

זכויות האדם ובטחון המדינה*

מאת

יצחק זמיר

מוקדש לזכרו של מנחם (ממי) בלטמן ז"ל, תלמיד מצטיין
בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, שנספה
בתאונת-דרכים ביום ו' בשבט תשמ"ט.
ממי סייע בידי להכין הרצאה זאת.

א. מעמד מועדף לבטחון המדינה. ב. האינטרס הבטחוני ביחס לאינטרסים
אחרים. ג. התחיקה. ד. הפסיקה. ה. הביקורת השיפוטית על קביעת
העובדות. ו. הביקורת השיפוטית על שיקול-הדעת. ז. סיכום.

לפני ארבעים שנה קמה מדינת ישראל. בהכרזה על הקמת המדינה נאמר, כי היא
"תבטיח שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין".
באותה שעה נלחמה ישראל על חירותה. מלחמה זאת טרם נסתיימה. הסכנה לבטחון
המדינה עדיין קיימת מבית ומבחוץ. מזה ארבעים שנה, ללא הפוגה, מתנהל המאבק על
הביטחון. מאבק זה תובע מחיר. בין היתר הוא תובע את מחירו בזכויות-האדם. חירות
הביטוי, למשל, כפופה לצנזורה צבאית. מלחמה — אמר פעם שופט אנגלי — אין
מנהלים לפי העקרונות של המגנה קרטה¹.

בהרצאה זאת אני מבקש לברר את תוצאות המאבק בין בטחון המדינה לבין זכויות
האדם. לצורך זה אבדוק באיזו מידה המערכת המשפטית מעדיפה את האינטרס של
בטחון המדינה על פני האינטרס של זכויות האדם, מהי ההצדקה להעדפה זאת והאם
ניתן להגיע לאיזון טוב יותר בין אינטרסים אלה.

א. מעמד מועדף לבטחון המדינה

מקובל להניח, שהאינטרס של בטחון לאומי עדיף על אינטרסים אחרים. הביטחון הוא
תנאי לקיום. ללא קיום אין משמעות לאינטרסים אחרים, כמו כלכלה, בריאות, חינוך

* הרצאה שניתנה באקדמיה הלאומית הישראלית למדעים ביום ה' כטבת תשמ"ט (13 בדצמבר
1988).

1 *Ronnfeldt v. Phillips* (1918) 35 T.L.R. 46, 47, per Scrutton L.J.

ואפילו משפט. המשפט, יותר מאינטרסים אחרים, הוא עיקרון מופשט. לעומתו, הביטחון הוא ערך מוחשי. הפצצה והדם מדברים בקול רם, ברור ומשכנע יותר מן המלים והכללים. אפילו מבחינה מוסרית, האינטרס של הרבים בקיום עדיף על האינטרס של היחיד בחירות.

אכן, כך הדבר בכל מדינה. תהא נאורה ככל שתהיה. בארצות הברית, לדוגמא, בזמן מלחמת העולם השנייה הספיק חשש של פגיעה בבטחון המדינה, ללא כל הוכחות, להרחיק רכבות אזרחים ממוצא יפני מבתיהם שלאורך החוף המערבי ולכלוא אותם במחנות מעצר למשך שנים, ללא שימוע, אישום או משפט. אנגליה נהגה באותה עת באורח דומה כלפי תושבים ממוצא גרמני, בהם פליטי המשטר הנאצי. בתי המשפט בשתי מדינות אלה, שבדרך-כלל זכויות האדם הולכות לפנייהם כמו עמודי האש, כתבו פסקי-דין מלומדים שבהם הסבירו מדוע אין זה ראוי להתערב בשיקולים של רשויות הביטחון.²

לכאורה קל-יחומר כך במדינת ישראל. הסכנה הקיומית כאן גדולה ומוחשית יותר מאשר שם. כאן מרחפת הסכנה לא רק על הקיום הלאומי, אלא גם על הקיום האישי. השואה שפקדה את העם היהודי זה מקרוב ממחישה את הסכנה. הטירוור המקיז את דמנו מזכיר אותה יומיום. אין ספק שהביטחון הלאומי ראוי בישראל, יותר מאשר במדינות אחרות, למעמד של עדיפות.

לפיכך, כאשר נוצרת התנגשות חזיתית בין הביטחון הלאומי לבין זכות מזכויות האדם, ואין דרך ליישב ביניהן, גובר הביטחון הלאומי. במקרה כזה האינטרס הקיומי עדיף על אינטרסים אחרים. גישה זאת זוכה לתמיכה רחבה והיא מקובלת גם על בית המשפט. כך במדינת ישראל וכך גם במדינות אחרות.³ אולם בפועל רק לעתים רחוקות נוצרת התנגשות כזאת. בדרך-כלל אפשר למצוא דרך-ביניים. על-פי רוב אין צורך להקריב את זכויות האדם למען בטחון המדינה. ניתן לאזן ביניהם. איזון ראוי יצמצם את

2 ראה פסק-הדין של בית-הלורדים באנגליה: *Liversidge v. Anderson* [1942] A. C. 206. ברבות השנים זכתה לתהילה דווקא דעת-המיעוט (האמיצה) של לורד אטקין. ראה שם, 225 ואילך. לאחרונה הסתייג אף בית-המשפט העליון של ישראל מעמדת הרוב בפסק-דין זה. ראה בג"צ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247, 251-252. ראה גם בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי (ניתן ביום 10.1.1989 וטרם פורסם), בפסקה 27 של פסק-הדין. פסק-דין חשוב זה, שעניינו האיזון הראוי בין סמכותו של הצנזור הצבאי להגן על בטחון המדינה לבין חובתו להתחשב בחופש-העיתונות, ניתן לאחר שניתנה הרצאה זאת, ולכן לא התייחסתי אליו בגוף ההרצאה. וראה גם פסק-הדין של בית-המשפט העליון בארצות-הברית: *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944). גם לגבי פסק-דין זה עשה הזמן את שלו, ובהדרגה זכו להוקרה דווקא דעות-המיעוט.

3 כבר בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, אמר השופט אגרנט (בעמ' 880): "היום הכל מודים, כי בתקופת הרת-עולם — למשל, כאשר המדינה נתונה במצב מלחמה או עובר עליה משבר לאומי ממין אחר — יש להכריע את הכף — לפי מסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה — לטובת בטחון המדינה". השופט אגרנט ממשיך ומביא דברים ברוח דומה מן הפסיקה של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. לאחרונה התבטא באותה רוח השופט ברק בבג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי (לעיל, הערה 2). בפסקה 14 לפסק-הדין השופט ברק אומר: "אם ההתנגשות בין הערכים (כלומר: בין ערך הביטחון לבין הערך ברבר חופש הביטוי) היא 'חזיתית', בלא שניתן לקיים את האחד תוך קיום השני, כי אז הערך ברבר בטחון ידו על העליונה".

הפגיעה בזכויות האדם. לפעמים ניתן לצמצם את הפגיעה בזכויות האדם בלי לפגוע כלל בבטחון המדינה. אך לפעמים צמצום הפגיעה יושג על-חשבון פגיעה מסוימת בכיטחון. הנכונות להשלים עם פגיעה כזאת, אפילו כאשר היא פגיעה מוגבלת שאינה מסכנת את הקיום הלאומי, מותנית בראייה רחבה של האינטרס הלאומי. כלומר: רק ראייה המשלבת את הכיטחון עם אינטרסים לאומיים אחרים, כגון האינטרס בקיום משטר דימוקרטי המבוסס על חרויות האדם, עשויה להצדיק פגיעה מסוימת בכיטחון למען אינטרסים אחרים. ראייה כזאת מייחסת לכיטחון עדיפות יחסית, להבדיל מעדיפות מוחלטת. גם לאינטרס הבטחוני יש גבול. גבול האינטרס הבטחוני אינו נוקשה או קבוע; הוא עשוי לנוע לפי החשיבות של האינטרס הניצב מולו או לפי חומרת הפגיעה הצפויה באינטרס זה, עד שיושג האיזון הראוי בין האינטרסים.

במדינת ישראל קיים קושי מיוחד להגיע לאיזון ראוי בין האינטרס של בטחון המדינה לבין האינטרס של זכויות האדם. התנאים המיוחדים של מדינת ישראל מעודדים גישה קיצונית, הנוטה לייחס לאינטרס הבטחוני עדיפות מוחלטת על פני אינטרסים אחרים ולהקל ראש בצורך לאזן ביניהם. לגישה זאת מהלכים בקרב הציבור כמו בחוגי השלטון. היא לא פסחה על בית-המחוקקים ואף לא על בית-המשפט. הנה, לדוגמא, שנים אחדות לאחר הקמת המדינה אמר השופט זילברג: "אין צורך להרבות מלים על כך, כי ענייני בטחון המדינה קודמים לכל הבר, וכי אף החשש – החשש הכן והרציני – לפגיעה בעניינים אלה, עשוי לדחוק לקרן זווית כל שיקול אחר, ויהא משקלו אשר יהא"⁴. אפשר להרבות בדוגמאות כהנה וכהנה מאז ועד עתה. הנה, לאחרונה התברר לכול כי שירות-הבטיחון הכללי נהג במשך שנים רבות לתת עדויות שקר בפני בית-המשפט, באופן שיטתי, כאילו למען בטחון המדינה. ראשי שירות-הבטיחון, שמסרו עדות בפני ועדת-לנדוי אשר בדקה את שיטות-החקירה של השירות, הצדיקו עבירה חמורה זאת במלים אלה: "עבודת החקירה העוסקת בגילוי פח"ע וסיכולו היא משימת קודש המצדיקה את האמצעים, כל האמצעים"⁵.

מלים אלה מצביעות על הבעיה. דומה כי בשום תחום, להוציא תחום הביטחון, לא היה נמצא אדם או גוף שהיה טוען כי מילוי תפקידו מצדיק את כל האמצעים. מלים אלה גם ממחישות את הסכנה. קל להיגרר אחר סיסמת הביטחון לקיצוניות המסכנת אינטרסים אחרים, לרבות שלטון החוק וזכויות האדם, ללא הכרח וללא הצדקה.

4 בג"צ 111/53 חיה קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536.

5 דין וחשבון, ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטיחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (ירושלים, אוקטובר 1987) 26; ראה גם בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505. בפסק-הדין, שדן בחוקיות החנינה שניתנה על-ידי נשיא-המדינה לארבעה מראשי שירות הבטיחון הכללי שהיו מעורבים בפרשה הידועה בשם פרשת השב"כ, אמרה המשנה לנשיא בן-פורת (בעמ' 579):

אין לכתד, שלפני בעלי תפקיד בטחוני מובהק ניצב קושי מיוחד לפעול תמיד על-פי החוק. מידת הסטייה אמנם שונה בארצות שונות, אך היא קיימת, כולל במדינות שמשטרן הדמוקרטי האמון על שמירת זכויות האזרח אינו מוטל בספק...אכן, ככל שהסטייה מהנורמה החוקית קלה יותר, כן ייטב, ורצוי היה להגיע למצב האופטימאלי. בו החוק והשמירה על הביטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבתוך עמנו אנו יושבים, לשגות באשליות, והמקרה הנוכחי יוכיח! מצב כזה מביך ובלתי-רצוי הוא. יש, מן הסתם, מקרים בהם קברניטי המדינה, הנושאים באחריות לקיומה ולכיטחונה, רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על ביטחון המדינה הכרח בלי-גונה.

כיצד נתמודד עם סכנה זאת? במישור המשפטי התשובה פשוטה וברורה: הכיטחון כפוף לחוק. אסור לפעול בשם הכיטחון בניגוד לחוק. כך אמרה לאחרונה ועדת-לנדוי, בפרשת השב"כ, בלשון חד-משמעית. הוועדה כינתה את הנוהג לתת עדויות-שקר בפני בית-המשפט בשם "עבריינות אידיאולוגית"⁶. היא קבעה: "צמרת השירות נכשלה בכך שלא הבינה ששום עשייה בטחונית, חשובה וחיונית ככל שתהיה, איננה יכולה להעמיד את עושיה מעל לחוק"⁷. היא הוסיפה ואמרה: שאם בעניין מסוים מתברר כי החוק אינו משרת כראות את הכיטחון, ניתן וראוי לשנות את החוק באותו עניין, אך עדיין חל האיסור להפר את החוק⁸.

אולם תשובה פשוטה וברורה זאת אינה אלא תשובה חלקית. עדיין קיימות שאלות קשות במישור המשפטי. ראשית, מהם הגבולות הראויים של החוק בתחום זה? בהקשר זה השאלה היא עד כמה ראוי לה לרשות המחוקקת שתפגע או תרשה לפגוע בזכויות-האדם למען בטחון המדינה. ושנית, משניתנה סמכות לרשויות-הבטיחון לפגוע בזכויות-האדם, כיצד ראוי להפעיל אותה? בהקשר זה השאלה עומדת בפני הרשות המבצעת, אשר בדרך-כלל ניתן לה שיקול-דעת, והיא יכולה להפעיל אותו, לפי נסיבות המקרה, בדרך שתצמצם או תרחיב את הפגיעה בזכויות-האדם.

נוסף על כך, עדיין קיימת ועומדת שאלת היחס הראוי בין בטחון המדינה לבין זכויות-האדם מחוץ למישור המשפטי, ובמיוחד במישור הערכי. כיצד נתמודד במישור זה עם הטענה שהבטיחון הלאומי הוא מעין אינטרס עליון, שכל האינטרסים האחרים כפופים לו, ולפיכך הוא מצדיק את כל האמצעים? כדי שנוכל להשיב על טענה זאת, אני מבקש להקדים ולברר את החשיבות של הבטיחון הלאומי ביחס לאינטרסים אחרים.

ב. האינטרס הבטחוני ביחס לאינטרסים אחרים

ראשית דבר, אני מבקש להעיר כי הבטיחון הלאומי, אף שהוא תנאי לקיום הלאומי, אינו תכלית בפני עצמה. כך הדבר משום שהקיום אף הוא אינו תכלית לעצמה, אלא רק תנאי לקיום הוגן. מגילת-העצמאות, שנכתבה בעיצומה של מלחמת-קיום, לא הסתפקה בהכרזה על הקמת המדינה; היא הוסיפה כי המדינה תהיה "מושחתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל". אם במאבק על הקיום נקריב את יסודות החירות, הצדק והשלום, על מזבח הבטיחון הלאומי, שום ניצחון לא יהיה ניצחון אמתי. יש קיום שאינו כדאי. לכן אסור לראות את הבטיחון הלאומי, גם כשהוא אינטרס קיומי, כאינטרס יחיד. יש לעשות כל מאמץ כדי לשרת את הבטיחון הלאומי באופן שישמרו גם, ככל שניתן, אינטרסים לאומיים אחרים, לרבות החירות, הצדק והשלום.

6 שם, עמ' 27.

7 שם, עמ' 34. להרחבה בעניין זה ראה להלן, הערות 41-43.

8 שם, עמ' 70. עיקרון זה היה מקובל על בית-המשפט מאז ומתמיד. כבר בבג"צ 144/50 ד"ר ישראל שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה' 399, 411, אמר השופט אולשן:

זכויותיו של הפרט אינן נתונות להגבלה או שלילה על-ידי פקיד או שר רק מפני שהם חושבים — ואפילו בצדק — שיש בזה משום תועלת למדינה. עליהם לשכנע את בית המחוקקים כי יש הכרח או צורך בהגבלות האלה, ורק לאחר שהמחוקק נותן להם את הגושפנקא שלו, רשאים הם לבצע אותן.

שיעבוד מוחלט של אינטרסים אלה לאינטרס של ביטחון לאומי, משום שהוא אינטרס קיומי, עלול להסתיים בקיום של שיעבוד.

קל-וחומר כך באותם מקרים שבהם האינטרס של ביטחון לאומי איננו אינטרס קיומי. הנטייה הרווחת לזהות את טענת הביטחון הלאומי עם שאלת הקיום הלאומי – נטייה שיש בה כדי להצדיק כל צעד קיצוני שנעשה בשם הביטחון הלאומי – היא נטייה מוטעית ומסוכנת. הביטחון הלאומי הוא מושג רחב, המורכב מאינטרסים אינספור, מהם חשובים מאוד ומהם חשובים פחות. בפועל, לעתים רחוקות בלבד, ובמיוחד בעת מלחמה, מדובר באינטרס בטחוני שיש לו חשיבות קיומית. במקרים רבים, אולי אף ברוב המקרים, אין לו אלא חשיבות משנית. במקרה כזה, הנזק העלול להיגרם לביטחון הלאומי עשוי להיות קטן, ואפילו זניח, בהשוואה לנזק שעלול להיגרם לאינטרס אחר. החשיבות היחסית של האינטרס הבטחוני בנסיבות של כל מקרה היא שצריכה לקבוע את האיזון הראוי בין האינטרסים. בנסיבות של מקרה מסוים אפשר שאיזון כזה יוביל להעדפה של אינטרס אישי, כדי למנוע נזק חמור לאדם, על-פני האינטרס הבטחוני, אם אין הוא צפוי באותן נסיבות אלא לנזק שולי.

זאת ועוד: כאשר זכות מזכויות-האדם מתמודדת במקרה מסוים עם הביטחון הלאומי, נראה הדבר כאילו אינטרס אישי מתמודד עם אינטרס לאומי. ראייה כזאת מטה את הכף לטובת הביטחון הלאומי. אולם ראייה זו מוטעית. היא מעוותת את האיזון הראוי בין האינטרסים. בראייה נכונה זכויות-האדם אף הן אינטרס לאומי. חירות הביטוי, למשל, אינה רק אינטרס של הפרט, אלא היא אינטרס של הכלל. הכלל מורכב מפרטים. מה שנשלל מפרט אחד היום עלול להישלל מחר מיתר הפרטים. נוסף על כך, הציבור כגוף יש לו אינטרס בחירות הביטוי. הוא זכאי לשמוע את דעתו של הפרט. אף זהו אינטרס לאומי ואף הוא ראוי להגנה. ההתמודדות בין חירות הביטוי לבין בטחון המדינה מחייבת, אם כך, איזון בין שני אינטרסים לאומיים⁹.

הצורך באיזון בין האינטרסים נובע לא רק מן החשיבות הנודעת לזכויות-האדם, אלא גם מן הסכנה הנשקפת מהאינטרס הבטחוני. כידוע, הכוח נוטה להשחית, וכוח מוחלט – כדברי לורד אקטון – משחית לחלוטין. סכנה זאת גדולה בתחום הביטחון יותר

9 ראייה זאת באה לידי ביטוי ברור כבר במשפט קול העם שבו, כזכור, נדונה ההחלטה של שר-הפנים להפסיק את הופעתו של עיתון משום שפרסם דברים שהיו עלולים – לדעת השר – לסכן את שלום הציבור. ראה בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871. בפסק-הדין אמר השופט אגרנט, "שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה" (עמ' 880). הוא הוסיף ואמר (בעמ' 881) כך: אותה דאגה לשמור על בטחון המדינה עלולה להשפיע לרעת מימושה של הזכות לחופש הביטוי גם בשל הגישה המוטעית, כי היא מגינה אך על האינטרס האינדיבידואלי של האזרח, אשר על כן מן הראוי, כביכול, להתכחש לו, לאינטרס זה, בשעה שהוא מתנגד עם האינטרס הסוציאלי הצפון בבטחון המדינה. בדרך זו עלולים השלטונות לוותר, בלא יודעין, גם על הערך החברתי הרב אשר העקרון של חופש הביטוי מוסיף לייעילותו של התהליך הדמוקרטי, והם עלולים לעשות כן אף במקום שהנזק המשוער, אשר הפרסום עשוי לגרום למדינה, אינו גדול במידה המצדיקה ויתור שכזה.

כיוון שכנסיבות המקרה לא היתה ודאות קרובה שפרסום הדברים בעיתון יסכן את שלום הציבור, החליט בית-המשפט שהכף נוטה לצד ההגנה על החירות. בהתאם לכך ביטל בית-המשפט את ההחלטה של שר-הפנים.

כל הדברים האלה לא באו כדי לגרוע כהוא-זה מן החשיבות הראויה של הביטחון הלאומי. הם נועדו אך ורק להצביע על הסכנה הכרוכה בביטחון – סכנה שסמכויות אשר הוענקו על-ידי המחוקק לצורך הביטחון הלאומי ישמשו לצורך אחר; שיעשה בהן שימוש מוגזם, באופן שאינו מוצדק על-פי הנסיבות, על-חשבון אינטרס אחר; ושבהפעלת הסמכות לא יישמר האיזון הראוי בין האינטרס הלאומי לבין האינטרס האישי.

כדי לצמצם סכנה זו, יש לשים סייגים לסמכויות בתחום הביטחון: ראשית, יש לתחום מראש את הגבולות של הסמכות באופן מחושב היטב, לפי המידה של צורכי הביטחון, ולא להפליג לסמכות שכמעט אין לה גבול. שנית, יש לקבוע מנגנון של ביקורת, מחוץ למערכת הביטחון, כדי שיוכל לבקר באופן יעיל את השימוש שנעשה בסמכות ולברר אם היה תקין וראוי.

אפנה עתה לבדוק את המצב הקיים מבחינה זאת בשני מישורים: האחד הוא המישור של התחיקה. במישור זה אבקש לברר אם המחוקק שמר על איזון ראוי, שעה שהעניק סמכויות לרשויות-ביטחון, בין האינטרס הבטחוני לבין האינטרס של זכויות-האדם. לאחר-מכן אפנה למישור השני, הוא הפסיקה. במישור זה אשאל מהם הכללים והכלים המשמשים את בית-המשפט כדי למנוע שימוש-לרעה בסמכויות בטחוניות והאם הם מניחים את הדעת¹⁶.

הרחבה של הסמכות להתקין תקנות לשעת-חירום מאפשרת פירוש כזה של הסמכות, היה עדיף לאמץ פירוש צר יותר, המחייב קשר ענייני בין הפעלת הסמכות לבין מצב-חירום. פירוש כזה היה עשוי להניע את הממשלה ליזום חוק מיוחד שיסדיר את נושא השביתות בשירות הציבורי. חוק כזה עדיף בשל שני טעמים: ראשית, היה ניתן להתאים אותו לבעיות המיוחדות של יחסי-עבודה; שנית, פירוש צר, כאמור, היה מאפשר להגביל את השימוש בסמכות להתקין תקנות לשעת-חירום למצבים של שעת-חירום.

16 הבדיקה בשני מישורים אלה אינה מקיפה את כל השטח. במישור הראשון, שעניינו הגבולות של הסמכות, אין זה מספיק לבדוק את הסמכות במישור של החקיקה, אלא יש לרדת גם למישור נמוך יותר של הביצוע. הדבר חשוב במיוחד כאשר החקיקה מעניקה לרשות בטחוניית סמכויות מפליגות בהיקפן ובחומרתן, ואז מתעוררת בתריפות השאלה מתי וכיצד להפעיל את הסמכות. התשובה ניתנת בדרך-כלל על-ידי דרג גבוה, במערכת המדינית או במערכת הבטחונית, לדרג נמוך יותר. ניקח, לדוגמא, את הסמכות המוקנית בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, לפסוק עונש-מוות או את הסמכות להרוס בתים. לאחר שסמכויות אלה הוענקו בחקיקה, השאלה הקובעת מן הבחינה המעשית היא, מה המדיניות שתנחה ותכבול את ידי התובע הצבאי כשהוא טוען לעונש (באילו מקרים יהיה רשאי לתבוע מבית-המשפט הצבאי שיגזור עונש-מוות?) ואת ידי המפקד הצבאי הפועל בשטח (באילו נסיבות מותר לו להחליט ולבצע הריסת בית?). גם במישור זה קיימת האפשרות, שהיקף הסמכות המונקת לדרג הביצוע יהיה רחב יותר מכפי שנדרש ומוצדק. ואילו במישור השני, שעניינו הביקורת על המעשה הבטחוני במטרה לברר אם השימוש בסמכות היה תקין וראוי, אין להסתפק בביקורת משפטית וכודאי שאין להסתפק בביקורת של בית-המשפט. קיימים מנגנונים נוספים לצורך זה. לדוגמא: מבקר-המדינה מופקד, בין היתר, גם על הביקורת של מערכת-הביטחון. אך מסתבר שהביקורת הקיימת אינה מספיק טובה בתחום זה. הדבר בא לידי ביטוי, לדוגמא, בדין וחשבון של ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (לעיל, הערה 5). בדין-וחשבון זה הוועדה מבקרת (בעמ' 78) "אותה סגירות הרמטית של השירות (כלומר: שירות-הביטחון הכללי) כלפי כל ביקורת חיצונית שהיתה נהוגה עד כה ושנפרצה רק במקרים נדירים". הוועדה מציעה דרכים אחרות לחיזוק הפיקוח החיצוני על השירות (שם, עמ' 78-81).

ג. התחיקה

אין לך כמעט מדינה בעולם שלא עיגנה את זכויות-האדם בחוקה. במדינת ישראל, כידוע, אין חוקה. אין בה אפילו חוק הקובע את זכויות-האדם. זכויות אלה קיימות בה לא מכוח חוק, אלא כביכול מחוץ לחוק. היה זה בית-המשפט שקבע כי לכל אדם זכות, שמקורה אינו ברור עד עצם היום הזה, לעשות כל מה שלא נאסר עליו על-ידי המחוקק. אולם המחוקק רשאי, בהעדר חוקה, לקצץ בזכות זאת, אם בעצמו ואם באמצעות רשות אחרת, ככל שיראה לנכון.

אכן, המחוקק המנדטורי, שלא היתה לו יומרה של מחוקק דימוקרטי, ראה לנכון לקצץ בזכויות-האדם ביד רמה וקשה. מטרתו העיקרית היתה, כמטרתו של שלטון זר בדרך-כלל, לשמור על הביטחון, הסדר הציבורי והיציבות המדינית. משום כך ראה בזכויות-האזרח איום וסכנה. כך, לדוגמא, ראה את חופש-הביטוי. לכן קבע בפקודת העיתונות, כי אין להדפיס או להוציא לאור שום עיתון ללא רשיון מאת הממונה על המחוז¹⁷. הוא הוסיף וקבע באותה פקודה כי הנציב העליון רשאי, ללא כל התראה, להפסיק פרסום עיתון, לכל תקופה שימצא לנכון, אם פורסמו בו דברים העשויים — לדעתו של הנציב העליון — לסכן את שלום הציבור. כך גם אם פורסמו בעיתון ידיעות שקר או שמועות-שקר שיש בהן — לדעתו של הנציב העליון — כדי לעורר בהלה או יאוש¹⁸. בפקודות אחרות הוקמה מועצה לביקורת סרטים ומחזות, שהנציב העליון ממנה את חבריה, והוטל איסור להציג כל סרט או מחזה ללא היתר ממנה, בלי שנקבע כל סייג או מבחן לשיקול-הדעת של המועצה¹⁹. פקודה נוספת, אשר קבעה את העבירה החמורה של המרדה, כללה בעבירה זאת, בין היתר, פרסום דברים שיש בהם כדי להביא לידי שנאה, כוז או אי-נאמנות לרשויות השלטון או לעורר אי-רצון או מורת-רוח בקרב יושבי הארץ²⁰. על הוראות חוק אנטי-דימוקרטיות אלה ניתן להוסיף עוד הוראות חוק רבות המגבילות את חופש-הביטוי וחירויות אחרות עד דכא²¹.

המכה הקשה מכול הונחתה על זכויות-האדם על-ידי השלטון המנדטורי בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. תקנות אלה הוצאו בשעתו כדי להקל על המלחמה של השלטון הבריטי בתנועה הלאומית של היישוב היהודי. התקנות העניקו לכל מפקד צבאי שימונה לצורך זה סמכויות לאסור ולהעניש, לפי שיקול-דעתו, כמעט ללא סייג וגבול:

17 פקודת העיתונות משנת 1933, סעיף 4.

18 סעיף 19.

19 פקודת סרטי הראינוע ופקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת) — שתיהן משנת 1927. על שיקול-הדעת של המועצה לביקורת סרטים ומחזות ראה הנחיתת היועץ המשפטי לממשלה מס' 21.565, מיום 1 בדצמבר 1982. ראה הנחיה זאת, בתרגומה לאנגלית ב-17 Is. L. R. 511 (1982).

20 חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים 134 ו-136. חוק זה מהווה בעיקרו נוסח חדש לפקודת החוק הפלילי, 1936.

21 הפגיעה בזכויות-האדם על-ידי החקיקה המנדטורית לא היתה מוגבלת לתחום הביטחון והסדר הציבורי. גם בתחומים אחרים ניתנו סמכויות מפליגות לשלטון המנדטורי, ללא כל ניסיון לאזן בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס האישי. כך, לדוגמא, פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, שהקנתה סמכויות קיצוניות של הפקעת מקרקעין, וכן גם פקודת החברות הקובעת כי הנציב העליון (כיום שר-המשפטים) רשאי שלא להרשות התאגדות של חברה "לפי שיקול דעתו המוחלט": פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, סעיף 17. עם זאת, בשום תחום לא הרחיק המחוקק המנדטורי במתן סמכויות קיצוניות לשלטון כמו בתחום הביטחון והסדר הציבורי.

לעצור ללא משפט וללא הגבלת זמן, לגרש מן הארץ, למנוע פרסום עיתונים וספרים, להחרים ולהרוס בתים, להטיל עוצר ולסגור שטחים ועוד ועוד. חומרה מיוחדת טבועה בתקנות אלה, שאין בהן שום ניסיון לאזן בין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם, שהן מעניקות שיקול-דעת לשלטון כמעט ללא סייג או מבחן, ואין הן מקימות מנגנון לביקורת נגד שימוש-לרעה בסמכות²².

תגובת היישוב היהודי בארץ-ישראל לתקנות אלה היתה נזעמת ונחרצת. ראשי המשפטנים בארץ כאילו התחרו ביניהם בדברי-גנאי נגד התקנות. מר יעקב שמשון שפירא, שלאחר זמן נעשה היועץ המשפטי לממשלה ושר-המשפטים של ישראל, אמר: "תקנות ההגנה של ממשלת ארץ-ישראל הן הרס יסודות המשפט בארץ"²³. ד"ר ברנרד ג'וזף (לימים – דב יוסף), שאף הוא כיהן כשר-המשפטים בישראל, הצהיר: "אין לדרוש מהאזרח שיכבד חוק המעמיד אותו מחוץ לחוק"²⁴. וד"ר מנחם דונקבלום, שהיה נשיא הסתדרות עורכי-הדין היהודיים בארץ-ישראל ולאחר-מכן שופט בית-המשפט העליון בישראל, אמר: "יש כאן הפרה של מושגים אלמנטריים של חוק, צדק ומשפט... שרירות מוחלטת של השלטונות האדמיניסטרטיביים והצבאיים"²⁵.

על-רקע דברים אלה היה ניתן לצפות שעם הקמת המדינה יבוטלו תקנות ההגנה הדרקוניות חיש-מהר. אך ציפייה זו נכזבה. אכן נעשו נסיונות אחדים להביא לביטול התקנות על-ידי המחוקק בישראל. בשנת 1966, אגב אחד הנסיונות, אמר שר-המשפטים, יעקב שמשון שפירא, כי תקנות אלה "מקומן לא יכירן בספר החוקים שלנו"²⁶. אך כל הנסיונות כשלו²⁷. במצב הבטחוני שבו שרויה המדינה – כך הוסבר – אי-אפשר בלי תקנות אלה. לכן נשארו התקנות בתוקפן, כמעט ללא שינוי, מאז ועד היום.

התייחסותו של המחוקק בישראל לתקנות ההגנה המנדטוריות מאפיינת את התייחסותו אל התחיקה המנדטורית בדרך-כלל. אמנם הקליטה של כל התחיקה המנדטורית כחלק ממשפט ישראל, עם הקמת המדינה²⁸, היתה הכרח בל יגונה. אך

22 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שהוצאו מכוח סעיף 6 לדבר המלך על ארץ-ישראל (הגנה), 1937. סעיף זה בדבר המלך קובע, כי התקנות יותקנו "כדי להבטיח את בטחון הציבור, ההגנה על ארץ-ישראל, השלטת הסדר הציבורי ודיכוי התקוממות, מרד ופרעות וכדי לקיים את האספקה והשירותים שהם הכרחיים לציבור". מטרת אלה רחבות כל-יך שאין לראות בהן סייג של ממש, לא בפני מי שהתקין את התקנות ולא בפני מי שמפעיל את הסמכויות שהוקנו בתקנות.

23 הפרקליט ג (1946) 62.

24 שם, עמ' 60.

25 שם, עמ' 58. בכנס מחאה נגד התקנות, שנערך בפברואר 1946, קיבלה הסתדרות עורכי-הדין העבריים בארץ-ישראל החלטה האומרת, כי תקנות אלה "שוללות מהתושב הארצישראלי את הזכויות היסודיות של האדם... חותרות תחת יסודות החוק והמשפט, מהוות סכנה חמורה לחופש הפרט ולחיי ומשליטות משטר של שרירות לב ללא כל פיקוח משפטי" (שם, עמ' 62).

26 דה"כ, 46, 1708. התבטאויות ברזח זאת הושמעו במשך השנים בהקשרים שונים גם על-ידי שופטים של בית-המשפט העליון. כך, לדוגמא, בבג"צ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים. פ"ד לד(1) 513, 505. אמר הנשיא לנדוי על אחת מתקנות ההגנה המנדטוריות שהיא תקנה "דרקונית שהתקנה על-ידי משטר קולוניאלי ואין היא הולמת מושגי יסוד של מדינה דמוקרטית בדבר חופש הדיבור וחופש הביטוי".

27 על הנסיונות לבטל את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (הוצאת שוקן, מהדורה שלישית מורחבת, ירושלים) 219–220.

28 פקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח–1948, סעיף 11.

ההכרח פג עם הזמן, ואילו החוקים המנדטוריים המקצצים בזכויות-האדם, ולא רק תקנות ההגנה, נשארו על כנם. לדוגמא: הוראות החוק המנדטורי שלא השאירו מרחב נשימה לחופש-הביטוי נותרו בספר-החוקים כפי שהיו בתקופת-המנדט.

אין שום טעם, להוציא שגרת המחשבה ונוחות השלטון, שיצדיק זאת. וכי מה ניתן לומר כדי להצדיק כיום את קיומה של פקודת העיתונות, בנוסח שבו נחקקה לפני יותר מיובל, לרבות הסמכות השלטונית להפסיק הופעת עיתון, אם פורסמו בו "ידיעות שקר או שמועות שקר", אשר לדעתו של שר-הפנים "יש בהם כדי לעורר בהלה או יאוש"²⁹? ומדוע להמשיך ולקיים את הסמכות שפקודת החברות מעניקה לשר-המשפטים למנוע התאגדות של חברה "לפי שיקול דעתו המוחלט"³⁰? והאם לא הגיע הזמן לרסן מעט את הסמכות המפליגה של שר-האוצר להפקיע קרקעות לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943³¹?

עם זאת, יאמר מי שיאמר שתחום הביטחון שאני. בתחום זה, שהוא כלי-כך חשוב ורגיש, טובת הציבור אינה מרשה שהשלטון יתפרק מן הסמכויות המופלגות שניתנו לו. לכן גם אי-אפשר — כפי שנטען פעם אחר פעם — לבטל את תקנות ההגנה המנדטוריות. האומנם?

לדעתי, התשובה היא שאפשר גם אפשר. הממשלה יודעת זאת ואף הכנסת יודעת זאת. שתיהן גם יחד הוכיחו זאת. ההוכחה מצויה בסוגיה חשובה ורגישה ביותר: הסוגיה של מעצר מנהלי. המעצר המנהלי פוגע בזכות היקרה ביותר לאדם, היא חירות הגוף, באופן הקשה ביותר, ללא משפט שבו אדם יכול להוכיח את חפותו. אף-על-פי-כן, מקובל על מדינות נאורות, ואף על המשפט הבינלאומי, כי צורכי הביטחון הלאומי עשויים להצדיק מעצר מנהלי. בנסיבות הקיימות בישראל אין לשלול את האפשרות של מעצר כזה. אכן, תקנות ההגנה המנדטוריות העניקו סמכות למפקד צבאי לעצור אדם במעצר מנהלי, אולם, כדרכן, הן לא העמידו הגנה מספקת בפני שימוש-לרעה בסמכות זאת³². רק לפני עשר שנים לערך, ביוזמתו של שר-המשפטים שמואל תמיר, עשתה זאת הכנסת. היא חוקקה את חוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. חוק זה ביטל את הסמכות לעצור אדם במעצר מנהלי, כפי שנקבעה בתקנות ההגנה המנדטוריות, אולם שב והקנה סמכות זאת במתכונת שונה. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר: "אכן, במצב המצור שבו נתונה המדינה מאז הקמתה, אין לוותר על אמצעים מיוחדים כדי להבטיח התגוננות נאותה של המדינה והציבור בפני מי שזומם להשמדה, אך למרות זאת אין להשלים עם קיומן של התקנות הקיצוניות כפי שעודן בתוקף"³³.

29 פקודת העיתונות, משנת 1933, סעיף 19.

30 פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, סעיף 17.

31 פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, קובעת, בין היתר, כי אם נוכח שר-האוצר שדרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי, הוא רשאי לרכוש את הכעלות של כל קרקע וכי לעניין זה צורך ציבורי הוא כל צורך שאותו אישר שר-האוצר כצורך ציבורי (סעיפים 2 ו-3).

32 על המעצר המנהלי לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ראה A. M. Dershowitz, "Preventive Detention of Citizens During a National Emergency — A Comparison Between Israel and B. Bracha, גם, *the United States*" 1 *Israel Yearbook of Human Rights* (1971) 295 "Restriction of Personal Freedom Without Due Process of Law According to the Defence (Emergency) Regulations, 1945" 8 *Israel Yearbook of Human Rights* (1978) 296.

33 הצעת חוק סמכויות שעה חירום (מעצרים והוראות שונות), תשל"ח-1978, ה"ח 1360, תשל"ח, 294.

ברוח זאת החוק קובע הסדרים שונים המבטיחים, במידה רבה, את השימוש הנאות בסמכות המעצר. בין היתר קובע החוק כי הסמכות לצוות על מעצר מנהלי נתונה לשר הביטחון, ולא למפקד צבאי; כי יש להביא את העצור בפני נשיא בית-משפט מחוזי תוך 48 שעות, ולאחר-מכן לשוב ולהביאו בפני הנשיא כל שלושה חודשים או תקופה קצרה יותר, כפי שהנשיא יקבע; וכי "נשיא בית-המשפט המחוזי יבטל את צו המעצר אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של בטחון המדינה או של בטחון הציבור או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לענין?"³⁴ את רוח החוק, שהיא גם עיקר החוק, סיכם בית-המשפט העליון בדברים אלה: "בחוק, כפי שהתקבל על-ידי הכנסת, נעשה ניסיון... למצוא איזון בין שתי מגמות: מצד אחד, לתת בידי אלה שעליהם מוטל לדאוג לבטחון המדינה אמצעי מתאים להגן על המדינה בפני התארגנויות מחתרניות, שסכנתן רבה ושאינן אפשרות לפעול נגדן על-ידי הליכים משפטיים רגילים; ומצד אחר, להבטיח על-ידי ביקורת שיפוטית שהשלטון לא ישתמש לרעה או שלא לצורך בסמכויות שניתנו לו בחוק"³⁵.

חוק זה יכול לשמש מופת לניסיון כן ומוצלח לאזן בין צרכים של ביטחון לבין עקרונות של חירות. הוא היה צריך לשמש דוגמא לחוקים נוספים, שבהדרגה יחליפו פרקים של תקנות ההגנה המנדטוריות בחוקים ישראליים מאוזנים, עד שהכתם של תקנות ההגנה יוסר מעל ספר-החוקים. אכן, ניסיון אחד נעשה בכיוון זה. זמן קצר לאחר שנחקק החוק בדבר מעצרים מנהליים, נוסחה במשרד-המשפטים טיוטה של חוק שיסדיר את הסמכות להוציא צווי-הגבלה. כיום מוצאים צווים אלה מכוח תקנות ההגנה. הן מסמיכות מפקד צבאי לרחק אדם למקום יישוב מסוים, לצוות עליו להתייבב בתחנת-משטרה לפי דרישה, להגביל אותו בקשריו עם אנשים אחרים ועוד.³⁶ טיוטת החוק הציעה להסדיר את הסמכות להוציא צווי-הגבלה, בכפיפות לביקורת שיפוטית, בדיוק במתכונת של חוק המעצרים המנהליים. אך התנגדות של המערכת המדינית, שניזונה מההתנגדות של המערכת הבטחונית, שמה קץ לניסיון זה בעודו באבו. השלטון העדיף את הנוחות של סמכות רחבה ודחה את הרעיון של סמכות מבוקרת. לכן צווי-הגבלה מוצאים עדיין בישראל, מעשה שגרה — לפי תקנות ההגנה — כשהם נתונים לביקורת שיפוטית רופפת הרבה יותר מזו המופעלת לגבי צווי מעצר מנהלי. התוצאה היא,

34 חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, סעיף 4(ג). חוק זה מאפשר לבית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על המעצר המנהלי באופן מעמיק ויעיל יותר מאשר היה מקובל קודם-לכן לפי תקנות ההגנה המנדטוריות. ראה ה' קלינגהופר, "מעצר מניעתי מטעמי בטחון" משפטים יא (תשמ"א) 286. למצב לפני חוק זה ראה מאמרו של פרופ' ברוך ברכה (לעיל, הערה 32). על המצב לפי חוק זה ראה עמ"מ 1/80 כהנא נ' שר הביטחון, פ"ד לה(2) 253; עמ"מ 1/82 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 666. לאחרונה, בעמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא(2) 508, 516, אימץ השופט בייסקי את דעתו של פרופ' קלינגהופר (במאמר המוזכר לעיל), שלפיה בית-המשפט המבקר צו מעצר מנהלי מוסמך להפעיל שיקול-דעת משלו בשאלה אם להוציא צו-מעצר ואף לשים את שיקול-הדעת שלו במקום שיקול-הדעת של שר-הביטחון. על המעצר המנהלי לפי החוק החדש ראה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 21.927 מיום 15.12.1982. ההנחיה פורסמה גם בתרגום לאנגלית ב-18 Is. L. R. (1983) 150.

35 עמ"מ 1/80 כהנא נ' שר הביטחון, פ"ד לה(2) 253, 257, מפי השופט י' כהן.

36 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תקנות 108-110. על הסמכות להוציא צווי-הגבלה ראה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 21.932 מיום 1 בספטמבר 1984.

שהחוק בדבר מעצרים מנהליים נשאר יוצא-דופן, כמין תאונת-עבודה, והחרפה של תקנות ההגנה המנדטוריות עדיין מרחפת על ראשו ומאיימת על חירותנו³⁷. מכל הדברים האלה עולה המסקנה, שהמחוקק בישראל נכשל כישלון חרוץ. הוא נכשל במחדל כפול. ראשית, הוא לא השכיל, כמשך ארבעים שנות עצמאות, לשלב בחוקים המנדטוריים את השינויים הנובעים מהקמת מדינה דימוקרטית. ספר-החוקים שלנו עדיין מלא וגדוש הוראות מנדטוריות, בעלות אופי קולוניאלי, המגבילות את זכויות-האדם הרבה יותר מן המקובל כדימוקרטיה אחרות. שנית, הוא לא השכיל לחוקק את חוק זכויות-האדם. על-פי לשון החוקים, מדינת ישראל נמנית, בכל הנוגע לזכויות-האדם, על הנחשלות שבמדינות העולם³⁸.

ד. הפסיקה

מדינת ישראל נחלצה מן הנחשלות בתחום זכויות-האדם, כפי שהיא מתבטאת בחקיקה, בעיקר בזכות בית-המשפט העליון. הפסיקה שהורכבה על-ידי בית-המשפט בישראל על החקיקה המנדטורית, כמין הרכבה של ענף מעץ אחד על גזע של עץ אחר, גרמה למיטמורפוזה של החקיקה. בית-המשפט יצא לדרך הפרשנות כשהוא מסרב לקבל את לשונו של המחוקק המנדטורי כפשוטה. הוא ייחס למחוקק כוונה לקיים ולכבד את זכויות-האדם³⁹. בהתאם לכך, הוא הטיל על כל רשות שלטונית, בקשר לכל סמכות, חובה להתחשב בזכויות האדם. במקום שנוצר ניגוד בין זכות של אדם לבין אינטרס של הציבור, דרש בית-המשפט מן השלטון לאזן בין האינטרסים הנוגדים. איזון האינטרסים הוא המבחן השיפוטי העיקרי המגן על זכויות-האדם. לפי מבחן זה, אין השלטון ראוי לפגוע בזכות מזכויות-האדם מעבר למידה הסבירה בנסיבות העניין. מידת הסבירות

37 פרופ' אמנון רובינשטיין הציע, כצעד נוסף בדרך שנפרצה על-ידי החוק בדבר מעצרים מנהליים, כי תוטל חובה לפרסם ברשומות תקנות המוצאות מכוח תקנות ההגנה וכי יוסדר עניין הצנזורה על מכתבים, שהשתמשו בה לצרכים שדבר אין להם עם בטחון המדינה. ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (לעיל, הערה 27), 223-224.

38 כנגד המאזן השלילי של המחוקק, המתבטא במחדלים האמורים, המאזן שלו בתחום העשייה, כלומר: בתחום החוקים שנחקקו, חיובי יותר. בדרך-כלל ביקשה הכנסת להגיע בחוקיה לאיזון נאות בין צרכי הציבור לבין זכויות-הפרט. עם זאת, בתחום הביטחון הלאומי גילתה הכנסת נכונות להטות את הכף לטובת האינטרס הבטחוני. על-חשבון זכויות-האדם, יותר מאשר בתחומים אחרים. דוגמא בולטת לכך מצויה בחוק האונות סתר, תשל"ט-1979. חוק זה הטיל איסור על האונות-סתר. אולם שני חריגים עיקריים נקבעו לאיסור זה. האחד — האונות-סתר לצורך מניעת עבירות וגילוי עבריינים; השני — האונות-סתר למטרות בטחון המדינה. למטרות אלה אפשר לקבל היתר להאונות-סתר. אולם, כדי לקבל היתר לצורך מניעת עבירות או גילוי עבריינים יש לפנות אל נשיא בית-משפט מחוזי, ואילו כדי לקבל היתר למטרות בטחון המדינה ניתן לקבל את ההיתר מראש-הממשלה או משרר-הביטחון. ראה סעיפים 4 ו-6. דומה שאין הצדקה להבחנה זאת. הביקורת על הפגיעה בצנעת הפרט באמצעות האונות-סתר ראוי שתיעשה על-ידי גורם חיצוני, הווה אומר: בית-המשפט. חוקים אחרים מלמרים, שבית-המשפט נאמן עלינו לראות ולבקר גם סודות בטחוניים. לפיכך מן הראוי היה — לרעתי — לקבוע כי גם היתר להאזין למטרות של בטחון המדינה יינתן על-ידי נשיא בית-משפט מחוזי.

39 לעניין הפרשנות של תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ראה לאחרונה בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי (לעיל הערה 2), פסקאות 9 ואילך.

נקבעת, בסופו של דבר, לא על-ידי השלטון, אלא על-ידי בית-המשפט. לדוגמא: את חירות-הביטוי אין השלטון רשאי להגביל, לצורך הגנה על האינטרס של שלום הציבור או בטחון המדינה, אלא אם קיימת ודאות קרובה של נזק ממשי לאינטרס זה⁴⁰. מבחינים דומים מגנים על חריות אחרות. בדרך זאת הצליחה מדינת ישראל, בהעדר חוקה ועל-אף תחיקה עוינת, לכסס את זכויות-האדם בתוך גבולותיה. מבחינה זאת המאזן חיובי. זהו הישג גדול, בהתחשב בסכנות ובקשיים שליוו את מדינת ישראל מיום שהוקמה ועד היום הזה. על כך אנו יכולים להיות גאים ואסירי-תודה לבית-המשפט העליון.

אולם שאלה היא, אם תיאור המצב של זכויות-האדם — כפי שנתגבש בפסיקה — הולם גם את המצב שבו זכויות-האדם מתנגשות כבטחון המדינה. האם במצב רגיש זה נאבק בית-המשפט, והאם הצליח, להגן על זכויות האדם כמו במצבים אחרים? זאת השאלה שאני מבקש לברר עכשיו.

התשובה הבסיסית ניתנה על-ידי בית-המשפט העליון מיד עם הקמת המדינה. בעיצומה של מלחמת-העצמאות נעצר ערבי, תושב יפו, כמעצר מנהלי מכוח תקנות ההגנה המנדטוריות. לפי התקנות, עציר היה זכאי להגיש השגה על מעצרו בפני ועדה מייעצת. אולם כאותה שעה טרם הוקמה הוועדה המייעצת, ולפיכך נשללה זכות זאת מן העציר. בשל כך החליט בית-המשפט לפסול את המעצר ולשחרר את העציר. השופט אולשן אמר:

השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על-ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה. 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 מהשנייה⁴¹.

בדברים אלה גלומה כל התורה כולה על רגל אחת. ראשית, השלטונות כפופים לחוק. כך בדרך-כלל וכך גם בתחום הביטחון הלאומי. במשך כל השנים, מאז ועד היום, לא זז

40 כאמצעות מבחן זה הקהה בית המשפט את העוקץ של פקודת העיתונות (בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871), של הצנזורה לפי פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת) (בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421) ושל הצנזורה הצבאית לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי [לעיל, הערה 12]).

41 בג"צ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב' 5, 15. ראה פסקי-דין נוספים, מן השנים הראשונות של המדינה, שבהם פסל בית-המשפט החלטות מנהליות בתחום הביטחון בשל חריגה מן הסמכות או סטייה אחרת מלשון החוק: בג"צ 95/49 אל-כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד' 34 א (צו מעצר מנהלי נפסל משום שמקום המעצר לא צוין בגוף הצו); בג"צ 240/51 אלרחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו' 364 (צו-גירוש שנחתם על-ידי אלוף-הפיקוד, ולא על-ידי שר-הביטחון, כנדרש, נפסל); בג"צ 144/50 ד"ר ישראל שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה' 399 (הוראה שיצאה ממשרד-החינוך-והתרבות, על-יסוד יוזמה של משרד-הביטחון, שלא להעסיק אדם כמורה בבית-ספר בגלל דעות שהשמיע בענייני ביטחון, נפסלה משום שהחוק לא נתן סמכות למשרד-החינוך-והתרבות להוציא הוראה כזאת); בג"צ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה' 1480 (צו סגירה של שטח, לפי תקנות ההגנה [שעת חירום], 1945, נפסל משום שלא פורסם ברשומות).

בית-המשפט מעיקרון בסיסי זה. לאחרונה, כאשר פרשת השב"כ הגיעה אל בית- המשפט העליון, בעתירה נגד החנינה שנשיא המדינה העניק לאנשי שב"כ שהיו מעורבים בפרשה זאת, אמר הנשיא שמגר: "גם הבטחון הלאומי נשען על שלטון החוק"⁴². והשופט ברק הוסיף ואמר: "אין בטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בבטחון הלאומי"⁴³.

42 כג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 555.
 43 שם, עמ' 622. השאלה הקשה המתעוררת במקרים אלה היא, אם כלל זה, הקובע את כפיפות הביטחון לחוק, הוא כלל נוקשה. האם, לדוגמא, אסור להפר את החוק כדי להגן על הביטחון במקרה של סכנה לקיום הלאומי, למשל: ערב מלחמה או בעת מלחמה? דוגמא אחרת, המובאת לעתים מזומנות כדי לסכר את האוזן, היא זאת: אנשי שירות-הביטחון תופשים מחבל שהניח פצצה בבניין ציבורי הומה מאדם והיא מתקתקת ועלולה להתפוצץ כל רגע ולהסב אכידות כבדות כנפש. אותו מחבל מסרב לגלות לחוקרים משירות-הביטחון היכן הניח את הפצצה ובכך הוא מונע את פירוק הפצצה וטילוק האיום על חיי אדם, במצב כזה, האם מבחינה משפטית יהיה אסור להפעיל כוח פיזי נגד המחבל, עד כדי עינויים. כדי שיגלה בהקדם האפשרי היכן הניח את הפצצה? האם שלומו של המחבל עדיף על חייהם של אנשים רבים החפים מכל פשע?
 התשובה לשאלה זאת מורכבת: ראשית, מבחינה משפטית התשובה, ככל הנראה, שלילית. בית- המשפט אשר פסק בהקשרים שונים כי הביטחון כפוף לחוק ואין היתר לרשויות-הביטחון להפר את החוק, לא הותיר פתח לחרג בעניין זה. כזכור, דו"ח ועדת-לנדוי בעניין שיטות-החקירה של שירות-הביטחון הכללי (ראה לעיל, הערה 5), שראה לנגד עיניו את הדוגמא של הפצצה המתקתקת בבניין הומה מאדם, אמר (בעמ' 34) כי "שום עשייה בטחונית, חשובה וחיונית ככל שתהיה, איננה יכולה להעמיד את עושייה מעל לחוק".

שנית, התשובה המשפטית הנוקשה בעניין זה מתבססת על ההנחה, כי מערכת המשפט לוקחת בחשבון את צורכי הביטחון ומעניקה סמכויות מיוחדות לרשויות-הביטחון. כך שניתן להגן על הביטחון במידת הצורך במסגרת החוק, בלי להפר את החוק. כך, לדוגמא, במקרה של צורך להפעיל כוח פיזי נגד מחבל שאינו מוכן לגלות היכן הסתיר את הפצצה המתקתקת. המשפט מאפשר שימוש בכוח כזה, בהתאם לסעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הקובע את ההגנה של צורך. ראה דו"ח ועדת-לנדוי (שם, עמ' 47-49). באותם מקרים שבהם מתברר, כי מערכת-המשפט אינה עונה בנדרש על צורכי הביטחון. ניתן לתקן את החוק, במידה ובאופן הראויים. כך אמרה גם ועדת-לנדוי (ראה לעיל, הערה 8). אכן, ייתכנו גם מקרים קשים יותר, שבהם החוק הקיים אינו מאפשר לנקוט את הצעדים הנדרשים כדי להגן כראוי על הביטחון והשעה דוחקת ואינה סובלת את השיהוי הכרוך בתיקון החוק. אך גם למצבים קשים אלה ניתנה תשובה במסגרת החוק. במצב כזה שר-ההמשלה רשאים להתקין תקנות לשעת-חירום, לפי סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תשי"ח-1948, שכותן יפה לשנות כל חוק. מכאן, שגם במצב קיצוני כזה אין בדרך-כלל צורך וצידוק לפעול בניגוד לחוק.

שלישית, ולבסוף, ייתכן מקרה חריג שבו רשות מרשויות-הביטחון תראה הכרח לנקוט פעולה בניגוד לחוק כדי להגן על אינטרס בטחוני חשוב, כיוון שהנסיונות אינם מאפשרים לפעול קודם-לכן לתיקון החוק או להתקנה של תקנות לשעת-חירום. האם במצב נדיר כזה ראוי שבית-המשפט יקבע היתר לפעול בניגוד לחוק? לדעתי, התשובה צריכה להינתן בשלילה. הסיבה העיקרית לכך היא, שהיתר לפעול בניגוד לחוק כרוך בסכנה חמורה ליסודות המשפט. מערכת-המשפט יכולה לסבול חריגה מקרית ונדירה על-ידי רשות מרשויות-הביטחון ממסגרת החוק, אך קשה לה להתקיים עם הלכה של בית-המשפט המתירה לחרוג ממסגרת החוק. היטיב לבטא זאת השופט ג'קסון מבית- המשפט העליון של ארצות-הברית, בפסק המיעוט שלו בפרשת *Korematsu* (לעיל, הערה 2), 246: "A military commander may outstep the bounds of constitutionality and it is an incident. But if we review and approve, that passing incident becomes the doctrine of the Court" אם כך, נותרה השאלה מה דינו של מי שפועל בניגוד לחוק, למען בטחון המדינה, במצב נדיר כזה. האם ראוי הדבר שהוא ייחשב עבריין פלילי, המדינה תמצה עמו את הדין והוא ייאלץ לשלם מחיר

אך בית-המשפט לא עצר בנקודה זאת. הוא לא הסתפק בעיקרון של שלטון החוק במוכן הצר שלו (יש קוראים לו שלטון החוק הפורמלי). המחייב את רשויות-הביטחון לפעול בתוך המסגרת שנקבעה על-ידי לשון החוק. מסגרת זאת רחבה כל-כך, במיוחד בתחום הביטחון, עד שבדרך-כלל הרשות אינה חורגת ממנה. הפגיעה של רשויות-הביטחון בזכויות-האדם נגרמת על-פי רוב ללא חריגה מן הסמכות, בדרך הפעלת הסמכות, ובמיוחד הפעלת שיקול-הרעת, בתוך שטח הסמכות. לפיכך השאלה החשובה היא, כיצד על הרשות להפעיל את שיקול-הדעת שלה. התשובה לשאלה זאת ניתנת על-ידי העיקרון של שלטון החוק במוכן הרחב שלו (יש קוראים לו שלטון החוק המהותי). במוכן זה מוטלת על הרשות חובה להעניק משקל ראוי גם לזכויות-האדם. כלשונו של השופט אולשן (לעיל): "מקום שניתן להשיג את שתי המטרות גם יחד (כלומר, את בטחון המדינה ואת זכות האזרח) אין להתעלם מהאחת או מהשנייה".

כדי להבטיח את שלטון החוק במוכן רחב זה, בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית גם על שיקול-הדעת המנהלי בתחום הביטחון הלאומי. הוא פרש בהדרגה רשת כללים בתחום זה במגמה להנחות ולהגביל את רשויות-הביטחון שלא ישתמשו לרעה בסמכויותיהן. במשך הזמן הצליח בית-המשפט להשוות את הכללים החלים בתחום זה לכללים החלים בכל תחום מנהלי אחר, למשל: על רשויות חינוך, בריאות או רישוי עסקים. על-פי כללים אלה, על רשויות-הביטחון להפעיל את סמכויותיהן בתום-לב, לקיים את כללי הצדק הטבעי, להתבסס על ראיות מהימנות, להביא בחשבון רק שיקולים ענייניים בהחלט למטרת החוק ולנהוג במידת הסבירות, אפילו כאשר החוק מקנה לרשות שיקול-דעת סובייקטיבי. כדי להשיג איזון נאות בין האינטרס של בטחון המדינה לבין האינטרס של זכויות-האדם⁴⁴.

מבחינת ההגנה על זכויות-האדם יש בכך הישג חשוב של בית-המשפט. אך, מן הצד האחר, יש בכך גם כדי להתמיה: האומנם אין בבית-המשפט שום עדיפות לביטחון הלאומי?

התשובה היא, שגם בבית-המשפט ניתנת עדיפות לביטחון הלאומי. בית-המשפט

אישו כבר על מעשה שעשה למען המדינה? התשובה היא שאף אם מעשה כזה הינו בגדר עבירה על החוק, אין הכרח בכך שהעברין ישא עונש כבד או עונש כלשהו; שכן מערכת-המשפט פתחה דרכים שונות כדי להתחשב במקרה כזה. לפי נסיבותיו: אפשר, למשל, שהיועץ המשפטי לממשלה יעשה שימוש בשיקול-הדעת שלו ויחליט שלא לנקוט הליכים פליליים; אפשר שבית-המשפט יטיל עונש סמלי; ואפשר גם שנשיא-המדינה יעניק חנינה, אפילו לפני שהחלה חקירת המשטרה. לדעתי, דרך זאת עדיפה לאין שיעור כדי לטפל במקרים נדירים מסוג זה על פני הדרך של הלכה משפטית המעניקה מראש היתר לפעולה בניגוד לחוק.

44 בבג"צ 680/88 שניצד נ' הצנזור הצבאי הראשי (לעיל, הערה 2), אמר השופט ברק (כפסקה 26): האופי הבטחוני של שיקול הדעת המינהלי הרתיע בעבר מפני ביקורת שיפוטית. שופטים אינם אנשי בטחון, ואל להם להתערב בשיקולי בטחון. במשך השנים הוכרה, כי אין כל יחוד בשיקולי הבטחון, לענין ההתערבות השיפוטית. שופטים אינם אנשי מינהל, אך עקרון הפרדת הרשויות מחייב אותם לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המינהל. לענין זה, אין מעמד מיוחד לשיקולי הבטחון. גם אלה חייבים להיות מופעלים על פי החוק, וגם על אלה צריכה להיות ביקורת שיפוטית. כשם שהשופטים מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי בכל תחום ותחום, כן הם מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת הבטחוני. מכאן הגישה, כי אין מגבלות מיוחדות על היקף הביקורת השיפוטית של שיקול דעת מינהלי שענינו בטחון המדינה.

השווה בין רשויות הביטחון לבין רשויות אחרות רק במישור של הדין, כלומר; במישור של כללים ומבחנים. ההשוואה אינה קיימת במישור של יישום הדין, כלומר: במישור של החלת הדין על מקרה נתון. במישור של יישום הדין יש הבדל גדול, לטובת ענייני הביטחון, בין עניינים אלה לבין עניינים אחרים. ההבדל נעוץ, כאמור, לא בהלכה, אלא במעשה. הוא בא לידי ביטוי, ראשית, בביקורת השיפוטית על קביעת העובדות על-ידי הרשות, ושנית – בביקורת השיפוטית על שיקול-הדעת של הרשות. אציג את ההבדל בין ענייני ביטחון לבין עניינים אחרים בשני תחומים אלה.

ה. הביקורת השיפוטית על קביעת העובדות

הסודיות האופפת את ענייני הביטחון ומלווה אותם אל כסה-המשפט, מכבידה מאוד על השופטים לברר ולאמת את העובדות המוצגות בפניהם על-ידי הרשות הבטחונית, ולעתים אף מונעת את הבירור לחלוטין. בשעתו היה די בכך שהרשות היתה מודיעה לבית-המשפט, באמצעות תעודה חתומה על-ידי שר, כי גילוי העובדות בפני בית-המשפט יפגע בבטחון המדינה. תעודה כזאת היתה יוצרת מחסום מוחלט בפני בירור העובדות.⁴⁵ במקרה אחד, שנים אחדות לאחר הקמת המדינה, אסר שר-הפנים על אשה, שהיתה חברה במפלגה שמאלית, לצאת את ישראל כדי להשתתף בוועידה בינלאומית באירופה, בלי שנתן נימוקים לאיסור. כאשר פנתה האשה אל בית-המשפט, בטענה שהאיסור הוטל בגלל נימוקים פוליטיים פסולים, הוצגה בפני בית-המשפט תעודה שאמרה כי גילוי הנימוקים לאיסור יפגע בבטחון המדינה. בית-המשפט, שראה הכרח לעצמו לדחות את העתירה, בלי שידע אפילו את הגרסה הרשמית לאיסור, אמר במורת-רוח גלויה: "כך נשללת מהמבקשת למעשה האפשרות לברר את ענינה בפני בית-המשפט, כי את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח"⁴⁶.

האפשרות של עיוות הדין במקרה כזה, בשל מתן עדיפות מוחלטת לאינטרס הבטחוני, היתה גדולה וזועקת. לכן תוקן הדין, תחילה על-ידי בית-המשפט, ולאחר-מכן – על-ידי המחוקק.⁴⁷ גם כיום החוק קובע כי תעודה חתומה בידי ראש-הממשלה או שר-הביטחון, בה נאמר כי גילוי ראייה עלול לפגוע בבטחון המדינה, פוטרת את הרשות

45 ראה א' הרנון, דיני ראיות ב 75 ואילך.

46 בג"צ 111/53 חיה קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541, מפי השופט לנדוי. ראה גם בג"צ 188/53 אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוודור ירושלים, פ"ד ז 941, 947. בבג"צ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505, 515, אמר מ"מ הנשיא לנדוי:

אין ספק בכנות נימוקיו של הממונה (על המחוז), אולם בכל הנוגע למידע הוא מסתמך על מה שנאסף על-ידי אחרים, דהיינו גורמי הביטחון שסיפקו לו את המידע. בבג"צ 111/53 צויין כי טעויות עלולות לקרות בעניינים בהם פועלים השלטונות לעתים גם על-פי עדות שמיעה. סכנה של גרימת עוול טמונה במצב שבו נדון ענינו של אזרח על-ידי השלטונות ללא ביקורת כלשהי על-ידי רשות שיפוטית, על-פי מידע המגיע אליהם מאת "מאשים חסר פרצוף" (the faceless accuser). וכבר היו דברים מעולם וכעולם, כולל העולם החופשי. אף קרו מקרים של מסירת מידע כוזב על-ידי איש הרשות המתבצר מאחורי טענת חסיון, והפרשה הידועה אשר נדונה בבית משפט זה בע"א 65/57, ולאחר מכן בע"א 256/57, 263/57 – היא תוכיח.

47 ע"א 65/57 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא 403; החוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח-1968, סעיף א.5.

מן החובה למסור את הראיה לבית-המשפט. אולם עכשיו החוק מוסיף וקובע חריג חשוב לפטור: לפי החוק אין הפטור חל "אם מצא שופט של בית-המשפט העליון, על-פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה"⁴⁸.

חוק זה נותן רוגמא נוספת. בעד החוק החדש כדבר מעצרים מנהלים, כיצד אפשר לאזן בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי. בית-המשפט מיישם אותו בדרך שיש בה כדי לקדם את עשיית הצדק בלי לקפת את האינטרס הבטחוני⁴⁹. זהו שיפור חשוב במצבו של האזרח כלפי השלטון.

עם זאת, עדיין אדם העותר לבית-המשפט נגד החלטה שלטונית ונתקל במסך של סודיות בטחונית, עשוי למצוא את עצמו במצב קשה. אמנם, על-פי בקשת העותר יועברו הראיות החסויות לבדיקה על-ידי שופט של בית-המשפט העליון שאיננו נמנה על ההרכב שדן בעניינו של העותר. אך שופט זה אינו אמור לפסוק אם ההחלטה המנהלית, המתבססת על הראיות החסויות, מוצדקת. הוא בודק רק עניין אחד ויחיד, כלומר, אם יש הצדקה לחסיון. אם הוא קובע שהחסיון מוצדק, למשל, כדי שלא לחשוף את המקור הסודי של המידע, נותרים גם העותר וגם בית-המשפט הדין בעניינו של העותר בדיוק כמצב בו היו נתונים קודם לכן. זהו, למעשה, המצב שהיה קיים לפני שהחוק תוקן. העותר עדיין אינו יודע מה הנימוקים והראיות התומכים בהחלטה המנהלית. לכן אין הוא יכול לבחון או לתקוף אותם. עם ספינקס, כפי שאמר בית-המשפט, אי-אפשר להתווכח.

בגלל החומרה של מצב זה, יום בית-המשפט העליון נוהג, שאין לו אחיזה בחוק. בית-המשפט הדין בעתירה נוהג להציע לעותר כי הרשות השלטונית, המסתירה את ראיותיה מאחורי תעורת החסיון, תציג את הראיות בפני בית-המשפט בלבד, בדלתיים סגורות, ללא נוכחות העותר. אם העותר מקבל את ההצעה, יעיין בית-המשפט בראיות החסויות. הוא יוכל אז להחליט, לא רק אם יש הצדקה לחסיון, אלא גם לגוף הענין, כלומר, אם הראיות מצדיקות את ההחלטה המנהלית⁵⁰.

נוהג זה מוסיף ומקדם את עשיית הצדק. מעתה הרשות השלטונית צריכה לקחת בחשבון את האפשרות שגם בענייני ביטחון יהיה עליה להציג את הנימוקים והראיות שעליהם היא מתבססת בפני בית-המשפט. אפשרות זאת, כשהיא לעצמה, עשויה לשמש גורם מרתיע ומרסן כלפי הרשות.

עם זאת, ועל-אף ההתקדמות בתחום זה, עדיין אין המצב משכיב רצון. ראשית, עדיין אין העותר יודע את הנימוקים והראיות התומכים בהחלטה. אין לו הזדמנות להפריך אותם. הוא יודע, אמנם, שבית-המשפט מעיין בראיות ואולי אף חוקר את אנשי השלטון מאחורי דלתיים סגורות. אך במקרה כזה הצדק אינו נראה. הוא נחבא אל לשכת-השופטים. שנית, מעבר לתדמית הצדק, במקרה כזה קיים קושי של ממש בקביעת

48 פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, סעיף 44(א).

49 ראה ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729; ב"ש 64/87 ואנונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 533; בשג"צ 497/88 (בג"צ 765/88) שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם).

50 ראה, לדוגמא, בג"צ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז(1) 789, 794. ראה ביקורת על פסק-דין זה אצל א' רטיג, "העוקץ" — ראיות חסויות, חובת הנמקה וחופש הביטוי" משפטים יד (תשמ"ד) 108. ראה גם בג"צ 415/81 אייב נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לח(1) 750.

העובדות על-ידי בית-המשפט. יסוד מוסד של מערכת המשפט הוא, שהדרך הטובה לקביעת האמת על-ידי בית-המשפט היא חשיפת העובדות בפני הצד שכנגד, כדי שיוכל לנהל חקירה נגדית ולהביא ראיות נוגדות. ואילו כאן, כאשר הראיות החסריות נחשפות בפני בית-המשפט כמעמד צד אחד בלבד, נשלל המכשיר החשוב ביותר לקביעת האמת. במצב כזה בית-המשפט חייב לסמוך במידה רבה על הרשות המציגה בפניו את טעמי הביטחון ואת הראיות החסריות, שהיא מציגה תמונת-אמת. האם ניתן ודאי להניח כי הרשות אכן בדקה את הראיות באופן יסודי ואמין, לא טעתה ואינה מטעה את בית-המשפט? זו הנחה מסוכנת. אין רשות בארץ שלא טעה. מעבר לכך: הממצאים של ועדת-לנדוי בדבר הונאה רשמית ושיטתית של בית-המשפט על-ידי שירות-הביטחון הכללי, במשך שנים רבות, ממחישים את הסכנה.

אין להקל ראש בחומרת המצב הנובעת מן המגבלה המוטלת לפי החוק על קביעת העובדות על-ידי בית-המשפט. במצב זה, ההישג הגדול של בית-המשפט, שהחיל על רשויות-הביטחון אותם כללים של ביקורת משפטית החלים על רשויות מנהליות בדרך-כלל, מאבד הרבה מערכו. הכלל המשפטי, יהא נכון וצודק ככל שיהיה, אין לו ערך, אם אי-אפשר ליישם אותו הלכה למעשה. היישום תלוי בעובדות. השאלה החשובה היא, לכן, מי קובע את העובדות: הרשות השלטונית או בית-המשפט? מייחסים לאיש-שלטון את האמרה הבאה: לא אכפת לי איזה כלל משפטי יקבע בית-המשפט, ובלבד שיינתן לי לקבוע את עובדות המקרה. הנה, למשל, קבע בית-המשפט את הכלל שאין לסגור עיתון אלא אם קיימת ודאות קרובה של פגיעה בשלום הציבור. החשיבות הרבה של כלל זה מתמעטת מאוד אם רשות בטחונית רשאית לסגור עיתון בלי שיהיה עליה להציג בפני המוציא-לאור אפילו את הנימוקים לסגירה. האם המוציא-לאור יוכל, במצב כזה, להוכיח שאין ודאות קרובה של פגיעה בשלום הציבור? וכיצד יוכל, במצב כזה, לברר אם ההחלטה השלטונית נתקבלה, כפי שהכללים דורשים, בתום-לב ואם היא נועדה באמת לשרת את מטרת החוק?

התוצאה של מצב זה היא, שתדמית הצדק נפגעת, ויחד עמה נפגעת גם התדמית של בית-המשפט. אכן, על-אף ההתקדמות הרבה שחלה כמשך השנים בתחום של ראיות חסריות. כדי לקדם את עשיית הצדק, חשוף בית-המשפט לביקורת דווקא בתחום זה. הביקורת מסתמכת במידה רבה על כך שכמעט כל העתירות נגד רשויות-הביטחון נדחו. בעתירות אלה אין זה דבר נדיר, אלא דבר רגיל, שהרשות תובעת חיסיון לראיות. התוצאה היא, שעתירות אלה נדחות בלי שהעותר והציבור ידעו על מה ולמה. תוצאה כזאת היא כר פורה לחשדנות. היא מאפשרת גם להפריח טענות ללא יסוד. היא עלולה אפילו לחתור תחת החוקה שבית-המשפט דן דין צדק.

אין אני בא לומר, כי משום כך יש לגלות ראיות חסריות בדיון פומבי. סודות המדינה ראויים להגנה. בדרך-כלל אין לחשוף מקור של ידיעה כאשר החשיפה עלולה לסכן את פעילות המקור או את חיי המקור. זו תוצאה הכרחית של העדיפות הניתנת לביטחון הלאומי. עם זאת, עדיין שאלה היא, אם במקרים כאלה ניתן להוסיף ולקדם את האיזון בין האינטרס הבטחוני לבין האינטרס של עשיית צדק, בלי לפגוע באינטרס הבטחוני. אני סבור, שניתן לעשות עוד צעד אחד בדרך שבה הלכנו כבר בית-המחוקקים ובית-המשפט. אני מציע שהעיון על-ידי בית-המשפט בראיות החסריות, שעכשיו הוא נעשה בהשתתפות אנשי-השלטון בלבד, ייעשה בהשתתפות עורך-דין שייצג את העותר במיוחד לצורך זה. אפשר שעורך-דין זה ימונה על-ידי בית-המשפט. אפשר גם שעורך-

הדין ימונה על-ידי העותר. כך או כך, עורך-הדין ימונה מתוך רשימה של עורכי-דין שעברו כריקה בטחונות קפדנית על-ידי שירות-הביטחון ונמצאו כשירים ואמינים לחלוטין. הוא יהיה מנוע מלחשוף את הראיות החסויות בפני העותר או בפני כל גורם אחר. אולם הוא יוכל לעשות בהן שימוש כאשר יופיע בפני בית-המשפט, מטעם העותר, ויבקש לסייע בידי בית-המשפט, לרבות בדרך של חקירת הרשות, לאמת את העובדות. אכן, גם הסדר כזה לא יהיה בו כדי לפתור באופן מושלם את בעיית העימות בין האינטרס של בטחון המדינה, מזה, לבין האינטרס של עשיית הצדק, מזה. אך יהיה בו, אולי, להוסיף ולהקהות את חריפות העימות. הוא עשוי לשפר את האזון בין האינטרסים.

ו. הביקורת השיפוטית על שיקול-הדעת

ההבדל השני בתחום הביקורת השיפוטית בין עניינים בטחוניים לבין עניינים אחרים, שאף הוא מקל עם עניינים בטחוניים, מתייחס לשיקול-הדעת של הרשות השלטונית. כלל רחב נקוט בידי בית-המשפט, שאין הוא שם את שיקול-הדעת שלו במקום שיקול-הדעת של הרשות. עם זאת, הוא בודק אם שיקול-הדעת הופעל כדין, כלומר: בהתאם לכללים שנקבעו לצורך זה על-ידי בית-המשפט. על-פי כללים אלה, כל רשות חייבת להתחשב בכל השיקולים הענייניים ולהתעלם משיקולים זרים. לפעול בתוך מתחם הסבירות ולאזן כראוי בין האינטרסים הנוגעים לעניין. למעשה, באמצעות כללים אלה בית-המשפט יכול, כשהוא רואה לנכון, להתערב גם בתוכן שיקול-הדעת של הרשות ולהכתיב לה את החלטתה. ההיקף והעומק של ההתערבות השיפוטית עשוי להשתנות ממקרה למקרה, לפי מהות הרשות ולפי סוג העניין העומדים לביקורת.

מבחינה זאת נודע מעמד מיוחד לרשויות-הביטחון ולענייני ביטחון. אמנם, באופן עקרוני שיקול-הדעת בענייני ביטחון כפוף לביקורת שיפוטית בכל אותן עילות המשמשות את בית-המשפט בביקורת על עניינים אחרים.⁵¹ אולם, דברים שנאמרו בפסקי-הדין, ועוד יותר מכך, ההחלטות שניתנו בפסקי-הדין, מובילים למסקנה כי בפועל בית-המשפט מהסס להתערב בשיקול-הדעת של רשויות-הביטחון בענייני-ביטחון יותר מאשר בשיקול-הדעת בעניינים אחרים. בפסקי-הדין נאמר, בין היתר, כי "תחומי התערבותו של בית-המשפט בפעולותיהן של רשויות צבאיות הנוגעות לענייני בטחון מן ההכרח שיהיו צרים מאד"⁵²; כי "על אחת כמה וכמה נכונה גישה זו (לפיה אין בית-המשפט שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של רשות מנהלית) אל פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת"⁵³; כי תחום הביקורת בעניינים כאלה מצומצם לשתי

51 בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 486. אמר השופט ברק:

פסיקתו של בית המשפט העליון קבעה לא פעם, כי השיקולים הבטחוניים של הצבא, בין בתחומי ישראל ובין ביהודה, שומרון ועזה, נתונים לביקורת שיפוטית, וכי ביקורת זו אינה משתרעת אך על שאלת הסמכות הפונקציונלית ועל עצם קיומו של השיקול הבטחוני, אלא משתרעת היא על כלל העילות כולן, לרבות שאלת הסבירות של השיקול הבטחוני.

52 בג"צ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177. ראה ביקורת על פסקי-דין זה במאמרו של בנימין גבע, "לשאלת האיוון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח" משפטים ה (תשל"ג) 685.

53 שם.

שאלות: "האם פעלו המשיבים בגדר סמכותם והאם עשו מה שעשו מתוך שיקולי בטחון אמיתיים?"⁵⁴; כי עד שבית-המשפט יחערב בשימוש שאנשי-הצבא עושים בסמכותם, "עליו להיות משוכנע שהשימוש היה ניצול לרעה ואמתלה למטרות אחרות"⁵⁵; וכי דרושות ראיות "משכנעות מאד" כדי לסתור את החזקה שהטעמים המקצועיים של אלה המופקדים בפועל על שמירת הביטחון היו טעמים כנים⁵⁶. אכן, הלכה למעשה, דומה שעד לאחרונה לא היו מקרים שבהם בית-המשפט פסל החלטה של רשות בטחונית בעניין בטחוני בשל פגם שנפל בשיקול-הדעת שלה.

יחס זה של בית-המשפט אין בו כדי להפתיע. הוא משקף בעיקר את תחושת החשיבות והרגישות האופפת את תחום הביטחון הלאומי. אם רשות בטחונית מחליטה כי יש צורך בטחוני, למשל, לגרש אדם מן הארץ בגלל פעילות עוינת או להרוס בית לצורך הרחעה של גורמים עוינים או להטיל עוצר כדי למנוע התפרעות, כיצד יוכל בית-המשפט לבדוק ולהחליט בעצמו אם אמנם קיים צורך כזה או את מידת הצורך. התפקיד להגן על הביטחון הוטל על-פי החוק על רשויות-הביטחון. בית-המשפט אינו רוצה להכביד עליהן במילוי תפקידן. התוצאות של החלטותיהן עשויות להיות הרוות-גורל. בית-המשפט אינו רוצה להיות שותף באחריות לתוצאות אלה. אפשר לומר, בלשון של הכללה, כי בית-המשפט נוטה לגלות יחס מיוחד של התחשבות ומידה רבה של איפוק כלפי רשויות-הביטחון, בגלל האחריות הכבדה, חומרת התוצאות והרגישות הציבורית הנלוות לענייני ביטחון.

אולם התחשבות מיוחדת זו אינה נותנת ביטוי אלא לצד אחד של תמונת המצב. מן הצד השני יש לזכור, כי מערכת-הביטחון צוידה על-ידי המחוקק בסמכויות עצומות וקיצוניות. היא מפעילה סמכויות אלה בתנאים קשים. בתנאים אלה האפשרות של טעות, ואפילו של שרירות, מוחשית מאוד. ביקורת רופפת על ההפעלה של סמכויות אלה מסכנת באופן ממשי את זכויות-האדם. הביקורת על הסמכויות מצד בית-הנבחרים או מצד גופים אחרים היא רופפת. לפיכך אין להירתע, על-אף הרגישות והקשיים, מביקורת יעילה על-ידי בית-המשפט. חובתו של בית-המשפט היא לתרום לאיזון הראוי בין האינטרס של בטחון המדינה לבין האינטרס של זכויות-האדם גם בתחום זה. בית-המשפט אינו רשאי להסתפק ביצירה של כללים משפטיים כדי שידריכו את רשויות-הביטחון בהפעלת שיקול-הדעת. נוסף על כך, כדי שהכללים לא ייראו כמסי-שפתיים, עליו גם לבקר את יישום הכללים במקרים המובאים בפניו. ממילא היישום של הכללים נפגע לא פעם בשלב של קביעת העובדות בשל הטלת חיסיון על הראיות מטעמי ביטחון. גם משום-כך ראוי לחזק במידת האפשר את הביקורת על שיקול-הדעת, על-יסוד העובדות שנתגלו לבית-המשפט ובהתאם לכללים המקובלים עליו. אין להשלים עם האבסורד, שלפיו הסמכויות בתחום הביטחון, שהן הקיצוניות והמסוכנות מכל הסמכויות השלטוניות, דווקא הן תהיינה נתונות לביקורת רופפת יותר מן הביקורת המופעלת על-ידי בית-המשפט על סמכויות אחרות.

54 שם, עמ' 181.

55 בג"צ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 118.

56 בג"צ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 93. ראה גם, כדוגמאות נוספות, בג"צ 17/71

מרדאר נ' שר הביטחון, פ"ד כה(1) 141; בג"צ 89/71, אל אסמאר נ' אלון פיקוד המרכז, פ"ד כה(2)

.197

אכן, נראה כי לאחרונה עלה בית-המשפט על דרך זאת, במהלך אטי וצנוע, והחל להדק מעט את הביקורת על שיקול-הדעת של רשויות-הביטחון. נקודת-המפנה בדרך זאת היתה פרשת אלון מורה בשנת 1979. בפרשה זאת פסק בית-המשפט כי צו לתפישת קרקע פרטית, שהוצא על-ידי המפקד הצבאי של איזור יהודה ושומרון לצורך הקמת יישוב אזרחי, הינו בטל, כיוון שלא הוצא לצרכים צבאיים אלא למטרה פוליטית⁵⁷. זמן קצר לאחר-מכן החליט בית-המשפט לפסול את סירובו של המפקד הצבאי באותו איזור לאשר איחוד משפחות – באותו מקרה, איחוד של בעל עם אשתו – משום שלא הוכחו נימוקים בטחוניים לסירוב⁵⁸. ולאחרונה נפסק כי סירובו של המפקד הצבאי, שוב באיזור זה, לאפשר הקמה של הסתדרות עורכי-דין באיזור אינו חוקי, כיוון שבנסיבות המקרה לא היה בסירוב משום איזון ראוי בין האינטרסים הנוגעים לעניין^{59,60}.

סיבת המפנה בגישתו של בית-המשפט לגבי שיקול-הדעת בעניינים בטחוניים אינה ידועה. ייתכן שהמפנה משקף את הנטייה הכללית של בית-המשפט להעמיק את הביקורת השיפוטית על כל הרשויות השלטוניות בכל העניינים. נטייה זאת הביאה, בין היתר, להגמשה רבה של תורת-השפיטות, שקודם לכן שימשה את בית-המשפט מפעם לפעם כדי להימנע מן הביקורת על ענייני ביטחון. ייתכן שהמפנה משקף גם שחיקה במעמד של מערכת-הביטחון בקרב הציבור – שחיקה הנובעת מכשלונות של המערכת במקרים מסוימים. מאז מלחמת יום-הכיפורים.

תהא הסיבה אשר תהא; עצם המפנה בגישת בית-המשפט מהווה התפתחות חיובית. נכון הדבר, שעד כה הוא בא לידי ביטוי רק במספר קטן של פסקי-דין, ואין לדעת אם בית-המשפט ימשיך ללכת בדרך זאת, ובאיזה קצב. אך אם הוא מבשר את הידוק הביקורת על מערכת-הביטחון, הרי זו התקדמות חשובה. יש לה חשיבות במיוחד בימים אלה, שבהם הסכנה לשלטון החוק מחמירה והפגיעה בזכויות-האזרח מתמסדת. חריגים, שתמיד היו ותמיד יהיו, מאיימים להיעשות כלל. ההגנה על כללי המשפט חשובה היום יותר מתמיד משום שהיא דרושה עכשיו גם כדי להגן על כללי המוסר. עת לעשות היא. העניינים נשואות, בקרב הציבור החרד לחוק ולמוסר, אל בית-המשפט. אין ספק, זו משימה קשה מאוד עבור בית-משפט. בית-המשפט, על-פי מהותו, אינו מסוגל, כשהוא לעצמו, לעמוד בפרץ ולעשות את כל המלאכה. עם זאת, אין הוא בן-חורין להיבטל ממנה.

2. סיכום

לסיכום, אני מבקש להתעכב קמעא על פסקי-דין חשובים של בית-המשפט העליון אשר, משום-מה, לא אושר בשעתו לפרסום, ורק לאחר שיקול נוסף פורסם באיחור זמן. זהו פסקי-הדין בעניין קוואסמה נ' שר הביטחון⁶¹. הוא עוסק בהחלטתו של שר-הביטחון

- 57 בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1.
 58 בג"צ 802/79 סמרה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(4) 1.
 59 בג"צ 507/85 תמימי נ' שר הביטחון, פ"ד מא(4) 57.
 60 פסקי-דין כולט וחשוב בכיוון זה הוא בג"צ 680/84 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי (לעיל, הערה 2). שבו פסל בית-המשפט החלטה של הצנזור הצבאי הראשי לאסור פרסום כתבה על המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים.
 61 בג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113.

לגרש מן הארץ את קוואסמה, ראש עיריית חברון; את מילחם, ראש עיריית תלחול; ואת תמימי, האימאם של חברון. הם גורשו כעקבות הרצח של שישה יהודים בכית הדסה שבחברון בשנת 1980. הגירוש בוצע באופן מיידי, בלי שניתנה להם הזדמנות להגיש השגה אל הוועדה המייעצת לעניין זה, כפי שהדין דורש. בית-המשפט פסק, כי הדין הופר וכי על שר-הביטחון לתקן את המעוות ולאפשר למגורשים להופיע ולטעון באופן אישי בפני הוועדה המייעצת. המפקד הצבאי של איזור יהודה ושומרון טען בתצהיר שהגיש לבית-המשפט, "כי שובם של שלושת המגורשים יסכן בצורה חמורה ומיידית את השלום באזור ועלול להביא להתמוטטות של המצב הבטחוני, שהוא כעת קשה בלאו הכי"⁶². כך ולא פחות. אולם בית-המשפט לא נבהל ונשאר בשלו. סוף דבר, המגורשים הושבו ארצה, השמיעו את טענותיהם בפני הוועדה המייעצת, ולאחר-מכן, על-פי המלצת הוועדה, גורשו שוב מן הארץ⁶³. מאז הושבו המגורשים ארצה ועד שגורשו מחדש, לא אירעה שום פגיעה, אף לא קלה שבקלות, בסדר הציבורי. התחזית הנוראה של מפקד-האיזור על התמוטטות המצב הבטחוני נותרה על הנייר; והרי זו דוגמא המעוררת למחשבה בדבר הביקורת שבית-המשפט יכול וצריך להפעיל על שיקול-הדעת של רשות בטחונית בעניין בטחוני. הנשיא לנדוי אמר בפסק-דין זה כך⁶⁴:

עם כל כובד התפקיד, המוטל על שכם הממונים על קיום הביטחון, יש לחזור ולהזכיר, שגם הם כפופים לדין, ושהקפדה על קיום הדין אינה מטרה אלא חובה, שיש לקיימה בכל הנסיבות. זו חובתו של כל המפעיל סמכות במדינה או מטעמה לא רק למען שמירת זכותו של האזרח והתושב היחיד, יהיו חטאיו אשר יהיו, אלא גם — ואולי בעיקר — לשם שמירה על דמות המדינה כמדינת חוק למען כלל אזרחיה. תמיד שמנו מבטחנו בכך, שאצלנו אין קולו של החוק נדם אפילו בשאון מעשי האיבה שמסביב.

לא אוכל לסיים בלי להביא גם קטע קצר מדברי ממלא-מקום הנשיא, חיים כהן, באותו פסק-דין, וכך אמר⁶⁵:

מה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרת האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו — ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה.

62 שם, עמ' 125.

63 ראה בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (1) 617.

64 בג"צ 320/80 (לעיל, הערה 61), 119–120.

65 שם, עמ' 132.

