

בערעור נמחקן פרטים הנוגעים לשני המערערים ואשר נידונו  
בדלתיים סגורות. מספרי הסעיפים והעמודים נשמרו

ע"פ 06 / 6659

בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט לערעורים

לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי  
חוקיים התשס"ב – 2002

1. פלוני

2. פלוני

שניהם על ידי ב"כ עוה"ד הישאם אבו שחאדה (מ.ר. 18909)  
מרחוב דניאל פריש 8, תל-אביב 64731  
טל. 03-6958512, פקס. 03-6959783, נייד 054-4664729

מטעם המוקד להגנת הפרט, עמותה רשומה  
ע"ש לוטה זלצברגר ז"ל

המערערים

- נ ג ד -

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות מחוז מרכז  
רחוב הנרייטה סולד 1, תל-אביב

ו/או פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, רחוב צלאח אל-דין 29, ירושלים

המשיבה

כ ת ב ע ר ע ו ר

/2...

## הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על שתי החלטות כבוד בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו (כבוד השופט כספי), הראשונה מיום 16.7.06, ושהועמדה לעיון המערערים ב- 19.7.06, והשנייה מיום 19.7.06. שתי ההחלטות ניתנו ב-ב"ש 90512/06, וב-ב"ש 90513/06, ואשר לפיהם, בקליפת אגוז :

- א. צוי הכליאה שהוצאו כנגד שני המערערים מטעם הרמטכ"ל ב- 12.9.05 ימשיכו לעמוד בעינם גם בתקופת הביקורת השיפוטית השנייה.
- ב. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב- 2002 הוא חוקתי ואין להורות על בטלותו, או בטלות סעיף מסויים ממנו ;
- ג. אין להורות על שחרורם של שני המערערים לאחר ועקב ביטול הממשל הצבאי על חבל עזה ;
- ד. נדחתה הטענה של המערערים, כי בהעדר אפשרות לשחררם, יש לנקוט כנגדם באמצעי מעצר שפוגע בזכויותיהם במידה קטנה יותר מחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הווה אומר, לעוצרם במעצר מינהלי מכח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979.

הערעור מופנה נגד כל אחת ואחת מהקביעות הנ"ל.

## תמצית הערעור

1. שני המערערים הם תושבי עזה שהוחזקו במעצר מינהלי לפי צווי מעצר שהוציא מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה. ...
2. ב- 12.9.05 מפקד כוחות צה"ל לאזור חבל עזה חתם על מנשר בדבר ביטול הממשל הצבאי על עזה. באותו היום הרמטכ"ל חתם על צוי כליאה כנגד שני המערערים לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002 (להלן "צוי הכליאה") ובכך שונה מעמדם מ- "עצירים מינהליים" ל- "לוחמים בלתי חוקיים", מכח החוק הנ"ל.
3. המערערים טענו בפני כבוד בית משפט קמא שורה של טענות משפטיות :
  - א. יש להורות על שחרורם של שני המערערים ולהתיר להם לחזור לעזה וזאת עקב ביטול הממשל הצבאי הישראלי על עזה, דבר המתחייב מכח סעיפים 77 ו- 134 לאמנת ג'נבה הרביעית. כמו כן, נטען כי המשך החזקתם במעצר בשטח ישראל לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה מפר את הוראות סעיפים 49 ו- 76 לאמנת ג'נבה הרביעית.
  - ב. יש להורות על שחרורם של שני המערערים ולבטל את צוי הכליאה שהוצאו כנגדם הואיל וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002, שהוא המקור החוקי להוצאת צוי הכליאה, הוא בלתי חוקתי ויש להורות על ביטולו.

ג. באם ידחו שתי הטענות הנ"ל, ולא יהיה מנוס, מבחינת הצרכים הביטחוניים של מדינת ישראל, אלא להמשיך ולהחזיק את המערערים במעצר, אזי, יש לעוצרם על פי אמצעי מעצר שפוגע בזכויותיהם במידה קטנה יותר מצוי הכליאה, הווה אומר במעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

טענה זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי המדינה העדיפה בעבר להחזיקם במעצר מינהלי כאשר באותה עת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים היה כבר ממילא בתוקף וניתן היה לעשות שימוש בו, אך המדינה העדיפה בכל זאת לעוצרם במעצר מינהלי, ולא להוציא נגדם צוי כליאה לפי החוק.

ד. אין תשתית עובדתית מספקת בידי המדינה, בין בחומר הגלוי ובין בחומר החסוי, להצדיק את המשך כליאתם של המערערים.

4. הטענות הנ"ל פורטו בהרחבה במסגרת סיכומים בכתב שהוגשו מטעם הצדדים ותגובות בכתב מכל צד על סיכומי האחר. בערעור זה מועלות סוגיות חוקתיות וערכיות הנוגעות ללב לבה של הדמוקרטיה בישראל ולמשמעות שמקבל ערך "החרות" בדין החל בישראל ובמשפט הבינלאומי.

5. כבוד בית משפט קמא דחה את כל טענותיהם של המערערים. מכאן הערעור.

### מבנה הערעור

6. הערעור יחולק לשישה חלקים. כל חלק יחולק לפרקים. בפרקים מסוימים יהיו גם פרקי משנה. על מנת לשמור על רציפות המספור של הפרקים השונים בערעור, מספרי הפרקים יהיו עוקבים בין כל חלקי הערעור.

#### עמוד

#### תוכן עניינים

8...

חלק ראשון : עיקרי הערעור

=====

12...

חלק שני : רקע עובדתי וההליכים המשפטיים עד כה

12...

פרק א : רקע עובדתי לגבי המערערים והחזקתם במעצר מינהלי בעבר

14...

פרק ב : ההליכים המשפטיים עד כה

=====

4/...

<u>עמוד</u>	<u>תוכן עניינים</u>
18...	<b>חלק שלישי : ביטול הממשל הצבאי על עזה והחובה לשחרר עצירים לפי אמנת ג'נבה ה- IV</b>
18...	פרק ג : תמצית טענות המערערים
19...	פרק ד : החובה לשחרר עצירים לפי סעיפים 77 ו-134 לאמנת ג'נבה
21...	פרק ה : סעיפים 77 ו-134 לאמנת ג'נבה ה- IV כהוראות הומניטריות
22...	פרק ו : כליאה בשטח ישראל לאחר ביטול הממשל הצבאי : הפרת העקרון בדבר איסור גירוש לשטח המעצמה הכובשת
24...	פרק ז : כליאה בשטח ישראל לאחר ביטול הממשל הצבאי : הפרת העקרון בדבר איסור מעצר בשטח המעצמה הכובשת
25...	פרק ח : סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית ושאלת תחולתה של האמנה
=====	
31...	<b>חלק רביעי : אי חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002</b>
31...	פרק ט : דברי הקדמה
33...	פרק י : הרקע לחקיקת החוק : החזקת אנשים כקלפי מיקוח
35...	פרק יא : אי חוקתיות סעיפים 1 ו-2 לחוק : מטרה והגדרות
35...	יא.1 כללי
35...	יא.2 המעמד של שבוי מלחמה לפי סעיף 4 לאמנת ג'נבה ה- III
37...	יא.3 לוחם בלתי חוקי הוא אזרח לפי אמנת ג'נבה ה- IV
44...	יא.4 כליאה לפי החוק איננה שווה למעצר מינהלי לפי אמנת ג'נבה הרביעית
47...	יא.5 כליאה לפי החוק איננה מעצר לפי סעיפים 41 – 43 לאמנת ג'נבה הרביעית
5/...	

<u>עמוד</u>		<u>תוכן עניינים</u>
54...	6.א. סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית וסוג הזכויות שניתן לשלול מלוחם בלתי חוקי	
59...	7.א. אמצעי שפגיעתו פחותה : הכרה כשבוי מלחמה או העמדה לדין פלילי	
61...	8.א. כליאת לוחם בלתי חוקי : החזקת בן ערובה מכח החוק	
63...	9.א. מצב באנגליה בסוגיית מעצרים של "לוחמים בלתי חוקיים"	
67...	10.א. המצב בארה"ב בסוגיית מעצרים של "לוחמים בלתי חוקיים"	
72...	<b>אי חוקתיות סעיפים 3, 4 ו- 11 : הסמכות והעילה לכליאה</b>	<b>פרק יב :</b>
72...	1.ב. כללי	
72...	2.ב. מעצרו של אדם ללא הליך משפטי נאות	
73...	3.ב. פגיעה בעקרון האחריות האישית	
76...	4.ב. הענקת סמכות מעצר לקציני צבא	
77...	5.ב. פגיעה בזכות הטיעון	
78...	<b>אי חוקתיות סעיפים 7 ו- 8 : חזקות ומועד סיום פעולות האיבה</b>	<b>פרק יג :</b>
78...	1.ג. חזקות : העברת נטל ההוכחה לכלוא	
79...	2.ג. כליאה המותנית בסיום פעולות האיבה נגד ישראל	
80...	3.ג. סמכות הכליאה אינה מותנית בקיום מצב חירום במדינה	
81...	4.ג. פעולות איבה כ- "מצב חירום" והמשפט הבינלאומי	
84...	<b>חוקתיות סעיף 5 לחוק : ביקורת שיפוטית בלתי מספקת</b>	<b>פרק יד :</b>
84...	1.ד. הבאת הכלוא בפני שופט תוך 14 יום	
85...	2.ד. הבאת הכלוא בפני שופט פעם ב- 6 חודשים	
6/...		

<u>עמוד</u>		<u>תוכן עניינים</u>
85...	דיון בערעור בפני דן יחיד	3.ד
86...	סטייה מדיני הראיות והגשת ראיות חסויות	4.ד
86...	דיון בדלתיים סגורות	5.ד
86...	חוקתיות סעיף 6 לחוק : מגבלות על זכות הייצוג	פרק טו :
87...	חוקתיות סעיף 9 (ב) לחוק : נקיטה בהליכים פליליים בנוסף לכליאה	פרק טז :
89...	מבחן המידתיות	פרק יז :
=====		
92...	מעצר מינהלי כאמצעי שפוגע פחות בזכויות המערערים לעומת צוי הכליאה	חלק חמישי :
92...	תמצית טענות המערערים בענין היעדר מידתיות	פרק יח :
93...	עיקרון המידתיות ויישומו לגבי מעצר מינהלי	פרק יט :
94...	היעדר צידוק בטחוני להחלפת המעצר המינהלי בצו כליאה	פרק כ :
96...	היעדר מניעה משפטית להמשך החזקתם של המערערים במעצר מינהלי	פרק כא :
98...	צו מעצר מינהלי לעומת צו הכליאה	פרק כב :
106...	טענת המדינה כי מעצר מינהלי "אינו מתאים" לאנשים כדוגמת המערערים	פרק כג :

=====

<u>עמוד</u>	<u>תוכן עניינים</u>
108...	חלק שישי : היעדר קיומה של תשתית עובדתית להוצאת צוי הכליאה
108...	פרק כד : הטענה בדבר פעילות הכלואים מטעם החזבאללה והשיהוי הרב בהעלאתה
111...	פרק כה : קרובי משפחה אחרים והעדר קיומה של חוליית חזבאללה בעזה אליה יחזרו המערערים
113...	פרק כו : אי מתן עדות על ידי שני המשיבים במהלך הביקורת השיפוטית על צוי הכליאה

## חלק ראשון : עיקרי הערעור

### ההחלטה שלא לבטל את צוי הכליאה

7. ...
8. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי המערערים הם חברים בארגון החזבאללה.
9. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי לפי החומר הגלוי והחסוי שהובא בפניו צווי הכליאה הוצאו כדין.
10. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי המערערים הם לוחמים בלתי חוקיים הנמנים על ארגון החזבאללה ;
11. ...
12. טעה כבוד בית משפט קמא כי לא היה כל פגם בהוצאת צווי הכליאה והוצאתם על פי החוק היתה ראויה. בית המשפט הנכבד מבקש להורות על ביטול צוי הכליאה.

### שאלת חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

13. ההחלטה מיום 19.7.06 שדנה בטענות המשפטיות שהועלו על ידי המערערים היא ההחלטה שאליה נתייחס בהמשך הדברים כאן ועד סוף החלק הראשון של הערעור "עיקרי הערעור". להלן "ההחלטה".
14. כבוד בית משפט קמא קבע כי באי כח המערערים תוקפים את עצם יצירתו של סוג של מעצר מינהלי הנוצר באמצעות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (להלן "חוק הלב"ח"), ואשר שולל את חרותו של אדם ללא משפט (החלטה מ- 10.7.06, עמ' 39, ש' 3 – 4). טעה כבוד בית משפט קמא בקביעתו זו וזאת מאחר ובאי כח המערערים מעולם לא טענו בפני כבוד בית משפט קמא שכליאה לפי חוק הלב"ח שווה למעצר מינהלי. נהפוך הוא. המערערים טענו שמעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) הוא אמצעי פוגעני פחות מחוק הלב"ח.
15. טעה כבוד בית משפט קמא שאין מקום לפסול את חוק הלב"ח מאחר ומדובר בחוק מיוחד שבא להסדיר במעצר מינהלי את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (החלטה מ- 19.7.06, עמ' 39 ש' 27 – עמ' 40 ש' 3).
16. טעה כבוד בית משפט קמא בכך שלא הורה על בטלותו של סעיף 7 לחוק הלב"ח (החלטה מ- 19.7.06, עמ' 40 ש' 8 – 27).
17. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי לגבי סעיף 8 לחוק הלב"ח אין ניתוק של הקשר האישי של אדם ממעשיהם של החברים באותה קבוצה או ארגון. במילים אחרות, השיוך הארגוני, מעצם טיבו, יש בו משום אחריות אישית. (החלטה מ- 19.7.06, עמ' 40 ש' 21 – עמ' 41 ש' 11).



18. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי שלא ניתן לומר שצו הכליאה איננו מוגבל בזמן (החלטה מ-19.7.06, עמ' 42, ש' 18 – 22).
19. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי כליאתו של לוחם בלתי חוקי עד תום פעולות האיבה יסודות מבוססים במשפט הבינלאומי. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 43, ש' 3 – 5).
20. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי הפקדת סמכויות כליאה בידי הרמטכ"ל איננה פסולה ואיננה פוגעת בערכיה של מדינת ישראל. (החלטה מ-19.7.06, עמ' 43, ש' 13 – 15).
21. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי אין פגם חוקתי באצילת סמכויות הרמטכ"ל לכליאתו של אדם בידי קצין בדרגת אלוף (החלטה מ-19.7.06, עמ' 43, ש' 22 – 25).
22. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי הטענות שהועלו כנגד חוסר הוגנות הליך הוצאת צוי הכליאה וסדרי הדין הכרוכים בו אינם ברמה של פגיעה בערכיה של המדינה ועד כדי פסילת החוק או ההוראות הנוגעות לענין. (החלטה מ-19.7.06, עמ' 43, ש' 26 – 27).
23. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי הליכי הביקורת השיפוטית המופיעות בחוק הלב"ח אין בהם אי הוגנות או פגיעה בעריכה של מדינת ישראל. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 44 ש' 14 – 17, 23 – 28).
24. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי היכולת של בית המשפט, לפי חוק הלב"ח, לסטות מדיני הראיות, אין בה כדי להקנות יתרון בלתי ראוי לגורמי הצבא. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 45, ש' 4 – 5).
25. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו שהיעדר הוראה בדבר חובת ייצוג בחוק הלב"ח לא מובילה למסקנה של היעדר חוקתיות. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 45 ש' 21 – עמ' 46 ש' 2).
26. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי דחיית מועד הפגישה של כלוא עם עורך דין בשבעה ימים איננה ענין הפוגע בערכיה של מדינת ישראל. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 46, ש' 9 – 12).
27. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי חוק הלב"ח מיועד לתכלית ראויה. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 50, ש' 8 – 9).
28. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי מעצר מינהלי לפי חוק הלב"ח איננו פסול אם נעשה לתכלית ראויה. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 50, ש' 11 – 17).
29. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי חוק הלב"ח איננו בא להתיר החזקת קלפי מיקוח. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 51, ש' 9 – 14).
30. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) לא יכול לבוא במקום חוק הלב"ח וכי איננו רואה מקום להורות למדינה על נקיטה במעצר לפי חוק סמכויות שעת חירום, אם המדינה מעדיפה דווקא את חוק הלב"ח. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 53, ש' 3 – 13).
31. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) וחוק הלב"ח נמצאים במישור אופקי, הווה אומר, דחיית הטענה שחוק הלב"ח הוא יותר פוגעני. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 53, ש' 22 – 23).

32. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו שהעובדה שבעבר נעשה שימוש נגד המערערים במעצר מינהלי לא משנה את העובדה שניתן כיום לעשות שימוש בחוק הלב"ח כנגדם. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 53, ש' 24 – 28).
33. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי הוראת סעיף 6 (א) לחוק הלב"ח איננה חורגת במידתיותה מעבר לנדרש. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 55 ש' 4 – 5).
34. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי ההוראה שבסעיף 5 (א) לחוק הלב"ח, בענין הבאת כלוא בפני שופט תוך 14 יום, היא מידתית. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 55, ש' 20 – 23).
35. טעה כבוד בית משפט קמא עת שדחה את טענת המערערים כי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) הוא חוק הפוגע פחות בזכויות המערערים לעומת חוק הלב"ח (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 56, ש' 24 – 27, עמ' 57 ש' 10, עמ' 57 ש' 24).

#### שאלת התאמת חוק הלב"ח לכללי המשפט הבינלאומי

36. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי קשה לקבל את הדעה לפיה לוחם בלתי חוקי ייחשב כ-"אזרח מוגן" לפי אמנת ג'נבה הרביעית. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 67 ש' 9 – 11).
37. טעה כבוד בית משפט קמא בעת שהסתפק בקביעה כי לוחמים בלתי חוקיים ניתן לראותם **בפועל (היינו de facto)** כאזרחים מוגנים לפי אמנת ג'נבה הרביעית, ולא קבע כי יש לראותם כאזרחים מוגנים גם **de jure**. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 67, ש' 26 – 27).
38. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי יש לתת לדיני המלחמה פרשנות דינאמית שתאפשר את החזקתם של לוחמים בלתי חוקיים עד תום פעולות האיבה. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 70, ש' 13 – 22).
39. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי המשפט הבינלאומי מתיר מעצר של אנשים המסכנים את בטחון המדינה, אך לא חייב להיות קשר ישיר בין קיום הסכנה לבטחון המדינה לבין מעשה פוגעני של אותו אדם ספציפי כלפי המדינה. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 70, ש' 24 – 27).
40. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי המשפט הבינלאומי מתיר לכל מדינה שיקול דעת נרחב, באמצעות חוקיה היא, לבחון את שיקולי הבטחון ההכרחיים לצורך מעצרו של אדם וכי ישראל חוקקה את חוק הלב"ח על מנת לענות על צרכיה היא. במילים אחרות, חוק הלב"ח עומד בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי. ולא היא. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 70 ש' 24 – 25, עמ' 71 ש' 2-5).
41. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו שאין הבדל לצורך שימוש בסמכות המעצר בין מי שביצע פעולות איבה לבין מי שמשתייך לכח עוין שממשיך לבצע מעשי איבה. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 71, ש' 7 – 14).

המשפט הבינלאומי והחזקת בני ערובה

42. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי חוק הלב"ח איננו מיועד להחזיק עצורים כקלפי מיקוח לשחרור שבויים ונעדרים ישראלים. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 72, ש' 22 – 24).

החוק אל מול האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות

43. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי קיימת התאמה בין חוק הלב"ח לבין האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 73, ש' 2 – 3).

משמעות סיום התפיסה הלוחמתית בעזה

44. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי סעיפים 41 ו-42 לאמנת ג'נבה הרביעית מתירים את מעצרו של תושב עזה בישראל לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 76, ש' 3-20).

45. טעה כבוד בית משפט קמא עת שלא קיבל את טענת המערערים שיש לשחררם חזרה לעזה לאור האמור בסעיפים 77 ו-134 לאמנת ג'נבה הרביעית. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 76 ש' 22 – 23, עמ' 77 ש' 7 – 8, עמ' 77 ש' 16 – 17).

46. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי מקובלת עליו פרשנות המדינה להוראות סעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה הרביעית. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 77 ש' 26 – 27).

47. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי הוראות סעיפים 76 ו-49 לאמנת ג'נבה הרביעית אינן רלבנטיות לעניינם של המערערים (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 78 ש' 9).

48. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי סיום התפיסה הלוחמתית של ישראל ברצועת עזה, איננו מונע ממנה, על פי דיני הלחימה, את מעצרו של המשיבים, עד לסיום פעולות האיבה נגד מדינת ישראל. (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 78, ש' 11 – 13).

**חלק שני : רקע עובדתי וההליכים המשפטיים עד כה**

**פרק א' : רקע עובדתי לגבי המערערים והחזקתם במעצר מינהלי בעבר**

... 49 – 52.

... .58 — .53

14/...

**פרק ב' : ההליכים המשפטיים עד כה**

... .61 – .59

- 16 -

... .69 - .62

17/...

... .74 — .70

18/...



## **חלק שלישי : ביטול הממשל הצבאי בעזה והחובה לשחרר עצירים לפי אמנת ג'נבה הרביעית**

### **פרק ג' : תמצית טענות המערערים**

75. חלק זה של הסיכומים ידון בהשלכות המשפטיות על המערערים של המנשר בדבר סיום הממשל הצבאי באזור חבל עזה שנחתם ב- 12.9.05 על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה.

76. בסעיף 16 לתגובת המדינה לסיכומי המערערים מ- 27.12.05 (תגובה שהוגשה ב- 4.1.06) נאמר כי "החל ממועד תום הממשל הצבאי בחבל עזה, צה"ל אינו מפעיל עוד סמכויות ממשל צבאי ברצועת עזה, ובכלל זה סמכויות מכוח תחיקת בטחון, לרבות הצו בדבר הוראות בטחון."

בא כח המדינה אף מביאה בסיכומיה (סעיפים 14 ו-15) נוסח מלא של החלטת הממשלה מס' 4235 מיום 11.9.05 בדבר הוצאות כוחות צה"ל משטחי רצועת עזה והעברת האחריות על רצועת עזה לידי הרשויות הפלסטיניות, וכן של המנשר בדבר סיום הממשל הצבאי מיום 12.9.05.

77. הממשל הצבאי על עזה הוקם מכח מנשר צבאי. ראו : דברי כבוד הנשיא שמגר ב- בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון פ"ד לז' (2) 197, 228.

הממשל הצבאי על עזה הסתיים גם מכח מנשר צבאי. **כשם שהקמת הממשל הצבאי היתה תוצאה של תחילת מצב של כיבוש על עזה, כך גם ביטול הממשל הצבאי משקף את עמדתה של מדינת ישראל כי נסתיים מצב הכיבוש על עזה, ועימו חדלו להתקיים בידיה החובות והסמכויות הכרוכות במעמדה כמעצמה כובשת.**

**מבלי להיכנס לשאלה אם עמדתה זו של המדינה, היא נכונה מהבחינה העובדתית והמשפטית, הרי שעמדה זו מחייבת אותה ותהווה, לכן, נקודת מוצא לדיון הנוכחי.**

78. משהסתיים הכיבוש של ישראל על שטח עזה, **לפי העמדה הרשמית של ישראל ולאור דברי בא כח המדינה, אזי, על ישראל לעמוד בהתחייבויותיה לפי אמנת ג'נבה הרביעית בענין שחרור עצירים, תושבי השטח הכבוש, שהיו מוחזקים בידיה במעצר, בטרם ביטול הממשל הצבאי, ועל פי צוים שהוצאו מכח קיומו של הממשל הצבאי.**

79. סעיפים 77 ו-134 לאמנת ג'נבה מחייבים את המעצמה הכובשת לשחרר את העצירים שהוחזקו על ידה, בעת קרות מצב של "**close of occupation**". סעיפים אלה מחייבים את ישראל ולפיכך יש להורות על שחרור המערערים. אי שחרורם יהווה הפרה של הסעיפים הנ"ל של אמנת ג'נבה הרביעית.

80. המערערים יטענו כי הסעיפים הנ"ל באמנת ג'נבה הרביעית הם בבחינת סעיפים הומניטריים, ולכן ישראל מחוייבת לכבדם, מכח הצהרתה כי הינה מקיימת את החלקים ההומניטריים שבאמנת ג'נבה.

81. המשך כליאתם של שני המערערים בשטח ישראל, לאחר ביטול הממשל הצבאי, עומד בניגוד גמור לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר על גירושו של תושב השטח הכבוש לשטח המעצמה הכובשת, בין אם הוא עצור ובין אן הוא משוחרר.

המשך כליאתם של שני המערערים בשטח ישראל, לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה, עומד אף בניגוד לסעיף 76 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר החזקתו של תושב השטח הכבוש במעצר בשטח המעצמה הכובשת.

#### פרק ד' : החובה לשחרר עצירים לפי סעיפים 77, ו- 134 לאמנת ג'נבה ה- IV

82. סעיף 77 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כדלקמן :

#### **Art. 77 Handing Over of Detainees at the Close of Occupation**

**"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."**

83. העקרון הנ"ל בדבר שיחרור העצירים והאסירים על ידי המעצמה הכובשת, עם סיום הכיבוש (close of occupation), הוא עקרון אבסולוטי שאין בו חריגים, כפי שנקבע בספרו של Pictet :

**"The convention states expressly that persons detained by the Occupying Power shall be handed over at the close of occupation to the "authorities of the liberated territory". This is an absolute obligation and no exception is permitted.**

**The "authorities" mentioned will be those who in fact take over legal power in the territory abandoned by the Occupying Power, whether they are the government existing before the invasion of the country or another, newly formed, government.**

(ההדגשות לא במקור)

Jean S. Pictet, **Commentary : IV Geneva Convention : Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.** (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958) p. 366.

(להלן "פיקטה".)

84. **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 מינהלי). בעמ' 366 לספרו של **פיקטה** נאמר כי :

"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."

(ההדגשה לא במקור)

85. **סעיף 134** לאמנת ג'נבה הרביעית קובע חובת שחרור של כל העצירים עם סיום הכיבוש (**close of occupation**) כדלקמן :

#### **Art. 134 Repatriation and Return to the Last Place of Residence**

"The High Contracting Parties shall endeavour, upon the close of hostilities or occupation, to ensure the return of all internees to their last place of residence, or to facilitate their repatriation."

(ההדגשה לא במקור)

על סעיף 134 נקבע על ידי **פיקטה**, בעמ' 516 כדלקמן :

"This Article is based on the following provisions of the Stockholm Draft :

**Return to domicile , emigration : The High Contracting Parties shall endeavour upon the close of hostilities, or occupation, to facilitate the return to their domicile, or the settlement in a new residence, of all persons who, as the result of the war or occupation, are unable to live under normal conditions at the place where they may be."**

(ההדגשה לא במקור)

86. **הביטויים "internee" ו-"internment"** המופיעים בסעיף 134 לעיל, הם ביטויים הלקוחים מסעיפים 42 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית, שעניינם מעצר מינהלי. הווה אומר, ביטול הממשל הצבאי מחייב שיחרור כל העצירים המינהליים, לרבות המערערים.

87. הביטוי "close of occupation", שמופיע בסעיפים 77, ו-134, משמעו גם נסיגה וולונטרית וחד צדדית מהשטח הכבוש מטעם המעצמה הכובשת. ראו בענין זה ספרו של Fleck:

D. Fleck (ed.) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford University Press, 1995) p. 251 :

"Belligerent occupation means actual control by a state of territory not its own, usually by military coercion (see section 525). Such occupation ends when control is no longer exercised, which may happen for a number of reasons, e.g. if control is regained by the party previously in control of the territory ; if the occupying power retreats voluntarily from the occupied territory (for instance, in accordance with a decision by the Security Council or a peace treaty) ; or if there is *debellatio*."

(ההדגשה לא במקור)

#### פרק ה: סעיפים 77 ו-134 לאמנת ג'נבה ה-IV כהוראות הומניטריות

88. פרקליטות המדינה הצהירה במספר רב של עתירות לבג"צ הנוגעות לשטח עזה ויהודה ושומרון כי היא נוהגת על פי החלקים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית. עקב כך, נקבע על ידי כבוד בית המשפט העליון כי שאלת מעמדה המשפטי של אמנת ג'נבה הרביעית ושאלת תחולתה בשטחים, מושארת בצריך עיון. ראו למשל:

בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (ניתן ב-9.6.05, הרכב 11 שופטים), פסקה 4 של פסק הדין של דעת הרוב.

89. על אף עמדתה של ישראל, הגישה המקובלת בקרב משפטנים המומחים למשפט הבינלאומי היא שכיום אמנת ג'נבה הרביעית מהווה כולה משפט בינלאומי מינהגי.

90. אמנת ג'נבה הרביעית שימשה כמקור משפטי חשוב ועיקרי לקבלתן של עתירות שהוגשו לבג"צ על ידי תושבים פלסטינים משטחי יהודה ושומרון וחבל עזה נגד צה"ל. ראו למשל:

א. בג"צ 3799/02 עדאלה ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח' (ניתן ב-6.10.05), בו נקבע כי נוהל מבצעי של צה"ל הידוע כ-"אזהרה מוקדמת" הוא בטל. הנוהל התיר לחיילי צה"ל המבקשים לעצור פלסטיני החשוד בפעילות חבלנית עוינת, להסתייע בתושב פלסטיני אחר, כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת מפני פגיעה אפשרית במבוקש ובמי שמצוי עימו, תוך ביצוע המעצר. בג"צ קבע, בין השאר, כי הנוהל הנ"ל מנוגד לאמנת ג'נבה והורה על ביטולו.

ב. בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל פ"ד נח (5) 807, כאן נקבע כי חלק מסויים של גדר ההפרדה אינו חוקי.

ג. בג"צ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (הרכב 9 שופטים, פסק הדין ניתן ב- 15.9.05), כאן נקבע כי חלק מסויים של גדר ההפרדה אינו חוקי, תוך התייחסות לפסק הדין של בית הדין הבינלאומי בהאג שדן בעצם החוקיות של גדר ההפרדה באופן כללי ;

91. כבוד בית המשפט העליון קבע כי ההוראות באמנת ג'נבה הרביעית שדנים בתנאי המעצר של עצירים הינן הוראות בעלות אופי הומניטרי, וכי על מדינת ישראל לפעול על פיהן. ראו בענין זה :

בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית פ"ד נז (1) 385. בעמוד 396, מול האות ב', נקבע על ידי כבוד הנשיא ברק כהאי לישנא :

"כידוע, מדינת ישראל רואה עצמה מחויבת על פי ההוראות ההומניטריות שבאמנה זו. על מחויבות זו חזר בא כח המשיב גם בעתירה שלפנינו. ברור שההוראות של אמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בתנאי מעצר הן בעלות אופי הומניטרי. ועל כן יש לנהוג על פיהן."

(ההדגשה לא במקור)

92. שחרורם של עצירים בתום הכיבוש הוא חלק אינטגרלי "מתנאי המעצר" של עצירים, ולכן סעיפים 77 ו-134 הינן הוראות בעלות אופי הומניטרי שעל המדינה לכבד ולנהוג על פיהן.

### **פרק ו : כליאה בשטח ישראל לאחר ביטול הממשל הצבאי :** **הפרת העקרון בדבר איסור גירוש לשטח המעצמה הכובשת**

93. בעמ' 366 לספרו של פיקטט, בהערות על סעיף 77 לאמנת ג'נבה הרביעית, בענין החובה לשחרר עצירים בתום הכיבוש, נאמר כדלקמן :

**"This provision is of prime importance ; the absence of such a rule would have allowed an Occupying Power with not many scruples to take detained persons with it in its retreat and thus to circumvent the prohibition on deportation in Articles 49 and 76."**

הווה אומר, היעדר שיחרור של עצירים, בתום הכיבוש, ולקחתם לשטח המעצמה הכובשת לאחר הנסיגה, כמוה כהפרה של העקרון באמנת ג'נבה בדבר איסור גירוש של "אזרחים מוגנים", אל מחוץ לשטח הכבוש, ואל תוך שטחה של המעצמה הכובשת.

סעיף 49 שדן באיסור גירוש ידון בפרק הנוכחי. סעיף 76 שדן באיסור להחזיק במעצר "אזרח מוגן" בשטח המעצמה הכובשת ידון בפרק הבא.

**סעיף 49, פסקה ראשונה**, לאמנת ג'נבה הרביעית, קובע **איסור מוחלט** על העברה או גירוש של אזרחים מוגנים מהשטח הכבוש לשטח המעצמה הכובשת, ואשר מורה כדלקמן:

**"Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive."**

(ההדגשה לא במקור)

94. גירוש של תושבים פלסטינים תושבי יהודה ושומרון וחבל עזה נעשה, במהלך השנים, באמצעות הסמכות שהיתה נתונה למפקדי כוחות צה"ל באזורים הנ"ל מכח **תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**, שנקבע שהן חלק מהדין הפנימי החל בשטחים וגוברות על הוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה. ראו למשל:

בג"צ 792/88 **מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד מג (3) 542, 545.

בג"צ 698/80 **קוואסמה נ' שר הביטחון** פ"ד לה (1) 617.

95. משבוטל הממשל הצבאי על חבל עזה ומכאן גם העדר סמכותה של ישראל לעשות שימוש בתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, שהיוו מקור הסמכות לביצוע גירוש או העברה, **מופקעת סמכותה של המדינה לבצע העברה או גירוש של המערערים משטח עזה לשטח ישראל**, וזאת באמצעות מנגנון כליאה חדש (חוק הלב"ח), שהוא תוצר של חקיקה פנימית של המעצמה הכובשת, להבדיל ממפקד האזור, **ובסתירה בוטה להוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית**.

העקרון בדבר איסור גירוש "אזרח מוגן" של השטח הכבוש לשטח המעצמה הכובשת נחשב לעקרון אבסולוטי שסטייה ממנו מהווה הפרה חמורה של האמנה, **breach**, כלשון סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית.

96. העובדה כי המערערים הוחזקו בשטח ישראל במעצר, עוד לפני 12.9.05, והמשיכו להיות מוחזקים במעצר (תחת הכותרת "כליאה") בשטח ישראל, לאחר 12.9.05, גם היא פסולה לפי אמנת ג'נבה הרביעית, ותידון בהרחבה בפרק הבא.

**פרק ז : כליאה בשטח ישראל לאחר ביטול הממשל הצבאי :  
הפרת העקרון בדבר איסור מעצר בשטח המעצמה הכובשת**

97. סעיף 76, פסקה ראשונה, רישא, לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כדלקמן :

**"Protected persons accused of offences shall be detained  
in the occupied country, and if convicted they shall  
serve their sentences therein."**

98. סעיף 76, שקובע כי "אזרח מוגן" יוחזק במעצר בשטח הכבוש, להבדיל משטח המעצמה הכובשת נדון ב-

בג"צ 253/88 סג'דייה ואח' נ' שר הבטחון פ"ד מב (3) 801.

במקרה זה הוגשה עתירה לבג"צ נגד הנוהל בדבר החזקת עצירים מינהליים תושבי יהודה ושומרון במתקן כליאה בקציעות, בשטח ישראל. העותרים טענו כי הדבר מהווה הפרה של סעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה הרביעית.

כבוד בית המשפט העליון פסק שהוראת תקנה 6 (ב) לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ח – 1967, היא בבחינת דין ישראלי פנימי, הגובר על אמנת ג'נבה הרביעית (עמ' 811 מול האותיות ג-ד, 814 מול האות ז', 817 מול האות ז'), ולפיכך העתירה נדחתה.

תקנה 6 (ב) הנ"ל קובעת כדלקמן :

**"מי שניתנו נגדו פקודות מעצר או צו מעצר באזור מכוח סמכות שהוענקה על ידי מנשר או צו של מפקד, יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל פקודת מעצר או צו מעצר וכן ניתן להעבירו למעצר באזור שבו נעברה העבירה."**

(ההדגשה לא במקור)

99. משבוטל הממשל הצבאי על עזה וכך גם צוי המעצר המינהליים שהוצאו כנגד המערערים באזור, תקנה 6 (ב) לתקנות שעת חירום איננה חלה יותר על המקרה של המערערים, וסעיף 76 לאמנת ג'נבה הרביעית מקבל את הבכורה ויש להחילו במלוא היקפו.

100. סוף דבר. לא ניתן לסכם חלק זה של הסיכומים מבלי להתייחס לאמור בסעיף 1 לחוק כליאת של לוחמים בלתי חוקיים, לפיו "חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הפרת סעיפים 77 ו-134 לאמנת ג'נבה הרביעית מחד, והמשך כליאתם של המערערים בישראל מכח החוק הנ"ל מאידך, איננה מתיישבת כלל ועיקר עם המטרה המוצהרת של החוק הנ"ל, בדבר כיבוד המשפט הבינלאומי ההומניטרי. נהפוך הוא, מדובר במקרה מובהק של תרתי דסתרי.

**פרק ח : סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית ושאלת תחולתה של האמנה**

101. בסעיף 239 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נאמר כי על חבל עזה, לאחר ביטול הממשל הצבאי, לא חלים דיני התפיסה הלוחמתית אלא רק דיני הלחימה. לא הובאה כל אסמכתא לתמיכה בטענה זו ואין זה ברור כלל על מה היא מבוססת. ההבחנה שנעשתה כאן על ידי המדינה בין דיני התפיסה הלוחמתית לבין דיני הלחימה, היא לא ברורה, ובפועל אין כל הסבר שיטתי שמבהיר מה ההבדל בין דיני התפיסה הלוחמתית לבין דיני הלחימה. האם דיני התפיסה הלוחמתית הם לא חלק מדיני הלחימה ?

האם כל ארבעת אמנות ג'נבה הם לא חלק מהמשפט ההומניטרי שעניינו תוצאות המלחמה : טיפול בפצועים ביבשה לפי האמנה ה-I, טיפול בפצועים בים לפי האמנה ה-II, טיפול בשבויי מלחמה לפי האמנה ה-III וטיפול באזרחים תחת כיבוש או בעת קיום סכסוך מזויין לפי האמנה ה-IV ?

כמו כן, לא הובא כל הסבר מטעם המדינה כיצד ההבחנה שעשתה בין "דיני התפיסה הלוחמתית" ל-"דיני הלחימה" משליכה על **אופן תחולתה** של אמנת ג'נבה הרביעית על ישראל ועל תושבי חבל עזה שמוחזקים אצלה במעצר, כדוגמת המערערים, **ואשר למעשה הוא העיקר.**

**מסעיפים 245 – 251 לסיכומי המדינה**, שהינם דיון המשך לאמור בסעיף 239 לסיכומים, עולה כי לפני ביטול הממשל הצבאי ניתן היה לעצור לפי דיני התפיסה הלוחמתית, היינו לפי סעיף 78 לאמנה וכי לאחר ביטול הממשל הצבאי ניתן לעצור לפי דיני הלחימה, היינו לפי סעיפים 41 – 43 לאמנה. גם טענה זו לא נתמכת באסמכתא ואין זה ברור על מה היא מבוססת.

יתרה מזאת, **בסעיפים 307 - 314 לסיכומי המדינה** אף נאמר כי סעיפים 76 ו-49 לאמנה האוסרים החזקת עצור מנהלי במעצר בתוך בשטח המעצמה הכובשת אינם רלבנטיים מאחר והם סעיפים של "תפיסה לוחמתית", אך עם סיום הממשל הצבאי, אין יותר תפיסה לוחמתית, ולכן אינם רלבנטיים.

102. כל הטענות הנ"ל הינן, עם כל הכבוד, תמוהות. בטיעונים הנ"ל של המדינה קיימת בחירה סלקטיבית של סעיפים מסוימים מתוך האמנה שלטענתה יש להחיל על המערערים לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה (כגון סעיפים 41 – 43 לענין מעצר) ובעוד שסעיפים אחרים אין החיל אותם עליהם (כגון סעיפים 49 ו-76 בדבר איסור החזקה במעצר בשטח המעצמה הכובשת). **ודוק**, כל זאת מבלי להציג משנה ברורה וסדורה כיצד היא מגיעה למסקנותיה בענין העדר תחולת סעיף מסוים הואיל ושייך ל-"עידן התפיסה הלוחמתית" בעוד שסעיף אחר כן חל הואיל והוא שייך ל-"עידן דיני הלחימה".

103. מועד תחילת תחולתה של אמנה ג'נבה הרביעית והמועד שבו היא מפסיקה לחול, באופן מלא או חלקי, מוסדרים **בסעיף 6 לאמנה** הקובע כדלקמן :



### "Beginning and End of Application

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 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 Powers 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."

104. סעיף 6 לאמנה יש בו ארבע פסקאות. נדון להלן בכל אחת מפסקאות אלה תוך התייחסות לרלבנטיות של כל פסקה לגבי אופן תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על שני המערערים לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה.

#### סעיף 6 (1) לאמנה

105. פסקה זו באה להחיל את אמנת ג'נבה הרביעית שעניינה הגנה על אזרחים בכל עת שיש מצב של "conflict" או מצב של "occupation" וכן על כל סוג של "conflict" או "occupation", כאמור בסעיף 2 לאמנה.

106. לפיכך, בכל מקרה שיש פעולה בעלת אופי מלחמתי, בין אם יש כיבוש ובין אם לא, יש להחיל את האמנה, וזאת על מנת להגן על אותם אזרחים שהכוחות באים עימם במגע במהלך אותה פעולה מלחמתית. עמד על כך פיקטה בעמ' 60 לספרו :

"Even a patrol which penetrates into enemy territory without any intention of staying there must respect the Convention in its dealings with the civilians it meets. When it withdraws, for example, it cannot take civilians with it, for that would be contrary to Article 49 which prohibits the deportation or forcible transfer of persons from occupied territory. The same thing is true of raids made into enemy territory or on his coasts. The Convention is quite definite on this point : all persons who find themselves in the hands of a Party to the conflict or an Occupying Power of which they are not nationals are protected persons. No loophole is left."

107. המדינה טענה בסעיפים 13 – 16 לסיכומיה מ- 3.1.06 כי הממשל הצבאי על עזה בוטל. המדינה גם טוענת בסעיף 19 לאותם סיכומים כי המדינה מבצעת כיום, לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה "פעילות לחימתית המבוצעת בשטח זר".

כפי שעולה בבירור מתוך סעיף 6 (1) לאמנה ומדבריו הנ"ל של פיקטה, הרי שגם על "פעולות לחימה" אלה, שלאחר ביטול הממשל הצבאי, יש להחיל את אמנת ג'נבה הרביעית. ולענייננו, שומה על המדינה לכבד את האיסור המוחלט שבסעיף 49 לאמנה בדבר איסור העברתם של ריאד וחסאן עיאד, תושבי השטח הכבוש, אל תוך שטחה לצורך המשך מעצר, וזאת גם לאחר שנסוגה מתוך חבל עזה. המדינה לא יכולה לסגור מתוך שטח כבוש ולקחת עימה עצורים כגון המערערים להמשך מעצר בשטחה היא.

כך גם שומה על המדינה לכבד את סעיף 79 לאמנת ג'נבה הרביעית המתיר מעצר של אזרח מוגן רק באחת משתי דרכים, או מעצר מינהלי או מעצר פלילי, ולפיכך עליה להימנע ממעצר המערערים לפי דרך שלישית שהינה בלתי מוכרת באמנה, הווה אומר לפי חוק ה-לב"ח.

#### סעיף 6 (2) לאמנה

108. פסקה זו עניינה המועד שבו מופסקת תחולת האמנה בשטח של הצדדים לסכסוך. הדברים יכולים להיות רלבנטיים לענין זרים שמצאו את עצמו בשטח של מדינה שהיא צד לסכסוך בעת פרוץ הקרבות, ואינם נמנים על אזרחיה, שמוסדר ב- Section II, Part III לאמנה, שנדון בהרחבה לעיל בהקשר של סעיפים 41 – 43 לאמנה.

כפי שכבר הובהר אין זה מצב הדברים הרלבנטי למערערים, הואיל ושניהם נולדו בעת שעזה היתה שטח כבוש. נעצרו על ידי ישראל בעת שעזה היתה עדיין תחת שלטון צבאי ישראלי. הועברו למעצר בישראל בתקופת הממשל הצבאי והמשיכו להיות במעצר גם לאחר ביטול הממשל הצבאי. כל זאת כאשר העילה למעצרים לא השתנתה במהלך כל התקופה, והיא פעילות ו/או חברות בחזבאללה, הכל כמובן לפי טענת המדינה. בכל אופן, למען הסדר הטוב, ולמעלה מן הצורך, נתייחס גם למשמעותה של פסקה זו.

109. לפי סעיף 6 (2) לאמנה תחולת האמנה מופסקת, לענין הצדדים לסכסוך, שנה לאחר "the general close of military operations". על משמעותו של ביטוי זה ראו עמ' 62 לספרו של פיקטה :

**"It must be agreed that in most cases the general close of military operations will be the final end of all fighting between those concerned."**

110. באם המדינה סבורה שסעיף 6 (2) לאמנה הוא רלבנטי מבחינתה, מאחר והיא טוענת שלאחר ביטול הממשל הצבאי ניתן לעצור את המערערים לפי סעיפים 41 – 43 שדנים במעצרים של זרים בתוך שטח המדינה, הרי שהמועד שבו מופסקת תחולת האמנה, צריך להיות **שנה לאחר תום פעולות הלחימה שהיא מבצעת בעזה לאחר ביטול הממשל הצבאי**. המדינה טוענת שפעולות האיבה, משטח עזה, כלפיה, לא תמו, וכך גם לא תמו פעולות הלחימה שהיא מבצעת בתוך עזה כשטח זר. **במילים אחרות, מנין הימים לאותה שנה אחת שמפסיקה את תחולת האמנה, בכלל לא התחיל. מכל מקום, כפי שצויין לעיל סעיף 6 (2) לאמנה איננו רלבנטי למערערים, והדברים הנ"ל נאמרו למען הסדר הטוב בלבד.**

#### סעיף 6 (3) לאמנה

111. המערערים טוענים שזו הפסקה שרלבנטית לגביהם (להבדיל מסעיף 6 (2) שאיננו רלבנטי) מאחר והיא דנה במועד הפסקת תחולת האמנה על שטח כבוש.

112. **סעיף 6 (3) רישא** קובע במפורש שבמקרה של "שטח כבוש" תחולת האמנה תופסק שנה לאחר "the general close of military operations". שאלה נכבדה היא מהו המועד של סיום הפעולות הצבאיות (או פעולות הלחימה), לגבי יחסי ישראל – עזה, ואשר ממנו מתחיל מנין הימים של השנה להפסקת תחולתה של האמנה. קיימות שתי אפשרויות פרשנויות :

**(א)** מועד מנין הימים של השנה שמפסיקה את תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית הוא הרגע **שקדם למועד כינון שלטון של כבוש**.

לענייננו, המועד **שקדם לכינון שלטון של כבוש**, ושבו הסתיימו הפעולות הצבאיות (או פעולות הלחימה), הוא מועד תום הקרבות ביוני 1967 בין ישראל למדינות ערב. התוצאה המעשית של פרשנות זו היא שאמנת ג'נבה הרביעית תוקפה יהיה, לגבי השטחים שנכבשו בשנת 1967, לתקופה של שנה אחת לאחר המועד שבו פסקה הלחימה ביוני 1967, היינו עד יוני 1968.

**מחד גיסא**, פרשנות זו איננה מתמודדת עם הכיבוש ארוך המועד של ישראל על השטחים. הכיבוש מעצם טיבו, לפי אמנת ג'נבה הרביעית, הוא בעל אופי זמני והאמנה לא מתמודדת עם הכיבוש ארוך המועד שנוצר ביחסי ישראל והשטחים המוחזקים שלאחר יוני 1968. פרשנות זו גם לא מתמודדת עם הסכמתה של מדינת ישראל להחיל את החלקים ההומניטריים שבאמנת ג'נבה הרביעית על תושבי שטחים אלה, כפי שהדבר עולה מהפסיקה הרבה של כבוד בית המשפט העליון במהלך כל השנים שלאחר יוני 1968.

מאידך גיסא, לפי הסיפא של סעיף 6 (3), ישראל בכל מקרה נשארת מחוייבת, לענין התקופה שלאחר יוני 1968, ביישום אותם סעיפים באמנה המאוזכרים בסיפא של סעיף 6 (3) לאמנה, לרבות סעיפים 49 ו-76 האוסרים העברת תושב השטח הכבוש, כדוגמת המערערים, לשטח המעצמה הכובשת, לצורך מעצר.

(ב) האפשרות הפרשנית השניה לסעיף 6 (3) רישא לאמנה הוא ספירת מנין השנה להפסקת תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית, החל ממועד סיום פעולות הלחימה בכלל, היינו בין אם זה ברגע שלפני מועד כינון שלטון של כיבוש שנוצר בתום הקרבות בין ישראל למדינות ערב (יוני 1967) ובין אם זה פעולות לחימה שחלו לאחר רגע ביטול שלטון הכיבוש (ספטמבר 2005).

לפי פרשנות זו יוצא שמנין הימים של השנה לצורך הפסקת תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית, לאחר ביטול הממשל הצבאי, עדיין לא התחיל, וזאת מאחר ופעולות הלחימה של ישראל כלפי עזה עדיין לא הסתיימו.

לפי שיטה פרשנית זו, אמנת ג'נבה הרביעית, לאחר ביטול הממשל הצבאי, ממשיכה לחול, לרבות לענין סעיפים 49 ו-76 בדבר איסור מעצרים של המערערים בשטח ישראל, ולענין סעיף 79 האוסר מעצר שאינו משתייך לאחת הקטגוריות המותרות, מעצר פלילי או מעצר מינהלי, כדוגמת מעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

113. העולה מהאמור לעיל הוא שתהיה הפרשנות הנכונה לסעיף 6 (3) אשר תהיה, בכל מקרה האיסורים המופיעים בסעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה הרביעית, בדבר איסור מעצרים של המערערים בשטח ישראל, הם איסורים מוחלטים, שאין בהם מקום לסייג.

#### סעיף 6 (4) לאמנה

114. פסקה זו עניינה המשך תחולתם של סעיפי האמנה על אותם עצירים שיש לשחררם לאחר תום פעולות הלחימה. הווה אומר, לענייננו, סעיפים 49 ו-76 בדבר איסור מעצר בשטח המעצמה הכובשת ממשיכים לחול גם בתקופה שלאחר תום פעולות הלחימה. סעיפים אלה ממשיכים לחול בעת הלחימה ולאחריה, וזאת על מנת להדגיש את המעמד המיוחד שיש לסעיפים אלה באמנה והאיסור המוחלט מלסטות מהם.

115. לאור כל האמור לעיל לגבי כל ארבע הפסקאות של סעיף 6 לאמנה, ברי כי טענותיה של המדינה כי לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה, יש להחיל על המערערים את סעיפים 41 – 43, מאחר ועניינם "דיני הלחימה", ובעוד שאין להחיל עליהם את סעיפים 49 ו-76 לאמנה מאחר וסעיפים אלה עניינם "תפיסה לוחמתית", אין להן על מה לסמוך.

116. בסעיפים 308 – 314 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נטען שסעיף 49 לאמנה (בדבר איסור גירוש מתוך השטח הכבוש) וסעיף 76 לאמנה (בדבר איסור מעצר תושב שטח כבוש בשטח המעצמה הכובשת) אינם חלים על המערערים. כמו כן, נטען כי סעיף 76 עניינו איסור החזקה של עצורים פליליים בשטח המעצמה הכובשת ולא עצירים מנהליים.

המדינה מסתמכת לצורך תמיכה בטיעוניה אלה על הדברים שנקבעו, לפי טענתה, ב- בג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הבטחון פ"ד מב (3) 801, 812. (ראו בענין זה סעיף 311 לסיכומי המדינה). המשיבים יטענו כי המדינה לא דק פורתא בענין זה.

עיון בעמודים 811 – 812 לפסק דין **סג'דיה** הנ"ל מוביל אותנו למסקנה כי באותו פסק דין הדברים שעליהם מסתמכת המדינה, ושנאמרו על ידי כבוד הנשיא שמגר לגבי סעיפים 76 ו-49 לאמנת ג'נבה, אינם בגדר רציו דיסידנדי (ratio decidendi), אלא רק בגדר **אמרת אגב** (obiter dictum).

בפסק הדין סג'דיה התעוררה השאלה המשפטית באם מותר להחזיק עצירים מינהליים תושבי שטחים במעצר בשטח ישראל. השאלה הוכרעה לחיוב, אך לא בהתבסס על פרשנותם של סעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה הרביעית, אלא על הוראת סעיף 6 (ב) לחוק הארכת תוקפן של תקנות שעת חירום, כהוראת חוק פנימית הגוברת על סעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה.

לגבי סעיף 6 (ב) לחוק הארכת תוקפן של תקנות שעת חירום, בית המשפט הנכבד מופנה בענין זה לסעיפים 24 ו-25 לסיכומי המערערים מ-23.1.06.

117. בסעיפים 317 – 322 לסיכומי המדינה מ-15.3.06 נטען כי בכל מקרה, גם אם נאמר כי יש תחולה לסעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה הרביעית על המשיבים, עדיין יש לראות בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הוראת חוק פנימית המתירה את מעצר המערערים בשטח המדינה, והגוברת על סעיפים 49 ו-76 לאמנה. טענה זו מתעלמת מן האמור בסעיף 1 לאותו חוק ואשר לפיו הכליאה לפי החוק תיעשה "בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי", ולכן אותה כליאה לא יכולה להפר את סעיפים 49 ו-76 לאמנת ג'נבה הרביעית.

(סוף חלק שלישי. החלק הרביעי לערעור בעמוד הבא)

## חלק רביעי : אי חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002

### פרק ט' - דברי הקדמה

118. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002 הוא המקור הנורמטיבי לכליאת המשיבים. חוק זה פוגע לאין שיעור באבני היסוד של הדמוקרטיה בישראל ולכן יש להכריז על בטלותו הואיל ואינו עומד במבחנים החוקתיים שנקבעו בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בדבר תקפותו של חוק שנחקק לאחר חוק היסוד. **סעיפי החוק שהמערערים יטענו לאי חוקתיותם הם סעיפים : 1 – 8, 9 (ב) ו- 11.**

119. הטענה בדבר אי חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הועלתה ב- ב"ש 92690/02, 93066/02 (מחוזי תל-אביב) **מדינת ישראל נ' שייח עבד אל כרים עבייד ואח' (ההחלטה ניתנה ב- 10.3.03, כבוד השופט כספי, פורסמה ב-"פד"אור").** הטענה בדבר אי חוקתיות החוק נדחתה.

על ההחלטה הנ"ל הוגש ערעור לכבוד בית המשפט העליון. בעוד הערעור תלוי ועומד נכרתה עסקת השבויים בין ישראל לארגון החזבאללה ואשר בעטייה שוחררו המערערים והוחזרו ללבנון ב- 29.1.04. בעקבות זאת, כבוד בית המשפט העליון הורה על מחיקת הערעור הואיל וההכרעה בו הפכה לתיאורטית. בפסקה 6 לפסק הדין נקבע כל ידי כבוד הנשיא השופט ברק כי :

**"למותר לציין , שאין במחיקת הערעורים משום ביטול האפשרות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. זו יכול שתיעשה במסגרת ההליכים מכוחו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (או בתקיפה עקיפה בהליך אזרחי) , והיא אמנם נעשתה בהליך שהתנהל בפני בית המשפט המחוזי. ברי כי אין מניעה עקרונית להבאת סוגיה זו בפני בית משפט זה (בהתאם לכללים הדיוניים) בהינתן הצורך להכריע בה באופן קונקרטי, ולא בעלמא."**

ע"פ 3660/03, 3765/03 **שייח עבד אל כרים עבייד ואח' נ' מדינת ישראל (פסק הדין ניתן ב- 8.9.05).**

שני המערערים, נכלאו לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים החל מ- 12.9.05. לפיכך, קם מחדש הצורך לדון בשאלת חוקתיות החוק.

120. בנייר עמדה שפורסם מטעם "המכון הישראלי לדמוקרטיה" נקבע כי החוק הנ"ל מנוגד לעקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטארי , וכן מנוגד לעקרונות היסוד של המשפט הפנימי הישראלי ולכן הינו בלתי חוקתי וכי יש לבטלו. ראו :

הילי מודריק אבן חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, **לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית ? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, דצמבר 2005).

להלן "מודריק וקרמניצר".

121. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002 איננו עומד בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. מחד אינו מאפשר הכרה במערערים כשבויי מלחמה (על פי אמנה ג'נבה השלישית) ומאידך אינו מכיר בהם כ-"מוגנים" (על פי אמנת ג'נבה הרביעית). **בהכרה בפועל, de facto, כאזרח מוגן, כפי שנעשה על ידי כבוד בית משפט קמא לא סגי (החלטה מיום 19.7.06, עמ' 67, ש' 26 – 27). יש צורך בהכרה de jure.**

122. המשפט הבינלאומי אינו מכיר ב-"לוחם בלתי חוקי" כהגדרה העומדת בפני עצמה. אם אדם אינו שבוי מלחמה לפי אמנת ג'נבה השלישית, הואיל והארגון שאליו הוא משתייך אינו מקיים את דיני המלחמה (עובדה הטעונה הוכחה, לגבי המערערים, מטעם המדינה), אזי, יש להכיר בו כ-"אזרח מוגן" לפי אמנת ג'נבה הרביעית ולהעמידו למשפט פלילי.

123. הרעיון שמאחורי החוק הנ"ל הוא יצירת "יצור כלאיים" שאינו מוכר במשפט הבינלאומי ההומניטרי, הווה אומר, לוחם בלתי חוקי (UNLAWFUL COMBATANT) שלא יועמד לדין פלילי וייגזר דינו בהסתמך על הליך שיפוטי נאות (DUE PROCESS OF LAW), אלא יוחלט על כליאתו על ידי רשות צבאית, בהסתמך על חומר חסוי, ללא הגבלת זמן ברורה, וזאת עד לסיום פעולות האיבה נגד ישראל מטעם הארגון שאליו השתייך אותו אדם.

124. המערערים יטענו כי החוק הנ"ל בא לקדם רעיון פסול ואנטי-דמוקרטי והוא החזקת אנשים כ-"קלפי מיקוח" (מושג המקביל ל-"בני ערובה"), לצורך שחרור חיילים ישראלים נעדרים שנפלו בשבי אצל כוחות אויב. החזקת אדם כקלף מיקוח הוא מעשה שלא יעשה, בין לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ובין על פי פסיקתו של כבוד בית המשפט העליון.

125. החזרת נעדרים ושבויים היא מטרה נאצלת. אך מדינה המקדשת את עקרון שלטון החוק תפעל תמיד על פי אמות המידה הראויות לה.

הטיב להביע זאת כבוד הנשיא ברק ב- בג"צ 794/98 עובייד ודיראני נ' שר הבטחון פ"ד נה (5) 774, 769 :

**"ישאל השואל : וכי הזכאים הם העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים ? חברים הם בארגוני טרור שההומניות מהם והלאה ושפגיעות באנשים חפים מפשע הן לחם חוקם. האם ראויים הם העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים, שעה שחיילים ואזרחים ישראלים מוחזקים ביד ארגונים שאליהם משתייכים העותרים, ואלה אינם שוקלים כלל שיקולים הומניטריים ומסרבים למסור כל מידע על אנשינו המוחזקים בידם ? על שאלות אלה תשובתנו היא זו : מדינת ישראל היא מדינת חוק ; מדינת ישראל היא דמוקרטית המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית ; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויביו."**

126. החוק מיועד לחול על כל אדם ללא הגבלה : אזרחים ותושבים בישראל, תושבי הגדה המערבית ואזור חבל עזה, אזרח מדינה זרה (מדינת אויב ומדינה ידידה) ואדם חסר אזרחות. המערערים לא טוענים כמובן שיש להגביל את השימוש בו לאוכלוסייה מסוימת, אך הדברים מובאים על מנת להמחיש את הסכנה הטמונה בו לאושיות הדמוקרטית ולתדמיתה של המדינה.

127. דינם של סעיפים 1 – 8, 9 (ב) ו- 11 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002 הוא בטלות בשל היותם בלתי חוקיים ומנוגדים לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
128. סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כי :

**“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.”**

המערערים יטענו כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב - 2002 סותר את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (סעיפים 2 ו- 4 שמירה על הכבוד, סעיף 5 שמירה על החירות) ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה (סעיף 8 הנ"ל).

החוק האמור אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התכלית של החזרת שבויים היא ראויה אך היא כוללת בחובה תכלית נוספת של החזקת אנשים כקלפי מיקוח או בני ערובה. התכלית של החזקת בני ערובה היא תכלית בלתי ראויה.

### **פרק י : הרקע לחקיקת החוק : החזקת אנשים כקלפי מיקוח**

129. בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת הוחזקו בישראל 21 עצורים לבנונים שניתן לחלקם לשלוש קבוצות עיקריות. עצירים אלה הוחזקו כקלפי מיקוח לצורך קבלת מידע אודות השבויים הישראליים, ביניהם הנווט רון ארד. ניתן לחלק את עצירים לבנוניים אלה לשלוש קבוצות :

- (א) 11 אסירים שנתפסו על ידי צה"ל בלבנון בשנים 1986 – 1987. הם הועמדו לדין בבית משפט צבאי בגין חברות בארגון טרור ונשפטו לעונשי מאסר. למרות שסיימו לרצות את מאסרם לא שוחררו למשך שנים רבות.
- (ב) 6 אסירים שנתפסו על ידי אחת המליציות הלבנוניות בבירות בשנת 1987. הם הוחזקו בכלא אדוניס ליד ביירות והועברו לישראל בחשאי בשנת 1990. אין מידע ברור לגביהם לאור מעטה החיסיון שהוטל על הפרשה.
- (ג) לבנונים שנתפסו על ידי ישראל בשני מבצעים חשאיים ולא הועמדו לדין. שניים מהם הם שייח עבד אל כרים עובייד ומוסטפא דיראני.

ראו בענין זה :

Eitan Barak “Under cover of Darkness : The Israeli Supreme Court And The Use of Human Lives as Bargaining Chips” **The International Journal of Human Rights**, Vol. 3, No.3, (1999) pp. 1, 4 – 6.

מצ"ב העתק מהמאמר ומסומן כנספח כה'. (להלן "מאמרו של איתן ברק")



130. מדינת ישראל חיפשה מקורות נורמטיביים שונים לצורך המשך החזקתם של עצורים הנ"ל. מבין המקורות הנורמטיביים שנעשה בהם שימוש הם המקורות שלהלן :

(א) הוצאת צוי גירוש לפי חוק הכניסה לישראל התשי"ב – 1952, כנגד אלה שסיימו לרצות את עונשם. עצורים אלה המתינו לביצוע צו הגירוש, אך הגירוש בפועל לא בוצע. כנגד אמצעי זה הוגשה עתירה לבג"צ. לא נתקיים דיון בעתירה הואיל וכשהגיע מועד הדיון צוי הגירוש בוטלו והעותרים נעצרו במעצר מינהלי.

(ב) מעצר מנהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979. השימוש בחוק זה החל בשנת 1991 ונמשך למעלה מעשר שנים.

ראו : מאמרו של **איתן ברק** בעמ' 10 – 13.

131. בשנת 1994 הוגש ערעור לכבוד בית המשפט העליון כנגד מעצרים של העצורים הלבנונים במעצר מנהלי. נשאלה השאלה באם ניתן לעצור אדם במעצר מנהלי כאשר אין סכנה ממנו לבטחון המדינה, וכי המשך החזקתו דרושה כקלף מיקוח לצורך קבלת מידע ו/או החזרת שבויים ונעדרים ישראלים אצל כוחות אויב.

ראו : עמ"מ 10/94 **פלוניס נ' שר הבטחון** פ"ד נג (1) 97.

פסק הדין ניתן ב- 13.11.97. דעת הרוב (כבוד הנשיא ברק והשופט קדמי) קבעה כי ניתן להחזיק אדם במעצר מנהלי כקלף מיקוח. דעת המיעוט (כבוד השופטת דורנר) קבעה כי מעצר מנהלי מיועד לעצור אדם שנשקפת ממנו אישית סכנה לבטחון המדינה אך לא לצורך החזקתו כקלף מיקוח. פסק הדין הנ"ל זכה לבקורת נוקבת ופורסמו מאמרים משפטיים בעקבותיו. ראה מאמרו של **איתן ברק**, וכן ראו :

Orna Ben Naftali & Sean Gleichgevitch "Missing in Legal Action  
Lebanese Hostages in Israel" **Harvard Int'l Law Journal**  
Vol. 41. No. 1, (2000), p. 185 – 252.

**מצ"ב העתק מהמאמר הנ"ל ומסומן כנספח כו' (להלן "מאמרו של בן נפתלי ועוד")**

132. סוגיית הלגליות של החזקת אנשים כ-"קלפי מיקוח" לא ירדה מסדר היום הציבורי והמשפטי בישראל. על פסק הדין בענין עמ"מ 10/94 הוגשה בקשה לדיון נוסף. פסק הדין נדון בפני הרכב מורחב של 9 שופטים. שישה שופטים (ביניהם הנשיא ברק ששינה את עמדתו הקודמת) קבעו כי אסור להחזיק אדם כ-"קלף מיקוח" וכי מעצר מנהלי אינו מיועד למעצר כזה, ושלושה שופטים (חשין, טירקל, וקדמי) החזיקו בדעה ההפוכה. פסק הדין ניתן ב- 12.4.2000. ראו :

דנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הבטחון** פ"ד נד (1) 721.

133. הסוגייה של החזקת אנשים כ-"קלפי מיקוח" עדיין לא ירדה מסדר היום הציבורי והמשפטי בישראל. כמעט חודשיים לאחר מתן פסק הדין ב- דנ"פ 7048/97, פורסמה **הצעת חוק כליאתם של אנשי אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה התש"ס – 2000** (הצעות חוק 2883, י"ב בסיון התש"ס, 14.6.2002, עמ' 416), אשר לימים הפכה להיות **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002**. לרקע ההיסטורי לחקיקתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ראו גם :

**מודריק וקרמניצר**, עמ' 5 – 11.

**פרק יא : אי חוקתיות סעיפים 1 ו-2 לחוק : מטרה והגדרות**

1.א. כללי

134. **סעיף 1 לחוק** (שכותרתו "מטרה") קובע כי :

"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 הבינלאומי ההומניטרי."

**סעיף 2 לחוק** מגדיר "לוחם בלתי חוקי" כדלקמן :

"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."

ישאל השואל האמנם החוק עומד בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי כפי שהוא מעיד על עצמו ? **התשובה לכך היא שלילית.** בפרק זה נעמוד על הוראותיו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי שרלבנטי לענייננו ונראה כי המטרה של החוק, ולפיכך גם ההגדרה של לוחם בלתי חוקי, עומדים בסתירה לו.

2.א. **המעמד של שבוי מלחמה לפי סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית**

135. המשפט הבינלאומי ההומניטרי הרלבנטי לענייננו הוא אמנות ג'נבה השלישית והרביעית משנת 1949. במשפט הבינלאומי ההומניטרי קיימת הבחנה חדה וברורה בין לוחם (combatant) לבין אזרח (civilian). לוחם שנופל בשבי הוא שבוי מלחמה. ראו :

Dieter Fleck (ed.) **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts**

(Oxford University Press, 1995) p. 65.

להלן "ספרו של Fleck".

**מצ"ב העתק מהעמוד הנ"ל וכן העתק מכל מהעמודים הרלבנטיים בספר שתיעשה אליהם הפנייה בהמשך בסיכומים, ומסומן כנספח כז'.**

אדם העונה על ההגדרה של שבוי מלחמה לפי **סעיף 4** לאמנת ג'נבה השלישית **חסין מפני העמדה לדין פלילי** בגין מעשיו בעת המלחמה (כגון מעבירת רצח או פגיעה ברכוש) **וניתן להחזיקו במעצר עד לסיום פעולות האיבה** (**סעיף 21** לאמנת ג'נבה השלישית). בתום המלחמה יש להחזירו לצד לסכסוך שממנו הגיע (**סעיף 118** לאמנת ג'נבה השלישית).

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו מיועד לחול על שבוי מלחמה, לפיכך, ההיתר בחוק לכליאתו של אדם עד לסיום פעולות האיבה, ומבלי להעמידו לדין פלילי, אינו יכול לסמוך על ההסדר הנורמטיבי המיועד לשבויי מלחמה.

136. לוחם הוא אדם המשתתף בלחימה. אזרח הוא אדם שאינו משתתף בלחימה. לוחם הנופל בידי כוחות האויב הוא שבוי מלחמה ויש להחיל עליו את אמנת ג'נבה השלישית.

137. על מנת שאדם יוכר כשבוי מלחמה עליו לעמוד בהגדרה של שבוי מלחמה כאמור בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית. ההגדרה המופיעה בסעיף 4 מתייחסת לכוח צבא סדיר וכן למיליציות ותנועות התנגדות המנהלים את פעולותיהם בהתאם לחוקי המלחמה ומנהגיה.

חברים במיליציות וכוחות התנגדות שאינם מנהלים את פעולותיהם על פי דיני המלחמה אינם חוסים תחת הגנתו של סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית ולפיכך לא יראו כשבויי מלחמה.

138. בשנת 1977 נערך הפרוטוקול ה-I לאמנות ג'נבה. בסעיפים 43 ו-44 לפרוטוקול הורחבה ההגדרה של לוחמים שזכאים לקבל מעמד של שבויי מלחמה כך שהיא כוללת גם כוחות התנגדות ומיליציות שאינם מכבדים את דיני המלחמה, אך מחזיקים את נשקם בגלוי. ראו :

Claude Pilloud (et al) **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions** (International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987) pp. 505 – 542.

139. מדינת ישראל וארה"ב אינם חתומות על הפרוטוקול הנ"ל על מנת שלא להעניק ללוחמי גרילה למיניהם מעמד חוקי מוכר הכולל עימו גם הגנות וזכויות. ראו בענין זה :

C. Greenwood "Terrorism and Humanitarian Law – The Debate over Additional Protocol I" **Israel Yearbook on Human Rights**, Vol. 19. p. 187 (1989)

מלומדים רבים טוענים כי סעיף 75 לפרוטוקול I, שבא להבטיח כי כל עצור, יתייחסו אליו באופן אנושי, תוך שמירה על זכויותיו, הוא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, ולכן יש לראותו כמחייב. ראו :

Knut Dormann "The Legal Situation of Unlawful / Unprivileged Combatants" **International Review of the Red Cross** vol. 85 (2003) p. 45, 70 :

**"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."**

**מצ"ב העתק מהמאמר ומסומן כנספח כח'.**

וכן ראו :

Kenneth Watkin "Warriors Without Rights ? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy" **Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2005, Number 2 , p. 4**

**מצ"ב העתק הימנו ומסומן כנספח כט'.**

**3.א. לוחם בלתי חוקי הוא אזרח לפי אמנת ג'נבה הרביעית**

140. אדם שאינו עונה על ההגדרה של שבוי מלחמה (כגון אזרח הנוטל חלק בלחימה או לוחם במיליציה או תנועת התנגדות שאינו מקיים את דיני המלחמה) רואים אותו כמי שאמנת ג'נבה השלישית איננה חלה עליו.

141. לאור ההבחנה הקיימת במשפט הבינלאומי ההומניטרי בין "לוחם" לבין "אזרח", המשפט הבינלאומי ההומניטרי איננו מתיר מקום ל-"יצור כלאיים" שאינו מוגן על פי אף אחת מאמנות ג'נבה : אינו שבוי מלחמה הואיל ואינו מכבד את דיני המלחמה ואינו אזרח הואיל ונטל חלק בלחימה.

142. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, מעצם השימוש בביטוי "לוחם בלתי חוקי", בא ליצור קטגוריית ביניים, לא "שבוי מלחמה" המוגן באמנת ג'נבה השלישית ולא "אזרח מוגן" המוגן על פי אמנת ג'נבה הרביעית.

הטיבו להביע זאת **מודריק וקרמניצר** (העתק הפרסום מטעמם כבר הוגש לבית המשפט הנכבד ב- 18.1.06) בעמ' 18 :

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

143. לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי אדם חייב להיות מוגן על פי אחת האמנות : או שהוא שבוי מלחמה ולכן מוגן על פי אמנת ג'נבה השלישית או שהוא אזרח ולכן מוגן על פי אמנת ג'נבה הרביעית. אין מצבי ביניים שאינם מוגנים לפי אחת האמנות. ראו בענין זה דבריו של פיקטה הטוען כי ההגדרה של "אזרח מוגן" בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, חלה על כל אלה שאינם נכנסים לתחולת אמנות ג'נבה 1, ו- 3, למשל, **פרטיזנים, ולוחמים בתנועות התנגדות (או במילים אחרות, "לוחמים בלתי חוקיים" כלשון החוק):**

**Jean Pictet Commentary to the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilians in Time of War**  
(International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958)  
p. 50 :

**“The definition of protected persons in paragraph 1 is a very broad one which includes members of the armed forces – fit for service, wounded, sick or shipwrecked – who fall into enemy hands. The treatment which such persons are to receive is laid down in special Conventions to which the provision refers. They must be treated as prescribed in the texts which concern them. But if, for some reason, prisoner of war status – to take one example – were denied to them, they would become protected persons under the present Convention.”**

There are certain cases about which some hesitation may be felt. We may mention, first, the case of partisans, to which article , A (2), of the Third Convention refers. Members of resistance movements must fulfill certain stated conditions before they can be regarded as prisoners of war. If members of a resistance movement who have fallen into enemy hands do not fulfill those conditions, they must be considered to be protected persons within the meaning of the present Convention.”

(ההדגשות לא במקור)

ובהמשך בעמ' 51, בספרו של פיקטה, נקבע, כענין של עקרון, כי כל אדם, צריך שיהיה בעל סטטוס מוכר לפי המשפט הבינלאומי: או שהוא שבוי מלחמה או שהוא אזרח מוגן. אין מצבי ביניים:

**“Every person in enemy hands must have some status under international law : he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is no intermediate status : nobody in enemy hands can be outside the law. We feel that that is a satisfactory solution – not only satisfying to the mind, but also, and above all, satisfactory from the humanitarian point of view.”**

(ההדגשה במקור)

144. אזרח (civilian) שאינו זכאי להגנתה של אמנת ג'נבה השלישית, הואיל והשתתף בלחימה, ולכן אינו נהנה מהמעמד של שבוי מלחמה, מאבד את החסינות מפני העמדה לדין המוענקת לשבויי מלחמה. לוחם בלתי חוקי ניתן להעמידו לדין פלילי ולגזור את דינו.

ראו : ספרו של Fleck, עמ' 68.

אך הכלל הוא שאזרח שנוטל חלק בלחימה אינו מאבד את מעמדו כאזרח ואמנת ג'נבה הרביעית תמשיך לחול לגביו. בעמ' 211, לספרו של Fleck נאמר כי :

**“What are the consequences if civilians do engage in combat, whether within (regular) military forces, within civilian groups, or as individuals ? What does the status of combat imply ? Such persons do not lose their legal status as civilians (Art. 51, para. 8 AP I). .... If such persons participating in combat fall into the power of the adversary, they shall be treated as civilians. They are entitled to all the rights due to civilians, particularly with regard to their treatment. They may, however, be held to account for their actions in conformity with applicable law and including judicial guarantees (see Sections 576 ff., 584). The mere fact of having engaged in hostilities does not confer the status of a combatant on a civilian, who remains a civilian with all corresponding rights and duties.”**

145. הדעה הנ"ל כי אין מצב ביניים של "לוחם בלתי חוקי", שאינו מוגן על פי אמנת ג'נבה השלישית וגם לא על פי אמנת ג'נבה הרביעית, הובעה גם על ידי מלומדים נוספים. מלומדים אלה מצדדים בעמדה כי אדם שאיננו עונה על ההגדרה של "לוחם" בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה, ורואים בו , לפיכך, כ-"לוחם בלתי חוקי", יהיה "מוגן" על פי אמנת ג'נבה הרביעית.

146. כך למשל המלומד Watkin , הביע את דעתו באופן דומה, בקובעו כי החלוקה בין "אזרח" ל-"לוחם" באמנות ג'נבה, שקדמה באופן היסטורי לפרוטוקול I, באה להחיל על "לוחם בלתי חוקי" את אמנת ג'נבה הרביעית.

Kenneth Watkin "Warriors Without Rights ? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy" **Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2005, Number 2 , p. 43 :**

**“The decision in the post war period to deny prisoner of war status to unlawful combatants who formed part of a patriotic resistance resulted in their being considered under the Civilian Convention. This link between civilian status and unlawful combatancy predated significantly the Additional Protocol I provisions which divide, more obviously, participants in warfare into the two classes : lawful combatants and civilians.”**

147. היועץ המשפטי של הארגון הבינלאומי של צלב האדום הביע עמדתו באותה הרוח ב-

Knut Dormann “The Legal Situation of Unlawful / Unprivileged Combatants” **International Review of the Red Cross** vol. 85 (2003) p. 45, 50 :

**“The fact that a person has unlawfully participated in hostilities is not a criterion for excluding the application of GC IV. On the contrary, Article 5 of GC IV, uses the term “protected persons” with regard to persons detained as spies or saboteurs as well as persons definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State / Occupying Power. Both the concepts of “activity hostile to the security of the State / Occupying Power” and of “sabotage” certainly encompass direct participation (without entitlement) in hostilities. Thus, this article would apply in particular to persons who do not fulfill the criteria of GC I – III and take a direct part in hostilities, i.e. persons labelled “unlawful combatants”.**

המחבר של המאמר הנ"ל, **Dormann**, אף מנסה להתמודד עם הטענות של מלומדים אחרים הטוענים כי אמנת ג'נבה הרביעית איננה חלה על לוחמים בלתי חוקיים.

**Dormann** טוען שההסתמכות על ההלכה הידועה במשפט האמריקאי משנת 1942, **Quirin**, בה נקבע כי מרגלים גרמנים שנתפסו בשטח ארה"ב בתקופת מלחמת העולם השנייה, אינם זכאים להגנת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וזאת כחסמכתא לעמדתם כי לוחמים בלתי חוקיים אינם זכאים להגנת אמנת ג'נבה הרביעית, היא שגויה.

הסיבה לכך נעוצה בכך כי הלכת **Quirin**, משנת 1942, קדמה לאמנות ג'נבה משנת 1949, וכי לפני אמנות ג'נבה משנת 1949, לא היתה כל רגולציה במשפט הבינלאומי ההומניטרי לנושא של "הלוחמים הבלתי חוקיים". בעמ' 59 למאמר נאמר כדלקמן :

“Despite the clear indications in the wording of the GC IV, some legal commentators seemingly do not recognize the applicability of GC IV to unlawful combatants at all. However, they do not give any legal reasoning for their position. It is merely asserted that GC IV does not cover unlawful combatants ; an analysis of its article 4 is not provided. When these authorities refer to case law (in particular *ex parte Quirin*), it is case law that predates GC IV. Considering that the issue was simply not specifically regulated in any instrument of international humanitarian law before the adoption of GC IV, this approach is somewhat doubtful.”

148. דעה דומה כי החוק יוצר "יצור כלאיים", מעמד חדש של "לוחם בלתי חוקי", שאינו מוגן, דבר המנוגד למשפט הבינלאומי, הובעה במאמרם של ד"ר ארנה בן נפתלי ושרון גליכגויטש. כמו כן, נקבע כי על ידם כי "לוחם בלתי חוקי" הוא אזרח מוגן לפי אמנת ג'נבה הרביעית. ראו :

אורנה בן נפתלי ו-שרון גליכגויטש "כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה", המשפט, גיליון מס' 11, פברואר 2001, עמ' 32 – 37, 94 – 98.

מאמר קודם של ד"ר אורנה בן נפתלי ועו"ד שרון גליכגויטש בשפה האנגלית צוטט לעיל, ואיזכורו המקוצר היה "בן נפתלי ועוד". המאמר הנ"ל שבעברית יצוטט להלן כ- "בן נפתלי ועוד 2".

בעת פרסומו של המאמר "בן נפתלי ועוד 2" חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים היה עדיין בגדר הצעת חוק. המאמר דן בהצעת החוק ומידת התאמתה למשפט הבינלאומי ולחוקי היסוד.

בעמוד 94 למאמר נאמר :

"בחוות דעתו מציין עו"ד ענבר [ כיהן בתור היועץ המשפטי לכנסת עת שנדונה הצעת החוק בענין לוחמים בלתי חוקיים – ה' א' ש' ] :

"אף שאמנה זו [אמנת ג'נבה הרביעית שעניינה הגנת אזרחים בעת מלחמה – ה'א'ש'], שלא כמו האמנה השלישית, אינה נזכרת מפורשות, לא בהצעת החוק ולא בדברי ההסבר לה, מסכים הפצ"ר כי אותם 'אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה', אלה שהצעת החוק עוסקת בהם, הינם אזרחים מוגנים לפי האמנה הרביעית".



אשר על כן, באה הצעת החוק ומבקשת להעניק בסיס משפטי להמשך אחזקתם. דא עקא, שהיא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, מנוגדת לכיוון התפתחותו וממילא אנכרוניסטית, וסותרת את מטרתו היסודית: המשפט הבינלאומי איננו מקבל כיום מעמדות אחרים, כגון זה המוצע בהצעת החוק, קרי, מין יצור כלאיים, זן מיוחד של בריות, שאינם אזרחים ואינם לוחמים, וממילא שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.

לדידו של המשפט הבינלאומי, אדם שאינו זכאי ליהנות ממעמד של שבוי מלחמה הוא אזרח בשעת המלחמה, וחללים עליו כל הכללים של אמנת ג'נבה הרביעית, וכלוא שאינו זכאי למעמד של אזרח או למעמד של שבוי מלחמה, הנו בן ערובה.

הצעת החוק "מזמינה", לפיכך, ביקורת בגין האופי בו היא סותרת הן את אמנת ג'נבה השלישית והן את אמנת ג'נבה הרביעית, מאמצת מהן הוראות כראות עיניה, ומתעלמת מהוראות אחרות שאינן משרתות את מטרתה.

(ההדגשות לא במקור)

#### מצ"ב העתק המאמר ומסומן כנספח ל'.

149. בסעיף 19 לסיכומי המדינה מ-15.3.06: נאמר כי העובדה כי "לוחם בלתי חוקי" אינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה איננה גורעת מעובדת היותו "לוחם" ולא "אזרח".

יובהר כי בסיכומים מטעם המערערים נטען כי כאשר מדובר ב-"לוחם" שאינו מקיים את דיני המלחמה, הרי שאינו לוחם מוגן לפי אמנת ג'נבה השלישית, אלא כמי שיש לראותו כאזרח מוגן לפי אמנת ג'נבה הרביעית. הטענה של המערערים איננה שאין מושג המתקרא "לוחם בלתי חוקי" אלא שאין קטגוריה משפטית של "לוחם בלתי חוקי" שאיננו מוגן על פי מי מהאמנות, היינו לא "לוחם" לפי אמנת ג'נבה השלישית ולא "אזרח" לפי אמנת ג'נבה הרביעית. (ראו בענין זה סעיפים 49 – 57 לסיכומי המערערים מ-23.1.06).

באסמכתאות הרבות שצוטטו בסעיפים 19 – 27 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נאמר שיש מושג המתקרא "לוחם בלתי חוקי", היינו אזרח המשתתף בלחימה בניגוד לסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, ולפיכך ניתן להעמידו לדין פלילי בשל השתתפותו בלחימה. על כן אין חולק (ראו סעיף 70 (א) לסיכומי המשיבים מ-23.1.06). אך באסמכתאות אלה לא נאמר שאין מקום להחיל על "לוחם בלתי חוקי" את ההגדרה של "אזרח מוגן" לפי אמנת ג'נבה הרביעית.

150. המערערים טוענים כי אמנת ג'נבה הרביעית מאפשרת לכלוא אדם באם הוא מסוכן, בכפוף לקיום תנאים מסוימים. החזקת אדם מאחורי סורג ובריה לפי אמנת ג'נבה הרביעית היא אפשרית רק באחת משלוש האפשרויות הבאות:

א. מאסר של אזרח מוגן על ידי העמדה לדין פלילי לפי סעיף 68 לאמנה;

ב. **מעצר מינהלי** לפי סעיפים 41, 42, ו-43 לאמנה שדנים במעצר מינהלי של **אזרח מוגן** בעת שמדובר באזרח זר שמצא את עצמו בעת פרוץ הקרבות בשטח מדינת אויב, ואז ניתן להחזיקו במעצר באותה מדינה שבה נעצר, מאחר והוא ממילא היה שם לפני מועד מעצרו. בסעיפים הנ"ל נאמר במפורש שהם חלים על "אזרח מוגן".

ג. **מעצר מינהלי** לפי סעיף 78 לאמנה שעניינו מעצר מינהלי של **אזרח מוגן** ואשר לפני מועד מעצרו היה תושב של שטח כבוש ואז מותר להחזיקו במעצר רק בתוך השטח הכבוש ולא בשטח המעצמה הכובשת, כאמור בסעיף 76 לאמנה. בסעיף זה נאמר במפורש שהוא חל על "אזרח מוגן".

הכלל הנ"ל נקבע בסעיף 79 לאמנה הקובע כי :

**"The Parties to the conflict shall not intern protected persons except in accordance with the provisions of Articles 41, 42, 43, 68 and 78 "**

(ההדגשה שלי – ה'איש')

המערערים טוענים שלא ניתן לכלוא אדם שלא על פי אחת החלופות הנ"ל שבאמנת ג'נבה הרביעית. באם כולאים אדם בדרך אחרת, כגון לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הדבר הופך למעצר בלתי חוקי ששווה לכליאתם של בני ערובה (ראו סעיפים 74 ו-75 לסיכומי המשיבים מ-23.1.06).

151. המדינה בסיכומיה העלתה את טענותיה לגבי השאלה אם "לוחם בלתי חוקי" הוא "אזרח מוגן" לפי אמנת ג'נבה הרביעית, או לא, בדרך של **תרתני דסתרי** :

**מחד** נטען כי "לוחם בלתי חוקי" איננו אזרח מוגן לפי אמנת ג'נבה הרביעית (סעיפים 19 ו-39 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06). המשמעות המעשית של טענה זו היא שלא ניתן להפעיל לגבי "לוחם בלתי חוקי" מי מאמצעי הכליאה שנקבעו בסעיף 79 לאמנה, הווה אומר, העמדה לדין פלילי לפי סעיף 68 או מעצר לפי סעיפים 41 – 43 ו-78, כי ממילא לא מכירים בו "כאזרח מוגן" והרי סעיפים אלה, מעצם הגדרתם ולשונם המפורשת, חלים **אך ורק על "אזרח מוגן"**.

**מאידך** המדינה גם טוענת כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים תואם את אמנת ג'נבה הרביעית הואיל וכליאה של "לוחם בלתי חוקי" לפי החוק, לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה, היא למעשה מעצר לפי סעיפים 41, 42 ו-43 לאמנה (סעיפים 55 – 63, 212, 245 – 248 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06). טענה זו לא יכולה לדור בכפיפה אחת עם הטענה שלפיה "לוחם בלתי חוקי" איננו אזרח מוגן, כאמור בסעיפים 19 ו-39 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06, והינה למעשה עומדת בסתירה לה.

152. מאחר והמדינה איננה מכירה במערערים כ-"אזרחים מוגנים" הרי שהיא **מושקת** (מלשון **השתק** – estoppel) מלטעון שמעצרו הוא לפי סעיפים 41 – 43 לאמנת ג'נבה הרביעית שדנים במעצרו של "אזרח מוגן".

- 4.א. **כליאה לפי החוק איננה שווה למעצר מנהלי לפי אמנת ג'נבה הרביעית**
153. אמנת ג'נבה הרביעית מאפשרת מעצרו של אזרח בתנאים של **מעצר מנהלי** וזאת כאמור **בסעיפים 41, 42, 43 ו-78** לאמנה, וזאת בכפוף לכך כי :
- א. הבטחון של המעצמה העוצרת מחייב **באופן אבסולוטי** את מעצרו (סעיף 42)  
the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary
- ב. האמצעי של המעצר הוא **אמצעי אחרון** וזאת כאשר אמצעים אחרים פחות דרסטיים אינם ישימים (סעיף 41)
- ג. המעצר נחוץ מטעמים בטחוניים **הכרחיים** imperative reasons of security (סעיף 78)
- ד. הסכנה לבטחון צריכה לנבוע **מהעצור עצמו**
- ראו : **ספרו של Fleck**, עמ' 254, 285 – 288.
154. **סעיף 78** לאמנת ג'נבה הרביעית נדון בהרחבה בפסק דינו של כבוד בית המשפט העליון בהרכב של **תשעה** שופטים (בהקשר של תיחום מגורים assigned residence) :
- בג"צ 7015/02 **עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** דינים עליון ,  
כרך סב, 611 (ניתן ב- 3.9.2002)
- גם כאן נקבע כי על מנת לעשות שימוש בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית צריך כי הסיכון לבטחון יהיה **מהאיש עצמו** (פסקאות 25, 26, 27 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).
- דברים אלה מתיישבים גם עם פרשנות דעת הרוב של כבוד בית המשפט העליון לאמצעי של מעצר מנהלי מכח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979 , בענין דני"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הבטחון** פ"ד נד (1) 721. גם כאן נקבע כי המעצר המנהלי הוא אפשרי כאשר יש סכנה מהאיש עצמו, ולא לצרכים בטחוניים כללים כגון החזקת אדם כקלף מיקוח.
155. חוק לוחמים בלתי חוקיים אינו מתיישב עם מעצר מנהלי לפי אמנת ג'נבה הרביעית (לפי סעיפים 42, 43, ו-78), הואיל ולשם כך יש את חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979 , ואין צורך בחוק נוסף. חוק לוחמים בלתי חוקיים בה להעניק עילת מעצר נוספת שאינה מופיעה בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), והיא הסמכות לכלוא אדם **גם אם אין סכנה ממנו באופן אישי**.
156. בפרשנותו של **פיקטה** לסעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית, הדין במעצר מינהלי, נקבע כי יש **שיקול דעת רחב** למדינה להחליט איזה מצבים מסכנים את בטחונה על מנת להחליט לעצור. כמו כן, נאמר כי ניתן לעצור אדם שמשתייך לארגון המבצע פעולות איבה, **אך כל זאת בכפוף לכך כי יוכח כי קיימת מסוכנות אישית ממנו**, דרישה שלא קיימת בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, בהתחשב בחזקות המופיעות בסעיפים 7 ו-8 לחוק. ראו עמ' 257 - 258 לספרו של **פיקטה** על אמנת ג'נבה הרביעית ושם נאמר :  
45/...

**“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.**

**Subversive activity carried on inside the territory of a Party to the conflict or actions which are of direct assistance to an enemy Power both threaten the security of the country ; A belligerent may intern people or place them in assigned residence if it has serious and legitimate reason to think that they are members of organizations whose object is to cause disturbances, or that they may seriously prejudice its security by other means, such as sabotage or espionage ; the provisions of Article 5 of the present Convention may also be applied in such cases.**

**On the other hand, the mere fact that a person is subject 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 good reason to think that the person concerned, by his activities, knowledge or qualifications, represents a real threat to its present or future security.”**

(ההדגשות לא במקור)

157. לביקורת נוספת על חוק כליאתם של לוחמים חוקיים, בכך שאינו תואם את סעיפים 42, 43 ו- 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ראו נייר העמדה של **מודריק וקרמניצר** עמ' 24 – 25 (הוגש לביהמ"ש הנכבד ב- 18.1.05).
158. בא כח המדינה טענה בתגובתה לסיכומי המערערים מ- 27.12.05, תוגבה שהוגשה לבית המשפט ב- 4.1.06, בסעיף 25 (ג) לתגובה, נטען כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בא לתת פתרון לבעייה שלא מצאה את פתרונה בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשלי"ט – 1979, שמסדיר באופן ספציפי את הנושא של מעצר מינהלי. לפיכך, ברי, שאין ביכולתה לטעון כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים תואם את סעיפים 42, 43 ו- 78 לאמנות ג'נבה הרביעית שעניינם מעצר מינהלי.
159. יתרה מזו, סעיפים 42, 43, ו- 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ניתן לעשות בהם שימוש בכפוף לתנאים פרלימינריים שפורטו לעיל, ושאינם מופיעים בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

160. הדעה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו תואם את סעיפים 42, 43 ו-78 לאמנות ג'נבה הובעה גם במאמרם של –

אורנה בן נפתלי ו-שרון גליכגויטש "כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה", המשפט, גיליון מס' 11, פברואר 2001, עמ' 32 – 37, 94 – 98.

בעמוד 94 נאמר כי :

"אמנת ג'נבה הרביעית מספקת בסיס למעצרו של אזרח אויב מבלי להאשימו בביצוע עבירה, אך קובעת כי הדבר ייעשה רק למטרת מניעה, מטעמי ביטחון הכרחיים. האמנה מעגנת אמצעי בקרה למעצר, וקובעת מועד שחרור בתום התקיימות שיקולי הביטחון שהיו בסיס למעצר, ומוקדם ככל האפשר לפני סיום פעולות האיבה. אמנת ג'נבה השלישית מאפשרת, בתנאים מיוחדים מאוד, להעמיד לדין שבויי מלחמה, אך גם אז באמצעי אישי ולא קולקטיבי.

הצעת החוק סומכת, בין היתר, על זכויות חריגות אלו, אך מיישמת אותן באופן החורג במפורש ובאופן משמעותי מדברי האמנות ומרוחן. הצעת החוק מכוונת לקבוצה ולא לפרט, היא מאפשרת מעצר כמעט שרירותי ונטול בסיס על פי האמנה, וקושרת את גורל העצור בסיום פעולות האיבה ולא בקיומן או היעדרן של סיבות ביטחון. הצעת החוק איננה דורשת אפילו מילוי דרישה פורמלית של הכרזה על מצב חירום בישראל.

על פי אמנת ג'נבה הרביעית, כליאה היא אמצעי הפיקוח האישי החזק ביותר שניתן להחיל על אזרח אויב, ויש לעשות כן רק במצב בו ביטחון הכוח העוצר, וסיבות של הכרח צבאי מחייבים, פעולה שכזו. הצעת החוק מאפשרת מעצר אדם אך בשל העובדה כי הוא "איש כוח האויב", ולכן אינה מתיישבת עם לשון האמנה ועם הגיונה.

161. **בסעיף 1 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נאמר כי :**

"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 הבינלאומי ההומניטרי."

(ההדגשות שלי – ה' א' ש')

אם לוחם בלתי חוקי אינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה לפי אמנת ג'נבה השלישית, אזי, הוא לא חוסה תחת הגנתה. במקרה זה, יש לבדוק מהן הוראות המשפט הבינלאומי שצריכות לחול וזאת אליבא דסעיף 1 לחוק. **נשאלת השאלה מהן "מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי"?** מחויבויות אלה כוללות גם את אמנת ג'נבה הרביעית.

162. שאלת מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית בישראל זכתה להתייחסות לאחרונה בפסק הדין בענין :

בג"צ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית דינים עליון, כרך סב, 611 (ניתן ב- 3.9.2002. הרכב של 9 שופטים), פסקה 13 בפסק הדין של כבוד הנשיא ברק. שאלת מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית בישראל לא הובררה כל צורכה.

163. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מציג את עצמו כסעיף 1 כחוק שנועד לכלוא לוחמים בלתי חוקיים "בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי".

אם החוק נועד לעמוד בקנה אחד עם המחויבות של מדינת ישראל לחלקים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית (כפי שנהגו ממשלות ישראל מימים ימימה, כאמור בפסק דין עג'ורי הנ"ל), כאשר אמנת ג'נבה הרביעית איננה מתירה כליאה שלא במסגרת מעצר מנהלי, ברי כי החוק נכשל כשולן חרוץ בייעודו זה.

סעיף 1 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נחזה מבחינה לשונית לעמוד בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אך תכניו שונים לאין ערוך ממראה התם שעל פניו. על כך כבר נאמר "אל תסתכל בקנקן אלא במה שיש בו" (אבות, ד', כ'), ו-"אין תוכו כברו".

#### 5.א. כליאה לפי החוק איננה מעצר לפי סעיפים 41 – 43 לאמנת ג'נבה הרביעית

164. המערערים טענו בפני כבוד בית משפט קמא כי כליאה לפי חוק הלב"ח איננו שווה למעצר מינהלי. כבוד בית משפט קמא לא קיבל טענה זו ואף התייחס לכליאה לפי חוק הלב"ח כסוג של מעצר מינהלי המותר לפי אמנת ג'נבה הרביעית מכח סעיפים 41 – 43 לאמנה. אלא מאי? המדינה התמודדה בסיכומיה בפני כבוד בית משפט קמא עם הטענה כי כליאה לפי חוק הלב"ח איננה שווה למעצר מינהלי הנ"ל בדרך של תרת דסתרי :

מחד המדינה טענה שמעצר מינהלי איננו מתאים לכליאתם של המערערים ולפיכך היה צורך בכליאתם על פי חוק לב"ח (סעיפים 203 – 204 לסיכומי המדינה מ- 15.3.06, וסעיף 25 (ג) לתגובת המדינה מ- 3.1.06). המשמעות המעשית של טענה זו היא שסעיפים 41 – 43 לאמנה, אינם מתאימים לכליאתם של המערערים מאחר וסעיפים אלה, כפי שעוד יבואר בהמשך, הם למעשה מעצר מינהלי, ולא שום דבר אחר, ואשר המדינה מתנערת מעשיית שימוש באמצעי זה.

מאידך, המדינה טוענת שכליאה לפי החוק, לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה, כמוה כמעצר לפי סעיפים 41 – 43 לאמנה, וזאת להבדיל ממעצר מנהלי לפי סעיף 78 לאמנה שנעשה בו שימוש לפני ביטול הממשל הצבאי על עזה. (סעיפים 59 – 63, 212, 245 – 248 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06). טענה זו לא יכולה לדור בכפיפה אחת עם הטענה שמעצר מינהלי "לא מתאים" לכליאת המערערים, מאחר ומעצר לפי סעיפים 41 – 43 הוא מעצר מינהלי, ולא שום דבר אחר. כפי שעוד יפורט בהמשך, טענתה של המדינה שסעיפים 41 – 43 לאמנה הם סוג אחר של מעצר, שאיננו מעצר מינהלי, אין לה על מה שתסמוך.

165. אמנת ג'נבה הרביעית מתירה "internment or assigned residence" של אזרח מוגן לפי אחת משתי אפשרויות :

- (א) לפי סעיפים 41 – 43 לאמנה ; או  
(ב) לפי סעיף 78 לאמנה.

הא ותו לא. נבהיר להלן כיצד בשני המקרים מדובר למעשה במעצר מנהלי ולא בשום דבר אחר. נבהיר גם מתי נעשה שימוש בכל אחד ממקרים אלה.

166. אמנת ג'נבה הרביעית מחולקת לארבעה Parts. כל Part מחולק ל- Sections וכל Section מחולק ל- Chapters .

Part III נושא את הכותרת "Status and Treatment of Protected Persons". הוזה אומר, המעמד ואופן הטיפול באזרחים מוגנים.

ה- Sections הרלבנטיים, בתוך Part III, ושבהם מצויים סעיפים 41 – 43 ו- 78 לאמנה הם Section II ו- Section III. סעיפים 41 – 43 נמצאים תחת Section II, וסעיף 78 נמצא תחת Section III.

Section II נושא את הכותרת :

### "Aliens within the Territory of a Party to the Conflict"

הכוונה כאן היא לאנשים שמצאו את עצמם במדינת אויב בעת פרוץ הקרבות ואינם אזרחי המדינה שבה הם שהו בעת פרוץ הקרבות. הכוונה היא לאנשים שמוצאם מארץ אחרת (כגון עובדים זרים או תיירים) ואז פורצת מלחמה בין המדינה שבה הם שוהים, ושאינם אזרחיה, לבין מדינת המוצא שלהם או מדינה אחרת. במצב דברים זה מתעורר הצורך להסדיר את מעמדם של זרים אלה בעת הלחימה.

Section II רואה באנשים אלה "כאזרחים מוגנים". מעמדם של זרים אלה מוסדר בסעיפים 35 – 46, המסבירים מה הם זכויותיהם ומהם חובותיהם. יובהר כי אין זה אוטומטי שאנשים אלה נעצרים.

סעיף 35 מקנה לאנשים אלה זכות לעזוב את המדינה אלא אם כן הדבר עומד בניגוד לאינטרסים של המדינה שבה הם שוהים. באם מונעים זאת מהם עומדת להם הזכות לפנות לערכאות שיפוטיות. סעיף 36 קובע שתהליך היציאה מהמדינה ייעשה בתנאים סבירים שיבטיחו את בטחונם האישי של אותם אנשים, וכן הגיינה ומזון. סעיף 37 בא להבטיח שמי שהיה במעצר עד לתום ההליכים או במאסר בעת פרוץ הקרבות יש להתייחס אליו באופן אנושי ועם סיוע המאסר יש לשחררו ולהתיר לו לעזוב את המדינה. סעיף 38 קובע שיישמרו זכויותיהם של אותם זרים, כפי שהיו בעתות שלום, גם בעת המלחמה.

סעיף 39 אף קובע שזרים אלה שעבדו לפרנסתם וכתוצאה מהמלחמה איבדו את מקום עבודתם, יותר להם למצוא מקום עבודה חלופי, שממנו יוכלו להתפרנס, וזאת בתוך שטח המדינה שבה הם שוהים. סעיף 40 קובע שלא ניתן לכפות על זרים אלה עבודה שלא ניתן לכפות אותה על אזרחי המדינה וכי בכל מקרה יהיו זכאים לאותם תנאי עבודה והגנות ביחסי עובד מעביד כמו אזרחים, כגון שכר, שעות עבודה, פיצויים, ציוד בטיחותי וכו'.

אם כל האמצעים הנ"ל נמצאו בלתי מתאימים להתמודד עם אותם זרים (ראו לשון סעיף 41, פסקה ראשונה, לאמנה), ניתן להחזיק אותם במעצר או תיחום מקום מגוריהם "internment or assigned residence", כאמור בסעיפים 41 – 43, ובכפוף לתנאים שנקבעו שם לרבות התנאי הקבוע בסעיף 42 שהמעצר או תיחום המגורים הם "absolutely necessary" להגנה על בטחונה של המדינה שבה הם שוהים. **במצב דברים זה אין כל מניעה לעוצרם בתוך שטח המדינה שמפעילה את סמכות המעצר וזאת בשל העדר סעיף מפורש באמנה האוסר זאת.**

167. יודגש כי המערערים, ריאד וחסאן עיאד, לא יכולים לבוא בגדרם של סעיפים 41 – 43, כפי שטוענת המדינה, מן הטעם הפשוט, שהם לא אזרחים של מדינה זרה שבעת פרוץ הקרבות (וזה לא משנה אם ניקח את מועד פרוץ הקרבות כיוני 1967 או ספטמבר 2000 עם תחילת האינתיפדה השנייה, או 12.9.05 לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה) היו מסתובבים בחופשיות בשטח ישראל ובשלב מסוים ישראל החליטה לעוצרם הואיל וסיכנו את בטחונה.

שני המערערים נולדו בשטח עזה, ... , בעת שעזה היתה תחת שלטון ישראלי המוגדר כתפיסה לוחמתית. שניהם גרו בעזה כל ימי חייהם. שניהם נעצרו בתוך שטח עזה לפני מועד ביטול הממשל הצבאי והועברו משם לשטח ישראל. שניהם המשיכו להיות במעצר בישראל עד לאחר ביטול הממשל הצבאי, ועד היום ברציפות. לא היה כל נתק במעצרים בשום שלב. העילה למעצרים, אליבא דהמידנה, לא השתנתה, בין לפני ביטול הממשל הצבאי ובין לאחריו, והיא חברות ו/או פעילות בחזבאללה.

**סעיפים 41 – 43 לאמנה מעולם לא היו ישימים לגביהם וגם לא יכולים להיות ישימים לגביהם. הדרך היחידה לעוצרם, לפי אמנת ג'נבה הרביעית, היתה לפי סעיף 78 לאמנה, ואשר נמצא ב- Section III.**

168. Section III נושא את הכותרת : **Occupied Territories**, ומטרתו, בסעיפים 47 – 78, היא להסדיר את מעמדם של אזרחים מוגנים שהם תושבי השטח הכבוש. במקרה שמתעורר צורך בטחוני ממשי (imperative reasons of security) ניתן להורות על מעצרים של אזרחים מוגנים לפי סעיף 78. המעצר במקרה זה, חייב להיות בשטח הכבוש וקיים איסור מוחלט להחזיק עציר כזה בשטח המדינה המפעילה את סמכות המעצר, כהוראת סעיף 76 לאמנה, וזאת להבדיל ממעצר לפי סעיפים 41 – 43 שמותר לבצעו בשטחה של המדינה המפעילה את סמכות המעצר.

169. הביטוי "internment or assigned residence" נעשה בו שימוש הן בסעיפים 41 – 43 והן בסעיף 78 לאמנה. המשיבים יטענו כי הביטוי מקבל משמעות זהה בשני המקרים. אין מקום לקבל את טענת המדינה, כפי שהיא עולה מסיכומיה, שסעיף 78 מתייחס למעצר מינהלי של תושב שטח כבוש ושייך לתקופה שהכיבוש נמשך, בעוד שסעיפים 41 – 43 הם מעצר מסוג אחר שאינו מעצר מינהלי, מאחר והמדינה גם טוענת שמעצר מינהלי בכלל "לא מתאים" למשיבים, ומעצר זה לפי סעיפים 41 – 43, שייך לתקופה שלאחר תום הכיבוש.

מעצר לפי סעיפים 41 – 43 הוא מעצר מינהלי בדיוק כפי שמעצר לפי סעיף 78 הוא מעצר מינהלי. אין שוני בין שני סוגי המעצר. השוני הוא בסוגי האוכלוסייה שעליהם מחילים את המעצר המינהלי : סעיפים 41 – 43 דנים במעצר מינהלי של זרים שמצאו את עצמם במדינה אחרת ממדינת מוצאם בעת פרוץ הקרבות, ובעוד שסעיף 78 דן במעצר מינהלי של תושב שטח כבוש על ידי המעצמה הכובשת.



170. קיימת אחידות באמנה לענין משמעותו של המושג "internment", הדבר עולה בבירור גם מתוך Section IV, שבתוך Part III, ואשר הינו פרק המשך ל- Section II ו- Section III, שנדונו לעיל.

**Section IV נושא את הכותרת : Regulation for the Treatment of Internees**

סעיפים 79 – 141 שבתוך Section IV באים להסדיר את תנאי החזקתם של "internees" על פי האמנה, ואין נפקא מינה באם מדובר ב- "internee" לפי Section II (היינו סעיפים 41 – 43 לאמנה) או ב- "internee" לפי Section III (היינו סעיף 78 לאמנה). שני סוגי העצורים יזכו באותן הגנות מאחר והם נמצאים באותו סוג מעצר.

קיימת הרמוניה בין סעיפי האמנה בעת השימוש בביטוי "internment". כך למשל סעיף 79 לאמנה, המצוי ב- Section IV, קובע כי :

**"The parties to the conflict shall not intern protected persons, except in accordance with the provisions of Articles 41, 42, 43, 68 and 78."**

(ההדגשה שלי - ה'א'ש')

הביטוי "intern" מתייחס הן ל- "internment" לפי Section II (היינו לפי סעיפים 41 – 43) והן ל- "internment" לפי Section III (היינו לפי סעיף 78).

נביא לענין זה מדבריו של פיקטה בעמ' 371 לספרו המתייחס לפרשנותו של סעיף 79 לאמנת ג'נבה הרביעית, בענין היחס שבין סעיפים 41 – 43 לבין סעיף 78 :

**" Articles 41, 42 and 43 deal with the case of aliens who are in the territory of a Party to the conflict when hostilities break out. They lay down the general rule that internment or placing in assigned residence are the most severe measures of control which can be applied to protected persons ; they specify, moreover, that any protected person who has been interned or placed in assigned residence is entitled to have his case reconsidered "as soon as possible" by an appropriate court or administrative board designated for the purpose by the Detaining Power.**

**Articles 68 and 78 deal with the position in occupied territory.** The first of these Articles lays down that internment may be ordered for offences intended to harm the Occupying Power but not constituting a grave collective danger ; **the second (i.e. article 78 - italics added – H.A.S) provides the same safeguards as those laid down in Articles 41, 42 and 43 for aliens in the territory of a party to the conflict, with the one difference that the six monthly review of decisions concerning interment, which is compulsory in the case of internees in the actual territory of a belligerent, is optional in occupied territory.**"

(ההדגשה שלי היא'ש').

במילים אחרות, סעיפים 41 – 43 , מיועדים לחול, כאמור, על אנשים, שבעת פרוץ הקרבות, מצאו את עצמם בתוך שטח של מדינה שמעורבת בסכסוך, אך אינם אזרחיה. ובעוד שסעיף 78 בא לחול על תושבי שטח כבוש. ההבדל היחיד שבין שני סוגי מעצר אלה, לפי סעיפים 41 – 43 מחד וסעיף 78 מאידך, הוא בכך שהביקורת השיפוטית התקופתית, מדי שישה חודשים, היא בגדר חובה בעת שמדובר במעצרים של זרים בתוך שטח המדינה ובעוד שבשטח כבוש היא אופציונלית. לכך יש להוסיף ולהעיר שהשוני הני"ל הוא מוצדק בהנחה שמכבדים את הוראת סעיף 76 לאמנה האוסרת החזקת עצור מינהלי, תושב השטח הכבוש, מחוץ לשטח הכבוש, דבר שלא נעשה במקרה של המעצרים.

171. על ההרמוניה והאחידות שבאמנת גינבה הרביעית לגבי המשמעות **השווה** שמקבל המושג "internment", הן לענין סעיפים 41 – 43 והן לענין סעיף 78, ניתן ללמוד גם מהאיסור המוחלט לנקיטה בסנקציה חריפה יותר ממעצר או תיחום מגורים, כאשר מתעורר צורך בטחוני המצדיק נקיטה בסנקציות נגד אזרח מוגן, ולא ניתן להעמידו לדין פלילי.

172. הכלל הני"ל בדבר איסור נקיטה בסנקציה חריפה יותר ממעצר (internment) או תיחום מגורים (assigned residence) עובר כחוט השני באמנת גינבה הרביעית.

כלל זה מצא את ביטויו **בסעיף 41 פסקה ראשונה** לאמנה, המצוי ב- Section II, והקובע:

**"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 that that of assigned residence or internment, in accordance with the provisions of Articles 42 and 43."**

(ההדגשה שלי היא'ש')

כלל זה מצא את ביטויו גם בסעיף 78 לאמנה, המצוי ב- Section III, והקובע :

**"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."**

(ההדגשה שלי - היא'ש')

הווה אומר, הכלל הנ"ל בדבר איסור נקיטה בסנקציה חריפה יותר מתיחום מגורים או מעצר, הינה נכונה הן לגבי אזרח מוגן שמצא את עצמו בעת פרוץ הקרבות בשטח של מדינה, שאיננו נמנה על אזרחיה, והן לגבי תושב שטח כבוש. כלל זה מצא את ביטויו גם בסעיף 79 לאמנה (המופיע ב- Section IV, שהוא פרק כללי הדין בזכויותיו של אדם הנמצא במעצר, ואין נפקא מינה לפי איזה סעיף באמנה הוא נעצר).

העובדה כי ההגנה שבכלל הנ"ל ניתנה, **באופן שווה**, לאזרחים מוגנים המצויים בסטטוס שונה (זר במדינה המעורבת בסכסוך מזויין לעומת תושב שטח כבוש) מחזקת את הטענה כי המונח "internment" שבסעיפים 41 – 43 לאמנה צריך לקבל **משמעות שווה** למושג "internment" שבסעיף 78 לאמנה. מתן פרשנות אחרת למושג "internment", לגבי אזרח מוגן לפי סעיף 78 לעומת אזרח מוגן לפי סעיפים 41 – 43, תפגע בהגנה שהאמנה רוצה לתת **לאזרח מוגן, באשר הוא**, בין אם הוא אזרח מוגן לפי Section II, ובין אם הוא אזרח מוגן לפי Section III.

**לפיכך, באם המושג "internment" לפי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית משמעו "מעצר מינהלי", דבר שהמדינה איננה חולקת עליו, ברי, שאותו מושג "internment" בסעיפים 41 – 43 משמעו גם הוא "מעצר מינהלי".**

המדינה טוענת לכל אורך הליך הביקורת השיפוטית לפי חוק ה-לב"ח כי מעצר מינהלי הוא "לא מתאים" למקרה של המערערים ולכן לא נעשה בו שימוש, ומכאן **הסתירה הברורה עם טענתה האחרת שכליאה לפי חוק ה-לב"ח היא למעשה "internment" לפי סעיפים 41 – 43 לאמנה.**

173. כאמור בסעיף 79 לאמנת ג'נבה הרביעית, האמנה מתירה שני סוגי מעצר : **מעצר פלילי** לפי סעיף 68 לאמנה או **מעצר מינהלי** לפי סעיפים 41 – 43 ו-78. אין דרך אחרת לפי האמנה להביא למעצרו של אדם מטעמי בטחון.

הטענה של המדינה כי מחד מעצר מינהלי לא מתאים למערערים ולכן נכלאו לפי חוק ה-לב"ח ומאידך כליאה לפי חוק ה-לב"ח היא למעשה מעצר לפי סעיפים 41 – 43 לאמנה, ואשר לטענתה איננו מעצר מינהלי כי לכך נועד סעיף 78 לאמנה, **מובילה ליצירת קטגוריה שלישית של מעצר שלא מופיעה באמנה, היינו לא מעצר פלילי ולא מעצר מינהלי.**

כבוד בית המשפט העליון פירש את התחיקה הצבאית בעתירות שהוגשו מטעם תושבי אזור הגדה המערבית ואזור חבל עזה מן האספקלריה של אמנת ג'נבה הרביעית.

ב- בג"צ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** פ"ד נו (2) 349, נקבע במפורש שמפקד כוחות צה"ל איננו מוסמך לעצור תושב האזור **בדרך אחרת שאיננה מעצר פלילי ואיננה מעצר מינהלי**. בעמ' 366 נאמר על ידי כבוד הנשיא ברק :

**"נטען בפי העותרים כי צו מס' 1500 – וכמוהו צו מס' 1502, צו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518 – קובע סוג שלישי של מעצר – מעבר למעצר הפלילי הרגיל ולמעצר המינהלי – המאפשר מעצר ללא משפט, ומטעם זה דינו להתבטל. אכן מקובל עלינו כי המשפט החל באזור מכיר רק בשני סוגים של מעצרים ; מעצר לצורכי חקירה פלילית (כאמור בצו מס' 378) ומעצר מינהלי (כאמור בצו מס' 1226). אין סמכות לבצע מעצר בלא "עילת משפט"."**

(ההדגשה שלי – ה'איש')

בפסק הדין הנ"ל כבוד בית המשפט העליון רואה במעצר לצורך חקירה (היינו מעצר הימים הקודם להגשת כתב האישום) כחלק מהמעצר הפלילי ולא כקטגוריה שלישית בפני עצמה. כמו כן נקבע כי הסמכות לבצע מעצר לצורך חקירה, לפי אמנת ג'נבה הרביעית, נובעת מהסמכות הכללית לשמור על הבטחון והסדר הציבורי כאמור בסעיף 27 לאמנה. בעמ' 365 נאמר כי :

**"אמת, אין הוראה מיוחדת באמנת ג'נבה הרביעית לענין סמכותו של המפקד להורות על מעצר לצורכי חקירה, אך סמכות זו נגזרת מהדין המקומי, והיא כלולה בסמכותו הכללית של המפקד לאזור לשמור על הסדר והביטחון. [...] ביטוי לאיזון עדין זה ניתן למצוא בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית."**

לפיכך, אין קטגוריה שלישית למעצר באמנת ג'נבה הרביעית, וזאת מעבר לשתי הקטגוריות שכבר קיימות בה : מעצר מינהלי ו- מעצר פלילי (שכולל בתוכו מעצר לצורך חקירה לפני הגשת כתב אישום, מעצר עד לתום ההליכים לאחר הגשת כתב אישום ומאסר עקב גזר דין). **הא ותו לא.**

174. כבוד בית המשפט העליון כבר קבע שסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עניינו מעצר מינהלי, ולא מעצר מסוג אחר.

בג"צ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד נו (6) 353, 371 מול האותיות ד – ה (כבוד הנשיא ברק).

כמו כן, נקבע כי המושג "internee" בסעיף 78 לאמנה משמעו "עצור מינהלי". ראו :

בג"צ 253/88 **סג'דייה נ' שר הבטחון** פ"ד מב (3) 801, 817 (כבוד הנשיא שמגר).

לפיכך על מנת לשמור על הרמוניה ואחידות באופן פרשנות המושג "internment" באמנת ג'נבה הרביעית יש לקבוע כי מושג זה מקבל את אותה משמעות בכל סעיפי האמנה לרבות סעיפים 41 – 43, 78 ו-79, הווה אומר, משמעות אחידה של **מעצר מינהלי**, ושום דבר מעבר לכך.

175. מאחר והמדינה טוענת שאין מקום לנקוט במעצר מינהלי כנגד המערערים מאחר ולטענתה מדובר באמצעי בלתי מתאים, הרי **המדינה מושתקת** (מלשון **השתק** - estoppel) מלטעון כי כליאתם של המערערים לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נעשתה מכוח סעיפים 41 – 43 לאמנת ג'נבה הרביעית, מאחר ומעצר לפי סעיפים אלה הוא מעצר מינהלי לכל דבר וענין.

176. בשולי הדברים אף יצויין כי **המדינה עצמה בסעיף 57 לסיכומיה** מתייחסת למעצר לפי סעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית כ- "**מעצר מינהלי**" !!! בסעיף 58 (i) לסיכומי המדינה נאמר כי המשיבים טוענים כי "**מעצר מינהלי יכול להתבצע רק על בסיס טעמי ביטחון אינדיבידואליים ואילו החוק** (הכוונה לחוק הלב"ח – ה'א'ש') **מאפשר מעצר מינהלי על בסיס קולקטיבי**". יובהר כי בשום מקום לא נאמר על יד המערערים שכליאה לפי חוק הלב"ח היא "מעצר מינהלי", לא על בסיס קולקטיבי ולא על בסיס אחר. המערערים טענו בכל כתבי בי דין שהוגשו מטעמם כי כליאה לפי החוק איננה שווה למעצר מינהלי !!!

#### **6.א. סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית וסוג הזכויות שניתן לשלול מלוחם בלתי חוקי**

176. בסעיף 76 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נאמר כי על פי סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית ניתן לשלול מלוחם בלתי חוקי, שנכנס לתחולת האמנה, זכויות וזכויות יתר הקבועות באמנה, לרבות הזכות לחירות כקבוע בסעיף 42 לאמנה. המדינה לא דק פורתא בטענתה זו.

בשל חשיבותו של **סעיף 5** נביא להלן את נוסחו המלא :

" **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."**

177. בספרו של פיקטה, בדברי ההסבר שדנים ברקע לחקיקתו של סעיף 5 לאמנה, נאמר במפורש כי סעיף 5 בא להסדיר את מעמדם של "לוחמים בלתי חוקיים", היינו לוחמים שאינם מקיימים את דיני המלחמה וזאת בשל הקלות הבלתי נסבלת שבה נעשה שימוש בעבר בביטוי "לוחם בלתי חוקי" ויישומו לגבי עבירות טריביאליות לצורך שלילת זכויות מעצורים אלה. בעמ' 53 לספרו של פיקטה נאמר כדלקמן :

**"It may, nevertheless, seem rather surprising that a humanitarian Convention should tend to protect spies, saboteurs or irregular combatants. Those who take part in the struggle while not belonging to the armed forces are acting deliberately outside the laws of warfare. Surely they know the dangers to which they are exposing themselves. It might therefore have been simpler to exclude them from the benefits of the Convention, if such a course had been possible, but the terms espionage, sabotage, terrorism, banditry and intelligence with the enemy, have so often been used so lightly, and applied to such trivial offences, that it was not advisable to leave the accused at the mercy of those detaining them."**

(ההדגשות שלי – ה'איש')

178. הפסקה הנ"ל מספרו של פיקטה מפריכה לחלוטין את הטענה שהועלתה בסעיף 52 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 כי ספק אם מנסחי אמנת גינבה השלישית והרביעית ראו לנגד עיניהם אנשים מוגנים העוסקים בטרור, ושלא צפו את תופעת ה- "לוחם הבלתי חוקי".

179. סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית יש בו שלוש פסקאות :

(א) הפסקה הראשונה עניינה זכויותיו של אזרח מוגן, שהינו "לוחם בלתי חוקי", **המצוי בתוך שטחה של מדינה שהיא צד לסכסוך.**

(ב) הפסקה השנייה עניינה זכויותיו של אזרח מוגן, שהינו לוחם בלתי חוקי, **והוא תושב של שטח כבוש.**

(ג) הפסקה השלישית עניינה הגנה כללית על זכויותיהם של שני הסוגים של אזרחים מוגנים שפורטו לעיל.

נעמוד להלן על פסקאות אלה.

#### סעיף 5 (1) לאמנה

180. הפסקה הראשונה בסעיף 5 שעניינה אזרח מוגן, שהינו לוחם בלתי חוקי והמצוי בתוך שטחה של מדינה שהיא צד לסכסוך, ולמרות שצוטט בסעיף 76 לסיכומי המדינה, איננו רלבנטי למשיבים מאחר ושניהם נעצרו כתושבי שטח כבוש והמשיכו להיות עצורים לאחר ביטול הממשל הצבאי. הם לא הגיעו מרצונם לישראל אלא הועברו, לשטח ישראל, בניגוד לסעיף 76 לאמנת ג'נבה, והמשיכו להיות עצורים לאחר ביטול הממשל הצבאי על עזה.

מכל מקום, לאור העובדה שפסקה זו קשורה לסעיפים 41 – 43 לאמנה, שעניינם מעצרים של זרים בתוך שטח המדינה שהיא צד לסכסוך, ואשר המדינה מסתמכת על סעיפים אלה להצדקת מעצר של המשיבים, נבהיר גם את פסקה זו.

181. שאלה קרדינלית היא מהן אותן זכויות שאותן אזרח מוגן מאבד כ-"לוחם בלתי חוקי", בעת מעצרו, כאשר הוא נמצא בתוך שטח המדינה שהיא צד לסכסוך. בספרו של פיקטה בעמ' 56 נקבע בענין זה כדלקמן :

**"This is the only article in the Convention which speaks of the rights *and privileges* of protected persons. Elsewhere there is no question of anything but rights (in Articles 7 and 8, for example). Undue importance should not be attached to the word "privileges" which should be regarded as otiose. The rights of protected persons are privileges, if their position is compared with that of persons who do not enjoy protection under the Convention.**

**The rights referred to are not very extensive in the case of protected persons under detention ; they consist essentially of the right to correspond, the right to receive individual or**

collective relief, the right to spiritual relief 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.

[...]

It should, moreover, be noted that this provision cannot release the Detaining Power from its obligations towards the adverse Party. It remains fully bound by the obligation, imposed on it by Article 136, to transmit to the official Information Bureau particulars of any protected person who is kept in custody for more than two weeks. This is not, in fact, a right or privilege of the protected person, but an obligation of the Detaining Power.

As we see, the Article refers mainly to the relations of the detained person with the outside world, and that is the sphere in which restrictions will doubtless be applied."

(ההדגשות שלי – ה'א'ש'י)

182. לפיכך, מבחינה מעשית, הזכויות שניתן לשלול מלוחם בלתי חוקי, שנמצא בתוך שטח המדינה שהיא צד לסכסוך, הן לכל היותר זכויות הנוגעות לתקשורת עם גורמים מחוץ למקום מעצרו, כגון משלוח וקבלת מכתבים, ביקורים מטעם כוהני דת וביקור מטעם נציג הצלב האדום. אין כאן שלילת זכויות מהותיות שמוגנות באמנה ואשר יותר משהן נתפסות כזכויות לעציר הן למעשה חובות שחלות על המדינה שמחזיקה אותו במעצר.

כך למשל, סעיף 5 לאמנה איננו מתיר לשלול מלוחם בלתי חוקי שנמצא בשטחה של מדינה שהיא צד לסכסוך, את מה שנקבע בסעיף 79 לאמנת ג'נבה הרביעית, היינו שלא ניתן להשימו במעצר מסוג אחר לזה שמופיע באמנה, מעצר פלילי לפי סעיף 68 לאמנה, או מעצר מינהלי לפי סעיפים 41 – 43 לאמנה. סעיף 5 לאמנה איננו מתיר לחוקק חוק מיוחד לצורך מעצרו של לוחמים בלתי חוקיים כפי שנעשה במקרה של חוק ה- לב"ח.

183. הטענה שבסעיף 76 לסיכומי המדינה כי אחת הזכויות שניתן לשלול מלוחם בלתי חוקי, לפי סעיף 5 לאמנה, היא הזכות לחרות, וזאת על ידי מעצרו לפי סעיף 42 לאמנה, היא משוללת כל יסוד. בהתקיים תנאים מסוימים ניתן לשלול מלוחם בלתי חוקי את חרותו, בין על ידי העמדה לדין פלילי לפי סעיף 68 לאמנה ובין על ידי מעצר מינהלי לפי סעיף 42 לאמנה, ורק לאחר מכן ניתן לשלול ממנו תקשורת עם גורמים מסוימים מחוץ לכלא, לפי סעיף 5 לאמנה.



סעיף 5 (2) לאמנה

184. הפסקה השנייה שבסעיף 5 לאמנה עניינה תושב שטח כבוש, שנחשד להיות לוחם בלתי חוקי. במקרה זה נאמר שלוחם בלתי חוקי ייראה כמי שויתר על זכויות הקומוניקציה שלו. ראו בענין זה עמ' 57 – 58 לספרו של פיקטה.

גם כאן אין כל ויתור על זכות מהותית כגון זאת המאוזכרת בסעיף 79 לאמנה, בדבר איסור מעצר שלא על פי האמנה, היינו לא מעצר פלילי לפי סעיף 68 לאמנה ולא מעצר מינהלי לפי סעיף 78 לאמנה, אלא בקונסטרוקציה שלישית, המנוגדת ללשון האמנה, כדוגמת חוק ה-לב"ח.

סעיף 5 (3) לאמנה

185. הפסקה השלישית לסעיף 5 לאמנה קובעת במפורש ש- "לוחם בלתי חוקי" איננו מאבד את מעמדו כאזרח מוגן, וזאת בניגוד גמור למה שנטען בסעיף 19 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06.

186. כפי שעולה בבירור מתוך ספרו של פיקטה, הסייג שנקבע בפסקה השלישית של סעיף 5 מטרתו למנוע שימוש נרחב בפסקאות אחת ושתיים שעלול להוביל ליצירת קטגוריית מעצר שלא מופיעה באמנה, כגון, לעניינו, חוק ה-לב"ח. בעמ' 58 נאמר כך :

**"What is most to be feared is that widespread application of the Article may eventually lead to the existence of a category of civilian internees who do not receive the normal treatment laid down by the Convention but are detained under conditions which are almost impossible to check."**

דברי נבואה אלה של פיקטה עוד בשנת 1958, ושל מנסחי אמנת ג'נבה הרביעית בשנת 1949, התגשמו בישראל בשנת 2002 עם חקיקתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ובשנת 2001 בארה"ב עם התקנתו של הצו הנשיאותי מ- 13.11.01. דברי נבואה אלה הינם דברים כדורבנות, ומהווים אור אזהרה מהבהב למשטרים דמוקרטים. הגיעה השעה להכריז על בטלותו של חוק ה-לב"ח, וזאת למען הדמוקרטיה ואיכות השלטון בישראל.

187. לסיכום, יצויין כי הטענה שהועלתה בסעיפים 93 ו-99 (ג) לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 שמעצר מינהלי לא מתמודד עם התופעה של לוחמים בלתי חוקיים, היא משוללת כל יסוד, הואיל ואמנת ג'נבה הרביעית אכן מתמודדת עם תופעה זו באמצעות סעיף 5 לאמנה ובד בבד קובעת בסעיף 79 לאמנה, כי ניתן או להעמידם לדין פלילי או לעצור אותם במעצר מינהלי.

**7.א. האמצעי שפגיעתו פחותה : הכרה כשבוי מלחמה או העמדה לדין פלילי**

188. לאחר מתן פסק הדין של כבוד בית המשפט העליון בענין עמ"מ 10/94 **פלוניס נ' שר הבטחון** פ"ד נג (1) 97, בו נקבע בדעת רוב (כבוד הנשיא ברק וכבוד השופט קדמי) כי ניתן להחזיק אדם במעצר מנהלי כקלף מיקוח (הלכה שנהפכה ב- **דנ"פ 7048/97**), פורסם **מאמר הבקורת של "בן נפתלי ועוד"**. מאמר זה פורסם בטרם מתן פסק הדין ב-דנ"פ 7048/97 וכמובן לפני חקיקתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

189. **מאמר של "בן נפתלי ועוד"** (נספח כו') נמתחה בקורת על דעת הרוב בפסק הדין עמ"מ 10/94. המחברים ניסו גם לבדוק אפשרויות לצורך הגדרתם של המערערים באותו פסק דין (העצורים הלבנונים) כך שהדבר יעמוד בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי.

המחברים טוענים כי יחסי ישראל - לבנון (כולל הארגונים השונים שבתוכה), הם במהותם יחסי מלחמה, ולכן יש להחיל עליהם את דיני המלחמה.

לשם בדיקת מצב הדברים לפי דיני המלחמה יש לקבוע תחילה מהו **הסטטוס** של המערערים על פי דיני המלחמה (ראה עמוד 235 למאמר). האפשרויות להגדרתם הם כלהלן :

(א) המערערים ב- עמ"מ 10/94 הם טרוריסטים. חלק מהמערערים הועמדו לדין וריצו את עונשם אך המשיכו להחזיקם במעצר. חלקם לא הועמדו לדין כלל. על כך קובעים המחברים בעמ' 236 למאמר כי :

**"It follows that even if some of them were originally classified as terrorists, that status has expired and provides no basis for their continued detention."**

הביטוי "טרוריסט" הוא בעצם מילה נרדפת לביטוי "לוחם בלתי חוקי". אם המדינה חפצה בהחזקת "לוחם בלתי חוקי" מאחורי סורג ובריח, עליה להעמידו לדין פלילי, לגזור את דינו, ולאחר סיום ריצוי עונשו לשחררו.

(ב) המערערים ב- עמ"מ 10/94 הם אזרחים המוגנים לפי אמנת ג'נבה הרביעית (בני ערובה)

המחברים טוענים כי אמנת ג'נבה הרביעית היא בהחלט רלבנטית לשאלת מעמדם של המערערים (עמ' 237 למאמר).

המחברים סוקרים את המאמרים השונים שפורסמו וביקרו את גישתו של כבוד בית המשפט העליון בשאלת תקפותה ומעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית במשפט הפנימי של ישראל, וזאת לאור ההבחנה הקלאסית בין משפט בינלאומי הסכמי למנהגי (עמ' 237 – 241 למאמר).

המחברים טוענים כי **סעיף 33** לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על לקיחת בני ערובה, ניתן לראותו כמי שזכה למעמד של **משפט בינלאומי מנהגי** (עמ' 241 – 243 למאמר).

המחברים קובעים בעמ' 243 למאמר כי :

**“The main question is whether the appellants can be classified as “civilians”. They me be thus classified if they are not combatants, as defined by Article 4 of the Third Geneva Convention.”**

המערערים ב- עמ"מ 10/94 הם שבויי מלחמה (ג)

ארגון "חזבאללה" עונה על ההגדרה של "לוחם חוקי" לפי פרוטוקול I משנת 1977 (עמ' 247 למאמר). המחברים טוענים כי פרוטוקול I משנת 1977 הוא בעל מעמד קונסטיטוטיבי ומדינת ישראל לא חתומה עליו ולכן ההגדרה הרחבה שבו למושג "לוחם" איננה חלה על ישראל (עמ' 245 למאמר).

המחברים ממשיכים וטוענים כי התוצאה המעשית היא כי ישראל עלולה לטעון מחד גיסא כי "לוחם" מסויים הוא לא שבוי מלחמה בשל אי תחולת פרוטוקול I עליו, ומאידך גיסא לא לראות בו כאזרח לפי אמנת ג'נבה הרביעית. **תוצאה מעין זו, לדעת המחברים, היא בלתי רצויה.** בעמ' 247 נאמר כי :

**“Since Israel is bound only by the Third Geneva Convention and since its courts are required to apply only this Convention, it would be possible for an Israeli court to determine that the appellants – who cannot be said to be protected persons under the Fourth Geneva Convention – can also not be said to be prisoners of war under the Third Geneva Convention. The conclusion that such a determination would be possible, however, does not imply that it is either desirable or necessary.**

**It may not be desirable because a conclusion that the appellants do not enjoy the status of prisoners of war does not legitimize their continued administrative detention in and by Israel. Quite the contrary, as our critical review of the judgment proposed, the Detention Law offers no acceptable grounds for their continued detention. If they cannot be held on any other legally sound basis, the inescapable conclusion is that they should henceforth be released.”**

190. לתוצאה בלתי רצויה זו מכוון חוק לוחמים בלתי חוקיים : היעדר הכרה בלוחם כשבוי מלחמה לפי אמנת ג'נבה השלישית וכן היעדר הכרה בו כאזרח לפי אמנת ג'נבה הרביעית.
191. המחברים טוענים כי ניתן להחיל על העצורים הלבנונים את אמנת ג'נבה השלישית ולראות בהם כשבויי מלחמה בדרך של שימוש באנאלוגיה פרשנית (ראה עמוד 248 למאמר הנ"ל באנגלית). וכן ראה מאמרם בעברית **בן נפתלי ועוד 2** בעמ' 97 ו- 98.
192. כפי שניתן לראות בבירור מתוך **מאמרם של בן נפתלי ועוד** , אם מדינת ישראל מעוניינת להחזיק "לוחם בלתי חוקי" בתנאי מעצר ושחקיקתה תהיה תואמת למשפט הבינלאומי עליה לבחור **באחת** מהאפשרויות הבאות :
- א. להעמידו לדין פלילי ; או
- ב. לראות בו כשבוי מלחמה לפי אמנת ג'נבה השלישית, בדרך של אנאלוגיה פרשנית מאמנת ג'נבה השלישית , לצורך הוצאתו ממעגל הלחימה ומעצרו עד לסיום פעולות האיבה.
- האפשרות האחרת של החזקתם עד לסיום פעולות האיבה נגד ישראל (השווה ענין זה עם אורך חייה של ההכרזה על מצב החירום במדינה) מבלי לתת מעמד של שבוי מלחמה, היא בלתי מתקבלת על הדעת.

#### **8.א. כליאת לוחם בלתי חוקי : החזקת בן ערובה מכוח חוק**

193. אמנת ג'נבה הרביעית מאפשרת נקיטת סנקציות פליליות כנגד לוחם בלתי חוקי, בכפוף כמובן להליך משפטי נאות. האמנה גם מתירה את השימוש בכלי של מעצר מנהלי בכפוף להתקיימות התנאים לכך.
- דא עקא, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו מיועד להסדרת אופן העמדתו לדין פלילי של לוחם בלתי חוקי (לשם כך יש הוראות דיני העונשין וסדר הדין הפלילי). כמו כן, החוק אינו מיועד למעצרו של אדם במעצר מנהלי (לשם כך יש את חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים)).
- הקביעה של כבוד בית משפט המחוזי ב- ב"ש 92690/02 (כבוד השופט כספי) לפיה חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) שעניינו מעצר מינהלי מיועד לחול על היחסים בין המדינה לתושביה (החלטה מ- 10.3.03, עמ' 38 , ש' 7 – 10), בעוד שחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מיועד לחול על אזרחים זרים, אין לה אחיזה בלשון החוק ואף לא בפרקטיקה ארוכת השנים בה נעשה שימוש בסמכות של מעצר מינהלי לצורך מעצרו של אזרחים זרים.
194. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בא לאפשר את כליאתו של אדם , ללא הליך משפטי נאות (אין חשיפת ראיות, אין אשמה ספציפית, אין הליך תקין של הוכחת האשמה ואין גזר דין עם תקרה של עונש שלאחריו יבוא השחרור המיוחל). החוק בא לאפשר כליאה גם מעבר למטרות של מעצר מינהלי. הליך כזה אינו מוכר באמנת ג'נבה הרביעית.
- מודריק וקרמניצר** הביעו את העמדה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הוא חוק מיותר וכי יש חוק אחר שיש בו כדי לשמור על בטחון המדינה , באותה המידה, והוא חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), אשר לדידם נחשב לחוק הפוגע בזכויות אדם במידה קטנה יותר.

בעמ' 51 – 52 לנייר העמדה של **מוזריק וקרמניצר** (נספח טו) נאמר כי על מנת לחסוך הכרה ב-"לוחמים בלתי חוקיים" כשבויי מלחמה, ניתן לעצור אותם לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), שהינו פוגעני פחות, מן האספקלריה של עקרון המידתיות :

**"הפתרון שהוצא כדי ליישב את הבעיות הללו [ הכרה ב- לוחם בלתי חוקי כשבוי מלחמה – ה'איש' ] הוא ייתור חוק הלוחמים הבלתי חוקיים ושימוש בחוק המעצרים המנהליים תחתיו. לחוק זה, על אף הבעיות הכרוכות בו, שני יתרונות : בראש ובראשונה הוא מאפשר להימנע מהגדרה כזאת או אחרת של חברי ארגוני הטרור, ובכך הוא מתמודד עם הקשיים לישיב את חוק הלוחמים הבלתי חוקיים עם דרישות המשפט הבין-לאומי. נוסף על כך, הוא מאפשר למנוע את שחרורם של גורמים עוינים מסוכנים. מכיוון שאין להחזיק במעצר את מי שאינם מוכרים כשבויי מלחמה עד לסיום מעשי האיבה, שכן החזקה כזאת נחשבת החזקה הבלתי חוקית של בני ערובה, הרי העילה היחידה למעצרים נותרת הסכנה לפגיעה בבטחון המדינה. עילה זו, כאמור, מצויה כבר בחוק המעצרים המנהליים.**

**חוק המעצרים המנהליים עומד טוב יותר במגבלות חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, בהיותו האמצעי שפגיעתו פחותה.**

(ההדגשות לא במקור)

195. באם ממילא ניתן להחזיק אנשים שמסכנים את בטחון המדינה במעצר, ללא הגבלת זמן, בהסתמך על חומר חסוי, ותוך פגיעה פחותה בזכויות העצור, ישאל השואל, אם כך, לשם מה נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים זה ? התשובה היא בפשטות לאפשר החזקת אנשים כקלפי מיקוח, היינו בני ערובה. את זאת אוסרות אמנות גינבה. את זאת אוסרים מושכלות ראשונים של משפט בינלאומי בענין זכויות אדם. את זאת אוסר משטר דמוקרטי נאור. את זאת כבר אסר כבוד בית המשפט העליון.

196. **סעיף 34** לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר על לקיחת בני ערובה. **סעיף 147** לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי לקיחת בני ערובה היא הפרה חמורה (grave breach) של האמנה.

האיסור המופיע בסעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית יש לראותו כבעל תוקף של **משפט מינהגי**. השווה עם דבריה של כבוד השופטת דורנר ב – דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הבטחון** פ"ד נד(1) 721, 766 – 767.

וראה גם הגדרת בן ערובה בסעיף 1 ל-

### **International Convention against the Taking of Hostages**

(ההגדרה של "בן ערובה" לפי האמנה הנ"ל מצוטטת בפסק דינה של כבוד השופטת דורנר ב-דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הבטחון** פ"ד נד (1) 721, 765 – 766.)

וכן ראה : **מאמרם של בן נפתלי ועוד**, עמ' 236 – 237.

**9.א המצב באנגליה בסוגיית מעצרים של "לוחמים בלתי חוקיים"**

197. הממלכה מאוחדת של בריטניה (להלן למען הקיצור בלבד "אנגליה") היא צד לאמנה האירופית לזכויות אדם. לאור הצורך לאמץ את האמנה במשפט הפנימי נחקק חוק זכויות האדם משנת 1998 :

**Human Rights Act 1998**

מצ"ב העתק מנוסח החוק, כפי שפורסם ב- Current Law – Statutes, הכולל גם דברי הסבר ופרשנות, ומסומן כנספח לא'.

198. **בתוספת הראשונה** לחוק זכויות האדם משנת 1998 אומצו סעיפים מרכזיים באמנה, לרבות **סעיף 5** לאמנה, שעניינו הגנה על הזכות לחרות (right to liberty). בסעיף 5, סעיף קטן (1), לאמנה, נקבע כי ניתן לפגוע בזכות לחרות בתנאים מסויימים שנקבעו בסעיף, כגון מאסר לאחר הרשעה ומתן גזר דין על ידי בימ"ש (סעיף 5 (1) (a)), מעצר בשל הפרת צו של בימ"ש (סעיף 5 (1) (b)), מעצר עד לתום ההליכים (סעיף 5 (1) (c)), מעצרו של קטין מטעמים של פיקוח על חינוכו או על מנת להביאו בפני רשות מוסמכת (סעיף 5 (1) (d)), מעצרו של אדם על מנת למנוע הפצת מחלות מדבקות, אשפוז כפוי של חולי נפש, ומעצרו של אלכוהוליסטים ומכורים לסמים (סעיף 5 (1) (d)).

סטייה נוספת מהזכות לחרות הותרה בסעיף 5, סעיף קטן (1), סעיף משנה (f), לאמנה, לפיו ניתן לעצור אדם על מנת למנוע כניסה לא חוקית שלו למדינה או אדם שנקטים נגדו הליכים לגירושן מהמדינה או לשם הסגרתו למדינה אחרת.

אם לא ננקטים הליכים לגירושו של אותו אדם מהמדינה, ובמהירות הראויה, אזי, לא ניתן להמשיך ולהחזיק את אותו אדם במעצר, גם אם שהייתו במדינה היא בלתי חוקית, וזאת מכח ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם בענין: **Chahal .v. U.K. (1996)**.

199. מעצר לכל מטרה אחרת שאיננה מפורטת בסעיף 5 (1) לאמנה, כגון **מעצר מינהלי או כליאה של "לוחם בלתי חוקי"**, הינה אסורה, לפי סעיף 5 לאמנה. אלא מאי? סעיף 15 לאמנה (ראו נוסח הסעיף בתוספת הראשונה לחוק זכויות האדם 1998), התיר למדינות שהינן צד לאמנה לסטות מהוראות האמנה, כאשר מדובר במצב חירום המאיים על חיי האומה, ובמידה הדרושה בנסיבות הענין.

סעיף 15 לאמנה האירופית לזכויות אדם לא אומץ אל תוך חוק זכויות האדם 1998, אך סעיף 14 לחוק קבע שניתן לסטות מהוראות האמנה על פי צו שיוציא שר בממשלה (Secretary of State).

לפיכך, הדין באנגליה הוא, שעל מנת לאפשר מעצר / כליאה מטעמים בטחוניים, מבלי להעמיד לדין פלילי, ושלא למטרת גירוש כאשר במקביל למעצר ננקטים הליכים משפטיים לביצוע הגירוש, יש להתקין צו על ידי שר בממשלה המתיר סטייה מהוראות סעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם. הסמכות להתקנת הצו נתונה לשר בסעיף 14 לחוק זכויות האדם 1998.

200. בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001 בארה"ב, ואיומי הטרור הבינלאומי שבאו בעקבותיו, שר הפנים באנגליה (Home Secretary), דיויד בלונקט, התקין צו הנקרא -

### **The Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001.**

**מצ"ב העתק מהצו ומסומן כנספח לב'.** להלן למען הקיצור "צו שר הפנים באנגליה".

הצו נכנס לתוקף ב- 13 לנובמבר 2001, היינו באותו יום שבו נכנס לתוקף הצו הנשיאותי של נשיא ארה"ב, בעקבות אירועי 11.9.2001, שעוד נתייחס אליו בהמשך, דבר המעיד על התיאום הבטחוני / משפטי בין שתי המדינות.

201. בסעיף 2 לצו של שר הפנים באנגליה נקבע כי הממלכה המאוחדת תסטה (או תפגע , derogate) מהוראות סעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם, שעניינו הזכות לחרות, כפי שיפורט בתוספת לצו.

בתוספת לצו, לאחר ההפנייה לפיגועי הטרור שהתחוללו בארה"ב ב- 11.9.2001, נאמר כי :

**"There exists a terrorist threat to the United Kingdom from persons suspected of involvement in international terrorism. In particular, there are foreign nationals present in the United Kingdom who are suspected of being concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism, of being members of organisations or groups which are so concerned or have links with members of such organisations or groups, and who are a threat to the national security of the United Kingdom."**

בהמשך התוספת לצו, נאמר כי הסטייה מהוראות סעיף 5 לאמנת האירופית לזכויות אדם תיעשה בדרך של הצעת חוק חדשה באנגליה למאבק בטרור הבינלאומי, ואשר יעוגנו בה סמכויות מעצר חדשות. החוק החדש נכנס לתוקף ב- 14.12.2001, ושמו המלא הוא :

### **Anti Terrorism, Crime and Security Act 2001**

להלן למען הקיצור "החוק למאבק בטרור".

**מצ"ב העתק מהחוק כפי שפורסם ב- Current Law – Statutes, 2001, vol.2, chapter 24, הכולל גם דברי הסבר לחוק והרקע לחקיקתו, ומסומן כנספח לג'.**

202. **החוק למאבק בטרור** משנת 2001 קבע בחלק הרביעי שלו (Part 4) סמכויות מעצר ללא משפט ומטעמים בטחוניים. **בסעיף 21** לחוק, המצוי בחלק הרביעי לחוק, נקבע כי שר בממשלה רשאי להוציא תעודה המצהירה כי נוכחותו של אדם בממלכה המאוחדת מהווה סכנה לבטחון המדינה ושאותו אדם הוא טרוריסט. המילה "טרוריסט" היא למעשה מילה נרדפת ל- "לוחם בלתי חוקי". לאור הקרבה הרעיונית לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בישראל, וסוגיית ההשתייכות הארגונית המשותפת לשני החוקים, נביא את נוסח הסעיף (סעיפים קטנים 1 – 3) :

## “21. Suspected International Terrorist : Certification

(1) The Secretary of State may issue a certificate under this section in respect of a person if the Secretary of State reasonably – (a) believes that the person’s presence in the United Kingdom is a risk to national security, and (b) suspects that the person is a terrorist.

(2) In subsection (1) (b) “terrorist” means a person who - (a) is or has been concerned in the commission, preparation, or instigation of acts of international terrorism, (b) is a member of or belongs to an international terrorist group, or (c) has links with an international terrorist group.

(3) A group is an international terrorist group for the purposes of subsection (2)(b) and (c) if - (a) it is subject to the control or influence of persons outside the United Kingdom , and (b) the Secretary of State suspects that it is concerned in the commission, preparation or instigation of acts international terrorism.

203. **סעיף 23 לחוק למאבק בטרור** קבע שמי שמוצאת נגדו תעודה שהוא “טרוריסט” ניתן להחזיקו במעצר ללא העמדה לדין פלילי , וללא הגבלת זמן, למרות העובדה כי לא ניתן לגרשו ולא ננקטים נגדו הליכים לגירוש. הכוונה כאן היא התרת סטייה מסעיף 5 (1) (f) לאמנת האירופית לזכויות אדם, כפי שאומצה בתוספת הראשונה לחוק לזכויות אדם משנת 1998.

204. החוק למאבק בטרור והצו של שר הפנים משנת 2001 זכו לקיתונות של ביקורת באנגליה ומחוצה לה. שאלת חוקיותו של ההסדר החקיקתי שתואר לעיל, על מנת לכלוא טרוריסטים המשתייכים לארגוני טרור בינלאומיים (או לוחמים בלתי חוקיים כלשון החוק בישראל), נדונה בערכאה המשפטית הגבוהה ביותר באנגליה , בית הלורדים, ב-

**A & others v. Secretary of State for the Home Department** [2005] 3 All England Law Reports 169.

להלן למען הקיצור “פסק הדין של בית הלורדים”.

מצ”ב העתק מפסק הדין, שניתן ב- 16.12.2004, ומסומן כנספח לד’.

לדיון בסקירה שנעשתה לעיל לגבי חוק זכויות האדם משנת 1998 , צו שר הפנים והחוק למאבק בטרור משנת 2001, ראו עמ’ 179 – 183, לפסק הדין הנ”ל.



205. אחד המאפיינים המרכזיים של החוק למאבק בטרור משנת 2001 הוא שהחוק התיר מעצר, ללא משפט, ולפרק זמן בלתי מוגבל, למי שאינו אזרח של הממלכה המאוחדת. לא היתה הוראה המעניקה סמכות מעצר מקבילה לאזרחי הממלכה המאוחדת.

בית הלורדים ראה בכך הפליה פסולה, בין מי שנחשב אזרח לבין מי שלא נחשב אזרח, וקבע שיש לבטל את הצו של שר הפנים מ- 13.11.01, שהתיר את הסטייה מסעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם, וכן קבע שסעיף 23 לחוק למאבק בטרור 2001 עומד בניגוד לעקרון החרות ומפר את סעיפים 5 ו-14 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ראו עמ' 263 לפסק הדין, שבו נקבע כי הערעור נתקבל ומה הסעד המעשי שניתן למערערים).

בית הלורדים קבע שיש לחוקק חקיקה חדשה וחלופית שלא תפלה בין מי שהוא אזרח לבין מי שאינו אזרח, בעת הניסיון להתמודד במאבק בטרור, וכל זאת מבלי לסטות מהוראות האמנה האירופית לזכויות אדם. השופט Lord Bingham of Cornhill שכתב את פסק הדין העיקרי קבע בעמ' 194 לפסק הדין כי :

**“We consider the shortcomings described above to be sufficiently serious to strongly recommend that the Part 4 powers which allow foreign nationals to be detained potentially indefinitely should be replaced as a matter of urgency. New legislation :**

- a. deal with all terrorism, whatever its origin or the nationality of its suspected perpetrators ; and
- b. not require a derogation from the European Convention on Human Rights.”

206. שופט נוסף, Lord Nicholls of Birkenhead, אף הבהיר כי המדינה הודתה כי הוראה דרקונית שתתיר את מעצרו של אזרח בריטי שיהיה מעורב בטרור בינלאומי, לפרק זמן בלתי מוגבל, יהיה קשה להצדיקה. על כך הוא ענה כי הדבר הוא דרקוני באותה מידה גם כאשר מדובר במי שאינו אזרח בריטי. בעמ' 217 לפסק הדין נקבע כי :

**“The government, indeed, has expressed the view that a “draconian” power to detain British citizens who may be involved in international terrorism ‘would be difficult to justify’ (see Counter Terrorism Powers : Reconciling Security and Liberty in an Open Society ( 2004) (Cm 6147)pp 8 – 9 (para 36) ). But in practical terms, power to detain indefinitely is no more draconian in the case of a British citizen than in the case of a non-national.”**

207. פסק הדין של בית הלורדים, שקבע שיש לבטל את הצו של שר הפנים, שהתיר סטייה בתוך הדין האנגלי מעקרון החרות הקבוע בסעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם, ואשר הכריז כי סעיף 23 לחוק למאבק בטרור, המעניק סמכות מעצר בלתי מוגבלת בזמן, עומד בניגוד לסעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם, ולכן אין לפעול על פיו, ניתן ברוב של 8 שופטים נגד 1.

208. פסק הדין של בית לורדים באנגליה מהווה דוגמא לעמידה איתנה של מערכת בתי המשפט כנגד שרירות ליבו של השלטון, בדבר שימוש בסמכויות מעצר דרקוניות הפוגעות בזכות לחרות באופן קשה, וזאת לא כל שכן בעת שמדובר במאבק בטרור, ובלוחמים בלתי חוקיים, הנטמעים ופוגעים באוכלוסייה אזרחית.
209. נעבור להלן לדון במצב בארה"ב במאבק בטרור למול זכויות אדם, לרבות בצו הנשיאותי מ- 13.11.01 (המקבילה האמריקאית, בשינויים המחויבים, של הצו של שר הפנים באנגליה), ואופן התמודדות בית המשפט העליון הפדרלי בסוגיה.

#### 8.ח המצב בארה"ב בסוגיית מעצרים של לוחמים בלתי חוקיים

210. בעקבות אירועי הטרור של 11.9.2001 בארה"ב, נשיא ארה"ב, ג'ורג' בוש, הוציא ב- 13.11.01 את **צו נשיאותי** לפיו ניתן להחזיק במעצר, ללא הגבלת זמן, אדם הנמנה עם ארגון אל-קעידה או מעורב בפעילות של טרור בינלאומי. שם הצו הוא :

#### **Military Order of November 13, 2001 , Detention, Treatment and Trial of Certain Non- citizens in the War Against Terrorism.**

להלן למען הקיצור "הצו הנשיאותי של נשיא ארה"ב".

211. בתוך המשפט האמריקאי מספר רב של מלומדים הביעו את עמדתם כי הצו הנשיאותי של נשיא ארה"ב הוא בלתי חוקתי ואף עומד בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטרי כיצד יש לנהוג בלוחמים בלתי חוקיים.
212. סוגיית חוקתיותו של הצו הנשיאותי נדונה במאמר שלהלן. לגבי השאלה כיצד יש לנהוג בלוחם בלתי חוקי נקבע במאמר כי יש להעמידו לדין פלילים ולא להחזיקו ללא משפט, ללא הגבלת זמן :

K. Andersen " The Military Tribunal Order : What to do with Ben Laden and Al-Qaeda Terrorists ? : A Qualified Defense of Military Commissions and United States on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base"  
25 **Harvard Journal of Law and Public Policy** 591  
(Spring 2002)

מצ"ב העתק מהמאמר מתוכנת Lexis Nexis (מסומן כנספח לה').

בעמוד 12 למאמר לפי פורמט העריכה המופיע בתוכנת Lexis Nexis נקבע כי :

**“If a person accused of terrorist activity does not however meet the requirements of the Third Geneva Convention as a POW, does he then benefit from any protection under international humanitarian law ? Such people would be counted, at that point, as what the Bush Administration has declared them to be, “unqualified belligerents” or “unqualified combatants” – who do not meet the legal requirements to be POW’s and hence are liable to prosecution under national and international law for any belligerent actions they may have participated or conspired in. They are to be fought militarily as unqualified combatants, but if captured treated as criminals.”**

(ההדגשה לא במקור)

ובהמשך בעמוד 15 למאמר נאמר כי :

**“It is true that bona fide POW’s must be repatriated at the “cessation of active hostilities” (although prisoners serving sentences validly pronounced for war crimes or other crimes may be compelled to serve them). However, even if the detainees were not covered by the Third Geneva Convention, a person may not be held forever without charges or trial. At some point, in some manner, whether through the vehicle of the international law of war or some other avenue, the question of indefinite and possibly permanent detention without trial must eventually arise.”**

(ההדגשה לא במקור)

ובעמוד 16 נאמר כי :

**“At some point, even as illegal combatants, they must be charged and tried, but they would receive no greater protections than the customary law provisions already outlined under the discussion of Article 75 of Protocol I.”**

(ההדגשה לא במקור)

213. לפי טענת המחבר הנ"ל באם מוכח כי אדם הוא לוחם בלתי חוקי יש להעמידו לדין פלילי ולא לעצרו ללא הגבלת זמן. זוהי גם עמדתו של המשפט הבינלאומי ההומנטרי.
214. סוגיית מעצרו של "לוחם בלתי חוקי", ומהן זכויותיו, הגיעה לדין **בבית המשפט העליון הפדראלי** בארה"ב בפסק הדין בענין :

**Yaser Esam Hamdi & ors. v. Donald Rumsfeld,  
Secretary of Defense 542 U.S. 507**

פסק הדין ניתן ב- 28.6.04. מצ"ב העתק מפסק הדין כפי שפורסם בתוכנת Lexis, ומסומן כנספח לו'. ההפנייה להלן לעמודים בפסק הדין תהיה לפי מספרי העמודים בעותק שהוצא מהתוכנה הנ"ל.

215. בפסק הדין הנ"ל נדונה שאלת חוקיות מעצרו של המערער שהיה אזרח אמריקאי כמי שנחשד שהצטרף לשורות הטליבן באפגניסטן. המערער נעצר באפגניסטן על ידי כוחות הברית הצפונית (קואליציה של קבוצות צבאיות שהתנגדו לטליבן) והוסגר לידי צבא ארה"ב באפגניסטן. המערער הועבר לארה"ב, שם הוחזק במעצר בטענה שהינו "לוחם בלתי חוקי". המערער הכחיש שהוא לוחם בלתי חוקי, תקף את עצם החוקיות של מעצרו ואף טען שלא ניתנה לו הזדמנות נאותה להתגונן כנגד החשדות נגדו.

216. בפסק הדין נחלקו הדעות בין שבעת השופטים שישבו על המדוכה. שלושה שופטים, שדעתם היתה לדעת הרבים (השופט O'Connor שכתב את דעת הרוב והצטרפו אליו הנשיא Kennedy, והשופט Breyer), קבעו כי יש לקבל את הערעור בחלקו ולדחות אותו בחלקו האחר.

הווה אומר, נקבע מחד כי מעצרו של המערער כ- לוחם בלתי חוקי לפרק זמן בלתי מוגבל, הוא חוקי, וכי הקונגרס אישר את מעצרו של המערער. מאידך, נקבע גם כי יש לתת לו את ההזדמנות להתגונן נגד המידע שיש נגדו על ידי מסירת פירוט עובדתי לידי של המערער אודות החשדות שיש נגדו, דבר שלא נעשה עד כה.

השופט Souter שאליו הצטרף השופט Ginsburg, כתב דעת יחיד, לפיה הקונגרס לא אישר את המעצר של המערער, אך הצטרף לדעת הרבים שיש לתת למערער הזדמנות נאותה להתגונן על ידי מסירת פירוט עובדתי לידי אודות החשדות שיש נגדו.

השופט Scalia כתב דעת מיעוט שאליה הצטרף השופט Stevens. לפי דעתו של Souter, מעצרו של המערער, בשל היותו אזרח אמריקאי, לפרק זמן בלתי מוגבל, וללא הליך משפטי נאות, היה בלתי חוקי.

השופט Thomas כתב גם הוא דעת מיעוט, אך הפוכה מזו של Scalia, שלפיה מעצרו של המערער היה חוקי לחלוטין ובמסגרת סמכותו של נשיא ארה"ב, ולא הצטרף לעמדה שיש למסור למערער מידע משלים אודות החשדות נגדו והציע לדחות את הערעור.

217. דעת הרבים, שנכתבה על ידי השופט O'Connor, קבעה כי מעצרו של המערער כלוחם בלתי חוקי ולפרק זמן בלתי מוגבל, הוא חוקי. יאמר כבר עתה כי דעה זו איננה נקיה מספקות ואיננה מביאה אסמכתאות מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי לתמיכה בטענה כי ניתן להחזיק לוחם בלתי חוקי לפרק זמן בלתי מוגבל, מבלי להעמידו לדין.

דעת הרבים, נסמכת על פסק הדין האמריקאי משנת 1942, בענין **Quirin** (באותו ענין נתפסו מרגלים גרמנים בשטח ארה"ב בעת מלחמת העולם השנייה), על מנת לתמוך בטענה כי ניתן להחזיק בלוחם בלתי חוקי במעצר לפרק זמן בלתי מוגבל, על מנת למנוע חזרתו למעגל הלחימה (ראו עמודים 5–7 לפסק הדין, לפי הפרסום של Lexis).

על ההסתמכות על הלכת **Quirin**, כאסמכתא משפטית לתמיכה בטענה כי ניתן להחזיק לוחם בלתי חוקי במעצר ללא הגבלת זמן, ומבלי שיוענק לו מעמד של "אזרח מוגן" לפי אמנת ג'נבה הרביעית, הובעה ביקורת במאמר שלהלן:

Knut Dormann "The Legal Situation of Unlawful / Unprivileged Combatants" **International Review of the Red Cross** vol. 85 (2003) p. 45, 59 :

**"Despite the clear indications in the wording of the GC IV, some legal commentators seemingly do not recognize the applicability of GC IV to unlawful combatants at all. However, they do not give any legal reasoning for their position. It is merely asserted that GC IV does not cover unlawful combatants ; an analysis of its article 4 is not provided. When these authorities refer to case law (in particular *ex parte Quirin*), it is case law that predates GC IV. Considering that the issue was simply not specifically regulated in any instrument of international humanitarian law before the adoption of GC IV, this approach is somewhat doubtful."**

הווה אומר, הלכת **Quirin**, קדמה לאמנות ג'נבה הרביעית משנת 1949, ונכון לשנת 1942 המשפט הבינלאומי שתק לגבי מעמדם של לוחמים בלתי חוקיים, ולפיכך ההסתמכות על הלכת **Quirin** היא בעייתית.

דעת הרבים אף מאזכרת הלכות נוספות במשפט האמריקאי שמאשרות את הסתמכותם על הלכת **Quirin**, אך גם הם מלפני שנת 1949 (ראו עמוד 5, טור שני, עמוד 6 טור ראשון, לפסק הדין).

218. המערערים יטענו כי דעת הרבים בפסק דין **Hamdi** איננה יכולה לשמש אסמכתא **במשפט הבינלאומי ההומניטרי**, כיצד יש לנהוג עם "לוחם בלתי חוקי". הלכת **Hamdi**, כמו הלכת **Quirin**, אינן יכולות לשמש אסמכתא לטענה כי לוחם בלתי חוקי הוא אדם "בלתי מוגן", שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה עליו. אמנת ג'נבה הרביעית צריכה לחול עליו הן *de jure* והן *de facto*.

דעת הרבים בפסק דין **Hamdi** היא הלכה המשקפת את **המשפט הפנימי האמריקאי בלבד**, בהסתמך על הלכות ישנות שניתנו במשפט האמריקאי, ושקדמו לאמנת ג'נבה הרביעית. כפי שניתן לראות בבירור מתוך קריאת דעת הרבים של השופט אוקונור, לא היתה כל התייחסות לשאלה באם אמנת ג'נבה הרביעית חלה או לא, על לוחם בלתי חוקי. כמו כן, אין כל התייחסות לספרו של פיקטה, וגם לא לאסמכתאות משפטיות נוספות במשפט הבינלאומי ההומניטרי.

במילים אחרות, לענייננו, לא ניתן לעשות אנלוגיה מדעת הרבים, בפסק דין Hamdi, לגבי התאמתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, למשפט הבינלאומי ההומניטרי בסוגיית "לוחמים בלתי חוקיים". לפיכך, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, נותר מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי, על אף דעת הרבים בפסק דין Hamdi.

כזכור, הפרק הנוכחי דן בשאלת חוקתיותם של סעיפים 1 ו-2 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. בפרקי המשנה שפורטו לעיל ניסינו להראות שאחת הסיבות העיקריות לכך שסעיפים אלה הם בלתי חוקתיים היא בשל היותם מנוגדים למשפט הבינלאומי ההומניטרי. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נותר מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי, על אף הלכות Hamdi ו- Quirin במשפט האמריקאי.

219. דעת הרבים בפסק דין Hamdi מונחית גם משיקולים רחבים יותר מעמדנו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי לגבי מעמדם של לוחמים בלתי חוקיים ולאיזה סוג של הגנה הם זכאים. קיימים חישוקים שמטיל על עצמו בית משפט עליון פדראלי, בשל מעמדו ותפקידו בתוך המשפט האמריקאי, בסטייה מהלכות קודמות שלו עצמו, לרבות אלה שניתנו פה אחד, כדוגמת הלכת Quirin. הטיב להביע זאת השופט אוקונור בעמ' 7, טור שני :

**"Quirin was a unanimous opinion. It both postdates and clarifies Milligan, providing us with the most apposite precedent that we have on the question of whether citizens may be detained in such circumstances. Brushing aside such precedent – particularly when doing so gives rise to a host of new questions never dealt with by this Court – is unjustified and unwise."**

220. השופט Scalia, שהיה בדעת מיעוט, הביע את דעתו כי אין להחזיק אזרח אמריקאי במעצר ללא משפט, וכי באם הוא חשוד בפעילות נגד המדינה, יש להעמידו לדין פלילי בגין בגידה. באם העמדתו לדין איננה אפשרית, הקונגרס מוסמך להתלות זכויות מסויימות הקבועות בחוקה, בעת מלחמה. הואיל והדבר לא נעשה, בנסיבות הענין, יש לקבל את הערעור ולבטל את מעצרו של המערער (עמ' 14, טור ראשון).

לגבי הלכת Quirin, השופט Scalia קבע כי פסק דין זה איננו שעתו היפה של בית המשפט העליון הפדראלי בארה"ב :

**"The Government argues that our more recent jurisprudence ratifies its indefinite imprisonment of a citizen within the territorial jurisdiction of federal courts. It places primary reliance upon *Ex parte Quirin* 317 U.S. 1, 87 L. Ed. 3, 63 S. Ct. 2 (1942). A World War II case upholding the trial by military commission of eight German saboteurs, one of whom, Hans Haupt, was a U.S. citizen. The case was not this Court's finest hour."**

**פרק יב' : אי חוקתיות סעיפים 3, 4, ו-11 : הסמכות והעילה לכליאה**

**1.ב.1 כללי**

221. סעיף 3(א) לחוק קובע את סמכותו של הרמטכ"ל להורות בצו על כליאתו של לוחם בלתי חוקי אם יש לו יסוד סביר להניח כי שחרורו יפגע בבטחון המדינה. צו הכליאה יכול לכלול את הטעמים לכליאה וזאת מבלי לפגוע בצרכי בטחון המדינה.

סעיף 3(ב) לחוק קובע כי צו כליאה יכול שיינתן שלא במעמד האדם המוחזק בידי רשויות המדינה.

סעיף 3(ג) מאפשר לכלוא להעלות את טענותיו בפני קצין בדרגת סגן אלוף לפחות שיביאן בפני הרמטכ"ל, והלה מוסמך לבטל את צו הכליאה אם מצא כי לא מתקיימים התנאים האמורים בסעיף קטן (א).

סעיף 4 לחוק מסמיך את הרמטכ"ל לבטל את צו הכליאה אם שוכנע כי לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3(א) או שישנם טעמים מיוחדים המצדיקים שחרורו של הכלוא.

סעיף 11 קובע כי הרמטכ"ל רשאי לאצול מסמכיותו על פי החוק לקצין בדרגת אלוף.

222. מן הראוי לציין כי את סעיף 3(א) לחוק שדן בסמכות הרמטכ"ל לכליאתו של לוחם בלתי חוקי הואיל ושחרורו עלול לפגוע בבטחון המדינה יש לקרוא יחד עם סעיף 7 לחוק. סעיף 7 קובע חזקה כי שחרורו של אדם הנמנה עם כח המבצע פעולות איבה נגד ישראל או שהוא נטל חלק בפעולות איבה עם כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, יפגע בבטחון המדינה, כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כח נגד מדינת ישראל.

את סעיף 7 יש לקרוא יחד עם סעיף 8 לחוק המסמיך את שר הבטחון להוציא תעודה באם תמו פעולות האיבה של כוח מסוים נגד ישראל.

סעיף 3(א) וסעיפים 7 ו-8 הינם שלובים ושזורים זה בזה בבחינת הא בהא תליא. סעיף 3(א) קובע את הסמכות ועילת הכליאה. סעיף 7 קובע חזקה שבדין להתקיימות עילת הכליאה. בחוקתיותם של סעיפים 7 ו-8 נדון בנפרד. לגבי סעיפים 5 ו-6 לחוק נדון בהם בנפרד הואיל והם דנים בנושאים אחרים. נושאי הדיון הם הקובעים את הסדר ולא מספרי הסעיפים.

נעמוד להלן על חוקתיות סעיפים 3 ו-4. הדיון המתבקש וההכרחי אחרי דיון זה הוא שאלת חוקתיותם של סעיפים 7 ו-8 בפרק הבא.

**2.ב.2 מעצרו של אדם ללא הליך משפטי נאות**

223. חוק לוחמים בלתי חוקיים, כמו חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), מאפשר מעצרו של אדם ללא משפט. בשני המקרים אין כאן מעצר לצורכי חקירה שלאחריו או שהעצור משוחרר או שהוא מועמד לדין פלילי. משהועמד לדין פלילי הוא זכאי לעיין בראיות, יודע על מה נעצר בעבר, הראיות נשקלות ונבדקות על ידי גוף שיפוטי לפי דיני הראיות, ניתנת הכרעת דין, נגזר דינו לפרק זמן מוגדר ולאחר מכן משתחרר.

224. מעצרו של אדם ללא הליך משפטי נאות היא פגיעה קשה בחרות. על כך הביע את דעתו כבוד הנשיא ברק ב- דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון פ"ד נד (1) 721, 741 א' :

"בעיקר קשה פגיעתו של מעצר מינהלי בחירותו של הפרט וכבודו. הפרט נעצר בלא משפט, מכוח צו המוצא על ידי הרשות המבצעת (שר הבטחון). המעצר עשוי להימשך – כפי שהמקרה שלפנינו מראה – תקופה ארוכה שאינה מוגבלת מראש. לא פעם אין העצור יודע – בשל טעמים של בטחון המדינה – מהי התשתית העובדתית להחלטה על מעצרו."

ראה גם דעתו של כבוד השופט זמיר ב- בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון פ"ד נג (5) 241, : 262

"מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחרות האישית. מעצר כזה, להבדיל ממאסר, אינו מוטל על ידי בית המשפט, לאחר הליך שיפוטי, כעונש על ביצוע עבירה. הוא מוטל על ידי רשות מינהלית על אדם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, על יסוד חשד בלבד."

225. שאלת חוקתיותו של חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) לא נבדקה על ידי בתי המשפט לאור העובדה כי נחקק לפני חוק יסוד : כבוד האדם וחרותו. כך למשל, כבוד בית המשפט העליון נמנע מלדון בשאלת חוקתיותו של חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) לאור העובדה כי נחקק לפני חוק היסוד. ראה :

עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל פ"ד מח (5) 329, פסקאות 6 ו- 7 לפסק הדין.

חוק לוחמים בלתי חוקיים נחקק לאחר חוק היסוד ומכאן גם החשיבות כי בתי המשפט יתנו את דעתם לחוקתיותו של הליך כליאתו של אדם ללא משפט.

### 3.ב. פגיעה בעקרון האחריות האישית

226. סמכות הכליאה של הרמטכ"ל מבוססת על קיומו של יסוד סביר להניח כי שחרורו של אותו אדם מסכן את בטחון המדינה (סעיף 3 (א) לחוק). אם נשווה את נוסח סעיף 3(א) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ("וכי שחרורו יפגע בבטחון המדינה") עם סעיף 2(א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) ("בטחון המדינה או בטחון המדינה מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצרי"), נראה כי הנוסח דומה.

לגבי מעצר מנהלי כבר נקבע ב- דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון פ"ד נד (1) 721, כי יש להוכיח סכנה מהאיש עצמו, ואם לא ניתן להוכיח סכנה מהאיש עצמו, אזי יש להורות על שחרורו.

דא עקא, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בא לתת מענה לקביעה השיפוטית הני"ל, הווה אומר, שניתן לעצור אדם גם אם הוא עצמו איננו מסכן את בטחון המדינה. הדבר נעשה מכוח סעיף 7 לחוק שקובע חזקה לפיה :



**"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 בבטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת."**

227. יודגש כי אין בסעיף 7 לחוק כל מגבלה לגבי **נקודת הזמן** שבה אותו אדם נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה או נטל חלק בפעולות מעין אלה, על מנת שייכלא ללא הגבלת זמן כלשהי. גם אלמנט הזמן אין בו כדי לאיין את הסמכות לעוצרו, גם אם הפסיק את פעילותו שנים רבות לפני כן.

יתרה מזו, די בכך **שבעקיפין** נטל חלק בפעולות איבה או נמנה על כוח המבצע פעולות איבה, כדי לכלוא אותו. היינו גם **אנשים הממלאים או מילאו בעבר תפקיד שולי וזוטר** בארגון עוין (כגון טבח, עוזר נקיון, קברן, איש דת ועוד), יכולים להיכלא לפי החוק.

החזקה המופיעה בחוק, לכאורה ניתנת לסתירה. בפועל הדבר הוא לא כך הואיל ואין לעצור יכולת להתמודד עם חומר הראיות החסוי, שהוא הבסיס לכליאתו.

יפים לענין זה דבריו של כבוד הנשיא ברק ב- דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הבטחון פ"ד נד** (1) 721, 741 – 742 :

**"אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" – בהיותו קלף מיקוח. הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד שכזה."**

**ראו גם מודריק וקרמניצר**, עמ' 32 – 38 .  
(18.1.06).

228. **בסעיף 60 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06** מובא ציטוט מתוך עמ' 258 לספרו של **פיקטה** ואשר עניינו פרשנותו של סעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית, שלטענת המדינה חוק ה-לב"ח תואם אותו. **המדינה מדגישה מתוך הציטוט דברים שמהם נובע כי ניתן לכלוא אדם בשל השתייכותו הארגונית.**

**בסעיף 61 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06** נקבעה המסקנה, לאור הדברים שצוטטו **מפיקטה** בסעיף 60 לסיכומי המדינה, כי אמנת ג'נבה הרביעית מתירה מעצרו של אדם בשל השתייכותו הארגונית, ולכן חוק ה-לב"ח תואם את אמנת ג'נבה הרביעית. טענה דומה הועלתה **בסעיף 147 לסיכומי המדינה**. **המדינה לא דק פורתא בענין זה.**

מתוך הציטוט מספרו של פיקטה שהובא בסעיף 60 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נאמר במפורש כי לא ניתן לעצור אדם רק בשל השתייכותו הארגונית כל עוד אין מסוכנות אישית ממנו. נביא את הציטוט במלואו, מתוך עמ' 258 לספרו של פיקטה :

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

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 good reason to think that the person concerned by his activities, knowledge or qualifications, represents real threat to its present or future security.

The Convention stresses the exceptional character of measures of internment and assigned residence by making their application subject to strict conditions ; its object in doing this is to put an end to an abuse which occurred during the Second World War. All too often the mere fact of being an enemy subject was regarded as justifying internment. Henceforward only absolute necessity, based on the requirements of state security, can justify recourse to these two measures, and only then if security cannot be safeguarded by other, less severe means. All considerations not on this basis are strictly excluded."

(ההדגשות שלי – ה'א'ש')

229. יוצא מכך שעצם ההשתייכות הארגונית לא יכולה להוות בסיס למעצר לפי סעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית, ובכל מקרה יש צורך בהוכחת מסוכנות אישית. בסעיפים 59 – 63 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 קיימת התעלמות מהוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק ה-לב"ח שקובעים חזקת מסוכנות מעצם היותו של אדם נמנה על כח אויב שמבצע פעולות איבה נגד המדינה, דבר שנאסר במפורש על פי פיקטה, כמפורט בציטוט שהובא לעיל. במילים אחרות, הטענה של המדינה כי חוק הלב"ח תואם את סעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית היא נעדרת כל בסיס.

230. בסעיף 65 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נאמר כי חוק ה-לב"ח מבוסס על מעצרו של אדם עקב מסוכנות אישית עתידית הנובעת ממנו. טענה זו איננה נכונה. המערערים עמדו על כך בסעיפים 107 – 108 לסיכומיהם מיום 23.1.06. בית המשפט הנכבד מופנה גם לדבריו של כבוד השופט רובינשטיין בעמוד 10, פסקה ז (15) לפסק דינו ב- ע"פ 1221/06 ריאד עיאד וחסאן עיאד נ' מדינת ישראל (ניתן ב- 14.3.06) ושבנו נאמר :

"לשיטת המערערים, ישנם הבדלים משמעותיים בין שימוש בחוק המעצרים המינהליים לבין שימוש בחוק דנא, ואחד העיקריים שבהם הוא שבחוק המעצרים המינהליים יש צורך בהוכחת מסוכנות אישית. לענין זה אעיר רק, כי החוק נחקק בראש ובראשונה למקרים שבהם אין ראייה למסוכנות אישית."

(ההדגשות שלי – ה'א'ש')

231. בסעיף 66 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נאמר כי סעיף 7 לחוק הלב"ח תואם את סעיף 42 לאמנת ג'נבה הרביעית תוך הסתמכות על הציטוט שהובא בסעיף 60 לסיכומים מספרו של פיקטה ושאליו התייחסנו לעיל. גם טענה זו אין לה על מה שתסמוך והציטוט שהובא לעיל מהספר של פיקטה, מוכיח בדיוק את ההיפך.

232. בסעיפים 68 – 77, 254 - 275 לסיכומי המדינה מיום 15.3.06 נעשתה הפנייה לסעיפים 132 ו-133 לאמנת ג'נבה הרביעית שלפיהם השחרור של המשיבים יהיה אפשרי רק לאחר תום פעולות האיבה. סעיפים אלה עניינם ב- internment לפי אמנת ג'נבה הרביעית. כפי שהוסבר לעיל כליאה לפי חוק הלב"ח איננה שווה ל- internment לפי סעיפים 41 – 43 לאמנת ג'נבה ולפיכך אין כל רלבנטיות לסעיפים 132 ו-133.

#### 4.ב. הענקת סמכות מעצר לקציני צבא

233. סעיף 3(א) לחוק מסמיך את הרמטכ"ל להורות על כליאתו של אדם ללא הגבלת זמן בגוף הצו. אמנם הצו מובא בפני שופט לבקורת שיפוטית (סעיף 5), אך עדיין החלטת המעצר היא של הרשות המבצעת.

סעיף 11 קובע כי מכלול הסמכויות על פי החוק ניתנות לאצילה לקצין בדרגת אלוף.

234. בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) סמכות המעצר היתה נתונה לשר הבטחון ללא אפשרות לאצילת סמכותו לאחר (סעיף 11 לחוק סמכויות שעת חירום).
235. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים יכול לחול על כל אדם : אזרח ותושב המדינה, תושב הגדה המערבית וחבל עזה, אזרח ותושב של מדינה זרה (מדינת אויב ומדינה ידידה) וכן אדם חסר אזרחות. המשיב איננו טוען כי באם החוק היה מוחל על אוכלוסייה מסוימת ולא על אוכלוסייה אחרת היה הדבר מוצדק, אך הדברים מובאים על מנת להדגיש את היקף הסמכויות הדרקוניות שהופקדו בידי אנשי צבא.
236. הפקדת סמכויות מעצר ללא משפט לפרק זמן בלתי מוגבל בידי רשויות צבא פוגעת באבני היסוד של המשטר הדמוקרטי.
- ראו גם : **מודריק וקרמיניצר**, עמ' 41 – 44.

#### 5.ב. פגיעה בזכות הטיעון

237. סעיף 3 (ב) לחוק קובע כי צו כליאה יכול שיינתן שלא במעמד האדם המוחזק בידי רשויות המדינה.
- סעיף 3 (ג) קובע כי טענותיו של הכלוא כנגד צו הכליאה יירשמו בידי קצין בדרגת סגן אלוף לפחות ויובאו לפני הרמטכ"ל שישקול את עמדתו בשנית.
238. הלכה פסוקה היא **שלפני** שרשות מינהלית נוקטת באקט הפוגע באדם כלשהו עליה להעניק לו זכות טיעון, היינו **הזדמנות הוגנת** להשמיע את טענותיו. למול זכות הטיעון של הפרט עומדת **חובת השימוע** של הרשות. חובת השימוע מושתת על יסודות ההגינות והצדק.
- ראה דברי כבוד מ"מ הנשיא זילברג ב- בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים פ"ד יב (2) 1493, 1508. ראה גם : ר. הר זהב **המשפט המינהלי הישראלי** (שנהב הוצאה לאור, תשנ"ז – 1996) עמ' 263. (להלן "ספרו של הר זהב").
239. הרשות השומעת צריכה להיות הרשות המחליטה. ראה :
- ספרו של הר זהב**, עמ' 265
- י. זמיר **הסמכות המינהלית** (הוצאת נבו, תשנ"ו, כרך ב') עמ' 814 – 816.
- לפיכך, טענותיו של הכלוא צריך שיועלו בפני הרמטכ"ל עצמו עוד לפני מתן צו הכליאה ולא בפני הקצין.
- זכות הטיעון מחולקת לזכות טיעון פסיבית ולזכות טיעון אקטיבית :
- א. זכות טיעון פאסיבית כוללת את החובה למסור הודעה מראש לפרט על הכוונה לפגוע בזכות ועליה להזמין להשמיע את דבריו עובר לקבלת ההחלטה.
- ראה : **ספרו של הר זהב** עמ' 266.

זכות הטיעון הפאסיבית כוללת גם את הזכות לקבל מידע מוקדם מה הטענות שמועלות לפיו ואף לעיין בחומר ראיתי הנוגע לענין בטרם ישמיע את דבריו.

ראה : **ספרו של הר זהב**, עמ' 268 – 274.

ב. לאחר מימוש זכות הטיעון הפסיבית מגיעה זכות הטיעון האקטיבית, לפיה הפרט מעלה את טענותיו בפני הרשות בטרם קבלת ההחלטה נגדו. זכות הטיעון האקטיבית כוללת בתוכה חובת שמיעה ראשונית וחובת שמיעה משנית.

בחובת השמיעה הראשונית מאפשרים לפרט להעלות את טענותיו, להביא ראיות ולהשמיע עדים. בחובת השמיעה המשנית מאפשרים לו להגיב על הטענות שמועלות כנגדו.

ראה **ספרו של הר זהב**, עמ' 274 – 279.

240. סעיפים 3(ב) ו-3 (ג) הופכים סדרי עולם ועומדים בניגוד גמור למרכיבי זכות הטיעון.

241. העולה מהמקובץ הוא שסעיפים 3, 4 ו-11 אינם עומדים בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. גם אם נאמר כי כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ללא הגבלת זמן עד לסיום פעולות האיבה נגד ישראל היא מטרה ראויה (דבר שהינו אפשרי לפי אמנת ג'נבה השלישית במידה שמכירים בהם כשבויי מלחמה), הרי שהסעיפים הנ"ל נכשלים כשלון חרוץ במבחן המידתיות.

### **פרק יג' - אי חוקתיות סעיפים 7 ו-8 : חזקות ומועד סיום פעולות האיבה**

#### **1.ג. חזקות : העברת נטל ההוכחה לכלוא**

242. סעיף 7 קובע חזקה כי מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין בעקיפין ובין במישרין, יראה כמי ששחרורו יפגע בבטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת.

243. סעיף זה יוצר יתרון ראיתי מובהק למדינה בבואה לכלוא אדם. עצם "ההשתייכות הארגונית" של אדם מהווה עילה לכליאתו. כאשר המדינה חפצה במעצרו של אדם עליה להביא תשתית ראיתית מבוססת שתצדיק את מעצרו. נטל ההוכחה לכליאתו רובץ על כתפי המדינה. החזקה שבדין באה לעשות את מלאכת העמידה בנטל ההוכחה לקלה יותר. באם מוכח האמור בחזקה החקיקתית הנ"ל, אזי, מועבר נטל ההוכחה על הכלוא שאין לכלוא אותו.

244. הכלוא ימשיך להיות מוחזק במעצר כל עוד הארגון שאליו הוא משתייך לא הפסיק בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל. אין צל של ספק שהדבר בא לקדם עקרון פסול של החזקת בני ערובה. הווה אומר, הכלוא הוא קלף מיקוח בידי ישראל על מנת להבטיח כי הארגון העוין שאליו נמנה הכלוא ישקול הפסקת פעילות האיבה נגד ישראל, במידה והינו מעוניין בהחזרת לוחמיו.

יוזכר כי הדבר הינו אפשרי בכפוף להכרה באותו כלוא כשבוי מלחמה לפי אמנת ג'נבה השלישית. דא עקא, החוק בפירוש מחיל את עצמו רק על מי שאינו שבוי מלחמה.

היכולת של הכלוא, כאדם יחיד, לסתור "חזקה שבדין" למול מנגנון יעיל ורב עוצמה של מדינה, כאשר חלק ניכר מהראיות המהותיות המהוות בסיס לכליאתו הינן חסויות, היא מלאכה סיזיפית אשר סיכוייה להצלחה מועדות מראש לכישלון.

הסיפא של סעיף 7 הקובעת "וזאת כל עוד לא הוכח אחרת" היא בבחינת "לעג לרש" ואין בה מאומה מרוח הפרופורציונליות הראויה בנסיבות הענין.

245. סעיף 8 לחוק מורה כי קביעתו של שר הבטחון, 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 אחרת.

השאלה באם תמו פעולות האיבה נגד המדינה היא בבירור לא שאלה משפטית שבית המשפט הנכבד יכול להכריע בה. ברור כי מדובר בשאלה שעל הרשות המבצעת, לרבות שר הבטחון, להכריע בה. אלא מאי ? חזקה זו באה לייעל הליך העברת נטל הראיה על הכלוא, כי אין לכלוא אותו.

246. עיינו הראות כי המדינה צריכה להוכיח שהאדם, שהיא מעוניינת בכליאתו, נמנה על כוח המבצע פעולות איבה נגדה (גם אם הוא אישית לא ביצע פעולה כזו) וכי פעולות האיבה של כוח זה נגד המדינה טרם תמו, ובכך בעצם עמדה בנטל הראיה הדרוש לצורך כליאתו. אם הכלוא לא יוכל להוכיח את ההפך, אזי, ייכלא, וממילא הביקורת השיפוטית הקבועה בסעיף 5 לא תועיל לו. הרי הסמכות לביקורת שיפוטית תיעשה במסגרת דלת אמותיו של החוק, לרבות החזקות הקבועות בו, ולא מעבר לכך.

ראו גם : מודריק וקרמניצר עמ' 36 – 38, 45 - 46

## 2.ג. כליאה המותנית בסיום פעולות האיבה נגד ישראל

247. הכלוא יוכל להשתחרר באם יסתיימו פעולות האיבה של הכוח שאליו הוא נמנה נגד ישראל. אם נשווה את נושא פעולות האיבה נגד ישראל עם אורך חייה של ההכרזה על מצב חירום במדינה מאז הקמתה, תצטייר תמונה מבעיתה לפרק הזמן הארוך והבלתי מוגדר שניתן במהלכו להחזיק אדם כלוא בישראל ללא משפט.

אורך הכליאה הוא שיקול מכריע בשאלת חוקתיותם של סעיפים 3, 7 ו-8 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

### 3.ג. סמכות הכליאה אינה מותנית בקיום מצב חירום במדינה

248. מצב חירום הוא מצב בו נשקפת סכנה למדינה כתוצאה מאיום חיצוני או פנימי. במצב חירום החברה מכירה בצורך של המדינה לנקוט בצעדים מיידיים וקיצוניים, בדרך של חקיקת חירום, במטרה להגן על המדינה מפני התוצאות שנשקפות לה כתוצאה ממצב החירום.

חקיקת חירום בישראל מתחלקת לשלושה סוגים :

א. תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 אשר תוקפן והצווים המוצאים מכוחן אינו מותנה בהכרזה על מצב חירום במדינה ;

ב. חקיקה של הכנסת שתוקפה מותנה בקיומו של מצב חירום במדינה כגון חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים , התשי"ח – 1957 , וחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979 ;

ג. תקנות שעת חירום שמותקנות מכוח סעיף 50 לחוק יסוד הממשלה, אם הכריזה הכנסת כי קיים במדינה מצב חירום.

ראה : א. רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה 5, הוצאת שוקן, התשנ"ז – 1996), כרך ב', עמ' 809 – 810.

249. תוקפו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, למרות הפגיעה הבוטה בחרות הפרט, אינו מותנה בקיום מצב חירום במדינה. באם החוק היה מותנה בקיומו של מצב חירום במדינה ניתן היה לבדוק את חוקתיותו בקונטקסט המשפטי המתקרא "מצב חירום" :

במשפט הפנימי – לגבי האיזון הראוי בין בטחון המדינה לבין עקרון שלטון החוק בעתות חירום להבדיל מימים שבתיקונם ;

במשפט הבינלאומי – לגבי השאלה באם הוא עומד בתנאים שנקבעו באמנות בינלאומיות לגבי סוג ומידת הפגיעה המותרת בעתות חירום.

הלכה ולמעשה, החוק אינו מותנה **במפורש** בקיומו של מצב חירום במדינה. **הוה אומר, יש לחוק חיות עצמאית מההכרזה על מצב חירום**. מצב דברים זה הוא פגיעה קשה ובוטה בעקרון שלטון החוק.

### 4.ג. פעולות איבה כ-"מצב חירום" והמשפט הבינלאומי

250. בהיעדר הוראה מפורשת בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים המתנה את תקפותו של החוק בקיום "מצב חירום" במדינה , **נשאלת השאלה באם עצם העובדה כי טרם תמו פעולות האיבה של כוח מסוים נגד מדינת ישראל (כאמור בסעיפים 7 ו- 8 לחוק), יכולה להוות "מצב חירום" ?**

251. אחת המטרות העיקריות של המשפט הבינלאומי הדין בזכויות אדם בהכירו בקונספציה של מצבי חירום של מדינות, היא לקבוע גבולות לפגיעות הצפויות בזכויות אדם במצבי חירום. בעיה ראשונית שדורשת פתרון עוד בטרם קביעת גבולות המותר והאסור בפגיעה בזכויות אדם בעתות חירום, היא אופן הגדרתו של המונח "מצב חירום". נעשו מספר ניסיונות להגדיר "מצב חירום" ומהם מרכיביו היסודיים על מנת להבחין בין מצב חירום של ממש לבין מצב חירום מדומה שכל כולו אמתלה לקידום מטרות סמויות כגון אישוש מקומו של השלטון המרכזי ומיגור תופעות אנטי ממשדיות.

לכן נתעורר הצורך לקביעת סטנדרטים בינלאומיים שיהיו ישימים על מדינות שונות באופן שווה, וזאת בדרך של אמנות בינלאומיות. ראה :

J. Fitzpatrick **Human Rights in Crisis : The International System for Protecting Rights During States of Emergency** (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994) p. 2 – 28, 36.

#### להלן "ספרו של Fitzpatrick".

252. קיימות ארבע אמנות בינלאומיות עיקריות אשר נקבעו בהן הסדרים בנושא של מצב חירום וזכויות אדם :

א. הסטנדרט המשמעותי הראשון נקבע בסעיף 3 של כל ארבע אמנות גינבה מ-1949. כמו כן, ההסדר בסעיף 3 הורחב בסעיפים 4 עד 6 לפרוטוקול ה-II מ-1977 ;

ב. האמנה האירופית לזכויות אדם וחירויות יסוד משנת 1950, אשר הסדירה את הנושא של מצבי חירום בסעיף 15 ;

ג. האמנה האמריקאית לזכויות אדם משנת 1968, אשר הסדירה את נושא מצבי החירום וזכויות האדם בסעיף 27 (1).

ד. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, המסדירה את הנושא של פגיעה בזכויות אדם במצבי חירום בסעיף 4.

ראו : **ספרו של Fitzpatrick**, עמ' 51 – 55.

253. שלוש האמנות האחרונות לסעיפיהן השונים קבעו שבעה עקרונות מנחים בענין יכולתה של מדינה לפגוע בזכויות אדם במצבי חירום. למרות הבדלי הניסוח בין שלוש האמנות הללו, הרי שעקרונות אלה הם משותפים לשלושתן. יש הטוענים שעקרונות אלה הפכו לחלק מן המשפט הבינלאומי המינהגי, ואף אומצו בחוקים וחוקות לאומיים רבים.

לדיון מקיף בטענה ששבעת העקרונות הקבועים באמנות הפכו לחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי ראה :

J. Ora'a **Human Rights in States of Emergency in International Law** (Clarendon Press, Oxford, 1992) 227 – 259.

#### להלן "ספרו של Ora'a".



254. העקרון הראשון, שהוא הרלבנטי לענייננו, הוא **אופן הגדרתו של "מצב חירום"**. יודגש כי ההגדרה של "מצב חירום" משותפת לכל שלוש האמנות שפורטו לעיל.

255. האמנה הרלבנטית לישראל היא האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות לשנת 1966 – **International Covenant on Civil and Political Rights**. האמנה נחתמה על ידי מדינת ישראל ב- 19.12.1966, אושררה ב- 18.8.91 ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ב- 3.1.92 (פורסמה ב- **כתבי אמנה** 1040, כרך 30, עמ' 269).

**סעיף 4 (1) לאמנה קובע כי :**

**"בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע מין, לשון, דת או מוצא חברתי."**

(ההדגשות שלי – ה'א'ש')

על מנת שמציאות מסוימת תוכר "כמצב חירום" היא צריכה "לאיים על חיי האומה".

256. הביטוי "איום על חיי האומה" התפרש כך :

א. על מצב החירום לאיים על מרכיב יסודי להגדרת המדינה או על ענין בעל אופי קיומי לאוכלוסייה, כגון – איום על תפקודו של אורגן חוקתי חיוני כמו, מערכת השפיטה או החקיקה או איום על אספקת שירותים חיוניים.

ראה : **ספרו של Fitzpatrick**, עמ' 56.

ב. על מצב החירום להתקיים בפועל או שיהיה לפחות בעל אופי אמיננטי.

ג. על האיום הנובע ממצב חירום להיות בעל השפעה על כלל האוכלוסייה ונוגע לעצם הקיום של האומה.

ד. ההכרזה על קיומו של מצב חירום צריכה להיות אמצעי אחרון.

לסעיפים ב' – ד' לעיל ראה **ספרו של Ora'a**, עמ' 28 – 29.

257. הנוסח המופיע בסעיפים 7 ו- 8 לחוק בדבר אי סיום "**פעולות האיבה נגד מדינת ישראל**", הוא פרובלמטי, הואיל ואינו מגדיר מהי פעולת איבה שתיכלל במסגרת החוק. על מנת שפעולת איבה של כח מסויים תענה על ההגדרה של "מצב חירום" במשפט הבינלאומי היא צריכה "לאיים על חיי האומה". פעולת איבה, לפי החוק, היא בלתי מוגדרת ומאפשרת לרשויות המדינה לכלול בה רשימה ארוכה ובלתי סגורה של מקרים אף אם אינם "מאיימים על חיי האומה".

יוצא מכך, כי הביטוי "עד לסיום פעולות האיבה" המופיע בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים איננו "מצב חירום" לצורך סעיף 4 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, ואין בו כדי לשמש תחליף להיעדר תניה בחוק לקיומו של מצב חירום במדינה.

יתרה מזו, בחוק אין תניה כי יעשה שימוש בסמכות הכליאה "כאמצעי אחרון" וב- "מידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב" (כלשון סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות).

258. באופן כללי יוער כי ההכרזה על מצב חירום במדינה מאז קום המדינה ועד היום (תחילה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט ולאחר מכן לפי סעיפים 49 (א) ו-64 (א) לחוק יסוד הממשלה) זכתה לביקורת בשל היותה בלתי מוגבלת בזמן ללא אפשרות לקביעת הפוגות במצב החירום או לקביעת רמות של חירום שלפיהן תיקבע רמת הסטייה משלטון החוק. לדיון כללי בענין זה ראה :

אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה 5, הוצאת שוקן, התשנ"ז, 1996) כרך ב', עמ' 809 – 810.

ש. שטרית "חקיקת חירום בישראל לאור הצעת חוק יסוד : החקיקה" **משפט וממשל**, כרך א', (תשנ"ג), 433 – 440, 433.

א. ידין "על תקנות שעת חירום" **בספר אורי ידין האיש ופועלו** (הוצאת בורסי, א. ברק ו-ט. שפניץ עורכים, תש"ף), כרך א', עמ' 111 – 113, 111.

J. Quigley "Israel's Forty Five Year Emergency : Are there Limits to Derogations from Human Rights Obligations" **Michigan Journal of International Law** , vol. 15 (1994), pp. 491 – 518.

259. על מנת לסטות מכללי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (להוציא שבעה עקרונות מנחים שלא ניתן לסטות מהם – non derogable rights) צריך שהיה מצב חירום המאיים על חיי האומה. **סעיף 9 לאמנה** קובע כי :

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

כליאתו של אדם לפי החוק הוא בגדר **מעצר שרירותי** שאינו מתיישב עם הוראות סעיף 9 הנ"ל. אמנם סעיף 9 לאמנה איננו בבחינת non derogable right , אך על מנת לסטות ממנו יש תנאי מקדמי של קיום "מצב חירום המאיים על חיי האומה". חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים איננו מותנה בקיום מצב חירום "המאיים על חיי האומה", ומדבר באופן כללי על היעדר סיום פעולות האיבה של כח מסויים נגד ישראל.

260. בהיעדר הפנייה ברורה בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים לקיומו של מצב חירום במדינה, וכן בהיעדר הגדרה מה ייחשב כ-"פעולות איבה" המצדיקות שימוש בסמכות הכליאה הקבועה בחוק, תוך הגבלת הכליאה לפרק זמן מוגדר, **ניתן לקבוע כי סעיפים 7 ו-8 לחוק עומדים אף בניגוד להתחייבויותיה של ישראל במשפט הבינלאומי בעתות חירום.**

**פרק יז - חוקתיות סעיף 5 לחוק : ביקורת שיפוטית בלתי מספקת**

**1.ז. הבאת הכלוא בפני שופט תוך 14 יום**

261. סעיפים 5 (א) ו- (ב) מורים כי הכלוא יובא בפני שופט תוך 14 יום. המשיב יטען כי מעצרו של אדם על ידי רשות מינהלית למשך 14 ימים רצופים בטרם הבאתו בפני שופט לבדיקת סבירות החלטת המעצר היא בלתי סבירה בעליל ופוגעת בזכות הגישה לבית משפט.

ב-בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון פ"ד נג (5) 241 נפסלה חוקתיותה של הוראת חוק (בחוק שיפוט צבאי) אשר התירה מעצרו של חייל ל- 96 שעות על ידי קצין בטרם הבאתו בפני שופט. קל וחומר כי יש לבטל הוראה המאפשרת מעצר ל- 14 יום על ידי רשות מינהלית בטרם הבאת העצור בפני שופט.

262. על מעמדה של זכות הגישה לערכאות אף במצבי חירום אנו למדים גם מלשון סעיף 50(ד) לחוק יסוד : הממשלה הקובע כי :

**"אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם"**

(ההדגשות שלי - ה'א'ש')

263. על מעמדה של זכות הגישה לערכאות שיפוטיות עמד כבוד השופט חשין (בדעת רוב) ב- ע"א 733/95 ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות בע"מ פ"ד נא(3) 577, 629 :

**"דעתי שלי היא, כי זכות הגישה לבית המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד.**

**זכות הגישה לבית המשפט הינה צינור החיים של בית המשפט. התשתית לקיומה של הרשות השופטת ושל שלטון החוק.**

...

**שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט : שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית המשפט בטל וחסר מעש, ובית המשפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כלא היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית משפט - בין במישרין ובין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה- raison d'etre של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות היסוד."**

(ההדגשות שלי - ה'א'ש')

על זכות הגישה לערכאות ראו גם : יורם רבין **זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית** (הוצאת בורסי, תל-אביב, התשנ"ח - 1998), עמ' 139 - 173.

264. ב- בג"צ 3239/02 **מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש פ"ד נו (2) 349, 366 - 368**, נקבע כי יש להביא עצור בפני שופט ללא דיחוי. באותו פסק דין נקבע כי הצו המורה כי עצור יובא לראשונה בפני שופט תוך 18 ימים ממועד מעצרו, אף עת שמדובר בתנאי לחימה, הוא בלתי חוקתי (עמ' 377). כך גם נקבע באותו פסק דין כי צו המורה כי ניתן להחזיק עצור 8 ימים רצופים במעצר עד לחקירתו הראשונה גם הוא בלתי חוקתי (עמ' 383 - 384).

ראו גם **מודריק וקרמניצר**, עמ' 40 - 41.

## 2.יד הבאת הכלוא בפני שופט פעם ב- 6 חודשים

265. סעיף 5 (ג) קובע כי הכלוא יובא בפני שופט פעם בשישה חודשים. המשיב יטען כי פרק זמן של שישה חודשים לצורך בדיקת סבירותו של צו הכליאה הוא ארוך ובלתי סביר, וזאת לא כל שכן, לאור עילת הכליאה והעובדה כי הצו מתבסס על ראיות חסויות שאינן נחשפות בפני הכלוא.

חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), שהינו חמור כשלעצמו מבחינת הפגיעה בחרות הפרט, קבע עיון תקופתי בצו המעצר כל שלושה חודשים על ידי בית משפט (סעיף 5 לחוק סמכויות שעת חירום).

על חשיבות הביקורת השיפוטית במעצר מינהלי עמד כבוד בית המשפט העליון במספר הזדמנויות :

בג"צ 2320/98 **אלעמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון פ"ד** נב (3) 346, פסקה 10.

עמ"מ 7/97 **פלוגי נ' משינת ישראל** דינים עליון, כרך נג, 125. פסקה 4.

## 3.יד דיון בערעור בפני דן יחיד

266. סעיף 5 (ד) קובע כי הדיון בערעור בפני כבוד בית המשפט העליון יהיה בפני דן יחיד. אמנם במעצר ימים ובמעצר עד לתום ההליכים הדיון בערר על המעצר הוא בפני דן יחיד.

דא עקא, לאור האופי המיוחד של הליך הכליאה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, כאשר ניתן להחזיק אדם בכליאה לפרק זמן בלתי מוגדר (עד לסיום פעולות האיבה נגד ישראל), בהסתמך על ראיות חסויות, ראוי הוא כי הדיון בערעור יהיה בפני הרכב רחב יותר של שלושה שופטים, כפי המקובל בערעורים על **פסקי דין**. הרכב רחב יותר יאפשר בקורת שיפוטית קרובה יותר עם אפשרות להשמעת עמדות שונות.

ראו גם **בן נפתלי ועוד 2 עמ'** 94 (נספח ו') שם נטען כי הואיל ולא ניתן לקיים דיון נוסף על החלטת דן יחיד, אזי, היקף הביקורת השיפוטית על המעצר מצטמצם אף יותר.

ראו גם **מודריק וקרמניצר עמ'** 41 – 44, הטוענים כי לאור החזקות שבסעיפים 7 ו-8 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, היקף הביקורת השיפוטית על צו הכליאה היא מצומצמת, ויש חשש שהיא תהפוך לביקורת שיפוטית למראית עין בלבד.

#### **4.ד. סטייה מדיני הראיות והגשת ראיות חסויות**

267. סעיף 5 (ה) רישא מאפשר סטייה מדיני הראיות. סעיף 5 (ה) סיפא מתיר שלא לגלות ראיות לעצור או לסניגורו. סמכות זו מזכירה לנו את הסמכות המקבילה לה בסעיף 6 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

268. סמכות הסטייה מדיני הראיות וחסיון הראיות פוגעת ביכולתו של הכלוא להתגונן כנגד צו הכליאה. סמכויות אלה בצירוף החזקות הקבועות בסעיפים 7 ו-8 לחוק פוגעות בהליך המשפטי הנאות אפילו יותר ממה שהיה נהוג על פי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

המנגנון של חקירה נגדית הנתון בידי בא כח הכלוא לחקור עד מומחים מטעם המדינה, הופך לכלי בלתי יעיל ומרוקן מכל תוכן, בשל חסיון הראיות.

#### **5.ד. דיון בדלתיים סגורות**

269. סעיף 5 (ו) קובע כי הדיון יתנהל בדלתיים סגורות, אלא אם קבע בית המשפט אחרת.

הכלל בדבר פומביות הדיון הוא כלל מנחה בשיטת המשפט בישראל, כאמור בסעיף 3 לחוק יסוד השפיטה. פומביות הדיון היא חלק מזכות הציבור לדעת שהינה נגזרת מחופש הביטוי. ידיעת הציבור על המתנהל אצל הרשויות ובפני בתי המשפט מחסנת את המשטר הדמוקרטי מפני שרירות לבו של השלטון.

**במאמרו של איתן ברק** (העתק מהמאמר צורף כנספח א') בעמ' 6 – 10 היתה התייחסות נרחבת למעטה החשיכה על הפרשה של העצורים הלבנונים למשך שנים ארוכות, כאשר אחד הכלים למניעת מידע מהציבור היה הכלי של דלתיים סגורות.

האפשרות של דלתיים סגורות קיימת ממילא בסעיף 68 לחוק בתי המשפט התשמ"ד – 1984, ואף מטעמים של בטחון המדינה, ולא היה צורך לקבוע כי ההליך לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים יהיה **ככלל** בדלתיים סגורות, כאשר יש סמכות לבית המשפט לסטייה מהכלל.

#### **פרק טו' - חוקתיות סעיף 6 : מגבלות על זכות הייצוג**

270. סעיף 6 (א) קובע כי הכלוא יוכל לפגוש עורך דין לא יאוחר משבעה ימים לפני הבאתו בפני שופט בית המשפט המחוזי. הואיל וסעיף 5 (א) לחוק קובע כי יש להביא את הכלוא בפני שופט תוך 14 יום ממועד הוצאת צו הכליאה, התוצאה המעשית היא שניתן לשלול את פגישת העצור עם עורך דין לשבעת הימים הראשונים לאחר מתן צו הכליאה.

את הוראה זו יש לקרוא יחד עם סעיף 3 (ג) לחוק בענין זכות הכלוא להעלות טענותיו של בפני קצין בדרגת סגן אלוף שיעבירם לרמטכ"ל על מנת שישקול את עמדתו לגבי הוצאת צו הכליאה.

אם הכלוא לא יוכל לפגוש עורך דין **מיד** לאחר הוצאת הצו, אזי, ההליך של העלאת הטענות בפני קצין בדרגת אלוף, יהיה מרוקן מכל תוכן.

על זכות המפגש עם עורך דין ראה :

בג"צ 6302/92 **רומחיה נ' משטרת ישראל** פ"ד מז(1) 209, פסקה 4 לפסק דינו של כבוד השופט ברק (כתוארו דאז).

בג"צ 3412/91 **עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה** פ"ד מז(2) 843, בפסקה 6 לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיא השופט אלון.

בש"פ 306/99 **שירות הביטחון הכללי נ' שמעון חן** דינים עליון, כרך נו, 234.

271. **סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) תשנ"ו – 1996** דן במניעת פגישת עצור עם עורך דין בעבירות בטחון. כאן נקבעו תנאים מפורטים מתי אפשר למנוע פגישת עצור עם עורך דין. תנאים אלה כוללים את העילות המצדיקות מניעת מפגש עצור עם עורך דין, סוג העבירות שבגינן ניתן למנוע את המפגש עם עורך דין, וכן יכולת פניה לבית משפט לביטול או קיצור הגזרה.

סעיף 6 (א) לחוק מאפשר שלילת המפגש עם עורך דין למשך שבעה ימים ללא תנאים וללא אפשרות פנייה לבית משפט לצורך ביטול או קיצור הימים למניעת מפגש.

272. סעיף 6 (ב) מקנה סמכות לשר המשפטים בצו להגביל את זכות הייצוג בהליכים לפי חוק זה למי שאושר באישור בלתי מסוייג לשמש סניגור בבתי הדין הצבאיים לפי הוראת סעיף 318 (ג) לחוק שיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955.

הוראה זו פוגעת הן בחופש הבחירה של הכלוא בבחירת סניגור שייצגו וכן גם בחופש העיסוק של ציבור עורכי הדין שהוסמכו כדין לעיסוק בעריכת דין ואין להם אישור בלתי מסוייג לפי הסעיף הנ"ל. הוראה מעין זו פוגעת הן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (חופש הבחירה של הכלוא) וכן בחוק יסוד חופש העיסוק (חופש העיסוק של עורכי הדין).

### **פרק טז' - חוקתיות סעיף 9 (ב) : נקיטה בהליכים פלילים בנוסף לכליאה**

273. סעיף 9 (א) קובע כי ניתן לנקוט בהליכים פליליים כנגד לוחם בלתי חוקי. יובהר תחילה כי הוראה זו עומדת בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי (ראה בענין זה פרק ד' לעיל). באם מוכח כי אדם הוא לוחם בלתי חוקי, לית מאן דיפליג כי ניתן להעמיד אותו לדין פלילי. המערערים לא טוענים כנגד חוקתיותה של הוראה זו.

274. סעיף 9 (ב) קובע כי בנוסף לנקיטה בהליכים פליליים ניתן גם לכלוא לוחם בלתי חוקי בהתאם לחוק. כפילות ההליכים היא בלתי סבירה בעליל, היינו גם מעצרו של אדם עד לתום ההליכים המשפטיים לפי ראיות גלויות המבוססות על כתב אישום שהוגש כנגדו וגם כליאתו לפי חוק המבוסס על ראיות חסויות.

סמכות מעין זו, עושה את הדיון בהליך של מעצר עד לתום ההליכים שמבוסס על ראיות גלויות לחוכא ואיטלולא. אם העצור ממילא נמצא במעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ללא הגבלת מן כלשהי, אזי, ברור מאליו שלא יוכל לטעון כנגד קיומן של ראיות לכאורה, כנגד עילת המעצר או לחלופת מעצר ושחרור במסגרת הדיון בבקשה למעצר עד לתום ההליכים.

275. הוראת **סעיף 60 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) תשנ"ו – 1996** קובעת כי משפטו של נאשם יחל תוך 30 יום ממועד הגשת כתב האישום שבגיננו הוא נעצר, שאם לא כן, ישוחרר. התכלית שמאחורי הוראה זו תהפוך לאות מתה כאשר אותו אדם כלוא ממילא גם לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

כך גם, **סעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים)** הקובע כי יש לשחרר נאשם שהיה נתון במעצר בגין אותו כתב אישום ומשפטו לא הסתיים לאחר תשעה חודשים. גם הוראה זו הופכת לאות מתה. סעיף 62 לחוק האמור המתיר הארכה של 90 ימים מעת לעת על ידי כבוד בית המשפט העליון, נותן סמכות של ביקורת שיפוטית על התארכות ההליכים בדיונים בתיק העיקרי. גם ביקורת שיפוטית זו לא תועיל לכלוא לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים שהוא גם נאשם בתיק פלילי.

276. יתרה מזו, הכליאה הנוספת והמקבילה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, גם יוצרת חשש לשלילת זכויות הנאשם (שהוא גם כלוא) בעת מתן גזר הדין כנגדו.

כך למשל, נניח שמדובר בנאשם שהוא תושב ישראל והוא מתחת לגיל 21 שנים, והוחזק ככלוא לפי החוק ולאחר שנתיים שהוא כלוא הוחלט להגיש כנגדו כתב אישום. **סעיף 38 לחוק העונשין התשל"ז – 1977** יחד עם **אכרזת דרכי ענישה (תסקיר קצין מבחן) התשכ"ד – 1964** מחייבים קבלת תסקיר בעניינו.

תסקיר שרות מבחן בנסיבות מעין אלה הוא לא יותר מאשר פעולה פורמלית על מנת לצאת כדי מצוות המחוקק, אך נעדר משמעות מעשית מבחינת ההמלצות שבו. ברי, כי גם לא ניתן לנקוט עם הנאשם **דרכי טיפול** כלשהן ולנהוג עימו ככל נאשם אחר שאינו כלוא על פי החוק.

שאלת דרכי טיפול מקבלת משנה תוקף בעת שמדובר בכלוא לפי החוק שהוא גם "קטין". דרכי הטיפול המפורטות **בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) התשל"א – 1971**, גם הן הופכות לחסרות תכלית.

האפשרות שיהיו לוחמים בלתי חוקיים שהם קטינים היא בהחלט ריאלית. **במאמרו של איתן ברק** בעמ' 5, היתה התייחסות לכך כי חלק מהעצורים הלבנונים שהוחזקו בישראל בשנות השמונים והתשעים היו בגיל 16 שנים.

277. דוגמא נוספת לפגיעה בזכויות נאשמים היא שלילת האפשרות לריצוי עונש מאסר בדרך של עבודות שירות כאמור **בסעיפים 51א – 51ב לחוק העונשין התשל"ז – 1977**.

278. סעיף 9 (ב) לחוק מאפשר העמדת כלוא לדין פלילי הן בגין אותם דברים שבגינם הוא כלוא (או חלקם) והן בגין עבירות נוספות שאינן קשורות לעילת לכליאתו.
279. הוראת סעיף 9 (ב) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מקנה גם סמכות שלא הייתה קיימת במסגרת מעצר מינהלי. בהליך של מעצר מינהלי, באם ניתן היה להעמיד אדם למשפט פלילי, אזי, אין לעצור אותו במעצר מינהלי. ראה :
- עמ"מ 1/95 פלוני נ' שר הבטחון דינים עליון, כרך מ, 970, פסקה 5.
- עמ"מ 2/88 אגבריה נ' מדינת ישראל פ"ד מב (1) 840, 846.
280. כפילות ההליכים לפי סעיף 9 (ב) לחוק באה להבטיח את המשך כליאתו של אדם גם לאחר שייגזר דינו ויסיים את ריצוי עונשו. המשך החזקתו של אסיר במעצר לאחר ריצוי תקופת העונש שנקבעה על ידי ערכאה שיפוטית, הוא עונש אכזרי.
- על אי חוקתיות סעיף 9 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ראו גם **מודריק וקרמניצר**, עמ' 46-47.

### פרק יז' מבחן המידתיות

281. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים יש בו כדי לפגוע בתדמית המשטר הדמוקרטי בישראל. החוק אינו עומד בקנה אחד עם **ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**.
- התכלית** מאחורי החוק כאמור בסעיף 1 שבו (סעיף המטרה) נראית על פניה כתכלית ראויה (כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים שאינם מקיימים את דיני המלחמה). סעיף המטרות מציג את עצמו כעומד בתנאי המשפט הבינלאומי ההומניטרי שלו מחויבת ישראל. הלכה למעשה הדבר אינו כך.
282. ננסה להלן לעמוד על מרכיביו של **מבחן המידתיות**.

### מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי

283. המערערים יטענו כי לא קיים קשר של התאמה בין תכלית החוק לבין האמצעי. באם תכלית החוק היא קידום משא ומתן להחזרת שבויים ונעדרים ישראלים המוחזקים אצל כוחות אויב, הרי שהאמצעי לקידום מטרה זו אינו אמצעי מתאים.
- יפים לענין זה דבריו של כבוד הנשיא ברק ב- דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון פ"ד נד (1) 745, 721 :



”מכלול הנתונים מצביע על כך כי המשך החזקתם של העותרים אינו מידתי. כיום אין ודאות קרובה או אף אפשרות סבירה לכך כי המשך מעצרים של העותרים יביא לשחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון. בשל הזמן הרב שעבר מאז המעצר ובשל היעדר כל נתונים של ממש בענין זה ,

ההסתברות כי המשך המעצר אכן יביא לשחרורם של השבויים והנעדרים היא נמוכה ביותר. פתיחה אפשרית של המשא והמתן המדיני – שעליו עמדה הפרקליטות המדינה בהודעה המשלימה – אינה משנה הערכה זו. לדעתי, לא הוצגה בפנינו – אף לא בדיונים בדלתיים סגורות – תשתית עובדתית שעל פיה ניתן לומר כי קיימת ודאות קרובה (או אפשרות סבירה) כי המשך המעצר המינהלי יביא לקידום שחרורם של השבויים והנעדרים. כל שהוצג בפנינו הם השערות ומאווים, שמידת הסתברות הולכת ופוחתת עם השנים וכיום היא תלויה על בלימה.”

#### מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

284. בפני רשויות המדינה עומדות שני אמצעים שפגיעתם פחותה בזכויות האדם לצורך קידום מטרות החוק (כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים) :

א. העמדת המשיב לדין פלילי

ב. להכריז עליו כשבויי מלחמה.

בשני הליכים אלה קיימת מערכת נורמות שיכולה להגן על זכויותיהם של המערערים מפני שרירות לבו של השלטון. במקרה של משפט פלילי, יהיו המערערים רשאים לדעת במה הוא מואשם, מהן הראיות שיש למדינה כנגדו, ייבדקו קבילותן ומשקלן על ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת, ובאם תוכח אשמתו, ייגזר דינו למאסר לפרק זמן מוגדר. במקרה של הכרזה כשבוי מלחמה יחולו עליו מערכת הנורמות של אמנת ג'נבה השלישית.

285. אמצעי שלישי שפגיעתו בזכויות אדם לצורך קידום מטרות החוק (כליאת לוחמים בלתי חוקיים), וזאת בהנחה שייקבע שאין מקום להורות על שחרור המערערים, בשל צורך בטחוני של המדינה, וכי חוק הלב"ח הוא חוקתי וכי ביטול הממשל הצבאי על עזה איננו מחייב את שחרור המערערים – זהו האמצעי של מעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום. מנגנון זה ידון בהרחבה בחלק החמישי של כתב הערעור.

#### מבחן האמצעי המידתי

286. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו מקיים גם תנאי מבחן האמצעי המידתי, הואיל ואין יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מהחוק לבין הנזק שייגרם לזכויות האדם ולפרט שנפגע ממנו. הנזק מהחוק לזכויות האדם בישראל, כמשטר דמוקרטי, הוא רב מאוד. מדובר כאן בשלילה של סדרה ארוכה של זכויות יסוד ביניהם הזכות לחרות והזכות למשפט הוגן שכוללת בחובה מקבץ זכויות שהן מנשמת אפו של המשטר הדמוקרטי.

למבחן המידתיות למרכיביו השונים בהקשר של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ראו גם **בן נפתלי ועוד 2** עמ' 96 (נספח ו') וכן **מודריק וקרמניצר** (נייר העמדה בכללותו).

287. לאור כל האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על שחרורם של שני המערערים, וכן לקבוע כי סעיפים 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 (ב) ו-11 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002, הם בטלים בשל אי חוקיותם. וכן בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי צוי הכליאה של הרמטכ"ל מיום 12.9.05, שניתנו כנגד שני המשיבים, ניתנו שלא כדין ולכן הינם בטלים.

(סוף חלק רביעי. בעמוד הבא החלק חמישי לערעור)

## חלק חמישי : מעצר מינהלי כאמצעי שפוגע פחות בזכויות המערערים לעומת צוי הכליאה

### פרק יח' : תמצית טענות המערערים בענין מידתיות

288. המערערים יטענו כי לא היה כל צידוק בטחוני להוציא כנגדם צוי כליאה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הדרקוני שבחוקי ישראל. אם סברה המדינה שיש לנטרל את הסכנה הנשקפת להערכתה משחרורם היה באפשרותה ומחובתה להסתייע באמצעי שפגיעתו חמורה פחות, הוא חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), כפי שמתחייב מעקרון המידתיות.

חוק סמכויות שעת חירום מספק בידי המדינה כלי יעיל ומעשי להמשך החזקת של שני המשיבים מאחורי סורג ובריח, תוך הסתמכות על מידע חסוי, קיום דיון בדלתיים סגורות, ותוך סטייה מדיני הראיות. בפועל, גם לא היתה כל מניעה משפטית לעשות שימוש בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) כנגד שני המשיבים.

... 289

290. שינוי הסטטוס של המערערים על ידי אותה רשות מבצעת (צה"ל, פעם בדמות מפקד כוחות צה"ל לאזור חבל עזה שקבע שיש להשימם במעצר מינהלי ולאחר מכן בדמות הרמטכ"ל שקבע שיש לראותם כלוחמים בלתי חוקיים) מלמדת על פגם מהותי באופן הפעלת שיקול הדעת והיעדר סינכרוניזציה בפעולות של אותה הרשות. לא היה כל צורך בטחוני להעבירם לסטטוס של כלואים, ולבטח שגם לא היתה כל מניעה משפטית להשאירם במעצר מינהלי. הדברים האמורים לעיל, מובילים למסקנה שצוי הכליאה הינם בלתי מידתיים ולכן דינם להתבטל.

291. למען הספק ספק יצויין כי מעצר מינהלי, כשלעצמו, הוא בבחינת סנקציה חריפה ביותר, הפוגעת בזכות לחרות באופן המנוגד למושכלות ראשוניים של משטר דמוקרטי. ברי כי למערערים אין כל ענין להיות במעצר מינהלי ומעדיפים להיות משוחררים מלהיות במעצר. אלא מאי ? באם ייקבע שלא ניתן לשחררם, חוק יסוד כבוד האדם וחרותו ופסיקתו הענפה של כבוד בית המשפט העליון בענין עקרון המידתיות, מחייבים שיוחזקו במשמורת חוקית בדרך שתיפגע בזכויותיהם במידה קטנה יותר.

292. הטענה המרכזית שבפני המערערים היא, שבמידה וטענתם לשחרורם לא תתקבל, יש להשתמש באמצעי חוקי פחות פוגעני מצוי הכליאה לצורך המשך החזקתם של במעצר.

שתי עובדות עיקריות צריכות לעמוד לנגד עיניו של בית המשפט הנכבד בבואו לדון בטענה זו, ואשר לא זכו להתייחסות בתגובת המדינה, שהוגשה לכבוד בית משפט קמא (נספח יא') :

א. שני המערערים היו מוחזקים בעבר במעצר מינהלי במשך תקופה ארוכה (ריאד כמעט ארבע שנים, חסאן כמעט שלוש שנים) בטרם הוצאת צו הכליאה.

ב. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים היה קיים בכל תקופת החזקתם של שני המערערים במעצר מינהלי, אך לא נעשה בו שימוש.

שומה היה על המדינה לתת **הסבר עובדתי – קונקרטי**, המתייחס ספציפית לשני המערערים, להבדיל מהיתלות כללית באירוע של 12.9.05 בדבר ביטול הממשל הצבאי, מדוע היה צורך להעבירם לסטטוס של לוחמים בלתי חוקיים. הסבר כזה לא ניתן בתגובת המדינה.

### פרק יט' : עיקרון המידתיות ויישומו לגבי מעצר מינהלי

293. עיקרון המידתיות הוא עקרון מנחה בפסיקה הישראלית ותחולתו היא בתחומי משפט שונים ומגוונים. כבוד בית המשפט העליון פסק בשורה של פסקי דין כי רשות המוסמכת על פי דין חייבת לשקול, בצד שיקולים עניינים אחרים, גם את הצורך למנוע או לצמצם את הפגיעה בזכויות היסוד ולאזן כראוי בין שיקול זה לבין יתר השיקולים הענייניים בכל מקרה ומקרה, ואם לא תעשה כן יהיה בכך כדי לפגום בהחלטתה באותו מקרה. ראו למשל :

בג"צ 1715/95 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר פ"ד נא (4) 367, 385.

בג"צ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הבטחון ואח' פ"ד נג (5) 241, 269 – 270.

בג"צ 1030/99 ח"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת פ"ד נו (3) 640, 665 – 669.

בג"צ 450/97 תנופה שירותי כח אדם ואחזקות בע"מ פ"ד נב (2) 433, 440 – 441.

294. עקרון המידתיות הוחל גם במקרים של מעצר מינהלי, בדבר החובה המוטלת על הרשות המפעילה את סמכות המעצר המינהלי, לשקול אמצעים שפוגעים בזכויות היסוד של הפרט באופן פחות דרקוני.

ב- עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון פ"ד נח (1) 176, 188 – 189 נקבע על ידי כבוד השופט גרוניס כי :

**"כפי שמקובל במקרים אחרים שבהם רשות מינהלית מפעילה סמכות המאפשרת פגיעה בחופש הפרט, הרי גם במקרה של מעצר מינהלי נפסק שיש לשקול הפעלת אמצעים שחומרת הפגיעה הטמונה בהם פחותה ממעצר."**

כך למשל נקבע כי מקום שניתן להסתפק ב-"תיחום מגורים" (הוראה לעבור לגור באזור אחר של השטח הכבוש) במקום מעצר מינהלי, יש להעדיף תיחום מגורים בשל היותו פוגע בזכויות הפרט במידה פחותה יותר. ראו :

בג"צ 9586/03 סלאמה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש פ"ד נח (2) 342, 347.

כך גם העדיף אלוף פיקוד המרכז להסתפק במעצר בית, במקום מעצר מינהלי מאחורי סורג וברית, בעת שהנתונים והנסיבות איפשרו זאת. ראו :

בג"צ 5555/05 נועם פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז (טרם פורסם. ניתן ב- 1.8.05).

295. הדברים שנאמרו לעיל לגבי מעצר מינהלי יפים ונכונים גם לגבי צוי הכליאה שהוציא הרמטכ"ל נגד המערערים מכח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. הוזה אומר, שומה על הרמטכ"ל לבחון באם יש אמצעי חלופי לצוי הכליאה, אשר ישיג את תכלית הכליאה אך באותה העת יפגע בזכויותיהם במידה פחותה יותר.

### **פרק כ' : היעדר צידוק בטחוני להחלפת המעצר המינהלי בצו כליאה**

296. המערערים יטענו כי לא היה כל צידוק או צורך בטחוני להעדיף את החזקתם במשמורת חוקית מכח צוי הכליאה, במקום להמשיך להחזיקם במעצר מינהלי.

... 297.

... 298.

...

299. בטבלה שלהלן ניתן לראות שניתן להשיג את התכלית של צוי הכליאה מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים גם בדרך של מעצר מינהלי מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979, וזאת לאור העובדה כי האמצעים שנעשה בהם שימוש בשני המקרים הם דומים. בשני המקרים נעשה שימוש באמצעים דרקוניים כגון מעצר מטעמי בטחון תוך הסתמכות על חומר חסוי.

האמצעי	חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002	חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979
החזקה במעצר	כן (סעיף 3 (א) לחוק)	כן (סעיף 2 (א) לחוק)
העילה : טעם בטחוני	כן (סעיף 3 (א) לחוק)	כן (סעיף 2 (א) לחוק)
ללא הליך משפטי נאות	כן (סעיפים 3, 7, ו-8 לחוק)	כן (סעיף 2 לחוק)
בהסתמך על חומר חסוי	כן (סעיף 5 (ה) לחוק)	כן (סעיף 6 (ב) לחוק)
היעדר הגבלה בתקופת המעצר	כן (סעיף 3 (א) לחוק)	כן (סעיף 2 (ב) לחוק)
דלתיים סגורות	כן (סעיף 5 (ו) לחוק)	כן (סעיף 9 לחוק)
מקום המעצר	ריאד (כלא איילון ובימים הקרובים כלא אשמורת) חסאן (מתקן כליאה קציעות ובימים הקרובים כלא אשמורת)	ריאד (כלא אשמורת, כלא איילון ובימים הקרובים שוב אשמורת) חסאן (מתקן כליאה קציעות ובימים הקרובים כלא אשמורת)
סטייה מדיני הראיות	כן (סעיף 5 (ה) לחוק)	כן (סעיף 6 (א) לחוק)

300. העולה מהטבלה הנ"ל הוא כי אין כל צורך בטחוני המצדיק את השינוי בסטטוס של שני המערערים, מבחינת היכולת והאמצעים העומדים לרשות המדינה, להחזקתם במעצר תוך פגיעה בזכויותיהם על פי רשימת האמצעים שפורטו לעיל. קיימת חפיפה במספר רב של נושאים בין צו כליאה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים לבין מעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), ככל שהדבר נוגע לקיום הסמכות והנוחות בשימוש באמצעים דרקוניים, כפי שפורטו לעיל, לצורך החזקתם תחת עינם הפקוחה במשמורת חוקית.

... 301

302. יחד עם זאת, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נכנס לתוקף ב- 14.3.2002, היינו שלושה ימים לפני מועד הוצאת צו המעצר המינהלי הראשון נגד ריאד ב- 17.3.2002, וכמעט עשרה חודשים לפני מועד הוצאת צו המעצר המינהלי הראשון נגד חסאן ב- 24.3.2003.

במילים אחרות, המסגרת הנורמטיבית להכרזה על שני המערערים כ-"לוחמים בלתי חוקיים" הייתה קיימת עוד בטרם הוצא צו המעצר המינהלי הראשון לגבי שניהם. למרות זאת, המדינה העדיפה לעשות שימוש באמצעי של מעצר מינהלי ולא באמצעי של הכרזה עליהם כלוחמים בלתי חוקיים.

...

### פרק כא : היעדר מניעה משפטית להמשך החזקתם של המערערים במעצר מינהלי

303. עם ביטול הממשל הצבאי על עזה ב- 12.9.05, בוטלה החקיקה הצבאית ובכללה גם הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (אזור חבל עזה) מס' 941, התשמ"ח – 1988, ושמכוחו הוצאו צו המעצר המינהלי נגד שני המערערים. אלא מאי ? קיימת מסגרת נורמטיבית מקבילה ודומה בתוך שטח ישראל להמשך מעצרים על פי אותה מתכונת קודמת והוא חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979.

אמנם קיים שוני בין נוסח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) הישראלי לבין הצו בדבר מעצרים מינהליים, שהיה תקף בעזה, בנושאים מסויימים, כגון תוך כמה ימים יש להביא את העצור בפני שופט משפטי (בישראל תוך 48 שעות ובעזה תוך 8 ימים שתוקן ל- 10 ימים בשנת 2000). שוני זה הוא בעיקר שולי. עילות המעצר ואופן הביקורת השיפוטית הינם זהים.

בפסיקה של כבוד בית המשפט העליון, שדנה במעצרים מינהליים לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) מצטטים פסקי דין קודמים של בית המשפט העליון שדנו במעצר מינהלי בשטחים, וכך גם להיפך.

כך למשל, בפסק הדין בענין בג"צ 2320/98 אלעמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל לאזור יו"ש פ"ד נב(3) 346, 361 מול האות ז', נאמר במפורש, על ידי כבוד השופט זמיר, כי :

**"נראה כי על אף ההבדלים בין חוק המעצרים החל בישראל לבין צו המעצרים החל ביהודה ושומרון, אין מקום להבחין לענין זה בין ביקורת שיפוטית על צו מעצר לפי חוק המעצרים לבין ביקורת שיפוטית על צו מעצר לפי צו המעצרים."**

304. יתרה מזאת, אין כל מגבלה חוקית להשתמש בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) כנגד **אנשים זרים שאינם אזרחי או תושבי ישראל**. סעיף 2 (א) לחוק דן במעצרו של **"אדם פלוני"**, ולכן הוא בעצם חל כלפי כולי עלמא. יש מספר רב של דוגמאות שבהן נעשה שימוש בחוק לצורך מעצרים של תושבים זרים או אזרחי מדינה זרה, במעצר מינהלי, שסיכנו את בטחון המדינה. כך למשל :

עמ"מ 6/96 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נ(4) 45.

במקרה זה כוחות הבטחון הישראליים עצרו מספר לבנונים בתוך שטח לבנון והעבירו אותם לישראל ונעצרו לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

כמו כן, כבוד בית המשפט העליון, על ידי כבוד השופט גרוניס, קבע כי השימוש בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) איננו מוגבל לאזרחים ישראלים, כפי שאינו מוגבל לאנשים זרים וכי **"אין יסוד להבחנה בין אזרח ישראלי לבין מי שאינו אזרח"** לצורך שימוש בחוק. ראו :

ב- עמ"מ 8788/03 נעם פדרמן נ' שאול מופז, שר הבטחון, פ"ד נח (1) 176, 190 – 191, 191 מול האות א'.

305. במילים אחרות, אין כל מניעה משפטית להמשיך ולעצור את שני המערערים, במתכונת דומה לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, על ידי שימוש בחוק סמכויות שעת חירום, ובאותה העת מבלי לפגוע בזכויות מסוימות ששמורות להם במסגרת מעצר מינהלי, אך אינן קיימות בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

... 306



307. קיומה של הסמכות של שר הבטחון לעצור במעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), אנשים זרים שאינם תושבי ישראל, בכלל זה תושבי עזה, לא קשור כלל ועיקר לשאלת קיומו או ביטולו של הממשל הצבאי של ישראל על עזה.

**חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים)** הסמיך את שר הבטחון לעצור "אדם פלוני" (סעיף 2(א) לחוק), הווה אומר, כל אדם, ללא קשר לשאלה אם הוא תושב עזה, או תושב כל מקום אחר בעולם.

כך גם, **הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (אזור חבל עזה) מס' 941, התשמ"ח – 1988**, לתיקונים השונים שהוכנסו בו, הסמיך את מפקד כוחות צה"ל בעזה, לעצור "אדם פלוני" (סעיף 1 (א) לצו), היינו כל אדם, ואין נפקא מינה אם הוא במקור תושב עזה, או תושב כל מקום אחר בעולם.

בעת קיומו של הממשל הצבאי על עזה היתה סמכות מקבילה לשר הבטחון ולמפקד כוחות צה"ל בעזה לעצור **כל אדם** במעצר מינהלי.

עם ביטול הממשל הצבאי על עזה בוטלה סמכותו של מפקד כוחות צה"ל בעזה לעצור אדם במעצר מינהלי, אך הדבר לא השפיע, ולא יכול להשפיע, על המשך סמכותו של שר הבטחון לפי חוק סמכויות שעת חירום לעצור כל אדם, בין אם הוא תושב עזה ובין אם הוא תושב מקום אחר בעולם.

הניסיון להסיק מסקנה מביטול הממשל הצבאי על עזה לעצם סמכותו של שר הבטחון לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), לגבי תושבי עזה, הוא לא נכון.

### פרק כב - צו מעצר מינהלי לעומת צו הכליאה

308. נעבור לדון כעת בכל העילות, שלטעמנו, עושים את המעצר המינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), לאמצעי שפגיעתו בזכויות המערערים, קטנה יותר, ביחס לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, דבר שעושה את צו הכליאה שהוצא כנגד כל אחד מהם, לבלתי מידתי.

#### היעדר צורך ב- "מסוכנות אישית" לצורך כליאה לפי צו כליאה

309. העילה לעצור אדם במעצר מינהלי היא קיומה של "מסוכנות אישית" מהאיש עצמו. עמד על כך כבוד הנשיא ברק ב- דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון פ"ד נד (1) 721, 742 מול האתיות ב' ו- ג'.

פסק הדין בענין **פלוניס** ביטל את מעצרו של המערערים באותו פסק דין, שלא היתה מחלוקת שהשתייכו לארגונים עוינים שטרם תמו פעולות האיבה שביצעו אותם ארגונים נגד ישראל (עמ' 731 מול האות ג'), הואיל ולא נשקפה סכנה אישית לבטחון המדינה מהמערערים עצמם. **מה שנפסל בפסק דין "פלוניס" כעילה למעצר מינהלי, היינו מעצר בשל היעדר מסוכנות אישית, למרות ההשתייכות לארגון עוין שלא תמו פעולות האיבה שלו נגד ישראל, בעצם הותר בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, מכח האמור בסעיפים 7 ו-8 לחוק. מאחר שבעת שניתן פסק הדין בענין **פלוניס** חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים לא היה קיים, נקבע שיש לשחרר את המערערים ממעצר מינהלי.**

כאן נעוץ אחד ההבדלים העיקריים שבין מעצר מינהלי לבין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, מבחינת היקף ומהות הפגיעה בזכות לחרות. העילה למעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הפכה לרחבה יותר מזו הקיימת במעצרים מינהליים, ומכאן חוסר המידתיות בשימוש באמצעי חריף של צו כליאה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

310. המערערים מפנים את בית המשפט הנכבד לחיבור שלהלן :

הילי מודריק אבן חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, **לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב – 2002** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, נייר עמדה 58, דצמבר 2005).

להלן **"מודריק וקרמניצר"** (מצורף לכתב הערעור ומסומן כנספח טו )

בעמ' 36 המחברים קובעים כדלקמן :

**"קביעת עצם ההשתייכות לארגון עוין לישראל כראיה לפגיעה בביטחון המדינה היא פגיעה העולה על הנדרש בחירות האדם, שכן אין היא האמצעי שפגיעתו פחותה. כאמור, אמצעי זה מצוי החוק המעצרים המינהליים, שבו נקבעה המסוכנות האישית כעילה למעצרו של אדם. על כן חוק זה הוא האמצעי הראוי יותר לשלילת חרותו של אדם המסכן את ביטחון המדינה."**

בצו הכליאה מועבר נטל ההוכחה לכתפי הכלוא בשל החזקות הקבועות בחוק

311. בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) הנטל להוכיח את העילה למעצרו של אדם במעצר מינהלי מוטל לעולם על כתפי הרשות שהוציאה את צו המעצר המינהלי. אין בחוק הנ"ל **חזקה אפריורית כלשהי** בדבר מסוכנות כפי שיש בסעיפים 7 ו-8 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

312. בסעיף 4 (ג) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) נקבע כי "נשיא בית המשפט המחוזי יבטל את צו המעצר **אם הוכח לו** שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים עניינים של בטחון המדינה ...".

הביטוי **"אם הוכח לו"** פורש על ידי כבוד בית המשפט העליון, כבוד השופט בד', ב- עמ"מ 2/94 **ברוך בן יוסף נ' שר הביטחון** (לא פורסם. ניתן ב- 31.3.94. מופיע באתר האינטרנט [www.nevo.co.il](http://www.nevo.co.il)) כדלקמן :

**"במילים אחרות, אם כתוב בסעיף 4 (ג) לחוק שהצו יבוטל אם "הוכח" בפני השופט שהוא מבוסס על שיקולים וטעמים לא כשרים או עניינים, הרי אין לפרש זאת באופן דווקני כאילו הוטל כאן נטל ההוכחה על העציר, כפי שהוא מוטל באופן רגיל על צד במשפט שחייב לשכנע את בית המשפט בנקודה מסויימת או להוכיח דבר בפניו."**

(ההדגשה לא במקור)

יתרה מזאת, רמת ההוכחה הדרושה מגורמי הבטחון להוכיח את מסוכנותו של העצור המינהלי לבטחון המדינה היא ברמה של **"ודאות קרובה"**. מדובר במבחן הסתברותי. ראו :

עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון פ"ד נח (1) 176, 188.

בג"צ 11006/04 ראאד קאדרי נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 6 לפסה"ד (ניתן ב- 13.12.04. מופיע באתר האינטרנט [www.nevo.co.il](http://www.nevo.co.il)).

313. סעיף 7 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובע חזקה כי מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין בעקיפין ובין במישרין, יראה כמי ששחררו יפגע בבטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת.

סעיף 7 יוצר יתרון ראייתי מובהק למדינה בבואה לכלוא אדם. עצם "ההשתייכות הארגונית" של אדם מהווה עילה לכליאתו, ללא שום קשר לשאלה באיזה נקודת זמן הדבר קרה וכמה זמן חלף מאז, ובאם הוא אישית ביצע פועלת איבה נגד ישראל או לא. כך גם כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו ארגון נגד ישראל, הכלוא לא ישוחרר.

באם מוכח האמור בסעיף 7 על ידי המדינה, אזי מועבר נטל ההוכחה להוכיח את ההיפך לכתפיו של הכלוא. המלאכה המוטלת על הכלוא כאדם יחיד לסתור "חזקה שבדין" למול מנגנון יעיל ורב עוצמה של מדינה, כאשר חלק ניכר מהראיות המהותיות המהוות בסיס לכליאתו, הן חסויות, היא מלאכה סזיפית, אשר סיכוייה להצלחה מועדות מראש לכישלון.

314. סעיף 8 מורה כי קביעתו של שר הבטחון בתעודה החתומה בידיו, כי כוח מסויים 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 יוכח אחרת.

315. ראו גם מודריק וקרמניצר עמ' 36 – 38, 45 – 46.

בעמ' 45 – 46 נאמר כך :

**"במילים אחרות, החוק [חוק הלב"ח – ה'א"ש] מטיל על העצור את הנטל לסתור את קביעת שר הבטחון בדבר אופיו של הארגון שהוא השתייך אליו ופעילותו. נטל זה כבד מנשוא**

מבחינת העצור. לשם השוואה נזכיר, כי הפסיקה הנוגעת לחוק המעצרים המנהליים קובעת כי מכיוון שהעציר מתמודד עם ראיות חסויות, אין להטיל עליו את נטל השכנוע בנוגע לשאלה אם יש לבטל את הצו. כלומר, העציר אינו חייב לשכנע שהצו לא ניתן מטעמים ענייניים של ביטחון המדינה או של ביטחון הציבור או שהוא ניתן שלא בתום לב או משיקולים שאינם ממין הענין (כפי שקובע סעיף 4 (ג) לחוק המעצרים המינהליים).”

#### ביטול צו הכליאה מותנה בסיום פעולות האיבה נגד ישראל

316. ביטול צו מעצר מינהלי ושחרור העציר ממעצרו איננו מותנה בסיום פעולות האיבה של הארגון שאליו הוא משתייך, או השתייך בעבר, נגד ישראל.

לעומת זאת, סעיפים 7 ו-8 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מתנים את השחרור וביטול צו הכליאה בסיום פעולות האיבה של אותו כח אליו נמנה הכלוא, בין במישרין ובין בעקיפין.

#### צו הכליאה בלתי מוגבל בזמן

317. צו המעצר המינהלי ניתן לפרק זמן מקסימלי של 6 חודשים (סעיף 2 (א) לחוק). ניתן כמובן גם להוציא צו מעצר מינהלי לתקופה שהיא קצרה יותר מ-6 חודשים. לעומת זאת, צו הכליאה הוא בלתי מוגבל בזמן. בסעיף 8 לחוק ה-לב"ח נאמר כי צו הכליאה יהיה מותנה בסיום פעולות האיבה נגד מדינת ישראל, דבר שהינו אמורפי לחלוטין ונמשך כבר מאז קום המדינה.

אמנם ניתן, באופן תיאורטי, להאריך את צו המעצר המינהלי, לפרק זמן בלתי מוגבל, אך כאשר יש פרק זמן קצוב לפקיעת צו המעצר, יש לעצור תאריך יעד לשאוף לו, דבר שאינו קיים, עת שהוא מוכרז כלוחם בלתי חוקי.

#### המועד להבאת הכלוא בפני שופט

318. במעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) יש להביא את העצור בפני שופט לביקורת שיפוטית על הצו המעצר תוך 48 שעות ממועד מתן צו המעצר (סעיף 4 (א) לחוק). בצו המעצר המינהלי שהיה תקף בעזה היה צריך להביאו בפני שופט תוך 8 ימים, והדבר תוקן בשנת 2000 ל-10 ימים (סעיף 4 (א) ו-1 (א) לצו בדבר מעצרים מינהליים).

לפי חוק ה-לב"ח הכלוא יובא לראשונה בפני שופט תוך 14 יום ממועד מתן צו הכליאה (סעיף 5 (א) לחוק). גם כאן ניכר שיש כירסום בזכויות העצור, מבחינת זכות הגישה לערכאות שיפוטיות.

ב- בג"צ 3239/02 **מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש פ"ד נז (2) 349, 366 – 368**, נקבע כי יש להביא עצור בפני שופט ללא דיחוי. באותו פסק דין נקבע כי צו המורה כי כי עצור יובא לראשונה לראשונה בפני שופט תוך 18 ימים ממועד מעצרו, אף עת שמדובר בתנאי לחימה, הוא בלתי חוקתי (עמ' 377). כך גם נקבע באותו פסק דין כי צו המורה כי ניתן להחזיק עצור 8 ימים רצופים במעצר עד לחקירתו הראשונה גם הוא בלתי חוקתי (עמ' 383 – 384).

319. לגבי המועד שבו מובא כלוא לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בפני שופט, אמצעי שאיננו מידתי, ראו גם :

**מודריק וקרמניצר**, עמ' 40 – 41.

#### העיון התקופתי בצו הכליאה לעומת צו המעצר המינהלי

320. במעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) יש להביא את עניינו של העצור בפני שופט לעיון תקופתי תוך **שלושה חודשים** ממועד אישור צו המעצר, **או תוך פרק זמן קצר יותר** שייקבע על ידי השופט שדן בתיק (סעיף 5 לחוק). בצו המעצר המינהלי שהיה תקף בעזה נשמר העיקרון של העיון התקופתי של 3 חודשים.

לעומת זאת, בחוק הלב"ח נאמר שיש להביא את הכלוא עצמו בפני **שופט פעם ב- 6 חודשים**. גם כאן ניכר שיש פגיעה בזכות לחרות בחוק ה-לב"ח, במידה גדולה יותר, מזו הקיימת בחוק המעצרים המינהליים.

לאור העובדה כי עניינו של עצור מינהלי מובא בפני שופט 4 פעמים בשנה, הרי שבאפשרותו לערער ארבע פעמים, הווה אומר עניינו יובא בפני שופט 8 פעמים בשנה. לעומת זאת בכליאה לפי חוק הלב"ח עניינו של הכלוא מובא בפני שופט פעמיים בשנה, סך הכל ארבע פעמים בשנה, כולל ערעורים.

על חשיבות העקרון בדבר ביקורת שיפוטית קרובה ותכופה על פגיעה כה קשה בזכות לחרות, כגון בהליך מעצר ללא משפט כדוגמת מעצר מינהלי, עמד כבוד בית המשפט העליון במספר הזדמנויות. ראו לדוגמא :

בג"צ 2320/98 **אלעמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נב (3) 346**, פסקה 10 (השי' זמיר).

ראו גם פסק דין **מרעב** (בסעיף 318 לעיל).

321. ראו גם **מודריק וקרמניצר**, עמ' 41 – 44. כאן המחברים טוענים שלאור החזקות שבסעיפים 7 ו-8 לחוק הלב"ח, שאינן נבדקות מבחינה עובדתית על ידי בית המשפט הנכבד, או נבדקות באופן חלש ביותר, היקף הביקורת השיפוטית על צו הכליאה לפי חוק הלב"ח, **הפכה למצומצמת יותר** מהביקורת השיפוטית בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

בעמ' 44 נאמר כי :

**"חזקות אלו [לפי סעיפים 7 ו-8 לחוק הלב"ח – ה'איש' ], בלא סמכות ביקורת עצמאית, עושות הביקורת השיפוטית ביקורת למראית עין בלבד – 'פסדה' של ביקורת שיפוטית, שאין מאחוריה יעילות של ביקורת אמיתית. האמת ניתנת להיאמר שגם כאשר הביקורת השיפוטית נתפסת כעצמאית, החזקות מונעות, בלא הצדקה, ביקורת מלאה ויעילה."**

סמכות הכליאה איננה מותנית בקיום מצב חירום במדינה

322. בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) נקבע במפורש כי הסמכות להוצאת צו מעצר מינהלי מותנית בקיומו של מצב חירום במדינה (סעיף 1 לחוק).

צו הכליאה שניתן מכח חוק ה-לב"ח אינו מותנה בקיום מצב חירום במדינה, אלא בקיום פעולות איבה נגד ישראל, שהינה הגדרה צרה יותר. לא כל פעולת איבה שמתבצעת נגד ישראל היא בהכרח פעולת איבה המצדיקה הכרזה על מצב חירום במדינה. באם צו הכליאה היה מותנה בקיומו של מצב חירום במדינה ניתן היה לבדוק את חוקיותו בקונטקסט המשפטי המתקרא "מצב חירום", במשפט הבינלאומי, לגבי השאלה אם פעולת האיבה עונה על ההגדרה של "מצב חירום" לפי המשפט הבינלאומי.

ההגדרה של "מצב חירום" במשפט הבינלאומי, שרלבנטית לישראל, היא ההגדרה המופיעה בסעיף 4 (1) **לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות לשנת 1966**, לפיה "מצב חירום" הוא מצב "המאיים על חיי האומה". ישראל חתמה על האמנה בשנת 1966, אישרה אותה בשנת 1991.

בחוק ה-לב"ח אין הגדרה מהי פעולת איבה שתצדיק שימוש בחוק. כמו כן, אין כל תנאי שפעולת האיבה תאיים על חי האומה.

לפיכך, יוצא שניתן להוציא נגד אדם צו כליאה לפי חוק הלב"ח בקלות גדולה יותר, מאשר להוציא צו מעצר לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

כליאה על ידי קציני צבא לעומת מעצר מינהלי לפי צו משר הבטחון

323. חוק סמכויות שעת חירות (מעצרים) קובע כי הסמכות למתן צו מעצר מינהלי נתונה לשר הבטחון בלבד. בסעיף 11 נקבע איסור לאצילת הסמכות. חשיבות הדבר נובעת מהפגיעה הקשה בחרות הפרט ומכאן הצורך שהסמכות תופקד בידי שר בממשלה, להבדיל מהרמטכ"ל. כמו כן, סמכותו של הרמטכ"ל למתן צו מעצר מינהלי הוגבלה ל- 48 שעות בלבד (סעיף 2(ג) לחוק).

בחוק הלב"ח הרמטכ"ל אף הוסמך להאציל מסמכותו לקצין בדרגת אלוף (סעיף 11 לחוק).

324. ראו גם **מודריק וקרמניצר** עמ' 38 – 40. בעמ' 38 – 39 המחברים מביעים את עמדתם בהאי לי שנא :

**"חוק המעצרים המינהליים מטיל את הסמכות להוציא צו המעצר על שר הביטחון, ואילו חוק הלוחמים הבלתי חוקיים מותיר סמכות זו בידי הרמטכ"ל. חוק המעצרים המנהליים ביקש לתקן את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ולקבוע הסדרים ראויים יותר למעצר מינהלי. אחד השינויים היה העברת הסמכות להוצאת צו מעצר מידי מפקד צבאי לשר הביטחון. בשיקולים לשינויו של הגורם המוסמך הייתה הגדלת יסוד חובת האחריות (accountability) בהוצאת צווי המעצר המינהליים, לפחות במובן זה ששר הביטחון נתון ישירות לביקורת הכנסת ואחראי לפני ראש הממשלה. שיקול נוסף הוא שהוצאת הצוים תיעשה מנקודת ראות אזרחית, ולא מנקודת ראות צבאית, שמטבעה היא צרה יותר. זאת ועוד, ההצעות שעלו בכנסת ביקשו לקבוע חובת היוועצות ביועץ המשפטי לממשלה או לתת את סמכות הוצאת הצוים בידי שרים."**

העמדה לדין פלילי מהווה אמצעי "חלופי" למעצר מינהלי, אך אמצעי "נוסף" לצו כליאה

325. הלכה פסוקה היא לגבי מעצר מינהלי כי באם ניתן להעמיד אדם למשפט פלילי, אזי, אין לעצור אותו במעצר מינהלי. ראו לדוגמא: עמ"מ 2/88 **אגבריה נ' מדינת ישראל** פ"ד מב (1) 840, 846.

לעומת זאת, סעיף 9(ב) לחוק ה-לב"ח קובע כי הגשת כתב אישום פלילי, איננה מפקיעה את צו הכליאה ושניהם יכולים לדור בכפיפה אחת.

ראו גם **מודריק וקרמניצר** עמ' 46 – 47. בעמ' 47 נאמר:

**"יתר על כן, השתייכותם לארגון עוין [ של כלואים לפי חוק הלב"ח – ה'איש' ] משמשת הן בסיס לכליאתם בלא משפט הן בסיס להענשתם לאחר הרשעה בדין.**

על פי חוק המעצרים המינהליים, אין מניעה לשפוט אדם, וגם לאחר שריצה את עונו אפשר להמשיך ולהחזיק בו במעצר במעצר מינהלי, אם מתקיימת עילה למעצרו. אבל בית המשפט קבע שמצב עניינים הפוך אינו קביל, ולפיכך אין להפעיל מעצר מינהלי בשל אותה עילה שהביאה למעצר לפי סדר הדין הפלילי. הדברים הללו משתלבים עם המגמה להשתמש במעצר המינהלי כאמצעי אחרון, בהיותו אמצעי הפוגע קשות בזכויות אדם ואזרח, ובשילוב עם מבחן המידתיות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הגורס שיש לנקוט את האמצעי שפגיעתו פחותה."

המועד לפגישת עורך דין

326. בחוק הלב"ח הכלוא יכול לפגוש עו"ד לא יאוחר משבעה ימים לפני הדיון (סעיף 6 (א)). הואיל ויש להביאו בפני שופט תוך 14 יום, יוצא שניתן להגביל את המפגש עם עו"ד לשבעה הימים הראשונים לאחר הוצאת צו הכליאה. בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) אין הוראה מקבילה בדבר מניעת הפגישה עם עו"ד במהלך 7 הימים הראשונים לאחר הוצאת צו המעצר.

סיכום ביניים

327. ניתן לסכם את ההבדלים בין מעצרי מינהלי לבין צוי כליאה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לענין סוגיית המידתיות, בטבלה שלהלן.

אמצעי	חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התס"ב – 2002	חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979
1	היעדר קיומה של "מסוכנות אישית" של הכלוא / העצור כתנאי למעצרו	כן
2	העברת נטל ההוכחה לכלוא / עצור	כן
3	רמת ההוכחה המוטלת על המדינה בשאלת מסוכנות הכלוא / עצור	חזקות שבדין לפי סעי' 7 ו-8 לחוק
4	ביטול צו המעצר / הכליאה מותנה בסיום פעולות האיבה	כן
5	צו הכליאה / המעצר בלתי מוגבל בזמן	כן
6	המועד להבאת העצור בפני שופט לאחר הוצאת הצו	14 יום
7	ביקורת שיפוטית על צו הכליאה / מעצר	4 פעמים בשנה. 4 פעמים כולל ערעור.
8	קיום מצב חירום כתנאי לכליאה / מעצר	4 פעמים בשנה, עם אפשרות ליותר. 8 פעמים כולל ערעור, עם אפשרות ליותר
9	סמכות הכליאה / מעצר	די בקיום פעולות איבה
10	אפשרות ההעמדה לדין פלילי	חובת קיום מצב חירום במדינה כהגדרתו במשפט הבינלאומי
11	מועד לפגישת עורך דין לאחר הוצאת צו הכליאה / מעצר	לאחר 7 ימים

328. עינינו הרואות כי מעצר מינהלי, למרות כל מגרעותיו, הוא הליך משפטי הפוגע במידה קטנה יותר בזכויות העצור / כלוא מאשר חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

לפיכך, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי צוי הכליאה שהוציא הרמטכ"ל, או מי מטעמו, כנגד שני המערערים, הם בטלים, בשל היותם בלתי מידתיים.



**פרק כג' : טענת המדינה כי מעצר מינהלי "אינו מתאים"  
לאנשים כדוגמת המערערים**

329. בסעיפים 25 (ג), 26, 27 – 30, 31 – 34 לתגובת המדינה מיום 3.1.06 נטען על ידי המדינה כי מעצר מינהלי הוא הליך שאינו מתאים להחזקתם של לוחמים בלתי חוקיים, כדוגמת המערערים. ראו במיוחד סעיף 25 (ג) לתגובת המדינה מיום 3.1.06.

טענה זו היא תמוהה, הן לאור ניסיון העבר בדבר החזקתם של המערערים במעצר מינהלי, והן לאור היעדר השימוש בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מרגע מעצרו ואילך.

... 330

331. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים צמח מתוך מצב שבו לא ניתן היה להמשיך ולהחזיק עצורים מסויימים במעצר מינהלי, לאור הדברים שנקבעו בפסק דין דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הבטחון. אך אין זה מצב הדברים שנוגע לשני המשיבים, שיש לגביהם החלטות שיפוטיות של מדינת ישראל (בדמות שופט צבאי) לפיהם אפשר וגם נכון להחזיקם במעצר מינהלי.

...

... 332

**חלק שישי : היעדר קיומה של תשתית עובדתית להוצאת צוי הכליאה**

**פרק כד : הטענה בדבר פעילות הכלואים מטעם  
החזבאללה והשיהוי הרב בהעלאתה**

... .339 – .336

... .342 – .340

... .346 – .344

... .347

**פרק כה : קרובי משפחה אחרים והיעדר קיומה של  
חוליית חזבאללה בעזה אליה יחזרו המערערים**

... .349 – .348

... .353 – .350

... .356 – .354

**פרק כו : אי מתן עדות על ידי שני המשיבים  
בהליך הביקורת השיפוטית על צוי הכליאה**

... .358 - .357

359. אשר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבוע כדלקמן :

- א. להורות על ביטול צוי הכליאה שהוצאו נגד המערערים על ידי הרמטכ"ל ולהורות על שחרורם ;
- ב. להכריז על בטלותם של סעיפים 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 (ב) ו- 11 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב – 2002, בשל היעדר חוקתיות ;
- ג. לקבוע כי ביטול הממשל הצבאי על עזה מחייב את שחרורם של המערערים והחזרתם לעזה ;

**לחילופין**, וזאת רק אם כל הטענות הנ"ל לא יתקבלו, וייקבע כי אין מנוס, מבחינה בטחונית, מהמשך החזקתם במעצר, לקבוע כי קיים אמצעי פוגעני פחות להמשך החזקתם במעצר והוא מעצר מנהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

---

הישאם אבו שחאדה, עו"ד  
ב"כ המערערים