

שלטון החוק ובטחון המדינה

על כל פעולות הרשות להיות במסגרת סמכותה ובהתאם לחוק, תוך שמירה על איזון נכון בין השיקולים השונים.



נשיא המדינה העניק חנינה לראש שירות הביטחון הכללי ולשלושה מעובדי אותו השירות, במסגרת הפרשה המכונה אוטובוס 300. כנגד חנינה זו הוגשה העתירה.

לפי חוק-יסוד: נשיא המדינה, ניתנה לנשיא הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים. המונח "עברייני" אינו מוגדר בחוק, אולם אין לפרש מונח זה כמתייחס רק אל מי שהורשע בדינו; עברייני הוא מי שביצע מעשה המוגדר כעבירה. בנוסחם של דברי חוק יש, לא אחת, התייחסות לעבירה או לעברייני, כאשר הכוונה למעשה או למחדל פליליים המיוחסים לפלוני אף אם טרם הורשעו בהליכים פליליים. בסמכות הנשיא למחוק אף את הכתם שבעבירה ולא רק את תוצאותיה. מכאן שבמקרה דנן הייתה החלטת החנינה במסגרת סמכותו.

המניע המרכזי להחלטה בדבר חנינה הוא זה של מידת הרחמים. מן הראוי שתשמש אך ורק לנסיבות יוצאות דופן, בהן נתחדש, מאז תום ההליכים המשפטיים, דבר מהותי, שיש בו כדי להצדיק את שינויה של ההכרעה השיפוטית; כשם שאין זה מתיישב עם מטרתה של החנינה אם תהפוך לערכאת ערעור נוספת על הליכי המשפט, כך גם אין מקום לכך שהחנינה-בטרם-משפט תהפוך לערכאת ערעור על החלטותיה של התביעה הכללית. לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את הסדר הממלכתי. גם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק, הן בשמשו להבטחת הסדרים הפנים-מדינתיים והן כעזר ביצירת הכלים, המאפשרים התמודדות עם גורמים עוינים.

לעניין מסירת המידע, יש נסיבות ויש סוגי נושאים ופרטים, בהם שמורה הידיעה רק למעטים מאוד. אולם ככל שהנושא חשוב וחיוני יותר, גם חשוב וחיוני שיהיו ידיעה והכרה של הנתונים בידי הגורם הנושא באחריות הממלכתית. יכולה רשות פלונית למדר ידיעות או לצמצם תפוצתן ולוודא כי לא ייגרם נזק על-ידי מסירת מידע וקבלתו, אך אין נסיבות, בהן יכולה רשות שלטונית, להימנע כליל מבדיקתו של נושא, אשר יש לו השלכה על יכולת ההחלטה והתפקוד שלה ושל הגורמים אשר עליהם היא מופקדת ועל אחריותה כלפי הציבור כולו.

במתן החנינה פעל הנשיא במקרה דנן בתחום הקשור בתפקידיו או בסמכויותיו, ומכאן שהוא חסין מפני כל פעולה משפטית בשל כך, לרבות מפני עתירה לבית-משפט זה. חסינות זאת מתייחסת לאפשרות של התקיפה הישירה של פעולת הנשיא, אך אין מניעה, כי חוקיות פעולתו של הנשיא תיבחן במקרה מתאים באופן עקיף עקב דיון בבקשה המופנית נגד משיב אחר. במקרה שלפנינו, היה לנשיא המדינה מידע מלא; משנתברר, כי מבקשי החנינה הודו במעשי העבירה וביקשו כי יחוננו אותם, היו לפניו נתונים מספקים כדי לשקול בקשתם לחנינה, ולא קמה עילה להתערבותנו.

בידי נשיא המדינה אך ורק הסמכות להעניק חנינה אינדיווידואלית, וכך אכן עשה במקרה דנן, כאשר העניק ארבעה כתבי-חנינה נפרדים, אשר כל אחד מהם מתייחס לעבירותיו של האדם אשר בשמו נקב ואשר אליו התייחס כתב החנינה. העובדה, שהוענקו חנינות אישיות נפרדות בעת ובעונה אחת למספר אנשים שהיו מעורבים באותו מעשה או בפרשה אחת, אינה הופכת כל כתב-חנינה נפרד או את כולם יחד לחנינה כללית. העתירה נדחת.

כתבה ששודרה במהדורת החדשות של הערוץ הראשון, העלתה חשדות למעשים פליליים הכרוכים במינויו של עורך-דין רוני בר-און ליועץ המשפטי לממשלה. כתבה זו הביאה לפתיחת חקירה משטרתית נגד כל המעורבים בפרשת המינוי. ביום 18.4.97 החליט היועץ המשפטי לממשלה לסגור תיקי החקירה שנפתחו נגד ראש הממשלה ושר המשפטים, מחוסר ראיות מספיקות נגדם. זאת על אף המלצתה של המשטרה להגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה.

היתרון העיקרי של שיטת "האפשרות הסבירה להרשעה" היא בהקטנת מספר אישומי השווא. ואף אם בעצם העמדה לדין לא נפגעות זכויות היסוד של הנאשם, שומה על רשויות התביעה לנקוט משנה זהירות, טרם שהן מחליטות על העמדה לדין. העמדת אדם לדין אינה דבר של מה בכך, והשלכותיה קשות, אף אם בסופו של דבר יוצא הוא זכאי בדינו.

בתיק של הפרת אמונים, מרכז הכובד של העבירה הוא באשמתו המוסרית של הנאשם, ולכן לצורך התגבשותה נדרש בית המשפט להתחקות אחר מניעיו של הנאשם. כאשר הרכיב ההתנהגותי עמום ובית המשפט נדרש להתחקות אחר מניעיו של הנאשם, אזי גובר הצורך להסתייע בראיות נסיבתיות.

לדעת פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה מביאות הראיות הנסיבתיות ל"מסקנה סבירה" ל"חשש ממשי" כי המניע האמיתי למינויו של בר-און היה פסול. אולם נראה כי לדעתם לא מספקת עוצמת כלל הראיות הנסיבתיות כדי להביא למסקנה חד משמעית, שהיא גם המסקנה ההגיונית היחידה, בדבר מניע פסול. נוכח דעה זו ולאור אמת-המידה שפותחה בפסיקה להרשעה על סמך ראיות נסיבתיות אין לראות את הערכתם את סיכויי ההרשעה כבלתי סבירה באופן קיצוני.

למרות היותו ממונה על ידי הממשלה, ולמרות שזו יכולה לפטרו באמצעות מינוי אדם אחר לתפקיד, נהנה היועץ המשפטי לממשלה מעצמאות רבה בתפקידו כאחראי על הפעלת המערכת של אכיפת החוק הפלילי. את הסמכויות המסורות לו הוא זכאי וחייב להפעיל באופן עצמאי ומקצועי, ואין הוא כפוף בהפעלתן להוראות הדרג המדיני.

יש מקום להכיר בקיומו של מיתחם סבירות רחב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בדבר דיות הראיות לצורך העמדה לדין. יש להביא בחשבון, כי הסמכות להגיש כתב אישום היא, על פי החוק, ליועץ המשפטי לממשלה, וכי שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי לממשלה בעניין זה הוא נרחב. בית המשפט אינו "יועץ משפטי על", ואל לו ליטול לעצמו את תפקידו של היועץ המשפטי ולהחליט מה היה עושה הוא במקום היועץ המשפטי. אם החלטתו של היועץ המשפטי הינה החלטה אפשרית מבחינת סבירותה, די בכך כדי שבית המשפט ימשוך ידו מהניסיון לקבוע מה היה הוא מחליט בעניין העמדה לדין.

ניכרת בהנמקותיהם של פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי ירידה לפרטים וכן התלבטות והתחבטות, אשר מצאו ביטויים בהבהרת התשתית העובדתית כולה, ובהתייחסות להשלכה שיש לעובדות הצריכות לעניין על התוצאה הסופית. העתירה נדחית.

העותרים זומנו לשירות מילואים. משהתברר להם כי שירותם יהיה בשטחים המוחזקים, הודיעו למפקדיהם כי הם מסרבים לשרת באיזור זה. בגין סירובם זה הועמדו לדין משמעתי ונידונו למאסר. הם פנו למשיב בבקשה לבטל את פסקי הדין, אולם זה דחה את בקשתם ומכאן העתירה שלפנינו.

עיקר השאלה היא חוקיות ההחלטה של שר הביטחון שלא להעניק לעותרים פטור מחובת שירות מילואים, בשל טעמים שבסרבנות מצפון סלקטיבית. לעניין זה קובע חוק שירות בטחון, כי השר רשאי לפטור משירות צבאי, כולל מטעמים שבמצפון. לעניין זה, עומד מחד גיסא עומד העקרון הגדול של חופש המצפון. הוא נגזר מאופיה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו. אידך גיסא, עומד השיקול כי אין זה ראוי ואין זה צודק לפטור חלק מהציבור מחובה כללית המוטלת על הכל, בעיקר כאשר הגשמתה של חובה זו מעמידה את האדם במבחנו העליון - הקרבת חייו. בוודאי כך, מקום שמתן הפטור עשוי לפגוע בביטחון ועשוי לגרור אחריו גם חוסר הגינות מינהלית והפליה בהפעלתו הלכה למעשה.

השאלה בעתירה זו, נוגעת לאיזון הראוי בין השיקולים במקום שהפטור מתבקש לא משום סירוב לשאת נשק ולהילחם בכל מלחמה, אלא מקום שהפטור מהשירות מתבקש משום התנגדות למלחמה (או לפעילות צבאית) פלונית. באזון בין השיקולים, הגיע שר הביטחון למסקנה כי יש מקום ליתן פטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון "מלאה". איזון אינו מוביל למסקנה כי פטור דומה צריך להינתן במקרה של סרבנות מצפון סלקטיבית. לצורך כך נניח כי השיקולים של חופש המצפון הנלקחים בחשבון לעניין הפטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון מלאה יש לקחתם בחשבון גם לעניין הפטור במקרה של סרבנות מצפון סלקטיבית.

לכאורה אין שוני מהותי בין סירוב "מלא" לבין סירוב סלקטיבי, ואלם בפועל אין הדבר כך; לא הרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של המצפון ה"מלא" כהרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של מצפון סלקטיבי. החומרה שבמתן פטור מקיום חובה המוטלת על הכל בולטת לעין. תופעת הסרבנות המצפונית הסלקטיבית מעוררת במלוא העוצמה את תחושת ההפליה בין "דם לדם". אך מעבר לכך יש לה השלכות על שיקולי הביטחון עצמם, שכן עניין לנו בקבוצה שיש לה נטיה לגדול בייחוד אם יינתן לה פטור. אתמול ההתנגדות היתה לשרת בדרום לבנון, היום ההתנגדות היא לשרת ביהודה והשומרון, ומחר ההתנגדות תהיה להסרת מאחזים אלו או אחרים באזור. הצבא של העם עשוי להפוך לצבא של עממים המורכבים מיחידות שונות שלכל אחת מהן תחומים שבהם מותר לה לפעול מצפונית, ותחומים אחרים שבהן נאסר עליה מצפונית מלפעול. בחברה מקוטבת כשלנו, זהו שיקול כבד משקל. גם היכולת לנהל מערכת מינהלית שתפעל ללא הפליה ומשוא פנים היא סבוכה ביותר בסרבנות המצפונית הסלקטיבית. האיזון שערך שר הביטחון - איזון לפיו אין ליתן בישראל של היום, על מחלקותיה והאירועים בפניהם היא עומדת, פטור משירות צבאי לסרבנות מצפון סלקטיבית - הינו איזון ששר ביטחון סביר הפועל במידתיות רשאי היה לעשות. העתירה נדחית.

העותרת הגיעה לגיל גיוס חובה לצה"ל. סמוך למועד גיוסה, פנתה לרשויות הצבא ובקשה לפטור אותה משירות בטחון מטעמי מצפון נוכח התנגדותה למדיניות צה"ל בשטחים. רשויות הצבא סרבו לבקשת הפטור, אולם זו סרבה לקבל את הדין, נשפטה ונדונה לעונש של מחבוש, וכיום עומד כנגדה גזר דין נוסף לריצוי במחבוש, אשר ביצעו עוכב עד להכרעה בעתירה זו.

הסדר החברתי בחברה דמוקרטית מושתת על רצון הרוב. בחברה כזו, החובה לציית לחוק היא חובה משפטית ומוסרית כאחד. עם זאת, קיים לעתים ניגוד בין דרישות החוק והסדר החברתי לבין צו מצפוני של היחיד, ועל כן מכירות לעתים מסגרות משפט שונות בזכותו של הפרט שלא לציית לחוק. במדינת ישראל, מכיר חוק שירות בטחון מכיר בחריגים לחובת השירות הצבאי משיקולים שונים, וביניהם מתן פטור משירות צבאי מטעמי מצפון.

בצד סמכות הפטור הכללית, מצויה הוראת פטור מיוחדת המתייחסת ליוצא צבא אשה, המקנה לה פטור מכח הדין בהתקיים תנאים מסוימים. התנאי הראשון עניינו התרשמות ועדות הפטור של הצבא מעדויות מבקשת הפטור. באם נמצא כי טעמיה כנים, יסווגו הטעמים על פי תוכנם, וייקבע האם אכן מדובר בטעמים שבמצפון או בטעמים בעלי אופי אחר. אם סיווגם של טעמי ההתנגדות הם מניעים שבמצפון, אז נבחנת השאלה האם די בהם כדי לפותרה משירות.

חופש המצפון מוכר בישראל כערך חוקתי הנגזר מהכרזת העצמאות, ומאופיינה דמוקרטי של המדינה. בסוגיית אי הציות לחוק מקבל המושג "טעמים שבמצפון" משמעות מוגדרת, צרה, התואמת את טיבו המיוחד של הענין. "מרי אזרחי" מוגדר כאי ציות שמניעו אידיאולוגיים-פוליטיים בעיקרם. המרי האזרחי מתאפיין בכך, שכדי להגשים את תכלית השינוי, אי הציות מתבצע על פי רוב בפומבי, ולרוב תוך שיתוף פעולה עם אחרים. מרי אזרחי מבקש להטביע מסר זה בציבור הרחב. לעומת זאת, הסרבנות המצפונית מתאפיינת במימדה האינדיבידואלי, ואין עניינו של המתנגד להשפיע על אחרים שינהגו כמוהו. יצוין כי האבחנה בין סרבנות מטעמי מרי אזרחי לסרבנות מטעמי מצפון אינה תמיד קלה. הסרבנות הכללית לשרת בצבא, אשר אינה מותנית בכל תנאי, עיקרה בהתנגדות בסיסית לכל סוג של שימוש בכח בכל זמן ובכל מקום. היא מתאפיינת בטעמים הנעוצים במצפון של היחיד. שונה הדבר בסרבנות הסלקטיבית, המתנה את השירות בהתקיימותם של תנאים מסוימים. היא מתאפיינת ביסודות של מרי אזרחי, אולם עשויים להשתלב בה גם טעמים שבמצפון ובמוסר אישי.

בהפעילה את סמכות הפטור משירות צבאי נוקטת הרשות המוסמכת באבחנה בין סרבנות מצפון כללית לסרבנות שירות סלקטיבית. המבחן הנקט על ידיה הוא - מהו אופיו ויחסו של מסרב-השירות לתופעות שימוש בכוח ומלחמה ככלל, בהבדל מיחסו לשירות ברובד האידיאולוגי-רעיוני שיסודו בהשקפה פוליטית-חברתית. מדיניות הפטור בה נוקט שר הבטחון, המבחינה בין סרבנות מצפון כללית לבין סרבנות שירות סלקטיבית גם היא אינה מעמידה יסוד לאבחנה בין גבר לאשה יוצאי צבא.

לעומת פטור זה, הפטור משירות צבאי הנתון לאשה מטעמי מצפון או על רקע הווי משפחתי דתי, נועד ביסודו להכיר ולכבד את מניעותן של נשים מלשרת במסגרת הצבא על רקע תפיסות דת, מנהגים ומסורות עדתיות אליהן הן משתייכות. המייחד פטורים אלה הוא בהתייחסותם לאשה באשר היא אשה. טעמי פטור שאינם קשורים במישרין לנימוקי מצפון הנעוצים במסורת ומנהגים,

הווי משפחתי דתי או הכרה דתית, אין עניינם להוראת הפטור המיוחדת משירות על פי דין. בעוד שמכות הפטור הכללית עוסקת במצבים של סרבנות מלאה או סלקטיבית מטעמים המשותפים לגבר ולאשה בלא הבדל. תוכן מיוחד זה גם אינו מתיישב, דרך כלל, עם התנגדות סלקטיבית לשירות.

מירווח ההכרה המשפטית בחופש המצפון של היחיד, בהיותו חורג מן הסדר הכללי הוא, מטיבו, מצומצם ביותר. היא תופעה מוכרת רק באותה מסגרת ובאותם תחומים שאין בהם כדי לפגוע פגיעה ממשית במערך החברה והצבא. על פי מדיניות השר, טעמים אלה הוגבלו למקרים חריגים של טעמי מצפון כוללניים, להבדיל מטעמים סלקטיביים שיסודם, על פי רוב, בדעות פוליטיות. בצד שמכות זו, ניתן פטור משירות מכח הדין לנשים, אשר טעמי מצפון מוכחים הנעוצים במסורת, דת ומינהגים עדתיים מונעים בעדן מלשרת בצבא. מסקנה אחרת היתה יוצרת מצב של אי שוויון ואפליה בלתי מוצדקת בין חייבי גיוס-נשים וגברים, והיתה פוגעת בעקרון השוויון המאפיין ומייחד את השירות הצבאי. החלת שמכות הפטור הכללית על גברים ונשים כאחד מטעמים המשותפים להם, תוך מתן מעמד מיוחד לטעמי מצפון של אשה הנובעים משיקולי מסורת, דת ומינהגים, מקדמים את רעיון השוויון המהותי בין גבר לאשה יוצאי צבא באותם תחומים בהם אין שונות רלבנטית משמעותית ביניהם.

טעמי הסרבנות של העותרת נעוצים, על פי טיבם, באידיאולוגיה חברתית-פוליטית, המתנה את שירותה הצבאי בהתקיימות תנאים מסוימים של שינוי מדיניות הממשלה. טעמים אלה נושאים מאפיינים מובהקים של מרי אזרחי, למרות שנלווים להם גם טעמים שבמצפון ובמוסר אישי המשתלבים בסרבנותה הרעיונית. בכל מקרה, אין מקום בנסיבות הענין להתערב במסקנת הרשות המוסמכת שלא להכיר בזכותה לפטור משירות צבאי.

גם אם נסווג את סרבנות העותרת כסרבנות המונעת, בין היתר, מטעמי מצפון אישי, גם אז אין עניינה מצוי בגדר הפטור מן הדין הניתן לאשה, ואין הוא בא בגידרה של מדיניות הפטור על פי שמכות שר הבטחון. אשר לפטור מן הדין, ברי כי טעמי סרבנותה של העותרת אינם טעמי מצפון שיסודם במסורת, דת, אורחות חיים ומינהגים עדתיים המיוחדים לאשה באשר היא אשה. אשר למדיניות הפטור הכללית, סרבנותה של העותרת הינה במהותה סרבנות סלקטיבית, אשר אינה מוכרת על ידי הרשות המוסמכת בעת זו כעילת פטור משירות. מדיניות זו של הרשות הציבורית היא מדיניות ראויה לאורך השנים, ואין מקום להתערב בה. העתירה נדחית.

הערת העורך: גם אם פסק הדין נראה כסביר על פניו, הוא מתעלם מכך שקיימות שתי קהילות גדולות במדינת ישראל – חרדים וערבים – אשר אינן מכירות במדינת ישראל כמדינה דמוקרטית אשר בה נעשה רצון הרוב, ובאופן מעשי פטורות לחלוטין הן משירות צבאי והן משירות לאומי, תוך יצירת אותו קרע חברתי בינן לבין הרוב, שפסק הדין מזהיר מפניו.

הממשלה מינתה את יוסף גנוסר למנכ"ל משרד השיכון, לאחר ששקלה את עברו, לחיוב ולשלילה. הוא היה מעורב בפרשת "קו 300", ופעל להעלמת חלקם של אנשי השב"כ בפרשה ובהריגתם של שני מחבלים לאחר שנתפסו; על חלקו בפרשה קיבל חנינה מנשיא המדינה, והמשיך בשירותו בשב"כ. כן היה מעורב בפרשת נאפסו. הוא היה ראש צוות החקירה, שנקט כלפי נאפסו באמצעי חקירה פסולים, והעידו שקר בפני בית-המשפט הצבאי. בגין התנהגותו בשתי הפרשות לא הועמד לדין.

קיומו של עבר פלילי אין בו, כשלעצמו, כדי לשלול את המינוי. יחד עם זאת, עלינו להבחין בין שאלות של כושר (או סמכות) לבין שאלות של שיקול דעת. סביבתו של החוק הם הצורך לקיים בה סדר ציבורי, ואת התפישת שכל רשות שלטונית חייבת לפעול בסבירות ובהגינות.

השיקול של שיקום העבריין אף הוא שיקול שיש לקחתו בחשבון. עם זאת, אין זה השיקול היחיד שיש לקחתו בחשבון. לא הרי מי שעבר עבירה אחת כהרי מי שעבר עבירות הרבה; לא הרי מי שעבר עבירה קלה כמי שעבר עבירה חמורה; לא הרי מי שעבר עבירה לפני שנים הרבה כמי שעבר עבירה לאחרונה; לא הרי מי שעבר עבירה כדי לקדם את ענייניו שלו כמי שעבר עבירה תוך שירות המדינה. גם סוג המשרה, אותה אמור עובד הציבור למלא משפיע על משקלו של העבר הפלילי באיושה; לא הרי משרה זוטרה כמשרה בכירה. לבסוף, חיוניותו של המועמד למשרה ציבורית למלא אותה משרה צריך גם הוא להלקח בחשבון.

ככלל, אין זה סביר למנות מועמד, שעבר עבירות חמורות בנסיבותיהן, למשרה בכירה בשירות המדינה. על כן יש להתייחס בחומרה לעבירה, שעל-פי עצם מהותה ונסיבות ביצועה פוגעת לא רק בסדר הציבורי בדרך כלל (כגון, רצח, שוד, אונס) אלא באושיות המבנה השלטוני, כגון שוחד, מרמה והפרת אמונים, עדות שקר, או שיבוש הליכי משפט. הוא יתקשה לדרוש מהכפופים לו את אשר שנדרש מכל עובד ציבור, ושהוא עצמו חילל. אמנם, בענייננו אין לזהות את חומרתה של העבירה בנסיבותיה לעבירה שיש עמה קלון. עם זאת, המרחק בין השניים אינו ניכר. עבריין שהעיד לשקר ושיבש הליכי משפט ובמעשיו אלה פגע בחופש הפרט - כיצד זה יוכל להנהיג משרד ממשלתי? מהו המסר החברתי והמוסרי שהשלטון מעביר בכך לאזרח, ושהאזרח יעביר חזרה לשלטון?

מאז שתי הפרשות חלפו למעלה מ-10 שנים, אך האירועים חיים בתודעה הלאומית. המשיב השתקם עוד בטרם מונה לשירות הציבורי, ועם כל כישוריו לא נטען בפנינו כי הוא יחיד סגולה במילוי המשרה. נכון גם שהמשיב ראה לנגד עיניו את צורכי המדינה ובטחונה. עם זאת, עלינו לשמור מכל משמר על המדינה כמדינת חוק המושתתת על מושגי יסוד של מוסר. כאשר שומרי הבטחון מפירים את החוק, נפגעים החוק והבטחון גם יחד. בטחון ללא חוק היא אנארכיה. בנסיבות אלה, מינויו של המשיב למשרת מנהל כללי היה בו מעשה הפליה כלפי כל המועמדים הנדחים על-ידי שירות המדינה בשל עברם הפלילי.

החלטת הממשלה היא בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני, והיא לא איזנה כראוי בין השיקולים הרלבנטיים. אין רשות שהיא מעל לחוק, והממשלה אינה יוצאת דופן בעניין זה. העתירה מתקבלת.

הערת העורך: בפרשת קו 300, הרגו אנשי שירותי הביטחון מחבלים שנתפסו, וזאת ללא רשות או סמכות, במלים אחרות – ביצעו רצח בדם קר, באופן שמזכיר את פרשת כפר קאסם, שגם בה האמינו הרוצחים שהם ממלאים פקודות; מעשים כאלה של הוצאה להורג ללא משפט, מזכירה את הנעשה באפלים ובמתועבים שבמשטרים. חמור מכך, כאשר תיאמו אחר כך עדויות ושיקרו לועדת החקירה, תוך כדי נסיון להדביק את האשמה לקצין בכיר שהיה ידוע כאדם אלים, ממש עשו מעשה הגובל בחתירה וקשירת קשר נגד השלטון במדינת ישראל. אנשים אלה ידעו היטב שהם עושים מעשה פסול; אחת הראיות המרכזיות לכך היא שבספר זכרונותיו מציין יעקב פרי, מי שכיהן אז בתפקיד ראש אגף בשב"כ ואחרי שנים גם כראש השירות, שאחד מהמעורבים בפרשה אמר לו שלא עירב אותו בנעשה כדי שייצא "נקי" ויוכל לכהן כסגנו. העובדה שאהוד יתום, אחד השותפים המרכזיים למעשה הרצח, כיהן אחר-כך בכנסת, מהווה עלבון לשלטון החוק ולגיטימציה למעשים כאלה; זאת למרות העובדה שבית-המשפט העליון הביע את עמדתו שכהונה זו מותרת.

בימים אלה מסתיימת חלוקתן של ערכות מגן נגד גז לתושביה של מדינת ישראל. במסגרת זו, החלה גם חלוקת ערכות מגן לתושבי ישראל המתגוררים באזור. לא חולקו ערכות מגן לתושבים הערביים באזורים אלה. כנגד זאת מלינה העותרת.

מערכת הבטחון רואה באיזורי האוכלוסיה הגדולים בישראל כיעדים העיקריים של התקפה אפשרית על ישראל. בנוסף לכך הכינה מערכת הבטחון תכנית מגירה, שעניינה חלוקת ערכות מגן לחלק מן האוכלוסיה ביהודה ושומרון, אשר עלול להמצא בסיכון גבוה יותר מתושבי האחרים של האזור. תושבי ישראל המתגוררים באזור יהודה ושומרון וחבל עזה, קיבלו ערכות מגן. ההערכה היא כי גם בעת משבר תושבים אלה ימשיכו להגיע לישראל במסגרת חיי היומיום שלהם. לשם כך הוחלט כי במסגרת חלוקת ערכות המגן יצוידו גם תושבים אלה בערכות מגן.

אזורי יהודה, שומרון ועזה נתונים בתפיסה לוחמתית, ועליהם חלים הנספחים לאמנת האג, לפיהם חלה על המעצמה המחזיקה החובה לדאוג לבטחון של האוכלוסיה הנתונה לשליטתה עד כמה שהדבר ניתן. במסגרת חובה זו מוטלת על מפקדת האזור החובה לצייד את האוכלוסיה המקומית באמצעי הגנה ראויים בפני סכנות הכרוכות בפעולות איבה.

ממשלת ישראל הגיעה לידי החלטה כי המצב הוא רציני דיו כדי לחלק ערכות מגן למגזר העירוני והכפרי בישראל. הגיון זה עצמו מחייב חלוקת ערכות מגן לאותם תושבי האזור המצויים באזורים הקרובים לאוכלוסיה ישראלית, כלומר עוטף ירושלים וקרבת הקו הירוק. השיקול הבסיסי כי הסיכון של האוכלוסיה הישראלית גבוה בהרבה מזה של אוכלוסית האזורים הוא סביר. אך שיקול זה עצמו מחייב לצייד בערכות מגן אותה אוכלוסיה של האזור המתגוררת בקרבת האוכלוסיה הישראלית.

לתושבי ישראל המתגוררים באזור חולקו ערכות מגן. פעולה זו מעוררת מאליה את השאלה, ומדוע אין מחלקים ערכות מגן אף לתושבים הערביים. המפקד הצבאי צריך לנהוג שוויון באזור. אסור לו להפלות בין תושבים לתושבים. משהגיע המפקד הצבאי למסקנה כי יש לחלק ערכות מגן לתושבי היהודים של האזור, מן הראוי הוא שיחולקו גם ערכות מגן לתושבי הערביים. גם כאשר התנתחים יורים יש לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים ראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה.

אילו היו בידי המפקד הצבאי מספיק ערכות מגן לחלוקה לכל האוכלוסיה באזור, היינו מצווים עליו לעשות כן. משלא מצויות ערכות מגן במספר מספיק, למרות שנראה כי היה די זמן והותר להצטייד בהן, לא נוכל לצוות על כך כי יחולקו ערכות מגן על פי הצרכים. נסתפק, על כן, בצו כי ערכות המגן יחולקו מיד עם הגיען, וכי ייעשה כל מאמץ אפשרי להשיג בהקדם האפשרי ערכות מגן כנדרש. גם כעת, אין צורך בכל מומחיות מיוחדת שאין מצויה בידינו כדי להבין כי ישובים באזור המצויים בקרבת ישובים ישראליים מצויים באותו סיכון עצמו. ואין כל צורך במומחיות מיוחדת כדי לדעת, כי הכל שווים בפני החוק. העתירה מתקבלת.

העותרת מבקשת שנורה למשיב לשנות על החלטתו להרוס בתים במחנה הפליטים אל-בוריגי שברצועת עזה, מבלי לתת למחזיקי אותם מבנים שהות לבחור פרקליט ולפנות למפקד הצבאי ולבית מפשט זה קודם להפעלת הצו.

חייל צה"ל נרצח בקטע כביש הכניסה הראשית למחנה הפליטים. החייל טעה בדרכו, נקלע עקב כך לקטע הכביש נשוא העתירה במחנה פליטים בוריגי, והותקף באבנים על ידי המון פרוע, אשר לאחר מכן הצית את רכבו באמצעות דלק שנשאב מתחנת דלק סמוכה. האסון אירע לאחר שהמנוח סובב את רכבו, נסקל באבנים, ועקב הדרך הצרה התנגש בעגלה שעליה היו 2 ילדים מקומיים, ונמנעה ממנו האפשרות למלט את נפשו.

הפעולות המפורטות בצו של המשיב, שהן נושא העתירה, עשייתן דרושה "מתוך צורך צבאי דחוף ומיידי" בהתאם לחובה המוטלת על המשיב להבטיח את הסדר והבטחון באזור. בטרם הורה המשיב על נקיטת הצעדים הדרושים בחן שני פנים. הפן האחד - הצורך המיידי וההכרחי בנקיטת הצעדים החיוניים לשם שמירה על הבטחון באזור ואבטחת צירי התנועה בו; והפן האחר - הצורך והיכולת למעט את הפגיעה באוכלוסייה. הפעולות עליהן הורה המשיב בצו לא נשאו, איפוא, אופי ענישתי ולא נעשו לשם מטרה ענישתית, ואשר על כן כלל הצו של המשיב הצעת פיצוי כספי למי שייפגע על ידו, וכן יימצאו פתרונות חילופיים מידיים לנפגעים כאמור.

המקום שהוא נושא העתירה משמש זה קרוב לשנתיים ימים מקום מועד לפעולות טרור, ידוי אבנים וזריקת בקבוקי תבערה, שהעמידו בסכנה מתמדת ונמשכת חיילים כאזרחים. קיימים קשיים אוביקטיביים בעטיו של הכביש הצר - עמם מתמודדים שלטונות הצבא במשך כל התקופה האמורה כדי לקיים סדר ובטחון במקום. הסימטאות הצרות שבמקום שימשו מפלט אידיאלי לפורעי הסדר והבטחון לאחר יידוי האבנים והשלכת בקבוקי תבערה, ומשבקשו כוחות הבטחון לרדוף אחריהם נמלטו אלה דרך הסימטאות לתוך המסגד הנמצא במרחק של מטרים מעטים מהמקום; ומשנאחזו בקרנות המסגד נמנעו כוחות צה"ל מליכנס לתוכו ולעצורם. לימים החליטו שלטונות צה"ל לאטום את הסימטאות כדי למנוע המלטות של המתפרעים, אך אטימות אלה חזרו ונפרצו והוסרו. סמכותו של המשיב, והחובה הנובעת מסמכות זו, חייבוהו לפעול מיד וללא שהיה נוספת כדי לשמור על שלטון החוק וחיי אדם. הדרך האחת והיחידה, לרגל הנסיון העגום של נסיונות אחרים שונים שנעשו במשך קרוב לשנתיים, היתה הרחבת הכביש במידה ובאופן שכוחות צה"ל יוכלו לקיים שמירה יעילה בו.

גם כאשר מדובר בפעולה של השלטון הצבאי מטעמים של צרכים צבאיים, שבביצועה יש משום פגיעה ברכוש האזרח שלא לשם מטרה ענישתית והרתעתית, שמורה זכות הטיעון למי שעומד להפגע. במקרה דנן מדובר בפעולה של השלטונות הצבאיים הבאה מתוך צרכים צבאיים חיוניים ודחופים כדי לאפשר שמירת הסדר והחוק, ושמירת ציר תחבורה מסוכן חיי אדם. מאחר והצו בדבר הריסת מבנה של פלוני לא בא כדי להעניש אותו פלוני ולהרתיעו, שומה על השלטונות הצבאיים לפצות על הנזק שייגרם לפלוני באופן נאות ובמדה נכונה, ולהמציא, במקרה הצורך, דיור חילופי.

ביישומה של זכות הטיעון חל כלל היסוד שיש לקיים זכות טיעון זו עובר לביצוע המעשה, אלא אם הריסת המבנה דרושה לאלתר ובאופן מידי משום צרכים צבאיים - בטחוניים דחופים, כגון

במקרה דנן, בו קיים צורך מידי של הכשרת המקום באופן המאפשר לשמור על הבטחון בו מפני מעשי טרור.

גם כאשר מתקיימות הנסיבות המטילות על המפקד הצבאי את החובה לנקוט באופן מידי באמצעים הדרושים לשמירה על הבטחון וחיי אדם, שומה עליו לדאוג להקטין ככל האפשר את היקף הנזק, לבצע את הפעולות הננקטות על ידו באופן שימעיט ככל האפשר את הסבל והפגיעה העלולים להגרם לנפגעים מהוראת הצו, ולאפשר להם להעלות את השגותיהם בפני גורמים מוסמכים המצויים בשטח. כך נהג המשיב במקרה דנן. לבעלי המבנים ניתנה הודעה מוקדמת מראש כדי לאפשר להם לפנות את רכושם ולהיערך לפינוי.

עיקרון של ההשגות מתיחס לשאלה אם קיימת תשתית עובדתית ראויה לשימוש בסמכות על פי הסעיף האמור, למידת המעורבות של בעל המבנה במעשה העבריינות שהוא חשוד בו, לאפשרות של הקטנת השטח הנהרס כאשר במבנה מתגוררות משפחות נוספות שאינן מעורבות במעשה העבריינות, וכיוצא באלה. השגות אלה, מעצם מהותן וטיבן, אין להן אחיזה בצו שבפנינו, שבו ההחלטה להריסת המבנה נעשית לא מטעמים של מעורבות בעל המבנה במעשה העבריינות, אלא לצורך פעולה צבאית למען קיים את הסדר והשלטון במקום ולשם שמירה על חיי אדם. בנסיבות המקרה שבפנינו, עקרון האיזון מחייב כי זכות הטיעון של בעל הדבר בפני בית המשפט עובר לביצוע הצו נדחית מפני האינטרס המהותי והחיוני של דחיפתה של הפעולה הצבאית וביצועה על אתר וללא השהיה. העתירה נדחית.

הערת העורך: עד כמה חסר יסוד פסק הדין ניתן ללמוד מכך שמבחינה משפטית הוא שולל את זכות הפנייה לבית משפט ממי שנפגע מפעולת הרשות. יצויין בהערת אגב, כי מבחינה עובדתית יתכן שהיה על הצבא להיכנס לתוך המסגדים באם חשודים נמלטו לשם, לאחר מתן אזהרה מתאימה.

ארגון החמאס גרם חמישה מקרי מוות בשבוע אחד, שהיו שיאם של מעשי רצח שקדמו לכך. מעשים כאלה מבטאים את המטרה המרכזית והדומיננטית של הארגון, להביא לחיסולה של מדינת ישראל באמצעות ג'יהאד (מלחמת קודש). הארגון נשען בתעמולתו על אישי דת מקומיים המוסיפים פסיקות הלכתיות דתיות כתשתית רעיונית וכלגיטמציה דתית למעשי הטרור. הארגון נעזר על ידי ארגוני חזית המשמשים כמקורות לגיוס כח אדם ולהסוואת פעולות-הסתר. פעילות הרצח והחבלה נמצאת בתהליך תמידי של הסלמה; על רקע זה החליטה הממשלה, כי יוצאו צווי גירוש להרחקת המסיתים, וכי מי שגורש יהא רשאי, תוך 60 יום, לערור על גירושו בפני ועדה מיוחדת, על פי הכללים שייקבעו בצווים. בעקבות ההחלטה הוצאו כ-400 צווי גירוש כנגד פעילי חמאס, לתקופות של שנה וחצי עד שנתיים.

בנסיבות אלה, ניתן לוותר על שמיעתו מראש של ערר, כי הצווים קבעו הוראה מפורשת בסוגיה זו המתירה גירוש ללא שמיעה מוקדמת; ישנם חריגים המתירים בנסיבות בטחוניות קיצוניות סטיה מקיומה של זכות מוקנית, לרבות זו של שימוע. הצווים שניתנו התבססו על מידע פרטני לגבי כל מגורש; אין מדובר בצו קיבוצי אלא באוסף של צווים אישיים.

אמנם, השימוע המוקדם הינו אחד מכללי הצדק הטבעי. ככל שהתוצאות של ההחלטה השלטונית חמורות יותר ובלתי הדירות, גם חיוני יותר שהאדם הנוגע בדבר יוכל להשמיע השגותיו ולהביא תגובתו לטענות נגדו; יצוין כי דברים המושמעים על ידי פרקליט מאבדים מכוחם, כאשר מי שמשמיע את הדברים בשמו של אחר אינו יכול להוועד עם הנוגע בדבר. ההופעה האישית בפני הועדה של מי שניתן לגביו צו גירוש היא עיקרה ותמציתה של זכות השימוע. המקרים של טעות בזהוי ובבחירת המגורשים שנתגלו במקרה שבפנינו לאחר מעשה, חידדו, המסקנה זו. אם לא היה שימוע מוקדם יש לקיים שימוע מאוחר המשרת את המטרה של מתן אפשרות לנוגע בדבר להציג את עמדתו לפרטיה.

אם הצו התיימר לקבוע הסדר נורמטיבי חדש, ללא תלות בנסיבות מיוחדות שקיומן חייב להבחן מראש בכל מקרה, הרי חרג בכך ממתחם הסמכויות המוקנות למפקד צבאי. תחיקת בטחון אינה יכולה להביא לשנויין של נורמות כלליות ומושרשות של המשפט המינהלי. אם הוראת השעה הנדונה ביקשה לקבוע, כי ניתן יהיה לבצע מעתה ואילך כל צו גירוש לתקופה מוגבלת ללא הענקת זכות שמיעה מראש, הרי אין בכך כדי להקנות חוקיות להסדר החדש האמור. הצו קבע הסדר כללי, שתוקפו לכל התקופה בה תהיה הוראת השעה בעניין הגירוש בתוקף. במילים אחרות, הצו קבע הגבלת תוקף מבחינת משך זמן הגירוש, אולם לא קבע דבר בקשר להגדרת הנסיבות החריגות בהן ניתן יהיה להגביל את זכות השימוע. בכך ביטל את זכות השימוע באופן סוחף וכוללני וסמכות כזו אינה בידי המפקד הצבאי.

על המשיבים לערוך עתה הסדרים מעשיים למימוש זכות ההופעה בפני ועדה מייעצת לגבי כל מי שיבקש זאת; מן הראוי יהיה שהמבקש יורשה להופיע אישית בפני הועדה כדי שזו תוכל להתרשם מהסבריו בעל פה ולבחון את ענינו. לקראת ההופעה בפני הועדה יש לאפשר לו גם מפגש אישי עם פרקליט. מסקנה זו איננה פוגמת בתוקפם של צווי הגירוש האינדיבידואליים. בכפוף לכך, העתירות נדחות.

העותר ירה על בני הזוג ביטון הוא ירה מטווח קצר. מוטי ביטון נורה למות ורעייתו נפצעה בידה. העותר נתפס והועמד לדין. הוא הודה בעובדות כתב האישום והורשע, בין השאר, בגרימת מותו בכוונה של מוטי ביטון ז"ל, בנסיון לגרום למותה של גב' ביטון, בחברות באירגון עויין, ובביצוע אימונים צבאיים. בית-המשפט הצבאי הטיל עליו עונש מאסר עולם וכן חמישים שנות מאסר במצטבר לעונש זה. לפני ביצוע המעשה, התגורר העותר בבית בודד בן קומה אחת, בו שלושה חדרים ומטבח (המשמש גם כמחסן). בבית מתגוררים גם אימו (שהיא בעלת הבית) ושבעת אחיו ואחיותיו הרווקים. כן מתגורר באותו בית אח נוסף עם אישתו ובנו. עם תפיסתו של העותר, ועוד בטרם הורשע, החליט המפקד הצבאי להחרים את הבית ולהרסו. הבית נאטם ולבני המשפחה הודע על זכותם להשיג נגד החלטה זו. השגת המשפחה נדחתה על-ידי המפקד הצבאי ומכאן העתירה שלפנינו.

בדיקה הנסית של הבניין העלתה כי כל פגיעה באחד מחדרי המבנה פוגעת ביציבות שאר המבנה, ומסכנת את המבנה כולו, ולכן הריסה חלקית של הבית אינה אפשרית. יצויין כי אבי המשפחה נפטר, ואמו של העותר דואגת לילדיה. האח הבכור, אשתו וילדו מהווים משפחה נפרדת, המתגוררת בבית ואף הם לא ידעו דבר על התנהגותו של מוחמד.

תקנות שעת חירום מעניקות סמכות רחבה למפקד הצבאי. עם זאת, כל סמכות, ותהא רחבה ככל שתהא, צריכה להיות מופעלת על-פי שיקול דעת סביר. העתירה שלפנינו אינה עוסקת בסמכותו של המפקד הצבאי, שכן סמכותו להרוס את המבנה כולו קיימת. העתירה שלפנינו עוסקת בשיקול דעתו של המפקד הצבאי, האם סביר הוא להרוס את המבנה כולו.

בגדר הפעלתה הסבירה של הסמכות, על המפקד הצבאי לקחת בחשבון את הנתונים הרלבנטיים, ליתן להם משקל ראוי, ולאזן בין השיקולים המתנגשים. במסגרת התקנות מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה. בהפעלת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי עליו לנהוג על-פי עקרון היחסיות והמידתיות. בקביעת היחסיות יש להתחשב מחד גיסא בהתנהגות האסורה שלשם הרתעתה בא השימוש בתקנה. מאידך גיסא יש להתחשב בסבל שייגרם לאלה אשר האמצעי ההרתעתי יופעל כנגדם.

בעתירה שבפנינו מתגוררת במבנה משפחה אחת. עם זאת, ניתן להבחין יפה במסגרתה בין האח הבכור ומשפחתו לבין שאר בני המשפחה. הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא-יחסי" - ועל כן גם לא סביר - בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה היתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלה, יש לנקוט באמצעי הדרסטי פחות - שאף הוא חמור ביותר - של אטימה חלקית. האטימה תהא של שני חדרים, באופן שהאח הבכור ומשפחתו יוכלו להמשיך להתגורר במקום. העתירה מתקבלת במובן זה שהמבנה לא יהרס אלא יאטם בחלקו.

החייל ינאי שושן ז"ל היה חייל בחטיבת גבעתי שהשתתף באימון. אחד הרימונים שהיה באפוד שעל גופו התפוצץ וכתוצאה מכך נגרם מותו המייד. בעקבות המקרה נוהלה חקירה, ובסיומה נקבע כי ההתפוצצות נגרמה עקב אי שמירה על הוראות הבטיחות. כן העלתה החקירה כי הוראות הבטיחות לא שוננו לחיילי הפלוגה, וכי גם מפקדי החיילים ברמת המחלקה, הפלוגה, הגדוד והחטיבה, לא הכירו הוראות אלה. על רקע זה החליט הפרקליט הצבאי הראשי להגיש כתב אישום בעבירה של גרימת מוות ברשלנות נגד חמישה קצינים בחטיבה, כולל נגד אל"מ חורב, שהיה באותה עת מפקד החטיבה. באותו זמן שהה אל"מ חורב בהשתלמות מחוץ לישראל. עם שובו הוא נכנס לתפקיד חדש, כמפקד בית הספר לקצינים של צה"ל. כנגד מינוי זה הוגשה העתירה.

ביטול מינויו של אל"מ חורב או השעייתו עד להכרעה במשפטו הפלילי, נתונה לשיקול דעתו של הרמטכ"ל. שיקול דעת זה הוא רחב אך אינו מוחלט. ככל רשות ציבורית, גם הרמטכ"ל הוא נאמן הציבור. לעניין דין זה, אין כל הבדל בין הפעלת סמכות לבין הימנעות מהפעלת סמכות. הרמטכ"ל הגיע למסקנה, כי באיזון הכולל, אין מקום לביטול מינויו של אל"מ חורב או להשעייתו. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם איזון זה שערך הרמטכ"ל הוא מחוץ למתחם הסבירות?

בעיית האיזון הראוי במקרה שלפנינו אינה פשוטה. השיקולים התומכים בביטול המינוי של אל"מ חורב או בהשעייתו אינם קלים כלל ועיקר. לצורך כך נניח כי קיים חומר ראיות לכאורה בדבר התרשלותו של אל"מ חורב, ולכן עשוי אל"מ חורב להתקשות במתן דוגמא אישית לפיקודו ובהצבת דרישות לזהירות אישית. אכן, אם הרמטכ"ל היה מחליט, כי בנסיבות העניין יש לבטל את מינויו של אל"מ חורב או להשעותו ההחלטה היתה סבירה. אך הרמטכ"ל החליט אחרת, ולא ניתן לומר כי הינה בלתי סבירה.

הרמטכ"ל רשאי היה להתחשב באופי התקדימי והראשוני של האישום; הוא רשאי היה להתחשב "במרחק" שבין מותו של החייל ינאי שושן ז"ל לבין התרשלותו של אל"מ חורב ולתת לשיקול זה משקל ראוי; הוא רשאי היה להתחשב בעובדה שאל"מ חורב מונה זה מקרוב כמפקד החטיבה, דבר המשפיע על מידת "אשמתו". כאשר נוטלים את כל השיקולים הללו גם יחד, אין מנוס מהמסקנה, כי אין לומר כלל ועיקר שהחלטת הרמטכ"ל אינה סבירה באופן המצדיק את התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. יצוין כי המקרה שלפנינו הוא מקרה גבול. במצב דברים זה מחייב עיקרון הפרדת הרשויות שלא להביא לביטול החלטה של רשות שלטונית על ידי הרשות השופטת. העתירה נדחית.

הערת העורך: אילו החליט הפצ"ר להעמיד את אל"מ חורב לדין באשמה חמורה יותר כמעט אין ספק שהחלטתו היתה מתבטלת. בהקשר זה, רצוי שהמחוקק יקבע באילו מקרים יש להשעות מתפקידו עובד או נבחר ציבור אם מוגש נגדם כתב אישום.

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 מתבלים 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 שב"כ. עתירה זו הוגשה כנגד שימוש בלחץ פיזי בחקירות.

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.

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.

העותרים הם בני משפחה של מחבלים, אשר גרמו לפיגועים קשים ביותר ואחראים למאות הרוגים ופצועים. הם חוששים כי הבתים בהם הם מתגוררים - ושבהם התגוררו אותם מחבלים - יהרסו על ידי המשיב, ולכן הם מבקשים כי המשיב יחוייב לתת להם התראה מוקדמת אם יחליט להרוס את בתיהם, על מנת שיוכלו להשיג מראש בפניו ובפנינו על החלטה.

זכותו של אדם כי ישמע קולו בטרם ייפגע, בגופו או ברכושו, היא זכות יסוד. עם זאת, ככל זכות אחרת, אין היא זכות מוחלטת. היא אינה חלה בנסיבות מיוחדות וחריגות, שאחת מהן היא המקרה שבו הפגיעה בגוף או ברכוש מתרחשת במהלך של פעולה צבאית-מבצעית המתקיימת במסגרת פעולות לחימה של הצבא. דין זה חל גם לעניין הריסת מבנים כחלק מפעילות צבאית-מבצעית. אי תחולתה של הזכות לטיעון במקרה של פעולה צבאית-מבצעית נגזרת מהאיזון שבין הזכות של היחיד לטיעון בגין פגיעה בגופו או ברכושו מזה לבין הצורך הציבורי החיוני בהגשמת הפעולה הצבאית מזה.

אם קיים חשש רציני כי הענקת זכות טיעון יש בה כדי לסכן את חיי החיילים ולסכל את הפעולה עצמה, נדחית זכות הטיעון מפני צרכי הלחימה החיוניים. גם במקום בו אין לקיים את זכות השמיעה במלואה, יש לעשות הכל כדי לקיימה בחלקה, כגון שמיעה בפני המפקד הצבאי המצוי במקום בטרם ייפגע הרכוש. וככל שכוחה של זכות השמיעה הולך ופוחת במצבים של צורך צבאי חיוני, כך גדל הצורך להבטיח כי בידי המפקד הצבאי יהיו נתונים בדוקים ומבוססים כי אכן מתקיימות הנסיבות המצדיקות מבחינתו את השימוש באמצעי המבצעי.

אין לקבוע מראש שבשל פעולות הלחימה אין מקום ליתן אף פעם זכות שמיעה למי שטוען כנגד הריסת מבנה בו התגורר מחבל שביצע פיגועים קשים שגרמו להרג ושפיכת דם; בדומה, אין לקבוע מראש כי על אף פעולות הלחימה יש ליתן תמיד זכות שמיעה. הכל תלוי בנסיבות הענין ובאיזון הראוי בין זכות השמיעה מזה, לבין הסיכון (לחיילים) והסיכוי (להגשמת הפעולה) מזה.

העתירות שלפנינו הן כוללניות ואינן מבחינות בין מקרה למקרה. אנו מתבקשים ליתן החלטה כוללת שתחול על כל המקרים כולם. זאת לא נוכל לעשות. יהיו בוודאי מקרים בהם יהא מוצדק שלא להעניק לבעלים של נכס את זכות הטיעון. יהיו מקרים בהם הדין יחייב את המשיב להעניק זכות טיעון. האחריות לכך מוטלת על המשיב, בלא שנוכל לקבוע מראש את הדין בכל מקרה ומקרה. העתירות נדחות.

הערת העורך: גם קשה לקבל את העתירות בהיותן תיאורטיות במידה רבה, הגם שהן מכוונות כנגד מדיניות קיימת.

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.

כיום מתנהלת לחימה פעילה באזור רפיח שברצועת עזה. העותרים מצביעים על שורה של פגיעות באוכלוסייה המקומית ברפיח בעקבות פעילות הלחימה. הם עותרים כי הצבא יאפשר לצוותים רפואיים ולאמבולנסים להגיע לפצועים ברפיח לצרכי פינוי; כי יתאפשר מעבר ציוד רפואי בין רפיח לבתי החולים מחוצה לה; כי לא יפגעו או יאויימו צוותים רפואיים או אזרחים העוסקים בפינוי פצועים או גופות; כי תחודש הספקת החשמל והמים לשכונת תל א-סולטן ותתאפשר הספקת מזון ותרופות לתושבי השכונה; כי תתאפשר כניסת משלחת של רופאים מטעם ארגון רופאים לזכויות האדם לבתי החולים ברצועת עזה, וכי ייחקר אירוע שבו הופגזה התקהלות אזרחים ונהרגו מספר תושבים.

פעולות הלחימה כפופות לכללי המשפט הבינלאומי העוסקים בפעילות זו. באופן רגיל, הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון הינה ביקורת בדיעבד, אולם לא כן המקרה שלפנינו. דבר זה מטיל מגבלות על בית המשפט. הפעילות הלחימתית של נשלטת על ידי אמנת האג בדבר הדינים והמינהגים של מלחמה ביבשה, ואמנת ג'נבה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה. על כך מתווספים העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי.

אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם. חובה בסיסית זו אינה מוחלטת. יצויין כי הלחימה אינה עם התושבים המקומיים. כאשר אלה נקלעים, לא פעם, לתוך אזור הלחימה יש לעשות הכל כדי לשמור על חייהם וכבודם. בצד ההוראה הבסיסית בדבר כבוד האדם מעמיד המשפט הבינלאומי ההומניטרי מספר חובות משנה. מביניהן שתיים מהחובות הן רלבנטיות לעתירה שלפנינו: אספקה של מזון ותרופות ושירותי רפואה. ברפיח יש כיום מחסור בכל אלה.

על הצבא לעשות ככל שניתן לעשות בנתוני הלחימה כדי לאפשר פינויים של תושבים מקומיים שנפגעו בפעולות הלחימה. מצאנו כי מעבר האמבולנסים פעל כראוי. הדרישות שמעלה הצבא בעניין מספר הרישוי של האמבולנס היא סבירה. כן ראוי הוא שלא להתנות את העברת הפצועים במסירת שמם ומספר הזהות שלהם. עם זאת, איננו רואים כל פגם בנסיון לקבל פרטים אלה במקום שניתן לקבלם. המקרה היחיד של ירי על אמבולנס הוא חריג.

בעניין קבורת המתים, יש למצוא פתרון מהיר. לעניין זה, התושבים ברפיח העדיפו לקיים את ההלוויות לאחר הסרת המצור על השכונות, על מנת להבטיח קיום תפילת המת והקמת סוכת אבלים לקבלת התנחומים, כפי שמורה ההלכה האיסלמית. כיום בעיית הקבורה של המתים באה על פתרונה.

בעניין הירי על התהלכה, נמצא כי בנסיון להידברות ראשונית עם המפגינים נעשה נסיון להפסיק את התהלכה. הנסיון נכשל. לאחר מכן נעשה שימוש באמצעים מרתיעים. אף הם נכשלו, ובמצב דברים זה הוחלט על ירי פגז חלול לעבר מבנה נטוש. עם סיום התחקיר יועבר החומר כולו לפרקליט הצבאי הראשי, אשר יחליט בעניין. לעניין משלחת הרופאים מטעם העותרת 1 או מטעם כל גוף מוסמך אחר, התנאי היחיד אותו מעמיד המשיב הוא כי בין הרופאים המבקרים לא יהיו ישראלים. זאת, נוכח החשש לפגיעה בהם או לחטיפתם, דבר שעשוי לסבך בצורה חמורה ביותר את המצב הביטחוני. לא מצאנו כל פגם בעמדת המשיבים בעניין זה.

התוצאה הינה כי בששה מתוך שבעת הסעדים שנתבקשו על ידי העותרים, העתירה באה על סיפוקה. לסעד השביעי אין העותרים זכאים, בשל הסיכון לחטיפתם של הרופאים.

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 הקנין 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.

עיריית הרצליה עושה שימוש בחוק העזר להרצליה (מניעת מפגעים ושמירה על הסדר והניקיון), לצורך הוצאת דו"חות והגשת כתבי אישום בגין עבירה של חניה על מדרכה. הקנס המוטל על העבירה הוא בסך 490 ₪; לעומת זאת, הקנס המוטל מכוח חוק עזר להרצליה (העמדת רכב וחנייתו), הינו 70 ש"ח בלבד. לפי הנחיית המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אין זה ראוי להוסיף ולהשתמש בחקיקת שמירת הסדר והניקיון לצורך אכיפת עבירות חניה, וכן נאמר בהנחיה, כי מערכת התביעה של המדינה לא תוכל להגן בבית המשפט על אכיפה, המנוגדת להנחיה. לרשויות המקומיות ניתנה ארכה בת 6 חודשים לחקיקת חוק מתאים. העותרים מבקשים כי נורה לעיריית הרצליה להפסיק להוציא הודעות קנס בגין חניה על מדרכה לפי חוק עזר שמירת ניקיון; לבטל את הודעות תשלום הקנס שכבר הוצאו; ולהשיב כספים ששולמו לפי הודעות קנס, החל ממועד מתן הנחיית היועץ המשפטי לממשלה.

לפי חוק עזר (חניה), אין להעמיד רכב על מדרכה. זו גם עבירה לפי תקנות התעבורה; לעומת זאת, קובע חוק עזר שמירת ניקיון, כי אין להניח ברחוב כל דבר העלול לגרום נזק לרחוב או להפריע לניקיון או לתנועת הציבור, פרט למקרה של השארה למשך טעינת הדבר או לפריקתו. השאלה אם ניתן להוציא דו"חות ולהגיש כתבי אישום בגין עבירה של חניה על מדרכה לפי חוק עזר שענינו שמירת ניקיון.

ניתן לכאורה להחיל על עבירת חניה על מדרכה הן את הוראות חוק עזר חניה והן את הוראות חוק עזר שמירת ניקיון; ואולם בין נורמה מיוחדת לבין נורמה רגילה עדיפה הנורמה המיוחדת ואין להחיל את שתיהן על אותו מעשה פלילי. כמו כן קובע חוק העונשין, כי יש לפרש דין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין. כלל זה יש להחילו גם על שתי נורמות שנקבעו בדברי חקיקה שונים, כאשר הן בבחינת "אותו הדין"; הרשות אינה רשאית לקבוע לפי שיקול דעתה איזו נורמה יש להחיל.

ענין לנו בשני חוקי עזר וביחס שביניהם. לכל אחד מהם תכלית שונה. חוק עזר חניה ענינו "העמדת רכב וחנייתו", כפי שמעידים עליו כותרתו וגם תוכנו. לעומתו, חוק עזר שמירת ניקיון ענינו "מניעת מפגעים ושמירה על הסדר והניקיון" -כפי שמעידים עליו כותרתו ותוכנו - ואין בו הוראה מיוחדת ומפורשת האוסרת חניה על המדרכה. אין כאן נורמה ספציפית מול נורמה כללית ואין כאן נורמה מיוחדת מול נורמה רגילה. לפנינו הוראות שונות המצויות בשני חוקי עזר נפרדים ושונים - שלכל אחת מהן תכלית שונה - העומדות שתיהן על מישור אחד, זו ליד זו, ואינן משיגות האחת את גבולה של השניה.

לכאורה רשאית הרשות להוציא דו"חות ולהגיש כתבי אישום בגין חניה על מדרכה מכוחו של חוק עזר שמירתו שמירת ניקיון; ואולם קיים קושי באכיפת איסור חניה על מדרכה מכוח חוק עזר שמירת ניקיון, ועל כך שראוי שתהיה אמירה מפורשת שלפיה אסור להחנות רכב על מדרכה, כפי שקיים גם בהרצליה. הוראה זאת היא ההוראה " הטבעית" לענין חניה על מדרכה והיא גוברת על ההוראה בחוק עזר שמירת ניקיון; שניתן היה, אולי, לפרשה בדוחק כחלה גם על חניה על מדרכה, אלמלא היתה קיימת ההוראה המיוחדת. יש לפרש, אפוא, את הדין כך שתחול ההוראה שבחוק עזר חניה, שהיא ההוראה המקלה; קל וחומר כאשר זאת ההוראה המיוחדת לענין חניה על מדרכה. פרשנות זאת גם מתיישבת עם עקרון המידתיות.

לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה אין להשתמש בחוק שמירת ניקיון לצורך אכיפת עבירות חניה; לפיכך, כאשר בחוק עזר חניה קיימת הוראה בדבר חניה על המדרכה, על העירייה להשתמש בהוראה זו בכדי לאכוף את העבירה. כמו כן, ניתנו ארכות לצורך חקיקת הוראה האוסרת חניה על מדרכה בחוק עזר מתאים, באותן רשויות מקומיות שבהן אין חקיקה כזאת. פשיטא שארכות אלה לא ניתנו לרשויות מקומיות שאצלן היתה קיימת הוראה מיוחדת מסוג זה, כעיריית הרצליה, והיה עליה לחדול מאכיפת איסור החניה מכוח חוק עזר שמירת ניקיון, מכוח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה. רשות מינהלית - ורשות מקומית בכלל זה - היא נאמן הציבור ועליה לפעול בהגינות וביעילות. ככזאת חייבת היא לנהוג כלפי הציבור ביושר, בהגינות ובתום לב. כך חייבת היא לנהוג גם כלפי עבריינים, לרבות עברייני חניה. בפרשה הנדונה קשה להימנע מן ההתרשמות כי הסתמכותה של עיריית הרצליה על חוק עזר שמירת ניקיון במקום על חוק עזר חניה, במטרה לגבות קנסות בסכומים העולים בשיעור ניכר על אלה שנקבעו בפרוש לענין חניה, דבק בה פגם חמור.

מיום שנחקקה הוראה מיוחדת האוסרת חניה על מדרכה בחוק עזר חניה לא היתה עיריית הרצליה רשאית לאכוף את איסור החניה על מדרכה לפי חוק עזר שמירת ניקיון. על עיריית הרצליה להפסיק, אפוא, מיד את השימוש בחוק עזר שמירת ניקיון לאכיפת איסור החניה על מדרכה. הודעות קנס לפי חוק שמירת ניקיון שהוצאו וטרם שולמו, לא ישולמו; על העירייה לשלוח תחתייהן הודעות חדשות לפי חוק עזר חניה. אשר להשבתם של קנסות ששולמו, יהיה על מי ששילמו, לטענתם, ביתר לתבוע את השבת ההפרשים בבית משפט אזרחי; שידון בכל תביעה, בין היתר, בשאלה אם יש מקום להורות על השבה ומהו מועד תשלום הקנס המזכה בהשבה. העתירה מתקבלת.

העותרים קובלים לפנינו על שרשות השידור משדרת בשחור-לבן משדרים המתקבלים מחוץ-לארץ בצבעים, וכי היא עוזה זאת ללא אסמכתה בחוק, ולכן עליה לשדר את החומר הצבעוני המתקבל כמות שהוא.

לפי פרוטוקול הועד המנהל של הרשות, שידורי צבע מלאים היו מחייבים השקעת כספים רבים לשם רכישת ציוד נוסף שאוצר המדינה אינו מוכן כיום להעמיד לרשות המשיבים, ומכיוון שכך, הם מעדיפים לשדר את כל החומר בשחור-לבן. לטענתם, אם לא ינהגו כך החומר המקומי "החיוור" המשודר בשחור-לבן יועמד בצל החומר הצבעוני מחוץ-לארץ, והצופים בטלוויזיה ימאסו בחומר המקומי, וכך תחטיא רשות השידור את תפקידה כשירות שידור ממלכתי. יצויין כי לטענת העותרים, המטרה האמיתי היא שלא לעודד רכישת מכשירי טלוויזיה צבעוניים. הם מביאים ראיון עתונאי עם מנהל הטלוויזיה, שם הוא מצוטט כאומר: "אם אתם שואלים אותי מתי בדיוק יהיה לכל אדם בישראל טלוויזיה צבעונית, אינני יכול להשיב, מכיון שזו בעיה כלכלית... הבעיה הקשה היא ששרד האוצר חושש, שביום בו נתחיל לשדר בצבע, ירוצו כל האנשים להחליף את מקלטיהם."

בעניין הטעם הכלכלי לא אמר המנהל כי הוא אישית מזדהה עם טעם זה כמספיק לדחיית שידורים בצבע, או שזאת גם עמדתה של רשות השידור ושל הוועד המנהל שלה. הוא מציין עובדה אובייקטיבית שהאוצר נוקט עמדה שלילית ועל-כן אין הדבר ניתן לביצוע, מחוסר כספים שרק האוצר יכול לספק לרשות השידור. יצויין עוד כי חוסר תקציב מספיק נזכר בגוף ההחלטה, כנתון אובייקטיבי. האוצר אינו צד להליכים אלה ועל-כן אין לנו להיכנס בעתירה זו לנימוק התקציבי, על כל היבטיו. אך בוודאי אין בידינו לתת בהעדרו של האוצר צו שהיה מחייב את המשיבים לעשות פעולה, כשאינן בידם התקציב הדרוש לכך, וזאת אפילו צודקים העותרים בכל יתר טענותיהם.

רשות מינהלית, כמו רשות השידור, רשאית לפעול רק בגדר הסמכויות שהמחוקק הקנה לה, ואין היא רשאית לעשות פעולה הפוגעת באזרח ללא אסמכתה בחוק. בחוק רשות השידור אין הוראה המסמיכה אותה להסיר את הצבע מהחומר שקיבלה מחוץ-לארץ; ואולם, אין צורך שפעולה טכנית כמו הסרת הצבע משידורים תפורש בחוק של הכנסת; המטרה היא זרה כאשר היא חורגת לא רק מן הסמכות המפורשת, אלא גם מסמכות המשתמעת. אם הסרת הצבע טעונה הסמכה מיוחדת, אפשר להרבות בהוראות אחרות שהחוק היה צריך להכיל. למשל, האמנם טעון גם קיצור וקיצוץ של אורכם המקורי של שידורים, כפי שצולמו או כפי שנתקבלו מחוץ-לארץ, להסמכה מיוחדת בחוק?

כדי להצדיק התערבות של בית-משפט זה בשיקול-דעתם של רשות השידור או של שר התקשורת, הפועל לענין הנדון תוך תיאום עמה, היה על העותרים להראות שהרשות פגעה בזכות שיש בידם או שהיא פגעה באחת החירויות המובטחות להם על-פי הדין, וזאת לא עשו. זכות שבצדה חובה של השלטון בוודאי שלא הוכחה כאן, כי אין לאזרח זכות שרשות השידור תספק לו שידורים צבעוניים דוקא. אמנם, קיימת החירות למסירת מידע לציבור ולקבלתו על-ידי הציבור; ולעניין זה, חוק רשות השידור מטיל על הרשות חובה לשדר תכניות שונות כמפורט בו. אבל אין זכות לאזרח קבלת מידע טלוויזיוני בצבעים דוקא.

לענין סכנת ה"חורון" של השידורים המקומיים אם השידורים מחוץ-לארץ ישודרו בצבע, לא ניתן לומר שהנימוק מופרך על-פניו. גם ספק רב אם העותרים יכולים לבוא לפנינו בטענותיהם על חוסר סבירות, באין בידם זכות מהותית אשר נפגעה. אפילו נראית לנו ההחלטה בלתי-נבונה או בלתי-יעילה, אין בזה כדי ליצור עילה לעתירתה בבית-משפט זה. יצויין כי קיימת סמכותו הרחבה של נציב תלונות הציבור, לברר תלונה על מעשה או מחדל הפוגע במישרין במתלונן עצמו או המונע ממנו במישרין טובת הנאה, אם המעשה או המחדל הוא בניגוד לחוק או בניגוד למינהל תקין, או שיש משום נוקשות יתירה או אי-צדק בולט. שונה הדין כאשר השלטון מפלה בין אזרח לאזרח, כי אז יכולה לקום לאזרח זכות מהותית בשל עצם ההפליה, אולם לא זה המצב בענייננו. העתירה נדחית.