

כליאה 'קבוצתית' של טרוריסטים

מאת

אברהם של"ו*

מבוא

בשנת 2022 נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקתיים, התשס"ב-2002 (להלן: החוק).¹ החוק נחקק בעקבות פסיקת בג"ץ שבו נקבע כי שר הביטחון אינו מוסמך להחזיק באזרחים זרים בתור "קלפי מיקוח" וכי השר מוסמך להחזיק אנשים במעצר מנהלי רק אם הם מהווים סכנה לביטחון המדינה.² החוק קובע חזקה פרשנית שלפיו אדם המשתייך לארגון טרור מסכן את ביטחון המדינה ולכן ניתן להחזיק אותו במעצר עד תום הלחימה:

"לענין חוק זה, יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת".³

* עו"ד וחוקר בפורום קהלת.

¹ חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקתיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192.

² דנ"פ 7048/97 [פלונים נ' שר הביטחון](#), פ"ד נד(1) 721 (2000).

³ סעיף 7 לחוק.

א. הדין הישראלי: מסוכנות העצור

פסק הדין העיקרי שבחן את חוקתיות החוק הוא ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל.⁴ בפסק הדין נשיאת בית המשפט דאז, דורית ביניש, קבעה שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה אולם לא בחנה את חוקתיות של חזקת המסוכנות משום שהמדינה הוכיחה את המסוכנות האינדיבידואלית של המערערים. לפי בית המשפט, לוחמים בלתי חוקתיים הם תת־סוג של אזרחים ולפי המשפט הבינלאומי ניתן להחזיק באזרחים אך ורק לצורכי ביטחון לאומי. ואלו הם דבריה:

"כדי לבסס עילת מעצר ביחס למי שנמנה עם ארגון טרור פעיל השם לו למטרה להילחם באופן בלתי מתפשר במדינת ישראל, אין הכרח כי אותו אדם ייטול חלק ישיר או עקיף בפעולות הלחימה עצמן, ואפשר שזיקתו ותורמתו לארגון יתבטאו בדרכים אחרות שיהיה בהן כדי להכלילו במעגל הלחימה במובנו הרחב, באופן שיצדיק את מעצרו לפי החוק [...]."⁵

מכל מקום, מאחר והמדינה נמנעה עד כה מעשיית שימוש בחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק, לא מתעוררת בפנינו השאלה עד כמה יש בחזקה הנ"ל כדי להחליש את דרישת ההוכחה של המסוכנות האינדיבידואלית לשם מעצר מכוח החוק, והאם יש בכך כדי לפגוע יתר על המידה בזכות החוקתית לחירות ובעקרון הדין הבינלאומי ההומניטארי. לפיכך, נותר שאלות אלה ללא הכרעה; שהרי כל עוד המדינה מוכיחה מלכתחילה את המסוכנות האישית של העצור ואינה נשענת על החזקה הנדונה, נותרת שאלת השפעתה של החזקה על הוכחת המסוכנות האינדיבידואלית, שאלה תיאורטית. יוער כי אם תבחר המדינה לעשות בעתיד שימוש בחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק ולא תוכיח מסוכנות ברמה הנדרשת, תהא פתוחה הדרך להבאת השאלות האמורות בפני בית־המשפט, בהינתן הצורך להכריע בהן באופן קונקרטי ולא בעל־מא".⁶

עד היום, המדינה לא עשתה שימוש בחזקת המסוכנות והתמקדה בבחינה פרטנית של מסוכנות העצור.

ב. הדין האמריקאי: השתייכות ארגונית או נטילת חלק בלחימה

בית המשפט העליון האמריקאי, שבעקבות עמדתו של הממשל האמריקאי, נקט גישה שונה מזו של בית המשפט הישראלי. בשונה מבחינת המסוכנות האינדיבידואלית של מי שמוחזק במעצר מנהלי – כפי שמקובל בדין הישראלי – המבחן העיקרי בדין האמריקאי להצדקת כליאת חברי ארגון טרור הוא השתייכותם הארגונית או נטילת חלק בלחימה.

⁴ ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008).

⁵ שם, בעמ' 20.

⁶ שם, בעמ' 23.

לאחר מתקפת הטרור ביום ה-11 בספטמבר, הקונגרס האמריקאי הסמיך את הנשיא "לנקוט בכל האמצעים הנדרשים והמתאימים" נגד מבצעי הפיגוע. הסמכה זו הפכה למקור המשפטי של ארצות הברית לעצור ולכלוא לוחמים המשתייכים לאל-קאעידה ולטליבן.⁷

בהתאם להסמכה זו התנאי למעצר במתקן הכליאה במפרץ גואנטנמו היה 'השתייכות ארגונית' לאל-קאעידה או לטליבן, כפי שפרסם הממשל הגדרה זו:

"An "enemy combatant" [...] shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaida forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces".⁸

כמו כן, ראו גם:

"[A]n individual who was part of or supporting Taliban or al Qaida forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces".⁹

בית המשפט העליון האמריקאי אימץ הגדרה דומה בפסק דין Hamdi, לפיו לוחם אויב (enemy combatant) הוא כל מי שמצטרף ללחימה נגד ארה"ב בשדה קרב זר, בלי קשר לאזרחותו:

"[o]ne who takes up arms against the United States in a foreign theater of war, regardless of his citizenship".¹⁰

ההגדרה המרחיבה של סמכות הכליאה לפי הממשל האמריקאי נשענה על ההנחה הבסיסית כי ארצות הברית נמצאת במצב של מלחמה נגד אל-קאעידה וגרורותיה, וכפי שמדינה במצב לחימה קונצנזואלי רשאית לעצור ולכלוא לוחמים של מדינת אויב – כך ארצות הברית רשאית לעצור פעילי אל-קאעידה (על אף שאינם נהנים ממעמד של שבויי מלחמה).

⁷ Authorization for Use of Military Force of 2001; Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al., 542 U.S. 507 (2004).

⁸ MEMORANDUM FROM THE DEPUTY SEC'Y OF DEF. TO THE SEC'YS OF THE MILITARY DEP'TS CHAIRMAN OF THE JOINT CHIEFS OF STAFF UNDER SEC'Y OF DEF. FOR POLICY, IMPLEMENTATION OF COMBATANT STATUS REVIEW TRIBUNAL PROCEDURES FOR ENEMY COMBATANTS DETAINED AT U.S. NAVAL BASE GUANTANAMO BAY, Cuba, encl. 1, at 1 (July 14, 2006).

⁹ MEMORANDUM FROM THE DEPUTY SECRETARY OF DEFENSE, [ORDER ESTABLISHING COMBATANT STATUS REVIEW TRIBUNAL](#) (July 7, 2004).

¹⁰ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 516 (2004).

עמדה זו הודגש בדברי היועץ המשפטי למחלקת המדינה תחת ממשל בוש:

"Because the United States [is] in an armed conflict with al Qaida and the Taliban, it [is] proper for the United States and its allies to detain individuals who [are] fighting in that conflict. One of the most basic precepts in the law of armed conflict is that states may detain enemy combatants until the cessation of hostilities".¹¹

גם בממשל ביידן, בתשובה לעתירה נגד החזקה ממושכת של פעיל אל-קאעידה, נדחתה הבחינה הפרטנית של מסוכנות המוחזק והודגש כי המבחן היחיד הוא מעמדו של הלוחם:

"Neither precedent nor common sense suggests that the government's detention authority should dissipate simply because hostilities are protracted ... The risk that a combatant will return to the battlefield lasts as long as active hostilities remain ongoing—and petitioner has not disputed that they remain ongoing here [... An individualized determination of dangerousness has never been a prerequisite to the detention of enemy combatants".¹²

ג. שינוי הפרדיגמה בעקבות אירועי ה-7 באוקטובר

הגישה האמריקאית למעצרים מנהליים של פעילי אל-קאעידה נובעת מפרדיגמת הלחימה. פעילות אנטי-טרור אינה פעילות משטרתית. ארצות הברית נמצאת במצב של מלחמה מול אל-קאעידה וגרורותיה, ולכן עצם ההשתייכות לארגון מהווה סכנה לארצות הברית ולכן עצם המעצר ונטרול של היכולות הארגוניות תורמים לניצחונה של ארצות הברית במלחמה זו.

יש לראות לוחם בלתי חוקי כמו מקבילו "הלוחם החוקי", בכל הנוגע להשתייכות לצבא זר שמקנה לו מעמד מסוים. בד בבד, לוחם בלתי חוקי אינו זכאי ליהנות מהגנות של לוחם חוקי, כגון מעמד של שבוי מלחמה, בגלל הפרתו את הדין הבינלאומי.

ישראל חקקה את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ככלי נוסף בארסנל המשפטי במסגרת מלחמתה נגד ארגוני הטרור שמאיימים על קיומה. החזקה של כל "חייל" חמאס, חיזבאללה או ארגון טרור אחר שבו ישראל מחזיקה, מפחיתה את יכולת הארגון לפעול ופוגעת במורל וביוקרתו של הארגון.

¹¹ John B. Bellinger, Legal Adviser, U.S. Dept of State, Address at the London School of Economics: Legal Issues in the War on Terrorism (Oct. 31, 2006), available at <http://www.state.gov/s/1/2006/98861.htm>

¹² Ali v. Biden, Supreme Court of the United States, No. 20-888, Brief for the Respondents in Opposition, April 2021, pp. 21–22. Similarly, see Awad v. Obama, 608 F.3d 1 (2010), p. 11

מצד אחד המדינה מתייחסת לארגוני טרור בתור אויבים מדיניים ופועלת נגדם בכלים צבאיים, ולא משטרתיים. מצד שני, דרישת המסוכנות האישית – כפי שעולה מפסיקתו של בית המשפט העליון – נובעת מפרדיגמה של שיטור ואכיפת החוק. פרדיגמה זו אינה נכונה למרחב פעולה צבאי ולכן ראוי לאמץ את הדין האמריקאי – שלפיה השתייכות ארגונית או נטילת חלק בלחימה מצדיקה החזקתם וכליאתם של חברי טרור. הדין האמריקאי אינו רק תואם הדין הבינלאומי, אלא אף מקנה למדינה חפצת חיים מרחב תמרון חשוב במלחמתה נגד ארגוני טרור רצחניים, כמו החמאס, לחיסולם המתבקש.

ציטוט מוצע: אברהם של"ו "כליאה 'קבוצתית' של טרוריסטים" רשות הרבים
(21.11.2023).