

## חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון - זכויות אדם

דוד קרצמר\*

א. מברא. ב. המסגרת השיפוטית להגנה על זכויות האדם: 1. אין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית; 2. הצורך בהסמכה בחוק; 3. פרשנות הוראות חוק כדי לתת תוקף לזכויות יסוד; 4. תחימת שיקול-הדעת המינהלי. ג. מעבר למסגרת - ההגנה על זכויות ספצימיות: 1. חופש ביטוי; 2. שוויון; 3. השתתפות בחיים הפוליטיים. ד. בטחון המדינה הזכויות יסוד: 1. תחימת הסמכות הפורמלית; 2. קבילות האמצעי שנגקט; 3. דרך השימוש בסמכות. ה. המהפכה החוקתית והמהפכה השקטה.

### א. מברא

השיח המשפטי בישראל מתנהל בשנים האחרונות מסביב לשאלת המהפכה החוקתית, דהיינו: אותו שינוי במעמדן המשפטי של זכויות אדם, שחוללו תוקייסוד: כבוד האדם וחירותו, ותוקייסוד: חופש העיסוק. על-אף הסתייגותם של משפטנים בכירים מן המשמעות החוקתית של חוקי-היסוד, נראה לי שכיום יש לקבל מהפכה זו כעובדה מוגמרת. לבית-המשפט ניתנה סמכות - אמנם מוגבלת - לפסול חקיקה של הכנסת הפוגעת בזכויות מוגנות, והוא גילה נכונות עקרונית ויישומית להשתמש בסמכות זו. במקום אחר בידכתי על תפיסתו של הרוב בבית-המשפט העליון בעניין זה, ואין כוונתי לתזור על הדברים כאן.<sup>4</sup>

\* פרופסור מן המניין, מנהל מרכז מינרבה לזכויות האדם, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
1. ראו משה לנדוי, "מחשבות על המהפיכה החוקתית", משפטים כו (תשנ"ו) 419; רות גביון, "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח (תשנ"ח) 21.  
2. ע"א 6821/93 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי).  
3. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367 (להלן: בג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות).  
4. ראו מאמרי, "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי - הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כח (תשנ"ו) 359.

השינוי במעמד המשפטי של זכויות אדם אינו משפר בהכרח את ההגנה השיפוטית הניתנת לזכויות אלה, בגלל שתי סיבות:

(1) בהנחה שההגנה השיפוטית על זכויות אדם לפני קבלת חוקי-היסוד היתה בלתי-מספקת, כלל לא ברור כי ההסבר לכך היה נעוץ במעמד החוקתי ה"נחות" של זכויות אלה. עוד לפני קבלת חוקי-היסוד יצר בית-המשפט העליון מגילת זכויות שיפוטית. ברוב רובם של המקרים שבהם בית-המשפט התיר פגיעה בלתי-קבילה בזכויות אדם, אפשרה מגילת-זכויות זו הגנה נאותה על הזכויות, ולא היה צורך כלל בהכרזה על בטלותו של חוק. בתחום אחד – החופש מדת – אמנם נראה שההגבלות החמורות על זכויות הפרט מקורן בחקיקה מפורשת, אבל גם המהפכה החוקתית איננה מאפשרת ביקורת שיפוטית על חקיקה זו.<sup>5</sup>

(2) כמו כל מהפכה אחרת, תוצאות מהפכה חוקתית זו תלויות במעשים שעושים אחריה. פסקי-דין אחדים שניתנו אחרי קבלת חוקי-היסוד, ושבהם אעסוק בהמשך, אינם מצביעים על שינוי בתפיסות בסיסיות בנושאים הפגיעים ביותר במערכת ההגנה על זכויות אדם בישראל.

במאמרי זה רצוני לדון כמאפיינים מרכזיים של פסיקת בית-המשפט העליון הנוגעת לזכויות אדם. הגישה תהיה מוסדית. הדיון הוא בדרך שבה בית-המשפט התייחס, ומתייחס, לזכויות אדם. אני מודע היטב להבדלים בין המשטר המשפטי הפורמלי בישראל לבין המשטר בשטחים, אולם היות שזכויות אדם אינן ניתנות לחלוקה, אעסוק בפסיקתו של בית-המשפט כמכלול אחד, כלי הבחנה בין פסקי-דין הנוגעים לישראל לבין אלה העוסקים בשטחים. בחלק הראשון אדון במסגרת המשפטית שבית-המשפט יצר להגנה על זכויות אדם במדינה שאין לה חוקה פורמלית או מגילת זכויות אדם. החלק השני יוקדש לדיון בגישת הפסיקה כלפי כמה זכויות אזרחיות ופוליטיות קלאסיות – חופש הביטוי, שוויון, הזכות להשתתף בחיים הפוליטיים וחופש הדת. בחלק השלישי אדון בדרך שבה בית-המשפט מטפל בהתנגשות בין זכויות אדם לבין בטחון המדינה. החלק האחרון יוקדש להערות על הקשר בין המהפכה החוקתית ל"מהפכה השקטח".

### ב. המסגרת השיפוטית להגנה על זכויות האדם

#### 1. אין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית

מידת ההגנה השיפוטית שניתן לזכויות אדם ותעוררה בבית-המשפט העליון זמן קצר אחרי הקמתו בהודש ספטמבר 1948. בפסקי-הדין המפורסמים בג"ץ זיף ובג"ץ ליון נתבקש בית-המשפט לפסול תוראה בתקנות ההגנה שנתנה סמכות לרשות המבצעת

5. ענין 10 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, קובע כי אין בכוחו של חוקי-היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוקי-היסוד.

6. בג"ץ 10/48 זיף נ' הממונה בפועל על האיזור העירוני תל-אביב ואח', פ"ד א 85.

7. בג"ץ 5/48 ליון ואח' נ' הממונה בפועל על האיזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 58 (להלן: בג"ץ ליון).

לתפוס רכוש של הפרט בלא הליך שיפוטי. בית-המשפט סירב לקבל על עצמו תפקיד זה. הנימוקים שניתנו להצדקת עמדתו זו ידועים לכול: בית-המשפט לא ראה את מגילת-העצמאות כתוקה, שעל-פיה אפשר לבחון תוקפם של חוקים, והוא ייתס פירוש צר לקביעתו של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שהמשפט הנוהג ערב הקמת המדינה נקלט "בשינויים המחויבים מהקמת המדינה ורשויותיה". ברור, שמאחורי נימוקים אלה עמדה תפיסה עקרונית לגבי תפקידה של הרשות השופטת במדינה דמוקרטית. תפיסה זו קיבלה ביטוי מפורש בפסק-דינו של בית-המשפט בבג"ץ ליון. בית-המשפט הסביר, כי בעוד שישנן שיטות משפט (כגון השיטה השווייצרית) שבהן ניתן לשופט כוח להשלים לקונות בחוק, אין זה מתפקידם של השופטים לבטל

בכוח שיפוטם חוקים הקיימים ללא ספק, אלא שאינם חייבים על הציבור... ואין אנו מוכנים ללכת בדרך זו, כי עלידי זה נפגע בזכויות הכוח המחוקק בארץ וזוהי היום מועצת המדינה הזמנית.<sup>8</sup>

גישה עקרונית זו, שלפיה אין זה מתפקידו של בית-המשפט במדינה דמוקרטית להתערב בחקיקה ראשית הפוגעת בזכויות הפרט, נקלטה כאבן-יסוד של הפסיקה. בית-המשפט חזר עליה פעם אחרי פעם. גם במקרים שבהם היה מוכן להודות כי חוק פוגע בזכות-יסוד בסיסית, כגון חופש המצפון, דבק בית-המשפט בעמדתו זו וסירב לפסול את החוק בשל כך.<sup>9</sup> את ההסברים לכך לא קשה למצוא.<sup>10</sup> אך מעבר להסברים הנוגעים לחששות לפוליטיזציה של המערכת השיפוטית ולפגיעה במעמדו של בית-המשפט, ברור שתפיסה זו היתה גוהה מאוד לבית-המשפט. היא פטרה אותו מן הצורך להתמודד עם קבילותם של חוקים שהיישוב היהודי תקף בתריפות בעת התקנתם עלידי שלטונות המנדט, אך לא היסס להשתמש בהם כנגד האוכלוסייה הערבית אחרי הקמת המדינה;<sup>11</sup> ושל חוקים דרקוניים להפקעת קרקעות מערבים, שחוקקה מדינת ישראל.<sup>12</sup>

8. שם, 70.

9. ראו פסק-דינו של השופט ברק בבג"ץ 142/89 ואח' תנועת לארד - לב אחד ודוד חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529 (להלן: בג"ץ לארד), שבו הוא סוקר את הפסיקה שדבקה בגישה זו.

10. ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129 (להלן: ע"א רוגוזינסקי).

11. פירסחי הסברים אלה במאמרי: "Judicial Review of Knesset Decisions," 8 Tel Aviv, *University Studies in Law* (1988) 95.

12. הכוונה היא לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (תוס"ב 1442, עמ' 855). לתקיפת תקנות אלה עלידי היישוב ראו סיכום הדברים שנאמרו בכנס-מתאה של הסתדרות עורכי-הדין היהודים בארץ-ישראל, שהתקיים ב-7 בפברואר 1946 - הנרקליט ג (תש"ו) 58.

13. לסקירת חוקים אלה והפסיקה שמירשה אותם ראו: David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (International Center for Peace in the Middle East, 1987), 170-189.

כאמור לעיל, תפיסה עקרונית זו של בית-המשפט, שלפיה אין הגבלות חוקתיות על כוחה התחיקתי של הכנסת ושביית-המשפט לא יפסול חוק בשל כך שהוא פוגע בזכות-יסוד, נשארה על כנה עד לחקיקתם של חוקי-היסוד. בענייני זכויות אדם בשנת 1992. אמנם, בשני פסקי-דין נתנו השופטים שמגר<sup>14</sup> וברק<sup>15</sup> ביטוי לעמדתם, שייחן שינוי מסוים בתפיסה גם אם לא יינתן לו מגרט פוליטי בדבר חקיקה של הכנסת, אך עמדתם זו נשארה במישור העקרוני ולא הכשילה לנכונות יישומית לפסול חקיקה. זמן לא רב אחרי מתן שני פסקי-דין אלה נחקקו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, שסיפקו לבית-המשפט לגיטימציה פוליטית וחוקתית לביקורת שיפוטית על חקיקה. יש להניח, שהביקורת השיפוטית על חקיקה הנוגעת לזכויות-יסוד תיוקק בעתיד למסגרת זו ולא לניצני הגישה השיפוטית של השופטים שמגר וברק שקדמו לקבלת חוקי-היסוד.

## 2. הצורך בהסמכה בחוק

ההימנעות העקרונית מביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בין מגדטורית בין של הכנסת, והיעדרה של חקיקה (שלא לדבר על חוקה) שתגן על זכויות אדם, אין פירושה שביית-המשפט לא פיתח שיח משפטי הנשען על מושגים של זכויות אדם. זמן קצר לאחר הקמתו נתן בית-המשפט ביטוי להכרתו בקיומן של "זכויות טבעיות" שאינן תלויות בחקיקה או בחוקה פורמלית. בפסקי-דין המפורסם בבג"ץ בזרנו<sup>16</sup> אמר השופט חשין את הדברים הבאים:

כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם חוק.<sup>17</sup>

האמת ניתנת להיאמר, כי באמרה זו של השופט חשין טמונה סתירה פנימית. אם הזכות לבחור במקצוע היא זכות טבעית של האדם, למה ניתנה למחוקק סמכות בלתי-מסויגת להגביל את הזכות? זכויות טבעיות שייכות לאדם בשל היותו אדם, ואין למדינה סמכות ליטול אותן ממנו. נראה אפוא, כי על-אף היוקקותו של השופט חשין למושג "זכויות טבעיות", אין דבריו מרמזים על נכונותו של בית-המשפט לייבא תפיסות של משפט טבעי לתוך גישתו הפוזיטיביסטית. עם זאת, לדבריו של השופט חשין מקום של כבוד בביסוס מגילת-הזכויות השיפוטית. ראשית, הם ביסאו שיח משפטי של זכויות אדם. שנית, היה בהם משום הכרה שיפוטית בהנחת תירות כללית, דהיינו: הנחה שכל אדם חופשי לפעול כל עוד אין איסור בחוק על פעולתו. הנחה זו היא תנאי הכרחי, אם כי לא מספיק, לשלטון

14. בג"ץ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא (2) 540.

15. בבג"ץ לארזי (לעיל, הערה 9).

16. בג"ץ 1/49 בזרנו ואחי' נ' שר המשטרה ואחי, פ"ד ב (1) 80 (להלן: בג"ץ בזרנו).

17. שם, 82.

החוק ולהגנה על זכויות הפרט. מאז בג"ץ בז'רנו מיתרגמת הנחה זו לעיקרון כללי, שלפיו אין להתיר הגבלה על זכות ייסוד, אלא מכוח הסמכה ברורה בחקיקה ראשית. עקרון ההסמכה ברורה נותן בידי בית המשפט כלי יעיל להגנה על חירויות ייסוד בהקשרים שונים. בית המשפט חיוק עיקרון זה כאשר תחם את הסמכות הסטטוטורית לא רק לפי לשון הוראת ההסמכה, אלא גם לפי מטרתה. מטרת הסמכות, שלרוב איננה קבועה בחוק עצמו, מותווית לפי ערכים כלליים שבית המשפט קובע.

התחום העיקרי שבו נעשה שימוש בעיקרון זה – שלפיו אין להטיל הגבלה על חירויות הפרט בלא הסמכה ברורה בחקיקה ראשית – הוא התחום של חופש מדת. בתחום זה גם הודגש מקומה של המטרה בתחומת גבולות הסמכות שנמסרה לרשות. סמכות שנמסרה לרשות למטרה כללית, כגון הבטחת חלוקת מזון,<sup>18</sup> הבטחת הסדר הציבורי,<sup>19</sup> הגנה על בריאות הציבורי<sup>20</sup> והגנה על רווחתה של האוכלוסייה<sup>21</sup> – אין להשתמש בה כדי לקדם ערכי דת. רשות המשתמשת בכוח שניתן לה כדי לקדם ערכים כאלה, חורגת מסמכותה. מדיניות שיפוטית זו – שלפיה אין די בהסמכה לעשות פעולה פלוגנית, כגון הסדרת שעות פתיחתם וסגירתם של בתי עסק ובתי קולנוע, כדי להקנות סמכות לרשות לעשות אותה פעולה במגמה לקדם מטרה דתית – סיפקה לבית המשפט דרך להתמודד עם הגבלות המוטלות על חירות הפרט מטעמי דת, מבלי שנאלץ להתנגש עם הרשות המחוקקת. בית המשפט לא כפר מעולם בסמכותה של הרשות המחוקקת לקבוע נורמות הפוגעות בחופש מדת,<sup>22</sup> אך הוא הדיגש, כי "עיקרון מוסר הוא כי הגבלות על חירות זו של האדם – הנוגעת לענייני דת ומצפון – תעשה על-ידי המחוקק הראשי ורק במקרים נדירים על-ידי מחוקק משנה אם הוסמך לכך בדרך שאינה משתמעת לשתי פנים".<sup>23</sup> בגישתם זו ביטאו השופטים השלמה עם המציאות הפוליטית בישראל המכתיבה שילוב נורמות דתיות בחוקי המדינה. השלמה זו נבעה אולי מן החשש שניסיון להצר את סמכותה של הכנסת לכפות נורמות דת היה גורר תגובה חריפה של המערכת הפוליטית, שהיתה מוצאת דרך לעקוף את פסיקתו של בית המשפט. יש לזכור, כי בשני מקרים שבהם בתי המשפט פסלו חקיקת-משנה על סמך הנימוק שלרשות מקומית לא היתה הסמכה ברורה לקדם ערכי דת, דאג המחוקק לצייד את הרשויות המקומיות בהסמכה ברורה כזו.<sup>24</sup>

18. ראו בג"ץ 98/54 ואח' לזרוביץ נ' המפקח על המזונות ירושלים, פ"ד י 40.
19. ראו בג"ץ 122/54 אקסל ואח' נ' ראש העיר נתניה, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ה 1524 (להלן: בג"ץ אקסל).
20. ראו בג"ץ 72/55 ואח' פריידי נ' עיריית תל אביב-יפו ואח', פ"ד י 734 (להלן: בג"ץ פריידי).
21. ראו ת"פ (ירושלים) 3471/87 ואח' מדינת ישראל נ' קפלן ואח', פסי"מ תשמ"ח (ב) 265 (להלן: ת"פ קפלן).
22. ראו, למשל, ע"א רוגוזינסקי (לעיל, הערה 10).
23. ת"פ קפלן (לעיל, הערה 21), 271. וראו בג"ץ אקסל (לעיל, הערה 19); בג"ץ פריידי (לעיל, הערה 20).
24. בעקבות בג"ץ פריידי (לעיל, הערה 20), שבו קבע בית המשפט כי אין לרשות מקומית סמכות לאסור בחוקי-עזר מבירת בשר חזיר, נתקבל חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת),

השימוש בעקרון ההסמכה הברורה לא הוגבל לתחום של ערכי דת. נעשה בו שימוש גם בהגנה על הזכות לשלמות גופנית,<sup>25</sup> חופש העיסוק,<sup>26</sup> חופש ההתאגדות<sup>27</sup> והזכות להשתתף בבחירות.<sup>28</sup> כוחו האמיתי של עיקרון זה הודגם במקרים שבהם בית-המשפט איבנו שלם עם המצב המשפטי, והיה סבור כי יש מקום להגבלה על הזכות הנידונה, אך הוא בכל-זאת עמד על הדרישה להסמכה ברורה בחוק. שני פסקי-דין מדגימים את נכונותו של בית-המשפט ללכת בדרך זו, ובלבד שלא יתיר הגבלה על זכות-יסוד תוך הפרת העיקרון.

בבג"ץ אוסקי<sup>29</sup> נידונה פקודת-קבע של מפכ"ל המשטרה שאסרה התאגדות שוטרים באיגוד מקצועי. השופטים היו בדעה, שיש טעם רב בעמדת המפכ"ל שלפיה אין לאפשר לשוטרים להתאגד בארגון שוטרים. עם זאת, בית-המשפט לא מצא הסמכה בחוק למפכ"ל להגביל את חופש ההתאגדות ולפיכך פסל את פקודת-הקבע.<sup>30</sup>

בבג"ץ קטלון<sup>31</sup> דן בית-המשפט בצעד שנקטו רשויות בית-סוהר כדי למנוע חזירת סמים לבין כתליו. הניסיון הראה, שאסירים החוזרים מהופשה בולעים סמים עטופים בניילון ולאחר-מכן הם מוציאים אותם בפעולת מעיים עם שובם לבית-הכלא. כדי להילחם בתופעה זו החליטה הנהלת בית-הסוהר לבצע חוק באסירים עם שובם לכלא. בית-המשפט מצא, שהאמצעי היה דרך יעילה לטפל בתופעה קשה – שימוש בסמים בין כותלי בית-הסוהר. אולם הוא קבע, כי החזירה לגופו של אדם בלא הסכמתו היא פגיעה קשה בכבוד האדם, ומכיוון שלא ניתנה סמכות בחוק לשלטונות לפגוע בזכותם לכבוד של אסירים, אסר בית-המשפט על המשך השימוש באמצעי זה.

- תשי"ז-1956, ס"ח 16 (ראו את דברי ההסבר בהצעת חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשס"ז-1956, ה"ח, 165). כעקבות פסקי-הדין של בית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים בת"פ קפלן (לעיל, הערה 21), שבו נקבע כי אין לעירייה סמכות לחוקק חוק-עודר המחייב סגירת בתי-קולנוע בשבתות ובחגים, נחקבל תיקון לפקודת העיריות המסמך מועצת עירייה להפעיל את סמכותה להסדרת שעות פתיחתם וסגירתם של בתי-עסק "בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית". ראו חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), תשנ"א-1990, ס"ח 34.
25. ראו בג"ץ 355/79 ואח' קטלן נ' שירות בתי-הסוהר ואח', פ"ד ל"ד (3) 294 (להלן: בג"ץ קטלן).
26. ראו, למשל, בג"ץ 252/77 בבאגני נ' עיריית תל-אביב, פ"ד לב (1) 404; בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחברות ואח', פ"ד לו (3) 337.
27. ראו בג"ץ 789/78 אופק ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לג (3) 480 (להלן: בג"ץ אופק).
28. ראו ע"ב 2/84 ואח' ניימן ואח' נ' יריד ועדת-הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (להלן: ע"ב ניימן (א)).
29. לעיל, הערה 27.
30. אחרי מתן פסקי-הדין תוקנה פקודת המשטרה על-ידי הוספת סעיף 393 האוסר על שוטרים להשתייך לארגון שוטרים. ראו סעיף 393 לחוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 6), תשל"ט-1979, ס"ח 137.
31. לעיל, הערה 25.

האם בית המשפט שמר בעקיבות על עקרון ההסמכה הברורה? התשובה חייבת להיות שלילית. כעת רצוני לדון במקרים שבהם סטה ממנו.

המקרה המפורסם ביותר שבו סטה הרוב בבית המשפט העליון מן העיקרון היה בע"ב ירדור<sup>32</sup>, בפרשה זו גידוגה החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול רשימה שהיתה מזוהה עם תנועת אל-אחד, שהוצאה מחוץ לחוק, כל שלושת השופטים שישבו בדין הניחו, כי חוק הבחירות איננו נותן סמכות לוועדת הבחירות לפסול רשימה, הממלאת את כל הדרישות הפורמליות להשתתפות בבחירות.<sup>33</sup> אולם רק שופט המיעוט, השופט חיים כהן, דבק בעיקרון שאין לפגוע בזכות פוליטית יסודית – הזכות להתמודד והזכות לבחור – בלי הסמכה ברורה בחוק. השופט זוסמן זנח לחלוטין את העיקרון לטובת מה שכינה "עיקרון על-חוקתי", הנותן למדינה כוח לגקוט צעדים להגן על עצמה כנגד אויביה גם בהיעדר סמכות סטטוטורית לכך. השופט אגרנט היה רגיש יותר לעיקרון וחישב עיגון סטטוטורי לסמכות פסילה של רשימה השוללת את מדינת ישראל כמדינה יהודית וחותרת תחתיה. הוא היה בדעה שמסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, שלפיו הכנסת הוא בית-הגבתיים של המדינה, יש להסיק, כי

הדיבור הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על-ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקוד, באמצעות הממשלה הנושאת באחריות כלפיו, על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר מכל מקום השאלה, אם יש לעשות לשם היסול המדינה ושלילת ריבונותה, ואם לאו – שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומי; שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חונו ואת האני מאמין שלו.<sup>34</sup>

האופי המאולץ של פתרון זה בולט לעין: לו קבעה הוראת החוק רק כי הכנסת היא בית-הנבחרים, האם היה השופט אגרנט מגיע למסקנה שונה? סוגיה אחרת שבה הכיר בית המשפט בכוח לסטות מן העיקרון נוגעת לזכות השמיעה לפני גירוש אדם על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.<sup>35</sup> בבג"ץ קוואסמה<sup>36</sup> קבע הרוב בבית המשפט העליון, כי זכות השמיעה לפני גירוש היא זכות יסוד שניתנה לה הגנה סטטוטורית בלתי-מסויגת בתקנה 112. לכן אין הרשויות יכולות לטעון

32. ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (להלן: ע"ב ירדור).

33. יש לציין, שבפסקי-דין בע"ב גיימן (ו) (לעיל, הערה 28), חלק השופט ברק על הנחה זו.

34. ע"ב ירדור (לעיל, הערה 32), 386-387.

35. תקנה זו בוטלה בישראל על-ידי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, ס"ח 76, אולם היא גשורה בתוקף בשטחים.

36. בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 113 (להלן: בג"ץ קוואסמה).

לסמכות לפגוע באותה זכות גם אם הן סבורות שטעמי כיסוחן מתייבים זאת. בפסק-הדין הנוגע לגירוש 400 אנשי התמאס גידון נסיונם של הרשויות הצבאיות לחוקק לעצמן סמכות לפגוע בזכות שמיעה זו.<sup>37</sup> בצווים צבאיים שהותקנו נקבע, כי במקרה של גירוש לזמן מוגבל תתקיים זכות השמיעה אחרי ביצוע הגירוש. בית-המשפט העליון פסל צווים אלה, אולם תוך סטייה ברורה מהלכת בג"ץ קואסמה הוא קבע שבידי הרשויות סמכות אינהרנטית לפגוע בזכות השמיעה כאשר להשבתן כורת המציאות מחייב פעולה מיידית.<sup>38</sup> בכך פגע בית-המשפט בעיקרון שאין להתיר פגיעה בזכות-יסוד – זכות השמיעה נחשבת כזכות-יסוד – בלא הסמכה בחוק.<sup>39</sup>

ראינו לעיל, שבהפעלת עקרון ההסמכה הברורה נזקק בית-המשפט למטרת הסמכות כגורם מרכזי בתחילת גבולותיה. במקרים הנוגעים לגסיונות לכפות נורמות דתיות הביאה גישה זו של בית-המשפט להרחבת ההגנה על הזכות לחופש מדת. אולם לאחרונה עשה בית-המשפט שימוש בגישה זו כדי להרחיב את סמכותן של הרשויות לפגוע בזכות-יסוד. בעמ"מ פלונים נ' שר הביטחון<sup>40</sup> גידון מעצרים המינהלי של אזרחים לבנונים. שר-הביטחון לא טען שהעצירים עצמם מסכנים את בטחון המדינה או את בטחון הציבור, אלא שהם מוחזקים כקלף-מיקוח במו"מ לשחרור שבויים ונעדרים ישראלים. גראה בכירור שמטרת מעצר מינהלי אמורה להיות מניעתית, דהיינו: מניעת סכנה הצפויה מן העציר אם יהיה חופשי. כך נאמר בזמנו כאשר הוצגה הצעת חוק סמכויות שעת-הירום (מעצרים), תשל"ט-1979, לפני הכנסת, כך נקבע פעמים רבות בפסיקה וכך הוסבר המעצר המינהלי בספרות המשפטית.<sup>41</sup> אולם הרוב בבית-המשפט העליון קבע כי מכיוון שהמושג "בטחון המדינה" כולל בחובו שחרור שבויים, אפשר להחזיק אנשים שאינם מסכנים את הביטחון כקלף-מיקוח לשחרור שבויים.<sup>42</sup> כאן הורחבה מטרת הסמכות כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות אדם שאיננה מתיישבת עם עקרונות-יסוד של המשפט הבינלאומי.

37. פרשה זו נידונה בבג"ץ 5979/92 ואח' האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מו (1) 267.

38. לביקורת על גישה זו של בית-המשפט ראו מרדכי קרמניצר, "גורש הגרוש", פלילים ד (תשנ"ד) 17; איל בנבנשתי, "גורש ונשמע", משפט וממשל א (תשנ"ג) 441.

39. בעניין זה יש לציין, כי אפשר להבחין בין זכות השמיעה שקמה, על-פי הפסיקה, בהיעדר הוראה סטטוטורית בעניין, לבין זכות שמיעה סטטוטורית. גראה, שזכות שמיעה לא-סטטוטורית נוצרת מראש כזכות מסויגת, אולם היקפה של זכות שמיעה סטטוטורית היא פונקציה של הוראת החוק היוצרת אותה. כאשר החוק איננו מסייג זכות שמיעה הניתנת כנגד שימוש בסמכות בסחונית, קשה לקבל את העמדה שזכות זו תהיה כפופה להריג במזעני. ראו בנבנשתי, שם.

40. עמ"מ 18/94 פלונים נ' שר הביטחון (טרם פורסם) (להלן: עמ"מ פלונים).

41. ראו דבריה של שופטת-המיעוט, השופטת דורנר, שם.

42. יש לציין, שבזמן כתיבת שורות אלה היה תלוי ועומד דיון נוסף בשאלה זו בבית-המשפט העליון.



## 3. פרשנות הוראות חוק כדי לתת תוקף לזכויות יסוד

בפסק דינו בג"ץ קול העם<sup>43</sup> הגיח השופט אגרוט תשתית תיאורית להגנה שיפוטית על זכויות הקשורות בהליך הדמוקרטי, כגון חופש הביטוי. תשתית זו נשענת על היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, ההופכת אצל השופט אגרוט לגתון חוקתי. נתון חוקתי זה איננו פוגם בכוחו של המחוקק לקבוע הוראות חוק הפוגעות בזכויות יסוד – אפילו אותן זכויות יסוד הקשורות להליך הדמוקרטי – אך שומה על הרשויות לשים זכויות אלה לגדר עיניהם בבואן לפרש חוקים. במקרים שבהם ישנם שניים או יותר פירושים אפשריים לחוק, על הרשויות לבחור באותו פירוש המתיישב יותר עם הגנה על זכויות אדם במדינה דמוקרטית.

בפסק דינו בג"ץ קול העם לא התיימר השופט אגרוט ליצור תיאוריה כללית בדבר הגנה על זכויות אדם במדינה ליברלית. הוא הצטמצם בזכויות הקשורות בהליך הדמוקרטי, דהיינו: בזכויות, שבהיעדרן מתרוקן הליך זה מתוכנו המהותי. אולם מה שלא עשה השופט אגרוט עשתה הפטיקה אחריו. פטיקה זו הניחה, שיש קשר הכרחי בין מדינה דמוקרטית לבין ההגנה על מכלול זכויות האדם המוגנות במדינה ליברלית.<sup>44</sup> השיח המשפטי השתנה. במקום ההליך הדמוקרטי, שעליו דיבר השופט אגרוט, התחיל בית המשפט לדבר על מדינה דמוקרטית נאורה, על מדינה דמוקרטית-ליברלית או סתם על המקובל במדינה דמוקרטית.

גם כלי זה שסיפק השופט אגרוט – שאפשר לכנותו עקרון הפרשנות הדמוקרטית – נותן כוח ניכר לבית המשפט המעוניין להגן על זכויות אדם מבלי לפקפק בתוקפה של חקיקה. בעיקרון זה נעשה שימוש כדי להרחיב את ההגנה על זכויות יסוד. בג"ץ ברגמן נ' שר האוצר<sup>45</sup> נזקק בית המשפט לעיקרון כדי לנמק את עמדתו, שהמושג "בחירות שוות" חל לא רק על הוכות לבחור, כי אם גם על הוכות להתמודד בבחירות. בג"ץ הילרון ביקש שופט המיעוט, השופט שמגר, לתת פירוש מצמצם לסעיף 31 לחוק מועצת הפירות (ייצור ושיווק), תשל"ג-1973, כדי למנוע פגיעה בחופש העיסוק.<sup>46</sup> בע"א נאסר נגעה השאלה לסמכותו של רשם העמותות להתערב בשם העמותה שבחרו המבקשים,<sup>47</sup> בית המשפט ראה בזכות לבחור בשם לתאגיד חלק הן מחופש ההתאגדות הן מחופש הביטוי. לפיכך קבע, כי יש לפרש בצמצום את סמכותו של הרשם להתערב בשם שנבחר לתאגיד. ואולם גם כאן אפשר להצביע על מקרים שבהם בית המשפט סטה מן העיקרון שקבע.

43. בג"ץ 75/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר המנים, פ"ד 1 ו 871 (להלן: בג"ץ קול העם).

44. בהליך זה דנתי במקום אחר. ראו: David Kretzner, "Democracy in the Jurisprudence of

the Supreme Court of Israel", 26 *Israel Yearbook on Human Rights* (1997) 267

45. בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693 (להלן: בג"ץ ברגמן).

46. בג"ץ 75/76 הילרון חברה ליצוא חיבוא גידולי ומוצרי קלאות בע"מ נ' המועצה ליצור

פירות ושיווקם (מועצת הפירות), פ"ד ל (3) 645, עמ' 654.

47. ראו ע"א 4531/91 נאסר ואח' נ' רשמת העמותות, פ"ד מח (3) 294. המבקשים ביקשו לקרוא

לעמותה "עמותה ישראלית פלשתינאית לזכויות אדם". רשמת העמותות גרסה, שדישום שם

זה עלול להסעות את הציבור לחשוב שמדינת ישראל מכירה במדינה פלשתינאית.

## (א) תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

תקנה זו היא אחת מהוראות החוק החמורות בספר-החוקים של מדינת ישראל. היא מתירה למפקד צבאי לתפוס בית ולהורסו, אם תושבי הבית, או חלק מהם, היו מעורבים בעבירה על תקנות ההגנה הכרוכה בשימוש באלימות. גם בית-המשפט העליון תיאר את ההוראה כהוראה קשה הפוגעת בקודת-גג של בני משפחתו של מפגע.<sup>48</sup> אפשר היה לצפות אפוא, שבית-המשפט יתן לתקנה פרשנות צרה שיש בה כדי לצמצם את תחולתה, אולם בית-המשפט הלך בכיוון ההפוך.

בנוסחה האנגלית המקורי של התקנה נקבע, כי המפקד הצבאי מוסמך להחרים בית הנמצא באיזור, בעיר, בכפר או ברחוב

... any offence against these regulations involving violence...  
or some of the inhabitants of which he is satisfied have  
committed the inhabitants.

בבג"ץ חמרי<sup>49</sup> טענה באת-כוחם של בעלי בית, שאי-אפשר להרוס בית שבו גרות כמה נפשות, אם רק אחת מהן היתה מעורבת בעבירה. טענתה היתה, כי בן-משפחה אחד איננו יכול להיחשב לא כ-Inhabitants של הבית ולא כ-some of the inhabitants, מכיוון שהביטוי some of משמעותו, כי לפחות שניים מדיירי הבית היו מעורבים במעשה העבירה.

משמעותו הרגילה של הביטוי some of היא אכן לפחות שניים מתוך קבוצה או אוכלוסייה. יוצא כי הפירוש שהוצע על-ידי באת-כוח בני הבית היה פירוש אפשרי של תקנה 119. לו פעל על-פי עקרון הפרשנות האמור לחול במקרה של הוראת חוק הנותנת סמכות לרשות לפגוע בזכות-יסוד, היה בית-המשפט מאמץ פירוש זה, ועל-ידי כך מצמצם את היקף הסמכות להורות על הריסת בית. בית-המשפט לא עשה כן. הוא אמר:

אין כל בסיס לא לשוני ולא ענייני לפרש את הביטוי  
some of the inhabitants כמתייחס למתגוררים, שמספרם הוא,  
בהכרח, למעלה מאחד.<sup>50</sup>

בית-המשפט המשיך והסביר, שלו אימץ את הפירוש שהוצע, היתה נמנעת האפשרות להרוס בית שבו גרים שני אנשים, אם רק אחד מהם היה מעורב במעשה העבירה. בית-המשפט ציין, כי

48. ראו, למשל, בג"ץ 798/89 שזקרי נ' מפקד כוחות צה"ל (לא פורסם). וראו גם בג"ץ 434/79 סחודיל ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לר (1) 464 (להלן: בג"ץ סחודיל), עמ' 466. שבו תיאר בית-המשפט את הסנקציה הקבועה בתקנה 119 כ"פעולת עונשין בלתי-שגרתית".

49. בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439.

50. שם, 442.

מסקנה זו מופרכת היא על פניה הן מבחינת נוסח התקנה והן מבחינת המדיניות החקיקתית המונחת ביסודה.<sup>51</sup>

קשה לקבל את עמדת בית המשפט כי המסקנה האמורה מופרכת מבחינת לשון התקנה. כפי שצוין לעיל, לפי הנוסח האנגלי נראה שדווקא מסקנה זו מתיישבת יפה עם נוסח התקנה, גם אם היא איננה המסקנה ההכרחית. אך מעבר לעניין הלשוני, ברור שגישת בית המשפט שונה בתכלית השינוי מן הגישה שאומצה בבג"ץ קול-העם. בית המשפט איננו מאמץ פירוש המצמצם את היקף הסמכות לפגוע בזכות, כי אם פירוש המבטיח כי הרשות תוכל להרחיב את השימוש בסמכותה הדקדוקית. בית המשפט איננו מודאג מן הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, אלא מן החשש שמא יוגבל כוח הרשות לפגוע בזכות. בית המשפט גם אינו מסביר מהי המדיניות החקיקתית המונחת ביסוד התקנה. נראה שהכוונה היא ליכולת להשתמש בהריסת בתים כאמצעי הרתעה, הגם שהוא מופצל נגד חפים מפשע.<sup>52</sup>

(ב) פירוש אמנת ג'נבה IV

כאשר מדובר במצב זכויות האדם בשטחים, נזקק בית המשפט לא רק לפירוש דברי חקיקה, אלא גם לפירוש הוראות באמנות בינלאומיות, ובמיוחד באמנת ג'נבה IV. אמנה זו היא אמנה הומניטרית, שמטרתה הגנה על זכויותיהם של אזרחים בשעת מלחמה. בפירוש אמנה זו נקט בית המשפט עמדה עקיבה המעדיפה את כוחות הרשות על פני זכויות הפרט.<sup>53</sup> בית המשפט אפילו סיפק הסבר תיאורטי לקו הפרשנות שאימץ; שבפירוש אמנה יש להעדיף פירוש המצמצם במידת האפשר את הפגיעה בריבונות המדינה. גם אם יש רגליים לרעיון זה בפרשנות אמנות הגוגעות ליחסים בין מדינות,<sup>54</sup> ברור שהוא איננו קביל כאשר מדובר באמנה שמטרתה הגנה על זכויות אדם.<sup>55</sup> הוא גם עומד בניגוד מוחלט לעקרון הפרשנות של בג"ץ קול-העם.

51. שם.

52. בפועל יש להטיל ספק בהנחה שהמדיניות החקיקתית מאחורי תקנה 119 היתה לתת למפקד צבאי "אמצעי הרתעתי יעיל". הסמכות הפורמלית להרוס בתים נוסדה במלחמתם של הבריטים נגד האירים בשנות העשרים המוקדמות. המטרה המקורית במתן סמכות יוצאת-דופן זו למפקדים הצבאיים היתה לספק להם מטגרת "חוקית" לפעולות התגמול שהחיילים הבריטים נהגו לבצע אחרי שסבלו אבידות. ראו דוד קרצמר, "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (הוצאת נבו, תשנ"ג) 305, עמ' 322-323, הערה 62.

53. ראו דוד קרצמר, "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה - דרכו של בית המשפט העליון", משפטים כו (תשנ"ה) 49.

54. אמנת וינה, הנחשבת כאמנה המשקפת את המשפט הבינלאומי המינהגי הנוגע לדיני אמנות, אינה מוכירה כלל זה כאחד מכללי הפרשנות של אמנות.

55. ראו פסק-הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם: *Golders v. U.K.* (1975) 1 E.H.R.R. 524.

## 4. תחימת שיקול-הדעת המינהלי

ישנם מקרים רבים שבהם ישנה הסמכה ברורה בחוק להגביל זכות-יסוד, והוראת ההסמכה איננה משאירה מקום לפרשנויות שונות. במקרים אלה שני העקרונות שבהם דנתי – הצורך בהסמכה ברורה ופרשנות דמוקרטית של החוק – אינם מספקים לבית-המשפט כלי להגנה על זכויות-יסוד. כאן משתלב הגדבך השלישי בבניין השיפוטי – חובת הרשות לאון בין המטרה שלמענה תוסמכה להגביל זכות ובין הזכות הנפגעת. נראה, כי פסק-הדין הראשון שבו נעשה שימוש מובהק בגדבך זה היה פסק-דינו של השופט לנדוי בבג"ץ אולפני הסרטה נ' גרי.<sup>56</sup> מחמת חשיבותו רצוני לדון בפסק-דין זה.

הבעיה בבג"ץ אולפני הסרטה נגעה לסמכותה של המועצה לביקורת סרטים הפועלת על-פי פקודת סרטי הראינוע, 1927. פקודה זו קובעת שאסור להציג סרט בפומבי, אלא אם ניתן היתר לכך על-ידי המועצה. אין היא מפרטת מהם השיקולים שידריכו את המועצה בבואה להחליט אם לתת היתר אם לאו. לכאורה אפשר היה לחשוב שכל עוד פועלת המועצה בתום-לב למלא את מטרת הפקודה – שמירה על הסדר הציבורי, ואולי גם על המוסר הציבורי – היא פועלת במסגרת סמכותה. אולם השופט לנדוי קבע כי בבואה להפעיל את סמכותה, על המועצה לקחת בחשבון שסירוב לתת היתר פוגע בחופש הביטוי. מכאן, שמוטלת עליה חובה למצוא איזון נאות בין האינטרס הציבורי העומד מאחורי הפקודה ובין חופש הביטוי שייפגע אם תופעל הסמכות לאסור הצגתו של סרט. כאן הוסיף השופט לנדוי את העוקץ לחובה זו למצוא איזון נאות: מבחן האיזון איננו נתון לשיקול-דעתה של הרשות בכל מקרה ומקרה. הוא נקבע על-ידי בית-המשפט כמבחן עקרוני, שעל-פיו חייבת הרשות לפעול. זאת ועוד: בית-המשפט יבדוק אם ההחלטה הספציפית שנתקבלה על-ידי הרשות מתיישבת עם אותו מבחן עקרוני; ואם התשובה היא שלילית, הוא יבטל את ההחלטה ועלול להורות לרשות איך לפעול במקרה שלפניו.

במקרה הספציפי שנידון בבג"ץ אולפני הסרטה נגעה השאלה, כאמור, להתנגשות בין חופש הביטוי לבין הסדר הציבורי. בית-המשפט ייבא לתוך הקשר זה את המבחן שאומץ בבג"ץ קול-העם למבחן לפרשנות של סעיף מסוים בפקודת העיתונות, תוך שהוא מסביר:

...מן הדין הוא, כי נאמץ לעצמנו את עיקר הנמקתו של בית-משפט זה בענין "קול העם" נ' שר-הפנים... גם לגבי הענין דנן. נפסקה שם הלכה, שבאשר למניעת סכנה לשלום הציבור יש להעדיף את המבחן, אם קיימת "ודאות קרובה" שהפרסום יסכן את שלום הציבור, על מבחן "הנטיה הרעה" של הפרסום... בענין "קול-העם",

J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester University Press, Manchester, 1988), 70-71

56. בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טז (4) 2407 (להלן: בג"ץ אולפני הסרטה).

...פירש בית-המשפט את ההוראה הסטטוטורית הספציפית... בעוד שכאן אנו דנים בשיקול-דעת מינהלי, שלא הוגדר הגדרה נוספת בסעיף 6 (2) של פקודת סרטי הראינוע. אך ההחלטה בענין "קול-העם" הועמדה על בסיס רעיוני רחב, ההולם במלואו גם את הענין שלפנינו.<sup>57</sup>

הכללים שנקבעו בבג"ץ אולפני הסרטה סיפקו לבית-המשפט כלי בעל פוטנציה עצומה להגנה על זכויות-היסוד. ואמנם, נעשה בכלי זה שימוש מרשים, שקשה להפריז בתרומתו להגנה שיפוטית על זכויות הפרט. נראה לי, ששני התחומים הבולטים שבהם נעשה שימוש כזה הוא התחום של צנזורה על סרטים ומחזות והתחום של רישוי תהלוכות ואסיפות. המשותף לשני תחומים אלה הוא הסמכות הגורפת שניתנה לרשות שלטונית להגביל חירות-יסוד. בית-המשפט הכפיף את השימוש בסמכות זו למבחני-איוון שיפוטיים ולביקורת שיפוטית מהותית, שתפקידה להבטיח כי ההחלטות יתיישבו עם אותם מבחנים. התוצאה בשני התחומים היתה דרמטית: כרסום שיפוטי בסמכות בפועל לצנזר מחזות, שהוביל בסופו של דבר לביטול סמכות זו;<sup>58</sup> וכיסוס זכותו של הציבור לקיים תהלוכות והפגנות.<sup>59</sup>

לפי הבנתי, הכללים שנקבעו בבג"ץ אולפני הסרטה ובפסקי-הדין שהלכו בעקבותיו גקבעו ככללים מיוחדים למקרים שבהם ניתנה לרשות סמכות להגביל חירויות-יסוד, כגון חופש הביטוי, חופש התקשורת וחופש התנועה, ולא ככללים החלים בכל מקרה שבו רשות שלטונית מפעילה שיקול-דעת. אני מדגיש נקודה זו, מכיוון שבשלב מאוחר יותר פיתח בית-המשפט את עילת הסבירות כעילה כללית להתערבות בשיקול-דעת שלטוני, כאשר בפסקי-הדין הראשון שבו הניח השופט ברק את התשתית לביסוס עילה זו הוא הסתמך על פסקי-דין הרגים בפגיעה בזכויות-יסוד.<sup>60</sup> ואולם כללי בג"ץ אולפני הסרטה גברלים מעילת הסבירות בעניין עקרוני: על-פי כללים אלה, בית-המשפט קובע מבחן-איוון עקרוני שעל-פיו הרשות חייבת לפעול; ואילו בעילת הסבירות האיוון הוא איוון אר-הוק שאינו מודרך על-ידי מבחן זה או אחר. בניית עילה כללית של סבירות הגבירה בלא ספק את יכולתו של בית-המשפט לבקר את השלטון, אך יכול שגם תרמה תרומה מסוימת לפיתוח בייחודיותן של זכויות האדם ולתפיסה הרואה באיוון זכויות מענה לכול. השימוש בעיקרון הדורש שייגתן משקל נאות לזכויות-יסוד בהפעלת שיקול-דעת שלטוני בולט בתחום המקורי שבו השתמשו בו – תחום הביטוי. בהפעלת עיקרון זה קבע

57. שם, 2418.

58. ראו חוק להשעיית תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), תשמ"ט-1989, ס"ח 42; וכן סעיף 3 לחוק העונשין (תיקון מס' 35), תשנ"א-1991, ס"ח 208.

59. בעניין זה ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 1098-1115.

60. ראו בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השירוד ואח', פ"ד לה (1) 421.

בית-המשפט, כי החלטה הפוגעת בחופש ביטוי בשל החשש לפגיעה עתידית בסדר הציבורי או בשלום הציבור חייבת לעמוד במבחן הוודאות הקרובה לנוק ממש. מבחן זה הוחל על החלטות הצנזורה הצבאית,<sup>61</sup> על החלטות אורגני רשות-השידור בבואם להחליט לאסור שידור פרסומים העלולים לפגוע ברגשות הציבור,<sup>62</sup> על החלטת מפקד-מחוז במשטרה אם לסרב לתת רשיון לתהלוכה בשל החשש של קהל עיון<sup>63</sup> ועל החלטת שלטונות בית-סוהר אם להתיר לאסיר לכתוב מאמרים לעיתון.<sup>64</sup>

עקרון ה-principled balancing אינו מוגבל לחופש הביטוי. הוא הופעל בין השאר כדי לקבוע מכתנים לאיזון בין הזכות לצאת את המדינה לבין ההגנה על בטחונה,<sup>65</sup> בין זכותו של אדם לשנות את שמו לבין החשש של הטעיית הציבור,<sup>66</sup> בין שוויון לבין בטחון המדינה<sup>67</sup> ובקביעת מבחן להתוקת אדם במעצר מינהלי.<sup>68</sup>

אפשר כמובן לחלוק הן על המבחן שנבחר להתנגשות זו או אחרת הן על הדרך שבה הפעיל בית-המשפט את המבחן שנבחר במקרים אלו או אחרים. כך, למשל, הוטחה ביקורת על בחירת המבחן של "אפשרות סבירה" במקרים של פרסומים תגועים להליך משפטי התלוי ועומד;<sup>69</sup> ועל החלטת בית-המשפט בבג"ץ עומר אינטרנציונלי כי הפרסומים בעיתון שבגינן הוצא נגדו צו סגירה יצרו ודאות קרובה לפגיעה ממשית בבטחון המדינה.<sup>70</sup> אולם אין כוונתי לדון כאן בביקורת מסוג זה, אלא לדון בשתי תופעות:

(א) מקרים שבהם נזנח כל ניסיון לגבש נוסחת-איזון;

(ב) שימוש ב"איזון אינטרסים" במקרים שבהם לא נוצר הכסיס לכך.

61. ראו בג"ץ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617 (להלן: בג"ץ שניצר).
62. ראו בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255 (להלן: בג"ץ כהנא).
63. ראו בג"ץ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393 (להלן: בג"ץ לוי).
64. ראו ע"א 4463/94 ואח' גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד ז (4) 136 (להלן: ע"א גולן).
65. ראו בג"ץ 448/85 ואח' דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701.
66. ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז (1) 749.
67. ראו פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 4591/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94 (להלן: בג"ץ מילר).
68. ע"מ 4/94 בך-הורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (5) 329 (להלן: ע"מ בך-הורין), עמ' 333-334.
69. ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 459), 1059-1055.
70. בג"ץ 644/81 עומר אינטרנציונל אינק. ניר-יורק ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לו (1) 227.
71. ראו: Pnina Lahav, "Israel's Press Law", *Press Law in Modern Democracies* (Pnina Lahav – ed., Longman, N.Y., 1985) 265, p. 273.

## (א) זניחת נוסחאות איזון

תקנה 94 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, מחייבת כל מי שרוצה להדפיס או להוציא לאור עיתון, לקבל תעודת-היתר מן הממונה על המחוז. הממונה רשאי "ככל אשר יירש בעיניו ומבלי לתת כל טעם לרבר, להעניק או לסרב להעניק תעודת היתר...והוא רשאי בכל זמן להתלות או לבטל כל תעודת-היתר..."

דרישת ההיתר לעיתון היא בלא ספק דרישה בעייתית במדינה דמוקרטית. הסמכות הרחבה שניתנה לממונה על המחוז מוסיפה חטא על פשע. ואמנם, בפסק-דינו בבג"ץ אל-אסעד תיאר השופט לנדוי את הוראת תקנה 94 כהוראה שאיננה מתיישבת עם מושגי-יסוד של הופש הביטוי במדינה דמוקרטית.<sup>72</sup> היינו מצפים מבית-המשפט לקבוע מבחני-איזון נוקשים, שיצמצמו את סמכותו של הממונה על המחוז לרחות בקשה לקבלת היתר או לבטל היתר שניתן.

אמנם, כל עוד לא נחשפו נימוקי הממונה לפני בית-המשפט לא היה אפשר לקבוע מבחני-איזון שיפוטי שהפעלתו תעמוד לביקורת שיפוטית.<sup>73</sup> אולם בעקבות בג"ץ אל-אסעד, שבו פסל בית-המשפט את החלטת הממונה שלא לתת רשיון לעיתון, לאחר שהממונה השף את נימוקיו אך לא את הראיות שעליהן הושתתו נימוקים אלה - אומץ הנוהג שלפיו כאשר מותקפת החלטת הממונה, הוא מגיש לבית-המשפט תעודת-היסיון מטעם שר-הביטחון, אך מביע נכונות שבית-המשפט יראה אל כל הראיות, ופותח בכך את הדלת לביקורת עניינית על החלטתו.

בבג"ץ עסלי<sup>74</sup> החליט הממונה לבטל היתר של עיתון, אף-על-פי שהעיתון הקפיד על כללי הצנזורה הצבאית, על סמך ראיות המצביעות על קשר עם אחד מן הארגונים הפלשתינאים שהוכרו כארגוני-טרור. השופט ברק דחה את טענת העותרים שיש להפעיל מבחן הסתברותי לבדיקת החלטתו של הממונה. הוא הסביר, שמבחן זה איננו נדרש כאשר הנימוק לביטול ההיתר אינו געוץ בתוכן הפרסומים בעיתון, אלא ב"ההקשר ההדוק והבלתי-אמצעי שבין העיתון לבין ארגון המחבלים".<sup>75</sup>

בבג"ץ אל-חטיב<sup>76</sup> דחה בית-המשפט את הטענה, שיש להפעיל מבחן הסתברותי על סמך הנימוק שלא נמצאה זיקה לטענה בלשון תקנה 94. נימוק זה מעורר תמיהה, שהרי מאז שאימץ השופט לנדוי את מבחן "הוודאות הקרובה" לבדיקת החלטות המועצה לביקורת סרטים,<sup>77</sup> הופעל מבחן זה בהקשרים רבים שבהם אין לו זיקה בלשון החוק.<sup>78</sup> אמנם,

72. ראו בג"ץ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד (1) 505 (להלן: בג"ץ אל אסעד).  
 73. ראו בג"ץ 64/39 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, נצרת, פ"ד יח (2) 340.  
 74. בג"ץ 541/83 עסלי ואח' נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לו (4) 837 (להלן: בג"ץ עסלי).  
 75. שם, 840.  
 76. בג"ץ 562/86 אל-חטיב ואח' נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פ"ד מ (3) 657.  
 77. ראו בג"ץ אולפני הסרטה (לעיל, הערה 56).  
 78. הדוגמא הבולטת, מלבד החלטות המועצה לביקורת סרטים ומחזות, היא סמכות המשטרה לרישוי תהלוכות ואסיפות. ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 59), 1028.

הדרישה למבחן הסתברותי, שנקבעה בפסק־דין קול־העם כפונקציה של הוראת חוק ספציפית, נתפסה לאחר פסק־דין זה כדרישה הגובעת מוזכרת הרשות לחת משקל נאות לזכות שתיפגע על־ידי הפעלת סמכותה.

### (כ) איזון בלתי־ראוי

המושג "איזון" איננו מלת־קסם שאפשר להשתמש בה בכל הקשר והקשר ולפתור כל בעיה ובעיה. כפי שראינו לעיל, אין מקום לאיזון בין זכות לבין אינטרס חברתי, אלא אם ניתנה הסמכה ברורה לרשות לפגוע בזכות נתונה כדי להגן על אותו אינטרס. זאת ועוד: גם כאשר ישנה הסמכה ברורה לקדם אינטרס ציבורי על־ידי פגיעה בזכות פלוגית, אין לומר שהסמכות משתרעת גם על הפגיעה בזכות אחרת. כך, למשל, הסמכות לפגוע בחופש העיסוק איננה כוללת בחובה סמכות לפגוע בחופש מדת, אבל העיקר הוא שישנן זכויות שאינן מועמדות לאיזון. הן אמורות לעמוד בכל תנאי ובכל מצב. על אינטרסים חברתיים יש להגן מבלי לפגוע בזכויות אלה.

זכות מרכזית בכל שיטת־משפט נאורה היא זכותו של כל אדם לחוקת החפות מפשע. עיקרון הנגזר מזכות זו הוא, שבמשפט פלילי על התביעה הנטל להוכיח את אשמתו של הנאשם. די בספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם כדי לחייב את זיכוי. התיאוריה העומדת מאחורי כלל זה גורסת, שעדיף כי תשעה אנשים אשמים יתהלכו חופשיים מאשר שאיש אחד ההף מפשע ייענש.

האמת ניתנת להיאמר, שהכלל הנ"ל אינו בהכרח הכלל היעיל ביותר להשגת חלק ממטרותיו של המשפט הפלילי. ייתכן, למשל, שלו אימצנו בהקשרים מסוימים את הכלל של המשפט האזרחי – מאזן ההסתברויות – היינו משפרים את יכולתן של הרשויות לאכוף את המשפט הפלילי, והשפעתו כגודם מרתיע היתה עולה. אולם שינוי זה היה מגדיל את הסכנה שהפים מפשע ייענשו. קשה אפוא להניח, שבית־המשפט היה משלים עם חוק שהיה מאפשר את הרשעתו והענשתו של נאשם על־פי מאזן ההסתברויות שביצע את העבירה. נוכל גם להניח בוודאות גמורה, כי בית־המשפט היה דוחה בשאט־נפש טענה של התביעה, שגם אם הנאשם לא ביצע את העבירה אין לזכותו בשל הנזק שייגרם לאינטרס חברתי, כגון בטחון המדינה, בטחון הציבור או הסדר הציבורי.

הכלל הנ"ל, שלפיו הנאשם במשפט פלילי גהנה מחזקת החפות, הוא חלק מעיקרון רחב יותר – אין מענישים אדם אלא בשל מעשיו־הוא. העיקרון הכללי הזה נפגע אם יוצרים מסגרות אלטרנטיביות למשפט הפלילי, המאפשרות הענשת אנשים חפים מפשע בתואנה שאינם נחשבים כנאשמים פלילים, שעליהם חלה חוקת החפות.<sup>79</sup>

בעוד שבית־המשפט שמר על חוקת החפות במשפט הפלילי עצמו, הוא אפשר לרשויות לעקוף את המשפט הפלילי ולהטיל על חפים מפשע סנקציות שבאופיין הן סנקציות

79. לדיון בנסיגות להטיל עונשים שהם באופיים עונשים פליליים, על־ידי חוקת להליכים מינהליים, ראו: Joel Feinberg, *Doing and Deserving* (Princeton University Press, N.J., 1970), 95-118.



פליליות. הנימוק שניתן לכך היה הצורך ב"איוון" בין הצורך בהרתעה – מטרה מרכזית של המשפט הפלילי – לבין זכותו של אדם שלא ייענש אלא בשל מעשיו. הוא. המסגרת העיקרית שבה עשה בית המשפט שימוש ב"איוון" כדי לאפשר עקיפת הכלל האוסר הענשת חפים מפשע היא המסגרת של הריסת בתים על-פי סעיף 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.<sup>80</sup> בחלק גדול מן המקרים שהגיעו לבית המשפט לא נטען, כי דיירי הבית שנגדו ניתן צו הריסה היו שותפים בדרך זו או אחרת למעשה-הוועה שבגינו ניתן הצו. זה ניתן רק מכיוון שמי שביצע את המעשה היה דייר בבית באותה עת. מקרה אחר שבו נעשה שימוש ברעיון האיוון כרי להצדיק שימוש באנשים חפים מפשע כאמצעי להשגת יעד חברתי הוא פסיקתו של בית המשפט העליון, המתירה שימוש במעצר מינהלי להחזקת עצירים כ"קלף-מיקוח". בפסק-דין שבו דגתי לעיל הסביר הרוב בבית- המשפט העליון את החלטתו לאשר את המעצר בזה הלשון:

המעצר המינהלי פוגע בחירותו של הפרט. כאשר המעצר נעשה בנסיבות בהן העצור מהווה "קלף מיקוח", הרי יש בכך פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, בנסיבות אלה, באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו. מעצרו של המעצרים אינו אלא מצב בו המפתח לכלאם של בני אדם מצוי בידי אחרים ולא בידיהם. זהו מצב קשה...אולם, לאחר שעיניתי עיין הישב בתורם שבפני ובטענות הצדדים, גחה דעתי כי פגיעה זו – קשה וכאובה ככל שהינה – מוציבת המציאות הביטחונית והמדינית היא, ומשקפת היא נקודת האיוון הראויה בנסיבות המקרה בין חירות הפרט לבין ההכרח בשמירה על בטחון המדינה.<sup>81</sup>

כאן נעשה שימוש במבחני האיוון, שמטרתם המקורית הייתה לחייב את הרשויות לתת משקל נאות לזכויות-יסוד בבואן להפעיל את סמכויותיהן השלטוניות, כדי לאפשר לרשויות לנגוס בזכויות בסיסיות האמורות לעמוד בכל התנאים.

### ג. מעבר למסגרת – ההגנה על זכויות ספציפיות

עד כה דגתי במסגרת להגנה על זכויות אדם לפני שנתקבלו חוקי-יסוד: חופש העיסוק, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כעת רצוני לבחון את היקף ההגנה שניתנה לזכויות ספציפיות. אדון בשלוש זכויות בלבד. בחרתי בזכויות אלה בשל התרומה המיוחדת של הפסיקה בכל אחת מהן.

80. לסקירת הפסיקה בסוגיה זו ראו מאמרי (לעיל, הערה 52). וראו גם: Dan Simon, "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories", 19 *The Yale Journal of International Law* (1994) 1

81. ראו עמ"מ מלונים (לעיל, הערה 40).

## 1. חופש ביטוי

פסיקתו של בית-המשפט העליון בנושא חופש הביטוי היא בלא ספק גולת-הכותרת של פסיקתו בנושא זכויות האדם.<sup>82</sup> בתחום זה בית-המשפט יצר יש מאין, החל בבג"ץ קול-העם הכיר בית-המשפט בחופש הביטוי כעקרון-יסוד הנגזר מאופיה הדמוקרטי של המדינה, הוא השתמש בעיקרון זה ככלי פרשנות המאפשר לו לרכך חלק מהוראות החוק הדרקוניות מתקופת המנדט שנשאררו בספר החוקים מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ת-1948; ולהצד סמכות שלטונית ולהכפיפה למבחני האיזון שבהם דנו לעיל. גם בתחום זה תמונת הפסיקה איננה אחידה, וכלי ספק ישנם מקרים שבהם בית-המשפט לא היה נאמן למדיניותו הליברלית.<sup>83</sup> אך באופן כללי ברור, שהפסיקה חיזקה את חופש הביטוי. כך צמצם בית-המשפט עד למאוד את סמכות הצנזורה על מחזות וסרטים.<sup>84</sup>

הוא הגביל את שיקול-דעתו של הצנזור הצבאי,<sup>85</sup> הכפיף את החלטותיה של רשות-השידור הנוגעות לפסילת שידורים מטעמים פוליטיים או אידיאולוגיים למבחנים של סדר ציבורי ולביקורת שיפוטית,<sup>86</sup> קבע כי גם הביטוי המסחרי ראוי להגנה באותם אמצעים שמשמשים בהם להגנה על ביטוי אחר,<sup>87</sup> פסק כי חופש ביטוי כולל גם חופש הלשון<sup>88</sup> והורה כי גם אסיר זכאי לחופש ביטוי הכולל את הזכות לכתוב טור בעיתון.<sup>89</sup> בהחלטה שאפשר אולי להגדירה כהחלטה מרחיקת-לכת ביותר בתחום זה קבע הנשיא

82. הספרות הרגה בפסיקת בית-המשפט הנוגעת לחופש הביטוי היא ענפה, לסקירה מקפת של הנושא ראו זאב סגל, חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות (פפירוס, תשנ"ו).

83. ראו פנינה להב, "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון", משפטים ז (תשל"ו) 375. וראו גם בג"ץ 631/86 תנועת "המעגל הלאומי" נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד מ (4) 13; בג"ץ 234/84 "חדשות" בע"מ ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח (2) 477 (להלן: בג"ץ "חדשות").

84. ראו בעיקר בג"ץ אולפני הסרטה (לעיל, הערה 56); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא (1) 421; בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מג (2) 22; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ואח', פ"ד נ (5) 661.

85. ראו בג"ץ שניצר (לעיל, הערה 61).

86. ראו בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד לו (1) 757; בג"ץ כחנא (לעיל, הערה 62).

87. ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומרילוח (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד מח (2) 1; בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ואח', פ"ד מט (5) 751; ע"א 105/92 ראם מהגדרים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז (5) 189 (להלן: ע"א ראם). וראו יפה זילברשץ, "על חופש הביטוי המסחרי", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 509.

88. ע"א ראם (לעיל, הערה 87).

89. ע"א גולן (לעיל, הערה 64).

שמגר, כי מעקרון חופש הביטוי יש לגזור חסיון מסויג לעיתונאי כנגד גילוי מקורות המידע שלו, למרות אי-הכללתו של חסיון זה בחוק המסדיר חסיונות.<sup>90</sup> גם בתחום ההפגנות הגן בית-המשפט על הזכות להביע עמדות באמצעות תהלוכות, אסיפות ומשמרות-מחאה.<sup>91</sup>

נסייתו הליברלית של בית-המשפט בתחום הביטוי מורגשת גם כאשר הביטוי פוגע בזכויות אחרות, ולא באינטרסים חברתיים, כגון בטחון המדינה והסדר הציבורי. כך קבע בית-המשפט, כי לא די בידע שפרסום לשון-הרע יפגע בפלוני כדי שיתקיים יסוד הכוונה הדרוש לאחריות פלילית ללשון-הרע, אלא יש להוכיח רצון לפגוע.<sup>92</sup> באימוצו של פירוש זה הוא חיזק את חופש הביטוי על חשבון זכותו של אדם לשמו הטוב. גם כאשר מדובר בשיקול-דעתו במתן צו-מניעה כנגד פרסום לשון-הרע אימץ בית-המשפט קו הנותן משקל מיוחד לחופש ביטוי.<sup>93</sup> בהתנגשות חופש הביטוי עם זכותו של אדם להיות בחברה שבה לא תהיה הסתה נגדו בשל השתייכותו הלאומית או האתנית הובעה הדעה אצל חלק מן השופטים כי חופש הביטוי גובר, אלא-אם-כן נוצרה ודאות קרובה לפגיעה קשה ברגשות.<sup>94</sup>

הקו הליברלי של בית-המשפט נסוג בשני תחומים: פרטומים הנוגעים להליכים שהם *sub judice*, שבהם בית-המשפט סירב להחיל את המבחן של ודאות קרובה,<sup>95</sup> ורישוי עיתונים, שבו עסקתי לעיל. לנושא השני אחזור לידן בפרק הדין בבטחון המדינה.

## 2. שוויון

השוויון, התופס מקום נכבד בשיח המשפטי של בית-המשפט העליון, תואר כבג"ץ ברגמן כנשמת-אפו של משטרנו החוקתי.<sup>96</sup> אפילו בפסק-דין שבו אושרה החלטה אשר הפלתה

90. ראו ב"ש 298/86 ואח', ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במתח תל-אביב ואח', פ"ד מא (2) 337.
91. ראו בג"ץ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד (2) 169; בג"ץ לוי (לעיל, הערה 63); בג"ץ 2481/93 דייך נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח (2) 458; בג"ץ 3994/94 מטר נ' מפקד מחוז ירושלים של המשטרה (לא פורסם); בג"ץ 4712/96 סיעת מר"צ - ישראל הדמוקרטית - ר"צ, מפ"ם, שינוי ואח' נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל ואח', פ"ד ג (2) 822.
92. ראו ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט (3) 205.
93. ראו ע"א 214/89 אבירי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג (3) 840.
94. ראו פסק-דינו של השופט ברק בבג"ץ כהנא (לעיל, הערה 62).
95. ראו ע"פ 126/62 דיסנצייק ואח' נ' היעץ המשפטי לממשלה, פ"ד יו 169; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 565, וראו גם ואב סגל, "איסור פרסום מטעמי טוב יודעה" - הצעת להיתר ולהסדר אלטרנטיבי", מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 105.
96. ראו בג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 45), 698.

בין יהודים ללא-יהודים ראו כל השופטים צורך לעמוד על מחויבותה של השיטה לעקרונות השוויון.<sup>97</sup>

ישנם שני תחומים בישראל שבהם המחויבות העקרונית ל"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור בין כל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" נתקלת בקשיים הנובעים מן המציאות הפוליטית, החברתית והמשפטית. לגבי שוויון נשים, מעמדן של מוסדות-הדת במערכות-השלטון ממסד את האפליה בין גברים לנשים בדיני אישות של יהודים ושל מוסלמים כאחד ומאיים על שוויון זה גם בתחומים המשיקים למוסדות-דת. לגבי שוויון בין יהודים לערבים הגדרת המדינה כמדינה יהודית, הפועלת לקידום אינטרסים פריטיקולריסטיים של הקולקטיב היהודי, מעמידה בספק את מידת מחויבותה האמיתית לשוויון-זכויות גמור בין כל אזרחי המדינה.

לגבי נשים, בית-המשפט פועל במסגרת המצידה את יכולתו להשיג שוויון גמור, שהרי סמכותם של בתי-הדין הדתיים לפסוק על-פי דין דתי המפלה בין גברים לנשים מעוגנת בחקיקה ראשית, שאיננה נתונה לביקורת שיפוטית. אפשר להגיה, שגם לו היתה הדרך פתוחה לביקורת שיפוטית על אותם הסדרים, לא היה בית-המשפט מתערב בהם ולו בשל חשש שכך התערבות מסוג זה תגרור תגובה תחיקתית תקיפה ומהירה. בית-המשפט אינו יכול – ולדעתי, גם אינו צריך – לפתור את הקשיים הכרוכים בהחלטה הפוליטית-חברתית הנוגעת להסדרת דיני האישות המהותיים ולהפקדת הסמכות לדון בהם בידי בתי-דין דתיים. כל שינוי של ממש בהחלטה זו חייב לבוא דרך המערכת הפוליטית.

בהחשב באילוצים פוליטיים אלה, נראים הישגיה של הפסיקה בתחום זה כחשובים ביותר. ההישג הראשון הוא בהגנה שביתנה לזכויותיה הרכושיות של האשה הנשואה. כאן אפשר לצייר קו ישיר בין פסקי-הדין של בית-המשפט בבג"ץ סידס<sup>98</sup> ובבג"ץ ברייה,<sup>99</sup> שבהם כפה על בתי-הדין הדתיים לכבד את הוראות חוק שיווי זכויות האשה, האוסרות פגיעה בזכויות הקניין של אשה נשואה, לבין פסקי-הדין בבג"ץ בבלי,<sup>100</sup> שבו קבע כי דין השיתוף בנכסים בין בני-זוג חל גם בבתי-דין דתיים. הישג נוסף סמון בסירובו של בית-המשפט לאפשר גרירת גישות המפלגות נגד נשים, הרווחות בממסד הדתי, למערכות סטטוטוריות, הנוגעות למתן שידות דת או לבחירת בעלי תפקידים רבניים. בפסקי-דינו בבג"ץ שקדיאל<sup>101</sup> קבע בית-המשפט, כי אין סמכות לפסול אשה כחברה במועצה דתית;

97. ראו בג"ץ 114/78 ואח' בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב (2) 800 (להלן: בג"ץ בורקאן). פסקי-דין זה יידון בהמשך.

98. בג"ץ 202/57 סידס נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול ירושלים ואח', פ"ד יב 1528.

99. בג"ץ 187/54 ברייה נ' קאדי בית-הדין השרעי המרשלמי, עכו ואח', פ"ד ט 1193.

100. בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מב (2) 221. ברור, כי ההלכות בדבר שיתוף נכסים בין בני-זוג הן כשלעצמן תרומה חשובה ביותר למעמדה של האשה הנשואה.

101. בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221.

ובבג"ץ טורז'ני<sup>102</sup> הוא קבע דין זהה לחברות באסיפה הכוחרת לרב של עיר. בפסקי-דין אחרונים אלה אימץ בית המשפט קו המצר את הסמכות להפלות אשה "מטעמי דת", הנתונה לגופים הלכתיים מובהקים שקיבלו סמכות לפסוק על-פי ההלכה. המחויבות השיפוטית לקידום שוויון בין נשים לגברים אינה מוגבלת לתחומים המשיקים לדת ולמדינה. בבג"ץ נבו<sup>103</sup> פסל בית המשפט תנייה בהסכם קיבוצי שקבעה גיל פנסיה שונה לגברים ולנשים; בבג"ץ שדולת הנשים<sup>104</sup> הכיר בית המשפט בלגיטימיות העקרונית של חוק, המנהיג העדפה מתקנת לנשים, וציווה על הממשלה לפעול על-פי הוראה בחוק, שהייתה העדפה מתקנת במינוי דירקטורים לחברות ממשלתיות. בבג"ץ מילר<sup>105</sup> קבע בית המשפט, הפעם ברוב דעות, כי חיל-האוויר איננו רשאי לפסול אשה, הממלאה את כל הקריטריונים המקובלים, כמועמדת למבדקי טיס. נראה שמבחינת השלכותיו על המערכת פסקי-דין אחרון זה הוא החשוב ביותר, מכיוון שהוא מחייב את המערכת לכבד את עקרון השוויון גם כאשר הרבר כרוך בעלות כספית ניכרת.<sup>106</sup>

השיח המשפטי מדגיש, כי

...הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עיקרון יסודי חוקתי...<sup>107</sup>

אולם הגישה האקטיביסטית, הבאה לידי ביטוי כאשר מדובר באפליה נגד נשים, אינה מיושמת כאשר האפליה היא על בסיס לאומי/אתני.<sup>108</sup>

102. בג"ץ 953/87 ואח' טורז'ני שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב יפו ואח', פ"ד מב (2) 309.
103. בג"ץ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מד (4) 749.
104. בג"ץ 453/94 ואח' שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5) 501.
105. בג"ץ מילר (לעיל, הערה 167).
106. העלות נובעת מכך, שתקופת השירות הממוצעת של נשים העובדות קורס-טיס תהיה קצרה במידה ניכרת מזו של גברים הן בשל ההבחנות בחוק שירות ביטחון בין תקופות השירות, בשירות-חובה ובמילואים, של גברים ונשים, הן בשל כך שאשה תהיה מנותקת מפעילות טיס בתקופת התריון ואחרי לידה. יוצא כי בעוד שההשקעה הדרושה להכשרת טייס ומייסת תהיה זהה, התשואה הממוצעת מטייס ומטייסת תהיה שונה.
107. בג"ץ בורקאן (לעיל, הערה 197), 806.
108. יש להדגיש שאני דן כאן בפסיקה עצמה, ולא בהשפעתה העקיפה. לטענה כי פסיקתו הכללית של בית המשפט השפיעה לטובה על זכויותיו של המיעוט הערבי בישראל ראו אילן סבן, "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 341.

בבג"ץ בורקאן<sup>109</sup> נידונה השאלה, אם החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים ושאינו להגביל את הזכות לרכישת דירות ליהודים בלבד,<sup>110</sup> בית-המשפט דחה עתירתו של מוסלמי שביקש לרכוש דירה ברובע. הנימוק העיקרי היה, שלמדינה אינטרס לגיטימי בשיקום הרובע היהודי שממנו גודשו היהודים על-ידי היזרנים,<sup>111</sup> אך איש לא טרח להוכיח כי אי-אפשר לשקם את הרובע, אלא אם יוגבל הדירור בו ליהודים. בית-המשפט הוכיח את החלוקה ההיסטורית של העיר העתיקה לרבעים, אך לא הביא ראיה כלשהי לכך שחלוקה זו היתה הרמטית, דהיינו: שברובע של עדה פלוגית גרו בני אותה עדה בלבד.<sup>112</sup>

אפשר אולי להסביר את בג"ץ בורקאן כפסק-דין הנשען על העדפה מתקנת, בשל העובדה כי בתקופה שבה נידון פסק-הדין, יהודים, שסולקו מן העיר העתיקה על-ידי היזרנים, לא יכלו לרכוש, או אפילו לשכור, דירה ברבעים אחרים. הדרך היחידה להבטיח להם אפשרות לחזור לעיר העתיקה היתה לייעד את הרובע היהודי ליהודים בלבד.<sup>113</sup> הסבר זה קיבל חיזוק מבג"ץ אביטן,<sup>114</sup> שבו אישר בית-המשפט מדיניות של מינהל מקרקעי ישראל להחכיר מגרשים בעיירה שהוקמה לבדואים לבני שבטים בדואים בלבד. במקרה זה העותר היה יהודי, ובית-המשפט דחה את טענתו כי מדיניות זו של המינהל נגועה באפליה. הנימוק שניתן היה, כי מדיניות הממשלה כאה לפתור את הבעיות שהיו כרוכות במתן שירותים לבדואים בעבר, לפי תפיסה זו, אין לראות בהטבות הניתנות לבני קבוצה חלשה, ולהם בלבד, משום אפליה.

כאשר אפליה בין ערבים לבין יהודים זעקה מעובדות המקרה, מבלי שאפשר היה לטעון לעובדות היסטוריות מיוחדות או לאפליה מתקנת, גילה בית-המשפט נחישות והתערב

109. לעיל, הערה 97.

110. יש לציין כי הקריטריונים של החברה התייחסו לאזרחי ישראל ששירתו בצה"ל, אך בדיון בבית-המשפט הודה באי-כוחה של החברה שהכוונה היתה להגביל את המכירה ליהודים.

111. בית-המשפט גם ניסה להתחמק מן העובדה, שלא הוכתשה, כי מדובר באפליה בדירור, באמירה שמדובר על סמכות המדינה לשקם את הרובע מהריסותיו. הקושי בהסבר זה הוא, שהעותר לא כפר בסמכות זו, אלא בסמכותה של רשות ציבורית להגביל את הדירור ברובע ליהודים, וליהודים בלבד.

112. בדיקה היסטורית מראה שבתקופות שונות גרו יהודים ברובע המוסלמי. כשני שלישים מן הבתים ברובע היהודי היו בבעלותם של ערבים, וערבים גרו ברובע. ראו רות קרק ומיכל אורן-נורדהיים, ירושלים וסביבותיה (אקדמון, תשנ"ט, 87-91, Aharon Bier, *For the Sake of Jerusalem* (Efrat, 1997), 107.

113. לטענה שבג"ץ בורקאן נשען על גישה של אפליה מתקנת ראו: Shimon Shetreet, "Affirmative Action for Promoting Social Equality – The Israeli Experience in Positive Preference", 17 *Israel Yearbook on Human Rights* (1987) 241, p. 245. וראו גם יוחאי בקלר, "אי-אפליה בדירור – תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים", עיני משפט 131 (תשנ"א).

114. בג"ץ 528/88 ואח' אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297.

לשובת השוויון. בכג"ץ מורכוס<sup>115</sup> נידונה הבחנה בין תושבים יהודים לפלשתינאים בשטחים בחלוקת ערכות-מגן בתקופת משבר המפרץ. בית-המשפט קבע, כי על המפקד הצבאי לנהוג בשוויון כלפי תושבי האיזור היהודים והערבים, משהחלט לחלק ערכות-מגן לתושבים היהודים, היתה חובה לחלקן גם לתושבים הערבים.

אולם המקרה שבו הרשות מודה בפה מלא כי המדיניות שבחרה בה מיועדת להבחין בין יהודים לבין ערבים הוא נדיר. ברוב המקרים שבהם ישנה אפליה נגד ערבים בישראל מדובר במה שכינתי במקום אחר "אפליה סמויה"<sup>116</sup>. הרשות קובעת קריטריונים לחלוקת משאבים, שאין בהם זכר להשתייכותם הלאומית/אתנית של המוטבים, אך שהשימוש בהם בפועל מביא להבחנה על בסיס אותה השתייכות. בית-המשפט לא גילה גישה אקטיביסטית נגד סוג זה של אפליה. אפשר אפילו לומר, כי במקרים שבהם השאלה התעוררה לפניו הוא נתן את ידו להכשרתו.

בפסק-דינו בבג"ץ בורקאן ניסה השופט חיים כהן להוציא אפליה סמויה מתחום האפליה האסורה, באומרו שאין לו לשופט אלא מה שעניו רואות בכתובים. גישה זו עומדת בסתירה בוטה למשפט המינהלי, שעל-פיו היה מקובל מאז ומתמיד שעל בית-המשפט לבחון מה שעומד מאחורי ההחלטה המינהלית כדי להגיע אל נימוקיה האמיתיים. בפסק-דינו בבג"ץ ותאד<sup>117</sup> הסתייג השופט טירקל מפורשות מגישתו של השופט כהן, ומאז אין לגישה זו תמיכה בשיח המשפטי. אולם הקושי איננו סמון במישור העקרוני של הכרה באפליה סמויה כפגיעה בשוויון, אלא בדרך שבה בית-המשפט מתייחס למקרים שבהם יש יותר מאבק של אפליה מסוג זה.

כבג"ץ ותאד נידונה שאלת קצבאות הילדים ששולמו לחיילים ולבני-משפחותיהם. נראה בבירור, כי ההסדר שנקבע לעניין זה בחוק היה הסדר של אפליה סמויה *par excellence*, ההגדרה של "חייל" שאומצה בחוק לא היתה מבוססת על תקופת-שירות מינימלית בצבא, ותקופת תשלום הקצבאות לא היתה מוגבלת לתקופה מסוימת הסמוכה לסיום השירות הצבאי. זאת ועוד: שירותו של פלוני בצבא או בארגוני-המחותרת זיכה לא רק אותו בקצבאות ילדים בשל ילדיו-הוא, אלא גם את בני-משפחתו בשל ילדיהם,<sup>118</sup> כל עוד הוגבל הסדר זה לקצבאות שנקבעו על-פי חוק מפורש של הכנסת, לא היה פתח להתערבות שיפוטית. אולם ה"צרת" בהסדר החוקי היתה, שהוא השאיר קבוצה גדולה של יהודים מחוץ לתחום הזכאות – אותם בחורי-ישיבה שלא שירתו בצבא מכיוון שתורתם אומנותם. הפתרון שנמצא היה, שמשדד-הזרות שילם קצבאות לאותה קבוצה, הגם שלא היו זכאים לכך על-פי חוק. אחרי שהוגשה עתירה נגד התשלום לאלה שלא היו זכאים לכך בחוק, התערב בעניין היועץ המשפטי לממשלה, פרופסור זמיר, וקבע שתשלום זה אינו חוקי. בתגובה החליטה ועדת-השרים לענייני פנים, שירותים ואיכות הסביבה כי ישולמו קצבאות ילדים מאוצר המדינה בגין ילדיו של כל תלמיד במוסד ללימודי דת שתורתו

115. בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מה (1) 467.

116. ראו: David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Westview, Oxford, 1990).

117. בג"ץ 200/83 ותאד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח (3) 113 (להלן: בג"ץ ותאד).

118. לדין בקצבאות אלה ראו ספרי (לעיל, הערה 116), 114-119.

אומנותו. כך נסגר המעגל: כמעט כל יהודי היה זכאי לקבל קצבאות בגין ילדיו, בעוד שרוב־רובם של הערבים לא היו זכאים לקבלן. בית־המשפט סירב להתערב בהסדר זה. ניתנו כמה טעמים להחלטה זו, וביניהם הנימוק שגם אם בזמן קבלת ההחלטה מוסדות לימודי דת היהודיים היו של הדת היהודית, ההסדר יחול על בני דתות אחרות אם יוקמו מוסדות לימודי דת לבני דתות אלה בעתיד.<sup>119</sup> אולם כל השופטים הוסיפו, כי המסורת היהודית של תמיכה בלומדי תורה מספקת בסיס להבחנה לגיטימית בין אלה שמקבלים קצבאות לבין אלה שאינם מקבלים אותן.<sup>120</sup> לא היה בתוצאה הלא־שוויונית כדי להניע את בית־המשפט להתערב בהסדר.

גישה דומה לזו של בית־המשפט בבג"ץ התאד מתגלה בפסק־דינו של בית־המשפט בבג"ץ אגבריה.<sup>121</sup> השאלה בפסק־דין זה נגעה ליישומו ההדרגתי של חוק יום הנינוח חובה, תש"ן-1990. הטענה הייתה, שבחלוקת השעות המוקצות היתה משום אפליה נגד המגזר הערבי. נקבע, כי בשנה הראשונה החוק יופעל ביישובי־פיתוח וביישובים בקווי־עימות ובבתי־ספר של שכונות שיקום ורווחה, שבהן לפחות 35% מהתלמידים הם טעוני טיפוח. מספר בתי־הספר הערביים שנכללו לפי קריטריונים אלה היה קטן ביותר, מכיוון שיישובים ערביים לא נכללו באזורים שהוגדרו כאזורי־פיתוח. אולם בית־המשפט קבע שהקריטריונים הם "...סבירים על פניהם..."<sup>122</sup> בשנה השנייה להפעלת החוק הוספו שעות הוראה לאלה שהוקצו בשנה הראשונה, אבל רק שעות נוספות אלה חולקו באופן שוויוני בין המגזר היהודי לבין המגזר הערבי, כך שבהתחשב בהקצאה הראשונית קיבל התינוך הערבי רק 8% משעות ההוראה, בעוד שאחוז התלמידים הלומדים במסגרת זו הוא 20%. בית־המשפט שוב סירב להתערב. הוא הצדיק את העדפת יישובי־הפיתוח ויישובי קווי־ העימות בדרך זו:

119. אחד מן השופטים, השופט סירקל, גם קבע כי לא הוכח עליידי העותרים כי הכללים השונים אכן מבטיחים כי כל היהודים יקבלו קצבאות ילדים. בעיניו, אפליה סמויה קיימת רק אם הקריטריון שמשמשים בו הוא מעין מלה נרדפת להשתייכות לאומית וכגון תחלת ההסדר על כל אדחי ישראל שנימולו ביום השמיני לחייהם - שם, 122). ברור שאם מגבילים אפליה סמויה למקרים כגון אלה, משאירים מרחב גדול לשלסונות להשתמש במנגנון של אפליה סמויה. אך מעבר לכך, השאלה האמיתית איננה אם נסגר המעגל באופן הרמטי, אלא אם אפשר לומר כי רוב־רובם של היהודים יקבלו קצבאות ילדים, בעוד שרוב־רובם של הערבים לא יקבלו. במצב זה הנטל צריך לעבור לדעות להוכיח שההסדר איננו מפלה.

120. יש לציין, שהשופטת בן־פורת ראתה לנכון להוסיף, שהיא סבורה, כי לפי הלך־מחשבתם של העותרים (חברי־כנסת ערבים) היתה טרונייתם סבירה, "שכן אין לתמוה, אם המושג 'בחור ישיבה' חד ובולתי־מוכר להם" (שם, 124). יש בדברים אלה כדי להמחיש את הקושי הטבוע בשוויון כלפי ערבים במדינה היהודית: כדי להבין למה מתייחסים אליהם באופן שונה, עליהם להפנים את המסורת היהודית.

121. ראו בג"ץ 3491/90 ואחי אגבריה נ' שד התינוך והתרכות ואחי, פ"ד מה (1) 221.

122. שם, 223.



המגמה לסייע ליושבים אלה אינה צריכה הסבר, והיא מצויה בעצם הגדרתם כיושבי פיתוח וקו עימות. הצורך בחיזוק יושבים אלה ובהשתרשותם הינו צורך לאומי, המתחייב ממיקומם הגיאוגרפי ומרכב אוכלוסייתם. מתן הטבות לתושביהם, הטבות שאינן ניתנות לכלל האוכלוסייה, אינו מעיד, על-כן, על איפה ואיפה, אלא הוא טבוע בהכנתה האמורה שבינם לבין יתר יושבי המדינה.<sup>123</sup>

עינינו רואות שכמו ההחלטה בבג"ץ ותאוד, בית המשפט מקבל כמובנים מאליהם יעדים הנקבעים לפי אינטרסים של המדינה כמדינה יהודית. השגת יעדים אלה נחשבת כשיקול ענייני המצויק הבחנה בין בני-אדם שונים. התוצאה התכרחית - שערבים נשארים מחוץ למסגרת המוטבים - איננה פוסלת את ההחלטה.<sup>124</sup>

### 3. השתתפות בחיים הפוליטיים

השתתפות בחיים הפוליטיים היא אחת מזכויות היסוד של האדם.<sup>125</sup> האילוץ המשפטי היחיד כנגד ניצול זכות זו במישור הארצי טמון בסמכות לפסול רשימה מהשתתפות בבחירות, או, לאחר חקיקת תוק המפלגות, תשנ"ב-1992 - במניעת רישומה של מפלגה, שהיא תנאי להשתתפות בבחירות.

השאלה הזאת העסיקה את בית המשפט לראשונה בפסק-דינו המפורסם בע"ב ירדור. בפסק-דינו זה אישר בית המשפט, ברוב דעות, את החלטת ועדת-הבחירות המרכזית לפסול רשימה שהיתה מזוהה עם תנועת אלי-ארד, הגם שהחוק לא כלל סמכות לפסול רשימות. ההסבר לפסק-דין זה נשאר שנוי במחלוקת עד היום.<sup>126</sup> בעוד שהשופט אגרנט התייחס הן לשלילת מדינת ישראל כמדינה יהודית הן לחתירה נגד קיומו של המשטר, דיבר השופט זוסמן על הזכות הטבעית של כל מדינה להתגונן כנגד אויביה. אולם אף אחד משני שופטים אלה לא הסביר מהי בדיוק הסכנה הנובעת למדינה מהשתתפות הרשימה בבחירות או במה התבטאה החתירה נגד המשטר. האם התנגדות אידיאולוגית לרעיון של מדינה יהודית כשלעצמה מצדיקה את פסילת השתתפותה של הרשימה בבחירות? השופט

123. בג"ץ 3954/91 אגבריייה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד מה (5) 472, עמ' 478.

124. נראה, שבענין יום-לימודים ארוך חומרת האפליה הסמויה בולטת במיוחד. מטרת הנהגתו של יום-לימודים ארוך היתה לחזק את שעות הוראה הניתנות לאוכלוסיות התלמידים החלשים ביותר. לפי יעד זה נראה, שהקריטריון האמיתי בהקצאת השעות היה צריך להיות קריטריון של צורך לימודי, הנתונים מצביעים על כך שצורך זה חריף במיוחד בחינוך הערבי, שסבל במשך שנים ארוכות מאפליה בהקצאת משאבים. ראו מאגיד אל-תאג', חינוך בקרב הערבים בישראל (מאגנס, תשנ"ז).

125. ראו סעיף 25 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות.

126. ראו רות גביוון, "עשרים שנה להלכת ירדור - הזכות להיבחר ולקחו ההיסטוריה", גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 143.

אגרנט סבד כנראה שלא, ומכאן הוספת הנימוק של חתירה תחת קיומו של המשטר. אולם כפי שציינן שופטי המיעוט, השופט חיים כהן, לא היו לפני ועדת הבחירות, או לפני בית המשפט עצמו, ראיות כלשהן המצביעות על חתירה נגד המשטר.

בע"ב ניימן (I)<sup>127</sup> צמצם בית המשפט את הסמכות למנוע השתתפות של רשימה בבחירות. לתקדים של ירדור ניתן פירוש צר, שעל-פיו יהול רק במקרה שבו הרשימה דוגלת בחיסולה של המדינה.<sup>128</sup> הרוב בבית המשפט העליון סירב להכיר בעילות נוספות לפסילת רשימה. זאת ועוד: נקבע במפורש כי אין לפסול רשימה על-פי תקדים ירדור, אלא אם ישנן ראיות ברורות, תרשמעיות ומשכנעות שהרשימה דוגלת בחיסול המדינה. ראיות אלה חייבות להיות לנגד עיניהם של חברי ועדת הבחירות ואין הם רשאים לסמוך על הערכתו של שר הביטחון בעניין. נראה שלו פעל בית המשפט על-פי כללים אלה בפרשת ירדור עצמה, הוא לא היה מאשר את פסילתה של הרשימה.

החלטת בית המשפט בע"ב ניימן (I) הובילה להסדרת הנושא של פסילת רשימות בחקיקה. סעיף זא לחוק יסוד: הכנסת, שהוסף בשנת תשמ"ה, קובע שלוש עילות לפסילת רשימה: העילה הראשונה, שלילת מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, רחבה מתקדים ע"ב ירדור, כפי שפורש בע"ב ניימן (I). שתי העילות הנוספות נחקקו בשל החלטתו של בית המשפט בפסק-דין אחרון זה, שלפיו אין מקום, בהיעדר חקיקה מפורשת, לפסילת רשימה אנטי-דמוקרטית או גזענית. יוצא אפוא, כי החקיקה הרחיבה מאוד את הפתח הצר שנפתח בע"ב ירדור לפגיעה בזכות להשתתף בבחירות.

גישתו של בית המשפט, כבואו לפרש את סעיף זא, היתה גישה המצמצמת במידה ניכרת את הסמכות לפגוע בזכות ההשתתפות בבחירות. בע"ב ניימן (II)<sup>129</sup> קבע הנשיא שמגר רשימת תנאים הכרחיים לפסילת רשימה, שאינם מעוגנים בלשונו של סעיף זא. תנאים אלה מבטיחים שפסילת רשימה תיעשה רק בנסיבות קיצוניות באופיין, שבהן השתתפות הרשימה איננה מתיישבת עם האופי הדמוקרטי של המשטר. אמנם, בע"ב בן-שלום,<sup>130</sup> שבו דן בית המשפט בעילה הראשונה – שלילת מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי – ניתן ביטוי לדעה שרשימה הסבורה כי יש להגדיר את מדינת ישראל כמדינת כלל אזרחיה, דינה להיפסל, אולם בפסק-דינו בפרשת איזקסון סתר השופט חשין דעה זו באומרו:

דעתנו היא, שהקביעה כי מדינת ישראל היא "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

127. לעיל, הערה 26.

128. השופטים לא פירטו מה משמעות הביטוי "חיסול המדינה", אך נראה בבירור שהכוונה היא לחיסול המדינה ככוח הזרוע.

129. ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' ירדור ועודת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב (4) 177.

130. ע"ב 2/88 בן-שלום ואח' נ' ועודת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה ואח', פ"ד מב (4) 221.

וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אורחיה?  
האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאורחיה  
בלבד? והרי עקרון יסוד הוא בדמוקרטיה: שוויון האזרחים בינם  
לבין עצמם.<sup>131</sup>

נראה אפוא, שהמגמה המסתמנת בפסיקת בית-המשפט היא לשים דגש על האופי  
הדמוקרטי של המדינה ולצמצם ככל האפשר את האפשרות לפסול רשימה דמוקרטית על  
סמך הטענה שהיא שוללת את מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי.  
ההגנה על הזכות להשתתף בחיים הפוליטיים אינה מוגבלת למקרים של פסילת  
רשימות. במדיניותו לגבי ההתערבות בהחלטות פרלמנטריות חזק בית-המשפט את  
זכויותיהם של מיעוטים פוליטיים לא-פופולריים והבטיח שיוכלו לתפקד במערכת  
הפרלמנטרית בלי שהרוב יתנכל להם.<sup>132</sup> הוא מנע השעייתו של חבר-כנסת,<sup>133</sup> ביטל  
החלטה להסיר את חסינותו כנגד מעצר וחילופש של חבר-כנסת אחר<sup>134</sup> ותייב את הכנסת  
לאפשר הגשת הצעות אי-אימון על-ידי סיעת-יחיד.<sup>135</sup> בפסק-דין פרובלמטי יותר הצהיר  
בית-המשפט, שאין לבשיאות הכנסת סמכות למנוע הגשת הצעות חוק גועניות על-ידי  
חבר-כנסת.<sup>136</sup>

במישור המקומי פסל בית-המשפט כללים שמנעו השתתפות בבחירות לוועד היישוב  
כמושבים מתושבים שלא היו חברים במושב.<sup>137</sup> הוא גם קבע, כי דחיית מועד הבחירות  
יכול שתפגע בזכויות הפוליטיות במשטר דמוקרטי, שאחד ממאפייניו הוא קיום בחירות  
במועדן.<sup>138</sup>

#### ד. בטחון המדינה וזכויות-יסוד

ביקורת שיפוטית על צעדים של הרשות המבצעת, שטעמם המוצהר הוא הגנה על בטחון  
המדינה, מציגה אתגר קשה לפני כל בית-משפט, במיוחד בתנאים שבהם החברה רואה את  
עצמה כמאוימת. לפעמים הפגיעות בזכויות הפרט הן תמורות, ובהיעדר רשות אחרת שתגן  
על הפרט מוטל התפקיד על בתי-המשפט. אולם הספרות בנושא מצביעה על כך שדווקא  
בתקופת משבר, בשעה שזכויות הפרט פגיעות ושבריריות, בתי-המשפט אינם ששים

131. רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות ואח', פ"ד נ (2) 529, עמ' 549.

132. ראו מאמרי: "Judicial Review of Knesset Decisions", 8 *Tel Aviv University Studies in Law* (1988) 95.

133. ראו בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118.

134. ראו בג"ץ 620/85 מינארי ואח' נ' ירד הכנסת, ח"כ שלמה הלל ואח', פ"ד מא (4) 169.

135. ראו בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141.

136. ראו בג"ץ 669/85 ואח' כרגא נ' שלמה הלל, ירד הכנסת ואח', פ"ד מ (4) 393.

137. ראו בג"ץ 753/87 בורשטיין ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מב (4) 462.

138. ראו בג"ץ 3791/93 משלב ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מז (4) 126.

לקבל על עצמם אחריות להתערב בצעדים שהרשות המבצעת נוקטת בשם כסחון המדינה או בסחון הציבור.<sup>139</sup>

איך מתפקד בית המשפט העליון בתחום רגיש זה? מקובל להשוב, כי בשאלה זו חלה התפתחות במשך 50 שנות קיומה של המדינה שאפשר לתארה כך: בתחילת הדרך שלטה גישה פורמליסטית. בית המשפט בדק אם היתה סמכות פורמלית להגביל את זכותו של הפרט ואם נשמרו כללי הדין שנקבעו בחוק לשימוש באותה סמכות, אך לא בחן את החלטת הרשות לגופה. בשלב מאוחר יותר היה בית המשפט מוכן לבחון לא רק את קיומה של סמכות פורמלית ושמירת כללי הדין, אלא גם אם הסמכות אמנם הופעלה במקרה ספציפי למטרה כסחונית. אך משנתן תשובה חיובית לשאלה אחרונה זו, לא בדק בית המשפט אם נעשה שימוש נאות בסמכות. בשלב השלישי, שהחל עם פסק-דין של השופט ברק בבג"ץ שניצר, גילה בית המשפט נכונות לבחון החלטות ונוגעות לענייני ביטחון לגופן ולהתערב בהן על-פי אותן עילות המצדיקות התערבות בהחלטת מינהליות אחרות.<sup>140</sup>

בדין לעיל, במסגרת השיפוטית להגנה על זכויות אדם, דנתי במקרים שבהם בית המשפט סטה מעקרונותיו-הוא. כל פסק-הדין ה"סוטים" שעליהם דנתי נוגעים לצעדים שנקטו מטעמי ביטחון, במובן הרחב. קיומם של פסק-דין אלה, שאינם תואמים את המסגרת הרגילה, מחייב אותנו לשאול אם התיאור המקובל שהוצג לעיל מציג את התמונה בשלמותה. נראה לי שהתשובה שלילית. אני סבור כי תיאור זה לוקה בחסר, מכיוון שהוא מתעלם מהבחנה חיונית בין שני סוגים של מקרים המוכאים להכרעת בית המשפט, כאשר כל סוג זוכה להתייחסות שונה. כדי לעמוד על ההבדל בין שני סוגי המקרים אחרון לדין בפסק-דין שבו עסקתי לעיל.

בפסק-דין בבג"ץ עסלי<sup>141</sup> דן בית המשפט בהחלטת הממונה על המחוז לבטל רשיון לעיתון בשל זיקה בין העיתון לבין החווית העממית לשחרור פלשתיין. ראינו, שבית המשפט סירב להפעיל את המבחנים הרגילים לאיזון בין חופש הביטוי לבין סכנה לביטחון המדינה. הוא גם לא התרשם מטענתם של בעלי העיתון, כי מכיוון שכל החומר המתפרסם

139. ראו: George J. Alexander, "The Illusory Protection of Human Rights by National Courts during Periods of Emergency", 5 *Human Rights Journal* (1984) 1; William J. Brennan Jr., "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises",

18 *Israel Yearbook on Human Rights* (1988) 11

140. להצגת הגישה המקובלת בעניין ראו שמעון שטרית, "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות בדיני חוקה – סוגיות נבחרות", משפטים יט (תש"ן) 573, עמ' 606-611; יצחק זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", משפטים יט (תשמ"ט) 17; מנחם הופנונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק (הוצאת נבו, תשנ"א), Judicial 100-93; Baruch Bracha, "Review of Security Powers in Israel – A New Policy of the Courts", 28 *Stanford Journal of International Law* (1991) 39. וראו גם הנן מלצר, "איפיונים תקופתיים בפיקוח בג"ץ על רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות", משפט וצבא 11-12 (תשנ"ב) 35.

141. לעיל, הערה 74.

בעיתון מוגש לעיונו של הצנזור אין כלל מקום לומר שפרטום העיתון מסכן את שלום הציבור. השופט ברק הסביר את עמדתו של בית-המשפט במלים אלה:

...עצם העובדה, שהצנזורה הצבאית אישרה את הפרסומים, אינה מעלה ואינה מורידה, שכן לא בשל תוכן הפרסומים נחבטל הרישיון אלא בשל הקשר ההדוק והבלתי-אמצעי שבין העיתון לבין ארגון המתבלים. העיתון מהווה אמצעי, לו נזקק הארגון העוין במלחמתו נגד ישראל. ביטולו של הרישיון מהווה אמצעי, בו משתמשת המדינה להגן על עצמה. בהגינה על עצמה חייבת המדינה והיבטים הפועלים בשמה לעגן את פעולותיהם בדין. עיגון כזה מצוי בתקנה 142.94

הלשון שהשופט ברק משתמש בה מעניינת: אין עניינה הצעד של הממונה על המחוז שנעשה מטעמי ביטחון, אלא האמצעי שהמדינה גוקטת כדי להגן על עצמה. נראה לי, שלשון זו חושפת מאפיין מרכזי בפסיקת בית-המשפט הנוגעת למתח שבין זכויות הפרט לבין בטחון המדינה, והוא שחלק מן המקרים המובאים להכרעתו אינם נתפסים כסכסוכים רגילים בין הפרט לבין רשות שלטונית, אלא כסכסוכים בין המדינה לבין אויבה. הבחנה זו טעונה הסבר.

בית-משפט מינהלי כמו בג"ץ אמור להכריע בסכסוך בין הפרט לבין רשות שלטונית שפגעה, או מבקשת לפגוע, בחירותו או בזכויותיו. בהכרעתו בסכסוך מסוג זה אמור בית-המשפט לשבת לא רק כרשות עצמאית ובלתי-תלויה, אלא גם כגוף זיטרלי, שאיננו מזדהה מראש עם אחד מן הצדדים. ואמנם, במקרים רבים הסכסוכים המובאים להכרעתו של בית-המשפט העליון מתאימים לתיאור זה, גם כאשר הם נוגעים לענייני ביטחון. כך, למשל, כאשר עיתון "העיר" ביקש לפרסם כתבת-תחקיר על המוסד, ואילו הצנזור הצבאי ביקש להשמיט חלקים מן הכתבה, נוצר "סכסוך פנימי" בין רשות שלטונית לבין האזרחי.<sup>142</sup> הוא הדין כאשר הצנזור החליט להוציא צו סגירה לבית-הדפוס שבו הודפס העיתון "חדשות", בתגובה להחלטתו של העיתון להתעלם מהוראתו של הצנזור שלא לתת פרסום להקמת ועדה לחקור את גסיבות הריגתם של שני מתבלים בפרשת קן 144,300.<sup>143</sup> אולם התיאור הנ"ל איננו משקף אל-ינכון את אופי הסכסוך במקרים כגון אלה שנידונו כבג"ץ עפ"י, בע"ב ירדור ובעמ"מ פלוגים נ" שר הביטחון. מדינת ישראל נמצאת מאז הקמתה בעימות קשה עם העולם הערבי - עימות הגתפס כעימות קיומי, בניהול עימות זה נוקטות הרשויות צעדים שונים שמטרתם המוצהרת היא הגנה על בטחון המדינה. במציאות הפוליטית-בטחונית של ישראל, גיסיון לתקוף צעדים אלה בבית-משפט אינו נתפס כביטוי של סכסוך פנימי בין הפרט לבין רשות שלטונית, כי אם כצעד במסגרת הסכסוך בין המדינה לבין אויבה.

142. שם, 840.

143. ראו בג"ץ שניצר ולעיל, הערה 161.

144. ראו בג"ץ "חדשות" (לעיל), הערה 183.

בית-המשפט הוא מוסד בלתי-תלוי ועצמאי, אך הוא רשות מרשויות השלטון במדינה. בתור שכוו אין הוא יכול לשמש גורם ניטרלי בסכסוך בין המדינה לבין אויביה.<sup>145</sup> דן בכך השופט לגדוי בבג"ץ קזאסמה,<sup>146</sup> שבה נטען כי אין לתת סעד לאנשים שגורשו מן השטחים מכיוון שהם מסיתים נגד המדינה. הוא הסביר זאת בדרך הבאה:

נראה לי, כי ככל שיש לפנינו ראיות תר-משמעות, מסוג הראיות הקבילות בבית-משפט, המוכיחות מפי העותרים עצמם, שהם הסיתו את אוכלוסיית השטחים לפעולה אלימה ולחיסול מדינת ישראל בדרכי אלימות ב"פתרון סופי" לשאיפותיהם הלאומיות, או שהם יעסקו בהסתה כאמור, אם יורשו לחזור לבתיהם, אין הם ראויים לסעד כלשהו מבית-משפט זה, המכהן כרשות מרשויות המדינה.<sup>147</sup>

הרעיון הזה, שבית-המשפט בתור רשות מרשויות המדינה איננו יכול להושיט סעד לאלה הנחשבים כאויביה, איננו מיוחד לישראל. במשפט האנגלי פותחה דוקטרינה מיוחדת - דוקטרינת מעשה-המדינה (act of state) - המיועדת לאפשר לבית-משפט להתחמק מהכרעה במקרים מסוג זה. לפי דוקטרינה זו, בתי-המשפט אינם בוחנים את חוקיותם של מעשי-מדינה, דהיינו: מעשים הנעשים במסגרת היתסים בין בריטניה לבין מדינות אחרות, או אורחיהן.<sup>148</sup> בין המעשים המוזכרים כמעשי-מדינה כלולים מעצרו או גירושו של נתין מדינת-אויב בזמן מלחמה.<sup>149</sup> הבסיס לדוקטרינה זו איננו הנחה כי כל מעשה מדינה נעשה כדין, כי אם ההכרה בכך שבית-משפט פנימי איננו פרום מתאים להכריע בחוקיותו של מעשה מסוג זה.

הדוקטרינה של מעשה-מדינה מעולם לא הופעלה בצורה מוצהרת בבית-המשפט העליון.<sup>150</sup> במקרה אחד, שנגע לתפיסת רכוש בלבנון על-ידי צה"ל בזמן מלחמת לבנון, נטענה טענת מעשה-מדינה על-ידי הפרקליטות בשלב הראשון, אך היא נזנחה בהמשך, כנראה בלחץ של בית-המשפט, שהעדיף להכריע בשאלה שהובאה לפניו לגופה.<sup>151</sup> ספק גם אם רוב-ירובם של הצעדים שהרשויות נוקטים מטעמי ביטחון נכללים במסגרת

145. להבחנה בין אייתלותה ועצמאותה של הרשות השופטת לבין הניטרליות שלה ראו: J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary* (4th ed., Fontana Press, London, 1991),

271-274.

146. לעיל, הערה 36.

147. שם, 122.

148. ראו: *Halsbury* (4th edition) para. 1413-1419.

149. שם.

150. וראו רובינשטיין (לעיל, הערה 59), 797, המביע ספק אם הדוקטרינה חלה בארץ.

151. ראו בבג"ץ 574/82 אל נאוראר כי שר הביטחון ואח', פ"ד לט (3) 449, עמ' 454.

הפורמלית של מעשה-מדינה, על-פי הגדרת מעשה מסוג זה במשפט האנגלי,<sup>152</sup> אולם אין בכך, או בסירובו של בית-המשפט לאמץ את הדוקטרינה של מעשה-מדינה, כדי לבטל את אופיים האמיתי של מעשים אלה ואת הבעייתיות של ההכרעה השיפוטית בחוקיותם. דן בכך השופט חשין בבג"ץ סבית,<sup>153</sup> בפסק-דין זה עסק בית-המשפט בהריסת בתי משפחותיהם של מחבלים-מתאבדים שביצעו את הפיגועים באוטובוסים בירושלים אשר בהם נהרגו עשרות אזרחים. השופט חשין השווה את הריסת הבתים למעשה-מלחמה או למעשה-מדינה, והוסיף:

מעשה מדינה ומעשה מלחמה אינם משנים מאופיים אם נתונים הם לביקורתו של בית-משפט, ואופי המעשים, על-פי טבע הדברים, טובע את חותמו בדרכי ההתערבות.<sup>154</sup>

בג"ץ עסלי ובג"ץ קואסמה אינם המקרים היחידים שבהם בית-המשפט נתן ביטוי מפורש לתחושתו שיש לתפוס את הסכסוך שהובא להכרעתו כסכסוך בין המדינה לבין אויביה. בע"ב ירדור, שדן בהחלטת ועדת-הבחירות לפסול רשימה שהיתה מוזה עס תנועת אל-ארד, ראה השופט זוסמן את הרשימה כרשימה "השואפת להסיל את המדינה, ולהמיט שואה על רוב תושביה שלמענם הוקמה, ולהתחבר עם אויביה".<sup>155</sup> מסקנתו היתה, כי נכנס לפעולה עיקרון "על-חוקתי", שלפיו המדינה יכולה לנקוט פעולות להגן על

152. בצניין זה נראה שיש להבחין בין צעדים הננקטים נגד אורחי מדינת ישראל או תושביה לבין צעדים הננקטים נגד תושבים בשטחים. לגבי אורחי מדינת ישראל או תושביה ברור שאין מקום כלל לטענה של מעשה-מדינה. לגבי השטחים המצב מסובך יותר. כידוע, אין תקדים קודם לביקורת שיפוטית של בתי-המשפט במדינה כובשת על מעשיו של הצבא בשטח כבוש. ייתכן שהיעדרו של תקדים כזה מצביע על כך שמעשים אלה נחשבים כמעשי-מדינה, שאינם כפופים לביקורת שיפוטית. מנגד, אפשר לומר שבהיעדר ביקורת מסוג זה גם אין פסיקה הדנה בטענת מעשה-מדינה בהקשר של כיבוש. יהיה המצב על-פי המשפט האנגלי אשר יהיה - בית-המשפט העליון קבע כי בשל היותם גופים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין, שלטונות הצבא בשטחים כפופים לסמכותו של בג"ץ; ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוניה אלמהדורה אלמסאוליה, אגודה שיתומית רשומה כדן בממקרת אזור יהודה והשומרון נ' ממקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לו (4) 785. קביעה כי פעולות צה"ל הן מעשה-מדינה היתה מרוקנת מתוכנה את סמכותו של בית-המשפט.

153. בג"ץ 1730/96 ואת' סביח נ' האלוף אילן בירן, ממקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד ז (1) 353 (להלן: בג"ץ סביח).

154. שם, 369.

155. ע"ב ירדור (לעיל, הפרת 32), 389.

עצמה, גם בלי עיגון כלשהו בחוק, גם כאן לא נדרשה שום הערכה לגבי מידת הסכנה הצפויה למדינה מהשתתפותה של הרשימה בבחירות.<sup>156</sup>

מה מאפיין "סכסוך חיצוני" – דהיינו: סכסוך עם המדינה – ואיך אפשר להבחין בינו לבין "סכסוך פנימי" רגיל? התשובה לשאלה זו איננה חדה, אך נראה לי שאפשר למנות כמה גורמים המשפיעים על הדרך שבה ייתפס הסכסוך:

(א) היות שהמציאות הפוליטית-בטחונית היא מציאות של עימות בין המדינה היהודית לבין העולם הערבי, בכלל, והערבים הפלשתינאים, בפרט, מובן מאליו שהשתייכותו הלאומית של העותר היא גורם מרכזי בדרך אפיונו של הסכסוך.<sup>157</sup> אם מדובר בעותר ערבי, פלשתינאי או אחר, תהיה נטייה גדולה יותר לראות את הסכסוך כחיצוני. אולם גורם זה איננו מכריע. ישנם מקרים שבהם הסכסוך ייתפס כפנימי, אף-על-פי שהעותר הוא פלשתינאי. לעומת זאת, ייתכן מקרה שבו הסכסוך ייתפס כחיצוני הגם שהנפגע הוא יהודי.<sup>158</sup>

(ב) האם יש קשר בין הסכסוך לבין מדינת-אויב או אחד מהארגונים הפלשתינאיים שהוגדרו כארגונים בלתי-חוקיים? הגורם האחרון – זיקה לאחד מן הארגונים הפלשתינאיים – ממלא תפקיד מרכזי בתפיסת מהות הסכסוך. ראינו לעיל את פסק-דין בעניין עסלי, שבו ראה בית-המשפט בהקשר זה הצדקה מספקת לביטול רישונו של עיתון. בית-המשפט הלך בדרך זו גם במקרים אחרים.<sup>159</sup>

156. בעניין זה ראו את פסק-דינו של שופט-המיעוט, השופט חיים כהן, שבו עסק בכך שלא היתה בפני ועדת-הבחירות או בית-המשפט ראייה כלשהי המצביעה על "...הסכנה הממשית או הברורה או המידית הצפויה למדינה או למוסד ממוסדותיה או לזכות מוכוונותיה, מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת" (שם, 381). וראו גם את פסק-דינו של השופט ברק בעיב נימן (I) (לעיל, הערה 28).

157. יש להדגיש, שהמדובר הוא רק במקרים הנוגעים לאמצעי ביטחון. אינני טוען שהשתייכותו הלאומית של עותר משפיעה על הדרך שבה בית-המשפט רואה את המקרה במקרים שאינם נוגעים לבטחון המדינה.

158. ראו, למשל, בש"פ 347/88 מדינת ישראל נ' שורץ ואח', פ"ד מב (2) 568. במקרה זה דן בית-המשפט בערעור על החלטה להחזיק באשמים במעצר עד תום ההליכים נגדם. הנאשמים היו יהודים שהאשמו בהצטרפות לחזית הרמקרטית לשחרור פלשתיין. בנמקו את התלטתו לאשר מעצר עד תום ההליכים, אמר השופט ברק (שם, 572):

...הצטרפות זו – אם אכן תוכח כדין – חמורה היא לכל אחד. אך מקום שהנאשמים כמו אלה שלפנינו נותנים יד לארגון טרוריסטי, הרי הם חוצים את הקווים של הקיום הלאומי. ...גם בעל המעשה החריג וכאי למשפט הזגן, אך מקום שחברה דמוקרטית מקיימת מכשיר של מעצר עד תום ההליכים, המופעל כלפי אלה המשתייכים את גוף המדינה ואת נשמתה ראוי הוא מכשיר זה, שיופעל כלפי אלה אשר נותנים ידם לעקידת הגוף והנשמה גם יחד.

159. ראו בני"פ 415/81 אייב נ' הממונה על מתוו ירושלים, פ"ד לח (1) 750; בני"פ 562/86 אל



(ג) האם הרקע למעשה שתוקפים בבית-המשפט הוא מעשה-חבלה? אם כן, ייתפס ככסוף הנוגע ללגיטימיות של האמצעים הגנקטים כתגובה למעשה, ככסוף בין המדינה לבין אלה המבקשים להתנכל לה.

מה מאפיין את הדרך שבה בית-המשפט מתייחס לסכסוכים חיצוניים? גישתו של השופט זוסמן, שלפיה ניתן לרשות כוח לפגוע בזכות-יסוד בלא הסמכה בחוק, לא קיבלה ביטוי מפורש בפסקי-דין נוספים. דומה שהגישה הרווחת היא גישתו של השופט ברק בבג"ץ עסלי. לפי גישה זו, תנאי מוקדם לפעולה שלטונית היא סמכות פורמלית לנקוט את הצעד שנקט. אך משישנה סמכות פורמלית כזו, לא יבחן בית-המשפט את קבילות האמצעי עצמו ולא יכפיף את השימוש בסמכות למבחני האיזון העקרוניים שנקבעו בהקשרים אחרים לבחינת השימוש בסמכות להצר זכויות-יסוד.

ברוב-דרכם של המקרים שבהם נתפס ככסוף ככסוף חיצוני אין ביטוי מפורש לכך בשיח המשפטי. אולם דרך תפיסתו של אופי הכסוף על-ידי בית-המשפט משתקפת בדרך שבה הוא פוסק בפועל. בדרך פסיקתו אפשר להבחין בין עמדתו של בית-המשפט בשלוש סוגיות:

- (א) תחימת הסמכות הפורמלית;
  - (ב) קבילותו של האמצעי שנקט;
  - (ג) דרך הפעלת הסמכות במקרים ספציפיים.
- אדון בכל אחד מאלה בנפרד.

#### 1. תחימת הסמכות הפורמלית

ברונו בשאלה, אם ישנה סמכות פורמלית? בית-המשפט נוקט גישה הפוכה מזו האמורה להנחות אותו, על-פי פסקי-דין קול-העם, בבואו לפרש הוראה המסמיכה רשות שלטונית לפגוע בזכות. במקום לפרש את ההוראה בדרך המצמצמת את סמכותה של הרשות לפגוע בפרט, בוחר בית-המשפט בפירוש המרחיב את הסמכות כדי לאפשר לרשויות לנקוט צעדים בשם המדינה, נגד אויביה. לעיל עסקתי בדוגמאות לגישה זו: הפירוש שניתן לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת הירום), 1945, המתירה הריסת בתים; הפירוש שניתן לחוק סמכויות חידום (מעצרים), תשל"ט-1979, כדי לאפשר החזקת עצירים לבנונים כקלף-מיקוח; והדרך שבה בית-המשפט פירש את אמנת ג'נבה IV.

#### 2. קבילות האמצעי שנקט

קבילות השימוש באמצעי זה או אחר מתעוררת ככל ודיפתה כאשר מועלת טענה רצינית כי אותו אמצעי עומד בניגוד לערכים בסיסיים של שיטת-המשפט שלבו, או שהוא איננו מתיישב עם נורמות של המשפט הבינלאומי. טענות מסוג זה הועלו נגד גירוש טן השטחים, הריסת בתים, החזקת עצירים כקלף-מיקוח והפעלת אמצעי חקירה "זריפים" כלפי עצירים. לבית-המשפט לא הייתה אופן קשבת לטענות אלה. לפעמים הוא דחה אותן

הטיב ואח' נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פד מ (3) 657; בג"ץ 648/87 קאס נ' הממונה על מחוז הצפון במשרד הפנים, פ"ד מא (4) 663.

על סמך טענות פורמליות ולפעמים פשוט התעלם מהן. כאשר התמודד אתן לגופן, נראה בבירור שנעשה מאמץ בלתי-משכנע לתת הכשר חוקי לעמדת הרשויות.<sup>160</sup> אשר לגירוש מן השטחים, הטענה המרכזית היא שסנקציה זו עומדת בניגוד מוחלט לסעיף 49 לאמנת ג'נבה IV, המטיל איסור על כל גירוש משטחים מוחזקים – יהיה המניע אשר יהיה.<sup>161</sup> הדרך הפשוטה להתחמק מטענה זו היא הדרך הפורמלית שבית-המשפט נקט בבג"ץ קוואסמה<sup>162</sup> – קביעה כי האיסור הטוטלי על גירוש הוא כלל של המשפט הבינלאומי ההסכמי שלא אומץ בהקיקה פרלמנטרית, ובתור שכזה אין הוא אכיף בבית-משפט ישראלי. אולם בית-המשפט לא התמיד בקו זה. מסיבות השמורות עמו נכנס בית-המשפט לטענה גופה, תוך מתן פירוש לסעיף 49 שאיננו מתיישב עם לשונו או רוחו ושזכה לביקורת קטלנית בספרות המשפטית.<sup>163</sup>

בפרשת גירוש 400 אנשי החנאם הועלו בבית-המשפט טענות נגד חוקיותו של הגירוש, שאינן נשענות רק על סעיף 49 לאמנת ג'נבה. כך, למשל, נטען שהמשפט הבינלאומי המנהגי אוסר גירוש אדם למדינה שאיננה מדינת אורחותו, אלא אם אותה מדינה מסכימה לקלוט אותו – תנאי שלא נתקיים במקרה זה. בית-המשפט התעלם מטענה זו. הנימוק שנתן לצמצום היקף החלטתו – שהמגורשים יוכלו להעלות את טענותיהם לפני הוועד המייעץ שירון בהשגותיהם – איננו משכנע. הוועד המייעץ דן רק בנסיבות הספציפיות של כל מגורש ואיננו בודק את עצם הסמכות לבצע גירוש. טענה הנוגעת לחוסר-סמכות לגרש היא טענה קלסית שבג"ץ אמור לדון בה.<sup>164</sup>

את הטענות נגד הריסת בתים אפשר לבסס הן על ערכי-יסוד של שיטת-המשפט הישראלית הן על כללים של המשפט הבינלאומי.<sup>165</sup> התשובה המקורית של בית-המשפט כלפי טענות אלה היתה, שאין להן תוקף כאשר מדובר בהוראה שהיתה תקפה במשפט המקומי לפני תפיסת השטח על-ידי המעצמה הכובשת.<sup>166</sup> במקום אתר הראיתי, שתשובה זו סותרת את הגישה המקובלת במשפט הבינלאומי.<sup>167</sup> בית-המשפט לא נשען על תשובה זו בפסיקה המאוחרת יותר. עם זאת, הוא לא התייחס מעולם למכלול הטענות נגד הריסת בתים המתבססות על המשפט הבינלאומי, אלא הסתפק בתשובה לטענה אחת בלבד: הריסת ביתה של משפחה שלמה שלא היתה שותפה למעשה-האלימות אשר בגינו הוצא צו

160. ראו מאמרי (לעיל, הערה 53).

161. ראו יורם דינשטיין, דיני מלחמה (שוקן, תשמ"ג), 225. כמו-כן דנתי בהרחבה בעמדת בית-המשפט במאמרי המוזכר לעיל, בהערה 53.

162. בג"ץ 698/80 קוואסמה ואחי נ' שר הביטחון ואחי, פ"ד לה (1) 617.

163. ראו יורם דינשטיין, "גירושים משטחים מוחזקים", עיתני משפט יג (תשמ"ח) 403.

164. ראו בנבשתי (לעיל, הערה 98).

165. לדיון מפורט בטענות אלה ראו המאמרים המצוטטים לעיל, הערה 80.

166. ראו בג"ץ טחוויל (לעיל, הערה 48); בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואחי, פ"ד מא (2) 522.

167. ראו מאמרי (לעיל, הערה 52), 318.

ההריסה היא בבחינת עונש קולקטיבי, גם תשובתו לטענה זו איננה משכנעת. היא מכניסה הריסת בתים למסגרת של פעולת-תגמול, האסורה גם היא על-פי המשפט הבינלאומי.<sup>168</sup> בית המשפט לא נתן את דעתו לגופן של טענות נגד חוקיות הריסת בתים, הנשענות על האיסור להרוס רכוש.<sup>169</sup> במקרים אחדים, כאשר הועלו טענות אלה לפניו, נימק בית המשפט את סירובו לדון בהן בכך שכבר נידונו בעבר ואין מקום לשוב ולדון בהן מחדש.<sup>170</sup> אולם פסק-הדין היחיד שבית המשפט מפנה אליו כפסק-דין שבו נידונו הטענות הוא פסק-הדין שבו נידונה הטענה בדבר עונש קולקטיבי בלבד.<sup>171</sup>

המשפט הבינלאומי מטיל איסור חמור על החזקת בני ערובה.<sup>172</sup> קשה היה להניח אפוא, שתישמע בבית המשפט בישראל טענה מפורשת שלפיה אפשר להחזיק אנשים חפים מפשע כקלף-מיקוח לשחרור שבויים ישראלים. עוד יותר קשה היה להניח, כי אם תיטען הטענה היא תתקבל בבית המשפט. אולם בעמ"מ פלונים<sup>173</sup> הטענה בטענה ונתקבלה על-ידי הרוב. בהיבט אחד של החלטת בית המשפט – נכונותו לאזן את הזכות הבסיסית של אדם תף מפשע שלא ייענש כנגד אינטרס לאומי – עסקתי לעיל. אולם יש גם היבט אחר שמן הראוי לדון בו כאן – הדרך שבה בית המשפט התייחס לטענה שהחזקת בני-ערובה עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי. לפי תפיסתה העקרונית של הפסיקה, אמנם אין מקום לפסול הוראת חוק על סמך הטענה שהיא סותרת נורמות של המשפט הבינלאומי, אך יש לפרש חוקים כדי למנוע סתירה עם המשפט הבינלאומי המנהגי ועם התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה.<sup>174</sup> השאלה הצרה שעמדה לדיון בעמ"מ פלונים היתה, אם החוקת עציר כקלף-מיקוח היא מטרה לגיטימית למתן צו מעצר מינהלי על-פי חוק סמכויות חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. הנשיא ברק, שהשופט קרמי הסכים אתו, העדיף לדון בשאלה<sup>175</sup> זו במנותק מן המשפט הבינלאומי. משקבע כי מטרה זו לגיטימית (מכיוון ששחרור שבויים הוא עניין של בטחון המדינה שהשמירה עליו היא מטרת המעצר המינהלי), סירב הלה לדון בטענה שהתוצאה סותרת את המשפט הבינלאומי. ההסבר שניתן היה, כי אין בכוחו של המשפט

168. שם, 319-324.

169. ראו שם, 324.

170. ראו שם, 327-328.

171. המדובר בבג"ץ 698/85 מ' רג'לס ואד' נ' מטקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ (2) 42.

172. ראו סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הנגת אורחים בזמן מלחמה, 1949; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Clarendon Press, Oxford, 1989), 48.

173. לעיל, הערה 40.

174. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני – פרשנות החקיקה, הוצאת גבו, תשנ"ג), 575-578.

175. ראו בג"ץ 3124/96 מובארק נ' שרות הביטחון הכללי (לא פורסם); בשג"ץ 336/96 (בג"ץ 7964/95) בלביטי נ' שרות הביטחון הכללי (לא פורסם); בג"ץ 6049/96 חמדאן נ' שרות הביטחון הכללי (לא פורסם).

הבינלאומי להשפיע על כוחו של חוק. אולם כפי ששופטת המיעוט, השופטת דורנר, הראתה בפסק-דינה, הפירוש המקובל מאז ומתמיד לחוק סמכויות חירום (מעצרים) היה, כי אפשר להחזיק אדם במעצר מינהלי רק אם המעצר נועד למנוע סכנה הצומחת ממנו. גם אם הפירוש שניתן על-ידי השופט ברק הוא פירוש אפשרי לחוק,<sup>176</sup> היה על בית-המשפט לבחור בפירוש המתיישב עם המשפט הבינלאומי.

בשעת כתיבת שורות אלה עדיין לא הכריע הרכב מיוחד של בית-המשפט בעליון בעתירות נגד השימוש בטלטולים וכשיטות-הקידה מיוחדות אחרות בחקירות השב"כ. אולם בהחלטותיו בכמה מקרים שבהם סירב לתת צוויי-ביניים כדי למנוע שימוש באמצעים אלה, הלך בית-המשפט שוב בדרך שתוארה כאן: סירוב להתייחס לחוקיות של אמצעי שלפי תפיסת שירותי-הביטחון משמש כלי חיוני בהגנה על בטחון המדינה, על-אף טענות חזקות כי האמצעי בלתי-חוקי הן על-פי נורמות של המשפט הפנימי הן על-פי נורמות של המשפט הבינלאומי.

יושם לב, כי בכל המקרים שמניתי לעיל לא היו ירי בית-המשפט קשורות בחקיקה ראשית שלא היה אפשר להעמיד אותה לביקורת שיפוטית. לא היה צורך במהפכה חוקתית כדי לתת בידי בית-המשפט כלים לפסול אמצעים, כגון גירוש, הריסת בתים, החזקת בני-ערובה והפעלת לחץ פיזי כלפי נחקרים. הכלים היו בנמצא, אך בית-המשפט בחר שלא להשתמש בהם. טענתי היא, שהימנעות זו של בית-המשפט מהתערבות נובעת מתפיסת הסכסוך כסכסוך חיצוני בין המדינה לבין אויביה. המעשה שפוגע קשות בזכות בסיסית נתפס כמעין מעשה-מדינה, שאיננו ראוי לבדיקה שיפוטית.

### 3. דרך השימוש בסמכות

ראינו לעיל, כי בתחום רישוי עיתונים בית-המשפט אינו נוהג לכהן את מידת הסכנה הכרוכה בהופעת עיתון. די בכך כי ישנן ראיות על קשר בין העיתון לבין ארגון עיין כדי להצדיק את ביטול רישונו.

נראה לי, כי דרך זו משקפת את התפיסה הרגילה של בית-המשפט בעתירות המוגשות על-ידי תושבי השטחים. כך, למשל, בפסיקתו הנוגעת לאיחוד משפחות קבע בית-המשפט כי על-פי המשפט הבינלאומי, אין חובה להתיר איחוד משפחות בתוך השטחים בין תושבי השטחים לבני-משפחה שאינם תושבים.<sup>177</sup> אך משקבע כך, היה צריך לכהן אם שיקול-

176. לדעתי, השופט ברק עירב שתי שאלות: מה כלול במושג "בטחון המדינה"? ומהי התכלית של המעצר המינהלי? גם אם מקבלים את ההנחה ששחרור שבויים כרוך במושג "בטחון המדינה", אין זה נובע כי אפשר להחזיק אדם כקלף-מיקוח לשחרור שבויים; שהרי התכלית של החוק היא החזקת אדם במעצר כדי למנוע ממנו לפגוע בבטחון המדינה. יוצא שאפשר אולי להחזיק אדם במעצר מינהלי אם אותו אדם יסבל שחרור שבויים אם אכן ישוחרר. אין להחזיק אדם במעצר מינהלי מכיוון שאחרים יסבלו שחרור שבויים אם ישוחרר.

177. ראו בג"ץ 13/86 ואח' שאהין ואח' כי ממקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד מא (1) 197.

הרעת שהופצל על-ידי הרשויות בכל מקרה ומקרה הופצל תוך מתן משקל גאות לזכותם של תושבי השטחים להתאחד עם בני-משפחותיהם. הוא לא עשה כן.<sup>177</sup> גישה זוהי אגו מוצאים בפסיקתו הענפה של בית המשפט הנוגעת לאטימתם ולהריסתם של בתים בשטחים.<sup>178</sup> בית המשפט הכיר בסמכות הפורמלית להרוס את בית משפחתו של מחבל כאמצעי האמור להרתיע מחבלים בכוח מביצוע פיגועים בעתיד. הוא הבהיר, כי הסנקציה של הריסת בית אינה מיוערת להעניש אישית את בני הבית שגהרס, שלרוב הם חפים מפשע וזיקתם היחידה לפשע שבגינו גהרס הבית היא זיקת משפחה ומגורים, דהיינו: היות המחבל בן משפחה שהתגורר בבית. אולם לא היה בעובדה זו כדי לשכנע את בית המשפט כי הפעלת הסנקציה איננה סבירה. ההסבר לכך ניתן על-ידי השופט חשין בפסק-דינו בבג"ץ סביח,<sup>180</sup> שבו השווה הריסת בית למעשה-מלחמה של מדינה כנגד אויביה. ברוב-דרכם של המקרים שבהם נתבקש בית המשפט להתערב בהחלטת מפקד צבאי להרוס בית לא נעשה כל ניסיון על-ידי בית המשפט לקבוע מבחני איזון עקרוניים שעל-פיהם אמור המפקד להתליט אם להרוס בית. גם לא נעשה ניסיון לבחון את סבירות ההחלטה לגופה על-ידי איזון הנוק שייגרם לתפים מפשע מעצם הריסת הבית כנגד ההשערה שהריסת בית עשויה להרתיע מפגעים בכוח. זאת ועוד: ב"סכסוכים פנימיים" נוטה בית המשפט להטיל את הנטל על הרשות להראות כי יש בסיס להחלטה להגביל זכות-יסוד.<sup>181</sup> בתחום זה של הריסת בתים נטען לא-פעם, כי אין בסיס להערכת המפקד הצבאי שהריסת בתים עלולה להרתיע מפגעים בכוח. אולם תשובתו העקיבה של בית המשפט היתה, שעניין זה נתון להערכתו של המפקד הצבאי, אך הוא לא נדרש להראות את הבסיס להערכתו.<sup>182</sup>

מסקנתי היא אפוא, כי פסיקת בית המשפט בענייני ביטחון מושפעת מאופי המקרה המובא לפניו. כאשר הסכסוך נתפס כ"סכסוך פנימי" – דהיינו: סכסוך בין הרשות לבין הפרט – מופעל המודל הרגיל של ביקורת שיפוטית, מודל הבא לידי ביטוי קיצוני בבג"ץ

178. ראו יורם דינשטיין, "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים", עיוני משפט יג (תשמ"ה) 221.

179. ראו המאמרים המצוטטים לעיל, הערה 60.

180. לעיל, הערה 153.

181. ראו, למשל, בג"ץ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמטרה ואח', פ"ד לד (2) 169. במקרה זה נידון סירובו של מפקד המשטרה לתת רשיון לארגון ווגות צעירים לקיים תהלוכה במרכז ירושלים. המשטרה טענה, כי קיום התהלוכה עלול ליצור התפרצות גל של התפרצות. בית המשפט הסביר, כי "...הנטל מוטל על המשטרה להראות כי הסכנה לקיום התפרצות הינה סכנה ממשית" (שם, 176).

182. ראו בג"ץ 1005/89 אגא ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד (1) 336; בג"ץ 982/89 אח' צויג'אן נ' מפקד כוחות צה"ל בירוש (לא פורסם); בג"ץ 1631/90 ואח' חמד נ' מפקד כוחות צה"ל בירוש (לא פורסם); בג"ץ 3089/90 אל שאער נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם); בג"ץ 4464/90 עבדור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם); בג"ץ 1053/89 אבו דקה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה (לא פורסם).

שניצור, שבו בית המשפט אמר כי בהיקף הביקורת אין הבדל בין ענייני ביטחון לבין עניינים אחרים. כאשר הסכסוך נתפס כ"סכסוך חיצוני" - דהיינו: כסכסוך בין המדינה לבין אויביה - מופעל מודל אחר של ביקורת מוגבלת, הבא לידי ביטוי בבג"ץ עסלי, בעמ"מ פלונים ובפסקי-דין רבים הוגים בהריסת בתים.

בית המשפט נתן מדי פעם ביטוי מפורש לראייתו את המקרה כסכסוך בין המדינה לבין אויביה, אך מקרים אלה נדירים. ההבחנה בין "סכסוכים פנימיים" ל"סכסוכים חיצוניים" איננה הבחנה גלויה. ספק גדול בעיני אם השופטים עצמם מודעים לשוני המודלים שבהם דגתי. אולם קיומם של שני המודלים האמורים לביקורת שיפוטית מתבקש מעיון מדוקדק בפסיקה הנוגעת לבטחון המדינה.<sup>183</sup>

#### ה. המהפכה החוקתית והמהפכה השקטה

במאמרי זה עסקתי במגמות בפסיקת בית המשפט העליון בחמישים שנותיו הראשונות. המהפכה החוקתית התרחשה רק בשלהי תקופה זו. כבר הבעתי ספקות לגבי ההשפעה שתהיה למהפכה זו במגזרים הרגישים ביותר בזכויות אדם בישראל - נושאים הקשורים בדת ומדינה, בבטחון המדינה ובמעמדו של המיעוט הערבי בישראל. הסימנים המסתמנים עד כה בפסיקתו של בית המשפט הם שהמהפכה החוקתית הטיבה עם יועצי התשקעות, אך לא עם בני משפחות פלשתינאיות שבתיהן נהרסו, עצירים המוחזקים כקלף-מיקוח או עצירים פלשתינאים הנתונים לחקירות השב"כ.

בית המשפט הבהיר, שהפיכת זכויות האדם המוגנות בישראל לזכויות חוקתיות אין משמעותה אך ורק שגפנת פתח לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, כי אם שחל שיפור במשקלן של זכויות אלה כאשר הן מתנגשות עם אינטרסים חברתיים.<sup>184</sup> אמנם, אין בחוק-יסוד: כבוד האדם והחירות, התייחסות מפורשת לכלל המעוגן בסעיף 10 בחוק-יסוד: חופש

183. מכיוון שההבחנה אינה מוכרת ומודעת, יש לעתים פסקי-דין חריגים, דהיינו: מקרים שבהם מתייחס בית המשפט ל"סכסוך חיצוני" לפי המודל לביקורת שיפוטית על "סכסוך פנימי". כך נוצרות אי-גומליות שחוקרים מתקשים להסביר. דאו צבי כהנא, "על ארכיטקטורה, על גורמות ראיות, ועל הפיכתה השקטה של הלכה", הפרקליט מא (תשנ"ד) 385. כהנא מתייחס לדוגמא כוללת של "טיפול חריג": פסק-דינו של השופט ברק בבג"ץ 5510/92 תורקמאן ב' שר הביטחון, מר יצחק רבין ואח', פ"ד מז (1) 217. לאחר שבית המשפט נמנע בעשרות מקרים מביקורת סבירות של החלטות מפקדים צבאיים על הריסת בתים, ובמקרה זה, שלא היה שוגה במהותו מחלק גדול מן המקרים שנידונו בעבר, התערב בית המשפט בהחלטת מפקד צבאי על סמך עילת היחסיות. בית המשפט לא טרת לדון בהבדלים בין המקרה הנידון לבין המקרים הקודמים וגם לא הציע אימוץ גישה חדשה בנושא. לפי פסקי-הדין בסוגיה, שניתנו אחרי פסקי-הדין הזה, לא נראה שבפועל סימן פסקי-הדין תפנית בגישתו של בית המשפט. נראה אפוא, שההסבר לפסקי-דין חריג זה הוא "סעות במיון". כמוכן אפשר גם לשאול, מה הוביל לטעות זו? לשאלה זו אין לי תשובה.

184. דאו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589.

העיסוק, שלפיו יש לפרש הקיקה קיימת ברות חוק-היסוד, אולם הצורך בהרמוניה חוקתית מחייב אימוץ כלל כזה.<sup>185</sup> אולם עקרונות אלה נעלמו מעיני בית-המשפט במקרים הבעייתיים ביותר, הכרוכים בהפרות חמורות של זכויות הבסיסיות, כגון חירות אישית, הזכות לא להיענש אלא בשל מעשיך-שלך וחזכות נגד עינויים ועונש או טיפול אכזריים, בלתי-אנושיים ומשפילים.

אני מודע לכך שביטוס המהפכה החוקתית באמצעות ההגנה על החוקים – כגון יועצי השקעות,<sup>186</sup> בנקים,<sup>187</sup> חברות-ביטוח<sup>188</sup> ובעלי מכוניות הבוחרים שלא להתקין בהן רדיו<sup>189</sup> – יכול שיניח את התשתית להגנה עתידית על נפגעים חלשים שאינם יכולים לצפות להגנה מן המסגרת הפוליטית. אך אין ערובה לכך שהגנה כזאת אכן תבוא, ויש מי שהביע את החשש שכל המהפכה החוקתית תתמצה בהגנה על זכויות הקניין וחופש העיסוק של החוקים.<sup>190</sup>

איך מבטיחים שהחשש הנ"ל לא יתגשם? נראה לי, שבהקשר הישראלי הסכנה הגדולה לזכויות אדם טמונה בתפיסה פרטיקולריסטית, המתעלמת מנורמות אוניברסליות הבאות כיום לידי ביטוי באמנות בינלאומיות לזכויות אדם. המהפכה החוקתית הסמונה בחוקי-היסוד זכתה להדים נרחבים. אך במקביל למהפכה זו התרחשה מהפכה אחרת שעברה בלא הד ציבורי ומבלי שהטביעה חותם על הפסיקה. המדובר הוא בהצטרפותה של מדינת ישראל לכלל האמנות הבינלאומיות העיקריות הנוגעות לזכויות אדם.<sup>191</sup> הגיע הזמן להתברר את החושים בין שתי המהפכות ולהפכן למהפכה אחת. על בית-המשפט לגלות אופן קשבת לטענות הנשענות על גורמות של המשפט הבינלאומי ולפעול כדי לסגור את הפער בין התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל לבין מעשי רשויותיה. הנזת-היסוד הייבת להיות, שהסדר משפטי אמור להיות הסדר התואם גורמות אלה.

בבג"ץ זנדברג<sup>192</sup> עשה בית-המשפט מה שכינה "מאמץ פרשני ניכר"<sup>193</sup> כדי להתאים הוראותיו של חוק לפסקת ההגבלה בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, בעמ"מ

185. שם, וראו גם עמ"מ בן-חורין (לעיל, הערה 68).

186. ראו בג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות (לעיל, הערה 3).

187. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 2).

188. בג"ץ 726/94 ואח' כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח (5) 441, שבו ביקש שופט-המיעוט להכריז על בטלותו של חוק שהגביל את כניסתן של חברות-הביטוח.

189. ראו בג"ץ 5503/94 לי סגל ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד נא (4) 529.

190. ראו אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ו) 133.

191. האמנות הן האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; האמנה הבינלאומית לזכויות אורתיות ופוליטיות, 1966; האמנה לביעורן של כל צורות האפליה הנוענית, 1965; האמנה לביעורן של כל צורות האפליה נגד נשים, 1979; האמנה נגד עינויים וטיפול או עונש אכזריים, בלתי-אנושיים ומשפילים, 1984; והאמנה לזכויות הילד, 1989.

192. בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', פ"ד נ (2) 793.

193. שם, 814.



פלונים<sup>194</sup> לא היה דרוש מאמץ פרשני כלשהו להתאים את הוראותיו של חוק סמכויות חירום (מעצרים) לאיסוד במשפט הבינלאומי. כל מה שהיה נתון היה לדבוק בפירוש הרגיל של החוק. נראה לי, שלו הנחת-היסוד של בית-המשפט היתה שעליו לפסוק על-פי העקרונות האוניברסליים של המשפט הבינלאומי, אלא אם החוק וחוקי-היסוד סוגרים אופציה זו – היתה נמנעת החלטה המצערת באותו פסק-דין, שלא הוסיפה כבוד לבית-המשפט. הוא-הדין בפסיקה הנוגעת להריסת בתים, שופט אחד בבית-המשפט העליון, השופט חשין, כבר הראה, מבלי להיזקק למשפט הבינלאומי, כי הקו של הרוב איננו מחויב המציאות המשפטית.<sup>195</sup> לו היטו השופטים האחרים און קשבת לכללי המשפט הבינלאומי, היו גם הם מאמצים גישה דומה.

כמובן, כשתי הדוגמאות הללו – מעצרים של זרים כקלף-מיקוח ופיצוץ בתים של פלשתינאים – אפשר לטעון כי בית-המשפט נאלץ לפסוק כפי שפסק כדי להגן על בטחון המדינה. אינני מקל ראש בקשיים העומדים בפני בית-המשפט כלשהו בבואו לפסוק נגד עמדתן של הרשויות בענייני ביטחון, גם אינני משלה את עצמי, כי בתנאים מקבילים לתנאים של מדינת ישראל בתי-המשפט פנימיים במדינות דמוקרטיות אחרות היו פוסקים אחרת.<sup>196</sup> עם כל זאת, קשה לקבל את הטענה כי בשני המקרים שציינתי חייב צורך קיומי של בטחון המדינה את בית-המשפט לאשר צעדים האסורים, על-פי המשפט הבינלאומי דווקא בהקשרים של מלחמה או מצב-חירום. אם בכלל אפשר להצדיק סטייה מכללי-היסוד של המשפט הבינלאומי הנוגעים לאיסורים החלים גם בעת מלחמה או במצב-חירום – דבר המוטל עצמו בספק – על הצורך בסטייה להיות צורך קיומי של ממש, ולא השערה בעלמא בדבר כוחו המרתיע של צעד עונשי אכזרי; או אפילו המתויבות המוסרית המובנת של המדינה לפעול כדי להביא לשחרורם של שבוייני או להשיג פרטים על גודלם של נעדריינו.

קשה להשתחרר מן הרושם שמה שאפשר לבית-המשפט לאשר את הצעדים של הריסת בתים והחזקת עצירים כקלף-מיקוח היה היעדר אלמנט אוניברסליסטי בגישתו. בית-המשפט הבהיר לא-פעם, כי המושג "בטחון המדינה" איננו מלת-קסם המונעת ביקורת שיפוטית עניינית. אסור שמושג זה ישמש הצדק למעשים נגד זרים, גם אם הם נתיני מדינת אויב או בני העם הנמצא בעימות היסטורי עם המדינה היהודית, שלא היינו תולמים עליהם לו היה מדובר בבני עמנו-אנו. המסר האוניברסלי במישור הלאומי ניתן כבר

194. לעיל, הערה 40.

195. ראו בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מסקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693; בג"ץ

4722/91 ואח' חיראן ואח' נ' מסקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו (2) 150;

בג"ץ 6026/94 נואל ואח' נ' מסקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 338.

196. ראו את מאמריהם של אלכסנדר וברנן (לעיל, הערה 139), וראו גם: *R. v. Secretary of*

*State for Home Dept., ex party Cheblak* [1991] 2 All E.R. 319. בתקופת משבר המפרץ

סירב בית-משפט אנגלי לכהון לגופה את החלטתו של שר-הפנים לגרש אדם ממוצא עירקי

שישב כבר 17 שנה באנגליה.



---

משפט וממשל ה תשי"ט

חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון

במישור הפרטי בתשובתו המפורסמת של הלל הזקן לאותו נוכרי שביקש ממנו לגיירו על-  
מנת שילמד אותו כל התורה כולה בעומדו על רגל אחת:

דעלך סגי לחברך לא תעביד. זו כל התורה כולה ואיך פירושה  
הוא זיל גמור (מה ששנא עליך לחברך אל תעשה. זוהי כל התורה  
כולה, והשאר פירוש הוא - לך למד).<sup>197</sup>

---

197. שבת לא, ע"א.

