

תפקידו של בית המשפט בקבלת הכרעות שיפוטיות הנוגעות לביטחון הלאומי של מדינת ישראל

אסתר חיות

על מאבקה של ישראל באיומים על ביטחונה הלאומי להתנהל במסגרת המשפט ולא מחוצה לו ובאופן התואם נורמות משפטיות הנוהגות במשפחת המדינות הדמוקרטיות. אחד המנגנונים של פיקוח ובקרה בהקשר זה הוא הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט העליון בנושאים של ביטחון לאומי. ביקורת זו לא נועדה וגם אינה יכולה להחליף את תהליך קבלת ההחלטות המבצעיות של המפקדים אולם היא מקור עוצמה למדינת ישראל במובנים רבים ומשקפת את מחויבותה של המדינה לשלטון החוק. בשל היכרותו של בית המשפט עם אילוציה הביטחוניים של ישראל ועם המציאות הייחודית שעמה היא מתמודדת יש בידי הכלים הנדרשים להחיל את המשפט באופן המתאים ביותר לעובדות ולנסיבות שכן הוא מכיר את צורכי הביטחון של ישראל.

בעת מלחמה מחרישים החוקים. אמירה זו מיוחסת לקיקרו, פילוסוף ונואם רומאי מן המאה הראשונה לפני הספירה,¹ אך מדינות שבחרו לקיים שלטון דמוקרטי ליברלי לא אימצו אותה.

כך למשל ציין הלורד אטקין, שופט בריטי, באחד מפסקי הדין שעסק בחוקיות של הפעלת אמצעים ביטחוניים במהלך מלחמת העולם השנייה, [בתרגום חופשי]: באנגליה, במהלך הלמות כלי המלחמה, החוקים אינם שותקים. הם יכולים להשתנות, אבל הם מדברים באותה השפה בעת מלחמה כמו בעת שלום.

השופטת אסתר חיות היא נשיאת בית המשפט העליון. מאמר זה מבוסס על הרצאה של נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות, בכנס הבינלאומי ה'12 של המכון למחקרי ביטחון לאומי ב'29 בינואר 2019.

זה היה מאז ומעולם אחד מעמודי התווך של החירות, אחד מעקרונות החופש שעבורם אנו נלחמים עתה. השופטים ניצבים בין הפרט ובין כל ניסיון לכרסום בחירותו על ידי הרשות המבצעת. השופטים צריכים להקפיד כי כל פעולה כופה תיעשה על פי חוק.²

ישראל, שהיא דמוקרטיה צעירה, דוגלת אף היא באותה השקפה. למעשה ניתן לומר כי אילו אימצה ישראל את אמירתו של קיקרו, היינו נידונים לחיים ללא חוק ומשפט. זאת משום שדומה כי ישראל, גם לאחר שבעים שנות עצמאות, עדיין נתונה באיום קיומי מתמיד. אך כידוע, מדינת ישראל ראתה עצמה מחויבת כבר מיום הקמתה לעיקרון של שלטון החוק ולהגנה על זכויות אדם, בימי לחימה כמו בימי רגיעה. באמצע עיקרון זה לא נדרשה ישראל לשנן את משנתו של הלורד אטקין המצוטטת לעיל, די היה לה לפנות למקורותינו על מנת להיווכח כי רעיון זה נטוע בהם.

כך בפרשת שופטים שבספר דברים מצווה מלך ישראל, "וְהָיָה כְּשֶׁבִּיתוּ עַל פֶּסֶא מִמְּלַכְתּוֹ וְכָתַב לוֹ אֶת מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת עַל־סֵפֶר [...] וְהִיָּתָה עִמּוֹ, וְקָרָא בּוֹ כָּל יְמֵי חַיָּיו".³ והמדרש מוסיף כי "מכאן אמרו המלך יוצא למלחמה והוא עמו", כלומר המלך מצווה לזכור כי גם ביציאה למלחמה הוא אינו נפרד מספר החוקים.

אחד השופטים הגדולים שקמו לנו בכל הדורות, השופט חיים כהן, שהיה בקיא במקורות כמו גם במשפט, נתן ביטוי לרעיון זה באחד מפסקי הדין שכתב לפני קרוב לארבעים שנה בפרשת קוואסמה:

ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה.⁴

דבריו אלה של השופט חיים כהן משרטטים את ההבדל בין מדינת ישראל כמדינת חוק ובין ארגוני הטרור הנמנים עם המרים שבאויביה, אשר אינם רואים עצמם מחויבים לכללי חוק או מוסר כלשהם, וכל האמצעים כשרים בעיניהם.

אכן, האתגרים הניצבים בפני מדינת ישראל בשמירה על שלטון החוק גם בעת לחימה ולא רק בעת רגיעה הולכים ונעשים מורכבים עם השנים. זאת, בין היתר, נוכח הסביבה האסטרטגית המשתנה באזורנו, המתאפיינת בהיחלשות המסגרת המדינתית. שינויים אלה, לצד היתרונות שיש להם בשל התמקדות הלחימה פנימה בקרב חלק ממדינות האזור, נושאים עימם גם חסרונות בשל העובדה כי עם היחלשות המסגרת המדינתית אנו ניצבים מול גורמי איום רבים יותר, אשר אינם רואים עצמם מחויבים לדין הבינלאומי ואף לא לחקיקה פנים־מדינתית

כלשהי. זהו ללא ספק אתגר מורכב ביותר מן ההיבט של שמירה על שלטון החוק גם בעת לחימה.

אך המעיין במסמך שכותרתו 'אסטרטגיית צה"ל' אשר פורסם באפריל 2018 ייווכח כי גם בהינתן מאפיינים אלה של גורמי האיום, מדינת ישראל והכוח הלוחם להגנתה דבקים ברעיון הבסיסי שלפיו יש לשמור בעת לחימה כמו בעת רגיעה על שלטון החוק ועל נורמות דמוקרטיות הנוגעות לזכויות אדם. זאת כמובן תוך עריכת האיזונים המתאימים. וכך נאמר, בין היתר: "מדינת ישראל פועלת כמדינה יהודית ודמוקרטית, לפי כללי מוסר הלחימה ולפי הדין הבין-לאומי, ונבחנת לאורם על ידי הקהילה הבין-לאומית, בשעה שהאויב אינו נוהג כך".⁵

זהו האתוס שמלווה את צה"ל מאז הקמתו. הוא מופיע בפקודה להקמת צה"ל שעליה חתם דוד בן-גוריון כשבועיים לאחר ההכרזה על הקמת מדינת ישראל,⁶ וכל חיילת או חייל המתגייסים לצה"ל מאז ועד היום נשבעים ומתחייבים בהן צדק "לשמור אמונים למדינת ישראל, לחוקיה ולשלטונותיה המוסמכים [...]".⁷ תמציתו של האתוס הזה, שעליו גאווה כמדינה יהודית ודמוקרטית היא כי עקרונות של שלטון החוק וזכויות האדם מלווים את לוחמינו וחיילינו כל העת.

ביטוי מובהק וחשוב לכך אפשר למצוא גם בדברים שאמר לאחרונה הרמטכ"ל היוצא, רב-אלוף גדי איזנקוט. בהתייחסו לביקורת שנשמעה באשר למעורבות יתר של אנשי המשפט בפעילות הצבא הדגיש איזנקוט כי "הפרקליטות הצבאית היא חלק מעוצמתו של צה"ל ומסייעת לו כתף אל כתף עם המפקדים והלוחמים לממש את ייעודו המבצעי ולנצח במלחמה".⁸ דברים חשובים אלה מבטאים בעיניי את הברירה התיכון שאמור לעצב את מאבקה של ישראל באיומים על ביטחונה הלאומי, ועיקרם הוא כי על מאבק זה להתנהל במסגרת המשפט ולא מחוצה לו, ובאופן התואם נורמות משפטיות הנוהגות במשפחת המדינות הדמוקרטיות. על מנת לוודא כי הנורמות המשפטיות הללו אכן מקוימות נדרשים מנגנונים של פיקוח ובקרה.

אחד המנגנונים הללו הוא הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט העליון בנושאים של ביטחון לאומי, כחלק ממסורת ארוכת שנים של ביקורת שיפוטית על פעילות הרשות המבצעת, שענינה נמנים גופי הביטחון. אכן, מחובתו של בית המשפט לוודא כי הפעילות הביטחונית נעשית באופן חוקי. אך חשוב להדגיש שהביקורת השיפוטית שעורך בית המשפט לא נועדה וגם אינה יכולה להחליף

תפקידו של בית המשפט מתמקד בשאלה אם פעילות ביטחונית מסוימת מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבינלאומיות הקובעות את חוקיותה.

את תהליך קבלת ההחלטות המבצעיות של המפקדים. אין זה מתפקידו של בית המשפט להכריע בין חלופות מבצעיות או להרהר אחר שיקולים המצריכים מומחיות מקצועית מובהקת.

תפקידו של בית המשפט בהקשר זה מתמקד בשאלה אם פעילות ביטחונית מסוימת מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבינלאומיות הקובעות את חוקיותה. על כן עתירות לא מעטות נדחו לאורך השנים, משהתברר כי הן חורגות מן השאלה המשפטית שצוינה ומבקשות את התערבותו של בית המשפט בשיקול הדעת המבצעי, המצוי בתחום המומחיות של גורמי הביטחון.

כך למשל נדחתה בשנת 2003 עתירה של עמותת רופאים לזכויות אדם, אשר ביקשה צו שיאסור על צה"ל לעשות שימוש בפגזי טנק מסוג 'פלאשט' במסגרת פעילותו באזור רצועת עזה.⁹ מדובר בפגז שמכיל צרור של חיצים מתכת, וייחודו בכך שעם התפוצצותו מתפזרים חיציו על פני שטח שרוחבו כמה מאות מטרים והוא מיועד לפגוע במטרות שטח, להבדיל ממטרות נקודתיות. בדחותו את העתירה ציין בית המשפט כי משבדק ומצא שהשימוש בתחמושת זו אינו אסור על פי דיני המלחמה הבינלאומיים, אין הוא רואה צורך להתערב בבחירת אמצעי הלחימה המשמשים את כוחות הביטחון. בית המשפט הוסיף והדגיש שם כי המדינה הבהירה בטיעוניה שהיקף השימוש בתחמושת זו הוסדר על ידי צה"ל בכללים המחייבים את מפקדי הכוחות הפועלים בשטח, ואילו השאלה אם התנאים השוררים בזירת הלחימה בכל מקרה נתון מצדיקים את השימוש בפגזי ה'פלאשט' נתונה להכרעתו של המפקד המוסמך.

הכרעה דומה התקבלה בשנת 2011 בעתירה נוספת של עמותת רופאים לזכויות אדם, שבה נטען כי טווחי הבטיחות שהנהיג צה"ל בירי ארטילרי לעבר רצועת עזה אינם חוקיים. בדחותו את העתירה ציין בית המשפט :

המדובר בעתירה בעלת זיקות ישירות להיבטים מבצעיים־מקצועיים מובהקים בתכנון פעילות ההגנה והלחימה של צה"ל מפני רקטות הקסאם המשוגרות לשטחי ישראל במטרה לפגוע בתושביה, שכן התבקש במסגרתה סעד המורה לצה"ל להימנע מלפעול בדרך מבצעית מסוימת תוך העדפת אחרת. דרישה זו יוצרת קושי שכן היא מערבת בתוכה היבטים מבצעיים צבאיים מובהקים, אשר כידוע המומחיות בכגון דא נתונה לרשויות הצבא האמונות על כך, ולכן יטה בית המשפט למשוך ידיו מלהתערב בהם.¹⁰

חשוב להדגיש כי הריסון שנוקט בית המשפט בסוגיות אלה הוא ריסון מנומק, במובן זה שהוא מלווה בבדיקת הכללים וההוראות שעל פיהם מופעל שיקול הדעת המבצעי של גורמי הביטחון. פסק דין מן העת האחרונה הממחיש את מדיניותו זו של בית המשפט הוא זה שניתן בחודש מאי 2018 בעתירות שכוונו נגד הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון ונגד האופן שבו הן מיושמות במרחב גדר המערכת ברצועת עזה.¹¹ הרקע לעתירות היה אירועים המוניים ואלימים בהשתתפות עשרות אלפי פלסטינים תושבי הרצועה, המאורגנים וממומנים על ידי ארגון חמאס וארגוני טרור נוספים. מארגני האירועים הללו שמו להם למטרה לפרוץ את גדר המערכת, לחדור לשטח ישראל ולבצע פעולות טרור נגד כוחות

הביטחון הישראליים ותושבי ישראל המתגוררים בסמוך לצידה השני של הגדר. וכך אכן אירע בפועל – בחסות ההפגנות בוצעו פעולות שונות לשם יצירת מסך עשן באמצעות הבערת צמיגים, השלכת רימונים ובקבוקי תבערה, הטמנה והשלכה של מטעני נפץ, ירי לעבר הכוחות הישראליים וכן שיגורים של עפיפוני תבערה אשר גרמו שרפות נרחבות והשחתת שדות ורכוש רב ביישובים הישראליים הסמוכים לגדר. באחד האירועים אף הושחת לחלוטין מעבר כרם שלום אשר שימש להעברת סחורות, דלק וגז מישראל לרצועה.

האירועים הללו מדגימים היטב את המורכבות שעליה עמדתי בפתח דבריי. אכן, באירועים אלה עמדו כוחות הביטחון ועדיין עומדים בפני אחד האתגרים המשמעותיים ביותר, הנובע מן הצורך להתמודד עם העירוב המכוון שיוצרים יוזמי אותם אירועים בין פעילי טרור ובין אוכלוסייה אזרחית. עירוב זה נועד לטשטש ולהקשות על אתור פעילי הטרור בתוך המון האדם המשתתף באירועים, על מנת לאפשר לאותם פעילים לבצע את פעולות הטרור שתוארו בחסות האוכלוסייה האזרחית.

במשפט הבינלאומי מקובל להתייחס לשתי פרדיגמות המסדירות מבחינה משפטית פעולות מבצעיות של כוחות הביטחון. האחת – פרדיגמה של פעולות איבה המתייחסת ככלל למצבי לחימה, והשנייה – פרדיגמת אכיפת החוק המסדירה את התנהלות הכוחות במצבים שבהם מתבצעות פעולות של שמירה על הסדר ועל הביטחון. לכל אחת מן הפרדיגמות כללים מפורטים לעניין הסמכות לעשות שימוש בכוח, אלא שהמלחמה בטרור ובארגוני הטרור מציבה בפני ישראל – ובשנים האחרונות גם בפני מדינות נוספות בעולם – אתגרים לא פשוטים בהתמודדות עם תרחישים מורכבים, שאינם נופלים באופן מובהק באחת משתי הקטגוריות שצוינו – פעולת לחימה או פעולת אכיפת חוק.

בעקבות כך, כפי שצוין בפסק הדין, נדרשו בתי המשפט לא אחת לאפיין את הפעילות המבצעית במקרים קונקרטיים ולקבוע אמות מידה אשר לפיהן ייקבע, למשל, אם מדובר באירוע "לוחמתי" החוסה תחת פטור מאחריות נזיקית לפי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) משנת 1952.¹²

בעניין אירועי הגדר והעתירות שהזכרתי, צוין כי מדובר למעשה באירועים שבהם משמשים בערבוביה מאפיינים של כל אחת משתי הפרדיגמות, ועל כן עומדת בפני כוחות הביטחון הישראליים משימה מורכבת ביותר. עליהם לפעול לסירוגין ובמהלך אותו אירוע עצמו על פי הכללים השונים החלים בכל אחת מהן. העתירות כוונות כאמור נגד הוראות הפתיחה באש של צה"ל באירועים הללו ונגד האופן שבו הן מיושמות בשטח כלפי אזרחים לא חמושים, תושבי רצועת עזה. המדינה ביקשה להציג בפני בית המשפט במעמד צד אחד הסברים והבהרות

לגבי הוראות הפתיחה באש, וכן חומר מודיעיני חסוי בצירוף ההוראות המסווגות לפתיחה באש שעל פיהן פועל צה"ל במהלך האירועים דנן.

העותרים התנגדו לדיון במעמד צד אחד, ומשכך צמצמנו את בדיקת הוראות הפתיחה באש לתיאור הגלוי שהציגו המשיבים בתגובתם. מצאנו כי הן קובעות אמות מידה של שימוש הדרגתי באמצעים להתמודדות עם הסכנות הנובעות מן האירועים, וכי אמות מידה אלה עומדות ביחס ישיר לחומרת הסכנה ולוודאות התממשותה. עוד מצאנו כי על פי ההוראות שנקבעו, הפעלת כוח בעל פוטנציאל קטלני במקרה קונקרטי כפופה לעקרונות המחמירים של צורך ומידתיות, הקבועים בדין הבינלאומי בכל אחת מן הפרדיגמות הרלוונטיות לאותו המקרה.

העותרים טענו כי במבחן התוצאה ולנוכח היקף הנפגעים וההרוגים בקרב הפלסטינים, הרי גם אם הוראות הפתיחה באש הן חוקיות, השימוש שנעשה באש חיה נוגד את הדין הבינלאומי ואת הדין הישראלי. טענה זו נדחתה על ידינו ובהתאמה להלכה שעליה עמדתי לעיל, ציינתי בהקשר זה בפסק הדין כי:

בשונה מבדיקת חוקיותן של הוראות הפתיחה באש, שעליה אמון בית המשפט, בדיקת האופן שבו מיושמות הוראות אלה נוגעת להיבטים מקצועיים אשר ספק אם יש בידי בית המשפט – בייחוד בעת שהאירועים מושא העתירות עומים מתרחשים – הכלים לקיימה.¹³

עוד התייחסנו בפסק הדין למנגנונים השונים שמקיים צה"ל לצורך הפקת לקחים מבצעיים. כך מקיים צה"ל תוך כדי התרחשות האירועים הליך סדור של הפקת לקחים, שבעקבותיו ניתנים לכוחות בשטח דגשים והבהרות, וכן ישנן תקריות מסוימות אשר מופנות לבירור של מנגנון מטכ"לי עצמאי

לתחקור אירועים חריגים.

ויודגש – לצד מדיניות אי-ההתערבות שנוקט בית המשפט במקרים מתאימים, אשר את חלקם הדגמתי לעיל, אין בית המשפט מהסס לערוך ביקורת שיפוטית כאשר מובאות לפתחו שאלות משפטיות עקרוניות המצדיקות התערבות. בהקשר זה ניתן להזכיר לפחות שלושה פסקי דין חשובים. האחד נוגע לשאלה אם שירות הביטחון הכללי יכול להפעיל בחקירותיו אמצעי חקירה פיזיים.¹⁴ השני נוגע לסיכולים ממוקדים¹⁵ והשלישי ל"נוהל שכך"¹⁶.

בכל אחת מפרשות אלה התווה בית המשפט העליון

את המותר והאסור מבחינה משפטית, ומכאן חשיבותם הרבה. אכן, פסקי הדין הללו עסקו בסוגיות רגישות ומורכבות, וסוגיות כאלה מעצם טיבן מעוררות דיון ציבורי. השאלה העולה בהקשר זה היא בדרך כלל: האם יש מקום למעורבות

לצד מדיניות אי-ההתערבות שנוקט בית המשפט במקרים מתאימים, אין בית המשפט מהסס לקיים ביקורת שיפוטית כאשר מובאות לפתחו שאלות משפטיות עקרוניות המצדיקות התערבות.

שיפוטית הבוחנת את החוקיות של הלחימה בטרור? יש הטוענים כי מן הראוי לו לבית המשפט שלא לעסוק בעניינים אלה.

במאמר שכתב על שפיטה, דמוקרטיה וטרור ציין נשיא בית המשפט העליון (בדימ') אהרן ברק כי "טענות אלה נשמעות מכל קצוות הקשת הפוליטית. אלה טוענים כי מעורבות שיפוטית פוגעת בביטחון; ואלה טוענים כי פעילות שיפוטית נותנת לגיטימציה לפעולות הרשויות השלטוניות במלחמתן בטרור".¹⁷ באותו מאמר מדגיש ברק בהתבססו על מסורת ארוכת שנים כי "ביקורת שיפוטית על חוקיות הלחימה בטרור עשויה להקשות על הלחימה בטרור בטווח הקצר. היא מחשלת ומחזקת את כוחו של העם בטווח הארוך". הוא מסיים באומרו כי להשקפתו, "שלטון החוק הוא מרכיב מרכזי בביטחון הלאומי".

תובנה זו היא בעיניי מדויקת ונכונה, ועמד עליה גם הנשיא שמגר בעניין ברזילי, בציינו כי:

שלטון החוק אינו נוצר יש מאין ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו ביטוי מוחשי ויום-יומי בעצם קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים, בהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא [...] שלטון החוק, האינטרס הציבורי והגישה הממלכתית אינם מושגים סותרים או מתנגשים. הם משולבים זה בזה, תומכים זה בזה ומסייעים האחד למשנהו. בית המשפט מופקד במיוחד על כך, שציפיות אלו יוגשמו הלכה למעשה, אך כל רשות מן הרשויות הממלכתיות משולבת בחובת העשייה למען התכליות האמורות [...] גם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק, הן בשמשו להבטחת הסדרים הפנים-מדינתיים והן כעזר ביצירת הכלים, המאפשרים התמודדות עם גורמים עוינים. אין פעולה מאורגנת של יחידת אנשים כלשהי, ולא תיתכן משמעת בלי קביעות נורמטיביות, היונקות מן ההוראה החוקית המחייבת.¹⁸

על כך אוסיף כי הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט העליון היא לא רק מרכיב מרכזי בביטחון הלאומי, היא גם מקור עוצמה למדינת ישראל במובנים רבים.

בראש ובראשונה היא משקפת את מחויבותה של המדינה לשלטון החוק ואת הקפדת המדינה על מערכת האיזונים בין הרשות המבצעת, הרשות השופטת והחברה האזרחית. שנית, בית המשפט העליון מכיר את צורכי הביטחון של ישראל ואת המציאות הייחודית שעימה המדינה מתמודדת. הוא איננו מבקר מרוחק ומנותק.

היכרות זו מאפשרת לו להחיל את המשפט באופן המתאים ביותר לעובדות. הדבר בא לידי ביטוי הן

בזיהוי המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית והן בפרשנותה. כך למשל בפרשת מראעבה¹⁹ התייחס בית המשפט לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג (ICJ), אשר הגיע למסקנה כי ישראל הפרה את המשפט הבינלאומי

הגם שאין זו תכליתה של הביקורת השיפוטית, אחד מתוצרי הלוואי החשובים שלה הוא תרומתה ללגיטימציה הבינלאומית של ישראל.

בהקמת גדר הביטחון ביהודה ושומרון, בעוד בית המשפט העליון הגיע למסקנה הפוכה וקבע כי הקמת הגדר עולה בקנה אחד עם הדין, והנשיא ברק מציין שם כי הסיבה המרכזית למסקנות השונות היא התשתית העובדתית השונה שהייתה בפני בית המשפט העליון, אשר הקנתה לו היכרות מעמיקה יותר עם הצרכים הביטחוניים.

שלישית, הגם שאין זו תכליתה של הביקורת השיפוטית, אחד מתוצרי הלוואי החשובים שלה הוא תרומתה ללגיטימציה הבינלאומית של ישראל. בין שביט המשפט מאשר את חוקיות הפעילות הביטחונית ובין שהוא פוסל אותה, עצם הביקורת השיפוטית מדגישה את מחויבותה של מדינת ישראל לפעול כדין, ויש בכך תרומה לביטחון הלאומי.

לא למותר לציין בהקשר זה כי לנוכח היותו של בית המשפט נטול פניות ובעל ניסיון רב־שנים בשאלות מורכבות של לחימה בטרור, לפסקי הדין הניתנים על ידו יש הדים חשובים גם מחוץ לישראל. הם נקראים על ידי בתי משפט זרים ובינלאומיים, באוניברסיטאות ובמשרדי ממשלה, ומשפיעים על האופן שבו השחקנים בקהילה הבינלאומית מבינים את המשפט הבינלאומי ומפרשים אותו.

דוגמה מוכרת בהקשר זה היא פסק הדין בפרשת 'הסיכולים הממוקדים', אשר השפיע באופן בולט על השיח המשפטי בנוגע לפגיעה באזרחים המעורבים בלחימה. דוגמה נוספת מן העת האחרונה היא פסק הדין שעליו עמדתי בהרחבה, בנוגע לחוקיות הוראות הפתיחה באש של צה"ל בהתמודדות עם האירועים האלימים במרחב המכשול הביטחוני שבין ישראל לרצועת עזה.

תוצר לוואי חשוב נוסף של הביקורת השיפוטית שמחיל בית המשפט בסוגיות הקשורות לביטחון לאומי, בעיקר בהקשר של החלטות בתחום האכיפה הפלילית, הוא ביצור 'טענת המשלימות' של מדינת ישראל בבואה להתמודד עם הליכים פליליים בפני ערכאות זרות, במישור הבינלאומי או במדינות אחרות.

זאת משום שכידוע, בהתקיים הליכים עצמאיים וכנים של בדיקה, חקירה, העמדה לדין ומשפט, הערכאות הזרות אינן אמורות להפעיל את סמכותן ביחס לאירועים שבסמכות מערכת המשפט הישראלית.

לסיכום, ייחודה של הדמוקרטיה הישראלית נובע מן העובדה שמדינת ישראל נתונה באיום קיומי מתמיד מאז הקמתה ועד עצם היום הזה, ובמציאות חיים כזו השמירה על עקרונות יסוד חוקתיים ועל זכויות אדם היא מאתגרת ומורכבת במיוחד. על ייחודה זה של הדמוקרטיה הישראלית ועל ההערכה הרבה שזוכה לה מערכת המשפט שלנו, בשל האופן שבו היא מתמודדת עם האתגרים המורכבים הללו בהפעילה ביקורת שיפוטית, עמד עוד בשנת 1987 אחד מגדולי השופטים בבית המשפט העליון בארצות הברית, השופט ברנן, בהרצאה שנשא באוניברסיטה העברית בירושלים [בתרגום חופשי]:

ישראל, ולא ארצות הברית, היא התקווה לבנייתן של הלכות שיפוטיות השומרות על זכויות אדם כנגד הדרישות של ביטחון לאומי. מדינות העולם, אשר יעמדו בסיכונים פתאומיים לביטחונן, יביטו על ניסיונה של ישראל בטיפול במשברה הביטחוני הנמשך, ועשויות למצוא בניסיון זה את המומחיות לדחות טיעונים ביטחוניים שישאל מצאה אותם כחסרי יסוד, ואת האומץ לקיים זכויות אדם שישאל מקיימת אותן בלי לפגוע בביטחונה.²⁰

לנוכח איומי הטרור ואיומים אסטרטגיים אחרים שאותם חוות כיום, למרבה הצער, מדינות רבות בעולם החופשי, הפכו דבריו אלה של השופט ברנן – שנאמרו לפני למעלה משלושים שנה – לנבואה שהגשימה את עצמה. אכן, פסקי הדין של בית המשפט העליון הישראלי – ובעיקר אלה העוסקים בהתנגשות בין צורכי הביטחון של המדינה לבין שלטון החוק והצורך להגן על זכויות אדם – נלמדים ומצוטטים ברחבי העולם וזוכים להוקרה ולהערכה רבה.

הערות

- 1 Cicero, Pro Milone 16, N.H. Watts trans., Harvard University Press, 5th ed. 1972, ("Silent enim lēgēs inter arma").
- 2 Livensidge v. Anderson, [1941] All E.R. 338, 361 [HL] (בדעת מיעוט לעניין התוצאה).
- 3 דברים פרק י"ז, י"ח-י"ט.
- 4 בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 113, 132, 1980 (בדעת מיעוט לעניין התוצאה).
- 5 אסטרטגיית צה"ל, אפריל 2018.
- 6 פקודת צבא-הגנה לישראל, התש"ח-1948.
- 7 פקודת מטכ"ל 33.0915, "שבועת אמונים לצה"ל וחלוקת נשק לטירונים", 20 ביולי 1982.
- 8 הודעה לתקשורת של הרמטכ"ל היוצא גדי איזנקוט, 13 בנובמבר 2018.
- 9 בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נ"ז (4) 193, 2003.
- 10 בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, 31 בינואר 2011.
- 11 בג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, 24 במאי 2018 (להלן: עניין הוראות הפתיחה באש).
- 12 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952.
- 13 עניין הוראות הפתיחה באש, פסקה 13, שם.
- 14 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817, 1999.
- 15 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, 14 בדצמבר 2006.
- 16 בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס (3) 67, 2005.
- 17 אהרן ברק, "זכויות אדם וביטחון לאומי" מבחר כתבים – כרך ג: עיונים חוקתיים 339, 2017.

- 18 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 554-555, 1986.
- 19 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 2005.
- 20 William J. Brennan, "The American Experience: Free Speech and National Security", in: Shimon Shetreet, ed., *Free Speech and National Security* 10, p. 18-19, 1991.