



המכון הישראלי לדמוקרטיה

לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית?

ניתוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים
התשס"ב-2002

הילי מודריק אבן-חן בהנחיית מרדכי קרמניצר

נייר
עמדה 58

ירושלים, כסלו התשס"ו, דצמבר 2005

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על-ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ובדרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה ועל-ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי
מנהלת ההוצאה לאור: עדנה גרניט
עורכת הספרייה: יעל מושיב
עריכת לשון: ענת ברנשטיין
רכז הפקה: נדב שטכמן
מביא לדפוס: אברהם שלוין
עיצוב גרפי: רון הרן
סודר ונדפס בהתשס"ו ביארט פלוס', ירושלים

מסת"ב 965-519-012-9 ISBN

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044
טלפון: 02-5392888, פקס: 03-5488640
דואר אלקטרוני: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה
Copyright by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2005

מרדכי קרמניצר: עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופ' למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים
הילי מוזריק אבן-חן: עוזרת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה ודוקטורנטית בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

5

מבוא

פרק ראשון: חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

13

והמשפט הבין-לאומי

15

1. התפיסה בדבר לוחמים בלתי חוקיים

24

2. אי-התאמות נוספות בין החוק למשפט הבין-לאומי

פרק שני: חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

31

והמשפט המנהלי והחוקתי

32

עילת המעצר: סעיפים 3, 7

38

הגורם המוסמך: סעיפים 3, 11

40

זמן המעצר עד ההבאה לפני שופט: סעיפים 3, 5

41

ביקורת שיפוטית: סעיפים 3, 5

44

עיון חוזר: סעיף 5

45

ראיות ודיני ראיות: סעיפים 5, 8

46

הליכים פליליים: סעיף 9

48

ביטול היעדר תחולתו של החוק על תושבי ישראל והאזור

51

סיכום ומסקנות

68

English Summary

מבוא

מסוף חודש ספטמבר 2000 ישראל והרשות הפלסטינית נתונות במאבק מזוין קשה ועקוב מדם, אשר במהלכו נהרגו אלפי בני אדם.¹ הרשות הפלסטינית ניצבת מול פעולות ושיטות לחימה, השנויות במחלוקת למצער ואולי אף אסורות על פי הדין ההומניטרי הבין-לאומי. לעומתה נאלצה מדינת ישראל, ובעת כתיבת שורות אלו עודנה נאלצת, להתמודד עם פיגועי תופת שחלקם מבוצעים בידי מתאבדים. לטענתה של ממשלת ישראל, היא מתמודדת עם לוחמים שהיא מגדירה 'לוחמים בלתי חוקיים'.² הכוונה למתאבדים, למפעיליהם וללוחמי טרור אחרים הפועלים נגד אוכלוסייה אזרחית. כדי להתמודד עם הלוחמים הללו ישראל נוקטת אמצעים משפטיים ומבצעיים כאחד.

אחד האמצעים המשפטיים שישראל עשויה להיעזר בו הוא חוק שנחקק זה לא כבר: 'חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002'³ (להלן: 'חוק הלוחמים הבלתי חוקיים'). אמנם החוק לא נוסח כתגובה לאנתיפאדה, אך הוא עשוי להיות רלוונטי במהלכה, והוא שיעמוד במרכזו של נייר עמדה זה. בדיוננו נבחן את מידת התאמתו הן למשפט הבין-לאומי הן לנורמות הפנימיות של המשפט החוקתי בישראל.

היזמה לחוקק את חוק הלוחמים הבלתי חוקיים התעוררה טרם פרוץ אנתיפאדת אל-אקצה, וכפי שנראה להלן, המטרה הראשונית של הוגיו לא הייתה התמודדות עם לחימה בפלסטינים בתוככי הרשות הפלסטינית ובישראל. יתרה מזו, הצעת החוק⁴ (להלן: 'הצעת חוק הלוחמים הבלתי

- 1 על פי נתוני משרד החוץ, נהרגו כ-1,000 ישראלים מ-29 בספטמבר 2000 ועד 1 בספטמבר 2004 (ראו www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism-+Obstacle+to+Peace/ 2004 Palestinian+terror+since+2). על פי נתוני הסהר האדום הפלסטיני, עד 2 בנובמבר נהרגו כ-3,000 פלסטינים 2004 (ראו www.palestinercs.org/crisitables/table_of_figures.htm). האתרים נצפו לאחרונה ב-3 בנובמבר 2004, וכתובותיהם נכונות לזמן כתיבת מסמך זה.
- 2 כפי שנבהיר, הגדרה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי. בד בבד נביא גם את דעתו החולקת של יורם דינשטיין, שלפיה קטגוריה כזאת מצויה בדין הבין-לאומי.
- 3 ס"ח 192.
- 4 הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, תש"ס-2000, ה"ח 416. לקראת הקריאה השנייה של החוק במליאת הכנסת שונה שם הצעת החוק ל'הצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002'.

חוקיים) כללה הוראה שהחוק לא יחול על 'אדם שהוא תושב ישראל, תושב האזור או תושב שטחי המועצה הפלסטינית, אלא אם כן נטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל **מחוץ לשטח מדינת ישראל, האזור ושטחי המועצה הפלסטינית**'⁵ (ההדגשה שלנו). ואולם במהלכם של הליכי החקיקה הסופיים שנערכו במהלכה של אנתופאדת אל-אקצה,⁶ הוחלט להסיר הוראה זו, כפי הנראה כדי לעשות שימוש בחוק גם נגד לוחמים פלסטינים.⁷

היזמה לחקיקתו של חוק הלוחמים הבלתי חוקיים הייתה נעוצה בניסיון לעגן את אינטרס המדינה בפדיון שבוייה בדבר חקיקה ממלכתית. החוק נחקק בעקבות פרשת המעצר והשחרור של שמונה מתוך 21 אזרחים לבנונים שהובאו (או נחטפו)⁸ לישראל בשנים 1986-1987 ושחררו לבסוף בשנת 2000 (להלן: 'העצורים').⁹ בית המשפט העליון קבע שהחזקתם במעצר מנהלי אינה כדן, שכן אין בשחרורם כדי לפגוע בביטחון המדינה.¹⁰ המדינה טענה, שהחזקתם דרושה לשם שימוש בהם כ'קלפי מיקוח' לצורך פדיון השבויים הישראליים המצויים בלבנון וכי מטרה זו היא בגדר אינטרס של הגנה על ביטחון המדינה. טענה זו נדחתה בסופו של דבר בידי בית המשפט העליון בדיון הנוסף שקיים בעניינם של העצורים.¹¹

העצורים נשפטו ונכלאו בגין חברות בארגון טרור, ולאחר שריצו את עונשם הוחזקו במעצר מכוח צווי גירוש שהוצאו נגדם.¹² לאחר מכן הם

5 שם, סעיף 11.

6 הקריאה השנייה והקריאה השלישית, שבהן אושר החוק, היו במליאת הכנסת ב-4 במרס 2002.

7 בדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאה השנייה והקריאה השלישית של הצעת החוק (להלן: 'הדיון במליאה') התריעה ח"כ נעמי חזן על שהחוק עלול לחול על תושבי השטחים ואף על אזרחי מדינת ישראל. הדיון פורסם באתר האינטרנט של הכנסת (www.knesset.gov.il/TqI/mark01/h0006001.html#TQL).

8 לדרכי הבאתם לישראל ראו איתן ברק, 'בחסות החשיכה: עשר שנות משחק בבני אדם כב"קלפי מיקוח' ובית המשפט העליון, **פלילים** ח (1999-2000), 77.

9 שאר החטופים שוחררו בנסיבות שונות: עסקת תיווך, מצב נפשי קשה והחלטת ממשלת ישראל. לפירוט הנסיבות ראו ארנה בן-נפתלי ושרון גלייכגויטש, 'כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה', **המשפט** 11 (2001), 32.

10 דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון** פ"ד נד(1) 721 (להלן: 'דני"פ 7048/97 **פלונים**').

11 שם.

12 פסקי דינם צונזרו במלואם ולכן אי-אפשר לדעת לאילו תקופות מאסר הם נשפטו. על פי דוח אמנסטי אינטרנשיונל, מדובר בתקופות שאינן עולות על שנים אחדות. ראו בן-נפתלי וגלייכגויטש (לעיל הערה 9), ה"ש 11. בן-נפתלי וגלייכגויטש מציינים שתקופת המאסר נמשכה לכל היותר שש שנים. הם מסיקים זאת מהנתונים שלפיהם הובאו המעוררים מלבנון בשנת 1986 (לכל המוקדם), חלקם נעצרו במעצר מנהלי בשנת 1991, ואחרים – בשנת 1992. ראו שם, ה"ש 14.

הוחזקו במעצר מנהלי על פי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979¹³ (להלן: 'חוק המעצרים המנהליים'), חלקם ממאי 1991 וחלקם מספטמבר 1992.¹⁴ מעצרים הווארד מעת לעת בשישה חדשים נוספים על ידי נשיא בית המשפט המחוזי.¹⁵ על החלטה מ-22 באוגוסט 1994 להאריך את המעצר הוגש ערעור לבית המשפט העליון.¹⁶ בית המשפט החליט על המשך המעצר,¹⁷ והמעצרים ביקשו לקיים דיון נוסף בפרשה. הרשות ניתנה, והפעם הפך בית המשפט את החלטתו¹⁸ והחליט לשחרר שמונה עצורים. הטעם העיקרי שעליו נסמכה דעת הרוב היה, שאין לראות בתכליתו האובייקטיבית של חוק המעצרים המנהליים את מעצרו של מי שאינו מסכן בעצמו את ביטחון המדינה.¹⁹

ב-19 באפריל 2000 עתרה משפחתו של הנווט רון ארד לבג"ץ נגד שחרור העצורים.²⁰ עתירתה נדחתה. אולם בפסק הדין עסק הנשיא ברק ביזמה לפתוח בהליך חקיקה שיאפשר את כליאתם של אנשי כוח אויב שאינם שבויי מלחמה, כהגדרתו, ואמר שאין לראות בחקיקה מעין זו נורמה פסולה שכוונתה לעקוף את פסק דינו של בית המשפט העליון.²¹ יצוין כי לפני שחרורם של העצורים נעשו ניסיונות לחקיקה מזוהזת, 'עוקפת בג"ץ', שתמנע את השחרור, אך לבסוף הוחלט שלא לעשות כן גם בשל התנגדות שר המשפטים והפרקליט הצבאי הראשי.²²

ניסיונות החקיקה התמקדו מעתה בהותרתם במעצר של שני עצורים לבנונים אחרים, השייחי עבד אל-כרים עביד ומוסטפא דיראני, שהוחזקו במעצר מנהלי. גם הם עתרו בזמנו לבית המשפט העליון בבקשה לשחררם.²³ בית המשפט דחה את ערעורם בשל הנימוק, שכל אחד מהם עלול להסב נזק

13 ס"ח 126.

14 דני"פ 7048/97 פלונים (לעיל הערה 10), עמ' 731.

15 בהתאם לסעיף 2 לחוק המעצרים המנהליים (לעיל הערה 13).

16 עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (להלן: 'עמ"מ 10/94 פלונים').

17 דעת הרוב נכתבה בידי הנשיא ברק, והצטרף אליו השופט קדמי. השופטת דורנר חלקה על פסיקת הרוב, בדעת מיעוט.

18 גם הפעם נכתבה דעת הרוב בידי הנשיא ברק, ששינה את טעמו. ראו דני"פ 7048/97 פלונים (לעיל הערה 10).

19 שם, עמ' 741.

20 בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188.

21 שם, עמ' 192.

22 בן-נפתלי וגלייכגויטש (לעיל הערה 9), עמ' 35.

23 עמ"מ 5652/00 עביד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913.

ממשי לביטחון המדינה.²⁴ השופטים ציינו בפסק הדין, כי החלטתם נעוצה בחוק המעצרים המנהליים וכי הם לא בדקו את האפשרות לעצור את המערערים מכוח דין אחר, לרבות דין שמקורו במשפט הבין-לאומי.²⁵ בסופו של דבר הוגשה 'הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה', שהפכה לבסוף לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. החוק התקבל ב-4 במרס 2002, וב-16 ביוני 2002 הוציא הרמטכ"ל צווי כליאה מכוח החוק נגד עבייד ודיראני. הם נעשו אפוא לכלואים מכוח החוק, ומעצרים המנהלי לא הוארך עוד.²⁶ כשנה וחצי לאחר מכן, ב-29 בינואר 2004, שוחררו השניים במסגרת עסקת השבויים שקיימה ממשלת ישראל עם ארגון החיזבאללה. בעסקה זו הוחזר לישראל האזרח אלחנן טננבאום, שנחטף והועבר ללבנון על ידי החיזבאללה כשלוש שנים קודם לכן. ישראל אף קיבלה לידיה את גופות שלושת החיילים שנחטפו גם הם בלבנון. בתמורה לכך היא העבירה ללבנון 60 גופות שהוחזקו בתחומה וכן שחררה 401 אסירים פלסטינים ו-29 אסירים אחרים, בהם עבייד ודיראני.²⁷ הסכמת ממשלת ישראל לשחרר את עבייד ודיראני התבססה על הערכות גורמי מודיעין, שלפיהן מסרו השניים את כל הידוע להם בפרשת רון ארד, והצביעה על כך שהחזקתם במעצר חדלה מלשרת מטרה כלשהי.²⁸

24 **שם**, עמ' 923. שייחי כרים עבייד נחשב לאישיות דת בכירה למדי בקרב התושבים המוסלמים בלבנון. נטען כלפיו שהוא קשור בפעולות נגד מדינת ישראל, אך הוא לא הועמד לדין. מוסטפא דיראני היה פעיל בכיר בתנועת אל-אמל, ואחד מתפקידיו היה למצוא מקומות להחזקת אנשים שנעצרו ונחטפו בידי הארגון. כך הוא איתר את מקום ההחזקה של רון ארד (ראו עוד מודריק, 'החזקת "מובאים" במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח"', **משפט וצבא** 16 (תשס"ג), 813, 815.

25 ראו דני"פ 7048/97 **פלונים** (לעיל הערה 10), עמ' 748, 752.

26 כליאת הלוחמים הבלתי חוקיים לפי חוק התאפשרה באמצעות החלתה של הוראת המעבר שבחוק הלוחמים הבלתי חוקיים (לעיל הערה 3; [סעיף 12א]) הקובעת: 'הוראות חוק זה יחולו גם על לוחם בלתי חוקי, המוחזק בידי רשויות המדינה ביום תחילתו'. בית המשפט המחוזי, אשר דן בטענות עבייד ודיראני נגד חוקיות החוק במסגרת ביקורת שיפוטית על המשך כליאתם (ראו פירוט להלן), קבע, כי החלת הוראת המעבר על מי שהיה כלוא כדן קודם כניסת החוק לתוקפו אינה החלה רטרואקטיבית אסורה של החוק. ראו ב"ש 92690/02 **מדינת ישראל נ' שייחי עבד אל כרים עבייד**, פדאור 803(8) 93 (להלן: 'בי"ש 92690/02 **שייחי עבייד**').

27 חנן גרינברג, חגי עינב, אפרת וייס, עלי ואקד, דיאנה בחור-ניר ואטילה שומפלבקי, 'טננבאים וגופות החיילים בדרכם לישראל' (29.1.2004), www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2866693,00.html

28 לאחר אישור עסקת השבויים בממשלה אמר השר דאז יוסף פריצקי, כי ברור שעבייד ודיראני מסרו את כל הידוע להם וכי שוב אינם נחשבים כנכס למדינה (ראו

הצעת חוק הלוחמים הבלתי חוקיים והחוק שהתקבל ביקשו להסתמך על אדני המשפט הבין-לאומי ובד בבד לאמץ הסדרים מן החקיקה הפנימית, למשל ההסדרים המצויים בחוק המעצרים המנהליים. ואולם הצעת החוק והחוק משקפים הסדרים בעייתיים, שאינם עולים בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי ופרשנותן המקובלת ומעוררים קשיים בכל הקשור לנורמות הכלולות בהם. אמנם מהלך החקיקה לא היה נחפו. בעקבות הדיווח שמסר לכנסת ח"כ דוד מגן, שהיה יושב ראש ועדת החוץ והביטחון בעת הדיון במליאה לקראת הקריאה השנייה והקריאה השלישית של הצעת החוק, קיימה הוועדה כעשר ישיבות, ובהן היא ליבנה את השאלות שעוררה ההצעה.²⁹ לישיבה שהתקיימה ב-11 ביולי 2000 אף הוזמנו ארגונים לזכויות אדם ואזרח, ובהם 'האגודה לזכויות האזרח', ארגון 'בצלם', 'אמנסטי' וכן לשכת עורכי הדין בישראל, כדי להציג את עמדותיהם.³⁰ לוועדה הוגשו גם חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד צבי ענבר,³¹ וחוות דעתו של היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, עו"ד שלמה שהם.³² לאחר הדברים האלה הציעה ועדת החוץ והביטחון לממשלה לנסח מחדש את הצעת החוק לקראת הבאתה לדיון במליאת הכנסת, והממשלה אכן הציגה הצעת חוק מחודשת: 'הצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"א-2000'.³³ לאחר שהחוק התקבל ועביד ודיראני נכלאו, כאמור מכוחו

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2864212,00.html. משפחת ארד הגישה עתירה נגד שחרור דיראני, ובה תבעה כי בית המשפט העליון יורה ליועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה פלילית בקשר לעבירות אשר ביצע – לטענתה – בשנת 1981. בתשובה לעתירה טען היועץ המשפטי לממשלה, כי חלה התיישנות על המעשים וכי גם לאינטרס המדינה בביצוע עסקת השבויים משקל רב בהחלטה אם להעמיד את דיראני לדין. טענותיו התקבלו, והעתירה נדחתה בבג"ץ. ראו בג"ץ 10154/03 **תמי ארד נ' אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם; ניתן ב-2 בדצמבר 2003).

29 דברי הפתיחה של ח"כ מגן בדיון במליאה (לעיל הערה 7).

30 חוות דעתו של עו"ד צבי ענבר, היועץ המשפטי לכנסת, בנושא הצעת החוק שהוגשה לוועדת החוץ והביטחון ב-5 בספטמבר 2000 (להלן: 'חוות דעתו של עו"ד ענבר').

31 שם.

32 חוות דעתו של עו"ד שלמה שהם, היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהוגשה לוועדת החוץ והביטחון ב-5 בספטמבר 2000 (להלן: 'חוות דעתו של עו"ד שהם').

33 יושב ראש ועדת החוץ והביטחון דאז, ח"כ דן מרידור, פנה אל עו"ד מרים פרנקל-שור, היועצת המשפטית של ועדת החוץ והביטחון, כדי שתחווה את דעתה על השאלה אם הצעת החוק תואמת את כללי המשפט הבין-לאומי ואם היא עומדת במבחנים החוקתיים כדי שיהיה אפשר להמשיך בהליכי החקיקה. חוות הדעת (להלן: 'חוות דעתו של עו"ד פרנקל-שור') הוגשה ב-17 ביוני 2001.

של החוק, תקפו השניים את חוקתיותו בבית המשפט המחוזי (במסגרת הדיון התקופתי שקיים בית המשפט על השאלה אם להאריך את תקופת מעצרם) וביקשו שבית המשפט יורה על ביטולו של החוק.³⁴ בית המשפט דחה את רוב טענותיהם. בהמשך הדברים נדון בחלקים מפסק הדין שבהם נדרש בית המשפט לניתוח החוק.

יש לומר, כי בחוק נותרו הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי והמבחנים החוקתיים של החקיקה הפנימית הישראלית. לעת עתה נציין, שאבן הנגף הראשונה בחוק מצויה כבר בשמו – 'לוחמים בלתי חוקיים'. הוויכוח על תוקפה של קטגוריה זו הפך רלוונטי ביותר מאז אירועי 11 בספטמבר 2001 ולאחר פלישתה של ארצות הברית לאפגניסטן וכליאתם של לוחמי הטליבן, אזרחים אפגניים, בבסיס הצבאי בגואנטנמו, קובה. על פי דיווח ארגון זכויות האדם 'משגיחי זכויות אדם' (Human Rights Watch), עד ליום זה כלואים שם למעלה מ-500 בני אדם.³⁵ הממשל האמריקני מגדיר אותם במונח 'לוחמים בלתי חוקיים'. הם אינם זכאים לא למעמד של שבויי מלחמה על פי אמנת גינבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949³⁶ (להלן: 'אמנת גינבה השלישית') ולא לזכויותיהם של אזרחים המוגנים על פי אמנת גינבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949³⁷ (להלן: 'אמנת גינבה הרביעית'). כפי שנבהיר להלן, על דעת הרוב קביעה זו והמסקנות הנובעות ממנה מנוגדות למשפט הבין-לאומי.³⁸ ישראל, המתמודדת עם אתגרים דומים במאבקה בטרור, פירשה את המונח 'לוחמים בלתי חוקיים' באופן דומה.

34 ב"ש 92690/02 שיח' עביד (לעיל הערה 26). קודם לכן עתרו השניים לבית המשפט העליון, והוא דחה את עתירתם בנימוק שעליהם להעלות את טענותיהם לפני בית המשפט המחוזי בהליך המתאים. ראו בג"ץ 2055/02 שיח' עבד אל כארים עביד נ' שר הביטחון (טרם פורסם; ניתן ב-3 בנובמבר 2002).

35 ראו *Human Rights* "U.S.: "Growing Problem of Guantanamo Detainees"; *Human Rights News* (30.5.2002), <http://www.hrw.org/press/2002/05/guntanamo/htm>

36 כ"א 1, עמ' 453.

37 שם, עמ' 559.

38 לאחרונה ביטל בית המשפט העליון האמריקני את פסיקתם של בית המשפט הפדרלי ובית המשפט לערעורים במחוז קולומביה, ולפיה בית המשפט אינו מוסמך לדון בטיעוני העצורים נגד מעצרם מתוקף העובדה שהבסיס בגואנטנמו נמצא מחוץ לשטח הריבוני של ארצות הברית. משמעות ההחלטה היא, שעל בית המשפט הפדרלי לדון בטענות העצירים נגד חוקיות מעצרם (ראו *Rasul et al. v. George W. Bush, President of the United States* 542 U.S. [2004]).

ואולם לפרשנות זו קשיים בכל הנוגע להתאמתה למשפט הבין-לאומי. בנייר
עמדה זה נבחן את הוראות החוק ואת מידת התאמתן למשפט הבין-לאומי
ולמשפט הישראלי הפנימי, נשווה אותן להוראות שבהצעת החוק, נבהיר את
הקשיים העולים מהן ונציע דרכים לתיקונן.

1

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים והמשפט הבין-לאומי

בדברי ההסבר להצעת חוק הלוחמים הבלתי חוקיים הובהר, שהחוק מבקש להשתלב בהוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי ולא לסתור אותן, ובלשונה של הצעת החוק: 'החוק המוצע בא לעגן את הסמכות, העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי,³⁹ לכלוא איש כוח אויב שאינו שבו מלחמה עד לתום פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין אותו כוח'.⁴⁰ דא עקא, שההסדרים הקבועים בחוק – ובראש ובראשונה הגדרת הקטגוריה 'לוחמים בלתי חוקיים' – אינם משקפים את מגמותיו ומטרותיו של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי ומאמצים באופן סלקטיבי את הוראותיו.⁴¹

הדין הבין-לאומי נקלט במשפט הישראלי בשני אופנים. הראשון, הדין הבין-לאומי המנהגי: הוראותיו של דין זה מצויות לרוב באמנות המכריזות עליו אך אינן מכוננות אותו, ומשמעותו נורמות שהיו למקובלות בקרב אומות העולם. דין זה מחייב את ישראל כל עוד הוא אינו נסתר בחקיקה מקומית. קליטתו בדין הישראלי ישירה, בלא צורך בעיון חקיקתי בכנסת. השני, הדין ההסכמי: דין זה מונהג באמצעות אמנות שנחתמו בידי מדינות ריבוניות, ואינו מחייב את ישראל כל עוד הוא לא נקלט במשפט הפנימי בהליך החקיקה בכנסת.

על השאלה, אם הוראות המשפט הבין-לאומי הנוגעות לעניינו של חוק הלוחמים הבלתי חוקיים הן הסכמיות או מנהגיות, אין תשובה החלטית, משום שמעמד ההוראות באמנת גינבה השלישית ובאמנת גינבה הרביעית אינו חד-משמעי. אמנם כיום מקובלת העמדה שהוראות אמנת גינבה הרביעית הן מנהגיות ועל כן הן נקלטות בדין הישראלי במישרין. עמדה זו נתמכת בעמדות מלומדים⁴² ובכך שעד היום אושררה האמנה בידי 191 מדינות מתוך

39 המונח 'משפט הומניטרי' מקובל בשנים האחרונות כמחליפו של המונח 'דיני מלחמה'. לשני המונחים משמעות זהה, ואנו נשתמש בהם להלן לסירוגין.

40 הצעת החוק (לעיל הערה 4), עמ' 416.

41 לביקורת על הצעת החוק ראו גם בן-נפתלי וגלייכגויטש (לעיל הערה 9), עמ' 32.

42 ראו לדוגמה M. Cherif Bassiouni, 'Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice,' 42 *Va. J. Int'l L.* (2001), 81, 115-116; Richard Falk and Bums Weston, 'The

199 החברות באו"ם. קבלה נרחבת זו מצביעה כמוכן על ההכרה בהוראותיה של האמנה כנורמות מנהגיות.⁴³

הוראה אחרת הנוגעת לענייננו היא האיסור על לקיחת בני ערובה. אמנם איסור זה הוא נורמה מנהגית, הקבועה באמנת גינבה הרביעית,⁴⁴ ואולם האמנה נגד לקיחת בני ערובה⁴⁵ היא הסכמית ואינה מחייבת את ישראל בהיבטיה החורגים מעצם האיסור על לקיחת בני ערובה, שכן היא לא נקלטה אל המשפט הפנימי שלה.

מן הבחינה המעשית סיווג האמנות הללו כמנהגיות או כהסכמיות אינו רב משמעות לנוכח עמדת בית המשפט העליון. עמדה זו מבוטאת בחזקה שקבע בית משפט זה, ולפיה תכלית החוק היא גם להגשים את תכלית המשפט הבין-לאומי ולא לעמוד בסתירה לו.⁴⁶ החזקה קיבלה משמעות מיוחדת מתחילת המאה העשרים ואחת, כאשר בכמה פסקי דין, שחלקם נוגעים לעתירות שהוגשו נגד צה"ל וממשלת ישראל בזמן מבצע 'חומת מגן', בחר בית המשפט להכיר בהוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי המצויות

Relevance of International Law to Palestinian Rights in the West Bank and Gaza: in Legal Defence of the Intifada,' 32 *Harv. J. Int'l L.* (1991), 129, 143; Benham Dayanim, 'The Israeli Supreme Court and the Deportations of Palestinians: The Interaction of Law and Legitimacy,' 30 *Stan. J. Int'l L.* (1994), 115, 161-162; Theodor Meron, 'The Geneva Conventions as Customary Law,' 81 *Amr. J. Int'l L.* (1987) 348

43 אמנם עד לא כבר הייתה מקובלת בישראל העמדה שהוראות אמנת גינבה הרביעית הן הסכמיות ועל כן מבחינה רשמית הן אינן מחייבות את ישראל כל עוד לא נקלטו בחקיקה הפנימית בכנסת. עם זאת, בית המשפט העליון הביע גם את העמדה שישראל מחויבת בהוראות ההומניטריות של האמנה מכוח התחייבות הממשלה לכבד אותן. ראו בג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מב(2) 4, 77-78. עמדה נגדית נקבעה בבג"ץ 320/80 **קוואסמה נ' שר הבטחון**, פ"ד לה(3) 113, 627-628. ואולם לאחרונה השאיר בית המשפט העליון בבחינת צריך עיון את השאלה, אם הוראות אלו הן מנהגיות או הסכמיות, ונתן בכך ביטוי לראשונה לאפשרות שהאמנה היא מנהגית (ראו בג"ץ 7015/02 **עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו[6] 352). הוראות אמנת גינבה השלישית ואמנת גינבה הרביעית מובאות כנספח לפקודות מטכ"ל ומחייבות את חיילי צה"ל. סעיף 10 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, מחיל את החוק על שבויי מלחמה בהתאם לתקנות שהתקין שר הביטחון לשם התאמת הוראות החוק עם האמנות הבין-לאומיות שישראל הצטרפה אליהן.

44 סעיף 34 לאמנה.

45 *International Convention Against the Taking of Hostages*, G.A. Res. 146, U.N. GAOR 34th Sess., Supp. (No. 46), at 245, U.N. Doc A/34/146 (1979), reprinted in T.I.A.S. No. 11, 081, at 4

46 דני"פ 7048/97 **פלונים** (לעיל הערה 10), עמ' 742 והאסמכתאות שם.

באמנת גינבה והסתמך עליהן בהחלטותיו.⁴⁷ נתחא אם כן את הוראות חוק הלוחמים הבלתי חוקיים לאורן של מוסכמות אלו.

1. התפיסה בדבר לוחמים בלתי חוקיים

סעיף 2 לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים קובע, כי אחד מן התנאים להכללת אדם בקטגוריה 'לוחם בלתי חוקי' הוא 'שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת גינבה השלישית'.⁴⁸ סעיף 4 לאמנת גינבה השלישית קובע, בין השאר, את התנאים המגדירים 'לוחם', ולכאורה כל מי שאינו ממלא

47 ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, 'פרשת לך לך: בין אדם למקום: בעקבות בג"ץ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית', **המשפט** 15 (2003), 56, 64. ראו למשל בג"ץ 4764/04 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (טרם פורסם; ניתן ב-21 במאי 2004); ע"א 1432/03 **ינון יצור ושיוק מוצרי מזון בע"מ נ' מאג'דה קרעאן** (טרם פורסם; ניתן ב-23 בדצמבר 2003); בג"ץ 2936/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(3) 3; בג"ץ 3114/02 **ברכה נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 30; בג"ץ 2117/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(3) 26. לאחרונה המליץ היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד מני מזוז, כי ישראל תחיל באופן רשמי את אמנת גינבה הרביעית בשטחים המוחזקים. ראו אלוף בן, 'היועץ המשפטי ממליץ לשרון: לבדוק לעומק' החלת אמנת זינווה בשטחים', **הארץ**, 24.8.2004, עמ' א1.

48 התנאים המנויים בסעיף 4 והקובעים מי הם הזכאים למעמד שבוי מלחמה הם אלה: (1) אנשי כוחות חמושים של הצדדים הלוחמים וכן מיליציה ומתנדבים המהווים חלק מכוחות אלו; (2) אנשי כוחות מיליציה ומתנדבים אחרים, לרבות תנועות התנגדות מאורגנות, המשתייכים לצד אחד של הסכסוך ופועלים בתוך הטריטוריה שלהם או מחוץ לה, אף כאשר טריטוריה זו כבושה, ובלבד שהם ממלאים את התנאים האלה: (א) מפקד עליהם אדם אחראי לפקודיו; (ב) יש להם סימן הבחנה קבוע, שאפשר לזהותו ממרחק; (ג) הם נושאים את נשקם בגלוי; (ד) הם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה; (3) אנשי כוחות חמושים סדירים, הנאמנים לממשלה או לרשות אשר אינה מוכרת על ידי המעצמה העוצרת; (4) אנשים המלווים את הכוחות החמושים בלי להיות חלק מהם, כגון אנשי צוות אזרחי של כלי טיס צבאיים, כתבים צבאיים, קבלני אספקה, אנשי יחידות עבודה או שירותים האחראים לרווחתם של הכוחות החמושים, בתנאי שהם פועלים בצורה מוסמכת ונושאים תעודת זהויה מתאימה; (5) אנשי צוות, לרבות קברניטים, נוטים ושוליות, של אוניות סוחר וכלי טיס אזרחיים של צדדים לסכסוך, שאינם זכאים ליחס טוב יותר על פי הוראה כלשהי של המשפט הבין-לאומי; (6) תושביה של טריטוריה לא כבושה, אשר עם התקרר האויב נוטלים לידיהם נשק באופן ספונטני על מנת להתנגד לכוחות הפולשים בלי שהייתה להם שהות להתארגן ביחידות צבאיות סדירות ובתנאי שהם (א) נושאים את נשקם בגלוי; (ב) מכבדים את דיני המלחמה ומנהיגיה.

אותם אינו מוגדר כך. מובן, שיש לבדוק כל מקרה לגופו בנוגע לשאלה אם האדם העומד למבחן מקיים את התנאים הקבועים בסעיף, ואין לקבוע מראש שחברי ארגון כלשהו לא יהיו זכאים למעמד של לוחמים.

התפיסה שבאה לידי ביטוי בסעיף 2 לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים משקפת את עמדתה של מדינת ישראל, אשר אושרה בפסיקת בית המשפט העליון, שלא לראות בארגוני הטרור ארגוני לוחמים שאמנת גינבה השלישית חלה עליהם. כך נקבע משום שאין הללו ממלאים לפחות את אחד התנאים בסעיף 4 לאמנת גינבה השלישית:⁴⁹ לציית לחוקי המשפט הבין-לאומי.⁵⁰ המשמעות המעשית של תפיסה זו היא יצירת קטגוריה המצויה בין אזרחים ובין לוחמים – 'לוחמים בלתי חוקיים'.⁵¹

הקטגוריה 'לוחמים בלתי חוקיים' מעוררת כמה בעיות: ראשית, עצם השימוש בביטוי 'בלתי חוקי' מרמז שהאדם עצמו הוא 'בלתי חוקי', כלומר אינו זכאי להגנת החוק. נכון שהשימוש במונח זה בענייננו אינו מכוון להתרת דם של לוחמים אלו. מסמכיו היסודיים של המשפט ההומניטרי אינם כוללים קטגוריה כזאת ועל כן אפשר להניח, כי הקודדיפיקציה של המשפט ההומניטרי מסתייגת ממנה. אף על פי כן אפשר למצוא התייחסות לקטגוריה בספרי הדרכה צבאיים,⁵² בספרות המשפטית⁵³ ואף בפסיקה.⁵⁴ מדריך הלחימה הבריטי למשל קובע:

49 ראו בג"ץ 2967/00 ארז (לעיל הערה 20), עמ' 191.

50 ראו גם דבריו של ח"כ דוד מגן בדיון במליאת הכנסת (לעיל הערה 7) בעניין החלפת המונח 'אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה' במונח 'לוחמים בלתי חוקיים': 'לי היה מאוד קשה לקבל את השם החדש, כי למושג לוחמים יש קונוטציה מאוד חיובית, לפחות בעברית'.

51 כפי שנראה להלן, משמעותה של 'אי-החוקיות' שבפעולת הלוחמים מבחינת היחס הצפוי כלפיהם היא שלילת מעמדם כשבויי מלחמה במקרה שהם נתפסים במהלך הלחימה, כלומר, מניעת זכויות כגון חליפת מכתבים וחסיונות מפני העמדה לדין. עם זאת, בשום פנים אין כוונה לומר כי לוחם בלתי חוקי הוא בן מוות מעצם מעמדו וכי אם הוא נתפס, מותר להרגו.

52 ראו להלן ציטוטים מתוך מדריך הלחימה הבריטי ומדריך הלחימה האמריקני.

53 ראו למשל יורם דינשטיין, **דיני מלחמה** (1983), עמ' 96 ואילך; Richard R Baxter, 'So-called "Unprivileged Belligerency": Spies, Guerrillas, and Saboteurs,' 28 *British Yearbook of International Law* (1951), 323; Idem, 'The Duties of Combatants and Conduct of Hostilities (Law of the Hague),' *International Dimensions of Humanitarian Law* (Henry Duant Institute and Unesco [eds.] 1988), 105

54 *United States ex rel Quirin v. Cox*, 317 U.S. (1942), 1; *Osman Bin Haj Mohamed Ali and Another v. Public Prosecutor*, 1969, 1 A.C. 430 (P.C.),

לוחמים סדירים אשר אינם עומדים בארבעת התנאים הללו [המנויים בסעיף 4 לאמנת גינבה השלישית] ייחשבו במקרים מסוימים **לוחמים בלתי חוקיים** [ההדגשה שלנו].⁵⁵

לעומת זאת, המדריך המשפטי הצבאי האמריקני קובע שאפשר להתייחס ללוחמים בלתי חוקיים כאל פושעים על פי הדין המקומי של המדינה השונה אותם ולהעמידם לדין על יסוד זה:

לוחמים בלתי חוקיים יכולים להיחשב פושעים על פי החוק המקומי של מי ששבה אותם. בקטגוריה זו יכולים להיכלל מרגלים, מחבלים או אזרחים אשר משתתפים בפעולות איבה.⁵⁶

לאחרונה שב ועולה הדיון בקטגוריה זו ובהשלכותיה על התפתחות המשפט ההומניטרי הנוגע ללחימה בטרור.⁵⁷

המונח 'לוחמים בלתי חוקיים' עניינו אנשים המבצעים פעולות לחימה בלי למלא את התנאים הקבועים בסעיף 4 לאמנת גינבה השלישית ואינם מתאימים לקריטריונים הקבועים בסעיפים 43⁵⁸ ו-44 לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנת גינבה הרביעית.⁵⁹ הפרוטוקול הראשון ביקש להקל על התנאים

488 3 All E.R. 1968. ראו גם פסיקה ישראלית צבאית: תיק רמ/69/4/ **התובע הצבאי נגד עומאר מוחמד קאסם ואח'**, פסקי דין נבחרים של בתי המשפט הצבאיים בשטחים המוחזקים (1970) 402, 479.

55 *The British Manual Part III: The Law of War on Land* (1957) 55

56 *The U.S. Army's Operational Law Handbook* (2002) ch. 2, p. 6

57 ראו דיון שהתקיים לאחרונה בוועידת ונציה של המועצה האירופית, אשר נועד לבדוק את הצורך בפיתוח נוסף של אמנות גינבה לנוכח אתגרי הלחימה בטרור שלאחר 11 בספטמבר 2001 ואשר עסק בדיני התפיסה של אנשים המשתייכים ליקטגוריות חדשות של לוחמים אשר נוצרו לאחרונה: *Opinion no. 245/2003 on the Possible Need for Further Development of the Geneva Conventions*, Adopted by the Venice Commission at its 57th Plenary Session (Venice, 12-13 December, 2003). ראו גם את הדיון במעמד של לוחמי הטליבן ואל-קעידה העצורים בידי ארצות הברית בגואנטנמו, קובה, אצל, George H. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants," 96(4) *AJIL* (2002) 891

58 סעיף 43 קובע כי הגדרת הלוחמים הסדירים והבלתי סדירים היא אחידה. הסעיף, המגדיר את המונח 'לוחמים', קובע שלוחמים הם חברי הכוחות החמושים של כל קבוצה אשר סרה למרותו של מפקד אחראי, ובכלל זה קבוצות המייצגות ממשלה או רשות שהאויב אינו מכיר בה.

59 *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (7.12.1978), 1125 U.N.T.S 3 (Protocol 1) (להלן: 'הפרוטוקול הראשון'). את

הקובעים את מעמד הלוחם ולאפשר בכך את ההגנה על לוחמי גרילה (המזוהים פעמים רבות עם לוחמי חופש) באמצעות הכללתם בדיני המלחמה. לענייננו חשוב התנאי הקבוע בסעיף 44. תנאי זה מיוסד על ההכרה בכך, שלוחמי הגרילה אינם יכולים למלא את רוב התנאים שנקבעו באמנת ג'נבה השלישית. תנאים אלו מקשים על לוחמה שהסודיות וההסתר מאפיינים אותה. על כן קובע הסעיף, כי התנאי היחיד לקבלת מעמד של לוחם הזכאי למעמד של שבוי מלחמה הוא נשיאת נשקו בגלוי (ואף זאת רק בזמן הפעולה הצבאית וכאשר הוא גלוי לעין).⁶⁰ כאמור לעיל, האנשים המכונים 'לוחמים בלתי חוקיים' אינם ממלאים את התנאים המנויים בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, ובהם נשיאת סימן מבחין קבוע וציות לדיני המלחמה. הם אף אינם ממלאים את התנאי היחיד הנדרש בפרוטוקול הראשון: נשיאת נשק בגלוי.

את יצירת הקטגוריה 'לוחמים בלתי חוקיים' מנחה המטרה לשלול מהאנשים הנכללים בה את הגנת האמנות. יוצרי הקטגוריה מבקשים למקם את האנשים הללו מחוץ למעמד ה'מוגנים' על פי אמנת ג'נבה הרביעית ובכך לשלול מהם את ההגנות הנתונות למי שאינם לוחמים. בה בעת הם מבקשים להשפיע על היחס ללוחמים הללו מבחינת דיני תפיסתם ומבחינת דיני הלחימה בהם.⁶¹ באמצעות דיני התפיסה של הלוחמים הבלתי חוקיים מבקשים יוצרי הקטגוריה להבחין בין היחס הניתן ללוחמים מן השורה ובין היחס הניתן ללוחמים הבלתי חוקיים על ידי שלילת המעמד של שבוי מלחמה מלוחמים בלתי חוקיים שנתפסו. מכך עולה, כי מי שאינו ממלא את התנאים הקבועים בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית ואת הסעיפים 43-44 בפרוטוקול הראשון אינו זוכה למעמד של שבוי מלחמה כאשר הוא נתפס בידי האויב.

הפרוטוקול הראשון אשררו 161 מתוך 199 המדינות החברות באו"ם. כמה מסעיפיו אף נחשבים למשפט מנהגי. ישראל וארצות הברית לא צירפו את חתימותיהן מסיבות שיובהרו להלן. פרוטוקול זה הוא אחד משני הפרוטוקולים שנוספו לאמנות ג'נבה בשנת 1977. לפרוטוקול השני ראו *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts* (Protocol [III] 8 July 1977, 1125 U.N.T.S. 609, reprinted in 16 I.L.M. 1442 (1977). (להלן: 'הפרוטוקול השני').

60 סעיף 44(3) לפרוטוקול הראשון.

61 לא נעסוק בדיני הלחימה בנייר עמדה זה, אך נציין כי דינים אלו הופכים את הלוחמים הבלתי חוקיים למטרה חוקית כל עוד הם 'נוטלים חלק ישיר בלחימה' (ראו סעיף 51[3], שם).

ואולם המשפט הבין-לאומי אינו מקבל הותרת אנשים המצויים בשדה הקרב – כקרבנות או כלוחמים – נטולי הגנה. אין המשפט הבין-לאומי מבקש להעניק מעמד מלא של שבוי מלחמה למי שלא מילא תנאים המזכים אותו לכך. המסקנה המתבקשת היא, שמי שהשתתפו בלחימה בלי שהם ממלאים את הקריטריונים שהקרויים 'לוחמים' אמורים להתאים להם, יקבלו באופן עקרוני את הגנתה של אמנת ג'נבה הרביעית ואת מעמד האנשים המוגנים. עם זאת אפשר לשלול מהם הגנות מסוימות לפרק זמן מוגבל, כפי שיפורט להלן. אמנם הקטגוריה 'לוחמים' בלתי חוקיים' מצויה עד היום בשימוש בפרקטיקה הצבאית, אולם עמדת המשפט הבין-לאומי – שלפיה אין להותיר אנשים נטולי הגנה – מובילה למסקנה, שלעצם קיום הקטגוריה אין משמעות בכל הקשור למעמדם של אנשים אלו.

סיכומם של דברים, החלוקה שעושים דיני המלחמה בין המעמדות של אנשי האויב היא בין לוחמים לאזרחים ולא בין הלוחמים ובין עצמם. לפיכך מטרתו הנוספת של סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, הקובע את התנאים שכל אדם המכונה 'לוחם' חייב למלא, היא לקבוע גם מי אינו נכלל באמנת ג'נבה השלישית ומי אינו מוגן על ידי אמנת ג'נבה הרביעית. דברים אלו נכונים בתנאי שאדם זה ממלא את עקרון הלאומיות, המחיל את הגנת האמנה על בני הלאום של צד בסכסוך המצויים בידי הצד האחר.⁶²

האמנה הרביעית עוסקת באזרחי אויב שאינם שבויי מלחמה וקרויים 'מוגנים' (protected persons). סעיף 50 לפרוטוקול הראשון, הקובע מי הם אזרחים, מוסיף ומחזק את ההבחנה הזאת, וכך עושה גם הפרשנות לפרוטוקול הנוסף:

עקרון הגנת האוכלוסייה האזרחית קשור לעקרון ההבחנה בין אנשי צבא לאזרחים. אשר לעיקרון השני, הכרחי לקבוע הגדרה ברורה לכל אחת מן הקטגוריות [לוחמים ואזרחים].⁶³

יש לשים לב שגם מי שאינו זכאי להגנתה של אמנת ג'נבה הרביעית, משום שאינו נמנה עם בני הצד האחר בסכסוך, לא נותר חסר הגנה. סעיף 45(3) לפרוטוקול הראשון קובע, כי אדם שהשתתף במישרין בלחימה ואינו זכאי

62 סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקרוי 'עקרון הלאומיות'.

Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds.), 63 *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, IV Geneva Convention* (1987), 610

להגנות המסורות לשבויי מלחמה על פי אמנת ג'נבה השלישית ובד בבד אינו מוגן באמנת ג'נבה הרביעית (למשל, כאשר הוא אינו מקיים את קריטריון הלאומיות), יהיה זכאי להגנות המסורות על פי סעיף 75 לפרוטוקול, המונה את רוב הזכויות הבסיסיות הניתנות לעצור בעת מעצרו והמבטיחות לו הליך משפטי הוגן.⁶⁴ אם כן, מטרת המשפט ההומניטרי היא להעניק הגנה לכל מי שמצוי באבו של הסכסוך, בין לוחם בין שאינו לוחם. אף שהמשפט ההומניטרי אינו מכיר בהבחנה בין מעמדות של לוחמים (חוקיים ובלתי חוקיים), הוראותיו הפוזיטיביות מכירות בהבחנה בין פעולות לוחמה חוקיות ובין פעולות לוחמה בלתי חוקיות. על הפעולות הבלתי חוקיות הלוחם עלול לעמוד למשפט ולהיענש בהתאם למשפט הפנימי או הבין-לאומי.⁶⁵ ואולם, כפי שנראה להלן, אין הלוחם מאבד את מעמדו אף אם ביצע פעולות לוחמה בלתי חוקיות. כאמור, זכאותם של לוחמים למעמד של שבויי מלחמה היא רחבה ביותר על פי הפרוטוקול הראשון. מעמד זה נשמר ללוחמים שהוגדרו כך גם אם הפרו את דיני הלחימה. הדברים אמורים גם בלוחמי גרילה:

שבויי מלחמה העומדים לדין על פי חוקי המעצמה העוצרת אותם בגין פעולות שביצעו טרם שבייתם יהיו זכאים, גם אם יורשעו בדין, לזכויות הנתונות להם על פי אמנה זו [השלישית]. כלומר, **אף אם הפר הלוחם את המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, הפרה זו אינה שוללת ממנו את מעמדו כשבוי מלחמה** [...] כל אנשי הכוחות הלוחמים המוכרים על ידי הפרוטוקול כלוחמי גרילה זכאים לאותן זכויות ונתונים לאותן הגבלות [ההדגשה שלנו].⁶⁶

64 בעניין זה יש לשים לב להחלטת בית המשפט במחוז קולומביה (שאושרה בידי בית המשפט לערעורים במחוז), שלפיה בית המשפט אינו מוסמך לדון בעתירתם של עצורים בגואנטנמו בעניין תנאי מעצרם משום שהם אינם מצויים בשטחה הריבוני של ארצות הברית. משמעותה של החלטה זו היא שהעצורים אינם זכאים לזכויות חוקתיות, ובכללן הליך הוגן. ראו *Case No. 02-5251 Khaled A.F. Odah et al. v. United States of America et al.*: [http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/Civil Action No. 02-299 \(CKK\)-200303/03-353/a.pdf](http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/Civil Action No. 02-299 (CKK)-200303/03-353/a.pdf); *Shafik Rasul et al. v. George Walker Bush, President of the United States et al.*; Civil Action No. 02-828 (CKK) *Abdullah Hahad et al. v. United States of America et al.* ההחלטות נמצאות באתר <http://www.dcd.uscourts.gov/02-299.pdf>. כאמור, ההחלטות נדחו על ידי בית המשפט העליון האמריקני.

65 ראו למשל סעיפים 85, 99 לאמנת ג'נבה השלישית כמפורט להלן. לעומת זאת, לוחם שנתפס וביצע אך ורק פעולות חוקיות חסין מפני העמדה לדין וזכאי למעמד של שבוי מלחמה.

הזכרנו לעיל, שהפרוטוקול הראשון צמצם את התנאים המזכים לוחם במעמד של שבוי מלחמה. הקלה זו זכתה לביקורת נוקבת. יורם דינשטיין טוען, כי ההגנות הפרושות בסעיף 44 של הפרוטוקול הראשון על לוחמי הגרילה הן רחבות מדי ושעל פיהן לוחם יכול להסתתר בקרב האוכלוסייה האזרחית ולהסתיר את נשקו עד הרגע האחרון שבו האויב מגלה אותו. דינשטיין אף סבור שסעיף 44 נוקט לשון מעורפלת, המערערת את המבנה המחשבתי של דיני המלחמה, משום שהתנאים אשר מילויים מזכה אדם במעמד של לוחם הוקלו לאין ערוך. ולא זו בלבד אלא שכאשר הלוחם אינו ממלא את התנאי היחיד שהוא נקרא לציית לו על פי הפרוטוקול, אין נשללות ממנו ההגנות הניתנות לשבוי מלחמה.⁶⁷ ובלשון סעיף 44(4):

לוחם הנופל לידיו של הצד הנגדי כאשר אינו עומד בדרישות המנויות להלן [נושא את נשקו בגלוי בזמן התמרון הצבאי ובזמן שהוא נראה לעיני האויב בעת הפריסה לקראת ההתקפה שהוא עומד להשתתף בה] מפסיד את מעמדו כשבוי מלחמה. **עם זאת הוא זכאי לאותן הגנות המסורות לשבויי מלחמה על פי האמנה השלישית ועל פי הפרוטוקול** [ההדגשה שלנו].⁶⁸

המסקנה העולה מן הדברים האלה היא שהלוחם אינו מאבד את זכאותו להגנות הפרושות על שבוי מלחמה, למעט העובדה שהוא צפוי להעמדה לדין בגין הפעולות הבלתי חוקיות שביצע. זאת, כדבריו של דינשטיין, אף אם יפר את כל עקרונותיהם של הדינים החלים בעת הלחימה (המכונים *jus in bello*), ישתמש באמצעי לחימה אסורים או יפגע באזרחים ובמוגנים אחרים.⁶⁹ מסקנתו של דינשטיין היא, שסעיף 44 יוצר הלכה מופרכת מיסודה וכי בעקבות זאת המדינות הלוחמות נגד כוחות הגרילה לא תוכלנה לעמוד בדרישות הפרוטוקול.⁷⁰ זו גם הסיבה לכך, שישראל וארצות הברית לא צירפו את חתימתן לפרוטוקול.⁷¹

66 Sandoz, Swinarski and Zimmerman (לעיל הערה 63), עמ' 525-526.

67 דינשטיין (לעיל הערה 53), עמ' 111-112.

68 סעיף 44 לפרוטוקול הראשון (לעיל הערה 59).

69 דינשטיין (לעיל הערה 53), עמ' 112.

70 **שם**, עמ' 111-112.

71 לדיון בסוגיית ההצטרפות לפרוטוקול ראו Theodor Meron, 'The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol 1,' 88 *AJIL* (1994), 678

אף שהפרת דיני הלחימה אינה שוללת מן המפר את ההגנות הניתנות לשבוי מלחמה, אין הדין הבין-לאומי מתיר למפר לחמוק מעונש. סעיפים 85 ו-99 לאמנת גינבה השלישית מאפשרים להעמיד לדין את מי שביצע פעולות החורגות מדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי. באופן דומה אין המשפט ההומניטרי מותיר את כל ההגנות בידי אזרחים אשר סייעו לפעולות הלחימה או השתתפו בהן. סעיף 5 לאמנת גינבה הרביעית קובע, שאזרחים אשר השתתפו בפעולות המסכנות את ביטחון המדינה או ביצעו פעולות ריגול וחבלה, יאבדו חלק מן הזכויות המוקנות להם באמנה למשך הזמן שהדבר דרוש מסיבות ביטחוניות. משמעות הדבר היא, שאין הם זכאים עוד להגנה מפני תפיסה ומעצר בידי הכוח הלוחם הניתנת על פי האמנה לאזרחים התמימים המשתייכים לצד האויב. הסעיף גם מאפשר לשלול מאזרחים אלו זכויות הניתנות בדרך כלל לעצורים אם הענקתן תסכן את ביטחון המדינה, כגון חליפת מכתבים וביקורים של אנשי הצלב האדום ואנשי דת. הסעיף מאפשר גם להעמידם לדין על ביצוע הפעולות שבגינן נעצרו, אשר הן בבחינת הפרת כללי המשפט הבין-לאומי. עם זאת, לא ברור אם הסעיף מאפשר מעצר אזרחים במצבים שקשה ביותר, ואולי אף בלתי אפשרי, לבחון את אשמתם (למשל, התנאים המאפשרים מעצר מנהלי, ובהם שימוש בראיות חסויות). הפרשנות המקובלת היא כי יש לממש את הסעיף במקרים חריגים, שבהם אפשר להעריך שההאשמות המיוחסות לעצורים תובלנה להליכים פליליים, וכי אין ליישמו במקרים שהחשד אינו מבוסס דיו.⁷²

Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949* 58 (1958). לדעתו של איל בנבנישתי, סעיף 5 מאפשר אף ליצור את הקטגוריה 'לוחמים בלתי חוקיים'. בחוות הדעת שהגיש בנבנישתי לעו"ד יהשע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), (להלן: 'חוות דעתו של בנבנישתי', 8.5.2000) בנבנישתי טוען כי הדבר אפשרי. הסיבה היא, שסעיף 5 לאמנת גינבה הרביעית עוסק באזרחים שביצעו פעולות חבלה נגד המדינה ועקב כך הם מאבדים את מעמד האזרחים התמימים על פי האמנה ואת הזכויות הכרוכות בכך, פרט להגנות שאינן פוגעות בביטחון המדינה. מכאן שאפשר להתייחס אליהם כאל 'לוחמים בלתי חוקיים'. פרשנות זו מעוררת שני קשיים: הראשון, נראה כי אין כוונת הסעיף לשלול מאזרחים אלו את מעמדם על פי האמנה, אלא רק חלק מן הזכויות המוקנות להם לתקופה מוגבלת (ראו Knut Dormann, "The Legal Situation of 'Unlawful/unprivileged Combatants'", *IRRC* (2003), 45, 85). השני, חוק הלוחמים הבלתי חוקיים מבקש לאפשר כליאה בלא משפט לתקופה כמעט בלתי מוגבלת כאשר הדבר דרוש מסיבות ביטחוניות, ואילו פרשנותו המקובלת של סעיף 5 היא שהזכויות תישללנה לתקופה מוגבלת מתוך כוונה להעמיד לדין את העצורים.

המסקנה המתבקשת היא, שהמשפט הבין-לאומי אינו מכיר בקטגוריית הביניים של לוחמים בלתי חוקיים או בהוצאה אל מחוץ לחוק של אדם הנמצא בידי כוחות הצד שכנגד. הקטגוריות המתאימות אפוא לאנשים המשתייכים לארגונים המבצעים פעולות לוחמה נגד ישראל הן אלה:

א. קטגוריה של לוחמי גרילה.⁷³ הדרישות מהם מופיעות בסעיף 44 לפרוטוקול הראשון. בקשר לקטגוריה זו הראינו, שהסעיף מקל מאוד על לוחמי הגרילה מבחינת הדרישות להבחנתם מהאוכלוסייה האזרחית. בה בעת הוא מאפשר לשפטם ולהענישם בגין פעולות שאינן ממלאות תנאים מסוימים, כגון תקיפה מתוך אוכלוסייה אזרחית, תקיפת מטרות אזרחיות ושימוש באזרחים כלוחמים (למשל, הפעלת המתאבדים).

הבחירה בקטגוריה זו מעוררת שתי בעיות. ראשית, ידוע שישראל מתנגדת להכיר בארגוני הטרור כארגוני לוחמים שאנשיהם זכאים להגנת שבויי מלחמה בגין עצם הלחימה ובגין פעולות חוקיות שביצעו במהלכה. ואמנם, קשה לקבל את ההנחה שחברי ארגונים אשר שמו להם למטרה להשמיד מדינה, עם או דת כלשהם (בניגוד לארגונים שמטרתם שחרור מעול כיבוש), יהיו מוגנים מפני העמדה לדין, גם כאשר הם מבצעים פעולות שאינן נחשבות פשעי מלחמה.⁷⁴ שנית, לא ברור אם כל מי שמוגדר פעיל בארגון הוא גם 'לוחם', כהגדרתו על פי המשפט ההומניטרי. עצם השתייכותו של אדם לארגון בלתי חוקי, בלי שנקט פעולה מסוימת כחבר בארגון, עשויה כשלעצמה להיחשב עבירה, אך אין בכך להפכו ללוחם על פי המשפט ההומניטרי.

השימוש בקטגוריה 'לוחם' חשובה משתי בחינות. קודם לכול, היא קובעת את זכאות האדם למעמד של שבוי מלחמה כאשר הוא נתפס בידי האויב. שנית, כאשר אדם מוגדר 'לוחם' הוא משמש מטרה לגיטימית ואפשר לפגוע בו. מבחינה חוקית נראה לא סביר להגדיר אנשים שהביעו הזדהות או הצטרפו (רשמית) לארגוני טרור, אך לא נקטו כל פעולה ממשית כמטרה חוקית לפגיעה.

73 ראו גם בן-נפתלי וגלייכוויטש (לעיל הערה 9), עמ' 97-98. חשוב להבחין גם בין ארגונים הפועלים נגד חיילים, שכאשר הם ממלאים את דרישות הפרוטוקול הראשון אפשר לכוונתם 'לוחמי גרילה', ובין ארגונים הפועלים נגד אזרחים, שאף אם אי-אפשר להגדירם 'בלתי חוקיים' אפשר לומר שהם מבצעים פשעי מלחמה ולכן רשאים לתפוס אותם ולהענישם על כך. עם זאת, ראו להלן דיונונו בקושי שמעוררת הגדרתו של ארגון גרילה חוקי כאשר מטרתו אינה מוצדקת, למשל, ארגון שמטרתו השמדת עם או מדינה.

74 התמודדות עם הסוגיה חורגת מהיקפו של נייר עמדה זה. לדעתנו, הפתרון טמון בהכרעה קודמת בשאלה מתי הפתיחה במלחמה חוקית ומתי היא אינה חוקית (דיני *ius ad bellum*).

אם המחוקק מעוניין בכל זאת לנקוט צעדים נגד אנשים מסוג זה, יש צורך בקטגוריה אחרת.

ב. קטגוריה של מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית. קטגוריה זו עוסקת באנשים שסייעו לארגונים עוינים או תמכו בהם. כאמור, סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית מאפשר לשלול חלק מן ההגנות המסורות על פי האמנה מאנשים שהשתתפו בפעולות ריגול וחבלה או סיכנו את ביטחון המדינה. למעשה סעיף זה ממלא את הדרישה שלא להותיר בלא משפט או מעצר אנשים אשר השתתפו בפעולות הלחימה בלי שהוגדרו 'לוחמים' ובכך ביצעו פעולה בלתי חוקית. בעניין זה יש להזכיר כי מי שאינו מוגן על פי אמנת ג'נבה הרביעית משום שהוא ממלא את עקרון הלאומיות זכאי לפי הפרוטוקול הראשון לרוב למרבית הזכויות הבסיסיות הניתנות לעצור בעת מעצרו והמבטיחות לו הליך משפטי הוגן.

אף לא אחת מן הקטגוריות שלעיל רצויה לישראל, אשר מסרבת להכיר בארגוני הטרור כארגוני לוחמים ובוודאי אינה מעונינת להכיר בפעיליהם כאזרחים המוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית. הדרך היחידה להימנע ממצב שבו ישראל נדרשת להחליט איזה מעמד להעניק לאנשי הארגונים הלוחמים הללו היא לייתר את חוק הלוחמים הבלתי חוקיים. כפי שנראה בפרק השני אפשר להתמודד עם האיומים שאנשים אלו מציבים לפני ישראל באמצעות דינים קיימים, שאינם דורשים להגדיר את מעמדו של האדם שמבקשים לעצרו אלא בוחנים מה מידת מסוכנותו לביטחון המדינה.

2. אי-התאמות נוספות בין החוק למשפט הבין-לאומי

היעדר התיישבותו של חוק הלוחמים הבלתי חוקיים עם הוראות המשפט הבין-לאומי ניכר גם בהסדרי החוק ומשליך על רמת הפגיעה והקיפוח של זכויות האדם שבהם. הסמכות לכליאה מניעתית מצומצמת מאוד על פי המשפט הבין-לאומי.⁷⁵ סעיפים 42, 43 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית מאפשרים

75 נוסף על סמכות המעצר על פי אמנת ג'נבה הרביעית ראו גם סעיף 119 (לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 16 בדצמבר 1996, כ"א 31, עמ' 269. סעיף 119) קובע את זכותו של כל אדם שלא להיות נתון במעצר או במאסר שרירותיים. סעיף 219) קובע חובת הודעה לעציר על הנימוקים למעצרו ועל ההאשמה המועלית נגדו. סעיף 14 קובע את זכויותיו של כל אדם להליך הוגן, בכלל זה זכותו לעמוד לדין בלא השהיה יתרה, זכותו להשמיע את טיעונו בפומבי לפני בית המשפט וזכותו לסגור.

את מעצרו של אדם שהוא אזרח אויב, כאשר הדבר מתחייב לחלוטין מדרישות הכרחיות של ביטחון הכוח העוצר. אין להוסיף ולכלוא אדם כאשר סיבות אלו חדלות להתקיים. בלשונו של סעיף 42:

אפשר להורות על מעצרים של אנשים מוגנים או על תחמת מקום מגוריהם רק כאשר הדבר נדרש לחלוטין מסיבות הקשורות בביטחון הכוח העוצר [ההדגשה שלנו].

סעיף 46 קובע שהכלוא ישוחרר לא יאוחר מתום פעולת האיבה. עילת הכליאה על פי חוק הלוחמים הבלתי חוקיים רחבה בהרבה. לכאורה היא דורשת לבדוק את מסוכנותו האישית של הלוחם הבלתי חוקי, אך למעשה היא קובעת בסעיף 7 לחוק חזקה שעצם השתייכותו לכוח אויב היא ראיה למסוכנותו.⁷⁶ חזקה זו אינה מתיישבת עם הוראות הדין הבין-לאומי. אמנם אמנת גינבה לא קבעה את אמות המידה לדרישות שבהן צריך לעמוד הכוח העוצר ואף לא את אמות המידה להערכת מסוכנות הכלוא.⁷⁷ אולם בפרשנותו לאמנת גינבה כותב ז'אן פיקטה (Pictet), כי עצם השתייכותו של אדם לכוח אויב אינה יכולה להיחשב כאילו היא יוצרת איום על ביטחון המדינה:

עצם העובדה שאדם שייך לכוח האויב אינה יכולה להיחשב למאיימת על ביטחון המדינה שבה הוא גר. על כן אין היא סיבה מספקת למעצרו או לתחמת מגוריו.⁷⁸

לדברי פיקטה, מעצרו המניעתי של אדם מוצדק אפוא רק בתנאים האלה:

למדינה צריך להיות יסוד סביר להניח שמעשיו, ידיעותיו או כישוריו של האדם שבו מדובר מלמדים שהוא מהווה איום ממשי על ביטחון המדינה העכשווי או העתיד.⁷⁹

ראו גם Report of the Sixty-First Conference of the International Law Association (Paris, September 1984), *Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*. כללים אלו קובעים את זכויותיו של עציר במעצר מנהלי. סעיף (e)(2)5 מגביל את תקופת המעצר לשנה.

76 נרחיב בנושא זה בהמשך דברינו.

77 ראו גם בחוות דעתה של עו"ד פרנקל-שור (לעיל הערה 33), עמ' 11, סעיף 38.

78 שם, סעיף 39.

79 שם.

כלומר, פיקטה סבור כי על האדם לאיים בעצם מעשיו, ידיעותיו או כישוריו על ביטחונה של המדינה.⁸⁰ מסקנה זו אינה מתיישבת עם הטענה שעצם השתייכותו של אדם לארגון עוין היא עילה להגדרתו כמסוכן.

אי-התאמה נוספת נוגעת לשאלה מתי פעולות האיבה מסתיימות. מטרת החזקתם של שבויי מלחמה היא להבטיח את הוצאתם ממעגל הלוחמים⁸¹ ועל כן כאשר יש יסוד לחשש שבחזרתם ישובו וישתלבו בפעילות עוינת, אין לשחררם.⁸² לעומת זאת, עצם ההחזקה בחייל או בגופת חייל בידי כוח אויב איננה מלמדת על המשך פעולות האיבה ולכן אי-אפשר לבסס עליה, כשלעצמה, טיעון בדבר קיום מצב מתמשך של פעולות איבה. שבויי מלחמה אמורים להיות מוחזרים לארצותיהם מיד בסיום פעולות הלחימה. מועד סיום פעולות הלחימה המקובל הוא המועד שבו שני הצדדים מאמינים בתום לב שלא תחודשנה פעולות האיבה. עם זאת, אין להתנות את שחרור השבויים שבידי צד אחד בחזרתם של שבוייו שלו למולדתם.⁸³ התניה כזאת סותרת את מטרתו של סעיף 118 לאמנת גינבה השלישית – להביא לחזרתם המהירה של השבויים לארצותיהם – והופכת את החזקתם ללקיחה של בני ערובה.

אי-ההתאמה האחרונה נוגעת לאיסור על לקיחת בני ערובה על פי המשפט הבין-לאומי, הנחשבת לפשע מלחמה.⁸⁴ האיסור קבוע הן באמנה הבין-לאומית נגד לקיחת בני ערובה הן בסעיף 34 לאמנת גינבה הרביעית. סעיפים אלו

80 בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין מעצרו של השייח' עביד על פי חוק הלוחמים הבלתי חוקיים מאמץ השופט כספי פרשנות הפוכה לשאלת הצורך ההכרחי של המעצמה העוצרת לעצור אדם במעצר מנהלי בשטח כבוש. השופט כספי מייחס למדינה שיקול דעת רחב כאשר היא קובעת את שיקולי הביטחון ההכרחיים המשמשים בסיס למעצר. השופט מסתמך על פרשנים (ואף על פיקטה) המניחים, כי האמנה הרביעית מייחסת למדינה שיקול דעת נרחב. יש לציין, שהפרשנים מדגישים את הצורך בקשר שבין הסכנה לביטחון המדינה ובין האדם שהמדינה מבקשת לעצור (ראו ב"ש 92680/02 **שייח' עביד** [לעיל הערה 26], עמ' 24-25). יצוין כי הציטוט המובא מדברי פיקטה הוא חלקי. בהמשך הדברים הוא קובע את הצורך בקשר ישיר בין מעשי האדם שמבקשים לעצור ובין צורכי הביטחון של המדינה (ראו Pictet [לעיל הערה 72], עמ' 257).

81 על כן עליהם להיות מוחזרים למדינותיהם מיד בסיום פעולות הלחימה. ראו סעיף 118 לאמנת גינבה השלישית.

82 דינשטיין (לעיל הערה 53), עמ' 124.

83 **ש.ס.** דינשטיין מסביר, שמועד שחרור השבויים אף אינו תלוי בקיומם של הסכס שביתת נשק או אמנת שלום. בהיעדר הסכס כלשהו יש לבצע את השחרור **באופן חד-צדדי**.

ראו גם חוות דעתו של בנבנישתי (לעיל הערה 72), עמ' 1-2.

84 ראו סעיף 147 לאמנת גינבה הרביעית, הקובע מה נחשב להפרות חמורות של האמנה.

נחשבים מנהגיים⁸⁵ ועל כן ישראל מחויבת בהם, מכוח קליטתם הישירה אל החוק הפנימי.

בית המשפט העליון דן גם הוא בהשפעת סעיפים אלו על החקיקה הישראלית במסגרת הדיון הנוסף בעניינם של העצורים הלבנונים.⁸⁶ השופט דורנר נדרשה להיגיון שבאיסור על החזקת בני ערובה, הנובע מן ההבחנה בין אזרחים לשבויי מלחמה. לפי היגיון זה, רק את שבויי המלחמה מותר להחזיק עד לסיומה של המלחמה.⁸⁷ הדיון התנהל לנוכח טענתה של ממשלת ישראל שהעצורים אינם שבויי מלחמה. לפיכך סברה דורנר, שהחזקתם משולה להחזקת בני ערובה ועל כן ישראל אינה רשאית להמשיך ולהחזיק בהם. השופט דורנר הסתמכה במסקנותיה על סעיף 1 של האמנה נגד לקיחת בני ערובה,⁸⁸ שישראל הצטרפה אליה בשנת 1980, ועל סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 1 אוסר על החזקת אדם או על איום על חייו במטרה לתבוע ממדינה או מאישיות משפטית בין-לאומית לבצע דבר מה או להימנע מכך.⁸⁹ סעיף 34 נכלל בהוראות שהפרתן נחשבת ל'הפרה חמורה' של האמנה.⁹⁰ השופט דורנר קבעה כי בין שמדובר בהוראות הסכמיות בין

85 דוד קרצימר, 'חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון: זכויות אדם', **משפט וממשל** ה' (תשי"ס), 297, 331.

86 דני"פ 7048/97 **פלוניס** (לעיל הערה 10). בערעור (עמ"מ 10/94 **פלוניס נ' שר הביטחון** [לעיל, הערה 16]), אשר קדם לדיון הנוסף, לא דנו השופטים בהוראות המשפט הבין-לאומי. השופטים ברק וקדמי גרסו כי אין צורך להכריע בשאלת קיומו של דין בין-לאומי מנהגי או הסכמי, האוסר על לקיחת בני ערובה, או בשאלת תחולתו של דין כזה. כל זה לנוכח החוק הפנימי (חוק המעצרים המנהליים) אשר גובר על המשפט הבין-לאומי בהיותו הוראה ספציפית (**שם**, עמ' 109). השופט דורנר, שהחזיקה בערעור בדעת מיעוט, סברה שאין יסוד למעצר המערערים לפי חוק המעצרים המנהליים וביקשה להשאיר בבחינת צריך עיון את השאלה אם דינים אחרים, כגון המשפט הבין-לאומי, מתירים למדינה להחזיק במערערים (**שם**). יש לשים לב לכך שעמדת הנשיא מנוגדת לחזקה הפרשנית, שלפיה יש ליצור התאמה בין המשפט הבין-לאומי למשפט הפנימי. לביקורת ברוח זו ראו גם קרצימר (לעיל הערה 85), עמ' 332. יש לציין, כי בדיון הנוסף שינה הנשיא את דעתו ועסק בצורך להתאים את הוראות החוק הישראליות לנומרות המשפט הבין-לאומי. ראו דני"פ 7048/97 **פלוניס** (לעיל הערה 10), עמ' 742-743.

87 **שם**, עמ' 766-767.

88 לעיל הערה 45.

89 סעיף 1 לאמנה קובע: 'אדם אשר תופס או עוצר אדם אחר (להלן "בן הערובה") ואשר מאיים להרגו, לפצעו או להמשיך להחזיק בו כדי להכריח צד שלישי – כלומר מדינה, ארגון בין-לאומי, אישיות טבעית, אישיות משפטית או קבוצת אנשים – לעשות דבר מה או להימנע מעשותו כתנאי מפורש או משתמע לשחרור בן הערובה, עובר עברה של לקיחת בני ערובה על פי אמנה זו.'

90 ראו סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית.

שמדובר בהוראות מנהגיות, הרי שלנוכח חזקת ההתאמה בין הוראות המשפט הפנימי למשפט הבין-לאומי אי-אפשר לומר כי החוק הישראלי מאפשר החזקת בני ערובה.⁹¹ השופט ברק גרס אף הוא, כי חזקת ההתאמה בין המשפט הבין-לאומי למשפט הפנימי מחזקת את מסקנתו שהתכלית האובייקטיבית של חוק המעצרים המנהליים **אינה** מתירה החזקת עצורים במעצר כקלפי מיקוח או כבני ערובה.⁹²

לעומתם גרס השופט חשין כי הגדרת המונח 'בני ערובה' במשפט הבין-לאומי לא התכוונה לכלול לוחמי אויב המוחזקים בידי הצד הנגדי עד לסיום פעולות האיבה.⁹³ אנו סבורים שדברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי. אילו הכירה ישראל בעצורים כלוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, היא הייתה יכולה לטעון להחזקתם עד לסיום פעולות האיבה לפי סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית – כל זה בהנחה שמדובר באנשים השייכים לארגוני טרור ואמורים לשוב ולהמשיך בפעילות איבה נגד ישראל. אולם העצורים אינם מוגדרים לוחמים, ובהיתן חוסר יכולתה של ישראל להוכיח את מסוכנותם האישית, דומה כי הם מתאימים להגדרת 'בני ערובה' על פי המשפט הבין-לאומי.

אם כן, חוק הלוחמים הבלתי חוקיים אינו מתיישב עם הוראות המשפט ההומניטרי שבית המשפט העליון בישראל מבקש לקיים בפסיקתו. לפיכך שלושת קווי הפעולה האפשריים מבחינתה של ישראל לעניין החזקתה בטרוריסטים המצויים בידיה הם אלה:

1. הכרה באנשים המצויים בידי ישראל **כלוחמים** הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, ובכלל זה אפשרויות כגון זכויות להתקשרות חיצונית, חליפת מכתבים, ביקורים של אנשי הצלב האדום ושירותים של אנשי דת. יש גם להכיר בכך, שאנשים אלו עלולים לעמוד לדין בגין פעולות בלתי חוקיות שביצעו במהלך הלחימה.

2. הכרה באנשים אלו **כמוגנים לפי אמנת ג'נבה הרביעית**, אשר נקטו פעולות נגד ביטחון המדינה או ביצעו פעולות ריגול וחבלה, ועל כן אפשר לשלול מהם חלק מן הזכויות הנתונות למוגנים על פי האמנה למשך הזמן המתחייב מסיבות ביטחוניות.

91 דני"פ 7048/97 **פלונים** (לעיל הערה 10), עמ' 767.

92 **שם**, עמ' 742-743.

93 **שם**, עמ' 749.

3. שימוש בחוקים הקיימים כיום – חוק העונשין, תשל"ז-1977, וחוק המעצרים המנהליים – לצורך מעצרים של אלה אשר מקיימים את התנאים הנדרשים על פיהם.

דעתנו היא, שהחלופה השלישית היא הרצויה וכאשר אין היא אפשרית, יש לבחור בחלופה השנייה: הגדרת הכלואים כמוגנים על פי אמנת גינבה הרביעית. חלופה זו עדיפה מהחלופה הראשונה מכמה טעמים. הראשון, לא כל האנשים שיש לכלוא לפי החוק הם אכן לוחמים שראוי לראות בהם מטרה חוקית. חלקם מסייעים לפעילות הארגונים הלוחמים, אך אינם עומדים במדדים המגדירים לוחם. השני, הגדרת פעילי הארגונים במונח 'לוחמים' מחייבת הכרה בארגוני הטרור. חלק מהארגונים שמו להם למטרה להשמיד את מדינת ישראל, והם אינם לוחמים רק לשחרור מעול הכיבוש. השלישי, ההכרה בארגונים גוררת גם את הפיכתם לשותפים קבילים למשא ומתן בתנאים שבהם לא ברור אם גישתם של ארגוני המחבלים לגורל אנשיהם זהה לזו של מדינות.

הבעייתיות של הגדרת הכלואים במונח 'אזרחים מוגנים' היא בהיעדר האפשרות להחזיק בפעילים של ארגוני הטרור לאחר שריצו את עונשם בלי שייחשבו בני ערובה. בחירה בהגדרה זו תביא לשחרור חלק מן הכלואים אשר לא ימלאו את התנאים הנדרשים למעצר מנהלי. מצב כזה עלול להותיר את ישראל חסרת אונים לנוכח חזרת הפעילים לארגוניהם. לפיכך, כאשר הדבר אפשרי, יש לעשות שימוש בחוקים הקיימים, כאמור לעיל. כפי שנראה להלן, חוק המעצרים המנהליים מאפשר לישראל להחזיק בידיה את פעילי הארגונים הממשיכים לסכן את ביטחון המדינה.

השימוש בחוק המעצרים המנהליים וייתורו של חוק הלוחמים הבלתי חוקיים מתמודדים עם בעיה נוספת: אי-התאמתן של הוראות חוק הלוחמים הבלתי חוקיים לחקיקה הפנימית הישראלית ואי-עמידתן במגבלות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁴ להלן נבהיר את הטעמים לקביעה זו.

94 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992, ס"ח 150.

בלתי חוקיים והמשפט המנהלי והחוקתי*

חוק הלוחמים הבלתי חוקיים מבקש לאפשר את החזקתו במעצר של מי ש"לרמטכ"ל יסוד סביר להניח כי [...] הוא לוחם בלתי חוקי וכי שחרורו יפגע בבטחון המדינה".⁹⁵ לפיכך החוק נושא אופי מניעת, הצופה פני עתיד, ולא עונשי, הגומל על מעשי העבר. במובן זה, ועקב כך גם במובנים נוספים, דומה חוק הלוחמים הבלתי חוקיים לחוק המעצרים המנהליים. חוק הלוחמים הבלתי חוקיים שואב מחוק המעצרים המנהליים את מסגרת ההסדרים המהותיים ואת אלה הנוגעים לסדרי הדין הקבועים בו, כגון מהותה של עילת המעצר, סמכותו של הגורם המוסמך להחליט על מעצר והביקורת השיפוטית על סמכות זו, דיני הראיות החולשים על הדיון במעצר ועוד. בשל כך משמש חוק המעצרים המנהליים בסיס להשוואה לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים. השוואה זו תעמוד במרכז דיונונו שלהלן.

עקב הבעיות הרבות המתגלות בהסדרי החוק ובהתאמתם למגבלות החוקתיות נעמוד על האפשרות לייתר את החוק, בייחוד משום שעילת המעצר המצויה בחוק המעצרים המנהליים יש בה כדי למנוע סכנה הנשקפת מפעילים בעלי השפעה בארגונים עוינים. נבחן גם את התאמת חוק הלוחמים הבלתי חוקיים להגבלות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבע את הזכות לחירות כזכות חוקתית מן המעלה הראשונה, שכל זכויות היסוד מושתתות עליה⁹⁶ והיא ערך הפרוש על דברי החקיקה כולם.⁹⁷ אמנם החוק מאפשר לפגוע בזכויות שהוא מעגן, אך רק בכפיפות לדרישות המינימום הקבועות בסעיף 8 ('פסקת ההגבלה') ואשר בהן חייב לעמוד כל חוק חדש היוצא מבית מדרשו של המחוקק.⁹⁸ לפי דרישות המינימום, החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד

* תודה לתמי סלע ולנסים ביטון על עזרתם בכתיבת הפרק השני.
95 סעיף 3 לחוק.

96 ראו סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעיל הערה 94), הקובע: זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין.

97 בג"ץ 2320/98 אלמעלה נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נב(3) 346.

98 ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (להלן: 'יב"ץ 6055/95 צמח').

לתכלית ראויה ואינו פוגע בזכויות המוגנות בחוק היסוד במידה העולה על הנדרש ('עקרון המידתיות').

נראה, כי שתי דרישותיה הראשונות של פסקת ההגבלה מתמלאות בנקל. חוק הלוחמים הבלתי חוקיים הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, הזכאית להגן על עצמה מפני איומים מבית ומחוץ גם במחיר פגיעה בזכויות האדם.⁹⁹ גם התכליות שלמען נוסח החוק – החזרת שבויים ונעדרים והגנה על ביטחון המדינה תוך מניעת חזרתם של אנשי כוחות אויב למעגל הלחימה – הן כמובן תכליות ראויות.¹⁰⁰ אולם בחינת סעיפי החוק מובילה למסקנה, שחלקם אינם עולים בקנה אחד עם הדרישה שהפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

דרישה זו נבדקת בשלושה מבחנים: מבחן ההתאמה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן האמצעי היחסי.¹⁰¹ משמעות מבחן ההתאמה היא התאמת האמצעי למטרה הדרושה. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שהוא המבחן החשוב מהשלושה, מבקש לאתר את האמצעי שיחולל את הפגיעה הקטנה ביותר בזכות האדם המוגנת. מבחן האמצעי היחסי בודק את התועלת שתצמח לציבור מהפעלת האמצעי לעומת הנזק שייגרם לפרט.¹⁰² יש לציין, שלעיתים ראוי לוותר במידה מועטה על התכלית הראויה כדי להימנע מפגיעה גדולה בזכות האדם המוגנת.¹⁰³ בהמשך הדברים נבדוק את הסעיפים בחוק הלוחמים הבלתי חוקיים אשר מעוררים קשיי התאמה עם המבחנים הללו; ונבהיר מדוע הם אינם עולים בקנה אחד עם עקרון המידתיות, כלומר, מדוע יש בהם משום פגיעה העולה על הנדרש בזכות לחירות.

עילת המעצר: סעיפים 3, 7

עילת המעצר הקבועה בחוק היא היותו של אדם המוחזק בידי רשויות המדינה לוחם בלתי חוקי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה. חשוב לציין כי

99 עמ"מ 10/94 פלונים (לעיל הערה 16) וכן סעיף ו(3) לחוות דעתו של עו"ד שלמה שהם (לעיל הערה 32).

100 לדבריו של השופט חשין, החזרת שבויים ונעדרים היא 'מצווה נעלה'. ראו על כך דנ"פ 7048/97 פלונים (לעיל הערה 10), עמ' 747.

101 *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 108; מצוטט בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4)221, 437 (להלן: 'ע"א 6821/93 בנק המזרחי').

102 שם.

103 עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5)322, 536 (להלן: 'עמ"מ 4/94 בן חורין') וכן סעיף ו(5.17) לחוות דעתו של עו"ד שהם (לעיל הערה 32).

הצעת החוק הייתה עילת מעצר רחבה יותר, שלפיה לא נדרש כלל שכדי להחזיק אדם במעצר יש לשקול אם שחרורו יפגע בביטחון המדינה. לפי ההצעה, די היה שהאדם מוגדר לוחם בלתי חוקי. אילו התקבלה ההצעה היה בכך ויתור למעשה על הדרישה למסוכנות אישית כתנאי למעצר. הייתה בכך פגיעה קשה בעקרון המידתיות, שכן האמצעי אינו עומד ביחס סביר להשגת התכלית הראויה, שהיא הגנה על ביטחון הציבור. אפשר להגן על הציבור במידה ראויה באמצעות סיכול פעולתם של יחידים, שמהם עצמם נשקפת סכנה לביטחון הציבור ולמדינה. לעומת זאת, מעצר יחידים שלא נשקפת מהם סכנה לביטחון הציבור, ועקב כך אין במעצרו כדי להגדיל את רמת הביטחון, הוא פגיעה העולה על הנדרש בעקרון האחריות האישית ובזכות לחירות.

נימוקים נוספים להימנעות ממעצר אנשים עקב סיבות שאינן תלויות בהם נוגעים להערכת יעילות המעצר והצלחתו. כך סביר להניח, שמעצר כזה יגביר הן את עוינות העצורים כלפי המדינה הן את איבתם של אחרים בסביבתם הקרובה (משפחותיהם, חבריהם או אנשי ארגוניהם). נקיטת אמצעים בלתי מוצדקים עלולה גם להחליש את הביטחון בצדקת המאבק בקרב אנשי הרשות המבצעת ואף את המוטיבציה להיאבק.

חוק הלוחמים הבלתי חוקיים, אשר תיקן את הצעת החוק, ביקש לתקן את הפגמים שנידונו לעיל, אולם הדבר לא נעשה באופן הראוי. צירוף המילים 'פגיעה בביטחון המדינה', המשמש עילת מעצר גם על פי חוק המעצרים המנהליים, נידון רבות בפסיקה הנוגעת לחוק זה. אכן, ביטחון המדינה כולל אינטרסים של המדינה כאורגן, ומשמעותו הלשונית, המנותקת מהקשר דיוננו, עשויה לכלול גם מצבים שבהם הסכנה לביטחון המדינה אינה נובעת מהעצור עצמו אלא מפעולתם של אחרים.¹⁰⁴ ואולם משמעותה המשפטית של הפגיעה בביטחון המדינה, העשויה להצדיק מעצר מנהלי, צומצמה בדיון הנוסף בעניינם של העצורים הלבנונים למסוכנות אישית הנובעת מן העצור, כך שאי-אפשר לעצרו כדי להבטיח אינטרסים ביטחוניים אחרים של המדינה, למשל, שחרור שבויים ישראלים מידי כוחות האויב. כאמור, השופט ברק קבע, כי איזון האינטרסים בין השמירה על ביטחון המדינה ובין השמירה על כבודו וחירותו של אדם, המתחייב מחוק המעצרים המנהליים, אינו

104 ראו דנייף 7048/97 פלוניס (לעיל הערה 10), עמ' 739.

מאפשר לעצור אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא משמש רק קלף מיקוח.¹⁰⁵
 סעיף 7 לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים קובע:

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.¹⁰⁶

חזקה זו, שלפיה מסוכנות האדם תלויה בעצם הימנותו עם ארגון עוין, מעוררת קשיים. בראש ובראשונה היא מרחיבה את משמעותו של גורם המסוכנות באופן דומה להרחבה שנעשתה בהצעת החוק, שכן היא מבקשת לזהות בין הפגיעה בביטחון המדינה ובין ההשתייכות לארגון עוין.¹⁰⁷ לכאורה יש מקום לחשש, כי מי שהיה חבר בארגון טרור יחזור לארגון וישתתף בפעולותיו. אבל אחת ההנחות החשובות ביותר של ההומניזם – תפיסה הנתונה לפרשנות משפטית – היא האפשרות של כל אדם באשר הוא להשתנות, והנחה זו אינה מתיישבת כמובן עם ההנחה 'פעם חבר, תמיד חבר'.

אפשר גם להעריך את סיכויי השתלבותו של אותו אדם בארגון – בהנחה שהארגון ממשיך בפעולות האיבה שלו נגד ישראל – באמצעות שקלול גורמים, כגון חלקו של האדם בארגון לפני שנתפס (למשל, האם היה חבר פסיבי, טבח, לוחם או מנהיג?), משך הזמן שחלף מאז נתפס האדם וכדומה. גורמים אלו משפיעים על הערכת הסיכוי לחזרת העצור לארגון ועל הערכת הסכנה הנובעת ממנו בעקבות חזרתו. כך, למשל, אף על פי שעצם השתייכותו של אדם לארגון בלתי חוקי בלי שנקט כל פעולה מסוימת כחבר בארגון עשויה כשלעצמה להיחשב עבירה,¹⁰⁸ יש בוודאי הבדל במידת הסיכון הנובעת

105 **שם**, עמ' 741. יש לשים לב להערתו של השופט חשין (**שם**, עמ' 749). לדבריו, המונח 'קלף מיקוח' מדיף 'ריח בואש': 'אדם הוא אדם, קלף הוא קלף ואדם אינו קלף'. יש לציין, שפסק הדין לא פגע בהרחבות אחרות של עילת הפגיעה בביטחון המדינה. כך, למשל, עילה זו עלולה לכלול פעולות שאינן רק סכנה פיזית, כגון פעילות בזרוע **ארגונית** של ארגון טרור. ראו עמ"מ 1/87 **פייסל חוסייני נ' מדינת ישראל**, דינים עליון נו 710.

106 סעיף 7 לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים (לעיל הערה 3).

107 ההבדל בין העילה בהצעת החוק ובין העילה שבחוק נעוץ בכך שמדובר בחזקה לא חלוטה הניתנת לסתירה, ואולם החוק עורם קשיים גם על המבקש לסתור אותה.

108 ראו תקנה 85 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. יש לשים לב גם ליישומה של התקנה בפסיקה הצבאית, המשקפת את התפיסה שהחברות בארגון אינה מותנית

מאדם שהצטרף לארגון בלי לספק לו שירותים כלשהם ובין אדם שנקט פעולות למען הארגון ובשמו. דוגמה אחרת יכולה להיות ההבחנה בין השתלבות מחדש של טבח בארגון לחזרת מנהיג אליו. ואולם ייתכן, כי לאחר שחלף זמן רב מאז כליאתו של המנהיג ובעטיים של שינויים שחלו במבנה הארגון, אף חזרת המנהיג אינה סכנה של ממש, שכן סיכוייו להשתלב מחדש בארגון בתפקיד משפיע נמוכים. באיזו מידה רחבה החזקה ורופף הקשר בינה ובין מסוכנות של ממש אפשר ללמוד מכך שהחזקה חלה לא רק על מי שהשתתף 'במישרין' בפעולות איבה נגד ישראל, אלא גם על מי שהשתתף בהן 'בעקיפין'.¹⁰⁹

הצורך להוכיח את גורם המסוכנות האישית לשם מעצרו של אדם הובע גם בפסיקת בית המשפט העליון בעניין הלבנונים, ובמובן זה היא עומדת בניגוד לחזקה המתוארת לעיל. כיצד יכולה עצם הימנותו של אדם עם ארגון מסוים – תהיינה פעולותיו של הארגון אשר תהיינה – לשמש בסיס למסקנה על מסוכנותו האישית המתמשכת של אדם זה? העותרים הלבנונים השתייכו גם הם לארגונים עוינים, והם אף הועמדו לדין בגין פעולותיהם, נשפטו וריצו את עונשיהם. ובכל זאת עצם השתייכותם לאותם ארגונים לא התפרשה כגורם הקובע את מסוכנותם. הא ראייה, כי בסופו של דבר נקבע שהם אינם מסכנים את ביטחונה של המדינה.

נוסחו של הסעיף מתיישב דווקא עם דעתו של השופט קדמי, אשר סבר שלא חטאו של העצור הוא הסיבה למעצרו אלא כוחו של המעצר למנוע פגיעה בביטחון המדינה. לפיכך די שיהעצור יקשור את עצמו בהתנהגותו לחטאו של אחר;¹¹⁰ כדי שמעצרו יידרש כדי למנוע סכנה לביטחון המדינה.

בפעילות כלשהי. ראו לדוגמה תיק ח"י 82/69 / **התובע הצבאי נ' נהלה חאפז אל בייד**, פסקי דין נבחרים של בתי המשפט הצבאיים בשטחים המחזקים (1970), עמ' 172; תיק ח"י 254/68 / **התובע הצבאי נ' אברהים עלי צובחי אל חג' עבד, שם**, עמ' 167; וכן פסקי דין מן השנים האחרונות: תיק שומרון 7976/99 **התובע הצבאי נ' עבדאללה נזאל**, פשי"מ יב 289; עדי"י איו"ש 56/00 **קוואסמה נ' התובע הצבאי**, פשי"מ יא 48. אמנם בפסק הדין בעניין קוואסמה נקבעו כמה מדדים כדי להעריך מתי אדם מפסיק את חברותו בארגון, ובהם מספר השנים שבהן הוא לא היה פעיל, מידת קרבתו הפיזית והגאוגרפית לארגון ועיקר עיסוקו בשנים שהוא היה חבר בארגון. עם זאת יש לשים לב, כי על אף שהתקבלה הטענה שהיעדר פעילות למן ההצטרפות ועד למעצר יכול לשמש חיזוק לטענה בדבר הפסקת החברות, הרי החזקה היא כי אין אדם מפסיק את חברותו בארגון רק משום שהפסיק את הפעילות בו.

109 סעיף 7 לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים (לעיל הערה 3).

110 דני"פ 7048/97 **פלוניס** (לעיל הערה 10), עמ' 756.

ואולם עמדה זו, המאפשרת את הרחבת הפגיעה בחירות העצור, לא התקבלה על דעת רוב השופטים ונותרה כדעת מיעוט ולא כהלכה מחייבת.

הבעייתיות הנוצרת מהשוואת נוסחו של סעיף 7 לחוק עם פסיקת בית המשפט העליון השתקפה גם בפסיקתו של בית המשפט המחוזי בעניין חוקתיות החוק. השופט כספי הציע לנתק את הדרישה המופיעה בסעיף 3(א), שלפיה יימצא בידי הרמטכ"ל ייסוד סביר להניח, מן החזקה הקבועה בסעיף 7. כלומר, כאשר הרמטכ"ל שוקל את הוצאת צו הכליאה וכאשר עליו להכריע אם האדם הוא לוחם בלתי חוקי ואם שחרורו יפגע בביטחון המדינה, אין הוא רשאי להתבסס על החזקה לבדה ויצריך שיהא [בידיו] יותר מאשר מסקנה המתבססת על החזקה.¹¹¹

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 בחוק המעצרים המנהליים, שבו נקבעה המסוכנות האישית כעילה למעצרו של אדם. על כן חוק זה הוא האמצעי הראוי יותר¹¹² לשלילת חירותו של אדם המסכן את ביטחון המדינה.¹¹³

ההנחה ששחרורו של מי ששייך לארגון עוין יפגע בביטחון המדינה היא חזקה ניתנת לסתירה. מלשון הסעיף ברור, כי כוונת המחוקק הייתה להטיל את נטל ההוכחה על הכלוא המבקש לסתור את החזקה. הטלת חובת ההוכחה על הכלוא היא בעייתית ביותר בהליך שבו עליו להתמודד פעמים רבות עם ראיות החסויות ממנו ומעורך דינו, אך המבססות את הוצאת הצו. נציין גם,

111 ב"ש 92690/02 שייח' עבייד (לעיל הערה 26), עמ' 10.

112 לביקורת על שאלת היותו של חוק זה אמצעי ראוי לשלילת חירותו של אדם ראו למשל אייל נון, 'מעצר מינהלי בישראל', **פלילים** ג (1992), 169; יצחק קלינגהופר, 'מעצר מניעתי מטעמי ביטחון', **משפטים** יא (1981), 286; Alan Dershowitz, 'Preventive Detention of Citizens During a National Emergency: A Comparison Between Israel and the United States,' 1 *Israel Yearbook on Human Rights* (1971), 1277; Mara Rudman and Mazen Qupti, 'The Emergency Powers (Detention) Law: Israel's Court's Have a Mission – Should They Choose to Accept it?,' 21 *Columbia Human Rights Law Review* (1990), 469; Harold Rudolph, 'The Judicial Review of Administrative Detention Orders in Israel,' *Israel Yearbook On Human Rights* (1984), 148; Shimon Shetreet, 'Contemporary Model of Emergency Detention Law: An Assessment of the Israel Law,' 14 *Israel Yearbook on Human Rights* (1984), 182.

113 ראו גם סעיף ו(5.10) לחוות דעתו של עו"ד שהם (לעיל הערה 32).

כי האמצעים העומדים לרשותו לסיפוק הוכחות הם מוגבלים ביותר בהיותו כלוא, מרוחק מארצו ומארגונו ומנותק מהם.

בית המשפט העליון הכיר בצורך להגמיש את מידת ההוכחה המוטלת על הנאשם המבקש לסתור חזקה, כאשר הנסיבות העובדתיות משפיעות על יכולתו האובייקטיבית לעשות כן.¹¹⁴ יתרה מזו, לעניין נטל ההוכחה הנוגע לביקורת התקופתית על המעצר קבעה הפסיקה כי חזקת הכשרות של מעשה המנהל – ההחלטה על המעצר, קרי, האופן שבו נהגה הרשות המנהלית (במקרה זה הרשות היא בית המשפט והמעשה הוא ההחלטה על המעצר) – חלשה יותר. משמעות הדבר הייתה, שאין להטיל את חובת ההוכחה על העציר אלא דווקא על הרשות.¹¹⁵ נראה, כי גם בחוק הלוחמים הבלתי חוקיים ראוי היה להטיל את חובת ההוכחה בדבר מסוכנותו של העציר על הרשות ולא לקבוע חזקה על הכלוא. חזקה זו עומדת בסתירה לפסיקת בית המשפט העליון, ולא זו בלבד אלא שהיא עורמת קושי אשר ספק רב אם הכלוא האמור לסתור אותה יכול להתמודד עמו.

המסקנה העולה מן הדיון היא, שחוק המעצרים המנהליים מספק עילת מעצר מצמצמת יותר שפגיעתה בחירות האדם פחותה ועל כן יש להעדיפו על פני חוק הלוחמים הבלתי חוקיים. דבר זה מאפשר אף ליתר את השימוש בחוק הלוחמים הבלתי חוקיים. בה בעת יש לסייג את העדפת חוק המעצרים המנהליים, שכן הוא דורש מצב חירום לצורך הפעלתו.¹¹⁶ מטרת הדרישה היא להגביל את השימוש בסמכות הקיצונית של המעצר ולהבטיח שהסמכות לא תנוצל לרעה ותנבע רק מן הצרכים המיוחדים המתעוררים במצב זה¹¹⁷ (למשל, דחיפות הסכנה לעומת היעדר זמן לאסוף את כל הראיות המספיקות

114 ראו דבריו של השופט מצא בע"פ 4941/90 **מדינת ישראל נ' אלוש**, המצוטטים בב"ש 92690/02 **שייח' עביד** (לעיל הערה 26), עמ' 10: 'אך ברי, שמידת ההוכחה הנדרשת עשויה להשתנות ממקרה למקרה ובקביעתה יש להתחשב, בין היתר, גם ביכולתו האובייקטיבית של הנאשם להוכיח, על רקע הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, את העובדה השלילית הנדרשת לסתירת החזקה'.

115 ראו לדוגמה מקרה שבו הועבר נטל ההוכחה על הרשות. היא נדרשה להוכיח בשלב הביקורת התקופתית שעדיין מוצדק להשאיר את העציר במעצר: בג"ץ 792/88 **מטור נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון**, פ"ד מג (3) 543, עמ' 547; בג"ץ 466/85 **אבו בקר נ' שופט בית הדין הצבאי בשכם**, פ"ד מ (3) 649, עמ' 650. כן ראו נון (לעיל הערה 112), הי"ש 129, 131.

116 סעיף 1 לחוק המעצרים המנהליים (לעיל הערה 13).

117 עמ"מ 4/94 **בן חורין** (לעיל הערה 103).

להרשעה והיעדר יכולת לחשוף ראיות בשל החשש שהחשיפה תסכל את האפשרות למנוע את הסכנה).

אך נראה, כי בנוגע למעצר חברים בארגוני טרור שאינם אזרחי המדינה יש שהמעצר עשוי להידרש גם בלא קיומו של מצב חירום. הכוונה למקרים שבהם נתפסו פעילים של ארגוני טרור גם במצב שלא הוגדר כמצב חירום. כמובן, במקרה כזה עדיף לנקוט הליכים פליליים נגד אותם גורמים. ברם אם אפשר להוכיח שמסיבות כלשהן אי-אפשר לנהל את ההליכים הפליליים – למשל, בשל הקושי להביא עדים או כאשר אין אפשרות לחשוף את הראיות נגדם, ובד בבד הסכנה הנשקפת מהם חמורה – יש לאפשר את מעצרו המנהלי גם בלא קיומו של מצב חירום.¹¹⁸ לעניין זה יש להבחין בין גורמי טרור הפועלים מחוץ למדינה (אך נתפסו בה) ובין גורמי טרור הפועלים בתוך המדינה. אשר לאחרונים, הקשיים שנמנו לעיל לעניין ניהול הליך פלילי אינם מתעוררים ולכן יש לדרוש קיום מצב חירום כדי לעצרו במעצר מנהלי.

הגורם המוסמך: סעיפים 3, 11

הסמכות לכליאת לוחם בלתי חוקי נתונה בידי הרמטכ"ל, והיא מבוצעת בהוצאת צו כליאה הכולל את פירוט הטעמים לכליאה. בידי הרמטכ"ל נתונה גם האפשרות לאצול את סמכותו לקצין בדרגת אלוף שימונה לשם כך (סעיף 11 לחוק). לפי סעיף 3(ג), ניתנת לכלוא הזדמנות לטעון את טענותיו בעניין הצו לפני קצין בדרגת סגן אלוף לפחות, שימונה בידי הרמטכ"ל. בשלב הבא הוא זכאי לכך שטענותיו תובאנה לידיעת הרמטכ"ל. לנוכח טענותיו של הכלוא הרמטכ"ל מוסמך לבטל את צו הכליאה, אם השתכנע כי אין מתקיימת עילת מעצר לפי סעיף 3(א).

חוק המעצרים המנהליים מטיל את הסמכות להוציא את 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 מנהלי. אחד השינויים

118 את העמדה הזאת דחה בית המשפט המחוזי בבייש 92690/02 שייח' עביד (לעיל הערה 26). הוא ציין, כי לאחר מיצוי ההליך הפלילי לוחם הטרור עדיין עלול לסכן את ביטחון המדינה. לדעתנו, במקרה כזה יש לשקול את האפשרות לעצרו במעצר מנהלי בהתאם למדדים שנסקרו לעיל. עם זאת, אין המעצר יכול לשמש מראש חלופה להליך הפלילי.

היה העברת הסמכות להוצאת צו מעצר מידי מפקד צבאי לשר הביטחון.¹¹⁹ בשיקולים לשינוי של הגורם המוסמך הייתה הגדלת יסוד חובת האחריות (accountability) בהוצאת צווי המעצרים המנהליים, לפחות במובן זה ששר הביטחון נתון ישירות לביקורת הכנסת ואחראי לפני ראש הממשלה. שיקול נוסף הוא שהוצאת הצווים תיעשה מנקודת ראות אזרחית, שהיא מקיפה ורחבה יותר, ולא מנקודת ראות צבאית, שמטבעה היא צרה יותר. זאת ועוד, ההצעות שעלו בכנסת ביקשו לקבוע חובת היוועצות ביועץ המשפטי לממשלה¹²⁰ או לתת את סמכות הוצאת הצווים בידי שרים.¹²¹

ברור, שחלק מן השיקולים שהנחו את המחוקק בעניין חוק המעצרים המנהליים רלוונטיים גם לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים. ראוי, שגם הסמכות לכליאתם של אלה תהיה נתונה בידי גורם ממשלתי הנתון ישירות לביקורת הכנסת – למשל, שר הביטחון. עם זאת, לא מן הנמנע לקבוע חובת היוועצות של שר הביטחון ברמטכ"ל, שכן בידיו של הרמטכ"ל מצוי המידע הרלוונטי לביסוס עילת מעצר. בד בבד ראוי לקבוע גם חובת היוועצות ביועץ המשפטי לממשלה או בפרקליט הצבאי הראשי, שכן ברור כי עצם הכליאה מערב עניינים הקשורים בזכויות אדם ובשלטון החוק, אשר עליהם הם מופקדים. הדבר עשוי לאזן את נטייתו של שר הביטחון לסמוך בלא ערעור על חוות הדעת שנותנים לו הגורמים הביטחוניים ובהם הרמטכ"ל.¹²²

מנגנון פיקוח אחר, בעל היגיון דומה, שגם הוא מבקש להוציא את הסמכות הבלעדית מידי הרמטכ"ל ולהעבירה לידי גורמים בעלי נקודות מבט אחרות – חוקתיות ומבצעיות – הציע דינשטיין לוועדת החוץ והביטחון.¹²³ על פי הצעתו, יש למסור לפרקליט הצבאי הראשי את הסמכות להחליט על קיומו של יסוד סביר להניח שהאדם המצוי בידי כוחות הביטחון הוא לוחם בלתי חוקי. לאחר מכן יביא הפרקליט את השאלה להכרעת ועדה

119 בידי הרמטכ"ל נותרה רק סמכות מצומצמת לעצור למשך 48 שעות ובלא אפשרות הארכה.

120 ד"כ 85 (תשלי"ט) 1737, ח"כ מרדכי וירשובסקי וח"כ שולמית אלוני, 1740; ד"כ 83 (תשלי"ח) 3958.

121 ד"כ 85 (תשלי"ט) 1741, ח"כ מאיר פעיל; ד"כ 83 (תשלי"ח) 3957.

122 מתן הסמכות בידי כמה שרים אינה נראית כהצעה רלוונטית, משום שחוק זה, שלא כמו המעצרים המנהליים, עוסק במניעת פגיעה בביטחון המדינה בלבד – נושא המופקד בידי שר הביטחון.

123 הצעותיו של דינשטיין מופיעות בחוות דעתה של עו"ד פרנקל-שור. לעניין זה ראו לעיל הערה 33, עמ' 15, סעיף 53.

בת שלושה קצינים בדרגת אלוף משנה ובראשם שופט צבאי בדימוס, שתמונה בידי שר הביטחון והחלטותיה תתקבלנה ברוב קולות.¹²⁴ ראוי היה, שהשימוע יתקיים לפני ועדה כזאת ולא לפני קצין בדרגת סגן אלוף.

זמן המעצר עד ההבאה לפני שופט: סעיפים 3, 5

סעיף 5 לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים קובע, שאפשר לעצור לוחם בלתי חוקי בטרם הבאתו לפני שופט למשך 14 ימים ממתן צו הכליאה. בהצעת החוק עמד זמן המעצר על 21 יום.¹²⁵ סעיף 3(ג) לחוק מבקש לאזן את הפגיעה בחירות החשוד עם זכותו לחירות באמצעות קביעת מנגנון המורה על הבאת הצו לידיעת הכלוא בהקדם האפשרי ומאפשר לו לטעון את טענותיו לפני קצין בדרגת סגן אלוף לפחות, שימנה הרמטכ"ל.¹²⁶ הרמטכ"ל אף מוסמך לשחרר את הכלוא לאחר שעיון בטענותיו, אם מצא כי אין מתקיימים התנאים המאפשרים את כליאתו.

החוק אימץ מנגנון המצוי בסעיף 125 לחוק העונשין,¹²⁷ ועל פיו מוענקת לקצין משטרה בכיר סמכות לעצור אדם החשוד בעבירות בגידה או ריגול למשך 15 ימים בטרם יובא לפני שופט. ואולם חוק העונשין נחקק טרם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין הוא מחויב לעמוד במגבלותיו.¹²⁸ לא כך הם פני הדברים באשר לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים. קשה להשתכנע,

124 ש.ס.

125 סעיף 5(א) להצעת החוק (לעיל הערה 4).

126 מנגנון דומה מצוי בסעיף 125(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, שעניינו מעצר אדם החשוד בעבירות בגידה או ריגול. סעיף זה קובע, כי קצין המשטרה הבכיר ישמע את טענות העצור לפני מתן צו המעצר או בתוך 48 שעות מעת נתינתו.

127 ש.ס.

128 סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף שימור הדינים), קובע, כי אין לפגוע בתוקפו של כל דין שהיה קיים ערב החלתו של חוק היסוד. עם זאת, על פי פסיקת בית המשפט העליון יש לפרש את הוראות החקיקה המוקדמת לחוק היסוד ברוח חוק היסוד (ראו דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פסק דינו של הנשיא ברק). מעניין לציין, כי סעיף 125 לחוק העונשין תוקן בשנת 1996 (ס"ח 1592) באופן טכני כך שישקף את השינוי שחל בו (חוק סדר הדין הפלילי [סמכויות אכיפה-מעצרים], תשנ"ו-1996, החליף את פקודת סדר הדין הפלילי [מעצר וחפישה], תשכ"ט-1969). אף שהתיקון נעשה לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נשקל תיקון מהותי של הסמכות לעצור אדם ל-15 ימים בטרם יובא לפני שופט. תיקון זה היה אמור לשקף את מגבלות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שסמכות כליאה כה נרחבת בטרם הבאה לפני שופט עומדת בעקרון המידתיות הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²⁹ ראוי היה אפוא לקצר בהרבה את התקופה עד להבאה לפני שופט באמצעות קביעת מועד לקיום הליך הטיעון לפני הקצין שממנה הרמטכ"ל¹³⁰ – עד 48 שעות לאחר הכליאה – ומיד לאחר מכן להביא את הכלוא לפני בית המשפט. אפשר להותיר בידי בית המשפט את ההחלטה לדחות את הדיון בימים נוספים, במקרה מסוים לנוכח נסיבותיו, ובלבד שהדחייה לא תעלה על ימים אחדים.¹³¹

ביקורת שיפוטית: סעיפים 3, 5

לפי סעיף 5 לחוק, נתונה סמכות הביקורת השיפוטית על החלטת הרמטכ"ל בידי שופט בית המשפט המחוזי. החלטה זו ניתנת לערעור לפני בית המשפט העליון בתוך 30 יום. בסעיף 3 כלולה דרישה שלרמטכ"ל יהיה יסוד סביר להניח את קיומה של עילת המעצר. לנוכח דרישה זו ברי, כי מבחן שיקול הדעת של הרמטכ"ל הוא מבחן אובייקטיבי – היינו, בחינת סבירותה של החלטתו. בהמשך לכך מתעוררת השאלה בדבר היקף הביקורת השיפוטית הגלומה בהוראת סעיף 5(א), שלפיה על שופט בית המשפט המחוזי למצוא אם מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3(א) כדי לשקול את ביטול צו הכליאה.

מלשון ההוראה עולה בבירור, שסמכות הביקורת של בית המשפט תקפה באשר לקיום התנאים המצדיקים מעצר. לעומת זאת, בהצעת החוק ניתנה בידי נשיא בית המשפט המחוזי¹³² אך ורק הסמכות להכריע בשאלה, אם

129 ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 **צמח** (לעיל הערה 98), עמ' 265. שם נאמר, כי בכל מעצר יש להביא את העציר בדחיפות לבית המשפט ולא יאוחר מ-24 שעות. יש לנהוג כך אף על פי שבית המשפט מוכן היה להניח, כי מבחן המידתיות אינו אחיד וכי הוא תלוי במהותו ובאופיו של השירות.

130 ההצעה לשקול קביעת מועד להליך הטיעון הופיעה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בב"ש 92690/02 **שייח' עביד** (לעיל הערה 26), עמ' 20.

131 ראו גם את הצעתה של עו"ד פרנקל-שור (לעיל הערה 33), סעיף 65 לחוות דעתה. נאמר שם, כי יש להביא את העציר לפני בית המשפט במהירות הראויה לפי צורכי המערכת.

132 כוונתה של הצעת החוק הייתה להותיר את סמכות הדיון בצווי הכליאה בידי נשיא בית המשפט המחוזי (ראו סעיף 4 להצעת החוק [לעיל הערה 4]). אך החוק נתן לבסוף את הסמכות בידי כל שופט של בית משפט מחוזי (ראו סעיף 5 לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים, לעיל הערה 3).

הכלוא הוא 'איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה'.¹³³ מכאן עולה, שהשופט לא הוסמך לבחון מחדש את נחיצותה של החזקתו של הכלוא במעצר. מתן הסמכות המצומצמת בהצעת החוק משתלב עם העובדה, שההצעה לא דרשה שתוכח מסוכנותו של העציר אלא רק עצם הימנותו עם ארגון עוין לישראל. השאלה שיש לברר היא, אם שינוי הנוסח בחוק ביקש לא רק להרחיב את היקף הביקורת השיפוטית, אלא גם להפכה לסמכות עצמאית שאינה מסתפקת בבחינת סבירות שיקול דעתו של הרמטכ"ל, אך תובעת שבית המשפט ישתכנע בעצמו בהתקיימותם של התנאים המנויים בסעיף 3(א) לחוק.¹³⁴

תמיכה בהעמקת הביקורת השיפוטית אפשר למצוא בהיעדר הוראה המצויה בחוק המעצרים המנהליים, שלפיה ישנם מצבים שבהם השופט חייב לבטל את צו המעצר: כאשר הצו ניתן בחוסר תום לב, למטרה זרה או משיקולים לא ענייניים.¹³⁵ הוראה זו בחוק המעצרים המנהליים הייתה הבסיס למחלוקת פרשנית בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית. היו שגרסו, כי הסעיף מורה על הגבלת הביקורת לבחינת חוקיות ההחלטה ולבחינת השאלה אם היא נתקבלה בתום לב ומשיקולים ענייניים.¹³⁶ אחרים סברו, שכוונת הסעיף היא להעניק לבית המשפט סמכות ביקורת עצמאית שמטרתה להעמיד במבחן את שיקול דעתו של שר הביטחון ולבדוק אם היה מקום להוצאת הצו.¹³⁷ משמעות המחלוקת לענייננו היא, שאם אפשר לקרוא סמכות ביקורת

133 כאמור לעיל, המונח 'לוחם בלתי חוקי' הוא שנקבע בסופו של דבר בחוק, והוא החליף את המונח 'איש כוח אויב שאינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה' המוזכר בהצעת החוק.

134 מבחן הסבירות נהוג בדרך כלל כאשר בוחנים את פעולתה של הרשות המנהלית (ראו למשל בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה[1] 421; בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז[2] 229, עמ' 873), אך מסיבות שיפורטו בהמשך הדין, אינו מתאים לבחינת שיקול דעתו של הרמטכ"ל לעניין הוצאת צו כליאה.

135 סעיף 4(ג) לחוק המעצרים המנהליים (לעיל הערה 13).

136 ראו עמדת השופט כהן בעמ"מ 2/80 **בן יוסף נ' שר הביטחון**, פ"ד לה(3) 474. עם זאת יצוין, כי בעמ"מ 1/80 **כהנא נ' שר הביטחון**, פ"ד לה(2) 253, בחן השופט כהן בפועל אם הטלת המעצר הייתה מחויבת הנסיבות לפי שיקול דעתו.

137 Rudman and Qupti (לעיל הערה 112), עמ' 497. ראו גם תמיכה בפסקי הדין האלה: עמ"מ 2/86, **פלוגי נ' שר הביטחון**, פ"ד מא(2) 508 פסקה 6 (השופט בייסקי); בש"פ 3514/97, **פלוגי נ' מדינת ישראל**, דינים עליון נב 382 פסקה 7 (השופטת שטרסברג-כהן); עמ"מ 6/96, **פלוגי נ' מדינת ישראל**, תקדין-עליון 96(2) 82 (להלן: יעמ"מ 6/96 **פלוגי**).

שיפוטית מרחיבה ועצמאית אל תוך חוק המעצרים המנהליים, המבקש לכאורה לצמצמה, קל וחומר שאפשר להחילה על מצב שבו מלכתחילה לא נקבעו תנאים מצמצמים מסוגם של אלה המנויים בסעיף 4 לחוק המעצרים המנהליים.

חשיבות עצמאותה של הביקורת השיפוטית נעוצה בגורמים מספר. הלכה ידועה היא, שבית המשפט העליון ביקש לצמצם את מידת התערבותו בשיקול דעתה של הרשות המנהלית ולהגבילה לבחינת סבירות ההחלטה.¹³⁸ אם כך, ראוי היה לכאורה לומר שגם את שיקול דעתו של הרמטכ"ל יש לבחון על פי אמות מידה אלו. ואולם כמה גורמים מבחינים בין החלטת הרמטכ"ל לעניין כליאה על פי חוק הלוחמים הבלתי חוקיים ובין החלטתה של רשות מנהלית אחרת, ובכללה הצבא או הרמטכ"ל, בעניינים אחרים.

ראשית, מדובר בהחלטה שלה השלכה קשה ביותר על הגבלת החירות. הדבר נכון בעיקר משום שחוק הלוחמים הבלתי חוקיים מאפשר לכלוא אדם לפרק זמן כמעט בלתי מוגבל (יכל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל).¹³⁹ דבר זה מחייב בחינה מעמיקה שתיעשה בידי רשות שיפוטית עצמאית. בהיעדר בחינה כזאת מתקיים חוסר מידתיות בין פגיעת האמצעי בחירות האדם ובין השגת התכלית והתועלת לציבור.¹⁴⁰ שנית, טבעי שהרמטכ"ל, מכוח מטרת הסמכות שהופקדה בידיו, יראה בראש מעייניו את ביטחון המדינה. נקודת מבט זו עשויה שלא להעניק את המשקל הראוי לחירות העצור. מבחינה זו בית המשפט נמצא בעמדה עדיפה,

138 ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, עמ' 438-439: 'לעתים קיימות מספר אפשרויות סבירות, אשר כולן מקיימות את המבחן האמור. נוצר מיתחם של סבירות, אשר בו לא יתערב בית המשפט'. עם זאת, בהחלטות הנוגעות לאיזון בין זכויות אדם שלהן מעמד על-חוקי, כגון חופש הביטוי או חירות האדם, ובין ערכים מתחרים, כגון ביטחון המדינה או שמירת הסדר הציבורי, צמצם בית המשפט את מתחם הסבירות ודרש שהרשות תצביע על ודאות קרובה לפגיעה בערכים המתחרים. להחלטות נוספות בעניין מתחם הסבירות ראו בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421; בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, עמ' 873.

139 ראו החזקה לעניין מסוכנות הכלוא בסעיף 7 לחוק וכן תעודת שר הביטחון, המשמשת ראיה להמשך קיומו של מצב איבה בין ישראל לכוח המבצע פעולות איבה, בסעיף 8 לחוק.

140 כאמור לעיל, גם רשויות מנהליות אחרות נדרשות להחלטות הנוגעות להגבלת החירות. על כן צמצם בית המשפט העליון את מתחם הסבירות הנוגע להחלטת הרשות בעניינים אלו.

בעלת השקפה מאוזנת יותר, המעניקה משקל ראוי הן לביטחון המדינה הן לזכות לחירות.

שלישית, אפשר לראות בחוק איזון בין סמכות הביקורת השיפוטית ובין חיזוק כוחה של הרשות המבצעת באמצעות החזקות שנקבעו בחוק. חזקות אלו, בלא סמכות ביקורת עצמאית, עושות מהביקורת השיפוטית ביקורת למראית עין בלבד – 'פסדה' של ביקורת שיפוטית, שאין מאחוריה יעילות של ביקורת אמתית. האמת ניתנת להיאמר שגם כאשר הביקורת השיפוטית נתפסת כעצמאית, החזקות מונעות, בלא הצדקה, ביקורת מלאה ויעילה. ואולם אם הביקורת השיפוטית מצטמצמת רק לבחינת סבירותו של שיקול הדעת על בסיס החזקות המשפטיות שבחוק, היא מאבדת את משמעותה ואת ערכה.

עיון חוזר: סעיף 5

סעיף 5(ג) קובע את סמכות בית המשפט המחוזי לעיון חוזר בענייניו של הכלוא ואם מתקיימים התנאים לכליאתו או שינשם טעמים חדשים לשחרורו. העיון החוזר יתקיים אחת לשישה חודשים.¹⁴¹ לעצור נתונה גם זכות הערעור לפני בית המשפט העליון. לדעתנו, ראוי היה לקבל את הצעתה של עו"ד מרים פרנקל-שור ולהרחיב את הרכב הערעור בבית המשפט העליון על החלטתו של שופט בית המשפט המחוזי בעיון החוזר להרכב של שלושה שופטים בשל החמרות והקשיים שהכלוא עומד לפניהם בכל שלביה של הכליאה.¹⁴²

כמו בבחינת היקפה של הביקורת השיפוטית מתעוררת גם בעניין זה השאלה איזו בדיקה עושה בית המשפט לצו. האם על הרמטכ"ל לשכנע את

141 לפי סעיף (ד), אפשר לערער על החלטת בית המשפט המחוזי לפני בית המשפט העליון. על פי סעיפים 6, 7 להצעת החוק (לעיל הערה 4), ניתנה סמכות העיון התקופתי בידי הרמטכ"ל ביחד עם ועדה מיעצת שכללה שופט בדימוס, קצין (מיל') בצה"ל בדרגת תא"ל לפחות ורופא. כן ניתנה לכלוא זכות ערעור לפני נשיא בית המשפט המחוזי ולאחריה זכות ערעור לפני בית המשפט העליון. כאמור, על פי הצעה גם החלטה שלא לשחרר את העצור ניתנה לערעור לפני בית המשפט העליון. יש לשים לב, כי בסעיף 43 לאמנת גינבה הרביעית ניתנה הסמכות לעיון חוזר בידי בית משפט או בידי ועדה אדמיניסטרטיבית, ולפניהם יש להביא את העציר בהקדם האפשרי.

142 סעיף 66 לחוות דעתה של עו"ד פרנקל-שור (לעיל הערה 33).

בית המשפט שעדיין קיימים טעמים המצדיקים את הכליאה? האם על הכלוא להראות שחל שינוי בנסיבות המצדיק את שחרורו? הנימוקים שהזכרנו בעניין נטל הוכחתה של עילת המעצר חלים גם כאן, וביתר שאת. ברי, כי במקום שבו מצוי רוב המידע בידי הרשות וכאשר דיני הראיות מאפשרים להסתירן מהכלוא, ראוי להטיל את עיקר הנטל על הרשות, ומכאן שיש לדרוש שהרמטכ"ל ייווכח לדעת כי הטעמים להצדקת הכליאה לא השתנו. עם זאת, נטל ההוכחה והשכנוע יהיה על הכלוא לעניין הטעמים האישיים המיוחדים המצדיקים את שחרורו, למשל, כשחלה הרעה במצבו הבריאותי או כשחל שינוי בתפיסתו העוינת כלפי המדינה. מידת השכנוע הנדרשת צריכה להיות כזאת הנדרשת בכל הליך אזרחי: עמידה במאזן הסתברויות, כלומר, שהנטען מסתבר אפילו במעט יותר מהיפוכו (לפחות ב-51 אחוזים).

ראיות ודיני ראיות: סעיפים 5, 8

הסעיפים הקובעים את דרכי הבאתן של הראיות לפני בית המשפט פוגעים קשות בזכות הכלוא למשפט הוגן. כמו חוק המעצרים המנהליים, גם סעיף 5(ה) לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים מאפשר שימוש בראיות חסויות,¹⁴³ שהוא פעולה הפוגעת פגיעה של ממש ביכולת הכלוא להפריך את הטענות המועלות נגדו.

שר הביטחון קובע אם כוח מסוים מבצע פעולות איבה נגד ישראל או אם טרם תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל. קביעתו זו, המופיעה בתעודה, תשמש לפי סעיף 8 בחוק הוכחה בכל דיון משפטי, אלא אם כן יוכח ההפך. במילים אחרות, החוק מטיל על העצור את הנטל לסתור

143 השוו את סעיף 5(5) לחוק הלוחמים הבלתי חוקיים (לעיל הערה 3) עם סעיף 6(ג) לחוק המעצרים המנהליים (לעיל הערה 13). הדיון בשימוש בראיות חסויות חורג מהיקפו של נייר עמדה זה. פרקטיקה זו נידונה בספרות ובפסיקה הנוגעות לחוק המעצרים המנהליים. ראו למשל קובי אשכנזי, 'חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) כמודל לרפורמה בתקנות ההגנה', **משפט וצבא** 11-12 (תשנ"ב), 121, 133 ואילך; רות גביון ומירי גור אריה, 'מעצר מינהלי, זכויות האזרח 3 (1982), 7; נון (לעיל הערה 112), עמ' 172 ואילך; Rudman and Qupti (לעיל הערה 112), עמ' 489 ואילך. ראו גם פסיקת בית המשפט העליון: עמ"מ 2/94 **בן-יוסף נ' שר הביטחון**, דינים עליון 34, 736 (להלן: 'עמ"מ 2/94 **בן-יוסף**'); עמ"מ 2/96 **מדינת ישראל נ' פרימן**, דינים עליון 42, 133; בג"ץ 253/88 **סג'דיה נ' שר הביטחון**, פ"ד (3)42 (3)801; ב"ש 834/84 **ליבני נ' מדינת ישראל**, פ"ד (3)38 (3)729.

את קביעת שר הביטחון 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 העניין (כפי שקובע סעיף 4[ג] לחוק המעצרים המנהליים).¹⁴⁴ ראוי לאמץ גישה זו גם בעניין חוק הלוחמים הבלתי חוקיים ולדרוש, שהרשות המבצעת תוכיח את טענותיה לפני גורם שיפוטי, ולו גם באמצעות ראיות חסויות.

בסעיף 10 של החוק נאמר, שקביעתו של שר הביטחון תשמש ראיה **מכרעת** (ההדגשה שלנו). מכאן נובע, שקביעת החוק באשר למעמדה של תעודת שר הביטחון מקלה לעומת הצעת החוק. ואולם בעוד החוק מטיל על הכלוא לסתור את הראיות המובאות בתעודה, אין הוא דורש שבית המשפט יתחקה על ההליכים שהובילו לחתימתה. במצב לא שקול זה מן הראוי היה לדרוש מן המדינה להביא ראיה – שלעצור אין דרך להגיע אליה – לתהליכים שהביאו לחתימת התעודה: כיצד הוצג החומר לפני שר הביטחון ומה היה טיבו, נסיבות החתימה וכיוצא באלה.¹⁴⁵

הליכים פליליים: סעיף 9

סעיף 9 לחוק מאפשר נקיטת הליכים פליליים נגד הלוחמים הבלתי חוקיים בלי לייתר את סמכות כליאתם על פי עילת המעצר המצויה בסעיף 3. הוראה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי ועם המגמה המאפיינת את השימוש במעצרים מנהליים.

כאמור, על פי המשפט הבין-לאומי אפשר לנקוט הליכים פליליים נגד שבויי מלחמה בגין מעשים בלתי חוקיים שעשו, ובו בזמן להחזיק בהם כשבויים ולספק להם את ההגנה המגיעה להם מפני הדין הפלילי בכל הנוגע

144 עמ"מ 2/94 **בן-יוסף** (לעיל הערה 144) פסקה 4, המצוטט בהסכמה במ"מ 3/94 (י-י) **מדינת ישראל נ' זגיר**, דינים מחוזי כו(2) 596.

145 דרישה כזאת הובעה בדיונים בעניין מעצר מנהלי בשטחים. ראו למשל עמ"מ 7/88 **פלוגי נ' שר הביטחון**, פ"ד מב (3) 133 פסקה 4.

לפעולות הלחימה החוקיות שביצעו. לפיכך אילו הכירה ישראל בכלואים על פי החוק כלוחמים חוקיים, היא הייתה יכולה להעמידם לדין בגין המעשים הבלתי חוקיים שעשו. דא עקא, שהיעדר הבחנה בין מעשיהם החוקיים של הלוחמים, המאפשרים להחזיק בהם כבשבויים, ובין מעשיהם הבלתי חוקיים, שבגינם אפשר לשפוט אותם, יוצר מצב בעייתי ולא ברור מבחינת המשפט הבין-לאומי. יתר על כן, השתייכותם לארגון עוין משמשת הן בסיס לכליאתם בלא משפט הן בסיס להענשתם לאחר הרשעה בדין.

על פי חוק המעצרים המנהליים, אין מניעה לשפוט אדם, וגם לאחר שריצה את עונו אפשר להמשיך ולהחזיק בו במעצר מנהלי, אם מתקיימת עילה למעצרו. אבל בית המשפט קבע שמצב עניינים הפוך אינו קביל, ולפיכך אין להפעיל מעצר מנהלי בשל אותה עילה שהביאה למעצר לפי סדר הדין הפלילי.¹⁴⁶ הדברים הללו משתלבים עם המגמה להשתמש במעצר המנהלי כאמצעי אחרון, בהיותו אמצעי הפוגע קשות בזכויות אדם ואזרח,¹⁴⁷ ובשילוב עם מבחן המידתיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגורס שיש לנקוט את האמצעי שפגיעתו פחותה. ברור, שגישה זו צריכה לחול גם על מי שמוגדרים בחוק לוחמים בלתי חוקיים ושאפשר לכלאם לתקופות ארוכות מאוד אגב הגבלה חמורה של זכויותיהם למשפט הוגן.

לפיכך, ובהנחה שישראל אינה מעוניינת להתייחס ללוחמים הכלואים כאל שבויי מלחמה, ראוי לקבוע שאם ישנן ראיות נגד הלוחמים העשויות לשמש נגדם במשפט פלילי, אין לכלוא אותם בצו על פי חוק הלוחמים הבלתי חוקיים אלא לעצורם על פי הוראות סדר הדין הפלילי, הפוגעות בדרך כלל פגיעה פחותה בזכויותיו של הנאשם. רק לאחר מיצוי ההליכים הפליליים נגדם יהיה אפשר להחזיק בהם ככלואים על פי חוק, אם קיימת נגדם עילת כליאה. לחלופין – אם תתקבל ההצעה לייתר את החוק – אפשר יהיה, לאחר נקיטת הליכים פליליים, לבחון את ההצדקה להחזיק בהם כעצורים על פי חוק המעצרים המנהליים.

146 ראו ב"ש 648/82 **לרנר נ' מדינת ישראל**. שם נאמר, כי מיד עם המעצר ועד תום ההליכים יש לבטל את צו המעצר המנהלי.

147 ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: הנחיה מספר 21/927 משפט מינהלי וקונסטיטוציוני, מעצרים מינהליים לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 (15.12.1982); הצעת חוק המעצרים המנהליים, ה"ח תשל"ח, 293, 295; וכך ד"כ 83 (תשל"ח) 3955, שר המשפטים, שמואל תמיר.

ביטול היעדר תחולתו של החוק על תושבי ישראל והאזור

הצעת החוק ביקשה להימנע מלהחיל את החוק על תושבי ישראל, תושבי האזור ותושבי השטחים של המועצה הפלסטינית, אלא אם כן השתתפו בפעולות איבה נגד מדינת ישראל **מחוץ לשטח ישראל, האזור ושטחי המועצה הפלסטינית**.¹⁴⁸ הוראה זו אינה מופיעה בנוסחו הסופי של החוק, ודומה כי מטרת ההשמטה הייתה לאפשר את כליאתם של לוחמים פלסטינים על פי חוק. כאמור, החוק אושר בכנסת בעיצומה של אנתרופאדת אל-אקצה, ולא מן הנמנע כי מנסחיו צפו מצבים שבהם תשבה מדינת ישראל לוחמים פלסטינים ותבקש לנהוג בהם כבלוחמים בלתי חוקיים שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. ואולם נראה כי אין כל צורך ממשי בכך, שכן ברוב המקרים של המקרים אפשר להשתמש בחוק העונשין, להעמיד לדין פלילי את החשודים ואף להשית עליהם עונשים כבדים אם יורשעו.¹⁴⁹ נוסף על כך קיים גם האפיק של מעצר מנהלי למקרים מתאימים. נראה אפוא, שראוי היה לכלול בחוק את סעיף היעדר התחולה על תושבי האזור, כאמור בהצעת החוק.¹⁵⁰

הדברים אמורים ביתר שאת לנוכח הימנעותו של המחוקק מהקביעה שאין להחיל את החוק על תושבי ישראל. משמעות הדבר היא פגיעה קשה ביותר בדמוקרטיה הישראלית ובזכויות האזרח המוגנות, שכן המסקנה היא כי גם תושב המדינה עלול להיות מוכרז לוחם בלתי חוקי המשתף פעולה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל ולהיכלא על פי חוק בהיעדר משפט. זוהי כמובן דרך פעולה בלתי חוקתית בעליל, ויש להניח שרשויות המדינה תימנענה מנקיטתה. אשר על כן ראוי היה להימנע אף מהפרצה המאפשרת לכאורה את יישומה.

148 סעיף 11 להצעת החוק (לעיל הערה 4).

149 כך אכן נעשה בעניינו של מרואן ברגותי, ראש התנזים בגדה המערבית, אשר הועמד לדין בבית המשפט המחוזי בתל אביב, הורשע בחמישה מעשי רצח בכוונה תחילה בשלושה פיגועים ונגזרו עליו חמישה מאסרי עולם מצטברים וארבעים שנות מאסר. ראו תפ"ח 1158/02, **מדינת ישראל נגד מרואן בן חטיב ברגותי**, תק-מח 2004(2), 3430.

150 זו הייתה גם הצעתו של רובי סייבל, והיא מצוטטת בה"ש 36 לחוות דעתה של עו"ד פרנקל-שור (לעיל הערה 33). סייבל גרס, כי 'ספק רב אם יש לישראל עניין לכנות מעתה ישראלי או אזרח זר החשוד בעבירות מהסוג הנדון, שעד עכשיו נחשב בעינינו כעבריין פלילי, כלוחם בלתי חוקי'.

המסקנה המעשית העולה היא, שיש ליתר את חוק הלוחמים הבלתי חוקיים. הסיבה העיקרית היא, שוויתור על החוק אינו מעמיד את ישראל חסרת אונים מול מחבלים המסכנים את ביטחון המדינה, שכן חוק המעצרים המנהליים, שפגיעתו בחירות האדם פחותה, מספק הגנה מפני סכנות אלו. עניין זה, בצירוף הפגמים שהצבענו עליהם בהסדרי החוק ואי-התאמתם של ההסדרים למגבלות החוקתיות של הדין הישראלי, מחזק את מסקנתנו.

סיכום ומסקנות

ההנחה שעמדה בבסיס נייר עמדה זה היא שבעת הקרב החוק לא יידום (בפרפרזה על האמרה 'inter arma silent leges'). לשון אחר, גם בעת עימות מזוין יש לעמוד במגבלות החוק. על כן ניסינו לבחון אם השימוש בחוק הלוחמים הבלתי חוקיים כאמצעי משפטי למאבק בטרור עומד במגבלות הדין המקומי והבין-לאומי. מסקנתנו היא, שהחוק אינו מתיישב עם מגבלות חקיקת היסוד בישראל, המבקשת להבטיח פגיעה מזערית בחירות האדם. הוא גם אינו עולה בקנה אחד עם מוסכמות המשפט הבין-לאומי. בעקבות זאת הצענו דרכים להתאימו לדרישות הללו.

המשפט הבין-לאומי מבחין בבירור בין לוחמים לאזרחים. אנו הראינו שהמונח 'לוחם בלתי חוקי' מטשטש אותה. כדאי לציין, שעצם הדיון במונח 'לוחם בלתי חוקי' הוא בעייתי במצב שבו המשפט הבין-לאומי עדיין לא הגדיר את המונחים 'מלחמה בלתי חוקית' ו'יתוקפנות'.¹⁵¹ נראה, שלא ראוי לעסוק במעמד החוקי של הלוחמים בטרם הוגדר מעמדה החוקי של המלחמה שהם משתתפים בה.¹⁵²

במסגרת נייר העמדה ציינו, שניסיון להתאים את החקיקה הישראלית למשפט הבין-לאומי יחייב את ישראל לבחור באחת משתי ההגדרות לכלואים לפי חוק הלוחמים הבלתי חוקיים: הראשונה, לוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה; השנייה, אזרחים מוגנים אשר סייעו לפעולות ריגול וחבלה ואשר אפשר להעמידם לדין על כך.

בדיוננו הצבענו על הבעיות הכרוכות בכל אחת מן ההגדרות הללו. ההגדרה הראשונה מעוררת שלוש בעיות:

א. לא כל האנשים שיש לכלוא לפי החוק הם לוחמים שראוי לראות בהם מטרה חוקית. חלקם מסייעים לפעילות הארגונים הלוחמים, אך אינם עומדים באמות המידה המגדירות לוחם.

151 פשע התוקפנות, אשר אמור להיות אחד מן הפשעים המוגדרים בחוקת בית הדין הבין-לאומי הפלילי, עדיין לא הוגדר באמנת בית הדין. ראו *Rome Statute of the International Criminal Court*, UN Doc.A/CONF/183/9, article 8(b)(xi), article 5. לכאורה עלול להיווצר מצב שבו לוחם המוגדר 'חוקי' משתתף במלחמה שאינה מוצדקת, אך אינו נושא בכל אחריות בשל כך.

152 ראו לעניין זה גם את דיוננו בקושי להכיר בארגונים שמלחמתם אינה יכולה להיחשב לכאורה למלחמה 'צודקת' (משום ששמו להם למטרה להשמיד ישות כלשהי), כארגונים לוחמים הזכאים להגנה על עצם פעולת הלחימה.

ב. הגדרת פעילי הארגונים במונח 'לוחמים' מחייבת הכרה בארגוני הטרור במצב שבו חלק מהארגונים שמו להם מטרה להשמיד את מדינת ישראל ואינם לוחמים רק לשחרור מעול הכיבוש.

ג. ההכרה בארגונים גוררת גם את הפיכתם לשותפים מקובלים למשא ומתן בתנאים שבהם לא ברור אם גישת ארגוני המחבלים לגורל אנשיהם זהה לגישתן של מדינות. ההגדרה השנייה אינה מאפשרת להחזיק בכלואים לאחר שסיימו לרצות את עוונם בלי שייחשבו לבני ערובה. מצב כזה עלול להותיר את ישראל חסרת אונים לנוכח חזרת הפעילים לארגוניהם.

הפתרון שהוצע כדי ליישב את הבעיות הללו הוא ייתור חוק הלוחמים הבלתי חוקיים ושימוש בחוק המעצרים המנהליים תחתיו. לחוק זה, על אף הבעיות הכרוכות בו,¹⁵³ שני יתרונות: בראש ובראשונה הוא מאפשר להימנע מהגדרה כזאת או אחרת של חברי ארגוני הטרור, ובכך הוא מתמודד עם הקשיים ליישב 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 בלתי חוקית של בני ערובה, הרי העילה היחידה למעצרים נותרת הסכנה לפגיעה בביטחון 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. החוק קובע אמת מידה מצמצמת יותר להערכת מסוכנותו של אדם בדרשו הוכחת מסוכנות אישית. עם זאת, הוא דורש את קיומו של מצב חירום לצורך הפעלתו.¹⁵⁴ אשר למעצר חברים בארגוני טרור, ישנם מקרים שבהם המעצר עשוי להידרש גם בלא קיומו של מצב כזה. הכוונה למצבים שבהם נתפסו פעילים של ארגוני טרור במדינה גם כאשר המצב בה אינו מוגדר מצב חירום. כמובן, במקרים כאלה עדיף לנקוט הליכים פליליים נגד אותם גורמים. אולם אם אפשר להוכיח כי מסיבות כלשהן אי-אפשר לקיים את ההליכים הפליליים – למשל, בשל הקושי להביא עדים – או אי-אפשר לחשוף את הראיות נגד העצורים ובה בעת הסכנה הנשקפת מהם חמורה, יש לאפשר את מעצרים המנהלי גם בלא קיום מצב חירום. לעניין זה יש להבחין בין גורמי טרור הפועלים מחוץ למדינה (אך נתפסו בה) ובין גורמי טרור הפועלים בתוך המדינה. אשר

153 ראו לעיל הערה 112 והטקסט שלידה.

154 סעיף 1 לחוק המעצרים המנהליים (לעיל הערה 13).

לאחרונים, בדרך כלל הקשיים שנמנו לעיל לעניין ניהול הליך פלילי אינם קיימים ולכן יש לדרוש קיום מצב חירום כדי לעצור במעצר מנהלי. ייתור חוק הלוחמים הבלתי חוקיים נדרש גם בשל פגמים חוקתיים וחוקיים נוספים המתגלים בבחינת הסדריו המסוימים. אך בהנחה שהחוק לא יבטל, הצענו דרכים לתקן את ההסדרים הבלתי חוקתיים האלה.

א. הגורם המוסמך להוציא צו כליאה: הצענו להטיל את הסמכות לכליאה בידי גורם ממשלתי הנתון לביקורת ישירה של הכנסת, כגון שר הביטחון, במקום הפקדתה בידי הרמטכ"ל, כפי שקובע החוק. לא שללנו את חובת ההיוועצות של שר הביטחון ברמטכ"ל, שכן בידיו של הלה מצוי המידע הרלוונטי לביסוסה של עילת מעצר. בד בבד טענו, שראוי לקבוע חובת היוועצות גם ביועץ המשפטי לממשלה או בפרקליט הצבאי הראשי כדי להבטיח את האינטרסים של שלטון החוק וזכויות האדם. הצבענו על כך שהדבר עשוי לאזן את נטיית שר הביטחון לסמוך בלא ערעור על חוות הדעת שהוא מקבל מהגורמים הביטחוניים, ובהם הרמטכ"ל.

ב. ביקורת שיפוטית: הצענו לפרש את הוראת החוק כמעניקה סמכות ביקורת עצמאית לבית המשפט. משמעות ביקורת זו היא, שעל בית המשפט להשתכנע בעצמו בדבר התקיימות התנאים המנויים בסעיף 3(א) לחוק והמאפשרים את כליאתו של הלוחם. כלומר, על השופט לבחון מחדש את כל היבטי המעצר. הצענו גם לקבל את חוות דעתה של עו"ד פרנקל-שור הנוגעת להרחבת הרכב הערעור על החלטת השופט המחוזי לשלושה שופטים בבית המשפט העליון. הצעתנו נבעה מהקשיים שהכלוא צריך להתמודד עמם בכל שלביה של הכליאה.¹⁵⁵

ג. זמן המעצר עד ההבאה לפני שופט: ביקשנו לבטל את ההוראה לכלוא את החשוד ל-14 יום בטרם הבאתו לפני שופט. הצענו לקבוע תקופה קצרה בהרבה – 48 שעות – ולהותיר בידי בית המשפט את ההחלטה לדחות את הדיון בימים נוספים, במקרה מסוים לנוכח נסיבותיו, ובלבד שהדחייה לא תעלה על ימים אחדים.¹⁵⁶

ד. ראיות: דנו בכך, שההסתמכות על תעודת שר הביטחון כראיה לכך שכוח מסוים מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, או שטרם תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, היא בעייתית בנסיבות שבהן בית

155 סעיף 66 לחוות דעתה של עו"ד פרנקל-שור (לעיל הערה 33).
156 ראו גם שם, סעיף 65. לפי סעיף זה, יש להביא את העציר לפני בית המשפט במהירות הראויה ובהתחשב בצורכי המערכת.

המשפט אינו מתחקה על ההליכים שהובילו לחתימת התעודה. טענו, כי ראוי לדרוש מן המדינה להביא ראיה לתהליכים שהביאו לחתימת התעודה: כיצד הוצג החומר לפני שר הביטחון ומה היה טיבו, נסיבות החתימה וכיוצא באלה.

ה. נטל ההוכחה: גרסנו, כי הטלת חובת ההוכחה על העציר לעניין מסוכנותו בכל שלבי הדיון במעצרו – כלומר, גם בשלב הראשוני גם בשלב העיון החוזר – היא בעייתית. הסברנו זאת בכך, שמדובר בהליך שבו על הכלוא להתמודד פעמים רבות עם ראיות החסויות מפניו ומפני עורך דינו והמבססות את הוצאת הצו. על כן ביקשנו להטיל את חובת ההוכחה על הרשות ולא על הכלוא. בה בעת הצענו, שנטל ההוכחה והשכנוע יוטל על הכלוא לעניין טעמים אישיים מיוחדים המצדיקים את שחרורו ושהוא מבקש להעלותם. מידת השכנוע הנדרשת צריכה להיות אותה מידת שכנוע הנדרשת בכל הליך אזרחי, כלומר, עמידה במאזן הסתברויות.

ו. הליכים פליליים: לעניין האמצעים המשפטיים הננקטים כלפי הכלואים הצענו לקבוע מדרג אשר ישקף את הנכונות לפגוע פגיעה מועטה ככל האפשר בחירותם. על כן טענו, כי אם ישנן ראיות נגד הלוחמים העשויות לשמש נגדם במשפט פלילי, אין לכלוא אותם בצו על פי חוק הלוחמים הבלתי חוקיים אלא לעצרם על פי הוראות סדר הדין הפלילי. הללו פוגעות, בדרך כלל, פגיעה פחותה בזכויותיו של הנאשם. רק לאחר מיצוי ההליכים הפליליים נגדם אפשר יהיה להחזיקם במעצר, אם התנאים המצדיקים מעצר מנהלי מתקיימים.

ז. קביעת היעדר תחולה על תושבי ישראל והאזור (הרשות הפלסטינית והשטחים המצויים בסמכותה השיפוטית של ישראל): הצענו להוסיף את הסעיף שנכלל בהצעת החוק, שלפיו החוק לא יחול על תושבי ישראל והאזור, בראש ובראשונה משום שאין צורך בכך. הצבענו על כך, שהימנעות המחוקק מקביעה כזאת פוגעת קשות בדמוקרטיה הישראלית ובזכויות האזרח המוגנות, משום שהמסקנה היא שגם תושב המדינה עלול להיות מוכרז לוחם בלתי חוקי המשתף פעולה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל ובהיעדר משפט להיכלא על פי חוק. מאחר שברוב המכריע של המקרים אפשר להעמיד לדין חשודים בעבירות חמורות לפי חוק העונשין, והואיל ואפשר להיזקק במקרים מתאימים למעצר מנהלי – הצענו לקבוע בחוק את סעיף היעדר התחולה כאמור.

לסיכום, מבחינת שלטון החוק המהותי מתבקשת בחינה נפרדת של הוגנות האמצעי לפי צדקתו ומוסריותו. המוסריות והצדק של אמצעי השולל זכות או פוגע בה מתגלמים בין השאר בתשובה על השאלה, אם האמצעי מקדם את ההגנה על הכבוד האנושי. על כך יש להוסיף, כי אמצעי הפוגע פגיעה קשה בחירות טעון הצדקה גורפת בשל הקדימות שיש לעיקרון זה על פני עקרונות אחרים בחברה דמוקרטית-ליברלית; אלא שאין הצדקה כזאת בענייננו. חוק המאפשר מעצר אדם על סמך ראיות חסויות והמעמיד אותו בקשיים בניסיון לסתור את הבסיס למעצרו אינו מקדם את ההגנה על הכבוד האנושי.¹⁵⁷

בדיוננו הצבענו על השיקולים המחזקים את הטענה שיש לבטל את החוק. בדיון בשאלה אם החוק עומד במגבלות החוקתיות נדרשנו לבחינה מדוקדקת של כל סעיף הנוגע לפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המבחן העיקרי שנדרשנו אליו היה מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. הראינו, כי שום סעיף מסעיפי החוק אינו עומד במבחן זה. זאת ועוד, החוק בכללו אינו עומד במבחן התאמת האמצעי למטרה. לא ברור כלל שמדובר באמצעי יעיל בהתמודדות עם ארגון מחבלים, ופרשת החטופים הלבנונים שהוזכרה בראשית הדיון מוכיחה זאת. התכלית של שחרור הנווט רון ארד או השגת מידע על אודותיו לא הושגה, ולעומת זאת הוברר כי חטיפה מצד ישראל או החזקת בני ערובה בידיה ממריצות את הצד האחר לחטוף חיילים או אזרחים ישראלים, כפי שהוכיחה חטיפתו של אלחנן טננבאום. חטיפה מסוג זה מאלצת את ישראל לשחרר מחבלים, ושחרור מחבלים יוצר סיכונים ישירים ועקיפים בתחום הטרור ופוגע במאמץ להתמודד עם ארגוני המחבלים. יתרה מזו, החוק אינו מבטיח דבר מבחינה משפטית בכל הקשור למטרתו. ספק אם אפשר להסיק שישראל תהיה מוכנה, בכל מקרה ובהתאם לחוק, להחליף את הכלואים בשבויים או בחטופים ישראלים. בה בעת לא בטוח, שכוונת החוק היא לכלוא את חברי הארגונים הבלתי חוקיים עד תום פעולות האיבה הננקטות נגד ישראל בידי הארגונים שאליהם הם משתייכים. עובדה היא שמחבלים מסוכנים מוחזקים דווקא במעצר מנהלי (שלא לפי חוק זה), שמטרתו ברורה: למנוע מאדם שישנן ראיות בקשר אליו, המוכיחות שהוא

157 להרחבה בעניין זה ראו Mordechai Kremnitzer, 'The Landau Commission Report: Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?', 23 (2-3) *Israel Law Review* (1989), 216, 264-267

מסוכן לביטחון המדינה, לממש את כוונותיו. הרושם שהחוק יוצר הוא, שמדובר כנראה באסמכתה חוקית להחזקת בני ערובה בניגוד למשפט הבין-לאומי.

החוק גם נוקט אמצעים של פגיעה באינטנסיביות הפיקוח השיפוטי בשעה שדרוש פיקוח כזה ואין סיבה טובה לצמצמו. נוסף על כך החוק מעודד החזקה במעצר של חשודים בחברות בארגון בלתי חוקי ובפעילות בו במקום לעודד חקירה וגילוי ראיות להעמדתם לדין. בשים לב לעובדה שאפילו בנוגע לעניין חברות הכלוא בארגון עוין אין נדרשת הוכחה של ממש, שכן מספיקה לשם כך תעודה חתומה בידי שר הביטחון, הרי בסופו של דבר עלולים להיות מוחזקים על פיו מי שאפילו לא היו חברים סבילים בארגונים עוינים ובלתי חוקיים אלא רק אוהדים ותומכים. כן ישנה סכנה שראיה חלשה (תעודת שר הביטחון), שאינה נתמכת בראיות אחרות, תביא לכליאה של מי שנתפסים בטעות כחברים בארגונים בלתי חוקיים – בתום לב או על בסיס מידע מוטעה או לא מספיק. שיקולים אלו בצירוף הפגמים שהצבענו עליהם לעיל מחזקים את שתי מסקנותינו העיקריות: יש לבטל את חוק הלוחמים הבלתי חוקיים, ויש להמשיך ליישם את חוק המעצרים המנהליים כדי לעצור אנשים שהם עצמם מסכנים את ביטחון המדינה במצבים שבהם אי-אפשר להתמודד עם הסיכון בעזרת הדין העונשי.

ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

1. **רפורמה בשידור הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגבי רחל לאל (1997)
2. **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי (1997)
3. **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1997)
4. **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**
פרופ' אביעזר רביצקי (1997)
5. **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני (1997)
6. **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1997)
7. **הסתה, לא המרדה**
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים (1997)
8. **בנק ישראל: סמכות ואחריות**
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי (1998)
9. **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל**
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי (1998)
10. **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1998)
11. **חופש העיסוק**
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן (1998)
12. **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**
גדעון רהט ונטע שר-הדר (1998)

13. **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (1999) הופיע גם בערבית
14. **100 הימים הראשונים**
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה (1999)
15. **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
16. **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
17. **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין (1999)
18. **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (1999)
19. **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**
איל ינון ויוסי דוד (2000)
20. **משאל-עם: מיתוס ומציאות**
דנה בלאנדר וגדעון רהט (2000)
21. **השסע החברתי-כלכלי בישראל**
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון (2000)
22. **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2000)
23. **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות (2000)
24. **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס (2000)
25. **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגבי חני קומנשטר (2001)

26. **זגמים של שיתוף אזרחים**
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן (2002)
- הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
27. **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל (2002)**
28. **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה (2002)**
29. **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד (2002)**
30. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001 – 2002 (2002)**
31. **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2002)
32. **חקיקה פרטית**
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס (2002)
- הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
33. **איום ביטחוני ומשבר כלכלי (2002)**
34. **הגלובליזציה (2002)**
35. **מדיניות הפנסיה (2002)**
36. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002-2003 (2002)**
37. **רגולציה – הרשות המפקחת**
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן
(2003)

38. רגשות זתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי
(בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר)
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר (2003)
39. דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת
ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
40. האומנם מדינת כבוד האדם?
אלוף הראבן (2003)
41. פורנוגרפיה – מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות
רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
42. המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים ביש"ע
יאיר שלג (2003, מהדורה שנייה 2004)
- הכנס הכלכלי האחד-עשר – יולי 2003**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונואו
43. המדיניות המקרו-כלכלית לייצוב המשק ולצמיחה (2003)
44. הצעה לארגון מחדש של החינוך הציבורי בישראל על בסיס ביזור ואיזור (2003)
45. אמינות ושקיפות במשק (2003)
46. מערכת ההשכלה הגבוהה לעשור הקרוב (2003)
47. המונופוליסט כקרבן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים
עדי אייל בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס (2004)
48. מדינה, משפט והלכה – ג. דת ומדינה: תפקידה של ההלכה
ידידיה צ' שטרן (2004)
49. זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית
אבי בן בסט ומומי דהן (2004)

50. האם תיתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התאוקרטיה היהודית
אביעזר רביצקי (2004)

51. יהודים שלא כהלכה: על סוגיית העולים הלא-יהודים בישראל
יאיר שלג (2004)

הכנס הכלכלי השנים-עשר – יולי 2004
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

52. המדיניות המקרו-כלכלית: הקטנת האבטלה וצמצום הפערים
(2004)

53. שינויים במבנה השווקים והמתווכים הפיננסיים ובמערכת הפיקוח
(2004)

54. יחסי עבודה בעידן של תמורות (2004)

55. רפורמה בשלטון המקומי: ביזור לראויים ואבזור לנחשלים (2004)

56. סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי
מרדכי קרמניצר ואפרת רחף (2005)

57. דת ובג"ץ: דימוי ומציאות: ב. מודל תלת-ממדי למדידת אקטיביזם
שיפוטי

מרגית כהן, מרדכי קרמניצר, אלי לינדר ואביטל בגין (2005)

58. לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם
של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002

הילי מודריק אבן-חן בהנחיית מרדכי קרמניצר (2005)

● **الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات**
الاستاذ عصام ابوريا البروفيسورة روت جيبزون

- 1E **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**
By Prof. Aviezer Ravitzky (2000)
- 2E **State, Law, and Halakhah: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**
By Prof. Yedidia Z. Stern (2001)
- 3E **Incitement, Not Sedition**
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim (2002)
- 4E **State, Law and Halakhah: Part Two – Facing Painful Choices**
Law and Halakhah in Israeli Society
By Prof. Yedidia Z. Stern (2003)
- 5E **The Political and Social Ramifications of Evacuating Settlements in Judea, Samaria and the Gaza Strip**
By Yair Sheleg (2004)
- 6E **State, Law and Halakhah: Part Three – Religion and State**
The Role of Halakhah
By Prof. Yedidia Z. Stern (2004)

organization, instead of encouraging proper investigations and finding evidence to support an indictment. Given that even with regard to the matter of a detainee's membership in a hostile organization there is no requirement that solid proof be presented – a document signed by the Minister of Defense is sufficient – it is likely that in the end, the Law will allow the incarceration of individuals who are not even passive members of hostile and illegal organizations but merely supporters and followers. There is a danger that weak evidence (such as the above-mentioned document signed by the Minister of Defense), which is not supported by other evidence, will lead to the detention of those who are wrongly believed to be members of illegal organizations – such incarcerations could take place in good faith or on the basis of erroneous or insufficient information. Such considerations, along with the defects noted above, strengthen two conclusions: the Unlawful Combatants Law should be revoked and the Administrative Detention Law should continue to be implemented in order to arrest individuals who endanger national security in situations in which the penal law cannot be applied.

of the rights guaranteed by the Basic Law. The authors establish that none of the Law's sections meet this standard; furthermore, the Law in its entirety fails the constitutional requirement that the means used must be adapted to a law's purpose. It is unclear whether the methods that are permitted pursuant to the Law are indeed effective in terms of dealing with a terrorist organization; the incident of the Lebanese captives is cited in order to prove this thesis. The goal of securing the release of the Israeli navigator Ron Arad, or of receiving information with regard to him, was not achieved through the taking of these captives. Moreover, events have shown that Israel's capture or holding of such hostages has provided the other side with an incentive to kidnap Israeli soldiers or civilians, as proved by the kidnapping of Elchanan Tennenbaum. A kidnapping of this kind forces Israel to release terrorists, and this creates direct and indirect risks in terms of terrorism and weakens the ability to deal with terrorist organizations.

Furthermore, the Law promises nothing with regard to the legality of its purpose. Whether Israel would be willing, in accordance with the Law's provisions, to exchange detainees for Israeli prisoners or abductees is doubtful. It is also unclear as to whether the purpose of the Law is to detain the members of illegal organizations until the termination of hostile operations directed against Israel by the organizations to which they belong. Indeed, dangerous terrorists are currently not detained in accordance with this Law. Instead, they are held in administrative detention, the purpose of which is clear: to prevent a person, against whom there is evidence proving his danger to national security, from carrying out hostile intentions.

The Law also employs measures that reduce the degree of judicial supervision over the process of incarcerating unlawful combatants, specifically at a time when there is no good reason for its restriction. In addition, the Law encourages the detention of those merely suspected of membership in an illegal

inconsistent with the limitations imposed by Israel's Basic Laws, which seek to ensure minimal infringement of human liberty. The paper examines the Law's specific procedures and points out their constitutional and legal defects with regard to the following topics: the permissible grounds for incarceration, the competent authority approving the incarceration, the duration of detention before trial, judicial review, rehearings, evidence and the rules of evidence, criminal procedures and the application of the Law.

The authors' recommendation is that the Incarceration of Unlawful Combatants Law be revoked and replaced by the implementation of the Emergency Powers Law (Detentions) 1979, which deals with administrative detentions. The latter law, despite the problems implicit in it, has two advantages: First, it allows the government to refrain from defining the members of terrorist organizations within one category or another, and thus it confronts the difficulties of reconciling the Incarceration of Unlawful Combatants Law with the principles of international law; second, it allows the government to prevent the release of hostile elements who endanger national security, in situations in which it is impossible to deal with the risk within the framework of penal law. Alternatively, and on the assumption that the Law will not be revoked, the authors examine its specific procedures and propose ways in which they can be corrected so that they will comply with the restrictions imposed by Israeli constitutional law.

The authors point out general considerations that strengthen the argument that the Law should be revoked. In discussing the issue of whether the Law complies with applicable constitutional restrictions, the authors carefully examine each section of the Law relating to the limitations clause in Israel's Basic Law: Human Dignity and Liberty. The primary test examined by the authors is whether the means employed in the Unlawful Combatants Law will involve the least possible infringement

Israel to choose between one of two definitions for those imprisoned pursuant to the Incarceration of Unlawful Combatants Law: they must be defined either as combatants entitled to be treated as prisoners of war, or as protected persons who have assisted in acts of espionage and sabotage and who may therefore be indicted. The authors point to the problems involved in using either one of these definitions. The first definition, treating the prisoners as combatants, gives rise to three difficulties:

- i. Not all of those who may be incarcerated pursuant to the Law are combatants who may be seen as a legitimate target. Some of them may have provided assistance to combatant organizations, but do not meet the criteria which define a combatant.
- ii. The inclusion of activists within the definition of “combatants” requires a recognition of terrorist organizations some of which have declared the destruction of the State of Israel to be their ultimate purpose and thus are not fighting solely for the sake of liberation from occupation.
- iii. The recognition of organizations also leads to their becoming acceptable partners for negotiations, under conditions in which it is unclear whether such terrorist organizations relate to the fate of their members in a manner which is similar to the manner in which a state normally relates to the fate of its citizens.

The second definition (of prisoners as civilians) would imply that if detainees continue to be held after they have served their sentences, they could, under international law, be considered to be hostages. Such a situation might leave Israel unable to prevent the return of such activists to their organizations.

The second section of the Position Paper deals with the degree to which the Law conforms to the requirements of Israeli constitutional law. The authors have determined that the Law is

Summary

Unlawful Combatants or Unlawful Legislation? On the Unlawful Combatants Law 2002

Hilly Moodrik Even-Khen
supervised by Mordechai Kremnitzer

This Position Paper has been prepared in the framework of an Israel Democracy Institute project dealing with the ways in which a democracy can combat terrorism. The paper deals with the Incarceration of Unlawful Combatants Law 2002, which was enacted in order to provide the government of Israel with additional tools in the war against terrorism. The law was not drafted specifically as a response to the current *intifada*, but was originally intended to provide tools for dealing with terrorists who are defined by Israel as foreign ‘unlawful combatants.’ However, it may be equally relevant during the *intifada* as well, by providing Israel with a legal framework for dealing with those who dispatch suicide bombers and with other terrorists who attack the civilian population. The paper’s authors examine the degree to which this Law conforms to both international law and the norms of Israel’s constitutional law. The authors contend that the Law does not respect the limitations imposed by Israel’s Basic Laws which seek to insure minimal interference with human liberty, and are also inconsistent with the conventions of international law. Consequently, they offer recommendations for adapting the Law to the demands of the two legal requirements.

The paper’s first section examines the Law’s conformity with international law. The authors conclude that the term ‘unlawful combatant’ is inconsistent with the norms of international law. They insist that an attempt to adapt Israeli legislation to the principles of international law will obligate