

מ ס פ ר

16

ירושלים, תשרי התש"ס, אוקטובר 1999

נ י י ר ע מ ד ה

תקנות ההגנה [שעת חירום] 1945

מיכל צור
בהנחיית
פרופ' מרדכי קרמניצר



המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

בנוסף לכך מממש המכון הישראלי לדמוקרטיה את שליחותו על ידי מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ביצוע ואנשי אקדמיה, ועל ידי פרסום מחקרו.

מיכל צור היא דוקטורנטית למשפטים, בעבר מתמחה במכון הישראלי לדמוקרטיה. **פרופסור מרדכי קרמניצר** הוא מרצה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

* תודתנו לשגב ראם ולשחר גולדמן על סיוע בהכנת נייר עמדה זה.



תוכן העניינים

| | |
|--------|--|
| עמ' 5 | מבוא |
| עמ' 7 | פרק ראשון: כללי |
| עמ' 8 | בדיקת תוקפן של תקנות הגנה |
| עמ' 8 | הוראות בחיקוקים ובתקנות בנוגע להתנגשות חוקים |
| | הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: |
| עמ' 9 | חופש העיסוק |
| עמ' 11 | פרק שני: תחולה |
| עמ' 11 | תחולה במקום |
| עמ' 11 | תחולה אקסטרה טריטוריאלית |
| עמ' 12 | תחולה בזמן |
| עמ' 12 | ניתוח והערכה |
| עמ' 15 | פרק שלישי: העבירות |
| עמ' 15 | עבירות שלבתי משפט צבאיים סמכות ייחודית לגביהן |
| עמ' 16 | פירוט העבירות הייחודיות ומקבילותיהן בחוק העונשין |
| עמ' 21 | ניתוח והערכה |
| עמ' 25 | פרק רביעי: הטריבונלים השיפוטיים |
| עמ' 25 | בתי המשפט הצבאיים |
| עמ' 33 | ניתוח והערכה |
| עמ' 43 | בתי המשפט האזרחיים |
| עמ' 45 | ניתוח והערכה |
| עמ' 47 | פרק חמישי: התאחדות אסורה |
| עמ' 47 | תיאור התקנות וחיקוקים מקבילים |
| עמ' 51 | ניתוח והערכה |
| עמ' 55 | פרק שישי: סמכויות ועבירות צנזורה |
| עמ' 55 | תיאור התקנות |



| | |
|---------|--|
| 57 עמ' | הסכם ועדת העורכים |
| 59 עמ' | סמכויות ועבירות צנזורה בפקודת העיתונות ובחוק העונשין |
| 60 עמ' | ניתוח והערכה |
| 67 עמ' | פרק שביעי: צווי הריסת בתים והחרמת רכוש |
| 73 עמ' | פרק שמיני: צווי הגבלה |
| 79 עמ' | פרק תשיעי: הגבלת תעבורה |
| 81 עמ' | פרק עשירי: ניתוח והערכה |
| 81 עמ' | בריטניה |
| 85 עמ' | קנדה |
| 87 עמ' | גרמניה |
| 88 עמ' | טרור |
| 89 עמ' | מבט משווה |
| 94 עמ' | הסמכויות המנהליות |
| 95 עמ' | מצב חירום – כללי |
| 97 עמ' | סיכום |
| 99 עמ' | נספח: פעילות בתי המשפט הצבאיים |
| 103 עמ' | הערות |
| 107 עמ' | רשימת ניירות עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה |



מבוא

תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 מהוות חלק מספר החוקים של מדינת ישראל למן היווסדה. תקנות אלו מעניקות סמכויות מפליגות מסוגים שונים לרשות המבצעת, וכן מתיימרות לכוון התנהגות ככל שהדברים נוגעים להוראות העונשיות המצויות בהן. ברי כי בעת שהותקנו הן לא נועדו ולא התיימרו להסדיר את פעולות השלטון ולכוון את התנהגות האזרחים בעיתות שלום.

שמן של התקנות מעיד עליהן כי הן נועדו לאפשר למדינה להיטיב להגן על עצמה ועל תושביה בשעת חירום. התקנות אינן דורשות כתנאי להפעלתן שיתקיים מצב חירום. עובדה זו יכולה להוביל לשתי מסקנות שונות. מחד, ניתן לגרוס כי מאחר שאין התקנות מותנות בקיומו של מצב חירום הרי שהן נועדו להישאר בתוקף תמידית. מאידך, וזוהי המסקנה היותר מתקבלת על הדעת, ניתן לגרוס כי אין בהן דרישה שכזו משום שהן הותקנו בעת חירום מתוך כוונה שיתבטלו עם היפסק מצב החירום. מסקנה שנייה זו מקבלת חיזוק מן העובדה שבאנגליה, מקום הולדתן של התקנות, הן נמחקו מספר החוקים, או שהוחלפו בחקיקה מסוג שונה.

בעת שהותקנו תקנות אלה הגיב היישוב היהודי בארץ בזעם רב ובאופן נחרץ. תגובה זו מובנת על רקע הפגיעה החמורה בזכויות אדם הנובעת מהן. אין בתקנות גופן שום נסיון לאזן בין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם, הן מעניקות לשלטון שיקול דעת כמעט מוחלט ובלא מבחן (אף כי עמדת בית המשפט העליון מאוחר יותר מיתנה נקודה זו בקובעה כי כל שיקול דעת מוגבל מטבעו) וכן אין הן מקיימות מנגנון לביקורת נגד שימוש לרעה בסמכות.

פחות מובן הינו המצב שלאחר קום המדינה, שבו הושארו התקנות על כנן, על אף מודעות השלטון לחוסר התאמתן למדינה דמוקרטית.

בישראל קיימת הכרזה על שעת חירום הנמצאת בתוקף למין היווסדה של המדינה. ברי כי אין הכרזה זו נעדרת חשיבות, וכן לא ניתן לטעון כי מצב החירום הוא תיאורטי בלבד. מאידך, לא הרי מצב החירום ששרר עם קום המדינה בעת שריחפה סכנה קיומית מעל ראשה של המדינה, כהרי המצב דהיום. נדמה כי היום כחלוף 50 שנים למן היווסדה של המדינה, אמנם



השלום והביטחון טרם הפכו למנת חלקנו באופן כוללני, אולם למדינת ישראל כבר הסכמי שלום עם שתיים משכנותיה, ותהליך השלום עם העם הפלסטיני מצוי באיבו. מדינת ישראל עברה כבר דרך משמעותית מבחינה כלכלית, מדעית ותרבותית. מכאן שקיים בסיס איתן לטענה שתקנות שנועדו בעת התקנתן לשפר את עמידתו של השלטון הבריטי, ואת יכולתו להתגונן על רקע מלחמת העולם השנייה (ואשר יתכן שהתאימו למצב הביטחון הקיומי ששרר בישראל בשנים הראשונות לקום המדינה), אינן מתאימות למצב הענינים השורר היום. אמנם עדיין מרחפת לעיתים סכנת מלחמה עם מי מהמדינות השכנות, אולם האיום העיקרי הינו איום הטרור.

בהיותו של הטרור תופעה ייחודית מבחינת האנטי-חברתיות שלו, יש לטפל בו בכלים יחודיים, ולפתח חקיקה שתיועד ספציפית להתמודד עם הבעיות המיוחדות שהטרור מעורר. נדמה כי מדינת ישראל טרם השכילה לפתח חקיקה שכזו, ובמקום זאת העדיפה להסתמך בעיקר על תקנות מנדטוריות אלו.

בית המחוקקים העדיף להשאיר את התקנות על כן מאשר להתמודד עם הבעיות החוקתיות שחקיקה מקורית בסוגיות הביטחון הרלוונטיות תעורר. מדינת ישראל צעדה כבר דרך ארוכה בעת האחרונה, ככל שהדברים נוגעים למצב החוקתי בה. השארתה של חקיקה מנדטורית שכזו, הגם שיתכן שחלקים ממנה דרושים עדיין לבטחונה של מדינת ישראל, יוצרת דיסהרמוניה חוקתית. אין כל פסול בחקיקתן של הוראות מיוחדות בנושאים רגישים ובעייתיים. הליבון והדיון הציבורי עשוי גם הוא לתרום לגיבושם של הבנה ורצון אזרחיים בכגון זה.

חוקי היסוד החדשים (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק) מספקים אמות מידה וכלים להתמודדות עם חלק מן הבעיות.

נייר עמדה זה מנסה מחד גיסא, להצביע על הבעיות הקיימות בתקנות, ולהאיר את הנושאים שבהם הוראות התקנות אינן מתיישבות עם אופייה של המדינה, ועם אמות מידה חוקתיות בסיסיות. מאידך גיסא, היכן שניתן ננסה להציע פתרונות, וכן שינויים שראוי להנהיג, על מנת להתאים את ההסדרים החוקיים למצב הגיאוגרפי והחוקתי החדש. השינויים המוצעים, מופנים אמנם לתקנות גופן, אולם אין מניעה מלראותם, בחלק מן המקרים, כפתרונות עצמאיים.



תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, הותקנו בישראל מכח סימן 6 לדבר המלך במועצתו במועצה (הגנה) 1937, אשר חוקק באנגליה כחלק מחקיקת החירום בקשר למלחמת העולם השנייה. ס"ק (1) לסימן 6, הסמיך את הנציב העליון להתקין תקנות הגנה שלפי שיקול דעתו הבלתי מוגבל יהא בהן צורך להבטיח את ביטחון הציבור, ההגנה על פלסטינה, השלטת הסדר הציבורי ודיכוי התקוממות, מרד ופרעות, וכדי לקיים את האספקה והשירותים שהם הכרחיים לציבור. בנוסף להסמכה הכללית שדלעיל מפרט ס"ק (2) עניינים נוספים לגביהם ניתן לתקן תקנות הגנה. העניינים האמורים הינם: הוראות בנוגע למעצר, לגירוש, להפקעת רכוש או רכישתו, לכניסה לרשות הפרט ולחיפוש בה, הסמכה לתקן, להפסיק או להטיל כל חוק [2(6)(ד)], לקבוע הוראות בנוגע למיסים ובנוגע לתשלום לנפגעים על-ידי התקנות, לקבוע הוראות בנוגע לתפישת מי שמפר תקנה מן התקנות, לשפיטתו ולענישתו, וכן לקבוע את סדרי הדין בנוגע לכך.

ההסמכה להתקנת התקנות היא כה רחבה וגורפת שמאד יקשה להצביע על חריגה ממנה.

בנוסף קובעת ההוראה שבסימן 6 ס"ק (4) את עליונותן של התקנות, הצוים וההוראות שמכוחן לעומת חקיקה אחרת.

יש לשים לב שמבחינת ההיררכיה המנדטורית מעמדן של התקנות הינו כשל פקודות, שכן ניתנו על-ידי הנציב העליון מכח דבר מלך.

סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, קובע כי המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום הקמתה יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו עצמה ולחוקים האחרים שיחוקקו, ובשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה (הסיפא פורשה כמאפשרת שינויים טכניים בעיקרם).

סעיף 2 לפקודת סדרי שלטון ומשפט (הוראות נוספות), מבהיר בשנית למען הסר ספק, כי חקיקה "ישראלית" גוברת על החקיקה המנדטורית.

מכאן, שמתבטלת האפשרות לתקן תקנות הגנה חדשות מכח סימן 6 לדבר המלך במועצתו (הגנה), לאור סעיף 50 לחוק יסוד: הממשלה (שנכנס לתוקף החל מן הכנסת ה-14) שנוקב פרוצדורה מיוחדת לחקיקת חירום.¹

אולם, בית המשפט קבע כי תקנות ההגנה כשלעצמן אינן מתבטלות וכך גם סעיף ההסמכה שבהן² (סעיף 4(4) לתקנות המאפשר התקנת צווים ותקנות מכוחן). בעניין שני זה ניתן בידי הרשות המבצעת כלי המאפשר במקרים מסוימים עקיפת הפרוצדורה שבסעיף 50 לחוק יסוד: הממשלה ושימוש בסמכויות החקיקה הגורפות שבתקנות ההגנה, אם כי לגישת קלינגהופר³ לא ניתן לחוקק חקיקת משנה מכח תקנות ההגנה אשר תסתור חקיקת הכנסת, וזאת על אף ההסמכה שבהן.

בדיקת תוקפן של תקנות הגנה

בהיותן של התקנות הנדונות חקיקה מנדטורית הרי שלאור קביעת בית המשפט,⁴ יש לבדוק את התאמתן לכתב המנדט (זאת על אף קביעת בית המשפט המנדטורי כי הבחינה תיעשה דווקא אל מול דבר המלך הספציפי, שכן לגישתו כתב המנדט הוכר רק במידה שנקלט על-ידי המחוקק הבריטי).

בנוסף, יש לבחון האם הן סותרות חקיקה ישראלית מאוחרת יותר.

הוראות בחיקוקים ובתקנות בנוגע להתנגשות חוקים

כאשר אנו ניצבים בפני שתי הוראות חוק שמתנגשות זו בזו, עלינו לנסות ראשית לבחון האם תיתכן פרשנות הנותנת לשתיהן לחיות גם יחד. במידה שהסתירה בלתי נמנעת נפנה לשני הכללים המקובלים לבחינתן של הוראות חוקים המתנגשים זה בזה. המדובר בשני הכללים: "חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם", וחשוב ממנו: "נורמה ספציפית (מיוחדת) דוחה נורמה רגילה." בהתאם לשני הכללים הללו חוק מוקדם יותר ישאר בתוקפו, אף אם הוא עומד בסתירה לחוק מאוחר יותר, וזאת אם הוא בבחינת נורמה מיוחדת לעומת החוק המאוחר שהוא בגדר נורמה רגילה. בענייננו, מתעוררת שאלה פרשנית האם תקנות ההגנה מהוות נורמה מיוחדת בנושאים שונים הקבועים בהן להבדיל מחוק העונשין וחוק סדר הדין הפלילי.



ישנם חוקים (למשל חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 וחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996), בהם נקבע מפורשות כי האמור בהם יחול אלא אם נקבע בחוק או על פיו סדר דין שונה לענין הנדון. לענינו, קובעות התקנות הוראות סדר דין מיוחדות לענינים מסוימים. יש לציין כי אלמלא הוראה זו היה צריך לקבוע האם אכן המקרה של תקנות ההגנה הינו מקרה מיוחד, ועל כן הוראות סדר הדין שבהן הן דין מיוחד לעומת סדר הדין הכללי.

בתקנות ההגנה נקבע מפורשות ש: "...ההוראות והזכויות והסמכויות המוקנות בהן באות להוסיף על האמור בכל דבר חקיקה אחר..." (תקנה 5). בנוסף מחילות התקנות באופן שיורי את "הוראות הדין הפלילי הכללי." (תקנה 68).

הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק (להלן "חוקי היסוד החדשים"), חוקקו על מנת להגן על זכויות האדם שבהם. חקיקת חוקי היסוד שינתה את המערך הקונסטיטוציוני, בעיקר בכך שניתנה דרך לבקר תוכנה של חקיקה ראשית הפוגעת בזכויות אדם שמוגנות על-ידי חוקי היסוד.

בחוקי היסוד הללו ישנם ארבעה סוגים של הוראות הרלוונטיות לתקנות ההגנה:

הסוג הראשון הינו הוראת שמירת דינים שמשמרת חקיקה קודמת לחוקי היסוד. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוראת שמירת הדינים אינה תלויה בזמן, ואילו בחוק יסוד: חופש העיסוק, הוראת שמירת הדינים היא זמנית, ונועדה לאפשר את התאמת החקיקה הקודמת לחוק היסוד. משמעות הדבר בהקשר של התקנות המנדטוריות, הינה שמכח סעיף שמירת הדינים, לא ניתן יהיה לבחון את חוקתיותן אל מול חוקי היסוד.⁵ (אם כי כפי שצינו למטה, הרי שבחוק יסוד: חופש העיסוק המדובר בהוראת שעה, שתוקפה הוארך עד לשנת 2002, ולכשתסתיים ניתן יהיה לבחון חוקתיות התקנות אל מולו).



הסוג השני, הינו הוראות בדבר "יציבות החוק." המדובר בהוראות שנועדו לחסן את חוקי היסוד מפני פגיעה של תקנות שעת חירום. מאחר שהסעיפים הללו מכוונים לתקנות לשעת חירום שמאוחרות לחוקי היסוד מבחינת זמן התקנתן, הרי שאין הן רלוונטיות לדיוננו, שכן לדידנו מעמדן של התקנות כמעמד חקיקה ראשית קודמת.

הסוג השלישי, הינו הוראתה של "פיסקת הכיבוד" המטילה על כל רשות מרשויות השלטון חובה לכבד את זכויות האדם שלפי חוקי היסוד. פסקה זו פורשה כמקור להכפפת פעולות השלטון לביקורת אף בפועלן מכח חקיקה החסינה מפני בקורת חוקי היסוד. דהיינו, גם רשויות השלטון כשהן מפעילות את סמכויותיהן, מותר להן לפגוע בזכויות אדם רק בהתאם לפיסקת ההגבלה.

הסוג הרביעי, הינו הוראות "פיסקת ההגבלה" שבחוקי היסוד. פיסקה זו המצוייה בחוקי היסוד, קובעת מתי חקיקה ראשית (או חקיקת משנה בהתאם להסמכה מפורשת בחקיקה ראשית), אף כי היא פוגעת בזכויות אדם, איננה בלתי חוקתית. לכאורה, פיסקה זו הינה בלתי רלוונטית לדיוננו, שכן תקנות ההגנה הינן בבחינת מעשה גמור. אולם, ככל שמותרת התקנת תקנות והוצאת צווים מכח תקנות ההגנה, הרי שרלוונטית היא, ולא ניתן יהיה לצוות או להתקין תקנות הפוגעות בזכויות שבחוקי היסוד.



תחולה במקום

תקנה 2א קובעת כי התקנות יחולו בכל רחבי ישראל חוץ ממקום שיש בו אם בנושא או בתוכן דבר מה המנוגד לאותו פירוש או בלתי מתיישב עימו.

מכח תקנה זו ניתן להסיק:

- א. שהתקנות חלות במדינת ישראל, כל עוד הכנסת לא ביטלה אותן או מקצתן, וזאת כחקיקה מנדטורית שהמשיכה לחול (ראה לעיל).
- ב. שהן חלות בשטחים הכבושים (איו"ש ואזח"ע) וזאת משום שהיו חלק מן המשפט המקומי ב-1967. הסיבה להיותן חלק מן המשפט המקומי בשטחים הינה שקודם ל-48 הן היו בתוקף בשטחים, ואחרי הפלישה הירדנית, ככל הנראה הושארו בתוקף, הן מבחינת הדין הירדני והן מבחינת המשפט הבינלאומי.

מבחינת החקיקה הירדנית – צו המושל הצבאי הירדני השאיר בתוקף את החוק המנדטורי אלא אם בוטל או שונה מפורשות.

מבחינת המשפט הבינ"ל – בהתאם לסעי' 64 לאמנת ג'נבה ה-IV המשפט הקיים ישאר בתוקף אלא אם סותר הוראה באמנה (בענין זה חילוקי דיעות לגבי אפשרות סתירת סעי' 49 לאמנה וסעי' אחרים).⁷

תחולה אקסטרה טריטוריאלית

תקנה 68 שבתקנות, מחילה את הוראות הדין הפלילי הכללי על העבירות שבתקנות ההגנה. הוראתה של תקנה זו נתייחרה מאוחר יותר משנחקק סעיף 1 לחוק העונשין תשל"ז-1977, אשר החיל את הוראות החלק הכללי לחוק גם על עבירות שלא לפי החוק.⁸ בית המשפט העליון בפרשו יחסי הגומלין בין דברי החקיקה⁹ קבע כי מכח הוראות אלו אכן יחול החלק הכללי של חוק העונשין על עבירות (גם כאלו שלבתי משפט צבאיים סמכות שיפוט יחודית לגביהם) לפי התקנות. בגדר כך, כאמור, יחולו אף

ההוראות הנוגעות לתחולה אקסטרה טריטוריאלית של חוק העונשין. בשנת 1994 פורסם חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ד-1994. תיקון זה מחליף את הוראות החלק הכללי הקודם שבחוק העונשין. ס' 34 לחוק העונשין קובע כיום שהוראות החלק המקדמי והחלק הכללי שלו יחולו גם על עבירות שלא לפי חוק העונשין, אלא אם יש הוראה סותרת. בחלק המקדמי כלולות הוראות בנוגע לתחולה האקסטרה-טריטוריאלית של עבירות. משמעות הדבר בעניננו הינה, כי בית המשפט בשפיטתו יתחשב בכל אחת מן התחולות האקסטרה טריטוריאליות. המדובר בעיקר בתחולה פרוטקטיבית (עבירות נגד המדינה, העם היהודי, או ישראלים בתור שכאלה באשר הם)¹⁰ של התקנות. אך לפעמים ניתן יהיה להחילן גם על עבירות נגד אזרחי ישראל ותושביה בחו"ל,¹¹ וזאת במידה שמתקיימת דרישת הפליליות הכפולה, וכן שאין הגנה בדין הזר, והעברייני לא נשא עונשו על אותה עבירה מחוץ לישראל. כן ניתן יהיה להחילן על עבירות על התקנות שבוצעו על-ידי אזרחי ישראל ותושביה מחוץ לישראל באותם הסייגים.¹²

תחולה בזמן

אין בתקנות או בסימן 6 לדבר המלך במועצתו הגבלה לגבי תחולתן בזמן, או התנייה לגבי כניסתן לתוקף או הפסקת תוקפן. עניין זה בולט הן על רקע הפרקטיקה הכללית במדינות הנאורות השונות ליצור קורלציה בין הימשכותו של מצב חירום לבין חקיקה מיוחדת לו (ולהיפך, בין סיום מצב חירום לבין בטלות חקיקת החירום), ובעיקר על רקע הפרקטיקה בבריטניה עצמה (מולדת התקנות), בכל הנוגע לחקיקת חירום מסוגים שונים.

ניתוח והערכה

בבריטניה ניתן לסווג את חקיקת החירום לשני סוגים: מחד, קיימת חקיקת חירום אד הוק, לצורך מצב מסויים, או מלחמה מסויימת, ובגידרה של חקיקה שכזו נופלות תקנות ההגנה שעת חירום, שהותקנו מכח חוק סמכויות (הגנה) שעת חרום 1939 (למעשה, תקנות אלו, אשר



חוקקו מכח אותו החוק משנת 1939, איבדו תוקפן הן משום שההסמכה לתקן נסתיימה ב-1946 [לאחר תום המלחמה], והן משום שהחוק בעצמו בוטל מאוחר יותר). מאידך קיימת חקיקת חירום מתמדת שהשימוש בה מותנה בקיומו של מצב חירום או מלחמה.¹³ יתכן כי ניתן להצביע אף על סוג שלישי של חקיקת חירום אליו משתייך חוק סמכויות החירום בצפון אירלנד (Northern Ireland (emergency provisions) act 1991 =EPA). הסיבה לסיווגו הנבדל הינה שתוקפו מוגבל בזמן, ומוארך מפעם לפעם,¹⁴ וכן אין מדובר במצב חירום בעל אופי מלחמתי אלא המדובר באיום של טרור. הפרלמנט נותן את דעתו לאופי הזמני של מצב החירום, ולצורך העכשווי בחקיקה שכזו להילחם בטרור, ותוקפה של החקיקה לא יוארך ברגע שיחדל להתקיים מצב החירום בצפון אירלנד.¹⁵ אין מדובר בהכרזה על מצב חירום כאמור, אלא במתן תוקף זמני בלבד להוראות החוק.

ראוי לציין כי בריטניה ודאי שאינה מהווה מודל לחיקוי ככל שמדובר בחוקי החירום בה. ככל שמדובר בהמשך תחולת החוק למניעת טרור, בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק כי החוק הבריטי למניעת טרור מהווה הפרה של האמנה האירופית לזכויות אדם. ממשלת בריטניה טענה להגנתה כי החוק נופל לגדר החרג שבאמנה (סעיף 15) המאפשר להתעלם מהוראות האמנה בעת מלחמה או בכל עת חירום המאיימת על חיי האומה. בהתאם לטענה אחרונה זו הרי שלדידה של ממשלת בריטניה המדובר בחקיקה מן הסוג הראשון.

בקנדה קיימת חקיקה מתמדת לטיפול בחירום, התואמת את הסוג השני בסיווג דלעיל. נציין כי החקיקה הקנדית יוצאת דופן בכך שהיא דורשת ספציפיקציה של מצב החירום המסויים (כלכלי, מלחמה, וכיוצא) והסמכויות שמוקנות לרשות המבצעת בעקבות ההכרזה על מצב החירום משתנות בהתאם לסוגו של מצב החירום שהוכרז.

בישראל קיימת חקיקה מן הסוג השני בצורת סעיף 50 לחוק יסוד: הממשלה (שמחליף את סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט) וסעיף 3 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. שני החיקוקים הללו מאפשרים התקנת תקנות שעת חרום (תקש"ח) בתנאי שהוכרז על מצב חירום. ההבדל מבריטניה הינו ששם ההכרזה על שעת חירום נעשתה לפרקי זמן מוגבלים עד כה, ואילו אצלנו לא בוטלה ההכרזה למן קום המדינה. יחד עם זאת יש לציין, כי חוק יסוד: הממשלה המצוי בתוקף למן בחירת הכנסת ה-14, חולל שינוי ניכר בנוגע לנושא ההכרזה על שעת חירום (סעיף 49 לחוק היסוד). בניגוד למצב ששרר עד כה מכח פקודת סדרי שלטון



ומשפט, הרי שכיום, בתום שנתיים וחצי מבחירת הכנסת ה-14, תידרש הכרזה פוזיטיבית כדי להמשיך ולכונן מצב חירום. זאת כאמור בשונה מהמצב ששרר עד כה, לפיו נדרש אקט פוזיטיבי על מנת לבטל את ההכרזה על שעת חירום שפורסמה בשעתו על-ידי מועצת המדינה ברשומות.

הזמן הקצר שחלף מעת בחירת הכנסת ה-14, לא מאפשר לדעת כיצד תתייחס הכנסת לצורך לשוב ולהכריז על מצב החירום. נציין כי גם תוקפו של חוק הפיקוח על המצרכים והשירותים, מותנה בהכרזה על שעת חירום, ומכאן שלא ניתן יהיה לעקוף באמצעות סעיף 3 שבו את הצורך בהכרזה על שעת חירום כבסיס להתקנת תקש"ח.

בארה"ב, כדי שיחול משפט צבאי מסוג כלשהו, ובכדי לבסס סמכות להקמת טריבונלים צבאיים, נדרש מצב מלחמה ממשי (Actual, not merely theoretical, warfare),¹⁶ אחרת, הדבר נתפס כבלתי חוקתי בשל הפגיעה בזכות החוקתית לשיפוט על-ידי מושבעים, וכן בשל הניגוד לכלל הביאס קורפוס.

תקנות ההגנה (שעת חירום) מפקידות בידי הרשות המבצעת שורה של סמכויות, ומונות רשימה של איסורים שהפרתם גוררת עונש. לרוב העבירות ביטוי גם בחוק העונשין או בפקודה למניעת טירור, אם כי הגדרתן בתקנות לעיתים רחבה יותר, והסנקציות המוטלות בגינן חמורות יותר. התקנות גם מצוות על הקמתו טריבונל שיפוטי צבאי, וקובעות מהם סדרי הדין שיחולו בו. כך גם השלבים המוקדמים יותר של ההליכים לגבי העבירות שבתקנות נשלטים על-ידי סדרי דין מיוחדים. כפי שיפורט בהמשך, קיים קושי להצדיק כיום את קיומו של אותו הטריבונל, וקיים קושי להצדיק את קיומן העצמאי של כל העבירות שבתקנות.



עבירות שלבתי משפט צבאיים סמכות ייחודית לגביהן ("עבירות ייחודיות")

כללי

סיווג העבירות שלבתי משפט צבאיים סמכות ייחודית לגביהן ("עבירות ייחודיות") רלוונטי לא רק כדי לקבוע האם אכן לבית משפט צבאי סמכות ייחודית ובכך לקבוע את מקום הדיון, אלא גם לצורך הפעלת הסנקציות שבתקנות 119, 120 (הריסה, אטימה והחרמה) וכן כבסיס לסמכויות מעצר שבתקנות 16, 17.

בבג"ץ 4592/94 עיסאם אבו דקא נ. בית משפט צבאי בלוד – התעוררה שאלת תחולת ההוראות הכלליות של חוק העונשין על התקנות הללו, ובפרט האם הן חלות גם על העבירות הייחודיות. השאלה התעוררה בהקשר של תחולתם האקסטרה-טריטוריאלית של האיסורים בעבירות הייחודיות. השופט מצא קבע כי הסיפא של תקנה 68 (אשר קובעת את תחולת הוראות החלק הכללי של חוק העונשין) אינה מבחינה בין העבירות הייחודיות לבין האחרות לצורך תחולת ההוראות הכלליות של חוק העונשין. גם בחוק העונשין עצמו נקבע כי החלק הכללי שבו יחול על כלל העבירות אם לא צויין בהן אחרת. מכאן שבהתקיים התנאים הרגילים לתחולה אקסטרה-טריטוריאלית, חלות תקנות ההגנה גם מחוץ לישראל.

מניעת פגישה עם עורך דין

לעניין מניעת פגישה עם עורך דין, הרי שלפי הסיווג שבסעיף 34(ב)(2) שבחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו-1996, לא כל העבירות הייחודיות מסווגות כעבירות שהעובר אותן "חשוד בעבירת בטחון". בהתאם לכך, העובר עבירה בניגוד לאחת התקנות 60, 61, 63, 65 אשר מסווגות כייחודיות, לא ייחשב כמי שעבר עבירה נגד הבטחון ולא ניתן למנוע ממנו פגישה עם עורך דין מעבר לכללים הרגילים.



נציין כי באופן כללי קשה למצוא הצדקה לסנקציה של מניעת פגישה עם עורך דין, וזאת משום שאם החשש הינו לדליפת מידע הרי שניתן לעשות זאת על-ידי מינוי עורך דין אמין. ואם המטרה הינה "להעלים את העצור" הרי שמטרה זו – למעט בנסיבות קיצוניות ולפרק זמן מוגבל ביותר – הינה בלתי רצויה.

פירוט העבירות הייחודיות ומקבילותיהן בחוק העונשין

1. עבירות ביחס לנשק

בתקנות ההגנה

תקנה 58 – איסור על ירי לעבר בני אדם או מקום שהם עשויים להימצא בו; איסור זריקת פצצה/רימון בכוונה לפגוע; איסור נשיאת נשק בניגוד להיתר; איסור השתייכות לקבוצה שאחד מחבריה פעל כדלעיל. העונש המקסימלי הוא מיתה.

בחוק העונשין

מעשים אלה מכוסים ככלל על-ידי איסורים (בעלי אופי כללי יותר) שבחוק העונשין אלא שהעונשים בחוק העונשין הם קלים יותר. העונשים החמורים ביותר הם: העונש על רצח שהוא מאסר עולם וחובה והעונש על נסיון לרצח שהוא עשרים שנות מאסר. העונש על נשיאת נשק ללא היתר לפי חוק העונשין הוא שבע שנות מאסר.

2. עבירות שונות נגד הסדר הציבורי

בתקנות ההגנה

תקנה 59 – איסור אחזקת נשק בלי רשיון או ייצורו; איסור החזקת כלי יריה המסוגל לגרום מוות או חבלה רצינית, וכן גם איסור על ייצורו; איסור היזק לאמצעי תחבורה ציבורית למיניהם (אנייה, אוירון, עגלה). איסור היזק לנתיביהם ומקום עגינתם (מסילה, שדה תעופה, דרך), מקום הימצאם וייצורם; איסור היזק למפעלים המספקים שירותי מים, חשמל; איסור על השתייכות לארגונים שמי מחבריהם ביצע האמור לעיל. העונש הנמקסימלי הוא מיתה.



בחוק העונשין

לחלק ניכר מאיסורים אלה מקבילות בחוק העונשין שענישתן חמורה בהרבה. כך, למשל, העונש על החזקת נשק ללא היתר הוא שבע שנות מאסר. העונש על פגיעה בכלי שיט או טיס הוא חמש עשרה שנות מאסר. המקבילה בחוק העונשין לעבירה של היזק לנתיב תחבורה היא חמורה למדי. עונשה הוא עשרים שנות מאסר. ואולם, היסוד הנפשי הנדרש בה הוא מיוחד – כוונה לפגוע, שאינו נדרש בעבירה לפי תקנות ההגנה, אף כי עונשה חמור יותר – מיתה. בחוק העונשין מצוייה גם מקבילה לאיסור על השתייכות לארגון שמי מחבריו ביצע אחת מן העבירות המנויות בתקנה 59 (למשל, נזק לנתיב תחבורה) אלא שהמקבילה מאופיינת בדרך שונה: לא נדרש ביצוע בפועל של עבירה כזו. די בכך שהארגון מעודד הריסת נכס של מדינת ישראל. העבירה של גרימת נזק ל-"public utilities", כדוגמת מפעלים המספקים מים או חשמל, אינה קיימת באופן מובהק בחוק העונשין כפי שהיא קיימת בתקנות.

3. לבישת מדים בלי היתר

בתקנות ההגנה

לפי תקנה 60 – לבישת מדים (או כל חלק מהם) של מדינת ישראל או של מדינה אחרת בלי זכאות לכך, אסורה. העונש: מאסר עולם או פחות. זהו עונש בלתי סביר לחלוטין. נראה כי הוגי התקנה חשבו יותר על סיטואציה של ריגול. אין ספק שסיטואציה שכזו נתפשת על-ידי העבירה אולם גם סיטואציות חמורות הרבה פחות עלולות להתפש על-ידיה. יש להבהיר מהו הערך המוגן, ואם אכן מדובר בריגול יש להגדיר נסיבות או יסוד נפשי מתאימים.

תקנה 61 – איסור לבישת מלבוש אחר ששר הבטחון פרסם בצו. העונש המקסימלי הוא 3 שנות מאסר.

בחוק העונשין

סעיף 283 – התחזות לעובד ציבור (עונש 3 שנות מאסר); סעיף 4(116) – מעשה הכנה לעבירת ריגול: שימוש במדי צה"ל או המשטרה שלא כדין (חמש שנות מאסר).



סעיף 217 – אוסר על ביזוי מדים והעונש 3 חודשי מאסר. (וודוק: זו עבירה שונה שכן כאן מדובר בביזוי המדים ואילו בתקנות ההגנה מדובר בלבישתם בלבד).

בחוק השיפוט הצבאי ישנן שתי עבירות בנושא זה. סעיף 518 לחוק השיפוט הצבאי, אוסר על התחזות לחייל (בדרך של לבישת מדי צבא), והעונש הקבוע בו הינו 3 שנות מאסר.

סעיף 518ב אוסר על לבישת מדים בלא רשות, והעונש בו שנת מאסר.

4. התחפשות

בתקנות ההגנה

תקנה 63 – איסור התחפשות בנסיבות בהן עלול שלום הציבור להיפגע מכך. העונש: עד 3 שנות מאסר.

בחוק העונשין

בסעיף 441 – התחזות כאדם אחר בכוונה להונות, עונשה 5 שנות מאסר. וראו גם לעיל סעיף 4 (116) לחוק העונשין).

5. איסור על אימונים צבאיים ללא היתר

בתקנות ההגנה

תקנה 62 – האיסור חל על המאמן, המתאמן, וכל מי שנוכח באימון. העונש – 7 שנות מאסר.

בחוק העונשין

סעיף 143 – אוסר על אימונים צבאיים ללא רשות הממשלה, כולל איסור נוכחות. העונש – 7 שנות מאסר.

6. מתן מקלט

בתקנות ההגנה

תקנה 64 – איסור סיוע מכל סוג שהוא לאדם שפגע בשלום הציבור "או לכל מי שעבר עבירה שנדונים עליה רק בפני בית משפט צבאי". העונש: 5 שנות מאסר.

בחוק העונשין

סיוע לאחר מעשה (סעיף 260) אם המעשה היה פשע (ובענייננו מדובר בפשעים), העונש 3 שנות מאסר.

7. עדות שקר והתנהגות בלתי הוגנת

בתקנות ההגנה

תקנה 65 – עונשו של המעיד עדות שקר או מי שמתנהג התנהגות בלתי הוגנת בבית משפט – 5 שנות מאסר.

בחוק העונשין

בסעיף 237 – נדרש שהעדויות תהיה בדבר מהותי לשאלה הנדונה ואז העונש הוא 7 שנות מאסר. ייתכן שגם נופל לגדר שיבוש הליכי משפט (סעיף 244).

אף כי העבירה שבחוק העונשין יותר מצומצמת ומוגדרת העונש עליה חמור יותר. לא ניתן למצוא טעם טוב להקל בדינו של המעיד שקר בבית-המשפט הצבאי.

8. חיזוק ידיים וסיוע לעבירה או שידול לדבר עבירה

בתקנות ההגנה

תקנה 66 קובעת כי "לצרכיה של התקנה הזאת יהיה כל אדם מחזק את ידיהם של עוברי עבירה על התקנות האלה, אם ביודעין ובמזיד, הוא מסייע או יועץ או גורם לעשיית העבירה העבירה ההיא, בין שהאדם שחוזקו ידיו עובר למעשה את העבירה ההיא או יכול מבחינת החוק לעבור אותה, ובין שאינו עובר או אינו יכול כני"ל לעבור אותה."

העונש הקבוע בתקנה 66 למי שמואשם בחיזוק ידיים הינו אותו העונש לו צפוי המבצע העיקרי של העבירה.

בחוק העונשין

ככל שהדברים אמורים במשדל לדבר עבירה הרי שההסדר דומה במהותו לזה שבחוק העונשין (תיקון 39 – סעיפים 30, 33, 34 לחוק), מלבד העונש על נסיון לשידול שבניגוד לקבוע בתקנות (עונש זה לעונשו של המבצע העיקרי) הינו מחצית מעונשו של המבצע. באשר להוראות חוק העונשין



בנוגע לסיוע, הרי שהן נבדלות מהותית מאלו שבתקנות, הן מבחינת ההגדרה והן מבחינת העונש.

ראשית, בהתאם להוראות תיקון 39 לחוק העונשין, אין עונשין על סיוע אם העבירה לא נתבצעה. בנוסף, עונשו של המסייע הינו רק מחצית מזה שנקבע לעבירה.

בנוסף לכך, בחוק העונשין קיימת הגדרה מפורטת יותר מזו שבתקנות הן לסיוע והן לשידול.¹⁷

זאת ועוד, בחוק העונשין קיימת הוראת פטור מעונש עקב חרטה לגבי מסייע או משדל, באופן שאם מנעו או השתדלו למנוע השלמת העבירה יפטרו. אין הוראה דומה בתקנות ההגנה.

החוק והתקנות מבטאים תפיסות עולם שונות זו מזו בדבר האנטי חברתיות של הצורות הנגזרות. קשה להשלים עם מצב בו שני הסדרים כה שונים דרים בכפיפה אחת תחת אותו ספר החוקים. דווקא בתחום זה בו אין חשיבות למהות העבירה גופה, ניתן להחיל הסדרים זהים. תוכנן של העבירות הייחודיות אינו מספק בסיס להצדקת השוני בהתייחסות לסיוע ולשידול. מאחר שתיקון 39 לחוק העונשין משקף את תפישת העולם העדכנית של המחוקק בענין זה, רצוי לאמץ את ההסדר שבו גם לגבי התקנות.

9. נסיון לדבר עבירה

בתקנות ההגנה

תקנה 67 (1) קובעת כי "לצרכיה של התקנה הזאת ייחשב אדם שהוא מנסה לעבור עבירה באמצעים המסוגלים לביצועה, ומגלה את כוונתו באיזה מעשה גלוי, אבל אינו מבצע את כוונתו עד כדי כך שיהיה עובר את העבירה. אין חשיבות לכך אלא במידה שהדבר נוגע בהענשה, אם עושה העבריין כל מה שנחוץ מצידו כדי להשלים את מעשה העבירה, או אם נמנע ביצועה השלם של כוונתו עקב נסיבות שאינן תלויות ברצונו, או אם הוא חדל מעצמו מלהמשיך בביצוע כוונתו. כן אין חשיבות לכך, אם עקב נסיבות בלתי ידועות לעבריין אי אפשר בעצם לעבור את העבירה."

העונש דומה לזה שהיה נהוג בחלק הכללי הקודם של חוק העונשין, דהיינו מחצית העונש הקבוע על עבירה מושלמת.



בחוק העונשין

לפי תיקון מס' 39 לחוק העונשין, הענישה על נסיון לדבר עבירה, הינה כמו זו שעל העבירה המושלמת (מלבד לגבי עונש חובה או מזערי).

בניגוד לתקנות מכיר חוק העונשין בפטור עקב חרטה.

אין ספק שמבחינת האחידות בענישה רצוי שהענישה על הנגזרות למיניהן תהיה אחידה. במידה שרמת הענישה מבטאת את האנטי חברתיות של הצורות הנגזרות, רצוי להחילה על כלל העבירות. אין סיבה להבחין בין העבירות הללו לאחרות מבחינת העונש על נגזרותיהן. ודאי שאין מקום להקל בדינו של המנסה לעבור עבירה על-פי תקנות ההגנה לעומת דינו של המנסה לעבור עבירה אחרת. גם הגיונו של ההסדר הפוטר את המנסה מאחריות עקב חרטה הוא כללי וראוי להחילו על כל הנסיונות.

10. עבירות נוספות

התקנות קובעות עבירות נוספות. חלקן עומדות בפני עצמן וחלקן נלוות לסמכויות שונות ונועדו לסייע בהפעלתן. בחלק מסמכויות ועבירות אלה נדון בהמשך. ככלל, ניתן לומר שהמסקנות שיפורטו להלן חלות גם עליהן.

ניתוח והערכה

הסקירה שלעיל מצביעה על כך, שהענישה בתקנות חמורה בהרבה, ככלל, מן הענישה המקבילה שבחוק העונשין.

הנקודה החשובה ביותר העולה מן הסקירה שלעיל הינה, שמבחינת יסודות העבירה אין (או כמעט ואין) סיטואציות ממשיות שנופלות למסגרת העבירות שבתקנות ואשר אין להן מקבילה בדין העונשי הרגיל. ההבדל כאמור הינו בעיקר בחומרת העונש. ענין זה מהווה פגיעה בעקרון החוקיות, והפגיעה מוחמרת כאשר מבחינת הפעלת התקנות, השיפוט הינו למעשה ייחודי ללא-יהודים או לערבים ולאחרים ש"אינם מיוחסים".

בנוסף, לא ברור מהו הקריטריון לפיו סווגו העבירות מבחינת סמכות בלעדית או מקבילה לבתי משפט צבאיים, שכן חלק מן העבירות שבפרק דלעיל חמור הרבה פחות מעבירות שניתן לדון בהן גם בבתי משפט אזרחיים.



ניתן להציע כיסוד משותף לעבירות שבתקנות את הרקע והמוטיבציה הטרוריסטיים שביסודן. ואכן, חלק מהעבירות אופייניות למעשי טרור, כגון הנחת פצצה, הטלת רימון, או ייצור בלתי חוקי של כלי נשק ותחמושת. בנוסף, עצם השתייכות לחבר בני אדם (דהיינו קבוצה מאורגנת של חברים, שיש זיקה משותפת בין החברים באשר למטרותיה ופעולותיה) שאחד או יותר מבין חבריו עבר עבירה ייחודית, מהווה כשלעצמה עבירה ייחודית אף היא. מכאן שניתן לענוש במסגרת העבירות הייחודיות חברים בארגונים טרוריסטיים על עצם השתייכותם לארגון. העונש המקסימלי האפשרי על כך בתקנות 58 ו-59 הינו עונש מוות. לעומת זאת, אם מענישים על חברות בארגון טרור לפי הפקודה למניעת טרור, או לפי ההוראות שבחוק העונשין הנוגעות לארגונים אסורים, העונש נמוך משמעותית בהשוואה לתקנות. יתכן שהסיבה להפיכת ההשתייכות לחבר בני אדם, כאמור, לעבירה ייחודית שניתן לענוש עליה בחומרה, הינה הרצון להבחין השתייכות לקבוצה שמבצעת בפועל פעילויות טרוריסטיות מהשתייכות לארגון שהוא מסגרת רחבה יותר, שמטרתה עשייה טרוריסטית.

סיכום ביניים: מצאנו כי, בדרך-כלל, אין בתקנות עבירות שלא יתפשו ברשת של חוק העונשין הרגיל. אולם, יש שוני בענישה. הערך המוגן הייחודי הינו מניעת פעילות טרוריסטית. תאור זה טעון הבהרה והגדרה, דהיינו מתי נסווג פעילות כטרוריסטית. בשלב מאוחר יותר ננסה לבחון שאלה זו. נדון בייחודה של התופעה העבריינית הטרוריסטית, ובהתמודדות שמתמודדות המדינות השונות עם איום הטרור. במדינות מערביות רבות, הגם שאין עבירות נפרדות העוסקות בטירור, הרי שפעמים רבות ניתנות לרשויות אוכפות החוק סמכויות וכוחות להילחם בתופעת הטרור, וכן מקלים בדיני הראיות ומעניקים למשטרה ולתביעה כלים דיוניים החורגים מן הרגיל. יש לזכור שהיסוד העובדתי של העבירות שמבוצעות על-ידי טרוריסטים, אינו שונה מזה של עבירות שמבוצעות על-ידי פושעים רגילים (אם כי ייתכן שיסוד ההפחדה המצוי בעבירות אלו, גורר אחריו גם הבדל במישור האובייקטיבי), אולם היסוד הנפשי הנלווה למעשים טרוריסטיים הינו, בדרך כלל, הינו כוונה להביא להפחדת הציבור כדי להשיג מטרה פוליטית כלשהי. ייתכן שיש לשקול הצמדה של כללי דיון ספציפיים מיוחדים לחלק מן העבירות שבחוק העונשין או הוספת פרטים שבהתקיימותם עשיית העבירה הופכת חמורה יותר.



במידה שאכן המייחד את העבירות הייחודיות, הינו הערך המוגן של מניעת פעילות טרור (ובגין ערך זה קוצבות התקנות עונש חמור יותר) הרי שניתן להוסיף הוראה כללית לחוק העונשין, שעניינה החמרת הענישה במידה שמטרת ביצוע עבירה הייתה פעילות טרור או בקשר אליה. ניתן לעשות זאת על-ידי הוספת הוראה בחלק הכללי, לפיה ביצוע עבירה כאשר העבריין פועל להשגת מטרה פוליטית או אחרת באמצעות זריעת פחד בדרך אלימה תגרור עונש חמור יותר. ניתן גם להוסיף הוראה בחוק סדר הדין הפלילי, לפיה כאשר עבירה מבוצעת במטרה כאמור הרי שתהיינה לרשויות אוכפות החוק סמכויות מוגדרות של מעצר, חיפוש ותפישה שהן רחבות מהסמכויות הרגילות. יש לשים לב, שכבר כיום ישנן סמכויות, הן בחוק סדר הדין הפלילי והן בחוק העונשין, שהפעלתן מותנית בביצוע עבירות בטחוניות מסוגים שונים. כך למשל הוראות סדרי הדין שבסעיפים 123-132 לחוק העונשין.

ניתן להצדיק קיומן של הוראות כאלו, במידה שהן אמנם מבטיחות הפעלה ויישום טובים יותר של הדין המהותי ואין בהן משום חריגה מעבר לנדרש. יש לזכור כי לשיפור יכולת האכיפה עשוי להיות אפקט של הגברת היסוד המרתיע באיסורים



עמ' ריק



הטריבונלים השיפוטיים

הסמכות לדון בעבירות על התקנות נתונה הן לבתי משפט צבאיים (שההוראות על כינונם מצויות בתקנות), והן לבתי משפט אזרחיים. אולם ישנן עבירות (המנויות בחלק ג' של התקנות), שנדונים עליהן בפני בתי משפט צבאיים בלבד (העבירות הייחודיות).

בנוסף, ניתן לכוון בתי משפט צבאיים תכופים, וכן ניתן לדון בעבירות באופן תכוף בפני בתי המשפט האזרחיים.

בתי המשפט הצבאיים

1. הסמכות לכינונם

הסמכות לכינון בתי-המשפט הצבאיים מסורה לרמטכ"ל (תקנה 12). זוהי סמכות בשקול דעת "...שימצאם נחוצים לצרכיהן של התקנות האלה." מאז כינונם של בתי המשפט הצבאיים, לא ידוע לנו שנשקלה סוגיית המשך קיומם. (לכאורה, כוללת הסמכות לכוון גם את הסמכות לבטל).

2. הרכבם

בית-המשפט הצבאי מורכב מקצין אחד לפחות בדרגת קצין שדה ועוד שני קצינים בדרגה כלשהי ובעלי כתב מינוי. כפי שיפורט בהמשך, לבתי המשפט הצבאיים סמכות (ייחודית) לדון בעבירות החמורות ביותר שבתקנות. אין מדובר בבית משפט הפועל במצב מלחמה או במצב חירום אקוטי, ובכל זאת הנאשמים בפניו נידונים בפני הרכב "ביצועי" שהיושבים בו אינם חייבים לפי האמור בתקנות להיות משפטנים.

יש לציין כי בפועל, ראש ההרכב הינו משפטן. מאחר שלא מדובר ב"טריבונל אד-הוק" רצוי שאם בכלל יתקיים טריבונל שכזה, הרי שהרכבו יכלול כעניין שבחובה משפטנים.



השיטה האדוורסרית מייחסת חשיבות רבה לפרוצדורת השפיטה, ולהקפדה על כללי המשחק. לשופטים מקצועיים יש גם יתרון של הפנמת האתוס של שפיטה, שעיקרה שפיטה אך ורק לפי שיקולים ענייניים, לא מורא וללא משוא פנים. בנסיבות מסויימות תיתכן עדיפות להפקדת "ניהול המשחק" בידיהם של שופטים שאינם בהכרח משפטנים. נסיבות אלו ייתמכו על-ידי שיקולים של "הכרת השטח" על-ידי אותם השופטים (כדוגמת בתי-הדין הצבאיים לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955) או מומחיות מיוחדת מצידם (כדוגמת בית דין לשכירות שיושבים בו מומחים לענין). בענייני קשה לחשוב על נימוקים המצדיקים סטייה מן הכלל הנהוג בשיטתנו בדבר שפיטה מקצועית.

3. סמכות השיפוט

סמכות בלעדית – לבתי המשפט הצבאיים סמכות בלעדית לגבי העבירות שבחלק ג' לתקנות.

סמכות מקבילה – לגבי כל שאר העבירות (שאינן בחלק ג') קיימת סמכות מקבילה לבתי המשפט הצבאיים. אולם במידה שהדין יתקיים בבית המשפט הצבאי, סמכות הענישה שלו תהיה מוגבלת לזו של בית המשפט השלום והמחוזי, אילו הענין היה נדון בפניהם. ההוראות המסדירות ענין זה בתקנות, הינן הוראות סעיפים 68 ו-15 (נעיר כי הוראות אלו הינן תיקון משנת 1946, וכי קודם להן לכל ערכאת דיון היתה סמכות ייחודית משלה, דהיינו, בתי המשפט הצבאיים לא יכלו לדון בעבירות האחרות).

בנוגע לסמכות המקבילה התעוררה במספר פסקי דין השאלה בדבר הסמכות להחליט בפני איזה טריבונל יתקיים הדיון. תקנה 18 קובעת כי אם הובא חשוד (שנחשד בביצוע עבירה כלשהי על התקנות, ולא בהכרח ייחודית) בפני שופט שלום, מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להורות על העברת הדיון לבית משפט צבאי. שקוליו הינם בעיקר האם יש צביון בטחוני למעשה שמהווה העבירה.

בבג"ץ 70/81 פלוני נ. בית משפט צבאי בלוד – ניסה העותר לטעון כי לפחות לגבי העבירות שאין לגביהן סמכות שיפוט ייחודית לבתי המשפט צבאיים, הרי שלא ניתן לשפוט עליהן בפני בית משפט צבאי כל עוד בתי המשפט הרגילים פועלים. וזאת על שום הפגיעה בזכויות הנגרמת בשל כך.



בית המשפט קבע כי כל עוד התקנות בתוקף, הרי הן חלק מן הדין הישראלי ולכן דחה את הטענה.

יש מקום לטענה כי לאור חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שמכח חובת כיבוד זכויות האדם המוטלת על רשויות השלטון, ובכללן הרשות השופטת והיועץ המשפטי לממשלה (הן בהתאם ל"מודל התחולה הישירה של זכויות אדם" והן לפי "המודל של תחולה עקיפה דרך בתי המשפט"),¹⁸ הרי שבמידה שמתרחשת פגיעה בזכויות אדם ובהנחה שהפגיעה היא לתכלית ראויה, עליה לעמוד בתנאי המידתיות. בית המשפט העליון אימץ את שלושת מבחני המידתיות שפותחו בדין הזר. המבחן הראשון הינו מבחן האמצעי הרציונלי, לפיו על האמצעי הפוגע שננקט להיות אמצעי מתאים להשגת המטרה. המבחן השני הינו מבחן האמצעי הפוגע במידה הפחותה, ולפיו על האמצעי הפוגע שננקט להיות האמצעי שמביא לפגיעה הפחותה ביותר מבין האמצעים שיכלו להינקט. בהתאם למבחן השלישי יש לבחון האם ניתן אולי שלא להשיג את מלוא המטרה ובכך להימנע מן הפגיעה בזכות.

בענייננו, בעבירות בהן קיימת סמכות שיפוט מקבילה לבתי המשפט הצבאיים, ניתן לקיים הדיון בפני הטריבונול הצבאי או האזרחי. מאחר שקיום הדיון בפני בית-המשפט האזרחי מתיישב טוב יותר עם זכויות הנאשם, אין להעביר הדיון לטריבונול הצבאי, וזאת בהנחה שניתן להשיג את אותה המטרה באמצעות הדיון בפני בית המשפט האזרחי (מבחן האמצעי הפוגע במידה הפחותה), או להשיג מטרה פחותה במעט (למשל דיון מעט פחות יעיל) אך תוך מתן הגנה מלאה לזכויות היסוד (המבחן השלישי, לעיל).¹⁹

לבסוף, על-פי חלק ט"ו לתקנות ההגנה יש לבתי-המשפט הצבאיים סמכות ביחס לכל עבירה פלילית, הקבועה בכל חוק, בשטח שקבעה הממשלה בצו שיסגרו בו משרדי ממשלה ובתי-המשפט רגילים.

4. פרוצדורה

א. מעצר

באופן כללי יחול חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 על מעצרים לפי תקנה 16, בכפוף להוראות מיוחדות.



(בתקנות מצויינת פקודת סדר דין פלילי (מעצר וחיפוש), אולם חוק זה בא להחליפה). כלשונה של תקנה 16 (2): "כדי להסיר ספק, מצהירים בזה שבכפוף להוראותיה של תקנה 17 תחול פקודת הפרוצדורה הפלילית (מאסר וחיפושים) על מאסרים שנעשו לפי הסמכויות שהוענקו בתקנה הזו; ולצרכיה של הפקודה ההיא, ייחשב אדם שאסרו חבר לחילות הממשלה או מוכתר או אדם פרטי מכח תוקפו של כתב פקודה שהוצא לפי התקנה הזו כאדם שאסרו אדם פרטי ללא פקודה."

הוראות הדין הכללי בקשר למעצרים:

על מנת להבין טוב יותר את מידת החריגה מן ההסדרים הרגילים, וכבסיס להשוואה, נציין את הוראות סדר הדין הפלילי המרכזיות הקשורות למעצרים:

סעיף 1 לחוק קובע כי אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכח הסמכה מפורשת בו. נראה כי התקנות עומדות בדרישה זו לאור פרשנות בית המשפט שניתנה לגבי מעמדן. בנוסף, קובע הסעיף כי יש לבצע מעצר ועיכוב בדרך שתבטיח שמירה מירבית על כבוד האדם וזכויותיו. הוראה זו הינה הוראה בלתי תלויה למעשה בתוכן החוק שלפיו מתבצע המעצר, אלא היא קובעת את דרך הביצוע. נעיר כי מאחר שבכל מקרה חלה על רשויות השלטון חובת כיבוד זכויות אדם בהפעילן סמכויותיהן השלטוניות, וזאת מכח סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ייתכן שהוראה זו מיותרת. מצד שני יתכן כי אם אין לחוק היסוד תחולה על בני אדם פרטיים, הרי שיש נפקות להוראה זו כאשר מעצר מבוצע על-ידי אדם פרטי.

החוק קובע בסעיף 4 שמעצר ייעשה בצו שופט אלא אם הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו. מבחינת דיוננו משמעות ההוראה הינה שההוראות הנוגעות למעצר בלא צו מכח התקנות תמשכנה לחול.

בפרק ב' סימן ד' לחוק מפורטות ההוראות הנוגעות למעצר אדם בצו שופט.

בסימן ד' שבפרק ב' מצויות הוראות בקשר למעצר חשודים שלא בצו שופט:

סעיף 23 קובע את התנאים לסמכות שוטר לעצור בלא צו. הסעיף דורש אמונה סבירה בכך שהתבצעה עבירה בת מעצר, וכן קיומה של אחת משש החלופות שמפורטות בסעיף.



בסימן ה' ניתנה ההסמכה לשר לבטחון פנים להעניק בצו סמכות מעצר גם לעובד ציבור שאיננו שוטר.

החוק החדש הנ"ל אינו מעניק סמכות מעצר בלא צו לאדם פרטי, אולם גם איננו מבטל את כל סעיף 6 לפקודת סדר דין פלילי (מעצר וחיפוש), המעניק סמכות זו לאדם פרטי, אלא מבטל רק את סעיף 6 (3) כך שאדם פרטי אינו רשאי לבצע מעצר בצו שופט. מכאן שאדם פרטי רשאי לעצור אחר רק אם עבר בפניו פשע או נס ממשמורת. משהתבצע מעצר בידי אדם פרטי יש להביאו מייד לתחנת המשטרה או למוסרו לשוטר, ואם מסתבר ששוטר לא יכול היה לעוצרו, יש לשחררו.

סמכויות מיוחדות בקשר למעצרים מכח התקנות:

(i) בהתאם לתקנה 16, הסמכות לתת פקודת מעצר מסורה לכל שופט שלום, לכל קצין בעל כתב מינוי בחילות הממשלה, ולכל שוטר ממונה על תחנת משטרה, אם מתעורר חשד סביר כי נעברה "עבירה צבאית". כתב פקודה שכזה ישמש הרשאה לכל חבר לחילות הממשלה, או כל שוטר או מוכתר או אדם פרטי לאסור אדם החשוד כאמור. האחרונים, למעט אדם פרטי, מוסמכים לעצור אדם גם בלי פקודה, אם תפשוהו עובר עבירה על התקנות או שחושדים בו שעבר עליהן. אדם שנעצר בלא פקודה, כאמור, יראוהו לצורך פקודת סדר דין פלילי (מעצר וחיפוש) כאילו נעצר בידי אדם פרטי. משמעותה המרכזית של השוואה זו הינה שאם שוטר לא היה רשאי לעצור אדם שכזה הרי שיש לשחררו.

כפי שציינו קודם לכן, חוק המעצרים החדש ביטל את האפשרות לביצוע צו מעצר של שופט על-ידי אדם פרטי. נדמה כי הטעם לכך נעוץ בכך שהוצאת הצו מעידה על אפשרות הוצאתו לפועל של הצו בדרך הרגילה ועל-ידי מי שהוסמך לכך במיוחד. אולם בהתאם לסעיף 1(ג) לחוק, הוראותיו יחולו על מעצר לפי כל חוק אלא אם כן נקבעו בחוק הוראות אחרות. מכאן שניתן להתייחס להסמכה זו שבתקנות כאל "הוראה מיוחדת" שתמשיך לחול.

(ii) בהתאם להוראת תקנה 16 (2), אם נעצר אדם מכח פקודת מעצר, על-ידי חבר לחילות הממשלה, מוכתר או אדם פרטי, יראוהו לצורך פקודת סדר הדין הפלילי כאדם שנעצר על-ידי אדם פרטי ללא פקודה.

(iii) סמכות מיוחדת – להביא אדם שנאשם בעבירה צבאית בפני בית משפט צבאי תוך 48 שעות, מבלי להביאו בפני שופט שלום קודם לכן (בתנאי שניתנה רשותו של נשיא בית המשפט הצבאי).



נשאלת השאלה האם יש הצדקה להענקת הסמכויות הללו בנוגע למעצרים. שאלה זו הינה חלק מן השאלה הרחבה יותר בדבר הצידוק לקיומה של פרוצדורה נפרדת לעניין עבירות צבאיות, ולא רק בנוגע למעצרים בקשר אליהן. גם החוק הכללי מביא בחשבון את האפשרות שיתעורר צורך לעצור בלא צו, וכי יתכנו מצבים בהם הדחיפות הינה גורם מכריע. כלל לא ברור שיש הצדקה לסטייה נוספת על הקיים. בעיקר על רקע ביטולה המפורש של האפשרות של אדם פרטי לעצור על פי צו, נדמה שאין לאפשר זאת גם כאן.

ב. שחרור בערובה

בסייגים מסויימים מוחלת פקודת השחרור בערבות 1944, וככל הנראה תחול היום פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר ושחרור) (נוסח חדש), התשכ"ט-1969, וכן חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו-1996.

ג. התובע

קטיגור של בית המשפט הצבאי (תקנה 19).

ד. עדות

תקנה 20 קובעת שביחס לעדות ינהגו לפי החוק האנגלי ולפי נוהגם של בתי המשפט המשמשים בשיפוט פלילי באנגליה. אולם מותר לסטות מהם (מטעמים שיירשמו) ולקבל עדויות מטעמי צדק. הכוונה הינה, ככל הנראה, לדיני הראיות הבריטיים הרלוונטיים לעניין. ברור שאין מקום להוראה שכזו בספר החוקים שלנו, ואין כל הצדקה להפנייה שכזו. הכלל הוא שפורום שיפוטי הדין בעניין כלשהו מחיל את כללי הפרוצדורה שלו; וזאת גם כאשר לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחילים את הדין המהותי הזר. מסקנה זו מתיישבת גם מן השינוי בטיב הפורום, שכן הפורום הפך מבית משפט צבאי בריטי להיות בית משפט צבאי ישראלי, ולכן אין לו כל זיקה לדין הבריטי.

ה. הוראה כללית

בהיעדר הסדר לענין כלשהו, על בית המשפט לפעול לעשיית משפט צדק (תקנה 21).

הוראה דומה בנוסחה מצוייה בסעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי: "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית הצדק."

ו. פומביות הדין

תקנה 22 קובעת שככלל ידונו בתי משפט צבאיים בפומבי, למעט אם הצדק או הבטיחות הציבורית (public safety) מחייבים קיום הדין בדלתיים סגורות.

חוק בתי המשפט מונה 7 נסיבות שונות שבהתקיימותן ניתן לקיים הדין בדלתיים סגורות. אולם, המדובר בנסיבות ספציפיות, ולא במושגים עמומים כמו "צדק או בטיחות ציבורית" שמופיעים בתקנה כאמור.

ז. חובת שבועה

תקנה 23 קובעת חובת שבועה או הודעה בהן צדק. בית המשפט רשאי לוותר (מטעמים "מספיקים" שיירשמו) על קיום החובה. זאת, בניגוד לביטולה של חובת השבועה בדין הישראלי הכללי.

נראה כי אין הצדקה להותיר הוראה זו, שכן הטעמים שהובילו בשעתו לביטולה של חובת השבועה קיימים גם כאן.

ח. כלל הכרעת הדין

כלל ההכרעה הוא הכרעה פה אחד [תקנה 31]. זאת, בניגוד לסעיף 80 לחוק בתי המשפט הקובע כלל הכרעת רוב. הצדקה אפשרית לכלל שונה בעניין זה נעוצה בהרכב השונה של בית-המשפט הצבאי (הדיוטות ולא שופטים מקצועיים). ואולם, אם אין הצדקה להרכב נבדל, אין גם הצדקה לכלל הכרעה שונה.

ט. נאשם שאינו שפוי בשעת המשפט

תקנה 64ב(2) קובעת שבית המשפט יורה על מעצרו של נאשם כזה למשך הזמן שידרוש שר הביטחון. זאת, בניגוד לסעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי הקובע הפסקת הליכים.



י. "קיום בידי הרמטכ"ל"

תקנה 47 קובעת קיום בידי הרמטכ"ל, כדרישה לתוקפו של פסק דין וגזר דין. לרמטכ"ל מעין סמכות של ערכאת ערעור, שניתן להפעילה להקלה בלבד, במובן שיכול לקיים/להפוך הכרעת בית משפט צבאי וכן יכול לצוות על שפיטה חדשה.

תקנה 48 מסמיכה את הרמטכ"ל להקל בגזר הדין בעת ההחלטה על תוקף הכרעת הדין.

בהתאם לתקנה 55 – לרמטכ"ל גם סמכות ביקורת מאוחרת יותר של גזר דין, המאפשרת לו להמתיק גזר דין או למחול על העונש. גם סמכות זו היא להקלה בלבד.

ההצדקה המקורית לסמכות זו של הרמטכ"ל היתה נעוצה בהיעדרה של ערכאת ערעור, והיא שימשה על כן תחליף לערעור. משנקבעה זכות ערעור בפני בית הדין הצבאי לערעורים (ומדובר בטריבונל שיפוטי של ממש המורכב ברובו משופטים מקצועיים במובחן מ"חבר קצינים המייעצים למפקד צבאי"), פגה הצדקה זו, וכלל לא ברור מהי ההצדקה כיום לסמכות זו של הרמטכ"ל שאין לה מקבילה בדין הרגיל. אמנם, לנשיא המדינה קיימת סמכות חנינה (החלה גם על גזרי דין של בתי-המשפט הצבאי), אולם הענקת חתימת קיום לכל הכרעת דין שניתנת על-ידי בית-משפט שונה במהותה מחנינה. בייחוד שסמכות החנינה נועדה לאפשר שינוי העונש לאור שינויים המתרחשים אצל הנידון או בחברה לאחר מתן גזר הדין, ואילו סמכות הקיום של הרמטכ"ל לפי תקנה 47 מניחה העדר שינויים כאלה.

ניתן היה למצוא הצדקה לסמכות זו, אילו באמת נעשה שימוש בתקנות רק במצבי "חירום אמיתי" שאז יתכן שהרמטכ"ל הינו בעל נקודת המבט הרחבה ביותר ובעל היכולת להביא בחשבון נימוקים מערכתיים, שחברי המותב שדנו את הנאשם לא יכלו לשקול. אולם מאחר שהשימוש בתקנות נעשה בפועל בעיתות שלום, הרי שאין מקום להפקדתה של סמכות ביקורת שיפוטית רחבת היקף שכזו בידי הרמטכ"ל. לכאורה יש יותר הצדקה לקיומה של הסמכות שבתקנה 55 הדומה יותר במהותה לסמכות חנינה. לא ברור שיש מקום לסמכות כזו כשהיא נוספת לסמכות הנתונה לנשיא המדינה.



5. בתי משפט צבאיים תכופים [תקנה 56א]:

- א. סמכות כינון – הרמטכ"ל.
- ב. מותב – דן יחיד.
- ג. סמכות הענישה – סמכותו של בית-משפט צבאי תכוף מוגבלת להטלת עונש מאסר עד לשנתיים.
- ד. אישור הרמטכ"ל – לא נדרש, אם כי בסמכותו לשנות/להמתיק/למחול.

ניתוח והערכה

סקירה משווה

יש לשים לב שבבריטניה למשל, לא ניתן בעיתות שלום לדון אזרח בפני טריבונל צבאי, אם כי בעבר ניתן היה בהתאם לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1939 הבריטיות לשפוט אזרחים בעת מלחמה בפני בית משפט צבאי.

בהתאם למצב היום, יש להבחין בין "משפט צבאי" במובן הקיצוני, בו השלטון הצבאי מחליף את הזרוע המבצעת, לבין הקמתם של טריבונלים צבאיים מקום בו בתי המשפט הרגילים אינם מתפקדים. הכרזה על שלטון צבאי (משטר צבאי) אפשרית רק במצב מלחמה, וכך גם הקמתם של טריבונלים צבאיים. כפי שהעיר פרופ' Dicey: "Martial law" in the proper sense of that term, in which it means the suspension of ordinary law and the temporary government of a country or parts of it by military tribunals, is unknown to the law of England."²⁰

לעומת זאת הוכרה האפשרות להקים טריבונלים צבאיים מחוץ לבריטניה, במצב שבו לאור המצב ששורר, בתי המשפט הרגילים אינם מסוגלים לתפקד. בתחילה, המבחן להצדקת משפט צבאי היה: "Martial law is justifiable only when the disorder it is seeking to repress has closed the courts."²¹ מבחן זה שונה לאחר מכן ונקבע כי העובדה שבתי המשפט האזרחיים עדיין פתוחים אינה מונעת כשלעצמה שפיטת אזרחים על-ידי טריבונלים צבאיים אף במקום שהמחוקק שותק לעניין זה.²² באחד מפקי הדין שאל בית המשפט [תרגום חופשי, מ.צ.]: "האם



ניתן לומר שבתי המשפט מתפקדים בחופשיות, כאשר יש צורך בהגנת חייל צבאי כאשר ישיבות בית המשפט מופרעות, וכאשר חלק מן השופטים בבתי המשפט אינם מעיזים לשוב למחוזותיהם.²³ המבחן העיקרי שהתקבל על דעת בית המשפט הינו: Is the forcible resistance to authority so widespread, so continuous, so formidable, of such duration that the help of an army must be invoked, not merely in one or two instances, but habitually or constantly, lest the state shall perish?²⁴

כלומר המבחן הוא הצורך במעורבות צבאית מתמשכת להצלת המדינה. מבחן אחרון זה מכריע למעשה מיניה וביה האם קיומם של בתי המשפט האזרחיים אפשרי באופן עצמאי או שמא קיומם הינו מכוח הרשאה של השלטון הצבאי.

רוב האסמכתאות מן המשפט הבריטי מתייחסות לאירלנד. ניתן להבחין במספר עקרונות מנחים:²⁵

- א. לבתי המשפט האזרחיים הסמכות לקבוע כעניין שבעובדה האם נתהווה מצב חירום כמתואר לעיל (או שהתקיים בעבר בתקופה רלוונטית נדונה) המצדיק הקמת טריבונלים צבאיים.
- ב. במידה שהקמתם מוצדקת, בתי משפט צבאיים אינם כבולים בסדרי הדין הרגילים, בהיותם "גוף של קצינים המייעץ למפקדם...." כך למשל בעניינם של עותרים איריים שנידונו במיקרים שונים על-ידי טריבונלים צבאיים, ונגזר עליהם גזר דין מוות, קבע בית הלורדים שסעד של הביאס קורפוס אינו אפשרי שכן בתי המשפט הצבאיים אינם כבולים לצווים שיינתנו. ולמעשה, ב"שעת מלחמה" אין סעד מועיל.²⁶

באירלנד הוקמה מערכת של בתי משפט מיוחדים לצורך שמיעת מקרים הנוגעים לעבירות שבוצעו על-ידי טרוריסטים. הבסיס החוקי העכשווי לקיומם של הטריונלים הללו הינו חוק סמכויות חירום לצפון אירלנד (Northern Ireland [emergency provisions] Act 1991 = EPA).²⁷

הקמתם של טריבונלים אלו נבעה בעיקר מן האיום על מושבעים ועדים מצד טרוריסטים, ומן ההטייה של מושבעים מסויימים בהחלטותיהם. בבתי משפט מיוחדים אלו, המכונים Diplock Courts,²⁸ יושב שופט בית-משפט גבוה יחיד, בלא מושבעים, ושומע את התיקים תחת כללי ראיות הרבה פחות נוקשים (המדובר בעיקר בהקלה בדרישות של תוספות ראייתיות, בנושא קבילותן של הודאות, וכן ביטול זכות השתיקה).²⁹



השופט ממלא על כן הן את תפקידו השיפוטי הרגיל, והן את תפקיד המושבעים לקבוע את הממצאים העובדתיים (כאשר מדובר בעבירות פחות חמורות, הן יכולות להישמע על-ידי שופט מחוזי. בנוסף, אם ראש התביעה סבור כי תיק מסויים איננו נוגע בפועל לפעילות טרוריסטית הוא יכול "לאשר" העברת הדיון בתיק לבית משפט רגיל). האלמנט הבולט ביותר ב"טריבונל דיפלוק" (בעיקר למי שרגיל לשיטת המושבעים), הינו, היעדרם של מושבעים. הנימוק להיעדרם, כאמור, הינו כפול: ראשית, נטען כי המושבעים נתונים לאיומי קבוצות הטרור, ועל-כן יש לחשוש כי לא יפעילו שיקול דעתם בחופשיות. שנית, נטען כי מושבעים עלולים לפסוק באופן מובהק בהתאם להשתייכותם. כך למשל קתולים יקלו עם אחיהם ואף יזכו אותם; ולעומת זאת, יטו להרשיע פרוטסטנטים ולהחמיר בדינם ולהפך.³⁰

השיפוט הצבאי בארה"ב נתפש לא כחלק מן הרשות השופטת, כי אם כחלק מן הרשות המבצעת. הטריבונלים הצבאיים נתפשים כחלק ממערך השלטת משטר צבאי בשטח נתון. רוב האסמכתאות מן המשפט האמריקאי, הקשורות להחלת שיפוט צבאי ומשטר צבאי, לגבי אזרחים אמריקאיים בארה"ב, נוגעות לתקופת מלחמת האזרחים האמריקאית או לתקופה הסמוכה לה. יחד עם זאת, גם בתקופת מלחמת העולם הראשונה והשנייה, הוקמו טריבונלים נפרדים למטרות שונות, כפי שיפורט. בהקשר של מלחמת האזרחים, יש לדייק ולהעיר כי לא מדובר במצבים של שימוש בטריבונל צבאי בלבד כי אם בהחלת משטר צבאי (חלקי או מלא) על אזרחי המדינה. המדובר בעיקר בתקופה שלאחר מלחמת האזרחים האמריקאית, בה נוספו הוראות חוק המאפשרות התערבות צבאית (ביחס לאזרחים) כצבא הפועל ברשות עצמו (ולא כסיוע למשטרה האזרחית, כפי שהתאפשר קודם לכן) כדי להתגבר על אלימות, מהומות ומרידות, במצבים בהם אין בכוחם של השלטון ומערכת המשפט האזרחיים להתגבר על הפרות החוק.

כבר בשנת 1961 חוקק חוק המתיר שימוש בכח צבאי (כולל שיפוט) בכל מצב בו לדעת הנשיא לא ניתן להשליט החוק על-ידי מערכת המשפט האזרחית ובאמצעות ההליך השיפוטי הרגיל. הצורך האמור התעורר, לדעת הממשל הפדרלי, כאשר עם תום מלחמת האזרחים סרבו 10 מן המדינות הדרומיות לאשר את התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית. רדיקלים בקונגרס חוקקו את חוק "ההשתתה מחדש של השלטון הצבאי" (תרגום חופשי). בהתאם לחוק הוקמו 5 מחוזות צבאיים, אשר נוהלו על-ידי שלטון צבאי. התואנה המרכזית היתה כי אין בנמצא שלטון



אזרחי חוקי. יש לציין שבמשך שנתיים היה שלטון פדראלי אזרחי יציב באותם המקומות. האסמכתאות אינן מרובות משום שהקונגרס ביטל חלק מן החוקים הרלוונטיים שהעניקו שיפוט לגבי חלק מן העתירות. בהעדר סמכות שיפוט לא ניתן היה לדון בסמכות בתי המשפט הצבאיים. מבחינה מספרית נשפטו מעל 10,000 אזרחים על-ידי טריבונלים צבאיים בתקופת מלחמת האזרחים (יש הטוענים כי המספר קרוב יותר ל-30,000). 8 אזרחים אשר הואשמו ברצח לינקולן נשפטו על-ידי טריבונל צבאי. במלחמת העולם הראשונה הוקמו טריבונלים מהסוג של "ועדות לטיפול במשתמטים" שנאמנותם למלחמה הועמדה בספק. במלחמת העולם השנייה הוקמו טריבונלים צבאיים לשפיטת אזרחים בהוואי. אזרחים שנחשדו בסיוע לנאצים נשפטו על-ידי טריבונל צבאי והוצאו להורג.³¹

אין אסמכתאות רבות בנוגע לשאלת חוקיות החלת משפט צבאי בארה"ב שלא בעת מלחמה. ישנו פסק דין (*Ex Parte Lavinder*, 88) בו הנהיגו משפט צבאי בלא שהאזור נתפש על-ידי צבא, ובית המשפט קבע כי אמנם למושל סמכות להנהיג משפט צבאי בעת ששטח מסויים נתפש על-ידי הצבא, ובאמצעותו, אולם אל-לו להשליט חוק וסדר בלא תפישה צבאית אך ורק על יד הפיכת בתי המשפט לצבאיים. בפסק דין מוקדם יותר (*Johnson v. Jones* [1867] 44) הושמעה עמדה מקלה יותר עם השלטון. לפיה, די בכך שהנטייה הציבורית במקום מסויים הינה כה בלתי נאמנה לממשלה, שאין סיכוי שמי שסייע לאויב יבוא על עונושו בידי בתי המשפט הרגילים, כדי שניתן יהיה להתייחס לאותו מקום כאילו הינו תחת תפישת הצבא וזאת לצורך העמדת טריבונלים צבאיים, שיביאו לענישת האשמים.

על אף שבפועל חרגו לא אחת מן הכלל של שפיטה בפני מערכת בתי משפט אזרחית ויחידה, הרי שהרטוריקה השיפוטית דיברה בקול שונה: "שום דבר בהיסטוריה החוקתית האמריקאית אינו מאפשר להעמיד בתי משפט צבאיים בכפיפה אחת עם בתי משפט אזרחיים שמוקמים מכח סעיף 3 לחוקה ומכריעים באשמתם של המואשמים בעבירה פלילית."³²

בגרמניה ובאיטליה קיים איסור בחוקה על הקמתם של בתי משפט מיוחדים. נציין כי בגרמניה, קודם לקריסת רפובליקת ויימר, נדונה בפרלמנט פעמים רבות שאלת הלגיטימיות של השימוש בטריבונלים מיוחדים כדי לטפל במצבי חירום. ראשית, התעורר הדיון בקשר להקמת טריבונל מיוחד כדי לטפל באלימות הקומוניסטית. הקמתם של



טריבונלים שכאלה נאסרה על-ידי סעיף 105 לחוקת ויימר. הממשלה הגרמנית העלתה את הטיעון כי יש להבחין בין טריבונלים מיוחדים שנוצרו תחת הרשאה חוקתית (המדובר כהגדרת הממשלה בבתי משפט מיוחדים שנקבעו להם סמכויות שפיטה כלליות בנושאים שהוגדרו מראש), לבין טריבונלים שנוצרו בלא הרשאה (יוצאי דופן) ולכן אסורים בהתאם לסעיף 105 לחוקה.³³ בהתאם לאבחנה הוקמו שני סוגים של טריבונלים מיוחדים. לסוג הראשון, "טריבונלים צבאיים מיוחדים", הוענקה סמכות שיפוט בקשר לפיצוץ חמרי נפץ, רצח והצתה. בדומה לטריבונלים המיוחדים באירלנד, הוסמך טריבונל זה לפסוק עונש מוות וכן נקבעו בו כללי פרוצדורה פחות נוקשים. בניגוד לטריבונלים האיריים, ישבו בהם שלושה משפטנים מקצוענים. ביחס לעבירות יותר חמורות הוסמך שר המלחמה להקים בתי משפט צבאיים. בתי משפט אלו הוקמו ואוישו בפועל על-ידי המפקד הצבאי של המחוז הרלוונטי. אף בהם כיהנו שלושה שופטים אולם הם לא נדרשו להיות משפטנים. אף כאן כללי הפרוצדורה הקלו עם התביעה כאשר הדגש היה על הליך מהיר ויעיל. ההחלטה ניתנה על-ידי בית המשפט בתוך 24 שעות בלא זכות ערעור, וגזר הדין היחיד שניתן היה לפסוק היה מוות בירייה. אופיים הדרקוני של בתי משפט אלו הוליד ביקורת מרובה שהובילה לביטול הצו שכוון אותם בתוך פחות משלושה חודשים.

היש צידוק לקיומו של בית-המשפט הצבאי לפי תקנות ההגנה?

למעשה, ההסדרים הפרוצדורליים שבתקנות ההגנה דומים לדין הרגיל בחלק ניכר של הסוגיות. ההבדלים הינם בעיקר בנוגע להרכב השופטים (אינם משפטנים), בדיני הראיות, סמכויות המעצר, כלל ההכרעה (פה אחד), דינו של נאשם שאינו שפוי בעת המשפט ושבועת העד. בנוסף לכך, בתקנות לא מצויינת זכות העיון בחומר החקירה. בעוד שבעבר התקנות לא איפשרו זכות ערעור למי שהורשע על-ידי הטריבונל הצבאי, הרי שהיום בהתאם לתיקון שבחוק השיפוט הצבאי (סעיף 440א), מוענקת זכות ערעור על פסקי הדין של בתי המשפט הצבאיים, וכן ניתן להורות על משפט חוזר.

יש לחפש צידוקים לקיומו של הטריבונל הצבאי בעיקר ככל שהדבר נוגע לעבירות הצבאיות, לגביהן קיימת לטריבונל סמכות ייחודית. בנוגע לעבירות האחרות, במידה שנחליט שישנן נסיבות בהן בכל זאת מוצדק קיומו של הטריבונל, יש לקבוע כלל ניתוב מפורש לפיו יוברר היכן תידון העבירה.



כפי שראינו בפרק הקודם, לרוב העבירות ישנן עבירות המקבילות להן מבחינת יסודותיהן, והמצויות בחוק העונשין. השאלה שנצטרך לבחון הינה האם השוני בין העבירות מבחינת מהותן, מצדיק קיומה של מערכת דיונית נפרדת, וכללי פרוצדורה שונים. שאלה זו תיבחן על רקע ההכרעה בדבר מטרת קיומה של מערכת דיונית נפרדת, ובאיו מידה המערכת הקיימת מסוגלת להשיג היעדים הללו. שכן הכלל הינו מערכת דיונית אחת והיוצא מן הכלל הינו טריבונל שונה עם כללי דיון שונים, ובלעדי הצדקת החרוג אין לו זכות קיום.

בנוסף, יש לשים לב שהפעלתה של הפקודה למניעת טרור, שמטרתה המוצהרת הינה מלחמה בטרור ומניעתו, אינה זקוקה לטריבונל מיוחד או לכללי פרוצדורה מיוחדים, בכפוף לחריגים כדוגמת כלל המעביר את נטל ההוכחה בדבר אופיו הטרוריסטי של ארגון כזה לנאשם, במידה שהוכרז על הארגון ככזה או הוראות מיוחדות לענין פגישת עצור עם עורך דינו.

לדעתנו, לא ניתן להצדיק את קיומו של הטריבונל הצבאי דלעיל, הן בשל טיבו הספציפי (הנגזר מן הכללים המיוחדים במסגרתם הוא פועל), והן בשל החרוגה מן הכלל הרחב של מערכת דיונית יחידה. לצורך הדיון, יש לקבל כנקודת מוצא מספר הכרעות נורמטיביות:

מערכת בתי משפט אחת הינה הכלל וטריבונל מיוחד הינו יוצא מן הכלל שיש להצדיקו.

חייב להתקיים ייחוד למקרים הנדונים בפני הטריבונל הצבאי, והוא היותם קשורים לפעילות טרור או היותם בעלי מאפיין בטחוני. בהיעדר ייחוד שכזה הרי שקיומו של הטריבונל פסול מכל וכל, שכן לא ייתכן שניתן יהיה לדון על ביצוע עבירה מסוימת שאין לה מאפיין ייחודי בפני שני טריבונלים שונים, שחלים בהם כללים שונים. אמנם לשון התקנות איננה מעידה על קיומו של ייחוד זה של הטריבונל, אולם ייחוד כזה מתחייב מעקרונן החוקיות וזו גם המדיניות הננקטת בפועל. כאן המקום להזכיר כי אף העבירות שלגביהן יש לטריבונל הצבאי סמכות ייחודית אינן מיוחדות ככלל ביסודותיהן (מלבד רכיב העונש) לעומת חוק העונשין. על כן על פי רוב על התביעה להפעיל שיקול דעת בהחלטה האם להאשים בעבירה על תקנות אלו או על חוק העונשין. כשמדובר בעבירות שלגביהן לטריבונל הצבאי סמכות מקבילה, הרי שעל התביעה מוטל להפעיל שיקול דעתה פעמיים. ראשית עליה להחליט האם לסווג מעשה כעבירה על התקנות או על חוק העונשין (שכן לעבירות על התקנות לגביהן יש לבית המשפט



האזרחי סמכות מקבילה, יש על פי רוב מקבילות בחוק העונשין); ושנית עליה להחליט האם להגיש האישום בבית המשפט הצבאי, או בבית משפט רגיל.

תקנות ההגנה הותקנו על רקע מצב חירום מסויים. אף אם אותו מצב חירום הצדיק את התקנת התקנות כפי שהן, ועל כן הצדיק את הקמת הטריבונלים הצבאיים, הרי שכיום הצדקה זו איננה רלוונטית לקיומן העכשווי. מאחר שאין מדובר בתקנות שתוקפן מותנה בהכרזה על מצב חירום, אלא בתקנות שתוקפן תמידי, וכן הגדרת העבירות איננה ייחודית למצב חירום דווקא, הרי שעלינו למצוא צידוק לקיומו המובחן של הטריבונל, אשר יתאם מצב ענינים זה. **בהיעדר צידוק תמידי לקיומו של הטריבונל הצבאי, הרי שבהיותו חריג לכלל הרחב של טריבונל אזרחי עליו לחזול מלהתקיים.**

אף אם הטריבונל אמור לספק מענה טוב יותר לטיפול בתופעת הטרור או בעבירות בטחוניות, הרי שככלל עדיף לטפל בעברייני טרור ובטחון בכפפות של המשפט הפלילי הרגיל. כפי שצינו מלומדים "מאסר לאחר הרשעה בידי בית משפט פלילי רגיל, הינו הדרך המשכנעת ביותר מבחינה פוליטית לטיפול בנאשם, וזוהי הדרך שתעורר הכי מעט ביקורת..."[תרגום חופשי. מ.צ.]³⁴ ובמקום אחר צויין כי "מעטים הם הדברים שיהוו ניצחון מתוק יותר עבור הטרוריסטים מאשר שהמדינה תחתור תחת החירויות הבסיסיות במהלך המלחמה באויביהן של אותן החירויות."³⁵

חסרונותיו של בית המשפט הצבאי:

- מבחינת מראית פני הצדק נוצר מעין "צדק סוג ב'" עבור "עבריינים סוג ב'" ומכאן שנפגע אמון הציבור במערכת המשפט ומבחינה מהותית נפגם עקרון השוויון.
- הקיום של מערכת נפרדת גורר מניה וביה היעדר אחידות בשפיטה, שיש לשאוף אליה.
- לטריבונל צבאי השופט אזרחים יש תדמית ירודה באופן אינהרנטי. תדמית זו ירודה במיוחד כאשר יושבים בו שופטים שאינם משפטנים. טריבונל צבאי נקשר בדמיון הציבור לבית דין שדה, והאחרון איננו מודל של צדק עבורם.
- קיימת סכנה ליצירת מעין "מסגרת משפחתית" בפני טריבונלים אלו, ומעין "צדק פרטי" הרחוק מעיני כל. החשש הוא מהבנת יתר ל"צרכי



המערכת" העלולה להוליך למתן משקל מוגזם לשיקולי ביטחון. כמו כן, קל יותר לגורמים הממונים על אכיפת החוק להערים על מספר קטן יותר של שופטים הפועלים באוירה כזו, מאשר על מערכת המשפט הכללית. כפי שאכן עשוי חוקרי השב"כ בכל הנוגע לעדויותיהם על חקירת המעורבים בפעילות חבלנית עויינת (כעולה מדו"ח ועדת לנדוי).

■ הקיום של מערכת נפרדת ללא אפיון פורמאלי של ייחודה יוצר מטבעו חוסר בהירות, ובכך נפגם עקרון החוקיות.

■ מבחינת עקרון הפרדת הרשויות והאחריות לסדר ולבטחון האזרחיים, לא רצוי לערב את הזרוע הצבאית בהשלטת הסדר והביטחון במדינה פנימה. אין המדובר במצב חירום שבו מערכת המשפט מושבתת ואינה יכולה לתפקד, ונדרש שהצבא יקבל על עצמו את הפעלת המערכת השיפוטית. אבחנה אחרונה זו מקובלת באנגליה ובארצות הברית, ובהתאם לה אין להקים בתי משפט צבאיים שישפטו אזרחים, כל עוד בתי המשפט האזרחיים יכולים לתפקד בזכות עצמם.

כפי שניתן לראות, התפתחה במשך הזמן "תורה שבעל פה" בכל הנוגע למדיניות הגשת כתבי האישום לבית המשפט הצבאי. קיומו של מצב שכזה חותר, כאמור, תחת הוודאות המשפטית ועקרון החוקיות.

בהתאם ל"תורה שבעל-פה" שהתפתחה בכל הנוגע לכתבי האישום, הרי שבפועל האישומים מוגשים כנגד חשודים שאינם יהודים. פרקטיקה שכזו מנוגדת לעקרון השוויון.

מאחר שהעונש הקבוע לעבירות שלטריבונל הצבאי סמכות יחודית לגביהן, גבוה ממקבילותיהן שבחוק העונשין, עלולה להיוצר תחושה של שרירותיות וקשיחות. בשל כך עלול אמון הציבור במערכת המשפט להיפגע.

רכיב מרכזי בשלטון החוק הינו אמון הציבור במערכת המשפט, ומערכת המשפט איננה רק בתי המשפט הרגילים כי אם המערכת בכללותה. קיומן של תופעות הנתפשות בעיני הציבור כשרירות, אפלייה, נוקשות או חוסר מקצוענות, עלולות לערער את אמונו במערכת ככלל.

האם לבתי המשפט הצבאיים יתרון כלשהו על פני מערכת בתי המשפט הרגילה בטיפול בעבירות שתחת סמכותו?



אילו נמצא לטריבונל צידוק רציני, יתכן שצידוק זה היה גובר על החסרונות שמנינו. אולם כפי שיפורט, אין לבית המשפט הצבאי כל עדיפות:

אין כל יתרון בכך שיושב מותב של אנשי צבא (בפועל יושב בראש המותב משפטן, אולם התקנות אינן מחייבות זאת). אופיים ה"לא משפטי" של שופטי המותב פוגם בתדמית הטריבונל, אולם אין לו ערך מוסף מבחינת תפקוד הטריבונל. מקובל להושיב אנשי צבא במקום שופטים מקום שאין בתי המשפט האזרחיים יכולים לתפקד מפאת ערעור מוחלט של מצב הבטחון. אין זה המצב בעניננו. ניתן לטעון כמובן כי יש אלמנט הרתעתי בכך שהשופטים הם קציני צבא ולא משפטנים. לכאורה "האוריינטציה הבטחונית" שלהם תטה את הכף אצלם לכיוון שיקולים בטחוניים. נקודה אחרונה זו – שמשמעותה, למעשה, גישה שיפוטית בלתי מאוזנת – הינה בדיוק שיקול נוסף נגד מותב שכזה. מה-גם שתחושות החרדה מפני טרור והסלידה כלפיו קיימות כאותה מידה גם אצל שופטים אזרחיים.

לא מדובר בבית משפט שאמור לענות על הפונקציה של בית דין שדה מבחינת מיידיות תיפקודו. כללי הדיון אינם מחייבים דיון מהיר, או הכרעה מהירה בדיון. ניתן לטעון כי מאחר שבתי המשפט הרגילים עמוסים לעיפה, הרי שבאופן יחסי הדיון בפני בתי המשפט הצבאיים מהיר בהרבה, משום שהם אינם עמוסים כמותם. מובן, שטיעון זה אין בו די כדי להצדיק הקמת טריבונל נפרד. ניתן להשיג טיפול שיפוטי מהיר על-ידי מתן קדימות לעבירות מסוימות בבתי המשפט הרגילים (ובכל מקרה ניתנת קדימות לעבירות דן שכן מדובר בנאשמים הנתונים ככלל במעצר).

יתכן כי במצב של מלחמה ממש, יש צורך בבית דין שכזה. אך זו בדיוק האבחנה בין מצב מלחמה למצב שלום. קיומו של איום טרוריסטי עדיין אינו מכניס את המדינה למצב חירום אקוטי שבו בתי המשפט הרגילים אינם יכולים לתפקד. כאן רצוי לאמץ את הגישה הבריטית ולקבוע כי מקום שבתי המשפט הרגילים יכולים לתפקד הרי שסמכות הדיון תהיה בידם.

כאמור, לבתי-המשפט הצבאיים יש גם סמכות לדון בכל עבירה כאשר מכריזה הממשלה בצו על סגירת בתי המשפט הרגילים. סמכות זו עשויה להיות מוצדקת במקרי חירום קיצוניים, בעיקר בעת מלחמה, אך התקנות אינן מפרטות כל נסיבות כתנאי להכרזה כאמור, ובכך מעניקות כוח בלתי מוגבל שאין לו מקום ויש חשש שיעשה בו שימוש לרעה.



כללי הפרוצדורה בפני המותב אינם שונים באופן מהותי. אין המדובר בכללי דיון שעוצבו במיוחד כדי לטפל בתופעת הטרור. יחד עם זאת, אף אם יחליט המחוקק לעצב כללי דיון שונים כדי להתמודד טוב יותר עם תופעת הטרור הרי שאין צורך להקים לשם כך טריבונול נפרד, והם יוכלו לשמש את השופטים בבתי המשפט הרגילים בעת שהם דנים בעבירות מסויימות (כפי שכבר קורה למעשה כאשר בתי משפט דנים בעבירות החמורות שבחוק העונשין נגד בטחון המדינה: לעיתים החוק קובע הוראות פרוצדורליות ייחודיות). זו הדרך בה מתמודדת השיטה הגרמנית עם תופעת הטרור. מאחר שהחוק הבסיסי הגרמני אוסר על הקמת בתי משפט מיוחדים, ישנם כללים פרוצדורליים שונים שמותאמים לטיפול בתופעת הטרור, במסגרת בתי המשפט הרגילים.

הנתונים בדבר היקף השימוש בבתי המשפט הצבאיים בישראל מלמדים כי גם המערכת עצמה אינה רואה אותם כחיוניים. עיון בנתוני ההעמדה לדין בבתי המשפט הצבאיים, כפי שנמסרו על-ידי דובר צה"ל, מלמד על ירידה תלולה בפעילות בתי המשפט בשנים האחרונות. בשנים 90-95 היו בסך הכל כמאה העמדות לדין בכל שנה, למעט עליה חריגה שנרשמה בשנת 91 בה עמד הועמדו לדין 141 אנשים. בשנים 96 ו-97 חלה ירידה חדה בפעילות בתי המשפט הצבאיים. בשנת 1996 הסתכמו כל העמדות לדין ב-51 מקרים ובשנת 1997 ב-30 מקרים בלבד (פירוט הנתונים מצוי בנספח).

בשיטות משפט בהן קיימים מושבעים, הוצדקה הקמתו של טריבונול מיוחד (בלא מושבעים) בטענה כי המושבעים יפחדו מן האיומים של ארגוני הטרור ולכן לא יוכלו לפסוק באופן ענייני (באירלנד למשל. שם גם נטען כי המושבעים עלולים לפסוק שלא באובייקטיביות אלא בהתאם להשתייכותם: קתולים או פרוטסטנטים). שיטתנו איננה שיטת מושבעים, ולכן לא ניתן להעלות טיעון זה. במידה שטיעון זה יוסב לאיום על השופטים, הרי שאנשי צבא יכולים להיות מטרה לאיומים באותה המידה (השיקול של אובייקטיביות שיפוטית תומך בהפקדת השפיטה בידי שופטים מקצועיים).

החסרונות של בתי המשפט הצבאיים מרובים. לעומת זאת, לא ניתן להצביע על יחוד או יתרון הטמונים בהם, אשר יש בהם כדי להצדיק חריגה מן הכלל הרחב של מערכת בתי משפט יחידה. אף אם קיימים בהם יסודות מסויימים שעשויים לייעל הדיון ולרזוז, הרי שניתן להשיגם בהוראות מיוחדות במסגרת מערכת המשפט הרגילה. נדמה כי לא ניתן



לטעון טענות הנוגעות לבטחון המדינה כדי לתמוך בטריבונל נפרד, שכן כל ייחוד שיכול להיות לטריבונל שכזה נובע מן הכללים החלים עליו. כללים כאלה ניתן לאמץ ולהחיל כאשר אותם ענינים נדונים בפני בתי המשפט האזרחיים, כפי שנעשה כבר היום.

ביטול הטריבונל במיוחד יתרום להגברת אמון הציבור במערכת המשפט ככלל, ולהגברת הלגיטימיות של הטיפול בטרור. אף אם ייעשה שימוש בכללי פרוצדורה מיוחדים, הדבר ייתפש כלגיטימי יותר ומבוקר יותר בהיעשותו במערכת הרגילה. ככל שטיפול בתופעת הטרור ייעשה במסגרות המשפט הפלילי הרגילות, יזכה הטיפול הנוקשה בתופעת הטרור ליתר לגיטימיות.

אכן, מדינות רבות חרגו במהלך ההיסטוריה שלהן מן הכלל של מערכת בתי משפט יחידה. באירלנד חריגה זו נמשכת עד היום הזה. יחד עם זאת, בחינת הרקע והנסיבות להקמת הטריבונלים הללו מורה כי, בדרך כלל, הם הוקמו על רקע מצב מלחמה ממשי (לפעמים בסמוך לפרוץ מלחמה, ובעיקר בתכוף אחריה). הקמתם של טריבונלים אלו לוותה, ככלל, בביקורת ציבורית נוקבת, ולא תמיד ניתן להצביע על תועלת שצמחה מן ההזדקקות להם. בנוסף, כמעט תמיד הם בוטלו עם תום המצב שהוביל להקמתם. לקחי המלחמות הובילו מדינות כגרמניה ואיטליה, לאסור בחוקותיהן על הקמתם של טריבונלים נפרדים. המשך קיומם של הטריבונלים המיוחדים באירלנד זוכה לביקורת בינלאומית ניכרת. בעוד שבאירלנד ההצדקה להקמת הטריבונל אינה נפסקת לכאורה, שכן החשש לעיוות דין מצד המושבעים על רקע הפילוג לא פסק, הרי שלא מצינו אף צידוק להמשך קיומו של בית-המשפט הצבאי אצלנו.

בתי המשפט האזרחיים

כללי דיון בעבירות על התקנות בפני בתי המשפט אזרחיים:

1. הדין הפלילי הכללי

הדין הפלילי הכללי חל על עבירות על-פי התקנות כשהן נדונות בבית משפט אזרחי [תקנה 68], זולת אם נקבעה הוראה מפורשת אחרת.



2. עונש כללי

תקנה 69 קובעת שכאשר לא נקבע עונש מיוחד על העבירה, ומדובר באדם שיש לשופטו באופן תכוף בפני בית משפט אזרחי, ניתן לשפט עליה באופן תכוף בפני בית משפט מחוזי או שלום. בבית משפט מחוזי – תקרת המאסר הינה 5 שנים ובבית משפט שלום – התקרה הינה חצי שנת מאסר.

התקנות אינן מפרשות מהו הקריטריון לניתוב הדיון (כשם שאינן מבהירות מה דינו של מי שאין לשופטו באופן תכוף). שתיקתן בסוגייה זו מהווה פגיעה חמורה בעקרון החוקיות, וזאת בעיקר לאור ההשפעה המרובה על תקרת הענישה בהתאם לערכאה הנבחרת.

3. סמכות לעצור בלי פקודה

סמכות לעצור בלי פקודה מסורה לשוטר, למוכתר, ולחבר לחילות הממשלה.

עילת המעצר – חשד סביר לעבירה על התקנות. אם המעצר נעשה בידי המוכתר או חבר החילות, ייחשב הדבר כמעצר בידי אדם פרטי בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש).

בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) – ישנה סמכות דומה לשוטר, אם כי ישנו פירוט רב יותר לגבי המקרים בהם רשאי הוא להפעיל סמכות זו. חוק זה אשר תיקן את פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר ושחרור), ביטל רק חלקים ממנו. לענייננו הושארה סמכותו של אדם פרטי לעצור בלא צו (סעיף 6) רק אם אדם נמלט ממשמורת, או מבצע בפניו פשע. קודם לתיקון הפקודה ב-1996 היתה לאדם פרטי סמכות לעצור גם בהוראת שופט.

4. תפיסת חפצים והחרמתם

לפי תקנה 74 (2) החרמת רכוש שנתפש הינה מנדטורית. זאת, בניגוד לפקודת סדר הדין הפלילי, שם חילוט נכסים שנתפסו איננו חובה (סעיף 32-39). אף בנוגע לחפצים שנתפשו בקשר לעבירות שבפרק ז' לחוק העונשין (כלומר העבירות הבטחוניות) – חילוטם איננו אוטומטי. בשני החוקים הליך החילוט יכול להיעשות רק לגבי חפץ הקשור לביצוע העבירה ובעל זכות בנכס שלא היה שותף לעבירה זכאי לבקש את ביטול החילוט מבית-המשפט.



5. פטור לפקידים, שוטרים, וחברי חילות הממשלה

בהתאם לתקנה 78א ניתן פטור לפקידים, שוטרים, וחברי חילות הממשלה מעבירה על התקנות לגבי מעשים שבמילוי תפקידם. זוהי הוראה גורפת שאף אינה דורשת כל תום לב מצד ממלאי התפקידים. אין להוראה זו מקבילה בהקשרים דומים.

ניתוח והערכה

כאשר מדובר בעבירות הללו, שניתן לדון בהן בבית משפט אזרחי, יש לבחון האם אכן מוצדקת סטייה, ותהא היא אף פעוטה, מן הכללים הרגילים. כלומר, האם יש איזשהו ייחוד לעבירות שלגביהן קיימת סמכות מקבילה לבתי המשפט האזרחיים, שמצדיק סטיית בתי המשפט אף במעט מן הכללים החלים ברגיל.

אף כאן יש לשים לב שלרוב העבירות (שאינן צבאיות) המפורטות בתקנות, קיימות עבירות פליליות מקבילות בדין הפלילי הכללי.

בנוסף, מתבקש כלל של ניתוב האישום לבית-המשפט הצבאי או לבית-המשפט האזרחי. התקנות אינן מספקות קריטריון כזה.







התאחדות אסורה

תיאור התקנות וחקיקים מקבילים

תקנות 84 ו-85 לתקנות ההגנה קובעות הוראות ועבירות בנוגע להתאחדות בלתי מותרת. תקנה 84 מגדירה התאחדות בלתי מותרת, ותקנה 85 קובעת עבירות האוסרות על השתייכות להתאחדות שכזו ועל כל פעילות הכרוכה בה.

התנאים החלופיים להיותו של חבר בני אדם "התאחדות בלתי מותרת" הינם:

(א) המלצה, הסתה או עידוד, בחוקתו או בתעמולתו של הארגון לאחת מהפעולות הבאות:

- מיגור חוקתה של מדינת ישראל באלימות;
- גרימת שנאה או בוז, או הסתה לאיבה, כלפי הממשלה או שריה;
- השמדה או פגיעה ברכוש של מדינת ישראל;
- מעשי טרור נגד ממשלת ישראל או עובדיה;
- ביצוע אחת משלושת הפעולות האחרונות או נטילת אחריות להן או מעורבות בהן;

או

(ב) הכרזה של שר הביטחון על חבר בני אדם כהתאחדות כבלתי מותרת. יש לשים לב שהתנאים להגדרת התאחדות כבלתי מותרת הינם חלופיים וכל אחת מהחלופות הינה רחבה.

החלופה הראשונה – הקובעת מספר פעולות אשר קריאה להן או תמיכה בהן הופכות את ההתאחדות לאסורה – כוללת, בין השאר, גם תת-חלופה של גרימת שנאה או בוז לממשלה או לשריה. פעילות זו נמצאת על הגבול שבין פעילות פוליטית מותרת לאסורה, ולדעתנו – בצד הלגיטימי של הגבול (עניין זה נדון בהרחבה בנייר עמדה קודם: מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים, הסתה, לא המרדה).

החלופה השנייה הינה הכרזה מצד שר הביטחון אשר הינה בעלת תוקף קונסטитуטיבי. הכרזה זו מוליכה להטלת חובות על כל מי שיש לו נגיעה



לרכוש של ההתאחדות האסורה, שעיקרן הוא מסירת מידע בנוגע לרכוש, ומעניקה סמכויות מופלגות להחרמת הרכוש. נראה שמטרת ההכרזה היא להבהיר אילו התאחדויות הן אסורות הן לפועלים במסגרתן והן לאנשים אשר התקנות מטילות עליהן חובות בנוגע להתאחדויות אסורות, וזאת במטרה לפטור אנשים אלה מלהכריע בעצמם האם ההתאחדות מבצעת פעולה אשר הופכת אותה להתאחדות אסורה.

התקנות אינן מפרטות מהם השיקולים שעל שר הביטחון לשקול במסגרת החלטתו על הכרזה כאמור. עם זאת, הדין הכללי מחייב ששר הביטחון יפעיל שיקול דעת סביר ולא יכריז על ארגון כאסור כעניין של מה בכך. אם ההשערה לפיה מטרת החלופה של הכרזת השר הינה אכן הבהרה לציבור אילו התאחדויות הן אסורות אז ניתן להניח בנוגע לשיקולים שעליו לשקול כי הכוונה הייתה ששר הביטחון יכריז על התאחדות כאסורה כאשר לדעתו היא מבצעת את אחת הפעולות המנויות בחלופה הראשונה. כלומר, חלופת ההכרזה לא נועדה ליצור סוגים נוספים של התאחדויות אסורות. הדרישה להפעלת שיקול הדעת של השר באופן סביר, והאפשרות לתקוף את שיקול דעתו באמצעות פנייה לבית-המשפט בעתירה לפסול את החלטתו, עשויות להוות מחסום מסוים בפני הוצאת ארגונים לגיטימיים מחוץ לחוק באופן שרירותי. עם זאת, קשה לראות בכך תחליף הולם לקביעה ברורה של הקריטריונים אשר לפיהם רשאי השר להכריז על התאחדות כאסורה. השילוב של הגדרה רחבה לפעילות ארגונית אסורה, ושיקול דעת רחב לשר, עלול להיות הרה אסון, בעיקר במצבים בהם אין התנגדות מצד דעת הקהל להכרזה על התאחדות כאסורה (למשל אחרי פיגוע טרוריסטי).

תקנה 85 קובעת עבירות האוסרות כמעט על כל מעורבות אפשרית בהתאחדות בלתי מותרת: חברות בהתאחדות, פעילות במסגרתה או עבורה, נוכחות באסיפה של ההתאחדות והחזקת רכוש השייך להתאחדות. הפרת כל אחד מהאיסורים האמורים, תביא לשפיטה תקופה בפני בית משפט שלום או מחוזי. העונש המקסימלי בגין כל העבירות הללו הוא אחיד, ללא כל הבחנה ביניהן, ותלוי רק בערכאת השיפוט: תקרת המאסר לנידון בבית משפט שלום הינה שנת מאסר, ואילו התקרה בבית המשפט מחוזי הינה עשר שנות מאסר. התקנות אינן מפרטות מהו לא ברור מה הקריטריון לבחירת הערכאה, ובהתאם מהו העונש המקסימלי הצפוי לנידון, דבר המהווה פגיעה חמורה בעקרון החוקיות. מההיבט הפרוצדורלי, יחולו על האיסורים האמורים הכללים המשותפים לשאר העבירות על התקנות.



לאיסור על התאגדות לסוגיה קיימים שלושה מקורות נוספים:

(ii) חוק העונשין (סעיפים 145-150) מקיף עבירות בקשר להתאגדות אסורה. הגדרת התאגדות אסורה דומה מאוד לחלופה הראשונה של הגדרת התאחדות אסורה בתקנות ההגנה, אך בניגוד לתקנות ההגנה החוק אינו כולל חלופה של הכרזה רשמית על היותה של ההתאגדות אסורה. ההגדרה של התאגדות אסורה בחוק העונשין היא חבר בני אדם הקורא להפיכת סדרי השלטון או להפלת הממשלה באלימות, לפגיעה בנכס של המדינה, לעשיית מעשה המרדה – המוגדר בבסיסו כגרימת שנאה, בוז או אי-נאמנות למדינה, לרשויות השלטון או המשפט וכן גרימת מורת רוח בקרב יושבי הארץ ואיבה בין חלקי האוכלוסייה – או חבר בני אדם "שלא הודיע תקנותיו... על פי הדין". (אין ספק שהחלופה האחרונה של אי הודעה על תקנות ההתאגדות הינה עירוב מין שבאינו מינו ואיננה תואמת את הערך המונן על-ידי האיסור אלא אם ההנחה היא שהסתרת תקנות ההתאגדות נובעת מאי חוקיותן של מטרות ההתאגדות או אמצעה).

גם לעניין העבירות קובע חוק העונשין עבירות דומות לתקנות ההגנה: קריאה לעשיית אחת הפעולות המנויות בהגדרת ההתאגדות האסורה, חברות בהתאחדות האסורה, תמיכה בה, או תרומה כספית לטובתה.

לצורך העבירה של חברות בהתאגדות אסורה הועלה גיל הקטינות מגיל שתים-עשרה לגיל שש-עשרה.

העונש המקסימלי בגין חברות בהתאגדות אסורה הינו שנת מאסר ובגין קריאה לעשיית אחת הפעולות המנויות בהגדרת ההתאגדות האסורה – שלוש שנות מאסר.

מההיבט הפרוצדורלי נדרש אישור של היועץ המשפטי לממשלה כתנאי להגשת כתב אישום בגין הפרת איסורים אלה.

(iii) הפקודה למניעת טרור אוסרת על חברות, תמיכה, הזדהות ועידוד ארגוני טרור, וכן עשיית מעשים מסוגים שונים לטובת ארגון הטרור או פעולות תמיכה על סוגיהן השונים בארגון הטרור. הגדרת ארגון טרור היא רחבה: "חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות, העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה." חשוב לשים לב לכך שהגדרה זו מחילה את הפקודה לא רק על ארגוני טרור במשמעות המקובלת של המונח, שכן היא חסרה מאפיינים חשובים המייחדים את הטרור: ההגדרה מתייחסת רק אל האמצעים בהם



משתמש הארגון ואינה כוללת כל תנאי בנוגע למטרות הארגון, כך שהיא חלה על כל ארגון המשתמש באלימות, תהיינה מטרותיו אשר תהיינה, בעוד שמאפיין מרכזי של ארגוני טרור הוא קיום מטרה מדינית או פוליטית משותפת. ההגדרה גם מתעלמת מהאמצעי המיוחד לארגוני טרור של יצירת אימה בציבור כאמצעי רחב יותר להשגת המטרה. במובן זה ההגדרה בפקודה היא אף רחבה יותר מההגדרות של התאחדות אסורה בתקנות ההגנה ושל התאגדות אסורה בחוק העונשין. למרות זאת ייתכן ויש מקום לפרש את הפקודה באופן צר יותר מלשונה התואם את המובן המקובל של המונח "טרור". מבחינת האמצעים, לעומת זאת, הדרישה לאלימות קשה בפקודה מצמצמת את הארגונים שייתפסו בה לעומת תקנות ההגנה וחוק העונשין שאינם כוללים מגבלות מסוג זה אלא מסתפקים בקריאה לפעולה אסורה כלשהי לשם השגת המטרה האסורה.

בניגוד לתקנות ההגנה, הפקודה אינה כוללת חלופה של הכרזה על ארגון כטרוריסטי כעניין קונסטיטוטיובי, אולם הכרזה שכזו על-ידי הממשלה היא בעלת משמעות ראייתית – היא מעבירה את נטל ההוכחה לנאשם. הפקודה ייחודית בחזקות נוספות שהיא מקימה אשר מעבירות את נטל ההוכחה לנאשם ובכך מקלות על הוכחת העבירה. בנוגע להגדרת ארגון כאסור, כוללת הפקודה גם הוראה מהותית במסווה של חזקה ראייתית. סעיף 7 לפקודה קובע כי לצורך קביעה, בכל דיון משפטי, כי חבר בני אדם הינו ארגון טרור אין צורך להוכיח את כל מרכיבי ההגדרה אלא די להוכיח שמי מחבר האנשים ביצע מעשה אלימות קשה (בניגוד להגדרה לפיה צריך שהארגון עצמו ישתמש בפעולותיו במעשי אלימות אשר ממנה משתמעת הדרישה לשימוש עקבי באלימות) או שמי מחבריו הכריז שחבר האנשים או מי מטעמו ביצע מעשה אלימות טרור.

חזקות ראייתיות אחרות הניתנות לסתירה, מלבד החזקה הנובעת מהכרזת הממשלה על ארגון כטרוריסטי, קובעות כי קביעה בפסק דין לפיה חבר בני אדם הינו ארגון טרור היא הוכחה לכאורה לכך בכל הליך מאוחר יותר; כי הוכחה כי אדם מסוים היה חבר בארגון טרור מעבירה את הנטל עליו להוכיח שחדל להיות חבר בו; והנחה לפיה אדם הנמצא במקום המשמש לארגון אכן משתייך לאותו ארגון. כמו כן קיים חריג לכלל הראייתי האוסר על עדות שמיעה לפיו מאפשרים קבלת כל פרסום של הארגון כראייה לאמיתותו.

הפקודה גם מעניקה סמכות להחרמת כל רכוש של ארגון טרור.



בניגוד לתקנות ההגנה, מותנית תחולתה של הפקודה בקיומה של הכרזה על מצב חירום בתוקף.

(III) תקנות ההגנה עצמן קובעות איסור נוסף – בסעיפים 58(ד) ו-59(ז) – על השתייכות לארגונים שמי מחבריהם ביצע אחת מן העבירות המפורטות באותן התקנות. תקנות אלו קובעות בעיקר עבירות הכרוכות בהחזקת נשק או תחמושת מסוגים שונים ללא היתר, בייצור נשק או תחמושת, בשימוש בנשק כלפי בני אדם או רכוש ועבירות של פגיעה באמצעי תחבורה ותעבורה ציבוריים, יבשתיים, ימיים ואוויריים כאחד. נדמה כי ההנחה הינה כי פעולות שכאלו הינן אופייניות לארגוני טרור, אולם, בדומה לפקודה למניעת טרור, אין בתקנות דרישה למטרה מיוחדת.

ניתוח והערכה

חופש ההתאגדות – כלומר, החופש להתחבר עם אדם או עם קבוצת אנשים לשם הגשמת מטרה מסוימת – הינו אחת החירויות הבסיסיות במשטר דמוקרטי. כפי שציין בית המשפט העליון במספר מקומות: "זכות [ההתאגדות] כמוה כזכות חופש הדיבור בחברה דמוקרטית, וקשורה היא אליה בקשר הדוק, כשהתאגדות היא שלב בו מתלכדים מספר אנשים לליבון וקידום רעיון מסוים, והיא עדות למעבר שבין הגיבוש האינדיבידואלי של הרעיון לגיבושו החברתי".³⁶ במקום אחר ציין כי בית- המשפט העליון כי "זכות ההתאגדות היא זכות יסוד הן מבחינת זכויותו האישיות של האזרח בחברה דמוקרטית, הן מבחינת העיקרים החברתיים המנחים אותה, והן מבחינת אופייה כמדינת חוק. חופש ההתאגדות הוא זכות היחיד והכלל, והוא תנאי שאין בלעדיו לקיומה של הדמוקרטיה".³⁷

עם זאת, ככל חירות, אף חופש ההתאגדות אינו בלתי מוגבל, וישנם אינטרסים בגינם יש צורך להגבילו. כאן ענייננו בהגבלות על חופש ההתאגדות הנובעות מהסכנה שהתאגדות עלולה ליצור לציבור, לסדר הציבורי או לביטחונה של המדינה. הסיבה לצורך באיסור על השתייכות לארגונים מסוימים הינה החשיבות המיוחדת המיוחסת לנטרול התארגנויות בעלות מאווים שליליים טרם שהגשימו חבריהם את אותם המאווים, וזאת לאור הסכנה המיוחדת הנובעת מהשילוב של חומרת מטרות אלה, החותרות תחת קיום המשטר הדמוקרטי, הפעולה המשותפת להשגתן והנכונות להשתמש באמצעים קשים לשם כך.



במדינות רבות קיימת מודעות לחשיבות התייחסות המערכת הפלילית לשלב ההתארגנות, ולכן ישנם איסורים על קיומם של ארגונים שמטרתם אינה חוקית. ההבדלים בין המדינות הינם בהיקף האיסורים, וכן באופי הסמכות להכריז על ארגון כבלתי חוקי. כך, למשל, בעוד שבדרום אפריקה ההכרזה על הארגונים הבלתי חוקיים, נעשית על-ידי הרשות המבצעת, בבריטניה ההכרזה היא בסמכות הפרלמנט או מזכיר המדינה. בדומה, גם באירלנד הוצאו ארגונים מחוץ לחוק בחקיקה של הפרלמנט.

המסקנה העולה מניתוחם של האיסורים השונים בחקיקה הישראלית בנוגע להתאגדויות אסורות היא שקיימת מידה רבה של חפיפה ביניהם מבחינת היקף האיסור. החפיפה נובעת, בין היתר, מהלשון הרחבה בה מנוסחים המקורות השונים, אשר כפועל יוצא ממנה נעלמים המאפיינים שאמורים ליחד את הנורמות האחת מרעותה. לעומת זאת, קיימים הבדלים משמעותיים בין חיקוקים אלה בכל הנוגע לסדרי הדין ולדיני הראיות. התוצאה היא שאפשר להאשים אדם בגין אותו מעשה לפי ארבעה איסורים שונים, לפי שיקול דעתה של התביעה, בהתאם להסדרים השונים במישור הדיוני והעונשי בחיקוקים אלה. לדוגמא:

הסמכות הייחודיות לדון בעבירות לפי תקנות 58 ו-59 לתקנות ההגנה נתונה לבית המשפט הצבאי, והעונשים עליהן חמורים במיוחד. מי שמשתייך לארגון אשר ביצע מעשה מן המעשים שבתקנה 58 חשוף לעונש מקסימלי של מיתה, ואם ארגונו ביצע מעשה כמפורט בתקנה 59, הרי שעונשו המקסימלי הוא מאסר עולם.

קל להפעיל את תקנות 84 ו-85 לתקנות ההגנה. די בכך שיתקיים התנאי הקונסטיטוטיובי של הכרזת שר הביטחון על הארגון כאסור. במידה שאכן הכריז השר כאמור נובעות תוצאות מיידיות מן ההכרזה.

הפקודה למניעת טרור כוללת חזקות לטובת התביעה שעל החשוד לסתור כדי לנקות עצמו. לכן, מבחינה ראייתית יהא נוח לתביעה להאשים על-פי פקודה זו דווקא.

חוק העונשין מטיל על התביעה את העול הכבד ביותר מההיבט הפרוצדורלי בעוד שהעונשים הקבועים בו הם הקלים ביותר; ולכן סביר שההזקקות לו תהא מעטה.

מצב דברים שכזה המאפשר לתביעה לבחור את החיקוק לפיו תעמיד לדין אינו רצוי כלל ועיקר. הוא מהווה פגיעה קשה בעקרון החוקיות שכן נוצרת אי וודאות בנוגע לדין החל. כמו כן מצב דברים זה מאפשר, ואף עלול

לעודד, החלה בלתי שוויונית של הדין. לכן, ראוי לאחד את האיסורים השונים כך שעל כל מעשה יחול דין אחד בלבד.

לעקרון החוקיות ישנה חשיבות מיוחדת בהקשר זה מפני שהאיסור על התאגדות אסורה עוסק במעשים אשר בדרך-כלל אינם אסורים בהקשרים אחרים, וזאת כאמור לאור הסכנה המיוחדת אשר יוצרים ארגונים מסוימים הפועלים להשגת מטרה בלתי חוקית באמצעים פסולים. עבירת ההשתייכות לארגון אסור נוגעת בשלב מוקדם של הפעילות, אשר לרוב מוגן במסגרת חירות ההתאגדות ואין מתערבים בו: עצם ההשתייכות לארגון המתכוון לבצע מעשי טרור גוררת עונש, ולא נדרשת התנהגות נוספת על עצם ההשתייכות כתנאי לענישה. מאפיין זה מחייב שהדין בנוגע להתאגדות אסורה יוגדר בצורה ברורה ככל האפשר, וזאת בניגוד ללשון הרחבה בה מנוסחים האיסורים הקיימים. כמו כן ראוי בשל כך לא להסתפק בקביעת תנאים כלליים אלא לציין, ככל האפשר, מראש אילו ארגונים נכללים במסגרת הגדרה זו. דבר זה צריך להיעשות הן על-ידי פירוט בחוק עצמו של הארגונים אשר המחוקק רואה אותם כנכללים במסגרת האיסור בעת קביעתו, וכן באמצעות פרסום של רשימת הארגונים אשר בתי-המשפט קבעו לגביהם שהם נכללים בהגדרה כך שרשימה זו תהיה מעודכנת ככל הניתן. נראה שיש מקום אף לפרסום מטעם התביעה של הארגונים אשר לדעתה נכללים בהגדרה, אף שהם אינם מפורטים בחוק ובתי-המשפט עדיין לא דנו בשאלה האם הם נכללים בגדר האיסור. פרסום כזה יאפשר לצפות מראש את האפשרות של העמדה לדין בגין פעילות במסגרתם של ארגונים אלה כך שכל אדם יוכל להחליט האם להעמיד את שאלת חוקיותם בפני בית-המשפט.

בנוגע לתוכנו של הדין, יש לבחון האם יש מקום לעבירה אחת או למספר עבירות שונות בהתאם לטיבה של ההתאגדות. למשל, ייתכן ויש מקום להבחין בין ארגוני טרור לבין ארגונים בלתי חוקיים אחרים. זאת משום שכאמור כתופעה עבריינית יש לטרור מאפיינים המבחינים אותו מתופעות עברייניות אחרות (ראו גם את הדיון בנושא זה להלן בפרק האחרון), ואשר עשויים להצדיק התייחסות מיוחדת לתופעה זו. מכיוון שלאיסור על השתייכות לארגון טרור יש חשיבות מיוחדת במסגרת המלחמה בתופעת הטרור יתכן שיש להעניק סמכויות רחבות יותר לרשויות אוכפות החוק בנוגע לארגונים החשודים כארגוני טרור או להחמיר בענישה בגין פעילות במסגרתם של ארגונים כאלה. לכאורה, הפקודה למניעת טרור עוסקת בסוגייה זו בישראל, אולם, כאמור ההגדרה של ארגון טרוריסטי בפקודה



זו חסרה מאפיינים המיוחדים לטרור ולכן היא ניתנת להחלה לא רק על ארגונים בלתי חוקיים שיש להם באמת ייחוד המצדיק הסדר מחמיר יותר לעומת ארגונים בלתי חוקיים אחרים.

מעבר להמלצה לחקיקת הסדר חדש בסוגיית ההתאגדויות האסורות אשר יחליף את האיסורים הקיימים ובכללם את העבירות בתקנות ההגנה בנושא זה, הרי שאף בהינתן הדין הקיים קשה למצוא הצדקה לעבירות אלה. המסקנה העולה מניתוחם של האיסורים השונים הקיימים בישראל היא שהעבירות בתקנות ההגנה אינן מוסיפות באופן משמעותי בנושא זה. ההגדרה של התאחדות אסורה בתקנות והעבירות הקבועות בתקנות של פעילות הקשורה להתאחדות כאמור דומות מאוד לאלו שבחוק העונשין. כפי שצוין לעיל, גם ההגדרה הכללית יותר בפקודה למניעת טרור נראית ככוללת לא רק ארגוני טרור ממש. לפיכך, נראה שביטולן של התקנות, גם ללא קביעת הסדר שיחליף אותן, לא יותיר חלל ריק, אלא להפך, עשוי לתרום מבחינת הוודאות והאחידות.





סמכויות ועבירות צנזורה

תיאור התקנות

תקנות 101-86 לתקנות ההגנה מעניקות לצנזור – הממונה על-ידי שר הביטחון – סמכויות רחבות שמטרתן היא מניעת פרסומים בלתי רצויים. סמכויות אלה כוללות הוצאת צווים האוסרים על פרסום העלול לפגוע בהגנת ישראל, בשלום הציבור או בסדר הציבורי; הוצאת צווים האוסרים על הפעלתן של מכוונות דפוס ששימשו להדפסת פרסום אסור; סמכויות חיפוש שונות לשם גילוי פרסום אסור; סמכות לתפיסת חומר האסור בפרסום; סמכות להוצאת צווים המחייבים הגשת חומר המיועד לפרסום לעיון הצנזור לפני הפרסום, הן בצו כללי והן לנושאים מסוימים; וסמכות החרמת מכוונות דפוס ששימשו להדפסת פרסום אסור.

הסמכויות לחיפוש ולבחינת חומר חלות לא רק על עיתונים או פרסומים אלא גם על דברי דואר למיניהם. כאן, הפגיעה העיקרית אינה בחופש הביטוי אלא בזכות הפרטיות לפיה אדם רשאי להניח שמכתביו לא יקראו בידי אחר ללא הסכמתו.

בצד סמכויות אלה קובעות התקנות עבירות של הפרת צווים האוסרים על פרסום או המחייבים הגשת חומר לעיון הצנזור.

בנוסף, קובעות התקנות עבירות האוסרות על הדפסה או הוצאה לאור של עיתון, ועל פרסום של כל מסמך המכיל חומר "שיש לו משמעות מדינית", ללא היתר של הממונה על המחוז. הממונה על המחוז מוסמך לסרב להעניק היתר להדפסת עיתון "ככל אשר יישר בעיניו ומבלי לתת כל טעם לדבר...", וכן להתלותו בתנאים או לבטלו.

בית המשפט העליון התריע מפני הסכנה שיוצרות התקנות לעקרונות יסוד של משטר דמוקרטי ובמיוחד לחופש הביטוי. אולם, באשר לגישתו המעשית ניתן להבחין בין פרשנותו את סמכות הממונה על המחוז בנוגע למתן היתר לעיתונים, אשר נעשתה בהתאם ללשון הגורפת של תקנות, לבין פרשנותו המצמצמת את סמכויות הצנזור הצבאי.

את סמכות הממונה על המחוז להעניק או שלא להעניק היתר להפעלת עיתון לפי שיקול דעתו המוחלט פירש בית-המשפט כלשונוה. אמנם, בית



המשפט כתב כי סמכות זו אינה הולמת מושגי יסוד של מדינה דמוקרטית,³⁸ וכי יש להפעילה במירב הזהירות והריסון.³⁹ אולם, מבחינה מעשית פסק בית-המשפט באופן עקבי כי שינוי היקף הסמכות מסור לרשות המחוקקת וכי כל עוד לא נעשה כן יש לפרש את הסמכות האמורה בהתאם ללשונה כך שהממונה על המחוז אכן אינו חייב לנמק את החלטתו מה שמונע כמעט לחלוטין את האפשרות לתקיפת ההחלטה ולביקורת שיפוטית על הפעלתה.⁴⁰ בית-המשפט לא הגביל את היקף השיקולים אשר רשאי הממונה על המחוז לשקול לשיקולים הנוגעים לסכנה הנוצרת עקב תוכן הפרסומים אלא פסק כי סמכות הממונה על המחוז היא "כללית" והוא רשאי להחליט שלא להתיר הוצאה לאור של עיתון בהתחשב בטיב הגוף העומד מאחוריו גם אם אין כל פסול בתוכן פרסומיו.⁴¹

לעומת סמכות הממונה על המחוז למתן היתר לעיתון, פירש בית-המשפט את סמכויות הצנזור באופן צר יותר. בעניין חדשות נפסק כי ראוי לפרש את תקנות ההגנה, במידת האפשר, בדרך הצמצום, כך שיעלו בקנה אחד עם עקרונות דמוקרטיים. בהתאם, הוצע בפסק-הדין להחיל את ההגנה המיוחדת הקבועה בתקנה 2)88 (העוסקת בעבירה של איסור פרסום לפיה אין להרשיע אדם ש"מ...מן ההוגן לנקותו מאשמה..." גם על עבירות אחרות ואף על סמכויות של הצנזור לפי התקנות. באותו עניין נקבע כי על הצנזור להפעיל את סמכותו להוצאת צו האוסר על הפעלת מכונות דפוס רק במקרים נדירים. עם זאת, דחה בית-המשפט את העתירה לפסילת צו של הצנזור שאסר על הפעלת בית דפוס למשך מספר ימים בתגובה להפרת צווים להגשת חומר לצנזורה ואיסור פרסום מצד העיתון חדשות.⁴²

בנוגע לשיקול הדעת של הצנזור בהפעלת סמכויותיו, נפסק בעניין שניצר, בדומה לקביעתו של בית המשפט בפרשת קול העם בדבר שיקול הדעת של שר הפנים בפועלו מכוח פקודת העיתונות, כי הצנזור חייב, בבואו להפעיל את סמכויותיו, להתחשב בפגיעה שגורמת הפעלת הסמכות לחופש הביטוי ולאסור פרסום רק כאשר הפגיעה בחופש הביטוי היא חיונית להגנה על בטחון המדינה; במצבים בהם יש, בהסתמך על ראיות מהימנות והערכות סבירות, "ל...וודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה ובסדר הציבורי." באותו עניין פסל בית המשפט את החלטתו של הצנזור לאסור פרסום הנוגע לביקורת על תפקודו של ראש המוסד ולמועד החלפתו בנימוק שהיא לא תאמה את המבחן האמור.⁴³



למעשה, התקנות המקנות סמכויות לצנזור כמעט ואינן מיושמות לאור ההסכם בין הצנזורה הצבאית ובין כלי התקשורת וביניהם עורכי רוב העיתונים בישראל (להלן: הסכם ועדת העורכים) המתואר בפסקאות הבאות. עם זאת, כמתואר לעיל, סמכויות אלו הופעלו במספר מקרים לגבי עיתונים שלא חתמו על ההסכם וועדת העורכים. סמכויות קשות אחרות, כמו סמכות הממונה על המחוז בנוגע למתן היתר לעיתונים, הופעלו לעתים תדירות יותר, בעיקר כלפי עיתונים ערביים.⁴⁴

הסכם ועדת העורכים

הסכם וועדת העורכים הינו הסכם בין שר הביטחון ובין נציגי כלי התקשורת הגדולים, אשר רובם חברים בוועדת העורכים, שמטרתו היא קביעת נהלים בנושא הצנזורה. עיקרו של ההסכם הוא שכלי התקשורת יעבירו חומרים לעיון הצנזור לפני פרסומם ויפעלו בהתאם להוראותיו כך שהצנזור לא יפעיל את סמכויותיו על-פי תקנות ההגנה. למעשה, ההסכם מהווה תחליף להסדר הצנזורה בתקנות ההגנה. הסכם זה קיים כבר משנותיה הראשונות של המדינה, אם כי נוסחו שונה מספר פעמים. בתחילה לא כלל ההסכם מגבלות מהותיות על שיקול דעתו של הצנזור, מלבד האבחנה בין ידיעות (המותרות בצנזור) לבין דעות (שאסור עקרונית לצנזרן). בעקבות פסק הדין בעניין שניצר שונה נוסחו של ההסכם כך שהצנזור התחייב לפסול פרסום רק בהתאם למבחן שנקבע בפסק-הדין – מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית שתואר לעיל. בשנת 1996 גובש הנוסח הנוכחי של ההסכם, שאלו הם עיקריו:

סעיף 1 להסכם קובע: "מטרת הצנזורה היא למנוע פרסום מידע בטחוני שיש בו ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון מדינת ישראל." המעניין הוא שהסעיף מצמצם את מטרות הצנזורה, ובהתאם את סמכויות הצנזור, במידה ניכרת שכן, כאמור, תקנות ההגנה כוללות אינטרסים נוספים שמניעת פגיעה בהם הינה מטרה המצדיקה הוצאת צווי איסור פרסום: שלום הציבור והסדר הציבורי. נראה שהסעיף נוסח באופן זה בעקבות פסק הדין בעניין שניצר שקבע את מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית. אולם, למרות שנוסח זה לנוסח הסעיף אכן מופיע מספר פעמים בפסק הדין, הדבר לא נועד לשלול את לגיטימיות הצנזורה לשם הגנה על אינטרסים אחרים אלא נבע מכך שפסק-הדין עסק בצו איסור



פרסום מטעמי ביטחון ולא מטעמים אחרים. למעשה, במקום אחד בפסק הדין בו מנוסחת ההלכה מוחל מבחן הוודאות הקרובה לא רק לגבי האינטרס של ביטחון המדינה אלא גם לגבי האינטרס של שמירת הסדר הציבורי, דבר המחזק את המסקנה כי הלכת שניצר לא נועדה להגביל את סמכות להוצאת צווי איסור פרסום לטעמי ביטחון המדינה בלבד. אפשרות אחרת היא שמנסחי ההסכם הניחו כי המונח ביטחון המדינה כולל גם את האינטרסים של שלום הציבור והסדר הציבורי.⁴⁵

סעיף 2 להסכם קובע כי הצנזורה חלה רק על פרסומים שיש בהם או ניתן להסיק מהם מידע ביטחוני.

סעיף 4 קובע כי הצנזור ימסור לעיתונים את רשימת הנושאים הטעונים ביקורת מוקדמת מטעמו.

סעיפים 5 ו-6 קובעים כי השגות של כלי התקשורת על פסילת פרסום על-ידי הצנזורה וקובלנות של הצנזורה נגד כלי התקשורת שהם צד להסכם בגין הפרת הוראות הצנזורה יובאו בפני ועדה המורכבת מנציג ציבור, נציג הצבא ונציג כלי התקשורת, שתדון ותחליט אם להתיר את החומר לפרסום או אם יש מקום לקובלנה, לפי העניין. במקרה שהוועדה מוצאת כי הקובלנה מוצדקת היא מוסמכת גם לקבוע את העונש. רשימת העונשים המצוינים בהסכם אינה סגורה, אולם ניתן ללמוד מטיבם של העונשים המוזכרים – אזהרה, נזיפה, הערה וקנס – כי אין הכוונה לעונשים הדומים לסמכויות הצנזור על-פי התקנות שכאמור הינן חמורות הרבה יותר.

סעיף 9 להסכם מבהיר כי ההסכם אינו מונע פנייה של כלי התקשורת לבג"ץ על מנת להשיג על החלטת הצנזור (כאשר הוועדה דחתה השגה על החלטותיו). יחד עם זאת, החלטת הצנזור תישאר בתוקפה עד להכרעת בג"ץ.

כאמור, הסכם ועדת העורכים מהווה למעשה תחליף להסדר הצנזורה הקבוע בתקנות ההגנה. אמנם הדין הוא שרשות שלטונית זכאית להפעיל את סמכויותיה, אף אם התחייבה שלא לעשות כן בהסכם, אם הדבר חיוני לשם מניעת פגיעה באינטרס ציבורי, אולם למעשה לא מפעיל הצנזור את סמכויותיו כלפי כלי התקשורת המהווים צד להסכם. אולם, הסדר הצנזורה שבתקנות ההגנה הוא עדיין בעלות חשיבות מעשית שכן למרות שמאז ההסכם הראשון הצטרפו לו כלי התקשורת נוספים, ההסכם אינו מקיף את כלל העיתונים והפרסומים שתקנות ההגנה חלות עליהם, אם כי



כל כלי התקשורת הגדולים (היהודיים) הינם צד לו. כאמור, העיתונים שאינם צד להסכם חשופים להפעלת סמכויות הצנזור על-פי תקנות ההגנה כלפיהם, כפי שעולה מפסקי-הדין שתוארו לעיל.

סמכויות ועבירות צנזורה בפקודת העיתונות ובחוק העונשין

פקודת העיתונות מעניקה סמכויות וקובעת עבירות אשר עוסקות בעניינים הדומים לאלה שבתקנות ההגנה. ס' 4 ו-22 לפקודה קובעים עבירה של הדפסה או הוצאה לאור של עיתון ללא רשיון של הממונה על המחוז. עבירה זו מקבילה לעבירה של פרסום עיתון ללא היתר של הממונה על המחוז בתקנה 94 לתקנות ההגנה, אולם בניגוד לתקנות ההגנה הפקודה כוללת פירוט בכל הנוגע לתנאים המקדמיים להגשת בקשה לרשיון ועל העילות לביטולו, ובכך מלמדת גם על טיב שיקול הדעת של הממונה, להבדיל מהנוסח הקצר והגורף בתקנות ההגנה.

סעיף 19 לפקודה מסמיך את שר הפנים להפסיק פרסום של עיתון לתקופה מסוימת בעקבות פרסום העלול לסכן את שלום הציבור או הכולל ידיעות שקר שיש בהן כדי לעורר בהלה או ייאוש. הסמכות אמנם באה בעקבות פרסום שכבר נעשה, ועל כן הינה בעלת מאפיין עונשי, אולם בשל אופי הסנקציה – סגירת העיתון – היא גם מהווה אמצעי של מניעה מוקדמת של פרסומים עתידיים. כלשונה זוהי סמכות גורפת מאוד שכן המונחים הכלולים בהם – שלום הציבור, פחד ובהלה – הינם רחבים ועמומים מאוד. בעניין קול העם הוגבלה סמכות שר הפנים על-פי סעיף זה, ונקבע כי לאור חשיבותו המרכזית של חופש הביטוי במדינה דמוקרטית על שר הפנים להפעיל את הסמכות להפסיק את פרסומו של עיתון רק כאשר הסכנה שהפרסום יוצר לשלום הציבור היא רצינית במידה המצדיקה סגירת עיתון, הסתברות הסכנה היא קרובה לוודאית במובן של probable, אם כי איננה חייבת להיות מיידית, ואין חלופה אחרת למניעתה לבד מסגירת העיתון.⁴⁶ בעניין קול העם נפסק שהפרסומים הנדונים לא יצרו סכנה כאמור, אולם במקרה אחר נפסק כי ההחלטה להפסיק את פעילותו של עיתון לתקופה של חודש בעקבות פרסום ידיעות ומאמרים שתיארו רצח והפרות סדר בצורה אוהדת הייתה כדין ובהתאם למבחן שנקבע בעניין קול העם.⁴⁷



פקודת העיתונות קובעת גם עבירה של אי ציות להוראה כאמור של שר הפנים. נוסח דומה מאוד מצוי בעבירה הקבועה בסי' 159 לחוק העונשין הכולל איסור על פרסום שקר העלול לעורר פחד ובהלה בציבור או להפריע את שלום הציבור. ההבדל הוא שהעבירה בפקודת העיתונות היא של הפרת הוראה של שר הפנים בעוד שהעבירה בחוק העונשין מתייחסת ישירות לטיב הפרסום. המוזר הוא שלמרות שהעבירה בחוק העונשין היא בעייתית יותר, שכן על המפרסם להחליט בעצמו אילו פרסומים עלולים לפגוע בשלום הציבור או לעורר בו פחד או בהלה – החלטה שהיא קשה במיוחד לאור עמימות המונחים – העונש המקסימלי בחוק העונשין הוא חמור יותר מהעונש המקסימלי בגין העבירה לפי פקודת העיתונות: שלוש שנות מאסר לעומת חצי שנת מאסר, בהתאמה.

ניתוח והערכה

כל מוסד של צנזורה פוגע בחירויות בסיסיות, ובמיוחד בחופש הביטוי, דבר המחייב לבחון את ההצדקה לקיומו במדינה דמוקרטית הרואה בחירויות אלה את ערכי היסוד שלה ושתנאי הכרחי לאופייה הדמוקרטי הוא חופש ביטוי. יש המבחינים בין מניעתו של ביטוי מראש לבין קביעת איסור פלילי על ביטוי שתוצאתו היא ענישה בדיעבד בטענה כי רק האמצעי הראשון מונע את הביטוי ובכך פוגע בחופש הביטוי ולכן ראוי להסתפק בקיומם של איסורים פליליים על ביטויים לא רצויים. אולם ההבדל בין שני האמצעים אינו כה חד. למעשה, רובן של ההוראות אשר נהוג לראותן כחלק מהסדר של צנזורה הינן הוראות עונשיות במהותן. הוראות אלו מעניקות סמכות להוצאת צווים האוסרים על פרסומים, החל מפרסום בעניין מסוים ועד להפעלת כלי תקשורת בכלל, כאשר אכיפתם של צווים אלה היא בעיקר באמצעות קביעת עבירה הקובעות עונש בגין הפרתם. כך גם העבירה הפלילית אשר לפי התפיסה המקובלת משדרת מסר של איסור ולא רק מסר של ענישה כמחיר למעשה הנקוב העבירה. עם זאת, אין להתעלם משני הבדלים בין הסדר של צנזורה לבין עבירות פליליות האוסרות על ביטויים. ראשית, ישנן הוראות של צנזורה שהן אכן שונות במהותן מענישה פלילית, והן אלו המעניקות סמכות למניעה פיזית של פרסומים כגון הסמכות לתפיסת פרסומים או להחרמת מכונות דפוס בתקנות ההגנה (אם כי נראה שהשימוש בהן נפוץ פחות מהשימוש



בהוראות העונשיות). שנית, הסדר של צנזורה הוא לרוב נקודתי יותר מאיסור פלילי מבחינת הגדרת הפרסומים האסורים. אמנם הדבר אינו הכרחי, גם הוראות צנזורה עשויות להיות רחבות – ויעידו על כך חלק מהביטויים העמומים בהוראות הצנזורה שבתקנות ההגנה – ומנגד איסור פלילי יכול להיות מוגדר היטב, אולם ככלל ישנה אפשרות להגדרה מדויקת יותר בהסדר של צנזורה שכן איסור פלילי הוא מטבעו כללי בעוד שבמסגרת צנזורה אפשר לעשות שימוש בצווים ספציפיים. אולם, שני ההבדלים הללו לא מוליכים למסקנה חד-משמעית בדבר מידת הפגיעה של כל הסדר בחופש הביטוי. קיומן של סמכויות מניעה פיזית אכן פוגעות בחופש הביטוי אולם ברור שגם לאיום בעונש ישנה השפעה דומה. האפשרות להגדרה מדויקת יותר של האיסור בהסדר של צנזורה תורמת דווקא לחופש הביטוי שכן כך נאסר רק הביטוי הלא רצוי ונמנעות הסכנות של טעויות הנובעות מהקושי לפרש את האיסור הפלילי: פרסום של ביטויים שלדעת המפרסם הינם מותרים אך לדעת רשויות המדינה נכללים באיסור, ולהפך – הימנעות מפרסום של ביטויים שלדעת האחראים על כלי התקשורת נכללים במסגרת האיסור אך הם מותרים לפי הפרשנות המוסמכת של רשויות המדינה.⁴⁸ לכן, קשה להכריע באופן כללי איזה הסדר פוגע יותר בחופש הביטוי ונראה שיש לבחון את ההצדקה לקיומה של כל הוראה לגופה בהתחשב בפגיעה שהיא גורמת לחופש הביטוי.

הטענות נגד קיומו של מוסד הצנזורה נחלשות כאשר מלבישים על מדינה דמוקרטית את נתונייה הגיאוגרפיים של ישראל, המחייבים הגנה מיוחדת על אינטרסים כמו ביטחון המדינה. לאור נתונים אלה הגיעה ועדת המשנה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (בראשות ח"כ יוסי שריד), שהוקמה כדי לבחון את סוגיית הצנזורה, למסקנה כי יש מקום למוסד של צנזורה בישראל. ואולם, אף אם יש הצדקה במצב הנוכחי לקיומו של מכשיר זה, וזאת על רקע המצב הביטחוני הקיים, הרי שאין לאפשר לו מרחב פעולה נרחב ויש להפעיל בלמים כך שהפגיעה בחופש הביטוי תהא מועטת ככל הניתן, כפי שאכן נעשה על-ידי פסיקת בתי-המשפט והסכם ועדת העורכים שבא בעקבות פסיקה זו. הכרה בחשיבותו של חופש הביטוי תוליד להסדר שימצעם את הפגיעה בו למינימום ההכרחי לשם הגנה על אינטרסים חיוניים בלבד מפני פגיעות ממשיות. יש לזכור כי גם הדין הקיים מחייב להטיל מגבלות על שיקול דעתו של הצנזור. אמנם סעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק מגן על תוקפה של החקיקה שקדמה להם מפני ביקורת, אולם



צווים ותקנות חדשים המוצאים מכוח חקיקה ישנה חשופים לביקורתם של חוקי היסוד. בהתאם לפסקת הכיבוד בחוקי היסוד מחויבות רשויות השלטון לכבד את זכויות האדם המנויות בהם, חובה אשר פורשה כמחייבת אותן להפעיל שיקול דעתם בהתאם לפסקת ההגבלה, ובעיקר שלא לפגוע בזכויות יסוד למעלה מן הנדרש.

הסדר הצנזורה הקבוע בתקנות ההגנה אינו תואם את הדרישה לפגיעה מינימלית בחופש הביטוי, וזאת בעיקר לאור השילוב בין היקף הסמכויות הקבועות בתקנות ותחולתן הבלתי מוגבלת בזמן.

בחינת סמכויות הצנזורה הקבועות בתקנות ההגנה מעלה כי מדובר בסמכויות חמורות, רחבות היקף ובלתי מאוזנות: הן פוגעות פגיעה ממשית בזכויות חשובות ולמרות זאת הן מעניקות לבעל הסמכות שיקול דעת רחב מאוד ולעתים אף בלתי מוגבל. הסמכויות השונות לאסור על פרסומים ולהטיל מגבלות על הוצאה לאור של עיתונים הן רחבות ובלתי מוגדרות ובכך מהוות סכנה חמורה לחופש הביטוי. דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת חוקי העיתונות קובע כי סמכויות הרישוי והסגירה של עיתונים בתקנות ההגנה אינן הולמות מדינה דמוקרטית בשל התעלמותן משיקולי ההגנה על חופש העיתונות, וממליץ על ביטול מוחלט של דרישת הרישוי ושל סמכויות הסגירה, המנהליות והשיפוטיות, של עיתונים, למרות שהוועדה מעריכה כי יהיו פרסומים שמוצדק יהיה למנוע את פרסומם, וזאת בשל החשש מפני שימוש בסמכויות אלה לרעה, הן במניעת ביטויים ללא הצדקה והן בהפעלה בלתי שוויונית שלהן.⁴⁹

בצד הפגיעה בחופש הביטוי פוגעות תקנות ההגנה גם בשתי זכויות יסוד נוספות באופן בלתי מוצדק. ראשית, הסמכות לפתוח חבילות דואר על-פי תקנות 89 ו-90 פוגעת בזכות הפרטיות המעוגנת מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה זו אינה מוצדקת. הסמכות האמורה אינה מוגבלת ואינה מותנית אף בחשד סביר לפגיעה באינטרס מוגן כלשהו, ורק הסמכות להשמיד חבילות דואר מותנית בסכנה שהן עלולות לגרום להגנת המדינה, לשלום הציבור או לסדר הציבורי. שנית, נפגע חופש העיסוק של העוסקים בפרסום העיתון, אשר מעוגן מפורשות בחוק יסוד: חופש העיסוק, ואשר ראוי להגנה מוגברת כאשר מדובר בעיסוק שמערב הגשמת חירות בסיסית כמו חופש הביטוי, דוגמת העיסוק של עיתונאים.

ההיבט הבעייתי השני, אשר מחריף את הסכנה לחופש הביטוי, הוא תחולתן הבלתי מוגבלת של תקנות ההגנה בזמן. כזכור, למרות הנרמז



משמן, הפעלתן של תקנות ההגנה אינו מותנה בקיומה של שעת חירום אלא הן חלות בכל עת ללא הבחנה. מצב זה אינו ראוי שכן הוא מאפשר לצנזור להפעיל סמכויות קשות ורחבות גם בתקופות שאין כל הצדקה להפעילן. הסכנה של שימוש מופרז בסמכויות השלטון להגבלת העיתונות היא סכנה ממשית מפני שתפקידה של העיתונות גורר התנגשות מתמדת עם רשויות השלטון.⁵⁰

הגבלת פגיעתו של הסדר צנזורה בחופש הביטוי למינימום מחייבת להבחין בין מוסד צנזורה כמוסד של קבע ובין מכשיר של צנזורה המיועד לשעת חירום בלבד באופן שייקבעו הסדרים שונים לימים כתיקונם ולשעות חירום. אמנם להבחנה זו עשויה להיות חסרת משמעות בישראל שכן הדין קובע ששורר בישראל מצב חירום החל מיום היווסדה. אולם, אין הצדקה לדין זה. אמנם, על ישראל מאיימות סכנות מסוימות באופן קבוע, אולם יש להבחין בינן לבין מצב של מלחמה ממש. ואכן, בנושא זה חל שינוי עם חקיקת חוק יסוד: הממשלה החדש, אשר נכנס לתוקף עם בחירת הכנסת הארבע-עשרה בשנת 1996. החוק ביטל את ההכרזה הגורפת על מצב חירום ומחייב את הכנסת להחליט, בתכיפות של שנה אחת לכל היותר, האם להכריז על מצב חירום. הסדר זה עשוי להביא לדיון אמיתי את שאלת קיומו או היעדרו של מצב חירום תמידי בישראל כך שהכפפת השימוש בצנזורה להכרזה על שעת חירום תהיה משמעותית.

ההבחנה בין נסיבות רגילות לבין מצב של מלחמה בהקשר של צנזורה מקובלת במדינות אחרות. אף בארצות הברית, בה ניתן משקל רב לחופש הביטוי ונשללת ככלל צנזורה בעתות שלום, הופעלה צנזורה צבאית חמורה בעתות מלחמה: בתקופת מלחמת העולם הראשונה היו נתונים כל עיתוני החדשות לפיקוח הצנזורה, נאסרה הפצת עיתונים שפרסמו חומר אסור ונדרש אישור מראש לפרסומים של עיתונות זרה. בתקופת מלחמת העולם השנייה התקיימה צנזורה מרצון על-ידי העיתונות והרדיו, והעיתונות פיתחה קוד עצמאי בנוגע לפרסום חדשות מלחמה וכלכלה.⁵¹

הטענה לפיה אין הצדקה לסמכויות הכלולות בהגנה במצב רגיל מתחזקת לאור הפרקטיקה הקיימת בישראל לפיה הצנזורה מוסדרת בפועל על-פי הסכם ועדת העורכים בעוד שהתקנות מופעלות בתדירות נמוכה. עובדה זו מלמדת שלפחות כל עוד לא מדובר במצב חירום קיצוני אין צורך בתקנות ואפשר להסתפק בתחליף מתון בהרבה.

הבחנה אפשרית בין תקופות יכולה להיות באמצעות חקיקה שתקבע הסדר של צנזורה שהפעלתו תהיה מותנית בקיומו של מצב חירום קיצוני,



דוגמת מלחמה, והסדר של קבע שיקבע הוראות מתונות יותר בדומה להסדר הקבוע בהסכם וועדת העורכים. ראוי לציין כי הוועדה לבחינת חוקי העיתונות קבעה כי עמדתה העקרונית היא שאין כלל מקום לצנזורה שלא בשעת חירום.⁵²

סוגייה נוספת שיש לבחון, הקשורה להבחנה בין מצב חירום לנסיבות רגילות, היא מהם האינטרסים אשר פגיעה בהם מצדיקה פגיעה בחופש הביטוי באמצעות מוסד הצנזורה. תקנות ההגנה אינן אחידות מבחינה זו. חלק מההוראות, ובכללן הסמכות לאסור על פרסומים והסמכות לערוך חיפוש לתפיסת פרסומים, מותנות בכך שמדובר בפרסום העלול לפגוע בהגנת המדינה, שלום הציבור או הסדר הציבורי. הוראות אחרות, כמו הסמכות לפתיחת דברי דואר, האיסור על הדפסת עיתון וכל פרסום בעל משמעות מדינית ללא היתר והסמכות לדרוש הגשת חומר לעיון הצנזור לפני פרסומו, אינן כוללות כל תנאי בנוגע לאפשרות פגיעה באינטרס מוגן כלשהו. יש המציעים להגביל את האינטרס המוגן על-ידי מוסד הצנזורה לביטחון המדינה בלבד ולא להשתמש בו להגנת אינטרסים אחרים כמו שלום הציבור או הסדר הציבורי.⁵³

המסקנה העולה מהניתוח היא כי הסדר הצנזורה הקבוע בתקנות ההגנה אינו הסדר ראוי. דומה כי יש הסכמה נרחבת למסקנה זו. מעידים על כך הצעות החוק לביטולו של הסדר הצנזורה בתקנות ההגנה,⁵⁴ פסיקתם של בתי המשפט אשר לעתים קראו לתוכו תנאים ומגבלות כדי להגביל את שיקול הדעת להפעלת הסמכויות הרחבות הכלולות בו, הביקורת בספרות המקצועית, דו"ח הוועדה לבחינת חוקי העיתונות, ואף עמדתם של בעלי הסמכות עצמם אשר ויתרו למעשה על הפעלת הסמכויות שניתנו להם והיו מוכנים להחליפן בסמכויות מצומצמות בהרבה בהסכם וועדת העורכים.

אין להסתפק בכך שהסמכויות הקבועות בתקנות ההגנה אינן מופעלות לעתים מזומנות, בשל קיומו של הסכם וועדת העורכים וזאת ממספר סיבות. ראשית, לתקנות יש תוקף נורמטיבי למרות קיום ההסכם והן אף מוחלות כלפי העיתונים שאינם צד להסכם, בעיקר עיתונים שאינם שייכים לזרם המרכזי.⁵⁵ לכן גם אין לראות בהתנגדותם של וועדת העורכים ושל מועצת העיתונות לשינוי חקיקת הצנזורה בישראל⁵⁶ ראייה לכך שההסדר המצוי הינו הסדר ראוי. שנית, עצם קיומם של שני הסדרים שונים, שיש ביניהם הבדלים גדולים, בנוגע לעיתונים שונים, פוגעת בעקרון השוויון אף ללא תלות בתוכנם. שלישית, עצם קיומן של התקנות עלול להשפיע לא רק על התנהגותם של העיתונים שאינם צד להסכם אלא גם על זו של



העיתוננים שהינם צד לו, שכן החשש מפני הפעלתן אם יבוטל ההסכם עלולה להרתיע את העיתוננים מלהתעמת עם הצנזור. רביעית, נטען כי הסדרת נושא הצנזורה בהסכם לו שותפים כלי התקשורת, להבדיל מחוק, מוליך לריסון עצמי רב מדי מצד כלי התקשורת שהם צד להסכם באופן הפוגע בחופש הביטוי בישראל ומונע מהציבור מידע שראוי היה שיפורסם.⁵⁷ כפי שראינו, לא תמיד אפשר גם להניח שבית-המשפט יתקן את פגמיה של החקיקה המנדטורית באמצעות "חקיקה שיפוטית".

יש לקבוע הסדר צנזורה חדש אשר יגביל את הפגיעה בחופש הביטוי למינימום הנדרש לשם הגנה על אינטרסים חיוניים. לשם כך ראוי להבחין בין שעת חירום קיצונית, המצדיקה סמכויות חמורות יותר, לבין מצב רגיל בו אפשר להילחם בסכנות המאיימות דרך קבע באמצעים מתונים יותר. הגבלת הפגיעה בחופש הביטוי לנדרש בלבד, עקרון החוקיות ועקרון השוויון מחייבים כי שני ההסדרים יגדירו את סמכויות ועבירות הצנזורה באופן ברור ככל האפשר באמצעות קביעה מדויקת של האינטרסים אשר לשמם מוצדק להגביל את חופש הביטוי ותחיימת שיקול הדעת של בעל הסמכות.





תקנות 119 ו-120 לתקנות ההגנה מעניקות לשר הביטחון ולמפקדים הצבאיים סמכויות עונשיות ייחודיות להחרמת בתים ולהריסתם ולהחרמת רכוש של אדם. תקנה 119 מעניקה למפקדים הצבאיים סמכות להורות על החרמת מבנה או קרקע ועל הריסת מבנה אשר נורו מהם יריות שלא כחוק, או שנזרקו מהם חפצים נפיצים אחרים. הסמכות נתונה גם לגבי מבנה או קרקע, אשר לפחות מקצת תושביהם היו מעורבים בעבירה על תקנות ההגנה הכרוכה בהטלת אימה או באלימות, או בעבירה שהיא בסמכותו הייחודית של בית-משפט צבאי. תקנה 119 פורשה ככוללת גם סמכויות חמורות פחות מהריסה, כמו מניעת השימוש במבנה על-ידי אטימת הכניסות אליו.⁵⁸ תקנה 120 מעניקה לשר הביטחון סמכות להורות על החרמת רכושו של אדם שהיה מעורב בעבירות מהסוג האמור. בשני המקרים יכולה המעורבות להתבטא בביצוע העבירה, בניסיון לביצועה, בחיזוק ידי מבצעי העבירה או בסיוע לאחר מעשה לעוברי העבירה.

במשפט המשווה ניתן למצוא סמכויות דומות באירלנד, על-פי חוק סמכויות החירום (1978) אשר מכוחו ניתן להרוס, לפוצץ או להחרים רכוש אם הדבר נחוץ מיידית לקיום השלום, הסדר והביטחון.⁵⁹

ההנחה של מפעילי הסמכות ושל בית-המשפט בישראל היא כי מטרתן העיקרית של הסמכויות הנתונות בתקנות ההגנה היא הרתעה כללית מפני כל מעורבות בביצוע העבירות האמורות ולא מניעה פיזית או נקיטת אמצעים המקשים על ביצוע עבירות דומות בעתיד, כפי שאולי היה אפשר ללמוד מן החלופה הראשונה של תקנה 119 העוסקת במקום ממנו נזרקו חפצים מסוכנים.⁶⁰ המשמעות של גישה זו היא הרחבה ניכרת של היקף הסמכות, שכן, מחד, לא נדרש שהסנקציה תמנע או תקשה על השימוש ברכוש לביצוע עבירות, ומאידך, היות שהדרישה היא להרתעת הרבים, לא נדרש אף שהסנקציה תפגע רק, או אף בעיקר, במעורב במעשה שבגיננו הופעלה הסמכות.

הסמכויות להחרמת מבנים והריסתם בתקנות ההגנה הן ייחודיות, ואין להן מקבילות בדין העונשי הרגיל. סמכויות אלו הן חמורות מאוד מבחינת

טיב הפגיעה שהן מאפשרות ומבחינת זהות הנפגעים. אין צורך להסביר את הפגיעה הקשה הנגרמת עקב שלילת מבנה המגורים של אדם. אך חשוב להדגיש שהנפגעים אינם רק המעורבים בביצוע העבירות המקימות את הסמכות, אלא גם, ולמעשה בעיקר, אנשים אחרים, לרוב בני משפחתם של המעורבים הגרים יחד עמם. סמכויות המפקד הצבאי להחרמת קרקע או מבנה ולהריסת מבנה אינן דורשות כל אשמה של הנפגעים – בעלי הזכויות בקרקע או במבנה ותושביהם. לפי החלופה הראשונה בתקנה 119 די בכך שנזרקו מהקרקע או המבנה חפצים נפיצים – גם אם הדבר נעשה שלא על-ידי בעל הזכויות ברכוש או תושביו, שלא בהסכמתם, שלא בידיעתם, בהסכמתם שהושגה תחת איומים, כגון אלה המקימים הגנה של כורח, או בידיעתם ללא קיום אפשרות מצדם למנוע את המעשה. לפי החלופה השנייה בתקנה 119 די במעורבות של חלק מתושבי המבנה או הקרקע שנהרסו באחת העבירות האמורות. בית-המשפט העליון קבע כי די שאחד מתושבי המבנה, אף תושב שאינו מתגורר באופן רצוף במבנה, היה מעורב בביצוע העבירה, כדי לאפשר את הריסת כל המבנה, וזאת אף כאשר מדובר במבנה המורכב ממספר יחידות דיור נפרדות.⁶¹ למעשה, נראה שברוב המקרים הפגיעה היא רק באנשים חפים מפשע, וזאת מכיוון שהסנקציה ננקטת בעקבות עבירות חמורות, ולכן סביר להניח שמי שמעורב בהן אינו יכול להמשיך לגור בבית מגוריו הרגיל, שכן הוא מרצה עונש מאסר, לרוב ארוך, בבית-סוהר או נמלט ממשפט.

אין הצדקה לסמכות לפגוע פגיעה קשה, היכולה לעלות עד כדי שלילת בית המגורים, מאדם שאינו נושא באחריות לביצוע מעשה אסור. אם ישנה הצדקה לגישה של הרתעה כללית (והדבר כלל אינו מובן מאליו) היא אפשרית רק במגבלות של גמול, כלומר, רק כאשר העונש מוטל על מי שאחראי לביצוע עבירה. כפי שכתב השופט בך בנוגע לתקנה 119 – העוסקת בסמכות שבה עסקה עיקר הפסיקה: "הנוסח הדווקני של התקנה מאפשר ביצוע מעשי הריסת מבנים במימדים רחבים ביותר, אשר אינם תואמים תפיסות צדק בסיסיות במדינה מתקדמת."⁶² הגישה של בג"ץ לפיה מדובר בסנקציות שמטרתן הרתעה במטרה למנוע את ביצוען של עבירות בעתיד ולא בענישה ולכן אין צורך להקפיד על עקרונות דיני העונשין, ובראשם עקרון האחריות האישית⁶³ – אינה הגיונית. עקרונות דיני העונשין נועדו לוודא שלא תוטל סנקציה חמורה בניגוד לתפיסות צדק בסיסיות. אפשר להשלים עם הטלת סנקציות בניגוד לעקרונות אלה כאשר מדובר בסנקציות קלות מאוד, כמו קנסות נמוכים עקב עבירות



תעבורה, אך לא כאשר מדובר בסנקציות שמשמעותן היא שלילת בית המגורים מאנשים שכלל לא היו מעורבים בביצוע המעשה.

הטענה לפיה אין הצדקה לענישת חפים מפשע היא כה מובנת מאליה בהקשרים אחרים, עד שמתבקש לבחון את הסיבות לנכונות לקבלה בהקשר זה מצד המערכת הפוליטית, בית-המשפט,⁶⁴ בעלי הסמכות עצמם והציבור כולו, למרות שברור שלא היו מוכנים לקבלה בהקשרים אחרים. נראה כי נכונות זו נובעת משני מאפיינים. המאפיין הראשון הוא שסמכויות אלה מופעלות בעקבות פשעים חמורים מאוד, לרוב פיגועים קשים. אולם, ברור שמאפיין זה אינו מספיק, וכדי להדגים זאת די להצביע על כך שאין כל ספק כי נכונות זו לא הייתה קיימת אם הסמכויות היו מופעלות באופן שרירותי. נראה – וזהו המאפיין השני – כי הנכונות לקבל סמכויות אלה מבוססת על כך שהן מופעלות נגד אנשים הקשורים במי שאחראים לביצוע הפשעים, לרוב נגד בני משפחתם של האחראים הגרים יחד עמם, מה שמוליך לראייתם כחלק מה"אוייב". גישה זו מתחזקת בשל העובדה שכל שניתן ללמוד מפסקי-הדין, הסמכות מופעלת רק כלפי ערבים תושבי השטחים, ואינה מופעלת כלל בישראל או כלפי יהודים תושבי השטחים.⁶⁵ התוצאה היא מעין הנחה משתמעת לפיה "כולם שותפים." אולם ברור שטענה זו אינה נכונה ברוב המקרים. רק לעתים נדירות מאוד יהיו אכן כל דיירי ביתו של מבצע העבירה שותפים לעבירה. למעשה, אין חולק על כך. הן מחוקקי תקנות ההגנה והן בית-המשפט העליון מניחים כי מדובר בענישת חפים מפשע, ולא דורשים כל מעורבות בעבירה מצד כל הנפגעים כתנאי להפעלת הסמכות. אולם, כאמור, לא ניתן להעלות על הדעת שהמחוקק או בית-המשפט היו מוכנים לקבל ענישה אקראית באופן כללי, למשל של יהודים בנסיבות בהן אין לנפגעים כל קשר לאירוע או למבצעי העבירה. או, כפי שציינה השופטת דורנר לאחרונה: "אף אין להעלות על הדעת כי בית-משפט זה היה נותן גושפנקא להריסתם של יישובים שלמים, עקב עשיהם של יחידים, וזאת למרות שאמצעי כזה מעוגן לכאורה בלשון תקנה 119 ואין לומר שהוא חסר ערך הרתעתי."⁶⁶ דבר זה מלמד שמאחורי הגישה העולה מתקנות ההגנה (שאמנם לא נחקקו על-ידי הכנסת אך גם לא בוטלו על-ידה) ומפסקי-הדין עומדים שיקולים נוספים שאינם מקבלים ביטוי גלוי. אפשר למצוא רק רמזים לשיקולים אלה במספר פסקי-דין. כך, בפסק-הדין האמור ממשיכה השופטת דורנר ומבהירה כי "מותר להרוס את ביתם של המפגע ומשפחתו בלבד."⁶⁷ באותו עניין מבהיר השופט חשין כי יש לראות את כל גישתו של בג"ץ בנושא הריסת בתים לרקע התפיסה כי מדובר במעשה המבוצע



במסגרת מלחמה.⁶⁸ ובעניין אחר מונה השופט בך את השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול כתנאי להפעלת סמכותו, וביניהם הוא מציין במפורש, בין השאר, את השיקולים של חומרת המעשה ושל קרבתם של הנפגעים למבצע העבירה.⁶⁹ מצב זה בו אין עמדה ברורה ומנומקת בדבר השיקולים העומדים מאחורי הפעלת הסמכות ומצדיקים אותה אינו רצוי שכן הוא מונע בחינה של השיקולים והצדקה להם.

אם אכן השערנו בדבר סוג השיקולים האמורים היא נכונה, הרי שאין להם מקום בהיותם מנוגדים לעקרונות יסוד של צדק וענישה, ובראשם העיקרון של אחריות אישית. ראוי להבהיר כי עקרון האחריות האישית מחייב כי רק אדם שביצע, או השתתף בביצוע, מעשה אסור תוך מודעות למעשיו וללא הגנה השוללת את אשמתו – ייענש. לכן יש לדחות הן את השיקול של קרבת הנפגע למעורב בעבירה. התנאי ההכרחי צריך להיות נשיאה באחריות לפי עקרונות דיני העונשין, כלומר נדרש, לפחות, שהאדם ישתתף בביצוע המעשה ושאפשר יהיה לצפות ממנו באורח הוגן להימנע מכך. מכיוון שהמעורבים בעבירה אינם ממשיכים לגור בביתם הרי שעקרון זה מחייב את ביטולה של הסמכות להחרים, לאטום או להרוס את ביתם של קרובי משפחתם.

כל עוד קיימת סמכות זו ראוי לפרשה בהתאם לעקרון האחריות האישית. גישה זו אומצה לאחרונה בפסיקה בדעת מיעוט של השופט חשין. במספר פסקי-דין קבע השופט חשין כי ראוי להפעיל את הסמכות לאטום או להרוס בתים רק בהתאם לעיקרון של "איש בעונו ישא ואיש בחטאו יומת". בפסקי-הדין הראשונים בהם הצהיר על עיקרון זה הציע אמנם חשין פירושים מצמצמים יותר להפעלת הסמכות אך גם הם היו בניגוד לעקרון האחריות האישית – הגבלת הסנקציה ליחידת המגורים של המעורב בעבירה⁷⁰ או לאנשים אשר ידעו על המעורבות בה.⁷¹ אולם, לבסוף נראה שהוא החליט גם לפעול על-פי העקרון כאשר התנגד להריסת ביתם של בני משפחתו של מחבל אשר גרו עמו באותה יחידת מגורים מפני שהם לא השתתפו בביצוע המעשה.⁷²

היבט בעייתי נוסף של התקנות בהקשר של אחריות לעבירה כתנאי לענישה הוא שהן פורשו כך שלשם הפעלת הסמכות די בכך שבעל הסמכות – המפקד הצבאי או שר הביטחון – החליט כי בוצעה העבירה, ולא נדרשת הרשעה של בית-משפט מוסמך באחת מהעבירות.⁷³ אמנם פרשנות זו תואמת את לשון התקנות בהן נכתב "מפקד צבאי רשאי...אם נוכח..." ו"שר ביטחון רשאי...שבו נוכח...". כמו כן החלופה הראשונה של



תקנה 119 מעניקה במפורש למפקד הצבאי סמכות להורות על החרמה והריסה גם על סמך חשד בלבד מצדו, מה שעשוי ללמד שמתקין התקנות התכוון להשאיר גם את ההחלטה על ביצוע העבירה ומעורבות בה בידי המפקד הצבאי ושר הביטחון. אולם, פרשנות זו מנוגדת לעיקרון היסודי לפיו אין להטיל סנקציות על אדם בשל מעורבות בעבירה ללא הרשעה על-ידי בית-משפט לאחר הליך שיפוטי ראוי.⁷⁴

לסיכום: הסמכות להחרמת בתים והריסתם על-פי תקנות ההגנה מנוגדת לעקרונות בסיסיים של דיני העונשין, ואף של המשפט הבנלאומי בשטחים כבושים, בדבר ענישה בהעדר אשמה, ענישה קולקטיבית וענישה ללא משפט.⁷⁵ ספק רב אם הריסת ביתו של אדם ללא משפט מהווה אמצעי קביל במדינת חוק דמוקרטית, ותעיד על כך נדירותו במשפט העמים; ובוודאי שאין הצדקה להריסת ביתו של אדם רק מפני שאחר אשר התגורר יחד עמו ביצע עבירה. ההפעלה הבלתי-שוויונית של הסמכויות הללו מחזקת את המסקנה כי אין להן מקום בדין הישראלי.





צווי הגבלה

ס' 108-110 לתקנות ההגנה עוסקים בסמכויות המפקד הצבאי להוציא צווים אישיים המטילים מגבלות או חובות על אנשים. תקנה 108 קובעת שתנאי להפעלת סמכויות אלה הוא שהמפקד הצבאי סבור כי "נחוץ או מועיל" להוציא את הצו לשם הגנת המדינה, הבטחת שלום הציבור, קיום הסדר הציבורי או דיכוי התקוממות, מהומה או מרד.

ס' 109 ו-110 מפרטים את תוכן המגבלות והחובות אשר הצווים יכולים לכלול. ס' 109 מאפשר הוצאת צווים האוסרים על אדם להימצא בשטחים מסוימים; על החזקה בחפצים מסוימים; על עיסוקיו; על קשריו עם אנשים אחרים; או על פעולותיו להפצת חדשות או דעות. ס' 110 עוסק בצו לפיו אדם יהיה נתון להשגחת המשטרה לתקופה של עד שנה. צו כזה מחייב את האדם כלפיו הוצא הצו לגור בתחומי שטח מסוים; לא לשנות את מקום מגוריו ללא היתר; לא לעזוב את אזור מגוריו ללא היתר; להתייצב בתחנת משטרה לפי דרישת מפקד התחנה; ולא לעזוב את ביתו בשעות הלילה.

לצווים אלו יש מספר השלכות: ראשית הפרת כל צו מהווה עבירה על-פי התקנות. שנית, הוצאת צו השגחה מסמיכה כל שוטר וחייל לאסור את האדם כלפיו הוצא הצו כדי להוליכו לשטח בו עליו להיות על-פי הצו. שלישית, אם הצו הוצא כלפי עובד ציבור, מוסמך שר הביטחון לצוות על פיטוריו או על עיכוב משכורתו לתקופה בה עומד הצו בתקפו.

יש לשים לב שאין בתקנות דרישה לקשר סיבתי בין מעשה שנעשה לבין הוצאת הצו. תכלית הצווים היא מניעה מוקדמת ולא ענישה שלאחר מעשה. עם זאת, בעיקר מכיוון שהצווים הינם אישיים יש להניח כי לרוב יינקטו צעדים מניעתיים בעקבות מעשה מסוים או פעילות מתמשכת של האדם כלפיו הוצא הצו אשר יוצרים חשש מפני הבאות.

הוצאת הצווים נעשית על-פי שיקול דעתו של המפקד הצבאי ואינה מותנית בהליך שיפוטי מוקדם. ניתן רק לעתור נגד הוצאת הצו לבג"ץ לאחר הוצאתו.

הוראות אלה מאפשרות פגיעות קשות בזכויות אדם בסיסיות: חירות התנועה, חופש העיסוק, חופש הביטוי, הזכות לפרטיות ועוד. לפיכך יש



לבחון האם יש הצדקה מספקת לקיומן. המאפיין הבולט של הוראות אלה הוא שהן מעניקות סמכויות מרחיקות לכת לרשות מנהלית ולא לבית-משפט. יש לבחון האם מוצדק להסמיך את המפקד הצבאי להוציא צווים ללא הליך שיפוטי או שהעברת סמכויות אלה לבית-משפט לא תפגע בהשגת מטרות הצווים. הצדקה זו חייבת להיות חזקה שכן הויתור על קיומו של הליך שיפוטי מהווה פגיעה קשה בביטחון בתקינות ההליך. נראה כי ההצדקה היחידה האפשרית להפקדת הסמכות בידי המפקד הצבאי היא הדחיפות בהוצאת הצווים. אולם, אם אכן זו ההצדקה, הסמכות הינה רחבה מדי בשני מובנים. ראשית, סמכות המפקד הצבאי אינה מוגבלת להוצאת צווים במצבים בהם יש הכרח בהוצאת הצו באופן מיידי. שנית, תוקף הצווים אינו מוגבל לזמן הנדרש לשם פנייה לבית-המשפט ולמעשה אינו מוגבל כלל בזמן.

שאלת ההצדקה לסמכויות בתקנות ההגנה, הן באופן כללי ובמיוחד בהתבסס על רציונל של דחיפות, מתחדדת לאור ההסדר החדש שנקבע בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) אשר נכנס לתוקף בשנים 1997 ו-1998 ומבטא את עמדתו העדכנית של המחוקק הישראלי בסוגייה זו. במסגרת חוק המעצרים נקבעו, בין השאר, סמכויות להטלת מגבלות וחובות על אנשים כתנאי לשחרורם בערובה כאשר כוללות את כל סוגי המגבלות והחובות הקבועות בתקנות ההגנה: איסור כניסה לאזור; הגבלת התנועה לאזור מסוים או אף למקום המגורים; הגבלה על קשרים עם אנשים אחרים; איסור על עיסוק הקשור בעבירה; חובת הפקדת כלי נשק;⁷⁶ חובת התייצבות בתחנת משטרה; וחובה להודיע על שינוי מען. ההבדל בין היקף הסמכויות בתקנות ההגנה והיקף הסמכויות בחוק המעצרים הוא שהאחרונות מתוחמות ומוגדרות יותר, בעיקר מבחינת תנאי הפעלת הסמכות ותקופת תחולתן של המגבלות והחובות. הסמכות בחוק המעצרים מוענקת לקצין משטרה ולבית-המשפט. אולם, המגבלות שמוסמך להטיל קצין משטרה הינן חמורות פחות מאלו שמוסמך להטיל בית-משפט והן מותנות בשני תנאים: קיומה של עילת מעצר והסכמת המשוחרר בערובה. רק בית-משפט מוסמך לקבוע תנאי שחרור בערובה ללא קיומה של עילת מעצר – וזאת רק כאשר מדובר במי שהוגש נגדו כתב אישום ורק לשם הגנה על האינטרס של הבטחת ההליך המשפטי באמצעות הבטחת התייצבותו למשפט – או ללא הסכמת המשוחרר בערובה. כמו כן קובע חוק המעצרים כי החלטת קצין משטרה על שחרור בערובה נתונה לאפשרות של ערר לבית-המשפט וכי יש אפשרות לעיון



חוזר אף בהחלטת בית-המשפט אם נשתנו הנסיבות, נתגלו עובדות חדשות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה. ההסדר בחוק המעצרים קובע גם את השיקולים שיש להתחשב בהם בקביעת תנאי הערובה ומשך תוקפם: מהות העבירה שהאדם נחשד בה, המידע שבידי התביעה, עברו הפלילי של האדם, האפשרות שהאדם יוכל לעמוד בתנאי הערובה ועוד. אין מקום לשני הסדרים כה שונים העוסקים באותו נושא – האיזון בין האינטרסים שלשם ההגנה עליהם מוטלות המגבלות והחובות – שהם דומים מאוד בתקנות ההגנה (הגנת ישראל, שלום הציבור והסדר הציבורי) ובחוק המעצרים (ביטחון המדינה, ביטחון הציבור ובטחונו של אדם)⁷⁷ – לבין החירויות הנפגעות עקב הטלת המגבלות והחובות. יש להעדיף את ההסדר שנקבע בחוק המעצרים אשר משקף את האיזון שבחר המחוקק הישראלי רק לאחרונה, ואשר מבטא התחשבות גם בחירויות האדם הכפוף למגבלות, על-פני האיזון שקבע המחוקק המנדטורי לפני שנים רבות אשר לא נותן משקל מספיק לחירויות אלה ומאפשר פגיעה קשה בהן ללא בחינה מספקת של ההצדקה לכך.

ההסדר בחוק המעצרים מספק פתרון ראוי למקרים המחייבים הטלת מגבלות באופן מיידי. ראשית, הוא מאפשר, במגבלות שפורטו לעיל, קביעת תנאים על-ידי קצין משטרה ללא פנייה לבית-משפט. ושנית, בעקבותיו נקבעו בבתי-המשפט נהלים חדשים המאפשרים השגת צו של בית-המשפט במהירות.

הסמכות העיקרית הקבועה בתקנות ההגנה ואשר איננה אפשרית על-פי חוק המעצרים היא הטלת מגבלות וחובות על אדם על-ידי רשות מנהלית ללא קיומה של עילת מעצר, כלומר שלא בהסתמך על יסוד סביר לחשד שהאדם ביצע עבירה ושהוא מסכן את אחד האינטרסים המוגנים.⁷⁸ הבדל זה משקף את עמדת המחוקק הישראלי לפיה לא ראוי לעשות כן. הסמכות בתקנות ההגנה להטלת מגבלות על חירותו של אדם רק מפני שלדעת המפקד הצבאי הדבר "נחוץ או מועיל" לאחד האינטרסים המוגנים, מבלי שהדבר אף יותנה בקיומו של חשד סביר, אינה מוצדקת וראוי להעדיף את ההסדר המאוזן יותר שבחוק המעצרים. לסמכות הרחבה על-פי תקנות ההגנה אין מקום בעתות שלום ובוודאי שאין מקום להפקדתה בעתות שלום בידי מפקד צבאי ובהסתמך על דרישה כה מינימלית כמו היות הצו מועיל לאחד האינטרסים המוגנים.

בכל הנוגע לדין הקיים הרי שהאפשרות היחידה לביקורת משפטית על הפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי היא עתירה לבג"ץ לאחר הוצאתו



של צו על-פי תקנות ההגנה. מעמדם של הצווים מכוח תקנות ההגנה הינו כחקיקת משנה, והחלטת המפקד הצבאי להוציאם הינה החלטה מנהלית שניתן לתקוף את שיקול הדעת שהוביל אליה כפי שניתן לתקוף כל מעשה מנהלי. המדובר בבדיקה האם ישנה חריגה מן הסמכות שבתקנות, האם שיקולי המפקד הצבאי היו כשרים, וכן האם שיקול הדעת שהופעל הוא סביר. כיום ניתן לבחון את הצווים הללו גם במשקפת של חוקי היסוד החדשים – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. רבות מן הזכויות אשר נפגעות עקב הוצאת הצווים נקובות בחוקי היסוד במפורש ולפיכך חלה עליהם פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד לפיה על כל פגיעה בזכויות הנקובות בהן, הן מכוח חוק והן מכוח הסמכה מפורשת בחוק, דוגמת הצווים, לעמוד בתנאים מסוימים.

הדרישה הראשונה הכלולה בפסקת ההגבלה היא שהפגיעה נעשתה בחוק, או על-פי חוק, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. דרישה זו אינה רלבנטית אמנם ישירות לבחינתה של חקיקת משנה אשר הוצאה מכוח חוק החסין מביקורת שיפוטית כמו תקנות ההגנה. אולם, כאמור, דומה כי אין מחלוקת על כך שהסמכות להוצאת צווים כאמור בתקנות ההגנה אינה הולמת את ספר החוקים של מדינה דמוקרטית.

הדרישה השנייה היא שהוצאת הצו נעשתה לשם השגת תכלית ראויה. כאמור, ס' 108 מפרט מהן התכליות אשר לשמן מוסמך המפקד הצבאי להוציא את הצווים. אולם, תכליות אלה הן כלליות מאוד והעדר הפירוט מחייב לבחון את המטרה הספציפית לשמה הוצא כל צו.

הדרישה השלישית היא שהפגיעה בזכות היא במידה שאינה עולה על הנדרש. דרישה זו מחייבת לבחון את התקיימותם של שלושה מבחני משנה:

(1) מבחן התאמת האמצעי למטרה – האם הוצאת הצו עשויה, בהסתברות מתקבלת על הדעת, להשיג את התכלית האמורה. הדרישה בתקנות ההגנה היא שהצו יהיה "נחוץ או מועיל" לאחד האינטרסים המוגנים. נראה שיש לפרש דרישה זו כמחייבת תרומה משמעותית של הוצאת הצו לאחד האינטרסים המוגנים ואין להסתפק בכך שהצו מועיל לקידומו בכל מידה שהיא. בנוגע לצווים שנועדו להגביל את קשריו של אדם עם אחרים יש לציין כי יעילותם מוטלת כיום, לאור התפתחות אפשרויות התקשורת, בספק גדול. הגבלת אדם לביתו אינה יכולה למנוע



ממנו להיות בקשר עם אחרים. אמנם, העדר היעילות של צו מפחיתה מעוצמת הפגיעה באדם, אולם אם אין בצו כדי להביא לתוצאה המיוחלת, הרי עד כמה שהוא מגביל, ההגבלה שהוא יוצר היא בלתי סבירה שכן אינה מקיימת יחס סביר בין האמצעי שנקט לבין המטרה שרוצים להשיג.

(2) מבחן האמצעי המינימלי (הפוגע במידה הפחותה) – כאן יש לבחון בדיוק מה מנסים למנוע באמצעות הצו שכן ייתכן שקיימים אמצעים המאפשרים את השגת המטרה תוך פגיעה קלה יותר. ודוק, עצם קיומו של הליך שיפוטי מסוג כלשהו מפחית מן הפגיעה. לכן, ראוי לפרש את סמכות המפקד הצבאי בהתאם להצדקה לקיומה – כמוגבלת להוצאת צווים במקרים בהם אכן ישנה דחיפות המונעת דיון משפטי. כן ראוי להגביל את תוקף הצווים לזמן הנדרש לשם קיום דיון בבית-משפט. דוגמא להיבט נוסף שיש לבחון בהקשר של צמצום הפגיעה למינימום ההכרחי הוא ההתקדמות הטכנולוגית שחלה מאז חקיקת תקנות ההגנה, ואשר יצרה אפשרויות מעקב וציתות קלות ויעילות יותר העשויות להשיג מטרות מסוימות תוך פגיעה פחותה.

(3) האם ניתן להשיג מטרה דומה אם כי פחותה ובכך להפחית מן הפגיעה – נדמה כי במקרים רבים התשובה לשאלה זו עשויה להיות חיובית. כך למשל אם יזדקקו למנגנון שיפוטי מקדים, אמנם המיידיות תפחת ועשוי להיות כרוך בכך פיחות מסוים באפקטיביות, אך ניתן יהיה להקטין את הפגיעה תוך השגת עיקר המטרה שלשמה הוצא הצו.

בחינה שכזו תיעשה בכל פעם על רקע הנסיבות והעובדות הספציפיות של המקרה. ויתכן שמצבים קיצוניים של טרור יצדיקו הוצאת צווים שאין להם מקום במקרים רגילים. לדעתנו, המסקנה תהיה כמעט תמיד כי הוצאת הצו אינה חוקתית, בעיקר בכל הנוגע למידתיות הפגיעה (האם הפגיעה למעלה מן הנדרש), והדבר מחזק את הטענה לפיה אין מקום כלל לסמכות שכזו.





חלק י"ג לתקנות ההגנה מעניק למפקד הצבאי סמכויות לאסור או לצמצם תעבורה, להטיל עוצר, לסגור נתיבי תחבורה יבשתית או ימית ולהכריז על שטח צבאי סגור. בנוסף רשאי מפקד צבאי לדרוש מאדם לפעול למען מטרות ציבוריות: להורות לבעל רכב להשתמש בו להובלת סחורות או לתושב להסיר מחסומים ביישובו. התקנות אוסרות גם על השגת גבול ועל שוטטות בקרבת מקומות המשמשים לאחד מצרכיו של שירות ממשלתי או המשמשים לביצוע שירות חיוני. אין בתקנות פירוט של התנאים או הנסיבות בהם ניתן לעשות שימוש בסמכויות אלה.

חלק מן הסמכויות בחלק זה של התקנות מתאים למצב מלחמה של ממש. הכוונה היא לסמכויות להטלת העוצר, לסגירת נתיבי תנועה, ולהגבלת תנועה ללא היתר תנועה. כפי שכבר ציינו, הוראות רבות בתקנות ההגנה הולמות מצב של מלחמה (לרבות מלחמה פעילה נגד התקפה טרוריסטית). גילוי זה אינו מפתיע לאור הרקע לחקיקתן, אך מפתיע שסמכויות אלו הן בנות תוקף במדינה דמוקרטית בעת שאיננה עת מלחמה.

גם הסמכויות המקנות למפקד הצבאי כוח לחייב אדם לפעול למען מטרה ציבורית הולמות מצב חירום. במצב רגיל – בו הגופים הציבוריים מתפקדים – קשה להצדיק, ויש להסתפק בחובות המוטלות על האזרחים לשם קידום של מטרות ציבוריות מכוח החקיקה של הכנסת בעיקר בנושאים כמו גיוס לצבא – על-פי חוק שירות ביטחון, התשמ"ו-1986, או סיוע למשטרה בנסיבות בהן יש הכרח בפעולה מיידית – על-פי ס' 20 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969. בניגוד לתקנות ההגנה, חקיקה זו מגדירה טוב יותר את הנסיבות והמגבלות שבהן ניתן להפעיל סמכויות מסוג זה וכך מאזנת באופן סביר יותר בין זכויות הפרט וצרכים ציבוריים. לא ברור מהו הייחוד של הסמכויות יוצאות הדופן הללו בתקנות ההגנה המצדיק את קיומן מעבר לסמכויות האמורות.

באופן כללי נראה שההסדר הראוי ביותר בנוגע לטיב הסמכויות במצבי חירום הוא הסדר דוגמת ההסדר הקנדי, המבחין בין מצבים שונים של חירום על-פי טיב מצב החירום ותקופתו (למשל, מצב חירום רגעי, מצב

חירום מתמשך, מצב חירום של מלחמה וכדומה). אם יאומץ הסדר כזה הרי שייטכן ויש מקום לקיומן של חלק מהסמכויות בדבר הגבלת תנועה בשעת מלחמה.

במידה שאכן ישנן סמכויות שהן הכרחיות לתפקודו של הצבא אף בעיתות שלום, כמו ההכרזה על שטחים צבאיים סגורים לצרכי אימונים, ראוי לעגן אותן בחקיקה של הכנסת תוך פירוט מדוייק של התנאים להפעלת הסמכות, לרבות אמצעים לצמצום הפגיעה או לפיצוי עליה.

גם אם לא יאומץ הסדר דוגמת ההסדר הקנדי, אין בכך משום מכשול מפני ביטול התקנות. יש לזכור, כי אם יתעורר מצב של מלחמה של ממש, הרי שבצד החקיקה הקיימת החלה בעת מלחמה, כמו חוק ההתגוננות האזרחית התשי"א-1951, העוסק, בין השאר, בהתגוננות אזרחית בעת מלחמה, אפשר יהיה לתקן תקנות לשעת חירום אד-הוק בהן ניתן יהיה לקבוע סמכויות בהתאם לנדרש. אפילו אם לא תהיה הכרזה בת תוקף של הכנסת על מצב חירום, הרי שחוק יסוד: הממשלה החדש מאפשר הכרזה זמנית של הממשלה על שעת חירום זמנית (לתקופה של שבוע הניתנת להארכה כל עוד הכנסת איננה מתכנסת), וזאת מבלי לקבל את אישורה של הכנסת. ודוק, עם פקיעת מצב החירום, תפקענה התקנות.





ניחוח, הערכה והשוואה

כפי שצויין בפתח הדברים התקנות הותקנו כחלק מחקיקת החרום בקשר למלחמת העולם השנייה. על כן, סמכויות רבות המפורשות בהן תואמות יותר מצב מלחמה מאשר מצב חירום בתקופת שלום.

קיימת אבחנה בספרות בין סמכויות חירום המיועדות להפעלה בשעת מלחמה, אשר מטבען מוגבלות במשכן, וכן בדרך כלל גורפות יותר, לבין סמכויות חירום הניתנות להפעלה בתקופת שלום. הסמכויות האחרונות מתמקדות בעיקרון במלחמה בטרור, וכן בדאגה לאספקה סדירה של שירותים ומצרכים.⁷⁹ במובן זה, רבות מן התקנות שלנו נראות כאילו נועדו לשרת מצב חירום של מלחמה (הסמכות להורות על הובלה כפוייה, הסמכות להטלת סגר ועוד).

ברוב המדינות המערביות ישנה חקיקה שנועדה לשעת חירום של מלחמה, המותנית בדרך כלל בהכרזה על מצב מלחמה על פי כללי המשפט הבינלאומי. בצידה, קיימת גם חקיקת חירום לעיתות שלום, המותנית בהתהוותם של מצבי חירום למיניהם, וחקיקה המיועדת להתמודדות בתופעת הטרור. להלן אסקור לשם השוואה את התשתית החוקית להתמודדות עם מצבי חירום הקיימת במספר מדינות מערביות.

בריטניה

בבריטניה, ממנה ירשנו את תקנות ההגנה קיימת אבחנה מובהקת בין סמכויות חירום לשעת מלחמה, לבין סמכויות חירום בעת שלום. אבחנת נוספת קיימת בין סמכויות סטטוטוריות לבין פרוגטיבות ו"סמכויות של המשפט המקובל".



סמכויות חירום בשעת שלום

1. סמכויות סטטוטוריות

א. חוק סמכויות חירום

[The Emergency Powers Act 1964]

זהו דבר חקיקה פרמננטי, שתיקן את חוק סמכויות החירום משנת 1920. החוק נועד בשעתו לטיפול בשביתות כורים ושביתות כלליות רחבות. הפעלת החוק מותנית בהכרזה על שעת חירום מצד "הוד מלכותה". תוקף ההכרזה לחודש ימים בלבד, והארכה מותנית בהכרזה מחודשת. חירום מוגדר בחוק כסכנה לאספקת מצרכים, שירותים חיוניים ומאור. חובה לכנס את הפרלמנט בהקדם עם מתן ההכרזה. החוק מאפשר להסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות ככל שידרשו לשמירת השלום, הסדר הציבורי, ואספקה שוטפת של מצרכים ושירותים. החוק אינו מסמיך לגייס גיוסי חובה, לשנות את כללי סדר הדין הפלילי, או למנוע שביתות על דרך של הפיכתן לעבירה. תוקפן של תקנות פוקע כעבור 7 ימים, אלא אם אושרו על-ידי הפרלמנט. בכל מקרה הענישה על הפרת התקנות מוגבלת בתקרת עונש של שלושה חודשי מאסר או 100 ליש"ט.

ב. חוק למניעת טרור

[Prevention of Terrorism [temporary provisions] Act 1989]

חוק זה מגדיר בין היתר מהו טרור (=שימוש באלימות למטרות פוליטיות, או לכל מטרה של הטלת אימה על הציבור או על חלק ממנו). למעשה, הגדרה זו אינה מוסיפה הרבה מעבר לעבירות פליליות שקיימות כבר בספר החוקים. הסיבה המרכזית לכך הינה שהחקיקה הבריטית, בהקשר של טרור, מתמקדת בעיקר בהרחבת תחולת דיניה של בריטניה, כדי להבטיח שכאשר יתפשו טרוריסטים ניתן יהיה להביאם לדין בפניו בתי משפט באנגליה. בחלקו הראשון, אוסר החוק על השתייכות לארגונים אסורים המנויים בתוספת (מנויים שם שני ארגוני טרור איריים). ישנן שתי דרכים להוסיף ארגונים לתוספת: האחת הינה על-ידי הפרלמנט בעצמו, והשנייה על-ידי הכרזה של מזכיר המדינה. החוק מרחיב את מסגרת העבירות בקשר לארגונים אסורים, בעיקר בתחום התמיכה בהם – כספית ומורלית – ובדרך של הצטרפות. בנוסף נאסר אף לענווד פריטי לבוש שיקשרו את לובשם לארגון טרור.



בחלקו השני של החוק מוענקות שורה של סמכויות למזכיר המדינה, שמאפשרות הגבלת חירויות שונות. בעיקר מדובר בגירוש, ומניעת כניסה לאנגליה מטעמים של שייכות לארגון שהוכרז כטרוריסטי, במצבים של ריבוי מעשי טרור.

בחלקו השלישי, יוצר החוק שורה של עבירות הקשורות לטרור, בעיקר בצפון אירלנד. החוק מרחיב את העבירות, בעיקר ככל שמדובר בתמיכה כספית בארגוני טרור, וכן בפרסום מידע הנוגע לארגונים.

בחלקו הרביעי, מרחיב החוק את סמכויות המעצר והחיפוש, והגבלת הכניסה והיציאה מבריטניה בהקשר של עבירות טרור. כך למשל, מתיר חלק זה לשוטרי לעצור בלא צו כל מי שנחשד בהשתייכות לארגון טרור, או בסיוע לו. ניתן לעצור אדם כאמור ל-48 שעות, ומזכיר המדינה יכול להאריך המעצר ל-5 ימים.

ג. חוק סמכויות חירום לצפון אירלנד

[Northern Ireland (emergency provisions) act 1991 [=EPA]]

חוק זה מעניק סמכויות גורפות לרשות המבצעת ולצבא בהקשר של טיפול בטרור האירי. חוק זה הוארך לאחרונה בשנת 1996 לשנתיים נוספות (חקיקת התיקון בוצעה במחטף). העיקרון בבסיס חוק זה הינו כי קיימת רשימת עבירות ארוכה הנספחת לחוק, אשר כל מי שנחשד בביצוען חשוף לסדרי הדין נבדלים, לרבות הוראות מיוחדות לעניין מעצר וחיפוש שהחוק מפרט. בנוסף, החוק מסמיך להקים טריבונלים מיוחדים בלא מושבעים לצורך שפיטתם של מי שמואשם בביצוע העבירות כאמור. המדובר בסמכויות מעצר וחיפוש רחבות בהרבה מהרגילות, וכן בטריבונל נפרד לחלוטין. סדרי הדין בפני הטריבונל שונים אף הם. התוצאה הינה כי לרוב, סדרי הדין הללו מאפשרים להרשיע נאשם על סמך הודאתו בלבד. מחקרים אמפיריים מורים כי החלק הארי של המורשעים על-ידי טריבונל מיוחד זה, הורשעו על סמך הודאתם בלבד. מובן שמצב שכזה יוצר חשש להרשעת חפים בעיקר על רקע מצוקת המשטרה בהשגת ראיות, אשר הביאה אותה לסחיטת הודאות בכפייה.

ד. חיקוקים נוספים בבריטניה בהקשר של טרור

הפקודה לדיכוי טרור (1978) – המרחיבה את סמכות השיפוט של בתי המשפט; **הפקודה להבטחת בטחון תעופתי (1982)** – לגבי חטיפת מטוסים; **והפקודה למניעת חטיפה (1982)** – המענישה במאסר עולם על כל נסיון להשפיע על מדינה בדרך של נטילת בני ערובה.



2. סמכויות של המשפט המקובל

בשלב מוקדם יותר דנו בשאלת קיומה או היעדרה של הפרורוגטיבה של הכתר להנהיג שיפוט צבאי גם שלא בשעת מלחמה. במידה שקיימת פרורוגטיבה שכזו, אזי זו דרך נוספת להפעלת סמכויות חירום.

סמכויות חירום לשעת מלחמה

1. סמכויות סטטוטוריות

א. החוק להגנה על הממלכה

[Defense of the Realm Act 1914-15]

באמצעות חוק זה הונהג משפט צבאי בבריטניה במלחמת העולם הראשונה, ובמשך מספר חודשים נשפטו אזרחים בריטיים וזרים כאחד על-ידי טריבונלים צבאיים.

ב. חוק סמכויות [ההגנה] שעת חירום

[The Emergency Powers (Defence) Acts 1939 and 1940]

חוקים אלו חוקקו בשל מלחמת העולם השנייה. באמצעותם ניתנה סמכות להתקין תקנות הגנה בדרך של דבר מלך במועצה, ככל שיידרש להבטחת בטחון הממלכה, בטחון הציבור, ושירותים ומצרכים חיוניים. החוק המאוחר יותר מבין השניים (1940) נחקק כאשר סכנת פלישה מיידית ריחפה, והוא הרחיק לכת בהרבה בסמכויות שהעניק. בהתאם לחוק האמור ניתן היה לחייב כל אדם להעמיד עצמו ורכושו לרשות הכתר. גירסה מתוקנת של החוק קבעה שאם מצב המלחמה יחייב זאת הרי שניתן יהיה לזרז הליכים פליליים, אף בדרך של שיפוט צבאי, וזאת אף אם לא מדובר בחיילים.

חשוב להעיר שעד כמה שחלק מן התקנות היו דרקוניות, הרי שיש להשקיף עליהן תוך שזוכרים את המציאות של מלחמת העולם השנייה, ואת סכנת הפלישה המיידית שריחפה על בריטניה. כמעט כל התקנות בוטלו או שוננו, בעיקר במסגרת חוק סמכויות החירום משנת 1964.

התקנות שקיימות אצלנו הינן מכח סמכות דומה, וברי שהשתנו הנסיבות שהביאו להתקנתן. אף אם מדובר במצב חירום במדינה, הרי שאין הוא מצב חירום של מלחמה מהסוג שעל רקעו חוקקו החוקים הבריטיים המקבילים.



2. סמכויות של המשפט המקובל

מוסכם כי לכתר פררוגטיבה להנהיג שלטון צבאי ומשפט צבאי בעת מלחמה.

קנדה

בקנדה ישנו חוק חדש יחסית האמור להסדיר את נושא סמכויות החירום. המדובר **בחוק מצבי החירום** (The Emergencies Act, S.C.1988,C.29) אשר החליף את ה-War Measures Act. החוק הישן הופעל למעשה רק 3 פעמים: במלחה"ע הראשונה, במלחה"ע השנייה, וב"משבר אוקטובר" בקוויבק בשנת 1970. למעשה, האמצעים החריפים שנקטו במסגרת החוק הישן במהלך "משבר אוקטובר" הם אלו שהובילו לחקיקת החוק החדש. באותו אוקטובר, החזית לשחרור קוויבק (FLK) חטפה דיפלומט בריטי וכן חבר קבינט קוויבקי. בתגובה הכריז הממשל הפדרלי על מצב חירום בהתאם לחוק הישן. בעקבות ההכרזה הותקנו תקנות שהרחיבו את סמכויות המשטרה וכן אסרו על השתייכות ל-FLK. עקב כך נעצרו מאות אנשים בכל רחבי המדינה, אף כי רק קומץ מתוכם באמת היווה איום, ואכן רק נגד מעטים הוגשו אישומים בסופו של דבר.

החוק החדש לא הופעל מעודו בקנדה.

החידוש בחוק החדש הינו בכך שהוא מאפשר להכריז על 4 מצבי חירום שונים. בהתאם לסוג מצב החירום שהוכרז, משתנות הסמכויות שמסורות לזרוע המבצעת, כפי שיפורט להלן:

1. מצבי חירום הנוגעים לשלום הציבור

[public welfare emergencies]

המדובר ב"אסונות טבע, במגיפות, תאונות, או זיהום, שעלולים לסכן החיים או הרכוש, הסדר הציבורי, או אספקה סדירה של שירותים ומצרכים, באופן כה רציני עד שייחשבו לחירום לאומי." בנוסף, נדרש שהמצב יהיה מחוץ ליכולת טיפולו של המחוז בו מתעורר המצב. קודם להכרזה מוטלת על המושל במועצה חובת התייעצות עם מושלי המחוזות השונים.



תוקף ההכרזה – 90 יום. כאשר ההכרזה בתוקף, רשאי הפרלמנט להגביל תנועת אנשים או רכוש, לחייב אנשים למסור שירותים או מצרכים בסיסיים, ולחייב בתשלומים. הפרלמנט אינו רשאי מכח התקנות או הצווים לפגוע בזכות השביתה, או להתערב בסכסוך עבודה.

2. מצב חירום הנוגעים לסדר הציבורי

[public order emergencies]

המדובר במצבים בהם מאויים בטחונה של קנדה. ההגדרה רחבה מאוד וכוללת מצבים של איום על בטחונם של אנשים ורכוש, פעילויות המיועדות להפוך את השיטה החוקתית הנוהגת, ופגיעה בחיים או רכוש כדי להשיג מטרה פוליטית. למעשה, המרדה והתססה ופעילויות טרור נופלות לגדר ההגדרה.

כאשר מצב חירום שכזה בתוקף רשאי המושל במועצה לאסור או להגביל אסיפות ציבוריות שעלולות להפר את הסדר והשלום. חובת ההתייעצות עם המחוזות קיימת גם כאן, אולם תוקף ההכרזה הינו רק 30 יום.

3. מצב חירום בינלאומי

[International Emergencies]

לא מדובר כאן בהכרח על מצב מלחמה, ומספיק מצב של מתח בינלאומי מוגבר. ההגדרה איננה ברורה. אין ספק שהיא כוללת מצבי מלחמה וחרם כלכלי, שמאיימים על האספקה לקנדה. מאידך לא ברור מהי מידת המתח הבינלאומי הנדרש. במקום מסויים הוצע לדרוש שיהיה זה מתח מן הסוג שמביא להדרדרות מהירה ביחסי מדינות או גושי מדינות.

גם כאן ניתן במסגרת ההכרזה להחרים רכוש, לחייב אנשים לספק שירותים וכיוצא. תוקף ההכרזה מן הסוג הזה – 60 יום.

4. מצב חירום של מלחמה

[War Emergencies]

ההגדרה בסעיף 37 לחוק מדברת על "מלחמה או מאבק מזויין אחר שכולל את קנדה או אחת מבעלות בריתה, מסוג רציני עד כדי היותם מצב חירום לאומי." בניגוד לשלושת מצבי החירום האחרים, אין לגבי מצב חירום של מלחמה פירוט של האמצעים המותרים להינקט על-ידי השלטון. ייתכן מאוד שבמסגרת מצב חירום כזה מותרות פגיעות בזכויות אדם מן הסוג שהתאפשרו במסגרת החוק הישן. תוקף ההכרזה מסוג זה הוא הארוך ביותר ומשכו 120 יום.



מגבלות שמטיל החוק החדש על סמכויות החירום:

- א. הגדרת מצבי החירום כוללת תמיד אפיון המחייב שמדובר במצב "ל...כה רציני עד שייחשב למצב חירום לאומי."
- ב. לא ניתנת סמכות לעצור אזרחים קנדים או תושבי קבע אך ורק על בסיס גזע, מוצא, לאום, צבע, דת, מין, גיל או מצב נפשי או גופני.
- ג. במסגרת מצבי החירום מסוג 1 ו-2 חל איסור על התערבות בפעולות המשטרה של המחוז.
- ד. חובת היוועצות עם מושלי המחוזות אמורה למנוע קיפוחם של מחוזות מסויימים.
- ה. פיקוח פרלמנטרי על הקבינט הפדרלי (בעייתי מבחינת יעילותו).
- ו. כפיפות לצירטר הקנדי. בהתאם לכך נדרש שמגבלות על זכויות אדם שיוטלו במהלך שעת חירום תהיינה סבירות וניתנות להצדקה בחברה דמוקרטית וחופשית.

בהשוואה לחוק הקודם, הרי שהסמכויות בחוק החדש מוגדרות יותר מלבד במצב חירום של מלחמה (הסוג הרביעי). בנוסף, בחוק החדש ישנה דרישה של בסיס סביר לקיומו של מצב חירום, בעוד שעל פי החוק הישן עצם ההכרזה היוותה ראייה מכרעת לקיומו של מצב חירום.

גרמניה

חוק היסוד הגרמני (Grundgesetz) מבחין בין דרגות שונות של מצבי חירום. האבחנה איננה מובהקת ומפורשת כמו בחוק הקנדי, אולם ניתן להצביע על שלוש דרגות עיקריות של מצבי חירום:

מצב הגנה

[State of Defence]

מתקיים בהתאם לסעיף 115 לחוק היסוד, כאשר הרפובליקה נמצאת תחת התקפה או איום מיידי להתקפה בידי כח מזויין. במצב שכזה הממשלה יכולה לדרוש מהבונדסטג להכריז על "מצב הגנה". נדרש גם אישור הבונדסרט, וההכרזה טעונה אישור על-ידי הנשיא. סעיף 115 מאפשר הליך של חקיקה מזוהזת בעקבות ההכרזה. המדובר בעיקר על ההיתר להגיש הצעת חוק בו זמנית לשני בתי הפרלמנט. כמו כן, הממשלה הפדרלית רשאית להורות ישירות למושלי המחוזות השונים בתחומים



מסוימים. במידה שהבונדסטג אינו יכול להתכנס, תוקם ועדה שתורכב מ-22 חברי בונדסטג ו-11 חברי בונדסטרט שתמלא את מקומו. אף כי מצב חירום זה הינו למעשה מצב מלחמה, מורה החוק הבסיסי בסעיף 115g כי אסור להקים טריבונלים שיפוטיים מיוחדים.

מצב של מתיחות

[State of Tension]

אף כי מצב זה אינו מוגדר במדויק בחוק היסוד, משתמע כי מצב זה שורר קודם למצב הגנה. בהתאם לסעיף a80 לחוק היסוד נדרש רוב של שני שלישים מחברי הבונדסטג כדי להכריז על מצב של מתיחות (אך לא נדרש אישור הבונדסטרט). בעקבות ההכרזה אין סמכות להליך חקיקה מזרז כב"מצב ההגנה."

מצב חירום פנימי

[Internal State of Emergency]

מצב חירום זה מכסה הן אסונות טבע והן איומים על הסדר הדמוקרטי הליברלי. הכרזה על מצב חירום זה אינה זקוקה לאישור הבונדסטג. במצבי החירום האמורים ניתנות לרשות המבצעת סמכויות נרחבות יותר, כאשר העיקרון הוא שהרחבת הסמכויות חייבת להיות תואמת את הדמוקרטיה המתגוננת ואין בהן כדי לפגוע בגרעין הקשה של זכויות האדם.

טרור

באופן כללי, פעולות טרור הינן עבירות מקובלות שמבוצעות לרוב בראוותנות, על-ידי פרטים המונעים אידיאולוגית, להשגת מטרה פוליטית או כלכלית או חברתית בחברה נתונה.⁸⁰

ברמה הלאומית, ברוב המקרים, מכסות העבירות העונשיות הרגילות את מעשי הטרור. על כן, רוב המדינות מתמקדות מחד גיסא, בהרחבת כללי סמכות, פרוצדורה, ראיות ואמצעים מנהליים, ומאידך גיסא, מן ההיבט של הדין המהותי, מתמקדת החקיקה באיסורים הנוגעים להתארגנות הטרוריסטית. העקרון המנחה של חקיקה אחרונה זו הינו כי מוטב להילחם בתופעת הטרור כבר בשלב ההתארגנות.



- כאשר באים לבחון את הטיפול בטרור מתעוררות השאלות הבאות:
1. האם יש להוסיף עבירה מהותית נוספת של "מעשה טרור" (כפי שנעשה בדרום אפריקה ובאירלנד, שם יש הגדרה של מעשה טרור ולא רק השתייכות לארגון טרור)?
 2. האם רצוי להוסיף רכיב מחמיר לעבירות קיימות של ביצוע העבירה למטרת טרור?
 3. האם מתחייבים שינויים בסדרי הדין ובדיני הראיות במסגרת המאבק המשפטי בטרור?
 4. איזו פעילות רגולטיבית ומנהלית תועיל למטרת ההתמודדות בתופעת הטרור?

כתופעה עבריינית יש לטרור מאפיינים שמייחדים אותו מהתופעה העבריינית הרגילה: המדובר בפשיעה מאורגנת ומשוכללת בעלת סממנים סוטליים הן מבחינת שלילת היריב והן מבחינת קיצוניות האמצעים. הטרור גורם אימה בקרב הציבור והוא עלול לגרום לאובדן האמון במערכת המשפט ואף בסדר המשפטי. קשה להתמודד עם התופעה לפי התפישות העונשיות המקובלות בשל הצורך לטפל בתופעות אשר מהוות מבחינת הדין העונשי רק שלבים מקדמיים בביצוע עבירה, שבדרך-כלל אין מענישים עליהם. בעוד שכרגיל מתייחסים אל התופעה העבריינית כאל פעילות של יחיד, מתחייבת כאן התייחסות אל פעילותה של הקבוצה העבריינית.

מבט משווה

ברוב המדינות האירופיות (הולנד, שוויץ, בלגיה, שוודיה) אין בספר החוקים עבירות טרור מיוחדות. אם כי בשוויץ ישנה חקיקה מיוחדת נגד פגיעה בבטחון המדינה, אשר מקנה סמכויות נוספות לרשות המבצעת. וכן ישנה שם אפשרות להגביל פעילות ארגונים שמטרתם בלתי חוקית (לא בהכרח טרוריסטיים).



שוודיה והולנד

ישנה התייחסות מיוחדת לאלימות למטרות פוליטיות אך לא מתייחסים לטרור ספציפית. למעשה, המונח טרור כלל אינו מופיע בספר החוקים השוודי. עבירות בעלות אוריינטציה בטחונית או פוליטית ואשר ישימות לסיטואציות של טרור מצויות בקודקס הפלילי הרגיל. יחד עם זאת ניתנו לרשויות אוכפות החוק ולרשויות ההגירה סמכויות חקירה נרחבות יותר בנושאים אלו. נציין כי בשנים האחרונות נושא זה נבדק על-ידי ועדות שונות ויתכן שצפוי שינוי. נציין גם כי אין איסורים הנוגעים להשתייכות לארגונים כלשהם.

בהולנד, קיימת חקיקה רלוונטית רק עד כמה שטרור מאיים על בטחון המדינה. בנוסף, יש בהולנד סדרה של עבירות בטחוניות אולם לא ספציפית של טרור. המדובר באיסור על איום על שלום האומה ועל המשטר והסדר החוקתי הקיימים. קיימים איסורים ספציפיים הנוגעים לאיום על אישי ציבור. נדמה כי על אף היעדרה של עבירת טרור מיוחדת הרי שלרוב תימצא נורמה האוסרת את מעשה הטרור.

גרמניה

המדיניות האנטי-טרוריסטית ברפובליקה הפדרלית מוגבלת במידה מרובה על-ידי חוק היסוד. ההתפתחות של החקיקה האמורה הושפעה (בעיקר השפעה מגבילה) מן ההקשר הנורמטיבי של חוק היסוד ומחויבותו לכבוד האדם, לשימור הסדר הדמוקרטי הבסיסי, ולעקרון הדמוקרטיה המתגוננת.

מבחינת הדין המהותי ישנה חקיקה לגבי מעשי פירטיות באוויר ובים, חקיקה נגד חטיפות סחטניות, וכן חקיקה נגד התארגנות טרוריסטית, שמגדירה ארגון טרוריסטי, ואוסרת השתייכות אליו ותמיכה בו. הדגש הוא על התמודדות עם הטרור בשלב ההתארגנות, שכן זהו השלב האפקטיבי ביותר. ענישה לאחר מעשה טרור היא מאוחרת מדי, ואין בכוחה להרתיע פעילות עתידית של קיצוניים. מכאן המאבק המשפטי בעצם ההשתייכות לארגוני טרור, בתמיכה בהם, והוא כולל חובת הודעה לרשויות על קיומם ופעילותם.

בין השנים 1970 ו-1978 שונה החוק הפלילי הגרמני בדרך של הוספת עבירות הקשורות לטרור, בעיקר עבירות הקשורות לאיסור התארגנות,



וכן קשירת קשר, או חובת מסירת מידע לרשויות. בנוסף הורחבו סמכויות המשטרה והבטחון. בניגוד לדין הבריטי, שם החוק צמצם את שיקול הדעת השיפוטי כאמצעי למלחמה בטרור, הרי שהדין הגרמני צעד בכיוון ההפוך של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי, ובכך ביסס את מעמד בית המשפט כמגן הדמוקרטיה. בניגוד לבריטניה, חוק היסוד אינו מאפשר הקמת טריבונלים מיוחדים מן הסוג שהוקמו באירלנד (Diplock court).

בנוסף, הדין הגרמני מרחיב את הסמכויות הפרוצדורליות של הרשויות אוכפות החוק, כדי שהללו יוכלו לחשוף, בעקבות מעשה טרור, את ההתארגנות ואת החברים בה ולמנוע טרור עתידי. בצד הרחבת סמכויות הרשות המבצעת, הוצרו גם זכויות פעילי הטרור, באופן שניתן בנסיבות מסוימות למנוע פגישה עם עורך דין ואף להסיר חסיון בין עורך דין ללקוח בדרך של מעקב אחר חילופי תכתובות ביניהם. זאת כתגובה לפרקטיקה שנוצרה לנצל את חסיון עורך דין-לקוח לרעה.

בהקשר של מעצר הרי שניתן לעצור גם כאשר לא מתקיימת אחת מעילות המעצר, ובלבד שקיים חשד בדרגה גבוהה על מעורבות האדם בטרור. כך גם בתחום החיפוש במבנים: בעוד שבדרך כלל יש להצמיד החשד למבנה מסויים, הרי כשמדובר בחשד שאדם המעורב במעשה טרור נמצא באחת הדירות שבבנין אך לא ידוע באיזו דירה, הרי שיש היתר לחפש בכולן, אף כי אין חשד ספציפי לגבי דירה מסויימת.

בנוסף, ישנו דרג מיוחד של שפיטה ותביעה, וישנן הוראות דיוניות שמטרתן למנוע שימוש במטריית ההליך הפלילי להמשך פעילות טרור.

בנוסף קיימים איסורים בשולי עבירות האלימות, כגון איסור פרסומים המציגים אלימות באופן חיובי.

איטליה

עד אמצע שנות ה-70 הדגש החקיקתי הושם על יצירת עבירות הקשורות לפעילות טרוריסטית ולהתארגנות טרוריסטית. לפיכך, בהתאם להוראת החוקה האיטלקית המכירה בזכות ההתאגדות, למעט התאגדויות פשיסטיות, התאגדויות סודיות והתאגדויות המבוססות על מבנה צבאי, מגדיר חוק העונשין האיטלקי באופן ספציפי יותר מהן ההתאגדויות האסורות. החוק קובע כי אסור להקים, להשתייך או לתמוך בהתאגדויות שמטרתן ליצור בדרך אלימה דיקטטורה של קבוצה חברתית אחת על פני



רעותה, או לחתור נגד הסדר הכלכלי חברתי, או לפגוע ברגש הלאומי. האיסור הראשון חל גם על תעמולה שתביא לדיקטטורה כאמור. חוק העונשין אוסר על פרטים לפעול נגד החוקה או הממשלה (העונש 12 שנות מאסר). האיסור על מרד מזויין חמור במיוחד וחל אף אם בפועל לא נעשה כל שימוש בנשק והוא נותר מאוחסן (מאסר עולם). המטרה הינה כאמור להרתיע מפני יצירת התארגנות מזויינת. בעקבות חוסר האונים של המשטרה והשירותים החשאיים בהתמודדות עם הטרור תוקן החוק בשנת 1975, וניתנו למשטרה סמכויות מעצר, חיפוש ועיכוב נרחבות הרבה יותר ביחס לפעילי ימין קיצוני, שמאל קיצוני והמאפיה. הסמכויות הללו הורחבו ביחס לשורה ארוכה של עבירות ואיפשרו תקופות מעצר ארוכות יותר, וסמכויות חיפוש נרחבות יותר. כמו כן התיקון התיר להחזיק עצורים בבידוד עד שהמשטרה תברר את הטעון בירור על ידה, אם כי סמכות אחרונה זו הותנתה ביידוע התובע הראשי שנדרש לתשאל את העצור תוך 48 שעות. בנוסף הוחמר העונש על עבירות הקשורות לטרור והוענקו לשופטים סמכויות עונשיות נוספות להחרים רכוש של מורשעים.

בריטניה

כפי שכבר ציינו, קיימים בבריטניה שני חוקים מרכזיים לטיפול בטרור: החוק למניעת טרור מ-1989 (Prevention of Terrorism [temporary] Act 1989), וחוק סמכויות החירום לצפון אירלנד (Northern Ireland) Act 1989 (provisions), ושני החוקים הללו = EPA (Ireland [emergency provisions] Act 1991). שני החוקים הללו חוקקו על רקע הטרור האירי, והם מרחיבים את סמכויות המעצר והחיפוש, ומקלים את הנטל המוטל בדרך כלל על הרשות המבצעת בכל הנוגע להוכחת הסכנה הנשקפת מן החשודים. במסגרת החוקים הללו ניתן להכריז על ארגון כארגון טרור ובעקבות ההכרזה – כל קשר לארגון שכזה מהווה עבירה. עמוד התווך להפעלת הסמכויות הרבות שבחוקים אלו הינו רשימת העבירות הנספחות. ברגע שאדם נחשד בביצוען יחולו לגביו הוראות החוקים. ראשית, סמכויות המעצר והחיפוש שונות מהרגילות. שנית, מבחינת סמכות השיפוט ניתן יהיה לשפוט אותו בפני הטריבונל המיוחד (ללא מושבעים). שלישית, כללי הפרוצדורה הפלילית וכללי קבילות הראיות שונים. רביעית, למזכיר המדינה מסורות סמכויות מנהליות שונות (בחלקן נושאות גוון עונשי, ובחלקן מניעתיות). המדובר בעיקר בסמכות לגרש ולמנוע כניסה). ההקלה בכללי המעצר והחיפוש,



ובעיקר האפשרות לעצור בגין חשד סביר לביצוע עבירה כאמור, הובילו לכך ש-87% מתוך כ-6250 אנשים שנעצרו בבריטניה בין השנים 1986-1974 בקשר לצפון אירלנד, לא הועמדו לדין מעולם.

ארה"ב

בארה"ב, בעקבות פיצוץ הבנין באוקלהומה, נתקבל חוק המטיל איסורים על השתייכות לארגון טרור ועל תמיכה בו. חוק זה סוטה מן ההגנה החוקתית הרחבה שניתנה לזכות ההתאגדות קודם לכן בשורה של פסקי דין. בית המשפט פסק לא פעם שכדי שהיותו של אדם קשור לפעילות של ארגון מסויים תגיע לכדי עבירה, נדרש שאותו אדם התכוון להיות קשור לפעילויות הבלתי חוקיות של אותו הארגון. לא ניתן לפגוע בזכות ההתאגדות וההצטרפות של אדם להתאגדות רק בגלל שחלק ממטרותיו של הארגון אליו הוא רוצה להשתייך הינן בלתי חוקיות.

מסקנות ביניים

בשל ההשלכות הציבוריות והחברתיות החמורות שיש לפעילות טרור מאורגנת, מושם הדגש יותר על מניעה, מאשר על ענישה. על כן בהקשר של טרור נמצא בדרך כלל כי ניתנות לרשות המבצעת סמכויות נוספות, וכן מורידים את רף הדרישה ככל שהדבר נוגע לחשדות הנדרשים כדי לפעול נגד פעילות טרוריסטית. הדגש בכל המדינות הינו על עבירת ההשתייכות לארגון טרור והתמיכה בו. מן העבר השני, קיים כמובן החשש כי הליכה קיצונית מדי לעבר השלבים הראשוניים של העבירה (שלבי טרום העבירה) עלולה לסכל פעילות שהיא במהותה פעילות פוליטית מותרת.

בישראל החקיקה הקיימת העיקרית להתמודדות בטרור הינה התקנות האמורות, הפקודה למניעת טרור, חוק העונשין, וכן חוק סדר הדין הפלילי שמחיל הוראות דיוניות מיוחדות.

תקנות ההגנה מוסיפות בעיקר בנושאים הבאים:

- אפשרות לדיון בפני טריבונל צבאי;
- סמכויות מנהליות מניעתיות אשר אינן מותנות בהרשעה (צנזורה, החרמה, הריסה, צמצום תנועה ועוד).



בנוגע לטיפול בארגון הטרוריסטי והחברות בו הרי שהפקודה למניעת טרור מספקת.

על כן אנו שבים לשאלה מהי התועלת למאבק בטרור באפשרות הדיון בפני בית משפט צבאי? וכן האם צריך מערכת תקנות נפרדת לצורך הסמכויות המנהליות הנדונות (אמנון רובינשטיין גורס שיותר נוח היה לכנסת להשאיר החקיקה המנדטורית מאשר ליצור במו ידיה חקיקה מקורית גורפת כל כך מבחינת הסמכויות הביצועיות שבה). ניתן הרי לנקוט בדרך שנקטה בפקודה למניעת טרור וליצור בחוק העונשין חזקות וכללי דיון מיוחדים לעבירות ספציפיות. ניתן גם להוסיף רכיב מחמיר של יסוד נפשי לעבירות קיימות. (יש לשים לב גם לעובדה החשובה שהתקנות עצמן אינן נוקטות במונח טרור; וזאת, כאמור, בשל המטרה הראשונית לחקיקתן, שהיתה חרום של מלחמה).

אם אכן המטרה המרכזית לקיומן של תקנות ההגנה הינה מאבק בטרור יש לשקול את התאמתן למטרה זו לאור גילן המתקדם וייעדן המקורי השונה ומבחינת הכפילות בשל החפיפה עם חוקים אחרים. כלומר, יש לבחון האם לא עדיף לשאוב מהן השראה לצורך ההתמודדות עם הטרור במסגרת התאמה של דיני העונשין ליעד זה.

במחקר שנערך בבריטניה⁸¹ הסתבר כי במרבית המקרים בהם הורשעו חשודים על פי החוק למניעת טרור, ניתן היה להרשיעם גם על פי הוראות החוק הרגילות, אולם תפישתם ומעצרים לא תמיד היו מתאפשרים בהתאם לפרוצדורה הפלילית הרגילה.

נראה שכך גם המצב אצלנו. מאחר שראינו שהערך המוסף של התקנות מבחינת טיב העבירות איננו רב, הרי שיש למקד את הטיפול בתופעת הטרור בכלים הדיוניים.

הסמכויות המנהליות

כפי שצינו, הערך המוסף המרכזי שמעניקות התקנות הינו הסמכויות המנהליות שניתנו למפקדים הצבאיים. נראה כי בנקודה זו על הכנסת להכריע אחת ולתמיד, האם יש מקום לסמכויות אלו בספר החוקים שלנו אם לאו. הן מבחינה מהותית והן מבחינת הדימוי הציבורי של מערכת שלטון החוק, אין מקום לחקיקה מנדטורית ישנה שכזו, אשר נמחקה זה מכבר מספר החוקים במדינת הולדתה.



במידה שיוחלט שיש מקום לאיזו מן הסמכויות האלה, על המחוקק לנקוט עמדה אמיצה ולחוקק חוק מקורי שיעגן את הסמכות האמורה. חקיקה שכזו תצטרך להחיל בתוכה את המבחנים והאיזונים שאומצו על-ידי שופטי בג"ץ, ושיש בהם לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בסמכויות הללו.

מצב חירום – כללי

נראה כי הסיווג הקנדי הינו סיווג ראוי מבחינת החלוקה לקטגוריות של חירום תוך אבחנה בין סמכויות החירום היאות לכל סוג וסוג של מצב חירום. בתאם לסיווג שכזה ניתן להוסיף הוראות כלליות לדין העונשי שתהיינה מותנות בהכרזה על מצב ממצבי החירום השונים שיוגדרו. לחילופין, יתכן שיש מקום לחוקק חוק מצבי חירום שכזה, שיפרט את גדר המותר והאסור ביחס למצבי החירום השונים. אבחנה שכזו, כפי שקיימת בחוק הקנדי, רצוייה בעיקר על רקע השוני הרב שקיים בין מצבי החירום השונים. שונה מצב חירום בשל אסון טבע ממצב חרום עקב טרור, ושניהם שונים ממצב חרום של מלחמה.

על רקע האבחנה האמורה ניכרת במיוחד הבעייתיות של התקנות האמורות, אשר הולדתן באה על רקע מצב חירום של מלחמה, וחיותן והפעלתן נעשתה כלפי חירום של טרור.

נראה כי הקטגורייה הבעייתית ביותר מבחינת מצבי החירום הינה זו הנוגעת לטרור. הסיבה לכך ברורה. לא מדובר במצב חירום נקודתי של אסון טבע או במצב חירום זמני של מלחמה בו כל אורח החיים משתנה, אלא במצב חירום מתמשך (ואולי קבוע) על רקע חיים רגילים לכאורה, המהווה "תופעה חברתית פוליטית שדורשת טיפול." אחת הסכנות החמורות היא שהסדרים מיוחדים הנקבעים למאבק נגד הטרור יחלחלו בהדרגה לתחומי עבירות אחרים וישנו את טיבו של המשפט הפלילי בכללותו.





סיכום

במסגרת נייר עמדה זה ניסינו לבחון את ההוראות השונות שבתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 מנקודת מבט ביקורתית ומתוך השקפת עולם דמוקרטית ("פוסט המהפכה החוקתית"). מצאנו כי התקנות, אשר כבר ביום היוולדן היוו פגיעה קשה בזכויות האדם הבסיסיות, לא השתבחו עם הזמן. נהפוך הוא, ככל שחלף הזמן ונתבסס מעמדה של מדינת ישראל, וככל שהתחזק מעמדה בקרב קהיליית העמים כמדינה דמוקרטית, כך החריפה הפגיעה שפוגעות התקנות במרקם הדמוקרטי שנבנה. מדינה החורטת על דיגלה את עקרונות הדמוקרטיה אינה יכולה בידה השניה להתעטף בחקיקה בריטית, שאינה מתיישבת עם מחוייבות של ממש לזכויות האדם. אין ספק כי נוח לו לשלטון שיהיו בידי סמכויות נרחבות עד מאד. ירצה, יעשה בהן שימוש; לא ירצה, יישמר מלהשתמש בהן. בנוסף, חקיקתם של חוקים חדשים קשה יותר כיום בתחום זה של הגבלת זכויות האדם, וזאת על רקע הוראות חוקי היסוד, החלות על חקיקה חדשה. קושי המלאכה אינו צריך להרתיע את המחוקק. זכויות האדם אינן בלתי מוגבלות. צורכי בטחון המדינה, שלום הציבור ובטחונו, ומשטרה הדמוקרטית של המדינה מהווים תכלית ראויה להגבלת זכויות האדם. מידתיות הפגיעה תהא הנקודה המרכזית לה יידרש המחוקק לתת את דעתו.

תקנות ההגנה הותקנו על רקע מצב חירום. ענין זה מעורר את הצורך ברוויזיה של החקיקה הנוגעת למצב חירום. ראשית, משום שכיום ההכרזה הקבועה על מצב חירום שהתקיימה למן קום המדינה תהא נתונה לביקורת של הכנסת מדי שנה. שנית, במידה שתבוטלנה התקנות האמורות, יתכן שיש להשאיר חלק מן הסמכויות על כנן, אולם לתחום אותן לעת חירום בלבד. בנוסף, על רקע נסיון של מדינות אחרות יש לשקול אימוצה של אבחנה בדומה לזו שבמשפט הקנדי בנוגע למצבי החירום השונים.

עניין נוסף עליו התעכבנו הינו נושא הטרור. התקנות אכן העניקו מספר כלים לטיפול בתופעת הטרור, אם כי לא הצהירו מפורשות שזו כוונתן. אין ספק כי אף הגישות המחמירות ביותר נגד פגיעה בזכויות אדם יסכימו כי במאבק בטרור תיתכן פגיעה מסוימת בזכויות והם של חברי ארגוני



הטרור. אף בעניין זה רצוי כי נאמץ חקיקה בהירה וחדשה. נזכיר כי ככל שההתמודדות עם הטרור נעשית יותר בכפפות הדין הרגיל, כך רבה יותר הלגיטימציה של ההתמודדות.

עניין אחרון הינו נושא ההתאגדויות האסורות, אשר ההוראות הנוגעות להן בתקנות הן מן השימושיות שבהוראות. אף כאן לאור הכפילות הקיימת בין חוקים שונים הצענו לאחד את הדינים השונים לדבר חקיקה אחד.



נספח

נתונים אמפיריים על פעילות בתי המשפט הצבאיים

| שנה | נושאי העמדה לדין | נתונים |
|------|-----------------------------------|------------|
| 1990 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 39 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 18 |
| | אמונים צבאיים ללא היתר | 10 |
| | ירי לעבר בני אדם | 4 |
| | אחזקת תחמושת | 3 |
| | זריקת חפץ מבעיר | 7 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 30 |
| | הנחת פצצה | 1 |
| | סך כולל | 112 |
| 1991 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 43 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 40 |
| | אמונים צבאיים ללא היתר | 9 |
| | ירי לעבר בני אדם | 6 |
| | ייצור חפץ מבעיר | 6 |
| | זריקת חפץ מבעיר | 10 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 22 |
| | שותפות להנחת חפץ מבעיר | 1 |
| | הנחת פצצה | 1 |
| | נסיון להנחת פצצה | 1 |
| | החזקת כלי נשק | 1 |
| | אחיזת כלי נשק ותחמושת | 1 |
| | סך כולל | 141 |
| 1992 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 19 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 19 |
| | אמונים צבאיים ללא היתר | 1 |
| | ירי לעבר בני אדם | 3 |
| | החזקת כלי נשק | 4 |



| שנה | נושאי העמדה לדין | נתונים |
|------|------------------------------------|------------|
| | נשיאת כלי ירי ותחמושת | 10 |
| | מתן מקלט | 2 |
| | ייצור חפץ מבעיר | 2 |
| | חיזוק ידיים לזריקת חפץ מבעיר | 1 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 19 |
| | זריקת חפץ מבעיר | 6 |
| | יצור פצצה | 2 |
| 1993 | סך כולל | 88 |
| | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 23 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 5 |
| | אמונים צבאיים ללא היתר | 10 |
| | החזקת נשק ותחמושת | 7 |
| | נשיאת כלי מסוכן, כלי ירי או תחמושת | 4 |
| | ירי לעבר בני אדם | 1 |
| | חיזוק ידי יורה לעבר אדם | 2 |
| | נסיון לירי לעבר אדם | 2 |
| | הנחת פצצה | 6 |
| | נסיון להנחת פצצה | 2 |
| | ייצור חפץ מבעיר | 5 |
| | זריקת חפץ מבעיר | 6 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 19 |
| | חיזוק ידי מניח חפץ מבעיר | 4 |
| | נסיון להנחת חפץ מבעיר | 3 |
| | סך כולל | 101 |
| 1994 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 28 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 12 |
| | אמונים צבאיים ללא היתר | 9 |
| | ירי לעבר אדם | 1 |
| | החזקת אמצעי לחימה | 8 |
| | נשיאת תחמושת | 2 |
| | החזקת כלי ירי | 2 |
| | הנחת פצצה | 2 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 23 |



| שנה | נושאי העמדה לדין | נתונים |
|------|-----------------------------------|------------|
| | יידוי חפץ מבעיר | 8 |
| | מתן מקלט | 3 |
| | חיזוק ידיים למיידוי חפץ מבעיר | 2 |
| | סך כולל | 100 |
| 1995 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 28 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 12 |
| | אמונים צבאיים ללא היתר | 9 |
| | מתן מקלט | 8 |
| | החזקת אמצעי לחימה | 2 |
| | נסיון להחזקת אמצעי לחימה | 1 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 22 |
| | יידוי חפץ מבעיר | 2 |
| | נסיון להנחת חפץ מבעיר | 1 |
| | נשיאת חומר נפץ | 1 |
| | הנחת פצצה | 1 |
| | חיזוק ידי מניח פצצה | 3 |
| | סך כולל | 91 |
| 1996 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 12 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 3 |
| | אימונים צבאיים ללא היתר | 8 |
| | זריקת פצצה | 1 |
| | החזקת פצצה | 1 |
| | חיזוק להנחת פצצה | 5 |
| | יידוי חפץ מבעיר | 4 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 11 |
| | מתן מקלט | 11 |
| | סך כולל | 56 |
| 1997 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 4 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 6 |
| | ירי לעבר אדם | 1 |
| | הנחת פצצה | 1 |
| | הנחת חפץ מבעיר | 7 |
| | נסיון לזריקת חפץ מבעיר | 1 |

| שנה | נושאי העמדה לדין | נתונים |
|-------|-----------------------------------|--------|
| | החזקת אמצעי לחימה | 2 |
| | נסיון להחזקת אמצעי לחימה | 1 |
| | מתן מקלט | 2 |
| | חיזוק ידי זורק פצצה | 2 |
| | סך כולל | 30 |
| *1998 | חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת | 2 |
| | סיוע להתאחדות בלתי מותרת | 4 |
| | ירי לעבר אדם | 1 |
| | חיזוק ידי יורה | 1 |
| | הנחת פצצה | 1 |
| | יצור חפץ מבעיר | 1 |
| | סך כולל | 10 |



הערות

1. Baruch Bracha, "Restrictions of Personal Freedom Without Due Process of Law According to the Defence (Emergency) Regulations," **I.Y.H.R.**, 9, (1945), pp. 296, 303.
אמנם ההפניה במאמר הנה לסעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט אולם סעיף 50 שבחוק יסוד: הממשלה בא להחליפו, ועל כן הדברים יפים גם לגביו.
2. בג"ץ 70/50 מיכלין נ. שר הבריאות פד"י (ד) 319; בג"ץ 10/48 צבי זיו נ. הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק) פד"י א' 85.
3. Klinghoffer, "On the Subject of Emergency Regulations in Israel," **The Anniversary Book Dedicated to Pinchas Rosen**, pp. 86, 119-121.
4. בג"ץ 7/48 אלכרבוטלי נ. שר הבטחון פד"י ב' 5. וכן, בג"ץ 5/48 לאון נ. גוברניק פד"י א' 58.
5. סעיף 5 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין בחוק זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד." וסעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק 'הוראת שעה' בדבר שמירת דינים לפיה הוראות של חקיקה שקדמה לחוק היסוד יעמדו בתוקפן אף אם הינן בלתי חוקתיות וזאת למשך תקופת המעבר.
6. סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וסעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק.
7. Meir Shamgar, "The Observance of International Law in The Administered Territories," **I.Y.H.R.** 262; Joseph M. Wolf, "National Security v. The Rights of the Accused: The Israeli Experience," **California West Int' l. J.** 20, p. 115.
8. סעיף 1 לחוק העונשין התשל"ז-1977: "הוראות חלק זה יחולו גם על עבירות שלא לפי חוק זה, והוא כשאין הוראה מפורשת לסתור בחיקוק הקובע את העבירה."
9. בג"ץ 4562/94 עיסאם סולימאן אבו זקה נ. בית המשפט הצבאי בלוד, פ"ד מח(4) 742.



10. סעיף 13 לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ד-1994.
11. סעיף 14 לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ד-1994.
12. סעיף 15 לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ד-1994.
13. Halsbury, **Const. Law**, vol 8: War and Emergency.
14. בפעם האחרונה תוקפו הוארך בשנתיים נוספות שתחילתן ב-1996.
15. כך הוא המצב גם לגבי החוק למניעת טרור מ-1989 Prevention of Terrorism (temporary provisions) Act 1989.
16. Ex Parte A.D. Lavinder, 88 W Va 713, 108 S.E. 428.
17. סעיף 30 לתיקון 39 לחוק העונשין מגדיר מיהו משדל: "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה, או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה."
- הגדרת מסייע מצויה בסעיף 31: "מי אשר, לפי עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפישת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה הוא מסייע."
18. א. ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית**, חלק III.
19. ראו מבחני ה"מדתיות" שבספרו של א. ברק, לעיל הערה 18.
20. A. V. Dicey, **The Law of the Constitution**, (8th ed., London, 1915) 283.
21. Frederick B. Wiener, **Civilians Under Military Justice**, (1967), Chicago: Chicago University Press, p.221.
22. שם.
23. **Kings (Childers) v. Adjutant General**, (1923) 1 Ir. R. 5, 15.
24. **Kings (Johnstone) v. O'Sullivan**, (1923) 2 Ir. R. 13, 25.
25. O. Hood. Phillips, **Constitutional and Administrative Law**, 7th ed., 359.
26. ראו בעיקר ההחלטה בעניין: Ex p. D.F. Marais, (1902) A.C. 109, וכן Re Clifford. (1921) 2 A.C. 570.



27. סעיף 9, 10 לחוק.
28. על שם לורד דיפולק אשר הציע את הקמתם.
29. אשר בוטלה אח"כ גם בבריטניה.
30. John E. Finn, **Constitutions in Crisis**, (1991), New York: Oxford University Press, p. 99.
31. Michael Linfield, **Freedom Under Fire**, (1990), Boston MA: South End Press.
32. **United States ex rel. Toth v. Quarles**, 350 US 11, 100 L.Ed 8, 76 S Ct 1.
33. K. Loewenstein, "Law in the third Reich," **Yale L. J.**, (9136) 45, 779.
34. S. Kentridge, "The Pathology of Legal System, 128 **U.P.A. L. R.**, 603, 612
35. Clive Walker, **The Prevention of Terrorism in British Law**, (1992), Manchester: University of Manchester Press, p. 11.
36. בג"ץ 507/85 **תמימי נ. שר הביטחון פ"ד מא (4) 57, 59**. שם מצטט בית המשפט ממאמרה של פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון, "משפטים ז (תשל"ו), 375, 415.
37. בג"ץ 1282/93 **רשמת העמותות נ. כהנא פ"ד מז (4) 100, 106**.
38. בג"ץ 2/79 **אל אסעד נ. שר הפנים פ"ד לד (1) 505, 513**.
39. בג"ץ 648/87 **קאסם נ. הממונה על מחוז הצפון במשרד הפנים פ"ד מא (4) 663, 664**.
40. בג"ץ 39/64 **חברת אל-ארד בע"מ נ. הממונה על מחוז הצפון, נצרת פ"ד יח (2) 340, 342-345**; בג"ץ 2/79 **אל אסעד נ. שר הפנים פ"ד לד (1) 505, 509-510, 512-513**; בג"ץ 322/81 **מחול נ. הממונה על מחוז ירושלים פ"ד לז (1) 789, 792, 795**.
41. בג"ץ 541/83 **עסלי נ. הממונה על המחוז פ"ד לז (4) 837, 840**; בג"ץ 562/86 **אל חטיב נ. הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים פ"ד מ (3) 657, 660-661**.
42. בג"צ 234/84 **חדשות בע"מ נ. שר הבטחון פ"ד לח (2) 477**.
43. בג"צ 88680 / **שניצר נ. הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב (4) 617** (להלן: עניין שניצר).



44. ראו, בנוסף לפסקי הדין שלעיל, את התיאור אצל משה נגבי, **חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט** (ירושלים, 1995), 25-26, 28-29.
45. כך התייחס למונח זה השופט אגרנט בעניין קול העם: בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ. שר הפנים** פ"ד ז' 871, 879.
46. בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ. שר הפנים** פ"ד ז' 871, 892, 882.
47. בג"ץ 644/81 **עומר אינטרנשיונל אינק. ניו יורק נ. שר הפנים** פ"ד לו(1) 227, 234.
48. ליתרונות המניעה המוקדמת על הענישה ראו: אריאל בנדור "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת," **פלילים ג'** (תשנ"ג-1992) 240, 243.
49. **דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות** (יו"ר - חיים י. צדוק, 1997) 14-15, 22-34.
50. ראו שם, עמ' 9-10.
51. ראו (Linfield, **Freedom Under Fire** (1990); נגבי, לעיל הערה, עמ' 37).
52. **דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות** (יו"ר - חיים י. צדוק, 1997) 17.
53. זאב סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי," **עיוני משפט טו** (התש"ן-1990), 311, 340-341.
54. לסקירת הצעות החוק ראו: נגבי, לעיל הערה, עמ' 53-54.
55. נגבי, לעיל הערה, עמ' 42-43, 49-50.
56. ראו: זאב סגל, **חופש העיתונות בישראל: בין מיתוס למציאות** (תל-אביב, תשנ"ו-1996), 95.
57. סגל, לעיל, עמ' 340. לריסון העצמי מצד כלי התקשורת בישראל ראו: נגבי, עמ' 189-196.
58. בג"ץ 361/82 **חמרי נ. מפקד אזור יהודה ושומרון** פ"ד לו(3) 439, 443; בג"ץ 987, 988/89 **קהווגי נ. מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה ובשאר נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד מד(2) 231, 227.



59. North Ireland emergency powers act (1978). sec. 19(1) - 19(3).
60. בג"ץ 1730/96 **סביח נ. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** פ"ד (1) 353, פסקה 3 לפסק-דינו של השופט בך.
לקביעה שבמסגרת שיקול-הדעת של המפקד הצבאי שיקול ההרתעה הוא שיקול לגיטימי ראו: עניין חמרי, עמ' 444.
61. עניין חמרי, עמ' 442-441; בג"ץ 2722/92 **אלעמרין נ. מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** פ"ד מו(3) 693, 668-669; בג"ץ 5359/91, 4772 **חיזראן ואבו מוחסיין נ. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** פ"ד מו(2) 150, 154-155.
62. **עניין סביח**, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט בך.
63. ראו, למשל: בג"ץ 2/97 **אבו חלאווה נ. אלון פיקוד העורף** (טרם פורסם), פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ברק.
64. למרות הביקורת של בתי-המשפט על הסמכויות האמורות כמצוין לעיל, הרי שבפועל בתי-המשפט התערבו בשיקול הדעת של המפקד הצבאי רק לעתים נדירות מאוד. ראו בנוגע לסמכות העיקרית שנדונה בפסיקה – הסמכות להריסת בתים: דוד קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (עורך – יצחק זמיר), ירושלים, תשנ"ג-1993) 305, 334.
65. ראו את הפסיקה המוזכרת במאמרו של קרצמר, לעיל.
66. **עניין סביח**, פסקה 2 לפסק-דינה של השופטת דורנר.
67. שם, שם.
68. שם, פסקאות 10-5 לפסק-דינו של השופט חשין.
69. **עניין אלעמרין**, עמ' 700. אולם, לאחרונה חזר השופט בך על ההנחיות תוך שינוי מסוים כך שההתייחסות היא לשיקול של מעורבות או מודעות מצד הקרובים ולא לעצם הקרבה: **עניין סביח**, פסקה 5 לפסק-דינו של השופט בך.
70. **עניין אלעמרין**, עמ' 706-703; **עניין חיזראן**, עמ' 161-156; **עניין סביח**, פסקה 2 לפסק-דינו של השופט חשין.
71. **עניין חיזראן**, עמ' 161.
72. בג"ץ 2006/97 **ג'נימת נ. אלון פיקוד המרכז** (טרם פורסם).



73. עניין חמרי, עמ' 442; בג"ץ 897/86 ג'אבר נ. אלון פיקוד המרכז פ"ד מא(2) 522, 524-525.
74. לאפשרות הפרשנות השנייה ראו: קרצמר, לעיל הערה, עמ' 330.
75. להתאמת הסמכות למשפט הבינלאומי ראו: קרצמר, לעיל הערה, עמ' 306, 314-328.
76. בתקנות ההגנה הסמכות היא להגבלת החזקה של חפצים מכל סוג.
77. חוק המעצרים כולל כמובן גם אינטרסים מוגנים נוספים, בעיקר מניעת שיבוש הליכי חקירה ומשפט.
78. כאמור חוק המעצרים מאפשר הטלת מגבלות על אדם ללא קיומה של עילת מעצר רק על-ידי בית-משפט ורק לשם הגנה על האינטרס של קיומו של הליך משפטי, וליתר דיוק, הבטחת התייצבותו של נאשם למשפטו.
79. David Bonner, **Emergency Powers in Peacetime**, (1985), London: Sweet and Maxwell.
80. F. N. Aolain, "Legal Developments: The Fortification of an Emergency Regime," 59 **Albany L.Rev.**, 1353.

