

האוניברסיטה הפתוחה

**חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים:
האם הוא תואם את רוח חוק יסוד: כבוד
האדם וחירותו**

עבודה סמינריונית במסגרת הקורס:
דמוקרטיה וביטחון לאומי בישראל

10509

בהנחיית:

ד"ר אפרת זילבר

מוגש על ידי:

דוד זמירי

014964522

תקציר

במטרה להביא להחזרתו של הנווט השבוי בלבנון רון ארד, ושבויים אחרים, נחטפו מלבנון לישראל בשנות ה-80 וה-90 21 איש. ביניהם היו השייח עובייד ומוסטפה דיראני, מי שהיה אחראי על החזקתו בשבי של ארד. זאת כדי שישמשו קלפי מיקוח במו"מ המתנהל מול ארגוני הטרור הלבנוניים להחזרת השבויים הישראליים. מעצרים הוארך פעם אחר פעם, נשמר חסוי במשך שנים, נמנעו מהם ביקורי משפחה ו"הצלב האדום", קשר מכתבים ותנאים אחרים. העצורים ערערו פעם אחר פעם לבתי המשפט בישראל בטענה כי מעצרים אינו חוקי, אולם עתירותיהם נדחו שוב ושוב. רק לאחר התערורת ארגוני זכויות אדם ודליפת המקרה לתקשורת עלתה השאלה האם החזקת במעצר של החטופים אכן משרתת את המטרה, והאם היא עונה על האמנות הבינלאומיות והמשפט הבינלאומי. הביקורת העצומה הביאה בסופו של דבר לשחרורם של העצורים בטענה כי אינם מהווים סיכון למדינה. בהמשך לכך נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים – כפי שהוגדרו העצורים על ידי הרשויות בישראל, סטטוס שאינו מקובל על המשפט הבינלאומי. בעבודה זו באתי לבדוק באיזו מידה חוק זה תואם את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עולה ממנה, כי החוק מתנגש בערכים אלה במידה רבה.

תוכן העניינים

3	מבוא.....	
5	1. רקע: הדמוקרטיה מול טרור חוצה גבולות.....	
5	1.1 מהו טרור.....	
8	1.2 התמודדות דמוקרטיות עם טרור.....	
12	1.2.1 מעצר מנהלי ושאלת ההוגנות שבו.....	
14	1.2.2 מעמדם של הטרוריסטים.....	
17	1.2.3 הביטחון וחירויות הפרט.....	
20	2. פרשת העצורים הלבנוניים וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.....	
24	2.1 השיח בעניין חוקיות המעצר ותנאיו.....	
26	2.1.1 הביקורת השיפוטית על המעצרים.....	
	2.1.2 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מול חוק המעצרים המנהליים	
32	וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.....	
35	3. דיון ומסקנות.....	
42	סיכום.....	
43	נספח 1: חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.....	
46	נספח 2: אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.....	
55	נספח 3: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.....	
57	מקורות.....	

מבוא

מדינת ישראל, ככל מדינה דמוקרטית, מחויבת לערכים דמוקרטיים בסיסיים כמו חופש הביטוי, כבוד האדם וחירותו ויתר החוקים המעוגנים בחוקי היסוד שלה. עם זאת, היא נבדלת מיתר מדינות העולם הדמוקרטי בכך שהיא נמצאת תחת איום קיומי מתמיד מצד ארגוני טרור ובמאבק צבאי מתמשך מול חלק משכנותיה. למעשה – מצב חירום מתמשך מיום קומה, הגורם להתנגשות בלתי פוסקת בין צרכי הביטחון לערכי הדמוקרטיה.

מדינות המערב ניהלו ומנהלות מלחמה מול טרור מבית ומחוץ - בריטניה שחווה טרור אירי מתמשך, ספרד הסובלת מטרור המחותרת הבסקית, צרפת ומחותרת ה-FLN באלג'יר, ארצות הברית והטרור האסלאמי של ארגונים כמו "אלקעידה" שהפכו אותו לבעיה בינלאומית (גנור, 2003; הררי, 2009), ועוד. עם זאת, אף אחת מאלה לא עמדה נוכח איום קיומי בדומה לזה המרחף מעל ישראל, הנאלצת להילחם מיום קומה בפעולות טרור. תחילה נגד ה"פדאיון"¹, ומשנות ה-60 ואחריהן נגד אש"ף, החזית העממית לשחרור פלסטין והחזית הדמוקרטית לשחרור פלסטין, ספטמבר השחור, מחבלים פלסטינים מלבנון, החמאס והג'יהאד האסלאמי. ואם בתחילה היה נראה כי אש"ף מפגע בישראל במטרה לכפות עליה פתרון מדיני, הרי שב-1993 דווקא לאחר חתימת הסכמי אוסלו- הוציא החמאס ביצוע התאבדות ראשון, שאחריו באו רבים אחרים.

ב-1994 ביצע החמאס את פיגוע ההתאבדות רב-הנפגעים הראשון, באוטובוס בעפולה. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה הסלימו הארגונים האיסלמים את פעילותם. בשנת 2001 הוציאו לפועל 30 פיגועים בהם נהרגו 84 ישראלים, ב-2002 – 225 (47 פיגועים, בהם במלון "פארק" בנתניה בליל הסדר, שהיה הגורם ליציאה למבצע "חומת מגן"), ב-2003 – 140 (22 פיגועים) וב-2004 – 62 (15 פיגועים). בשנתיים הראשונות של האינתיפאדה בוצעו כ-14 אלף פיגועים, בהם נהרגו למעלה מ-600 אזרחים ונפצעו יותר מ-4,500², ובסך הכל נהרגו בפיגועים שבוצעו במהלך חמש שנותיה של האינתיפאדה השנייה למעלה מאלף ישראלים, מרביתם אזרחים.³

במהלך שנות הטרור הללו גיבשה ישראל דרכי פעולה ואמצעים שונים כדי להבטיח את המשך קיומה ולמנוע הוצאתם של פיגועים לפועל. כפי שכותב גרוס (2004: 15), התופעה הציבה בפני ישראל דילמות מוסריות ומשפטיות כמותן לא ידעה בעבר. תגובותיה לטרור, החל באופן חקירתם של חשודים בטרור על ידי שירותי הביטחון, עבור בהחזקתם של אנשי ארגונים עוינים כבני ערובה, וכלה בפגיעה בעוסקים בטרור כפעולת מגן או מניעה – כל אלה הגיעו שוב ושוב לדיון בפני בית המשפט העליון.

על אלה יש להוסיף את החוקים השונים ללוחמה בטרור, שישראל היתה מהחלוצות לחוקק בעולם המערבי. בין אלה: **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים**, בו אדון בעבודה זו. שאלת המחקר שלי: באיזו מידה תואם חוק זה את רוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹ פדאיון = "מחרפי נפשם" ("לוחמים מתאבדים"). הכינוי שניתן למחבלים פלסטינים שנתמכו בידי מדינות ערב והסתנו לישראל בשנותיה הראשונות למטרות טרור וגרילה. הפיגוע הראשון שלהם בוצע בדצמבר 1951 בירושלים. בשנים הבאות בוצעו פיגועים חבלניים על ידי פליטים פלסטינים שהגיעו ממחנות בירדן.

² בג"ץ 7015/02, כיפאח מחמד-אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'; בג"ץ 7019/02, אמתצאר מוחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'.

News 1, 3.9.2002, <http://www.news1.co.il/Archive/005-D-1485-00.html>

³ בן דוד ליאור, ארגוני הטרור הנלחמים בישראל. מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2.9.2004. <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01048.pdf>

לצורך הדיון בשאלה זו בחרתי להתמקד בסוגיית המעצרים המנהליים של אזרחים לבנוניים על ידי ישראל מ-1986, בעקבות נפילתו בשבי בלבנון של הנווט רון ארד.⁴ במיוחד – בפרשת חטיפתם מלבנון לישראל של שיחי' עבד אל-כרים עובייד (1989) ומוסטפא דיראני (1994), ו-19 צעירים לבנוניים נוספים שנחטפו, ועד שחרורו של דיראני ב-2004 בעסקת חילופי השבויים שערכה ישראל עם החיזבאללה.⁵

בעקבות המעצר המנהלי בו הוחזקו החטופים הלבנוניים כ"קלפי מיקוח" במשא ומתן עם הארגונים השונים לשם קידום שחרורו של ארד, עתרו הם עצמם וארגוני זכויות אדם לבתי המשפט בישראל. בין היתר, בטענה שמעצרים אינו מתיישב עם הגדרת "טעמי ביטחון המדינה" כנאמר בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) תשל"ט-1979.⁶ ב-2001 קבע בית המשפט העליון, בהרכב בראשות אהרון ברק,⁷ כי החוק הקיים אינו מאפשר להמשיך ולהחזיק את העצורים במעצר, משום שהם אינם מהווים סכנה מיידית לביטחון המדינה.⁸ בעקבות פסיקה זו נדרשה הכנסת לחוק חוק שיאפשר את החזקתם של עובייד, דיראני ושלושה עצורים נוספים כ"קלפי מיקוח" בתנאים מסוימים, הוא חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ("חוק דיראני ועובייד"). חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, דבר העולה בקנה אחד עם מחויבותיה של ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

לשם כך אבחן את הגדרת המונח "לוחם בלתי חוקי" ואת נושא המעצרים המנהליים של אלה הנכללים בהגדרה זו. אבדוק את הוגנות האמצעי לפי צדקתו ומוסריותו בחברה דמוקרטית-ליברלית המתמודדת מול ארגוני טרור. ארחיב בנושא העצורים הלבנוניים וקביעת בג"ץ הני"ל על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן אבחן את שאלת המחקר באמצעות ניתוח תוכן איכותני של מקרי בוחן ופסיקות בג"ץ מרובות שנדרשו לצורך דיון בשאלת חוקיות ומוסריות המעצר והכליאה של חטופי לבנון ואחרים.

מאז מלחמת העולם השנייה חל מהפך בהתייחסות העולם למושג זכויות אדם ומדינות רבות בעולם עיגנו בחוקותיהן זכויות אלה. אוטונומיה של היחיד, פרטיותו, חופש הביטוי, הזכות לקניין ועוד הפכו להיות מרכזיות יותר ויותר בשיח הציבורי והמשפטי. אולם המלחמה בטרור, מעצם טבעה, גוררת פגיעה בזכויות אדם. היכן, לפיכך, עובר הגבול בין צורכי ביטחון לגיטימיים לפגיעה בנושא בזכויות הפרט בדמוקרטיה? האם הכלים החוקיים והמשפטיים שיש בידיה של הדמוקרטיה נותנים כיום מענה מספיק לאיומי הטרור המתפתח, ואם לא – כיצד אפשר לפתחם בלא שיפגעו יתר על המידה בזכויות הפרט? שאלות אלה מציג דן מרידור (מרידור ופס, 2006), לשעבר שר המשפטים, ועליהן אנסה לענות בעבודה זו דרך פרשיית העצורים הלבנוניים.

בפרק הראשון אציג את רקע המאבק של הדמוקרטיה מול הטרור הגלובלי. בפרק השני אציג את פרשת העצורים הלבנוניים, אבחן את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מול חוק המעצרים וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואסקר את הביקורת המשפטית על מעצר הלבנונים. בפרק הדיון והמסקנות ארחיב בהתייחסותם של חוקרים שונים בנוגע לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים תוך התייחסות לשאלת המחקר.

⁴ רון ארד נטש את מטוסו במהלך טיסה מבצעית עקב תקלה טכנית ב-16.10.1986 והתגלגל לידי תנועת "אמל", המיליציה השיעית החזקה בלבנון בשנות ה-80. בין אוקטובר 1986 למאי 1988 היה דיראני האחראי לכליאתו ולהחזקתו של ארד.

⁵ בה הושבו לישראל האזרח אלחנן טננבאום וגופות שלושת החיילים שנחטפו בהר דב בשנת 2000.

⁶ http://www.btselem.org/sites/default/files/emergency_law_arrests_0.pdf

⁷ עמ"מ 10/94

⁸ בג"ץ 794/98, שיחי' עבדאל כרים עובייד ואח' נ' שר הביטחון ואח', נה (5) 769

1. רקע: הדמוקרטיה מול טרור חוצה גבולות

1.1 מהו טרור

ההגדרות לטרור מרובות, שונות זו מזו וחלוקות בדעתן, ולפחות ברמה המשפטית הוא אינו זוכה להגדרה תחת החוק הפלילי (גרוס, 2004) (9) עם זאת, לכל ההגדרות מכנה משותף אחד – ההתייחסות לטרור כאל פעולות אלימות המיועדות לזרות אימה; נעשות מטעמים דתיים, פוליטיים או אידיאולוגיים; ומכוונות בכוונה תחילה (או אינן מתעלמות) נגד לא-לוחמים (אזרחים).

בישראל ההגדרה המחייבת קבועה בסעיף 1 לפקודת מניעת טרור, המגדיר "ארגון טרוריסטי" כ: "חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה"⁹. על פי הצעת חוק איסור מימון טרור הממשלתית מ-2003,¹⁰ מעשה טרור הינו "מעשה המהווה עבירה, או איום בעשיית מעשה כאמור, שנעשה או שתוכנן להיעשות כדי לקדם עניין מדיני, אידיאולוגי, או דתי, ושהתקיים בו אחד מאלה: (1) על פי מהותו והנסיבות שבהן נעשה, או תוכנן להיעשות, הוא עלול לזרוע פחד או בהלה בציבור או בחלק ממנו; (2) הוא נעשה או תוכנן להיעשות באחת מהדרכים המפורטות להלן במטרה לכפות על ממשלה, לרבות ממשלה של מדינה זרה, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה: (א) פגיעה בגופו של אדם או בחירותו, או העמדת אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה; (ב) יצירת סיכון ממשי לבריאותו או לבטיחותו של הציבור או חלק ממנו; (ג) פגיעה חמורה ברכוש; (ד) שיבוש חמור של תשתיות חיוניות".

דווקא משום שהמונח "טרור" טעון פוליטית ורגשית – קשה להגדירו במדויק. למרות שבעקבות אסון התאומים הנשיא בוש הכריז "מלחמה גלובלית נגד הטרור" דוברת מחלקת המדינה האמריקנית, מרגרט טאטוויילר, הודתה כי המחלקה מעולם לא הגדירה את המונח.¹¹ האסטרטגיה הנוכחית של המועצה לביטחון לאומי מגדירה את הטרור בפשטות כ"אלימות מתוכננת מראש, מונעת פוליטית, כנגד חפים מפשע".¹² הגדרה זו מצריכה, כמובן, הבחנה מיהו חף מפשע ומה הסטנדרטים להגדרת חפות מפשע (הרי התקפת האטום על הירושימה ונגסאקי היתה על חפים מפשע). ההגדרה הרשמית של משרד ההגנה האמריקאי היא "שימוש מחושב של אלימות לא-חוקית במטרה לטעת פחד, המכוון לכפות או לאיים על ממשלות או חברות בהשפעת מטרות פוליטיות, דתיות, או אידיאולוגיות".¹³ הבעיה של הגדרה זו שהיא מתעלמת מטרור של מדינות נגד אזרחיהן, כמו רוסיה הסטליניסטית, סין של מאו, קמבודיה של פול פוט ועיראק של סדאם חוסיין. בדרך זו, טוענים מבקריה, מדינות מקבלות תוקף מוסרי למעשים לא מוסריים שהן מבצעות נגד מיעוטים המוגדרים על ידי השלטון כטרוריסטים (למשל, האופוזיציה בסוריה).

מחקרים שונים העלו למעלה ממאה הגדרות לטרור (Record, 2003). כך, למשל, הגדירו שמידט ויונגמן (Schmidt & Jongman, 2008) טרור כ"שיטת לוחמה העושה שימוש באלימות וכוח למטרות פוליטיות,

⁹ פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948, ע"ר 24, תוספת א', עמ' 73.

¹⁰ הצעת חוק איסור מימון טרור, תשס"ג-2003, ה"ח 552.

¹¹ הארץ, 5.5.89.

¹² George W. Bush, *The National Security Strategy of the United States of America*, Washington, DC: The White House, September 2002, p. 5.

¹³ *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*, Washington, DC: Department of Defense, April 2001, p. 428.

או לצורך הפצת חרדה ופחד". למעשה, הם ליקטו 109 הגדרות לטרור מחוקרים אקדמיים מובילים בתחום, תוך שהם מתלבטים ביחס לשאלות כגון: מה הגבול בין טרור לצורות אחרות של אלימות פוליטית? האם טרור מדינתי וטרור מחתרתי הם חלק מאותה תופעה? מה קו ההפרדה בין טרור לפשע פלילי רגיל, בין טרור למלחמה רגילה, בין טרור לפעילות לא שפויה? האם הטרור הוא תת-קטגוריה נפרדת של אלימות, דיכוי, עוצמה? האם יש טרור לגיטימי? אילו מטרות מצדיקות את השימוש בו? מה הגבולות בין טרור לבין מהפכנות או מחאה אלימה? ועוד.

גנור (2007) מציע את ההגדרה הבאה:

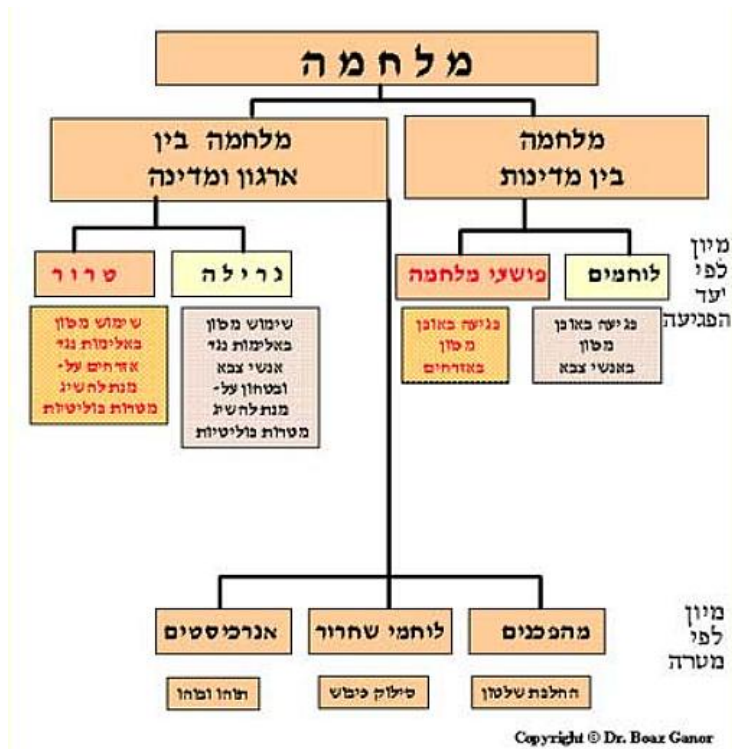
הטרור הוא סוג של מאבק אלים (או איום להשתמש באלימות) אשר במסגרתו נעשה שימוש מכוון באלימות כלפי אזרחים, על מנת להשיג מטרות פוליטיות (לאומית, חברתית-כלכלית, אידיאולוגית, דתית, וכו').

לדבריו, המטרה העומדת בבסיס הטרור הינה תמיד פוליטית – שינוי שלטון קיים, שינוי צורת משטר, החלפת נושאי תפקידים בעלי שררה, שינוי מדיניות כלכלית, חברתית, או אחרת, ועוד. בהיעדר מטרה פוליטית - לא תוגדר הפעולה הנדונה כטרור, ולפיכך פעילות אלימה נגד אזרחים שלא עומדת מאחוריה מטרה פוליטית הינה לכל היותר עבריינות פלילית, פשע, או סתם מעשה טירוף. המניע העומד מאחורי המטרה הפוליטית אינו רלוונטי לצורך הגדרת הטרור והוא יכול להיות אידיאולוגי, דתי, לאומי, חברתי-כלכלי או אחר (זאת בניגוד לחוקרים הנוטים להציג מוטיבציות שונות כהסבר הכרחי לטרור). יעד הפגיעה של הטרור הוא אזרחים, ובכך הוא נבדל מסוגי אלימות פוליטית אחרים (גרילה,¹⁴ התקוממות עממית ועוד). הכוונה אינה לפגיעה מקרית באזרחים שנקלעו לאזור של פעילות פוליטית אלימה, אלא לכך שהטרור מכוון מלכתחילה לפגיעה באזרחים. זאת תוך שהוא מנצל את הקלות היחסית של הפגיעה ב"בטן הרכה" האזרחית, את החרדה הרבה ואת ההד התקשורתי שיש לפגיעה ביעדים אזרחיים.

לצורך הגדרה בינלאומית מוסכמת לטרור, כותב גנור, יש להקיש מעקרונות המלחמה בין מדינות וצבאות סדירים, כפי שאלה מנוסחים במערכת נורמות וחוקי מלחמה שהוסדרו באמנות בינלאומיות, לגבי עקרונות המלחמה הלא-סדירה – בין ארגון ומדינה, או בין צבא סדיר וכוח מיליציוני. לדבריו, מדינות רבות הסכימו במסגרת אמנות בינלאומיות שנחתמו, כי יש להבדיל בין שני סוגים של אנשי צבא המעורבים בפעילות מלחמתית: לוחמים (אנשי צבא הפוגעים באופן שיטתי ומכוון באנשי צבא יריב) ופושעי מלחמה (אנשי צבא שבין יתר הפעולות האסורות על פי דיני המלחמה פוגעים באופן שיטתי ומכוון באזרחים). מהקביעה הנורמטיבית הזו ניתן להקיש גם לגבי כללי לוחמה של ארגון במדינה. ההפרדה הערכית בין לוחם לפושע מלחמה מחייבת הסדר נורמטיבי מקביל בין לוחם גרילה לטרוריסט (כשהגרילה הינה מאבק אלים שבמסגרתה נעשה שימוש באלימות כלפי מטרות צבאיות, כדי להשיג מטרות פוליטיות¹⁵).

¹⁴ לחימה המבוצעת על ידי יחידות קטנות וגמישות שאינן צבא סדיר.

¹⁵ עם זאת, ישראל מכנה "פיגוע טרור" כל פעולה חמושה שמבוצעת נגד אזרחיה בידי ארגונים איסלמיים, בלי להתחשב בזהות הנפגעים – אזרחים או חיילים. כך גם הגדירו שלטונות המנדט את חברי המחתרות שפגעו בחיילים הבריטיים, והנאצים – את הטרוריסטים.



שפרינצק הגדיר טרור כ"הפעלת אלימות חריפה נגד אזרחים שאינם לוחמים, כאקט סימבולי וככלי להעברת מסר מפחיד לציבור הרחב".¹⁶ גם הררי (2009) מגדיר את הטרור כ"אסטרטגיה שאינה יכולה לפגוע באופן ממשי בכוחו של האויב, אבל זורעת פחד ובהלה ופוגעת באופן סמלי במונופול האלימות של המדינה". הרכבי (1983) התייחס אל הטרור כאל מרכיב שכיח במלחמת הגרילה, שעניינה רצף פעילות אלימה, מלחמת התשה ממושכת, שגדלה והולכת עד להשגת הניצחון. רפפורט¹⁷ מבדיל בין טרור לגרילה בכך שהטרוריסטים מסרבים לאמץ מגבלות מוסריות מקובלות החלות על פעילות צבאית וגרילה. אחרים מבחינים בין הטרור לגרילה במיקומו של המאבק – הטרור בערים והגרילה בספר (כך, הפרטיזנים שלקחו נגד הנאצים ביערות, וכך לוחמי הווייטקונג שפעלו נגד האמריקנים במלחמת וייטנאם). על פי רוב ההגדרות, פעולות הטרור מבוצעות בדרך כלל בלוחמה זעירה, במבצעים מגובלים בהיקפם. זאת בניגוד לרצח צבאי רחב היקף ומכוון של אזרחים בזמן מלחמה (המוגדר כפשע מלחמה) ושלא במלחמה (פשע נגד האנושות). עם זאת, מדינה יכולה להיות מעורבת בטרור על ידי עידוד או מימון ארגוני טרור.

דבר אחד ברור לכל החוקרים – הטרור, בניגוד למלחמה, אינו משחק מלחמה בין שני צדדים לוחמים, הוא גם אינו כולל הגנה עצמית, אינו שחרור לאומי או בר-השוואה להשתחררות מעולו של רודן. הטרור הוא מלחמה נגד חפים מפשע כדי להשיג אפקט של זעזוע (Harmon, 2007).

כפי שכותב גרוס (2004: 71), מבחינתו של ארגון טרור הפעלת כוח מזוין אינה אמצעי להשגת המטרה אלא המטרה עצמה, לכן הוא אינו שם לה כל גבול. טרור מתוך הגדרה פועל נגד אוכלוסייה אזרחית חפה מפשע ולא נגד כוחות הצבא של המדינה.

¹⁶ דבריו ביום עיון בנושא "ישראל והטרור" שנערך בחסות המרכז הבינלאומי לחקר חברה בת זמנו, ירושלים, 1985

¹⁷ מצוטט על ידי גנור, 2007

להגדרת הטרור – בנבדל מפעילות פלילית רגילה, מפעילות צבאית, או מפעולות גרילה - השלכות על דרכי הלחימה בו. זאת בעיקר תוך קבלת אמנות בינלאומיות האוסרות על קיומו, סיוע לו, מימונו, הפסקת קשרי מסחר עם מדינות התומכות בו והסגרת טרוריסטים. להגדרות שכאלה יש השלכות גם על הגיבוי הבינלאומי למדינות הנאבקות בטרור ולפעילות כלפי גופים ואוכלוסיות תומכי טרור (גנור, 2003).

כפי שכותב רקורד (2003): אין צורך בקונצנזוס סביב הגדרת הטרור כדי להפעיל מבצעי-נגד כנגד ארגוני טרור מסוימים. אנחנו מזהים פעולת טרור כשאנו רואים כזו, ואנחנו יודעים ש'אל קעידה' הוא אויב. אבל היעדר קונצנזוס מוגדר מעכב את חקר הטרור, מרכיב חיוני בהתמודדות עם התופעה עצמה.

1.2 התמודדות דמוקרטיות עם טרור

בעיית ביטחון לאומי קיימת בכל המדינות והמשטרים, אך בדמוקרטיה מתעוררת בעיה מיוחדת בשל ההתנגשות בין ערכי יסוד דמוקרטיים לבין פעולות הנגזרות מהרצון לחזק את הביטחון הלאומי... הדמוקרטיה המאווימת תיטה לראות בביטחון ערך עליון, ולא מן הנמנע שבשם "קדושת הביטחון" יפגע השלטון בהליכים הדמוקרטיים ויגביל את חירויות האזרח (נויברגר, 2007).

האיזון הנכון בין ערכי החירות הדמוקרטית לבין ערכי הקיום והביטחון הוא אחת הסוגיות הכבדות איתן מתמודדת הדמוקרטיה בעידן המודרני במטרה לשמור על הביטחון הלאומי. הגדרתו של ביטחון לאומי נעה, לדברי נויברגר (שם: 4), בין ההיבט הצר של נקיטת כל האמצעים הדרושים להבטחת קיומה, הישרדותה והגנתה של המדינה (כולל מפני גורמים עוינים מבית), לבין ההיבט הרחב הכולל גם יחסי חוץ של המדינה, ולעיתים גם שמירה על עוצמה כלכלית, שליטה על חומרי גלם וחוסן חברתי. למי נתונה זכות ההגדרה של ביטחון לאומי? התשובה לשאלה זו עשויה להשתנות כמובן בין שלטון לאופוזיציה, בין שמאל לימין, בין לאומנים לליברלים, בין שמרנים לסוציאליסטים, ובמקרה של ישראל – בין יהודים לערבים.

בר-טל ויעקובסון (Bar-Tal & Jacobson, 1998)¹⁸ מבחינים בין תפיסה אובייקטיבית של ביטחון לאומי, שאותה הם מכנים "פוליטית", לבין תפיסה סובייקטיבית, שהיא בעיניהם "סוציו-פסיכולוגית". כך, הזיכרון הקולקטיבי של עם שחוה רצח-עם, איומים קיומיים ומלחמות משפיע על הגדרה שונה של ביטחון לאומי ושל איום ביטחוני מאשר הזיכרון של אומה ששכנה לבטח במשך מאות שנים. השאלה מהו ביטחון לאומי התעוררה שוב ושוב גם בישראל, בין היתר בהקשר של הטלת צנזורה על פרסום בתקשורת של ארועים ופרשנויות שונים.¹⁹

לדברי מרטין (Martin, 1994: 398), נוכח איום מוחשי על ביטחון המדינה והאוכלוסייה (מצב חירום) המטרה (הביטחון הקיומי) מקדשת את כל האמצעים, ובכללם את הפרת סדרי הדמוקרטיה ואת הפגיעה בחירויות הפרט. שפל (2: Scheppele, 2004) מגדירה מצב חירום כ"מצב שבו עומדת המדינה בפני איום קיומי ותגובתה היא עשיית דברים שבעת רגילה ובהתאם לעקרונותיה היא לא היתה עושה". שמידט קובע,

¹⁸ מצוטטים אצל נויברגר, שם

¹⁹ כמדינה המצויה בעימותים צבאיים ובסכנת קיום, ישראל הנהיגה משחר ימיה צנזורה צבאית קשה, הפועלת מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 ואוכפת כל פרסום של "מה שעשוי, או עלול להיות עשוי, לפגוע לדעתו בהגנתה של ישראל, בשלומה של הציבור או בסדר הציבורי". בין אלה: פרסום במערב על ריכוזי כוחות מצריים וסוריים ערב מלחמת יום הכיפורים; הסתרת מידע על היקף האינתיפאדה; הסתרת חיטול מחבלי קו 300 לאחר שנתפסו חיים (1984); הסתרת מנוסתם של אלפי תושבי קריית שמונה בעת ההפגזות מלבנון בשנות ה-80; כתבה שמתחה ביקורת על ראש המוסד וציינה את מועד החלפתו (1988); איסור פרסום עליית יהודי ברית המועצות ב-1990; פרסום תאונת האימונים בצאלים (1992) ובהמשך לכך איסור הפרסום כי הרמטכ"ל דאז אהוד ברק נכח בתרגיל; מניעת דיווח על כישלון ניסיון החילוץ של החייל נחשון וקסמן מידי החמאס (1994); איסור פרסום גורף על הפצצת הכור הסורי והתאבדותו של איש המוסד האוסטרלי בן זיגר בכלא הישראלי (2013); ועוד.

כי הריבון הוא שמחליט על מצב חירום, כשבמצב זה "המדינה ממשיכה להתקיים, אך החוק נסוג".²⁰ בר-טל ויעקובסון (1998: 6) מבחינים בין מצב חירום אמיתי לבין מצב חירום מדומיין, כשהאחרון נוצר על ידי השלטון כדי שישורת את צרכיו (למשל, גיוס תמיכה פוליטית, או הסטת תשומת הלב מכשל שלטוני). אגמבן (Agamben, 2005: 23) מבחין בין מצב חירום המוגדר בחוקה/חוק, שהוא חלק מהסדר המשפטי-פוזיטיבי, לבין מצב חירום שהוא קדם-חוקתי ומהווה חלק מהמשפט הטבעי. הכוונה באחרון היא לצורך קיומי שלא בא על סיפוקו בחוק הקיים ולפיכך הוא יוצר את החוק שלו.²¹ ברוב המדינות הדמוקרטיות קיימים סעיפים בחוקה, חוקים, או תקנות המגדירים מצב חירום חוקי, שבו מועברות בדרך כלל סמכויות מהרשות השופטת והמחוקקת לידי הרשות המבצעת, ומהרשויות האזרחיות והנבחרות לרשויות הצבאיות והביטחוניות הממונות. במצב חירום חוקי אין פגיעה פורמלית בשלטון החוק, אך יש פגיעה במהות הדמוקרטית של שלטון החוק (נוברגר, 2007: 6).

חוקת ארצות הברית מאפשרת להשעות את זכויות האזרח אם ביטחון הציבור דורש זאת (הדבר נכון שבעתיים לאחר אסון התאומים). החוק הבריטי מתיר בכוח "משפט המלחמה" נקיטת אמצעי חירום. חוקת צרפת מאפשרת העברת סמכויות נרחבות לנשיא כשיש "איום רציני ומיידי" על "מוסדות הרפובליקה, על עצמאות האומה ועל שלמות המדינה". לחוקה הגרמנית הוכנס סעיף המתייחס ל"מצב חירום פנימי" ב-1968 בעקבות פעולות טרור של השמאל הרדיקלי.

"מצב חירום מנטלי" נובע, לדברי שלף (1996: 36²²), מ"אווירה כללית המושפעת מחרדות ביטחוניות שעלולה לתת אותותיה על הליכי אכיפת החוק גם בנושאים שאינם קשורים במצב הביטחוני". לדוגמא, ההיסטוריה מפני הקומוניסטים בארצות הברית בשנות ה-20, שגרמה לכך שבעלי השקפות אנרכיסטיות וסוציאליסטיות לא זכו לעיתים למשפט הוגן גם במשפטים פליליים רגילים. בבריטניה היה זה גורלם של אירים שנידונו לתקופות מאסר ממושכות על מעשי טרור שהם כלל לא ביצעו. זאת כשכל אירי נתפס כחשוד בטרור, מה ש"התיר" לחוקרים לנקוט שיטות חקירה פסולות נגד "הטרוריסטים" ולשופטים בעלי הדעות הקדומות – להטות משפט.

במקרים אחרים מצב החירום המנטלי מביא לחקיקת חירום פיזיה הרומסת זכויות דמוקרטיות. כך בתקופת המקרתיים בארצות הברית, כשכל קומוניסט היה חייב להירשם ב"מחלקת הפעולות החתרניות", ואלפי אנשי שמאל פוטרו מעבודתם מכוח חוק הביטחון הפנימי וחוק הפיקוח על הקומוניסטים. מאות אנשי שמאל, שאיש מהם לא הורשע בדיון, נאלצו להופיע בפני ועדת בית הנבחרים לחקירת פעולות אנטי-אמריקאיות ולענות על שאלות בדבר עברם הפוליטי והיכרותם עם קומוניסטים (נווה, 1996: 45-55).

בעקבות ארועי 11 בספטמבר 2001 נעצרו למעלה מאלף חשודים, חלקם גורשו מארצות הברית, שמות עצורים הועלמו למשך זמן רב, הרשויות נכסו למאגרי מידע פרטיים רבים, ביצעו האזנות סתר נרחבות שהוכרו מאוחר יותר כבלתי חוקיות, בוצעו מעצרים מנהליים ונשללו הגנות חוקתיות מ"לוחמי אויב"

²⁰ מצוטט אצל שפל (שם) 2,7

²¹ בג"ץ פסל ב-1965 את "רשימת הסוציאליסטים" בבחירות לכנסת השישית. פסק הדין (ידוע בשם פסק דין ירדור – ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3), 365) מהווה עד היום את אחד מעמודי התווך במשפט החוקתי בישראל. היות שרבים מחברי הרשימה היו חברים בארגון "אל אַרְד", שהוכרז כהתאגדות בלתי חוקית, החליטה ועדת הבחירות לפסול את הרשימה. זו ערערה לבית המשפט העליון, שקבע בדעת רוב (אגרנט וזוסמן מול כהן), כי היות שמדינת ישראל היא מדינה בת-קיימא ומדינה יהודית, אין כל אפשרות להעלות על סדר היום את השתתפותה בבחירות של רשימה הקוראת לחיסולה של המדינה ולשלילת ריבונותה. השופט כהן סבר כי אין לפסול רשימה במקום בו החוק אינו מתיר זאת במפורש. היתה זו הפעם הראשונה בה נפסלה רשימה מלהשתתף בבחירות על רקע עמדותיה. ב-1985 תוקן חוק יסוד: הכנסת, ולוועדת הבחירות המרכזית ניתנה הסמכות לפסול רשימת מועמדים שבמטרותיה או במעשיה יש משום שלילת קיומה של המדינה כמדינת העם היהודי, שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה, או הסתה לגזענות.

²² מצוטט אצל נוברגר (2007)

זרים ואזרחים. חלק מההגבלות כוסה בחוקים, כמו חוק "הפטריוט האמריקני" (US Patriot Act),²³ שנחקק בחיפזון לאחר שזכה לתמיכה גורפת בקונגרס לאחר הפיגועים, ויש הטוענים כי העיד על מצב החירום המנטלי (שפל, 2004 : 2, 22, 31).

פרנטל (Prantl, 2006)²⁴ מציין, כי באווירת פחד והיסטריה לאומית הדיכוי מתרחב ומתייחס לסכנות ולא למעשים, לפשע פוטנציאלי, לעבריינים מועדים ולא רק לעבריינים בפועל. וכך נוצרת "מדינת הביטחון", "מדינת המנע", ממנה קצר המרחק ל"מדינת הקסרקטין".

בישראל מאפשרות תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 למפקדי הצבא לנקוט אמצעים שונים, והתקנות לשעת חירום מאפשרות "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים"²⁵ למשך שלושה חודשים, עם אפשרות הארכה בחקיקה של הכנסת. הסמכות להתקין תקנות שעת חירום מותנית בקיומו של מצב חירום שעליו מכריזה הכנסת לתקופה שלא תעלה על שנה, תוך אפשרות הארכתו. תקנות ההגנה (שעת חירום) אינן מוגבלות בזמן ואינן דורשות קיום מצב חירום (סבן, 2001 : 84).

גם בישראל מצב החירום המנטלי מוביל לסטייה מעקרונות הדמוקרטיה מבלי שהדבר יעוגן בחוק. ברזילי, יער וסגל (1994 : 12, 14) טוענים כי במשך שנים פסיקות בג"ץ הושפעו מ"מיתוס הביטחון הלאומי". לכן, באווירה הקשה, בצל הרציחות ובהמשך למדיניות הפאסיבית השיפוטית של בג"ץ בשטחים נטו שופטי בית המשפט לפסוק בהתאם לרשויות הביטחון. זאת ככל הנראה משום הדיעה, כי על בית המשפט להצטרף לקונצנזוס [בענייני ביטחון לאומי]. מצב זה הביא לעיוותי דין חמורים.²⁶ פרשיית נאפסו ופרשיית קו 300 חשפו את העובדה כי מצב החירום המנטלי הביא להוצאת להורג בלא משפט של מחבלים, להסתרת מידע, לבידוי ראיות בניסיון לגונן על אנשי השב"כ, להטעיית הציבור בידי הצנזורה ולהטיית המשפט והצדק. ראש השב"כ באותה תקופה, אברהם שלום, טען כי "עבודת החקירה בגילוי פח"ע וסיכולו היא משימת קודש המצדיקה את כל האמצעים".²⁷ גם ראש הממשלה באותן שנים, יצחק שמיר (בעצמו איש שירותי הביטחון לשעבר), טען כי התעקשות היועץ המשפטי לממשלה לאכוף חוק במגזר הביטחוני כמוה כ"היטפלותה של עלוקה מוצצת דם" (נגבי, 1987 : 10). בתשובתו לשמיר ענה היועץ המשפטי יצחק זמיר,

²³ חוק הפטריוט (ראשי התיבות של "Uniting and strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism") נחקק על ידי הקונגרס ב-2001 ומטרתו מתן כלים מתאימים לרשויות המודיעין והאכיפה לצורך מניעה ושיבוש של פעולות טרור. הוא צמצם מאוד את המגבלות שהוטלו עד לארועי 9/11 על הרשויות בפעילותן לאיסוף מודיעין בתחומי ארצות הברית, הרחיב את סמכויות מזכיר האוצר לווסת עסקאות פיננסיות, בפרט כאלה של גורמים זרים, והרחיב את שיקול דעתן של רשויות ההגירה ואכיפת החוק ביחס למעצר ולגירוש של מהגרים החשודים בפעולות הקשורות לטרור. הדבר כלל גם ביצוע האזנות סתר אחר יעדים למעקב, מעקב אחרי דוא"ל ושיחות טלפון ללא צורך בקבלת צו משפטי, מעצר מהגרים לפרק זמן בלתי מוגבל ללא הבאתם למשפט, חיפוש בבית או בעסק ללא צורך בקבלת רשות מהבעלים, ועוד. כמה עתירות נגד החוק הוגשו לבתי המשפט הפדרליים, ואלה קבעו כי חלק מהוראותיו מנוגדות לחוקה.

²⁴ מצוטט אצל נויברגר (2007)

²⁵ פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. נכלל מאוחר יותר בחוק יסוד: הממשלה, תשס"א-2001, ס' 38-39. גם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל סעיף הקובע כי "בשעה שקיים במדינה מצב של חירום מותר להתקין תקנות שעת חירום שהיא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק יסוד זה".

²⁶ למשל, פרשת קצין צה"ל הצ'רקסי עיזאת נאפסו, ששרת כקצין מודיעין ביחידת הקישור ללבנון, הואשם ב-1981 בריגול ובסיוע לאויב, נעצר ללא יידוע של משפחתו או חבריו, נחקר במשך שבועיים תוך עינויים במטרה לסחוט ממנו הודאה, הורשע על סמך הודאתו, נותר במעצר במשך שנה עד העמדתו לדין ולבסוף נידון על ידי בית הדין הצבאי ל-18 שנות מאסר. מהלך המשפט ופרטי הפרשה נאסרו לפרסום על ידי הצנזורה. רק לאחר התפוצצות פרשת קו 300 זיהה נאפסו את איש השב"כ יוסי גינוסר כמי שהיה בין חוקריו, הגיש ערעור ב-1987 לבית המשפט העליון בטענה שהודאתו נגבתה באמצעים פסולים וכי גינוסר בדה ראיות במהלך המשפט. התביעה מצאה תימוכין לטענותיו של נאפסו והוא שוחרר ממאסר לאחר עסקת טיעון. בפסק הדין מתחו השופטים ביקורת חריפה על השב"כ וחוקריו והאשימו אותם בעדות שקר ובנקיטת אמצעים לא סבירים בחקירה. בעקבות הפסיקה הורה היועץ המשפטי לממשלה יוסף חריש על חקירת אנשי השב"כ שהיו מעורבים בפרשה, והממשלה הקימה את ועדת לנדוי לחקירת דרכי החקירה של השב"כ בנושא פעילות חבלנית עוינת. כך התברר כי השימוש בעינויים ועדויות שקר היו דבר רווח. הוועדה גיבשה המלצות חסיונות לדרכי חקירה ראויים.

²⁷ זמיר, 1989 : 18

כי "מאפיין בולט של מדינת משטרה, בניגוד למדינת חוק, הוא הצבתם של מנגנוני ביטחון הפנים והחוק, ובעיקר המשטרה החשאית, מעל לחוק" (זמיר, 1989: 13).

לדברי בר-טל ויעקובסון (1998: 26), היסטוריית הרדיפות, המאבקים והמלחמות של העם היהודי הפכה את הביטחון לגורם מרכזי המעצב את החברה והפוליטיקה, הכלכלה, את סדר היום הלאומי ואת יחסי החברה של ישראל. אין עוד מדינה שבה נושא הביטחון בולט יותר ושהיא אי-הביטחון נמשך זמן רב כל-כך תוך שהוא מקיף את כל תחומי החיים הקולקטיביים. מסיבה זו, מנהיגי ישראל ואזרחיה מדברים על "קדושת הביטחון", ונושא הביטחון נמצא בראש סדר החשיבות של הציבור. השאלה היא, כותב נויברגר (2007: 9), האם מצב חירום כה ממושך כפי שקיים בישראל תואם את התפיסה שביסוד הקונספציה של מצב חירום – שמדובר במשהו חריג וזמני.

גרוס (2004: 6-15) כותב, כי המאבק בטרור אינו דומה למאבקים אחרים מתחום דיני המלחמה. בעוד חוקי המלחמה נוסחו בעיקר כדי לענות על בעיות המתעוררות במלחמות בין מדינות, ישויות ריבוניות, הרי שמאבק בין יחידים או ארגונים לא-מדינתיים לבין מדינות הוא דבר חדש-יחסית, והמשפט הבינלאומי לא בהכרח נערך לקראתו. האם כללי המלחמה בין מדינות חלים גם במלחמה לא קונבנציונלית, המלחמה בטרור? המלחמה עם אויב שאינו מכיר בגבולות של אלימות וכוח ושואף לממש את האידיאולוגיה הלא רציונלית שלו בדרך לא רציונלית ללא התחשבות בחיי אדם? האם ההגבלות החלות על פי המשפט הבינלאומי על מדינות בזמן מלחמה מתקיימות גם כשמדינה מממשת את זכותה להגנה עצמית כלפי ארגון טרור? כאשר המדינה רואה עצמה מוגבלת על פי דיני המלחמה בעוד שארגון הטרור אינו רואה עצמו כפוף למגבלות אלה?

מסיבה זו יש הסוברים, כי כאשר המלחמה אינה בין שתי מדינות, אלא בין מדינה לטרור, לא ייתכן שכללי דיני המלחמה ימשיכו לחול. וכפי שכותב וקסמן (Waxman, 1999: 208), להכריז על הטרור כעל המלחמה של העתיד משמעו לרמוז כי הצורות המסורתיות של מלחמה בין-מדינתית עתידות להיעלם בקרוב, או לפחות להפוך לנדירות מאוד.

השאלה היא האם מצב זה של היעלמות צורות המלחמה המסורתיות לא עלול להביא למה שהפילוסוף קרל פופר כינה "פרדוקס הסובלנות", מה שכהן-אלמגור (1994: 18) כינתה "המילכוד הדמוקרטי", או מה שמכונה "פרדוקס הדמוקרטיה המתגוננת", ובהגדרה אחרת – "סינדרום המדרון התלול". כולם מתכוונים לכך שהגנה מירבית על הדמוקרטיה עלולה להביא לנקיטת אמצעי דיכוי חריפים כל כך, עד שאלה יכרסמו אותה ואולי אף יגרמו לקריסתה. צעידה במדרון האמצעים האנטי-דמוקרטיים החלק והתלול יכולה להביא לנפילה לתהום הדיקטטורה (נויברגר, 2007: 39). סכנה זו גדולה במיוחד אם הדמוקרטיה המתגוננת פועלת נגד כוחות אנטי-דמוקרטיים בקירבה גם כשהם פועלים בדרך לא אלימה.²⁸ עם זאת, גם קלזן מבדיל בין חופש הביטוי, שעליו יש לגונן בכל מקרה, לבין חופש המעשה, שאם הוא פלילי, מהפכני ואלים הוא אינו זוכה להגנה. גישת הדמוקרטיה המתגוננת כופרת בהבדל העקרוני בין מילים למעשים.

בריזלי (2004) מזכיר בהקשר זה את התרומה של מלחמת וייטנאם להתפתחות תרבות מחאה נגד הממסד האמריקני, את המעבר בצרפת מהרפובליקה הרביעית לחמישית, ואת המעורבות הבריטית האלימה בצפון אירלנד. כל אלה הביאו לפגיעה בזכויות האדם והאזרח לאחר שהופעלו רמות מוגברות של אלימות שלטונית, הן מבית והן מחוץ, וסמכויות הביצוע של השלטון הורחבו בשם "שלטון החוק". הוא מציין, כי

²⁸ Kelsen, מצוטט אצל נויברגר (2007)

הפגיעה בזכויות הפרט בעיתות משבר ביטחוני אפשרית עקב מצבים אפיסטמולוגיים בעייתיים, נרטיבים תרבותיים ופעולות ממסדיות. בני-האדם מניחים שאחדות פוליטית היא גורם מכריע בהשגת ניצחון צבאי, וכך מתפתח שיח קולקטיבי המעלה על נס את היעילות המוסדית כמעט בכל מחיר. שיח שיכול לשלול, בין היתר, את הלגיטימציה של פסיקות משפטיות ושל מחויבות הדיווח לציבור. אחד מעקרונות ניהול המלחמה הוא נטיית הציבור לקונפורמיות, דבר העומד בסתירה לשאיפתה העקרונית של הדמוקרטיה לפרק את כפיית המגבלות על האוטונומיה של הפרט ושל הקהילה. חוקים סמכותניים, ענישה מנהלית וחקיקה לשעת חירום הם תופעה שכיחה בדמוקרטיות בתקופות של מערכות צבאיות או איומים ביטחוניים. כוחו המיתי של החוק כקריטריון עליון לסדר, כאמת-מידה אובייקטיבית, מוחלטת וצודקת לניהול החיים הציבוריים מקל מאוד על האפשרות למניפולציות של האליטה הפוליטית.

לאחר מלחמת ששת הימים, טוען ברזילי (שם: 734), בית המשפט העליון תפקד כגוף של המדינה היהודית. הוא ייצג את הצד היהודי-ישראלי בסכסוך עם הפלסטינים וגיבש מדיניות שיפוטית שהיבנתה את הפלסטינים לא כבני-אדם רגילים, אלא כאויב החותר להשמדת המדינה. כתוצאה מכך לא יכול היה בית המשפט לשמש בורר אובייקטיבי ואף לא שופט נייטרלי במאבק בין היהודים לפלסטינים. רוב הערעורים שהגישו הפלסטינים נדחו, ובדיונים השיפוטיים שלו התייחס בית המשפט לטענות שהעלו רשויות הביטחון כאל הבסיס הבלתי מעורער לפסיקותיו (Shamir, 1990; שלף, 1993). בית המשפט השתמש בנימוקי ביטחון לאומי לצורך הצדקת החרמה או הפקעת אדמות פלסטינים משום שהצרכים הצבאיים חייבו סלילת כבישים לתנועת הצבא ולבטיחות המתיישבים היהודים. שיקולי ביטחון שימשו גם להצדקת הרס בתים כאמצעי ענישה, להענקת הכשר חוקי לגירושים בלתי חוקיים ולמתן היתר לממשלה לפעול בשטחים הכבושים בסתירה למשפט המנהלי הישראלי. בג"ץ גם הצדיק את פעולות הגירוש של פלסטינים מהשטחים בלי לאפשר למגורשים להופיע ולהשמיע את טיעוניהם לפני הגירוש.²⁹ בחלק מהמקרים נשענו החלטות השופטים על הגדרתה של ישראל כדמוקרטיה מתגוננת, או כדמוקרטיה הנתונה במלחמה.³⁰ בפרשת קו 300 קבעו השופטים שמגר ובן-פורת – בהגינם על חנינת אנשי השב"כ שהואשמו בחיסול המחבלים - כי הביטחון הלאומי הוא ערך עליון המצדיק לפעמים סטייה של רשויות השלטון מ"שלטון החוק" (ברזילי, שם: 741). בית המשפט פסק למעשה, כי מעשה בלתי חוקי של המדינה יכול להפוך לחוקי אם הוא נוגע לביטחון הלאומי, כשביטחון זה מיועד לצרכים ולמטרות של הממסד הצבאי והאזרחי.

1.2.1 מעצר מנהלי ושאלת ההוגנות שבו

גם חוק הסמכויות לשעת חירום (מעצרים), אותו חוקקה הכנסת ב-1979 (החליף את התקנות המנדטוריות שעסקו במעצרים מנהליים ובגירושים) נשען על מרכזיות הטיעון הביטחוני. מעצר מינהלי הוא מעצר שמבוצע מטעם הרשות המבצעת בגבולות ישראל (להבדיל מהשטחים) במטרה למנוע סיכון לביטחון המדינה או לביטחון הציבור. השופט אגרנט הניח את הרציונל שבבסיס המעצר בכך שהוא מיועד לעיתות חירום.³¹ מצב החירום מוכרז על ידי הכנסת, אולם בפועל הוא קיים מאז הקמת המדינה. את הצו מוציא מתוקף סמכותו שר הביטחון (או הרמטכ"ל, במקרים מיוחדים) אם בידיו "יסוד סביר להניח שטעמי

²⁹ בג"ץ 5973/92, האגודה הישראלית לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד (1)47, 267, 284

³⁰ למשל, בג"ץ 734/83, שיין נ' משרד הביטחון, פ"ד (3)38, 393

³¹ בג"ץ 95/49, אל כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד 34, 46

ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר".³² זאת מבלי לשמוע את תגובת החשוד. כלומר, הסמכות להוצאת הצו נתונה לרשות מנהלית ולא לגורם שיפוטי (הגם שחוק המעצרים³³ מעגן את הביקורת השיפוטית כחלק אינהרנטי מהליך המעצר). סניגורו של החשוד הנעצר לפי צו מנהלי לא יוכל לטעון בשמו אלא לאחר הוצאת הצו, כשהחשוד יובא לפני שופט. המעצר אינו תחום בזמן ותלוי במועד שבו יקבע בעל הסמכות כי חלפה הסכנה שבגינה הוצא הצו.

התקנות לא הגדירו שום מנגנון ביקורת שיפוטית כחלק בלתי נפרד מתהליך המעצר, ועד לקבלת החוק החדש מפלטו החוקי היחיד של העציר היה עתירה לבית המשפט העליון. החוק החדש כפה ביקורת שיפוטית באמצעות בית משפט מחוזי (נשיא בית המשפט או סגנו) החייבים לאשר את המעצר ואת אורכו בתוך 48 שעות מביצועו והגביל את תקופת המעצר לשישה חודשים. בחינת המשך המעצר תיעשה כל שלושה חודשים. אולם, החוק גם הכשיר את המעצרים המנהליים כחלק מהמסגרת החוקתית בישראלית והעניק לרשויות הביטחון שיקול דעת נרחב לגבי מעצר חשודים לתקופות ממושכות. זאת עם אפשרות הארכת הצו בחצי שנה נוספת בכל פעם, בלא הגבלה של מספר ההארכות.³⁴

בסדרת פסיקות הינחה בית המשפט את הרשויות, כי החוק נועד לעתיד (מניעת) ולא לעבר (ענישת): "אמצעי מניעה מול פני סכנה הנצפית, כפועל יוצא מהתנהגות החשוד";³⁵ הוא אינו מהווה תחליף להליכים פליליים; בית המשפט לא יתערב בשיקול הדעת של הרשות הביטחונית; לשר הביטחון תהיה זכות להוציא צו מעצר גם כאשר הסכנה לביטחון המדינה אינה "קרובה לוודאי".³⁶ עם זאת, חוק המעצרים לא מגדיר את המונח "ביטחון המדינה", ומה מהווה "סכנה" עבור ביטחון המדינה.

גיל ואח' (2010) בדקו הפעלת שלושה אמצעים עיקריים נגד החשודים בטרור פלסטיני. גם הם הגיעו למסקנה כי הרשויות בישראל נוטות לפנות לאמצעים פוגעניים מדי והן עושות זאת מהר מדי ומבלי שנעשה מאמץ ממשי למצות אמצעים מתונים יותר. כך, חוק המעצרים מאפשר להחזיק אדם בכלא שנים רבות בלי שהורשע בפלילים, תיאורטית גם לפרק זמן בלתי מוגבל. למרות מטרתו הראויה, החוק פוגע בצורה הקשה ביותר במושכלות-יסוד של הליך משפטי הוגן. זאת משום שהוא מאפשר לשלול את חירותו וכבודו של אדם אגב הסרת כל הערובות המוכרות בחוק הפלילי לקיומו של משפט צדק. במתכונתו הנוכחית החוק גם אינו מאפשר לעצור לדעת מה הטעמים שהובילו למעצרו ואינו מאפשר לו להתגונן כראוי. ברוב המעצרים מוסתרות מהחשוד ומעורך-דינו הראיות שהביאו להוצאת צו המעצר.

לדברי גיל ואח' (שם: 11), הסדר החוק הזה הוא יורשן של תקנות ההגנה המנדטוריות. אלה כוונו בעיקר נגד היישוב היהודי והיו סמל לשרירותו של שלטון מנוכר כלפי תושבי הארץ ולחוסר הצדק שהפעיל כנגדם. אבל גם חוק המעצרים שאושר בכנסת (חל בתחומי מדינת ישראל ואינו מקור הסמכות לביצוע מעצרים מנהליים בשטחי יו"ש) כולל הוראות מהותיות שחורגות מהתחייבויותיה של ישראל במסגרת הדין הבינלאומי. מעבר לכך, אלה סותרות את עקרונות מגילת העצמאות המדברות על יסוד החירות ועל שמירת עקרונותיה של מגילת האו"ם, ואת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992) כחלק מערכיה של ישראל

³² עמ"מ 4/96, גינצבורג נ' שר הביטחון ואח', פ"ד (3) 221, 223

³³ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח תשנ"ו מס' 1592

³⁴ ס' 2 קובע: "היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר – רשאי הוא... להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצוין בצו ושלא תעלה על שישה חודשים".

³⁵ עמ"מ 4/94, בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 329, 336

³⁶ ערעור 1/82, קואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד (1) 36, 666; ערעור 2/82, לרנר נ' שר הביטחון, פ"ד (3) 42, 529; ערעור 1/80, כהנא וגרין נ' שר הביטחון, פ"ד (2) 35, 253; ערעור 1,2/88, אגבריה ומהג'נה נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 42, 840.

כמדינה יהודית ודמוקרטית. הזכות למשפט הוגן קבועה בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם³⁷ ובאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות. זו אומרת, כי כל אדם מוחזק כחף מפשע עד שהוכחה אשמתו בבית המשפט, וכן כי זכותו של כל נאשם לדעת את מהותה של עילת האישום נגדו ולהתגונן בפניה באופן אישי. אמנת ג'נבה קובעת, כי בשום מקרה אין למנוע מאדם את זכותו למשפט הוגן, גם אם מדובר בשעת חירום.³⁸

קרמניצר (2005: 12) כותב, כי לזכות למשפט הוגן חשיבות ומשמעות מיוחדת נוכח הטענה המקובלת שאחת ההצדקות לסיכול הממוקד נעוצה בכך שהטרוריסטים אינם מקיימים את דיני המלחמה ופועלים בשיטות לא חוקיות, בין השאר נגד אזרחים ולא נגד חיילים. עם זאת, בהיעדר חלופה סבירה, וכשהסכנה למדינה מידי מפגע/ארגון טרור היא מיידית הרי שפעולת הגנה היא הכרחית. כך גם כשנדרשת פעולה מיידית לסיכול סכנה שאם לא תסוכל באופן מידי לא תהיה אפשרות לנקוט בצעדים למניעתה בשלב מאוחר יותר. הסיכויים לאתר מחבלים מתאבדים לאחר שכבר נכנסו לשטח המדינה קלושים ולכן מוצדק לפעול נגדם עוד טרם יצאו לדרכם ואף במהלך הכנת פיגוע, או במדינה המעניקה מקלט לטרוריסטים אם זו אינה מונעת את פעולתם. פעולות כאלה גוררות הפרה של עקרון הריבונות, אך הפרה כזו מוצדקת בגדר הגנה עצמית. זאת בתנאים שבהם המדינה תומכת הטרור נתבעה לשתף פעולה באכיפת החוק וסרבה לעשות זאת, או להתיר למדינה המותקפת לפעול לשם כך.³⁹

1.2.2 מעמדם של הטרוריסטים

כדי לדעת האם דיני המלחמה ממשיכים לחול גם בנוגע למלחמה בטרור, יש להגדיר את מעמדם של הטרוריסטים במשפט הבינלאומי: האם הם לוחמים? אזרחים? או אף אחד מהשניים?

המשפט הבינלאומי מבדיל בין מי שמשתתף באופן פעיל בלחימה לבין מי שאינו לוקח חלק פעיל. גם אמנות ג'נבה השונות⁴⁰ עורכות אותה הבחנה. מי שלוקח חלק פעיל בלחימה, והוא חלק מהכוחות החמושים של המדינה – הוא לוחם. מסיבה זו אזרחים מוגנים במצב של מלחמה, והמדינות המשתתפות בקרב חייבות להימנע מגרימת נזק או סבל לאוכלוסייה אזרחית. אמנות ג'נבה מעניקות הגנה ללוחמים שנפלו בשבי האויב בזמן לחימה, אך הגנה זו ניתנת ללוחמים חוקיים בלבד. על פי הגנה זו אין השובה רשאי להעמיד את השבויים לדין בגין המעשים שביצעו בזמן הלחימה ואשר יש בהם משום עבירות פליליות. ישראל אינה רואה במחבלים אזרחים, כהגדרתו של שי ניצן, איש פרקליטות המדינה: "היות שאיבדו את חסינותם כאזרחים ברגע שלקחו חלק בפעולות האיבה. לדידנו, המחבלים הם הלוחמים של ארגוני הטרור" (מרדור, 2006: 135).

³⁷ התקבלה על ידי העצרת הכללית של האו"ם ב-1948. <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>.

³⁸ סעיף 4 לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות מאפשר לסגת ממנה בתנאים של "מצב חירום המאיים על שלום האומה". ישראל משתמשת תכופות בהרשאה זו ונסוגה מן החובות הקבועים בסעיפים האחרים של האמנה לעניין מעצרים מנהליים.

³⁹ לאחר ארועי ה-11/9 קיבלה מועצת הביטחון החלטה ששינתה את פרשנות הזכות להגנה עצמית של מדינה כלפי מדינה אחרת ותובעת מהמדינות לפעול למיגור הטרור ולא לאפשר פעילות טרור או סיוע לפעילות טרור משטחן, זאת בנוסף להסכמה שבשתיקה שנתנה המועצה לארצות הברית לפלוש לאפגניסטן.

⁴⁰ ארבע אמנות שנוסחו בין השנים 1864-1949 ועוסקות בהתנהגות הראויה בין צבאות ואומות בזמן מלחמה: טיפול רפואי בפצועים, היחס לשבויים, החובה להגן על אזרחים בזמן הקרב. כל מדינות העולם חתמו על האמנות. בית המשפט בישראל בחן בפסיקה עניפה את קיום ההוראות ההומניטריות שבאמנות, ועם זאת כשהוראת חוק מפורשת בחוק הישראלי עומדת בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי – בית המשפט נותן קדימה לחוק הישראלי (למשל, בג"ץ 2690/09, "יש דין" ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'). כך, מדינת ישראל אינה מקבלת את הגדרתם של שטחי יהודה, שומרון ועזה ככבושים וקובעת כי אלה לא היו תחת ריבונות לגיטימית של מדינה אחרת כלשהי ולכן ההגדרה המשפטית של כיבוש לא רלוונטית לגביהם. מסיבה זו גם תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית (טיפול באזרחים בזמן מלחמה) אינה מובהקת (דוח על מעמד הבנייה באזור יהודה ושומרון, שחובר על ידי צוות שמונה בהנחיית ראש הממשלה ושר המשפטים, 2012).

לצד ההבחנה בין **אזרחים ללוחמים**, קיימת הבחנה נוספת בין **לוחמים חוקיים ללוחמים בלתי חוקיים**. רק הראשונים זכאים למעמד של שבוי מלחמה, בעוד הלוחמים הבלתי חוקיים אינם נהנים מהגנה מפני משפט בגין עבירות שביצעו במהלך לחימתם. אבחנה זו מטרתה למנוע מלוחמים להיטמע בין האזרחים בזמן המלחמה ובכך להחשיד כל אזרח כלוחם נסתר, ובהמשך לכך - לגרום סבל לאוכלוסייה האזרחית. כדי להוציא את האזרחים ממעגל הלחימה יש להטיל סנקציה על מי שמנסה לנצל את ההבחנה לרעה ומסכן במעשיו את המשך קיומה (טרוריסטים). אדם אינו רשאי לחבוש שני כובעים בו-זמנית – להיות אזרח ולעסוק בפעילות צבאית. אדם כזה איננו אזרח ואינו חייל – הוא לוחם בלתי חוקי (דינשטיין, 1983: 97).

על פי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, מוגדר לוחם שכזה כ"אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגבי התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבינלאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה". מדריך הלחימה הבריטי קובע, כי "לוחמים סדירים שאינם עומדים בארבעת התנאים [המנויים בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית] ייחשבו במקרים מסוימים ללוחמים בלתי חוקיים".⁴¹ המדריך המשפטי הצבאי האמריקני קובע: "לוחמים בלתי חוקיים יכולים להיחשב פושעים על פי החוק המקומי של מי ששבה אותם. בקטגוריה זו יכולים להיכלל מרגלים, מחבלים, או אזרחים אשר משתתפים בפעולות איבה".⁴²

לאחר פיגועי ה-11 בספטמבר הוציא הנשיא בוש צו נשיאותי שאיפשר לעצור חברי ארגון "אל-קעידה" והעמדתם לדין בבתי דין צבאיים, או כל מי שאינו אזרח ארצות הברית ונחשד בקשירת קשר או ביצוע פעולות טרור, או לפגוע בארצות הברית, באזרחיה, בביטחון הלאומי שלה, במדיניות החוץ שלה או בכלכלתה. את אלה כינה הממשל "לוחמי אויב בלתי חוקיים" (illegal enemy combatants). לאחר הפלישה לאפגניסטן – שמשרד המשפטים האמריקני לא ראה בה מדינה מתפקדת ולפיכך גם לא ראה את לוחמיה כצבא סדיר – הצבא האמריקני לא נהג בשבויים האפגניים כשבויי מלחמה. מאוחר יותר העביר אותם לבסיס הצי האמריקני במפרץ גואנטנמו. בעקבות עתירה לבית המשפט העליון האמריקני של אחד העצירים, קבע בית המשפט ב-2006 כי אמנת ג'נבה השלישית חלה גם על השבויים שנשבו במהלך המאבק בטרור. באותה שנה הפך הצו הנשיאותי לחוק,⁴³ בו הוגדר "לוחם אויב בלתי חוקי" כ"אדם שהיה מעורב בפעולות איבה, או מי שתמך ביודעין ובאורח מהותי בפעולות עוינות נגד ארצות הברית, או מדינות ברית שלה, שאינו לוחם אויב חוקי (לרבות אדם שהוא חבר בטאליבן, אל-קעידה, או כוחות נלווים לארגונים אלה); או אדם שלפניו או אחרי חקיקת החוק הוגדר כחייל אויב לא חוקי על ידי בית הדין להגדרת מעמד הלוחמים, או בית דין מוסמך אחר שפעל בסמכות הנשיא או שר ההגנה".

על החוק נמתחה ביקורת חריפה בטענה שהוא מאפשר למימשל למנוע מעצורים זכויות אזרח בסיסיות, כמו הזכות לייצוג על ידי עורך דין והזכות לערעור, ומשום כך יש בו משום פגיעה בשלטון החוק.⁴⁴

עם זאת, אמנות ג'נבה מכירות במונח **לוחמי חופש**, שבמקורו נועד להגן על אזרחים שנמצאו תחת שלטון כיבוש ולאפשר להם להגיע לעצמאות. הן מרחיבות את ההגנה שהן מעניקות ללוחמים חוקיים גם ללוחמי

⁴¹ The British Manual part III: The law of war on land (1957)

⁴² The US Army's operational law handbook (2002) ch. 2, p. 6

⁴³ Military Commissions Act of 2006

⁴⁴ Nathaniel Berman, **Privileging combat? Contemporary conflict and the legal construction of war.**

Columbia Journal of Transnational Law, 29.11.2004

החופש, כשבהגדרה זו נכללים רק אלה הרואים עצמם כפופים לכללים החלים על לוחמים במשפט הבינלאומי. אמנות האג⁴⁵ הכירו בכך שהזכויות והחובות של המלחמה לא חלות רק על צבאות, אלא גם על מיליציה ומתנדבים שאינם חלק מהצבא. אולם, כדי שאלה יהיו זכאים לזכויות, עליהם למלא את כל התנאים הבאים: יפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו; עליהם לשאת סימן הבחנה קבוע שניתן להכירו ממרחק; עליהם לשאת את נשקם בגלוי; עליהם לנהל את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ולמנהגי המלחמה.

לדברי גרוס (2004: 73), הטרור יוצר טשטוש בהבחנה בין לוחמים לאזרחים. אנשיו מבצעים את פעולותיהם מתוך מרכזי אוכלוסיה שמשמשים להם מקלט מתוך ידיעה שהמדינה הנלחמת בהם לא תפגע במרכזי אוכלוסיה – עובדה שמפרידה בין הטרוריסטים ללוחמי חופש. הסכנה הגדולה ביותר, לדבריו, היא שהמטרה ההומניסטית שעמדה בבסיס כללי המשפט הבינלאומי להגן על חפים מפשע תפנה את מקומה להגנה על טרוריסטים. זאת בהתייחס לסעיף 44.3 לפרוטוקול המשלים של אמנת ג'נבה הרביעית (1949). הלה מכיר בחריג לדרישה מהלוחמים להבדיל עצמם מהאוכלוסייה האזרחית ומשמר ללוחם את מעמדו ככזה גם במצבים שאינו מבדיל עצמו מהאוכלוסייה האזרחית אך נושא את נשקו בגלוי. ישראל, ארצות הברית ובריטניה סרבו לחתום על הפרוטוקול בטענה שהסעיף הנ"ל מאפשר לחברי ארגוני טרור לזכות בהכרה כלוחמים, וכתוצאה מכך גם בזכויות המגיעות לשבויי מלחמה.

על פי גרוס (שם: 75), אין לראות בארגוני טרור לוחמים. זאת משום שאנשיהם אינם רואים עצמם כפופים לסייגי המשפט ואינם בוחלים באמצעים לקידום מטרותם: סדר עולמי חדש על פי אידיאולוגיה מיליטנטית איסלמית קיצונית המבקשת לשלוט בעולם. לשם כך הם מוכנים להקריב את חייהם ולפגוע בצד האחר רק משום היותו הצד האחר. וקסמן (1999: 203) כותב, כי הזעם שלהם מופנה לא רק כלפי המערכת הפוליטית, אלא גם נגד המערכות החברתית והתרבותית. המחאה שלהם כללית, וכך גם מטרות התקפותיהם. בעוד שבעבר יעדיהם של הטרוריסטים היו פוליטיים או צבאיים, וקורבנות אזרחיים כמעט שלא נחשפו למאבק, הרי שכיום הרג חסר הבחנה הפך למטרתו של הטרור. כל אחד הוא בגדר מטרה פוטנציאלית. יותר מכך, לטרוריסטים אין כל נקיפות מצפון ביחס למספר האנשים שיהרגו או שיפצעו.

גרוס סובר גם, כי הטרוריסטים אינם זכאים למעמד של אזרחים. זאת בהסתמך על סעיף 50 לפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה הקובע כי "נוכחות בתוך אוכלוסייה אזרחית של פרטים שאינם נופלים בהגדרה אזרחים אינה שוללת מהאוכלוסייה את איפיונה האזרחי". היות שההגנות המוקנות לאזרחים נרחבות מאשר ההגנות המוקנות ללוחמים, הרי שאם לא ראוי לראות בטרוריסטים לוחמים (וכפועל יוצא להעניק להם את ההגנות המגיעות ללוחמים) - קל וחומר שאין לראותם כאזרחים שאינם לוחמים ולהעניק להם זכויות רבות הרבה יותר. עולה, איפוא, כי המשפט הבינלאומי כיום אינו מסדיר את מעמד הטרוריסטים. הם אינם לוחמים, ואינם לוחמי חופש. הם גם אינם אזרחים.

ישראל, המתמודדת עם פיגועי תופת, שחלקם מבוצעים בידי מתאבדים, מגדירה את הטרוריסטים כ"לוחמים בלתי חוקיים". בביטוי זה הכוונה לא רק למתאבדים, אלא גם למפעיליהם וללוחמי טרור אחרים הפועלים נגד האוכלוסייה האזרחית (מודריק אבן-חן, 2005: 5). ב-2002 נחקק "חוק כליאתם של

⁴⁵ הסכמים בינלאומיים שנוסחו בוועידות השלום הראשונה והשנייה בהאג, בשנים 1899 ו-1907. הראשונה נוגעת לישוב סכסוכים בינלאומיים בדרכי שלום ובדינים ומנהגים של מלחמה ביבשה, ישום עקרונות ועידת ג'נבה מ-1864 למלחמה בים ואיסור על שימוש באמצעים צבאיים מסוימים פרי הטכנולוגיה המודרנית דאז (בין היתר נשק כימי). האמנה יצרה גם את בית הדין לבוררות שמושב בהאג. האמנה השנייה נוגעת לפתיחה במעשי איבה, הזכויות והחובות של אנשים וכוחות נייטרליים בעת המלחמה ביבשה, וכן התייחסויות שונות למלחמה ימית. ב-1925 נוסף לאמנות אלה פרוטוקול ג'נבה האוסר על שימוש בכל סוגי הנשק הביולוגי http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp.

לוחמים בלתי חוקיים"⁴⁶ בעקבות המעצר והשחרור של שמונה מתוך עשרים ואחד האזרחים הלבנוניים שהובאו/נחטפו לישראל בשנים 7-1986 ושחררו ב-2000, ואשר בהם תעסוק עבודה זו (ר' הפרק הבא).

1.2.3 הביטחון וחירויות הפרט

ארועי ה-11 בספטמבר שינו אצל מדינות רבות במערב את האיזון המשפטי שבין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם. מדינות כגון אנגליה, ארצות הברית וקנדה הגיבו בצורה דרמטית לאיומי טרור על ידי פגיעה קשה בזכויות אדם של אלו החשודים בטרור. במצב זה עלו דילמות שלא התעוררו קודם לכן: מהם כללי המשפט החלים על מאבקים שכאלו? מה מותר למדינה דמוקרטית לעשות תוך מאבקה בטרור? האם מדינה שמאוימת על ידי טרוריסטים שאינם רואים עצמם כפופים לכללי המוסר והמלחמה של המשפט הבינלאומי משוחררת מחובותיה על פי משפט זה? האם מדינה דמוקרטית אמורה "לאבד עצמה לדעת" רק כדי להוכיח שאכן היא דמוקרטית? האם המאבק בטרור חייב להיעשות במסגרת החוק בלבד? באילו מזכויות האדם מותר לפגוע, ומה היקף הפגיעה המותר בהן, כדי להגן על ביטחון המדינה והציבור? האם אזרח הפוגע במדינתו באמצעות טרור זכאי להמשיך ולהחזיק באזרחותו? האם ההתנגשות בין זכויות האדם הבסיסיות ועם אמנות בינלאומיות לבין זכות המדינה להתגונן מצדיקה שלילת אזרחות? או שמא ניתן להסתפק בשלילת זכויות אזרחיות כמו זכות ההצבעה או ההיבחרות?

על פי גרוס, כוחה של דמוקרטיה וצדקת דרכה נבחנים דווקא בשעות הקשות כשהיא נדרשת לקבל החלטות הרות-גורל הנוגעות לשאלה כיצד להגן על עצמה ועל אזרחיה תוך שמירת ערכי המוסר והצדק העומדים בבסיסה של הדמוקרטיה. בישראל, לדברי גרוס, קיימת בעיה נוספת שאינה קיימת אצל מדינות אחרות: ארגוני המחבלים, השוכנים ביו"ש וחבל עזה, תובעים להכיר בהם כלוחמי חופש הזכאים למעמד של שבויי מלחמה – הכרה שנדחתה על ידי בית המשפט בישראל על פי כללי המשפט הבינלאומי. כדי לקבוע את גבולות המותר במאבק בטרור, יש לקבוע תחילה מיהו טרוריסט ומה ייחשב כפעולת טרור.

קרמניצר (1994: 33) כותב גם הוא, כי תפיסות מסוימות של הגנה על הקיום יכולות להיות מסוכנות לערכים דמוקרטיים. בהתנגשות השכיחה בין האינטרס הקיומי-בטחוני לבין "האינטרס האחר" (למשל, חירויות האדם והאזרח) יש בדרך כלל צורך בהתערבות משפטית לטובת האינטרס האחר. זאת משום שאינטרס זה חשוף "לסכנה של התנכרות כלפיו, התעלמות ממנו, חיפזון לרמוס אותו, או לפחות של הפחתת ערכו מעבר למידה".

Shapiro (1998: 545) מגדיר את הקונפליקט המובנה הקיים בין פעילות גורמי הביטחון והמודיעין לבין מהות הדמוקרטיה כ"דילמה הדמוקרטית": גורמי המודיעין פועלים תחת מעטה סודיות ולכן קיימת סכנה שיפעלו בדרך לא חוקתית ויפגעו בחירות האזרח. כך, כאמור, חוקות וחוקים של מדינות רבות (וגם האמנה האירופית לזכויות האדם⁴⁷) מתירים פגיעה בזכות לפרטיות אם הביטחון הלאומי דורש זאת. כך, כותב נויברגר (2007: 10), בדמוקרטיה המושרשות ביותר הפגיעות הקשות בחירויות האדם והאזרח נעשו בעיתות חירום ומלחמה. הנשיא לינקולן פגע בעת מלחמת האזרחים בעיקרון הפוסל מאסר שרירותי כשהורה לעצור במעצר מינהלי, ללא משפט, עשרות אלפי אזרחים שנחשדו ב"חוסר נאמנות". במלחמת העולם הראשונה נחקק בארצות הברית חוק הריגול, בשמו הושמו במעצר פציפיסטים שיצאו נגד המלחמה

⁴⁶ חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192

⁴⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=4/25/2006&CL=ENG>

ונגד הגיוס לצבא (Brennan, 1991: 12). במלחמת העולם השנייה הוכנסו למחנות הסגר 127 אלף אזרחים ותושבים אמריקאים ממוצא יפני שהתגוררו בחוף המערבי משום שנחשדו בחוסר נאמנות למדינה רק בגלל מוצאם ותרבותם, אם כי איש מהם לא הועמד בסופו של דבר למשפט (Segal, 1994: 378)⁴⁸; ועוד. בשנות ה-70 בדקה ועדת צ'רץ של הסנאט האמריקאי את החשדות בדבר ניצול לרעה של נושא הביטחון ופגיעה בזכויות האזרח. היא קבעה כי בשנות ה-60 וה-70 פתחו שירותי הביטחון כחצי מיליון תיקים של אזרחים והוכנו רשימות של עשרות אלפים, בהם חברי ארגוני סטודנטים ושחורים רדיקלים, שיש לעוצרם במצב חירום. רק בודדים מהם עברו עבירות שהצדיקו את המעקב הקפדני (צימרמן, 1997: 125).

אזרחי ישראל הערבים נפגעו תדירות בגין "שלטון הביטחון" – הם נחשדו בחוסר נאמנות למדינה בגין קשריהם התרבותיים, הדתיים, הלשוניים והלאומיים עם מדינות ערב. בשל תפיסתם כ"גיס חמישי" פוטנציאלי הוטל עליהם לאחר קום המדינה ממשל צבאי. זה כלל הגבלות חמורות על חופש התנועה, חופש הביטוי, חופש האסיפה, חופש ההפגנה ועל חירויות דמוקרטיות אחרות. לאחר 1966 הוטלו עליהם מעצרים מנהליים, הגליות, סגירת עיתונים, פגיעה בחופש ההתארגנות הפוליטית ועוד בתוקף תקנות ההגנה (שעת חירום) (הופנונג, 1991: 317). גם הפקעת קרקעות תורצה בנימוקי ביטחון, וכמו במקרה של היפנו-אמריקאים גם במקרה של ערביי ישראל התברר שהעבירות הביטחוניות שביצעו היו מעטות.

ועדת לנדוי קבעה ש"אסור שהלחץ [בחקירה] יגיע לדרגת עינויים גופניים או התעללות בנחקר, או פגיעה חמורה בכבודו השוללת ממנו צלם אנושי", אך התירה לחרוג בנסיבות מסוימות מהעיקרון ש"אסור שחקירה תהיה מלווה בלחץ פיזי". ב-1999 הטיל בג"ץ⁴⁹ איסור על עינויים ולחץ פיזי (כולל "טלטולים" ומניעת שינה) בשם "צלם האדם" ו"טוהר נשק החקירה". אך גם הוא לא שלל הכשרה למעשה ובדיעבד של שימוש באמצעים לא חוקיים במידה שמדובר ב"פצצה מתקתקת" ובצורך עליון להציל חיי אדם. במקרה זה של "הגנת הצורך" נקבע כי תישקל הגנה לאנשי ביטחון מפני אישום והעמדה לדין, למרות שפורמלית המעשה שעשו הוא בלתי חוקי. על הדילמה הקשה שעמדה בפני שופטי בג"ץ אפשר ללמוד מדבריהם:

ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן... מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו, אך אנו שופטים.

הדיון האם עינויים (או לחץ פיזי מתון) מותרים במקרים חריגים מתנהל גם בארצות הדמוקרטיות מאז ארועי 9/11, מציין נויברגר (2007: 13). המתנגדים לעינויים מתבססים על האמנה נגד עינויים של האו"ם⁵⁰ ועל האמנה האירופית לזכויות האדם, ששוללות קטגורית כל מעשה עינוי גם בעת מלחמה ובמצב חירום. התרת חריגים, טוענים המתנגדים, תביא לפריצת הסכר, כי הרי תמיד יהיה ספק מהו מקרה חריג ומהי "פצצה מתקתקת". הם קובעים, כי עינויים מהווים פגיעה חמורה בכבוד האדם ולכן אינם יכולים להיות חוקיים - גם לא במקרים חריגים - בכל מדינה המכבדת את זכויות האדם. המחייבים הסדרה חוקית של הנושא טוענים ש"הגנת הצורך" תמוהה, משום שטמונה ביסודה התקווה שבעת הצורך יופר האיסור של עינויים ומפר החוק לא ייענש. לכן עדיף להגדיר בחוק בדייקנות מהם אותם מקרים חריגים.

⁴⁸ בשנות ה-80 קיבל הקונגרס החלטה הקובעת כי מעצר היפנו-אמריקאים היה "אי-צדק חמור", חוסר הצדקה צבאית ותוצאה של היסטריה מלחמתית ודעות קדומות, ונפסקו להם פיצויים בסך מיליארד ורבע דולר בגין מעצר שווא.

⁴⁹ בג"ץ 5100/94, 4054/95, 1043/99, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ושירות הביטחון הכללי, (נג) 817,

עם זאת, כאמור, בישראל ההגבלות על חירויות הפרט בשם הביטחון זכו, בדרך כלל, לתמיכה חוקית ומשפטית.⁵¹ השופט ברק (2002) כתב כי הניסיון הישראלי במלחמה בטרור תוך שמירה על הדמוקרטיה הפך להיות נכס שרבים מבקשים ללמוד ממנו. ברק ציין את דבריו של השופט העליון האמריקני ברנן כי לא יתפלא אם בעתיד ההגנה הכללית הניתנת לזכויות האדם בזמנים של סכנה עולמית תושפע מניסיונה של ישראל במאבקה לשמר בו-זמנית את החירות של אזרחיה ואת הביטחון הלאומי.⁵²

ברק מוסיף וכותב, כי הגישה של בית המשפט ליחס בין ביטחון וחירות מבוססת על שלוש תפיסות-יסוד: 1. המאבק בטרור נעשה "בתוך" המשפט ובכלים שהמשפט מעמיד למדינה דמוקרטית, ובכך אנו נבדלים מהטרוריסטים הפועלים נגד המשפט תוך הפרתו ורמיסתו; 2. המאבק בטרור צריך להיעשות תוך איזון ראוי בין שני ערכים ועקרונות נוגדים: אלה הקשורים בביטחון המדינה ואזרחיה ואלה הקשורים בכבוד האדם וחירותו, כשביטחון המדינה לא יכול להצדיק פגיעה בזכויות האדם בכל מקרה ובכל מצב, שכן הדמוקרטיה היא איזון ראוי בין שלטון הרוב לזכות המיעוט והיחיד; 3. כל נקודת איזון תטיל מגבלות אלו או אחרות הן על זכויות האדם והן על ביטחון המדינה. אין לקיים איזון ראוי כשזכויות האדם מקבלות את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, ואין לקיים איזון ראוי כשביטחון המדינה מקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. האיזון והפשרה הם מחיר הדמוקרטיה, כשמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה.⁵³

בהקשר זה ציין ברק, כי כאשר בית המשפט פוסק את הלכתו בדבר האיזון הראוי בין ביטחון המדינה לבין חירות הפרט הוא נתקל לא פעם בטענות שני הצדדים. שוחרי זכויות האדם טוענים כי בית המשפט מגן יותר מדי על הביטחון ופחות מדי על זכויות האדם. שוחרי הביטחון טוענים כי בית המשפט מגן יותר מדי על זכויות האדם ופחות מדי על הביטחון.

סיכום

פרק זה עמד על ההגדרות המרובות מאוד לטרור, שהמכנה המשותף להן הוא פעולה אלימה המיועדת לזרות אימה ומכוונת נגד לא-לוחמים (אזרחים). בישראל ארגון טרור מוגדר על פי הפקודה למניעת טרור. התמודדות הדמוקרטיות עם הטרור דורשת איזון בין ערכי החירות הדמוקרטית לערכי הקיום והביטחון. בין היתר, תוך הפרת סדרי הדמוקרטיה והפגיעה בחירויות הפרט בזמן חירום או סכנה לקיום הדמוקרטי. בישראל המחוקק נתן לממשל אפשרות להוציא תקנות הגנה לשעת חירום. השפעת מיתוס הביטחון הלאומי השפיע רבות גם על פסיקות בג"ץ בעניינים אלה. חוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים) מטפל בנושא המעצר המינהלי. בדקתי את שאלת ההוגנות שבמעצר זה, הנשען גם הוא על מרכזיות הטיעון הביטחוני. התייחסתי לנושא הזכות למשפט הוגן כקבוע בהכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם ובאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות. מכאן נגזרת גם שאלת מעמדם של הטרוריסטים – האם דיני המלחמה ממשיכים לחול עליהם גם בנוגע למלחמה בטרור? האם הם לוחמים, אזרחים, או אף אחד מאלה? ישראל מגדירה אותם כלוחמים בלתי חוקיים. סגרתי את הפרק בשאלת היחס שבין הביטחון לחירויות הפרט והאיזון המשפטי הנדרש בעניין זה.

⁵¹ בג"ץ 153/83, אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל: "זכות ההפגנה עשויה להתנגש עם זכותו של אדם לביטחון אישי ולשלמות גופנית ועם האינטרס הציבורי של שמירת הביטחון וסדרי ממשל דמוקרטיים; בג"ץ 680/88, מאיר שניצר ואח' נ' הצנזור הראשי ושר הביטחון: "הערכים בדבר ביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי עשויים להתנגש בערכים בדבר חופש התנועה, חופש הביטוי וכבוד האדם"; בג"ץ 253/64, סברי גרייס נ' הממונה על מחוז חיפה: "שום משטר חופשי לא ייתן ידו והכרתו לתנועה החותרת תחת אותו משטר עצמו. זכותה האלמנטרית של כל מדינה לשמור על חירותה ועל עצם קיומה מפני אויבים מבחוץ ומפני הנוהים אחריהם מבית".

⁵² W. Brennan, *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises*

⁵³ ברק בפסיקת בג"ץ - ה"ש 23

2. פרשת העצורים הלבנוניים וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

באוקטובר 1986 נפל הנווט רון ארד בשבי ארגון "אמל" השיעי בלבנון ונכלא על ידי אנשיו של מוסטפה דיראני, מבכירי הארגון. שנתיים מאוחר יותר נמכר ארד לגורמים סורים, איראנים, או לסיעה קיצונית של החיזבאללה, או שנחטף על ידם, ומאותו רגע נותק הקשר עימו. ב-1989 נחטף על ידי סיירת מטכ"ל מביתו עבד אל-כרים עובייד, מי שריכז את פעולות החיזבאללה בדרום לבנון והיה אחראי על מרבית חטיפות האזרחים הזרים באזור זה מ-1982. הוא נעצר במעצר מנהלי ללא משפט, מעצר בו נותר 13 שנה, ונמנע ממנו להיפגש עם נציגי "הצלב האדום" במטרה ללחוץ על מי שהחזיק בארד. אבל לאחר שחקירותיו של עובייד וניסיונות לשחרר את ארד באמצעות עסקה נכשלו, הוחלט בצה"ל לחטוף גם את דיראני כדי שיזרה אור על הפרשה וכדי שישמש כקלף מיקוח בהסכמים עתידיים של חילופי שבויים. במאי 1994 הוא נחטף על ידי סיירת מטכ"ל מביתו והוחזק גם הוא בישראל במעצר מנהלי בלא שאופשר לו להיפגש עם נציגי "הצלב האדום". יחד איתם נעצרו עוד 19 צעירים שנחטפו מלבנון (שניים מהם בני 15 וחטוף נוסף מפגר בשכלו).

עשרה מהם הועמדו במשך הזמן למשפט בגין "חברות בארגון עוין" וקיבלו עונשי מאסר קצרים (בין שנה וחצי לארבע שנים). אולם, לאחר תום תקופת העונש לא שוחררו מהכלא אלא נותרו בו במעצר מנהלי על פי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים). מעצרים הוארך מעת לעת בשישה חודשים נוספים על ידי נשיא בית המשפט המחוזי. על ההחלטה מ-1994 להאריך את המעצר הוגש ערעור לבית המשפט העליון, אך זה החליט על המשך המעצר, והמעצרים ביקשו לקיים דיון נוסף בפרשה.

בנובמבר 1997 ניתן פסק דין⁵⁴ שבו אישר בית המשפט את המשך החזקתם במעצר מינהלי של 10 מתוך 21 העצורים, שערערו על חוקיות מעצרים. רק במרס 1998 התיר בית המשפט לפרסם את פסק הדין בגירסה מצונזרת. פרסום זה, יחד עם מחקרים שפירסמו ארגוני זכויות אדם,⁵⁵ חשפו תמונה כמעט מלאה אודות "קלפי המיקוח" הלבנוניים, שנחלקו לשלוש קבוצות: **הראשונה** כללה 11 איש שנעצרו בלבנון בשנים 7-1986 על ידי צה"ל וצד"ל, נחטפו לישראל ונשפטו בבתי משפט צבאיים על עבירות כמו חברות בארגון עוין והחזקת נשק ונידונו לתקופות מאסר הנעות בין שנה וחצי לארבע שנים. בפברואר 1991 סיים האחרון בקבוצה זו לרצות את עונשו. **השנייה** הורכבה משישה איש שנתפסו ב-1987 על ידי המיליציה הנוצרית בלבנון ונכלאו בכלא אדוניס וב-1990 הועברו במבצע סודי לישראל, אך עד 1992 הכחישה ישראל את עצם החזקתם. הדבר התגלה לנציגי הצלב האדום באקראי במהלך ביקור בבית החולים של כלא רמלה והביא את צה"ל להודות במעצרים של השישה. אלה מעולם לא נשפטו, ולא ידוע מהן העבירות המיוחסות להם, אם בכלל, ומדוע נבחרו לשמש כקלפי מיקוח. **השלישית** כללה ארבעה לבנונים שנחטפו על ידי צה"ל בשני מבצעים צבאיים: בראשון נחטף אל עובייד (אך לא הועמד לדין למרות עבירות שונות שיוחסו לו על ידי התקשורת), כנראה עם שני שומרי ראשו.⁵⁶ בשני נחטף דיראני.

⁵⁴ עמ"מ 10/94, פלונים נ' שר הביטחון

⁵⁵ Human Rights Watch, *Without Status or Protection – Lebanese Detainees in Israel*. Vol. 9 (October 1997); Amnesty International, *Israel's Forgotten Hostages*

⁵⁶ עלפי גירסה אחרת רק אחד מהשניים היה שומר ראשו בעוד השני היה צעיר שבא לבקש את ברכתו של עובייד, משום מעמדו הדתי, לקראת חתונתו. Kershner, I., *Israel human bargaining chips*, *The Jerusalem Report*, 17.8.1998.

על פי דוח "בצלם"⁵⁷ (2000: 8-27), היות שישראל רצתה להמשיך ולהחזיק באזרחים הלבנוניים כקלפי מיקוח, ברגע שאסירי הקבוצה הראשונה סיימו לרצות את עונשם הוציא שר הפנים צו גירוש נגדם. זאת משום שעל פי חוק הכניסה לישראל⁵⁸ ניתן להחזיק במעצר אדם הממתין לביצוע צו גירוש שהוצא נגדו. באוקטובר 1988 עתר אחד העצירים לבג"ץ בטענה שצווי המעצר בלתי חוקיים, משום שהסיבה האמיתית להחזקתם במעצר איננה המתנה לגירוש.⁵⁹ הדיון בנושא התקיים במאי 1991, ובבוקרו הודיעה המדינה על ביטול צווי הגירוש, כשבמקביל חתם שר הביטחון על צווי מעצר מנהליים נגד כל הלבנונים שהיו עד אז ב"המתנה לגירוש". צוויים דומים הוצאו בהמשך נגד העצירים האחרים. עמדת המדינה היתה כי החזרת השבויים והנעדרים ממלחמת לבנון מהווה חלק אינטגרלי מההגדרה "ביטחון המדינה", ועל כן החזקת אזרחים לבנוניים כקלפי מיקוח לשם כך מותרת על פי חוק המעצרים. לטענת המדינה, החוק מתיר לעצור אדם גם אם הסכנה לביטחון המדינה אינה קשורה אישית לאותו אדם.

לאחר שבית המשפט המחוזי קיבל שוב ושוב את עמדתה של המדינה והאריך את מעצרו המנהלי של העצורים, הוגשו במהלך השנים כמנה ערעורים לבית המשפט העליון, אולם כולם נדחו (כל הדיונים הללו נותרו חסויים מעין הציבור). בכל המקרים חזר בית המשפט העליון וקבע, כי אכן החזרת השבויים והנעדרים היא חלק מביטחון המדינה ועל כן מותר להחזיק אדם למטרה זו, גם אם לאותו אדם אין שום אחריות או קשר לגורלם של אותם שבויים ונעדרים.

בספטמבר 1994 הוגש לבית המשפט העליון "הערעור המרכזי".⁶⁰ גם במקרה זה דחו השופטים, בהרכב של שלושה בראשות אהרון ברק,⁶¹ את הערעור ברוב דיעות (שלוש שנים לאחר שהערעור הוגש). בפסק הדין קבע ברק:

אין ספק בליבי כי החזרת השבויים והנעדרים לכשעצמה היא מטרה ואינטרס הנכללים במסגרת בטחון המדינה [...]. לאחר שעיינתי עיין היטב בחומר שבפני ובטענות הצדדים, נחה דעתי כי פגיעה זו [בכבוד האדם וחירותו] – קשה וכאובה ככל שהינה – מחויבת במציאות הבטחונית והמדינית, ומשקפת היא את נקודת האיזון הראויה בנסיבות המקרה בין חירות הפרט לבין ההכרח בשמירה על בטחון המדינה.⁶²

השופט דורנר, שהיתה בדעת מיעוט, לא פסלה את עצם הלגיטימיות של החזקת בני ערובה למען שחרור השבויים והנעדרים, אלא קבעה כי חוק המעצרים עליו התבססה המדינה אינו מתאים לכך. אילו דעתה היתה מתקבלת, אמרה השופטת, בית המשפט היה "דוחה לפרק זמן סביר את מועד שחרורם של המעוררים, כדי לאפשר למדינה לבחון את סמכותה ועניינה להחזיק במעוררים מכוח דין אחר".⁶³

פרקליט המעוררים עתר בבקשה לקיים דיון נוסף בהרכב מורחב, ובינואר 1999 התכנס הרכב זה לדיון בדלתיים סגורות.⁶⁴ ביוני אותה שנה הותר לפרסום כי שנה קודם לכן הורה נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט מנחם אילן, לשחרר את כל העצירים, למעט עובייד ודיראני, בנימוק כי אין עילה

⁵⁷ "בצלם", מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים, הוא ארגון בלתי תלוי שהוקם ב-1989 על ידי אנשי רוח, משפטנים, רופאים, עיתונאים וחברי כנסת. מטרתו: מאבק נגד הפרות זכויות האדם בשטחים והבאתן לידיעת הציבור, מלחמה בהדחקה ובהכחשה הקיימות בחברה הישראלית ותרומה ליצירת תרבות של זכויות אדם בישראל. הארגון מפרסם דוחות תקופתיים המכסים את נושא הפרת זכויות האדם בשטחים, בהם דוחות על עינויים, ירי קטלני בידי כוחות הביטחון, הגבלות על תנועה, הפקעת קרקעות ואפליה בתכנון ובנייה, מעצרים מנהליים ואלימות מתנחלים. <http://www.btselem.org/hebrew>

⁵⁸ חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, סעיף 13 (ג)

⁵⁹ בג"ץ 585/89, חסין פהאד כרים דקדוק ואח' נ' שר הפנים

⁶⁰ עמ"מ 10/94, פלונים נ' שר הביטחון

⁶¹ לצידו ישבו בהרכב השופטים אליהו מצא ודליה דורנר

⁶² ה"ש 55, פסקה 10 לפסק הדין של השופט ברק.

⁶³ ה"ש 55, פסקה 5 לפסק הדין של השופט דורנר.

⁶⁴ דני"פ 7048/97, פלונים נ' שר הביטחון

להחזיקם במעצר מנהלי.⁶⁵ המדינה ערערה על פסק הדין בפני בית המשפט העליון, וזה הורה לעכב את שחרורם עד שיינתן פסק הדין בנדון.⁶⁶ ביולי אותה שנה עתר פרקליטם של 19 הלבנונים, עורך דין צבי ריש, לבג"ץ כנגד בית המשפט העליון בבקשה שזה ידון לאלתר בערעור המדינה כדי לקדם את שחרור העצירים. בית המשפט דחה את העתירה על הסף.⁶⁷

במקביל להליך זה התקיים הליך נוסף סביב שחרורו של ריסאן דיראני (אחינו של מוסטפה דיראני), אחד העצירים מהקבוצה השנייה. זאת לאחר שעל פי חוות דעת מ-1990 של פסיכיאטרים מטעם משרד הבריאות הישראלי דיראני חולה בנפשו ומצבו הבריאותי התדרדר במהלך שהותו במעצר. בפברואר '97, במסגרת הארכה תקופתית של מעצרו המנהלי של דיראני, קבע נשיא בית המשפט המחוזי כי נוכח מצבו יש לשחררו.⁶⁸ המדינה ערערה על ההחלטה בפני בית המשפט העליון, שקיבל את הערעור והורה על המשך מעצרו.⁶⁹ ביוני 1998 שב והורה השופט אילן על שחרורו מאותם טעמים, למרות הפסיקה הקודמת של בית המשפט העליון. ושוב ערערה המדינה לבית המשפט העליון.⁷⁰

ב-1999 עתרו עובייד ודיראני לבית המשפט העליון, בבקשה לשחררם ושיתאפשר להם להיפגש עם נציגי "הצלב האדום",⁷¹ בטענה כי המאסרים אינם חוקיים ואינם מוסריים (גם מקום כליאתם של השניים נשמר בסוד). עובדה זו אושרה גם על ידי ראש השב"כ דאז, עמי אילון, שאמר כי "המשך החזקתם במעצר מנהלי של 19 לבנונים כקלפי מיקוח כדי לשחרר שבויים ונעדרים לא תורם או יתרום לכך – מדובר בהחזקה בלתי מוסרית שאין בה תועלת".⁷² היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, תמך אף הוא בשחרור בני הערובה,⁷³ אך בית המשפט העליון דחה את בקשת העצורים בנימוק שהם עלולים להסב נזק ממשי לביטחון המדינה. השופטים ציינו בפסק הדין כי החלטתם נעוצה בחוק המעצרים המנהליים וכי הם לא בדקו את האפשרות לעצור את המערערים מכוח דין אחר, לרבות דין שמקורו במשפט הבינלאומי. רק לאחר ערעור להרכב מורחב של השניים קבע בג"ץ⁷⁴ ברוב דעות, באפריל 2000, כי לא ניתן להמשיך ולהחזיק את העצורים במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח", ולכן יש לשחררם. בכך הפך הנשיא ברק את החלטתו הקודמת וכתב:

- (1) **לעניין סוגיית הותרת העצורים במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח" לשחרור שבויים ונעדרים,** מכוח הוראת סעיף 2(ב) לחוק: אין בה – במסגרת החוק העומד לדיון בעתירה זו – בכדי להכשיר את כל האמצעים. לא ניתן – במצב החוקי שבפנינו – לתקן עוול בעוול.⁷⁵
- (2) **לעניין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:** הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות במעצר מנהלי בו משמש העצור – אשר ממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה – קלף מיקוח היא כה חריפה, עד כי רק הוראה בחוק המעצרים אשר תקבע במפורש את תחולת החוק על מי שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה – הוראה שחוקיותה תצטרך להיבחן, כמובן, על פי אמות המידה של

⁶⁵ תיק 279/90, מעצר מנהלי. ר' בנדון: דורית גבאי ואורי היר, **הותר לפרסום: בית המשפט המחוזי הורה לשחרר 19 אנשי חיזבאללה הכלואים בארץ, מעריב, 1.6.99.**

⁶⁶ עמ"מ 4982/98, **שר הביטחון נ' פלונים**

⁶⁷ בג"ץ 688/99, **פלונים נ' נשיא בית המשפט העליון**

⁶⁸ תיק 10/94 מעצר מנהלי. ר' בנדון: יורם ירקוני, **שופט הורה לשחרר ממעצר אחיין של מנהיג חיזבאללה, ידיעות אחרונות, 29.6.98**

⁶⁹ עמ"מ 8154/97, **שר הביטחון נ' דיראני**

⁷⁰ עמ"מ 4758/98, **שר הביטחון נ' דיראני**

⁷¹ עמ"מ 5652/00, **עבייד נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(4) 913

⁷² אביב לביא, **קלפי מיקוח אנושיים**, הארץ, 17.12.1999

⁷³ שם

⁷⁴ דני"פ 7048/97, **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721

⁷⁵ שם, עמ' 744

חוק היסוד – תוכל להוביל את הפרשן למסקנה כי החוק נועד לאפשר מעצר מינהלי מסוג זה.⁷⁶

ניתן לאפשר במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון מעצר מינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו למעצרו של אדם שממנו לא נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה אך 'קלף מיקוח'. הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר המינהלי של אדם שממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה היא קשה ביותר, עד שאין להניח שהחוק נועד להשיג פגיעה קשה זו. הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה. אין מדינה כלשהי בעולם המערבי הנוקטת מעצר מינהלי של מי שאין נשקפת ממנו סכנה לביטחון המדינה.

(3) **לעניין הוראות המשפט הבינלאומי:** החזקתם של בני אדם "כבני ערובה" – ומושג זה כולל בחובו גם החזקתם של בני אדם כ"קלפי מיקוח" – אסורה היא על פי המשפט הבינלאומי (ראו סעיף 1 לאמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה (1979); סעיף 34 לאמנת גינבה הרביעית, 1949). אכן, מוכן אני להניח – מבלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבינלאומי המנהגי. כן מוכן אני להניח – מבלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה אינו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן... ישנה "חזקת התאמה" בין המשפט הבינלאומי הפומבי ובין החוק המקומי.⁷⁷

ימים ספורים לאחר מתן ההחלטה עתר מטה מותקפי הטרור לבג"ץ בבקשה לקיים דיון נוסף בנושא,⁷⁸ אך העתירה נדחתה תוך שימוש בהלכה לפיה אין מקיימים דיון נוסף בהחלטה שניתנה בדיון נוסף.⁷⁹

באותו חודש עתרה משפחתו של ארד לבג"ץ נגד שחרור העצורים, בעוד העצורים מוחזקים באוטובוס סמוך למעבר הגבול במטולה במשך כל הדיון.⁸⁰ עתירתה נדחתה, אולם בפסק הדין נגע נשיא בית המשפט אהרון ברק ביוזמה לפתוח בהליך חקיקה שיאפשר את כליאתם של אנשי כוח אויב שאינם שבויי מלחמה:⁸¹

אין לראות בעצורים הלבנוניים שבויי מלחמה. די בכך שלא מתמלאת לגביהם הוראת סעיף (2)4 (d) לאמנת גינבה השלישית... [הואיל ו] הארגונים אליהם השתייכו העצורים הלבנוניים הם ארגוני טרור, הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה.

ברק הציע חקיקת חוק שיאפשר את מעצר השניים, מה שהוביל להגשת הצעת חוק "כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה", שהפכה לבסוף ל"חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים" (מרץ 2002). בהמשך לו הוציא הרמטכ"ל צווי כליאה מכוח החוק החדש נגד עובייד ודיראני ומעצרים המנהלי לא הוארך עוד.⁸² בינואר 2004 שוחררו השניים במסגרת עסקת השבויים שקיימה

⁷⁶ שם, עמ' 742

⁷⁷ שם, שם

⁷⁸ בג"ץ 2882/00, מ.מ.ט מטה מותקפי הטרור נ' שר הביטחון (טרם פורסם), תקדין עליון 2000(2) 446

⁷⁹ בפסיקה אוזכר מקרה בשי"א 5388/95 (דני"א 7015/94) פלונית נ' היועץ המשפטי, פ"ד מט(5) 196. ר' גם ש' מיטלמן וי' לימור, מטה נפגעי הטרור עיבב שחרורם של 13 העצורים הלבנוניים, מעריב, 17.4.2000; ש' מיטלמן, בג"צ דחה בקשה לדיון נוסף בשחרור העצורים, מעריב, 18.4.2000.

⁸⁰ בג"ץ 2967/00, ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188

⁸¹ לפני שחרור העצורים נעשו ניסיונות לחקיקה "עוקפת בג"ץ" שתמנע את השחרור, בתמיכת יו"ר הכנסת אברהם בורג וראש הממשלה אהוד ברק (ב' כספית, א' קמיר, י' לימור, י' גולן – ברק השתכנע: לא לחוק עוקף בג"צ, מעריב, 18.4.2000). בשל התנגדות שר המשפטים יוסי ביילין והפרקליט הצבאי הראשי, ולאור הצעקה שקמה בעולם המשפט, הוחלט בסופו של דבר שלא לעשות זאת ולא למנוע את ביצוע החלטת בית המשפט לשחררם (בן נפתלי וגלייכגויטש, 2001)

⁸² כליאתם של השניים התאפשרה באמצעות החלת הוראת המעבר בחוק בלוחמים הבלתי חוקיים הקובעת כי הוראות החוק יחולו גם על לוחם בלתי חוקי המוחזק בידי רשויות המדינה ביום תחילתו של החוק. בית המשפט המחוזי, שדן בטענות השניים נגד חוקיות החוק במסגרת ביקורת שיפוטית על המשך כליאתם, קבע כי החלת הוראת המעבר על מי שהיה כלוא כדין קודם כניסת החוק לתוקפו אינה החלה רטרואקטיבית אסורה של החוק. ר' ב"ש 92690/02 מדינת ישראל נ' שיח עבד על כרים עביד, פדאור (8)03 93.

המדינה עם ארגון החיזבאללה, במסגרתה הוחזר האזרח אלחנן טננבאום שנחטף ללבנון שלוש שנים קודם לכן, וישראל קיבלה את גופות שלושת החיילים שנחטפו בהר דב באוקטובר 2000 – בני אברהם, עדי אביטן ועומר סואעד.

2.1 השיח בעניין חוקיות המעצר ותנאיו

מעצרים המנהלי המתמשך של עובייד ודיראני ויתר חטופי לבנון עוררה את זעמם של ארגוני זכויות אדם רבים, אשר עתרו שוב ושוב לבתי המשפט בארץ בטענה שהחטיפה והמאסר אינם חוקיים ואינם מוסריים. כך, כותב ארגון "בצלם" בדוח שחיבר בנושא הפרת זכויות האדם של אזרחי לבנון בידי ישראל (בצלם, 2000), כי הן על פי המשפט הבינלאומי והן על פי המשפט הישראלי החזקת האזרחים הלבנוניים בכלא ללא הליך משפטי כלשהו הינה בלתי חוקית בעליל.⁸³

לדברי הדוח, אמנת ג'נבה הרביעית מטילה על ישראל חובה לדאוג כי המעצר יעמוד בתנאים שנקבעו באמנה לעניין ההליך הפלילי. סעיף 71 באמנה קובע את הזכות להליך הוגן, לפיו "בתי המשפט המוסמכים של המעצמה הכובשת לא יחרצו שום גזר דין אלא לאחר שפיטה סדירה". סעיף זה קובע גם כי יש ליידיע את הנאשם בהקדם, בכתב ובשפה המובנת לו, על מהות האישומים נגדו, ולהביאו למשפט בהקדם האפשרי. סעיף 72 קובע שלנאשם תעמוד הזכות להיפגש באופן חופשי עם עורך דין לפי בחירתו.

הזכות להליך הוגן, ממשיך ואומר הדוח, מעוגנת גם באמנה בדבר הזכויות האזרחיות והפוליטיות שאושררו על ידי מדינת ישראל ב-1991. סעיף 9 לאמנה קובע, בין השאר, את הזכות לחירות ולביטחון אישי ולהגנה מפני מעצר שרירותי, את הזכות להתבשר אודות הנסיבות למעצר, הזכות להתבשר בדחיפות אודות אישומים, והזכות להיות מובא בדחיפות בפני שופט.⁸⁴ אחריותה של מדינת ישראל לדאוג לקיומו של הליך הוגן בשטח הנתון לשליטתה האפקטיבית נובעת גם מהמשפט החוקתי הישראלי. שלילת חירותו של אדם ללא הליך הוגן מהווה הפרה של סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה, או בכל דרך אחרת". כפי שקבע השופט ברק: "מן הזכות לחירות נגזרים הזכות להליך הוגן בפלילים והאיסור על נטילת חירותו של אדם ללא שמירה על כללים פרוצדורליים הוגנים ושוויוניים".⁸⁵

על פי דוח "בצלם" (שם: 30), לפי ארגון אמנסטי לפחות נגד חלק מהעצירים הופעלו עינויים במהלך חקירתם, שנמשכו עד כמה חודשים לאחר מעצמם.⁸⁶ בין היתר מצטט דוח הארגון את בילאל עבד אל חוסיין דקרו, עציר המשתייך לקבוצה הראשונה, שנעצר ב-1986 על ידי כוח משותף של צה"ל וצד"ל. לדבריו, הוא נחקר על ידי קצין צה"ל במחנה צבאי בדרום לבנון, הוכה על ידי חיילי צד"ל, ולאחר מכן נחקר במשך עשרה ימים על ידי אנשי הארגון. בין היתר עונה באמצעות מכות חשמל שניתנו על ידי אנשי צד"ל בנוכחות אנשי ביטחון ישראלים. משום הועבר למחנה צריפין בישראל, שם הוחזק בבידוד ונחקר

⁸³ הדוח מתייחס גם להחזקת אזרחים לבנוניים בכלא אל-חיאם בדרום לבנון שאליו הועברו עצורים על ידי הצבא הישראלי.
⁸⁴ מדינת ישראל רשמה בעת חתימתה על האמנה הסתייגות לסעיף זה, בטענה כי מצב החירום המוכרז מאז הקמת המדינה מונע מישראל, בנסיבות מסוימות, לקיים את כל דרישות הסעיף. הסתייגות זו אמנם מפחיתה מחובתה של ישראל ביחס להליך הוגן, כותב הדוח, אך איננה מהווה היתר לעצור אנשים ללא הליך כלשהו ליזמן בלתי מוגבל.

⁸⁵ בש"פ 527/95, ג'נימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421.

⁸⁶ Amnesty International, Israel's forgotten hostages. Op. cit., pp. 6-8.

במשך שלושה חודשים. במהלך החקירות הושב בתנוחת השאבח⁸⁷ ונמנעה ממנו שינה לפרקי זמן ארוכים.⁸⁸ לפי דיווח אמנסטי, גם יתר הלבנונים מהקבוצה הראשונה עברו מסלול חקירות ועינויים דומה.

הפרקליטות ומדינת ישראל טענו כי אמצעי החקירה של השב"כ אינם מהווים עינויים, כמשמעות המושג באמנה הבינלאומית בדבר האיסור על עינויים.⁸⁹ במאי 1997 דנה ועדת האו"ם נגד עינויים בדוח מיוחד שהגישה לה ישראל. נציגי ישראל שהופיעו בפני הוועדה הגנו על חוקיות שיטות החקירה של השב"כ, אך מסקנת הוועדה היתה חד-משמעית: שיטות החקירה שנוקטת ישראל מפרות את סעיף 16 וכמו כן מהוות עינויים כפי שהם מוגדרים בסעיף 1 לאמנה. מסקנה זו ברורה במיוחד כאשר שיטות החקירה ננקטות בשילוב זו עם זו, מה שנראה כנוהג רגיל. הוועדה ציינה, אמנם, כי היא מכירה בדילמה הנוראה בה נתקלת ישראל בהתמודדות עם איומי הטרוריסטים על בטחונה, אך הוסיפה כי במדינה שהיא צד לאמנה נגד עינויים מנועה ישראל מלהציג בפני הוועדה נסיבות יוצאות דופן כהצדקה למעשים האסורים.

במשך השנים מנעו הרשויות הישראליות מבני משפחות העצירים לבקרם בכלא (למעט חמישה עצירים מתוך הקבוצה הראשונה). הדבר הוסבר על ידי דובר צה"ל כאמצעי להפעיל לחץ על גורמים לבנוניים למסור מידע אודות רון ארד.⁹⁰ גם לאחר שנשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב אורי גורן פסק במאי 1999 כי יש לאפשר לעצירים (למעט עובייד ודיראני) ביקורי משפחה בכלא – אלה לא יצאו לפועל בגלל סירובה של ממשלת לבנון להתיר כניסת אזרחים לבנוניים לישראל. כמו כן הורה השופט גורן לאפשר לעצירים לשוחח עם בני משפחותיהם בטלפון פעם בשלושה חודשים ולהצטלם בווידיאו כדי לשלוח למשפחותיהם את הקלטות.⁹¹

⁸⁷ מתוך דוח "בצלם": "שאבח" הוא שילוב של אמצעי בידוד חושי, הכאבה ומניעת שינה המופעלים לתקופה ארוכה. "שאבח רגיל" כולל כבילה באזיקי ידיים ורגליים הדוקים אל כיסא קטן ומלוכסן, כך שהוא נוטה קדימה, וישיבתו של הנחקר אינה יציבה. ראשו של הנחקר מכוסה בשק, לרוב מזהה, ומוסיקה רועשת מושמעת ללא הרף באמצעות רמקולים. לכל אורך תקופת השאבח אין מתירים לנחקר לישון. מניעת השינה מתבצעת באמצעות האמצעים דלעיל, וכן בצורה פעילה, כשהסוהרים מנערים כל מי שמנסה לנמנם. עם זאת, במקרים רבים מופעל שאבח בתוספת וריאציות שונות: "מקרר" – חשיפת הנחקר לזוג ממו נושב אוויר קר ישירות עליו, לרוב כשהנחקר נתון בשאבח בתוך חדר החקירה; שאבח בעמידה – הנחקר עומד כשידיו כבולות לצינור המחובר לקיר שמאחוריו; שאבח בעמידה כשהזרועות משוכות כלפי מעלה מאחור – כנ"ל, אך הזרועות כבולות באופן שהן נמתחות כלפי מעלה והגוף נוטה קדימה. אמצעי השאבח הרגיל ננקטים לרוב לאורך מספר יממות רצופות, בהפסקות קצרות ביותר. מניעת השינה באופן זה היא לעיתים טוטאלית למספר ימים, ולעיתים במחזוריים של 48 שעות מניעה טוטאלית, שעות ספורות (עד חמש) של שינה בתא או בחדר החקירה, וחוזר חלילה. התקופה הכוללת בה נתונים נחקרים לשאבח יכולה להימשך שבועות ואף חודשים. חלק מאמצעי השאבח ננקטים במהלך מה שהשב"כ והפרקליטות מכנים "המתנה לחקירה", כלומר כשהנחקר אינו בחקירה עצמה ואינו בתא, אלא במסדרון או בחצר. נציגי השב"כ והפרקליטות הודו בהפעלת אמצעי השאבח הרגיל, כשאת רוב האמצעים – כבילה, כיסוי ראש והשמעת מוסיקה רועשת – תרצה המדינה לרוב כ"אמצעי ביטחון" ולא כאמצעי חקירה: כיסוי הראש בשל "חשש כי העותר יזהה נחקרים אחרים ששהו יחד עימו בהמתנה לחקירה, וזאת מאחר שזיהויים יכול היה לפגוע בחקירה ולגרום לנזק בטחוני אחר"; השימוש במוסיקה רועשת "לא נעשה כדי להציק לעותר, אלא כדי למנוע מהנחקרים מלשוחח איש עם רעהו, דבר שיכול היה לסכל את חקירתם"; כבילה בכיסא קטן "נעשית כדי לשמור על ביטחון מתקן החקירות והחוקרים". מניעת השינה הוגדרה כמתחייבת מהצורך ב"חקירה אינטנסיבית". לצד אמצעי השאבח מופעלים על הנחקרים איומים וקללות, כולל איומים ברצח ואיזכור נחקרים שמתו בעבר במהלך חקירתם או מעצרים, וכן איומים על בני משפחתו של הנחקר, חלקם בעלי אופי מיני. האיומים מוזכרים במפורש כאמצעי חקירה לגיטימי בחלק הגלוי של דוח ועדת לנדוי, שהמלצותיה אומצו.

⁸⁸ לפירוט על שיטות חקירה דומות שהופעלו על ידי השב"כ כנגד פלסטינים ר': בצלם, **עינויים כשגרה – שיטות החקירה של השב"כ**, פברואר 1998. על פי הדוח, מדי שנה נחקרים על ידי השב"כ 1,000-1,500 פלסטינים, כשכלפי כ-85% מהם מופעלים אמצעים המהווים עינויים. שיטות החקירה מופעלות מתוקף נהלים סודיים, שראשיתם בהמלצות ועדה משפטית בראשות שופט בית המשפט העליון משה לנדוי מ-1987. בין ההמלצות: שילוב "לחץ פסיכולוגי לא אלים של חקירה נמרצת וממושכת... והפעלת מידה מתונה של לחץ פיסי". נהלים אלה מעודכנים מדי פעם בהחלטת ועדת שרים מיוחדת. ועדת לנדוי הציעה גם את הכיסוי המשפטי לשימוש בשיטות אלה, המנוגדות להוראות סעיפים שונים בחוק העונשין, זאת באמצעות השימוש ב"הגנת הצורך", המסירה אחריות פלילית מעל מי שעושה "מעשה שהיה דרוש באופן מידי" להציל חיים, רכוש וכו' מסכנה של פגיעה חמורה, ונעשה באופן סביר בנסיבות העניין (סעיפים 34 ו-34ט לחוק העונשין).

⁸⁹ בג"ץ 8049/96, **מחמד עבדל עזי חמדאן נ' שירות הביטחון הכללי**, פסקה 5. עמדתה של ישראל היתה כי החקירות שבהתאם ל"כללי לנדוי" אינן מפרות את האיסורים נגד יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל הכלולים בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים, ואינם מגיעים לכדי עינויים כפי שאלה מוגדרים בסעיף 1 לאמנה.

⁹⁰ הי"ש 76, עמ' 10

⁹¹ תיק 279/90, מעצר מנהלי. ר' דורית גבאי ואורי הלר, **הותר לפרסום**, הי"ש 60

עובייד ודיראני הוחזקו במקום מסתור בבידוד מוחלט,⁹² ובניגוד לעצירים האחרים לא הורשו לקבל או לשלוח מכתבים.⁹³ יתר על כן, שניהם הם העצירים היחידים בישראל ובשטחים שהצלב האדום הבינלאומי לא הורשה לבקר. השניים עתרו בפברואר 1998 לבג"ץ בבקשה שיאפשר לצלב האדום לבקרם.⁹⁴ באפריל 1999 הורה השופט גורן לשפר במעט את תנאי כליאתם ולהתיר להם לצפות בטלוויזיה, לשמוע רדיו ולקרוא עיתונים.⁹⁵

2.1.1 הביקורת המשפטית על המעצרים

על פי "בצלם" (2000) שלילת חירותו של אדם מבלי שיואשם בעבירה כלשהי ומבלי שתיתן לו אפשרות להוכיח את חפותו, רק על סמך חשדות שהוא עלול לסכן את ביטחון המדינה, פוגעת באופן חמור בכבודו כאדם ובזכויותיו הבסיסיות ביותר, כמו הזכות לחירות ולהליך משפטי הוגן. עם זאת, הן על פי המשפט הישראלי והן על פי אמנת ג'נבה הרביעית⁹⁶ מעצר מנהלי מותר בנסיבות יוצאות-דופן.

אלא שמקרה הלבנונים חורג באופן בולט ממסגרת זו – הם הוחזקו כקלפי מיקוח ולא משום הסכנה הטמונה בהתנהגותם העתידית (דהיינו, הוחזקו כבני ערובה), ובכך היוו אמצעי בלבד לשם השגת מטרה אחרת, תוך התעלמות מאישיותם, רצונותיהם וכאבם. על פי דוח "בצלם" (שם : 31):

לקיחת בני ערובה למען מטרה כלשהי, צודקת ככל שתהיה, היא שיטה הנהוגה בידי ארגוני טרור ולא בידי מדינות מתוקנות. המשפט הבינלאומי אוסר על לקיחת בני ערובה באופן מוחלט וחד-משמעי בסעיף 3 (1) (ב) המשותף לארבע אמנות ג'נבה. איסור זה מופיע פעם נוספת בסעיף 34 של אמנת ג'נבה הרביעית הודן בהגנה על אזרחים בשטח כבוש, והפרתו מהווה "הפרה חמורה" של האמנה (סעיף 147). כלומר, מסוג ההפרות אשר, לפי סעיף 148, לא יורשה אף צד לאמנה לפתור עצמו, ושלפי חוקת בית המשפט הבינלאומי נחשב לפשע מלחמה.⁹⁷

למרות זאת, בפסק הדין בנוגע ל"ערעור המרכזי" נמנע השופט ברק מלדון באיסור של המשפט הבינלאומי על לקיחת בני ערובה משום ש"מעצרים של המערערים חוסה בצל חוק ספציפי [חוק המעצרים], ומשעה שחוק זה ופרשנותו נמצאו ראויים בנסיבות המקרה, הרי שממילא גובר החוק המקומי על המשפט הבינלאומי בהיותו הוראה ספציפית".⁹⁸

היות שחוק המעצרים, ששימש כבסיס משפטי להחזקת הלבנוניים, אינו כולל הגדרה של מה נחשב כסכנה לביטחון המדינה המצדיקה מעצרו של אדם ללא משפט, נאלצו השופטים לפרש את החוק בעצמם. השופט דורנר טענה כי כוונת המחוקק במעצר המנהלי היתה למנוע סכנה הנובעת מהעציר עצמו, כאשר הדבר לא התאפשר באמצעות הליך פלילי רגיל. לעומתה, הסתמך השופט ברק על תקדימים משפטיים בלבד, כולם פסקי דין שניתנו בערעורים קודמים של העצירים הלבנוניים בהרכב של שופט אחד. בהתייחסותו אין תקדים משפטי התומך בפרשנות זו של חוק המעצרים, וכמו כן אין בפסק דינו שום

⁹² במאי 1997, לבקשת ארגון HRW, הותר לעו"ד אביגדור פלדמן להיפגש עם דיראני לראשונה, בתנאי שזה לא יחשוף אף פרט אודות העציר, מקום הכליאה ותנאיה – יוסי מלמן, **לבד אבל פחות, הארץ**, 3.8.97.

⁹³ מידע זה נמסר לארגון HRW על ידי אשתו של מוסטפה דיראני, זינב אמין, בבירות במרץ 1997.

Human Rights Watch, Without status of protection, op. cit., p. 30

⁹⁴ בג"ץ 4758/98, **פלונים נ' שר הביטחון**. ר' גם: דורית גבאי, **עובייד ודיראני עותרים לבג"ץ**, מעריב, 5.2.98.

⁹⁵ יורם ירקוני, **מנהיגי חיזבאללה שנחטפו בלבנון יזכו לראשונה לצפות בטלוויזיה, ידיעות אחרונות**, 29.4.99.

⁹⁶ סעיף 78

⁹⁷ Rome Statute of the International Criminal Court Law, Article 8 (war crimes), 2 (viii)

http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/99_corr/cstatute.htm

⁹⁸ עמ"מ 10/94, פסקה 15 לפסק הדין של השופט ברק

אסמכתא משפטית אחרת שתחזק את פרשנותו לחוק המעצרים. שאלה אחרת היתה כמה זמן ניתן להחזיק בני אדם במעצר מנהלי כקלפי מיקוח. השופט ברק הכיר בבעייתיות זו, אך נמנע מלקבוע מסגרת זמן כלשהי להמשך מעצרים.

עובדה זו כשלעצמה, טוען "בצלם", מהווה פגיעה קשה בזכויות האדם, שכן נלקחת ממנו יכולת התכנון של עתידו, בין אם כאדם חופשי ובין אם כעציר. משום המצב הנפשי הקשה בו נתונים עצירים מנהליים, בייחוד כשאין הגבלה חוקית על הזמן שניתן לשלול את חירותם ללא משפט, יש לראות בהחזקתם של האזרחים הלבנוניים כ"קלפי מיקוח" לזמן בלתי מוגבל יחס או עונש אכזריים ובלתי אנושיים (בצלם, שם: 32).

כאמור, הוועדה נגד עינויים של האו"ם אימצה את הטיעון הזה ובמסקנותיה לגבי ישום האמנה נגד עינויים בישראל המליצה לשנות את פרקטיקת המעצר המנהלי בשטחים כך שתעמוד בדרישות סעיף 16 של האמנה.⁹⁹

פסק הדין של בית המשפט העליון מעלה שאלה נוספת: מהו הבסיס הראייתי על פיו קבעו שופטי הרוב, כי הלבנונים שערערו אכן עשויים לתרום לשחרורו של רון ארד? מדובר בדוח חסוי שהגישה הפרקליטות כתשובה לערעור הלבנונים לבית המשפט העליון (כנראה בסוף 1995) המכיל הערכות מודיעיניות בנדון. בקשת המערערים לחקור את מחבר הדוח, לעיין בו, או לחקור את בא-כוח שר הביטחון נדחו על ידי בית המשפט.¹⁰⁰ על סמך דוח זה קבע השופט ברק, כי "שחרורם של המערערים יביא לפגיעה ממשית בביטחון המדינה, בכך שיפגע הוא אנושות במשא ומתן לשחרורם של השבויים והנעדרים".¹⁰¹ לעומתו, התרשמה השופטת דורנר מאותו דוח כי אין אפילו אפשרות סבירה שהמו"מ לשחרור השבויים יפגע אנושות בגלל שחרור המערערים.¹⁰²

הפרשן המשפטי משה נגבי התייחס לסכנה הטמונה בהחלטת המדינה להשתמש בבני ערובה כאמצעי להחזרת שבויים ונעדרים ישראלים. לדבריו, לישראל לא תעמוד כל עילה, משפטית ומוסרית, אם מדינה שכנה תעצור "בשם הביטחון" תיירים ישראלים או יהודים תמימים ותודיע שהם יישארו בכלא עד שישראל תצטרף לאמנה נגד הפצת נשק גרעיני ותאפשר ביקורת בינלאומית בכור בדימונה. במקרה זה ישראל לא תוכל לכפור בכך שלשכנותיה אינטרס ביטחוני בביקורות כאלה, שאינו נופל במאומה מן האינטרס שבשמו הכשיר בית המשפט העליון חטיפתם וכליאתם של אזרחים לבנונים על מנת להשתמש בהם כ"קלפי מיקוח".¹⁰³

חקיקתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הובילה לביקורת ציבורית נוספת. על פי מודריק (2005), היוזמה לחקיקת החוק היתה נעוצה בניסיון לעגן את אינטרס המדינה בפדיון שבוייה בדבר חקיקה ממלכתית, תוך הסתמכות על אדני המשפט הבינלאומי ובד-בבד אימוץ הסדרים מהחקיקה הפנימית (למשל ההסדרים המצויים בחוק המעצרים המנהליים). בפני ועדת החוץ והביטחון של הכנסת הופיעו ארגונים לזכויות אדם ואזרח כדי להציג את עמדותיהם,¹⁰⁴ והוגשו גם חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת ושל היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בהמשך לכך הציעה הוועדה לממשלה לנסח

⁹⁹ Concluding observations of the Committee against Torture: Israel 18.5.98. A53/44 par. 241.

¹⁰⁰ ה"ש 88, פסקה 18 לפסק הדין של השופט ברק.

¹⁰¹ שם, פסקה 16

¹⁰² שם, פסקה 4 לפסק הדין של השופטת דורנר

¹⁰³ משה נגבי, **טרור וזים בגושפנקה רשמית**, מעריב, 13.3.98.

¹⁰⁴ בין אלה: האגודה לזכויות האזרח, בצלם, אמנסטי ולשכת עורכי הדין בישראל.

מחדש את הצעת החוק לקראת הבאתה לדיון במליאת הכנסת, והממשלה הציגה את "הצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"א-2000". יו"ר הוועדה דאז, ח"כ דן מרידור, אף פנה אל היועצת המשפטית של הוועדה כדי שתחווה דעתה האם הצעת החוק תואמת את כללי המשפט הבינלאומי והאם היא עומדת במבחנים החוקתיים כדי שיהיה אפשר להמשיך בהליכי החקיקה. היועצת אישרה את הנוסח.

ואולם, טוענת מודריק (2005 : 10), הצעת החוק והחוק משקפים הסדרים בעייתיים שאינם עולים בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ופרשנותן המקובלת ומעוררים קשיים בכל הקשור לנורמות הכלולות בהם. אבן הגוף הראשונה בחוק מצויה, לדבריה, כבר בשמו – "לוחמים בלתי חוקיים". הוויכוח על תוקפה של קטגוריה זו הפך רלוונטי מאז ארועי 11/9 ולאחר פלישת ארצות הברית לאפגניסטן וכליאת לוחמי הטאליבן, אזרחים אפגניים, בבסיס הצבאי האמריקני בגואנטנמו, קובה. הממשל האמריקאי מגדיר אותם כ"לוחמים בלתי חוקיים" והם אינם זכאים לא למעמד של שבויי מלחמה על פי אמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה ולא לזכויותיהם של אזרחים המוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית.

בדברי ההסבר להצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מובהר, כי החוק מבקש להשתלב בהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי ולא לסתור אותן: "החוק המוצע בא לעגן את הסמכות, העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לכלוא איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה עד לתום פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין אותו כוח". אלא שההסדרים הקבועים בחוק, ובראש וראשונה הגדרת הקטגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים", אינם משקפים את מגמותיו ומטרותיו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ומאמצים באופן סלקטיבי את הוראותיו.

המשפט הבינלאומי, כפי שעולה גם מחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת, בתגובה להצעת החוק שהונחה בפני ועדת החוץ והביטחון, עו"ד צבי ענבר, אינו מכיר בקטגוריית הביניים שבין לוחם לאזרח, דהיינו לוחמים בלתי חוקיים, או בהוצאה אל מחוץ לחוק של אדם הנמצא בידי כוחות הצד שכנגד. סעיף 2 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובע כי אחד מן התנאים להכללת אדם בקטגוריה זו הוא "שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים [לו] מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבינלאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית".¹⁰⁵ סעיף זה גם קובע את התנאים המגדירים "לוחם", ולכאורה כל מי שאינו ממלא אותם – אינו לוחם. המונח מתייחס גם לאלה שאינם מתאימים לקריטריונים הקבועים בסעיפים 43¹⁰⁶ ו-44 לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנת ג'נבה הרביעית.¹⁰⁷ הפרוטוקול נועד להקל את התנאים הקבועים את מעמד הלוחם ולאפשר בכך את ההגנה על לוחמי גרילה (המזוהים עם לוחמי חופש) באמצעות הכללתם בדיני המלחמה. סעיף 434 קובע תנאי כי לוחמי גרילה אינם יכולים למלא את רוב התנאים שנקבעו באמנת ג'נבה השלישית, אלה המקשים על לוחמה המאופיינת על ידי סודיות והסתר. לכן,

¹⁰⁵ התנאים המנויים בסעיף 4 וקבועים מי הזכאים למעמד שבוי מלחמה הם: 1. אנשי כוחות חמושים של הצדדים הלוחמים וכן מיליציה ומתנדבים המהווים חלק מכוחות אלו; 2. אנשי כוחות מיליציה ומתנדבים אחרים, לרבות תנועות התנגדות מאורגנות, המשתייכים לצד אחד של הסכסוך ופועלים בתוך הטריטוריה שלהם או מחוץ לה, גם כשטריטוריה זו כבושה ובלבד שהם נושאים את הסימנים שפורטו באמנת האג (ר' עמ' 16) או מלווים את הכוחות החמושים בלי להיות חלק מהם (כתבים, קבלני אספקה, יחידות עבודה או שירותים) בתנאי שהם פועלים בצורה מוסכמת ונושאים תעודת זיהוי מתאימה; 5. אנשי צוות של אוניות סוחר וכלי טיס אזרחיים של צדדים לסכסוך שאינם זכאים ליחס טוב יותר על פי הוראה כלשהי של המשפט הבינלאומי; 6. תושבי טריטוריה לא כבושה, שעם התקרב האויב נוטלים לידיהם נשק באופן ספונטני כדי להתנגד לכוחות הפולשים בלי שהיתה להם שהות להתארגן ביחידות צבאיות סדירות ובתנאי שהם נושאים את נשקם בגלוי ומכבדים את דיני המלחמה ומנהגיה.

¹⁰⁶ סעיף זה קובע, כי הגדרת הלוחמים הסדירים והבלתי סדירים היא אחידה. הסעיף המגדיר את המונח "לוחמים" קובע שלוחמים הם חברי הכוחות החמושים של כל קבוצה אשר סרה למרותו של מפקד אחראי, ובכלל זה קבוצות המייצגות ממשלה או רשות שהאויב אינו מכיר בה.

¹⁰⁷ Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (7/12/1978), 125 U.N.T.S 3 (protocol 1) מתוך 161 מתוך 199 המדינות החברות באו"ם. כמה מסעיפיו נחשבים למשפט מנהגי. ישראל וארצות הברית לא צרפו את חתימותיהן.

קבוע הסעיף, התנאי היחיד לקבלת מעמד של לוחם הזכאי למעמד של שבוי מלחמה הוא נשיאת נשקו בגלוי בזמן הפעולה הצבאית וכשהוא גלוי לעין. אלה המכונים לוחמים בלתי חוקיים אינם ממלאים את התנאים המנויים בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, ובהם נשיאת סימן מבחין קבוע וציות לדיני המלחמה, וכן את התנאי היחיד הנדרש בפרוטוקול הראשון: נשיאת נשק בגלוי. משום כך הם אינם זוכים למעמד של שבוי מלחמה כשהם נתפסים בידי האויב.

על פי סעיף 2 בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים – המשקף את עמדת מדינת ישראל שאושרה בפסיקת בית המשפט העליון – אין לראות בארגוני טרור ארגוני לוחמים שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליהם, זאת משום שהם לא ממלאים לפחות את אחד מתנאי הסעיף באמנה: לציית לחוקי המשפט הבינלאומי. המשמעות המעשית של תפיסה זו היא יצירת קטגוריה המצויה בין אזרחים לבין לוחמים – לוחמים בלתי חוקיים. אולם המשפט ההומניטרי כאמור אינו מקבל הותרת אנשים המצויים בשדה הקרב, בין אם כלוחמים או כקורבנות, ללא הגנה. על כן – כותבת מודריק – ניתן להניח כי הקודיפיקציה של המשפט ההומניטרי מסתייגת מההגדרה "לוחמים בלתי חוקיים". לדבריה, המשפט הבינלאומי אינו מבקש להעניק מעמד מלא של שבוי מלחמה למי שלא מילא תנאים המזכים אותו לכך, אך הוא עדיין מציע את הגנתה של אמנת ג'נבה הרביעית ואת מעמד האנשים המוגנים גם לאלה. מכאן שלעצם קיום הקטגוריה אין משמעות בכל הקשור למעמדם של אנשים אלה. דהיינו, החלוקה שעושים דיני המלחמה בין המעמדות של אנשי האויב היא בין לוחמים לאזרחים ולא בין הלוחמים לבין עצמם.

האמנה הרביעית עוסקת באזרחי אויב שאינם שבויי מלחמה וקרויים "מוגנים" (protected persons). סעיף 50 לפרוטוקול הראשון, הקובע מי הם אזרחים, מחזק את ההבחנה. גם מי שאינו זכאי להגנתה של אמנת ג'נבה הרביעית, משום שאינו נמנה עם בני הצד האחר בסכסוך, לא נותר חסר הגנה. סעיף 45(3) לפרוטוקול הראשון קובע, כי אדם שהשתתף במישרין בלחימה ואינו זכאי להגנות המסורות לשבויי מלחמה על פי אמנת ג'נבה השלישית, ובד בבד אינו מוגן באמנת ג'נבה הרביעית, יהיה זכאי להגנות המסורות על פי סעיף 75 לפרוטוקול, המונה את רוב הזכויות הבסיסיות הניתנות לעצור בעת מעצרו והמבטיחות לו הליך משפטי הוגן. דהיינו, המשפט ההומניטרי מעניק הגנה לכל מי שמצוי באיבו של הסכסוך, בין שהוא לוחם או שאינו לוחם.

עם זאת, המשפט ההומניטרי מכיר בהבחנה בין פעולות לוחמה חוקיות לפעולות לוחמה בלתי חוקיות, שעליהן הלוחם עלול לעמוד למשפט ולהיענש בהתאם למשפט הפנימי או הבינלאומי. על פי הפרוטוקול הראשון זכאותם של לוחמים למעמד של שבויי מלחמה רחבה יותר והוא נשמר גם אם הפרו את דיני הלחימה (כולל לוחמי גרילה) – עובדה כנגדה יצאו מומחים רבים (ר' למשל דינשטיין, 1983: 2-111) ובגללה לא צרפו ישראל וארצות הברית את חתימתן לפרוטוקול. סעיפים 85 ו-99 לאמנת ג'נבה השלישית מאפשרים להעמיד לדין את מי שביצע פעולות החורגות מדיני הלחימה של המשפט הבינלאומי, וכך גם המשפט ההומניטרי לא מותיר את כל ההגנות בידי אזרחים שסייעו לפעולות הלחימה או השתתפו בהן.¹⁰⁸ הסעיף גם מאפשר לשלול מאזרחים אלו זכויות הניתנות בדרך כלל לעצורים אם הענקתן תסכן את ביטחון המדינה (החלפת מכתבים, ביקורים של אנשי "הצלב האדום" ואנשי דת, ועוד). עם זאת, לא ברור אם הסעיף מאפשר מעצר אזרחים במצבים שקשה ואף בלתי אפשרי לבחון את אשמתם (למשל התנאים המאפשרים מעצר מנהלי ובהם שימוש בראיות חסויות). הפרשנות המקובלת היא כי יש לממש את הסעיף

¹⁰⁸ סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית

במקרים חריגים, שבהם אפשר להעריך שההאשמות המיוחסות לעצורים תובלנה להליכים פליליים, וכי אין ליישמו במקרים שהחשד אינו מבוסס דיו.

לפיכך, כותבת מודריק (2005: 23), הקטגוריות המתאימות לאנשים המשתייכים לארגונים המבצעים פעולות לוחמה נגד ישראל הן: **א. לוחמי גרילה**: סעיף 44 לפרוטוקול הראשון מאפשר לשפטם ולהענישם בגין פעולות שאינן ממלאות תנאים מסוימים, כגון תקיפה מתוך אוכלוסייה אזרחית, תקיפת מטרות אזרחיות ושימוש באזרחים כלוחמים (למשל, הפעלת מתאבדים). ישראל מתנגדת להכיר בארגוני הטרור כארגוני לוחמים שאנשים זכאים להגנת שבויי מלחמה בגין עצם הלחימה ובגין פעולות חוקיות שביצעו במהלכה. ואכן, קשה לקבל את ההנחה שחברי ארגונים ששמו להם למטרה להשמיד מדינה, עם, או דת (בניגוד לארגונים שמטרתם שחרור מעול כיבוש) יהיו מוגנים מפני העמדה לדין גם כשהם מבצעים פעולות שאינן נחשבות לפשעי מלחמה. שנית, לא ברור אם כל מי שמוגדר פעיל בארגון הוא גם "לוחם". **ב. מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית**: זו עוסקת באנשים שסייעו לארגונים עוינים או תמכו בהם ומאפשרת לשלול חלק מההגנות המסורת על פי האמנה מאנשים שהשתתפו בפעולות ריגול וחבלה או סיכנו את ביטחון המדינה. סעיף זה ממלא את הדרישה שלא להותיר בלא משפט או מעצר אנשים שהשתתפו בפעולות הלחימה בלי שהוגדרו "לוחמים" ובכך ביצעו פעולה בלתי חוקית.

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אינו מתיישב עם הוראות המשפט הבינלאומי גם בהסדריו ומשליך על רמת הפגיעה והקיפוח של זכויות האדם שבהם. הסמכות לכליאה מניעתית מצומצמת מאוד על פי המשפט הבינלאומי.¹⁰⁹ סעיפים 42, 43 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית מאפשרים את מעצרו של אדם שהוא אזרח אויב כשהדבר מתחייב לחלוטין מדרישות הכרחיות של ביטחון הכוח העוצר. על פי סעיף 42 אין להוסיף ולכלוא אדם כאשר סיבות אלה חדלות להתקיים. סעיף 46 קובע כי הכלוא ישוחרר לא יאוחר מתום פעולות האיבה. עילת הכליאה על פי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים רחבה בהרבה, כותבת מודריק - לכאורה היא דורשת לבדוק את מסוכנותו האישית של הלוחם, אך למעשה היא קובעת בסעיף 7 לחוק חזקה שעצם השתייכותו לכוח אויב היא ראיה למסוכנותו. חזקה זו אינה מתיישבת עם הוראות הדין הבינלאומי.

האמנה לא קבעה את אמות המידה לדרישות שבהן צריך לעמוד הכוח העוצר, ולא את אמות המידה להערכת מסוכנות, אך מפרשנות לאמנת ג'נבה של פיקטה¹¹⁰ עולה כי עצם השתייכותו של אדם לכוח אויב אינה יכולה להיחשב כאילו היא יוצרת איום על ביטחון המדינה. לדבריו, "למדינה צריך להיות יסוד סביר להניח שמעשיו, ידיעותיו, או כישוריו של האדם שבו מדובר מלמדים שהוא מהווה איום ממשי על ביטחון המדינה העכשווי או העתידיי". מסקנה זו אינה מתיישבת עם הטענה שעצם השתייכותו של אדם לארגון עוין היא עילה להגדרתו כמסוכן. עם זאת, השופט כספי קבע בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין מעצרו של השייחי' עובייד על פי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, כי למדינה יש שיקול דעת רחב (כפי שקובעת גם אמנת ג'נבה הרביעית) כשהיא קובעת את שיקולי הביטחון ההכרחיים המשמשים בסיס למעצר.

¹⁰⁹ סעיף 19(1) של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1996 (ר' נספח 2) קובע את זכותו של כל אדם שלא להיות נתון במעצר או במאסר שרירותיים. סעיף 2(9) קובע חובת הודעה לעציר על הנימוקים למעצרו ועל ההאשמה המועלית נגדו. סעיף 14 קובע את זכויותיו של כל אדם להליך הוגן, בכלל זה זכותו לעמוד לדין בלא שהיה יתירה, זכותו להשמיע את טיעונו בפומבי לפני בית המשפט וזכותו לסניגור.

¹¹⁰ Jean S. Pictet, *The Geneva conventions of 12 August 1949: commentary*.
http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Geneva_conventions-1949.html

אי-התאמה נוספת בין החוק לבין המשפט בינלאומי נוגעת לשאלה מתי פעולות האיבה מסתיימות. מטרת החזקתם של שבויי מלחמה היא להבטיח את הוצאתם ממעגל הלוחמים,¹¹¹ ועל כן כשיש יסוד לחשש שבחזרתם ישוּבו וישתלבו בפעילות עוינת - אין לשחררם (דינשטיין, 1983 : 124). לעומת זאת, עצם החזקה בחייל או בגופת חייל בידי כוח אויב אינה מלמדת על המשך פעולות האיבה ולכן אי-אפשר לבסס עליה כשלעצמה טיעון בדבר קיום מצב מתמשך של פעולות איבה. אין להתנות את שחרור השבויים שבידי צד אחד בחזרתם של שבוייו למולדתם - התניה הסותרת את מטרת סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית - להביא לחזרתם המהירה של השבויים לארצותיהם, והופכת את החזקתם ללקיחה של בני ערובה. על פי דינשטיין (שם), מועד שחרור השבויים אינו תלוי בקיומם של הסכס שביתת נשק או אמנת שלום. בהיעדר הסכם כלשהו יש לבצע את השחרור באופן חד-צדדי.

על פי המשפט הבינלאומי חל איסור על לקיחת בני ערובה, דבר הנחשב לפשע מלחמה.¹¹² זהו אחד מהסעיפים המנהיגים שישראל מחויבת בהם מכוח קליטתם הישירה אל החוק הפנימי. ואכן, בדיוני בית המשפט העליון בעניין העצורים הלבנוניים קבעה השופטת דורנר כי היות שממשלת ישראל טענה כי העצורים אינם שבויי מלחמה, הרי החזקתם משולה להחזקת בני ערובה ועל כן ישראל אינה רשאית להמשיך ולהחזיק בהם. במסקנותיה הסתמכה דורנר על סעיף 1 של האמנה נגד לקיחת בני ערובה,¹¹³ שישראל הצטרפה אליה ב-1980, ועל סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 1 אוסר על החזקת אדם, או על איום על חייו, במטרה לתבוע ממדינה או מאישיות משפטית בינלאומית לבצע דבר-מה או להימנע מכך.¹¹⁴ סעיף 34 נכלל בהוראות שהפרתן נחשבת ל"הפרה חמורה" של האמנה.¹¹⁵

לדברי דורנר, בין שמדובר בהוראות הסכמיות או מנהגיות, לנוכח חזקת ההתאמה בין הוראות המשפט הפנימי למשפט הבינלאומי אי-אפשר לומר כי החוק הישראלי מאפשר החזקת בני ערובה. גם השופט ברק כתב, כי חזקת ההתאמה בין המשפט הבינלאומי למשפט הפנימי מחזקת את מסקנתו שהתכלית האובייקטיבית של חוק המעצרים המנהליים אינה מתירה החזקת עצורים במעצר כקלפי מיקוח או כבני ערובה.¹¹⁶

לעומתם גרס השופט חשין, כי הגדרת המונח "בני ערובה" במשפט הבינלאומי לא התכוונה לכלול לוחמי אויב המוחזקים בידי הצד הנגדי עד לסיום פעולות האיבה. אולם, טוענת מודריק (2005 : 28), אילו הכירה ישראל בעצורים כלוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה, היא היתה יכולה לטעון להחזקתם עד לסיום פעולות האיבה לפי סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית - כל זה בהנחה שמדובר באנשים השייכים לארגוני טרור ואמורים לשוב ולהמשיך בפעילות איבה נגד ישראל. אולם העצורים אינם מוגדרים לוחמים, והיות שישראל לא יכולה להוכיח את מסוכנותם האישית, נדמה כי הם מתאימים להגדרת "בני ערובה" על פי המשפט הבינלאומי.

¹¹¹ ולכן עליהם להיות מוחזרים למדינותיהם מיד בסיום פעולות הלחימה - אמנת ג'נבה השלישית, סעיף 118.

¹¹² אמנת ג'נבה הרביעית - סעיף 147

¹¹³ International Convention Against the taking of hostages, G.A. Res. 146, U.N. GAOR 34th sess., supp. (no. 46), at 245, U.N. doc A/34/146 (1979).

¹¹⁴ סעיף 1 לאמנה קובע: "אדם אשר תופס או עוצר אדם אחר (להלן: "בן הערובה") ואשר מאיים להרגו, לפצעו, או להמשיך להחזיק בו כדי להכריח צד שלישי - כלומר מדינה, ארגון בינלאומי, אישיות טבעית, אישיות משפטית, או קבוצת אנשים - לעשות דבר-מה או להימנע מעשותו כתנאי מפורש או משתמע לשחרור בן הערובה - עובר עבירה של לקיחת בני ערובה על פי אמנה זו".

¹¹⁵ ר' ה"ש 107

¹¹⁶ דני"פ 7048/97, פלוניס נ' שר הביטחון, עמ' 3-742

2.1.2 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מול חוק המעצרים המנהליים וחוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹¹⁷ (ר' נספח 3) קבע את הזכות לחירות כזכות חוקתית מהמעלה הראשונה, שכל זכויות היסוד מושתתות עליה¹¹⁸ והיא ערך פרוס על דברי החקיקה כולם.¹¹⁹ החוק מאפשר אמנם לפגוע בזכויות שהוא מעגן, אך רק בכפיפות לדרישות המינימום הקבועות בסעיף 8 שלו ("פסקת ההגבלה") ושבהן חייב לעמוד כל חוק חדש. שתי דרישותיה הראשונות של פסקת ההגבלה – "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (עקרון המידתיות) – נענות על ידי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית הזכאית להגן על עצמה מפני איומים מבית ומחוץ גם במחיר פגיעה בזכויות אדם.¹²⁰ גם התכליות שלמען נוסח החוק – החזרת השבויים והנעדרים והגנה על ביטחון המדינה תוך מניעת חזרתם של אנשי כוחות אויב למעגל הלחימה – הן תכליות ראויות. אולם לדברי מודריק בחינת סעיפי החוק מובילה למסקנה שחלקם אינו עולה בקנה אחד עם הדרישה שהפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

כך, ההגדרה "פגיעה בביטחון המדינה" כעילת מעצר צומצמה בדיון הנוסף בעניינם של העצורים הלבנוניים למסוכנות אישית הנובעת מן העצור, כך שאי-אפשר לעצרו כדי להבטיח אינטרסים בטחוניים אחרים של המדינה (כמו שחרור שבויים ישראלים מידי האויב). השופט ברק קבע, כאמור, כי איזון האינטרסים בין השמירה על ביטחון המדינה ובין השמירה על כבודו וחירותו של אדם, המתחייב מחוק המעצרים המנהליים, אינו מאפשר לעצור אדם שממונו עצמו לא נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא משמש רק קלף מיקוח. בן-נפתלי וגלייכגויטש (2001: 94) מציינים, כי אמנת ג'נבה הרביעית מספקת בסיס למעצרו של אזרח אויב מבלי להאשימו בביצוע עבירה, אך קובעת כי הדבר ייעשה רק למטרת מניעה, מטעמי ביטחון הכרחיים. האמנה מעגנת אמצעי בקרה למעצר¹²¹ וקובעת מועד שחרור בתום התקיימות שיקולי הביטחון שהיו בסיס למעצר, ומוקדם ככל האפשר לפני סיום פעולות האיבה. אמנת ג'נבה השלישית מאפשרת, בתנאים מיוחדים מאוד,¹²² להעמיד לדין שבויי מלחמה, אך גם אז מדובר באמצעי אישי ולא קולקטיבי.

גם נושא מסוכנותם של העצירים, המיוחסת לעצם השתייכותם לארגון עוין, לא הוכחה ובסופו של דבר נקבע כי הם אינם מסכנים את ביטחונה של המדינה. נוסח סעיף זה (7) בחוק מתיישב עם דעתו של השופט קדמי שסבר כי לא חטאו של העצור הוא הסיבה למעצרו אלא כוחו של המעצר למנוע פגיעה בביטחון המדינה, ולפיכך די ש"העצור יקשור את עצמו בהתנהגותו לחטאו של אחר" כדי שמעצרו יידרש כדי למנוע סכנה לביטחון המדינה, אולם עמדתו לא התקבלה כאמור על דעת רוב השופטים. גם השופט כספי הציע לנתק את הדרישה המופיעה בסעיף 3(א), לפיה יימצא בידי הרמטכ"ל "יסוד סביר להניח", מן החזקה הקבועה בסעיף 7. כלומר, אין די בכך שאדם שייך לארגון עוין כדי להגדיר אדם כלוחם בלתי חוקי ולקבוע

¹¹⁷ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ב 1391. תיקון ס"ח תשנ"ד 1454

¹¹⁸ ס' 1

¹¹⁹ בג"ץ 2320/98 אלמעלה נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נב(3) 346

¹²⁰ עמ"מ 10/94 פלוניס..., וכן בחוות דעתו של עו"ד שלמה שהם, היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהוגשה לוועדת החוץ והביטחון בספטמבר 2000, לקראת חקיקת החוק.

¹²¹ סעיפים 79-135 לאמנת ג'נבה הרביעית.

¹²² בסעיף 5 לאמנת ג'נבה השלישית מדובר באדם הנעצר כמרגל או מחבל או כחשוד של ממש בפעולה לרעת הצד העוצר, ובכללה הפרת דיני המלחמה – אז יראו אותו כאילו הפסיד את זכויותיו לפי האמנה.

כי שחרורו יפגע בביטחון המדינה, ועליו להסתמך על יותר מאשר מסקנה זו,¹²³ שכן קביעת עצם השתייכותו לארגון עוין כראיה לפגיעה בביטחון המדינה היא פגיעה העולה על הנדרש בחירות האדם.

לדברי מודריק (2005 : 36), ההנחה ששחרורו של מי ששייך לארגון עוין יפגע בביטחון המדינה היא חזקה ניתנת לסתירה. מלשון הסעיף ברור, כי כוונת המחוקק היתה להטיל את נטל ההוכחה על הכלוא המבקש לסתור את החזקה, אולם דבר זה בעייתי ביותר בהליך שבו על הכלוא להתמודד פעמים רבות עם ראיות החסויות ממנו ומעורך דינו, אך המבססות את הצו. מה גם שהאמצעים העומדים לרשותו לסיפוק הוכחות מוגבלים ביותר. בית המשפט העליון הכיר בצורך להגמיש את מידת ההוכחה המוטלת על הנאשם ולמעשה קבע כי נטל ההוכחה מוטל דווקא על הרשות המנהלית, בעיקר בעניין הביקורת התקופתית של הארכת המעצר.¹²⁴

בעיה אחרת בחוק נוגעת לסעיף 5 הקובע כי אפשר לעצור לוחם בלתי חוקי בטרם הבאתו לפני שופט למשך 14 יום ממתן צו הכליאה. סעיף 3(ג) לחוק מבקש לאזן את הפגיעה בחירות החשוד עם זכותו לחירות באמצעות קביעת מנגנון המורה על הבאת הצו לידיעת הכלוא בהקדם האפשרי ומאפשר לו לטעון את טענותיו לפני קצין בדרגת סגן אלוף ומעלה שימנה הרמטכ"ל. לדברי מודריק, קשה להשתכנע שסמכות כליאה כה נרחבת בטרם הבאה לפני שופט עומדת בעקרון המידתיות הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²⁵

לדברי מודריק (שם), לפי סעיף 5 לחוק נתונה סמכות הביקורת השיפוטית על החלטת הרמטכ"ל בידי שופט בית המשפט המחוזי, והחלטה זו ניתנת לערעור בפני בית המשפט העליון בתוך 30 יום. סעיף 3 כולל דרישה שלרמטכ"ל יהיה "יסוד סביר להניח" את קיומה של עילת המעצר. השאלה העולה היא מה היקף הביקורת השיפוטית שלפיה על השופט למצוא אם מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3 כדי לשקול את ביטול צו הכליאה. בית המשפט העליון ביקש לצמצם את מידת התערבותו בשיקול דעתה של הרשות המנהלית ולהגבילה לבחינת סבירות ההחלטה, אלא שמדובר בהחלטה שלה השלכה קשה ביותר על הגבלת החירות (בעיקר כשחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מאפשר לכלוא אדם לפרק זמן כמעט בלתי מוגבל) – דבר המחייב בחינה מעמיקה שתיעשה בידי רשות שיפוטית עצמאית. בהיעדר בחינה כזאת מתקיים חוסר מידתיות בין הפגיעה בחירות האדם ובין השגת התכלית והתועלת לציבור. שנית, הרמטכ"ל – מכוח מטרת הסמכות שהופקדה בידיו, יראה בראש מעייניו את ביטחון המדינה, נקודת מבט שעשויה שלא להעניק את המשקל הראוי לחירות העצור. שלישית, אם הביקורת השיפוטית מצטמצמת רק לבחינת סבירותו של שיקול הדעת של הרמטכ"ל על בסיס החזקות המשפטיות שבחוק, היא מאבדת את משמעותה ואת ערכה.

בן-נפתלי וגלייכגויטש מוסיפים (2001 : 5-94), כי החוק אינו מאפשר ביקורת שיפוטית על עצם החזקת כלוא במעצר, שכן הוא מאפשר לנשיא בית המשפט המחוזי לבחון רק האם העצור הוא "איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה".

לדברי מודריק (שם : 45), גם הסעיפים הקובעים את דרכי הבאתן של הראיות לפני בית המשפט פוגעים קשות בזכות הכלוא למשפט הוגן. החוק מאפשר שימוש בראיות חסויות, שהוא פעולה הפוגעת פגיעה של ממש ביכולת הכלוא להפריך את הטענות המועלות נגדו. החוק מטיל על העצור את הנטל לסתור את

¹²³ ב"ש 92690/02 שיח עובייד

¹²⁴ בג"ץ 792/88 מטור נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג (3) 543, עמ' 547; בג"ץ 466/85 אבו בקר נ' שופט בית הדין הצבאי בשכם, פ"ד מ (3) 649, עמ' 650.

¹²⁵ בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241, קבע השופט זמיר כי בכל מעצר יש להביא את העציר בדחיפות לבית המשפט ולא יאוחר מ-24 שעות.

קביעת שר הביטחון אם כוח מסוים מבצע פעולות איבה נגד ישראל, או אם טרם תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד המדינה – קביעה שתשמש לפי סעיף 8 בחוק הוכחה בכל דיון משפטי. נטל זה קשה מנשוא על העציר.

היות שהחוק קובע כי תעודה של שר הביטחון היא שתקבע אם הסתיימו פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין הכוח עימו נמנה העצור, והוא אינו קובע זמן מקסימלי למעצר ואינו מפרט את הקריטריונים על פיהם יחליט שר הביטחון - הרי שמצב האיבה עלול להימשך שנים רבות, בדומה למצב החירום בו מצויה ישראל מיום הקמתה. אמנות גינבה קובעות גם הן כי שבויי מלחמה ישוחררו רק עם תום מעשי האיבה, אך הדעת נותנת כי מנסחיהן לא צפו לנגד עיניהם מצב מתמשך של עשרות שנות "מעשי איבה" המצדיק החזקת שבויים שבמעצר שאורכו עלול לעלות על אורך חיי השבוי.

בעיה קיימת גם בנוגע לסעיף 9 של החוק, המאפשר נקיטת הליכים פליליים נגד הלוחמים הבלתי חוקיים בלי לייתר את סמכות כליאתם על פי עילת המעצר המצויה בסעיף 3 – הוראה שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ועם המגמה המאפיינת את השימוש במעצרים מנהליים. על פי המשפט הבינלאומי אפשר לנקוט הליכים פליליים נגד שבויי מלחמה בגין מעשים בלתי חוקיים שעשו, ובו-בזמן להחזיק בהם כשבויים ולספק להם את ההגנה המגיעה להם מפני הדין הפלילי בכל הנוגע לפעולות הלחימה החוקיות שביצעו. מצד שני – כותבים בן-נפתלי וגלייכגויטש (שם: 95) - אמנת גינבה הרביעית מאפשרת העמדה לדין פלילי של מי שנחשב אזרח, אך זאת בתנאי שכובדו כל זכויותיו המשפטיות. כליאה אינה תחליף להעמדה לדין פלילי.

עוד כותבת מודריק (שם: 49), כי אילו ישראל הכירה בכלואים על פי החוק כלוחמים חוקיים, היא היתה יכולה להעמידם לדין בגין המעשים הבלתי חוקיים שעשו. אלא שהיעדר הבחנה בין מעשיהם החוקיים של הלוחמים, המאפשרים להחזיק בהם כשבויים, ובין מעשיהם הבלתי חוקיים שבגינם אפשר לשפוט אותם יוצר מצב בעייתי ולא ברור מבחינת המשפט הבינלאומי. יתר על כן, השתייכותם לארגון עוין משמשת הן בסיס לכליאתם בלא משפט והן בסיס להענשתם לאחר הרשעה בדין.

סיכום

פרק זה בחן את שאלת המחקר דרך פרשת עובייד-דיראני. ממנה עולה שאלת חוקיות המעצר המינהלי המתמשך, בעיקר לצורך החזקת העצורים כ"קלפי מיקוח" וכבני ערובה. עובדה זו עוררה בעניין השבויים הלבנוניים זעם רב בקרב ארגוני זכויות אדם בארץ ובעולם, שעתרו לבג"ץ תוך ציטוט אמנת גינבה המטילה על ישראל חובה לדאוג כי המעצר יעמוד בתנאים שנקבעו בה. בין היתר – הליך הוגן והזכות להגנה מפני מעצר שרירותי. לדברי העותרים, ישראל מחויבת להליך הוגן גם על סמך המשפט החוקתי הנוהג בה, ושליטת חירות אדם ללא הליך הוגן מהווה הפרה יסודית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא כל שכן, כשעל פי דוח ארגון "בצלם" לפחות נגד חלק מהעצורים הופעלו עינויים. מדינת ישראל טענה בתגובה, כי חקירות השב"כ אינן מהוות עינויים כמשמעות המושג באמנה הבינלאומית בדבר איסור על עינויים, אולם ועדת האו"ם נגד העינויים שבדקה את הנושא קבעה כי ישראל הפרה את האמנה הבינלאומית.

סקרתי בפרק זה את הביקורת המשפטית הרחבה על המעצרים ועל החוק לכליאתם של לוחמים בלתי חוקיים שקיבלה הכנסת. בין היתר, הטענה שהחוק אינו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ופרשנותו המקובלת, שאינן מכירות בקטגוריית ביניים בין לוחמים לאזרחים. על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, חל איסור על לקיחת בני ערובה – דבר הנחשב לפשע מלחמה. עובדה זו לא נסתרה משופטי בית המשפט העליון, שבסופו של דבר הורו על שחרור העצורים.

3. דיון ומסקנות

הדיון המרכזי שבו עסקה עבודה זו נוגע למאבקה של הדמוקרטיה בטרור. אולם, בניגוד לדילמות הקשות המתעוררות בנוגע לחיסולים ממוקדים, הרג חפים מפשע, ואפילו גירוש והריסת בתים של אזרחים פלסטינים או זרים, נושא המעצר של אזרחי מדינת אויב המוגדרים כ"לוחמים בלתי חוקיים" (טרוריסטים) לצורך שימוש בהם כ"קלפי מיקוח" (או בני ערובה) מאיר באור צורב יותר את נושא כבוד האדם וחירותו. כפי שכתבו השופטים פרוקצ'יה, לוי ובייניש בפסק דינם¹²⁶ בנוגע למעצרים של תושבי רצועת עזה שנעצרו במעצר מנהלי: החוק מקנה לרשויות סמכות למעצר "לוחמים בלתי חוקיים" – מי שנוטלים חלק בפעולות איבה או נמנים עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, ושלא מתקיימים לגביהם התנאים המקנים מעמד של שבויי מלחמה. יש לבחון את הוראות המעצר שבחוק [כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים] מתוך שאיפה להגשים ככל הניתן את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סמכויות המעצר שבחוק פוגעות פגיעה משמעותית וקשה בחירות האישית של העצור, המוצדקת בנסיבות מתאימות להגנה על ביטחון המדינה. עם זאת, נוכח עוצמת הפגיעה, ובהתחשב בחריגות אמצעי המעצר, יש לפרש בצמצום ככל הניתן את הפגיעה בזכות לחירות, כך שתהא מידתית להשגת התכלית הביטחונית בלבד. את החוק יש לפרש באופן המתיישב ככל הניתן עם נורמות המשפט הבינלאומי להן מחויבת מדינת ישראל, אך בהתאם למציאות המשתנה בשל הטרור.

מילים רבות נכתבו על התמודדות הדמוקרטיות עם הטרור, בעיקר לאחר ארועי 11/9, כשהממשל האמריקני הסיר את הכפפות ביחס למלחמה בטרור הגלובלי, ואיתו גם ארצות מערב אחרות. ישראל לא היתה צריכה להמתין לנפילת מגדלי התאומים וההתקפה על הפנטגון כדי לגבש דרכי התמודדות עם הטרור. היא מתמודדת איתו מאז קומה במה שהוא "מצב חירום" מתמשך. היא מאבדת אזרחים בהתקפות טרור מתאבדים, בירי טילים ורקטות, או בפיוגים אחרים. והיא נאלצת להתמודד עם ארגוני טרור רבים הקמים לכלותה. במצב זה, המאבק חורג מה"לגיטימיות" של שדות הקרב הרגילים, וכך גם כללי המשחק. על פי כללים אלה חטיפת חיילים ואזרחים, והשימוש בהם כמגן אנושי בקרב, או כאמצעי מיקוח, הם ארועים שאיתם נאלצת הדמוקרטיה להתמודד. לעיתים תוך הפעלת אמצעים המעמידים בסימן שאלה את כללי המשחק הדמוקרטיים, או אלה הנקוטים על פי אמנות בינלאומיות.

במקרה אותו בחרתי לבדוק בעבודה זו שורטטה סוגיית היסוד של הדמוקרטיה - כבוד האדם וחירותו – בהתנגשה עם נושא ביטחון המדינה. במקרה הזה: מעצרים ללא משפט של שבויים לבנוניים על פי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לצורך שימוש בהם כקלפי מיקוח במשא ומתן להחזרתם של הנווט רון ארד ושבויים אחרים. בין השאלות שהתעוררו בהקשר לפרשת עובייד-דיראני: האם דינם של אזרחים לבנוניים הפעילים בארגון טרור כדין לוחמים רגילים, או כדין אזרחים, ואולי כהגדרת הממשל הישראלי – לוחמים לא חוקיים? האם עצם החברות בארגון טרור הופכת את החבר בהכרח לטרוריסט? האם נכון, מוצדק ומוסרי לשבות אזרחים שאינם מהווים איום ממשי ומיידי על ביטחון המדינה רק כדי לחלץ מידע על שבויים שלנו שבידי האויב (מה גם שבמקרה הנוכחי לא היה ברור כלל שהשבויים הלבנוניים יכולים לסייע בהספקת מידע)? האם מוצדק ומוסרי להחזיק שבויים כבני ערובה למטרה זו? האם מוצדק ומוסרי להחזיק שבויים במעצר בלא שאלה ייהנו מהזכויות המוקנות לכל שבוי מלחמה, או אדם המואשם בפלילים, כשהם אינם מהווים איום ברור ומיידי על ביטחון המדינה, רק כאמצעי לחץ על משפחותיהם או

¹²⁶ ע"פ 6659/06, פלוני נ' מדינת ישראל, סב (4) 329

חברי הארגון שלהם? האם חוק שמאפשר החזקה במעצר ללא הגבלת זמן יכול להתקיים במדינה דמוקרטית החתומה על אמנות בינלאומיות? ועוד, ועוד.

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התקבל בכנסת בעקבות פרשת עובייד-דיראני, לאחר ששופט בית המשפט העליון אהרון ברק הורה לשחררם בנימוק שאין הצדקה להמשיך ולהחזיקם בכלא כמי שמהווים סיכון ביטחוני למדינה. זאת לאחר כחמש שנות מעצר, שבמהלכם לא הורשו להתראות עם נציגי "הצלב האדום" ובני משפחותיהם, ושלפחות במקרה של עובייד ודיראני נותר במקום חסוי ותחת צו איסור פרסום. חוקיות החוק הועמדה לראשונה לביקורת בית המשפט העליון ביוני 2008, כשנדון ערעורם של תושבי רצועת עזה שנכלאו מכוח החוק בשל השתייכות לחיזבאללה.¹²⁷ נשיאת בית המשפט, השופטת בייניש, קבעה בפסק דינה כי החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ועדיין, בית המשפט לא בחן את חוקיותה של חזקת המסוכנות הקבוצתית. הביקורת השיפוטית של בתי המשפט המחוזיים על מעצרים נוסח אלה של תושבי עזה ולבנון, שהצטברה עם השנים, הביאה באוגוסט 2008 לתיקון החוק,¹²⁸ כשנוספו בו הוראות הנוגעות לסמכות הכליאה הראשונית של הלוחם הבלתי חוקי, לקביעת מקום כליאתו ולזכותו להיפגש עם עורך דין ומניעתה. כמו כן הוקם בית דין צבאי מיוחד מכוח החוק שתפקידו לדון בנושא לוחמים בלתי חוקיים.¹²⁹

עובדה זו, כמו גם העובדה שבית המשפט העליון לא קיבל את הגישה הממסדית הישראלית לפי קיימת קטגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים" (שאינה מוכרת כאמור במשפט הבינלאומי ולא במסגרת אמנות האג וג'נבה), מצביעות על כך שמאבקה של הדמוקרטיה הישראלית בטרור זרוע שאלות, אי-בהירויות והתנגשויות חוקיות, כמו גם עם התנגשות עם אמנות בינלאומיות, שהן גם בעלות השלכות ביטחוניות, חברתיות, כלכליות ועוד. כך, למשל, מציין קרצמר (1995), כי בגישתו לאכיפת אמנת ג'נבה על ידי בתי המשפט הפנימיים של מדינת ישראל אימץ בית המשפט העליון הלכה שצמצמה את כפיפותן של הרשויות לאכיפה אפקטיבית של כללי המשפט הבינלאומי. לאור הגישה שבית המשפט נקט בפרשנות הוראותיה של האמנה – הפכה הלכה זו לבעלת משמעות תיאורטית בלבד. אולי משום שחוסר הנייטרליות של בית המשפט נוגע לעובדה שהדיון בעתירות של אזרחים ערבים – אם זה תושבי השטחים, ובעיקר מי שנתפסים כתחרימים בארגוני טרור – עלול להיתפס לא כסכסוך בין הפרט לבין רשות מרשויות השלטון, אלא כסכסוך בין אויב חיצוני לבין המדינה. במצב זה גוברת הנטייה של בית המשפט לתת גיבוי לרשויות המדינה המנהלות את הסכסוך עם האויב. נטייה זו של בית המשפט מתחזקת כשהוא מתבקש להכריע על פי נורמות "חיצוניות" (כמו אמנת ג'נבה).

במקרה זה הפירוש השיטתי של בית המשפט את האמנה הוא לטובת המדינה, דבר שקיבל הכשר מפורש בפסק הדין של נשיא בית המשפט העליון שמגר בפרשת עפו.¹³⁰ על פיו, "יש להעניק להוראות שהן דו-משמעיות אותה פרשנות שהיא בעלת התוצאות המגבילות המועטות ביותר על ריבונותו של הצד לאמנה, או אשר מטילה אותן התחייבויות שהן הפחות מכבידות".¹³¹ לדעת קרצמר, לגישה זו בפרשנות אמנות,

¹²⁷ ר' ה"ש 122

¹²⁸ חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תיקון והוראת שעה), התשס"ח-2008

¹²⁹ ב-2008 הסמיכו הרמטכ"ל גבי אשכנזי ונשיא בית הדין הצבאי לערעורים, האלוף שי יניב, את אל"מ ארז פורת, נשיא בית הדין הצבאי של פיקוד צפון וחיל הים, לשמש כנשיא בית הדין הצבאי המיוחד ולהיות מופקד על הטיפול בנושא מטעם צה"ל.

¹³⁰ בג"ץ 785, 845/87, 27/88, עפו נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 4

¹³¹ שם, 152

שאינן לה זכר באמנת האמנות, אין מקום כשמדובר באמנה הדנה בזכויות האדם,¹³² ובכלל זה זכויות הומניטריות. היא גם עומדת בניגוד גמור לעיקרון המופעל על ידי בית המשפט העליון בפרשנות הוראות חוק הנוגעות לזכויות-יסוד.¹³³

עוד מוסיף קרצמר (שם: 95), כי הנטייה של בית המשפט העליון בישראל לפרש את אמנת ג'נבה בהתאם לפירוש הנוח ביותר לרשות המבצעת אינה חריגה והיא מתיישבת היטב עם תופעה כללית הנוגעת לאכיפת המשפט הבינלאומי בבתי משפט פנימיים – נטייתם למצוא דרכים שונות כדי להתחמק מאכיפת נורמות של המשפט הבינלאומי בשל התנגדות הרשות המבצעת להחלתן.¹³⁴

תימוכין לדברים אלה ניתן למצוא גם לאורך התנהלותו של בית המשפט העליון בפרשת עובייד-דיראני. בעוד היועץ המשפטי לממשלה, ראש השב"כ אילון ובכירים אחרים טוענים כי אין סיבה להמשיך ולהחזיק את העצירים הלבנוניים כקלפי מיקוח (או בני ערובה) במהלך ניסיונות השבתם לישראל של השבויים הנמצאים בלבנון – דחה בית המשפט העליון שוב ושוב את עתירותיהם של העצורים (אם באמצעות עורכי-דינם ואם באמצעות ארגונים לזכויות אדם). רק עם התרבות העתירות, עם הדליפות לתקשורת בדבר המעצר החסוי, ומעורבות של ארגונים בינלאומיים כמו "אמנסטי" ומקומיים כמו "בצלם" – הוא נעתר והורה על שחרורם של העצירים בנימוק שהושמע על ידם כל משך מעצרו: כי הם אינם מהווים סיכון ביטחוני. ועדיין, כדי להחזיק את עובייד ודיראני במעצר הציע השופט ברק לחוקק חוק מיוחד שיכיר בעצם קיומה של קטגוריית "לוחמים בלתי חוקיים".

בעבודה זו הבאתי את דבריהם של מומחים שונים בנוגע להתנגשות שבין גישת בית המשפט העליון בישראל (וודאי ערכאות משפטיות נמוכות יותר) בכל הנוגע למעצר מנהלי וליחס ל"לוחמים בלתי חוקיים" ובין המשפט ההומניטרי הבינלאומי והאמנות עליהן חתומה ישראל (בעיקר אמנות ג'נבה ואמנת האג).

אמנם, גם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שקבע את הזכות לחירות כזכות חוקתית מהמעלה הראשונה ואשר כל זכויות היסוד מושתתות עליה, מאפשר לפגוע בזכויות שהוא מעגן, אך זאת כאמור רק בכפיפות לדרישות המינימום הקבועות בסעיף 8 שלו ("פסקת ההגבלה") ושהן חייב לעמוד כל חוק חדש. שתי דרישותיה הראשונות של פסקה זו – "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (עקרון המידתיות) – נענות על ידי חוק כליאתם של לוחמים חוקיים, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית הזכאית להגן על עצמה מפני איזמים מבית ומחוץ גם במחיר פגיעה בזכויות אדם. גם התכליות שלמען נוסח החוק – החזרת השבויים והנעדרים והגנה על ביטחון המדינה תוך מניעת חזרתם של אנשי כוחות אויב למעגל הלחימה - הן תכליות ראויות. אולם מודריק (2005) מוכיחה כי בחינת סעיפי החוק מובילה למסקנה שחלקם אינם עולים בקנה אחד עם הדרישה שהפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

כך, ההגדרה "פגיעה בביטחון המדינה", ששימשה כעילת מעצר במשך חודשים ארוכים, צומצמה בסופו של דבר לעניין מסוכנותו האישית של העצור, כך שאי-אפשר לעצרו כדי להבטיח אינטרסים בטחוניים אחרים של המדינה (כמו שחרור שבויים ישראלים מידי האויב). השופט ברק קבע, כאמור, כי איזון האינטרסים בין השמירה על ביטחון המדינה ובין השמירה על כבודו וחירותו של אדם, המתחייב מחוק המעצרים

¹³² הגישה נדחתה במפורש על ידי בית הדין האירופאי לזכויות האדם. ר' J.G. Merrills, *Development of international law of the European Court of Human Rights* (1988), 70-1. מצוטט אצל קרצמר, 93.

¹³³ למשל: בג"ץ 75/76, הילרון בע"מ נ' המועצה ליצור פירות ושיווקם, פ"ד (3) 645, 651; ד"נ 9/77, חברת החשמל נ' הארץ, פ"ד (3) 337, 359.

¹³⁴ קרצמר מפנה בעניין זה למאמרו של אייל בנבנשתי, "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט בארץ", משפטים כא (תשנ"ב) 221.

המנהליים, אינו מאפשר לעצור אדם שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא משמש רק קלף מיקוח. בן-נפתלי וגלייכגויטש (2001) מציינים, כי הגם שאמנת ג'נבה הרביעית מספקת בסיס למעצרו של אזרח אויב מבלי להאשימו בביצוע עבירה, היא קובעת כי הדבר ייעשה רק למטרת **מניעה**, מטעמי ביטחון **הכרחיים**. אמנת ג'נבה השלישית מאפשרת להעמיד לדין שבויי מלחמה, אך גם אז מדובר באמצעי אישי ולא קולקטיבי.

בעיה אחרת בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אותה ציינתי היא זו הנוגעת לסעיף 5 הקובע כי אפשר לעצור לוחם בלתי חוקי בטרם הבאתו לפני שופט למשך 14 יום ממתן צו הכליאה. לדברי מודריק, קשה להשתכנע שסמכות כליאה כה נרחבת בטרם הבאה לפני שופט עומדת בעקרון המידתיות הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, לפי אותו סעיף נתונה סמכות הביקורת השיפוטית על החלטת הרמטכ"ל בידי שופט בית המשפט המחוזי (כשסעיף 3 כולל דרישה שלרמטכ"ל יהיה "יסוד סביר להניח" את קיומה של עילת המעצר). בית המשפט העליון ביקש לצמצם את מידת התערבותו בשיקול דעתה של הרשות המנהלית ולהגבילה לבחינת סבירות ההחלטה, אלא שמדובר בהחלט שלה השלכה קשה ביותר על הגבלת החירות (בעיקר כשחוק לוחמים בלתי חוקיים מאפשר לכלוא אדם לפרק זמן כמעט בלתי מוגבל) – דבר המחייב בחינה מעמיקה שתיעשה בידי רשות שיפוטית עצמאית. בהיעדר בחינה כזאת מתקיים חוסר מידתיות בין הפגיעה בחירות האדם ובין השגת התכלית והתועלת לציבור. שנית, הרמטכ"ל סביר שישים בראש מעייניו את ביטחון המדינה, דבר שעלול שלא להעניק את המשקל הראוי לחירות העצור.

בן-נפתלי וגלייכגויטש (2001) מוסיפים, כי החוק אינו מאפשר ביקורת שיפוטית על **עצם החזקת כלוא במעצר**, שכן הוא מאפשר לנשיא בית המשפט המחוזי לבחון רק האם העצור הוא "איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה". גם הסעיפים הקובעים את דרכי הבאתן של הראיות לפני בית המשפט פוגעים קשות בזכות הכלוא למשפט הוגן, כשהחוק מאפשר שימוש בראיות חסויות, שהוא פעולה הפוגעת פגיעה של ממש ביכולת הכלוא להפריך את הטענות המועלות נגדו. היות שהחוק קובע כי תעודה של שר הביטחון היא שתקבע אם הסתיימו פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין הכוח עימו נמנה העצור, והוא אינו קובע זמן מקסימלי למעצר ואינו מפרט את הקריטריונים על פיהם יחליט שר הביטחון - הרי שמצב האיבה עשוי להימשך שנים רבות (מצב החירום בו מצויה ישראל מיום הקמתה), מה שאומר כי החזקת השבויים עשויה לעלות על אורך חיי השבוי.

עוד ציינתי, כי בעיה קיימת גם בנוגע לסעיף 9 של החוק, המאפשר נקיטת הליכים פליליים נגד הלוחמים הבלתי חוקיים בלי לייתר את סמכות כליאתם על פי עילת המעצר המצויה בסעיף 3 – הוראה שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ועם המגמה המאפיינת את השימוש במעצרים מנהליים.

לדברי מודריק (2010), היות שההגדרות שמציע המשפט ההומניטרי למושגים "לוחמים", "אזרחים" ו"אזרחים המשתתפים ישירות בלחימה" אינן מצליחות להתמודד עם הבעיות שיוצרת הלחימה בטרור, ובעיקר הוא אינו מצליח להבטיח את אחד העקרונות המכוונים אותו כאשר מנסים ליישם את עקרון המטרות הלגיטימיות בהיבט מסוים של הלחימה בטרור – הלחימה באזרחים המשתתפים בפעילות טרור – הרי שיש לאתר נורמות ומנגנונים אחרים שיסייעו בפתרון. לדעתה, יש בכוחן של נורמות משפט זכויות האדם – ביניהן הזכות למשפט הוגן - והמכניזמים של משפט זה כדי להסדיר את הסוגיה. זאת במטרה להביא לכך שברירת המחל באשר לפעילי טרור תהיה מעצר, ולא ירי כדי להרוג, אך גם משפט הוגן.

משפט זכויות האדם, וכן האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות,¹³⁵ קובעים סטנדרטים מינימליים להליך הוגן. המשפט ההומניטרי מכיר בזכות למשפט הוגן של עצירים ושבויים באמת גינבה הרביעית, שקובעת כי בשום מקרה אין למנוע מאדם את זכותו למשפט הוגן אף אם מדובר בשעת חירום,¹³⁶ ובסעיף 75 לפרוטוקול הראשון. בכל הנוגע ללחימה בטרור הצורך להבטיח את ההבחנה בין לוחמים לאזרחים מחייב לתת קדימות למנגנונים הנגזרים מן הזכות למשפט הוגן על פני עקרון המטרות הלגיטימיות.

לדברי זמיר (1989: 29), "מדינת ישראל נחלצה מן הנחשלות בתחום זכויות האדם, כפי שהיא מתבטאת בתחיקה, בעיקר בזכות בית המשפט העליון, בפסיקות שהורכבו זו על זו תוך יצירת מטמורפוזה של החקיקה. הוא ייחס למחוקק כוונה לקיים ולכבד את זכויות האדם, ובהתאם לכך הטיל על כל רשות שלטונית, בקשר לכל סמכות, חובה להתחשב בזכויות האדם. במקום שבו נוצר ניגוד בין זכות של אדם לבין אינטרס של הציבור – דרש בית המשפט מהשלטון לאזן בין האינטרסים הנוגדים." זה המבחן השיפוטי העיקרי, לדבריו, המגן על זכויות האדם, ולפי מבחן זה "אין השלטון רשאי לפגוע בזכות מזכויות האדם מעבר למידה הסבירה בנסיבות העניין", כשאת מידת הסבירות קובע בית המשפט ולא השלטון.

דברים אלה נכונים גם לפרשת עובייד-דיראני ולדרך שבה נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, כאבולוציה של צרכים בטחוניים וצרכי הפרט (גם אם הוא האויב) על בסיס אמנות בינלאומיות והמשפט הבינלאומי ההומניטרי. למעשה, במקרה זה שינה השופט אהרון ברק את דעתו ואת פסיקותיו הקודמות והגן על זכויות האדם שנפגעו במשך שנים ארוכות מעבר למידה הסבירה בנסיבות העניין. אלא שכאמור, בהמלצתו של ברק חוקק החוק, המציב גם הוא בעיות רבות בעומדו מול חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כדי למנוע התנגשות זו בין זכויות האדם לצרכי הביטחון, ובהקשרם של אלה המוגדרים כ"לוחמים בלתי חוקיים" העומדים ותלויים באזור דמדומים משפטי, כהגדרתם של בן-נפתלי וגלייכגויטש (2001: 98), הם מציעים כי ניתן לעגן את המשך החזקתם של לוחמים שאינם אזרחים ושאינם מוגנים על ידי אמנת גינבה השלישית בישראל על בסיס היות מעמדם אנלוגי למעמדם של שבויי מלחמה אשר החזקתם מותרת עד לסיום פעולות האיבה. הדימיון בין לוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה לבין לוחמי גרילה שנתפסו ואינם זכאים לו נובע ממטרתה הנורמטיבית של אמנת גינבה השלישית. קריאה טלאולוגית באמנה זו מחייבת למקמה במסגרת אמנות דיני המלחמה האחרות הואיל ואמנות אלו משלימות זו את זו. השלמה זו, בתורה, מצביעה על מטרתם המרכזית של דיני המלחמה: להבטיח כי כל המעורבים במלחמה, אזרחים כלוחמים, ייהנו מסטטוס המקנה הגנה. על יסוד ההיקש האמור ניתן גם להחזיק בעצורים באופן העולה בקנה אחד עם מטרתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, עם הוראות המשפט הבינלאומי ועם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פתרון זה מייתר, לדבריהם, את החוק, שאינו עומד במבחן החוקתיות ובאמות המידה של נורמות המשפט הבינלאומי. לדבריהם, האנלוגיה יונקת מעקרון השוויון ובנויה על הרעיון שיש להתייחס באופן דומה למקרים דומים. מזווית זו היא מאפשרת למלא חללים משפטיים באופן העולה בקנה אחד עם נורמות קיימות. על פי תפיסה זו מתן כל הזכויות לעצורים להם זכאים שבויי מלחמה, כמו ביקורי הצלב האדום, חליפתת מכתבים וכו' לא יפגום משמעותית בביטחון המדינה ואולי אף יסייע ביצירת קשר עם שבויים ונעדרים ישראלים המצויים בידי האויב. הענקת סטטוס זה עשויה למנוע את יצירת מסך המסתורין, וכפועל נלווה לו את ההאדרה לה זכו בלבנון אנשים כדיראני ועובייד בעקבות מעצרים.

¹³⁵ סעיף 14

¹³⁶ למשל, סעיף 5 לאמנת גינבה הרביעית

מודריק (2005 : 55) מסכמת את נייר העמדה שלה בקביעה, כי מבחינת שלטון החוק המהותי מתבקשת בחינה נפרדת של הוגנות האמצעי לפי צדקתו ומוסריותו. המוסריות והצדק של אמצעי השולל זכות או פוגע בה מתגלמים בין השאר בתשובה על השאלה אם האמצעי מקדם את ההגנה על הכבוד האנושי. על כך יש להוסיף, כי אמצעי הפוגע פגיעה קשה בחירות – טעון הצדקה גורפת בשל הקדימות שיש לעיקרון זה על פני עקרונות אחרים בחברה דמוקרטית-ליברלית, אלא שאין הצדקה כזו בעניין שנידון בעבודה זו. "חוק המאפשר מעצר אדם על סמך ראיות חסויות והמעמיד אותו בקשיים בניסיון לסתור את הבסיס למעצרו אינו מקדם את ההגנה על הכבוד האנושי".

משום כך, לדבריה, יש לבטל את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, היות ששום סעיף מסעיפיו אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. זאת ועוד – החוק בכללו אינו עומד במבחן התאמת האמצעי למטרה. "לא ברור כלל שמדובר באמצעי יעיל בהתמודדות עם ארגון מחבלים, ופרשת החטופים הלבנוניים מוכיחה זאת – התכלית של שחרור רון ארד או השגת מידע על אודותיו לא הושגה, ולעומת זאת הוברר כי חטיפה מצד ישראל או החזקת בני ערובה בידיה ממריצות את הצד האחר לחטוף חיילים או אזרחים ישראלים, כפי שהוכיחה חטיפתו של אלחנן טננבאום. חטיפה מסוג זה מאלצת את ישראל לשחרר מחבלים, ושחרור מחבלים יוצר סיכונים ישירים ועקיפים בתחום הטרור ופוגע במאמץ להתמודד עם ארגוני מחבלים." כל שכן כשהחוק אינו מביטח דבר מבחינה משפטית בכל הקשור למטרתו: "לא בטוח שכוונתו היא לכלוא את חברי הארגונים הבלתי חוקיים עד תום פעולות האיבה הננקטות נגד ישראל בידי הארגונים שאליהם הם משתייכים. עובדה היא שמחבלים מסוכנים מוחזקים דווקא במעצר מנהלי (שלא לפי חוק זה), שמטרתו למנוע מאדם, שישנן ראיות בקשר אליו המוכיחות שהוא מסוכן לביטחון המדינה, לממש את כוונותיו. הרושם שהחוק יוצר הוא שמדובר כנראה באסמכתא חוקית להחזקת בני ערובה בניגוד למשפט הבינלאומי."

בכך היא נתמכת גם על ידי זמיר (שם : 33), הכותב כי הסודיות האופפת את ענייני הביטחון ומלווה אותם אל כס המשפט מכבידה מאוד על השופטים לברר ולאמת את העובדות המוצגות בפניהם על ידי הרשות הביטחונית, ולעיתים אף מונעת את הבירור לחלוטין. "האפשרות של עיוות הדין במקרה כזה, בשל מתן עדיפות מוחלטת לאינטרס הביטחוני, היתה גדולה וזועקת. לכן תוקן הדין, תחילה על ידי בית המשפט ולאחר מכן על ידי המחוקק.¹³⁷ גם כיום החוק קובע כי תעודה חתומה בידי ראש הממשלה או שר הביטחון, בה נאמר כי גילוי ראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה, פוטר את הרשות מן החובה למסור את הראיה לבית המשפט. אולם עכשיו החוק מוסיף וקובע חריג חשוב לפטור: לפי החוק אין הפטור חל 'אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה'."¹³⁸

¹³⁷ ע"א 65/57, העצמי נ' בן גוריון, פ"ד יא 403; החוק לתיקון דיני ראיות, תשכ"ח-1968, סעיף 4א
¹³⁸ פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, סעיף 44(א).

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מול עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

הערות	עקרונות כבוד האדם וחירותו	חוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים
המשפט הבינלאומי אינו מכיר בקטגוריה שלישית לצד "לוחמים" ו"אזרחים".	על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין לפגוע בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.	ס' 1: הסדרת כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.
חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מאפשר למעשה מעצר ללא הגבלה כל זמן שהרמטכ"ל, או בית הדין המיוחד, מוצאים כי העצור מהווה סכנה לביטחון המדינה. ¹³⁹	חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר לפגוע בזכויות שהוא מגדיר (הגבלת חירות של אדם במעצר או במאסר) על פי חוק ההולם את ערכיה של המדינה ונועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.	ס' 3: כליאת לוחם בלתי חוקי כדי להגן על ביטחון המדינה.
ר' הערה לעיל לס' 3	חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי הפגיעה בזכויות אדם צריכה להיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.	ס' 5: ביקורת שיפוטית והארכת מעצר.
מנוסח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא ברור מהי "תכלית ראויה" ו"במידה שאינה עולה על הנדרש" כשמדובר בהסרת ראיות מהעצור ומפרקליטו.	ר' לעיל ס' 5	ס' 5ה: סטייה מדיני ראיות
ר' לעיל הערה לס' 5ה	ר' לעיל ס' 5	ס' 15: דיון בדלתיים סגורות
חוק כליאת חיילים בלתי חוקיים מאפשר כליאתו/מעצרו של אדם כל עוד לא תמו פעולות האיבה של הכוח העוין, לפי הגדרתו של הרמטכ"ל. לא ברור מה הגדרת פעולות איבה, מה משך הזמן שמוגדר ככזה במצב הבטחוני של ישראל, ומה הגדרתו של "כוח עוין".	חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי בעת שבמדינה מוכרז מצב חירום ניתן להתקין תקנות לשעת חירום שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק זה ובלבד שהשלילה/הגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.	ס' 7: חזקה ס' 8: קביעה בעניין פעולות איבה

¹³⁹ שני וקרמניצר (2008) כותבים כי גם התיקון לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, המאפשר להתיר כליאה של אנשים לתקופה של עד 28 ימים ללא ביקורת שיפוטית, עלול להביא לכליאת-שווא של חפים מפשע לתקופות ארוכות מאוד, כאשר במהלך תקופה זו ללא ביקורת שיפוטית או אפשרות ליצירת קשר עם העולם החיצון גדל הסיכון כי יופעלו נגד הכלואים אמצעי חקירה לא כשרים כמו עינויים.

סיכום

בעבודה זו באתי לבדוק באיזו מידה חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים תואם את רוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק הכליאה של מה שמוגדר על ידי המשפט בישראל כ"לוחמים בלתי חוקיים" נחקק לאחר פרשת השבויים שנחטפו מלבנון במטרה להשיג מידע על הנווט השבוי רוך ארד ועל שבויים ישראלים אחרים בידי לבנון. למעשה, שימשו העצורים כקלפי מיקוח על גורלם של החטופים בלבנון, נכון יותר – כבני ערובה.

המשפט הבינלאומי אינו מכיר בקטגוריה נוספת מעבר ל"לוחמים" ו"אזרחים", והחוק הישראלי - שנחקק משום שבית המשפט העליון לא מצא עוד טעם במעצרים של הלבנונים היות שאינם מהווים סיכון ביטחוני למדינה בניגוד להצהרות החוזרות ונשנות של רשויות הביטחון – נועד לפתור את הבעיות שהיו כרוכות במעצר מנהלי ללא הגבלה ותוך אי קיום אמנות בינלאומיות עליהן חתומה ישראל.

מבדיקת שאלת המחקר, תוך ניתוח המקרה על ידי חוקרים ומומחים שונים וכפי שעולה מפסיקות שונות בארץ, מתברר כי אכן יש בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים משום סתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בנושאים שונים. המשפט הבינלאומי – אמנות ג'נבה, האג ואחרות – והמשפט ההומניטרי מציעים דרכים להתמודד גם עם מצבי איום, חירום וסכנה קיומית מבלי לאבד את עקרונות הדמוקרטיה ומבלי לפגוע במידה שאינה סבירה בכבוד האדם וחירותו. הקושיות והבעיות שמעלה החוק הישראלי עומדות בסתירה לאמנות ולמשפט הבינלאומי ויש בו כדי לפגוע פגיעה קשה בחירות.

נספח 1: חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002

- מטרה 1. חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי.
- הגדרות 2. בחוק זה-
 "הרמטכ"ל" – ראש המטה הכללי של צבא-הגנה לישראל;
- "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 הבינלאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת גינבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה;
- "כלוא" – מי שמוחזק מכוח צו שהוציא הרמטכ"ל לפי הוראות חוק זה.
- כליאת לוחם בלתי חוקי 3. (א) היה לרמטכ"ל יסוד סביר להניח כי אדם המוחזק בידי רשויות המדינה הוא לוחם בלתי חוקי, וכי שחרורו יפגע בטחון המדינה, רשאי הוא להוציא צו בחתימת ידו, המורה על כליאתו במקום שיקבע (להלן – צו כליאה); צו כליאה יכול את הטעמים לכליאה וזאת מבלי לפגוע בצרכי בטחון המדינה.
 (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 בעניין הצו בפני קצין בדרגת סגן אלוף לפחות שימנה הרמטכ"ל; טענות הכלוא יירשמו בידי הקצין ויובאו בפני הרמטכ"ל; מצא הרמטכ"ל, לאחר שעיין בטענות הכלוא, כי לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף קטן (א), יבטל את צו הכליאה.
- ביטול צו הכליאה 4. סבר הרמטכ"ל, בכל עת לאחר מתן צו הכליאה, כי לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3(א), או שישנם טעמים מיוחדים, המצדיקים את שחרורו של הכלוא, יורה על ביטול צו הכליאה.
- ביקורת שיפוטית 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 שופט של בית המשפט המחוזי; מצא בית המשפט, כי אין בשחרורו כדי לפגוע בטחון 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) 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 בבטחון המדינה או בבטחון הציבור; הוראה זו אינה גורעת מכל זכות שלא למסור ראיה לפי פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971¹⁴⁰.
- (ו) הדיון בהליכים לפי חוק זה יתקיים בדלתיים סגורות אלא אם כן קבע בית המשפט הוראה אחרת לענין זה.
6. זכות הכלוא להיפגש עם עורך דיין
 (א) הכלוא רשאי להיפגש עם עורך דיין במועד המוקדם האפשרי שבו ניתן לקיים את הפגישה מבלי לפגוע בצרכי בטחון המדינה, אך לא יאוחר משבעה ימים בטרם הבאתו בפני 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 סניגור בבתי הדין הצבאיים לפי הוראת סעיף 318(ג) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955¹⁴¹.
7. חזקה
 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 ששחררו יפגע בבטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת.
8. קביעה בענין פעולות איבה
 קביעתו של שר הבטחון, בתעודה החתומה בידיו, כי כוח מסוים מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או כי תמו או טרם תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, תשמש הוכחה בכל דיון משפטי, אלא אם כן יוכח ההיפך.
9. הליכים פליליים
 (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.
10. תנאי כליאה
 (א) כלוא יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו.
 (ב) תנאי הכליאה של כלואים ייקבעו על ידי שר הבטחון בתקנות.
11. אצילת סמכויות
 הרמטכ"ל רשאי לאצול מסמכויותיו על פי חוק זה לקצין בדרגת אלוף שיקבע.

¹⁴⁰ ס"ח התשל"ט, עמ' 76.

¹⁴¹ ס"ח התשט"ו, עמ' 171.

- הוראות מעבר
12. (א) הוראות חוק זה יחולו גם על לוחם בלתי חוקי, המוחזק בידי רשויות המדינה ביום תחילתו.
- (ב) כל עוד לא הותקנו תקנות לפי סעיף 10(ב), יחולו על כליאתם של כלואים תקנות סמכויות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981¹⁴².
- ביצוע ותקנות
13. (א) שר הביטחון ממונה על ביצועו של חוק זה.
- (ב) שר המשפטים רשאי להתקין תקנות בדבר סדרי הדין בהליכים לפי חוק זה.

¹⁴² ק"ית התשל"ט, עמ' 76.

נספח 2: אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או

משפילים

נעשתה ביום 10 בדצמבר, 1984
 ישראל חתמה ביום 22 באוקטובר, 1986
 ישראל אישרה ביום 4 באוגוסט, 1991
 נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2 בנובמבר, 1991
 פורסמה בכתבי אמנה 1039

מדינות שהן צד לאמנה זו,

בשימן אל לבן כי בהתאם לעקרונות המוצהרים במגילת האומות המאוחדות, הכרה בזכויותיהם השוות והבלתי-ניתנות לשלילה של כל משפחת בני אנוש, היא יסודם של החירות, הצדק והשלום בעולם.

בהכירן כי זכויות אלה נובעות מכבודו העצמי של האדם,

בשימן את לבן להתחייבותן של המדינות על-פי מגילת האו"ם, וסעיף 55 בפרט, לתמוך בכיבודן האוניברסלי של זכויות אנוש וחירויות יסוד, ובשמירתן בפועל,

בהסתמך על סעיף 5 להצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם וסעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות הקובעים שניהם כי איש לא יועמד בפני עינויים או עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים,

בהסתמך גם על ההצהרה בדבר הגנה על כל בני-אדם מפני העמדה בפני עינויים ומפני יחס או עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים, שאומצה על-ידי העצרת הכללית ביום 9 בדצמבר 1975,

ברצותן לפעול ליעול המאבק נגד עינויים יחס או עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים, בכל אשר יהיו,

הסכימו לאמור:

חלק 1

סעיף 1

1. לעניין אמנה זו, המונח "עינויים", הוראותו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי בשידולו, אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על-פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם.

2. אין בסעיף זה כדי לפגוע במסמך בינלאומי או תחיקה לאומית המכילים או עשויים להכיל הוראות בעלות תחולה רחבה יותר.

סעיף 2

1. כל מדינה חברה תנקוט באמצעים יעילים, תחיקתיים מנהליים, משפטיים או אחרים למניעת מעשי התעללות בכל שטח שבסמכותה השיפוטית.

2. אין להיאחזו בנסיבות חריגות, בין אם מצב מלחמה או איום במלחמה, אי-יציבות פוליטית פנימית או מצב חירום אחר, כצידוק לעינויים.
3. אין להיאחזו בפקודה של ממונה או רשות ציבורית כצידוק לעינויים.

סעיף 3

1. מדינה חברה לא תגרש, תחזיר או תסגיר אדם למדינה אחרת, מקום שקיים יסוד מהותי להאמין כי הוא נתון בסכנת העמדה בפני עינויים.
2. לצורך קביעה אם אכן קיים יסוד כאמור, יביאו הרשויות המוסמכות בחשבון את כל השיקולים השייכים, ומקום שאפשר, את קיומן במדינה הנוגעת לעניין, כמגמה גלויה ועקבית, של פגיעות גסות ונרחבות בזכויות האדם.

סעיף 4

1. מדינה חברה תבטיח כי עינויים מהווים עבירות על-פי הפליליים. הוא הדין לגבי ניסיון לבצע עינויים ומעשה כלשהו של אדם המהווה מעורבות או השתתפות בהם.
2. מדינה חברה תעשה שעבירות אלה יענשו בעונשים מתאימים, תוך התייחסות לאופיין החמור.

סעיף 5

1. כל מדינה חברה תנקוט באמצעים שייראו כנחוצים להטלת סמכות השיפוט שלה על עבירות המאוזכרות בסעיף 4:
- (א) מקום שהעבירות נעברו בשטח הנתון ולסמכותה, לרבות אניה או כל-טיס רשומים במדינה האמורה;
- (ב) מקום שהנאשם בעבירה הוא אזרח המדינה האמורה;
- (ג) מקום שהקורבן הוא אזרח אותה מדינה, ובלבד שהיא תראה זאת מתאים.
2. באותו אופן תנקוט מדינה חברה באמצעים שייראו כנחוצים להטלת סמכות השיפוט שלה על עבירות כאמור, במקרים שהחשוד בעבירה נוכח בשטח הנתון לסכמותה ואין היא מסגירה אותו בהתאם לסעיף 8 לאחת המדינות המאוזכרות בס"ק 1 לסעיף זה.
3. אמנה זו אינה מוציאה מכלל אפשרות שיפוט פלילי הנשען על דין פנימי.

סעיף 6

1. משנחה דעתה, לאחר בדיקת המידע המצוי בידה, כי הנסיבות מצדיקות זאת, מדינה חברה שבשטחה מצוי אדם החשוד כי ביצע עבירה מן העבירות המאוזכרות בסעיף 4, תשים אותו במשמורת או תנקוט צעדים אחרים על-פי חוק להבטחת המצאותו. משמורת וצעדים אחרים על-פי חוק יהיו כנקבע בדיני מדינה זו, אך יימשכו רק במשך הזמן הדרוש לפתיחה בהליכים פליליים או בהליכי הסגרה.
2. מדינה כאמור תערוך לאלתר חקירה מוקדמת של חומר הראיות.
3. אדם המוחזק במשמורת בהתאם לס"ק 1 לסעיף זה מן הראוי כי יושט לו סיוע ביצירת קשר מידי עם נציגה המוסמך הקרוב ביותר של המדינה שהוא מאזרחיה; או, מקום שהוא מחוסר-אזרחות, עם נציג המדינה שבה הוא מתגורר כרגיל.
4. שמה מדינה אדם במשמורת בהתאם לסעיף זה, היא תודיע לאלתר למדינות המאוזכרות בסעיף 5, ס"ק 1 על עובדת היות האדם האמור במשמורת ועל הנסיבות המצדיקות את כליאתו. מדינה העורכת חקירה מוקדמת כאמור בס"ק 2 לסעיף זה, תדווח ללא דיחוי על ממצאיה למדינות האמורות ותודיע אם בכוונתה להפעיל את שיפוטתה.

סעיף 7

1. מדינה שבשטח הנתון לסמכותה מצוי אדם החשוד בעבירה מאוזכרת בסעיף 4, תעביר את ענייניו, במקרים המפורטים בסעיף 5, לרשויות המוסמכות, מקום שהיא מסגירה אותו, לשם העמדתו לדין.
2. רשויות אלה יקבלו החלטה כבכל מקרה של עבירה רגילה בעלת אופי חמור בהתאם לדיני אותה מדינה, במקרים האוזכרים בסעיף 5, ס"ק 2, בדיקת הראיות הנדרשות להעמדה לדין ולהרשעה בשום אופן לא תהיה קפדנית פחות מזו החלה לגבי מקרים מאוזכרים בסעיף 5, ס"ק 1.
3. אדם אשר נגדו ננקטים הליכים בזיקה לעבירה מן העבירות המאוזכרות בסעיף 4, יובטח לו יחס הוגן בכל שלב משלבי ההליכים.

סעיף 8

1. עבירות המאוזכרות בסעיף 4, יש לראותן כמוכללות בכל אמנת הסגרה קיימת בין מדינות חברות, כעבירות הסגרה. מדינות חברות מקבלות על עצמן לכלול עבירות הסגרה בכל אמנת הסגרה העשויה להיחתם ביניהן.
2. מקום שמדינה חברה המתנה הסגרה בקיום אמנת הסגרה עמה מקבלת בקשת הסגרה ממדינה חברה אחרת שאינה צד לאמנת הסגרה עמה, היא רשאית לראות אמנה זו כבסיס משפטי להסגרה לגבי עבירות כאמור. ההסגרה תהא כפופה ליתר התנאים הקבועים בדיני המדינה המתבקשת.
3. מדינות חברות שאינן מתנות הסגרה בקיום אמנת הסגרה יכירו בעבירות כאמור בעבירות הסגרה בין לבין עצמן, בכפוף לתנאים הקבועים בדיני המדינה המתבקשת.
4. עבירות כאמור יראו אותן, לצרכי הסגרה בין מדינות חברות לבין עצמן, כאילו בוצעו לא רק במקום שבו אירעו אלא גם בשטחי המדינות הנדרשות להטיל את סמכות השיפוט שלהן על-פי סעיף 5, ס"ק 1.

סעיף 9

1. מדינות חברות יושיטו זו לזו את מידת הסיוע הגדולה ביותר בזיקה להליכים פליליים הננקטים בנוגע לעבירות מאוזכרות בסעיף 4, לרבות המצאת ראיות שברשותן הדרושות להליכים כאמור.
2. מדינות חברות יקיימו את התחייבויותיהן על-פי ס"ק 1 לסעיף זה, בהתאם לאמנות בדבר עזרה משפטית הדדית אשר יכול כי קיימות ביניהן.

סעיף 10

1. כל מדינה חברה תבטיח כי חינוך ומידע בעניין איסור על עינויים ייכללו במלואם בכשרת עובדים, אזרחים אנשי צבא, העוסקים באכיפת החוק, עובדי רפואה, עובדי ציבור ואנשים אחרים העשויים להיות מעורבים במשמורת, חקירה או טיפול באדם נתון במעצר, עיכוב או מאסר, לצורותיהם.
2. כל מדינה חברה תכלול איסור זה בכללים או הוראות הניתנים בנוגע לחובות אנשים כאמור ותפקידיהם.

סעיף 11

1. כל מדינה חברה תבחן בשיטתיות כללים, הוראות, שיטות ונהלי חקירה, וכן סידורים לגבי משמור וטיפול באנשים הנתונים בצורה כלשהי של מעצר, עיכוב או מאסר בשטח שבסמכותה השיפוטית, במטרה למנוע מקרי עינויים.

סעיף 12

כל מדינה חברה תבטיח כי רשויותיה המוסמכות יערכו חקירה ללא דיחוי וללא משוא פנים, כל אימת שיש בסיס סביר להאמין כי בוצע מעשה עינוי בשטח שבסמכותה השיפוטית

סעיף 13

מדינה חברה תבטיח כי אדם הטוען כי הועמד בפני עינויים בשטח כלשהו שבסמכותה השיפוטית, זכותו להתלונן אצל רשויותיה המסוכמות, ולגרום לכך כי מקרהו ייבדק על-ידן ללא דיחוי ומשוא פנים. יינקטו צעדים להבטיח כי המתלונן והעדים יהיו מוגנים מפני עינויים, או הפחדה כתוצאה מתלונתו או ממסירת עדות.

סעיף 14

1. מדינה חברה תבטיח במערכת חוקיה כי הקורבן לעינויים יזכה להטבה ולזכות אכיפה של פיצוי הוגן, ומספיק, לרבות האמצעים לשיקום מלא ככל האפשר. במקרה של פטירת הקורבן כתוצאה של עינויים יהיו התלויים בו זכאים לפיצוי.

2. אין בסעיף זה כדי לפגוע בזכותו של קורבן או של אנשים אחרים לפיצוי, אשר יכול כי נקבע על-פי הדין הלאומי.

סעיף 15

מדינה חברה תבטיח כי הצהרה אשר הוכח כי נעשתה בלחץ עינויים ללא תועלה כראיה בהליכים כלשהם, בלתי אם נגד אדם המואשם בגרמימת עינויים, בחזקת ראיה כי ההצהרה נעשתה.

סעיף 16

1. מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוטה מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים כמוגדר בסעיף 1, מקום שמעשיה כאמור בוצעו על-ידי או בעידודו או בהסמכתו של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או השלמתם בשתיקה. במיוחד, חובות המפורטות בסעיפים 10, 11, 12 ו-13 יחולו אגב החלפת איזכורים בדבר עינויים באיזכורים של צורות עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים.

2. הוראות אמנה זו אין בהן כדי לפגוע בהוראותיו של מסמך בינלאומי אחר, או חוק לאומי האוסר על יחס או עונש אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל, או מתייחס להסגרה או גירוש.

חלק 2**סעיף 17**

1. תוקם ועדה נגד עינויים (להלן "הוועדה") אשר תמלא את התפקידים המפורטים להלן. ועדה זו תורכב מעשרה מומחים בעלי מעמד מוסרי גבוה וסמכות מוכרת בתחום זכויות האדם, אשר ישרתו מכוח מעמדם האישי. מומחים אלה ייבחרו על-ידי המדינות החברות, תוך התייחסות לחלוקה גיאוגרפית צודקת ולתועלת שבהשתתפות אישים בעלי ניסיון משפטי.

2. חברי הוועדה ייבחרו בהצבעה חשאית מתוך רשימת אנשים מוצעים על-ידי חברות. כל מדינה חברה רשאית להציע אדם אחד מבין אזרחיה היא. מדינות חברות יתנו דעתן לתועלת שבמינוי אנשים שהם גם חברי הוועדה לזכויות האדם, שהוקמה בהתאם לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, והנכונים לשרת בוועדה נגד עינויים.

3. בחירות של חברי הוועדה ייערכו בכינוסים של המדינות החברות שמכנס המזכיר הכללי של האומות המאוחדות אחת לשנתיים. בכינוסים אלה, שבהם מהווים שני שלישים של המדינות החברות מניין חוקי, יהיו האנשים הנבחרים לוועדה אלה המקבלים את מספר הקולות הגדול ביותר ורוב מוחלט של קולות נציגי המדינות החברות הנוכחים ומצביעים.

4. בחירות ראשונות ייערכו לא יאוחר משה חודשים לאחר תאריך כניסתה לתוקף של אמנה זו. לפחות ארבעה חודשים לפני התאריך של כל סיבוב בחירות, יזמין המזכיר הכללי של האו"ם במכתב את המדינות החברות להגיש את שמות מועמדיהן בתוך שלושה חודשים, המזכיר הכללי יכין רשימה אלפביתית של שמות המועמדים, תוך ציון המדינות החברות שהציעו אותם, ויגיש אותה לכלל המדינות החברות.

5. חברי הוועדה ייבחרו לתקופה של ארבע שנים. באם שוב תוצע מועמדותם, יהיו כשירים להיבחר מחדש. אולם, כהונתם של חמישה מבין החברים שנבחרו לראשונה תסתיים בתום שנתיים: תכף לבחירתם ייבחרו שמות החמישה על-פי גורל בידי יו"ר הכינוס המאוזכר בס"ק 3 לסעיף זה.

6. מקום שחבר בוועדה נפטר או מתפטר או אינו יכול מסיבה אחרת למלא את תפקידו במסגרת הוועדה, תמנה המדינה החברה שהציעה את מועמדותו מומחה אחר מבין אזרחיה כדי לשרת במשך תקופות כהונתו הנוותר, בכפוף לאישור רוב המדינות החברות. אישור כאמור ייחשב כנתון, זולת אם מחצית המדינות החברות או יותר נענות בשלילה בתוך ששה שבועות לאחר שהודיע להן המזכיר הכללי של האו"ם על-אודות המינוי המוצע.

7. מדינות חברות יהיו אחראיות להוצאות חברי הוועדה בעת שירותם בוועדה.

סעיף 18

1. הוועדה תבחר את פקידיה לתקופת שנתיים. ניתן לבחורם מחדש.
2. הוועדה תקבע את כללי נהליה: אולם, כללים אלה יקבעו, בין היתר, כלהלן:
 - א. ששה חברים יהיו רוב חוקי;
 - ב. החלטות הוועדה יתקבלו בהצבעה של רוב החברים הנוכחים.
3. על המזכיר הכללי של האו"ם לספק סגל ומתקנים לביצועם היעיל של תפקידי הוועדה כמפורט באמנה זו.
4. המזכיר הכללי של האו"ם יכנס את ישיבת הוועדה הראשונה. לאחר מכן תתכנס הוועדה על-פי התדירות המפורטת בנהליה.
5. מדינות חברות יהיו אחראיות להוצאות שהוצאו בזיקה לעריכת כינוסי המדינות החברות והוועדה, לרבות החזר לאו"ם בעד הוצאות כגון עלות סגל ומתקנים, שהוצאו על-ידי האו"ם בהתאם לס"ק 3 לסעיף זה.

סעיף 19

1. מדינות חברות יגישו לוועדה באמצעות המזכיר הכללי של האו"ם, דו"חות על אמצעים שנקטו כדי להוציא לפועל את התחייבויותיהן בהתאם לאמנה זו, וזאת בתוך שנה אחת לאחר כניסת האמנה לתוקף עבור המדינה החברה הנוגעת בדבר. לאחר מכן יגישו המדינות החברות, מדי ארבע שנים, על אמצעים נוספים שנקטו וכן דו"חות אחרים ככל שתדרוש הוועדה.
2. המזכיר הכללי של האו"ם יעביר את הדו"חות לכל מדינה חברה.
3. כל דו"ח ייבדק על-ידי הוועדה, הראשית להעיר הערות כלליות על-אודות הדו"ח כראוי בעיניה ולהעבירן לידי המדינה החברה הנוגעת בדבר. בתשובה רשאית המדינה החברה להמציא את הערותיה היא לוועדה.

4. הוועדה רשאית, לפי שיקול דעתה, להכליל הערות שהעירה בהתאם לס"ק 3 לסעיף זה, בנוסף להערות שקיבלה מהמדינה החברה הנוגעת בדבר, בדו"ח השנתי שלה, המוגש בהתאם לסעיף 24. מקום שתבקש לעשות כן על-ידי המדינה החברה הנוגעת בדבר, רשאית הוועדה לצרף גם עותק של הדו"ח המוגש על-פי ס"ק 1 לסעיף זה.

סעיף 20

1. קיבלה הוועדה מידע אמין המכיל לכאורה מידע על שימוש שיטתי בעינויים בשטח ארץ של מדינה חברה, תזמין הוועדה מדינה חברה זו לשתף פעולה בבדיקת המידע ולשם כך להגיש הערות בנוגע למידע האמור.
2. בהביאה בחשבון הערות אשר יכול כי הוגשו על-ידי המדינה החברה הנוגעת בדבר, וכן כל מידע שייך שברשותה, רשאית הוועדה, מקום שהיא מחליטה כי הדבר מתחייב, להטיל על אחד מתבריה או יותר לערוך חקירה חשאית ולדווח על כך לוועדה בדחיפות.
3. נעשתה חקירה בהתאם לס"ק 2 לסעיף זה, תבקש הוועדה את שיתוף הפעולה של המדינה החברה הנוגעת בדבר. בהסכמה עם מדינה חברה זו, יכול שחקירה כאמור תכלול ביקור בשטחה.
4. לאחר בדיקת ממצאי חברה או חברות, שיוגשו בהתאם לס"ק 2 לסעיף זה, תעביר הוועדה ממצאים אלה למדינה החברה הנוגעת בדבר, בצירוף הערות או הצעות הנראות כמתאימות לאור המצב.
5. הליכי הוועדה המאוזכרים בס"ק 1-4 לסעיף זה יהיו חשאיים, ובכל שלבי ההליכים יתבקש שיתוף הפעולה של המדינה החברה. עם השלמת הנהלים כאמור בנוגע לחקירה מבוצעת, בהתאם לס"ק 2, רשאית הוועדה, לאחר התייעצויות עם המדינה החברה הנוגעת בדבר, להחליט לכלול סקירה תמציתית של תוצאות ההליכים בדו"ח השנתי שלה, ערוך בהתאם לסעיף 24.

סעיף 21

1. מדינה חברה באמנה זו רשאית בכל עת להצהיר לפי סעיף זה כי היא מכירה בסמכות הוועדה לקבל ולשקול הודעות המתייחסות לטענותיה של מדינה חברה בדבר אי-קיום של מדינה חברה אחרת את התחייבויותיה בהתאם לאמנה זו. הודעות כאמור אפשר כי יתקבלו וישקלו על-פי נהלים מפורטים בסעיף זה, ובלבד שיוגשו בידי מדינה חברה שהצהירה הצהרה המכירה, באשר לעצמה, בסמכות הוועדה. הוועדה לא תעסוק בהודעה לפי סעיף זה, מקום שהיא נוגעת במדינה חברה שלא הצהירה הצהרה כאמור הודעות המתקבלות לפי סעיף זה יטופלו בהתאם לנוהל הבא:
 - (א) ראתה מדינה חברה כי מדינה חברה אחרת אינה ממלאה אחרי הוראות אמנה זו, רשאית היא, בהודעה בכתב, להביא את העניין לתשומת לבה של המדינה החברה הזו. בתוך שלושה חודשים מקבלת ההודעה תמציא המדינה המקבלת למדינה ששלחה את ההודעה הסבר או קביעה אחרת בכתב להבהרת העניין, אשר יכיל, ככל שניתן ושייך, אזכור של נהלים ואמצעים נקוטם בפנים, תלויים ועומדים או זמינים, לתיקון העניין;
 - (ב) לא תוקן העניין ולשביעות רצון שתי המדינות החברות הנוגעות בדבר, תהא לכל אחת הזכות להעביר את העניין לוועדה, אגב הודעה לוועדה ולמדינה האחרת;
 - (ג) הוועדה תטפל בעניין המועבר אליה לפי סעיף זה רק לאחר שווידאה כי מוצו כל התרופות בנידון, הנקוטות לפי הדין הפנימי, בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי המקובלים. כלל זה לא יחול מקום שיישום התרופות מתמהמה במידה בלתי-סבירה או אינו עשוי להביא סעד ממשי לאדם שהנו קורבן להפרת אמנה זו;
 - (ד) בבואה לבדוק הודעות לפי סעיף זה, תקיים הוועדה ישיבות סגורות;
 - (ה) בכפוף להוראות פיסקה (ג), תעמיד הוועדה את שירותיה הטובים לרשות המדינות החברות הנוגעות בדבר במטרה למצוא פיתרון בדרכי נועם לעניין על-בסיס כיבוד ההתחייבויות המפורטות באמנה זו. לשם כך רשאית הוועדה, מקום שראוי, להקים ועד פיוס אד-הוק;
 - (ו) בכל עניין המועבר אליה לפי סעיף זה, רשאית הוועדה לפנות אל המדינות החברות הנוגעות בדבר, המאוזכרות בפיסקה (ב), בבקשה לקבל מידע שייך;
 - (ז) מדינות חברות הנוגעות בדבר, מאוזכרות בפיסקה (ב), זכותן להיות מיוצגות בשעה שהעניין נבדק בוועדה ולטעון את טענותיהן בעל-פה ו/או בכתב;

(ח) הוועדה תגיש דו"ח בתוך שנים-עשר חודשים לאחר קבלת ההודעה לפי פסקה (ב);
 (1) הושג פיתרון על-פי תנאי פסקה (ה), תגביל הוועדה את הדו"ח לתקציר העובדות ולפיתרון המושג;
 (2) לא הושג פיתרון על-פי תנאי פסקה (ה), תגביל הוועדה את הדו"ח לתצהיר קצר של העובדות: טענות בכתב ופרוטוקול של טענות על-פה מצד המדינות החברות הנוגעות בדבר יצורפו לדו"ח.

יהא העניין אשר יהא, יועבר הדו"ח למדינות החברות הנוגעות בדבר.

2. הוראות סעיף זה ייכנסו לתוקף בעת שחמש מדינות חברות באמנה זו יצהירו הצהרות לפי ס"ק 1 לסעיף זה. הצהרות כאמור יופקדו על-ידי המדינות החברות אצל המזכיר הכללי של האו"ם, אשר יעביר עותקים למדינות חברות האחרות. אפשר להסתלק מהצהרה בכל עת על-ידי הודעה למזכיר הכללי. הסתלקות כאמור לא תפגע בעניין כלשהו שהוא נושא להודעה שכבר הועברה לפי סעיף זה: לא תתקבל הודעה נוספת על-ידי מדינה חברה לפי סעיף זה לאחר מסירת ההודעה על הסתלקות מן ההצהרה לידי המזכיר הכללי, זולת אם הצהירה המדינה החברה הנוגעת בדבר הצהרה חדשה.

סעיף 22

1. מדינה חברה באמנה זו רשאית להצהיר בכל עת לפי סעיף זה כי היא מכירה בסמכותה של הוועדה לקבל הודעות מיחידים הכפופים לשיפוטה, או בשמם, הטוענים כי הם קורבנות לפגיעה בהוראות האמנה בידי מדינה חברה, ולענין בהן. הודעה הנוגעת למדינה חברה שלא הצהירה הצהרה כאמור, לא תתקבל על-ידי הוועדה.

2. הוועדה תראה כבלתי-קבילה כל הודעה לפי סעיף זה שהיא אנונימית או נראית לה כשימוש לרעה בזכות להגיש הודעות כאמור, או כבלתי-מתישבת עם הוראות אמנה זו.

3. בכפוף להוראות ס"ק 2, תביא הוועדה הודעות שהוגשו לה בהתאם לסעיף זה לתשומת-לב המדינה החברה באמנה זו שהצהירה הצהרה בהתאם לס"ק 1 ואשר נטען לגביה כי היא מפירה הוראה מהוראות האמנה. בתוך ששה חודשים תגיש המדינה לוועדה הסברים בכתב או הודעות להבהרת העניין והתרופות לתיקון המעוות, עם היו כאלה, שננקטו בידי אותה מדינה.

4. הוועדה תעיין בהודעות שקיבלה בהתאם לסעיף זה לאור כל המידע שהומצא לה על-ידי או בשם יחיד ועל-ידי המדינה החברה הנוגעת בדבר.

5. הוועדה לא תעיין בהודעות של יחיד בהתאם לסעיף זה, זולת אם וידאה כי:

(א) העניין הנידון לא נבדק ולא מצוי בבדיקה על-פי נוהל אחר של חקירה או הסדר בינלאומי;
 (ב) היחיד מיצה את כל התרופות הזמינות לו על-פי הדין הפנימי: כלל זה לא יחול מקום שישום התרופות נמשך מעבר למידה הסבירה או אינו עשוי להביא סעד ממשי לקורבן הפרה של אמנה זו.

6. הוועדה תקיים ישיבות סגורות בשעת בדיקת ההודעות לפי סעיף זה.

7. הוועדה תעביר את השקפותיה למדינה החברה וליחיד הנוגעים בדבר.

8. הוראות סעיף זה ייכנסו לתוקף בעת שחמש מדינות חברות יצהירו הצהרות בהתאם לס"ק 1 לסעיף זה. הצהרות כאמור יופקדו על-ידי המדינות החברות אצל המזכיר הכללי של האו"ם, אשר יעביר עותקים שלהן אל שאר המדינות החברות. הסתלקות מהצהרה אפשרית בכל עת בהודעה למזכיר הכללי. הסתלקות כאמור לא תפגע בדיון בעניין שהוא נושא להודעה שכבר הועברה בהתאם לסעיף זה. לא תתקבל הודעה נוספת לפי סעיף זה מצד יחיד או בשמו לאחר מסירת הודעה על הסתלקות מן הצהרה לידי המזכיר הכללי, זולת אם הצהירה המדינה החברה הצהרה חדשה.

סעיף 23

חברים בוועדה ובוועדי פיוס אד-הוק אשר יכול כי ימונו בהתאם לסעיף 21, ס"ק (ה), יהיו זכאים למיתקנים, זכויות-יתר וחסינויות הניתנים למומחים בשליחות מטעם או"ם, כמפורט בסימנים הנוגעים לדבר של אמנה על זכויות-יתר וחסינויות של האו"ם.

סעיף 24

הוועדה תגיש דו"ח שנתי על פעילויותיה בהתאם לאמנה זו למדינות חברות ולעצרת הכללית של האו"ם.

חלק 3**סעיף 25**

1. אמנה זו פתוחה לחתימה בידי כל מדינה.
2. אמנה זו כפופה לאשרור, מסמכי אשרור יופקדו אצל המזכיר הכללי של האו"ם.

סעיף 26

אמנה זו פתוחה להצטרפות כל המדינות. הצטרפות תבוצע על-ידי הפקדת מסמך הצטרפות אצל המזכיר-הכללי של האו"ם.

סעיף 27

1. אמנה זו תיכנס לתוקף ביום השלושים לאחר תאריך הפקדת המסמך העשירים של אשרור או הצטרפות אצל המזכיר הכללי של האו"ם.
2. לגבי מדינה המאשררת אמנה זו או מצטרפת אליה לאחר הפקדת המסמך העשירים של אשרור או הצטרפות, תיכנס האמנה לתוקף ביום השלושים לאחר תאריך הפקדת מסמכה היא לאשרור או הצטרפות.

סעיף 28

1. בעת חתימתה על אמנה זו או אשרורה, רשאית מדינה להצהיר כי אין היא מכירה בסמכות הוועדה כמפורט בסעיף 20.
2. מדינה חברה המביעה הסתייגות בהתאם לס"ק 1 לסעיף זה, רשאית בכל עת להסתלק מהסתייגות זו בהודעה למזכיר-הכללי של האו"ם.

סעיף 29

1. מדינה חברה באמנה זו רשאית להציע תיקון ולהגישו למזכיר הכללי של האו"ם המזכיר-הכללי יעביר עקב זאת את התיקון המוצע למדינות חברות בבקשה להודיע לו אם הן בעד כינוס ועידה של מדינות חברות במטרה לדון בהצעה ולהצביע. במקרה שבתוך 4 חודשים מתאריך הודעה כאמור לפחות שליש מן המדינות החברות מצדדות בוועידה כאמור, יכנס המזכיר-הכללי את הוועידה בחסות האו"ם. תיקון שאומץ על-ידי רוב המדינות החברות הנוכחות ומצביעות בוועידה יוגש על-ידי המזכיר-הכללי לשם קיבול.
2. תיקון שאומץ בהתאם לס"ק 1 לסעיף זה ייכנס לתוקף בעת ששני שלישים של המדינות החברות באמנה זו יודיעו למזכיר-הכללי של או"ם כי קיבלו אותו בהתאם להליכיהן החוקתיים.
3. בהיכנס תיקונים לתוקף, הם יחייבו את אותן המדינות החברות שקיבלו אותם, בעוד מדינות חברות אחרות יחויבו עדין בהוראות אמנה זו ותיקונים קודמים שכבר קיבלו.

סעיף 30

1. מחלוקת בין שתי מדינות חברות או יותר בנוגע לפרשנות לאמנה זו או יישומה, אשר אין מצליחים

ליישובה במשא ומתן, תוגש, לבקשת אחת מהן, לבוררות. לא הגיעו הצדדים בתוך ששה חודשים מתאריך הבקשה לבוררות לכלל הסכמה בשאלת ארגונה, רשאי אחד הצדדים להעביר את המחלוקת לבית-הדין הבינלאומי, על-ידי בקשה בהתאם לחוקת בית-הדין האמור.

2. בעת חתימתה על אמנה זו או אשרורה, או הצטרפותה אליה, רשאית כל מדינה להצהיר כי אין היא רואה את עצמה מחויבת על פי ס"ק 1 לסעיף זה: כלפי מדינה חברה שהביעה הסתייגות כאמור.

3. מדינה חברה שהביעה הסתייגות לפי ס"ק 2 לסעיף זה רשאית בכל עת לחזור בה מהסתייגותה בהודעה למזכיר הכללי של האו"ם.

סעיף 31

1. מדינה חברה רשאית להסתלק מאמנה זו בהודעה בכתב למזכיר-הכללי של או"ם. הודעה כאמור תכנס לתוקף שנה לאחר תאריך קבלת ההודעה על-ידי המזכיר הכללי.

2. הסתלקות כאמור אין בה כדי לשחרר את המדינה החברה מהתחייבויותיה לפי אמנה זו בקשר למעשה או מחדל המתרחש לפני תאריך כניסת ההודעה על הסתלקות לתוקף: אף אין בהודעה כאמור כדי לפגוע בכל דרך שהיא בהמשך הדיון בעניין כלשהו שהוועדה כבר החלה לדון בו קודם לתאריך כניסת ההסתלקות לתוקף.

3. הוועדה לא תתחיל לטפל בעניין חדש הנוגע למדינה חברה לאחר התאריך שבה הודיעה אותה מדינה על הסתלקותה מן האמנה.

סעיף 32

המזכיר הכללי של האו"ם יודיע לכל המדינות החברות באו"ם ולמדינות שחתמו על אמנה זו או הצטרפו אליה על:

א. חתימות אשרורים והצטרפויות לפי סעיפים 25 ו-26.

ב. תאריך כניסתה לתוקף של אמנה זו לפי סעיף 27 ותאריך כניסתם לתוקף של תיקונים לפי סעיף 29:

ג. הסתלקות לפי סעיף 31.

סעיף 33

1. אמנה זו, אשר לנוסחיה בערבית, סינית, אנגלית, צרפתית, רוסית וספרדית דין מקור שווה, תופקד אצל המזכיר הכללי של האו"ם.

2. המזכיר-הכללי של האו"ם יעביר עותקים מאושרים של אמנה זו לכל המדינות.

הסתייגויות של מדינת ישראל

1. על-פי האמור בסעיף 28 לאמנה, מצהירה מדינת ישראל בעת אשרור האמנה כי אין היא מכירה בסמכותה של הוועדה כפי שנקבע בסעיף 20 לאמנה.

2. על-פי האמור בפסקה 2 לסעיף 30 לאמנה, מצהירה מדינת ישראל בעת אשרור האמנה, כי אין היא רואה את האמור בפסקה 1 לאותו סעיף כמחייב אותה.

(א) מקום שהעבירות נעברו בשטח הנתון לסמכותה, לרבות אנייה או כלי-טיס רשומים במדינה האמורה:
 (ב) מקום שהנאשם בעבירה הוא אזרח המדינה האמורה:
 (ג) מקום שהקורבן הוא אזרח אותה מדינה, ובלבד שהיא תראה זאת מתאים.

נספח 3: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

עקרונות יסוד (תיקון מס' 1) תשנ"ד-1994

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

מטרה (תיקון מס' 1) תשנ"ד-1994

א1. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

שמירה על החיים הגוף, והכבוד

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

שמירה על הקניין

3. אין פוגעים בקניינו של אדם.

הגנה על החיים, הגוף והכבוד

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

חירות אישית

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

יציאה מישראל וכניסה אליה

6. (א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.

(ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.

פרטיות וצנעת הפרט

7. (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

פגיעה בזכויות (תיקון מס' 1) תשנ"ד-1994

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

סייג לגבי כוחות הבטחון

9. אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

שמירת דינים

10. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.

תחולה

11. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה.

יציבות החוק

12. אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשליטה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

מקורות

חוקים, תקנות, הצעות חוק

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002
 חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, תשנ"ד-1994
 חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979
 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996
 חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952
 פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948
 פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971
 פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. נכלל מאוחר יותר בחוק יסוד : הממשלה, תשס"א-2001
 הצעת חוק איסור מימון טרור, תשס"ג-2003

פסיקות שהוזכרו בעבודה זו

בג"ץ 7015/02, כיפאח מחמד-אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'
 בג"ץ 7019/02, אמתצאר מוחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'.
 בג"ץ 794/98, שייח' עבדאל כרים עובייד ואח' נ' שר הביטחון ואח'
 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית
 בג"ץ 5973/92, האגודה הישראלית לזכויות האזרח נ' שר הביטחון
 בג"ץ 95/49, אל כורי נ' הרמטכ"ל
 עמ"מ 4/96, גינצבורג נ' שר הביטחון ואח'
 עמ"מ 4/94, בן חורין נ' מדינת ישראל
 ערעור 1/82, קואסמה נ' שר הביטחון
 ערעור 2/82, לרנר נ' שר הביטחון
 ערעור 1/80, כהנא וגרין נ' שר הביטחון
 ערעור 1,2/88, אגבריה ומהג'נה נ' מדינת ישראל
 בג"ץ 5100/94, 4054/95, 1043/99, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ושירות
 הביטחון הכללי
 בג"ץ 153/83, אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל
 בג"ץ 680/88, מאיר שניצר ואח' נ' הצנזור הראשי ושר הביטחון
 בג"ץ 253/64, סברי ג'רייס נ' הממונה על מחוז חיפה
 עמ"מ 10/94, פלונים נ' שר הביטחון
 בג"ץ 585/89, חסין פהאד כרים דקדוק ואח' נ' שר הפנים
 דני"פ 7048/97, פלונים נ' שר הביטחון
 עמ"מ 4982/98, שר הביטחון נ' פלונים
 בג"ץ 688/99, פלונים נ' נשיא בית המשפט העליון
 עמ"מ 8154/97, שר הביטחון נ' דיראני

עמ"מ 4758/98, שר הביטחון נ' דיראני
 עמ"מ 5652/00, עביד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913
 בג"ץ 2882/00, מ.מ.ט מטה מותקפי הטרור נ' שר הביטחון
 בג"ץ 2967/00, ארד נ' כנסת ישראל
 ב"ש 92690/02 מדינת ישראל נ' שיח עבד על כרים עביד
 בש"פ 527/95, ג'נימאת נ' מדינת ישראל
 בג"ץ 8049/96, מחמד עבדל עזיז חמדאן נ' שירות הביטחון הכללי
 בג"ץ 4758/98, פלונים נ' שר הביטחון
 בג"ץ 2320/98 אלמעלה נ' מפקד כוחות צה"ל
 ב"ש 92690/02 שיח עוביד
 בג"ץ 792/88 מטור נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון
 בג"ץ 466/85 אבו בקר נ' שופט בית הדין הצבאי בשכם
 בג"ץ 6055/95, צמח נ' שר הביטחון
 ע"פ 6659/06, פלוני נ' מדינת ישראל
 בג"ץ 845/87, 785, 27/88, עפו נ' מפקד כוחות צה"ל
 ע"א 65/57, העצני נ' בן גוריון

אמנות בינלאומיות

אמנות גינבה 4-1

אמנות האג

אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים

האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות

האמנה האירופית לזכויות האדם

האמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה

מאמרים וספרים

בן נפתלי, א' וגלייכגויטש ש' (2001). כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי

מלחמה. המשפט 11 : 32

בצלם (2000). הפרת זכויות האדם של אזרחי לבנון בידי ישראל.

ברזילי, ג', יער-יוכטמן, א' וסגל, ז' (1994). עתירת המגורשים – השלטון ושלטון החוק. פלילים ד : 9-16.

ברזילי, ג' (2004). טיעון "הביטחון הלאומי" בפוליטיקה ובמשפט. מתוך : Barzilai, G. (1999), The

argument of 'national security' in politics and jurisprudence, in: Bar-Tal, D., Kleiman, A.

& Jacobson, D. (eds.), *Security concerns, insights from Israeli experience*, Stanford, Cn:

JAI Press, pp. 243-265. מופיע גם ב : נויברגר, ב', בן-עמי, א' וגרוס-רופא, א' (עורכים), *דמוקרטיה*

וביטחון לאומי בישראל. האוניברסיטה הפתוחה.

- ברק, א' (2002). דברים בפתיחת שנת המשפט התשס"ב, משפט וצבא 16 (1).
- גיל, א', תובל, יי ולוי, ע' (2010). אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים. בהנחיית מרדכי קרמניצר ויובל שני. המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- גנור, ב' (2003). מבוך הלוחמה בטרור: כלים לקבלת החלטות. הוצאת מפעלות המרכז הבינתחומי, הרצליה.
- גנור, ב' (2007). תופעת הטרור – הגדרת עבודה מוצעת. מט"ח, המרכז הבינתחומי הרצליה, המכון למדיניות נגד טרור. <http://ictlib.cet.ac.il/pages/item.asp?item=16561>
- גרס, ע' (2004). מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים. תל-אביב: נבו.
- דינשטיין, י' (1983). דיני מלחמה. הוצאת שוקן ואוניברסיטת תל-אביב.
- הופנונג, מ' (1991). ביטחון המדינה מול שלטון החוק. ירושלים: נבו.
- הרכבי, י' (1983). על הגרילה. תל-אביב: מערכות
- הררי, י"נ (2009). טרור מהו? מימי הביניים ועד למאה העשרים ואחת. זמנים, 108.
- זמיר, י' (1989). זכויות האדם וביטחון המדינה, משפטים יט: 17-39. בתוך: נויברגר, ב', בן עמי, א' וגרוס-רופא, א' (עורכים), דמוקרטיה וביטחון לאומי בישראל. האוניברסיטה הפתוחה.
- כהן-אלמגור, ר' (1994). גבולות הסובלנות והחרות – תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות. ירושלים: נבו.
- כשר, א' (1996). אתיקה צבאית. ההוצאה לאור משרד הביטחון
- מודריק אבן-חן, ה' (2005). לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב-2002. בהנחיית מרדכי קרמניצר. המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 58 (דצמבר 2005)
- מודריק אבן-חן, ה' (2010). טרור ומשפט בין-לאומי הומניטרי. ההבחנה בין לוחמים לאזרחים בשדה הקרב המודרני. המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכל סאקר, האוניברסיטה העברית ירושלים – הפקולטה למשפטים, נבו הוצאה לאור.
- מרידור, ד' ופס ח' (עורכים) (2006). הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת. המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- נגבי, מ' (1987). מעל לחוק – משבר שלטון החוק בישראל. תל אביב: עם עובד.
- נוה, א' (1996). המקרתיות בארצות הברית – דמוקרטיה וביטחון לאומי בעידן של עוצמה וחרדה. פסיפס 3: 45-55.
- נויברגר, ב' (2007). ביטחון לאומי ודמוקרטיה – מתחים ודילמות. בתוך: נויברגר, ב', בן-עמי, א' וגרוס-רופא, א' (עורכים), דמוקרטיה וביטחון לאומי בישראל. האוניברסיטה הפתוחה.

- נויברגר, ב' (2007). דמוקרטיה מתגוננת. בתוך: נויברגר, ב', בן-עמי, א' וגרוס-רופא, א' (עורכים), *דמוקרטיה וביטחון לאומי בישראל*. האוניברסיטה הפתוחה.
- סבן, א' (2001). תחיקת ביטחון וסמכויות שעת חירום בבוקר למחרת. בתוך: בנבנשתי מ' (עורך), *הבוקר למחרת – עידן השלום, לא אוטופיה*. ירושלים: מכון טרומן. עמ' 84-89.
- צימרמן, א' (1997). הצעות חוק השב"כ – ניתוח משווה. *נייר עמדה* 3. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- קרמניצר, מ' (1994). עתירת המגורשים: השלטון ושלטון החוק. *פלילים* ד: 17-38.
- קרמניצר, מ' (2005). *האם הכל כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה*. המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 60.
- קרצמר, ד' (1995). *אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית המשפט העליון. משפטים כ"ו*, תשנ"ה: 49-96.
- שלף, ל' (1993). גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים. *עיני משפט*, 17: 757-809.
- שלף, ל' (1996). אילוצים ביטחוניים והמערכת המשפטית. *פסיפס* 3: 23-44.
- שני, י' וקרמניצר, מ' (2008). הערת חקיקה – חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. *אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה*. <http://www.idi.org.il> 16.7.2008. ספרים-ומאמרים/מאמרים/הערת-חקיקה--חוק-כליאתם-של-לוחמים-בלתי-חוקיים/
- Agamben, G. (2005). *State of exception*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Bar-Tal, D. & Jacobson, D. (1998). Introduction. In: Bar-Tal, D., Jacobson, D. & Kleiman (eds.), *Security concerns – insights from the Israeli experience*. Stanford/Ct., JAI Press. Pp. 1-11.
- Harmon, C.C. (2007). *Terrorism today*. Routledge/Taylor & Francis.
- Jackson, J.M. (1999). The legality of assassination of independent terrorist leaders: An examination of national and international implications. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 669.
- Martin, D. (1994). National security and democracy: The dilemma from a French perspective. *Armed Forces and Society*, vol. 20, no. 5 (spring '94): 305-321.

- Record, J. (2003). Bounding the Global War on Terrorism. Strategic Studies Institute (SSI).
<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/pub207.pdf>
- Scheideman, S.N. (2000). Note: standards of proof in the forcible responses to terrorism.
Syracuse Law Review 249: 282-3.
- Scheppele, K.L. (2004). Terrorism and the constitution: Civil liberties in a new America,
Pennsylvania Journal of Constitutional Law (May): 1-102.
- Shamir, R. (1990). Landmarks cases and the reproduction of legitimacy: the case's of Israel
high court of justice, *Law and Society Review*, 24: 781-805.
- Shapiro, S. (1998). Parliamentary and administrative reforms in the control of the intelligence
services in the European Union. *The Columbia Journal of European Law*, vol. 4, no. 3
(summer '98): 545-578.
- Waxman, D. (1999). Terrorism: The war of the future. *Fletcher Forum of World Affairs* 201