

# בִּצְלֵם

מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים (ע.ר.).

B'Tselem – The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories

## נייר עמדה בנוגע להצעת החוק: "כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים"

הצעת החוק מבקשת להרחיב באופן גורף את סמכויותיה של ישראל בנוגע למעצר מינהלי ותאפשר למדינה להחזיק בלא משפט הן אזרחים לבנוניים שנחטפו והובאו לישראל, הן פלסטינים תושבי השטחים ואף אזרחים ישראלים.

הן מטרת החוק, והן הדרך בה הוא מנסה להשיגה, הינן פסולות. החוק קובע הגדרות גורפות ומעניק סמכויות נרחבות לדרג הצבאי, בניגוד לעקרונות בסיסיים של מדינה דמוקרטית, לפסיקת בג"צ ולהוראות המשפט ההומניטארי הבינלאומי שישראל התחייבה לקיימו.

### רקע

בעבר החזיקה ישראל במעצר מינהלי 21 אזרחים לבנוניים שהוגדרו כ"קלפי מיקוח" לצורך החלפה אפשרית עם שבויים ונעדרים ישראליים ממלחמת לבנון, ובמיוחד לשחרורו או בירור גורלו של הנווט רון ארד. בדצמבר 1999 שוחררו חמישה מהם ובמאוס 2000 שוחרר עציר נוסף.

באפריל 2000 קבע בית-המשפט העליון כי החוק מכוחו הוחזקו אזרחים אלה במעצר אינו מאפשר מעצר מינהלי של אנשים אשר לא נשקפת מהם סכנה לביטחון המדינה. מאחר והאזרחים הלבנוניים הוחזקו במעצר כ"קלפי מיקוח", והמדינה מעולם לא טענה שהם עצמם מסכנים בצורה כלשהי את ביטחונה, קבע בית-המשפט שיש לשחררם. בעקבות פסק-הדין שחררה ישראל 13 מהאזרחים הלבנוניים. את השניים הנותרים, מוסטפא דיראני והשיחי עבד אל-כרים עובייד, סירבה ישראל לשחרר, ועל-מנת שתוכל להמשיך ולהחזיקם כ"קלפי מיקוח" הציעה הממשלה את הצעת החוק שתאפשר זאת ותעקוף את החלטת בית-המשפט העליון.

בינתיים, על-מנת להמשיך ולהחזיק בהם, שינתה המדינה את טענתה בנוגע לדיראני ולשיחי עובייד וטענה כי הם מסכנים את ביטחון המדינה ולפיכך יש להחזיקם במעצר מינהלי לפי החוק הקיים. בית-המשפט המחוזי בתל-אביב קיבל שוב ושוב את טענת המדינה ומדי כמה חודשים הוא מאשר את המשך החזקתם על בסיס זה. למרות זאת, לא הסירה הממשלה את הצעת החוק.

הצעת החוק עברה כמה שינויים. הטיוטא הראשונה של הצעת החוק היתה "תפורה" באופן בוטה למידותיהם של דיראני והשיח' עובייד ונועדה באופן ברור לאפשר את המשך החזקתם במעצר כ"קלפי מיקוח" לשחרור השבויים והנעדרים הישראלים. הצעת החוק, בשינויים קלים, עברה בקריאה ראשונה בכנסת והועברה לדיון בוועדת החוץ והביטחון. במסגרת הדיון בוועדה נשמעה ביקורת חריפה על הצעת החוק מפי משפטנים, היועץ המשפטי של הכנסת, היועץ המשפטי של ועדת החוץ והביטחון, לשכת עורכי הדין וארגוני זכויות האדם. כתוצאה מכך נערכו כמה שינויים בהצעת החוק, אך שינויים אלה היו בעיקרם קוסמטיים ומהות ההצעה נותרה בעינה: חקיקת חוק שיאפשר מעצר מינהלי של אנשים שאינם מסכנים את ביטחון המדינה. בינתיים אישרה ועדת החוץ והביטחון את הצעת החוק והעבירה אותה לקריאה שניה ושלישית במליאת הכנסת.

## **עיקרי הצעת החוק**

הצעת החוק קובעת הגדרה של "לוחם בלתי חוקי" שהוא "אדם הנוטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל" שאינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

לפי הצעת החוק, כאשר הרמטכ"ל סבור כי אדם שישראל מחזיקה בו הוא "לוחם בלתי חוקי" וכי שחרורו עלול לפגוע בביטחון המדינה, הוא רשאי להוציא צו מעצר נגדו. הצו יכול להינתן שלא בנוכחות העציר, אך הדבר יובא לידיעתו בהקדם האפשרי ותינתן לו אפשרות לטעון טענותיו בפני קצין בדרגת סגן אלוף, שיעבירם לרמטכ"ל.

בתוך ארבעה עשר ימים ממועד הוצאת הצו, יש להביא את העציר לבית-המשפט המחוזי שיקבע האם אכן מדובר ב"לוחם בלתי חוקי". אם נשאר העציר במעצר, יש להביאו אחת לששה חודשים לפני שופט בית-משפט מחוזי שיכול לבטל את הצו אם ימצא ששחרורו לא יפגע בביטחון המדינה. על החלטות של שופט בית-המשפט המחוזי ניתן לערער לבית-המשפט העליון.

הצעת החוק קובעת חזקה, לפיה שחרורו של כל אדם העונה להגדרה של "לוחם בלתי חוקי" יפגע בביטחון המדינה, כל עוד נמשכות פעולות האיבה של אותו כח נגד מדינת ישראל. חזקה זו תעמוד כל עוד לא הוכח אחרת.

ההליכים לפי חוק זה יתנהלו בדלתיים סגורות. בית-המשפט יכול לבחון ראיות מבלי לגלותן לעציר או לבא-כוחו, אם השופט סבור שהדבר עלול לפגוע בביטחון המדינה או בביטחון הציבור. לעציר יש זכות להפגש עם עורך-דין בהקדם האפשרי, אך ניתן למנוע פגישה כזו למשך שבעה ימים.

צו המעצר אינו מונע העמדה לדין פלילי של "לוחם בלתי חוקי". אולם, קיומו של ההליך הפלילי אינו פוגם בתוקף הצו, וניתן להחזיקו במעצר גם לאחר שסיים לרצות את העונש שהוטל עליו במסגרת ההליך הפלילי.

החוק יחול באופן רטרואקטיבי גם על "לוחם בלתי חוקי" המוחזק בישראל טרם כניסת החוק לתוקף.

### **לוחמים ואזרחים במשפט הבינלאומי**

הצעת החוק קובעת כי היא מתבססת על הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, ולפיכך ראוי להבהיר הוראות אלה לפני בחינה של סעיפי החוק.

במשפט הבינלאומי ההומניטארי לא קיימת קטגוריה של "לוחם בלתי חוקי". המשפט הבינלאומי ההומניטארי קובע שתי קטגוריות בלבד של אנשים המעורבים בסכסוך: לוחמים ואזרחים.

"לוחם" הוא כל מי שנמנה על הכוחות המזוינים של צד בסכסוך. הגדרה זו חלה לא רק על לוחמים של צבא סדיר, אלא גם על לוחמים של מיליציות השייכות לאחד הצדדים לסכסוך, ובלבד שהם עומדים במספר תנאים שנקבעו, למשל, שהם נושאים את נשקם בגלוי ושהם מבדילים עצמם מאזרחים על-ידי מדים או סימנים אחרים שניתן לזהותם מרחוק. הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה הרחיב את ההגדרה של "לוחם" גם ללוחמים בקבוצות גרילה, בנסיבות מסוימות, אולם ישראל לא חתמה על פרוטוקול זה ולפיכך היא אינה מכירה בהם כלוחמים.

רק אנשים שהוגדרו כלוחמים רשאים להשתתף בפעולות לחימה והם רשאים להשתמש בכח ולבצע מעשים שבמסגרת אזרחית ייחשבו לפליליים, כמו רצח, תקיפה ופגיעה ברכוש, מבלי שייחשבו לעבריינים.

לוחמים שנעצרו על-ידי המדינה נגדה נלחמו, זכאים למעמד של שבויי מלחמה על-פי אמנת ג'נבה השלישית, המחייבת שמירה על חייהם, בריאותם וכבודם. ניתן להחזיק שבויי מלחמה במחנות שבויים, אך אסור להעמידם לדין פלילי בגין מעשים שביצעו במהלך המלחמה, אלא אם הפרו את דיני המלחמה, אך הדבר לא יפגע במעמדם. שבויי מלחמה רשאים, בין השאר, לשלוח ולקבל מכתבים, לקבל ביקורים של הצלב האדום ולקיים את מצוות דתם. מיד עם סיום פעולות הלחימה חובה להחזיר את השבויים למדינתם, גם אם טרם נחתם הסכם שלום.

כל מי שאינו לוחם, הוא אזרח. אזרחים, שלא כמו לוחמים, אינם רשאים להשתתף בפעולות הלחימה, ואם עשו זאת, הם לא יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה וניתן יהיה להעמידם לדין פלילי על המעשים שביצעו על-פי הדין המקומי של המדינה שעצרה אותם.

כל האזרחים, כולל אלה שהשתתפו בפעולות לחימה, נהנים מההגנות של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה. ניתן, אמנם, לשלול מהם חלק מהזכויות הניתנות לאזרחים לפי אמנה זו, אך זאת רק כאשר הענקת הזכויות תפגע באופן משמעותי בביטחון המדינה. בכל מקרה, גם אם נשללו מהם זכויות, יש להתייחס אליהם באופן אנושי ובמקרה בו הם הועמדו למשפט יש

לנהל את ההליך לפי הכללים שנקבעו באמנה זו. בין השאר, יש להעמידם לדין בהקדם האפשרי, תוך שמירה קפדנית על הכללים של ההליך הוגן, ובסיום ריצוי תקופת המעצר שנגזרה עליהם יש לשחררם.

אמנת ג'נבה הרביעית מאפשרת גם מעצר מינהלי של אזרחי מדינת אויב או אזרחים בשטח כבוש, אך זאת רק כאשר קיימים שיקולי ביטחון ממשיים וחיוניים. חל איסור מוחלט לנקוט במעצר המינהלי כאמצעי קולקטיבי וחובה לדון בכל מקרה מעצר בנפרד. בכל מקרה, הצורך בהמשך המעצר צריך להיבחן בהקדם האפשרי על-ידי בית-משפט או ועדה אדמיניסטרטיבית. אם הוחלט להשאירו במעצר, יש לבחון באופן תקופתי, ולפחות פעמיים בשנה, האם יש עדיין הצדקה להמשיך את המעצר.

### **מן הכלל אל הפרט: הצעת החוק לנוכח כללי המשפט הבינלאומי**

הצעת החוק סותרת כמעט כל אחד מכללים אלה של המשפט הבינלאומי, החל מיצירת הגדרה חדשה של "לוחם בלתי חוקי" וכלה בשימוש גורף וכמעט בלתי מוגבל בסנקציה של מעצר מינהלי.

#### **- ביטול ההבחנה בין לוחמים לאזרחים**

הצעת החוק מנסה ליצור קטגוריה חדשה במשפט הבינלאומי, זו של "לוחם בלתי חוקי", אשר הנמנים עליה אינם אזרחים ואינם לוחמים, ולפיכך אינם זכאים להינות מההגנות שבמשפט הבינלאומי ההומניטארי המוענקות לקבוצות אלה.

ההגדרה שבהצעת החוק חלה במידה שווה על אנשים הנוטלים חלק פעיל בלחימה ועל אלה שאינם שותפים לה, כל עוד הם נמנים על "כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל". כך, לפי ההגדרה בחוק, אדם העובד במרפאה שהקים כוח כזה יקבל מעמד זהה לאדם החבר בזרוע הצבאית של אותו כוח והרג אזרחי ישראלי, מאחר והחזקה הקבועה בחוק לפיה הם מסכנים את בטחונה של ישראל תחול על שניהם. בכך מבטלת הצעת החוק את ההבחנה עליה מבוסס המשפט הבינלאומי ההומניטארי בין לוחמים לאזרחים, ומחילה עליהם דין שווה.

יתרה מזאת, הצעת החוק מבקשת להחיל דין מיוחד על קבוצת אנשים, באופן קולקטיבי, רק בשל העובדה שהאנשים בקבוצה זו נלחמים בישראל או נמנים על כוח הנלחם בה. מכאן, שאדם הזכאי ליהנות מזכויות מסויימות מתוקף מעמדו כאזרח או כלוחם על-פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, לא יהנה מהן בישראל, אך יהנה מהן בכל מקום אחר בעולם. הגדרה זו שמה ללעג ולקלס את עצם קיומו של משפט בינלאומי, שמטרתו העיקרית היא לקבוע סטנדרטים משותפים לכל מדינות העולם ולמנוע מצב בו כל מדינה נלחמת לפי כללים שהיא עצמה קבעה.

הסנקציה העיקרית שנקבעה בהצעת החוק נגד "לוחם בלתי חוקי" היא מעצר מינהלי. כאמור, על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי לוחמים יזכו למעמד של שבויי מלחמה ואזרחים המשתתפים בלחימה יועמדו לדין פלילי. מעצר מינהלי של אזרחים מותר, אולם רק כהליך חריג, על-מנת למנוע סכנה ממשית הנשקפת מאדם לבטחון המדינה וכאשר אין כל ברירה אחרת.

הצעת החוק הופכת את המעצר המינהלי לאמצעי העיקרי נגד אנשים המוגדרים כ"לוחמים בלתי חוקיים". הצעת החוק קובעת כי ניתן להעמידם לדין פלילי, אולם הקביעה לפיה ניתן להשאירם במעצר גם לאחר שסיימו לרצות את העונש שהוטל עליהם במסגרת הליך זה, מרוקנת מתוכן את משמעות ההליך הפלילי והופכת אותו להליך משני להליך המעצר המינהלי, בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

על-פי הצעת החוק, צו המעצר יהיה בתוקף כל עוד בית-המשפט משוכנע ששחרורו של אותו אדם יסכן את ביטחון המדינה וכל עוד נמשכות פעולות האיבה של הכוח עליו נמנה האדם נגד ישראל. משמעותם המעשית של שני תנאים אלה היא שישראל תוכל להחזיק במעצר מינהלי מספר כמעט אינסופי של אנשים, לתקופת זמן בלתי מוגבלת:

בנוגע לתנאי הראשון, הרי שהחזקה שנקבעה בהצעת החוק לפיה שחרורם של "לוחמים בלתי חוקיים" יסכן את ביטחון המדינה, מטילה על העציר את נטל ההוכחה שהוא לא יסכן את ביטחונה של ישראל, זאת בניגוד לעיקרון המשפטי הבסיסי לפיו אדם הוא חף מפשע עד אשר יוכח אחרת. קשה גם לראות כיצד יוכל אדם להוכיח כי הוא לא יסכן את ביטחון ישראל בעתיד, כאשר חלק ניכר מהראיות נגדו חסוי וכאשר למדינה אין כל חובה להוכיח אחרת. זאת ועוד, החוק אינו מגדיר את המונח "ביטחון המדינה", דבר הפותח פתח רחב לפרשנות. ישראל הוכיחה כבר בעבר כי למונח זה פרשנויות רבות, כולל החזקת אנשים כ"קלפי מיקוח" לצורך החלפת שבויים. עם הגדרה כה רחבה, ברור שהאפשרות של עצירים להפוך את החזקה הוא כמעט אפסי.

בנוגע לתנאי השני, קובעת הצעת החוק כי הקביעה שהסתיימו פעולות האיבה נתונה בידי שר הביטחון, ותעודה חתומה על ידו בנוגע לכך שטרם הסתיימו פעולות האיבה תהווה ראיה בבית-המשפט, אלא אם הוכח אחרת. גם כאן קשה לראות כיצד יוכל העציר להוכיח שקביעת שר הביטחון אינה נכונה.

לנוכח דברים אלה, ברור כי הצעת החוק תאפשר מעצר מינהלי של אנשים שאינם מסכנים את ביטחונה של ישראל, לתקופות ממושכות, כל עוד הם עונים להגדרה הרחבה בחוק של "לוחם בלתי חוקי". הביקורת השיפוטית שנקבעה בחוק לא תוכל למנוע שימוש גורף במעצר המינהלי, שכן החזקות שנקבעו בחוק מרוקנות מתוכן כל בחינה שיפוטית רצינית ואמיתית של העציר האינדיבידואלי. בכך תאפשר הצעת החוק לישראל להמשיך ולהחזיק במעצר מינהלי אנשים

שאינם מסכנים את ביטחונה, כולל בני ערובה לצורך שחרור השבויים והנעדרים, זאת בניגוד לקביעה המפורשת של בית-המשפט העליון ובניגוד להוראות המשפט הבינלאומי.

## - החלה רטרואקטיבית של החוק

בהצעת החוק נקבע כי היא תחול באופן רטרואקטיבי על אנשים שעצורים כעת בידי ישראל ואשר יענו להגדרה הרחבה של "לוחמים בלתי חוקיים". קביעה זו תאפשר למדינה להמשיך ולהחזיק את השיח' עובייד ודיראני במעצר מינהלי, מבלי שתיאלץ להוכיח שוב ושוב בבית-המשפט כי הם מסכנים את בטחון המדינה. בנוסף, ישראל תוכל להחיל את החוק גם על פלסטינים המרצים כיום עונשי מאסר שנגזרו עליהם ולהמשיך להחזיקם במעצר מינהלי גם לאחר שסיימו לרצות את עונשם בטענה שהם עונים על ההגדרה של "לוחמים בלתי חוקיים".

חקיקה רטרואקטיבית, המשנה את מעמדו של אדם ואת הזכויות שהיו לו עד למועד חקיקת החוק, ושסותרת את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, עומדת בניגוד לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית ושל המשפט הבינלאומי. על חקיקה כזו אמר נשיא בית-המשפט העליון, השופט אהרון ברק: "האיסור על חקיקה רטרואקטיבית הוא אחד מתנאי המינימום בלעדיהם לא יתקיים משפט."

## סיכום

הצעת החוק תאפשר לישראל להחזיק במעצר מינהלי אלפי אנשים. החוק יחול הן על תושבי שטחים, הן על אזרחים לבנוניים שנחטפו מלבנון והובאו לישראל, ואף על אזרחים ישראלים שיוגדרו כשייכים ל"כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל".

ישראל הוכיחה כבר בעבר כי שימוש גורף במעצר מינהלי הוא לגיטימי בעיניה. במהלך האינתיפאדה הקודמת עצרה ישראל עשרות-אלפי פלסטינים במעצר מינהלי, מתוקף הצו הצבאי החל בשטחים. על-פי צו זה, על המדינה להוכיח כי העציר מסכן את ביטחון המדינה. אולם בפועל, הסתפקו בתי-המשפט באמירות כלליות של אנשי שב"כ כדי לאשר את המעצר. כאשר המדינה לא תידרש אף לאמירות כאלה, קיים חשש ממשי כי ייעשה שימוש גורף אף יותר באמצעי פסול זה.

לישראל יש כיום חוקים המאפשרים מעצר מינהלי של אנשים המסכנים את ביטחונה, הן בשטחים והן בישראל. אין כל צורך בחוק נוסף שירחיב את הסמכויות הקיימות כבר ממילא ושישראל כבר עשתה בהן שימוש גורף, בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי. העובדה שהממשלה מנסה לחוקק חוק מעצר מינהלי "משופר", שיעניק לה סמכויות נוספות על אלה הקיימות היום, מצביעה על כוונה להשתמש במעצר מינהלי בצורה נרחבת אף יותר מזה שנעשה עד היום.

לכאורה מבקשת הצעת החוק לקבוע בסיס עקרוני להחזקת "לוחמים בלתי חוקיים", אולם בחינה של הנסיבות שהביאו להצעת החוק ולניסוחה, מובילה למסקנה כי הצעת החוק נועדה, בראש ובראשונה, לאפשר לישראל להמשיך ולהחזיק כעצירים מינהליים אנשים שאינם מסכנים את

בטחונה, כאילו לא אמר בית-המשפט העליון את דברו. נסיונם של מנסחי הצעת החוק לעקוף את החלטת בית-המשפט העליון באמצעות חקיקת חוק שיכשיר את השרץ, אינו ראוי להיכלל בספר החוקים של מדינה דמוקרטית.

כל חוק חייב לעמוד בפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי "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." הצעת החוק אינה עונה לאף אחד מתנאים אלה.

מטרתו העיקרית של המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא להגן על קורבנות מלחמה וכיבוש, ולכך מיוחד חלק הארי של משפט זה. ישראל סירבה במהלך השנים לאפשר לתושבי השטחים ליהנות מהזכויות המוענקות להם באמנת ג'נבה הרביעית, זאת בניגוד לעמדה הרווחת של הקהילה הבינלאומית. מצער לראות כיצד ישראל מבקשת כעת לעשות שימוש בהוראות אמנה זו, על-ידי פרשנות מעוותת שלהן בפרט ושל רוח המשפט הבינלאומי ההומניטארי בכלל, דווקא כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם.