

שפיטה, דמוקרטיה וטרור

אהרן ברק*

טרור ודמוקרטיה
כשהתחתים יורים, המוות אינן שותקות
איזון בין בטחון הכלל לחירות הפרט
היקף המעורבות השיפוטית

טרור ודמוקרטיה

הטרור מכה במדינות רבות. אמריקה למדה את נחת זרועו ב־11 בספטמבר 2001. מדינות אחרות סובלות מהטרור זה זמן רב. ישראל נלחמת בטרור הפוקד אותה זה שנים רבות.¹ הטרור מעמיד שאלות קשות לפני כל מדינה הנלחמת בו. הוא מעמיד שאלות קשות במיוחד לפני הדמוקרטיה. עמדתי על כך באחת הפרשות שבהן פסק בית-המשפט העליון בישראל שגם במצבים של "פצצה מתקתקת" אין היתר (מראש) לנקיטה באלימות בחקירתו של טרוריסט חשוד גם אם השימוש באמצעי האלימות עלול להציל חיי אדם:² "מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זו גורלה של דמוקרטיה שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפנייה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על

* נשיא בית-המשפט העליון.

עיקריה של רשימה זו פורסמו ב: A. Barak, "Foreword – A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy" 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16; A. Barak, "The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism" 58 *U. Miami L. Rev.* (2003) 125

1 על ההשוואה בין הניסיון האמריקאי לבין הניסיון הישראלי, ראו: W.J. Brennan, "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Time of Crises" 18 *Isr. S. Schulhofer, "Checks and Balances in Yearbook Hum. Rts.* (1988) 11
2 "Wartime: American British and Israeli Experiences" 102 *Mich. L. Rev.* (2004) 1906

2 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מחשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817, 835 (להלן: בג"צ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל).

"A judicial construction of the due process clause that will sustain this order is a far more subtle blow to liberty... A military order, however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency... But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. The principle then lies about like a loaded weapon ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need... A military commander may overstep the bounds of constitutionality, and it is an incident. But if we review and approve, that passing incident becomes the doctrine of the Constitution. There it has a generative power of its own, and all that it creates will be in its own image."

אכן, אנהנו השופטים חייבים בקוהרנטיות ובעקביות. פסק-דין מוטעה בתקופת חירום מהווה נקודה על הלוח שיש בה להטות את הגרף השיפוטי גם בהיעדר מצבי חירום. לא כן הרשויות האחרות. מבחינתן, פעולותיהן בתקופת חירום - ובעיקר כך אם התחלפו האישים הפועלים - עשויה להיות אפיוורה שאינה משפיעה על מצבי השלום והרגיעה. אך מעבר לכך: המשטר הדמוקרטי מבטיח לנו, השופטים, עצמאות ואי-תלות. הוא מחסן אותנו - בשל ה-"non-accountability" שלנו - מתנודות בדעת-הקהל. מבחנה העיקרי של עצמאות ואי-תלות אלה הוא במצבים של חירום לאומי. חשיבותה העיקרית של ה-"non-accountability" שלנו הוא במצבים של טרור, כאשר דעת רוב הציבור נוטה כולה לכיוון אחד. דווקא במצבים אלה צריכים אנו השופטים לחזור לעקרונות-היסוד ולערכי-היסוד. דווקא במצבי החירום מוטלת עלינו האחריות הלאומית העליונה של ההגנה על הדמוקרטיה והחוקה. ידועים, בהקשר זה, דבריו של הלורד Atkin, בנובמבר 1941, אשר בדעת המיעוט שלו - שעסקה במעצר מנהלי בתקופת מלחמת-העולם השנייה - כתב:

"In England amidst the clash of arms the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which... we are now fighting, that the judges... stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law."

אמת, המאבק בטרור הופך את הדמוקרטיה שלנו ל"דמוקרטיה מתגוננת"⁶ או

5 בפרשת *Liversidge v. Anderson* [1941] 3 All E.R. 338, 361

6 על הדמוקרטיה המתגוננת ראו פסק-דינו של השופט י' זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ'

שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהווה מרכיב חשוב בתפיסת בטחונה. בסופו של יום, הן מחוקקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה."

הטרור יוצר מתח קשה בין מרכיביה של הדמוקרטיה.³ האדן האחד שהדמוקרטיה בנויה עליו - שלטון העם באמצעות נציגיו הנבחרים - עשוי לדחוף לכיוון נקיטה בכל האמצעים היעילים למלחמה בטרור, גם אם פגיעתם בזכויות האדם קשה. האדן האחר שהדמוקרטיה בנויה עליו - זכויות האדם - עשוי לדחוף לכיוון של הגנה על זכויותיו של כל אדם, לרבות הטרוריסט, גם במחיר פגיעה במאבק בטרור. ההתמודדות העיקרית עם מתח זה היא, כמובן, בידיה של הרשות המחוקקת, הנתונה למשפט העם. אך דמוקרטיה אמיתית אינה מסתפקת במשפט העם. כל פעולה שלטונית נתונה גם למשפט השופטים. על שכמנו, שופטיה של הדמוקרטיה המודרנית, יוטל חלק נכבד מהתפקיד של הגנה על הדמוקרטיה - הגנה עליה מפני הטרור הקם עליה והגנה עליה מפני האמצעים שהמדינה מבקשת לנקוט במלחמתה נגד הטרור. השופטים נבחרים, כמובן, יום-יום בהגנתם על הדמוקרטיה. אך מבחנם העילאי הוא במצבי חירום. לא הרי הגנה על זכויות האדם - זכויותיו של כל אדם - במצבי שלום ושלווה כהרי ההגנה על זכויות האדם - זכויותיו של כל אדם - במצבי מלחמה וטרור. אם ניכשל בתפקידנו בעת טרור, לא נוכל לבצע את תפקידנו בעת שלום ורגיעה. אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קרי-הגבול בין טרור לרגיעה הינו דק. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו, כשופטיה של מדינת-ישראל, להתייחס לזכויות האדם בכובד-ראש הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה כי עם חלוף הטרור יהיה ניתן להשיב את מחוגי השעון לאחור. אכן, אם ניכשל בתפקידנו בימי מלחמה וטרור, לא נוכל למלא את תפקידנו כראוי בימי שלום ושלווה. מבחינה זו, טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה יותר מטעותן של הרשויות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בחלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית-המשפט כאבן-שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן יימחקו, ולרוב איש לא יזכור זאת. היטיב להביע זאת השופט Jackson בפרשת *Korematsu*, באומרו:⁴

3 על מרכיבי הדמוקרטיה ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004) 90-93. ראו גם: M. Ignatieff, *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (Princeton, 2004); G.P. Fletcher, *Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism* (Princeton, 2002); A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge* (New Haven, 2002); D. Cole and J. Dempsey, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security* (Washington, 2nd ed., 2002); H. Duffy, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law* (Cambridge, 2005)

4 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 245-246 (1944)

והאחריות לגביהם היא בידי הרשות המבצעת. התערבנו בשיקולים של שויון, אשר המומחיות 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 וניחתן של הנורמות המשפטיות המקובלות. בכך אנו נבדלים מהטרוריסטים עצמם. אלה פועלים נגד המשפט, ותוך הפרתו ורמיסתו, ואילו מדינה דמוקרטית פועלת במלחמתה בטרור במסגרת המשפט ועל-פיו. היטיב להביע זאת השופט ח' כהן, לפני למעלה מעשרים שנה, בציינו:¹³

"ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם 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 שידע כל מי שצריך לדעת ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה."

אכן, המלחמה נגד הטרור היא מלחמה של מדינת שומרי חוק ושל אזרחים שומרי חוק נגד מפירי החוק. זוהי אפוא לא רק מלחמתה של המדינה נגד הקמים עליה; זוהי גם מלחמתו של המשפט נגד הקמים עליו. באחת הפרשות התבצרו טרוריסטים נושאי נשק ואזרחים בכניית המולד המצויה בבית-לחם בתחום הרשות הפלסטינית ומחוץ לישראל. הצבא הישראלי צד עליהם, תוך שביקש כי ייצאו ממתחם הכנייה. הנצורים טענו למחסור במזון ובמים. תוך כדי ניהול המשא והמתן עמם הם עתרו לבית-המשפט העליון. דנו בעתירה והפעלנו את הכללים של המשפט הבינלאומי החלים בעניין זה. תוך כדי כך, ציינתי:¹⁴

"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 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 הוא 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 נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו... אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא

ל"דמוקרטיה נלחמת".⁷ עם זאת אסור שהגנה זו ולחימה זו ישללו ממשטרנו את אופיו הדמוקרטי. דמוקרטיה מתגוננת – כן; דמוקרטיה משתוללת – לא. על ברכיה של רוח זו צריכים לפעול שופטיה העליונים של הדמוקרטיה המודרנית. השתדלנו לעשות כן בישראל. אעמוד עתה על תפיסות יסוד אחדות שהנחו אותנו במאמצינו אלה.

כשהתותחים יורים, המוזות אינן שותקות

ידועה האמרה שכאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. רעיון דומה הביע Cicero באומרו: "בעת מלחמה, החוקים מחרשיים" (*silent enim leges inter arma*).⁸ על אמרות אלה יש להצטער. אין הן משקפות, לא את המצוי ולא את הרצוי.⁹ דווקא כאשר התותחים יורים, אנו זקוקים למוזות. דווקא בעת לחימה, אנו זקוקים לחוקים. כל מאבק של המדינה – נגד הטרור או נגד כל אויב אחר – נעשית על-פי כללים ודינים. תמיד קיים דין – לאומי או בינלאומי – שהמדינה חייבת לנהוג על-פיו. "חורים שחורים" (*black holes*) אינם בנמצא.¹⁰ החוק זקוק למוזות, במיוחד כאשר התותחים יורים.¹¹ בתקופה של מלחמת המפרץ ירו הכוחות העירקיים טילים על ישראל. היה חשש ממתקפת גוים ומלחמה ביולוגית. הממשלה חילקה מסכות גז. נטען לפנינו כי החלוקה של מסכות הגז בשטחי יהודה ושומרון נעשית באופן לא-שוויוני. קיבלנו את הטענה. בפסק-דיני ציינתי:¹²

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

על פסק-דין זה נמתחה ביקורת. נטען שבית-המשפט העליון מתערב בניהול המאבק נגד עירק, ביקורת זו אינה מוצדקת. לא התערבנו בשיקולים צבאיים, אשר המומחיות

1 יושבראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (ס) 365, 390. ראו גם ב"פ 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל, תק"על 2005 (3) 657 (פסקה 16 לפסק-הדין).

7 ראו: A. Sajó, *Militant Democracy* (Utrecht, 2004).

8 ראו: Cicero, *The Speeches, On Behalf of Milo* (London, 1931) ch. 11.

9 ראו דברי השופטים Iacobucci ו-Arbour בפסק-הדין; 83.28 *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' (The Laws are silent in battle)... we, like others, must strongly disagree"

10 ראו: J. Steyn, *Democracy Through Law: Selected Speeches and Judgments* (Ashgate, 2004) 195.

11 ראו: H.H. Koh, "The Spirit of the Laws" 43 *Harv. Int'l L.J.* (2002) 23.

12 בג"צ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470-471.

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

14 בג"צ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, בנימין בן אליעזר ואח', פ"ד נו(3) 30, 34-35. ראו

גם בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעוה, פ"ד נח(5) 385 (להלן: בג"צ רופאים לזכויות אדם).

society through respect for the rule of law... Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact... The challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law."

בגישה דומה נקט בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת *Hamdi*. השופטת O'Connor ציינה בפסק-דינה:¹⁹

"Both emphasize the tension, that often exists between the autonomy that the Government asserts is necessary in order to pursue effectively a particular goal and the process that a citizen contends he is due before he is deprived of a constitutional right. The ordinary mechanism that we use for balancing such serious competing interests, and for determining the procedures that are necessary to ensure that a citizen is not 'deprived of life, liberty or property', without due process of law... is the test... that the process due in any given instance is determined by weighing 'the private interest that will be affected by the official action' against the Government's asserted interest, 'including the function involved' and the burdens the Government would face in providing greater process."

באחת הפרשות, שעסקה בחוקיותו של מעצר מנהלי, ציינתי כי "אין מנוס - בחברה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מאיזון בין החירות והכבוד לבין הביטחון. אסור שזכויות האדם יהפכו קרדום לשלילת ביטחון הציבור והמדינה. נדרש איזון - איזון עדין וקשה - בין החירות והכבוד של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון הציבור".²⁰ בפרשה אחרת, שעסקה במעצר במהלך פעולת לחימה מחוץ לישראל, ציינתי:²¹

"מעצר לצורכי חקירה פוגע בחירותו של העצור. לעתים אין מנוס מכך, אם לשם מניעת שיבוש החקירה ואם לשם הבטחת ביטחון הציבור ושלומו. נדרש אפוא איזון עדין בין חירותו של הפרט (הנהגה מחוקת החפות) לבין ביטחונו של הציבור ושלומו. כך הדבר לעניין האיזון בתוך המדינה פנימה (בין האזרח למדינתו) וכך הדבר לעניין האיזון מחוץ למדינה (בין עצור בשטח הנתון לתפיסה מלחמתית לבין המדינה התופסת). כך הדבר לעניין האיזון בעתות

19 *Hamdi v. Rumsfeld* 124 S. Ct. 2633 (2004).

20 דני"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741 (להלן: דני"פ פלונים).

21 בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349, 363-364.

מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור."

על-כן, "לא ניהלש 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".¹⁵ בצדק ציין השופט Kirby, שעה שדן במלחמתה של הדמוקרטיה בטרור, כי זו צריכה להיעשות מתוך "Keeping proportion. Adhering to the ways of democracy. Upholding constitutionalism and the rule of law. Defending, even under assault, and even for the feared and hated, the legal rights of suspects"

איזון בין בטחון הכלל לחירות הפרט

המאבק בטרור צריך להיעשות תוך איזון ראוי בין שני ערכים ועקרונות נוגדים. אחד גיסא, מונחים הערכים והעקרונות הקשורים לבטחון המדינה ואזרחיה. זכויות-אדם אינן יכולות להצדיק בכל מקרה ובכל מצב פגיעה בבטחון המדינה. "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי".¹⁷ מאידך גיסא, מונחים הערכים והעקרונות הקשורים לכבוד האדם וחירותו. בטחון המדינה לא יכול להצדיק פגיעה, בכל מקרה ובכל מצב, בזכויות האדם. בטחון המדינה אינו היתר בלתי-מוגבל לפגוע בפרט. בין ערכים ועקרונות נוגדים אלה נדרש איזון. אף אחד מהם אינו יכול לשלוט בכיפה לבדו. צורך זה באיזון קיבל ביטוי בפסק-דינם של השופטים Iacobucci ו-Arbour מבית-המשפט העליון של קנדה:¹⁸

"The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of

15 ראו: פסק-דינו של השופט מ' חשין בבג"צ 1730/96 סביז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(1) 353, 369.

16 ראו: M.D. Kirby, "Australian Law - After 11 September 2001" 21 *Aus. Bar. Rev.* (2001) 253.

17 ע"ב 2/84 ניימן נ' יוד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310; ראו גם דברי השופט Jackson בפרשת *Terminiello v. Chicago* 337 U.S. 1, 13-37 (1948).

18 פסקות 5-7 לפסק-דינם של השופטים Iacobucci ו-Arbour בפסק-הדין *Re Application Under s. 83.28 of the Criminal Code, supra* note 9.

שלום, וכך הדבר לעניין האיזון בעתות לחימה... הדינים השונים החלים בעניין - אם בעתות שלום ואם בעתות לחימה - לא באו אלא כדי לקבוע את האיזון הראוי, שמכוונו המעצר שוב אינו שרירותי.

האיזון הראוי בין הביטחון של הכלל לבין החירות של הפרט מחייב מציאת סינתזה בין הערכים והעקרונות המתנגשים. סינתזה זו משקפת את מהותו העשירה והפורתה של עקרונות שלטון-החוק בפרט ושל הדמוקרטיה בכלל. במסגרת גישה מאוזנת זו פסקו בתי-המשפט בישראל את הלכותיהם בכל הנוגע במלחמתה של המדינה בטרור הפוקד אותה. אחד גיטא, הוכר כוחה של המדינה להגן על בטחונה ובטחון אזרחיה. מאידך גיטא, הודגש כי יש לשמור על זכויותיו של כל פרט, לרבות הפרט החשוד כטרוריסט. נקודת האיזון בין הערכים והעקרונות המתנגשים אינה קבועה. היא משתנה מעניין לעניין, מסוגיה לסוגיה. אופיין של הפגיעה הטרוריסטית בבטחון המדינה והתגובה עליה משפיע על אופי ההגנה על חירותו של הפרט וכבודו. כך, למשל, כאשר התגובה על הטרור היתה הריסת מבנים שמהם יצאו הטרוריסטים, עמדנו על הצורך לפעול במידתיות. רק כאשר קופחו חיי אדם ניתן להרוס את המבנים שבהם התגורר הטרוריסט, ואף זאת לא לצורכי ענישה קולקטיבית (האסורה באיזור כיבוש).²² כאשר האמצעים הנדרשים נגד טרוריסטים היו מכוונים למעצר מנהלי, הדגשנו - בפרשנו את החקיקה הרלוונטית - כי תכליתם של דיני המעצר המנהלי כפולה: "מחד גיטא, שמירה על ביטחון המדינה; מאידך גיטא, שמירה על כבודו ועל חירותו של כל אדם."²³ הוספנו כי "שמירה על ביטחון המדינה היא אינטרס חברתי שכל מדינה מבקשת להגשימו. במסגרת זו, מכירות מדינות דמוקרטיות שוחרות חופש ב'מוסד' המעצר המינהלי."²⁴ כן קבענו כי "הגנה ושמירה... על החירות והכבוד פרוסות גם על חירותו ועל כבודו של מי שהמדינה מבקשת לעוצרו במעצר מינהלי."²⁵ על רקע זה פסקנו כי "ניתן לאפשר - במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה, והוא מהווה אך 'קלף מיקוח'."²⁶ אני מניח שעל-פי פסק-דין זה מותר כמובן לעצור במעצר מנהלי את בן-לאדן, אך אין לעצור במעצר מנהלי את אשתו או ילדיו - בהנחה שמהם עצמם לא נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה - רק כקלפי מיקוח כלפי בן-לאדן עצמו. המלחמה בטרור מחייבת כמובן חקירה של הטרוריסטים. חקירה זו צריכה להיעשות על-פי כללי החקירה הרגילים. אין להשתמש בחקירה זו בכוח פיזי; אין לענות את הנחקרים. "בגיבוש כללי החקירה, מתנגשים שני ערכים או אינטרסים. מחד גיטא, הרצון לחשוף את האמת, ובכך להגשים את אינטרס הציבור בגילוי עבירות ובמניעתן. מאידך

גיטא, הרצון להגן על כבוד האדם של הנחקר ועל חירותו. אכן, אינטרסים וערכים אלה אינם מוחלטים. חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על-מנת לחשוף את האמת... לעתים מחיר האמת הוא כה גבוה שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו."²⁷

כל נקודת איזון שתיקבע בין ביטחון לחירות תטיל מגבלות כאלה או אחרות, הן על הביטחון והן על החירות. אין לקיים איזון ראוי כאשר זכויות האדם מקבלות את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור; ואין לקיים איזון ראוי כאשר בטחון המדינה מקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות-אדם. האיזון והפשרה הם מחיר הדמוקרטיה. רק דמוקרטיה חזקה, בטוחה ויציבה תוכל להגשים זכויות-אדם, ורק דמוקרטיה הבנויה על יסודות של זכויות-אדם תוכל להתקיים בביטחון. הנה כי כן, האיזון בין ביטחון לחירות אינו פרי של חוסר עמדה ברורה. אין הוא ביטוי לפרשנות בלתי נסבלת. נהפוך הוא: האיזון הראוי בין הביטחון לחירות הוא פרי עמדה ברורה המכירה בחיוביותו של הביטחון ובנחיצותו של זכויות האדם. עמדתי על כך באחת הפרשות שבהן התעוררה השאלה אם המדינה רשאית לשנות את תיחום המגורים (מיהודה ושומרון לעזה) של תושב מקומי המהווה איום על הביטחון. וכך כתבתי:²⁸

"קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה."

שעה שאני מדבר על איזון, איני מכוון אל הליך נורמטיבי חיצוני המשנה בשל הטרור את היקפה של זכות האדם ואת מידת ההגנה הניתנת לה. הנני מכוון אל ההליך הרגיל המתבצע, יום-יום, שעה שאנו מאזנים בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל. באיזון זה, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן להגבילן כדי לשרת את צורכי הכלל. אין לי זכות לצעוק "אש" בתיאטרון מלא צופים.²⁹ האיום הטרוריסטי מגדיל את ההסתברות שיתרחש נזק רציני, ובכך הוא מאפשר את הגבלת הזכות. הטרור כמוהו כחבית אבק-שרפה ליד מקור אש. יודגש: איננו מנהלים שתי מערכות של איוונים, האחת לתקופת רגיעה והאחרת לימי טרור. קיים מערך איוונים אחיד וקיימות נוסחות איוונים החלות הן בימי רגיעה והן בימי טרור. במסגרת זו הטרור משפיע על קיומן של הנסיבות ההסתברותיות והפיזיות המאפשרות את הפעלתה של נוסחת האיזון.

27 בג"צ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, לעיל הערה 2, בע' 835.

28 בג"צ 7015/02 עג'ורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (נו) 352, 383 (להלן: בג"צ עג'ורני).

29 ראו הדימוי של השופט Holmes בפרשת *Schenck v. United States* 249 U.S. 47, 52 (1918).

22 בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, מר יצחק רבין ואח', פ"ד (ח) 217.

23 דב"פ פלונים, לעיל הערה 20, בע' 740.

24 ש"ס, ש"ס.

25 ש"ס, ש"ס.

26 ש"ס, בע' 741.

והפועלים מטעמה".³² אכן, אמצעי הביטחון הם עניין הנתון לסמכותן של הרשויות השלטוניות האחרות. כל עוד הן פועלות במסגרת "מתחם הסבירות", אין כל יסוד למעורבות שיפוטית. לעיתים קרובות ייתקל בית-המשפט בטענה של הרשות המבצעת כי שיקולי הביטחון הם שהוליכו לפעולה השלטונית, תוך פנייה לבית-המשפט להסתפק בכך. אין להיענות לבקשה זו. "שיקולי ביטחון" אינם נוסחת-קסם. על בית-המשפט לעמוד על כך ששיקולי הביטחון יוצגו לפניו. עליו להשתכנע כי אכן שיקולי ביטחון עומדים ביסוד הפעילות נגד הטרור, ולא שיקולים אחרים; על בית-המשפט להשתכנע שבמסגרת אמצעי הביטחון נקטו האמצעים הפוגעים במידה פחותה בזכויות האדם. שאלה זו התעוררה במלוא חריפותה בפרשת בית טוריק.³³ כאן נבחנה חוקיתה של גדר ההפרדה הנבנית בחלקה הגדול בתוך יהודה ושומרון. ציינו כי נדרשת מידתיות באיוון בין חירות לביטחון. ניתן להגביל את חירותו של הפרט (בענייננו, חירותם של התושבים המקומיים הנתונים לתפישה לוחמתית) כדי להגשים מטרות ראויות (לענייננו, בטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האיוור), ובלבד שההגבלה הינה מידתית.³⁴ הוספנו כי טיבה הצבאי של גדר ההפרדה מעוררת בעיה של מומחיות צבאית. כאן הביקורת השיפוטית בוחנת אך אם מפקד צבאי סביר היה יכול לקבוע מתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי. כאשר קיימת מחלוקת בין מומחים צבאיים, יש לתת משקל מיוחד לחוות-דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון. לעומת זאת, המידתיות עניינה מידת הפגיעה של גדר ההפרדה כפי שנקבעה על-ידי המפקד הצבאי בתושבים המקומיים. במסגרתה של שאלה זו נעשית השוואה בין מידת הפגיעה בביטחון מזה לבין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים מזה. עניין זה הוא בתחום מומחיותו של בית-המשפט. וכך כתבתי באותה פרשה:³⁵

"השאלה אינה היחס בין שיקולים צבאיים בינם לבין עצמם. השאלה הינה היחס בין השיקול הצבאי לשיקול ההומניטרי. השאלה אינה אם להעדיף את גישתו הצבאית של המפקד הצבאי או של מומחי המועצה לשלום ולביטחון. השאלה הינה אם מתווה גדר ההפרדה על-פי גישתו של המפקד הצבאי הוא מידתי. המבחן לעניין זה אינו מבחן הסובייקטיבי של המפקד הצבאי. השאלה אינה אם המפקד הצבאי סבר בתום-לב שהפגיעה היא מידתית. המבחן הוא אובייקטיבי. השאלה הינה אם, על-פי אמות המידה המשפטיות מתקיימים במתווה של גדר ההפרדה מבחני המידתיות. זוהי שאלה משפטית, שבה המומחיות הינה של בית-המשפט... המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר 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."

32 בג"צ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 36.

33 בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 837 (להלן: "להלן: בג"צ מועצת הכפר בית טוריק").

34 שם, בע' 837.

35 שם, בע' 845-846.

כאשר בית-המשפט פוסק את הלכתו באיוון 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. לעיתים קרובות, המעלים טענות אלה קוראים רק את המסקנה השיפוטית, בלא לעמוד על ההיגיון השיפוטי, המבקש לקיים איוון ראוי בין הערכים והעקרונות המתנגשים. אין בכל אלה כדי להרתיע את השופט. עליו לפסוק על-פי מיטב הכרתו ומצפונו. באחת הפרשות בחנו את תוקף החנינה-בטרם-משפט שנתן גשיא המדינה לראשי שירות הביטחון הכללי, אשר במלחמתם נגד הטרור ביצעו פעולות בלתי-חוקיות. באותה פרשה ציינתי:³⁰

"הסוגיה כולה היא חשובה ועומדת במרכז חיינו הקונסטיטוציוניים. השתזרו בה שאלות של שלטון החוק בשאלות של סמכות החנינה של הנשיא והפעלתה. בכל אלה נעסוק מתוך 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 פסק-דיננו אנו עשוי לשמש כלי במאבקי הכוחות הפוליטיים. על כך אנו מצרים, אך את תפקידנו השיפוטי עלינו לבצע... אנו אחת מורועות 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 עתירות שהוגשו כדן, תחת שבט ביקורתנו את פעולותיהן של הרשויות האחרות, כפי שנתגלו בעתירות שלפנינו."

היקף המעורבות השיפוטית

הביקורת השיפוטית על המלחמה בטרור מעוררת, מטבע הדברים, את שאלת היקף של המעורבות השיפוטית. מקובל עלי שבית-המשפט אינו נוקט כל עמדה בשאלה אילו הם אמצעי הביטחון הראויים למלחמה בטרור. "בית-משפט זה לא ינקוט כל עמדה באשר לאופן ניהול הלחימה."³¹ כך, למשל, בעתירה של האזרחים ששהו במתחם של כנסיית המולד - עתירה שהוגשה בעת שגוהל משא-ומתן בין ממשלת ישראל לבין הרשות הפלסטינית באשר לפתרון הבעיה - ציינתי כי "בית-משפט זה אינו מנהל את המשא והמתן, ואינו מלווה אותו. האחריות הממלכתית בעניין זה מוטלת על הרשות המבצעת

30 בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 585-586 (להלן: בג"צ ברזילי).

31 בג"צ 3114/02 חבר הכנסת מוחמד ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16.

את ייעודו. כוחו של השירות באמון הציבור בו. כוחו באמונו של בית המשפט בו. אם שיקולי בטחון 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.³⁶

ואת פסק־דיני באותה פרשה סיימתי כך:³⁹

"מספרים, כי בין המלך ג'יימס הראשון לבין השופט קוק התקיים ויכוח. השאלה הייתה, אם המלך רשאי לקחת עניינים, השייכים לרשות השופטת, לידי ולהחליט בהם בעצמו. תחילה ניסה קוק לשכנע את המלך, כי שפיטה דורשת מומחיות שאינה מצויה בידי המלך. המלך לא שוכנע. אז קם השופט קוק ואמר: *'Quod rex non debet sub homine, sed sub deo et lege'*. 'המלך אינו כפוף לאדם. הוא כפוף לאל ולחוק.' כן יהי."

אכן, שיקולי הביטחון של הרשויות השלטוניות כפופות "לאל ולחוק". בסופו של יום, כפיפות זו אינה מחלישה את הדמוקרטיה, אלא דווקא מחזקת אותה. היא עושה את המאבק בטרור לכדאי. ואשר לשיקולי הלגיטימציה: עד כמה שלגיטימציה על-ידי בית-המשפט משמעותה שהפעולות של שלטון-החוק הינן חוקיות, ניתן לומר כי יש בכך משום מילוי תפקיד חשוב של בית-המשפט. האמון של הציבור ברשויות השלטון חשוב למשטר הדמוקרטי. היעלה על הדעת למנוע את ההליך השיפוטי בעניינים חוקתיים, מנהליים ופוליטיים רק משום שהמדינה זוכה רבים מהמשפטים? הן כאשר המדינה זוכה והן כאשר המדינה מפסידה, שלטון-החוק והדמוקרטיה מרוויחים. שכן, זאת יש לזכור: עיקר התוצא (אפקט) של ההחלטה השיפוטית אינו במקרה האינדיווידואלי הבא לפניו. עיקר התוצא הוא בקביעת הנורמות הכלליות שהרשויות השלטוניות נוהגות על-פיהן ובתוצא המרתיע שיש להן. מבחנו של שלטון-החוק אינו רק במקרים המועטים המובאים לפני בית-המשפט, אלא במקרים הרבים שאינם מובאים לפניו, שכן הרשויות השלטוניות מודעות לפסיקתו של בית-המשפט ונוהגות על-פיה. עד כמה שלגיטימציה על-ידי בית-המשפט משמעותה שפעולת השלטון הינה טובה, נבונה או חכמה, הרי שטוען זה אינו מתחשב באופי הביקורת השיפוטית. זו אינה בוחנת את תבונת הלחימה בטרור, אלא את חוקיותה. בית-המשפט אינו שואל את עצמו אם הוא היה נוקט באמצעי הביטחון שנוקטו אילו היה הוא אחראי לביטחון. בית-המשפט שואל את עצמו אם אחראי סביר לביטחון היה רשאי לנקוט באמצעי הביטחון שנוקטו. בכך אין משום הסכמה לאמצעים שנוקטו. בכך יש משום מילוי התפקיד של ביקורת שיפוטית על החוקיות והחוקיות של הפעולות השלטוניות. כמוכן, 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 חוקיות הלחימה בטרור ואת חוקיותה. עליו לדאוג שהמלחמה בטרור תהא

ובפרשה אחרת ציינתי:³⁶

"הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תבונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית. על-כן מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם פעילות צבאית זו מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבין-לאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהן במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו."

בכל אלה אל לנו להיות תמימים או ציניים. עלינו לנתח באופן אובייקטיבי את הראיות המוצגות לפנינו. בפרשת עג'ורי כתבתי:³⁷

"בביקורת שיפוטית... 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... אמת, 'ביטחון המדינה' אינה 'מילת קסם' השוללת ביקורת שיפוטית... על-כן לא נירטע מהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטותיו של המפקד הצבאי... עם זאת לא נחליף את שיקול-דעתו של המפקד בשיקול-דעתו שלנו. נעמוד על חוקיות שיקול-דעתו של המפקד הצבאי, ועל כך שהחלטותיו נופלות לגדר 'מיתחם הסבירות' הנקבע על-ידי הנורמות המשפטיות הרלוונטיות החלות בעניין."

האם מעורבות שיפוטית בבחינת החוקיות של המלחמה בטרור ראויה היא? רבים טוענים כי ראוי לו לבית-המשפט לא לעסוק בעניינים אלה. טענות אלה נשמעות מכל קצות הקשת הפוליטית. אלה טוענים כי מעורבות שיפוטית פוגעת בביטחון; ואלה טוענים כי פעילות שיפוטית נותנת לגיטימציה לפעולות של הרשויות השלטוניות במלחמתן בטרור. שתי הטענות נתונות לביקורת. ביקורת שיפוטית על חוקיות המלחמה בטרור עשויה להקשות על המלחמה בטרור בטווח הקצר. היא מחשלת ומחזקת את כוחו של העם בטווח הארוך. שלטון-החוק הוא מרכיב מרכזי בביטחון הלאומי. בפרשת החנינה בטרם-משפט לראשי שירות הביטחון הכללי ציינתי:³⁸

"אין בטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. הביטחון מחייב מציאת כלים ראויים לחקירה. שאם לא כן, לא יוכל שירות הבטחון הכללי למלא

36 בג"צ רופאים לזכויות אדם, לעיל הערה 14, בע' 393.

37 בג"צ עג'ורי, לעיל הערה 28, בע' 375-376.

38 בג"צ ברזילי, לעיל הערה 30, בע' 622.

במסגרת המשפט, ולא מחוצה לו. זו תרומתו שלו למאבקה של הדמוקרטיה על קיומה. בעיני, זו תרומה חשובה, המגשימה את תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית. הגשמתו של תפקיד זה בעת המאבק בטרור קשה היא. לא נוכל ואף לא נרצה להימלט מאחריות זו. עמדתי על כך באחת הפרשות, בציני:⁴⁰

"לא קלה הייתה החלטת ההרכב... הקושי לא היה בדין; הקושי לא היה בבחינת חוקיות פעולת המשיב; הקושי לא היה משפטי. הקושי הוא נפשי. הקושי הוא בנפשו של השופט כאדם. מקושי זה אין בידינו השופטים להימלט. ההכרעה הונחה לפתחנו, ועלינו לעמוד בה. מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים בית המשפט הקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי. חלק מהציבור ישמח בהחלטתנו, חלקו האחר יתנגד לה. ייתכן, ולא אלה ולא אלה יעיינו בהנמקותינו. אך אנו את מלאכתנו נעשה. זה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים."

ובפרשת בית טוריק ציינתי:⁴¹

"קשה הוא תפקידנו. אנו בני החברה הישראלית. אף שמצויים אנו לעתים במגדל שן, מגדל זה מצוי בתוככי ירושלים, שלא פעם נפגעה מטרור חסר מעצורים. מודעים אנו להרג ולהרס אשר הטרור כנגד המדינה ואורחיה גורר אחריו. ככל ישראלי אחר אף אנו מכירים בצורך להגן על המדינה ועל אורחיה מפני פגיעתו הקשה של הטרור. מודעים אנו לכך כי בטוח הקצר פסק דיננו זה אינו מקל על המאבק של המדינה כנגד הקמים עליה. ידיעה זו מקשה עלינו. אך אנו שופטים. כאשר אנו יושבים לדין אנו עומדים לדין."

40 דבג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485, 491. הציטוט הוא מדברי מ"מ

הנשיא השופט לנדוי בבג"צ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד (1) 1, 4.

41 בג"צ חוועצת הכפר בית טוריק, לעיל הערה 33, בע' 861.