

"תקופה מתקתקת": תפיסות שיפוטיות של הזמן הלאומי והשפעתן על זכויות אדם בישראל

מבוא. א. שתי תפיסות שיפוטיות של זמן. ב. "שגרת חירום": בין צניעות טמפורלית לטמפורליות כל-יודעת. ג. מסוכנות של ערכים בישראל בצל "שגרת החירום": הארכות מעצר עקב אירועי אוקטובר 2000 והיווצרות הדוקטרינה הטמפורלית: 1. "עברות שהזמן גרמן": צמיחת הדוקטרינה הטמפורלית בהחלטות על הארכת מעצר באירועי אוקטובר 2000; 2. ההשלכות הנורמטיביות והפוליטיות של הדוקטרינה הטמפורלית; 3. השתרשות הדוקטרינה הטמפורלית מאז האנתיפאדה השנייה. סיכום.

[...] ההווה פעור, הדור על-ידי מה שנקרא "המצב", ההפרעה להווה. המצב עצמו הוא בין הזמנים, כי הוא מצב ביניים, בעיה הממתינה להיפתר, לצאת מהמצב, ולחזור להווה. אנחנו חיים בין המצב להווה עד כדי כך, שכששואלים אותנו מה שלומנו [...] אנחנו מפרידים לשתיים את התשובה – אחת על עצמנו ואחת על המצב [...] הזמן, התקופה, מסומנת על-ידי המצב – המלחמה, הפוליטיקה, החיפוש המתמיד והנלאה אחר פתרון למצב.¹

מבוא

קרול גרינהאוס, אנתרופולוגית של המשפט, כתבה על הקשר בין הזמן למשפט:

* המאמר מוקדש לזכרו של המאמן שלי בהתמחות, המשנה לנשיא מישאל חשין, שהלך לעולמו בשלבי העבודה האחרונים על המאמר. השופט חשין לימד אותי על תחושת האחריות המייסרת הכרוכה בהיות משפטן בכלל ושופט בפרט. לא פעם ביטא באוזניי תסכול מן החוקרים באקדמיה, שלהבדיל משופטים לא נדרשים להכריע ולכן קל להם לפתח ביקורת. נדמה לי שגם כלפי המאמר הזה היה מפנה השופט חשין טענה כזו, ועדיין, אני בטוחה שדעתו הייתה מופסת במידת מה, הן בשל אמונתו בכנות הניתוח והן בשל האהבה שהעתיר על מתמחיו ומסירותו להם. המונח "תקופה מתקתקת" שימש את השב"כ בימי האנתיפאדה השנייה להצדקת שיטות חקירה לא קונבנציונליות גם אם הנחקר איננו בגדר "פצצה מתקתקת" (כך למדתי משיחה אישית עם איש שב"כ). אני מודה לדניאל דרנגר, לשי אוקסנברג ולתמי יקירה על עזרתם במחקר. אילן סבן, ארנה בן-נפתלי, דפנה ברק-ארוז, שי לביא, זהר כוכבי ומני מאוטנר העירו על טיוטות מוקדמות ותרמו מאוד למאמר. תודה גם לעורכות הקשובות והמעמיקות ניצן גרין ואיה מרקביץ' ולחברי המערכת אורי שון פרלמן, ש"י אגמון ומיכל מלול, שהצעותיהם שיפרו את המאמר במידה ניכרת. כל ההדגשות מהציטוטים אינן במקור, אלא אם צוין אחרת. זלי גורביץ' "ההווה הישראלי" על המקום 81, 99 (זלי גורביץ' עורך, 2007).

[T]emporality and legality are conceptually fused [...] through their mutual implications of a total order in relation to which social life acquires meaning.²

המשפט תוחם את הזמן והזמן בתורו תוחם את המשפט. יחסיהם ההדדיים של הזמן והמשפט מכוננים ומשמרים את הסדר החברתי ויוצקים בו משמעות. כפי שהמשפט איננו אחד כך גם הזמן איננו אחד. בדמיון האנושי הזמן לובש צורות רבות באמצעות מטאפורות כמו מחזורי, מעגלי, אוניברסלי, לינארי ועוד. מאמר זה עוסק בזיקה שבין האופן שבו שופטים מדמיינים את הזמן לבין הכרעות משפטיות הנוגעות לזכויות אדם, ובמיוחד לזכויות שמתנגשות עם שיקולי ביטחון.

כפי שהבחינו הוגים רבים, מי שבכוחו לתחום את הזמן – הוא בעל הכוח.³ מאמר זה עוסק בהיבט של היחסים בין זמן, משפט וכוח שטרם נחקר: הוא עוסק בכוחם של שופטים לפתח נרטיב על אודות מהלכו של הזמן – במיוחד הזמן הלאומי – ובהשפעת הכוח הזה על המצב הנורמטיבי. בחינה של פסקי דין העוסקים באיזון בין ביטחון המדינה לבין זכויות אדם מעלה שתי גישות שיפוטיות כלפי הזמן. גישה שיפוטית אחת פועלת על סמך הטענה המובלעת שיש בכוחו של השופט לצייר ולהבין את ציר הזמן הלאומי, להביט עליו מנקודת מבט חיצונית לו ולהנחות את החלטתו על בסיס הנקודה על ציר הזמן שבה, לשיטתו, האומה נמצאת. הזמן משמש כאן גורם מצדיק של ההכרעה השיפוטית. הגישה השיפוטית האחרת מסרבת לנכס עמדה רואה-כול ביחס לזמן ופועלת מתוך צניעות באשר ליכולת להבין את ההווה מתוך היכרות עם העבר וצפיית העתיד. ההבדל בין שתי הגישות מוביל לשתי עמדות מנוגדות באשר להיקף ההגנה על זכויות אדם. כפי שיודגם בהמשך, תפיסות הזמן של השופטים ממלאות חלק מכריע בעיצוב החלטותיהם, ובכך הזמן נהפך לכלי בלתי-נראה בעיצובן של נורמות. השאלה הנובעת מממצא זה היא, כמובן, שאלת הלגיטימיות של כל אחת מהעמדות השיפוטיות כלפי הזמן – שאלה שתיבחן אף היא.⁴

2 Carol J. Greenhouse, *Just in Time: Temporality and the Cultural Legitimation of Law*, 2 (1989) 1631, 1631 (1989) 98(8) YALE L.J.

3 "ריבוי הוא מי שמכריע על מצב החירום"; קרל שמיט תיאולוגיה פוליטית: ארבעה פרקים על תורת הריבונות 25 (רן הכהן מתרגם, 2005 [1922]). ראו גם Oren Gross, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the* 21 (2000) 1825 CARDOZO L. REV. "Norm-Exception" Dichotomy, 21; ג'ורג'יו אגמבן "מצב החירום" לפני משורת הדין: החריג ומצב החירום 129 (יהודה שנהב, כריסטוף שמידט ושמשון צלניקר עורכים, 2009 [2003]) (הכרזות על מצב חירום מכשירות הפיכת פרטים ל"חיים חשופים" שאינם מוגנים על ידי המשפט).

4 אליסון לקרואה סבורה שבית המשפט העליון האמריקני מבטא, בהקשרים שונים, תפיסה שלפיה יש לו עליונות מוסדית בהערכת שאלות הנוגעות לתיחום הזמן: "Justices appear to have shared a deep belief in judicial supremacy for assessing questions of time". Alison L. LaCroix, *Temporal Imperialism*, 158 U. PA. L. REV. 1329, 1348 (2010). הרגש של מחקרה שונה אך משיק למחקר הנוכחי: לקרואה עוסקת בפסקי דין הקובעים את התקופה שבה תחול ההלכה שנקבעה בהם, ואילו המחקר הנוכחי עוסק ביישום החוק בהתאם לתפיסת השופטים את הנקודה שבה האומה נמצאת על ציר זמן הלאומי. כך, למשל, לקרואה מצביעה על קביעתו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 351 (2003).

רובד נוסף של הניתוח יעסוק לא בטענה השיפוטית בדבר עצם הסמכות, היכולת והצורך לתחום את הזמן, אלא בשאלה כיצד נראה אותו ציר זמן שהשופטים מסרטטים כשהם מייצרים נרטיב של הזמן הלאומי הישראלי. כפי שאטען, ציר הזמן הזה משקף תודעת עומק שלפיה צפויים ימים יפים באופק הרחוק, אך כעת ישראל נמצאת במעין הווה מתמשך של משברים תכופים, משברים שמגיעים לשיא־חירום בתוך מצב החירום "הרגיל". מצב חירום "רגיל" הוא כמובן אוקסימורון, אך כפי שנראה, שיטת המשפט הישראלית מקבלת אותו כמחויב המציאות.

איל חוברס ורויטל עמירן־ספיר מבחינים כי הזמן היהודי הוא זמן שמחד גיסא מתנהל בתוך חוקיות צפויה מראש: אדם שחי בתוך תודעת הזמן הזה יודע כיצד יראה מחזור השנה ומה יהיו חובותיו וטקסיו, חגיו וצומותיו בכל יום; מאידך גיסא, זהו זמן בינארי המתחלק לשניים: עבר והווה קשים, ועתיד משיחי שיגיע במועד בלתי ידוע, אבל הוא זה שמאפשר להסכין עם העבר וההווה. לדבריהם, יש "גדר התוחמת ומפרידה" –

בין העולם הנוכחי, שבו נדרש היהודי לפעול ולהתמודד עם מוראותיו, לבין העולם המשיחי האפוקליפטי שהוא לומד לייחל לו [...] גדר מפרידה בין ההיסטוריה לגאולה, בין חייו המעשיים של האדם לבין כמיהותיו וחלומותיו העמוקים שאין הוא יכול, ואף נאסר עליו בתכלית האיסור, לעשות דבר על מנת לממשם.⁵

לטענתם, תפיסה זו גוררת המעטה בחשיבות ערכה של הפוליטיקה ותפיסה מוגבלת ובעייתית של אזרחות. אם ממילא הזמן הוא סטיכי, וכוח הגורל הוא זה שיקריע מתי ניגאל, אזי אין משמעות למאמצים להפוך את ההווה לחלק החשוב בזמן ולפעול כשחקנים פוליטיים למען חברה הוגנת יותר, למשל.⁶

כך, ההווה הרע לתפארת נהפך למוצדק ואפשרי באמצעות תפיסה של עבר ועתיד המקנים לו משמעות ואף מצדיקים, כפי שחוברס ועמירן־ספיר רומזים, את הכרסום בהגנה על זכויות אזרחיות. לפי תיאור זה, אין מקום לנורמלי ולשגרת: ההווה הנמשך הוא רצף של חבטות ואיומים, והשגרה שראויה להווה כזה היא שגרת התמודדות, שגרת חירום. אטען כי מאז האנתיפאדה השנייה אפשר לזהות במשפט הישראלי התערערות של התפיסה המבקשת לרבוך בקנאות בחלוקה הבינארית בין מצב חירום למצב שגרה. משכי המקטעים שבין שגרה לחירום הולכים ומתקצרים, כך שתחת הדואליות של מלחמה ושלוש מתפתחים בחקיקה, בפסיקה ובפעולות המנהליות תתי־סיווגים משפטיים, המסמנים רגעי שיא ורגעי

שהעדיפה מתקנת על בסיס גזע בהשכלה הגבוהה בארצות־הברית לא נחשבת הפרה של הזכות לשוויון ב־25 השנה שאחרי הפסיקה, אך בתום תקופה זו תהיה העדיפה מתקנת בבחינת אפליה. היא מבחינה כי השופטת אוק'ונור מתעקשת על הסימטריה בין זמן שיפוטי לזמן חברתי ועל התקדמות הזמן באופן פרוגרסיבי ולינארי (LaCroix, שם, בעמ' 1371). כפי שאדגים להלן בחלק ב', גישה זו דומה לגישתו של השופט קרמי (דעת מיעוט) בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד(1) 258 (2000).

5 איל חוברס ורויטל עמירן־ספיר "תנועה בין השמשות: על זמן, בניין ואזרחות בציונות" שפת אורח בישראל 44, 45 (דן אבנון עורך, 2006). ראו גם Eyal Chowers, *Time in Zionism: The* Life and Afterlife of a Temporal Revolution, 26(5) POL. THEORY 652 (1998).

6 חוברס ועמירן־ספיר, שם, בעמ' 45-48.

שפל במסגרת מצב החירום "הרגיל" והמתמשך שישראל נתונה בו. כך, חלוקת ציר הזמן לפיסות דקות מאוד משטיחה אותו עד שכולו נהפך לזמן חירום המאפשר השהיה של זכויות אדם. הניתוח שלהלן יהיה בחלקו דוקטרינרי ובחלקו טקסטואלי, כלומר: כזה העוסק בבחירות הרטוריות, הנרטיביות והסגנוניות של פסקי הדין.⁷

פרק א' ימפה שתי גישות שיפוטיות באשר ליחסים בין השופט, הדין והזמן; פרק ב' ינתח שורה של פסקי דין קאנוניים בתחום ההתנגשות בין שיקולי ביטחון לזכויות אדם, וידגים כיצד עולות מהם שתי הגישות השיפוטיות הנזכרות לעיל. פרק ג' הוא לב המחקר: בעוד שפרק ב' מנתח פרושות שבמרכזן האיזון בין ביטחון לבין זכויות אדם של פלסטינים תושבי השטחים, פרק זה יבחן הליכים הנוגעים לזכויות של אזרחי ישראל, בעיקר ערבים אך גם יהודים. הדוקטרינה המנותחת בפרק זה נולדה בדיונים בתיקי מעצר עד תום ההליכים במהלך אירועי אוקטובר 2000. בתיקים אלה צץ מושג פלילי חדש: "עברות שהזמן גרמן". מושג זה אִפְשָׁר – בתיווך מושג הזמן – לצקת תוכן חדש בדיני המעצר עד תום ההליכים. בפרק זה אבחן את השפעות הדוקטרינה הזו ואראה כיצד התגלגלה לעשור הנוכחי ולהקשרים משפטיים נוספים. בסוף אסכם.

א. שתי תפיסות שיפוטיות של זמן

אפשר לפענח את קוצר הרוח והעדר ההווה כנובעים מצוק העתים, ממצב הכיבוש, המלחמה, חוסר הגבולות, חוסר הביטחון הקיומי, כמו גם מהפיזור הגדול של אנשים וקבוצות והווים ישראלים, מהמצב הלא-מגובש של החברה הישראלית, שהיא בעצם התהוותה, במצב ביניים, במשא ומתן עקרוני בתוך עצמה, ועל כן נרתעת מפני קביעה או קביעות, מפני סגירת מעגלים.⁸

כידוע, עד היום לא הצליח המשפט הישראלי להסכיין עם האפשרות שלא יחול בו מצב חירום⁹ – מצב המצדיק ומכשיר שימוש נרחב בסמכויות הרשות המבצעת, גם על חשבון

7 להצדקות של ניתוח טקסטואלי ראו יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר": על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי "משפטים לא" (3) 579 (2001).

8 גורביץ', לעיל ה"ש 1, בעמ' 86.

9 מצב החירום במשפט הישראלי חל במקור מכוח הנוסח המקורי של ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1. ס' 9 הנ"ל בוטל בשנת 1992 (ראו ס' 59 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח 1396, 225 (תיקון עקיף לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948), ומאז שנת 1992 חל מצב החירום מכוח חוק-יסוד: הממשלה; מאז תיקונו של חוק זה ב-2001 ההכרזה נעשית לפי ס' 38 לחוק היסוד. לסקירה ביקורתית של הדין הישראלי וההשוואתי בעניין ההכרזה על מצב חירום ראו Oren Gross, *Providing for the Unexpected: Constitutional Emergency* (2003) 33 ISRAELI YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 1. לטענה שמצב חירום הוא חלק אינהרנטי משלטון החוק, ולא חריג המאפשר "חורים שחורים" שבהם המשפט לא חל, ראו Mark Neocleous, *The Problem with Normality: Taking Exception to "Permanent Emergency"* 31 ALTERNATIVES: GLOBAL, LOCAL, POLITICAL 191 (2006). המשגה זו משכנעת רק חלקית: ניוקליוס צודק בטענתו שהמשפט אכן מתכוון לחול גם על תקופות החירום ואיננו מסכיין עם "חורים שחורים" שבתחומם לא יחול, אך לדעתי הוא איננו מייחס די משקל לכך

פגיעה בזכויות אדם.¹⁰ למרות ניסיונות חקיקה של הכנסת להסדיר את ההכרזה על מצב חירום באופן דקדקני יותר, מאז היווסדה נותרה המדינה במצב חירום משפטי מתמשך.¹¹ פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שאושרה במועצת המדינה הזמנית ארבעה ימים לאחר קום המדינה, העניקה למועצת המדינה הזמנית סמכות להכריז על "מצב של חירום"¹² ולהתקיין תקנות לשעת חירום שכוון יפה "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים". הפקודה לא הגבילה את משך התקופה של מצב החירום שעליו הממשלה יכולה להכריז. מאז שנת 1992 תחמה הכנסת את משך התקופה שעליה מותר לכנסת להכריז כמצב חירום לשנה אחת, תוך יכולת חידוש תמידית.¹³

בשנת 1999 הגישה האגודה לזכויות האזרח עתירה לביטול ההכרזה על מצב חירום, שהארכות החוזרות ונשנות שלו יוצרות רצף של מצב חירום מאז קום המדינה.¹⁴ העותרים טענו כי "חקיקת חירום ראויה – מתוקף היותה חקיקה במצב דוחק קיצוני – אמורה לאפשר לרשויות המדינה לאמץ במהירות, וביחס למצב קונקרטי, הסדרים משפטיים מוגבלים עד יעבור זעם. לעומת זאת, חקיקת החירום בישראל [...] מאופיינת [...] בכך שהיא יוצרת מציאות מתמשכת ובלתי מרוסנת בהקשר זה".¹⁵ שופטי בג"ץ הכירו בצדקת טענות אלה ואף הורו למשיבות להכין את התשתית החקיקתית המתאימה להעברת חקיקת החירום למתכונת של חקיקה אזרחית, כדי שאפשר יהיה לבטל את ההכרזה על מצב החירום.¹⁶ עם זאת, אף על פי שהתהליך לא הושלם, החליטו שופטי בג"ץ למחוק את העתירה 13 שנה אחרי שהוגשה. בנימוקיהם ניכרת תודעה של "שגרת חירום" המאפיינת את האקלים הטמפורלי שבו שיטת המשפט הישראלית פועלת. כך כתב השופט (כתוארו אז) רובינשטיין:

אומנם, עתירה זו ראויה היתה, והמסר שבליבה לא לשווא היה, אולם [...] אין ניתן להתעלם מכך שישראל טרם באה אל המנוחה ואל הנחלה. אכן, בישראל

-
- שהכרזה על מצב חירום נותנת לגיטימציה להתרופפות של נורמות חוקתיות והסדרים חוקיים שבזמנים כתיקונם מספקים הגנה רחבה יותר מפני פגיעה בזכויות יסוד.
- 10 כך, למשל, מכוח סמכותה לפי ס' 39 לחוק-יסוד: הממשלה, התקינה הממשלה את תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי), התשס"ד-2003, ק"ת 30, שאפשרו להוציא צו המחייב כל עובד כהגדרתו בתקנות להתייצב לקריאה לבצע את עבודתו, תוך כדי פגיעה בזכות השביתה.
- 11 כך, לדוגמה, הכריזה הכנסת על מצב חירום מיום 8.12.2014 עד יום 7.12.2015 (הכרזה על מצב חירום לפי חוק-יסוד: הממשלה, י"פ התשע"ד 2114).
- 12 לעיל הש"ש 9.
- 13 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח 1396 (14.4.1992), ס' 49-53. חוק היסוד קובע סייגים לכוחן של תקנות שעת חירום שיוקנו מכוח ההכרזה על חוק שעת חירום. מלבד תחולתן לתקופה מרבית של שלושה חודשים (עם אפשרות הארכה תמידית), התקנות צריכות להיות מתחייבות ממצב החירום ואין בכוחן להתיר פגיעה בכבוד האדם או פגיעה בגישה לערכאות ואין בכוחן לקבוע ענישה רטרואקטיבית. כיום הסמכות מעוגנת בס' 38-39 ו-41 לחוק היסוד.
- 14 בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012).
- 15 שם, פס' ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.
- 16 שם, בפס' יא-יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פסק דינה של הנשיאה ביניש.

היו וישנן תקופות ממושכות של רגיעה בטחונית יחסית, אולם רוחות המלחמה לא חדלו מעולם [...] ¹⁷

ההנמקה מבוססת על מתח בתפיסה השיפוטית של ישראל: מצד אחד – מדינה ככל המדינות, היכולה להרשות לעצמה חיי שגרה ואף שמירה על זכויות אדם; מהצד האחר – מדינה הנתונה במצב חירום מתמשך. והוסיף השופט רובינשטיין:

ישראל היא מדינה נורמלית שאינה נורמלית; היא נורמלית, כי היא דמוקרטית פעילה שזכויות היסוד בה, ובהן בחירות חופשיות, חופש ביטוי, עצמאות בתי משפט וגם הייעוץ המשפטי – נשמרות. היא ממלאת ביסודם את יעודיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא אינה נורמלית, כי טרם הוסרו איומים מעל קיומה, מדינה דמוקרטית יחידה המצויה תחת איום כזה, וגם טרם הוסדרו כראוי יחסיה עם שכניה, חרף הסכמי שלום עם מצרים וירדן והסכמים מסוימים עם הפלסטינאים, והמאבק בטרור נמשך, וכנראה יימשך בעתיד הנראה לעין. עדיין איננו יושבים איש תחת גפנו ואיש תחת תאנתו. ¹⁸

שורות אלה מבטאות יחסים אמביוולנטיים הן עם האפשרות לבטל לחלוטין את מצב החירום (וכך לאבד בעת הצורך מכשירים משפטיים חיוניים) והן עם האפשרות להותיר את מצב החירום על כנו (ולהסכין עם חיים במדינה ובמשטר משפטי הנתונים בהגדרה במצב לא נורמלי ושולטת בהם תודעת חירום תמידית). לטענתי, ריכוך המתח הזה נעשה באמצעות הבנת מצב החירום "הרגיל" כמצב של שגרה המתחייב מהמצב הישראלי. כדברי השופט רובינשטיין, גם במצב החירום מתאפשרת שמירה על יסודות דמוקרטיים כמו חופש ביטוי או עצמאות שיפוטית. תפיסת בית המשפט היא שלכשיגיעו משברים ביטחוניים הם ייצרו מצב חירום מיוחד, כתת־קטגוריה של מצב החירום "הרגיל" שבו נמצא המשפט הישראלי. מצב החירום "הרגיל" איננו סיבה לדאגה, מפרספקטיבה של זכויות אדם, משום שהוא מבטא "שגרת חירום". בתוך שגרת החירום הנמשכת צפויות נקודות שיא של מצבי חירום (מבצעים, מלחמות, אנתרופודות וכיוצא באלה). כפי שנראה, תפיסה זו – של רגעי חירום מיוחדים בתוך מצב החירום השגורתי – היא גישה דומיננטית בשיח המשפטי הישראלי.

המונח "זמן חירום תמיד" הוא תרתי דסתרי: הוא נרמול החרג באופן שמרוקן אותו ממשמעותו החרגה. ¹⁹ אם כן – איך מתמודדים בתי המשפט הישראליים עם מצב החירום המתמשך? כיצד, בפרפרזה על דברי השופט רובינשטיין, הם שומרים על נורמליות בתוך האבנורמליות? אפשר לזהות שתי גישות שיפוטיות לחשיבותו של הזמן הלאומי ולכוחו להכתיב את פרשנותן של נורמות ואת יישומן. בין שתי הגישות יש מתח מתמשך, המתעצם בתיקים העוסקים בביטחון המדינה אל מול זכויות אדם.

גישה אחת גורסת שבכוחו של השופט להביט ממעוף הציפור ולזהות כיצד נראה ציר הזמן הלאומי – מנין באה מדינת ישראל ולאן היא הולכת – ולבסס את פסיקותיו על בסיס

17 שם, בפס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

18 שם, בפס' יח.

19 אפשר אף למצוא קורלציה בין חיים בתוך תודעה של זמן חירום תמידי לבין חיים במצב של פוסט־טראומה שלא נמצא לו מזור. כך, למשל, ידוע כי ניצולי שואה רבים המשיכו להחביא מזון עשורים רבים אחרי שניצלו ממחנות הריכוז וההשמדה.

הבנתו את הציר הזה ואת הנקודה על הציר שבה אנו נמצאים עכשיו. לפי תפיסה זו, יש לשופט יכולת לראות את ההווה מחוץ להווה ולמקמו על נקודה בציר הזמן שבין העבר לעתיד. יכולת זו – לשים את ההווה בהקשר היסטורי רחב יותר – מכתובה את הנורמות הראויות להווה זה. אין צורך לומר כי שופטים לא מצהירים על גישה זו וברוב המקרים גם דומה שאינם מודעים לכך שזוהי הגישה שעל בסיסה הם מכריעים. מאחר שגישה זו מייחסת משמעות יתרה לעבר ולעתיד, היא אינה מייחסת משקל רב להווה. הטענה המובלעת בתפיסה זו היא שהעתיד הלאומי הוא ידוע והוא עתיד טוב יותר, ולכן חשיבותו של ההווה – גם אם הוא קשה ורע – היא חשיבות משנית; ואם חשיבותו של ההווה הקשה היא משנית, אזי פגיעה בזכויות אדם בהווה היא נסבלת ואף מתבקשת, כשבאופן צפוי עתיד מבטיח שישיכח ואף יצדיק את העבר החורק.

הגישה האחרת מתאפיינת בצניעות באשר ליכולתו ולסמכותו של שופט ליצור נרטיב טמפורלי סדור שעליו לפעול מתוכו. לפי גישה זו אין לשופט אלא את ההווה שלפניו. מובן שהוא יכול להביא בחשבון שיקולים הנוגעים לעבר או לעתיד הצפוי, אולם הוא חשדן מאוד באשר לאפשרות לעצב את ההווה לפי מה שהעבר מספר או שהעתיד מנבא. ההווה הוא הזמן היחיד שבכוחנו לעצב באמת ושעליו עלינו לתת דין וחשבון, ואין לתת לעבר ולעתיד המדומיינים את הכוח הכמעט קטגורי לגבור על שיקולי צדק בהווה. מגישה זו נובעת גם זהירות מפני כוחו הנורמטיבי של זמן החירות. בישראל – שבה, כפי שנראה להלן, מיטשטשת בשנים האחרונות הדואליות המובהקת בין זמן שגרה לזמן חירות – האפשרות לשהות בהווה הולכת ונעשית קשה משום שמצב החירות מבסס את הלגיטימיות שלו על היותו מצב זמני. בהתאם, גישה זו דוחה את האפשרות לשהות את ההגנה על זכויות האדם בהווה משום שהיא מסרבת לתת לעתיד המדומיין את הכוח להקטין את חשיבותו של הווה. המתח בין שתי הגישות יודגם מיד באמצעות דיון בארבעה פסקי דין מכוננים העוסקים בהתנגשות בין ביטחון המדינה לבין זכויות אדם. ככל המקרים היו השופטים חלוקים בינם לבין עצמם, או חלוקים עם עמדת המדינה, בשאלות איזה משקל ראוי לתת לעובדה שההווה סוער מבחינה ביטחונית, איזו יכולת יש לשופטים לצפות עד מתי יימשך המצב הנוכחי ומה יקרה בסופו, והאם מסגור טמפורלי כזה או אחר צריך להכריע בדבר מהותן ובדבר היקפן של זכויות אדם.

ב. "שגרת חירות": בין צניעות טמפורלית לטמפורליות כל-יודעת

בחלק זה אדגים את האופן שבו ההמשגה שאני מציעה פועלת על ארבעה פסקי דין מכוננים: פרשת קעדאן,²⁰ פסק הדין בעניין הפטור מאחריותה הנזיקית של המדינה לנזקים לרכוש בזמן פעולה מלחמתית (להלן: פרשת עדאלה נזיקים),²¹ פסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים²²

20 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 4.

21 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006).

22 בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: עניין הסיכולים הממוקדים).

ופסק הדין בעניין **איחוד משפחות**.²³ בפסקי דין אלה משתקף המתח בין שתי התפיסות השיפוטיות שתוארו לעיל. את התפיסה השיפוטית השנייה, שלפיה אל לשופט להכניס שיקולים טמפורליים לפרשנות הדין וליישומו, הוביל הנשיא (בדמי) ברק. ברק דחה בעקביות ובהקשרים שונים את טענת המדינה שלפיה במצב החירום שאנחנו נתונים בו, בדרגות משתנות, ראוי להשהות את הנורמות התקפות בעת שגרה. אטען כי מפסקי הדין אפשר להסיק שברק סבור כי דמוקרטיה כרוכה בהנחת יסוד של נורמליות וכי היא חשדנית מאוד כלפי מצב תודעתי של חירום. בגישת המשיבים בעתירות שיידונו להלן (שהם, על פי רוב, המדינה או זה"ל, ומייצגים את הגישה השיפוטית הראשונה שתוארה לעיל), מובלעת הטענה שבעתיד בלתי-מוגדר יהיה טוב יותר ואז אפשר יהיה לתת לזכויות האדם את ההגנה המלאה הראויה להן. העתיד הנכסף מקל על השהיית זכויות האדם, שהרי השהיה זו תסתיים מיד כשיהיה טוב יותר. טענת המשיבים, שמתקבלת על דעתם של שופטים רבים, היא שאפשר (וצריך) לנקוט נקודת מבט חיצונית, ממעוף הציפור, לזהות את ציר הזמן הלאומי ואת כיוון ההתקדמות שלו – ולפעול בהתאם למה שציר זה מכתיב.

בעניין **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**²⁴ ביקשו העותרים, זוג ערבים תושבי בקעה אל גרביה, כי בג"ץ יורה לרשויות התכנון לאפשר גם לערבים לרכוש קרקע ביישוב קציר, אפשרות שנמנעה מהם עקב הסדרים חוקיים ומנהליים שייחדו את מכירת הקרקע ליהודים. המשיבים טענו כי הקהילה בקציר, בדומה לאחרות כמוה, היא חלק מפרויקט בן מאה שנה של יישוב אזורים בישראל שבהם הנוכחות היהודית דלילה, וכי יעדיו של פרויקט זה עולים בקנה אחד עם אופי השיטה הישראלית כמדינה יהודית ודמוקרטית. בשל כך – המשיכו המשיבים – קבלת העתירה משמעותה חיסול המפעל המשגשג של התיישבות יהודית בישראל, מפעל שנועד לוודא שהארץ המובטחת תישאר זמינה ליהודים לדורות הבאים. טיעון נוסף להגנת השמירה על קציר כיישוב יהודי הוא שיישובי ספר כאלה מפגינים נוכחות יהודית בגבולות המדינה ויצרים רצף טריטוריאלי בין אזורים המאוכלסים ביהודים לאזורים שיש בהם ריכוזים של אוכלוסייה ערבית. לבסוף, נטען, אכלוס של קציר בערבים עלול להקשות את ההגנה על היישוב שנחשף בעבר לפעולות טרור.

בקבלו את העתירה דחה הנשיא ברק את ניסיון המשיבים להגדיר את שאלת היקפה של הזכות לשוויון של העותרים במונחים טמפורליים, שלפיהם האתגרים הביטחוניים – הן אלה שצלחה ישראל והן אלה שעוד נכוונו לה – מובילים למסקנה שלא הפליה יש כאן אלא הבחנה עניינית הנובעת מצוק העתים. לדבריו, תשובות המשיבים לעתירה –

מעוררות בעיות כלליות קשות וסבוכות. יש להן חשיבות הן לגבי העבר והן לגבי העתיד. עם זאת, אין לנו צורך להתמודד עמן בעתירה שלפנינו. עתירה זו, אין עניינה מכלול ההתיישבות היהודית על כל היבטיה; עתירה זו אין עניינה פעולותיה של הסוכנות היהודית על כל גווניה. העתירה שלפנינו עניינה יישוב קהילתי מסוים שהקמתו אינה מעוררת את מכלול הבעיות שהסוכנות היהודית והתאחדות האיכרים מעוררות [...] לא ניתן להבין – ולא הונחה בפנינו כל תשתית

23 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה אזרחות).

24 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 4.

עובדתית – מדוע דווקא מגוריהם של העותרים ביישוב הקהילתי, מרחק של כ-2 ק"מ מן השכונה שנבנתה על-ידי משרד הבינוי והשיכון, מצדיקה פגיעה בעקרון השוויון.²⁵

בכך חשף ברק, ואף הרף, את האסטרטגיה הרטורית שבה המדינה משתמשת ושופטים משתמשים בהקשרים רבים: הסטה של הנושא הקונקרטי – שהוא זכויותיו של הפרט העותר עכשיו – אל הקשר טמפורלי רחב, באמצעות מיקום המחלוקת הנוכחית על ציר זמן שיש בו נרטיב מגובש על העבר ונרטיב מגובש לא פחות (אך מדומיין מעט יותר) של סוגי העתיד הצפויים לנו אם נתקבל העתירה ואם לא נתקבל.²⁶ ברק התעקש על כך שלצורך פתרון הסכסוך הספציפי שהתגלע בין קעדאן לבין מנהל מקרקעי ישראל אין צורך להידרש להקשר ההיסטורי הרחב – לנרטיב החגיגי של תקומת עם ישראל בארץ ישראל – ואף לא לתרחישי האימה של חיסול המפעל של יישובי הספר, החלשת כוח העמידה של קציר, ואף האפשרות (שאף היא נטענה על ידי המשיבים) של עזיבה המונית של יהודים את קציר והפיכתה ליישוב ערבי.

הנשיא ברק הדגיש כי העתירה לא עוסקת בביקורת על העבר, שבו הקצתה הסוכנות היהודית אדמות ליהודים בלבד ובכך תרמה להקמת המדינה;²⁷ אף היחס לעתיד טובע, לגישתו, צניעות. ברק סירב לתפוס את עמדת המתבונן מלמעלה הטוען במשמע ליכולתו לצפות את העתיד:

בנוסף לכך, לדעת ולזכור כי אנו עושים כיום צעד ראשון בדרך קשה ורגישה. מן הראוי לצעוד בדרך זאת עקב בצד אגודל, שלא נמעד וניכשל, אלא נתקדם בה בזהירות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות של כל מקרה. עם זאת, גם אם הדרך תהיה ארוכה, חשוב שנדע תמיד, לא רק מאין באנו, אלא גם לאן אנו הולכים.²⁸

- 25 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 4, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 26 במקום אחר דנתי באסטרטגיה דומה, שבה המשיבים או בית המשפט הודפים טענת אפליה בטיעון שמתן תרופה לעותר יעמיק הפליה של קבוצות אחרות. ראו Yofi Tirosh, *Reciprocal Antidiscrimination Arguments*, 6(2) LAW & ETHICS OF HUM. RTS. 228 (2012) (במציאות שבה מבנים של אי-שוויון הם עמוקים ומתפרסים על כל תחומי החיים ועל הרבה קבוצות, לא יהיה זה לגיטימי מצד בית המשפט לקבל טענה המבקשת להרחיב את ההקשר שבו נבחנת טענת אפליה כדי לחשוף שמתן תרופה לעותר יפגע בזכות לשוויון של קבוצה אחרת).
- 27 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 4, פס' 37 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 28 שם. ברק לא המשיך את הציטוט, המצווה גם את הפרט לדעת לפני מי הוא עתיד לתת דין וחשבון ("הסתכל בשלושה דברים ואין אתה בא לידי עבירה. דע מאין באת, ולאן אתה הולך, ולפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון. מאין באת, מטיפה סרוחה. ולאן אתה הולך, למקום רימה ותולעה. ולפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון, לפני מלך מלכי המלכים הקדוש ברוך הוא" (משנה, מסכת אבות ג, א)), אך נדמה שלרגע זה בדיוק הוא מכוון – ודאי כשופט, אך גם כמי שרוצה להעיר את "בלוטות המוסר" של קוראיו. בדונו בממד הטמפורלי של הפסיקה בעניין קעדאן טען חסן ג'בארין כי עבור בית המשפט העליון הייתה חשיבות לכך שהעתירה הייתה צופה פני עתיד. ראו חסן ג'בארין, "ישראליות' הצופה פני עתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" *משפט וממשל* ו 53 (2001).

ודוק: ברק איננו מתכחש לעבר או לעתיד. כמו שופטי המיעוט שבנימוקיהם אדון מיד, ברק תופס את עצמו כשופט הפועל בתוך ההיסטוריה, וככזה הוא נטוע בזמן ובמקום מסוימים – אך הוא מסרב להעניק למסגור הטמפורלי, שלפיו ישראל נמצאת במאבק דמוגרפי וטריטוריאלי רבי־שנים, את הכוח להכתיב את ההשלכות המשפטיות, ההקצאתיות והפוליטיות שבהכרעה בעתירה כעתירתם של הזוג קעדאן. עולה מכאן גישה צנועה באשר ליכולתם של בני תמותה להנחות את עצמם ואת הכרעותיהם לפי תכתיבי הזמן, כפי שהם מבינים אותם. יש פה גם סירוב לטשטש את החלוקה הבינארית בין זמן מלחמה לזמן שלום: אם זו לא עת מלחמה, אז אין לקבל את התזה שזו חצי־מלחמה, מעין זמן קשה נמשך ונמשך שמצדיק עיקום וצמצום של זכויות אדם. כך אי־אפשר ולא ראוי לפרש נורמות, ודאי לא נורמות כמו הזכות לשוויון. דעת המיעוט של השופט קדמי נסבה כולה על אי־הסכמה עם הנשיא ברק באשר למסגור הטמפורלי של הסכסוך שעל הפרק. השופט קדמי הציע מסגור אלטרנטיבי לזה של הנשיא ברק, המבוסס על ציר זמן מדומיין של האומה הישראלית (ולמעשה היהודית). השופט קדמי הסכים עם הנשיא ברק באשר למעמד הגבוה של הזכות לשוויון במשפט הישראלי, אך לדידו מכאן לא נגזר כי באיזון בין זכויות לבין ערכים אחרים – כמו ביטחון לאומי – תמיד תגבר הזכות לשוויון:

העמדה העקרונית האמורה – למיטב הבנתי – אינה חוסמת את הפתח בפני איזון בין ערך השוויון לבין ערכים אחרים וביניהם ערך הביטחון הלאומי. ערך זה מדבר בהבטחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובנסיבות שבהן יש לכך הצדקה – בהתחשב במיקומו או בתכלית הקמתו של יישוב המוקם על קרקע ממלכתית – בכוחו לכרסם את ערך השוויון ואף לדחותו (להלן – פתח האיזון).

בראשית דרכה של המדינה, היו היקפו וממדיו של 'פתח האיזון' האמור רחבים יחסית, לנוכח המשקל שהיה בשעתו לערכים האחרים – וביניהם ערך הביטחון הלאומי – בנסיבות המיוחדות שהיו קיימות אז. ברם, ככל שהמדינה התפתחה והסיכונים שעמדו על דרך ביסוסה כמדינה יהודית ודמוקרטית איבדו מכוחם, כך הלך והצטמצם הפתח. כיום ממדיו של הפתח צרים ומצומצמים ביותר, ואיזון כאמור יתחייב בנסיבות נדירות בלבד. לדאבונו הלב, טרם הגענו אל המנוחה ואל הנחלה, וכל עוד לא נגיע אליה, לא יהיה – ככל הנראה – מנוס מהותרת שרידים מן הפתח האמור על מכונם.²⁹

ההנמקה של דעת המיעוט נשענת על הטענה – שנשמעת כה הגיונית לאוזן הישראלית עד כי בקושי מבחינים בה או בקשייה – שהמצב הביטחוני בישראל משתפר כל הזמן. הנרטיב הזה מאפשר להניח את התזה הפרוגרסיבית שלפיה "פתח האיזון" – או האפשרות לתת משקל־יתר לשיקולי ביטחון – הולך ומצטמצם עם השיפור המתמיד במצב הביטחוני. מאחר שהחלטה להקים את היישוב קציר התקבלה 18 שנה לפני מתן פסק הדין, פשיטא שהמצב הביטחוני אז היה קשה יותר, ולכן חופש הפעולה של המדינה היה גדול יותר. לפי ציר הזמן שסרטט השופט קדמי טרם הגענו למנוחה ולנחלה: כיוון שלא שקטה הארץ לגמרי והאתגרים הביטחוניים בעינם, המדיניות של הקצאת הקרקעות ליהודים בלבד עדיין מצליחה להידחק

29 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 4, פס' 1 לפסק דינו של השופט קדמי.

דרך "פתח האיזון"³⁰. מסקנתו האופרטיבית של השופט קרמי הייתה שעל בית המשפט להסתפק במתן סעד הצהרתי, צופה פני עתיד, שלפיו מעתה ואילך יהיה זה בלתי־חוקי מצד המדינה להקצות קרקעות לגופים המקצים בתורם את הקרקעות באופן מפלה. בכך לא היה כדי להושיע את העותרים, מאחר שהמקרה שלהם התרחש בתקופה שבה שרר לכאורה מצב ביטחוני רע יותר. אם כן, מה שאפשר לשופט קרמי להימנע מעיסוק בהווה הוא מיקומה של השאלה המשפטית על ציר הזמן של בניין האומה, ציר שהנקודות הדומיננטיות בו נמצאות בעבר ובעתיד. עולה מכאן נרטיב עומק שלפיו גם בתקופות שגרה ישראל נמצאת במצב שהוא מעין מצב חירום, מצב אפרורי ומתמשך התובע מבית המשפט לעמוד על המשמר גם בהיעדר דרמות כמו מלחמות. זאת, בניגוד לגישתו של ברק, שעמד על חשיבותה של ההבחנה הבינארית בין חירום לשגרה.³¹

שאלת הכוח של הריבון לחלק את הזמן לתקופות נורמטיביות שונות נבחנה במלוא עוצמתה בפרשות שעסקו באחריות המדינה לנזקים שנגרמו לפלסטינים שלא בעת פעולה מלחמתית. בג"ץ **עדאלה נזיקים**,³² בעניין חוקתיותו של תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים,³³ נולד בעקבות ריבוי התביעות הנזיקיות נגד המדינה בגין פעילותה באנתיפאדה הראשונה (החל בשנת 1987) ובאנתיפאדה השנייה (החל בשנת 2000). בנוסחו הקודם, טרם התיקון, קבע סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים כי המדינה איננה אחראית לנזקים שנעשו בעת פעולה מלחמתית של צה"ל.³⁴ במשך השנים נשמעו ברשויות השלטון קולות שטענו כי ההגדרה החוקית תוחמת באופן צר מדי את הזמנים והפעולות שבהם המדינה פטורה מאחריות נזיקית ושהחוק איננו משקף את המציאות כהווייתה. במילים אחרות, המדינה ביקשה הכרה חוקית בקטגוריה טמפורלית חדשה – תקופת מלחמה גם כשאין ממש מלחמה; תקופה שיש בה שיאי חירום בתוך שגרת חירום.

בפרשת **בני עודה**³⁵ נדונה תביעה נזיקית בגין נזקים שנגרמו בפעולת ירי במבוקשים שניסו להימלט בלא שנשקפה לחיילים כל סכנה. בית המשפט העליון נדרש לפרשנות

30 מעניינת הבחירה לנלוט בדימוי "פתח" – מטאפורה חיובית – כדי לתאר את האפשרות להכריע לטובת שיקולי ביטחון ועל חשבון זכויות אדם; אולי מוטב היה לקרוא לכך "סדק האיזון".

31 גם בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: עניין אליס מילר) ניכרת ההתנגשות בין שתי הגישות השיפוטיות לזמן הלאומי. השופט קרמי, בדעת מיעוט שאליה הצטרף השופט טל, קבע כי אין ללמוד מן האופן שבו צבאות אחרים מיישמים את הזכות לשוויון בין המינים, משום ש"מצבנו הביטחוני שונה תכלית שינוי מן המצב הביטחוני השורר באותן מדינות; המצב שאנו נתונים בו מחייב הכנה לסיכונים שונים לחלוטין מן הסיכונים הצפויים שם, ול'טעות' בהקשר זה אצלנו עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת. [...] לא 'הפליה' יש כאן, אלא 'הבחנה' הנעוצה בצורכי הביטחון הלאומי השוטף" (שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט קרמי). אם כן, גם במקרה זה שימש ציר הזמן הלאומי המדומיין מעין עוגן המצדיק השהיה של הזכות לשוויון – וספק גדול אם ומתי תיגמר ההצדקה להשהיה זו. לעיל ה"ש 21.

32 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, ס"ח התשס"ה 2026, 953 (להלן: תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים).

34 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב–1952, ס"ח 109, 339.

35 ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (2002).

הראויה לחוק. הנשיא ברק, בפסק דין קצר בן כחמישה עמודים ובהסכמת שמונה עמיתיו להרכב, קבע כי פעילות מלחמתית – גם כזו שאיננה במסגרת מבצע או פעולה וגם כזו שאיננה נעשית נגד צבא סדיר אלא נגד פעילי טרור – חוסה תחת פטור מאחריות נזיקית. עם זאת, בג"ץ המשיך וקבע כי לא כל פעולה של הצבא תיחשב פעולה מלחמתית, וכי "רק פעולות מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה [...] [שבה] בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכוייה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה"³⁶ יחסו תחת הפטור. הנשיא ברק הדגים את הדברים:

כך, למשל, אם הניזוק נפגע מתקיפה שהותקף על-ידי חייל בשל סירובו למלא הוראה באשר למחיקת סמאות שהיו כתובות על הקיר, אין לראות בפעולת התקיפה 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שפעולה זו יצרה הוא סיכון רגיל של פעולה לאכיפת החוק. לא כן אם סיור צבאי בכפר או בעיר נקלע למצוקה של סכנת חיים או סיכון חמור לגוף בשל ירי עליו וזריקות אבנים ובקבוקי תבערה, וכדי לחלץ את עצמו הוא יורה ופוגע בפלוגי. פעולת הירי היא 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שבפעולה זו הוא סיכון מיוחד. בין שני המצבים הקיצוניים הללו עשויים להתקיים מצבי ביניים.³⁷

בעקבות פסק הדין בעניין בני עודה תיקנה הכנסת את חוק הנזיקים האזרחיים. תיקון מס' 4 קבע הגדרה רחבה לפעולה מלחמתית – רחבה יותר מזו שהתווה בג"ץ:

'פעולה מלחמתית' – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בניסיון של סיכון לחיים או לגוף.³⁸

תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, שחוקק שלוש שנים אחרי תיקון מס' 4, עמד במרכז העתירה בפרשת עדאלה נזקים.³⁹ תיקון מס' 7 הרחיב אף יותר את הפטורים של המדינה מאחריותה הנזיקית. פטור אחד נקבע כלפי כל מי שהוא נתין מדינת אויב או פעיל בארגון מחבלים; הפטור השני – שהוא החשוב לענייננו – קובע כי אם נעשתה פעולת המדינה באזור עימות היא פטורה מאחריות נזיקית. השינוי הקונספטואלי הדרמטי שבתיקון טמון בכוח שהוא מעניק לממשלה לקבוע את התקופות שבהן יוכרזו אזור מסוים כאזור עימות. התיקון יצר הליך מנהלי המאפשר לשר הביטחון להכריז על שטחים כשטחי עימות לתקופות מסוימות. הסמכות ניתנה לשר רטרואקטיבית, והחוק החדש קבע כי תביעות נזיקיות שהוגשו מתחילת האנתיפאדה השנייה בשנת 2000 ועד 2005 לא יוכלו להתברר אם הכריז שר הביטחון שהן התרחשו באזור עימות.⁴⁰

- 36 שם, בפס' 10, שבה מובא ציטוט מפסק דינו של הנשיא שמגר בע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 477, 478 (1986).
- 37 פרשת בני עודה, לעיל ה"ש 35, בפס' 10.
- 38 ס' 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002, ס"ח התשס"ב 514, 1862.
- 39 לעיל ה"ש 21.
- 40 תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, לעיל ה"ש 33, בס' 35 ו-35. מאז חקיקת התיקון השתמש השר בסמכותו וקבע תקופות ארוכות ורבות שבהן אזורים בשטחים היו בחזקת אזור עימות.

כך ביטל תיקון מס' 7 את ההבחנה המובהקת בין זמן שגרה לזמן מלחמה. אל תוך הצמד הבינארי עת מלחמה ועת שלום נוספו כעת תת־קטגוריות של "זמני עימות" בתוך הרצף הנמשך של האנתיפאדה השנייה. המדינה החזיקה בתזה שלפיה היקף הפיצוי בגין פגיעה בחיים, בגוף וברכוש של הפלסטינים נגזר מהשאלה מתי התרחש הנזק על ציר הזמן – אך תיחום ציר הזמן הוא בסמכות שהממשלה נטלה לעצמה בחקיקה שיזמה. החוק, בתיקון מס' 7, מסמיך את הממשלה לתחום את הזמן הלאומי ברזולוציה גבוהה יותר ובמקטעי זמן קצרים יותר מאשר מלחמה ושלום גרידא – מקטעים של חודשים, שבועות ואפילו ימים. כפי שאראה בהמשך,⁴¹ לתוספת זו של תת־קטגוריות יש השלכות משפטיות, חברתיות ופוליטיות נכבדות.

בחוות דעתו יצא הנשיא (בדימ') ברק נגד טענת המדינה שבכוחה לתחום את הזמן ולעצב את המצב הנורמטיבי תחת המטרייה הטמפורלית שהיא יצרה:

על־פי הקריטריונים שנקבעו [לעניין הכרזת אזורים ביש"ע כאזורי עימות], די באירוע חבלי שאירע במקום אחד בתחומו של אזור מסוים על מנת להכריז על האזור כולו כעל אזור עימות, וזאת למשך מספר ימים.⁴²

בג"ץ זיהה כי בעל הכוח לתחום את הזמן הוא בעל הכוח לעשות משפט. למעשה, בתיקון מס' 7 תבעה המדינה לעצמה את הכוח להעניק או לשלול זכויות על ידי התקת הבחינה הנורמטיבית מרגע האירוע הנזיקי עצמו לעבר הקשר טמפורלי רחב הרבה יותר: התקופה – ששר הביטחון מוסמך להכריז עליה – היא זו שתכריע את גורל הזכות לפיצוי נזיקי. לגישת ברק, התיקון איננו מידתי משום שהוא איננו האמצעי המתון: "על מנת להגשים את התכלית שבבסיס [התיקון] די בקביעת הסדרים חוקיים לפיהם המדינה פטורה מאחריות בנזיקין בגין פעולות לחימה".⁴³

לתמיכה בגישתם הציגו המשיבים תזה שלפיה באנתיפאדה השנייה, להבדיל מאשר בראשונה, היטשטשו ההבדלים החדים בין זמני רגיעה לזמני עימות. שינוי התקופות מצדיק הענקת חסינות למדינה כל אימת שמדובר בתקופות ששר הביטחון מגדירן כקשות, היינו: תקופות שלא דווקא מתרחשת בהן לחימה בכל רגע נתון, אך במבט־על אפשר לראותן כתקופות של עימות. יש לשים לב שטשטוש הגבולות שלו טענה המדינה איננו רק בין זמני רגיעה לזמני עימות, אלא גם בין ישראל לבין השטחים⁴⁴ ובין אוכלוסייה אזרחית לכוחות

לדוגמה, השר קבע רטרואקטיבית כי אזור טול־כרם רבתי היה אזור עימות בכ־88% מהימים בשנים 2002 ו־2003, ובכ־82% מהימים בשנת 2004. ראו גם פרשת עדאלה נזיקים, שם, בפס' 8.

41 ראו להלן בפרק ג'.

42 פרשת עדאלה נזיקים, לעיל ה"ש 21, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.

43 שם, בפס' 35.

44 שם, בפס' 15. מושג הכרונוטופ של מיכאיל בכטין מסייע לבאר את הדינמיקה המתוארת לעיל. בכטין מציע להבין את הרומן ואת החוויות של דמויותיו דרך ממדי הזמן והמרחב שבהם הם מתקיימים, ולהבחין באופן שבו ממדים אלה משורגים זה בזה. המשפט הישראלי, כפי שמורגם בפסקי הדין הנבחנים במאמר זה, משתמש בתחימת הזמן כאמצעי לתחימת המרחב – ולהפך: שני הממדים משורגים זה בזה ומכוננים זה את זה. ראו מיכאיל בכטין צורות הזמן והכרונוטופ ברומן: מסה על פואטיקה היסטורית (דינה מרקון מתרגמת, 2007).

לוחמים. כפי שנראה בפרק ב' להלן, היטשטשות של גבולות טמפורליים כרוכה לעתים קרובות בטשטוש גבולות מסוגים אחרים ואף מכשירה אותם.⁴⁵ הנשיא (בדימ') ברק סירב לקבל קונסטרוקציה זו ומצא ששינוי התקופה אינו מצדיק שינוי נורמטיבי:

[...] לא הובהר כיצד מועד הכנתו של החיקוק רלוונטי לשאלת התועלת הציבורית אותה מגשים החיקוק ומדוע אין בתיקון מס' 4 [שתוקן לכבוד האינתיפדה הראשונה] כדי לתת מענה משפטי גם לעימות שפרץ בשנת 2000.⁴⁶

לחיווק עמדתו הציע ברק תזה טמפורלית המנוגדת בתכלית לתזה של המדינה ואף לתפיסה של חלק נכבד מהציבור בישראל. לפי ברק, אין שום דבר זמני בכיבוש הישראלי, לפחות לא מנקודת מבטם של הפלסטינים מאז 1967:

עלינו לזכור כי שטחי יהודה והשומרון, ועד לחודש אוגוסט 2005 גם שטחי רצועת עזה, נתונים תחת תפיסה לוחמתית מזה קרוב לארבעים שנה. במסגרת זו, כוחות הביטחון הישראליים שוהים בתחומי האזור באופן קבוע ובהיקף נרחב. תושבי האזור באים עמם במגע הדוק, שוטף, ויומיומי, **בצאתם ובבואם, בדרכם לעבודה ולבתי הספר**, בנקודות ביקורת במחסומים שבתחומי האזור ובמעברים לישראל וממנה. כוחות הביטחון מקיימים בתחומי האזור נוכחות קבועה ומתמשכת.⁴⁷

ראוי להתעכב על פסקה זו משום שהמצלול והמשקל שלה, מבנה המשפטים בחלק המודגש, לא יכול שלא להדהד לקוראת דוברת העברית את התבנית הלשונית מן הפסוקים בספר דברים המונים את הפעולות היומיומיות שתוך כדי ביצוען צריך לשנן את התורה. היהודי מצווה לאהוב את ה' אלוהיו, להגות בדברי האל, לשננם לבניו ולדבר בם "בשבתך בביתך ובלכתך בדרך ובשכבך ובקומך";⁴⁸ ולפי ברק, הפלסטינים באים במגע עם כוחות הביטחון "בצאתם ובבואם, בדרכם לעבודה ולבתי הספר, בנקודות ביקורת במחסומים שבתחומי האזור ובמעברים לישראל וממנה".

כל שימוש בשפה כולל רובד דנוטטיבי, העוסק במה ש"מתחת" למלה – במה שהמילים מבקשות לסמן (כך, למשל, המלה "כיסא" מסמנת רהיט המשמש לישיבה, בעל מושב ורגליים), ורובד קונוטטיבי, שענייננו לא המשמעות הליטרלית אלא הטקסטורה של המילים, היחס האופקי ביניהן כחלק ממערכת של שפה והרובד האסתטי שלהן (מצלול, משקל וכו').⁴⁹

45 כטענת המדינה בתשובתה לעתירה דנן, "האינתיפדה השניה הינה 'מלחמה במובנה היומיומי', המתנהלת ברחובותיה של ישראל כמו גם בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה" (שם).

46 שם, בפס' 40.

47 שם, בפס' 36.

48 דברים ו 6-7.

49 לדיון בהבחנה הבלשנית בין דנוטציה לקונוטציה ראו זהר לבנת יסודות תורת המשמעות:

סמנטיקה ופרגמטיקה (2014). לעמדתי על הברל משיק בין שפה טיעונית לשפה פואטית ראו

Yofi Tirosh, *Adjudicating Appearance: From Identity to Personhood*, 19 YALE J. L. &

FEMINISM 49, 57–64 (2007).

אני מציעה שבטקסט המצוטט לעיל יש אמירה דרך הרובד הקונוטטיבי והפואטי של השפה – אמירה שאיננה פחותה בחשיבותה מהאמירה הדנוטטיבית, המפורשת והטיעונית. לא רק שברק מוסר מידע דרך משמעותן הליטרלית של המילים – מידע שלפיו תושבי השטחים נתקלים בכוחות הביטחון על בסיס יומיומי – אלא שבמצלול וברמיזה לטקסט מספר דברים קשר ברק בין הפרקטיקה היהודית הבסיסית ביותר, המשוננת מדי יום בקריאת "שמע" על ידי יהודים שומרי מצוות, לבין גורלם של הפלסטינים. הוא גם מקביל – אולי שלא במתכוון – בין האופן שבו היהודי מצווה להפנים בצורה העמוקה ביותר את דברי האל לבין האופן שבו הפלסטינים נאלצים להפנים, לשנן ולעסוק בכל הווייתם במגע שלהם עם כוחות הביטחון של ישראל. מהלך טקסטואלי זה גם ממקם את הקוראים בעמדה מוכרת שעמה הם יכולים להזדהות, כך שנפתחת אפשרות להזדהות עם הפלסטינים, שחוויותיהם מוצגות כחוויות בעלות מאפיינים מוכרים.

בהמשך פסק הדין הדהד ברק טקסט אחר – הטקסט היפה של קהלת, שלפיו "לכל זמן ועת לכל חפץ תחת השמים; עת ללדת ועת למות; עת לטעת ועת לעקור נטוע; עת להרוג ועת לרפוא [...] עת מלחמה ועת שלום".⁵⁰ בהעבירו את מושא המשפט מהפלסטינים אל כוחות הביטחון כתב ברק:

הם [כוחות הביטחון] פרושים ופועלים בתחומי האזור הן במשימות לחימה, והן בפעולות שיטוריות באופיין;

הן באזורים בהם מתקיימת פעילות חבלנית עוינת, והן באזורים שקטים; הן בתקופות עימות, והן בתקופות רגיעה יחסית.⁵¹

לכאורה אפשר היה לקרוא את הרמיזה של ברק לטקסט של קהלת כהצדקה לחלוקת הזמן המשפטי בהתאם לתקופות בחי האדם. אם לכל זמן ולכל עת, ועת מלחמה ועת שלום, פשיטא שבעת מלחמה יחולו נורמות מסוג אחד ובעת שלום – נורמות מסוג אחר. לזכויות אדם יש זמן המתאים להן, ואם אנחנו בזמן של מלחמה או של סכנה ביטחונית, ראוי להחיל על זמן זה את הנורמות המתאימות, כי זמן חירום מצדיק נורמות חירום.

אך בקריאה שנייה נדמה שיש אפשרות פרשנית אחרת לשירו של קהלת. אפשר לפרש אותו כמייצג תפיסה אחרת, הוליסטית יותר, שלפיה זמן הוא יחידה הכוללת תמיד ובאופן אינהרנטי גם חירום וגם רגיעה, גם עת מלחמה וגם עת שלום. לפי פרשנות זו, קהלת לא היה מקבל את התיקוף (periodization) של מצב חירום תמידי שהמשפט הישראלי מספק לעצמו על עצמו. לפי פרשנות זו, קהלת מבקש לצאת מנקודת הנחה שמעגל החיים הוא שלם ואורגני וכולל את כל סוגי העתים. בניגוד לפרשנות הראשונה, תודעת הזמן לפי פרשנות זו היא תודעה של נורמליות.

לטענתי, ברמיזה לקהלת אימץ ברק את הפרשנות השנייה, והביע התנגדות לרעיון שמחוקק או שופט יכולים להשתמש בתחימה טמפורלית כדי להגדיר את המצב הנורמטיבי ולהכתוב את היקף ההגנה על זכויות אדם. אם כן, יש פה דחייה מובלעת של אמירות כמו "טרם בשלה השעה" כמצדיקות השהיה של זכויות, בין שמדובר בזכות של נשים לשרת

50 קהלת ג 8-1.

51 פרשת עדאלה נזיקים, לעיל ה"ש 21, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק (החלוקה לשורות איננה במקור).

כטייסות, בזכות של פלסטינים אזרחי ישראל לקנות אדמות מנהל או בזכות של פלסטינים לתבוע את המדינה על נזקים שגרמה בעת פעילותה בשטחים. יתרה מזו: מסתמנת כאן התנגדות לטענה שלפיה השופט או המדינאי יכולים לפעול על סמך היפותזה מובלעת שלפיה המצב הביטחוני רק ישתפר וילך, הכיבוש יסתיים ואז נוכל להרשות לעצמנו להגן הגנה שלמה יותר על זכויות אדם.⁵²

ראוי לזכור בעוד היבט של המחלוקת בין המדינה לעותרים. לטענת המשיבים, ההבדל העיקרי בין תיקון מס' 4 לחוק הנזיקים האזרחיים, שנחקק בעקבות האנתיפאדה הראשונה, לבין תיקון מס' 7 לאותו חוק, שנחקק בעקבות האנתיפאדה השנייה הוא כי:

[...] תיקון מס' 4 הוא תיקון שהוכן על רקע האינתיפאדה, שפרצה בשנת 1987. הצעת החוק של תיקון מס' 4 הוגשה עוד לפני פרוץ העימות המזוין בשנת 2000, והיא כלל לא נועדה לתת מענה לייחודיות של העימות המזוין עם הפלסטינים. ואכן, גם בפועל, תיקון מס' 4 אינו נותן מענה לעימות המזוין. הרבר בא לידי ביטוי בכך שתיקון מס' 4 הוא תיקון מצומצם. הוא מטפל בעיקר בהיבט הטכני-פרוצדוראלי של תביעות, שנגרמו באזור. תיקון זה מביט על הנזקים מתוך דיני הנזיקין. לעומת זאת תיקון מס' 7 הוא תיקון מהותי. תכליתו של תיקון מס' 7 שונה מתכליתו של תיקון מס' 4. התיקון מבקש להוציא את נזקי המלחמה מתחום דיני הנזיקין, ולא להתאים את דיני הנזיקין לנזקי מלחמה. תכליתו של התיקון היא בעיקרה ערכית. היא שונה לחלוטין מתכליתו של תיקון מס' 4. לכן לא ניתן להסתפק בתיקון 4 בלבד.⁵³

אם כן, התזה של המדינה היא שתקופת העימות בשנות האנתיפאדה השנייה היא תקופה כה חריגה עד שדיני הנזיקין הרגילים – דינים אזרחיים שגרתיים במהותם – אינם מתאימים לה.⁵⁴ אולם, באופן פרדוקסלי, עתות המלחמה שלפי התזה של המדינה יש להגדירן, גם משפטית, כחורגות מחוץ לזמן השגרה ומחוץ לדיני הנזיקין הרגילים – הולכות ונעשות

52 סוג דומה של חיבור קונטטיבי לקהלת מופיע גם בפסק דין אנגלי שציטט הנשיא ברק בהמשך פסק דינו (שם, בפס' 38) (החלוקה לשורות איננה במקור):

[Combat immunity] must cover
 attack and resistance,
 advance and retreat,
 pursuit and avoidance,
 reconnaissance and engagement.

But the real distinction does exist between active operations against the enemy and other activities of the combatant services in time of war.

53 שם, בפס' 40.

54 מהתדיינויות אחרות של המדינה בבג"ץ באותה תקופה אפשר להסיק שבאמצע העשור הראשון של האלף השלישי עבר משרד המשפטים תהליך חשיבה מחדש בשאלת ההגדרה המושגית והמשפטית של הסכסוך המתמשך עם הפלסטינים. כך, למשל, בפרשת הסיכולים הממוקדים (לעיל ה"ש 22), שתידון להלן, כתב הנשיא ברק בפס' 11 לפסק דינו: "[...] מלכתחילה טענו המשיבים כי מדובר בעימות מזוין בינלאומי אשר חלים עליו דיני המלחמה הרגילים. בתגובתם המסכמת (מיום 26.1.2004) מציינים המשיבים כי שאלת סיווגו של הסכסוך בין ישראל

תדירות, מעשה שגרה. הן מתפרסות על יותר ויותר אזורים במשך יותר ויותר ימים, ובכך מעמעמות את החלוקה הברורה בין מצב שגרה למצב חירום והופכות אותה לחלוקה משטיחה של חירום מתמשך. פסק הדין מציין שאזור רצועת עזה הוכרז כאזור סכסוך ב-100% מהזמן שעליו חל תיקון מס' 7 (2000-2005), אזור צפון הרצועה הוכרז כאזור עימות במשך 95% מהימים, אזור חברון הוכרז כאזור עימות במשך 100% מהימים שבין תחילת האנתיפאדה השנייה ועד סוף שנת 2000, ואזור טול כרם הוכרז כך ביותר מ-80% מהימים.⁵⁵

אם כן, בפסק הדין בפרשת עדלה נזיקים ניטש הוויכוח על השאלה אם ראוי להכריע בדבר קיומן של זכויות בהתאם לתפיסה בדבר התקופה שבה הן נבחנות. הן ברובד המפורש והן ברובד הקונסטיטיוטיופואטי של חוות דעתו טען הנשיא ברק שאי-אפשר לטשטש את הגבולות בין זמן מלחמה לזמן שלום על ידי יצירת מקטעי זמן של חירום בתוך חירום. ברק התעקש כי גם בעתות מלחמה ועימות יש זכויות אדם, וסירב להקל במשקלן בשל רעמי התותחים. הטענה איננה שברק מאמין שאפשר וראוי לפסוק מחוץ להיסטוריה ולהקשר הטמפורלי הקונקרטי; הטענה היא שלשיטתו ההקשר הקונקרטי אינו יכול לחסות באופן גורף תחת המטרייה הטמפורלית של "זמן עימות" או "מצב חירום". כל שיש למשפטן הוא ההווה ומתוכו יש לערוך את האיוון בין זכויות אדם לבין צורכי ביטחון. כאשר מפקידים את כוח ההחלטה והשיפוט בידי העבר כפי שהוא מסופר, או בידי העתיד כפי שהוא מנובא, הופכים את ההווה למשני בחשיבותו ולנשלט על ידי העבר והעתיד.

גם בפסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים⁵⁶ עמד הזמן במרכז ההכרעה בעתירה. לפי הדין הבינלאומי אזרח מאבד את ההגנות המוקנות לו בדיני המלחמה כאשר הוא "[...] נוטל חלק ישיר בפעולות עוינות, ורק אם התקיפה כנגדו מבוצעת בפרק הזמן במהלכו הוא נוטל חלק ישיר כאמור".⁵⁷ אם כן, הזמן קובע את המסגרת הנורמטיבית: הדין החל על הפלסטינים משתנה בהתאם לשאלה מתי ניסה זה "ל לחסלם – האם בזמן שבו עסקו בלחימה, כהגדרתה המשפטית (שגם היא שנויה במחלוקת שנדונה בפסק הדין), או בזמן שבו לא עסקו בה. חלק ניכר מהדיון בפסק הדין נסב על השאלה אם תנאי זה, שכונה "תנאי הבורזמניות", צריך להתפרש באופן צר – כאילו הוא מסיר את ההגנות מאזרחים רק כשהם מרכיבים פצצה או יורים ממש, או שמא, כפי שטענה המדינה, יש לפרש תנאי זה "באופן מרחיב כך שניתן יהיה לפגוע במחבל כל זמן שהוא עוסק באופן שיטתי במעשי טרור".⁵⁸ המדינה טענה כי תנאי זה של בורזמניות, שלפיו אין לפגוע באזרח הנוטל חלק ישיר במעשי איבה אלא בזמן שבו הוא נוטל בפועל חלק כאמור, אינו מחייב את ישראל משום שאין הוא משקף כלל של

לפלסטינים היא שאלה סבוכה, ויש בה פנים לכאן ולכאן. מכל מקום, אין צורך להכריע בה לצורך העתירה".

55 פרשת עדאלה נזיקים, לעיל ה"ש 21, בפס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו דיונו של אמל ג'מאל בטכניקה המשפטית של "קישוע ושיסוע" של יהודים ופלסטינים; י' ת' באמצעות מסגרות זמן שונות" (אמל ג'מאל "על תלאות הזמן המוגזע" גזענות בישראל 348, 365 (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים, 2008)).

56 עניין הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 22.

57 שם, בפס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק.

58 שם, בפס' 12.

המשפט הבינלאומי המנהגי.⁵⁹ נוסף על כך, וכטענה נפרדת, טענה המדינה כי "אין כל מניעה לפגוע במחבלים בכל עת ומקום, כל עוד לא הניחו את נשקם ויצאו ממעגל הלחימה".⁶⁰ גם כאן ביקשה המדינה למתוח את גבולותיו של זמן שנחשב זמן מלחמה, זמן שבא־הנורמליות שלו הוא מכשיר נקיטת אמצעי חריג כמו סיכול ממוקד – אמצעי שבזמנים רגילים נחשב כפוגע בעקרונות משפטיים בסיסיים.

לפי הקונסטרוקציה החלופית שהציע ברק, על רשויות הצבא להתייחס לזמן באופן דקדקני וענייני: זמן לחימה הוא זמן שבו מתרחשת לחימה ממש ולא זמן הצבוע באווירת מלחמה. אפילו תקופה קשה כמו תקופת האנתיפאדה השנייה, שבה לדרבריו מתקפת הטרור העזה נגד ישראל "אינה מבחינה בין לוחמים לאזרחים, או בין נשים, גברים וטף" ופיגועי הטרור "מופנים כנגד מרכזים אזרחיים, מרכזי קניות ושווקים, בתי קפה ומסעדות",⁶¹ איננה מחוץ למקום ומחוץ לזמן:

ידועה האימרה כי כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. רעיון דומה הביע קיקרו (Cicero) באמרו: 'בעת מלחמה, החוקים מחרישים' (*silent enim leges inter arma*). על אימרות אלה יש להצטער. אין הן משקפות, לא את המצוי ולא את הרצוי [...] דווקא כאשר התותחים יורים, אנו זקוקים לחוקים [...] כל מאבק של המדינה – נגד הטרור או נגד כל אויב אחר – נעשה על פי כללים ודינים. תמיד קיים דין שהמדינה חייבת לנהוג על פיו. 'חורים שחורים' (black "holes") אינם בנמצא.⁶²

ברק דחה את עמדת המדינה שיש לפרש את הביטוי "ובמשך אותו זמן" באמנת ז'נבה פירוש מרחיב, המונע "החלפת כובעים" תדירה ומניפולטיבית בין מעמדו של אדם כאזרח למעמדו כלוחם (לרבות לוחם בלתי־חוקי). כמו בעניין עדאלה נזיקים, גם כאן לא דחה ברק באופן גורף את פרשנות הממשלה, שלפיה יש ליצור תתי־סיווגים חדשים לזמן באופן שיתחשב באופי המורכב של הלחימה באנתיפאדה השנייה, אך הוא מיתן אותה. בעניין עדאלה נזיקים נפסל תיקון מס' 7, שהעניק פטור גורף לכל עוולה נזיקית שנעשתה באזור עימות, אך תיקון מס' 4 – שנקט צעד דרמטי פחות אך עדיין משמעותי, של צמצום ניכר של בעלי זכות התביעה – נותר על כנו כחוקי. בעניין הסיכולים הממוקדים הלך בג"ץ בדרך ביניים. מצד אחד דחה בג"ץ את התזה של המדינה, שלפיה יש להכיר בקטגוריה חדשה של אזרחים שהם לוחמים בלתי־חוקיים – גישה שהייתה חושפת אזרחים רבים לסיכולים ממוקדים גם אם תמכו בלחימה באופן לא רציף ולא ישיר; מהצד האחר הותיר בג"ץ פתח להגדרת אזרח כלוחם בלתי־חוקי ולהתנקשות בו בהתאם לנסיבות של כל מקרה.⁶³

59 שם, בפס' 38.

60 שם, בפס' 12.

61 שם, בפס' 1.

62 שם, בפס' 61.

63 שם, בפס' 40: "מחד גיסא אין לפגוע באזרח שבאופן חד פעמי או ספורדי נטל חלק ישיר במעשי איבה, אך אשר ניתק עצמו מהם (אם בכלל ואם לתקופה ארוכה). מאידך גיסא, יש להימנע מהתופעה של 'הדלת המסתובבת' (ה־revolving door), על פיה יש לכלל מחבל מעין 'קרנות מזבח' או 'ערי מקלט' אליהם הוא פונה למנוחה ולהתארגנות, תוך שהם מעניקים לו הגנה מפני

גם בפסק הדין בעניין **עדאלה אזרחות**,⁶⁴ שבו נדונה זכותם של ערבים אזרחי ישראל לחיות בישראל עם בני זוגם מהשטחים, ביטא ברק (בדעת מיעוט) גישה דומה. מחד גיסא הוא פסל את האיסור הגורף שהטילה המדינה בחוק על כניסה של בני זוג פלסטינים ליישובת קבע בישראל, ומאידך גיסא הוא אישר הסדר לבחינה אינדיבידואלית של כל בקשה לאיחוד משפחות. גם החלטה זו הייתה כרוכה בתאוריה באשר לתפקידו של הזמן: ברק סירב לקבל את טענת המדינה שלפיה זמן לחימה מצדיק פגיעה בזכויות אדם ומצריך ביקורת חוקתית חלשה יותר. הבחנה זו התקבלה על דעתם של שופטי הרוב; ראו, למשל, את דברי השופטת חיות:

המאבק המזוין שמנהלים ארגוני הטרור הפלסטינים נגד אזרחי ישראל ותושביה היהודיים, מחייב היערכות מתאימה. הוא מחייב גיוס כל האמצעים העומדים לרשותנו כמדינה, על מנת להתמודד עם הסיכונים הביטחוניים שהציבור הישראלי חשוף אליהם כתוצאה מפעילות טרוריסטית זו. חקיקת חוקים אשר יתנו מענה לצורכי הביטחון היא אחד מאותם אמצעים ולכך מכוון חוק האזרחות [...] הקושי ליטול סיכונים בענייני ביטחון ובעניינים הכרוכים בחיי אדם הוא מוכן וברור והוא מתגבר בעיתות של משבר ושל סכנה מתמשכת המצריכים החמרה והידוק של אמצעי הביטחון.⁶⁵

ברק הבהיר כי עמדותיו באשר להיקף הזכות החוקתית ולהגבלה עליה חלות הן בימי שלום ורגיעה והן בימי לחימה וטרור. לשיטתו, דווקא בתקופות קשות מתגלה כוחה של דמוקרטיה: "אכן, דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסויימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות שלום ורגיעה. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות לחימה וטרור."⁶⁶

לסיכום הדיון עד כה: נוכחנו בניסיונות של המדינה, בהקשרים שונים, לכוון את ממד הזמן כממד שבכוחו לפרוש מטרייה נורמטיבית המשנה את המצב המשפטי – הן את תחולתם של חוקים ונורמות והן את דרכי יישומם. לשיטת המדינה, זמנים קשים מצדיקים פרשנות מצומצמת או השעיה של זכויות אדם. כמו כן, לזמנים קשים יש רזולוציות שונות: במקרים כמו קעדאן ועניין **עדאלה אזרחות**, האיום הביטחוני המלווה את מדינת ישראל מאז הקמתה הוא לכל אורכו "התקופה הקשה"; במקרים כמו **עדאלה נזיקים והסיכולים הממוקדים** המדינה מציעה תתי-קטגוריות של תקופות חירום במסגרת מצב החירום הכללי. ברק, המייצג עמדה המתנגדת לטמפורליזציה של זכויות, סירב להקנות לנרטיבים טמפורליים של מצב חירום – שהוא זמני ומתמשך בה בעת – את הכוח לטשטש את החלוקה שבין זמן

תקיפה [...] בתחום הנרחב שבין שתי אפשרויות אלה מצויים המקרים ה'אפורים', אשר לגביהם טרם התגבש משפט בינלאומי מנהגי. אין מנוס, איפוא, מבחינה עניינית של כל מקרה ומקרה" (ההדגשות במקור, ההפניות הושמטו). לביקורת שלפיה גישתו של ברק אכן יצרה קטגוריה שלישית המעמעמת את ההבחנה החשובה בין לוחם לאזרח ראו Orna Ben-Naftali & Keren R. Michaeli, *Case Note: Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel*. Case No. HCJ 769/02, 101(2) Am. Soc'y of Int'l L. 459 (2007).

64 לעיל ה"ש 23.

65 שם, בפס' 3-4 לפסק דינה של השופטת חיות.

66 שם, בפס' 93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

מלחמה לזמן שלום ולצמצם את ההגנה על זכויות אדם. הוא התעקש על תפיסה המדגישה את ההווה ומעדיפה אותו על העבר ועל העתיד. עם זאת, ראינו גם כי ברק מוכן ללכת כבדת דרך מסוימת לכיוון התזה של המדינה וליצור אזורים אפורים דה־פקטו. כפי שהראו פרשת עדאלה נזיקים ופרשת הסיכולים הממוקדים, ברק (ושופטים נוספים שהצטרפו לקו שהוביל) סירב בעקביות לקבל את ניסיונות המדינה להציע תחומות טמפורליות חדשות, תתי־סיווגים וסיווגי ביניים של הזמן – גם בעתות מלחמה.⁶⁷

כפי שיודגם מיד, התפיסה שלפיה המצב הישראלי – שבו חירום ושגרה מתערבבים זה בזה – מחייב התאמות משפטיות, התפתחה מפורשות לא בפסקי דין חוקתיים שעניי כול נשואות אליהם אלא בהחלטות שוליות יחסית – החלטות מעצר בעברות פליליות רגילות. כפי שנראה, אף שהחלטות אלה ניתנות מכוח המשפט הפלילי הישראלי ולא מכוח הדין החל בשטחים, הן נדונות לפי אותה משוואה: ביטחון המדינה נשקל בהן מול זכויות אדם, וזמנים קשים מבחינה ביטחונית מצדיקים כרסום בהגנה עליהן.

ג. מסוכנות של ערבים בישראל בצל "שגרת החירום": הארכות מעצר עקב אירועי אוקטובר 2000 והיווצרות הדוקטרינה הטמפורלית

[...] ההווה הישראלי הוא סרבן הווה, סרבן יומיום. לא שאין יומיום; יש סדר, יש בתי־ספר ומרפאות ומקומות עבודה ורחוב ופועלים בכבישים, ואנשים מעבירים את יומם כך שנים, אבל כנוסח או כהוויה תרבותית ההווה לא נסגר, כמו ספר שמסרב להיגמר. ההווה פעור לעתיד [...] מקננת בנו תחושה או ידיעה של העדר הווה. עכשוויות כן, דחיפות, הנעה בין אקטיביזם, לא לבזבוז זמן, צריך לעשות ומיד, לבין עצבנות ריקה הגובלת באלימות.⁶⁸

67 עם זאת, גם ברק מסכים עם הטענה שהלחימה בסגנון האנטיפאדה השנייה דורשת התאמות של הדין למצב המורכב, מצב שבו הפעולות המזוינות מתרחשות בתקופות שונות של רגיעה או התלהטות של הלחימה או של פעולות הטרור. ברק מציע לעשות את ההתאמות האלה באמצעות תרופות כמו צמצום מדוד של זכות התביעה של פלסטינים בגין נזקים שגרמה להם המדינה שלא במסגרת פעולת לחימה, או על ידי בחינה פרטנית, אקס אנטה או אקס פוסט, של סיכולים ממוקדים ספציפיים, על נסיבותיהם. לביקורת על עמדה זו ראו פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 22 (המצטרף לפסק הדין של הנשיא (ברדימ') ברק), הקובע כי על אף סירובו של ברק להכיר בקטגוריה השלישית שלה טענה המדינה הוא למעשה יוצר בפרשנותו קטגוריה שלישית משלו ("הפרשנות שמציע חברי הנשיא א' ברק יוצרת בפועל ובצדק, קבוצת התייחסות נוספת. ניתן לגזור אותה מקבוצת הלוחמים ('לוחמים בלתי־חוקיים') וניתן לגזור אותה מקבוצת האזרחים. בדרך האחרונה הולך חברי הנשיא. אם נלך בדרך, נגזור מקבוצה זו את קבוצת האזרחים פורעי החוק הבינלאומי, שאותם הייתי מכנה – uncivilized civilians [...] פרשנות זו מקובלת עלי. זוהי פרשנות דינאמית המתגברת על מגבלות הקריאה הפשטנית (Black letter reading) של דיני המלחמה" (שם, בפס' 2' לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). הנשיאה ביניש הצטרפה בפסק דינה (שם) לדעת ברק שאין פה קטגוריה חדשה.

68 גורביץ', לעיל ה"ש 1, בעמ' 84.

כל אקט שיפוטי, כמו כל אקט אנושי, הוא בעל ממד טמפורלי. אי-אפשר (ולא צריך) לשלול את משמעויותיו של הזמן בניסיון האנושי. השאלה היא איזה משקל יש להעניק למסגור הטמפורלי בהבנת חיינו ובעיצוב הבחירות שלנו – לרבות הבחירה איזה תוכן לצקת לכללי המשפט שלנו. מדינאים, משפטנים ובעלי כוח אחרים מתיימרים להציע סיפור תקף על מהלכו של הזמן; לסרטט ציר שיש בו נקודות מעבר ברורות בין תקופה לתקופה. מארי דודזיאק סבורה כי ההיסטוריה מעידה שאין נקודה אחת בזמן שאפשר לקבוע כי בה הסתיימה מלחמה מסוימת והחל זמן שלום.⁶⁹ כך, למשל, התשובה לשאלה מתי הסתיימה מלחמת העולם השנייה משתנה בהתאם לפרספקטיבה שממנה היא נבחנת. לדבריה, קשה למצוא זמן של שלום מדיני בארצות-הברית של המאה העשרים.⁷⁰ לפי דודזיאק, הקושי להבחין בין עת מלחמה לעת שלום מתעצם כשמדובר במלחמה בטרור.⁷¹ טיבו המתעתע של האויב, שאיננו מדינה ריבונית, משפיע על הקושי לתחום את גבולות המלחמה: אירוע אלים יכול לפרוץ בכל זמן ובכל מקום. לפיכך, היא קוראת שלא לקבל תפיסה בינארית לפיה החוק עצמו מושעה בעת מלחמה: אם נעשה זאת, היא מזהירה, נתעלם מאחיזתה העיקשת של המלחמה בחיינו.⁷² עד כה עמדנו על קיומן של שתי גישות שיפוטיות באשר לזיקה בין שופטים לבין הזמן ובין משפט לבין הזמן. מחד גיסא, הגישה המניחה כי ראוי לעצב את היקף ההגנה על זכויות אדם לפי הנקודה שבה נמצא הלאום על ציר זמן לאומי כלשהו (יציר הפסיקה, כמו שסרטט השופט קדמי בפרשת קעדאן, או כזה המוכרז בסמכות על פי חוק, כמו בעניין עדאלה נזיקים); מאידך גיסא, הגישה הנזהרת מהפקדת תוקפן והיקפן של זכויות בירי מסגור טמפורלי כלשהו – בדרך כלל מסגור שמטשטש את ההבחנה בין זמן חירום לזמן רגיעה לטובת תפיסה של חירום מתמשך. גישה זו מסרבת להישען על עתיד מדומיין כגורם המצדיק השהיה בהווה של ההגנה על זכויות אדם.

בדומה לפסקי הדין שנדונו בפרק הקודם, שאלת האפשרות והסמכות לתחום את ההתחלה ואת הסוף של משבר ביטחוני עומדת במרכזם של פסקי הדין שינוחחו להלן. פסקי דין אלה מדרגים כי אותו תהליך של טשטוש ההבחנה המשפטית הבינארית בין זמן חירום לזמן רגיעה, שעליו עמדתי בפרק ב' לגבי פלסטינים תושבי השטחים, מתרחש גם באשר ליחס המשפטי לפלסטינים אזרחי ישראל. המשפט הפלילי באשר לתושבי ישראל הערבים נהפך למשפט מעין-צבאי באמצעות יצירת עוד ועוד תתי-סיווגים בתוך המצב הכללי של זמן חירום. כפי שנראה, בתי המשפט אינם מהססים להפעיל תודעת חירום גם כשזו איננה מעוגנת משפטית במצב חירום. השאלה החוזרת ועולה היא מה "דרגת החירום" של המצב. התשובה לשאלה זו מתווה את היקף הסמכות של בתי המשפט בעיני עצמם ומכתיבה את האופן שבו לדעתם ראוי לפרש נורמות. לפי תפיסה שיפוטית זו, פרשנות נורמות ויישומן דורשים אבחון מדויק של הזמן הלאומי בעת ההכרעה המשפטית.

69 ראו Mary L. Dudziak, *Law, War, and the History of Time*, 98 CAL. L. REV. 1669, 1670–71 (2010).

70 שם, בעמ' 1681. על כוחה של הגדרה הקובעת מהי נקודת הראשית של המשפט הישראלי כמכריעה את הסכסוך ראו אביגדור פלדמן "המדינה הרמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות" עיוני משפט יט(3) 717 (1995).

71 Dudziak, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1697.

72 שם, בעמ' 1670.

פרק ב' עסק בפרשות מכוננות במשפט הישראלי, ופרק זה יעסוק בהחלטות על הארכת מעצר – לכאורה החלטות שגרתיות ונטולות חשיבות מבחינה תורת-משפטית. אולם החלטות שניתנו על הארכת המעצר בעקבות אירועי אוקטובר 2000 הן חשובות משום שהן מסמלות עליית מדרגה במתח בין שתי הגישות השיפוטיות לזמן שמופו בפרק ב'. כפי שנראה, המיקום על ציר הזמן הלאומי נהפך לגורם המכריע את התוצאה בבקשות להארכת מעצר. הדוקטרינה הטמפורלית שהתהוותה בימי אירועי אוקטובר 2000 הכתה שורש ונהפכה לרכיב מכריע בהערכת מסוכנותם של עצורים בעת אירועי מחאה. התפתחויות אלה הופכות את הפעולה השיפוטית של דיאגנוזה של ההווה ומיקומו על ציר זמן מדומיין לפעולה חיונית – אף שהיא עומדת על יסודות מעורערים, כפי שנראה.

1. "עברות שהזמן גרמן": צמיחת הדוקטרינה הטמפורלית בהחלטות על הארכת מעצר באירועי אוקטובר 2000

באוקטובר ונובמבר 2000 ניתך על בתי המשפט זרם עז של בקשות להארכת מעצר של חשודים בעברות כגון חסימת כבישים, תקיפת עובדי ציבור, הפרת הסדר הציבורי ופגיעה ברכוש ציבורי – אירועים שנודעו מאוחר יותר כ"אירועי אוקטובר" והולידו את ועדת החקירה בראשות השופט תאודור אור.⁷³

כידוע, בהארכת מעצר עד תום ההליכים החוק מורה לבחון אם יש ראיות לכאורה להרשעה, אם יש חשש לשיבוש הליכי משפט ואת מסוכנותו של הנאשם.⁷⁴ שתי השאלות האחרונות מוערכות בדרך כלל על ידי העבר הפלילי וחומרת המעשה של הנאשם.⁷⁵ בהליכים מאוקטובר 2000 נתקל בית המשפט בנאשמים שהם אנשים נורמטיביים ללא עבר פלילי – אך השופטים חשו שאין להסיק מכך שהם אינם מסוכנים או שאין חשש שישבשו הליכי משפט. לפיכך הוסיפו בתי המשפט עוד ממד לפרשנות ההוראה בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (להלן: חסד"פ)⁷⁶ – התקופה (וליתר דיוק: תת-התקופה) שבה נתונה מדינת ישראל בעת הדיון בבקשה. לפי התזה שהתפתחה בהחלטות אלה, התקופה הלאומית שבה נבחנת השאלה אם לעצור או לשחרר את הנאשמים משפיעה על מסוכנותם. בבש"פ⁷⁷ נשוא דיוננו הכתיר בית המשפט העליון את העברות שנעשו אגב הפגנות מחאה של פלסטינים אזרחי ישראל כ"עברות שהזמן גרמן". התחקות סמנטית אחר שורשי הביטוי בשיטה המשפטית שלנו מעלה שצירוף המילים "שהזמן גרמן" מופיע בפסקי דין

73 ועדת החקירה הממלכתית לברור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 דו"ח הוועדה (2003). elyon1.court.gov.il/heb/veadot/or/inside_index.htm

74 ס' 21 לחוק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.

75 ראו, למשל, חיה זנברג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?" משפטים לא(2) 323, 328-331 (2011); וכן דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1995).

76 לעיל ה"ש 74.

77 ראשי התיבות בש"פ הן קיצור של "בקשות שונות פלילי". מדובר בהליך ביניים שמתנהל בבית משפט כהליך נלווה להליך פלילי עיקרי אחר (משפט, משפט חוזר, ערעור וכדומה), והוא המסגרת הדינית שתחתיה נדונות בקשות להארכת מעצר עד תום ההליכים.

חוקתיים כגון עניין ז'רו'בסקי⁷⁸ ועניין ברזילי,⁷⁹ בקשר להתערערות האיות השלטונית וכרסום אמון הציבור בשלטון. עוד מופיע הביטוי בפסקי דין משנותיה הראשונות של המדינה, בקשר לנכסי נפקדים: פסקי הדין מתארים את אי-הבהירות באשר לסטטוס המקרקעין כ"מסיבות שהזמן גרמן".⁸⁰ ובהקשר אחר – בשורה ארוכה של פסקי דין העוסקים בעברות של הברחת כלי נשק ומכירתם – הגדיר בית המשפט העליון, ובעקבותיו בתי המשפט המחוזיים, את הצורך להחמיר בענישה על עברות אלה עקב נסיבות שהזמן גרמן.⁸¹

הביטוי "עברות שהזמן גרמן" מופיע בחוק העונשין בקשר לחריג לכלל הנוהג במצב שבו חל שינוי לקולא בנורמה הפלילית אחרי הגשת כתב אישום או אחרי הרשעה.⁸² במקרים אלה תחול על הנאשם הנורמה החדשה, הקלה יותר. סעיף 6, שכותרתו "עבירות שהזמן גרמן", קובע סייג לכלל זה: לפי הסייג, ההוראות המקלות על נאשמים או מורשעים במקרה של שינוי החוק לא יחולו על עברות תלויות-זמן שנחקקו לזמן מוגבל או שמעצם טיבן הן נתונות לשינויים מזמן לזמן.⁸³ הפיתוח השיפוטי של המונח "עברות שהזמן גרמן" בהליכי הארכת המעצר בשנת 2000 חורג מן המשמעויות שחוק העונשין נותן למטבע לשון זה. בשני המקרים מדובר בעברות תלויות-זמן, אך בחוק העונשין מדובר בעניין טכני שאין לשופט כל שיקול דעת לגביו, ואילו במשמעות החדשה מדובר במושג גמיש התלוי בשיפוטו של השופט באשר לנקודה על ציר הזמן שבה הלאום נמצא.

78 בג"ץ 1635/90 ז'רו'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991). המשנה לנשיא אלון מתייחס ל"חולשת הדעת וחולשת הנוהג שבמציאות הפוליטית, שהזמן גרמן" (שם, בעמ' 763-764), לכך ש"צריך שהשופט יעיין בדין ויכריע בו שלא בהשפעת סערת רגשות שהזמן גרמן" (שם, בעמ' 766), ולכך ש"הכרעות אלה [שיפוטיות בנושאים חוקתיים] משפיעות הן על עיצוב דמותה ואופיה של המסגרת המדינית או החברתית, ואין לדרון בהן, ככל האפשר, בהשפעת צורכי השעה ותהפוכות שהזמן גרמן" (שם).

79 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד (3) 505, 559 (1986) (הנשיא שמגר: "מובן, שאין לי מחלוקת עם הנחת היסוד העיונית, לפיה עלינו לפסוק לפי מיטב ידיעתנו והבנתנו המשפטית מבלי לתת דעתנו להשפעות הסביבתיות, שהזמן או הנושא הולידו").

80 ראו, לדוגמה, ע"א 131/53 מירזה נ' בינקובסקי, פ"ד ח 1461, 1467 (1954) ("הוראת [...] החוק היא הוראה בלתי רגילה, אשר הורתה ולידתה במסיבות שהזמן גרמן"); בג"ץ 107/49 בוכמן את שוליינ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד ד 243, 248 (1950).

81 למשל, תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1091/05 מדינת ישראל נ' עוידה, פס" 6 (פורסם בנבו, 11.7.2006). ראו גם עניין גנימאת (לעיל ה"ש 75), המשתמש בביטוי מקביל – עברות שנעשו "מכת מדינה". בפסק הדין נקבע כי היותה של עברה מסוימת "מכת מדינה" אינה כשלעצמה עילה להארכת מעצר, אולם היא יכולה להוות שיקול במכלול השיקולים המקימים עילת מעצר. כדברי הנשיא ברק בפס" 1 לפסק דינו (שם): "מהותה של העבירה כמכת מדינה אינה יוצרת, כשלעצמה, חזקת סיכון, שיש בה כדי להעביר הנטל על שכם הנאשם". עם זאת, השופטים נחלקו באשר למשקל שיש לתת להיותה של עברה מסוימת "מכת מדינה" בהערכת מסוכנותם של הנאשמים ובאשר לחלוקת נטלי הראייה בשאלה זו.

82 ס' 4-5 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

83 לפי ס' 6 לחוק העונשין, שעניינו עברות שהזמן גרמן, "הוראות סעיפים 4 ו-5 לא יחולו על עבירה לפי חיקוק שנקבע בו או לגביו שיעמוד בתוקפו לתקופה מסוימת, או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן".

את אחד מפסקי דינו בעניין הארכת מעצר על רקע המחאה בימים הראשונים של אירועי אוקטובר חתם השופט (כתוארו אז) חשין במילים הבאות, שצוטטו מאז באינספור פסקי דין:

דבר אחרון: משתשקוטנה הרוחות והארץ תנוח, יהיה ניתן לשקול שוב את נושא מעצרו של המשיב. אולם טרם הגענו לעת הזו.⁸⁴

לפי ההשקפה התורת-משפטית העולה ממשפטים אלה, לא רק שמסוכנות (במקרים של ערבים שנעצרו בפעולות מחאה) תיבחן על רקע שינוי העתים, אלא שלשופט הסמכות והחובה לאבחן את נקודת הזמן ולהכריע אם כבר שקטו הרוחות ובשלה השעה לשקול שוב את מעצר הנאשם.

בהתאם להיגיון המעריך את המסוכנות לפי העתים, בית המשפט העליון ממסגר את העברות האלה כ"עברות שהזמן גרמן". כדברי השופט חשין:

המשיב עומד לדין, בעבירות הנמנות עם עבירות שהכינוי 'עבירות דיומא' מתאים להן. עבירות אלו, שלא כעבירות פליליות אחרות, הינן עבירות שהזמן גרמן.⁸⁵

ואם הזמן גרמן – אזי הזמן גם יכריע בהן. כשתחלוף סערת המחאה ברחוב הערבי-ישראלי תפוג מסוכנותם של הנאשמים. מוצעת כאן התקה של מרכז הכובד של העברה – התקה שנולדה מכוונות טובות – לא להפוך מוחים ומפגינים לעבריינים פליליים "רגילים". לפי הגישה שנקבעה בהחלטה זו,⁸⁶ יש להבין את העברות הקשורות במחאת אוקטובר 2000 לא כעברות פליליות רגילות ודרך עצם המעשה לבדו, אלא לאור התקופה שבה התרחשו. בבסיסה של התקה זו עומד לכאורה יחס סלחני אל הנאשמים: מאחר שמדובר באנשים נורמטיביים ראוי להתייחס אליהם כאל יצירי הזמן ולא כאל פושעים רגילים, שהרי התקופה היא זו שבמידה רבה הובילה אותם לעשות את מעשיהם. כפי שנראה, הפקדת שאלת מעצרו של הנאשמים בידי "התקופה" מפקיעה מידם את האפשרות להוכיח כי אינם מסוכנים. מה שיאפשר את שחרורם הוא אפילו לא שינוי העתים לבדן, אלא השאלה כיצד יאבחן השופט את הזמן הלאומי בעת בחינת סוגיית המעצר.

84 בש"פ 7171/00 מדינת ישראל נ' חאמד, פ"ד נד(4) 729, 732 (2000) (ניתן ביום 8.10.2000). משפט זה חוזר בכמה החלטות של השופט (כתוארו אז) חשין מאותו שבוע. ראו, למשל, בש"פ 7103/00 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.10.2000) ("לכשתשכנה הרוחות – ונקווה כולנו כי לא ייארך הזמן עד שתשכנה – ניתן יהיה לשוב ולשקול את נושא מעצרו של העורר"); בש"פ 7620/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(4) 733, 733 (2000) (ניתן ביום 24.10.2000).

85 ראו בש"פ 7705/00 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.10.2000) (השופט (כתוארו אז) חשין כתב את פסק הדין). ראו גם בש"פ 371/01 חסונה נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 913 (2001) (נאשם ביידוי אבנים הגיש ערר על מעצרו עד תום ההליכים. המחלוקת בערר נסבה על השאלה אם המצב הביטחוני במדינה השתנה); צמד החלטותיו של השופט טייקל בבש"פ 7506/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 3 (פורסם בנבו, 22.10.2000) ובש"פ 7507/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 2 (פורסם בנבו, 18.10.2000); וכן דברי השופט (כתוארו אז) חשין בבש"פ 7627/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 737, 739 (2000): "עם זאת נתתי את דעתי על סוגה של העבירה: עבירה שהיא עבירה-דיומא, עבירה שהזמן גרמה"; ודבריו בבש"פ 7554/00 הירבאווי נ' מדינת ישראל, 3 (פורסם בנבו, 25.10.2000).

86 בש"פ 7705/00 מדינת ישראל נ' פלוני, שם.

אין להפחית בחשיבות החידוש הדוקטרינרי שהציע השופט חשין. במקרים שנסקרו בפרק ב' (פרשת קעדאן, עניין אליס מילר,⁸⁷ עניין עדאלה נזיקים ועוד), גם כשנבקע שהזמן הלאומי יכריע את ההגנה על הזכות, הדיאגנוזה של הזמן הלאומי הייתה בפרקי זמן של שנים או לפחות של חודשים רבים. כאן אנחנו עדים להתקצרות ממשית – עד לרזולוציה של ימים – שבה השופטים טוענים במובלע כי ביכולתם ומחובתם לתחום את הזמן ולעצב את הנורמות בהתאם. זו גם הפעם הראשונה, למיטב ידיעתי, שבה החלטות על הארכת מעצר של אזרחים ישראלים מוכרעות על ידי הישענות על הזמן הלאומי. יתרה מזו: אין מדובר בהחלטות הניתנות על רקע מצב חירום שעניינו איומים על המדינה מבחוץ אלא במשבר פנים-ישראלי. כפי שאראה בהמשך הדברים, החלת ההיגיון של איום חיצוני וזמן חירום על הפלסטינים הישראלים יוצרת רצף נורמטיבי וסמלי בינם לבין הפלסטינים בשטחים הכבושים. בהתאם למסגרת הנורמטיבית שהותוותה בראשית אוקטובר, בבש"פ המאוחרים יותר נהפכה השאלה אם הזמנים רגועים או סוערים לשאלה עובדתית מרכזית שבכוחה לבדה להכריע בסוגיית המעצר עד תום ההליכים. הצדדים אכן עשו מאמצים להביא ראיות לכאן ולכאן: אם יקבע השופט שעברו הזמנים הקשים – יוכלו הנאשמים לחזור לביתם ללא חשש שהאווירה בקהילה תצית אותם לבצע שוב מעשים דומים.⁸⁸ אם כן, מסוכנות הנאשמים מוכרעת לפי העתים שבהן מצוי הלאום.

כך, בדיונים מאוחרים יותר – בשבועות האחרונים של אוקטובר, ובנובמבר ובדצמבר – אנו נתקלים בסגורים ותובעים המקדישים מאמצים ניכרים לטענות עובדתיות באשר לשאלה אם כבר "השתנו העתים" ושככו הרוחות וכבר אפשר לשקול חלופות מעצר. שאלת האבחון הנכון והמדויק של הנקודה על ציר הזמן שבה נתונה מדינת ישראל בזמן בחינת המעצר וחלופותיו נעשתה כאמור שאלה שבעובדה, המכריעה אם התקיים אחד הרכיבים שבסעיף 21 לחסד"פ.

במקרים לא מעטים הממצא לגבי הדיאגנוזה הנכונה של הזמן הוא שעמד בלב הערעור והוא שהיטה את ההחלטה על מעצר לכאן או לכאן. כך, למשל, בפרשה אחת החליט בית משפט השלום בנצרת לעצור את הנאשמים עד תום ההליכים ב-10 באוקטובר, 2000. לאחר שבוע ביקשו העצורים עיון חוזר, בטענה שחל שינוי בנסיבות – ובבית המשפט המחוזי אכן התהפכה הקביעה העובדתית:

מאז 10 באוקטובר חלה לשמחת כולם רגיעה משמעותית והחיים במדינה החלו חוזרים למסלולם הטבעי. [בהמשך דבריו קובע בית המשפט כי בישובי המגזר הערבי החל שורר שקט, אם לא שקט מוחלט אזי שקט] כמעט מוחלט.⁸⁹

87 לעיל ה"ש 31.

88 "אם תשתננה הנסיבות, יוכל העורך לפנות לבית המשפט המחוזי בהצעה לחלופת מעצר" (בש"פ 7865/00 עטיה נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 6.11.2000)).

89 ציטוט זה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שלא פורסם (עניינם של הנאשמים נדון תחילה בבית משפט השלום בשבתו כבית משפט לנוער), מובא מפי השופט (כתוארו אז) חשין בבש"פ 7620/00 מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 84, בעמ' 735.

לפיכך שוחררו הנאשמים למעצר בית. המדינה, שהדיאגנוזה הטמפורלית שלה שונה בתכלית, עררה על החלטה זו של בית המשפט המחוזי בטענה שלפיה "צפון ישראל רחוק מאותו שקט שבית המשפט דיבר בו"⁹⁰. בית המשפט העליון קיבל את טענת המדינה והחזיר את הנאשמים למעצר תוך קבלת טענת המדינה שאי-אפשר לומר שהארץ שקטה. בתיק אחר טען הנאשם כי מסוכנותו פגה "לאור העובדה כי הארץ שקטה ובאיזור נצרת והצפון חזרו החיים לסדרם". בקשתו נדחתה על בסיס הדיאגנוזה ההפוכה של המדינה, שאותה קיבל השופט, ולפיה "טרם השתררה רגיעה". בית המשפט כתב כי מסוכנותו של הנאשם גוברת "בתקופה שבה לא חדלו עדיין ההתפרעויות, כפי שעולה מדו"חות המשטרה"⁹¹. דוגמה נוספת: שופט מחוזי השתכנע לשחרר בערבות את העצורים משום שלדעתו חל שינוי מהותי במצב הדרכים. בהחלטתו סיפק בית המשפט לא רק נרטיב על אודות התקופה שבה ישראל נתונה בעת כתיבת פסק הדין, אלא גם דין וחשבון על הדרך שבה יש לאבחן את התקופה ולהכריע בדבר טיבה – לפי שאלות כמו אם יש כבישים חסומים, אם ערבים ויהודים באים במגע יומיומי וכיוצא באלה. מיקום ההווה הלאומי על ציר הזמן בין העבר לעתיד מאפשר לשופט לבנות סיפור על ישראליות – על דפוסי המגע בין קבוצות שונות באוכלוסייה, על הפעולה הכל-ישראלית של התערבות באמצעי התקשורת על המצב הביטחוני ועוד:

עובדה זו ניכרת לעין כל אזרח היום, בראשית חודש נובמבר. אזרח כי ייצא את ביתו בתחומי ישראל שוב אינו צריך להידרש לאמצעי התקשורת כדי לדעת איזה ציר תנועה או צומת חסומים לתנועה, כפי שהיו הדברים לפני כחודש ימים. ההתפרעויות ההמוניות הן בגדר מחלת העבר. כל הדרכים פתוחות וחלקי האוכלוסייה השונים שבים אט-אט ומתערבבים אלה באלה.⁹²

- 90 ש.ם.
- 91 בש"פ 7402/00 גבן נ' מדינת ישראל, פס' 3 (פורסם בנבו, 25.10.2000) (השופט טירקל כתב את פסק הדין).
- 92 ציטוט דבריו של סגן הנשיא בן-דוד בבש"פ (מחוזי נצ') 566/00 מדינת ישראל נ' פלוני, 10 (לא פורסם, 2.11.2000). המובאים מפי בית המשפט העליון בבש"פ 7927/00 מדינת ישראל נ' שלבי, פס' 4 (פורסם בנבו, 7.11.2000). השופט חטיב – שופט אחר בבית המשפט המחוזי בנצרת, המצוטט אף הוא בפרשת שלבי – מצא כי מאז ביצעו המשיבים את המעשים עברו שלושה שבועות, ו"מזה כשבועיים שוררת רגיעה, כמעט מוחלטת והחיים שבים אט-אט למסלולם הטבעי, לא רק בכפר מגוריהם של המשיבים, איכסל, אלא בכל ישובי המגזר הערבי וברחבי המדינה בכלל" (שם, בפס' 3). בעניין אחר ציטט השופט לוי את קביעת בית המשפט המחוזי, המתייחסת להקמת ועדת החקירה הממלכתית בעניין אירועי אוקטובר 2000 כמסמנת שינוי מהותי של העתים: "בערר לפני בית-המשפט המחוזי הביע כבוד השופט מ' נאמן את הדעה כי מאז התרחשו המהומות חל שינוי מהותי הנובע מהקמתה של ועדת חקירה, וימאז ניתן לאמר כי הרוחות בקרב ערביי ישראל שקטו' (בלשון בית-המשפט)". (בש"פ 8576/00 מדינת ישראל נ' אלג'מל, פ"ד נד(5) 817, 819 (2000)). אמל ג'מאל ממסגר את מחאות אוקטובר 2000 כערעור על הסדר הטמפורלי הדומיננטי: "חסימת כבישי ואדי ערה גרמה פקקי תנועה ארוכים והביאה לפגיעה בסדר הטמפורלי ה'נורמלי'". תגובת השלטון הישראלי הייתה נעוצה,

התיקים והדיונים נהפכים מתיקי סדר דין פלילי שגרתיים לתיקים שיש למקמם על ציר הזמן הלאומי כדי להכריע בהם. ההחלטות באשר לאותו נאשם עצמו מתהפכות בתנועת מטוטלת בין הערכאות כשלא השתנה שום דבר במסגרת העובדתית או הנורמטיבית מלבד מחלוקת בין הערכאות בשאלה אם שקטו הרוחות או אם חלף בין הדיונים די זמן כך לפתוח פתח לדיאגנוזה טמפורלית שונה.

כך, למשל, אבחן השופט אדמונד לוי ב-7 בנובמבר 2000 כי "חל שינוי משמעותי בכל הנוגע לבטחונם של אלה הנעים בדרכים (ולכן) מותר וצריך לשקול דרכי תגובה אחרות בעניינם של קטינים [...]".⁹³ שבועיים אחר כך, ב-21 בנובמבר 2000, אבחנתו מתהפכת:

[...] טרחו באי כוח העוררים להדגיש כי הרוחות נרגעו, והשקט והשלווה חזרו לשרור ברחבי הגליל. ומה אעשה, כשבפני מונחים דו"חות משטרה מהימנים האחרונים [...] נתונים אלה מאשרים את קיומן של מה שהגדרתי לאחרונה כ"גחלים לוחשות" העולות להתלהט לכדי בערה גדולה, ומכאן הסכנה של העוררים ודומיהם, העלולים לחזור ולהצטרף למעשים דומים אם יוצרו נסיבות שידחפו לכך.⁹⁴

התפיסה השיפוטית העולה מפסקי הדין, גם אם לא במפורש, היא שחלק מפרשנותן ויישומן של נורמות משפטיות – כאן של נורמות של פרוצדורה פלילית – כרוך במיקום נכון שלהן בהקשר ההיסטורי. השופט מתפקד ככרונולוג של הלאום בלי שהוכרז ככזה; תשובותיו לשאלה באיזה מקום על ציר הזמן אנו נמצאים – כמדינה, כעם וכחברה – יוצקות תוכן לנורמות המשפטיות שהוא מפעיל.

לאור התקבלותה של הדוקטרינה הטמפורלית בבש"פ פים הנזכרים לעיל, בולטת בחריגותה החלטה אחרת של השופט לוי – החלטה על מעצר עד תום ההליכים עקב מהומות באזור הכפר ג'ת. בחוות דעתו התייחס השופט לוי לקביעתו של בית המשפט המחוזי כי מאז הוקמה

לדבריו, בשאיפה לשקם סדר זה במהירות ובכל מחיר כדי להגדיר מחדש את הריבונות, כולל זו הטמפורלית. ראו ג'מאל, לעיל ה"ש 55, בעמ' 378.

93 פרשת שלבי, שם, בסוף פס' 6.

94 כש"פ 8097/00 זרעניני נ' מדינת ישראל, פס' ג (פורסם בנבו, 21.11.2000). ראו גם כש"פ 8102/00 מדינת ישראל נ' כיאל (פורסם בנבו, 9.11.2000) (השופט לוי כתב את פסק הדין): "האירועים שהתרחשו מאז תחילת חודש אוקטובר 2000 אינם מן הסוג שניתן להתייחס אליהם בנימה סלחנית, רק משום שנדמה כי הסערה שככה קמעא". ב-24 בנובמבר 2000 נתן בית המשפט העליון החלטה בפרשת אלג'מל (לעיל ה"ש 91), לאחר שבית משפט השלום קבע באותו עניין כי ראוי לעצור את הנאשם עד תום ההליכים לאור העובדה שהמתיחות בארץ נמשכת והיא עלולה להתלקח מחדש, ואילו בית המשפט המחוזי קבע כי מאז התרחשו המהומות חל שינוי מהותי המצדיק בחינת חלופות מעצר. השופט לוי הפך את ההחלטה משום שלא יכול היה להצטרף לדעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה נרגעו הרוחות. בדומה, בעניין אחר קיבל גם השופט (כתוארו אז) ריבלין, ב-10 בדצמבר 2000, את הטענה שלפיה [...] בתנאים הנוכחיים, בעת שאירועי הפרת הסדר טרם נפסקו, אין בחלופות שקבע בית המשפט קמא, כדי להפיג החשש לשלום הציבור. לחיזוק טענותיה צירפה המדינה דוחות משטרה המלמדים על התרחשות מעשים דומים של סיכון חיי בני אדם הנוסעים בכביש, עד עצם ימים אלה" (כש"פ 8965/00 מדינת ישראל נ' אגבריייה (פורסם בנבו, 10.12.2000)).

ועדת אור⁹⁵ חל שינוי מהותי ואפשר לומר שהרוחות בקרב ערביי ישראל שקטו. לוי דחה מכול וכול את ההסתמכות על השאלה העובדתית אם שקטו הרוחות; לדעתו יש להעריך את המעשים המתוארים בכתב האישום כשלעצמם, ללא קשר לתקופה:

משום מה במהלך השבועות שחלפו הוסט הדגש מחומרת העבירות האמורות לשאלה אם 'הרוחות בארץ שקטו', באיזו מידה, ובאלו אזורים גאוגרפיים, והיו כאלה שניסו להסיק מכך שראוי לנהוג ביתר מתינות לגבי מקומות שבהם הרגיעה ניכרת יותר. על-פי השקפתי, גישה זו שגויה, וכבר הבעתי את דעתי בהחלטות מספר, כי מעשים מן הסוג שביצע המשיב, גם אם היו מתרחשים בימים של רגיעה מוחלטת, חומרתם הינה מופלגת ומצדיקה מעצר.⁹⁶

השופט לוי הצביע בדברים אלה על הבעייתיות שבביסוס מסוכנות לא על חומרת העברה אלא על השאלה אם הגענו לתקופת רגיעה. לגישתו זו הלכה שגויה, משום שמסוכנות נבחנת על פי העברה ולא על פי התקופה. עוד עולה מדבריו במרומו שהאבחון "באיזה זמן ישראל נתונה" הוא נזיל, לא ודאי וקשה ליישום: כיצד נכריע מתי השתרר שקט? באיזו מידה צריכות הרוחות לשקוט כדי לשחרר נאשם? האם נסתפק בכך שהרוחות שככו באזור הגאוגרפי של מגורי הנאשם, או שעלינו לצפות לשקט במדינה כולה? ואם נסתפק בשקט באזור מגוריו של הנאשם – כיצד נגדיר אזור זה? הגדרה גאוגרפית? מוניציפלית? אולי לפי מחוזות משטרתיים?

אם כן, נוכחנו בהשתרשותה של דוקטרינה בלתי-מוצהרת, שלפיה קביעת מסוכנות דורשת מהשופט למקם את הרגע שבו מתקיים הדיון השיפוטי על ציר הזמן הלאומי שהוא עצמו מסרטט. כעת נבחן את השלכותיה של דוקטרינה זו על הזכויות המשפטיות ועל האזרחות של הנאשמים.

2. ההשלכות הנורמטיביות והפוליטיות של הדוקטרינה הטמפורלית

הקביעה באיזה זמן אנחנו נשענת על התודעה הקולקטיבית, וליתר דיוק: על תודעה קולקטיבית מדומיינת. הקביעה שישאל נתונה במאבק קיומי נמשך, ושבציר הזמן שלה יש תקופות רגיעה ותקופות חמרה, היא קביעה המהדהדת לאוזן יהודית ישראלית כמוכרת והגיונית. הקביעה הזו כה מובנת מאליה עד שהיא איננה מעוררת תשומת לב ביקורתית, והיא קונה לה בקלות מעמד אובייקטיבי ומהימן.

למעשה מדובר בתהליך מעגלי: הקביעה היכן "אנחנו" – האומה – נמצאים על ציר הזמן, מכוננת קולקטיבי לא פחות משהיא משקפת אותו. בפרפרזה על דבריה של דורזיאק,

95 ראו לעיל ה"ש 73 והטקסט שלפניה.

96 פרשת אלג'מל, לעיל ה"ש 92, בעמ' 819. מעניין להבחין כי החלק המצוטט ביותר מתוך החלטה זו איננו דחייתו של השופט לוי את הדוקטרינה הטמפורלית, כי אם הדגשתו את הקשר בין המניע האידאולוגי לבין המסוכנות. ראו, למשל, בש"פ 2304/09 מדינת ישראל נ' מחמוד, פס' 9-10 (פורסם בנבו, 15.3.2009) (מעצר עד תום ההליכים עקב מעורבות באירועי הפרת סדר במחאה על מבצע "עופרת יצוקה").

המתארת את טיעונו של בנדיקט אנדרסון, ההבחנה באיזה זמן אנחנו נתונים מסייעת לארוג תחושה של זמן לאומי משותף.⁹⁷ כך הסביר את הדברים תומס אלן:

As clock time [...] created a shared 'simultaneity' of experience that linked individuals together in an 'imagined community' moving together through time.⁹⁸

בהחלטות השיפוטיות נשוא דיוננו, הנרטיבי מעצב את הנורמטיבי. בהצגת העברות כעברות שהזמן גרמן השופטים נסוגים לכאורה כמה צעדים, מרחיבים את הפרספקטיבה וממקמים את העברות במסגרת זמן גדולה יותר, החורגת מעבר לכאן ולעכשיו. לדידם, יש להבין עברות אלה בתוך ההקשר הרחב יותר – ההתמודדויות הביטחוניות של ישראל. לטענתם, הניסיון ההיסטורי מלמד שראוי לרסן את המתפרעים עד יעבור זעם (והוא יעבור). הרחבה זו של הפרספקטיבה וההקשר שבו המאורעות מתרחשים טומנים בחובם את הטענה המובלעת שיש לשופט יכולת לפענח את הדפוס של מאורעות אלה, כאילו מדובר בשרשרת אירועים שחוקיתה ידועה מראש. כך, מן הדוקטרינה שלפיה הרוחות יירגעו, וכשהן יירגעו תעבור המסוכנות – משתמעת הטענה שכישאלים המכירים את דפוסיו של הזמן הלאומי, השופטים יודעים כיצד נראית העברה היום וכיצד היא תיראה בעתיד; הם יודעים מנין באה העברה ולאן היא הולכת, ולכן רואים לנכון להתאים את הכרעתם לנקודה הנוכחית על ציר הזמן ההיסטורי, שהרי "לכל זמן ועת לכל חפץ".

ההווה מאבד מחשיבותו בהחלטות המעצרים שנותחו הוא מושהה לטובת העתיד ומונחה על ידי העבר. הנרטיב העולה מן ההחלטות הוא שערכים ויהודים חיים פה זה בצד זה כבר שנים רבות ואמנם יש רגע של משבר, אבל עוד מעט – זה ברור לכול – המשבר יחלוף. מאחר שהעבר והעתיד מנחים את ההחלטה, ומאחר שברור שהעתיד יהיה רגוע יותר ולבטח יגיע בקרוב – אפשר וראוי לשאת הווה שבו זכויות הנאשמים מושהות. אם כן, המצב הישראלי שעולה מהתיקים שנדונו הוא מצב של השהיה מתמדת וציפייה תמידית לנורמליזציה.⁹⁹ הציפייה היא שמכשירה את הפגיעה בזכויות. ההיגיון של החלטות המעצר עד תום ההליכים דומה להיגיון שהשתמע ממדבקה על רכב שצדה פעם את עיניי: המדבקה הכריזה "אני בתהליך". מי שאומר שהוא בתהליך כאילו מבקש הפוגה – זמן סלחני, זמן מחוץ לזמן – שבו לא יצפו ממנו לתפקד באופן אופטימלי או להיות מגובש. לפי בתי המשפט, מדינת ישראל וביטחונה נמצאים בתהליך, ולכן זה בסדר לרופף מעט את ההגנה על זכויות הנאשמים תוך הבנת המצב הלימינלי שבו ישראל נתונה.

97 Dudziak, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1677.

98 THOMAS M. ALLEN, A REPUBLIC IN TIME: TEMPORALITY AND SOCIAL IMAGINATION IN NINETEENTH-CENTURY AMERICA 6 (2008).

99 דוגמה מאוחרת יותר להלך הרוח הזה אפשר למצוא בעתירה נגד פסילה קבוצתית של בקשות של צעירים מעזה ללמוד ריפוי בעיסוק באוניברסיטת בית לחם. המשנה לנשיא מצא והשופטים לוי וג'ובראן כותבים: "הגענו לכלל מסקנה כי בנסיבות הקשות השוררות לעת הזאת אין להתערב בהחלטת המשיב. [...] כן יש לקוות, שעם שינוי העתים יהיה בידי אלה מן העותרים, שמטרתם היחידה היא אכן ללמוד את מקצוע הריפוי בעיסוק, לחדש את בקשתם [...]". (בג"ץ 7960/04 אלראזי נ' מפקד כוחות צה"ל – חבל עזה, 2 (פורסם בנבו, 29.9.2004)).

הזמן מוצג בהחלטות השיפוטיות כגורם שאפשר לפענח בקלות, כמשתנה חיצוני שערכו נהירים בכל רגע נתון – אמצעי נוסף שמאפשר להחלטות להיראות עקביות ורציונליות. חוסר היציבות של הממצא העובדתי באשר לזמן שבו אנו נמצאים (חוסר יציבות שבו נוכחנו ברגעי המחלוקת בין ערכאות שהפכו זו את ממצאיה של זו בשאלה אם הגיעה עת רגיעה) – שומט את הקרקע תחת הניסיון לעגן ולתקף את ההחלטות בזמן שבו הן ניתנות. כאמור לעיל, אפשר בהחלט להבין את נטיית השופטים להכריע במסוכנות הנאשמים על בסיס התקופה הנתונה. השופטים הכותבים החלטות אלה מבטאים בפירוש את אי-הנחת שלהם מהתייחסות לנאשמים כאל עבריינים פליליים רגילים. מאחר שמדובר באנשים נורמטיביים, שאלמלא הנסיבות לא היו מפרים את החוק, הזמן הוא המכריע את טיבם של מעשיהם, מסביר אותם וממתיק מחומרתם. כדברי השופט טירקל:

אכן, בזמנים של שקט ושלווה בערינו וברחובותינו, ראוי היה לנהוג בקטין שכזה באורך רוח ובמידת הרחמים, ובודאי שראוי היה שלא לכלוא אותו עם העבריינים. אולם, בזמנים שבהם לוחשות עדיין הגחלים והאש עלולה להתלקח מחדש בערינו וברחובותינו, יש לאחוז במידת הזהירות היתרה. יותר משהעבריין צריך לכך, הציבור צריך לכך, השעה צריכה לכך.¹⁰⁰

אפשר אפוא לדבר על ארבע תוצאות של גישת בתי המשפט לזמן כמסגור את העברות ואת מסוכנותם של הנאשמים. תוצאה אחת של התחימה הטמפורלית היא שינוי אופיו של מבחן המסוכנות למבחן שמוכרע לפי העתים: עתים רעות מצדיקות השהיית זכויות. כך, למרות הרטוריקה האוהדת בדבר היותם אנשים נורמטיביים, מצבם של הנאשמים מוחמר משום ש"המצב" מצריך זהירות יתרה בנאשמים מסוגם. ההבחנה הזו בין סוגי נאשמים נהפכת אפשרית באמצעות הפעלת מנגנון של השהיית הנורמליות והנורמות המחייבות בזמן נורמלי. מנגנון זה מצריך שופט שיאבחן את ההווה, ולשם אבחון ההווה עליו להישען על נרטיב על אודות העבר והעתיד.

יש להוסיף שמנגנון התחימה הטמפורלית יכול לעבוד הן לביסוסו של יחס מחמיר והן לביסוסו של יחס מקל. כפי שיוודגם בפרק הבא,¹⁰¹ בתי המשפט השתמשו במסגור הטמפורלי כדי להקל בעונשם של יהודים, במיוחד על רקע עברות של חסימת כבישים ויידוי אבנים בזמן ההתנתקות. מה שמעניין הוא הכוח הרב שהאפשרות לצקת לעברות משמעות חדשה על ידי מיקומן בהקשר טמפורלי נותנת לשופט: השופט הוא שקובע את הרלוונטיות של ההקשר, את טיבה של התקופה ואת גבולותיה.

תוצאה שנייה של המסגור הטמפורלי היא טשטוש הגבול בין פלסטינים אזרחי ישראל לפלסטינים תושבי השטחים. המסגור של העברות הפליליות בתוך מסגרת הזמן של מצב החירום הביטחוני מאפשרת ליצור רצף טריטוריאלי רעיוני בין השטחים לבין היישובים

100 כש"פ 7507/00 מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 85, שם (ההדגשה הוספה) (הנאשם במקרה זה היה יהודי שהשליך אבנים על מכונית שסבר שנוסעיה ערבים). השופט שטרסברג-כהן חוזרת על הנמקה זו בפרשת עטיה, לעיל ה"ש 88, שם: "גם בזמנים כתיקונם אמר בית משפט זה דברו בעניין עבירות מסוג זה והורה על מעצר ללא חלופה. קל וחומר 'בזמנים שבהם לוחשות עדיין הגחלים [...] יותר משהעבריין צריך לכך, הציבור צריך לכך, השעה צריכה לכך'".

101 ראו להלן, הטקסט ליד ה"ש 104 וכן הטקסט אחרי ה"ש 116.

הערבים בישראל. ההמשגה שלפיה יש "עברות שהזמן גרמן" מאפשרת יצירת רצף משפטי בין עברות ביטחוניות כמו ירודי אבנים או חסימת כבישים, שבהן מואשמים הפלסטינים תושבי השטחים תחת המשפט הצבאי, לבין עברות דומות שבהן מואשמים הפלסטינים אזרחי ישראל תחת המשפט הפלילי המדינתי. ממד הזמן מאפשר לעצב מחדש את ממד המרחב. העברות הפליליות שבגינן הנאשמים עומדים לדין הופכות – באמצעות מיקומן על ציר הזמן הלאומי – לעברות ביטחון, לעברות על רקע לאומני, של בני קבוצה ולא של פרטים. קבוצת הנאשמים בעברות אלה נתפסת כמאיימת על הביטחון בדרכים דומות לפלסטינים בשטחים.¹⁰² הזמן מתפקד פה אפוא כממד מתווך הפותר את המתח שבין עברות פליליות לעברות אידאולוגיות.

את האמביוולנטיות כלפי הקישור הזה בין תושבי השטחים לבין הנאשמים ביטא היטב השופט חשין. באחת מהחלטותיו באוקטובר 2000 כתב:

באת-כוח המדינה ביקשה ללמוד גזרה שווה מן האירועים שבשטחים, ואולם אני דוחה השוואה זו בשתי ידיי. ישראל היא ישראל; השטחים הם השטחים, ולא הרי זאת הרי אלה. לא יחלוק איש כי היה ויש קשר בין מעשים הנעשים בישראל לבין מעשים הנעשים בשטחים, אולם ראוי כי נעשה כמיטבנו כדי להפריד בין מעשים אלה לבין מעשים אלה, ובין אזרחי ישראל לבין מי שאינם אזרחי ישראל.¹⁰³

על אף הנימה הנחרצת, האמירה עדיין אמביוולנטית: מחד גיסא יש כאן דחייה נחרצת של הניסיון לחבר בין העברות בישראל גופא לעברות בשטחים, ומאידך גיסא "לא יחלוק איש כי היה ויש קשר בין המעשים הנעשים בישראל לבין מעשים הנעשים בשטחים". תוצאה שלישית של ההישענות השיפוטית על אופי התקופה היא שהפנייה לזמן הלאומי מאפשרת פתרון של המתח בין הרקע הקולקטיבי שעליו מובנות העברות לבין האופי האינדיבידואלי של המשפט הפלילי. ההישענות על נרטיב הזמן הקולקטיבי מכוננת דיאלוג לא רק בין בית המשפט לנאשם אלא גם בין בית המשפט לקהילה שממנה בא הנאשם – כשאתה, "הכפר", תירגע, אומר בית המשפט, נשיב את בניך הביתה.¹⁰⁴ ההיגיון המנחה את הדיבור אל הכפר הערבי, שתפקידו להרגיע את הרוחות כדי לקבל חזרה את בניו

102 כאיזון ליחס המחמיר הורו השופטים שוב ושוב לבתי המשפט הנמוכים להאיץ את ההליכים הפליליים, ושב ווהסיפו כי תהיה לנאשמים אפשרות לפנות שוב בבקשה לשקול את מעצרים כשיחזור השקט לארץ. כך נעשה, אגב, גם בעניינם של עצורים יהודים. כפי שכתב השופט (כתוארו אז) חשין: "אלה כאלה ראוי להם כי יצטננו מריגושים שאחזו בהם, ודינם מעצר עד תום ההליכים". בש"פ 7627/00 מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 85, שם. כן ראו להלן הדיון ב"מעצר יישוב", הטקסט שלפני ה"ש 105.

103 בש"פ 7620/00 מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 84, בעמ' 734-735.

104 הלשון הקולקטיביסטית מאומצת גם בדימויים שבהם בית המשפט משתמש להבנת המעשים המיוחסים לנאשמים. כך כתב השופט (כתוארו אז) חשין: "נזכור כי רוד – אשר לימים היה רוד המלך – לא היה אלא נער רועה צאן, אך עלה בידו להכות בחלוק-נחל ולהשתיק לעד את גולית הנורא. [...] כך באשר לגילו של העורר [בן 15]. אשר לכך שאין לו לעורר עבר פלילי, גם עובדה זו אין בה ולא כלום, בידוענו כולנו מה הניע אותו לעשות את מעשהו" (בש"פ 7103/00 פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 84, בעמ' 2).

ממעצר, הותק גם אל היישובים היהודיים. כחמש שנים אחרי תחילת האנתיפאדה השנייה התמודדו בתי המשפט עם הליכי הארכת מעצר של מפגינים ומתפרעים יהודים שמחו על ההתנתקות. בהליכים אלה הגיח לאוויר העולם ביטוי חדש ונראה גם שמתכונת חדשה של חלופת מעצר – "מעצר יישוב". לפי חלופה זו, כתנאי לאי-מעצר לא יעזבו המתפרעים את גבולות יישובם – על פי רוב התנחלות בשטחים. גם כאן מסורטטת זיקה בין היישוב, הזמנים הרעים והמסוכנות, אולם בעוד שאצל הפלסטינים הכפר נחשב גורם מלבה בזמנים קשים, אצל היהודים היישוב הוא גורם ממתן בזמנים כאלה.¹⁰⁵

תוצאה רביעית של השימוש בזמן להבנת עילות המעצר היא ריקון העברות מעוקצן הפוליטי ובכך מסמוסן. הפועלות (agency) של הנאשמים עומעמה משום שמעשיהם הן תוצר של האווירה והתקופה שבה נעשו ולא תוצר רצונם החופשי לבחור כיצד לנהוג. אין ספק, השופטים אומרים, שהארץ תשקוט והדברים ישובו למסלולם, ואז גם היחס אל הנאשמים ישוב למסלולו השגרתי. מכאן עולה שהעברה התרחשה בתקופת התפרעות זמנית שתירגע ותעבור, ואתה יחלוף עוקצה. כך, היחס השיפוטי המקטין את עוצמת העברה (אך לא את התגובה לה, ככל האמור בהארכת מעצר עד תום ההליכים), מחליש את עוצמת המחאה הגלומה בה.

אם מדובר במשבר זמני וחלוף, אזי פעולות הנאשמים משולות למעשיו של פעוט הרוקע ברגליו: צריך לאפשר לו לצעוק קצת, אבל אין בכוחו באמת ללמד אותנו דבר על עצמנו. האפשרות לראות את האירועים כמחאה אזרחית הקוראת להגדלת השוויון והשותפות האזרחית של ערבים בישראל מעוקרת עקב מסגור העברות ככאלה שהזמן גרמן. תוצאה זו מועצמת בשל הקביעה המשתמעת שעל ציר הזמן הלאומי יש זמני גאות ושפל. לכן, התלהטות הרוחות והשקטתן באופן מחזורי מקטינה אף יותר את עוצמת המחאה. אם הזמן גרם את העברות הללו אז לא ההפליה גרמה אותן, וכשיחלפו הזמנים הקשים יאבדו מעשי הנאשמים מעוקצם ומחשיבותם.

אפילו אם נקבל את הטענה שמסגור שיפוטי של מעשים על ציר הזמן הלאומי הוא לגיטימי, הרי המסגור של בתי המשפט – שלפיו הזמן הישראלי הוא זמן חירום מתמשך שיש לו מדי פעם שיאי משבר – איננו המסגור הטמפורלי האפשרי היחיד. ייתכן שבעיני המוחים שהובאו לדין האירועים ממוקמים על ציר זמן שונה בתכלית. ייתכן שבעיניהם יש להבין את אירועי אוקטובר על ציר הזמן של האזרחות של ערבים במדינת ישראל, שלפיו המאורעות הללו עשויים להיות רגע של תפנית לקראת השגת שוויון אזרחי. לחלופין, אולי יש להבין מחאות אלה על ציר הזמן הפלסטיני, שימקם את אירועי אוקטובר כחלק מהמאבק לסיום הכיבוש וכהצטרפות ערביי ישראל למאבק זה. אולי ציר הזמן הרלוונטי הוא זה של תולדות הערבים כאן במשך דורות, שלפיו אירועים אלה נמצאים באותו מישור של התנגדות לשליטי הארץ הזרים כמו, למשל, ההתנגדות לצלבנים. אם כן, הנרטיב שנבחר הוא נרטיב טמפורלי אחד מני רבים אפשריים, ולפיו ישראל מתמודדת דרך קבע עם איומים מבית ומחוץ, איומים הגואים ושוככים במחזוריות, ועל השופטים לשאול את עצמם בעת ההכרעה אם זמן גאות הוא או אם זמן שפל.

105 ראו, למשל, ב"ש (מחוזי ב"ש) 20240/05 מדינת ישראל נ' נמבורג, פס' 7 (פורסם בנבו, 21.2.2005).

לסיום דיון זה בהשלכות הנורמטיביות של הדוקטרינה הטמפורלית שהתפתחה בהחלטות על מעצר עד תום ההליכים של ערבים אזרחי ישראל בעקבות אירועי אוקטובר 2000, ברצוני להתעכב על החלטה אחת – של השופט ראיק ג'רג'ורה בבית המשפט המחוזי בחיפה בראשית נובמבר 2000.¹⁰⁶ החלטה זו נוגעת בכל ההשלכות של הדוקטרינה הטמפורלית שנדונו לעיל ומבטאת אמביוולנטיות עמוקה כלפיהן. בהליך זה ביקשה המדינה לבחון מחדש את החלטת בית משפט השלום לשחרר את הנאשמים, שניסו להבעיר צמיגים בגליל, למעצר בית עד תום ההליכים. בערר התמקדה המדינה בכך ששופט השלום לא נתן די משקל לזמנים שבהם אנו נמצאים, וכי זמנים אלה הם עדיין "ימים נוראים" שבגינם יש להשאיר את העורר במעצר. לתמיכה בטענתה הגישה המדינה מזכר של קצין משטרה שלפיו אין באפשרות המשטרה לפקח על חלופות המעצר בשל סיכון חייהם של השוטרים, שאינם יכולים להגיע לכפר.¹⁰⁷ לעומת זאת טען הסנגור את הדברים הבאים, שמובאים בפרפרזה מפי בית המשפט:

[...] המצב בשטח היום (יום הטיעון 19.10.00) רגוע. מאז האירועים שהיו ביום 1-2.10.00, [וש]נמשכו [יותר] משבוע, חלה רגיעה באזור, החיים חזרו להיות חיים נורמטיביים ואין יותר מהומות באזור הצפון. בכפרים היתה התכנסות כדי לשמור על החוק ואף גינו את מעשי האלימות. לטענתו, הרגיעה אליה קווה כב' השופט חשין בהחלטותיו, כבר הגיעה ולכן אין מקום להורות על מעצר מאחורי סורג ובריח.¹⁰⁸

בטיעונו לא ניסה הסנגור לצאת נגד הדוקטרינה הטמפורלית, אלא טען, מתוך הגיונה, כי חלף שבוע שקט וכי התממש הציר המדומיין של שיפור חד-כיווני במצב, ולכן ראוי לשחרר את העורר. השופט ג'רג'ורה נע בין דחיית התזה שלפיה בכוחו של הזמן הלאומי למסגר את הסוגיה שעל הפרק, לבין הצורך לבסס את החלטתו על אותה תזה ממש. מחד גיסא הוא שלל את האופן שבו אבחנה התביעה את העת שבה נדון התיק, ואף נוף בה על שימוש מוגזם ברטוריקה הטמפורלית:

[...] מדובר באירוע אחד שאינו יכול להוות [אינדיקציה] כי "הימים הנוראים" כלשונה של העוררת בהודעת הערר, חזרו. וכאן אעיר בעדינות – האם העוררת סבורה שהמונח "ימים נוראים" מתאים או שמא יש בו הגזמה?¹⁰⁹

מאידך גיסא קיבל השופט ג'רג'ורה במשתמע את סמכותו של בית המשפט לאבחן את הנקודה שבה נתונה המדינה על ציר הזמן, בהציעו דיאגנוזה משלו לעתים שבהן אנו נמצאים. הזמנים, הוא קובע, הם טובים משנדמה, ונמצאים במגמת שיפור:

מאז האירועים הקשים עבר כחודש והציבור, כל הציבור, יהודים כערבים, התחילו לעשות חשבון נפש 'וחושבים'. היינו עדים ל'סוכות שלום' במהלך חג הסוכות, אנו עדים למפגשים יומיומיים בין תושבים יהודים וערבים המגנים בחריפות את אשר היה וקוראים להמשך דו קיום שהופר ואף היתה סכנה להמשכו, בעקבות

106 ב"ש (מחוזי חי') 3992/00 מדינת ישראל נ' דבאח (פורסם בנבו, 2.11.2000).

107 פרשת דבאח, שם, בפס' 8.

108 שם, בפס' 9.

109 שם, בפס' 11.

מה שהיה [...] לא אוכל לא להתייחס לאותה משפחה יהודיה שהיתה מוכנה לארח בביתה כחלופת מעצר, צעיר, שנטען כי השתתף באירועים. סיפור זה מצביע על כך שמערכת היחסים היא יותר עמוקה מאירועים עוברים.¹¹⁰

בהיפוך המסמל את האמביוולנטיות שלו לגבי הלגיטימיות של המסגור הטמפורלי הסתייג השופט ממרכזיות ההישענות על הזמן בבחינת חוקיותם של מעצרים עד תום ההליכים:

אינני סבור שכב' השופט חשין וכב' השופט טירקל התכוונו, בהחלטותיהם, "לבטל" את ההוראה בדבר חלופת המעצר שנקבעה בחוק המעצרים. ההוראה עדיין קיימת ובית המשפט ישקול כל מקרה לגופו ויבדק אם ובאיזה מידה אותו נאשם ראוי לחלופת המעצר.¹¹¹

התווזה הלא נוחה בין שיתוף הפעולה עם הדוקטרינה הטמפורלית לבין הצורך להתנער ממנה הגיעה לשיא כשרמזו השופט ג'רג'ורה כי אין לעשות דין אחד בין תושבי השטחים לבין הנאשמים אזרחי ישראל. בדומה לתוצאה השנייה שעליה עמדתי לעיל, השופט הבחין כי הדוקטרינה של "עברות שהזמן גרמן" יוצרת רצף טריטוריאלי מושגי מסוכן בין אזרחי המדינה לבין תושבי השטחים, אך באותה נשימה הוא הציע שוב את הדיאגנוזה שלו באשר לזמנים שבהם אנחנו נמצאים – ואת המסקנה הנורמטיבית העולה ממנה:

וזאת ברצוני להרגיש: אין ללמוד מהמתרחש בתחום הרשות הפלסטינית על המצב במדינה בין אזרחיה ולקבוע שהמצב 'עדיין חם'. בתחום המדינה המצב נרגע ולא רק על פני השטח. אם ישנם פה ושם 'גחלים', הרי הם נקודתיים ואינם תופעה.¹¹²

השופט זיהה אפוא את עוצמתו של הנרטיב הטמפורלי כנרטיב שבכוחו לחבר או להפריד בין פעולות מחאה אלימות בשטחים לפעולות כאלה בישראל, להגדיר או לא להגדיר את הנאשם כמסוכן ולהבינו כחלק מקולקטיב או כפרט.

לסיכום ההערכה הנורמטיבית של ההישענות על נרטיב טמפורלי כנרטיב המעניק משמעות ולגיטימיות לפרשנות החוק וליישומו: בעיניי אין פסול עקרוני בהכנסת ממד של זמן להכרעה השיפוטית. אולם, כמו כל נרטיב שמקבל משקל משמעותי בהליך השיפוטי, גם נרטיב ביחס לזמן – לעבר, להווה ולעתיד הלאומיים – ראוי שיעורר שאלות באשר לשימוש בו. למשל, אלו נרטיבים טמפורליים מתחרים נדחקו לשוליים? מי המספר של סיפור הזמן ומאיזו עמדה הוא בונה את הסיפור? אלו נרטיבים מתחרים יש לשקול? האם יש מקום בהליך עצמו לבחינה ביקורתית של בניית הנרטיב ושל השימוש בו? אלו השפעות יש לשימוש בזמן כמקור משמעות על עיצוב הדוקטרינה? האם השפעות אלה עולות בקנה אחד עם הכללים הקיימים, עם תכליות החקיקה ועם עקרונות השיטה?

המניתוח שלעיל עולה כי אף אחת מהשאלות הללו לא נבחנה ברצינות בבתי המשפט שהפעילו את הדוקטרינה הטמפורלית בהליכי הארכת המעצר עקב אירועי אוקטובר 2000. מסגור העברות בצל האירועים והזמנים הוצג כמובן מאליו, וכך גם התקבל: אמרו מעתה

110 שם, בפס' 13.

111 שם.

112 שם, בפס' 14.

כי לזמן ההתדיינות נתון תפקיד מכריע בהגדרת מסוכנות. ההנחה שנכון למקם את העברות על ציר הזמן הלאומי השתרשה במהירות. הראיות וראיות הנגד בשאלה אם נרגעו הרוחות הוגשו לבית המשפט כאילו מדובר בפרקטיקה מושרשת בעלת היגיון מוצק, אף שהייתה חסרת תקדים והתבססה על קריטריונים נזילים ואנקדוטליים כמו כותרות הבוקר בעיתון ביום הדיון.

ראינו כי ההשלכות הנורמטיביות של ההישענות על הדוקטרינה הטמפורלית פגעו ישירות בנאשמים, בכך שהפכו כעת לנתונים בידיהן של נסיבות שמחוץ לשליטתם. דוקטרינה זו גם אפשרה לרכך את המתח שבין אופיו האינדיבידואליסטי של המשפט הפלילי לבין הטיפול הקולקטיביסטי בהליכי המשפט של הנאשמים ואף החלישה את ה־"agency שלהם: מחאתם מוסמסה ככזו שהזמן הוליד והזמן ישכיה. מסגור הסוגיה ככזו שתוכרע בהתאם למיקומו על ציר הזמן גם יצר זיקה סמלית ונורמטיבית בין הנאשמים – ערבים אזרחי ישראל – לבין פלסטינים שביצעו עברות דומות, ושוב כרסם באזרחותם השווה של הראשונים.

3. השתרשות הדוקטרינה הטמפורלית מאז האנתיפאדה השנייה

הדוקטרינה שלפיה מסוכנותם של נאשמים תוכרע לפי השאלה אם שקטה הארץ או שהיא עדיין שוערת השתרשה במשפט הישראלי מאז פסקי הדין שניתנו עקב אירועי אוקטובר 2000.¹¹³ בתת־הפרק הקודם טענתי, בין השאר, כי הדוקטרינה הטמפורלית שהתפתחה בבית המשפט העליון עקב אירועי אוקטובר 2000 משמשת לגישור על הפער בין העובדה שמדובר בנאשמים אזרחי ישראל לבין ההרגשה שטיב העברות שלהם ביטחוני. אכן, המטבע שטבע השופט חשין "עד אשר תשקוט הארץ" התגנב גם להחלטות העוסקות בפלסטינים תושבי השטחים, וזאת על אף התנגדותו של חשין להשתמש בדוקטרינה זו ביחס אליהם.¹¹⁴ כך, למשל, נאמר בהחלטתה של סגנית הנשיא (כתוארה אז) מוסיא ארד בבית המשפט המחוזי בירושלים משנת 2002, בעניינו של תושב השטחים שזייף תעודת זהות כדי לשהות בישראל בעת האנתיפאדה השנייה:

כניסה לישראל שלא כחוק בעתות חירום, איננה נבחנת באמות המידה התואמות תקופת רגיעה. אותה עבירה, בזמנים שונים, עשויה להצביע על מידה שונה של מסוכנות וחשש להימלטות מן הדין. בימים אלו, של פגיעות טרור קשות ותכופות בתושבי המדינה, הפגיעה בביטחון עקב ביצוע העבירות הנדונות, גוברת, ועמה מחמירה גם הסכנה. אפשרויות האכיפה מצטמצמות וההתחמקות מן הדין מחריפה.¹¹⁵

113 ראו, למשל, ב"ש (שלום י"ם) 2154/07 מדינת ישראל נ' אבו כף (פורסם בנבו, 18.2.2007). (החלטה על מעצר עד תום ההליכים של נאשמים תושבי מזרח ירושלים שהוואשמו בתקיפת שוטר בנסיבות מחמירות ובהתפרעות, במהלך הפגנות נגד עבודות בנייה בשער המוגרבים. את חלופות המעצר, כתב סגן הנשיא (כתוארו אז) פיינברג, אפשר יהיה לשקול שוב "משתשקוטנה הרוחות והארץ תנוח" (שם, בפס' 8)).

114 ראו לעיל ה"ש 103 והטקסט שלפניה.

115 ב"ש (מחוזי י"ם) 2000/02 מדינת ישראל נ' אבו דיה, פס' 5 (פורסם בנבו, 21.11.2001). ראו גם עמ"ת (מחוזי חי') 1870-09-01 פלוני נ' מדינת ישראל (12.1.2009) [...] בסופו של

השופטת החליטה להשאיר את העורר במעצר וסיימה את פסק דינה במשפטים הנסמכים על גישתו של השופט חשין:

החלטה זו ניתנה בשים לב לתנאיו המיוחדים של מצב החירום הביטחוני הקיים בארץ בימים אלה. "מששתקוטנה הרוחות והארץ תנוח" (כדברי כב' השופט חשין בבש"פ 7171/00), תישקלנה הנסיבות מחדש.¹¹⁶

מעניין להבחין כי הדוקטרינה הקושרת בין "העתים" לבין מסוכנות הנאשמים הופעלה גם כלפי מוחים בזמן ההתנתקות. כך, למשל, בהחלטה על מעצר עד תום ההליכים עקב שרפת צמיגים על ידי מתנגדי ההתנתקות בנתיב תחבורה מרכזי, כתבה השופטת ארבל:

גם בהיותנו מחויבים לבחון היתכנותה של חלופת מעצר אי אפשר לדון בעניינים של העוררים במנותק מאירועי הזמן והתקופה.¹¹⁷

בפרשת ניר נ' יו"ר הכנסת¹¹⁸ נבחנה חוקיותו של חוק שהעניק הפסקת הליכים ומחיקת הרשעות גורפת (על עברות לא חמורות) לבעלי רישום פלילי, לחשודים ולנאשמים בהתפרעויות במסגרת מחאות נגד כוונת הממשלה לסגת מעזה. בג"ץ דחה את העתירה הטוענת שחוק החנינה פוגע בכבוד האדם ומפלה בין נאשמים שכל ההבדל ביניהם הוא הרקע האידאולוגי שלהם, והם נאשמים בעברות זהות באופיין – אנשים נורמטיביים שבמסגרת מחאה פוליטית תוקפים שוטרים, משחיתים רכוש, חוסמים נתיבי תנועה ועוד.

בדעת רוב של שמונה שופטים, נגד דעתו החולקת של השופט סלים ג'ובראן, מצא בג"ץ כי אמנם יש בחוק פגיעה בשוויון, אך פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבסיס הנימוק לדחיית טענות הפגיעה בשוויון ובכבוד האדם עמדה ההבחנה שלפיה "[...] תוכנית ההתנתקות היוותה אירוע ייחודי שהשפיע עמוקות על המציאות החברתית והלאומית בישראל ונתפס כנקודת שבר קריטית לקבוצה גדולה בקרב

דבר הסכנה הרבה לציבור הנשקפת מן העורר שהרהיב עוז לידות אבנים על שוטרים שבאו להשליט סדר בהתפרעות שסיכנה את כלל הציבור, על רקע מצב בטחוני סוער, הכריעה את הכף והביאתני לקבוע שצדק בית המשפט בהחלטתו".

116 פרשת אבו דיה, שם, בפס' 6. כן ראו בש"פ 2739/02 צבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 926, פס' 5-6 (2002). השופטת פרוקצ'יה: "שלא כבימים כתיקונם, עיתות חירום בטחוני מסוג זה שבו אנו שרויים עתה, עלולות להשפיע על אופן הפעלת שיקול-הדעת בהליך המעצר – השפעה שהזמן ואירועי השעה גרמוה. מצבי חירום עלולים לחייב הדגשה גוברת של ממד האינטרס הציבורי ביחס למימד האינדיווידואלי לנאשם ולהשפיע בכך על אופן עריכת האיוון בין ענייניו של הפרט לענייניו של הציבור במסגרת שיקולי המעצר. בעתות שגרה אישום כנגד נאשם, תושב שטחים, שכל כולו נסב על כניסה ושהייה שלא כדין בישראל, מחייב בחינת קיומה של עילת מעצר בגין חשש מהתחמקותו מהליכי שפיטה בדרך הימלטותו לשטחים. אף שחשש זה קיים בכל מקרה דרך כלל, מתחייבת בחינה פרטנית של כל מקרה לגופו, ומשקל החשש להימלטות פוחת ככל שרשויות אכיפת החוק פועלות כסדרן בפיקוח על תנאי שחרור וכפיית התייצבות נאשמים לדין. שונה הדבר בעיתות חרום" (שם).

117 בש"פ 5426/05 טייכמן נ' מדינת ישראל, פס' 5 (פורסם בנבו, 21.6.2005).

118 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012).

החברה הישראלית, שנאלצה לעזוב את ביתה בניגוד לרצונה, בהישען על החלטה מדינית עימה התקשתה להשלים".¹¹⁹

המחלוקת בין שמונה השופטים לבין השופט ג'ובראן נסבה על האפשרות המשפטית להשהות את הנורמות הפליליות הרגילות בשל הזמן שבו התבצעו העברות לבין התפיסה שלפיה אין זה נכון לעשות זאת.¹²⁰ בדעת היחיד החולקת שלו העמיד השופט ג'ובראן במפורש את קבוצות ההחלטות שנדונו במאמר זה אל מול ההליכים נגד המוחים על ההתנתקות:

אין כל הצדקה להעדיף את אחוי הקרע שנוצר בציבור על רקע תוכנית ההתנתקות על ידי חנינת מבצעי העבירות הנוגעות לה, מאשר אחוי הקרע בין הציבור היהודי והערבי שנוצר על רקע אירועי אוקטובר 2000 [...] ¹²¹

מה מאפשר את ההבדלים בין היחס לנאשמים בהתפרעות באירועי אוקטובר 2000 לבין היחס לנאשמים בהתפרעות בעת ההתנתקות? מדוע באירועי אוקטובר 2000 היוו הזמנים הקשים עילה להמשך מעצר וליחס מחמיר, ואילו בהתנתקות הם היוו עילה ליחס מקל? הלא בשני המקרים דובר בזמנים מיוחדים וקשים. אני מציעה כי התשובה טמונה בעובדה שאירועי אוקטובר 2000 נתפסו והוצגו על ידי בתי המשפט כמשבר נוסף בשורה ארוכה של משברים ביטחוניים שהיו ושעוד יהיו במדינת ישראל, ואילו ההתנתקות נתפסה והוצגה כאירועי ייחודי ולכן מצדיק יחס חריג. אירועי אוקטובר מוקמו במסגרת זמן מחזורי – משבר

119 שם, בפס' 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. המלה "ייחודי", על נגזרותיה, מופיעה בחוות דעתה של הנשיאה 34 פעמים ב-39 עמודי פסק הדין, שבע פעמים בשני העמודים של חוות דעתה של השופטת נאור, ארבע פעמים בשני העמודים של חוות דעתה של השופטת ארבל, ופעמיים בשני העמודים של חוות דעתו של השופט רובינשטיין. ב-40 עמודי חוות דעתו החולקת של השופט ג'ובראן הופיעה המלה שמונה פעמים (תוך הסתייגות מייחודיותה של ההתנתקות). כן ראו פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (שם), המצטטת את דברי ההסבר להצעת החוק: "ישנם ימים בהם 'ייקוב הדין את ההר' ויש ימים של 'לפנים משורת הדין'". כך, בחוות דעתם של שופטי הרוב מופיעה המילה "ייחודי" יותר מפעם אחת בכל עמוד, ואילו בחוות דעתו של שופט המיעוט היא מופיעה פעמיים בכל עשרה עמודים – וגם אז, כאמור, לשם הסתייגות מהטענה בדבר הייחודיות של ההתנתקות ושל האירועים שנלוו לה.

120 יש שלושה הבדלים חשובים בין הבש"פים של אירועי אוקטובר 2000 לבין הנסיבות בפרשת ניר (שם). ראשית, בבש"פים מדובר בשחרור ממעצר עד תום ההליכים ובפרשת ניר מדובר במחיקה של רישומים פליליים, כתבי אישום או הרשעות. שנית, בבש"פים מדובר בהחלטות שיפוטיות שמתקבלות בעת האירועים הסוערים, ובפרשת ניר דובר בהחלטות על אירועי עבר שהסתיימו זה מכבר. עם זאת, לטעמי עדיין יש טעם לדון בעניין ניר משום שעניינו בהשפעת המסגור הטמפורלי של העברות על היחס המשפטי אליהן. שלישית, בבש"פים יצר בית המשפט מיוזמתו את דוקטרינת העברות שהזמן גרמן, ואילו בפרשת ניר התייצב בית המשפט (להוציא השופט ג'ובראן) מאחורי הכנסת, שהיא שיזמה את החוק נשוא העתירה, וקבע "רק" שחוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ס-2010, אינו חורג מתנאי פסקת ההגבלה. אם כן, בבש"פים בית המשפט רק "אבחן" את הזמן הלאומי, אך בפרשת ניר הוא רק ביצע ביקורת שיפוטית על הדיאגנוזה הטמפורלית של המחוקק.

121 שם, בפס' 23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

הולך ומשבר בא, זה גורלה של מדינת ישראל, ובמהלכו של כל משבר היא תיאלץ להתמודד ולחכות עד יעבור זעם. ההתנתקות הוצגה כנקודת שבר ייחודית. יש נרטיבים חלופיים אפשריים שבאמצעותם אפשר היה לזהות את הדמיון שבין אירועי אוקטובר להינתקות ולהחיל על הנאשמים בהתפרעויות סביב אירועים אלה סטנדרטים דומים. אפשר היה, למשל, להתייחס להתנתקות כנקודה על רצף של אירועי נסיגה שעמם התמודדה ישראל ותתמודד – הנסיגה ממצרים מצד אחד, ונסיגות אפשריות עתידיות מצד שני, וכך, כאירוע מחזורי. מסגור טמפורלי כזה אולי היה מוליד יחס מחמיר כלפי עצורי ההתנתקות, כמו היחס כלפי עצורי אוקטובר 2000. לחלופין, אפשר היה להתייחס לאירועי אוקטובר 2000 כרגע חד-פעמי לא פחות מהתנתקות – כנקודת שבר ייחודית ביחסים של הפלסטינים הישראלים עם מדינת ישראל וכרגע חסר תקדים מאז קום המדינה. מסגור טמפורלי כזה אולי היה מוליד יחס רציני יותר למסרים של מחאת אוקטובר 2000 ויחס מקל יותר עם הנאשמים בהתפרעויות שם.¹²²

בשנים שבין האנתיפאדה השנייה לבין קיץ 2014 ומבצע "צוק איתן" היו תקופות של ריבוי אירועי מחאה אלימים של פלסטינים אזרחי ישראל: בעת מבצע "עופרת יצוקה", במבצע "חומת מגן", באירועי "יום הנכסה" בגולן ובמחסומים ביהודה ושומרון¹²³ ועוד. תקופות אלה גררו אחריהן כתבי אישום ומעצרים רבים. החלטות המעצר בעקבות כתבי האישום התנהלו על פי ההיגיון הטמפורלי שהולדתו באוקטובר 2000 – הדוקטרינה שלפיה מדובר בעברות שהזמן גרמן, ולכן "לכשתשקוט הארץ" אפשר יהיה להתייחס אליהן כאל עברות פליליות רגילות, אך עד אז ייחשבו הנאשמים מסוכנים. דוקטרינה זו השתרשה והתייצבה.¹²⁴

122 לזווית ביקורתית נוספת על הגישה השיפוטית לפיה ההתנתקות היא אירוע ייחודי ראו אילן סבן וברק מדינה בכרך זה.

123 ראו, למשל, ת"פ (שלום נצ') 11-06-44818 מדינת ישראל נ' שאער (פורסם בנבו, 7.7.2011) (התביעה טענה כי יש "[...] לראות את האירועים בהקשר הכללי של המצב במזרח התיכון לאחרונה, לרבות המתיחות וחוסר היציבות בסוריה, באופן המלמד כי אירועים מן הסוג שאירעו במועדים שתוארו לעיל צפויים לשוב ולהתרחש בעתיד, ועל כן, מלבד מרכיב הגמול, יש לשלוח במסגרת גזר הדין גם מסר הרתעתי אל עבר הנאשמים ואחרים"; ההגנה טענה כי "זקני הכפר התערבו כדי להפסיק את יידי האבנים, ואף שהמעשים נמשכו, הרי בסופו של דבר, בהתערבות המכובדים, הופסקה כליל זריקת האבנים" (שם, בפס' 14)).

124 ראו, למשל, ב"ש"פ 295/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 5-6 (פורסם בנבו, 12.1.2009) (החלטה על מעצר עד תום ההליכים עקב התפרעויות בכפר כנא בראשית מבצע "עופרת יצוקה": "יוער, כי העוררת המציאה חומר ממנו עולה שאין זה מדויק לומר שחלה רגיעה באירועים של הפרות סדר. [...] כמובן, ששינוי העתים יוביל לשקילה מחדש של סוגיית המעצר"); ב"ש"פ 379/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 8 (פורסם בנבו, 14.1.2009) ("נוכח העובדה שההכרעה מושפעת במידה רבה מן התקופה בה אנו נמצאים, ברור כי עם שינוי העתים יהא מקום לשקול מחדש את עניינו של המשיב 1 (ואולי אף את תנאי השחרור של המשיב 2)"); ב"ש"פ 251/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 14 (פורסם בנבו, 14.1.2014) ("במהלך הדיון בערר הגישה ב"כ המדינה 'דוח שבועי – ניתוח אירועי ידויי אבנים לתאריכים 12.12-25.12' ועל סמכו טענה לעלייה במספר האירועים במחוז ירושלים, סך הכל 104 אירועים. סכימת האירועים בטבלה העלתה כי מדובר לכאורה ב-46 אירועים בלבד. ביקשתי הסבר מאת ב"כ המדינה, וזו הודיעה אתמול כי קיבלה מסמך בההרהר מאת ראש חוליית סדר ציבורי בחטיבת המודיעין במשטרת ישראל,

רצח הנער מוחמד אבו ח'דיר כנקמה על חטיפתם ורציחתם של הנערים גיל-עד שער, נפתלי פרנקל ואיל יפרח גרר הפגנות ביישובים ערביים וגל של כתבי אישום ומעצרים של פלסטינים אזרחי ישראל שהשתתפו בפעולות מחאה בשבועות הראשונים של מבצע "צוק איתן". ההחלטות הזמינות במאגרים המשפטיים המקוונים מלמדות כי הדינמיקה שתוארה במאמר זה – דינמיקה של התפתחות קטגוריות של מסגור הטמפורלי, ושימוש בדיאגנוזה השיפוטית באשר לנקודה שבה אנו נמצאים כמדינה על ציר הזמן – הייתה המסגרת המעצבת והמכריעה בדיונים במעצרים. כך, למשל, בהחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בדבר מעצר מנהלי של תושב ירושלים המזרחית בעל תעודת זהות ישראלית, שנעצר בראשית יולי 2014 בחשד לעברות של התקהלות בלתי-חוקית ורכישת נשק והחזקתו שלא כדין, העיר סגן הנשיא משה דרורי:

ב"כ המשיב ציין כי יתכן שביהודה ושומרון בנסיבות דומות, ניתן צו מעצר מנהלי, אך מרשו הינו תושב מזרח ירושלים [...] בהקשר זה אציין, כי ב"כ המדינה מאשר שבשנים האחרונות לא נעשה שימוש בחוק לעניין מעצר מנהלי לגבי תושבי מזרח ירושלים, ואכן, מדובר במקרה ראשון בשנים האחרונות.¹²⁵

סגן הנשיא דרורי התלבט מה מבחין צעיר זה "מנתוני צעירים אחרים רבים (לצער כולנו), שלהם מוטיבציה דומה ואמצעים חלקיים", אך לאור עברו הפלילי של המשיב ומזגו האלים והסוער הוא השתכנע כי "למשיב יש 'דבר מה נוסף', מעבר לצעיר הרגיל בעל המוטיבציה לבצע פיגועים", והוא הזמנים הרגישים שבהם אנו נתונים.¹²⁶ כך, אגב אורחא, נאמר כי צעירי מזרח ירושלים הם צעירים שבימים כתיקונם יש להם, "לצער כולנו", מוטיבציה לבצע פיגועים, והם מושמים בסל אחד – הן באופן סימבולי והן מבחינת סוג המעצר המופעל נגדם – עם תושבי השטחים. את השארת המשיב במעצר (תוך קיצור זמן המעצר המנהלי והקדמת העיון התקופתי מחדש בצו)¹²⁷ נימק סגן הנשיא דרורי בכך ש"אם המשיב יישאר בביתו או בכפרו, יכולתו לבצע [פיגוע או פעילות טרור אחרת; י' ת'] מחייבת את מעצרו המנהלי".¹²⁸ בנימוקי ההחלטה צוין:

לכל אלה יש להוסיף את המצב העדין והרגיש בחודש האחרון, שהוזכר ברמז על ידי גורמי השב"כ, ואינו סוד: חטיפתם ורציחתם של שלושה נערים ישראליים; חטיפתו ורציחתו של נער ערבי משועפט; תחילתו של מבצע 'צוק איתן'; מתח בחברה הערבית, כולל הפגנות; חודש הראמאדן, והמתח בהר הבית, המצוי קילומטרים בודדים ממקום מגוריו של המשיב, בעיסוויא. [...] הזכרתי לעיל

וממנו עולה כי מספר האירועים בשבוע הנ"ל עמד על 130 אירועי ידוויי אבנים במחוז ירושלים. הפער נובע מכך שבמסמך הקודם לא נכללו אירועים ספורדיים, וגם כמות האירועים המדווחת לא הייתה מלאה. ניחא. יאה המספר המדויק כאשר יאה, גם הגרסה הממעיטה חמורה דיה".
125 מ"מ (מחוזי י"ם) 14-07-18495-07 מדינת ישראל נ' עבד, פס' 20 (פורסם בנבו, 13.7.2014).

126 שם, בפס' 57, 59.

127 תקופת המעצר המנהלי הופחתה לשלושה חודשים תחת ששת החודשים שביקשה המדינה, ומועד העיון התקופתי מחדש בצו הוקדם לחודש וחצי ממתן הצו במקום שלושה חודשים (שם, בפס' 70).

128 שם, בפס' 54.

את הנסיבות המיוחדות בחודש האחרון. אין הכרח שמצב זה יימשך לאורך תקופה ארוכה.¹²⁹

התקופה, אם כן, היא היא המגדירה את מסוכנותו של העצור, והשתנותה, לפי קביעתו של השופט, היא זו שתביא לשחרורו.¹³⁰

פרשה אחרת, שעניינה מעצרו של אזרח ישראלי עקב התפרעות בוואדי סקיע בשפרעם בלילה של ה-6 ביולי 2014, מדגימה כי לעתים השאלה היא לא רק מה תפקידו של הזמן בהבנת מעשי הנאשם ומה האבחון הנכון של ההווה, אלא גם באיזה הקשר טמפורלי נכון לבחור בהינתן הקשרים מתחרים. התביעה בתיק זה טענה את הטענה המוכרת שלפיה יש לקרוא את עובדות כתב האישום על רקע תקופת התרחשותן ולהכריע בדבר מסוכנותו של הנאשם "במסגרת ההקשר הכללי על רקע קיומו של מבצע צבאי בעזרה [כך במקור; י' ת'] והמצב הביטחוני החמור השורר בימים [כך במקור] בכל רחבי הארץ" וכי "התפרעויות מסוג זה על רקע מכלול האירועים האחרים רק מלהיטות את הרוחות ומוסיפות עול נוסף על כוחות הביטחון".¹³¹ להגנה, לעומת זאת, ניסתה לשכנע את בית המשפט כי המסגור הטמפורלי של התביעה שגוי, והציעה כי אין לראות את המעשים במסגרת אנטיפאדה מתעוררת אלא במסגרת זמן אחרת – כמחאה אזרחית על רקע רצח נקמה של נער ערבי מירושלים:

ההגנה מתנגדת לכריכת מסוכנותו של המשב הספציפי במצב הבטחוני הנוכחי ולשיטתה נושא ההתפרעות אינו קשור למבצע הצבאי בעזה שהחל מספר ימים לאחר מכן אלא היה חלק מגל התפרעויות שנוצר על רקע רציחתו של הנער אבו חדיר מירושלים וכי בפועל חלה רגיעה בהיבט זה מזה מספר ימים.¹³²

השופטת אביגיל זכריה לא הכריעה במחלוקת זו בין הצדדים על הרקע הטמפורלי הנכון שכנגדו יש להבין את העברות, אך עצם קיומה של המחלוקת הוא המעניין כאן. העובדה המשמעותית היא שהן הפרקליט והן הסנגור הבינו כי עליהם לנהל ויכוח בשאלה באיזה הקשר תקופתי יש להבין את העברות: האם יש להבין את מעשי הנאשם על רקע המבצעים והמלחמות בין ישראל לאויבותיה, שמבצע "צוק איתן" הוא הנקודה הנוכחית על הרצף שהם יוצרים, או שראוי להבינם על רקע ציר זמן פנים-ישראלי, הנוגע ליחסי ערביי ישראל עם החברה היהודית ועם השלטון הישראלי.

אחתום את סקירת השתרשותה של הדוקטרינה הטמפורלית שפותחה בראשית האנטיפאדה השנייה בהחלטת מעצר עד תום ההליכים מתקופת מבצע "צוק איתן", עקב הפגנות והתפרעות בצומת אום אל-פחם.¹³³ השופטת תמר נאות-פרי ביקשה להנחות את עצמה על ידי סקירת

129 שם, בפס' 60, 66.

130 על החלטה זו ערר השב"כ לבית המשפט העליון וגם שם קבע השופט זילברטל שחוקיות המעצר תיבחן, במידה רבה, לפי המצב הביטחוני הכללי. ראו עמ"ס 5302/14 מדינת ישראל נ' פלוני, סוף פס' 6 (פורסם בנבו, 7.8.2014).

131 מ"ת (שלום עכו) 14-07-2014 מדינת ישראל נ' חגאג, 3 (פורסם בנבו, 17.7.2014).

132 שם. השופטת זכריה הביאה בהמשך הדברים תיאור של המצב הביטחוני המורכב (שם, בעמ' 4) והסכימה למסגור של התביעה. עם זאת, לאור נסיבותיו האישיות של הנאשם, החרטה שהביע ומצבו הבריאותי, הורתה על שחרורו בחלופת מעצר.

133 עמ"ת (מחוזי חי') 14-07-2014 אגבאריה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.7.2014).

הפסיקה העוסקת בהערכת מסוכנות בהתבסס על התקופה שבה הסוגיה נבחנת. מסקנתה מהסקירה העלתה כי לפי הפסיקה, המסגור הטמפורלי אכן אמור להשפיע על הערכת מסוכנותו של הנאשם.¹³⁴ בהתאם, היא התייחסה ליומרה ולחוסר התחלת שבביסוס הערכת המסוכנות על בניית נרטיב לגבי ההווה והעתיד, וסירבה להעמיד פנים שיש בידיה כלים לעשות זאת. עם זאת, מעניין להבחין כי גם כשבית משפט יוצר טקסט ביקורתי כלפי הדוקטרינה הטמפורלית הוא מספר בלי משים על עוצמת השתרשותה:

דומה כי אין כמו המקרה הנוכחי כדי להמחיש את הקושי בקביעת רף המסוכנות, לגבי עבירות כגון אלו, ובמיוחד שעה שרכיב מסוים מאותה מסוכנות תלוי במצב בארץ. 'המצב בארץ' הינו משתנה שמעצם הגדרתו אינו קבוע, ולא יכול להיות כזה. המהומות בהן השתתף לכאורה העורך החלו בימים הראשונים של חודש יולי עקב רציחתו של הנער מוחמד אבו חדיר. גל ההתפרעויות ששטף את הארץ בעקבות הרצח, נקטע באחת עקב העובדה שמזה עשרה ימים נמצאת מדינת ישראל תחת מתקפת טילים קשה. מצד אחד, ניתן לומר כי הנסיבות הביאו לכך שהמהומות שבהן השתתף לכאורה העורך, פסקו ושהצפי לחידושן – על רקע רציחתו של הנער – אינו גבוה. מצד שני, אין לדעת כיום מתי ואיך יסתיים מבצע 'צוק איתן', אשר נמצאים אנו בעיצומו ואין לדעת אם הימשכות המצב והמבצע תביא למהומות נוספות או שתביא דווקא לרגיעה. בית המשפט בוודאי שאינו יכול לשער השערות ולהעריך הערכות באשר לסוגיות כגון אלו ואף לא לנסות ולבחון את ההשלכות האפשריות של המצב על מסוכנותו הספציפית של העורך. ניתן רק לומר שכאשר ידיהם של השוטרים ושל שאר גורמי האכיפה וכוחות הביטחון מלאות בעיסוקים בשל העובדה שאנו במצב של מלחמה – אין הם יכולים להרשות לעצמם לעסוק גם בהפרות סדר, פיזור התקהלויות ומעצרים של מי שמיידה לעברם אבנים.¹³⁵

ההחלטה יוצאת נגד התפיסה שראוי להעריך מסוכנות בעברות "כגון אלו" (היינו: של פלסטינים אזרחי ישראל במסגרת התפרעויות מחאה) לפי המשתנה הלא יציב של "המצב בארץ". אך באותה נשימה שבה דחתה ההחלטה את חשיבותו של ממד הזמן לקביעת המסוכנות, היא יצרה נרטיב טמפורלי סמכותי משלה (המהומות החלו בעקבות רצח הנער, ההתפרעויות נקטעו עקב הטילים, הימשכות המבצע עשויה להביא למהומות נוספות או לרגיעה) – וזאת כדי להדגים את הקושי להעריך את מסוכנותו של הנאשם בהתאם להתפתחויות הרבות והמהירות ובשל הקושי להגדיר את "מצב הארץ". ידיהם המלאות של כוחות הביטחון בתקופה זו הן המכריעות בסופו של דבר את מסוכנות הנאשם, שהושאר במעצר עד קבלת תסקיר של חלופות מעצר. בעיניי, הטקסט הזה מדגים את עומק השתרשותה של הדוקטרינה הטמפורלית: גם הבעת ביקורת מפורשת כלפיה נעשית תוך הסתמכות על נרטיב על אודות הזמן הלאומי.

134 שם, בפס' 16-23.

135 שם, בפס' 24-27.

סיכום

השאלה היא אם אנחנו יכולים לייצר נוסח ציוויליזטורי, של תרבות, שבו ההווה הוא הדומיננטי, סטרוקטורה של הווה, של חיי יום-יום וכולי, ובכל זאת לא לוותר על היותנו עם-עולם.¹³⁶

ליבתם של הדברים שלעיל נכתבה בימי "מבצע צוק איתן". המערכה נמשכה חמישים יום, אך ממשלת ישראל סירבה לכנותה מלחמה. עתירה לבג"ץ בעניין סיווגו של העימות הצבאי כמלחמה נמחקה בהסכמת העותרים.¹³⁷ "מבצע" הוא שיא מקומי של חירום בתוך מצב משברי נמשך; הוא שומר על תודעה של מקטעי זמן קצרים החוסים תחת מטריית זמן החירום הגדול. מלחמה היא בינארית יותר מקרב, מערכה או מבצע, ומובלעת בה ההצעה שאחרי עת המלחמה תהיה עת שלום.

אם הליכי המעצר של אירועי אוקטובר 2000 סימנו התקצרות של תתי-התקופות בין זמן חירום (בתוך זמן החירום הכללי) לבין זמן רגיעה (בתוך זמן החירום הכללי), הרי במהלך "צוק איתן" הקצינה המגמה מאוד. במשך ימי הלחימה התרבו תתי-הקטגוריות הטמפורליות והשיח הציבורי הישראלי התחדש במונחים שלא היו בשימוש קודם לכן כגון טפטוף ירי, הפסקת אש זמנית, הפוגה, שגרת שיגורים, שגרת חירום ואף "פינוי לתקופת 'התרעננות'",¹³⁸ זאת נוסף על רגיעה – תהדיה – מונח שנכנס לאוצר המלים שלנו בשנים האחרונות, ואף הוא מבטא תפיסה של הפוגה זמנית בתוך זמן חירום שיהיו לו שיאים של התלהטות.

עצם התיחום של הזמן ל"עת מלחמה ועת שלום" מטעה אותנו לחשוב, לפי דודזיאק, כי הכללים המשפטיים המופעלים בזמן מלחמה הם זמניים.¹³⁹ לדעתה, מאחר שהתיחום בין עת מלחמה לעת שלום איננו מובהק כפי שמקובל לחשוב, המוטטלת המדומיינת בין שני הזמנים אף פעם לא חוזרת למרכז.¹⁴⁰ ראינו כי עמדת המדינה בפרשות הנוגעות לזכויות

136 גורביץ', לעיל ה"ש 1, בעמ' 93.

137 בג"ץ 5319/14 החזית להגנת הציבור נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 21.8.2014). לסקירת הצעדים השלטוניים להמשגה משפטית של זמן הלחימה של ישראל נגד עזה בקיץ 2014 ראו עתירה למתן צו על תנאי בפרשת החזית להגנת הציבור (לא פורסם, 4.8.2014) (לרבות הדרישה בדבר הכרזה על "מצב מיוחד בעורף" לגבי יישובי עוטף עזה מכוח חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951, ובדבר התקנת תקנות שעת חירום בעניין הפעלת משק לשעת חירום באותו אזור). עותק העתירה שמור אצל הכותבת; לסיקור תקשורתי של עיקרי הטענות בעתירה ראו יסמין גואטה "עתירה לבג"ץ: להכריז על צוק איתן כמלחמה" *The Marker* 4.8.2014 www.themarker.com/law/1.2396531. כן ראו אייל נון "סמכויות מלחמה בישראל – לקחים חוקתיים לאחר מלחמת לבנון השניה" *משפט ועסקים* יז 381 (2014), הטוען כי "בעידן הטרור הכלל-עולמי יש להעניק למונח 'מלחמה' ולנגזרותיו ('מבצע' וכיוצא באלה) פרשנות תכליתית, על-פי התוצאה המסתברת של המהלך, ולא על-פי היקפו. זאת, בניגוד למה שנדמה כמוסכמה החוקתית השלטת כיום" (שם, בעמ' 382).

138 ראו, למשל, שירות גלובס "כמו קטע מסרט: אזעקות, טילים ויירוטים בחוף הים בתל אביב" *גלובס* 24.8.2014 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000965882.

139 Dudziak, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1671.

140 שם, בעמ' 1687.

אדם של פלסטינים ביקשה לטשטש את הגבול בין זמן מלחמה לזמן רגיעה ודחפה לעבר מערכת נורמטיבית הפועלת תחת תודעת מלחמה מתמשכת.

כפי שביקשתי להדגים, תודעת זמן המלחמה הנמשך – תודעת התקופה המתקתקת – שוחקת את ההגנה על זכויות אדם ובמיוחד על זכויות של פלסטינים – הן בישראל והן בשטחים הכבושים. מה שמאפשר את ההסגה של זכויות אדם הוא השימוש בזמנים הקשים כמנגנון הצדקה מתוך עמדה רואה-כול שנוקטים (רוב) בתי המשפט באשר לציר הזמן הלאומי הישראלי. הציר המדומיין שהשופטים מסרטטים במובלע הוא בדרך כלל ציר פרוגרסיבי – עוד יבוא שלום. יבוא שלום – אבל עכשיו זמן מלחמה וכיוון שיבוא שלום – או לפחות תבוא רגיעה – אפשר להשהות את ההגנה על זכויות האדם עד יעבור זעם.

ראינו גם שכדי להבדיל את מצב החירום "הרגיל", שנמשך מאז קום המדינה, ממצבי חירום מקומיים יותר, בתי המשפט יוצרים תת-קטגוריות של זמני חירום ומנחים את פסיקותיהם בהתאם למשמעות שיצקו לאותם זמני חירום. כך נוצרת מציאות חברתית ומשפטית של "חירום בתוך חירום", מצב שמתוקף זמניותו מצדיק נקיטת אמצעים מיוחדים. תחת המסגרת הטמפורלית החדשה נתונים לשופטים שני כוחות חשובים: הכוח לקבוע אם הסתיימה התקופה המשברית (כלומר: הכוח לתחום את תחילתה ואת סופה), והכוח לפרש נורמות ולהחליט בדרכים חדשות המתחייבות מן "המצב".

ההגדרה של עברה כעברה "שהזמן גרמה" אפשרה לקבוע בדרך פסיקתית את דרגת החומרה שלה, את דרגת מסוכנותם של הנאשמים, את המידה שבה הנאשמים הם אינדיבידואלים או קשורים בעבותות לקהילתם, את מידת הבחירה והשליטה של הנאשמים במעשיהם ואת המידה שבה יכתוב "שינוי העתים" את גורלם. הנרטיב ששופטים יוצרים באשר לזמן מאפשר להם למסגר עברות פליליות באופן שמתיק אותן מהקשרן האזרחי אל ההקשר הביטחוני, וכך לטשטש את ההבדל בין מעמד המשפטי של פלסטינים אזרחי ישראל לבין פלסטינים תושבי השטחים, ולהציע הבנה של העברות הפליליות האינדיבידואליסטיות מטבען כעברות בעלות אופי קולקטיבי. כמו כן, כפי שראינו, בכוחה של מטריית התקופה שבית המשפט פורש מעל העברה לרוקן אותה מעוקצה הפוליטי כעברה שחשיבותה תמסמס עם שוך הרוחות. התיחום הטמפורלי נותן אפוא בידי התוחם כוח מכריע בעיצוב היקף ההגנה על זכויות אדם. הניתוח שלעיל הציע כי יש לבחון בעין ביקורתית פרשנות של כללים משפטיים על רקע הזמן שבו הם מפורשים ומיושמים. נורמות משפטיות אינן מתפקדות, ואינן צריכות לתפקד, בחלל א-היסטורי ונטול הקשר טמפורלי.¹⁴¹ תחת זאת עלינו לזהות כיצד פועל השימוש בנרטיב טמפורלי כמסגרת מצדיקה של החלטות שיפוטיות ולשאול אם הוא משכנע. עלינו לבחון באופן ביקורתי את השפעת תפיסתו ההיסטורית והטמפורלית של שופט על פסיקתו. עלינו לזהות את ההשלכות האתיות של מבנה הזמן ששופטים מסרטטים אגב יצירת הסדרים משפטיים, ועלינו לחשוך עמוקות בטענתם המובלעת של מחוקקים ושל שופטים שיש להם יכולת לצייר ציר זמן לאומי ולאבחן במדויק את מיקומו של ההווה על ציר זה. ביתר

141 כפי שהעיר ליאקאט עלי חאן, שיטת משפט צריכה לצעוד בעדינות בין שינוי ליציבות. שיטה שאיננה מגיבה לשינוי העתים מסתכנת בהתאבנות ובאיבוד רלוונטיות, ואילו שיטה גמישה המגיבה בחפץ לב לשינוי העתים מסתכנת בחוסר יציבות ובחוסר ודאות באשר לדין. ראו Liaquat Ali Khan, *Temporality of Law*, 40 McGEORGE L. REV. 55, 80–81 (2009).

ספציפיות: עלינו לתת את הדעת על כוחה של התפיסה בדבר "תקופה מתקתקת" – תפיסה שקנתה אחיזה במשפט הישראלי – בעיצוב ההגנה על זכויות אדם. הרעיון שלא האדם הוא המסוכן אלא התקופה פוגם ביכולת להמשיג בבהירות את המחויבות לזכויות אדם, וביכולת להגן עליהן – בכל זמן.