

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית: "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

על טיפולן של רשויות אכיפת החוק – המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט – בהתנגדות להינתקות

מאת

בוועז סנג'רו*

א. מבוא. ב. העבירות החדשות המיותרות והדרסטיות מדי שנקבעו בחוק יישום תכנית ההינתקות, תשס"ה-2005 – שימוש פוליטי בחוק הפלילי? ג. מרד או מחאה? ד. השימוש במעצר מפגינים שלא נקטו אלימות – ענישה לפני המשפט והרתעה? ושיאו – מעצר עד תום ההליכים המשפטיים של מפגינות קטינות. ה. השימוש במעצר מינהלי. ו. חסימת האפשרות בפני קטינים עצורים להיבחן בבחינות הבגרות. ז. יחסה של מערכת אכיפת החוק למפגינים שחסמו כבישים. ח. דיכוי מחאה חוקית, בכלל, ועצירת אוטובוסים של מפגינים, בפרט. ט. אלימות שוטרים כנגד מפגינים. י. הפעלת שירות הביטחון הכללי כנגד מתנגדי ההינתקות. יא. הקמת בתי משפט מיוחדים לעצורי ההינתקות במתקני הכליאה ודיונים קולקטיביים בעניינם של עשרות עצורים יחדיו. יב. הארכת המעצר המשותפת של 120 חשודים באלימות בכפר דרום. יג. סדר העדיפויות המיוחד שנקבע בפרקליטות ובמשטרה. יד. "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת? טו. אחרית דבר – לקחים לעתיד, בכלל, וחינוך לדמוקרטיה, בפרט.

א. מבוא

כידוע, דמוקרטיה אינה משטר המבוסס רק על הכרעת הרוב, אלא גם על שמירה על זכויותיו של המיעוט. הללו כוללות, בין היתר, את חופש הביטוי, חופש המחאה, חופש

* ראש החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה במכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תודתי נתונה לד"ר רינת קיטאי על הערותיה המועילות מאוד לטיוטת המאמר; לחברי סגל המרצים הקבוע של המכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן) על הערותיהם בסמינר המחלקתי שבו הוצגה טיוטת המאמר ולגב' יעל אלון.

ההפגנה, חופש המצפון וחופש ההתאגדות. חירויות אלו הן נשמת אפה של הדמוקרטיה. הן זכו בהקשרים אחרים להכרה בפסיקה של בית המשפט העליון, לעתים תוך התבססות על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת שוקדים לאחרונה על עיגוןן בחוקה.

מספרים על רוסיה הסובייטית, בימי ברית-המועצות לשעבר, שזכויות האדם החשובות דלעיל נרמסו בה ברגל גסה חרף העובדה שחלקן זכו להכרה בחוקה. אכן, נדרשת גם תרבות דמוקרטית. תרבות דמוקרטית אינה נבחנת בראי ההכרעות הקלות שקיימת בענייני תמימות דעים, אלא באספקלריה של הכרעות קשות ושנויות במחלוקת. תכנית ההינתקות מרצועת עזה, שביצעה ממשלת ישראל בשנת 2005 ושהייתה כרוכה בפניני כפוי של אזרחים מבתיים, הייתה הכרעה שנויה במחלוקת וקשה מאוד. ציבור גדול חש שנעשה לו עוול. תחושה זו הוחרפה נוכח הדרך שבה התקבלה הכרעה כה גורלית. כיצד מבצעים מהלך כה שנוי במחלוקת באופן דמוקרטי ובחוכמה? התשובה המוצעת במאמר זה היא שיש לשמור מכל משמר על זכויות האדם, לרבות חופש הביטוי, חופש המחאה וחופש ההפגנה.

האם עמדה הדמוקרטיה הישראלית במבחן? אם תופסים את הדמוקרטיה תפיסה שטחית של הכרעת הרוב גרדא, ללא הפנמה של הערכים הדמוקרטיים, ניתן אולי להשיב בחיוב. לצערי, התשובה שמציע מאמר זה, המבוססת על תפיסה מעט מורכבת יותר של הדמוקרטיה – הכוללת גם שמירה על זכויותיו של המיעוט¹ – היא שלילית. כך למשל חופש ההפגנה כנגד ההינתקות נתפס על ידי רבים מדי כמטרד בלתי נסבל, לרבות כאלה שבעבר הצטיירו כאבירי זכויות האדם. המאמר מתמקד בפעולותיה (ובמחדליה) של מערכת אכיפת החוק הפלילי – המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט – ומסקנותיו הן עצובות ומדאיגות באשר לכל אחד משלושה גופים עתירי סמכויות וכוח אלה. נוסף על כך גם מלאכת המחוקק – שבאה לידי ביטוי בחוק חדש: חוק יישום תכנית ההינתקות, תשס"ה-2005 – ואופן התנהלותה של התקשורת – "כלב השמירה של הדמוקרטיה" – אינם מותירים מקום לאופטימיות רבה באשר לנושא המאמר.

1 ראו למשל א' ברק "המשטרה וזכויות אדם בישראל" אהרן ברק – מבחר כתבים (כרך א, ח' כהן, י' זמיר עורכים, תש"ס) 680, 667: "בלא זכויות אדם אין דמוקרטיה. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. מדינה בה שולל הרוב את זכויות המיעוט, אינה מדינה דמוקרטית".

**ב. העבירות החדשות המיותרות והדרסטיות מדי שנקבעו
 בחוק יישום תכנית ההינתקות, תשס"ה-2005 –
 שימוש פוליטי בחוק הפלילי?**

תפקידו המרכזי של החוק הפלילי הוא להדריך ולכוון התנהגות ולא ליצור עבריינים³, לפיכך אין לגזור על הציבור גזרות שלא יוכל לעמוד בהן. עיקרון מרכזי הוא עקרון השוויון של המשפט הפלילי: המשפט הפלילי הוא האמצעי הדרסטי ביותר, פגיעתו בחירות האדם היא גדולה, ולכן יש למעט ככל האפשר בשימוש בו.

המשפט הפלילי נועד להגן על הערכים החברתיים החשובים תוך הימנעות מהגבלה גדולה מדי של חירות האדם. בתקופות קדומות היה מקובל להשתמש במשפט הפלילי שימושיים ציניים, כגון להגנה על האינטרסים האישיים של השליטים. כיום מקובל כי השימוש במשפט הפלילי חייב להיות מוגבל למניעת נזק (אסור למשל לאכוף מוסר באמצעותו) תוך הגנה על הערכים שחשיבותם אינה שנויה במחלוקת⁴. התחום הפלילי חייב להיות נקי מוויכוחים פוליטיים: מחלוקת פוליטית (בתחומי הקונסנסוס הציוני-דמוקרטי) באשר להצדקתה של עבירה פלילית מסוימת היא אינדיקציה לכך שאין לעבירה זו מקום בחוק הפלילי.

חוששני שכל מושכלות היסוד הללו נשכחו כשנקבעו האיסורים הפליליים שבהצעת חוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2004⁵. כך למשל נקבע בסעיף 27(א)(3) להצעת החוק: "המפר הוראה לצאת משטח מפונה שניתנה בידי איש כוחות הבטחון" דינו "מאסר שלוש שנים". גם "ישראלי הנכנס לשטח מפונה לאחר יום הפינוי או השוהה בו, בלא היתר או שלא בהתאם לתנאיו" צפוי לעונש החמור של שלוש שנות מאסר (סעיף 27(א)(2)). כך שעצם השהייה של תושב המקום בביתו לאחר יום הפינוי הוגדרה כעבירה פלילית.

כידוע, פינוי היישובים במסגרת תכנית ההינתקות נתון במחלוקת פוליטית לגיטימית: אפשר לתמוך בו, ואפשר להתנגד לו. נצא מן ההנחה שהרוב רשאי – בהכרעה דמוקרטית –

2 ס"ח 1982, תשס"ה, עמ' 142.
 3 ראו למשל ב' סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים! האומנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג (תשס"ג) 165, 166 והאסמכתאות הנזכרות שם.
 4 ראו למשל H.L.A Hart *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, 1968), 1-28.
 5 ה"ח 130, תשס"ה.

לכפות על היחיד את הפינוי. כמה רשעות או לפחות אווילות נחוצות כדי להפוך אדם שאינו מפנה את ביתו היקר לו לעבריינין? לא בכדי מועטות הן העבירות המחדליות. רוב העבירות הפליליות אוסרות עלינו לבצע מעשים אקטיביים, ורק במיעוטן מוטלת עלינו החובה לפעול. החובה לפעול מצמצמת מאוד את חירות האדם⁶. מה הטעם להפליל הפרת "הוראה לצאת משטח מפונה שניתנה בידי איש כוחות הבטחון"? האם האזרח המתגורר בגוש קטיף הוא חייל החייב להישמע להוראות מפקדו? דבר אחד הוא לפנותו בכוח סביר, כפי שהחוק מסמיך לעשות; דבר שונה לחלוטין הוא לצפות ממנו להתפנות מביתו מרצונו, באופן אקטיבי, להכריז עליו כעבריינין אם הוא מתקשה להיפרד מחלקת אלוהים הקטנה שלו, ולהשליכו לבית הסוהר בשל כך.

הצעת החוק לא הסתפקה בכך אלא קבעה עבירות נוספות. המחוסרי עבירות אנחנו? כל העוסקים במשפט הפלילי יעידו כי חוק העונשין הישראלי, שאותו ירשנו מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל, מכיל הרבה יותר מדי עבירות מיותרות⁷, בעלות עונשים מופרזים מאוד⁸, אשר אפילו האנגלים השמרנים נפטרו מעונשיהן כבר מזמן. לפיכך אם החשש היה מאדם שינהג באלמות כלפי כוחות הביטחון שיפנו אותו, הרי שיש די והותר עבירות שבהן ניתן להאשימו, כגון תקיפה, תקיפה הגורמת חבלה ממשית, תקיפת עובד ציבור ועוד כהנה וכהנה. והנה הוצע בסעיף 27(א)(4) להוסיף עבירה של "התפרעות" המוגדרת כ"התקהלות (!) של שלושה אנשים או יותר המפרה את השלום" (?). הנה הרגנו את חופש ההפגנה ואת חופש המחאה, את חופש הביטוי ואת חופש ההתאגדות. סעיף 27(א)(6) הגדיר עובר עבירה פלילית כדלקמן: "הפותח אטימה שנעשתה בנכס על ידי כוחות הבטחון". לאן נעלם עקרון הפרופורציה בענישה? האומנם גמולו הצודק של אדם הפותח את פתח ביתו שנאטם הוא שלוש שנות מאסר?

אם סברתם שלדעת מנסחי הצעת החוק שלוש שנות מאסר הן עונש חמור דיו, אזי טעיתם. בסעיף 27(ב) נקבעה החמרה לחמש שנות מאסר (!) אם העבירות נעברו "תוך סיכון

6 ראו למשל מ' קרמניצר, ר' שגב "המחדל בידי עונשין" ספר שמואל תמיר (תש"ס) 197.
7 ראו למשל מ' קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תש"ס).
8 ראו למשל דין-וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (בראשות שופט בית המשפט העליון אליעזר גולדברג, ירושלים, תשנ"ח), 17, 43-44; ב' סנג'רו "מי מעוניין במאסרים רבים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005", עלי משפט ה (תשס"ו) 247.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

חיי אדם". איך בכלל ניתן לסכן חיי אדם בעצם הפרת ההוראה להתפנות או בפתיחת אטימה שנעשתה בנכס?

בסעיף 27(ג) להצעת החוק נקבע כי "התוקף איש כוחות הבטחון או אדם אחר הפועל לפי חוק זה, כשהם ממלאים את תפקידם לפי חוק זה, דינו כדין התוקף שוטר לפי סעיפים 273 ו-274 לחוק העונשין". כל המוסיף גורע. באו המציעים והוכיחו כי העבירות החדשות שהציעו מיותרות לחלוטין, וכי הם בעצם מודעים לכך. די לנו בסעיף 378(ב) לחוק העונשין, המתייחס ל"התוקף עובד הציבור או מי שממלא חובה או תפקיד המוטלים עליו על פי דין". האם מנסחי ההצעה התעצלו לעיין בחוק העונשין, או שמא העדיפו להלך אימים גם על אזרחים שומרי חוק, שלא העלו על דעתם התנגדות בכוח, אלא אך ורק התנגדות פאסיבית? הגם את מהטמה גנדי היו הם משליכים לבית האסורים?

ההוגה ג'ון רולס לימדנו כי הדרך הנכונה לקבל החלטות באשר לחקיקה הראויה היא מעבר ל"מסך הבערות" ("The veil of ignorance") – בלי שנדע מראש באיזה צד של המתרס נהיה נתונים מחר⁹. אין לשפוט את החוק בהנחה שהוא פוגע אך ורק בתושבי גוש קטיף. ידמיין כל אחד מאתנו – באשר הוא גר – סיטואציה שבה מחליטה חלילה ממשלה עתידית לפנותו מביתו. האם גם אז תיראה בעיניו ההתנגדות הפסיבית תוך הישארות בבית כעבירה שדינה שלוש שנות מאסר?

אכן, מסך הבערות אינו קיים כאן. זהו כנראה ההסבר לכך שרוב אותם אנשים וגופים שבגרונם רוממות חופש הביטוי, חופש ההפגנה, חופש המחאה, חירות המצפון והזכות למרחב אוטונומי מוגן נעלמו להם לחלוטין. בעת הזו (כמעט) כל מי שהמהלך הפוליטי של ההינתקות תאם את השקפותיו החריש גם נוכח רמיסה גסה של זכויות האדם הבסיסיות ביותר.

ביקורת זו על הצעת החוק הושמעה באוזני חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת¹⁰. הוצע לחברי הוועדה למחוק מהצעת החוק את כל העבירות הפליליות שנקבעו בה, באשר לא היה צורך אף באחת מהן. לאחר מכן דווח בתקשורת כי חברי הוועדה אכן קיבלו עמדה זו והחליטו לבטל את האיסורים הפליליים החדשים¹¹. אך מתברר שבכל זאת אנשי משרד המשפטים חזקים מאנשי האקדמיה... בחוק שנחקק בסופו של דבר אמנם

9 J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge and London, 1971), 12, 136-142
 10 ראו פרוטוקול הדיון מיום 7.12.04, באתר האינטרנט של הכנסת.
 11 הארץ, 22.12.04 (תחת הכותרת "רוב בוועדת החוקה נגד ענישה ייחודית למתנחלים"); הארץ, 27.12.04 (תחת הכותרת "סעיפי העונשין בהצעת חוק פינוי-פיצוי יבוטלו").

צמצמו מעט את היקף העבירות החדשות והקלו מעט את העונשים, אך חלק מהאיסורים הפליליים החדשים נותרו בעינם. כך למשל נותרה על כנה העבירה הפלילית שאין נדרשת בה התנהגות אקטיבית כלשהי, אלא די בכך שאדם שמקום מגוריו הוא בשטח המפונה נשאר בביתו ואינו מתפנה מרצונו כדי שיוכרוז כעבריין ויהיה צפוי לעונש מאסר¹².

הנה כי כן, גם האפשרות של מחאה פסיבית לא אלימה של אדם שמבקשים לפנותו מביתו נשללה בחוק החדש והיא הוגדרה כעבירה פלילית. נראה כי העבירות הפליליות החדשות נועדו לאפשר "פינוי דה-לוקס", נטול מחאה והתנגדות ממשית.

ג. מרד או מחאה?

חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה. זאת אפילו כשמדובר בביטויים בוטים ומקוממים¹³.

במהלך התקופה שקדמה להינתקות נעשה ניסיון – הן על ידי פוליטיקאים הן על ידי אנשי תקשורת – להציג את פעולותיהם של המתנגדים להינתקות כמרד ולא כמחאה, ולפיכך ביקשו לשלול אותן מכול וכול¹⁴. למרבה הצער, באווירה ציבורית זו הופנתה שוב ושוב הדרישה אל אנשי מערכת אכיפת החוק להעיר מתרדמתה את עבירת ההמרדה ולהשתמש בה לשם העמדה לדין של מתנגדי ההינתקות.

עצם המושג "מרד" הוא זר ומוזר כשאין מדובר במסגרת הייררכית, כגון הצבא, אלא באזרחי מדינה דמוקרטית. אמת, עדיין קיימת בחוק העונשין שלנו עבירה פלילית של

- 12 סעיף 27(ב)(1) לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005. יצוין כי בהחלטתו של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין העתירות שהוגשו כנגד חוק יישום תכנית ההינתקות (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואחרים נגד כנסת ישראל ואחרים, פ"ד נט(2) 481) נאמר בענייננו כך: "לא בחנו את חוקיותן של ההוראות הפליליות בחוק יישום ההתנתקות (סעיף 27)... וממילא לא נקטנו בעניין זה כל עמדה" (פסקה 53 לפסק הדין).
- 13 ראו למשל ברק, לעיל הערה 1, עמ' 671 ואילך ("שופטים ראו [בחופש הביטוי] זכות 'על' או זכות 'עילאית'. היא צורה כ'ציפור נפשה' של הדמוקרטיה... הטעם העומד ביסוד זכות זו הוא משולש: ראשית, זהו הרצון לשקף את האמת... שנית, זהו הרצון להביא לידי הגשמתו העצמית של האדם... שלישית, זהו הרצון לבסס ולקיים את הדמוקרטיה"; שם, עמ' 674-675). וראו ר' גביון זכויות אדם בישראל (תשנ"ד), 56 ואילך; הגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי (מרכז אקדמי: מ' קרמניצר, 2002); זכויות האדם והאזרח בישראל (כרך ב, ר' גביון, ח' שנידור עורכים, 1991), פרקים ח, ט.
- 14 ראו למשל מאמר המערכת של העיתון המתיימר להיות ליברלי הארץ מיום 15.8.05, שפורסם תחת הכותרת "זה מרד, לא מחאה". וראו מאמר התגובה "זאת מחאה, לא מרד" שפורסם באותו עיתון ביום 17.8.05.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

המרדה, אך מדובר בירושה גרועה מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל. זוהי עבירה אנטי-דמוקרטית שאבד עליה כלח. היא אולי הולמת משטר טוטליטרי, אך היא אינה מתאימה לדמוקרטיה. וכל כך למה? משום שהעבירה הזו הורגת את חופש הביטוי. כדי להמחיש עד כמה רחבה הגדרתה של עבירה זו אצטט אחת מארבע חלופותיה: " (3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ"¹⁵. בית המשפט העליון כתב כך¹⁶: "מן הראוי לשקול את ביטולה של עבירת ההמרדה שבחוק העונשין שלנו והחלפתה בעבירה התואמת את משטרנו... היא משקפת תפיסת עולם שאינה דמוקרטית. היא תואמת שלטון מנדטורי, שאינו שלטונו של העם, על-ידי העם, למען העם. היא אינה מעניקה משקל מספיק לחופש הביטוי".

בינתיים כבר נחקקה עבירה אחרת, ראויה – הסתה לאלימות. יש להבחין היטב בין אלימות לבין מחאה לא אלימה ובין הסתה לאלימות לבין המרדה. בעוד שהראשונה בכל צמד היא עבירה פלילית מוצדקת, השנייה בכל צמד אינה מתאימה לשמש כעבירה פלילית במדינה דמוקרטית. עצם בחינתה הרצינית של האפשרות להשתמש בעבירה זו כדי לדכא את ההתנגדות להינתקות אומרת דרשני¹⁷.

ד. השימוש במעצר מפגינים שלא נקטו אלימות – ענישה לפני המשפט והרתעה? ושיאו – מעצר עד תום ההליכים המשפטיים של מפגינות קטינות

בשנת 1971 סירבו קציני משטרה ליתן לחברי "הפנתרים השחורים" רישיון הפגנה. הנימוקים היו כי למבקשים עבר פלילי, וכי הם תומכים בתנועת "מצפן". לא דובר בנימוקים הקבילים למניעת הפגנה – חשש לפגיעה בסדר הציבורי או פגיעה בקניין של אדם אחר. ההתנגדות הפוליטית הייתה הטעם המרכזי לסירוב, והחשש להפרת הסדר נוכח העבר הפלילי היה רחוק ובלתי מוכח. המפגינים ניסו להפגין, והמשטרה פיזרה אותם בכוח רב¹⁸. האם התקדמנו מאז?

הזכות להפגין היא הכרחית במשטר דמוקרטי. בהשוואה לאפשרויות אחרות לבטא דעות היא מיוחדת בכך שהיא מאפשרת לכמה אנשים להתאחד ולהביע דעתם המשותפת

15 סעיף 136(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 864 תשל"ז, עמ' 226.
 16 ע"פ 6696/96 כהנא נגד מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 585 (מפי השופט ברק).
 17 מעניין לציין שכאשר באו אנשי משרד המשפטים לשכנע את חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנחיצותה של העבירה החדשה יחסית "הסתה לאלימות", הם הבטיחו לבטל את עבירת ההמרדה או לפחות לצמצמה. הבטיחו, אך לא קיימו...
 18 ד' ליבאי "הזכות להפגין ולהתקהל בישראל" עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 54.

באופן שבו המסר מועבר בעוצמה גדולה יותר ותוך שאיבת כוח של היחיד מן הקבוצה. לפיכך השאיפה צריכה להיות שלא להגביל את הזכות להפגין יותר מההכרחי. כך למשל כתב השופט אהרן ברק בעניין זה:

”חופש הביטוי נסוג מפני בטחון המדינה ושלוש הציבור, רק אם הפגיעה בבטחון ובשלוש הציבור היא קשה, רצינית וחמורה, ורק אם קיימת ודאות קרובה כי הגשמתו של חופש הביטוי תביא לפגיעה זו. על כן, מפקד מחוז במשטרה רשאי למנוע היתר לקיום הפגנה... רק אם קיימת ודאות קרובה לכך, כי תרחש פגיעה רצינית בשלוש הציבור. בטרם תיפול ההחלטה, יש לבחון ולבדוק קיומם של אמצעים חילופיים... איסור ההפגנה צריך להיעשות כצעד אחרון בלבד. זאת ועוד: במקום שהדבר אפשרי, יש להעדיף תמיד בחינה של חוקיות הביטוי לאחר התרחשותו, על פני בחינה של חוקיות הביטוי לפני התרחשותו. בחינה לפני ההתרחשות יש בה כדי להקפיד את הביטוי; בחינה לאחר ההתרחשות יש בה כדי לצנן את הביטוי. עדיף צינון על פני הקפאה”¹⁹.

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע לא אחת כי “זכות ההפגנה והתהלכה היא מזכויות היסוד של האדם בישראל... היא מוכרת, בצד חופש הביטוי או מכוחו, כשייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי”²⁰.

נוכח עקרונות אלה היה מתבקש למעט ככל האפשר בהכרזה על הפגנות כבלתי חוקיות, ולמעט עוד יותר במעצר מפגינים. במציאות הוכרזו הפגנות רבות כבלתי חוקיות, ונעצרו אלפי מפגינים²¹.

19 ברק, לעיל הערה 1, עמ' 676. החשש המסוים שבו עוסק הקטע המצוטט לעיל הוא כי המתנגדים להפגנה יפגעו במפגינים. לסקירה על חופש ההפגנה ראו למשל מ' הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק (תשנ"א), 195 ואילך, והמקורות הנזכרים שם; ליבאי, לעיל הערה 18.

20 ראו למשל בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169; בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398.

21 השיעור “אלפים” אינו השערה גרדא. בהמשך ניווכח כי קיימות החלטות שיפוטיות העוסקות כל אחת בעשרות רבות של מפגינים באופן קולקטיבי. באחת מהן נדונו לא פחות מ-120 מעצרים יחדיו. שבוע לפני מועד פינוי היישובים דיווח המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) (שתפקידו המיוחד היה הטיפול בהתנגדות להינתקות) עו"ד שי ניצן לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת כך: “...נכון להיום נעצרו, מתחילת ינואר, עד היום, שזה שבועה חודשים, נעצרו בכל הפרות הסדר כ-1,200 איש...”; ראו פרוטוקול הוועדה מס' 565 מיום 7.8.05, עמ' 15. זאת עוד לפני הפינוי עצמו. לאחר ההינתקות, ביום 7.11.05, נערך בפני אותה ועדה דיון ברוח הסנגוריה הציבורית שיידון להלן. בדיון זה דיווח עו"ד ניצן כי נעצרו 6,000 אנשים, והוגשו 700 כתבי אישום (הדיון שודר בטלוויזיה, בערוץ הכנסת).

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

אשר למעצר, נוכח חזקת החפות – שתפיסתה הנכונה היא ערכית ולא אמפירית²² – הכלל חייב להיות שאדם שטרם הוכחה אשמתו בפני בית המשפט המוסמך יתהלך חופשי. רק במקרים חריגים ניתן להצדיק מעצר לפני הרשעה²³. רק במקרים חריגים שבחריגים ניתן להצדיק מעצר ממושך עד לתום ההליכים המשפטיים. כדי להגשים כלל זה נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996²⁴, ונקבעו בו שלוש עילות מעצר, מסוימות ומצומצמות, שמטרתן למנוע מעצרים בלתי מוצדקים ולצמצם את כמות המעצרים: האחת – יסוד סביר לחשש לשיבוש הליכי משפט וכד'; השנייה – יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את ביטחונו של אדם, של הציבור או של המדינה; השלישית – במקרים חריגים – "מנימוקים מיוחדים שיירשמו" – לצורך הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון במעצר. נוסף על הכרחיותה של עילת מעצר קבועות בחוק המעצרים שתי דרישות נוספות: האחת – קיום חשד סביר לביצוע עבירה (לאחר הגשת כתב אישום נדרשות ראיות לכאורה לביצוע עבירה אשר יש בהן כדי לבסס סיכוי סביר להרשעה²⁵); השנייה – לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת, כגון שחרור בערובה, שפגיעתה בחירות קטנה יותר²⁶.

אם – ורק אם – הורשע הנאשם, מגיע השלב שבו על השופט לשקול מהו העונש הראוי. בשלב הזה יש לשקול ארבעה שיקולים מרכזיים: גמול, הרחעה, מניעה ושיקום. רק בשלב המאוחר הזה – לא לפני ההרשעה. הרי ייתכן שהחשוד והנאשם הוא חף מפשע. המעצר איננו עונש. מטרותיו מוגדרות ומצומצמות מאוד – כקבוע בחוק המעצרים. חומרת העבירה אינה עילה למעצר²⁷. ענישה לפני הרשעה במשפט אינה לגיטימית. הרחעה אינה עילה למעצר.

והנה, במסגרת פעולותיה של מערכת אכיפת החוק – המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט – כנגד המתנגדים למהלך ההינתקות נעשה שימוש רב מאוד במעצרים לשם הרחעה כללית של הציבור, ואולי אף לשם ענישה שלפני משפט. אנשים שהפגינו כנגד מדיניות ההינתקות ללא נקיטת אלימות כלשהי מצאו עצמם במעצר. למרבה הצער, שימשו

22 ראו ר' קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג (תשס"ד) 405.
 23 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 649.
 24 ס"ח 1592 תשנ"ו, עמ' 338 (להלן: חוק המעצרים).
 25 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 147.
 26 סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.
 27 במאמר מוסגר יצוין כי לצערי משטרת ישראל עדיין נוהגת להשתמש במעצר – שתנאיו בישראל מחפירים – לשם הפעלת לחץ על חשודים להודות בעבירות שבהן הם חשודים – ראו ב' סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד (תשס"ה) 245.

בתי המשפט חותמות גומי של הפרקליטות ושל המשטרה, ובמקום לקיים ביקורת שיפוטית ממשית אישרו כמעט את כל בקשות המעצר²⁸. הדברים הגיעו לשיא בהחלטה של בית המשפט העליון – מפי השופטת איילה פרוקצ'יה – לעצור עד לתום ההליכים (כלומר עד לסיום המשפט) ילדה בכיתה ח' (בת 14!) אשר הפגינה נגד ההינתקות תוך הפרת התנאי של מעצר בתחומי יישוב מסוים שהוטל עליה בשל הפגנה קודמת שבה השתתפה²⁹. לא הייתה טענה של המשטרה ושל הפרקליטות בדבר אפילו שמץ של שימוש באלמות. המעשה החמור ביותר שיוחס לילדה היה העלבת שוטרת. הילדה הוחזקה במעצר שלושים ותשעה ימים ולילות.

בעקבות מקרה זה חתמו כמעט כל המרצים למשפט פלילי בישראל על עצומה שבה נאמר כך:

“קריאה לשחרור קטינים וקטינות ממעצרם”

אנו, מרצים וחוקרים המתמחים במשפט הפלילי, ללא קשר לדעותינו הפוליטיות, מודאגים מאד מהשימוש של מערכת אכיפת החוק בהליך הדראסטי של מעצר עד תום ההליכים של קטינים המואשמים בהפרת החוק במסגרת התנגדותם להינתקות.

מעצר קטינים, המואשמים בעבירות כגון הפגנה בלתי חוקית והפרעה לסדר הציבורי, אינו ראוי הן משפטית והן מוסרית. במיוחד כשמדובר בקטינים, יש לנהוג באיפוק ולא להיחפז בשימוש באמצעי החמור ביותר של שלילת חירות ממושכת לפני משפט. גם אם קיימת סכנה כי הקטינים יחזרו ויבצעו את המעשים שבגינם הם מואשמים בתקופה שעד לתום ההליכים המשפטיים נגדם, הפגיעה הקשה של המעצר עד תום ההליכים בקטינים, העלולים להיוותר עם צלקות נפשיות משמעותיות, אינה שקולה לסכנה שייכתן וצפויה לאינטרס הציבור.

28 בפרוטוקול מס' 565 של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 7.8.05, עמ' 21 מופיע הדיווח הזה: “שי ניצן [המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)]: אמרתי ליושב-ראש, וברשותו אני אחזור, מתוך 1,200 אנשים שנעצרו מתחילת השנה על רקע כל האירועים האלה, יש היום משהו בין 20 ל-30 עצורים עד תום ההליכים. רוני בראון: כמה ביקשתם? שי ניצן: לא הרבה יותר. יעקב בריי (מהמשטרה): ביקשנו סביב המספר הזה.”

29 בש"פ 6844/05 מדינת ישראל נ' פלונית, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

אנו קוראים לאנשי מערכת אכיפת החוק – לשופטים, ליועץ המשפטי לממשלה, ולפרקליט המדינה – לשקול שוב את הצורך במעצר הקטינים ולמצוא את הדרך לשחרורם המייד³⁰.

מעניין לקרוא את הנמקתה של השופטת להחלטתה הקיצונית, באשר היא עשויה לשפוך אור על הלך המחשבה המוטעה ועל התפיסה הלא נכונה – לדעתי – של הדמוקרטיה ושל זכויות האדם אשר הוליכו לאכיפת החוק האגרסיבית כנגד המתנגדים להינתקות:

"המשיבה היא נערה צעירה בשנים אשר עד לתקופה האחרונה לא היתה לה כל מעורבות עם החוק. היתקלותה עם החוק היא פרי אירועי התקופה. היא נסחפה, עם חברותיה, למאבק האידיאולוגי המתנהל כיום סביב מדיניות ההתנתקות..."

...על רקע תנועת מרי המונעת על ידי מבוגרים, אשר אינם חוסכים מילדיהם מעורבות במהלכים הפוגעים בחוק, מסכנים את גורלם ואת טובתם, ואינם מגוננים עליהם לבל יקחו חלק במאבק רעיוני שהם אינם כשירים, על שום גילם הצעיר, להבין את משמעויותיו ואת תוצאותיו... תופעות אלה של פריצת גדר החוק, והתעלמות מצווי בית המשפט אינן יכולות לזכות ליחס מקל ומתון בשל רקע רעיוני כזה או אחר העומד מאחוריהן, או בשל גילם הצעיר של נערים ונערות הנכרכים למאבק זה שלא בטובתם... לא תינתן לגיטימציה כלשהי למעשים של הפרת החוק הנקטים לצורך החדרת רעיון חברתי או מדיני כזה או אחר. במסגרת ההליך הדמוקרטי והשמירה על שלטון החוק יישמר הסדר החברתי, וכללי המותר והאסור ייאכפו, כך בעיתות רגיעה, וכך בעיתות משבר; כך לגבי בוגרים, וכך לגבי צעירים, ככל שיהיו מעורבים במעשים של הפרת החוק"³¹.

בתפיסה הראויה של הדמוקרטיה, של הכרעת הרוב וזכויות המיעוט אדון בהמשך. בשלב זה אסתפק בהפניית תשומת הלב לכך שמעבר לתפיסה זו או אחרת של מושגים אלה נעלם מהחלטתו זו של בית המשפט העליון עקרון הפרופורציה. העבירות שיוחסו לילדה הן קלות יחסית – בדרגת "עוון" ולא בדרגת "פשע". העונש שלו הייתה צפויה לו הורשעה הוא קל יחסית; כפי הנראה ללא מאסר. מכאן שאין מדובר אפילו ב"מקדמה" על חשבון עונש

30 על העצומה, אשר נשלחה ביום 2.8.05 אל ראשי מערכת אכיפת החוק, חתמו חמישה עשר מרצים למשפט פלילי, ומיד לאחר מכן הצטרפו שניים נוספים שלא אותרו קודם לכן. רק מרצים (למשפט פלילי) מעטים, שניתן למנותם על אצבעות יד אחת, לא חתמו על העצומה (חלקם שהו בחו"ל). סמוך מאוד לאחר פרסום העצומה שוחררה הילדה ביוזמת התביעה.

31 בש"פ 6844/05, לעיל הערה 29.

שיינתן בעתיד – שגם היא כידוע פסולה נוכח חזקת החפות – אלא מדובר בענישה לפני משפט בעונש חמור שאינו צפוי להיגזר אי פעם, והכול כפי הנראה לשם הרתעת ציבור המפגינים הפוטנציאליים כנגד הליך ההינתקות.

העילה למעצר היא לכאורה יסוד סביר לחשש לסיכון ביטחון הציבור. האומנם הפגנה לא אלימה מסכנת את ביטחון הציבור? טענה נוספת שהועלתה להצדקת המעצר היא שנוכח עמדתם של ההורים אין אפשרות מעשית למנוע את הישנות העבירה ללא מעצר. קשה להשתחרר מן הרושם שהמימרה "אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה" מבצבצת מבין שורות ההחלטה.

מכל מקום, לדידי, אפילו אם אין אפשרות למנוע מהילדה להשתתף שוב בהפגנה בלתי חוקית, הרי שנוכח עקרון הפרופורציה עדיף הסיכון (גם אם הוא גבוה) שהעבירה הזו תישנה על פני נזקיו הקשים (ואולי אף הבלתי הפיכים) של מעצר ממושך של הקטינה.

בשולי הדברים יצוין כי מעצרן הממושך של מפגינות קטינות גרם כפי הנראה לתחושה לא נוחה גם בקרב אנשי אכיפת החוק. אלא שבמקום להוליך לשחרורן המהיר, באווירה של מלחמת חורמה ב"מורדים" לשם הגנה על "שלטון החוק" ועל הדמוקרטיה שהייתה קיימת ערב ההינתקות, הוליכה תחושה זו דווקא לקיצוניות ההפוכה: בפרקליטות המדינה נדונה ברצינות האפשרות לשלול את ההחזקה בילדות המפגינות מהוריהן ולמסרן לאימוץ. ניתן לכך נימוק פסידו-רציונלי וסופר-פטרנליסטי, שלפיו הילדות עודן במעצר משום שההורים אינם מסכימים לתנאי השחרור האפשריים³². לדידי, עצם שקילתו של רעיון נורא זה לנתק ילדות מהוריהן היה ועודנו מדאיג מאוד.

דוגמה נוספת לסטיית בית המשפט מן החוק ומן ההלכה הפסוקה לשם החמרה עם עצורי ההינתקות ניתן למצוא בהחלטתה של שופטת בית המשפט העליון איילה פרוקצ'יה בעניין מעצרו של שישה קטינים בני 13 עד 13.5³³. בית משפט השלום החליט לשחררם בתנאי ערבות, באשר "פרט להימצאותם, עובר למעצרו, בשטח בו בוצעו העבירות, בו אסור היה להם להימצא, אין כנגדם, נכון לעת זו, ראיות פרטניות הקושרות אותם לביצוע העבירות המיוחסות להם"³⁴. בית המשפט המחוזי ביטל החלטה זו והורה על הארכת מעצרום בהסתמכו "על סירובם של העוררים לתת לגורמי החקירה פרטים מזהים ולשתף פעולה בחקירה, גם אם לגבי חלק מהם בשלב מאוחר יותר של המעצר התייצבו הוריהם

32 הדברים פורסמו בתקשורת. למשל: במהדורות החדשות בטלוויזיה ביום 8.6.05. באחת מההדורות רואיין נציג הפרקליטות עו"ד שי ניצן, והוא הסביר כי מדובר במקרה חריג וביקש להצדיקו.

33 בש"פ 6352/05 פלוני נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי ("אירוע המואסי").

34 שם, פסקה 3 לפסק הדין.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

והזדהו" ועל כך ש"מתוך קלטות [אלה] נראים בבירור עוררים 3 ו-4 כמי שלוקחים חלק באירועים האלימים"³⁵.

כלומר: לפחות באשר לחלק מהקטיגנים כבר נמסרו פרטים מזהים, וראיות יש רק כנגד שניים מששת הקטיגנים (חוסר "שיתוף פעולה" בחקירה כמובן שאיננו עילת מעצר, נוכח זכות השתיקה). האם בית המשפט העליון מבקר את בית המשפט המחוזי על אופן הדיון וההחלטה הקולקטיביים בלי לעשות את ההבחנות המתבקשות מאליהן בין הילדים באשר לזיהוי ובאשר ל[חוסר] קיומן של ראיות לכאורה לכך שנעברה עבירה כלשהי? נהפוך הוא: השופטת פרוקצ'יה כותבת על "להט יצרים אידיאולוגי, אשר טומן בחובו סכנה ממשית וישירה לשלום האדם, לשלמות הגוף ולבטחון הרכוש" וקובעת כך: "טיבה של ההתפרעות שהתרחשה עלול לסמן, חלילה, התחלה של מעשי התפרעות אלימים נוספים במקומות אחרים, שיש לעוצרם ולבולמם בעודם באיבם, פן חלילה ישולח הרסן, ותוחמר הסכנה לבטחון הציבור, לסדר הציבורי, ולאכיפת החוק ושמירתו"³⁶. כלומר: הרתעת הרבים כעילת מעצר – בניגוד חזיתי להוראות חוק המעצרים, אשר ביטל את חומרת העבירה כעילת מעצר, ובניגוד לרוחו. מימרת העוול "אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה" עולה גם מהחלטה זו:

"...מחיר יקר שהם ומשפחתם משלמים על נכונותם של יוזמי פעולות התפרעות כדוגמת זו בענייננו להשתמש לביצוען בנערים צעירים. מקום שהורי הנערים לא ייחלצו למנוע מהם לקחת חלק בהפרות חוק וסדר, הם עלולים לשלם על כך בשלומם ובחופש האישי שלהם... להורי הילדים אחריות כבדה להרחיק את ילדיהם ממוקדי הסכנה ולהותירם מחוץ למאבק האידיאולוגי שהם מנהלים, שהוא עניינם של מבוגרים"³⁷.

מכאן עוברת השופטת להלכה חדשה וקשה שנקבעה בכמה החלטות בנוגע להתנגדות להינתקות: "לצורך ביצוע חקירה משטרתית, די בקצה חוט של חשד לביצוע עבירה... מטבע הדברים, כאשר נחקר אירוע המוני אלים בעל חומרה מיוחדת ששותפים לו עשרות בני אדם, די בקצה חוט של נוכחות מחשידה במקום האירוע כדי להצדיק חקירה של הנוכח במקום"³⁸. חקירה מילא, אך מדוע דווקא במעצר, בייחוד כשמדובר בקטיגנים? לצורך הצדקת המעצר מגייסת השופטת – על מנת שלא להסתפק בהרתעת הרבים שנדונה לעיל – גם את העילה של שיבוש מהלכי משפט:

- 35 שם, פסקה 4 לפסק הדין.
- 36 שם, פסקה 6 לפסק הדין.
- 37 שם, פסקה 7 לפסק הדין.
- 38 שם, פסקה 8 לפסק הדין.

"אין מנוס מניהול חקירתם של העוררים בתנאי מעצר, מחשש שיבוש מהלכי החקירה... אם ישוחררו הנערים מן המעצר ויחזרו לבתיהם – שיבוש העלול להיגרם באמצעות השפעה של גורמים חיצוניים שונים העלולים להדריך, לכוון ולתעל את גרסותיהם של העוררים בפני גורמי החקירה"³⁹.

זוהי הרחבה חדשנית ובלתי רצויה של עילת המעצר "שיבוש הליכי משפט". עד כה היה מקובל שעילה זו עוסקת בחשש מהחשוד העצור עצמו, ולא בחשש מפני השפעותיהם של בני ביתו עליו⁴⁰.

לכסוף, על יחסה החד-צדדי והלא מקובל של השופטת אל הילדים ניתן אולי ללמוד מפסקת הסיום של החלטתה:

"לבקשת הסניגוריה, מתבקשים גורמי המשטרה לשקול לאפשר למשפחות העוררים לספק להם בגדים וציוד אישי, וכן לשקול את בקשתם לשוחח טלפונית עם ילדיהם, אם ובמידה שהדבר מתיישב עם הנוהלים ועם צרכי החקירה. בכפוף לאמור לעיל, הערר נדחה"⁴¹.

שמה שכחה השופטת, בלהט המלחמה באידאולוגיה שהיא מייחסת לעוררים ולמשפחותיהם, כי העברת בגדים וציוד אישי לעצורים – אפילו בגירים – אינה מעשה של חסד, אלא מילוי זכותם המעוגנת בדין⁴²?

בהחלטה אחרת, של השופטת נאור, נדון מקרה שבו נעצר אדם ללא ראיות לכאורה. משהצביע על כך הסנגור בעררו, בחרה השופטת למתוח ביקורת על סנגור אחר שהופיע בערכאה הראשונה, התעלמה מאחריותו של בית המשפט, אשר החליט על המעצר ללא ראיות לכאורה, והפנתה את העורר חזרה לערכאה הראשונה – ל"עיון חוזר". שם אכן נמצא שכלל לא היו ראיות לכאורה, והעורר שוחרר ממעצרו – לאחר ששהה בו כחודשיים (!)⁴³.

לאחר כתיבת מאמרי, בסוף חודש אוקטובר 2005, פורסם בתקשורת כי בסנגוריה הציבורית נכתב מסמך שכותרתו "מדיניות מעצרי קטינים על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות"⁴⁴. במסמך זה נאמר, בין היתר, כך:

39 שם, פסקה 9 לפסק הדין.
40 ראו החלטתו של בית המשפט העליון (מפי השופט אלון) בבש"פ 5890/91 טרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 553, 558-559.
41 שם, פסקה 11 לפסק הדין.
42 ראו למשל תקנה 5(ב) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז-1977, ק"ת 5829, תשנ"ז, עמ' 663.
43 בש"פ 6171/05 הרבסט נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.
44 ראו למשל הארץ, 20.10.05; ידיעות אחרונות, 28.10.05.

"הטיפול המשפטי בעצורי ההתנתקות מחזק את ההרגשה כי הצורך להרתיע את המתנגדים לתוכנית, לסכל כל גורם שמפריע על מנת לאפשר את המשך ביצוע התוכנית, גוברים על כללים בסיסיים הדרושים לניהול הליך פלילי תקין. דווקא בתחום הנוער מקום שיש לנקוט משנה זהירות הכללים מופרים בצורה בוטה, תוך רמיסת זכויות מהותיות ודינויות של חשודים ונאשמים בפלילים. הדבר בא לידי ביטוי במספר מישורים ומתחיל בכך שהרשויות החוקרות והעוצרות נוקטות במדיניות של 'יד קלה על ההדק'. מדיניות זו זוכה לשיתוף פעולה מצד בית המשפט. בהתנהלות הפרקליטות ובהליכים המתקיימים בבית המשפט, ישנה סטייה בולטת לחומרה ממדיניות המעצרים הקיימת בימים שבסגרה. בנוסף לזה, המציאות מלמדת כי קיימת אכיפה סלקטיבית של החוק עפ"י ההשתייכות הפוליטית. להלן מספר דוגמאות...

1. יצירת דינים 'חדשים' לצורך ההתנתקות... שיפוט הנאשמים נעשה באופן קולקטיבי... תשתית ראייתית חלשה... הרחבה של דיני השותפות למימדים שטרם נראו כמותם. מדיניות המעצרים הנרחבת מופעלת כלפי כל אדם שהיה באיזור בו אירעה התפרעות...

2. מתחזקת התחושה כי מעצרי ההתנתקות נועדו להשתמש בנאשמים ככלי להרתיע אחרים. הדבר מזעזע במיוחד במציאות שבה ממהרים לבצע מעצרים אשר אין בבסיסם שמץ של ראיות ולעיתים מדובר בקטינים נעדרים עבר פלילי.

3. העדר בחינה ראויה של חלופת מעצר – קטינים נורמטיביים, ללא עבר פלילי ואשר מציגים חלופת מעצר ראויה אינם משוחררים לחלופה...

4. בתי המשפט הדנים בעניינם של קטינים [בייחוד בית המשפט המחוזי] מתעלמים מכך שהם יושבים בבית משפט לנוער. נזנחה כליל הגישה הטיפולית-שיקומית הנוהגת בבית המשפט לנוער... אין כלל בחינה האם קיים צורך בהתערבות של הגורמים הטיפוליים. לא אחת, נעצרים נאשמים עד תום ההליכים ללא שיתבקש קודם לכן תסקיר אשר יבחן את השלכות המעצר על הקטין ואת החלופות המוצעות על ידו.

5. המדיניות המחמירה מצד רשויות התביעה נמשכת גם לאחר מתן החלטות ע"י בית המשפט. כך לדוגמה כמעט על כל החלטת שחרור מוגש ערר. כל קטין שמשוחרר למעצר בית זוכה לביקורי פתע רבים... תחושה של אפליה...

6. פוגעת בתפקידו של שירות המבחן לנוער...".

ציטטתי בהרחבה את עיקרי הדוח משתי סיבות: האחת – מכיוון שהסנגוריה הציבורית טיפלה בענייניהם של רבים מעצורי ההינתקות, התרכזו אצלה מידע רב בנושא זה, ויש חשיבות רבה להערכותיה. אין מדובר בהשערות בלבד או בדדוקציה המתייחסת למקרים מעטים, אלא בתיאור מצב, באינדוקציה על בסיס מקרים רבים מאוד, שנעשתה על ידי גוף מקצועי מאוד.

הסיבה השנייה היא שמסמך הסנגוריה לא פורסם במלואו, כנראה בגלל תקיפתו של מנהל בתי המשפט את הסנגוריה הציבורית הארצית בחריפות בשל חיבורו, בצירוף דרישת התנצלות שגרמה לה להסתייג מחלק מן הדוח⁴⁵. זוהי בעיניי סיבה טובה להשתמש במאמרי זה גם כבימה לפרסום דוח הסנגוריה הציבורית שאותו ניסה לגנוז. לדידי, התרעה על רמיסת זכויותיהם של חשודים ונאשמים בכלל ושל קטינים בפרט היא תפקיד מרכזי של סנגוריה ציבורית, וחובה עליה למלאו ללא מורא⁴⁶.

ה. השימוש במעצר מינהלי

המעצר המינהלי איננו חלק מהליך פלילי של חקירה והעמדה לדין, באשר אין נלווית לו כוונה לקיים לנעצר משפט. המעצר המינהלי הוא אמצעי מנדטורי דרקוני, שאין לו מקום בדמוקרטיה בת ימינו. אם יש ראיות לביצועה של עבירה פלילית מסוימת, על הפרקליטות להגיש כתב אישום ולהעביר את ההכרעה לבית המשפט המוסמך, ולא לכלוא אדם ללא הליך משפטי ראוי לשמו. העצורה המינהלית אינה יודעת מהי (אם בכלל קיימת) התשתית העובדתית למעצרה – לא מה הן ההאשמות נגדה ולא מה הן הראיות שמפניהן עליה להתגונן. הראיות (אם יש כאלו) נותרות חסויות. החוק הישראלי והחוק בשטחים מאפשרים מעצר בצו מינהלי למשך שישה חודשים, עם אפשרות להארכות חוזרות ונשנות ללא הגבלה⁴⁷.

45 ראו הדיווח על מכתבו של מנהל בתי המשפט השופט אוקון ועל תגובתה של הסנגוריה הציבורית הארצית, עורכת הדין ענבל רובינשטיין, בידיעות אחרונות, 28.10.05.

46 וראו המאמר "אוקון מהלך אימים" מקור ראשון, יומן, 4.11.05.

47 ראו חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979; הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378) תשל"ל-1970. וראו על אודות המעצר המינהלי בישראל: גביון, לעיל הערה 13, פרק יב – "זכויות אדם בשעת חירום" ובייחוד עמ' 139 ואילך; א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך ב, תשס"ה) ("רשויות השלטון ואזרחות"), 963-957.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

בית המשפט העליון עמד בעבר על הפגיעה החמורה בחירות האדם שמהווה השימוש במעצר המינהלי. כך למשל נאמר בהחלטה שניתנה בדנ"פ 7048/97 פלוני נגד שר הביטחון⁴⁸:

"בעיקר קשה פגיעתו של מעצר מינהלי בחירותו של הפרט ובכבודו. הפרט נעצר בלא משפט, מכוח צו המוצא על ידי הרשות המבצעת (שר הביטחון). המעצר עשוי להימשך... תקופה ארוכה שאינה מוגבלת מראש. לא פעם אין העצור יודע – בשל טעמים של ביטחון המדינה – מהי התשתית העובדתית להחלטה על מעצרו. יכולתו להתגונן כנגד המעצר המינהלי מוגבלת".

בהחלטה נוספת, שניתנה בעמ"ס 8788/03 פדרמן נגד שר הביטחון⁴⁹, נאמר:

"נראה שלא יהא זה מוגזם לומר, כי על העצור לנהל את מאבקו כנגד צו המעצר כשעיניו מכוסות ואחת מידיו קשורה. במילים אחרות, העצור מוצא עצמו כשהוא מוגבל באמצעים העומדים לרשותו במערכה שהוא מנהל כנגד צו המעצר. הצידוק לקביעתו של הסדר כזה, הפוגע באופן קשה בחופש הפרט, נמצא בסיכון הקיים לביטחון המדינה והציבור".

לפיכך המבחן שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון הוא "ודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה או הציבור, אם לא יבוצע המעצר המינהלי"⁵⁰.

בחודשים שקדמו למהלך ההינתקות נעשה שימוש (אמנם מועט) במעצר מינהלי. אין טעם רב בהתייחסות מפורטת להחלטות שבהן אושר מעצר כזה⁵¹ משום שהסתום בהן רב על הנגלה – החומר היה ונותר חסוי. לפיכך אתייחס דווקא להודעתו של היועץ המשפטי לממשלה בתקשורת, שלפיה בעתיד ייעשה שימוש נרחב יותר במעצרים מנהליים כלפי יהודים, וכי שיטת המעצר המינהלי "תינקט בשלבים קריטיים מתוך הנחה שתהיה תשתית עובדתית מספקת"⁵².

ראשית, סבורני כי המתח בין קיומה של תשתית עובדתית מספקת לבין השימוש במעצר המינהלי תוך הימנעות מהגשת כתב אישום לבית המשפט – גובל בסתירה פנימית.

48 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741.

49 עמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שאול מופז, שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 186.

50 המבחן נזכר – תוך הפניה לתקדימים – בפסק הדין בעמ"ס 4794/05 אופן נ' שר הביטחון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

51 ראו למשל שם; בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 865; בג"ץ

7772/05 אדלר נ' אלוף יאיר נווה, פ"ד נט(2) 860.

52 חדשות MSN, 8.5.05.

שנית, גם אם בסופו של דבר היה השימוש במעצר מינהלי חריג, עדיין מדאיגה הנכונות להשתמש בו.

שלישית, קיימת טענה כי מכיוון שהמעצר המינהלי מופעל כפעם בפעם כנגד ערבים פלסטינים הנחשדים בפעילות חבלנית עוינת, אין סיבה שלא להשתמש בו גם כנגד יהודים. בטענה זו שני כשלים: האחד – גם אם אין מקבלים את עמדת, השוללת את המעצר המינהלי מכול וכול, עדיין יש מקום להבחנות בין פעילות טרור במסגרת של מלחמת קיום בין עמים שונים לבין פעולות מחאה של אזרחים על רקע מחלוקת פנים-חברתית; בין שלטון צבאי (בשטחים) לבין דמוקרטיה (במדינת ישראל). כשם שניסיון לבחון שלטון צבאי בקני מידה דמוקרטיים הוא בעייתי, כך גם אין להחיל על המדינה הדמוקרטית את הכללים החלים במסגרת השלטון הצבאי⁵³. כך למשל נראה שאין מתקיים הרציונל של חשש מסיכון חיי אדם במעקב אחר חשודים כשאין מדובר בטריטוריה עוינת⁵⁴.

הכשל השני – השימוש במעצר המינהלי הוא רע. אם עושים כן בהקשר מוגבל מסוים – של המלחמה בטרור – בין שרואים בכך רע הכרחי ובין שרואים בכך רע לא הכרחי, הרחבה של עשיית הרע בשם השוויון היא הוספת רע מיותר. עקרון השוויון נועד לעשיית טוב ולא להרחבתה של עשיית הרע.

ו. חסימת האפשרות בפני קטינים עצורים להיבחן בבחינות הבגרות

בפסק הדין שנ ניתן בבג"ץ 355/79 קטלן נגד שירות בתי הסוהר תרגם נשיא בית המשפט העליון השופט אהרן ברק מן הפסיקה האמריקנית אמירה רצויה, ומאז נוהגים לצטטה בפסיקה הישראלית:

“חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם... החופש נשלל מהעצור, צלם האדם לא נלקח ממנו”⁵⁵.

53 לעמדה דומה בעניין זה (בלבד) ראו ע' פדהצור "בין דמוקרטיה מתגוננת ל'דמוקרטיה מתחסנת' – ישראל במבחן" תרבות דמוקרטית 6 (תשס"ב) 135.

54 לשיקול זה כהצדקה למעצר מינהלי בפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות האדם ראו *The Republic of Ireland v. The United Kingdom* (1978) 2 E.H.R.R. 25, 37.

55 בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298. מקור הממרה בפסיקה האמריקנית; ראו *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 555-56 (1974).

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע שעונש המאסר הוא עצם שלילת החירות, ואין להוסיף עליו תנאים קשים. כך למשל נאמר בפסק הדין שניתן בעע"א 4463/94 גולן נגד שירות בתי הסוהר:

"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות... הנחת היסוד היא, שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר"⁵⁶.

הזכות לחינוך (הזכות "להשכיל ולרכוש ידע") היא זכות מרכזית וחשובה⁵⁷. היא אינה נשללת מן האסיר, קל וחומר שאין לשלול אותה מקטינים, אשר לגביהם מקובל בעולם להקפיד עליה עוד יותר מהרגיל⁵⁸. בפסק הדין שניתן בבג"ץ 881/78 נדחתה עתירה בדבר סיפוק צורכי לימוד לנערים שהורשעו, ונפסק שיש לאפשר להם לממש את זכותם ללימוד, בכפוף לסדרי הביטחון והתקציב.

כל שנפסק באשר לאסירים צריך לחול מכוח קל וחומר על עצורים. לעצור עדיין עומדת חזקת החפות. המעצר אינו עונש ואינו "מקדמה" על חשבון עונש – שאולי ייגזר בעתיד ואולי לא ייגזר כלל – לפיכך עקרונית היה ראוי לספק לעצור תנאים כמו אלה הקיימים מחוץ לכותלי מתקן הכליאה. במדינת ישראל מאפשרים לאסירים להיבחן בבחינות הבגרות. גם לאסירים ביטחוניים. את מה שמקבל האסיר קל וחומר שיש לתת לעצור, שעודנו בחזקת חף מפשע, שהרי לא הוכחה אשמתו – שאולי קיימת ואולי לא. קל וחומר בן בנו של קל וחומר כשמדובר בעצור שהוא קטין.

בהתאם לאמור לעיל, נערכו בשירות בתי הסוהר ובמשרד החינוך כדי לאפשר לקטינים שנעצרו בשל פעולות מחאה כנגד תכנית ההינתקות, להיבחן בבחינות הבגרות, ובתחילה אכן אפשרו להם להיבחן. כל זאת עד להופעתו של היועץ המשפטי לממשלה מנחם מזוז

56 עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152 (פסקה 12 לפסק הדין), מפי השופט מצא.

57 על הזכות לחינוך ראו למשל י' רבין הזכות לחינוך (תשס"ב).

58 כך, למשל, קובע סעיף 77 ל-UN Standard Rules for the Treatment of Prisoners: "...The education of illiterates and young prisoners shall be compulsory and special attention shall be paid to it by the administration"

59 בג"ץ 881/78 מוצלח נ' מפקד כלא דמון, פ"ד לג(1) 139.

בכנס לשכת עורכי הדין באילת, שבו אמר כי אין הפגנות "דה-לוקס", וכי "אם הייתי יודע מראש שיתנו להם להיבחן בבחינות בגרות בתוך בית המעצר, זה לא היה קורה. מי שרוצה להיאבק צריך לדעת לשלם את המחיר ולעשות לעצמו את החשבון"⁶⁰. המילים "לשלם את המחיר" מעידות כאלף עדים על תפיסה מוטעית לחלוטין של המעצר כענישה לפני משפט. בעקבות הנחיה זו אכן הוחלט במשרד החינוך ובשירות בתי הסוהר כי הם אינם ערוכים לביצוע בחינות הבגרות במתקן הכליאה. אותם גופים שלפני הכרזתו של היועץ המשפטי לממשלה השכילו לאפשר בחינות קודמות – גם לעצורים בגין פעולות מחאה כנגד מהלך ההינתקות – שוב אינם מסוגלים לעשות כן.

בעניינן של הקטינות העצורות אשר ביקשו להיבחן בבחינות הבגרות במתמטיקה הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. העתירה נדונה על ידי שלושה שופטים. פסק הדין נכתב על ידי השופט מישאל חשין⁶¹. השופט קיבל את התירוץ של הרשויות, שהן אינן ערוכות לאפשר את הבחינה. העובדה שעד להכרזתו של היועץ המשפטי לממשלה קבל עם (הצופים בטלוויזיה) ועדה (עורכי הדין) היו הרשויות ערוכות היטב לביצוע בחינות בגרות במתקני המעצר ואף אפשרו את בחינת הבגרות באנגלית⁶², לא בלבלה את השופט. אך השופט חשין לא הסתפק בדחיית העתירה ובשלילת בחינות הבגרות של הנערות. הוא בחר להתייחס גם לשאלה העקרונית:

"על טעמים אלו שמנינו למעלה נוסיף ונציין כי דין העתירה להדחות גם מטעם זה שהעותרים לא ייסדו את עתירתם על יסודות משפטיים ואף לא ביססו את הטענה המשפטית העקרונית כי עציר זכאי להיבחן בהיותו במעצר... בדחותנו את העתירה אין אנו מכריעים, לכאן או לכאן, בשאלה המשפטית העקרונית שעשויה היתה להתעורר, והיא, האם על דרך הכלל זכאים עצירים להבחן בבחינות בהיותם בבית המעצר? מקובלת עלינו עמדת המדינה כי מדובר בשאלה משפטית עקרונית הדורשת בחינה ודיון על היבטיה השונים, תוך נתינת הדעת לפסיקת-עבר של בית המשפט ביחס לקיום מבחנים לאסירים ואסירות בין כותלי בית הכלא. אלא שהעתירה שלפנינו אינה מהווה כלי ראוי לבחינה עקרונית זו, שכן העותרים לא עמדו

60 עורך הדין 54 (יולי 2005) 38; הארץ 1.6.05; הדברים אף שודרו בטלוויזיה הישראלית, שם ניתן היה לשמוע גם תשובות רמות של עורכי דין שישבו בקהל. אילו אמר היועץ המשפטי אמירה יפה על זכויות האדם – קל יותר היה להבין את התשובות. ההתלהבות מדבריו, המהווים הכרזה על מלחמת חורמה של מדינת ישראל – באמצעים הדראסטיים ביותר שיש לה, המשפט הפלילי – בתיכונים סגורים, תוך שלילת זכותן להבחן בבחינת הבגרות במתמטיקה, היא בעיניי אינדיקציה נוספת לכך שיש כאן הטייה פוליטית, לכל הפחות בקרב המריעים.

61 בג"ץ 5283/05 ח"כ לוי נ' משרד החינוך, פ"ד נט(2) 826.

62 שם, פסקה 12 לפסק הדין.

בנטל לקיומו של דיון משפטי עקרוני שכזה ולא הציגו כל טיעון משפטי שיתמוך בעתירתם. הדיון העקרוני ימתין איפוא למקרה אחר⁶³.

האומנם בית המשפט – בייחוד העליון – אינו יודע את הדין הישראלי, לרבות ההלכה הפסוקה, רק משום שבעלי הדין לא הביאו בפניו אסמכתאות? והרי כשהשופטים רוצים הם מגיעים גם לפסיקת בתי המשפט בקנדה ובניו-זילנד. בענייננו, נוכח העובדה שבית המשפט העליון הכיר בפסיקה קודמת בזכותם של אסירים להיבחן בבחינות הבגרות, אין בכלל שאלה באשר לעצורים, שהם עדיין בחזקת חפים מפשע, קל וחומר כשמדובר בקטינות. השופט בעצם מכריז על שאלה משפטית שהיא סבוכה שעה שהיא פשוטה ביותר, או – ליתר דיוק – איננה קיימת כלל. גם האמירה כי "הדיון העקרוני ימתין איפוא למקרה אחר" יוצרת תחושה לא נוחה, בייחוד אם מאמצים את משנתו של ההוגה ג'ון רולס בדבר "מסך הבערות" שרק מעבר לו עלינו לקבל החלטות כאלו.

ז. יחסה של מערכת אכיפת החוק למפגינים שחסמו כבישים

אין חולק כי חסימת כביש על ידי מפגינים היא עבירה. אין חולק כי על המשטרה לפנותם מן הדרך, בכוח סביר. אין חולק כי עקרון הפרופורציה מכתוב התייחסות שונה להפרעה לתנועה בהשוואה לניסיון רצח. האומנם אין חולק?

לאחר שבתחילה יוחסו למפגינים נגד מהלך ההינתקות אשר חסמו כבישים במהלך הפגנתם עבירות הולמות של הפרעה לסדר הציבורי, התבשרנו בתקשורת כך: "היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, הורה להחמיר את הענישה נגד מתנגדי ההינתקות שיחסמו צירי תנועה. במקרים שבהם תיגרם הפרעה משמעותית לתנועה יוגשו כתבי-אישום מחמירים כנגד מפירי הסדר, והם יואשמו בסעיף 'סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה' שהעונש המירבי עליו הוא 20 שנות מאסר"⁶⁴.

נוסח הסעיף הוא כדלקמן: "העושה אחת מאלה, כוונה לפגוע בנוסע בנתיב תחבורה או כלי תחבורה או לסכן את בטיחותו, דינו – מאסר עשרים שנים...". ה"כוונה" הנדרשת היא יסוד נפשי של מטרה, רצון, יחס שאיפתי. האומנם הייתה למפגינים – אפילו לאלה בהם אשר חסמו כבישים – כוונה לפגוע בנוסע או לסכן את בטיחותו? די ברור שלא. ראשית, על פי הפרסום דלעיל של הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, הוחלט להשתמש בעבירה חמורה זו לא רק במקרים יוצאי הדופן האפשריים או הדמיוניים שבהם המפגין רוצה לפגוע בנוסעים, אלא "במקרים שבהם תיגרם הפרעה משמעותית לתנועה". שנית, ככלל, הבערת

63 שם, פסקה 11 לפסק הדין.

64 ידיעות אחרונות, 21.3.05.

הצמיגים או הנחת הדוקרנים נעשתה כאשר הכביש כבר היה חסום על ידי המפגינים, והיא נועדה להקשות על המשטרה לפנותו. הדבר אכן משבש את התנועה, אך הוא אינו מסכן את החיים ואת שלמות הגוף – הערכים המוגנים על ידי העבירה החמורה שבה בחר היועץ המשפטי לממשלה – והוא לא נועד לסכנם. שלישית, אם אכן חושבים ברצינות על מפגין קיצוני מטורף המתכוון לפגוע בנוסעים, אולי יש להעמידו לדין באשמת ניסיון לרצח? הצעה כזו לא הועלתה, כפי הנראה משום שאז היו נחשפות מיד ההפרזה והאבסורדיות שבהצעה הפסידו-משפטית של היועץ המשפטי לממשלה.

נראה כי באווירה הציבורית ששררה ערב ההינתקות הכריזו רשויות אכיפת החוק מלחמת חורמה חסרת פרופורציות על המתנגדים למהלך ההינתקות. ייחוס העבירה החמורה, שעונשה כעונש על ניסיון לרצח – עשרים שנות מאסר – נועד, כפי הנראה, להרתיע את המתנגדים מלהפגין תוך דמוניזציה שלהם; לשוות למעשיהם אופי עברייני חמור מאוד במקום זה ההולם אותם – הפרעה לסדר הציבורי.

על יחסה זה של מערכת אכיפת החוק ניתן ללמוד גם מהתבטאות נוספת של היועץ המשפטי לממשלה:

“בהתייעצויות שהתקיימו בלשכת היועץ אמר מזוו לנציגי המשטרה כי אין שום קשר בין חסימת צירי תחבורה לבין חופש הביטוי וההפגנה. לדעתו, מדובר בעבירות אלימות חמורות, ויש להבטיח לכל האזרחים חופש תנועה ולא לאפשר למפגינים 'לתקוע' מאות אלפי אנשים בדרכים”⁶⁵.

האומנם? ראשית, הכיצד אין קשר בין חסימת הכבישים לבין חופש הביטוי וההפגנה? הרי הקשר הוא מובן מאליו – אפילו אם המפגינים מפרים את החוק ומפריעים לנוחותו של הציבור. שנית, אם אלו הן “עבירות אלימות חמורות”, מה הן עבירות אלימות קלות? כיצד נסווג מעתה את הפגיעות בגוף האדם, החל מעבירת התקיפה, דרך גרימת פציעה, חבלה או חבלה חמורה וכלה בעבירות ההמתה? שלישית, משטרת ישראל ידועה כמשטרה אלימה, בין היתר בכל הנוגע לפיזור הפגנות⁶⁶. תפקידו הנכון של היועץ המשפטי לממשלה, שהוא משפטן בעל כשירות להתמנות לשופט בבית המשפט העליון, אינו ללבות את אלימות המשטרה תוך דמוניזציה של המפגינים שכביכול עוברים הם עבירות אלימות חמורות. תפקידו לשנן באוזני המשטרה את עקרונות המשטר הדמוקרטי, לרבות חופש הביטוי, חופש ההפגנה וחירות האדם.

65 ש.ם.

66 ראו למשל מדינת ישראל – משרד המשטרה: דוח הוועדה בנושא הטיפול המערכתי באלימות שוטרים (פרופ' מ' קרמניצר יו"ר, 1994) (להלן: דוח הוועדה לחקירת אלימות שוטרים); וכן דוח ועדת החקירה הממלכתית בראשות השופט אור לחקירת אירועי אוקטובר 2000.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

לכאורה, הנזק שבייחוס עבירה חסרת פרופורציה למפגין שחסם כביש אינו גדול ואינו בלתי הפיך, שהרי קרוב לוודאי שבמשפטו יזוכה – לפחות מן העבירה החמורה מדי. אלא שעצם האישים בעבירה החמורה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה הולך לעתים קרובות להחלטה של בית המשפט על מעצר עד תום ההליכים המשפטיים⁶⁷.

נראה כי מערכת אכיפת החוק הפכה ברטוריקה משפטית תופעה רחבה של אי-ציות בלתי אליים לחוק (civil disobedience) לתופעה של אלימות. כך למשל נאמר בהחלטה שיפוטית אופיינית לתקופה של ערב ההינתקות:

"סבורני, כי במקרה דנן, כמו גם במקרים אחרים של חסימת צירים, לשם קידום מטרות פוליטיות, קיימת מסוכנות טבועה, ולפיה, קיים חשש כי אותם עבריינים צעירים ישובו לבצע מעשים מסוג זה, ובכך יפגעו בשלום הציבור, ויסכנו את בטחוננו"⁶⁸.

בדומה, נקבע בהחלטה אחרת כך:

"...בנסיבות ההתפרעויות בזמנים הקשים בהם אנו מצויים, והדברים ידועים עד כי אין עוד צורך לפרטם, חסימת צירי תנועה על ידי אלה הסבורים כי זו הדרך להביע דעתם, ובתוך כך לסכן חיי אדם, יש בה לכשעצמה, ואף ללא שבאה בצידה עבירה אחרת מלבד העבירה של התקהלות בלתי חוקית, כדי להקים עילה למעצר" (ההדגשה שלי – ב' ס'⁶⁹).

נראה כי השופטים – בשורה ארוכה של החלטות – קבעו בעצם חזקה שלפיה מעצם חסימתו של כביש מוכחת מסוכנות לביטחון הציבור, ולפיכך מתקיימת עילת מעצר. בכך למעשה הוסיפו השופטים לרשימת העבירות שרק לגביהן קבע המחוקק בחוק המעצרים

67 דוגמאות אחדות מני רבות: בש"פ 5426/05 טייכמן נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן: עניין טייכמן); ב"ש (ת"א) 92293/05 מדינת ישראל נ' שרייבר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ב"ש (ת"א) 91700/05 מדינת ישראל נ' אליעזר (לא פורסם, ניתן ביום 18.6.05) (במאמר מוסגר יצוין כי השופט חאלד ככוב מבלבל בין רשלנות לבין מחשבה פלילית ומטרה בהסתפקו בכך ש"היה על המשיבים להיות מודעים בהכרח גם לאפשרות שמעשיהם עלולים לפגוע בנוסעים תמימים ובמשתמשים בדרך"); ב"ש 4651/05 מדינת ישראל נ' הרבסט (לא פורסם, ניתן ביום 18.7.05) (במאמר מוסגר יצוין כי השופטת ליאורה ברודי דנה באופן מוטעה לחלוטין בהלכת הצפיות, כביכול כבר מעשה ההכנה המוקדם של ייצור "מסמרי נינג'יה" יוצר אפשרות קרובה לוודאי (ומודעות אליה) של סיכון נוסעים בנתיב תחבורה עוד לפני ההגעה אל הכביש והשלכתם). זאת ועוד: נוסף על ההשפעה על המעצר עד תום ההליכים, ייחוס עבירה חמורה מדי יוצר אצל הנאשם חרדה בלתי מוצדקת.

68 ב"ש (ת"א) 60059/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.6.05).

69 ב"ש (ראשל"צ) 311/05 מדינת ישראל נ' נפרסטק (לא פורסם, ניתן ביום 3.7.05).

ספר אורי קיטאי

חזקה של מסוכנות – סחר בסמים, עבירות ביטחון ועבירות שנעברו תוך שימוש בנשק, באלימות או באכזריות⁷⁰ – את העבירה הבאה לידי ביטוי בחסימת כביש. החלטות כאלה לוו, לעתים קרובות, בדברי תוכחה והרתעה של השופטים, אשר מעידים על מטרותן. כך למשל:

“ידעו משיבים אלה ודומיהם כי אין ידה של המערכת המשפטית רפה, וכי תגובתה להפרת החוק ולסיכון הציבור, תהיה מכבירה”⁷¹.

למעשה, לא הסתירו השופטים כי בעבר לא ראו מקרים כאלה כמקימים עילת מעצר, והם ביקשו להצדיק את ההבדל על בסיס האידאולוגיה של המפגינים:

“כאשר מדובר במשיבים הפועלים על רקע להט אידיאולוגי, קבעה הפסיקה הרלוונטית כי יש להתייחס באופן שונה הן בשאלת אומדן המסוכנות, הן בעניין תנאי שחרור. ההחמרה בפסיקה הביאה לכך שהתפרעות מסוג זה לכאורה זכתה להקים עילת מעצר. מצב בו דרך כלל לא היתה קמה עילת מעצר”⁷².

נראה כי שורשיהן של החלטות רבות מסוג זה אשר התקבלו בערכאות הנמוכות נטועים בכמה התבטאויות של בית המשפט העליון, שהראשונה שבהן הייתה, כפי הנראה, זו של השופטת פרוקצ'יה בעניין נמבורג:

“הרקע האידיאולוגי העומד ביסוד ההפגנה, שהפכה להתפרעות, אינו מעלה ואינו מוריד לענין חומרתן של הפרות החוק שבוצעו על ידי העוררים. קיים סיכון בהסתברות גבוהה כי מאורעות נוספים העשויים להתרחש במסגרת מהלכים מדיניים שונים, עלולים להצית את תגובותיהם הרעיוניות של העוררים, באופן העלול להניעם להשתתף בפעולות מחאה אלימות, העלולות לצאת מגדר שליטה. על מערכת אכיפת החוק להתגונן כראוי כנגד תופעה מסוכנת זו ולנקוט באמצעי מנע מתאימים כדי למנוע אותה” (ההדגשה שלי – ב' ס'⁷³).

לעיסוקן של בית המשפט ברקע האידיאולוגי של המפגינים, להשלכותיו על התוצאות המשפטיות של הדיונים במעשיהם ולשאלת הצדקתו של עיסוק זה אשוב בהמשך.

70 סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.
71 ב"ש (ראשל"צ) 299/05 מדינת ישראל נ' פלוני אלמוני (לא פורסם, ניתן ביום 9.6.05).
72 ב"ש (ת"א) 1858/05 מדינת ישראל נ' בחטינון (לא פורסם, ניתן ביום 14.4.05).
73 ב"ש"פ 1821/05 נמבורג נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

השאיפה לסווג את חסימות הכבישים כמסכנות חיי אדם הולוכה אפילו ל"עיגול פינות" על ידי שופטים בתיאור העובדות. כך למשל מאלף לעיין בהחלטתה של שופטת בית המשפט העליון עדנה ארבל בעניין טייכמן⁷⁴. בעוד שבתחילת ההחלטה נאמר כך:

"כתב האישום מייחס לעוררים כי... קשרו קשר לבצע חסימת נתיב תחבורה בנתיבי איילון. זאת, על ידי השלכת צמיגים לכביש הסואן והבערתם באופן העלול לסכן את חיי המשתמשים בנתיב... זרקו שמונה צמיגים אל ציר הדרך לאחר ששפכו עליהם חומר דליק, חסמו את נתיבי התנועה וניסו להצית את הצמיגים שהיו מונחים על הכביש"⁷⁵;

הנה בהמשך ההחלטה אנו מוצאים תיאור מקצין, המתרחק מעובדות אלה:

"בית משפט זה חזר והדגיש כי ידוי אבנים ובקבוקים הוא בבחינת שימוש בנשק קר ואני מוסיפה כי זריקת צמיגים, ועל אחת כמה וכמה צמיגים בוערים, כמו גם ניסיון להבעירם בנתיב תחבורה, הם בבחינת נשק חם... כל אלה מקימים את עילת המעצר... דהיינו, מתקיימת במקרה דנן עילת המסוכנות" (ההדגשה שלי – ב' ס'⁷⁶).

אין חולק שחסימת כביש באמצעות צמיגים בוערים היא עבירה, אך קיים הבדל של שמים וארץ, מבחינת הסכנה לחיי אדם, בין הנחת צמיגים על הכביש והצתתם רק לאחר שהתנועה נעצרה, לבין זריקת צמיגים בוערים, שאין לה כל בסיס עובדתי, אפילו לא בכתב האישום, ונראה כי נוצרה בהינף קולמוסה של השופטת.

את הפרק הנוכחי, העוסק ביחסה של מערכת אכיפת החוק למפגינים שחסמו כבישים, ברצוני לחתום בהתייחסות קצרה נוספת לדרך הפסולה של ייחוס עבירות חמורות מאוד למעשים קלים יחסית. הכמיהה להרתעה הביאה לתכנית הפתטית הזאת:

"משרדי המשפטים והמשטרה מתכוונים לסרוק בימים אלה את ספרי החוקים כדי למצוא סעיפים נוספים שבהם ניתן להאשים את חוסמי הכבישים, כדי לגרום להרתעה"⁷⁷.

אם אין אנשי המשטרה והפרקליטות בקיאים בדין הפלילי, לעולם לא מאוחר מדי, ואין זו בושה ללמוד. אדרבה, ישובו אל ספסל הלימודים ויחזרו על קורס החובה "דיני עונשין".

74 עניין טייכמן, לעיל הערה 67.

75 שם, פסקה 1 לפסק הדין.

76 שם, פסקה 4 לפסק הדין.

77 ידיעות אחרונות, 21.3.05.

אז ילמדו, בין היתר, שנוכח חוק עונשין מנדטורי גרוע כשלנו, שבו עבירות רבות מדי, המוגדרות באופן רחב מדי, ועונשיהן מופרזים, אם על אנשי אכיפת החוק לנער את האבק מעל עבירה שכוחת אל כלשהי, זהו סימן מובהק שיש להניח לעבירה זו בתרדמתה ולא לעורר אותה. גם כך רבה מדי ההפללה במדינת ישראל, ואין לשנות את כללי המשחק בהתאם להפגנות התורניות ולרקע האידאולוגי שלהן. מחר תחלופנה ההינתקות, ההפגנות וההפללות, וניאלץ להמשיך ולחיות עם הכרוסום בדמוקרטיה המתגבש עתה.

ח. דיכוי מחאה חוקית, בכלל, ועצירת אוטובוסים של מפגינים, בפרט

ערב ההינתקות נערכה הפגנת מחאה כנגדה בעיר נתיבות. משטרת ישראל אפילו לא המתינה להגעת המפגינים למקום ההפגנה כדי לבחון את מעשיהם ובמידת הצורך להגיב בהתאם. האוטובוסים נחסמו כבר בנקודות המוצא שלהם – בערים אחרות. המשטרה תפסה את אישורי ההזמנות של ההסעות ועצרה את האוטובוסים שהיו אמורים להסיע מפגינים לנתיבות, פרסה כוחות גדולים סביב העיר ועיכבה אוטובוסים שבהם מתנגדי ההינתקות, החרימה מנהגים את רישיונותיהם ואיימה שאם ימשיכו בנסיעתם ייענשו⁷⁸.

אפילו היה יסוד לסירוב המשטרה לתת אישור לצעדה שתכננו מתנגדי ההינתקות, הרי שהיה אסור לה לפגוע בחופש הביטוי ובזכויות אדם אחרות יותר מהנדרש. הדרך שנקטה המשטרה – מניעה מאזרחים לנסוע מעיר לעיר בתחומי מדינת ישראל – אינה חוקית, והיא פוגעת פגיעה חמורה ובלתי מידתית בחופש התנועה. המשטרה אינה מוסמכת לעכב אוטובוסים רק בשל החשש שהנוסעים מתכוונים להתקבץ במקום מסוים ולהפגין. רק אם וכאשר הייתה מתפתחת הפגנה בלתי חוקית – דבר התלוי גם במשטרה, היכולה כמובן לתת היתר להפגנה ולא לאסור את קיומה – הייתה המשטרה מוסמכת להגבילה, וגם זאת רק באמצעים סבירים, מידתיים ובהתאם לחוק.

במקרים רבים אחרים דוכאה מחאה חוקית, ואזכיר רק אחדים מהם: מעצר קטינות בגין תליית שלטים; מניעת כניסה של נערות לרחבת הכותל; סילוק נערים מן האזכרה השנתית

78 ראו למשל הדיווח ב-Ynet (<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-114439,00.html>) (תחת הכותרת: "המשטרה עצרה 300 אוטובוסים בדרך והדיווח בעיתון הארץ, 19.7.05) להתייחסות נוספת לעצירת האוטובוסים ובהם המפגינים עוד בערי המוצא כגון תל-לעזרת"). להתייחסות נוספת לעצירת האוטובוסים ובהם המפגינים עוד בערי המוצא כגון תל-אביב ראו פרוטוקול מס' 565 של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 7.8.05, עמ' 21. בדצמבר 2005 פורסם דוח זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 2005 של האגודה לזכויות האזרח בישראל. בדוח מופיעה התייחסות לעצירת האוטובוסים של המפגינים על ידי המשטרה תחת הכותרת "הגבלת חופש הביטוי על רקע ההתנתקות"; ראו שם, עמ' 40, 41.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
"דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

לזאב ז'בוטינסקי רק משום שלבשו חולצות כתומות שהצטרפו לססמה (הלא מוצלחת לטעמי, אך בהחלט חוקית) "יהודי לא מגרש יהודי"; מניעת חופש הביטוי באירוע זמר ציבורי⁷⁹.

הקוראת המתקשה לגלות אמפתיה למוחים נגד ההינתקות מתבקשת לעצום את עיניה ולדמיין מחאה שהיא עשויה ליטול בה חלק (למשל: מחאה כנגד הכיבוש; מחאה כנגד גירוש ערבים מבתיים), ואשר נגדעת באבה על ידי המשטרה בדרכים שהזכרו לעיל, ולדמיין את פעולותיה האופייניות של המשטרה במשטר דיקטטורי, ולהשוות... האם נוח עתה לפקוח את העיניים ולהניח לאור להכות בהן? מי יגלה עפר מעיניו של ג'ון רולס, אשר לימדנו את "מסך הבערות"?

ט. אלימות שוטרים כנגד מפגינים

כך תדרך תתניצב ניסו שחם, מפקד מחוז הדרום של משטרת ישראל, ביום 20 ביולי 2005 את מפקדי יחידות משמר הגבול של המחוז בעת ההפגנה הגדולה בכפר מימון:

"אתה רוצה מעצרים? אני רוצה מעצרים!"

זינזאנות ומעצרים כפרה, אני רוצה מעצרים.

ואני אומר לך כבר עכשיו, תשתמש במכת"ז [מכליות להתזת מים וצבע לפיזור הפגנות] ללא התניות!

אל תקרא לי, תפעיל מכת"ז, חרא עליהם, שיישרפו!

...תתן להם מכות בפלג גוף תחתון, תעבוד איך שאתה יודע לעבוד.

אתה יודע, אני מומחה לחרדים האלה...⁸⁰.

ברוח "הפרת זכויות האדם וזכויות במשפט של מתנגדי תוכנית ההתנתקות" של המרכז המדיני לישראל ועמותת "חננו" מתועדים מקרים רבים נוספים של אלימות כנגד מפגינים,

79 לפירוט מקרים אלה ואחרים ראו דוח "הפרת זכויות האדם וזכויות במשפט של מתנגדי תוכנית ההתנתקות", המרכז המדיני לישראל ו"חננו" עמותה לסעד משפטי (2005).

80 התדריך האלים תועד על ידי צלם ערוץ 10; ראו הדוח שם, עמ' 16. כן ניתן לצפות בתדריך המזעזע באינטרנט. תנ"צ שחם נענש בנויפה חמורה ובשלילת שכר של שישה ימי עבודה בשל התנהגות שאינה הולמת שוטר; ראו שם.

לרבות פגיעה בקטינים ובקטינות – מעצר ממושך ואלמות; אלימות כנגד מפגינים ואפילו כנגד עוברי אורח; הכאת עצורים בכלא מעשיהו ועוד⁸¹.

מכיוון שספק בעיניי אם הכתיבה על מקרים רבים ממעוף הציפור תמחיש לקוראת את חומרת הבעיה, אביא מתוך הדוח הנ"ל פירוט של מקרה אחד – המקרה של עקיבא ויתקין:

"...ברשותנו סרט וידאו של האירוע. ביום 29 ביוני 2005 נערכה ברמת גן הפגנה נגד תוכנית ההתנתקות... במהלך ההפגנה התנפלו על מר ויתקין מספר שוטרים והשכיבוהו על הארץ. השוטרים עיקמו את ידיו, חנקוהו, דחפו אצבעות לעיניו, הפעילו לחץ על אפו והיכוהו שוב ושוב. בעוד מר ויתקין שכוב על הארץ והשוטרים רוכנים עליו, הגיח פקד ערן נעים, קצין הסיוור במשטרת רמת-גן ודחף את אצבעותיו לתוך אפו של מר ויתקין ומשך את ראשו לאחור, בעוד האצבעות של השוטר בנחיריו של הקרבן. לפי עדויות ראייה שהגיעו לידינו, לאחר ההתעללות נעמד הפקד נעים בצד וניגב את הדם שעל ידיו.

מר ויתקין נעצר ונלקח בידי השוטרים לתחנת המשטרה. שם, בעודו אזוק בידי, הוא הוכה בידי שוטרים מספר, הם סטרו על פניו, נגחו בראשו והיכו אותו באגרופים. במהלך מסכת ההתעללות נפלה כיפתו של ויתקין, וכשזה ביקש את כיפתו, סטר שוטר על פניו. כאשר ביקש לזהות את תוקפיו, הוטח ראשו בקיר⁸².

כמה הרהורים בשולי מקרה מזעזע זה:

ראשית, סבורני כי די אפילו במקרה מתועד אחד כזה כדי להדיר שינה מעיני כולנו. שנית, המעוניין במקרים נוספים מסוג זה יעיין בדוח הנ"ל וימצא תיעוד של מקרים לא מעטים. שלישית, נכון שאלמות שוטרים אינה בעיה חדשה במקומותינו, כפי שניתן ללמוד למשל מדוח הוועדה לחקירת אלימות שוטרים⁸³. עד היום הופנתה אלימות קיצונית כזו בעיקר כנגד החשודים כעבריינים, ולפיכך – חרף חומרתה הרבה – לא את כולם הדאיגה. הנה לפנינו סדרת מקרים של הפניית האלימות המשטרתית כנגד מפגינים שבימים כתיקונם – ואולי אפילו בזמן ההפגנה – הם אזרחים שומרי חוק. אם ניתן להתנחם מעט בתועלת

81 ש.ם.

82 ש.ם, עמ' 26. יצוין כי עובדות כמעט זהות מפורטות בכתב אישום שהוכן במחלקה לחקירת שוטרים (תיק מח"ש 2724/05) כנגד השוטרים המתעללים – קצין הסיוור ערן נעים (מחדיר האצבעות לנחיריים) וסגנו אבירם אלירן (המכה בתחנת המשטרה).

83 דוח הוועדה לחקירת אלימות שוטרים, לעיל הערה 66.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

מסוימת שאולי תצמח מן האלימות המשטרית החמורה שהופעלה כלפי המפגינים כנגד תכנית ההינתקות, הריהי טמונה בתיעוד מקרים של אלימות ובהוכחת סכנותיה גם בפני אנשים שבדרך כלל אינם מוטרדים מאלימות המשטרה, תוך חלוקת העולם ל"טובים" מול "רעים"; "אנחנו" שומרי החוק מול "הם" הפושעים. אלימות השוטרים היא רעה חולה במקומותינו, והיא רעה ומסוכנת גם כשהיא ננקטת כנגד פושעים. רביעית, כשאנו מחפשים את המסרים שקיבלו השוטרים האלימים, שבהם אולי ראו אור ירוק להתנהגותם האלימה, ניתן לאתר אותם בכל דרג ובכל פינה:

כך למשל בתדריך של תת-ניצב ניסו שחם שצוטט לעיל;

כך למשל במאמר המערכת של העיתון המתיימר להיות ליברלי "הארץ", שבו הותקף מפכ"ל המשטרה על שהודיע כי משטרת ישראל תפנה את המפגינים ללא נשק אלא תוך שימוש בדיים⁸⁴, ובמאמר מערכת נוסף תחת הכותרת "זה מרד, לא מחאה"⁸⁵;

כך, אולי, בהנחייתו למשטרה של היועץ המשפטי לממשלה שלפיה אין שום קשר בין חסימת הכבישים לבין חופש הביטוי וההפגנה, אלא מדובר בעבירות אלימות חמורות⁸⁶;

כך, אולי, בהנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה שלפיה אם ייתבעו שוטרים בגין פעולותיהם כנגד מתנגדי ההינתקות, תיקח המדינה על עצמה את האחריות למעשיהם (דהיינו מעין חסינות⁸⁷);

כך כנראה בהחלטתה של המחלקה לחקירות שוטרים ("מח"ש") לסגור "מחוסר עניין לציבור" כמעט את כל התיקים שנפתחו בעקבות תלונות אזרחים כנגד שוטרים שנקטו אלימות – לעתים קשה ומתועדת בוודאו – כנגד מתנגדים להינתקות⁸⁸;

84 הארץ, 21.3.05, 19.5.05. מעבר ל"מסך הבערות" אולי היה צריך לומר שמאמר המערכת של הארץ היה בעצם הסתה לאלימות?

85 הארץ מיום 15.8.05 וראו התגובה "זאת מחאה, לא מרד" מיום 17.8.05. כאן המקום לציין שברשימה המקורית נכתב "עיתון המתיימר להיות ליברלי כמו 'הארץ'" ולא "עיתון ליברלי כמו 'הארץ'" כפי שמשום מה פורסם.

86 ידיעות אחרונות, 21.3.05.

87 הארץ, 12.6.05.

88 ראו למשל ההודעה לתקשורת של עורך דין אביעד ויסולי מן המטה למען ארץ ישראל מיום 10.10.05, שבה מפורטות גם התלונות: אלימות והתעללות במפגינים; שימוש בחומרים מסוכנים כנגד מפגינים; מעצרים בלתי חוקיים; עדויות שקר של שוטרים בבתי המשפט; שיבוש הליכי חקירה ומשפט על ידי שוטרים ועוד. מח"ש סגרה את התיקים "מחוסר עניין לציבור". וראו הדיווח שפורסם בעיתון מקור ראשון מיום 4.11.05 תחת הכותרת "מחצית מהתלונות למח"ש נסגרו ללא חקירה". על פי דיווח זה, כתב האישום כנגד השוטרים המתעללים ערן נעים ואברהם אלירן, לעיל הערה 82, הוא כתב האישום הפלילי היחיד שהוגש עד אז חרף התלונות הרבות שהוגשו למח"ש.

כך, אולי, בפסיקתם של בתי המשפט שלפיה נוכח הרקע האידאולוגי של המפגינים "על מערכת אכיפת החוק להתגונן כראוי כנגד תופעה מסוכנת זו ולנקוט באמצעי מנע מתאימים כדי למנוע אותה"⁸⁹.

ודוק: אינני טוען לקשר סיבתי (causa sine qua non) בין גורם זה או אחר לבין אלימות השוטרים, אלא לקשר אפשרי בין האווירה הציבורית הכוללת לבין אגרסיביות המשטרה כנגד המתנגדים למהלך ההינתקות ולבין הסלחנות כלפי אגרסיביות זו.

לבסוף, יצוין כי מאמר זה נכתב עם סיום ביצוע תכנית ההינתקות (אוגוסט 2005) והוא עוסק בתקופה זו, אך אי אפשר שלא לחשוב על הקשר שבין אכיפת החוק האגרסיבית כנגד המתנגדים להינתקות והסלחנות כלפי אלימות המשטרה לבין האלימות המשטרתית חסרת הרסן שנקטה לאחר מכן בעת פינוי המאחז בעמונה, בחודש פברואר 2006. אלימות זו כללה, בין היתר, דהירה של פרשי משטרה אל תוך קבוצת מפגינים והנחתת מכות אלה בראשיהם תוך ריצוץ גולגלות (מתועד על ידי מצלמות הטלוויזיה). אירוע זה נחקר על ידי ועדת חקירה פרלמנטרית.

י. הפעלת שירות הביטחון הכללי כנגד מתנגדי ההינתקות

על פי חוק שירות הבטחון הכללי, תשס"ב-2002, "השירות מופקד על שמירת בטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחישיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון האומי של המדינה..."⁹⁰.

במדינות טוטליטריות, שבהן ההפגנה כנגד מדיניות השלטון אינה נתפסת כלגיטימית, משתמשים בגופי ביטחון חשאיים גם כנגד אזרחים המתנגדים למדיניות השלטון באופן בלתי אלים. חוששני כי במובן מסוים הצטרפנו אליהן ערב ההינתקות.

בדוח "הפרת זכויות האדם וזכויות במשפט של מתנגדי תוכנית ההתנתקות" מפורטים מקרים שבהם הופעל השב"כ כנגד אזרחים שביקשו למחות כנגד תכנית ההינתקות⁹¹. אין מדובר במחבל היהודי שהכול חוששים מהאפשרות של קיומו בהווה או בעתיד – אותו מטורף אשר ינסה לפגוע בערבים חפים מפשע או במסגדים אשר על הר הבית. מחבל כזה אכן מצדיק שימוש בשב"כ.

89 בש"פ 1821/05, לעיל הערה 73, החלטה של בית המשפט העליון מפי השופטת פרוקצ'יה.
90 סעיף 7 ("ייעוד השירות ותפקידיו") לחוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002, ס"ח תשס"ב.

91 ראו הדוח, לעיל הערה 79, עמ' 38-43.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

אך מתברר שגם מר נתן אנגלסמן – חבר מרכז הליכוד ומתנגד לתכנית ההינתקות בגלוי
 בפורומים שונים – זכה לפיקוח ולחקירה על ידי שירות הביטחון הכללי בלי שהיה
 בפעולותיו דבר הקשור למטרותיו של השב"כ⁹².

ההסבר המלא שהנני מציע לעזות המצח שבהפעלת השב"כ כנגד אזרחים המוחים
 מחאה בלתי אלימה כנגד תכנית ההינתקות יובא בהמשך. בשלב זה אסתפק בהצבעה על כך
 שהדבר לא היה מתאפשר אלמלא האווירה הציבורית – הבלתי דמוקרטית לטעמי – שבה
 נתפס אי-ציות בלתי אלים (civil disobedience) כבלתי חוקי וכמסכן את הדמוקרטיה רק
 משום שמטרתו היא לשכנע כי יש לשנות החלטה שקיבל הרוב. ליצירת אווירה כזו אחראים
 גורמים רבים, לרבות אלה אשר הכתירו אי-ציות בלתי אלים כהמרדה.

יא. הקמת בתי משפט מיוחדים לעצורי ההינתקות במתקני הכליאה ודיונים קולקטיביים בעניינם של עשרות עצורים יחדיו

פורמלית אין מדובר בבתי משפט חדשים. הנהלת בתי המשפט הגדירה את הדבר
 כהרחבת מקום המושב של בתי משפט קיימים. הטענה הייתה שנוכח מספר המעצרים הגדול
 במהלך ההינתקות יהיה קשה להסיע עצורים כה רבים אל בתי המשפט לשם דיון בענייניהם,
 ולפיכך רצוי ומועיל שבתי המשפט יקיימו את הדיונים בסמוך למתקני הכליאה. אם קשה
 להביא את מוחמד אל החר, נביא את החר אל מוחמד.

בהתאם להחלטה יצירתית זו נבנו אולמות משפט במתקני הכליאה עצמם. השופט הדן
 בחירותו של אדם יעשה כן בצלן של חומות הכלא. מהו המסר שהדבר משרד? שמא נצמיד
 גם את בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ למתקני הכליאה?

נשווה בין שני אנשים החשודים באותה עבירה מסוימת. האם מתקבל על הדעת שזה
 אשר עבר אותה עבירה על רקע אידאולוגי מסוים יידון בשל כך בבית משפט מיוחד? להלכה
 – אין מתקבל על הדעת, לפחות לא במדינה דמוקרטית. במציאות הישראלית – מתברר שכן.

צחוק הגורל הוא שבתי המשפט המיוחדים, אשר לכאורה נועדו לייעל את הליכי הדיון
 ולא לבדל את מתנגדי ההינתקות ולזכותם ביחס משפטי שונה, לא השיגו את מטרותיהם
 כלל:

ראשית, האין לחשוש שעצם הקמתו של אולם משפט מיוחד לשם דיון במעצרים רבים יהיה נבואה המגשימה את עצמה וידחוף את מערכת אכיפת החוק לביצועם של מעצרים רבים? הטבע שונא ריק...

שנית, מה התועלת בהשקעת ממון רב להקמת אולמות משפט שהשימוש בהם יהיה קצר מועד, או שמא, חלילה, משהוקמו ישמשו בעתיד גם ללא קשר לגלי מעצרים כה גדולים? הטבע הרי ממשיך לשנוא ריק...

שלישית, בעוד שההצדקה שהוצעה להקמת בתי המשפט המיוחדים הייתה יעילות העברת העצורים, במציאות התקשו הרשויות להעביר עצורים אפילו את המרחק הקצר של עשרות מטרים שבין מתקן הכליאה לבין האולם החדש. כך למשל כשנדונה ביום שישי, 19 באוגוסט 2005, הארכת מעצרים של כ-120 קטינים במתקן הכליאה "דקל", ביקש התובע המשטרתי לקיים את הדיון ללא נוכחות הקטינים בנימוק שהללו מסרבים לצאת ממתקן הכליאה. לאחר שהסנגורים עמדו על כך שמרשיהם יגיעו לאולם, הורה בית המשפט למשטרה להביאם, והתברר שמלכתחילה לא סירבו להגיע, והמניעה היחידה להבאתם מקורה בקשיים לוגיסטיים של אנשי שירות בתי הסוהר⁹³.

רביעית, אולי אין זה פלא שהדיון באולמות המיוחדים הושפע מצל חומות מתקן הכליאה עד כי נשללו מן הקטינים העצורים זכויות בסיסיות ביותר. כך למשל היה קשה להורים ולעורכי דין להגיע למקום המרוחק מכל יישוב. כך למשל אפילו באשר לאלה מהם שהצליחו להגיע במועד, סירב בית המשפט לבקשת עורכי הדין לאפשר להם להיפגש עם מרשיהם הקטינים העצורים לפני הדיון. כך למשל נדחסו אל תוך האולם בכל פעם כשישים נערים, והדיון בהארכת מעצרים התקיים משום מה באורח קולקטיבי⁹⁴. הדבר מנע בירור אינדיווידואלי לגבי כל עצור: האם בכלל נטל חלק במעשים שיוחסו למפגינים? האם קיימת בנוגע אליו עילת מעצר? האם קיימות בעניינו נסיבות מיוחדות המחייבות את שחרורו⁹⁵?

כך למשל משום שהדיון נערך באופן קיבוצי, אילץ בית המשפט את ההורים שהגיעו לדיון לבחור בין ויתור על זכותם של ילדיהם לדיון בדלתיים סגורות – בהיותם קטינים –

93 העובדות מפורטות במכתבה של האגודה לזכויות האזרח (עורך דין אבנר פינצ'וק) אל מנהל בתי המשפט מיום 22.8.05. וראו גם דוח האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 78, עמ' 27-28.

94 ראו בש"פ 8019/05 סינהרשקו נ' משטרת ישראל, נט(2) 946 (להלן: עניין סינהרשקו); בש"פ 8028/05 הורוביץ נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן: עניין הורוביץ).

95 ראו שם. כך למשל התברר שאחד העצורים שהוריו נרצחו בפיוגוע, ביקש להגיע אל אחיו הקטנים ולהשתתף עמם באזכרה להוריו. נסיבות מיוחדות אלו לא עמדו כלל לנגד עיניו של השופט נוכח הדיון הקולקטיבי; ראו מכתבה של האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 93.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

לבין ויתור על נוכחות ההורים בדיון. כך למשל לא נעשה אפילו בירור יסודי של גילו של כל
 עצור חרף העובדה שחלקם נחזו כילדים מתחת לגיל האחריות הפלילית – תריסר שנים⁹⁶.

חמישית, אם עדיין חסרה הוכחה נוספת לכך שדובר למעשה בבתי משפט מיוחדים
 המיועדים למתנגדים לתכנית ההינתקות, אולי ניתן למצוא אותה בהחלטתו של בית משפט
 השלום ברמלה להעביר את הדיון במעצרים של חשודים בהדלקת צובר גז בעיר רחובות
 לבית המשפט שבמתקן הכליאה, וזאת בשל החשד שהעבירות בוצעו על רקע של התנגדות
 לתכנית ההינתקות⁹⁷.

בסופה של הינתקות קשה להשתחרר מן הרושם הקשה שדובר בבתי משפט מיוחדים,
 שעניינו של אדם נדון דווקא בהם ולא בבית משפט רגיל רק משום שהאדם מתנגד למדיניות
 השלטון.

יב. הארכת המעצר המשותפת של 120 חשודים באלימות בכפר דרום

שתי החלטות של בית המשפט העליון, שתיהן מפי השופטת (כתוארה אז) דורית ביניש,
 אשר ניתנו ביום 24.8.2005, מספקות לנו שני חרכים שדרכם ניתן להיווכח בהתייחסות
 המיוחדת לזכויותיהם של חשודים בהתנגדות להינתקות.

תיאור האירוע הוא חד-צדדי ומשותף לשתי ההחלטות:

"במהלך פינוי כפר דרום ביום 18.8.05 התבצרו על גג בית הכנסת שבמקום
 מאות צעירים ונקטו פעולות אלימות קשות נגד כוחות הביטחון שעסקו
 בפינוי המקום. פעולות אלה כללו זריקת חפצים ותקיפת השוטרים במוטות
 ברזל, ובחפצים קהים אחרים. בין היתר שפכו המתבצרים על אנשי כוחות
 הביטחון שמנים, מדללי צבע וחומר שזוהה כבסיס מסוג סודה קאוסטית,
 העלול, על פי הנטען, לגרום לפגיעה גופנית ולכוויות. בסופה של
 ההתפרעות האלימה בלילה שבין 18.8.05 ל-19.8.05, הורדו מגג בית
 הכנסת 251 איש ונעצרו"⁹⁸.

"חד-צדדי" כתבתי לא חלילה כהצדקה לאותן פעולות אלימות שננקטו. השימוש
 באלימות הוא חמור, ואין ספק שיש להעמיד לדין את אלה אשר נקטו אלימות ולהענישם.

96 ש.ם.

97 ש.ם; הארץ, 22.8.05.

98 עניין סינהרשקו, לעיל הערה 94; עניין הורוביץ, לעיל הערה 94.

אלא שמן הדיווחים בתקשורת וממקורות נוספים נקל להבחין – אם רק קיימת הנכונות והפתיחות – כי האלימים מבין המפגינים היו מיעוט קטן (חלק גדול מן המפגינים התיישבו בחלקו האחורי של הגג והורדו משם ללא כל מאבק – ונעצרו גם הם); כי האלימות שננקטה הייתה חמורה הרבה פחות מזו שהצטיירה בדיווחים הראשוניים עליה; כי הופעלה אלימות קשה גם מצדם של השוטרים אשר פינו את השוהים על גג בית הכנסת ובתוכו⁹⁹. כאן המקום לציין כי בחרתי במשוכה הגבוהה של האירוע האלים ביותר מצדם של חלק מהמתנגדים להינתקות – "אירועי כפר דרום" – משום שאם נגיע – הקוראים והכותב – למסקנה שאכיפת החוק הייתה במקרה זה אגרסיבית מדי, ושהופרו זכויות בסיסיות לרבות זכויותיו של חשוד, אזי מסקנה דומה באשר למקרים רבים אחרים שבהם לא ננקטה כלל אלימות כלשהי מצד המפגינים תתבקש מאליה, בבחינת קל וחומר.

גם תיאור ההליכים שקדמו לדיון בבית המשפט העליון הוא משותף לשתי ההחלטות:

"למחרת הובאו 120 מבין העצורים בפני נשיא בית משפט השלום בבאר-שבע השופט מ' מיכליס לשם הארכת מעצרום... בבקשת המעצר נטען ביחס לכל העצורים כי הם חשודים בכניסה לשטח מוגבל ללא היתר, עבירה לפי סעיף 27(א)(1) לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, וכן במספר עבירות על סעיפים שונים בחוק העונשין וביניהן: השתתפות בהתפרעות לאחר הוראת פיזור, תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות, חבלה בכוונה מחמירה, שימוש ברעל מסוכן ועוד. בית משפט השלום קבע בהחלטתו כי אף שלא הוצגו ראיות למכביר לא היתה מחלוקת כי העצורים שבפניו היו על גג בית הכנסת וכי 'ניתן לומר שיש ראיות במידה לכאורית מספקת בשלב ראשוני זה כאשר המעצר היה אתמול בשעת ערב והחקירה בראשיתה. מדובר במאות עצורים ובהיקף חומר חקירה רב. אין ספק כי הראיות מקימות עילת מעצר כנגד החשודים"¹⁰⁰.

על החלטת המעצר ההמוני – 120 עצורים – ללא דיון פרטני הוגש ערר בשמם של כל העצורים. מכאן ואילך נפרדו לתקופת ביניים קצרה דרכיהם של העצורים, ושוב ונפגשו בהחלטותיה של השופטת בייניש. נפרדו – שכן שני שופטים של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע דנו כל אחד בעררם של כמחצית מן העצורים. הערר האחד נדון בפני השופטת ח' סלוטקי, שבפניה הובא עניינם של 58 עצורים. בהחלטתה קבעה השופטת כי בית משפט השלום שגה בהנחתו כי אין מחלוקת בדבר שהותם של העוררים על גג בית הכנסת, לפיכך החליטה לבדוק לכל הפחות אם יש בחומר הראיות שבתיקו של כל עצור ראיות המקימות

99 ראו המפורט לעיל בהערה 88.

100 ראו שתי ההחלטות, לעיל הערה 94.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

חשד סביר להימצאותו על גג בית הכנסת בעת האירוע. באשר לרובם המכריע של העצורים (50) הסתפקה השופטת בסימני צבע על גופם או על בגדיהם, אשר הותזו על ידי המשטרה, ולא הוסיפה ובדקה אם יש ראיות לכאורה כי עברו עבירה כלשהי. אצל עצורים מעטים (8) לא היו סימני צבע, ולא הוצגה ראיה אחרת כלשהי לנוכחותם על הגג, ולפיכך החליטה השופטת לשחררם לחלופת מעצר בתנאים של מעצר בית וערבויות¹⁰¹.

על ההחלטה הגישו עררים לבית המשפט העליון הן העצורים הן הפרקליטות. האם בית המשפט העליון הביע מורת רוח משלילת חירות המונית שכזו, ללא בדיקה פרטנית אם אמנם קיימות ראיות באשר לכל אדם – אפילו היה על הגג – כי ביצע עבירה? נהפוך הוא: השופטת ביניש רומזת על מורת רוח דווקא מניסיונו של בית המשפט המחוזי לברר לפחות את עובדת הימצאותו של כל עצור על גג בית הכנסת באמצעות כתמי הצבע, וקובעת הלכה חדשה וקשה כדלקמן:

"כאשר מדובר בשלב ראשוני של חקירה, די ברמה ראייתית המקימה 'חשד סביר' על מנת לעצור חשוד... מדובר במעצר ראשוני לצורכי חקירה של אירוע המוני, אשר מעצם טיבו חקירתו היא מורכבת. על כן נראה, כי בנסיבות העבירות הנדונות, די בשלב זה בזיקה ראייתית הבאה לידי ביטוי בנוכחות במקום העבירה כדי לבסס חשד סביר כנגד המשיבים ולקשור אותם באופן ראשוני לעבירות שלכאורה בוצעו. באשר להוכחת החשד הסביר, מקובלת עלי טענת המדינה כי אכן הרימה את הנטל הראשוני בעניין הנוכחות בגג באמצעות החומר המשטרתי הנוגע לאופן מעצרו של החשודים... אשר לעילת המעצר, המעשים המיוחסים למשיבים על פי טיבם מעידים על מסוכנות... אשר לעילת השיבוש, נוכח האמור אין צורך להכריע בה, אף כי נכון הדבר כי כאשר מעורבים אנשים רבים בביצוע עבירות, ויש חשד כי הייתה התארגנות מראש לביצוען, קיים חשש טבוע לאפשרות של שיבוש הליכים... הגם שנכונה הטענה כי טרם נקבעה מידת מעורבותם של המשיבים בעבירות המיוחסות להם, מעבר לעצם הנוכחות המחשידה במקום, הרי שבשלב ראשוני זה קמה עילת מעצר ביחס אליהם... אשר על כן, ערר המדינה מתקבל. החלטת בית משפט השלום לעצור את המשיבים עד ליום 25.8.05 תושב על כנה... " (ההדגשות שלי – ב' ס'¹⁰²).

101 תיאור ההליך בבית המשפט המחוזי לקוח מהחלטתו של בית המשפט העליון בעניין סינהרשקו, לעיל הערה 94.

102 ש.ם.

מכיוון שמדובר בהלכה חדשה וקשה, שוב אזעיק לעזרתי את ג'ון רולס: הקוראים מתבקשים לדמיין הפגנה שבה הם עצמם עשויים (עלולים?) להשתתף (למשל הפגנה כנגד החלטה לגרש ערבים מבתיהם) אשר אחדים מהמשתתפים בה נוקטים אלימות, ורק אז לקרוא שוב את המשפטים שהבלטתי לעיל. האם לא ניתן לקבוע כי דווקא נוכח הפגנה המונית על רקע של מחלוקת פוליטית, דווקא אז מעצר סיטוני (במקום פרטני) הוא מסוכן מאוד לדמוקרטיה¹⁰³?

תפיסה המתירה לנקוט מעצר כאמצעי ראשון של החקירה הפלילית אינה נותנת את המשקל הראוי לחירות הפרט ולחזקת החפזות הנתונה לו¹⁰⁴. "חשד סביר" אינו זהה לחשד קלוש, כעולה מהדרישה "סביר". "החשד הסביר" חייב להיות אובייקטיבי ולהתייחס באופן קונקרטי לעבירה המיוחסת לחשוד¹⁰⁵.

יג. סדר העדיפויות המיוחד שנקבע בפרקליטות ובמשטרה

כמודגם בפרקים הקודמים, הפנתה מערכת אכיפת החוק משאבים גדולים לטיפול אגרסיבי בהתנגדות להינתקות. כדי לאפשר זאת נקבעו בפרקליטות ובמשטרה הנחיות מיוחדות. ההנחיות לא פורסמו, והוטל עליהן איפול, שספק אם ניתן ליישבו עם הוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998¹⁰⁶. על פי הפרסום בתקשורת, אחת מהן קובעת שורה של עבירות שאין לטפל בהן כלל בתקופת ההינתקות, אלא חקירתן תידחה לאחריה. במהלך ההינתקות תחקור המשטרה רק עבירות חמורות מאוד כרצח ואונס, וחקירתן של עבירות חמורות פחות, לרבות גניבה, תקיפה ומעשה מגונה, תידחה לאחר ההינתקות. לפי הנחיה אחרת, עבירות מסוימות, קלות יחסית, שתיעברנה בתקופת ההינתקות, לא תיחקרנה לעולם, אלא התיקים יסגרו מיד. הנחיה שלישית – חמורה בעיניי – קבעה באשר לעבירות מסוימות שבדרך כלל נחשבות לקלות, כגון התקהלות אסורה, כי תיאכפנה רק אם הרקע לעבירה הוא המאבק נגד ההינתקות¹⁰⁷.

103 להשלמת הסיפור יצוין כי הערר השני – של 60 עצורים – נדון בפני שופט בית המשפט המחוזי בבאר-שבע יוסף אלון. שופט זה קיבל את עמדת הפרקליטות באופן קיבוצי, ללא דיון פרטני בעניינו של כל עצור. שופטת בית המשפט העליון דורית ביניש דחתה את הערר על החלטתו תוך ציטוט ה"הלכה" הנ"ל שקבעה באותו יום ממש בעניין סינהרשקו, לעיל הערה 94. ראו עניין הורוביץ, לעיל הערה 94.

104 ר' קיטאי משמעותה של חזקת החפזות מעבר למידת ההוכחה בפלילים (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ל).

105 בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337, סעיפים 8-10 לפסק הדין.

106 ראו בעניין זה רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 47, עמ' 1020 ("...הנחיה הקובעת מדיניות של תביעה פלילית, שלמעשה הופכת מעשה אסור למותר... מן הראוי שתפורסם בריבים").

107 מעריב, 3.7.05, תחת הכותרת "גן עדן לפושעים".

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
"דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

בועז סנג'ור

הדברים נדונו בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ויושב ראש הוועדה אמר באשר אליהם כך:

"ממידע שנמסר לי מגורמים בתוך המערכת עולה לכאורה כי מערכת אכיפת החוק פועלת נגד מתנגדי ההתנתקות על פי הנחיות סודיות כמו במדינות טוטליטריות, שבהן הכוח השלטוני מופעל נגד קבוצות שמפריעות במחאתן למשטר, על פי הנחיות בלתי שוויוניות ובלתי חוקיות"¹⁰⁸.

חוסר הנוחות (בלשון המעטה) שמעורר האיפול שהוטל על ההנחיות השתקף היטב בדבריהם של חברי הוועדה¹⁰⁹.

דוגמה נוספת לאי-השוויון שיצרו ההנחיות היא ההנחיה שלפיה דינם של קטינים בגילאי 14-18 החשודים בעבירות שנעשו במסגרת המאבק נגד ההינתקות, יהיה כדינם של בגירים. כפי הנראה לשם יישום הנחיות חריגות אלו נקבע בהן כי התיקים יסומנו במחשבי המשטרה, הפרקליטות ושירות בתי הסוהר בסימון מיוחד, במילה "התנתקות"¹¹⁰.

הנחיות שכאלה אינן מתקבלות על הדעת במשטר דמוקרטי. הן מפלות ורומסות את עקרון השוויון בפני החוק¹¹¹. הן מאפשרות רדיפה ודיכוי מופרזים, בניגוד לעקרון הפרופורציה בענישה הפלילית¹¹². הן חוטאות לרעיון הגדול ולגישה המקובלת של העדפת השיקום של בני נוער על פני תיוגם וענישתם¹¹³. הן ראויות לכל גנאי ומצער מאוד ההירדררות עדיהן.

יד. "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

בפרקים קודמים הדגמתי רמיסה של זכויות אדם בסיסיות במהלך ההינתקות. ניתן להוסיף דוגמאות, אך סבורני כי הקרקע כבר בשלה למעבר לשאלה המרכזית וכבדת המשקל: כיצד הגענו עד הלום? מהו הרקע שבאמצעותו ניתן אולי להסביר את האופן שבו נהגו רשויות אכיפת החוק, החל מהמשטרה, עבור בפרקליטות וכלה בבתי המשפט? וכיצד

108 ש.ם.

109 ראו פרוטוקול מס' 565 של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 7.8.05.

110 מעריב, 3.7.05 ("גן עדן לפושעים"). יצוין כי בדיון שנערך בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת הסביר נציג הפרקליטות עורך דין שי ניצן את הסימון המיוחד כהכנה לאיסוף נתונים

סטטיסטיים על ההינתקות; ראו פרוטוקול מס' 565 מיום 7.8.05, עמ' 30.

111 איה "מבחן סמית"? (בעבר – "מבחן בוזגלו", בעל הניחוח הגזעני).

112 ראו למשל דוח הוועדה להבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, לעיל הערה 8.

113 ראו למשל א' מלמד ענישה או שיקום? (2001).

זה החרתה החזיקה אחריהן גם התקשורת, האמורה לתפקד ככלב השמירה של הדמוקרטיה¹¹⁴ ?

ככלל, חרף כל האזהרות ונבואות הזעם ההתנגדות להינתקות לא הייתה אלימה. רובם המכריע של מאות אלפי המפגינים נגדה לא נקטו אלימות כלשהי. דובר בעצם באי-ציות אזרחי (civil disobedience), כהגדרתו המקובלת של ג'ון רולס:

“...[D]efining civil disobedience as a public, nonviolent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about a change in the law or policies of the government. By acting in this way one addresses the sense of justice of the majority of the community and declares that in one considered opinion the principles of social cooperation among free and equal men are not being respected”.

“We are appealing to others to reconsider, to put themselves in our position, and to recognize that they cannot expect us to acquiesce indefinitely in the terms they impose upon us”¹¹⁵.

רק קומץ עבריינים נהגו באלימות, וגם היא לא הגיעה לממדים חמורים. בכל זאת, משום מה, בחרו ראשי מערכת אכיפת החוק להתייחס אל כלל המפגינים כנגד ההינתקות כאל מורדים מסוכנים ואלימים. בהתאם לכך הופעלו כנגדם אמצעי אכיפה אגרסיביים מאוד אשר נועדו לדכא את ההתנגדות.

ראשית חטאת באופן הלא-מאוד-דמוקרטי שבו התקבלה ההחלטה על ההינתקות. פורמלית מדובר בהכרעת הרוב באמצעות נציגיו. מהותית – נוכח התפנית החדה שבין עמדתו המוצהרת של ראש הממשלה אריאל שרון ערב הבחירות שקדמו להינתקות לבין

114 ראו למשל מאמרי המערכת של הארץ, לעיל הערות 14, 84 והבעת המשאלה האלימה של רון לונדון “למחוק את אפרו” של המפגין שיחסום את דרכו בידיעות אחרונות, 23.6.05.

115 Rawls, לעיל הערה 9, עמ' 364, 383. וראו שם פרקי המשנה: 5 – “The definition of Civil Disobedience”; 57 – “The Justification of Civil Disobedience”; 59 – “The Role of Civil Disobedience”. בדומה, מגדיר יוסף רו מרי אזרחי כ”מרי הנובע ממניעים מוסריים ופוליטיים... מעשה הפרת חוק ממניעים פוליטיים, שתכליתה לתרום במישרין לשינוי חוק או לשינוי במדיניות הציבורית, או לבטא מחאה והינתקות מחוק מסויים או ממדיניות ציבורית” – ראו י' רו “הזכות למרי אזרחי” גבול הציות (י' מנוחין, ד' מנוחין עורכים, תשמ"ו) 51, 52. למקור המאמר ראו J. Raz *The Authority of Law* (Clarendon Press, Oxford, 1979); ח' כהן “הזכות והחובה להתנגד לשלטון” על דמוקרטיה וציות (י' מנוחין עורך, תש"ן) 55; ד' הד “סירוב פוליטי או מצפוני (או: היש גבול בין מרי אזרחי לסרבנות מצפונית?)” על דמוקרטיה וציות (י' מנוחין עורך, תש"ן) 87 (ההגדרה למרי אזרחי, עמ' 88-89).

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

תכנית ההינתקות שבה בחר לאחר מכן, ואשר למעשה הוצעה כאלטרנטיבה הפוליטית על ידי מפלגת העבודה בראשות עמרם מצנע ונדחתה על ידי בוחריו של הליכוד ושרון – היה מתבקש, ולו רק כדי למנוע תחושות קשות של בוחרים כי קולותיהם בעצם נגנבו, להעמיד הכרעה כה חשובה למבחן העם, בין באמצעות בחירות ובין באמצעות משאל עם. תחושות כאלו של בוחרים, העלולות להוליך לתחושת ניכור כלפי השיטה הדמוקרטית, הן להערכתי מסוכנות לדמוקרטיה הישראלית הרבה יותר מהפרות החוק של קומץ מן המתנגדים להינתקות.

ערב ההינתקות היטיב קליין הלוי לתאר את משמעות הדברים בעיניהם של רבים מהציבור הישראלי:

"תכנית ההינתקות מביאה את המדינה אל ספו של אחד המשברים הפנימיים החמורים שידעה מעודה. לראשונה בתולדותיה תתנער המדינה היהודית מרצון, ובגיבוי רוב מוצק של נציגיה הנבחרים, מתביעתה לחלק מארץ ישראל ההיסטורית. והיא תעשה זאת באופן שאין נחרץ ממנו – באמצעות עקירתם הפיזית של יהודים מבתיהם. אסון קצץ של קהילות יהודיות הדהד בעוצמה רבה לאורך כל שנות ההיסטוריה היהודית, ומנקודת מבט ציונית הוא היפוכו הטרגי של עקרון ההתיישבות. ואולם הטראומה הכרוכה בפניו יישובים אינה מתמצה בסמליות זו ואפילו לא בסבלם האישי של המפונים; שכן כאשר חלק אחד מן העם מאשים חלק אחר בכך שנתן יד לחורבן, לא פחות – התוצאה הצפויה היא קרע עמוק בחברה הישראלית עד כדי התרופפות תחושת שותפות הגורל של יהודי ישראל. בין שמצדדים בהינתקות כצעד חיובי שיביא לתיקונה של טעות היסטורית, ובין שרואים בה בגידה בעקרונות יסוד – ללא ספק יש להכיר במהלך כרגע מכריע בתולדות המפעל הציוני כולו"¹¹⁶.

אמת. לא בהכרח¹¹⁷ מערכת אכיפת החוק היא שקובעת אם יינתן למהלך כה דרמטי כמו ההינתקות בסיס איתן יותר באמצעות בחירות או משאל עם, אך משנפל הפור, עולה השאלה כיצד עליה להתייחס אל פעולות המחאה כנגד המהלך. לכאורה, היה הרקע האידאולוגי לפעולות המפגינים צריך לפעול לטובתם כך שיזכו ליחס של הבנה, סלחנות, הבלגה,

116 "קליין הלוי" היום שאחרי ההינתקות" תכלת – כתב עת למחשבה ישראלית 20 (תשס"ה) 22.
 117 אם כי ניתן לתאר למשל החלטה של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק שלפיה עקירת יישובים ומתיישבים שלא כנגד הסכם שלום ולפני שהועמדו לרשותם בתים חלופיים שווי ערך, אינה מידתית.

סובלנות וסבלנות¹¹⁸. הרי אין מדובר באנשים שהעבריינות היא עבורם דרך חיים, אלא באנשים שעד להינתקות פעלו כאזרחים שומרי חוק ותרמו לחברה. נוסף על כך, נוכח מרכזיותה של הדמוקרטיה במקומותינו – הן כשיטת משטר הן כערך – היה מתבקש לשמור מכל משמר על זכויות האדם, לרבות חופש הביטוי, חופש המחאה וחופש ההפגנה. במציאות האכזרית טבעו אנשי אכיפת החוק את המונח "אפס סבלנות"¹¹⁹, וכפי שהודגם לעיל, הכבידו ידיהם על המפגינים תוך שימוש בעבירות פליליות מגדטריות וארכאיות, תוך שימוש בעבירות מיוחדות חדשות, תוך ניסיון לחוקק איסורים נוספים, תוך שימוש במעצר שלא בהתאם לחוק המעצרים, תוך שימוש אפילו בנשק "לא קונבנציונלי" כמו המעצר המינהלי ותוך נקיטת אלימות שוטרים. יובהר כי אינני מתייחס כאן לחיילי צבא ההגנה לישראל אשר עסקו בפינוי. הללו – ככלל – גילו אנושיות ורגישות לצד הנחישות, ולא בהם עוסק מאמר זה.

יגעתו רבות בחיפוש אחר הסבר אפשרי לאגרסיביות הרבה שבה נהגו הרשויות במתנגדי ההינתקות. ההסבר האפשרי שמצאתי אינו פשוט, אלא מורכב: ראשית, באשר לחלק ממקבלי ההחלטות והתומכים בהן סביר להניח שהעמדה הפוליטית – המזדהה עם מהלך ההינתקות – הוליכה ליחס הקשה כלפי המתנגדים.

שנית, לחלק ממקבלי ההחלטות והתומכים בהן השקפת עולם כללית המציבה בראש הסולם את המושגים שלטון החוק; שלטון הרוב; חוק וסדר; מלחמה בפשיעה (crime control) תוך ייחוס משקל קטן מדי לזכויות האדם. בהקשר זה הועלתה הטענה כי משהתקבלה ההחלטה על ביצוע ההינתקות על ידי רוב חברי הכנסת, מדובר בהכרעה דמוקרטית, שההתנגדות לה פוגעת בדמוקרטיה. זוהי לדעתי תפיסה מוטעית. בדמוקרטיה, גם לאחר שהרוב מקבל החלטה, זכותו של המיעוט לקוות שבעתיד יהפוך לרוב ולנסות לשכנע אזרחים מן הרוב לקבל את עמדתו. תקווה זו היא חלק מן הדמוקרטיה, ואין לדכאה. גורם נוסף הוא החשש של אנשי השלטון ושל אנשי מערכת אכיפת החוק מפני התנגדות מסיבית להינתקות, אשר עלולה לסכלה או לכל הפחות לעכבה¹²⁰. גם חשש זה אינו מצדיק עיוות כללי המשפט הפלילי ללא הסמכה מפורשת של המחוקק.

118 על שיקולים לסובלנות כלפי סירובים – אפילו אם אינם מוצדקים, וקל וחומר כשהם מוצדקים – ראו למשל ח' גנו ציות וסירוב – אנרכיזם פילוסופי וסרבנות פוליטית (תשס"ו), 125-137. המחבר עומד על שיקולי הגינות, על שיקולים פרגמטיים ועל חופש המצפון.

119 ראו למשל דברי היועץ המשפטי לממשלה בעורך הדין 54 (יולי 2005) 38 ("לא תהיה שום הבנה וסבלנות לתופעות אלימות כגון חסימת כבישים וצמתים").

120 בהקשר זה יש המציעים להבחין בין "מרי אזרחי למטרות שכנוע" לבין "מרי אזרחי למטרות כפייה (לשינוי חוק או מדיניות או סיכול מימושם בפועל)"; ראו למשל גנו, לעיל הערה 118, עמ' 121 ואילך. להערכתו, לכל הפחות במבחן התוצאה ניתן לקבוע כי ההתנגדות להינתקות לא חרגה ממרי אזרחי למטרות שכנוע. כך למשל ניתן להסביר את הגעתם של אלפי המפגינים

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

כפי שראינו לעיל, זקפו בתי המשפט את המניע האידאולוגי של המפגינים כנגדם והחמירו עמם מעבר לשורת הדין. כנגד גישה זו מעניין מאוד לעיין בגישתו של ההוגה ג'ון רולס לפסיקה ראויה של בתי משפט נוכח אי-ציות אזרחי בחברה המחויבת לתחושה של צדק:

"Courts should take into account the civilly nature of the protester's act, and the fact that it is justifiable (or may seem so) by the political principles underlying the constitution, and on these grounds reduce and in some cases suspend the legal sanction"¹²¹.

שלישית, אלה (המזדהים פוליטית עם מהלך ההינתקות) ואלה (הנלהבים להשליט חוק וסדר) עשויים לחוש זעם כלפי המתנגדים, הנחזים בעיניהם כ"מצפצפים" על אנשי אכיפת החוק ואולי אף מתנשאים עליהם בטענה שדרכם היא הנכונה. תחושות כאלו עלולות להוליך הן לדמוניזציה של המפגינים תוך התייחסות אל כולם ביחס שאולי ראוי לקומץ האלימים שבקרבם, הן לדמוניזציה של מפעל ההתנחלות כולו, כביכול מדובר באזרחים שמאז ומתמיד נהגו להפר את החוק.

כך למשל מצאה לנכון חברת הכנסת פרופ' יולי תמיר להתבטא: "אני קצת מתקוממת מול הצביעות של הימין, שפתאום נזכרו בזכויות אדם וכמה חשוב להיות אנושיים"¹²². יולי תמיר אינה עוד פוליטיקאית שעמדותיה הפוליטיות מטשטשות את ראיית המציאות שלה ואת מחויבותה לזכויות האזרח. יולי תמיר כיהנה בעבר כיושבת ראש האגודה לזכויות האזרח בישראל. הכשל הבסיסי בעמדתה הוא הקישור בין זכויות אדם לבין עמדה פוליטית – בין שמאלית ובין ימנית (במשמעותם הישראלית של ביטויים אלה – אין הכוונה לסוציאליזם מול קפיטליזם, אלא למחלוקת בין ה"יונים" לבין ה"ניצים"). זכויות האדם כשמן כן הן. הן נועדו לכל אדם באשר הוא אדם. אין לנכס אותן לשמאל כשם שאין לנכס אותן לימין. ויש כמובן לשמור על זכויות האדם של כולם.

לכפר מימון ואת עצירתם שם בלי לעבור את הגדרות ולהמשיך לעבר גוש קטיף. הבחנה מקובלת אחרת היא בין מרי מהפכני (שתכליתו לשנות את המשטר או את ההסדרים החוקתיים); מרי אזרחי (שתכליתו להביא לשינוי חוק או לשינוי במדיניות הציבורית או לבטא מחאה כנגד חוק מסוים או כנגד מדיניות ציבורית); סרבנות מצפונית (הסרבן מאמין שחל עליו איסור מוסרי לציית לאותו חוק) – ראו למשל רוז, לעיל הערה 115, עמ' 51, 52-53. גם סיווג מסורתי זה של סוגי מרי הנובע ממניעים מוסריים ופוליטיים מוליך למסקנה שההתנגדות להינתקות הייתה מרי אזרחי.

121 Rawls, לעיל הערה 9, עמ' 387. וראו גם R. Dworkin "On Not Prosecuting Civil Disobedience" *The New York Review of Books* (June 6, 1968).

122 הדברים מצוטטים מתוך רב שיח שערך העיתון מקור ראשון (יומן 403 מיום 13.5.05).

בעבר, כשחקרתי את נושא עונש המוות, חיפשתי תשובה לשאלה כיצד מתקבל עונש נורא זה בהסכמה על ידי הציבור האמריקני, אשר בתחומים אחרים מגלה חמלה גדולה בהרבה. לאחר מחקר¹²³ הגעתי למסקנה המעציבה שההתייחסות לעונש המוות במשפט ובחברה האמריקניים מושפעת מאוד מכך שהלבנים (שהם הרוב) תופסים עונש זה כעונש המוטל על השחורים (העניים) ומגן על הלבנים (האמידים) מפניהם. עם כל ההתקדמות לעבר שוויון אשר חלה באפיקים הרשמיים דוגמת החקיקה, עדיין רווחות בציבור האמריקני תפיסות גזעניות. ייתכן שהמחשבה בדבר הזכות לחיים של נאשם שחור אינה כמחשבה בדבר הזכות לחיים של אדם לבן. ייתכן שזהו ההסבר לכך שעונש המוות לא נשלל במשפט האמריקני כעונש אכזרי ובלתי אנושי – בניגוד לחוקה. ייתכן שהאפשרות הנוראית של טעות מדאיגה פחות על רקע התפיסה הגזענית משהו: הרי הסיכון שנעשתה טעות אינו מוטל "עלינו", אלא "עליהם".

ברם על השימוש במשפט הפלילי להיעשות אך ורק בהתאם לכללים שנקבעו מראש ומעבר ל"מסך הבערות". כל הניסיונות לשנות את כללי המשחק כדי לדכא את ההתנגדות להינתקות אינם עומדים במבחן זה. על כל הנלהבים מ"אכיפת החוק" האגרסיבית יותר ויותר שלה היינו עדים ככל שהתקרב מועד ההינתקות – תוך פגיעות משמעותיות בחופש הביטוי, בחופש ההפגנה, בחופש המחאה, בחופש המצפון ובחירות האדם – לדעת כי ייתכן מאוד שנותרנו יתומים מזכויות האדם כפי שהפרנון עד לאחרונה.

באשר לניסיון להציג את כלל אלפי המתנחלים כרומסי חוק מעצם היותם מתנחלים, הרי שמעבר לטיעון שהובא לעיל תוך דיון בעמדתה של יולי תמיר, יש להוסיף את הדברים האלה:

"...על תומכי הנסיגה להכיר בכך שהריסתן של קהילות יהודיות היא טרגדיה לאומית ולא כיתתית גרידא; שכן ההתנחלויות ברצועה לא נכפו על המדינה הר כגיגית, אלא הוקמו כזכור בתמיכתן הפעילה של ממשלות ישראל לדורותיהן – שהראשונה שבהן היתה ממשלת המערך של גולדה מאיר בראשית שנות השבעים. במרוצת השנים, הן העבודה והן הליכוד העלו על נס את מתנחלי חבל עזה כמופת ודוגמה לאידיאל הציוני. מי שמציג אותם היום רק כשליחיו של מחנה פוליטי מסוים מעוות את ההיסטוריה ומשתמט מאחריות למפעל הקולקטיבי של ההתיישבות"¹²⁴.

123 ב' סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב (תשס"ב) 127.

124 קליין הלוי, לעיל הערה 116, עמ' 26.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

מילות המפתח להבנת האגרסיביות של מערכת אכיפת החוק הן "המרדה" ומולה "דמוקרטיה מתגוננת". כך למשל קבע נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) השופט אהרן ברק בהחלטתו המתייחסת למעצרים של ראשי תנועת הבית הלאומי, אשר הואשמו בהמרדה בשל קריאתם לאחרים לחסום כבישים כהפגנה נגד ההינתקות:

"לא במרי אזרחי עסקו (לכאורה) הנאשמים אלא בהמרדה... אכן, הדמוקרטיה שלנו היא דמוקרטיה מתגוננת... היא מגינה על עצמה מפני אויביה מבחוץ. עליה להגן על עצמה מפני המתמרדים נגדה מבפנים. חובה זו מוטלת על כולנו: על רשויות השלטון; על כל המפלגות והגופים; על כל השופטים. אכן, 'שוב הוטל עלינו, שופטי הדור הזה, לעמוד על משמר ערכי היסוד שלנו ולהגן עליהם מפני הקמים עליהם'"¹²⁵.

על זרותו של מושג ההמרדה לדמוקרטיה כבר עמדתי לעיל. כשזוהי עמדתו של נשיא בית המשפט העליון, אין להתפלא ששופטי הערכאות הנמוכות מתחרים ביניהם בהקצנתה עד כי הם בוחנים את האידאולוגיה של המפגינים במקום את מעשיהם בפועל. אסתפק בדוגמה אחת מני רבות:

"אנשים צעירים כקטינים אלה, אשר אמנם ביצעו לכאורה עבירות פליליות לראשונה בחייהם, אך שמו להם למטרה לסכל את ביצוע החלטות הממשלה והכנסת, הינם מסוכנים לציבור הרבה יותר מאותו משתמש בסמים עליו דיבר [הסניגור]. אנשים אלה מבקשים לקעקע את מוסדות השלטון מן הבסיס, וזו מסוכנותם... עיקר המסוכנות הוא כלפי הסדר החברתי, ועניין זה יש לשרש אותו מהר ככל האפשר. עיקר העבודה הוא עבודת המחנכים, אך בית-המשפט רשאי, ובמקרה זה חייב, להעביר לציבור את המסר שאדם המנסה לסכל ביצוע החלטות של מוסדות השלטון שנתקבלו כדין, אדם כזה לא יינקה"¹²⁶.

125 כ"ש פ" 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 833, פסקה 13 לפסק הדין. בדומה מאוד ראו בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846, 853-854.

126 כ"ש ב"ש(1249/05 מדינת ישראל נ' פלונים (לא פורסם, ניתן ביום 19.8.05) בעניין מעצרים של קטינים שהתבצרו על גג בית הכנסת בכפר דרום. לפסיקה נוספת ברוח זו ראו פרק ד לעיל – הציטוט מהחלטתה של השופטת פרוקצ'יה סמוך להערה 31 והציטוטים וההפניות המובאים בפרק ז לעיל.

בפסק הדין הידוע בעניין *Korematsu v. United States* כתב השופט Robert Jackson כך¹²⁷:

“A military order, however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency... But once a judicial opinion rationalized such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalized the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order... the principle then lies about like a loaded weapon ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need. Every repetition imbeds that principle more deeply in our law and thinking and expands it to new purposes...”.

אם נחליף את המילים “a military order” במילים “טיפולן של המשטרה והפרקליטות בהתנגדות להינתקות”, נוכל לעמוד על הסכנה הרבה שבהצדקת טיפול מיוחד זה על ידי בתי המשפט.

את שלא כתבו השופטים בהחלטותיהם ניתן אולי להשלים בעזרתו של שופט בית המשפט העליון בדימוס פרופ' יצחק זמיר, אשר ביקש להצדיק את ההחלטות והאיר את עינינו כך:

“כאשר עוסקים בצעירה שהשתתפה בהפגנות אלימות צריך לראות את הרקע: מרד נגד שלטון החוק. זאת מלחמה על היסודות של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. ובמלחמה כמו במלחמה. החוקים באופן בסיסי בעת מלחמה אינם אותם חוקים של ימים רגילים. המדינה מתגוננת ולכן – בחופש ביטוי וחופש תנועה ושמירת סודות – המערכת משתנה בשיקול דעתה. הן בשיקול הדעת של היועץ המשפטי והן בשיקול הדעת של בית המשפט.

במאבק הזה נגד ביצוע החלטות כנסת וממשלה – חיל החלוץ של חוסמי הכבישים ומסכני החיים – היו צעירים מאד. נשלחו או לא נשלחו על ידי הוריהם. אך נתמכים על ידי הוריהם. וההורים סירבו לגנות. וסירבו לתת

127 (1944) 323 U.S. 214, 216. *Korematsu v. U.S.* פסק הדין עוסק בפרשה אמריקנית כאובה: בזמן מלחמת העולם השנייה רוכזו תושבי ארצות הברית שמוצאם מיפן (לרבות אזרחי ארצות הברית) במחנות מעצר על סמך צווים מינהליים. בית המשפט העליון האמריקני אישר צעד זה. כיום מקובל לחשוב שהייתה זו פגיעה בלתי מוצדקת וחמורה מאוד בזכויות האדם (וראו גם גביוון, לעיל הערה 13, עמ' 143).

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

ערבויות. וצריך במקרה זה כמו בכל מקרה אחר להרתיע את הקוראים תיגר על החוק ומסכנים את שלום הציבור. הפעם למרבה הצער כמעט ילדים וילדות שלא הגיעו לבגרות. הם לא צריכים להישלח כחיילים במלחמה הזאת – אך הם נשלחים. וכשהם נשלחים כפורעי חוק – צריך להתייחס אליהם כאל פורעי חוק¹²⁸ (ההדגשה שלי – ב' ס').

לפנינו אפוא "מרד" של בני נוער וילדים, שיש לדכאו במלוא הכוח חרף הפסיקה העקבית של בית המשפט העליון שלפיה אפילו בשעת מלחמה, כשהתותחים רועמים, יש לפעול אך ורק בהתאם לחוק¹²⁹, וחרף המדיניות הכללית של שיקום קטינים, ולא תיוגם כעבריינים, אפילו כשמדובר בעבירות פליליות חמורות (אם כי ללא "אידאולוגיה")¹³⁰.

האומנם יש מקום לדבר בענייננו על "דמוקרטיה מתגוננת"? בפסק הדין הידוע בפרשת ירדור הכיר השופט המנוח זוסמן בזכותה של המדינה להתגונן – גם שלא בהתאם לחוק מפורש – מפני "מי ששם לעצמו את חיסול המדינה כמטרה, ואין לו – אולי – מטרה אחרת זולתה"¹³¹. האומנם ניתן לטעון בכנות כי מתנגדי ההינתקות ניסו להשמיד את מדינת ישראל? הגדרה אחרת – של הורוביץ וליסק – היא ש"דמוקרטיה מתגוננת" היא דמוקרטיה המוציאה מכלל תחולתו של המשחק הדמוקרטי קבוצות שפעילותן או עמדותיהן נתפסות כמאיימות על המדינה או על הקונסנסוס הלאומי הבסיסי¹³². האומנם היו מתנגדי ההינתקות איום שכזה? להערכתי, לא זו בלבד שהתשובה המתבקשת מאליה היא שלילית, אלא אף דווקא רמיסת זכויותיהם של המתנגדים והחננת מחאתם הן הן המאיימות על הדמוקרטיה הישראלית. כפי שמתאר פדהצור:

"הדמוקרטיה המתגוננת נוקטת בדרך שמטרותיה צרות ביותר ומוגבלות להגנה על המשטר מפני ביטויים פוליטיים של קיצוניות, גזענות ואלימות. משטר כזה ייטיב להגיב על אתגרים קיצוניים גם תוך הרחבת גבולות החוק

128 ריאיון עם השופט יצחק זמיר, אשר פורסם בהלשכה – בטאון לשכת עורכי הדין, הועד המחוזי, ירושלים 72 (תשס"ה) 3, 6. מפאת החשיבות שהנני מייחס להסבר זה הבאתיו במלואו בלי להחסיר מילה.

129 ראו למשל א' ברק "תפקידו של בית-משפט עליון בחברה דמוקרטית" אהרן ברק – מבחר כתבים (כרך א, ח' כהן, י' זמיר עורכים, תש"ס) 899, 907; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358; בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הבטחון, פ"ד מה(1) 467, 470; בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 369, 353; A. Barak "The Role of a Supreme Court in a Democracy, and The Fight Against Terrorism" 58 *U. Miami L. Rev.* (2003) 125.

130 ראו למשל מלמד, לעיל הערה 113.

131 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד יט(3) 365, 390.

132 ד' הורוביץ, מ' ליסק מצוקות באוטופיה – ישראל חברה בעומס יתר (1992), 197.

ואכיפתם... הגישה המתגוננת נוקטת בשיטות טיפול המכוונות נגד תסמינים של מחלות: חוסר סובלנות, קיצוניות ואלומות. התסמינים של מחלות אלה הם מפלגות ותנועות קיצוניות. הטיפול באותם תסמינים ייעשה לעיתים באמצעות תרופות חזקות במיוחד, שבעקבות השימוש בהן, החולה, קרי המשטר עצמו, חשוף לתופעות-לוואי קשות. התרופות הללו כוללות מכלול של אמצעים מינהליים העוקפים את ההליכים החוקיים והמשפטיים המקובלים... ככל שהדמוקרטיה מאמצת אופי מתגונן יותר, הכולל הגמשה ולעיתים פריצה של גבולות שלטון-החוק, כן היא מכרסמת יותר בעקרונות הליברליים, עובדה שעלולה בסופו של דבר להפוך אותה לשלטון אוטוריטרי בשם הדמוקרטיה"¹³³.

דברים אלה פורסמו בשנת 2002. הדוגמה המרכזית המובאת באותו מאמר לפעולה בנוסח "דמוקרטיה מתגוננת" היא הפעולות שנקטו כנגד כהנא ותנועת "כך". והנה מתברר שבשנת 2005 יש המתייחסים אל ציבור עצום של מתנגדים למהלך ההינתקות השנוי במחלוקת כאל כהנא הגזען וכאל "כך" הלא-דמוקרטית. עד כדי כך הגענו.

מקור נוסף העשוי להאיר את דרכנו בחיפוש אחר הרקע ליחסה הנוקשה מאוד של מערכת אכיפת החוק כלפי מתנגדי ההינתקות ניתן למצוא באקדמיה בדבריו של המומחה למשפט חוקתי פרופ' קלוד קליין, ובייחוד במושג – הפלאי בעיניי – "דיקטטורה קונסטיטוציונית":

"גדלתי באסכולה המכירה במושג דיקטטורה קונסטיטוציונית. יש מצבים שבהם הממשל – כדי לבצע תכנית חרום מול סכנה לאומה – מחזק את סמכותו. יש לנו תקנות לשעת חרום אלא שתמיד היינו משתמשים בהן בעיקר נגד אויבי חיצוני. תמיד חשבתי שמעצר מנהלי חייב להתקיים אם כי בפיקוח כפי שנעשה. ואין לי סנטימנטים לגבי המשך השימוש בו בתקופה הקשה מאד שאליה אנו נכנסים.

אני חייב פה וידוי. חייתי בצרפת בסוף מלחמת אלג'יר. עברתי את התקופה הזאת בה דה גול שינה פתאום את עורו... ושם, פתאום צריך היה אז

133 פדהצור, לעיל הערה 53, עמ' 141-142. במאמר מוסגר יצוין כי גם במאמרו של פדהצור ניתן למצוא את התפיסה המוטעית שלפיה יש להבחין בין השמאל הישראלי (ש"לא היווה מעולם אתגר אמיתי לבטחון המדינה") לבין הימין הישראלי (ש"סיפק מאז ומתמיד אתגרים בטחוניים משמעותיים יותר למשטר"); שם, עמ' 135. דומה כי בעיני רבים במקומותינו "הדמוקרטיה המתגוננת" היא נכס בבעלותו של השמאל. וראו גם למשל א' שפרינצק בין מחאה חוץ-פרלמנטרית לטרור: אלימות פוליטית בישראל (תשס"ה); הופנונג, לעיל הערה 19; ר' כהן-אלמגור גבולות הסובלנות והחירות – תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות (תשס"ד).

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

להשתמש בכל האמצעים שהשתמשו בהם נגד המחתרת האף. אל. אן – נגד המחתרת של מתנגדי דה גול – האו.א.א.ס. אי אפשר היה לפעול אחרת במצב שנוצר וכך פעלו אם כי בפיקוח...

...דיקטטורה קונסטיטוציונית היא תכנית מגרה לשעת חרום שאתה משתמש בה. אך לעולם לא נטולת פיקוח. זה לא המצב בו השליט העריץ יכול לעשות הכל...

...הכנסת היא שחייבת להעניק לממשלה כלים נוספים בכפוף לביקורת של בית המשפט העליון. הכלים הקיימים היום לשעת חרום אינם מספיקים...

נראה שהיועץ המשפטי זקוק לרוח גבית כדי לפעול... תאורטית יש כמובן סכנה שבחלוף הסכנה תתקשה הממשלה להפרד מן האמצעים שקבלה. אפשר לקבוע כמובן בחקיקה מתי הם פוקעים. מדינת ישראל אינה בסכנת עריצות לשמה. יש פה מטרה. אנחנו הולכים לקראת מאבק קשה. ואם נעבור את המאבק על גוש קטיף יחסית בשלום – ממתנים לנו בהמשך הדרך מאבקים הרבה יותר קשים שיבואו לאחר מכן".

ובסיום הריאיון:

"הלשכה: אם כך נדייק אם נכתיר את השיחה הזאת בכותרת 'בזכות הדיקטטורה הקונסטיטוציונית עכשיו'?"

פרופ' קליין: כן. בהחלט" (ההדגשות שלי – ב' ס')¹³⁴.

זוהי בעיניי השקפה כוחנית מפחידה. ראשית, עצם המושג בן הכלאיים "דיקטטורה קונסטיטוציונית" הוא קשה עד בלתי אפשרי. המתח הפנימי הקיים בין דיקטטורה (שליטה מלאה ושלמה של יחיד או של קבוצה)¹³⁵ לבין קונסטיטוציה (חוקה, אוסף חוקי היסוד הקובעים את מבנה המדינה והנהלת ענייניה)¹³⁶ הוא לדעתי בלתי ניתן לגישור¹³⁷.

134 ריאיון עם פרופ' קלוד קליין להלשכה – ביטאון לשכת עורכי הדין – הועד המחוזי, ירושלים 71 (תשס"ה) 10, 12. נוכח חשיבות הדברים הבאתי אותם כמעט במלואם. לפירוט מסוים של הרעיון של דיקטטורה קונסטיטוציונית ראו C. Klein "Is There a Case for Constitutional Dictatorship in Israel?" *Challenges to Democracy – Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin* (R. Cohen-Almagor ed., Ashgate, 2000) 157.

135 א' אבן-שושן המלון החדש (תשמ"ה), 220.

136 שם, עמ' 1179.

137 ראו והשוו הפוננג, לעיל הערה 19, עמ' 37 ואילך. וראו גם F.M. Watkins "The Problem of Constitutional Dictatorship" 1 *Pub. Pol'y* (Friedrich & Mason eds., 1940) 324. הניסיון להציג את השילוב "דיקטטורה קונסטיטוציונית" כאפשרי תוך הפניה למקור ההיסטורי הרומי אינו משכנע; ראו קליין, לעיל הערה 134, עמ' 157.

שנית, אם מדובר ב"תכנית חירום מול סכנה לאומה", אשר אפילו במקור ההשראה שלה – צרפת בהנהגת דה גול – השתמשו בה כנגד מחתרת, מדוע עלינו לייבא דווקא אותה לישראל ולהכריז באמצעותה מלחמה של כמחצית העם (אמנם רובו) על כמחציתו האחרת (אמנם מינוט) ¹³⁸? והרי זה הדבר שנעשה בפועל, כפי שהודגם בפרקים הקודמים, וללא כל סכנה ממשית לאומה, שהרי לא מרד היה כאן, אלא מחאה אזרחית בלתי אלימה (ככלל). בשוליים הקיצוניים ניתן וצריך היה לטפל בכלים שמספק המשפט הפלילי. על הרוב הבלתי אלים של המתנגדים היה אסור להכריז מלחמת אחים.

שלישית, בשיח המקובל בדבר סמכויות שעת חירום מקובל כי "מצב החירום" מיוחד למשברים דרמטיים: מלחמה, מרידה, משבר כלכלי חריף או אסון טבע ¹³⁹. המושג "שעת חירום" (emergency) כולל בחובו הפתעה, דחיפות וחוסר צפיות ¹⁴⁰ שלא התקיימו כלל בענייננו. כשמדברים על "שעת חירום", מקור הסכנה נתפס בדרך כלל כחיצוני לחברה המתגוננת ¹⁴¹. גם מאפיין זה בהחלט לא התקיים בענייננו ¹⁴².

רביעית, מקובל במשפט הבין-לאומי כי הנסיבות יוצאות הדופן העשויות להצדיק הכרזה על מצב חירום חייבות להיות כאלו המסכנות את חיי האומה (in time of public emergency "which threatens the life of the nation" – כלשון האמנה הבין-לאומית על זכויות אזרחיות

- 138 קיימת דעה בת כמאה שנים, כי ריבונות היא הכוח להשעות את שלטון החוק ואת זכויות האדם ו"לייצר" מצב חירום ("state of expection"); ראו 15, C. Schmitt *Political Theology* (1985). אינני שותף להשקפה זו, שהרי בדמוקרטיה אנו שואפים לעגן בחוקה את זכויות המיעוט כך שהרוב לעולם לא יוכל לפגוע בהן. אך אפילו אם מקבלים אותה, אם נבחן את אשר התרחש במדינת ישראל ערב ההינתקות ובמהלכה על פי מודל זה, תתעורר השאלה: מיהו הריבון? האם רק תומכי ההינתקות מרכיבים אותו?
- 139 ראו א' גרוס "על טרוריסטים ועבריינים אחרים: השפעתם של מצבי חירום על מערכת המשפט הפלילי" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן עורך, תשס"א) 409, 412, הערה 6; הופנונג, לעיל הערה 19, עמ' 36. וראו גם גביוון, לעיל הערה 13, עמ' 136; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 47, עמ' 936.
- 140 ראו למשל גרוס, שם, עמ' 413-414.
- 141 שם, עמ' 416 ואילך. אמנם במאמרו, לעיל הערה 134, מביע קליין דעתו כי הכלים החוקיים הקיימים אינם מספיקים לנוכח סכנה פנימית, אלא רק נוכח סכנה חיצונית, ובכך אולי רומז כי לדעתו האיום הפנימי גדול מהאיום החיצוני. לכל היותר רומז, אך בוודאי איננו מנמק ואיננו משכנע; ראו שם, עמ' 164.
- 142 קליין אינו מסתפק אפילו בסמכויות שעת חירום, אלא מציע לנו "דיקטטורה קונסטיטוציונית". מעניין להיווכח כי התיאור שלו את ההבחנה איננו תומך כלל בהתאמת "הדיקטטורה הקונסטיטוציונית" דווקא למציאות הישראלית: "In the case of constitutional dictatorship we deal with a serious threat to the established political order, whereas in the case of emergency powers what is dealt with are classical disturbances which in some cases might be quite serious: internal disturbances, strikes or natural calamities" ראו קליין, לעיל הערה 134, עמ' 160.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

ופוליטיות ואמנות נוספות¹⁴³). על הנסיבות יוצאות הדופן לעמוד במבחן "The principle of exceptional threat". יתרה מזו: הכרות מצב חירום על ידי ממשלה כלשהי איננה נתונה לשיקול דעתה המוחלט, אלא ניתן לתקוף החלטה כזו במוסדות בין-לאומיים ואף לבטלה – כפי שכבר אירע¹⁴⁵. בנוסף, אפילו אם ניתן בסיטואציה מסוימת להצדיק הכרזה על מצב חירום – נוכח סכנה ממשית לחיי האומה – עדיין כפופים האמצעים שבהם משתמש השלטון לעקרון הפרופורציה¹⁴⁶.

חמישית, האומנם "הכלים הקיימים היום לשעת חירום אינם מספיקים"? דומני כי עד היום הייתה תמימות דעים בקרב העוסקים בנושא כי תקנות ההגנה שירשנו מן המנדט הבריטי על ארץ ישראל, המאפשרות למשל את המעצר המינהלי, הן דרקוניות ואינן מתאימות למדינה דמוקרטית. והנה מתברר שאפילו בהן לא די, ו"הכנסת [היא ש] חייבת להעניק לממשלה כלים נוספים"¹⁴⁷. נוסף על כך הדובר אינו מפרט אפילו אמצעי אחד אשר חסר לנו במצב החוקי הקיים.

שישית, ייתכן שכאשר נאמרו הדברים (אשר פורסמו באפריל 2005) עדיין היה ניתן – לפי השקפתו של הדובר – לומר: "נראה שהיועץ המשפטי זקוק לרוח גבית כדי לפעול". אך דומני שלאור פעולותיו של האחרון בתקופה הסמוכה להינתקות ובמהלכה, לא רוח גבית חסרה לו, אלא בלמים ומצנח עצירה.

שביעית, נראה כי ההתייחסות ל"סכנה שבחלוף הסכנה תתקשה הממשלה להיפרד מן האמצעים שקיבלה" בדברי ההרגעה "אפשר לקבוע כמובן בחקיקה מתי הם פוקעים. מדינת

143 סעיף 4 ל-European Convention on Human Rights; סעיף 27 ל-American Convention on Human Rights. ראו N. Rodley *The Treatment of Prisoners under International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1987), 271, note 38.

144 שם, עמ' 271.

145 כך למשל דחה בית הדין האירופי לזכויות האדם טענה של ממשלת יוון בדבר מצב חירום שכביכול הצדיק השעיית זכויות אדם; שם, עמ' 271-272.

146 שם, עמ' 272. נקודת המוצא במשפט הבין-לאומי היא כי "No one shall be subjected to arbitrary arrest [or] detention" (סעיף 9 ל-*Universal Declaration of Human Rights*). וראו Radley, שם, עמ' 6.

147 "One may conclude that the emergency system of Israel is quite complete regarding the possibility of facing an emergency situation... Until now it has been generally assumed that the Israeli government is not lacking power, and that the legal arsenal at its disposal is rich and diversified". כך כתב קליין במאמרו, לעיל הערה 134, עמ' 163. הוא אמנם פקפק בהנחה זו, אך לא האיר את עינינו באשר לשאלה מה גורם לו לחשוב שהאמצעים הקיימים – אשר הועילו עד כה – לא יועילו בעתיד, כשהאיום יהיה להערכתו פנימי.

ישראל אינה בסכנת עריצות לשמה"; התייחסות זו לוקה באופטימיות יתר נעדרת ביסוס ממשי¹⁴⁸.

שמינית, בל נשכח כי הכנסת לא הכריזה כלל על מצב חירום לרגל ההינתקות¹⁴⁹, כפי הנראה משום שחברי הכנסת לא מצאו לכך הצדקה. למיטב ידיעתי, הצעה כזו אפילו לא הועלתה. ולו הועלתה על ידי חבר כנסת שוחר דיקטטורה קונסטיטוציונית זה או אחר, קרוב לוודאי שהייתה נדחית על הסף: מהלך ההינתקות עצמו התקבל ברוב קטן יחסית, וסביר מאוד להניח כי רבים מבין חברי הכנסת שתמכו בו לא היו נותנים ידם להכרזה על מצב חירום רק כדי להקל על הגשמתו היעילה. כך או אחרת, בית המחוקקים הישראלי לא קיבל החלטה בדבר מצב חירום לרגל ההינתקות. לפיכך המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט, אשר סטו מן הדין הפלילי, לא הוסמכו על ידי המחוקק לעשות כן. פסקי הדין – גם של בית המשפט העליון – שבהם מופיעה רטוריקה של "שעת חירום", "דמוקרטיה מתגוננת" וכד', הבאה להצדיק סטיות אלו, אינם יוצרים סמכות כזו יש מאין, אלא לכל היותר עשויים הם להיות המלצה של השופטים למחוקק, המלצה שלא התקבלה.

תשיעית, מעבר להיעדר הכרזה פורמלית על "מצב חירום", לדעתי לא התקיימו כלל התנאים העובדתיים להכרזה כזו. ההתנגדות להינתקות לא יצרה כל סכנה לחיי האומה. בעניין זה נתקלתי בדרישה של החולקים על מאמרי: "הוכח אתה בפנינו כי לא הייתה סכנה

148 על סכנה גדולה זו ראו למשל גרוס, לעיל הערה 139. גם במאמרו לעיל בהערה 133 אין קליין משכנע כי קיים הבדל רדיקלי בין הדיקטטורה (הקונסטיטוציונית) לבין רודנות ועריצות; ראו שם, עמ' 157. ההנחה כי ניתן למנות באופן דמוקרטי דיקטטור אשר יסתפק במשימה שתוטל עליו ולא ידבק בשלטון, ואשר פעולתו תהיה נשלטת לחלוטין על ידי המנגנונים הדמוקרטיים, נראית נאיבית.

149 בעניין זה הנני מצטרף לדעתו של פרופ' קליין שלפיה "הכנסת היא שחייבת להעניק לממשלה כלים נוספים" תוך החלפת המילה "חייבת" במילה הנכונה יותר "מוסמכת". וכי יטען הטוען כי לא היה צורך בהכרזה מיוחדת נוכח ההכרזה על מצב חירום עם הקמת המדינה, אשר טרם בוטלה, יש להשיבו כך: "מצב חירום" הנמשך למעלה מיובל שנים אינו רצוי בדמוקרטיה. ייתכן שניתן להסכיין עמו אם – ורק אם – רואים בו כמתייחס אך ורק לאיומים קיומיים חיצוניים על מדינת ישראל – מצדן של מדינות ערב. אך אם נפרשו כחל על כל איום, לרבות "איום" פנימי בהפרות סדר נוכח התנגדות למהלך כגון ההינתקות ("איום" שההכרזה משנת 1948 לא כוונה אליו כלל), אזי נהא חייבים לוותר על הדמוקרטיה – לפחות במובנה המהותי. תקנות ההגנה כוללות סמכויות שאינן מתאימות לדמוקרטיה, קל וחומר שאין הצדקה לקיומן ולהפעלתן שלא בשעת חירום ממשית ומידית. אכן, כפי שכתבה פרופ' גביוון, "...עלינו לעמוד בפיתוי להשתמש בשיקולי ביטחון ובחיסיון של שיקולי ביטחון כדי להשיג מטרות פוליטיות, היכולות להיות רצויות לשלטון, אבל אינן המטרות שעליהן נועדו סמכויות ההגנה המיוחדות של שעת חירום להגן"; גביוון, לעיל הערה 13, עמ' 139, 146. וראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 139, עמ' 940-943 ("זהו מצב בלתי תקין בעליל"; שם, עמ' 941).

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

כזו. אולי הייתה, והאמצעים החריפים שנקטה מערכת אכיפת החוק הם שמנעו אותה".
 דומני כי התחלפו לדורשים כך היוצרות. המצב הרגיל אינו של חירום, אלא הוא נורמלי –
 מתוך הגדרה¹⁵⁰. הטוען להתקיימות הנסיבות המיוחדות מאור של "שעת חירום" – עליו
 הראיה. הוכחה כזו לא סופקה לא בפני בית המחוקקים, ואפילו לא בפני הציבור. לדעתי אף
 אינה קיימת.

לבסוף, קשה להשתחרר מן הרושם שהסיבה המרכזית המוליכה אפילו מומחה למשפט
 חוקתי בעל שם, החוקר וכותב בשתי מדינות דמוקרטיות, להתבטא בזכות "הדיקטטורה
 הקונסטיטוציונית", היא ש"יש פה מטרה. אנחנו הולכים לקראת מאבק קשה. ואם נעבור את
 המאבק על גוש קטיף יחסית בשלום – ממתנים לנו בהמשך הדרך מאבקים הרבה יותר
 קשים שיבואו לאחר מכן"¹⁵¹. חוששני כי המטרה של נסיגה מן השטחים, בעיני רבים –
 לרבות כאלה שבעבר נלחמו בחירוף נפש (באמצעות קולמוסיהם, כמוכן) להגנת
 הדמוקרטיה במובנה העמוק, הכולל גם הגנה משמעותית על זכויות המיעוט, לרבות כמוכן
 חופש הביטוי, חופש המחאה, חופש ההתאגדות, חופש ההפגנה וחירות המצפון – מטרה זו
 מקדשת בעיניהם את (כמעט) כל האמצעים, לרבות כרסום בדמוקרטיה.

150 על היחס שחייב להתקיים בין המצב הנורמלי לבין מצב החירום ראו שם, עמ' 414 ואילך.
 151 גם בהקשר זה מעניין לשוב למאמרו של קליין "Is There a Case for Constitutional Dictatorship in Israel?" (לעיל הערה 134). בתחילת המאמר הוא כותב כך (שם, עמ' 157, 157):
 "The assassination of Prime Minister Yitzhak Rabin must not be considered an act perpetrated by a lunatic or a crank... The peace process, which is now engaged, will certainly be extremely painful and its rejection by some sections of the people could turn into a real threat for the regime. It is my intent to ask whether the Israeli democracy should be ready to prepare itself, in order to be able to face up to the challenge of its *opponents*" – "opponents" – למה הם מתנגדים? כך, בהינף קולמוס, הפכו המתנגדים למהלך אוסלו (ולמהלכים דומים בעתיד) למתנגדים לדמוקרטיה.

"It is submitted that these tools (שם, עמ' 164, ההדגשה שלי): might not be as effective against a new, non-Arab interior enemy. It is superfluous to define or name this potential enemy now. Let him be defined as the enemy of peace and/or the constitutional and democratic order. This new enemy is part of us and thus tackling the new situation is not easy. אךן, משא כבוד הונח כאן על כתפיו של הציבור – משפת הלוגיקה – "and/or". זהו המוקד הלוגי של הטשטוש בין ההתנגדות לתהליך שלום מסוים (המזוהה משום מה כהתנגדות כללית לשלום, כאויבת השלום) לבין אויב הסדר הקונסטיטוציוני והדמוקרטי.

טו. אחרית דבר – לקחים לעתיד, בכלל, וחינוך לדמוקרטיה, בפרט

ככלל, סבורני כי רשויות אכיפת החוק בישראל, החל במשטרה, דרך הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה וכלה בבתי המשפט, טעו בהתייחסות לתופעה רחבת ממדים של מחאה בלתי אלימה ("אי-ציות אזרחי"; *civil disobedience*) כאל תופעה של מרד אלים. התייחסות זו חטאה לאלפים רבים של מפגינים שהתנגדו להינתקות, שבמקום להכריז עליהם מלחמת חורמה, ניתן וצריך היה לטפל אך באנשי השוליים הקיצוניים האלימים הספורים באמצעות הכלים שמספק למכביר המשפט הפלילי הקיים. יתרה מזו: התייחסות מוטעית שכזו לציבור כה גדול לא זו בלבד שאינה מוצדקת, אלא היא אף אווילית נוכח העובדה שלאחר ההינתקות על כולנו להמשיך ולחיות יחדיו, ונוכח הסכנה שבדחיפת אזרחים נוספים אל חיקן של תחושות ניכור שלא היו להם קודם לכן¹⁵².

לפיכך כל הכלים המשפטיים החדשים שהונהגו ערב ההינתקות ובמהלכה היו מיותרים לחלוטין ומזיקים בעליל. כך באשר לאלימות המשטרה, למעצרים שביצעה בניגוד לחוק המעצרים ולדיכוי הפגנות חוקיות לחלוטין; כך באשר להנחיות המיוחדות של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפרקליטות שבאו להתוות מדיניות (קשוחה) מיוחדת של טיפול בעבירות המבוצעות על ידי מתנגדים להינתקות (ג'ון רולס ודאי מתהפך בקברו); כך באשר לפסיקה של בתי המשפט, שנחפזה לעבור לרטוריקה של "דמוקרטיה מתגוננת", "מרד" ו"שעת חירום" – ללא כל הסמכה מצד המחוקק – אשר הוליכה להתמקדות באידאולוגיה (הלא רלוונטית) של המפגינים במקום במעשיהם בפועל; כך באשר לעבירות החדשות המיותרות לחלוטין והמזיקות שנחקקו לקראת ההינתקות שלא מעבר ל"מסך הבערות" אלא תוך הצצה גסה ומגושמת מעבר לו. גם התקשורת (כלב השמירה של הדמוקרטיה או של מהלך ההינתקות¹⁵³?) וחלק מאנשי האקדמיה תרמו ליצירת אווירה ציבורית זו.

אילו נשמרו זכויות האדם בהתאם לחוק – לרבות כמובן דיני המעצר – לא היה נגרע דבר ממהלך ההינתקות. המשפט הפלילי הקיים היה מאפשר את ביצועו. לכל היותר היה נגרם עיכוב מסוים בפינוי, אשר בדמוקרטיה ניתן וצריך היה לקבלו בהבנה. יתרה מזו: אפילו התגשמו התחזיות השחורות, והמתנגדים להינתקות היו פועלים באגרסיביות רבה יותר, גם אז די היה לנו בכלים החזקים מאוד שמעניק המשפט הפלילי הקיים (כגון מעצרים

152 על סכנה כזו עמד בעבר – שלא בהקשר של מהלך ההינתקות – שפרינצק, לעיל הערה 133, עמ' 148.

153 ידוע בהקשר זה הביטוי "שמירה כמו על אתרוג", שבא לתאר בפי אנשי תקשורת מסוימים את יחסם לראש הממשלה, ואשר מעיד גם על יחסם הלא ראוי למקצוע העיתונאות.

ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית:
 "דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת?

של אלה הנוקטים אלימות) על מנת שמערכת אכיפת החוק הפלילי תוכל לטפל בעבריינים –
 ורק בהם – ולאפשר את ביצוע ההינתקות בלי לפגוע בזכויות האדם ולהתנתק גם מן
 הדמוקרטיה.

בעשורים האחרונים נכתבו במקומותינו מאמרים רבים הקוראים להגברת החינוך
 לדמוקרטיה. רובם ככולם מזהים את הפעולות האלימות של מעטים מן השוליים הימניים
 הקיצוניים כמתאפשרות נוכח היעדר חינוך מספיק לדמוקרטיה¹⁵⁴. בחלקם מוצע במקום
 המודל הקיצוני והדרסטי של "דמוקרטיה מתגוננת" מודל מתון וארוך טווח של "דמוקרטיה
 מתחסנת", הכולל, בין היתר, הרבה חינוך לדמוקרטיה, שקהל היעד שלו הוא – לשיטתם של
 רבים מן הכותבים, ובמפורש – הימין בכלל והמתנחלים בפרט¹⁵⁵. אינני מציע לזלזל
 בדבריהם. לטעמי, חינוך לדמוקרטיה הוא תמיד מבורך. אלא שנוכח הנכונות הגדולה
 שהתגלתה – בקרב רבים מן המזוהים עם השמירה על הדמוקרטיה – לכרסם באופן
 משמעותי בדמוקרטיה לשם הבטחת הצלחתו של מהלך ההינתקות, הצעתי היא להעמיק את
 החינוך לדמוקרטיה גם בקרבם¹⁵⁶.

154 ראו למשל המאמרים הנזכרים אצל פדהצור, לעיל הערה 53, עמ' 156-157, הערה 61.
 155 ראו שם, ובייחוד עמ' 156, 158 (ההתייחסות לכתביו של כהן-אלמגור).
 156 בהחלטה בבש"פ 5934/05, לעיל הערה 125, עמ' 844, כתב נשיא בית המשפט העליון השופט
 אהרן ברק את הדברים המאלפים האלה: "אנו דמוקרטיה צעירה. שורשינו הדמוקרטיים אינם
 עמוקים. על כל אחד מאתנו לעשות את כל שביכולתו ובכוחו לשמור על הדמוקרטיה שלנו.
 אם לא נשמור עליה, היא לא תשמור עלינו. שמירת הדמוקרטיה מחייבת שמירה על חופש
 הביטוי. שמירה על חופש הביטוי מחייבת שמירה על הדמוקרטיה". הייתי רוצה מאוד לסיים
 מאמרי בציטוט זה בטקסט עצמו, ולא רק בהערת שוליים. לצערי, ההחלטה של השופט ברק,
 שאליה הצטרפו ארבעה שופטים נוספים של בית המשפט העליון, הייתה כי יש לראות בקריאה
 למחאה בדרך של חסימת כבישים "השימוש ברטוריקה של דמוקרטיה וזכויות אדם כבסיס
 לפעילות הפוגעת בדמוקרטיה וזכויות האדם, הוא מרשם בדוק להרס הדמוקרטיה מתוכה
 היא", וכי לפיכך יש לעצור את הנאשמים לתקופה ממושכת, עד תום ההליכים המשפטיים.
 חוששני כי החלטה זו היא ביטוי מובהק לכך ש"אנו דמוקרטיה צעירה. שורשינו הדמוקרטיים
 אינם עמוקים".