

## חמשים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם

דוד קראצמר\*

א. מבוא. ב. המספרת השיפוטית להגנה על זכויות האדם: 1. אין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית; 2. הזרך בהסכמה בחוק; 3. פרשנות הוראות חוק כדי לתת תוקף לזכויות-יסוד; 4. תחימת שיקול-הදעת המינלאי. ג. מעבר למפקחת – ההגנה על זכויות פ%;"> 1. חופש ביטוי; 2. שוויון; 3. השתתפות בחוקים הפליטיים. ד. בוחן המרינה זכויות-יסוד: 1. תחימת הסמכות הפורמלית; 2. קבילות האמצעי שננקט; 3. דרך השימוש בסמכות. ה. המהפהכה החקתית והמהפהכה השקתה.

### א. מבוא

השיח המשפטי בישראל מתנהל בשנים האחרונות מסביב לשאלת המהפהכה החקתית, דהיינו: אותו שינוי במשפטו המשפטי של זכויות אדם, שהוללו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק. על-אף הסתיגותם של משפטנים בכירים מן המשמעות החקתית של חוק-היסוד,<sup>1</sup> נראה לי שכיוון יש לקבל מהפהכה זו כעובדה מוגמרת. לבתי-המשפט ניתנה סמכות – אמنم מגבלת – לפטול חקיקה של הכנסת הפגיעה בזכויות מוגנות, והוא גילה נכונות עקרונית<sup>2</sup> ויישומית<sup>3</sup> להשתמש בסמכות זו. במקומות אחר בירכתם על תפיסתו של הרוב בבית-המשפט העליון בעניין זה, ואין כוונתי להזoor על הדברים כאן.<sup>4</sup>

- \* פרופסור מן המניין, מנהל מרכז מירבה לזכויות האדם, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1. ראו משה לנדי, "מחשבות על המהפהכה החקתית", משפטים כו (תשנ"ד) 419; רות גבעון, "המהפהכה החקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשמת את עצמה?", משפטים כה (תשנ"ז) 21.
2. ע"א 6821/93 ואח' בנק המורghi המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיטומי ואח', פ"ז מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המורghi).
3. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקבות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ז נא (4) 367 (להלן: בג"ץ לשכת מנהלי ההשקבות).
4. ראו מאמרי, "مبرגםן וקול-העם לבנק המורghi – הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כה (תשנ"ז) 359.

השינוי במעמדן המשפטית של זכויות אדם אינו משפע בהכרח את ההגנה השיפוטית הניננת לזכויות אלה, בגלל שתי סיבות:

(1) בהנחה שההגנה השיפוטית על זכויות אדם לפני קבלת חוקי-היסוד היהת בלתי-משמעות, כלל לא ברור כי הסביר לכך היה נזוץ במעמדן החוקתי ה"נחות" של זכויות אלה. עוד לפני קבלת חוקי-היסוד יצר בית-המשפט העליון מגילת זכויות שיפוטית. ברובו רובם של המקרים שבהם בית-המשפט התר פגעה בלתי-קבילה בזכויות אדם, אפשרה מגילת-זכויות זו הגנה נאותה על הזכויות, ולא היה צורך כלל בהכרה על בטלותו של חוק. בתחום אחד – התופש מהת – אמנים נראה שההgelות החמורות על זכויות הפרט מקורה בחקיקה מפורשת, אבל גם מהפכה החוקתית אינה מאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקיה זו.<sup>5</sup>

(2) כמו כל מהפכה אחרת, תוצאות מהפכה חוקתית זו תלויות בנסיבות שעושים אותה. פסקי-דין אחדים שניתנו אחרי קבלת חוקי-היסוד, ושבהם עוסק בהמשך, אינם מצביעים על שינוי בתפישות בסיטuatlon בקשרים הפגיעים ביותר במערכות ההגנה על זכויות אדם בישראל.

במאמרי זה רצוני לזרון במאפיינים מרכזיים של פסיקת בית-המשפט העליון הנוגעת לזכויות אדם. הנישה תהיה מוסדית. הדיון הוא בדרך שבאה בתי-המשפט התייחס, ומתיחס, לזכויות אדם. אני מודע היטב להבדלים בין המשפט הפלילי בישראל לבין המשפט בשטחים, אולם היות שזכויות אדם אין ניתנות לחולקה, עוסק בפסיקתו של בית-המשפט כמכלול אחד, בלי הבחנה בין פסקי-דין הנוגעים לבין אלה העסקיים בשטחים. בחלק הראשון אדון בஸוגת המשפטית שבית-המשפט יצר להגנה על זכויות אדם במדינה שאין לה חוקה פורמלית או מגילת זכויות אדם. החלק השני יוקדש לדיוון בגישת הפסיקה כלפי כמה זכויות אורחות ופוליטיות קלסיות – חופש הביטוי, שוויון, הזכות להשתתף בחוקים הפליליים וחופש הדת. בחלק השלישי אדון בדרך שבאה בתי-המשפט מטפל בתangenשיות בין זכויות אדם לבין בטחון המדינה. החלק האחרון יוקדש להערות על הקשר בין מהפכה החוקתית ל"מהפכה השקטה".

## ב. המוגנות השיפוטית להגנה על זכויות האדם

1. אין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מידת ההגנה השיפוטית שתינתן לזכויות אדם התעוררה בבית-המשפט העליון וכן קוצר אחרי הקמתו בחודש ספטמבר 1948. בפסקין-הדין המפורסם בג"ץ זיו<sup>6</sup> ובג"ץ ליאון<sup>7</sup> נתקבש בית-המשפט לפסול הוראה בתקנות ההגנה שנותנה סמכות לרשות המבצעת

5. סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, קובע כי אין בכוחו של חוק היוסד כדי לפגוע בתוקפו של דין שתהה קיים ערב תחולתו של חוקי-היסוד.

6. בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בטונל על האיוור העירוני תל-אביב ואח', פ"ד א' 85.

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

להתפס רכוש של הפרט בלבד הлик שיפוטי. בית-המשפט סירב לקבל על עצמו תפקיד זה, הנימוקים שניתנו להזדקת עמדתו זו ידועים לכולו: בית-המשפט לא ראה את מגילת העצמאות כחוקה, שעיל-פה אפשר לבחון חוקים, והוא ייחס פירוש צד לקובעתו של סעיף 11 לפיקוד סדרי השלטון והמשפט, שהמשפט הנוגע עבר הקמת המדינה נקלט "בשינויים המותיבים מהקמת המדינה וושאותיה". בורו, שמאחורי נימוקים אלה עמדת חפיסה עקרונית לגבי תפקידה של הרשות השופטת במדינה דמוקרטית. חפיסה זו קיבלה ביטוי מפורש בפסק-דיןו של בית-המשפט בנג"ץ לין, בית-המשפט הסביר, כי בעוד שישנן שיטות משפט (כגון השיטה השוואתית) שבahn ניתן לשופט כוח להשלים לקונות בחוק, אין זה מתקיים של השופטים לבטל

בכה שיפוטם חוקים הקיימים ללא ספק, אלא שאינם חבאים על  
הציבור...ואין מוכנים למכת בדרך זו, כי עליידי זה נגע  
בכוחות הכוח המחוקק בארץ ווותי היום מעצמה המדינה הזמנית.<sup>8</sup>

גיישה עקרונית זו, שלפיה אין זה מתקיינו של בית-משפט במדינה דמוקרטית להתערב בחקיקה ראשית הפוגעת בזכויות הפרט, נקלטה כאמור יסוד של הפסיקה. בית-המשפט חזר עליה פעמיים.<sup>9</sup> גם במקרים שבהם היה מוכן להודות כי חוק פוגע בזכותי-יסוד בסיסית, כגון חופש המזנון, דבק בית-המשפט בעמדתו זו וסירב לפטול את החוק בשל כך.<sup>10</sup> את ההסברים לכך לא קשה למצואו.<sup>11</sup> אך מעבר להסבירים הנוגעים לחששות לפוליטיזציה של המערכת השיפוטית ולפגיעה במעמדו של בית-המשפט, ברור שתפיסת זו הייתה נוכח מאוד לבית-המשפט. היא פטריה אותו מן האזרך להתמודד עם קבילותם של חוקים שהישוב היהודי תקף בחריפות בעת התקנות על-ידי שלטונות המנדט, אך לא היסס להשתמש בהם כנגד האוכלוסייה הערבית אחראית הקמת המדינה;<sup>12</sup> ושל חוקים דרמטיים להפעלת קրענות מערבים, שחוקקה מדינת ישראל;<sup>13</sup>

.8. שם, 70.

.9. ראו פסק-דיןו של השופט ברק בנג"ץ 89/142 ואית' תנעות לאו"ד – לב אחד ורוח חדשה ואה' נ' ישב-ראש הכנסת ואח' פ"ד מד (3) 529 (להלן: בנג"ץ לאו"ר), שבו הוא סוקר את הפסיקה שדבקה בגיישה זו.

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

.11. פירטתי הסבירים אלה במארבי, פירטתי הסבירים אלה במארבי, פ"ד כו (1) 129 (להלן: ע"א רוגוזינסקי).

.12. הכוונה היא לתקנות הגנה (שעת חירום), 1945 (תומ"ב 1442, עמ' 855). לתקיפת תקנות אלה עליידי היישוב וראו סיכום הדברים שנאמרו בכנס-מחאה של הסתדרות ערכבי-הדים היודים בארץ-ישראל, שהתקיימים ב-7 בפברואר 1946 – דפרקליט ג (תש"ו) 58.

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

כאמור לעיל, תפיסה עקרונית זו של בית-המשפט, שלפיה אין הגבלות חוקתיות על כוחה החקיקתי של הכנסת ושבית-המשפט לא יפסול חוק בשל כך שהוא פוגע בזכותו יסוד, נשarra על כנה עד לחקיקתם של חוקי-היסוד בענייני זכויות אדם בשנת 1992. אולם, בשני פסקי-דין נתנו השופטים שmag'ri<sup>14</sup> וברק'י<sup>15</sup> ביטוי לעמדתם, שיתacen שינוי מסוים בתפיסה גם אם לא ניתן לו מונט פוליטי בדבר חקיקה של הכנסת, אך עמדתם זו נשarra במשמעות העקרוני ולא הבשילה לנכונות ישומית לפוסל חקיקה. זמן לא רב אחרי מתן שני פסקי-דין אלה נחקקו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, שטיפקו לבית-המשפט לגיטימציה פוליטית וחוקתית לביקורת שיפוטית על חקיקה. יש לנו, שהביקורת השיפוטית על חקיקה הנוגעת לזכויות-יסוד תזקק בעתיד למסגרת זו ולא לניצני גישה השיפוטית של השופטים שmag'ר וברק שקדמו לקלות חוקי-היסוד.

**2. הצורך בהסמכה בחוק**  
 ההימנעות העקרונית מביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בין מנדטוריות בין של הכנסת, והיעדרה של חקיקה (שלא לדבר על חוקה) שתגן על זכויות אדם, אין פרושם שביית-המשפט לא פיתח שיח משפטני הנשען על מושגים של זכויות אדם. וכן קוצר לאחר הקמתו נתן בית-המשפט ביטוי להכרתו בקיומן של "זכויות טבעיות" שאינן תלויות בחקיקה או בתקפה פורמלית. בפסק הדין המפורסם בbg'z בז'רנו<sup>16</sup> אמר השופט חסין את הדברים הבאים:

כל גדול הוא, כי לכל אדם קניה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלוח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלוח-יד אינהASAה מטעם חוק.<sup>17</sup>

האמת ניתנת להיאמר, כי באמדה זו של השופט חסין טמונה סתירה פנימית. אם הוכות לבחן במקרה היא זכות טבעית של האדם, למה ניתנה למשוך סמכות בלתי-משמעות להגביל את הזכות? זכויות טבעיות שיוכחות לאדם בשל היותו אדם, ואין למדינה סמכות ליטול אותן ממנה. נראה אפוא, כי על-אף היוקחותו של השופט חסין למושג "זכויות טבעיות", אין דבריו מרים על נכונותו של בית-המשפט ליבא תפיסות של משפט טبعי לתוך נישתו הפוציאטיבית. עם זאת, לדבריו של השופט חסין מקום של כבוד בכיסוס מגילת-הזכויות השיפוטית. ראשית, הם ביטאו שיח משפט של זכויות אדם. שנית, היה בהם משום הכרה שיפוטית בהנחות חירות כללית, דהיינו, הנחה שכל אדם חופשי לפעול ככל עוד אין איסור בחוק על פעולתו. הנהה זו היא תנאי הכרתי, אם כי לא מספיק, לשלטונו

14. בbg'z 86/86 בchan' ב' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא (2) 540.

15. בbg'z לאורי' (עליל, העלה 9).

16. בbg'z 1/49 בז'רנו ואח' ב' שר המשטרה ואח', פ"ד ב (1) 80 (להלן: bg'z בז'רנו).

17. שם, 82.

החוק ולהגנה על כוויות הפרט. Mayo בג"ץ בזירנו מיתרונת הנחתה זו לעיקרון כלל, שלפיו אין להתרגש על זכות-יסוד, אלא מכוח הסמכה ברורה בחקיקה ראשית. עיקרון ההסתמכתה הברורה נוטן בידי בית-המשפט כל'י לעגנה על חירות-יסוד בהקשרים שונים. בית-המשפט תיק עיקרון זה כאשר תחם את הסמכות הסתוטורית לא רק לפיה לשון הוראת ההסתמכתה, אלא גם לפיה מטרתה, מטרת הסמכות, שלרוב אינה קבועה בחוק עצמו, מותוויה לפי ערכיהם כללים שבית-המשפט קובע.

התחום העיקרי שבו נעשה שימוש בעיקרון זה – שלפיו אין להטיל הגבלה על חירותות הפרט בלבד הסמכה ברורה בחקיקה ראשית – הוא תחום של חופש מדת. בתחום זה גם הודגש מקומה של המטרה בתיחסות גבולות הסמכות שנ מסורת לרשות. סמכות שנ מסורת לרשות למטרה כללית, כגון הבטחת חלוקת מזון,<sup>18</sup> הבטחת הסדר הציבורי<sup>19</sup> הגנה על בריאות הציבור<sup>20</sup> והגנה על רוחותה של האוכלוסייה – אין להשתמש בה כדי לקודם ערכי דת. רשות המשמשת בכוחו שנייה לה כדי לקודם ערכים באלה, חרוגת מסמכותה. מדיניות שיפוטית זו – שלפייה אין די בהסתמכת לעשות פולנית, כגון הסדרות שעונות פתיותם וסיגרתם של בת-עסק ובתי-יקלונוע, כדי להקנות סמכות לרשות לעשות אותה פעולה בAGMAה לקודם מטרה דתית – סיפקה לבית-המשפט לקובע נורמות הגבילות המוטלות על חירות הפרט מטעמי דת, מבלי שנאלץ להתנגש עם הרשות המחוקקת. בית-המשפט לא כפר מעולם בסמכותה של הרשות המחוקקת לקובע נורמות הפוגעות בחופש מדת,<sup>22</sup> אך הוא הדגיש, כי "עקרון מוסד הוא כי הגבלות על חירות זו של האדם – הנוגעת לענייני דת ומצפון – תענש על ידי המחוקק הראשי ורק במקרים נדירים על ידי מחוקק משנה אם והסמרק לכך בדרך שאינה משתמעת לשתי פנים".<sup>23</sup> בගישותם זו ביטאו השופטים השלמה עם המציגות הפלטתית בישראל המכובבה שלילוב נורמות דתיות בחוקי המדינה. השלמה זו נבעה אולי מן החשש שניסיון להציג את סמכותה של הכנסת לכפות נורמות דת היה גורר תגובה חריפה של המערכת הפלטתית, הייתה מוצאת דרך לעקוף את פטיקתו של בית-המשפט. יש לציין, כי בשני מקרים שבתאי המשפט פסלן חקיקת-משנה על סמך הnimok שלשות מקומיות לא הייתה הסמכה ברורה לקודם ערכי דת, דאג המחוקק לצידם את הרשותות המקומיות בהסתמכת ברורה כזו.<sup>24</sup>

18. ראו בג"ץ 54/98 ואח' לרוביין נ' המפקד על המונות ירושלים, פ"ד י. 40.

19. ראו בג"ץ 122/54 אקסל ואח' נ' ראש העיר נסניה, חבריו המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524 (להלן: בג"ץ אקסל).

20. ראו בג"ץ 55/72 ואח' פרידי נ' עיריית תל אביב-יפו ואח', פ"ד י 734 (להלן: בג"ץ פרידי).

21. ראו ת"פ (ירושלים) 3471/87 ואח' מדינת ישראל נ' קפלן ואח', פס"מ תשמ"ח (ב) 265 (להלן: ת"פ קפלן).

22. ראו, למשל, ע"א רוגוזינסקי (לעיל, העלה 10).

23. ת"פ קפלן (לעיל, העלה 21), 271. וראו בג"ץ אקסל (לעיל, העלה 19); בג"ץ פרידי (לעיל, העלה 20).

24. בעקבות בג"ץ פרידי (לעיל, העלה 20), שבו קבע בית-המשפט כי אין לרשות מקומיות סמכות לאסור בחוקי-עור מכירות בשער חור, נקבע חוק הרשותות המקומיות (הסמכתה מוחדרת),

השימוש בעקרון ההסכמה הברורה לא הגבל לתחום של ערכי דת. נעשה בו שימוש גם בהגנה על הוכות לשலומות גופניות,<sup>25</sup> חופש העיסוק,<sup>26</sup> חופש התאגדות<sup>27</sup> והוכות להשתתף בבחירות.<sup>28</sup> כוחו האמיתי של עיקרון זה הוגם במקרים שבהם בית-המשפט איןנו שלם עם המצב המשפטי, והוא סביר כי יש מקום להגבלה על הוכות הנידונה, אך הוא בכלל-זאת עמד על הדרישה להסכמה ברורה בחוק, שני פסיקידין מודגמים את נוכנותו של בית-המשפט לכלכת בדרך זו, וב└בד שלא יתר הגבלה על כוות-יסוד תוך הפרת העיקרון.

בבג"ץ אופק<sup>29</sup> נידונה פקודת-קבע של מפכ"ל המשטרה שאסורה התאגדות שוטרים באיגוד מקצועי. השופטים היו בדעתה, שיט טעם רב בעמדת המפכ"ל שלפיה אין לאפשר לשוטרים להתאגד בארגון שוטרים. עם זאת, בית-המשפט לא מצא הסכמה בחוק למפכ"ל להגביל את חופש התאגדות וליפיכך פסל את פקודת-הקבע.<sup>30</sup>

בבג"ץ קטלן<sup>31</sup> דין בית-המשפט בצד שנקטו רשותות בית-סוהר כדי למנוע חדירת סמים לבין כתליין. הניטין וראה, שאסירים החזירים מהופשה בולעים סמים עוטפים בניילון ולאחר מכן הם מוציאים אותם בפועל מעיים עם שובם לבית-הכלא. כדי להילחם בתופעה זו החליטה הנהלת בית-הסוהר לבצע חוקן באסירים עם שובם לכלא. בית-המשפט מצא, שהאמצעי היה דרך ייעילה לטפל בתופעה קשה – שימוש בסמים בין כותלי בית-הסוהר, אולם הוא קבע, כי התדרירה לגוף של אדם ללא הסכמתו היא פגיעה קשה בכבוד האדם, ומכיון שלא ניתנה סמכות בחוק לשפטונות לפגוע בוכחות לכבוד של אסירים, אסר בית-המשפט על המשך השימוש באמצעותיו זה.

תש"י-1956, ס"ח 16 (ראו את דברי התשבר בהצעת חוק הרשותות המקומיות (הסכמה מיוודת), תשט"ו-1956, ה"ת, 165). בעקבות פסיקת-הדין של בית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים בת"פ קפלן (לעיל, העלה 21), שבו נקבע כי אין לעירייה סמכות לחייב חוק עירוני המתיבס סגירת בת-יקולנו כשבתוות ובଘים, נתබל תיקון לפקודה העיריות המסמן מועצת עירייה להפעיל את סמכותה להסדרת שעות מתיחים וסגריהם של בת-יוסק "בהתחשב בטעמים שבנסיבות רדיית". ראו חוק לתיקון פקודת העיריות (טט' 40), תשנ"א-1990, ס"ח 34.

25. ראו בג"ץ 355/79 ואח' קטלן נ' שירות בת-סוהר ואח', פ"ד לד (3) 294 (להלן: בג"ץ קטלן).

26. ראו, למשל, בג"ץ 252/77 באגני נ' עיריית תל-אביב, פ"ד לב (1) 404; בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר ההגנה ואח', פ"ד לו (3) 337.

27. ראו בג"ץ 78/89 אופק ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לב (3) 480 (להלן: בג"ץ אופק).

28. ראו ע"ב 2/84 ואח' נימן נ' יירר ועדת-הבחירה המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (להלן: ע"ב נימן (I)).

29. לעיל, העלה 27.

30. אחריו מתן פסיקת-הדין תוקנה פקודת המשטרה על-ידי הוספה סעיף 39ב האור על שוטרים להשתתף לארגון שוטרים. ראו סעיף 39ב לחוק לתיקון פקודת המשטרה (טט' 6), תשל"ט-1979, ס"ח 137.

31. לעיל, העלה 25.

האם בית-המשפט שמר בעקבות על עקרון והסמכה הברורה? התשובה חייבת להיות שלילית. כתוב רצוני לדון במקירם שבhem סטה ממנה.

המקורה המפורסם ביויתר שבו סטה הרוב בבית-המשפט העליון מן העיקרון היה בע"ב ירדור<sup>32</sup>, בפרשנו זו נידונה החלטת ועדת-הבחירות המרכזית לפסול רשימה שהיתה מזויה עם תנועת אל-אדר, שהוצאה מבחן לחק. כל שלושת השופטים שישבו בדיון הניתן, כי חוק הבחירה איננו נותן סמכות לוועדת-הבחירה לפסול רשימה, הממלאת אחר כל הדרישות הפורמליות להשתתפות בחירות.<sup>33</sup> אולם רק שופט-המעוט, השופט חיים כהן, זבק בעיקרון שאין לפגוע בזכות פוליטית יסודית – הזכות לottenham ותוכחות לבחור – בעלי הסמכה ברורה בחוק. השופט Zusman זנוח להלוטין את העיקרון לטובת מה שבינה "עיקרון על-חוקתי", הונתן למدينة כוח לנוקוט צעדים להגן על עצמה נגד אויביה גם בהיעדר סמכות סטטוטורית לכך. השופט Agmon היה רגיש יותר לעיקרון ותייחס עיגון סטטוטורי לסמכות פסילה של רשימה השוללת את מדינת ישראל כמדינה יהודית וחורתה תחתה. הוא היה בדעה שמסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו הכנסת הוא בית-הגבחרים של המדינה, יש להפסיק, כי

הדבר הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על-ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקו, באמצעות הממשלה הונשאת באחריותם הכלפין, על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר מכל מקום השאלה, אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונותה, ואם לאו – שאלת זו אינה יכולה כל לעלות על סדר יומו; שהר עצם הציגה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חוננו ואת האני מאמין שלו.<sup>34</sup>

האוף המואמן של פטרון זה בולט לעין: לו קבעה הוראת החוק רק כי הכנסת היא בית-הגבחרים, האם היה השופט אגרנט מגע למסקנה אחרת? סוגיה אחרת שבה כביר בית-המשפט בכוון לסתות מן העיקרון נוגעת לזכות השמיעת לפני גירוש אדם על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.<sup>35</sup> בנג"ץ קוואסמה<sup>36</sup> קבע הרוב בבית-המשפט העליון, כי זכות השמיעת לפני גירוש היא זכות-יסוד שנייתה לה הגנה סטטוטורית בלתי-מסוגגת בתקנה 112. لكن אין הרשות יכולות לטען

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

33. יש לציין, שבפסקידינו בע"ב נימן (1) (לעיל, העלה 28), חילק השופט ברק על הנחה זו.

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

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

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

לسمכות לפגוע באוותה זכות גם אם הן סכורות שטעמי ביחסן מתייבבים זאת. בפסק הדין הנוגע לגירוש 400 אנשי החמאס וידון נסיבות של הרשות הצבאית לוחק לעצמן סמכות לפגוע בזכות שמיעה זו.<sup>37</sup> בנסיבות כאמור שהתקנו נקבע, כי במקרה של גירוש לזמן מוגבל תתקיים זכות השמיעה אחורי ביצוע הגירוש. בית-המשפט העליון פסל צוים אלה, אולם תוך טריה כורחה מהלכת בג"ץ קוווסמה הוא קבע שבידי הרשות סמכות אינגרנטית לפגוע בזכות השמיעה כאשר להערכתן כורחה המזיאות מתייב פועלה מיידית.<sup>38</sup> בคร פגע בית-המשפט בעקרון שאין להתייר פגעה בזכות יסוד – זכות השמיעה נחשבת כזכות יסוד – אלא הסמכתה בחק.<sup>39</sup>

ראינו לעיל, שבഫעלת עקרון ההסמכתה הכרורה נזק בית-המשפט למטרת הסמכות כגורם בתיחס גבולותיה. במקרים הנוגעים לנסיבות לכפות נורמות דתיות הביאה גישה זו של בית-המשפט להרחבת הגנה על הזכות לוחש מזת. אולם לאחרונה עשה בית-המשפט שימוש בגישה זו כדי להרחיב את סמכותן של הרשות לפגוע בזכות יסוד, בעמ"ם פלוגים כי שר הביטחון<sup>40</sup> נידון מעצר המינהלי של אזרחים לבנויים. שר הביטחון לא טען שהעצירים עצם מסכנים את בוחן המדינה או את בוחן הציבור, אלא שהם מוחקים ככל-מיקוח במ"מ לשחרור שכויים וגערדים ישראלים. נראה בבירור שמלבד מינהלי אמורה להיות מניעתית, דהיינו: מניעת סכנה הצפואה מן העציר אם יהיה וופשי. כך נאמר בזמנו כאשר הוצאה חוק סמכויות שעת-חירום (מעדרם), תשל"ט-1979, לפני הכנסתה, כך נקבע פעמים רבות בפסקה וכך הוסבר המעדן המשפטית. אולם הרוב בבית-המשפט העליון קבע כי מכיוון שהמושג "בוחן המדינה" כולל בחומו שחזור שבויים, אפשר להחויק אנשים שאינם מסכנים את הביטחון ככל-מיקוח לשחרור שבויים.<sup>41</sup> כאן הוחבה מטרת הסמכות כדי להצדיק פגעה קשה בזכויות אדם שאינה מתיישבת עם עקרונות יסוד של המשפט הבינלאומי.

37. פרשה זו נידונה בגב"ץ 5973/92 ואח' האגדה לזכויות האזרח בישראל כי שר הביטחון ואח', פ"ד מו (1) 267.

38. לביקורת על גישה זו של בית-המשפט רואו מרדכי קרמניצר, "גירוש הגירוש", פלילים ד (תשנ"ד) 17; איל בנבנשטי, "גירוש ונשמע", משפט וממשל א (תשנ"ד) 441.

39. בעניין זה יש לציין, כי אפשר להבחין בין זכות השמיעה שameda, על-פי הפסיקת, בהיעדר הוראה סטוטורית בעניין, לבין זכות שמיעה סטוטורית. נראה, שזכות שמיעה לא-סטוטורית נוצרת מראש הזכות מסיגת, אולם היקפה של זכות שמיעה סטוטורית היא פונקציה של הוראת החוק היוצרת אותה, כאשר החוק אינו מסיג זכות שמיעה הנינתה כנגד שימוש בסמכות בוחנית,קשה לקבל את העמדה שוכות זו תהיה כפופה לחריג בטומני. רואו בנבנשטי, שם.

40. עמ"מ 10/94 פלוגים כי שר הביטחון (טרם פורסם) (להלן: עמ"ם פלוגים).

41. רואו דבריה של שופטת-המעיט, השופטת דורבר, שם.

42. יש לציין, שבזמן כתיבת שורות אלה הייתה תלוי ועומד דין נוסף בשאלת זו בבית-המשפט העליון.

3. פרשנות הוראות חוק כדי לחת תוקף לכוחות-יסוד בפסק-דיןינו בבג"ץ קול-העם<sup>43</sup> הניח השופט אגרנט תשתיית תיאורטיבית להגנה שיפוטית על זכויות הקשורות בהליך הדמוקרטי, כגון חופש הביטוי, תשתיית זו נשענת על העובדה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, ההופכת אצל השופט אגרנט לנחות חוקתי, נתון חוקתי זה איננו פוגם בכוחו של המשפט לקבוע הוראות חוק הפוגעות בזכויות-יסוד – אףלו אותן זכויות-יסוד הקשורות להליך הדמוקרטי – אך שומה על הרשות לשים זכויות אלה לצד ענייהם בבואן לפרש חוקים. במקרים שבהם ישנים שניים או יותר פירושים אפשריים לחוק, על הרשות לבחור באוינו פירוש המתישב יותר עם הגנה על זכויות אדם במדינה דמוקרטית.

בפסק-דיןינו בבג"ץ קול העם לא ותימר השופט אגרנט לצורך תיאוריה כללית בדבר ההגנה על זכויות אדם במדינה ליבורלית. הוא האצטמצם בזכויות הקשורות בהליך הדמוקרטי, דהיינו: בזכויות, שכහיעדרן מתרוקן הлик זה מתוכנו המהותי. אולי מה שלא עשה השופט אגרנט עשתה הפסיקה אחרת. פסיקה זו הינה, שיש קשר הכרחי בין מדינה דמוקרטית לבין ההגנה על מכלול זכויות האדם המוגנות במדינה ליבורלית.<sup>44</sup> השיח המשפטי השתנה, במקומם והליך הדמוקרטי, שעליו דבר השופט אגרנט, תחילית בית-המשפט לדבר על מדינה דמוקרטית נוארה, על מדינה דמוקרטית-ליבורלית או סתם על המקובל במדינה דמוקרטית.

גם kali זה שיטפיך השופט אגרנט – שאפשר לכנותו עקרון הפרשנות הדמוקרטית – נותן כוח ניכר לבית-המשפט המעוניין להגן על זכויות אדם מבלתי לפפק בתקופה של חקיקה. בעיקרונו זה נשעה שימוש כדי להרחיב את ההגנה על זכויות-יסוד. בבג"ץ ברגמן נ' שר האוצר<sup>45</sup> נזקק בית-המשפט לעיקרונו כדי לנמק את עמדתו, שהמושג "בחירות שותות" חל לא רק על הזכות לבחור, כי אם גם על הזכות להתמודד בחירות. בבג"ץ חילזון ביקש שופט-המעיוט, השופט שמנור, לחת פירוש ממצמצם לסעיף 31 לחוק מועצת הפירוט ("צורך ושוווק"), תשל"ג-1973, כדי למגנע פגיעה בחופש העיסוק.<sup>46</sup> בע"א נאסר נגעה השאלה לסמכוותו של רשם העמותות להתערבות בשם העמותה שהחרו המבקשים.<sup>47</sup> בית-המשפט ראה בוכות לבחור בשם לתאנגיד חלק הן מחופש התאגידות הן מחופש הביטוי. לפיכך קבע, כי יש לפרש במצ祖ם את סמכותו של הרשם להתערבות בשם שנבחר לתאנגיד. ואולם גם כאן אפשר להציג עיל מקרים שבהם בית-המשפט סטה מן העיקרונו שקבע.

43. בבג"ץ 75/73 חברת "קול העם" בע"מ נ' שור הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: בבג"ץ קול העם).

44. בהליך זה דנתי במקום אחר. ראו: David Kretzmer, "Democracy in the Jurisprudence of the Supreme Court of Israel", 26 *Israel Yearbook on Human Rights* (1997) 267

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

46. בבג"ץ 75/73 "הילדון" חברת יצואו ויבוא גידול ומווצרי חקלאות בע"מ נ' המלצה ליצור פירות ושווקם (મועצת הפירוט), פ"ד ל (3) 645, עמ' 654.

47. ראו ע"א 4531/91 נאסר ואח' נ' רשות העמותות, פ"ד מ"ח (3) 294. המבקשים ביקשו לקרוא לעמותה "עמותה ישראלית פלשתינאית לזכויות אדם". רשות העמותות גרסה, שרישום שם זה עלול להטעות את הציבור לחשב שמדינה ישראל מכירה במדינה פלשתינאית.

(א) תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945  
 תקנה זו היא אחת מהוראות החוק החמורות בספר החקקים של מדינת ישראל, היא מתיירה למפקד צבאי לתפוס בית ולזרסו, אם תושבי הבית, או חלק מהם, היו מעורבים בעבירה על תקנות ההגנה הכרוכה בשימוש באלים, גם בבית-המשפט העליון תיאר את ההוראה כהוראה קשה הפוגעת בקורות-גג של בני משפחתו של מגע.<sup>48</sup> אפשר היה לצפות אפוא, שבית-המשפט יתן לתקנה פרשנות צרה שיש בה כדי לזמן את תחולתה, אולם בית- המשפט הילך בכיוון ההפוך.  
 בנוסחה האנגלית המקורי של התקנה נקבע, כי המפקד הצבאי מוסמך להחרים בית הנמצא באיזור, בעיר, בכפר או ברחוב

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

בבג"ץ חמורי<sup>49</sup> טענה באט-כוחם של בעלי בית, שא-אפשר להרים בית שבו גרות כמה נפשות, אם רק אחת מהן היתה מעורבת בעבירה, טעונה היתה, כי ב-המשפחה אחד איןנו יכול להיחשב לא כ-Inhabitants של הבית ולא כ-some of the inhabitants, מכיוון שהבייטוי some of המשמעותו, כי לפחות שניים מDIRECTOR הבית היו מעורבים במעשה העבירה.  
 משמעותו הרגילה של הביטוי some of היא אכן לפחות שניים מתוך קבוצה או אוכלוסייה, יוצא כי הפירוש שהוצע על-ידי באט-כוחם בני הבית היה פירוש אפשרי של תקנה 119. לו فعل עלי-פי עקרון הפרשנות האמור לחול במקרה של הוראת חוק הנוטנת סמכות לרשות לפגוע בזכותו-יסוד, היה בית-המשפט מאמץ פירוש זה, ועל-ידי כך מזמן את היקף הסמכות להוראות על הריסת בית. בית-המשפט לא עשה כן. הוא אמר:

אין כל בסיס לא לשוני ולא ענייני לפרש את הביטוי  
 some of the inhabitants  
 בהכרח, למעלה אחד.<sup>50</sup>

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

48. ראו, למשל, בג"ץ 361/897 שוקרי נ' מפקד כוחות צהיל (לא פורסם). וראו גם בג"ץ 39/434/4 סחויל ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד (1) 464 (להלן: בג"ץ סחויל), עמ' 466,  
 שבו תיאר בית-המשפט את הסנקציה הקבועה בתקנה 119 כ"פעולות עונשי בלתי-שגרתיות".

49. בג"ץ 361/823 חמורי נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439.

50. שם, 442.

מסקנה זו מופרכת היא על פניה הן מבחינת נוסת התקנהthon  
 מבחינת המדיניות החקיקתית המונחת ביסודה.<sup>51</sup>

קשה לקבל את עמדת בית-המשפט כי המסקנה האמורה מופרכת מבחינת לשון התקנה. כפי שצוין לעיל, לפי הנוסת האנגלית נראה שמדובר במסקנה זו מתישבת יפה עם נוסת התקנה, גם אם היא אינהה המסקנה הוכחית. אך מעבר לעניין הלשוני, ברור שגישת בית-המשפט שונה בתכליתו השני מן הגישה שאומצה בבג"ץ קול-העם. בית-המשפט איןנו מאמן פירושו המציג את היקף הסמכות לפגוע בזכות, כי אם פירוש המבthis כי הרשות תוכל להרחיב את השימוש בסמכותה הדרוקנית. בית-המשפט איןנו מודאג מן הפגיעה הקשה בזכויות-יסוד, אלא מן החשש שהוא יונבל כוח הרשות לפגוע בזכות. בית-המשפט גם אינו מסביר מהי המדיניות החקיקתית המונחת ביסוד התקנה. נראה שהכוונה היא ליכולת להשתמש בהריסת בתים באמצעות הרעה, גם שהוא מופעל נגד חפים מפשע.<sup>52</sup>

(ב) פירוש אמונה ג'נבה IV  
כאשר מדובר במצב זכויות האדם בשטחים, נזקק בית-המשפט לא רק לפירוש דברי حقיקת, אלא גם לפירוש הוראות באמנות בinalgומיות, ובמיוחד באמונה ג'נבה IV. אמונה זו היא אמונה הומניטרית, שמרתה הגנה על זכויותיהם של אזרחים בשעת מלחמה. בפירוש אמונה זו נקט בית-המשפט עדמה עיקבה המעדיפה את כוחות הרשות על-פני זכויות הפרט.<sup>53</sup> בית-המשפט אפילו סיפק הסבר תיאורטי לקו הפרשנות שאימן, שבפירוש אמונה יש להעדיף פירושו המציג במידת האפשר את הפגיעה בריבונות המדינה. גם אם יש רגילים לרעין זה בפרשנות אמונה הנוגעת ליחסים בין מדינות,<sup>54</sup> ברור שהוא איננו קביל כאשר מדובר באמונה שמרתה הגנה על זכויות אדם.<sup>55</sup> הוא גם עומד בנגד מוחלט לעקרון הפרשנות של בג"ץ קול-העם.

.51. שם.  
.52. בפועל יש להטיל ספק בהנחה של מדיניות החקיקתית מאחריו התקנה 119 הייתה למת למפקד צבאי "אמצעי הרתעתי עיל". הסמכות הפורמלית להරוס בתים נסודה במלחמות של הבורים נגד האירים בשנות העשרים המוקדמות. המטרה המקורית במתן סמכות זו צאתה דופן זו למפקדים הצבאים היה לספק להם מסגרת "חוקית" לפעולות התגמול שהחיללים הבורים נהגו לבצע אחריו שבלו אבדות. ראו דוד קרגמר, "ביקורת בג"ץ על הרישום ואטיותם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (הוצאת נבו, תשנ"ג).

.53. ראו דוד קרגמר, "אכיפה ופירושה של אמונה ג'נבה – דרכו של בית-המשפט העליון", משפטים כו (תשנ"ה) 49.

.54. אמונה וינה, הנקשרת כאמנה המשקפת את המשפט הבינלאומי המינהגי הנוגע לדיני אמנה, אינה מוכירה כלל זה כאחד מכללי הפרשנות של אמנה.

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

## 4. תחימת שיקול-הדרעת המינהלי

ישנים מקרים רבים שבהם ישנה הסמכה ברורה בחוק להגביל זכות-ヰסודה, והוראת ההסמכתה אינה מסירה מקום לפרשניות שונות. במקרים אלה שני העקרונות שביהם דנתי – הצורך בהסמכתה ברורה ופרשנות דמוקרטית של החוק – אינם מספקים לבית-המשפט כליא להגנה על זכויות-ヰסודה. כאן משתלב הנדרך השלישי בכנין השיפוטי – חובת הרשות לאון בין המטרת שלמענה הווסכה להגביל זכות ובין הזכות הנפגעת. נראה, כי פסקידין הראשון שבו נעשה שימוש מובהק בנדרך זה היה פסקידינו של השופט לנדיי בבר"ץ אולפני הטרטה נ' גרי.<sup>56</sup> מחמת חשיבותו רצוני לדון בפסקידין זה.

הבעיה בבר"ץ אולפני הטרטה נעה לסמכתה של המועצה לביקורת סדרים הפעלת על-פי פקודת סדרי הראיונע, 1927. פקודה זו קובעת שאסור להציג סרט בפומבי, אלא אם ניתן היתר לכך על ידי המועצה. אין היא מפרטת מהם השיקולים שידריכו את המועצה בבואה להחלטת אם למתן היתר אם לאו. לכארה אפשר היה לחשב שככל עוד פועלת המועצה בתום-לב למלא את מטרות הפקודה – שמירה על הסדר הציבורי, ואולי גם על המסדר הציבורי – היא פועלת במסגרת סמכותה. אולם השופט לנדיי קבע כי בבואה להפעיל את סמכותה, על המועצה לקחת בחשבון שיסירוב לתת היתר פוגע בחופש הביטוי. מכאן, שמוטלת עליה חובה למצוא איזון נאות בין האינטראקציוני העומד מאחוריו הפקודה ובין חופש הביטוי שייגע אמ توפעל הסמכות לאסור הצגתו של סרט.

כאן הוסיף השופט לנדיי את העזקן לחובה זו למצוא איזון נאות: מבחן האיזון איננו נתון לשיקול-הדרעתה של הרשות בכל מקרה ומרקלה. הוא נקבע על-ידי בית-המשפט כմבחן עקרוני, שעל-פיו חיבת הרשות לפועל. ואת עוד: בית-המשפט יבודק אם החלטתה הספרטטיבית שנתקבלה על-ידי הרשות מת'ישבת עם אותו מבחן עקרוני; ואם התשובה היא שלילית, הוא יבטל את החלטה ועלול להורות לרשות איך לפעול במקרה שלפניהם.

במקורה הספרטיבי שנידון בבר"ץ אולפני הטרטה נעה השאלה, כאמור, להתנגשות בין חופש הביטוי לבין הסדר הציבורי. בית-המשפט יבא לתוך הקשר זה את המבחן שאותם בבר"ץ קול-העם מב奸 לפרשנות של סעיף מסוים בפקודת העיתונות, תוך שהוא מסביר:

...מן הדין הוא, כי נאמן לעצמנו את עיקר הנימקתו של בית-משפט  
זה בעניין "קול העם" נ' שידפונים... גם לגבי העניין דנן. נפסקה  
שם הלכה, שבאשר למשמעות סכנה לשלום הציבור יש להעדרף את  
המבחן, אם קיימת "ודאות קרובה" שהפרטים יסכן את שלום  
הציבור, על מבחן "הנטיה הרעה" של הפרטום... בעניין "קול-העם",

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

56. בר"ץ 243/62 אולפני הטרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואחר, פ"ד ט (4) 2407 (להלן: בר"ץ אולפני הטרטה).

...פירש בית-המשפט את התוראה הסטטוטורית הספציפית... בעוד שכאו אנו דנים בשיקול-דעת מינגלי, שלא הוגדר הנדרה נוספת בסעיף 6 (2) של פקודת סדרתי הראנו. אך ההמלטה ענין "קול-העם" הועמדה על בסיס רעיון רחב, התולם במלואו גם את העניין שלפנינו.<sup>57</sup>

הכללים שנקבעו בג"ץ אולפני הרטה סיפקו לבית-המשפט כלי בעל פוטנציה עצומה להגנה על זכויות-היסוד. ואמנם, נעשה בכך זה שימוש מושם, שקשה להפריזו בתודומתו להגנה-שיפוטית על זכויות הפרט. נראה לי, שני התחומים הבולטים שבהם נעשה שימוש כזה הוא התהום של צנזורה על סרטים ומוחות והתחום של רישיון תהליכי אסיפות. המשותף לשני תחומים אלה הוא הסמכות הנורצת שניתנה לרשויות שלטוניות להגביל חירות-יסוד. בית-המשפט הקבע את השימוש בסמכות זו ל מבחני-יאזון שיפוטיים ולביקורת שיפוטית מהותית, שתפקידה להביטה כי החלטות יתיישבו עם אותם מבחנים. התוצאה בשני תחומים הייתה דרמטית: כ柔ס שיפוטי בסמכות בפועל לצנור מוחות, שהוביל בסופו של דבר לכיטול סמכות זו;<sup>58</sup> ובמסגרתו של הציגור לקיים תהליכי אסיפות והפגנות.<sup>59</sup>

לי הבנתי, הכללים שנקבעו בג"ץ אולפני הרטה ובפסקין-הדין שהלכו בעקבותיו נקבעו ככללים מיוחדים למקרים שבהם ניתנה לרשות סמכות להגביל חירות-יסוד, כגון חופש הביטוי, חופש התקשורת וחופש התנועה, ולא ככללים הכלים בכל מקרה שבו רשויות שלטוניות מפעילה שיקול-דעת. אני מגדיש נקודה זו, מכיוון שבשלב מאוחר יותר פיתח בית-המשפט את עילת הסבירות כעליה כללית להתקשרות בשיקול-דעת שלטוני, כאשר בפסקין-הדין הראשון שבו הניח השופט ברק את התשתית לביסוס עיליה זו הוא הסתמך על פסקין-הדין הדנים בפגיעה בזכויות-יסוד.<sup>60</sup> ואולם ככל ג"ץ אולפני הרטה נבדלים מעילת הסבירות בענין עקרוני: על-פי כללים אלה, בית-המשפט קבוע מבחנים אי-זון עקרוני שעיל-פיו ורשות חיבת לפועל; ואילו בעילת הסבירות האיזון הוא אי-זון אדר-חוק שאיננו מודרך על-ידי מבחן זה או אחר. בניתוח עיליה כללית של סבירות הגירה שלא ספק את יכולתו של בית-המשפט לתקן את השלטון, אך יכול שגם תרומה מסוימת לפיחות בייחודיותן של זכויות האדם ולתפיסה הרואה באיזון זכויות מענה לכלול.

השימוש בעיקרון הדורש שיינן משקל נאות לזכויות-יסוד בהפעלת שיקול-דעת שלטוני בולט בתחום המקורי שבו השתמשו בו – תחום הביטוי. בהפעלת עיקרון זה קבע

.57. שם, 2418.

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

.59. בענין זה ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאה אלף רובלנסקי וברק מדרינה, שוקן, תשנ"ז), 1098-1115.

.60. ראו בג"ץ 389/80 דפי זהב בעמ' נ' רשות השידור ואחר, פ"ד לה (ז) 421.

בבית-המשפט, כי החלטה הפוגעת בחופש ביטוי בשל החשש לפגיעה עתידית בסדר הציבורי או בשלום הציבור הייתה יכולה לבוא מבחן הוודאות הקрова לנוק משני. מבחן זה הוחל על החלטות הצנזורה הצבאית,<sup>61</sup> על החלטות ארגני דשות-השידור בכוון להחליט לאסור שידור פרסומיים העולמים לפגוע ברגשות הציבור,<sup>62</sup> על החלטת מפקד-מחוז במשטרת אס לסרב לחת רשיון לתהלהקה בשל החשש של קהל עיון<sup>63</sup> ועל החלטת שלטונות בית-סוהר אם להתר לאסיר לכתוב מאמרם לעיתון.<sup>64</sup>

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

אפשר כמובן לחלוק הן על המבחן שנבחר להתגשות זו או אחרת הן על הדרך שבה הפעיל בית-המשפט את המבחן שנבחר במקרים אלו או אחרים. כך, למשל, הוטחה ביקורת על בחרת המבחן של "אפשרות סבירה" במקרים של פרסומיים הנוגעים להליך משפטי התלווי ועומדי;<sup>69</sup> ועל החלטת בית-המשפט בג"ץ עומר אינטראציונילי<sup>70</sup> כי הפרסומיים בעיתון שבגין הוצאה צו סגירה יצור ודוות קרובה לפגיעה ממשית בביטחונם של המידינה.<sup>71</sup> אולם אין כוונתי לדון כאן בביבורת מסווג זה, אלא לדון בשתי תופעות:

- (א) מקרים שבהם נוכח כל גיסון לנגבש נוסחת-איון;
- (ב) שימוש ב"איון אינטראקטיבי" במקרים שבהם לא נוצר הנסיבות לכך.

61. ראו בג"ץ 88/68 שניצר ואח' נ' הצנור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מ"ב (4) 617 (להלן: בג"ץ שניצר).
62. ראו בג"ץ 399/85 בהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מ"א (3) 255 (להלן: בג"ץ בהנא).
63. ראו בג"ץ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוון הדורי של משטרת ישראל, פ"ד ל"ה (2) 393 (להלן: בג"ץ לוי).
64. ראו ע"א 4463/94 ואח' גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד ג (4) 136 (להלן: ע"א גולן).
65. ראו בג"ץ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701.
66. ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מושם האוכלוסין בממשרד הפנים ואח', פ"ד מ"ז (1) 749.
67. ראו פקידיינה של השופט טוטסברג-כהן בג"ץ 94/94 4591 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מ"ט (4) 94 (להלן: בג"ץ מילר).
68. עם"מ 4/94 בז'הורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ה (5) 329 (להלן: עם"מ בז'הורין), עמ' 333-334.
69. ראו רובינשטיין (לעיל, העלה 59), 1059-1055.
70. בג"ץ 81/644 עומר אינטראציונל איינק. ניו-יורק ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לו (1) 227.
71. ראה: Pnina Lahav, "Israel's Press Law", *Press Law in Modern Democracies* (Pnina Lahav – ed., Longman, N.Y., 1985) 265, p. 273

## (א) זניחת נסחאות איזון

תקנה 94 לתקנות הגנה (שעת הידום), 1945, מחייבת כל מי שורצה להדפיס או להוציא לאור עיתון, לקבל תעודת-היתר מן הממונה על המהו. הממונה רשאי "ככל אשר ישר בעינוי ובמבלוי לחות כל טעם לדבר, להעניק או לסרב להעניק תעודת היתר... והוא רשאי בכל זמן לחתול או לבטל כל תעודה-היתר...".

דרישת ההיתר לעיתון היא ללא ספק דרישת בעייתה. במדינה דמוקרטית, הסמכות הרחבה שנינתגה לממונה על המהו מוסיפה חטא על פשע, ואולם, בפסק-דיןנו בג"ץ אל-אסעד תיאר השופט לנדי את הוראת תקנה 94 כהוראה שאינה מתישבת עם מושג-יסוד של חופש הביטוי במדינה דמוקרטית.<sup>72</sup> הינו מצפים מבית-המשפט לקבוע מבחן-אייזון נוקשים, שיצמצמו את סמכותו של הממונה על מהו לדוחות בקשה לקבלת היתר או לבטל היתר שניתן.

אמנם, כל עוד לא נחשפו נימוקי הממונה לפני בית-המשפט לא היה אפשר לקבוע מבחן-אייזון שיפוטי שהפעלו תعمור לביקורת שיפוטית.<sup>73</sup> אולם בעקבות בג"ץ אל-אסעד, שבו פסל בית-המשפט את החלטת הממונה שלא לחתום וSION לעיתון, לאחר שהממונה חשף את נימוקיו אך לא את הראיות שעיתון הושתו נימוקים אלה - אומץ הנוהג שלפניו כאשר מותקפת החלטת הממונה, הוא מגיש לבית-המשפט תעודת-חסין מטעם משרד-הביטחונות, אך מביע נוכחות שבית-המשפט יראה אל כל הדיאות, ופותח בכך את הרלת לביקורת עניינית על החלטתו.

בג"ץ עסל'י<sup>74</sup> החלטת הממונה לבטל היתר של עיתון, אף-על-פי שהעיתון הקפיד על כלל הצנזורה הצבאית, על סמך ראיות המצביעות על קשור עם אחד מן הארגונים הפלשטיינים שהוכרו כארגוני-טרור. השופט ברק דחה את טענת העותרים שיש להפעיל מבחן הסתברותי לבדיקת החלטתו של הממונה. הוא הסביר, שמדובר זה איננו גדר שCAS אשר הנימוק לביטול היתר אינו נועז בחזון הפרסומים בעיתון, אלא ב...תקשר ההדור והבלתי-אמצעי שבין העיתון לבין ארגון המתבלים".<sup>75</sup>

בג"ץ אל-חטיב<sup>76</sup>, דחה בית-המשפט את הטענה, שיש להפעיל מבחן הסתברותי על סמך הנימוק שלא נמצא זיקה לטענה בלשון תקנה 94. נימוק זה מעורר תמייהה, שהרי מאז שאיםן השופט לנדי את מבחן "הוודאות הקרכובית" לבדיקת החלטות המועצה לביקורת סדרתיים,<sup>77</sup> הופעל מבחן זה בהקשרים רבים שבהם אין לו זיקה בלשון החוק.<sup>78</sup> אמן,

.72. ראו בג"ץ 2/79 אל-אסעד נ' שור הפנים, פ"ד לד (1) 505 (להלן; בג"ץ אל-אסעד).

.73. ראו בג"ץ 64/39 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מהו הצפוף, נצרת, פ"ד י"ח (2) 340.

.74. בג"ץ 541/83 עסל'י ואחי נ' הממונה על מהו ירושלים, פ"ד לו (4) 837 (להלן; בג"ץ עסל'י).

.75. שם, 840.

.76. בג"ץ 562/86 אל-חטיב ואחי נ' הממונה על מהו ירושלים במשרד הפנים, פ"ד מ (3) .657

.77. ראו בג"ץ אולפני הסיטה (לעיל, העלה 56).

.78. הדוגמא הבולטת, מלבד החלטות המועצה לביקורת סדרתיים ומחוות, היא סמכות המשטרה לרשוי תהליכיitos ואסיפות. ראו רובינשטיין (לעיל, העלה 59), 1028.

הדרישה למכח הסחרותי, שנקבעה בפסק דין קול העם לפונציה של הוראת חוק ספציפית, נתפסה לאחר פסק דין זה כדרישה הנובעת מוחמת הרשות تحت משקל נאות לוכות שתפגע עליידי הפעלת סמכותה.

**(ב) איון בלתי-רדי**

המושג "איון" איננו מלהק סום שאפשר להשתמש בה בכל הקשור והקשר ולפטור כל בעיה ובעה. כפי שראינו לעיל, אין מקום לאיון בין זכות לבין אינטראט חברתי, אלא אם ניתנה הסמכה ברורה לרשות לפגוע בזכות נתונה כדי להגן על אותו אינטראט. זאת ועוד: גם כאשר ישנה הסמכה ברורה לקדם אינטראט ציבורי פגיעה בזכות פלונית, אין לומר שהסמכות משתרעת גם על הפגעה בזכות אחרת. אך, למשל, הסמכות לפגוע בחופש העיסוק איננה כוללת בחובה סמכות לפגוע בחופש מدت, אבל העיקר הוא שישנן זכויות שאינן מעמדות לאיון, הן אמרות לעמוד בכל תנאי ובכל מצב, על אינטראטים חברתיים יש להגן מבלי לפגוע בזכויות אלו.

זכות מרכזית בכל שיטת-משפט נוארה היא זכותו של כל אדם לחזקת החופות מפשע. עיקרון הנגורד מוכחות זו הוא, שבמשפט פלילי על התביעה הנintel להוכיח את אשמו של הנאשם. די בספק סביר בדבר אשמו של הנאשם כדי לثبت את זכויותיו. התיאוריה העומדת מאחוריו כלל זה גורסת, שעדיף כי תשעה אנשים אשמים יתחלכו חופשים מאשר שאיש אחד הף מפשע ייענש.

האמת ניתנת להיאמד, שהכלל הנ"ל אינו בהכרח הכלל היעיל ביותר להשגת חלק ממטרתו של המשפט הפלילי. יתרון, למשל, שלו אימצנו בהקשרים מסוימים את הכלל של המשפט האורחי – מאון ההסתברויות – הינו משפטיים את יכולתן של הרשותות לאכוף את המשפט הפלילי, והשפטו בוגרים מرتיעו היתה עולga. אולם שינוי זה היה מגדיל את הסכנה שחפים מפשע ייענשו. קשה אפוא להניח, שבית-המשפט היה משלים עם חוק שהיה מספק את הרשותו והענשו של הנאשם על-פי מאון ההסתברויות שביצע את העבירה, וכך גם להניח בודאות גמורה, כי בית-המשפט היה דוחה נשאט-נפש טעונה של התביעה, שنم אם הנאשם לא ביצע את העבירה אין לוותו בשל הנזק שייגרם לאינטראט חברתי, כגון בטעון המדיינה, בטעון הציבור או הסדר הציבורי.

הכלל הנ"ל, שלפיו הנאשם במשפט פלילי נהנה מחוקת החופות, הוא חלק מעיקרון ריבב יותר – אין מעניםים אדם אלא בשל מעשיו-הוא. העיקרון הכללי הזה נפגע אם יוצרים מסגרות אלטרנטיביות למשפט הפלילי, המאפשרות הענשת אנשים חפים מפשע בתואנה שאינם נחברים כנאשמים פליליים, שעלייהם חלה חוקת החופות.<sup>79</sup>

בעוד שבית-המשפט שמר על חוקת החופות במשפט הפלילי עצמו, הוא אפשר לרשותות לעקוף את המשפט הפלילי ולהטיל על חפים מפשע סנקציות שבאופןן הן סנקציות

79. לדין בנסיבות להטיל עונשים שהם באופיים עונשים פליליים, עליידי היוקרת להליכים מינהליים, ראו: Joel Feinberg, *Doing and Deserving* (Princeton University Press, N.J., 1970), 95-118.

פליליות, והnymok שניתן לכך היה הצורך ב"אייזון" בין הצורך בהרתו – מטרה מרכזית של המשפט הפלילי – לבין וכותו של אומ' שלא יונש אלא בשל מעשוי-הוא. המסגרת העיקרית שבה עשה בית-המשפט שימוש ב"אייזון" כדי לאפשר עקפת הכלל האוסר הענשת חפים מפשע היא המסגרת של הרישת בתים על-פי סעיף 119 לתקנות ההגנה (שעת הירום),<sup>80</sup> בחלק גדול מן המקרים שהגיעו לבית-המשפט לא נטען, כי דיiri הבית שנגדו ניתנו צו הרישת היו שותפים בדרך זו או אחרת למעשה-הזועמה שבגינו ניתן הצו. זה ניתן רק מכיוון שמי שביצע את המעשה היה דייר בבית באותה עת. מקרה אחר שבו נעשה שימוש ברעיון האיזון כדי להצדיק שימושanganim חפים מפשע כאמצעי להשתתף יעד חרטוי הוא פסיקתו של בית-המשפט העליון, המתירה שימוש בmeans-minimal להחזקת עצרים כ"קלף-מיוקה". בפסקידין שבו דנתי לעיל הסביר הרוב בבית-המשפט העליון את החלטתו לאשר את המעצר בו הלשון:

המעצר המינמלי פוגע בחירותו של הפרט. כאשר המעצר נעשה בנסיבות בהן העצור מהו "קלף-מיוקה", הרי יש לכך פגעה חרمرة בכבוד האדם, שכן העצור נטאפס כאמצעי להשתתף טטריה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, במקרים אלה, באוטונומיה של הרצון, ובחיות האדם אדון לטעשו ואחראי לתוצאות מעשיו. מעודם של המערדים אינם אלא מצב בו המפתח לכלאים של בני אדם מצוי בידי אחרים ולא בידייהם. וזה מצב קשה...אולם, לאחר שעינתי עין היטב בחומר שבפני ובطنות הצדדים, נתה דעתך כי פגיעה זו – קשה וכאובה ככל שהיא – מחויבת המציגות הביטחונית והמדינית היא, ומשמעותה היא נקודת האיזון והראיה בנסיבות המקורה בין חירות הפרט לבין ההכרה בשםירה על בטחון המדיניות.<sup>81</sup>

כאן נעשה שימוש במבחן האיזון, שמטרתם המקורית הייתה לחיבר את הרשותות למת משקל נאות לזכויות-יסוד בבואן להפעיל את סמכויותיה של השלטונית, כדי לאפשר לרשותות לנגורス בזכויות בסיסיות האמורות לעמוד בכל התנאים.

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

עד כה דנתי במסגרת להגנה על זכויות אדם לפני שנתקבלו חוק-יסוד: חופש העיטוק, וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעת רצוני לבחון את היקף ההגנה שניתנה לזכויות ספציפיות. אדון בשלוש זכויות בלבד. בחרתי בזכויות אלה בשל התרומה המיווחת של הפסיקה בכל אחת מהן.

80. לסקירת הפסיקה בסוגיה זו ראו מאמרי (לעיל, הערת 52). וראו גם: Dan Simon, "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories", 19 *The Yale Journal of International Law* (1994) 1  
81. ראו עמ"ט פלונים (לעיל, הערת 40).

## 1. חופש ביטוי

פסיקתו של בית-המשפט העליון בנושא חופש הביטוי היא ללא ספק גולת-הכותרת של פסיקתו בנושא זכויות האדם.<sup>82</sup> בתחום זה בית-המשפט יצר יש מאין, החל בג"ץ קול-העם הכליר בית-המשפט בחופש הביטוי בעקרון-יסוד הנגור מאופיה הדמוקרטי של המדינה, הוא השתמש בעיקרו זה ככלי פרשנות החוקים מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948;<sup>83</sup> ולהציג סמכות שלטונית ולהכיפה למבחן האיזון שבינם דנו לעיל. גם בתחום זה תומנת הפסיקה איננה אחידה, ובכל ספק ישנים מקרים שבהם בית-המשפט לא היה נאמן למדיניותו הליברלית.<sup>84</sup> אך באופן כללי ברור, שהפסיקה חיזקה את חופש הביטוי. כך צמצם בית-המשפט עד למאוד את סמכות הענוראה על מחוות וסדרים.<sup>85</sup>

הוא הגביל את שיקול-דעתו של הענורא הצבאי,<sup>86</sup> הביב' את החלטותיה של רשות-השידור הנוגעת לפסילת שידורים מטעמים פוליטיים או אידיאולוגיים ל מבחנים של סדר ציבורי ול ביקורת שיפוטית,<sup>87</sup> קבע כי גם הביטוי המחרדי ראוי להגנה באותו אמצעים שימושיים בהם להגנה על ביטוי אחר,<sup>88</sup> פסק כי חופש ביטוי כולל גם חופש הלשון<sup>89</sup> והורה כי גם אסיר זכאי ל חופש ביטוי הכלול את הזכות ל כתוב טור בעיתון,<sup>90</sup> בהחלטה שאפשר אולי להגדירה כהחלטה מרחיקת-לכט ביותר בתחום זה קבע הנשיא

.82. הספרות הרונה בפסקת בית-המשפט הנוגעת ל חופש הביטוי היא ענפה. לסקירה מקפת של הנושא ראו זאב סגל, *חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות* (פפירום, תשנ"ו).

.83. ראו פניה להב, "על חופש הביטוי בפסקת בית-המשפט העליון", משפטים ז' (תש"ז) 375; וראו גם בג"ץ 631/86 תנעתה "המעגל הלאומי" נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד מ' (4); בג"ץ 234/84 "חדשנות" בע"מ ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח' (2) 477 (להלן: בג"ץ "חדשנות").

.84. ראו בעיקר בג"ץ אורפנוי הסיטה (לעיל, הערא 56); בג"ץ 14/86 לאור ב' המועצה לביקורת סרטים ומחוזות ואח', פ"ד מא (1) 421; בג"ץ 88/88 Universal City Studios Inc. 806/88 מא (2) 22; בג"ץ 4804/94 חברת סטישן פילם בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ואח', פ"ד נ' (5) 661.

.85. ראו בג"ץ שניצר (לעיל, הערא 61).

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

.87. ראו בג"ץ 606/93 קלדום יומות ומילוט (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד מה (2) 1; בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בעמ' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ואח', פ"ד מט (5) 751; ע"א 105/92 ואמ' מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מו (5) 189 (להלן: ע"א ראם). וראו יפה זילברשטיין, "על חופש הביטוי המחרדי", משפט וAMPLE ג' (תשנ"ו) 509.

.88. ע"א ראם (לעיל, הערא 67).

.89. ע"א גולן (לעיל, הערא 64).

שmag, כי טערכו חופש הביטוי יש לגוזר חסין מסווג לעיתונאי כנגד גילוי מקורות המידע שלו, למורת אי-הכללו של חסין והחוק המסדר חסינות,<sup>90</sup> גם בתחום ההפגנות וכן בית-המשפט על הזכות להביע עמדות בנסיבות ת浩כות, אסיפות ושמורות-מחאה.<sup>91</sup>

נטיעתו הליברלית של בית-המשפט בתחום הביטוי מורגשת גם כאשר הביטוי פוגע בוכויות אחרות, ולא באינטראטים חברתיים, כגון בטחון המדינה והסדר הציבורי. כך קבע בית-המשפט, כי לא די ביד שפרטום לשון-הרע יפגע בפלוני כדי שיתקיים יסוד הכוונה הדוריש לאחריות פלילת לשון-הרע, אלא יש להוכיח רצון לפוגע.<sup>92</sup> באמצעותו של פירוש זה הוא חיזק את חופש הביטוי על חשבון וכותו של אדם לשם הטוב. גם כאשר מדובר בשיקול-דעתו במתן צו-מנעה כנגד פרטום לשון-הרע עשוי בית-המשפט קו הנוחן משקל מיוחד לחופש ביטוי,<sup>93</sup> בהתגשות חופש הביטוי עם זכותו של אדם להיות בחברה שבה לא תהיה הסטה נגדי בשל השתיכותו הלאומית או האתנית הובעה הדעה אצל חלק מן השופטים כי חופש הביטוי גובר, אלא אם כן נוצרה ודאות קרובה לפגיעה קשה ברוגשות.<sup>94</sup>

הקו הליברלי של בית-המשפט נסוג בשני תחומים: פרסומים הנוגעים להליכים שתם *sub judice*, שבهم בית-המשפט סירב להחיל את המבחן של וואות קרובה,<sup>95</sup> וירושי עיתונים, שבו עסקתי לעיל, לנושא השני אחזר לדון בפרק הדן בטחון המדינה.

## 2. שוויון

השוון, התופס מקום נכבד בשיח המשפט של בית-המשפט העליון, תואר בג"ץ ברגן כנשנת-אפו של משטרנו החוקתי.<sup>96</sup> אפילו בפסק דין שבו אישרה החלטה אשר הפלטה

90. ראו ב"ש 298/86 ואחר, ציטרון ואחר, נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב ואחר, פ"ד מא (2) 337.

91. ראו בג"ץ 148/79 טער ואחר, נ' שר הפנים והמשטרה ואחר, פ"ד לד (2) 169; בג"ץ לוי (עליל, העלה 63); בג"ץ 2481/93 דין נ' ניצב יהודה וילך, מפקד מחוז ירושלים ואחר, פ"ד מה (2) 458; בג"ץ 3994/94 מטר נ' מפקד מחוז ירושלים של המשטרה (לא פורסם); בג"ץ 4712/96 סיטה מר"ץ – ישראל הדמוקרטי – ר'ץ, מפ"ם, שניוי ואחר, נ' מפקד מהו ירושלים, משטרת ישראל ואחר, פ"ד נ (2) 822.

92. ראו ע"פ 677/83 בדורקוב נ' יפה, פ"ד לט (3) 205.

93. ראו ע"א 89/89 214 אברנרי ואחר, נ' שפירא ואחר, פ"ד מג (3) 840.

94. ראו פסק דין של השופט ברק בג"ץ כהנא (עליל, העלה 62).

95. ראו ע"פ 126/62 דיסנץ'יק ואחר, נ' היוזץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169; ע"פ 81/696 אולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 565. ראו גם אב סgal, "איסור פרסום מטעמי 'סוכן יודיצה' – הצעת להיתר ולהסדר אלטרנטיבי", מחקרים משפט ד (תשמ"ו) 105.

96. ראו בג"ץ ברגן (עליל, העלה 45), 698.

כין יהודים לא-יהודים ראו כל השופטים צורך לעומד על מחויבותה של השיטה לעקרון השוויון.<sup>97</sup>

ישנם שני תחומים בישראל שבהם המחויבות העקרונית לשוויון וכוויות חברתי ומדיני גמור בין כל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" נתקלת בקשישים הנובעים מן המציאות הפוליטית, החברתית והמשפטית. לבני שוויון נשים, מעמדם של מוסדות-הדרת בערכות השלטון ממסד את האפליה בין גברים לנשים בריבוי אישות של יהודים ושל מוסלמים כאחד ומאיים על שוויון זה גם בתחוםים ומשיקים למוסדות-דרת. לבני שוויון בין יהודים לערבים הגדרת המדינה כמדינה יהודית, הפעלתן לקידום אינטראסים פרטיקולרייטיים של הקולקטיב היהודי, מעדידה בספק את מידת מחויבותה האמיתית לשוויון-זכויות גמור בין כל אזרחיה המדינה.

לגביה נשים, בית-המשפט פועל במסגרת המצירה את יכולתו להציג שוויון גמור, שהרי סמכותם של בתי-הדין הדתיים לפסק על-פי דין דתי המפלה בין גברים לנשים מעוגנת בחקיקה דאשית, שאינה נתונה לביקורת שיפוטית. אפשר להניח, שגם לו היהת הזרךفتحה לביקורת שיפוטית על אותם הסדרים, לא היה בית-המשפט מתעורר בהם ולו בשל חשש כדי שככל התערבותם מסוג זה תגרור תנובה חוקתית תקיפה ומהירה. בית-המשפט אינו יכול – ולדעתי, גם אין ציריך – לפרט את הקשיים הכרוכים בהחלטת הפליטית-חברתית הנוגעת להסדרת דיני האישות ומהותיים ולהפקחת הסמכות לדון בהם בידי בתיהם דין דתיים, כל שינוי של ממש בהחלטה זו חייב לבוא דרך המערכת הפליטית.

בהתחשב באילוצים פוליטיים אלה, נראה היגיינה של הפסיקה בתחום זה כחשובים ביותר. ההיגיינה הראשון הוא בהגנה שנינתנה לוכוויותיה הרוכשיות של האשאה הנשואה. כאן אפשר לציריך קו ישר בין פסק-הדין של בית-המשפט בנג"ץ סידס<sup>98</sup> ובנג"ץ ברייה,<sup>99</sup> שביהם כפה על בתי-הדין הדתיים לכבד את הוודאות חוק שוויון זכויות האשאה, האוסרót פגיעה בזכויות הקניין של האשאה נשואה, בין פסק-הדין בנג"ץ בבל<sup>100</sup>, שבו קבע כי דין השיתוף בכיסים בין בני-זוג חל גם בבתי-דין דתיים. היגיינה נוספת בסירובו של בית-המשפט לאפשר גרידת גישות המפלות נגד נשים, הרוחות במסד הדתי, למיערכות סטטוטוריות, הנוגעות למבחן שירות דת או לבחירת בעלי תפקידים רבנים. בפסק-ידיינו בנג"ץ שקדיאלי<sup>101</sup> קבע בית-המשפט, כי אין סמכות לפסול אשאה כחברה במוועצה דתית;

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

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

99. בנג"ץ 54/187 ברייה נ' קאדי בית-הדין השורי המשלמי, עכו ואח', פ"ד ט 1193.

100. בנג"ץ 92/1000 בבל נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מה (2) 221. ברור, כי ההלכות בדבר שיתוף בכיסים בין בני-זוג הן כשלעצמה תרומה חשובה ביותר למעמדה של האשאה הנשואה.

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

ובבג"ץ טורז<sup>102</sup> הוא קבע דין זהה לחברות באסיפה הבוחרת לרוב של עיר. בפסקידין אוחזנים אלה אימץ בית-המשפט קו המעד את הטmcות להפלות אשה "מטעמי דת", הנתונה לגופים הלכתיים מובהקים שקיבלו סמכות לפסק על-פי ההלכה. המחויבות השיפוטית לקידום שוויון בין נשים לגברים אינה מוגבלת לתהומות המשיקים לרות ולטמינה. בבג"ץ נבו<sup>103</sup> פסל בית-המשפט תניה בסכם קיבוצי שבעה גיל פנסיה שונה לגברים ולנשים; בבג"ץ שדולת הנשים<sup>104</sup> הכיר בית-המשפט בלגיטימיות העקרונית של חוק, המנaging העדרה מתקנת לנשים, וציווה על הממשלה לפעול על-פי הוראה בחוק, שהייבה העדרה מתקנת במינוי דיקטורים לחברות ממשלתיות. בבג"ץ מילר<sup>105</sup> קבע בית-המשפט, הפעם ברוב דעתו, כי חיל-האוויר איננו רשאי לפסול אשה, הממלאת את כל הקритריונים המקובלים, כמשמעות למבחן טס. נראה שmbתנות השלכתיו על המערכת פסקזון אוחזן והוא החשוב ביותר, מכיוון שהוא מחייב את המערכת לכבד את עקרון השוויון גם כאשר הדבר כרוך בעלות כספית בברית.<sup>106</sup>

השיה המשפטי מדגיש, כי

...הכל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גוע, מין, לאום,  
עדת, אرض מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עיקנון יסוד  
חוקתי...<sup>107</sup>

אולם הגישה האקטיביסטית, הבאה לידי ביטוי באשר מדווח באפליה נגד נשים, אינה מושמת באשר האפליה היא על בסיס לאומי/אתני.<sup>108</sup>

102. בג"ץ 953/87 ואוח' פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב יפו ואוח', פ"ד מב (2) 309.

103. בג"ץ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארץ לעובודה ואוח', פ"ד מד (4) 749.

104. בג"ץ 453/94 ואוח' שדולת הנשים בישראל נ' ממשלה ישראל ואוח', פ"ד מה (5) 501.

105. בג"ץ מילר ולעיל, הערתת 67).

106. הערות נובעת מכך, שתקופת השירות הממוצעת של נשים העובדות קורט-טיס תהייה קצרה, במידה ניכרת מזו של גברים הן בשל הבדיקות בחוק שירות ביטחון בין תקופות השירות, בשירות-חוב ובAMILאים, של גברים ונשים, הן בשל כך שאשה תהיה מנותקת מפעילות טס בתקופת הרינו ואחריו לידי, יוצא כי בעוד שההשקעה הדורשת להכשרת טיס וטיסת תהיה זהה, התשואה המומוצעת טיס וטיסת תהיה שונה.

107. בג"ץ ברוקאן (לעיל, הערתת 97), 806.

108. יש לדגיש שאנו זו כאן בפסקה עצמה, ולא בהשפעה העקיפה. לטענה כי פסיקתו הכללית של בית-המשפט השפיעה לטובה על זכויותיהם של המיעוטים הערבי בישראל רוא אילן סבן, "השפעת בית-המשפט העליון על מעמד העربים בישראל", משפט ומஸל ג (תשנ"ו) 541.

בבג"ץ בורקאנ<sup>109</sup> נידונה השאלה, אם החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים רשאית להגביל את הזכות לרכישת דירות יהודים בלבד<sup>110</sup> בבית-המשפט דהה עתירתו של מוסלמי שביקש לרכוש דירה ברובע. הנימוק העיקרי היה, שלמדינה אינטרא לגיטימי בשיקום הרובע היהודי שמננו גורשו היהודים על-ידי היידנים.<sup>111</sup> אך איש לא טרח להזכיר כי אי-אפשר לשקם את הרובע, אלא אם יוגבל הדיוור בו יהודים. בית-המשפט והזכיר את החלקה ההיסטורית של העיר העתיקה לרבעים, אף לא הביא ראייה כלשהי. אך שולקה זו הייתה הרמטית, דהיינו: שברובע של עדה פלונית גרו בני אותה עדה בלבד.<sup>112</sup>

אפשר אולי להסביר את בג"ץ בורקאן כפסק דין הנשען על העדפה מתקנת, בשל העובדה כי בתקופה שבה נידון פסק הדין, יהודים, טולוקן מן העיר העתיקה על-ידי היידנים, לא יכולו לרכוש, או אפילו לשכון, דירה ברבעים אחרים. הדריך היחידה להבטיח להם אפשרות לחזור לעיר העתיקה ולהיעדר את הרובע היהודי ליהודים בלבד.<sup>113</sup> הסבר זה קיבל חיזוק מבג"ץ אביתן,<sup>114</sup> שבו אישר בית-המשפט מדיניות של מינהל מקרקעי ישראל להחכיר מגרשים בעיריה שהוקמה לבדוים לבני שבטים בدواים בלבד. במקרה זה העותר היה יהודי, ובית-המשפט דחה את טענתו כי מדיניות זו של המינהל נוגעה באפליה. הנימוק שניתן היה, כי מדיניות הממשלה באהה לפטור את הבעיות שהוא כרוכות במתן שירותים לבדוים בעבר. לפי תפיסת זו, אין לראות בהטעות הנינתנות לבני קבוצה חלה, ולהם בלבד, משום אפליה.

כאשר אפליה בין ערבים לבין יהודים ועקה מעובדות המקרה, מבלתי שאפשר היה לטעון לעובדות ההיסטוריות מividות או לאפליה מתקנת, גילה בית-המשפט נהישות והתעדב

.109. לעיל, הערתא 97.

.110. יש לציין כי הקידמיונים של החברה שכוננה הייתה לאזרחי ישראל שירותו בצה"ל, אך בדיון בבית-המשפט הודה בא-כוחה של החברה שכוננה הייתה להגביל את המכירה יהודים.

.111. בית-המשפט גם ניסה להתחמק מן העובדה, שלא הוכחה, כי מדובר באפליה בדירה, באמירה שמדובר על סמכות מדינה לשקם את הרובע מהריסטוי. הקושי בהסבר זה הוא, שהעוטר לא כפר בסמכות זו, אלא בסמכותה של רשות ציבורית להגביל את הדיור ברובע יהודים, ולהיהודים בלבד.

.112. בדיקה היסטורית מראה שבתקופות שונות גרו יהודים ברובע המוסלמי. שני שלישים מן הבתים ברובע היהודי היו בבעלותם של ערבים, וערבים גרו ברובע. ראו רות קרק ומיכל אורן-גוזהיים, ירושלים וסביבותיה (אקדמי), תשנ"ז, 87-91; Aharon Bier,

*.For the Sake of Jerusalem* (Efrat, 1997), 107

.113. לטענה שבג"ץ בורקאן נשען על גישה של אפליה מתקנת ראו: Shimon Shetreet, "Affirmative Action for Promoting Social Equality – The Israeli Experience in Positive Preference", 17 *Israel Yearbook on Human Rights* (1987) 241, p. 245. וראו גם יהאי בנקלה, "אי-אפליה בדירות – תחוללה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקים", עיוני משפט

טו (תשנ"א) 131.

.114. בנו"ץ 528/88 ואחר' אביתן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואחר', פ"ד מג (4) 297.

לטובת השווון. בבג"ץ מורךוט<sup>115</sup> נידונה הבחנה בין תושבים יהודים לפלשטיינים בשטחים בחלוקת ערכות-מגן בתקופת משור המפרץ. בית-המשפט קבע, כי על המפקד הצבאי לנוכח בשוויון כלפי תושבי האיזור היהודי והערבים, שהוחלט לחלק ערכות-מגן לתושבים היהודיים, היהת חובה לחלק גם לתושבים הערבים.

אולם המקра שבו הרשות מודה בפה מלא כי המדייניות שבורה בה מיועדת להבחין בין יהודים לבין ערבים הוא גדר. ברוב המקרים שביהם ישנה אפליה נגד ערבים בישראל מדובר במאמה שכינית במקום אחר "אפליה סמויה".<sup>116</sup> הרשות קובעת קידיטריונים לחלוקת משאבי, שאין בהם זכר לתחתייכותם הלאומית/אנטית של המוטבים, אך שהשימוש בהם בפועל מביא להבחנה על בסיס אחת השתייכות. בית-המשפט לא גילה גישה אקטיביסטית נגד סוג זה של אפליה. אפשר אפילו לומר, כי במקרים שבהם השאלה התעוררה לפניו הוא נתן את ידו להכרתו.

בפסק-דין בבג"ץ ברקן ניסה השופט חיים כהן להוציא אפליה סמויה מתחום האפליה האסורה, באמצעותו שאין לו לשופט אלא מה שעיניו רואות בכתביהם. גישה זו עומדת בסתייה בוטה למשפט המינהלי, שעלפיו היה מקבל מאו ומתמיד של בית-המשפט לבחון מה שעומד מאחוריו החלטתה המינהלית כדי להגיע אל נימוקיה האמתיים. בפסק-דין בבג"ץ וותאד<sup>117</sup> הסתיג השופט טירקל מפירושות מגישו של השופט כהן, ומאו אין לגישה זו תמכה בשיח המשפט. אולם הקשי איננו טמן במישור העקרוני של הכרה באפליה סמויה כפגיעה בשוויון, אלא בדרך שבה בית-המשפט מתייחס לקרים שבהם יש יותר מכך של אפליה מסווג זה.

בבג"ץ וותאד נידונה שאלה קצבות הילדים שולמו לחילום ולבני-משפחותיהם. נראה בבירור, כי ה汰דר שנקבע לעניין זה בחוק היה הסדר של אפליה סמויה *par excellence*, ההגדולה של "חייב" שאומצת בחקוק לא היתה מבוססת על תקופת-שירות מינימלית בצבא, ותקופת תשלום הקצבות לא הייתה מוגבלת לתקופה מסוימת הסוככה לסיום השירות הצבאי, זאת ועוד: שירותו של פלוני בצבא או בארגוני-המחתרת זיכה לא רק אותו בקצבות ילדים בשל ילדיו-הוא, אלא גם את בני-משפחהו בשל ילדיהם.<sup>118</sup> כל עוד הוגבל הסדר זה לקצבות שנקבעו על-פי חוק מפורש של הכנסת, לא היה פתח להתערבות שיפוטית. אולם ה"צרה" בהסדר החוקי הייתה, שהוא השair קבוצה גדולה של יהודים מתחום הוכאות – אותן בחוריות-шибה שלא שירתו בצבא מכיוון שתורתם אומנתם. הפתרון שנמצא היה, שמשרד-החותמות שלם קצבות לאוֹת קבוצה, הגם שלא היו זכאים לכך על-פי חוק, אחורי שהוגשה עתירה נגד התשלום לאלה שלא היו זכאים לכך בחוק, התערב בעניין היועץ המשפטי לממשלה, פרופסור זמיר, וקבע שתשלום זה אינו חוקי. בתגובה החלטה ועדי-השרים לענייני פנים, שירותים ואיכות והسبיבה כי יחולמו קצבות ילדים מאוצר המדינה בגין ילדיו של כל תלמיד במוסד ללימוד דת שתורתו

115. בג"ץ 168/160 מורךוט נ' שור הביטחון ואח', פ"ד מה (1) 467.

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

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

118. לדין בקצבות אלה ראו ספרי (עליל, העלה 116), 114-119.

אומנותו. כך נסגר המugal: כמעט כל יהודי היה וכי לא קיבל קצbowות בגין ילדיו, בעוד שרובידותם של העربים לא היו זכאים לקבלן. בית-המשפט סירב להתעכב בהסדר זה. ניתנו כמה טעמים להחלטה זו, וביניהם הנימוק שגם אם בזמנם קבלת ההחלטה מוסדota לימודי דת היהודים היו של הדת היהודית, ההסדר יכול על בני דתות אחרות אם יוקמו מוסדות לימודי דת לבני דתות אלה בעתיד.<sup>119</sup> אולם כל השופטים הוסיפו, כי המסורת היהודית של תמייה בלומדי תורה מספקת בסיס להבחנה לגיטימית בין אלה שמקבלים קצbowות לבין אלה שאינם מקבלים אותן.<sup>120</sup> לא היה בתוצאה הלא-שוויונית כדי להגיעו את בית-המשפט להתעכב בהסדר.

גישה דומה לו של בית-המשפט בבע"ץ ותואר מתגלה בפסק-דין של בית-המשפט בע"ץ אגבריה.<sup>121</sup> השאלה בפסק-דין זה נוגעה לשימושו הדרמטי של חוק יום חנוך חובה, תש"ז-1990. הטענה הדתית, שבחולקת השעות המוקצתות היהת משומש אפליה נגד המגזר العربي. נקבע, כי בשנה הראשונה החוק יופעל ביישוב-יפותוח ובישובים בקווי-עימות ובבת-ספר של שכונות שיקום ורוווחה, שב欢ן לפחות 35% מהתלמידים הם טעוני טיפוח, מספר בתיא-ספר העربים שנכללו לפי קריטריונים אלה היה קטן ביחס, מכיוון שיישובים ערביים לא נכללו באורים שהוגדרו באורי-יפותוח. אולם בית-המשפט קבע שהקריטריונים הם "...סבירים על פניהם..."<sup>122</sup> בשנה השנייה להפעלת החוק הוספו שעות הוראה לאלה שהקצו בשנה הראשונה, אבל רק שעות נוספת אלה חולקו באופן שוויוני בין המגזר היהודי לבין המגזר היהודי, וכך שבחתחסב בהказאה הראשונית קיבל התינוק היהודי רק 8% משעות ההוראה, בעוד שאחיזת התלמידים הלומדים במסגרת זו הוא 20%. בית-המשפט שוב סירב להתעכב. הוא הצידיק את העדפת יישוב-יפותוח ויישוב-קוויי. העימות בדרך זו:

119. אחד מן השופטים, השופט טירקל, גם קבע כי לא הוכח על-ידי העותרים כי הכללים השונים אכן מבטיחים כי כל היהודים יקבלו קצbowות ילדיים. בעינויו, אפליה סמוייה קיימת רק אם הקרייטריון שמשתמש בו הוא מעין מלא נורמה להשתוויכות לאומית (כגון חלلت ההסדר על כל אורי-ישראל שנימולו ביום המשmini להם – שם, 122). ברור שאם מגבלים אפליה סמוייה למקרים כגון אלה, משאדרים מרחב גדול לשימושם להשתמש במוננון של אפליה סמוייה. אך מעבר לכך, השאלה האמיתית איננה אם נסגר המגזר באופן הרשמי, אלא אם אפשר לומר כי רובי-דובידותם של היהודים יקבלו קצbowות ילדיים, בעוד שרובידותם של העربים לא יקבלו, במצב זה הנטול צורך לעבור לרשות להוכיח שההסדר אינו מפלת.

120. יש לציין, שהשופט בז'יפותות ראתה לנכון לאויסף, שהאי סבויה, כי לפי הילך-מחשבות של העותרים (חברי-כנסת ערבים) היהת טרונייתם סבירה, "שכן אין לתמורה, אם המושג 'בחור ישבה' ור' ובלתי-ימוכר להם" (שם, 124). יש בדברים אלה כדי להמחיש את הקושי הטכני בשווין כלפי ערבים במוגנה היהודית: כדי להוכיח למה מתיחסים אליהם באופן שונה, עליהם להפניהם את המסורת היהודית.

121. ראו בע"ץ 3491/90 ואח' אגבריה נ' שר התינוק והתרבות ואח', פ"ד מה (1).  
122. שם, 1223.

המגמה לסייע ליישובים אלה אינה צריכה הסבר, והיא מצויה עצם הגדתיהם כישראל פיתוח וקו עזות. האורך בחיווק ליישובים אלה ובהתחרותם הינו צורך לאומי, המתחייב ממקומם הגיאוגרפי ומהרכב אוכלוסייתם. מתן הטבות לתושביהם, הטבות שאינן ניתנות לכל האוכלוסייה, אינו מעיד, על כן, על אף ואיפה, אלא הוא טבעי בהבנה האמורה שבינם יתר ליישובי המדינה.<sup>123</sup>

עינינו רואות שכמו ההחלטה בג"ץ ותאך, בית-המשפט מקבל כਮובנים מאליהם ידים הנקבעים לפי אינטרסים של המדינה כמדינה יהודית. השנת ידים אלה נחשבת כשייקול ענייני המצדק הבחנה בין בני אדם שונים. התוצאה הרכעית – שערבים נשאים מחוץ למסגרת המותבים – אינה פוסלת את ההחלטה.<sup>124</sup>

### 3. השתתפות בחים הפליטיים

השתתפות בחים הפליטיים היא אחת מזכויות-היסוד של האדם.<sup>125</sup> האילוץ המשפטי היהודי בנגד ניצול זכות זו במישור הארצי טמון בסמכות לפסול רשותה מהשתתפות בבחירות, או, לאחר חקיקת חוק המפלגות, חנוך-ב-1992 – במניעת רישומה של מפלגה, שהיא תנאי להשתתפות בבחירות.

השאלת הזאת העסיקה את בית-המשפט לראשונה בפסק-דין המפורסם בע"ב ידרור. בפסק-דין זה אישר בית-המשפט, ברוב דעתו, את החלטת ועדת-הבחירה המרכזית לפסול רשותה שהיתה מועה עם תגונעת אל-ארד, גם שהחוק לא כלל סמכות לפסול רשותה. ההסבר לפסק-דין זה נשאר שני בחלוקת עד היום.<sup>126</sup> בעוד ש和尚טן התייחס בכך לשלילת מדינת ישראל כמדינה יהודית הן לחטירה נגד קיומו של המשטר, דיבר השופט וסמן על הזכות הטענית של כל מדינה לחתוגן בנגד אויביה. אולם אף אחד שני שופטים אלה לא הסביר מהי בדיקת הסכנה הנובעת למדינה מהשתתפות הרשימה בבחירות או بما הטענה החתירה נגד המשטר. האם התגוננות אידיאולוגית לרעון של מדינה יהודית כשלעצמה מצדיקה את פטילת השתתפותה של הרשימה בבחירות? השופט

123. בג"ץ 3954/91 אגביריה ואוח' ב' שר החינוך והתרבות ואוח', פ"ד מה (5), 472, עמ' 478.

124. נראה, שבענין יוס-ילמודים ארוך חומרת האפליה הסטטוטורית בולטת במיוחד. מטרת הנගנות של יוס-ילמודים ארוך הייתה לחוק את שעות ההוראה הניגנות לאוכלוסיות התלמידים החלשים ביותר. לפי יעד זה נראה, שחקיריטין האמתי בהקצת השעות היה צריך להיות קרייטריוון של צורן לימודי. התגוננות מצביעים על כך שצורך זה חריף במיוחד בתחום הערבי, שכלל במשך שנים ארוכות מאפליה בהקצת משאבי. ראו מאגיד אל-חאג', חינוך בקרבת העربים בישראל (מאגנס, תשנ"ז).

125. ראו סעיף 25 לאמנה הבינלאומית לזכויות אוורחות ופליטיות.

126. ראו רות גביזון, "עשרים שנה להלכת ידרור – הוכות להיבור ולקיי ההיסטוריה", גבורות לשמעון אורנט (תשמ"ז), 145.

างרנט סבר בראאה שלא, ומכאן הוספת הנימוק של חתירה תחת קיומו של המשפט. אולם כפי שציין שופט הימיוט, השופט חיים כהן, לא היו לפני ועדת הבחירה, או לפני בית-

ומשפט עצמו, ראיות כלשהן המצביעות על חתירה נגד המשפט.

בע"ב נימן (I)<sup>122</sup> צמצם בית-המשפט את הסמכות למןעו השתתפותה של רשותה בבחירות. לתקרים של ירדור ניתן פירוש צר, שע"פיו יהול רק במקרה שבו הרשותה דוגלת בחיסולה של המדינה.<sup>123</sup> הרוב בבית-המשפט העליון סירב להכיר בעילות וגספות לפסילת רשותה. זאת ועוד: נקבע במפורש כי אין לפסול רשותה על-פי תקדים ירדור, אלא אם ישנן ראיות ברורות, חד-משמעות ומשמעות שורשותה דוגלת ביחס המדינה. ראיות אלה חייבות להיות נגד עיניהם של חברי ועדת הבחירה ואין הם רשאים למסוך על הערכתו של שר-הביטחון בעניין. נראה שלו פועל בית-המשפט על-פי כללים אלה בפרשיות ירדור עצמה, הוא לא היה מאשר את פסילתה של רשותה.

ההחלטה בית-המשפט בע"ב נימן (I) הובילה להסדרת הנושא של פסילת רשותה בחקיקה. סעיף לא לחוק-יסוד: הכנסת, שהוסף לשנת תש"ה, קובע שלוש עילות לפסילת רשותה: העילה הראשונה, שלילת מדינת ישראל כמדינה של העם היהודי, רחבה מתקדים ע"ב ירדור, כפי שפורש בע"ב נימן (I). שני העילות הנוספות נחקקו בשל החלטתו של בית-המשפט בפסק דין אהרון זה, שלפיו אין מקום, בהיעדר חקיקה מפורשת, לפסילת רשותה אנטידומוקרטית או גזונית. יצא אפוא, כי החקיקה הרחיבה מאוד את

הפטה הצר שנפתחה בע"ב ירדור לפגיעה בוכות להשתתף בבחירות.

גישתו של בית-המשפט, בכואו לפרש את סעיף לא, היתה גישה המצמצמת במידה ניכרת את הסמכות לפגוע בוכות ההשתתפות בבחירות. בע"ב נימן (II)<sup>124</sup> קבע הנשייא שmgr רשותת תנאים הכרחיים לפסילת רשותה, שאנים מעוגנים בלשונו של סעיף לא. תנאים אלה מבטיחים שפסילת רשותה תיעשה רק בסביבות קיזוניות באופיין, שבתן השתתפות הרשותה איננה מתישבת עם האופי הדמוקרטי של המשפט. אולם, בע"ב ב"נ שלום,<sup>125</sup> שבו דין בית-המשפט בעילה הדואנה – שלילת מדינת ישראל כמדינה של העם היהודי – ניתן לדעתה שרשותה הסבורה כי יש להגדיר את מדינת ישראל כמדינה כלל אזרחית, דינה להיפסל, אולם בפסק דיןו בפרש איזקסון סתר השופט החין

דעה זו באמרו:

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

122. לעיל, הערה 28.

123. השופטים לא פירטו מה ממשמעות הביטוי "חיסול המדינה", אך נראה בבירור שהכוונה היא לחיסול המדינה בכוח ההורע.

124. ע"ב 88/1 נימן ואחר' נ' יזר' ועדת הבחירה המרכזית לנספח השטחים-עשרה, פ"ד מ"כ (4).

.177

125. ע"ב 88/2 ב"נ-שלום ואחר' נ' ועדת הבחירה המרכזית לנספח השטחים-עשרה ואחר', פ"ד מג (4) 221.

וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאורחותה בלבד? והרי עקרון יסוד הוא בדמוקרטיה: שוויון האורחים בין עצמם.<sup>131</sup>

נראה אפוא, שהגמה המסתמנת בפסקת בית-המשפט היא לא לשים דגש על האופי הדמוקרטי של המדינה ולצמצם ככל האפשר את האפשרות לפוסול רשותה דמוקרטית על סמך הטענה שהיא שוללת את מדינת ישראל כמדינה של העם היהודי.

התגנה על הזכות להשתתף בחוים הפוליטיים אינה מוגבלת למקרים של פסילת רשומות, במדיניותו לגבי התערבות בתקלות פולמנטריות חזק בית-המשפט את זכויותיהם של מיעוטים פוליטיים לא-ייפולוריים והבטחת שוויכלו לתפקיד במערכת הפרלמנטרית בלי שהרוב יתנצל להם.<sup>132</sup> הוא מנע השעיתו של חבר-כנסת,<sup>133</sup> ביטל החלטה להסידר את חסינותו כנגד מעצר וחיפוש של חברי-כנסת אחר<sup>134</sup> וחייב את הכנסת לאפשר הגשת הצוות א'יאמון על-ידי סיעת-יחד.<sup>135</sup> בפסק דין פרובלטוי יותר הצהיר בית-המשפט, שאין לנשיאות הכנסת סמכות למנוע הגשת הצוות חוק גזעניות על-ידי חבר-כנסת.<sup>136</sup>

במושדר המקומי פסל בית-המשפט כללים שמנעו השתתפות בבחירות לוועד היישוב במושבים מתושבים שלא היו חברים במושב.<sup>137</sup> הוא גם קבע, כי דתית מועד הבחירות יכול שתפגע בזכויות הפוליטיות במשפט דמוקרטי, שאחד מאפייניו הוא קיום בחירות במועדן.<sup>138</sup>

#### ד. בטחון המדינה וזכויות-יסוד

ביקורת שיפוטית על צעדים של הרשות המבצעת, שטעם המוצהר הוא הגנה על בטחון המדינה, מציגה אתגר קשה לפני כל בית-משפט, במיחוד בתנאים שבהם החבורה רואה את עצמה כמאויאמת. לעיתים הפגיעה בזכויות הפרט הן חמורות, וב煊ידר רשות אחרת שתגן על הפרט מוטל התפקיד על בית-המשפט. אולם הספרות בנושא מצביעה על כך שדווקא בתקופת מלחמה, בשעה שזכויות הפרט פגעות ושבירותו, בית-המשפט אינם שים

131. ר' ע"א 2316/96 איצקפון נ' רשם המפלגות ואח', פ"ד נ (2), 529, עמ' 549.  
132. ראו מאמרי: "Judicial Review of Knesset Decisions", 8 Tel Aviv University Studies in Law (1988) 95.

133. ראו בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118.  
134. ראו בג"ץ 620/85 מיעاري ואח' נ' יורץ הכנסת, ח'ב' שלמה היל ואח', פ"ד מא (4) 169.  
135. ראו בג"ץ 73/85 סיעת קד"ן נ' שלמה היל – יושברראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141.  
136. ראו בג"ץ 669/85 ואח' כהנא נ' שלמה היל, יורץ הכנסת ואח', פ"ד מ (4) 393.  
137. ראו בג"ץ 753/87 ברושטיין ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד טב (4) 462.  
138. ראו בג"ץ 3791/93 משלב ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מו (4) 126.

לקבל על עצם אחריות להתערב בצדדים שחושות ומבצעת נוקטת בשם בטחון המדינה או בטחון הציבור.<sup>139</sup>

איך מתפקיד בית-המשפט העליון בתחום רגיש זה? מתקבל חשוב, כי במקרה זה חלה התפתחות במשך 50 שנים קיומה של המדינה שאפשר לתארה כך: בתחילת הדרכו של גישה פורמליסטית, בית-המשפט ברק אם היתה סמכות פורמלית להגביל את כוחו של הפרט ואם נשמרו כליל הדיוון שנקבעו בחוק לשימוש באוותה סמכות, אך לא בבחן את החלטת הרשות לוגופה. בשלב מאוחר יותר היה בית-המשפט מוכן לבחון לא רק את קיומה של סמכות פורמלית ושירות כליל הדיוון, אלא גם אם סמכות אמונה הופעלת במקרה ספציפי למטרה בטחונית. אך משנתן תשובה חיובית לשאלת האחونة זו, לא בדק בית-המשפט אם נעשה שימוש נאות בסמכות. בשלב השלישי, שהחל עם פסקידין של השופט ברק ברג'ן שניצר, גילה בית-המשפט נכונות לבחון החלטות הנוגעות לענייני בטחון לגופן ולהתערב בהן עליyi אוטן עלות המצדיקות התערבות בהחלטת מינימלית אחרות.<sup>140</sup>

בדין לעיל, במסגרת השיפוטית להנעה על זכויות אדם, דנתי במקרים שבתחום בית-המשפט סטה מעקרונותיו-הוא. כל פסקידין ה"סוטים" שעלהם דנתי ונוגעים לצדים שננקטו מטעמי בטחון, במובן הרחב. קיומם של פסקידין אלה, שאינם תואמים את המסגרת הרגילה, מחייב אותנו לשאול אם תיאור המקובל שהציג לעיל מציג את התמונה בשלהותה. נראה לי שהתשובה שלילית. אני סבור כי תיאור זה לזקה בחסר, מכיוון שהוא מתעלם מהבחנה חיונית בין שני סוגים של מקרים המובאים להכרעת בית-המשפט, כאשר כל סוג זוכה להתייחסות שונה. כדי לעמוד על ההבדל בין שני סוגים המקרים אחזר לדין בפסקידין שבו עסқתי לעיל.

בפסקידין ברג'ן עסלי<sup>141</sup> דין בית-המשפט בוחלת הממונה על המחוות לבטל רשיון לעיתון בשל ויקה בין העיתון לבין החזית העממית לשחרור פלשתין. ראיינו, שבית-המשפט סייר להפעיל את המהנים הרגילים לאיוון בין חופש הביטוי לבין סכנה לבטחון המדינה. הוא גם לא התרשם מטענותם של בעלי העיתון, כי מכיוון שככל התומר המתפרסם

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

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

140. להצעת הגישה המקובלת בעניין ראו שמעון טררי, "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחות בדיני חקיקה – סוגיות נבחרות", משפטים יט (תש"ז) 573, עמ' 606-611; יצחק זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", משפטים יט (תש"ט) 17; מנחם הופנוג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק (הוצאת נבו, תשנ"א), 100-93; Baruch Bracha, "Judicial Review of Security Powers in Israel – A New Policy of the Courts", 28 *Stanford Journal of International Law* (1991) 39. וראו גם חנן מלצר, "אפיקונים חוקתיים בפיקוח בגין על רשות הצבאה הפיקודית והמנלאות", משפט ואבा 11-12 (תשנ"ב) 35.

.141. לעיל, העדרה 74.

משפט וamodel ה תש"ס

בעתון מוגש לעינו של הצנור אין כלל מקום לומר שפרטם העיתון מסכן את שלום הציבור. השופט ברק הסביר את עמדתו של בית-המשפט במלים אלה:

...עزم העובדה, שהאגוזה הצבאית אישרה את הפרטומים, אינה מעלה ואנייה מורה, שכן לא בשל תוכן הפרטומים נתבטל דרישון אלא בשל הקשר הדוק והבלתי-אמצעי שבין העיתון לבין ארגון המתחבלים. העיתון מהו אמצעי, לו נזקק הארגון העוין במלחמותו נגד ישראל. ביטולו של הרשון מהו אמצעי, בו משתמש המדינה להגן על עצמה. בהגינה על עצמה חייבות המדינה וחיבטים הפועלים בשמה לעגן את פעולותיהם בדין. עיגון כזה מצוי בתקנה 94.<sup>142</sup>

הלשון שהשופט ברק משתמש בה מענית: אין עניינה הצד של המוניה על המתו שנעשה מטעמי ביטחון, אלא האמצעי שהמדינה נוקטת כדי להגן על עצמה. נראה לי, לשawn זו חושפט מאפיין מרכז בפסיקת בית-המשפט הנוגעת למתח שבין כוחות הشرط לבנון המדינה, והוא חלק מן המקרים המובאים להכרעתו אינם נתפסים כסכסוכים רגילים בין הشرط לבין רשות שלטונית, אלא כסכסוכים בין המדינה לבין אויביה. הבדיקה זו טעונה הסבר.

בית-משפט מגהלי כמו בג"ץ אמרו להכרייע בסכסוך בין הشرط לבין רשות שלטונית שפוגעה, או מבקשת לפוגוע, בחירותו או בוציאותו. בהכרעתו בסכסוך מסווג זה האמור בבית- המשפט לשבת לא רק כרשות עצמאית ובבלתי-תלויה, אלא גם כגוף ניטרלי, שאיננו מזודהה מראש עם אחד מן הצדדים. ואולם, במקרים רבים הסכסוכים המובאים להכרעתו של בית-המשפט העליון מתאימים לתיאור זה, גם כאשר הם נוגעים לענייני ביטחון. כך, למשל, כאשר עיתון "העיר" ביקש לפרסם כתבת-תחקיר על המוסד, ואילו הצנור הצבאי ביקש להשמיט חלקים מן הכתבה, נוצר "סכסוך פנימי" בין רשות שלטונית לבין האזרת.<sup>143</sup> הוא הדין כאשר הצנור החליט להוציא צו סגירה לבתי-הדרפס שבו הודפס העיתון "חדשות", בתגובה להחלטתו של העיתון להתעלם מהוראותו של הצנור שלא לחת פרטום לתקמת ועדת לחקור את נסיבות היריגות של שני מוחלים בפרש ק"מ 300.<sup>144</sup>

אולם התיאור הנ"ל אינו משקף אל-נכון את אופי הסכסוך במקרים כגון אלה שנידונו בג"ץ עפרי, בע"ב ירדור ובעמ"מ פלונט נ' שר הביטחון. מדינת ישראל נמצאת מאה הקמתה בעימות קשה עם העולם היהודי – עימות הנתפס בעימות קיומי. בניהול עימות זה נוקטות הרשויות צעדים שונים שמרתחים המוצחרות היא הגנה על בטחון המדינה. במצבות הפליטית-בוחנית של ישראל, ניסיון לתקוף צעדים אלה בבית-משפט אינו נתפס כביצתו של סכסוך פנימי בין הشرط לבין רשות שלטונית, כי אם כצעד במסגרת הסכסוך בין המדינה לבין אויביה.

142. שם, 840.

143. ראו בג"ץ שניצר (לעיל, הערה 61).

144. ראו בג"ץ "חדשות" (לעיל, הערה 83).

בבית-המשפט הוא מוסד בלתי-תלוי ועצמאי, אך הוא רשות מרשות השלטון במדינתה. בתור שכזו אין הוא יכול לשמש גורם ניטרלי בסכום בין המדינה לבין אובייה.<sup>145</sup> דין בכח השופט לנדיי בנג"ץ קוואסמה,<sup>146</sup> שבת נתען כי אין לחת סעד לאנשים שנורשו מן השטחים מכיוון שהם מסתים נגד המדינה. הוא הסביר זאת כדרך הבאה:

נראה לי, כי ככל שיש לנו ראות חד-משמעות, מסוג וראיות הקובלות בבית-משפט, המוכחות מפני העותרים עצם, שהטינו את אוכלוסיות השטחים לפועלם אלימה ולהיטול מדיניות ישראל בדריכי אלימות כ"פטון סופי" לשאייפותיהם הלאומיות, או שהם יעסקו בהסתה כאמור, אם יורשו לחזור לבתייהם, אין הם ראויים לسعد כלשהו מבית-משפט זה, המכובן כרשות מרשות המדינה.<sup>147</sup>

הרעין הזה, שבית-המשפט בתור רשות מרשות המדינה איןנו יכולים להוציא סעד לאלה הנחשים כאובייה, איןנו מיוחד לישראל. במשפט האנגלית פותחה דוקטרינה מיוחדת – דוקטרינת מעשה-המדינה (act of state) – המיועדת לאפשר לבית-משפט להתחמק מהברעה במקרים מסווג זה. לפי דוקטרינה זו, בתוי-המשפט איןנו בוחנים את חוקיותם של מעשי-מדינה, דהיינו: מעשים הנעים במסגרת היחסים בין בריטניה לבין מדינות אחרות, או אורהיתן.<sup>148</sup> בין המעשים המזוכרים כמעשי-מדינה כלולים מעצרו או גירושו של נתין מדינת-אייב בזמן מלחמה<sup>149</sup> הבסיס לדוקטרינה זו איןנו הנהה כי כל מעשה מדינה געשה כדין, כי אם ההכרה בכך שבית-משפט פנימי איןנו פורום מתאים להכריע בחוקיותו של מעשה מסווג זה.

הdocktrina של מעשה-מדינה מעולם לא הופעלה בצורה מוצהרת בבית-המשפט העליון.<sup>150</sup> במרקחה אחד, שנגע לתפיסת רכוש לבנון על-ידי צהיל בזמן מלחמת לבנון, נטען טענת מעשה-מדינה על-ידי הפרקיות בשלב הראשוני, אך היא גונחה בתמישן, כנראה בלוזן של בית-המשפט, שהעדיף להזכיר בשאלת שהובאה לפניו לגופה.<sup>151</sup> ספק גם אם רובידובם של הצדדים שהרשויות נוקטים מטעמי ביחסון נכללים במסגרת

145. להבנה בין אי-יתולתה ועצמותה של הרשות השופטת לבין הניטרליות של דאו: J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary* (4th ed., Fontana Press, London, 1991),

.271-274

146. לעיל, העירה .36

147. שם, .122

148. דאו: 1419 (4th edition) para. 1413-1419

149. שם.

150. וראו רוביינשטיין (לעיל, הערה 59), 797, המכיע ספק אם הדוקטרינה חלה בארץ.

151. דאו בנג"ץ 574/82 אל נאואר נ' שר הביטחון ואח/, פ"ד לט (3) 454, עמ' 449

הפורמלית של מעשה-מדינה, על-פי הגדotta מעשה מסווג זה במשפט האנגלי.<sup>152</sup> אולם אין בכך, או בסירובו של בית-המשפט לאמץ את הדוקטרינה של מעשה-מדינה, כדי לבטל את אופיים האמתי של מעשים אלה ואת הבעיותם של הנסיבות השיפוטית בחוקיהם. דין בכך השופט חסין בג"ץ סביה.<sup>153</sup> בפסק דין זה עסוק בית-המשפט בהריסטם בת משפטותיהם של מחבלים-מתאבדים שביצעו את הפיגועים באוטובוסים ביישלים אשר בהם נהרגו עשרות אורחים. השופט חסין השווה את הריסת הבתים למשעה-מלחמה או למשעה-מדינה, והוציא:

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

בג"ץ עגלי ובג"ץ קוואסמה אינם המקרים הקיימים שבתים בבית-המשפט נתן ביטוי מפורש לתחושתו שיש לחשוף את הסכסוך שהובא להכרעתו ככסוך בין המדינה לבין אויביה. בע"ב ירדור, שדן בהחלה ועדות-הבחירות לפסול רשותה שהיתה מזוהה עם תנועת אל-אדר, ראה השופט ווסמן את הרשימה כרשימה "השואפת לחסל את המדינה, ולהמית שואה על רוב תושביה של מעונם הוקמה, ולהתאחד עמו אויביה".<sup>155</sup> מסקנתו היה כי נכנס לפעולה עירון "על-חוקתי", שלפיו המדינה יכולה לנקט פעולות לתגן על

152. בעניין זה נראה שיש להבחין בין צעדים הנקטים נגד אורחי מדינת ישראל או תושביה לבין צעדים הנקטים נגד תושבים בשטחים. לגבי אורחי מדינת ישראל או תושביה ברור שאין מקום כלל לטענה של מעשה-מדינה. לגבי השטחים המצב מסוכך יותר.\_CIDOU, אין תקדים קודם לביקורת שיפוטית של בית-המשפט במדינה כובשת על מעשו של הצבא בשטח כבוש. יתרון שהיעדרו של תקדים כזה מביא על כך שמדובר במקרה כמעשי-מדינה, שאינם כפופים לביקורת שיפוטית. מנגד, אפשר לומר שבහיעדר ביקורת מסווג זה גם אין פסיקה חרנה בטענת מעשה-מדינה בהקשר של כיבוש. היה המצב על-פי המשפט האנגלי אשר היה – בית-המשפט העליון קבע כי בשל היותם גופים הממלאים תפקודים ציבוריים על-פי דין,سلطנות הצבא בשטחים כפופים לסמכותו של בג"ץ: ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אל-מעלמן אל-ח'וואנ'יה אל-מחודורה אל-מסואריה, אגודה שיתופית רשומה כדין במתקראת אוצר יהודיה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באוצר יהודיה והשומרון ואח', פ"ד לו (4) 785. קביעה כי פעולות צה"ל הן מעשה-מדינה הייתה מרוכנת מתוכנה את סמכותו של בית-המשפט.

153. בג"ץ 96/1730 ואות' סביה נ' האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל באוצר יהודיה והשומרון ואח', פ"ד נ (1) 353 (להלן: בג"ץ סביה).

154. שם, 369.

155. ע"ב ירדור (לעיל, הערת 32), 389.

עצמה, גם בעלי עיגון כלשהו בחוק, גם כאן לא נדרשה שום הערכה לגבי מידת הסכנה הצפוייה למדינה מושתפתה של הרשימה בנסיבות. <sup>166</sup> מה אפיין "סכסוך חיצוני" – דהיינו: סכסוך עם המדינה – ואיך אפשר להבחין בין לבין "סכסוך פנימי" רגיל? התשובה לשאלת זו אינה חדה, אך נראה לי שאפשר למנות כמה גורמים המשפיעים על הדרך שבה יתפס הסכסוך:

(א) היהות שהמציאות הפלטינית-בטוחנית היא מציאות של עימות בין המדינה היהודית לבין העולם הערבי, בכלל, והערבים הפלשתינים, בפרט, מובן מאליו שהשתיכותו הלאומית של העותר היא גורם מרכזי בדרכ אפיונו של הסכסוך.<sup>167</sup> אם מדובר בעותר ערבי, פלשתיני או אחר, תהיה נטייה נורולית יותר לראות את הסכסוך כחיצוני, אולם גורם זה איננו הכריעי. ישנו מקרים שבהם הסכסוך יתפס כפנימי, א-על-פי שהעותר הוא פלשתיני. לעומת זאת, יתרון מכרה שבו הסכסוך יתפס כחיצוני גם שהונגע הוא יהודי.<sup>168</sup>

(ב) האם יש קשר בין מדינת-אובייב או אחד מהארגוני הפלשתינים שהוגדרו כארגוני בלתי-חוקיים הגורם האחרון – זיקה לאחד מן הארגונים הפלשתינאיים – מלא תפקיד מובהך בתפישת מוחות הסכסוך. ראיינו לעיל את פסקידין בעניין עסל, שבו ראה בית-המשפט בהקשר זה הצדקה מספקת לביטול רשיונו של עיתון,

**בית-המשפט הלך בדרך זו גם במקרים אחרים.**<sup>169</sup>

166. בעניין זה רואו את פסקידינו של שופט-המיעוט, השופט חיים כהן, שבו עסק בכך שלא הייתה בפני ועדת-הבחירות או בית-המשפט ראייה כלשהי המצביע על "...הסתנה הממשית או הברורה או המידית הצפוייה למדינה או למוסד מסוודותיה או לזכות מוכוותיה, מושתפות רשות מועדים זו בבחירה לבנטה" (שם, 381), וראו גם את פסקידינו של השופט ברק בעיב נימן (ד) לעיל, העלה 28).

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

168. דאו, למשל, בש"פ 347/88 מדינת ישראל ב' שורץ וואח', פ"ד מב (2), 568, במקרה זה בית-המשפט הגיעו על החלטה להזיק נאשמי בטענה שמדובר עד תום ההליכים נגדם, הנאשים היו יהודים שהואশמו בה策יפות לחיות הדרקטית לשחרור פלשתין. נמקו את החלטתו לאשר מעזר עד תום ההליכים, אמר השופט ברק (שם, 572):

...ה策יפות זו – אם אכן תוכח בדין – חמורה היא לכל אחד. אך מקום שהנאשים כמו אלה שלפנינו נתונים לד Lager טורטיסי, הרי הם חווים את הקווים של הקיום הלאומי. ...גם בעל המעשה החרג וכי למשפט הוגן, אך מקום שהבראה דמוקרטיות מקיימת מכשיר של מעזר עד תום ההליכים, המופעל כלפי אלה המשחיתים את גוף המדינה ואת נשמהה ראוי והוא מכשיר זה, שיופעל כלפי אלה אשר נתונים ידם לעקירת הגוף והנספה גם יתה.

169. ראו בג"ץ 415/81 איוב ב' הממונה על מהוז ירושלים, פ"ד לת (1) 750; בג"ץ 562/86 אל

(ג) האם הרקע למעשה שתוקפים בבית-המשפט הוא מעשה-חבלתי? אם כן, ייתפס כסוך הנוגע לLAGITIMITY של האמצעים הננקטים בתגובה למעשה, בסכום בין המדינה לבין אלה המבקשים להתנצל לה.

מה מופיעין את הדרך שבה בית-המשפט מתייחס לסוכומים חיצוניים? גישתו של השופט ווסמן, שлемה ניתנת לרשות כוח לפגוע ביכולת-יסוד ללא הסמכה בחוק, לא קיבלה ביטוי מפורש בפסקידין נוספים. דומה שהגישה הרווחת היא גישתו של השופט ברק בג"ץ עסלי. לפי גישה זו, תנאי מוקדם לפולולה שלטונית היא סמכות פורמלית לנקט את הצעד שננקט. אך משינה סמכות פורמלית כזו, לא יבחן בית-המשפט את קובלות האמצעי-עצמו ולא יכפיף את השימוש בסמכות למכחן האיזון העקרוניים שנקבעו בהקשרים אחרים לבחינת השימוש בסמכות להנזר זכויות-ישראל.

ברוב-ירובם של המקרים שבם נתפס כסוך כסוך תיצוני אין ביטוי מפורש לכך בשיח משפטי. אולם דרך תפיסתו של אופי הסוכוך על-ידי בית-המשפט משתקפת בדרך שבה הוא פוסק בפועל. בדרך פסיקתו אפשר להבחין בין עמדתו של בית-המשפט בשלוש סוגיות:

- (א) תחימת הסמכות הפורמלית;
  - (ב) קובלותה של האמצעי שננקט;
  - (ג) דרך הפעלת הסמכות במקרים ספציפיים.
- אדון בכל אחד מלאה בנפרד.

#### 1. תחימת הסמכות הפורמלית

בדונו בשאלת, אם ישנה סמכות פורמלית? בית-המשפט נוקט גישה הופוכה מזו האמורה להנחות אותו, על-פי פסקידין קול'העם, בנוואו לפרש הוראה המסימכה רשות שלטונית לפגוע ביכולות. במקום לפרש את הוראה בדרך המצמצמת את סמכותה של הרשות לפגוע בפרט, בוחר בית-המשפט בפירוש המרחיב את הסמכות כדי לאפשר לרשות לנקט צעדים בשם המדינה, נגד אויביה. לעיל עסקתי בדוגמאות לגישה זו: הפירוש שניתן לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, המתירה הריסת בתים; הפירוש שניתן לחוק סמכויות חירום (מעצרם), תשל"ט-1979, כדי לאפשר וחזק עצרים לבניינים כקלף-ימיות; והדרך שבה בית-המשפט פירש את אמתת גינבה VII.

#### 2. קובלות האמצעי שננקט

קובולות השימוש באמצעי זה או אחר מתעוררת בכל חדיפותה כאשר מועלית טענה רצינית כי אותו אמצעי עומד בנסיבות לערכיהם בסיסיים של שיטת-המשפט שלנו, או שהוא אכן מתיישב עם נורמות של המשפט הבינלאומי. טענות מסווג זה הוועלו נגד גירוש מן השטחים, הריסת בתים, החזקת עצירים כקלף-ימיות והפעלת אמצעי חקירה "חריפים" כלפי עצירים. לבית-המשפט לא הייתה אונן קשבת לטענות אלה. לעיתים הוא דחה אותן

חטיב ואחר' נ' המונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פ"ד מ (3) 657; בג"ץ 648/87.  
קאמס נ' המונה על מחוז הצפון במשרד הפנים, פ"ד מ (4) 663.

על סמך טענות פורמליות ולפעמים פשוט התעלם מהן. כאשר התמודד אתן ל גופו, נראה בבירור שנעשה מאמץ בלתי-משכנע לסתור הכרח חוקי לעמדת הרשות.<sup>160</sup> אשר לגירוש מן השטחים, הטענה המרכזית היא שנסקציה זו עצמת בניגוד מוחלט לסעיף 49 לאמנה ג'נבה IV, המטליל איסור על כל גירוש משטחים מוחזקים – היה המנייע אשר היה.<sup>161</sup> הדרך הפושא להתחמק מטענה זו היא הדרך הפורמלית שבית-המשפט נקט בבע"ז קוואטמה<sup>162</sup> – קביעה כי האיסור הוטלי על גירוש והוא כלל של המשפט הבינלאומי ההסכמי שלא אומץ בחיקאה פרלמנטרית, ובתוור שכוה אין הוא אכן בביית-משפט ישראל. אולם בית-המשפט לא התמיד בכך זה. מסיבות השמרות עמו נכנס בית-משפט לטענה גופה, תוך מתן פירוש לסעיף 49 שאיננו מתיחס עם לשונו או רוחו ושותה לביקורת קטלנית בספרות המשפטית.<sup>163</sup>

בפרשת גירוש 400angan החמאס הועל בבית-המשפט טענות נגד חוקיותו של הגירוש, שאינן נשענות רק על סעיף 49 לאמנה ג'נבה. כך, למשל, נטען שהמשפט הבינלאומי המנaging אוסר גירוש אדם למדינה שאינה מדינת או רחותו, אלא אם אותה מדינה מסכימה לקלות אותו – תנאי שלא נתקיים במקחה זה. בית-המשפט התעלם מטענה זו. הבנימוק שנתן לצמצום היקף החלטתו – שהמגורשים יכולים להעלות את טענותיהם לפני הוועד המיעץ שידון בהשגותיהם – אינו משכנע. הוועד המיעץ דן רק בסיבות הסpecificות של כל מגירוש ואיננו בודק את עצם הסמכות לבצע גירוש. טענה הנוגעת לחוסר-סמכות לגורש היא טענה קלסית שבג"ז אמר לו רון בה.<sup>164</sup>

את הטענות נגד הריסת בתים אפשר לבסס הן על ערכיה-יסוד של שיטת-המשפט הישראליות הן על כלליים של המשפט הבינלאומי.<sup>165</sup> התשובה המקורית של בית-המשפט כלפי טענות אלה הייתה, שאין לנו תוקף כאשר מדובר בהרואה שהיתה תקפה במשפט המקיומי לפניה תפסיק השיטה על-ידי המעצמה הקובשת.<sup>166</sup> במקרים אחר הראיתי, תשובה זו סותרת את הגישה המקובלת במשפט הבינלאומי.<sup>167</sup> בית-המשפט לא נשען על תשובה זו בפסקה המאוחרת יותר. עם זאת, הוא לא תהייחס מעולם למכלול הטענות נגד הריסת בתים המתבססות על המשפט הבינלאומי, אלא הסתפק בתשובה לטענה אחת בלבד: הריסת ביתה של משפחה שללא הייתה שותפה למעשה-האלימות אשר בגיןו הוצא צו

160. ראו מאמרי (לעיל, העירה 53).

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

162. בג"ז 80/698 קוואטמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה (1) 617.

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

164. ראו בנבנשתי (לעיל, העירה 38).

165. לדין מפורט בטענות אלה ראו המאמרים המוצוטים לעיל, העירה 80.

166. ראו בג"ז טהוריל (לעיל, העירה 48); בג"ז 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מא (2) 522.

167. ראו מאמרי (לעיל, העירה 52), 318.

ההרישה היא בבחינת עונש קולקטיבי. גם תשובתו לטענה זו איננה משבנעת. היא מכנישה הריסת בתים במסגרת של פעולה-תגמול, האסורה גם היא על-פי המשפט הבינלאומי<sup>168</sup>, בית-המשפט לא ניתן את דעתו לוגון של טענות נגד חוקיות הריסת בתים, הנשענות על האיסור להרום רכוש<sup>169</sup>, במקרים אחדים, כאשר הוועלו טענות אלה לפניו, נימק בית-המשפט את טירונו לדון בהן בכר שכך נידונו בעבר ואין מקום לשוב ולדון בתן מחדש<sup>170</sup>. אולם פסק-הדין היה שבית-המשפט מפנה אליו כפסק-דין שבו נידונו הטענות הוא פסק-הדין שבו נידונה הטענה בדבר עונש קולקטיבי בלבד<sup>171</sup>.

המשפט הבינלאומי מטיל איסור חרום על החוקת בני עروب<sup>172</sup>, קשה היה להניח אפוא, שתישמעו בבית-משפט בישראל טענה מפורשת שליפה אפשר להוכיח אנשי חפים מפשע כקלף-מיוחה לשחרור שבויים ישראלים. עוד יותר קשה היה להניח, כי אם תיטען הטענה היא תתקבל בבית-המשפט, אולם בעמ"ם פלונים<sup>173</sup> הטענה נטענה ונתקבלה עליידי הרוב, בהיבט אחד של החלטת בית-המשפט – נוכנותו לאון את הוכחות הבסיסית של אדם حق מפשע שלא יונש נגד אינטראנס לאומי – עסקתי לעיל. אולם יש גם היבט אחר שמן הרاوي לדון בו כאן – הדרך שבה בית-המשפט התייחס לטענה שהחזקת בני-עروب עומדת בנייגוד למשפט הבינלאומי. לפי תפיסתה העקרונית של הפסיכה, אמנם אין מקום לפסול הוראת חוק על סמך הטענה שהיא סותרת נורמות של המשפט הבינלאומי, אך יש לפרש חוקים כדי למנוע טירה עם המשפט הבינלאומי המנגדי ועם התהייבותה הבינלאומית של המדינה<sup>174</sup>. השאלה הצarra שערמה לדון בעמ"ם פלונים הייתה, אם החזקת עציר קלף-מיוחה היא מטריה לגיטימית למטען צו מעצר מינהלי על-פי חוק סמכויות חירום (מעצרם), תשל"ט-1979. הנשיא ברק, שהשופט קרמי הסכים אותו, העדיף לדון בשאלה<sup>175</sup> זו במנוגה.

מן והמשפט הבינלאומי. משקבע כי מטריה זו לגיטימית (מכיוון שהוחרר שבויים הוא עניין של בטחון המדינה שהשمرة עליו היא מטרת המעצר המינהלי), סירב הלה לדון בטענה

שחותצאה סותרת את המשפט הבינלאומי. ההסבר שנייתן היה, כי אין בכוחו של המשפט

168. שם, 319-324.

169. ראו שם, 324.

170. ראו שם, 327-328.

171. המדובר בג"ץ 85/698 מ' דג'לט ואחר' נ' מפקד כוחות צהיל באזרע יהודה ושומרון, פ"ד מ (2).

172. ראו סעיף 34 לאמתה גנבה הרכעית בדבר הגנת אורותים בזמן מלחמה, 1949; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Clarendon Press, Oxford, 1989), 48.

173. לעיל, הערה 40.

174. ראו אחרן ברק, *פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה, הוצאה נבו, תשנ"ג*, 575-578.

175. ראו בג"ץ 3124/96 מובהך נ' שירות הביטחון הכללי (לא פורסם); בג"ץ 336/96 (בג"ץ 7964/95) בלבייסי נ' שירות הביטחון הכללי (לא פורסם); בג"ץ 8049/96 חמראן נ' שירות הביטחון הכללי (לא פורסם).

הבינלאומי להשפייע על כוחו של חוק, אולם כפי שsoupטת-המייעות, השופטת דורנר, דראטה בפסק-דין, הפירוש המקורי המקובל מאו ומتمיד לחוק סמכיות הירום (מעדרים) היה, כי אפשר להוכיח אדם במעטר מינגלי רק אם המעדר גודע למגעו סכנה הצומחת ממנו, גם אם הפירוש שנייתן על-ידי השופט ברק הוא פירוש אפשרי לחוק,<sup>176</sup> היה על בית-

המשפט לבחור בפירוש המתישב עם המשפט הבינלאומי. בשעת כתיבת שורת עדין לא הכריע הרכב מיוחד של בית-המשפט בעליון בעתרות נגד השימוש בטلطולים ובשיטות-חקירה מיתומות אחרות בחיקות השב"כ. אולם בהחלטתו בכתה מקרים שבהם סירוב לסת צויז'יבניים כדי למנוע שימוש באמצאים אלה, הילך בית-המשפט שוב בדרך שתורה כאן: סירוב להתייחס לחוקות של אמצעי שלפי תפיסת שירות-הቤתון משמש כל-חוני בהגנה על בטחון המדינה, על- אף טענות חוקות כי האמצעי בלתי-חוקי הן על-פי נורמות של המשפט הפלני הן על-פי נורמות של המשפט הבינלאומי.

יושם לב, כי בכל המקרים שמניתי לעיל לא היו ידי בית-המשפט קשורות בחקיקה האשית שלא היה אפשר להעמיד אותה לביקורת שיפוטית. לא היה צורך במחפה חוקית כדי לחת בידי בית-המשפט כלים לפוסול אמצעים, כגון גירוש, הריסת בתים, החזקת בניין ערובה והפעלת לחץ פיזי כלפי נחקרים. הכלים היו בנמצא, אך בית-המשפט僰 שללא לשימוש בהם. טענתי זאת, שהמנעות זו של בית-המשפט מהתערבות נובעת מתפיסה הסכטוך כסכטוך חיצוני בין המדינה לבין אובייה, העשויה שפגוע קשות בוכות בסיסית נתפס כמעין מעשה-מדינה, שאיננו ראוי לבדיקה שיפוטית.

**3. דרך השימוש בסמכות ראיינו לעיל, כי בתחום רישי עיתוגים בית-המשפט אינו נהוג לבחון את מידת הסכנה הכרוכה בהופעת עיתון. די בכך כי ישנן דאיות על קשר בין העיתון לבין ארגון עזין כדי להצדיק את ביטול דשינו.**

נראה לי, כי דרך זו משקפת את התפיסה הרגילה של בית-המשפט בעתרות המוגשות על-ידי תושבי השטחים. כך, למשל, בפסקתו הנוגעת לאיוז משפחות קבוע בית-המשפט כי על-פי המשפט הבינלאומי, אין חובה להתריך איחוד משפחות בתוך השטחים בין תושבי השטחים לבני-משפחה שאינם תושבים.<sup>177</sup> אך משקען כך, היה צריך לבחון אם שיקול-

<sup>176</sup>. לדעתו, השופט ברק יידך שתי שאלות: מה כולל במושג "בטחון המדינה"? ומה ה��לilit של המעדר מינגלי? גם אם מקבלים את ההנחה ששחרור שבויים כרונך במושג "בטחון המדינה", אין זה נובע כי אפשר להוכיח אדם בקשר-מיוקה לשחרור שבויים; שהרי ה��לית של החוק היא החזקת אדם במעטר כדי למגעו ממנו לפגוע בטחון המדינה. וכך לא אפשר אויל להוכיח אדם במעטר מינגלי אם אותו אדם יכול שחרור שבויים אם אכן ישוחרר. אין להוכיח אדם במעטר מינגלי מכיוון אחרים יסכלו שחרור שבויים אם ישוחרר.

<sup>177</sup>. ראו בג"ץ 13/86 ואח' שאהין ואח' כי מפקד כוחות צה"ל באזרה יהודה ושומרון ואח'.

פ"ד מא (1).<sup>197</sup>

הרעת שהופעל על-ידי הרשות בכל מקרה ומרקם הופעל תוך מתן משקל נאות לזכותם של חסבי השטחים להתחדש עם בני-משפחתם. הוא לא עשה כן.<sup>178</sup> גישה זהה אנו מוצאים בפסקתו הענפה של בית-המשפט הנוגעת לאמתם ולהריסתם של בתים בשטחים.<sup>179</sup> בית-המשפט הביר בסמכות הפורמלית להרוו את בית משפחתו של מוחבל באמצעות האמור להרחיע מוחבים-בכוח מביאו פגועים בעתי. הוא הבHIR, כי הסנקציה של הריסט בית אינה מיוועדת להעניש אישת את בני הבית שנהרס, שלרוב הם חפים מפשע וויקתם היהודית לפשע שבגינו נהרס הבית היא זיקת משפה ומגורים, דהיינו: להיות המחבר בין משפחה שהתגורר בבית. אולם לא היה בעובדה זו כדי לשכנע את בית-המשפט כי הפעלת הסנקציה אינה סבירת. ההסבר לכך ניתן על-ידי השופט חשיין בפסק דין בג"ץ סבית,<sup>180</sup> שבו השווה הריסט בית למעשה-מלחמה של מדינה נגד אויביה.

ברובידורם של המקרים שבהם נתקבש בית-המשפט להתעורר בהחלטת מפקד צבאי להרוו בית לא נעשה כל ניסיון על-ידי בית-המשפט לקבוע מבחן איון עקרוניים שעלה פיהם אמר המפקד להחלטת אם להרוו בית. גם לא נעשה ניסיון לבדוק את סבירות ההחלטה לגופה על-ידי הנוק שייגרם לחפים מפשע מעצם הריסט הבית נגד החשערה שהריסט בית עשויה להרטיע מפגעים בכוח. זאת ועוד: "סטטוטים פנימיים" נוטה בית-המשפט להטיל את הנטול על הרשות להראות כי יש בסיס להחלטה להגביל וכוח-יסוד.<sup>181</sup> בתחום זה של הריסט בתים נטוע לא-פעם, כי אין בסיס להערכת המפקד הצבאי שהריסט בתים עלולה להרטיע מפגעים בכוח. אולם תשובתו העקיבה של בית-המשפט הייתה, שעניין זה נתן להערכתו של המפקד הצבאי, אך הוא לא נדרש להראות את הבסיס להערכתו זו.<sup>182</sup>

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

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

179. ראו המאמרים המצווטים לעיל, הערכה 80.

180. לעיל, הערכה 153.

181. ראו, למשל, בג"ץ 148/79 טער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד (2) 169. במקרה זה נידון סיורבו של מפקד המשטרה تحت רשותו לארגן וגוזת צעירים לקיום תhalbכה במרכז ירושלים. המשטרה טענה, כי קיום התhalbכה עלול ליזור התפרצות גל של התפרעות. בית-המשפט הסביר, כי "...הנטול על המשטרה להראות כי הסכנה לקיום התפרעות הינה סכנה ממשית" (שם, 176).

182. ראו בג"ץ 1005/89 אגה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזרע רצעת עזה, פ"ד מד (1) 536; בג"ץ 89/982 ואח' עריגאן נ' מפקד כוחות צה"ל בירוש (לא פורסם); בג"ץ 1631/90 ואח' חמץ נ' מפקד כוחות צה"ל בירוש (לא פורסם); בג"ץ 3089/90 אל שאער נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה צה"ל ברצעת עזה (לא פורסם); בג"ץ 4464/90 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם); בג"ץ 1053/89 אבו דקה נ' מפקד כוחות צה"ל באזרע רצעת עזה (לא פורסם).

שניצר, שבו בית המשפט אמר כי בהיקף הביקורת אין הבדל בין ענייני ביטחון לבין עניינים אחרים. כאשר הסכוסך נتفس כ"סכסוך חיצוני" – דהיינו: סכסוך בין המרינה לבין אובייה – מופעל מודל אחר של ביקורת מוגבלת, הבא לידי ביטוי בbg"ץ עלי, בעמ"ט פלנרים ובפסקידין רבים הדנים בתריסטות בתים.

בית המשפט נותן מדי פעם ביטוי מפורש לראיינו את המקורה כסכסוך בין ומדינה לבין אובייה, אך מקרים אלה נדירים. ההבחנה בין "סכסוכים פנימיים" ל"סכסוכים חיצוניים" איננה הבחנה גלויה. ספק גדול בעיני אם השופטים עצם מודעים לשני המודלים שביהם דעתו. אולם קומס של שני המודלים האמורים לביקורת שיפוטית מתבקש מעיון מדויק בפסקה הנוגעת לבטחון המרינה.<sup>183</sup>

#### ה. המהפהכה החוקנית ומהפהכה השקטה

במאמרי זה עסקתי במගמות בפסקה בית-המשפט העליון בחמשים שנותיו הראשונות. המהפהכה החוקנית התרחשה רק בשלוחה תקופה זו. כבר בעברית ספקות לגבי החשיפה שתויהה למהפהכה זו בגורמים הרגיסטר ביותר בוכיות אדם בישראל – נושאים הקשורים בדת ומדינה, בבטחון המדינה ובמעמדו של המיעוט הערבי בישראל. הם מיניהם המסתמכנים עד כה בפסקתו של בית-המשפט הם שהmahapecha החוקנית הטיבה עם יוצאי ההש��ות, אך לא עם בני משפחות פלשתיניאיות שבתיהן נהרסים, עצירים המוחזקים בקהל-מיוקה או עצירים פלשתינאים הננתנים לחיקרות השב".<sup>184</sup>

בבית-המשפט הבויר, שטיפכת וכויות האדים המוגנות בישראל לזכויות חוקניות אין משמעותה אך ורק שנפתחה פתח לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, כי אם של שיפור בפסקין של זכויות אלה כאשר הן מتنגשות עם אינטרסים חברתיים. אין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התייחסות מפוזרת לכלל המעוגן בסעיף 10 בחוק-יסוד: חופש

<sup>183</sup>. מכיוון שההבחנה אינה מוכרת ומודעת, יש לעיתים פסקידין חריגים, דהיינו: מקרים שבהם מתייחס בית-המשפט ל"סכסוך חיצוני" לפי המודל לביקורת שיפוטית על "סכסוך פנימי". כך נוצרות אינומליות שחוקרים מתקשים להסביר. רוא צבי כהנא, "על ארכיטקטורה, על נורמות וריאות, ועל הפיכתה השקטה של הלכת", הפרקליט מא (תשנ"ד) 385. כהנא מתייחס לדוגמא בולטות של "טיפול חריג": פסקידינו של השופט ברק בנגץ 5510/92 תורקמאן נ' שדר הביטחון, מר יצחק רבין ואח', פ"ז מה (1) 217. לאחר שבית-המשפט נמנע בעשרות מקרים מביקחת סבירותן של החלטות מפקדים צבאים על הריסת בתים, ובמקרה זה, שלא היה סוגה במהותו חלק גדול מן המקרים שנידונו בעבר, התעורר בית-המשפט בהחלטת מפקד צבאי על סמך עילית היחסות. בית-המשפט לא טרח לדון בהබלים בין המקורה ונידונו בין המקרים הקודמים וגם לא הצעץ אימוץ גישה חדשה בנושא. לפי פסקידין בסוגיה, ניתנו אחרי פסק-הוין זהה, לא נראה שבפועל סימן פסקידין תפוזית בגישתו של בית-המשפט. נראה אפוא, שההסרה לפסקידין חריג זה הוא "טעות במשמעות".

כਮוכן אפשר גם לשאול, מה הוביל לטעות זו? לשאלת זו אין לי תשובה.

<sup>184</sup>. רוא דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ז מט (4) 589.

העיסוק, שלפיו יש לפרש חקיקה קיימת ברוח חוק-היסוד, אולם ה לצורך בהרמוניה חוקתית מהיבר אימוץ כלל כוה.<sup>185</sup> אולם עקרונות אלה נעלמו מעניין בית-המשפט במקרים הביעתיים ביותר, הכרוכים בתפקיד חמורות של זכויות הבסיסיות, כגון חירות אישת, הזכות לא להיענש אלא בשל מעשיך-שלך והוכחות נגד עינויים ועונש או טיפול אכזרים, בלתי-אנושיים ומשפילים.

אני מודע לכך שביסוס המהפהча החוקתית באמצעות ההגנה על החוקים – כגון יוצאי השיקעות,<sup>186</sup> בנקים,<sup>187</sup> חברות-ביטוח<sup>188</sup> וב的日子里 מכוונות הבוחרים שלא להתקין בהן רדיין<sup>189</sup> – יכול שנייה את התשתית להגנה עתידית על בגעים חלשים שאינם יכולים לצפות להגנה מן המסתגרת הפליטית. אך אין ערובה לכך שהגנה זאת אכן תבוא, ויש מי שהביע את החשש שככל המהפהча החוקתית תתחזקה בהגנה על זכויות הקניין וחופש העיסוק של החוקים.<sup>190</sup>

איך מבטחים שתחשש הנ"ל לא יתגשם? נראה לי, שבקשר היישראלי הסכנה הגדולה לזכויות אדם טמונה בתפיסה פרטיקולרית, המתעלמת מנורמות אוניברסליות הבאות ביום ידי ביטוי באמנות בינלאומיות לזכויות אדם. המהפהча החוקתית הטמונה בחוקי היסוד וכתה להדים נורתיים. אך במקביל להגפה זו התרחשה מהפהча אחרת שعبارة בלבד הדר ציבורי ומבליל שהטביעה חותם על הפטיקה. המדובר הוא בהצדרותה של מדינת ישראל לכל האמנות הבינלאומיות העיקריות הנוגעות לזכויות אדם.<sup>191</sup> הניגע הומן לחדר את החוטים בין שתי המהפהכות ולהופכן למפהכה אחת. על בית-המשפט לגלוות אוזן קשבת לטענות הנשענות על נורמות של המשפט הבינלאומי ולפעול כדי לסגור את הפער בין התהיביות הבינלאומית של מדינת ישראל לבין מעשי דשיותיה. הנחת-היסוד חייבות להיות, שהסדר משפטי אמרו להיות הסדר התואם בורמות אלה.

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

185. שם. וראו גם עמ"מ בז'חוין (לעיל, הערה 6).

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

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

188. בג"ץ 726/94 ואחר' כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואחר', פ"ד מה (5) 441, שבו בקש שופט-המיטוע להזכיר על בטלותו של חוק שהגביל את כניסה של חברות-הቤנות.

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

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

191. האמנה זו האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; האמנה הבינלאומית לזכויות אורחות ופוליטיות, 1966; האמנה לביעורן של כל צורות האפליה הגזענית, 1965; האמנה לביעורן של כל צורות האפליה נגד נשים, 1979; האמנה נגד עינויים וטיפול או עונש אכזרים, בלתי-אנושיים ומשפילים, 1984; והאמנה לזכויות הילד,

.1989.

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

.814. שם, 193.

פולנים<sup>194</sup> לא היה דרשו מאמץ פרשני כלשהו להתאים את הוראותיו של חוק סמכויות חירום (מעצרים) לאיסור במשפט הבינלאומי. כל מה שהיה נדרש היה לדובק בפירושו המקורי של החוק. נראה לי, שלו הנחתה-היסוד של בית-המשפט היתה שוליו לפ██וק עלי-פי העקרונות האוניברסליים של המשפט הבינלאומי, אלא אם החוק וחוקה-היסוד סוגרים אופציה זו – ויתמה נמנעת החלטה המוצעת באוטו פ██ק ז'ין, שלא חוסיפה לבוד לבית-המשפט. הוא-הדרין בפסקה הנוגעת להристות בתים. שופט אחד בבית-המשפט העליון, השופט חסין, כבר הראה, מוביל להזקק למשפט הבינלאומי, כי הקו של הרוב איננו מחייב המציאות המשפטית.<sup>195</sup> לו היו השופטים האחרים אוזן קשבת לכללי המשפט הבינלאומי, היו גם הם מאמצים גישה דומה.

כמובן, בשתי הדוגמאות הללו – מעצרם של זרים כקלף-מיוקה ופיקוח בתים של פלשתינים – אפשר לטעון כי בית-המשפט נאלץ לפ██וק כפי שפסק כדי להגן על בטחון המדינה. אינני מקל בראש בקשיהם העומדים בפני בית-משפט כלשהו בבעו לפ██וק נגד עמדתן של הרשות בענייני ביטחון. גם אינני משלה את עצמי, כי בתנאים מקבילים לתנאים של מדינת ישואל בבית-המשפט פנימיים במדינות וmockeries אוחות היו פ██וקים אחרות.<sup>196</sup> עם כל זאת, קשה לקבל את הטענה כי בשני המקרים לצינתי חייב צורך קיומי של בטחון המדינה את בית-המשפט לאשר צעדים האסורים, עלי-פי המשפט הבינלאומי הזוקא בהקשרים של מלחמה או מצבי-חיום. אם בכלל אפשר להציג סטיה מחייבת בבית-המשפט הבינלאומי הנוגעים לאיסורים החלים גם בעת מלחמה או במצב-חירום – דבר המוטל עצמו בפק – על הצורך בסטיה להיות צורך קיומי של ממש, ולא השערה בעלאה בדבריו ההורתיע של צעד עוני אכורי, או אפילו המתייחסות המודesta של המדינה לפעול כדי להביא לשחרורם של שבויינו או להציג פרטים על גורלם של געדינו.

קשה להשתחרר מן הדושם שמה שאפשר לבית-המשפט לאשר את הצעדים של הריסט בתים וחוקת עצדים כקלף-מיוקה היה היודר אלמנט אוניברסליסטי בגישתו, בית-המשפט הבהיר לא-יפעם, כי המושג "בטחון המדינה" איננו מל-קסם המונעת בקיודת שיפוטית עניינית. אסור שימוש זה לצדיק מעשים נגד זרים, גם אם הם נתוני מדינה אויב או בני העם הנמצא בעימות היסטורי עם המדינה היהודית, שלא היינו חולמים עליהם לו היה מדובר בבני עמנואילו. המסר האוניברסלי במישור הלאומי ניתן כבר

194. לעיל, הערא 40.

195. ראו בג"ץ 2722/92 אלעמרן ני מפקד כוחות צה"ל ברצעת עזה, פ"ד מו (3) 693; בג"ץ 4722/91 נזאל ואח' ני מפקד כוחות צה"ל באזר יהודה ושומרון, פ"ד מו (2) 150;

בג"ץ 6026/94 נזאל ואח' ני מפקד כוחות צה"ל באזר יהודה ושומרון, פ"ד מה (5) 338.

196. ראו את מאמריהם של אלכסנדר וברנן (לעיל, הערא 139). וראו גם: *R. v. Secretary of State for Home Dept., ex party Cheblak* [1991] 2 All E.R. 319 סירב בית-משפט אנגלי לבחון לגופה את החלטתו של שר-הפטנים לגרש אדם ממוצא עירקי שישב כבר 17 שנה באנגליה.

במישור הפרטי בתשובה המפורסמת של היל זוקן לאותו נוכרי שביקש ממנו לגיירו על-מנת שילמד אותו כל התורה כולה בעומדו על רג' אחות:

דעלך סני לחברך לא תעביד. זו כל התורה כולה ואידך פירושה  
הוא זיל גמור (מה שנוא עלייך לחברך אל תעשה, זהה בכל התורה  
כולה, והשאר פירוש הוא – לך למד).<sup>197</sup>

197. שבת לא, ע"א.

