

כנס חיפה למשפט בנושא "הדמוקרטיה

הישראלית במלחמה"

חיפה – אפריל 2025

יוסף אלוון – שופט בית המשפט העליון

בוקר טוב,

מכובדיי כולם,

מדינת ישראל נמצאת מאז ה-7 באוקטובר 2023 במלחמה קשה. מלחמה שתחילתה בטבח הנורא, המשכה באבדות קשות, בגוף ובנפש, וסופה טרם נראה באופק. המלחמה טלטלה את חיייהם של אזרחי המדינה בכלל, ותושבי הנגב המערבי וגבול הצפון בפרט.

מטבע הדברים, מצב מתמשך של לוחמה עלול ליצור מתח ממשי בחברה דמוקרטית.

מצד אחד, החברה חייבת להגן על האינטרסים הביטחוניים והקיומיים שלה ככל הניתן, אם חברה חפצת חיים היא ;

מצד שני, חברה דמוקרטית, דוגמת החברה הישראלית, חורטת על דגלה את ערכי השמירה על חירויות וזכויות הפרט, ורואה בהם חלק בלתי נפרד מהמבנה החברתי-שלטוני בה.

אולם, פעמים רבות ערכים אלה אינם עולים בקנה אחד עם אותם אינטרסים ביטחוניים חיוניים – מה שמחייב איזון בין אלה לאלה. בהתאם, לעיתים חירויות הפרט תיאלצנה לסגת מפני אינטרסים ביטחוניים, ולעיתים ההפך.

המתח האמור אינו נחלתן של הרשות המבצעת והמחוקקת לבדן, אלא גם של הרשות השופטת.

כך, בהקשר הישראלי, המציאות הביטחונית שנכפתה על מדינת ישראל עוד משעת הקמתה; מציאות הכרוכה בהתמודדות מתמדת עם איומים מצד מדינות אויב, כמו גם איומי טרור מבית ומחוץ לו – גרמה לכך שמערכת המשפט נדרשת לא אחת ליתן מענה משפטי לסוגיות שונות שהובאו לפתחה. זאת, בין אם בהחלטות ופסקי דין של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ; ובין אם במסגרת ערעורים פליליים ומינהליים.

בית המשפט העליון, במגוון העתירות וההליכים שמונחים לפתחו, מהלך במשעול הצר של בחינת סוגיות אלה בזהירות ובקפידה רבה.

במהלך המלחמה האחרונה הוגשו עתירות רבות לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק; וביניהן עתירות שלעיתים אינן מתכתבות עם הלך הרוח הציבורי, באופן שגרר ביקורת ציבורית רבה על בית המשפט בשל עצם נכונותו לקיים בעתירות אלה דיון רציני.

אני סבור כי התבוננות על עתירות אלה לבדן חושפת תמונה חלקית בלבד. חלף זאת, יש לאמץ השקפה רחבה יותר המתמקדת לא רק בעתירות שהדיון בהן זוכה לתהודה רבה, אלא גם בעתירות והליכים המשקפים את גישתו המעשית והיום-יומית של בית המשפט.

בטרם אפנה לאתגרים עמם מתמודד בית המשפט העליון בעת הזאת, אדגיש במאמר מוסגר כי אין מדובר בתופעה ייחודית למדינת ישראל.

מדינות רבות וטובות, הן בעבר, והן כעת, נדרשו ונדרשות להתמודדות זו. היסטורית, זכורה לי, עוד מלפני למעלה מארבעה עשורים, תקופת לימודי באנגליה, אמירתו של הלורד DENNING:

"Our history shows that, when the state itself is endangered, our cherished freedoms may have to take second place. Even natural justice itself may

suffer a set-back. Time after time Parliament has so enacted and the courts have loyally followed."

בתקופה הנוכחית, ניתן להזכיר את הקמת בית המעצר בגואנטנמו, וכן את בית המשפט המיוחד שהוקם בדיסלדורף, שבגרמניה, אליו מובאים לשם העמדתם לדין אנשי אל-קאידה וטליבאן.

אין ספק אפוא כי נוצר מתח בין ערכים דמוקרטיים, המקדשים עקרונות של זכויות האדם, הליך הוגן ומינהל תקין; לבין צרכים ביטחוניים מובהקים. כך בעולם, וכך על אחת כמה וכמה בישראל.

מתחים אלה ליוו את מערכת המשפט הישראלית משכבר הימים.

עדות ראשונה לכך ניתן למצוא כבר בעתירה הראשונה שנידונה בבג"ץ.

עתירה זו עסקה במעצרים של הלל קוק ויעקב מרידור, שנעצרו באופן בלתי חוקי בשל פעילותם סביב אוניית אלטלנה.

בית המשפט זימן אז, בעיצומה של מלחמת העצמאות, את הרמטכ"ל בפועל – אשר נחקר ארוכות בדרך של חקירה נגדית על נסיבות המעצר. העתירה נדחתה אומנם, אך עדיין – מדובר היה בסימן ראשוני וחשוב לתפקידם של בתי המשפט בשמירה על זכויות הפרט, בראי המציאות הביטחונית שהחלה להתהוות במדינת ישראל.

לאורך השנים, סוגיות המאגרות את היחס שבין ביטחון המדינה לזכויות הפרט המשיכו להגיע לפתחם של בתי המשפט, ולבית המשפט העליון בפרט.

בין היתר, ניתן להזכיר את גירוש 400 המחבלים ללבנון; את פרשת קו 300 והשלכותיה; את בג"ץ הוועד נגד עינויים שדן בשימוש ב"אמצעי חקירה מיוחדים"; ועוד רבים אחרים.

אף בשנים האחרונות, המציאות הביטחונית בה נמצאת המדינה מוצאת את דרכה לא פעם לתוך כותלי בית המשפט גם בהיבטים חוקתיים, מינהליים, ופליליים רבים שתקצר היריעה מלמנותם.

בדבריי היום אבקש להציג מספר סוגיות שנדונו בבית המשפט העליון לאחרונה ; אשר, מעוררות באופן תדיר את אותם מתחים שעמם מתמודד בית המשפט מיום הקמתו.

במסגרת זאת, אתייחס לשלושה היבטים: האחד, איזון ישיר בין זכויות יסוד לבין אינטרסים ביטחוניים; השני, התאמת המשפט הפלילי המהותי ודיני הראיות לאתגרי השעה; והשלישי, אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי בשעת מלחמה, והביקורת השיפוטית המוחלת על שיקול דעת זה.

תחילה, לאיזון הישיר שבין זכויות יסוד לאינטרסים ביטחוניים.

בדברים הבאים אבקש לשתף במעט באופן שבו מתבצע איזון מורכב זה, מנקודת מבטו של שופט בבית המשפט העליון בתקופה קשה זו.

דוגמה מובהקת לסוגיות שבהן מתבצע איזון כאמור היא סוגיית מעצרם של חשודים ונאשמים – כאשר למול האינטרס בדבר שמירה על ביטחון הציבור, ניצבת במלוא עוצה ותוקפה זכותו של החשוד או הנאשם לחירות, לנוכח חזקת החפות הנזקפת לזכותו.

כמי שהחל את דרכו המשפטית כסנגור, וביקר לא אחת בבתי המעצר ובתי הכלא, אני חש רגישות מיוחדת לפגיעה הכרוכה בעצם השהייה במתקנים אלה, אף אם ללילה אחד. בלשון המעטה – תא המעצר אינו מקום נעים לשהייה; שלילת החירות, הרחקת האדם ממשפחתו, מביתו ומחיו – קשה היא עד מאוד; מכאן – שלא בקלות יורה השופט על שלילת חרותו של אדם, גם אם לשעות או ימים ספורים.

עוד נובע מכאן כי לחשוד או הנאשם עומדת הזכות להתגונן בהליך משפטי תקין וסדור טרם תתקבל החלטה בדבר מעצרו.

בשים לב לפגיעה המגולמת בהחלטה בדבר מעצר ולהשלכותיה של פגיעה זו – מובן כי אין בעצם השמעת המילים "שיקול ביטחוני" או בטיעון בדבר "ביטחון המדינה" כדי להביא שופט להותיר אדם במעצר – רחוק מכך.

לאחרונה התעורר דיון ציבורי ער ביחס להליך מעצר שהתנהל לפני; ושגלגול מאוחר שלו הובא לפני חברי השופט אלכס שטיין. הליך זה נוהל על רקע החשדות כי העצורים ביצעו עבירות חמורות שפגעו בביטחון המדינה.

באותו מקרה הוריתי על הארכת מעצרו של שני חשודים לזמן קצר, עקב בקשת המדינה שמטרתה מתן שהות להגשת הצהרת תובע ולאחר מכן להגשת כתב אישום (ברע"פ 38331-11-24).

כמובן שלא אתייחס כאן לגוף הדברים, משהדברים מפורטים בהחלטתי ומדברים בעד עצמם. אשתף, באופן עקרוני, באשר לאופן התנהלות הדיון במקרים מסוג זה.

כאשר גורמי הביטחון ניצבים לפני בית המשפט וטוענים כי נשקפת סכנה לביטחון המדינה מחשוד כזה או אחר – השופט נדרש להעמיק בעניין במסגרת דיון המתנהל במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, שכן, החשדות נסמכים על חומרים מסווגים אשר מונחים בפני השופט במהלך הדיון.

דיון שכזה, שבו נחשפים חומרים מודיעיניים רגישים, אינו יכול להתנהל ב"דלתיים פתוחות" לעיני כל; ולבטח לא כאשר מדובר על נושאים הקשורים בקרבות המתנהלים באותה עת.

בכל תיק שבו מתקיים דיון במעמד צד אחד, הדרישה היא כי הגורם הביטחוני יציג מידע מודיעיני ספציפי וקונקרטי ויענה לשאלות הבהרה שנשאלות על ידי השופט.

כנגד הביקורות הנשמעות לעיתים, אומר כי טענות בדבר סכנה לביטחון המדינה, על פי רוב, אם לא למעלה מכך, אינן בגדר אמירות ריקות – הביקורת השיפוטית אינה מאפשרת להן להיות כאלה.

טענות לסכנה לביטחון המדינה, נבחנות בדקדקנות תחת עין השופט היושב בדיון. הוא אינו מסתפק בטיעונים בעלמא, אלא נחשף, בין היתר, לחומר מודיעיני חסוי, תוך ניהול דין ודברים עם גורמי הביטחון הכולל העלאת שאלות נוקבות.

למותר לציין, כי במסגרת זו התדיינות שאינה פורמלית, או הסתמכות על מסרים עלומים מגורמים כאלה ואחרים, אסורים בתכלית האיסור.

לאורך כל הדיון שמתנהל במעמד צד אחד, נרשם פרוטוקול מסודר הכולל את מכלול הדברים שנאמרו על ידי כל מי שאמר דבר מה במהלך הדיון.

יתירה מזאת, בדיון המתנהל במעמד צד אחד נדרשת הקפדה יתרה מצד השופט על האינטרס של החשוד – אשר מטבע הדברים, אין ביכולתו להתייחס לטענות המושמעות בדיון בעצמו. במידה רבה, בית המשפט נדרש לשים עצמו בנעלי הסניגור, עד כמה שידו משגת, בחלקים אלה של הדיון שמהם נפקד מקומו של הסניגור.

לאור המידע החסוי שמוצג לו, השופט בוחן אם יש ממש בחשד המיוחס, או לחלופין אם ניתן להפיג את המסוכנות הנשקפת מהחשוד באמצעים שאינם כוללים מעצר ממש.

לפני ואחרי הדיון בדלתיים סגורות מתנהל דיון במעמד שני הצדדים, ובו מעלה הסניגור טענות הנסמכות על הידע שנמצא בידיו באותה העת.

אומנם אף אם יעשה השופט כמיטב יכולתו – אין הוא יכול להוות תחליף במלוא מובן המילה לבא-כוחו של החשוד, ומכאן שדיון במעמד צד אחד הוא דיון חסר; אך לעיתים הוא הכרחי. בשל המצב הביטחוני הקשה שנכפה על מדינת ישראל, מדובר בכורח בל-יגונה.

קושי נוסף שניצב בפני השופט בהחלטות מסוג זה, עניינו בצורך לנמק את החלטתו בהסתמך אך ורק על החומר הגלוי, שעה שבפועל החלטתו נסמכת במידה רבה על מסד החומר החסוי שנחשף לעיניו בלבד.

כל זאת, כאשר לחובת ההנמקה של החלטות שיפוטיות חשיבות בהיבטים רבים ומהותיים.

עמדתי על אתגר זה בהחלטתי באותו המקרה:

”מאחר שהחלטתי מבוססת בעיקרה על החומר החסוי שהוצג במעמד צד אחד, קיימת מגבלה ברורה לנמקה באופן ממצה ומדויק; ובה בעת קיימת חשיבות לכך שהציבור הרחב ייחשף, במידת הניתן, לנימוקי ההחלטה [...]“

לעניין זה התקיים דיון מורכב שבו הובאו לפניי עמדות גורמי ביטחון בכירים רלוונטיים אשר השיבו לשאלותיי בהרחבה. המידע הוצג בכתב ובעל-פה והיה מלווה בפרטים קונקרטיים המקנים נופך משמעותי לחששות אשר הוצגו על ידי המבקשת. אין מדובר בטענה כי ייתכן שיתגשמו תרחישים תיאורטיים ביחס לחששות דחוקים, אלא בנתונים מפורטים וספציפיים ביותר.”

במאמר מוסגר – במצב דברים זה, מאחר שליבת המידע עליו נסמכת ההחלטה חסוי ולא ניתן לפרטו לציבור, אמון הציבור בצדקת ההחלטה לעולם מבוסס על מידת אמונו בשופט ובמערכת המשפט ככלל.

במקרים שבהם האמון במערכת המשפט נמוך, הציבור יתקשה יותר למצוא את ההחלטה בעניין המעצר כמוצדקת; ולהפך, כאשר האמון במערכת המשפט גבוה, הציבור יהיה מוכן ליתן את אמונו בשופט, גם אם אין ביכולתו לחשוף את מלוא הנימוקים שהביאוהו להחלטתו.

עד כאן התייחסתי לצורך שבקיום דיונים רגישים במעמד צד אחד ולקשיים הנובעים מכך. כלומר, למצב שבו נפגעת זכות של חשוד או נאשם ספציפי – ובפרט הזכות להתגונן בטרם תינתן החלטה השוללת את חירותו.

כעת, אתייחס למקרים שבהם האינטרס שנפגע הוא אינטרס ציבורי רחב הבא לידי ביטוי בעקרון פומביות הדיון.

שיקולי ביטחון המדינה יכולים להצדיק הסתרת מידע מהציבור הרחב ופגיעה מסוימת בעקרון פומביות הדיון מטעמי חיסיון. ברובם הגדול של המקרים המובאים לפתחו של בית המשפט, עקרון פומביות הדיון הוא שמתווה את הדרך.

בית המשפט צריך להיות פתוח לכל ועל פועלו להיות חשוף לעין הציבור. עם זאת, קיימים מקרים שבהם אינטרסים אחרים, כבדי משקל לא פחות, כגון טעמי בטחון, מטעים את הכף לעבר הטלת חיסיון על כל ההליך או על חלקו.

בסמוך מאוד לפרוץ המלחמה, קצין מילואים שלא זומן לשירות התחזה לקצין בדרגת סרן. תוך שימוש במצגי שווא כאלה ואחרים נכנס לבסיס צבאי מרכזי ונחשף למידע סודי ברמת סיווג גבוהה.

לאחר שנעצר, הוגש נגדו כתב אישום חמור המייחס לו, בין היתר, עבירות ריגול. אף לאחר שפורסם כתב אישום מושחר בחלקו, גורמים שונים ביקשו להסיר באופן כמעט מלא את צו איסור הפרסום שהוצא בקשר לפרשה, ולחשוף גם את זהות הנאשם (ע"פ 1350/24).

בהחלטתי, נדרשתי לאזן בין עקרון פומביות הדיון וזכות הציבור לדעת, לבין שיקולים ביטחוניים. מסקנתי הייתה כי במקרה המדובר שיקולים של ביטחון המדינה מצדיקים חסייה חלקית של פרטי ההליך.

לצד זאת, התייחסתי לכך שההחלטה לחסות או לפרסם הליך אינה עניין בינארי, ויש להתאים את היקף החיסיון לנסיבות המקרה. כפי שתיארתי את הדברים בהחלטתי:

"הבחירה אינה בין ניהול הליך "במחשכים" לבין ניהול הליך באופן שבו כל פרט ופרט חשוף לעין הציבור. פעמים רבות ישנה דרך אמצע המאפשרת לאזן בין שלל העקרונות, האינטרסים והשיקולים. ניתן, למשל, לפרסם חלק מהפרטים ולאסור על פרסום חלקם האחר; להסכים על פרסום פרפראזה המנוסחת בקפידה; ואף ניתן ונדרש לבחון, מעת לעת, האם בהתאם להתפתחויות כאלו ואחרות יש מקום לשנות מן האיזון הקיים ולהצר את היקפו של צו איסור הפרסום הקיים."

גם כאן, המילים "ביטחון המדינה" לא שימשו כשיקול בלעדי שאין אחריו ולא כלום; האינטרסים הנוגדים בדבר זכות הציבור לדעת לא נסוגו לחלוטין. ובהתאם – הפרשה לא נותרה הרחק מעין הציבור, אלא נחשפה, במידת הניתן.

באותה עת, התרשמתי, בהתאם לעמדה המנומקת של גורמי הביטחון, כי חשיפת זהות הנאשם והגורמים שאיתם עמד בקשר עלולה הייתה "לתת כלים בידי אויבי מדינת ישראל".

כעת אתייחס לאופן נוסף שבו מתעורר המתח שבין הגנה על חירויות הפרט לבין אינטרסים ביטחוניים.

מתח זה מתעורר לעיתים במלוא עוזו, כאשר עצם ניהול ההליך הופך לבעייתי, מחשש לחשיפת מקורות ושיטות פעולה מודיעיניות.

כך למשל, גילוי ראייה המבוססת על דברי סייען, עלולה לחשוף את זהות הסייען, באופן שיעמיד את חייו ואת חיי משפחתו בסכנה, ובנוסף תימנע מגופי המודיעין האפשרות להמשיך ולקבל ממנו מידע העשוי לסייע לכוחות הביטחון ולהציל חיי אדם.

מנגד, הימנעות מהגשת כתב אישום ושחרור האדם לחופשי, תסכן אף היא את ביטחון הציבור.

מענה לקושי זה מצוי בשימוש בכלי של "מעצר מינהלי".

למרות שמנגנון זה נוגד ערכים מסוימים של המשפט הפלילי, נעשה בו שימוש יום-יומי כ"כורח בל יגונה" שמאזן בין האינטרסים המתנגשים.

לצד זאת, בשל חריגותו של כלי זה, בית המשפט לוקח חלק פעיל בשמירה על האיזון האמור, כאשר הוא מקיים ביקורת שיפוטית הדוקה על אופן השימוש בו, כמו גם על משך המעצר המינהלי לפרקי הזמן שמבקשת המדינה.

למעשה, לפנינו הליך שבו הדין מורנו לסטות מדיני הראיות הרגילים. בכלל זה, בתי המשפט מקבלים ראיות שלא בנוכחות העצור ובא-כוחו, ומבלי לחשוף בפניהם את תוכנו.

כמו כן, רבה ההסתמכות על עדויות מפיי השמועה, ואף על סברות. במקרים רבים, מקיימים לשם כך דיון בדלתיים סגורות.

המאפיין את המקרים הללו הוא שאין די בחומר הראיות הגלוי אותו ניתן לחשוף בפני החשוד כדי לילך בדרך המלך של הגשת כתב אישום נגדו.

אולם כאשר במהלך הדיון משתכנעים השופטים שיש בגילוי הראייה כדי לפגוע בביטחון המדינה או בביטחון הציבור, ובצד זה אין דרך אחרת מלבד מעצר מינהלי כדי

לאיין את הסיכון הנשקף מהחשוד – אז יאשר בית המשפט שימוש מידתי בכלי של מעצר מינהלי.

מתחילת המלחמה, עלה משמעותית מספר העצורים המינהליים תושבי השטחים בבתי הכלא בישראל.

לכל אחד מעצורים אלה עומדת האפשרות להשיג על מעצרו בפני מערכת בתי המשפט הצבאיים, ולבסוף גם לעתור לבית המשפט העליון; כך שעניינו יידון לפני הרכב תלתא. בעת הזו, דיונים מעין אלה מתקיימים מדי יום.

על מנת להתמודד עם המצב שנוצר – כך שיישמר טיב הביקורת השיפוטית על המעצרים המנהליים, ולצד זה לא לפגוע בעניינם של בעלי הדין הרבים שפוקדים את שערי של בית המשפט, הצעתי בעניין אבו האשם (בג"ץ 2926/24) מנגנון ביקורת מעט שונה מזה הנוהג כיום.

עיקרה של ההצעה בכך שעתירה המופנית כלפי צו מעצר מינהלי תידון על ידי שופט אחד של בית המשפט העליון, ולא בהרכב של שלושה שופטים.

כפי שצינתי בפסק הדין:

"במצב זה צו המעצר המינהלי עובר תחת שבט ביקורתו של השופט הצבאי בערכאה הראשונה, של שופט צבאי של בית המשפט הצבאי לערעורים, ולבסוף של שופט בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

לטעמי, בקרה משולשת זו מספקת כלי אפקטיבי המבטיח את חוקיות המעצר והכרחיותו".

הצעתי לא אומצה לעת הזו.

אדגיש – הצעתי באה על רקע העובדה שבמצב הקיים סכסוכים אזרחיים בסכומי עתק; עתירות מנהליות בסוגיות כבדות משקל; ערעורים פליליים בעבירות חמורות – כולם נדחקים אחורה ביומנו של בית המשפט העליון בניסיון לערוך ביקורת שיפוטית אפקטיבית על מעצרים מנהליים.

זאת, שעה שאני סבור שלנוכח סוג הביקורת השיפוטית, אופי הדיונים בהליכי מעצר מינהלי, והעובדה שבית המשפט העליון הוא הערכאה השלישית שדנה בעניינו של העצור – יכול גם מותב של דן יחיד לספק בקרה אפקטיבית דיה.

מכאן לנושא השני שבדבריי – התאמת המשפט הפלילי המהותי ודיני הראיות לאתגרי השעה.

לאחרונה, מגיעים לבתי המשפט מקרים בעניינם של נאשמים שנרתמו על ידי גורמים עוינים ומדינות אויב למטרות ריגול.

לרוב הקשר בין אותם אזרחים לבין הגורם הזר מתקיים באמצעות רשתות חברתיות, כאשר "המפעיל" משתמש בפרופיל אנונימי.

מבחינה ראייתית, המשמעות היא שאין דרך פשוטה להתחקות באופן ישיר אחר זהותו של מי שניצב מאחורי הפרופיל ולהוכיח כי הוא אכן מהווה "אויב" כנדרש בעבירות מסוימות בחוק העונשין.

מובן, כי לא ניתן להביא את מפעיליו של אותו פרופיל אנונימי לעדות בבית המשפט על מנת לבסס את הרשעת אלו העושים כדבריהם. גם כאן – בית המשפט אינו יכול לעצום את עיניו למול המציאות הביטחונית והטכנולוגית המתפתחת. חורשי רעתה של המדינה פועלים בדרכים רבות ומתוחכמות במטרה להשיג מודיעין שישמשם.

לכן, וכפי שפירטתי בחוות דעתי בהליך שנידון לאחרונה בבית המשפט העליון, מבחינה ראייתית, ניתן ללמוד על זהות המפעיל ממכלול נסיבות המקרה, ובכלל זה טיב המידע שהוא ביקש לקבל.

במילים אחרות: אין להציב דרישה נוקשה לקיומה של "ראיית זהב" ישירה ביחס לזהותו של הגורם המפעיל. הדבר יסכל את האפשרות למצות את הדין בעבירות נגד ביטחון המדינה, וממילא יפגע במאמציו של בית המשפט לתרום את חלקו בקידום האינטרסים הביטחוניים של המדינה.

אולם יחד עם זאת, אסור להגמיש את רף ההוכחה הקבוע במשפט הפלילי – ספק סביר לעולם יוביל לזיכוי הנאשם.

השיקולים הביטחוניים לא מביאים לחריגה מהוראות דיני הראיות, אלא דורשים מהשופט ללכת בזהירות ובקפידה בגדרי המגבלות שדינים אלה מציבים.

לגישתי, ניתן לעשות שימוש בחוות דעתו של "מומחה מודיעין", המכיר את שיטת פעילות ארגון הביון העוין. לנוכח ניסיונו המקצועי, יכול "מומחה המודיעין" להעיד אם אופן הפעלת הסוכן במקרה הנדון הוא אופייני לצורת הפעילות של הארגון במקרים דומים.

חוות דעת שכזו, שעורכה נדרש להעיד על תוכנה ולהיחקר על אודותיה, יכולה לבסס הרשעה בהתאם לרף הנדרש בפלילים בהצטרפה למכלול נסיבות המקרה.

סוג אחר של מקרים שבהם בית המשפט נדרש להתייחס להיבטים ביטחוניים כאלו ואחרים בגדרי הדין הפלילי, הוא של אנשי כוחות הביטחון ואופן פעולתם במצבי לחץ ולחימה.

בחודש אוקטובר 2015 התרחש פיגוע קטלני בתחנה המרכזית בבאר שבע. באותו האירוע מחבל רצח ביריות את עומרי לוי ז"ל, לוחם גולני. בעוד הפיגוע מתנהל, לוחם גולני אחר – עמיחי שמבה, שנכח במקרה בסמוך לאירוע, רץ לכיוון היריות ששמע. למרבה הצער, הנוכחים בתחנה המרכזית טעו לחשוב שאדם חף מפשע שנקלע אף הוא לזירת האירוע – אבטום שמו, הוא-הוא המחבל שביצע את הירי.

בעקבות זאת, קצין הביטחון של התחנה ביצע לעברו ירי, ולאחר מכן ירו עליו נוכחים נוספים. בעוד אבטום שוכב על הרצפה, הגיעו למקום שני אנשי כוחות הביטחון – שמבה וקצין בשירות בתי הסוהר.

השניים, כמו שאר הנוכחים במקום, חשבו בטעות שאבטום הוא המחבל שביצע ירי רגעים קודם לכן. בעקבות זאת, ולאחר שחשו חשש מתזוזה מסוימת שביצע אבטום בעודו שרוע על הרצפה, כל אחד מהם בעט בו. כמו כן, קצין השב"ס השליך לעברו ספסל.

בסמוך למעשים אלו נשמעו קולות ירי של המחבל שביצע את הפיגוע, שרק הגבירו את הלחץ והכאוס במקום.

נגד השניים הוגש כתב אישום שייחס להם גרימת חבלה בכוונה מחמירה, עבירה הנושאת עונש של עד 20 שנות מאסר בפועל.

השניים זוכו מאשמה על ידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע, לאחר שנקבע כי פעלו מתוך מה שסברו כהגנה עצמית; וכתוצאה מחשד ממשי שהמנוח הוא מחבל שנשקפת ממנו סכנה.

המדינה ערערה על זיכויים. אני, בדומה לחבריי להרכב, סברתי כי יש לדחות את הערעור. נימקתי שם:

”בחינה מדוקדקת, שנעשית בדיעבד, של אירועים מסוג זה, בבחינת חכמה לאחר מעשה, היא בעייתית.

אותם פרקי זמן קצרים שאנו נדרשים לבחון כעת ב”זכוכית מגדלת” ומשלל זוויות מבט, נעשו בעיצומו של פיגוע טרור רצחני. כאשר הלב פועם בעוצמה, הפחד נוכח והמחשבה אינה בהירה כפי שהיא ברגעי שגרה. משמעות הדברים אינה כי באירועים מסוג זה קו הגבול שבין המותר והאסור, מתאייד. רחוק מכך.

משמעות הדברים היא שעלינו לנהוג בזהירות רבה, עת שאנו נדרשים כעת, שנים לאחר המעשים, לבחון את פעולותיהם של המעורבים באירוע שכזה.”

בהקשר זה, אזכיר מקרה נוסף שהגיע לפתחי לפני מספר שנים בעניין גזירת עונשו של חייל מג”ב, בן דרי. במהלך הפגנה שהתקיימה באזור רמאללה, דרי, שחש סכנה לחייו, ביצע ירי מנשקו בעודו סבור שהנשק מצויד בכדורי גומי. אלא, שלמעשה מחסנית נשקו הכילה ”קליע חי” שפגע במפגין, וגרם למותו.

הלך המחשבה שליווה אותי בתיק זה הוא חובתנו כשופטים לנהוג בזהירות יתרה עת אנו בוחנים את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון סביב פעילות מבצעית, או במצבי לחימה.

בחינה זו אינה יכול להיות "סטרילית", בתנאי מעבדה, תוך הפעלת חכמה שלאחר מעשה; אלא עליה לקחת בחשבון את נסיבות האירוע, תנאי השטח, ותחושות הנפשות הפועלות ב"זמן אמת".

משמעה של זהירות זו אינה מתן היתר לכל פעולה ופעולה; כי אם בחינה של הדין לאור המציאות בשטח ולא במנותק ממנה.

כעת לסוגיה השלישית – אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי בשעת מלחמה והביקורת השיפוטית על שיקול דעת זה.

מפרוץ המלחמה מוגשות לבית המשפט לא מעט עתירות העוסקות באופן ניהולה.

לא מזמן, נדחתה עתירה שעסקה בהסדרי היציאה של חיילים קרביים לביתם; בתנאי שירותם, ובכלל זה במספר שעות השינה שלהם ועוד.

העותרים ביקשו, מסיבות כאלו ואחרות, כי בית המשפט יכנס לנבכי פעילותו של צה"ל, ולמעשה יחליף את המפקדים הבכירים והזוטרים וייתן הנחיות אופרטיביות לחיילים. משל בית המשפט צריך להחליף את שיקול דעת מפקד חטיבת הצנחנים ביחס לתנאי השירות של חייליו בשיקול דעתו שלו.

גישתי בהיבט זה היא ברורה: לבית המשפט אין את הכלים, וגם לא הרצון או הלגיטימציה, להיות הגורם המחליט בנושאים אלה. ספק אם בכלל אפשר לבצע ביקורת שיפוטית עניינית ואפקטיבית כלפי החלטות מסוג זה. ודאי שלא ראוי כי כך יהיה.

הניסיון לכפות את כללי הביקורת המנהלית על החלטות של מפקדים בשטח הוא בעייתי ביותר ויש לבלום אותו. בהחלטתי לדחות את העתירה, ציינתי:

"מה שמבוקש מאתנו בעתירה הוא כי נשים עצמנו כמעין "רמטכ"ל-ל-על", ונקבע, למשל, כי החלטה של מפקד חטיבה כזה או אחר ביחס לשעות המנוחה של לוחמיו אינה סבירה או מידתית. כלומר, כי באמצעות כללי המשפט המנהלי, כביכול, נעביר תחת שבט ביקורתנו סוגיות כגון זמני השינה הניתנים ללוחמים וללוחמות, כמות ימי הריענון וההתארגנות הניתנים להם וכן הלאה, וזאת בימי מלחמה.

אלא שמלבד העובדה כי אין לבית משפט זה כל מומחיות בתחומים אלו, חוסר ודאות הוא ממאפייניה היסודיים של המלחמה.

עתירה לבית המשפט לא תוכל לשנות מציאות בסיסית זו. לא נוכל לקבוע עבור האויב מהו משך הלחימה המקסימלי; לא נוכל להיכנס לנעלי מפקדי הצבא; ולא נוכל להחליף את מפקדי הפלוגות, הגדודים והחטיבות, בהחלטות השוטפות אשר הם נדרשים לקבל. לא נוכל – ואף לא ננסה.”

לטעמי, אל לו לבית המשפט לשים עצמו במקומם של גורמי הביטחון, המפקדים בשטח, ולהחליף את שיקול דעתם המקצועי בשיקול דעתו שלו.

גם אם לבית המשפט נתונה הסמכות לכך – עליו לנקוט בריסון המתבקש.

לקראת סיום, אשוב לנקודת הפתיחה: המקרים שדיברתי עליהם היום מעוררים את המתח שבין מחויבות בית המשפט לשלטון החוק, לזכויות הפרט ולערכים דמוקרטיים; לבין צרכים ביטחוניים בסיסיים.

נהוג לומר כי השופט בתוך עמו יושב. קיימת מידה רבה מאוד של אמת באימרה זו. כך בכלל, וכך בפרט שעה שמדובר בצרכיה הביטחוניים של מדינתנו. צלילי התראות ה"צבע אדום", כמו גם רעש המטוסים הבאים והולכים – נשמעים היטב גם מבעד לחלונות לשכתו של השופט. בשבתו בדין, מבטו של השופט מופנה לא רק לצדדים הניצבים לפניו – אלא גם למציאות הביטחונית היום-יומית, בפרט בעתות מלחמה.

כפי שצינתי קודם, אבן הראשה של מערכת משפט מתפקדת הוא אמון הציבור. אמון זה נסדק כאשר החלטות שיפוטיות אינן תואמות את "האמת בשטח"; את צרכי החיים של אזרחי המדינה; ואת חובתו של בית המשפט, כאחת מרשויות השלטון, להגן על האינטרס הציבורי שבהגנה על ביטחון המדינה וביטחון אזרחיה.

בד בבד, עקרונות דמוקרטיים אינם נמוגים כאשר המילים "ביטחון המדינה" נשמעות באולם בית המשפט.

נהפוך הוא, כפי שהצגתי לאורך דבריי, ביקורת שיפוטית דקדקנית סביב פגיעה בזכויות אזרח, הקפדה מירבית על זכויות חשודים ונאשמים, ועקרונות כגון פומביות הדיון, באים לידי ביטוי גם בעתות משבר ומלחמה. תפקידו של בית המשפט בזמן מלחמה הוא אומנם מורכב – אך לצד זאת חשוב וחיוני במדינה שעיקרון שלטון החוק הוא נר לרגליה.

ציינתי בתחילת דבריי ציטוט מדברי הלורד DENNING, ואני מבקש אף לסיים בציטוט מדבריו, באומרו:

"When the national security is at stake, even the rules of natural justice may have to be modified to meet the position."

ובעברית:

"כשהביטחון הלאומי מוטל על הכף, ייתכן שאף כללי הצדק הטבעי יידרשו להיות מותאמים למצב."

תודה רבה לכם והמשך כנס פורה.