

מרכז נגד פריפריה: דיני "מניעת טרור" כפוליטיקה

מאת
גד ברזילי¹

הקדמה

- א. משפט, ביטחון לאומי וטרור: הרמת מסך העשן הסימבולי
- ב. פקודת מניעת טרור בישראל: אטיולוגיה של חקיקה ופסיקה
- ג. ניטרליות משפטית ומינימליזם משפטי: חוק בדמוקרטיה
- ד. סיכום

הקדמה

חוקתיות במשטרים פוליטיים אינה קשורה בהכרח לקיומה של חוקה פורמלית כתובה. קיומה של חוקה כאמור קשור פעמים רבות דווקא להיעדר חוקתיות, ובמובן רחב יותר, חקיקה נרחבת אינה ערובה לשמירת זכויות אדם ואזרח. תופעה זו נכונה למשטרים דמוקרטיים ולא־דמוקרטיים כאחד. המקור האטימולוגי למושג "חוקתיות" שאוב מן המשפט האנגלי, ובאנגליה אין כידוע חוקה פורמלית בכתב.² מהי אם־כן חוקתיות? ההגדרה הקולעת ביותר היא: הגבלות על שרירות־לב שלטונית. מכאן יש לגזור את השיבותן של זכויות מיעוטים, בין שמדובר במיעוטים לאומיים ובין במיעוטים דתיים, אתניים, תרבותיים או פוליטיים. הגדרה זו של חוקתיות טומנת בחובה פרדוקס: כיצד מדינה שמייצרת משפט ומעצבת אותו יכולה להיות מוגבלת – אם בכלל – על־ידי אותו משפט? כיצד חוק המדינה מסוגל, אם בכלל, להגביל את מדינתו יוצרתו? האם דמוקרטיה אכן

1 ד"ר גד ברזילי מרצה בכיר בחוג למדע המדינה באוניברסיטת תל־אביב, משפטן ואחראי יחד עם פרופסור מנהם מאוטנר וד"ר רונן שמיר) על התוכנית "משפט, חברה ופוליטיקה" המשותפת לפקולטה למשפטים, לחוג למדע המדינה ולחוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה. תודתי נתונה לחברי מערכת פלילים ולסגני העורך על הערות מחכימות. טיוטת מאמר זה הוצגה בגלגוליה השונים בכנסים של הפקולטות למשפטים באוניברסיטת תל־אביב וירושלים ובסמינר המחלקתי של החוג למדע המדינה. תודתי למשתתפי הסמינר והכנסים ולמארגני הפגלים: ד"ר דפנה ברק־ארוז ופרופסור מרדכי קרמניצר. האחריות לכתוב כולה שלי.

2 ראו, למשל: Giovanni Sartori "Constitutionalism: A Preliminary Discussion" 56 *APSR* (1962) 853.

מתאפיינות בחוקתיות, שהינה מושג מרכזי של הקנון הליברלי, או הייתכן שחוק השלטון הוא התופעה המרכזית של המדינה המודרנית, ודמוקרטיה, בכלל זה? מאמרי מוקדש לניתוח מרכיב מרכזי אחד של המשפט הישראלי: חקיקה למניעת טרור. במהלכו אראה כיצד חקיקה נגד טרור, "חקיקה למניעת טרור", נוגדת פעמים רבות חוקתיות. הניגוד שאצביע עליו בין חוקתיות לבין דיני מניעת טרור אינו נובע רק מפרשנויות יוריספרודנטליות, המביאות לידי מסקנות בעייתיות במסגרת הטקסט וההליכים המשפטיים המצויים; הניגוד כאמור נובע מן הפוליטיקה של המשפט. במילים אחרות: השפה, המוסדיות והתרבות הפוליטית, בעיקר בספירה של המדינה, ולא רק בספירה זו, הם הכוחות המרכזיים המסבירים כיצד חקיקה למניעת טרור היא ניגוד לעקרונות של חוקתיות, במשמע חוקתיות דמוקרטית. שימו לב: הכוחות הפוליטיים שאתייחס אליהם אינם מחוץ למשפט; הם מהווים חלק אינטגרלי ממנו. לכן יש להבין תופעות משפטיות באמצעות תיאוריות של מדינה וחברה, ואין אפשרות להבין פוליטיקה ללא מחקר המבוסס על דיאלוג ביחס לחוקתיות.

בחלקים הבאים של המאמר אתייחס למשפט ולביטחון לאומי כאל שני מרכיבים מרכזיים בהווה הציבורית. הפעלה של דיני מניעת טרור בדמוקרטיה נעשית לכאורה כחלק מן המאמצים הקולקטיביים לסכל סכנות לבטחון הציבור. ממילא עלולה להשתמע הטענה כי דיני מניעת טרור מצויים בספירה המנותקת מן הפוליטיקה. כוונתי להראות כי ניתוח ביקורתי של משפט ופוליטיקה מוביל לממצאים שונים. אחר-כך אנתח את הפקודה למניעת טרור בישראל, וזאת מנקודת-ראות השוואתית. השלכות של דיני מניעת טרור על דמוקרטיה ייבחנו לקראת סוף המאמר. אסיים במסקנה ביחס לדיני מניעת טרור בעיתות של קונפליקטים פוליטיים קשים.

א. משפט, ביטחון לאומי וטרור: הדמת מסך העשן הסימבולי

חלק זה של המאמר מוקדש לניתוח ביקורתי של יחסי-הגומלין בין מדינה, משפט וביטחון לאומי. טענתי היא כי דיני מניעת טרור הם דוגמה לאופן בו המשפט משרת מטרות פוליטיות בנימוקים של "ביטחון לאומי" או תוך ניצול מצוקות בטחוניות. משפט וביטחון לאומי הם תגמולים ציבוריים.³ שניהם נתפסים כביטוי לדצון ציבורי כללי (Volente Generale), שניהם נתפסים כביטוי לצרכים קולקטיביים ושניהם נוגעים באופן כזה או אחר בחייהם של כל אזרחי המדינה, אפילו אלה שאינם מעורבים אישית ובמישרין בעיצובם. לכן, משפט וביטחון לאומי נתפסים בדרך-כלל על-ידי ציבור בדמוקרטיה כישויות "ממלכתיות" הניצבות מעל לאינטרסים פרטיקולריסטיים של מפלגות או גופים

3 פירושו של המושג "תגמול ציבורי" (collective good) הוא כל מוצר, שירות או משאבים שכל אזרחיה של מדינה נהנים מהם (אם כי, כמובן, לא באופן שוויוני), מבלי שתתקיים בהכרח זיקה ישירה או תרומה ישירה של פרט כלשהו לאותו תגמול.

פוליטיים אחרים. העובדה שמשפט וביטחון הם תגמולים ציבוריים הפכה אותם לישויות פוליטיות, שכן שליטה בהם פירושה עוצמה.⁴

מצד אחד, הקמת מדינות התאפיינה בניסיון של אליטות פוליטיות לשלוט בכמה משאבים יסודיים. משפט וביטחון היו שני משאבים מרכזיים כאלה. ניכוסם על-ידי אליטות שהקימו מדינות היה מטרה מרכזית. בעוד אחיזה בכוח צבאי מבטיחה שליטה של המדינה במנגנוני כפייה פיסיים, שימש המשפט כמנגנון כפייה אידיאולוגי; השליטה במשפט הבטיחה לגליזציה ולגיטימציה של השליט ושל המדינה בכללה בשם "שלטון-החוק". מצד אחר, הכפפה של אוכלוסיות אזרחיות שלמות למרות שלטונית (מדינתית) אחת לא היתה דבר של מה בכך. היא הצריכה צביון של שלטון חוק פורמלי (סמכויות של רשויות שלטון והצהרה על זכויות אזרח וכיוצא בזה) וחוקתיות ביחס למעשים ולמחללים של המדינה ושל האליטות השולטות בה. מן המחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, וביתר שאת אחרי המחצית השנייה של המאה העשרים, נהפכו מדינות לארגונים ביורוקרטיים ענקיים. מדינות נדרשו לספק צרכים מגוונים של אוכלוסיות הטרוגניות, תוך היענות, ולו חלקית ביותר, לציפיות מגוונות יותר מאשר בכל תקופה היסטורית אחרת. ביורוקרטיזציה המבוססת על מידע רב יחסית וגיוס כוח-אדם מקצועי דרשה רגולציה חוקית של סמכויות המינהל כתנאי לגיטימציה ולגליזציה של המדינה. אין לתמוה אם-כן כי התהוות "המדינות המודרניות" היא גם היסטוריה פוליטית וחברתית של שליטת המדינה בחוק כאמצעי לשחזור לגיטימציה ונסיגה לכפוף את המשפט למרותה.⁵

משפט וביטחון לאומי מהווים מיתוסים חברתיים. מיתוס אינו בדיה מוחלטת, כי אם תיאור מסוים שיתכן שיש לו אחיזה כלשהי בעובדות מסוימות, אך תיאור כאמור מקבל פרופורציות דמיוניות, פיקטיביות, המנותקות מן הפרקטיקות.⁶ ביטחון ומשפט הם, כביכול, סמלים של אמיתות מוחלטות ואובייקטיביות. שניהם מבטאים, כביכול, אמת טרנסצנדנטלית כלשהי, חיצונית לתהליכים הפוליטיים. שניהם נתפסים כניטרליים והסרי פניות סובייקטיביות, ולכן שניהם נתפסים כאמות-מידה אמינות לסדר חברתי. משפט וביטחון לאומי הם לכאורה גששיה של החברה, הם אלה המיועדים להנחות אותה, על-פי המיתוס, במבוכי המדבריות והיערות, לאתר את מקורות המחיה, לאגוף שטחים עוינים, להזהיר מפני סכנות שערפל הקיום מזמגן ולהוביל את החברה כולה לעבר עתיד בטוח וחיים צודקים יותר. בשיח המיתי של הפוליטיקה המודרנית, משפט וביטחון הם עמודי האש שלפני המחנה. תפיסה מודרניסטית כזו של משפט וביטחון לאומי העניקה למסע

4 לפיתוח נוסף של רעיון זה, ראו: Gad Barzilai "The Argument of 'National Security' in Politics and Jurisprudence" *Security Concerns: Insights from the Israeli Experience* (Stamford, Daniel Bartal, Dan Jacobson, Aharon Klieman eds., 1998), 243–265.

5 אני משתמש במינוח הניאומרקסיסטי התופס משפט כאמצעי לשחזור לגיטימציה כדי שאוכל להמחיש את הצורך שראו אליטות פוליטיות בשליטה כאמור.

6 ראו, למשל: Henry Tudor *Political Myth* (New York, 1972).

המפרך והמטפורי שתוארתי משמעות טלאולוגית (teleology) של התקדמות מן העבר הנחשל והמסורתי אל קרקע בטוחה של קדמה ורווחה.⁷ ביטחון נתפס בדרך-כלל כישות ממלכתית המייצגת אמיתות לאומיות שאינן צריכות להיות נתונות למחלוקות פוליטיות ולקונפליקטים חברתיים. טובת הכלל היא בדרך-כלל שם נרדף לביטחון לאומי. פוליטיקאים עושים שימוש בטענות של ביטחון לאומי כדי ליצור קונסנווס בנוגע לקונפליקטים ומחלוקות המאיימים עליהם. בספרות התיאורטית וההשוואתית נזכרת התופעה של "התקבצות סביב הדגל" (Rally Around the Flag) כאמצעי ליצור קונסנווס על-ידי הפעלת כוח צבאי או שימוש בטיעונים של ביטחון לאומי כמצדיקים פוליטיקה של הסכמיות, ולא פוליטיקה של מחלוקת.⁸ כוחו המיתי של הביטחון יכול להביא לידי הטבעת חותם של דה-לגיטימציה במתנגדי המשטר הפוליטי או במתנגדי הממסד הפוליטי. השולטים בהגדרת הביטחון הלאומי, קרי: האליטות הפוליטיות, הם כביכול קובעי "הטוב הציבורי", לפיכך, אופוזיציה עלולה להיתפס כסכנה שסופה בנוק קשה לבטחון הקולקטיב ואפילו בהשמזיה. שימוש במיתוס של ביטחון לאומי היה אמצעי להשתקת מחאה של נשים, מיעוטים לאומיים, מובטלים וקבוצות חלשות אחרות נגד הגמוניה פוליטית.

משפט המדינה (State's Law) קשור גם הוא לדימויים של טובת הכלל באופן בו פעולה נגד משפט המדינה נתפסת כפעולה נגד הסדר הציבורי.⁹ אופוזיציה נגד מצב משפטי נתון תיראה פעמים כחתימה מסוכנת לערעור יסודותיו של המשטר הפוליטי. משפט המדינה הוא לכאורה ביטוי אובייקטיבי של טוב חברתי מוסכם, ולכן שינויו הלגיטימי חייב להיעשות באמצעות כלליו הפנימיים בלבד. בדומה לביטחון לאומי, כך גם משפט המדינה נתפס במודעות הציבורית כישות אוטונומית ואוטוריטתית לספירות חיים פוליטיות ובוודאי להקשרים של מחלוקות וקונפליקטים. משפט המדינה מעוצב על-ידי האליטות השולטות, ולכן עיצובו מאפשר למעשה תכנות (programming) של המודעות הציבורית. בדומה לתוכנת מחשב, המשפט מעצב ומקודד סמלים של טוב ורע, של רצוי פחות או רצוי יותר, של אפשרי ובלתי-אפשרי, ובכך הוא מגלם אמת-מידה מסדרת של חיים ציבוריים. בדומה לביטחון לאומי, כך גם משפט המדינה מנכס את הסמכות לקביעת הלגיטימיות של גבולות

7. מעמדו הציבורי של מיתוס משפטי יכול לעבור שינויים היסטוריים מותגי הקשר. במקרה הישראלי, למשל, מתרחשת בשנים האחרונות ירידה במעמדו הציבורי של בית-המשפט העליון. עם זאת, משפט המדינה נהנה עדיין מסגידה ציבורית רחבה, אפילו מתמיכה מסויגת בקרב המיעוט הישראלי-הערבי-הפלסטיני. ראו: Gad Barzilai "Communal Identities and Law: State's Law and the Israeli-Arab Palestinian Community" (Forthcoming).

8. ראו, למשל: Bruce Russett *Controlling the Sword: The Democratic Governance of National Security* (Cambridge, 1990) 34–38.

9. לגיתוח דומה, ראו, למשל: Robert Cover *Narrative, Violence, and the Law: The Essays of Robert Cover* (Ann Arbor, Martha Minow, Michael Ryan and Austin Sarat eds., 1998) 155–172.

השיח הציבורי. המשפט כמיתוס מפקיע עצמו במידה רבה מן הוויכוח הציבורי, והוא מתפקד כקנה-מידה לגבולות הדיון הציבורי.¹⁰

ביטחון ומשפט מהווים כביכול נושאים מקצועיים מובהקים הניתנים לניתוח ולהבנה מעמיקה רק על-ידי מומחים, שלהם הידע והשליטה בשפה הרלוונטית להבנת אותם תחומים. לפנינו לא רק ישויות המנכסות לגיטימציה, אלא ביטחון ומשפט, כל אחד כשלעצמו, נתפסים כישות דיסציפלינרית (disciplinary), על כפל המשמעות של מושג זה: ידע נרכש ומשמעת. הידע והמומחיות משמשים את השלטון כמקור לגיטימציה לדרוש משמעת. משמעת פירושה בפוליטיקה ציות לממסד ולמשטר הפוליטי. מישל פוקו (Michel Foucault) הצליח יותר מכל הוגה-דעות לפניו להבין את העוצמה שיש למדינות ולמעמד החברתי השולט בהן עקב שליטתן בדיסציפלינריות הצבאית והמשפטית ויכולתן לאכוף משמעת על אוכלוסיותיהן באמצעות שימוש בבת-משפט וצבאות.¹¹

אני מציע להמשיך קו חשיבה זה ולהבין כי שני מיתוסים אלה של ביטחון לאומי ומשפט המדינה מקודמים על-ידי הקהילות המקצועיות הרלוונטיות: חיילים (בהגדרה רחבה של מומחים לידע וכוח צבאי) ומשפטנים (בהגדרה רחבה של מומחים לידע על משפט המדינה). לקהילות אלה יש אינטרסים מקצועיים ופוליטיים, המעוגנים בחיברות ובתאוות עוצמה, לקדם את המשפט והביטחון כסמלים ציבוריים מרכזיים. ההיגיון המשפטי, בדומה מאוד להיגיון הצבאי, הוא לכאורה בעל מבנה פנימי מוצק, ברור, קוהרנטי, בלתי-ניתן להבנה על-ידי אורחים שאינם חברים באותן קהילות מקצועיות. כך נוצר שיח מקצועי של יודעי-סוד המסוגלים, הם בלבד כביכול, לעסוק בהבניה של עולמות-תוכן בלעדיים להם. רק הם, גששיה של החברה, מכירים את השבילים הסודיים, רק הם מסוגלים לזהות את העקבות, וכך להוביל את החברה הנוהה אחריהם אל עתיד טוב יותר.

כתולדה של אותם מכנים משותפים למשפט המדינה ולביטחון לאומי, יקרה פעמים רבות שהפרת חוק פורמלי תיחשב לפגיעה בביטחון לאומי, ומצד אחר, חריגה מקווי-היסוד של מדיניות ביטחון לאומי תיענש כהפרת חוק המורה. יותר מכך, בשם משפט המדינה תדרוש המדינה ציות לתפיסתה את הביטחון הלאומי, בעוד שבשם הביטחון הלאומי תצדיק המדינה הפרות חוק מהותיות שלה. על-פי הגיון המדינה: אם הציות לחוק נתפס כנהוץ לביטחון הלאומי, רצוי לא לבקר את החוק. אם הביטחון הלאומי הוא צורך קולקטיבי, הרי שהוא מצדיק חוקים הפוגעים בזכויות אדם ואזרח. דיני "מניעת טרור" הם דוגמה מובהקת למשפט מדינה הפוגע בזכויות אדם ואזרח, וזאת תוך שימוש בנימוקים של ביטחון לאומי.

10 ביקורת המשפט כמיתוס היתה אחת המשימות של הריאליזם המשפטי, ראו, למשל: Jerom Frank *Law and the Modern Mind* (New York, 3rd ed., 1967); Jerom Frank *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (Princeton, 1949); Max M. Lerner "Constitution and Court as Symbols" 46 *Yale L. J.* (1937) 1290–1319 לביקורת רחבה יותר, ראו: Peter Fitzpatrick *The Mythology of Modern Law* (London, 1992) 183–210.

11 Michel Foucault *Power/knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977* by Michel Foucault (New York, Colin Gordon ed., 1980) 1–36.

אותם קשרי גומלין תיאורטיים ופרקטיים בין מדינה, כוח פוליטי, משפט המדינה וביטחון לאומי מתחזקים עוד יותר כאשר המדינה והחברה עוסקות אינטנסיבית ב"מניעת טרור". טרור הוא מושג פוליטי בעל משמעות עצומה כאמצעי לעיצוב סדר ציבורי. הגדרת יחידים או קבוצות כ"טרוריסטים" פועלת כאמצעי לגירושם מקולקטיב ציבורי הראוי ליחס סובלני, ובה בעת היא מאפשרת הפעלה של מערכת ענישה קשה כלפיהם. שימוש ב"טרור" כבמטבע-לשון בשיח ציבורי מאפשר בעת ובעונה אחת טיהור והקעה.¹² המדינה מטוהרת מכל חטא של הפרות חוק מהותיות קשות, והטרוריסטים מוקעים כראויים לאמצעים קיצוניים של רדיפה וענישה.

הטרוריסטים הם כביכול המצורעים של החברה האנושית; הם נתפסים כהפרעה קשה במסעה של החברה האנושית במבוכי היעדרות והמדבריות אל ההבטחה הגדולה של ה"קדמה". מכאן נובעת העוצמה החברתית המגולמת בשימוש בביטוי "טרור". מושג זה משמש בעת ובעונה אחת אמצעי להכללה (inclusion) של כל אותם השותפים בשתיקה או במעשה לרדיפת ה"טרוריסטים" ולהדרה (exclusion) של קבוצות שוליים או קבוצות קיצוניות פוליטיות המוגדרות כסכנה חמורה לסדר הציבורי. אויבי ה"טרור" הם לכאורה מקשה ציבורית אחת, שעליה להיות אדישה, או מוטב אוהדת, כלפי אמצעים כוהניים שהמדינה נוקטת בהם כדי לשמר את "הביטחון הלאומי והסדר הציבורי".

קארל שמידט (Carl Schmitt) קבע בצדק כי פוליטיקה מודרנית מבוססת במידה רבה על חלוקה בינארית של אויב לעומת חבר.¹³ במדינות שקיימת בהן רמה בולטת של קונפליקט פוליטי קיים סיכון של ממש שבחקיקה למניעת טרור ייעשה שימוש למטרות חיסולו של ה"אויב" הפוליטי הפנימי מגקודת-המבט של המדינה. המושג "טרור" יכול לסייע למדינה להגדיר את אויביה או יריביה באופן המצדיק לכאורה הפעלה בלתי-שגרתית של חקיקה, פסיקה וענישה, שעניינן המעשי הוא לפרק אופוזיציה לא-שגרתית מנשקה הפוליטי.

הטרוריסטים ראויים להוצאה אל מחוץ למהנה בני-האדם; הם חשופים עלי-כך לעינויים פיסיים, השפלות ולשאר מיני שלילות של זכויות אדם. יציקת תכנים פוליטיים באמצעות שימוש בשיח של "מניעת טרור" מאפשרת למדינה פגיעה שיטתית בזכויות, ויחד עם זאת שמירה על מעטה של "שלטון-חוק" ולגיטימיות דמוקרטית. השימוש במושג "טרור" והוקעת יריבים פוליטיים קשים כטרוריסטים מאפשרים למדינה לפתור זמנית את פרדוקס הלגיטימיות של מדינה מעצבת משפט, שיכולה להיראות כ"שלטון חוק", וזאת מבלי שהיא עצמה מחויבת לשמירת חוקיה שלה. לכאורה, לפחות, התבונה בין כוח, אלימות וטרור מטושטשת ואינה ברורה די הצורך.¹⁴ מדינות עושות שימוש באמצעי טרור במובן של

12 ראו, למשל: Ileana M. Porass "On Terrorism: Reflections on Violence and the Outlaw" *After Identity* (London, Dan Danielsen, Karen Engle eds., 1995) 294–313.

13 Carl Schmitt *The Concept of the Political* (New Jersey, 1976)

14 ראו, למשל, הדיון בספרו של: Paul Wilkinson *Terrorism and the Liberal State* (New York, 2nd ed., 1986).

הפעלת אלימות תוך פגיעה בזכויות אדם ואזרת. עיון בדו"חות אמנסטי על מצב זכויות האדם במדינות שונות מגלה עד כמה גדול המרחק בין השיח הליברלי של זכויות-פרט לבין מציאות קשה, אפילו בדמוקרטיות מערביות, של הפרות שיטתיות של זכויות-אדם. הדברים נכונים לגבי ארצות-הברית, בריטניה, הודו, ישראל, פרו, תורכיה, ומדינות רבות אחרות. בחלק ניכר של המקרים, הפרת זכויות-אדם מתורצת בטענות של ביטחון לאומי ומצבי-חירום.¹⁵

עם זאת, מדינות מעצבות ומגדירות את המונח "טרור". טרור אינו בהכרח תופעת שוליים, אלא, כאמור, דווקא תופעה מדינתית מובהקת, שכן מדינות מפעילות כוח אלים כלפי פנים וכלפי חוץ יותר מכל ארגון פוליטי אחר. עם זאת, טרור נתפס כתופעה פריפריאלית, שכן מדינות שולטות גם בהגדרת מושג זה של פריפריה. המדינה יכולה להגדיר כסכנת טרור אתגרים חברתיים ופוליטיים שונים כלפי הסטטוס-קוו שהיא מעוניינת להנציח, וכך נשקפת סכנה שיעשה במונח "טרור" שימוש מניפולטיבי לצרכים פוליטיים פנימיים. כתולדה של השימוש בתיוג של טרור ייווצר חיץ חברתי ופוליטי בין קבוצות שונות, ונוסף על כך, הבעיות ש"הטרוריסטים" מייצגים ייפכו לבלתי-לגיטימיות לדיון ציבורי מעמיק. דיון באותן בעיות ייחשב למזיק לביטחון המדינה ולסדר הציבורי, ואלה שינסו להבין את מניעי הטרור ייחשבו לסייעני הטרור. המדינה אינה מדירה רק את יריביה מכלל המחנה הציבורי הלגיטימי; היא מדירה גם דיון ענייני ונוקב בבעיות קשות. אם-כן, למושג "טרור" יש חשיבות עצומה כשפה המבנה "מציאויות" בהתאם לאינטרסים של אליטות פוליטיות, תוך ניצול הקשרים וההקשרים של קונפליקטים. שימוש פוליטי במושג "טרור" מאפשר הבניה של גבולות חברתיים-פוליטיים-פסיכולוגיים בין קהילות, בין לאומים, בין קבוצות במסגרת המדינה ומחוץ לה. כך, קבוצה או קהילה יכולה ליהפך לאוכלוסיית-יעד של ענישה ורדיפה פוליטית, גם משפטית. המשפט בהקשר זה, באמצעות "חקיקה למניעת טרור", הוא אמצעי מרכזי להגדרת טרור, לתיוג, לענישה וגם לרדיפה. למרות הבדלים בין שיטות משפט שונות בדמוקרטיות, זהו מאפיין מרכזי של חקיקה ופסיקה במשטרים פוליטיים דמוקרטיים שונים. בדפים הבאים אתמקד בחקיקה למניעת טרור בישראל, תוך שימוש בתְּשָׁקוּפָּת (perspective) השוואתית.

ב. פקודת מניעת טרור בישראל: אטיולוגיה של חקיקה ופסיקה

האירוע המשפטי הראשון בישראל שחשף בציבור את הבעייתיות של השימוש המשפטי והפוליטי במושג "טרור" היה פרשת ברון. הכוונה לעתירה לבג"צ של יושב-ראש מוכירות לח"י, עקיבא ברון, נגד שרי הממשלה הזמנית, לביטול הכרזת הארגון לח"י, מיום 20.9.1948, כארגון טרוריסטי מכוח תקנה 8 לתקנות שעת חירום למניעת טרור,

15 ראו, למשל: Oren Gross "Once More unto the Breach' The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies" 23 *J. Int'l L.* (1998) 437– 501

שהוחלפו כעבור תשעה ימים בפקודה מניעת טרור, תש"ח-1948.¹⁶ הרקע הכללי היה רצה מתווך האו"ם, הרוזן פולקה ברנדיט, והחלטתו של ראש הממשלה ושר הביטחון, דוד בן-גוריון, בדבר חיסולו הארגוני של לח"י (ספטמבר, 1948). העתירה נדחתה בנימוק פורמלי שלא הוכחו יסודות של חוסר תוס'לב או פעולה ללא סמכות בהכרות הממשלה. בית-המשפט העליון קבע:

"תקנה 8 לתקנות הנ"ל אינה דורשת שום תנאים מוקדמים למתן הכרזה הקובעת כי ארגון מסויים הוא ארגון טרוריסטי ואין לבית-משפט זה הרשות להוסיף מה שהוא על הוראות החוק ולדרוש מהממשלה שתקבע או תזכיר בתוך ההכרזה את הנימוקים או את ההוכחות אשר שימשו יסוד להכרזה. החוק קבע, כי אם הממשלה תכריז הכרזה כזו, הרי תהיינה נובעות ממנה תוצאות ידועות. בהעדר הוראה מפורשת בחוק, אין לנו הזכות לדרוש מהממשלה שתבוא ותנמק למה הוציאה את ההכרזה, או שתרצה לפנינו את העובדות שמהן הסיקה מה שהסיקה."¹⁷

עם זאת, הנימוק המשפטי לא התמצה בפורמליות, אלא הוא נבע מן הנכונות השיפוטית להיכנע להגדרת המונח "טרור" ולנימוקים של ביטחון לאומי. כפי שעוד אראה בהמשך, מעט מאוד השתנה למן 1948 ועד לתאריך הגשת המאמר לדפוס (יוני 1999), למרות פיתוח פורמלי של עילות התערבות נוספות של בית-המשפט העליון, ובג"צ במיוחד, אז, לפני למעלה מחמישים שנה, פסק נשיא בית-המשפט העליון, השופט זמורה: "התקנות הנ"ל ופקודת מניעת טרור... עלולים לפגוע קשות בחירויות האזרח, אולם במצב של שעת-חירום אין מנוס מזה. כאשר בטחון המדינה ושלום הציבור הגם בהזקת סכנה חמורה, יש והכלים המשפטיים הרגילים אינם מספיקים והכרחי להעדיף את צרכי בטחון המדינה על שמירת זכויות האזרח. במקרה כזה מצווה כל אזרח על-ידי הציבור כולו להקריב את חירויותיו לטובת הכלל... מועצת המדינה הזמנית הנה איפוא המוסד העליון אשר לסמכותו נמסר שיקול-הדעת בדבר הצורך להעדיף את צרכי בטחון הכלל על זכויות הפרט."¹⁸

פסק-דין זה זכה בבולטות מצומצמת עד כה בספרות הפוליטית והמשפטית. אזורי בספרי-יסוד על משפט חוקתי והמשטר הפוליטי בישראל הוא שולי. לכן חשיבותו כה רבה. זהו כביכול סיפור קטן, עלום ופריפריאלי לכאורה, עקב עיסוקו בקבוצת-שוליים פוליטית; זאת לעומת פסקי-דין ידועים הרבה יותר, בנושאים אחרים, מתחילת שנות החמישים, בתחומי המשפט הציבורי. אך למעשה, לפנינו פרשה עקרונית. כפי שאראה בהמשך, בעיקרון לא השתנתה המגמה במשפט הישראלי של העדפת "ביטחון לאומי" על זכויות אזרח ואדם כאשר "מניעת טרור" עמדה על הפרק. אפתח בדוגמה כללית יותר. ארבעים שנה בקירוב לאחר פרשת ברון, בישראל שכבר

16 ע"ד תוס' א' 73.

17 בג"צ 16/48 ברון נ' ראש הממשלה ושר הביטחון, פ"ד א 109, 114.

18 שפ, בע' 112.

חווה תהליכי ליברליזציה בקרב הקהילייה המשפטית, לאחר תום עידן המפלגה הדומיננטית ואחרי מלחמת יום-הכיפורים שפגעה במיתוס הבטחוני; בישראל שיש בה היחשפות תקשורתית גבוהה הרבה יותר של פרשיות ציבוריות, התרחשה פרשת השב"כ (פרשת קו 300). בג"צ פסק בדעת רוב כי חנינה שניתנה לראשי השב"כ, במהלך חקירה משטרתית שבחנה אם זוייפו ובודו ראיות לפני ועדה ממשלתית, הינה חוקית, שכן נשיא המדינה פעל במסגרת סמכותו על-פי חוק-יסוד: נשיא המדינה. בית-המשפט העליון עיגן במשפט הישראלי תוצאה אבסורדית: חשודים בביצוע עבירות יכולים לזכות בחנינה בטרם הושלמה החקירה בעניינם. זוהי תוצאה שגויה, שהרי חזקה היא בדין הפלילי כי אדם חף מפשע אלא אם הוכחה אשמתו. אם-כן, ברור בעליל כי אין מקום לחנינה שכל עניינה הקלת גור-דין שהושת על עבריינים. זוהי תוצאה משפטית רעה, שכן משמעותה היא כי אנשי שירותי הביטחון או כל מי שפועל בשם בטחון המדינה יכולים ליהנות מחנינה, ובלבד שפשעיהם (או מעשיהם החשודים כפשעים) בוצעו בשם הביטחון הלאומי.¹⁹

פסקי-הדין בעניין ראשי השב"כ לא התמקד בפקודת מניעת טרור, אך אין להבין את דעת הרוב אלא ברצונו של בית-המשפט העליון (ונשיא המדינה) להקל על אותם שעניינם מניעת טרור. שאיפה זו להעדיף את הסמלים של בטחון המדינה על זכויות אדם ואזרח היתה משותפת לרובו המכריע של המסד הפוליטי והבטחוני. הימים היו ימי "ממשלת אחדות לאומית", והחנינה זכתה באהדה ברורה בשתי המפלגות הגדולות. יועץ משפטי, פרופסור יצחק זמיר, שניסה לעמוד מנגד ולהתנגד לחנינה בלתי-חוקית, הודה מתפקידו.²⁰

בפסיקות בית-המשפט העליון בנושא של פקודת מניעת טרור, שאתייחס אליהן בהמשך, בולטת מגמה דומה. איני מבקר בהכרח את התוצאה שבית-המשפט הגיע אליה בכל מקרה ומקרה, אלא את דרכי ההנמקה האופייניות לו בבואו לפסוק, ואת השימוש המיותר בפקודה עצמה. הנה, למשל, פרשת אלבה, בה דן בית-המשפט בהרשעתו בפלילים של מי שאכן פרסם מאמרי הסתה קשים. בית-המשפט לא נצרך כלל לפקודה כדי להביא לידי דחיית הערעור על הרשעתו של אלבה, שכן הוכחו כל היסודות של עבירת ההסתה. למרות זאת מצא בית-המשפט עניין להרחיב את תחולתה הנורמטיבית של הפקודה, בקובעו כי מכוחה (סעיף 4(א)) אסורים לא רק ביטויים המעודדים ארגוני טרור (וזאת היתה כמובן מטרת הפקודה), אלא ניתן להרחיבה לאיסור כל דבר שבח ל"פעילויות טרוריסטיות".²¹ וכך קבע השופט מצא:

"פירוש זה אכן מרחיב את גדר תחולתו של האיסור הפלילי, ובכך נפגע חופש הביטוי. אך כרסום כזה בחופש הביטוי ובחירויות אזרחות אינו זר למחוקק בבואו לקבוע איסורים פליליים שמטרתם להגן הגנה רחבה על ביטחון המדינה ושלום הציבור."²²

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

20 Pnina Lahav "A Barrel without Hoops: The Impact of Counterterrorism on Israel's Legal Culture" 10 *Cardozo L. R.* (1988) 529-559.

21 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ(5) 221.

22 שם, בע' 285.

לדעתי, אכן היה ראוי להרשיע את אלבה על דברי הסתה לאלמוות נגד פלשתינים, אך בית-המשפט נזקק לפקודה מטעמים ציבוריים לא-רלוונטיים, בעוד שהשימוש בפקודה היה מיותר משפטית. היה חשוב לבית-המשפט לתייג את אלבה כטרוריסט ולסמן אותו כמחוזן למחנה, להדירו אל מחוץ לתחום הציבורי ההגון של המרכז ולשייך את השנאה לפלשתינים כמאפיינת את הפריפריה, הפריפריה הטרוריסטית.

פרשת ברון אינה אס-כן שריד ארכאי לזמנים שחלפו, אלא עדות לנטייה ממושכת ורחבה של הממסד לכופף את ראשו ולשתף-פעולה עם הפרות חוק, והכל בשם הביטחון הלאומי. עתה, לאחר שנוכחנו בניכוס המשפט במסגרת הפוליטיקה של המדינה בשם "מניעת טרור", אחזור לדון בפקודת מניעת טרור.

פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948, נחקקה עקב הרצון של האליטה השלטונית בראשות מפא"י, כמפלגה דומיננטית, לנכס, לרכז ולהבנות את הכוח הצבאי. המציאות היישובית הקדם-מדינית כללה צבאות מפלגתיים, מחתרות, שהיו עלולים להעמיד בסכנה לא רק את השליטה הישראלית בירושלים, כי אם את קיומה של ממלכתיות יהודית-ישראלית בכלל. לכן ריכזו דוד בן-גוריון והאליטה השלטונית בכללה מאמץ עצום בניכוס מקורות עוצמה. כך הוטל שלטון צבאי על ערבים פלשתיניים שנתרו בתחומי המדינה היהודית, נחקקו חוקים שנועדו להבטיח ולקדם את יהודיות המדינה, פורקו הצבאות המפלגתיים וריכזו הכוח הצבאי בשליטה מדינית.

החל בתחילת 1948 נערך בן-גוריון, אז ראש הממשלה ושר הביטחון, לפירוק הפלמ"ח, האצ"ל והלח"י. אירועי דיר-יאסין, אלטלנה ורצח ברנדוט, כולם ב-1948, המחישו את הנזק שקיומם של צבאות מפלגתיים יכול לגרום. אירועים אלה גם המחישו את הבעייתיות של המעבר מן היישוב היהודי למדינה, והם היו עילות לבן-גוריון לנכס את הכוח הצבאי. היסול יריבים פוליטיים פנימיים היה, אס-כן, אינטגרטיבי, להליך של ניכוס הכוח בידי המדינה. רצח מתווך האו"ם הרוזן ברנדוט, בספטמבר 1948, זכה בבולטות ציבורית ותקשורתית עצומה בישראל ובעולם כולו. לכן היה ברצח זה במיוחד כדי לשמש עילה, אך לא סיבת-הסיבות, לחקיקתה של פקודת מניעת טרור. סיבת-הסיבות לחקיקתה על-ידי מועצת המדינה הזמנית היתה השאיפה לרכז את מלוא הכוח הצבאי בצה"ל ובשירותי הביטחון בפקודת מדינתי ומפלגתי.

חששו של בן-גוריון מצבאות מפלגתיים שאינם בשליטת המדינה בא לידי ביטוי עוד בדיוני מועצת המדינה הזמנית (23.9.1948), כאשר הצהיר:

"גם האצ"ל וגם הלח"י הקימו מאז כוחות צבאיים נפרדים בירושלים... מובן שהממשלה לא יכלה לקבל תנאים אלה - שפירושם אישור רשמי לפרישה צבאית בתנאים מסויימים וסידור קנוניה פוליטית מוסתרת או מוסית עם צבא-פורשים - ו.א. חיבול במעמדה הבינלאומי והריבונות של המדינה."²³

מטרתה של מפא"י, בראשותו הכריזמטית של בן-גוריון, היתה להטמיע כוחות

23 ראו דיוני מועצת המדינה הזמנית בהצעת פקודה למניעת טרור (23.9.1948): פרוטוקולים של דיוני מועצת המדינה הזמנית (תש"ח) כרך א, הישיבה התשע-עשרה, בע' 7.

פוליטיים עוינים למפא"י במסגרת מדינתית רחבה יותר. גיוס לכוחות הצבא וההכשרה הקדם-צבאית, העמדה לדין לפי פקודת מניעת טרור ומעצרים מינהליים רחבים מכוח תקנות ההגנה לשעת חירום (1945) נועדו יחדיו להיות מסגרת פוליטית חוקתית לניכוס והדרה של יריבים פוליטיים. המעצרים מכוח תקנה 111 והשימוש בפקודת מניעת טרור בוצעו בתמיכתו של היועץ המשפטי לממשלה הראשון, מקורבו של בן-גוריון, יעקב שמשון שפירא. ביומניו מיום 8.10.1948 התייחס בן-גוריון לתוכניתו לעשות שימוש בביטחון ומשפט כדי להדק את ניכוס הכוח הצבאי בעקבות רצח ברנדוט. וכך הוא כתב:

"גמרתי עם איסר: 1. שחרור חיילים שנתגייסו שבועות לפני הרצח או שנתפסו אחריו ואין נגדם כל אשמה או הוכחה. 2. בני 17-18 שמוכנים להתגייס יישלחו לצבא ויטפלו בהם רעיונית. 3. ציבילים שיש נגדם הוכחות על שייכות ללח"י להעמיד למשפט לפי החוק נגד טרור. 4. אנשי לח"י מובהקים ומסוכנים שאין נגדם הוכחות - להחזיק לפי סעיף 111. 5. כל האחרים שמצהירים שאינם עוד בלח"י ומתחייבים להיות נאמנים למדינה - לשחרר. 6. נערים עד גיל 16, אם הוריהם יתנו ערבות על התנהגות טובה, לשלוח לגרנ"ע."²⁴

הפקודה לא נחקקה כדי להגביל את המדינה. היא נחקקה כדי להגביל את מתנגדיה ולטייע בדה-לגיטימציה שלהם. בתגובה על הביקורת הפוליטית של האופוזיציה הרוויזיוניסטית נגד הפקודה, הצהיר בן-גוריון בעת דיוני מועצת המדינה הזמנית:

"הוויכוח הוא האם המדינה צריכה להלחם בטרור ולתת בידה מכשירים חוקיים לעשות זאת, או ליצור משטר כזה שרק לחברי ארגונים טרוריסטיים תהיה היוזמה לרצוח אנשים ולהטיל אימים - בלא עונש ובלא רפואה למכה. המתנגדים למלחמה יעילה בטרור משתמשים בפרינציפים משפטיים, המכונים במלים לועזיות קשות ומבעיתות. אבל השאלה היא זו: האם אנו נוצרנו בשביל הפרינציפ המשפטי - או הפרינציפ המשפטי נוצר בשבילנו?"²⁵

בדיונים שהתפתחו במועצת המדינה הזמנית בלטה העובדה כי דוברי מפא"י תמכו בפקודה, בעוד שהאופוזיציה חששה כי ייעשה בה שימוש פוליטי נגדה. החשש היה גדול בעיקר מצד גופים פוליטיים שמחוץ לאתוס הציוני. אותם גופים, שפעלו על גבולות המערכת הפוליטית, חששו שהפקודה תגביל מאוד את פעילותם. שמואל מיקוניס, בשמה של מק"י, המפלגה הקומוניסטית הערבית-היהודית, ביטא חשש זה:

"הפקודה למניעת טרור היא כללית מידי. היא אינה מצביעה על ארגונים מסויימים, תולדות שלושים השנים האחרונות בארץ מאפשרות לקרוא בדיוק ובבירור את הילד בשמו. גישה כללית כזאת לענין ברור מאוד פותחת פתח לשרירות לב."²⁶

24 דוד בן-גוריון מן היומן, מלחמת העצמאות. תש"ח-תש"ט (עורכים גרשון ריבלין ואלהנן אורן, 1986) 323.

25 ראו פרוטוקולים של דיוני מועצת המדינה הזמנית, לעיל הערה 23, בע' 16-17.

26 שם, שם.

הנה כך באה לעולם פקודת מניעת טרור הקיימת בישראל כמעט באותה מהדורה, עם שינויים מעטים, עד עצם יום הגשתו של מאמר זה לדפוס (יוני 1999), למעלה מחמישים שנה. בפקודה עצמה בולטות שתי בעיות עקרוניות. ראשית, תחולתה הנורמטיבית של הפקודה. הפקודה אינה חלה רק על "ארגון טרוריסטי" המוגדר כ"חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי-אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי-אלימות כאלה..." (סעיף 1); הפקודה חלה, בין השאר, גם על כל מי שמפרסם בכל דרך דברי שבת, אהדה, הזדהות או עידוד לארגון טרור. לשון הפקודה ביחס לכל אלה מתאפיינת בניסוחים רחבים ביותר, המאפשרים למעשה להאשים כמעט כל אדם בעל דעות פוליטיות החורגות מן הקונסנווס בסיוע או באהדה לארגון טרור או בהזדהות עימו (סעיף 4).

עובדה זו מאפשרת שימוש נרחב מוזי בפקודה למטרות מניעתיות וענישתיות. בשני המקרים מדובר בבעיה חמורה, שכן הפקודה עלולה לגרום לשלילת חירויות-יסוד. עם זאת ברור שלדברים השלכה חמורה במיוחד מן ההיבט הענישתי. לנוכח העובדה שהפקודה מטילה ענישה פלילית קשה למדי, לרבות תקופות מאסר בין חמש שנות מאסר (על חברות בארגון טרור) לשלוש שנים (על ביטויי סיוע או אהדה כלשהם לארגון טרור), בולט הפגם של ניסוחים כוללניים, שלא עברו צמצום ופעמים אף הורחבו (כפי שעוד אבהיר בהמשך) בפסיקות של בתי-המשפט.

שנית, מתן שיקול-דעת מוגזם לרשות המבצעת. הפקודה מאפשרת למדינה ליצור חוקה משפטית, בלתי-ניתנת כמעט לסתירה, לפיה חברי-אנשים מסוים הוא ארגון טרוריסטי. סעיף 8 לפקודה קובע:

"אם תכריז הממשלה, בהודעה ברשומות, שחברי-אנשים מסויים הנו ארגון טרוריסטי, תשמש ההודעה הוכחה בכל דיון משפטי, כי אותו חברי-אנשים הוא ארגון טרוריסטי, אלא אם יוכח ההיפך."

הנה, הבל-פיה של הממשלה יכול להטיל את נטל הראיה על הטוען נגד היותו ארגון טרור. מעשית, הודעות ממשלה כאמור לא נסותרו, והן איפשרו אוטונומיה מלאה לרשות המבצעת לעשות שימוש בהגדרות של "טרור" למטרות פוליטיות פנימיות. סעיף 8 אינו מחייב את הממשלה לתת הסבר כלשהו או נימוקים כלשהם בעת ההכרזה או בעת דיונים משפטיים. הסעיף גם אינו מגביל את הכרזת הממשלה בזמן מסוים.

לנוכח העובדה כי לפנינו הכרזה קונטטיטוטיבית שהשלכותיה על ענישה פלילית הינן חמורות, בולט שיקול-הדעת הרחב הניתן לממשלה, ובאמצעותה לממסד הפוליטי והבטחוני כולו. בולט מאוד הריגותה של הפקודה על רקע עקרונות של משפט פלילי בכלל. החוקה שכל אדם חף מפשע אלא אם הוכחה אשמתו אינה עומדת במקרה זה של "מניעת טרור". הרשות המבצעת אינה רק המגישה את כתב-האישום כמקובל במשפט פלילי, כי אם גם, במידה רבה, החורצת את הדין עוד לפני הליכי הדיון המשפטי, שכן החוקה מכוח הפקודה שונה מהמקובל במשפט הפלילי: חוקה כי אדם הוא טרוריסט אלא אם הפריך את אשמתו.

יש בפקודה בעיות משפטיות רבות אחרות. ניתוח של כולן יחרוג בהרבה מן המסגרת המוקדת של מאמר זה. אך די בשתי הבעיות העקרוניות שחשפתי להאיר את ביקורתי

נגד דיני "מניעת טרור" מסוגה של פקודת מניעת טרור. תהולתה הנורמטיבית המקיפה ביותר, תוך הטלת ענישה פלילית חמורה, והיקף שיקולי-הדעת הניתן לרשות המבצעת הופכים את הפקודה ואת דיני מניעת טרור בישראל בכללם לתופעה בעייתית במיוחד. המגמה של השימוש בפקודת מניעת טרור מטעמים פוליטיים נמשכה לאחרי-מכן, תוך שהיא מכוונת גם למטרות מפלגתיות. בין השאר יש לציין כי בשנות החמישים נעשה שימוש בפקודה למעצרי חשודים בהשתייכות למחתרת לאומנית וחרדית. בשנות השמונים גבר השימוש בפקודה נגד המיעוט הערבי-הפלשתיני בישראל. למשל, נעשה בה שימוש כדי להרשיע בעבירות הסתה, או הוגשו כתבי-אישום בשל גילויי הזדהות פומבית עם אש"ף. בשנות התשעים, בעקבות חתימת הסכם אוסלו (ספטמבר 1993), נשקלו הגשות של כתבי-אישום מכוח הפקודה והוצאו צווים שאסרו על התאגדויות של קבוצות ימין רדיקליות שהוכרו כארגוני טרור.²⁷ נוסף על כך, לאחר רצח רבין (נובמבר 1995) הופעלה הפקודה כדי למנוע הסתה של חברי ארגונים ימניים קיצוניים.²⁸ במקרה זה האחרון יושמה הלכת בית-המשפט העליון²⁹ שהכרזת הממשלה על ארגון כעל ארגון טרור חלה גם על כל צירוף אפשרי או נגזרת של אותו ארגון או חבריו. בית-המשפט העליון עצמו החרף את נכונותו לפרש את הפקודה פירוש רחב החורג אף ממתכונתה המקורית, הרחבה כשלעצמה. בפרשת אלבה, שצויינה קודם-לכן, הן בית-המשפט העליון יום לאחר רצח רבין, לנוכח חשיבותו הציבורית של המשפט, החליט נשיא בית-המשפט העליון על דיון מורחב. בית-המשפט העליון צדק בנכונות להפגין את החשיבות של איסור ההסתה, אך השימוש בהודמנות זו בפקודת מניעת טרור נבע מן התחושה שלאחר הרצח כי הפעלתה דרושה להדרתה של אלימות, אפילו ללא הכרה משפטית ישיר.

הערכאות הנמוכות אף חזרו על הלכת בית-המשפט העליון³⁰ כי אין הכרה, לצורכי הרשעה בפלילים מכוחה של הפקודה, להוכיח כי תוכנם של כרוזים כלל הסתה לטרור; די בעובדה שהנאשם השתייך לארגון המהווה נגזרת כלשהי של ארגון אחר שהוכרו כארגון טרור. כך קיבלה הפקודה משנה חומרה. חשוב לציין כי פקודת מניעת טרור היתה אמצעי שלטוני בולט דווקא בתוך תחומי הקו הירוק, ולא רק בשטחים שנכבשו ב-1967, והיא יושמה במידה רבה נגד יהודים, לא רק נגד פלשתינים. טענתי היא כי הספרות התמקדה אומנם, ובצדק, בהפרות חוק קשות של המדינה בשטחים שנכבשו במלחמת 1967, אך במהלך עשרות שנים התרחשו בתחומי הקו הירוק פגיעות חמורות בחוקיות תוך שימוש בנימוקים בטחוניים.

המקרה הבולט ביותר של שימוש פוליטי בפקודה היה בשנת 1986, כאשר הפקודה תוקנה (סעיף 4(ח)) כדי שיעשה בה שימוש למניעת שיחות בין אנשי שמאל פוליטי

27 ראה הכרזת הממשלה מיום 13.3.1994 שלפיה הארגונים כ"ך וכ"ח הוכרו כארגונים טרוריסטיים: י"פ 4202 (תשנ"ד) כרך (1)3, ע' 2786.

28 ראו, למשל, ע"פ 1175/97, 1185/97 איתמר בן גביר נ' מ"י (טרם פורסם); רע"פ 1941/98 איתמר בן גביר נ' מ"י, תק"על (2)98:1031.

29 בג"צ 6897/95 בנימין זאב כהנא נ' תת ניצב קרויזר, פ"ד מט(4) 853.

30 ש.ם.

ישראלים לבין פלשתינים. מקרה זה של התיקון לפקודה מאלף, שכן הוא היווה שימוש ציני במושג "טרור" כדי למנוע שיחות לשם השגת שלום. בין שתומכים בשיחות אלה שהקדימו את המשא-ומתן שהוביל להסכמי אוסלו ובין שמתנגדים להן, ברור שקשה להבחין באינטרסים לשימוש בפקודה למניעת טרור נגד פעילי שלום אלא כאשר מבינים את ההקשר הפוליטי להפעלת המערכת המשפטית נגדם. במקרה זה נוצר תיוג דומה ביחס לפעולות אלימות על-ידי מחתרות בשנות הארבעים, מצד אחד, וביחס להתנגדות לחוק מטעמים פציפיסטיים ובאמצעים פציפיסטיים, מצד אחר. חברי הכנסת ידעו כמובן בעת הדיון הפרלמנטרי כי הוספת סעיף 4(ח) לפקודת מניעת טרור עניינה פוליטי צר במובהק. התיקון לפקודה נחקק בעקבות עסקה פוליטית בין הליכוד לבין מפלגת העבודה, שלפיה תמך הליכוד בתיקון חוקי-סוד: הכנסת (סעיף 7א), ובו האפשרות למנוע ממפלגות גועניות השתתפות בבחירות לכנסת, וזאת בתמורה להסכמת מפלגת העבודה להביא למניעת שיחות עם אש"ף.³¹ בין התומכים הנלהבים בהפעלת הפקודה היו חברי לח"י לשעבר, ח"כ גאולה כהן וח"כ יצחק שמיר. הפעם הם תמכו בפקודה, עובדה המעידה על השימוש הציני שניתן לעשות בה למטרות פוליטיות. ח"כ מאיר כהנא נמנע. מחד גיסא היה כהנא מעוניין בהפעלת הפקודה נגד פעילי שמאל פוליטי, אך מאידך גיסא היה לו אינטרס לא להיות כבול במסגרתה.

מאז נגזר עונשם של פעילי שלום ומתנגדי אלימות, כאיבי נתן ולטיף דורי. בית-המשפט העליון סירב להפעיל כללי פרשנות או לצמצם את הפקודה ולכפוף אותה לעקרונות על-חוקתיים. יש לזכור שהאיסור על מפגשים עם אנשי אש"ף היה מוחלט, וכוונת החשודים לא היו רלוונטיות לעצם העבירה. למרות זאת סירב בית-המשפט העליון להציע כללי פרשנות שירככו את הפעלת הפקודה. בפרשת פיילר³² קבע בית-המשפט: "לשונה של ההוראה ברורה על פניה, ואין היא מצריכה מאמץ פרשני מצד בית המשפט."

בית-המשפט סירב לנקוט בכללי פרשנות מצמצמת, והעדיף להותיר בידי הממסד הפוליטי והבטחוני את שיקול-הדעת המוחלט לגבי השאלות כיצד להפעיל את הפקודה ומתי.

הנימוק של "מניעת טרור" שימש כאן עלה תאנה לגלי לשימוש פוליטי במערכת המשפט לשם הגשמת יעדים פוליטיים, קרי: איסור שיחות עם אש"ף. בית-המשפט העליון סירב להתייחס לאפשרויות משפטיות לצמצם את לשונה הרחבה של הפקודה. בפרשה משפטית אחרת, פרשת דורי, העלה בית-המשפט העליון את הפקודה לרמת פורמליזם מוחלט.³³ הערעור שלפניו היה על החלטת בית-משפט השלום למחוק טענות הגנה של הסניגוריה, שביקשה להחיל כללי פרשנות על-חוקתיים, ובכך לצמצם את משמעות הפקודה כאמצעי למניעת שיחות עם נציגי אש"ף. בית-המשפט העליון סירב

31 ראו דיוני הכנסת בהצעת חוק לתיקון פקודת מניעת טרור, ד"כ 102 (תשמ"ה) 4004.

32 ע"פ 621/88 פיילר נ' מ"י, פ"ד מז(3) 112, 120.

33 ע"פ 392/87 דורי נ' מ"י, פ"ד מא(2) 753.

להורות לבית-משפט השלום להימנע מלמחוק טענות הגנה אלה, תוך שהוא נמנע במופגן מהחלה של נורמות פרשנות על-חוקתיות.

מגמת בית-המשפט העליון לפרש את הפקודה פרשנות פורמלית ביותר ולהעניק אוטונומיה מוחלטת לממסד הפוליטי והבטחוני בהטלת איסורים על חופש הביטוי של פעילי שלום צורמת במיוחד דווקא בתקופה בה גבר בבית-המשפט העליון משקלה של הרטוריקה הליברלית בדבר זכויות אזרח. השיח הליברלי של זכויות אזרח נעצר על מפתן דיני "מניעת טרור", ונימוקי ביטחון לאומי היו המסגרת שעוצבה כדי להביא לידי אובדן האוטונומיה השיפוטית, תוך היענות מוחלטת של בית-המשפט העליון לתהליך זה. סופו של התיקון, שבוטל בשלהי שנת 1992, מעיד על היעדר הצורך בקיומו מלכתחילה. הממשלה היא שהפרה את חוקיה שלה בכך שקיימה מגעים עם אש"ף ונציגיה סללו את הדרך להסכם אוסלו (ספטמבר 1993). עד כמה אירוני היה הדבר שהממשלה עצמה היתה המפירה העיקרית של פקודת מניעת טרור.

חקיקה למניעת טרור אינה ייחודית לישראל. בדילמה שבין ניטרליות פרוצדורלי, שפירושו התעלמות מקיומן של קבוצות המסוכנות לדמוקרטיה או לבטחון הציבור, לבין התערבות חקיקתית בחברה הכריעו רוב המשטרים הדמוקרטיים בזכות התערבות חקיקתית כזו. באנגליה, למשל, נחקק בשנת 1989 החוק למניעת טרור (Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989), שעניינו היה להגביר את אפשרויות הפעולה המשפטיות כדי להיאבק במחתרת הקתולית בצפון-אירלנד. כדי לצמצם את היקף הנזק לבקרה הדמוקרטית, החוק האנגלי כולל מנגנונים של פיקוח פרלמנטרי. סעיף 1 לאותו חוק מחייב שהכרזה על ארגון כעל ארגון טרוריסטי תקבל את אישורם מראש של שני בתי הפרלמנט. ניתן אומנם לתת הכרזה כזו גם ללא אישור מראש, אך במקרה כזה, ההכרזה על ארגון כעל ארגון טרוריסטי חייבת לקבל את אישור שני בתי הפרלמנט בתוך ארבעים יום מיום מתן ההכרזה.

פיקוח פרלמנטרי כזה אינו קיים כמעט בישראל. סעיף 24 לפקודת מניעת טרור קובע כי "פקודה זו לא תחול אלא בתקופה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף אכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948". לפי חוק-יסוד: הממשלה הקודם (משנת 1968), מנגנון פיקוח פרלמנטרי על הפעלת הפקודה לא היה קיים כלל לנוכח קיומו של מצב-חירום. עובדה זו היא בעלת משמעויות חמורות של הפרת זכויות-אדם, במיוחד כאשר מצב-חירום כזה הינו ממושך מאוד. חוק-יסוד: הממשלה מ-1992 האריך את מצב-החירום שהוכרז לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ולפיכך ולמרבה החומרה, גם פקודת מניעת טרור תקפה.³⁴

עם זאת, המצב המשפטי הקיים כיום טוב יותר במקצת מבחינה פורמלית. תוקפה של הכרות חירום כזו מותלה לשנה, ואחר-כך הכנסת רשאית להכריז על המשך מצב-החירום, ואם לא הכריזה כאמור, מצב-החירום בטל.³⁵ אס-כך, החוק זימן לכנסת אפשרות לשנות את המצב המשפטי שהיה קיים בישראל עוד לזמן 1948. כאמור, זהו שיפור פורמלי בלבד.

34 ראו סעיף 64 לחוק-היסוד.

35 ראו סעיפים 49(א), 49(ב) לחוק-היסוד.

הכנסת האריכה את מצב-החירום בדיון שגרתי במליאה, וממילא נתנה גושפנקא לפקודת מניעת טרור. הכנסת אינה נוטה להתערב במבנה של שלטון החירום ככלל. אדרבא, רוב חברי הכנסת מעוניינים באפשרות להגדיר פריפריות פוליטיות כארגוני טרור או כסייעניות לטרור, ולכן "קיומו" של מצב-החירום משפטי ממושך מצדיק לכאורה את קיומה של פקודת מניעת טרור.

בגרמניה נעשה ניסיון ללמוד לקחים מתקופת הרפובליקה הוויימרית. רפובליקה זו התמוטטה לא בגלל היעדר חקיקת חירום, אלא דווקא לנוכח סעיף 48 לחוקה הוויימרית, שאיפשר חקיקת חירום מינהלית מסיבית. היסולה הסופי של הדמוקרטיה הזאת, ב-1933, היה כאשר אדולף היטלר השתמש בסעיף 48 כדי לגדוע כל ביקורת פרלמנטרית על הוצאת צווי-חירום. באמצעות צווי-חירום הוא אסר על קיום מפלגות. אחרי 1949 התבססה הפרוצדורה הגרמנית על עקרונות אחדים שאינם קיימים בישראל: ראשית, מסגרת סטטוטורית נוקשה למדי של עקרונות על-חוקיים דמוקרטיים, ובמסגרתם חירויות-יסוד משוריינות, שדיני מניעת טרור כפופים להם. שנית, פיקוח שיפוטי חוקתי נרחב המחויב לפחות לאיזון בין ערכים מתנגשים במסגרת דמוקרטית.³⁶

המצב בישראל שונה וחמור יותר. פקודת מניעת טרור היא למעשה מוסד פוליטי אוטונומי. כאמור, כאשר הממשלה מכריזה על ארגון פוליטי כעל ארגון טרוריסטי נוצרת חוקה משפטית שהינה בלתי-ניתנת כמעט לחלוטין לסתירה (ראו: סעיף 8 לפקודה). חמור מכך, בית-המשפט העליון קבע שכאשר ארגון מוכרז כארגון טרוריסטי, הוא חשוף להיקף עצום של סנקציות עונשין, כל זאת כאשר הסעיף המסמיך את הממשלה רחב מאוד ואינו מתמקד ספציפית, כמקובל באנגליה, למשל, בארגון טרור מסוים. בהיעדר מסגרת על-חוקתית דוגמת זו שבגרמניה, אין לנאשמים אפשרות ממשית להתגונן, ומצבם המשפטי אבוד כמעט מראש. הפקודה יוצרת מנסרה אוטונומית במידה רבה של סנקציות מחוץ לביקורת פרלמנטרית או שיפוטית.

בהיעדר פיקוח פרלמנטרי בישראל על הפקודה, למרות האפשרות הפורמלית הקיימת כיום לבטלה, נותרה האפשרות של פיקוח שיפוטי. האם בתי-המשפט מסוגלים ורוצים לפקח שיפוטית על הפעלתה של פקודת מניעת טרור? הבולטות הציבורית של בית-המשפט העליון גברה מאוד בישראל. למן שנות השמונים גדל מאוד מספר העתירות לבג"צ, והוא הגיע בשנים האחרונות לאלפיים ושמונה מאות עתירות בשנה; זאת בהשוואה לשמונים ושש עתירות ב-1950, שלוש מאות שלושים ושלוש עתירות ב-1960, שלוש מאות שמונים ואחת עתירות ב-1970 ושמונה מאות ושתיים עתירות ב-1980.³⁷ חשוב גם לציין כי מספר העתירות לבג"צ גבוה בשנים האחרונות ממספר הערעורים לבית-המשפט העליון כבית-משפט לערעורים. אומנם, הפנייה לבית-המשפט העליון כערכאה פותרת

John E. Finn *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law* (New York, 1991) 135–218 36

ראו שנתון סטטיסטי לישראל, כרך 46 (1995) 603, 606; שנתון סטטיסטי לישראל, כרך 48 (1997) 473. להרחבה בעניין זה, ראו גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה 2 (1998) 31–51. 37

קונפליקטים גברה מאוד בישראל וגברה גם הפנייה לבג"צ כאל בית-משפט עליון חוקתי, אך בדרך-כלל, בית-המשפט העליון, ובג"צ בכללו, הכיר וקיבל את האוטונומיה הבטחונית הפוליטית של הממשלה והוא לא נטה להתערב בה.

למן שנות השמונים גבר השיח הליברלי בפסיקות של בית-המשפט העליון, והוא בא לידי ביטוי בהדגשה רבה יותר מבעבר של זכויות-פרט. השיח הליברלי, שיש לו מגבלות ובעיות רבות, נעצר על מפתנה של פקודת מניעת טרור. בית-המשפט העליון אינו נוטה להתערב, וברוב המכריע של המקרים לא התערב בהחלטות על הגשת כתבי-אישום או בהחלטות על אי-הגשת כתבי-אישום בנושאים הכרוכים בפקודה. מבחן הוודאות הקרובה ומבחני איוון בין ערכים לא השפיעו כמעט ולא הופיעו כמעט בהלכות הפסוקות בנוגע לפקודה. אפילו בהקשר של הרטוריקה הליברלית במיוחד למן אמצע שנות השמונים, היתה הפקודה ונשארה מנסרה פוליטית המצויה כמעט לחלוטין מחוץ לתחומי הבקרה השיפוטית הדמוקרטית. למרות העובדה שבניגוד לשנות החמישים, עילות המשפט המינהלי דהיום מאפשרות לבית-המשפט התערבות בשיקול-הדעת של הממסד מעבר למצבים של היעדר סמכות או חוסר תום-לב, לא נטה בית-המשפט העליון להתערב בפועל בשיקול-הדעת של הרשויות.³⁸

כיצד ניתן ליישב בין השיח הליברלי לבין אי-התערבותו של בית-המשפט העליון בהפעלת שיקול-הדעת ביחס לפקודת מניעת טרור? סיבה מרכזית אחת לנטייה של היעדר ההתערבות השיפוטית היא החשש של האליטות השיפוטיות מהתערבות בנושאי ביטחון, בהם שמורה כביכול אוטונומיה למומחי הביטחון. למרות השימושים הפוליטיים בפקודה כדי להדיר מן המשחק הפוליטי יריבים קשים, השפה הבטחונית מסייעת למנוע פיקוח שיפוטי של ממש. זאת ועוד, הפקודה היא אמצעי פוליטי בידי הממסד, ולנוכח התערבות שיפוטית ייתכן שהממשלה או הכנסת יזמו חקיקה אנטי-שיפוטית. יותר מכך, בית-המשפט העליון עצמו משקף בפסיקותיו קבוצות אוכלוסייה ליברליות מן המעמדות הבינוני והגבוה, שאינן מעוניינות בפריפריה פוליטיות. בתי-המשפט בכללם שותפים אס-כך למגמה הכללית של הדרת קבוצות כאלה מן הפוליטיקה היוזמית באמצעותה של פקודת מניעת טרור. אם בטרור עסקינן, בתי-המשפט חוששים במיוחד מהתערבות בשיקול-הדעת של הממסד הבטחוני, המציג לרוב את ראיותיו בנחישות ובעמדה אחידה כביכול. ספק עד כמה היתה התערבות שיפוטית בניגוד לדעת הממסד הפוליטי והבטחוני בפקודת מניעת טרור מתקבלת על רוב דעת-הקהל הישראלית. על כל פנים, דעת-הקהל היהודית בישראל נטתה תמיד להתנגד לפיקוח שיפוטי של ממש בנושאי ביטחון, ובמידה גדולה התנגדו האליטות ודעת-הקהל להתערבות שיפוטית בנושאים המוגדרים כ"טרור".³⁹

38 בג"צ 292/86 העצני נ' מ"י, פ"ד מב(4) 406; ע"פ 392/87 דורי נ' מ"י, פ"ד מא(2) 753; ע"פ 621/88 פיילר נ' מ"י, פ"ד מז(3) 112; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד ג(5) 221; ע"פ 6897/95 בנימין זאב כהנא נ' תת ניצב קרויזר, פ"ד מט(4) 853.

39 גד ברזילי, אפרים יערי-יוכטמן, זאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (1994) 94-104, 109.

ג. ניטרליות משפטית ומינימליזם משפטי: חוק בדמוקרטיזציה

חקיקה למניעת טרור חייבת להיות – אם יש כלל הכרח בקיומה – מינימליסטית, ולא מקסימליסטית. חקיקה מסיבית בתחומי ביטחון עלולה להוליך לפגיעה בזכויות אדם ואזרח. הסכנה היא שחקיקה מסיבית, דוגמת חקיקה למניעת טרור שעניינה כביכול למצוא מזור משפטי לפיגועים רצחניים, תפגע בראש ובראשונה ביסודות דמוקרטיים דוגמת חופש ההתארגנות, חופש הביטוי וחופש התנועה.

הניגודים בין חקיקת חירום לבין יסודות דמוקרטיים ברורים. דמוקרטיה מיועדת להתבסס על שקיפות (transparency) ודיווחיות (accountability) של גורמי הממשל לציבור הרחב, בעוד חקיקה למניעת טרור גורמת לפגיעה בחופש הביטוי האופוזיציוני ובהתארגנות של גופים פוליטיים לא־מקובלים או קיצוניים, ובכך היא מרחיבה את שליטת המדינה בחברה האזרחית. דמוקרטיה חייבת להתבסס על פלורליזם חברתי ופוליטי, בעוד חקיקה למניעת טרור עלולה לגרום לצמצום אותו היקף של פלורליזם. דמוקרטיה מיועדת להתבסס על הליך משפטי הוגן (Due Process of Law), שביסודו העיקרון המשפטי המאפשר לנאשמים להתגונן. חקיקה למניעת טרור פוגעת לרוב בהליך כזה, ויוצרת חזקות משפטיות לרעת הנאשמים באופן הפוגע, משמעותית ביותר, באפשרותם להתגונן.

ככלל, חקיקה למניעת טרור מאפשרת למסד הפוליטי מניפולציות במסגרת החברה האזרחית באופן היכול להביא לידי פגיעה של ממש בחירויות האדם. חוקרים הוזהרו מפני האפשרות שחקיקת חירום מסיבית (לרבות בענייני מניעת טרור) תוליך בסופו של דבר להקמת "דיקטטורות קונסטיטוציוניות", כלומר, משטרים פוליטיים הפוגעים גם בהליכים הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר, באמצעות חקיקת חירום מסיבית, שטופה שהיא פוגעת בדמוקרטיה יותר משהיא מסייעת לסיכולן של סכנות כלשהן לקיום המדינה. מובן שמשטר ממושך של חקיקת חירום ודיני מניעת טרור חמור שבעתים, מכיוון שהוא ממסד נורמות פסולות של פגיעות תכופות בפריפריות הפוליטיות ללא בקרה ציבורית ראויה.⁴⁰

הדברים אינם מתכוונים לרמוז כי דמוקרטיזציה צריכה להיות, או מיועדת להיות, אדישות או ניטרליות לנוכח סכנה של ממש לבטחון התושבים או לקיום המדינה. במצבים קיצוניים ביותר יש להפעיל אמצעים חוקיים של מניעה (לדוגמה, מעצר מינהלי לזמן קצר ביותר של ימים ספורים לכל היותר ובמסגרת של פיקוח שיפוטי הדוק), או אמצעים חוקיים של ענישה במסגרת חוקי עונשין המבוססים על נוהל ראוי לדמוקרטיזציה, תוך מתן זכויות התגוננות מלאות, המבוססות על חזקת החפות, לנאשמים. אך ספק רב אם יש צורך בחקיקה מיוחדת למניעת טרור, ואם זו קיימת, יש להפעילה במקרים חריגים ומעטים ובמסגרת מגבלות פרלמנטריות ושיפוטיות של ממש. אבהיר את כוונתי תוך התייחסות קונקרטית לאופן בו פקודת מניעת טרור עלולה לפגוע ביסודות דמוקרטיים בישראל.

אין בפקודה מנגנוני פיקוח אנדוגניים, מנגנוני פיקוח פנימיים לפקודה עצמה, כגון פיקוח שיפוטי של בית־משפט באופן המאפשר למי שנפגע מהכרזת הממשלה להתגונן כראוי. קיימת אומנם אפשרות לפנות לבית־המשפט העליון, אך כאמור, הסיכוי לקבלת

40. Clinton Rossiter *Constitutional Dictatorship* (Westport, Connecticut, 1979)

הערעור או העתירה קטן ביותר, קטן הרבה יותר מן המקובל בכל סוג עניין אחר של עתירה או ערעור. תחולת הפקודה אינה מוגבלת בזמן כל עוד מצב-החירום נמשך, ולכן חמורה במיוחד העובדה שיישומה אינו מותנה בפיקוח פרלמנטרי. במקרה של התרחשות סכנה חמורה מאוד לקיומה של הדמוקרטיה הישראלית, ניתן לנקוט בענישה מכוח חוק העונשין, ובמקרים קיצוניים במיוחד, המחייבים מניעה, ניתן לעשות שימוש במעצר מינהלי, בתנאי שהוא אכן כפוף לפיקוח שיפוטי אפקטיבי. המבנה המשפטי בישראל והסיטואציות הפוליטיות המודמנות בה אינם מצדיקים את הפקודה הארכאית של מניעת טרור במהדורתה הקיימת בישראל. ספק גדול אם יש הצדקה לכל חקיקה ייחודית אחרת, שעניינה מניעת טרור. חקיקה כאמור תהווה, כפי המצב כיום, מסגרת משטרית אוטונומית המנותקת ממנגנוני פיקוח ציבוריים של ממש, ולכן נזקה לזכויות האדם גדול מאוד.

התועלת הצפויה, לעומת זאת, מחקיקת מניעת טרור אינה רבה. אם חקיקה למניעת טרור הינה אפקטיבית במשהו, הרי זה בנוגע למניעת טרור אורבני, כלומר, טרור המופעל על-ידי קבוצות קטנות שבסיס פעילותן הוא אידיאולוגי לרוב ואין הן נהנות מתמיכה ציבורית רחבה. לעומת זאת, אם המדובר בטרור לאומי או לאומני, דוגמת התמודדותה של ישראל עם טרור פלשתיני או עם טרור יהודי, אין חקיקה למניעת טרור יכולה להביא לידי מניעתו באופן אפקטיבי.⁴¹ בסיסי התמיכה בטרור מסוג זה הינם עממיים, והטרור מקבל הזנה של ממש מבסיסי כוח כלכליים וחברתיים. חקיקה למניעת טרור אינה יכולה איפוא לחולל שינוי בתשתית זו של ניכור ושנאה. לעומת זאת גדולה הסכנה שהיעדר הצלחה של חקיקה למניעת טרור תגרור חקיקה נוספת, חמורה עוד יותר בכל הנוגע בזכויות-אדם, מתוך אשליה שריבוי חוקים ותקנות יניב בסופו של דבר פתרון לבעיית הטרור. ולא היא. נסיון של מדינות הנתונות במאבקי טרור על בסיס לאומי מלמד שאין בסופו של דבר אפשרות לפתור בעיות קשות של איבה לאומית על בסיס חקיקה מסיבית הפוגעת בזכויות-אדם.

הביטוי המקובל והמיועד כביכול להצדיק סטיות מדמוקרטיה הוא זה של "דמוקרטיה מתגוננת". זה ביטוי שגוי ומטעה. הוא יוצר מודעות כוזבת למציאות שאינה קיימת. ראשית, זהו עיוות בהבנת הלקחים הגרמניים מעליית היטלר לשלטון. הרפובליקה הוויימרית לא חסרה מנגנונים של חקיקת חירום; בעייתה היתה ניצול לא-נכון של מנגנונים אלה כדי לגרום להרס הדמוקרטיה ולכונן שלטון אוטוריטטיבי. שנית, רצוי וחשוב במיוחד שיהיה בדמוקרטיה טיפוח של תרבות סובלנית, ולא בהכרח מנגנון משומן של חקיקה למניעת טרור. בהיעדר תרבות של סובלנות פוליטית – כדוגמת ישראל – ולנוכח האינטרסים הפוליטיים במשפט, עלולה חקיקת חירום להויק ליסודות הדמוקרטיה יותר משתועיל לשימורם. המשותף גם לימין הלא-מוסד וגם לשמאל הלא-קוננונציונלי היא הפריפריאליות שקודמה על-ידי הפקודה. מצד אחד, באמצעות הפקודה ניתן להפוך

41 לניתוח טוב של הבחנה זו, במסגרת עבודת מחקר לתואר שני בהנחיית ד"ר גד ברזילי ופרופסור אהרון קליימן, ראו חניתה אליצור חקיקת חירום וחקיקה מיוחדת כאמצעי טיפול בטרור בדמוקרטיות (עבודת תואר שני, אוניברסיטת תל-אביב, החוג למדע המדינה, 1996).

בהבל-פה לוחמי שלום לסייעני טרור, ומצד אחר לטעון כאילו פשיזם מתמצה רק בכהנא. בשני המקרים, עיקר הבעיה הוא במרכז הפוליטי, בכוחות שמעצבים את הנורמות של משפט המדינה ובאופן בו אותן נורמות מופעלות נגד הפריפריה כדי להדחיקה ולשלול את השתתפותה בחיים הפוליטיים.

ד. סיכום

למשפט יש חשיבות עצומה, לא רק ככות פוליטי, כאורגן המעצב והכופה התנהגות, אלא גם כשפה המתייגת, מקדדת, משועתקת ומקדמת משמעויות חברתיות ופוליטיות. השפה בהקשר של משפט המדינה מעצבת את המודעות הקולקטיבית. ראשית, חקיקה למניעת טרור עלולה להסיח את הדעת הציבורית מן העיקר. "טרור" הוא תסמין המעיד על ניכור ועל התנגדות בסיסית לאזויותיו של משטר פוליטי. בהקשר הישראלי אין תוחלת לחוקי מניעת טרור כל עוד אין עושים ניסיון חברתי ופוליטי של ממש להתמודד עם התופעה המרכזית של חיינו הציבוריים, והיא: מציאות בינקהילתית ודו-לאומית. שנית, הערך ההיסטורי של חקיקה למניעת טרור בדמוקרטיות כאמצעי לחיסול אלימות קולקטיבית הינו שלילי. אלימות מדינתית בדמוקרטיות אינה פותרת בהכרח טרור, אלא מעודדת אלימות קולקטיבית נוספת. כדי להביא לידי חיסולו של טרור על רקע לאומי, יש לעצב פתרון פוליטי של בעיות, ואין לראות באיתור "פתרונות" משפטיים של חקיקה למניעת טרור את המוקד למאמצים קולקטיביים.

חמור מזה, השימוש במושג "מניעת טרור" הוא אמצעי לתיוג פריפריות פוליטיות, כדי להדירן מן ההקשר של ויכוח פוליטי קשה, נוקב, אך לגיטימי. השימוש המשפטי ב"טרור" הוא אמצעי לעיצוב גבולות פנימיים, המהווים חין שמפליל הידברויות נוקבות וקשות, אך הכרחיות. תורת משפט ותורות של משטרים פוליטיים חייבות לעודד אפשרויות של טקטיקות מאבק חברתיות ופוליטיות, שבהן, אם נרצה ואם לאו, הפוליטיקה הקיצונית נתפסת גם כערך מרכזי, המרכז כערך קיצוני, והשניים דרים תוך קונפליקט זה לצד זה. אם-כן, איני דוגל בניטרליות של משטרים פוליטיים ביחס לתופעות של קיצוניות פוליטית אלימה וקשה. למעשה, ספק גדול אם ניתן לצפות להליך פוליטי או משפטי כלשהו שיהיה ניטרלי. ביקורתי במאמר זה על פקודת מניעת טרור מכוונת במובן רחב יותר נגד אשליית המקסימליזם המשפטי, מקסימליזם שימושי או חקיקתי, כפתרון כוזב לבעיות פוליטיות וחברתיות.

סיכום חמישים שנות פוליטיקה ומשפט בישראל מלמד כי האלימות הפוליטיות והבטחוניות ראו בפקודת מניעת טרור אמצעי זמין להגשמת אינטרסים פוליטיים ללא צורך הכרחי בקיומה של הפקודה ותוך פגיעה בזכויות-אדם. העובדה שזה חמישים שנה וקצת יותר אין הפקודה מבוטלת מלמדת עד כמה ארוכה היא התקופה שבה נטה המשטר הפוליטי בישראל לעשות שימוש באמצעי משפטי ארכאי ומיותר. עם זאת, הדברים חמורים מכך. מדינות מודרניות ודמוקרטיות נוטות לעשות שימוש בדיכויטומיה של "אויב" לעומת "ידיד" ובדיכויטומיה של "לוחם חירות" לעומת "טרוריסט", כדי לגרות אנשים, וזאת כדי לשרת מטרת פוליטיות קצרות-טווח וארוכות-טווח. נסיון של מדינות רבות, כאפריקה

הדרומית (בעקבות סיום פורמלי של האפרטהייד), בריטניה (עם שיחות השלום בצפון-אירלנד) וישראל (עם ובעקבות הסכם אוסלו) מלמד על לעג ההיסטוריה. האויב של אתמול הוא ידיד כיום, וטרוריסט האתמול הוא לוחם החופש של היום. קביעת החיץ בין אלה לבין אלה באמצעות דיני מניעת טרור הינה שרירותית במידה לא-מבוטלת. יש לראות בדאגה צמוקה כיצד המשפט הוא אמצעי זמין בידי אליטות למטרות אלה של סילוק הפריפריה, הרחק עד כמה שאפשר, מן הנתיב השגרתי, הנות והמטעה של "אמצע" הדרך הפוליטית.

