

בבית המשפט העליון

דנ"פ 7048/97

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' קדמי
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל

המערערים: פלונים

נ ג ד

המשיב: שר הבטחון

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון
בעמ"מ 10/94 מיום 13.11.97, שניתן על ידי
כבוד הנשיא א' ברק והשופטים: י' קדמי, ד'
דורנר

תאריכי הישיבות: י' בשבט תשנ"ט (27.01.99)
י"א בסיון תשנ"ט (26.06.99)
כ"ט בטבת תש"ס (07.01.00)

בשם המערערים: עו"ד צבי ריש

בשם המשיב: עו"ד שי ניצן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

הניתן להחזיק במעצר מינהלי אדם - אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה לבטחון המדינה - כאשר מטרת המעצר הינה כי אותו אדם ישמש כ"קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורם של שבויים או נעדרים מקרב כוחות הבטחון? - זו השאלה הניצבת בפנינו בדיון נוסף זה.

העובדות

1. העותרים הם אזרחים לבנוניים. הם הובאו לישראל בין השנים 1986-1987 על ידי כוחות הבטחון. הם הועמדו לדיון בגין השתייכותם לארגונים עויינים ובגין מעורבותם בפיגועים נגד כוחות צה"ל וצד"ל. הם הורשעו בדינם ונידונו לתקופות שונות של מאסר בפועל. כל העותרים סיימו לרצות את עונשם. חרף זאת, הם לא שוחררו מכליאתם. תחילה הם הוחזקו במעצר מכוח צווי גירוש שהוצאו נגדם. לאחר מכן - החל מ-16.5.91 - לגבי העותרים 8-10, והחל מ-1.9.92 - לגבי העותרים 1-7 - הם הוחזקו במעצר מינהלי מכוח צוים של שר הבטחון שהוצאו לפי סעיף 2 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט 1979 - (להלן - חוק המעצרים). מעצר מינהלי זה הוארך מדי פעם, לפי אותו סעיף, בששה חודשים נוספים. ביום 22.8.94 נתבקשה הארכה נוספת. ההארכה אושרה על ידי סגן הנשיא של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. על החלטה זו הוגש ערעור לבית משפט זה (עמ"מ 10/94). פסק הדין בערעור משמש נשוא דיון נוסף זה. יציין, כי ביני לביני החליט שר הבטחון ביום 26.12.99 על שחרורם של שניים מן העותרים שבפנינו (עותרים מס' 1 ו-8).

2. אין מחלוקת בין הצדדים, כי מהעותרים עצמם אין נשקפת סכנה לבטחון המדינה. הם ריצו את עונשם, ובמצב הדברים הרגיל היו מגורשים מישראל. אין גם מחלוקת, כי הטעם למעצרו של העותרים הוא, קידום שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון, ובעיקר שחרורו של הנוט רון ארד, הנעדר מאז הופל מטוסו (ביום 16.10.86) בשמי לבנון. אכן, העותרים מוחזקים במעצר מינהלי כ"קלפי מיקוח" במשא ומתן קשה אשר ישראל מנהלת לשחרורם של רון ארד ושל שבויים ונעדרים אחרים מקרב כוחות הבטחון. המחלוקת בין הצדדים - אשר עמדה במרכז פסק הדין נשוא דיון נוסף זה - היתה כפולה: ראשית, האם מוסמך שר הבטחון להוציא צו מעצר מינהלי כאשר הטעם היחיד להוצאתו הינו שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון, ללא סיכון ספציפי מהעצורים עצמם? שנית, האם שיקול דעתו של שר הבטחון הופעל כדין?

3. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. שופטי הרוב (הנשיא ברק והשופט קדמי) השיבו על שתי השאלות בחיוב. נקבע, כי החזרת שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון כשלעצמה, היא מטרה ואינטרס הנכללים במסגרת בטחון המדינה, וכי סמכותו של שר הבטחון משתרעת גם על מקרה בו לא נשקפת סכנה לבטחון המדינה מהעצורים עצמם, וכל מטרת מעצרו היא להחזיקם כ"קלפי מיקוח". כמו כן נקבע, כי בנסיבות הענין, הפעלת שיקול הדעת של שר הבטחון היתה כדין. שופטי הרוב שוכנעו כי קיים חשש, ברמה של ודאות קרובה, כי שחרורם של העותרים יביא לפגיעה ממשית בבטחון המדינה, שכן המשך החזקתם של העותרים במעצר הינו חיוני לשם המשך המשא והמתן לשחרורם של השבויים והנעדרים. צוין, כי בנסיבות הענין אין חלופה למעצר שניתן לנקוט בה, שפגיעתה בזכויות היסוד של העותרים תהא קטנה יותר.

4. דעת המיעוט (השופט דורנר) קבעה, כי לשר הבטחון אין סמכות להורות על מעצרו של אדם שלא נשקפת ממנו סכנה לבטחון המדינה. מטרת המעצר היא מניעתו של סיכון לבטחון המדינה או לבטחון הציבור מהעצור עצמו, ובלבד שאין אפשרות להשיג מטרה זו על ידי הליך פלילי. כן קבעה השופטת דורנר, כי לענין הפעלת שיקול דעתו של שר הבטחון, לא עלה בידי שר הבטחון להראות כי קיימת ודאות קרובה, ואף לא אפשרות סבירה, כי שיחרור העותרים יכשיל את האפשרות לשיחרור שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון.

5. העותרים ביקשו לקיים דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון. המשנה לנשיא, השופט ש' לוי, נעתר (ביום 25.1.98) לבקשה, בקבעו:

"הוחלט לקיים דיון נוסף בשאלה מהו תוקפו של מעצר מינהלי מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט 1979-, מקום בו מקויים מעצר זה בשל הטעם שיש בו כדי לקדם את שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון".

הדיון הנוסף התקיים בדרך של סיכומים בכתב וטיעונים בעל-פה. המשיב הפנה את תשומת לבו, כי מספר עותרים בדיון הנוסף לא היו כלל צדדים לעמ"מ 10/94. בקשת ב"כ העותרים לצירופם של אלה להליכי הדיון הנוסף נדחתה (ביום 11.8.98) על-ידי. כמו כן החליט ההרכב (ביום 27.1.99), בהסכמת הצדדים, לדון בשני ערעורים שהוגשו לבית המשפט העליון (עמ"מ 5700/98 ועמ"מ 5702/98) - ושעניינם עצורים לבנוניים שאינם חלק מהעותרים - בנפרד.

6. תחילתם של הטיעונים בפנינו התרכזה - כאמור בהחלטתו של חברי, המשנה לנשיא, השופט ש' לוי - בשאלת סמכותו של שר הבטחון. תוך כדי מהלך הטיעונים החלטנו (ביום 1.2.99) לבחון, "בנסיבות המקרה המיוחדות, ובהסכמת בעלי הדין", על פי צד אחד בלבד, את החומר החסוי המצוי ברשות המשיב, וזאת "מבלי

לקבוע בשלב זה כל עמדה לגבי הרלבנטיות של החומר להכרעה בעתירה". שמענו (ביום 26.5.99) בדלתיים סגורות את ראש חטיבת המחקר באגף המודיעין שבמטה הכללי של הצבא. בעקבות זאת הוגשה לנו (ביום 26.8.99) הודעה משלימה ובקשה מטעם פרקליטות המדינה. וזו לשון ההודעה המשלימה:

"(1) ההיבטים השונים שעלו במהלך הדיונים בבימ"ש נכבד זה הובאו לידיעת הגורמים העומדים בראש צה"ל והדרג המדיני, ובראשם ראש הממשלה ושר הבטחון.

(2) בדיון שהתקיים בענין זה בלשכת שר הבטחון, ובו השתתפו היועץ המשפטי לממשלה, גורמים בכירים מפרקליטות המדינה העוסקים בתיק זה, וכן הגורמים מטעם מערכת הבטחון העוסקים בענין זה, ובראשם הרמטכ"ל, נדונו הסוגיות השונות המתעוררות בענין זה, ובכללן הבעיות הערכיות והבטחוניות הגלומות בו.

(3) בסיכומו של הדיון, לאחר שמרבית הנוכחים השמיעו את עמדתם, החליטו ראש הממשלה ושר הבטחון כדלקמן:

א. בכל הנוגע לסוגיות העוסקות בגורלם של שבויים ונעדרים, ובכללם רון ארד, עומדים השיקולים העקריים הבאים:

1) מאמץ לברר מה עלה בגורלם, על מנת שניתן יהיה להשיבם לארץ.
2) מדינת ישראל מחויבת בכל מאמץ בהקשר, מכיוון שהמדינה היא זו ששלחה אותם לקרב.

ב. מדינת ישראל עומדת בפני משא-ומתן, שנתחם בפרק זמן קצוב של 15 חודש, שבו יתברר אם קיימת אפשרות להגיע לפתרון מדיני באיזור בו אנו חיים. **סוגיית השבויים והנעדרים הינה חלק בלתי נפרד ממשא-ומתן זה, ורק עתה בא למבחן עליון המערך למו"מ המצוי בידי כל צד.**
ג. החזרת העצורים עתה, לפני תחילתו של המשא-ומתן, תשאיר את מדינת ישראל ללא אמצעי מיקוח בסוגיה זו במסגרת המשא-ומתן.

ד. במהלך המשא-ומתן ועם התקדמותו, נוכל להעריך מה היסודיים להגיע לפתרון בפרק הזמן שנקצב לכך, וכמו כן, תוכל להתבצע הערכת מצב, אם ניתן לשחרר מקצת העצורים במהלך תקופה זו.

בכל מקרה, כתום 15 החדשים שנקצבו או זמן קצר מזה, שבמהלכו יוכרע המו"מ, ויסתבר חלילה כי אין עצורים אלה ממלאים תפקיד בענין שחרור השבויים והנעדרים, יהיה ראוי, גם לדעת שר הבטחון, לשקול מחדש את העמדה, כפי שגובשה ע"י מערכת הבטחון, ברוח הערות כבוד בית המשפט.

ה. שר הבטחון סבור, איפוא, כי המשך החזקתם של המבקשים במעצר במהלך התקופה הנ"ל הוא חיוני, לשם המשך המו"מ וקידום שחרורם של השבויים והנעדרים.

(4) בחתימת הדברים, מבקש היועץ המשפטי לממשלה להוסיף:

א. בכל הכבוד, נראה כי מסקנת כב' הנשיא בעמ"מ 10/94, ש...ניתן עקרונית ובנסיבות חריגות לעצור אדם גם בשל מעשים וסכנה הטמונים באחרים' אכן מדגישה את חריגות הנסיבות, קרי המאמץ האדיר לשחרור השבויים והנעדרים.

חריגות זו צריכה, מטבע הדברים, להיבחן בשבע עיניים ובכל עת, שכן הנעצר במעצר מנהלי בנסיבות כאלה הוא חריג גם לשורת המעצר המנהלי, שהיא עצמה חריגה בתחום כבוד האדם וזכויות היסוד.

ב. לפיכך, על מידתיות האמצעי להיבחן בכל עת, ולא הרי יום פסק-הדין שניתן בי"ג בחשון התשנ"ח (13.11.97) כהרי כתום כמעט שנתיים נוספות שחלפו (ולמעלה משנה מאז הגשת ערעור המדינה על החלטת כב' הנשיא אילן), ושבהן לא חלה התקדמות בענין שחרור השבויים והעצורים.

בנסיבות אלה, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, נוטה הכף למצער לכיוון שחרור הדרגתי של העצורים, באורח שיאותת תמורה, כגון תחילה את הלוקה במחלת נפש, או הצעירים ביותר, או מי שלא הקימו משפחה, כחלק מתפישה משפטית-אנושית-מוסרית.

היועץ המשפטי ער לכך שלעת הזאת שונה דעת בעל הסמכות, שר הבטחון; אך יתכן שלתחילת שחרור יהיה גם אפקט חיובי במו"מ, ובכך יתכן שילוב שתי הגישות.

(5) בנוסף לאמור לעיל, אנו מבקשים לעדכן:

א. משפחת ארד נפגשה לפני זמן קצר עם היועץ המשפטי לממשלה. בפגישה נכחו גם פרקליטת המדינה, הפרקליט הצבאי הראשי וגורמים נוספים מצה"ל וממשרד המשפטים. בפגישה הוברר, כי משפחת ארד מבקשת בכל לשון של בקשה להשמיע את עמדתה בענין זה בפני ביהמ"ש הנכבד.

(6) נוכח רגישות הנושא ותולדותיו, והמשמעות האנושית והציבורית שלו, סבור היועץ המשפטי לממשלה, שדבר זה ראוי, וכי יש מקום לשמוע את עמדת המשפחה. ביהמ"ש הנכבד מתבקש, איפוא, ליתן החלטתו בנושא בקשתה של משפחת ארד, כאמור.

(7) לאור כל האמור לעיל, אנו מבקשים, כי בהתאם להחלטת ביהמ"ש בענינים שנזכרו לעיל, ייקבע מועד נוסף לדיון, בו תשמיע משפחת ארד את דבריה בפני בימ"ש נכבד זה, ובמידת הצורך, יופיע גורם מוסמך מטעם הדרג הבטחוני-צבאי, ויבהיר בפני ביהמ"ש הבהרות נוספות בכל הנוגע לדברים שהובאו לעיל.

ב"כ העותרים הגיב (ביום 9.9.1999) להודעה המשלימה. הוא הביע את התנגדותו לדחיית ההכרעה בעתירה לחמישה עשר חודשים נוספים. לדעתו, עומדים שיקולים זרים ביסוד הבקשה. כן התנגד ב"כ העותרים לבקשה כי נשמע את דבר משפחת ארד. חרף זאת החלטנו (ביום 8.11.99) לשמוע (בכתב) את משפחת ארד. במכתבה מציינת משפחת ארד, כי רון ארד נשבה לפני כשלוש עשרה שנים. בתו, שהיתה בת שנה ושלושה חודשים בעת נפילתו בשבי, היא בת ארבע עשרה היום. רון ארד נפל בידי אנשים חסרי כל רסן מוסרי או אחר. הוא "נמכר" מקבוצה לקבוצה. שוביו טלטלו אותו ממקום למקום, החזיקוהו בתנאים לא תנאים ומנעו מן הצלב האדום לבקרו. שוביו נהגו כלפיו לפי "חוקי הג'ונגל". אין מקום לכך שמדינת ישראל תמנע מעצמה אמצעי כלשהו בבואה לנסות ולהחזירו. העצירים הלבנוניים נטלו מרצונם חלק במערכה נגד ישראל. כשם שרון ארד היה מודע לסיכונים הכרוכים בביצוע טיסות בשמי מדינת אויב, כך היו העצירים הלבנוניים מודעים לסיכונים הכרוכים בפעילותם נגד ישראל, לרבות במעורבותם בהחזקתו בשבי של רון ארד. במובן זה, המלחמה עם לבנון לא תמה וכל עוד לא הובא רון ארד לישראל אין מקום להחזרת העצורים ללבנון. לפי הערכת גורמי הבטחון ייתכן שרון ארד עודנו חי. אין ניתן לפסול הנחת עבודה זו ולהתעלם ממנה. שחרור העצורים הלבנונים ישדר מסר לחברה הישראלית ולאנשי כוחות הבטחון, כי בית המשפט יכבול את ידי מדינת ישראל בבואה לנקוט אמצעים לשמירה על חירותם, חייהם ושלומם.

7. בעקבות זאת הונחו בפנינו שלוש בקשות: בקשתה של משפחת ארד (שנכללה במסגרת נייר עמדה שהוגש מטעמה, בהתאם להחלטתנו מיום 8.11.99) לומר את דבריה בפנינו גם בעל-פה; בקשת העותרים להביא את דברם בפנינו במסגרת מכתב (ולענין זה הוגשו הן בקשה מטעם בא כוחם והן המכתב שכתבו

העותרים); ובקשת היועץ המשפטי לממשלה לקביעת מועד נוסף לדיון בעתירה. לאחר שדנו בבקשות אלה החלטנו (ביום 12.12.99) להסתפק בנייר העמדה הכתוב שהוגש על-ידי בני משפחת ארד. כמו-כן החלטנו לקבל את מכתבם של העותרים עצמם. במכתב זה מציינים העותרים כי זכויות האדם של העצירים נשללו - בסתירה לאמנות בינלאומיות ומושכלות יסוד. הם מצויים בכלא הישראלי מזה 13 או 14 שנים. אלה מהם שהועמדו למשפט ריצו את עונשם זה מכבר. רובם היו בני פחות מ-20 בעת שנעצרו. מטרת החזקתם אינה ברורה: לעתים נטען, כי נועדה לקדם את החזרת נעדרי קרב סולטן יעקוב, לעתים קושרה לנושא רון ארד ולעתים נראה היה כי הם מוחזקים כקלף מיקוח כללי לענין המו"מ המדיני עם סוריה ולבנון. אין להם קשר לנושא נעדרי סולטן יעקוב, שכן רובם היו עדיין ילדים בשנת 1982. חלקם מצויים בשבי הישראלי עוד לפני נפילתו של רון ארד בשבי. הזמן שחלף בשבי מוכיח, כי אין כל תועלת בהחזקתם בשבי, שכן ענין רון ארד לא התקדם כלל. העצורים הם אנשים פשוטים, נטולי מעמד והשפעה בלבנון. אין להם כל מידע על רון ארד או זיקה להחזקתו בשבי. ארגון החיזבאללה שב והצהיר, כי אין לו מידע או קשר לרון ארד, והנחת העבודה הישראלית היא, כי רון ארד אינו מצוי כלל בלבנון. ראש השב"כ עצמו מצהיר (על פי דיווחים עיתונאיים) כי אין טעם בהמשך החזקתם של העצורים.

8. כפי שראינו, ב"כ המשיב ביקש כי נקבע מועד נוסף לדיון. ביקשנו לשמוע (בתוך שבעה ימים) את עמדתו של ב"כ העותרים. בתגובתו (מיום 27.12.99) התנגד ב"כ העותרים לקביעת מועד נוסף לדיון. חרף זאת, החלטנו על קיומו של דיון (ביום 7.1.2000). שמענו בדיון זה טיעונים של באי כוח הצדדים. כן קיבלנו (בדלתיים סגורות) מידע על המאמצים הנעשים לאחרונה לקבלת פרטים על גורלו של רון ארד. עתה הגיע מועד מתן פסק דינו.

טענות העותרים

9. לטענת העותרים, אין לפרש את חוק המעצרים ככולל סמכות למעצרו המנהלי של אדם רק בשל היותו "קלף מיקוח". לטענתם, עקרונות היסוד של חירות הפרט וכבודו, כפי שמצאו ביטויים גם בגדרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמיט הבסיס תחת החזקתם של העותרים במעצר מינהלי. החזקתם כאמור, עומדת לא רק בניגוד לתכלית החוק וכוונת המחוקק, אלא גם בניגוד לדיון הבינלאומי. החזרת השבויים והנעדריים היא אמנם אינטרס חשוב, אך אין היא חלק מ"בטחון המדינה", כמשמעו בחוק המעצרים. אליבא דעותרים, חוק המעצרים נסוב ומתייחס רק למצב בו נשקף סיכון אישי מן העצור. המעצר המינהלי הינו אקט אינדיווידואלי המבוסס על אחריות אישית של אדם למעשיו. לחילופין טענו העותרים, כי אין יסוד עובדתי וראייתי להחזקתם במעצר מינהלי, וכי קיימות חלופות פוגעניות פחות לשם הגשמת המטרה, שלשמה הם עצורים. מטעמים אלו, סבורים

העותרים, כי יש לאמץ את פסק דינה של השופטת ד' דורנר בעמ"מ 10/94, ולקבוע כי שר הבטחון חרג מסמכותו עת הורה על מעצרם במעצר מינהלי.

טענות המשיב

10. לטענת המשיב, אכן מוסמך שר הבטחון לעצור אדם במעצר מינהלי הגם שסיבת מעצרו הינה אך היותו "קלף מיקוח". השמירה על בטחונם של חיילי צה"ל והשבתם מן השבי, כלולים בגדרי המונח "בטחון המדינה" שבחוק המעצרים, כלומר, בלשון החוק. גם תכלית החוק כוללת סמכות למעצר מנהלי בנסיבות המקרה שבפנינו. החוק בא ליתן מענה לסכנות חמורות ואירועים בלתי צפויים מראש, בכדי להגן על בטחון המדינה. כזה הוא המצב שבפנינו. מטעם זה, לא נוסח החוק בצמצום אלא באופן רחב, בכדי ליתן מענה לאותם מצבים קיצוניים וחריגים בהם נדרש מעצרו של אדם בכדי להגן על בטחון המדינה והסדר הציבורי. לגישת המשיב, אין בכונת המחוקק (הסובייקטיבית) אינדיקציה ברורה לכך שאין הסמכות שבחוק כוללת מעצר מינהלי כ"קלף מיקוח". כמו-כן, כך נטען, עקרון האחריות האישית הינו עקרון חשוב, אולם עצם הסמכות שבחוק הינה חריג לעקרון זה ומכאן הסמכות לסטות ממנו. לטענת המשיב, גם בחינת המקרה שבפנינו באספקלרית חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תומכת בעמדת הרוב בעמ"מ 10/94. כך, שכן המעצר המינהלי בנסיבות המקרה הינו "לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". על כן, חוק היסוד לא משנה את פרשנות חוק המעצרים בהקשר שבפנינו, ואינו מצדיק סטיה מפסקי דין קודמים של בית משפט זה, שהכירו בסמכות של שר הבטחון לעצור אדם, אך בשל היותו "קלף מיקוח". אשר למשפט הבינלאומי, טוען המשיב, כי אין איסור מנהגי על לקיחת "בני ערובה", וכי האיסור בדין ההסכמי בענין זה, לא חל במקרה דנן, אם בשל אי תחולתו על העותרים - שהם "מחבלים" לטענתו; אם בגלל אי תחולתו של דין הסכמי זה על מדינת ישראל ואם בגלל קיומה של הוראת חוק נוגדת בדין הפנימי, כדוגמת חוק המעצרים. מטעמים אלה, טען המשיב, כי יש להותיר את פסק הדין בעמ"מ 10/94 על כנו, ולדחות את הבקשה בדיון הנוסף.

המסגרת הנורמטיבית

11. מעצרם של העותרים במעצר מנהלי נעשה מכח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט 1979. חוק זה חל, רק כאשר עומדת בתוקף הכרזה על מצב חירום (סעיף 1 לחוק). סמכות המעצר מוקנית לשר הבטחון (סעיף 2 לחוק). חלק חשוב והכרחי לשם הקניית תוקף למעצרו המנהלי של אדם הוא הביקורת השיפוטית (סעיף 4 לחוק). אדם שהוצא כנגדו צו מעצר מנהלי, חובה להביאו בפני נשיא בית המשפט המחוזי תוך 48 שעות. בית המשפט מחוייב לבחון את שיקוליו של שר הבטחון ובוחן לא פעם מחדש את

התשתית הראייתית שעל יסודה הוצא צו המעצר המנהלי (ראו בג"ץ 4400/98 אסמעיל ברהם נ' שופט משפטאי אל"מ משה שפי (טרם פורסם); עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הבטחון, פ"ד מא(2) 508; ל. קלינגהופר, "מעצר מניעתי מטעמי בטחון", משפטים יא (תשמ"א) 286). גם אם אושר הצו, חובה להביא הענין ותוקף צו המעצר לעיון מחודש בפני בית המשפט, לפחות אחת לשלושה חודשים (סעיף 5 לחוק). הדיון הנוסף שבפנינו סובב סביב היקף סמכותו של שר הבטחון לעצור אדם במעצר מנהלי, כלומר, סביב פירושו של סעיף 2 לחוק המעצרים, שזו לשונו:

"2. (א) היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצוין בצו ושלא תעלה על ששה חדשים.

(ב) היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח, ערב פקיעת תקפו של צו לפי סעיף קטן (א) (להלן - צו המעצר המקורי), שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור עדיין מחייבים את החזקתו של העציר במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות מפעם לפעם על הארכת תקפו של צו המעצר המקורי לתקופה שלא תעלה על ששה חדשים, ודין צו ההארכה לכל דבר כדין צו המעצר המקורי."

בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה נבחנה הוראה זו במישור הסמכות ובמישור שיקול הדעת גם יחד. על פי הגיון הדברים יש לדון תחילה בשאלת הסמכות.

12. סמכותו של שר הבטחון להורות על מעצר מינהלי מותנית בכך שלשר יש יסוד סביר להניח "שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר" (סעיף 2(א) לחוק המעצרים). הנני סבור עתה - כפי שסברתי בפסק דיני נשוא דיון נוסף זה - כי במישור הלשוני, הדיבור "בטחון המדינה" הוא רחב דיו כדי לכלול בחובו גם מצבים בהם הסכנה לבטחון המדינה אינה נובעת מהעצור עצמו, אלא מפעולתם של אחרים, אשר עשויה להיות מושפעת ממעצרו של אותו אדם. אין כל דבר בדיבור "בטחון המדינה", בו עצמו, שיש בו כדי להצביע, במישור הלשוני, כי העצור, הוא עצמו, מהווה סכנה לבטחון המדינה. אך כידוע, ההיבט הלשוני אינו ההיבט היחיד שיש להתחשב בו. הפרשן אינו אך בלשן. כפרשנים, עלינו לתת לדיבור שבחוק אותו מובן - מבין מכלול המובנים הלשוניים (עליהם מופקד השופט כבלשן) - אשר מגשים את תכליתו של החוק. מהי תכליתו של חוק המעצרים?

13. כידוע, תכליתו של חוק היא מושג נורמטיבי. היא כוללת את תכליתו הסובייקטיבית ותכליתו האובייקטיבית (ראו בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 706). נפתח בתכליות הסובייקטיביות. אלו המטרות אשר נבחנו על ידי המחוקק והונחו על ידו, הלכה למעשה, ביסוד החוק. זוהי "כוונת המחוקק". על מטרות אלו ניתן ללמוד מלשון החוק ומההיסטוריה החקיקתית. בחינה

זו, במקרה שלפנינו, אינה מעלה תמונה חד-משמעית. אמת, ניתן למצוא התבטאויות בכנסת, המתייחסות לסכנה הנשקפת מהעצור עצמו לבטחון המדינה (ראו, למשל, דברי שר המשפטים המובאים על ידי חברתי, השופט דורנר, בפסקה 2 לפסק דינה נשוא דיון נוסף זה). בוודאי שזהו המקרה הטבעי והפשוט. אך אין למצוא כל בסיס בדברי הכנסת לגישה כי הכנסת ביקשה, הלכה למעשה (כעובדה היסטורית) להגביל את תחולת החוק רק למעצרים של אנשים אשר מהם עצמם נשקפת סכנה לבטחון המדינה. דומה, כי הבעיה הניצבת בפנינו - תחולת החוק על מי שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה - לא עלתה כלל לדיון, ולא נבחנה, הלכה למעשה, על ידי העוסקים במלאכת החקיקה. אין מנוס איפוא מלפנות לתכלית האובייקטיבית המונחת ביסוד חוק המעצרים.

14. תכליתו האובייקטיבית של חוק ("מטרת החקיקה" בלשונו של זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", ספר היובל לפנחס רוזן 147, 160 (תשכ"ב)), היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה שלנו. היא נגזרת מסוג החוק וטיפוסו. היא נועדה להגשים את ערכי היסוד של השיטה. היא מבטאת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו בג"ץ 869/92 הנ"ל; בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 198). אכן, החוק הוא "יצור החי בסביבתו" (השופט זוסמן בבג"ץ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים, פ"ד כ"ג(2) 477, 513). סביבה זו כוללת את ההקשר החקיקתי הקרוב; סביבה זו משתרעת גם על "מעגלים נרחבים יותר של עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות" (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 74).

15. מהי תכליתו האובייקטיבית של חוק המעצרים ככל שהדבר נוגע לבעיה הניצבת בפנינו? התשובה הינה, כי תכלית זו היא כפולה: מחד גיסא, שמירה על בטחון המדינה; מאידך גיסא, שמירה על כבודו וחירותו של כל אדם. תכליות אלה מתבקשות ממעגלים שונים המקיפים את החוק. המעגל הקרוב, המתמקד בחוק עצמו ובסוג הסדריו, טומן בחובו תכלית משולבת שעניינה הגנה על בטחון המדינה תוך הקפדה על חירות וכבוד האדם. מטעם זה הגביל החוק (בסעיף 1) את סמכות המעצר המינהלי לתקופה בה קיים במדינה מצב חירום, ומאותו טעם נקבע (בסעיף 4) הליך של ביקורת שיפוטית תקופתית על הפעלת הסמכות. שילוב דומה עולה גם מהמעגל הרחוק יותר, הנותן ביטוי לערכים בסיסיים של השיטה. גם ערכים אלה כוללים את ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל כמדינה שוחרת חירות וכבוד לצד האינטרס החברתי שבשמירה על בטחון המדינה. נעמוד בקצרה על כל אחת מהתכליות (האובייקטיביות) הללו, ועל האיזון שביניהן.

16. שמירה על בטחון המדינה היא אינטרס חברתי שכל מדינה מבקשת להגשימו. במסגרת זו, מכירות מדינות דמוקרטיות שוחרות חופש ב"מוסד" המעצר המינהלי (ראו O'Boyle, "Emergency Situation

and the Protection of Human Rights: A Model Derogations Provisions for Northern Ireland Bill of Rights", 28 Northern Ireland L.Q. (1977) 160; Shetreet, "A Contemporary Model of Emergency (Detention) Law: An Assessment of the Israeli המשפט הפלילי לאיומים מסויימים על בטחון המדינה (ראו עמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 529, 532). אכן, אנו "דמוקרטיה מתגוננת" (ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד יט(3) 365, 390). המאבק היומיומי בטרור מחייב לא פעם הפעלתם של אמצעים בלתי שיגרתיים (ראו Zamir, "The Rule of Law and the Control of Terrorism", 8 Tel-Aviv Studies in Law 81 ((1988)). אחד מאותם אמצעים הוא המעצר המינהלי.

17. שמירה על חירותו וכבודו של כל אדם והגנה על חירות וכבוד אלה, הם זכויות יסוד חוקתיות בישראל (ראו סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). החירות והכבוד מונחים ביסוד הסדר החברתי שלנו. הם יסוד לכל שאר זכויות היסוד (ראו ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' אבי צור, פ"ד מ(1) 706, 713; בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן, פ"ד מג(2) 410, 419-420). על כן, מהווה ההגנה והשמירה על חירותו של הפרט וכבודו ערך יסוד הפרוש על כל דברי החקיקה כולם (ראו בג"ץ 2320/98 אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נב(3) 346). הגנה ושמירה אלה על החירות והכבוד פרושים גם על חירותו וכבודו של מי שהמדינה מבקשת לעצרו במעצר מינהלי.

18. בין שתי התכליות (האובייקטיביות) המונחות ביסוד חוק המעצרים - בטחון המדינה וחירות הפרט וכבודו - קיימת התנגשות חריפה. מעצר - כל מעצר - פוגע בחירות. החירות מסתיימת במקום שהמעצר מתחיל (ראו (1989) Freedom, the Individual and the Law 26 (R. Robertson)). בעיקר קשה פגיעתו של מעצר מינהלי בחירותו של הפרט וכבודו. הפרט נעצר בלא משפט, מכוח צו המוצא על ידי הרשות המבצעת (שר הבטחון). המעצר עשוי להימשך - כפי שהמקרה שלפנינו מראה - תקופה ארוכה שאינה מוגבלת מראש. לא פעם אין העצור יודע - בשל טעמים של בטחון המדינה - מהי התשתית העובדתית להחלטה על מעצרו. יכולתו להתגונן כנגד המעצר המינהלי מוגבלת (ראו עמ"מ 7/94 בן יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם)); בג"ץ 2320/98 הנ"ל; עמ"מ 2/96 מדינת ישראל נ' פרידמן (לא פורסם)). עם זאת, אין מנוס - בחברה דמוקרטית שוחרת חופש ובטחון - מאיזון בין החירות והכבוד לבין הבטחון. אסור שזכויות האדם יהפכו קרדום לשלילת בטחון הציבור והמדינה. נדרש איזון - איזון עדין וקשה - בין החירות והכבוד של הפרט לבין בטחון המדינה ובטחון הציבור (ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 308).

19. איזון זה מניח - ובעתירה שלפנינו הענין כלל לא עלה - כי ניתן לאפשר - במדינה דמוקרטית שוחרת חופש ובטחון - מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לבטחון המדינה והוא מהווה אך "קלף מיקוח". הטעמים לעמדה זו הם שניים: ראשית, הפגיעה של מעצר מינהלי בחירות ובכבוד של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה היא קשה. הפגיעה היא קשה שכן היא פוגעת בחירותו של אדם - חירות המוגנת בישראל ברמה חוקתית-על-חוקית - בלא משפט ובלא פסק דין (ראו בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346). עם זאת, היא נסבלת. היא בבחינת הרע במיעוטו. לעומת זאת, הפגיעה בחירות ובכבוד, במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה לבטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו. על פגיעתו הקשה של מעצר מינהלי זה עמדתי בפסק הדין נשוא עתירה זו, בציני:

"המעצר המינהלי פוגע בחירותו של הפרט. כאשר המעצר נעשה בנסיבות בהן העצור מהווה 'קלף מיקוח', הרי יש בכך פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, בנסיבות אלה, באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו. מעצרו של המערער אינו אלא מצב בו המפתח לכלאם של בני אדם מצוי בידי אחרים ולא בידיהם. זה מצב קשה" (פסקה 12 לפסק דיני).

אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לבטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו לא נשקפת סכנה לבטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר לא נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של בטחון המדינה מובילים לנקיטה בצעד זה. כבר עמד חברי, השופט מ' חשין על כך, כי לענין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, תפישת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז - עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, 654). בגישה דומה יש לנקוט לענין מעצר מינהלי. איש בעונו יעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לבטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של אדם וכבודו לרמה חוקתית-על-חוקית. אמת, חוק המעצרים אינו עומד לבחינה חוקתית ביחס לחוק היסוד (בשל ההוראה בדבר שמירת הדינים: סעיף 10 לחוק היסוד), אך הוראותיו של חוק המעצרים צריכות להתפרש על רקע חוק היסוד (ראו עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 329, 333-335). פרשנות זו מובילה למסקנה כי אין לקבוע כי תכליתו (האובייקטיבית) של חוק המעצרים היא לאפשר מעצר

מינהלי של אדם שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה. אכן, הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות ממעצר מינהלי בו משמש העצור - אשר ממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה - קלף מיקוח היא כה חריפה, עד כי רק הוראה בחוק המעצרים אשר תקבע במפורש את תחולת החוק על מי שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לבטחון המדינה - הוראה שחוקתיותה תצטרך להיבחן, כמובן, על פי אמות המידה של חוק היסוד - תוכל להוביל את הפרשן למסקנה כי החוק נועד לאפשר מעצר מינהלי מסוג זה. אכן, במבט השוואתי, נראה כי אין מדינה כלשהיא בעולם המערבי, הנוקטת במעצר מינהלי של מי שלא נשקפת ממנו עצמו סכנה לבטחון המדינה.

20. שנית, החזקתם של בני אדם "כבני ערובה" - ומושג זה כולל בחובו גם החזקתם של בני אדם כ"קלפי מיקוח" - אסורה היא על פי המשפט הבינלאומי (ראו סעיף 1 לאמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה (1979); סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית, 1949). אכן, מוכן אני להניח - מבלי להכריע בדבר - כי אין איסור כזה בדין הבינלאומי המנהגי. כן מוכן אני להניח - מבלי להכריע בדבר - כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן (ראו ע"פ 6182/98 שיינבין נגד היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)). ישנה "חזקת התאמה" בין המשפט הבינלאומי הפומבי ובין החוק המקומי (ראו בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966; ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט"ז 2033, 2041; ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד כ"ה (2) 80 וכן א' ברק, פרשנות במשפט 576 (כרך ב', 1994)). החלתה של חזקה זו בנוסבות המקרה מחזקת את המגמה העולה מן הפניה לתכלית האובייקטיבית של החוק.

21. הגענו לסוף דרכנו: "כוונת המחוקק" (התכלית הסובייקטיבית) אינה נוקטת כל עמדה בשאלה המטרידה אותנו. לא כן "מטרת החוק" (התכלית האובייקטיבית). זו מובילה למסקנה כי תכלית החוק הינה לחול אך על מצבים שבהם המעצר המינהלי נדרש בשל סכנה הנשקפת מהעצור עצמו. במצב דברים זה, בו עלינו לחפש את תכליתו הכוללת של חוק המעצרים המבוססת על שתי התכליות - תוך מתן עדיפות לתכלית הסובייקטיבית אם היא מתנגשת חזיתית עם התכלית האובייקטיבית - עלינו להגיע למסקנה, כי תכליתו של חוק המעצרים היתה לחול על מעצרו של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון, ולא מעבר לכך. תכלית זו קובעת את המובן (המשפטי) שיינתן ללשון חוק המעצרים. מובן (משפטי) זה אינו משתרע על מלוא המובן (הלשוני) של החוק (ראו בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 811). אין לעצור במעצר מינהלי אדם אשר ממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, והוא מהווה אך "קלף מיקוח". בהגיעי למסקנה זו, ברצוני להעיר שלוש הערות.

22. ראשית, מסקנתי זו נוגדת את המסקנה אליה הגעתי בפסק הדין נשוא עתירה זו. משמע - שינתי את דעתי. אכן, מאז מתן פסק הדין - ועל רקע הדיון הנוסף עצמו - לא חדלתי מלבחון את עצמי אם גישתי בדיון יסודה. איני נמנה עם אלה הגורסים כי סופיות ההחלטה מעידה על נכונותה. כל אחד מאתנו עשוי לטעות. יושרנו המקצועי מחייב אותנו להודות בטעותנו אם שוכנענו כי אכן טעינו (ראו ע"א 243/83 עריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 136). "אמת ויציב - אמת עדיף" (הנשיא זמורה בע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב 235, 253). דברים אלה נאמרו לענין כוחו של בית המשפט העליון לסטות מתקדימיו שלו. שאלה זו אינה מתעוררת בפנינו, שכן מצויים אנו בהליך של דיון נוסף הקובע מסגרת פורמלית לביטולה של הלכה שנפסקה שלא כדיון. עם זאת, דברים אלה יפים הם לכל שופט ושופט, הנאבק עם עצמו, והבודק את פסיקתו שלו. בשעותינו הקשות, כאשר אנו בוחנים את עצמנו, כוכב הצפון אשר צריך להדריך אותנו הינו חשיפת האמת המובילה להגשמת הצדק בגדרי המשפט. אל לנו להתבצר בדעותינו הקודמות. עלינו להיות נכונים להודות בטעותנו. בחינה עצמית זו במקרה שלפנינו אינה קלה. האיזון אינו מעשה מכני. מבין אני ללבם של חברי הממשיכים לגרוס כי חוק המעצרים חל גם על עצור המשמש "קלף מיקוח" בלא שנשקפת ממנו עצמו סכנה לבטחון המדינה. לא אוכל הפעם לצרף דעתי לדעתם.

23. שבית, מודע אני לכך כי פסק דין זה אינו מקל על המדינה במאבקה עם הקמים עליה. החזקת עצור - אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה לבטחון המדינה - במעצר מינהלי כ"קלף מיקוח" עשויה לעתים להיות אמצעי יעיל לקידום בטחונה של המדינה. אך לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי. אין לי אלא לחזור על דברים שאמרתי בפרשה אחרת:

"מודעים אנו לכך כי פסק דינו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה". (בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, (טרם פורסם))

דברים אלה יפים גם לענינו.

24. שלישית, מודע אני לסבלן של משפחות שבויי צה"ל ונעדריהם. רב הוא כאבן. חלוף השנים ואי הוודאות פוצעים את נפש האדם. כאוב הוא עוד יותר מצבו של שבוי, המוחזק בסתר ובהיחבא, קרוע מביתו וממולדתו. אכן, כאב זה, יחד עם האינטרס העליון של מדינת ישראל להשבת בניה לגבולם, לא נעלם מעיני. הוא לא מש מליבי עת נתתי החלטתי בעמ"מ 10/94. לא פחת הוא מאז ועד היום. הטרגדיה האנושית והחברתית שבשבי

ובהיעדרות נישאת על כתפינו יום-יום. אולם, ככל שחשובה המטרה של שחרור שבויים ונעדרים, אין בה - במסגרת החוק העומד לדין בעתירה זו - בכדי להכשיר את כל האמצעים. לא ניתן - במצב החוקי שבפנינו - לתקן עוול בעוול. סמוך אני ובטוח, כי מדינת ישראל לא תשקוט ולא תנוח עד שתמצא הדרך לפתרון סוגיה כאובה זו. כמדינה וכחברה, תהא נחמתנו בכך שהדרך לפתרון תהלום את ערכינו היסודיים.

25. בטרם אסיים, ברצוני לציין כי אילו סברתי כי לשר הבטחון נתונה הסמכות ליתן צו מעצר כלפי עצור שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לבטחון המדינה, הייתי פוסק, במקרה שלפנינו, כי השימוש בשיקול דעתו של שר הבטחון, בשלב זה, אינו כדן. מעצר מינהלי אינו יכול להמשך ללא סוף. ככל שתקופת המעצר שחלפה הולכת ומתארכת, כך נדרשים שיקולים יותר כבדי משקל כדי להצדיק הארכת מעצר נוספת. עם חלוף הזמן הופך האמצעי של המעצר המינהלי למכביד עד כדי כך שהוא חדל להיות מידתי. אכן, גם כאשר נתונה הסמכות לפגוע בחירות באמצעות צו מעצר, השימוש בסמכות זו חייב להיות מידתי. אין לעבור את "נקודת השבירה" שמעבר לה, המעצר המינהלי שוב אינו מידתי. מיקומה של "נקודת השבירה" משתנה עם הנסיבות. הכל תלוי בחשיבותה של התכלית שהמעצר המינהלי מבקש להגשים; הכל מותנה במידת ההסתברות של הגשמת התכלית על ידי השימוש במעצר ומידת התאמתו של המעצר המינהלי להשגת התכלית; הכל קשור בקיומם של אמצעים חלופיים להשגת התכלית שפגיעתם בחירות הפרט קטנה יותר; הכל נגזר מחריפותה של הפגיעה בחירות הפרט על רקע התכלית הראויה אותה מבקשים להשיג. אכן, ענין לנו במכלול שיקולים, המשתנים מענין לענין, ומזמן לזמן.

26. מכלול הנתונים מצביע על כך כי המשך החזקת העותרים אינו מידתי. כיום אין ודאות קרובה או אף אפשרות סבירה לכך כי המשך מעצרם של העותרים יביא לשחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון. בשל הזמן הרב שעבר מאז המעצר והעדר כל נתונים של ממש בענין זה, ההסתברות כי המשך המעצר אכן יביא לשחרורם של השבויים והנעדרים היא נמוכה ביותר. פתיחה אפשרית של המשא והמתן המדיני - עליו עמדו המשיבים בהודעה המשלימה - אינה משנה הערכה זו. לדעתי, לא הוצג בפנינו - אף לא בדיונים בדלתיים סגורות - תשתית עובדתית על פיה ניתן לומר כיום כי קיימת ודאות קרובה (או אפשרות סבירה) כי המשך המעצר המינהלי יביא לקידום שחרורם של השבויים והנעדרים. כל שהוצג בפנינו הן השערות ומאויים, שמידת הסתברותם הולכת ופוחתת עם השנים וכיום היא תלויה על בלימה.

לסיכום, כיוון שהמשיב אינו טוען שקיימת דרך חוקית להחזיק את העותרים במעצר אלא בדרך של מעצר מינהלי לפי חוק המעצרים, וכיוון שהגענו למסקנה כי לפי חוק המעצרים אין סמכות לעצור אדם שלא נשקפת ממנו סכנה לבטחון המדינה, יוצא שאין סמכות למשיב להחזיק את העותרים במעצר.

התוצאה הינה, כי אנו מקבלים את העתירה, ומצהירים כי המשיב אינו רשאי להחזיק בעותרים במעצר מכוח חוק המעצרים. בהיעדר עילה אחרת למעצרו, העותרים ישוחררו מן המעצר וייעשו לאלתר סידורים לשיחרורם ממעצרו ולהחזרתם ללבנון.

ה נ ש י א

השופט ת' אור:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' זמיר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

בצפונה של ישראל מתחוללים קרבות - קרבות-יבשה וקרבות מן האוויר. אין אלה קרבות-כורסא. אין אלה קרבות-מילים. קרבות-של-אמת הם, קרבות בהם נהרגים ונפצעים לוחמים, נערים-לוחמים ובוגרים-לוחמים. מי שנהרג בקרבות אלה כמוהו כמי שנהרג במלחמה; במלחמה כפשוטה ובמלחמה כהגדרתה במשפט

הבינלאומי. מי שמת - מת, בין אם לחם במלחמה כהגדרתה במשפט הבינלאומי ובין אם לחם בקרבות אלה שאינם מלחמה כהגדרתה במשפט הבינלאומי. כך הוא במי שנהרג וכך הוא במי שנפצע. במלחמה - או בקרבות שאינם מלחמה - יש אף שלוחמי המחנה האחד נופלים בידי המחנה האחר. ולעת סיום המלחמה או הקרבות (באין ניצחון מכריע) - ואפשר אף בהסכם תוך כדי המלחמה או הקרבות - מחליפים הצדדים הלוחמים את מי שנפלו בידיהם מן המחנה האחר. ושבנו בנים לגבולם.

הלוחם הון ארד נפל בשטח האוייב, נתפש בידי האוייב והוחזק - מוחזק? - בידי אויבנו כהיום הזה, החיזבאללה. העותרים, חברים-לוחמים בחיזבאללה, מוחזקים בידינו. על רקע דברים אלה כך משמיעה אותנו המדינה: משיוחזר הון ארד לידינו - או, משיודיעונו אנשי החיזבאללה מה עלה בגורלו, אם אין הוא בידיהם - יוחזרו העותרים לבתיהם, לידי חיזבאללה.

על דרך העיקרון, אני שותף לעמדה זו. זו ההתחלה - זה גם הסוף. ואם הוטל עליי להידרש לאשר בין התחלה לסוף - להסביר ולפרש את המובן-מאליו בעיניי, לאמור: זכות מנין קנינו לנו להחזיק בלוחמי האוייב עד לפדיון לוחמינו-שלנו - אעשה כמיטבי להסביר ולפרש.

2. ענייננו בהוראת סעיף 2 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט - 1979 (להלן נכנה חוק זה - החוק), הקובעת ומורה אותנו בלשון זו:

- צו מעצר** 2 (א)
- היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצוין בצו ושלא תעלה על ששה חודשים.
- (ב)
- היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח, ערב פקיעת תקפו של צו לפי סעיף קטן (א) (להלן - צו המעצר המקורי), שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור עדיין מחייבים את החזקתו של העציר במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות מפעם לפעם על הארכת תקפו של צו המעצר המקורי לתקופה שלא תעלה על ששה חודשים, ודין צו ההארכה לכל דבר כדין צו המעצר המקורי.

עיקר הדברים ימצא ברישה להוראת סעיף 2(א) (כמותה ברישה להוראת סעיף 2(ב)), ולפיה מוסמך הוא שר הביטחון להורות על מעצרו של פלוני בהימצא לו יסוד סביר להניח כי טעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים להחזיק אותו פלוני במעצר. סמכותו של שר הביטחון תקום, איפוא, בהתמלא שני אלה, ובמצטבר: אחד, מתקיים מצב דברים הנופל בגידרי המושג "ביטחון המדינה או ביטחון הציבור", ושניים, יש לשר הביטחון יסוד סביר להניח כי החזקתו של פלוני במעצר מתחייבת מאותו מצב דברים. הבה נעבור על תנאים אלה, אחד לאחד, כסדרם.

3. אשר לנושא "ביטחון המדינה או ביטחון הציבור": אין ספק קל בדעתי - ולו ספק כצילה של דבורה במעופה - כי תכלית החזרתם של שבויים ושל נעדרים מלוחמינו לביתם באה בעומקו של המושג "ביטחון המדינה". לא בכדי נקבעה המיצוה של פדיון שבויים - והיא מיצוה נעלה-מכל-נעלה - והרי כל ישראל (ולענייננו שלנו: לא רק ישראל) ערבין זה-בזה. כוחו של צבא הוא באחוות-הלוחמים בו, ואחוות-לוחמים היא אחווה מעשה-מיקשה, לעת קרב ובנפול לוחם בשבי האוייב. וכשבועת שלושת המוסקטרים, כפי שאלכסנדר דיומה (Alexandre Dumas) שם בפייהם: "Tous pour un, un pour tous". הלוחם יילחם בידעו כי לא לבד הוא, כי לעת צרה ייחלצו חבריו להצילו. מצוים ועומדים אנו שלא ננטוש פצוע בשדה, וכמותו של פצוע לא נשקוט עד לשיחרור שבוינו משביים. לוחמים היו כמטפסי-הרים הקשורים אלה-אל-אלה בחבל ובגורל, ומטפס שידו שמטה וגופו נזרק אל-תהום, חבריו יצילוהו. כן הוא המטפס, כן הוא הלוחם. והוא ביטחון המדינה.

4. ואשר לתנאי השני לקיום המעצר: היש לו לשר הביטחון - על דרך העיקרון - יסוד סביר להניח כי החזקתם של העותרים במעצר מתחייבת מן הצורך לשחרר את רון ארד משביו? כשאני לעצמי, אין ספק קל בליבי כי אכן כן הדבר. מסקנה זו נדרשת לדעתי מאליה, בידענו שהעותרים נפלו בידינו והם חברים-לוחמים בחיזבאללה, לאמור, מי שפקדו עצמם בפועל עם צבא האוייב. בידענו זאת, כך נאמר: רון ארד הוחזק - מוחזק? - בידי החיזבאללה; העותרים מוחזקים בידינו; אך ישחרר האוייב את רון ארד - או, למיצער, יודיענו מה עלה בגורלו - והמוחזקים בידינו יצאו לחופשי. מסקנה אחרת פשוט אינה קבילה עליי. הנקבל כי האויב יחזיק בלוחמינו ואנו לא נוותר להחזיק באנשיו עד שישחרר את לוחמינו? הנסכים לפירוש זה שלחוק? בשמי שלי אומר: אני מתקשה בכך, מתקשה במאוד; אינני מסכים ולא אסכים לכך. אכן, דעתי היא, כי במקום בו מחזיק האוייב בלוחם שלנו בידו, טעמי ביטחון המדינה מחייבים אותנו להחזיק בלוחם האוייב בידינו עד לחילופין. רון ארד נפל בידי האוייב במעשה-מלחמה, והעותרים - חברים-לוחמים של האוייב - נפלו אף-הם בידינו במעשה-מלחמה. ומעשה-מלחמה יעמוד כנגד מעשה-מלחמה. אחרת לא ידעתי. גם אם אמרנו כי החוק ניתן לשני פירושים - ואייהו החוק שאינו ניתן לשני פירושים? - פירושו בדרכנו, לדעתי, פירוש צודק, נכון וראוי הוא.

5. אין ולא כלום בטענה כי אין נשקפת סכנה מן העותרים אם אך ישוחררו. העותרים, כלוחמי חיזבאללה, קשרו את גורלם במלחמת ישראל בחיזבאללה. בכך נבדל עניינם של העותרים מנושא הריסת בתייהם של מחבלים, נושא אשר עלה בזמנו תדיר על סדר יומו של בית משפט זה. אכן, ערך נעלה הוא עימנו, כי איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. מטעם זה אף סברתי - בדעת מיעוט-מיעוט - כי מפקד צבאי לא קנה סמכות להרוס בית בו מתגוררים בני משפחתו של מחבל-רוצח, גם אם אותו מחבל התגורר באותו בית. ראו: בג"ץ 2006/97 מיסון מחדד אבו פארה ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז - עוזי דיין פ"ד נא(2) 654, 651 והאסמכתאות בו. אלא שדווקא מטעם זה של "איש בעונו ישא", שונה עניינם של העותרים מעניינן של משפחות המחבלים; שהעותרים - כלוחמי האוייב, ושלא כמשפחות המחבלים - קשרו את גורלם בידועין ובכוונת-מכוון בגורל הלחימה.

6. המדינה אינה טוענת כי יש מקור דין אחר - לבר החוק - להחזקתם של העותרים במעצר, לא במשפט הפנימי ולא במשפט הבינלאומי (לדעה הסוברת כי החוק אינו אוצר כוח ואינו מעניק סמכות לעצור את העותרים, אך כי יש סמכות למעצרים - סמכות מסוייגת, אמנם - במשפט הבינלאומי, ראו: Orna Ben-Naftali and Sean S. Gleichgevitch, "Missing in Legal Action: Lebanese Hostages in Israel", 41 Harv. Int'l L. J. 185, esp. 244-248, 250-251 (2000).

השאלה תתייצב איפוא לפנינו, תתייצב ולא תרפה מאיתנו: כי תחוייב המדינה לשחרר את העותרים ממעצר, הכך נוכל להילחם באוייבנו? שהם יחזיקו באנשינו ואנו לא נוותר להחזיק באנשיהם? והרי החוק, כלשונו - ולטעמי: כרוחו אף-היא - פורש עצמו גם על אנשים כעותרים? הקביעה (ההיסטורית) כי החוק לא יועד מעיקרו להעלות ברישתו מערכים כגון זה שלפנינו, אין בה כדי להעלות או להוריד. אכן, חוק - כל חוק - היה כיצור חי בסביבתו; ומה יצור חי מסגל עצמו לסביבתו - שאחרת לא יחיה - כן הוא החוק, שיעשה כמיטבו - ואנו נעזור לו - להשתלב ולהשתרג בסביבתו, לזכות בפירוש על רקע החיים. אשר-על-כן השאלה הנשאלת שאלת-שילוש היא: אחת, האם לשונו של החוק לופפת את ענייננו? שתיים, האם תכליתו של החוק תכליתנו היא? שלוש, האם פירושו של החוק כמתיר להחזיק בעותרים - על דרך העיקרון - אינו פוצע עמוקות בזכויות האדם, אינו חותר תחת עיקר מן העיקרים עליהם מושתת הסדר החברתי והמשפטי בקהילתנו? תשובתי לשתי השאלות הראשונות היא בהן נמרץ: לשונו של החוק לופפת את ענייננו ותכליתו של החוק תכליתנו היא. תשובתי לשאלה השלישית היא בלאו נמרץ: החזקתנו בשביים, על דין העיקרון, אינה פוצעת בזכויות האדם.

7. העותרים גייסו עצמם בפועל אל שורות האוייב, ותיאורם - לעת שאנו מחזיקים בהם - כ"בני-ערובה" וכ"קלפי-מיקוח" - מושגים המדיפים ריח בואש - יש בו כדי לאנוס את הלשון ואת האמת. אני מתקומם בכל כוחי נגד תיאור זה. ראשית לכל, "קלף-מיקוח" מהו - לא ידעתי, וגם לא שמעתי על משחק של "קלפי-מיקוח". אדם

הוא אדם; קלף הוא קלף; ואדם אינו קלף. לעולם, לעולם לא יהא אדם כקלף. גם העותרים בני-אדם הם ואין הם קלפים. אלא שנתקשיתי להבין כיצד זה שהעותרים הינם קלפים. אשר ל"מיקוח", גם מושג זה קשה עלי, והרי לא במיקוח ענייננו. אך יוחזר רון ארד משביו - או אך ינדע לנו מה עלה בגורלו - והעותרים ישובו לבתיהם. אף "בני-ערובה" אין הם העותרים, לא על-פי ההגדרות המקובלות במשפט הבינלאומי ולא על-פי כל הגדרה אחרת. כולנו ידענו "בני-ערובה" מהם - "בני ערובה" שניטלו בידי הגרמנים במלחמת העולם השנייה ו"בני ערובה" בשוד בנקים - ואולם מעולם לא שמענו כי מי שנמנים עם צדדים לוחמים ונפלו בידי האוייב - "בני-ערובה" הם, הגם שמוחזקים הם עד לסיום מעשי האיבה או עד להסכם שיחרור. אכן, כשם שהחזקת שבויי-מלחמה רואים אותה כהחזקה למטרה לגיטימית וראוייה - אשר-על-כן אין שבויי-מלחמה מתוארים לא כ"בני ערובה" ולא כ"קלפי מיקוח" - כן, על דרך ההקבלה, הם לוחמי החיזבאללה, שמחזיקים אנו בהם למטרה לגיטימית וראוייה של ביטחון המדינה. אין בהם בעותרים סימנים הניתנים ב"בן-ערובה" - אף לא ב"קלפי מיקוח" - וממילא נדע כי לא "בני-ערובה" אף לא "קלפי מיקוח" הם.

נזכור ונזכיר: העותרים אינם כפריים תמימים אשר נלקחו בכוח לארץ-לא-להם. העותרים לא היו, אמנם, אלא לוחמים פשוטים בשורות החיזבאללה. יחד עם זאת, פקדו הם עצמם עם לוחמי האוייב, ועל-כן אין הם לא "בני ערובה" ולא "קלפי מיקוח".

8. גם אם קנה שר הביטחון סמכות לעצור את העותרים - וזו דעתי - חייבת סמכות זו לעמוד בביקורת המידתיות. העומד מעצרים של העותרים בביקורת המידתיות? מאז נעצרו העותרים - לפני שנים - לא נוצר כל מגע עם החיזבאללה בעניינו של רון ארד. מטעם זה סברתי - לעת תחילת ההליכים לפנינו בדיון הנוסף - כי משך מעצרים של העותרים, בנסיבות העניין, עבר את גבול המידתיות, וממילא עבר את גבול המותר על-פי החוק. לו הכרענו את הדין אותה עת, כי-אז היצבעתי בעד שיחרורם של העותרים ממעצר אך בשל חריגת המעצר מן המידתיות הראויה.

ואולם, בשתי הישיבות האחרונות שהיו לנו נסתבר לי כי לאחרונה - לאחר כל אותן שנים, ולאחר ההכרעה העומדת לפנינו לדיון נוסף - חלה תזוזה בעמדת החיזבאללה. נוצרו מגעים - מגעים עקיפים, אמנם - בין ישראל לבין החיזבאללה, ולעניין זה אף אמר מנהיג החיזבאללה דברים בפומבי. בעקבות אותם מגעים, הצהיר לפנינו ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים - בתשובה לשאלה, ולאחר שתיאר לפנינו התפתחויות מסויימות שהיו - כי להערכתנו ולהכרעת המקביל לו במדינה ידידותית המסייעת לישראל כמתווכת, כי הפיתרון לשיחרורו של רון ארד מצוי בידי מנהיג החיזבאללה. אמנם כן: המדובר הוא אך בהערכה - בהערכה ולא בידיעה - ואולם הערכה מפיו של איש-המקצוע הבכיר העוסק בנושא, ראוי לנו שנקבל אותה ולו לתקופת-חודשים לא-

ארוכה. אכן, דעתי היא כי ראוייה היא המדינה שניתר למבוקשה; כי נאפשר המשך החזקתם של העותרים לעת הזו, אף שלא לעת ארוכה.

באומרי דברים אלה שאמרתי, אך מובן הוא שאני חולק על דברי הנשיא ברק בפיסקה 26 לחוות-דעתו, באשר למסקנה הנדרשת מטיב ההסתברות כי המשך מעצרו של העותרים יביא לשינוי בעמדת החיזבאללה. אכן כן הוא הדבר: אין קירבה לוודאות כי תחול התקדמות במגעינו עם החיזבאללה; ואולם הערכת ראש המוסד - ולו הערכה היא - דומני שראוייה היא להערכה ראוייה מצידנו.

9. עד היום פסקנו, שוב ושוב - בדרך עקיבה וללא כל הסתייגויות - כי העותרים, הם ושכמותם, מוחזקים במעצר מינהלי כדין. ראו פיסקה 9 לחוות-דעתו של הנשיא ברק בפסק-הדין העומד לפנינו לביקורת, והאסמכתאות הנזכרות בו. כך פסקו - בהחלטות שונות - הנשיא מ' שמגר והשופטים ג' בך וצ' טל. אל שלושה אלה צירפו עצמם - בפסק הדין נושא הדין - הנשיא א' ברק והשופט י' קדמי. הרי לפנינו למיצער חמישה מחברינו שסברו עד הנה - מפורשות - כי החוק אוצר כוח להסמיך את שר הביטחון להחזיק את העותרים במעצר מינהלי. והנה עתה, באים אנו התשעה, וברוב של שישה נגד שלושה פוסקים אנו כפי שאנו פוסקים. האמנם זו תהא דרכנו - שברצותנו נרחיב וברצותנו נקצר, והכל תוך תקופת שנים קצרה? האמירה "אמת ויציב - אמת עדיף", הלכנו שבי אחריה לו אך ידענו מהי האמת. ומשידענו כי איש מאיתנו אינו מחזיק באבן-החכמים שתורה אותו את האמת - את האמת האחת והיחידה - נוסף ונדע כי איש-איש מאיתנו יחיה באמיתו-שלו. את אמיתי-שלי אמרתי, ותשובה לדבריי לא שמעתי, לא מפי חבריי ולא מפי כותבי המאמרים שביקרו את פסק דינו הראשון של חברי הנשיא. ונדע: פירוש פסק-הדין של חבריי הוא זה, שהמדינה לא עוד תוכל להניח ידה על לוחמי חיזבאללה כפי שעשתה בעניינם של העותרים. מסקנה זו אינה מקובלת עליי מכל-וכל.

10. דבר אחרון: חילוקי הדעות שנתגלעו בינותינו, אין הם חילוקי דעות בין מי שנטלו משימה על עצמם לשמור על זכויות האדם ועל כבוד היחיד לבין מי שכופפים הם את זכות האדם ואת כבוד היחיד לטובת הכלל, כביכול. את העותרים ראינו בעינינו ואף הוספנו וקראנו דברים שכתבו אלינו במו-ידיהם. מי שקרא אותם דברים יזוע משהו בחזהו. את העותרים ראינו - את רון ארד לא ראינו. אף לא קראנו דברים שכתב אלינו, והרי לא כתב אלינו. ואולם זאת ידענו ונדע: זכויות אדם וכבוד היחיד גם רון ארד קנה. לא רק העותרים. וחוב כבד חבים אנו - כולנו - לרון ארד. חוב כבד במאוד.

11. דעתי היא, איפוא, כי ראוי לנו שנאפשר את החזקתם של העותרים, אף שלא לעת ארוכה. לו נשמעה דעתי כי אז נתכנסנו בעוד כחודשיים ימים לשמוע מן המדינה אם נתחדש דבר.

יהי אחר הדברים האלה

12. קראתי את חוות-הדעת של חבריי, המישנה לנשיא ש' לויין והשופטת דורנר, ונצטערתי. נצטערתי לא משום שחולקים הם על דעתי - שמא אומר: חולק אני על דעתם - שידעתי זאת קודם שכתבתי את אשר כתבתי. נצטערתי משום שלא עלה בידי ככל הנראה להסביר דברים שביקשתי להסביר. אחזור איפוא על דברים שאמרתי, ואוסיף.

13. חברי המישנה לנשיא קובע כי המשיב אינו מחזיק בסמכות מכוח החוק לעצור את העותרים, וטעם הדבר:

תשובה שונה היתה מסמיכה את המשיב לעצור את בני משפחתו, קרוביו וידידיו של פלוני, שיש יסוד סביר להניח שהוא עשוי לסכן את ביטחון המדינה, מכוחו הוא רק כדי ללחוץ עליו לדבר או להסגיר את עצמו את אחרים, אף כי לא דבק בבני המשפחה, בקרובים ובידידים כל רבב ... אכן, פרשנות פשוטה של הדיבור "ביטחון המדינה" ו"ביטחון הציבור" היא, שאין המדובר אלא במעצר של מי שהסכנה לביטחון המדינה או ביטחון הציבור נובעת ממנו עצמו.

בדבריו אלה חוזר המישנה לנשיא על דברים שאמרה השופטת דורנר בפסק-הדין נושא הדיון, בחולקה על עמדתו הראשונה של הנשיא ברק. וכה היו דבריה (בפסקה 2 לחוות-דעתה):

עמדתו של חברי, הנשיא ברק, מובילה לפירוש החוק כמאפשר מעצר, לתקופה בלתי-מוגבלת, של אדם כלשהו, ובלבד שבמעצר יש תועלת, ולו עקיפה, לביטחון המדינה. סמכות גורפת ובלתי-מוגבלת כזו אינה מוכרת אף על-פי דיני המלחמה שמתחום המשפט הבינלאומי. אין באפשרותי להכיר בקיומה על-פי החוק הישראלי.

דברים אלה נכונים הם לגופם; נכון הוא שאין שר הביטחון מחזיק סמכות על-פי החוק לעצור "את בני משפחתו קרוביו וידידיו של פלוני" (כדברי המישנה לנשיא) או לעצור "אדם כלשהו" (כדברי השופטת דורנר). אלא שהעותרים הם לא אלה ולא זה, כפי שניסיתי להסביר בחוות-דעתי. מעמדם מעמד של מעין-שבויים הוא, ועל-כך לא שמעתי תשובה מפי חבריי.

14. בחוות דעתה מתארת חברתי את העותרים - שוב ושוב, עוד ועוד - כקלפי-מיקוח וכבני-ערובה; ואף אין היא סוגרת מושגים אלה בין מרכאות. אני כופר בדברים אלה בכל תוקף. עמדתי על כך בחוות-דעתי, ויותר משאמרתי לא אוכל. קראתי את דברי חברתי; תשובה לדבריי לא שמעתי.

15. חברתי מאריכה לדבר באמנות הבינלאומיות האוסרות על החזקת בני-ערובה. אני מסכים לכל דברי חברתי כולם, אלא שהעותרים לא בני ערובה הם וממילא אין אותן אמנות לענייננו כלל.

16. דבר אחרון: בפסק-דינה נושא הדין הנוסף סגרה חברתי השופטת דורנר את הדרך לעצור את העותרים מכוח החוק. בחוות-דעתה עתה סוגרת חברתי גם את דרכי המשפט הבינלאומי כמקור סמכות למעצר. פירוש: הם יחזיקו באנשינו ואנו לא נותר להחזיק באנשיהם, ולו להחלפת אנשים באנשים. צר לי שדעתי דעת מיעוט היא.

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיא ש' לוין:

1. השאלה היחידה העומדת לפנינו להכרעה היא, האם מוסמך שר הביטחון מכוח סעיף 2(א) לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט 1979 - (להלן: **החוק**), להורות על מעצר מינהלי של אדם אך בשל הטעם שיש במעצר כדי לקדם את שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון.

אני מסכים עם הנשיא, שהסמכות אינה נתונה למשיב. תשובה שונה היתה מסמיכה את המשיב לעצור את בני משפחתו, קרוביו וידידיו של פלוני, שיש יסוד סביר להניח שהוא עשוי לסכן את ביטחון המדינה, מכוחו הוא רק כדי ללחוץ עליו לדבר או להסגיר את עצמו או את אחרים, אף כי לא דבק בבני המשפחה, בקרובים ובידידים כל רבב. יתירה מזו: סעיף 2(א) לחוק משתרע אף על הסדר המתייחס ל"ביטחון הציבור". האם יתכן לפרש את החוק, כך שהוא מקנה לרשות סמכות לעצור את בני משפחתו של עבריין פלילי, המסכן את "ביטחון הציבור" ללא שדבק בהם מאומה? אכן, פרשנות פשוטה של הדיבור "ביטחון המדינה" ו"ביטחון הציבור" היא, שאין המדובר אלא במעצר של מי שהסכנה לביטחון המדינה או ביטחון הציבור נובעת ממנו עצמו.

2. מר ניצן, בשם המדינה, לא הצביע לפנינו על כל מקור חוקי אחר במשפט הפנימי או הבינלאומי המצדיק המשך החזקתם של המערערים במעצר, זולת החוק, ואין אנו רשאים לחפש מקור כזה מיוזמתנו. ער אני למציאות עליה הצביע חברי הנכבד, השופט חשין, שכולנו, כמובן, מודעים לה, שעל פיה נפל הלוחם רון ארד בידי אויב שלתפיסתו חוקי המלחמה אינם חלים עליו והוא אינו רואה עצמו כפוף לכללי המשפט הבינלאומי. יהיה זה תמים ואף מסוכן למנוע מן המדינה מכשיר ראוי כדי לשחרר את לוחמיה. דא עקא: החוק לא העמיד לרשותה מכשיר כזה; כדי להעמידו לרשותה, היא נזקקת, לטעמי, למקור אחר המבסס את סמכותה או לחקיקה ראשית בעניין שהוא לכאורה בעל משמעות של הסדר ראשוני, השווה: בג"ץ 3267/97 ובג"ץ 5400/94. המדינה לא עשתה מעשה חקיקה מתאים, וכאמור לא הצביעה לפנינו על מקור אחר המבסס את הכוח לעצור את המערערים.

מטעם זה בלבד, הסכמתי לקבלתה של העתירה.

המשנה לנשיא

השופט י' קדמי:

פתח דבר

1. חזרתי ובחנתי את עמדתי ולא מצאתי לשנות את השקפתי, לפיה מצויה החזקת העותרים במעצר בגדרי הסמכות הקבועה בסעיף 2(א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט 1979 - (להלן: החוק). בענין זה, הולך אנכי בתלם שפתח בשעתו הנשיא שמגר בעמ"מ 1/95 (לא פורסם) לפיו פדיון שבויים והחזרת נעדרים הם טעמים של בטחון המדינה, כמשמעותם בסעיף 2 לחוק האמור; ואני מאמץ את הדברים שנאמרו בהקשר זה מאוחר יותר על ידי השופט טל בעמ"מ 1/94 (לא פורסם), כמפורט בפסק דינו של הנשיא ברק בעמ"מ 10/94. אל הנשיא שמגר ואל השופט טל הצטרפו השופטים שישבו עמם בדין; ובאותה רוח נפסק הדין - מפי השופט ברק - בעמ"מ 1/93 (לא פורסם).

וכך באו הדברים לידי ביטוי בפסקי הדין של הנשיא שמגר והשופט טל:

הנשיא שמגר:

"העילה השיגרית למעצר מכח החוק הנ"ל היא אכן עניין הסיכון הבטחוני העולה מפעילותו העתידית הצפויה של פלוני שהחזקתו במעצר נשקלת אותה שעה. אולם, טעמי בטחון המדינה אינם חובקים רק את מניעתם של פעילות חבלנית או איסופית עוינת".

ובהמשך:

"...ונקיטת צעדים אפקטיביים למען שחרור שבויים, שנפלו בידי האויב, הם, לדידי, טעמים של בטחון המדינה".

ואילו השופט טל:

"גם אני סבור כי הטעם לשחרור שבויים שלנו הוא טעם מובהק של בטחון המדינה ידוע הדבר שמורל הצבא הוא בעל חשיבות עליונה לאפקטיביות שלו. בטחוננו של חייל שהמדינה לא תחסוך כל מאמץ לפדותו אם יפול בשבי, הוא מרכיב חשוב ביותר במורל שלו, במסירותו ובנכונותו להסתכן".

ובהמשך:

"... לפיכך אין לי ספק ששיקולי פדיון שבויים הם שיקולים מטעמי בטחון המדינה".

בטחון המדינה וערך פדיון שבויים

2. "פדיון שבויים" הינו אחד מערכי היסוד של העם היהודי; ודומה שאין ממנו ממחיש את מחויבותו הבסיסית של כל אחד מבני העם הזה לחירות אחיו, בחינת ישראל ערבים זה לזה. זוהי חובה לאומית ראשונה במעלה שכל אחד מעמנו - וכולנו יחד - חבים בה. כזו היתה בתקופה שבה גלינו מארצנו; ואין שיעור למשמעותה בעידן של קיבוץ גלויות ושיבה אל מכורתנו. על פי טיבה, מהווה חובה זו מרכיב בסיסי של ה"דבק" המאחד והשומר אותנו כעם; ואין כמוהו ערך דרוש וחיוני לבטחוננו הלאומי. הידיעה כי העם והמדינה עומדים מאחורי כל אחד מלוחמינו, כי איש מהם לא יופקר בשטח וכי לא יחסך כל מאמץ על מנת להחזיר בנים שנפלו בשבי האויב - יהא אשר יהא - לגבולם, עומדת בבסיס עצמתם של גופי הבטחון שלנו; ומעניקה לאלה המבטיחים את קיומנו, את עוז הרוח ותעצומות הנפש הדרושים למילוי תפקידם.

במצב דברים זה, אין צורך להכביר מילים הרבה על מנת להבהיר: ראשית - כי ערך פדיון השבויים - שהוא, כאמור, אחד מערכי היסוד של העם היהודי - נמנה בין מרכיבי בטחונה של המדינה; ושנית - כי חסימת הדרך לעמידה בדרישותיו של ערך זה, שקולה כנגד פגיעה בבטחון המדינה. אויבינו מודעים לכוחו ולתרומתו של

הערך האמור לבטחון. עד למקרה הנדון בפנינו, שימשה לאויבנו מחויבותנו לערך פדיון השבויים אמצעי לסחיטת "מחיר"; ואילו במקרה דנא, נעשה על ידם מאמץ של ממש לערער את האמון במחויבות זו ובדרך זו לפגוע, פגיעה ישירה, במרכיב חיוני של בטחוננו.

המסגרת הנורמטיבית: סמכות המעצר

3. העותרים מוחזקים במעצר מכח הוראותיו של סעיף 2(א) לחוק, אשר זו לשונו ככל שהדבר דרוש לענייננו:

"2(א) היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה ...
מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא... להורות על מעצרו של
 אותו אדם... (ההדגשה שלי - י.ק.).

בבסיס עמדתם של שוללי הסמכות להחזקת העותרים במעצר מכוחו של סעיף 2(א) האמור, עומדת הגישה האומרת: כי סמכות המעצר הקבועה בסעיף זה, מדברת אך ורק במעצרו של אדם המהווה - הוא עצמו - סיכון לבטחון המדינה; כאשר מעצרו משמש אמצעי לקידום פני הסיכון - האישי כאמור - הכרוך, בדרך הטבע, בשחרורו. גישה מצמצמת זו אינה מקובלת עלי; ולשיטתי, אין היא מתחייבת מלשון החוק או מתכלית חקיקתו. אכן, במרבית המקרים שבהם נעשה עד כה שימוש בסמכות המעצר האמורה, המדובר היה במי שהיווה בעצמו - אישית - סיכון לבטחון המדינה. ברם, בעובדה זו, כשלעצמה, אין כדי לבסס את העמדה האמורה. קביעת היקף הסמכות, מן הראוי שתעשה על ידי בחינת לשון החוק ותכליתו; כאשר אין להתעלם כמובן, מן החובה שלא לפגוע באמצעות המעצר בזכות היסוד של האדם לחירות, אלא במידה שאין מנוס ממנה.

לשון החוק מדברת במעצר של "אדם פלוני" מ"טעמים" של בטחון המדינה [ה"מחייבים" החזקת אדם במעצר], ללא תוספת מאפיינת כלשהי ל"טעמים" או למיהותו של ה"עצור"; ולא ניתן, על כן, לבסס את העמדה כי מדובר אך ורק ב"טעמים" הנוצצים ב"מסוכנות אישית" של העצור על פי לשון החוק. לשיטתי, די בכך כדי להשמיט את הבסיס מתחת לפרשנות המגבילה את סמכות המעצר אך ורק לאלה המהווים-בעצמם-סיכון; שאילו זה היה רצונו של המחוקק, חזקה עליו שהיה נותן לו ביטוי מפורש בלשון הסעיף 2(א) הנ"ל, או בהוראה מבהירה אחרת בחוק.

העדרן של מילים "מצמצמות" לצד התיבה "טעמים" ובמיוחד לצד התיבה "אדם פלוני" - כגון: "טעמים שבסיכון בטחון המדינה" ו"אדם פלוני המסכן את בטחון המדינה", מלמד שהמשמעות המצומצמת האמורה לא

עמדה לנגד עיניו של המחוקק. הלשון הכללית שננקטה בסעיף 2(א) הנ"ל אומרת, כי המחוקק סבר שיש להותיר לבית המשפט לקבוע את היקפה של סמכות המעצר, על פי מיגוון ה"טעמים" שמציגה המציאות הבטחונית המשתנה; וזאת, על מנת שניתן יהיה לישמה בכל מקום, שטעמי בטחון המדינה יחייבו החזקה במעצר של אותו אדם, שיש בכליאתו כדי לענות לאותם "טעמים". הדיבור מ"טעמי בטחון המדינה", כשהוא עומד לבדו ללא תוספת מאפיינת, משקף כוונה להגן על בטחון המדינה מפני כל "פגיעה", במשמעות הרחבה של המושג; והגבלת סמכות המעצר מכוחו של הדיבור האמור אך ורק לאלה המסכנים "אישית" את בטחון המדינה, חורגת מ"פרשנות" הכתוב וגולשת להוספת מילות הגבלה שאין בו.

מצב דברים זה, מתחייב, לשיטתי, גם מתכלית החוק. ככלל, נלמדת התכלית, בין היתר, מן הדברים שנאמרו בהקשר זה במסגרת תהליך החקיקה, אם בדברי ההסבר המלווים את הצעת החוק ואם בדברי הכנסת המשקפים את הדיון שקדם לקבלתו. לא נעלם ממני, כי בדברי הכנסת אנו מוצאים התייחסות למימד המסוכנות האישית הנשקפת מן העצור; וכי אין בהם אמירה מפורשת באשר לתחולתו גם בנסיבות אחרות. ברם, במסגרת ההתייחסות האמורה, לא נאמר כי מימד המסוכנות האישית יהיה אמת המידה היחידה - וההכרחית - ליישום הוראות החוק; ובנסיבות הענין, נראה כי ההתייחסות למימד האמור נעוצה בעובדה, ש"מסוכנות אישית" הינה דוגמה ממחישה מובהקת לשימוש בסמכות מעצר על פי החוק. זאת ותו לאו.

עיון בדברי הכנסת כולם - ולאורם, בנוסח החוק - מלמד, כי תכלית חקיקתו היתה: יצירת מכשיר חירום להגנה על בטחון המדינה (או על "בטחון הציבור", שאינו מעינינו כאן), בנסיבות שבהן אין תועלת באמצעים חריפים פחות; וזאת על ידי החזקתו של אדם במעצר מינהלי, כאמצעי אחרון להגנת הבטחון מפני פגיעה שיש בכח המעצר להתמודד עמה. מעצר מינהלי הינו על פי טיבו מעצר "מניעתי" המתאפיין בכך שהוא מכוון למנוע פגיעה ולא להעניש עליה. ברם, היותו של המעצר "מניעתי" על פי תכליתו, אינו מחייב את המסקנה, שאמת המידה היחידה ליישום נעוצה במסוכנות "אישית" של העצור לבטחון המדינה; ואופיו ה"מניעתי" אינו שולל עשיית שימוש בו כאמצעי להפעלת לחץ על אלה המבקשים לפגוע בבטחון, על ידי חסימת הדרך לפדיון שבוים, לשנות טעמם.

כליאה עונשית - להבדיל ממניעית - מדברת מטבע הדברים בשלילת חירותו של מי שנושא באחריות לעשיית מעשה שעונש לצידו. אשר על כן, ייכלא בהקשר זה רק מי שנושא באחריות אישית לעשיית אותו מעשה; שהרי הכלל הוא שאדם בחטאו שלו יענש. ברם, כאשר מדובר במעצר מניעתי לא "חטאו" של העצור עומד בבסיס מעצרו, אלא כוחו של המעצר למנוע פגיעה בבטחון המדינה. בתור שכזה, אין מניעה

שבבסיס המעצר יעמוד "חטאו" של אחר; ובלבד - כפי שיוסבר להלן - יקשור שהעצור את עצמו, בהתנהגותו או במעשיו, לחטאו של ה"אחר".

לשיטתי, איפוא, אין לשלול נסיבות, שבהן יחייבו טעמים של בטחון המדינה את החזקתו במעצר של מי שכליאתו מתחייבת כאמצעי חירום לקידום יישומו של ערך "פדיון השבויים". זאת, בכפוף לכך - כמתחייב מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - שזכותו של כל אדם לחירות שוללת את מעצרו ללא קיומו של "קשר" בין התנהגותו ומעשיו לבין תכלית מעצרו.

במצב דברים זה, אף שהמדובר במעצר מניעתי - להבדיל מענישתי - מקובל עלי, שאין לעצור מכוח של החוק כל אדם, אלא רק כזה ש"קשר" את עצמו, בהתנהגותו, לעילת מעצרו. להבדיל מהשוללים את סמכות המעצר לגבי מי שאינו מהווה "סיכון אישי" לבטחון, די, לשיטתי, בקיומו של "קשר" - מרצון ועל פי בחירה חופשית - בין העצור לעילת המעצר ותכליתו; ואין צורך שהעצור יהווה - הוא עצמו - "סיכון בטחוני". קשר כזה מתחייב מעצמו במקום שמדובר במי שמהווה "סיכון בטחוני" בשל פעילותו שלו; ואילו כאשר מדובר במעצר שלא על רקע של פעילות אישית, עשוי "קשר" כזה, להתחייב מקיומה של זיקה אירגונית בין העצור לבין פעילותם של אחרים. זאת - כמתחייב מן האמור לעיל - כאשר אותה פעילות פוגעת בבטחון וכליאתו של העצור, על רקע זיקתו לאחרים, הינה האמצעי האחרון שנותר להגנה מפניה.

במקרה שבפנינו - כפי שיפורט להלן - "קשרו" עצמם העותרים לעילת מעצרו, בכך שחברו לאירגוני הטרור שבידיהם נפל הנווט רון ארד; ובתור שכאלה, היו לבעלי זיקה מספקת להחזקתם במעצר מנהלי, לצרכי יצירת לחץ על הנהגות אירגוניהם לחשוף מה עלה בגורלו.

סיכומם של דברים, לבטחון המדינה פנים הרבה, והחוק קובע את המעצר המינהלי כאמצעי חירום אחיד להגנה עליו, יהא טיבה של הפגיעה שעמה יש להתמודד אשר יהיה. במצב דברים כזה, כאשר החוק נוקט לשון כללית המותירה מקום לפרשנות רחבה של תחולתו, נחטא לתכלית החקיקה - הגנה על בטחון המדינה - אם נבחר בפרשנות מצמצמת דוקא.

ולא למיותר יהיה להזכיר בהקשר זה, כי אין זה מקרה בודד שהדין מתיר - בשעת חירום - נקיטה באמצעי חירום נגד בני אדם שלא מיוחסת להם אישית פעילות נגד בטחון המדינה, כאשר "חטאם" - האישי - נעוץ אך בקיומו של "קשר" בינם לבין מבצעה של פעילות כזו. כך, למשל, "משלים" הדין עם נקיטת אמצעים מרתיעים - הריסת בתים - כלפי בני משפחותיהם של מחבלים, לבל יתנו לאחרונים מחסה - בבתיהם - וזאת,

על אף שהם עצמם אינם שותפים למעשיהם של המחבלים וה"קשר" שלהם לפגיעה בבטחון נעוץ אך בנכונותם ליתן לאחרונים מחסה כאמור. דומה, כי ללא קיומו של ה"קשר" האמור, לא ניתן היה ליישם כלפי בני משפחות המחבלים את סמכות ההריסה על פי הוראות תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945. ראה בענין זה את פסק דינו של הנשיא בבג"ץ 2006/97, (פד"י, נא(2) 651), שם נאמר, בין היתר:

"מודעים אנו לכך כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה... זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גרס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא כי אכן אמצעי זה הוא יעיל, אך במסגרת האמצעים המעטים שנותרו למדינה כדי להתגונן בפני "פצצות חיות" אין לזלזל גם באמצעי זה." (ההדגשות שלי - י.ק.).

ולבסוף, לא נעלם ממני, כמובן, כי למלחמה - וכזו שוררת ביננו לבין הארגונים המחזיקים בנוט שלנו - יש כללים וכי משפט העמים קובע אסור ומותר ומסדיר יחסים בין צדדים לוחמים; והנני ער לכך כי כחברים בקהיליית העמים בני התרבות מחויבים אנו לכללים האמורים, גם במקום שהיריב אינו מדינה אלא אירגון טרוה, המתעלם מאותם כללים. ברם, לשיטתי, בהקשר הנדון כאן, אין מחויבותנו לכללי המלחמה שוללת את הסמכות שמעניק החוק בדבר החזקת העותרים במעצר במקום שתמו האמצעים האחרים; וזאת, בהתחשב בתכליתו - מניעת פגיעה בבטחון המדינה - על רקע מחויבותנו הבסיסי לערך היסוד של פדיון השבויים.

מן הכלל אל הפרט

4. העותרים נמנים בין חברי ארגוני טרוה עוינים, שהכריזו מלחמת חורמה כנגד ישראל ואינם בוחלים בשום אמצעי לקידום עניינם. הנווט רון ארד, שעל מנת להביא לחשיפת גורלו מוחזקים העותרים במעצר, נפל בידי הארגונים האמורים במהלכה של פעילות מבצעית. כשנה לאחר נפילתו של רון ארד בידי אותם ארגונים נעלמו עקבותיו, מסך אטום הורד על גורלו, לא נמסר דבר אודותיו למשפחתו ולעמו וכל המאמצים שנעשו בהקשר זה לא הניבו פירות.

הרחקתם של העותרים ממשפחותיהם והחזקתם במעצר נועדה ליצירת לחץ על הנהגות האירגונים האמורים - שבהם חברים העותרים - לשנות טעמים ולהבהיר היכן מוחזק רון ארד, ומה עלה בגורלו מאז נפל בידיהם. בבסיס מעצרם של העותרים עומדים שנים אלה: ראשית - ההנחה שהרצון לשמור על תדמיתן כחרדים לשלום חבריהם יניע את הנהגות הארגונים לעשות לשחרור חבריהם; ושנית - ודומה שהוא עיקר - ההנחה, שבני משפחותיהם של העותרים - ככל בני משפחה - יפעילו על הנהגות ארגוניהם לחץ קשה ומכביד, לסילוק

מעטה הסודיות שנפרש על גורלו של רון ארד ולהביא בדרך זו לשחרור בניהם. ואם לא יוכלו לעשות זאת לבדם, יגייסו לעזרתם את קולו של הציבור בארצם ומחוצה לה. מן ההיבט הפרטי, הפכו בני משפחות העצורים - הלכה למעשה - לבעלי ענין "משותף" בחשיפת קורותיו של רון ארד; ובנסיבות הענין, הדעת נתנה, שמשפחות העצורים "ישתפו פעולה" - מטעמיהם הם - ויתרמו לפריצת סדק לפחות בחומת השתיקה שמאחוריה מתבצרים האירגונים האמורים.

במצב דברים זה, הנקיטה במושג "בני ערובה" - בו מרבים לנקוט בהקשר הנדון כאן - אינה הולמת את החזקתם של העותרים במעצר. בבסיס משמעותו הקלאסית של המושג "בני ערובה", עומד "איום" - ממשי ומוחשי - של פגיעה בשלמות גופם ואף בחייהם של המוחזקים בתור שכאלה, על מנת למנוע מ"חבריהם" נקיטת פעולה זו או אחרת במסגרת פעילותם השוטפת. בנסיבות כאלה, מהווה ההחזקה במעצר "אמצעי לחימה" במאבק בין צדדים יריבים; כשפסולותו נעוצה, בעיקרה, באיום הבלתי אנושי הכרוך בו. ואילו כאן: העותרים אינם נתונים לאיום כלשהו; והחזקתם אינה שקולה כנגד שימוש ב"נשק", המחייב את היריב להימנע מפעילות כלשהי או לשנות את פעילותו השוטפת.

גם השימוש במושג "קלף מיקוח" ללא תוספת מבהירה כי ה"מיקוח" אינו אלא יצירת לחץ למסירת מידע, חוטא במידה לא מבוטלת לדיוק התיאור של אופי החזקתם של העותרים במעצר. במשמעותו המובהקת מהווה "קלף מיקוח" "נכס" שמחזיק צד במהלכו של "מקח וממכר", במטרה לאלץ את יריבו למתן את דרישותיו. בהעדר משא ומתן עם אותם אירגונים, אין לומר שאנו "סוחרים" בעותרים. כאמור, לשיטתי, העותרים מוחזקים לתכלית אחת ויחידה והיא: הנעתן של הנהגות האירגונים הנוגעים בדבר - לרבות המדינות המעורבות בפרשה - לפתוח אשנב בקיר השתיקה; ולמסור למשפחה, לעם ישראל ולעולם כולו מה עלה בגורלו של הנווט שלנו. לא ב"מיקוח" על תנאי החזרתו של רון ארד מדובר, אלא ב"לחץ" לחשיפת פרטים שהועלמו עד כה במידה בוטה של חוסר אנושיות.

אכן, גם כאשר החזקה במעצר מכוונת ליצירת לחץ לחשיפת פרטים בלבד - כאשר לא מרחף מעל לעותרים סיכון כלשהו לחייהם או לשלמות גופם - יש בה, כשלעצמה, משום פגיעה קשה בחירותם של העותרים; ופגיעה כזו, אכן, אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות ההומניים של המדינות בנות התרבות ועם כללי היסוד עליהם מושתתת מדינתנו. ברם, לשיטתי, במקום שבו אירגון טירור נוקט צעד של אטימות לב, אכזריות וחוסר אנושיות, שבא לכלל ביטוי בהטלת איפול מוחלט על גורלו של לוחם שלנו שנפל בידי במהלכה של פעילות מבצעית, מתחייב מצידנו "איזון" בין עיקרי יסוד הומניים במאבק עם אויבים המשחרים לנפשותינו לבין האינטרס של פידיון השבויים העומד בראש מעיינינו. איזון כזה, מצדיק ומכשיר החזקה במעצר של לוחמיו של

אירגון הטרור הנוגע בדבר מכוח החוק; כאשר המטרה היא הפעלת לחץ על האירגון - באמצעות בני משפחות העצורים - לחשוף מה עלה בגורלו של הלוחם שלנו. זהו המעט - ולמעשה הכל - שאנו יכולים לעשות, מבלי לפגוע פגיעה העולה על המידתיות הראויה במחויבותינו לעקרונות ההומניים של חופש וחירות. אם לא נעשה זאת, נימצא חוטאים ללוחמינו ולבטחוננו של מדינתנו; ויחד עם זאת, מעודדים את אירגוני הטרור להפר ולפרוץ כל כלל אנושי בסיסי, גם כשאין בכך כדי לתרום דבר או חצי דבר לקידום מטרותיו.

מי שמצטרף לאירגוני טרור אינו יכול לרחוץ בנקיון כפיו ולטעון שאין הוא נושא באחריות אישית להתנהגותם של מנהיגיו, בכל הקשור לאיפול שהוטל על קורותיו של הנווט שלנו; ולא תישמע מפיו הטענה, שיש להתייחס אליו כאל אזרח תמים שוחר שלום שנעקר ממשפחתו ומוחזק מאחורי סורג ובריח על לא עוול בכפו.

בהתנגשות שבין הפגיעה בזכות הבסיסית של כל אדם לחירות לבין הפגיעה שפוגעים אירגוני הטרור בערך האנושי הבסיסי של מסירת מידע בקשר לעצור הנמצא ברשותם - יד האחרון על העליונה. לא דרשנו מאירגוני הטרור הימנעות מפעילות ב"איום" של פגיעה ב"בני ערובה" מחבריהם; ואף שהם מוחזקים לכאורה כ"קלף מיקוח" לא הצגנו את העותרים כ"נכס" להחלפה ב"נכס" אחר. כל שאנו מבקשים הוא: מידע בסיסי באשר לקורותיו של לוחם מלוחמינו שנפל בידיהם.

במצב דברים זה, גילויי הבקורת הקשים שמפנים כלפינו העותרים ובני משפחותיהם, צריך שיהיו מופנים כלפי הנהגותיהם של אירגוני הטרור אליהם חברו העותרים ואת דברם ומטרותיהם מטרותיהם אימצו; כשלנגד עיניהם צריכה לעמוד העובדה, שכל שנדרש ממנהיגיהם מצטמצם, בשלב הראשון לפחות, למסירת מידע על גורלו של לוחם שנפל בידם.

בעת כתיבתן של שורות אלו, לא נעלם ממני, כי הגדרת המושגים "בני ערובה" ו"קלפי מיקוח" במשור הבינלאומי ההסכמי, הורחבו באופן שניתן להביא בגידרם את החזקתם של העותרים במעצר מינהלי לתכלית המצומצמת הנקובה לעיל. אין בכך כדי לשנות את עמדתי הנעוצה בפרשנות הדין הפנימי שלנו; באשר לשיטתי, בנסיבות המיוחדות של המקרה, אין אנו מחויבים ליישם את הוראותיו של הדין הבינלאומי ההסכמי, לנוכח התנהגותם המחפירה והבלתי אנושית של אירגוני הטרור, המחזיקים בפתרון תעלומת "היעלמו" של הון ארד. ארגונים אלה וחבריהם רומסים - בהתנהגותם בהקשר הנדון כאן - ברגל רמה, כללי התנהגות אנושית בסיסיים; ודי בכך כדי למנוע מחבריהם - העותרים - פתחון פה והקמת זעקה כנגד חוקיות מעצרים.

5. מקובל עלי, שגם לתכלית המצומצמת האמורה יש למעצר גבול ומידה; ושבנקודת זמן מסוימת, כאשר מתברר שהחזקת העותרים במעצר אינה יעילה, נשטם הבסיס להצדקתה. משחלפו למעלה מעשר שנים של מעצר, ללא סימן המצביע על שינוי בעמדתו של האירגון, שעליו נמנים העותרים, בכל הקשור להסרת האיפול מעל קורותיו של הנווט שלנו, מוצב סימן שאלה כבד על יעילותו - ועל כן על הצדקתו - של המעצר. במצב דברים כזה, מותנית הארכה נוספת של המעצר בהבאת ראיה המצביעה על קיומו של סיכוי אמיתי, ממשי ומוחשי שהמשך המעצר דרוש לשינוי עמדתם העיקשת של אירגוני הטרור בפרשה זו. בהעדר ראיה כזו, לא יהיה מנוס מן המסקנה שיש לשחרר את העצורים, בשל כך שמעצרום הוכח כחסר תועלת.

והנה, מן החומר שהוצג בפנינו בשני הדיונים שהתקיימו לאחרונה התרשמתי, כי נראים סימנים ראשונים של שינוי כאמור בעמדת האירגונים הנוגעים בדבר; וכי קיים סיכוי ממשי שהשינוי יביא, סוף סוף, למסירת המידע שלמען השגתו מוחזקים העותרים במעצר. לעובדה זו, נמצאה - סמוך לאחר הדיון הראשון מבין השניים - תמיכה, בדבריו של מזכיר אירגון החיזבאללה, השיח' נסראללה, אשר אמר באמצעי התקשורת: כי "אני סמוך ובטוח שהתנועה תגלה מה עלה בגורלו של רון ארד. אנו עוקבים אחר נושא זה ברצינות רבה ואנו מלאי בטחון ואופטימיות"; וכי "איננו מתיאשים מהשגת תוצאה בפרשת הנווט רון ארד. אנו עוקבים אחר הנושא ומקווים שכל אסירי חיזבאללה בישראל ישוחררו". (ראה למשל: גלובס מיום 21.1.2000; ההדגשות שלי - י.ק.).

למרבת הצער, לא שמענו בדיון האחרון שקיים בפרשה זו, על פריצת הדרך המיוחלת; ולכאורה, מבשר הדבר נסיגה אל העמדה הישנה. עם זאת, שוכנעתי שאל לנו למהר וללמוד מחוסר ההתקדמות, כי אבדה תקווה של ממש להשיג אותה פריצת דרך; וזאת, בהתחשב בכך, שמו"מ מסוג זה מתאפיין "בעליות ובמורדות" המכוונות להתיש את היריב. כשלעצמי, נראה לי, שהדלת להמשך המו"מ לא נסגרה; ומן הראוי לבחון את יעילותו של המשך המעצר על רקע זה. משמעות שחרורם של העותרים עתה היא, שהגענו למסקנה שאין תועלת עוד בהחזקתם. ההתפתחויות האחרונות אינן מחייבות מסקנה כזאת; ואם יתברר כי כשלנו, אנא אנו באים.

אילו דעתי נשמעה, הייתי מציע לחברי, לדחות את הדיון פעם נוספת; ולחזור ולשמוע מפי גורמי הבטחון פרטים על ההתפתחויות שתהינה במו"מ האמור, כעבור חודשיים מהיום.

השופט י' טירקל:

1. דרכי אל ההכרעה בשאלה שלפנינו היתה קשה ומייסרת, פשוטו כמשמעו. מלכתחילה, משקראתי את פסק דינו של בית המשפט העליון בעמ"מ 10/94, שהונח לפנינו בדיון נוסף זה, סברתי - כדעת המיעוט שם, שהיא דעת הרוב כאן - ששר הבטחון אינו מוסמך מכוח סעיף 2(א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט 1979- (להלן - "החוק"), להורות על מעצר מינהלי של אדם כדי לקדם את שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון. אולם, "סובב הולך הרוח ועל סביבותיו שב הרוח" (קהלת א' ז'), ובסופה של הדרך מצאתי את עצמי עומד במקום שבו עומדים בעלי דעת הרוב שם - שהיא דעת המיעוט כאן - שכמותם סברו, בהחלטות שונות, הנשיא מ' שמגר והשופטים ג' ברך וצ' טל, לאמור, ששר הבטחון אכן מוסמך לכך.

2. הטעם העיקרי לשינוי שחל בהשקפתי הוא שלפי תכליתו האובייקטיבית של החוק לפנינו שני פירושים סבירים של המונח "טעמי בטחון המדינה" שביניהם יש להכריע.

פירוש אחד עולה מפסק דינו הקודם של הנשיא א' ברק בעמ"מ 10/94 שבו אמר, בין היתר, כי: "נכון הדבר כי המונח בטחון המדינה סובל פירושים רבים ומשמעויות רבות" וכי "מקובלת עלי, בענין זה, עמדת המשיב, לפיה כשם ששלומם של חיילי צה"ל מהווה תדיר שיקול של בטחון המדינה, כך שלומם של נעדרים ושבויים, לרבות החזרתם למכורתם מהווה טעם של בטחון המדינה". מסקנתו שם היתה כי הפגיעה החמורה בכבוד האדם על ידי מעצרים של העותרים "מחוייבת המציאות הבטחונית והמדינית היא, ומשקפת היא את נקודת האיזון הראויה בנסיבות המקרה בין חירות הפרט לבין ההכרח בשמירה על בטחון המדינה".

הפירוש השני עולה מפסק דינו שלפנינו, שעליו סמכו את ידיהם חמשה מן השופטים היושבים במושב זה, ובו - באומץ לב ובגילוי לב ראויים לכבוד ולשבח - שינה את דעתו והגיע למסקנה מנוגדת; לאמור, כי מטרת החוק (התכלית האובייקטיבית) "מובילה למסקנה כי תכלית החוק הינה לחול אך על מצבים שבהם המעצר המינהלי נדרש בשל סכנה הנשקפת מהעצור עצמו".

3. בהכרעות שכאלה, יש שהמחוקק עצמו מתווה את הדרך, כמו שעשה, לדוגמא, בסעיף 34כא לחוק העונשין, לפיו "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי

שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". (לענין זה ראה, בין היתר, דברי הנשיא א' ברק על פרשנות בפלילים בע"פ 6696/96 כהנא בנימין נגד מדינת ישראל, (טרם פורסם); ש"ז פלר יסודות בידי עונשין, כרך א', תשמ"ד 1984-, 176 ואילך; מ' גור אריה הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב 1992-, משפטים כ"ד 1, 1994, 9 ואילך). אולם, יש שהבחירה בין הפירושים נעשית לפי משקלם היחסי של הערכים המונחים על כפות המאזניים, כמו בסוגיה שלפנינו. על כך אמרתי במקום אחר:

"אחרי הדברים האלה תוהה אני מה הטעם בניסיון לשקול במאזני משפט את הערכים המתנגשים, או בניסיון ללכת ב'דרך מדרכי המשפט'; כאשר משקל הערכים משתנה לפי האוחז ביד מידת משפט, כאשר ניתן לבחור בין מספר דרכים וכאשר בדרך אחת אף ניתן להגיע לתוצאות שונות. גם בפסקי הדין של חברי לדעה מוצגת יותר מ'דרך משפטית' אחת שבה אפשר להגיע לתוצאה שאליה הגיעו, שאינה נופלת ב'משפטיותה' מן הדרכים שבהן הלכו החולקים עליהם. אם כך הדבר, מה הועילו ההולכים בדרך זאת?"

יותר מכך. אם אכן יש יותר מ'דרך משפט' אחת, כיצד תיעשה הבחירה בין הדרכים השונות ובין היעדים השונים שאליהם מובילה כל דרך? האם גם בחירה זאת מוכתבת על ידי 'הדין'? בסוגיות סבוכות, כזו שלפנינו, אין גאומטריה משפטית המחייבת תוצאות חד משמעיות. שלא כחבריי שסברו כך, אין אני יכול להצביע על פתרון אחד, או פתרון 'נכון יותר', שניתן ליישמו במקרה שלפנינו. פסקי הדין שלפנינו מראים יפה כיצד ניתן להציב ערכים שונים במקום כל איבר בנוסחה הנבחרת. מול הקביעות שעליהן סומכים שופטים הדוגלים בהשקפה אחת, ניתן להעלות קביעות מנוגדות". (דנ"א 2401/95 רותי נחמני נגד דניאל נחמני ואח', פ"ד נ 4) 739, 661, וכן ראו 734 - 741).

(ראו, א' ברק פרשנות במשפט, כרך ראשון, תורת הפרשנות הכללית, 1994 - תשנ"ד, 36 - 38; וכן, שם, כרך שני, פרשנות החקיקה, 1993 - תשנ"ג, 555 - 558; י' אנגלרד, מבוא לתורת המשפט, 95 - 97).

חברי השופט מ' חשין רואה במצווה של פדיון שבויים "מצווה נעלה - מכל - נעלה" הכרוכה בכך ש"כל ישראל (ולענינו שלנו: לא רק ישראל) ערבין זה - בזה". כמוהו סובר חברי השופט י' קדמי, כי "פדיון שבויים" הינו אחד מערכי היסוד של העם היהודי; ודומה שאין ממנו ממחיש את מחויבותו הבסיסית של כל אחד מבני העם הזה לחירות אחיו, בחינת ישראל ערבים זה לזה". לשיטתם נגזרת מכך גם פרשנותו של המונח. גם אני סבור כמותם.

4. לדבריהם המרוממים של השופטים מ' חשין וי' קדמי מבקש אני להוסיף. השמירה על כבודו וחירותו של כל אדם וההגנה על זכויות יסוד חוקתיות אלה (ראו סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), יקרה לנו מכל יקר, אולם בפרשה שלפנינו אין היא עומדת מול השמירה על בטחון המדינה כמשמעותו המצומצמת של

המונח, כפי שמפרשים אותו בעלי דעת הרוב. בעיני מונחים על כפות המאזניים, אלה מול אלה, כבודם וחירותם של העצורים מקרב לוחמי האויב מול כבודם וחירותם של שבויים ונעדרים; אלה הנתונים בצרה ובשבייה היום ואלה שיהיו נתונים, חלילה, בצרה ובשבייה בעתיד. שקילתם של אלה - שהיא ביסוד התהליך הפרשני - אינה נעשית בתוך מעבדה משפטית, אלא בתוך כור היתוך של ערכים, גם לאומיים, ואף של רגשות חמלה אנושיים. בבואי לשקול בין אלה איני יכול שלא לקבוע - אומנם, בצער ובכאב - כי הכבוד והחירות של לוחמינו יקרים לי מאלה של לוחמי האויב. שיקול זה מטה בעיני את הכף לעבר הפרשנות המרחיבה של המונח "טעמי בטחון המדינה".

5. מכיון שכך, נשאלת השאלה אם השימוש שעושה שר הבטחון בסמכותו לעצור את העותרים - מקצתם מיום 16.5.91 ורובם מיום 1.9.92 - הוא "מן המידה" או שמא "אינו מן המדה" (השוא יומא, כ"א, ע"א)? לשון אחרת, האם אחרי שחלפו כשמונה או תשע שנים בלי שהושגה תכלית המעצר הוגדשה הסאה ואין להמשיך במעצר עוד?

על כך אשיב כי משהצהירו בפנינו הבכירים שבין המופקדים על הטיפול בנושא השבויים והנעדרים כי יש אחרית ויש תקוה - ולא בזמן רחוק - אין אנו רשאים לדחות את הערכתם המקצועית השקולה מפני הערכתנו שלנו. כאשר בדיני נפשות עסקין - ולפנינו סוגיה של דיני נפשות ממש - אין לכבות את הנר הקטן המבליח לעינינו באפילה, בטרם כבה, חלילה, מאליו. לפיכך הייתי משהה את ההכרעה עד שיבואו ויאמרו לנו שאפסה כל תקוה.

6. הגעתי לסוף הדרך, שראשיתה בדעתי כי שר הבטחון אינו מוסמך מכוח סעיף 2(א) לחוק להורות על מעצר מינהלי של אדם כדי לקדם את שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון, וסופה במסקנותי דהיום שהחוק מסמיך אותו לכך וכי השימוש שהוא עושה בסמכותו אינו חורג מן המדה. הלואי ויכולתי להגיע למסקנה ששני הפירושים של המונח "טעמי בטחון המדינה" יכולים לעמוד זה במחיצתו של זה - כאילו הם "הפכים המתאחדים בשורשם" (ח"נ ביאליק, "הציץ ונפגע") - והלואי ויכולתי להימנע מהכרעה כלשהי בסוגיה, אולם כשופטים אין אנו רשאים לחשוך את עצמנו מן הדין ואין בני חורין ליפטר מן ההכרעה.

7. אילו נשמעה דעתי היינו משאירים לפי שעה על כנו את פסק הדין בעמ"מ 10/94 ודוחים את המשך הדיון למשך חודשיים ימים מהיום, על מנת לשמוע מפי המופקדים על הטיפול בענין השבויים והנעדרים אם החזקתם של העותרים במעצר יש בה עדיין משום תועלת לשם קידום שחרורם.

שׁוֹפֵט

השופטת ד' דורנר:

1. אני מסכימה לפסק-דינו בדיון נוסף זה של חברי, הנשיא ברק, דעתי נשארה בעינה מאז הובעה על-ידיי - הייתה זו אז דעת מיעוט - בעמ"מ 10/94. ממילא אינני מסכימה עם חבריי, השופטים חשין, קדמי וטירקל.

פסק-דיני בעמ"מ 10/94, כי המדינה אינה רשאית להחזיק בעותרים במעצר מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט 1979 - (להלן: חוק המעצרים), בוסס על התשתית העובדתית שהציגה המדינה. על-פי תשתית זאת, מטרת מעצרים של העותרים הינה עשיית שימוש בהם כקלפי-מיקוח במהלך המשא ומתן על החזרתו של הנווט השבוי רון ארד ושבויים ונעדרים אחרים. עם זאת, לנוכח העובדה כי העותרים היו חברים בארגונים הנלחמים בנו בלבנון הוספתי, כי "בכך אין כדי להביע עמדה בשאלה... בדבר הסמכות להחזיק במערערים מכוח דינים אחרים, כגון המשפט הבינלאומי" (בסעיף 3 לפסק-דיני).

ברם, המדינה, שהעמידה את העותרים לדין בגין חברות בארגון עוין, לא טענה גם בדיון נוסף זה, כי ניתן לראות בהם שבויי-מלחמה. היא הוסיפה ותלתה את סמכותה להחזיק בעותרים בחוק המעצרים, וחזרה על אותה תשתית עובדתית, שלפיה העותרים אינם מסכנים את בטחון המדינה, ומוחזקים במעצר אך כקלפי-מיקוח לקידום השחרור של שבויינו.

על רקע תשתית עובדתית זאת, כתבתי בפסק-דיני בערעור:

עלינו להתעלם ... מחברותם של המערערים שבפנינו באירגונים עוינים ומפעילותם בעבר נגד ישראל. על חברות ופעילות אלה הם נענשו, ואין הם העילה למעצרים. האם משום שהחוק אינו אוסר במילים מפורשות על מעצר של קרובי משפחה של אנשי האויב, או של אנשים אחרים שמטעם זה ואחר עשוי להיות לאויב עניין בשיחרורם, נוכל לפרשו כמאפשר את מעצרים? עמדתו של חברי, הנשיא ברק, מובילה לפירוש החוק כמאפשר מעצר, לתקופה בלתי-מוגבלת, של אדם כלשהו, ובלבד שבמעצר יש תועלת, ולו עקיפה, לבטחון המדינה. סמכות גורפת ובלתי-מוגבלת כזו אינה מוכרת אף על-פי דיני המלחמה שמתחום המשפט הבינלאומי. אין באפשרותי להכיר בקיומה על-פי החוק הישראלי.
[בסעיף 2 לפסק-דיני]

2. אזרחים המוחזקים במעצר כקלפי-מיקוח הם בני-ערובה, כהגדרתו של מונח זה בסעיף 1 לאמנה הבינלאומית כנגד החזקת בני-ערובה, 1979. מעצרים של בני-ערובה הינו אסור בתכלית האיסור על-פי אמנה זו. וכך נקבע בסעיף 1 לאמנה:

Any person who seizes or detains and threatens... to continue to detain another person (hereinafter referred to as the "hostage") in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organization, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offence of taking of hostages ("hostage-taking") within the meaning of this Convention.

ישראל חתמה על אמנה זו בתאריך 19.11.1980, ואף הוסיפה לה הערה בזו הלשון:

It is the understanding of Israel that the Convention implements the principle that hostage taking is prohibited in all circumstances and that any person committing such an act shall be either prosecuted or extradited pursuant to article B of this Convention or the relevant provisions of the Geneva Conventions of 1949 or their additional Protocols, without any exception whatsoever.

מעצר אזרחים של מדינת אויב כבני-ערובה לכל מטרה שהיא נאסר באיסור חמור כבר 30 שנה קודם לכן, בסעיף 34 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן המלחמה, 1949 (להלן: אמנת ז'נבה). זאת, לרבות מעצרים לצורך הטבת תנאי החזקתם של שבויי-מלחמה, או לשם החלפתם בשבויים, מעשים שהיו מקובלים בימים עברו. ראו, למשל, English Manual of Military Law (1929), 464.

יש אף הסבורים, כי האיסורים החמורים שבאמנת ז'נבה, שהוצהרו בסעיף 147 לאמנה, ביניהם האיסור על החזקת בני-ערובה, הגיעו עם חלוף השנים למעמד של דין בינלאומי מינהגי. ראו Yoram Dinstein, "Report on the Application of Customary International Law Concerning Armed Conflicts in the National Legal Order", **National Implementation of International Humanitarian Law - Proceedings of an International Colloquium at Bad Homburg June 17-19**, (M. Bothe - ed., Dordrecht, 1990)

יסוד להשקפה זו נמצא בדברים שנכתבו על-ידי ה-Appellate Committee בעניין הסגרתו של

פינושה לספרד, שצוטטו בהסכמה בפסק-דין של בית-הלורדים באותו עניין. וכך נכתב:

[T]he taking of hostages, as much as torture, has been outlawed by the international community as an offence... [I]nternational law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone ... [T]he contrary conclusion would make a mockery of international law.

ראו גם אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי - פרשנות חוקתית, תשנ"ד), בע' 323; Anne F.

.Bayefsky, **International Human Rights Law** (1992), at p. 14

בכך מובחנים אזרחים משבויי-מלחמה, שמותר להחזיקם עד תום המלחמה והחזרת שבויי המדינה המחזיקה. ראו סעיף 118 לאמנת ז'נבה השלישית. אך, כאמור, עמדת המדינה בענייננו היא, כי העותרים אינם שבויים, והחזקתם היא מכוח חוק המעצרים.

3. כידוע, על-פי שיטתנו המשפטית, הקליטה של כללי המשפט הבינלאומי המינהגי היא ישירה, והם חלק מהמשפט הישראלי המקומי. ראו, למשל, בג"ץ 606/78 **איוב ואח' נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 113. מנגד, אישור אמנה בינלאומית המעגנת דין הסכמי בלבד לא הופך את האמור בה לחלק מן המשפט המקומי. לשם כך נדרש אימוץ האמנה בחוק. עם זאת, הפסיקה קבעה חזקה פרשנית, שלפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שלהן מדינת ישראל מחויבת, וכי חוקי המדינה יתפרשו - ככל שהדבר ניתן - כעולים בקנה אחד עם הדין הבינלאומי. ראו, למשל, ע"א 562/70 **אלקוטוב נ' שאהין**, פ"ד כה(2) 77, בע' 80; ע"פ 437/74 **קוואן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כט(1) 589, בע' 596. כך בכלל, וכן על-אחת-כמה-וכמה בעניינים הנוגעים לזכויות בסיסיות.

4. על-כל-פנים, בין שהאיסור הבינלאומי על החזקת בני-ערובה הוא מינהגי ובין שהוא הסכמי, דומה בעיניי כי אין צורך בכל מאמץ פרשני לצורך ביסוס המסקנה, כי חוק ישראלי אינו מאפשר החזקה של בני-ערובה.

הלוא אפילו בדיני המלחמה הבינלאומיים נאסר באיסור חמור על הכוחות הלוחמים לערוך איזון בין צרכי הביטחון של המדינה, לרבות הצורך בהבטחת שלומם של שבויי הכוח הלוחמים והחזרתם מן השבי, לבין הפגיעה בחירות אזרחיה של מדינת האויב על-ידי החזקתם כקלפי-מיקוח. לא-כל-שכן, אין מקום לפירוש מרחיב

של חוק מוניציפלי, כך שתיכלל בו הסמכות להחזיק בני-אדם במעצר במטרה שישימשו קלף-מיקוח במשא ומתן לשחרור שבויים.

5. ואכן, לדעתי, אין דרך סבירה לפרש את חוק המעצרים, כך שתיכלל בו סמכות כזו.

זו לא הייתה כוונת המחוקק, כפי שעולה מלשון חוק המעצרים כפשוטה ומההיסטוריה החקיקתית, המלמדות כי תכליתו של החוק הייתה אך לאפשר מעצרו של אנשים המסכנים את בטחון המדינה או את בטחון הציבור, מקום בו לא ניתן להשיג מטרה זו בהליך פלילי. פירוש החוק כאילו הוא מסמיך לעצור בני-אדם כדי להשתמש בהם כקלפי-מיקוח אף סותר את עקרונות השיטה המשפטית במדינת ישראל, כמדינה דמוקרטית השומרת על זכויות-האדם הבסיסיות.

בענייננו, מטרתו של מעצר העותרים - קידום השחרור של רון ארד ושל שבויים ונעדרים אחרים - ראויה מאין כמותה. ברם, היא כשלעצמה אינה יכולה להקנות סמכות מעצר. יפים לכאן דברי ממלא-מקום הנשיא חיים כהן:

ובל יעלה על דעת איש, שאין כאן אלא דקדוקי עניות פורמאליים, הבאים לסכל מבצע ביטחוני רב ערך: התקנות נועדו לשמש בידי המדינה ושלוחיה אמצעי לחימה נגד אויבים מבפנים, הבאים לפגוע פגיעותיהם הרעות בביטחון הציבור; ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרת האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו - ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה.

[בג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, בע' 132]

6. בפסק-דיני בערעור נושא דיון נוסף זה ציינתי, כי אף אם חוק המעצרים היה מאפשר מעצר למטרת שימוש בעצורים כקלפי-מיקוח, לא היה מקום להארכת המעצר במקרה זה. שכן, לא מצאתי כי התקיימה אפשרות סבירה - ולא-כל-שכן ודאות קרובה - כי המשך המעצר יכשיל את האפשרות לשחרור רון ארד או שבויים או נעדרים אחרים. מאז פסק-הדין בערעור חלפו כשנתיים וחצי. בתקופה זאת רון ארד, או כל שבוי או נעדר אחר, לא שוחרר. למרבית הצער, הזמן שחלף לא הגדיל את מידת הסבירות של האפשרות שמעצר העותרים יביא לשחרור שבוינו ונעדרינו.

אשר-על-כן, מצרפת אני דעתי לדעתם של הנשיא ברק, המשנה-לנשיא ליון, והשופטים אור, מצא
 זמיר, כי יש לשחרר את העותרים ממעצרם.

שופט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק, כנגד דעתם החולקת של השופטים מ' חשין, י' קדמי ו-י'
 טירקל.

ניתן היום, ז' בניסן התש"ס (12.04.2000).

הנשיא המשנה לנשיא שופט שופט שופט

שופט שופט שופטת שופט

העתק מתאים למקור
 שמריהו כהן - מזכיר ראשי
 /A09.97070480/דד