטיבי ובהכרזת הבית הלבן מיום 07/02/2002, אשר קבעה מפורשות כי אנשי הטליבאן ואל-קעידא אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.

הכרזת הבית הלבן בעניינם של לוחמי אל-קעידא, באה בהמשך לצו הנשיאותי שהוציא נשיא ארצות הברית ביום 13.11.01 ("Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism," 66 F.R. 57833).

בצו זה נקבע, כי ניתן לעצור כל אדם שלגביו נקבע כי היה חבר בארגון אל-קעידה, וכן כל אדם שעסק בטרור, סייע לפעולות טרור, או קשר קשר לבצע פעולות טרור או פעולות הכנה לטרור, שגרמו נזק או היו עלולות לגרום נזק, לארצות הברית, אזרחיה, בטחונה הלאומי, מדיניות החוץ או מדיניות הכלכלה שלה. הצו אינו מגביל את משך המעצר, אינו מחייב לשפוט את העצורים (אם כי הוא קובע כי ניתן להעמידם לדין), ואף אינו מחייב קיום ביקורת שיפוטית על המעצר. מעצרים של לוחמים אלה מתבצע בגין היותם לוחמים בלתי חוקיים.

264. משמעות הצו הנשיאותי היא, למעשה, שלוחם בלתי חוקי שנתפס ונעצר מכוח הצו יוחזק במעצר עד אשר יוחלט אחרת בעניינו, **וזאת ללא כל מגבלת זמן**. בענין זה חשוב לציין, כי כעולה מן הצו הנשיאותי, אין בעצם העמדתו לדין של לוחם בלתי חוקי בפני טריבונל צבאי ולא כלום **לעניין המשך החזקתו במעצר בגין היותו לוחם בלתי חוקי**. דברים אלה נכונים בין אם הלוחם הבלתי חוקי הועמד לדין וזוכה (או הורשע וסיים לרצות את עונשו), ובין אם הוא כלל לא הועמד לדין.

לענין זה נבקש להפנות למאמר שהתפרסם בכתב העת Federal Courts Law Review, המנתח את הצו הנשיאותי מהיבטים משפטיים שונים. גם שם נקבע בבירור, כי **ניתן להחזיק לוחמים בלתי חוקיים (כמו לוחמים חוקיים) במעצר מכוח דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, עד לתום פעולות האיבה**. לפיכך, עצור המוחזק בידי כוחות צבא ארה"ב על פי הצו הנשיאותי לא יהיה זכאי להיות משוחרר באופן אוטומטי, וזאת אפילו אם יזוכה במשפט שייערך לו:

“...**Unlawful combatants** (as well as lawful ones) may be held under the law of war **until the conclusion of hostilities**. Regardless of which category a defendant is deemed to fall in, he will have no right to be automatically released even on a finding of not guilty, because he may still be held as a lawful or unlawful combatant”.

D. A. Razneck and J. F. Potter, Military Tribunals, the Constitution, and the UCMJ, 2002 Fed. Cts. L. Rev. 3

265. מדיניות הממשל האמריקאי נידונה בכתביה אקדמית ענפה. הביקורת שנמתחה עליה, אליה הפנו המערערים בסיכומיהם, נגעה לשלילת זכויות של מי שנעצרו והוחזקו בגוונטאנאמו, על פי אותה מדיניות, ובעיקר לשלילת זכויות מסוימות בהליך הפלילי. ביקורת זו לא עסקה בעצם הסמכות להחזיק אנשים אלה במעצר, על מנת למנוע מהם לשוב למעגל הלחימה.

כפי שנראה להלן, **החוק הישראלי בדבר כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מקנה לכלואים מכוחו זכויות רבות יותר מאלו המוקנות לעצורים בגוונטאנאמו, ואין כל ספק כי זכויות אלו עולות בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטארי** (כך, למשל, החוק הישראלי קובע מנגנון של ביקורת שיפוטית עתית מדי שישה חודשים).

266. לסיכום, מכל האמור עולה, כי למדינה שהיא צד לסכסוך מזוין, עומדת האפשרות להחזיק במעצר עד תום פעולות האיבה לוחם של הצד שכנגד, ובכלל זה לוחם בלתי-חוקי. כאמור, ההגיון העומד בבסיס הכלל האמור, הינו שכל עוד לא תמו פעולות האיבה, הרי ששחרורו של אותו לוחם עלול להביא לשיבתו למעגל הלחימה נגד המדינה העוצרת, ובכך ימשיך הוא לסכן את ביטחונה.

#### **חלק ה' - העמדה לדין של לוחמים בלתי חוקיים**

267. כידוע, לא ניתן להעמיד לדין לוחמים "חוקיים" הזכאים למעמד של שבויי מלחמה לפי אמנת ג'נבה השלישית, בגין פעולות שביצעו במהלך הלחימה, למעט בגין פשעי מלחמה. תיאור זאת בצורה יפה Bialke במאמרו:

"If a combatant follows LOAC during war, "combatant's privilege" applies and **the combatant is immune from prosecution for lawful combat activities. For example, a lawful combatant may not be tried for an act (such as assault, murder, kidnapping,**

**trespass, and destruction of property) that is a crime under a capturing party's domestic law in time of peace, when that act is committed within the context of hostilities and does not otherwise violate LOAC.**<sup>11</sup> In addition, the captured lawful combatant receives Geneva Convention III POW status with its special rights, better conditions, and more extensive set of benefits." (Bialke, at 9 – 10).

בשונה מלוחמים חוקיים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, הרי ככל שנוגע הדבר ללוחמים בלתי-חוקיים - נוסף על האפשרות להחזיקם במשמורת המדינה העוזרת ללא משפט - ניתן גם להעמידם לדין פלילי בגין **השתתפותם בלחימה**. המצב המשפטי של לוחמים בלתי חוקיים סוכם בצורה יפה על-ידי בית המשפט העליון בארה"ב, כבר בשנת 1942, בעניין *Quirin* :

"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 likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful**"

*Ex parte Quirin et al.* (1942), 317 US [Supreme Court Reports] 1, 30-1.

בהקשר זה כותב המלומד דינשטיין את הדברים הבאים, כשהוא מבהיר היכן ובגין אילו עבירות ניתן להעמיד לוחמים בלתי-חוקיים לדין :

"The gist of the Quirin decision is that, upon being captured by the enemy, an **unlawful combatant – like a lawful combatant** (and unlike a civilian) – **is subject to automatic detention**. Yet, in contradiction to a lawful combatant, an unlawful combatant fails to reap the benefits of the status of a prisoner of war, Hence, although he cannot be executed without trial, he is susceptible to being prosecuted and punished by military tribunals.

What can unlawful combatant be prosecuted and punished for? The Quirin Judgment refers to trial and punishment 'for acts which render their belligerency unlawful'. It is true that sometimes the act which turns a person into an unlawful combatant constitutes by itself an offence (under either domestic or international law) and can be prosecuted and punished as such before military tribunal. But **the fulcrum of unlawful combatancy is that the judicial proceedings may be conducted before regular domestic (civil or military) courts and, significantly, they may relate to acts other than those that divested the person of the status of a lawful combatant**. Even when the act negating the status of a lawful combatant does not constitute a crime *per se* (under either domestic or international law), it can expose the perpetrator to ordinary penal sanctions (pursuant to the domestic legal system) for other acts committed by him that are branded as criminal. Unlawful combatants 'may be punished under the internal criminal legislation

of the adversary for having committed hostile acts in violation of its provision (e.g., for murder), even if these acts do not constitute war crimes under international law'.

Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict* (2004), p. 30-31.

בהקשר זה ראה גם דבריו של המלומד Aldrich :

"As persons who were combatants in hostilities and are not entitled to POW status... **they may be lawfully prosecuted and punished under national laws for taking part in the hostilities and for any other crimes, such as murder and assault, that they may have committed.** They were illegal combatants, or, as the late Professor and Judge Richard Baxter once described such persons, they were "unprivileged belligerents," that is, belligerent persons who lack the privilege enjoyed by the armed forces of a state to engage in warfare with immunity from any liability under national or international law, except as prescribed by the international laws of war."

G. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants", *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 892, at 893 – 894.

269. ושוב, נפנה גם בעניין זה לפסיקתו האחרונה של בית המשפט העליון במסגרת **פרשת הסיכול הממוקד**, שם קובע הנשיא (בדימו') ברק (פסקה 25 לפסק הדין), ביחס למחבלים והארגונים השולחים אותם, שהינם כאמור לוחמים בלתי חוקיים, כי :

**"אין הם נהנים ממעמד של שבויי מלחמה. ניתן להעמידם לדין על השתתפותם במעשי האיבה, לשפוט אותם ולהענישם."**

וכן :

**"כפי שראינו, המחבלים הפועלים נגד ישראל אינם לוחמים לפי הגדרת ביטוי זה במשפט הבינלאומי ; הם אינם זכאים למעמד של שבויים ; ניתן להעמידם לדין בגין השתייכות לארגוני מחבלים ובגין פעולותיהם כנגד הצבא."**

270. בעניין אפשרות העמדתם לדין של לוחמים בלתי חוקיים, נבקש להפנות גם למשפט האמריקאי בנושא. כפי שצינו, מעמדם של העצורים בגוונטאנאמו, המוחזקים במסגרת ה"מלחמה העולמית בטרור" בהובלת ארה"ב, הינו של "לוחמים בלתי חוקיים", והם אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. ציינו לעיל, כי במסגרת ה"מלחמה בטרור" הוציא נשיא ארצות הברית צו נשיאותי, הקובע כי לוחם בלתי חוקי שנתפס ונעצר מכוח הצו יוחזק במעצר עד אשר יוחלט אחרת בעניינו.

בענין זה ציינו, כי כעולה מן הצו הנשיאותי, אין בעצם העמדתו לדין של לוחם בלתי חוקי בפני טריבונל צבאי ולא כלום **לעניין המשך החזקתו במעצר בגין היותו לוחם בלתי חוקי**. דברים אלה נכונים בין אם הלוחם הבלתי חוקי הועמד לדין וזוכה (או הורשע וסיים לרצות את עונשו), ובין אם הוא כלל לא הועמד לדין.

271. עוד יצוין, בהקשר זה, כי לאחרונה ניתנה החלטת בית המשפט העליון האמריקאי, בעניין **חמדאן נ. ראמספלד** (2006) 729 L. Ed. 2<sup>nd</sup> (Hamdan v. Rumsfeld), באותו מקרה נדון עניינו של חמדאן, אזרח תימן שנעצר במהלך פעילות ארה"ב באפגניסטן, הוחזק בגוונטאנאמו והועמד לדין פלילי בפני טריבונל צבאי, שהרשיע אותו. הדיון בבית המשפט העליון נסוב אודות סמכות הטריונל הצבאי להעמיד את חמדאן לדין, והזכויות שניתנו לו במסגרת ההליך הפלילי, ולא בנוגע לעצם הסמכות להחזיקו במשמורת.

בית המשפט פסק כי הטריבונל הצבאי ששפט את חמדאן והזכויות שניתנו לחמדאן, לא עלו בקנה אחד עם סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה (המתייחס לעימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים), בין השאר מהטעם שהטריבונל הצבאי, שהוקם מכוח הצו הנשיאותי לצורך שפיטת העצורים בהליך פלילי, אינו בגדר "regularly constituted court" (כדרישת סעיף 3 המשותף), ושלא ניתנו לעצור מספר זכויות בהליך הפלילי, כגון הזכות לעיון בראיות שהוגשו כנגדו, הנדרשות הן על פי סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה (שכן מדובר ב "guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples") והן על פי החוק האמריקאי הרלבנטי (Uniform Code of Military Justice).

במסגרת פסק הדין לא נדונה כלל השאלה האם רשאית ארצות הברית להחזיק אותו עצור במשמורת או האם ניתן להעמידו לדין (שכן נקודת המוצא הייתה שישנה סמכות כזו), אלא האם הפורום השיפוטי בפניו הועמד לדין היה הפורום הראוי, והאם ניתנו לו הזכויות המגיעות לעצורים **במסגרת הדין הפלילי**. ראה לעניין זה עמוד 72 להחלטת ביהמ"ש (Opinion of the Court), בו צוין כי :

"It bears emphasizing that Hamdan does not challenge, and we do not today address, the Government's power to detain him for the duration of active hostilities in order to prevent such harm."

272. בהמשך להחלטת בית המשפט העליון בעניין Hamdan, הועבר בארה"ב חוק ( Military Commissions Act of 2006, S.3930 / PL 109-366, 120 Stat. 2600), שנחתם על-ידי הנשיא ונכנס לתוקף ב- 17 באוקטובר 2006, המעגן את הסמכות להעמיד לדין בפני טריבונל צבאי לוחמים בלתי חוקיים של האויב, המעורבים במעשי איבה כנגד ארה"ב. בהקשר זה הוגדר המונח "unlawful enemy combatant" כדלקמן :

"a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the US or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces)..."

במסגרת חוק זה, הוגדרו, בין השאר, הפשעים בגינם אפשר להעמיד לדין לוחמים בלתי חוקיים, הרכב הטריבונל השיפוטי שהוסמך לדון בעניינם וזכויותיהם של העצורים במסגרת ההליך הפלילי. כן נקבע בחוק, כי הטריבונל המוסמך לדון בעניינם של לוחמים בלתי חוקיים והזכויות המוקנות להם במסגרת החוק, עולים בקנה אחד עם סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה ; וכי הלוחמים הבלתי חוקיים אינם רשאים להעלות טיעונים מכוח אמנות ג'נבה, כמקור לזכות בפני הטריבונלים הצבאים.

273. אף בהקשר זה יודגש, כי החוק האמור נחקק, בהמשך לפס"ד Hamdan האמור, על מנת להסדיר את עניין הפורום הפלילי בפניו ניתן להעמיד לדין לוחם בלתי חוקי. **זאת מתוך נקודת מוצא, לפיה אין כל ספק שניתן להחזיק אותם לוחמים בלתי חוקיים במשמורת, עד לסיום מעשי האיבה, בכדי למנוע חזרתו של הלוחם הבלתי חוקי למעגל הלחימה כנגד ארצות הברית וניתן, במקביל, אף להעמידם לדין פלילי**, תוך שיש לעשות זאת בפני ערכאה שיפוטית מוסמכת ולהעניק להם זכויות בסיסיות (בהתאם לקבוע בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה).

274. בהקשר זה מעניין להפנות גם למאמרו של פרופ' Martha Minow ודר' Gabriella Blum, שנכתב ימים ספורים לאחר כניסתו לתוקף של החוק האמריקאי החדש, שכותרתו "The Israeli Model for Detainee Rights". במסגרת זו משוות הכותבות את החוק האמריקאי לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הישראלי, תוך שהן מדגישות את ההגנות והערבויות הרבות שמעניק חוק זה למי שמוחזק מכוחו, לעומת החוק האמריקאי.  
ראו :

[http://www.boston.com/news/globe/editorial\\_opinion/oped/articles/2006/10/18/the\\_israeli\\_model\\_for\\_detainee\\_rights](http://www.boston.com/news/globe/editorial_opinion/oped/articles/2006/10/18/the_israeli_model_for_detainee_rights)



275. מכל האמור עולה, כי נוכח המאפיינים הפסולים של דרך לחימתם של לוחמים בלתי חוקיים והארגונים על שורותיהם הם נמנים, אין הם חסינים מפני העמדה לדין. זאת, בניגוד לנהוג ביחס לשבויי מלחמה. כל האמור, ידוע, מוכר ומקובל, ודברים אלו מבטאים את הפרקטיקה הנוהגת במשפט הבין-לאומי מזה שנים.
276. כן עולה בבירור מן האמור לעיל, כי על אף האפשרות להעמיד לוחמים בלתי חוקיים לדין (בשונה, כאמור, מלוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה), אין חובה להעמידם לדין, והדבר נתון לשיקול דעתה של המדינה המחזיקה, כיצד לנהוג בנושא, בהתאם לנסיבות הזמן והמקום.
277. עתה, משעמדנו על המשמעויות הכלליות והמרכזיות הנובעות מהגדרתו של אדם אשר השתתף בפעולות האיבה כנגד מדינה שהיא צד לסכסוך מזוין כ"לוחם בלתי חוקי", נעבור לדון בשאלת הדין החל על אנשים כאמור כל זמן בו הם מוחזקים בידי היריב, וכנגזרת מכך, הזכויות והתנאים להם הם זכאים.

### חלק ו' - הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים לעניין החזקתם בידי היריב והתאמת החוק להוראות המשפט הבין-לאומי החלות על מי שאינם שבויי מלחמה

#### 1. טענות המערערים

278. המערערים טוענים כי החוק הדין בלוחמים בלתי חוקיים שאינם שבויי מלחמה, פוגע בזכויות המוקנות להם על פי המשפט הבין-לאומי. לטענתם, העובדה שאדם המבצע פעולות איבה נגד מדינה, אינו נופל להגדרת "שבוי מלחמה" שבסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, **מזכה אותו במעמד של "אזרח מוגן"**, כהגדרתו בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה משנת 1949 (להלן: **"אמנת ג'נבה הרביעית"**), ובכל ההגנות המוקנות לאזרח מוגן. לטענת המערערים, לאור ההבחנה הקיימת במשפט הבין-לאומי בין "לוחם" לבין "אזרח", המשפט הבין-לאומי אינו מותיר מקום לסיטואציה ביניים, על-פיה אדם אינו מוגן על פי אף אחת מאמנות ג'נבה.

לטענתם, "לוחמים בלתי חוקיים" הינם לעולם "מוגנים" לפי אמנת ג'נבה הרביעית ועל-כן מעצר של אנשים כאמור יכול להיעשות או מכוח העמדה לדין פלילי לפי סעיף 68 לאמנה או במעצר מנהלי לפי סעיפים 41-43 או סעיף 78 לאמנה. כליאה מכוח חוק הלוחמים הבלתי חוקיים, טוענים המערערים, אינה מהווה כליאה לפי אחת החלופות האמורות, אלא כליאת אדם "בדרך אחרת". דבר זה הופך את הכליאה מכוח החוק ל"מעצר בלתי חוקי ששווה לכליאתם של בני ערובה". כמו כן, לטענת המערערים, החוק אינו מקנה ל"לוחמים הבלתי חוקיים", כהגדרתם בו, את כל הזכויות הקבועות באמנת ג'נבה הרביעית.

#### דין טענות אלו להידחות.

279. שאלת התנאים המוקנים ללוחמים בלתי-חוקיים בעת המעצר – להבדיל מסמכות המעצר עצמה – קשורה למגוון סוגיות ושאלות מורכבות, באשר לעצם הגדרת הסכסוך בין מדינה לגורמים לא-מדינתיים (האם מדובר בסכסוך בין-לאומי או בסכסוך שאינו בין-לאומי); ובאשר לדין החל על האנשים הנמנים על קבוצות מזוינות לא-מדינתיות משעה שהם נתפסים בידי הצד היריב, וכל זמן שהם מוחזקים בידיו; חלק משאלות אלו עודן נתונות במחלוקת בקרב מלומדים במשפט הבין-לאומי, מדינות וארגונים בין-לאומיים. למען שלמות התמונה והסדר הטוב, ננסה להציג להלן תמונה סדורה ובהירה של המצב המשפטי, על אפשרויותיו השונות.

### כפי שיפורט להלן, לפי כל אחת מהאפשרויות האמורות, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי.

280. עוד בטרם נכנס לנושא גופו, נבקש להזכיר ולהבהיר, כי שאלת הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים אינה גורעת מהאפשרות להחזיקם במעצר, עם נפילתם בידי הצד האחר לסכסוך המזוין, במסגרתו נטלו הם חלק. על זכותו של צד להחזיק במעצר את אלו הנוטלים חלק בפעולות האיבה נגדו, ובכלל זה, גם את אלו המכונים לוחמים בלתי חוקיים, עמדנו לעיל בהרחבה. שאלת הדין החל על לוחמים בלתי-חוקיים משפיעה בעיקרה על הזכויות, התנאים והחובות של לוחמים כאמור, כל עת בה הם מוחזקים בידי הצד שכנגד. בהתאם, גם כתיבתם של מלומדים עוסקת בעיקרה בשאלה, מהן החובות והזכויות החלות ביחס אליהם, משעה שהם נפלו בידי הצד שכנגד, וכל זמן בו הם מוחזקים בידיו. ממילא, אין בדיון בעניין זה כדי לסייע למערערים, המבקשים בעיקר לתקוף את עצם החזקתם במעצר. לאחר שהבהרנו זאת, נעבור לליבון שאלת הדין החל על לוחמים כאמור, משעה בה הם מוחזקים בידיו של צד לסכסוך.

#### 2. הדין החל על החזקתם במשמורת של לוחמים בלתי חוקיים

281. שאלת הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים, תלויה בעיקרה בהגדרתו של הסכסוך המזוין בו הם נוטלים חלק. סכסוך מזוין, ככלל, יכול שיהא בין-לאומי (international armed conflict), ויכול שיהא סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי (non-international armed conflict). להלן נתייחס תחילה לשני סוגים אלה של סכסוך מזוין, ולמערכות הדינים החלות בכל אחד מהם ואחר כך נתייחס לשאלת הדין החל על הלוחמים הבלתי חוקיים לפי כל אחת ממערכות הדין שיפורטו.

## 2.1 סכסוך מזוין בין-לאומי וסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי

282. באופן מסורתי, דיני העימות המזוין החל על סכסוכים מזוינים נחלקים לדינים החלים בסכסוך מזוין בין-לאומי ולדינים החלים בסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי. הבחנה זו מתבססת על השוני בין תחומים בין-מדינתיים (inter-state), אשר היוו באופן מסורתי את המוקד של המשפט הבין-לאומי, לבין תחומים פנים מדינתיים (intra-state), אשר נחשבו ככאלה הנופלים בתחום השיפוט של המדינות, ולא כתחומים הפתוחים להסדרה והתערבות חיצונית. בעניין זה ניתן לראות למשל את הכתוב במדריך הצבאי הבריטי:

"International law has historically regulated relations between states. A state's internal affairs, including responsibility for the maintenance of law and order and the defence of territorial integrity against domestic insurgents, were largely regarded as the exclusive business of the state concerned."

כן ראה בעניין זה דבריו של המלומד Watkin:

"In traditional approach, combatancy is limited to armed conflicts between states." (Watkin, at 65).

283. בהתאם, רוב האמנות במשפט הבין-לאומי המתייחסות לסכסוכים מזוינים, מסדירות את היחסים בין מדינות, ורק מדינות יכולות להיות צד להן, כאשר סכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים הם נושא של מקורות מעטים במשפט הבין-לאומי.

284. כך, אמנות ג'נבה (למעט סעיף 3 המשותף, כמפורט להלן) חלות אך ורק על סכסוכים מזוינים בין-לאומיים, היינו סכסוכים בין מדינות. תנאי לתחולת אמנות ג'נבה על סכסוך מזוין, הינו הגדרת הסכסוך כסכסוך בין שתי מדינות לפחות. זאת, בהתאם לסעיף 2 המשותף לארבעת אמנות ג'נבה משנת 1949, הקובע כדלקמן:

"the present convention shall apply to all cases of declared war or of any other **armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties**, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance. Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof."

בהתאם לפרשנות הרגילה, המונח "Party" שבאמנות ג'נבה, משמעותו מדינה (State). רק מדינה יכולה להיות צד לאמנה, ולכן עוסקות האמנות, על פניו, במצב של עימות מזוין בין שתי מדינות לפחות. לעניין זה, ראה למשל, אמנת וינה בדבר דיני אמנות משנת 1969, שם המושג 'party' מתייחס למדינות בלבד.

אם כן אמנות ג'נבה יחולו, בהתאם לסעיף 2 המשותף להן, בכל מקרה של מלחמה מוכרזת או כל סכסוך מזוין אחר בין המדינות המתקשרות. סעיף זה קובע בעצם את רעיון הסכסוך המזוין הבין-לאומי. כך הוא הדבר גם ביחס למקורות נוספים במשפט הבין-לאומי המתייחסים לסכסוך מזוין, כמו אמנת האג הרביעית בדבר הכללים והמנהגים של המלחמה ביבשה, והתקנות הנספחות לה, משנת 1907.

בהקשר זה ניתן לפנות למשל, לדבריו של ד"ר שיינדורף, במאמרו הודן במצב של סכסוך מזוין בין מדינה לבין גורם לא-מדינתי (אותו הוא מכנה "extra-state armed conflict"). במסגרת זו מזכיר שיינדורף כי אמנת האג הרביעית והתקנות הנספחות לה, ואמנות ג'נבה חלות על סכסוכים מזוינים בין מדינות בלבד:

"The Fourth Hague Convention and its annexed regulations only apply as treaty law between the contracting powers and even then only if all belligerents are party to the Convention. Hence, one must conclude that **the Hague Convention and its annexed provisions were designed to regulate only armed conflicts between states.** Similarly, according to the first paragraph of their common article 2, the Geneva Conventions (except for common article 3) only apply as treaty law to **armed conflicts between high contracting parties, which can only be states.** Any attempt to interpret common article 2 in a different way, such as including any ongoing use of force by a state in the territory of another even if no hostilities take place between the armed forces of the two states, is far less compelling.

כן ראה דבריו של המלומד Sassoli, עת הוא דן בסכסוך מזוין של מדינה מול ארגון לא-מדינתי :

"Common Article 2 to the Conventions states that they "shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties." Only state can be parties to the Conventions. Al Qaeda (or any other transnational armed group) is not a state, therefore, the Conventions do not apply to a conflict between the United States and this non-state actor."

M. Sassoli, "transnational Armed Groups and International Humanitarian Law", Program in Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2006 – number 6, p. 6.

285. כן יצוין, כפי שמורה הפסקה השניה של סעיף 2 לעיל, כי סכסוך מזוין בין-לאומי כולל גם מצב בו נכבש שטח של מדינה שהיא צד לאמנה.

286. לעומת סעיף 2 שהובא לעיל, המתייחס לסכסוכים בין-לאומיים, מתייחס סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, לאותם מצבים של סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, המתרחש בשטחה של מדינה שהיא צד לסכסוך :

"In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions..."

287. יצוין, כי נוסף על אמנת האג והתקנות הנספחות לה, ואמנות ג'נבה, ישנם מקורות נוספים במשפט הבין-לאומי המבקשים להסדיר מצב של סכסוך מזוין בין-לאומי. כך למשל, הפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה, משנת 1977 (אשר ישראל ומדינות חשובות שונות אינן מהוות צד לו), קובע כי הוא יחול במצבים אליהם מתייחס סעיף 2 המשותף לאמנות ג'נבה, כאשר הוא מוסיף למצבים המנויים שם, גם סכסוכים מזוינים במסגרתם נלחמים עמים נגד שליטה קולוניאלית וכיבוש זר ונגד משטרים גזעניים תוך מימוש זכותם להגדרה עצמית (ראה סעיף 1)4 (לפרוטוקול).

288. באשר לסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים, רלבנטי הפרוטוקול השני הנספח לאמנות ג'נבה (אשר גם אליו לא הצטרפו ישראל ומדינות אחרות). פרוטוקול זה "מפתח ומוסיף על סעיף 3 המשותף" והוא קובע בעיקרו, כי הוא חל על כל הסכסוכים המזוינים שהפרוטוקול הראשון אינו חל עליהם, המתרחשים בשטחה של מדינה שהיא צד לפרוטוקול. כן קובע הפרוטוקול כי הוא לא חל במקרים של "הפרות סדר פנימיות ומתיחויות כגון מהומות, מעשי אלימות בודדים וספוראדיים, ומעשים אחרים בעלי אופי דומה באשר אינם סכסוכים מזוינים" (ראה סעיף 1)2 (לפרוטוקול).

289. מכל האמור עולה, כי בדיני העימות המזוין של המשפט הבין-לאומי, קיימת הבחנה בסיסית בין המונחים "סכסוך מזוין בין-לאומי" ("international armed conflict"), הנחשב כמתייחס למצבים של סכסוכים בין מדינות, ובין "סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי" ("non-international armed conflict"), הנחשב כמתייחס לסכסוכים בין מדינה לגורם לא מדינתי, בשטח המדינה.
290. על אף שככלל התייחס המונח "non-international armed conflict" לסכסוכים בשטחה של מדינה וכן לסכסוך של כוחות ממשלתיים שלא מול מדינה אחרת, קיימת גישה לפיה מונח זה מתייחס באופן כללי לסכסוכים של יישות מדינתית כנגד גורם לא-מדינתי. גישה זו מתבססת על תפיסה, לפיה אם סכסוך מזוין מסוים אינו נכנס בגדר הגדרת סכסוך מזוין בין-לאומי, הוא בהכרח יוגדר כסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי (לעניין זה ניתן לראות למשל את מאמרו של המלומד ג'ינקס: D. Jinks, "September 11 and the Laws of War", 28 YJIL 2003.
- יצוין, כי הדבר מתחדד עוד יותר, במציאות הנוכחית בה מתרחשת לעיתים קרובות לחימה בין מדינות לבין גורמים לא מדינתיים ("non-state actors"), שהם בעיקרם ארגוני הטרור. במציאות כיום, קיימות דעות שונות ומגוונות בקרב מלומדים, מדינות וארגונים בין-לאומיים, באשר להגדרת אופיו של סכסוך בין מדינה לגורם מאורגן שאינו מדינתי (שהוא אגב, גם סוג הסכסוך המעלה היום לרוב את סוגיית הלוחמים הבלתי-חוקיים).
291. כך לדוגמה, ניתן להביא בהקשר זה, את פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי מן העת האחרונה, בפרשת חמדאן נ' ראמספלד. במסגרת פרשה זו טענה ארצות הברית, כי אנשי ארגון אל-קעידא שנתפסו והוחזקו בידיה בעקבות המלחמה באפגניסטן, אינם חוסים כלל תחת אמנות ג'נבה. בית המשפט העליון האמריקאי לא קיבל את הטענה האמורה, וקבע כי למרות שסעיף 3 המשותף (המוזכר לעיל) התכוון לחול במקור על מלחמות, כמו מלחמת אזרחים בשטח המדינה, אין משמעות הדבר בהכרח כי הוא לא חל גם בסכסוך של ארה"ב מול ארגון אל-קעידא. בית המשפט הסביר, כי למרות שאחת ממטרותיו של סעיף 3 המשותף היתה לחול על מלחמות אזרחים, מטרה שוות ערך היתה שתחולת הסעיף תהא רחבה ככל האפשר. וכך הוא כותב:
- "Although the official commentaries accompanying Common Article 3 indicate that an important purpose of the provision was to furnish minimal protection to rebels involved in one kind of "conflict not of an international character", i.e a civil war... the commentaries also make clear "that the scope of the Article must be as wide as possible". [Hamdan v. Rumsfeld, 165 L. Ed. 2<sup>nd</sup> 729 (2006) at p. 68]
- יצוין, כי בעקבות אמירותיו של בית המשפט העליון האמריקאי בפסק דין חמדאן, ביחס לסעיף 3 המשותף ולמונח "non-international armed conflict", החילה ארצות הברית את סעיף 3 המשותף על עצורים אנשי אל-קעידא המוחזקים בידיה, במסגרת הסכסוך המזוין מול ארגון טרור זה.
292. מן האמור לעיל עולה, כי המונח "non-international armed conflict", התייחס באופן מסורתי לסכסוכים כמו מלחמות אזרחים, שהיו מוגבלים לתחומי המדינה שהיתה צד להן. אולם, בשנים האחרונות התפתחה גישה מרחיבה הטוענת כי מונח זה אינו כולל בהכרח רק סכסוכים בתוך שטחה של מדינה, אלא גם סכסוכים אחרים של מדינה מול גורם לא מדינתי, כמו ארגוני טרור.
293. לסיום חלק זה, נבקש להעיר בהקשר זה, כי במציאות העובדתית הקיימת היום, ונוכח התרבות של הסכסוכים המזוינים בהם מעורבת מחד גיסא מדינה, ומאידך גיסא גורם לא-מדינתי, יש גם דעות הסוברות כי, בין היתר, נוכח אופי הגדרתם של סכסוך בין-לאומי (כסכסוך בין שתי מדינות) וסכסוך שאינו בין-לאומי (כסכסוך בין מדינה לשחקן שאינו מדינה, בתוך שטחה של המדינה), אין די בשתי ההגדרות של סכסוך בין-לאומי וסכסוך שאינו בין לאומי בלבד, וקיים צורך ביצירת הגדרות חדשות.
- קיימת כתיבה התומכת בדעה לפיה החלוקה בין סכסוכים בין-לאומיים לסכסוכים שאינם בין-לאומיים מיושנת ואינה מתאימה למציאות העכשווית. מגוון המשתתפים האפשריים בסכסוכים וגלישתם של הסכסוכים אל טריטוריות שונות, מקשה להגדיר את אופי הסכסוך בהתאם להגדרות הרגילות. הלקונה העיקרית, לטענת העוסקים בנושא, קיימת ביחס להגדרת סכסוכים המתרחשים בין מדינות לישויות שאינן מדינתיות, במיוחד כאשר הלחימה מתנהלת בשטחה של מדינה אחרת, שאיננה מעורבת בסכסוך באופן ישיר. מאידך, יש החושבים כי אין צורך בהגדרה חדשה של סכסוך מזוין, אלא יש להתאים את הדינים הקיימים, למציאות החדשה. לדיון בהגדרת הסכסוך בין מדינה לארגון שאינו מדינתי, ראה למשל: R.S. Schondorf, "Extra-state Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?", *New York University Journal of International Law and Politics*, 37 (1), (2004), p.1; I. Detter, *The Law of War*, 2<sup>nd</sup>

edition, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p 46-49; A. Roberts, "The Laws of War in the War on Terror", in W. P. Heere. (ed), Terrorism and the Military, (The Hague: T. M. C. Asser Press, 2003 p. 72; M. Sassoli, "transnational Armed Groups and International Humanitarian Law", Program in Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2006 – number 6, p. 6

294. לאחר שעמדנו באופן כללי על ההבחנה הקיימת במשפט הבין-לאומי בין סכסוכים מזוינים בין-לאומיים לבין סכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומי, נראה מיד כי – בין אם מדובר בסכסוך מזויין בין-לאומי ובין אם מדובר בסכסוך שאינו בין-לאומי – "לוחמים בלתי חוקיים" המוחזקים במשמורת המדינה במהלך הסכסוך אינם מצויים במצב של "חלל נורמטיבי", אלא זכאים הם, לפי כל אחת ממערכות הדינים הללו, לזכויות מסוימות. בהמשך לכך יובהר, כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מעניק להם את כל ההגנות להם הם זכאים, לפי כל אחת ממערכות הדינים האפשריות החלות עליהם ואף יותר מכך. להלן נעמוד על האפשרויות השונות, ועל ההגנות הקיימות ללוחם הבלתי חוקי, לפי כל אחת מהן.

2.2 מערכת הדינים החלה על לוחמים בלתי חוקיים הנעצרים בידי היריב במהלך סכסוך מזויין שאינו בין-לאומי

295. במסגרת סכסוך מזויין שאינו בין-לאומי, כבכל סכסוך מזויין (כפי שהסברנו לעיל), רשאי צד לסכסוך להחזיק במעצר את אלו הנלחמים נגדו, על מנת למנוע מהם לשוב וליטול חלק במעגל הלחימה נגדו. משעה שנתפס אדם כאמור בידי הצד שכנגד, יחול עליו סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה. סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה קובע כדלקמן:

"In the case of *armed conflict not of an international character* occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

1. Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

- (a) Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
  - (b) Taking of hostages;
  - (c) Outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment;
  - (d) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.
2. The wounded, sick and shipwrecked shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.

296. לעניין תחולתו של סעיף 3 המשותף על לוחמים בלתי חוקיים במצב של סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, ניתן לראות למשל את דבריו של פרופ' Jinks:

"All unlawful combatants captured in non-international armed conflicts are entitled to Common Article 3 protections... irrespective of their nationality or the territory in which they are found. Any such persons charged with war crimes are arguably entitled to the fair trial protections identified in the Conventions' penal repression regime. No such persons, however, are entitled to POW or Civilian status under the Geneva Conventions. That is, the Conventions writ large apply only in the context of international armed conflicts and occupation. Persons captured in situations that do not constitute an armed conflict within the meaning of Geneva law are not entitled to any protection under the Conventions."  
(Jinks, at 414).

297. בהקשר זה נזכיר את פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת חמדאן נ' ראמספלד שהוזכרה לעיל, בעקבותיו החילו את הוראות סעיף 3 המשותף על עצורי אל-קעידא, המוחזקים בידי ארצות הברית. מפסק דין זה עולה כאמור כי יתכן שסכסוכים שאינם בין-לאומיים לא מוגבלים לסכסוכים פנימיים (Internal) בלבד, אלא הם כוללים גם סכסוכים אחרים שאינם בין-מדינות.

298. סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה קובע, כפי שעולה מנוסחו שהובא לעיל, הוראות מינימאליות שיחולו על הצדדים לעימות מזוין כזה. כך, למשל, נקבעו הזכות ליחס אנושי, איסור על שימוש באלימות, עינויים, ויחס משפיל ומבזה; כן נקבעה הזכות למשפט הוגן, היה ואדם מועמד לדין.

התבוננות בהוראות אלה, מעלה כי אין ספק שבמקרה של סכסוך מזוין שאינו בין לאומי, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולה בקנה אחד עם כל ההוראות הקבועות בסעיף 3 המשותף, ואף מעבר לכך. כך למשל, קובע חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ערבויות שונות לטובת הכלוא, אשר כלל אינן מוזכרות בסעיף 3 המשותף, כגון: מנגנון עיתי של ביקורת שיפוטית ביחס לצו מכוחו מוחזק הלוחם הבלתי-חוקי, זכות ערעור ועוד.

299. כפי שצוין לעיל, הפרוטוקול השני הנספח לאמנות ג'נבה עוסק גם הוא בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים. כאמור, ישראל אינה חתומה על פרוטוקול זה ועל כן, אין הוא מחייב אותה, למעט אותם חלקים בו המהווים משפט בין-לאומי מנהגי. אולם, מעניין להפנות בהקשר זה לסעיף ערובות היסוד בפרוטוקול זה (סעיף 4 לפרוטוקול) ולסעיפים אחרים העוסקים בהגנות בסיסיות המוקנות לאדם המוחזק במעצר (סעיף 5 לפרוטוקול) ולאדם המועמד לדין (סעיף 6 לפרוטוקול). בחינת הוראות אלו מעלה, שגם אם היה חל הפרוטוקול השני על מדינת ישראל, עדיין, הוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולות בקנה אחד גם עם הוראות סעיפים אלו.

2.3 מערכת הדינים החלה על לוחמים בלתי חוקיים הנעצרים בידי היריב במהלך סכסוך מזוין בין-לאומי

300. כאמור, בכל סכסוך מזוין מותר לצד לוחם להחזיק במשמורת את האנשים הנוטלים חלק בלחימה נגדו מן הצד שכנגד. השאלה בשלב זה הינה לכן, אילו דינים חלים על אנשים כאמור, מרגע נפילתם בידי וכל זמן בו הם ממשיכים להיות מוחזקים בידי היריב ומהן הזכויות והחובות החלות ביחס לאנשים כאמור.

301. במצב של סכסוך מזוין בין-לאומי, יתכנו, באופן כללי, שלוש מערכות דינים שיחולו על אנשים המוחזקים בידי וכל צד לסכסוך.

א. מערכת דינים אחת מעוגנת באמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, החלה כאמור, על כל אותם אנשים הנופלים בגדר סעיף 4 לאמנה זו.

ב. מערכת דינים שניה מעוגנת באמנת ג'נבה הרביעית. אמנה זו חלה על "מוגנים" "Protected Persons", המוגדרים בסעיף 4 לאמנה זו. בסעיף זה נדון בהמשך, תוך שנעמוד על ההבחנה בין המונח "protected persons", למונח אחר בו נעשה שימוש בהקשר של עימות מזוין, והוא המונח "civilian".

ג. מערכת דינים שלישית חלה על אנשים הנופלים בידי צד לסכסוך, כאשר אף אחת מן האמנות המוזכרות לעיל, אינה חלה בעניינו. במלים אחרות, ישנם אנשים אשר במסגרת סכסוך מזוין, לא ייחשבו כ"שבויי מלחמה", מחד גיסא, וכ"מוגנים" מאידך גיסא. גם אנשים אלו אינם מצויים בחלל נורמטיבי, ויחול עליהם,

כפי שעוד נראה בהמשך, סעיף 3 שהוזכר לעיל (על אף שמבחינה פורמלית מתייחס סעיף זה לסכסוך שאינו בין-לאומי, מוכר סעיף זה ככלל מנהגי בסיסי ביותר החל בכל מצב של סכסוך מזוין). עוד יחולו עליהם ה- Marten clause שבאמנת האג הרביעית, וסעיף 75 לפרוטוקול הראשון (מדינת ישראל כאמור לעיל אינה חתומה על הפרוטוקול, ולכן מחייבים אותה רק אותם חלקים בפרוטוקול שהם בעלי מעמד מנהגי).

302. עתה נדרשים אנו לשאלה, אילו מבין מערכות הדינים האמורות חלה על אותם אנשים המכונים "לוחמים בלתי חוקיים", במצב של סכסוך מזוין בין-לאומי. כפי שהובהר בהרחבה לעיל, לוחמים בלתי-חוקיים אינם באים בפתחה של אמנת ג'נבה השלישית, שכן הם אינם עומדים בתנאים השונים הקבועים בסעיף 4 לאמנה, לצורך זכאות במעמד האמור. על כן, בודאי שאמנה זו אינה חלה עליהם. בשלב הבא יש לבחון, האם חלה על לוחמים בלתי חוקיים אמנת ג'נבה הרביעית. ה"שער" לאמנת ג'נבה הרביעית מצוי בסעיף 4 לאמנה, הקובע מיהם "protected persons" עליהם חלה האמנה.

303. עוד לפני שנפנה לדיון רחב יותר בהגדרת המונח "protected persons", נבקש להבהיר ולמנוע בלבול בין מונח זה לבין מונח אחר המתייחס במצבים שונים ל"אזרחים" במשפט הבין-לאומי, הוא המונח "civilians" - אליו אף התייחס לאחרונה בית המשפט העליון, במסגרת פסק הדין שנתן בפרשת הסיכול הממוקד.

כפי שהוזכר לעיל, בפסק דינו בעניין הסיכול הממוקד, קבע בית המשפט, אגב הדיון בשאלת חוקיות תקיפתם של מחבלים, כי לוחמים בלתי חוקיים אינם שייכים לקטגוריית ה"לוחמים" אלא לקטגוריית ה"אזרחים". זאת, תוך שהוא מסתמך, בין היתר, על המונח "civilian" - המונח בו נעשה שימוש במסגרת הפרוטוקול הראשון, להגדרת אותם אנשים אשר אינם מהווים ככלל מטרה לתקיפה.

לענייננו, חשוב להבהיר ולהדגיש בהקשר זה, כי המונח "civilian" **בו זן בית המשפט אגב הדיון בחוקיות תקיפתם של לוחמים בלתי חוקיים, אינו שווה למונח "protected persons"**, בו דנה אמנת ג'נבה הרביעית. למונח זה הגדרה קבועה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, בו נדון מיד.

יתכן אמנם, כי אנשים אשר אינם מהווים ככלל מטרה לתקיפה במסגרת עימות מזוין, והנכנסים לגדר המונח "civilian", אכן ייחשבו גם כמוגנים, היינו, כ- "protected persons", עליהם חלה אמנת ג'נבה הרביעית. מאידך, יתכן גם שאדם אשר ייחשב כ-"civilian" לפי הפרוטוקול הראשון, לא יחשב כ"מוגן" לצורך תחולת האמנה הרביעית. כך למשל, אדם המשתייך למדינה שלה יחסים דיפלומטיים עם המדינה המחזיקה, שהיא צד לסכסוך, לא יחשב כמוגן לפי האמנה הרביעית. אולם, ברור כי הוא לא בהכרח יהווה מטרה לגיטימית לתקיפה, ולכן יחשב כ-"civilian", שאין לכוון כלפיו מתקפה מכוונת במסגרת העימות.

נסכם נקודה זו לענייננו, ונדגיש כי אין לטעות ולגזור גזירה שווה בין המונח "civilian" למונח "protected person". ממילא, אין להסיק מקביעתו של בית המשפט בעניין חוקיות הסיכול הממוקד, לפיה לצורך תקיפתם מהווים הנמנים על שורות ארגוני הטרור הפלסטינים "אזרחים הנוטלים חלק בלחימה", כאילו נאמר שם כי החברים בארגוני הטרור הם בהכרח "protected persons", כמשמעו של מונח זה באמנת ג'נבה הרביעית.

304. סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

"Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals.

Nationals of a State which is not bound by the Convention are not protected by it. Nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State, shall not be regarded as protected persons while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are.

The provisions of Part II are, however, wider in application, as defined in Article 13.

Persons protected by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949, or by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked

Members of Armed Forces at Sea of 12 August 1949, or by the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949, shall not be considered as protected persons within the meaning of the present Convention."

305. מלשון סעיף 4 לאמנה עולה כי היא חלה על: "אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות והם אינם אזרחים של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת." הפסקה הראשונה של סעיף 4 לאמנה, הינה מרחיבה לכאורה, ומדברת על אדם המוצא עצמו בכל דרך שהיא במהלך סכסוך מזוין, בידי של צד לסכסוך, שהוא אינו אזרח שלו.
306. ואולם, כפי שמעידה לשון סעיף 4 עצמו, תחולתה של האמנה מכוח סעיף זה אינה אוניברסלית, וישנן קבוצות לא מעטות של אנשים, אשר יכולים למצוא עצמם בידי של צד לסכסוך מזוין, ולא יזכו להגנת האמנה. כך, למשל, המונח "protected person" אינו כולל אזרחים של מדינות אשר אינן צד לאמנה, וכן אינו כולל אזרחים של מדינה ניטרלית או מדינה השותפה לחימה, המוצאים עצמם בשטחה של מדינה שהיא צד לסכסוך, כל זמן שלמדינה, שהם אזרחיה, יש ייצוג דיפלומטי בשטח המדינה המחזיקה. ראו לעניין זה גם מאמרו של Watkin, עמ' 50.
307. באשר לקבוצות עליהן נועדה לחול האמנה, ניתן לראות את דבריו של פיקטה, הפרשן הרשמי של ארגון הצלב האדום לאמנה, מהם עולה כי הגדרת המונח "protected person" נועדה לכלול שתי קבוצות עיקריות של אנשים: נתיני אויב המצויים בשטחו של צד לסכסוך וכל אוכלוסיית שטח כבוש (למעט נתיניו של הכובש עצמו). וכך הוא כותב:
- "Nevertheless, disregarding points of detail, it will be seen that there are two main classes of protected person: (1) enemy nationals within the national territory of each of the parties to the conflict and (2) the whole population of occupied territories (excluding nationals of the Occupying power)."
- Jean S. Pictet, Commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 46.
308. יצוין, כי במשפט הבין-לאומי קיימת מחלוקת ביחס לשאלת היקף תחולתו של סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, וכנגזרת מכך, קיימת מחלוקת באשר לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על לוחמים בלתי חוקיים. הקשיים ביחס לשאלה האמורה מתחדדים עוד יותר בסכסוך מזוין מול "גורם לא-מדינתי", היינו כאשר מדובר בסכסוך של מדינה מול גוף מאורגן, אשר הוא והאנשים הנמנים על שורותיו מהווים הכוח הצבאי שמנגד, ואין מדובר באזרחים הנוטלים באופן ספונטני וספורדי נשק לידיהם.
- עוד יצוין, בהקשר זה, כי בספרות של המשפט הבין-לאומי כיום, קיימת נטייה להבחין בין "סוגים" שונים של לוחמים בלתי-חוקיים, תוך התחשבות באזרחותם ובשטח בו הם נתפסו, ובהתאם לכך לנתח את שאלת תחולת של האמנה הרביעית ביחס לכל אחד מן הסוגים האמורים. בעיקר, מקובל להבחין בין לוחמים בלתי-חוקיים שנתפסו בשטח כבוש, לוחמים בלתי חוקיים שנתפסו בשטח המדינה המחזיקה, ולוחמים בלתי-חוקיים שנתפסו בשדה הקרב (היינו, לא בשטחו של הצד המחזיק, ולא בשטח כבוש).
- בהתייחס לסיווג האמור, ניתן להצביע על שלוש גישות מרכזיות באשר לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על לוחמים בלתי חוקיים.
309. לפי גישה אחת, אמנת ג'נבה הרביעית כלל אינה חלה על לוחמים בלתי-חוקיים, ללא כל קשר לשאלה היכן נתפסו (מהטעם שאמנת ג'נבה הרביעית נועדה להגן על אזרחים בשעת לחימה, ולא על לוחמים בלתי חוקיים, היינו על מי שבפועל נטלו חלק בלחימה, ובאופן בלתי חוקי).
- לפי המצדדים בגישה זו, ספק גדול הוא אם מנסחי האמנות השלישית והרביעית ראו לנגד עיניהם ארגונים שלמים של אנשים מוגנים אשר עוסקים בטרור (בניגוד לבודדים העוסקים בטרור), ואם מנסחי האמנה הרביעית אמנם התכוונו להכיר באנשים הנמנים על ארגונים אשר כל מהותם היא העיסוק בטרור כ"מוגנים" ולהקנות להם את כל הזכויות המוקנות למוגנים על פי האמנה הרביעית. בהחלט ישנן רגליים לסברה, כי ההתפתחויות שאירעו מאז כריתת האמנות, וריבוי ארגוני הטרור, מובילים למסקנה כי על לוחמים בלתי



חוקיים שונים חלה מערכת דינים ייחודית, שאינה זהה בכל למערכת החלה על "מוגנים" רגילים, וכי חלה וצריכה לחול התפתחות משמעותית של המשפט הבין-לאומי בתחום זה. בענין זה נפנה למשל לצו הנשיאות שהוצא בארצות הברית, הנזכר לעיל. כן נפנה לדבריו של פרופ' קרצ'מר, על העדר ההגיון בהחלתם של הדינים החלים על אזרחים מוגנים על לוחמים בלתי חוקיים. כן ניתן לראות בעניין זה את דבריו של Bialke, הרואה בארגוני הטרור והפעילים בהם כ"אויבי האנושות", אשר מגיעות להם הגנות בסיסיות, אך אינם חוסים תחת אמנות ג'נבה ( D. Kretzmer, Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?, EJIL 16 (2005)171 ; J. P. Bialke, Al-Qaeda & Taliban Unlawful Combatants Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed Conflict, 55 A.F. L. Rev. (2004) 1).

310. בהקשר זה נבקש אף להפנות בענין דלעיל לדברים שכתב כב' הנשיא (בדימי) ברק, במסגרת בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, בו נדונה פרשנות הוראת סעיף 78 של אמנת ג'נבה הרביעית, ויישומה ביחס ל"מוגנים" שעסקו בטרור. לעניין זה ציין כב' הנשיא כדלקמן:

"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."

דברים דומים נאמרו מפי כב' השופט כספי בב"ש 92690/02 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' שייח עובייד ואח', בעמ' 49:

"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, יראה, 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.

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

ראו גם את דבריו של **Watkin**, בהקשר זה:

"...it has been noted that post-September 11, 2001 terrorism is a new phenomenon to which traditional constitutional and international legal restraints may not be wholly responsive".

(Watkin, supra at 69).

כך פסק גם בית המשפט קמא באומרו:

"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"

311. לפי הגישה השנייה, אמנת ג'נבה הרביעית חלה על לוחמים בלתי-חוקיים, אלא אם כן מתקיים בעניינם חריג האזרחות הקבוע בסעיף 4 לאמנה. זאת, לאור הגדרתו הפורמלית של המונח "protected persons", המתייחסת לכל מי שמצא עצמו – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש – בידי אחד מבעלי הסכסוך. בהתאם לגישה זו, גם לוחם בלתי חוקי שנתפס מחוץ לשטח המדינה, בשטח שאינו כבוש, אך לצורך החזקתו הובא לשטח המדינה, הוא "מוגן" לפי האמנה (עם זאת, גם אליבא דגישה זו, ניתן לשלול מהלוחם הבלתי חוקי את זכויותיו, וזאת מכוח סעיף 5 לאמנה, עליו נרחיב בהמשך). לעניין זה ראה למשל: ; D. Jinks "The Declining Significance of POW Status", Harv. Int'l. L.J. vol 45, 367; K. Dormann, "the Legal Situation of "unlawful/unprivileged combatants", IRRC, vol. 85, P. 45

312. לפי הגישה השלישית, האמנה חלה אך ורק על לוחמים בלתי-חוקיים, העומדים במבחן האזרחות הקבוע בסעיף 4 לאמנה, שנתפסו בשטח כבוש או בשטח המדינה המחזיקה, אך לא על לוחמים בלתי חוקיים שנתפסו מחוץ לשטח המדינה, בשטח שאינו כבוש; זאת, לאור העובדה, כי הסעיף נועד לחול כאמור, על זרים המצויים בשטחו של צד לסכסוך, או על תושבי שטח כבוש, ולא על זרים שנפלו בידיו של צד לסכסוך, מחוץ לשטחו, בשטח שאינו כבוש. בהתאם לכך, לוחמים בלתי חוקיים, שנפלו לידיו של המחזיק ב"שדה הקרב", מחוץ לשטחו, (ולכן הם מכונים בכתיבה בנושא כ-"battlefield unlawful combatants"), אינם באים בגדר המונח "מוגנים". ראה למשל: Baxter, "So-called 'unprivileged belligerency': Speis, guerillas and saboteurs, 28 Brit. Y.B. Int'L. L. 323 (1951), p. 328

בענין זה נפנה בנוסף גם למלומד Watkin, הן במאמרו בשאלת הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים משעה שנפלו בידי האויב. זאת, על מנת לבחון לאילו הגנות הם זכאים כל זמן שהם מוחזקים בידי. בהקשר זה מתייחס תחילה ווטקין לעמדה זו, תוך שהוא מפנה למקורות שונים:

"Richard Baxter and others have supported the position that there is an operational zone "where fighting is in progress outside occupied territory or the territory of the detaining state". It has been suggested that the Fedayeen Saddam detained during the 2003 Iraq Conflict were unlawful combatants captured prior to occupation being established. In the 2001 – 2002 Afghanistan war, neither Al Qaeda nor Taliban detainees were captured in occupied territory as American and British forces did not occupy that country. Consequently, the Civilian Convention had no application. Similarly, the Convention would not apply to situations where an unlawful participant is detained on the territory of a state where operations are being conducted at the invitation of that sovereign state". (Watkin, at 56).

מן הדברים האמורים עולה, כי על-פי גישה זו, אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה על לוחמים בלתי חוקיים, שנתפסו מחוץ לשטח המדינה, בשטח שאינו כבוש. אולם, יצוין, כי ווטקין עצמו מציע בכל זאת, לתת להם, את סוג ההגנות הניתנות ככלל ל-"internees" מכוח האמנה:

"The term 'battlefield unlawful combatants' has been used to describe **unprivileged combatants captured outside occupied territory**.

...

It seems more consistent with the Martens clause to extend '**internee'-type protections** as established under the Fourth Geneva Convention to unprivileged belligerents captured outside occupied territory and use the same terminology in both situations."

(Watkin, at 56)

לדיון נרחב בסוגיית תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על לוחמים בלתי חוקיים, ראה לדוגמא:

Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict* (2004), p. 29-31; K. Dormann, "the Legal Situation of "unlawful/unprivileged combatants", IRRIC, vol. 85, P. 45; D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press 1995, p. 301; R.R. Baxter, "So-called 'unprivileged belligerency': Speis, guerillas and saboteurs, 28 Brit. Y.B. Int'l. L. 323 (1951), p. 328; I. Detter, "The Law of War", Cambridge University press 2000, p. 136; E. Gross, "Human Rights, Terrorism and the Problem of administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?", *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 721; D. Jinks "The Declining Significance of POW Status", *Harv. Int'l. L.J.* vol 45, 367; K. Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy", Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2005 Number 2; J. P. Bialke, *Al-Qaeda & Taliban Unlawful Combatants Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed Conflict*, 55 *A.F. L. Rev.* (2004) 1; R. K. Goldmann/B.D Tittlemore, "Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law". <http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>, p. 38; C. Greenwood, "International law and the "war against terrorism". *International Affairs* 2002, p. 316;

313. לסיכום, שאלת הגדרתם של לוחמים בלתי חוקיים, וחברים בארגוני הטרור בפרט, כ"protected persons", אינה פשוטה כלל ועיקר, ובמשפט הבין-לאומי כיום קיימות כאמור דעות שונות בנושא. המחלוקת נובעת מגורמים שונים, וביניהם, לשון האמנה, כוונת מנסחיה באשר לאוכלוסיות עליהן היא התכוונה לחול, ההיסטוריה החקיקתית, והעובדה כי האמנה נכתבה כשלנגד עיני מנסחיה עמדה המלחמה ה"קלאסית" בין מדינות. זאת, בשונה מן המציאות בה אנו חיים כיום, במסגרתה כבשה לה הלחימה מול ארגוני הטרור מקום מרכזי, כאשר אין המדובר רק בטרוריסטים יחידים הפועלים באופן עצמאי, אלא בקבוצות מזוינות של ממש, המכוננות כאמור "Non State Actors". רוצה לומר, כאשר מסתכלים על הראציונל שעמד בבסיס האמנה, ספק אם אמנה זו - אשר נועדה לחול בעיקרה על אזרחים אשר עלולים היו להיפגע בדרך כלשהי מתוצאותיה של המלחמה - התכוונה לחול על לוחמים בלתי חוקיים בכלל, ובעיקר על כאלה שנמנים על שורותיהם של כוחות מזוינים של ממש, הפועלים באופן מאורגן, שלא בשמה של מדינה, ובניגוד לדיני המלחמה.

#### 314. נוכח האמור, לא קיימת תשובה ברורה לשאלה האם נופלים לוחמים בלתי חוקיים לגדרי המונח

"protected persons", שאזי חלה עליהם אמנת ג'נבה הרביעית. להלן נבדוק את שתי האפשרויות הקיימות בעניין זה: ראשית, נבדוק מהם הדינים וההגנות החלים ביחס ללוחמים בלתי חוקיים עת הם מוחזקים בידי המדינה העוצרת, במקרה והם אינם נחשבים כ"protected persons". במסגרת זו נראה, כי הלוחמים הבלתי חוקיים אינם מצויים בחלל נורמטיבי, גם אם לא חלה עליהם אמנת ג'נבה הרביעית. כן נראה, כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מתיישב היטב עם הוראות המשפט הבין-לאומי החלות במצב שכזה, וכי הוא אינו פוגע בזכויות ובהגנות להן זכאים אנשים מכוח הוראות אלה, ואף מוסיף להן זכויות והגנות מעבר לאלו הנדרשות לפי הדין הבין-לאומי. לאחר מכן, נבחן את התאמתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים להוראות המשפט הבין לאומי, גם בהנחה שלוחמים בלתי חוקיים (או חלקם) נופלים בגדר המונח "protected persons", כך שהם נכנסים בשערי האמנה הרביעית, ונראה כי גם במצב כזה מתיישב חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים באופן מלא עם הוראות המשפט הבין-לאומי הרבנטיות.

#### 2.4 הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים אשר אינם נופלים בגדר המונח "Protected persons"

315. על אף המחלוקת והגישות השונות הקיימות באשר לתחולתה של אמנת ג'נבה והגדרת "protected persons" על לוחמים בלתי חוקיים, הרי לדעת המלומדים כולם - אלו הטוענים כי אין להחיל את אמנת ג'נבה הרביעית כלל על לוחמים בלתי חוקיים, אלו הטוענים כי יש להחילה רק על לוחמים בלתי חוקיים שנתפסו בשטח המדינה המחזיקה או בשטח כבוש, ואלו הטוענים, כי לוחמים בלתי חוקיים באים בגדר המונח "protected person" (אך באופן מעשי עלולה להישלל מהם הזכות לטעון לפריבלגיות השונות להן זכאי ככלל "מוגן" מכוח האמנה מכוח סעיף 5 לאמנה, עליו נרחיב מיד) - קיימת הבנה כי לא ייוותר בעניינם "חלל נורמטיבי". זאת, לאור העובדה שיחולו בעניינם מספר הוראות המקנות הגנות בסיסיות וחשובות, והן הוראות סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה (שעוסק אמנם בעקרון, בסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, אך מקובל להתייחס אליו כחלל מכוח מעמד מנהגי על כלל העימותים המזוינים), סעיף 75 לפרוטוקול הראשון, הוראות ה- "Marten Clause" שבאמנת האג הרביעית משנת 1907, והוראות נוספות, אשר על כולן נעמוד להלן. לעניין זה, ניתן לראות למשל את דבריו של דורמן:

"The protections of PI, Article 75, now constitute customary international law. Most of the authors who do not seem to recognize the applicability of GC IV to unlawful combatants share the view that Article 75 of PI is applicable to unlawful combatants. The authors who limit the applicability of GC IV to some types of unlawful combatants equally recognize the applicability of the said Article 75 to all unlawful combatants. Those authors who wrote before the adoption of PI recognize that some minimum humanitarian guarantees apply to all unlawful combatants. They derived those guarantees either from Article 3 common to GC I-IV, Article 5 (3) of GC VI or the Martens Clause, depending on whether they accepted the applicability of GC IV to unlawful combatants or not."

K. Dormann, "the Legal Situation of unlawful/unprivileged combatants", IRRc, vol. 85, 45, p. 70

עוד נפנה לדבריו של פרופ' דינשטיין :

"Whether detained or prosecuted, unlawful combatants must not be deemed beyond the ambit of the law. Even the derogation clause of Geneva Convention (IV) – in the third paragraph of Article 5 – mandates that 'such persons shall nevertheless be treated with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention'. There are also certain minimum standards imposed by customary international law, which cannot be ignored. The majority of the international Court of Justice, in the Nicaragua case of 1986, held that '**minimum rules applicable to international and non-international conflicts**' are expressed in common Article 3 of the **1949 Geneva Conventions**. Admittedly, the text of common Article 3 does not purport to be germane to armed conflicts of an international character. In his Dissenting Opinion, Sir Robert Jennings commented that the majority's view of common Article 3 'is not a matter free from difficulty'. This is particularly true considering that the Court did not deem fit to produce any evidence for the conclusion that the provision reflects norms identically applicable to international and non-international armed conflicts. Still, it can hardly be disputed that when common Article 3 prohibits 'outrage upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment', or establishes the need to afford in trial 'all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized people', the text reflects an irreducible minimum that no State is allowed to ratchet down even a notch in any armed conflict (whether international or non-international).

Fundamental guarantees to persons 'who are in the power of a Party to the conflict and who do not benefit from more favorable treatment' are the subject of Article 75 of Additional Protocol I of 1977. This provision is particularly important as regards unlawful combatants who are not entitled to the more favourable treatment of prisoners of war, and it is widely viewed as an expression of customary international law."

(Dinstein, at 32 – 33).

עוד נוסף ונפנה בעניין זה לדבריו של המלומד אלדריך, במאמר אליו הפנינו לעיל, בעמ' 893-894.

.316 סעיף 75 רישא לפרוטוקול הראשון, קובע כדלקמן :

"Article 75.-Fundamental guarantees

1. In so far as they are affected by a situation referred to in Article 1 of this Protocol, persons who are in the power of a Party to the conflict and **who do not benefit from more favourable treatment under the Conventions or under this Protocol** shall be treated humanely in all circumstances and shall enjoy, as a minimum, the protection provided by this Article..."

.317 סעיף 75, שכותרתו "ערובות יסוד", קובע הגנות וזכויות ביחס לאנשים המצויים בידי של צד לסכסוך, אשר אינם נהנים מיחס עדיף על-פי האמנות או על פי הפרוטוקול עצמו. בין הזכויות וההגנות שהוא קובע, ניתן למנות את הזכויות ליחס אנושי, הזכות שלא להיות מופלה מכל טעם שהוא, הזכות לכבוד (הגוף, האמונה והדת), איסור על אלימות, חובה לידע אדם שנשללה חירותו בדבר הסיבות לנקיטת האמצעים נגדו, הזכות להליך הוגן ועוד.

.318 סעיף 75 לפרוטוקול הראשון נוסח מתוך הבנה, שאכן יש סוגים שונים של אנשים, אשר במסגרת סכסוך מזוין בין-לאומי, לא יחסו תחת מי מאמנות ג'נבה, שעה שהם מצויים בידי של צד לסכסוך. בהתאם, מעיד סעיף 75 בלשונו, כי הוא חל על "בני אדם המצויים בידי צד לסכסוך ואשר אינם נהנים מיחס עדיף על-פי האמנות או על-פי פרוטוקול זה".

לעניין זה, נבקש להפנות לציטוט עימו פותח המלומד ווטקין, את מאמרו בעניין הלוחמים הבלתי חוקיים - המדובר בהצהרה של ארגון הצלב האדום מזמן גיבושו של סעיף 75 לפרוטוקול. וכך נאמר שם :

"Article 65 [now 75] envisaged covering all the grey area which would always exist whatever might be done, between combatant in a strict sense, as defined in Article 4 of the third Geneva Convention of 1949 and... [the] draft Protocol I, and the peaceful civilian population. An important detail should be emphasized here, namely that the new categories of persons thus protected would be protected within the framework of Article [75] only.

Mr. Surbeck (International Committee of the Red Cross), 1976."

.319 בפרשנות הרשמית של ארגון הצלב האדום לפרוטוקול הראשון נאמרו הדברים הבאים ביחס לסעיף 75 :

"When it presented the draft article, the ICRC expressed its concern that a minimum of protection should be granted in time of armed conflict **to any person who was, for any reason or another, unable to claim a particular status, such as that of prisoner of war, civilian internee in accordance with the fourth Convention**, wounded, sick, or shipwrecked." p. 864.

ועוד נאמר שם :

"If in such a situation there were nevertheless cases in which the status of prisoner of war or of protected person were denied to certain individuals, the protection of Article 75 must be applied to them as a minimum." p. 867.

מכל האמור לעיל, עולה אם כן, כי סעיף 75 נוצר מתוך הבנה שבכל סכסוך מזוין, יתכנו אנשים אשר לא יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה או מעמד של "מוגנים", כך שלא ייפלו לאף אחת מאמנות ג'נבה. בין אנשים אלו, כפי שעולה מן הפרשנות הרשמית לפרוטוקול, מצויים גם אנשים אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, וגם "מוגנים" אשר נתונים במעצר וחל עליהם סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית, מכוחו ניתן לשלול מהם זכויות שונות לפי האמנה (על סעיף זה נרחיב בהמשך). כך למשל, בפרשנות הרשמית של ארגון הצלב האדום לסעיף 75, ניתנות דוגמאות לאנשים עליהם יחול סעיף 75, כאשר בין היתר מנויה הקבוצה הבאה:

"Protected persons subject to Article 5 of the Fourth Convention

These are persons who, on the basis of Article 5 of the Fourth Convention, are deprived of certain rights laid down by the Convention during detention. There can be no doubt that Article 75 constitutes a minimum standard which does not allow for any exceptions." [Y. Sandos (ed), Commentary on the Assitional Protocol of 8 June 1977 to the Geneva conventions of 12 August 1949, (Geneva, 1987), p. 870.]

320. לאור כל האמור, טענתם הכוללנית והגורפת של המערערים, לפיה לא יתכן כי במסגרת סכסוך מזוין, לא תחול על אדם אחת מאמנות ג'נבה, השלישית או הרביעית, בטעות יסודה.

321. באשר לערובות ולהגנות שקובע סעיף 75, הרי שאלו כוללות, בין היתר: איסור על אלימות כלפי חייהם ובריאותם של אלו המצויים בידי של הצד לסכסוך, איסור על עינויים, ענישה קולקטיבית, חובה ליידע מיד כל אדם מוחזק בשל פעולות הקשורות לסכסוך המזוין, בשפה המובנת לו, בדבר הסיבות לנקיטה באמצעים נגדו, זכות להליך הוגן וכיו"ב.

**התבוננות בהוראות סעיף 75, מעלה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולה בקנה אחד עם כל הקבוע בהן ואף מעבר לכך. כך למשל, קובע חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ערבויות שונות לטובת הכלוא, אשר כלל אינן מוזכרות בסעיף, כגון: מנגנון עיתי של ביקורת שיפוטית ביחס לצו מכוחו מוחזק הלוחם הבלתי-חוקי, זכות ערעור ועוד.**

322. כפי שצינו בפתחו של חלק זה, במצב של סכסוך מזוין, יחולו על אדם המוחזק בידי של צד לסכסוך, שאינו "protected persons", גם הוראות סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה (וזאת, על אף שסעיף זה נועד לכתחילה לחול במצב של סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, כאמור לעיל).

323. כפי שראינו לעיל, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, עולה בקנה אחד גם עם הוראות סעיף 3 האמור. יצוין, כי נוסף על סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה וסעיף 75 לפרוטוקול הראשון, שיחולו על כל אדם שאינו נופל תחת מי מאמנות ג'נבה, ובכלל זה על לוחמים בלתי חוקיים, יחול עליהם גם ה – "Marten Clause", המצוי בפתחה של אמנת האג הרביעית באשר לדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, משנת 1907:

"Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the laws of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience"

324. נוסף על כל האמור יצוין, כי על אנשים כאמור, אשר אינם באים בגדר המונח "protected persons", לא תחול אמנם אמנת ג'נבה הרביעית, אך זאת, **למעט** חלק אחד שלה, הוא חלק II, אשר תחולתו רחבה יותר מזו של סעיף 4 לאמנה.

כותרתו של חלק II לאמנה הינה "General protection of the population against certain consequences of war". תחולתו של חלק זה, כפי שמעידה גם כותרתו, הינה רחבה יותר מזו של סעיף 4 לאמנה (אשר באוכלוסיות עליהן נועד הוא לחול נדון מיד), והוא חל על כל האוכלוסיה של המדינות המהוות חלק מן הסכסוך. כך קובע סעיף 13, המגדיר את תחולתו של חלק II לאמנה:

"The provisions of Part II cover the whole of the populations of the countries in conflict, without any adverse distinction based, in particular, on race, nationality, religion or political opinion, and are intended to alleviate the suffering caused by war."

יצוין, כי חלק II לאמנה, עוסק בהקמה והגנה על בתי חולים בזמן מלחמה, יצירת אזורים ניטרלים על מנת להגן על האוכלוסיה מהשפעות הלחימה, הגנה על הפצועים והחולים וכיו"ב.

325. לסיכום, מכל האמור עולה, ראשית, שגם אם לוחמים בלתי חוקיים בכלל, או למצער חלקם, אינם באים בשערה של אמנת ג'נבה הרביעית, משום שאינם נכנסים לגדר המונח "protected persons", עדיין אין הם מצויים בחלל נורמטיבי, והם זכאים לזכויות בסיסיות המפורטות בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, בסעיף 75 לפרוטוקול הראשון, ב – "Martens Clause" שבאמנת האג הרביעית, ובהגנות הקבועות בחלק השני של אמנת ג'נבה הרביעית. שנית, בחינת כל ההוראות האמורות מעלה, כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו נוגד את הקבוע בהוראות אלה ואינו פוגע בזכויות המוענקות לעצורים מכוח מקורות אלה, והוא אף מוסיף עליהן זכויות והגנות נוספות.

326. בפרק הבא נבחן את הדינים החלים על לוחם בלתי חוקי לפי הדעה שהוא בא בגדר המונח "protected person", היינו, שהוא בא בשעריה של אמנת ג'נבה הרביעית, ונוכיח את התאמתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים גם להוראות אמנה זו.

2.5 הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים אם הם נופלים הם בגדר המונח "protected persons" שבאמנת ג'נבה הרביעית

327. גם אם באים הלוחמים הבלתי חוקיים (או חלקם, בכפוף לאזרחותם ומקום תפיסתם), בגדר המונח "protected persons", כך שחלה עליהם האמנה הרביעית, הרי, שמכוח סעיף 5 לאמנה, אין הם זכאים לטעון לזכויות ולפריבלגיות השונות שמקנה ככלל האמנה ל"מוגנים", מקום וצרכי המדינה המחזיקה מחייבים את שלילתם. להלן ננתח את סעיף 5 לאמנה ונוכיח את האמור לעיל.

סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית והאפשרות לשלול זכויות מלוחם בלתי חוקי

328. כאמור, גם אם נצא מנקודת הנחה, לפיה "לוחם בלתי חוקי" חוסה תחת אמנת ג'נבה הרביעית, עדיין חל עליו סעיף 5 לאמנה, שהינו חשוב ביותר לעניננו. סעיף זה קובע לאמור:

"Where in the territory of a Party to the conflict, the latter is satisfied that an individual protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State, such individual person shall not be entitled to claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person, be prejudicial to the security of such State.

Where in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention.

In each case, such persons shall nevertheless be treated with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention, They shall also be granted the full rights and privileges of a protected person under the present Convention at the earliest date consistent

with the security of the State or Occupying Power, as the case may be.”

**סעיף 5 מצביע על עקרון חשוב – כאשר אדם מעורב בביצוע פעולות נגד ביטחונה של המדינה, ניתן לשלול ממנו זכויות וזכויות-יתר הקבועות באמנה, מקום שהענקת אותן זכויות וזכויות-יתר יש בהן כדי לפגוע בביטחונה של המדינה.**

**אדם הפועל נגד ביטחונה של המדינה, אינו ככל "אזרח מוגן" אחר, ולפיכך, מקום ששיקולי ביטחון מצדיקים זאת – ניתן לשלול ממנו את הזכויות וזכויות היתר הקבועות באמנה למעט זכויות בסיסיות מסוימות המפורטות באמנה. בין היתר, ניתן לשלול את חירותם של אנשים כאלה, וזאת בנסיבות הקבועות לכך באמנה.**

כלומר, בהתבסס על סעיף 5, העוסק בשלילת הזכויות והפריבילגיות של מוגן מכוח האמנה, מאבד לוחם בלתי חוקי (בהנחה שהוא בא בכלל בגדרי האמנה), באופן מעשי, את הפריבילגיות שמקנה לו מעמד של אזרח לפי האמנה. לעניין זה ניתן לראות למשל את דבריו של המלומד פרופ' דינשטיין, בעמ' 29 – 30 לספרו:

"A person who engages in military raids by night, while purporting to be an innocent civilian by day, is neither a civilian nor a lawful combatant. He is an unlawful combatant. 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. **Nor does he enjoy the benefits of civilian status: Article 5 (first Paragraph) of the 1949 Geneva Convention (IV)... specifically permits derogation from the rights of such person (the derogation being less extensive in occupied territories...).**"

Yoram Dinstein, The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict (2004), p. 29

יצוין, כי גם אלו הטוענים כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על לוחמים בלתי-חוקיים, מנסים לבסס זאת, בין היתר, על סעיף 5 (כך גם עושים המערערים עצמם בפסקה 177 לכתב הערעור), כשלטענתם, סעיף 5 מבטא את ההגנה המופחתת לה זכאים "מוגנים" שכאלו. כך למשל כותב המלומד דורמן על סעיף 5 לאמנה:

"... this article would apply in particular to persons who do not fulfil the criteria of GC I – III and take direct part in hostilities, i.e. persons labeled "unlawful combatants"."

ובהמשך הוא כותב:

"The aim of somewhat reduced protection for such persons is achieved by means of its Article 5, which was inserted at a later stage and allows for derogations for the types of persons often referred to as unlawful combatants." (Dorman, at 50, 58).

המלומד Jinks מציין גם הוא, כי סעיף 5 מתיר למדינות לשלול מלוחמים בלתי-חוקיים זכויות רבות מאלו הקבועות באמנה:

"Although the Civilians Convention protects unlawful combatants, its field of application is limited to enemy nationals (who must also be nationals of a state party to the Convention). **In addition, the derogation regime Article 5 empowers states to deny unlawful combatants many of the rights recognized in the Convention if necessary to protect national security.**"



עוד ניתן לראות לעניין זה את דבריו של המשפטן Ren'e Vark, המחיל את סעיף 5 על לוחמים בלתי חוקיים, ומאפשר את שלילת זכויותיהם לפי האמנה. R. Vark, "The Status and Protection of Unlawful Combatants", *Juridica International* x/2005, p. 191.

הדבר עולה גם מדברים שנאמרו במסגרת ועידת ונציה (European Commission for Democracy Through Law – Venice Commission), שנערכה בשנת 2003. בסיכום הוועידה נאמר כי סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית אינו דן אמנם מפורשות במונח "unlawful combatant", אולם הם למדים שהוא חל על לוחם בלתי חוקי, וזאת לאור העובדה שסעיף זה מדבר על "מוגנים" החשודים במעורבות בפעילות עוינת כנגד המדינה העוצר, ואשר בפועל ניתן לשלול מהם את זכויותיהם מכוח האמנה:

"Although it does not expressly speak of "unlawful combatants", Article 5 GC IV makes it clear that persons who are definitely suspected as engaging in hostile activities against the detaining or occupying power are, in principle, protected persons, **but that they may at the same time be deprived of certain (but not all) rights under GC IV.**"

הוועידה מכירה מפורשות בכך שלוחמים בלתי חוקיים זכאים לזכויות פחותות מאלו להם זכאים לוחמים חוקיים, שהם שבויי מלחמה, עליהם חלה האמנה השלישית, ומוגנים תמימים, עליהם חלה האמנה הרביעית. כך, נאמר שם, שלא כל האנשים עליהם חלה האמנה הרביעית זכאים לכל הזכויות לפי האמנה, כשלעניין זה מפנים הם שוב לסעיף 5, הקובע, כי "מוגנים" מסוימים אינם רשאים לטעון לזכויות ולפריבילגיות שמעניקה האמנה. וכך נאמר שם:

"...combatants who are disqualified from POW status by virtue of Article 4 GC III should indeed have a less favourable legal status than regular POWs...

... GC IV does not merely provide for a fixed bundle of rights for civilians but that it comprehensively covers other "protected persons" (Article 4 GC III). These other "protected persons" (in particular civilians) must not necessarily all enjoy the same rights. Article 5 GC IV, in particular, provides that certain "individual person[s] shall not be entitled to claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person(s), be prejudicial to the security of such State" (Para. (2)) or "as having forfeited rights of communication under the present Convention" (Para. (3)). It is precisely this provision which is meant to give the detaining power the possibility to restrict these rights of "unprivileged combatants" which they would enjoy if they were peaceful civilians.

For these reasons "unprivileged combatants" enjoy, in principle, the protection of GC IV as other "protected persons", whether or not they are technically labelled "civilians". Article 5 GC IV gives the detaining power certain competences to restrict the rights of "unprivileged combatants" in comparison to other "protected persons" (in particular civilians), but only as far as its security interests so require and under strict limitations, in particular the minimum rights under Article 5 (3) GC IV."

[http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD\(2003\)018-e.asp?PrintVersion=True&L=E](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD(2003)018-e.asp?PrintVersion=True&L=E)

ברי, כי הזכות הראשונה שניתן לשלול מלוחם בלתי חוקי בהתאם לסעיף 5 לאמנה הינה הזכות לחירות. 330  
ואכן, וכפי שצינו לעיל, **כל אלו הטוענים כי האמנה הרביעית חלה על לוחמים בלתי-חוקיים יוצאים מנקודת ההנחה הברורה מאליה, כי אלו נתונים במשמורת המדינה העוצרת במסגרת סמכותה להחזיק**

במשמורת את מי שמעורב בלחימה נגדה, כאשר נוסף על שלילת חירותם ניתן מכוח סעיף 5 לאמנה שלא להעניק להם זכויות אחרות המעוגנות באמנה. לעניין זה נפנה לדברי המלומד Jinks עת הוא דן בסעיף 5 לאמנה:

"[s]tates may suspend some Convention rights if the **detainee** in question poses a threat to the security of the detainig state."

D. Jinks "The Declining Significance of POW Status", Harv. Int'l. L.J. vol 45, 367, p. 387.

331. באשר לזכויות אותן ניתן לשלול מכוח סעיף 5, הרי שלעניין זה יש להבחין בין שטח המדינה לשטח כבוש. כפי שעולה מלשון הסעיף, בשטח כבוש רשאית המדינה העוצרת לשלול מכלוא את זכויות הקשר לפי האמנה. לעומת זאת, בשטח המדינה, העצור אינו רשאי לטעון כלל לזכויות ופריבילגיות מכוח האמנה, מקום שביטחון המדינה העוצרת דורש זאת. במסגרת זכויות הקשר ניתן לשלול מאדם, למשל, את הזכות לביקור של נציגי הצלב האדום, הזכות לשלוח מכתבים וכיוצ"ב.

במסגרת זכויות הקשר, ניתן לשלול מאדם למשל ביקורים, ובכלל זה ביקורים של נציגי הצלב האדום, שליחת מכתבים ומסירת הודעה על דבר המעצר לגורם חיצוני. לעניין זה, ניתן לראות את הדברים המובאים ביחס לסעיף 5 בפרשנות הרשמית של ארגון הצלב האדום לאמנה:

"it was inconceivable that a State which had arrested one or more enemy agents should be obliged to announce their capture and let the persons under arrest correspond with the outside world and receive visits; the situation was the same in the case of saboteurs and also, in occupied territories, in that of members of underground organizations."

Jean S. Pictet, Commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 53.

בהמשך הפרשנות לסעיף 5 מובאות דוגמאות לזכויות נוספות שניתן לשלול מכוח סעיף 5, בנוסף לזכויות הקשר. כך נאמר שם ביחס לזכויות נוספות שניתן לשלול מכוח סעיף 5:

"they consist essentially of the right to correspond, the right to receive individual or collective relief, the right to spiritual assistance from ministers of their faith and the right to receive visits from representatives of the Protecting Power and the International Committee of the Red Cross." (ibid, at 56).

332. לצד הזכויות השונות שניתן לשלול כאמור, הרי שסעיף 5 מציין באופן מפורש שתי קטיגוריות של זכויות אשר אינן ניתנות בכל מקרה להגבלה – הזכות ליחס אנושי והזכות למשפט הוגן. כך מתאר זאת דורמן:

"The two categories of non-derogable protections include: the right to "human treatment" as defined in Articles 27 and 37, and thus the prohibition of torture and ill-treatment; as well as the fair trial rights contained in Articles 71 – 76, which are made applicable to internees in non-occupied territory by Article 126 in the event of criminal proceedings." (Dormann, at 66).

כן ראה לעניין זה דבריו של פרופ' דינשטיין:

"Whether detained or prosecuted, unlawful combatants must not be deemed beyond the ambit of the law. **Even the derogation clause of Geneva Convention (IV) – in the third paragraph of Article 5 – mandates that 'such persons shall nevertheless be treated**

**with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights to fair and regular trial prescribed by the present Convention'.**

כמו כן, יש לזכור, כי גם במצב בו נשללות מלוחם בלתי חוקי הזכויות הקבועות באמנה מכוח סעיף 5, הרי שעדיין יחולו עליו סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה וסעיף 75 לפרוטוקול הראשון. לעניין זה ניתן לראות המשך דבריו של פרופ' דינשטיין:

"There are also certain minimum standards imposed by customary international law, which cannot be ignored. The majority of the international Court of Justice, in the Nicaragua case of 1986, held that **'minimum rules applicable to international and non-international conflicts' are expressed in common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions**" (Dinstein, at 32).

כן ניתן להפנות בהקשר זה לדברים שנאמרו במסגרת הפרשנות של ארגון הצלב האדום לסעיף 75 לפרוטוקול הראשון, לפיהם בין האוכלוסיות עליהן נתכוון לחול סעיף 75, כלולים "מוגנים" לפי אמנת ז'נבה הרביעית, אשר נשללו זכויותיהם לפי האמנה, מכוח סעיף 5:

"The Convention did not draw up a systematic list of persons whom it intended should be covered by this article. However, the discussions and drafts provide some idea in this respect, which can be summarized as follows:

...

7. Protected persons subject to Article 5 of the Fourth Convention.

These are persons who, on the basis of Article 5 of the Fourth Convention, are deprived of certain rights laid down by the Convention during detention. there can be no doubt that Article 75 constitutes a minimum standard which does not allow for any exception"

Y. Sandos (ed), Commentary on the Causational Protocol of 8 June 1977 to the Geneva conventions of 12 August 1949, (Geneva, 1987), p. 870.

עוד ראה לעניין זה הדברים שנאמרו בוועידת ונציה:

"70. Assuming that Article 5 (1) GC IV forms a basis for the restriction of rights of "unprivileged combatants" under GC IV, there are certain important limitations to this power. Such limitations are contained in Article 5 (3) GC IV Article 75 P I and Common Article 3 of the Geneva Conventions (see Appendix).

71. Article 75 P I expressly covers "unprivileged combatants" as "persons who are in the power of a Party to the conflict and who do not benefit from more favourable treatment under the Conventions or under the Protocol". As mentioned earlier, these would be persons who are not entitled to POW status and do not meet the nationality criteria of Article 4 GC IV."

[http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD\(2003\)018-e.asp?PrintVersion=True&L=E](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD(2003)018-e.asp?PrintVersion=True&L=E)

333. עד כה, ראינו אם כן, כי גם אם נכנסים הלוחמים הבלתי חוקיים להגדרת המונח "protested persons" שבסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, הרי שבאופן מעשי ניתן לשלול מהם את מירב הזכויות המוקנות ככלל ל"מוגנים", וזאת מקום שצרכי הביטחון של המדינה העוצרת מחייבים זאת.

כן ראינו, כי מלומדים רבים מבין אלה הסבורים שאמנת ג'נבה הרביעית חלה על "לוחמים בלתי חוקיים" (או על סוגים מסויימים של לוחמים בלתי חוקיים) מסייגים את תחולתה לאור כך שחל עליהם סעיף 5. התוצאה היא, שמכוח סעיף זה, ניתן לכאורה לשלול מאדם הנמצא בשטח המדינה, את כל הזכויות שמוקנות ל"מוגן" ואילו בשטח כבוש ניתן לשלול ממוגן את זכויות הקשר לפי האמנה. כל זאת מקום שביטחון המדינה מצריך זאת.

334. להלן נראה, כי אף במצב בו לא נשללות מלוחם בלתי חוקי ההגנות שמקנה אמנת ג'נבה ל"מוגנים" הנתונים במעצר, הרי שהחוק עולה בקנה אחד עם הוראות אמנת ג'נבה הרביעית, וכי ללוחמים בלתי חוקיים, כהגדרתם בחוק, ניתנות ממילא - על פי החוק והתקנות מכוחו - כל הזכויות המוקנות ל"מוגנים" באמנת ג'נבה הרביעית. בודאי ובודאי שניתנות להם הזכויות שיש להקנות להם בשים לב לסעיף 5 לאמנה.

## 2.6 האפשרות לעצור לוחמים בלתי חוקיים לפי אמנת ג'נבה הרביעית

335. כפי שפירטנו בהרחבה לעיל, הסמכות להחזיק במשמורת לוחמים בלתי-חוקיים הינה ברורה מאליה ומקבילה לסמכות הקיימת ביחס לכליאתם של לוחמים חוקיים, היינו של מי שזכאים למעמד של שבוי מלחמה. ברי, שאם ניתן להחזיק במעצר לוחמים אשר פעלו בהתאם לחוקי המלחמה ומנהגיה, ניתן גם ניתן להחזיק במשמורת את מי שפעלו בניגוד לכללי המלחמה. זאת, גם אם נניח לצורך העניין כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על לוחמים כאמור. יתרה מכך, אם ניתן להשתמש בכוח ולפגוע בלוחם בלתי-חוקי, נוכח היותו לוחם, כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, מקל וחומר ניתן לנקוט כלפיו באמצעים חמורים פחות, ובין היתר, להחזיקו במשמורת עד תום פעולות האיבה. כל מסקנה אחרת אינה עולה בקנה אחד עם השכל הישר, ועם זכותה של מדינה להגנה על חיי תושביה ואזרחיה, וסותרת את האסמכתאות שהבאנו לעיל.

336. כפי שציינו, גם אלו הטוענים כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על לוחמים בלתי-חוקיים או על חלקם (בכפוף לאזרחותם ומקום תפיסתם), אינם חולקים על אפשרותה של המדינה שאת ביטחונה הם מסכנים, להחזיקם במשמורת; ההיפך הוא הנכון, ברור להם כי המדינה רשאית להחזיקם במעצר, ודווקא משום כך שואפים הם להחיל עליהם את אותן הוראות מן האמנה הרביעית הנוגעות לתנאי החזקה של "מוגנים" במעצר, על מנת להבטיח כי הם לא יהיו משוללי זכויות. משמע, שאלת עצם הסמכות להחזיק במעצר לוחמים בלתי חוקיים (כפי שניתן להחזיק לוחמים חוקיים עד תום פעולות האיבה), הינה פשוטה, ושאלת תחולת אמנת ג'נבה הרביעית רלבנטית רק לגבי התנאים שיש להחזיק בהם אנשים כאמור. זאת, כמובן, על מנת לדאוג כי אלו ייזכו ליחס אנושי, לכבוד, לתנאי מחייה בסיסיים, שלא יהפכו קורבן להתעללויות מצד אנשי היריב, וכדומה.

המלומד ווטקין דן במאמרו בשאלת הדינים ההומיניטריים המסדירים את תנאי החזקתם של לוחמים בלתי חוקיים. במסגרת זו, הוא דן, בין היתר, בשאלת תחולת האמנה הרביעית על מעצרים של לוחמים בלתי-חוקיים. לעמדתו, האמנה תחול רק על אותם לוחמים בלתי חוקיים הנופלים לגדר המונח "protected persons", כאשר הוא מציין כי לא כל לוחם בלתי חוקי יבוא תחת המונח האמור. מכל מקום, נקודת המוצא לדיונו, הינה כי אנשים אלו מצויים במעצר כדן, ולכן הוא עובר מיד לדיון בהגנות ובזכויות המוקנות ללוחמים בלתי חוקיים ובאפשרות לשלול זכויות אלה, תוך שהוא מבצע הבחנה, בין לוחם בלתי חוקי הנעצר בשטח כבוש, לבין מצב של לוחם בלתי חוקי הנעצר בשטח של מדינה שהיא צד לסכסוך. נקודת המוצא לכל הדיון של ווטקין היא כי ניתן לתפוס ולעצור לוחמים בלתי חוקיים, ולא רק זאת, אלא שהוא מכיר באופן מפורש בכך, שמעצרים של אנשים כאמור, הוא מעצר שעשוי להימשך פרק זמן ארוך. ראה: K. Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy", Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2005 Number 2, at 50-70.

באופן דומה, גם המשפטן דורמן, אינו חולק על זכותה של מדינה שהיא צד לסכסוך להחזיק במשמורת את הלוחמים הבלתי חוקיים שנפלו לידיה. אולם, נוכח הטענות הנשמעות בשנים האחרונות, לפיהן אנשים אלו אינם זכאים לכל הגנה תחת המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, הוא בוחן מהן ההגנות להן זכאים לוחמים בלתי חוקיים, כל זמן שהם מוחזקים בידי האויב. במסגרת זו, הוא טוען כי אמנת ג'נבה הרביעית, חלה גם על סוגים מסויימים של לוחמים בלתי חוקיים. K. Dormann, "The Legal Situation of unlawful/unprivileged combatants", IRRIC, vol. 85, P. 45 Significance of POW Status", Harv. Int'l. L.J. vol 45, 367

בדברים האמורים, כמו גם בכל שפורט לעיל, יש כדי להצדיק את דחיית טענת המערערים, כי לאור תחולת אמנת ג'נבה בעניינם (כנטען על-ידם) לא ניתן להחזיקם במעצר - למעט במעצר פלילי או ב"מעצר מנהלי"

הזוכה מצידם לפרשנות דחוקה ומצמצמת ביותר - וכי חוק הלב"ח יוצר מעצר "בדרך אחרת", אשר אינה מוכרת באמנת ג'נבה הרביעית. ניסיונם זה של המערערים, שגוי, אם כן, כבר בבסיסו.

המערערים מנסים באמצעות הטענה בדבר תחולת אמנת ג'נבה, לשמוט את הבסיס תחת עצם זכותו של צד לסכסוך, לעצור אנשים המסכנים את ביטחונו, במצבים מסוימים – **זכות אשר בנוגע לה אין כל מחלוקת במשפט הבין-לאומי**. דין ניסיון זה להידחות, לאור כל האמור לעיל, ולאור סמכויות המעצר המעוגנות אף באמנת ג'נבה הרביעית עצמה.

337. בנוסף לכל האמור לעיל, עיון באמנת ג'נבה הרביעית מלמד כי היא מעגנת באופן מפורש, במסגרת הוראות שונות, את הכלל המנהגי המסמך צד לסכסוך להחזיק במשמורת את מי שמסכנים את ביטחונו, תוך התייחסות הן למצבים של סכסוך המלווה בתפיסה לוחמתית, והן לסכסוך אשר אינו מלווה בשליטתו של צד אחד בשטחו של האחר. כך למשל, מציין גם המלומד ווטקין, אגב דיונו בהגנות להם זכאים לוחמים בלתי חוקיים בשטח כבוש, כי לוחמים בלתי חוקיים ודאי נחשבים כמי שמעצרים נדרש מטעמי ביטחון (watkin, ראה למשל עמ' 51).

לעניין זה ניתן לראות גם את דבריו של המלומד ג'ינקס, המציין כי גם אמנת ג'נבה הרביעית מכירה באופן מפורש בסמכותה של מדינה שהיא צד לסכסוך לעצור "מוגנים" ללא משפט, כאשר ביטחון המדינה מחייב זאת באופן החלטי (שכן האמנה מכוונת להגן בראש ובראשונה על מוגנים תמימים, ולא על כאלו המעורבים בפעולות האיבה, ועל כן שואפת היא לצמצם את האפשרות לשלול את חירותם של המוגנים התמימים). בהמשך לכך קובע ג'ינקס מפורשות, כי ככל שנוגע הדבר ללוחמים בלתי חוקיים, לא עולה בכלל שאלה האם ביטחון המדינה מחייב את מעצרים, וברור כי דרישה זו מתקיימת לגביהם (היינו, כשמדובר בלוחם בלתי-חוקי, ברור שיש טעמי ביטחון להחזקתו במשמורת) (ראה: D. Jinks, The Declining Significance of POW Status, 45 Harv. Int'l L.J. (Summer, 2004), 367, at 418).

338. להלן נעמוד על הסעיפים הרלבנטיים לביצוע מעצר מטעמי ביטחון באמנה הרביעית. כפי שנראה, כליאה מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תואמת הן את העקרונות העומדים בבסיס מעצר ("intention") לפי אמנת ג'נבה הרביעית, והן את התנאים בהם יש להחזיק אנשים הנתונים במעצר כאמור.

339. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כדלקמן:

"Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity... However, **the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of war.**"

340. סעיף 27, המצוי תחת סימן א' לחלק III של אמנת ג'נבה שכותרתו "provisions common to the territories of the parties to the conflict and to occupied territories", חל ביחס למוגנים המצויים הן בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והן בשטחיהן של מדינות שהן צד לסכסוך. משמע, סעיף זה הינו בעל תחולה רחבה ביותר.

341. מסעיף 27 לאמנה עולה בבירור, כי לצד ההגנות והעקרונות הבסיסיים לפיהם יש לנהוג ביחס למוגנים, רשאי צד לסכסוך לנקוט באמצעי פיקוח וביטחון כנגד מוגנים, ככל שיהא צורך בכך כתוצאה מן הלחימה.

342. פיקטה, הפרשן הרשמי מטעם ארגון הצלב האדום לאמנה, עומד על חשיבותו ומרכזיותו של סעיף 27 לאמנה, תוך שהוא מדגיש כי סעיף זה מהווה את הבסיס עליו מושתתת האמנה כולה (ראה פיקטה, עמ' 199 - 201). בפרשנותו לפסקה האחרונה של הסעיף, העוסקת בהפעלת אמצעי שליטה וביטחון כנגד מוגנים, הוא כותב את הדברים הבאים:

"The various security measures which States might take are not specified; the Article merely lays down a general provision. There are a great many measures, ranging from comparatively mild restrictions such as the duty of registering with and reporting periodically to the police authorities, the carrying of identity cards or special papers, or ban on the carrying of arms, to harsher provisions such as a prohibition on any change in place of residence

without permission, prohibition of access to certain areas, restrictions of movement, or **even assigned residence and internment** (which, according to Article 41, are the two most severe measures a belligerent may inflict on protected persons."

Jean S. Pictet, Commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 207.

כפי שמציין פיקטה, סעיף 27 אינו מפרט מהם אותם אמצעי ביטחון בהם רשאי צד לסכסוך לנקוט, וכל שהוא עושה זה לנסח קביעה כללית, המתירה שימוש באמצעים כאמור. במסגרת אמצעים אלו, כותב פיקטה, מצויים אמצעים קלים וחמורים יותר, **ובניהם גם האמצעי של מעצר (Internment)**. פיקטה אף מוסיף ואומר, כי בידי הצדדים לסכסוך ניתן שיקול דעת רחב באשר לבחירת האמצעים בהם ינקוט. וכך הוא כותב:

"A great deal is thus left to the discretion of the Parties to the conflict as regards the choice of means."

במקום אחר בפרשנותו לאמנה חוזר פיקטה על הדברים האמורים, וכך הוא כותב:

"It has already been seen that Article 27 does not specify the various security measures which may be taken by States, but merely sets forth a general provision. In the commentary on that Article several examples were given of supervisory and security measures which the belligerents might be forced to take, such measures varying from insignificant restrictions to two of the most severe measures allowed under the convention – namely **internment** and assigned residence, which are considered in Article 14."

Jean S. Pictet, Commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 245-246.

343. מן המקובץ עולה אם כן, כי **הן בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית, והן בשטחן של מדינות המצויות בעימות מזוין, מותר לצד לסכסוך לנקוט באמצעי ביטחון כנגד מוגנים כאשר הדבר נדרש, ובכלל זה רשאי הוא אף להחזיק במעצר את אזרחי הצד שכנגד**. סעיף 27 מכיר בזכותה של מדינה לעצור מוגנים החוסים תחת אמנת ג'נבה הרביעית, במהלך עימות מזוין, בין שנעצרו בשטח כבוש ובין שנעצרו בשטח מדינה שהיא צד לסכסוך. סעיף זה, כמו הסעיפים הנוספים עליהם נעמוד, מאפשר גם החזקתם במעצר של אזרחים אשר אינם קשורים דווקא בהשתתפות בלחימה, אך קיימים טעמי ביטחון שונים אשר מצדיקים את מעצרום.

344. בהמשך לקבוע בסעיף 27, עוסקים סעיפים נוספים באמנה באפשרות של צד לסכסוך לעצור מוגנים מטעמי ביטחון. סעיף 41 מצוי בסימן II לחלק III לאמנה, שכותרתו: "Aliens within the territory of a Party to the conflict", והוא קובע כי:

"Should the Power in whose hands protected persons may be consider the measures of control mentioned in the present Convention to be inadequate, it may not have recourse to any other measure of control more severe than that of assigned residence or **internment**, in accordance with the provisions of article 42 and 43"

345. בהמשך לכך, קובע סעיף 42 כדלקמן:

"**The internment** or placing in assigned residence of protected persons may be ordered only **if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary**."

346. סעיף 43 מוסיף וקובע כי:

"Any protected person who has been interned or placed in assigned residence shall be entitled to have such action reconsidered as soon as possible by an appropriate court or administrative board designated by the Detaining Power for that purpose. If the internment or placing in assigned residence is maintained, the court or administrative board shall periodically, and at least twice yearly, give consideration to his or her case, with a view to the favorable amendment of the initial decision, if circumstances permit."

347. אם כן, בהתאם לסעיפים 41 ו-42 לאמנת ג'נבה הרביעית, העוסקים במוגנים הנעצרים בשטחו של צד לסכסוך, ניתן להחזיק במעצר את מי שמאיימים על בטחונו של צד לסכסוך, מקום שביטחון הצד העוצר מחייב זאת. ברי, כי לוחמים בלתי חוקיים, נמנים כמובן על אלה המאיימים על ביטחונו של צד לסכסוך.
- בהמשך לסעיפים 41 ו-42, קובע סעיף 43 כמה עקרונות ביחס למעצר כאמור. כך, למשל, סעיף 43 קובע, כי מעצרו של אדם כאמור ייבחן, בהקדם האפשרי, על-ידי בית משפט או גוף מנהלי ואותו בית משפט או גוף מנהלי צריך לבחון את המעצר באופן תקופתי, ולא פחות מפעמיים בשנה.
348. בדומה לסעיפים האמורים, סעיף 78 לאמנת ג'נבה, המצוי בסימן III לחלק III לאמנה, אשר כותרתו "Occupied Territories", קובע כדלקמן:
- "If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment..."
349. על מטרתו של סעיף 78 ועל אוכלוסיית העצורים אליה הוא רלבנטי ניתן ללמוד מפרשנותו של פיקטה לסעיף. פיקטה מבהיר, כי סעיף זה (בניגוד לסעיף הקודם לו - סעיף 77, בו נדון בהמשך הדברים), אינו חל על מי שהואשם בביצוע עבירה, אלא על אנשים אשר הכוח הכובש סבור שהם מסוכנים לביטחונו, ועל-כן הוא רשאי להגביל את חירותם [שם, עמ' 368].
350. סעיף 78, הרלבנטי למצב בו קיימת תפיסה לוחמתית, קובע אם כן, את זכותה של המעצמה הכובשת להחזיק במעצר אנשים מההווים סיכון לביטחונו בשטח הכבוש (ראה גם ווטקין, בעמ' 51). במידה ובשטח כבוש פועלים גם לוחמים בלתי חוקיים, הרי שאלו מסכנים את ביטחונו של צד לסכסוך, והוא רשאי להורות על החזקתם במעצר, בהתאם לסעיף 78 האמור.
351. מן האמור עולה אם כן, כי אמנת ג'נבה הרביעית מכירה בזכותו של צד לסכסוך, לעצור, במהלך סכסוך מזוין, אף "מוגנים" שהם אזרחים תמימים לכאורה, שלא נטלו בהכרח חלק כלשהו בפעולות האיבה, מקום שקיימים טעמי ביטחון המצדיקים זאת. **אין ולא יכול להיות צל צילו של ספק, כי אמנה זו מתירה גם מעצרים של אנשים אשר נטלו חלק של ממש בפעולות האיבה.** במילים אחרות, עצורים מטעמי ביטחון באמנת ג'נבה הרביעית, כוללים גם לוחמים בלתי חוקיים, אשר נטלו חלק בפעולות האיבה נגד הצד המחזיק, ואשר מעצרים מתבקש נוכח הסיכון שהם מהווים כלפי ביטחונו של המדינה העוצרת, ומתוך רצון למנוע את שיבתם למעגל הלחימה, כל זמן שנמשך הסכסוך. מעצר כאמור, ניתן לבצע, לפי אמנת ג'נבה הרביעית, הן בשטח של מדינה שהיא צד לסכסוך, והן בשטח כבוש.
- כפי שנראה בסעיף 358 בהמשך, פיקטה, פרשנה הרשמי של האמנה, קובע במפורש כי קיימת הצדקה להפעלת סמכות המעצר הקבועה בסעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית, **ביחס לאנשים המשתייכים לארגונים שמטרתם לפגוע בביטחון הציבורי. כמו כן, נאמר, שכדי להצדיק נקיטה במעצר מטעמי ביטחון, די אם למדינה יש יסוד להאמין, שהעצור, לאור פעולותיו, ידיעותיו או כישוריו, מהווה סיכון לביטחונו בהווה או בעתיד.**
352. מטענותיהם של המערערים עולה כאמור, כי לדעתם ניתן לעצור לוחמים בלתי חוקיים, רק אם הם נמצאים בשטח כבוש, או שהם נמצאים בשטח המדינה העוצרת באופן "וולונטרי" (כדוגמת התיירים או העובדים הזרים "שמצאו עצמם במדינה אחרת ממדינת מוצאם בעת פרוץ הקרבות"). ראה למשל, סעיף 169 לכתב הערעור). לכך מגיעים המערערים תוך שהם מסתמכים על כותרת הפרק בה מצוי סעיף 42 לאמנה (על אף שבלשון סעיף 42 עצמו אין כל עיגון לטענתם האמורה של המערערים), ועל סמך סעיף 79, שלטענתם קובע כי מעצר של מוגנים לפי אמנת ג'נבה הרביעית, יכול להיעשות רק על ידי מעצר פלילי לפי סעיף 68 לאמנה או מעצר מנהלי לפי סעיפים 41 – 43 ו-78.

ברי לכל, כי פרשנותם זו של המערערים אינה עולה בקנה אחד עם ההגיון. בהתאם לפרשנותם של המערערים אפשר לכאורה לעצור לוחם בלתי חוקי רק אם הוא מצוי בשטח כבוש או אם הגיע באופן וולונטרי לשטח מדינת האויב. האם יתקבל על הדעת שלא ניתן יהיה לעצור את הלוחם הבלתי חוקי שנלחם נגד הצבא מחוץ לשטח המדינה? ברי כי אין בטענה זו ממש.

פרשנותם של המערערים היא פרשנות לא מבוססת, אשר אינה תואמת כלל מציאות של לחימה ואת הפרקטיקה הנוהגת במסגרתה. כפי שהראינו לעיל, למדינה שהיא צד לסכסוך יש סמכות לעצור את אלו שמשותפים בלחימה נגדה. כך הדבר ביחס ללוחמים חוקיים. על אחת כמה וכמה, כך הוא הדבר ביחס ללוחמים בלתי חוקיים, אשר פעלו ללא הרשאה, שלא מטעם מדינה ותוך הפרה שיטתית של דיני הלחימה.

ושוב, צריך לזכור, כפי שמבהירה אף הכתיבה הרבה בנושא, כי שאלת תחולתה של האמנה הרביעית על לוחמים בלתי חוקיים (אם אמנם היא חלה עליהם) נועדה דווקא להעניק להם הגנות. כמפורט לעיל, המלומדים הטוענים לתחולה של האמנה הרביעית על לוחמים בלתי חוקיים (שכן אנשים אלו אינם חוסים בצילה של האמנה השלישית), מכירים בזכות לעצור לוחמים אלו והם רואים אותם מלכתחילה כמי ש"מצויים בידיו של צד לסכסוך במהלך סכסוך מזוין". עיקר הדיון במשפט הבין-לאומי, אם כן, אינו נסוב כלל סביב סוגיית אפשרות החזקתם במעצר של לוחמים בלתי חוקיים, אלא סביב ההגנות המעוגנות באמנה הרביעית ביחס למעצר של מוגנים (הוראות סעיף 79 – 135), אותן מבקשים להחיל מלומדים אלה גם על לוחמים בלתי חוקיים מרגע שהם מצויים בידי האויב, על מנת שאלו לא יימצאו משוללי כל זכויות.

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בא להסדיר את אופן ביצוע סמכות המעצר שקיימת בידי מדינה שהיא צד לסכסוך מזוין, המאפשרת לה להחזיק את אלה המשתתפים בלחימה נגדה ונפלו לידיה, תוך שהוא עומד, בין היתר, בכל הדרישות, העקרונות והכללים שקובעת האמנה ביחס לביצוע מעצר מטעמי ביטחון. לאור כל האמור לעיל, אין כל בסיס לטענות המערערים, לפיהן יוצר החוק סמכות מעצר שאינה מסורה כביכול למדינה מכוח דיני העימות המזוין של המשפט הבין-לאומי.

353. עוד נציין, כי המערערים מעלים טענות מטענות שונות באשר לפירושו של המונח "internment" בו נעשה שימוש (בין היתר), באמנת ג'נבה הרביעית. כך למשל, טוענים המערערים, כי המונח "internment", בו נעשה שימוש באמנה, משמעותו - "מעצר מנהלי" (ראו למשל פסקה 172 לכתב הערעור). לטענתם, כליאה לפי החוק אינה מהווה "מעצר מנהלי" כאמור (ראה למשל פסקה 176 לכתב הערעור), ולכן כליאה לפי חוק הלב"ח אינה מהווה "internment" לפי אמנת ג'נבה הרביעית.

טענותיהם של המערערים מבוססות על פירוש צר ובלתי נכון למונח "internment" השווה, לטענתם, למונח "מעצר מנהלי" כהגדרתו בחוק המעצרים המינהליים. בעניין זה מנסים הם גם להיבנות שוב ושוב (ראה למשל פסקאות 172 – 173 לכתב הערעור) על טענת המדינה, כי "מעצר מנהלי" מכוח החוק האמור אינו הכלי המתאים לכליאת המערערים בענייננו.

354. המערערים טוענים בפירוש המונח "internment" במשפט הבין-לאומי, אשר הינו מונח רחב הרבה יותר מזה לו הם טוענים. פירוש המונח "internment", הינו "מעצר" או "כליאה" של אדם, דהיינו שלילת חירותו, שלא במסגרת הליך פלילי בהכרח. המונח "internment" במשפט הבין-לאומי, אינו זהה אם כן למונח "מעצר מנהלי" במובן הצר שניתן לו במשפט הישראלי, בהקשר של חוק המעצרים המנהליים.

כך למשל, ניתן לראות את השימוש במונח "Internment" חוזר גם בסימן II לחלק III לאמנת ג'נבה השלישית, המסדיר את אופן ותנאי כליאתם של שבויי מלחמה, הטיפול בהם, זכויותיהם וחובותיהם. כותרת סימן II לחלק III לאמנת ג'נבה השלישית, הינה "Internment of prisoners of war", כאשר כל אחר מפרקי המשנה בסימן זה, עוסק בזכויות ותנאים שונים הנוגעים להחזקתם של שבויי מלחמה, עת הם מצויים במעצר, כגון: מזון, לבוש, הגיינה, טיפול רפואי וכיו"ב. למונח "internment" בו נעשה שימוש באמנה השלישית, ביחס להחזקתם של שבויי מלחמה, בודאי שאין שום קשר עם פרשנותם המצומצמת והלא מבוססת של המערערים, וודאי שאין לו כל קשר ל"מעצר מנהלי" מכוח חוק המעצרים המינהליים, אליו מנסים המערערים למקד את המונח "internment", המופיע באמנת ג'נבה הרביעית.

משמע, "Internment", אין משמעותו כה מצומצמת, כפי שמנסים לטעון המערערים. "Internment" משמעותו שלילת חירותו של אדם, והחזקתו במעצר, מטעמי ביטחון, כאשר הכוונה בעיקר לכליאתו ללא קיום הליכים פליליים בענייניו בהכרח (ואולם יובהר, כפי שעולה למשל מהוראות סעיפים 126 ו- 133 לאמנה, כי גם כלפי "Internees" ניתן לנקוט בהליכים פליליים).

ניסיונם של המערערים לשוב ולחבר בין המונח "internment", לבין המונח הישראלי של "מעצר מנהלי" כפי שהוא קיים מכוח "חוק המעצרים המנהליים" או בתחיקת הביטחון, אין לו שום עיגון בהוראות המשפט הבין-לאומי. יש כאן ניסיון לחבר בין פרשנות שניתנה לחקיקה הפנימית לבין הוראות המשפט הבין-לאומי, אלא שהמשפט הבין-לאומי אינו כפוף לפרשנות ולמונחים בהם עושה שימוש החקיקה הישראלית.



355. נוסף על טענתם המוטעית של המערערים לפיה "Internment" שווה "מעצר מנהלי" בלבד, הרי שגם פירושם למונח "מעצר מנהלי" עצמו הינו מוטעה. "מעצר מנהלי" כפשוטו מהו? מעצר בידי רשות מנהלית. זאת כמובן, לעומת מעצר מכוח החלטה של רשות שיפוטית, המוכר לנו ממערכת המשפט הפלילי. כליאה מכוח חוק הלב"ח מהי? כליאה מכוח החלטה של רשות מנהלית (הרמטכ"ל או אלוף שהואצלה לו סמכותו של הרמטכ"ל). זאת, בנסיבות בהן מתעורר צורך לכלוא אדם מטעמי ביטחון ושלא במסגרת הליך פלילי. מכאן עולה כי גם מעצר לפי חוק הלב"ח, הוא סוג של "מעצר מנהלי", וגם מטעם זה ברור כי הוא תואם לאשר נקבע באמנת ג'נבה הרביעית.

אכן, כליאה מכוח חוק הלב"ח אינה מהווה "מעצר מנהלי", כפי שמושג זה מוכר לרוב בדין הישראלי או בתחיקת הביטחון, והיא גם אינה מתיימרת להיות כזו. מדובר בכלים שונים, ולכן גם טוענת המדינה כי הכלי "המוכר" של מעצר מכוח חוק המעצרים המנהליים אינו הכלי המתאים בענייננו. לטענת המדינה, האמצעי המתאים לכליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים הנמנים על מי שמנהלים פעולות איבה כנגד ישראל, הוא מעצר לפי החוק דנן.

בהקשר זה יובהר, כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים יוצר מנגנון של מעצר מינהלי, המקביל באופיו לחוק המעצרים המנהליים, אשר נועד ליתן מענה לסיטואציה הייחודית של לוחם בלתי-חוקי שנעצר על-ידי מדינת ישראל (כפי שנסביר בפרק הבא, העוסק בראציונל העומד בבסיס החוק). עמד על כך בית המשפט קמא באומרו:

"החוק עושה שימוש **במעצר המנהלי**... 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, וביקשה לייחד לו חוק מיוחד שיחול על לוחמים בלתי-חוקיים לבדם, מבלי צורך לעשות שימוש בחוק המעצרים המינהליים, בו נעשה שימוש עד לחקיקתו? על שאלה זו עמדתי בעניין עביד ותשובתי לכך היתה שלילית..."

לעניין זה יפים גם דבריו של כבוד השופט רובינשטיין בערעור שהגישו המערערים על החלטתו של בית המשפט המחוזי בפן העובדתי, במסגרת הליכי הביקורת השיפוטית מכוח החוק:

"מצבה הביטחוני של המדינה מוליד מצבים וצרכים שאינם בגדר המסגרות המשפטיות ה"רגילות", ועסקינן **בסוג של מעצר בעל אופי מנהלי**, שהמחוקק ביקש לעצב כדי להתמודד עם מי שנשתייכו לכוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל, ולכלל שבוי מלחמה לא הגיעו" [ע"פ 1221/06 פלוני נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם)].

356. מכל האמור עולה, כי שלל טענותיהם של המערערים המנסות כולן להגיע למסקנה, כי חוק הלב"ח יוצר קטיגוריה שלישית של מעצר, אשר אינה מעוגנת באמנת ג'נבה הרביעית, דינן להידחות, מהטעמים שפורטו לעיל.

357. לאחר שראינו כי טענות המערערים, לפיהן כליאה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, מהווה מעצר "בדרך אחרת", שאינה מעוגנת באמנה, בטעות יסודה, נעבור לשתי טענות נוספות שמעלים המערערים כנגד הסדר המעצר הקבוע בחוק:

א. מעצר מנהלי יכול להתבצע רק על בסיס טעמי ביטחון אינדיבידואלים, ואילו החוק מאפשר מעצר מנהלי על בסיס קולקטיבי;

ב. התנאים והפרוצדורות הקבועים בחוק לעניין החזקה במעצר סוטים מהכללים הקבועים באמנת ג'נבה הרביעית, ועל כן המעצר אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי ההומניטרי.

להלן נדון בטענות אלה כסדרן.

כאמור, אמנת ג'נבה הרביעית מכירה בצרכי הביטחון של מדינה שהיא צד לסכסוך, ומתירה למדינה לבצע "internment". הראציונל הבסיסי העומד ביסוד המעצר הוא קיומם של טעמי ביטחון המצדיקים זאת. אין ספק, כפי שהראינו לעיל, כי במעצרו של לוחם בלתי חוקי, מתקיימת הדרישה לקיומם של טעמי ביטחון המחייבים את החזקתו במשמורת. כפי שעולה מדבריו של המלומד ג'ינקס שיובאו להלן, ומן האסמכתאות הרבות שהבאנו בפרק בדבר הסמכות לתפוס ולהחזיק לוחמים בלתי חוקיים במשמורת, ברי כי עצם מעורבותם של אנשים בלחימה במסגרת ארגון שהוא צד ללחימה, מצדיקה את מעצרו מטעמי ביטחון המדינה העוצרת. יצוין, כי בשום מקום (כפי שראינו לעיל וכפי שנראה בהמשך), לא קיימת דרישה להוכיח מעבר לכך סיכון פרטני נוסף שמציב אותו לוחם בלתי חוקי.

בהקשר זה נביא את דבריו של המלומד ג'ינקס, המציין כי אמנת ג'נבה מכירה בסמכותה של מדינה לעצור באופן כללי "מוגנים" ללא משפט, כאשר הדבר נדרש מטעמי ביטחון. ככל שנוגע הדבר ללוחמים בלתי חוקיים, קובע ג'ינקס, כי כלל לא מתעוררת שאלה באשר להיותם עונים על דרישת קיומם של טעמי ביטחון לצורכי המעצר:

**"Moreover, the Civilians Convention clearly acknowledges the authority of state parties to detain protected persons without charge or trial, even though such measures are allowed "only if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary." Note that this "necessity" standard is much more restrictive than the POW Convention's broad authorization to detain, wherein Article 21 provides that "the Detaining Power may subject prisoners of war to internment." This difference, however, is not significant for the purposes of analyzing the protections applicable to unlawful combatants because detention of any person properly so designated would, without question, satisfy the "necessity" requirement".**

D. Jinks, The Declining Significance of POW Status, 45 Harv. Int'l L.J. (Summer, 2004), 367, at 418.

.359 להלן נמשיך ונראה, כי ההסדר הקבוע בחוק הלב"ח עומד גם בתנאים המקסימליים הדרושים לצורך ביצוע "Internment" לפי האמנה.

.360 כאמור, האמנה קובעת, כי כליאתם של "מוגנים" תבוצע רק כאשר בטחונה של המעצמה העוצרת מחייב זאת. כך למשל, בפרשנות לסעיף 42, נאמר כי למדינה העוצרת שיקול דעת רחב ביותר ביחס לנסיבות שבהן ניתן להפעיל את סמכות המעצר. הפרשן הרשמי של אמנות ג'נבה, ז'אן פיקטה, קובע בענין זה כדלקמן:

"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".

**Jean S. Pictet, Commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 257**

בהמשך הדברים מתייחס המלומד פיקטה לנסיבות ביטחוניות המצדיקות מעצר מכוח סעיף 42, ככוללות גם נסיבות, בהן למדינת העוצרת יש סיבה רצינית ולגיטימית להאמין, כי העצורים הם חברים בארגונים שמטרתם לפגוע בסדר הציבורי:

"... a belligerent may intern people or place them in assigned residence if it has serious and legitimate reasons 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.

On the other hand, the mere fact that a person is a subject of an enemy Power cannot be considered as threatening the security of the country where he is living; it is not therefore a valid reason for interning him or placing him in assigned residence.

To justify recourse to such measures, the State must have a good reason to think that the person concerned, **by his activities, knowledge or qualifications**, represents a real threat to its present or future security."

ובהערת שוליים מוסיף פיקטה כדלקמן :

"The fact that a man is of military age should not necessarily be considered as justifying the application of these measures, unless there is a danger of him being able to join the enemy armed forces."

361. ניתן לראות במפורש, כי לדברי פרשנה הרשמי של האמנה, קיימת הצדקה להפעלת סמכות המעצר הקבועה בסעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית, **גם ביחס למי, שבאופן אישי, משתייכים לארגונים שמטרתם לפגוע בביטחון הציבורי. כמו כן, נאמר, שכדי להצדיק נקיטה במעצר מטעמי ביטחון, למדינה צריכה להיות סיבה להאמין, שהעצור, לאור פעולותיו, ידיעותיו או כישוריו, מהווה סיכון לביטחונה בהווה או בעתיד.** כיוון שכך הם פני הדברים, מדין קל וחומר ניתן לעצור אדם, אשר באופן אישי נטל חלק בפעולות של כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או נמנה עליו, והוא מסכן עקב כך את בטחון המדינה.

362. חשוב לחדד נקודה זו – כעולה מדברי פיקטה, היקף שיקול הדעת של המדינה העוצרת הוא רחב מאד – ובודאי שקיים בסיס מספיק למעצרו של אדם המשתייך לארגון אויב או ארגון טרור שאחד מיעדיו הוא השמדת מדינת ישראל, שכן השתייכותו לארגון זה בודאי מלמדת על הסיכון הנשקף ממנו לביטחון המדינה.

אם ה"ידע" שיש לאדם מסוים; או "כישוריו"; או אפילו "פוטנציאל הלחימה שלו"; ואף עצם "הסכנה כי הוא יצטרף בעתיד לאויב", מספיקים כדי להצדיק את מעצרו, כפי שקובע פיקטה בבירור; הרי שבודאי ובודאי שיש הצדקה למעצרו של מי שכבר הוכיח בפועל את מסוכנותו, על ידי הצטרפותו לכוח המבצע פעולות איבה נגד המדינה או על ידי כך שנטל בפועל חלק בביצוע פעולות איבה, כפי שקובעים סעי' 2-3 לחוק.

363. נמצא, **כי העקרונות המאפשרים ביצוע מעצר מטעמי ביטחון באמנה הרביעית, אומצו בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.** החוק מאפשר אך ורק את מעצרו של מי שנטלו חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל או נמנו על כוח המבצע פעולות כאמור. **הבחינה היא אישית** – אדם שהוא אזרח תמים, שלא עונה לתנאים האמורים, לא ייעצר מכוח החוק. **בכך, תואם החוק לחלוטין את דרישות אמנת ג'נבה הרביעית. לסיכום נקודה זו, יפים דבריו של בית משפט קמא:**

"...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 טיבה, 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 אלו.

**אחריות אישית מעין זה במשפט הפנימי של מדינת ישראל איננה נדירה...** כך הוא בהקשר לאחריותו של אדם, שנקבעה בגדר של עבירה, בעצם חברותו בהתאגדות אסורה... עקרון האחרון האישית, סברתי, לא נפגע באלה, ולפחות איננו נפגע ממשית, כפי השקרו 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... כי גם במשפט הבינלאומי

הסתמכות כזו מוכרת ואפשרית ודי בה, כאשר הסיכון מעצם ההימנות קיים, כדי להצדיק את המעצר".

364. על רקע זה ניתן לראות בנקל, כי טענת המערערים, לפיה במסגרת החוק לא נדרשת בחינת הסכנה האישית הנשקפת מאדם שכלפיו מופעל החוק – אינה נכונה. הבחינה שנעשת במסגרת החוק היא אישית. **אדם נעצר בשל הסכנה העתידית הנשקפת ממנו לביטחון המדינה, ולא בגין טעם אחר כלשהו. אכן, סכנה עתידית זו יכולה להילמד לעתים מפעולותיו בעבר, וממעורבותו בפעילות של ארגון טרור. אולם בכך אין כל פגם ומדובר במבחן מקובל, המופעל חדשות לבקרים במקרים בהם נדרשת הוכחת מסוכנות עתידית.** מכל מקום, בודאי שהחוק אינו מעניש אדם "מטעמים קולקטיביים", ואין כל שחר לטענה זו.
365. ברוח הוראות האמנה גם נקבעה **החזקה** (הניתנת לסתירה), הקבועה בסעיף 7 לחוק, הקובעת כי חזקה שאדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור – מסכן את הביטחון. חזקה זו מתיישבת בהחלט עם פרשנותו המקובלת של פיקטה לסעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית. **מדינה הנאבקת בטרור ובפעולות איבה רשאית לצאת מתוך הנחה, כי מאדם הנמנה על כוח הלוחם נגדה, וכן מאדם שנטל חלק בפעולותיו של ארגון שכזה, יישקף סיכון ביטחוני של ממש אם ישוחרר.** עם זאת, בידי אותו אדם האפשרות להוכיח, כי אין נשקף ממנו סיכון, וכך אמנם נקבע בסיפא לסעיף 7 לחוק. ודוק – גם במקרה זה אין המדובר בסכנה "קולקטיבית", אלא בסכנה הנובעת מאותו אדם באופן אישי, על רקע השתייכותו לכוח הלוחם כנגד מדינת ישראל. במסגרת זו, רשויות המדינה בוחנות באופן עיתי, והדבר נעשה כדבר שבשגרה במסגרת הליך הביקורת השיפוטית המתנהל מדי שישה חודשים, האם ישנם נתונים חדשים, המלמדים על כך שאין עוד סיכון ביטחוני המצדיק את החזקתו במשמורת של הלוחם הבלתי-חוקי.
- נדגיש, כי כפי שעולה ממקורות המשפט הבין-לאומי, כשמדובר בלוחמים בלתי חוקיים, לא כל שכן כאשר מדובר בלוחמים בלתי חוקיים המהווים חלק מ-non state actor שנלחם במדינה, עצם היותם לוחמים בלתי חוקיים היא העילה הביטחונית להחזקתם במשמורת כל עוד נמשכות פעולות האיבה. לכן, לא נדרש למצוא הוכחות למעשים פרטניים של אותו אדם המוכיחים ברגע נתון את מסוכנותו, מעבר להיותו לוחם בלתי חוקי – זאת, בשונה ממעצר של אזרח שאינו מעורב בפעולות האיבה, שם נדרש טעם ביטחוני פרטני למעצרו שאינו נובע מעצם קיום הלחימה.
- חוק המעצרים המנהליים הישראלי נכתב בראש ובראשונה מתוך ראייה של אזרחים מן הסוג האחרון, ולפיכך הדגישו לגביו בתי המשפט את הצורך בחומר פרטני ועדכני לגבי עצור על מנת להצדיק את מעצרו. חוק הלוחמים הבלתי חוקיים נועד להתייחס לאוכלוסייה מן הסוג הראשון – של אנשים שהם צד ללחימה – ולגביהם הפרמטרים להצדקת ההחזקה במשמורת על פי המשפט הבין לאומי הם שונים, כפי שפרטנו לעיל.
- רציונאל זה של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נותן אף את המענה לטענה, לפיה החוק "קושר את גורל העצור בסיום פעולות האיבה, ולא בקיומן או היעדרן של סיבות ביטחוני". אכן, לגבי לוחמים בלתי חוקיים, מטרת המעצר היא שלא לאפשר להם לחזור למעגל הלחימה כל עוד נמשכות פעולות האיבה.
366. לפיכך, כפי שהראינו לעיל, המועד הרלבנטי בדרך כלל לשחרורם של אלו המעורבים בלחימה כנגד מדינה שהיא צד לסכסוך מזוין, הינו תום פעולות האיבה.
367. עקרון זה תואם להוראות אמנת ג'נבה הקובעות את ההסדר לשחרורם של עצורים שהוחזקו בשל האיום הביטחוני שהיוו כלפי צד אחר לסכסוך, והמצויות בסעיפים 132 ו-133 לאמנה. סעיף 132 לאמנת ג'נבה קובע כדלקמן:

"Each interned person shall be released by the Detaining Power as soon as the reasons which necessitated his internment no longer exist."

כפי שניתן לראות, סעיף 132 חוזר בעצם על העיקרון המעוגן בסעיף 42, לפיו יש להחזיק את העצורים במעצר רק כאשר בטוחנה של המדינה העוצרת מחייב זאת. החזקתו של לוחם בלתי חוקי עד תום פעולות האיבה, , עונה על הדרישה בדבר חיוניות המעצר, כאמור.

368. סעיף 133 ממשיך וקובע כדלקמן:

**"Internment shall cease as soon as possible after the close of hostilities.**

Internees in the territory of a Party to the conflict against whom penal proceedings are pending for offences not exclusively subject to disciplinary penalties, may be detained until the close of such

proceedings and, if circumstances require, until the completion of the penalty. The same shall apply to internees who have been previously sentenced to a punishment depriving them of liberty. By agreement between the Detaining Power and the Powers concerned, committees may be set up after the close of hostilities, or of the occupation of territories, to search for dispersed internees."

369. סעיף 133 קובע, איפוא, כי מעצרים של מי שנעצרו בשל האיום הביטחוני שהיו לביטחונם של צד לסכסוך יגיע לסיומו, בהקדם האפשרי, **בתום פעולות האיבה**.

370. בפרשנותו לסעיף 133 לאמנה, מסביר פיקטה את הרציונל העומד בבסיס הסעיף:

"Since hostilities are the main cause for internment, internment should cease when hostilities cease." (id., at 515).

371. יצוין, כי הכלל הקבוע בסעיף 133, עוגן גם במדריכים הצבאיים של צבאות זרים. כך למשל נקבע במדריך הצבאי הבריטי:

"Internment must cease as soon as possible after the close of hostilities or the end of occupation... Internees against whom judicial proceedings are pending may be detained until the conclusion of the proceedings and any custodial sentence. Disciplinary penalties do not affect release."

The manual of the Law of Armed Conflict, Edited by The UK Ministry of Defence (Oxford University Press), 251.

372. על העיקרון המעוגן בסעיף 133, חוזרים בכתיבתם מלומדים שונים במשפט הבין-לאומי. כך למשל, כותב Watkin, במאמר שהוגש על-ידי המערערים:

"Notably, internees **can be detained until the end of the conflict** although they shall be released as soon as the reason for detention no longer exist". (Watkin, supra para.52).

כן ראו:

"A person who does not qualify as a prisoner of war may be detained within U.S. territory if he or she is definitely suspected of, or engaged in, activities hostile to the security of the United States. **Detention without trial can last until the armed conflict has ended or earlier, if no longer necessary for security purposes.** In addition, such persons are entitled to humane treatment and, "in case of trial shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed" by the Geneva Conventions."

J. R. Pariseault, Applying the Rule of Law in the War on Terror: An Examination of Guantanamo Bay Through the Lens of the U.S. Constitution and the Geneva Conventions, 28 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. (Spring, 2005) 481, at 486, 494.

נציין בהקשר זה, כי כמובן שכך הוא הדבר גם ביחס לשבויי מלחמה, אשר ניתן להחזיקם במעצר עם תוך הסכסוך בין הצדדים. וכך קובע סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית:

"Prisoners of war shall be released and repatriated without delay after the cessation of active hostilities."

בהקשר זה ניתן להביא את דבריו של פיקטה, במסגרת פרשנותו לסעיף 133, שם הוא אומר כך :

"... it is a rule important for civilian internees as for prisoners of war that internment should cease as soon as possible after the close of hostilities." (pictet, at 514).

גם המלומד **רוברטס** מתייחס בדבריו לסעיף האמור :

"It is undoubtedly true that the laws of war provide that prisoners of war and interned persons shall be released without delay after the cessation of active hostilities. This clear rule is laid down in Article 118 of the 1949 Geneva Convention III, on prisoners of war; and Articles 132-134 of the 1949 Geneva Convention, on civilians: the key rule is in Article 133: 'Internment shall cease as soon as possible after the close of hostilities.'

Adam Roberts, *The End of Occupation: Iraq 2004*, 54 INT'L & COMP. L. QUAR (2005), 27, 45.

373. הדברים, כמובן, עולים בקנה אחד גם עם השכל הישר. כל עוד לא הסתיימו פעולות האיבה, אין כל הגיון בשחרורם של מחבלים, אשר מיד לאחר שחרורם סביר כי ישובו לפעילותם בארגון הטרור, הממשיך כל העת לפעול על-מנת להוציא אל הפועל פיגועים המכוונים כלפי אזרחי ותושבי המדינה. כך לא נוהגת שום מדינה שהינה חפצת חיים.

#### חלק ח' - הסדרי המעצר בחוק תואמים את המשפט הבין-לאומי

374. במסגרת החוק נקבעו הוראות וסייגים רבים, המיועדים להבטיח כי ההסדר הקבוע בו יעלה בקנה אחד עם ההוראות הקבועות באמנת ג'נבה הרביעית הרלבנטיות למעצרים של אנשים מטעמי ביטחון. אכן, כפי שהוסבר, לוחמים בלתי חוקיים אינם נהנים בהכרח מתחולת הוראות אמנה זו. אולם למען הסר ספק החליט המחוקק הישראלי כי על כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים יחולו הסדרי המעצר העקרוניים הקבועים באמנת ג'נבה הרביעית והחלים על מעצרים של אנשים מטעמי ביטחון.

כך למשל, סעיף 43 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע שורה של הסדרים פרוצדוראליים ביחס להפעלת סנקציית המעצר, ובראשם דרישה לבחינת הצעד על ידי בית משפט או גוף מנהלי, מיד בסמוך למעצר וכן באופן תקופתי, כנוכח בסעיף 95 לעיל. סעיף 78 לאמנה, החל ביחס לשטח כבוש, קובע דרישות ברוח דומה. ואכן, עיון בהוראות החוק מלמד כי ההסדרים שנקבעו בסעיף 5 לחוק עומדים בדרישה זו בצורה מלאה.

למעשה, החוק אף מחמיר ביחס לנדרש באמנת ג'נבה הרביעית בכל הנוגע למעצר מטעמי ביטחון – וזאת מכמה היבטים. כך למשל, הליכי הביקורת השיפוטית על פי החוק, מנוהלים בפני בית משפט מחוזי ולא בפני גוף מנהלי (כפי שניתן לעשות על פי האמנה); על החלטת בית המשפט מוקנית זכות ערעור לבית המשפט העליון (דבר שאינו נדרש באמנה); למי שנעצר מכוח החוק ניתנת זכות טיעון ראשונית בפני הגוף שעצרו (דבר שאף הוא אינו נדרש באמנה); והרשימה עוד ארוכה.

375. מכאן, שהחוק עולה בקנה אחד עם העקרונות וההסדרים הקבועים באמנת ג'נבה, ובין היתר בסעיפים 27, 41-43 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ביחס למעצרים של אנשים מטעמי ביטחון. טעמי ביטחון אינדיווידואליים עומדים בבסיס המעצר; מתקיימים הליכי ביקורת שיפוטית על המעצר; החזקה שבחוק מתיישבת עם הפרשנות המקובלת לסעיף 42; המעצר יימשך, ככלל, עד לסיום פעולות האיבה, וכיו"ב. מכל האמור לעיל עולה כי אין ממש בטענה לפיה החוק סותר את הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית.

#### חלק ט' - חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים והאיסור המוטל במשפט הבין-לאומי על החזקת "בני ערובה"

376. המערערים מוסיפים וטוענים, כי החוק עומד בסתירה לאיסור הקיים במשפט הבין-לאומי, האוסר על לקיחת "בני ערובה", הקבוע באמנת ג'נבה ובפרוטוקולים הנספחים לה.

377. טענה זו יש לדחות מכל וכל. כפי שהוצג לעיל, וכפי שיפורט להלן, תכליתו של החוק היא לאפשר את כליאתם של מי שנוטלים חלק בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל; היינו, מי שנשקפת מהם סכנה לביטחון המדינה, כאשר שיחרורם עלול להביא לחזרתם למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל. לקיחת "בני ערובה", כמשמעותה בכללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי אינה חלק ממטרות החוק, היא אינה מעוגנת בו, אינה מוסדרת בהוראותיו, ואינה מתאפשרת מכוחו.

378. הפרשנויות המקובלות ל"בני ערובה" במשפט הבין-לאומי, מתייחסות למצבים שונים בתכלית מאלה שהחוק עוסק בהן. על פי רוב, מצב של "לקיחת בני ערובה" הוא מצב שבו אזרחי אויב מוחזקים על מנת להבטיח מטרות שונות, כגון ציות להוראות המדינה המחזיקה בהם והבטחת ביטחון החיילים המחזיקים בבני הערובה. כך למשל מגדיר פיקטה בפרשנותו לסעיף 34, העוסק באיסור על לקיחת בני ערובה, את המונח "בני ערובה" (בעמ' 229 ל – Commentary):

"... 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.... The modern form, with which this Article is concerned, is the taking of hostages as a means of intimidating the population in order to weaken its spirit of resistance..."

בדומה נקבע בסעיף 1 לאמנה הבין-לאומית כנגד לקיחת בני ערובה משנת 1979:

"Any person who seizes or detains and threatens to kill, to injure or to continue to detain another person (hereinafter referred to as the "hostage") in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organization, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offences of taking of hostages ("hostage-taking") within the meaning of the Convention".

כך נאמר גם על-ידי פרופ' דינשטיין:

"הפרקטיקה של לקיחת בני-ערובה על ידי כובש היתה נהוגה מימים-ימימה למטרות שונות. במקרים מסויימים הציב הכובש, לדוגמה, בני ערובה על קטרי רכבת כדי להבטיח שלא תהיה חבלה במסילת הברזל. ברם, לרוב הוחזקו בני ערובה במעצר מונע כגורם מרתיע, תוך אזהרה לאוכלוסיה המקומית, שהם יוצאו להורג אם יתבצע מעשה מסוים..."

(דינשטיין בספרו בעמ' 221)

פיקטה עומד גם הוא על דוגמאות שונות למקרים של לקיחת בני ערובה:

"(a) The most frequent case is that of an Occupying Power taking as hostages persons generally selected from among prominent persons in a city or a district in order to prevent disorders or attacks on occupation troops.

(b) Another form of the taking of hostages which is very close to (a) consists of arresting after an attack a certain number of inhabitants of the occupied territory and announcing that they will be kept captive or executed if the guilty are not given up.

- (c) Resort has also been had to the taking of hostages to guarantee the life of persons themselves detained as hostages by the adverse Party.
- (d) Hostages have also been taken and kept prisoners by the Occupying Power in order to obtain the delivery of foodstuffs and supplies or the payment of an indemnity.
- (e) Finally/ the practice of taking so-called accompanying hostages consists of placing inhabitants of occupied territory on board lorry convoys or trains in order to prevent attacks by their compatriots." (Pictet. at p. 230)

ברור בעליל, כי סיטואציות אלה אינן נמנות בגדרו של החוק, וממילא אין כל ממש בטענה המועלית במישור זה, כאילו החוק מאפשר לקיחת "בני ערובה".

379. עוד נוסף, כי כאשר המלומד פיקטה מנתח את האיסור על לקיחת בני ערובה, המופיע בסעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית שכותרתו "Grave Breaches", הוא קובע:

"Hostages might be considered as persons **illegally deprived of their liberty**..." (p.600)

380. בענין שלפנינו, **האנשים שעליהם חל החוק הם כאלו המוחזקים כדין בידי רשויות המדינה, מכוח הסכנה הנשקפת מהם לביטחון המדינה ואזרחיה**. החזקה זו הינה חוקית הן לפי המשפט הפנימי והן לפי המשפט הבין-לאומי. בנסיבות אלה, אין מדובר בהחזקת אזרחים כבני ערובה, אלא בהחזקה של האנשים הנמנים על הכוחות המזוינים של האויב - לוחמי אויב - שמסכנים את הביטחון, וזאת לצורך מניעת סכנה לביטחון המדינה. בהחזקה שכזו אין, כמפורט לעיל, כל פגם. בית המשפט קמא נדרש אף הוא לטענה זו, וראה לנכון לדחותה, בקובעו כי:

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

381. לסיכום, החזקת לוחמי אויב המסכנים את ביטחון המדינה אינה מהווה "לקיחת בני ערובה". כל פרשנות אחרת אינה מתיישבת עם הזכות להחזיק שבויי מלחמה של האויב (המעוגנת באמנת ג'נבה השלישית) ועם הזכות להחזיק לוחמים בלתי חוקיים של האויב, המסכנים את הביטחון (סעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית). מכאן, שהטענה לפיה החוק נועד לאפשר החזקת בני ערובה - אין לה על מה שתסמוך.

#### חלק י' – סיכום הפרק העוסק במשפט הבין-לאומי

382. מהאמור לעיל עולה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבין-לאומי ותואם את כלליו והוראותיו באופן מלא:

א. מדובר בחוק המתייחס למושג ידוע, מוכר ועתיק יומין במשפט הבין-לאומי, והוא המושג "לוחמים בלתי חוקיים". מושג זה מושרש היטב בפרקטיקה הנוהגת של המדינות, בכתביהם של מלומדים, בפסיקות של בתי משפט שונים וכיום גם בדברי חקיקה שונים.

ב. מדובר בחוק, המעגן בדין הישראלי, את סמכותה הברורה, הידועה, והמקובלת של מדינה שהיא צד לסכסוך, במישור המשפט הבין-לאומי, לעצור את המעורבים בפעולות הלחימה נגדה, עד תום פעולות האיבה, ובלבד שהם מסכנים את בטחונה.

החוק עולה בקנה אחד עם הכללים החלים ביחס לאדם שהוא "לוחם בלתי חוקי", אשר אינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה, ובכלל זה, עם הכלל לפיו על אנשים כאמור לא חלה אמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, ועל כן הם אינם חסינים מפני העמדה לדין, בהתאם לדין הפנימי של המדינה העוצרת.



ג. מדובר בחוק העולה בקנה אחד עם הדינים החלים על לוחמים בלתי חוקיים במישור המשפט הבין-לאומי, ומתיישב באופן מלא עם ההוראות שמסדירות את ההגנות והזכויות החלות ביחס לאנשים כאמור לפי המשפט הבין-לאומי.

כדי להוכיח טענה זו, קיימנו דיון ארוך בשאלת הדין החל על לוחמים בלתי חוקיים - שהוא המגדיר וקובע את ההגנות והזכויות להם זכאים לוחמים בלתי חוקיים כל זמן בו הם מוחזקים בידי היריב - ומצאנו כי יש רלבנטיות בהקשר זה להגדרת הסכסוך המזוין בו נטלו הלוחמים הבלתי חוקיים חלק.

אם מדובר בסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, חלות על לוחמים בלתי חוקיים המוחזקים בידי היריב, הוראות סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולה בקנה אחד עם ההוראות הקבועות בסעיף 3, והוא מעניק לאנשים המוחזקים מכוחו זכויות והגנות נרחבות אף יותר מאלה הקבועות בסעיף זה.

אם מדובר בסכסוך מזוין בין-לאומי, ראינו כי קיימות גישות שונות באשר לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על לוחמים בלתי חוקיים, ובאשר להגדרתם של האחרונים כ"protected persons", עליהם חלה האמנה. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולה בקנה אחד גם עם הגישות המחמירות ביותר, לפיהן האמנה חלה על לוחמים בלתי חוקיים בכל מקרה, והוא מקנה להם את כל הזכויות המוקנות לעצורים לפי אמנה זו, ומעבר לכך. בודאי שהחוק עולה בקנה אחד עם הגישות האחרות בענין זה, הסבורות כי לא תמיד חלה האמנה על לוחמים בלתי חוקיים.

בהקשר זה ראינו, כי גם במצב בו "לוחמים בלתי חוקיים" לא ייחשבו כ"protected persons", כך שלא תחול בעניינם אמנת ג'נבה הרביעית, אין הם מצויים בחלל נורמטיבי, ויחולו בעניינם מספר הוראות המקנות הגנות בסיסיות וחשובות, והן הוראות סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, סעיף 75 לפרוטוקול הראשון, הוראות ה-"Marten Clause" שבאמנת האג הרביעית משנת 1907, וכן הוראות החלק ה-II של אמנת ג'נבה הרביעית, שכותרתו "General protection of the population against certain consequences of war". חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, כפי שראינו לעיל, מתיישב באופן מלא עם הוראות הסעיפים האמורים, ואף מוסיף ערובות והגנות נוספות ביחס להחזקתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינן קבועות בהוראות אלו.

אשר למצב שבו באים לוחמים בלתי חוקיים בגדר המונח "protected persons", כך שחלה עליהם אמנת ג'נבה הרביעית כל זמן בו הם מוחזקים בידי היריב, הרי שמכוח סעיף 5 לאמנה, ניתן לשלול מהם באופן מעשי את הזכויות והפריבלגיות להם זכאים ככלל "מוגנים" לפי האמנה הרביעית, וזאת מקום שביטחון המדינה העוצרת מצריך זאת.

בכל מקרה, גם במצב שבו לא חל משום מה החריג הקבוע בסעיף 5 האמור, עדיין עולה חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בקנה אחד עם הוראות אמנת ג'נבה, שכן החוק עומד בכל העקרונות והדרישות שקובעת האמנה ביחס להחזקתם של "מוגנים" במשמורת מטעמי ביטחון.

ד. עוד הוכחנו כי מדובר בחוק שאינו מפר בשום צורה שהיא את האיסור הקיים במשפט הבין-לאומי על החזקת "בני ערובה".

**מכל האמור לעיל עולה, כי כל טענותיהם של המערערים באשר לאי התאמתו של החוק להוראות המשפט הבין-לאומי, דינן להידחות.**

## פרק ה' - מן הכלל אל הפרט: החזקת המערערים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

383. בהתבסס על כל האמור עוד כה, ובטרם נפנה לדיון בטענות המערערים המתייחסות לסיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, ניישם את כל האמור לענייננו, וניווכח כי כליאתם של המשיבים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים הינה כדין. ראשית, נעמוד על התשתית העובדתית אשר מצדיקה את מעצרו מכוח החוק. לאחר מכן, ועל בסיס תשתית זו, נתייחס לפן המשפטי של החזקתם מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ולכך שהחזקה כאמור עולה בקנה אחד עם המצב המשפטי בעניינם.

### חלק א' - מן הכלל אל הפרט (המישור העובדתי)

384. על-יסוד הדברים המפורטים לעיל, נבקש לבחון עתה את טענותיהם של המערערים, בכל הנוגע לתשתית העובדתית שעמדה בבסיס צווי הכליאה שהוצאו כנגדם מכוח החוק (טענות אלו מפורטות בחלק השישי לכתב הערעור). עמדת המדינה הינה כי צווי הכליאה הוצאו כדין, וכי לא נפל בהם כל פגם.
385. בפתח הדברים, המדינה תבקש לטעון כי צווי המעצר מכוח החוק בעניינם של המערערים ניתנו כדין, והם מבוססים הן על מידע מודיעיני חסוי והן על מידע גלוי. המידע הקיים בעניינם של המערערים הינו רב, ויש בו כדי להצדיק את המשך החזקתם במעצר מכוח החוק. מטבע הדברים, עיקרו של המידע הינו חסוי, ומכאן שניתן יהיה להציגו בפני בית משפט נכבד זה במעמד צד אחד.
- המידע הרלבנטי בעניינם של המערערים הוצג בפני בית המשפט קמא. במהלך הדיון בפני בית המשפט קמא אף ניתן לבא-כוח המערערים לחקור את המומחים מטעם גורמי הביטחון, בסוגיות כלליות ובסוגיות קונקרטיות, הנוגעות למידע הקיים בעניינם. בסופו של יום, בית המשפט קמא (כמו גם בית משפט נכבד זה, בהליך הקודם) השתכנעו מהמידע הקיים בעניינם של המערערים, כי לא נפל כל פגם בצווי הכליאה שהוצאו כנגד המערערים מכוח החוק. המדינה טענה כי אין בעניין זה כל עילה להתערבותו של בית משפט נכבד זה בקביעותיו של בית המשפט קמא, שעשה עבודתו נאמנה, ובחן בקפידה את עניינם של המערערים ואת ההצדקה המהותית להמשך החזקתם במעצר מכוח החוק.
386. המערערים מעלים בגדרו של ערעור זה, פעם נוספת, את טענתם כי בית המשפט קמא טעה כאשר קבע כי הם משתייכים לארגון החזבאללה, וכי הם לוחמים בלתי-חוקיים. נטען על-ידם כי במהלך הליכי חקירתם ובמהלך מעצרו המינהלי לא נאמר להם כי הם חשודים בפעילות כלשהי מטעם ארגון החזבאללה.
387. עמדת המדינה היא כי דין הטענה להידחות. בפתח ההתייחסות, ראוי לציין כי אף בגדרו של ערעור זה המערערים אינם מכחישים בצורה מפורשת את שנטען על-ידי המדינה, כי פעלו מטעם ארגון החזבאללה.
388. בנוסף, יש לזכור כי טענה זו נדחתה הן על-ידי בית המשפט קמא, והן על-ידי בית משפט נכבד זה. בית המשפט קמא (החלטה מיום 25.1.2006) דחה טענה זו בקובעו:

"לא ראיתי בכך שגורמי הביטחון לא חשפו, בשעתו, את כל המידע... שבידם... כדבר הצריך להשפיע על אמינות המידע, כשלעצמו, או להצביע על רצון, כביכול, של גורמי הביטחון ליצור פיקציה שתאפשר להם ליצוק תוכן מלאכותי לחוק, על מנת להביא להוצאת צווי הכליאה מכוחו.

מוכן אני לקבל את הסברי המדינה בהקשר זה, לכך שלא היה צורך עניני-חקירתי ואולי גם אחר הנעוץ ברגישות המידע לחשוף את כל המידע בפני הכלואים, ולא הם בלבד, שבשעה שלא היה צורך בו בהליך המעצר המנהלי, שאופיו שונה מזה שכבכאן. שם המדובר במסוכנות אישית, שצריך להצביע על קיומה ואילו כאן – חלק מרכזי מן התשתית האפשרית הזקוקה הוכחה, כרוך בטיב הכוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל ואשר הלוחם, הבלתי חוקי, כיוצא בזה, נמנה עימו. לא למיותר להזכיר, כי בכל מקרה עמדה בפני המדינה האפשרות של הוכחת נטילת חלק בפעילות איבה על-ידי שני הכלואים עצמם, מבלי להביא פרטים אודות שיוכם הארגוני.

זה שהמדינה בחרה להביא כאן, את מלוא המידע, כולל בעניין ההפעלה על-ידי חזבאללה איננו ראוי לביקורת. היפוכו של דבר הוא הנכון. בקורת אפשר היה למתוח, אולי, על הגישה הקודמת.

בחנתי גם את מה שפורט בענייניו של כל אחד מן הכלואים והקשר שלו עם ארגון החזבאללה. בעיקרו של דבר, אני סבור כי על פי אלה, ניתן לומר שהשניים, כל אחד על פי מידת פעילותו ובכירותו, נמנה עם החזבאללה, כהגדרת מינוח זה ("נמנה") בסעיף 23 לחוק".

389. טענות אלו הועלו שוב בפני בית משפט נכבד זה בגדרו של הערעור הקודם שהגישו המערערים - ע"פ 1221/06 פלוני נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם). בית המשפט הנכבד (כבוד השופט רובינשטיין), לאחר שעייין בחומר המודיעיני החסוי בעניינם של המערערים, ראה לנכון לדחותו, בקובעו מפורשות:

**"מן החומר שעיינתי בו עולה בבירור זיקתם של העוררים לחיזבאללה והשתתפותם בפעולות לחימה נגד אזרחי ישראל בטרם מעצרים. כן עולה ניסיונות חיזבאללה לנצל את המצב בחבל עזה מאז ההתנתקות ונסיגת כוחות ישראל"**

וכן:

"לאחר העיון בחומר הגלוי והחסוי כאחד נראה לי כי אין מקום להתערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא. ראשית, יש אישוש מהותי ומשכנע לתשתית שהיתה ביסוד המעצר בשעתו, **באשר לקשרי המערערים עם חיזבאללה, מבקשי נפשה של ישראל, לפעילות במסגרת לחימת חיזבאללה נגד אזרחים בישראל.** כך גם באשר לחיזבאללה דהאידינא ופעולותיו נגד ישראל...**המדובר על-פי החומר בבירור במי שנמנו על חיזבאללה או נטלו חלק בפעולות איבה שלו, ועל כן רואים אותם כמי ששחרורם יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות חיזבאללה נגד ישראל"**

390. כפי שעולה מהאמור לעיל, בית משפט נכבד זה התייחס באופן מפורש לטענות שהועלו על-ידי המערערים, והכריע בהן במפורש. בנסיבות אלו, המדינה סבורה כי יש לדחות את נסיון המערערים לשוב ולהעלות טענות אלו – שכבר הוכרעו - פעם נוספת, במסגרת הליך זה.

391. למעלה מן הנדרש, בכל הנוגע לגופם של דברים, המדינה תבקש להפנות את בית המשפט הנכבד, לטענות שהועלו על-ידיה בפני בית המשפט קמא, במעמד צד אחד.

392. סוגיה קונקרטית נוספת המועלית בטענותיהם של המערערים, נוגעת לכך שהם בחרו שלא להעיד במסגרת ההליך שהתקיים בפני בית המשפט קמא. המדינה סבורה כי יש לדחות את הטענות "המתחמקות" המועלות על-ידם בעניין זה.

ראוי לשוב ולהדגיש, כי על אף הביקורת הקשה העולה מטענות המערערים בדבר העברת נטל הראייה, על פי החזקה המעוגנת בסעיף 7 לחוק, לא נעשה על-ידם כל ניסיון להפריך חזקה זו, בין בעדות ובין בהבאת ראיות אחרות מטעמם. למערערים ניתנה הזדמנות להוכיח אחרת, בין בעדות ובין בראיות מטעמם. משנמנעו המערערים להשמיע גרסתם, לא יוכלו להישמע בטענות בעניין זה.

393. גם טענת ב"כ המערערים, לפיה, מותו של אלמוני ומאסרו של פלוני הביאו לחיסול התשתית שהתקיימה, אם בכלל, ערב מעצרים וכי ניתוקם מהאזור וממשפחתם בתקופת מעצרים יש בו כדי למוסס קשר אל התשתית, הינה טענה עובדתית המחייבת למצער את השמעת גרסתם של המערערים עצמם, דבר שלא נעשה. מכל מקום, דין טענות אלו להידחות אף לעיצומן.

394. כל האמור, מוביל אם כן, למסקנה כי אין כל ספק באשר לחוקיות החזקתם של המערערים במעצר מכוח החוק, נוכח פעילותם והסיכון הקיים שעם שחרורם ישובו לסכן את ביטחון מדינת ישראל, וליטול חלק בפעולות האיבה נגדה.

#### **חלק ב' - מן הכלל אל הפרט (המישור המשפטי)**

395. לאחר שהנחנו את התשתית העובדתית להחזקתם של המערערים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, נדרשים אנו עתה לשאלה, האם במועד הרלבנטי – יום 12.9.05 – בו הוצא צו הכליאה נגד המערערים מכוח החוק, נמנו המערערים על אלו עליהם חל החוק. היינו, האם ביום זה התקיימה תשתית משפטית להחזקתם, והאם החזקתם מכוח החוק עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי החלות

על המערערים. כאמור, שאלת הדין הבין-לאומי החל על המערערים קשורה בשאלת הסכסוך במסגרתו הם מוחזקים. על כן, נידרש להלן לשאלת הגדרתו של סכסוך זה.

396. בהקשר זה יודגש, כי עניינם של המערערים לפנינו, ובפרט שאלת הסכסוך במסגרתו הם נתפסו, הינו מורכב וייחודי. המדובר באנשים, כפי שהוברר לעיל, אשר באופן ברור נטלו חלק בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל, ואשר שחרורם במצב הנוכחי, בו נמשכות פעולות האיבה, עתיד לסכן את ביטחון המדינה, ולגרום לחזרתם של המערערים למעגל הלחימה נגד ישראל.

397. בענייננו ישנו שילוב של מספר מאפיינים ומרכיבים ייחודיים. ראשית, מדובר בתושבי רצועת עזה, אשר פעלו מתוך שטח הרצועה נגד מדינת ישראל, ונתפסו בידי כוחות הביטחון של ישראל עוד בזמן בו נתונה היתה רצועת עזה בתפיסה לוחמתית. בינתיים הסתיימה כאמור התפיסה הלוחמתית, אך פעולות האיבה עוזן נמשכות. שנית, המערערים מהווים חלק מארגון הטרור "חיזבאללה", אשר אינו מנהל את פעולותיו נגד מדינת ישראל, ואף את עיקרון, מתוך שטח רצועת עזה, אלא מגזרות אחרות.

במצב דברים זה מתעוררת, כאמור, השאלה, כיצד יש להגדיר את הסכסוך במסגרתו נתפסו ומוחזקים המערערים. על סוגיה זו נעמוד להלן, תוך שנתייחס למאפיינים הייחודיים של המקרה שלפנינו.

398. כידוע, ביום 12.9.05 בו הוצא צו הכליאה מכוח חוק הלב"ח, ישראל היתה נתונה במצב מתמשך של לחימה מול גורמי הטרור הפועלים בעזה. מצב שהתקיים עוד לפני יישום תכנית ההתנתקות והמשיך, ואף התגבר לאחריה, וממשיך גם בימים אלו ממש. במסגרת סכסוך זה התעורר גם הצורך לשים במעצר את המערערים שלפנינו. ואולם, עד ליום 12.9.05, היה המצב המשפטי של רצועת עזה שונה, לרבות במועד בו נתפסו המערערים. במציאות של רצועת עזה עד ליום 12.9.05, עלתה הטענה כי הסכסוך מול ארגוני הטרור שפעלו ברצועת עזה, היה סכסוך מזוין בין-לאומי. זאת, נוכח קיומו לכאורה של מצב "תפיסה לוחמתית". כפי שהראינו לעיל, מצב של סכסוך מזוין בין-לאומי כולל גם מצב מסוים של תפיסה לוחמתית של שטח מדינה שהיא צד לסכסוך. לפיכך, יש הטוענים כי הסכסוך המזוין בין ישראל-לארגוני הטרור הפלסטינים באותה עת היה סכסוך מזוין בין-לאומי.

399. טענה זו התקבלה על ידי בית המשפט, בפסק דינו בעתירה בעניין הסיכול הממוקד, אשר הוגשה בשנת 2002, והתנייחה למציאות בה עדיין התקיים הממשל הצבאי ברצועת עזה. במסגרת פסק הדין האמור, קבע הנשיא (בדימו') ברק כי הוא יוצא מנקודת מוצא, לפיה הסכסוך המזוין מול ארגוני הטרור הפלסטינים הפועלים באזור יהודה והשומרון וברצועת עזה, הוא סכסוך מזוין בעל-אופי בין-לאומי, וציון אף כי חלים במקביל דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית. בית המשפט לא התייחס בפסק דינו לשאלה אם וכיצד השפיע סיום התפיסה הלוחמתית בעזה על מהות הסכסוך.

400. מכל מקום, נוכח האמור, ונוכח נסיבותיו הייחודיות של המקרה שלפנינו, ובכלל זה עובדת תפיסתם של המערערים בזמן בו נתונה היתה רצועת עזה תחת ממשל צבאי, נניח לענייננו, כי מדובר בסכסוך מזוין בין-לאומי, בו ישנה תחולה גם לאמנת ג'נבה הרביעית. כעת עולה השאלה, האם במצב זה רשאית ישראל, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי, להחזיק את המערערים במשמורת, והאם במסגרת החזקתם זו עומדת ישראל בדרישות המשפט הבין-לאומי הרלבנטיות? התשובה לשאלות אלה, כפי שפורט, הינה בחיוב.

401. כפי שהראינו לעיל, למדינה שהיא צד לסכסוך מזוין, יש זכות להחזיק במעצר את המערערים בלחימה נגדה, וזאת כל זמן שנמשכות פעולות האיבה. כן ראינו כי אמנת ג'נבה גם היא מכירה באופן מפורש בזכותה של מדינה לעצור "מוגנים" מטעמי ביטחון, ולהחזיקם במשמורת כל זמן שלא נסתיימו פעולות האיבה.

כל עוד היתה נתונה רצועת עזה בתפיסה לוחמתית, וחלו לכאורה על המשיבים הוראות אמנת ג'נבה הרביעית (נוכח קיומה של התפיסה הלוחמתית, שהדין החל לגביה, מוסדר בין היתר, באמנה זו), הרי שהוראות האמנה שהסדירו את מעצרים ללא משפט של המערערים, נוכח טעמי הביטחון שחייבו זאת, היו הוראות סעיפים 5, 27, 78 ו-79 לאמנה. כפי שהראינו, הוראות החוק עומדות בדרישות המועלות בסעיפים אלה.

לאחר סיום התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה, הסמכות להחזיק את המערערים, שהם לוחמים בלתי חוקיים, עומדת בעינה (אולם מקור הסמכות בדין הפנימי ליישומה שונה, שכן בעבר הוחזקו המערערים מכוח צו מעצר מנהלי שהוציא מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, מכוח תחיקת הביטחון וכיום נעשה הדבר מכוח הוראת חוק ישראלית). זאת, בראש ובראשונה, נוכח העובדה שפעולות האיבה במסגרתן נטלו המערערים חלק (הן פעולות איבה המבוצעות בשטח רצועת עזה עצמה והן פעולות האיבה של ארגון החזבאללה שמטעמו הם פועלים), לא תמו, ושחרורם של המערערים במצב האמור עלול להוביל לשיבתם למעגל הלחימה נגד ישראל. כמו כן, ובניגוד לטענות המערערים (וכפי שנראה בחלק הבא לתשובת המדינה), לא קיימת במשפט הבין-לאומי כל חובה לשחרר את מי שעצורים מטעמי ביטחון עם סיום התפיסה הלוחמתית (והטעמים לכך ברורים, שכן ההחזקה נדרשת מקום בו נמשכות פעולות האיבה, וטעמי הביטחון בעינם עומדים).

בהמשך לכך, ככל שחלה על המערערים אמנת ג'נבה הרביעית, ואף בהנחה שלא נשללות הזכויות הקבועות בה מן המערערים, מתוקף סימן 5 לאמנה, הרי שביחס למעצרים רבלנטיות ההוראות הקבועות בסימן 4 לחלק השלישי לאמנת ג'נבה, שכותרתו "Regulation for the treatment of internees", קרי הוראות סעיף 79

ואילך, לרבות הסטנדרטים הקבועים בסעיפים 41 – 43, אליהם מפנה סעיף 79, וכן ההוראה הכללית של סעיף 27. כפי שהראינו קודם, החוק עומד בכל הדרישות והעקרונות המונחים בסעיפים אלה. החוק אינו פוגע בהגנות ובזכויות להן זכאים "לוחמים בלתי חוקיים" במצב בו חלה עליהם האמנה הרביעית. יתרה מכך, כפי שראינו, החוק אף מוסיף ערובות והגנות נוספות אשר אינן מתחייבות מהוראות האמנה הרביעית. כך למשל, קובע החוק מנגנון של ביקורת שיפוטית, בעוד לפי האמנה הרביעית, אין חובה בכך, וניתן להסתפק בביקורת עיתית של רשות מנהלית.

402. **מכל האמור עולה אם כן, כי גם אם אנו מניחים שהסכסוך בו השתתפו המערערים הינו סכסוך מזוין בין-לאומי, וכי במסגרת סכסוך זה חלות עליהם הוראות אמנת ג'נבה הרביעית, הרי שהזקתם של המערערים עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי.**

403. יחד עם זאת, נבקש בנקודה זו להעיר שתי הערות. ראשית, אין להסיק מעניינם של המערערים הספיציפיים שלפנינו, שהינם תושבי רצועת עזה, אשר נעצרו לראשונה כשעוד היתה רצועת עזה בתפיסה לוחמתית, כמו גם מאמירתו של בית המשפט העליון בעניין הסיכול הממוקד, אשר התייחסה למציאות דומה, כי גם במציאות הנוכחית, לאחר היציאה מרצועת עזה, עדיין מדובר בסכסוך מזוין בין-לאומי בהכרח (בכל הנוגע לעימות המתמשך בין מדינת ישראל לכוחות הנלחמים נגדה מרצועת עזה). המציאות במהלכה נתפסו המערערים, כמו גם המציאות אליה התייחסה העתירה בעניין הסיכול הממוקד שהוגשה בשנת 2002 (עת היו גם אזור יהודה והשומרון וגם רצועת עזה תחת ממשל צבאי), היתה מורכבת יותר, והיא כללה מצב בו חלו ביחס לאזורים אלה, במקביל, דיני התפיסה הלוחמתית ודיני הלחימה; כאשר לשאלת היות השטח נתון בתפיסה לוחמתית, ישנן השלכות לעניין ההכרעה בסוגיית הגדרת הסכסוך כסכסוך בעל אופי בין-לאומי.

לעומת זאת במציאות כיום, במסגרתה לא נתונה עוד רצועת עזה בתפיסה לוחמתית, ומאידך נמשכת ואף מתגברת הלחימה מול ארגוני הטרור הפועלים ברצועה (שהינם כאמור, ארגונים לא מדינתיים), בהחלט יתכן שאין לראות עוד בסכסוך זה סכסוך מזוין בין-לאומי. לעת הזו נסתפק בהערה זו, שכן הרחבה בה אינה דרושה בענייננו.

שנית, ובהמשך לכך נזכיר, שהמערערים בענייננו נמנים על שורותיו של ארגון הטרור "חיזבאללה", אשר אך לאחרונה פתח במתקפה נרחבת נגד מדינת ישראל. שאלת הגדרתו של הסכסוך המזוין של ישראל מול ארגון החיזבאללה, הינה שאלה עצמאית ונפרדת, אשר גם התשובה לה אינה פשוטה.

בהקשר זה יצויין, כי במצב בו מדובר בסכסוך של מדינה מול גורם שאינו מדינתי, וזאת במיוחד כאשר הסכסוך אינו מלווה בכיבוש, יש רבים הטוענים כי מדובר בסכסוך שאינו בין-לאומי. כך, למשל, קיימות דעות מבוססות, כי הסכסוך המזוין של ארה"ב מול ארגון אל-קעידא הינו סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, עליו לא חלות אמנות ג'נבה (למעט סעיף 3 המשותף לאמנות). על-כן, בהחלט יש יסוד לטענה, לפיה הסכסוך המתמשך של ישראל מול ארגון החיזבאללה הינו סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי. בהתאם, יש שהביעו כבר עמדתם לפיה הסכסוך המזוין של ישראל מול חיזבאללה בקיץ האחרון, אינו סכסוך מזוין בין-לאומי (ראה למשל, Sassoli, לעיל, בעמ' 6 - 7).

לאור האמור, ונוכח מאפייניו של ארגון החיזבאללה, שמטעמו פעלו המערערים, לכאורה, יתכן שניתן לראות את המערערים כמי שנטלו חלק בסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי. במצב כאמור, בהתבסס על התשתית המשפטית הרחבה שהונחה לעיל ביחס למצב של סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, חלות על המערערים רק הוראות סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, החל במצב של סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי. גם במצב כאמור, כפי שהראינו בחלק השלישי לתשובה זו, עולה חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, בקנה אחד עם כל הוראותיו של סעיף 3 המשותף, והוא אף מקנה למוחזקים מכוחו, אף זכויות והגנות רבות מעבר לאותן הגנות מינימליות.

אולם, כאמור, נוכח מאפייניו הייחודיים של המקרה שלפנינו, מורכבות ורגישות השאלות שהוא מעורר, לא ראינו צורך להרחיב באפשרות האמורה, שכן הראינו כי גם אם נניח שחלה על המערערים, שהינם לוחמים בלתי חוקיים, אמנת ג'נבה הרביעית, החזקתם היום מכוח חוק הלב"ח, נוכח פעולותיהם והסיכון הצפוי משחרורם גם בעת הנוכחית, בה טרם הסתיימו פעולות האיבה, עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבין-לאומי, ובכלל זה עם הוראות האמנה הרביעית ביחס למעצר מטעמי ביטחון.

404. יצוין, כפי שגם הערנו לעיל, כי מטענותיהם של המערערים עולה, כי כביכול, בהתאם לאמנת ג'נבה הרביעית, ניתן לעצור אנשים מטעמי ביטחון (ובכלל זה לוחמים בלתי חוקיים, שכן, לטענתם, אמנת ג'נבה הרביעית חלה על אלה), רק אם הם נמצאים בשטח כבוש, זאת מכוח סעיף 78 לאמנה, ורק בזמן בו הכיבוש נמשך (ראה סעיף 169 בכתב הערעור), או כשהם נמצאים בשטח המדינה העוצרת באופן "וולונטרי" (כדוגמת התיירים או העובדים הזרים "שמצאו עצמם במדינה אחרת ממדינת מוצאם בעת פרוץ הקרבות"). ראה למשל, סעיף 169 בכתב הערעור, וזאת מכוח סעיפים 41 – 43 לאמנה. מעצר שלא בדרכים האמורות ושלא בדרך של מעצר פלילי לפי סעיף 68 לאמנה, מהווה לדידם של המערערים מעצר "בדרך אחרת", שאינה מופיעה באמנת ג'נבה הרביעית, ולכן אינו מעצר חוקי.

מטענותיהם של המערערים עולה אפוא, כי לשיטתם, כלל לא ניתן לעצור לוחם בלתי חוקי (שהוא "מוגן" לטענתם) "בשדה הקרב", המצוי מחוץ לשטח המדינה העוצרת ולא בשטח כבוש. כמו כן, משתמע מטענותיהם, כי מותר לעצור אדם מטעמי ביטחון בשטח כבוש, אולם אם מסתיים הכיבוש מאבדת המדינה לפתע פתאום את הסמכות להחזיקו אף אם נמשך הסכסוך המזוין; באופן דומה, עולה מטענותיהם, כי אם מוחזק עצור מטעמי ביטחון בשטח המדינה, כפי שהוחזקו המערערים עצמם (דבר חוקי שמותר למדינה לעשותו, בניגוד לטענתם של המערערים, כמפורט להלן), ובמהלך החזקתו תם הכיבוש, אין יותר סמכות להחזיקו במעצר, שכן אין הוא כדוגמת אותו "תייר או עובד הזר", שמצא עצמו באופן "וולנטרי" בשטח מדינה שהיא צד לסכסוך מזוין. כל זאת, תוך שהמערערים מתעלמים באופן מפורש מן המציאות, במסגרתה פעולות האיבה לא נפסקו לרגע.

405. ברי לכל, כי אין בטענות אלו דבר וחצי דבר כפי שהובהר ארוכות לעיל. במשפט הבין-לאומי אין כל ספק כי מדינה רשאית לעצור את המעורבים בלחימה נגדה, ובכלל זה גם לוחמים בלתי חוקיים. סמכות זו נתונה בידה של המדינה בכל מצב של סכסוך מזוין, בין אם הוא מתקיים בשטחה, מחוץ לשטחה, או בשטח כבוש. סמכות זו נשארת איתנה במקומה, גם מקום בו נעצרו לוחמים בלתי חוקיים במצב של סכסוך שלווה פרק זמן כלשהו בתפיסה לוחמתית, וזו הגיעה לקיצה בטרם הסתיימו פעולות האיבה.
- נכון הדבר, כי היום המסגרת החוקית המתאימה למעצרים המתבצעים ברצועת עזה אינה סעיף 78 לאמנה. אולם בכך אין כדי לפגוע, בשום דרך שהיא, במעצרים של אלו אשר לכתחילה הוסדר מעצרים, בין היתר, בהתאם לסעיף האמור, ואשר גם היום מחייבים טעמי בטחון את החזקתם. לא כל שכן, כך הם הדברים מקום שאין הוראה כלשהי המחייבת את שחרורם (כפי שנראה בהמשך), אלא להיפך, ישנה אף הוראה מפורשת באמנת ג'נבה הרביעית עצמה (הוראת סעיף 133, עליו עמדנו לעיל ולגביו עוד נפרט בהמשך), המכירה באופן מפורש באפשרות להחזיק עצורים ביטחוניים עד תום פעולות האיבה במידת הצורך.
406. פרשנותם האמורה של המערערים מביאה לתוצאה אבסורדית, שהרי להבנתם של המערערים אפשר לכאורה לעצור לוחם בלתי חוקי רק בשטח כבוש או לוחם אשר באופן וולנטרי הגיע לשטח מדינת האויב. האם יתקבל על הדעת שלא ניתן יהיה לעצור את הלוחם הבלתי חוקי המסוכן שנלחם נגד הצבא מחוץ לשטח המדינה?
- יתר על כן, דומה כי בסופו של יום פרשנותם של המערערים עלולה דווקא להביא למצב הפוגע בתנאי ההחזקה במשמורת של לוחמים בלתי חוקיים. זאת משום, שטענתם אינה יכולה להביא לשלילת סמכותה הברורה של מדינה לעצור לוחמים המעורבים בלחימה נגדה, ומאידך היא עלולה לפגוע בתחולתן של ההגנות הקבועות באמנה הרביעית על אנשים כאמור.
407. כל האמור מורה אם כן, כי פרשנותם של המערערים היא פרשנות לא מבוססת, הנעדרת אחיזה אף בלשון האמנה. זוהי פרשנות אשר אינה תואמת כלל מציאות של לחימה ואת הפרקטיקה הנוהגת במסגרתה. כפי שהראנו לעיל, למדינה שהיא צד לסכסוך יש סמכות לעצור את אלו שמתתפים בלחימה נגדה. כך הדבר ביחס ללוחמים חוקיים. על אחת כמה וכמה, כך הוא הדבר ביחס ללוחמים בלתי חוקיים, אשר פעלו ללא הרשאה, שלא מטעם מדינה ותוך הפרה שיטתית של דיני הלחימה.
- לאור כל המפורט לעיל באשר ליכולתו של צד לסכסוך להחזיק במשמורתו לוחמים בלתי-חוקיים - גם אם אלה חוסים בצל אמנת ג'נבה הרביעית - ברי, כי ניתן להמשיך ולהחזיק במשמורת את המערערים בענייננו.
408. לסיכום, מכל האמור לעיל עולה, כי החזקתם של המערערים בענייננו כלוחמים בלתי חוקיים, עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי. כמו כן, ביצועה של החזקה כאמור מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, עולה בקנה אחד הן עם הוראות החוק, והן עם העקרונות, הדרישות, והכללים הקיימים במשפט הבין-לאומי ביחס לכליאה כאמור, במסגרת סכסוך מזוין.
409. להלן נפנה לראות, כי דברים אלו כולם יפים ונכונים, גם נוכח טענותיהם השונות של המערערים בעניין השלכות סיום הממשל הצבאי והתפיסה הלוחמתית ברצועת עזה על החזקתם במשמורת.

## פרק ו': כליאתם של המערערים לאחר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה

410. בחלק הקודם של תשובה זו יישמנו את כל האמור ביחס לחוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים לגבי החזקתם במשמורת של המערערים, וראינו כי החזקתם במציאות הנוכחית הינה כדין. בחלק זה נבקש להתייחס לטענות שונות המועלות על-ידי המערערים, והקשורות לסיום התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה. כפי שנפרט להלן, בטענות אלו אין כדי לפגוע באופן כלשהו בהחזקתם החוקית של המערערים.
411. ראשית, המערערים חולקים על ההבחנה שעושה לטענתם המדינה בין דיני התפיסה הלוחמתית לבין דיני הלחימה. נטען, כי ההבחנה שנעשתה על ידי המדינה בין דיני התפיסה הלוחמתית לבין דיני לחימה אינה ברורה, וכי אין כל הסבר שיטתי שמבהיר מה ההבדל בין דיני התפיסה הלוחמתית לבין דיני הלחימה" (ראו פסקה 101 לכתב הערעור).
- המערערים ממשיכים וטוענים בעניין זה, כי המדינה בוחרת באופן סלקטיבי סעיפים מסוימים מתוך האמנה אותם יש להחיל על המערערים לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה, בעוד שהיא נמנעת מלהחיל בעניינם סעיפים אחרים. זאת, טוענים המערערים, מבלי להציג משנה ברורה וסדורה כיצד היא מגיעה למסקנותיה. בהקשר זה מפנים המערערים לסעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית, העוסק במועדי תחולתה של האמנה האמורה.
- כן טוענים המערערים, כי במצב הנוכחי, בעקבות ההכרזה על סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה ועם תום התפיסה הלוחמתית בשטח זה, הרי שבהתאם להוראות אמנת ג'נבה הרביעית, חייבת מדינת ישראל, בין היתר, לשחרר את העצירים תושבי רצועת עזה, שהוחזקו על ידה במעצר בטרם ביטול הממשל הצבאי, על-פי צווים שהוצאו מכוח קיומו של ממשל זה. כן טוענים הם, כי לא ניתן להחזיקם כיום בשטח מדינת ישראל.
412. ראשית, נבקש להבהיר כי הטענה המשתמעת מדברי המערערים, לפיה החזקתם נמשכת, מכוח האינרציה בלבד, וללא בסיס וצורך בה בהווה, דינה להידחות.
- ראיה לכך, הינה למשל העובדה, כי שלושת העצורים המנהליים האחרים שהוחזקו יחד עמם מכוח צווי מעצר מנהליים שהוציא כנגדם מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, שוחררו ביום סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה (12.9.05), בהתאם להחלטת המפקד, ולאחר בחינת הצורך בהחזקתם ביום שלאחר סיום הממשל הצבאי ברצועה. משמע, עצורים אחרים שהוחזקו במעצר מנהלי בזמן הממשל הצבאי, בדומה למערערים בענייננו, שוחררו, משנמצא כי במציאות שלאחר סיום הממשל הצבאי אין עוד מקום להחזיקם במעצר. שונה המצב כפי שהוסבר בתשתית העובדתית שהונחה לעיל, ביחס למערערים, אשר החזקתם במשמורת נדרשת, גם היום, שכן שחרורם עלול להוביל לשיבתם למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל.
413. גם דינן של שאר טענות המערערים האמורות להידחות, כפי שנפרט להלן. יצוין, כבר בפתח הדברים, כי טענותיהם אף מעוררות תמיהה. כך למשל, ההבחנה שביצעה המדינה בין ענפים שונים של ה-*Jus in Bello*, בענייננו - דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית, נוכח העובדה כי מדובר בענפים נפרדים, הקיימים זה לצד זה במשפט הבין-לאומי, ובסכסוכים מזוינים מסוימים חלים במקביל, כתלות במצב המשפטי, הינה מן ההבחנות הבסיסיות והיסודיות ביותר במשפט הבין-לאומי. כיוון שכך, טענות המערערים נגד הבחנה זו הינן תמוהות בעליל.
- להלן נשיב לטענותיהם השונות של המערערים. תחילה נדרש להבחנה הקיימת במשפט הבין לאומי בין דיני הלחימה ובין דיני התפיסה הלוחמתית, וזאת לאור טענותיהם של המערערים בנושא. במסגרת זו נעמוד בקצרה על התשתית המשפטית הרלבנטית ביחס ללחימה המתנהלת מול ארגוני הטרור ברצועת עזה כיום. לאחר מכן, נפנה לדון בסעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית אליו מפנים המערערים. בהמשך, נתייחס לטענותיהם השונות של המערערים בדבר החובה לשחררם עם "תום הכיבוש" ברצועת עזה, ובדבר ה"איסור" על החזקתם בשטח מדינת ישראל כיום. במסגרת זו נראה, כי גם אם מניחים שאמנת ג'נבה הרביעית חלה בעניינם של המערערים, הרי שטענותיהם, לפיהן עם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה יש לשחררם, בטעות יסודן. זאת, לאור העובדה, שאמנת ג'נבה, לא רק שאינה מחייבת את מדינת ישראל לשחרר את המערערים, היא אף מתירה במפורש להמשיך ולהחזיקם במעצר, עד תום הלחימה שמנהלים ארגוני הטרור עימם הם מנמים כנגד מדינת ישראל ותושביה.

### חלק א' - המסגרת הנורמטיבית

#### 1. דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית

414. כידוע, המשפט הבין-לאומי נחלק לשתי חטיבות ראשיות, אשר כל אחת מהן עוסקת בהסדרתו של מצב עובדתי שונה – מדובר ב-"דיני השלום" ו-"דיני העימות המזויין" או "דיני המלחמה" (בשם המסורת). אלה גם אלה מורכבים מסוגים שונים של מקורות משפטיים – משפט מנהגי (המחייב את כל המדינות), ומשפט הסכמי (אמנות רב-צדדיות ודו-צדדיות). בהקשר זה כותב המלומד דינשטיין כדלקמן:

"המשפט הבינלאומי נחלק לשני חלקים – כפי שהמסתבר כבר מן השם של ספרו המפורסם של "אבי המשפט הבינלאומי", הוגו גרוטיוס... אשר חובר בשנת 1625, "על משפט המלחמה והשלום..." – דיני המלחמה (war) ודיני שלום (peace)". (דינשטיין, עמ' 13).

415. דיני השלום, כשם כן הם – הדינים המסדירים את היחסים בין מדינות שאינן מצויות במצב של עימות מזוין זו עם זו.
416. דיני העימות המזוין (המכונים גם "דיני המלחמה" או "משפט בין-לאומי הומניטארי" – International Humanitarian Law) מסדירים את היחסים בין מדינות בעת עימות מזוין (הן בין מדינות שהן צד לעימות, והן בין מדינות נייטרליות בכל התחומים הנוגעים לעימות). מרבית הכללים מהם מורכבים דיני העימות המזוין, התגבשו מן הפרקטיקה של המדינות והפכו למשפט בין-לאומי מנהגי (ראו: Y. Dinstein, The Conduct of Hostilities Under the International Law of Armed Conflict (2004), 5).
417. עם זאת, במהלך 150 השנים האחרונות נכתבו אמנות רבות בתחום דיני העימות המזוין, המכסות כיום חלק ניכר מדינים אלה. חלק מן האמנות הללו נכתבו מלכתחילה כקודיפיקציה של הדין המנהגי (והן מכונות "אמנות דקלרטיביות"). כיוון שאמנות אלה משקפות את הדין המנהגי (אשר חל על כל המדינות באשר הן), הן מחייבות גם את המדינות שלא חתמו עליהן. תקנות האג הן דוגמא מובהקת לאמנה כזו.
418. בנוסף, ישנן אמנות קונסטיטוטיוביות אשר יצרו משפט בין-לאומי "חדש" בין המדינות שהן צד לאמנות אלה. בפועל, חלק מן הכללים שנכללו באמנות מן הסוג האחרון, הפכו בעצמם למשפט בין-לאומי מנהגי לאחר שאומצו על-ידי מדינות רבות כמחייבים ואף באו לידי ביטוי בפרקטיקה של המדינות.
419. דיני העימות המזוין עצמם נחלקים בין הדינים המסדירים את הכניסה לעימות מזוין ואת המעבר ממצב של שלום למצב של עימות מזוין (Jus Ad Bellum), לבין דינים החלים במהלך העימות המזוין עצמו (Jus in Bello).
420. גם הדינים החלים בעימות המזוין עצמו, נחלקים באופן רעיוני לענפים נבדלים, המסדירים כל אחד מהם חלק אחר מן העימות. בין ענפים אלו מצוי ענף דיני הלחימה (Laws of warfare) המסדיר את אירועי הלחימה עצמם (המכונים באנגלית Hostilities); תחום זה מסדיר את אופן ניהול הלחימה. בנוסף, מקום שבמסגרת עימות מזוין נוצר מצב של תפיסה לוחמתית – דהיינו, מצב שבו שטח של צד לעימות מצוי תחת שליטתו האפקטיבית של הצד השני לעימות שלא כתוצאה מהסכם מדיני בין המדינות, יוסדר מצב זה על-ידי דיני התפיסה הלוחמתית (Law of Belligerent Occupation). ראה לעניין זה דבריו של דינשטיין, על החלוקות השונות בדיני המלחמה:
- "דיני המלחמה נחלקים לשני חלקים ראשיים:
- א. Jus ad bellum, היינו הדינים הנוגעים לפתיחה במלחמה, הפסקתה ולסיומה. ה-jus ad bellum מבחינתו נחלק לענף סובסטנטיבי ולענף פרוצדוראלי...
- ב. jus in bello, היינו, הדינים החלים במהלך מלחמה... ה-jus in bello נחלק לארבעה ענפים ראשיים:
1. דיני הלחימה (warfare) ממש, כלומר, הדינים הקובעים כללי התנהגות לצבאות של הצדדים הלוחמים במערכה: ביבשה, בים ובאוויר.
2. דיני נייטרליות (neutrality), משמע, הדינים החלים ביחסים בין הצדדים הלוחמים לבין מדינות "שלישיות", שהן כל המדינות אשר אינן נוטלות חלק במלחמה.
3. הדינים הנוגעים לתוצאות המלחמה ביחסים הבין-מדינתיים, ובעיקר ניתוק יחסים דיפלומטיים וקונסולריים, וכן סיום או השעיית אמנות בינלאומיות.
4. הדינים הקובעים כללי התנהגות כלפי אוכלוסייה אזרחית, אם של הצד הלוחם עצמו, אם של בעלות בריתו, אם של האויב ואם של מדינות נייטרליות. מקום נכבד נועד במסגרת זו לדיני תפיסה



לוחמתית, לאמור, הדינים המתייחסים לאוכלוסייה האזרחית  
בשטחים שנכבשו במהלך הלחימה. (דינשטיין, עמ' 18 – 19).

421. ויודגש – כיוון שהתפיסה הלוחמתית מהווה חלק מן העימות, גם דיני התפיסה הלוחמתית מהווים חלק מדיני העימות המזוין. אחווה זו בין מערכות הדינים המרכיבות יחד את דיני העימות המזוין באה לידי ביטוי גם במסמכים המשפטיים המרכזיים של דינים אלה, הכוללים לעיתים קרובות הן כללים מתחום דיני הלחימה והן כללים מתחום דיני התפיסה הלוחמתית.
422. כך, למשל, תקנות האג מחולקות לשלושה חלקים (Sections). החלק השני, שכותרתו "Hostilities" כולל כללים החלים על הלחימה. לעומת זאת, החלק השלישי, שכותרתו "Military Authority Over the Territory of the Hostile State" כולל כללים המסדירים מצב של תפיסה לוחמתית. רוצה לומר – אחד ממסמכי היסוד של דיני העימות המזוין כולל כללים משני התחומים המרכזיים של דינים אלה – דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית. דואליות זו חוזרת על עצמה גם באמנת ג'נבה הרביעית.
423. אם כן, מערכות דינים אלה, המרכיבות יחד את דיני העימות המזוין, שוכנות לעיתים בצוותא חדא באותם מסמכים משפטיים.

2. התנאים לתחולתם של דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית

424. תחולתה של כל אחת ממערכות דינים אלה היא פועל יוצא של מצב עובדתי מסוים – דיני הלחימה חלים מקום שמתחוללת לחימה, ודיני התפיסה הלוחמתית חלים מקום שקיימת, בפועל, תפיסה לוחמתית. ניתן להצביע למעשה על שלושה מצבים חלופיים בהקשר זה.
425. המצב הראשון, הוא מצב בו מתקיימת לחימה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. במצב זה יחולו במקביל דיני התפיסה הלוחמתית ודיני הלחימה, כאשר במקרה של התנגשות יהיה צורך להכריע מהו היחס בין מערכות דינים אלה. (ראו לעניין זה: B. D. Tittmore, *Belligerents in Blue Helmets: Applying International Law to United Nations Peace Operations*, 33 *Stan. J. Int'l L.* (1997), 61, 67 D.P.; Goodman, 'Note: The Need for fundamental Change in the Law of Belligerent Occupation', 37 *Stan. L. Rev.* (1985) 1573, 1574.
- יפים לעניין זה דבריו של המלומד Watkin, הקובע ביחס לשטחים הפלסטיניים הנתונים לשליטת ישראל, כי חלים בהם במקביל דיני התפיסה הלוחמתית ודיני הלחימה (כאשר אכן מתבצעת בהם לחימה):

"Yet even in the Israeli/Palestinian conflict it is widely recognized that international humanitarian law applies in the occupied territories. As a result, in addition to the provisions protecting persons in occupied territories found in the 1907 Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention, the rules on the methods and means of warfare will be applicable. International humanitarian law would therefore govern the use of force relating to the conduct of hostilities."

K. Watkin, 'Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict', 98 *A.J.I.L.* (2004), 1, 28.

ואכן, בשטחי אזור יהודה והשומרון, הנתונים תחת שליטה אפקטיבית של כוחות צה"ל (כלומר: נתונים לתפיסה לוחמתית), ומתנהלת בהם לחימה נגד הטרור (לשאלת תחולתם של דיני העימות המזוין בלחימה נגד טרור נתייחס בקצרה בהמשך), חלים הן דיני התפיסה הלוחמתית והן דיני הלחימה. לעניין זה ראו למשל בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על-2005 (3) 3333.

426. מצב שני הוא מצב בו מתקיימת רק תפיסה לוחמתית אך לא מתבצעת פעילות לחימה. מצב זה מוסדר על-ידי דיני התפיסה הלוחמתית בלבד. כך, למשל, בשנים בהן החזיקה ישראל בשטחי יהודה והשומרון ורצועת עזה בתפיסה לוחמתית, אך לא התחוללה באזורים אלה לחימה, חלו על פעולותיה של ישראל בשטחים אלה דיני התפיסה הלוחמתית (בהקשר זה התעוררה שאלה פרטנית לעניין תחולתה, דה יורה, של אמנת ג'נבה הרביעית). בית המשפט הנכבד הכיר בתחולת דיני התפיסה הלוחמתית בשטחים שהיו תחת שליטת צה"ל, בשורה ארוכה של פסקי דין. ראו לעניין זה האסמכתאות שהובאו בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נט(2) 481, בעמ' 482.

427. **דיני התפיסה הלוחמתית עצמם מתייחסים, ככלל, למצב של "תפיסה לוחמתית שקטה" – כלומר, תפיסה לוחמתית לאחר תום פעולות הלחימה שהובילו למצב זה.** סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע, כי בהינתן מצב של תפיסה לוחמתית (occupation), הנמשך לאחר תום פעולות הלחימה, יחולו הוראותיה של האמנה באופן מלא למשך שנה לאחר תום פעולות הלחימה שבעקבותיהן נתפס השטח, ובאופן חלקי מתום השנה הראשונה האמורה וכל עוד נמשכת תפיסת השטח והפעלת סמכויות על-ידי התופס. כך בלשון האמנה –

"In the territory of Parties to the conflict, the application of the present Convention shall cease on the general close of military operations.

In the case of occupied territory, the application of the present Convention shall cease one year after the general close of military operations; however, the Occupying Power shall be bound, for the duration of the occupation, to the extent that such Power exercises the functions of government in such territory, by the provisions of the following Articles of the present Convention..."

כלומר, כל עוד נמשכת תפיסה לוחמתית בשטח שאין בו פעילות לחימה, יחולו דיני התפיסה הלוחמתית, בכפוף לשינויים הנגזרים מחלוף הזמן ומתמורות בהיקף הפעלת סמכויות השלטון בשטח התפוס. לסעיף זה ולטענות שמעלים המערערים בהקשר זה נתייחס עוד בהמשך.

428. המצב השלישי הוא כזה בו מתקיימת לחימה מבלי שצד אחד לעימות מחזיק בשטח של הצד השני בתפיסה לוחמתית. במקרה כזה יחולו, מטבע הדברים, רק דיני הלחימה. אך ברור, כי מקום שלא קיימת תפיסה לוחמתית, אין ממילא מקום לדבר על תחולתם של הדינים הנוגעים לתפיסה כזו. זהו למעשה מצב של לחימה "רגילה" שאיננה מלווה במצב של תפיסה לוחמתית. אליבא דהמשיבים, וכפי שנראה להלן, זהו בדיוק המצב השורר כיום ברצועת עזה. נתייחס לכך כעת.

לניתוח נרחב יותר של הסוגיה האמורה נבקש להפנות לתשובת המדינה בגדרו של בג"ץ 10265/05 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, שצורפה כנספח **מש"1** לתגובה זו.

#### **חלק ב' - מן הכלל אל הפרט: סיום הממשל הצבאי ותחולת דיני התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה**

429. עמדת המדינה הינה כי החל מיום 12.9.05, עם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה וסיום הנוכחות הצבאית והאזרחית ברצועה, כתוצאה מהשלמת תכנית ההתנתקות, חדלו לחול שם דיני התפיסה הלוחמתית. כאמור לעיל, סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה אף עוגן מפורשות במנשר, אותו הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה עם יציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה. בהתאם להוראות המנשר, חדל למעשה להתקיים המנגנון באמצעותו הפעילו כוחות צה"ל ברצועת עזה סמכויות שלטוניות ברצועת עזה. עם יציאת כוחות צה"ל מן הרצועה וסיום הממשל הצבאי, חדלו הן הנוכחות של כוחות צה"ל ברצועת עזה והשליטה האפקטיבית שלהם בשטח והן הפעלת סמכויות שלטוניות ברצועה על-ידי צה"ל. בכך, הקיץ הקץ על השליטה האפקטיבית של צה"ל ברצועת עזה, וממילא גם הגיעה לסיומה התפיסה הלוחמתית של ישראל בשטח.

**לאור העובדה שעמדת המדינה, לפיה עם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, הרצועה אינה נתונה עוד בתפיסה לוחמתית, מהווה, כפי שכותבים המערערים בסעיף 77 לכתב הערעור, הנחת מוצא לטיעוניהם שלהם, הרי שאין לנו כל צורך להידרש כאן ביתר הרחבה לשאלת סיום תחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה.**

430. על אף סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, ובהמשך ישיר למצב הלחימה ששרר ברצועה בחמש השנים שקדמו לסיום הממשל הצבאי, ממשיכה להתחולל ברצועת עזה, פעילות לחימה נגד הטרור. גם לאחר סיום הממשל הצבאי המשיכו ארגוני הטרור והנמנים על שורותיהם בפעילותם נגד מדינת ישראל ותושביה, ואף הגבירו פעילות זו. כך למשל, מאז יום 12.9.05, בו הסתיים הממשל הצבאי ברצועה, ירו ארגוני הטרור וחבריהם מספר רב ביותר של רקטות ופצצות מרגמה באופן מכוון לעבר ישובים בישראל, אשר גרמו לפגיעות ונזקים רבים ברכוש ובנפש. זאת, תוך הפרה בוטה של דיני הלחימה. לחימתה של ישראל בטרור הפלסטיני היוצא מרצועת עזה במציאות כיום, אינה מתקיימת ב-"ריק משפטי", שכן חלים עליה כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המסדירים פעילות לחימה במסגרת עימות מזוין – "דיני הלחימה".

431. בשלב זה, לאחר שעמדנו על ההבחנה הקיימת במשפט הבין-לאומי בין דיני הלחימה לבין דיני התפיסה הלוחמתית, והצגנו את המצב המשפטי הקיים כיום, נעבור לבחינה של הסוגיות השונות המתייחסות לעניין החזקת המערערים במשמורת לאחר סיום התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה.

כאמור, ראשית מעצרים של המערערים בתקופה בה נתונה היתה רצועת עזה בתפיסה לוחמתית. עם זאת, אף אם רואים במערערים "מוגנים", עקב כך, ואף אם אמנת ג'נבה הרביעית חלה בעניינם של המערערים,

הרי שטענתם, לפיה יש לשחררם עם סיום הממשל הצבאי ברצועה, בטעות יסודה. זאת, לאור העובדה, שאמנת ג'נבה, לא רק שאינה מחייבת את מדינת ישראל לשחרר את המערערים, אלא היא מתירה להמשיך ולהחזיקם במעצר, עד תום הלחימה שמנהלים ארגוני הטרור, בין היתר, מתוך שטח רצועת עזה, כנגד מדינת ישראל ותושביה. להלן, נבחן את הטענות השונות בעניין חוקיות מעצרים, בראי הוראות אמנת ג'נבה הרביעית.

## 1. סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית

432. בפרק ח' לחלק השלישי לכתב הערעור, העוסק בביטול הממשל הצבאי בעזה והחובה לשחרר עצירים לפי אמנת ג'נבה הרביעית, מפנים המערערים לסעיף 6 לאמנה.
433. כבר בפתח הדברים יצוין, כי המדינה אינה חולקת על תחולתו של סעיף 6 על חלקיו השונים, במקרים המתאימים לכך. אולם לעמדת המדינה, כפי שנראה מיד, סעיף זה אינו רלבנטי בעיקרו לענייננו, ועל כן דין טענותיהם השונות של המערערים בענייננו, להידחות.
434. בפתח טיעוניהם בפרק זה מעלים כזכור המערערים את הטענה לפיה ההבחנה שביצעה המדינה בין דיני התפיסה הלוחמתית לבין דיני הלחימה אינה ברורה, וכי לא הובא לה כל הסבר שיטתי. לטענות אלה של המערערים השבנו לעיל. במסגרת זו הבהרנו, כי אמנת ג'נבה הרביעית מורכבת ממספר חלקים וסימנים, החלים כתלות במצב העובדתי הקיים במקרה מסוים. בהתאם, ישנן הוראות החלות בכל מצב של סכסוך מזוין, בין אם הוא מלווה בתפיסה לוחמתית ובין אם לא; ישנן הוראות החלות אך ורק במצב של לחימה, וישנן הוראות החלות אך ורק בסכסוך המלווה בתפיסה לוחמתית.
- בתמיכה לטענתם לגבי תחולתה של האמנה כולה בענייננו (ללא הבחנה בין ההוראות החלות על סכסוך מזוין המלווה בתפיסה לוחמתית לסכסוך מזוין שאינו מלווה במצב כאמור), ובפרט לתחולתם של סעיפים מסוימים, גם לאחר תום התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה, מפנים המערערים לסעיף 6 לאמנה, אותו הם מנתחים ארוכות. להלן נפנה לסעיף 6 ונבהיר מדוע כלל אין להידרש לסעיף זה בענייננו.
435. סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע את מועדי תחולתה של האמנה, כשלעניין זה הוא מתייחס הן למועד בו מתחילה האמנה לחול והן למועד הפסקת תחולתה. סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כדלקמן:

"The present Convention shall apply from the outset of any conflict or occupation mentioned in Article 2.

In the territory of Parties to the conflict, the application of the present Convention shall cease on the general close of military operations.

In case of occupied territory, the application of the present convention shall cease one year after the general close of military operations; however, the Occupying power shall be bound, for the duration of the occupation, to the extent that such Power exercises the functions of government in such territory, by the provisions of the following Articles of the present convention: 1 to 12, 27, 29 to 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 to 77, 143.

Protected persons whose release, repatriation or re-establishment may take place after such dates shall meanwhile continue to benefit by the present convention."

## פסקה 6(1) לאמנה

436. פסקה 6(1) קובעת, כי האמנה חלה מראשיתו של כל סכסוך מזוין או כיבוש, המוזכרים בסעיף 2 לאמנה. על בסיס הפסקה האמורה, ולאור טענת המדינה, לפיה הפעילות הלחימתית המבוצעת כיום על-ידי המדינה ברצועת עזה הינה "פעילות לחימתית המבוצעת בשטח זר", טוענים המערערים שגם על פעילות זו, לאחר סיום הממשל הצבאי, יש להחיל את האמנה. לפיכך, הם טוענים, על המדינה לכבד את האיסור המוחלט לטענתם, שבסעיף 49 לאמנה, ולכבד את סעיף 79 לאמנה, המתיר לטענתם מעצר של מוגן רק באחת משתי דרכים – מעצר מנהלי או פלילי.
437. אלא שמשמעות הקביעה בסעיף 6, לפיה האמנה חלה מראשיתו של כל סכסוך מזוין או כיבוש, המוזכרים בסעיף 2, אינה כי האמנה על כל סעיפיה חלה בכל מצב של כיבוש, ובכל מצב של לחימה, אלא שהסעיפים הרלבנטיים באמנה לכל מצב, הם אלה שחלים כמובן, כתלות במצב בו מדובר. המדינה כלל אינה חולקת על תחולתן של ההוראות הרלבנטיות במצבים המתאימים לכך.

בהקשר זה, ניסיונם של המערערים להחיל את סעיף 49, דרך סעיף 6(1), דינו לכישלון. ראשית, וכפי שנראה בהמשך חלק זה, בין סעיף 49 לבין מעצרים של מוגנים מטעמי ביטחון אין ולא כלום. גם כאשר רצועת עזה היתה מצויה בתפיסה לוחמתית, סעיף זה לא היה רלבנטי למעצרים של המערערים. לא כל שכן שכך הוא הדבר במצב בו רצועת עזה אינה נתונה עוד בתפיסה לוחמתית, כך שכיום החלק בו מצוי סעיף זה אינו חל יותר ביחס למערערים.

באשר לסעיף 79, המצוי בחלק לאמנה המסדיר את אופן הטיפול בעצורים, הרחבנו לעיל והבהרנו כי המדינה אינה חולקת (לצורך הדיון) על תחולתן של ההוראות הרלבנטיות של אמנת ג'נבה (כולל סעיף 79) בנוגע למעצרי של "מוגנים" מטעמי ביטחון. כן הראנו, כי גם אם אמנת ג'נבה הרביעית חלה על המערערים, עולה החוק בקנה אחד עם הוראות סעיפים 79 ואילך, המסדירות מעצרי מטעמי ביטחון, ולכן אין צורך להרחיב עוד בנושא בנקודה זו.

#### פסקה 6(2) לאמנה

438. הפסקה השניה של סעיף 6 קובעת כי תחולת האמנה בשטחיהם של הצדדים לסכסוך, תיפסק עם סיום הפעולות הצבאיות. כלומר, כל זמן שמתמשכת הלחימה בין הצדדים לסכסוך, יחולו בשטח המדינות הוראות האמנה הרלבנטיות. מדינת ישראל כלל לא חולקת על כך, ובכלל זה אין היא חולקת על תחולת ההוראות הרלבנטיות של אמנת ג'נבה ביחס למעצרים של "מוגנים" מטעמי ביטחון, במצב של סכסוך מזוין.

המערערים טוענים כי הפסקה השניה של סעיף 6 כלל לא רלבנטית לעניינם, אך בכל זאת מציגים את פרשנותם לסעיף "למען הסדר הטוב". מכל מקום יוער ביחס לפרשנותם של המערערים, כי היא מבוססת על מילים שכלל אינן מופיעות בלשון סעיף. כך טוענים המערערים, כי "לפי סעיף 6(2) לאמנה תחולת האמנה מופסקת לענין הצדדים לסכסוך, שנה לאחר "the general close of military operations"; אלא שבלשון הפסקה השניה של סעיף 6 כלל אין ביטוי לדברים האמורים.

#### פסקה 6(3) לאמנה

439. הפסקה השלישית של סעיף 6 מסדירה את תחולת האמנה במצב של סכסוך מזוין המלווה בכיבוש. הסעיף דן בתחולת האמנה בשטח כבוש בשנה הראשונה ממועד סיום הלחימה, וברי שהכוונה לחימה במסגרתה נכבש השטח. כן דן הסעיף בהוראות האמנה שממשיכות לחול כל תקופת הכיבוש (ולא רק בשנה הראשונה שלאחר סיום הלחימה), וזאת תוך תלות בהיקף סמכויות הממשל שמפעילה המעצמה הכובשת באותו שטח.

440. הפסקה השלישית מתייחסת אם כן להוראות האמנה החלות כל עוד מתקיים מצב של כיבוש. המציאות אליה מתייחסת הפסקה האמורה היא מציאות בה מסתיימות פעולות האיבה, כאשר לאחריה נמשך מצב של כיבוש, וצד אחד לסכסוך ממשיך לשלוט בשטחו של הצד האחר, לפרק זמן מסוים, עד לסיומו הסופי של הכיבוש. כך עולה למשל גם מדבריו של המלומד von Gilhan :

"Until recently, there was no guide to the principles applicable in occupied territory after the cessation of hostilities. This regrettable omission led to much confusion as to the status of Germany after its unconditional surrender in May 1945. Article 6 of Geneva-IV has clarified, to some extent, the answer to the original question by asserting that the convention shall apply for one year after the general close of military operations and that certain of its basic provisions... are to apply for the entire duration of the occupation."

441. על אף מילותיה הברורות של פסקה 6(3), המערערים טוענים כי זוהי הפסקה הרלבנטית לעניינם. ואולם, טענתם זו בטעות יסודה, שהרי קריאה פשוטה וברורה של לשון הסעיף מבהירה כי מבחינה עובדתית פסקה זו כלל לא רלבנטית לענייננו.

כאמור, הפסקה האמורה דנה בהוראות האמנה החלות **כל עוד מתקיים מצב של כיבוש**. ואולם, בא כוח המערערים מתעלם מהגיון ומלשון הפסקה השלישית, הנובע מן המילים "**for the duration of the occupation**", ופרשנותו, לפיה ימשיכו לחול הוראות האמנה המתייחסות לשטח כבוש – לאחר שהסתיים מצב הכיבוש – הינה אבסורדית. כך למשל, משתמע מפרשנותו של בא-כוח המערערים, כי יש להחיל על המדינה את ההוראות המחייבות אותה לדאוג לחינוך, בריאות ורווחה של אוכלוסיית השטח הכבוש, גם במצב שבו השטח כבר אינו נמצא כלל בשליטתה. טענה זו היא משוללת כל יסוד והגיון.

442. ההגיון העומד בבסיס סעיף 6 ורצף הזמנים אליו הוא מתייחס עולה מלשונו באופן ברור – סעיף זה מדבר על מצב בו מסתיימות פעולות האיבה, ממשיך מצב של כיבוש עוד פרק זמן מסוים, ורק לאחר מכן מגיע כיבוש

השטח לקיצו. ברי כי זה אינו המצב בענייננו. מחד, בענייננו הסתייג מצב ה"כיבוש". שנית, כפי שמציין גם בא כוח המערערים, פעולות הלחימה עדיין לא תמו. כידוע ארגוני הטרור לא הניחו את נשקם גם עת הסתיימה התפיסה הלוחמתית של רצועת עזה, והמאבק המזוין שהם מנהלים נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, נמשך גם בימים אלה.

מן האמור עולה, כי המציאות העובדתית אליה מתייחס סעיף 6(3) – העוסק בקיומו של מצב של כיבוש, הינה הפוכה מן המציאות העובדתית המתקיימת בענייננו, בה תם ה"כיבוש" זה מכבר, אך פעולות האיבה עודן נמשכות. על כן במציאות הנוכחית, הפסקה השלישית, עליה מנסים המערערים להיתלות, אינה רלבנטית כלל וכלל לענייננו. מכאן גם, שכל המסקנות שמבססים הם על סמך תחולתה הלכאורית של הפסקה השלישית לסעיף 6 בענייננו, דינן להידחות שכן נשמט הבסיס עליו נסמכו.

#### פסקה 6(4) לאמנה

443. פסקה 6(4) קובעת, בין היתר, כי מוגנים אשר שחרורם עשוי להתרחש לאחר המועדים המפורטים בסעיף, ימשיכו להנות בינתיים מתחולת האמנה.
444. ראשית, יצוין, כי המדינה אינה טוענת, כי הוראות האמנה ביחס למעצר של "מוגנים" מטעמי ביטחון, יפסיקו לחול באופן כולל, על עצורים שנתפסו למשל בתקופה של תפיסה לוחמתית, כאשר החזקתם נדרשת, נוכח התמשכות פעולות האיבה, גם לאחר סיום מצב הכיבוש. בפועל, כפי שהראנו לעיל, החזקתם של המערערים בענייננו, במציאות הנוכחית, מכוח חוק הלב"ח, עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה הרביעית.
445. שנית יודגש, כי מסעיף 6(4) עולה בבירור, כי האמנה מכירה באפשרות כי "מוגנים" מסוימים, למשל עצורים מטעמי ביטחון כדוגמת המערערים בענייננו, ישוחררו מאוחר יותר ממועד סיום הכיבוש או סיום פעולות הלחימה. על כן, ראתה היא לקבוע מפורשות, כי גם בזמן מעצרם, שלא בתקופת פעולות הלחימה או הכיבוש, הם יהנו מן ההגנות שקובעת האמנה. כבר בכך, יש בכדי לשמוט את הבסיס תחת טענות המערערים לפיהן עם תום ה"כיבוש" יש לשחררם. להלן נרחיב בנקודה זו, ונראה כי לא קיימת באמנת ג'נבה הרביעית כל חובה לשחרר את המערערים עם שינוי המצב העובדתי ביחס לרצועת עזה, אלא להיפך, האמנה עצמה מתירה את החזקתם גם במציאות הנוכחית.

#### 2. מועד שחרורם של עצורים המסכנים את ביטחון המדינה העוצרת, לרבות שבויי מלחמה ולוחמים בלתי חוקיים

446. כפי שציינו מוקדם יותר לעיל, את אותם אנשים המכונים "לוחמים בלתי חוקיים", כמו גם לוחמים "חוקיים" הזכאים למעמד של שבויי מלחמה עם נפילתם בידי היריב, ניתן להחזיק במעצר עד תום פעולות האיבה בין הצדדים. זאת, לאור העובדה, שכל עוד לא תמו פעולות האיבה, הרי שקיים סיכון ששיחרורו של איש הכוחות המזוינים המוחזק במשמורת, ישוב ליטול חלק במעגל הלחימה הנמשכת.

כך למשל, ראה דבריו של המלומד ג'ינקס, העוסק בשבויי מלחמה ובלוחמים בלתי חוקיים, שם הוא מציין בין היתר, את האפשרות להחזיקם במעצר במשך קיומן של פעולות האיבה:

"... POWs, even immune from criminal prosecution, may be deprived of their liberty because of their participation in the hostilities. That is, **all enemy combatants**, even if POWs, may be detained without criminal charge **for the duration of hostilities.**"

D. Jinks "The Declining Significance of POW Status", Harv. Int'l. L.J. vol 45, 367, 437.

447. ויודגש, כי המועד הרלבנטי לשחרורם של לוחמים בלתי חוקיים הוא תום פעולות האיבה, וזאת אף אם נניח כי חלות עליהם הוראות אמנת ג'נבה. זאת, בהתאם להוראות האמנה החלות ביחס למעצרו של כל "מוגן" מטעמי ביטחון. להלן, נסביר האמור בהרחבה, תוך שנתייחס להוראות הרלבנטיות לעניין משך החזקתם של אנשים מטעמי ביטחון באמנת ג'נבה הרביעית.

448. ראשית יצוין, כי סעיף 27, עליו הרחבנו לעיל, נוקט כאמור, בלשון רחבה באשר לאמצעי הביטחון והפיקוח בהם רשאי צד לסכסוך לנקוט כלפי המוגנים במהלך הסכסוך, במסגרתם ניתן גם להורות על כליאתו של מוגן המסכן את ביטחונו של צד לסכסוך. הסעיף אינו קובע מגבלות באשר למועדים בהם רשאי צד לסכסוך

להפעיל את האמצעים האמורים, וכל שנקבע במסגרתו הוא כי ניתן לנקוט באמצעים כאמור כפי שיתחייב כתוצאה מן הסכסוך.

באופן דומה גם הסעיפים האחרים באמנה המתייחסים לביצוע "internment" בשטח כבוש או בשטח של צד לסכסוך, אינם עוסקים במועד שחרור של העצורים. כך, סעיף 78, שהיה רלבנטי לעניין מעצרים של המערערים בתקופה בה נתונה היתה רצועת עזה בתפיסה לוחמתית, כלל אינו מתייחס למועד שחרורם של עצורים מכוחו (וזאת בניגוד, למשל לסעיף 77, אליו מפנים המערערים, ואשר אינו חל בעניינם, כפי שנראה בהמשך).

המועד לשחרורם של המערערים בענייננו (בהנחה וחלה עליהם אמנת ג'נבה הרביעית), מצוי, כפי שנוהג הדבר ביחס לכל עצור מטעמי ביטחון עליו חלה אמנת ג'נבה הרביעית, בהוראות סעיפים 132–134, המהווים חלק מן ההסדר הכולל, המפורט והאחיד שקובעת אמנת ג'נבה (בסימן IV לחלק השלישי לאמנה) ביחס לכל "מוגן" העצור מטעמי ביטחון.

449. בהתאם, נפנה עתה להוראות סעיפים 132 – 134, המצויות בסימן IV לחלק השלישי של אמנת ג'נבה (סעיפים 79 – 141), שכותרתן: "Regulation for the treatment of internees". יצוין, כי ההסדרים המצויים בחלק זה דומים להסדרים הקיימים בסוגיות השונות ביחס לשבויי מלחמה. לעניין זה ניתן לראות את הדברים שכותב ווטקין במאמרו :

"The Provisions governing internment in occupied territories apply equally in the territory of a Party to the conflict. This internment framework mirrors that which applies to prisoners of war. In this regard the Civilian Convention framework is a reflection of the approach applied to detained enemy aliens during both World Wars."

K. Watkin, Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy" Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Winter 2005 Number 2, at 52.

450. סעיף 132 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כדלקמן :

"Each interned person shall be released by the Detaining Power as soon as the reasons which necessitated his internment no longer exist...".

451. בדומה לעקרון הקבוע בסעיפים 27, 42 ו-78 לאמנה, קובע סעיף 132 כי יש להחזיק בכלואים העצורים מטעמי ביטחון רק כאשר בטחונה של המדינה העוצרת מחייב זאת וכי יש לשחררם מקום בו לא מתקיימים יותר הטעמים האמורים. וכפי שמתאר זאת פיקטה, בפרשנותו לסעיף :

"Expressed in very general terms, this rule forms the counterpart to the principle stated in Article 42 –i.e., that internment may be ordered only if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary.

סעיף 133 לאמנה ממשיך וקובע כדלקמן :

**"Internment shall cease as soon as possible after the close of hostilities.**

Internees in the territory of a Party to the conflict against whom penal proceedings are for offences not exclusively subject to disciplinary penalties, may be detained until the close of such proceedings and, if circumstances require, until the completion of the penalty. The same shall apply to internees who have been previously sentenced to a punishment depriving them of liberty.

By agreement between the Detaining Power and the Powers concerned, committees may be set up after the close of hostilities, or of the occupation of territories, to search for dispersed internees."

452. סעיף 133 מוסיף על האמור בסעיף 132 וקובע באופן מפורש כי מעצרים של מי שנעצרו בשל האיום הביטחוני שהיו לביטחונם של צד לסכסוך יגיע לסיומו, בהקדם האפשרי, **בתום פעולות האיבה**. הסעיף אף ממשיך וקובע, כי עצורים שתלוי ועומד כנגדם משפט פלילי על עבירות שאין עונשן עונש משמעת בלבד, מותר להחזיקם במעצר עד לתום ההליכים בעניינם, ואם הנסיבות דורשות זאת – עד שישלימו לרצות את עונשם. הוא הדין בעצורים שנדונו לפני כן לעונש מאסר. אף לאחר סיום פעולות האיבה וככל שהנסיבות דורשות זאת, ניתן להמשיך ולהחזיק במשמורת אסירים שנשפטו במשפט פלילי, עד שיסיימו לרצות את עונשם.

453. ההגיון העומד בבסיסו של העקרון הקבוע בסעיף 133 פשוט וברור. פעולות האיבה ופעילותו של עצור פלוני במסגרתן, הן מלכתחילה הגורם למעצרו. מכאן, שאין לשחרר, בטרם הסתיימו פעולות האיבה, את מי שישבו לאיים ולסכן את ביטחונם של הצד, אשר מחזיק בהם במעצר.

**תום פעולות האיבה**, הוא המועד הרלבנטי, לפי אמנת ג'נבה הרביעית, אם כן, בעניינם של מי שנכלאו במעצר מטעמי ביטחון, ובכלל זה בעניינם של לוחמים בלתי חוקיים (בהנחה ובאים הם בגדר המונח "מוגנים" לעניין תחולת האמנה הרביעית וההגנות הקבועות בה ביחס אליהם, כל זמן בו הם מוחזקים בידי הצד שכנגד).

454. על הרציונל האמור, המונח בבסיס הסעיף, עומד פיקטה בפרשנותו לסעיף 133:

"Since hostilities are the main cause for internment, internment should cease when hostilities cease."

455. יצוין, כי הכלל הקבוע בסעיף 133, עוגן גם במדריכים הצבאיים של צבאות זרים. כך למשל נקבע במדריך הצבאי הבריטי:

"Internment must cease as soon as possible after the close of hostilities or the end of occupation... Internees against whom judicial proceedings are pending may be detained until the conclusion of the proceedings and any custodial sentence. Disciplinary penalties do not affect release."

The manual of the Law of Armed Conflict, Edited by The UK Ministry of Defence (Oxford University Press), 251.

456. על העיקרון המעוגן בסעיף 133 חוזרים מלומדים שונים בכתובתם. כך למשל, כותב ווטקין:

"Notably, internees can be detained until **the end of the conflict** although they shall be released as soon as the reason for detention no longer exist." (Watkin, *supra* at 52).

גם המלומד **רונרס** מתייחס בדבריו לסעיף האמור, במסגרת מאמרו בעניין סיום הכיבוש בעירק:

"It is undoubtedly true that the laws of war provide that prisoners of war and interned persons shall be released without delay after the cessation of active hostilities. This clear rule is laid down in Article 118 of the 1949 Geneva Convention III, on prisoners of war; and Articles 132-134 of the 1949 Geneva Convention, on civilians: the key rule is in Article 133: 'Internment shall cease as soon as possible after the close of hostilities.'

Adam Roberts, *The End of Occupation: Iraq 2004*, 54 INT'L & COMP. L. QUAR (2005), 27, 45.

יצוין, כפי שמבהירים גם דבריו של רוברטס, כי הוראות סעיף 133 לאמנת ג'נבה הרביעית, עולות בקנה אחד גם עם הוראות המשפט הבין-לאומי, הקובעות כי יש לשחרר שבויי מלחמה לאחר סיום פעולות האיבה (סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית). בהקשר זה ניתן להביא את דבריו של פיקטה, ביחס לסעיף 133, האומר כד:

"... it is a rule important for civilian internees as for prisoners of war that internment should cease as soon as possible after the close of hostilities." (pictet, at 514).

הוראת סעיף 118 האמורה והוראת סעיף 133 מושתתות שתיהן על הגיון זהה וקובעות באופן דומה, כי אין לשחרר את מי שישוּב למעגל האיבה בטרם תם העימות בין הצדדים לסכסוך.

מכאן, שגם אילולא קבע זאת סעיף 133 במפורש, לא ניתן היה להעלות על הדעת כי שחרורם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם מקיימים את התנאים לצורך הגדרתם כשבויי מלחמה, יהיה קודם בזמן לשחרורם של לוחמים חוקיים; היינו, טרם סיום פעולות האיבה. לא יעלה על הדעת כי בעיצומן של פעולות האיבה ישוחרר מהמעצר מי שישוּב לפעול כנגד המעצמה העוצרת, מיד עם שחרורו.

תיזה זו, בדבר היות מעצרו של לוחמים בלתי חוקיים אנלוגי להסדר בדבר שבויי המלחמה, הועלתה גם במאמרם של אורנה בן-נפתלי ושון גלייצגויץ, אשר הוגש מטעם המערערים. בהתייחס למובאים מלבנון, כתבו המחברים בין היתר:

"With respect to the present appeal, the court may deduce a new norm that provides that the appellants, who are not prisoners of war under the language of the Third Geneva Convention, may nevertheless be held in Israel because **their status is analogous to that of prisoners whose internment until the cessation of hostilities is permissible**. The similarity between prisoners of war and captured guerilla combatants stems from the purpose of the norms of the 3rd Geneva Convention".

"Missing in Legal Action: Lebanese Hostages in Israel" 41 Harv. Int'l L.J. 185 (2000), 244-248, 250-251.

מן הכלל אל הפרט. כידוע, פעולות האיבה מצד ארגוני הטרור (הן בשטח בו פעלו המערערים, והן פעולות ארגון החזבאללה על שורותיו הם נמנים), טרם הסתיימו. תעיד על כך התקפתו של ארגון החיזבאללה כנגד ישראל בקיץ האחרון, במסגרתה הביא למותם ופציעתם של מאות ישראלים, תוך שהוא מכוון את התקפותיו לישוּבים ישראלים, מתוך מטרה לזרוע הרג בקרב אזרחים תמימים, ותוך הפרה בוטה של דיני הלחימה.

גם לאחר יציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה וסיום הממשל הצבאי ברצועה, ממשיכים ארגוני הטרור לבצע פעולות טרור כנגד אזרחי ותושבי מדינת ישראל, בין היתר, מתוך שטח רצועת עזה. במצב דברים זה, ולאור החומר המודיעיני שהוגש לבית המשפט הנכבד בעניינם של המערערים, ברי כי אם ישוחררו המערערים, הרי שישוּבו מיד למעגל הלחימה כנגד מדינת ישראל.

לאור האמור הרי שלא היתה קיימת כל חובה במשפט הבין-לאומי לשחרור המערערים עם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, כפי שנטען על-ידם. בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי, ניתן להחזיק את הנמנים על שורות הכוחות המזוינים של הצד שכנגד, ובכלל זה לוחמים בלתי חוקיים, עד תום פעולות האיבה. הדבר מעוגן ובא לידי ביטוי גם בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית. כך הוא הדבר גם במקום בו מסתיימות פעולות האיבה לפני שמסתיימת התפיסה הלוחמתית של צד אחד לסכסוך בשטחו של האחר. באופן דומה, ומדין קל וחומר, שכך הוא הדבר מקום בו מגיעה לקיצה התפיסה הלוחמתית, בטרם הסתיימו פעולות האיבה בין הצדדים לסכסוך המזוין, כפי שהדבר בענייננו.

כל תוצאה אחרת אינה מתקבלת על הדעת, שכן שיבתם למעגל הלחימה של לוחמים בלתי חוקיים, כדוגמת המערערים בענייננו, שהינם פעילי טרור, עלולה לסכן את בטחון המדינה. יתרה מכך, יתכן ששחרורם של המערערים עלול לסכן את ביטחון המדינה אף יותר משחרורו של לוחם "חוקי" כל זמן שלא נסתיימו פעולות האיבה (שכן בעוד האחרון נוהג בהתאם לדיני המלחמה ומנהיגה, הרי שהראשון סביר שימשיך בדרך הטרור, הכרוכה מטבעה בהפרה שיטתית של דיני הלחימה, והמאופיינת בפגיעה מכוונת באזרחים תמימים).



460. המערערים מנסים לבסס את החובה לשחררם על הוראת סעיף 134 לאמנה. סעיף 134, קובע כדלקמן:

"The High Contracting Parties shall Endeavour, upon the close of hostilities or occupation, to the return of all internees to their last place of residence, or to facilitate their repatriation."

461. ואולם, כפי שניתן לראות, כל שקובע סעיף 134 הוא, שעל הצדדים לסכסוך לפעול, בתום פעולות האיבה, א בתום הכיבוש, היינו, בהתאם למועד הרלבנטי בנסיבות העניין, להשבת כל העצורים למקום מגוריהם האחרון. ודוק – לא רק שסעיף זה אינו קובע עקרון שונה מזה שנקבע כאמור בסעיף 133, אלא שסעיף זה עולה בקנה אחד עם העקרון הקבוע בסעיף שקודם לו, שכן הוא מציין שעל הצדדים לסכסוך לפעול להשבת העצורים למקום מגוריהם האחרון, עם תום פעולות האיבה.

462. המערערים מתעלמים מלשונו המפורשת של סעיף 134, המתייחסת לשני מועדים שונים – סיום פעולות האיבה וסיום הכיבוש; למותר לציין כי המועד הרלבנטי במצב המשפטי בענייננו, הוא מועד תום פעולות האיבה.

המערערים מתעלמים בטיעוניהם באופן בולט גם מלשונו המפורשת של הסעיף הקודם לסעיף 134 – הוא סעיף 133 - שהוא כאמור הסעיף המרכזי לעניין שחרור כלואים כדוגמת המערערים, והוא הקובע את הכלל המשפטי החל בענייננו.

463. עוד יצוין ביחס לסעיף 134, כי סעיף זה אינו קובע כלל קטיגורי כלשהו, אלא ממליץ, כי הצדדים המעורבים בסכסוך יעשו כ"מיטב יכולתם", בתום העימות, להשבת העצורים למקום מגורם הקודם. לעניין זה ניתן לראות למשל את דבריו של פיקטה, כפי שהם מובאים בפרשנותו לסעיף 134:

"Whatever the case may be, the Article as it stands recommends that the "High Contracting Parties" (i.e., any of the Parties it might concern) shall assist in carrying out two courses of action which might return matters to normal, i.e., the return of internees to their last place of residence or their repatriation."

464. לאור האמור, הרי שניסיונם של המערערים לבסס את הטענה, לפיה יש לשחרר את המערערים, על הוראת סעיף 134 (יחד עם סעיף 77 לאמנה, שאליו נתייחס להלן), דינה להידחות.

465. לסיכום חלק זה, נאמר כי הכלל הנורמטיבי לעניין שחרורם של המערערים, היה ואמנם אמנת גינבה חלה בעניינם, מצוי בסעיף 133 לאמנת גינבה. כמו כן, ניתוח ההוראות הרלבנטיות לעניין שחרורם של כלואים מן הסוג עליו נמנים המערערים בענייננו, (קרי- כלואים המוחזקים במעצר במהלך פעולות איבה, בשל הסיכון הביטחוני שהם מהווים כלפי הצד האחר לסכסוך) מעלה בבירור כי כלואים אלו ישוחררו אך עם תום פעולות האיבה, אשר בגינתן נעצרו מלכתחילה. תוצאה זו הינה היחידה המתיישבת עם השכל הישר, עם לשון הסעיף, עם מטרת הסעיף ועם תקנת הציבור.

### 3. סעיף 77 לאמנה - מסירת כלואים עם סיום הכיבוש

466. המערערים מוסיפים וטוענים כי יש לשחררם בהתבסס על סעיף 77 לאמנה. לטעמנו, אף דינה של טענה זו להידחות, נוכח הניתוח המובא לעיל בדבר המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית לעניין שחרורם של המערערים, וכן מן הטעמים שיפורטו להלן. סעיף זה אינו רלבנטי לענייננו כלל ועיקר, וזאת משתי סיבות עיקריות.

467. ראשית, כפי שיוסבר מיד, הסעיף כלל לא עוסק בעצורים מנהליים אלא הוא חל רק על "עצורים פליליים".

468. שנית, המועד הרלבנטי לשחרורם של כלואים לפי סעיף 77 - שהוא מועד "תום הכיבוש" - גם הוא אינו רלבנטי לענייננו, היינו למציאות בה ממשיות להתנהל פעולות איבה, לאחר שהכיבוש עצמו תם, ולמציאות שבה עצם ההחזקה איננה מסתמכת על דיני התפיסה הלוחמתית ועל קיומה של תפיסה לוחמתית, אלא על דיני העימות המזוין ועל קיומו של מצב של עימות.

469. סעיף 77 לאמנת גינבה קובע כדלקמן:

"Protected persons who have been accused of offences or convicted by the courts in occupied territory, shall be handed over at the close

of occupation, with the relevant records, to the authorities of the liberated territory".

470. מספר דברים עולים בבירור מהוראת סעיף 77 לאמנה. ראש וראשון, מלשון סעיף זה עולה באופן מפורש וחד משמע, כי הוא חל אך ורק על תושבי השטח הכבוש שהואשמו או הורשעו על-ידי בתי המשפט בשטח הכבוש. משמע, סעיף זה רלבנטי אך למי שהתנהל בעניינו הליך פלילי; היינו, מי שהוגש נגדו כתב אישום וטרם ניתנה הכרעת דינו, אשר עד לנתינתה ולסיום ההליכים נגדו מוחזק הוא, מטעמים שונים, במעצר, או מי שהורשע זה מכבר בפלילים על-ידי בית משפט בשטח הכבוש.
471. סעיף זה אינו רלבנטי כלל ועיקר למי שמוחזק במעצר שלא במסגרת הליך פלילי, בשל האיום שהוא מהווה לביטחונו של צד לסכסוך או בשל השתתפותו בפעולות האיבה כלוחם בלתי חוקי, ואשר לא הוגש נגדו כתב אישום כלשהו.
- הסעיף הרלבנטי למעצר מכוח סמכותה של רשות מנהלית בסימן בו מצוי סעיף 77 - החל במצב של תפיסה לוחמתית - אינו סעיף 77 כאמור, אלא הסעיף הבא אחריו - הוא סעיף 78. לעניין זה ניתן לראות אף את דבריו הברורים של פיקטה ביחס לסעיף 78, המבהירים את השוני בין סעיף 78 לסעיף 77:
- "Unlike the Articles which come before it, Article 78 relates to people who have not been guilty of any infringement of the penal provisions enacted by the Occupying Power, but that Power may, for reasons of its own, consider them dangerous to its security and is consequently entitled to restrict their freedom of action."
- Jean S. Pictet, Commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 368
472. מכאן נובע, כי **סעיף 77 כלל אינו רלבנטי לעניינם של המערערים**. עובר לסיום הממשל הצבאי ברצועת עזה הוחזקו המערערים במעצר מנהלי מכוח צו מעצר מנהלי, שהוצא כנגדם בתוקף סמכותו של מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה. המערערים לא הוחזקו במעצר או מאסר מכוח צו שיפוטי, אשר הוצא נגדם במסגרת הליך פלילי; כנגד המערערים לא התנהל כל הליך פלילי בבית המשפט הצבאי באזור חבל עזה, עת היה נתון אזור זה בתפיסה לוחמתית - לא הוגש בעניינם כתב-אישום, ולא ניתנה בעניינם הכרעת דין מרשיעה. כאמור, סעיף 77 חל אך ורק על מי שנשללה חירותו בעקבות הגשת כתב אישום נגדו וכל עוד מתנהלים ההליכים בעניינו או ביחס למי שהורשע בתום המשפט שהתקיים בעניינו, וממילא, הוא אינו רלוונטי למערערים.
473. מעבר לדרוש יצוין, כי אף אם היו המערערים מוחזקים במאסר מכוח פסק דין שנתן בית המשפט הצבאי באזור חבל עזה עובר לסיום הממשל הצבאי, גם אז, לעמדת המדינה, לא היתה קיימת מניעה משפטית, גם לא לפי סעיף 77, להמשיך ולהחזיק אותם במאסר בישראל.
474. זו היא עמדת המדינה כפי שפורטה בתגובה שהוגשה ביום 2.10.05 לבית המשפט העליון, במסגרת **בג"ץ 8849/05 ח"כ ד"ר אחמד טיבי נ' מדינת ישראל**. בעתירה זו מבקשים העותרים להורות למדינה להעביר את כל האסירים שהורשעו בבית המשפט הצבאי בארץ לידי הרשות הפלסטינית, וזאת בשל סיום הכיבוש ברצועת עזה. התיק עודנו תלוי ועומד בבית המשפט העליון.
- צילום תגובת המדינה בבג"ץ 8849/05 מצורף ומסומן **מש/6**. לתגובה זו מצורפים גם נספחי תגובת המדינה שהוגשו באותו התיק, המסומנים מש/1-4, וכן מצורפים תגובה משלימה והודעת עדכון שהוגשו באותו תיק.
475. מכל מקום, אין צורך להרחיב בסוגייה זו בענייננו, שכן כפי שהראינו לעיל, המערערים, אשר עובר לסיום הממשל הצבאי ברצועת עזה הוחזקו במעצר מנהלי, בכל מקרה אינם נופלים בגדרו של סעיף 77 והוא אינו חל בעניינם.
476. על אף האמור, טוענים המערערים, בפסקה 10 לסיכומיהם, כי "סעיף 77 חל הן על אסירים שהורשעו בבית משפט והן על מי שהואשמו או הוחשדו בביצוע עבירות, כולל אלה שהוחזקו במעצר מניעתי (הווה אומר מעצר מנהלי)". כלומר, לטענת המערערים, ובניגוד ללשונו המפורשת של סעיף 77, עליה הרחבנו לעיל, חל סעיף 77 גם על עצורים המוחזקים מטעמי ביטחון, אשר לא נערך בעניינם כל הליך פלילי. טענה זו מנסים העותרים לבסס על דברים שאומר פיקטה במסגרת פרשנותו לסעיף 77, תוך הפניה לעמ' 366 בספרו:

"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."

477. אם כן, טיעונם של המערערים, לפיו חל בעניינם סעיף 77, כלל אינו מתבסס על סעיף 77 עצמו, וכל שהם נתלים עליו לצורך טענתם זו, הינן המילים "in preventive detention", בהן עושה פיקטה שימוש, עת הוא מסביר כי סעיף 77 חל על מי שהואשם בעבירות ("accused of offences").
478. אולם, מקום בו לשון הסעיף ברורה כל-כך, גם את דבריו של פיקטה יש לקרוא בהקשר בו הם נאמרים. כאמור, סעיף 77 חל על שני סוגים של אוכלוסיות – מי שהואשמו בביצוע עבירות ("accused of offences") ומתנהל נגדם הליך פלילי, אשר במהלכו ועד לסיומו מוחזקים הם, מטעמים שונים, במעצר ("מעצר עד תום ההליכים" שהוא אכן מעצר מניעתי באופיו), ומי שההליך בעניינם הסתיים וניתן נגדם פסק דין מרשיע ("convicted by the courts"), וכעת הם מרצים את עונשם.
479. פיקטה, בפרשנותו לסעיף 77, מתייחס לאותן אוכלוסיות בדיוק ועושה שימוש באותם מונחים בהם נוקט סעיף 77. מכאן, שגם את המילים "in preventive detention", בהן עושה הוא שימוש בסמוך למילים "accused of offences", יש לקרוא בהקשר בו הן נאמרות; לכן, ברור כי מדובר במי שהואשם בביצוע עבירות וטרם ניתנה בעניינו הכרעת דין מרשיעה, המוחזק במעצר מניעתי בשל מסוכנותו ועל מנת שימנע מלשוב על מעשיו או על-מנת למנוע הימנו לשבש הליכי משפט וכיוצ"ב, מטרות עימן מתמודד הליך המעצר עד תום ההליכים. מובן וברור הוא, כי אין הכוונה למי "שהוחשד בביצוע עבירות" ומוחזק במעצר מניעתי - השווה ל"מעצר מנהלי", כפי שטוענים המערערים (וראה לעיל את הציטוט שהובא מדברי פיקטה, ביחס לסעיף 78 לאמנה, המבהירים כי זו הייתה כוונתו).
480. יפים לעניין זה דבריו הנוקבים של ווטקין, העוסקים במעצרים של מי ש"הואשמו בביצוע עבירות" ("accused of offences") - המונח בו נעשה שימוש בסעיפים 76 ו-77 לאמנת ג'נבה. ווטקין מבהיר, כי המונח האמור, משמעו מעצר של מי שהוגש נגדו כתב-אישום, תוך שהוא מאבחן בין עצור כאמור לבין מי שנעצר בשל האיום הביטחוני שהוא מהווה כלפי צד לסכסוך או מי שהשתתף בפעולות האיבה כלוחם בלתי-חוקי, אשר לא הוגש נגדו כתב-אישום. ובלשונו:
- "In a fashion similar to domestic jurisdiction, it allows for pre-trial detention of persons accused of offenses. Such persons are distinct from those who are threats to security or who have participated in hostilities as unprivileged belligerents, but for whom no charges are contemplated at that stage." (Watkin, supra at 53).
- נשוב ונדגיש, כי גם טענתם של המערערים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסקה 10 לסיכומיהם, לפיה חל סעיף 77, בנוסף על מי שהורשע ומי שהואשם בביצוע עבירה, גם על מי ש"הוחשד בביצוע עבירות", גם אם אין הליך פלילי בעניינו, אינה מוצאת שום אחיזה בנוסח הסעיף עצמו.
- כן נשוב ונבהיר, כי סעיף 77 מתייחס באופן מפורש לשתי אוכלוסיות כלואים בלבד - מי שהורשעו זה מכבר בביצוע עבירות על-ידי בית משפט וההליך בעניינם תם, ומי שהואשמו בביצוע עבירות, וההליך בעניינם טרם הגיע לקיצו. מכאן, שסעיף 77 אינו חל על האוכלוסייה הנוספת של אלו ש"הוחשדו" בביצוע עבירות מבלי שננקט בעניינם הליך פלילי, אליה מתייחסים המערערים בסיכומיהם. לפיכך, גם בטענתם זו אין כדי להוות בסיס לתחולת הסעיף על מי שמוחזק במעצר מכוח צו **מנהלי** (בניגוד לצו או החלטה **שיפוטי**, בו עוסק סעיף 77).
481. לסיום הדיון בסעיף 77 לאמנה, ולאחר שעמדנו על ניתוח האוכלוסיות עליהן חל, חשוב להבהיר, למען דיוקם של דברים, נקודה נוספת ביחס לסעיף האמור. כפי שעולה בבירור מהוראת סעיף 77, מאסרם של מי שנדונו על-ידי בתי משפט בשטח כבוש אינו מתבטל בשל סיום הכיבוש, ועל האסירים להמשיך ולרצות את עונשיהם. לפיכך, קובע הסעיף כי האסירים המוחזקים על-ידי המעצמה הכובשת צריכים להיות מועברים להמשך ריצוי עונשם לידי רשויות השטח המשוחרר, ביחד עם הרשומות הנוגעות להם.
482. סעיף 77 אינו קובע, כי הכלואים הנמנים על האוכלוסיות עליהן חל, ישוחררו לחופשי עם פינוי השטח הכבוש. כל שקובע הסעיף הוא, שעם סיום הכיבוש יימסרו/יועברו ("handed over") הכלואים עליהם חל הסעיף, ביחד עם הרשומות הנוגעות להם, לידי רשויות אחרות - הן רשויות השטח הכבוש. זאת, לצורך המשך ריצוי המעצר או המאסר בידי רשויות השטח המשוחרר.
- גם פיקטה, אשר לפרשנותו לסעיף 77 מפנים המערערים עצמם, כותב מפורשות שכלואים המוחזקים בידי

המעצמה הכובשת יועברו/יימסרו ("handed over") לידי "רשויות השטח המשוחרר". ואולם, בשום מקום פיקטה אינו כותב כי העצורים והאסירים עליהם חל סעיף 77 ישוחררו לחופשי.

483. לאור האמור, הרי שגם טענת המערערים, לפיה סעיף 77 קובע "עקרון... בדבר שחרור העצירים והאסירים על-ידי המעצמה הכובשת, עם סיום הכיבוש", כלל אינה מתיישבת עם לשון סעיף 77 ועם התכלית העומדת בבסיסו. מכאן, שגם אם סעיף 77 היה חל בעניינם של המערערים (וכפי שראינו, אין הדבר כך), הרי שלא נכון היה לטעון כי יש חובה לשחררם, אלא לכל היותר, היה מקום לטעון כי יש להעבירם להמשך המעצר לידי הרשות שקיבלה לידה את הסמכות החוקית בשטח, ולשם כך יש כמובן להשתכנע כי הרשות השולטת בשטח המשוחרר אכן תמשיך להחזיקם במעצר (דבר שכמובן לא יתקיים בענייננו).

בנוסף, כאמור, גם לו היה חל סעיף 77 באופן עקרוני על המערערים, עדיין לא היה הוא מועיל להם, שכן המועד הרלבנטי לשחרורם של כלואים לפי סעיף 77 - שהוא מועד "תום הכיבוש" - אינו רלבנטי לענייננו, היינו למציאות בה ממשיכות להתנהל פעולות איבה, לאחר שהכיבוש עצמו תם, ולמציאות שבה עצם ההחזקה איננה מסתמכת על דיני התפיסה הלוחמתית ועל קיומה של תפיסה לוחמתית, אלא על דיני העימות המזוין ועל קיומו של מצב של עימות.

484. כל הדרכים מובילות אם כן, למסקנה, כי הסעיף המסדיר את סוגית שחרורם של המערערים (בהנחה וחלה עליהם אמנת ג'ינבה הרביעית) הוא סעיף 133 לאמנה, ולפיו רשאית המדינה להחזיק בכלואים עד למועד סיום פעולות האיבה.

485. בשלב זה, לאחר שניתחנו את הבסיס המשפטי להחזקתם של המערערים במעצר במציאות כיום, ועמדנו על חוקיות החזקתם במשמורת ישראלית כל עוד לא הסתיימו פעולות האיבה, נעבור עתה לניתוח סוגיית מקום החזקתם של המערערים.

#### חלק ג' - כליאת המערערים בשטח ישראל לאחר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה

486. לטענת המערערים, "המשך כליאתם... בשטח ישראל, לאחר ביטול הממשל הצבאי, עומד בניגוד גמור לסעיף 49 לאמנת ג'ינבה הרביעית האוסר על גירושו של תושב השטח הכבוש לשטח המעצמה הכובשת, בין אם הוא עצור ובין אם הוא משוחרר." המערערים מוסיפים וטוענים, כי "המשך כליאתם של המערערים בשטח ישראל, לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה, עומד אף בניגוד לסעיף 76 לאמנת ג'ינבה הרביעית, האוסר על החזקתו של תושב השטח הכבוש במעצר בשטח המעצמה הכובשת".

487. להלן נראה כי דינן של שתי טענות אלה להידחות, ותחילה נתייחס לטענה העוסקת בסעיף 76 לאמנה. כפי שנראה להלן, בדומה לסעיף 77 עליו הרחבנו לעיל, הרי שגם סעיף 76 לאמנת ג'ינבה הרביעית אינו רלבנטי לעניינם של המערערים, והוא לא היה רלבנטי לעניינם גם במהלך שנות קיומו של הממשל הצבאי ברצועת עזה, כך שהחזקתם בשטח ישראל במסגרת תקופת מעצמם כולה הינה כדין.

488. כפי שצינו לעיל, כל עוד היתה נתונה רצועת עזה בתפיסה לוחמתית, ובמישור המשפט הבין-לאומי חלו לכאורה על המשיבים הוראות אמנת ג'ינבה הרביעית (ככל שהן אכן חלו עליהם), הרי שהוראות האמנה שהסדירו את מעצמם ללא משפט של המערערים, נוכח טעמי הביטחון שחיבו זאת, היו הוראות סעיפים 27, 78 ו-79 ואילך.

ראינו לעיל, כי גם לאחר סיום התפיסה הלוחמתית ברצועה עזה, הסמכות להחזיק את המערערים, שהם לוחמים בלתי חוקיים, עומדת בעינה; וככל שחלה על המערערים אמנת ג'ינבה הרביעית, הרי שביחס למעצמם רבלנטיות ההוראות הקבועות בסימן 4 לחלק השלישי לאמנת ג'ינבה, שכותרתו "Regulation for the treatment of internees", קרי הוראות סעיף 79 ואילך, לרבות הסטנדרטים הקבועים בסעיפים 41 - 43, אליהם מפנה סעיף 79, וכן הוראת סעיף 27. נמצא, כי סעיף 76 לאמנה ודאי שאינו חל עליהם כיום.

489. ואולם, גם עובר לסיום הממשל הצבאי ברצועת עזה לא חל סעיף 76 על עצורים כדוגמת המערערים, שכן סעיף 76 אינו חל בעניינם של עצורים המוחזקים בידי המעצמה הכובשת מטעמי ביטחון (היינו, עצורים המוחזקים מכוח סעיף 78 לאמנה, המוזכר לעיל). מלשון סעיף 76 ניתן לראות בבירור, כי סעיף זה חל על אותן אוכלוסיות בדיוק עליהן חל סעיף 77:

"Protected persons accused of offences shall be detained in the occupied country, and if convicted they shall serve their sentences therein."

490. סעיף 76, אם כן, בדומה לסעיף 77, חל על מי שהואשמו בביצוע עבירות ("accused of offences") ונעצר במסגרת ההליך הפלילי המתנהל נגדם, ועל מי שהורשעו ("convicted") ונידונו למאסר. לפיכך, גם סעיף זה אינו חל בעניינם של כלואים המוחזקים בשל צרכי ביטחון, ולא בעקבות כתב אישום או הרשעה שניתנו נגדם.

491. נוסף על האמור, סעיף 79 לאמנה, המצוי בסימן ד' לחלק השלישי לאמנה (המסדיר הוראות לטיפול באנשים העצורים מטעמי ביטחון) קובע כי הצדדים לסכסוך לא יחזיקו "מוגנים" במעצר אלא בהתאם לסעיפים 41, 42, 43 ו-78 (כך, למשל, מעצר שכזה אמור להיבחן על-ידי בית משפט או גוף מנהלי, באופן תקופתי וכדומה). סעיף 76 אינו מצוי בין הסעיפים המפורטים בסעיף זה. העדר אזכור של סעיף 76 בשורת הסעיפים המנויים בסעיף 79, מורה על אי-תחולתו של סעיף 76 על כלואים כדוגמת המערערים (בהנחה שחלה עליהם בכלל האמנה הרביעית), המוחזקים בידי צד לסכסוך מטעמי ביטחון.

כך נאמר גם בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב (3), 801, בעמ' 812, אשר עסק במעצרו המנהלי של תושבי איו"ש ואזח"ע, אשר הוחזקו בשטח ישראל.

492. במצב דברים זה, לאור העובדה שפרט לסעיף 76 (העוסק באנשים נגדם מנוהל הליך פלילי), לא קיימים באמנת ג'נבה כל איסור או מגבלה ביחס למקום החזקתם הגיאוגרפי של כלואים במסגרת סכסוך, ונוכח העובדה שסעיף זה אינו חל בענייננו, כפי שהובהר לעיל, הרי שלא קיימת כל מגבלה במישור המשפט הבין-לאומי ביחס למקום החזקתם של המערערים, וניתן להחזיקם בישראל. כך היה הדבר בטרם הסתיים הממשל הצבאי. לא כל שכן, כך הוא הדבר היום, לאחר סיום הממשל הצבאי, שעה של ישראל אין אף שום אפשרות מעשית להחזיק את העצורים תושבי רצועת עזה שמסכנים את ביטחונה, בשטח הרצועה.

מסקנה זו היא גם המסקנה היחידה המתיישבת עם השכל הישר, שכן איסור על החזקת אותם אנשים שמסכנים את ביטחון המדינה ומעורבים בפעולות האיבה, בשטחה של המדינה, יש בו כדי לאיין את עצם סמכותה של המדינה העוצרת, במשפט הבין-לאומי, להחזיק במשמורת את מי שמסכנים את ביטחונה, ולמנוע מהם לשוב וליטול חלק בלחימה נגדה. לחלופין, הדבר מחייב כי המדינה העוצרת תתפוס שטח אך ורק לשם הקמת מתקני כליאה לעצורים. ברי כי אין בכך כל הגיון.

יצוין, כי כך נוהג הדבר גם ביחס לשבויי מלחמה, המוחזקים ככלל בשטחו של הצד לסכסוך המחזיק בהם, ולא בשטחו של הצד לסכסוך על שורותיו הם נמנים. הטעמים לכך הינם ברורים, וזאת בעיקר שעה שזוכרים אנו, כי הן ביחס לאנשים שנעצרו מטעמי ביטחון, עליהם חלות הוראות אמנת ג'נבה הרביעית, והן ביחס לשבויי מלחמה, מדובר לרוב במעצר מתמשך ולא במעצר רגעי.

לעניין זה ראה למשל מדריך הצבא הבריטי בפרק העוסק בשבויי מלחמה:

"Internment of Prisoners of War

Prisoners of war are normally interned in prisoners of war camps controlled by the Capturing Power. However, they may be interned in prisoners of war camps in a neutral country..."

The manual of the Law of Armed Conflict, Edited by The UK Ministry of Defence (Oxford University Press) (2004), 158.

בעניין זה ניתן להפנות גם לדבריו של ד"ר שינדורף, העוסק בסכסוך מזוין של מדינה מול ארגונים לא מדינתיים, כדוגמת ארגוני הטרור, סכסוך אותו הוא מכנה "extra state armed conflict". במסגרת זו הוא מציין, בין היתר, כי אנשי אותם הכוחות הלא-מדינתיים שנתפסים ונעצרים, נלקחים ככלל מן השטח בו הם מתגוררים למדינה אחרת, שאינם אזרחיה:

"Battlefield detainees in extra-state armed conflicts are often taken from the territory in which they reside to another country of which they are not citizens."

493. לסיכום, ברור בעליל כי סעיף 76 לאמנה אינו חל על המערערים. אשר לסעיף 49 לאמנה - סעיף זה עניינו באיסור על גירוש תושבי השטח הכבוש אל מחוץ לשטח זה. סעיף זה כלל אינו רלבנטי ביחס לאדם שנשללה חירותו נוכח מעורבותו בפעולות האיבה או מטעמי ביטחון אחרים, ואין בו כדי לפגוע בסמכות המדינה להחזיקו בשטחה, בכל דרך שהיא. במילים אחרות, אין ולא כלום בין האיסור על גירוש לבין החזקתם של מי שמסכנים את ביטחון המדינה העוצרת בשטחה.

494. טענתם של המערערים, לפיה אסור להחזיקם בשטח מדינת ישראל, שכן הדבר מהווה גירוש, הינה אבסורדית, ומטרתה לשלול מישראל את עצם האפשרות להחזיקם במעצר, בשטחה, דבר אשר היא זכאית לו. למה דומה טענתם האמורה של המערערים - לטענתו של אסיר זה, המוחזק בישראל בגין ביצוע עבירה, לגביה מסורה סמכות שיפוט למדינת ישראל, אשר יטען כי החזקתו בישראל נעשית בניגוד לזכותו לצאת מן הארץ ולחזור לארצו, ולפיכך מהווה היא "גירוש" שלו ממולדתו. ברי כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם ההגיון.

495. כפי שראינו לעיל, אין כל איסור על החזקתם של מי שמסכנים את ביטחון המדינה או מעורבים בלחימה נגדה, בשטחה. ההיפך הוא הנכון. אם מותר למדינה להחזיק את מי שמסכנים את ביטחונה במציאות של לחימה, וזאת עד תום פעולות האיבה, הרי שלא ניתן לאיין סמכות זו על ידי הטענה, כי החזקתם של אנשים כאמור לא יכולה להיעשות בשטחה של המדינה העוצרת.

מעבר לכך, ניתן לראות כי סעיף 49 אינו נמנה גם הוא על הוראות אמנת ג'נבה הרביעית החלות ביחס לעצורים המוחזקים מטעמי ביטחון, והמנויות בסעיף 79 לאמנה. והרי, לו היתה כוונה למנוע "גירוש" של מוגנים המוחזקים במשמורת מטעמי ביטחון, היה מקום להפנות גם לסעיף זה.

496. מן הראוי להוסיף ולציין כי המערערים מוחזקים במעצר מכוח חוק ישראלי, וממילא, אף לו היתה מתחייבת מסקנה אחרת מהוראות הדין הבין-לאומי (ואין זה כך, כאמור), לא היתה כל עילה לשחררם מהמעצר בו הם מוחזקים.

497. לסיכום, לאור כל האמור, הרי שיש לדחות גם את טענות המערערים ככל שהן מתייחסות לאיסור, האוסר כביכול להחזיקם בשטח ישראל במציאות שלאחר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה.

### **סיכום וסיום**

498. נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את טענותיהם של המערערים, ולקבוע כי אין לבטל את צווי הכליאה שהוצאו על-ידי הרמטכ"ל.

היום, י"א אדר, תשס"ז  
1 מרץ, 2007

**יובל רויטמן**  
**סגן לפרקליט המדינה**

**שי ניצן**  
**המשנה לפרקליט המדינה**  
**לתפקידים מיוחדים**