

# כליאתם של אנשי כוחות אויב

## שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה<sup>1</sup>

ארנה בן-נפתלי\* ושרון גלייכגויטש\*\*

ב-21.6.2000 עברה בכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה?<sup>2</sup> בחלקה הראשון של רשימה זו נסקור את הרקע להצעת החוק, על רבדיה העובדתיים, המשפטיים והחקיקתיים. בחלקה השני, נבחן את ההצעה באורח ביקורתי ונטען כי היא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ואף אינה עומדת במבחן חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו. בחלקה השלישי של הרשימה נצביע על פתרון חלופי להצעה.

### 1. הרקע להצעה

#### 1.1. רובד עובדתי והליכי משפט

נכון לסוף שנת 1999, החזיקה מדינת ישראל במעצר מנהלי בישראל עשרים ואחד אזרחים לבנונים<sup>3</sup>.

ב-26.12.1999 שוחררו חמישה מהם<sup>4</sup>, בעסקה בתיווך גרמני<sup>5</sup>; אחד, רסאן דיראני – אחיינו

\* דוקטור למשפטים, מרצה בכירה וחברה בסגל הקבוע של בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

\*\* עורך דין, בוגר התכנית המשולבת בית הספר למשפטים ובית הספר למינהל עסקים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. גרסה קודמת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 12 (2001).

1 הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, תש"ס-2000, ה"ח 416. ההצעה פורסמה ברשומות ב"א בסיון תש"ס, 14 ביוני 2000 (להלן: הצעת החוק). המאמר ירד לדפוס לפני מועד קבלתו בכנסת של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים תשס"ב-2002 (נתקבל בכנסת ביום 4/3/02).

2 דיון במליאה בהצעת החוק מטעם הממשלה נערך ב-19.6.2000 (ד"כ לג (תש"ס 8862), הצבעה בקריאה ראשונה נערכה ב-21.6.2000 (ד"כ לג (תש"ס 8944), ברוב של עשרים ושניים חברי כנסת בעד ושישה חברי כנסת נגד, החליטה הכנסת להעביר את הצעת החוק לדיון בוועדה שתקבע ועדת הכנסת.

3 זאת על פי פרסומים בעיתונות ודו"ח Amnesty International:

Amnesty International Israel's Forgotten Hostages: Lebanese Detainees in Israel and Khiam Detention Center, July 1997 (London, AI Index: MDE 15/18/97 and Amnesty International), ראו גם באתר האינטרנט של Amnesty: <http://www.web.amnesty.org/ai.nsf/:Amnesty> [last visited on 12.4.2002].

4 "לימור, ב' כספית וא' אשכנזי" מידע על רון ארד תמורת 5 מהבלים" מעריב 27.12.1999; ד' גבאי "רוב העצירים היו בגילאי 16 עד 18 כשנחטפו מבתיים בדרום לבנון" מעריב 13.4.2000.

5 על פי פרסומים בעיתונות, שימשו החמישה לפדיון אזרח גרמני שנדון למוות באיראן בעקבות קיום יחסי מין עם אישה מוסלמית איראנית: ע' סיפנברין "מחוות: איראן שחררה גרמני שנדון למוות" ידיעות אחרונות 21.1.2000. שניים מתוך החמישה היו גם עותרים בעמ"מ 10/94 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (להלן: עמ"מ 10/94).

של מוסטפא דיראני, שוחרר ב־5.4.2000 בשל מה שתואר בעיתונות כמצב נפשי קשה; שמונה שוחררו ב־19.4.2000 בעקבות החלטת בית המשפט העליון בדיון נוסף בעניינם; המישה, שלא היו צד להליך משפטי זה, שוחררו יחד עם שמונת משוחררי הדיון הנוסף ב־19.4.2000, על פי החלטת ממשלת ישראל<sup>8</sup>. שני העצורים הנותרים, עבד אל-כרים עובייד ומוסטפא דיראני, עדיין מצויים במעצר<sup>9</sup>.

העצורים נתפסו ו/או נחטפו בלבנון<sup>10</sup>, והועברו לישראל. חלקם נשפטו בה בגין חברות בארגון טרור ונדונו לתקופות מאסר שאינן עולות על מספר שנים<sup>11</sup>. לאחר ריצוי מלוא

- 6 דווח כי הוא סובל מסכיזופרניה קטסונית: א' אשכנזי וד' גבאי "לאחר 14 שנה שוחרר רסאן דיראני מהכלא הישראלי" **מעריב** 6.4.2000. (מהדורת האינטרנט).
- 7 במועד מתן ההחלטה בדנ"פ 7048/97 **פלוגים נ' שר הביטחון**, פ"ד (נד1) 721 (להלן: דנ"פ 7048/97), נותרו רק שמונה מעשרת העותרים המקוריים, הואיל וכאמור שניים מתוך העשרה שוחררו ב־26.12.1999 בעסקה לפדיונו של האזרח הגרמני. ראו **לעיל** הערה 5.
- 8 ב' כספית, א' קמיר, י' לימור וב' מאירי "הקבינט החליט לפתוח בחקיקה שתאפשר להחזיק קלפי מיקוח" **מעריב** 19.4.2000. (מהדורת האינטרנט); ע' הראל, מ' ריינפלד ונ' פינטו "העצירים הלבנונים שוחררו" **הארץ** 21.4.2000. (מהדורת האינטרנט); דברי הנשיא ברק בבג"צ 2967/00 **אודי נ' כנסת ישראל**, פ"ד (נד2) 188, 190 (להלן: עניין אודי).
- 9 ב־26.12.2000 נתן בית המשפט העליון את החלטתו בעמ"מ 5652/00 **עובייד נ' שר הביטחון**, פ"ד (נה4) 913 (להלן: עמ"מ 5652/00), והורה על המשך מעצרם של דיראני ועובייד, ראו גם "בית המשפט העליון דחה את ערעורם של דיראני ועובייד" **מעריב** (מהדורת האינטרנט) 12.12.2000; וש' מיסלמן "גדחה העירעור של עובייד ודיראני" **מעריב** (מהדורת האינטרנט) 13.12.2000. הנימוקים להחלטה פורסמו ב־27.12.2000, ראו ב' קרא "ביהמ"ש: דיראני ועובייד לא שוחררו בשל הגזק שהם יכולים להסב" **הארץ** 28.12.2000. (מהדורת האינטרנט). ההחלטה להשאירם במעצר נתקבלה על דעת כל שופטי הרוב בהרכב. השופט מצא כתב את פסק הדין, ועמו הסכימו השופטים אור, חשין, שטרסברג-כהן ודורנר. ההחלטה התבססה על ההכרה בטענת המדינה שכל אחד מהם עלול להסב נזק ממשי לביטחון המדינה: "המסקנה אליה הגענו... היא, כי לעת הזאת עלול שוחררו של כל אחד משני המערערים להסב נזק ממשי לביטחון המדינה ולשלום תושביה" (שם, בע' 923). בדנ"פ 7048/97, חזר השופט חשין, בדעת מיעוט, על הטענה שהעלה בדעת מיעוט בעמ"מ 5652/00 לפיה "ביטחון המדינה במובנו המצומצם... תובע במפגיע כי נמשך להחזיק במערערים במעצר כל עוד לוחמינו בידי האוייב" (עמ"מ 5652/00, שם, בע' 924). משמעות טענה זו היא שניתן להחזיק במעצר כקלפי מיקוח לשחרור שבוים ונעדרים ישראליים, גם מי שאין הם עצמם מסוכנים לביטחון המדינה.
- 10 על פי דו"ח Amnesty International, **לעיל** הערה 3, בע' 5 הם הגיעו לידיים ישראליות בדרכים שונות. חלקם נחטפו מבתיים בלבנון בפעולות יזומות של כוחות ישראליים, אחרים נמסרו על ידי כוחות לבנוניים אשר שיתפו פעולה עם צה"ל. חלק מהעצורים, כגון מוסטפא דיראני ושומרוי של שיח' עובייד אשר נחטפו עמו, היו אנשי כוחות צבא שנלחמו בנוכחות ישראל בלבנון, שיח' עבד אל-כרים עובייד הוא איש דת מן הכפר הלבנוני ג'יבשית. קיים ספק באשר לאפשרות להצביע על פעילותם של יתר החטופים נגד ישראל. נראה כי רסאן דיראני נחטף בשל קרבתו המשפחתית למוסטפא דיראני. לפחות שניים מן העצורים היו בני שש-עשרה ומטה ביום מעצרם. יצוין כי חוקיותה או אי-חוקיותה של דרך הבאתם לישראל אינה רלוונטית לעניין חוקיות החזקתם בישראל, לעניין זה ראו ע"פ 336/61 **אייכמן נ' הי"מ**, פ"ד טז 2033 (להלן: עניין **אייכמן**). עם זאת, להבאתם עשויה להיות רלוונטיות לסוגיות אחרות, ראו להלן פרק 2.2.2. לאמור וכן **להלן** הערה 82.
- 11 ראו דו"ח Amnesty International, **שם**, שם וכן ראו דברי הנשיא ברק בעניין **אודי**, **לעיל** הערה 8, בע' 191. פסקי דינם צונדו במלואם ועל כן לא ניתן לדעת בבירור לאילו תקופות כליאה נשפטו. על פי דו"ח Amnesty International על אלו שהועמדו לדין נגורו תקופות מאסר שלא עלו על מספר שנים ברדדות. דיראני ועובייד לא הועמדו מעולם לדין, והוחזקו במעצר מנהלי מיום הגיעם לידיים ישראליות.

כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה

צונגם הוצאו נגדם צווי גירוש מישראל והם הושמו במעצר מתמשך עד למועד גירושם בפועל<sup>12</sup>. לאחר השגה על פרקטיקה זו<sup>13</sup>, הוצאו נגדם צווי מעצר מנהליים בחתימת שר הביטחון, מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 (להלן: החוק). צוויים אלה היוו את הבסיס למעצרים במתקני כליאה בישראל<sup>14</sup>.

מכוח סעיף 2 לחוק, הובאו העצורים אחת לשישה חודשים לדיון בפני נשיא בית משפט מחוזי לביקורת שיפוטית על חידוש מעצרים<sup>15</sup>. ב-22.8.1994 נתן נשיא בית המשפט המחוזי, השופט א' גורן, את החלטתו לאשר המשך מעצרו המנהלי כ"קלפי מיקוח" לשחרור חיילי צה"ל השבויים והנעדרים, המצויים בידי כוחות אויב, לתקופה של שישה חודשים נוספים, מן הטעם של "בטחון המדינה או בטחון הציבור" כאמור בסעיף 2(ב) לחוק<sup>16</sup>.

באוגוסט 1994 ערערו עשרה מהם על החלטתו זו של בית המשפט המחוזי<sup>17</sup>, על פי הרשאה לעשות כן המצויה בסעיף 7 לחוק. ב-13.11.1997, נתן בית המשפט העליון את החלטתו בערעורם, בעמ"מ 10/94, בו הוחלט ברוב דעות – הנשיא ברק והשופט קדמי בדעת הרוב, והשופט דורנר בדעת מיעוט – על המשך המעצר.

הנשיא ברק פסק:

(1) לענין סוגיית הותרת העצורים במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח" לשחרור שבויים ונעדרים, מכוח הוראת סעיף 2(ב) לחוק<sup>18</sup>:

"אין ספק בליבי כי החזרת שבויים ונעדרים לכשעצמה היא מטרה ואינטרס הנכללים במסגרת בטחון המדינה"<sup>19</sup>.

(2) לענין חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"שוכנעתי, כי אין בנסיבות המקרה כל אלטרנטיבה או אמצעי אחר שניתן לנקוט תוך פגיעה קטנה יותר בזכויות היסוד של המערערים"<sup>20</sup>.

12 דברי השופט ד' דורנר בעמ"מ 10/94, לעיל הערה 5, בע' 111-112.

13 שם, מספר ההליך לא צוין וניתן להניח כי צונזר במלואו.

14 על פי הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 731, חלק מהעותרים הוחזקו במעצר מנהלי מיום ה-16.5.91, ואחרים מיום ה-1.9.92. מן הנתונים ניתן להסיק כי לכל המוקדם נחטפו העותרים מלבנון בשנת 1986, ולכל המאוחר נעצרו במעצר מנהלי בשנת 1992, כך שלכל היותר ריצו תקופת מאסר פלילי של שש שנים.

15 על פי סעיף 2(א) לחוק, צו המעצר נחתם על ידי שר הביטחון, על פי סעיף 4(א) יובא העצור תוך ארבעים ושמונה שעות לבחינת המעצר בפני נשיא בית משפט מחוזי.

16 החלטתו המקורית של בית המשפט המחוזי צונזרה במלואה. דבריו של השופט גורן הובאו בדברי הנשיא ברק בעמ"מ 10/94, לעיל הערה 5, בע' 102: "הגם שלדידו [של נשיא בית המשפט המחוזי, השופט גורן] אין הטעם של החוקת 'קלף מיקוח' נופל לגדר טעמי ביטחון המדינה, המונחים בתכליתו של החוק, הרי שפסיקת בית המשפט העליון בסוגיה זו – ולפיה אכן שיקול זה נכלל במסגרת טעמי ביטחון המדינה – מחייבת אותו וכך הוא פוסק".

17 החלטתו של נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט א' גורן, מיום 22 באוגוסט 1994. ההחלטה צונזרה במלואה. בהקשר זה ראו דברי הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 731.

18 זו הייתה הסוגיה העיקרית בפסק הדין הואיל ומוסכם היה על הצדדים כי מן העצורים עצמם לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, וכי הם מוחזקים בישראל רק כדי להפעיל לחץ על צדדים שלישיים.

19 ראו דברי הנשיא ברק בעמ"מ 10/94, לעיל הערה 5, בע' 106-107.

20 שם, בע' 109.

(3) לעניין הוראות המשפט הבינלאומי:

"אשר לדיון הבינלאומי - אין אני נוקק להכריע בשאלות בדבר קיומו של דין מנהגי או הסכמי בדבר איסור לקיחת בני ערובה או בדבר תחילתו של דין כזה - במידה ואכן קיים - על המקרה שבפנינו... משעה שקבעתי, כי מעצרים של המערערים חוסה בצל חוק ספציפי, ומשעה שחוק זה ופרשנותו נמצאו ראויים בנסיבות המקרה, הרי שממילא גובר החוק המקומי על המשפט הבינלאומי בהיותו הוראה ספציפית"<sup>21</sup>.

השופט דורנר, קבעה (בדעת מיעוט) כי לא ניתן להחזיקם במעצר מנהלי מכוח החוק, אך הותירה בצריך עיון את השאלה האם ניתן להחזיקם מכוח דין אחר, כגון המשפט הבינלאומי<sup>22</sup>. עשרת המערערים ביקשו לקיים דיון נוסף בהחלטת<sup>23</sup>. ב-12.4.2000 נתן בית המשפט העליון את החלטתו בדנ"פ 7048/97, בו הוחלט ברוב דעות כי לא ניתן להמשיך ולהחזיק את העצורים במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח", ויש, על כן, לשחררם<sup>24</sup>.

הנשיא ברק, שכתב, כאמור, את דעת הרוב בעמ"מ 10/94, הפך את החלטתו, כתב את דעת הרוב בדנ"פ 7048/97 ובה פסק:

(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"<sup>26</sup>.

(2) לעניין חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות ממעצר 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 לבטחון המדינה - הוראה שחוקתיותה תצטרך להיבחן, כמובן, על פי אמות המידה של חוק היסוד - תוכל להוביל את הפרשן למסקנה כי החוק נועד לאפשר מעצר מנהלי מסוג זה"<sup>27</sup>.

(3) לעניין הוראות המשפט הבינלאומי:

"החוקתם של בני אדם 'כבני ערובה' - ומושג זה כולל בחובו גם החוקתם של בני אדם כ'קלפי מיקוח' - אסורה היא על פי המשפט הבינלאומי (ראו סעיף 1 לאמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה (1979); סעיף 34 לאמנת ג'ניבה הרביעית, (1949). אכן, מוכן אני להניח - מבלי להכריע בדבר - כי אין איסור כזה בדיון הבינלאומי המנהגי. כן מוכן אני

21 שם, שם.

22 שם, בע' 110.

23 הבקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין בעמ"מ 10/94, הוגשה על ידי עורך דינם של העצורים, עו"ד צ' ריש, והרשות לכך ניתנה ב-25.1.98 על ידי המשנה לנשיא, השופט ש' לוי.

24 נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, כתב את דעת הרוב. להחלטתו של הנשיא הצטרפו, ללא הנמקה, השופטים אור, מצא חמיר. המשנה לנשיא, השופט לוי והשופט דורנר קיבלו את העתירה מנימוקיהם שפורטו. השופטים השני, קדמי וטירקל, בדעת מיעוט, דחו את העתירה, כל אחד מנימוקיו הוא.

25 בהחלטתה בדנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 743 דן הנשיא בשינוי דעתו מעמ"מ 10/94.

26 דנ"פ 7048/97, שם, בע' 744.

27 שם, בע' 742.

כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה

להניח – מבלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חוקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן... ישנה 'חוקת התאמה' בין המשפט הבינלאומי הפומבי ובין החוק המקומי"<sup>28</sup>.

ב"16.4.2000<sup>29</sup> עתר מטה מותקפי הטרור לבית המשפט הגבוה לצדק<sup>30</sup>, בבקשה לקיים דיון נוסף בנושא שנדון בדנ"פ 7048/97. ב-17.4.2000 דחה בית המשפט את הבקשה לקיים דיון נוסף, בהשתמשו בהלכה הידועה והמוכרת במשפט הישראלי, לפיה אין מקיימים דיון נוסף בהחלטה שניתנה בדיון נוסף<sup>31</sup>.

ב"19.4.2000<sup>32</sup>, עתרה משפחת ארד לבג"צ נגד שחרור העצורים<sup>33</sup>. שלושה עשר העצורים הוחזקו באוטובוס סמוך למעבר הגבול במטולה משך כל הדיון, ולאחר שהשופטים נתנו את החלטתם לדחות העתירה, הועברו לידי הצלב האדום ומשם לכפר תיבנית בלבנון<sup>34</sup>. בהחלטתו התייחס הנשיא ברק, בין השאר, לנושא מעמדם במשפט הבינלאומי וקבע:

"אין לראות בעצורים הלבנוניים שבויי מלחמה. די בכך שלא מתמלאת לגביהם הוראת סעיף (d)(2)4 לאמנת ג'ניבה השלישית... [הואיל ו] הארגונים אליהם השתייכו העצורים הלבנוניים הם ארגוני טרור, הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהיגיה"<sup>35</sup>.

## 1.2. רובד חקיקתי

עד למועד שחרורם של השלושה עשר ב"19.4.2000, נעשו ניסיונות קדחתניים לחקיקה מזורזת אשר תמנע את השחרור<sup>36</sup>. הכוונה המקורית הייתה לבצע הליך חקיקה "עוקף בג"צ", אשר יאפשר הותרת שמונת משוחררי דנ"פ 7048/97 במעצר בישראל, וזאת על פי הצעת חוק של יו"ר הכנסת אברהם בורג, אשר נתמכה על ידי ראש הממשלה אהוד ברק<sup>37</sup>. רק לאור התנגדות שר המשפטים יוסי ביילין והפרקליט הצבאי הראשי, אשר השתתפו בדיון, ולאור הצעקה שקמה בעולם המשפט, הוחלט שלא לעשות כן, ולא למנוע את ביצוע החלטת בית המשפט העליון לשחררם<sup>38</sup>.

28 ש.ש.

29 ארבעה ימים לאחר מתן ההחלטה בדנ"פ 7048/97.

30 בג"צ 2882/00 מ.מ.ט. מטה מותקפי הטרור נ' שר הביטחון (טרם פורסם). תקדין עליון 2000(2)

446 (להלן: עניין מטה מותקפי הטרור).

31 ראו, לדוגמה בש"א 5388/95 (דני"א 7015/94) פלונית נ' הי"מ, פ"ד מט(5) 196, אשר אוזכר בפסקה האחרונה להחלטה בעניין מטה מותקפי הטרור, ש.ש. ראו ש' מיטלמן וי' לימור 'מטה נפגעי הטרור' עיכב שיחרורם של 13 העצורים הלבנוניים" מעריב 17.4.2000; ש' מיטלמן 'בג"צ דחה בקשה לדין נוסף' בשחרור העצורים" מעריב 18.4.2000.

32 שמונה ימים לאחר מתן ההחלטה בדנ"פ 7048/97.

33 עניין ארד, לעיל הערה 8.

34 ע' הראל, נ' פינטו וסוכנויות הידיעות 13' הלבנונים ששחררו התקבלו בטקס הגיגי' הארץ 21.4.2000 (מהדורת האינטרנט).

35 עניין ארד, לעיל הערה 8, בע' 191.

36 ב' כספית, א' קמיר, י' לימור וי' גולן "ברק השתכנע: לא לחוק עוקף בג"צ" מעריב 18.4.2000.

37 ש.ש.

38 ש.ש.

העובדה כי מתקיימים הליכי חקיקה שמטרתם לעקוף את החלטת בית המשפט העליון בדנ"פ 7048/97, הוצגה אפילו בפני בית המשפט בעניין ארד, כ"סיעון" להותרת העצורים במעצרם, וזאת, כאמור, בניגוד מוחלט להחלטת בית המשפט העליון לשחררם.<sup>39</sup> לאחר שחורר שלושה-עשר העצורים, נותרו במעצר בישראל שני עצורים בלבד<sup>40</sup>, ומרגע זה התמקדו ניסיונות החקיקה בהותרת השניים בכלאם בישראל<sup>41</sup>. הצעת החוק שהתפרסמה ברבים בנושא זה, היא הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה, תש"ס-2000<sup>42</sup>. לבקשת יו"ר ועדת חוק וביטחון של הכנסת, נמסרו לידיו, חוות דעתו של עו"ד צבי ענבר, היועץ המשפטי לכנסת<sup>43</sup> וחוות דעתו של עו"ד שלמה שוהם, היועץ המשפטי של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת<sup>44</sup>, בנושא הצעת החוק.

39 על כך העיר הנשיא בעניין ארד, לעיל הערה 8, בע' 191-192: "עצם פתיחתם הקרובה של הליכי חקיקה, אין בהם כדי להסמך שלילת חירותו של אדם, גם אם החקיקה - לאחר שתתקבל בכנסת - תאפשר שלילת חירות זו. במדינת חוק אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" (סעיף 5 לחוק"סידור: כבוד האדם וחירותו) אלא 'בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש' (סעיף 8 לחוק"היסוד). הוראות אלה מכוונות לכל רשויות השלטון (סעיף 11 לחוק"היסוד). הן חלות גם על בית המשפט העליון. גם הוא כפוף לחוק, ופועל אך במסגרתו."

40 כמפורט לעיל בפרק 1.1.

41 כספית, קמיר, לימור וגולן, לעיל הערה 36.

42 ראו הצעת החוק. גרסאות קודמות של הצעת החוק הוצגו בפורומים שונים, וב-7 במאי 2000, אף נשלח תוכרי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תש"ס-2000, מלשכת היועץ המשפטי של מערכת הביטחון (עותק שמור במערכת). ניסיונות החקיקה העלו תגובות שונות מצד מספר גדול של גופים וגורמים בחברה ובמשפט בישראל, כך, לדוגמה, שלח פרופ' א' בנבנישתי ב-8.5.2000 את חוות דעתו בנוגע ל"חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים", לבקשת עו"ד י' שופמן המשנה ליועץ המשפט לממשלה (עותק שמור במערכת). לאור עובדה זו החליט יו"ר ועדת חוק וביטחון של הכנסת, ח"כ ד' מרידור, לקיים דיון בסוגיית הצעת החוק, בו יציגו את עמדתם גורמים מן הציבור. לדיון שנערך בוועדת חוק וביטחון ב-11.7.00 הוזמנו: "האגודה לזכויות האזרח", ארגון "בצלם", ארגון "Amnesty International", לשכת עורכי הדין בישראל ועו"ד צ' ריש. הוועד הבינלאומי של הצלב האדום העביר את חוות דעתו ב-20.6.2000 וראו בחוות דעתו של ענבר, להלן הערה 43, בע' 5. כאמור בחוות דעתו של ענבר, להלן הערה 43, בע' 1, הממשלה דיברה ב"שני קולות": את הצעת החוק הציג הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל מ' פינקלשטיין, אך הקול השני היה קולו של היועץ המשפטי של משרד החוץ, עו"ד א' בייקר, אשר טען כי למרות ההיגיון שבחוק, לא ניתן להתעלם מגורמות הבינלאומיות להן כפופה מדינת ישראל. על פי הפרסום בעיתונות, טיוטה של הצעת החוק המבוססת על הרעיון של "לוחם בלתי חוקי" המובחן הן מאזרח, עליו חלה אמנת ג'ניבה הרביעית (להלן הערה 66), והן מלוחם, עליו חלה אמנת ג'ניבה השלישית (להלן הערה 65), הוכנה לפרקליט הצבאי הראשי על ידי פרופ' י' דינשטיין (א' שילון "הא לך אויב אכזר" זמן תל-אביב 5.5.2000). אין להסיק מכך, כמובן, כי נוסח הצעת החוק כפי שהובא לכנסת אכן משקף את הטיטה שהכין, על פי הדיווח, פרופ' י' דינשטיין.

43 חוות דעתו של עו"ד צ' ענבר בנושא "הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה התש"ס-2000" 5 ספטמבר 2000 (עותק שמור במערכת).

44 חוות דעתו של עו"ד ש' שוהם "הצעת חוק לכליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה, תש"ס-2000 - מכשלות חוקתיות" 12 אוגוסט 2000 (עותק שמור במערכת).

45 חוות דעתו של עו"ד ענבר, לעיל הערה 43, שוללת את הצעת החוק על בסיס הדין והמשפט הבינלאומי. חוות דעתו של עו"ד שוהם, שם, שוללת את הצעת החוק על בסיס סוגיות חוקתיות וחוקיות בדין הישראלי.

## 2. ניתוח ביקורתי של הצעת החוק

### 2.1. סעיפים מרכזיים בהצעת החוק

הסעיפים המרכזיים בהצעת החוק קובעים:

1. מטרת החוק: "החוק בא לעגן במשפט הישראלי את כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ובפרט אמנות ג'ניבה מיום 12 באוגוסט 1949"<sup>46</sup>.
2. הגדרת "איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה": "אדם הנמנה עם כוח אויב או אדם הנוטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא מתקיימים לגביו התנאים הקבועים ב... אמנת האג הרביעית משנת 1907... או... אמנת ג'ניבה השלישית מ... 1949"<sup>47</sup>.
3. האורגן המוסמך: הרמטכ"ל הוא המוסמך להורות על כליאה<sup>48</sup>, והוא רשאי לאצול סמכותו זו לקצין בדרגת אלוף<sup>49</sup>.
4. משך הכליאה: "עד למועד שבו יודיע שר הביטחון, בתעודה חתומה בידו, כי תמו פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין כוח האויב שעמו נמנה הכלוא... או עד למועד מוקדם יותר שיוורה הרמטכ"ל"<sup>50</sup>.
5. הליך נאות, פומביות ודיני ראיות: צו יכול להינתן שלא במעמד איש כוח האויב<sup>51</sup>; טענות הכלוא יישמעו בפני קצין בדרגת סגן אלוף<sup>52</sup>; תוך עשרים ואחד יום מיום המעצר יחליט נשיא בית משפט מחוזי אם האיש הוא אכן "איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה"<sup>53</sup>; הדיון ייערך בדלתיים סגורות<sup>54</sup>; בדיון ניתן לסטות מדיני הראיות<sup>55</sup>; הוענקה זכות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, בה ידון בית המשפט העליון בדין יחיד<sup>56</sup>; "קביעתו של שר הביטחון... כי כוח מסוים הוא כוח אויב או כי טרם תמו פעולות איבה בין מדינת ישראל לכוח האויב, תשמש ראיה מכרעת לענין זה"<sup>57</sup>.
6. הליכים נוספים ומקבילים: "ניתן לנקוט נגד איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה הליך פלילי על פי כל דין"<sup>58</sup>; הרמטכ"ל רשאי להורות בצו על כליאתו של אדם המוחזק כאיש כוח אויב, גם אם ננקטו נגדו הליכים פליליים<sup>59</sup>.
7. רטרואקטיביות: החוק יחול גם על מי שאינו שבוי מלחמה ומוחזק בידי מדינת ישראל ביום תחילת החוק<sup>60</sup>.

46 סעיף 1 להצעת החוק.

47 סעיף 2 להצעת החוק.

48 סעיף 3(א) להצעת החוק.

49 סעיף 12 להצעת החוק.

50 סעיף 3(ב) להצעת החוק.

51 סעיף 3(ג) להצעת החוק.

52 סעיף 3(ד) להצעת החוק.

53 סעיף 4(א) להצעת החוק.

54 סעיף 4(ד) להצעת החוק.

55 סעיף 4(ג) להצעת החוק.

56 סעיף 4(ב) להצעת החוק.

57 סעיף 10 להצעת החוק.

58 סעיף 9(א) להצעת החוק.

59 סעיף 9(ב) להצעת החוק.

60 סעיף 13(א) להצעת החוק.

## 2.2. הצעת החוק והמשפט הבינלאומי

### 2.2.1. סטטוס

דיני המלחמה הבינלאומיים מבוססים על הבחנה יסודית בין לוחמים לבין מי שאינם לוחמים<sup>61</sup>. יתרה מזאת, תהליך התפתחותם של דיני המלחמה מצביע על מגמה מובהקת לסווג אנשים המעורבים בסכסוך לאחת משתי קטגוריות אלו, וזאת על מנת למנוע מצב בו תימנע מהם ההגנה ההומניטרית הניתנת על ידי דיני המלחמה<sup>62</sup>.

כך ציין עו"ד ענבר בחוות דעתו<sup>63</sup>:

"על פי הוראות האמנות, אין מקום לקטגוריות אחרות, כמו מה שמתקרא 'לוחמים בלתי חוקיים', שאינם מוגנים ע"י האמנה השלישית או הרביעית. הדבר אושר מפורשות בסעיף 50 פסקה 1 לפרוטוקול הנוסף 1 לאמנות"<sup>64</sup>.

ישראל היא צד לאמנת ג'ניבה השלישית<sup>65</sup>, ולאמנת ג'ניבה הרביעית<sup>66</sup>, מיום 12 באוגוסט 1949<sup>67</sup>. אמנות ג'ניבה יוצרות הסדר להגנת פרטים בשעת מלחמה, כאשר טיב ההגנה תלוי בסיווג האדם בו מדובר כלוחם או כאזרח. סעיף 4 לאמנת ג'ניבה השלישית מונה שמונה קטגוריות של אנשים אשר ניתן לסווגם כשבויי מלחמה. עם קטגוריות אלו נמנים גם לוחמי

61 H. Lauterpacht *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (London, 1958) 668, 677-678. לדחיית הטענה שהבחנה עברה מן העולם לאור המציאות של מלחמה טוטאלית. ההבחנה מודגשת בסעיף 48 לפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'ניבה, משנת 1978: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (7/12/1978), art. 50 (1), 1125 U.N.T.S. 3 (Protocol I) (להלן: הפרוטוקול הראשון). הגם שהפרוטוקול הראשון אינו מחייב את ישראל, וראו בהקשר זה להלן הערה 70 והטקסט הצמוד לה במאמר **ולהלן** הערות 71-73, ניתן להפנות אליו בהקשר ההצבעה על מגמות ההתפתחות של המשפט הבינלאומי.

62 מגמה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהרחבה, *Ratione Personae*, של ההגנה המוענקת על ידי דיני המלחמה, ראו: C. Pilloud *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 Juin 1977 aux Convention de Geneva du 12 Aout 1949* (Geneva, 1986); H.A. Wilson *International Law and The Use Of Force by National Liberation Movements* (Oxford, 1988); G.H. Aldrich "Guerrilla Combatants and Prisoners of War Status" 31(3) *Am. U. L. Rev.* (1982) 871.

63 ענבר, **לעיל** הערה 43, בע' 5-6.

64 הכוונה לפרוטוקול הראשון.

65 לעניין שבויי מלחמה: אמנת ג'ניבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, בע' 559 (להלן: אמנת ג'ניבה השלישית). ישראל חתמה על האמנה ב-12.8.1949 ואישרה אותה בשנת 1951.

66 לעניין אזרחים בזמן מלחמה: אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, בע' 453 (להלן: אמנת ג'ניבה הרביעית). ישראל חתמה על האמנה ב-12.8.1949 ואישרה אותה בשנת 1951.

67 שתי האמנות אף מופיעות כנספח לפקודת מסכ"ל ומחייבות את חיילי צה"ל, אך מדינת ישראל לא אימצה אותן בחקיקה פנימית. מדינת ישראל מקבלת כי התוספת לאמנת האג הרביעית משנת 1907 – העוסקת בדיני ומנהגי המלחמה ביבשה, ואף מגדירה את "מעמדו של צד לוחם" (בסעיפים 1-3) – מחייבת אותה כמשפט מנהגי, אך טוענת כי אמנות ג'ניבה השלישית והרביעית משנת 1949 מהוות משפט הסכמי בלבד. בהקשר זה ראו ענבר, **לעיל** הערה 43, בע' 3-4.



כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה

מליציות ותנועות התנגדות מאורגנות כל עוד הם מקיימים מספר תנאים הבנויים אף הם על ההבחנה שבין לוחמים לבין אזרחים<sup>68</sup>. לוחמי החיזבאללה וארגוני מליציות אחרים אינם עומדים בתנאים אלה. יצוין כי ניתן לסווגם כלוחמים וממילא כשבויי מלחמה על פי הפרוטוקול הראשון, אך ישראל אינה תתומו על פרוטוקול זה<sup>69</sup>. כך, באופן אירוני, סירובה של ישראל לחתום ולאשרר את הפרוטוקול הראשון, סירוב שהונע על ידי הרצון למנוע מלוחמי גרילה כדוגמת לוחמי החיזבאללה את הסטטוס המשפטי המוכר, על ההגנות הנובעות ממנו, משמיט את הבסיס המשפטי להמשך החוקתם של העצורים<sup>70</sup>.

בחוות דעתו מצייין עו"ד ענבר:

"אף שאמנה זו [אמנת ג'ניבה הרביעית שעניינה הגנת אזרחים בעת מלחמה], שלא כמו האמנה השלישית, אינה נזכרת מפורשות, לא בהצעת החוק ולא בדברי ההסבר לה, מסכים הפצ"ר כי אותם 'אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה', אלה שהצעת החוק עוסקת בהם, הם אזרחים מוגנים לפי האמנה הרביעית"<sup>71</sup>.

אשר על כן, באה הצעת החוק ומבקשת להעניק בסיס משפטי להמשך החוקתם. דע עקא, שהיא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, מוגדת לכיוון התפתחות וממילא אנכרוניסטית, וסותרת את מטרתו היסודית: המשפט הבינלאומי איננו מקבל כיום מעמדות אחרים<sup>72</sup>, כגון זה המוצע בהצעת החוק, קרי, מין יצורי כלאיים, זן מיוחד של בריות, שאינם אזרחים ואינם לוחמים, וממילא שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. לדידו של המשפט הבינלאומי, אדם שאינו זכאי ליהנות ממעמד של שבוי מלחמה הוא אזרח בשעת מלחמה, וחלים עליו כל הכללים של אמנת ג'ניבה הרביעית, וכלוא שאינו

68 סעיף 2(4)(A) לאמנת ג'ניבה השלישית. קטגוריה זו נוספה לאור הרצון להגן על תנועות התנגדות והפרטיזנים במלחמת העולם השנייה. דע עקא, כי תנאים אלו הפכו לבלתי רלוונטיים לאור הניסיון המצטבר והנרחב של מלחמות גרילה מאז מלחמת העולם. פעולות גרילה, מטיבן וטבען, אינן יכולות לעמוד בתנאים הללו. ההכרה בצורך להרחיב את ההגנה, ולהעניק את הסטטוס של שבויי מלחמה ללוחמי גרילה היא שהביאה לכינונו של הפרוטוקול הראשון.

69 סעיפים 43-44 לפרוטוקול הראשון.

70 להתנגדותה של ישראל לפרוטוקול הראשון, ראו לדוגמא: C. Greenwood "Terrorism and Humanitarian Law - The Debate Over Additional Protocol I" 19 *Israel Y.B. Human Rights* 187 (1989); בג"צ 591/88 סאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45; בג"צ 2977/91 תג' נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5) 467.

71 ענבר, *לעיל* הערה 43, בע' 4.

72 יצוין כי הקטיגוריות המסווגות מי ייחשב כלוחם על פי אמנת ג'ניבה השלישית, מקורן בהבחנה מסורתית בין לוחמים חוקיים לבין לוחמים בלתי חוקיים. ראו: *United States ex rel. Quirin v. Cox*, 317 U.S. 1 (1942). יחד עם זאת, הבחנה זו מקורה ברצון להדגיש את ההבחנה המרכזית שבין מי שהם לוחמים ובין מי שהם אזרחים במסגרת סוג הלוחמה שאפייין - אך שוב אינו מאפייין - את מציאות המאבקים המזוינים מאז מלחמת העולם השנייה, מציאות שהמשפט הבינלאומי המודרני מכיר בה ומבקש להסדירה, ראו: Pilloud, *supra* note 62; Wilson, *supra* note 62; Aldrich, *supra* note 62.

זכאי למעמד של אזרח או למעמד של שבי מלחמה, הנו בן ערובה<sup>73</sup>. הצעת החוק "מזמינה", לפיכך, ביקורת בגין האופן בו היא סותרת הן את אמנת ג'ניבה השלישית והן את אמנת ג'ניבה הרביעית, מאמצת מהן הוראות כראות עיניה, ומתעלמת מהוראות אחרות שאינן משרתות את מטרתה.

### 2.2.2. המעצר כאמצעי חריג

אמנת ג'ניבה הרביעית מספקת בסיס למעצרו של אזרח אויב, מבלי להאשימו בביצוע עברה, אך קובעת כי הדבר ייעשה רק למטרת מניעה, מטעמי ביטחון הכרחיים. האמנה מעגנת אמצעי בקרה למעצרו<sup>74</sup>, וקובעת מועד שחרור בתום התקיימות שיקולי הביטחון שהיו בסיס למעצרו, ומוקדם ככל האפשר לפני סיום פעולות האיבה<sup>75</sup>. אמנת ג'ניבה השלישית מאפשרת, בתנאים מיוחדים מאוד<sup>76</sup>, להעמיד לדין שביי מלחמה, אך גם אז מדובר באמצעי אישי ולא קולקטיבי<sup>77</sup>.

הצעת החוק סומכת, בין היתר, על זכויות חריגות אלו, אך מיישמת אותן באופן החורג במפורש ובאופן משמעותי מדברי האמנות ומרוחן. הצעת החוק מכוונת לקבוצה ולא לפרט,

73 על פי הצעת החוק, אנשים אלו אינם אזרחים לפי אמנת ג'ניבה הרביעית, כיוון שכאזרחים לא ניתן להמשיך ולהחזיק בהם לאחר ריצוי עונשם. הם גם אינם שביי מלחמה, שכן כשביי מלחמה לא ניתן היה להעמידם לדין פלילי מלכתחילה. המסקנה ההגיונית העולה מן האמור היא כי הם בני ערובה, "קלפי מיקוח". בהקשר זה יש גם לזכור כי ה-International Convention Against the Taking of Hostages, G.A. Res. 146, U.N. GAOR 34<sup>th</sup> Sess., Supp. (No. 46), at p. 245, U.N. Doc. A/34/146 (1979), International Convention Against the Taking (להלן: "Hostage") reprinted in T.I.A.S. No. 11, 081, at p. 4 (of Hostages) קובעת שהמונח "בן ערובה" ("Hostage") יפורש: "In the widest possible sense".

כמו כן קובעת האמנה בסעיף 1:

"Any person who seizes or detains and threatens to kill, to injure or to continue to detain another person (hereinafter referred to as the 'hostage') in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organization, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offence of taking of hostages ('hostage-taking') within the meaning of this Convention. Any person who: attempts to commit an act of hostage-taking, or participates as an accomplice of anyone who commits or attempts to commit an act of hostage-taking likewise commits an offence for the purposes of this Convention". O.M. Uhler & H. Coursier *Commentary-IV Geneva Convention* (Geneva, J.S. Pictet (ספדר: 1958), ed., דנים המחברים ברציונל שבבסיס האיטור המוחלט על נטילת בני ערובה, וקובעים: 230 "The International Committee of the Red Cross considered that the prohibition of such practices, which are based on contempt for the principle of individual responsibility for breaches of the law, must be one of the essential elements of the new Convention" להלן הערה 112, לסוגיית האחריות האישית.

74 סעיפים 79-135 לאמנת ג'ניבה הרביעית.

75 סעיפים 42, 43 ו-78 לאמנת ג'ניבה הרביעית.

76 כאמור בסעיף 5 לאמנת ג'ניבה השלישית מדובר באדם הנעצר כמרגל או מחבל או כחשוד של ממש בפעולה לרעת הצד העוצר, ובכללה הפרת דיני המלחמה, אזי יראו אותו אדם, מקום שהביטחון המוחלט (של הצד העוצר) מחייב זאת, כאילו הפסיד את זכויותיו לפי האמנה.

77 ראו גם ענבר, *לפיל הערה 43*, בע' 6-7.

כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה

היא מאפשרת מעצר כמעט שרירותי ונטול בסיס על פי האמנה, וקושרת את גורל העצור בסיום פעולות האיבה ולא בקיומן או בהיעדרן של סיבות ביטחון. הצעת החוק איננה דורשת אפילו מילוי דרישה פורמלית של הכרוה על מצב חירום בישראל<sup>78</sup>.

האמנות קובעות, כי רק במקרים קיצוניים ניתן לשלול זכויות עצור אשר הפעלתן תפגע בביטחון המדינה, וגם זאת רק באופן זמני<sup>79</sup>. הצעת החוק עושה שימוש בזכות זו באופן גורף, קבוע, ובכל מקרה אין זכויות פרוצדורליות (אותן שוללת הצעת החוק) נכללות בקטגוריה של "ביטחון המדינה".

על פי אמנת ג'ניבה הרביעית, כליאה היא אמצעי הפיקוח האישי החזק ביותר שניתן להחיל על אזרח אויב, ויש לעשות כן רק במצב בו ביטחון הכוח העוצר, וסיבות של הכרה צבאי, מחייבים פעולה שכזו<sup>80</sup>. הצעת החוק מאפשרת מעצר אדם אך בשל העובדה כי הוא "איש כוח אויב", ולכן איננה מתיישבת עם לשון האמנה ועם הגיונה<sup>81</sup>.

הצעת החוק איננה מתמודדת עם שאלת אופן הגעת העצור למעצר. הניסיון מלמד כי הגעתו של העצור לישראל היא פעמים רבות תוצאה של חטיפה, ופעולה זו, שעה שמדובר באזרחים, הנה פעולה אסורה על פי כללי המשפט הבינלאומי<sup>82</sup>.

### 2.2.3. העמדה לדין פלילי – רק אם כובדו הזכויות המשפטיות

אמנת ג'ניבה הרביעית מאפשרת העמדה לדין פלילי של מי שנחשב "אזרח", אך זאת בתנאי שכובדו כל זכויותיו המשפטיות<sup>83</sup>. כליאה, אם כן, איננה תחליף להעמדה לדין פלילי, כפי שנהוג כיום בפרקטיקה, וכפי שמאפשרת הצעת החוק<sup>84</sup>.

### 2.2.4. ביקורת שיפוטית

האמנה קובעת כי בית משפט או ועדה אדמיניסטרטיבית יבדקו את ההחלטה לעצור את מי שהנו "אזרח" על פי האמנה<sup>85</sup>. הצעת החוק, לעומת זאת, מאפשרת לנשיא בית משפט מחוזי לבחון אך האם העצור הוא "איש כוח אויב שאינו שבוי מלחמה", אם לאו<sup>86</sup>. כך, למעשה, אין הצעת החוק מאפשרת ביקורת שיפוטית על עצם החזקת הכלוא במעצר<sup>87</sup>.

78 סעיף 1 לחוק, לדוגמא, מחייב קיומו של מצב חירום על פי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948, ראו דברי הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 738.

79 סעיף 3 המשותף לאמנת ג'ניבה השלישית והרביעית.

80 סעיפים 5, 42 ו-78 לאמנת ג'ניבה הרביעית.

81 ראו גם ענבר, לעיל הערה 43, בע' 7-8.

82 ראו: United Nations Declaration on the Protection of All Persons From Enforced or Involuntary Disappearance, G.A. res. 47/133, U.N. GAOR, 47<sup>th</sup> Supp. (No. 49), at 207, U.N. Doc. A/49/47/Sess, 1992.

83 סעיפים 5 ו-64 לאמנת ג'ניבה הרביעית.

84 ראו גם ענבר, לעיל הערה 43, בע' 6-7.

85 סעיפים 43 ו-78 לאמנת ג'ניבה הרביעית.

86 סעיף 4(א) להצעת החוק.

87 ראו גם ענבר, לעיל הערה 43, בע' 7.

הצעת החוק קובעת<sup>88</sup>, כי ערעור על החלטת נשיא בית המשפט המחוזי יידון בבית המשפט העליון בדין יחיד. יש לזכור כי הלכה פסוקה היא בישראל, שלא ניתן לקיים דיון נוסף בהחלטה של בית המשפט העליון בדין יחיד. כך, מצטמצם עוד יותר היקף הביקורת השיפוטית על המעצר, ביקורת אשר הייתה מצומצמת ממילא.

### 2.2.5. מועד סיום פעולות איבה

הצעת החוק קובעת כי תעודה של שר הביטחון היא אשר תקבע כי הסתיימו פעולות האיבה בין מדינת ישראל לבין הכוח עמו נמנה העצור<sup>89</sup>, היא איננה קובעת משך זמן מקסימלי למעצר, ואיננה מפרטת את הקריטריונים על פיהם יחליט שר הביטחון. הלכך, על פי הצעת החוק, עשוי מצב של "מעשי איבה" להימשך עשרות שנים, בדומה מאוד למצב החירום בו מצויה מדינת ישראל מיום הקמתה. האם משמעות הדבר היא שניתן להחזיק אדם כמעצר משך עשרות שנים?

בהקשר זה יש לציין כי ההצעה אינה עומדת בסתירה לאמנות ג'ניבה הקובעות, אף הן, כי שבויי מלחמה ישוחררו רק עם תום מעשי האיבה<sup>90</sup>. עם זאת, הדעת נותנת כי מנסחי האמנות לא צפו לנגד עיניהם מצב מתמשך של עשרות שנות "מעשי איבה", המצדיק החזקת שבויים שאורכה עשוי לעלות על אורך חיי השבוי. נראה, על כן, כי מדובר בחסר שיש למלאו לאור מטרות דיני המלחמה, ולאור הצורך לאונם כנגד דיני זכויות האדם<sup>91</sup>. הצעת החוק אינה ממלאת חסר זה<sup>92</sup>.

### 2.2.6. ראיות חסויות וייצוג על ידי עורך דין

הצעת החוק קובעת כי ניתן להשתמש בראיות חסויות<sup>93</sup>. על פי הפרקטיקה הנוהגת כיום לעניין ראיות חסויות בהליכי מעצר מנהלי, נראה כי עניין זה מעקר מיסודו את הליך הביקורת והבקרה על המעצר, כמו גם את רציונל הבחינה התקופתית של המעצר<sup>94</sup>.

88 סעיף 4(ב) להצעת החוק.

89 סעיף 3(ב) להצעת החוק.

90 סעיף 118 לאמנת ג'ניבה השלישית; סעיפים 132-133 לאמנת ג'ניבה הרביעית.

91 סעיף 9 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אורחיות ומדיניות, מ"מ בדצמבר 1966, כ"א 31, ע' 269

(להלן: ICCPR). ישראל הצטרפה לאמנה בשנת 1991. וראו גם: T. Meron *Human Rights in*

*International Strife: Their International Protection* (Cambridge, 1987)

92 בהתייחסו לסוגיית התמשכות המעצר, על פי החוק, ציין הנשיא ברק, כי: "ככל שתקופת המעצר שחלפה הולכת ומתארכת, כך נדרשים שיקולים יותר כבדי משקל כדי להצדיק הארכת מעצר נוספת". עוד ציין הנשיא: "ענין לנו במכלול שיקולים, המשתנים מענין לענין, ומומן לזמן", ראו דברי הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 744-745. נראה כי מכלול שיקולים זה הוא הצריך להתוות את משכה הראוי של הכליאה גם שעה שזו אינה נעשית מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).

93 סעיף 4(ג) להצעת החוק.

94 מכוח פרקטיקה זו נמשכה שהות עצורים במעצר מנהלי בישראל, משך יותר משלוש-עשרה שנים.

כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה

## 2.2.7. הוראות לעניין כליאה

הצעת החוק קובעת כי כלואים יוחזקו ב"תנאים הולמים", אשר ייקבעו על ידי שר הביטחון בתקנות<sup>95</sup>. אמנות ג'ניבה השלישית והרביעית, לעומת זאת, מקדישות, כל אחת, פרק נרחב המפרט הוראות ספציפיות לגבי תנאי הכליאה<sup>96</sup>, ונוקטות בזהירות המרבית בסוגיה זו<sup>97</sup>: אמנת ג'ניבה הרביעית יוצאת מנקודת הנחה כי מדובר בכלואים אשר אינם נאשמים ולא עמדו למשפט פלילי<sup>98</sup>, ואמנת ג'ניבה השלישית מפרטת במבוא לפרק העוסק בתנאי הכליאה, את נקודת המוצא לפיה מטרת הכליאה היא קודם כול להגן על הכלוא<sup>99</sup>. נראה, אם כן, כי הצעת החוק איננה מעגנת הסדר ראוי, גם בנקודה זו.

## 2.2.8. החלה רטרואקטיבית של החוק

אחת המטרות המוצהרות של מנסחי הצעת החוק, כאמור בסעיף 13(א), היא החלת החוק על מי שכלואים בישראל כ"קלפי מיקוח" במועד כניסת החוק לתוקף<sup>100</sup>. מעצרו של אלו מהווה נטילת בני ערובה<sup>101</sup>, האסורה על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי<sup>102</sup>. מכאן שהחלה רטרואקטיבית זו של דבר חקיקה, הפוגע באושרות וזכויות האדם<sup>103</sup>, מנוגדת לרציונל אמנות ג'ניבה ומהווה הפרה חמורה של התחייבויותיה של מדינת ישראל על פיהן<sup>104</sup>.

95 סעיף 8(ב) להצעת החוק.

96 אמנת ג'ניבה הרביעית דנה בסוגיה בסעיפים 79-131; אמנת ג'ניבה השלישית דנה בסוגיה זו בסעיפים 21-108.

97 אמנת ג'ניבה הרביעית בסעיפים 79-82 לאמנה; אמנת ג'ניבה השלישית בסעיפים 21-24 לאמנה.

98 סעיפים 79-82 לאמנת ג'ניבה הרביעית.

99 סעיפים 21-24 לאמנת ג'ניבה השלישית.

100 הכוונה למוסטפא דיראני ולשייח' עובייד. ראו גם ענבר, לעיל הערה 43, בע' 8.

101 ראו דברי הנשיא ברק בדג"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 742-743 וענבר, שם.

102 ראו: International Convention Against the Taking of Hostages; סעיף 3 לאמנת ג'ניבה

הרביעית, וסעיף 34 הקובע: "The taking of hostages is prohibited". לפחות שני מלומדים

ישראלים, ואף בתי משפט ישראליים בהודמנויות שונות, הביעו את דעתם כי, למצער, האיסור על

נטילת בני ערובה ועקרון האחוריות האישית - המעוגנים באמנת ג'ניבה הרביעית - הפכו למשפט

מנהגי. ראו: Y. Dinstein "The Application of Customary International Law Concerning Armed

Conflicts in the National Legal Order - Introductory Reports" *National Implementation of*

*International Humanitarian Law - Proceedings of an International Colloquium held Bad*

*Humburg, June 17-19 1988* (Dordrecht, M. Bothe ed., 1990); ל' שלף "גבול האקטיביות הוא הקו

הירוק: בשולי ובשילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" *עיוני משפט* יז (תשנ"ג) 757,

758, 781-790, 796-809.

103 ראו סעיף 15 ל-ICCPR.

104 נדמה, כי למעט הפרה של עקרונות יסוד במשפט הבינלאומי ההומניטרי ההסכמי והמנהגי, החלה

רטרואקטיבית שכזו מנוגדת לעקרונות הצדק הטבעי, וליסודות מוסריים המהווים בסיס לשיטתנו המשפטית.

ראו דברי הנשיא ברק בדג"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 742: "אין עונשין אלא אם כן מזהירין";

בג"צ 2006/97 ג'נימת ג' אלוף פיקוד מרכז - עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, 654.

## 2.3. הצעת החוק וחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו

בדנ"פ 7048/97 העיר הנשיא ברק כי:

"הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות ממעצר מינהלי בו משמש העצור - אשר ממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה - קלף מיקוח, היא כה חריפה, עד כי רק הוראה בחוק המעצרים אשר תקבע במפורש את תחולת החוק על מי שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה - הוראה שחוקתיותה תצטרך להיבחן, כמובן, על פי אמות המידה של חוק-היסוד - תוכל להוביל את הפרשן למסקנה כי החוק נועד לאפשר מעצר מינהלי מסוג זה"<sup>105</sup>.

בחינת הצעת החוק, במבחי פסקת ההגבלה בחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו, מעלה את התוצאות הבאות<sup>106</sup>:

(1) הלימת ערכי מדינת ישראל: נראה, כי הצעת החוק הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כדמוקרטיה המבקשת להגן על עצמה ועל אזרחיה<sup>107</sup>.

(2) תכלית ראויה: תכלית הצעת החוק היא החזרת שבייט ונעדרים, שהיא תכלית ראויה<sup>108</sup>.

(3) פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש<sup>109</sup>:

(3.1) מבחן ההתאמה - קיימת אך הסתברות נמוכה כי החוקת אנשים במעצר מתמשך עד אין קץ, תביא לשחרור שבייט ונעדרים, על כך עמד גם הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97<sup>110</sup>, ונראה כי גם המציאות של החוקת תשעה-עשר עצורים משך כשלוש-עשרה שנים הוכיחה שאין בכך כדי לקדם נושא זה<sup>111</sup>.

(3.2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה - החוק מאפשר לעצור אדם המסכן את ביטחון המדינה, והבחינה במקרה זה היא פרוספקטיבית - צופה פני עתיד. הצעת החוק, לעומת זאת, מדברת באדם שאין מסוכנות העולה ממנו, וייתכן כי אין הוא עצמו קשור אלא בצורה עקיפה ביותר לקידום ביטחון המדינה, אשר ממנו נגזר הצורך בפדיון שבייט. נמצא, אם כן, כי האמצעי המוצע בהצעת החוק איננו זה שפגיעתו בזכויות היסוד היא הקטנה ביותר לשם השגת תכלית החוק.

105 דברי הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97, שם, בע' 742. הנשיא ממשיך וכותב: "אכן, במבט השוואתי, נראה כי אין מדינה כלשהי בעולם המערבי, הנוקטת במעצר מינהלי של מי שלא נשקפת ממנו עצמו סכנה לביטחון המדינה".

106 ראו גם שוהם, לעיל הערה 44.

107 שם, בע' 8-9.

108 שם, בע' 9. ראו גם דנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 747.

109 שוהם, שם, הערה 44, בע' 3-13.

110 דנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 745.

111 ענבר, לעיל הערה 43, בפסקה 26 לחוות דעתו: "אשר לדעת המיעוט בדנ"פ 7048/97, הסבור כי וכאים אנו להתחייב בלוחמי האויב עד לפדיון שבייטנו שלנו, הרי שאף הם סוברים (לגבי מעצרים של פלונים ולא לגבי דיראני ועובידי), כי משך מעצרים עבר את גבול המידתיות, ורק בשל הצהרת ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים על מגעים נוספים בין ישראל וחיזבאללה, מציעים הם לשמוע בתום חודשיים (מיום מתן פסק הדין: 12.4.00), אם נתחדש דבר בעניין זה (השופט חשין בסעיפים 8 ו-11 לפסק דינו; השופט קדמי בסעיף 5 לפסק דינו; השופט טירקל בסעיפים 5 ו-7 לפסק דינו). בינתיים חלפו עברו אותם חודשיים נוספים, ודומה כי דבר לא נתחדש".

כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה

(3.3) יחסיות האמצעי והמטרה – הצעת החוק איננה מאפשרת בחינה פרטנית אמיתית של חיוניות המעצר, ואיננה הולמת הלכות מבוססות במשפט הישראלי לעניין מעצר אדם המותר רק במקרה שנשקפת לציבור סכנה מהעצור עצמו<sup>112</sup>.

#### 2.4. הצעת החוק אל מול חוקי היסוד והמשפט הבינלאומי כמסכת אחת

לא אחת נקבע, כי תכלית החוק היא להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן<sup>113</sup>. כאמור לעיל<sup>114</sup>, החקיקה אף נבחנת בגרדי חוקי היסוד. ניתן, אם כן, לצייר מתאם בין עקרונות השיטה הדמוקרטית כפי שעוגנו בהוראות החוקתיות של מדינת ישראל, לבין כללי המשפט הבינלאומי שישראל כפופה להם כתברה בקהילת האומות. אשר על כן, אמרו, מעתה, כי אין דבר חקיקה עומד במסגרת חוקי היסוד הרלוונטיים, אם איננו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי: חוקי היסוד של מדינה עשויים לעגן הוראה הומניטרית בצורה וזהה או מחמירה יותר מן העיגון שניתן לה במשפט הבינלאומי, אך בשום פנים ואופן אין הם יכולים לעגן הוראה הומניטרית בצורה מחמירה פחות מן העיגון שניתן לה בתנאי המינימום של המשפט הבינלאומי ההומניטרי<sup>115</sup>. הלכך, ניתן לטעון כי הצעת חוק שאינה עומדת באמת המידה המינימלית המעוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטרי, מניה וביה שאינה עומדת בתנאי חוקי היסוד.

#### 3. פתרון חלופי

מטרתה של הצעת החוק היא לספק בסיס משפטי להחזקתם בישראל של שיחי עובייד ומוסטפא דיראני, ומסתמא, של אנשים נוספים בעתיד, וזאת למטרת פדיון שבויים ישראלים.

112 זו היא, למעשה, גזרת של עקרון האחידות האישית, השווה להחלטת הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97, לעיל הערה 7, בע' 742: "איש בעוונתו יישא ואיש בחטאו יומת"; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 335.

113 ראו דברי הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97, שם, והמקורות המוזכרים שם ע"פ 6182/98 שיינבין נ' הי"מ, פ"ד נג(1) 625; בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד 1 945, 966; עניין אייכמן, לעיל הערה 10, בע' 2041; ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד כה(2) 80; א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ג, כרך ב: פרשנות חקיקה) 576.

114 בפרק 2.3.

115 על כן, ייתכן מצב בו דבר חקיקה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי, אך איננו עומד במסגרת חוקי היסוד. סיטואציה זו אפשרית, מקום בו חוקי היסוד מעגן את רציונל המשפט הבינלאומי באופן חמור יותר מן האופן בו הוא מעוגן במשפט הבינלאומי. עם זאת, סיטואציה הפוכה – לפיה דבר חקיקה עומד במסגרת חוקי היסוד אך אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי – איננה אפשרית, הואיל והיא יכולה לנבוע רק מצב בו חוקי היסוד גורע מן העיגון המובא במשפט הבינלאומי, ומעגן עיקרון במידה פחותה מזו בה הוא מעוגן במשפט הבינלאומי (או שהוא מעגן עיקרון הסותר את ערכי המשפט הבינלאומי). חוקי היסוד זה, לאו דבר חקיקה הוא. כך, לדוגמא ב: Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*) 14 I.C.J. 1986. נקבע כי האיסור על נטילת בני ערובה המובא בסעיף 3 המשותף לכל ארבע אמנות ג'ניבה מ' 1949, הגו "minimum yardstick" המהווה "elementary considerations of humanity"<sup>supra</sup>, at p. 114).

דע עקא, כי הצעה זו אינה עולה בקנה אחד עם נורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי ואינה עומדת במבחן חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר על כן היא נכשלת בהשגת מטרתה. לדעתנו, אין כל צורך בהצעת החוק על מנת להשיג את המטרה האמורה, שכן את הבסיס המשפטי להחזקתם של לוחמי כוחות גרילה שאינם נמנים על כוחות צבא אויב סדיר ניתן למצוא בהוראות הדין הבינלאומי הקיימות<sup>116</sup>.

כאמור לעיל, על פי המצב המשפטי הנוכחי, לוחמים אלה אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה מכוח אמנת ג'ניבה השלישית המחייבת את מדינת ישראל ויחד עם זאת הם זכאים למעמד זה מכוח הפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'ניבה, פרוטוקול אשר אינו מחייב את ישראל<sup>117</sup>.

מזווית זו, ניתן לאמור כי בה במידה שלוחמים אלה תלויים ועומדים באזור דמדומים משפטי, כך מצוי בית משפט ישראלי כחלל משפטי שעה שהוא מבקש למצוא עוגן משפטי להמשך החזקתם בישראל. הטעם לקיומו של חלל זה מצוי בפער בין צורכי המציאות וכוחה מחד גיסא, לבין חוסר הרצון הפוליטי להכיר בה באופן שייתפס כמעניק לגיטימציה למציאות הכוח, מאידך גיסא<sup>118</sup>. יחד עם זאת, המציאות האנושית בכלל, והמציאות המשפטית בפרט, אינן סובלות ריק והן מבקשות למלאו<sup>119</sup>. האופן המקובל למילוי של חלל משפטי הוא ההיקש<sup>120</sup>. לדעתנו, ניתן על דרך ההיקש לעגן את המשך החזקתם של לוחמים - שאינם אזרחים - ושאינם מוגנים על ידי אמנת ג'ניבה השלישית בישראל, על בסיס היות מעמדם אנלוגי למעמדם של שבויי מלחמה<sup>121</sup>.

116 לפירוט ראו: O. Ben-Naftali & S. Gleichgevitch "Missing in Legal Action: Lebanese Hostages: In Israel" 41 *Harv. Int'l L.J.* (2000) 185, 244-248.

117 ראו לעיל הערה 61 ולעיל הערות 68-70.

118 יצוין כי בעניין **אדרי, לעיל** הערה 8, בע' 191, קובע הנשיא ברק כי אין העצורים שבויי מלחמה על פי אמנת ג'ניבה השלישית, הואיל והארגונים אליהם השתייכו הם "ארגוני טרור, הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה". באופן זה מאמץ הנשיא את עמדת המדינה בסרבה לחתום על הפרוטוקול הראשון, סירוב הנובע מן הרצון שלא להעניק הכרה, ולו עקיפה, לכוחות גרילה הפועלים נגדה בין בלבנון ובין במקומות אחרים. דע עקא, שמטרת דיני המלחמה אינה להבחין בין מי שמוגדר כ"לוחם בלתי חוקי" או בין "צבא אויב" לבין "ארגוני טרור" - מטרתם היא להבחין בין אזרחים לבין לוחמים, ולמנוע מצב בו אדם אינו נתפס כלוחם או כאזרח, כך שאינו נהנה מההגנות הנובעות מסטטוסים חלופיים ואקסקלוסיביים אלה.

119 ראו סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980.

120 **שם**. ראו גם ברק, **לעיל** הערה 113, תשנ"ב, כרך א: תורת הפרשנות הכללית, בע' 524.

121 בעמ"מ 10/94, **לעיל** הערה 5, בע' 106, מציין הנשיא ברק כי השופט טל קבע בפסק דין כי ניתן להחזיק את העצורים במעצר מן הטעם של ביטחון המדינה, משהוכח כי שחרורם יפגע במאמצים לשחרר את השבויים והנעדרים וכי "מעמדם של העצורים הינו אנלוגי למעמדם של שבויי מלחמה במובן זה, שישנה הצדקה מוסרית להחזיקם במעצר ובשבי, עד להתלפתם בחיילנו אנו... בייחוד בשעה בה נעדרנו ושבויינו לא זוכים לכל זכות של שבויי מלחמה". הנשיא ציין כי אישור לגישה זו ניתן גם בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון, אך הגרסה המצונזרת של פסק הדין בעמ"מ 10/94 אשר פורסמה בפר"י איננה מציינת את מספרו של הליך זה.



כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה

האנלוגיה יונקת מעקרון השוויון ובנויה על הרעיון כי יש להתייחס באופן דומה למקרים דומים. מזווית זו, היא מאפשרת למלא חללים משפטיים באופן העולה בקנה אחד עם נורמות קיימות. האנלוגיה קיימת שעה שניתן להסיק מזרמה מסוימת החלה על מערך עובדות מסוים, נורמה חדשה החלה על מערך עובדות אחר מכוח הדמיון המתקיים בין שני מערכי העובדות. דמיון זה, בתורו, נובע ממטרתה של הנורמה הקיימת, ועל בית המשפט, לפיכך, לבחון האם מטרת הנורמה הקיימת חובקת בתוכה גם מערך עובדות שעל פי לשונה של הנורמה הקיימת נראה שאיננו מכוסה על ידה<sup>122</sup>. הלכך, ניתן להקיש קיומה של נורמה חדשה הקובעת כי הגם שהלוחמים האמורים אינם שבויי מלחמה במסגרת ניסוחה של אמנת ג'ניבה השלישית, הם זכאים למעמד אנלוגי למעמד של שבויי מלחמה אשר החזקתם מותרת עד לסיום פעולות האיבה. הדמיון בין לוחמים הזכאים למעמד של שבויי מלחמה לבין לוחמי גרילה שנתפסו ושאינם זכאים לו נובע ממטרתה הנורמטיבית של אמנת ג'ניבה השלישית. קריאה טלאולוגית באמנה זו מחייבת למקמה במסגרת של אמנות דיני המלחמה האחרות הואיל ואמנות אלו משלימות זו את זו<sup>123</sup>. השלמה זו, בתורה, מצביעה על מטרתם המרכזית של דיני המלחמה: להבטיח כי כל המעורבים במלחמה, אזרחים כלוחמים, ייהנו מסטטוס המקנה הגנה. ממילא, מעמד אנלוגי למעמד של שבויי מלחמה מקנה זכויות אנלוגיות לזכויותיהם של שבויי מלחמה.

על יסוד ההיקש האמור, ניתן להחזיק בעצורים באופן העולה בקנה אחד עם מטרתה של הצעת החוק, עם הוראות המשפט הבינלאומי ועם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. פתרון זה מיייתר את הצורך בהצעת החוק, וממילא מונע אפשרות חקיקתו של חוק בעייתי שאיננו עומד במבחן החוקתיות ובאמות המידה של נורמות המשפט הבינלאומי<sup>124</sup>.

122 ברק, לעיל הערה 120, בע' 515-516.

123 ראו: Pilloud, *supra* note 62; Wilson, *supra* note 62; Aldrich, *supra* note 62.

124 נוסף ונציין כי מתן כל הזכויות להם זכאים שבויי מלחמה, דוגמת ביקורים של הצלב האדום, חליפת מכתבים וכדומה, לא יפגום משמעותית בביטחון המדינה. יתרה מכך, ייתכן כי הענקת סטטוס זה אף תסייע ביצירת קשר עם שבויים ונעדרים ישראלים המצויים כיום בידי אויב. כמו כן, הענקת סטטוס זה עשויה למנוע את יצירת מסך המסתורין, וכפועל נלווה לו, את ההאדרה לה זכו בלבנון אנשים כגון מוסטפא דיראני ושייח' עובייד, בעקבות מעצרים. לאור הביקורת על הצעת החוק, אשר הועלתה בדיון בוועדת הכנסת, לעיל הערה 42, על ידי מלומדים באקדמיה ובציבור בכלל, סביר כי גרסה חדשה ומתוקנת של הצעת החוק תוצג בעתיד.