

על שיקול הדעת השיפוטי בשעת מלחמה, זכויות הפרט, ביטחון המדינה – ומה שביניהם

מאת

השופט יוסף אלרון*

עתות מלחמה מזמנות לחברות דמוקרטיות קשיים של ממש. מילוי הצרכים הביטחוניים והקיומיים מחד גיסא, והחובה לשמור על עקרונות דמוקרטיים וזכויות הפרט מאידך גיסא, דורשים איזון מתמיד שנעשה לא אחת על ידי בתי המשפט. ואכן, מלחמת "חרבות ברזל" עוררה מקרים רבים שבהם נדרשו בתי המשפט, ובעיקר בית המשפט העליון, למלאכת איזון עדינה זו. ברשימה שלהלן אתייחס למספר היבטים שבהם מתעורר המתח האמור, ובכלל זה למקרים שבהם נעשה איזון ישיר בין זכויות יסוד לבין אינטרסים ביטחוניים; מקרים שבהם בתי המשפט בחנו את אופן יישומם של המשפט הפלילי המהותי, כמו גם של דיני הראיות, בראי אתגרי השעה; וכן מקרים שבהם בתי המשפט החילו ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי בזמן מלחמה. בין פרקיה של רשימה זו יעבור כחוט השני הצורך של בתי המשפט להיות "מחוברים למציאות בשטח" ולגלות הבנה לאילוצים הביטחוניים, ובאותה העת להקפיד הקפדה יתירה לבל ייפגעו ערכי היסוד של החברה בישראל מעבר למידה הנדרשת.

* שופט בית המשפט העליון. המאמר מבוסס על דברים שנשא בכנס חיפה למשפט ה-15 שהתקיים באוניברסיטת חיפה ביום 3.4.2025. תודת המחבר נתונה לד"ר שאול שארף על יוזמתו לפרסום המאמר, וכן לעו"ד גיא מיכאל כהן ולמר נועם קוזלוב על סיועם בעריכתו.

פתח דבר

מדינת ישראל נמצאת מאז ה-7 באוקטובר 2023 במלחמה קשה. מלחמה שתחילתה בטבח הנורא, המשכה באבדות קשות, בגוף ובנפש, ובעת כתיבת שורות אלה סופה טרם נראה באופק. המלחמה טלטלה את חייהם 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 שניתן, 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 שעליו היא מושתתת. אולם, פעמים רבות הערכים הללו 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 והרשות המחוקקת לבדן, אלא גם של הרשות השופטת. כך, בהקשר הישראלי, המציאות הביטחונית שנכפתה על מדינת ישראל עוד מיום הקמתה, מציאות הכרוכה בהתמודדות מתמדת עם איומים מצד מדינות אויב, כמו גם איומי טרור מבית ומחוץ לו – גרמה לכך שמערכת המשפט נדרשה לא אחת ליתן מענה משפטי לסוגיות שונות אשר הובאו לפתחה ואשר כורכות בתוכן את המתח שבין ביטחון לחירות. 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 בבוחנו 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 בהן דיון רציני. אולם, אני סבור כי התבוננות על עתירות אלה לבדן חושפת תמונה חלקית בלבד; וכי חלק זאת, יש לאמץ השקפה רחבה יותר המתמקדת לא רק בעתירות שהדיון בהן זוכה לתהודה ציבורית, אלא גם בעתירות והליכים המשקפים את גישתו המעשית והיום-יומית של בית המשפט.¹

במאמר מוסגר אציין כי אין מדובר בתופעה ייחודית למדינת ישראל. מדינות רבות וטובות – הן בעבר, הן כעת, נדרשו ונדרשות להתמודדות מעין זו. ניתן להזכיר בהקשר זה את הקמת בית המעצר בגואנטנמו, וכן את בית המשפט המיוחד שהוקם

¹ 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 enacted and the courts have loyally followed (R v. Secretary of State) "so enacted and the courts have loyally followed for the Home Department, ex parte Hosenball, [1977] 1 W.L.R. 766; להלן: R v. Secretary of State); פסק הדין נסב סביב החלטת מזכיר הפנים הבריטי לגרש את העיתונאי האמריקאי מרק הוזנבול מטעמי ביטחון לאומי, לאחר שנטען כי הלה פרסם מידע שעלול לסכן את ביטחון המדינה).

בדיסלדורף שבגרמניה אליו מובאים לשם העמדה 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.² בית המשפט זימן, 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.³

לאורך השנים, סוגיות המאגרות את היחס שבין ביטחון המדינה לזכויות הפרט המשיכו להגיע לפתחם של בתי המשפט, ובייחוד לבית המשפט העליון. ניתן להזכיר בהקשר זה את גירוש 400 המחבלים ללבנון,⁴ את פרשת קו 300 והשלכותיה,⁵ את בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל שדן בשימוש ב"אמצעי חקירה מיוחדים",⁶ ופרשיות רבות נוספות.

אף בשנים האחרונות, המציאות הביטחונית שנכפתה על מדינת ישראל מוצאת את דרכה לא פעם לתוך כותלי בית המשפט במגוון רחב של דיונים, ובכלל זה בהיבטים חוקתיים, מינהליים ופוליטיים רבים שתקצר היריעה מלמנותם. ברשימה זו אבקש להציג מספר סוגיות שנדונו בבית המשפט העליון לאחרונה, ואשר מעוררות באופן תדיר את אותם מתחים שעמם מתמודד בית המשפט מיום הקמתו. במסגרת זאת, אתייחס לשלושה היבטים: איזון ישיר בין זכויות ועקרונות יסוד לבין אינטרסים ביטחוניים; התאמת המשפט הפלילי המהותי ודיני הראיות לאתגרי השעה; ואופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי בשעת מלחמה, והביקורת השיפוטית המוחלת על שיקול דעת זה. אדון בהיבטים אלה כסדרם.

איזון ישיר בין זכויות ועקרונות יסוד לבין אינטרסים ביטחוניים

1. דיון במעמד צד אחד – זכויות חשודים ונאשמים למול שיקולי ביטחון

דוגמה מובהקת לסוגיות שבהן מתבצע איזון בין זכויות יסוד לבין אינטרסים ביטחוניים במלאכתם היום-יומית של בתי המשפט היא סוגיית מעצרים של חשודים ונאשמים. במקרים אלה, למול האינטרס בדבר שמירה על ביטחון הציבור, ניצבת

² בג"ץ 1/48 קוק נ' שר הבטחון של הממשלה הזמנית למדינת ישראל, המשפט ג 307 (1948).
³ ראו עוד: שני שניצור ויורם שחר "בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית" עיוני משפט מג 137 (2020).
⁴ בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז (1) 267 (1993).
⁵ בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505 (1986).
⁶ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999); עוד בעניין זה, ראו פסק דיני בבג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) (26.11.2018).

במלוא עוזה ותוקפה זכותו של החשוד או הנאשם לחירות, לנוכח חזקת החפות הנזקפת לזכותו.

כמי שהחל את דרכו המשפטית כסגור, וביקר לא אחת בבתי המעצר ובתי הכלא, אני חש רגישות מיוחדת לפגיעה הכרוכה בעצם השהייה במתקנים אלה, אף אם מדובר במעצר ללילה אחד. תא המעצר אינו מקום נעים לשהייה, וזאת בלשון המעטה; שלילת החירות, הרחקת האדם ממשפחתו, מביתו ומחיו – קשה היא עד מאוד. מכאן – שלא בקלות יורה שופט על שלילת חרותו של אדם, גם אם לשעות או ימים ספורים. עוד נובע מדברים אלה כי לחשוד או נאשם 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 בהעלאת טיעון בדבר "ביטחון המדינה" כדי להביא שופט להותיר אדם במעצר. רחוק מכך.

על רקע זה אזכיר הליך מעצר שהתנהל לפניי לאחרונה ושהתנהל סביבו דיון ציבורי ער.⁷ הליך זה נוהל על רקע החשדות כי העצורים ביצעו עבירות חמורות שפגעו בביטחון המדינה. בהחלטתי, הוריתי על הארכת מעצרו של שני החשודים לזמן קצר, עקב בקשת המדינה שמטרתה מתן שהות להגשת הצהרת תובע ולאחר מכן להגשת כתב אישום.⁸ לא אתייחס כאן לגוף הדברים, משהדברים מפורטים בגוף ההחלטה ומדברים בעד עצמם. התייחסותי תוקדש אפוא לאופן התנהלות הדיון במקרים מסוג זה בפן העקרוני, באשר התנהלות זו היא שרלוונטית לאיזון בין זכויות היסוד לבין האינטרסים הביטחוניים.

אם כן, 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,⁹ שכן, החשדות נסמכים על חומרים מסווגים שמונחים בפני השופט במהלך הדיון. דיון שכזה, שבו נחשפים חומרים מודיעיניים רגישים, אינו יכול להתנהל בדלתיים פתוחות לעיני כל; ולבטח לא כאשר מדובר על נושאים הקשורים בקרבות המתנהלים באותה שעה. 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.

נגד הביקורות הנשמעות לעיתים, יש להשיב 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, אסורות בתכלית האיסור. לאורך כל הדיון שמתנהל במעמד צד אחד, נרשם

⁷ ברע"פ 38331-11-24 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 17.11.2024) (להלן: עניין פלוני); גלגול מאוחר של תיק זה הובא לפני חברי השופט א' שטיין בעשת"ש 12293-12-24 מדינת ישראל נ' פלדשטיין (נבו 9.12.2024).

⁸ סעיף 17(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו 1996 (להלן: חוק המעצרים).

⁹ ראו סעיפים 15 ו-16 לחוק המעצרים.

פרוטוקול מסודר המתעד את כלל הדברים שנאמרו במהלך הדיון.

יתר על כן, 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 מקומו של הסניגור נפקד. בכך, נעשה איזון בין הפגיעה בזכותו של החשוד להליך הוגן הבאה לידי ביטוי בהיעדר באיכותו מאולם בית המשפט בחלקו המסווג של הדיון, לבין האינטרסים הביטחוניים החיוניים.¹⁰

לאור המידע החסוי שמוצג לו, השופט בוחן אם יש ממש בחשד המיוחס לחשוד, או לחלופין אם ניתן להפיג את המסוכנות הנשקפת ממנו באמצעים שאינם כוללים מעצר ממש. כמו כן, לפני הדיון בדלתיים סגורות וגם לאחריו מתנהל דיון במעמד שני הצדדים, ובו מעלה הסניגור טענות הנסמכות על הידע שנמצא בידיו. אין לחדד, אף אם יעשה השופט כמיטב יכולתו – אין הוא יכול לשמש תחליף במלוא מובן המילה לבאיכותו של החשוד, ומכאן שדיון במעמד צד אחד הוא דיון חסר; אך לעיתים הוא הכרחי. בשל המצב הביטחוני הקשה שנכפה על מדינת ישראל, מדובר בכורח המציאות שאין מנוס מלעשות בו שימוש.

קושי נוסף שניצב בפני השופט בהחלטות מסוג זה, נעוץ 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.¹¹ עמדתי על אתגר זה בהחלטתי באותו עניין:

“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 לפני 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.¹²

אגב כך יש לציין כי במצב דברים זה שבו ליבת המידע עליו נסמכת ההחלטה חסויה ולא ניתן לפרטה 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,

¹⁰ עוד על הזכות להליך הוגן ועל הזכות לייצוג בטרם תישלל חירותו של חשוד או נאשם במסגרת הליך מעצר, ראו פסק דינו של הנשיא א' גרוניס בע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (נבו) 3.9.2012; כן ראו החלטתי בבש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (נבו) 23.8.2018.

¹¹ ראו: יוסף אלרון “הנגשת פסקי-הדין של בתי-הדין השרעיים – חשיבותה ומעלותיה” כדת וקאדין 2 6-7 (2025) (להלן: “אלרון הנגשה”).

¹² עניין פלוני, לעיל ה"ש 7, בפס' 7.

כאשר האמון במערכת המשפט גבוה, הציבור יהיה מוכן ליתן את אמונו בשופט, גם אם אין ביכולתו לחשוף את מלוא הנימוקים שהביאוהו להחלטתו.

עד כאן עמדתי על הצורך 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. אפנה עתה למקרים שבהם האינטרס שנפגע הוא אינטרס ציבורי רחב הבא לידי ביטוי בעיקרון יסוד של ההליך המשפטי – עיקרון פומביות הדיון.

2. איסור פרסום – האינטרס הביטחוני למול עיקרון פומביות הדיון

שיקולי ביטחון המדינה יכולים להצדיק הסתרת מידע מהציבור הרחב ופגיעה מסוימת בעיקרון פומביות הדיון מטעמי חיסיון.¹³ ברובם הגדול של המקרים המובאים לפתחו של בית המשפט, עיקרון פומביות הדיון הוא שמתווה את הדרך.¹⁴ 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 ביטחון, מטלים את הכף לעבר הטלת חיסיון על כל ההליך או על חלקו.

בסמוך מאוד לפרוץ המלחמה, קצין מילואים שלא זומן לשירות צבאי 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.¹⁵

בהחלטה, נדרש היה לאזן בין עיקרון פומביות הדיון וזכות הציבור לדעת, לבין שיקולים ביטחוניים. המסקנה הייתה כי במקרה המדובר שיקולים של ביטחון המדינה מצדיקים חסייה חלקית של פרטי ההליך. לצד זאת, נקבע כי ההחלטה לחסות או לפרסם הליך אינה עניין בינארי, כך שיש להתאים את היקף החיסיון לנסיבות המקרה.

כפי שתוארו 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".¹⁶

גם כאן, המילים "ביטחון המדינה" לא שימשו כשיקול בלעדי שאין אחריו ולא כלום; האינטרסים הנוגדים בדבר זכות הציבור לדעת לא נסוגו לחלוטין, כי אם

¹³ ראו סעיפים 68(ב) ו-70(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

¹⁴ ראו: אלרון "הנגשה", לעיל ה"ש 11, בעמ' 5-6.

¹⁵ ע"פ 1350/24 כהן נ' מדינת ישראל (נבו) (14.3.2024).

¹⁶ שם, בפס' 12.

בוצע איזון בין אלה לאלה. בהתאם – הפרשה לא נותרה הרחק מעין הציבור, אלא נחשפה, במידת הניתן. באותה עת, התרשמתי, בהסתמך על העמדה המנומקת שהציגו גורמי הביטחון, כי חשיפת זהות הנאשם והגורמים שאיתם עמד בקשר עלולה הייתה "לתת כלים בידי אויבי מדינת ישראל".¹⁷

3. מעצר מינהלי – זכויות העצור למול ביטחון הציבור

המתח שבין הגנה על חירויות הפרט לבין אינטרסים ביטחוניים, מתעורר לעיתים במלוא עוזו כאשר עצם ניהול ההליך הופך לבעייתי מחשש לחשיפת מקורות ושיטות פעולה מודיעיניות. כך למשל, גילוי ראיה המבוססת על דברי סייען, עלולה לחשוף את זהותו, 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,¹⁸ נעשה בו שימוש יום-יומי מחמת כורח המציאות, אך זאת באופן המבקש לאזן במידת האפשר בין האינטרסים המתנגשים. בתוך כך, ובשל 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 שמבקשת המדינה.

למעשה, לפנינו הליך שבו הדין מורה לסטות מסדרי הדין הרגילים. בכלל זה, בתי המשפט מקבלים מידע מפליל שלא בנוכחות העצור ובא-כוחו, ומבלי לחשוף בפניהם את תוכנו. כמו כן, ישנה הסתמכות רבה על עדויות מפי השמועה, ואף על סברות. במקרים רבים, מקיימים לשם כך דיון בדלתיים סגורות.

המאפיין את המקרים הללו הוא שאין די במידע הגלוי אותו ניתן לחשוף בפני החשוד כדי לילך בדרך המלך של הגשת כתב אישום נגדו. אולם כאשר במהלך הדיון משתכנעים השופטים שיש בגילוי המידע 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 באופן דרמטי 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. במצב הנוכחי, דיונים מעין אלה מתקיימים מדי יום. על מנת להתמודד עם המצב שנוצר – כך שיישמר טיב הביקורת השיפוטית על המעצרים המינהליים, ולצד זה לא ייפגע עניינם של בעלי הדין הרבים שפוקדים את שערי של בית המשפט, הצעתי בעניין אבו האשם מנגנון ביקורת מעט שונה מזה הנוהג כיום.¹⁹ עיקרה של ההצעה בכך שעתירה המופנית כלפי צו מעצר מינהלי תידון על ידי שופט אחד של בית המשפט העליון, ולא בהרכב של שלושה שופטים.

¹⁷ שם, בפס' 15.

¹⁸ ראו: רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין 135-138 (2011).

¹⁹ בג"ץ 2926/24 אבו האשם נ' שופט צבאי משפטאי (נבו 6.5.2024).

כפי שציינתי בפסק הדין:

"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".²⁰

הצעתי אומנם לא אומצה לעת עתה, אך אדגיש – ההצעה 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 – גם מותב של דן יחיד יכול לספק בקרה אפקטיבית דיה, כפי שנעשה במסגרת ערעור על מעצרים מינהליים במדינת ישראל לפי חוק סמכויות שעת-חירום.²¹ כך, ניתן לשמור על האיזון בין זכויות העצורים לבין ביטחון המדינה, אך בד בבד לא לקפח את זכותם של יתר בעלי הדין שעניינם נדון בבית המשפט העליון ושעל שמירת זכויותיהם יש להקפיד גם כן.

אם לסכם את האמור עד כה, זכויות יסוד דיוניות ומהותיות, הן של עצורים בהליכים פליליים, הן של עצורים במעצר מינהלי, נסוגות לא אחת מפני שיקולי ביטחון, בפרט לנוכח הצורך בשמירה על מידע חסוי. גם עיקרון פומביות הדיון עשוי להיפגע עקב צורך זה. הדבר מציב אתגרים לא פשוטים עבור בית המשפט, אך כעולה מדבריי, על השופט לתור אחר דרך האמצע במידת האפשר – כזו שתאפשר לאחוז ביד אחת את טעמי הביטחון, אך לא לשמוט מתחת היד השנייה את ליבת זכויותיו של החשוד, הנאשם או העצור.

ג. המשפט הפלילי המהותי ודיני הראיות בראי אתגרי השעה

1. החלת דיני הראיות בעבירות ריגול

המשפט הפלילי המהותי ודיני הראיות מושפעים גם הם מהאתגרים שמזמנים מצבי מלחמה ומתיחות ביטחונית. לאחרונה, מגיעים לבתי המשפט תיקים פליליים 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. משמעות הדבר מבחינה ראייתית 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.²² מובן, כי לא ניתן להביא את מפעיליו של אותו פרופיל אנונימי

²⁰ שם, בפס' 7.

²¹ חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979; להרחבה ראו החלטתי בעמ"מ 3566/24 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 2.5.2024).

²² ראו סעיף 111 לחוק העונשין, התשל"ד-1977 (להלן: חוק העונשין).

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 בפסק דיני בעניין פלונית,²³ שפורסם בסמוך לכתיבת שורות אלו, ניתן ללמוד, מבחינה ראייתית, על זהות המפעיל של הפרופיל האנונימי ממכלול נסיבות המקרה, ובכלל זה טיב המידע שהוא ביקש לקבל.

במילים אחרות: נקבע כי אין להציב דרישה נוקשה לקיומה של "ראיית זהב" ישירה ביחס לזהותו של הגורם המפעיל. דרישה מעין זו עלולה הייתה לסכל את האפשרות למצות את הדין בעבירות נגד ביטחון המדינה, וממילא לפגוע במאמציו של בית המשפט לתרום את חלקו בקידום האינטרסים הביטחוניים של המדינה. אולם יחד עם זאת יש להדגיש כי 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.

בתוך כך, הובהר בעניין פלונית כי ניתן לעשות שימוש בחוות דעתו של "מומחה מודיעין", המכיר את שיטת פעילות ארגון הביון העוין.²⁴ 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.²⁵

2. הדין הפלילי המהותי – בחינה מודעת לאתגרי המציאות

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 מתזווה מסוימת שביצע אבטום בעודו שרוע על הרצפה, כל אחד מהם בעט בו, וקצין השב"ס אף השליך לעברו ספסל. בסמוך למעשים אלו נשמעו קולות ירי של המחבל שביצע את

²³ ע"פ 3766/24 מדינת ישראל נ' פלונית (נבו) (26.3.2025).

²⁴ שם, בפסקאות 27-29.

²⁵ לעמדת השופט שטיין, כפי שהובעה באותו מקרה, על המומחה להכניס את בית המשפט לסוד מומחיותו בהתאם לפסק הדין בע"פ 889/79 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 479 (1980).

הפיגוע, שרק הגבירו את הלחץ והכאוס במקום.

נגד השניים הוגש כתב אישום שייחס להם גרימת חבלה בכוונה מחמירה, עבירה הנושאת עמה עונש של עד 20 שנות מאסר בפועל.²⁶ 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.²⁷ המדינה ערערה על זיכויים, ובדומה 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".²⁸

בהקשר זה, אזכיר מקרה נוסף שהגיע לפתחי לפני מספר שנים בעניין גזירת עונשו של חייל מג"ב, בן דרי.²⁹ 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 "סטריילית", בתנאי מעבדה, תוך הפעלת חכמה שלאחר מעשה. חלף זאת, עליה לקחת בחשבון את נסיבות האירוע, תנאי השטח, וכן את התחושות שליוו את הנפשות הפועלות ב"זמן אמת".³⁰

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

עינינו הרואות כי המציאות אינה פוסחת על המשפט הפלילי – על דיני הראיות החלים בו ועל הדין המהותי כאחד. את ענף זה כמו את ענף זה של המשפט הפלילי, יש להחיל בהיות השופט מודע למצב בו מצויה המדינה. אחרת, יוצר דין פלילי "מנותק", כזה השרוי במקום אחד, בעוד המציאות במקום אחר לגמרי. כך ביחס לבחינה הראייתית הראויה בעבירות ריגול, וכך ביחס לבחינת דוקטרינות פליליות דוגמת סייג ההגנה העצמית בראי המציאות המורכבת.

²⁶ סעיף 329(א) לחוק העונשין.

²⁷ ת"פ (מחוזי ב"ש) 23020-01-16 מדינת ישראל נ' מויאל (נבו 20.7.2020).

²⁸ ע"פ 6168/20 מדינת ישראל נ' שמבה, פסקה 28 (נבו 9.6.2022) (ההדגשות במקור – י' א').

²⁹ ע"פ 4497/18 מדינת ישראל נ' דרי (נבו 19.8.2018).

³⁰ שם, בפס' 7. יצוין כי דרי הורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון בעבירות של פגיעה בנסיבות מחמירות וגרם מוות ברשלנות. בית המשפט המחוזי גזר עליו עונש של 9 חודשי מאסר בפועל, לצד ענישה נלווית. בערעור שנדון בבית המשפט העליון הוחמר עונשו של דרי ל-18 חודשי מאסר בפועל בדעת רוב, בעוד דעתי הייתה כי יש להורות על דחיית הערעור.

ד. אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי בשעת מלחמה

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.³¹ לפני זמן לא רב, נדחתה עתירה שעסקה בהסדרי היציאה של חיילים קרביים לביתם, בתנאי שירותם, ובכלל זה במספר שעות השינה שלהם ועוד. העותרים ביקשו, מסיבות כאלה 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 את הרצון או הלגיטימציה, להיות הגורם המחליט בנושאים אלה. ספק אם בכלל ניתן לבצע ביקורת שיפוטית עניינית ואפקטיבית כלפי החלטות מסוג זה. ודאי שלא ראוי כי כך יהיה. הניסיון לכפות את כללי הביקורת המינהלית על החלטות של מפקדים בשטח הוא בעייתי ביותר ויש לבלום אותו. בפסק הדין בעניין סידוף בו נדחתה העתירה,³² ציינתי:

”מה שמבוקש מאתנו בעתירה הוא כי נשים עצמנו כמעין ‘רמטכ"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.”³³

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.³⁴

³¹ ראו למשל: בג"ץ 28353-08-24 אריאל נ' שר הביטחון (22.9.2024).

³² בג"ץ 6037/24 סידוף נ' הפרקליטה הצבאית הראשית (נבו) (30.9.2024).

³³ שם, בפס" 3.

³⁴ ביטוי נוסף לאופן שבו לגישתי על בתי המשפט לבצע את האיזון הנדון בהקשר של ביקורת שיפוטית מינהלית ניתן למצוא בפסק הדין בע"מ 1851/18 שר הביטחון נ' דיסקל 1971 בע"מ (נבו) (29.1.2019). כפי שצינתי שם בפס" 42 לחוות דעתי: ”בבואנו לפרש את סמכות התפיסה מכוח סעיף 56(ה) (2) לחוק המאבק בטרור, שומה עלינו ליתן ביטוי לרוחו ותכליתו של דבר

סיכום

המקרים שאוזכרו לאורך רשימה זו מעלים על סדר היום את המתח שבין מחויבות בית המשפט לשלטון החוק, לזכויות הפרט ולערכים דמוקרטיים, לבין צרכים ביטחוניים בסיסיים. נהוג לומר כי השופט בתוך עמו יושב, ובאמרה זו קיימת מידה רבה מאוד של אמת – כך בכלל, וכך ביתר שאת שעה שמדובר בצרכיה הביטחוניים של מדינתנו. צילי 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, בייחוד בעתות מלחמה.

כפי שצוין לעיל, אכן 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, לשמור על האינטרס הציבורי שבהגנה על ביטחון המדינה וביטחון אזרחיה.³⁵ בד בבד, עקרונות דמוקרטיים אינם נמוגים כאשר המילים "ביטחון המדינה" נשמעות באולם בית המשפט, משל היו אלה מילות קסם אשר משתקות את כל היתר; נהפוך הוא – כפי שהצגתי לאורך דבריי, ביקורת שיפוטית דקדנית סביב פגיעה בזכויות אזרח, הקפדה מירבית על זכויות חשודים ונאשמים, ועקרונות כגון פומביות הדיון, באים לידי ביטוי גם, ואולי דווקא, בעתות משבר ומלחמה.

תפקידו של בית המשפט בזמן מלחמה הוא אומנם מורכב – אך לצד זאת הוא חשוב וחיוני במדינה שעיקרון שלטון החוק הוא נר לרגליה. את ההתאמות והאיזונים הנדרשים יש לבצע אפוא בשום שכל, מתוך הכרה בחשיבות העקרונות העומדים על הפרק ובגודלם של אתגרי השעה. על בתי המשפט להקפיד הקפדה היטב לבל תיפגענה זכויות יסוד מעבר למידה הנדרשת, ויחד עם זאת להכיר במגבלות סמכויותיהם תוך גילוי הבנה לצרכים הביטחוניים המיוחדים עתות מלחמה.

סוף דבר: המערכה המתמשכת של מדינת ישראל על קיומה, והאתגרים הביטחוניים שבפניהם היא ניצבת, יהיו גם בעתיד כר פורה להתדיינות משפטיות במגוון רחב של תחומי משפט. משאלו הם פני הדברים, יהיה על בית המשפט להמשיך ולהידרש למתח שנדון ברשימה זו, ולעשות כן תוך מודעות למורכבות העניין, ולאיוון העדין שהוא מצריך מהשופט היושב בדין.

אזכור מוצע: השופט יוסף אלרון "על שיקול הדעת השיפוטי בשעת מלחמה, זכויות הפרט, ביטחון המדינה – ומה שביניהם" **רשות הרבים** (1.5.2025).

החקיקה [...] ובפרט, לניסיון העובר בו כחוט השני לאזן בין תכלית ההרתעה מביצוע הברחות של רכוש שאינו מאושר לתוך רצועת עזה – הנגזרת מהצורך הקיומי של מדינת ישראל להתגונן מפני פעילות טרור ולהגן על שלומם וביטחונם של אזרחיה – לבין החובה לשמור על ערכיה הדמוקרטיות של מדינת ישראל, ובכללם ההגנה על זכויות הפרט".

³⁵ וראו דבריו של הלורד Denning לפיהם: "When the national security is at stake even the rules of natural justice may have to be modified to meet the position (R v. Secretary of State, לעיל ה"ש 1).