

## בבית המשפט העליון

ע"פ 1221/06

בפני: כבוד השופט א' רובינשטיין

המערערים: 1. ריאד סעדי עבד אל חמיד עיאד  
2. חסאן מסעוד חסין עיאד

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב מיום 25.1.06 (ב"ש 93226/05 וב"ש 93227/05) שניתנה על ידי כבוד השופט כספי

תאריך הישיבה: ז' באדר התשס"ו (7.3.06)  
בשם המערערים: עו"ד הישאם אבו-שחאדה; עו"ד תמר פלג-שריק  
בשם המשיבה: עו"ד זמירה גולדנר; עו"ד עודד קלר;  
עו"ד יובל רויטמן

### פסק-דין

א. ערעור בהתאם לסעיף 5(ד) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב-2002 (להלן החוק) על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט כספי) מיום 25.1.06 (ב"ש 93226/05 וב"ש 93227/05). בית המשפט המחוזי, בערכו ביקורת שיפוטית על פי החוק, קבע כי צוי כליאה שהוצאה נגד המערערים על-ידי ראש המטה הכללי (הרמטכ"ל) ביום 12.9.05 - כדין הוצאו.

ב. ערעור זה ככל הנראה ראשון הוא על פי החוק דנא הנדון בבית משפט זה כסדרו; ערעורים קודמים (ע"פ 3660/03, 3765/03) עבייד, דיראני ואיוב נ' מדינת ישראל (לא פורסמו, הנשיא ברק)) נמחקו משהפכו תיאורטיים, לאחר שהמערערים דשם שוחררו. לפיכך טרם עוצבו דרכי הדיון בהליך זה, שהוא ביקורת שיפוטית הכוללת, בין השאר, בבית המשפט המחוזי ובבית משפט זה, אפשרות לסטיה מדיני הראיות ועיון בחומר במעמד צד אחד (סעיף 5 לחוק). הדעת נותנת כי דרכי הדיון יעוצבו במהלך

הזמן, ככל שהדבר יידרש. כעולה מן החומר, אף בית המשפט המחוזי התלבט ודירג את דרכי טיפולו באורח שקבע, וחלק מן הטענות בערעור דנא קשורות לעניין זה עצמו.

ג. פשיטא שהמדובר במאטריה שאינה פשוטה; מצבה הביטחוני של המדינה מוליד מצבים וצרכים שאינם בגדר המסגרות המשפטיות ה"רגילות", ועסקינן בסוג של מעצר בעל אופי מינהלי, שהמחוקק ביקש לעצב כדי להתמודד עם מי שנשתייכו לכוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל, ולכלל שבויי מלחמה לא הגיעו.

ד. המערערים, תושבי עזה, הוחזקו בעבר במעצר מינהלי לפי צוי מעצר שהוציא נגדם מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה. מערער 1 הוחזק במעצר מינהלי החל מיום 1.1.2002 ועד ליום 12.9.2005; מערער 2 הוחזק החל מיום 24.1.2003 ועד ליום 12.9.2005. ביום 12.9.2005, לאחר יציאת צה"ל מחבל עזה, חתם הרמטכ"ל, רב אלוף דן חלוץ, על צוי כליאה כנגד שני המערערים מכוח סמכותו לפי סעיף 3 לחוק, ובכך שונה מעמדם של המערערים מעצירים מינהליים לכלואים שהם לוחמים בלתי חוקיים. המיוחס למערערים הוא היותם נמנים על חיזבאללה; אך מיוחסת להם גם מסוכנות אישית, נוכח מעורבות בפועל בהתקפות טרור נגד יעדים אזרחיים ישראלים.

ה. (1) מכוח סעיף 5(ג) לחוק מצווה בית המשפט המחוזי לקיים ביקורת שיפוטית על צוי הכליאה; ואכן, מאז נעצרו המערערים הובאו בפני בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו פעמים אחדות ביום 22.9.05 (אז החלה הביקורת השיפוטית בעניינם של המערערים), ולאחר מכן - להמשך הדיון - בימים 16.11.05, 6.12.05 ו-20.12.05. באי כוח המערערים הציבו בפני בית המשפט טענות אחדות: הם משיגים על עצם חוקתיותו של החוק; בהנחה שהחוק עומד באמות המידה החוקתיות, משיגים הם על המידתיות - כלשונם - בשימוש באמצעי זה בנידון דידן, בשעה שמצוי לשיטתם אמצעי שפגיעתו פחותה, הוא חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים), תשל"ט-1979 (להלן חוק המעצרים המינהליים); והם משיגים על התשתית הראייתית הנוגעת למערערים.

(2) ביום 25.1.06 ניתנה החלטתו של בית המשפט המחוזי. עולה הימנה, כי בית המשפט פיצל את ההליך, כך שהכריע בנוגע לטעמים הענייניים, העומדים בבסיס הוצאת צווי הכליאה בהקשר התשתית הראייתית, וכן הביע דעה עקרונית-מסגרתית אך לא סיים טיפולו בנוגע לשאלת העדפתו של המעצר המינהלי (ה"מידתיות"), בהמתנה לחומר נוסף. בשאלה החוקתית טרם דן לעת הזאת. בית המשפט קבע, שהחלטה בנוגע לטיעונים העקרוניים שהעלו באי כוח הצדדים (חוקתיות החוק והכרוך בה וכן

ה"מידתיות") תינתן במהלך הביקורת השיפוטית העתית הבאה, הקבועה, בכל מקרה, לימים אלה.

(3) לעניין התשתית הראייתית קבע בית המשפט המחוזי, כי על פי החומר שהונח בפניו, היה בפני הרמטכ"ל חומר מודיעיני ראוי ומבוסס, שנתן בידו יסוד סביר להנחה הנדרשת מכוח סעיף 3(א) לחוק, וכפועל יוצא, להוצאת צוי הכליאה כנגד המערערים. מסקנתו זו של בית המשפט התבססה בעיקר על עדותם של שני העדים המומחים שהעידו מטעם המדינה ('פלויד') שהעיד מטעם אגף המודיעין של צה"ל לעניין אפיונה של חיזבאללה, ו'אמיתי' שהעיד מטעם שירות הביטחון הכללי לעניין המערערים עצמם), וכן על חומר מודיעיני שהונח בפניו. בית המשפט קבע, כי על יסוד החומר נמנים המערערים על ארגון החיזבאללה, שהוא כוח המבצע פעולות איבה כנגד מדינת ישראל - סעיף 2 לחוק - ולפיכך ניתן לומר, שהמערערים הם לוחמים בלתי חוקיים, כהגדרתם בסעיף 2. הוסיף בית המשפט, שבנוסף לשיוך הארגוני הוכחה בפניו גם פעילות אישית בעניינו של כל אחד מהכלואים.

(4) בהחלטתו, נזקק בית המשפט המחוזי במישור העקרוני גם לשאלת היחס שבין צו כליאה מכוח החוק לבין צו מעצר מינהלי מכוח חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים), התשל"ט-1979; בהזכירו כי בב"ש (מחוזי ת"א) 92690/03 מדינת ישראל נ' עבייד ואח' ציין שחוק המעצרים המינהליים, על פי תכליתו, לא יסכון לעניין לוחמים בלתי חוקיים; אך הוא מצא, כי טרם בשלה העת להכריע בכך, נוכח שינויים עובדתיים ומשפטיים שונים שאירעו מאז אותה החלטה, וכי לזאת יידרש במסגרת הביקורת השיפוטית העתית הבאה, כאמור. כך - לאחר שיושלמו סיכומיהם של הצדדים, כגון בשאלה האם ניתן, או ראוי, לעת הזאת לעשות שימוש בחוק המעצרים המינהליים כלפי המערערים תחת החוק בו עסקינן.

(5) כלפי החלטה זו הוגש הערעור דנא.

ו. (1) טענתם הראשונה של באי כוח המערערים היא, כי מסקנתו של בית המשפט קמא בדבר קיומה של תשתית עובדתית להוצאת צוי הכליאה שגויה היא. לדבריהם, חומר הראיות אינו קושר את המערערים לארגון החיזבאללה, וטענה בעניין זה לא הועלתה כנגד המערערים, לא בחקירתם ולא בדיונים שקוימו בעבר לצורך הוצאת צוי המעצר המינהלי. כן נטען, כי השיהוי בדבר העלאת הטענה בנוגע לחברותם של המערערים בארגון החיזבאללה מלמד, שזו הועלתה לצורך העברת המערערים למעמד של לוחמים בלתי חוקיים על פי המינוח בחוק. כן משיגים המערערים על מסקנתו של

בית המשפט קמא, לפיה בשחרור המערערים ממעצרים יש פוטנציאל להקמת חוליות של ארגון החיזבאללה באזור עזה או לחיזוקו של הארגון.

(2) טענתם השניה של באי כוח המערערים מופנית כנגד מידתיות צוי הכליאה, כלשונם, וזאת נוכח קיומה של אפשרות מעצר, הפוגעת פחות בזכויותיהם של המערערים, קרי, באמצעות חוק המעצרים המינהליים, כאמור. לשיטתם, מעיון בהחלטת בית המשפט קמא עולה, שהוא אמנם נמנע מהחלטה מפורשת בנוגע לטענתם בדבר היעדר המידתיות בצוי הכליאה; אך - כך לדברי באי כוח המערערים - מההחלטה עולה במרומוז, כי טענתם בסוגיית המידתיות נדחתה. ואולם חוק המעצרים המינהליים מספק בידי המדינה - כנטען - כלי יעיל ומעשי להמשך החזקתם של המערערים במעצר, אם נחוץ הדבר, ופגיעתו של כלי זה רעה פחות כלפי זכויותיהם של המשיבים מאשר המשך מעצרים מכוח החוק דנא.

(3) יצוין כי הערעור דנא אינו נדרש לשאלה החוקתית שבית המשפט קמא טרם דן בה כלל.

(4) נוכח כל אלה עותרים המערערים, כי בית משפט זה יבטל את החלטתו של בית המשפט המחוזי, יקבע שיש לבטל את צוי הכליאה, ויורה על שחרורם של המערערים, בשל היעדר ראיות נחוצות למעצרים; ולחלופין מבקשים הם, כי יבוטלו צוי הכליאה בשל היותם בלתי מידתיים, נוכח קיומו של אמצעי פוגעני פחות.

ז. (1) כך היה סדר הדין בערעור בבית משפט זה: לאחר שמיעת טענותיהם העיקריות של הצדדים עיינתי בחומר הסודי שעמד בפני בית המשפט קמא, ואחר כך שבו הצדדים ונתכנסו, וכתום שיג ושיח אמר גם המערער 2 עצמו את דברו.

(2) באי כוח המערערים הוסיפו וטענו במיוחד, כי יש מקום להכריע לעת הזאת בשאלת המידתיות, קרי, האם השימוש באמצעי שננקט, לפי החוק דנא, הוא חוקי, ולמצער ראוי. לשיטתם, כבר החליט בעצם בית המשפט המחוזי בעניין זה, והחלטתו היא בחיוב; לכן בשל הנושא להכרעה, ואף יש צורך להכריע, שכן טענה זו הועלתה במסגרת הביקורת השיפוטית בתקופת הכליאה הראשונה, ותקופה זו טענותיה עמה וזקוקות הן להכרעה בגדר ביקורת שיפוטית זו. ולשיטתם, ממה נפשך: אם הכריע בית המשפט לשבט, קרי, האמצעי שנבחר כדין נבחר, טעה בכך ועומד הוא לערעור; ואם לא הכריע, טעה בעצם אי ההכרעה. לשיטתם זכאי כל אדם, בגדרי המידתיות, לסנקציה הפוגענית פחות, כל עוד משיגה היא אותה מטרה; בהקשר זה חומרת התנהגותו של

האדם היא שיקול שאינו רלבנטי. החלטות למחצה אינן, כנטען, במקומן, וכזו היתה לטענתם החלטת בית המשפט קמא בהקשר זה.

(3) באת כוח המדינה, הטעימה כי לשיטת המדינה נתקיימו דרישות החוק, היוצר (בסעיף 7) חזקה כי מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל או נטל חלק בפעולות כאלה, במישרין או בעקיפין, יראוהו "כמי ששחררו יפגע בבטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת". הוכחו בפני בית המשפט קמא, כנטען, השתייכותם הארגונית של המערערים וגם מסוכנותם האישית, והסיכוי הסביר שיחזרו לפעילות טרור שבה עסקו ערב מעצרים. באשר לעניין המידתיות, הנושא - לטענתה - עודו תלוי ועומד לפני בית המשפט קמא, והוא שולב בטענות נגד חוקתיות החוק; הדברים לא הוכרעו על-ידי לא בהיסח הדעת; ועוד הוסיפה, כי אם לא יידון הנושא עתה, לא תטען הפרקליטות השתק בשעה שיגיע לדיון בבוא העת. פשיטא שלא יוגבל שיקול דעתו של בית המשפט המחוזי באשר למכלול הטענה; ולכן - בטרם הכרעה שלמה בו - אין טעם בדיון בכך בערעור.

(4) שאלתי את המערערים אם רצונם לומר דבר. המערער 2 בחר לומר את דברו, ואמר כי כוחות ישראל הרגו את אביו ב-2001, ועצרו אותו עצמו תוך הרס ביתו, בלא שנחשף לחומר שתולים בו. משפחתו הגרעינית והמורחבת הושפעה קשה מהרס הבית ומן הנדודה; הוא עצור ללא סיבה וללא אשמה. אם ייחשף החומר העומד נגדו יוכל להגיב, כך שיעשה צדק.

(5) במעמד צד אחד, בהסכמה, שמעתי את דבריהם של באי כוח שירות הביטחון הכללי באשר לעוררים. אציין כאן, ועוד אשוב לכך, כי מן החומר שעיינתי בו עולה בבירור זיקתם של העוררים לחיזבאללה והשתתפותם בפעולות לחימה נגד אזרחי ישראל בטרם מעצרים; כן עולים ניסיונות חיזבאללה לנצל את המצב בחבל עזה מאז ההתנתקות ונסיגת כוחות ישראל.

ח. (1) חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב-2002 נחקק בעקבות החלטתו (ברוב דעות) של בית משפט זה בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נ"ד(1) 721, כי לא ניתן להחזיק אדם במעצר מכוח חוק המעצרים המינהליים, כשהטעם למעצר הוא שחרור שבויים ונעדרים (אותם פלונים היו לבנונים קשורים לחיזבאללה, שהוחזקו לצורך שחרורם של שבויים ונעדרים של צה"ל). בבג"צ 2967/00 בתיה ארד נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 188, 192 אמר בית המשפט מפי הנשיא

ברק, כי "איננו רואים בחקיקה מעין זו (שהיתה לעת מתן פסק הדין בפתח הליכי החקיקה – א"ר) כל עקיפה של פסק דיננו בדנ"פ 7048/97. בית המשפט אמר דברו באשר למשפט הקיים. זה כוחו וזה תפקידו. הכנסת רשאית לשנות המצב הקיים. זה כוחה וזה תפקידה. זוהי הפרדת הרשויות הראויה". אמנם, הדברים עסקו בסמכות החקיקה בהקשר זה ולא בתוכנה הספציפית. בדברי ההסבר להצעת החוק, שהוגשה כחודשיים לאחר שני פסק הדין הללו (ה"ח תש"ס, 416), נאמר כי "החוק המוצע בא לעגן את הסמכות, העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, לכלוא איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה, עד לתום פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין אותו כוח", אך זאת תוך ביקורת שיפוטית, עיון תקופתי ותנאי כליאה הולמים. הוראת ההצעה המאפשרת לרמטכ"ל להוציא צו כליאה עד למועד בו יתמו פעולות האיבה בין ישראל לכוח האויב, הוסברה כמבטאת "את הרעיון, המעוגן במשפט ההומניטרי, ולפיו ניתן להחזיק באנשי כוח האויב, כל עוד נמשכות פעולות האיבה, כדי שהללו לא יחזרו למעגל הלחימה" (עמ' 417). כאמור, חוקתיות החוק אינה עניין לדיוננו הנוכחי (כשלעצמי גם איני רואה מקום כי אעסוק בעצמי בחוקתיות החוק אף בהמשך, כיוון שהשתתפתי בשעתו בחלק מן הדיונים לקראת החוק). יצוין כי מלכתחילה כוון החוק שלא לחול על תושב ישראל, האיזור או שטחי המועצה הפלסטינאית, אלא אם נטל חלק בפעולות איבה מחוץ לשטחים הללו, אך הצעה זו לא נקלטה בחוק כשלעצמו.

(2) חוק זה – כנאמר בו - מטרתו (סעיף 1) הסדרת "כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי". בסעיף 2 מוגדר לוחם בלתי חוקי כאדם "שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי". הסמכות באשר למעצרו של לוחם כזה (בצו כליאה) ניתנה בידי הרמטכ"ל.

(3) אציין כאן, כי צוי הכליאה שניתנו מאת הרמטכ"ל ביום 12.9.05 אומרים (לגבי שני המערערים בנפרד) בסעיף 2 בהם כי "צו זה הוצא מכיוון שיש לי יסוד סביר להניח על בסיס מידע מודיעיני מבוסס שהוצג בפני, כי הכלוא הוא לוחם בלתי חוקי כמשמעו בחוק וכן כי שחרורו יפגע בבטחון המדינה". אעיר כאן כי לדעתי, אף אם במהות לא נפגעה זכותם של המערערים לידע על מה ולמה הם נכלאים, ולוא בשל הביקורת השיפוטית, יש מקום – במבט לעתיד – שהרשויות יפרשו ביתר הרחבה,

בניסוח הצו, את הוראת המחוקק כי "צו כליאה יכלול את הטעמים לכליאה וזאת מבלי לפגוע בצורכי ביטחון המדינה" שבסעיף 3(א) ויינתן פירוט ככל הניתן, מעבר לאמירה הכללית כי המדובר בלוחם בלתי חוקי. זאת, כדי שהכלוא יידע מפי הרשות אל מול מה הוא מתמודד, מה גם שהצו אינו קובע לוח זמנים לסיומו, אלא תוקפו עד תום פעולות האיבה של הכוח אליו השתייך הכלוא נגד ישראל (ראו בין השאר סעיפים 7 ו-8 לחוק); זאת, אלא אם ביטל הרמטכ"ל את הצו לפני כן (סעיף 4), בשל אי התקיימות התנאים או מטעמים מיוחדים. לעניין זה ניתן היה לציין בצוים נשוא הערעור מפורשות כי המערערים כלואים בשל מעורבותם בחיזבאללה. על פי החוק, בידי הכלוא לטעון טענותיו בעניין הצו בפני קצין בדרגת סגן אלוף לפחות, שיביאן בפני הרמטכ"ל (סעיף 3(ג)), כפי שנעשה במקרה דנא, אחר כך באה העת לביקורת שיפוטית, שראשיתה 14 ימים לאחר הכליאה (סעיף 5(א)).

(4) על פי הצעת החוק אמורה היתה להיקבע חובת עיון תקופתי בצו אחת לשישה חודשים, לרבות ועדה מייעצת לעניין זה בראשות שופט בדימוס, אך הדבר לא נכלל בחוק, ותחת זאת נקבע כי הכלוא יובא אחת לשישה חודשים מיום הוצאת הצו לביקורת שיפוטית. החלטת בתי המשפט לפי סעיף זה ניתנת לערעור לפני בית משפט זה.

(5) כאמור מעלה, כבר נעצרו בשעתו (2002) מספר אנשים בגדרי חוק זה – ובביקורת שיפוטית שנערכה אז (ב"ש 93066/02, השופט כספי) אושרו הצוים. ערעור לבית משפט זה נמחק כנזכר.

(6) אכן, חוק זה אינו פשוט. בסוגיות אלה מתמודדות מדינות אחרות, במיוחד ארצות הברית בפרשיות אלקאעדה והעצורים המוחזקים בבסיס גואנטנמו שמחוץ לגבולות ארה"ב וגם עצורים אחדים המצויים בארה"ב; ראו למשל, Hamdi v. Rumsfeld, 542 u.s. 507 (2004); Rumsfeld v. Padilla, 542 u.s. 426 (2004); הדיון בארה"ב במידה רבה נסב על עצם הזכות לביקורת שיפוטית בכגון דא.

(7) בישראל, שבה הובן מלכתחילה על פי מסורת רבת שנים של מאבק בטרור בגדר המשפט, כי יש צורך בביקורת שיפוטית תקופתית, נחקק החוק לא בקלות אלא לאחר דיונים רבים בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ותוך שקמו אז וגם לאחר מכן עוררים על חוקתיותו (ראו לאחרונה ה' מודריק בהנחיית מ' קרמניצר, לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? נייר עמדה, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005). כאמור, טענה זו אינה כלולה בהליך דנא.

(8) עלי להידרש לטענה בדבר התשתית העובדתית והמשפטית לעת הזאת לפי חוק זה, שבגדרו הוצאו הצוים ונעשתה הביקורת השיפוטית, וכן לקבוע אם יש צורך להכריע עתה בשאלת ה"מידתיות", קרי, האם היה צורך לנקוט באמצעי פוגע פחות, הוא חוק המעצרים המינהליים.

(9) באי כוחם המלומדים של המערערים אינם מסתירים, שעיקר מעייניהם הוא באיון החוק, ולמצער בצמצום מירבי של השימוש בו, מטעמים שאותם מנו, וטענה זו חופה על טיעוניהם בדיון. הדבר לגיטימי; אולם בסופו של יום יש להכריע לעת הזאת תחילה על פי המסגרת שהוצבה על-ידי המשיבה בהוציאה את הצוים לפי חוק זה, החוקיים הם הצוים הללו אם לאו.

(10) עלי לציין כאן, כי הצדדים עשו מלאכתם נאמנה, בבית משפט קמא ובבית משפט זה, והציגו כראוי – בכל הכבוד – את ההיבטים הרלבנטיים השונים.

(11) באשר לתשתית הראייתית, היתה לנגד עיני חובתנו, מתוך המגבלות שבקיומו של חומר חסוי שאינו מוצג למערערים, להיות להם כמעין פה בהקשר זה (ראו בג"צ 5555/05 פדמן נ' פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 868, 869). לאחר העיון בחומר הגלוי והחסוי כאחד נראה לי כי אין מקום להתערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא. ראשית, יש אישוש מהותי ומשכנע לתשתית שהיתה ביסוד המעצר בשעתו, באשר לקשרי המערערים עם חיזבאללה, מבקשי נפשה של ישראל, ולפעילות במסגרת לחימת חיזבאללה נגד אזרחים בישראל. כך גם באשר לחיזבאללה דהאידינא ופעולותיו נגד ישראל. אכן מבחינת החוק כנתינתו, במובן המשפטי, החזקה שבסעיף 7 די בה כדי להצדיק אי התערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא, שהרי המדובר על פי החומר בבירור במי שנמנו על חיזבאללה או נטלו חלק בפעולות איבה שלו, ועל כן רואים אותם כמי ששחרורם יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות חיזבאללה נגד ישראל. אך מתווספת לכך, במקרה דנא, ויש בזאת כמובן חיזוק משמעותי ומהותי בגדרי צדק אינדיבידואלי, אף המסוכנות האישית. מבחינה זו אוכל לאמץ את שקבע השופט קמא.

(12) ועוד, דומני כי גם באשר לסיכון לחזרת המערערים למעשיהם אם ישוחררו, התשתית ההסתברותית ראויה, אף אם דבר זה כמובן אין להניחו בוודאות. אכן, אין המדובר בסיטואציה מורכבת. החוק נחקק – כפי שהוצג לעיל – בניסיון להתמודד עם מצב שאינו ייחודי לאזורנו, בוודאי לאחר אירועי 11.9.01 בארה"ב

כשהמדובר ב"עימות מזוין שאינו מגיע לכדי מלחמה", אך בולט במיוחד באזור זה; למלחמה ה"קלאסית" בין מדינות הצטרפה – ואולי אף כבשה חלק מרכזי – לוחמת ארגוני טרור; אנשיהם אינם באים בגדרה של אמנת ג'נבה השלישית מ-1949; לפרוטוקולים מ-1977 הנלוים לאמנת ג'נבה לא הצטרפה ישראל, אך נדרשה דרך קבע לטפל במי שניהלו לוחמה בכסות אזרחית כזאת ואחרת נגדה, שלא כחלק מכוח צבאי מדינתי ובלא להחיל על עצמם את חוקי המלחמה כל עיקר. מטבע הדברים מתעוררת, כמו בנושאים רבים שבאו ובאים לפני בית משפט זה, שאלת היחס בין ביטחון לזכויות העצורים. החוק הניח – כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק – הנחה של הקבלה מסוימת למצבם של שבויי מלחמה, במקרים שאין ליתן בהם מעמד זה עצמו, לפי אמנת ג'נבה השלישית מ-1949. שבויי מלחמה מוחזקים עד תום פעולות האיבה, ולכך כיוון החוק במקבילו, כדי למנוע שיבתם של הכלואים לפעולות איבה. השימוש במונח "כלוא" דומני שבא ברוח המינוח שבחוק השיפוט הצבאי תשט"ו-1955; ראו סעיף 248א(1) וכן תקנה 1 לתקנות השיפוט הצבאי (בתי סוהר צבאיים) תשמ"ז-1987, המגדירה כלוא כ"אסיר, חבוש או עציר".

(13) כאמור, אשר לתשתית הראייתית נחה דעתי, כי אין מקום להתערבות בהחלטת בית המשפט קמא. אינני יכול לקבל כפשוטה את הטענה כי הזיקה לחיזבאללה לא היתה בשעתו כל עיקר על הפרק, בחקירותיהם של המערערים ובביקורת השיפוטית בבתי המשפט הצבאיים בעניינם. לא עמד בפני החומר החסוי שהוצג לבתי המשפט הצבאיים בדיונים השונים, אך ברי - ואף המערערים היו מודעים לכך - כי נחשדו גם בקשרים לארגון ולפעילים ידועים בחיזבאללה (לגבי מערער 1 ראו זכרונות דברים מחקירותיו מן הימים 5.1.02, 15.1.02, 16.1.02, 17.1.02 ו-22.1.02, שנמסרו גם לבאי כוחו; לגבי מערער 2 ראו פרוטוקול הדיון בביקורת שיפוטית מיום 8.1.04). ועוד, לא אחת יודעים עצורים מינהליים יותר מאשר באי כוחם את הנסיבות לאשורן. בהתחשב בכמות החומר ובמהותו, מתקשה אני לקבל את הטענה כי שיוך המערערים לחיזבאללה נעשה לצורך שינוי מעמדם ללוחמים בלתי חוקיים, אם כי יתכן שבראיה לאחור ניתן היה להרחיב בדברים בעת הביקורת השיפוטית על צוי המעצר המינהליים. אמרתי זאת בנוסף לאשר ציין בית המשפט קמא בהקשר זה.

(14) בשאלה שעלתה בשיג ושיח עם באי כוח המערערים, קרי, אם נוכח החלטתו של השופט קמא, ראוי להכריע בעניין השימוש בחוק דנא כבר עתה, נראה לי לאחר העיון, כי יש מקום להמתין בהכרעה זו עד למיצוי הדיון בבית המשפט המחוזי. יתכן, במבט צופה פני עתיד, כי טענה כזאת צריכה להיות מוכרעת בגדרי הביקורת

השיפוטית הספציפית; אך בנסיבות של עיצוב ההליך בקשר לחוק, אין לבוא עם השופט קמא בכל טרזניה על הדרך בה נהג, עקב בצד אגודל.

(15) לשיטת המערערים, ישנם הבדלים משמעותיים בין שימוש בחוק המעצרים המינהליים לבין שימוש בחוק דנא, ואחד העיקריים שבהם הוא שבחוק המעצרים המינהליים יש צורך בהוכחת מסוכנות אישית. לעניין זה אעיר רק, כי החוק נחקק בראש וראשונה למקרים שבהם אין ראייה למסוכנות אישית. מקרים שאינם כמכבר כשהלוחמים זיהו עצמם במדיהם ובסמליהם; בדומה, ככלל אין ראייה למסוכנות אישית עתידית לגבי שבויי מלחמה. לא למותר לציין, כי לשיטת המערערים, שלפיה ההגנות שבחוק המעצרים המינהליים טובות מאלה שבחוק דנא, יוצא שלבעלי מסוכנות אישית, שכלפיהם מבקשים הם להחיל את חוק המעצרים המינהליים, תהא – בכפוף לחוקתיות החוק – הגנה טובה יותר מאשר למי שאין להם מסוכנות אישית.

(16) אוסיף, כי מתוך תפיסה רחבה של זכויות דיוניות, המוענקות גם למי שעסקו במעשים קשים (ראו גם בג"צ 1546/06 גזאוי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם)), זכרתי את דברי חברי השופט גרוניס באשר לכך שאדם במעצר מינהלי מתגונן כשעיניו כסויות וידו האחת קשורה (עמ"מ פדרמן נ' שר הבטחון, פ"ד נח(1) 176), אף כי גם המדינה פועלת כשאחת מידיה קשורות (ראו בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 895, הנשיא ברק). שאלתי עצמי איפוא, מבלי להכריע בטענת המידתיות לגופה, האם נגרם בפועל עוול למערערים לעת הזאת, בכך שנעשה שימוש באמצעי של חוק זה תחת חוק המעצרים המינהליים שאותו מציעים המערערים אם טענתם החוקתית לא תתקבל. בעיני התשובה לכך היא כי לא נגרם עוול כזה. בפועל, החלה הביקורת השיפוטית, כמצוות חוק זה, כבר סמוך לאחר מעצרו של המערערים על פי החוק, וכפי שתואר, הופיעו בפני בית המשפט פעמים אחדות (הגם שבחרו שלא להעיד). עניינם לא ירד איפוא מסדר יומו השיפוטי של בית משפט קמא לאורך חודשים, וכך גם עתה. הרי זו איפוא מעין "ביקורת שיפוטית מתמשכת".

(17) עם זאת, בהמתנה האמורה להכרעתו של בית המשפט המחוזי יוצא אני מן ההנחה, שהיא בעיני בחינת פשיטא, שבית המשפט, הגם ששירטט מסגרת עקרונית לגבי ישימות החוק, פתוח לטיעונים במכלול הנושא, ושיקול הדעת המסור לו רחב; וכזכור ציין הוא עצמו, כי השתנות העתים מצדיקה כי יישמעו הצדדים במפורט בהקשר זה. באת כוח המדינה הצהירה כאמור, כי לא ייטען השתק בכך שטענה זו לא הוכרעה

בביקורת השיפוטית הנוכחית. בית המשפט יכריע לאחר שמכלול התמונה כולה יהא לנגד עיניו.

(18) סוף דבר, אין בידי להיעתר לערעור. אוסיף, במבט לעתיד: הגם שהחוק נועד למצבים מתמשכים ולא קבע הגבלת זמן לכליאה בטרם תום פעולות האיבה נודעת - מטבע האנוש, הנסיבות הדינמיות ומחויבותה של דמוקרטיה - משמעות גוברת לחלוף הזמן כשהמדובר בכליאה בעלת אופי מינהלי, במובן של חובתה ואחריותה של הביקורת השיפוטית. מכאן חשיבותה המיוחדת, שאין להפריז בה כל עיקר, של ביקורת זו. מטבע הדברים והשכל הישר תידרש הביקורת השיפוטית, בנפרד משאלת הסמכות, לדקדק בכל עת ולחקור ולדרוש בהשתנות העתים. פעמים, במצבה של ישראל, יהיו הדברים בחינת "או לי מיצרי ואו לי מיוצרי", בין פטיש ובין סדן, שהרי ההסתברות כי המערערים יחזרו לפגוע בישראל אם ישוחררו קיימת כאמור מעלה - ומאידך גיסא כליאה מתמשכת בהליכים שבהם לא כל החומר מוצג לפנייהם ואינם מועמדים לדין פלילי מטעמים ראייתיים איננה מן הנושאים הקרובים ללבו של המשפט, וטעונה עיון רב ככל שהיא מתמשכת. לעת הזאת אין כאמור מקום להתערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא. במבט לעתיד יהא על הרשויות ועל הביקורת השיפוטית לבדוק - כגון בגדרי סעיף 4 לחוק - אם חל שינוי בנסיבות, וכן - למשל - האם ניתן לערוך הבחנה בין המערערים עצמם לעניין הכליאה, ואיני קובע מסמרות בהקשרים אלה.

(19) כאמור, איני נעתר לערעור.

ניתנה היום, י"ד באדר התשס"ו (14.3.06).

ש ו פ ט