

זכויות אדם וביטחון לאומי

מאת

אהרן ברק*

א. תפקיד השופט: הגנה על הדמוקרטיה. ב. המאבק בטרור: בגדרי המשפט. ג. הצורך בגישה מאוזנת. ד. המקרה של ישראל. ה. היקף המעורבות השיפוטית.

א. תפקיד השופט: הגנה על הדמוקרטיה

תפקידו של כל אדם ותפקידה של כל רשות הוא להגן על הדמוקרטיה. זהו גם תפקידו של כל שופט. איננו רשאים להניח את המשך קיומה של הדמוקרטיה כדבר מובן מאליה. הטענה "זה לא יכול לקרות אצלנו" איננה נכונה; הכול יכול לקרות. אם זה קרה בגרמניה של קנט, בטהובן וגתה זה עלול לקרות בכל מקום, גם אם לא בעצמה מבעיתה כל כך. אם לא נגן על הדמוקרטיה היא לא תגן עלינו. אינני יודע אם בית המשפט העליון בתקופת ויימאר יכול היה למנוע את עלייתו של היטלר לשלטון, אבל אחד הלקחים החשובים מהשואה של עמנו הוא הצורך לבנות מסגרות חוקתיות שבכוחן להגן על הדמוקרטיה. אחת מאותן מסגרות הוא בית משפט עליון חזק, המפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים ועל כל פעולות המנהל. בלי ביקורת שיפוטית "כל דאליס גבר"; הכוח משתלט על המשפט, הרוב משתלט על המיעוט, הפרט עומד חדל אונים כנגד השלטון.¹ לקחה של השואה הינו הצורך במדינה דמוקרטית חזקה המעניקה הגנה חזקה לזכויות האדם. זהו הלקח שעיצב את השקפתי כי תפקידו של בית המשפט העליון

* נשיא בית המשפט העליון בדימוס. המאמר מבוסס על קטעים נבחרים מהמאמרים הבאים: Aharon Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 16 (2002) and Aharon Barak, *The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism*, 58 U. MIAMI L. REV. 125 (2003).
1 ראו באופן כללי על ביקורת שיפוטית: MAURO CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD 45 (1971); CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD (Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero & Steven C. Wheatley eds., 1993); THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995); Marina Angel, *Constitutional Judicial Review of Legislation: A Comparative Law Symposium*, 56 TEMP. L.Q. 287 (1983).

בדמוקרטיה הוא להגן על החוקה ועל הרמוקרטיה, להגן על הביטחון ועל זכויות הפרט.² עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

המאבק למשפט אינו פוסק. הצורך לעמוד על כשמר שלטון החוק קיים תמיד. עצים שגידלנו שנים ודורות עטויים להיגדע בהינף גרון אחר. לעולם אין להרפות מהגנה על שלטון החוק. כולנו – כל הרשויות כולן, כל המפלגות והסיעות כולן, כל גופים כולם – צריכים לשמור על הדמוקרטיה הצעירה שלנו. במיוחד מיטל תפקיד שמירה זה על הרשות השופטת בכלל, ועל בית המשפט העליון בפרט. שוב הוטל עלינו, שופטי הדור הזה, לעמוד על משמר ערכי היסוד שלנו ולהגן עליהם מפני הקמים עליהם.³

אכן, על שופטיה של המדינה מוטל התפקיד החשוב של הגנת הדמוקרטיה, ובראש ובראשונה – הגנה עליה מפני הטרור הפוקד אותה. ההגנה מפני הטרור משמעה גם הגנה מפני שימוש באמצעים נגד הטרור שאינם עולים בקנה אחד עם הדמוקרטיה. אמת, השופטים נבחנים יום-יום בהגנתם על הדמוקרטיה; אך מבחנם העילאי הוא במצבי חירום. אם ייכשלו השופטים בתפקידם להגן על הדמוקרטיה בימי לחימה וטרור, הם לא יוכלו למלא את תפקידם כראוי בימי שלום ושלווה. ההבחנה בין תקופת שלום לתקופת לחימה היא קשה. טעות לחשוב שניתן לצמצם את טעם הפסיקה לתקופת הלחימה, ושעם סיום הלחימה הדין ישתנה. לכל הכרעה שיפוטית הנעשית בתקופת לחימה יש השפעה מרחיקת-לכת על ההכרעות השיפוטיות בתקופת רגיעה:

טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה היא יותר מטעותן של הרשות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בתלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית המשפט כאבן שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן תמחקנה ולרוב איש לא יזכור זאת.⁴

אכן, השופטים חייבים בקוהרנטיות ובעקיבות. פסק דין מוטעה בתקופת חירום מהווה נקודה על הלוח שיש בה כדי להטות את הגרף השיפוטי גם בהיעדר מצב של חירום. לא כן הרשויות האחרות: מבחינתן, פעולותיהן בתקופת חירום עשויות להיות אפיוזודה שאינה משפיעה על מצבי השלום והרגיעה.

מעבר לכך: המשטר הדמוקרטי מביטח לשופטים עצמאות ואי-תלות. הוא מרסן

2 לניתוח מקיף של גישתי ראו אהרן ברק שופט בכיה דמוקרטיה (2004).

3 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 806, 758 (1995).

4 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.5.2006).

אותם – בשל ה־non accountability הפוליטית שלהם – מתנודות בדעת הקהל. מבחנה העיקרי של עצמאות ואי־תלות זו הוא במצבים של חירום לאומי. חשיבותה העיקרית של ה־non accountability הפוליטית של השופטים היא במצבים של טרור, כשרעת רוב הציבור נוטה לכיוון אחד. דווקא במצבים אלה מוטלת על השופטים האחריות להגן על ערכיה של הדמוקרטיה. עליהם לשקף היסטוריה, לא היסטוריה. אמת, המאבק בטרור הופך את הדמוקרטיה ל"דמוקרטיה מתגוננת", ל"דמוקרטיה נלחמת" או אף ל"דמוקרטיה מיליטנטית";⁵ אך אסור שהתגוננות, לחימה ומיליטנטיות זו ישללו את האופי הדמוקרטי עצמו. דמוקרטיה מתגוננת – כן; דמוקרטיה משתוללת – לא.

ב. המאבק בטרור: בגדרי המשפט

ידועה האמרה שלפיה כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. קיקרו אמר כי "בעת מלחמה מחרישים החוקים" (*silent enim leges inter arma*).⁶ יש להצטער על אמרות אלה. הן אינן משקפות לא את המצוי ולא את הרצוי.⁷ דווקא כאשר התותחים יורים אנו זקוקים למוזות;⁸ דווקא בעת לחימה אנו זקוקים לחוקים.⁹ בתקופה של מלחמת המפרץ ירו הכוחות העיראקיים טילים על ישראל. היה חשש ממתקפת גזים וממלחמה ביולוגית.

5 בגרמניה של היום העיקרון של דמוקרטיה מתגוננת (*streitbare Demokratie*) הוא עיקרון חוקתי בסיסי; ראו DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 213 (1994); DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 37 (2nd ed. 1997); ANDRÁS SAJÓ, MILITANT DEMOCRACY (2004).

6 CICERO, PRO MILONE 16 (N.H. Watts trans., 5th ed. 1972).

7 ראו Re Application Under S. 83.28 of the Criminal Code [2004], 2 S.C.R. 248, 260: "While Cicero long ago wrote '*inter arma silen legas*' we, like others, must strongly disagree" (Iacobucci and Arbour JJ). *But cf.* WILLIAM H. REHNQUIST, ALL THE LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WARTIME 224 (1998).

8 ראו Harold Hongju Koh, *The Spirit of the Laws*, 43 HARV. INT'L L.J. 23 (2002): "In the days since, I have been struck by how many Americans – and how many lawyers – seem to have concluded that, somehow, the destruction of four planes and three buildings has taken us back to a state of nature in which there are no laws or rules. In fact, over the years, we have developed an elaborate system of domestic and international laws, institutions, regimes, and decision-making procedures precisely so that they will be consulted and obeyed, not ignored, at a time like this"

9 Johan Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, 53 INT'L & COMP. L.Q. 1 (2004)

הממשלה חילקה מסכות גז, ונטען בפנינו כי החלוקה של מסכות הגז בשטחי יהודה ושומרון נעשית באופן לא שוויוני. קיבלנו את הטענה; בפסק הדין ציינתי:

גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרחה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה.¹⁰

על פסק דין זה נמתחה ביקורת בטענה שבית המשפט העליון מתערב בניהול המאבק כנגד עיראק. ביקורת זו לא הייתה מוצדקת. לא התערבנו בשיקולים צבאיים, שהמומחיות והאחריות לגביהם היא בידי הרשות המבצעת; התערבנו בשיקולים של שוויון, שהמומחיות והאחריות לגביהם מוטלת עלינו כשופטים. אכן, המאבק בטרור אינו נעשה "מחוץ" למשפט. הוא נערך "בתוך" המשפט ובכלים שהשופט מעמיד למדינה דמוקרטית. טרור אינו מצדיק את זניחתן של הנורמות המשפטיות המקובלות. בכך אנו נבדלים מהטרוריסטים עצמם, הפועלים נגד המשפט ותוך הפרתו ורמיסתו. מדינה דמוקרטית פועלת במלחמתה בטרור במסגרת המשפט ועל פיו. היטיב להביע זאת השופט ח' כהן, לפני יותר מעשרים שנה:

ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כולן בשמירתם של חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שיידע כל מי שצריך לדעת ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביו.¹¹

אכן, הלחימה נגד הטרור היא לחימה של מדינת שומרת חוק ושל אזרחים שומרי חוק כנגד מפרי החוק. זוהי אפוא לא רק לחימתה של המדינה כנגד הקמים עליה אלא גם לחימתו של המשפט כנגד הקמים עליו. באחת הפרשות שעסקה בפעילות הצבאית של ישראל ביהודה ובשומרון כתבתי:

ישראל מצויה בלחימה קשה כנגד טרור משתולל. היא פועלת על פי זכותה להגנה עצמית (ראו סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות). לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על פי כללים של משפט

10 בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 471-470 (1991). ראו גם דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלון פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491 (2002).

11 בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 132 (1980).

בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה. האמירה כי 'כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות' אינה נכונה... הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה כנגד הטרור היא מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו... אך מעבר לכך: מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדרורות, והעושה כן תוך הכרה והגשמה של זכויות האדם בכלל וכבוד האדם בפרט, בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור.¹²

על כן "לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו."¹³

ג. הצורך בגישה מאוזנת

המאבק בטרור צריך להיעשות תוך איזון ראוי בין ערכים ועקרונות נוגדים. על כף אחת של המאזניים מונחים הערכים והעקרונות הקשורים בביטחון המדינה ואזרחיה. זכויות האדם אינן יכולות להצדיק בכל מקרה ובכל מצב פגיעה בביטחון המדינה:

חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות האזרח אינן במה לכיליון לאומי... את חוקיו של עם יש לפרש על כסיס ההנחה, כי מבקש הוא להמשיך ולהתקיים. זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרוס לחיסולה.¹⁴

על כף המאזניים השנייה מונחים הערכים והעקרונות הקשורים בכבוד האדם ובחירותו. ביטחון המדינה לא יכול להצדיק פגיעה בזכויות האדם בכל מקרה ובכל מצב. ביטחון המדינה אינו היתר בלתי-מוגבל לפגוע בפרט.

12 בג"ץ 3451/02 אלמדיני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 35 (2002).

13 בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נו(1) 353, 368 (1996) (השופט מי חשין).

14 ע"ב 2/84 גיימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310 (1984).

כל איזון שייצרך בין ביטחון המדינה לזכויות אדם יטיל מגבלות הן על הביטחון והן על הזכויות; לא יושג איזון אם הביטחון יזכה להגנה מלאה או אם זכויות האדם יזכו לכך. אכן, האיזון הוא מהותה של הדמוקרטיה. רק דמוקרטיה חזקה, יציבה ובטוחה תוכל להגן על זכויות האדם, ורק דמוקרטיה הבנויה על בסיסן של זכויות האדם תוכל לחיות בביטחון, ביציבות ובעצמה. נמצא, כי האיזון הדמוקרטי אינו משקף הססנות או חוסר-הכרעה; נהפוך הוא: הוא ביטוי להשקפה ברורה וחדה שעל פיה אין ביטחון ללא זכויות ואין זכויות ללא ביטחון, ונדרש איזון עדין בין ההגנה על הביטחון לבין ההגנה על הזכויות.

כאשר בית המשפט פוסק את הלכתו באיזון בין ביטחון מפני טרור לבין חירות בימי טרור, הוא נתקל לא פעם בטענות משני הצדדים. שוחרי זכויות האדם טוענים כי בית המשפט מגן יותר מדי על הביטחון ופחות מדי על זכויות האדם; שוחרי הביטחון טוענים כי בית המשפט מגן יותר מדי על זכויות האדם ופחות מדי על הביטחון. לעתים קרובות, אלה המעלים טענות אלה קוראים רק את המסקנה השיפוטית בלא לעמוד על ההיגיון השיפוטי, המבקש לקיים איזון ראוי בין הערכים והצרכים המתנגשים. אין בכל אלה כדי להרתיע את השופט. עליו לפסוק על פי מיטב הכרתו ומצפונו. באחת הפרשות בחנו את תוקף החנינה-בטרם-משפט שנתן נשיא המדינה לראשי שירות הביטחון הכללי, שבמלחמתם נגד הטרור ביצעו פעולות בלתי-חוקיות. באותה פרשה ציינתי:

הסוגיה כולה היא חשובה ועומדת במרכז חיינו הקונסטיטוציוניים, השתזרו בה שאלות של שלטון החוק בשאלות של סמכות החנינה של הנשיא והפעלתה. בכל אלה נעסוק מהוך זווית ראייה משפטית. הסוגיה כולה מסעירה את הציבור, אך לא סערה זו היא המכוונת את דרכנו. אנו פועלים על פי אמות מידה קונסטיטוציוניות, ועל פי עקרונות יסוד משפטיים, המשקפים את האיני מאמין של חיינו הממלכתיים, לא הלכי רוח חולפים מכוונים את גישתנו אלא תפיסות יסוד ממלכתיות של קיומנו כמדינה דמוקרטית... ידוע לנו, כי הסוגיה כולה נתונה למחלוקת ציבורית, וכי מבחינת הדינאמיקה הפוליטית פסקדינו שלנו עשוי לשמש כלי במאבקי הכוחות הפוליטיים, על כך אנו מצרים, אך את תפקידנו השיפוטי עלינו לבצע... אנו אחת מזרועות השלטון, ותפקידנו שלנו הוא לפקח על כך, כי הזרועות האחרות תפעלנה במסגרת הדין כדי להבטיח את שלטון החוק בשלטון. זרועות השלטון רמות הן, אך החוק רם מכולנו. לא נמלא את תפקידנו השיפוטי, אם לא נעביר, במסגרת העתירות שהוגשו כדין, תחת שבט ביקורתנו את פעולותיהן של הרשויות האחרות, כפי שנתגלו בעתירות שלפנינו.¹⁵

15 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 585 (1986).

איוון זה הוא האיוון הרגיל הנעשה יום-יום ושעה-שעה בין טובת הכלל לטובת הפרט, בין צורכי הציבור לבין זכויות היחיד. במסגרתו של איוון זה זכויות האדם אינן מוחלטות; הן יחסיות. ניתן להגבילן על פי צורכי החברה, אך להגבלות יש גבולות. כך כתבתי באחת הפרשות שעסקה במאבק בטרור:

למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת. אין אנו מכירים בהבחנה חדה בין השניים. אין לנו דיני איוון שהם מיוחדים לתקופת לחימה. כמוכן, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן להגבילן בתקופות רגיעה ובתקופות לחימה. אין לי זכות לצעוק 'אש' בתיאטרון מלא צופים (ראו הדימוי של השופט הולמס (Holmes) בפרשת *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1918)). הלחימה כמוה כחבית מלאה חומר נפץ ליד מקור אש. בתקופת הלחימה גדלה ההסתברות כי נזק לאינטרס הציבורי יתרחש וגדלה העוצמה של הפגיעה באינטרס הציבורי, ובכך מתאפשרת הגבלת הזכות במסגרת אמות המידה הקיימות. אכן, איננו מנהלים שתי מערכות של דינים או איוונים, האחת לתקופת רגיעה והאחרת לימי טרור. קיים מערך דינים ואיוונים אחיד, החל הן בימי רגיעה והן בימי טרור.¹⁶

איוון זה מבוסס על התפיסה כי בדמוקרטיה לא כל האמצעים מותרים, והמטרה אינה מצדיקה את כל האמצעים להגשמתה:

המטרה אינה מקדשת את האמצעים. זהו ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה.¹⁷

על כן פסקנו כי על פי המשפט הקיים כיום בישראל, הממשלה אינה מוסמכת לקבוע הנחיות פנימיות שיסדירו את מידת העינויים שמותר להפעיל בנסיבות הטרור השונות. וכך כתבתי בפסק הדין:

מודעים אנו לכך כי פסק-דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות

16 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

17 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 12.12.2006).

מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה.¹⁸

באחד מפסקי הדין האחרונים שלי נדונה השאלה אם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 הוא חוקתי. חוק זה קבע איסור על איחוד משפחות בין בן זוג ישראלי לבין בן זוג מיהודה והשומרון. הטעם לכך היה ביטחוני: התברר כי בשנים האחרונות, בעשרים ושישה מקרים נתאפשרו פעולות טרור בישראל בשל עזרתם של בני הזוג מהשטחים. הבדיקות האינדיבידואליות שנעשו עד כה לא מנעו זאת, ועל כן הן הוחלפו באיסור גורף לאיחוד משפחות. בפסק דיני בפרטה ציינתי כי החוק אינו חוקתי הואיל והוא אינו מאזן כראוי בין צורכי הביטחון וההסתברות לפגיעה בהם לבין זכויותיהם של אלפי בני זוג ישראלים לחיות בישראל חיי משפחה. בפסק הדין כתבתי כי עלינו לחזור –

למושכלות ראשונים עליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו וזכויות האדם מהם נהנים הישראלים. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים; כי הביטחון אינו עומד מעל לכל; כי המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך, שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה. כך נהג בית משפט זה במקרים רבים ומגוונים. כך, למשל, נקיטה באמצעים פיזיים ('עינויים') היתה ללא ספק מגבירה את הביטחון. אך קבענו כי הדמוקרטיה שלנו אינה מוכנה לנקוט בהם, גם במחיר פגיעה מסוימת בביטחון. בדומה, קביעת תוואי גדר ההפרדה במקום שנקבע על ידי המפקד הצבאי בפרשת בית סוריק, היתה מגדילה את הביטחון. אך קבענו כי תוספת הביטחון אינה שקולה כנגד הפגיעה הקשה בחיי הפלסטיניים. הוצאתם של בני משפחה של מחבלים מתאבדים מאזור מגוריהם והעברתם למקומות אחרים ('תיחום מגורים') היתה מגבירה הביטחון באזור, אך היא נוגדת את אופייה של ישראל 'כמדינה דמוקרטית שוחרת תופש וחירות'. בדרך זו עלינו לנקוט גם במקרה שלפנינו. תוספת הביטחון המושגת מזניחת הבדיקה האינדיבידואלית וממעבר לאיסור גורף גודרת אחריה פגיעה כה קשה בחיי המשפחה והשוויון של אלפים רבים של אזרחי ישראל, עד כי אותו מעבר אינו מידתי. דמוקרטיה אינה נוהגת כך. דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מנתקת את אזרחיה מבני זוגם ואינה מאפשרת להם

18 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845.

לחיות חיי משפחה; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מעמידה בפני אזרחיה את האופציה לחיות בה בלא בן זוג, או לעזוב את המדינה כדי לחיות בחיי משפחה תקינים; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מפרידה בין הורים לילדיהם; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ועל ידי כך מפלה בין אזרחיה כאשר להגשמת חיי המשפחה שלהם. אכן, דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסוימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות שלום ורגיעה. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות לחימה וטרור. דווקא בתקופות קשות אלה מתגלה כוחה של הדמוקרטיה. דווקא במצבים הקשים בהם ישראל שרויה כיום, עומדת הדמוקרטיה הישראלית למבחן.¹⁹

ד. המקרה של ישראל

ב-11 בספטמבר 2001 נפגעה ארצות-הברית מטרור. בישראל נפגענו גם ב-10 בספטמבר 2001 ולפניו, ואנו ממשיכים להיפגע מאז ה-12 בספטמבר 2001 ואחריו. אנו חיים במציאות יומיומית של טרור. במסגרת סמכותו ועל פי שיקול הדעת שהדמוקרטיה הישראלית העניקה לו נדרש בית המשפט להניח תשתית נורמטיבית שתאפשר חיים נורמליים במציאות לא נורמלית; שתאפשר חיים רגילים גם במצבים של חירום. אכן, זהו הישגה של מדינת ישראל, שאין בה מעברים קיצוניים, לא בסידורי הביטחון ולא בהגבלות על זכויות האדם. הישג זה יש לזקוף, כמוכח, ליכולותיהם של כוחות הביטחון – אך גם לפסיקתם של בתי המשפט ובראשם בית המשפט העליון, שבמשך שישים שנות המדינה שמרו בקפדנות על איזון עקיב ומתמשך בין צורכי הביטחון לבין חירותו של הפרט.

מבחינתם של בתי המשפט נעשה הדבר בעזרת כמה הכרעות ערכיות בסיסיות. ראשית, כאשר נטענת טענה בדבר פגיעה בזכויות האדם, לא תישמע טענה של המדינה כי העניין אינו ראוי להכרעה שיפוטית וכי הוא "אינו שפיט". כל טענה בדבר פגיעה בזכויות האדם היא שפיטה.²⁰ כך מנענו "חורים שחורים"²¹ שבהם כוחות הביטחון יכולים לפעול בניגוד לחוק מתוך ידיעה שבית המשפט לא ידון בעניין.

19 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, פס' 93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

20 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 458, 441 (1988).

21 על "חורים שחורים" ראו Steyn, לעיל ה"ש 9.

אייאפשר לקיים דמוקרטיה מתפקדת, חיה ותוססת, אם יש בה חורים שחורים. בעזרת מניעתם של חורים אלה הבטיח בית המשפט את שלטון החוק בשלטון.²²

שנית, כאשר נטענת טענה בדבר פגיעה בזכויות האדם, יכריע בה בית המשפט גם אם היא נטענת לא על ידי הנפגע עצמו אלא על ידי אדם זר, בעיקר אגודות ועמותות העוסקות בזכויות אדם ובטוהר השלטון. רבים הם הנפגעים שאינם יכולים או אינם רוצים לפנות לבית המשפט. דמוקרטיה ראויה מכירה באפשרות שגופים המתמחים בכך ואחרים ישמשו להם פה.²³

שלישית, בית המשפט הכריע בסכסוכים שלפניו לא רק על פי המשפט הפנימי הצר אלא גם על פי כללי המשפט הבינלאומי המחייבים את המדינה.²⁴ אין אנו אי-בודד; אנו חלק מהקהילייה הבינלאומית. קיומנו כדמוקרטיה מחייב השתלבות בקהילייה זו; אסור לנו ליהפך מוקצים מחמת המיאוס. בעזרת פסקי הדין של בית המשפט העליון נהפכנו אזרחים מכובדים בקהילייה הבינלאומית והענקנו הגנה מסוימת ללוחמים בטרור מפני אחריות פלילית ושיפוט פלילי על ידי בתי משפט פליליים בינלאומיים. על רקע זה פסקנו כי עלינו לתת משקל כבד לפסיקתו של בית הדין הבינלאומי בהאג – שהוא בית המשפט הגבוה ביותר בענייני המשפט הבינלאומי – גם אם פסיקתו אינה נראית לנו.²⁵

רביעית, פיתחנו מושגי משפט – כמו סבירות ומידתיות – שאפשרו לנו לשמור על רמה ראויה של איזון בין צורכי הכלל לצורכי הפרט. לא המצאנו מושגיות זו; לצערי לא היינו מקוריים. סבירות ומידתיות הם מושגים ידועים ומקובלים במשפט המשווה זה עשרות בשנים. המידתיות נולדה בסוף המאה השמונה עשרה והיא מקובלת בעשרות מדינות. עם זאת, פיתחנו ושכללנו אותה. כך, למשל, הצלחנו לאפשר הגשמת מטרות לאומיות כמו בניית גדר הכיטחון תוך שמירה על זכויותיהם של תושבי השטחים (ערכים כיהודים) הנפגעים מהתוואי. באחת הפרשות שעסקה בגדר ההפרדה הדגשנו:

22 ראו לדוגמה בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385 (2002); בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403 (2002); בג"ץ 253/88 כג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801 (1988); פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 18.

23 במקרים של פגיעה משמעותית בשלטון החוק קבע בית המשפט העליון כי קיימת זכות עמידה לכל אדם. לתיאור גישה זו ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 284.

24 ראו לדוגמה בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 15.9.2005); בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 13.12.2006); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006).

25 פרשת מראעבה, שם, פס' 56 לפסק דינו של הנשיא ברק.

המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו.²⁶

למותר לציין כי הכרעות ערכיות אלה – שפיטות, מעמד, משפט בינלאומי, סבירות ומידתיות – מתקבלות במסגרת העקרונות בדבר שלטון החוק והפרדת הרשויות. הן מתקבלות על פי האמצעים השיפוטיים הרגילים והמקובלים כגון פרשנות ופיתוח המשפט. בכל אלה בית המשפט פועל על פי הכללים הרגילים, באמצעות המכשירים הלגיטימיים העומדים לרשותו. במסגרתם של אלה, בית המשפט לא נטל על עצמו את התפקיד של ניהול הלחימה בטרור; הוא לא הפך את עצמו למומחה לענייני ביטחון אלא פעל כמו שכל בית משפט בכל מדינה דמוקרטית-מערבית פועל – כמפעיל של ביקורת שיפוטית על פעולותיהן של הרשויות האחרות:

בביקורת שיפוטית זו אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון. תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול הדעת של המפקד הצבאי... עם זאת, לא נחליף את שיקול דעתו של המפקד בשיקול דעתנו שלנו. נעמוד על חוקיות שיקול דעתו של המפקד הצבאי ועל כך שהחלטותיו נופלות לגדר 'מיתחם הסבירות' הנקבע על ידי הנורמות המשפטיות הרלוונטיות החלות בעניין.²⁷

ה. היקף המעורבות השיפוטית

מטבע הדברים, הביקורת השיפוטית על הלחימה בטרור מעוררת את שאלת ההיקף של המעורבות השיפוטית. מקובל עלי כי בית המשפט אינו נוקט כל עמדה בשאלה מה הם אמצעי הביטחון הראויים ללחימה בטרור; זהו עניין הנתון לסמכותן של הרשויות השלטוניות האחרות. כל עוד הן פועלות במסגרת "מתחם הסבירות" ובמסגרת "מתחם המידתיות" אין כל יסוד למעורבות שיפוטית. אך כאשר הרשות המבצעת חורגת ממסגרת זו יפעיל בית המשפט את מבחני הביקורת הרגילים והמקובלים. אכן, המפקד הצבאי הוא המומחה לביטחון – ובית המשפט הוא המומחה למידתיותם ולסבירותם של אמצעי הביטחון.

26 פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 845.

27 פרשת עגזורי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 375-376.

לעתים קרובות נתקל בית המשפט בטענה של הרשות המבצעת כי שיקולי הביטחון הם שהביאו לפעולה השלטונית, תוך פנייה לבית המשפט להסתפק בכך. אין להיענות לבקשה זו. "שיקולי ביטחון" אינם מילת קסם, ועל בית המשפט לעמוד על כך כי שיקולי הביטחון יוצגו בפניו. עליו להשתכנע כי אכן שיקולי ביטחון עומדים ביסוד הפעילות נגד הטרור ולא שיקולים אחרים; עליו להשתכנע בכך שבמסגרת אמצעי הביטחון ננקטו האמצעים הפוגעים במידה פחותה בזכויות האדם. אכן, במשפטים הרבים בענייני ביטחון שהתנהלו בבית המשפט העליון שמענו לא פעם את עדויותיהם של בכירי המפקדים הצבאיים. גם ראשי שירותי הביטחון העידו בפנינו. את העתירה כנגד הפעילות הביטחונית דחינו רק אם שוכנענו, באיזון הכולל, כי השיקול הביטחוני הוא הדומיננטי, וכי האמצעי הביטחוני הוא מידתי.

האם מעורבות שיפוטית בבחינת החוקיות של הלחימה בטרור ראויה היא? יש הטוענים כי ראוי לו לבית המשפט שלא לעסוק בעניינים אלה. טענות אלה נשמעות משני קצוות הקשת הפוליטית. אלה טוענים כי מעורבות שיפוטית פוגעת בביטחון ואלה טוענים כי פעילות שיפוטית נותנת לגיטימציה לפעולות הרשויות השלטוניות במלחמתן בטרור. שתי הטענות נחונות לביקורת. ביקורת שיפוטית על חוקיות הלחימה בטרור עשויה להקשות על הלחימה בטרור בטווח הקצר. היא מחשלת ומחזקת את כוחו של העם בטווח הארוך. שלטון החוק הוא מרכיב מרכזי בביטחון הלאומי. בפרשת החנינה-בטרם-משפט לראשי שירותי הביטחון הכללי ציינתי:

אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. הביטחון מחייב מציאת כלים ראויים לחקירה. שאם לא כן, לא יוכל שירות הביטחון הכללי למלא את ייעודו. כוחו של השירות באמון הציבור בו. כוחו באמונה של בית המשפט בו. אם שיקולי ביטחון יכריעו את הכף, לא יהא האמון של הציבור, ולא יהא אמון של בתי המשפט בשירות הביטחון ובחוקיות חקירותיו. בלא אמון לא יכולות מערכות השלטון לתפקד. כך הוא הדבר לעניין אמון הציבור בבתי המשפט; כך הוא הדבר לעניין אמון הציבור במערכות השלטוניות האחרות.²⁸

אשר לשיקולי הלגיטימציה: עד כמה שלגיטימציה על ידי בית המשפט משמעותה שהפעולות של שלטון החוק הן חוקיות, ניתן לומר כי יש בכך משום מילוי תפקיד חשוב של בית המשפט. האמון של הציבור ברשויות השלטון חשוב הוא למשטר הדמוקרטי. היעלה על הדעת למנוע את ההליך השיפוטי בעניינים חוקתיים, מנהליים ופוליטיים, רק משום שהמדינה זוכה ברבים מהמשפטים? שלטון החוק והדמוקרטיה מרוויחים הן כאשר המדינה זוכה והן כשהיא מפסידה, שכן זאת יש לזכור: עיקר האפקט של ההחלטה השיפוטית אינה במקרה האינדיבידואלי הבא בפניו. עיקר האפקט הוא בקביעת הנורמות

28 פרשת בחילי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 622.

הכלליות שעל פיהן נוהגות הרשויות השלטוניות, ובאפקט המרחיע שיש להן. מבחנו של שלטון החוק אינו רק במקרים המועטים המוכאים בפני בית המשפט, אלא במקרים הרבים שאינם מובאים בפניו, שבהם הרשויות השלטוניות מודעות לפסיקתו של בית המשפט ונוהגות על פיה. עד כמה שלגיטימציה על ידי בית המשפט משמעותה שפעולת השלטון היא טובה, נכונה או חכמה, טיעון זה אינו מתחשב באופי הביקורת השיפוטית. זו אינה בוחנת את תבונת הלחימה בטרור אלא את חוקיותה. בית המשפט אינו שואל עצמו אם היה נוקט את אמצעי הביטחון שננקטו אילו הוא היה אחראי לביטחון; בית המשפט שואל את עצמו אם אחראי סביר לביטחון רשאי היה לנקוט את אמצעי הביטחון שננקטו. בכך אין משום הסכמה לאמצעים שננקטו; בכך יש מילוי התפקיד של ביקורת שיפוטית על חוקתיות וחוקיות הפעולות השלטוניות.

מובן כי אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות: יש להכיר בכך שבית המשפט לא יפתור את בעיית הטרור. פתרונה של זו נתון בידיהן של הרשויות האחרות. תפקידו של בית המשפט הוא להבטיח את חוקתיות הלחימה בטרור ואת חוקיותה. עליו לדאוג לכך שהלחימה בטרור תהא במסגרת המשפט ולא מחוצה לו. זוהי תרומתו שלו למאבקה של הדמוקרטיה על קיומה. בעיני זוהי תרומה חשובה, המגשימה את תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית.

עשרים ושמונה שנים שירתתי את העם בבית המשפט העליון. ביקשתי להניח תשתית נורמטיבית שתאפשר חירות וביטחון גם יחד; שתמנע תנודות חדות בכל מקרה של פיגועי טרור; שתאפשר פיתוח עתירי של שמירת הביטחון והחירות על פי צורכי הכלל והפרט. בכל אלה היה לי כוכב צפון: ערכי היסוד היהודיים והדמוקרטיים המשקפים את תפיסות היסוד של קיומנו הלאומי ואת מהותנו כדמוקרטיה חוקתית. ביטחון המדינה יקר לנו. החירות של הפרט יקרה לנו. האיזון ביניהם הוא קשה ומורכב:

ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה, אך אנו חלק מהחברה הישראלית; יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה שבה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק-דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין.²⁹

