

המתח בין צורכי הביטחון לזכויות אדם

ברוך ברכה*

אפתח בשאלותיו של נשיא ארצות-הברית, Abraham Lincoln, ב-4.7.1861:

“‘Is there, in all republics, this inherent, and fatal weakness?’ ‘Must a government, of necessity, be too *strong* for the liberties of its own people, or too *weak* to maintain its own existence?’”¹

ניתן לענות שמן המפורסמות הוא שמשטר דמוקרטי אינו מתפזר לאיבוד עצמי לדעת של המדינה². בנסיבות חירום – ולענייננו: נסיבות חירום ביטחוניות – עליו להתאים את ערכיו והוראותיו החוקתיות והחוקיות לצורך להגן על המדינה. כדברי השופט האנגלי Lord Scrutton:

“... a war could not be carried on according to the principles of Magna Charta”³.

ובלשונו של בית המשפט העליון בישראל, זמן קצר לאחר הקמת המדינה:

“אף אחד לא יוכל לחלוק על כך שעל אף כל האכזריות שיש לפעמים בשימוש בתקנות האלה, אין חברה מסודרת הנמצאת במצב חירום יכולה להתקיים בלי

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי לזוהר שם טוב, עוזר מחקר, על עזרתו המועילה.

1 Roy P. Basler (ed.), *The Collected Works of Abraham Lincoln* (New Brunswick, New Jersey, 1953), IV, 1860–1861, p. 426.

2 “אין הדמוקרטיה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה”: השופט אהרן ברק בע”ב 2/84 ניימן נ’ יו”ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ”ד לט(2) 225, עמ’ 315. ראו גם שם, עמ’ 310: “חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי ... זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה”; ע”ב 1/65 ירדור נ’ יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ”ד יט(3) 365, עמ’ 390: “כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה” (השופט יואל זוסמן); בג”צ 7622/02 זונשיין נ’ הפרקליט הצבאי הראשי, פ”ד נו(1) 726, עמ’ 734; א”ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ’ ח”כ טיבי, פ”ד נו(4) 1, עמ’ 16–17.

3 *Ronnfeldt v. Phillips*, (1918) 35 T.L.R. 46, p. 47

תקנות לשעת-חירום אשר מטיבן מעדיפות את טובת הכלל על החירויות של הפרט"⁴.

במלים אחרות, ההגנה על ביטחון המדינה בנסיבות חירום מצדיקה אף פגיעה בזכויות האדם מעל ומעבר למקובל ב"ימים כתיקונם"⁵. ואכן האמנות הבינלאומיות שמטרתן להגן על זכויות האדם מכירות בכורח להצר אותן במצבי חירום. כך, לדוגמה, קובע סעיף 4(1) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, ש"ישראל צד לה"⁶:

"בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על-פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי"⁷.

וכך גם חוקות רבות במדינות דמוקרטיות מקנות כוח זה לרשויות השלטון, למשל סעיפים 38–39 לחוק-יסוד: הממשלה⁸, כאחד המקורות לסמכויות החירום בארצנו, וסעיף 37 לחוקתה של דרום אפריקה.

4 בג"צ 5/48 ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 58, עמ' 70 – השופטים משה זמורה, יצחק אולשן ושמחה אסף.

5 כך, למשל, באשר לחופש הביטוי. "עתות חירום של מלחמה או של משבר לאומי מעניקות לאינטרס הציבורי של שמירה על שלום הציבור משקל רב יותר בעומדו כנגד חופש ביטוי ... עתות משבר לאומי ומלחמה עשויות להוליד צורך ממשי בהגבלת חופש ביטוי להגנת הסדר הציבורי": השופטת אילה פרוקצ'יה בבג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח (1) 249, 281–282. והשוו דנג"צ 10480/03 בוסידין נ' בכרי (טרם פורסם), פסקה 15. וכך, למשל, באשר לחופש המצפון. ראו בג"צ 2383/04 מילוא נ' שר הבטחון (טרם פורסם), פסקה 6. וראו לאחרונה, כללית, בג"צ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (טרם פורסם) (להלן: פסק-דין ואנונו), פסקה 7.

6 כ"א 31, עמ' 269.

7 ראו באותה רוח: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, Art. 15(1); American Convention on Human Rights, 1969, Art. 27(1). לפתיח בדבר "שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה" ראו פסק-דינו של בית הדין האירופי לזכויות האדם *Lawless case*, [1961] Y. B. Eur. Con. Hum. Rts. 438, pp. 472, 474: "... the natural and customary meaning of the words 'other public emergency threatening the life of the nation' is sufficiently clear; whereas they refer to an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed..." *Ireland v. United Kingdom*, 25 Eur. Ct. Hum. Rts. (Ser. A) 1, p. 117 (1978); The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency, Sec. A, Art. 1(b), adopted by the International Law Association (1984), reprinted in Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency* (London, 1989), 11.

8 ס"ח תשס"א 158.

סמכויות החירום אינן תולדה של יש מאין במובן הנורמטיבי. עליהן להיות מעוגנות בהוראות הסמכה תקפות בדין. ואכן זה הדין במשפט הישראלי. כדברי השופט מאיר שמגר:

"לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי. סדר זה הוא היסוד לקיומן של המסגרות המדיניות והחברתיות ולהבטחת זכויות האדם. הללו אינם מתקיימים באווירה של לית דין. גם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק, הן בשמשו להבטחת הסדרים הפנים-מדינתיים והן כעזר ביצירת הכלים, המאפשרים התמודדות עם גורמים עוינים. אין פעולה מאורגנת של יחידת אנשים כלשהי, ולא תיתכן משמעת בלי קביעות נורמטיביות, היונקות מן ההוראה החוקית המחייבת".⁹

דברים נחושים וראויים אלה, שבית המשפט העליון עמד עליהם בהודמנויות נוספות¹⁰, אינם פותחים את השער למה שמכונה "סמכות ביצוע טבועה" ("inherent executive power") – קרי: ללא הסמכה בדין – בתחום הסדרי החירום. נראה שבמשפט האמריקאי, למשל, אין עדיין הכרעה ברורה בשאלה אם השער נעול או פתוח¹¹. כאן המקום להדגיש שכשם שהמשטר הדמוקרטי מכיר בחיוניותם של הסדרי החירום, כן חייבים אלה האחרונים להכיר בחיוניותה של הדמוקרטיה כדי למנוע

9 בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, עמ' 555.

10 "במדינת חוק אין כל שיקול ביטחוני, מדיני, אידיאולוגי או אחר יכול להצדיק הפרת החוק מצד השלטונות. ובמדינת חוק אין שום רשות שלטונית רשאית לשלול מאת אדם זכות מזכויותיו החוקיות, אלא אם כן הוסמכה לכך בחוק בלשון מפורשת": השופט חיים כהן בבג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, עמ' 127. ובהמשך, שם, עמ' 132: "ובל יעלה על דעת איש, שאין כאן אלא דקדוקי עניות פורמאליים, הבאים לסכל מבצע ביטחוני רב ערך: התקנות נועדו לשמש בידי המדינה ושלוחיה אמצעי לחימה נגד אויבים מבפנים, הבאים לפגוע פגיעותיהם הרעות בביטחון הציבור; ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה".

וראו בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (טרם פורסם) (להלן: פסק-דין רופאים לזכויות האדם), פסקה 7; בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: פסק-דין מועצת הכפר בית סוריק), פסקה 86; Baruch Bracha, "Checks and Balances in a Protracted State of Emergency – the Case of Israel", 33 *Israel Y. B. Hum. Rts.* (2003) 123, pp. 124–126.

11 שם, עמ' 125. לאחרונה חזרה והתעוררה השאלה האמורה במהלך הדיון בבית המשפט העליון של ארצות-הברית. השופטים לא ראו צורך להיכנס לעובי הקורה ולפסוק בנדון. ראו: *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S.Ct. 2711 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct. 2633 (2004). (להלן: פסק-דין *Hamdi*).

היעלמותה מהזירה¹². האמת חייבת להיאמר, שהמבחן הרציני למשטר דמוקרטי הוא דווקא בעתות חירום, שעה שהרשות המבצעת – ובראש ובראשונה רשויות הביטחון – נהנות מסמכויות רחבות ביותר והחשש הוא שיעשו בהן שימוש מרחיק לכת שעלול להביא לפגיעה חמורה בו. חשש זה כבד שבעתיים כאשר מצב החירום אינו בעל אופי ארעי אלא נמשך. במציאות כזו היזקקות מופרזת לאמצעי חירום על חשבון חירויות הפרט עלולה למוטט את האופי הדמוקרטי של המשטר¹³. כידוע, מצב חירום נמשך – ונכון אף לומר: קבוע – קיים במדינת ישראל מאז הקמתה¹⁴. כדי להגן על הדמוקרטיה בעתות משבר חובה היא לקבוע בטוחות חוקתיות שיאזנו בין צורכי הביטחון לזכויות האדם¹⁵. בטוחות אלה הינן בעלות חשיבות קרדינאלית דווקא לאור הניסיון השלילי של דמוקרטיה באשר לפגיעת יתר בזכויות האדם בעתות משבר.

כך, לדוגמה, בארצות-הברית, במלחמת העולם השנייה, לאחר שהקונגרס הכריז מלחמה על יפן בעקבות התקפתה של זו על פרל הרבור הוצא צו נשיאותי, שמכוחו פונו 120,000 תושבים אמריקאים ממוצא יפני ממגוריהם בחוף המערבי והועברו למחנות מעצר. כ-77,000 מהם היו אזרחים אמריקאים¹⁶. הקונגרס סמך ידיו על כך, ובית המשפט העליון לא מוכן היה להתערב היות וקיבל את טענתו של מפקד החוף

12 "כמובן, הדמוקרטיה רשאית וחייבת להגן על עצמה. ללא ביטחון לא תיכון המדינה הדמוקרטית. עם זאת אין לשכוח, כי ביטחון אינו רק צבא. גם דמוקרטיה היא ביטחון. כוחנו אנו בעוצמתנו המוסרית ובדבקותנו בעקרונות הדמוקרטיה, דווקא כאשר הסכנה רבה סביבנו. אכן, ביטחון אינו מטרה העומדת בפני עצמה. ביטחון הוא אמצעי. המטרה היא המשטר הדמוקרטי, שהוא משטר העם המגשים את חירויות הפרט": השופט אהרן ברק בבג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (להלן: פסק-דין שניצר), עמ' 645. ראו גם פסק דין ואנוני, לעיל הערה 5.

13 ראו: Bracha, לעיל הערה 10, עמ' 123–124.
14 שם, עמ' 134–135. נכון לעכשיו, "בהתאם לסעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה, ועל פי הצעת הממשלה, הכריזה הכנסת בישיבתה ביום שני, ט"ז בכסלו התשס"ה (29 בנובמבר 2004) על מצב חירום, עד יום ו' בסיוון התשס"ה (13 ביוני 2005)": "י"פ תשס"ה 848.

15 ראו: International Commission of Jurists, *States of Emergency – Their Impact on Human Rights* (1983), 432; Aharon Barak, "A Judge on Judging: the Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16, pp. 150–156; בג"צ 7015/02 עגיוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (להלן: פסק-דין עגיוני), עמ' 383 ("אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה": השופט אהרן ברק); בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, עמ' 396–397; בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349, עמ' 363–364; פסק-דין רופאים לזכויות האדם, לעיל הערה 10, פסקה 10; פסק-דין מועצת הכפר בית סוריק, לעיל הערה 10; בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית (טרם פורסם), פסקאות 6 ואילך; דנג"צ 4418/04 לישכת העיתונות הממשלתית נ' סייף (טרם פורסם), פסקה 17.

16 ראו: Senate Report No. 100–202, *Legislative History*, P.L. 100–383, *Wartime Relocation of Civilians* (1987, 1988), 1135, p. 1137.

המערבי, General DeWitt, בדבר ה־military necessity שביסוד צעד מרחיק לכת זה¹⁷. טעמי הביטחון שנטענו הוכחו לאחר המלחמה כבלתי אמיתיים. ועדה מכובדת, שהקים הקונגרס בשנת 1980, קבעה על רקע בחינה יסודית של העובדות שהצעד האמור היה "grave injustice", צעד שלא ניתן היה להצדיקו "by military necessity", והיה תולדה של "race prejudice, war hysteria, and a failure of political leadership"¹⁸. בשנות השמונים יזמו Hirabayashi ו־Korematsu הליכים שיפוטיים לניקויים מכתם ההרשעות נגדם שהוטבע על מצחם למעלה מ־40 שנה קודם לכן. בתי המשפט פסקו עתה לטובתם והסירו הכתם¹⁹. ובפסק־דין *Korematsu II* אף שולח בית המשפט המחוזי שדן בעניין מסר לעתיד²⁰:

"As historical precedent it stands as a constant caution that in times of war or declared military necessity our institutions must be vigilant in protecting constitutional guarantees. It stands as a caution that in times of distress the shield of military necessity and national security must not be used to protect governmental actions from close scrutiny and accountability. It stands as a caution that in times of international hostility and antagonisms our institutions, legislative, executive, and judicial, must be prepared to exercise their authority to protect all citizens from the petty fears and prejudices that are so easily aroused"²¹.

הקונגרס עצמו העביר חוק בו ביקש מחילה מאלה שהסמכות הופעלה נגדם ואף העניק להם פיצוי כספי²². בישראל הוכפפו לממשל צבאי חלקים גדולים מהאוכלוסיה הערבית מאז קום

17 ראו: *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943) (שם מפנה בית המשפט בהרחבה – בין השאר, בעמ' 86–87 – לעמדתו של המפקד האמור בדבר הצורך הצבאי בסוגיה הנדונה); *Yasui v. United States*, 320 U.S. 115 (1943); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). השוו: *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944).

18 Report of the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians, *Personal Justice Denied* (Washington, D.C., 1982), 18
19 *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. 1406 (1984) (להלן: פסק־דין *Korematsu II*); *Hirabayashi v. United States*, 627 F. Supp. 1445 (1986); *Hirabayashi v. U.S.*, 828 F. 2d 591 (1987).

20 לעיל הערה 19, עמ' 1420 – השופטת Marilyn H. Patel.
21 מסר זה אומץ, לדוגמה, על־ידי פסק הדין – החשוב מאוד בענייננו – שנפסק לא מזמן על־ידי בית הלורדים באנגליה: [2005] *A v. Secretary of State for the Home Department* 2 W.L.R. 87 (להלן: פסק־דין A), עמ' 113. וראו, כללית: Peter Irons (ed.), *Justice Delayed* (Middletown, Connecticut, 1989).

22 Civil Liberties Act, 1988

המדינה ועד 1966 תוך פגיעה קולקטיבית קשה בזכויות יסוד של ערביי ישראל, בלי שהסיבות הביטחוניות יכולות היו להצדיק צעד כה מרחיק לכת – בוודאי ככל שמתרחקים מימי הבראשית של המדינה. וניתן עוד לומר, שעם השנים עמדו על הפרק גם שיקולים פסולים, כגון שיקולים פוליטיים.²³

ובאנגליה בתקופת מלחמת המפרץ (1991) נעצרו – ובחלקם אף גורשו – אנשים ממוצא ערבי ששהו בה ברשות, מהטעם של חשש לפעילות מסייעת לעיראק וטרור ברחבי הממלכה.²⁴ בפסק-דין מאותה שנה סרב בית המשפט לערעורים להתערב באשר להחלטת הגירוש של שר הפנים הגם שהאחרון לא הציג בפני בית המשפט ראיות ממשיות שיצדיקו הגירוש.²⁵

אפשר, כמובן, להביא דוגמאות נוספות בנדון.

האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם קובעות רסנים על סמכויות החירום שיקטינו את החשש לפגיעה שלא כדין בזכויות.²⁶ כך, ניתן להצר זכות מוגנת רק כאשר האמצעי הפוגע הוא "במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב"²⁷. זהו ביטוי לעקרון המידתיות שיבטיח שלא ייעשה שימוש באמצעי החירום הפוגעני, אם ניתן להיזקק לסמכות אחרת, וכן יבטיח את ארעיות האמצעי.²⁸ וישנן זכויות הזכאיות להגנה

23 ראו איסר הראל, בטחון ודמוקרטיה (עידנים, תשמ"ט), 440–447; מנחם הופנונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק, 1991–1948 (נבו, תשנ"א), 150–155, 212 ("באמצעות הגבלות התנועה מנעו השלטונות כל אפשרות מעשית להתאגדות ערבית כלל ארצית עצמאית, ובאמצעות פיתויים והבטחות – בתיווכו של הממשל הצבאי – הובטחה תמיכתה של מרבית האוכלוסיה הערבית ברשימות הערביות הקשורות במפלגת השלטון" – שם, עמ' 212); עוזי בנזימן ועטאללה מנצור, דיירי משנה – ערביי ישראל מעמדם והמדיניות כלפיהם (כתר, 1992), 38–47, 73, 103–114; יוסי אמיתי, "המיעוט הערבי בישראל: שנות הממשל הצבאי, 1948–1966", עצמאות – 50 השנים הראשונות – קובץ מחקרים בין-תחומי (עורכת אניטה שפירא, מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, תשנ"ח), 129.

24 Amnesty International, *United Kingdom – Human Rights Concerns* (New York, 1991), 30–34.

25 *R. v. Secretary of State, ex p Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319. לביקורת על פסק הדין ראו: Ian Leigh, "The Gulf War Deportations and the Courts", [1991] *Pub. L.* 331 ("...after *Cheblak*, it is now to Parliament rather than the Courts that we must look for the introduction of deportation procedures which achieve an appropriate balance between the Françoise Hampson, ; שם, עמ' 339); "The Geneva Conventions and the Detention of Civilians and Alleged Prisoners of War", [1991] *Pub. L.* 507.

26 ראו יורם דינשטיין, המשפט הבינלאומי, כך חמישי, המשפט הבינלאומי האל-מדינתי (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, תש"ם), 138–139.

27 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף (1)4. בנוסח האנגלי: "strictly required by the exigencies of the situation". אותו נוסח ב-European Convention for the Protection of Human-Rights and Fundamental Freedoms, Art. 15(1); American Convention on Human Rights, Art. 27(1).

28 ראו: P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (The Hague, 3rd ed., 1998), 737–739.

מוחלטת (non-derogable rights), קרי: שלא ניתן לפגוע בהן בעתות חירום²⁹, למשל, לענייננו, איסור השפלה ועינויים³⁰. בלמים ורסנים אלה מן הראוי שיאומצו במסמכים חוקתיים של המדינה הדמוקרטית³¹.

ההגבלות החוקתיות על סמכויות חירום של הממשל חיוניות במיוחד בהתחשב בכך, שבהתרחש אירועים חמורים של טרור או פגיעה קשה אחרת בביטחון המדינה, קיים קונסנסוס ציבורי רחב לאפשר לגורמי הביטחון להפעיל סמכויות חירום מופרות תוך פגיעה קשה בזכויות האדם. כדברי שופט בית המשפט העליון של ארצות-הברית, William J. Brennan:

“The sudden national fervour causes people to exaggerate the security risks posed by allowing individuals to exercise their civil liberties and to become willing ‘temporarily’ to sacrifice liberties as part of the war effort”³².

וכך המלומד האנגלי, Cecil T. Carr, בעיצומה של מלחמת העולם השנייה, בסיכום מאמרו:

“Free Peoples, when they temporarily surrender freedom, will expect to see their inheritance restored to them when the storm is over ... Intensive regimentation and restrictions, impatient suppression of heterodox views, internment of dissentients, and other phenomena likely to be visible in times of grave stress are steps towards dictatorship, even when taken along a lawful and constitutional road. The most successful dictator is he who gains his power without forsaking that road. Hence the anxiety”³³.

קונסנסוס זה קיים במידה רבה, במיוחד כאשר הרוב בחברה סבור שקבוצות מיעוט – למשל, מיעוט אתני – קשורות בטרור ויש להצר צעדיהן³⁴.

29 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 4(2); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Art. 15(2); American Convention on Human Rights, Art. 27.2.

30 איסור הקיים בשלוש האמנות בסעיפים המצויינים שם.

31 פירוט משמעותי של זכויות מוגנות בשעת חירום מצוי בחוקת דרום אפריקה; ראו סעיף 37(5), הדן בנושא והכולל גם “Table of Non-Derogable Rights”. השוו לסעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה, על הזכויות המוגנות בו.

32 William J. Brennan, “The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises”, 18 *Israel Y. B. Hum. Rts.* (1988) 11.

33 Cecil T. Carr, “Crisis Legislation in Britain”, 40 *Colum. L. Rev.* (1940) 1309, pp. 1324–1325.

34 ראו, למשל, טקסט להערות 16–25 לעיל באשר להצרה חמורה של צעדיהם וזכויותיהם של בני מיעוטים אתניים.

בחוקה האמריקאית, לדוגמה, אין התייחסות מפורשת להסדרי חירום, ולכן, למשל, עשויה להתעורר שאלת החוקתיות של החקיקה האנטי-טרוריסטית הרחבה מאד בארצות-הברית מאז האירוע המזעזע של פיצוץ מגדלי התאומים ב-11.9.2001. כידוע, זכויות אדם מוגנות בחוקה האמריקאית³⁵. האם החקיקה האמורה פוגעת בהן שלא כדין? נראה שבית המשפט העליון התחיל לתת דעתו לנושא זה³⁶. גם באנגליה, שמגילת הזכויות שלה אינה נהנית ממעמד חוקתי ממשי – למרות אימוצה של האמנה האירופית לזכויות האדם ב-1998, Human Rights Act³⁷ – התקבל Anti Terrorism, Crime and Security Act, 2001, המרחיב את הוראות הלוחמה בטרור בחוק שקדם לו³⁸. אליבא דארגונים לזכויות האדם החוק, בחלקו, מרחיק לכת מעל לנדרש³⁹. ביסוס לטענה זו ניתן על-ידי הוועדה המיוחדת לערעורי

35 בהקשר זה ראוי לשים לב לדבריו של השופט David Davis בפסק הדין *Ex parte Milligan*, 71 “The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances. No doctrine, involving more pernicious consequences, was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great exigencies of government” ראו תגובה לציטוט זה: Brennan, לעיל הערה 32, עמ’ 14 “A jurisprudence that is capable of sustaining the supremacy of civil liberties over : 14 exaggerated claims of national security only in times of peace is, of course, useless at the moment that civil liberties are most in danger” ראו, בפסק הדין *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) — שעסק בסוגיית חופש הביטוי לפי התיקון הראשון לחוקה האמריקאית — בהביר השופט Oliver Wendell Holmes, בעמ’ 52, כי “[w]hen a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and ... no Court could regard them as protected by any constitutional right” ראו גם: Clinton Rossiter, *The Supreme Court and the Commander in Chief* (Ithaca, New York, 1951), 39; Jules Lobel, “Emergency Power and the Decline of Liberalism”, 98 *Yale L.J.* (1989) 1385, pp. 1386–1387; Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (New York, 3rd ed., Vol. 1, 2000), 670, 967; Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, *Constitutional Law* (New York, 15th ed., 2004), 364–365.

36 ראו התייחסות לחקיקת חירום, שתהיה תואמת את הוראות החוקה: פסק-דין *Hamdi*, לעיל הערה 11. זאת, תוך איזון חוקתי ראוי בגין נסיבות החירום הביטחוניות: וראו גם: *Doe v. Ashcroft*, 334 F. Supp. 2d 471 (2004) שניתן לאחר פסק-דין *Hamdi* על-ידי השופט Victor Marrero ב-United States District Court, Southern District of New York.

37 ראו סעיף 3 לחוק וכן: K.D. Ewing, “Legislation — The Human Rights Act and Parliamentary Democracy”, 62 *Mod. L. Rev.* (1999) 79, pp. 86–88, 99.

38 *Terrorism Act, 2000*, שחלק מהוראותיו בוטלו ע”י החוק משנת 2001, שהכניס בקודמו תיקונים. ראו, למשל, עמדת ה-“Liberty — Protecting Civil Liberties — Promoting Human Rights”, <http://www.liberty-human-rights.org.uk/issues/internment.shtml>; “Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 — Immigration and Asylum”, <http://www.liberty-human-rights.org.uk/resources/publications/pdf-documents.anti-terrornew.pdf>.

הגירה – Special Immigration Appeals Commission (SIAC) – בהחלטה ממנה עולה שהוראות מסוימות בחוק מ-2001 סותרות את האמנה האירופאית לזכויות האדם⁴⁰. החלטת הוועדה בוטלה על-ידי בית המשפט לערעורים⁴¹. פסק הדין של בית-משפט זה בוטל על-ידי בית הלורדים⁴².

הסמכויות מרחיקות הלכת של הרשות המבצעת בעתות חירום, לרבות אלה העוסקות בלוחמה בטרור, מחייבות פיקוח פרלמנטרי הולם⁴³. דוגמה בולטת לכך היא הפיקוח שהפעיל הפרלמנט הבריטי במלחמת העולם השנייה על מעצרים מינהליים שבסמכותו של שר הפנים. כדברי שר הפנים דאז, Sir Herbert Morrison, בפרלמנט:

“... we can be proud that in the midst of this struggle and attacks by the enemy from the air and elsewhere, that the British House of Commons can spare a day for the discussion of rights, liberties, convenience and happiness of even the least popular of His Majesty’s subjects”⁴⁴.

פה ושם נמצא גם בחקיקות חירום אחרות בדבר פיקוח פרלמנטרי. כך, לדוגמה, לפי סעיף 39(א) לחוק-יסוד: הממשלה, “תקנות שעת-חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן”. בכוחה של הכנסת לבטל את התקנות בחוק, אך גם “בהחלטה” של רוב חבריה⁴⁵. וכך, לדוגמה, בחוק הטרור הבריטי משנת 2000 בתחומים שונים הנוגעים להפעלתו – למשל, הכרזה על

40 ראו הפניה להחלטה בפסק הדין המובא בהערה 41 להלן, בדבריו של Lord Woolf, בעמ' 571: “The Commission (Collins J, Chairman, Kennedy LJ and Mr. Mark Ockelton) quashed the Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001 and granted a declaration under section 4 of the Human Rights Act 1998 that section 23 of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 is incompatible with articles 5 and 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms ... in so far as it permits detention of suspected international terrorists in a way that discriminates against them on the ground of nationality” עמ' 580–581.

41 David Pannick, *A v. Home Secretary*, [2003] 2 W.L.R. 564. לביקורת על פסק הדין ראו: Helen Fenwick, “Human Rights in an Age of Terrorism”, 36 *Isr. L. Rev.* (2002) 1, pp. 16 ff. “The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September?”, 65 *Mod. L. Rev.* (2002) 724.

42 פסק-דין A, לעיל הערה 21. השוו לחוק האנגלי החדש Prevention of Terrorism Act, 2005 ראו, למשל, בג”צ 790/78 רוזן נ’ שר המסחר התעשייה והתיירות, פ”ד לג(3) 281, עמ’ 293; בג”צ 2740/96 שנסי נ’ המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ”ד נא(4) 481, עמ’ 509. ראו גם פסק-דין ואנונו, לעיל הערה 5.

44 John Eaves, *Emergency Powers and the Parliamentary Watchdog: Parliament and the Executive in Great Britain, 1939–1951* (London, 1957), 367 H.C. Deb. (1940) 880. וראו: 43–44. ראו גם טקסט שלייד הערה 62 להלן.

45 סעיף 39(ו) לחוק היסוד. ראו, כללית, גם פרק שביעי 1 ופרק שביעי 2 (סעיפים 133 א–133 ח) לתקנות הכנסת, י”פ תשכ”ח 590.

ארגון טרור⁴⁶. למרבה הצער, בישראל, בפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948⁴⁷, אין הוראה כזו – בהקשר של הכרזה על ארגון טרור על-ידי הממשלה⁴⁸ על ההשלכות מרחיקות הלכת של ההכרזה – והוא הדין באשר להוראות אחרות של הפקודה. ואין שום מנגנון פיקוח פרלמנטרי ישיר על הסמכויות מרחיקות הלכת של רשויות הביטחון מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945⁴⁹, בכלל, וההוראות העוסקות שם בנושאי טרור⁵⁰, בפרט. תקנות אלה מקורן בתקופת המנדאט הבריטי על ארץ-ישראל, קרי: תקנות קולוניאליות, שנקלטו עם הקמת המדינה למשפט הישראלי, המקנות לרשויות הביטחון סמכויות לפגוע באמצעות צווים בזכויות היסוד, בדרך כלל ללא הליך שיפוטי⁵¹. ואכן, בהתייחסו לתקנות אלה אומר השופט אהרן ברק:

"תקנות ההגנה הותקנו על-ידי מחוקק קולוניאלי. הן אינן פרי כוחו של מחוקק בחברה דמוקרטית"⁵².

וכך גם השופט משה לנדוי. בדונו בפטור מחובת הנמקה, ממנו נהנה הממונה על המחוז במשרד הפנים לפי תקנה 94(2) בסרבו ליתן רישיון להוצאת עיתון, מציין השופט שזוהי –

"הוראה 'דרסטית' ... ואף דרקונית שהותקנה על-ידי משטר קולוניאלי ואין היא הולמת מושגי יסוד של מדינה דמוקרטית בדבר חופש הדיבור וחופש הביטוי"⁵³.

התקנות האמורות זכו לא פעם אף לביקורת חריפה בכנסת⁵⁴, אך, למרבה הצער, לא

46 ראו סעיף 123(4) לחוק, המפנה – בפסקה (a) – לסעיף 3(3) לחוק שעניינו הכרזה על ארגון טרור.

47 ע"ר תוס' א, 73.

48 סעיף 8: "אם תכריז הממשלה, בהודעה ברשומות, שחבר אנשים מסויים הנו ארגון טרוריסטי, תשמש ההודעה הוכחה בכל דיון משפטי, כי אותו חבר אנשים הוא ארגון טרוריסטי, אלא אם יוכח ההיפך".

49 ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055.

50 ראו תקנות 84-85.

51 ראו: Baruch Bracha, "Restriction of Personal Freedom without Due Process of Law According to the Defence (Emergency) Regulations, 1945", 8 *Israel Y. B. Hum. Rts.* (1978) 296, pp. 299-308.

52 פסק-דין שניצר, לעיל הערה 12, עמ' 627.

53 בג"צ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505, עמ' 513.

54 ראו, למשל, החלטת הכנסת ב-1951 ("הכנסת מחליטה שתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, הקיימות עדיין במדינה מאז השלטון הבריטי, עומדות בניגוד ליסודות של מדינה דמוקרטית, ומטילה בזה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להביא לכנסת תוך שבועיים הצעת-חוק לביטול התקנות הנ"ל" – ד"כ 9 (תשי"א) 1828, 1831) והבטחת שר המשפטים, יעקב שמשון שפירא, ב-1966 באשר לרפורמה בתקנות (ד"כ 46 (תשכ"ו) 1708).

מצאה זו לנכון לשלוח את רובן המכריע אל חיק ההיסטוריה⁵⁵ ואף לא, למצער, כאמור, להכפיף לפיקוח פרלמנטרי ראוי.

מנגנון הכרחי לבקרת סמכויות החירום על הפעלתן הדרסטית הוא הפיקוח השיפוטי. אחד מסממניו העיקריים: הפעלה תקינה של סמכות הַרְשׁוּת, קרי, לענייננו: איזון ראוי בין צורכי הביטחון לזכויות האדם. האמת חייבת להיאמר שבמדינות דמוקרטיות לא מעטות פיקוח זה הינו – או היה – מוגבל למדי.

בנוגע לארצות-הברית הזכרנו את "המקרים היפניים" ממלחמת העולם השנייה⁵⁶. כאשר לאנגליה בפסק-דין חשוב מאד, בערך מאותה תקופה⁵⁷, סרבו שופטי הרוב בבית הלורדים לבחון את שיקוליו של שר הפנים בעצרו אדם (Liversidge) לפי תקנה 18B לתקנות ההגנה האנגליות⁵⁸. התקנה הסמיכה את השר לעצור אדם אם יש לו (לשר) "reasonable cause to believe" שלאותו אדם קשרים עם האויב. היינו, אל שיקול הדעת של השר נצמד, לפי התקנה, אלמנט של סבירות, קרי: אלמנט אובייקטיבי, אך שופטי הרוב התעלמו הימנו. בניגוד לפסיקה קודמת באשר לשיקול-דעת של רשויות אחרות⁵⁹, קבעו שופטי הרוב ששיקול הדעת של השר הוא מוחלט והשופטים לא יתערבו

55 תיקון חשוב (הגם שהנו בעל היקף מצומצם) נעשה בכנסת עם קבלתו של חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט–1979, ס"ח 76, שביטל (בסעיף 12) בנוסף לתקנה 185(1) את התקנות הדראקוניות 111–112 ב (מעצר מינהלי וגירוש). באשר לסמכות הגירוש שבוטלה לא אומץ הסדר חדש ואילו באשר למעצר מינהלי ההסדר החדש הוא בחוק דלעיל, הסדר הרבה יותר מאוזן מקודמו. בעת הצגת הצעת החוק בכנסת התבטא שר המשפטים, שמואל תמיר: "אכן, במצב המצור שבו נתונה ישראל מאז הקמתה אין לוותר על אמצעים מיוחדים כדי להבטיח התגוננות נאותה של המדינה והציבור מפני הזומם להשמדה. אך למרות זאת אין להשלים עם קיומן של התקנות הקיצוניות שעדיין בתוקף, אף-על-פי שאומות דמוקרטיות נוקטות בכמותן אף בנסיבות קשות פחות" (ד"כ 83 (תשל"ח) 3954). למרבה הצער, הצעד האמור לא זכה להתקדמות נוספת בנדון ועודנו הצעד האחרון. וראו גם פסק-דין ואנוני, לעיל הערה 5, פסקאות 7–6.

56 ראו הערה 17 לעיל. בלי להיכנס למלוא התקופה שלאחר הפסיקה של "המקרים היפניים", ניתן להצביע לאחרונה על פיקוח שיפוטי משמעותי יותר לעומת אותה פסיקה. ראו: *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct. 2686 (2004); פסק-דין *Hamdi*, לעיל הערה 11. השופטת Sandra Day O'Connor אומרת בנדון, בין השאר, על דעת שופטי הרוב, שם: "While we accord the greatest respect and consideration to the judgments of military authorities in matters relating to the actual prosecution of a war, and recognize that the scope of that discretion necessarily is wide, it does not infringe on the core role of the military for the courts to exercise their own time-honored and constitutionally mandated roles of reviewing and resolving claims like those presented here". וראו, לעומתה, את עמדת השופט Clarence Thomas, בדעת מיעוט, "Congress, to be sure, has a substantial and essential role in both foreign affairs and national security. But it is crucial to recognize that *judicial* interference in these domains destroys the purpose of vesting primary responsibility in a unitary Executive"

57 *Liversidge v. Anderson*, [1941] 3 All E.R. 338 (להלן: פסק-דין *Liversidge*).

58 Defence (General) Regulations, 1939.

59 ראו הפניה לפסיקה זו על-ידי Lord Atkin, בדעת המיעוט שלו בפסק-דין *Liversidge*, לעיל הערה 57, עמ' 349–363.

בשיקוליו, אלא-אם-כן פעל שלא בתום-לב⁶⁰. למעשה, לא ניתן היה לבדוק בפסק הדין את תום ליבו של השר שכן הוא סרב לפרט את הבסיס לאמונתו, ובית הלורדים הצדיק סירוב זה מטעמי ביטחון⁶¹. בין השאר מנמקים שופטי הרוב את אי-התערבותם בכך שמדובר בחקיקת מלחמה, שמפעיל הסמכות הוא שר בכיר הכפוף לפרלמנט, שקיימת "ועדה מייצעת" אליה רשאי הנפגע לפנות ושהשר חייב לדווח לפרלמנט לפחות פעם בחודש על הפעלת סמכותו ועל המקרים והסיבות בהם סרב לקבל המלצת הוועדה המייצעת⁶². במאמר מוסגר יצויין, שלא היה שום בסיס משפטי-ביטחוני למעצרו של Liversidge – קצין יהודי בחיל האוויר הבריטי – בכל הנוגע לקשריו, כביכול, עם גרמניה הנאצית⁶³.

גם במשפט הישראלי נטה בית המשפט העליון משך שנים רבות שלא להתערב בהחלטות ביטחוניות, דבר שהותיר לרשויות הביטחון מרווח פעולה כמעט בלתי מוגבל ביחוד כאשר להסדרי חירום. הדבר בא לידי ביטוי בפסק-דין משנת 1950, שהדברים המצוטטים הימנו להלן מפי השופט שמעון אגרנט, שימשו הלכה בשנים האמורות:

"סמכותו של בית-משפט זה, בבואו לבקר את פעולת הרשות המוסמכת, הפועלת בתוקף תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, היא בעלת אופי מצומצם ביותר. כאשר התקנה הנדונה מקנה סמכות בידי הרשות המוסמכת לפעול כלפי הפרט בכל מקרה בו היא 'סבורה' או 'נראה לה' שקיימים תנאים ידועים המצריכים זאת, הרי בדרך כלל הרשות המוסמכת בעצמה היא הפוסק האחרון לגבי שאלת קיום התנאים האלה. במקרים כאלה תפקידו של בית-משפט זה הוא רק לבדוק אם הרשות הנדונה לא חרגה מד' אמותיה של התקנה שמכוחה היא מתימרת לפעול, אם היא נתנה דעתה על הגורמים הקבועים בחוק, ואם אותה רשות פעלה בתום לב. בהיותו כפוף לסמכות מצומצמת זאת, אין בידי בית-המשפט לבקר את הנימוקים שהמריצו את הרשות המוסמכת להוציא את הצו הנדון"⁶⁴.

הלכה זו מצאה לעצמה סימוכין בפסק-דין Liversidge⁶⁵.

60 שם, עמ' 345–349 (Viscount Maugham), 366 (Lord Macmillan), 370–377 (Lord Wright), (Lord Romer) 386.

61 שם, עמ' 346 (Viscount Maugham).

62 שם, עמ' 346–347 (Viscount Maugham), 366–368 (Lord Macmillan), 372, 381 (Lord Wright), (Lord Romer) 386.

63 ראו: A. W. Brian Simpson, "Detention Without Trial in the Second World War: Comparing the British and American Experiences", 16 *Fla. St. U. L. Rev.* (1988–1989) 225, pp. 259–265. עוד יצויין – בדומה לאמור בהערה 56 לעיל לגבי ארצות-הברית – שלאחרונה ניתן להפנות, כאשר לאנגליה, לפסק-דין A, לעיל הערה 21, בו מפעיל בית הלורדים פיקוח שיפוטי ממש.

64 בג"צ 46/50 אל-איובי נ' שר הביטחון, פ"ד ד 222, עמ' 227–228.

65 לעיל הערה 57. על ההלכה האמורה ראו: Bracha, לעיל הערה 51, עמ' 309–317.

בשנים האחרונות חלה תפנית בגישה השיפוטית בנדון. ביטוי חשוב לכך הוא בפרשנותן של התקנות בראי הדמוקרטיה, שעה שניסוחן המילולי הבוטה מבטיח על פניו רק את סמכויות רשויות הביטחון ואת כוחן לפגוע בזכויות הפרט. בפסק-דין שניצר מבהיר השופט אהרן ברק את הפרשנות הראויה:

“... הפירוש שיש ליתן לתקנות ההגנה במדינת ישראל אינו זהה לפירוש שהיה מקום ליתן להן בתקופת המנדט. תקנות ההגנה הן כיום חלק מדיניה של מדינה דמוקרטית. הן צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית”⁶⁶.

בין עקרונות אלה: ההגנה על זכויות האדם ולכן יש לעשות כל מאמץ לפרש התקנות כך שיימצא איזון ראוי בין צורכי הביטחון לזכויות האמורות. בהקשר זה יש להזכיר גם את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם⁶⁷ המחזקים – כך נאמר בפסיקה – את התרומה המאזנת בסוגייתנו⁶⁸.

הגם שקיימת מחלוקת בנדון – המצדיקה דיון נפרד – נראה לי, שניתן לומר, שהתפנית השיפוטית מוצאת ביטוייה גם באשר להידוק הפיקוח השיפוטי על ההליך להפעלת הסמכות מכוח התקנות ועל שיקול הדעת של רשויות הביטחון מכוחן⁶⁹. באמרי תפנית, אין להסיק מכך שהיא באה לביטוי על כל צעד ושעל לכיוון האמור. בהחלט ניתן לומר שנמצא פסקי-דין הראויים, לדעתי, לביקורת מהטעם שבית המשפט לא התערב בפעולת הרשות הגם שהייתה הצדקה לכך⁷⁰. לדוגמה, אימתן זכות טיעון לפני מעשה ותוך סטייה מההלכות בנדון בהפעלת סמכויות

66 לעיל הערה 12, עמ' 628.

67 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.
 68 ראו, כללית: Baruch Bracha, “Constitutional Upgrading of Human Rights in Israel: The Impact on Administrative Law”, 3 *U. Pa. J. Const. L.* (2001) 581, pp. 611–612 ובעניינו – תוך התייחסות לתקנה קונקרטיה שעמדה על הפרק: “באשר לזיקה שבין תקנה 119 לזכויות על פי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקנות הן בבחינת דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוקי-היסוד, וככאלו אין בכוחו של חוק היסוד לפגוע בתוקפן. עם זאת, נקבע כי פירושן של התקנות צריך להיעשות על רקע חוקי-היסוד, ולפיכך, הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי צריכה להיעשות לתכלית ראויה ובאופן מידתי...” – השופט אדמונד לוי בבג"צ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, עמ' 814. ראו גם בבג"צ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 291–292; פסקי-דין ואנוני, לעיל הערה 5. אם פרשנותה של תקנה בה עסקינן תוביל למסקנה שהיא מפרה את חוקי-יסוד: חופש העיסוק, עשויה היא להיפסל. ראו סעיף 10 לחוק היסוד.

69 ראו: Baruch Bracha, “Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts”, 28 *Stan. J. Int'l L.* (1991–1992) 39.

70 ראו, כללית, הצעות להידוק הפיקוח, שם, עמ' 101–102.

ביטחוניות, שהינן מאד מרחיקות לכת, באשר להריסת בתים⁷¹ וגירוש⁷². הביקורת היא על אי-נכונות ליישם כמתבקש את כללי המשפט המינהלי והחוקתי, וניתן לפעמים לטעון: גם הבינלאומי.

אך, לעומת-זאת, קיימת פסיקה לא מעטה בתחומים רגישים ביותר בזירה הביטחונית שבה מונע בית המשפט העליון פגיעה בלתי ראויה בזכויות. כך, למשל, בפסק הדין בעניין שיטות החקירה של השב"כ, שאסר על החוקרים להיזקק לאמצעים פיזיים הגובלים בעינוי⁷³. כך, למשל, בפרשת "קלפי המיקוח" שהביאה לשחרור עצורים במעצר מינהלי שמהם עצמם לא נשקפה סכנה לביטחון המדינה, הגם שטענת המדינה הייתה שהחזקתם במעצר תסייע לשחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון⁷⁴. השופט אהרן ברק, על דעת שופטי הרוב, מדגיש את הצורך לאזן – באשר לחוק העוסק בנושא – בין חירותו וכבודו של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון הציבור. ובהמשך, בלשונו:

"איזון זה מניח ... כי ניתן לאפשר – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה אך 'קלף מיקוח'⁷⁵.

כך, למשל, בפרשת עובייד ודיראני – מנהיגי ארגוני מחבלים שמבצעים טרור נגד ישראל⁷⁶ – בה קבע בית המשפט העליון שיש להתיר ביקורי הצלב האדום אצל העותרים, הגם שחיללים ואזרחים ישראלים המוחזקים בידי אותם ארגונים אינם זוכים לביקורים כאמור⁷⁷. וכך בשאלת "תיחום מקום המגורים" – לא "גירוש" – של אדם מהגדה המערבית לרצועת עזה. אומר השופט אהרן ברק על דעת הרכב של תשעה שופטים, פה אחד:

71 ראו בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, וביקורת: Bracha, לעיל הערה 69, עמ' 78–81. האם פסק-דין זה משקף כיום את ההלכה? השוו בג"צ 6696/02 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110, 114–116; בג"צ 4969/04 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל, דן הראל (טרם פורסם); בג"צ 8262/03 אבו סאלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם), פסקה 4.

72 ראו בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267, וביקורת: איל בנבנשתי, "נגרש ונשמע", משפט וממשל א (תשנ"ב–תשנ"ג) 441; חיים ה' כהן, "גירוש כהלכה", משפט וממשל א (תשנ"ב–תשנ"ג) 471. וראו גם "רב שיח – משפט המגורשים", פלילים ד (תשנ"ד) 9–98.

73 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (להלן: פסק-דין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל).

74 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721.

75 שם, עמ' 741. ראו גם בג"צ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 721, עמ' 726.

76 בג"צ 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913.

77 בג"צ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769.

"מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש בעצמו, במעשיו שלו, הוא סכנה לביטחון המדינה ... ודוק, מטרת התיחום אינה הענשה. מטרתה מניעה. היא לא נועדה להעניש את מי שמקום מגוריו תוחם. היא נועדה למנוע ממנו מלהמשיך ולהיות סיכון ביטחוני"⁷⁸.

במאמר מוסגר אציין שיש הטוענים שפסק-דין זה אינו מגן דיו על זכויות האדם⁷⁹. אוסיף, שבהחלט ייתכן שחלק מהסוגיות הנדונות יחזרו לדיון ברמה חוקתית, אם הכנסת תנסה להעביר חוק בנדון, למשל בנושא אמצעי החקירה של השב"כ. חוק שיסמך את החוקרים להיזקק לאמצעים פיזיים חייב יהיה לעמוד בהוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; שאם לא כן עשוי בית המשפט לפסול כבלתי חוקתית⁸⁰.

* * *

בדברי עמדתי בעיקר על ההיבט של ההגנה על זכויות האדם. זאת בלי לפגוע בנקודת המוצא שלצורכי חירום – לרבות למלחמה בטרור – יש להקנות לרשויות הביטחון סמכויות מרחיקות לכת. סמכויות מרחיקות לכת, שיגנו על המדינה. אך לא שימוטטו את אופיה הדמוקרטי⁸¹.

78 פסק-דין עג'ורי, לעיל הערה 15, עמ' 372. וראו: Detlev F. Vagts, "Ajuri v. IDF Commander", 173 *Am. J. Int'l. L.* (2003) 173, [2002] Isr.L.Rep. 1. Supreme Court of Israel, in West Bank. Case No. HCJ 7015/22. September 3, 2003, "One admires the meticulous and courageous way in which the Israeli Supreme Court, acting as it did in the immediate vicinity of violence, approached the task of distinguishing between appropriate and inappropriate uses of the executive's security powers. One wonders whether, if security problems in the United States were to reach the same level of intensity, American courts would do as well". וראו יישום ההלכה בבג"צ 9535/03 דיוק נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(2) 102; בג"צ 9586/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(2) 342; בג"צ 9552/03 עבד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם).

79 ראו, למשל, ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, "פרשת לך לך: בין אדם למקום – בעקבות בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית", המשפט ט (תשס"ד) 107, עמ' 115 ואילך; Reuven (Ruvi) Ziegler, "The 'Assigned Residence' Case: H.C. 7015, 7019/02", 36 *Isr. L. Rev.* (2002) 179, *Kipah Ajuri et al. v. IDF Commander in the West Bank et al.*, pp. 181, 194–195.

80 ראו פסק-דין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, לעיל הערה 73, עמ' 845. השוו חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב–2002, ס"ח 179.

81 ראו, לאחרונה, את פסק-דין מועצת הכפר בית סוריק, לעיל הערה 10. והשוו בג"צ 940/04 אבו טיר נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם).

