

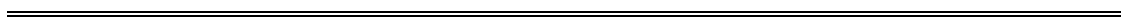
יג) זכויות אדם בשעת חרום

החוק נותן לרשויות המדינה סמכויות רחבות מאוד כנגד מי שפוגע בטחון המדינה, כולל מעצר ללא צו לתקופה ארוכה, הריסת בתים וגירוש מאזור המגורים הרגיל. אולם השימוש באמצעים אלה מותר רק במקרים קיצוניים.

חקיקה

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979



העתירה הוגשה עקב החרמת דירה בהחזקת העותר 1 על ידי המשיב, הוא הממונה בפועל (האזור העירוני), תל אביב. הדירה הנדונה הוחרמה לטובת מר יעקב שפירא היועץ המשפטי לממשלת ישראל, לפי תקנות ההגנה לשעת חירום.

בהתאם לסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל עם תום המנדט יעמוד בתקפו. היוצאים מן הכלל הם חוקים שיש בהם משום סתירה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, וכאלה שיש בהם משום סתירה לחוקים שיינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על-פיה. כמו כן נקבע כי החוקים הקודמים יעמדו בתקפם בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה.

"המשפט" בסעיף 11 כולל חוקי הפרלמנט האנגלי שהופעלו על-ידי דבר-המלך-במועצה בארץ-ישראל לא פחות מפקודות שניתנו על-ידי הנציב העליון בארץ-ישראל. אבל אין להעלים עין מכך שבתוך החוקים האלה יש חוקים אשר סתרו את המנדט ולכן לא היה להם תוקף. מוכנים אנו לבדוק אם חוק אשר הוצא כאן בימי ממשלת המנדט סתר את כתב-המנדט, אבל אין אנו יכולים לקבל את הגישה שכל חוק אימפריאלי אשר אין לו קשר ישיר למנדט או אין לו קשר מיוחד לארץ-ישראל ושהוטל על א"י על-ידי דבר-המלך בטל הוא מעיקרו.

מחוקק במדינה דמוקרטית יכול להוציא חוק המאפשר תקנות- לשעת-חירום. נמצאים חוקים כאלה גם בחוקות הדמוקרטיות ביותר. המכריע כאן לא מציאותן של תקנות-לשעת-חירום כי אם אופן השימוש בהן. גם אין להניח בשום אופן שהמחוקק הישראלי בהזכירו את המלים "ובשינויים וכו'" נתכוון להעביר חלק מתפקידו לבתי-המשפט. אין חברה מסודרת הנמצאת במצב חירום יכולה להתקיים בלי תקנות לשעת-חירום אשר מטבן מעדיפות את טובת הכלל על החירויות של הפרט. השאלה באיזו מידה יכול בית-המשפט להתערב בשיקול-הדעת של הרשות המוסמכת המשתמשת בתקנות ממין זה.

בענייננו, הדירה הנדונה הוחרמה לטובת היועץ המשפטי לממשלת ישראל, שהוא נשוי ואב לשלושה ילדים. הדירה נמצאת בבית לא רחוק מהקריה. מר ליון, שנזכר בבקשה המקורית כמבקש ראשון והגר כיום בדירה, הודיע לבעליה כי הוא עומד לעזוב את הדירה. מעשה אין מר ליון מופיע כלל כמבקש במשפט הזה. המבקש 3, ד"ר בוריס תמשס, שהצטרף לאחר מתן הצו-על-תנאי למשפט זה, עשה בשלושה בספטמבר 1948, חוזה-שכירות על הדירה הנדונה על-ידי בא-כוחו עם מר קליימן. המבקשים לפנינו הם, איפוא, בעל-הבית ודייר חדש הרוצה להיכנס לדירה, הקובלים על כך שהרשות המוסמכת החרימה את הדירה בשביל היועץ המשפטי.

דעת הרשות המוסמכת היתה, כי פקיד כדי שיוכל למלא את תפקידו במדינה זקוק לדירה פרטית ושאי-אפשר להפריד לזמן ארוך בינו ובין משפחתו ושהמצאת דירה פרטית בשביל ושבבלעדיה עלול שירותו במדינה להיפסק, הנו דבר הנחוץ לקיום השירותים החיוניים לציבור. אי-אפשר לומר על דעה כזו כי היא מחוסרת כל הגיון. העתירה נדחת.

פיגועים רבים נמנעו בשל פעולותיהן של רשויות המדינה. הרשות העיקרית הנושאת במשימה זו היא שירות הביטחון הכללי (שב"כ). להגשמת משימותיו הוא עורך, בין השאר, חקירות נגד חשודים בפעילות חבלנית עויינת. מטרתה של החקירה הינה לאסוף מידע על מחבלים ודרכי התארגנותם במטרה לסכל ולמנוע ביצוע מעשי חבלה בעודם באיבם. במסגרת החקירה נעשה שימוש גם באמצעים פיזיים, שהחלטה על נקיטתם מקרה מסויים נעשית על פי נוהל, המחייב אישור דרגים שונים של השב"כ.

חירותו של הפרט, לא להיות אובייקט לחקירה, היא חירות יסוד במשטרנו החוקתי. אין לפגוע בחירות זו אלא בהוראת חוק המקיימת את הדרישות החוקתיות. סמכות מנהל כללית של הממשלה, אין בכוחה לקיים דרישה זו.

הצורך במניעת קשר בין הנחקר לנחקרים אחרים, ואולי גם בינו לבין חוקריו, מחייבים נקיטת אמצעים מיוחדים. על כן כוללת סמכות החקירה - לפי נסיבות כל מקרה ומקרה לגופו - מניעת קשר עין עם אדם או מקום זה או אחר. כיסוי ראשו של נחקר - בייחוד כיסוי כל ראשו, להבדיל מכיסוי עיניו - במשך זמן ממושך בשק אטום וללא קשר הכרחי למטרה של שמירה על הנחקר או החוקרים, או מניעת קשר בין נחקרים, אינו חלק מחקירה הוגנת.

עצם העובדה כי נמנעת מנחקר היכולת לישון כלולה בסמכותו של החוקר. שונה הדבר מקום בו מניעת השינה הופכת מתוצאת לוואי של צרכים חקירתיים אינהרנטיים, למטרה בפני עצמה. אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו - אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה. יוצא כי הסייגים החלים על חקירת משטרה חלים גם על חקירת שב"כ. אין הוראת חוק המקנה לחוקר שב"כ סמכות חקירה מיוחדת, שונה וחמורה מזו המוקנית לחוקר משטרה.

אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הבטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה. בדומה, לחוקר שב"כ אינדיבידואלי אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. אם חוקר עומד לנקוט אמצעים אלה, או נוקט בהם הלכה למעשה, הוא חורג מסמכותו. אחריותו לכך תיבחן על פי הדין הכללי.

יתכן שהקשיים הבטחוניים הם רבים מדי, ונדרשת הסמכה לנקיטה באמצעים פיזיים במהלך החקירה. אם אמנם כך יוחלט כי אז ההכרעה בשאלה אם ראוי לה לישראל לאפשר אמצעים פיזיים בחקירותיה, ובשאלת היקפם של אותם אמצעים החורגים מכללי החקירה "הרגילה" היא שאלה שההכרעה בה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. העתירה מתקבלת.

המערער הושם במעצר מינהלי לתקופה של חודשיים, עקב החלטת המשיב כי המערער, שהוא רב וראש ישיבה, קורא לתלמידיו לפגוע בערבים; לאחר הפיגועים החמורים בירושלים ובתל-אביב העביר שיעורים, שבהם אמר כי מבחינה הלכתית חובה היא לנקום בערבים.

החוק מאזן בין זכות-היסוד של האדם לחירות ממעצר לבין צרכי הביטחון בשעת חירום. מחד-גיסא הוא מסמיך את שר הביטחון להורות על מעצר מינהלי אם לשר יסוד סביר להניח - לרבות על-יסוד חומר חסוי - שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים זאת. מאידך-גיסא החוק דורש כי צו מעצר שניתן על-פיו יאושר - בהליך שיפוטי מלא במעמד העציר - על-ידי נשיא בית-משפט מחוזי. על בית-המשפט לבחון אם חומר הראיות שעל-בסיסו ניתן הצו משכנע די הצורך כדי להוות יסוד לפגיעה בחירותו של אדם, ואם הפגיעה הולמת את ערכי המדינה, תכליתה ראויה ואין היא במידה העולה על הנדרש, הכול כנובע מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במסגרת זו בחון בית-המשפט לא רק את חוקיותו הפורמאלית של המעצר, אלא גם האם מוצדק הוא לגופו ומהו משך המעצר ההולם.

השימוש בסמכות המעצר המינהלי מותנה בכך שלא ניתן להגן על שלום הציבור ובטחונו באמצעים רגילים, לרבות על-ידי נקיטת הליכים פליליים, שבגידרם אף מוסמך בית-המשפט לעצור נאשם אם קיים יסוד סביר לחשש ששחרורו יסכן את שלום הציבור. כאשר הגשת כתב-אישום אינה אפשרית משום שהראיות נגד החשוד למרות מהימנותן אינן קבילות, הוצאת צו מעצר מינהלי מותנית בקיום "ודאות קרובה" לכך שהימנעות ממעצר תגרור פגיעה של ממש בבטחון המדינה ובבטחון הציבור. בענייננו, לא נטען כי המערער יעשה מעשים המסכנים את בטחון הציבור.

המערער נעצר בשל חשש כי בהשפעת דבריו יבצעו תלמידיו מעשים המסכנים את בטחון הציבור. השאלה היא איפוא אם יש בחומר שהציג בא-כוח המשיב יסוד לחשש כזה. המערער עצמו, הנוהג להרצות בפני מאות אנשים, לא הסתיר את השקפותיו. הוא הסביר כי אף שמלכתחילה אסר על מעשי נקמה בערבים, הרי שבדיעבד לא גינה מעשים אלה, ואף הביא בפני תלמידיו את ההשקפה כי יש הרואים במעשיו של ברוך גולדשטיין, מבצע הטבח במערת המכפלה, "קידוש השם". השקפה זו אף העלה על הכתב. אפשר כי יש בדברים אלה שאמר וכתב המערער עבירה. אך לעניין ההוכחה של השמעת הדברים אין חסרות למדינה ראיות ואין איפוא צורך באמצעי החריג של מעצר מינהלי.

המערער דורש בפני תלמידיו מזה מספר שנים, אך אין טוען נגדו כי שידל למעשי עבירה קונקרטיים. גם לא הוכח כי דבריו עלולים - לא בוודאות קרובה, ואף לא במידת הסתברות ממשית הפחותה מכך - להביא את תלמידיו לפגוע בערבים. נגד המערער גם לא הוצא צו מינהלי עד לפיגועים האחרונים. אלא שמאז פיגועים אלה חלף זמן-מה, שאפשר להניח כי מקהה הוא את החשש מפני מעשי נקמה בעקבותיהם.

הערעור מתקבל.

העותרים הם אזרחים לבנוניים, שנעצרו והובאו לישראל בין על ידי כוחות הבטחון והועמדו לדין, בגין השתייכותם לארגונים עויינים ומעורבותם בפיגועים נגד כוחות צה"ל וצד"ל. הם הורשעו בדינם ונידונו לתקופות שונות של מאסר בפועל. כולם סיימו לרצות את עונשם, אך הם מוחזקים עד היום במעצר מינהלי מכוח צווים של שר הבטחון. מהעותרים עצמם אין נשקפת סכנה לבטחון המדינה. הם מוחזקים במעצר מינהלי כ"קלפי מיקוח" במשא ומתן קשה אשר ישראל מנהלת לשחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון.

הסכנה לבטחון המדינה שבחוק המעצרים (שעת חירום), אינה כולל בהכרח רק מצבים בהם הסכנה נובעת מהעצור עצמו, אלא מפעולתם של אחרים, אשר עשויה להיות מושפעת ממעצרו של אותו אדם. תכליתו של החוק לענייננו היא כפולה: מחד גיסא, שמירה על בטחון המדינה; מאידך גיסא, שמירה על כבודו וחירותו של כל אדם. מטעם זה הגביל החוק את סמכות המעצר המינהלי לתקופה בה קיים במדינה מצב חירום, ומאותו טעם נקבע הליך של ביקורת שיפוטית תקופתית על הפעלת הסמכות.

המאבק היומיומי בטרור מחייב לא פעם הפעלתם של אמצעים בלתי שיגרתיים, כולל המעצר המינהלי. עם זאת, שמירה על חירותו וכבודו של כל אדם והגנה על חירות וכבוד אלה, הם זכויות יסוד חוקתיות בישראל. בין שתי התכליות המונחות ביסוד חוק המעצרים - בטחון המדינה וחירות הפרט וכבודו - קיימת התנגשות; כל מעצר פוגע בחירותו של הפרט וכבודו, ובמיוחד מעצר מנהלי. הפרט נעצר בלא משפט, מכוח צו המוצא על ידי הרשות המבצעת, ולתקופה ארוכה שאינה מוגבלת מראש. גם יכולתו להתגונן כנגד המעצר המינהלי מוגבלת.

האיזון מאפשר מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה, אך אין להרחיבה למעצרו של אדם המהווה "קלף מיקוח". הטעמים לעמדה זו הם שניים: ראשית, הפגיעה של מעצר מינהלי בחירות ובכבוד של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה, היא נסבלת ומהווה את הרע במיעוטו. לעומת זאת, הפגיעה בחירות ובכבוד, במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה כזו, היא קשה ביותר; המדינה עוצרת אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר לא נשקפת ממנו כל סכנה, וכל חטאו בהיותו "קלף מיקוח".

אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לבטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק. אמנם, חוק המעצרים אינו עומד לבחינה חוקתית ביחס לחוק היסוד (בשל ההוראה בדבר שמירת הדינים), אך הוראותיו צריכות להתפרש על רקע חוק היסוד; מעצר מינהלי אינו יכול להמשך ללא סוף. ככל שתקופת המעצר שחלפה הולכת ומתארכת, כך נדרשים שיקולים יותר כבדי משקל כדי להצדיק הארכת מעצר נוספת, אחרת הופך האמצעי של מעצר המינהלי למכביד עד כדי כך שהוא חדל להיות מידתי.

כיום אין ודאות קרובה או אף אפשרות סבירה לכך כי המשך מעצרו של העותרים יביא לשחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הבטחון. לא הוצגה בפנינו - אף לא בדיונים בדלתיים סגורות - תשתית עובדתית על פיה ניתן לומר כיום כי קיימת ודאות קרובה (או אפשרות סבירה) כי המשך המעצר המינהלי יביא לקידום שחרורם של השבויים והנעדרים. העתירה מתקבלת.

הערת העורך: ראשית יצויין בערת אגב, כי יתכן שחוק שעת חירום מעצרים הינו חסר תוקף כיום, מכיוון שלאחר תיקון פקודת סדרי שלטון ומשפט ניתן להפעיל את החוק רק לפי חוק יסוד: הממשלה, אולם חוק המעצרים לא תוקן חוק המעצרים בהתאם. אבל כנראה שזהו עניין פורמלי בלבד; מעניין שלפי הכתוב בפקודה עצמה, היא נגזרת מהסמכות שניתנה במגילת העצמאות ומכאן שיתכן ולמגילה יש תוקף יותר מאשר "כלי פרשני", כפי שמקובל לראותה. לעניין סמכותה של הכנסת להאריך כל פעם את מצב החירום, הרי שלאור ס' 39(ג) לחוק יסוד הממשלה, יתכן שהכרזת מצב חירום משמעותה שהכנסת מעבירה את סכמות החקיקה אל הממשלה, וזה בר שלא בהכרח נמצא בסמכות הכנסת¹, כאשר לאחר חוקי היסוד מ-92 צומצמה ריבונותה של הכנסת כרשות מחוקקת מפני סמכות האסיפה המכוננת. במיוחד הדברים אמורים במקרה שיש די זמן לקבוע את אמצעי ההתמודדות עם מצב החירום בחקיקה ראשית².

¹ בג"צ 8600/04 - אבנר שמעוני, ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם רשמית), ס' 3 לפסק דינו של השופט חשין

² בג"צ 2994/90 - ח"כ אברהם פורז נ' ממשלת ישראל ואח'. פ"ד מד(3), 317, עמ' 321-322 (ס' 8 לפסק הדין).

המשיב הוציא צו-החרמה בהתאם לתקנות ההגנה, שעל-פיו קנה אחיזה בדירה בבית לשם שיכון מנהל מחלקה במשרד הפנים. המבקש גר בדירה הנ"ל יחד עם משפחתו מספר שנים עד שעזבו את הדירה כחודשיים לפני מתן הצו. העתירה הוגשה כנגד הצו.

לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט, רשאית מועצת המדינה הזמנית להכריז כי קיים במדינה מצב חירום, וכנגזר מכך רשאי כל שר להתקין תקנות-לשעת-חירום לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים.

ההכרזה על הקמת מדינת ישראל במסגרת מגילת העצמאות, באה רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה על-ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת "האני מאמין" שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם. המוסד, אשר הוסמך זמנית לחוקק חוקים, הוא מועצת המדינה הזמנית, שהוקמה עם ההכרזה על המדינה. המחוקק הזה חקק את פקודת סדרי השלטון והמשפט והכריז על המשפט אשר על פיו תנהג המדינה. בכל מקרה שבו מתעוררת שאלה בדבר תקפה של איזו פקודה או תקנה מתקופת המנדט יש לפתור שאלה זו לאור המבחן שנקבע בפקודה.

לפי חוקי המנדט נמסר הכוח להתקין תקנות-לשעת-חירום לידי הנציב העליון בלי כל צורך להזדקק למרותו של מוסד עליון. סמכות הנציב העליון עברה לפי לפקודת סדרי השלטון והמשפט, לממשלה הזמנית. לפי פקדת סדרי שלטון ומשפט, המשפט שהיה בתוקפו בזמן המנדט אמנם יעמוד בתקפו, אבל בכל הנוגע לסמכות להתקין תקנות-לשעת-חירום להבא, יוגבל הכוח הזה על-ידי תנאים מסויימים, אשר האחד מהם הוא הרשאה מאת מועצת המדינה הזמנית לשימוש בו. אין בחוק כל רמז שהתקנות הקודמות, שהוצאו בזמן השימוש בכוח הזה, לא היה כפוף לתנאים האלה. העתירה נדחית.

העותר הושם במעצר מינהלי לתקופה של שישה חודשים. הוא הגיש ערעור על צו המעצר, והוחלט לקצר את תקופת המעצר בשבועיים. יום לפני מועד השחרור, החליט המשיב להאריך את תקופת המעצר בארבעה חודשים. העותר ערער על ההחלטה, אולם נדחה.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי אין מגבילים את חירותו של אדם במאסר או במעצר, אלא בתנאים שנקבעו בחוק זה. המעצר המינהלי מגביל את חירותו של אדם באופן החמור ביותר: החירות נשללת, לא על ידי בית משפט, אלא על ידי רשות מינהלית; ובדרך כלל, לא על יסוד עובדות גלויות, שאפשר להתמודד איתן, אלא על יסוד חומר חסוי; אדם שנכנס למעצר מינהלי אינו יודע מתי יצא מן המעצר. החומרה הכרוכה במעצר המינהלי מחייבת להקפיד היטב בסמכות המעצר, שלא ייעשו בה שימוש ביד קלה. עולה השאלה, אם מפקד צבאי מוסמך להאריך מעצר מינהלי של אדם, לאחר ששופט החליט לקצר את תקופת המעצר של אותו אדם. תכלית המעצרים היא, בראש ובראשונה, השמירה על ביטחון הציבור. אך תכלית זאת משתלבת בתכלית נוספת: ההגנה על חירות האדם. צו המעצרים מפקיד בידי השופט את הסמכות לאזן בין צרכי הביטחון לבין חירות האדם.

הכלל הוא שמפקד צבאי אינו רשאי להאריך את תקופת המעצר, לאחר ששופט החליט לקצר את התקופה, אלא אם נתקיים אחד מאלה: 1. השופט החליט לקצר את תקופת המעצר כדי שהמפקד הצבאי ישקול מחדש, לקראת תום התקופה שקוצרה, אם יש הצדקה להמשכו; או 2. לאחר שהשופט החליט לקצר את תקופת המעצר, התקבל מידע חדש או חל שינוי בנסיבות שיש בהם כדי לשנות באופן מהותי את מצב המסוכנות של העצור.

על פי הכלל, המשיב היה רשאי להאריך את מעצר העותר אם התקבל אצלו, לאחר בית המשפט קבע שיש לקצר את המעצר, מידע חדש או שחל שינוי בנסיבות, שהיה בהם כדי לשנות באופן מהותי את מצב המסוכנות של העותר. אולם המשיב לא טען כלל שכך היה. הוא אינו רשאי במקרה כזה להאריך את המעצר. הביקורת על השופט, הדין בערעור על צו מעצר, מופקדת רק בידי בית המשפט, ולא בידי המשיב. העתירה מתקבלת.

המפקד הצבאי של כוחות צבא ההגנה לישראל באזור יהודה והשומרון הוציא "צו תיחום מקום מגורים". על פי הוראות הצו נדרשו העותרים, תושבי אזור יהודה והשומרון, להתגורר בשנתיים הקרובות באזור חבל עזה.

מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. זהו סכסוך מזויין, במהלכו נהרגו ונפצעו אלפים משני הצדדים. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים, וזורעים הרג ודם בערים ובישובים. הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית באזור, וזוכים לתמיכת חלקים ממנה, כולל בני משפחה קרובים.

במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקטת - מכוח זכותה להגנה עצמית - במבצעי לחימה מיוחדים. הממשלה החליטה על שורת צעדים אחרים, ביניהם העברתם של בני משפחה של מתאבדים או מפגעים קשים ושולחיהם מאזור יהודה והשומרון לאזור חבל עזה, ובלבד שבני משפחה אלה היו הם עצמם מעורבים בפעילות החבלנית.

דיני המשפט הבינלאומי החלים באזור הם הדינים המנהגיים והאמנות הבינלאומיות. לפי אלה, הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. אך זכויות אלה אינן זכויות מוחלטות. ניתן לפגוע בהן כדי לקיים את זכויותיהם של אחרים. זכות האדם וההגבלה עליה יונקות ממקור משותף, שעניינו זכותו של האדם בחברה הדמוקרטית.

היקף הפגיעה המותרת בזכויות האדם נקבע בדינים ההומניטריים הקבועים בדינים בדבר סכסוכים מזויינים. אמנת ג'נבה מאפשרת תיחום מקום מגורים, ובלבד שמקום המגורים החדש יהא בתחום האזור הנתון לתפיסה לוחמתית, בו מצוי מקום המגורים ממנו מוצא האיש. אך הן הגדה המערבית והן רצועת עזה הם חלק מארץ-ישראל (Palestine) המנדטורית. הם נתפסו בתפיסה לוחמתית על ידי מדינת ישראל. מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאלית אחת. בשניהם פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה.

תנאי הכרחי לכך שניתן יהא לתחם את מקום מגוריו של אדם הינו, כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה באותו זמן, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. אמצעים של מעצר ותיחום מקום מגורים הם האמצעים החמורים והחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט בהם, ועל כן יש לנקוט בהם רק במצבים חריגים ויוצאי דופן בלבד. מטרת התיחום אינה הענשה אלא מניעה.

לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט בו בדרך כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות - שגם אם אינן קבילות בבית משפט - הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט אמצעי זה, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון. לפי עקרון המידתיות, נדרש קשר של התאמה בין המטרה של מניעת סיכון מהאדם שמקום מגוריו תוחם לבין הסיכון הנובע ממנו אם לא יינקט כלפיו אמצעי זה; נדרש כי האמצעי הננקט פגיעתו תהא פחותה; וכן נדרש כי בדרך כלל האמצעי של תיחום מקום המגורים יעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו בהבטחת ביטחון האזור.

כאשר בשל מסוכנותו של אדם תיחום המגורים מוצדק הוא, אין כל פגם בכך שהמפקד הצבאי ישקול גם שיקולים של הרתעת הרבים. אך הוא אינו רשאי להורות על תיחום מקום מגוריו של אדם תמים שאינו מעורב בכל פעילות הפוגעת בביטחון המדינה ושלא נשקפת ממנו כל סכנה, וזאת גם אם המפקד הצבאי סבור כי הדבר הכרחי בשל טעמי ביטחון החלטיים.

מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חרות, המבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי ועל פי משפטה הפנימי. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. העתירות מתקבלות בחלקן.

הערת העורך: לעניין היותם של הגדה והרצועה "אזור אחד" למרות הנתק הפיזי ביניהם, יהיה מעניין לבדוק האם גם רשויות הצבא מתייחסות אליהם כאזור אחד, כלומר האם קלות – או קושי – המעבר בין הגדה והרצועה היא זהה לזו שבין אזורים שונים בגדה.

מחבל מתאבד עלה לאוטובוס בירושלים, וזמן קצר לאחר זאת הפעיל מטען חומר נפץ שנשא על גופו; בפיגוע זה נספו 22 בני אדם, ונפצעו 120. עבדאללה עדנאן יחיא שרבאתי, בנו של העותר, הוא שתכנן את הפיגוע. שרבאתי הוא תושב שכונת ואדי ג'וז שבמזרח ירושלים, ובעל תעודת זהות כחולה. הוא גויס לפלג הצבאי של החמא"ס, והונחה לאתר רכב נושא לוחית רישוי ישראלית, שישמש להובלתו של המחבל-המתאבד לזירת הפיגוע, ככל הנראה מתוך ידיעה כי עקב היותו תושב ישראל לא יתקשה לנוע בחופשיות ומבלי לעורר חשד. בנוסף, הוא היה שותף לתכנון ולקשר לביצועם של שני פיגועי-תופת נוספים, אולם נעצר בטרם בוצעו. המפקד הצבאי הודיע על כוונתו לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו מכוח לתקנות ההגנה (שעת חרום), ולהחרים ולאטום את הקומה הראשונה בביתו של העותר, ששימש למגוריו של שרבאתי, וממנו הוא יצא לדרכו לביצוע הפיגוע.

מזה מספר שנים מבצעים ארגונים פלסטיניים מעשי טרור רצחניים בתחומה של מדינת ישראל, ובשטחים הנמצאים בשליטתה. עד כה גבה קציר הדמים את חייהם של מאות רבות, וגרם לפציעתם של אלפים. לתופעות אלה, כמו לנגע הטרור בכלל, נדרשה המדינה לתת מענה במסגרת זכותה להגנה עצמית. אחד האמצעים בהם הוחלט לעשות שימוש, הוא אטימה או הריסה של בתים בהם גרו מפגעים או מהם יצאו לפעילותם הנפשעת. מטרת תקנות ההגנה לשעת חירום הינה, בין היתר, לאפשר למפקד הצבאי למנוע מעשי אלימות במטרה לקיים את הביטחון והסדר הציבורי באזור הנמצא בסמכותו. הפעלת התקנות צריכה להיעשות על רקע חוקי היסוד, ולפיכך הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי צריכה להיעשות לתכלית ראויה ובאופן מידתי.

באשר להריסת ביתו של אדם (או "אטימה מלאה" השקולה כנגד הריסה), אין צורך לומר עד כמה חריף צעד זה, אולם לעתים אין מנוס ממנו, הואיל והוא הוכר כאמצעי העשוי באופן רציונאלי להביא להתעת הרבים, והוא אף נמצא מידתי כל עוד נעשה בו שימוש במקרים חמורים במיוחד, וכזהו המקרה המונח בפנינו. שאלת יעילות הרתעה של הריסה הינה נושא להערכה של גורמי הביטחון. מידע שחלקו חסוי, שהתקבל בשנה החולפת מאז החלה ישראל לנקוט בצעדים מרתיעים, לרבות הריסת בתי משפחות מחבלים בהיקף נרחב יחסית, מלמד כי לצעדים אלה אכן היתה השפעה הרתעתית על הטרור. יצויין כי במקרה שלפנינו, שרבאתי מסר הודאה מלאה במהלך חקירתו, ולא הביע חרטה על מעשיו. העתירה נדחית.

הערת העורך: לפנינו דוגמה מובהקת לפסק דין חסר היגיון ואנטי-דמוקרטי שיצאו מבית המשפט העליון:

ראשית, נכון שאין מחלוקת על כך שתקנות ההגנה חלות במזרח ירושלים ואף בתוך הקו הירוק; אבל באותה מידה אין מחלוקת על כך שהן אינן אלא חקיקת משנה, אשר בספק רב אם היו עומדות בביקורת שיפוטית עוד לפני חוקי היסוד מ-92, ועל אחת כמה לאחריהם. התקנה המאפשרת הריסת בתים היא אולי הקיצונית ביותר, בהיותה מאפשרת הפקעת רכוש או הריסתו ללא כל פיצוי, רכוש השייך ומחזק לא ע"י הפושע עצמו אלא ע"י משפחתו, וכל שזה בהחלטה מנהלית עוד לפני שהורשע.

שנית, לעניין האפקט ההרתעתי-כביכול של הריסת הבתים, הרי שדינו של המפקד הצבאי הינו כדין כל עובד ציבור אחר: חזקה שכל מעשיו ודבריו במסגרת תפקידו הם נכונים ונעשו כדין

במסגרת "חזקת תקינות המינהל", וכל הטוען אחרת – עליו הראיה; אולם כאמור חזקה זו ניתנת לסתירה. בשעת הצורך, ידע גם בית-המשפט להתערב בחוות דעת זו³. יתרה מכך, בית-המשפט כבר קבע שחוות דעת של מומחה שכרו משולם על-ידי אחד הצדדים היא חשודה מלכתחילה, גם אם הצד הוא המדינה והמומחה מועסק על ידה באופן קבוע, מה גם שבמקרה זה מדובר בחומר חסוי שלא ניתן להתמודד עמו. וכבר נקבע, כי בית משפט אינו חייב לקבל חוות דעת של מומחה, אפילו אם מונה מטעם בית המשפט, במידה וחוות הדעת מופרכת על פניה; במקרה זה, נראה שהריסת הבתים דווקא מגבירה את הטרור, בהיותה מגבירה את השנאה כלפי מדינת ישראל מצד תושבי השטחים. יצויין בהערת אגב כי נאמר כבר, גם בעניין שמירה על ביטחון המדינה, כי לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם חוקי⁴.

שלישית, לאחר העברת חלק ניכר מהשטחים לאחריותה הבטחונית שלהרשות הפלסטינית, הרי שלגבי חלק - ואלי רוב - תושביהם חסינים מפני הריסת בתים, שהרי הצבא נמנע, בעיקרון, מלהיכנס לשטחים אלה ("שטחי A"), ועל כן יש בכך אפלייה בינם לבין תושבי השטחים הנמצאים באחריות בטחונית ישראלית. באופן אירוני, ניתן לבצע צווי הריסה מנהליים מכוח תקנות שעת חירום דווקא בשטחי הקו הירוק או באיזורים שבהם הוחל החוק הישראלי (רמת הגולן ומזרח ירושלים), מאשר בשטחי הרשות.

לאור נימוקים אלה, מיותר לדון בשאלה עד כמה עומד האמצעי של הריסת בתים במבחני הסבירות והמידתיות, שהרי דיון כזה יהא משול לדיון בסיכויי מכירת קרח לאסקימואים.

³ למשל: בג"צ 2056/04 - מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח'. (טרם פורסם רשמית)

⁴ בג"ץ 7015/02 - כיפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם רשמית), ס' 41 לפסק הדין.

נוהל "אזהרה מוקדמת" קובע כי חיילי צה"ל המבקשים לעצור פלסטיני החשוד בפעילות חבלנית עויינת רשאים להסתייע בתושב פלסטיני מקומי, כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת לעצור מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עימו תוך ביצוע המעצר. העתירה הוגשה כנגד נוהל זה.

צבא בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית רשאי לעצור תושבים מקומיים המבוקשים על ידו, והמסכנים את ביטחונו. במסגרת זו הצבא רשאי ליתן למבוקש אזהרה מוקדמת. בכך ניתן להבטיח ביצוע המעצר בלא פגיעה באוכלוסיה המקומית. כשם שברור כי הצבא מוסמך לעצור מבוקש המסכן את הביטחון, כן ברור כי הצבא אינו רשאי להשתמש בתושבים מקומיים כ"מגן אנושי".

נוהל "אזהרה מוקדמת" קובע במפורש כי ניתן להיעזר בתושב פלסטיני מקומי לשם העברת האזהרה המוקדמת רק במקום שתושב זה מסכים לכך. כן מוסכם על הכל, כי אין להעביר אזהרה מוקדמת באמצעות תושב מקומי, אם הדבר מעמיד אותו בסיכון. לעניין ההסתייעות בתושב מקומי, לשם מסירת "אזהרה מוקדמת" על פי הנוהל בעניין זה, שעה שאותו תושב מסכים לכך ולא ייגרם לו נזק ממסירת האזהרה, לא הוחלה הוראה מפורשת.

השמירה על חייה של האוכלוסיה האזרחית הינה ערך מרכזי בדינים ההומניטריים החלים על התפיסה הלוחמתית. אך עומדת גם חובתו של הצבא התופס להגן על חייו וכבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה, גם במקום שהוא מסכים לכך וביצוע התפקיד לא יסב לו כל נזק. זאת, לא רק משום שככלל אין הוא רשאי לוותר על זכויותיו על פי הדין ההומניטרי, אלא גם משום שהלכה למעשה קשה לאמוד מתי הסכמתו ניתנת מתוך רצון חופשי ומתי היא פרי לחץ גלוי או סמוי.

באיוון בין שיקולים נוגדים אלה, ידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי על העליונה. עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסיה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס, ואין "לנדב" אותם לשיתוף פעולה עם הצבא.

לאור חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי, אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעצרו. יש להימנע מכניסה למצב בו תתבקש הסכמה זו. לבסוף, אין לדעת מראש האם העברתה של האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי המעביר אותה. היכולת להעריך נכונה קיומה של סכנה בתנאי הלחימה היא קשה, ואין לבנות נוהל המבוסס על הצורך להניח היעדר סכנה כאשר הנחה זו לעתים אינה מבוססת. לעניין זה יש להתחשב לא רק בסיכון הפיזי של פגיעה מירי שיבוא מהמקום בו נתון העצור, או ממלכודות שונות, אלא גם בסיכון הרחב יותר הצפוי לתושב המקומי "המשתף פעולה" עם הצבא התופס.

שיקולים אלה מביאים למסקנה, כי נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. הוא מתקרב יתר על המידה אל "הגרעין" הנורמטיבי האסור, והוא מצוי באזור האפלולי היחסי הבלתי ראוי. העתירה מתקבלת.

שלושה שבועות לפני הבחירות לרשויות המקומיות, החלו העובדים במשרד הפנים בשורה של עיצומים. בין השאר לא הנפיקו תעודות זהות חדשות, ונוצר מצב, לפיו היתה נמנעת מאלפים רבים האפשרות להצביע בבחירות. בתגובה, קבעה הממשלה תקנות שעת חירום, ששינו את הוראת סעיף 60 לחוק הבחירות, וקבעו כי ניתן להצביע באמצעות דרכון ישראלי, תעודת חייל ושטר, או רשיון נהיגה הכוללים תמונה.

החוק קובע, כי במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירום כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים, לתקופה של עד שלשה חודשים. כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים. בין השאר אין בכוחן למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

אין זה עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, כי הרשות המבצעת תפלוש לתחומה של הרשות המחוקקת. חקיקת משנה המשנה הסדרים הקבועים בחקיקה ראשית פוגעת בעקרון שלטון החוק המהותי, למרות ששלטון החוק הפורמלי עדיין מתקיים. פגיעה זו הוקהתה במידה מסויימת על ידי כך שהסמכות להתקין תקנות שעת חירום מותנית בהכרזה על קיומה של שעת חירום על ידי המחוקק והיא מוגבלת בזמן.

נדרש גם כי האמצעים שתקנות שעת החירום נוקטים בהם צריכים להיות מידתיים. בהקשר זה, הקניית הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות יסוד בכל משטר דמוקרטי. הבטחת זכותו של אדם להשתתף בבחירות הינה "שירות חיוני" במדינה דמוקרטית. המידתיות משמעותה שחייב להתקיים קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי, וכי האמצעי הנבחר צריך לפגוע בערכי היסוד, בזכויות יסוד במידה הפחותה ביותר.

העיצומים במשרד הפנים נמשכו כשלושה שבועות. התקווה כי הם יפסקו הלכה ונמוגה, ואילו מועד הבחירות לרשויות המקומיות הלך וקרב. אז הותקנו תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי. הן פורסמו למחרת היום, והונחו על שולחנה של ועדת החוץ והבטחון. לאחר שנסתיימו העיצומים, לא נותרה שום אפשרות מעשית להנפיק תעודות זהות וספחים בכמות הנדרשת, וככל הנראה לא היה די זמן להשלים את הליכי החקיקה בארבעה ימים. האמצעי החלופי, שפגיעתו בערכי היסוד קטנה יותר, צריך להיות אמצעי ריאלי, ולא פורמלי. אמצעי חלופי מידתי לא קיים, איפוא, וכנגזר מכך מובן שהאמצעי בו בחרה הממשלה - התקנתן של תקנות שעת חירום - הינו מידתי.

שיקולים חשובים של דמוקרטיה - המעוגנים בעקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק המהותי - תומכים אמנם בביטול התקנות. אך אין אלה השיקולים היחידים. אותם שיקולי דמוקרטיה, המצדיקים ביטול תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי, פועלים גם בכיוון ההפוך. תהא זו פגיעה קשה בדמוקרטיה אם כ-400,000 מצביעים (כמעט עשירית הבוחרים) לא יוכלו לממש את זכותם, אך בשל כך שאין בידם תעודת זהות או ספת.

כשם שלא ניתן היה לפנות לכנסת לשם חקיקת חוק בדבר אמצעי זיהוי בבחירות לרשויות המקומיות, כן לא ניתן היה לפנות באותו מועד לכנסת לשם דחיית הבחירות, מה גם שאף זו אפשרות בעייתית מבחינת שלטון החוק.

כל התעודות שנקבעו הן תעודות רשמיות ואמינות. הן נושאות תמונה ומציינות את מספר תעודת הזהות של בעליהן. אלה הן תעודות שקשה לזייפן. זאת ועוד: בעת ההצבעה נמחק שמו של מי שבחר מרשימת הבוחרים המצויה בידי ועדת הקלפי. כל אלה מבטיחים ככל האפשר טוהר בחירות.

משעומדות תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי בתוקפן, אין גם לשלול את חוקיותן של תקנות סדרי הבחירות בכל הנוגע לביטול דרישת הדף או הספח. על פי המידע המצוי בידי המפקח על הבחירות, רוב הבעיות בבחירות הן הצבעות "מזוהות", דהיינו, פגיעה בחשאיות ההצבעה. כן נפוצה התופעה של התחזות. יצויין, כי גם בבחירות לכנסת שוב אין צורך בספח כאמצעי זיהוי, ולא נדרשת הטבעת חותמת.

פגיעתן של תקנות אלה בדמוקרטיה קשה היא. אם אישרנו אותן, הרי זה רק משום שביטולן יביא אף הוא לפגיעה קשה בדמוקרטיה. השימוש בתקנות שעת חירום לא יהווה אמצעי ראשון אלא אחרון. העתירה נדחית.

הערת העורך: יצויין שכיום משמעות החוק הינה, שבערך עשירית מהבוחרים אינם יכולים להשתתף בבחירות מכיוון שאינם נמצאים פיזית בתחומי המדינה ביום הבחירות.

העותר הוא בנו של מאיר כהנא, שהיה מנהיג תנועת "כך", עד שנרצח בידי מתנקש בארצות הברית. הוא ביקש מן המשטרה רשיון לקיים עצרת זכרון לאביו, ביום השנה החמישי למותו, בככר ציון שבירושלים. המשטרה סירבה.

חרות האסיפה מוכרת כאחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. עם זאת, חרות האסיפה, כמו יתר זכויות היסוד, אינה זכות מוחלטת. מותר לפגוע בה, בין היתר, כדי למנוע סכנה לשלום הציבור, אשר יכול לשמש טעם לפגיעה בחרות האסיפה רק אם קיימת וודאות קרובה של סכנה ממשית לשלום הציבור.

העותר מארגן עצרת לזכר אביו, ביום השנה להרצחו, מדי שנה בשנה, אולם העובדה שהמשטרה נתנה רשיון לקיום עצרת דומה לפני שנה, אינה מחייבת את המשטרה לתת רשיון לקיום עצרת כזאת גם השנה. הנסיבות עשויות להשתנות משנה לשנה, ועמן עשויה להשתנות גם מידת הסכנה או, ליתר דיוק, מידת הוודאות בקיום הסכנה. המשטרה ביססה את הסירוב על כך שהעצרת נערכת על-ידי ארגוני טרור; לאחר הרצח ההמוני שבוצע על-ידי ברוך גולדשטיין במערת המכפלה, הכריזה הממשלה כי תנועת "כך" ו"כהנא חי" הינן ארגונים טרוריסטיים. עד היום ההכרזה עומדת בתוקפה.

הפקודה למניעת טרור מטילה איסורים קשים על פעילות של ארגון טרוריסטי או למענו. בין היתר, היא קובעת כי עבירה היא לשאת נאום תעמולה באסיפה פומבית מטעם ארגון טרוריסטי, או להעמיד לרשות מישוהו מקום כדי שמקום זה ישמש לארגון טרוריסטי או לחבריו מקום של פעולה, פגישה או תעמולה. אך אין בה איסור מפורש על קיום אסיפה פומבית על-ידי ארגון טרוריסטי.

אם ארגון שנקבע כי הוא ארגון טרוריסטי מבקש מן המשטרה רשיון לאסיפה, אין המשטרה צריכה כלל לשקול את הבקשה באמצעות המבחן של וודאות קרובה. כך גם במצב הנדון. הפקודה למניעת טרור מכוונת למנוע כל פעילות של ארגון טרוריסטי, לרבות פעילות שהיא רגילה וכשרה לגבי כל ארגון אחר, משום שעצם הקיום של ארגון טרוריסטי מהווה סכנה ממשית לשלום הציבור. לכן, מתוך הוראות הפקודה המטילות איסורים מפורשים בקשר לקיום אסיפה פומבית מטעם ארגון טרוריסטי, משתמע כי גם עצם הקיום של אסיפה כזאת כרוך באי-חוקיות. לא זו בלבד. המשטרה חייבת למנוע אסיפה כזאת, אפילו אין בה, כשהיא לעצמה, משום וודאות קרובה של סכנה ממשית לשלום הציבור.

האיסורים שנקבעו בפקודה למניעת טרור פוגעים באורח קשה בזכויות היסוד, ובהם גם חרות האסיפה. לכן אין לה מקום בדמוקרטיה, אלא אם הדמוקרטיה נתונה בסכנה, וכל זמן שהיא נתונה בסכנה, ואיסורים כאלה נדרשים כדי להגן עליה מפני צר ואויב. רק נסיבות קיצוניות יכולות להצדיק את הפעלתה.

הטרור כביטוי קיצוני של עבריינות אידיאולוגית, הוא אויב המדינה. ארגון טרוריסטי, גם אם הוא מתהדר באידיאולוגיה של אהבת המדינה, מסכן את יסודותיה. לכן אין להרשות לו, כשהוא מחזיק פצצה ביד אחת, לנופף בדגל של זכויות האדם ביד השנייה. המדינה חייבת לעשות את כל הנדרש, גם אם נדרש לפגוע בזכויותיו, כדי להרחיק את הפצצה מידו.

על הממשלה לבדוק היטב אם אכן הנסיבות דורשות הכרזה על חבר אנשים שהוא ארגון טרוריסטי. בית המשפט, בהיותו מודע לחשיבות הבסיסית של חרות ההתאגדות במדינה דמוקרטית, לא ירשה שחבר אנשים יוצא אל מחוץ לחוק, אף לא בסערת רגשות העוברת על הציבור בעקבות ארוע חריג, אלא על יסוד ראיות ברורות ומשכנעות שטמונה בן סכנה ממשית של מעשי אלימות חמורים.

המשיבים צירפו להודעתם צילומים של כרוזים שהופצו בירושלים, והזמינו את הציבור להשתתף בעצרת, והם זהים בצורתם, בתוכנם ובצבעם לכרוזים שהיו מופצים בזמנו על-ידי תנועות "כך" וכ"ח", אף כי ללא חתימה של תנועות אלה. יצויין כי ההכרזה אינה מוגבלת לשתי התנועות, אלא היא מכוונת לחול גם על "צרופיהן ונגזרותיהן"; היא חלה גם על קבוצה של אנשים שהיו פעילים בארגון טרוריסטי והם ממשיכים לפעול להשגת המטרות של הארגון, באמצעים דומים, יהיה השם שיתנו לעצמם אשר יהיה. הכרוזים קוראים לגרש את "האויב הערבי שבתוך ישראל", ומזמינים את הציבור להשתתף בעצרת לשם "המשך דרכו הצודקת" של הרב כהנא. והרי אלה הם מסוג הכרוזים שאפיינו את תנועת "כהנא חי" ואף הביאו לכך שהיא תיפסל, בגושפנקא של בית משפט זה, מלהשתתף בבחירות לכנסת.

תכלית הפקודה למניעת טרור ברורה מאליה: לעקור טרור קיים מן השורש, ולמנוע טרור חדש, שלא יצמח מאותו שורש. מבחינת התכלית אין בכך כדי לשנות מאומה שחבר אנשים, שבחר בדרך הטרור, משנה את שמו, את הרכבו, את ארגונו או את סמליו, בלי שהוא משנה את מהותו. אחרת יוכל כל ארגון טרוריסטי לתעתע בחוק, ולהמשיך בדרכו, כשהוא רק מחליף את עורו. הפקודה נועדה למנוע שפיכות דמים, כלומר לפרק ארגון טרוריסטי מנשקו, ולא לאפשר לו, תחת מעטה של אדרת אחרת, להוסיף ולהחזיק בנשק.

אין יסוד לבית המשפט להתערב בקביעת המשטרה כי העצרת מאורגנת על-ידי תנועות שהוכרוזו ארגונים טרוריסטיים. המשיב 1, המשמש קצין אג"מ במחוז ירושלים של המשטרה, והצהיר בפני בית המשפט כי יקותיאל בן יעקב, אחד מן השלושה שביקשו את הרשיון לקיום העצרת, אמר לו, בעת הגשת הבקשה, כי העצרת מאורגנת על-ידי תנועת "כ"ח" בשיתוף עם תנועת "כך", ואף הוסיף כי הבקשה הוגשה בשם "הועד לזכרון קדושים" מתוך הבנה שבקשה אשר תוגש בשם תנועת "כך" או תנועת "כ"ח" לא תיענה. אותו יקותיאל בן יעקב, לא זו בלבד שלא טרח להגיש לבית המשפט תצהיר שיסתור או יסתייג מדברים אלה, אלא אף לא טרח לבוא לבית המשפט בעת הדיון.

כל האמור אין בו דבר שימנע בעד העותר לכבד את זכר אביו ביום השנה להירצחו, כפי שמקובל במקומותינו, וכך אף לגבי כל אדם אחר, והאמור לא בא אלא לשלול את זכותו של ארגון טרור לקבל רשיון לעריכת עצרת, יהיו הסיבה לעצרת או נושא העצרת אשר יהיו. העתירה נדחת.

החל מספטמבר 2000 הגיע הסכסוך הישראלי-פלסטיני לשיאים חדשים של אלימות, שהיו הרקע להחלטה על הקמת גדר ההפרדה.

אחד מעקרונות היסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העיקרון של מידתיות (proportionality). על פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט כדי להגשים מטרות ראויות ובלבד שההגבלה הינה מידתית. מידתיות היא גם עקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי, תחילה כעקרון הלכתי, ואחר כך כעקרון חוקתי המהווה חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שנקט צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שנקט על ידי הרשות הוא מידתי.

נשאלות שלוש השאלות הבאות: ראשית, האם יש קשר ראציונלי בין מיקום מיתווה הגדר לבין השגת המטרה המונחת ביסוד הקמת גדר ההפרדה; שנית, האם מבין תוואים שונים של גדר ההפרדה שיש בהם כדי להגשים את מטרתה, נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה; שלישית, האם גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי פוגעת בתושבים המקומיים כה קשה עד כי אין יחס ראוי בין פגיעה זו לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממנה.

השאלה הראשונה עוסקת בטיבו הצבאי של המיתווה. היא מעוררת בעיות שבמומחיות צבאית, ולכן כל שעלינו לקבוע הוא, אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבוע מיתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי. בבחינתנו את השיקולים הצבאיים הנוגדים בענייננו, אנו נותנים משקל מיוחד לכך שמפקד האזור הוא האחראי לביטחון. במצב דברים זה עלינו להניח את חוות דעתו של המפקד הצבאי ביסוד פסק דיננו, והחלטנו שהתשובה חיובית.

השאלה השניה היא מידת הפגיעה של המיתווה שנקבע על ידי המפקד הצבאי בתושבים המקומיים. במסגרתה של שאלה זו נעשית השוואה בין מידת הפגיעה בביטחון מזה לבין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים מזה. זוהי בה המומחיות הינה של בית המשפט. השאלה הינה, האם פגיעתה של גדר ההפרדה בתושבים המקומיים היא מידתית או שמא ניתן לקיים את עיקרי השיקולים הביטחוניים תוך קביעת תוואי גדר, שפגיעתו בתושבים המקומיים תהא פחותה ותהא על כן מידתית?

הקטע השנוי במחלוקת מקיף את הרכס ההררי הגבוה של ג'בל מוקטס. רכס זה חולש על סביבתו ועל האזור כולו. המשיב מסביר כי מטרתו של התוואי היא לכלול את שטח ההר בשליטה ישראלית, ובכך יובטח יתרון לכוחות הצבא שיחלשו על אזור הגדר. אך העותרים הציגו לנו תמונה קשה של פגיעת התוואי בכפרים המצויים לאורכו; בכל הנוגע לכפר בית אענאן, שש מאות דונם מאדמות הכפר יפגעו לאור מעבר המכשול בהם. שבעת אלפים וחמש מאות דונם של אדמות ימצאו מעבר לו. פרנסתן של מאות משפחות עתידה להיפגע. פגיעה זו חמורה במיוחד בהתחשב בשיעורי האבטלה הגבוהים במקום. בכל הנוגע לכפר בית ליקיא, אלפיים ומאה דונם עתידים

להיפגע מהצבת המכשול עליהם. חמשת אלפים דונם ימצאו מעבר לו. רוב השטח הוא אדמות מעובדות; גם לשיטתם של המשיבים הפגיעה בכפרים הינה קשה.

קשר רציונלי מתקיים במיתווה של גדר ההפרדה. כשהעמדנו את תוואי גדר ההפרדה במבחן הסבירות הצבאית, ממילא קבענו גם כי הוא מגשים את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתה של גדר ההפרדה. לעניין מבחן המשנה השני, קיים תוואי הפוגע בתושבים המקומיים במידה קטנה יותר. אולם משקבענו כי בגישת המפקד הצבאי לא נתערב, ממילא אין לפנינו תוואי חילופי שמקיים באופן דומה את דרישות הביטחון.

לעניין מבחן המשנה השלישי, לא מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שנקבע. התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון פוגע בתושבים המקומיים באופן קשה וחרף, תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

למעלה משלושה-עשר אלף חקלאים מתנתקים מאלפי דונמים של אדמותיהם ומעשרות אלפי עצים שעליהם פרנסתם, המצויים מהצד האחר של גדר ההפרדה. לא נעשה כל ניסיון לחפש ולהעמיד לרשותם קרקע חלופית. מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. משטר זה יוצר תורים ארוכים למעברי החקלאים עצמם; הוא מקשה על מעבר רכב (הדורש רישוי משלו ובדיקה), ומרחיק את החקלאי מאדמותיו. חיוו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, תוואי גדר ההפרדה פוגע קשות בזכות הקניין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה ממנה הם סובלים עד כה תלך ותחרף.

פגיעות אלה אינן מידתיות. ניתן להפחיתן באופן משמעותי על ידי תוואי חלופי. הוא מבוסס על שליטה צבאית בגיבל מוקטם, ללא "משיכת" גדר ההפרדה אל הר זה. אין לשכוח כי גם לאחר הקמת גדר ההפרדה ימשיך המפקד הצבאי לשלוט על האזורים המזרחיים לה. היתרון הבטחוני המתקבל מהתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי המוצע, אינו עומד בכל יחס סביר לפגיעה בתושבים המקומיים שתוואי זה גורם. זו השאלה האמיתית.

הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו או שההפרדה הנוצרת היא קטנה וניתן לחיות עימה. העתירה מתקבלת לעניין קטע זה של הגדר.

הערת העורך: יתכן שניתן היה לחלוק אף יותר על דעתו של אותו מפקד צבאי, באם בית המשפט היה ממנה מומחים מטעמו. בית-המשפט כבר קבע, כי חוות דעתם של מומחים עלולה להיות מוטה, לעתים קרובות, לפי השאלה מי משלם את שכרם.

העותרת היא חברה הרשומה בישראל, אשר ביקשה להקים מרכז רפואי. המשיב סירב להתיר את הקמתו של בית החולים המתוכנן, מאחר והמדיניות שוללת הקמת בתי חולים חדשים. מכאן העתירה.

לפי פקודת בריאות העם, מן הנמנע לסרב לרשום בית חולים בשל טעמים שאינם בתחום הרפואי והארגוני. ואולם לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, רשאי השר הממונה להכריז על שירות פלוני כשירות בר-פיקוח, ולהסדיר בצו את עשייתו, אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית להגנת המדינה, לבטחון הציבור, לקיום שירותים סדירים וכן הלאה. ניתן להניח, כי הפעלתו של בית חולים היא שירות חיוני.

שתי הוראות חוק או יותר, בעלות מעמד משפטי זהה, יתפרשו ככל האפשר כתקפות זו לצידה של זו. אולם אם תתגלה ביניהן סתירה מהותית יתפרש החוק המוקדם כמבוטל מכללא על ידי דבר-החקיקה מאוחר או בעל מעמד עדיף. בענייננו, הפקודה המנדטורית כפי שתוקנה, קובעת מה הם תחומי שיקול הדעת ומציבה את השיקולים הרפואיים-מקצועיים כאמת מידה בלעדית. השינוי התחיקתי האמור בוצע על יסוד הפעלת הסמכויות המוקנות לשר הבריאות לפי חוק הפיקוח. לפי חוק הפיקוח, הוראותיו עדיפות על חקיקה ראשית וכן חקיקת משנה שהוצאה מכוחו עדיפה (בכפיפות לשלושה יוצאים מן הכלל) על כל הוראת חוק אחרת או חקיקת משנה אשר הוצאה מכוחם. מכאן שהחוק והתקנות שהוצאו מכוחו חלים לכאורה גם על חקיקה של הכנסת שהיא מאוחרת יותר. משמעות הדבר שאין בחקיקת הכנסת כדי להשפיע על מערכת הדינים של המדינה כל עוד קובע הצו של שר הבריאות הוראה הסותרת אותה. פירוש הדברים הוא שאף אם הכנסת תבטל את תוקפו של הצו, יוכל השר, באופן תיאורטי, להתקינו מחדש. מבנה משפטי לקוי זה נובע ממערכת הזיקות המשפטיות העקרונית שהיא חריגה: הכלל הגדול הוא שתקנה כפופה לחקיקה הראשית של הכנסת ולא היפוכו של דבר, ועצם יצירתו של ההיפוך בזיקות המשפטיות, הוא שיש בו כדי ליצור ניסוח בו טמון היעדר האיזון החקיקתי הפוגע בעקרונות המשפטיים המקובלים.

המבנה החקיקתי המתואר איננו יכול להתיישב עם תחימת הסמכויות הרצויה שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת ההולמת משטר דמוקרטי. יש בו כדי להטות את כפות המאזניים באופן קיצוני לכיוון של שליטת-היתר של הרשות המבצעת, שהרי זו יכולה להכתוב את ההסדר המשפטי הרצוי לה, אף בניגוד לדעת הכנסת ובסתירה לה. במשטר חוקתי השוקד על הפרדה ואיזון בין רשויות השלטון מוענק לדבר חקיקה ראשי של המוסד המחוקק מעמד המורם מעל חקיקת המשנה של הרשות המבצעת, בכפיפות לצרכי חירום שתוקפם לזמן מוגבל. ואולם אין בידי בית משפט זה סמכות להתערב: הצו אמנם סותר חקיקה ראשית, אולם הכנסת אמרה את דברה באופן מפורש בחוק הפיקוח בהעניקה עדיפות לצו או לתקנה על הוראת חוק.

כמו כן, בית משפט זה איננו מתערב בנושאי מדיניות בתור שכאלה, וכל עוד לא התגבשה אחת מעילות הביקורת שעניינן החלטתה של רשות סטטוטורית, לא נכנס לנעלי הרשות כדי להכריע בשאלה אם מדיניותה רצויה או לאו. אולם, מדיניות לחוד ואמצעים להגשמתה לחוד. ההישענות על טעמי מדיניות וההחלטה בדבר הקפאה אינם חוסמים, כשלעצמם, את הדרך בפני בדיקתם של השיקולים שהולכו להחלטה שבפנינו ושל נדבכיה של זו האחרונה. העלאת טענה בדבר קיום מדיניות לא תשמש, כשלעצמה, כמניעה לכך שלא תוסק המסקנה לפיה נשקלו במקרה קונקרטי

זה או אחר שיקולים בלתי ראויים, או לפיה נעלמו מעיני הרשות שיקולים אותם צריכה היתה להביא בחשבון. השאלה היא אם הסבירות הנדרשת גם באה לידי ביטוי על ידי הבאה בחשבון של כל הנתונים הרלבנטיים אשר להם נגיעה לנושא שבפנינו. יתכן כי המשקל היחסי המיוחס לכל אחד מהם, היינו הפרופורציה שביניהם תהיה בלתי סבירה לחלוטין ; יתכן גם שיישמטו מתשומת ליבה שיקולים רלבנטיים אשר צריך לתת גם עליהם את הדעת.

במקרה שבפנינו לא נבחנו שאלות כמו עניין השקעת הון ניכרת מחו"ל והמדינה מעוניינת בהשקעות כאמור. יתכן ואם לא תאושר הבקשה יאבד מקור ההשקעה שאנו דנים בו. יש גם כוונה להביא רופאים מחו"ל, ומכל מקום, יש למדינה עניין בקליטת עולים-רופאים, ובמניעת הירידה מן הארץ של רופאים תושבי הארץ, שאינם מוצאים לעצמם מקור פרנסה או מקום לפעילות מקצועית במוסדות הרפואה הקיימים. יצויין כי למרות עודף המיטות והאמצעים, יש כיום תור ארוך של חולים הממתינים לביצוע ניתוחים אלקטיביים, ופשוט וברור הוא כי עניין זה הוא בעל משמעות רבתי מבחינת בריאות הציבור. הוספת המוסד החדש, יתכן ותקצר את תור הממתינים במוסדות הרפואה האחרים. גם לא נראה שנעשתה התייעצות כלשהי עם גורמי משרד האוצר כדי לשמוע חוות דעתם. על כן הנושא טעון בחינה מקיפה מחדש. המשיבים אימצו קווי מדיניות עקרוניים וכלליים, ואין כדי לשחררם מן החובה לשקול בקשת האזרח לאור מלוא הנתונים הרלבנטיים ולהחליט באופן ענייני, רק אחרי בחינה מקיפה כאמור. העתירה מתקבלת, במובן זה שהנושא יוחזר למשיבים כדי שישקלוהו מחדש בהתחשב עם הנקודות הנוספות שצוינו.

הערת העורך: יצויין כי גם במצב המשפט המתואר בפסק הדין, פורמלית אין זה נכון שצו שהוצא לפי חוק הפיקוח עדיף על חקיקה ראשית מאוחרת ממנו, אלא רק על תקנות שהוצאו מכוח אותה חקיקה מאוחרת. אולם החשוב הוא, שמשמעות חוק הפיקוח הינה, שלפי קביעת הכנסת חוק רגיל מסויים עדיף על כמעט כל חוק רגיל אחר, גם אם מאוחר ממנו (פרט למקרה שצויין במפורש בחוק המאוחר שהוא משנה או מבטל את החוק הקודם). נשאלת השאלה אם בסמכות הכנסת לעשות כן, כלומר לקבוע "חוק ביניים" שמעמדו בין חוק רגיל לבין חוק יסוד שיש בו הוראה משוריינת, וכל זאת ברוב רגיל. כנראה שהתשובה לשאלה זו חיובית, גם כעולה מפסק הדין.

שר החינוך והתרבות הוציא תקנות שעת חרום לעניין עבודה ברשות השידור, וכנגזר מהן הורה המשנה למנכ"ל הרשות על צו קריאה אישי לעותרת 1, שהיא עובדת הרשות, בו נקראה לעבודה לצורך שידורי תעמולת הבחירות. כנגד החלטה זו הוגשה העתירה.

לפי החוק, רשאי השר להתקין תקנות לשעת חירום ככל אשר יראה לו לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשרותים החיוניים. יצוין כי שירותי הטלוויזיה והרדיו במדינת ישראל נתונים בעת הדיון בעתירה למונופול של הרשות; החוק קבע קיומן של הגבלות מהותיות לתעמולת הבחירות לכנסת, ונוכח הגבלות אלה יהיו התשדירים, לעתים, האמצעי היחיד הממשי שבאמצעותו יכולה רשימה חדשה להביא את דברה לפני הציבור. לפיכך נראה כי השקפתו של שר החינוך והתרבות בדבר היותם של שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה וברדיו שירות חיוני איננה רק לגיטימית אלא גם סבירה. גם סביר להניח, שמה ששר החינוך והתרבות יכול היה להשיג במסגרת תקנות לשעת חירום, לא יכול היה להשיג במסגרת בית הדין לעבודה. אין לבחון את תשדירי הבחירות רק כתשדיר בין תשדירי הטלוויזיה, ואין לבחנם לפי תוכנם אלא לפי מהותם. תעמולת הבחירות היא חלק מן התהליך המדיני הדמוקרטי, והפגיעה בה זמן קצר לפני הבחירות, דומה במשמעותה לפגיעה בכל הליך אחר מהליכי הבחירות.

חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. חופש הביטוי הוא יסוד מוסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האזרחיות האחרות היינו, בלעדיו מתערערת גם יציבותן של זכויות יסוד אחרות וקמות ועולות סכנות למימושן הלכה למעשה; התהליך הדמוקרטי מותנה באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות, העומדות על סדר יומה של המדינה, ולהחליף דעות עליהן בצורה חופשית. בבירור ובליבון האמורים ממלאים כלי התקשורת ההמוניים תפקיד בעל חשיבות ראשונה במעלה. הם המאפשרים פירסום משמעותי ברבים של מידע, מה שהופך אותו לנחלת הכול, והם כלי מרכזי להסברת תורות והשקפות ולוויכוח הציבורי הפתוח עליהם.

אחד מביטוייה העיקריים של דמוקרטיה הוא קיומם של מוסדות שלטון נבחרים וייצוגיים, והתהליך של השמעת דעות והחלפת דעות מקוים, בין היתר, כדי לעצב דמותם של מוסדות השלטון ולהתוות דרכיהם. חירות הביטוי היא תולדה עיקרית של הדמוקרטיה ומבין מאפייניה המרכזיים; מאידך גיסא, עצם התארגנותה של הדמוקרטיה מעת לעת מותנית בכך, שחופש הביטוי אכן יהיה קיים. לא ניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקומו אותם בירורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד חיוני בכל משטר חופשי.

כאשר מתפרשים עקרונותיה של שיטת הבחירות שלנו כביטויים המתומצת של עקרונות אלו בחוק-יסוד: הכנסת, יש להחיל את עקרון השוויון גם על התעמולה, המתנהלת לקראת הבחירות. היסוד לכך הונח בהתוויית העקרונות החוקתיים של המדינה. ההוראות בחוק בדבר דרכי תעמולה כוללות הסדרים מינהליים ומכתובות ריסונים וסייגים, הנובעים מן האופי אותו אנו משתדלים לשוות למערכת הבחירות, אך לפי מהותן העקרונית אין הן אלא היישום, הלכה למעשה, למערכת הבחירות של החיובים, הנובעים מן ההפעלה של חירות הביטוי בכפיפות לסייגים הנובעים מיישומן של כלל השוויון. כפי שהדבר נובע מחוק-יסוד: הכנסת.

העברת המסרים המדיניים באמצעות השידור דווקא אינה תנאי-בל-יעבור, כי יכולות להיות דרכים חלופיות לכך; אולם אין להתעלם מן המשקל היחסי של השדר הוויזואלי בתוך מכלול דרכי ההסברה, וממילא אין להתעלם מן המשמעות, מבחינת הפצת המידע והסברת הדעות, של כל אמצעי חלופי. תחילת החיפוש אחר דרכים חלופיות כחודש לפני הבחירות, כאשר המערכת ההסברתית כבר בנויה על התהליכים המקובלים המעוגנים בחוק, יש בה כדי לפגוע ביכולת לפתח הסברה של דעות והשקפות. יש בה גם החלשה של יכולת התחרות והפחתה בקיומו של השוויון, ומה גם שאין ספק בכך, כי החזק יותר והמבוסס יותר ימצא את החלופות בצורה מהירה יותר ממתחריו.

מה שמקנה לשידורים את מעמדם לפי מבחן החיוניות אינו משפט זה או אחר המושמע בהם או תמונה זו או אחרת המוקרנת בהם, אלא מעמדם החוקתי כחלק מתהליך הבחירות הדמוקרטי, אשר בו נסוג המונופולין של כל ימות השנה, יהיה בידי מי שיהיה, מפני חופש ההתמודדות והשוויון, המוכתב על-ידי כללי הדמוקרטיה. מי ששולל מן המתמודדים את הגישה לטלוויזיה, שהיא כלי התקשורת בעל העוצמה היחסית הרבה ביותר, פוגע, להלכה ולמעשה, בחירות הביטוי של הציבור כולו. האיזון בין אינטרסים שונים נעשה כאן לפי תפיסות היסוד המדיניות של החברה; אינטרס, שיסודו בשאיפות של קבוצת אנשים או ביחסי העבודה שלהם, אינו יכול לגבור על החובה לקיים את התהליכים החוקתיים.

ההצבעה, הקובעת איזו ממשלה תשלוט במדינה בארבע השנים הבאות, היא על פניה בעלת חשיבות ציבורית ממדרגה ראשונה. מחשיבות זו נגזרת הבחירה במדיום המתאים. יתכן שיהיה מקום במקרה כזה לטענה אפשרית בפי רשימה מהרשימות המתמודדות, שנשללה ממנה הזכות של תעמולה כקבוע בחוק. חשיבות הבחירות, וקביעתו של החוק (שאושרר ברוב מיוחד) באילו כלי תקשורת ותוך כמה זמן רשאית כל רשימה מתמודדת לשדר תעמולה מטעמה, הן הנותנות, שלפנינו זכות חיונית במידה כזאת, שזכות השביתה - אף שגם היא נמנית עם אשיות הדמוקרטיה - חייבת לסגת מפניה (מה גם שהמחוקק הטיל איסורים והגבלות למיניהם על כמה דרכי תעמולה אפשריות). העתירה נדחת.

המערערים הם אזרחים לבנוניים המוחזקים בישראל זה שנים במעצר מינהלי, על-פי צווים המוצאים נגדם על-ידי שר הביטחון. המערער עובייד נשא, והחל מאמצע שנות השמונים, באחריות לפעילות החבלנית של ארגון החיזבאללה כלפי כוחות צה"ל חזית דרום לבנון. בשנת 1989 נלכד בלבנון על-ידי כוחות הביטחון של ישראל, הובא לישראל ומאז הוא כלוא במעצר מינהלי. המערער דיראני הקים את ארגון "ההתנגדות המאמינה" - כזרוע צבאית של תנועת אמ"ל - והתייצב בראשו. ארגונו זה התקרב אל החיזבאללה ושיתף עמו פעולה. הן בתפקידו כקצין הביטחון של תנועת אמ"ל והן בתפקידו כראש ארגון "ההתנגדות המאמינה" נשא באחריות לביצוע פעילות חבלנית נגד צה"ל בלבנון. בשנת 1994 נלכד בלבנון, על-ידי כוחות הביטחון של ישראל, הובא לישראל ומאז הוא כלוא במעצר מינהלי. השניים הגישו לבית המשפט מהחוזי בקשה לשחררם אולם בקשתם נדחתה ומכאן הערעור.

חוק המעצרים קובע, כי אם אושר צו מעצר, יש לדון בו מחדש לא יאוחר משלושה חודשים אחרי אישור המעצר או אחרי מתן החלטה. משנתבקש לאשר את המשך המעצר על-פי הצווים החדשים ביחס ליתרת התקופה הנקובה בהם, לא היה הנשיא המלומד רשאי לעשות כן ללא קיום דיון חדש בצדקת הצווים. ואולם לקראת סיום תקופת המעצר הוציא שר הביטחון צווים חדשים למעצרים של המערערים. צווים אלה אושרו על-ידי נשיא בית-המשפט המחוזי לאחר שהתקיים לגביהם דיון חדש כמצוות חוק המעצרים. יצויין כי אמנם מטרתם המוצהרת של הארגונים בדרום לבנון היתה להוציא את הכחות הישראליים משם, אולם לאחרונה חידש ארגון החיזבאללה חידש את פעילותו הטרוריסטית כלפי ישראל, חטף שלושה מחיילינו מעברו הישראלי של הגבול והעבירם ללבנון, ופגע באישים ובמוסדות ישראליים בעולם.

מוטל על ערכאת הערעור במקרה זה לבחון גם את צדקת המעצר גופו הן על יסוד החומר שהיה לפני הנשיא והן לאור עובדות נוספות המובאות לפניו, לרבות עובדות שנתחדשו לאחר מתן ההחלטה המקורית; הדיון בערעור על החלטה לאשר מעצר מינהלי מהווה, למעשה, "דיון מחדש", בצו המעצר. כיום נראה כי שחרורם והחזרתם ללבנון של המערערים כרוכים בסיכון לביטחון המדינה ברמת הסתברות אשר הצדיקה הוצאת צווים למעצרים. אמנם נכון כי עד לצווי המעצר הקודמים שהוצאו נגדם, הוחזקו המערערים במעצר מינהלי משום היותם קלפי מיקוח חיוניים במגעים עתידיים לשחרור שבוינו. ואולם נימוק זה אינו שולל את ממשות העילה בדבר הסכנה הביטחונית הכרוכה בשחרורם.

מסוכנותם של המערערים נלמדת הן מאופי הפעילויות שכל אחד מהם ביצע קודם למעצרו והבאתו לישראל והן ממעמדו הבכיר בארגונו. טענת גורמי הביטחון בדבר מסוכנותם של המערערים והצידוק הקיים להמשך החזקתם במעצר כתנאי הכרחי וחיוני למניעת הסיכונים הביטחוניים הכרוכים בשחרורם, מבוססת לא במעט על ההערכה שעם שחרורם ממעצר עתידיים המערערים לשוב ולתפוס את העמדות שהיו להם בהנהגות של ארגוניהם וליטול חלק משמעותי בהובלת פעילותם הרצחנית נגד ישראל וכלפי ישראלים. המסקנה שהגענו אליה היא כי לעת הזאת עלול שחרורו של כל אחד משני המערערים להסב נזק ממשי לביטחון המדינה ולשלום תושביה. הערעור נדחה.