

לשאלת האיזון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח

(בג"צ 306, 302/72 סולימאן חילו, שבאח אל סלאימה ואח'
'נ' ממשלת ישראל ואח' ¹)

(א) תחומי התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בפעולת רשות צבאית הנוגעת לענייני בטחון הינם צרים מאוד. כאשר הרשות הצבאית פועלת בתחום סמכותה ובסוברה בתום לב, כי צרכי הבטחון מחייבים תפיסת חוקה בקרקע וגירושם לאלתר של תושביה הקבועים משם לא יתערב בכך בית המשפט. זוהי תמציתה של ההלכה שנפסקה בבג"צ 306, 302/72 סולימאן חילו, שבאח אל סלאימה ואח' ¹ נ' ממשלת ישראל ואח' (להלן: פרשת מפוני פיתחת רפיה) ¹, בו נדחתה בקשת העותרים לשוב לשטחי מגוריהם באזור פיתחת רפיה, מהם גורשי מטעמי בטחון ².

מהלכה זו מתבקשת תוצאה חד משמעית — בפעלה מתוך שיקולי בטחון כנים רשאית הרשות הצבאית להתעלם מכל שיקול שאיננו שיקול בטחוני ולא לתת דעתה כלל עליו. העובדה, כי פעולתה עשויה לפגוע במישרין בזכויות כלשהן, ואף בכאלו המסווגות כזכויות האדם והאזרח ³, אינה צריכה לעמוד נגד עיניה, והנפגע בפעולה זו ימצא את שערו של בית המשפט הגבוה לצדק נעולים בפניו.

- 1 פד"י כ"ז (2) 169.
- 2 נציין, כי האיזון ממנו גורשו העותרים נמצא מחוץ לשטח עליו חל משפט מדינת ישראל, בשטח המוחזק על-ידי כוחותיה הצבאיים. לכך יש משמעות והשיבות לעצם סמכות בית המשפט הגבוה לצדק להעביר את המעשה תחת שבט ביקורתו, למהות מעשה המשיבים ולמקור סמכותם. עניינם אלה חורגים ממסגרת דיונונו. נקודת המוצא של רשימתנו היא כי ממילא אין בעובדה זו כדי לשנות את תוצאות פסק הדין, וכי לפחות השופטים לבדיו וויתקון היו מגיעים לאותה תוצאה, אף לו מדובר היה ברשות צבאית הפועלת בתוך שטח המדינה — בלאו הכי הועברה תחת שבט ביקורתם סמכות המשיבים והמעשה שלהם לאור הלכות פסיקה ישראלית שענינה התערבות בית המשפט בשיקולי רשויות צבאיות הפועלות בישראל ולדעת השופט לבדיו, מבחינת הדין הפנימי, פועל הממשל בשטח המוחזק מכוח סמכויותיה הכלליות של הממשלה לפי חוק יסוד: הממשלה (עמ' 176 לפסה"ד).
- 3 רשימה זו תדון איפוא בפסק הדין, כאילו התייחס לרשות צבאית הפועלת בישראל, ואנו לא נעסוק באספקטים האחרים שנדונו בו.
- 3 הוכות להגנה כדין על קניינו של אדם לרבות החזקה בנכסיו, היא זכות שסיווגה כזכות אדם ואזרח אינו שנוי במחלוקת: ראה סעיף 9 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח תשל"ג, חוברת 1085, עמ' 448, וכן, בנימין אקצין, "הצעת חוקה למדינת ישראל", סעיפים 15, 22; פורסם ב"בנימין אקצין, סוגיות במשפט ובמדיניות, ירושלים, תשכ"ו, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, עמ' 158 ואילך.
- וראה עוד לענין הגנת קניינו של אדם מפני התערבות שלא כדין בהם על-ידי רשויות ציבוריות — בג"צ 85/49 סבוראי נ' שרת העבודה, פד"י ב' 887, 889; בג"צ 35/58 ברמן נ' ראש הנפה הצפונית, ממשלת ישראל, פד"י י"ב 914, 918; ד"נ 13/58 עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין, פד"י י"ג 118, 122.
- 4 למען הסדר הטוב מן הראוי לציין כאן, כי המונחים "זכויות אדם", "זכויות אזרח" ו"זכויות

הלכה זו, על התוצאה הטבעית האמורה המתבקשת ממנה, אינה נראית לנו כמוצדקת כלל ועיקר, ובמצבה המיוחד של מדינת ישראל היא הרת סכנות. מטרת רשימה זו היא להראות, כי ההלכה שנפסקה בפרשת מפוני פיתחת רפיח אינה מתישבת עם עמדתו העקרונית של בית המשפט העליון עד כה, וכי גימוקי השופטים שימשו יסוד לה אינם עומדים במבחן הבקורת.⁵

(ב) המונח "בטחון המדינה" הוא מושג מורכב ורחב. "באופן כללי אפשר לומר כי הכוונה היא לכל הכרוך במניעת הסכנה של פלישת האויב מן החוץ; בסיכול כל נסיון להפיכת בכוח של המשטר הקיים, על-ידי גורמים עוינים מבפנים; בקיום הסדר הציבורי והבטחת שלום הציבור".⁶

רוחבו של אינטרס זה מצביע על המרחבים העצומים עליהם פרושה ההלכה שנפסקה בפרשת מפוני פיתחת רפיח — כל פעולה שלטונית, מבניית שיכונים לזוגות צעירים ומפוני שכונות עוני ועד לפלישה לארץ אויב עשויה להכנס למסגרת זו.⁷ הזקת על בית המשפט הגבוה לצדק שידע לצמצם ממדי מרחבים אלה וינסה לתחום את קו הגבול בין "פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת", עליה חלה הלכת פרשת מפוני פיתחת רפיח כלשונה,⁸ לבין כל מעשה שלטון אחר, שאף כי עשוי בטווח הרחוק להבטיח

אדם ואורח" משמשים בעירבוביה להבטת אותו רעיון. לצורך רשימה זו נתייחס לשלשה מונחים אלה כאל מלים גרדפות ולא נקפיד במיוחד.

5 לצורך רשימה זו מקבלים אנו ללא עוררין את מימצאי בית המשפט, כי הרשות הצבאית אכן פעלה בענין בתום לב ולמען בטחון המדינה. נזכיר רק, כי לא הכל שלמים עם מימצא זה — ראה, למשל, אמנון רובינשטיין, "פסקי-דין ארבעה", הארץ, מיום 21.9.73, עמ' 11.

6 הגדרה זו לקוחה מבג"צ 73/53, קול העם נ' שר הפנים, פד"י ו' 871, 879 מפי השופט אגרנט, וראה להגדרה דומה ברוחה בארה"ב: "The National Security Interests and Civil Liberties," 85 (1972) *Harv. L. Rev.* 1130, 1133. "National Security" is not a term of art, with a precise, analytic meaning. At its core the phrase refers to the government's capacity to defend itself from violent overthrow by domestic subversion or external aggression. But it also encompasses simply the ability of the government to function effectively so as to serve our interests at home and abroad."

7 השווה — Developments, *op. cit.*, p. 1133, f.n. 6, שם נאמר: "Virtually any government program, from military procurement to highway construction and education, can be justified in part as protecting the national security."

מילולית, מתייחסת אמנם ההלכה שנפסקה בפרשת מפוני פיתחת רפיח לרשות צבאית בלבד, אלא שאין אנו רואים כל יסוד להבחנה בין סמכות המופעלת למטרות בטחון על-ידי רשות שמבחינה אירגונית מהווה חלק מהמנגנון הצבאי לבין סמכות המופעלת לאותן מטרות על-ידי רשות מנהלית אחרת. ולא רק זאת: במדינת ישראל יש ומטילים על רשויות צבאיות משימות "אזרחיות" טהורות כגון חינוך שכבות אוכלוסיה נחשלות. תגבלת ההלכה ל"רשות צבאית" ובמידת מה אף ל"שיקולי בטחון" אינה נראית לנו איפוא כמהותית לאור ההגדרה הרחבה של "בטחון", הכללת רשויות צבאיות בפעילות הנכנסת לא רק למובן המדי והצר של "בטחון", והעדר טעם עניני לאבחנה בין רשות צבאית לבין רשות אחרת, כאשר שתיהן פועלות למטרות בטחון. עובדה היא, כי אחת המשיבות בפרשת מפוני פיתחת רפיח לא היתה רשות צבאית (ממשלת ישראל).

8 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 177.

לשאלת האיוון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח

את שלום הציבור⁹, הרי שאין להכניסו לד' אמותיה. עם זאת יש בהגדרה רחבה זו של המונח "בטחון המדינה" כדי להצביע על הקושי בתיחום מדויק יותר של המושג, וכדי להראות את הפוטנציאל השלילי החבוי בהלכה הנדונה.

למותר לציין, כי פוטנציאל שלילי זה בולט בתנאים המיוחדים השוררים במדינת ישראל, אשר מאז היווסדה נמצאת בה ההגנה והשמירה על זכויות האדם והאזרח ברקע של מתיחות בטחונית בלתי פוסקת. כתוצאה ממתחות בטחונית זו הוענקו לרשויות צבאיות סמכויות רחבות אף בעניינים שאינם צבאיים טהורים¹⁰, ולעתים אף רשויות אזרחיות הוסמכו לפגוע בזכויות האדם והאזרח, כאשר שיקולי בטחון חייבו זאת¹¹. רבות מפעולות המימשל בישראל מתייחסות איפוא ל"בטחון המדינה" במובנו הצר של המונח, ושיקולי בטחון עשויים להיות שיקולים לגיטימיים לצורך הכרעות, שבמשטר חיים נורמלי היינו מסווגים אותן כהכרעות אזרחיות מובהקות. מעורבותו האינטנסיבית של האינטרס הבטחוני ברוב שטחי חיינו היא המעלה לדיון מדי יום ביומו את הבעיה בה עוסק פסק-הדין שניתן בפרשת מפוני פיתחת רפיח ואשר, לדעתנו, לא נפתרה שם כראוי.

(ג) ההתמודדות בין ההגנה על זכויות האדם לבין בטחון המדינה מצאה את ביטוייה בשורת פסקי דין שניתנו על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק כבר בשנים הראשונות לתקומת ישראל. להלן נציין את הבולטים שבהם:

(1) בבג"צ 16/48¹² עמדה לדיון החלטת הממשלה הזמנית לפיה הוכרו ארגון לח"י כארגון טרוריסטי. בהתייחסו לחקיקה העוסקת במניעת טרור, שהיא אמצעי מובהק לשמירה על בטחון המדינה, מודה הנשיא זמורה, כי זו עלולה לפגוע קשות בחירויות האזרח, "אולם במצב של שעת חירום אין מנוס מזה. כאשר בטחון המדינה ושלום הציבור¹³ הנם בחזקת סכנה חמורה, יש והכלים המשפטיים הרגילים אינם מספיקים והכרחי להעדיף את צרכי בטחון המדינה על שמירת זכויות האזרח"¹⁴.

(2) בבג"צ 7/48¹⁵ טען העותר, כי יש לשחררו ממעצר מינהלי הואיל ובעת שהרמטכ"ל חתם על צו המעצר לא היתה קיימת ועדה מיעצת, אליה זכאי העציר לפנות. בבטלו את צו המעצר קבע השופט אולשן, כי "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה...".

9 כמו למשל פינוי שכונות עוני המשמשות חממה לפשע ולהפרות שלום הציבור.

10 ראה למשל את תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, המעניקות לשלטונות הבטחון סמכויות רחבות בהרבה שטחי החיים – לרבות התערבות בחופש הבטוי, ההתאגדות והתנועה.

11 ראה למשל את סעיף 19 לפקודת העתונות. הסעיף מסמיך את שר הפנים להפסיק פרסומם של עתונים בהם מתפרסם דבר "העשוי לסכן את שלום הציבור" – צירוף מלים הנכנס להגדרת "בטחון המדינה", כפי שניתנה על-ידי השופט אגרנט (ראה ה"ש 6, לעיל).

12 בבג"צ 16/48 פירן נ' ראש הממשלה, פד"י א' 109.

13 הנשיא מדבר כאן על "בטחון המדינה" ו"שלום הציבור" כעל שני דברים שונים, אך שללא ספק קשורים זה בזה ומשלימים זה את זה.

14 ראה ה"ש 12, שם, עמ' 112. ההדגשות – שלנו. על דברים אלה חזר בית המשפט העליון בע"פ 49/58 תרתי נ' היועץ המשפטי, פד"י י"ב 1541, 1563.

15 בבג"צ 7/48 אלכרמוטלי נ' שר הבטחון, פד"י ב' 5.

נכון שבטחון המדינה, המצריך מעצר אדם, אינו חשוב פחות מהצורך לשמור על זכות האזרח, אולם במקום שאפשר להשיג את שתי המטרות גם יחד אין להתעלם מהאחת או מהשניה¹⁶.

3) בבג"צ 73/53, 87 עמ' לדיון חופש הביטוי מול בטחון המדינה, או במלים אחרות, היקף הסמכות להגביל את חופש הביטוי מטעמים של בטחון המדינה. אומר על כך השופט אגרנט:

"...הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה, כי ערכו התברתי של העקרון המגן על האינטרס השני ראוי לתשומת לב מיוחדת, וכי רק בשעה שהמציאות ממש מחייבת יהא מוצדק לתת עדיפות לאינטרס הראשון. ברור כי אין בגישה זו כדי להוות, כשלעצמה, פורמולה מתימטית..."¹⁷.

הקו המנחה בשלושה פסקי דין אלה הוא – מדינת ישראל מדינת חוק היא, והשמירה על זכויות האדם והאזרח על-ידי רשויותיה נכס צאן ברזל היא בידה. אין להקריב נכס זה מטעמי בטחון, אלא כאשר הכרחי הדבר. שיקולי בטחון אינם ניצבים אם כן בחלל ריק, ובכל מקרה של הוקקות להם יש להביא בחשבון את מידת הפגיעה הצפויה בזכויות האדם והאזרח. רק כשאין להשיג את בטחון המדינה בד בבד עם שמירה על חירויות אלו, יש להעדיף את האינטרס הראשון על-פני השני. מידת הפגיעה בזכויות האדם והאזרח היא איפוא שיקול רלוונטי במערכת השיקולים, להם חייבת להזקק הרשות הפועלת לשמירת על בטחון המדינה, והתעלמות ממנו עשויה להביא את המעשה לידי פסול¹⁸.

ד) לעמדה שהובעה בשלושת פסקי דין אלה אין כל זכר בפסק הדין שניתן בפרשת מפוני פיתחת רפיה. לכאורה, קיים פיתוי רציני לבוא ולומר, כי הללו כלל אינם ממין הענין; כדברי השופט לנדוי, המעשה נשוא העתירה הנוכחית היה "סגירת האזור והפיכתו לאזור חייץ"¹⁹, והפעולות שנעשו לשם כך היו "פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת כמו הבטחת רצועת עזה ורישטח המדינה בפני פעילות חבלנית"²⁰. ראיית הדברים באור זה על האבחנה העומדת ביסודה אינה נראית לנו כלל וכלל. וכי נקטת צעדים נגד "ארגון טרוריסטי" וחבריו²¹, או מעצר אדם המסוכן לבטחון המדינה, או סגירת עתון אשר הדברים המובעים בו מסכנים בטחון זה, אינם בבחינת

16 ראה ה"ש 15, שם, עמ' 15. ההדגשות – שלנו.

17 ראה ה"ש 6, לעיל.

18 ראה ה"ש 6, שם, עמ' 881. ההדגשות – שלנו.

19 לחובת הרשות המינהלית לתת דעתה לכל השיקולים הענייניים לצמודים לסמכותה, ראה: בבג"צ 192/56 שלום נ' מועצה מקומית בת-ים, פד"י י"א 717, 720.

20 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 175.

21 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 177.

22 צעדים הכוללים בין השאר חרמת רכוש, סגירת מקומות פעולה והענשה פלילית. ראה:

לשאלת האזיון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח

"פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת"? הלא כל הסמכויות נשוא פסקי דין אלה היו סמכויות שביסודן עמדה השמירה על בטחון המדינה?²³

העובדה, כי בפרשת מפוני פיתחת רפיח לא פעל המימשל מכח סמכות מפורשת וספציפית אלא המדובר היה "בסמכויות הכלליות של הממשלה ושריה לפי סעיפים 29 ו-31 לחוק יסוד: הממשלה"²⁴ אינה משמעותית ואינה יוצרת כל אבחנה תקפה בין המקרה הנדון לבין הפסיקה הקודמת. סעיף 31²⁵ אינו מהווה כל מקור לסמכות, ואילו סעיף 29²⁶, בעקבות סעיף 1²⁷, בא לומר, כי אין הדוקטרינה של אולטרה וירס חלה על הממשלה כמייצגת המדינה. ודאי, שאין לראות בהוראות אלו הסכמה לפגוע בזכויות, שאם לא כן בטלה כפיפות השלטונות לחוק, ושלטון החוק בישראל רוקן מכל תוכן²⁸. כוחן של הנחיות בית המשפט הגבוה לצדק לרשויות הפועלות לשמירה על בטחון המדינה יפה איפוא גם ביחס לרשות שפעלה במקרה הנוכחי.

(ה) אף השימוש בדוקטרינת העדר השפיטות שנעשה על-ידי השופט ויתקון²⁹ נראה לנו בגסיבות המקרה הנוכחי כלא נכון וכבלתי מוצדק. השאלה שעמדה להכרעה בפני בית המשפט לא היתה עצם גידור השטח כאמצעי להגנת הרצועה והמדינה אלא חוקיות הפגיעה בזכויות העותרים בה היה כרוך המעשה. והלא על טענה של פגיעה בזכויות אורח אין משיבים, כי "הבקשה הגידונה יוצאת לגמרי מן התחומים הקבועים לרשות השיפוטית בכלל" וכי "יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוטיות"³⁰. אמנם מעשה גידור השטח איננו שפיט בה במידה שהוא מסור למומחיותם של גופים המופקדים על בטחון המדינה, אך זאת כל עוד אין הוא פוגע בזכויות כלשהן³¹. ההתעלמות מפגיעה

פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948, ע"ר 24, תש"ח, תוס' א', עמ' 73, אשר החליפה את תקנות-שעת-חירום למניעת טרור, תש"ח-1948.

23 העובדה כי פקודת מניעת טרור ופקודת העתונות אינן נזקקות במפורש למונח "בטחון המדינה" אינה רלוונטית לצורך הבנת מהות הסמכויות הנדונות המוקנות על-ידן. עובדה היא, שפסקי הדין שעסקו בהן (ה"ש 6, ה"ש 12) התייחסו אליהן כאל סמכויות הבאות להגן על בטחון המדינה.

24 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 176 (השופט לנדוי).

25 סעיף 31 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח, עמ' 226, עוסק באצילת סמכויות המוקנות לממשלה ו/או לאחד משריה.

26 סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה קובע לאמור:

"הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

27 סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה קובע לאמור:

"הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

28 ראה לענין זה ספרו של פרופ' אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, תשכ"ט, הוצאת שוקן, ירושלים ותל-אביב, עמ' 234, 235.

29 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 181-182.

וראה בנקודה זו רשימה שנתפרסמה בקשר לפסקי הדין נשוא דיונו: Yaakov S. Zemach, "The Non-Justiciability of Military Measures," 9 (1974) *Isr. L. Rev.* 128.

30 שאלה הם הדברים העומדים ביסוד טענת העדר שפיטות בפסיקה המקומית. ראה בג"צ 65/51 ח'בוטנינסקי נ' ויצמן, פד"י ה' 801, 813.

31 שכן העניינים הנופלים מתחום שיפוט בית המשפט הגבוה לצדק הם אותם עניינים בהם אין העותר יכול להראות כי קופח בזכות מן הזכויות שהמשפט מכיר בהן: ראה בג"צ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פד"י ט"ו 1023, 1027.

בזכויות, מן הדין כי תהא נתונה לבקורת בית המשפט הגבוה לצדק, שאם לא כן יוותר הנפגע ללא כל תרופה, ונמצא, כי הנחיותיו של בית המשפט הגבוה לצדק לענין שיקול דעת הרשויות הפועלות לבטחון המדינה אינן ניתנות כלל לאכיפה.

(ז) בקבעם את תחומי ההתערבות הצרים של בתי המשפט בפעולות רשויות צבאיות הנוגעות לעניני בטחון הסתמכו השופטים לגדוי³² וויתקון³³ על שלוש פסקי דין קודמים של בית המשפט העליון. בעיקרה אין הסתמכות זו נראית לנו ולהלן נימוקינו ביחס לכל אחד מפסקי דין אלה:

(1) בבג"צ 279/72³⁴ התייחסה העתירה להתרת הווה שירות בצה"ל על-ידי שלטונות הצבא מחמת חוסר התאמה אישית של החייל. ביחס להחלטה להתיר את החווה אמר שם השופט לגדוי, כי הכלל, שאין בית המשפט הגבוה לצדק שם את שיקול דעתו תחת שיקול-דעתה של רשות מינהלית, חל ביתר שאת³⁵. ובפרשת מפוני פיתחת רפיח אומר הוא³⁶, כי "על אחת כמה וכמה נכונה גישה זו אל פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת...". סוברים אננו, כי אין הנדון דומה לראיה, וכי השאלה האמיתית שעמדה לדיון בפרשת מפוני פיתחת רפיח כלל לא התייחסה למידת מומחיות הרשות הצבאית. השאלה העיקרית נגעה להעדר הזקקות הרשות לשיקולים מסויימים, אשר לאור פסיקת בית המשפט העליון מחובתה היה להביאם בחשבון³⁷. ובאשר לכך, אין למצוא כל סיוע בבג"צ 279/72 זה.

(2) בבג"צ 46/50³⁸ נדונו טיב סמכותו של מושל צבאי ותפקיד בית המשפט בבקורת סמכות זו. כדברי השופט ויתקון³⁹ אמר שם השופט אגרנט, כי "במקרים אלה תפקידו של בית המשפט הוה הוא רק לבדוק אם הרשות הנדונה לא חרגה מר' אמותיה של התקנה שמכוחה היא מחיימת לפעול, אם היא נתנה דעתה על הגורמים הקבועים בחוק, ואם אותה רשות פעלה בתום לב⁴⁰". אלא שבכך לא סיים השופט אגרנט את מלאכתו באותו מקרה. בבדקו את מכלול הגורמים, שעל המושל הצבאי לתת דעתו עליהם לצורך החלטתו להגביל את חופש התנועה של אדם, אומר הוא:

"...מתפקידו ואחריותו של המפקד הצבאי לשיקול היטב... את זכות האדם-החשוד לחירות ולחופש תנועה מצד אחד, לעומת האינטרסים העליונים הנעוצים בבטחון המדינה, מצד שני, ורק אם הוא משוכנע כי האינטרסים האלה מחייבים זאת, יהא מחובתו

32 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 177.

33 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 179, 181.

34 ראה בג"צ 279/72 עיבוד ג' שר הבטחון, פד"י כ"ז (1) 169.

35 ראה ה"ש 34, שם, עמ' 176.

36 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 177.

37 השווה לאמור לעיל ברשימה זו בסוף סעיף (ג).

38 בג"צ 46/50 אליאזי ג' שר הבטחון, פד"י ד' 222.

39 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 181.

40 ראה ה"ש 38, שם, עמ' 228.

לשאלת האיזון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח

להעדיף אותם משיקולי הסבל ואי הנוחות העלולים להיגרם לאדם שעליו עומד המפקד הצבאי להטיל את הפקוד הנדון⁴¹.

הנה, ככלעם בשעתו, כך בג"צ 46/50, שהובא לקלל ונמצא מברך – המסקנה העולה ממנו היא, כי הפגיעה בזכויות האזרח היא שיקול רלוונטי, שהרשות הצבאית חייבת לתת דעתה עליו.

(3) הדיון בבג"צ 288/51 ; 33/52⁴² התמקד סביב סירוב המפקד הצבאי לתת רישיונות כניסה ויציאה לעוברים לשטח שנסגר על-ידו בצו. סמכות מתן הרישיונות נבעה מאותו צו עצמו. כדברי השופט לגדוי שם "... מעמד המבקשים בבית-משפט זה הוא רופף מלכתחילה, כשהם באים לבקש רישיונות על יסוד הצו: צו הסגירה הוא השולל את זכותם, ורישיון המפקד הצבאי הוא בבחינת פריבילגיה המשחררת אדם פלוני מפעולתו הכוללת של הצו"⁴³. הגבלת פיקוח הבג"צ לתום לבו של המפקד, עליה הסתמך השופט ויתקון בפרשת מפוני פיתחת רפיה⁴⁴, התייחסה למתן הרישיון בלבד, פעולה המהווה, אליבא דבית המשפט העליון, הענקת פריבילגיה, ולא ביחס לצו הסגירה, שהוא המעשה המינהלי הפוגע בזכויות האדם והאזרח. שאלת טיב השיקולים, החייבים להנחות את המפקד הצבאי בתינתו את צו הסגירה, כלל לא נדונה באותו מקרה.

(ז) עמדתנו, לפיה חייבת הרשות הצבאית הפועלת בתחום סמכויותיה על-פי דין להביא בחשבון את מידת הפגיעה של האמצעים הננקטים על ידה בזכויות האזרח, עשויה להראות כבלתי מציאותית ולעתים אף לא רצויה. ואמנם, יש ושעות חירום קשות יכתיבו הזקקות לאמצעי בטחון קיצוניים בכל מחיר והאינטרס של מילוי מושלם של המשימה המוטלת על הרשות הצבאית יחייב להעניק לה חופש פעולה מלא ובלתי מוגבל. חובה של הרשות הצבאית לבדוק את ההשלכות שיש לאמצעים שהיא נוקטת על זכויות האזרח יכביד בנסיבות אלה על פעילותה או יטיל עליה גזרה, שאין היא יכולה לעמוד בה. כדברי שופט המיעוט Jackson בפסק-דין שנתן בפרשת *Korematsu v. U.S.*⁴⁵ האמריקאית:

"It would be impracticable and dangerous idealism to expect or insist that each specific military command in an area of probable operations will conform to conventional tests of constitutionality. When an area is so beset that it must be put under military control at all, the paramount consideration is that its measures be successful, not legal. The armed services must protect a society not merely its constitution..."⁴⁶.

41 ראה ה"ש 38, שם, עמ' 228-229. ההדגשות – שלנו.

42 ראה בג"צ 288/51 ; 33/52 אצלן נ' מפקד ומרשל צבאי של הלילה, פד"י ט' 689.

43 ה"ש 42, שם, עמ' 694.

44 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 179.

45 ראה : *Toyosaburo Korematsu v. United States*, (1944) 323 U.S. 214; 65 S. Ct. 193.

(הוזכר בפרשת מפוני פיתחת רפיה בעמ' 181).

46 ראה : *f.n. 45, op. cit.*, 65 S. Ct. 193, 206. ההדגשות – שלנו.

רוחה של גישה פרגמטית זו עולה בבירור מפסק הדין שניתן בפרשת מפוני פיתחת רפיח⁴⁷, אלא, שלדעתנו, אימוצה בנסיבות הענין הוא מוטעה ומסוכן כאחד. מצב הדברים בו מוענקים לרשות הצבאית כוחות וחופש פעולה כה רחבים אינו המצב הרגיל והשיגרתי, ורק בנסיבות חירום מיוחדות מן הראוי לאפשר לה, או ליתר דיוק לשיקולים המקצועיים העומדים נגד עיניה, חסינות מיוחדת, שאיננה קיימת ביחס לשאר גופי המינהל הציבורי ולהכרעותיהם. מבחינה זו אין הגישה הפרגמטית האמורה סותרת את קני המידה שהוצגו על-ידי בית המשפט העליון כאמור לעיל – דובר בהם על חיוניות האיוון בין בטחון המדינה לבין שמירה על זכויות האזרח – אך בכך לא נשללת האפשרות, שבנסיבות חירום מיוחדות עשוי מצב הדברים לחייב את הרשות, שלא להתייחס מלכתחילה לפגיעתה בזכויות אלא מאי ? מחובת בית המשפט להשתכנע, כי מצב דברים מעין זה על נסיבותיו המיוחדות היה קיים בפועל.

וזהו למעשה המצב המשפטי בארה"ב. כתנאי לחוקיות אמצעי חירום דורשים שם בתי המשפט קשר סביר וישיר בין אמצעים אלה לבין הסכנות אותן הם באו לקדם⁴⁸. ביטוי להלכה זו ניתן למצוא בפסקי-דין שניתנו שם בתקופת מלחמת העולם השנייה ובהם נידונה חוקיותם של צווי עוצר וגירוש, שהוצאו על-ידי מפקדים צבאיים מוסמכים באיוורים מסוימים ואשר כוונתם נגד תושבים אזרחי ארה"ב בני הגזע היפני⁴⁹. על אף יסוד ההפליה הברור שבהם, נמצאו הצווים חוקיים ובתי המשפט פסקו, כי משפעת המפקד הצבאי בתום לב ובתחום סמכותו, לא יתערב בית המשפט בהחלטתו⁵⁰. אך למסקנה זו הגיעו בתי המשפט, רק לאחר ששוכנעו בהכרח שהיה קיים בנסיבות הענין לפעול במהירות נגד הסכנה המאיימת על בטחון המדינה ובחיוניות נקיטתם של אמצעים דרסטיים לשמירה עליו. מתן היד החופשית למפקד הצבאי הפועל בתום לב ובתחום סמכותו בא רק בעקבות שכנוע בית המשפט בקיומו של מצב חירום המחייב התעלמות מכל שיקול שאינו בטחוני⁵¹. בנקודה זו, ורק בה, אומרים בתי המשפט, כי באשר לבחירת אמצעי הבטחון הספציפיים הם לא יתערבו בשיקוליו של המפקד הצבאי⁵².

47 ראה ה"ש 1, שם, עמ' 177-178 (השופט לגדוי).

48 ראה ביתר פירוט: 1287-1288, 1293-1297 f.n. 6, Developments, op. cit., בעבר, ניתן בארה"ב למצוא סימוכין לדעה כי די בתום ליבו של המפקד הצבאי כדי להכשיר את פעולתו הבטחונית, אך גישה זו איננה בתוקף עוד – ראה לענין זה: f.n. 6, Developments, op. cit., 1294-1295.

49 ראה: 320 U.S. 81; 63 S. Ct. 1375 (1943), *Kiyoshi Hirabayashi v. United States*, (לענין עוצר; הוזכר בפרשת מפוני פיתחת רפיח בעמ' 181), וכן: f.n. 45, op. cit., (לענין גירוש).

50 ראה: 65 S. Ct. 193, 202, f.n. 45, op. cit., וכן: 63 S. Ct. 1375, 1388, f.n. 49, op. cit., 1389.

51 ראה את דברי השופט Douglas ב-f.n. 49, op. cit., 63 S. Ct. 1375, 1388, ואת דברי השופט Black ב-f.n. 45, op. cit., 65 S. Ct. 193, 195, מהם משתמע בבירור, כי בית המשפט הכיר בחוקיות הפעולה, רק לאחר שלא ניתן היה לסתור את מימצא הרשות הצבאית לפיו אין אפשרות מעשית לבודד את האלמנטים הלא נאכזרים מקרב בני הגזע היפני תושבי ארה"ב ואזרחיה.

52 וזו אף היתה הנקודה בה אמרו בתי המשפט האמריקאיים, כי הענין הוא בלתי שפיט: 65 S. Ct. 193, 208, f.n. 45, op. cit., וכן: 63 S. Ct. 1375, 1388, f.n. 49, op. cit., הסתמכותו של השופט ויתקון (ראה ה"ש 1, שם, עמ' 181-182) על פסקי דין אלה לצורך קביעתו כי

לשאלת האיוון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח

הלך רוח זה רחוק מגישתם של השופטים, שישבו לדין בפרשת מפוני פיתחת רפיה, כרחוק מזרח ממערב. הללו ראו בעצם היותה של הסמכות בבחינת סמכות צבאית-בטחונית מתן פטור מכל התחשבות בזכויות האזרח באשר למימושה, ולא נכנסו כלל לשאלת עצם קיום מצב החירום, שחייב נקיטת אמצעי בטחון תוך פגיעה בזכויות אזרח.⁵³ אליבא דבית המשפט הגבוה לצדק, קנה המידה למתן פטור מהתחשבות בזכויות אינו נעוץ איפוא במצב הדברים המחייב פטור זה, אלא בעצם מהות הסמכות וסיווגה כסמכות צבאית-בטחונית.

(ח) אמרנו, כי אימוץ הגישה אותה הגדרנו כפרגמטית בפרשת מפוני פיתחת רפיה הינו מוטעה ומסוכן כאחד.⁵⁴ עד כאן הבהרנו את דברינו באשר להיותו מוטעה. ובאשר להיותו מסוכן, הרי בנקודה זו חייבים אנו לזכור, כי קיים שוני בסיסי בין מהות מצב החירום נשוא הדיון בפסיקה האמריקאית לבין זה השורר בישראל. בארה"ב מצב החירום הינו מצב זמני. בהקשר זה מדובר שם בעצם בהשעיית זכויות אזרח אלו או אחרות כשנגד עיני השופטים עומדת העובדה, שעם שוך סערת מצב החירום ששמשה יסוד להשעיית הן תשובנה ותפרחנה במלוא כוחן ועצמתן כאילו מאומה לא אירע להן.⁵⁵ לצערנו, לא כך הם פני הדברים בישראל, בה בטווח הנראה לעין מצב החירום הוא מצב קבוע ומתמיד.⁵⁶ ענין שמירת זכויות האדם בארץ נמצא איפוא ברקע מתיחות בטחונית מתמדת,⁵⁷ ושאלת האיוון בין שיקולי בטחון לבין שמירה על זכויות אלו היא אחת השאלות החשובות, אם לא שאלת השאלות, של שלטון החוק בישראל.

על רשויותיה של מדינת ישראל, לרבות זו השופטת, מוטלת אם כן תובת זהירות חמורה, בהקריבן זכויות אזרח כלשהן על מזבח שמירת בטחון המדינה, שאם לא יוגבל הדבר לנסיבות חריגות וקיצוניות, נמצא עצמנו עד מהרה חיים בחברה, שמושג שלטון החוק הנו זר לה. אל לו לבית המשפט להסתפק בבדיקת תום ליבה של הרשות הצבאית

הענין הנדון בפרשת מפוני פיתחת רפיה אינו שפיט לא נראית לנו איפוא – בפסקי דין אמריקאיים אלא חלה דוקטרינת העדר השפיטות רק מאותה נקודה שהיא שפיטה בהחלט, בה שוכנע בית המשפט כי מן ההכרח היה באותן נסיבות להקריב את זכויות האזרח (השווה לאמור לעיל ברשימה זו בסוף סעיף (ה) ומראי מקום שם).

53 וזאת למרות טענות המפורשת של העותרים, לפיה לא פעלה הרשות כלל על יסוד מניעים בטחוניים (ראה ה"ש 1, שם, עמ' 181) ודבריהם בדבר הפחתת הפעילות החבלנית והיותם הם עצמם קרבנותיה (ראה ה"ש 1, שם, עמ' 175).

54 ראה לעיל ברשימה זו, בסעיף (ז), בטקסט הסמוך לזה שלאחר ה"ש 47.

55 ראה למשל דברי השופט Murphy ב- Murphy, 63 S. Ct. 1375, 1391, f.n. 49, op. cit., ביחס לאזרחי ארה"ב בני הגזע היפני שחירותיהם נפגעו:

"military necessity, should at all times be accorded the fullest consideration and respect. When the danger is past, the restrictions imposed on them should be promptly removed and their freedom of action fully restored".

(ההדגשות – שלנו).

56 עובדתית ומשפטית כאחד – בארץ שורר מצב חירום בתוקף אכרזה לפי סעיף 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

נציין, כי גירוש העותרים במקרה הנוכחי היה לצמיתות ולא היה כל ניסיון מצד המדינה לבוא ולטעון, כי זכויותיהם תוחזרנה להם עם השלטת הסדר באזור.

57 ועל כך כבר עמדנו ברשימה זו בסעיף (ב) בטקסט הקודם לזה הסמוך לה"ש 10.

הפועלת בתחום סמכותה⁵⁸. מטבע הדברים תעמיד זו בתום לב ובנקיון כפיים את האינטרס הבטחוני מעל לכל שיקול אחר, ואם היא לא תחוייב לשקול את מידת פגיעתה בזכויות האדם והאזרח ולא יימצא מי שיכפה עליה מילוי חובה זו, יהא מעמד זכויות אלה בארץ רופף ביותר.

(ז) ברור לנו, כי מבחינה מעשית אין זה קל ליישם את העקרון, לפיו חייב בית המשפט הגבוה לצדק לבחון את עצם קיום מצב הדברים, שלטענת הרשות חייב פגיעה בזכויות אזרח או היוות הצדקה להתעלמות מהן. רתיעתו של בית המשפט להעמיק בביקורת מעשים מינהליים, הבאים להבטיח את קיומנו הפיסי, והיסוסיו לשלול את ההכרח הבטחוני שבהם הם טבעיים ומובנים – סמכות צבאית-בטחונית נבדלת מסמכות מינהלית אחרת בעיקר בממדי השואה העלולה לבוא, אם זו הראשונה לא תופעל כראוי⁵⁹. מבחינה זו, נכון הדבר, כי לגבי סמכות זו חל הכלל של אי התערבות בית המשפט בשיקולים המקצועיים המדריכים את מפעיליה ביתר מאשר בכל מקרה אחר⁶⁰. המדובר הוא בביקורת שיפוטית על סמכויות שבביצוען הנאות מותנה עצם קיומנו, ובנסיבות בהן עשויים שיקולי בטחון למנוע את הצגת מלוא העובדות אף בפני בית המשפט⁶¹, וכל זאת כאשר את מלאכת האיוון בין השיקולים השונים אין לבצע לפי פורמולה מתימטית כלשהי⁶², אלא ענין היא לחוש המומחיות והצדק. אך בכך אין, לדעתנו, אלא להדגים את הקושי שבאיוון בין שיקולי בטחון לבין שמירה על זכויות האדם והאזרח, קושי המחייב את בית המשפט הגבוה לצדק, בהעבירו תחת שבט ביקורתו

58 כפי שנעשה בפרשת מפוני פיתחת רפיח ע"י השופט ויתקון : ראה ה"ש 1, שם, עמ' 179, 181. ואמנם, את חשיבות ההפעלה המיומנה והנכונה של סמכויות צבאיות-בטחוניות חשנו על בשרנו בצורה מרה במלחמת יום הכיפורים, אשר אירעה בין כתיבת רשימה זו לבין מסירתה לדפוס. מלחמה זו, שחזרה ואישרה את חיוניות האינטרס הבטחוני בהחייב חיינו, לא שינתה את נקודת המוצא שלנו באשר למקום, אותו צריכה לתפוס ההגנה על זכויות האדם והאזרח בשיקוליה של הרשות הצבאית. המלחמה אמנם הדגישה את הפרובלמטיקה הקשורה בהתייחסות לאינטרס הבטחוני במסגרת שלטון החוק בישראל, אך אינו לנו אם נהיה פזיזים ונסיק ממלחמה זו, כי רשות צבאית חפשיה להתעלם מכל שיקול שאינו בטחוני טהור. מסקנה זו אולי עשויה לקדם את בטחוננו הפיזי בטווח הקצר, אך לאורך ימים תובילנו אל פי פחת, וללא ספק היא מנוגדת לרוח משטרנו וחותרת תחת אחדותנו ותחת אישיותנו כמדינת חוק. במלים אחרות, פירושה של מסקנה זו הוא, כי שלטון החוק הוא בבחינת מותרות במציאות חיינו, ולכך ודאי לא הגענו.

60 ראה לעיל מראי מקום בה"ש 35-36 והטקסט שם.

61 לענין חסיון ראיות מטעמי בטחון ראה סעיף 44(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 18, תשל"א, עמ' 421 (בנוסח הישן סעיף 45(א)) לפקודת העדות, כפי שהוסף בחוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח-1968, ש"ח תשכ"ח, עמ' 192) הקובע לאמור :

"אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם ראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בבטחון המדינה. . . אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שלא לגלותה".

וראה כללית לענין החסיון לטובת המדינה, לרבות חסיון מטעמי בטחון : E. Haron, Evidence Excluded by State Interests, 3 (1968) Isr. L. Rev. 387.

62 ראה ה"ש 18 לעיל והטקסט הסמוך לה.

לשאלת האיזון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח

סמכות צבאית בטחונית, לנהוג בזהירות מירבית ותוך אחריות כבדה⁶³. בשום פנים ואופן אין בקושי זה כדי לפטור את בית המשפט מתפקידו המכריע בשמירת שלטון החוק בישראל. בכל מקרה שומה עליו לבחון את המצב כמיטב יכולתו ולוודא, כי הגנת זכויות האדם והאזרח אכן עמדה נגד עיני הרשות הצבאית, כי שיקול זה קיבל על ידי הרשות את המשקל הראוי לו, או שבנסיבות מקרה זה או אחר פטורה היתה מלתת דעתה עליו. בדרך זו יושגו מסגרת נאותה והכרחית לפיקוח בית המשפט הגבוה לצדק על סמכויות צבאיות-בטחוניות⁶⁴, וקני מידה להפעלה תקינה של סמכויות אלו על ידי הרשות הצבאית ששלטון החוק בישראל יקר לה⁶⁵.

התנערותו של בית המשפט מחובת פיקוחו על סמכויות אלו משרתת את הרעיון השלילי כי "בטחון" נמצא מעל לשלטון החוק ונותנת לרשות הצבאית "אור ירוק" להתעלם בעתיד בריש גלי מכל שיקול שאינו בטחוני טהור. בתור שכזו ההתנערות היא בלתי מוצדקת, מסוכנת, ולדעתנו מן הראוי כי לא תשנה.

בנימין גבע (גרינברג) *

63 כך חייב לנהוג אף שופט בית המשפט העליון בפעלו על-פי סמכותו המפורשת בחוק לענין הסרת התסיון מעל ראיות שמסירתן לבית המשפט עלולה לפגוע בבטחון המדינה (ראה ה"ש 61 לעיל). גם במקרה זה נובעות האחריות ומידת הזהירות המוטלות על הרשות השופטת מאותו קושי שבאיזון בין שיקולי בטחון לבין שמירה על זכויות האדם והאזרח. אין איפוא בקושי האמור כדי לשלול את כוח הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק על הפעלת סמכויות צבאיות-בטחוניות, אלא כדי להצביע על האחריות הכבדה ומידת הזהירות הרבה המוטלות עליו בפעלו במסגרת זו.

64 כך, למשל, סוברים אנו, כי במקרה הנדון בו מדובר היה בצעד דרסטי של גירוש תושבים רבים ממקום מגוריהם ללא כל אשמה אישית מוכחת, היה מתפקידו של בית המשפט להכנס לעבי הקורה ולבחון את סבירות הצעד, וזאת במיוחד לאור טענות העותרים בדבר הפחתת הפעילות החבלנית לאחרונה, היותם הם עצמם קורבנותיה ושיקוליה הורים של הרשות הבטחונית (השווה ה"ש 53 לעיל והטקסט הסמוך לה).

65 העובדה, כי בשאלות בטחוניות ממילא יהסס בית המשפט להכנס לעבי הקורה וכי תחומי התערבותו בהן מוגבלים המה (ראה לעיל) עלולה להביא להעלאתה של טענה צינית, לפיה די לה לרשות הצבאית כי תעמיד פנים בכל מקרה ומקרה כי שקלה את מידת פגיעתה בזכויות האזרח, אך בכל זאת באה לידי מסקנה, כי אין מנוס מפגיעה זו. בדרך זו תעריב, כמוכן, הרשות על בית המשפט, ותצא תובתה אף במסגרת העקרון המוצע. אין להתעלם מסכנה זו, אך יש לה תשובה כפולה: ראשית, אין זה מתפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק לסייע לרשות להתחמק ממילוי חובותיה; ושנית, וזה העיקר, כנגד מינהל אטום וציני, העושה כל אשר ביכולתו להשתחרר ממרות שלטון החוק, ממילא מוגבל כוחה של הרשות השופטת. על כך ודאי שאין צורך להרחיב את הדיבור. דברינו מכוונים איפוא למינהל ששלטון החוק בישראל יקר לו, הקשוב לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק והפועל בתום לב בהתאם להנחיותיו.

• תלמיד לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.