

## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6659/06

ע"פ 1757/07

ע"פ 8228/07

ע"פ 3261/08

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' א' לוי

המערערים: 1. פלוני  
2. פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעורים על החלטותיו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט ד' כספי) מימים 16.7.06; 19.7.06; 13.2.07 ו-3.9.07; וכן על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט ד' קורן) מיום 20.3.08

תאריך הישיבה: ט"ו באדר התשס"ז (05.03.07)

בשם המערערים: עו"ד ה' אבו שחאדה

בשם המשיבה: עו"ד ש' ניצן; עו"ד י' רויטמן; עו"ד ז' גולדנר;  
ועו"ד ע' קלר

### פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

לפנינו ערעורים על החלטותיו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט ד' כספי) במסגרתן אושרה חוקיות מעצרים של המערערים לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים או: החוק). מלבד עניינם הפרטני של המערערים, מעלים הערעורים סוגיות עקרוניות בנוגע לפרשנות הוראותיו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ומידת התאמתו לדין

הבינלאומי ההומניטארי, וכן בנוגע לחוקתיות ההסדרים הקבועים במסגרת החוק האמור.

### עיקרי העובדות והשתלשלות העניינים

1. המערער 1 הינו תושב רצועת עזה, יליד 1973, אשר נעצר ביום 1.1.02 במעצר מנהלי מכוח צו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה) (אזור חבל עזה) (מס' 941), התשמ"ח-1988. מעצרו של המערער 1 הוארך מעת לעת על-ידי המפקד הצבאי ואושר בביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט הצבאי בעזה. המערער 2 אף הוא תושב עזה, יליד 1972, נעצר ביום 24.1.03 במעצר מנהלי מכוח הצו האמור. מעצרו של המערער 2 הוארך אף הוא מעת לעת, ונבחן על-ידי בית המשפט הצבאי בעזה.

ביום 12.9.05 פורסם מטעם מפקד פיקוד הדרום מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי באזור חבל עזה. באותו היום ונוכח שינוי הנסיבות וכן שינוי התשתית המשפטית הרלוונטית, הוצאו נגד המערערים צווי כליאה בחתימתו של הרמטכ"ל מכוח סמכותו לפי סעיף 3 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הוא החוק העומד במרכז הדיון לפנינו. ביום 15.9.05 הובאו צווי הכליאה לידיעת המערערים. בהליך שימוע שנערך להם לפי החוק ציינו המערערים כי אין ברצונם לומר דבר, וביום 20.9.05 החליט הרמטכ"ל להשאיר בתוקפם את צווי המעצר מכוח החוק האמור.

2. ביום 22.9.05 החל בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט ד' כספי) הליך הביקורת השיפוטית בעניינם של המערערים. ביום 25.1.06 פסק בית המשפט המחוזי כי לא נפל פגם בהליך הוצאתם של צווי הכליאה נגד שני המערערים, וכי נתקיימו בעניינם כל התנאים הקבועים בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לרבות העובדה כי יהא בשחרורם כדי לפגוע בביטחון המדינה. על החלטה זו ערערו המערערים לבית המשפט העליון, וביום 14.3.06 נדחה ערעורם (השופט א' רובינשטיין). בפסק-הדין נקבע, כי מהחומר שהוצג בפני בית המשפט עולה זיקתם הברורה של המערערים לארגון החיזבאללה, וכן עולה השתתפותם בפעולות לחימה נגד אזרחי ישראל עובר למעצרים. בית המשפט הדגיש בהקשר זה את המסוכנות האישית הנשקפת משני המערערים, ואת הסיכון כי ישובו למעשיהם אם ישוחררו כפי שעולה מן החומר שהוצג בפניו.

3. ביום 9.3.06 החלה הביקורת השיפוטית העתית בפני בית המשפט המחוזי מכוח סעיף 5(ג) לחוק. במסגרת ביקורת זו, נדונו לא רק טענותיהם הפרטניות של המערערים כנגד מעצרים, אלא גם טענות עקרוניות כנגד חוקתיות החוק במסגרת תקיפה עקיפה של הוראותיו. ביום 16.7.06 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי ביחס לטענותיהם הפרטניות של המערערים. בהחלטה זו צויין כי מן המידע שהוצג לפני בית המשפט עלה כי המערערים הינם פעילים מרכזיים בארגון חיזבאללה, אשר ישובו בסבירות גבוהה לפעולות טרור אם ישוחררו עתה, וכי שחרורם עלול לפגוע בביטחון המדינה. ביום 19.7.06 ניתנה החלטתו של בית המשפט המחוזי בטענות העקרוניות שהעלו המערערים ביחס לחוקתיות החוק. בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערערים גם בהקשר זה, וקבע כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, תכליתו ראויה ופגיעתו בזכויות המערערים מידתית. בית המשפט אף ציין כי לפי השקפתו, עולה החוק בקנה אחד גם עם כללי המשפט הבינלאומי. כנגד שתי החלטות אלה מימים 16.7.06 ו-19.7.06 מופנה הערעור בע"פ 6659/06.

ביום 13.2.07 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי בביקורת שיפוטית עתית שנייה על מעצרים של שני המערערים. בהחלטתו אישר בית המשפט המחוזי את צווי הכליאה, עמד על חשיבותם של המערערים לפעילות ארגון החיזבאללה כפי שעלה מעדויות המומחים שהעידו לפניו, וציין כי מעצרים משיג מטרה סיכולית ממדרגה ראשונה. נגד החלטה זו מופנה הערעור בע"פ 1757/07.

ביום 3.9.07 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי בביקורת השיפוטית העתית השלישית על מעצרים של המערערים. בהחלטתו ציין בית המשפט המחוזי כי המומחים איתנים בדעתם כי קיימת סבירות גבוהה לכך ששני המערערים ישובו לפעילות הטרור שלהם אם ישוחררו, וכי עקב כך ישודרגו יכולות הפעולה של תשתית החיזבאללה ברצועת עזה ויגברו הסיכונים לביטחון מדינת ישראל ותושביה. עוד צויין, כי השתלטות ארגון החמאס על רצועת עזה מגבירה את הסיכונים האמורים ואת הקושי להתמודד עמם. הודגש כי קיים מידע לגבי כל אחד מהמערערים המתייחס לרצונם לחזור לפעילות טרור אם ישוחררו, ועל קיום מגעים שלהם בתחום זה גם במהלך תקופת הכליאה. בנסיבות אלה, קבע בית המשפט המחוזי כי חלוף הזמן לא הקהה את מסוכנותם של המערערים, הבכירים במעמדם בתשתית הטרור של חזבאללה ברצועת עזה, וכי אין מקום לביטול צווי הכליאה שהוצאו נגדם. כנגד החלטה זו מופנה הערעור בע"פ 8228/07.

ביום 20.3.08 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי בביקורת השיפוטית העתית הרביעית על מעצרים של המערערים. בעת הדיון ציין בית המשפט (השופט ד' רוזן) כי התשתית הראייתית כנגד כל אחד משני המערערים לא התחדשה בשנים האחרונות. עם זאת, בית-המשפט ראה לאשר את המשך כליאתם לאחר שמצא כי כל אחד משני המערערים קשור באופן הדוק לארגון החיזבאללה; כי שניהם פעלו בארגון זה באופן אינטנסיבי; כי חומר הראיות הקיים בעניינם מלמד כי שובם של השניים לשטח עלול לשמש מנוף לפיגועי טרור; וכי תקופת מעצרים הארוכה של השניים לא הקהתה את מסוכנותם. כנגד החלטה זו מופנה הערעור בע"פ 3261/08.

פסק-דיננו זה מתייחס, אפוא, לכל הערעורים הנ"ל במאוחד.

#### טענות הצדדים

4. טענות המערערים לפנינו, כמו לפני בית המשפט קמא, התמקדו בשני מישורים: ראשית, העלו המערערים טענות פרטניות בדבר אי חוקיות צווי הכליאה שהוצאו בעניינם, וביקשו לחלוק על הקביעות העובדתיות שקבע בית המשפט המחוזי ביחס לחברותם בארגון החיזבאללה וביחס לפעילותם נגד בטחון מדינת ישראל במסגרתו. שנית, חזרו המערערים והעלו בתקיפה עקיפה טענות עקרוניות ביחס לחוקתיותו של החוק. לטענתם, החוק במתכונתו הנוכחית פוגע בזכויות לחירות ולכבוד המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באופן שאינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. עוד טענו המערערים כי החוק אינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אותם הוא מתיימר להגשים. לבסוף, טענו המערערים כי סיום הממשל הצבאי של ישראל ברצועת עזה מונע ממנה, על-פי דיני הלחימה, את מעצרים של המערערים.

עמדת המדינה היתה כי דין הערעורים להידחות. אשר לעניינם הפרטני של המערערים, טענה המדינה כי צווי הכליאה בעניינם ניתנו כדין ולא נפל בהם כל פגם. אשר לטענות במישור החוקתי - טענה המדינה כי החוק עומד במבחני פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כיוון שנועד לתכלית ראויה והפגיעה שהוא פוגע בחירות הפרט הינה מידתית. אשר לכללי המשפט הבינלאומי החלים על העניין, טענה המדינה כי החוק תואם באופן מלא את הנורמות הקבועות במשפט הבינלאומי לעניין מעצרים של "לוחמים בלתי חוקיים".

5. לשם הכרעה בטענות שהעלו הצדדים בפנינו, נתייחס תחילה לרקע שהוביל לחקיקת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ולתכליתו המרכזית. בהתחשב בכך, נדון בפרשנות ההגדרה הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי" ובתנאים הנדרשים להוכחת קיומה של עילת מעצר מכוח החוק. לאחר מכן נבחן את חוקתיות ההסדרים הקבועים בחוק, ולבסוף נתייחס לצווי המעצר הפרטניים שהוצאו בעניינם של המערערים.

#### חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים - הרקע לחקיקתו ותכליתו המרכזית

6. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מקנה לרשויות המדינה סמכות למעצרם של "לוחמים בלתי חוקיים" כהגדרתם בסעיף 2 לחוק, קרי- מי שנוטלים חלק בפעולות איבה או נמנים עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, ושלא מתקיימים לגביהם התנאים המקנים מעמד של שבויי-מלחמה לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כפי שיובהר להלן, החוק מאפשר כליאתם של גורמי חוץ המשתייכים לארגון טרור או נוטלים חלק בפעולות איבה נגד ביטחון המדינה, והוא נועד למנוע את חזרתם של גורמים אלה למעגל הלחימה נגד ישראל.

מלכתחילה, עלתה היוזמה לחקיקתו של החוק בעקבות פסק-הדין בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (להלן: פרשת פלונים), במסגרתו קבע בית המשפט העליון כי למדינה אין סמכות להחזיק במעצר תושבים לבנוניים מכוח צווי מעצר מנהליים, אם הטעם היחיד למעצרו הינו החזקתם כ"קלפי מיקוח" לשם שחרור שבויים ונעדרים. על-אף שהצעת החוק המקורית נולדה על רקע הרצון לאפשר החזקתם של עצורים כ"קלפי מיקוח", עברה ההצעה שינויים ניכרים במהלך הליך החקיקה לאחר דיונים רבים שקיימה בעניין ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, בראשותו של חבר הכנסת דן מרידור. ביום 4.3.02 התקבל חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בכנסת. עד כה טרם נדונה חוקתיותו בפני בית-המשפט זה.

בפתח הדברים ראוי להדגיש כי בחינת הרקע ההיסטורי של חקיקת החוק והשינויים שהוכנסו בהצעת-החוק המקורית; הדברים שנאמרו במהלך הדיונים בכנסת; נוסח החוק כפי שגובש בסופו של הליך החקיקה; וכן המאמץ שנעשה כדי להתאימו להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי כפי שעולה מסעיף המטרה של החוק אליו נתייחס בהמשך הדברים; כל אלה מלמדים כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים כפי שהתגבש במהלך הליך החקיקה, לא נועד לאפשר החזקת בני ערובה כ"קלפי

מיקוח" לצורך שחרור שבויים ונעדרים ישראלים המצויים בשטח האויב, כנטען על ידי המערערים בפנינו. לשונו הפשוטה של החוק וההיסטוריה החקיקתית שלו מצביעים על כך שהחוק נועד למנוע חזרה למעגל הלחימה של מי שמסכן את בטחון המדינה במסגרת פעילותו או השתייכותו לארגון טרור. כך למשל ציין ח"כ דוד מגן, מי שהיה יו"ר ועדת חוץ ובטחון, בעת הדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאה השנייה והשלישית:

"הצעת החוק היא מורכבת מאד ועוררה כידוע מחלוקות רבות במהלך הדיונים בוועדה. ועדת החוץ והביטחון קיימה כעשר ישיבות, ליבנה בהן את השאלות הקשות שעוררה הצעת חוק זו ושקלה את כל ההשלכות האפשריות של אישורה בקריאה שנייה ובקריאה שלישית. ההצעה המונחת לפניכם היא פרי מאמצים רבים להביא דבר חקיקה אשר הוראותיו תואמות את כללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, והוא עומד במבחנים החוקתיים, וזאת מתוך מחשבה והקפדה מתמדת על שמירת האיזון שבין הביטחון לבין זכויות האדם...

אני מבקש להדגיש שההצעה מבקשת לקבוע עוד, כי אדם שהוא לוחם בלתי חוקי, כהגדרתו בחוק החדש, יוחזק על-ידי המדינה כל עוד הוא מהווה איום על ביטחונה. אמת המידה לכליאת אדם היא היותו מסוכן. אין לכלוא אדם מכוח החוק המוצע כעונש, או כפי שרבים נוטים לחשוב ולטעות, כקלף מיקוח. אין לטעות בדבר. עם זאת, אנחנו צריכים לשאול את עצמנו, היעלה על דעתו של אדם כי מדינה תשחרר עצור אשר יחזור למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל?" (ההדגשה הוספה – ד.ב.).

החוק לא נועד, אפוא, לאפשר החזקתם של עצורים כ"קלפי מיקוח". תכליתו של החוק הינה להרחיק ממעגל הלחימה מי שמשתייכים לארגוני טרור או נוטלים חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל. זאת, על רקע מציאות קשה של טרור רצחני, המכה מזה שנים רבות בתושבי המדינה, פוגע בחפים מפשע ונוטל חיי אדם ללא הבחנה - אזרחים וחיילים, צעירים ומבוגרים, גברים, נשים וטף. לשם הגשמת התכלית האמורה, חל החוק רק על אנשים הנוטלים חלק במעגל הלחימה או המשתייכים לכוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, ולא על אזרחים תמימים. לתכליתו הביטחונית של החוק נשוב ונתייחס בהמשך הדברים.

פרשנות הוראות החוק

7. כאמור, בטיעוניהם בפנינו התייחסו הצדדים בפירוט לשאלת חוקתיות ההסדרים הקבועים בחוק. לצד זאת, הרחיבו הצדדים את טיעוניהם בשאלה האם ההסדרים הקבועים בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תואמים את הדין הבינלאומי. התייחסותם של הצדדים לשאלה זו נבעה, בין היתר, מכך שבסעיף 1 לחוק - שהינו סעיף המטרה - נקבע כי החוק נועד להגשים את תכליתו "בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי". כפי שיפורט להלן, הצהרה זו נותנת ביטוי מפורש לתפיסה הבסיסית הנוהגת בשיטתנו ולפיה יש לפרש את הדין הקיים באופן התואם ככל הניתן את המשפט הבינלאומי.

בהתחשב בשני המוקדים המרכזיים בטיעוניהם העקרוניים של הצדדים בפנינו - סוגית חוקתיות ההסדרים הקבועים בחוק, וסוגית ההתאמה לדין הבינלאומי ההומניטארי - ראוי להבהיר כי הן הבחינה החוקתית במשקפי פיסקת ההגבלה והן שאלת התאמתו של החוק למשפט הבינלאומי, עשויות להיות מושפעות מפרשנותם של ההסדרים שנקבעו במסגרת החוק. בהתחשב בכך, בטרם נכריע בסוגיות האמורות, עלינו לדון תחילה בפרשנות ההסדרים המרכזיים שנקבעו בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. פרשנות הסדרים אלה תעשה בהתאם ללשונו ולתכליתו של החוק, ובאמצעות שתי חזקות פרשניות הנוהגות בשיטתנו המשפטית: האחת, חזקת החוקתיות; והשנייה, חזקת ההתאמה הפרשנית לנורמות המשפט הבינלאומי - אלה שהן חלק ממשפטנו ואלה אשר ישראל קיבלה על עצמה בהתחייבותיה בזירה הבינלאומית.

8. אשר לחזקת החוקתיות - בשיטתנו המשפטית קיימת חזקה לפיה יש לייחס למחוקק מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם. בהתאם לחזקה זו, נבחנת הוראת חוק תוך ניסיון לפרשה כך שתהלום את ההגנה שפורש חוק-היסוד על זכויות אדם. בכך מוגשמת חזקת ההרמוניה הנורמטיבית, לפיה "אין מניחים קיום סתירה בין נורמות משפטיות, ונעשה כל ניסיון אפשרי לקיים 'אחדות במשפט' והרמוניה בין הנורמות השונות" (א' ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית (1992), 155). בהתאם לחזקת החוקתיות, עלינו לבחון, אפוא, את משמעותן והיקפן של הוראות המעצר הקבועות בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, מתוך שאיפה להגשים ככל הניתן את הוראותיו של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. ייאמר מיד כי סמכויות המעצר הקבועות בחוק פוגעות פגיעה משמעותית, ואף קשה, בחירותו האישית של העצור. פגיעה זו מוצדקת בנסיבות מתאימות לשם הגנה על בטחון המדינה. עם זאת, נוכח עוצמת הפגיעה בחירות האישית ובהתחשב

בחריגותם של אמצעי המעצר הקבועים בחוק, יש לעשות מאמץ פרשני על-מנת לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכות לחירות כך שתהא מידתית לצורך השגת התכלית הביטחונית ולא מעבר לכך. פרשנות כאמור תהא תואמת את תפיסת-היסוד הנוהגת בשיטתנו המשפטית לפיה ראוי לקיים חוק באמצעים פרשניים, ולהימנע ככל שהדבר ניתן, מביטול תוקפו מטעמים חוקתיים. ובלשונו של הנשיא א' ברק: "עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק-יסוד...עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996), 812; עוד ראו: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004), 276).

9. אשר לחזקת ההתאמה לדין הבינלאומי ההומניטארי - כאמור, סעיף 1 לחוק מצהיר במפורש כי תכליתו להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים "...בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי". נקודת המוצא בהקשר זה היא כי בין מדינת ישראל לבין ארגוני מחבלים הפועלים מחוץ לישראל, מתקיים מצב של עימות מזוין בינלאומי (International Armed Conflict). (ראו: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006, להלן: פרשת הסיכול הממוקד) בפסקאות 18, 21; וראו גם: (A. Cassese *International Law* (2nd. Ed., 2005), p. 420).

דיני המשפט הבינלאומי החלים על עימות מזוין בינלאומי מעוגנים, בעיקרם, באמנת האג הרביעית (ה-Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907); להלן: אמנת האג) ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי (ראו בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צ"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983, להלן: פרשת אסכאן), עמ' 793; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004, להלן: פרשת בית סוריק), בעמ' 827; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002, להלן: פרשת עג'ורי), בעמ' 364); באמנת ג'נבה הרביעית (Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), אשר להוראותיה המינהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל, ובית משפט זה כבר נזקק בעבר לפרשנותן של הוראותיה השונות (פרשת עג'ורי, בעמ' 364; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003, להלן: פרשת מרעב); בג"ץ



7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 15.9.2005, להלן: פרשת מראעבה), בפסקה 14 לפסק הדין); ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (ה- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977, להלן: הפרוטוקול הראשון), אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיו המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל (ראו פרשת הסיכול הממוקד, בפסקה 20). בנוסף, במקום בו קיים חסר בדיני העימות המזוין המפורטים לעיל, ניתן להשלימו מתוך "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-Human Rights Law) (ראו פרשת הסיכול הממוקד, בפסקה 18; כן ראו: Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, [1996] ICJ Rep. 226, 240, להלן: פרשת חוקיות הנשק הגרעיני; Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 43 ILM 1009 (2004), להלן: פרשת הגדר).

יודגש כי אין חולק בפנינו כי הוראת-חוק מפורשת של הכנסת גוברת על הוראות מן המשפט הבינלאומי (ראו בעניין זה: דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם, 16.5.2006, להלן: פרשת עדאלה), בפסקה 17). עם זאת, בהתאם ל"חזקת ההתאמה הפרשנית", יש לפרש דבר חקיקה ישראלי באופן המתיישב ככל הניתן עם נורמות המשפט הבינלאומי להן מחויבת מדינת ישראל (ראו בג"ץ 2599/00 ית"ד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5), 834 (2002), 847; בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 30.3.2006), בפסקה 37). בהתאם לחזקה זו, המקבלת כאמור ביטוי מפורש בסעיף המטרה של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, יש לפרש את ההסדרים הקבועים בחוק באופן התואם ככל האפשר את הדין הבינלאומי ההומניטארי החל על העניין.

בהמשך לדברים אלה יוער כי בבואנו לפרש את הוראות החוק מתוך התאמה לנורמות המקובלות במשפט הבינלאומי, לא ניתן להתעלם מכך כי מערכות הדינים הקיימות כיום במשפט הבינלאומי, אינן מותאמות למציאות המשתנה ולתופעת הטרור אשר משנה את פני הסכסוכים המזוינים, את מאפייניהם ואת משתתפיהם (ראו בעניין זה: דברי הנשיא א' ברק בפרשת עג'ורי, בעמ' 381-382). בהתחשב בכך, עלינו לעשות כמיטב יכולתנו על-מנת לפרש את הדינים הקיימים באופן המותאם למציאות החדשה, ועל-פי העקרונות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

10. בהתחשב בכל אלה, נפנה כעת לפרשנות ההגדרה הסטוטוטורית של "לוחם בלתי חוקי" ולפרשנות התנאים הנדרשים להוכחת קיומה של עילת מעצר מכוח החוק. חזקת החוקתיות והוראות המשפט הבינלאומי אליהן הפנו הצדדים, יהוו עבורנו כלים פרשניים ויסייעו בפרשנות הוראות החוק ובהערכת טיבה והיקפה של סמכות המעצר הקבועה במסגרתו.

ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" והיקף תחולתה

11. סעיף 2 לחוק מגדיר "לוחם בלתי חוקי" כדלקמן:

"הגדרות 2. בחוק זה -

...  
"לוחם בלתי חוקי" - אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה;  
..."

ההגדרה הסטוטוטורית הנ"ל של "לוחם בלתי חוקי" מתייחסת לאלה הנוטלים חלק בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל או המשתייכים לכוח המבצע פעולות איבה כאמור, ואינם מהווים שבויי-מלחמה לפי הדין הבינלאומי ההומניטארי. בעניין זה ראוי להעיר שתי הערות: ראשית, מלשוננו של סעיף 2 הנ"ל עולה בבירור כי אין הכרח בנטילת חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, וגם השתייכות ל"כוח המבצע פעולות איבה" - היינו, לארגון טרור - עשויה להחיל על אותו אדם את ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי". למשמעותן של שתי החלופות האמורות בהגדרתו של "לוחם בלתי חוקי" נתייחס בהמשך הדברים (פס' 21 להלן).

שנית, כפי שצוין לעיל, סעיף המטרה שבחוק מפנה במפורש להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 הנ"ל מפנה אף היא למשפט הבינלאומי ההומניטארי בקובעה כי החוק חל על מי שאינו נהנה ממעמד של שבוי-מלחמה בהתאם לאמנת ג'נבה השלישית. ככלל, דיני המשפט הבינלאומי

ההומניטארי לא נועדו לחול ביחסים שבין המדינה לאזרחיה (ראו, למשל, הוראת-סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית לפיה "אזרח מוגן" הינו מי שאינו אזרח של המדינה בידיה הוא מוחזק בנסיבות של עימות מזוין בינלאומי). ההפניה המפורשת של המחוקק למשפט הבינלאומי ההומניטארי, בשילוב עם הדרישה הקבועה בנוסח החוק להעדר מעמד של שבוי-מלחמה, מלמדים כי החוק נועד לחול רק על גורמי חוץ המשתייכים לארגון טרור שפועל נגד בטחון המדינה. לא נעלם מעינינו כי בהצעת החוק מיום 14.6.2000 נכללה הוראה שקבעה במפורש כי החוק לא יחול על תושבי ישראל (וגם על תושבי האזור), למעט בנסיבות מסוימות שפורטו שם (ראו: סעיף 11 להצעת-חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי-מלחמה, התש"ס-2000, הצ"ח תש"ס 2883, בעמ' 415). הוראת-חוק זו הושמטה מנוסחו הסופי של החוק. אף-על-פי-כן, בהתחשב בהפניה המפורשת של החוק למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולדיני שבוי-מלחמה כאמור לעיל, מתחייבת המסקנה כי לפי נוסחו ותכליתו, לא נועד החוק לחול על גורמי פנים (אזרחי ישראל ותושביה) המסכנים את בטחון המדינה. בעניינם של אלה קיימים אמצעים חוקיים אחרים שנועדו לתכלית ביטחונית, ולכך נתייחס בהמשך הדברים.

ניתן, אפוא, לסכם ולומר כי "לוחם בלתי חוקי" לפי סעיף 2 לחוק הינו גורם חוץ המשתייך לארגון טרור הפועל נגד בטחון מדינת ישראל. בהגדרה זו עשויים להיכלל תושבי מדינה זרה שהיא מדינת אויב, המשתייכים לארגון טרור הפועל נגד ביטחון המדינה והעונים ליתר תנאי ההגדרה הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי". בהגדרה זו עשויים להיכלל גם תושבי רצועת עזה שכיום אינה נתונה עוד בתפיסה לוחמתית. בהקשר זה יצוין כי בעקבות סיום הממשל הישראלי הצבאי ברצועת עזה בספטמבר 2005, אין למדינת ישראל נוכחות פיזית קבועה ברצועה, ואף אין לה אפשרות ממשית למלא את החובות המוטלות על שלטון כובש מכוח הדין הבינלאומי, ובהן החובה המרכזית לשמירה על הסדר הציבורי והביטחון. כל ניסיון להשליט את סמכותה של מדינת ישראל ברצועת עזה, צפוי להיות כרוך בפעולות צבאיות מורכבות וממושכות. בנסיבות אלה - בהן אין למדינת ישראל פוטנציאל אמיתי לשליטה אפקטיבית בנעשה ברצועת-עזה - אין לראות ברצועה שטח הנתון בתפיסה לוחמתית מבחינת הדין הבינלאומי, אף כי נוכח הייחודיות של המצב השורר שם, מוטלות על מדינת ישראל חובות מסוימות כלפי תושבי הרצועה. (לעמדה לפיה רצועת עזה אינה נתונה כיום בתפיסה לוחמתית, ראו: Yuval Shany "Faraway So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement", 8 *Yearbook of International Humanitarian Law* 2005 (2007) 359; כן ראו את פסק-דינו של בית הדין

הבינלאומי לצדק בעניין קונגו נגד אוגנדה, שם הודגשה חשיבות נוכחותם הפיזית של כוחות הצבא לשם קיומו של מצב כיבוש: *Armed Activities on the Territory of the Congo*, 2005 *I.C.J.* (forthcoming), at para. 173; באשר לקיומן של חובות מסוימות המוטלות בנסיבות הקיימות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה, ראו: בג"ץ 9132/07 גבר אלבסיוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 30.1.2008). בענייננו, בהתחשב בכך שרצועת עזה אינה מצויה בשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל, מתבקשת המסקנה כי תושבי הרצועה מהווים גורמי חוץ עליהם עשוי לחול חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בהתאם למהותו ולתכליתו של חוק זה.

אשר לתושבי האזור (יהודה ושומרון) המצוי בשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל - הרי מטעמים שיצוינו בהמשך הדברים (בפסקה 36 להלן), נוטה אני לדעה כי ככל שהדבר נדרש מטעמי ביטחון, את מעצרו המנהלי של תושבים אלה יש לבצע מכוח תחיקת הביטחון החלה באזור ולא מכוחו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. עם זאת, שאלת עצם תחולתו של החוק האמור על תושבי האזור אינה מתעוררת בנסיבות העניין שבפנינו ולפיכך ניתן להותירה בצריך עיון.

התאמת ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" לקטגוריות הנוהגות בדין הבינלאומי

12. המערערים טענו בפנינו כי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, היות והמשפט הבינלאומי אינו מכיר בקיומה של קטגוריה עצמאית ונפרדת של "לוחמים בלתי חוקיים". לטענתם, במשפט הבינלאומי קיימות רק שתי קטגוריות של "לוחמים" ו"אזרחים", אשר חלות עליהם ההוראות וההגנות המעוגנות באמנות ג'נבה השלישית והרביעית, בהתאמה. לשיטתם, אין במשפט הבינלאומי קטגוריית ביניים שבה נכללים אנשים אשר אינם מוגנים על ידי אף אחת מהאמנות הללו.

בהתייחס לטענותיהם האמורות של המערערים נציין כי סוגית ההתאמה של המונח "לוחמים בלתי חוקיים" לקטגוריות הנוהגות בדין הבינלאומי, כבר נדונה בהקשר אחר בפסיקתנו בפרשת הסיכול הממוקד, בה נקבע כי המונח "לוחמים בלתי חוקיים" אינו מהווה קטגוריה נפרדת של התייחסות, אלא מהווה תת-קבוצה של קטגוריית ה"אזרחים" המוכרת במשפט הבינלאומי. מסקנה זו מבוססת על גישתו של המשפט הבינלאומי המנהגי, לפיו בקטגוריה של "אזרחים" נכללים כל מי שאינם "לוחמים". מדובר, אפוא, בהגדרה שלילית. ובלשונו של הנשיא א' ברק:

"גישתו של המשפט הבינלאומי המנהגי הינה כי "אזרחים" הם מי שאינם "לוחמים" (ראו סעיף 50(1) לפרוטוקול הראשון וכן סיבל, עמ' 432). בפרשת Blaskic ציין בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה כי אזרחים הם -

"Persons who are not, or no longer, members of the armed forces" (Prosecutor v. Blaskic (2000) Case IT-95-14-T, para 180).

הגדרה זו היא "שלילית" באופיה. היא גוזרת את המושג "אזרחים" כניגודו של "לוחמים". בכך היא רואה בלוחמים הבלתי חוקיים - שכפי שראינו, אינם "לוחמים" - כאזרחים. (שם, בפסקה 26 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק).

בהקשר זה, ראוי להוסיף שתי הערות: ראשית, הקביעה לפיה "לוחמים בלתי חוקיים" שייכים לקטגוריית "האזרחים" במשפט הבינלאומי, עולה בקנה אחד עם הפרשנות הרשמית של אמנות ג'נבה לפיהן בסכסוך מזוין או במצב של כיבוש, זכאי כל אדם המוצא עצמו בידי הצד שכנגד, לסטטוס מסוים תחת המשפט הבינלאומי ההומניטארי - סטטוס של שבוי מלחמה שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליו, או סטטוס של אזרח מוגן שאמנת ג'נבה הרביעית חלה עליו:

There is no "intermediate status"; nobody in enemy hands can be outside the law." (O. Uhler and H. Coursier (eds.) *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary* (ICRC, Geneva, 1950), Commentary to article 4, p. 51).

(וראו גם: S. Borelli "Casting Light on the Legal Black Hole: International Law and Detentions Abroad in the "War on Terror"" 87(857) *IRRC* 39 (2005), pp. 48-49.

שנית, ראוי להדגיש כי על-פני הדברים, ההגדרה הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי" לפי סעיף 2 לחוק, מחילה עצמה על קבוצת אנשים רחבה יותר ביחס לקבוצת "הלוחמים הבלתי חוקיים" בהם דן פסק-דין הסיכול הממוקד, וזאת בהתחשב

בשוני שבין האמצעים הנדונים: פסק-דין הסיכול הממוקד דן בחוקיות האמצעי של תקיפה צבאית שנועדה להביא למותו של "לוחם בלתי חוקי". בהתאם למשפט הבינלאומי, ניתן לתקוף "לוחם בלתי חוקי" רק במשך פרק הזמן שבו הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה. מנגד, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים דן באמצעי של מעצר. לצורך מעצר מכוח החוק, אין הכרח ש"הלוחם הבלתי חוקי" ייטול חלק ישיר בפעולות האיבה, ואף אין הכרח שמעצרו יתבצע במשך פרק הזמן בו הוא נוטל חלק במעשי איבה, אלא נדרשת הוכחתם של תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק. הגדרה סטטוטורית זו אינה סותרת את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי שכן כפי שיובהר להלן, גם אמנת ג'נבה הרביעית מתירה את מעצרו של "אזרח" מוגן המסכן את בטחון המדינה העוצרת. הנה כי כן, הפנייתנו לפסק-דין הסיכול הממוקד לא נועדה להצביע על כך שבאותה פרשה נדונה סוגיה זהה, ותכליתה לבסס את הקביעה לפיה המונח "לוחמים בלתי חוקיים" בחוק הנדון לפנינו, אינו יוצר קטגוריה נפרדת של התייחסות מבחינת הדין הבינלאומי ההומניטארי אלא הוא מהווה תת-קבוצה של קטגוריית ה"אזרחים".

13. בהמשך לקביעתנו לפיה "לוחמים בלתי חוקיים" נמנים על קטגוריית ה"אזרחים" מבחינת הדין הבינלאומי, ראוי להעיר כי בית-משפט זה כבר פסק בעבר כי המשפט הבינלאומי ההומניטארי אינו מקנה ל"לוחמים בלתי חוקיים" את מידת ההגנה לה זכאים אזרחים תמימים אחרים, וכי בהיבט זה קיים שוני מבחינת כללי המשפט הבינלאומי בין "אזרחים" שאינם "לוחמים בלתי חוקיים" לבין "אזרחים" שהינם "לוחמים בלתי חוקיים". (לעניין השוני בהיקף ההגנה מפני תקיפה צבאית של "אזרחים" שאינם "לוחמים בלתי חוקיים" לעומת "אזרחים" שהינם "לוחמים בלתי חוקיים", ראו: פרשת הסיכול הממוקד בפסקאות 26-23). כפי שיפורט להלן, בהקשר הנדון לפנינו משמעות הדברים הינה כי על מי שהינם "לוחמים בלתי חוקיים" חלה אמנת ג'נבה הרביעית, ואולם בהתאם להוראות האמנה האמורה ניתן להחיל עליהם מגבלות שונות, ובין היתר, לעוצרם כאשר נשקפת מהם סכנה לביטחון המדינה.

בסיום דברים אלה יוער, כי על אף קיומן של מחלוקות נורמטיביות בין הצדדים בפנינו באשר להיקף הדינים הבינלאומיים החלים על "לוחמים בלתי חוקיים" - ובהן תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית והיקף הזכויות אותן ניתן לשלול מהם משיקולי ביטחון בהתאם לסעיף 5 לאמנה - אין אנו נדרשים להכריע במרביתן של מחלוקות אלה. זאת, נוכח הצהרת המדינה לפיה לשיטתה, עומד החוק גם בדרישותיה המחמירות

ביותר של אמנת ג'נבה הרביעית, ומתוך הנחה כי כל הזכויות המעוגנות באמנה זו נתונות למערערים (ראו: פסקאות 334 ו-382 לתגובת המדינה).

14. סיכומם של דברים; נוכח סעיף המטרה של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים לפיו נועד החוק להסדיר את מעמדם של "לוחמים בלתי חוקיים" בדרך העולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי; ובהתחשב בקביעתו של בית-משפט זה בפרשת הסיכול הממוקד לפיה "לוחמים בלתי חוקיים" מהווים תת-קבוצה בקטגוריית "האזרחים" לפי המשפט הבינלאומי; ניתן לקבוע כי בניגוד לטענת המערערים, החוק אינו יוצר קבוצת התייחסות חדשה מבחינת המשפט הבינלאומי, אלא קובע הוראות ייחודיות למעצרים של "אזרחים" (כמשמעותם בדין הבינלאומי ההומניטארי) שהינם "לוחמים בלתי חוקיים".

אופי המעצר של "לוחמים בלתי חוקיים" לפי החוק - מעצר מינהלי

15. משקבענו כי הגדרת "לוחם בלתי חוקי" בחוק אינה נוגדת את החלוקה לקטגוריות של "אזרחים" לעומת "לוחמים" על-פי המשפט הבינלאומי ועל-פי פסיקתו של בית משפט זה, נפנה לבחון את הוראות החוק המסדירות את מעצרים של לוחמים בלתי חוקיים. סעיף 3(א) לחוק קובע כדלקמן:

3. (א) היה לרמטכ"ל יסוד סביר להניח כי אדם המוחזק בידי רשויות המדינה הוא לוחם בלתי חוקי, וכי שחרורו יפגע בביטחון המדינה, רשאי הוא להוציא צו בחתימת ידו, המורה על כליאתו במקום שיקבע (להלן - צו כליאה); צו כליאה יכול את הטעמים לכליאה וזאת בלי לפגוע בצורכי ביטחון המדינה.  
"..."

"כליאת לוחם בלתי חוקי"

סעיף 7 לחוק מוסיף בהקשר זה חזקה ראייתית, הקובעת בזו הלשון:

7. לענין חוק זה, יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת.  
"חזקה"

המעצרים טענו בפנינו כי הוראות המעצר הקבועות בחוק יוצרות, למעשה, קטגוריה שלישית של מעצר, שאינו מעצר פלילי ואינו מעצר מנהלי, ואשר כלל אינו מוכר במשפט הישראלי או הבינלאומי. אין בידנו לקבל טענה זו. המנגנון הקבוע בחוק הינו מנגנון של מעצר מנהלי לכל דבר ועניין, המבוצע על-פי צו של הרמטכ"ל, שהינו נושא תפקיד בעל חשיבות ביטחונית מהמעלה הראשונה. כפי שיפורט להלן, מדובר במעצר מנהלי שתכליתו להגן על בטחון המדינה על-ידי הרחקה ממעגל הלחימה של מי שנמנה עם ארגון טרור או נוטל חלק בפעולות הארגון נגד מדינת ישראל, וזאת נוכח המסוכנות הנשקפת ממנו לביטחון המדינה ולחיי תושביה.

16. יוער כי עצם הסמכות הקבועה בחוק למעצר מנהלי של "אזרח" שהינו "לוחם בלתי חוקי" בשל הסכנה הנשקפת ממנו לביטחון המדינה, אינה נוגדת להוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי. כך, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, המונה מגוון זכויות להן זכאים אזרחים מוגנים, מכיר באפשרותו של צד לסכסוך לנקוט ב"אמצעי פיקוח וביטחון" המוצדקים מטעמי ביטחון. וזאת לשון הסיפא של סעיף 27 הנ"ל:

"The Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war."

אשר לסוגי אמצעי הפיקוח הנדרשים לשם הגנה על ביטחון המדינה - סעיף 41 לאמנה אוסר לנקוט באמצעי פיקוח חמורים יותר מאשר ייחוד מקום מגורים או מעצר בהתאם להוראות סעיפים 42-43 לאמנה. סעיף 42 מעגן את הכלל לפיו אין לעצור "אזרח" מוגן אלא אם הדבר "נחוץ באופן מוחלט" מטעמי ביטחון של המעצמה העוצרת. סעיף 43 מוסיף ומחייב את המעצמה העוצרת לאשר את המעצר באמצעות ביקורת שיפוטית או מנהלית, וכן לערוך ביקורות תקופתיות על המשך נחיצות המעצר לא פחות מפעמיים בשנה. סעיף 78 לאמנה מתייחס למעצר של אזרחים מוגנים שהם תושבי שטח כבוש בידי המעצמה הכובשת, וקובע כי ניתן לנקוט כלפיהם מטעמי הכרח ביטחוני, באמצעי ביטחון שונים, ובהם העתקת מקום מגורים וגם מעצר. הנה כי כן, אמנת ג'נבה הרביעית מאפשרת לעצור "אזרחים" מוגנים במעצר מנהלי, וזאת כאשר הדבר דרוש מטעמי ביטחון הכרחיים וחיוניים של המדינה העוצרת.



17. בסיום דברים אלה יצוין, כי המערערים טענו בפנינו כי ההוראות האמורות של אמנת ג'נבה הרביעית, אינן מותאמות לסיטואציה המתקיימת בעניינם. לטענתם, סעיפים 41-43 לאמנה עוסקים במעצרים של אזרחים מוגנים המצויים בשטחו של צד לסכסוך, ואילו המערערים נעצרו ברצועת עזה בתקופה שקדמה ליישום תוכנית ההתנתקות, כאשר מעמדה של רצועת עזה היה שטח הנתון בתפיסה לוחמתית. לפי הטענה, סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית - המתייחס למעצר מנהלי בשטח כבוש - אף הוא אינו מתאים לעניינם של המערערים, נוכח הנסיבות שנוצרו לאחר יישום תוכנית ההתנתקות ויציאת כוחות צה"ל משטח רצועת עזה. בהתחשב בכך, טענו המערערים כי אין בנמצא הוראה מן המשפט הבינלאומי ההומניטארי המאפשרת את מעצרים המינהלי, ולפיכך נטען כי עצם מעצרים לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נוגד להוראות הדין הבינלאומי.

ביחס לטענות אלה נשיב כי סעיפי המעצר הקבועים באמנת ג'נבה הרביעית נועדו ליישם ולהגשים את הכלל הבסיסי הקבוע בסיפא של סעיף 27 לאמנה, שנוסחו הובא לעיל. כאמור, סעיף זה קובע כי צדדים לסכסוך רשאים לנקוט באמצעי ביטחון כלפי אזרחים מוגנים, ככל שהדבר נדרש כתוצאה מקיום הלחימה. העיקרון העומד בבסיס כל סעיפי המעצר הקבועים באמנת ג'נבה הרביעית הינו כי ניתן לעצור "אזרחים" משיקולי ביטחון בהתאם למידת המסוכנות הנשקפת מהם. בהתאם לאמנה האמורה, קיימת סמכות למעצר מטעמי בטחון - בין אם מדובר בתושבי שטח כבוש, ובין אם מדובר בזרים אשר נתפסו בשטחה של אחת המדינות המעורבות בסכסוך. בעניינם של המערערים, לאחר תום הממשל הצבאי הישראלי ברצועת עזה, טרם הסתיימו פעולות האיבה בין ארגון החיזבאללה לבין מדינת ישראל, ועל כן עצם מעצרים של המערערים בשטחה של מדינת ישראל מטעמי בטחון, אינו עומד בסתירה לסעיפי המעצר באמנת ג'נבה הרביעית.

עילת המעצר לפי החוק - הדרישה למסוכנות אינדיבידואלית והשפעתה על פרשנות ההגדרה הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי"

18. מושכלות יסוד הן בשיטתנו המשפטית כי מעצר מינהלי מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיבידואלית של העצור לביטחון המדינה. עמד על כך הנשיא ברק בציינו כי:

"[לשם קיומה של עילת מעצר] נדרש כי נסיבות המעצר הן כאלה שיש בהן כדי לעורר לגבי [העצור] - לגביו

אינדיבידואלית ולא לגבי זולתו - חשש לסיכון הביטחון, אם משום שהוא נעצר באזור הלחימה כשהוא לוחם בפועל או מבצע פעולות טרור, ואם משום שקיים לגביו חשש כי הוא מעורב בלחימה או בטרור". (פרשת מרעב, בעמ' 367).

הדרישה למסוכנות אינדיבידואלית לצורך מעצרו המנהלי של אדם, מתחייבת כחלק מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית. בית משפט זה כבר פסק בעבר כי מעצר מינהלי הוא ביסודו מניעתי; המעצר המנהלי לא נועד להעניש על מעשים שכבר בוצעו או להרתיע אחרים מפני ביצועם, אלא תכליתו למנוע את הסיכון הקונקרטי הנשקף ממעשיו של העצור לביטחון המדינה. סיכון זה הוא המצדיק את השימוש באמצעי החריג של מעצר מנהלי הפוגע בחירות האדם (ראו והשוו: פרשת עג'ורי, בעמ' 372-370, והאסמכתאות המובאות שם).

19. יצוין כי מסוכנותו האישית של העצור לביטחון המדינה נדרשת גם לפי עקרונותיו של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך למשל, בפרשנותו לסעיפים 42 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית, מדגיש פיקטה (Pictet) כי על המדינה לעשות שימוש באמצעי המעצר רק כאשר יש לה סיבות רציניות ולגיטימיות להאמין כי אותו אדם מסכן את ביטחונה. בדברי פרשנותו מתייחס פיקטה לחברות בארגונים שמטרתם לפגוע בביטחון המדינה כעילה למסוכנות, אולם מדגיש את עיקרון-העל לפיו המסוכנות נקבעת בהתאם לפעילותו האינדיבידואלית של אותו אדם. ובלשונו של פיקטה:

"To justify recourse to such measures, the state must have good reason to think that the person concerned, by his activities, knowledge or qualifications, represents a real threat to its present or future security" (J.S. Pictet, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1958), pp. 258-259, (להלן: פיקטה)).

20. אין חולק בפנינו כי הוראותיו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים צריכות להתפרש בהתאם לעקרונות האמורים, המתנים מעצר מינהלי בהוכחת קיומה של עילה המבוססת על מסוכנות אישית. ואמנם, בחינת הוראות החוק לפי העקרונות האמורים מלמדת כי החוק אינו מאפשר מעצר שרירותי של אדם, וכי סמכות המעצר מכוחו מותנית בקיומה של עילת מעצר המבוססת על מסוכנות אינדיבידואלית של

העצור: ראשית, ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק דורשת להוכיח כי העצור עצמו נטל חלק או השתייך לכוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, במשמעות עליה נעמוד להלן. שנית, סעיף 3(א) לחוק קובע במפורש כי עילת המעצר מכוח החוק קמה רק בנוגע למי שיש לגביו יסוד סביר להניח "כי שחרורו יפגע בביטחון המדינה". סעיף 5(ג) לחוק מוסיף וקובע כי בית-המשפט המחוזי יבטל צו מעצר שהוצא מכוח החוק רק כאשר אין בשחרורו של העצור "כדי לפגוע בביטחון המדינה" (או כאשר יש טעמים מיוחדים המצדיקים את השחרור). לכך יש להוסיף כי בהתאם לתכליתו של החוק, נועד המעצר המנהלי למנוע את חזרתו של "הלוחם הבלתי החוקי" אל מעגל הלחימה, באופן המצביע על השתייכותו למעגל זה מלכתחילה.

המחלוקת בין הצדדים בפנינו בהקשר הנדון, נוגעת לרמת המסוכנות האינדיבידואלית שעל המדינה להוכיח לצורך מעצר מינהלי לפי החוק. מחלוקת זו מתעוררת נוכח שילובן של שתי הוראות-חוק מרכזיות: האחת, הוראת-סעיף 2 לחוק אשר לפי לשונה הפשוטה קובעת כי "לוחם בלתי חוקי" אינו רק מי שנוטל חלק ישיר או עקיף בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל, אלא גם מי ש"נמנה עם כוח מבצע פעולות איבה". והשנייה, החזקה הראייתית הקבועה בסעיף 7 לחוק, ולפיה יש לראות באדם הנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה אלא אם כן הוכח אחרת. בהתבסס על שילובן של שתי הוראות-חוק אלה יחדיו, טענה המדינה כי די בהוכחת עצם חברותו של אדם בארגון טרור, כדי להוכיח מסוכנות אינדיבידואלית לביטחון המדינה באופן המקים עילת מעצר מכוח החוק. מנגד, גישת המערערים היתה כי הסתפקות ב"חברות" ערטילאית בארגון המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל כבסיס למעצר מינהלי לפי החוק, מרוקנת מתוכן את הדרישה להוכחת מסוכנות אינדיבידואלית, באופן המנוגד לעקרונות חוקתיים ולדין הבינלאומי ההומניטארי.

21. ההכרעה במחלוקת האמורה מושפעת במידה רבה מפרשנות ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" לפי סעיף 2 לחוק. כאמור, הגדרתו הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי" כוללת שתי חלופות: האחת, "אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין"; והשנייה, אדם "הנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל"; זאת, כאשר לא מתקיימים לגבי אותו אדם התנאים המקנים מעמד של שבוי-מלחמה בהתאם לדין הבינלאומי ההומניטארי. פרשנותן של שתי החלופות האמורות צריכה להיעשות בשים לב לתכליתו הביטחונית של החוק, ובהתאם לעקרונות

החוקתיים ולדין הבינלאומי ההומניטארי עליהם עמדנו לעיל, המחייבים הוכחתה של מסוכנות אינדיבידואלית כעילה למעצר מינהלי.

אשר לפרשנות החלופה הראשונה שעניינה "אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין" - בהתאם לתכלית החקיקתית ולעקרונות עליהם עמדנו, מתבקשת המסקנה כי לשם מעצרו של אדם אין די בתרומה רחוקה, זניחה ושולית לפעולות האיבה נגד מדינת ישראל. לשם הוכחת היותו של אדם "לוחם בלתי חוקי", נדרשת המדינה להוכיח כי העצור תרם לביצוע פעולות האיבה נגד המדינה, בין במישרין ובין בעקיפין - באופן העשוי להצביע על מסוכנותו האישית. מטבע הדברים, לא ניתן להגדיר באופן מדויק וממצה את טיב התרומה האמורה, והדבר ייבחן בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

אשר לחלופה השנייה שעניינה אדם "הנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל" - אף כאן נדרשת פרשנות התואמת את תכלית החוק ואת העקרונות החוקתיים והבינלאומיים-ההומניטאריים עליהם עמדנו לעיל: מחד גיסא, אין די בקשר רופף כלשהוא לארגון טרור על-מנת להיכלל במעגל הלחימה במובנו הרחב של מושג זה. מאידך גיסא, כדי לבסס עילת מעצר ביחס למי שנמנה עם ארגון טרור פעיל השם לו למטרה להילחם באופן בלתי מתפשר במדינת ישראל, אין הכרח כי אותו אדם ייטול חלק ישיר או עקיף בפעולות הלחימה עצמן, ואפשר שזיקתו ותרומתו לארגון יתבטאו בדרכים אחרות שיהיה בהן כדי להכלילו במעגל הלחימה במובנו הרחב, באופן שיצדיק את מעצרו לפי החוק.

הנה כי כן, לצורך מעצר מכוח החוק הנדון לפנינו, על המדינה להוכיח בראיות מנהליות כי העצור הינו "לוחם בלתי חוקי" במשמעות עליה עמדנו, קרי- שהעצור נטל באופן ישיר או עקיף חלק שיש בו תרומה ללחימה, ודוק: חלק שאינו זניח או שולי, בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל; או כי העצור השתייך לארגון המבצע פעולות איבה, ואז יש להתחשב בזיקתו ובאופי תרומתו של העצור למעגל הלחימה של הארגון במובנו הרחב של מושג זה.

יוער כי הוכחת תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" במשמעות האמורה, כוללת מעצם טיבה הוכחת מסוכנות אישית הנובעת מסוג המעורבות בארגון. עוד יוער כי רק לאחר שהמדינה הוכיחה כי התקיימו בעצור תנאי ההגדרה הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי", יכולה המדינה לעשות שימוש בחזקה הראייתית הקבועה בסעיף 7

לחוק, ולפיה שחרורו של העצור יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא הוכח אחרת. ברי, אפוא, כי סעיף 7 לחוק אינו מאיין את החובה המוטלת על המדינה להוכיח את מסוכנותו של העצור, הנובעת מסוג המעורבות בארגון כנדרש מהוכחת היותו "לוחם בלתי חוקי" לפי סעיף 2 לחוק. בהתחשב בכך, מתבקשת המסקנה כי הטענה לפיה אין החוק כולל כל דרישה למסוכנות אינדיבידואלית, הינה מרחיקת לכת ויש לדחותה.

הוכחת היותו של אדם "לוחם בלתי חוקי" לפי החוק - הצורך בקיומן של ראיות מנהליות ברורות ומשכנעות

22. בדברינו לעיל עמדנו על פרשנות ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי". בהתאם לפרשנות האמורה, על המדינה להוכיח כי העצור נטל באופן ישיר או עקיף חלק שיש בו ממש בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל, או כי העצור השתייך לארגון המבצע פעולות איבה, והכל בהתחשב בזיקתו ובמידת תרומתו למעגל הלחימה של הארגון. בנסיבות אלה, עשוי להידרש מעצרו של אדם על-מנת להרחיקו ממעגל הלחימה הפוגע בביטחונם של אזרחי מדינת ישראל ותושביה. השאלה המתעוררת בהקשר זה הינה מהן הראיות הנדרשות על-מנת לשכנע כי העצור עונה לתנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" במשמעות האמורה.

בית-משפט זה כבר פסק בעבר כי נוכח היותו של המעצר המנהלי אמצעי חריג וקיצוני ובהתחשב בפגיעתו בזכות החוקתית לחירות אישית, נדרשות ראיות ברורות ומשכנעות על-מנת להוכיח סיכון ביטחוני המקים עילה למעצר מנהלי (ראו: פרשת עג'ורי, בעמ' 372, שם נקבעה הלכה זו ביחס לאמצעי של תיחום מגורים. עוד ראו והשוו: דברי השופטת א' פרוקצ'יה בעמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258 (2004), בעמ' 264; בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247 (1982), להלן: פרשת בראנסה), 250). נראה כי ראוי לפרש באופן דומה את הוראותיו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. בהתחשב במעמדה של הזכות לחירות אישית ונוכח תכליתו הביטחונית של החוק הנדון, יש לפרש את הוראות-סעיפים 2 ו-3 לחוק כך שעל המדינה להוכיח בראיות מנהליות ברורות ומשכנעות כי אף אם העצור לא נטל חלק ממשי, ישיר או עקיף, בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל, הוא השתייך לארגון טרור ותרם תרומה ממשית למעגל הלחימה במובנו הרחב, באופן המצדיק את מעצרו המנהלי לשם מניעת חזרתו למעגל האמור.

משמעות הדרישה לקיומן של ראיות ברורות ומשכנעות הינה כי יש לייחס חשיבות לכמות ולאיכות הראיות נגד העצור וכן למידת העדכניות של החומר המודיעיני הרלוונטי נגדו; זאת, הן לצורך הוכחת היותו של העצור "לוחם בלתי חוקי" לפי סעיף 2 לחוק, והן לצורך הביקורת השיפוטית על נחיצות המשך המעצר ולכך נתייחס בהמשך הדברים. אכן, תכליתו של המעצר המינהלי הינה למנוע סיכונים עתידיים צפויים לביטחון המדינה, ומטבע הדברים ניתן ללמוד סיכונים אלה ממידע קונקרטי בדבר פעולות העצור בעבר (ראו: דברי הנשיא מ' שמגר בפרשת בראנסה, בעמ' 249-250; בג"ץ 11026/05 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל (לא פורסם, 22.12.2005, להלן: פרשת פלוני), בפסקה 5). עם זאת, לשם מעצר ארוך-טווח לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, יש צורך בראיות מינהליות מספקות ואין די בראיה יחידה בדבר פעילות חד-פעמית שבוצעה בעבר הרחוק.

23. הנה כי כן, לצורך מעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, נדרשת המדינה להוכיח בראיות ברורות ומשכנעות כי אף אם העצור לא נטל חלק ממשי, ישיר או עקיף, בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל, הוא השתייך לארגון טרור ותרם תרומה למעגל הלחימה במובנו הרחב. יוער כי דרישה זו אינה תמיד קלה להוכחה, שהרי אין דומה הוכחת השתייכות לצבא סדיר להוכחת השתייכות לארגון טרור, וזאת בשל דרך פעולתם של ארגוני טרור ואופן ההצטרפות לשורותיהם. כבר נקבע בפרשת הסיכול הממוקד כי בניגוד ללוחמים חוקיים, ככלל לוחמים בלתי חוקיים אינם נושאים סימנים מובהקים וחד-משמעיים של השתייכות לארגון טרור (ראו: פרשת הסיכול הממוקד, בפסקה 24). לפיכך, ההוכחה של השתייכות לארגון כאמור אינה תמיד מלאכה פשוטה. אף-על-פי-כן, נדרשת המדינה להוכיח בראיות מינהליות מספקות את טיב הזיקה של העצור לארגון הטרור, ואת מידת או אופי תרומתו למעגל הלחימה הרחב או לפעולות האיבה שמבצע הארגון.

עוד יצוין כי בטיעוניה בפנינו עמדה המדינה על כך שסמכות המעצר הקבועה בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נועדה לחול על אנשי ארגוני טרור במצב של לחימה מתמשכת בשטח שאינו נתון לשליטתה המלאה של מדינת ישראל, כאשר במהלך הלחימה עשויים ליפול בידי כוחות הצבא מספר גדול יחסית של לוחמים בלתי חוקיים, וכאשר קיים צורך למנוע את חזרתם למעגל הלחימה נגד ישראל. הנסיבות המיוחדות המתקיימות במצבים מעין אלה, מצריכות התמודדות שונה מזו המתאפשרת בשטח המדינה או בשטח הנתון לתפיסתה הלוחמתית. מכל מקום, יש להניח כי המציאות האמורה עלולה להערים קשיים נוספים על איסוף הראיות בדבר השתייכותם

לארגון טרור ובדבר מידת מסוכנותם של אלה הנעצרים על-ידי המדינה בעת הלחימה בשדה הקרב.

החזקות הראייתיות הקבועות בסעיפים 7 ו-8 לחוק

24. כאמור, סעיף 7 לחוק קובע חזקה לפיה יש לראות באדם המקיים את תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי", כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה נגד מדינת ישראל. מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, והנטל לסתירתה מוטל על העצור. נדגיש את אשר צוין לעיל, כי החזקה הקבועה בסעיף 7 הנ"ל, עשויה להיות רלוונטית רק לאחר שהמדינה הוכיחה כי התקיימו בעצור תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי". בנסיבות אלה, מניחה החזקה כי שחרורו של העצור יפגע בביטחון המדינה כנדרש בסעיף 3(א) לחוק.

כפי שצוין לעיל, אחת הטענות העיקריות של המערערים בפנינו היתה כי החזקה האמורה מייצרת את הצורך להוכיח מסוכנות אינדיבידואלית של העצור וכי הדבר עומד בסתירה לעקרונות חוקתיים ולדין הבינלאומי ההומניטארי. המשיבה התנגדה לטענה זו אולם הוסיפה והצהירה בפנינו כי ככלל, פועלת המדינה על-מנת להציג תשתית ראייתית נרחבת ומפורטת בדבר מסוכנות העצורים, וכך עשתה עד כה ביחס לכל העצורים מכוח החוק, לרבות בעניינם של המערערים. משמעות טענה זו הינה כי הלכה למעשה, נמנעת המדינה מלהתבסס על החזקה הראייתית הקבועה בסעיף 7 לחוק והיא מוכיחה את מסוכנותם האינדיבידואלית של העצורים באופן פרטני, בלא עשיית שימוש בחזקה הנדונה. יוער כי דרך הילוך זו של המדינה עולה בקנה אחד עם קביעתנו לפיה הוכחת תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק, טומנת בחובה את הוכחת המסוכנות האינדיבידואלית הנובעת מסוג המעורבות בארגון כמוסבר לעיל.

מכל מקום, מאחר והמדינה נמנעה עד כה מעשיית שימוש בחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק, לא מתעוררת בפנינו השאלה עד כמה יש בחזקה הנ"ל כדי להחליש את דרישת ההוכחה של המסוכנות האינדיבידואלית לשם מעצר מכוח החוק, והאם יש בכך כדי לפגוע יתר על המידה בזכות החוקתית לחירות ובעקרונות הדין הבינלאומי ההומניטארי. לפיכך, נותיר שאלות אלה ללא הכרעה; שהרי כל עוד המדינה מוכיחה מלכתחילה את המסוכנות האישית של העצור ואינה נשענת על החזקה הנדונה, נותרת שאלת השפעתה של החזקה על הוכחת המסוכנות האינדיבידואלית, שאלה תיאורטית. יוער כי אם תבחר המדינה לעשות בעתיד שימוש בחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק ולא

תוכיח מסוכנות ברמה הנדרשת, תהא פתוחה הדרך להבאת השאלות האמורות בפני בית-המשפט, בהינתן הצורך להכריע בהן באופן קונקרטי ולא בעלמא (ראו: ע"פ 3660/03 עביד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.9.2005); בג"ץ 1853/02 נאוי נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות (לא פורסם, 8.10.2003); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999, להלן: פרשת צמח), בעמ' 250; בג"ץ 4827/05 אדמ טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים (לא פורסם, 20.7.2005), בפסקה 10; ע"א 7175/98 המוסד לביטוח לאומי נ' בר מימון בע"מ (בפירוק) (לא פורסם, 17.12.2001).

25. אשר לחזקה הראייתית הקבועה בהוראת-סעיף 8 לחוק - סעיף זה קובע כדלקמן:

8. קביעתו של שר הביטחון, בתעודה החתומה בידיו, כי כוח מסוים מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או כי תמו או טרם תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, תשמש הוכחה בכל דיון משפטי, אלא אם כן יוכח ההיפך.	"קביעה בעניין פעולות איבה
---	---------------------------

בפנינו טענו המערערים כי החזקה הראייתית האמורה, מעבירה את נטל ההוכחה לעצור בעניין שבו לעולם לא יוכל להפריכה, כיון שמדובר בעניין המסור לשיקול דעתו של שר הביטחון. מנגד, טענה המדינה כי בכל ההליכים מכוח החוק היא נמנעה מלהסתמך על קביעתו של שר הביטחון בלבד, וראתה להציג לפני בית המשפט ובאי-כוחם של העצורים, חוות דעת עדכניות ופרטניות בנוגע לארגון הרלוונטי אליו השתייך העצור. כך נעשה גם בעניינם של המערערים, שלפי הנטען משתייכים לארגון החיזבאללה. בהתחשב בכך, איננו נדרשים להכריע בשאלות העקרוניות שהעלו המערערים בנוגע לסעיף 8 הנ"ל. מכל מקום, ראוי לציין כי במציאות הקיימת באזורנו כיום, בה הארגונים הפועלים נגד בטחון מדינת ישראל מוכרים לגורמי הצבא והביטחון, אין להניח כי קיים קושי להוכיח קיומם ואופי פעילותם של כוחות עוינים באמצעות חוות-דעת פרטניות ועדכניות, על-מנת לבסס את קביעתו של שר הביטחון כאמור בסעיף 8 לחוק.

הבחינה החוקתית



26. עד כה עסקנו בפרשנות ההגדרה הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי" ובתנאים הנדרשים לשם הוכחת קיומה של עילת מעצר מכוח החוק. פרשנות זו נעשתה בהתחשב בלשונו ובתכליתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ובהתאם לחזקת החוקתיות ולעקרונות הדין הבינלאומי ההומניטארי אליהם מפנה במפורש סעיף המטרה של החוק.

משעמדנו על היקף תחולתו של החוק ועל אופיה של סמכות המעצר הקבועה בו, נפנה לדון בטענות הצדדים בנוגע לחוקתיות ההסדרים שנקבעו במסגרתו. טענות אלה הועלו בפני בית-המשפט המחוזי ובפנינו במהלך הדיון במעצרים של המערערים, במסגרת תקיפה עקיפה של החוק הנדון. הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית

27. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כדלקמן:

5. אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו אישית של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

אין מחלוקת בין הצדדים בפנינו כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים פוגע בזכות החוקתית לחירות אישית המעוגנת בסעיף 5 הנ"ל. מדובר בפגיעה משמעותית, ואף קשה, בהתחשב בכך שהחוק מאפשר שימוש באמצעי החריג של מעצר מנהלי שיש בו משום נטילת חירותו האישית של אדם. יובהר כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נועד אמנם לחול על גורם חוץ המשתייך לארגון טרור שפועל נגד בטחון המדינה (ראו: פסקה 11 לעיל). עם זאת, מעצרים של הלוחמים הבלתי חוקיים נעשה בישראל על-ידי רשויות השלטון המחויבות לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד ביחס לכל אדם (ראו: סעיפים 1 ו-11 לחוק היסוד). בהתאם לכך, יש לבחון את הפגיעה הטמונה בהסדריו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, בהתאם למבחניו של חוק היסוד.

בחינת הפגיעה בזכות החוקתית במשקפי פסקת ההגבלה

28. אין חולק כי הזכות לחירות אישית הינה זכות חוקתית בעלת מעמד מרכזי בשיטתנו המשפטית, הנמצאת ביסוד ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית

ודמוקרטיה (ראו: פרשת מרעב, בפסקה 20). כבר נאמר בפסיקתנו כי "החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות" (פרשת צמח, בעמ' 261. עוד ראו: בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67 (1997), בעמ' 81; ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.11.2005), בפסקה 53; ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002), בעמ' 539-540). יחד עם זאת, ככל זכויות האדם המוגנות, אף הזכות לחירות אינה מוחלטת ויש שהפגיעה בה נדרשת לשם הגנה על אינטרסים ציבוריים חיוניים. נוסחת האיזון בהקשר זה קבועה בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, וזו לשונה:

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

השאלה הניצבת בפנינו הינה האם הפגיעה של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בזכות לחירות אישית, עולה בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה. טיעוניהם של הצדדים לפנינו התמקדו בדרישות התכלית הראויה והמידתיות, ואף אנו נמקד בהן את דיוננו.

29. בפתח הדברים ובטרם ניגש לבחינת הוראות החוק במשקפי פסקת ההגבלה, נזכיר כי לא במהרה יתערב בית-המשפט ויבטל הוראת-חוק שיצאה מבית המחוקקים. על בית המשפט לכבד את החוק, כביטוי של רצון העם (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2), 481 (2005), להלן: פרשת המועצה האזורית חוף עזה), בעמ' 552-553; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1), 235 (2002), להלן: פרשת מנחם), 263-264; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3), 57 (1996), 66-67). בכך בא לידי ביטוי עקרון הפרדת הרשויות: הרשות המחוקקת קובעת את האמצעים שיש לנקוט בהם כדי להגשים יעדים ציבוריים, ואילו הרשות השופטת בוחנת אם אמצעים אלה פוגעים בזכויות האדם בניגוד לתנאים שנקבעו לכך בחוק-היסוד. המחוקק הוא הקובע את המדיניות הלאומית ומגבשה לכדי דבר חקיקה, ואילו בית המשפט מעביר תחת שבט ביקורתו את חוקתיותה של החקיקה עד כמה שהיא פוגעת בזכויות אדם חוקתיות (ראו פרשת עדאלה, בפסקה 78 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). בהתאם לכך, כבר נאמר בפסיקתו של בית-משפט זה כי בבוחנו את

חקיקת הכנסת במשקפי פסקת הגבלה, יפעל בית-המשפט "באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון" (פרשת מנחם, בעמ' 263). בית המשפט לא ימושך ידו מן הביקורת החוקתית על חקיקה, אך הוא ינהג בה בזהירות ויפעיל את ביקורתו החוקתית כדי להגן על זכויות האדם על-פי גדריה של פסקת ההגבלה, תוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שראה המחוקק לאמץ. בכך יישמר האיזון העדין בין שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין ההגנה על ערכי היסוד של השיטה ועל זכויות האדם.

הדרישה לתכלית ראויה

30. בהתאם לפסקת ההגבלה, חוק הפוגע בזכות חוקתית חייב להיות לתכלית ראויה. כבר נקבע בפסיקתנו כי תכלית חוקתית הינה ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים; או כאשר היא משרתת מטרה ציבורית חיונית, צורך חברתי לוחץ או עניין חברתי מהותי שמטרתם לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן (ראו: פרשת מנחם, בעמ' 264; בג"צ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876 (2005), בעמ' 890-889; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997), בעמ' 53-52). עוד נפסק כי לא כל תכלית עשויה להצדיק פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, וכי מהותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה עשויים להשליך על התכלית הנדרשת לשם הצדקת הפגיעה.

בדברינו לעיל עמדנו על כך שחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לפי לשונו ובהתאם להיסטוריה החקיקתית שלו, נועד למנוע חזרה למעגל הלחימה של מי שמסכן את בטחון המדינה עקב פעילותו או השתייכותו לארגון טרור המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל (ראו: פסקה 6 לעיל). תכלית חקיקתית זו הינה ראויה. ההגנה על בטחון המדינה מהווה צורך ציבורי לוחץ ואף חיוני, במציאות קשה של טרור רצחני מתמשך הפוגע ללא הבחנה בחפים מפשע. קשה להפריז בדבר החשיבות הביטחונית שבמניעת חזרתם של לוחמי ארגוני טרור למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל, בתקופה בה מתקיימת פעילות טרור בלתי פוסקת המאיימת על חייהם של אזרחי מדינת ישראל ותושביה. בהתחשב בכך, תכליתו של החוק הנדון עשויה להצדיק פגיעה משמעותית, ואף קשה, בזכויות אדם ובהן הזכות לחירות אישית. עמד על כך הנשיא א' ברק בצינינו כי:

"אין מנוס - בחברה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מאיזון בין החירות והכבוד לבין הביטחון. אסור

שזכויות האדם ייהפכו לקרדום לשלילת ביטחון הציבור  
והמדינה. נדרש איזון - איזון עדין וקשה - בין החירות  
והכבוד של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון  
הציבור" (פרשת פלוניס, בעמ' 741).

(וראו גם: פרשת עג'ורי, בעמ' 383; דברי השופטת ד' דורנר בבג"ץ 5627/02  
סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, בעמ' 76-77; ע"ב 2/84 ניימן נ'  
יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, בעמ' 310).

תכליתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים היא, אפוא, ראויה; ואולם  
בכך לא די. במסגרת הבחינה החוקתית, עלינו להוסיף ולבחון האם הפגיעה בזכות  
לחירות אישית אינה עולה על הנדרש לצורך הגשמת תכליתו של החוק. לבחינתה של  
שאלה זו נפנה כעת.

הדרישה לאמצעי שפגיעתו אינה עולה על הנדרש

31. הסוגיה המרכזית המתעוררת בנוגע לחוקתיותו של החוק הנדון בפנינו, נוגעת  
למידתיות ההסדרים שנקבעו במסגרתו. ככלל, נהוג להצביע על שלושה מבחני-משנה  
המהווים אמות-מידה עקרוניות לקביעת מידתיותו של דבר-חקיקה הפוגע בזכות-אדם  
חוקתית: האחד, מבחן הקשר הרציונאלי הדורש התאמה בין האמצעי החקיקתי הפוגע  
בזכות החוקתית, לבין התכלית אותה נועד החוק להגשים; השני, מבחן האמצעי  
שפגיעתו פחותה הדורש כי החקיקה תפגע בזכות החוקתית במידה הקטנה ביותר  
האפשרית לשם השגת תכלית החוק; והשלישי, מבחן המידתיות במובן הצר לפיו נדרש  
יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה (ראו:  
פרשת מנחם, בעמ' 279; פרשת עדאלה, בפסקאות 65-75; פרשת בית טוריק, בעמ'  
839-840).

כבר נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי מבחן המידתיות, על שלושת מבחני  
המשנה שלו, אינו מבחן מדויק שכן לפי טיבו הוא כרוך במלאכת שקלול והערכה. בין  
מבחני-המשנה קיימת לעתים חפיפה, ובמסגרת כל אחד מהם נתון למחוקק מתחם של  
שיקול דעת. יתכנו נסיבות בהן בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט  
פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת  
שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי  
האמור. עקב כך, הכיר בית-משפט זה ב"מרחב תימרון חוקתי" המכונה גם "מתחם  
המידתיות". גבולותיו של מרחב התימרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל

מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותה של הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה בה, אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים. בית-משפט זה לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות, כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדרי מתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התמרון החוקתי והוא בלתי מידתי באופן ברור (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221 (1995), בעמ' 438; בג"ץ 450/97 תנופה שירותים כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (1998); עת"מ 4436/02 תשעים כדורים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782 (2004), בעמ' 815; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 551-550).

בנסיבות העניין שלפנינו, עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית היא משמעותית ואף קשה. עם זאת, כפי שצוין לעיל, התכלית החקיקתית של הרחקת "לוחמים בלתי חוקיים" ממעגל הלחימה לשם הגנה על בטחון המדינה היא חיונית במציאות של טרור רצחני המאיים על חייהם של תושבי מדינת ישראל ואזרחיה. בנסיבות אלה, דומה כי ראוי להכיר בקיומו של מרחב תמרון רחב יחסית למחוקק, לשם בחירה באמצעי הראוי להגשמת תכליתו של החוק.

מבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה

32. האמצעי אותו בחר המחוקק לשם הגשמת תכליתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הינו מעצר מינהלי. כפי שפורט בפסקה 21 לעיל, לצורך מעצר לפי החוק האמור, על המדינה להוכיח בראיות ברורות ומשכנעות כי העצור הינו "לוחם בלתי חוקי" במשמעות עליה עמדנו. בהתאם לכך, נדרשת המדינה להוכיח את מסוכנותו האישית של העצור הנובעת מעצם סוג מעורבותו בארגון. המעצר המנהלי מהווה אמצעי מתאים למניעת הסיכון הביטחוני הנשקף מהעצור, באשר הוא מונע את חזרתו של "הלוחם הבלתי חוקי" למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל ובכך משרת את תכליתו של החוק. אשר על כן, מבחן-המשנה הראשון של המידתיות - מבחן הקשר הרציונאלי - מתקיים.

עיקר השאלה בנוגע למידתיות החוק הנדון לפנינו עניינו במבחן-המשנה השני, קרי- בשאלה האם קיימים אמצעים חלופיים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה. לשם בחינת הסוגיה האמורה, נדון בטענת המערערים לפיה קיימים אמצעים מידתיים יותר להגשמת תכליתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. לאחר מכן, נעמוד על

ההסדרים הפרטניים שנקבעו במסגרת החוק ונבחן האם הם חורגים ממתחם המידתיות. לבסוף, נשקף על החוק במבט כולל ונבחן האם תמהיל ההסדרים שנקבעו במסגרת החוק מקיים את מבחן המידתיות במובן הצר, קרי- האם מתקיים יחס סביר בין הפגיעה בזכות לחירות אישית לבין התועלת הציבורית הצומחת מכך לשם הגשמת התכלית החקיקתית.

הטענה בדבר קיומם של אמצעים חלופיים למעצר מכוח החוק

33. טענתם המרכזית של המערערים במישור המידתיות היתה כי קיימים אמצעים חלופיים למעצר מינהלי מכוח החוק הנדון, שפגיעתם בזכות לחירות אישית פחותה. בהקשר זה, העלו המערערים שני טיעונים מרכזיים: ראשית, נטען כי לצורך השגת התכלית החקיקתית אין הכרח בהפעלת האמצעי של מעצר מינהלי וכי ראוי להכיר במערערים כשבויי-מלחמה, ולחלופין- לעשות שימוש באמצעי של העמדה לדין פלילי. שנית, נטען כי אף אם מתעורר הצורך במעצרו המנהלי של המערערים, יש לעשות כן מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 (להלן: חוק המעצרים המנהליים) שכן לפי הטענה, מדובר בחוק שפגיעתו מידתית יותר ביחס לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

אשר לטענה הראשונה לפיה ראוי להכריז על המערערים כשבויי-מלחמה - דינה של טענה זו להידחות. בבג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188 (2000), להלן: פרשת ארד), בו נדון עניינם של העצורים הלבנוניים, נדחתה טענה דומה לזו המועלת בעניינם של המערערים בזו הלשון:

"מקובלת עלינו עמדתו של מר ניצן, כי אין לראות בעצורים הלבנוניים שבויי מלחמה. די בכך שלא מתמלאת לגביהם הוראת סעיף 4(2)(d) לאמנת ג'נבה השלישית, הקובעת כי אחד התנאים שיש למלא כדי לקיים את ההגדרה של "שבויי מלחמה" הוא: "that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war". הארגונים אליהם השתייכו העצורים הלבנוניים הם ארגוני טרור, הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה. כך, למשל, ארגונים אלה פוגעים במתכוון באזרחים ויורים מתוך אוכלוסיה אזרחית, המשמשת להם כמגן. כל אלה הן פעולות הנוגדות את המשפט הבינלאומי. אכן, עמדתה העקבית של ישראל הייתה כל השנים, שלא לראות בארגונים השונים, כגון החיזבאללה, ארגונים שאמנת ג'נבה

השלישית חלה עליהם. לא מצאנו עילה להתערב בעמדה זו." (שם, בעמ' 191).

(וראו גם: בש"פ 8780/06 סרור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.11.2006); בג"ץ 403/81 ג'באר נ' המפקד הצבאי, פ"ד לה (4) 397 (1981); וכן בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז (3) 365 (1983), בעמ' 370-371 (להלן: פרשת צמל)).

בדומה לאמור בעניין ארד הנ"ל, אף בנסיבות המקרה שלפנינו אין להקנות למערערים מעמד של שבויי-מלחמה, מאחר ואין מתמלאים בעניינם תנאיו של סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, ובראשם התנאי בדבר קיום דיני המלחמה.

אשר לטענת המערערים לפיה אמצעי מידתי יותר הינו העמדתם לדין פלילי - אף טענה זו דינה להידחות, בהתחשב בכך שהעמדה לדין פלילי שונה לפי מהותה ותכליתה מאמצעי המעצר המנהלי. ההעמדה לדין פלילי נועדה להעניש על מעשים שכבר בוצעו, והיא תלויה בקיומן של ראיות שניתן להביאן בפני בית-משפט לצורך הוכחת האשמה מעבר לספק סביר. מנגד, מעצר מנהלי לא נועד להעניש אלא למנוע פעילות האסורה לפי דין והמסכנת את ביטחון המדינה. טיב הראיות הנדרשות לצורך מעצר מנהלי שונה מטיב הראיות הנדרשות לצורך הליך פלילי. זאת ועוד; ככלל, השימוש באמצעי החריג של מעצר מנהלי מוצדק בנסיבות בהן אמצעים אחרים ובהם העמדה לדין פלילי אינם אפשריים, וזאת עקב העדר ראיות קבילות מספקות או חוסר אפשרות לחשוף מקורות חסויים, או כאשר אין בהעמדה לדין כדי ליתן מענה מספק למניעת הסיכון הנשקף לביטחון המדינה בנסיבות בהן לאחר ריצוי העונש הפלילי עשוי הנידון לשוב ולהוות סכנה ביטחונית (ראו, בין היתר, עמ"מ 4794/05 אופן נ' שר הביטחון (לא פורסם, 12.6.2005); עמ"מ 7/94 בן יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.9.1994); עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח (1) 176 (2003), להלן: פרשת פדרמן), בעמ' 185-189; עמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (3) 258 (2004), בעמ' 263-264). בהתחשב בכל אלה, אין לומר כי העמדה לדין פלילי מהווה אמצעי חלופי להשגת תכליתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

34. כאמור, טענתם החלופית של המערערים בפנינו היתה כי אף אם קיים צורך לעוצרם במעצר מנהלי, יש לעשות כן מכוח חוק המעצרים המנהליים. לפי הטענה, פגיעתו של חוק המעצרים המנהליים בזכות לחירות אישית הינה פחותה ביחס להסדרים הקבועים בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. כך למשל, נטען כי חוק

המעצרים המנהליים דורש מסוכנות אינדיבידואלית כעילת מעצר, בלא לקבוע חזקות המעבירות את נטל ההוכחה לעצור כפי שנקבע בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. זאת ועוד; חוק המעצרים המנהליים מחייב קיומה של ביקורת שיפוטית בתוך 48 שעות ממועד המעצר וביקורת תקופתית כל שלושה חודשים, בעוד שחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מאפשר להביא עצור לפני שופט עד 14 ימים ממועד מעצרו, ומחייב קיומה של ביקורת תקופתית רק אחת לחצי שנה; חוק המעצרים המנהליים מתנה את סמכות המעצר בקיומו של מצב חירום במדינה בעוד שמעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו מותנה בכך, ואף אינו מוגבל בזמן למעט הקביעה כי המעצר יסתיים עד תום פעולות האיבה נגד מדינת ישראל. לכך יש להוסיף כי מעצר מכוח חוק המעצרים המנהליים נעשה לפי צו של שר הביטחון ואילו מעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נעשה מכוח צו רמטכ"ל, שמוסמך להאציל את סמכותו לקצין בדרגת אלוף. בהתחשב בכל אלה, טענת המערערים בפנינו היתה כי מעצר מכוח חוק המעצרים המנהליים מהווה אמצעי חלופי מידתי יותר ביחס למעצר מנהלי מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

35. על-פני הדברים, צודקים המערערים בטענתם לפיה בהיבטים מסוימים, ההסדרים הקבועים בחוק המעצרים המנהליים פוגעים בזכות לחירות אישית במידה פחותה ביחס לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. עם זאת, מקובלת עלינו טענת המדינה בהקשר זה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נועד לתכלית שונה מזו של חוק המעצרים המנהליים. נוכח התכליות השונות, נקבעו בשני החוקים הסדרים שונים, באופן שחוק המעצרים המנהליים אינו מהווה אמצעי חלופי להשגת תכליתו של החוק הנדון לפנינו. נבהיר את עמדתנו.

חוק המעצרים המנהליים חל בשעת חירום וככלל, תכליתו למנוע סיכונים לביטחון המדינה הנובעים מגורמי פנים (קרי- אזרחי המדינה ותושביה). בהתאם לכך, נקבעה בחוק סמכות למעצר מנהלי אשר בדרך-כלל מופעלת בעניינם של פרטים בודדים המסכנים את בטחון המדינה ומעצרים נועד להימשך תקופות-זמן קצרות יחסית, למעט במקרים חריגים. מנגד, כפי שהובהר בפסקה 11 לעיל, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נועד לחול על גורמי חוץ הפועלים במסגרת ארגוני טרור נגד בטחון המדינה. החוק נועד לשמש בעת קיומן של פעולות איבה מאורגנות ומתמשכות נגד ישראל מצד ארגוני טרור. תכלית החוק היא למנוע את חזרתם למעגל הלחימה של המשתייכים לארגונים אלה או הנוטלים חלק בפעולות האיבה במסגרתם, וזאת כל עוד נמשכות פעולות האיבה נגד מדינת ישראל. לשם השגת התכלית האמורה, נקבעו בחוק



כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הסדרים שהם שונים ביחס לחוק המעצרים המנהליים (על שאלת מידתיותם של הסדרים אלה נעמוד להלן). זאת ועוד; לשיטת המדינה, סמכות המעצר הקבועה בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נועדה לחול על אנשי ארגוני טרור במצב של לחימה מתמשכת בשטח שאינו ישראלי, כאשר במהלך הלחימה עשויים ליפול לידי כוחות הצבא מספר גדול יחסית של לוחמי אויב. לפי הטענה, נסיבות מיוחדות אלה מצדיקות שימוש באמצעים שונים מאלה המופעלים בדרך כלל.

הנה כי כן, אף שחוק המעצרים המנהליים וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובעים סמכות למעצר מנהלי שמטרתו מניעת סיכון לביטחון המדינה, תכליותיהם הפרטיקולריות של החוקים האמורים הינן שונות ולפיכך אין האחד משמש אמצעי חלופי להשגת תכליתו של השני. ובלשונו של בית-המשפט קמא: "עניין לנו במישור אופקי ששני החיקוקים ניצבים עליו, זה ליד זה. כל אחד מן השניים נועד לתכלית שונה ועל כן, בנסיבות כמו של עניינו, אין הוא עומד לבחירה מול רעהו" (בעמ' 53 להחלטת בית המשפט המחוזי מיום 19.7.06). יובהר, כי בנסיבות מתאימות עשוי גם חוק המעצרים המנהליים לשמש למעצרו של גורמי חוץ שאינם תושבי מדינת ישראל ואזרחיה. אף-על-פי-כן, נקודת המוצא הינה כי תכליותיהם הפרטיקולריות של חוק המעצרים המנהליים וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הינן שונות, ולפיכך לא ניתן לקבוע באופן גורף כי מעצר לפי חוק המעצרים המנהליים, מהווה אמצעי מתאים ומידתי יותר ביחס למעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

36. בסיום דברים אלה יוער כי תחילת מעצרו של המערערים, תושבי רצועת עזה, היה בשנים 2002-2003, עת הרצועה היתה נתונה בתפיסה לוחמתית. אותה תקופה, בוצע מעצרו המנהלי של המערערים מכוח תחיקת הביטחון שחלה ברצועת עזה. השינוי אירע בספטמבר 2005, עת הסתיים הממשל הישראלי הצבאי ברצועת עזה והשטח חדל להיות נתון בתפיסה לוחמתית (ראו: פסקה 11 לעיל). אחת התוצאות הנלוות לסיום הממשל הישראלי ברצועה, היה ביטול תחיקת הביטחון שחלה שם. בעקבות כך, הוציא הרמטכ"ל צווי מעצר למערערים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

נוכח ביטול תחיקת הביטחון ברצועת עזה, ממילא לא מתעוררת ביחס לתושבי הרצועה השאלה האם מעצר מינהלי מכוח תחיקת ביטחון עשוי להוות אמצעי מתאים ומידתי יותר ביחס למעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. עם זאת, רואה אני לציין כי השאלה האמורה עשויה להתעורר בעניינם של תושבי האזור הנתון

בתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל (יהודה ושומרון). כעולה מהאמור בפסקה 11 לעיל, על-פני הדברים נוטה אני לדעה כי הן לפי הדין הבינלאומי ההומניטארי החל על העניין (סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית) והן לפי מבחן המידתיות - ראוי כי מעצרו המנהלי של תושבי יהודה ושומרון יתבצע מכוח תחיקת הביטחון הנוכחית החלה באזור, ולא מכוחו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בישראל. עם זאת, סוגיה זו אינה מתעוררת בנסיבות העניין שלפנינו ולפיכך אני רואה להותירה לימים שיבואו.

מידתיות ההסדרים הפרטניים שנקבעו בחוק

37. נוכח מכלול הטעמים שפורטו לעיל, באנו למסקנה כי האמצעים עליהם הצביעו המערערים בטיעוניהם אינם יכולים להוות אמצעים חלופיים למעצר מינהלי מכוח החוק הנדון לפנינו. המערערים הוסיפו וטענו כי ההסדרים הפרטניים שנקבעו בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, פוגעים בזכות לחירות אישית מעבר לנדרש, וכי ניתן היה לקבוע הסדרים מידתיים יותר שפגיעתם בחירות האישית פחותה. נפנה, אפוא, לבחינתה של טענה זו, בהתייחס להסדרים הפרטניים שנקבעו בחוק.

(1) הפקדת סמכות המעצר בידי גורמי צבא

38. סעיף 3(א) לחוק, שנוסחו הובא בפסקה 15 לעיל, קובע כי צו מעצר מכוח החוק יוצא על-ידי הרמטכ"ל "בחתימת-ידו" ויכלול את טעמי המעצר "וזאת מבלי לפגוע בצרכי ביטחון המדינה". סעיף 11 לחוק מוסיף וקובע כי "הרמטכ"ל רשאי לאצול מסמכויותיו על-פי חוק זה לקצין בדרגת אלוף שיקבע". לטענת המערערים, הפקדת סמכות המעצר מכוח החוק בידי הרמטכ"ל רשאי להאצילה לקצין בדרגת אלוף, פוגעת בזכות העצורים לחירות אישית מעבר לנדרש. בהקשר זה, הדגישו המערערים כי חוק המעצרים המנהליים מפקיד את סמכות המעצר המנהלי בידיו של שר הביטחון בלבד.

בנסיבות העניין, באנו למסקנה כי צודקת המדינה בטענתה לפיה הפקדת סמכות המעצר בידי הרמטכ"ל או קצין בדרגת אלוף, מצויה במתחם המידתיות ואין להתערב בה. ראשית, כפי שפורט לעיל, תכליותיהם הפרטיקולריות של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים וחוק המעצרים המנהליים הינן שונות, ומכאן השוני בהסדרים הקבועים בשני החוקים. מאחר והחוק הנדון בפנינו נועד לחול, בין היתר, במצב של לחימה ופעילות צבאית מתמשכת נגד ארגוני טרור בשטח שאינו נתון לשליטתה

המלאה של מדינת ישראל, יש הגיון בקביעת הסדר המפקיד את סמכות המעצר בידי גורמי צבא בדרג הבכיר ביותר. שנית, יובהר כי הוראותיו של המשפט הבינלאומי אינן שוללות את סמכות המעצר מידי הגורם הצבאי המופקד על הביטחון באזור בו מצויים אזרחים מוגנים. יש בכך כדי לתמוך במסקנה כי הפקדת סמכות המעצר בידי הרמטכ"ל או קצין בדרגת אלוף, כשלעצמה, אינה יוצרת פגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות אישית.

(2) הליך השימוע לעצור לאחר הוצאת צו מעצר

39. סעיפים 3(ב) ו-3(ג) לחוק קובעים כדלקמן:

3. (א) ...	"כליאת לוחם בלתי חוקי
(ב) צו כליאה יכול שיינתן שלא במעמד האדם המוחזק בידי רשויות המדינה.	
(ג) צו כליאה יובא לידיעת הכלוא במועד מוקדם ככל האפשר, ותינתן לו הזדמנות לטעון את טענותיו בענין הצו לפני קצין בדרגת סגן אלוף לפחות שימנה הרמטכ"ל; טענות הכלוא יירשמו בידי הקצין ויובאו לפני הרמטכ"ל; מצא הרמטכ"ל, לאחר שעיין בטענות הכלוא, כי לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף קטן (א), יבטל את צו הכליאה."	

מסעיף 3(ב) הנ"ל עולה כי צו מעצר יכול שיינתן על-ידי הרמטכ"ל (או אלוף שימונה על-ידו) שלא במעמד העצור. סעיף 3(ג) לחוק מוסיף וקובע כי הצו יובא לידיעת העצור "במועד מוקדם ככל האפשר" וכי יתקיים הליך שימוע בפני קצין צבא בדרגת סגן-אלוף לפחות, על-מנת לאפשר לעצור לטעון את טענותיו; טענות העצור יירשמו בידי הקצין ויובאו בפני הרמטכ"ל (או האלוף מטעמו). בהתאם לחוק, אם לאחר עיון בטענות העצור שוכנע הרמטכ"ל (או האלוף) כי לא מתקיימים התנאים למעצר מכוח החוק, יבוטל צו הכליאה.

טענת המערערים בהקשר זה היתה כי ההסדר האמור פוגע מעבר לנדרש בזכות לחירות האישית, בהתחשב בכך שהעצור יכול לשטוח את טענותיו רק בדיעבד, קרי- לאחר הוצאת צו המעצר, וזאת בפני קצין בדרגת סגן-אלוף שיעבירן לרמטכ"ל (או לאלוף) על-מנת שישקלו עמדתם בשנית. לטענת המערערים, הגורם המוציא את הצו -

הרמטכ"ל או האלוף - הוא שחייב לשמוע את טענות העצור, וזאת עוד בטרם הוצאת הצו. טענות אלה דינן להידחות, וזאת ממספר טעמים: ראשית, הלכה פסוקה היא כי הגורם המכריע אינו חייב לקיים את הליך השימוע באופן אישי, וכי ניתן לקיים שימוע גם בפני מי שמונה לכך על-ידי הגורם המחליט, ובלבד שבפני הגורם המכריע - בענייננו, הרמטכ"ל או האלוף מטעמו - יובאו מכלול הטענות והנתונים שהועלו במסגרת השימוע (ראו: בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד נ(1), 397 (1994), בעמ' 403; בג"ץ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1), 75 (1998), בעמ' 81-82). שנית, מבחינה מעשית, קביעת חובה לקיום הליכי שימוע מראש ובאופן אישי על-ידי הרמטכ"ל או האלוף בעיתות לחימה ובנסיבות בהן עלולים להתבצע מעצרים רבים גם באזור הלחימה, עלולה לעורר קשיים יישומיים ניכרים. זאת ועוד; עריכת שימוע בדרך המוצעת על-ידי המערערים, מנוגדת לתכליתו של החוק לאפשר הרחקה מיידית של "הלוחמים הבלתי חוקיים" ממעגל הלחימה באופן יעיל. יודגש כי הליך השימוע לפי סעיף 3(ג) לחוק הינו הליך ראשוני שמטרתו העיקרית היא למנוע טעויות בזיהוי. כפי שיפורט להלן, בנוסף להליך השימוע הראשוני, מחייב החוק קיומה של ביקורת שיפוטית בפני שופט בית-משפט מחוזי במועד שלא יאוחר מ- 14 ימים מעת מתן צו הכליאה, באופן המפחית את הפגיעה הנטענת על-ידי המערערים. בהתחשב בכל אלה, אין לומר כי ההסדר הקבוע בחוק בנוגע להליך השימוע חורג ממתחם המידתיות.

### (3) הביקורת השיפוטית על מעצר מכוח החוק

40. סעיף 5 לחוק, שכותרתו "ביקורת שיפוטית", קובע בסעיפים-קטנים (א) עד (ד) את ההסדר הבא:

5. (א) כלוא יובא לפני שופט בית המשפט המחוזי לא יאוחר מ-14 ימים מיום מתן צו הכליאה; מצא שופט בית המשפט המחוזי כי לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3(א) יבטל את צו הכליאה.
- (ב) לא הובא הכלוא לפני בית המשפט המחוזי ולא הוחל בדיון לפניו בתוך 14 ימים מיום מתן צו הכליאה, ישוחרר הכלוא, זולת אם קיימת עילה אחרת למעצרו לפי כל דין.
- (ג) אחת לשישה חודשים מיום הוצאת הצו לפי סעיף 3(א) יובא הכלוא לפני
- "ביקורת שיפוטית"

שופט של בית המשפט המחוזי; מצא בית המשפט כי אין בשחרורו כדי לפגוע בביטחון המדינה או כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים את שחרורו, יבטל את צו הכליאה.

(ד) החלטת בית המשפט המחוזי לפי סעיף זה ניתנת לערעור בתוך 30 ימים לפני בית המשפט העליון שידון בערעור בדרך יחיד; לבית המשפט העליון יהיו כל הסמכויות שהוענקו לבית המשפט המחוזי לפי חוק זה.

(ה) ...

(ו) ...

המערערים טענו בפנינו כי הליך הביקורת השיפוטית הקבוע בסעיף 5 הנ"ל פוגע בזכות לחירות אישית מעבר לנדרש, וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, בהתאם לסעיף 5(א) לחוק, על העצור להיות מובא לפני שופט של בית-המשפט המחוזי לא יאוחר מ- 14 ימים מיום מעצרו. לטענת המערערים, מדובר בתקופה ארוכה הפוגעת יתר על המידה בזכות לחירות אישית ובזכות הגישה של העצור לערכאות שיפוטיות. בהקשר זה טענו המערערים כי נוכח מעמדה החוקתי של הזכות לחירות אישית ובהתאם לנורמות החלות במשפט הבינלאומי, היה על המחוקק לקבוע כי על העצור להיות מובא לביקורת שיפוטית "ללא דיחוי". שנית, נטען כי פרק הזמן הקבוע בסעיף 5(ג) לחוק לשם ביצוע ביקורת שיפוטית תקופתית על המעצר - כל שישה חודשים - הינו ארוך מדי ובלתי מידתי. לשם השוואה, ציינו המערערים כי חוק המעצרים המנהליים קובע לעניין זה פרק זמן קצר במחצית- שלושה חודשים בלבד. מנגד, טענה המדינה כי נוכח תכליתו של החוק, תקופות הזמן הקבועות בסעיף 5 הינן מידתיות וכי הן תואמות את הוראותיו של המשפט הבינלאומי.

41. סעיף 5 לחוק מבוסס על תפיסת יסוד לפיה הביקורת השיפוטית מהווה חלק אינטגרלי מהליך המעצר המינהלי. בהקשר זה כבר נפסק בעבר כי "מעורבות שיפוטית באשר לצווי מעצר היא חיונית... המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני שרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק... היא מבטיחה כי האיזון העדין בין חירותו של הפרט לבין בטחונו של הכלל - איזון המונח ביסוד דיני המעצר - יישמר" (דברי הנשיא א' ברק בפרשת מרעב, בעמ' 368). עיקר המחלוקת באשר לחוקתיותו של סעיף 5 לחוק נוגעת לשאלת מידתיותן של תקופות-הזמן שנקבעו במסגרתו.

אשר לתקופת-הזמן שבין מעצרו של העצור לבין הביקורת השיפוטית הראשונה על צו המעצר - כבר נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי נוכח מעמדה של הזכות לחירות אישית ועל-מנת למנוע טעויות שבעובדה או בשיקול-דעת שמחירן עלול להיות שלילת חירותו של אדם ללא עילה מוצדקת, יש להביא את העצור המנהלי בפני שופט "בהקדם ככל האפשר" בהתחשב בנסיבות (דברי הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, בעמ' 820-819). יוער כי הלכה פסוקה זו תואמת את ההסדרים הנוהגים במשפט הבינלאומי. הדין הבינלאומי אינו קוצב את מספר הימים בהם ניתן לעצור אדם ללא מעורבות שיפוטית, אלא קובע עקרון כללי שניתן ליישמו בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. בהתאם לעקרון הכללי האמור, יש להביא את החלטת המעצר בפני שופט או גורם אחר בעל סמכויות שיפוטיות "ללא דיחוי" (Promptly). (ראו בעניין זה: הוראת-סעיף 3(9) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, הנתפסת כבעלת אופי מנהגי; עוד ראו האסמכתאות המובאות בפרשת מרעב, בעמ' 370-369). עקרון דומה נקבע בסעיפים 43 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית לפיהם הביקורת השיפוטית (או המנהלית) על החלטת המעצר צריכה להתבצע "בהקדם האפשרי" ("as soon as possible" בלשון סעיף 43 לאמנה), או "בעיכוב המינימאלי האפשרי" ("with the least possible delay" בלשון סעיף 78 לאמנה). מטבע הדברים, השאלה מהו המועד המוקדם האפשרי להבאת עצור בפני שופט נגזרת מנסיבות המקרה.

בעניין שלפנינו, קובע חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים כי המועד לעריכת הביקורת השיפוטית הראשונה יתקיים "לא יאוחר מ- 14 ימים מיום מתן צו הכליאה". השאלה המתעוררת בהקשר זה הינה האם תקופת-הזמן האמורה פוגעת יתר על המידה בזכות לחירות אישית. המענה לשאלה זו טמון בתכליתו של החוק ובנסיבותיו הייחודיות של המעצר לפיו, כמו-גם בפרשנות הוראת-החוק הנדונה. כאמור, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים חל על גורמי חוץ המשתייכים לארגוני טרור ומנהלים לחימה מתמשכת נגד מדינת ישראל. כפי שצוין לעיל, החוק נועד לחול, בין היתר, בנסיבות בהן מתקיים מצב לחימה בשטח שאינו ישראלי, במסגרתו עשויים לפול בידי כוחות הצבא מספר גדול יחסית של לוחמי אויב. בהתחשב בנסיבות ייחודיות אלה, איננו רואים לקבוע כי תקופת הזמן המירבית של 14 ימים לעריכת ביקורת שיפוטית ראשונה על צו המעצר, חורגת ממתחם המידתיות באופן המצדיק את התערבותנו לקיצור התקופה המירבית הקבועה בחוק. יחד עם זאת, ראוי להדגיש כי תקופת הזמן הקבועה בחוק היא תקופה מירבית ואינה פוטרת את המדינה מלעשות מאמץ כדי להביא את העצור לביקורת שיפוטית ראשונה במועד המוקדם ביותר

האפשרי בהתחשב במכלול נסיבות העניין. לשון אחר; בעוד שאיננו מוצאים להתערב במידתיות התקופה המירבית הקבועה בחוק, הפעלתה של סמכות המעצר בכל מקרה קונקרטי חייבת להיעשות באופן מידתי ואין להמתין 14 ימים תמימים בטרם עריכת ביקורת שיפוטית ראשונה מקום בו מתאפשר לערוך ביקורת שיפוטית מוקדם יותר (ראו והשוו: ע"מ 334/04 זרקואה נ' משרד הפנים, פ"ד נח(3) 354 (2004), בעמ' 371, שם נפסק כי הגם שלפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 יש להביא מוחזק בפני בית-הדין לביקורת משמורת לא יאוחר מ- 14 ימים מיום תחילת החזקתו, אין לנצל ללא הכרח את מלוא 14 הימים הנזכרים).

בסיום דברים אלה יצוין כי סעיף 3(ג) לחוק שנוסחו הובא לעיל, קובע כי "צו הכליאה יובא לידיעת הכלוא במועד מוקדם ככל האפשר, ותינתן לו הזדמנות לטעון את טענותיו בעניין הצו לפני קצין בדרגת סגן-אלוף לפחות שימנה הרמטכ"ל..." (ההדגשה אינה במקור - ד.ב.). הנה כי כן, על-אף שסעיף 5(א) לחוק קובע תקופת-זמן מירבית של 14 ימים לביקורת שיפוטית ראשונה, נקבעה בסעיף 3(ג) לחוק חובה לקיים לעצור שימוע בפני קצין צבא במועד מוקדם ככל האפשר לאחר הוצאת הצו. ודאי הוא שאין בשימוע האמור כדי להוות תחליף לביקורת בפני שופט בית-המשפט המחוזי המהווה ערכאה שיפוטית עצמאית ואובייקטיבית, אך יש בעצם קיומו של שימוע מוקדם במועד סמוך לאחר הוצאת הצו כדי לצמצם במידה מסוימת את החשש מפני מעצר שגוי או בלתי מוצדק על פניו, המוביל לפגיעה יתרה בזכות לחירות.

42. כאמור, טענתם השנייה של המערערים נגעה לתכיפות הביקורת השיפוטית העיתית על מעצר מכוח החוק. בהתאם לסעיף 5(ג) לחוק, יש להביא את העצור בפני שופט בית המשפט המחוזי אחת לשישה חודשים מיום הוצאת הצו; אם מצא בית-המשפט כי אין בשחרורו של העצור כדי לפגוע בביטחון המדינה או כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים את השחרור, יבטל בית-המשפט את צו הכליאה.

טענת המערערים בפנינו היתה כי התכיפות של אחת לשישה חודשים אינה מספקת ופוגעת באופן בלתי מידתי בזכות לחירות אישית. בהתייחס לטענה זו, נציין כי קיומה של ביקורת תקופתית על נחיצות המשך המעצר המנהלי אחת לשישה חודשים, תואמת את דרישות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך, סעיף 43 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

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

מסעיף 43 הנ"ל עולה כי קיום ביקורת עיתית על צו מעצר לפחות פעמיים בשנה ("at least twice yearly") תואם את דרישות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, באופן התומך במידתיות ההסדר שנקבע בסעיף 5(ג) לחוק. יתרה מזאת; בעוד שסעיף 43 לאמנת ג'נבה הרביעית מסתפק בקיומה של ביקורת מנהלית המבוצעת על-ידי גוף אדמיניסטרטיבי, קובע חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים כי שופט בית-המשפט המחוזי הוא שיבצע ביקורת שיפוטית על צווי המעצר מכוח החוק האמור, וכי החלטתו תהיה ניתנת לערעור לפני בית המשפט העליון שידון בערעור בדין יחיד (סעיף 5(ד) לחוק). בהתחשב בכל אלה, אין לומר כי ההסדר שנקבע בחוק בנוגע למהותה ולתכיפותה של הביקורת השיפוטית, פוגע בזכות החוקתית לחירות אישית מעבר לנדרש.

(4) סטייה מדיני הראיות והסתמכות על ראיות חסויות במסגרת הליכים לפי החוק

43. סעיף 3(ה) לחוק קובע בזו הלשון:

5. ... "ביקורת שיפוטית (ה) בהליכים לפי חוק זה מותר לסטות מדיני הראיות, מטעמים שיירשמו; בית המשפט רשאי לקבל ראיה, אף שלא בנוכחות הכלוא או בא כוחו או בלי לגלותה להם אם, אחרי שעיין בראיה או שמע טענות, אף שלא בנוכחות הכלוא או בא כוחו, שוכנע שגילוי הראיה לכלוא או לבא כוחו עלול לפגוע בביטחון המדינה או בביטחון הציבור; הוראה זו אינה גורעת מכל זכות שלא למסור ראיה לפי פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.



"...

טענת המערערים בפנינו היתה כי ההסדר הקבוע בסעיף 5(ה) הנ"ל פוגע יתר על המידה בזכות לחירות אישית, שכן הוא מאפשר קיומה של ביקורת שיפוטית על צווי מעצר מכוח החוק תוך סטייה מדיני הראיות ותוך מתן אפשרות לקבלת ראיות במעמד צד אחד שלא בנוכחות העצור ובא-כוחו, ומבלי לגלותן להם.

בהתייחס לטענה זו יוער כי לפי טיבם, מבוססים הליכי מעצר מנהלי על ראיות מנהליות בנושאי ביטחון. מאופיו של מעצר מנהלי מטעמי ביטחון מתחייב כי נעשה שימוש גם בראיות שאינן עומדות במבחני הקבילות של דיני הראיות ולפיכך לא ניתן להגישן במסגרת הליך פלילי רגיל. מטבע הדברים, קיימת חשיבות לחיסיון מקורות המידע, ולפיכך פעמים רבות לא ניתן לחשוף את מלוא החומר המודיעיני המשמש לשם הוכחתה של עילת המעצר. ההסתמכות על ראיות מנהליות בלתי קבילות ועל חומר חסוי מטעמי ביטחון המדינה, מצויה במהותו של המעצר המנהלי שהרי לו היו בנמצא די ראיות קבילות שניתן להציגן בפני העצור ולהגישן לבית-המשפט, ראוי היה ככלל לנקוט באמצעי של העמדה לדין פלילי (ראו: פרשת פדרמן, בעמ' 185-186). אין ספק כי רבים חסרונותיו של הליך המתקיים במעמד צד אחד לשם הגשת ראיות חסויות לבית-המשפט. ואולם, המצב הביטחוני בו אנו נתונים נוכח פעולות האיבה המתמשכות נגד בטחון מדינת ישראל, מחייב מתן כלים מסוג זה - הן לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הן לפי חוק המעצרים המנהליים, והן בעניינם של צווי מעצר מנהלי המוצאים מכוח תחיקת ביטחון באזורים הנתונים לשליטת הצבא.

יודגש כי נוכח הבעייתיות הטמונה בהסתמכות על ראיות מנהליות לצורך מעצרו של אדם, פיתחה המערכת השיפוטית במשך השנים כלי בקרה ובחינה של החומר המודיעיני, ככל שהדבר ניתן בהליך מן הסוג המתקיים בביקורת השיפוטית על מעצרים מנהליים. במסגרת ההליך האמור, נדרש השופט לשאלת תקפותן ומהימנותן של הראיות המינהליות המוגשות בפניו ולהערכת משקלן. בעניין זה, נפסק בבג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטי, פ"ד נב(5) 337 (1998), להלן: עניין ברהם), בעמ' 346, מפי השופט ת' אור כדלקמן:

"זכותו הבסיסית של כל אדם באשר הוא אדם לחירות אינה סיסמה ריקה מתוכן. ההגנה על ערך יסודי זה מחייבת ליצוק תוכן משמעותי להליך הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי. במסגרת זו, אני סבור כי

השופט משפטאי רשאי וצריך להידרש לא רק לשאלה האם על פני הדברים היתה הרשות המוסמכת רשאית להחליט את שהחליטה על בסיס החומר שהיה בפניה; על השופט להידרש גם לשאלת מהימנותו של החומר המוגש, כחלק מהערכתו בדבר משקל החומר. אכן, העובדה ש"חומר" מסוים הינו ראיה מינהלית כשרה, אינה פוטרת את השופט מלבחון את מידת מהימנותו על רקע הראיות האחרות ומכלול נסיבות המקרה. בתוך כך, אין בתג של "ראיה מינהלית" כדי לפטור את השופט מן הצורך לדרוש ולקבל הסברים מאת הגורמים המסוגלים לספק אותם. לומר אחרת, פירושו להחליש עד מאד את תהליך הביקורת השיפוטית, ולאפשר שלילת חירות לפרקי זמן ממושכים, על בסיס חומר דל ובלתי מספק. תוצאה כזו אינה מתקבלת על הדעת בשיטת משפט הרואה בחירות האדם זכות יסוד.

עוד נקבע בפסיקתנו, כי נוכח הבעייתיות הטמונה בהגשת ראיות חסויות במעמד צד אחד, מצווה בית-המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית על מעצר מנהלי לנהוג בזהירות ובקפדנות רבה בבחינת החומר המובא לעיניו בלבד. בנסיבות כאמור, מוטלת על בית-המשפט חובה לנהוג במשנה-זהירות ולבחון את החומר החסוי המוגש לו במשקפיו של העצור, שאינו נחשף לחומר ואינו יכול לטעון נגדו. ובלשונה של השופטת א' פרוקצ'יה: "...על בית המשפט חובה מיוחדת לנהוג זהירות יתירה בבחינת החומר החסוי, ולהיות לעצור "לפה" מקום שהוא אינו נחשף לחומר נגדו ואינו יכול להתגונן" (בג"ץ 11006/04 קאדרי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (לא פורסם, 13.12.2004, להלן: פרשת קאדרי), בפסקה 6; עוד ראו: בש"פ 3514/97 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.1997)).

הנה כי כן, נוכח ההסתמכות על ראיות מנהליות וקבלתן של ראיות חסויות במעמד צד אחד, מצווה בית-משפט המפעיל ביקורת שיפוטית לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לפעול בזהירות ובקפדנות בבחינת החומר המובא בפניו. היקף הביקורת השיפוטית אינו ניתן להגדרה מראש והוא נתון לשיקול-דעתו של השופט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו, ובהן: כמותו, רמתו ואיכותו של החומר החסוי המוגש לעיונו של השופט, אל מול מהות הפעילות המיוחסת לעצור בעטיה נטענת מסוכנותו לביטחון המדינה. בהקשר דומה כבר נפסק כי "לא הרי מידע המתייחס למספר אירועים כהרי מידע המתייחס לאירוע בודד; לא הרי מידע ממקור אחד כהרי מידע ממקורות שונים; ולא הרי מידע המבוסס, כל-כולו, על דברי סוכנים ומודיעים בלבד כהרי מידע שנמצא לו ביסוס או חיזוק גם במסמכים שהושגו על-ידי שירותי הביטחון או במודיעין הניזון מהפעלת אמצעים מיוחדים" (דברי השופט א')

מצא בבג"ץ 5994/03 סדר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם, 27.7.2003), בפסקה 6).

בהתחשב במכלול הטעמים האמורים, מתבקשת המסקנה כי הסתמכות על ראיות בלתי קבילות ועל חומר ראייתי חסוי היא במהותו של המעצר המינהלי. נוכח קיומה של ביקורת שיפוטית על איכות וכמות הראיות המנהליות המבססות את עילת המעצר, ובהתחשב בזהירות בה נדרש בית-המשפט לבחון את החומר החסוי המוגש לעיונו במעמד צד אחד, אין לומר כי ההסדר הקבוע בסעיף 5(ה) לחוק, כשלעצמו, פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות העצורים.

(5) מפגש העצור עם עורך-דינו

44. סעיף 6 לחוק, שכותרתו "זכות הכלוא להיפגש עם עורך-דין", קובע כדלקמן:

6. (א) הכלוא רשאי להיפגש עם עורך  
דין במועד המוקדם האפשרי שבו ניתן  
לקיים את הפגישה בלי לפגוע בצורכי  
ביטחון המדינה, אך לא יאוחר משבעה  
ימים בטרם הבאתו לפני שופט בית  
המשפט המחוזי, בהתאם להוראת סעיף  
5(א).  
(ב) שר המשפטים רשאי בצו להגביל את  
זכות הייצוג בהליכים לפי חוק זה למי  
שאושר באישור בלתי מסויג לשמש  
סנגור בבתי הדין הצבאיים לפי הוראת  
סעיף 318(ג) לחוק השיפוט הצבאי,  
התשט"ו-1955."

"זכות  
הכלוא  
להיפגש  
עם עורך-  
דין

בטיעוניהם לפנינו העלו המערערים שתי טענות עיקריות כנגד מידתיות ההסדרים שנקבעו בסעיף 6 הנ"ל: ראשית, נטען כי בהתאם לסעיף 6(א) לחוק, ניתן למנוע פגישת עצור עם עורך-דינו לפרק-זמן של עד שבעה ימים, במהלכם אמור להתקיים שימוע לעצור לפי סעיף 3(ג) לחוק. לפי הטענה, עריכת שימוע ללא מתן אפשרות מוקדמת לעצור להיוועץ בעורך-דין, עלולה להפוך את הליך השימוע לחסר משמעות באופן הפוגע מעבר לנדרש בזכות לחירות אישית. שנית, נטען כי סעיף 6(ב) לחוק, המתנה את הייצוג באישור בלתי מסויג של עורך-דין לשמש כסנגור, פוגע אף הוא באופן בלתי מידתי בזכויות העצור.

אשר לטענה הראשונה של המערערים- אין חולק כי זכותו של העצור להיות מיוצג על-ידי עורך-דין מהווה זכות יסוד מרכזית שהוכרה בשיטתנו המשפטית עוד בימי בראשית של בית-משפט זה (ראו בעניין זה: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006), בפסקה 14, והאסמכתאות המובאות שם). הן לפי עקרונות היסוד של המשפט הישראלי והן לפי עקרונות המשפט הבינלאומי, הכלל הינו כי יש לאפשר לעצור להיפגש עם עורך-דינו כחלק מזכותו של כל אדם לחירות אישית (ראו: דברי הנשיא א' ברק בפרשת מרעב, בעמ' 380-381). בהתאם לכך, קובע סעיף 6(א) לחוק כי יש לאפשר לעצור להיפגש עם עורך-דינו "במועד המוקדם האפשרי...". עם זאת, יש לזכור כי ככל זכויות האדם, אף זכות ההיוועצות אינה מוחלטת, וניתן להגבילה אם הדבר חיוני לצורך הגנה על ביטחון המדינה (ראו: בג"ץ 3412/93 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843 (1993), בעמ' 849; בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1), 209 (1993), בעמ' 212-213). לפיכך, קובע סעיף 6(א) לחוק כי ניתן לעכב את המפגש של העצור עם עורך-דינו מטעמי ביטחון, אך זאת לא יותר משבעה ימים בטרם הבאתו לפני שופט בית-משפט מחוזי לפי הוראת-סעיף 5(א) לחוק. מאחר ולפי סעיף 5(א) הנ"ל, יש להביא עצור בפני שופט בית משפט מחוזי לא יאוחר מ- 14 ימים מיום מתן צו הכליאה, משמעות הדברים הינה כי לא ניתן למנוע מפגש של עצור עם עורך-דינו למעלה משבעה ימים מעת הוצאת צו המעצר נגדו.

בהתחשב בתכליתו הביטחונית של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ובהתחשב בכך שהחוק האמור נועד לחול במצבי לחימה מתמשכים ואף בנסיבות בהם כוחות הצבא נלחמים בשטח שאינו בשליטת ישראל, אין לומר כי פרק-זמן מירבי של שבעה ימים למניעת מפגש של עצור עם עורך-דין כאשר צרכי הביטחון מחייבים זאת, חורג ממתחם המידתיות (ראו והשוו: פרשת מרעב שם נפסק כי "כל עוד הלחימה נמשכת אין מקום לאפשר לעצור להיפגש עם עורך-דין", בעמ' 381; עוד ראו: בג"ץ 2901/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 19 (2002)).

בהמשך לדברים אלה, ראוי להוסיף שתי הערות: ראשית, אף כי העצור עשוי להידרש להשמיע טענותיו במסגרת הליך השימוע לפי סעיף 3(ג) לחוק בלא להיוועץ קודם לכן עם עורך-דין, הרי בסעיף 6(א) לחוק נקבע כי על המדינה לאפשר לעצור להיפגש עם סנגורו "לא יאוחר משבעה ימים בטרם הבאתו לפני שופט בית המשפט המחוזי". מכאן עולה כי ככלל, העצור מיוצג על-ידי עורך-דין במסגרת הליכי

הביקורת השיפוטית על הוצאת צו מעצר מכוח החוק. דומה כי יש בכך כדי להפחית מעוצמת הפגיעה בזכות ההיוועצות כחלק מהזכות לחירות אישית. שנית, ראוי להדגיש כי פרק-הזמן המירבי של שבעה ימים, אינו פוטר את המדינה מחובתה לאפשר לעצור להיפגש עם עורך-דינו במועד מוקדם יותר ככל הניתן, בנסיבות בהן צרכי הביטחון מאפשרים זאת. בהתאם לכך, שאלת מידתיות הזמן בו נמנעת פגישה של העצור עם סגורו נגזרת מנסיבותיו של כל מקרה לגופו. יוער כי הסדר דומה נוהג במשפט הבינלאומי, הגוזר את תקופת-הזמן למניעת מפגש עם עורך-דין בהתחשב במכלול נסיבות העניין, בלא לקצוב זמנים מירביים למניעת המפגש (ראו בעניין זה: פרשת מרעב, בעמ' 381).

45. אשר לטענתם השנייה של המערערים בנוגע לסעיף 6(ב) לחוק - אף טענה זו דינה להידחות. התניית הייצוג באישור בלתי מסויג של עורך-הדין לשמש כסגור לפי הוראת-סעיף 318(ג) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, נדרשת מטעמי ביטחון נוכח רגישותם הביטחונית של הליכי המעצר המנהלי. המערערים נמנעו מלטעון כי הצורך באישור בלתי מסויג כאמור פגם באיכות הייצוג שניתן להם, וממילא לא הצביעו על פגיעה ממשית בזכויותיהם בהקשר זה. אשר על כן, דין טענותיהם של המערערים כנגד מידתיות ההסדר הקבוע בסעיף 6 לחוק להידחות.

#### (6) משך המעצר לפי החוק

46. מהוראות-סעיפים 3, 7 ו-8 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עולה כי צו מעצר מכוח החוק אינו חייב לכלול מועד מוגדר לסיום המעצר. החוק עצמו אינו קובע תקופת זמן מירבית למעצר המבוצע מכוחו, למעט הקביעה כי המעצר לא יימשך לאחר "תום פעולות האיבה" של הכוח אליו השתייך העצור נגד מדינת ישראל (ראו: סעיפים 7 ו-8 לחוק). לטענת המערערים, מדובר במעצר פסול ללא מגבלת זמן, הפוגע באופן בלתי מידתי בזכות החוקתית לחירות אישית. מנגד, טענה המדינה כי אורך תקופת המעצר אינו "בלתי מוגבל", אלא תלוי במשך פעולות האיבה המבוצעות נגד בטחונה של מדינת ישראל על-ידי הכוח אליו משתייך העצור.

ייאמר מיד כי הוצאת צו מעצר אשר אינו כולל מגבלת זמן קונקרטי לסיומו, אכן מעורר קושי רב. זאת, במיוחד בנסיבות בהן עסקינן, כאשר "פעולות האיבה" של ארגוני הטרור השונים - ובהם ארגון החיזבאללה הרלוונטי לעניינם של המערערים - מתמשכות שנים ארוכות, ומטבע הדברים אין לדעת מתי תבואנה אל קיצן. במציאות זו, עלולים עצורים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים להיוותר במעצר תקופות-זמן ממושכות. אף-על-פי-כן, כפי שיפורט מיד, תכליתו של החוק והנסיבות הייחודיות בהן הוא נועד לחול, מובילים למסקנה כי ההסדר העקרוני המאפשר הוצאת צווי מעצר ללא מועד מוגדר לסיומם, אינו חורג ממתחם המידתיות, במיוחד על רקע הסדרי הביקורת השיפוטית הקבועים בחוק.

כאמור, מטרתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים היא למנוע חזרתם למעגל הלחימה של "לוחמים בלתי חוקיים" כמשמעותם בסעיף 2 לחוק, כל עוד מעשי האיבה נמשכים ומאיימים על ביטחונם של אזרחי מדינת ישראל ותושביה. מתוך רציונאל דומה, מאפשרת אמנת ג'נבה השלישית לכלוא שבויי-מלחמה עד לתום פעולות האיבה, על-מנת למנוע את חזרתם למעגל הלחימה כל עוד הלחימה נמשכת. אף כאשר מדובר באזרחים שנעצרו במהלך סכסוך מזוין, קובע המשפט הבינלאומי ההומניטארי כי הכלל הוא שיש לשחררם ממעצר מיד לאחר שפגה עילת המעצר הקונקרטי ולא יאוחר ממועד סיום מעשי האיבה (ראו: J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Vol. 1, 2005), p. 451; עוד ראו והשוו: Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004) pp. 518-519). פסק בית-המשפט העליון האמריקאי כי מעצרו של חברי כוחות העוינים את ארצות-הברית ופועלים נגדה באפגניסטן, עד תום הסכסוך הקונקרטי במסגרתו נעצרו, תואם עקרונות בסיסיים ויסודיים בדיני המלחמה).

בהתחשב בדברים האמורים, מתבקשת המסקנה כי ההסדר העקרוני המאפשר הוצאת צו מעצר מכוח החוק ללא מועד מוגדר לסיומו למעט הקביעה כי המעצר לא יימשך לאחר "תום פעולות האיבה" נגד מדינת ישראל, אינו חורג ממתחם התמרון החוקתי. יחד עם זאת, ראוי להדגיש כי שאלת מידתיותו של משך המעצר מכוח החוק חייבת להיבחן בכל מקרה לגופו לפי נסיבותיו הקונקרטיות. כאמור, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובע חובה לקיומה של ביקורת שיפוטית תקופתית אחת לשישה חודשים. תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא לבחון האם המסוכנות הנשקפת מהעצור לביטחון המדינה מצדיקה את המשך המעצר, או שמא יש לבטל את צו הכליאה בנסיבות בהן שחרורו של העצור לא יפגע בביטחון המדינה או כאשר קיימים טעמים

מיוחדים המצדיקים את השחרור (ראו: סעיף 5(ג) לחוק). בעת בחינת נחיצות המשך המעצר, על בית-המשפט להתחשב, בין היתר, במשך הזמן שחלף מעת הוצאת הצו. נכונים בהקשר זה דברים שנפסקו בפרשת פלוני'ם מפי הנשיא א' ברק בנוגע למעצר לפי חוק המעצרים המנהליים:

”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 המנהלי למכביד עד כדי כך שהוא חדל להיות מידתי.” (בעמ' 744).

באופן דומה, נפסק בפרשת פלוני'ם (בג"ץ 11026/05) בנוגע למעצר מנהלי מכוח תחיקת ביטחון באזור כי:

”...התמשכות המעצר היא פונקציה של הסיכון. סיכון זה נבחן לפי הנסיבות. הוא תלוי ברמת הסיכון אותו מייחסות הראיות לעציר המינהלי. הוא תלוי במהימנותן ועדכניותן של הראיות עצמן. ככל שהמעצר המינהלי מתארך יותר, כך נעשה כבד יותר הנטל המוטל על המפקד הצבאי להראות את מסוכנותו של העציר המינהלי.” (בפסקה 7 לפסק-הדין).

אכן, בניגוד להסדרים הקבועים בחוק המעצרים המנהליים ובתחיקת הביטחון, בית-משפט הדין לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו מפעיל ביקורת שיפוטית על הארכת צווי מעצר, אלא בוחן את השאלה האם קיימת הצדקה לביטולו של צו קיים, וזאת מן הטעמים המנויים בסעיף 5(ג) לחוק. עם זאת, גם צו מעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו יכול להימשך ללא סוף. משך הזמן שחלף מעת הוצאת הצו מהווה שיקול רלוונטי ובעל משקל במסגרת הביקורת השיפוטית העיתית על נחיצות המשך המעצר. ובלשונה של השופטת א' פרוקצ'יה בהקשר דומה: ”...ככל שתקופת המעצר המינהלי מתארכת, כך גובר משקל זכותו של העצור לחירותו האישית באיזונו כנגד שיקולי אינטרס הציבור, ועמו גובר הנטל על הרשות המוסמכת לבסס את החיוניות שבהמשך החזקתו של האדם במעצר. לצורך כך, עשוי להידרש חומר ראיות חדש בעניינו של העצור, ואפשר שלא יהיה די בחומר הראיות המקורי שבעטיו נעצר מלכתחילה” (פרשת קאדרי, בפסקה 6).

בהתחשב בכל אלה, בית-משפט המפעיל ביקורת שיפוטית על מעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, רשאי להגביל ולקצר את תקופת המעצר בהתחשב בטיב ובעוצמת הראיות המובאות בפניו בנוגע לסיכון הביטחוני הנשקף מהעצור בהיותו "לוחם בלתי חוקי", ובהתחשב בזמן שחלף מעת הוצאת צו המעצר. באמצעות הביקורת השיפוטית ניתן להבטיח כי העדרו של מועד סיום קונקרטי לצו מעצר מכוח החוק, לא יפגע יתר על המידה בזכות לחירות אישית, וכי עצורים מכוח החוק לא יוחזקו במעצר תקופה ארוכה יותר מזו הנדרשת משיקולי בטחון משמעותיים.

(7) האפשרות לנקוט בהליכים פליליים במקביל להליך המעצר לפי החוק

47. סעיף 9 לחוק, שכותרתו "הליכים פליליים", קובע בזו הלשון:

"הליכים פליליים  
9. (א) ניתן לנקוט נגד לוחם בלתי חוקי הליך פלילי לפי כל דין.  
(ב) הרמטכ"ל רשאי להורות בצו על מעצרו של לוחם בלתי חוקי לפי סעיף 3, גם אם ננקט נגדו הליך פלילי על פי כל דין".

לטענת המערערים, סעיף 9 הנ"ל פוגע באופן בלתי מידתי בזכות לחירות אישית היות והוא מאפשר לעצור אדם מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים על-אף שכבר ננקט בעניינו הליך פלילי, ולהפך. לפי הטענה, מדובר בכפילות הליכים המאפשרת את המשך כליאתו של אדם גם לאחר סיום ריצוי העונש שנגזר עליו בהליך הפלילי באופן המהווה, לפי הנטען, ענישה אכזרית. מנגד, השיבה המדינה כי מדובר בהסדר ראוי ומידתי בהתחשב בכך שהוא נועד לחול בנסיבות בהן אדם עומד לסיים את תקופת מאסרו הפלילי ועדיין מתקיימות פעולות איבה בין הארגון בו הוא חבר לבין מדינת ישראל, כך ששחרורו עלול לפגוע בביטחון המדינה.

בהתייחס לטענות האמורות נזכיר את אשר אמרנו בתחילת דברינו (פסקה 33 לעיל), כי העמדה לדין פלילי שונה לפי מהותה ותכליתה מאמצעי המעצר המנהלי. בדרך-כלל, ראוי ואף עדיף להסתפק בהליכים פליליים כאשר הדבר ניתן. השימוש באמצעי החריג של מעצר מינהלי מוצדק בנסיבות בהן הפעלתם של אמצעים אחרים ובהם העמדה לדין פלילי אינה אפשרית, וזאת בשל העדר ראיות קבילות מספקות או בשל העדר אפשרות לחשוף מקורות חסויים. עם זאת, מציאות החיים בנסיבות של פעולות טרור מתמשכות, היא מורכבת. יתכנו מקרים בהם אדם נעצר מכוח חוק



כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ורק בשלב מאוחר יותר מתגלות ראיות המאפשרות את העמדתו לדין פלילי. יתכנו מקרים אחרים בהם אדם הועמד לדין פלילי ואף הורשע וריצה את עונשו, אולם אין בכך כדי ליתן מענה מספק למניעת הסיכון הנשקף ממנו לביטחון המדינה בנסיבות בהן לאחר ריצוי העונש עשוי אותו אדם לשוב ולהוות סכנה ביטחונית. מאחר והעמדה לדין פלילי ומעצר מינהלי הינם הליכים שונים מבחינת מהותם ותכליתם, אין בהם כדי לשלול זה את זה אף כי לגישתי, נדרשים שיקולי ביטחון משמעותיים ומיוחדים בעוצמתם כדי להצדיק שימוש בשני סוגי ההליכים ביחס לאותו אדם. מכל מקום, ההסדר העקרוני המאפשר לנקוט בהליכים פליליים במקביל להליכי מעצר מכוח החוק, כשהוא לעצמו, אינו יוצר פגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות מן הסוג המחייב את התערבותנו.

#### סיכום ביניים

48. דיוננו עד כה בנוגע לדרישת המידתיות הניב את המסקנות הבאות: ראשית, האמצעי אותו בחר המחוקק, קרי- מעצר מנהלי המונע את חזרתו של "הלוחם הבלתי חוקי" למעגל הלחימה נגד מדינת ישראל - משרת את התכלית החקיקתית ולפיכך מקיים את דרישת הקשר הרציונאלי שבין האמצעי החקיקתי לבין המטרה אותה נועד החוק להגשים. שנית, האמצעים עליהם הצביעו המערערים בטיעוניהם בפנינו, קרי- הכרה בהם כשבויי-מלחמה, העמדתם לדין פלילי או מעצרום לפי חוק המעצרים המנהליים - אינם מגשימים את תכליתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ולפיכך אין בהם כדי להוות אמצעי חלופי הולם למעצר מכוח החוק הנדון. שלישית, ההסדרים הפרטניים שנקבעו בחוק כשלעצמם ובלא קשר לאופן יישומם אינם פוגעים בזכות לחירות אישית מעבר לנדרש, והם נכללים בגדר מרחב התמרון החוקתי הנתון בידי המחוקק. בהתחשב בכל אלה, השאלה שנותרה לבחינתנו הינה האם התמהיל הכולל של ההסדרים שנקבעו במסגרת החוק, מקיים את מבחן המידתיות במובן הצר. לשון אחר; האם מתקיים יחס סביר בין הפגיעה בזכות לחירות אישית לבין התועלת הציבורית הצומחת מכך לשם הגשמת התכלית החקיקתית. לבחינתה של סוגיה זו נפנה כעת.

המידתיות במובן הצר - קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת הציבורית הצומחת מכך

49. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נחקק על רקע מציאות ביטחונית קשה. אזרחי מדינת ישראל ותושביה נתונים ללא הפסק לאיומי טרור רצחני המכה בהם משך

שנים ופוגע ללא הבחנה בחפים מפשע. בהתחשב בכך, קבענו כי תכליתו הביטחונית של החוק - הרחקת "לוחמים בלתי חוקיים" ממעגל הלחימה של ארגוני הטרור נגד מדינת ישראל - מהווה תכלית ראויה המושתתת על צורך ציבורי מן הסוג שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה המשמעותית בזכות לחירות אישית. בהתחשב בכל אלה, סברנו כי ראוי להכיר בקיומו של מרחב תמרון רחב יחסית למחוקק לשם בחירת האמצעי הראוי להגשמת התכלית החקיקתית (ראו: פסקה 31 לעיל).

כאמור, האמצעי אותו בחר המחוקק לשם הגשמת מטרתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הינו מעצר מינהלי בהתאם להסדרים שנקבעו במסגרת החוק. אין ספק כי מדובר באמצעי פוגעני שיש לעשות ככל שניתן כדי להמעיט בשימוש בו. עם זאת, מבט על התמהיל הכולל של ההסדרים האמורים בהתחשב בפרשנות עליה עמדנו לעיל, מוביל למסקנה כי על-פי אמות המידה החוקתיות מתקיים יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת החברתית הצומחת מהגשמת תכלית החקיקה. מסקנה זו מבוססת על הצטברותם של השיקולים הבאים: ראשית, מטעמים עליהם עמדנו בראשית הדיון (פסקה 11 לעיל), היקף תחולתו של החוק מצומצם יחסית: החוק אינו חל על אזרחי מדינת ישראל ותושביה, אלא רק על גורמי חוץ המסכנים את בטחון המדינה (ראו: פסקה 11 לעיל).

שנית, פרשנות ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק כפופה לעקרונות חוקתיים ולדין הבינלאומי ההומניטארי המחייבים הוכחתה של מסוכנות אינדיבידואלית כבסיס למעצר מינהלי. בהתאם לכך, לצורך מעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, נדרשת המדינה להוכיח בראיות מנהליות כי העצור נטל באופן ישיר או עקיף חלק ממשי - שאינו זניח או שולי - בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל; או כי העצור השתייך לארגון המבצע פעולות איבה וזאת בהתחשב בזיקתו ובמידת תרומתו של העצור למעגל הלחימה של הארגון במובנו הרחב של מושג זה. בדברינו לעיל ציינו כי הוכחת תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" במשמעות האמורה, כוללת הוכחת מסוכנות אישית הנובעת מעצם סוג המעורבות של העצור בארגון הטרור. עוד צוין כי המדינה הצהירה בפנינו כי עד כה פעלה להוכחת המסוכנות האישית של כל העצורים מכוח החוק באופן פרטני, וכי נמנעה מלהתבסס על החזקות הראייתיות הקבועות בסעיפים 7 ו-8 לחוק. בהתחשב בכך, לא ראינו להכריע בשאלת חוקתיותן של חזקות אלה (ראו: פסקאות 24 ו-25 לעיל).

שלישית, קבענו כי נוכח היותו של המעצר המינהלי אמצעי חריג וקיצוני, ובהתחשב בפגיעתו המשמעותית בזכות החוקתית לחירות אישית, נדרשת המדינה להוכיח בראיות ברורות ומשכנעות את התקיימות תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" ואת נחיצות המשך המעצר במסגרת הביקורת השיפוטית הראשונה והעיתית. בהקשר זה, קבענו כי יש לייחס חשיבות לכמות ולאיכות הראיות נגד העצור וכן למידת העדכניות של החומר המודיעיני הרלוונטי נגדו (ראו: פסקאות 22 ו-23 לעיל).

רביעית, ראינו ליתן משקל נכבד לעובדה כי צווי מעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נתונים לביקורת שיפוטית ראשונה ותקופתית בפני שופט בית-משפט מחוזי, שהחלטותיו ניתנות לערעור בפני בית-המשפט העליון שידון בדין יחיד. במסגרת ההליכים האמורים, נדרש השופט לשאלת תקפותן ומהימנותן של הראיות המנהליות המוגשות בפניו ולהערכת משקלן. נוכח ההסתמכות על ראיות מנהליות וקבלתן של ראיות חסויות במעמד צד אחד, קבענו כי על השופט לפעול בזהירות ובקפדנות בבחינת החומר המובא בפניו. עוד קבענו כי בית-משפט המפעיל ביקורת שיפוטית על מעצר לפי החוק, רשאי להגביל ולקצר את תקופת המעצר בהתחשב בטיב ובעוצמת הראיות המובאות בפניו בנוגע לסיכון הביטחוני הנשקף מהעצור בהיותו "לוחם בלתי חוקי", ובהתחשב בזמן שחלף מעת הוצאת צו המעצר. בהתחשב בכך ציינו כי באמצעות הביקורת השיפוטית ניתן להבטיח כי העדרו של מועד סיום קונקרטי לצו מעצר מכוח החוק, לא יפגע יתר על המידה בזכות לחירות אישית, וכי עצורים מכוח החוק לא יוחזקו במעצר תקופה ארוכה יותר מזו הנדרשת משיקולי בטחון משמעותיים (פסקה 46 לעיל).

לבסוף, על-אף שהסדרים שנקבעו בחוק לצורך הפעלת סמכות המעצר מכוחו אינם היחידים האפשריים, באנו למסקנה כי אין בהסדרים הסטטוטוריים עליהם עמדנו כדי לחרוג ממתחם המידתיות באופן המחייב התערבותנו לביטולם. בדברינו לעיל הדגשנו כי תקופות-הזמן שנקבעו בחוק בנוגע לקיומה של ביקורת שיפוטית ראשונה לאחר הוצאת צו המעצר ובנוגע למניעת מפגש של העצור עם עורך-דינו, מהוות תקופות מירביות שאינן פוטרות את המדינה מן החובה לעשות מאמץ כדי לקצר תקופות אלה בכל מקרה לגופו - ככל שהדבר ניתן בהתחשב באילוצי ביטחון ובמכלול נסיבות העניין. עוד קבענו כי מעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו יכול להימשך ללא סוף, וכי שאלת מידתיותו של משך המעצר חייבת אף היא להיבחן בכל מקרה לגופו לפי נסיבותיו הקונקרטיות.

בהתחשב במכלול השיקולים האמורים, ובהתחשב בקיומו של מרחב תמרון חוקתי רחב יחסית נוכח התכלית החיונית של החוק כמוסבר לעיל, מסקנתנו הינה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מקיים את מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות, קרי- מתקיים יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית לבין התועלת הצומחת לציבור מן החקיקה הנדונה. מסקנתנו האמורה מבוססת על כך שבהתאם לפרשנות עליה עמדנו לעיל, החוק אינו מאפשר את מעצרו של אנשים תמימים שאין להם נגיעה ממשית למעגל הלחימה של ארגוני הטרור; והוא קובע מנגנונים שתכליתם לצמצם את הפגיעה בזכויות העצורים, ובהם: עילת מעצר המבוססת על מסוכנות לביטחון המדינה וקיומם של שימוע והליכי ביקורת שיפוטית ראשונה ועיתית על מעצר מכוח החוק.

אשר על כן, ונוכח מכלול הטעמים שהובאו לעיל, ניתן לקבוע כי פגיעתו של החוק בזכות החוקתית לחירות אישית - אף שהיא פגיעה משמעותית וקשה, אינה עולה על הנדרש. לפיכך, מסקנתנו הינה כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה ואין עילה חוקתית להתערב בו.

#### מן הכלל אל הפרט

50. כפי שפורט בראשית הדברים, תחילת מעצרו של המערערים, תושבי רצועת עזה, היה בשנים 2002-2003, עת הרצועה היתה נתונה בתפיסה לוחמתית. אותה תקופה, בוצע מעצרו המנהלי של המערערים מכוח תחיקת הביטחון שחלה ברצועה. בעקבות סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה בספטמבר 2005 וביטול תחיקת הביטחון שחלה שם, הוציא הרמטכ"ל ביום 20.9.05 צווי מעצר למערערים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

ביום 22.9.05 החל בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו הליך הביקורת השיפוטית הראשונה בעניינם של המערערים. מאז ועד עתה קיים בית-המשפט המחוזי ארבע ביקורות שיפוטיות עיתיות על המשך מעצרו של המערערים. הערעור על החלטתו של בית-המשפט המחוזי שלא להורות על שחרור המערערים במסגרת הביקורת העיתית הראשונה, נדחה על-ידי בית-משפט זה ביום 14.3.06 (השופט א' רובינשטיין בע"פ 1221/06 עי"אד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.3.2006)). לפנינו מונחים הערעורים על שלוש ההחלטות העיתיות הנוספות של בית-המשפט המחוזי, שלא להורות על ביטול צווי המעצר של המערערים.

51. בטיעוניהם בפנינו העלו המערערים שתי טענות עיקריות בנוגע לעניינם הפרטני: ראשית, נטען כי בהתאם להוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית, היה על ישראל לשחרר את המערערים עם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, בהיותם תושבי שטח כבוש ששחרר. שנית, נטען כי אף אם חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הינו חוקתי, לא הוכחה עילת מעצר מכוחו בעניינם של המערערים. לפי הטענה, לא הוכח שהמערערים הינם חברי ארגון החיזבאללה ואף לא הוכח ששחרורם יפגע בביטחון המדינה.

52. אשר לטענתם הראשונה של המערערים - אין בידינו לקבלה. סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה לא חייב את ישראל לשחרר באופן אוטומטי את כל העצורים תושבי הרצועה שהוחזקו על-ידה, כל עוד המסוכנות האישית הנשקפת מהעצורים נמשכת על רקע הימשכותן של פעולות האיבה נגד מדינת ישראל. מסקנה זו מתבקשת בבירור נוכח ההסדרים הקבועים בסעיפים 132-133 לאמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 132 לאמנה הנ"ל קובע את העיקרון הכללי לפיו מועד שחרורם של עצורים הינו ברגע שמפסיקות להתקיים עילות המעצר בגינן נעצרו מלכתחילה. סעיף 133 רישא לאמנה - המתייחס למקרה פרטני הנכלל בגדר העיקרון הכללי הנ"ל - מוסיף וקובע כי המעצר יסתיים בהקדם האפשרי לאחר סיום מעשי האיבה. סעיף 134 לאמנה, העוסק בשאלת המקום אליו יש לשחרר את העצורים, מתייחס אף הוא למועד סיום פעולות האיבה כמועד בו יש לשחרר עצורים ממעצרם. לצערנו, פעולות האיבה של ארגוני הטרור נגד מדינת ישראל טרם הסתיימו, והן מביאות כמעט מדי יום לפגיעות בגוף ובנפש. במצב דברים זה, מוסיפים לחול דיני העימות המזוין. בהתחשב בכך, אין לומר כי המשפט הבינלאומי מחייב את ישראל לשחרר את העצורים שהוחזקו על-ידה עם סיום הממשל הצבאי ברצועה, וזאת כאשר ניתן להוכיח את המשך המסוכנות האינדיבידואלית הנשקפת מהעצורים על רקע הימשכות פעולות האיבה נגד ביטחון המדינה.

53. אשר לצווי הכליאה הפרטניים שהוצאו כנגד המערערים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים - בית המשפט המחוזי שמע את עדויותיהם של מומחים מטעם גורמי הביטחון ועיין בחומר הראיות שהוגש לעיונו. אף אנו עיינו בחומר שהוצג בפנינו בעת הדיון בערעור. מהחומר עלה בבירור קשרם ההדוק של המערערים לארגון החיזבאללה ותפקידיהם במערך הלוחם של הארגון, לרבות מעורבות בפעילות חבלנית עוינת נגד יעדים אזרחיים ישראלים. בהתחשב בכך, שוכנענו כי הוכחה מסוכנותם האינדיבידואלית של המערערים לביטחון המדינה, אף בלא להיזקק לחזקה הראייתית הקבועה בסעיף 7 לחוק (ראו והשוו: דברי השופט א' רובינשטיין בע"פ 1221/06

הנ"ל, בפסקה ח(11) לפסק-דינו). בהתחשב בכך, אין לקבל את טענת המערערים כאילו השינוי בהליך מעצרים - ממעצר מנהלי על-פי צו של מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה לצווי כליאה מכוח החוק - נעשה באופן שרירותי וללא ביסוס אמיתי בחומר הראיות. כאמור, השינוי בהליך המעצר התחייב מעצם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, ועל כן נעשה בנקודת הזמן בה נעשה. הבחירה בכליאה מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים על-פני מעצר מכוח חוק המעצרים המנהליים נעשתה, כמוסבר לעיל, נוכח תכליתו של החוק הנדון והתאמתו לנסיבות עניינם של המערערים.

המערערים הוסיפו וטענו כי שחרורם אינו צופן סכנה לביטחון המדינה שכן קרובי משפחתם שהיו מעורבים בפעילות טרור, נעצרו או נהרגו על-ידי כוחות הביטחון באופן שאיין את התשתית החבלנית שהיתה קיימת ערב מעצרים. עוד נטען כי חלוף הזמן ממועד מעצרים של המערערים, מקהה את הסיכון הנשקף מהם. בהתייחס לטענות אלה יצוין כי לאחר שעיינו בחומר שהוגש לנו, שוכנענו כי מעצרים או מותם של חלק מבני משפחתם של המערערים, כשלעצמו, אינו מונע את הסיכון הביטחוני הנשקף מהמערערים לו ישוחררו ממעצרים. עוד שוכנענו כי בנסיבות העניין, אין בזמן שחלף מעת תחילת מעצרים של המערערים, כדי להקהות את הסיכון הנשקף מהם. בהחלטתו במסגרת הביקורת העיתית השלישית, התייחס לכך בית-המשפט קמא בזו הלשון:

"התקופה הכוללת של המעצר, איננה קצרה. אלא שכנגדה עומדים הסיכונים הצפויים לביטחון המדינה, אם ישוחררו הכלואים. כאמור, צריך לערוך את האיזון הראוי בין השניים. המומחים איתנים, גם הפעם, בדעתם, כי בסבירות גבוהה ישובו שני הכלואים לפעילות הטרור שלהם, אם ישוחררו. במצב כזה, ישודרגו יכולות הפעולה של תשתית החיזבאללה ברצועת עזה ואף מחוצה לה ויגברו הסיכונים לביטחון המדינה ואזרחיה. המצב הנוכחי ברצועת עזה הוא בעל חשיבות רבה לענייננו. השתלטות החמאס על הרצועה ועדכוני העת האחרונה, מגבירים את הסיכונים ועוד יותר, את הקושי להתמודד עימם...

יהא זה, איפוא, בחזקת מעשה קשה ובלתי אחראי, לשחרר, דווקא בעת הזו שניים אלה, כאשר שובם לטרור צפוי ועלול לשדרג את הפעילות בתחום הזה...

אינני יכול לומר, אפוא, כי חלוף הזמן הקהה את מסוכנותם של שני הכלואים הבכירים במעמדם בתשתית הטרור, למרות ההבדלים ביניהם. שינוי הזמן גם לא כרסמו במסוכנות הצפויה הזו באופן המאפשר את שחרורם".

גם בהחלטתו במסגרת הביקורת העיתית הרביעית הדגיש בית המשפט קמא את מסוכנותם הרבה של שני המערערים, וציין כי:

"חומר הראיות החסוי שהונח בפניי מלמד, כי שובם של השניים לשטח, עלול לשמש מנוף לפיגועים ומעשי-טרור קשים. לאמור, על-פי התשתית הראייתית שהונחה בפניי, מדובר במשיבים שהמסוכנות הטמונה בהם רבה ביותר. לא ניתן, לדידי, בשום פנים ואופן להורות על שחרורם. מסקנתי זו אינה מתעלמת מהשנים הארוכות בהן שוהים השניים מאחורי החומות. התקופה הארוכה לא הקהתה מסוכנותם." (בעמ' 6 להחלטת בית המשפט מיום 20.3.08).

נוכח מכלול הטעמים האמורים, ולאחר שעיינו בחומר שהובא לעיונונו ושוכנענו כי מתקיימת תשתית ראייתית מספקת להוכחת הסיכון הביטחוני האינדיבידואלי הנשקף מהמערערים, באנו למסקנה כי צדק בית-המשפט קמא כשנמנע מביטול צווי הכליאה בעניינם. יוער כי מטבע הדברים, ישנה משמעות גוברת לחלוף הזמן כשמדובר במעצר מינהלי. עם זאת, ולעת הזאת, לא מצאנו להתערב בהחלטתו של בית-המשפט קמא.

בהתחשב במסקנה האמורה אליה הגענו, איננו נדרשים לבחון את טענת המערערים כנגד הנימוק הנוסף שציין בית-המשפט קמא בהחלטתו, בדבר החיזוק הראייתי הנובע משתיקתו של המערער מס' 1 בהליך הביקורת השיפוטית שנערך בעניינו - הליך המבוסס, בין היתר, על חומר חסוי שאינו מועבר לעיונו של העצור ובא-כוחו. שאלת המשמעות הראייתית של שתיקת עצור בהליכי הביקורת השיפוטית לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינה דורשת הכרעה בנסיבות העניין שלפנינו ואיננו רואים להביע עמדה בה.

אשר על כן, וממכלול הטעמים שפורטו, באנו למסקנה כי דין הערעורים להידחות.

ה נ ש י א ה

השופט א' א' לוי:

אני מצטרף בהסכמה לפסק-דינה המקיף של חברתי הנשיאה.

טבעם של דברים הוא, כי פער עלול להתגלע בין כללי המשפט הבין-לאומי ההומניטארי, בפרט אלה הכתובים, לבין לשונה של חקיקת הביטחון הישראלית. זאת, ולו משום שאותן אמנות המסדירות את התנהגותם של שחקנים בזירה הבין-לאומית נוצקו מתוך מציאות שונה למדי, ולנגד עיניהם של מנסחיהן לא עמדו גורמים כארגון חזבאללה ודומיו.

אשר על כן, ככל שהדבר ניתן בדרך של פרשנות משפטית, ינסה בית-המשפט לגשר על פער זה באופן המגשים את עקרונות הדין הבין-לאומי ואת תכליתה של החקיקה הפנימית, גם יחד. בענין זה אומר, כי כשלעצמי נמנע הייתי מקביעתן של מסקנות כלשהן, ולו על דרך של אמרת אגב, באשר להוראות הקבועות בסעיפים 7-8 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. אותן הוראות הן נדבך מרכזי בחוק זה, כפי שיצא תחת ידיה של הכנסת. ככל שקיים פער בינן לבין הוראות המשפט הבין-לאומי – כנטען בידי המערערים וכפי שמשמע מהצהרותיה של המדינה באשר לאופן בו היא נוהגת בפועל, ראוי הוא כי המחוקק יקדים וייתן לכך את דעתו.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינה המעמיק של חברתי, הנשיאה ביניש.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ח' בסיוון התשס"ח (11.6.2008).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה



העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 06066590\_N04.doc שי  
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)