

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיור או התחשבות מותרת?

גרשון גונטובניק*

34	תקציר
34	א. פתח דבר
36	ב. הבסיס העיוני
36	1. ערך השוויון – שוני רלוונטי, אפקט מפלה ושיטת האיזון
41	2. גישת היסוד – עוינות להדרה מחמת לאום
41	(א) נקודת המוצא – שליטה מכרעת של המדינה במקרקעין בישראל
44	(ב) נקודת המבט החוקתית – עוינות להדרת ערבים מחמת לאום במדינה היהודית
49	(ג) הצדקת גישת היסוד – שיקולים העוינים הדרה משפטית בדיור מצד המדינה
52	ג. השיקול הביטחוני והדרה
52	1. השיקול הביטחוני והדרה ישירה

* מרצה למשפט חוקתי ומנהלי במרכז האקדמי כרמל; שותף במשרד ד"ר י' וינרוט ושות'. מאמר זה מבוסס על חלקים מספרי הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (הוצאת אוניברסיטת בר אילן ונבו, 2014). המערכת מודה להוצאות על נכונותן להתיר לפרסם קטעים מתוך הספר. המחבר מודה לעו"ד יוסי זיטיא על היוזמה לפרסם מאמר בנושא.

2. שיקול השמירה על הסדר הציבורי כמצדיק הדרה ישירה? 55
3. השיקול הביטחוני והדרה עקיפה – קריטריון השירות הצבאי 57
4. שימוש בשיקול השירות בהתייחס לבני מיעוטים המשרתים בצבא 64
- ד. סיכום 66

תקציר

השסע היהודי-ערבי הוא אחד השסעים המורכבים ביותר הניצבים בפני מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא מצריך התמודדות רגישה וראויה. מאמר זה עוסק באחת הנגזרות של ההתמודדות הזו: משקלם של שיקולי הביטחון בהקצאת קרקע מצד המדינה. המאמר בוחן שתי סוגיות מרכזיות: האחת, האם ניתן להצדיק הדרה של אזרחים ערבים מהקצאת קרקע מדינתית משיקולי ביטחון ושמירה על הסדר הציבורי? השנייה, עד כמה ניתן להעדיף יוצאי צבא בהקצאות קרקע שמקצה המדינה.

המאמר מציג תשתית עיונית המתנגדת להפרדה משפטית, במיוחד מצד המדינה, ולפיה יש לצמצם למינימום את ההדרה המשפטית הכופה מחמת זהות תרבותית (ובכלל זה זהות לאומית). לכן, יש להתנגד, במציאות החוקתית הנוכחית, להדרת ערבים מהקצאת קרקע מטעמים של סיכון ביטחוני, וזאת בניגוד לגילויי תמיכה באפשרות זו שבאו לידי ביטוי בשיח האקדמי. אשר להעדפת יוצאי צבא, הסוגיה מורכבת יותר, נוכח החשיבות הגדלה והולכת של עידוד המשרתים בצבא במציאות שמספרם פוחת והולך. על פי המאמר, ניתן יהיה להצדיק לעיתים רחוקות הקצאת קרקע שבה השירות הצבאי משמש כתנאי סף לזכאות, וניתן יהיה להצדיק באופן קל יותר מתן הטבות למשרתים בצבא, ובתנאי שאלה תהיינה מידתיות.

א. פתח דבר

מערכת היחסים שבין מדינת ישראל לתושביה הערבים היא מורכבת וטעונה. שתי סיבות מרכזיות לדבר. הראשונה נעוצה בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. הוזהות היהודית של מדינת ישראל היא "... עובדת יסוד קונסטיטוציונית", אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה – בין רשות מינהלית ובין רשות

שיפוטית או מעין שיפוטית – להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה".¹ כמדינה יהודית מחויבת ישראל לקדם תכנים תרבותיים יהודיים, זאת הן ברמה הלאומית הן ברמה הדתית. מחויבות זו יוצרת, כמובן, מתח בין המדינה לקבוצות הלא יהודיות החיות כאן, ובראשן הקבוצה התרבותית הערבית המונה כחמישית מהאוכלוסייה. השנייה נעוצה בסכסוך הלאומי הקיים בין יהודים לערבים מאז ראשית ימיה של הציונות. מדובר בסכסוך דמים קשה. מאה שלמה של איבה גבתה את מחירה הכבד. עשרות אלפים איבדו את חייהם ורבים עוד יותר נפגעו בגוף ובנפש. עשרות השנים שחלפו מאז הקמת המדינה לא הקהו את הסכנה הנשקפת עדיין לעצם קיומה. על רקע זה אין להתפלא שהלאומיות שלנו לא נבנתה רק על בסיס הדגשת המייחד אותנו כיהודים, אלא גם על בסיס הנגדה לאחרים – הנגדה בין יהודים לאלה שאינם כאלה, ובמיוחד בין יהודים לערבים. הנגדה זו קיימת גם כיום. כפי שציין יאיר אורון על בסיס מחקר מקיף בקרב נשאלים יהודים וערבים, אין כל ספק בכך שהערבים הם גורם רב משמעות בהגדרת הזהות של היהודים בישראל, תוך הנגדה אליהם. הפלסטינים ("האחר") הם בסיס מלכד לקבוצה היהודית בישראל. וכך כתב:

הפלסטינים, גם הפלסטינים הישראלים, הופכים יותר ויותר ל"שונה",
ל"אחר", עבור היהודים הישראלים, שהופכים אף הם, אם כי נראה
שפחות, להיות ה"אחר" עבור הפלסטינים.²

כל אלה הופכים את ההתמודדות של החברה שלנו עם השסע היהודי-ערבי למורכבת במיוחד. מדינת ישראל מתחבטת מאז תחילת קיומה במציאת נקודת האיזון הראויה והרגישה שבין המחויבות ליהדותה למחויבותה לערכיה הדמוקרטיים, בין המחויבות להקמתה של "מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל" למדינה ש"תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".³ נראה כי קיימת תמימות דעים כי

¹ ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 386 (1965).

² יאיר אורון זהויות ישראליות – יהודים וערבים מול המראה והאחר 60 (2010).
³ אלה הם, כמובן, ציטוטים הלקוחים מההכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1, הידועה כמגילת העצמאות.

ההתמודדות שלנו עם השסע היהודי-ערבי אינה מן המשופרות, ושסע זה רק מעמיק והולך.

במאמר הנוכחי לא אדרש לשסע היהודי-ערבי בכללותו. תחת זאת, אתרכו בנגזרת ספציפית שלו. השאלה שאבחן היא אם רשאת מדינת ישראל להדיר את תושביה הערבים מקרקעות בגין שיקולי ביטחון או מטעמים של שמירה על סדר ציבורי לנוכח החשש מחיכוך אלים בין יהודים לערבים. יש המשיבים על השאלה בחיוב. תשובתי שלי תהיה בשלילה. שאלות נוספות הן אם רשאת המדינה להעדיף את מי שמשרתים בכוחות הביטחון בהקצאת קרקע, ואם כן באילו תנאים ומגבלות. מהבחינה המשפטית השאלה היא אם הדרה שכזו תעלה בקנה אחד עם חובתה של מדינת ישראל לנהוג בשוויון. על רקע זה אפתח את הדיון בהצגת הבסיס העיוני של השאלה – והוא מבט מקדים על דיני השוויון. אציג את הגישה הכללית שלפיה ראוי לצמצם את היכולת של המדינה להדיר (במישרין או בעקיפין) מחמת זהות תרבותית (ובכלל זה זהות תרבותית לאומית). לבסוף איישם את התובנות העיוניות על האפשרות להדיר את תושביה הערבים של המדינה מהקצאת קרקעות מחמת שיקולים ביטחוניים ועל האפשרות להעדיף את המשרתים בצבא בהקצאות שכאלה.

ב. הבסיס העיוני

1. ערך השוויון – שוני רלוונטי, אפקט מפלה ושיטת האיזון

האם הקצאת קרקע מצד המדינה ליהודים בלבד מטעמים ביטחוניים היא כדין? האם העדפה של אנשי ביטחון או של יוצאי צבא בהקצאת קרקע מצד המדינה היא כדין? ה"משבצת" המשפטית שבה נבחנת שאלה זו היא משבצת השוויון. מבחינה משפטית החובה המוטלת על המדינה לנהוג בשוויון היא מושכל בסיס. כך באופן כללי במדינות דמוקרטיות וכך גם בישראל, וכבר פסק השופט לנדוי כי השוויון "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".⁴ והנה, המדינה מתבקשת ליטול קרקע ולייחד אותה לטובת קבוצה פלוגנית. המשמעות האינהרנטית של הדברים היא כי המדינה תמנע באופן חלקי או מלא ממי שאינו חבר הקבוצה להתגורר בשטח האמור. לקבוצה אחת היא מעניקה, ואת הקבוצות האחרות היא מדירה. האם הבחנה זו עומדת בקנה אחד עם החובה לנהוג בשוויון?

⁴ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

המענה לשאלה זו אינו פשוט משום שערך השוויון הוא ערך עמום. דבריו של הנשיא ברק – "השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת"⁵ – זוכים לביטוי מלא בסוגיה שעל הפרק. מתי לפנינו הבחנה לגיטימית ומתי הפליה פסולה? ידועה הקביעה, הנשענת על כתיבתו של אריסטו, שלפיה הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים ויחס לא שווה ובלתי הוגן לאלה הראויים לאותו היחס.⁶ גישה בסיסית זו שמה את כובד המשקל בשאלה אם קיים שוני רלוונטי. אם המדינה מבחינה בין אלה לאלה, ואין ביניהם שוני רלוונטי בהינתן המטרה שהיא באה להשיג, הרי שהיא מפלה, ואם יש שוני רלוונטי, הרי שאינה מפלה. אך מתי יש שוני רלוונטי ומתי לא? התשובה לשאלה זו היא במידה רבה ערכית. גישות אידיאולוגיות שונות ישיבו על השאלה באופן שונה.⁷ הכול יסכימו שיש לנהוג בשוויון, אך אשר לשאלה מתי יש שוני רלוונטי, יתגלו חילוקי דעות בהתאם להשקפות עולם ליברליות ולאומיות, מרקסיסטיות וקפיטליסטיות, פמיניסטיות ופטריארכליות ועוד ועוד. לכן היה מי שהגדיר את מושג השוויון כ"כלי ריק" שהתוכן שלו יוגדר על פי הגישה הערכית החיצונית לו.⁸ לעתים תחייב הגישה הראויה נקיטת אמות מידה זהות לכול. זוהי דרישת השוויון הפורמלי, הבא לידי ביטוי למשל בעיקרון שלרשות כל אחד עומד קול אחד בבחירות לבית המחוקקים. עם זאת, גם בהקשר זה הוא אינו מיושם באופן גורף ונטול חריגים שהרי נקבע שוני רלוונטי, למשל, בין קטינים ובין בגירים הכשירים להצביע. עם זאת, במקרים רבים עמידה על יחס זהה תגרור דווקא תוצאות מפלות. כך, למשל, שוויון פורמלי המיושם כלפי אלה שנקודת הזינוק שלהם קשה יותר מחמת קיפוח שסבלו, יוליך לתוצאות לא הוגנות ויפגע בשוויון הזדמנויות אמיתי. במקרים רבים יקום הצורך להתייחס לאנשים באופן שונה כדי להשיג שוויון מהותי. זהו פרדוקס השוויון.⁹

⁵ דברי הנשיא ברק בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 230, 193 (1998).

⁶ לשימוש בהבחנת יסוד זו ראו, למשל, בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507-508 (1989); ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 35, 7 (1971).

⁷ Sandra Fredman, *Discrimination*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES 202, 202 (Peter Cane & Mark Tushnet eds., 2003).

⁸ Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982).

⁹ Kristin Henrard, *Non-Discrimination and Full and Effective Equality*, להצגתו ראו, in UNIVERSAL MINORITY RIGHTS 75, 87 (Marc Weller ed., 2007).

המורכבות של ערך השוויון אינה נעצרת רק בשאלה אם הבחנה מסוימת היא רלוונטית אם לאו. כפי שציינה ברק-ארוז, "גם כאשר קיימת הסכמה, כי הבחנה מסוימת היא רלוונטית לדיון, עשויה להתגלע מחלוקת לגבי המשקל שיש לייחס לה"¹⁰. לכן אנו יכולים לסבור כי יש שוני רלוונטי בין אלה שמשרתים בצבא לבין אלה שאינם כאלה, לעניין מתן העדפה בהזדמנויות דיור. ואולם גם אם נניח שיש שוני רלוונטי, עד כמה יש להתחשב בו? האם יש בו כדי להצדיק הדרה של מי שלא שירת בצבא מאזור המגורים המתוכנן? ומה בדבר ההתחשבות בשיקולים הנוגדים, ובהם הפגיעה שהפרדה, ובמיוחד הפרדה כפויה, משיתה על החברה בכללותה? על רקע זה צץ הצורך לבחון את שאלת הלגיטימיות של השימוש בהבחנה בשני שלבים שונים. השלב הראשון הוא שלב בחינת קיומו של שוני רלוונטי, שזוהי, כאמור, ההגדרה הבסיסית של אריסטו. אלא שבמבחנו של אריסטו אין די. בשלב השני – אם נגיע למסקנה כי אכן מדובר בשוני רלוונטי – יש לבחון אם מידת ההתחשבות בו ואופן ההתחשבות בו הם ראויים. יש לבחון את האיזון בין השימוש בקריטריון המבחין בין הקבוצות לשיקולים אחרים המתנגשים עם ערך השוויון. ניתן לפיכך ללמוד רבות מפסק דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון:

...בענייננו (כלומר, בנסיבות שבהן ההחלטה מבוססת על שיקול המין או על שיקול דומה אחר שיסודו בהשתייכות קבוצתית, כגון גזע) ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת ההגדרה האריסטוטלית – ולמצער על חלקם – על-ידי המרתה של הגדרה זו במבחן כפול: ראשית, האם שיקול המין הוא רלוונטי; שנית, בהנחה שהשיקול הוא רלוונטי, האם התחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין.¹¹

לעתים ההבחנה רלוונטית אך השימוש בה אינו כדין. כך היה גם בעניין מילר עצמו, שבו נפסלה (ברוב דעות) מדיניות חיל האוויר לשלול מנשים את ההזדמנות להתגייס אליו כטייסות, בטענה כי עלויות גיוסן, בהשוואה לגיוס גברים, ניכרות ומכבידות. המגבלות התקציביות אכן הוכרו כשיקול רלוונטי להבחנה בין גיוס נשים לגיוס גברים לקורס הטיס, כלומר מבחינה זו קיים שוני רלוונטי בין מועמדים לבין מועמדות, אך

¹⁰ דפנה ברק ארוז משפט מינהלי כרך ב 689 (2010).

¹¹ פ"ד מט(4) 94, 135 (1995). דבריה של השופטת דורנר נאמרו על רקע הפליה מחמת מגדר. עם זאת, כפי שהיא ציינה הם יפים לכל הפליה על רקע קבוצתי-תרבותי מהסוג ספרי, לעיל ה"ש*, עוסק בו.

נפסק שלא היה מקום להעניק לשוני זה משקל כזה שימנע לחלוטין את גיוסן של נשים לשורות חיל האוויר. סיכומו של דבר הוא שעל פי מבחן מילר, אם עושה המדינה שימוש באמת מידה המבחינה בין קבוצות שאין ביניהן שוני רלוונטי, הרי שמדובר בהפליה (שאינה עומדת במבחן הראשון). אלא שגם אם קיים שוני רלוונטי, אין זה בבחינת סוף פסוק. יש להראות כי ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין. יש לוודא שלא ניתן לשוני הרלוונטי משקל גבוה מדי באיזון בינו ובין האינטרסים האחרים העומדים על הפרק. זוהי שיטת האיזון.

עד כאן בנוגע למקרים שבהם ביקשה המדינה לעשות שימוש מכוון בקריטריון המבחין בין קבוצות, ולכן התעוררה השאלה אם מדובר בשימוש מפלה אם לאו. אלה הם מצבים שבהם עולה חשש מפני הפליה מכוונת. חשוב להדגיש לעניין זה כי הפליה מכוונת עשויה להתקיים גם ממניעים ענייניים, ואין היא תוצר הכרחי של שיקולים זרים. המדינה יכולה לבקש לקדם הבחנה מטעמים ראויים (למשל, הטעם התקציבי בעניין מילר), אך קידום זה עדיין ייחשב מפלה אם לא יעמוד באחד השלבים של מבחני ההפליה (למשל אם המשקל שניתן לו היה גבוה מדי). לצד ההפליה המכוונת יש להביא בחשבון גם את ההפליה התוצאתית או את קיומו של האפקט המפלה. במקרה זה לא באה המדינה להבחין במישרין בין קבוצות תרבותיות, אך למהלך שהיא מבצעת יש אפקט המכביד במיוחד על קבוצות מסוימות. טלו למשל מצב דברים שבו מבקשת המדינה להעדיף יוצאי צבא בפרויקט מגורים נתון. הניחו כי לצורכי פרויקט זה יש שוני רלוונטי בין יוצאי צבא לבין אלה שאינם כאלה. אלא ששימוש בהעדפה יוצר אפקט מכביד על דיירים פוטנציאליים חרדים וערבים שאינם משרתים בצבא. שעה שקם אפקט מפלה, על המדינה להראות כי הצעד שהיא מבקשת לקדם ראוי ונחוץ, ושאין אפשרות מידתית יותר להשיגו אגב צמצום האפקט המפלה. דיני השוויון בישראל כוללים לא רק איסור על הפליה מכוונת אלא גם על הפליה תוצאתית,¹² וכך מקובל גם בדמוקרטיה מערביות אחרות בעולם.¹³

הנה כי כן, בדיון בדבר קיומה של הפליה נכנס ממד האיזון בין ערך השוויון ובין האינטרסים והערכים המתנגשים. ממד זה בולט לא רק בפסיקתו של בית המשפט

¹² ראו, למשל, בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

¹³ ראו, למשל, Equality Act, 2010, c. 15, § 19 (U.K.), האוסר על הפליה תוצאתית (indirect discrimination). למצב הדברים בקנדה ראו, PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 1198 (student ed. 2008).

העליון הישראלי. כך, ניתן למצוא קו פסיקה עקיב בבית המשפט האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights) ולפיו טיפול שונה ייחשב הפליה אסורה אם אין לו הצדקה סבירה אובייקטיבית הבאה לקדם תכלית ראויה ובאופן מידתי.¹⁴ הוא הדין בבית המשפט האירופי לצדק (European Court of Justice), הבוחן אם המטרה העומדת מאחורי ההבחנה נועדה לקדם תכלית ראויה, ואם היא מידתית.¹⁵ מובן שכאשר מדובר בהפליה תוצאתית, תיחשב המטרה לרוב לגיטימית ועיקר הנטל יתמקד בהצדקת מידתיותה.¹⁶ בחינת המידתיות מחייבת איזון בין הזכויות והאינטרסים העומדים על הפרק.

כיצד באה לידי ביטוי מתודה כללית זו בשאלות שבהן אני עוסק במאמר הנוכחי? במאמר זה אני מתמקד בשאלת יכולתה של המדינה להדיר את ערביי ישראל מטעמי ביטחון שעה שהיא מקצה את קרקעותיה. כאן ניתן להביא בחשבון כמה סוגיות שניתן למצוא בספרות קריאות להפעלת כוחה של המדינה לשם קידום הדרה בעניינן. האם רשאית המדינה להדיר את תושביה הערביים מאזורים שבהם יש סיכון ביטחוני ממשי, למשל מאזורי קו עימות, מטעמי ביטחון? האם היא רשאית להדיר תושבים ערבים מיישובים יהודיים מחשש לפגיעה בסדר הציבורי כתוצאה מחשש לגילויי אלימות קשים לנוכח המגורים המשותפים? במקרים שכאלה השאלה המשפטית תהיה אם המדינה תפעל כאן בהפליה ישירה. ברוח הבסיס המושגי שהוצג לעיל, השאלה תהיה אם מתקיים לצורך כך שוני רלוונטי בין ערבים ליהודים, ואפילו אם קיים, אם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין עד כדי הדרה של תושבים ערבים. לדעתי, הדרה שכזו עולה כדי הפליה (מכוונת) אסורה. שאלה אחרת, ומורכבת יותר, היא אם המדינה רשאית להעדיף משרתי צבא ויוצאי צבא בהקצאת מקרקעין. המקרה המובהק הוא של הקמת יישובים למשרתים בצבא ומטעמים ביטחוניים, אך ייתכנו מקרים שבהם ירצו לעודד את המשרתים בצבא על ידי הנגשת הזדמנויות מגורים עבורם. כאן לא נעשה שימוש ישיר בקריטריון של זהות לאומית. המציאות הנוהגת במקומותינו היא שמספר המשרתים בצבא, התורמים בכך לחברה, הולך וקטן באופן מדאיג. במציאות שכזו עידוד המשרתים הוא יעד לגיטימי ואף הכרחי. צעדים כאלה יכולים

¹⁴ Henard, לעיל ה"ש 9, בעמ' 93. קו פסיקה זה גובש כבר לפני כ-40 שנה בפסק הדין הידוע "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" (Belgian Linguistic case), 1 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 252 (1968).

¹⁵ Henard, לעיל ה"ש 9, בעמ' 96.

¹⁶ שם, בעמ' 98.

לעורר שאלות בשני מישורים שונים של דיני השוויון. במישור דיני ההפליה הישירה תתעורר השאלה אם ההבחנה בין המשרתים בצבא לאלה שאינם משרתים בצבא משקפת שוני רלוונטי. וגם אם כן, האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין? האם שוני זה יכול להביא להדרת אלה שאינם משרתים מהזדמנויות מגורים, או שמותרות רק העדפות שאינן עולות כדי הדרה מלאה? מהו האיזון הראוי? במישור דיני ההפליה התוצאתית יש להביא בחשבון את האפקט המפלה של השימוש בקריטריון בהתייחס לקבוצות תרבותיות כמו ערביי ישראל וחרדים שרוב חבריהן אינו משרת בצבא, ואז יש לבחון אם קיים יחס מידתי בין הרצון לעודד את ציבור המשרתים לבין האפקט המפלה הנלווה לעידוד זה. לפני שניתן יהיה לדון בשאלות אלה, חשוב לעמוד על שיקולי היסוד החולשים על הסוגיה.

2. גישת היסוד – עוינות להדרה מחמת לאום

(א) נקודת המוצא – שליטה מכרעת של המדינה במקרקעין בישראל

הכול מסכימים (או למצער צריכים להסכים) על קיומה של החובה לנהוג בשוויון במקומותינו. אולם כיצד יש ליישם חובה זו הלכה למעשה? כיצד יש להתייחס לאפשרות שהמדינה תדיר (במישרין או בעקיפין) את תושביה הערבים מהקצאת קרקעותיה? לפני ההתמודדות הנורמטיבית עם הסוגיה חשוב לעמוד על המציאות הישראלית שבה למדינה יש שליטה מכרעת במקרקעין. מציאות זו הופכת את הדיון הנורמטיבי לחשוב במיוחד שכן אם תותר הדרה מצד המדינה, זו תוכל להתבצע באופן מקיף ביותר.

המקרקעין שהם בבעלות ישירה של המדינה הם כ-72% מכלל מקרקעי ישראל,¹⁷ ובדרכים שונות יכולה המדינה לקבל בעלות במקרקעין נוספים.¹⁸ גוף בולט נוסף המחזיק בבעלותו אדמות הוא "רשות הפיתוח" – תאגיד ציבורי שהוקם על פי חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), התש"י-1950. גם גוף זה יכול להפוך בעלים של

¹⁷ הושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 198 (1993). כן ראו אתר מינהל מקרקעי ישראל www.mmi.gov.il (שיעור הקרקעות בבעלות המדינה עומד על 70% אם אין כוללים בשטח המדינה את ים המלח, ימי חופים ורצועת עזה).

¹⁸ כך, למשל, מעביר חוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, את נכסי הממשל הארץ ישראלי למדינת ישראל. ס' 3 העביר את כל האדמות ללא בעלים לידי המדינה. ס' 17 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, מעביר עיזבון ללא יורשים למדינה.

קרקעות בדרכים הנקובות בחוק. לצד גופים מדינתיים אלה יש למנות את הקרן הקיימת לישראל,¹⁹ המאוגדת כחברה פרטית והחולשת על שטחי קרקע ניכרים המצויים בבעלותה.²⁰ על פי חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, אחד הפרקים מחוקתה (הבלתי שלמה) של ישראל,²¹ לא תועבר הבעלות במקרקעי ישראל – "והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל" – אם במכר ואם בדרך אחרת.²² קרקעות אלה מנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל (שהחליפה את מינהל מקרקעי ישראל). יוצא ששטח הקרקע המצוי בניהול ציבורי עולה על 90% משטח היבשה של המדינה.²³ ההצדקות למשטר זה של ניהול ציבורי של חלק כה נכבד מאדמות המדינה הן מגוונות²⁴ ומפורטות כיום בסעיף 1 לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.²⁵ אחת העיקריות שבהן היא הרצון של המדינה לשלוט שליטה ממשית

19 לדין בקרן הקיימת לישראל ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 273-277, 354-360.
 20 כשהוקמה מדינת ישראל, בשנת 1948, השתרע שטחה על פני 20.4 מיליון דונם, ומהם 940 אלף דונם היו בבעלות הקרן הקיימת לישראל.
 21 אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד 357, 358 (1998).
 22 ס' 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל.
 23 גדעון ויתקון הזכויות בקרקע חקלאית 34 (1996). עם זאת, קרוב למחצית מהקרקעות מצויות בנגב, שרובו הגדול אינו מיושב. כיום 12% מאדמות המדינה בידי קק"ל, 13.2% בידי הרשות לפיתוח ו-72% בידי המדינה כאמור (שם, בעמ' 35). 94% מהמקרקעין במחוז ירושלים הם בניהול ציבורי, 95% ממקרקעי הדרום הם בבעלות זו, אך 50% ממקרקעי מחוז תל אביב הם בבעלות פרטית. כך גם 33% מאדמות מחוז חיפה.
 24 ויסמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 216-218. שיעור ריכוז הבעלות של הקרקעות בישראל בידי גורמים ציבוריים נדיר בהיקפו. בארצות הברית רק כשליש משטח המדינה מצוי בבעלות הממשל הפדרלי. David L. Callies, Robert H. Freilich & Thomas E. Roberts, Land Use 708 (2nd ed. 1994). דוגמה חריגה נמצאת במדינת הוואי שבארצות הברית. באמצע שנות השישים היו 49% משטחי האיים בבעלות מדינתית ופדרלית ו-47% נוספים היו בידי 72 בעלי קרקע פרטיים, שריד למשטר הפיאודלי הילידי שנהג באיים. בשל כך נקטה המדינה מהלך חקיקה שנועד להגדיל את אחוז הבעלות הפרטית בקרקע ולפזר את הבעלות בין מספר גדול יותר של תושבים. ראו Hawaii Hous. Auth. v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).
 25 סעיף זה קובע כי הרשות תפעל לניהול מקרקעי ישראל כמשאב לשם פיתוחה של מדינת ישראל לטובת הציבור, הסביבה והדורות הבאים, ובכלל זה להשאר עתודות קרקע מספיקות לצרכיה ולפיתוחה של המדינה בעתיד, באיזון ראוי בין צורכי שימור לצורכי פיתוח ובין שיווק קרקע לשמירה על עתודות קרקע לצורכי ציבור. נוסף על כך תפעל הרשות לקידום התחרות בשוק המקרקעין ולצמצום הריכוזיות בשוק זה.

במקרקעין שלה. אמנם לאחרונה גובשה רפורמה חשובה בנוגע למקרקעי ישראל²⁶ שאפשרה העברת בעלות בחלק מהאדמות המנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל לבעלות פרטית, אך מדובר ברפורמה הנוגעת להיקף קרקעות מוגבל באזורים העירוניים,²⁷ וגם בהינתנה עדיין מפקיד המשטר החוקתי הישראלי כוח אדיר בידי רשות מקרקעי ישראל. הוא נותן בידיה את היכולת להקצות קרקעות למגוון יעדים, ובהם למטרות מגורים.²⁸ מועצת מקרקעי ישראל מעצבת את מדיניות הקרקע של המדינה.²⁹ חשוב להדגיש כי הרשות אינה הבעלים של האדמות. המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל הן הבעלים. עם זאת, מועצת מקרקעי ישראל היא הקובעת את מדיניות הניהול של מקרקעי ישראל.³⁰ כבעלים של אחוזים כה ניכרים מקרקעות המדינה יש כמובן למדינה עצמה משקל ניכר בעיצוב מדיניות המקרקעין. משרד הבינוי והשיכון מעורב בתכנון פרויקטים שונים של בנייה ובמימוש. משרד הביטחון מעורב בבניית שכונות מגורים למשרתים ביחידות הביטחון.³¹ הממשלה ממנה את מועצת מקרקעי ישראל, ורוב החברים בה הם נציגיה, לצד נציגים נוספים של הקרן הקיימת לישראל. המדינה גם משפיעה השפעה מהותית ביותר על מוסדות התכנון

²⁶ במאמר מוסגר יצוין כי בית המשפט העליון דחה (ברובה) את העתירה נגד חוקתיות הרפורמה. ראו בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בבנו, 24.5.2012). בית המשפט חייב לקבוע כללים המסדירים את שיקול דעתה של מועצת מקרקעי ישראל בכואה להעביר בעלות בשטח קרקע העולה על 16 דונם.

²⁷ ראו ס' 7(2) לחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, המאפשר העברת בעלות בקרקעות עירוניות עד לגבול של 400 אלף דונם לתקופה שעד 2014 ועוד 400 אלף דונם במשך חמש השנים שלאחר מכן. יצוין כי העברת בעלות בקרקעות המצויות בידי קק"ל טעונה את אישורה.

²⁸ ס' 2א(1) לחוק רשות מקרקעי ישראל.

²⁹ ס' 3 לחוק רשות מקרקעי ישראל (מועצת מקרקעי ישראל תקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה תפעל רשות מקרקעי ישראל).

³⁰ זהו תפקיד רב עוצמה. ראו דפנה ברק-ארוז "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי" צדק חלוקתי בישראל 203 (מנחם מאוסטר עורך, 2000). בית המשפט העליון הכריז על המשטר הנורמטיבי שרשות מקרקעי ישראל כפופה לו כעל משטר של דואליות נורמטיבית. חלה עליו מערכת הדינים מתחום המשפט הפרטי (כמכחיר קרקע) (ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מחוז ירושלים, פ"ד נג(1) 743 (1999)) ומתחום המשפט הציבורי (כרשות מנהלית הפועלת פעילות ציבורית ראשונה במעלה), ועל כן כפופה הרשות לחובה לנהוג בשוויון.

³¹ לדיון בכך ראו איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 770, ה"ש 7 (1998).

בתחום דיני התכנון והבנייה. המשטר התכנוני בישראל הוא משטר ריכוזי היונק את חיותו מהמועצה הארצית לתכנון ובנייה, שאליה זורמים הצרכים התכנוניים מהממשלה. המדיניות התכנונית שהיא מעצבת זוכה לקונקרטיזציה ברמה המחוזית וברמה המקומית. מכל אלה עולה כי למוסדות ממלכתיים שונים עומדת השפעה אדירה על המדיניות התכנונית של המדינה בתחום המקרקעין ועל שיעשה בכל אותם שטחים המצויים בבעלות ישירה שלה ובניהולה.

מידת השליטה וההשפעה הניכרות של מדינת ישראל במקרקעין שלה רלוונטית מאוד לבחינת יכולתה להדיר הדרה משפטית. אם תרצה בכך, היא יכולה לעשות כן אף ללא מהלך חקיקה, אלא באמצעות הוראות גיהול לרשות מקרקעי ישראל. אך האם על המדינה להתגייס לשם הדרה משפטית מטעמים ביטחוניים? כדי לענות על שאלת יסוד זו יש צורך להיזקק לשיקולים הנורמטיביים העיקריים החולשים על הסוגיה.

(ב) נקודת המבט החוקתית – עוינות להדרת ערבים מחמת לאום במדינה היהודית

האם העובדה שהמדינה היא מדינה יהודית הופכת את האפשרות להדיר את תושביה הערביים ללגיטימית? האם בשל יהדותה קיים שוני רלוונטי בין יהודים לערבים המצדיק את הדרתם של האחרונים? ככל שניתן לענות על השאלה בחיוב, ממילא לא יהיה צורך לדון בשאלת ההדרה מחמת טעמים ביטחוניים, שהרי ניתן יהיה לעשות זאת מטעמים של זהות תרבותית. התשובה השלילית המהדהדת ניתנה בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל,³² שהוא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שעסקו במדיניות הקצאת המקרקעין של המדינה. כידוע מדובר באגודה שיתופית – היישוב קציר, שהוקם באזור נחל עירון. היישוב הוקם על ידי הסוכנות היהודית על קרקעות המוחכרות על ידי מינהל מקרקעי ישראל (כפי שכונה אז). היישוב סירב, הלכה למעשה, לקבל לשורותיו ערבים. אחת השאלות שעורר המקרה היא אם יש להכיר ביכולתה של הסוכנות, שעיקר תקציבה בתרומות יהדות התפוצות, להדיר מי שאינם יהודים מהיישובים שהיא מקימה. בית המשפט העליון לא עסק בשאלה זו. תחת זאת הוא בחן אם המדינה רשאית להחכיר את הקרקעות לגורמים הנוקטים הם עצמם הפליה בדיור. ואולם כדי להכריע בכך נדרש בית המשפט לעסוק בשאלות הנוגעות בעניינו כאן, והן: האם יכולה המדינה, היא עצמה, להקצות קרקע המיועדת למגוריהם של יהודים בלבד? האם העובדה כי אנו חיים במדינה יהודית מאפשרת לה לעשות כן?

³² פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן).

דעת הרוב בפסק הדין ניתנה מפני הנשיא ברק. הוא עמד על מכלול התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של מינהל מקרקעי ישראל. ביניהן הוא מנה את שמירת המקרקעין בבעלות המדינה, שנועדה להשיג מטרות חברתיות חשובות כביצוע פרויקטים לאומיים, והשגת יעדים תכנוניים שונים בהתייחס לקרקעות אלה.³³ לענייננו חשובה התכלית הכללית המונחת ביסוד סמכותו של מינהל מקרקעי ישראל – השמירה על השוויון והחובה לנהוג על פיו.³⁴ חובה זו חלה גם בסוגיית הקצאת המקרקעין של המדינה.³⁵ לאמתו של דבר, לא היה חולק בין הצדדים לעתירה כי כאשר המדינה עצמה מקצה קרקעות, אסור לה להדיר ערבים ולהימנע מלהקצות להם קרקע על רקע השתייכותם הקבוצתית. הנשיא ברק הגיע למסקנה כי "החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל-עירון להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד הייתה פוגעת בתכלית (הכללית) המונחת ביסוד סמכותו של המינהל, והיא הגשמת השוויון... נמצא, כי החלטה כזאת, לו הייתה מתקבלת, הייתה בלתי חוקית".³⁶ בית המשפט דחה את הטענה כי מדיניות של "נפרד אך שווה" כלפי המגזר הערבי היא מדיניות שוויונית, בהסתמך על העובדה כי בפועל אין מוקצות קרקעות ליישובים ערביים חדשים, ועל כן יסוד ה"שווה" בתורת ה"נפרד אך שווה" אינו מתקיים.³⁷ יתרה מכך, ייעוד היישוב ליהודים באופן כללי אינו משקף מטרה תרבותית המצדיקה סגרגציה, משום שהיישוב מיועד אל "רוב רובו של הציבור בישראל" ואין מדובר ב"קבוצה ייחודית".³⁸ לכן נפסק כי אם הייתה הקצאה מצד המדינה ליהודים בלבד, הייתה נוצרה במקרה שלפנינו "מסה" של חוסר שוויון.³⁹

עניין קעדאן הוא נקודת ציון חשובה בהתמודדות העקרונית של בית המשפט העליון בישראל עם סוגיית הסגרגציה מצד המדינה בהקצאת קרקעות. בית המשפט עשה "צעד ראשון בדרך קשה ורגישה".⁴⁰ מהי הגישה העולה מפסק דין זה? אנו יכולים ללמוד מפסק הדין על גישה מצמצמת מצדו של בית המשפט העליון. הוא צמצם את יכולת השימוש בהדרה משפטית על ידי המדינה. בית המשפט הטיל על המדינה את

33 שם, בעמ' 271–272.

34 שם, בעמ' 272–277.

35 שם, בעמ' 274.

36 שם, בעמ' 278.

37 שם, בעמ' 279.

38 שם, בעמ' 280.

39 שם.

40 שם, בעמ' 285.

הנטל להצביע על הלגיטימיות של ההפרדה. ניתן להתרשם כי נטל זה הוא כבד משקל. נקבע באופן חד וברור כי העובדה שהמדינה היא יהודית אינה יכולה לשמש, ככזו, בסיס למדיניות הקצאת קרקעות המכוונת להדרת ערבים. באחת הפסקאות החשובות של פסק הדין נפסק:

מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווים זכויות וחובות במדינת ישראל. ...

לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים ... "עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...' [...] "... משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה... אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים... אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני-האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁴¹

עם זאת, לא סתם בית המשפט העליון את הגולל על האפשרות שהמדינה תקצה קרקעות באופן מדיר שעה שעל הפרק תעמוד "קבוצה ייחודית" מבחינת מאפייניה התרבותיים. כלומר, ההבחנה בין הלאום היהודי ללאום הערבי אינה מכוונת קבוצה תרבותית ייחודית דיה המצדיקה סגירה. קבוצות תרבותיות אחרות, מסוימות יותר, רשאיות להעמיד דרישות הסתגרות ראויות להתחשבות. ניתן להתרשם כי ברוב המקרים לא תעמוד המדיניות המדירה מצד המדינה בביקורת שיפוטית. העובדה כי העותר, מר קעדאן, עבר מסלול ייסורים שלם נוסף עד שנכנס ליישוב שבו חפץ לגור,

⁴¹ שם, בעמ' 281–282.

גם לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון,⁴² משקפת עד כמה עמוקים הם האינטרסים בהדרה במקומותינו ועד כמה קשה הדרך לאלה המבקשים לפעול נגדה.⁴³

על גישתו של בית המשפט העליון בעניין קעדאן נמתחה ביקורת אקדמית⁴⁴ ואידיאולוגית. על פי אחד מאפיקי הביקורת המרכזיים, לא ייחסה גישת בית המשפט את המשקל הראוי לזכות לתרבות של הרוב היהודי הלאומי במדינה היהודית והדמוקרטית.⁴⁵ ביקורת שונה נגד עניין קעדאן הושמעה מצדו השני של המתרס. לפי

⁴² ראו בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2006). בחודש אוגוסט 2007 פורסם כי מר קעדאן החל בבניית ביתו החדש ביישוב קציר לאחר ששנתיים עמל על תכנון הבית ועל הוצאת ההיתרים המתאימים. יואב שטרן "עדאל קעדאן החל לבנות את ביתו ביישוב קציר" הארץ 14.8.2007, 14.

⁴³ בית המשפט העליון שב והוכיח את המחויבות לעניין קעדאן בבג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 22.1.2007). באותו מקרה העלתה האגודה השיתופית את הטענה כי אין מקום למגורי ערבים בה משום רצונה לשמר את תרבותה היהודית החילונית. השופט ד' חשין ציין כי בנסיבות העניין החשש לחיי הקהילה שמעלים העותרים הוא תיאורטי וספקולטיבי. הוא עמד על החומרה היתרה הנודעת להבחנה על בסיס לאום. אכן, פסק השופט חשין, עניין קעדאן לא סתם את הגולל על יכולתם של יישובים מסוימים לייחד את המגורים בהם על בסיס הבחנות אלה, אך לשם הכרעה בעניין אין די בהשערות גרידא (פס' 7). זהו אשרור של הקביעה כי הקבוצה הלאומית היהודית בארץ אינה זקוקה להדרה משפטית של ערבים כדי לפעול ולפרוח.

⁴⁴ ראו, למשל, את אסופת המאמרים בכרך ו של כתב העת "משפט וממשל": רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו 25 (2001); חסן ג'בארין "ישראליות 'הצופה' פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל ו 53 (2001); יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית: האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו 87 (2001); אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל" משפט וממשל ו 109 (2001).

⁴⁵ על פי גישה זו, במדינה היהודית קיים שוני רלוונטי בין יהודים לערבים גם בתחום המגורים, והקמת יישובים המיועדים ליהודים בלבד בישראל עולה בקנה אחד עם המפעל הממלכתי הלאומי ואף מתחייבת ממנו. אחד הקולות הביקורתיים הבולטים בעניין זה הוא של רות גביון, שציינה כי במדינה היהודית והדמוקרטית יש מקום להבחנות על בסיס השתייכות לאומית, וקידומן של אלה אינו עולה כדי הפליה פסולה. גביון כותבת כי "לכל אדם, יהודי וערבי כאחד, יש נטייה טבעית להתגורר עם בני קבוצתו וקהילתו הלשונית. אין זו נטייה המבוססת על הפליה או על הדרה אלא על נוחות טבעית של תחושת השתייכות. לא במקרה מתקיימים בארץ דפוסים של הפרדה

ביקורת זו, הייתה מדיניות האכלוס של המדינה מראשית ימיה מלווה בהפליה ובקיפוח של ערביי ישראל. והנה חוגג מר קעדאן, ערבי ישראלי, "ניצחון" לאור העובדה שמוטט את ההפרדה המשפטית שמנעה את כניסתו ליישוב יהודי, אך הוא נותן יד לקביעות משפטיות שתחולנה מכאן ולהבא ושאינן עוסקות בעבר, ובכך הוא מסייע להכשרת עשרות שנות הפליה קודמות.⁴⁶

ביקורות אלה מחטיאות לדעתי את ההבנה כי תוכנו של ערך השוויון אינו קבוע, והוא יכול להשתנות לאורך הדורות. פסק הדין בעניין קעדאן מדגים היטב כי גם ערך השוויון נתון להבניה חברתית המשתנה מזמן לזמן וממקום למקום. לא היה סיכוי ממשי שפסק דין כזה היה ניתן עשרות שנים קודם לכן, לאור הערכיות החוקתית השונה שהנחתה את החברה הישראלית. אין פירוש הדבר כי הגישה החוקתית ששררה בעבר הייתה שגויה. הקמת מדינתנו היהודית התאפשרה, בין השאר, על בסיס המאבק הלאומי על הקרקעות. במאבק זה היה כדי לבסס שוני רלוונטי בתחום המקרקעין בין יהודים לערבים בראשית ימיה של המדינה. אלא שישראל של שנות האלפיים אינה ישראל של שנות החמישים, והאיזון בין הערכים המתנגשים בתחום השוויון משתנה אף הוא לאורך השנים. כיום צו השעה של החוקתיות הישראלית אינו במאבק הלאומי על הקרקע, אלא ביצירת מסגרת יחסים נאותה בין התרבויות השונות המרכיבות את החברה שלנו. אם לא תטפל החברה הישראלית כראוי, בין השאר, בשסע היהודי-ערבי, ישלמו הכול מחיר כבד. מצב שבו כופה המדינה הפרדה משפטית בין יהודים לערבים רחוק מלשקף הסדרה נאותה של מערכת היחסים שבין הרוב היהודי למיעוט הערבי במדינה היהודית, ומכאן הגישה הבסיסית העולה מפסק הדין בעניין קעדאן. אין לראות

כמעט מוחלטת בין שכונות יהודיות לשכונות ערביות גם בערים מעורבות, ששם אין כל ניסיון משפטי למסד הפרדה" (רות גביון "הרהורים על המשמעות ועל ההשלכות של 'יהודית' בביטוי 'מדינה יהודית ודמוקרטית' דברים ושברי דברים – על יהדותה של מדינה דמוקרטית 107, 174 (אביעזר רביצקי וידידה צ' שטרן עורכים, 2007)). גביון טוענת כי נוחות טבעית ויחסים קבוצתיים-תרבותיים הם המוליכים להפרדה המרחבית בין יהודים לערבים במדינה. גישה זו אכן רלוונטית להפרדה החברתית שבין יהודים לערבים. ואולם, גם אם נניח כי מדובר בהפרדה שהיא תוצר של "נטייה טבעית", גביון מתעלמת מכך כי בעניין קעדאן לא נדונה "נוחות טבעית" כזו או אחרת. לפנינו ניצבת האפשרות שכוחו של המשפט יגויס כדי לכפות הפרדה, ובאופן משפטי, שהרי המטרה היא מניעה מיהודים שיבקשו למכור לערבים, את האפשרות לממש את רצונם – בגין זהותם התרבותית-הלאומית של הרוכשים או של השוכרים. זהו מקרה שונה לחלוטין. להרחבה ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 219–222. ראו, למשל, הדין אצל ג'בארין, לעיל ה"ש 44.

את פסק הדין בעניין קעדאן כמאמץ גישה אנטי-ציונית; נהפוך הוא. דעת הרוב השתיתה את עמדתה על בסיס הבנת עומק של המושג "מדינה יהודית ודמוקרטית". אין מדובר בפוסט-ציונות אלא בציונות של שנות האלפיים המחייבת התמודדות עם אתגרים שונים מאלה שעמם התמודדה הציונות של שנות החמישים של המאה שעברה. אתגר ההתמודדות עם השונות התרבותית של החברה הישראלית מחייב מתן מובן לערך השוויון המקשה במיוחד, ובצדק, על הפרדה משפטית כופה מצד המדינה, הפרדה המבחינה בין יהודים לאלה שאינם כאלה.

(ג) הצדקת גישת היסוד – שיקולים העוינים הדרה משפטית בדיוור מצד המדינה

הפרדה בדיוור היא תופעה מסוכנת ביותר בחברה הרב תרבותית. מגוון של השלכות שליליות נובע ממנה הן על חברי הקבוצות המופרדות והן על החברה בכללותה.⁴⁷ קשר הדוק קיים בין ההפרדה לבין ההפליה. הדברים מובנים מאליהם שעה שההפרדה היא תוצר ישיר של ההפליה ונגרמת בגינה.⁴⁸ הפליה היא אחת הסיבות העיקריות להיווצרותה של ההפרדה ולשמירתה. אולם הקשר שבין ההפרדה וההפליה הוא עמוק יותר. גם אם ההפרדה לא באה לעולם כתוצאה מהפליה,⁴⁹ יש בה כדי לעודד אותה. המציאות שבה המגע שבין הקבוצות הוא מגע סרגטיבי היא כר פורה לקידום של סטריאוטיפים ושל דעות קדומות. חברה רב תרבותית שלא תדע להתמודד כהלכה עם השלכות אלה, עלולה לשלם מחיר כבד שעלול להגיע לגילויי אלימות כבדים ולהתפוררות חברתית עד כדי פירוק מוחלט. הנה כי כן, הפרדה היא לעתים תוצר של הפליה, אך היא לעולם בגדר מנוע המייצר אותה. הדרה משפטית מחמת זהות תרבותית היא רעה חולה הפוגעת ומכרסמת ביסודותיה של החברה הרב תרבותית. היא עלולה להוביל לעיוות קשה בהקצאת משאבים באופן שבו יוזרמו משאבי יתר לאותם אזורים שבהם מתגוררות הקבוצות התרבותיות החזקות פוליטית, ומשאבי חסר יוזרמו לאזורים שבהם מתגוררות הקבוצות התרבותיות החלשות פוליטית.⁵⁰ קיפוח זה יקרין בתורו על

47 להרחבה בנושא זה ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 118–127.

48 לדיון בהפליה כאחת הסיבות העיקריות לקיומה של הפרדה בדיוור ראו שם, בעמ' 116–118.

49 למשל, בשל רצון של חברי קבוצה תרבותית לחיות יחד בסביבת מגורים שבה יוכלו לממש את מפעלם התרבותי (חרדים, איימיש, ילידים, מהגרים).

50 ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 118–121.

הזדמנויות חברתיות רבות ערך בתחום החינוך והתעסוקה שנגישותן לקבוצות המודרות תופחת.

להדרה עשויים להיות גילויים שונים. בעניין זה ניתן להפריד בין הדרה חברתית להדרה משפטית כופה. ההדרה החברתית יוצרת מה שאני מכנה בשם "גדרות חברתיות". מערכת יחסים טעונה בין הקבוצות התרבותיות המרכיבות את החברה עלולה להוביל לסרגרציה בדיוור גם ללא שימוש בכלים משפטיים. הפרדה זו קיימת בפועל אך אין היא הפרדה מלאה. לעומת זאת, קבוצות תרבותיות עשויות לבקש להגביר את ההפרדה ולהפוך אותה לכפויה משפטית. הן תוכלנה לבקש לעשות שימוש ב"חומות משפטיות"⁵¹. בנסיבות אלה ייעשה ניסיון לעשות שימוש בכלים משפטיים כדי למנוע מגורים של קבוצות מסוימות באזורי מגורים. ניתן יהיה לעשות שימוש לצורך זה בכלים משפטיים עצמאיים (תאגידי דיור, תניות עבירות, חוזים) ועל ידי גיוס המדינה כדי שהיא תבצע את ההדרה. השוני בין סוגי ההדרה מקרין גם על הנזקים שהיא גורמת. נזקיה של ההדרה הם רבים, וככל שההדרה קשה יותר, כך נזקיה חמורים יותר. לכן ברור שנוזקיה של ההפרדה המשפטית הכופה (חומות משפטיות) גבוהים יותר מאלה של ההפרדה החברתית (גדרות חברתיות). ההדרה הכופה מצמצמת יותר את הנגישות למקרקעין, שהם משאב חיוני אשר קיים אינטרס בסיסי בהבטחת הנגישות אליו. לנוכח האפקטיביות הרבה יותר של ההדרה היא מעצימה את הליכי ההפליה והניכור הנלווים לה. לצד הנזקים הכלליים הללו יש להוסיף את הנזק החמור הנלווה להדרה כופה מצד המדינה דווקא. כאשר המדינה מכשירה הפרדה משפטית כופה כלפי ערבים, היא מקרינה לחברה מסר הרסני מאין כמותו המכוון בראש ובראשונה ל-20% מתושביה, ולפיו הם אינם ראויים לגור לצד שכנים יהודים, רק בשל זהותם הלאומית. כשמסר זה מגיע מצד המדינה, הוא משמיע כי כך ראוי ונכון לכאורה, שכן המדינה אינה רשאית לכפות הפרדה משפטית אלא אם כן מדובר במהלך שנעשה כדין ובהתאם לדרישות השוויון. אם תאושר האפשרות הזו, המסר שלה הוא כי ראוי ליהודים להדיר משפטית ערבים ולכפות הפרדה משפטית בין שני הלאומים בתוך תחומי המדינה. תוצאת הדברים היא שהמדינה תתערב בהתנהלות החברתית של תושביה. כאשר יקום המקרה שבו יהיה מי שיבקש למכור דירה לערבי או להשכירה, תסכל אפשרות זו המדינה עצמה משום ש"חשוב" לכפות אכלוסם של יישובים שונים ביהודים בלבד, ו"חשוב" למנוע את האפשרות למגורי ערבים ויהודים יחדיו.

⁵¹ להבחנה בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות ולתוצאתה ראו שם, בעמ' 147-154.

על רקע זה המסקנה המתבקשת היא כי המבקשים להדיר הדרה משפטית כופה צריכים לעמוד בנטל מוגבר. ההדרה אמורה לשרת יעד לגיטימי, שאחרת לא יתקיים שוני רלוונטי שבכוחו להצדיק אותה, ועל כן החומות המשפטיות שתבקש המדינה לבנות לא תעמודנה במבחן הראשון של עניין מילר⁵² ותימצאנה מפלות ופסולות. תמונת הדברים הופכת מורכבת יותר כאשר תכלית ההפרדה המשפטית שהמדינה מקדמת יכול שתיתפש כלגיטימית.⁵³ אלא שאסור לשכוח שגם אם כוונת המדינה טובות, הנזקים שבהפרדה המשפטית עלולים להיות כבדים, במיוחד כשהמפרידה, ובכפייה, היא המדינה עצמה. לכן כאשר מבקשת המדינה לעשות שימוש בכוחה מתוך הבחנות על בסיס השתייכות לקבוצה תרבותית, עליה להיתקל בביקורת שיפוטית מחמירה שתדרוש ממנה להצדיק את מדיניותה. כדי שתוכל המדינה לעמוד בנטל הכבד המוטל עליה להצדיק את בנייתן של חומות משפטיות, יש לבחון את עוצמת הצידוק שהיא מציעה להפרדה. ככל שעוצמתו תהיה גדולה יותר, כך תתחזק ההצדקה לצעד המפריד. ככל שהצידוק כבד משקל דיו, עשוי לקום שוני רלוונטי בין הקבוצה וחבריה למי שאינו חבר הקבוצה. עם זאת, אין בכך משום סוף פסוק. בהתאם לשיטת האיזון, עדיין יש לבחון אם ההתחשבות בצידוק, קרי: בשוני הרלוונטי, מוצדקת בנסיבות העניין, ואם נעשה איזון נאות בינו ובין שאר השיקולים העומדים על הפרק. בהקשר זה יש לבחון אם השימוש בכלי של החומה המשפטית מצד המדינה חיוני והכרחי. האין אפשרות כי ניתן לממש את הצידוק ללא צורך בסגירה שכזו העלולה להסב נזקים למכביר? גם אם הגענו למסקנה כי מוצדק לסגור אזור גיאוגרפי, על הסגירה להיות מידתית. אין הצדקה לשלול לחלוטין מגורים של בני קבוצות תרבותיות אחרות בתוכו. לא ברור מדוע אי אפשר להסתפק בהפרדה חלקית, ומדוע החומה המשפטית צריכה לחסום כל מגע עם הסביבה. על רקע מכלול שיקולים זה, הגיעה העת לבחון את השאלות העומדות במרכז המאמר – יכולתה של המדינה להדיר (במישרין ובעקיפין) מחמת שיקולים ביטחוניים.

⁵² לעיל ה"ש 11.

⁵³ בית המשפט העליון הכיר בכמה הזדמנויות בהדרה לגיטימית מצד המדינה. כך, למשל, בבג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978) הוכרה כלגיטימית הדרה של לא יהודים ממגורים ברובע היהודי המשוקם בעיר העתיקה בירושלים. כן הכיר בית המשפט העליון בלגיטימיות הקצאת קרקע מטעם המדינה לחרדים (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000)) ולבדואים (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989)). לדיון ביקורתי במתן ההכשרה לשתי ההדרות האחרונות ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 233–244, 246–252.

ג. השיקול הביטחוני והדרה

1. השיקול הביטחוני והדרה ישירה

קיומו של איום ביטחוני על מדינת ישראל הוא בגדר מציאות מצערת המלווה את המדינה מראשיתה ועד היום. קשר הדוק קיים בין ביטחון המדינה לפיזור האוכלוסין בתחומיה. על רקע זה ניתן להבין את המשקל הנכבד שתפסה מערכת הביטחון במפעל ההתיישבות במדינה, ובדברי ימי המדינה קיים קשר הדוק בין ההתיישבות בארץ לביטחונה. כבר בימיה הראשונים הפעיל פיקוד הנח"ל גדודים מרחביים שכללו היאחזויות שונות ומחלקות שפעלו בקיבוצים.⁵⁴ בשנת 1949, כאשר גבר זרם העולים ארצה, העמיד צה"ל לרשות הסוכנות היהודית כמה מחנות צבאיים לשם שיכון העולים, ומספרם של אלה עלה והגיע כדי 50 מחנות. רבים מהם הפכו מאוחר יותר למעברות.⁵⁵ רוב היישובים בפריפריה בראשית מלחמת העצמאות היו קיבוצים. קיבוצים אלה היו מטרות ברורות לתקיפה של לוחמים ערבים סדירים ובלתי סדירים. הקרבות שנוהלו סביבם הפכו את מקומם של יישובי הספר הללו למרכזי, ואותם לבעלי חשיבות אסטרטגית ביטחונית כבירה. בן-גוריון הוא שציין כי ללא עמידת היישובים במערכה קשה להעריך כיצד הייתה מדינת ישראל, שרק נוסדה, עומדת על רגליה.⁵⁶ גם הקיבוצים ראו את עצמם מחויבים לביטחון הספר על ידי שיתוף פעולה עם צה"ל.⁵⁷ מראשית שנות החמישים נשמר הקשר שבין הביטחון להתיישבות באמצעות הנח"ל, וגרעיני תנועות הנוער שהתארגנו בגדרו הקימו קיבוצים חדשים מתוך מטרה לקדם, בין השאר, יעדים ביטחוניים.⁵⁸

עד מלחמת ששת הימים רוכזו מאמצים ביישוב רצועות הספר לאורך הגבולות, ומפעל התיישבות זה היה חלק ממערך ההגנה המרחבית של המדינה. המטרה הייתה ליצור נוכחות, לשמור על ריבונות המדינה ולאבטח את הגבולות מפני איום של פלישה צבאית ומפני פלישת מסתננים ופדאיונים. ההתיישבות האזרחית בספר הייתה חלק בלתי נפרד מהמערך הצבאי. בעיקר בשנות החמישים פעלה במטה הכללי של צה"ל

54 עמירם אורן ורפי רגב ארץ בחאקי: קרקע וביטחון בישראל 40 (2008).

55 שם, בעמ' 346.

56 זאב דרורי "התנועה הקיבוצית כאליטה מגויסת" הקיבוץ – מאה השנים הראשונות, 81,

82 (אביבה חלמיש וצבי צמרת עורכים, 2010).

57 שם, בעמ' 87.

58 ארנון גולן "תרומת התנועה הקיבוצית ליצירת המערך ההתיישבותי" הקיבוץ, לעיל ה"ש

56, 51, בעמ' 59-62.

לשכת התיישבות. הצבא עמד בקשר ישיר עם קק"ל ועם תנועות ההתיישבות לשם יצירת פעולה התיישבותית מתואמת עמו. יישובים שונים הוקמו בתיאום עם מוסדות מיישבים, ולעתים המטכ"ל אף התערב בקביעת חברי הגרעין המייסד של היישובים. יישובים רבים הוקמו בעיקר לאורכם של קווי העימות ושבתת הנשק עם לבנון ועם סוריה, בספר הפנימי בגליל, בגבול הירדן, בפרוודור ירושלים, בגבול מצרים, בפנים הנגב ועוד. כיום השתנו פני הדברים במידה רבה, וצורכי הצבא מתנגשים עם אלה של האוכלוסייה האזרחית⁵⁹ בשל העובדה כי הצבא חולש על שטחי קרקע נרחבים בסמוך לריכוזי אוכלוסייה ובתוכם. צו השעה הנוכחי הפך להיות פינוי הבסיסים הצבאיים כדי לאפשר שימוש אזרחי בקרקע יקרת הערך שהם יושבים עליה.⁶⁰

הנה כי כן, בעבר היה קשר הדוק בין הקמת יישובים חדשים ואכלוסם ביהודים לבין השגתם של יעדים ביטחוניים לאומיים. האם ניתן היום למנוע – בשל צרכים ביטחוניים – מתושבים ומאזרחים ערבים להתגורר ביישובים המצויים ליד קווי גבול וליד קווי התפר? יש העונים על השאלה בחיוב. ברוח זו התבטא, למשל, נשיא בית המשפט העליון (בדימ') לנדוי במאמר שפרסם לאחר מתן פסק הדין בעניין קעדאן. הוא ציין כי ליישוב קציר, היושב בוואדי ערה, תוכנן תפקיד ביטחוני מיוחד, ויושבו קיבלו על עצמם למלא תפקיד זה שאינו מתאים לאזרח ערבי, יהיה יחסו האישי למדינה נאמן ככל שיהיה.⁶¹ האם גישה זו ראויה? אציין כי גם לפיה ודאי שאין למנוע מגורים ביישובים אלה של אותם ערבים, בדואים ודרוזים שמשרתים בצה"ל. אכן, רוב ערביי ישראל אינם משרתים בצבא, בעוד שרוב יהודי המדינה משרתים בצבא (אם כי בשיעור קטן והולך). עם זאת נמצאים לא יהודים המשרתים בצבא, ועל כן גם לגישתו של הנשיא לנדוי (שאני מתנגד לה לגופה) אין אפשרות להדרה מוחלטת, שהרי מי שכשיר לשרת בצבא ודאי כשיר ליטול על עצמו לקדם יעדים ביטחוניים בבחירת מקום מגוריו. גם פרופ' יפה זילברשץ מציגה את השיקול הביטחוני כמצדיק לעתים הדרה של הציבור הערבי מאזורים גיאוגרפיים נתונים, בעיקר מאזורים הסמוכים לקווי העימות של ישראל עם שכנותיה. עם זאת היא קוראת לצמצם את השימוש בשיקול זה ולהחילו רק אם מגורי ערבים ביישוב נתון יוליכו לפגיעה של ממש בערכי הביטחון ברמה של

59 אורן ורגב, לעיל ה"ש 54, בעמ' 347.

60 שם, בעמ' 370.

61 משה לנדוי "על ציונות בימינו" ספר שמגר – מאמרים חלק ג 837, 843 (2003).

ודאות קרובה, ואין היא מסכימה להסתפק בחשש ערטילאי. כך, למשל, בניגוד לנשיא לנדוי, פרופ' זילברשץ אינה סבורה שנשקפה סכנה שכזו בעניין בני הזוג קעדאן.⁶²

לדעתי, אין מקום לגישה המאפשרת למדינה לנקוט הדרה משפטית מכוונת משיקולי ביטחון כלפי האוכלוסייה הערבית ולמנוע ממנה מגורים באזורי ספר או עימות ביישובים חדשים שהמדינה מקימה או ביישובים קיימים. הכרה בשוני רלוונטי בין ערבים ליהודים בעניין זה תוצאתה תיוג של קבוצה תרבותית שלמה ככזו שנאמנותה למדינה מוטלת בספק. די בהיותך ערבי כדי שתיחשב סיכון ביטחוני. העובדה כי תיוג זה נעשה על ידי המדינה, קשה במיוחד שכן היא מצרפת לתיוג מחשיד זה מסר של לגיטימיות ממלכתית. המדינה עצמה מציינת כי ערביי ישראל, ככאלה, מוחזקים כבלתי נאמנים וכמסוכנים לשלמותה. זהו מסר הרסני ביותר מצד מי שמחויב להגיונות ולשוויון. כיצד ניתן לכונן מפעל חברתי משותף במדינה שאומרת מראש וללא בדיקה פרטנית כי 20% מתושביה חשודים בסיכון ביטחוני מעצם זהותם התרבותית? בכל הכבוד, נראה לי כי מסר כזה אינו ניתן להצדקה כלשהי. סיכון לביטחונה של המדינה עלול להתקיים גם מצד מי שאינם ערבים. תוך שנים לא רבות נגיע כנראה למציאות שבה מחצית ממחזורי הכשירים להתגייס לצבא לא יתגייסו אליו. האם כל מי שאינו מתגייס לצבא ושאינו ערבי, מסוגל לקדם את יעדי הביטחון במגורים ביישובים באזורי הספר? התשובה השלילית מתבקשת. גם אם נניח כי קיים שוני רלוונטי בין מי שהם ערבים ובין אלה שאינם כאלה, מפאת הסכסוך הקיים בין המדינה לבין שכנותיה, לא נראה לי שהתחשבות בשיקול זה לשם הדרה של תושבים ערבים תעמוד בדרישת המידתיות שהמדינה כפופה אליה. כאמור, לשם עמידה בדרישת השוויון אין די להצביע על כך שקיים שוני רלוונטי, אלא יש להראות שההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין.⁶³ לדעתי, שוני זה אין בכוחו להצדיק הדרה של תושבים ואזרחים ערבים מאזורי מגורים. ניתן להשיג את המטרה הביטחונית באמצעי פוגע פחות, למשל על ידי עידוד מגורים של משרתים בצבא באמצעות מתן הנחות בחכירה של אדמות המדינה ביישובי ספר ובאזורי קו עימות, במקום למנוע מערבים ומאלה שאינם משרתים בצבא לגור במקום.

עניין זה מראה כיצד יכולים הערכים החוקתיים להשתנות לאורך הדורות, וכיצד המובן שנותנת החברה לערך השוויון יכול שישתנה מזמן לזמן וממקום למקום. המציאות שהייתה יפה לפני כמה עשורים השתנתה. כך, בעניין בורקאן הצדיק השופט

⁶² לעיל ה"ש 44, בעמ' 91.

⁶³ ראו לעיל בחלק ב.1.

חיים כהן את ההגבלה של המגורים במקום ליוצאי צבא "משיקולים ביטחוניים פשוטים"⁶⁴ שאינם מצריכים ביאור מעמיק, אך המציאות המשפטית בימינו שונה. דברים ברורים בהקשר זה ניתן למצוא גם בפסק דינו של השופט קדמי בעניין קעדאן. השופט קדמי ציין כי עקרון השוויון יכול שיידרש להיות מאוזן עם אינטרס הציבור – ובגדרו אינטרס הביטחון הלאומי. בנסיבות שבהן יש לכך הצדקה יכול אינטרס הביטחון הלאומי לגרום לנסיגתו של עקרון השוויון בהתחשב בתכלית הקמתו של היישוב או במיקומו על קרקע המדינה.⁶⁵ עם זאת הוסיף השופט קדמי וקבע כי אינטרס הביטחון הלאומי היה חזק במיוחד בימיה הראשונים של המדינה. אלא שעם חלוף השנים "ככל שהמדינה התפתחה והסיכונים שעמדו על דרך ביסוסה כמדינה יהודית ודמוקרטית איבדו מכוחם, כך הלך והצטמצם הפתח [להשתמש באיזון זה]. כיום ממדיו של הפתח צרים ומצומצמים ביותר, ואיזון כאמור יתחייב בנסיבות נדירות בלבד".⁶⁶ בעניין קעדאן עצמו גילה בית המשפט חשדנות כלפי הטענות הביטחוני. לנוכח הטענות שלפיהן התושבים הערבים יתקשו בשמירה במקום, ציין בית המשפט כי ביישוב סמוך הקצתה המדינה קרקעות גם לערבים ללא כל הישענות על הנימוק הביטחוני, ועל כן נמצא בנסיבות העניין כי אין בנימוק זה ממש.⁶⁷ כלומר, הנכונות החוקתית היום לקבל את העמדה המאפשרת שימוש בטענות הביטחוני לשם הדרת ערבים הצטמצמה ביותר. לדעתי, וברוח הניתוח שערכתי כאן, גם את הפתח הצר שהשופט קדמי היה נכון להותיר בעניין זה, יש לסגור.

2. שיקול השמירה על הסדר הציבורי כמצדיק הדרה ישירה?

מערכת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות הפועלות בישראל היא עכורה. האיזמים אינם מתמצים בסיכונים על רקע פיגועים ביטחוניים. החיכוכים בין הקבוצות התרבותיות הפועלות כאן עלולים להוביל לעתים אף לגילויי אלימות. האין בקיומה של הפרדה משפטית כופה מטעם המדינה כדי לתרום למערכת יחסים טובה יותר ביניהן? האם יש לפיכך בכוחם של טעמים שבשמירה על הסדר הציבורי להצדיק בנייתן של חומות משפטיות מפרידות? יש העונים על כך בחיוב:

64 עניין בורקאן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 805.

65 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 287.

66 שם.

67 שם, בעמ' 278.

כאשר מדובר בהגבלת הזכות למגורים משיקולי הסדר הציבורי ישנן נסיבות שבהן לשייכות לקבוצה אתנית-לאומית בקרב האוכלוסייה יכולה להיות השפעה על ההחלטה להגביל מגורים. אם במדינה מסוימת שורר מתח בין קבוצות אוכלוסייה שונות, הרי שמגורים משותפים עלולים להוביל לפגיעה בסדר הציבורי ועל-כן יש מקום להגביל אותם. בנסיבות כאלה ייתכן שמגורי בני-מיעוטים בקרב אוכלוסיית הרוב, או לחלופין, מגורי אנשים השייכים לרוב בקרב אוכלוסיית המיעוטים עלולים לשמש איום על הסדר הציבורי. במקרה כזה יש מקום לקבל את תביעת הרוב, כמו גם את זו של תביעת המיעוט לבדלנות במגורים.⁶⁸

תשובתי, לעומת זאת, שלילית, וסבורני שיש לדחות גישה זו מכול וכול.

מעניין לציין שמהבחינה ההיסטורית טעם זה הוא שעמד ביסוד דעת הרוב של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Plessy v. Ferguson*,⁶⁹ שבו אושרה באופן זכור לשמצה חוקתיותם של חוקי ה"נפרד אך שווה" במדינות הדרום שבארצות הברית. באותו עניין קיבל בית המשפט את עמדת מדינות הדרום שגרסו כי הפרדה בין שחורים ללבנים נדרשת, בין השאר, מטעמים של שמירה על הסדר הציבורי, ושלוש הציבור עלול להיפגע אם לא תתקיים הפרדה. גישה זו ראויה הייתה לדחייה אז, והיא ראויה לדחייה גם היום. הסיבה העיקרית לכך היא שגישה זו מתגמלת את האלימות ואת ההפליה. הזכות לתרבות אינה כוללת לגיטימציה לגילויי אלימות, ואלה חייבים להימצא מחוץ לתחום הנורמטיבי, בין שהם באים מקבוצת הרוב ובין שמקורם בקבוצת המיעוט. גילויי האלימות הם תוצר של ניכור ושל הפליה. ההפרדה מעודדת את הניכור, את ההפליה ואת האלימות. לכן אם בגין גילויי האלימות תכיר המדינה בלגיטימיות של ההפרדה, היא תיתן גמול לאלימים. היא תכיר בלגיטימיות שבנקיטת צעדים אלימים לשם השגת יעדים חברתיים. הגישה צריכה להיות הפוכה. יש לטפל באלימות במלוא החומרה ולא להצדיק בגינה סגירה, שבתורה תעצים גילויי אלימות נוספים. ניתן להצביע על דוגמאות למדינות רב תרבותיות שבהן ניחנים היחסים בין הקבוצות התרבותיות השונות בכבוד הדדי וניתנים לאפיון כיחסים טובים ללא בניית חומות כאלה.⁷⁰ יחסים אלה מתקיימים ללא מדיניות מפרידה מצד המדינה. הפתרון לאלימות

⁶⁸ זילברשץ, לעיל ה"ש 44, בעמ' 91.

⁶⁹ 163 U.S. 537 (1896).

⁷⁰ אלה הם פני הדברים בראש ובראשונה בקנדה ובאוסטרליה. ראו לעניין זה WILL KYMLICKA, *FINDING OUR WAY: RETHINKING ETHNOCULTURAL RELATIONS IN*

ולשמירה על הסדר הציבורי אינו טמון לפיכך בהפרדה, אלא בשאיפה לביסוס גשר של הידברות.

3. השיקול הביטחוני והדרה עקיפה – קריטריון השירות הצבאי

בחלק הקודם בחנתי את האפשרות שהמדינה תנקוט מדיניות מכוונת שמטרתה להדיר את התושבים הערבים ממגורים באזורים נתונים משיקולים ביטחוניים, והבעתי התנגדות לאפשרות זו. עם זאת, המדינה עשויה לבקש להשיג יעדים ביטחוניים על ידי הקמת יישובים למשרתים בצבא. היא עשויה לבקש לעשות שימוש באמת המידה של השירות הצבאי לשם הסדרת היכולת לגור במקומות נתונים. אם שימוש באמת מידה זו נועד לשמש כסות לרצון להדיר ערבים, כי אז הניתוח שנערך לעיל עומד על מכונו. ואולם מה הדין מקום שבו מדובר במהלך שנועד לקדם את טובתה של האוכלוסייה המשרתת? כאן מתעוררת השאלה אם מתקיימת הפליה ישירה בין המשרתים בצבא לאלה שאינם משרתים. בכל הנוגע ליחסי יהודים-ערבים אין לפנינו הפליה מכוונת, אולם מתעורר אפקט מפלה, שכן מדיניות זו תצמצם את סיכוייהם של אלה שאינם משרתים בצבא, ובהם ערבים וחרדים, להשתלב בתכניות מגורים. על רקע זה מדובר בקריטריון נפיץ העלול להוביל להפליה תוצאתית בין קבוצות תרבותיות שונות הפועלות בחברה הישראלית, ויש לגשת לבחינת הלגיטימיות שלו במלוא הזהירות. האם שימוש בקריטריון זה יפר לפיכך את המחויבות המוטלת על המדינה להימנע מהפליה?

כאשר עומד על הפרק חשש להפליה תוצאתית, אין די בקיומו של האפקט המפלה כדי לפסול את המהלך של המדינה. יש לבחון אם קיים צידוק לאפקט המפלה. צריך לבדוק אם היחס בין התכלית שמבקשת המדינה לקדם לבין האפקט המפלה שהיא יוצרת הוא ראוי ומידתי.⁷¹ על רקע זה ברור כי ככל שהאפקט המדיר גדול יותר, יהיה הנטל להצדיקו כבד יותר. לפיכך יהיה מקום להבחין בין שימוש בתנאי הצבאי כתנאי סף למגורים במקום מסוים לבין השימוש בתנאי זה כמאפשר קבלת הקלות והטבות בתחום הדיוור. מחד גיסא, כאשר השירות הצבאי הוא תנאי סף לצורכי מגורים, האפקט המדיר שלו הוא המרבי. קשה יהיה להצדיק אפקט כזה אלא אם כן מדובר בהליך שנועד

71 (1998) Canada 21. מובן שגם במדינות אלה עלולים היחסים לסבול מגילויי חיכוך וניכור, אך עדיין לרוב נעדרת בהן אלימות ממערכת היחסים הבין קבוצתית. ראו לעיל, פרק ב(1).

לשרת צרכים צבאיים ישירים של המדינה. מאידך גיסא, מתן הטבות בתחום הדיור ליוצאי צבא שאינו עולה כדי תנאי סף, ניתן להצדקה בקלות רבה יותר לנוכח המציאות המצערת שבה שיעור המתגייסים לצבא מקרב האוכלוסייה הכללית מצוי במגמת ירידה. שיטת האיזון רלוונטית, כמובן, גם לבחינת הטענה כי קיימת הפליה ישירה בין המשרתים בצבא לאלה שאינם משרתים בו. גם אם קיים שוני רלוונטי בין שתי הקבוצות, וראוי לתגמל את המשרתים בצבא, עדיין יש לבחון את עוצמת ההתחשבות בשיקולים אלה. התחשבות המובילה להדרה מלאה של לא-משרתים קשה יותר להצדיק מאשר מתן הטבות והנחות המקלות עליהם את הנגישות למקרקעין, אך בה בעת אינן שוללות את הזדמנויות הדיור מאחרים.

השימוש באמת מידה של שירות צבאי להסדרת מגורים עשוי להיחשב לגיטימי שעה שהוא נועד לענות על צרכים מבצעיים צבאיים אמתיים. כך, למשל, כשנערכה מדינת ישראל לנסיגת כוחות צה"ל מסיני, נקבעה מטרה לעודד אנשי צבא, אזרחים עובדי צה"ל ועובדי מערכת הביטחון להתיישב ביישובים עירוניים או כפריים בנגב, וניתנה עדיפות למצפה רמון, לירוחם ולאילת.⁷² כיום, שעה שתכנית הקמת עיר הבה"דים בנגב קורמת עור וגידים, ברור כי יצטרכו לאכלס משפחות של חיילי הצבא באזור, ולכן יקום צורך לבנות שכונות מגורים לאנשי הצבא בסמוך לערי הנגב ובתוכן.⁷³ שימוש באמת המידה של השירות הצבאי, ואפילו כתנאי סף לאכלוס המדיר הדרה מלאה את הלא-משרתים, ייחשב לגיטימי בנסיבות אלה. ביטוי ללגיטימיות של שיקול השירות הצבאי לצורכי מגורים מצוי בתקנה 25(24) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג – 1993, הקובעת כי מינהל מקרקעי ישראל רשאי לפטור ממכרז "הענקת זכויות במקרקעין למי שמשרתים בכוחות הבטחון או עבורם, במסגרת מיזם של בניית שכונת מגורים המתבצעת ביוזמת צבא הגנה לישראל ובאישור שר הבטחון".⁷⁴ עם זאת, מידת הלגיטימיות של השימוש באמת מידה זו היא תלויה נסיבות.

כאשר קם צורך צבאי להקים שכונה למשרתים בצבא, מובן שמדובר בשיקול לגיטימי. אלא שהמציאות בישראל מורכבת יותר. ראו למשל את הפרסומים על אודות שכונת "גבעת ברק" בנצרת עילית. על פי הפרסומים, מיועדות היו להיבנות בשכונה זו 80 יחידות דיור צמודות קרקע. במקור תוכננה השכונה, שהוקמה על אדמות בניהול

⁷² אורן ורגב, לעיל ה"ש 54, בעמ' 106.

⁷³ שם, בעמ' 183.

⁷⁴ חשוב להדגיש כי גם תקנה זו כפופה לתקנה 1 בתקנות הקובעת כי ככלל עדיפה אפשרות המכרז הפומבי גם מקום שבו ניתן להתקשר בפטור ממכרז.

המינהל, להיות משווקת לציבור הכללי. באפשרות להתגורר במקום התעניינו ערבים רבים תושבי העיר הסמוכה נצרת, שבה קיימת מצוקת דיור ניכרת. והנה, לאחר פרק זמן הוחלט לייעד את השכונה לאנשי צבא.⁷⁵ האם מדובר בשימוש לגיטימי בשיקול האמור? נראה כי במקרה זה לא היה הצבא מעורב בתכנון השכונה. בלי לקבוע מסמרות בדבר, נראה שלפנינו דוגמה לניצול לרעה של שיקול השירות הצבאי כדי לצמצם את "הסיכון" לכניסת דיירים ערבים לשכונה. קשה למצוא צורך ביטחוני כלשהו שפעולה זו עונה עליו. אם אכן שיקול השירות הצבאי הוא כסות, דין הייעוד של השכונה לאנשי צבא להיפסל. ואולם גם אם יבוסס הטעון שהשיקול הוא ענייני ואכן נועד לענות על צורך צבאי, עדיין יהיה על המינהל להראות כי הייתה התחשבות ראויה בשאלת מצוקת הדיור של האוכלוסייה הערבית והכללית באזור, שאם לא כן, תימצא פעולת המינהל בלתי סבירה ובלתי מידתית ולכן נעשתה שלא כדין.⁷⁶

אציג דוגמה נוספת. בעיתונות פורסם כי המדינה משווקת 100 מגרשים בעכו לאנשי כוחות הביטחון. מדובר בפרויקט "נאות ים", שבו נוטלים חלק המשרד לפיתוח הנגב והגליל, משרד הבינוי והשיכון, משרד האוצר וצה"ל. במבצע ישווקו המגרשים במחירים אטרקטיביים מאחר שעכו נקבעה על ידי ממשלת ישראל כיעד לאומי מועדף להרחבת הבנייה והפיתוח. מנכ"לית המשרד לפיתוח הנגב והגליל הגדירה את מבצע האכלוס כחשוב לשם משיכת אוכלוסיות צעירות ואיכותיות למקום.⁷⁷ הנה כי כן, דבריה של מנכ"לית המשרד, כפי שדווחו בעיתון, מעוררים חשש כבד כי המטרה העומדת בבסיס הקמתה של השכונה אינה קשורה קשר הדוק אמתי לצרכים ביטחוניים. לדעתי, הנטל להצדיק את כינון של החומות המשפטיות מוטל על המבקש לכונן. לכן על מקימי השכונה להוכיח באופן ראוי ומובהק כי אכן צרכים ביטחוניים הם העומדים בבסיס ההקמה, ואם לא יעמדו בנטל זה, לא יהיה ראוי מהבחינה המשפטית לאפשר שימוש בשיקול זה לשם אכלוס המקום.

⁷⁵ אבי שמול "גבעת ברק בנצרת עילית: ערביי נצרת התעניינו, אנשי צבא קבע רכשו" הארץ נדל"ן 9.9.2002, 2.

⁷⁶ לאחרונה דווח כי גם בנצרת פורסם מכרז על ידי מינהל מקרקעי ישראל ומשרד השיכון, שהציב שירות בכוחות הביטחון כתנאי סף. בגין כך הוגשה עתירה נגד המכרז, ובה נטען כי תנאי הסף מנוגד לחובה ליתן הזדמנות שווה לכלל תושבי העיר להשתתף במכרז, במיוחד לנוכח מצוקת הדיור החריפה במקום. נמרוד בוסו "תנאי סף למכרז שפירסם המינהל בנצרת: שירות בכוחות הביטחון" TheMarker 15.11.2012, 28.

⁷⁷ מוטי בסוק "המדינה משווקת 100 מגרשים בעכו לאנשי כוחות הביטחון" TheMarker 13.3.2006, 14.

ככל שהצבא אינו קשור לשימוש באמת המידה של השירות הצבאי לצורכי אכלוס, כך יהיה קשה עוד יותר להצדיק את השימוש בו, וודאי שאלה הם פני הדברים כאשר מדובר בתנאי סף למגורים. ראו, לדוגמה, את בג"ץ 3114/01 כחיל נ' משרד הבינוי והשיכון.⁷⁸ העתירה תקפה פרויקט בנייה שנערך בחסותם של משרד הבינוי והשיכון, מינהל מקרקעי ישראל והחברה לפיתוח אזור לוד ורמלה בע"מ (חברת לור"ם). הפרויקט, שנודע בשם "מעוז העיר", הוגדר כפרויקט ייחודי לחיילים משוחררים עד גיל 35. נעשה אפוא שימוש באמת המידה של השירות הצבאי כך שהלכה למעשה נמנע מרוב ערביי הסביבה לרכוש יחידות דיור בפרויקט. עוד יש לציין כי במקום פעלה ועדת חריגים שבחנה אם לאפשר לאלה שלא שירתו בצבא לרכוש יחידת דיור במקום בכל זאת. קשה לראות טעם ביטחוני המצדיק את המגבלה האמורה. ועדת החריגים, שנראה כי הכשירה באופן נמרץ רכישת יחידות דיור על ידי יהודים שלא שירתו בצבא, רק המחישה את המלאכותיות שבשימוש בקריטריון האמור בנסיבות העניין, ובכך גדל החשד כי מטרתה האמתית של אמת המידה היא הדרת ערבים. ואכן, פרקליטות המדינה הגיעה למסקנה כי אין סיכוי שמגבלה זו תעמוד במבחן הביקורת השיפוטית, ומתכנני הפרויקט נאלצו לסגת בהם מהשימוש המקורי באמת המידה כבתנאי סף.⁷⁹

לדעתי, לא ניתן להצדיק בדרך כלל את השימוש בשירות הצבאי כתנאי סף למגורים המדיר הדרה מלאה שעה שאין עומד על הפרק יעד צבאי שיש להגשימו. צעד כזה צריך שיסווג כבלתי מידתי. עם זאת, אפשר בהחלט לשקול מתן הטבות כלכליות, המעודדות את המשרתים בצבא לרכוש דירות בפרויקט כזה או אחר. כאן חשוב לזכור שהמשרתים בצבא תורמים לאינטרס הציבורי ללא תגמול כלכלי ריאלי במהלך שנות שירותם, ועל כן לגיטימי בהחלט לבקש לפצותם ולתגמלם, לאור החשיבות שמייחסת החברה שלנו לשירות הצבאי. אלא שגם עידוד שכזה כפוף לדרישות של סבירות ושל מידתיות. האיזון האמור הוא תלוי נסיבות. כך למשל ציין הנשיא (בדימ') ברק בבג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון:⁸⁰

⁷⁸ (פורסם באר"ש, 25.6.2001).

⁷⁹ הם החליטו להמיר את תנאי הסף במתן הטבות כלכליות למשרתים בצבא, באופן שהווילו את עלויות הרכישה ליוצאי הצבא אך לא מנעו מאלה שלא שירתו בצבא לרכוש דירה בפרויקט. בגין העדפה זו הוגשה עתירה לבית המשפט העליון (בג"ץ 4150/02 דביט נ' משרד הבינוי והשיכון) שנמחקה בהסכמה בשנת 2004.

⁸⁰ פס' 9 (פורסם בנבו, 13.12.2006).

אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות הבאה להיטיב כלכלית עם המשרתים בצבא ובשירות לאומי הינה תמיד מדיניות מפלה. אף אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות מעין זו היא תמיד חוקית. ההכרעה בשאלה זו תיקבע על-פי הוראותיו ותכליותיו של ההסדר הספציפי בו מדובר. זאת ועוד, גם כאשר קריטריון השירות הצבאי הינו קריטריון רלוונטי, יש להפעילו בסבירות ובמידתיות. יש ליתן לשיקול זה את משקלו הראוי בהתחשב, בין השאר, בתכליותיו הנוספות של ההסדר בו מדובר.

באותה פרשה נדון סיוע כלכלי שנתן משרד הבינוי והשיכון למחפשי דיוור, בעשותו שימוש בשיקול של שירות צבאי, אך הגישה הבסיסית יפה באופן כללי לשימוש בשיקול זה. הד לגישת יסוד זו ניתן למצוא כיום בסעיף 20 לחוק שירות המילואים, התשס"ח-2008, הרואה בהתחשבות בשירות מילואים לשם מתן הטבות הבחנה מותרת, ובלבד שהיא "סבירה ומידתית". הנה כי כן, כאשר מדובר בהטבה הניתנת למשרתים בצבא או לחיילי המילואים, הדגש במידה רבה הוא בשאלה אם מדובר בהטבה מידתית.

בישראל של שנות האלפיים המציאות המצערת היא שהשירות הצבאי אינו עוד נחלת חוגים כה רחבים של החברה הישראלית. נטל השירות הצבאי מונח על כתפיהם של חלקים קטנים והולכים של האוכלוסייה. במציאות זו יש להרחיב את היכולת לתגמל את המשרתים בצבא, לא רק בגין חסרון הכיס הנגרם להם בשנות השירות בהשוואה למקורות הכנסה חלופיים, אלא גם לאור הרצון לעודד את אלה התורמים למדינה ולביטחונה. תרומה זו מצדיקה תגמול מבחינה ערכית, ולא רק נוכח חסרון כיס כלכלי – כך ביחס לשירות הצבאי וכך ביחס לשירות הלאומי. לאחרונה אישר היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין, את חוקיות "הכללת הקריטריון בדבר שירות צבאי או לאומי כאחד הקריטריונים לקבלת הטבה במסגרת פרויקטים לדיוור בהישג יד".⁸¹ לעניות דעתי מדובר בהחלטה נאותה. מדובר בקריטריון אחד מני כמה שאינו תנאי סף לזכאות והוא מתגמל את אלה שתורמים לחברה בשירותם הצבאי או הלאומי בעידן שבו אין מדובר בתרומה המובנת מאליה. יחד עם זאת, במקרים שבהם השימוש בקריטריון הנו לגיטימי יש לעשות בו שימוש מידתי וראוי. חשוב לציין כי קשה יהיה להלום את ההיתר להשתמש בקריטריון כאשר חולפות שנים הרבה מאז שירת מקבל

⁸¹ רנית נחום-הלוי וצבי זרחיה "משרד המשפטים: אין מניעה להעניק עדיפות ליוצאי צבא בדיוור בר-השגה" *TheMarker* 12.1.2012, 25.

התגמול בצבא או בשירות הלאומי. לגיטימיות השיקול גדלה ככל שהוא מיושם בפרק זמן קרוב יותר לשירות הצבאי עצמו.

אמת מידה זו אינה תמיד פשוטה ליישום. דוגמה למורכבות השימוש בשירות הצבאי לשם תגמול יוצאי צבא בתחום הדיור ניתן למצוא בה"פ (מחוזי חי') 217/05 נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה.⁸² באותה פרשה עמדה לביקורת מדיניות הקצאת הזכאות לדיור במעונות הסטודנטים של אוניברסיטת חיפה. האוניברסיטה העניקה נקודות למועמדים על פי מאפייניהם, ובין השאר הוענקו נקודות בעבור שירות צבאי ולאומי. נקודות אלה הוענקו על ידיה לא בגין הרצון לעודד את ערך השירות, אלא בגין התחשבות בהפסד המשאבים הכלכלי שנגרם למשרתים במהלכו. השופט סוקול מבית המשפט המחוזי בחיפה פסל את השימוש באמת מידה זו. לדבריו, במקום הענקת נקודות גורפת היה מקום לבחון באופן אישי את מצבם הכלכלי של המועמדים. האוניברסיטה הגישה ערעור לבית המשפט העליון.⁸³ בערעור נטען כי בית המשפט המחוזי אימץ גישה גורפת מדי. במקום לבחון את המשקל שניתן לשיקול, הוא פסל אותו לחלוטין, שעה שבמקביל ניתנו נקודות המעדיפות מועמדים בני מיעוטים ללא שנבחנה זכאותם האישית. כמו כן, הלכה למעשה, לא הוליכה המדיניות להדרה מקיפה של אלה שלא שירתו בצבא, שכן כ-35% ממקבלי הזכאות למגורים במעונות היו סטודנטים ערבים. בית המשפט העליון הוציא צו עיכוב ביצוע המעיד על כך כי מצא בעייתיות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.⁸⁴ מכל מקום תוקן בינתיים חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, שקובע כעת בסעיף 19ב כי "מוסד להשכלה גבוהה, מוסד להכשרה מקצועית ומכינה קדם אקדמית רשאים לקבוע כי בקביעת הזכאות לדיור במעונות או להטבות כלכליות אחרות, יינתן משקל, בין השאר, להיותו של המבקש חייל משוחרר". בכך נתן המחוקק ביטוי ברור ללגיטימיות ההתחשבות בשירות הצבאי בנוגע לזכאות למעונות הסטודנטים. אני סבור כי מכלול הנסיבות בעניין נעאמנה צריך היה להוביל לאישור השימוש בשיקול השירות הצבאי. בנסיבות העניין לא היה די בשירות הצבאי כדי להקנות זכאות אוטומטית להתגורר במעונות. נוסף על כך, שעה שבוחנים את האפקט המדיר של הקריטריון ניתן להתרשם כי גם לאחר שיושם, התקיימה נגישות גבוהה מאוד של סטודנטים ערבים למעונות. מכלול

82 פ"מ התשס"ד(2) 652 (2006).

83 למען הגילוי הנאות אציין כי השתתפתי בייצוג האוניברסיטה בערעור שהגישה.

84 החלטתו של השופט גרוניס בע"א 8695/06 אוניברסיטת חיפה נ' נעאמנה (פורסם בנבו, 10.4.2007).

נתונים זה מבסס לדעתי את סבירות אמת המידה ואת מידתיותה, ועל כן לא היה באפקט המפלה שנלווה לה כדי להצדיק את פסילתה.

דוגמה נוספת למורכבות של ההתחשבות בשיקול השירות הצבאי ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון שנדרש לנושא לאחרונה בבג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל.⁸⁵ באותה פרשה נדונו החלטות ממשלה שונות שבאו ליתן הטבות למשרתים בשירות מילואים פעיל, בהתאם לסמכותה מכוח חוק שירות המילואים. מועצת מקרקעי ישראל קיבלה (ביום 5.7.2010) את החלטה 1200 "הנחות בקרקע לחיילי מילואים", ולפיה חייל מילואים שזכה במכרז פומבי בקרקע למגורים בבנייה נמוכה, יוכל לזכות להנחה על ידי הפחתת התמורה ב-15%, ובלבד שגובה ההנחה לא יעלה על 50,000 ש"ח ושמדובר בהטבה בעבור יחידת דיוור אחת. העותרת טענה כי החלטה זו אינה כדין לנוכח מצוקת הדיוור ביפו. השופט עמית ציין כי באופן עקרוני אין מדובר בהפרה של החובה לנהוג בשוויון, בשל הנטל המוגבר על משרתי המילואים הפעילים והמחיר שהם משלמים בגינו. עם זאת הוא מצא בעייתיות בהטבה שניתנת במכרז פומבי, משום שבלב המכרז הפומבי עומדת באופן עקרוני המחויבות לשוויון הפורמלי בין המתחרים. השופט עמית ציין כי אכן, לכאורה, מדובר בהטבה הניתנת רק למי שכבר זכה במכרז, אך הלכה למעשה יוכל חייל המילואים לשקלל את הצעתו ולהזילה לאור ההנחה שהוא צפוי לקבל. אשר על כן ברמה המהותית נקודת הזינוק של חיילי המילואים במכרז טובה יותר מזו של אלה שלא שירתו בצבא.⁸⁶ השופט עמית, שאליו הצטרף המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין, ציין כי אין הכרח להכריע בדילמה בנסיבות המקרה, אך המליץ על מתן הטבות לחיילים בדרך אחרת ולא במכרזים עצמם, למשל בהטבות בהלוואות בתחום המשכנתה. השופט זילברטל הביע את דעתו כי מדובר בהטבה חיצונית למכרז, ומכל מקום נראה כי היא מותרת לאור החוק.

לעניות דעתי, גישתו של השופט זילברטל היא הגישה הראויה, ואיני סבור כי נפל פגם במכרז במתכונת שהוצגה לעיל. בבסיס הסתייגותו של השופט עמית מצויה העמדה כי לא ניתן לערוך הפרדה של ממש בין ההטבה שניתנת ליוצא השירות הצבאי לאחר שזכה במכרז ובין השיקולים שהוא שוקל בטרם הגשת ההצעה, ובכך הוא מקבל יתרון בעייתי בהליך המכרז, המחויב לשוויון פורמלי. ואולם, בסופו של דבר כל הטבה הניתנת לחיילים עשויה להקל עליהם בהגשת הצעות זולות יותר במכרזי דיוור שהם

85 (פורסם בנוב, 7.6.2012).

86 פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

משתתפים בהם. גם הצעתו של השופט עמית ליתן הטבות בהלוואות בתחום המשכנתה יש בה כדי לאפשר למקבלי ההטבות ליתן הצעות זולות יותר במכרזים שבהם ירצו להתמודד. כל הטבה כזו יוצרת פער ברמה המהותית בינם ובין אלה שאינם משרתים. ואולם סבורני כי כל עוד מדובר בהטבה מידתית שאינה עולה כדי תנאי סף לאכלוס ושאינה מונעת ממי שלא שירת בצבא או בשירות הלאומי את הנגישות למקרקעין המדוברים, הרי שמדובר בהתנהלות ראויה שאינה מפרה את דיני ההפליה התוצאתית.

4. שימוש בשיקול השירות בהתייחס לבני מיעוטים המשרתים בצבא

עד כה עמדתי על המקרה שבו נשקל לעשות שימוש בקריטריון השירות הצבאי באופן היוצר הדרה של לא יהודים על ידי הרוב. אך מה הדין שעה שמוקצית קרקע דווקא לבני המיעוטים בזכות שירותם הצבאי? המעיין בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, ימצא את תקנה 25(א24) המאפשרת למינהל מקרקעי ישראל להעניק בפטור ממכרז "זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים, למי שמשרתים או ששירתו בכוחות הביטחון שנתיים לפחות, לצורך בניה למגורים, לפי המלצת משרד הביטחון". בית המשפט העליון הכיר בלגיטימיות התקנה, שנועדה לגמול למשרתים בכוחות הביטחון על תרומתם ולהקל את הפגיעה הכלכלית הנגרמת להם בגין חוסר יכולתם להשתכר מעבר למשכורת הצבאית המשולמת להם במהלך שירותם.⁸⁷ עם זאת ציין השופט מלצר כי הפטור מהמכרז אמור להיות חריג ולא הכלל.⁸⁸

הפטור בא לידי ביטוי בחיי המעשה, וניתן למצוא דוגמאות להקצאת קרקעות שמיינהל מקרקעי ישראל שותף להן, ושבהן ניתנת עדיפות של ממש לבני המיעוטים המשרתים בכוחות הביטחון. התנהלות כזו נבחנה בעת"ם (מינהליים נצ') 201/09 שמסי נ' מנהל מקרקעי ישראל.⁸⁹ מקרה זה עניינו מכרז שערך מינהל מקרקעי ישראל בכפר קמא, אחד מכמה מכרזים שנערכו בכפרי הבדואים והצ'רקסים. תנאיו הראשוניים של

⁸⁷ ראו בפסק דינו של השופט מלצר בבג"ץ 11088/05 הייב נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סד(1) 463-464 (2010). באותה פרשה סירב בית המשפט באופן עקרוני "למתוח" את הפטור כך שתקום חובה להחילו גם לאלה ששירתו בצבא במשך פחות משנתיים, אף על פי שתקופת השירות נקבעה מטעמים שאינם תלויים בהם.

⁸⁸ שם, בעמ' 464.

⁸⁹ (פורסם בנוב, 20.12.2009).

המכרז העניקו עדיפות בהקצאת הקרקע לתושבי הכפר שמשרתים או שירתו בכוחות הביטחון שירות מלא. לאחר הגשת העתירה התקיים דיון אצל עורכי המכרז והוחלט לקבוע שלוש קבוצות הרשמה למכרז: נכים או אלמנות משרתי כוחות הביטחון (שלהם יוקצה מגרש אחד); משרתי כוחות הביטחון או יוצאיהם אשר שירתו שירות מלא, ומומלצי משרד הביטחון שהם מחוסרי דיור (שלהם יוקצו 15-16 מגרשים); תושבי המקום שהם מחוסרי דיור, שאינם נמנים עם שתי הקבוצות הראשונות (שלהם יוקצו שני מגרשים). על הכול היה מוסכם שבמקום שורת בעיה קשה של מחסור בהזדמנויות מגורים לתושבי הכפר. בבית המשפט התבררה עתירתם של המשתתפים לקבוצה השלישית, שטענו נגד התנאים הנותנים עדיפות לאלה ששירתו בכוחות הביטחון.

השופט מוניץ דחתה את העתירה. היא הצביעה על הוראות תקנה 25(א24) לתקנות המכרזים המאפשרות הקצאת קרקע אפילו ללא מכרז, בעוד שכאן נערך מכרז. בית המשפט קבע כי מתן העדפות כלכליות למי ששירתו בכוחות הביטחון הוא לגיטימי לחלוטין, ואין מדובר בהפליה פסולה. התכלית העומדת ביסוד הדברים היא רצון המדינה לעודד גיוס לצה"ל של אוכלוסיות שאינן משרתות בדרך כלל. מדובר באוכלוסייה שהשירות הצבאי מנע ממנה לעשות לביתה, ועל כן היא זכאית להתחשבות מצד המדינה. בית המשפט אף חייב את העותרים בתשלום של 20,000 ש"ח הוצאות. ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נמשך לאחר שהמשיבים הסכימו להפחית את ההוצאות המגיעות להם.⁹⁰

האם התוצאה בעניין שמסי ראויה? לדעתי, גישת בית המשפט לא התמודדה עד תום עם מורכבות הסוגיה. אכן, כפי שכבר צוין בחלק הקודם של המאמר, שיקול ההתחשבות במשרתים בצבא הוא שיקול חשוב וראוי, ואם כך באשר למשרתים בצבא באופן כללי, ודאי שכך באשר למשרתים בצבא בקרב קבוצת בני המיעוטים, הראויים לתגמול מיוחד. על רקע זה מעניין להצביע על השוני שבין תקנה 25(א24) לתקנות המכרזים, העוסקת במשרתי כוחות הביטחון מקרב בני המיעוטים, לבין תקנה 25(א24), העוסקת במשרתי כוחות הביטחון באופן כללי. בנוגע לאחרונים ניתן הפטור ממכרז ב"מיזם של בניית שכונת מגורים המתבצעת ביוזמת צבא הגנה לישראל ובאישור שר הבטחון". דרישה שכזו אינה מופיעה בתקנה 25(א24), ומכאן ניתן ללמוד שהיכולת לעשות שימוש בסעיף זה רחבה יותר מזו של קודמו.

⁹⁰ זו הייתה תוצאת קדם המשפט שניהלה השופטת חיות: ע"מ 3088/10 שמסי נ' מינהל מרקעי ישראל (פורסם באר"ש, 2.9.2010).

אם כך, מזווית הראייה של דיני השוויון קיים שוני רלוונטי בין בני המיעוטים המשרתים בצבא לבין אלה שאינם משרתים בצבא או בכוחות הביטחון. לדעתי, צדק בית המשפט בהכירו בשוני זה ובכך שיש חשיבות רבה לעודד את בני המיעוטים להשתלב בכוחות הביטחון. אלא שבית המשפט לא יישם את המבחן הדו-שלבי של דיני השוויון שעליו עמדה השופטת דורנר בעניין מילר.⁹¹ אין די לקבוע כי קיים שוני רלוונטי (השלב הראשון), אלא יש לבחון אם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין (השלב השני). בית המשפט הסתפק בבחינת עצם השימוש בקריטריון ולא בחן את היקף השימוש בו, את מידתיותו ואת סבירותו בנסיבות העניין. די בעיון מהיר בעובדות כדי לאתר את הקושי המזדקר לעין כול – מדובר ביישוב שמצוקת הדיור בו רבה, והנה מבין כ-19 מגרשים המוקצים למכרו, שניים מוקצים לאלה שלא שירתו בכוחות הביטחון וכל השאר לשאר האוכלוסייה. נתונים אלה מעלים באופן בולט לעין כי עוצמת ההדרה בנסיבות העניין היא רבה. ככל שאפקט ההדרה גבוה יותר, מוטל נטל כבד יותר להצדיקו. סבורני כי היה על בית המשפט, לכל הפחות, לדרוש נתונים נוספים כדי לראות אם תוצאה זו הכרחית ומידתית ואם אכן ניתן משקל מספיק למצוקת הדיור הכללית הקיימת במקום. שלב האיזון נעדר מניתוחו של בית המשפט, ולכן לא נראה לי כי התוצאה שהגיע אליה הייתה ראויה.

ד. סיכום

כדרכם, מזמנים החיים במדינת ישראל אתגרים קשים לא רק במישור הביטחוני אלא גם במישור החוקתי והערכי. הירידה במספרם של המשרתים בצבא מצדיקה את הגברת ההטבות הניתנות לאלה שכן משרתים, אך בה בעת, צו השעה בחוקתיות הישראלית הוא צמצום ההדרה מחמת זהות תרבותית, במיוחד כשעל הפרק עומדת הדרה מכוונת או תוצאתית של ערביי ישראל. התמודדות נאותה עם השסע היהודי-ערבי היא אחד התפקידים הראשונים במעלה של החוקתיות שלנו. על רקע זה יש לדחות באופן חד וברור את הקריאה הנשמעת במקומותינו לאפשר הדרה ישירה וכופה של ערביי ישראל ממקרקעי המדינה מחמת שיקולי ביטחון או פגיעה בסדר הציבורי. ככל שהדברים נוגעים לעידוד המשרתים בצבא, שהוא יעד לגיטימי בזכות עצמו, הרי שיש לאזן בינו לבין האפקט המדיר העומד על הפרק. כשמדובר בהקמת יישוב הנדרש מטעמים צבאיים, ניתן יהיה לשקול להדיר הדרה מלאה של ציבור הלא משרתים, אך לשם כך

⁹¹ לעיל ה"ש 11.

משפט וצבא 21(א) | התשע"ה
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת
ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיור או התחשבות מותרת?

צריך יהיה לוודא שאין מדובר בכסות לטעם הדרה פסול. שעה שמדובר במתן הטבות למשרתים, הרי ששיקול זה לא יצדיק הדרה מלאה של לא-משרתים. בכך ניתן יהיה להעניק תגמול ראוי ומידתי, ומאידך גיסא לא תישלל מאלה שאינם משרתים הנגישות לקרקע, שהיא אינטרס חיוני בכל חברה, ובמיוחד בחברה הישראלית.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

דבר העורכים

בגאווה לא מוסתרת אנו מבקשים להביא לעיונכם את גיליון מס' 21 (א) של כתב העת "משפט וצבא", כתב העת שמוציאה לאור הפרקליטות הצבאית. גיליון זה הוא למעשה יריית הפתיחה לחידוש פעילות כתב העת לאחר כמה שנים שבהן לא יצא לאור.

עם תחילת העבודה על גיליון זה התלבטנו רבות באשר לאופי התוצר הסופי שאנו מבקשים להפיק. האם יישא הגיליון אופי של ביטאון הפרקליטות הצבאית או שמא נבקש להעמידו בגאון לצד כתבי עת אקדמיים שמפיקים המוסדות האקדמיים להשכלה גבוהה בארץ ובעולם? אנו, צוות העורכים וקברניטי הפרקליטות הצבאית, סברנו כי אך ראוי שגוף בעל משקל סגולי נכבד כמו הפרקליטות הצבאית, יאחז באמתחתו כתב עת מקצועי בעל משקל, אשר יהיה אכסניה לשיח אקדמי בתחומים העומדים על סדר יומה של הפרקליטות הצבאית בשגרה ובחירום.

זה המקום לציין כי משך כל שנות קיומה עמדה הפרקליטות הצבאית בלב העשייה הציבורית, הן בשל מעמדו המרכזי של צבא ההגנה לישראל בחברה הישראלית והן בשל איכותה של עשייה זו במישור המשפטי בעתות שגרה ובתקופות חירום. מתוך הבנה כי מעמדה החשוב טומן בחובו אחריות לא מבוטלת, מקיימת הפרקליטות הצבאית שיח תמידי עם גורמים משפטיים ולבר משפטיים: צבאיים ואזרחיים, מדינתיים ובינלאומיים כאחד. השיח נושא פעמים רבות אופי מפרה ובמקרים אחרים משמש כר לביקורת.

כאמור, אנו רואים כתב עת זה כאכסניה לשיח אקדמי ענייני בין חוקרים אקדמיים, מקבלי החלטות בשירות הציבורי ושחקנים בשיח הציבורי בסוגיות משפטיות שיש להן זיקה לפעילות הצבאית. אכסניה זו, ראוי שתכלול מחקרים פנים מערכתיים וחוץ מערכתיים, ובגדר כך הושם הדגש אף על פרסום מחקרים פרי עטם של משפטני הפרקליטות הצבאית העוסקים במלאכת המשפט הצבאי בשגרת יומם.

חידוש פעילותו של כתב העת הוביל אותנו להרהורים נוספים על הנושאים שבהם יעסוק כתב העת. לאחר סקירת מכלול העניינים שבהם עוסקת הפרקליטות הצבאית כיום, הגענו לכלל החלטה כי כתב עת זה במתכונתו הנוכחית יעסוק בנושאים הנוגעים ל"משפט וצבא" במובן הרחב. עוד סברנו כי בשל העמימות הקיימת בדבר הגבול בין נושאים משפטיים לנושאים חברתיים בעלי היבטים משפטיים, נכון יהיה לייסד בכתב

העת מדור בשם "הרהורים על משפט ו...". מדור זה יעסוק בנושאים בעלי זיקה משפטית מנקודת מבטו של תחום לבר משפטי. אנו סבורים, כי מתן במה לכתיבה חוץ משפטית בסוגיות בעלות נופך משפטי, יש בה כדי לפתוח בעבור המשפטן צוהר לעולמות תוכן אחרים אשר החשיפה אליהם עשויה לשפר את תפיסת עולמו המקצועית.

נאמנים לתפיסת העולם המוצגת לעיל קיבצנו בגיליון המובא בפניכם שורה של מאמרים מגוונים בנושאים פרי עטם של אנשי מקצוע מתחום המשפט ומתחומים הנושקים למשפט.

את הגיליון פותחת רשימתו של האלוף דן עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, "הצבא בצבת המשפט?". ברשימה זאת, שמבוססת על הרצאה שנשא בכנס העמותה למשפט ציבורי, מתייחס הפרקליט הצבאי הראשי לביקורת אשר הושמעה נגד צה"ל בנוגע להיבטים המשפטיים של הפעילות הצבאית במבצע "צוק איתן".

המאמר הראשון בחוברת הוא מאמרו של פרופ' יצחק זמיר, שופט (בדימוס) בית המשפט העליון. המאמר עוסק בשאלה משפטית חשובה מתחום המשפט המנהלי, שאלת הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות בדרך של דיון מקורי. במאמרו, מתחקה פרופ' זמיר אחר הנושאים בהם חורג בית המשפט מדפוס הביקורת השיפוטית הרגילה למתכונת של דיון מקורי, ומתווה את קווי המתאר להפעלת הביקורת במתכונת זו.

מאמר זה, מוקדש לכבודה של שופטת (בדימוס) בית המשפט העליון אילה פרוקצ'יה. מערכת כתב העת מבקשת להצטרף למילותיו החמות של פרופ' זמיר ביחס לשופטת (בדימוס) פרוקצ'יה ומברכת על ההזדמנות שניתנה לה להביע את הערכתה הרבה לתרומתה של ד"ר פרוקצ'יה לפיתוח המשפט הישראלי על כלל ענפיו לרבות המשפט בסוגיות בטחון.

המאמר השני בחוברת הוא מאמרו של ד"ר גרשון גונטובניק, מרצה למשפט חוקתי ומנהלי במרכז האקדמי כרמל ושותף במשרד עורכי הדין 'וינרוט ושות'. מאמר זה, המוכתר בכותרת "הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?", עוסק בסוגיה חברתית רגישה: משקלם של שיקולי ביטחון בהקצאת קרקעות מצד המדינה. המאמר מבקש לבחון אם ניתן להצדיק הדרה של אזרחים ערבים מחמת זהות תרבותית או לאומית, ובאותו הקשר עד כמה ניתן להעדיף יוצאי צבא בהקצאת קרקעות מטעם המדינה.

המאמר השלישי עוסק בהיבט אחר של יחסי צבא חברה, הלא הוא הצנזורה הצבאית. מאמר זה, הנושא את השם "הצנזורה בישראל – התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקית לנורמה הנוהגת בישראל" נכתב על ידי הצנזורת הצבאית הראשית המכהנת, תא"ל סימה וואקנין-גיל. המאמר מתמודד עם השאלה מהם מקומה, מעמדה ותפקידה של הצנזורה בישראל בימינו. המחברת סוקרת את ההסדרים המשפטיים שעומדים בבסיס פעילות הצנזורה בישראל, מציגה את מודל פעילותה של הצנזורה מנקודת מבטה של העומדת בראשה, ולבסוף מבקשת להציע דגם חלופי המבקש לשפר את תפקידה של הצנזורה הצבאית ולהתאימה לרוח התקופה.

המאמר הרביעי הוא פרי עטו של פרופ' משה נגבי, פרשנה המשפטי של "קול ישראל" ומרצה בסוגיות של ביטחון, דמוקרטיה ומשפט במחלקה לתקשורת ולעיתונאות באוניברסיטה העברית. במאמרו "גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת 'צוק איתן'" מטיח נגבי ביקורת נוקבת בצמרת מערכות התקשורת בישראל אשר בחרו לסקר את מבצע "צוק איתן" באופן מגמתי ומסולף, לשיטתו, בשל שיקולי רייטינג ורווח כלכלי או אחר של מעסיקיהם. בכך, טוען המחבר, הן מעלו בתפקידן ופגעו פגיעה קשה בזכות הציבור לדעת.

המאמר החמישי בחוברת הוא מאמרה של סא"ל תמר תבורי, סגנית ראש מחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית והיועצת המשפטית לחיל הרפואה. במאמרה "הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות" סוקרת המחברת את מבחני הכשירות הרפואית בצבא ואת מידת התאמתם לעידן המעלה על נס את שילובם של אנשים עם מוגבלויות במרחב הציבורי. במאמר נבחנים השינויים והמגמות בתחום זה, ובסופו מוצע דגם לגיבוש מבחני כשירות חדשים לשירות צבאי המותאמים לשילוב אנשים עם מוגבלויות.

המאמר השישי עוסק אף הוא בנושא רגיש: "כבוד המת במשפט הבין-לאומי". מאמר זה – אותו כתב רס"ן ניר שני, כיום סגן פרקליט מרכז וחיל האוויר – מבקש לבחון את ההסדרים הנוגעים לכבוד המת במשפט הבין-לאומי ובדין הישראלי. במאמר סוקר המחבר את התפתחות דיני המלחמה והתפיסה הלוחמתית כמו גם את ההתפתחויות בדיני זכויות אדם בסוגיה זאת ובוחר את אופן ההסדרה הראוי שלה.

את מדור סקירת הספרות בחרנו לייחד בגליון זה לביקורת על ספרם של פרופ' עמיחי כהן, דיקן הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, ופרופ' סטיארט כהן מהמחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת בר אילן, "יורים ושופטים – ביטחון ומשפט

בישראל". את הסקירה כתב אל"ם (מיל') לירון א' ליבמן, לשעבר התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית.

גיליון זה ננעל במאמרו של פרופ' יגיל לוי, "צבא העם' נגד גיוס החובה", מאמר לבר משפטי הזוכה לפרסום במדור "הרהורים על משפט ו....". במאמרו, טוען פרופ' לוי, חבר סגל בכיר באוניברסיטה הפתוחה ויושב ראש קבוצת המחקר האירופית לצבא וחברה, כי השחיקה במעמד הצבא היא הגורם לערעור בסיס הלגיטימיות של דגם גיוס החובה. המחבר מתאר את התמורות שחלות בצבא מדגם גיוס החובה לצבא התנדבותי על בסיס גיוס בררני, דבר אשר יוביל, לשיטתו, לקריסת דגם גיוס החובה בערבו של יום.

אנו מקווים כי תמצאו את הגיליון מעניין ומועיל ותפיקו הנאה אינטלקטואלית ותועלת אקדמית מעיון במאמרים המפורסמים בו וכי העיסוק בסוגיות המועלות במאמרים אלה יהיה בסיס לשיח פורה ולמחקרי המשך בסוגיות אלה.

נבקש להודות לקברניטי הפרקליטות הצבאית ובית הספר למשפט צבאי, אשר העניקו לנו את התשתית המנהלית המתאימה לשם הפקת כתב העת ונתנו מרחב פעולה מלא בעיצוב כלל היבטיו של הגיליון המונח בפניכם.

לימור לוי-ברדה,
סרן

יוסי זויטיא,
סרן (מיל')

אופירה אלקבץ רוטשטיין,
רס"ן

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

דבר העורכים

בגאווה לא מוסתרת אנו מבקשים להביא לעיונכם את גיליון מס' 21 (א) של כתב העת "משפט וצבא", כתב העת שמוציאה לאור הפרקליטות הצבאית. גיליון זה הוא למעשה יריית הפתיחה לחידוש פעילות כתב העת לאחר כמה שנים שבהן לא יצא לאור.

עם תחילת העבודה על גיליון זה התלבטנו רבות באשר לאופי התוצר הסופי שאנו מבקשים להפיק. האם יישא הגיליון אופי של ביטאון הפרקליטות הצבאית או שמא נבקש להעמידו בגאון לצד כתבי עת אקדמיים שמפיקים המוסדות האקדמיים להשכלה גבוהה בארץ ובעולם? אנו, צוות העורכים וקברניטי הפרקליטות הצבאית, סברנו כי אך ראוי שגוף בעל משקל סגולי נכבד כמו הפרקליטות הצבאית, יאחז באמתחתו כתב עת מקצועי בעל משקל, אשר יהיה אכסניה לשיח אקדמי בתחומים העומדים על סדר יומה של הפרקליטות הצבאית בשגרה ובחירום.

זה המקום לציין כי משך כל שנות קיומה עמדה הפרקליטות הצבאית בלב העשייה הציבורית, הן בשל מעמדו המרכזי של צבא ההגנה לישראל בחברה הישראלית והן בשל איכותה של עשייה זו במישור המשפטי בעתות שגרה ובתקופות חירום. מתוך הבנה כי מעמדה החשוב טומן בחובו אחריות לא מבוטלת, מקיימת הפרקליטות הצבאית שיח תמידי עם גורמים משפטיים ולבר משפטיים: צבאיים ואזרחיים, מדינתיים ובינלאומיים כאחד. השיח נושא פעמים רבות אופי מפרה ובמקרים אחרים משמש כר לביקורת.

כאמור, אנו רואים כתב עת זה כאכסניה לשיח אקדמי ענייני בין חוקרים אקדמיים, מקבלי החלטות בשירות הציבורי ושחקנים בשיח הציבורי בסוגיות משפטיות שיש להן זיקה לפעילות הצבאית. אכסניה זו, ראוי שתכלול מחקרים פנים מערכתיים וחוץ מערכתיים, ובגדר כך הושם הדגש אף על פרסום מחקרים פרי עטם של משפטני הפרקליטות הצבאית העוסקים במלאכת המשפט הצבאי בשגרת יומם.

חידוש פעילותו של כתב העת הוביל אותנו להרהורים נוספים על הנושאים שבהם יעסוק כתב העת. לאחר סקירת מכלול העניינים שבהם עוסקת הפרקליטות הצבאית כיום, הגענו לכלל החלטה כי כתב עת זה במתכונתו הנוכחית יעסוק בנושאים הנוגעים ל"משפט וצבא" במובן הרחב. עוד סברנו כי בשל העמימות הקיימת בדבר הגבול בין נושאים משפטיים לנושאים חברתיים בעלי היבטים משפטיים, נכון יהיה לייסד בכתב

העת מדור בשם "הרהורים על משפט ו...". מדור זה יעסוק בנושאים בעלי זיקה משפטית מנקודת מבטו של תחום לבר משפטי. אנו סבורים, כי מתן במה לכתיבה חוץ משפטית בסוגיות בעלות נופך משפטי, יש בה כדי לפתוח בעבור המשפטן צוהר לעולמות תוכן אחרים אשר החשיפה אליהם עשויה לשפר את תפיסת עולמו המקצועית.

נאמנים לתפיסת העולם המוצגת לעיל קיבצנו בגיליון המובא בפניכם שורה של מאמרים מגוונים בנושאים פרי עטם של אנשי מקצוע מתחום המשפט ומתחומים הנושקים למשפט.

את הגיליון פותחת רשימתו של האלוף דן עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, "הצבא בצבת המשפט?". ברשימה זאת, שמבוססת על הרצאה שנשא בכנס העמותה למשפט ציבורי, מתייחס הפרקליט הצבאי הראשי לביקורת אשר הושמעה נגד צה"ל בנוגע להיבטים המשפטיים של הפעילות הצבאית במבצע "צוק איתן".

המאמר הראשון בחוברת הוא מאמרו של פרופ' יצחק זמיר, שופט (בדימוס) בית המשפט העליון. המאמר עוסק בשאלה משפטית חשובה מתחום המשפט המנהלי, שאלת הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות בדרך של דיון מקורי. במאמרו, מתחקה פרופ' זמיר אחר הנושאים בהם חורג בית המשפט מדפוס הביקורת השיפוטית הרגילה למתכונת של דיון מקורי, ומתווה את קווי המתאר להפעלת הביקורת במתכונת זו.

מאמר זה, מוקדש לכבודה של שופטת (בדימוס) בית המשפט העליון אילה פרוקצ'יה. מערכת כתב העת מבקשת להצטרף למילותיו החמות של פרופ' זמיר ביחס לשופטת (בדימוס) פרוקצ'יה ומברכת על ההזדמנות שניתנה לה להביע את הערכתה הרבה לתרומתה של ד"ר פרוקצ'יה לפיתוח המשפט הישראלי על כלל ענפיו לרבות המשפט בסוגיות בטחון.

המאמר השני בחוברת הוא מאמרו של ד"ר גרשון גונטובניק, מרצה למשפט חוקתי ומנהלי במרכז האקדמי כרמל ושותף במשרד עורכי הדין 'וינרוט ושות'. מאמר זה, המוכתר בכותרת "הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?", עוסק בסוגיה חברתית רגישה: משקלם של שיקולי ביטחון בהקצאת קרקעות מצד המדינה. המאמר מבקש לבחון אם ניתן להצדיק הדרה של אזרחים ערבים מחמת זהות תרבותית או לאומית, ובאותו הקשר עד כמה ניתן להעדיף יוצאי צבא בהקצאת קרקעות מטעם המדינה.

המאמר השלישי עוסק בהיבט אחר של יחסי צבא חברה, הלא הוא הצנזורה הצבאית. מאמר זה, הנושא את השם "הצנזורה בישראל – התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקית לנורמה הנוהגת בישראל" נכתב על ידי הצנזורת הצבאית הראשית המכהנת, תא"ל סימה וואקנין-גיל. המאמר מתמודד עם השאלה מהם מקומה, מעמדה ותפקידה של הצנזורה בישראל בימינו. המחברת סוקרת את ההסדרים המשפטיים שעומדים בבסיס פעילות הצנזורה בישראל, מציגה את מודל פעילותה של הצנזורה מנקודת מבטה של העומדת בראשה, ולבסוף מבקשת להציע דגם חלופי המבקש לשפר את תפקידה של הצנזורה הצבאית ולהתאימה לרוח התקופה.

המאמר הרביעי הוא פרי עטו של פרופ' משה נגבי, פרשנה המשפטי של "קול ישראל" ומרצה בסוגיות של ביטחון, דמוקרטיה ומשפט במחלקה לתקשורת ולעיתונאות באוניברסיטה העברית. במאמרו "גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת 'צוק איתן'" מטיח נגבי ביקורת נוקבת בצמרת מערכות התקשורת בישראל אשר בחרו לסקר את מבצע "צוק איתן" באופן מגמתי ומסולף, לשיטתו, בשל שיקולי רייטינג ורווח כלכלי או אחר של מעסיקיהם. בכך, טוען המחבר, הן מעלו בתפקידן ופגעו פגיעה קשה בזכות הציבור לדעת.

המאמר החמישי בחוברת הוא מאמרה של סא"ל תמר תבורי, סגנית ראש מחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית והיועצת המשפטית לחיל הרפואה. במאמרה "הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות" סוקרת המחברת את מבחני הכשירות הרפואית בצבא ואת מידת התאמתם לעידן המעלה על נס את שילובם של אנשים עם מוגבלויות במרחב הציבורי. במאמר נבחנים השינויים והמגמות בתחום זה, ובסופו מוצע דגם לגיבוש מבחני כשירות חדשים לשירות צבאי המותאמים לשילוב אנשים עם מוגבלויות.

המאמר השישי עוסק אף הוא בנושא רגיש: "כבוד המת במשפט הבין-לאומי". מאמר זה – אותו כתב רס"ן ניר שני, כיום סגן פרקליט מרכז וחיל האוויר – מבקש לבחון את ההסדרים הנוגעים לכבוד המת במשפט הבין-לאומי ובדין הישראלי. במאמר סוקר המחבר את התפתחות דיני המלחמה והתפיסה הלוחמתית כמו גם את ההתפתחויות בדיני זכויות אדם בסוגיה זאת ובוחר את אופן ההסדרה הראוי שלה.

את מדור סקירת הספרות בחרנו לייחד בגליון זה לביקורת על ספרם של פרופ' עמיחי כהן, דיקן הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, ופרופ' סטיארט כהן מהמחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת בר אילן, "יורים ושופטים – ביטחון ומשפט

בישראל". את הסקירה כתב אל"ם (מיל') לירון א' ליבמן, לשעבר התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית.

גיליון זה ננעל במאמרו של פרופ' יגיל לוי, "צבא העם' נגד גיוס החובה", מאמר לבר משפטי הזוכה לפרסום במדור "הרהורים על משפט ו....". במאמרו, טוען פרופ' לוי, חבר סגל בכיר באוניברסיטה הפתוחה ויושב ראש קבוצת המחקר האירופית לצבא וחברה, כי השחיקה במעמד הצבא היא הגורם לערעור בסיס הלגיטימיות של דגם גיוס החובה. המחבר מתאר את התמורות שחלות בצבא מדגם גיוס החובה לצבא התנדבותי על בסיס גיוס בררני, דבר אשר יוביל, לשיטתו, לקריסת דגם גיוס החובה בערבו של יום.

אנו מקווים כי תמצאו את הגיליון מעניין ומועיל ותפיקו הנאה אינטלקטואלית ותועלת אקדמית מעיון במאמרים המפורסמים בו וכי העיסוק בסוגיות המועלות במאמרים אלה יהיה בסיס לשיח פורה ולמחקרי המשך בסוגיות אלה.

נבקש להודות לקברניטי הפרקליטות הצבאית ובית הספר למשפט צבאי, אשר העניקו לנו את התשתית המנהלית המתאימה לשם הפקת כתב העת ונתנו מרחב פעולה מלא בעיצוב כלל היבטיו של הגיליון המונח בפניכם.

לימור לוי-ברדה,
סרן

יוסי זויטיא,
סרן (מיל')

אופירה אלקבץ רוטשטיין,
רס"ן

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

הצבא בצבת המשפט?

דן עפרוני*

בשלושה באוגוסט 2014, ביום שבו הושלם התמרון הקרקעי ברצועת עזה, התפרסמה באתר של עיתון "מעריב" כתבה שכותרתה השאלה "האם ייעוץ משפטי בלחימה מסכן חיי לוחמים?".¹ בכתבה הוזכרו שני אירועים שבהם הנחיות של יועץ משפטי עלום שם פגעו לכאורה בפעילות צה"ל עד כדי סיכון חיילינו. בעקבות הכתבה ודומות לה פורסם בתקשורת על פתיחת "קווים חמים", וחיילים הוזמנו לדווח על כל מקרה שבו ניתן להם ייעוץ משפטי מגביל. כן חולקו לחיילי צה"ל בחזית כרוזים ובהם הצעות למתן שירותי הגנה משפטית ואזהרות מפני אנשי הפרקליטות הצבאית והמשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח) הנושפים בעורפם.

כשהתרחשות זו ברקע, שבה ועולה השאלה אם חרף האתגרים הייחודיים שמציבה הלחימה ברצועת עזה, היועצים המשפטיים הם אכן "מגבילי כוח". ובמילים אחרות, האם הצבא נתון בצבת המשפט?

ניתן להשיב מיד ולומר שכללי המשפט הבינלאומי מצרים את מרחב הפעולה המבצעי ומטילים על המפקדים מגבלות ורסנים הפוגעים ביכולת להכריע את האויב בשדה הקרב, ושלעתים אף עשויים לשלול אותה מהם. עמדה זו הייתה מוחשית פחות בעבר כשהמלחמות התנהלו בין צבאות של מדינות, הרחק מאוכלוסייה אזרחית, בלי תקשורת ואינטרנט וללא ועדות בדיקה וחקירה בינלאומיות. בעימותים האלה לנתוני הסטטיסטיקה הצבאית – כמה כבשנו? כמה אנשים ואמל"ח השמדנו? – הייתה חשיבות מכרעת. הם היו המדד העיקרי להכרעת האויב ולתשובה לשאלה מי ניצח במלחמה. בסוגי העימותים המזוינים שאנו מנהלים מאז מלחמת לבנון הראשונה, יש

* הרשימה מבוססת על הרצאה שהועברה בתאריך 2.1.2015 על ידי האלוף דן עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, בכנס השנתי לשנת 2015 של העמותה למשפט ציבורי בנושא "המשפט הציבורי בעין הסערה".

¹ יעל פרידסון, www.nrg.co.il/online/1/ART2/603/944.html

עדיין חשיבות להישגים האלה בקרב, אך הם כבר אינם חזות הכול. אין בהם לבדם כדי ללמד על הכרעת האויב או על ניצחון במערכה.

המציאות היום שונה בתכלית השינוי מזו שהייתה אך לפני עשור או שניים. מעבר לשדה הקרב נפרסת המערכה הצבאית על פני כמה זירות לחימה נוספות – הזירה התקשורתית, הזירה המדינית וכמובן הזירה המשפטית. מדוע **במציאות החדשה שנוצרה בוחרות מדינות לציית לדיני המלחמה?** שאלה זו העסיקה רבים לאורך השנים, ובחלוקה גסה אפשר להצביע על שתי גישות עיקריות.

הגישה הראשונה היא הגישה האינסטרומנטלית – מדינות מציתות לדין הבינלאומי כשהדבר מתיישב עם האינטרסים שלהן. כך, למשל, למדינה יהיה אינטרס לקיים את דיני הלחימה אם הפרתם תוביל לנקיטת סנקציות בינלאומיות – אזרחיות או פליליות – נגדה או נגד נתיניה. למדינה אף יהיה אינטרס לפעול בהתאם לדיני הלחימה (דיני השימוש בכוח, jus ad bellum, ודיני הפעלת הכוח, jus in bello) אם הפרתם תפגע בלגיטימציה הבינלאומית למהלכיה ותביא לצמצום חופש הפעולה המבצעי של כוחותיה.²

הגישה הזו מלמדת, בין השאר, כי המלחמה בשדה הקרב המודרני אינה מסתיימת בשוך האש. במקביל לה, ובייחוד לאחריה, מתנהלת המלחמה בזירה המשפטית והמדינית. זוהי לוחמת המשפט והלגיטימציה.

כיום יש הסכמה רחבה לכך שאין מדובר בספיח חסר חשיבות נוסף של הלחימה באש, אלא בנדבך בעל חשיבות רבה למערכה במובנה הרחב. דוגמה אחת לכך היא כוחה של לוחמת המשפט והלגיטימציה להשפיע על "שעון החול המדיני", ובאופן ישיר על משך הלחימה באש. דהיינו, מה יהיה משך הזמן שהקהילה הבינלאומית תותיר לישראל, וממילא לצה"ל, לפני שתתערב ותמנע ממנו את האפשרות להשלים את משימותיו? כך היה אמנם גם בעבר, למשל במלחמת ששת הימים ובמלחמת יום כיפור, אולם אז הודגש בעיקר אך עצם השימוש בכוח (jus ad bellum) – אם הייתה זו מלחמת מנע ואם ניתן גם להצדיקה במישור הדין הבינלאומי.

בעת החדשה, ובייחוד ממלחמת לבנון השנייה ועד כה, הדגש הוא בשני התחומים, גם השימוש בכוח וגם אופן הפעלתו (jus in bello). לבחינת התנהלות המדינה וצבאה

² לניתוחים ריאליסטיים ואינסטרומנטליים שכאלה ראו Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (2006); Andrew T. Guzman, *A Compliance-Based Theory of International Law*, 90 CALIF. L. REV. 1823 (2002).

לאורם של דיני הלחימה תהיה השפעה מכרעת על משך הלחימה ועל זיהויו בזירה הבינלאומית של הצד הצודק כמי שניצח במערכה, גם אם בפועל הישגיו בשדה הקרב לא היו חד משמעיים.

כל אלו מובילים למסקנה כי המשפט והלגיטימציה אינם עוד בגדר אילוץ חיצוני וחסר חשיבות, כזה שאפשר להתעלם ממנו ללא השלכות על המערכה. נהפוך הוא, המשפט הוא חלק אינטגרלי וחשוב בלחימה בשדה הקרב המודרני. המשפט עשוי להיות אילוץ או יתרון בשדה הקרב, והוא עשוי גם להיות כלי נשק בעל עוצמה בזירה המדינית-משפטית המתנהלת במקביל. האויבים שעמם צה"ל מתמודד – חמאס בדרום וחיזבאללה בצפון – לומדים היטב את מרכיבי המערכה המודרנית, לרבות מרכיבי המשפט, ועושים בהם שימוש פסול וציני.

המחשה לכך ניתן לראות במדריך הלחימה העירונית של החמאס שנתפס על ידי הכוחות במבצע "צוק איתן". המדריך פירט את היתרונות הצבאיים הגלומים בירי מתוככי השטח העירוני ובסמיכות למתקנים רגישים, דוגמת מתקני או"ם ורפואה. המדריך מלמד כי החמאס רואה את התמונה באופן הבא:

מצד אחד, אם צה"ל יתקוף וייפגעו בלתי מעורבים או מתקנים רגישים, החמאס ירשום הישג ניכר בשדה המשפט והלגיטימציה – הביקורת המיידית שתישמע מפיהם של דוברים בולטים של הקהילה הבינלאומית תשפיע על מקבלי ההחלטות בישראל ותצמצם את חופש הפעולה המבצעי של צה"ל. בסיום הלחימה יהיו מדינת ישראל וצה"ל נתונים בלחימה אינטנסיבית של משפט, בדיקות וחקירות של גופים בינלאומיים, ויישמעו קריאות להעמיד לדין מדינאים ומפקדים בגין אחריותם הישירה להפרות הדין.

מהצד השני, אם צה"ל יירטע מהאיומים הללו ויימנע מתקיפה, החמאס יצליח לנצל את אוכלוסייתו כאפוד מגן שיאפשר לו להמשיך ביתר ביטחון בפעילות הלחימה נגד לוחמי צה"ל ואזרחי ישראל.

שיטת הפעולה הזו של החמאס היא בגדר "מארב משפטי" או "מארב לגיטימציה". השילוב בין המונח הצבאי – מארב – למונחים לגיטימציה ומשפט ממחיש את הזיקה ההדוקה ביניהם. צה"ל מודע היטב לדפוס הפעולה הזה של החמאס ואינו חוסך משאבים ומאמצים כדי לקיים את עקרון ההבחנה בויהוין של מטרות חוקיות לתקיפה. הוא נוקט צעדי זהירות כדי למזער ככל הניתן את היקף הנזק האגבי לאוכלוסייה האזרחית. למול מאמצים אלה משקיע החמאס משאבים ומאמצים בכיוון

ההפוך, היינו להקשות על צה"ל את היכולת להבחין ולמקד את תקיפותיו במטרות חוקיות בלבד, ואף למנוע אותה.

שיטת הפעולה של ארגון החמאס מנוגדת לדין הבינלאומי ומעלה את השאלה מדוע אנו משחקים לידי החמאס ומצייתים לחוק שהוא מפר ברגל גסה. האם התועלת הצפויה לנו במישור המשפט והלגיטימציה מצדיקה את הציות ואת המחיר המבצעי הכרוך בכך? שאלה זו מובילה לגישה השנייה המסבירה את הציות לחוק הבינלאומי, היא הגישה הערכית. לפי גישה זו, מדינות מצייתות לדיני הלחימה לא משיקולים תועלתניים, אלא כי הם מבטאים ערכים ותפיסות עולם התואמות את עולם הערכים של אותן מדינות.³

כמי שעמד בראש מערכת המשפט הצבאית במבצע "עמוד ענן" ובמבצע "צוק איתן", אדגיש כי צה"ל מחויב לדיני הלחימה בראש ובראשונה בשל העובדה שהציות מגשים את הערך של שלטון החוק. החוק מכיל בתוכו ערכים ותפיסות אשר ממילא הם חלק מהעולם הערכי הפנימי של כל מפקד וחייל בצה"ל.

בשנת 1982 הייתי קצין צעיר בחיל המודיעין. השתתפתי במלחמת לבנון הראשונה, שבה ניצב צה"ל בפני האתגרים שמציבה הלחימה בשטח בנוי ובתוך אוכלוסייה אזרחית. לא הכרתי אז את עקרונות דיני המלחמה, לא שמעתי על עקרונות ההבחנה והמידתיות ולא על ההגנה המיוחדת שיש למתקנים רפואיים. למרות זאת היה ברור שיש להימנע מפגיעה בבלתי מעורבים, ושנדרש צורך צבאי ממשי כדי לתקוף מרפאה או מסגד ואפילו "בית טהרת המתים". צה"ל ציית אז, כמו עכשיו, לכללים הנגזרים מהקוד הערכי והמוסרי של כל המשרתים בצה"ל, קוד שבבסיסו ערכים כמו טוהר הנשק וקדושת החיים. המצפן המוסרי של מפקדי צה"ל תואם ממילא את דיני הלחימה. האתגר נותר באותם המקרים שדיני הלחימה נותרו מאחור ואין הם נותנים מענה שלם לחלק מהאתגרים שמציבה זירת הלחימה המודרנית.

הדברים מובילים אותי למסקנה כי צה"ל תוקף רק מטרות צבאיות לא בגלל עקרון ההבחנה, אלא משום שהוא מקפיד על טוהר הנשק. צה"ל עושה מאמצים כבירים כדי לצמצם את הפגיעה בבלתי מעורבים לא בגלל המידתיות, אלא בגלל ערך חיי אדם.

³ לגישות המסבירות נטילה של התחייבויות בינלאומיות וציות להן בשל הזדהות ערכית THOMAS M. FRANCK, *THE POWER OF LEGITIMACY AMONG NATIONS* (1990); ראו Lea Brilmayer, *From 'Contract' to 'Pledge': The Structure of International Human Rights Agreements*, 77 BRIT. Y.B. INT'L L. 163 (2007).

פעמים רבות הערכים של צה"ל מחמירים יותר מכללי המשפט הבינלאומי. זו הסיבה לכך שבמבצע האחרון ובאלו שלפניו נמנעו מפקדים, למשל, מתקיפת מטרות הגם שלא הייתה מניעה משפטית לתקוף אותן.

פעילותנו בתחום האכיפה היא דוגמה נוספת לכך. כבר במהלך המבצע הורה הרמטכ"ל על הקמתו של מנגנון הבירור המטכ"לי. המנגנון שהוקם מיישם במלואה את המלצת ועדת טירקל שבחנה את מנגנוני הבדיקה והחקירה של צה"ל. בראש המנגנון עומד אלוף בצה"ל, ותחתיו פועלים כמה צוותי בירור. המנגנון מברר את העובדות ואוסף מידע באשר לאירועי "צוק איתן" במטרה להניח בפני הפצ"ר תשתית עובדתית רחבה שתאפשר לקבל החלטה מושכלת ומבוססת בעניין אכיפה. המנגנון בדק עד כה עשרות מקרים, ועל בסיס ממצאיו כבר קיבלתי החלטות בכמה אירועים. הקמת המנגנון תוך כדי הלחימה, מינוי אלוף לעמוד בראשו והעבודה המאומצת שלו בחודשים האחרונים, כולם ביטוי למחויבות של צה"ל לבחון את פעילותו המבצעית, לבדוק אותה ואם נדרש – גם לחקור אותה. מדוע זו התפיסה של צה"ל? מה הבסיס למחויבות הזאת כאשר ברור לכול כי לקרוא למיטב בנינו שסיכנו את חייהם, לחדרי החקירות הוא צעד קשה, מורכב שזוכה לביקורת, בתוך צה"ל ומחוץ לו, ושיש לו מחיר?

גם בנושא זה נשמעו קולות שלפיהם אין כוונה לערוך בדיקה אמיתית ולנקוט צעדים נגד מי שחרג מההוראות ושפעל בצורה פסולה, והכול נעשה למראית עין במטרה להבטיח חסינות מפני העמדה לדין בבית הדין הפלילי.

אין זה המצב. אנחנו בודקים וחוקרים הפרות של דיני הלחימה כי מי שהפר אותם הפר למעשה גם את הערכים והנורמות של צה"ל; כי מי שהפר את דיני הלחימה, ככלל הפר גם את הפקודות וההוראות הצבאיות המעגנות בתוכן את ערכי הלחימה של צה"ל. זו משימה קשה, ולפעילות האכיפה יש מחיר, אפילו כבד. אולם זו משימה הכרחית שהיא ביטוי נוסף לכך שאנו מחויבים גם לדין הבינלאומי לא כי אנו חוששים מביקורת חיצונית, אלא כי הוא תואם לערכים שמנחים את צה"ל בחירום ובשגרה.

אינני מתעלם מתוצרי הלוואי החיוביים של פעילות האכיפה במישור הלגיטימציה. ברור כי המצב הייחודי של מדינת ישראל ומעמדה בזירה הבינלאומית מחייבים אותנו להשתמש לעתים בכלי הבדיקה והחקירה כדי להדוף טענות שקריות המופנות נגדנו. אבל לא זו תכלית החקירה, ויש להיזהר מהיפוך היוצרות – מהפיכת החקירה לכלי הסברתי שעלול לייצר אפקט תדמיתי הפוך, של צבא שכל פעולותיו "חשודות".

בשל כל אלה ההסתכלות על המשפט כעל "צבת" חיצוני הלופת את צה"ל והמחייב אותו לפעול בניגוד לתפיסת עולמו – מעוותת. המשפט הוא רכיב מובנה בשדה הקרב המודרני. דיני הלחימה הם מעין צילום של השרטוט הצה"לי את גבולות המותר והאסור בלחימה, ולאורם ממילא היינו פועלים, גם בעולם ללא משפט בינלאומי. אל לנו להסתכל בביקורתיות על המחויבות של צה"ל לדיני הלחימה, אלא להיות גאים בה. עלינו להדגיש בכל הזדמנות שגם כאשר האויב מתפרק מהדין ומהמוסר, אנו נותרים נאמנים למצפן המוסרי שלנו. זהו מקור עוצמתנו, כפי שביטא זאת באופן מצוין הנשיא אהרן ברק בפרשת אלמדני:

האמירה כי 'כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות' אינה נכונה. אמרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית...

...

הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו ... אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור.⁴

לפני סיום, חשוב גם לזכור כי פעמים רבות דווקא המשפט, שעומד במרכז של הביקורת, הוא כלי יעיל להתמודדות עם הטענות נגדנו. דוגמה מצוינת לכך היא הטענה שהמספר הכולל של אזרחים שנהרגו כתוצאה מתקיפות צה"ל מעיד במקרה הטוב על אי עמידה בעקרון המידתיות, ובמקרה הרע על מדיניות מכוונת לפגיעה בבלתי מעורבים. הטענה, כך מתברר, שובת לב בהקשרי לגיטימציה. קשה אף להתמודד עמה בכלים תקשורתיים שכן מראות ההרס ברצועת עזה מותירים רושם עמוק הרבה יותר

⁴ בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34-35 (2002).

מנזקי הטילים במדינת ישראל, תודות למערכת "כיפת ברזל". אולם במקרה הזה המשפט הבינלאומי עומד לצדנו, שכן כל מטרה ומטרה עומדת בפני עצמה, ובכל מקרה יש לבחון את סבירות החלטת המפקד על פי המידע שהיה ברשותו בזמן התקיפה, ולא בדיעבד. במקרה הזה, שממחיש שוב את הפער הקיים בין החוקי לבין הלגיטימי, המשפט הוא כנראה הכלי היעיל ביותר להדוף את הטענות המושמעות נגדנו.

לסיום אחזור לכתבה שהזכרתי בתחילת הדברים. אל מול כתבה זו ניצבו פרסומים ופניות מצד ארגוני זכויות אדם שהאשימו אותנו בפרשנות מרחיבה מדי של הדין הבינלאומי, שהייתה הבסיס להרס הנרחב ולמותם של אזרחים רבים. הביקורת משני צידי המתרס רק ממחישה שבעיני אחדים הדין הבינלאומי הוא מגביל ובעיני אחרים הוא מתיר, כנגזר מתפיסת עולמם הערכית. ביקורת זו לא תסיט, כמובן, את צה"ל מדרכו, ואנו נמשיך לפעול בהתאם לדין בכל תחומי הפעילות בשגרה ובחירום.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי

יצחק זמיר*

השופטת אילה פרוקצ'יה שירתה את החברה בישראל במגוון תפקידים במשרד המשפטים ובבית המשפט במשך עשרות שנים. בכל אחד מתפקידיה היא גילתה, נוסף לרמה המקצועית הגבוהה ביותר, דבקות בערכי היסוד של חברה נאורה, יושר רב ואומץ נדיר. פסקי הדין שכתבה, בעיקר כשופטת בית המשפט העליון, גיבשו באופן סדור, יסודי ומאלף הלכות חשובות בתחומים שונים של המשפט, ובהם באופן בולט גם תחום המשפט הציבורי. מאמר זה מוקדש לה, עם פרישתה מכהונה בבית המשפט העליון, בידידות ובהוקרה.

- 2 תקציר
- 3 א. מבוא
- 5 ב. הוראות חוק המאפשרות דיון מקורי
- 6 1. הוראות חוק הדורשות "אישור" בית המשפט
- 6 (א) מעצר מינהלי

* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס) באוניברסיטה העברית בירושלים. אני מבקש להודות לד"ר אלעד אורג, מרצה בכיר בקריה האקדמית אונו, ולמיטל אביעד – בן עמי, סטודנטית בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, על הערות מועילות לטיטוט המאמר.

- 8 (ב) רישום מפלגות
- 9 (ג) הבחירות לכנסת
- 11 (ד) האזנות סתר
- 11 2. הוראות חוק המקנות לבית משפט שיקול דעת "מינהלי"
- 12 (א) חופש המידע
- 13 (ב) מס הכנסה
- 14 (ג) יישום תכנית ההתנתקות
- 14 (ד) אוויר נקי
- 16 (ה) ניירות ערך
- 17 ג. המתכונת של דיון מקורי
- 17 1. דיון דה נובו?
- 21 2. עניינים חריגים
- 22 ד. מתי ראוי לאפשר דיון מקורי?
- 22 1. המצב הקיים
- 25 2. המצב הראוי

תקציר

בדרך כלל, ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, כמו ביקורת בדרך של עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים, היא ביקורת משפטית בלבד. בביקורת כזאת בית המשפט מברר אם נפל פגם משפטי בהחלטה המינהלית, אך הוא מסרב לברר אם נפל בהחלטה פגם אחר, למשל אם היא בלתי-יעילה או בלתי-נבונה. בהתאם לכך, בית המשפט מצהיר ללא לאות כי שיקול הדעת בעניינים מינהליים הופקד על ידי החוק בידי הרשות המינהלית, ובית המשפט אינו מוכן להפעיל שיקול דעת עצמאי, שיחליף את שיקול הדעת של הרשות.

אך יש עניינים מינהליים, לא רבים אך גם לא נדירים, שבהם בית המשפט מקבל על עצמו לקיים דיון מקורי, שבו הוא מוכן להפעיל סמכות של רשות מינהלית, ורואה עצמו רשאי לקבל ראיות, אם ישנות ואם חדשות, לשקול אותן ולאזן ביניהן על פי שיקול דעתו, ולתת את ההחלטה הנראית לו ראויה בנסיבות המקרה, גם אם בהחלטת הרשות לא נפל כל פגם משפטי.

מאמר זה מבקש לברר מה הם העניינים המינהליים שבהם בית המשפט מקיים ביקורת בדרך של דין מקורי, מהי המתכונת הרגילה של דין כזה ומתי ראוי שבית המשפט יחרוג מן הדפוס הרגיל של ביקורת שיפוטית למתכונת של דין מקורי.

א. מבוא

הביקורת השיפוטית היא, קודם כל, ביקורת. בית המשפט מתייחס אל החלטה מינהלית, שנתקבלה בדין ראשוני על ידי רשות מינהלית, ומברר אם נפל בה פגם משפטי: חריגה מסמכות, טעות של דין, שיקולים זרים, חוסר סבירות ועוד. על יסוד הברור, בית המשפט פוסק אם להשאיר את ההחלטה המינהלית על כנה, לשנותה, לבטלה, או להחזיר את העניין לדין מחדש אצל הרשות המינהלית. זאת המתכונת של ביקורת שיפוטית רגילה (supervisory jurisdiction).

אך יש עניינים שבהם החוק מקנה לבית משפט סמכות להפעיל ביקורת מיוחדת, רחבה יותר מן הביקורת השיפוטית הרגילה. ביקורת כזאת מאפשרת לבית המשפט לברר, לא רק אם נפל פגם משפטי בהחלטה המינהלית, אלא גם אם היא החלטה ראויה מבחינה אחרת: אם היא יעילה, נבונה או צודקת, ואם היא משרתת כראוי את האינטרס הציבורי. בהתאם לכך, בית משפט המפעיל ביקורת כזאת מוסמך לשנות או לבטל החלטה מינהלית שאינה נראית לו ראויה גם אם לא נפל בה פגם משפטי.

לביקורת כזאת מקובל לקרוא דין מקורי (original jurisdiction), אף שהיא בראש ובראשונה ביקורת ולא דין ראשוני. היא נקראת דין מקורי משום שהיא מאפשרת לבית המשפט לפעול כפי שרשות מינהלית פועלת בדין ראשוני: לקבל ראיות (ישנות ואף חדשות), להפעיל שיקול דעת עצמאי, לערוך איזון בין השיקולים הנוגעים לעניין ולקבל החלטה הנראית ראויה.

דין מקורי, אף שבית המשפט רשאי לפעול בדין כזה כמו רשות מינהלית, הוא עדיין דין ביקורתי. אפשר לומר כי הוא סוג מיוחד של דין ביקורתי. הוא מיוחד משום שהוא דומה לביקורת פנימית על החלטות מינהליות הנערכת במסגרת המינהל הציבורי. ביקורת כזאת נערכת, לדוגמה, באמצעות השגה על החלטה של רשות מינהלית אחת אל רשות מינהלית אחרת, על פי רוב רשות ממונה מבחינה היררכית.

כזאת היא השגה לפי סעיף 82 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, על שומת מס שנערכה על ידי פקיד מס אל מנהל המס.¹ דיון מקורי בבית משפט דומה גם לביקורת המופעלת בדרך כלל על ידי בית דין מינהלי.² בכך הוא שונה מן הביקורת השיפוטית הרגילה: דיון מקורי הוא דיון ביקורתי רחב במיוחד.

אפשר לומר כי בדיון מקורי בית המשפט ממלא תפקיד מעורב: מצד אחד, הוא ממלא תפקיד בעל אופי שיפוטי, שכן הוא מכריע בסכסוך בין אדם שנפגע מהחלטה מינהלית לבין הרשות שקיבלה את החלטה; אך מצד שני הוא ממלא גם תפקיד בעל אופי מינהלי, שכן הוא רשאי, כמו רשות מינהלית, לאסוף נתונים, ובמסגרת זאת גם לקבל ראיות, להפעיל שיקול דעת עצמאי בשאלה מהי החלטה הראויה, ולקבל את החלטה שנראית לו הולמת את תכלית החוק בהתחשב בנסיבות המקרה.

בלאו עניינים מוקנית לבית משפט סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי: האם התשובה תלויה בלשון החוק המקנה את הסמכות או אולי בגורמים אחרים?

¹ על השגה מינהלית ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 956 (מהדורה שנייה מורחבת, 2014).

² ס' 18 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע: "הסמכה לדון ולהכריע בערר או בהשגה אחרת על החלטה של רשות משמעה גם הסמכה לאשר את החלטה בשינויים או בלא שינוי, לבטלה ולהחליט החלטה אחרת במקומה או להחזיר את הענין עם הוראות לרשות שהחליטה". חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, קובע הוראה זהה בס' 37. על ס' 18 לחוק הפרשנות, אמרה השופטת פרוקצ'יה ברע"א 2425/99 עיריית רעננה נ' י.ת. יזום והשקעות בע"מ, פ"ד נד(4) 481, 495 (2000):

הוראה זו מקנה היקף רחב מאוד להשגה המינהלית ולערר בפני בית-הדין המינהלי, והיא בדרך כלל רחבה יותר ממיתחם הביקורת השיפוטית. בעוד הביקורת השיפוטית אמורה לבדוק אם לא נפלה טעות בהחלטה המינהלית, הביקורת בהשגה או בערר נערכת על-פי רוב כדיון מחדש ומאפשרת מתן החלטה אחרת במקום זו שניתנה על-ידי הרשות המקורית. באופן כזה רשאית הרשות הדנה בהשגה להעמיד את שיקול-דעתה במקום שיקול-דעת הרשות המקורית, וזאת, כל עוד אין מתפרשת כוונה אחרת מהחוק המיוחד החל על העניין.

אך מאמר זה אינו דן בביקורת על ידי בית דין מינהלי, אלא רק בביקורת על ידי בית משפט.

ב. הוראות חוק המאפשרות דיון מקורי

אפשר, כמובן, שהמחוקק יאמר בלשון מפורשת כי בעניינים מסוג מסוים, למשל החלטות בבקשה לקבל רישיון מכוח חוק מסוים, בית המשפט יקיים ביקורת שיפוטית בדרך של "דיון מקורי", או בדרך של "דיון מחדש", או כי לבית המשפט המקיים את הביקורת מוקנות "כל הסמכויות המוקנות לרשות המינהלית שהחלטתה עומדת לביקורת". אך בפועל המחוקק אינו נוקט לשון כזאת. אפשר גם שהמחוקק ינקוט לשון אחרת, שאינה נוקבת בשם המפורש, אך מלמדת באופן ברור כי בית המשפט מוסמך לקיים דיון מקורי בסוג מסוים של עניינים. למשל, שבית המשפט רשאי בעניינים מסוג זה לאסוף נתונים כפי שימצא לנכון, לשקול מחדש את הנתונים ולקבל החלטה חדשה כפי שנראה לו, אף אם החלטת הרשות המינהלית אינה נגועה בפגם משפטי. אולם גם לשון זאת אינה מקובלת על המחוקק. על פי רוב המחוקק נוקט לשון עמומה, שאפשר לפרשה לכאן או לכאן: כאילו היא מקנה סמכות לביקורת שיפוטית רגילה או כאילו היא מקנה סמכות לביקורת רחבה יותר. הנה, לדוגמה, סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. סעיף זה מקנה לבג"ץ סמכות לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". אפשר היה לפרש סעיף זה כאילו הוא מקנה לבג"ץ סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. בפועל, בית המשפט פירש סעיף זה אחרת: שהוא מסמך את בג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית רגילה ולא ביקורת בדרך של דיון מקורי. כך נוהג בית המשפט על פי רוב: הוא נוהג לפרש הוראות חוק המקנות לבית משפט סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בעניינים מסוג מסוים כאילו הן מקנות סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית רגילה. אך יש עניינים, לא רבים אך גם לא נדירים, שבהם בית המשפט מפרש הוראות חוק כאלה אחרת, כלומר, שהוראת החוק מקנה לבית המשפט סמכות לקיים ביקורת בדרך של דיון מקורי.

האם יש מכנה משותף, או מאפיין מרכזי, להוראות חוק כאלה? השאלה אם הוראת חוק מסוימת מקנה לבית המשפט סמכות לקיים ביקורת בדרך של דיון מקורי תלויה בנסיבות של כל עניין: לשון החוק, תכלית החוק, מהות העניין הנדון וכן, באופן כללי, הקשר החוק. הנה להדגמה, ברשימה שאינה ממצה, סוגים של עניינים כאלה.

1. הוראות חוק הדורשות "אישור" בית המשפט

(א) מעצר מינהלי

חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, קובע בסעיף 2 כי שר הביטחון, אם היה לו "יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יחזק במעצר", רשאי לצוות על מעצר מינהלי של אותו אדם לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים ולהאריך את תוקף הצו "מפעם לפעם" לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים כל פעם.³ עם זאת, החוק מחייב, בסעיף 4(א), להביא אדם שנעצר, תוך 48 שעות ממעצרו, לפני נשיא בית משפט מחוזי, "והנשיא רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו". החוק מוסיף, בסעיף 4(ג), כי "נשיא בית המשפט המחוזי יבטל את צו המעצר אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של בטחון המדינה או של בטחון הציבור או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין".⁴

לכאורה, לפי הלשון של סעיף 4(ג) לחוק, אפשר היה לפרש את החוק כאילו הוא מקנה לנשיא בית המשפט המחוזי סמכות רגילה של ביקורת שיפוטית, כלומר, סמכות לבטל צו מעצר אם נפל בו פגם משפטי של מטרה זרה, שיקולים זרים או חוסר תום לב. אך בית המשפט פירש את החוק אחרת: הוא פסק כי החוק מקנה לנשיא בית המשפט המחוזי סמכות ביקורת רחבה יותר מסמכות הביקורת הרגילה. סביר לומר כי פירוש כזה נובע, לא רק מעצם הדרישה שהנשיא ייתן "אישור" לצו המעצר, אלא גם מאופי הסמכות המינהלית, מתכלית החוק, ומהוראות אחרות של החוק. למשל, החוק מסמיך את הנשיא, בסעיף 6, לקבל ראיות, אף שלא בנוכחות העציר או בא-כוחו, ואף לסטות מדיני הראיות.

³ חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), החליף את תק' 111 בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. לאחר שנים אחדות אומץ הסדר דומה (אם כי לא זהה) לגבי מעצר מינהלי ביהודה ושומרון: צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229), התשמ"ח-1988.

⁴ מעניין להשוות את המעצר המינהלי לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), ואת הביקורת השיפוטית על מעצר כזה, למעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, והביקורת השיפוטית על מעצר כזה. על המעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008), ועל הביקורת השיפוטית על מעצר לפי חוק זה ראו שם, בעמ' 383.

באחד המקרים אמר בית המשפט:

במעצר מינהלי, שפגיעתו קשה כל כך בחירות האדם, צריך להקפיד במיוחד שהביקורת השיפוטית תהיה יסודית ויעילה. שהרי באופן עקרוני אין לשלול את החירות אלא על-פי החלטה של שופט, ורק טעמי ביטחון החלטיים יכולים להצדיק סטייה מן העיקרון ... לכן, יש טעם לומר כי היקף הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי צריך להיות רחב יותר מהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בדרך-כלל". בית המשפט הוסיף: "במחלוקת בין המפקד הצבאי לבין השופט בדבר המסוכנות של העצור, כאשר אותו חומר מונח בפני שניהם, גוברת דעתו של השופט. מסקנה זאת מתחייבת מן התכלית של צו המעצרים, מן המהות של הביקורת השיפוטית ומן הצורך לאזן כראוי בין שיקולי ביטחון לבין חירות האדם."⁵

⁵ בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 360, 362 (1998) (השופט זמיר). פסק דין זה דן במעצר מינהלי לפי הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה ושומרון). אך זה הדין גם במעצר לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים). ראו שם, בעמ' 361. על פסק הדין בבג"ץ 2320/98 ראו אבינעם שרון "מעצר מינהלי: גבולות הסמכות והיקף הביקורת" משפט וצבא 13 205 (1999). ראו גם דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 738 (2000) (הנשיא ברק: "בית-המשפט מחוייב לבחון את שיקוליו של שר הביטחון ובוחר לא פעם מחדש את התשתית הראייתית שעל יסודה הוצא צו המעצר המינהלי"); בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי שפי פ"ד נב(5) 337, 346 (1998) (השופט אור: "על השופט להידרש גם לשאלת מהימנותו של החומר המוגש, כחלק מהערכתו בדבר משקל החומר"); בג"ץ 9441/07 טאה אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד סב(4) 77, 91 (2007) (השופט רובינשטיין: "אין בית המשפט בוחן כבעבר אך את חוקיותו של צו המעצר, תוך שהוא נמנע משימת שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המינהלית, ושיקול דעתו הוא עצמאי ... היקף הביקורת שמפעיל נשיא בית המשפט המחוזי בדונו בצו מעצר מינהלי רחב משיקול הדעת שניתן לבית המשפט בהקשרים אחרים, בעת שבוחן הוא את החלטותיה של רשות מינהלית"); בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פס' 10 (פורסם בנבו, 7.5.2012) (השופטת ארבל בפסקה 10: "יודגש כי הבחינה של החומר החסוי, הלכה למעשה, נעשית כבחינה מחדש ולא בהפעלת ביקורת של ערכאת ערעור שלישית"). ראו גם עמ"ס 10/94 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נב(1) 97, 112 (1997); עמ"ס 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד

ראוי להדגיש את ההבדל בין הביקורת על החלטת מעצר מינהלי על ידי נשיא בית המשפט המחוזי לבין ביקורת שיפוטית רגילה. ראשית, החוק בעניין המעצר המינהלי אינו מתנה את הביקורת ביוזמה של אדם שנפגע מהחלטת המעצר. הוא אינו אומר כי אדם שנעצר רשאי להגיש ערר (או ערעור) על החלטת השר אל נשיא בית משפט מחוזי, שזה הנוסח המקובל בחוקים לצורך ביקורת שיפוטית, אלא הוא קובע כי צו המעצר יובא לפני הנשיא, ללא צורך בערר או ערעור, כדי שישקול אם לתת לו "אישור". שנית, החוק קובע כי נשיא בית המשפט המחוזי רשאי לקבל ראיות ואף לסטות מדיני הראיות.

בדרך זאת החוק מקים רשות מורכבת: הפעלת הסמכות מחייבת פעולה משותפת של שתי רשויות, כלומר שר הביטחון ונשיא בית המשפט המחוזי. דרך זאת מוכרת במינהל הציבורי בהקשרים שונים. כך, לדוגמה, חוק רשות שדות התעופה, התשל"ז-1977, קובע (בסעיף 30) כי "הרשות רשאית לקבוע, באישור שר התחבורה, כללים להחזקת שדות התעופה של הרשות". אכן, דרך זאת זרה לביקורת השיפוטית, שבדרך כלל היא מפרידה בין התפקיד המינהלי לבין התפקיד השיפוטי. אולם בהקשר של מעצר מינהלי, משום שמעצר כזה נוגד את העיקרון שאין לשלול חירות אלא על פי החלטת שופט, ראה המחוקק לנכון לערבב כביכול מין בשאינו מינו, וליצור מעין בן-תערובת, שהוא גוף מורכב שיצא מזיווג של רשות מינהלית עם בית משפט.⁶

(ב) רישום מפלגות

מעצר מינהלי אינו עניין יחיד שבו חוק קובע כי החלטה מינהלית טעונה "אישור" על ידי בית משפט, וגם בעניינים אחרים שבהם החוק דורש "אישור" כזה, נפסק באופן דומה כי החוק מקים רשות מורכבת, ומכאן שהוא מקנה לבית המשפט סמכות רחבה יותר מן הסמכות הרגילה בביקורת שיפוטית. כך, לדוגמה, חוק המפלגות, התשנ"ב-

נה(4) 913, 922 (2000); עמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 188 (2003); עמ"ס 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258, 266 (2004).

⁶ על רשות מורכבת במסגרת המינהל הציבורי ראו זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 977-980. על הרשות המורכבת שהוקמה על ידי החוק לצורך מעצר מינהלי ראו יצחק ה' קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים יא 286 (1981). פרופ' קלינגהופר מביע דעתו, שם בעמ' 287, כי מעצר מינהלי הוא מעשה של אורגן המורכב משני אורגנים חלקיים "שהאחד מהם - שר הביטחון - נמנה עם המינהל, והשני - הוא נשיא בית המשפט המחוזי - נמנה עם הרשות השופטת".

1992, קובע בסעיף 6 כי אם "סירב הרשם לרשום מפלגה יעביר הרשם את דבר הסירוב ונימוקיו לאישור בית המשפט העליון". על תפקידו של בית המשפט העליון לפי הוראה זאת אמר בית המשפט:

על-פי הוראה זו, בית המשפט העליון הוא חלק מתהליך קבלת ההחלטה, אין הוא יושב כערכאה מבקרת גרידא. השאלה אשר בית המשפט העליון צריך לשאול את עצמו אינה אם רשם מפלגות סביר היה רשאי לקבל ההחלטה. השאלה אשר בית המשפט שואל הינה אם לדעתו, בהתחשב במכלול הנסיבות, היה מקום לסרב את הרישום.⁷

(ג) הבחירות לכנסת

קיימת הבחנה בין הביקורת על החלטה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמד מסוים לבין החלטה שלה לפסול רשימת מועמדים. חוק-יסוד: הכנסת קובע בסעיף 7א(ב) כי "החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון" (אפשר לקרוא לכך: אישור בחירות); ואילו סעיף 64(א1) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, קובע כי על החלטה של ועדת הבחירות המרכזית בשאלה אם לאשר השתתפות של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת ניתן "לערער" לפני בית המשפט העליון (אפשר לקרוא לכך: ערעור בחירות). בית המשפט ערך השוואה בין שתי הוראות אלה, וכך אמר:

בשני סוגי הפניות – אישור בחירות וערעור בחירות – הגוף המחליט הוא בית-המשפט העליון, עם זאת קיים שוני מהותי בהיקף סמכותו של בית-המשפט העליון בדונו בפניות אלה. השוני העיקרי הוא בין סמכותו של בית-המשפט העליון באישור בחירות מזה, לבין סמכותו בערעור בחירות מזה. כפי שראינו, באישור בחירות בית-המשפט העליון הוא שותף הכרחי בגיבוש ההחלטה על אי-השתתפותו של מועמד בבחירות. החלטה זו אינה משתכללת כל עוד לא בא אישורו של בית-המשפט העליון להחלטתה של ועדת הבחירות כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות. ההחלטה כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות היא איפוא "פונקציה מורכבת". היא מורכבת משתי החלטות משנה על-ידי שתי

⁷ רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 69 (1996) (הנשיא ברק).

רשויות שונות, אשר רק בהתאמתן זו לזו משתכללת ההחלטה השלמה ... לא כן בערעור בחירות, שבו ההחלטה משתכללת ומגיעה לכדי שלמות עם החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית. בית-המשפט העליון אינו חלק מתהליך השתכללות ההחלטה. תפקידו הוא ביקורתי, והוא נועד לפקח על חוקיות החלטתה של ועדת הבחירות. אכן, באישור בחירות בית-המשפט מבצע פונקציה מיוחדת במינה. אין הוא פועל אך כגוף מבקר, הבוחן את חוקיות החלטתו של הגוף המבוקר. הוא פועל כמי שמשותף בעצם גיבושה ושכלולה של החלטה שתחילתה בוועדת הבחירות, ושהאישור לה צריך להינתן על-ידי בית-המשפט העליון.⁸

בית המשפט הסביר את השוני כך:

השוני בין תפקידו של בית-המשפט העליון באישור בחירות לבין תפקידו בערעור בחירות מתבטא היטב בהיקף סמכותו של בית-המשפט העליון. אמת הדבר, בית-המשפט יימנע מלתת אישור להחלטתה של ועדת הבחירות (בהליך של אישור בחירות) ויבטל החלטתה של ועדת הבחירות (בהליך של ערעור בחירות) אם לדעת בית-המשפט העליון נפלה אי-חוקיות בהחלטתה של ועדת הבחירות. השוני בין סוגי ההחלטות מתבטא במקרה שבו החלטתה של ועדת הבחירות היא במיתחם הסבירות. במצב דברים זה על בית-המשפט לדחות את ערעור הבחירות, שכן תפקידו של בית-המשפט העליון בסוג פניות זה הוא לבחון את חוקיות ההחלטה של הרשות השלטונית. השאלה שבית-המשפט מציג לעצמו פניות זה הינה, אם רשות שלטונית סבירה הייתה רשאית לקבל ההחלטה שנתקבלה. אם התשובה היא בחיוב, ידחה בית-המשפט את הערעור גם אם הוא עצמו לא היה מקבל אותה. לא כן באשר לאישור הבחירות. בסוג הליך זה – שבו בית-המשפט הוא חלק מתהליך שכלול ההחלטה עצמה – על בית-המשפט העליון להביע את גישתו שלו. השאלה שעליו להציג לעצמו אינה אם ההחלטה של ועדת הבחירות היא סבירה, גם אם הוא לא מסכים לה; השאלה שעליו להציג

⁸ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז (4) 1, 29 (2003) (הנשיא ברק). ראו גם ע"א 1326/91 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' כץ, פ"ד מו(2) 450, 441 (1992).

לעצמו הינה אם הוא מאשר את החלטה שנתקבלה ... במסגרת איזון זה אל להם [כלומר, שופטי בית-המשפט העליון] להסתפק בכך שהאיזון שוועדת הבחירות עשתה הוא איזון סביר. עליהם לקבוע – שעה שהם מאשרים את החלטתה של ועדת הבחירות – כי איזון זה הוא ראוי.⁹

(ד) האזנות סתר

יש גם עניינים שבהם החוק משתף את בית המשפט בהליך המינהלי, שלא בדרך של מתן "אישור" (בדיעבד) להחלטה מינהלית, אלא בדרך דומה, כגון דרך של מתן "היתר" (מראש) להחלטה המינהלית. לדוגמה, חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979, קובע בסעיף 6 כי "נשיא בית משפט מחוזי ... רשאי, לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, להתיר בצו האזנת סתר אם שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות, שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע ...". נראה כי מבחינה מהותית אין הבדל של ממש בין "אישור" החלטה (כגון החלטה לבצע מעצר מינהלי) לבין מתן "היתר" לבקשה (כגון בקשה לבצע האזנת סתר). לכן נראה כי גם בנוגע להסמכת בית המשפט לתת "היתר" להאזנת סתר, בית המשפט אינו אמור להסתפק בביקורת שיפוטית רגילה, כדי לברר אם הבקשה להיתר נגועה בפגם משפטי, אלא יהיה עליו לקיים דיון מקורי, כאילו הוא רשות מינהלית.

אפשר אולי לומר כי בכל עניין שבו החוק עושה את בית המשפט שותף פעיל בהליך המינהלי, באמצעות דרישה לקבלת "היתר" או "אישור" של בית המשפט, או באמצעות דרישה דומה, הנחה היא שהחוק מקנה לבית המשפט סמכות לקיים דיון מקורי באותו עניין. אך הסמכות לקיים דיון מקורי אינה מוגבלת לעניינים כאלה.

2. הוראות חוק המקנות לבית משפט שיקול דעת "מינהלי"

יש עניינים נוספים שבהם בית המשפט עשוי להסיק מתוך לשון החוק או מתוך הקשר החוק שהוא מוסמך לקיים ביקורת בדרך של דיון מקורי או, מכל מקום, לא להסתפק בביקורת החוקיות של החלטה המינהלית אלא להפעיל שיקול דעת עצמאי, כאילו הוא עומד בנעלי הרשות המינהלית. הנה דוגמאות אחדות.

⁹ א"ב 11280/02, לעיל ה"ש 8, בעמ' 30-31. ראו גם שם, בעמ' 60-61.

(א) חופש המידע

סעיף 1 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, מקנה לכל אזרח או תושב זכות לקבל מידע מרשות ציבורית, אך סעיף 9(א) לחוק מפרט סוגי מקרים שבהם הרשות "לא תמסור מידע", וסעיף 9(ב) מפרט סוגי מקרים שבהם הרשות "אינה חייבת למסור מידע". סעיף 17 קובע כי אדם שבקשתו לקבל מידע נדחתה על ידי הרשות רשאי להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, ובעתירה כזאת בית המשפט רשאי להורות על מסירת המידע המבוקש "אם לדעתו העניין הציבורי בגילוי המידע עדיף וגובר על הטעם לדחיית הבקשה, ובלבד שגילוי המידע אינו אסור על פי דין". לצורך זה בית המשפט רשאי לקיים דיון מקורי: לקבל ולעיין במידע המבוקש, להעריך מחדש נתונים שהיו לפני הרשות הציבורית, לקבל נתונים חדשים, לשמוע צדדים שלישיים, לשקלל ולאזן בין הנתונים כפי שנראה לו.¹⁰ יש לשים לב: מסעיף 17 לחוק משתמע באופן ברור כי בית המשפט רשאי להורות על מסירת המידע, בניגוד להחלטת הרשות, גם בהיעדר טענה שהחלטת הרשות נגועה בפגם משפטי. למשל, גם אם הרשות שקלה רק שיקולים ענייניים, והסירוב למסור מידע אינו חורג ממיתחם הסבירות, עדיין בית המשפט עשוי לומר כי לדעתו ראוי למסור את המידע בגלל העניין הציבורי. כלומר, החוק מדבר על מקרים שבהם רשות ציבורית מסרבת למסור מידע שלפי החוק אין היא חייבת למסור, משום שלדעתה העניין הציבורי אינו דורש את מסירת המידע, ואילו לדעת בית המשפט העניין הציבורי מצדיק את מסירת המידע. במקרה כזה, על פי החוק, דעתו של בית המשפט גוברת על דעת הרשות. כפי שנאמר באחד מפסקי הדין, בסעיף 17 לחוק חופש המידע מדובר:

במתן סמכות לבית המשפט להרחיב את ביקורתו השיפוטית גם למקרים בהם הפעלת כללי המשפט המינהלי המקובלים אינה מצמיחה עילת התערבות (כגון מקום בו החלטת הרשות אינה לוקה בחוסר סבירות, אך מנגד, ניתן להגיע לתוצאה אחרת, סבירה יותר, בהתאם לאיזונים שנקבעו על ידי המחוקק). במלים אחרות – הוראת הסעיף מאפשרת לבית המשפט להחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו.¹¹

¹⁰ על סמכות בית המשפט לפי ס' 17 לחוק חופש המידע, ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1259.

¹¹ ע"ם 3300/11 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.9.2012).

(ב) מס הכנסה

פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] קובעת בסעיף 153 כי מי שרואה עצמו מקופח על ידי החלטת פקיד שומה רשאי "לערער" עליה לפני בית המשפט המחוזי. זהו נוסח שגרת יוסתמי. אולם, כפי שסעיף 158 קובע, בערעור כזה "בית המשפט יאשר, יפחית, יגדיל או יבטל את השומה או יפסוק בערעור באופן אחר, כפי שיראה לנכון". סדר הדין בערעור נקבע על ידי תקנות בית משפט (ערעורים בענייני מס הכנסה), התשל"ט-1979. לפי תקנה 9 לתקנות אלה, על הערעור יחולו (בחריגים מסוימים) תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. בהתאם לכך, ערעור שומת מס מתנהל לפני בית המשפט כמו תובענה רגילה בעניין אזרחי, בשינויים מסוימים. בין השאר, כפי שנקבע בסעיף 155 לפקודה ובתקנה 10 לתקנות מכוח הפקודה, כל אחד מבעלי הדין אמור להציג את ראיותיו לפני בית המשפט, ובית המשפט קובע ממצאים עובדתיים על יסוד הראיות. אכן, ברור כי הדיון בערעור על שומת מס הכנסה מתנהל על ידי בית המשפט כדיון מקורי.¹²

המצב דומה לגבי ערעור על שומת מס ערך מוסף המוגש אף הוא, לפי סעיף 83 לחוק מס ערך מוסף, לבית המשפט המחוזי. על ערעור זה אמר בית המשפט:

ערעור מע"מ, כמו ערעור מס הכנסה, כמוהו לכל דבר ועניין כתובענה הבאה לפני ערכאה ראשונה, שבה יש 'תובע', הוא המערער, ו'נתבע', הוא המשיב. המערער, אשר נחשב כתובע לצורך העניין ... עליו מוטל נטל השכנוע להוכיח ערעורו בהיותו המוציא מחברו, דינו כדיון כל תובע גם לעניין נטל השכנוע.¹³

¹² ראו א' ויתקון וי' נאמן דיני מסים 259 (מהדורה רביעית מורחבת ומתוקנת, 1969) ("אפשר לערער לפני בית המשפט המחוזי גם על שאלות של משפט וגם על שאלות שבעובדות, ובית המשפט מקבל ראיות ושומע עדים"); שלמה לוי פרודורה אזרחית – סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט 269 (2003) ("הביקורת שבית המשפט מפעיל על פקיד השומה נבחנת בקנה המידה של המשפט המינהלי ובגדר קנה מידה זה סמכותו היא רחבה וניתנת להגדרה כ'שמיעה מחדש'"). ראו לדוגמה ע"א 1326/91 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' כץ, פ"ד מו(2) 441, 450 (1992).

¹³ רע"א 1436/90 גיורא ארד, חברה לניהול השקעות ושירותים בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101, 107 (1992) (השופט ד' לוי). ראו גם ע"א 5709/95 בן שלמה נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים, פ"ד נב(4) 241 (1998); ע"א 3886/12 זאב שרון קבלנות

(ג) יישום תכנית ההתנתקות

חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, הקים ועדת זכאות, הקנה לה סמכות לאשר תשלום פיצויים לפי החוק, וקבע כי על החלטת הוועדה ניתן להגיש ערעור לבית משפט השלום. לאחר זמן, בעקבות המלצה של ועדה ציבורית, תוקן החוק. על פי התיקון הוקמה (בסעיף 137) "ועדה מיוחדת" והוקנתה לה סמכות לאשר תשלומים "מיוחדים". על החלטה של ועדה זאת ניתן להגיש עתירה אל בית המשפט לעניינים מינהליים. בעתירה כזאת, כפי שנאמר בתיקון לחוק, "יהא בית משפט לעניינים מינהליים רשאי לשקול כל שיקול ולקבל כל החלטה שהוועדה המיוחדת רשאית היתה לשקול או לקבל, לפי העניין, ובלבד שלא יובאו בפניו עובדות, ראיות או טענות שלא הובאו קודם לכן בפני הוועדה המיוחדת". על תיקון זה אמר בית המשפט: "הוא מאפשר לבית המשפט להפעיל, למעשה, שיקול דעת ראשוני (de novo) על בסיס העובדות, הראיות והטענות שהובאו בפני הוועדה המיוחדת".¹⁴

(ד) אוויר נקי

סעיף 45 לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008, מקנה סמכות לממונה על פי החוק להוציא צו הדורש להפסיק פעולה הגורמת לזיהום אוויר או להימנע מעשיית פעולה כזאת. החוק קובע, בסעיף 47, כי הרואה עצמו נפגע על ידי צו כזה "רשאי להגיש לבית המשפט המוסמך לדון בעבירה נושא הצו בקשה לביטולו", וכי "בית המשפט רשאי לבטל את הצו, לאשרו או לשנותו". לכאורה, הסמכות "לשנות" את הצו מתייחסת לסעד שניתן בהליך ולא לסוג הביקורת בהליך. אם כך, האם ניתן להסיק מלשון החוק שהוא מקנה לבית המשפט סמכות לקיים דיון מקורי? זהו עניין של פרשנות החוק. כעניין של פרשנות, בית המשפט עשוי ללמוד מסוג הסעד על סוג הביקורת. מצד אחד, הנוסח בחוק אוויר נקי דומה לנוסח בחוק המעצרים המינהליים. לכן אפשר לטעון כי הביקורת על פי חוק אוויר נקי רחבה יותר מן הביקורת השיפוטית הרגילה, ואפשר

בנין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ (פורסם בנבו, 26.8.2014). שלמה לוי, לעיל ה"ש 12, אומר בעמ' 274 על ערעור מס ערך מוסף כי "סמכותו של בית המשפט היא, איפוא, של 'שמיעה מחדש' במשמעותו הרחבה".

¹⁴ ע"מ 7792/09 כליף תעשיות (1994) בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום ההתנתקות, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 16.5.2012). על השאלה אם ביקורת דרך של דיון מקורי היא באמת דיון de novo ראו להלן, פרק ג: המתכונת של דיון מקורי.

לקיימה בדרך של דיון מקורי, כמו הדיון לפי חוק מעצרים מינהליים.¹⁵ אולם, מצד שני, היקף הביקורת השיפוטית בעניין זה, כמו בעניינים אחרים, אינו תלוי רק בלשון החוק, אלא גם בהקשר החוק, כלומר בתכלית החוק, במהות הסמכות ובשיקולים של מדיניות שיפוטית. מהו, אם כן, היקף הביקורת השיפוטית בעניין זה? בשלב זה נראה כי עדיין אין תשובה מוסמכת לשאלה אם הביקורת השיפוטית לפי חוק אוויר נקי היא ביקורת בהיקף הרגיל או ביקורת בדרך של דיון מקורי.

לשאלה זאת נודעת חשיבות מעבר לחוק אוויר נקי, שכן חוקים נוספים קובעים, בנוסח דומה, כי בית המשפט, המפעיל ביקורת שיפוטית, רשאי בין השאר "לשנות" את החלטת הרשות המינהלית. כזה הוא, לדוגמה, חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.¹⁶

¹⁵ ס' 4 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) ("הנשיא רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת מהמעצר שבו"). על סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 6.

¹⁶ ראו גם לדוגמה חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, הקובע בס' 43 כי אדם הרואה עצמו נפגע על ידי החלטה של הממונה רשאי לערער עליה לפני בית דין אזורי לעבודה, וכי "בית הדין האזורי רשאי לאשר את החלטת הממונה או לשנותה, או להחליט החלטה אחרת במקומה". נוסח כזה משמש את המחוקק גם לצורך ביקורת שיפוטית על ידי בית דין מינהלי. ראו לדוגמה, לגבי בית הדין להגבלים עסקיים, ס' 22(ג) לחוק ההגבלים העסקיים. על הביקורת השיפוטית על ידי בית דין מינהלי ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד, פרק 60 – ערר בבית דין מינהלי (צפוי להתפרסם). המחוקק משתמש גם בנוסחים אחרים שיכולים להתפרש כאילו הם מקנים סמכות לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. ראו לדוגמה את ס' 174 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, הקובע כי מי שרואה עצמו נפגע על ידי החלטה של רשם הפטנטים רשאי לערער עליה לפני בית המשפט, וס' 177 הקובע כי "בית המשפט הדין בערעור רשאי לגבות ראיות, בין ראיות שכבר נגבו על ידי הרשם ובין אחרות, והוא רשאי לדרוש ראיות אלה יובאו בתצהיר או בדרך אחרת שיראה"; פקודת התעבורה [נוסח חדש] הקובעת בס' 48 כי בית המשפט רשאי לבטל צו של קצין משטרה שפסל רישיון נהיגה "אם שוכנע שביטול הפסילה לא יפגע בביטחון הציבור"; ס' 25(ד) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 ("במשך שמיעת הערעור רשאי כל בעת דין להגיש בדרך שנקבעה, או ברשותו המיוחדת של בית המשפט, חומר נוסף לעיונו של בית המשפט"). ראו לדוגמה בג"ץ 476/82 אורלוגד בע"מ נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, פ"ד לט(2) 148, 156 (1985).

(ה) ניירות ערך

חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, מקנה ל"מותב" (שהוא "ועדת אכיפה מינהלית") סמכות לדון בהפרות של החוק ולהטיל "אמצעי אכיפה", שבהם גם עיצום כספי. לפי סעיף 52 לחוק, כנגד החלטת המותב ניתן להגיש עתירה מינהלית, שתידון בבית המשפט המחוזי, לפני שופטי המחלקה הכלכלית, לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000. הסעיף מוסיף: "בית המשפט רשאי לאשר את החלטת המותב, לבטלה או לשנותה". האם הסמכות "לשנות" את החלטת המותב מלמדת כי בית המשפט מוסמך לקיים דיון מקורי, או שמא הוא מוסמך לקיים רק ביקורת שיפוטית רגילה, כפי שמקובל בעתירות לבית המשפט לעניינים מינהליים? בית המשפט המחוזי, שדן בשאלה זאת, ייחס חשיבות מרובה להוראת החוק שקבעה כי הביקורת תיערך בדרך של עתירה לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, וכן גם להרכב המקצועי של המותב שבראשו עובד הרשות הכשיר לכהן כשופט בית המשפט המחוזי. בשל כך, ועל יסוד שיקולים נוספים, פסק בית המשפט כי הביקורת המופעלת על ידי בית המשפט לפי סעיף זה אינה בגדר דיון מקורי. הביקורת, כפי שבית המשפט פסק, תתמקד בשאלות משפטיות, ואילו ההתערבות בממצאים עובדתיים תהיה מצומצמת, בעיקר למקרה שבו המסקנות העובדתיות יחרגו מן הסביר או לא יהיו מבוססות על הראיות.¹⁷

שאלה: האם צריך להיות הבדל בין היקף הביקורת לפי חוק רשות ניירות ערך לבין היקף הביקורת לפי חוק אוויר נקי? אולי משום שהביקורת לפי חוק ניירות ערך מופעלת כנגד החלטה של "מותב" מקצועי והיא מתנהלת בדרך של עתירה לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים ואילו הביקורת לפי חוק אוויר נקי מופעלת כנגד צו של הממונה, שהוא עובד של המשרד להגנת הסביבה, ואולי בגלל טעם אחר? השאלה פתוחה. נראה לי כי אין לשלול את האפשרות שחוק מסוים, הקובע כי בית המשפט רשאי במסגרת הביקורת השיפוטית "לשנות" את החלטה המינהלית, או משתמש בנוסח דומה, יתפרש כאילו הוא מקנה סמכות לביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. אפשר לומר כי באופן עקרוני, התשובה, אם אינה עולה באופן ברור מלשון החוק, תלויה בהקשר החוק. אך, באופן מעשי, מהו הקשר החוק המצדיק ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי? בית המשפט טרם נתן תשובה ברורה.¹⁸

¹⁷ עת"ם (ת"א) 37447-10-13 אפריקה ישראל תעשיות בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פס' 44, 48, 59, 60 (פורסם בנבו, 2.8.2014) (השופטת רות רונן).

¹⁸ על השיקולים בהקשר זה ראו להלן, פרק ד: מתי ראוי לאפשר דיון מקורי?.

ג. המתכונת של דיון מקורי

כאשר בית המשפט פסק כי הוא מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות מסוג מסוים, הוא אמר לא פעם כי הסמכות לקיים דיון מקורי היא סמכות לקיים דיון דה נובו (de novo), כלומר דיון מחדש.¹⁹ מכאן השאלה מהי המתכונת של דיון מקורי: עד כמה דיון מקורי הוא דיון מחדש שאינו מתחשב כלל בדיון הראשון שכבר התקיים, ובאיזה מובן דיון כזה הוא דיון דה נובו?

שאלה זאת התעוררה בקשר לעתירה אל בית המשפט לעניינים מינהליים לפי סעיף 17 לחוק חופש המידע, נגד סירוב של רשות מינהלית למסור מידע.²⁰ בערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים אמר בית המשפט העליון: "שאלה נוספת העשויה להתעורר בהקשר זה היא, האם בדונו על פי סעיף 17(ד) לחוק על בית המשפט לקיים דיון מחדש (de novo), או שמא עליו לקחת בחשבון את הדיון שהרשות הציבורית קיימה בנושא. שאלה זו הושארה בצריך עיון בשורה של פסקי דין". בית המשפט מפנה לפסקי דין אחדים ולמקורות ספרותיים, ולבסוף משאיר את השאלה ללא הכרעה.²¹

1. דיון דה נובו?

מהו, אם כן, דיון דה נובו? ייתכן שדיון דה נובו בעניין מסוים יהיה דיון מחדש במובן זה שהדיון מתעלם לגמרי מן הדיון שכבר התקיים, והוא מתקיים כאילו הוא הדיון הראשון באותו עניין. ייתכן אפילו שהתיק של הדיון הראשון באותו עניין לא נמצא כלל בפני הגוף המקיים דיון דה נובו, ואם כן, גוף זה אינו יכול להתחשב בראיות, בטענות ובהחלטה שנתקבלה בדיון הראשון. במקרה קיצוני מעין זה ניתן לומר על הגוף המקיים

¹⁹ ראו לדוגמה לעיל, ה"ש 14.

²⁰ על מהות הדיון בעתירה לפי ס' 17 לחוק חופש המידע, ראו לעיל, בעמ' 12.

²¹ משפט גישה, לעיל ה"ש 11, בפס' 12 לפסק דינו של השופט עמית: ע"ם 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217, 248 (2006); ע"ם 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פס' 29 (פורסם בנבו, 19.5.2009); ע"ם 11120/08 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים, פס' 8 (פורסם בנבו, 17.11.2010); זאב סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע 252 (2000); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 589–590 (2010); זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1260.

דיון זה נובע כי בעניין הנדון הוא טבולה רסה, כלומר לוח נקי, חף מכל ידע באותו עניין. אכן יש מקרים בהם מתקיים דיון זה נובע במובן זה. כזה הוא מקרה שבו בית משפט המקיים ביקורת שיפוטית קובע כי דיון שהתקיים בעניין מסוים על ידי עובד ציבור אחד בטל מיסודו, למשל בשל חוסר סמכות או מחמת ניגוד עניינים, ומצווה להעביר את העניין לדיון מחדש לפני עובד ציבור אחר. אולם מקרה כזה הוא מקרה חריג.

בדרך כלל, הביקורת על החלטה מינהלית, גם אם היא בגדר דיון מקורי, מתנהלת לפי מתכונת אחרת. כך הדבר גם כאשר מדובר בביקורת מינהלית, להבדיל מביקורת שיפוטית, כמו ביקורת בדרך של השגה מינהלית מכוח הוראת חוק. הנה, לדוגמה, השגה לפי סעיף 82 לחוק מס ערך מוסף, על שומת מס שנערכה על ידי פקיד מס לפני מנהל המס. סמכות המנהל בהשגה כזאת נחשבת סמכות לקיים דיון מקורי, במובן זה שהמנהל רשאי לשקול באופן עצמאי את כל הנתונים השייכים לעניין הנדון, ולקבל את ההחלטה הנראית לו ראויה, גם אם לא נפל פגם משפטי בהחלטה הראשונה של פקיד המס.²² אמנם אפשר לומר כי הדיון בפני מנהל המס הוא דיון זה נובע, אולם ברור כי המנהל אינו מתעלם מן הדיון שכבר התקיים אצל פקיד המס ומן ההחלטה שנתקבלה באותו דיון. המנהל אינו טבולה רסה בעניין הנדון. להיפך, לא זו בלבד שהתיק באותו עניין מונח לפניו, אלא הוא אמור לעיין בו ולהתחשב בו. אפשר אולי לומר כי תיק זה, ומה שיש בו, הוא בגדר שיקול ענייני שאסור להתעלם ממנו.

יוצא אפוא כי הדיון בהשגה הוא באופן מודע דיון שני המתקיים על רקע הדיון הראשון, ובעיקרו הוא דיון של ביקורת שנקודת המוצא שלו היא ההחלטה שנתקבלה בדיון הראשון. דיון כזה יכול להיחשב דיון זה נובע במובן זה שאפשר לקבל מחדש ראיות שהוגשו בדיון הראשון, ואפילו לאסוף ראיות חדשות, לשמוע טענות ישנות וגם טענות חדשות, ולשקול מחדש, באופן עצמאי, את כל החומר כדי להגיע אל ההחלטה הראויה. אולם כל זה הוא רק בגדר אפשרות. למשל, מנהל המס לפי חוק מס ערך מוסף רשאי, כאשר הוא דן בהשגה, לקבל מחדש ראיות ישנות ואף לקבל ראיות חדשות, אך הוא אינו חייב לעשות זאת. הוא רשאי, לאחר עיון בתיק אשר לפניו ושמיעת הטענות של המשיג, להחליט כי אין הוא רואה לנכון לקבל ראיות, ישנות או חדשות, כי לדעתו

²² ראו לדוגמה, לגבי השגה על חיוב לשלם ארנונה כללית המוגשת אל מנהל הארנונה, בג"ץ 764/88 דשנים וחומרים כימיים בע"מ נ' עיריית קריית אתא, פ"ד מו(1) 793, 818 (1992) (השופט ד' לוינ): "מנהל הארנונה משמש בתפקיד מינהלי, להבדיל משיפוטי, וכל שנעשה לפניו הוא ניסיון לשכנעו בטעויות שנעשו במשרדו בקשר לשומה. הוא רשאי להעריך מחדש הנסיבות, ולשנות השומה, אם מוצא הוא לנכון לעשות כן".

לא נפל כל פגם בהליך שהתנהל לפני פקיד במס, כי שיקול הדעת שהופעל על ידי פקיד המס מקובל עליו, ובהתאם לכך לדחות את ההשגה.

כך גם, בגדר קל וחומר, בדיון מקורי לפני בית משפט. דיון כזה הוא בוודאי דיון ביקורתי, כלומר דיון שני, ולא דיון ראשון. בית המשפט אינו אמור לדון ולקבל החלטה כאילו לא התקיים כלל דיון בפני הרשות המינהלית, אלא הוא אמור לבדוק את ההליך המינהלי, לרבות ההחלטה שנתקבלה, כדי לראות אם הוא רואה טעם טוב לשנותה או אף לבטלה. הנה, לדוגמה, מעצר מינהלי. חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), קובע בסעיף 4 כי החלטה של שר הביטחון לעצור אדם לפי חוק זה טעונה "אישור" מאת נשיא בית משפט מחוזי, ובית המשפט פסק כי הדיון לפני הנשיא לפי סעיף זה הוא למעשה דיון מקורי.²³ אולם הכותרת של סעיף זה היא "ביקורת שיפוטית על צו מעצר". וברור כי ביקורת, על פי מהותה, היא בחינה של החלטה שנתקבלה, ולא התעלמות ממנה.

הנה דוגמה. בדיון לצורך קבלת אישור למעצר מינהלי מאת נשיא בית משפט מחוזי, כאשר הועלתה דרישה שהנשיא "ישמע את מקורות המידע המודיעיני מכלי ראשון ויחקור אותם", בית המשפט פסק "כי גם אם ניתן לקיים חקירות כאמור, ברור הוא כי הדבר לא ייעשה כדבר שבשיגרה, כי אם רק במקרים חריגים שייקבעו על-פי שיקול דעתו של השופט המשפטי, בהתאם לאיזון בין צורכי הביטחון החיוניים ... לבין זכויות היסוד לחירות ולהליך ראוי".²⁴ בהתאם לכך אפשר להציג את הדיון המקורי, בלשונו של בית המשפט, כ"מודל רחב יחסית של ביקורת שיפוטית במסגרת חוק המעצרים המינהליים".²⁵

כדי להבהיר את המתכונת הרגילה של ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי, אני מבקש לחזור על דברים שאמרתי במקום אחר בנוגע לדיון המקורי המתנהל בבית המשפט לפי סעיף 17 לחוק חוק המידע,²⁶ שכן אני סבור כי דברים אלה חלים בדרך כלל גם על דיון מקורי המתנהל בבית המשפט לפי חוקים אחרים. ואלה הדברים:

²³ ראו לעיל, בעמ' 6.

²⁴ משפט ברהם, לעיל ה"ש 5, בעמ' 346, השופט אור. בעניין זה היה מדובר במעצר מינהלי לפי הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), אך בהקשר זה אין מקום להבחין בין מעצר לפי צו זה לבין מעצר לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים).

²⁵ שם, בעמ' 344.

²⁶ על הביקורת המופעלת על ידי בית המשפט לפי ס' 17 לחוק חופש המידע, ראו לעיל, בעמ' 12.

השאלה כיצד בית המשפט ידון וישקול את האינטרסים המתמודדים בעניין הגילוי צריכה להיות מופקדת בידי בית המשפט, ובית המשפט אמור להחליט בשאלה זאת לפי נסיבות העניין. מצד אחד, יהיה זה בלתי נכון ובלתי מעשי למנוע בעד בית המשפט להתייחס לדיון שהתקיים בפני הרשות הציבורית, אם ובמידה שיראה זאת לנכון. אם יראה זאת לנכון, הוא יוכל לאמץ ראיות בכתב או בעל-פה שהיו בפני הרשות הציבורית, שקיבלה את החלטה בעניין הגילוי, או טענות שהושמעו בפניה. תהיה זאת טעות לחייב את בית המשפט להתעלם מן התיק שהוכן על ידי אותה רשות, לאסוף את כל הראיות בעצמו ולשמוע מחדש את כל העדים שהופיעו בפני הרשות. מצד אחר, אם בית המשפט יראה זאת לנכון, הוא יוכל לשמוע מחדש עדים מסוימים או לאסוף ראיות נוספות. הווי אומר, הדיון בפני בית המשפט, לפי סעיף 17 לחוק, אינו בגדר ביקורת שיפוטית רגילה ואף אינו צריך להיות בגדר דיון מחדש, אלא הוא דיון גמיש שיכול להתבסס באופן חלקי או מלא על חומר שהיה בפני הרשות הציבורית, אם ובמידה שהדבר ייראה לבית המשפט נכון ומועיל בנסיבות העניין.²⁷

אפשר, אם כן, לסכם כי דיון מקורי, המופעל כביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית, הוא דיון דה נובו במובן מוגבל. בדיון כזה בית המשפט אינו מתעלם מן הדיון הראשון

²⁷ זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1260. במשפט גישה, לעיל ה"ש 21, הביע השופט עמית (בפס' 12) תמיכה בדעה זאת:

כשלעצמי, אני מוצא טעם בדבריו של זמיר כי הדיון בבית המשפט צריך להיות "גמיש", כך שמחד גיסא – יש להימנע מלחייב את בית המשפט לקיים דיון de novo תוך התעלמות משיקולי הרשות, ומאידך גיסא – יש לאפשר לבית המשפט לבחון זוויות מסוימות מחדש מקום בו ימצא לנכון לעשות כן. מכל מקום, נוכח המסקנה אליה הגעתי בערעור זה, איני נדרש לקבוע מסמרות בשאלות האמורות, וניתן להותירן לעת מצוא.

השופט עמית הוסיף ואמר (שם, בפס' 13, ההדגשות במקור):

לטעמי, הוראת סעיף 17(ד) מאפשרת לבית המשפט להתערב בהחלטת הרשות מקום בו כללי הביקורת השיפוטית המקובלים אינם מאפשרים לעשות כן, אך אין לומר כי היא מחייבת את בית המשפט להפעיל סמכותו ולבחון את החלטת הרשות על פי סעיף 17(ד), שאם לא כן נמצאנו מרוקנים מתוכן את החלטת הרשות ומחייבים את בית המשפט לערוך דיון מחדש בכל מקרה המובא בפניו.

שנערך בעניין הנדון, ומן ההחלטה שנתקבלה בו, אלא הוא בוחן הליך זה כדי לברר אם הוא ראוי, לא רק מבחינה משפטית אלא מכל הבחינות. במובן זה ביקורת בדרך של דיון מקורי דומה לביקורת שיפוטית רגילה: זהו דיון שני הבוחן את הדיון הראשון. אך ביקורת בדרך של דיון מקורי שונה מביקורת שיפוטית רגילה במתכונת הדיון, ובעיקר בהיקף הביקורת. בדיון מקורי בית המשפט אינו כבול לדיון הראשון מבחינת הראיות, הטענות או שיקול הדעת. מבחינה זאת מוקנית לו הסמכות המוקנית לרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה בדיון הראשון. בהתאם לכך, גם אם ההחלטה שנתקבלה בדיון הראשון אינה חורגת ממיתחם הסבירות או ממיתחם המידתיות, ומבחינה זאת לא נפל פגם משפטי בהחלטה, עדיין לבית המשפט מוקנית בדיון מקורי סמכות להעדיף החלטה אחרת, הנראית לו סבירה יותר או מידתית יותר. הסמכות נתונה לבית המשפט, והשאלה החשובה היא עד כמה הוא יפעיל סמכות זאת. התשובה תלויה, כמובן, בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון. באופן כללי נראה כי בית המשפט נוטה להפעיל סמכות זאת בזהירות ובאיפוק.

2. עניינים חריגים

עם זאת, יש להבהיר כי מתכונת זאת של דיון מקורי עשויה להשתנות מעניין לעניין לאור החוק המסדיר את הביקורת בעניין הנדון: מתכונת הדיון, ובכלל זה היקף הביקורת, עשויה להשתנות לפי לשון החוק, תכלית החוק, מהות הסמכות המינהלית, מיהות הרשות המינהלית, סדרי הדין, ושיקולים נוספים המיוחדים לאותו עניין. בהתאם לכך, הדיון המקורי בעניין אחד עשוי להיות שונה, ואף רחב יותר או צר יותר, מן הדיון המקורי בעניין אחר.

המתכונת של הדיון המקורי תלויה, קודם כל, בסדר הדין החל בעניין הנדון. בדרך כלל החוק המסדיר את הדיון בעניין מסוים מוסיף ומקנה סמכות לשר הנוגע בעניין להתקין תקנות סדר דין באותו עניין. תקנות כאלה יכולות להתאים את סדר הדין למהות ולצרכים המיוחדים בעניין הנדון. כאשר תקנות כאלה הותקנו, בית המשפט, כמובן, נוהג על פי תקנות אלה.²⁸ אולם לעתים קרובות, אף שקיימת סמכות להתקין

²⁸ ראו לדוגמה תקנות בית משפט (ערעורים בעניני מס הכנסה), התשל"ט-1978. הנה דוגמה נוספת: החוק לטיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, קובע בס' 29 זכות לערער על החלטה של ועדה פסיכיאטרית בפני בית המשפט המחוזי, ומוסיף כי שר המשפטים יקבע בתקנות את "נוהל הגשת הערעור וסדרי הדין בו". תק' 18 לתקנות לטיפול בחולי נפש (ערעור בפני בית המשפט המחוזי), התשי"ז-1957, קובעת כי "בית המשפט הדן

תקנות סדר דין, תקנות כאלה לא הותקנו. במקרה כזה, כברירת מחדל, בית המשפט מנהל את הדיון על פי תקנות סדר הדין האזרחי.

מעבר לסדר הדין, אפשר שהחוק המסדיר את הדיון בבית המשפט בעניין מסוים יקבע הוראות המקנות לבית המשפט סמכות מיוחדת באותו עניין או, להיפך, הוראות המגבילות את בית המשפט בדיון כזה. כך, לדוגמה, חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) קובע (בסעיף 6) כי נשיא בית המשפט המחוזי, המפעיל ביקורת על צו מעצר, רשאי לסטות מדיני הראיות, ואף לקבל ראיה שלא בנוכחות העציר או בא-כוחו; חוק חופש המידע קובע (בסעיף 17) כי לא יורה בית משפט על מסירת מידע העלול לפגוע בזכויות צד שלישי אלא לאחר שנתן לצד השלישי הזדמנות להשמיע את טענותיו; וחוק יישום תכנית ההתנתקות המקנה (בסעיף 137) לבית המשפט סמכות "לשקול כל שיקול ולקבל כל החלטה שהוועדה המיוחדת רשאית היתה לשקול או לקבל", מסייג סמכות זאת כך: "ובלבד שלא יובאו לפניו עובדות, ראיות או טענות שלא הובאו קודם לכן לפני הוועדה המיוחדת".

ד. מתי ראוי לאפשר דיון מקורי?

1. המצב הקיים

כאמור, יש חוקים המסמיכים את בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי על החלטות מינהליות מסוג מסוים. אמנם גם חוקים אלה אינם קובעים במפורש כי בית המשפט מוסמך לקיים דיון מקורי. לעתים קרובות חוק כזה משתמש בלשון המקובלת בחקיקה לצורך ביקורת שיפוטית רגילה, כלומר, שבית המשפט מוסמך לדון ב"ערעור", או "עתירה", או "בקשה".²⁹ אולם יש שהחוק נוקט לשון אחרת, המלמדת

בערעור רשאי לאשר את החלטת הוועדה או להחזירה לוועדה, או להחליט, על סמך העובדות שנקבעו על ידי הוועדה, החלטה אחרת במקומה". שאלה היא אם הסמכה של בית משפט לקיים דיון מקורי, ובכלל זה לקבל החלטה אחרת במקום הוועדה הפסיכיאטרית, היא עניין של סדר דין או עניין של מהות. אם אמנם אין זה עניין של סדר דין, מסתבר כי תק' 18 חורגת מן הסמכות לקבוע סדרי דין.

לדוגמה, פקודת מס הכנסה קובעת בס' 153 כי מי שרואה עצמו מקופח על ידי החלטת פקיד שומה רשאי "לערער" עליה לפני בית המשפט המחוזי. על הדיון המקורי לפי סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 13. חוק חופש המידע, קובע בס' 17 כי אדם שבקשתו לקבל מידע מרשות מינהלית נדחתה רשאי להגיש "עתירה" לבית המשפט לעניינים

²⁹

על כוונה לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי, או שהוראות אחרות בחוק מצביעות על כוונה לקיים דיון כזה, או שכוונה כזאת עולה מן ההקשר של החוק. כך, לדוגמה, כאשר חוק קובע כי החלטה מינהלית טעונה "אישור" או "היתר" של בית המשפט, או כאשר הוא מסמיך את בית המשפט לשמוע ראיות ככל שיראה לנכון, או שהוא קובע כי בית המשפט רשאי לקבל כל החלטה שהרשות המינהלית היתה מוסמכת לקבלה.

ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי מתנהלת במתכונת שונה מן המתכונת הרגילה של ביקורת שיפוטית, ולא רק מבחינת סדרי הדין, שלא פעם הם סדרי דין מיוחדים לעניין הנדון, אלא גם מבחינת היקף הביקורת. בעניינים מסוימים דיון מקורי עשוי להיות דומה לתובענה אזרחית, שבה בית המשפט דן במחלוקת שבין תובע לנתבע על פי סדר הדין האזרחי, יותר מאשר לביקורת שיפוטית. בעניינים אחרים, כאשר בית המשפט מקבל ראיות, מעריך את משקלן ומפעיל שיקול דעת עצמאי, דיון מקורי עשוי להיות דומה להשגה לפני רשות מינהלית או לערר לפני בית דין מינהלי. ואפשר גם שדיון מקורי יהיה דומה לביקורת שיפוטית רגילה, כמו בעתירה לבג"ץ. נוכח אפשרויות אלה, מהי בפועל המתכונת של ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי בבתי המשפט?

תשובה בדוקה דורשת מחקר שדה, שמעולם לא נעשה. לכן, במצב הקיים, צריך להסתפק בתשובה מהוססת, המסתמכת על אמירות פזורות בפסיקה ועל התרשמות כללית.

ההתרשמות היא שעל פי רוב הדיון המקורי בבית המשפט, אף שמקובל לקרוא לו דיון דה נובו, כלומר דיון מחדש, בפועל אינו דיון מחדש: בית המשפט אינו מתעלם מן הדיון שנתקיים ומן ההחלטה שנתקבלה על ידי הרשות המינהלית, ואינו מתחיל את הדיון מבראשית, כאילו לא נתקיים דיון אצל אותה רשות. להיפך, הדיון שנתקיים אצל הרשות המינהלית, וההחלטה שנתקבלה על ידה, הם נקודת המוצא של בית המשפט גם בדיון מקורי, ובית המשפט בוחן אותם כדי לברר אם הדיון התנהל אצל הרשות באופן תקין ואם ההחלטה שנתקבלה על ידה היא ראויה. כלומר, גם בדיון מקורי, כמו בביקורת שיפוטית רגילה, בית המשפט מודע לכך שהוא מקיים דיון שני, לאחר שכבר נתקיים דיון ראשון על ידי רשות מינהלית, ובפועל הוא מנהל דיון ביקורתי.

מינהליים. על הדיון המקורי לפי סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 12. חוק אוויר נקי, קובע בס' 47 כי מי שרואה עצמו נפגע על ידי צו שהוצא לפי חוק זה רשאי להגיש לבית המשפט "בקשה" לביטולו. על הדיון בבית המשפט לפי סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 14.

כיוון שכך, מה נשתנה דיון מקורי מביקורת שיפוטית רגילה? שבדיון מקורי מוקנית לבית המשפט, בדרך כלל, סמכות דומה לסמכות המוקנית לרשות המינהלית. אפשר לומר כי בדיון מקורי מוקנית לבית המשפט סמכות מעורבת: סמכות משפטית שהורכבה עליה סמכות מינהלית. בהתאם לכך, בית המשפט רשאי, אם הוא רואה לנכון, לשמוע מחדש ראיות שכבר נשמעו על ידי הרשות המינהלית, לאסוף ראיות נוספות, לאפשר טענות חדשות, להפעיל שיקול דעת עצמאי, וכתוצאה לקבל את ההחלטה הנראית לו ראויה, גם אם ההחלטה שהרשות המינהלית קיבלה אינה לוקה בפגם משפטי. כלומר, בית המשפט רשאי לפעול בערך כמו רשות מינהלית. כאשר כך הוא פועל, הדיון המקורי קרוב להיות דיון מחדש.

אולם, בפועל, נראה כי בדרך כלל בית המשפט אינו פועל כך, אלא רק בעניינים מעטים, שבהם יש הצדקה מיוחדת לקיים דיון מחדש, או בנסיבות מיוחדות שבהן ההתנהלות של הרשות המינהלית בדיון הראשון נראית לבית המשפט פגומה באופן רציני, ולכן הוא רואה צורך להפעיל את הסמכות המיוחדת המאפיינת דיון מקורי. במקרים אחרים, הדיון המקורי יכול להיות קרוב לביקורת שיפוטית רגילה, במובן זה שבית המשפט בוחן את ההליך המינהלי, ואת ההחלטה שנתקבלה בהליך זה, ואם הם נראים לו תקינים וראויים, הוא מסתפק בכך ודוחה את הערעור, או העתירה, או הבקשה, לפי העניין. כך הדבר, ואפשר לומר שראוי שכך יהיה, גם מתוך כבוד לרשות המינהלית שהחוק הסמיך אותה בעניין הנדון, גם מתוך הכרה ביתרון היחסי של הרשות באותו עניין, וגם מתוך רצון שלא לבזבז משאבים שיפוטיים ואחרים שלא לצורך.

זאת היא, כנראה, המתכונת השכיחה בדיון מקורי. עם זאת, ברור כי המתכונת של דיון מקורי אינה אחידה, אלא היא עשויה להשתנות מעניין לעניין, ולא רק מבחינת סדרי הדין, הנקבעים לא פעם על ידי תקנות מיוחדות לעניין הנדון, אלא גם מבחינת היקף הביקורת. לדוגמה, הדיון בבית המשפט המחוזי בערעור על שומת מס הכנסה, לפי פקודת מס הכנסה, מתנהל בבית המשפט המחוזי במידה רבה כמו תובענה אזרחית, על יסוד ראיות המוגשות לבית המשפט; ואילו דיון בבקשה לאשר מעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) מתנהל לפני נשיא בית המשפט המחוזי יותר כמו דיון בעתירה מינהלית, בעיקר על יסוד הראיות שהיו לפני הרשות המינהלית.

השוני במתכונת של הדיון המקורי בין עניין לעניין עשוי לשקף את הוראות החוק המיוחדות לעניין הנדון, והוא עשוי לבטא גם את השוני בהקשר המיוחד של העניין. למשל, אפשר שבעניין אחד החוק יסמיך את בית המשפט לקבל ראיות חדשות, ואפילו לסטות מדיני הראיות, ואילו בעניין אחר החוק יקבע כי בית המשפט רשאי להפעיל שיקול דעת עצמאי על יסוד הראיות שהיו לפני הרשות המינהלית. אפשר גם שמהות

העניין הנדון תשפיע על פרשנות החוק, וכתוצאה גם על מתכונת הדיון בבית המשפט. כך, למשל, כאשר העניין הנדון נוגע לחירות האדם, או לביטחון המדינה, אפשר שיהיה בכך כדי להשפיע גם על מתכונת הדיון באותו עניין.

לשון החוק והקשר החוק עשויים להסביר את המתכונת של דיון מקורי בעניין מסוים. אך האם הם יכולים גם להצדיק את המתכונת של דיון מקורי באותו עניין: מדוע נקבעה מתכונת כזאת בעניין מסוים, ומדוע לא נקבעה מתכונת כזאת בעניין דומה? לדוגמה, מדוע נקבעה מתכונת של דיון מקורי בערעור על שומת מס הכנסה לפי סעיף 153 לפקודת מס הכנסה ובערעור על שומת מס ערך מוסף לפי סעיף 83 לחוק מס ערך מוסף, ואילו בערעור על ארנונה כללית לפי סעיף 6 לחוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), התשכ"ה-1976, ובערעור על מס שבח מקרקעין לפי סעיף 90 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, נקבעה מתכונת של ערעור רגיל או אף ערעור המוגבל לשאלה משפטית? דוגמה נוספת: מדוע נקבעה מתכונת של דיון מקורי לפני נשיא בית משפט מחוזי לגבי צו מעצר מינהלי לפי סעיף 4 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), ואילו לגבי צווים פוגעניים לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ובהם צווי צנזורה, צווי החרמה ועוד, אין ביקורת שיפוטית אלא בדרך של עתירה רגילה לבג"ץ?

ברור שהמצב הקיים אינו משקף תכנית מגובשת או אפילו מדיניות כללית של הממשלה או הכנסת, או של בית המשפט, בנוגע לשאלה באילו עניינים ראוי שבית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. מעולם לא גובשה תכנית כזאת או מדיניות בשאלה זאת, ומסתבר כי בכל עניין השאלה אם להפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי הוכרעה על יסוד שיקולים מוגבלים לאותו עניין, ולא על יסוד שיטה רחבה.

מכאן השאלה: האם המצב הקיים בנוגע לביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי הוא גם המצב הראוי? כיום אין די מידע כדי לתת תשובה מבוססת. עם זאת, על יסוד המידע הקיים, יש מקום להערוך אחדות.

2. המצב הראוי

שאלה ראשונה היא, אם המצב הקיים בנוגע לביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי מתיישב עם העיקרון בדבר הפרדת הרשויות. התשובה היא, מצד אחד, שעיקרון זה, על פי התפיסה המקובלת בישראל ובמדינות אחרות, אינו מונע בעד רשות אחת למלא תפקיד שעל פי מהותו "שייך" לרשות אחרת, ובכלל זה אף אינו מונע בעד בית משפט

למלא תפקידים בעלי אופי מינהלי. להיפך, התפיסה המקובלת של עיקרון זה שוללת הפרדה מלאה בין הרשויות, לפי מהות התפקיד, אלא היא מחייבת מעורבות של רשות אחת בפעילות של רשות אחרת. מעורבות כזאת נדרשת כדי לקיים בלמים ואיזונים בין הרשויות, ובדרך זאת למנוע שימוש לרעה בסמכויות המוקנות לכל אחת מן הרשויות. אכן, בפועל, מעורבות כזאת היא דבר שכיח, ודוגמה מובהקת לכך היא הביקורת השיפוטית הרגילה, כמו הביקורת המופעלת על ידי בג"ץ על כל ההחלטות המינהליות.³⁰

אולם, מצד שני, בדיון מקורי, להבדיל מביקורת שיפוטית רגילה, בית המשפט נכנס עמוק יותר לתחום המינהל הציבורי. בביקורת רגילה בית המשפט מסתפק בבדיקת החוקיות של ההחלטה המינהלית, וזהו תפקיד בעל אופי שיפוטי, שבו יש לבית המשפט, לא רק מעמד ועצמאות הנדרשים למילוי תפקיד שיפוטי, אלא גם כשירות ומיומנות, ולכן גם זהו תפקיד לגיטימי, ואפילו תפקיד חיוני, של בית משפט. כנגד זאת, בדיון מקורי בית המשפט מקבל על עצמו תפקיד בעל אופי מינהלי. הוא עשוי לבדוק את ההחלטה המינהלית גם מבחינת היעילות והסבירות, ואפילו מבחינת התקציב, כוח אדם ועדיפות על מטלות אחרות של הרשות המינהלית, כאילו הוא רשות מינהלית. כאשר תפקיד זה מוטל על בית המשפט נוצר קושי, הן מבחינה עקרונית, שכן יש בכך כדי לכרסם בעיקרון של הפרדת הרשויות, והן מבחינה מעשית, שכן הרשות המינהלית, שהחוק הטיל את התפקיד עליה, היא גם בעלת מיומנות וניסיון במילוי תפקיד זה, יש לה ראייה רחבה של האינטרס הציבורי בעניין הנדון, והיא גם נושאת באחריות למילוי התפקיד כלפי נבחר הציבור. אכן, לשיקולים אלה יש משקל גם בביקורת שיפוטית רגילה, ולכן בית המשפט מזהיר את עצמו ללא לאות שלא לשים את עצמו בנעלי הרשות המינהלית, אך ברור כי יש להם משקל כבד הרבה יותר בדיון מקורי.

לבית המשפט אין אותה כשירות מקצועית הנדרשת למילוי תפקיד בעל אופי מינהלי; אין לו אותו מטען של ידע וניסיון שנצבר אצל הרשות המינהלית המופקדת על עניין מסוים; אין לו כלים הנדרשים לצורך איסוף הנתונים כתשתית לקבלת החלטה

³⁰ ראו לדוגמה בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 158 (1985) (השופט ברק): "הפרדת רשויות משמעותה איוון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים". על העיקרון בדבר הפרדת הרשויות ויישומן בישראל, ובכלל זה יישומו על בית המשפט, ראו ה' קלינגהופר משפט מינהלי, מעמ' 23, ובמיוחד בעמ' 31 (1957).

מושכלת בעניין הנדון; אין הוא נושא באחריות לביצוע המדיניות המנהלית; וספק אם יש לו אפשרות לחזות כראוי את ההשלכות האפשריות של החלטתו על משאבי הרשות המינהלית, על ביצוע המדיניות שלה, ועל האינטרס הציבורי. לכן, בדרך כלל, אין יסוד להניח כי שיקול הדעת של בית המשפט, כאשר הוא מקיים דיון מקורי, עדיף על שיקול הדעת של הרשות המינהלית. זאת ועוד, ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי נוטה להגביר את המתח בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, שלא לטובה, והיא גם נוטה לגזול משאבים שיפוטיים, כתוצאה משמיעת ראיות חדשות וטענות חדשות, הרבה יותר מביקורת שיפוטית רגילה. מכאן מתבקשת מסקנה שנדרש טעם מיוחד, הגובר על שיקולים אלה, כדי להצדיק ביקורת שיפוטית בעניין מסוים בדרך של דיון מקורי.

אך מהו טעם שיש בו כדי להצדיק ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי? אפשר אולי להצדיק ביקורת כזאת, קודם כל, בעניינים שהם מבחינה מהותית קרובים להליך שיפוט, כאילו הם נמצאים בשולי הטריטוריה המוסכמת של בית המשפט. עניינים כאלה מוכרים היטב לבית המשפט, ואולי אף ניתן לומר שבית המשפט אינו פטור מאחריות כלפיהם. דוגמה אחת לעניינים כאלה היא ההוצאה לפועל של פסקי דין. חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, קובע בסעיף 80 כי על החלטות של רשם ההוצאה לפועל ניתן להגיש ערעור אל בית משפט השלום. "ערעורים על החלטותיו של ראש ההוצאה לפועל" אמר בית המשפט:

נושאים אופי מיוחד במונח זה שהם פותחים לדיון בפני ערכאת הערעור לא רק שאלות משפטיות – כנהוג בערעור בדרך כלל – אלא גם רובד עובדתי, וניתן לערוך במסגרתם בחינה מחודשת של ראיות לצורך קביעת ממצאים עובדתיים ... יוצא איפוא שערעור על החלטת ראש ההוצאה לפועל עשוי לכוון בירור עובדתי של עובדות שכבר הובאו בפני ראש ההוצאה לפועל, אך עשוי גם להיות כרוך בהצגת עובדות רלוונטיות חדשות שלא נדונו בפני ראש ההוצאה לפועל.³¹

לסוג זה של עניינים ניתן לשייך גם את המעצר או, לשון אחר, שלילת חירותו של אדם. מעצר אדם שנחשד או הואשם בביצוע עבירה על החוק נחשב חלק מן ההליך הפלילי שבית המשפט מופקד עליו. כלל רחב הוא שאין לעצור אדם אלא בצו של בית

³¹ רע"א 5485/99 פינטו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נד(3) 337, 340-341 (2000) (השופטת פרוקצ'יה).

משפט.³² לכן, כאשר המשטרה מחליטה לעצור אדם שנחשד בביצוע עבירה מעבר ליממה, מבחינה משפטית החלטתה אינה אלא בקשה המופנית אל בית המשפט לקבל צו מעצר, ובית המשפט אמור לברר את העובדות שביסוד הבקשה ולהפעיל שיקול דעת עצמאי בשאלה אם להוציא צו מעצר, לאיזו תקופה ובאילו תנאים. ברור, אם כן, כי הקניית סמכות לרשות מינהלית לעצור אדם ללא צו של בית משפט היא בגדר חריג לכלל ואף למוסכמה החברתית. ולכן דבר רגיל וראוי הוא שהחריג יצומצם, כדי למנוע פגיעה בלתי מוצדקת בחירות, באמצעות מעורבות עמוקה יותר של בית המשפט בהליך המינהלי. ולא זו בלבד. בכל הנוגע למעצר אדם, לבית המשפט יש כשירות וניסיון יותר מאשר לרשות המינהלית, ובשל מעמדו ועצמאותו הוא אף מתאים יותר מן הרשות המינהלית לערוך את האיזון הנדרש בין הפגיעה בחירות האדם לבין הסכנה הנשקפת לשלום הציבור או לביטחון המדינה. משום כך אפשר להצדיק את ההוראה בסעיף 4 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), הקובע כי צו מעצר מינהלי שניתן על ידי שר הביטחון טעון "אישור" על ידי נשיא בית משפט מחוזי, ובכך לפתוח את הדרך לדיון מקורי בהחלטת השר להוציא צו כזה.

דברים דומים ניתן לומר לגבי הגנה על זכויות יסוד נוספות או על ערכים בסיסיים מסוימים, שבהם שיקולים עקרוניים או ניסיון מעשי תומכים במעורבות עמוקה יותר מן הרגיל בהליך המינהלי, או בפיקוח הדוק במיוחד על הרשות המינהלית, מצד בית המשפט. ייתכן שכך ניתן להצדיק את הביקורת השיפוטית באמצעות דיון מקורי על סירוב של רשם המפלגות לרשום מפלגה, לפי סעיף 6 לחוק המפלגות, התשנ"ב–1992, ועל החלטה של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת למנוע בעד מועמד מלהשתתף בבחירות, לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. בעניינים אלה יש טעם נוסף למעורבות עמוקה של בית המשפט בהליך המינהלי, והוא החשש שמא אינטרסים מפלגתיים יעוותו את ההחלטה, והצורך להבטיח גם בעיני הציבור הרחב את ההגינות והענייניות של הליכים מינהליים בתחום הפוליטי.

כך גם לגבי ההגנה על הערך של שקיפות ציבורית, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוק חופש המידע, ובהוראת סעיף 17 לחוק זה, המסמיך את בית המשפט לצוות על רשות מינהלית למסור מידע אם לדעתו העניין הציבורי בגילוי המידע גובר על הטעם לסירוב הרשות למסור את המידע.

³² ס' 4 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996, קובע כי "מעצר אדם יהיה בצו של שופט ... אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו".

בעניינים אלה, ובעניינים מעין אלה, קיים מצד אחד אינטרס ציבורי מובהק בפיקוח הדוק יותר של בית המשפט על הרשות המינהלית, ומצד שני אין לרשות המינהלית עדיפות מבחינת הכשירות, הניסיון והאחריות על פני בית המשפט.

אולם, להוציא עניינים מעין אלה, בדרך כלל לא יהיה זה ראוי להקנות לבית משפט סמכות לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. בעיקר כך, כמובן, בעניינים שבהם ברור כי לרשות המינהלית יש עדיפות על פני בית המשפט מבחינת הכשירות, הניסיון והאחריות לביצוע המדיניות. כאלה הם, לדוגמה, עניינים של תכנון כלכלי, חברתי או סביבתי; קביעת תבחינים לחלוקת משאבים ציבוריים, כמו כסף ומקרקעין; פיקוח על שירותים, למשל הפיקוח על בנקים או על הגבלים עסקיים.

עניינים כאלה הם לעתים קרובות עניינים רב-קודקודיים, להבדיל מעניינים דו-קודקודיים. עניין דו-קודקודי הוא עניין שבו צריך לבחור בין שתי דרכים: להכשיר אחת ולפסול את השנייה. כך, למשל, כאשר צריך להכריע אם להחזיק אדם במעצר, או אם לחשוף מידע ציבורי. הכרעה בעניין כזה, לכאן או לכאן, הולמת את ההליך השיפוטי. לכן גם סביר יותר להקנות לבית המשפט בעניין כזה סמכות לקיים דיון מקורי. כנגד זאת, עניין רב-קודקודי הוא עניין המערב מספר רב של נתונים, אינטרסים ושיקולים, תוך התחשבות במדיניות, במשאבים, בנסיבות העניין ובאילוצים שונים, בהם גם שיקולים פוליטיים, שיש לתת לכל אחד מהם משקל ראוי ולערוך ביניהם איזון ראוי, ובהתאם לכך לבחור בדרך אחת מבין דרכים אחדות, שכולן חוקיות, ובדרך כלל הבחירה בין הדרכים כרוכה גם בשיקולים חוץ-משפטיים. כאלה הם, למשל, גיבוש תכנית מיתאר לעיר, קביעת מחיר למצרך או שירות, התוויית נתיב לכביש. בעניינים כאלה לבית המשפט אין כלים כדי לאסוף את כל הנתונים הנדרשים לצורך הכרעה, אפשרות לקיים את כל ההתייעצויות המתבקשות, וניסיון ומומחיות שיש בהם צורך כדי לאזן כראוי בין כל השיקולים השייכים לעניין, בהם גם שיקולים חוץ-משפטיים. בעניין כזה ראוי להגביל את בית המשפט לביקורת שיפוטית רגילה.³³

זאת ועוד, כדי להגביל את בית המשפט ככל שניתן לביקורת שיפוטית רגילה, שהיא הטריטוריה הטבעית והמוסכמת של בית המשפט, ראוי לברר, גם בעניינים שבהם לכאורה יש טעם לקיים דיון מקורי, אם אין זה עדיף לקיים דיון כזה בבית דין מינהלי, ולא בבית משפט. שהרי לביקורת על ידי בית דין מינהלי יש יתרונות מסוימים

³³ על ההבדל מבחינת הביקורת השיפוטית בין עניין שבו מדובר בשאלה דו-קודקודית לבין עניין שבו מדובר בשאלה רב-קודקודית, ראו בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 644-645 (2001).

על פני ביקורת על ידי בית משפט, שנודעת להם חשיבות דווקא בנוגע לביקורת בדרך של דיון מקורי. יתרונות אלה נובעים מן ההרכב של בית הדין המינהלי, שעל פי רוב הוא משקף מומחיות בעניין הנדון, מן הניסיון שרכש בעניינים מסוג זה, וכן גם מן הקירבה שלו למערכת המינהל הציבורי. אמנם הקירבה של בית הדין למינהל הציבורי מעוררת חשש מפני הטיה לצד הרשות המינהלית. אך ניתן למזער חשש זה באמצעים שונים, ובהם מינוי שופט (או שופט בדימוס) כיושב ראש בית הדין. כך נעשה, לדוגמה, בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, שהקים בית דין מיוחד לעניין זה והכפיף אותו לערעור אל בית המשפט. כאשר בית המשפט דן בערעור על החלטת בית הדין, ומגביל עצמו לשאלת החוקיות של ההחלטה, הוא ממלא תפקיד שיפוטי מובהק וטהור. יש בכך כדי להקל על בית המשפט, למקם אותו בתפקיד הראוי לו, ולפטור אותו מן הצורך להכריע במחלוקת שבמידה מסוימת, לעתים אף במידה רבה, אינה משפטית.

השיקולים בדבר התפקיד הראוי של בית המשפט מציבים סימן שאלה ליד עניינים מסוימים שבהם הביקורת השיפוטית, כפי שהיא כיום, מתנהלת בדרך של דיון מקורי. הנה, לדוגמה, הביקורת השיפוטית על שומת מס הכנסה לפי סעיף 153 פקודת מס הכנסה. ביקורת זאת, כפי שהיא כיום, מתנהלת בדרך של דיון מקורי: היא מתבססת על ראיות המוגשות לבית המשפט ומוכרעת על פי שיקול הדעת של בית המשפט. בדיון כזה המעמד של פקיד המס, שקבע את השומה, דומה למעמד של נתבע בדיון אזרחי יותר מאשר למעמד של רשות מינהלית. הוא מעורר שאלות אחדות. ראשית, כיוון שהביקורת מתנהלת בדרך של תובענה אזרחית, מדוע קובע סעיף 153 לפקודת מס הכנסה כי על החלטה של פקיד המס ניתן "לערער" אל בית המשפט המחוזי? ייתכן שהתשובה נעוצה בהיסטוריה של הפקודה, שנחקקה בשנת 1941, כאשר הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בדרך של ערעור עדיין היתה בחיתוליה. אך, גם אם כך, אין זה אלא הסבר, ולא תשובה עניינית. לכן יש לשאול: האם כיום קיימת הצדקה עניינית לביקורת על שומת מס הכנסה במתכונת זאת בהתחשב במהות העניין מצד אחד ובמשאבים השיפוטיים מצד שני? השאלה לא נבדקה באופן ראוי. נניח, לצורך הדיון, כי התשובה חיובית, כיוון שההגנה הנדרשת על הקניין הפרטי מפני מיסוי ציבורי מצדיקה דיון מקורי בבית המשפט, בדרך שבה מתנהלת תובענה אזרחית. אולם, אם כך, מדוע להגביל דרך זאת לביקורת על שומת מס הכנסה? למשל, מדוע לא לפתוח דרך זאת לביקורת על החלטות מינהליות אחרות הפוגעות בקניין הפרטי, כגון החלטה להפקיע מקרקעין לצורך ציבורי? ומדוע לא לפתוח דרך זאת גם לביקורת על החלטות מינהליות הפוגעות בזכויות יסוד אחרות, ולא רק בזכות הקניין? ואם נניח כי דרך זאת נדרשת רק בתחום המיסוי, מה ההצדקה לכך שהביקורת השיפוטית על חיוב בארנונה כללית או במס שבה מקרקעין מתנהלת בדרך שונה לגמרי?

אין מנוס מן המסקנה כי המערכת של ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות לא נבנתה על פי תכנית מושכלת, אין בה שיטתיות, בעניינים מסוימים קשה למצוא בה היגיון, וספק אם היא משרתת את האינטרס הציבורי באופן מיטבי. מסקנה זאת חלה גם על הקבוצה המצומצמת של עניינים שבהם הביקורת השיפוטית מתנהלת בדרך של דיון מקורי. אכן הגיע הזמן לערוך בדיק בית במערכת זאת.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

”צבא העם” נגד גיוס החובה

יגיל לוי*

310	תקציר
310	א. הקדמה
311	ב. נקודת המוצא התיאורטית: משטר התגמול הצבאי
314	ג. שוויון והיררכיות פנים-צבאיות בישראל
324	ד. תמורות בתפקוד הצבא
325	1. המעבר מהדרה להכלה
330	2. המעבר מהסדרה היררכית להסדרה הטורכית של הגיוס
333	3. המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו
337	ה. לאן הולך הצבא?

* פרופ' יגיל לוי הוא חבר סגל בכיר באוניברסיטה הפתוחה. הוא משמש יו"ר קבוצת המחקר האירופית לצבא וחברה (ERGOMAS). לוי חוקר את משולש היחסים צבא-חברה-פוליטיקה, בעיקר הזיקה בין המדיניות הצבאית להרכב החברתי של הצבא. הוא מחברם של שישה ספרים. גרסה ראשונה של מאמר זה הוצגה בהרצאת הפתיחה לכנס "צבא בע"מ: יחיד, כלל, ארגון", שארגנה המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, מארס 2014. על הערותיהם החשובות והמועילות מבקש המחבר להודות למארגני הכנס, עדנה לומסקי-פדר וישראל כ"ץ, ולמגיבות, לימור סמימיאן-דרש והדס בן אליהו, וכן למכון האוניברסיטה הפתוחה לחקר מדיניות, כלכלה פוליטית וחברה על תמיכתו.

תקציר

הקדמה השחיקה במעמד הצבא מביאה לערעור בסיס הלגיטימיות של מודל גיוס החובה. במאמר זה נטען שמודל הגיוס קורס תחת הסתירות הפנימיות שעמדו ביסוד עיצובו, ובמרכזן הסתירה בין האתוס השוויוני של הצבא למדיניות גיוס ברגנית. נקודת המוצא התיאורטית: משטר התגמול הצבאי. משטר התגמול מבוסס על בניית היררכיות חברתיות בתוך הצבא כך שעל אי-שוויון בהקרבה תפצה העדפה בקבלת תגמולים. שוויון והיררכיות פנים-צבאיות בישראל. משאי-השוויון בהקרבה אינו מפוצה בקבלת תגמולים, מכביד אי-השוויון בנשיאה בנטל ההקרבה בתוך הצבא על הקבוצות המקריבות ונוצר לחץ להקלת הנטל. תמורות בתפקוד הצבא. הלחץ להקלת נטל מערער את הלגיטימיות של מודל הגיוס אך לתקופת המעבר מגיוס חובה לצבא התנדבותי שלושה מאפיינים עיקריים: המעבר מהדרה להכלה; המעבר מהסדרה היררכית להסדרה הטורכית של הגיוס; המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו. לאן הולך הצבא? המשותף לשלושת המעברים הוא שלא זו בלבד שמודל גיוס החובה קורס תחת עומס הסתירות של אתוס "צבא העם", אלא שהצבא כמו ידיו מעצים סתירות אלה.

א. הקדמה

מעמדו החברתי של הצבא בישראל נשחק מאוד מאז שנות התשעים, אם לא קודם לכן. שחיקה זו אף גרמה בעשור השני של שנות האלפיים לערעור בסיס הלגיטימיות של מודל גיוס החובה. ערעור זה מאיים על היכולת להמשיך ולקיים גיוס חובה לאורך זמן.

מקורותיו של תהליך זה קבלו ביטוי בעבודות קודמות שלי.¹ עם זאת, העבודה בחנה את תהליכי העומק החברתיים המאיימים על מודל הגיוס אבל לא את השלכותיהם הישירות על מודל הגיוס בהתחשב באופיו של המודל ובסתירות שהמודל יצר. נקודת מבט זו חשובה אנליטית, אך גם פרקטית – היא מאפשרת לבחון את המהלכים שהצבא קידם וששחקו את המודל, ולכן היא מאפשרת לבחון גם את המהלכים שיש ביכולתו לקדם אם ברצונו לצמצם את השחיקה בלגיטימיות של המודל עד כדי האפשרות כי גיוס החובה יבוטל.

¹ ראו בעיקר יגיל לוי מצבא העם לצבא הפריפריות (2007); יגיל לוי מי שולט על הצבא? בין פיקוח על הצבא לשליטה בצבאיות (התשע"א).

הטענה המוצגת במאמר זה היא שמודל הגיוס קורס תחת הסתירות הפנימיות שעמדו ביסוד עיצובו, ובמרכזן הסתירה בין האתוס השוויוני של הצבא למדיניות גיוס בררנית. לאחר הצגת נקודת המוצא התיאורטית אציג את המבנה החברתי של הצבא בשנותיו הראשונות ואמשיך לדיון במאפייני תקופת המעבר מצבא של מגויסי חובה לצבא של מתנדבים. אסכם בדיון בכיווני התפתחותו של הצבא בעתיד הנראה לעין.

ב. נקודת המוצא התיאורטית: משטר התגמול הצבאי

הצבאות המודרניים בנויים על משטרי תגמול (מושג הלקוח מעולם התוכן הניהולי²). משטר תגמול הוא משטר המבוסס על תגמולם של המשרתים בעבור הקרבתם הצבאית, או לפחות על ציפיותיהם של המשרתים כי יתוגמלו בעתיד, גם אם מנגנון הגיוס בנוי על אכיפת המדינה, כלומר גיוס חובה. לעומת זאת הסדרי הגיוס בעידן שקדם להופעת הצבא המודרני (בעיקר לפני המאה ה-18), התבססו על משטרי כפייה ולא על תגמול.

משטר התגמול מבטיח את תגמול החיילים באופן שהוא בעל ערך לחייהם האזרחיים. לתגמול שני רכיבים – תגמול חומרי ותגמול סמלי. התגמול החומרי הוא בעל ערך ממשי בחיים האזרחיים בהיותו מבוסס על תשלום כסף וטובין שווי כסף (כמו הכשרה מקצועית, השכלה, דיור, בריאות). לעומתו מבוסס התגמול הסמלי על כך שלובשי המדים נהנים מסטטוס ומיוקרה המופקים מעצם שירותם הצבאי (ואף מן המדים עצמם), מאופי עיסוקם הצבאי ורמת ההקרבה הנובעת מכך, ממעמד יחידתם ומדרגתם האישית. אלו מומרים בתגמולים בעלי ערך בחברה האזרחית. הערך אינו רק למגויסים, אלא גם – ואף בעיקר – לרשת החברתית שיצאו ממנה. לפיכך, קבוצות חברתיות שונות מצפות – וחותרות – להפיק סוגים שונים של תגמולים סמליים בהתאם להעדפותיהן הקבוצתיות. התגמולים העיקריים הם בראש ובראשונה זכויות אזרחיות, חברתיות ופוליטיות המוענקות למי ששירת בצבא, והן הופכות את השירות הצבאי למגדיר גבולותיה של האזרחות המועדפת. לצד הזכויות מוענקים גם תגמולים פורמליים פחות, כמו הכרה חברתית או כישורים חברתיים.

Assaf Hamdani & Reinier Kraakman, *Rewarding Outside Directors*, 105 MICH. L.

.REV. 1677 (2007)

ערכו של התגמול הסמלי תלוי אפוא במשמעות החברתית-תרבותית של הפקתו, והוא נקבע בהתאם להמירותו. הִמְיֵרוּת (convertibility) פירושה היכולת להחליף משאב שנצבר בזירה אחת, במשאב או בנכס בזירה אחרת, במקרה זה – המרה מן הזירה הצבאית לזירה החברתית האזרחית.³ ההמרה יכולה לשאת אופי של המרה ממשאב סמלי אחד לאחר, למשל סטטוס צבאי בכבוד חברתי. ההמרה גם עשויה לשנות את צורתו של הנכס המומר מסמלי לחומרי, למשל מעמד צבאי המצדיק תגמול מגזרי מועדף (כפי שניתן, למשל, עד שנות השבעים להתיישבות העובדת). בכך שונה תגמול סמלי מתגמול חומרי – כספי או שווה ערך – שאינו נכס המומר מן הצבא לזירה האזרחית, שהרי לנכס זה יש ערך כספי נקוב וקבוע. שני אופני התגמול, הסמלי והחומרי, מתקיימים בו-זמנית בצבאות מגויסי שירות חובה ובצבאות התנדבותיים-מקצועיים, אך משקל התגמולים הסמליים גבוה בראשון ומשקל התגמולים החומריים גבוה באחרון.⁴ הניתוח שלהלן מתמקד בצבאות של מגויסי חובה.

משטר התגמול מבוסס על בניית היררכיות חברתיות בתוך הצבא: ההיררכיה החברתית המתעצבת בצבא בנויה על הבחנה בין קבוצות הנגישות לשירות ובין קבוצות המודרות ממנו. בקרב אלו הנגישות לשירות מתהווה נגישות לא-שווה לא רק לדרגות אלא גם לתפקידים המובחנים במידת היוקרה המוקנית לנושאים בהם.

כדי שההיררכיות הפנים-צבאיות ישרתו את משטר התגמול, הן צריכות להשפיע על ההיררכיות המעוצבות בחברה. צורת ההשפעה המקובלת היא שעתוק: היררכיית ההקרבה, שההיררכיה הפנים-צבאית משקפת, מעניקה לגיימיות לנגישות לא-שווה למשאבי העוצמה בחברה, כך שכגודל ההקרבה של הקבוצה גם היכולת להמיר את ההקרבה לנגישות למשאבים. המרה זו מעצבת בתורה את ההיררכיות החברתיות. דוגמה בולטת לתרומה של ההיררכיה הצבאית לשעתוק ההיררכיה החברתית היא בתחום המגדרי. כפי שהסביר גולדשטיין, ההבדלים במבנה המגדרי בין חברות שונות מיטשטשים כאשר מדובר בלחימה. זיהוי הלחימה עם גבריות הוא מכנה משותף כמעט מוחלט בין החברות. לטעמו, זיהוי זה מסייע להתגבר על ההתנגדות הטבעית של

³ Pierre Bourdieu, *The Forms of Capital*, in HANDBOOK OF THEORY AND RESEARCH FOR THE SOCIOLOGY OF EDUCATION 241 (John G. Richardson ed., 1986).

⁴ Yagil Levy, *Soldiers as Laborers: A Theoretical Model*, 36 THEORY & SOC'Y 187 (2007).

אנשים להילחם.⁵ זיהוי זה הוא אפוא סוג של תגמול סמלי המעודד גברים להקריב בשדה הקרב, והדרת נשים משדה הקרב היא שמקנה משמעות ייחודית לתרומה הגברית. הדרה זו המעצבת את ההיררכיה הצבאית, גם מקבעת את הסדר המגדרי בחברה האזרחית.

השפעה אפקטיבית זו של ההיררכיות הפנים-צבאיות על ההיררכיות החברתיות שמחוץ לצבא, כלומר המירות גבוהה, יכולה להתממש רק בשני תנאים הכרחיים. התנאי הראשון הוא שלצבא דימוי אוניברסלי, כלומר הוא מצטייר כניצב מעל לחלוקה הכיתתית של החברה. אוניברסליות של הצבא מושגת באמצעות הפרדה של הצבא מן הפוליטיקה ובנייה לגיטימית של ההיררכיות הפנים-צבאיות באמצעות ביסוסן על קריטריונים הישגיים ולא שיוכיים (או קריטריונים הנראים כאלה). לאוניברסליות גבוהה של הצבא שתי השלכות מרכזיות:

(1) מעמד שנרכש בצבא נתפס כבעל ערך מחוץ לצבא שהרי הוא לא ייחשד כמעמד שנרכש בשל הטיה של הצבא כלפי הקבוצות הדומיננטיות המשרתות בו, אלא ייתפס כתוצאה של הישגיות והקרבה;

(2) אוניברסליות גבוהה (נחלתן של מרבית הקבוצות בחברה) מחזקת את אמונן של קבוצות שוליות בצבא ולכן מעודדת אותן להיאבק על מעמדם בצבא. אמונן נמוך של קבוצות אלו באוניברסליות של הצבא יעודד אותן למאמץ להפיק משאבים מחוץ לצבא ולוותר עליו כמסלול מוביליות, ואף להתנגש עם הצבא, מהלכים שעלולים לקעקע את מעמדו של הצבא.

התנאי השני להשפעת ההיררכיות הפנים-צבאיות על החברה הוא שיח אזרחות התומך בהשפעה כזו, כלומר שיח אזרחות רפובליקני התופס את החיילות כמידה אזרחית נעלה המשמשת אמת מידה לרכישת מעמד חברתי. מיליטריזציה של השיח הפוליטי, תהליך המושפע מהתעצמותו של האיום החיצוני ומהצגת הצבא ומשרתיו כמי שנועדו לסלק איום זה, תעצים את השיח הרפובליקני.⁶

הצטברות שני התנאים תביא לכך שהצבא יאפשר לקבוצות המשרתות בו להפיק תגמולים סמליים בעלי המירות גבוהה לחברה האזרחית. ערך המירות גבוה יבטיח כי

⁵ JOSHUA S. GOLDSTEIN, WAR AND GENDER: HOW GENDER SHAPES THE WAR SYSTEM AND VICE VERSA (2001).

⁶ Yagil Levy, *Convertible Sacrifice – A* הדיון התיאורטי במשטר התגמול מבוסס על *Conceptual Proposition*, 56 SOC. PERSP. 439 (2013).

דומיננטיות בצבא תומר בדומיננטיות חברתית, וכי על אי-שוויון בהקרה תפצה העדפה בקבלת תגמולים. יחסי החליפין המגלמים הקצאה של תגמולים סמליים בתמורה להקרה צבאית מבטאים את מה שניתן להמשגה במונח המשוואה הרפובליקנית.⁷

משטרי התגמול יוצרים, מצד אחד, הסדרים מוסדיים שהופכים ציות והקרה לשגרה, ומצד אחר הם יוצרים סתירות, העשויות להביא לעיצובם מחדש של משטרי התגמול כהסדרים מוסדיים ואפילו לקריסתם. אמנה עתה סתירות אלה על קצה המזלג ואמחישן בדיון האמפירי: (1) כשהמירות עולה, מתחזקים לחצים של קבוצות מודרות או דחוקות לשוליים לחפש דרך לשנות את ההיררכיה או ליצור היררכיות נפרדות מחוץ לארגון הצבאי כדי ליצור לעצמן תגמולים סמליים חלופיים; (2) משטר התגמול מבוסס על הצורך בתגמול תמידי, אך היכולת לתגמל עשויה למצות את עצמה ואז להפר את המשוואה הרפובליקנית ולהחליש את המוטיבציה להקרה. זאת בפרט משום שכאשר משטר בנוי על היררכיות פנים-צבאיות, הוא חשוף לצורך לפצות על הקרה בלתי שוויונית באמצעות תגמולים בלתי שוויוניים. אם כך, כשהמירות פוחתת, מתפתחים קונפליקטים בין הצבא למגויסיו המבקשים לצמצם את הקרבתם, שהרי פוחת התגמול על ההקרה. מסגרת כללית זו מספקת תובנות להבנת תהליכים הפוקדים את הצבא בישראל.

ג. שוויון והיררכיות פנים-צבאיות בישראל

מראשיתו עוצבה בצה"ל היררכיה פנימית. היא העמידה את הקבוצות המייסדות, כלומר האליטות האשכנזיות החילוניות, בראש ההיררכיה. ההיררכיה הייתה משולבת בהנהגתו של מודל גיוס ברנזי, שהוא מודל של גיוס חובה שחל פורמלית על האוכלוסייה, אך גם פוטר מחובת הגיוס שיעור גבוה יחסית של בני האוכלוסייה. בשנים אלו עוצבו הסדרים רשמיים ומעשיים שפטר מן השירות אזרחים פלסטינים ונשים דתיות. הסדרי הפטור התרחבו בהדרגה וכללו גם צעירים יהודים ברמת השכלה

⁷ יודגש: משטר התגמול מעודד הקרה במונחים של מוטיבציה להתגייס ומוטיבציה להצבה בתפקידים תובעניים ומסכני חיים. המנגנון שמסביר מה מביא חיילים שכבר הוצבו לתפקידים מסוכנים לסכן את חייהם על ידי, לדוגמה, חשיפה לאש אויב, לקוח מגוף ידע אחר הממוקד, למשל, בלכידות היחידה ובקשרים החברתיים הנוצרים בתוכה.

נמוכה, בעיקר מזרחים.⁸ שיעורי הפטור של צעירים יהודים אלו הצטמצמו בעקבות מלחמת יום כיפור (1973), אך מאז המהפך של 1977 התרחבו הסדרי הפטור של גברים חרדים והגיעו עד לשיעור של כ-13% בשנת 2009.⁹

הבררנות תמכה במשטר התגמול הצבאי. הדרתם של מזרחים, נשים ודתיים מן הליבה היוקרתית של הצבא והדרה של חרדים מן הצבא בכלל היו מקור להפקת תגמולים בעבור הקבוצה הדומיננטית. מבנה זה שרטט את גבולות הישראליות התקנית לפי זהותו של הגבר היהודי האשכנזי-חילוני, על התגמולים שהקנתה התוויית הגבול הזה. נוסף על כך, הדרת אזרחים פלסטינים מן הצבא תגמלה את המגויסים המזרחים משום שהיא יצרה הבחנה ברורה בין שתי הקבוצות הממוקמות בתחתית ההיררכיה החברתית והעניקה יתרון למזרחים.

בה בעת, אתוס השוויון, שבו נעטף הצבא תחת סמלי "צבא העם" כארגון המקיים על פי דימויו אמות מידה הישגיות ולא שיוכיות לשיבוץ ולקידום, טשטש את קיבוען של ההיררכיות והפך אותן ללגיטימיות, או לפחות לזמניות. אתוס זה נשען במידה רבה גם על העדר הבחנות קבוצתיות בחקיקה. כך, על נשים הוטלה חובת גיוס כמעט גורפת, למעט נשים דתיות, שהן הקבוצה היחידה שהוחרגה רשמית על פי חוק שירות בטחון שנחקק בשנת 1949 – וגם אלה פוטרו לפי עיקרון כללי של פטור מטעמי מצפון, הגם שהוא חל על נשים בלבד.¹⁰ במקרה של תלמידי ישיבות חרדים נקבע הסדר פרגמטי של פטור, אף שמצומצם, שהניח את דעתה של המנהיגות החרדית. פטור זה עוגן בהסדר ולא בחקיקה מפורשת ונסמך על סמכות שר הביטחון לפי חוק שירות בטחון לקצר שירות, לדחותו או לשחרר ממנו לפי שיקולים שונים. בכך הוא לא רק אפשר לחרדים להימנע מקריאת תיגר על הצבא, שנהנה ממעמד סמלי גבוה,¹¹ אלא גם אפשר להנהיג החילוניות של המדינה לקיים הסדר שאינו פוגם במצג האוניברסליסטי של מודל הגיוס, שלכאורה חל על כלל הגברים.

⁸ מוטי ספראי מדיניות ניהול כוח האדם בעקבות מלחמת יום הכיפורים: צוהר ארגוני להבנת יחסי צבא-חברה 75-76 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, 2010).

⁹ אוריגנה אלמסי יישום חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (חוק טל) 14 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2012).

¹⁰ נויה רימלט "על מצפון, מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות-המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"צ לאורה מילוא" עיוני משפט כט 449, 458-459 (2006).

¹¹ דפנה ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות: מפשרה למחלוקת" צומתי הכרעות ופרשיות מפתח בישראל 13, 19 (דבורה הכהן ומשה ליסק עורכים, 2010).

גם הפטור משירות לערבים, שלא היה מובן מאליו בשנות המדינה הראשונות, לא עוגן בחוק ואף לא בהחלטה מפורשת של שר הביטחון לממש את סמכותו ולשחרר משירות. הפטור לערבים עוגן בקביעה הכללית של חוק שירות בטחון (סעיפים 3-6) שהפוקד (בעל תפקיד שהוסמך על ידי שר הביטחון) רשאי לקרוא בצו לתושב קבוע בגיל 17 להתייצב לרישום, ואם נמצא כשיר – גם להתייצב לגיוס מגיל 18. מכאן שהחוק גם מאפשר לפוקד שלא לאכוף את חובת הגיוס באמצעות אי קריאה להתייצבות.¹²

כמנגנון המשלים את עיצוב ההיררכיה הפנימית, האתוס הרפובליקני והמיליטריזציה של השיח הפוליטי בשנותיה הראשונות של המדינה הבטיחו המרה לגיטימית של מיקום בהיררכיה הפנים-צבאית, אם דומיננטי ואם שולי, במעמד חברתי.¹³ המצג השוויוני של הצבא אף ביצר את דימויו של הצבא כמנגנון הבונה סולידריות חברתית, "צבא מאחה קרעי השבטים" כפי שכינה אותו בן-גוריון.¹⁴

דימויו האוניברסליסטי של "צבא העם" לא רק סייע ללגיטימיזציה של משטר הבררנות, אלא אף סייע למתן קונפליקטים חברתיים, בעיקר הקונפליקט האתנו-מעמדי האשכנזי-מזרחי. למשל, דימוי זה הגביר את האמון של מזרחים בצבא בעקבות אירועי ואדי סאליב של 1959, שחזקו את תפקיד הצבא כמי שסולל למזרחים ערוץ למוביליות חברתית.¹⁵

מצג האוניברסליות של הצבא והיווצרות קהילת בעלי העניין הנהנית מן ההטבות שהוא מקנה, ביצרו את אתוס "צבא העם" וגרמו להתקבעותו: אתוס של צבא שוויוני, אוניברסלי, מנגנון לחינוך מחדש של המהגרים ולמוביליות שלהם, המוסד שהשתתפות בו מייצגת את האזרחות הנורמטיבית, המוסד המגבש מחדש את החברה היהודית בישראל. התקבעות זו הייתה כה חזקה עד כי המושג "צבא עם" הפך למעין אמת טבעית. תפקידיו החברתיים של הצבא היו אפוא נדבך חשוב בהעצמת יוקרתו. אך בפועל יצר משטר התגמול המבוסס על היררכיות, סתירות. המודל נבנה על סתירה בין העצמתו של האתוס השוויוני, מצד אחד, ובין אי-שוויון בפועל שעיצב היררכיה פנים-

¹² ליאב אורגד "המיעוט הערבי בישראל וחובת שירות בטחון" המשפט יא 381 (2007) (מתייחס לגרסת החוק משנת 1986, אך דבריו נכונים גם בהתייחס לגרסה המקורית).

¹³ יגיל לוי צבא אחר לישראל – מיליטריזם חומרני בישראל 56-76 (2003); יואב פלד וגרשון שפיר מיהו ישראלי – הדינמיקה של אזרחות מורכבת (2005).

¹⁴ ד"כ 8, 1281 (התשי"א).

¹⁵ לוי צבא אחר לישראל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 67-68.

צבאית והדרה משירות של קבוצות שונות (שיצרה מלכתחילה מודל בררני), מצד שני. כאמור, סתירה זו לא הייתה מקרית אלא נבעה מתוך יסודותיו של משטר התגמול הצבאי.

בהמשך לטיעון התיאורטי שלמעלה, סתירה בין אתוס שוויוני לאי-שוויון מפתחת שני מצבים מנוגדים: המצב האחד – עולה ערך ההמירות של התגמולים, אך לא הכול נהנים מהם בצורה שווה. מצב זה מעודד תגובות-נגד מצד קבוצות שוליות או מודרות המבקשות לשפר את מעמדן; המצב השני – נשחק מאוד ערך ההמירות, ואז מכביד אי-השוויון בנשיאה בנטל ההקרבה בתוך הצבא על הקבוצות המקריבות. במילים אחרות, במצב הראשון מתפתח לחץ מבחוץ כלפי פנים להשתלבות, ובמצב השני ניצר לחץ מבפנים כלפי חוץ להקלת הנטל.

נתחיל במצב הראשון. האמרת ערכו של השירות הצבאי, כלומר עליית ההמירות, עד שנות השבעים הביאה לתביעות של קבוצות שונות לנגישות לצבא או לשיפור מעמדן בו, והן נענו במהירות יחסית. בשנות השבעים היו אלו תביעותיהם של מזרחים בעלי השכלה נמוכה שדרשו להשתלב בצבא, תביעה שהשמיעו הפנתרים השחורים ושנענתה. בשנות השמונים הופיעו לחצים שונים מצד קבוצות של חובשי כיפה שהולידו הסדרים (מסלולי ההסדר ובהמשך המכינות הקדם צבאיות) שאפשרו את השתלבותם בצבא באופן שמיתן את סיכונם של הדתיים כי הצבא יגרום לחילונם. בשנות התשעים דרשו הומוסקסואלים הסרת מגבלות על שיבוצם ועל קידומם בצבא ונענו במהירות. באותה עת גם הופיעה קריאת תיגר פמיניסטית על הצבא שהתבטאה בקבלת העתירה של אליס מילר לשילובה בקורס טיס, ושהמשכה בשנת 2000 בהוספתו של סעיף 16 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, בקביעה כי "לכל יוצא צבא אשה זכות שווה לזכותו של יוצא צבא גבר, למלא תפקיד כלשהו בשירות הצבאי..."¹⁶ עם זאת היישום של סעיף זה עדיין רחוק ממימוש. באופן זה הכילו מוסדות המדינה את קריאות התיגר על מודל הגיוס, וישראל דילגה על הניסיון ההיסטורי של דמוקרטיזציה אחרת המאופיינת במאבקים על נגישות להשתתפות צבאית, מאבקים שיש בהם כדי לערער את מצג האוניברסליות של הצבא. באופן פרדוקסלי חיזקה אותה אוניברסליות של אי השוויון הפנימי בצבא את אתוס "צבא העם", ואתוס זה כפה את שילובם של המודרים, נפגעי אי השוויון, כשהם דרשו זאת.

¹⁶ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 11), התש"ס-2000, ס"ח 64.

יתר על כן, קבוצות שהפנימו את החסמים שהציבו ההיררכיות הפנים-צבאיות, עיצבו לעצמן מסלולים להפקת תגמולים העוקפים את מסלול המוביליות הצבאי. כך נהגו החרדים, שיצרו משנות השבעים מסלול עוקף צבא באמצעות רשת המוסדות התורניים בחסות "תורתו אומנותו". זה היה מסלול מוביליות של הקבוצה היהודית הענייה ביותר, שחברת השוק הדירה לשוליה ושנועדה לאייש בצבא את מקצועות הצווארון הכחול. במקביל פנה לעיצוב מסלול חוץ-צבאי גם דור "הכיפות הסרוגות", שחש מנוכר בצבא החילוני. הוא הקים וטיפח את גוש אמונים כמסלול מוביליות שאמנם אינו מוותר על השירות הצבאי, אבל הערוץ למימוש המאוויים של הכיפות הסרוגות אינו הצבא אלא ההתיישבות בשטחים. מצג האוניברסליות של הצבא היה כה חזק עד כי קבוצות אלו נמנעו מלקרוא תיגר על הצבא במישרין ופנו למסלולים עוקפים. גם אופן התגובה הזה העצים את דימויו האוניברסלי של הצבא. יתר על כן, גם את קריאת התיגר המתונה יחסית של גוש אמונים הצליח הצבא להכיל בזכות שילוב של הימנעות מהתנגשות אתו בשנות השבעים עם שילובו בצבא של הדור השני של הקבוצה באמצעות מפעל המכינות הקדם-צבאיות הדתיות מסוף שנות השמונים (תוך הפקת תועלת משקיעת הגוש באותן שנים).

יכולתו של הצבא להכיל את הקונפליקטים לאורך זמן התקיימה כל עוד לא התפתח המצב הקיצוני השני – ירידת ערך השירות, כלומר ירידת ההמירות של התגמולים הנצברים בצבא. חשוב להדגיש שוב שמשטר התגמול הצבאי מבוסס על הצורך בתגמול תמידי. היכולת לתגמול עלולה למצות את עצמה, בפרט ככל שקבוצות רבות יותר נגישות לתגמולים, והדבר מקשה על דיפרנציאציה של התגמולים כדי ליצור הלימה בין הקרבה לתגמול – והלא ההיררכיה הפנים-צבאית בנויה על דיפרנציאציה כזאת. יתר על כן, לצבא אין שליטה על ערך ההמירות מכיוון שאת ערכם של התגמולים הסמליים מעצבים תהליכים חברתיים, תרבותיים ופוליטיים החיצוניים לצבא. סתירה פנימית זו מתעצמת במפגש עם סתירה אחרת שמשטר התגמול הצבאי מעצב: משטר זה מבנה היררכיה פנים-צבאית. ההיררכיה הפנים-צבאית בנויה על הקרבה בלתי שוויונית המפוצה באמצעות תגמולים בלתי שוויוניים. כאשר מתעצם ערך ההמירות של התגמולים, ולא הכול נהנים מהם במידה שווה, פועלות קבוצות השוליים הצבאיות לשפר את מעמדן, כפי שראינו בעבר. אך כאשר ערך ההמירות נשחק מאוד, מתחזקת תחושת המקריבים כי ההקרבה מוטלת באופן בלתי הוגן.¹⁷ תחושה זו מיתרגמת לצורות שונות של התנגדות לגיוס.

¹⁷ MARGARET LEVI, CONSENT, DISSENT, AND PATRIOTISM (1997).

ואכן, ערך ההמירות של התגמולים שהצבא הציע למשרתיו, פחת בהדרגה משנות השמונים. הגורם מפחת-התגמולים העיקרי היה הניתוק ההדרגתי של החיילות (soldiering) מהאזרחות (citizenship), כלומר ניתוק בין התרומה הצבאית ובין הנגישות לאזרחות מועדפת, כך שתשואת התגמולים בעבור ההקרבה הצבאית נשחקה. ארבעה גורמים עיקריים תרמו לניתוק זה (עם השפעות מחזקות הדדיות):¹⁸

ראשית, החברה בישראל התעצבה מאז שנות השמונים כחברת שוק בשל חשיפתה לגלובליזציה. את הגלובליזציה ליוו שינויים מבניים במשק ברוח הדוקטרינה הניאו-ליברלית (החל ב"תכנית הייצוב הכלכלית" של שנת 1985, שחיסלה את ה"היפר-אינפלציה") שהגבירו את יכולת המשק להיחשף להשקעות, להגירת הון דו-כיוונית ולקשרי מסחר בינלאומיים. הגלובליזציה חיזקה את האתוס של כלכלת השוק, שמאפיין אותה שיח ליברלי-אזרחי וניאו-ליברלי כלכלי-חברתי. בשיח החדש נחלשו מאוד הממלכתיות, הקולקטיביזם והחלוציות – הסמלים העיקריים של השיח הרפובליקני, במושגי פלד ושפיר¹⁹ – שהיו דומיננטיים מאז התגבשותה של הקהילה הפוליטית הישראלית-היהודית, ופינו את מקומם – בראש ובראשונה בקרב המעמד הבינוני-גבוה – לשיח האזרחות הליברלי.

התוצאה הייתה רב-ממדית: (1) ערכי השוק, כמו אינדיבידואליות, חומרנות, צרכנות ותחרותיות, העומדים בסתירה לערכי הממלכתיות הצבאית, פגעו באתוס ההקרבה הצבאית; (2) ההשקעה, לרבות האנושית, בביטחון נאמדה במונחים כלכליים בעוצמה הולכת וגוברת, מה שפיחת את ערכה; (3) גישה קוסמופוליטית-ליברלית המחלישה את האוריינטציה הלאומית גיבשה תשתית תרבותית-רעיונית להסגה חלקית של הצבאיות. השיח הגלובלי האנטי-צבאי חדר לשיח המקומי והעצים קולות ביקורתיים שהעמידו בסימן שאלה הנחות מוסכמות באשר לממלכתיות הצבאית. אתוס חדש התפתח והעמיד במרכז את הפרט, מי שחופש הבחירה שלו וזכויות הקניין שלו זוכים לקדימות;²⁰ (4) ליברליזציה העצימה את הסתירה בין תביעת המדינה

¹⁸ דיון זה מבוסס בעיקר על לוי מצבא העם לצבא הפריפריות, לעיל ה"ש 1.

¹⁹ לעיל ה"ש 13.

²⁰ רן הירשל "חברה אזרחית נ' מדינת ישראל: שתי תפיסות מושגיות בדיון העכשווי על אודות חברה אזרחית ומקומן בפסיקת בית המשפט העליון" ישראל: מחברה מגויסת לחברה אזרחית? 305 (יואב פלד ועדי אופיר עורכים, 2001); Eitan Adres, Pieter Vanhuyse & Dana R. Vashdi, *The Individual's Level of Globalism and Citizen Commitment to the State: The Tendency to Evade Military Service in Israel*, 38 *ARMED FORCES & SOC'Y* 92 (2012).

מאזרחיה להקרבת חייהם במלחמה ובין שיח של זכויות פרט וציפייה לנורמליות;²¹ (5) בעיקר נחלש הקריטריון הרפובליקני הקובע את מעמדם של הפרט והקבוצה בחברה בהתאם לתרומה, בעיקר הצבאית, למדינה. השיח הליברלי העצים את זכויות הפרט לכדי זכויות טבעיות שהנגישות אליהן אינה תלויה בהכרח בתרומתו של הפרט לעיצוב "הטוב המשותף" הקהילתי, לרבות באמצעות שירות צבאי.²²

שנית, שיח האזרחות הרפובליקני הוחלש גם מהתחזקותו של השיח האתנו-לאומי. האתוס האתני-לאומי הוא התשתית התרבותית המוצקה של המיליטריזם הישראלי מאז סוף שנות השבעים. הוא התחזק בתגובה למלחמת ששת הימים, שקיבוע תוצאותיה רתם את המדינאות הצבאית החילונית לביסוס השליטה על אתרים קדושים, שבתורה הביאה לפריחה מחודשת של ערכיה היהודים-דתיים של החברה הישראלית-היהודית.²³

בשונה מהאתוס הרפובליקני, תפס האתוס האתנו-לאומי את המדינה כהרחבה וכהתגלמות של הקהילה היהודית, ולא כישות אינסטרומנטלית נפרדת ממנה. לכן מוסד האזרחות אינו מבוסס על זכויות או חובות אישיות הנובעות מחברותו הפורמלית של הפרט במדינה, אלא על שייכות ראשונית לקולקטיב קהילתי שזהותו הראשונית היא יהודית. עצם השיוך לקולקטיב היהודי מקנה סטטוס שאינו תלוי עוד בתרומה היסטורית או עכשווית, צבאית או אחרת, כמו זו שהייתה מזוהה עם הדומיננטיות של המעמד הבינוני האשכנזי בחסות השיח הרפובליקני הממלכתי. עקב כך העצים האתוס האתנו-לאומי את ההבחנה בין יהודים לערבים כשתי זהויות קיבוציות-ראשוניות והבנה יחסי היררכיה המקובעים על בסיס שיוכי. כלפי הסביבה הערבית נבעה מאתוס זה גישה כוחנית הנטועה ברציונל דתי או לאומני, לצד גישות המבקשות להגביל את הזכויות האזרחיות הליברליות שניתנו למיעוט הפלסטיני-הישראלי.²⁴ גם התחזקותו של שיח זה הפחיתה את התועלת הסמלית שקבוצות המעמד הבינוני-חילוני הפיקו משירותן הצבאי, שהרי הקרבתן אינה עוד הקריטריון המכריע לתגמול חברתי. כך גם קבוצות שהקרבתן מוגבלת, בראש ובראשונה החרדיות והמזרחיות העניות יותר, תבעו בהצלחה את שיפור מעמדם מעצם שיוכן היהודי.

²¹ מנחם מאוטנר "ליברליזם בישראל: 'האדם הטוב', 'האזרח הרע', והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7 (2013).

²² פלד ושפיר, לעיל ה"ש 13.

²³ שם.

²⁴ שם.

שלישית, הפחתת ערך השירות הצבאי הועצמה בשל הירידה בתחושת האיום הקיומי הקולקטיבי, תהליך שהסכם השלום עם מצרים (1978) העצים. סקרי דעת קהל הראו ירידה של כ-10% בשנים 1987-2006 במדדי תחושת האיום המורכבים מתחושת האיום הקיומית מפני מדינות ערב, החשש מוויתור על שטחים תמורת שלום והחשש מהקמת מדינה פלסטינית.²⁵ השיח שהתפתח בעקבות מלחמת לבנון הראשונה ושהבחין בין "מלחמת ברירה", כלומר מלחמה שלא הייתה הכרחית להסרה של איום חיצוני, ובין "מלחמת אין ברירה" שלכאורה אפיינה את מלחמות ישראל בעבר, ביטא את הירידה בתחושת האיום הקיומי.

רביעית, התחזקה יכולתן של קבוצות, המרכזיות שבהן הן החרדים והאזרחים הפלסטינים, לצבור זכויות במנותק מתרומתן הצבאית. כושר המיקוח הפוליטי של קבוצות אלה גבר ככל שהפיצול במערכת הפוליטית גבר, והן יכלו למנף זאת לצבירת זכויות שונות. הכינון של רשת המוסדות החרדיים שתפקדו כמסלול מוביליות חוץ-צבאי, היא המחשה לכך.

כך נשחקה יכולת המעמד הבינוני לצבור בשירות הצבאי נכסים בעלי ערך חברתי. כמה ממדים רלוונטיים לשחיקה זו:

1. יתרונות חברתיים – יתרונם של המשרתים בצבא נפגע משקבוצות שאינן משרתות, ובמרכזן חרדים ואזרחים פלסטינים, הונגשו לזכויות ללא מבחן השירות הצבאי. תהליכים פוליטיים וכלכליים, ובהם היחלשותו של שיח הזכויות הרפובליקני, פגעו ביכולתה של ההתיישבות העובדת הוותיקה ליהנות מיתרונות כלכליים וסמליים שלא אחת הוצדקו בעבר בתרומה הצבאית של מגזר זה. במיוחד תרמה לשחיקה זו התעצמות של הקבוצות החרדיות. כל עוד היו החרדים מסוגרים בשכונותיהם, כתב יאיר שלג, הטריד הפטור משירות צבאי את החברה החילונית במידה פחותה, אך לא כך כאשר גברה הנוכחות החרדית במערכות השלטון, בהקצאת משאבים (כחינוך ושיכון) ואף ברבים מאתרי הנופש והבילוי.²⁶ אוניברסליזציה של מדינת הרווחה, במובן של החלשת הקריטריונים הקבוצתיים בנגישות לזכויות, היא מכוחות ההינע המרכזיים לשחיקת התגמולים הסמליים שקבוצות חזקות מפיקות משירותן הצבאי.

²⁵ Asher Arian, Paper presented at the International Conference on Public Opinion Democracy and Peace Making: From War to Peace and Back Again: Israeli Jewish Public Opinion 1987-2006 (May 23, 2006).

²⁶ הדתיים החדשים – מבט עכשווי על החברה הדתית בישראל 291 (2000).

2. שוק העבודה – בחסות חקיקה ופסיקה ליברליות איבד המושג "יוצא צבא", שהיה סמל חשוב ושבאמצעותו זכו יוצאי צבא לעדיפות בשוק העבודה, רבות מחשיבותו. יותר מכך, שירות צבאי החל להשיא פרמיה שלילית בשוק העבודה ככל ששוק זה נעשה תחרותי. הטענות על הפלייתם לרעה של אנשי מילואים במקומות עבודה היא אינדיקציה חשובה לכך.
3. מעמד פוליטי – מהפך 1977 נישל את המעמד הבינוני-חילוני מהדומיננטיות הפוליטית שלו והעלה קבוצות אחרות, ובמרכזן דתיים ומזרחים, תהליך שהשיח האתנו-לאומי שיקף וחיזק. תהליך זה היה מהגורמים לצמיחתה של מחאה פוליטית בשנות השמונים מקרב המעמד הבינוני-חילוני שחש ש"המדינה נלקחת" ממנו.
4. לגיטימציה למעמד מועדף – בהיותו קבוצה שבלטה בתרומתה הצבאית, היה המעמד הבינוני-חילוני הראשון להפנים כי בנסיבות של שיח רפובליקני נחלש, נעשה השירות הצבאי למרכזי פחות בעבורו להצדקת המעמד החברתי המועדף שלו. שיח ליברלי ואתוס השוק שימשו להצדקת הישגי הקבוצה.²⁷ בנסיבות אלה החלשת נוכחותו בצבא והגדלת משקלן בצבא של קבוצות שקודם לכן תפסו מקום שולי, לא סיכנו את הדומיננטיות של קבוצה זו.
5. ירידה באיום החיצוני – על רקע הקריאה הביקורתית של האיום החיצוני משנות השמונים, דוגמת התפיסה של מלחמת לבנון הראשונה כ"מלחמת ברירה", תרם הפיחות בתחושת האיום גם לפיחות בערך התרומה הצבאית. משמעות הירידה בתחושת האיום היא שמחיר הביטחון מאמיר בערכים יחסיים, כלומר המחיר המוחלט נשאר קבוע למדי אך התמורה פוחתת, דהיינו פוחתת התחושה של שותפות בסילוק האיום, הפחתה שבתורה מצמצמת את התגמול הסמלי לנושאים בהקרבה.
- במצב זה של שחיקת התגמולים מופרת המשוואה הרפובליקנית. במילים אחרות, עד לשנות השבעים, על הקרבה צבאית בלתי שוויונית פיצו תגמולים בלתי שוויוניים, כך שההיררכיה הפנים-צבאית שיקפה את ההיררכיה החברתית, כפי שגם קיבעה אותה ותמכה בה. זוהי תמצית המשוואה הרפובליקנית של הקרבה צבאית תמורת תגמולים, ועליה התבסס משטר התגמול הצבאי בישראל. עתה פחת ערכם של התגמולים שצברו בני המעמד הבינוני-חילוני: נשחק ערך ההמירות של דומיננטיות צבאית לחברתית,

²⁷ פלד ושפיר, לעיל ה"ש 13.

בכך שפחת תפקיד השירות הצבאי בעיצובה של ההיררכיה החברתית, בנגישות לזכויות חברתיות ולמעמד פוליטי, בהקניית יתרונות בשוק העבודה ובפיתוח הערך הסמלי של שותפות בהסרה של איום קיומי. עקב כך נפגעה המוטיבציה להקרבה צבאית והופיעו צורות שונות של התנגדות להקרבה. ההתנגדות הייתה בחלקה בממד האישי, כמו מוטיבציה נמוכה להתגייס, להשתבץ בתפקידים קרביים או להמשיך לשירות קבע, או בממד הקבוצתי. ביטוי להתנגדות קבוצתית הוא תסמונת הרגישות לחללים שהתפתחה בקרב המעמד הבינוני-חילוני בצורות שונות החל ממלחמת לבנון הראשונה ושהביאה לצורות שונות של מחאה. ביטוי אחר וחשוב לדיונו הוא התפתחות מחאה נגד אי שוויון בחלוקת הנטל הצבאי, ובמקרה זה התרחבות שיעורי הפטור של החרדים, שבה נעסוק מיד.

הצבא מצדו הסתגל לשינויים האלה. הוא עודד שינוי בהרכבו החברתי. כך, הוא הגביר את הישענותו על קבוצות דתיות וקבוצות ממעמד נמוך, שהן קבוצות הטעונות מוטיבציה גבוהה יותר להקרבה צבאית ביחס לקבוצות העילית. במיוחד בלטה מדיניות העידוד של גיוס חובשי כיפה, באמצעות פיתוח מפעל המכינות הקדם-צבאיות (משנת 1988) והרחבת מסלול ישיבות ההסדר שקם כבר במחצית שנות השישים. בד בבד הגביר הצבא את מדיניות הבררנות בגיוס, ומשנות התשעים התרחבו הפטורים. הפטורים, שהוחלו במקור על אזרחים פלסטינים, חרדים ונשים דתיות, הורחבו גם לגברים משכילים בני המעמד הבינוני, נשים מן המעמד הבינוני וגברים ממעמדות נמוכים, בשילוב של שני גורמים: (1) משבר המוטיבציה של המעמד הבינוני הביא לעלייה במספר הפטורים הרפואיים והנפשיים לגברים והפטורים לנשים המבוססים על הצהרת דת; (2) הצבא נטה לבלום ביקורת מוטת-שוק על עודפי כוח אדם שנוצרו בעיקר בשל הריבוי הטבעי וההגירה מברית המועצות לשעבר, ולכן הרחיב את פטורי הגיוס ואת קיצורי השירות.²⁸ הוא גם הצמיד תג מחיר כלכלי למשרתי המילואים ממחצית שנות השמונים, עד כי אחוזים ספורים שותפים לשירות מילואים משמעותי. אם נסכם מבחינה כמותית את התעצמותו של משטר הגיוס הבררני, נוכל לומר ששיעור המשרתים בצבא, כולל מילואים, עמד בשנים 1983–1984 על 16.4% מכלל

²⁸ רון שטרן "מהפך מוטיבציה לשירות בצה"ל – הסבר אפשרי" מערכות 28, 360 (1998).

האוכלוסייה, הוא ירד ל-12.2% בשנים 1992–1993 וירד עוד בשנים 2004–2005 ל-9.2% בלבד.²⁹

הבררנות אינה רק פתרון אלא גם בעיה. הגברת הבררנות מפחיתה עוד יותר את ערך התגמולים הסמליים של המשרתים ופוגעת במעמדם. בין גורמי הפיחות הנובעים מהגברת הבררנות נמנים הגורמים האלה: החשיפה הציבורית של הפטורים ושל ההישגים שצוברים הפטורים משירות (לדוגמה, כאמור למעלה, פטור החרדים); היכולת של פטורי השירות לרכוש יתרון יחסי על פני המשרתים באמצעות רכישה מוקדמת של השכלה והקדמת הכניסה לשוק העבודה; השחיקה בדימויו של השירות הצבאי כחובה מוחלטת; החלשת היכולת החוקית להפלות לטובה מחדש את המשרתים (ככל שרב משקלם של מי שפטורים משירות כחוק).

אם כך, כאשר הבררנות משולבת עם שחיקת התגמולים הסמליים, אין בכוחה לשמש מנוף לתגמול המשרתים בצבא. בנסיבות אלו מוגבלת היכולת לטעת בקרב משרתי המעמד הבינוני-חילוני את ההכרה שהם אליטת שירות שאמנם תורמת ומקריבה יותר מקבוצות אחרות, אך גם מתוגמלת בהתאם. שיח כזה היה יכול להתקיים בעבר, כשהמשוואה הרפובליקנית היטיבה עם קבוצה זו, אך לא עוד. כך מתנפצת הסתירה בין האתוס השוויוני לבררנות, סתירה המגולמת במשטר התגמול הצבאי.

כך נקלע מודל גיוס החובה למשבר לגיטימציה. משבר לגיטימציה הוא תוצאה של סתירה בין הגיונות פעולה שונים של המדינה היוצרים משבר אמון. במקרה זה – סתירה בין מודל הגיוס שהפך לבררני ובין האתוס המכונן השוויוני של מודל הגיוס, שמבחינה היסטורית גם נכרך בתגמולים רפובליקניים. כך נולדה תקופת דמדומים של מעבר ממודל גיוס חובה לצבא התנדבותי.

ד. תמורות בתפקוד הצבא

לתקופת המעבר מגיוס חובה לצבא התנדבותי כמה מאפיינים. אסקור שלושה מאפיינים עיקריים: המעבר מהדרה להכלה; המעבר מהסדרה היררכית להסדרה

²⁹ ששון חדר צבא חובה מול צבא מקצועי: השפעת שיטת הגיוס על העוצמה הצבאית של מדינת ישראל 99 (עבודה לקבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה לניהול, 2013).

הטורכית של הגיוס; המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו.

1. המעבר מהדרה להכלה

בררנות המשולבת בשחיקת תגמולים סמליים הפכה את השירות הצבאי מנכס לנטל בעבור המעמד הבינוני-חילוני. כך התחוללה בשלב זה התפנית מהדרה להכלה: כל עוד המעמד הבינוני-חילוני תפס את הצבא כמעוז שלו, מעוז שהקנה לו יוקרה ותגמולים, שהצדיק את הישגיו ושווהה אתו מבחינה היסטורית כמעמד "בונה האומה", לא גילה מעמד זה עניין בכך שאחרים הודרו מן הצבא, בין שמדובר בהדרה מלאה של פלסטינים וחרדים ובין שמדובר בהדרה חלקית, בעיקר מן הליבה הלוחמת של הצבא, של דתיים (מטעמי תרבות), מזרחים מן הפריפריה ונשים (מטעמי התאמה לכאורה). לשם המחשה, במהלך שנות השישים והשבעים של המאה הקודמת לא גויסו כשליש מן הגברים היהודים בהתאם לקריטריונים של כשירות,³⁰ אך תופעה זו לא עוררה עניין ציבורי או מחאה מצד המשרתים ורשתותיהם החברתיות.

לעומת זאת, התפיסה שהשירות הוא "נטל" משמעה שיש לחלוק את השירות עם אחרים, וזו התפנית מהדרה להכלה. התפנית ביטאה שינוי באסטרטגיה של חלקים מן המעמד הבינוני-חילוני שהתבטא במאבק לגיוס חרדים ובקידום "קמפיין המשתמטים" של אמצע העשור הראשון של שנות האלפיים, ושאף עורר לחצים ראשונים מן הצד הימני של המפה לגייס גם אזרחים פלסטינים. כך התפתח השיח של "חלוקת הנטל".

התפנית מהדרה להכלה פוגעת בלגיטימיות של מודל גיוס החובה בכמה מישורים. ראשית, אחת התופעות החדשות המזוהות עם שיח חלוקת הנטל היא הפיכת הבררנות לרשמית לכאורה בכך שנתונים על שיעורי הגיוס החלו להיחשף באופן תקדימי מראשית שנות האלפיים. נתונים אלו היו בחזקת טאבו קודם לכן כחלק ממצג האוניברסליות של "צבא העם". חשיפתם הייתה תוצאה של שחיקת הלגיטימיות של מודל גיוס החובה שהביאה ללחצים לחשוף את הנתונים, אבל גם העצימה את השחיקה ככל שהנתונים הציגו חלוקה לא-הוגנת לכאורה של נטל הגיוס.

שנית, האתוס המכוון של צה"ל, ביטוי מובהק לצבאיות הישראלית, לאתוס "צבא העם" ולאוניברסליות של הצבא, היה שהחיילים נקראים לשירות חובה אבל באים

³⁰ ספראי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 75-76.

כמתנדבים בהמשך למורשת החלוצית. בסתירה לאתוס זה עומדות הצגת השירות כנטל והתביעה כי נטל זה ייאכף על אחרים אף נגד רצונם. הרטוריקה של נטל מעצימה בתורה עוד יותר את הפיחות שחל בערך השירות הצבאי.

שלישית, הארכיטקטורה של מודל הגיוס הייתה זהירה ומתוחכמת דיה להימנע מהעמדת הצבא בקונפליקט עם קבוצה שאינה רוצה להתגייס, כמו חרדים, נשים דתיות ואזרחים פלסטינים. השירות נאכף על בודדים אך לא על קולקטיב. לא בכדי הסתייג הצבא בסוף שנות התשעים (בפני ועדת טל) מאכיפת גיוס על חרדים.³¹ גישה זו נשענה על האתוס ההתנדבותי של השירות הצבאי, כשם שהעצימה את האתוס הזה, שהיה מרכיב חשוב בבינוי האוניברסלי של הצבא. אכיפה אלימה של גיוס על חרדים, ואולי גם על אחרים, תחליש אפוא מאוד את מעמדו האוניברסלי של הצבא.

רביעית, התביעה להכלה עושה שימוש באתוס השוויוני של השירות ומבקרת את הפער בינו ובין אופן המימוש של ההכלה בפועל. בה בעת התביעה להכלה גם מערערת את האתוס השוויוני משום שהיא אינה יכולה להתממש במלואה. ואכן, חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד–2014, ס"ח 350, שנחקק בראשית 2014 כדי לעודד גיוס חרדים, יביא, גם על פי התחזיות האופטימיות, לגיוס של שיעור נמוך בלבד של חרדים לצבא. שיח ההכלה מקבע בכך, אבל גם ממסד, אי שוויון, מה שמכרסם עוד יותר בבסיס ההוגנות של גיוס החובה ובכך מערער את הלגיטימיות שלו.

חמישית, התביעה להכלה יוצרת מתחים בין-קבוצתיים. ביטוי לכך היה הניסיון להחיות את השיח הרפובליקני, שנחלש משנות התשעים, אל מול שיחי אזרחות אחרים, ובעיקר השיח הליברלי. השיח הרפובליקני המסורתי שרטט היררכיות שהבליטו את המעלות הטובות של התורמים, וכך שרטט באופן שנתפס כלגיטימי את גבולות החברה בהתאם לגבולות המעמד הבינוני-חילוני-גברי. בשונה מכך, השיח הרפובליקני החדש, יותר משביקש לרומם את התורמים, הוא עסק בגינוים של הלא-תורמים, מי שאינם ישראלים תקינים, שאינם "נמצאים מתחת לאלונקה" (כפי שהציג "הפורום לשוויון בנטל"). רטוריקה זו הסלימה עד לדרישה להטיל סנקציות על משתמטים משירות, דרישה שבלטה בשיח החקיקה של תיקון מס' 19.³²

³¹ הועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות דין וחשבון כרך א 32 (מהדורה שניה, 2000) (להלן: דוח ועדת טל).

³² לדיון מפורט ראו יגיל לוי "המחאה שלא הייתה – על מחאת נטל הגיוס" המרחב הציבורי 8, 55 (2014).

דוגמה בולטת לשיח זה הייתה שיח השכול החדש, שהתפתח בעיצומה של מלחמת לבנון השנייה (2006). ראשי התנועה הקיבוצית הבליתו את הנוכחות הגבוהה של צעיריהם במפת השכול של המלחמה וקראו תיגר על הניסיון לגמד את תרומתם הצבאית בעבר. הבלטה דומה הציעו גם המתנחלים, הפעם גם כהתרסה על חלקן המצומצם של קבוצות אחרות. הגדיל לעשות ראש אגף משאבי אנוש, האלוף אלעזר שטרן, שמתח ביקורת פומבית על כך שבני תל אביב הוותיקה אינם מיוצגים במפת השכול, ובכך עורר ויכוח ציבורי. במילים אחרות, היה כאן ניסיון להחיות את השיח הרפובליקני באמצעות שיח שכול החותר להקנות מחדש משמעות סמלית להקרבה הצבאית מצד מי שנדחק על ידי שיחים חלופיים. ואולם, יותר משהיה מדובר בשיח רפובליקני במונחים היסטוריים, כלומר שיח של תביעה לתמורה בשם התרומה הצבאית, ביטא שיח השכול החדש מהלך של דהלגיטימציה של האחר, מי שאינו תורם.³³

שיח רפובליקני חדש זה לא היה מנותק מההתפתחותה של "פוליטיקת הזהויות" בישראל. "פוליטיקת הזהויות" ביקשה, תוך כדי קריאת תיגר על ההגמוניה האשכנזית-החילונית-הגברית, להעצים את הביטוי הציבורי ואת הייצוג של זהויות קיבוציות מתהוות ושל קולות שהודחקו בעבר מליבת השיח, ולקעקע את המודל ההיסטורי של כור היתוך ואת ההיררכיות החברתיות שהובנו סביבו.³⁴ כך ניתן מקום למבעים של מזרחים, מהגרים רוסים (שלא נתבעו לזנוח את תרבותם המקורית), נשים, אזרחים פלסטיניים ועוד. שיח כזה מחדד את המהלך של חידוד קטגוריות קבוצתיות ואת המתח ביניהן. מתח זה התפרס גם לזירת השיח על הצבא.

אם כך, מאבקי גיוס מהופכים – לא מצד המודרים המבקשים להשתלב בצבא, אלא מצד המדירים לשעבר המבקשים לשלב מודרים ולהקל בנטל – מחלישים את האתוס האוניברסלי של הצבא ואת ההסכמה סביב מודל גיוס החובה.

הצבא מצדו שיתף פעולה עם אסטרטגיית ההכלה. הוא בחר לרפא את הלגיטימיות של מודל גיוס החובה באמצעות חתירה להגברת השוויון בנטל הגיוס, ולכן

³³ לוי מצבא העם לצבא הפריפריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 305–306.

³⁴ יוסי יונה ויהודה שנהב "המצב הרב-תרבותי" תיאוריה וביקורת 17, 163 (2000); אורי רם "פוסט-ציונות: העשור הראשון – סוציולוגיה של ערעור על הגמוניה לאומית" חברה וכלכלה בישראל כרך ב 803 (אבי בראלי, דניאל גוטוויין וטוביה פרילינג עורכים, 2005).

צמצם פטורי גיוס, תמך בקמפיין המשתמטים,³⁵ החל לתמוך (או לפחות לשתף פעולה) עם הדרישות לגיוס חרדים בכפייה (רעיון שהסתייג ממנו בעבר, כאמור) ואף העלה הצעות להחלה של שירות אזרחי חובה על כל מי שלא יגויס לצבא.³⁶ במילים אחרות, הצבא אימץ את אסטרטגיית ההכלה, הגם שהיא מסבה נזקים ללגיטימיות של גיוס החובה.

לבחירה של הצבא במהלכים אלו היו חלופות. לצד השלמה עם המשך שחיקת הלגיטימיות של מודל גיוס החובה והאצת המעבר לגיוס התנדבותי היה הצבא מסוגל לנסות לחפש מנגנוני לגיטימציה חלופיים של שירות חובה בררני. ארחיב על כך בסיום המאמר, אבל בשלב זה חשוב לציין כי העמדה המסורתית של מערכת הביטחון, כפי שהוצגה בתגובות לעתירות לבג"ץ בעניין גיוס חרדים, הייתה שגיוסם אינו רצוי.

ביטוי לגישה זו מצוי בעמדה שהציג שר הביטחון בשנת 1986 (יצחק רבין) בבג"ץ רסלר, בנמקו את מערכת השיקולים המנחים אותו בהפעלת שיקול דעתו בעניין דחיית שירותם של בחורי הישיבות. שר הביטחון יצחק מרדכי חזר ואימץ גישה זו בתשובה לבג"ץ בשנת 1998 על רקע דומה. בין הנימוקים (לצד כיבוד האמונה והרגישות של החרדים) נאמר גם כך:

... [אורח החיים של תלמידי הישיבות הינו דתי קיצוני ביותר ועקב כך ההליכה לצבא גורמת להם בעיות חמורות בהסתגלות לחברה ולתרבות זרות להם, וקשיים בשמירה קפדנית על מצוות הדת... [נוהגי יום יום אחרים שלהם עלולים להערים קשיים רבים בהערכות צה"ל לשילובם במסגרותיו...]

... [יעילות שירותם מוטלת כל כולה בספק עקב הקושי הנפשי שלהם להתבטל מתלמוד תורה ועקב חינוכם ואורח חייהם המיוחד...]

איש אינו יכול להתנבא, אם גיוס אלפים רבים של תלמידי ישיבות, אשר יראו בגיוסם לצבא פגיעה ביסוד אמונתם, לפיה תלמוד תורה קודם לחובה לשרת בצבא, יוסיף לכח הלחימה של צה"ל, או חלילה, יפגע בכוח זה. אין כל בטחון שגיוס כזה, גם אם יגדיל מבחינה מספרית את

³⁵ אלעזר שטרן משא כומתה – ניוטים בגובה העיניים 255–256 (2009).
³⁶ אנשיל פפר "הרמטכ"ל מציע: שירות אזרחי לכולם, ממנו יבחר צה"ל את החיילים" הארץ 2.12.2009, 1.

כוחו של הצבא, לא יהיו לו השלכות שליליות מרחיקות לכת על חוסנה הפנימי והחיצוני של המדינה.³⁷

נימוקים אלה מבטאים הכרה בשונות התרבותית החרדית. הכרה זו שירתה כמה מטרות: ראשית, הכרה זו הצדיקה הימנעות מכפיית שירות בטענה כי לא תצמח מכך תועלת. בכך חוזק שוב האתוס ההתנדבותי, לכאורה, של הגיוס המרחיק את הצבא מעימות קבוצתי עם מגויסים שאינם רוצים לבוא בשעריו. גישה דומה השתקפה בעמדתו הרשמית של הצבא כי הוא מעודד גיוס חרדים כפוף לכך שהדבר ייעשה "בדרך של הדברות והסכמה".³⁸

שנית, וכאמור למעלה, הכרה זו שרטטה את גבולות הישראליות התקנית שהתרבות הפוליטית הצבאית התוותה על פי דיוקנו של הגבר היהודי, החילוני או הדתי-לאומי. החרדים הודרו מגבולות אלה. עצם התוויית הגבול ניסתה לשמר את היוקרה המועננת למגויסים לצבא מעצם שיוכם לקולקטיב המועדף. לכן בעבור מה שהצטייר עדיין כחוט השדרה החברתי של הצבא – המעמד הבינוני-חילוני – היה אי גיוסם של חרדים מקור עוצמה של אחיזה בנכס הגיוס.

שלישית, ההכרה בשונות התרבותית החרדית העניקה לגיטימיות מבוססת להחלטה לפטור קבוצה שאינה מתאימה לשירות צבאי, ולכן החילה בפועל את עקרון השוויון רק על מי שכשיר לשרת, כלומר ההכלה הייתה איכותית ולא כמותית. ביטויים כמו "אורח חיים דתי קיצוני", "בעיות הסתגלות", הפוטנציאל "להערים קשיים", "יעילות השירות מוטלת בספק", העידו על כך. נמתח קו ברור המבחין בין מי שמתאים לאורח החיים הצבאי ובין מי שלא זו בלבד שאינו מתאים לו, אלא אף עשוי להפריע לו. אך בשנות האלפיים נסוג הצבא מגישה זו ואימץ אסטרטגיה של הכלה כמותית. הדבר נבע מהבנה כי שיעורי אי הגיוס מאיימים על הלגיטימיות של מודל הגיוס, שהרי בכך עוסק שיח הגיוס מראשית שנות האלפיים. לכן הדרך לרפא את הלגיטימיות, סבר הצבא בטעות, מחייבת עלייה בשיעורי הגיוס.

³⁷ בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 496-497 (1998); בג"ץ

910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 456 (1988).

³⁸ דוח ועדת טל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 32.

2. המעבר מהסדרה היררכית להסדרה הטררכית של הגיוס

לפי הבחנותיו של ג'סופ,³⁹ קואורדינציה הטררכית (heterarchy) התפתחה במערב בעיקר משנות התשעים לצד שתי הקואורדינציות האחרות המסדירות את הפעולה החברתית: קואורדינציה על ידי השוק ("אנרכית") וקואורדינציה על ידי המדינה ("היררכית"). הקואורדינציה ההטררכית היא רשתית ומבוססת על התארגנויות עצמיות ורבות של ארגונים אוטונומיים שונים (כמו NGOs) המקיימות ביניהן רשתות ענפות של השפעה הדדית. המדינה משלבת את הרשתות האלה בניהולה של מדינת הרווחה (בעיקר שירותי רווחה, בריאות וחינוך), כמרכיב של מה שקרוי המשילות החדשה.

בדומה לכך, הקואורדינציה נהפכה להטררכית גם בתחום הגיוס. בטרם תעבור הסדרת הגיוס מהיררכיה, כלומר אכיפת המדינה, לאנרכיה, כלומר הסדרה על ידי כוחות השוק – שהוא המעבר משירות חובה לשירות התנדבותי – מפעילה המדינה גם הסדרה רשתית, הטררכית. הסדרה זו נעשית באמצעות שילוב מתווכים בגיוס בדמות ישיבות ההסדר והמכינות, לצד מתווכים אחרים, כמו הורים, בתי ספר ועמותות המעודדות גיוס. גם המודל שהתעצב לגיוס חרדים לפי תיקון מס' 19, מבוסס על מכסות גיוס, כלומר הוא מעניק אפשרות למיקוח בין הצבא לישיבות ולקהילות החרדיות, והן מתווכות בין הצעיר החרדי לצבא. הסדרה הטררכית במערך המילואים גורמת לכך שהשירות נשען על גיוס חובה, אבל גובר המשקל של הידברות עם ארגוני מילואים על התנאים החומריים של השירות לצד התגברות המיקוח האישי בין המגויס ליחידתו.

המעבר למודל של גיוס חובה בררני תורם לכך: האופי הייחודי של מודל זה מעניק משקל לשוק ולחברה האזרחית בהיותם אלה שמעצבים את ההעדפות של פרטים ושם קבוצות בכל הנוגע לשאלות אם להתגייס ולאיזה מסלול, כשם שהשוק והחברה מעצבים את גבולות כושר המיקוח של פרטים וקבוצות מול הצבא במימוש ההעדפות האלה. בנסיבות אלו נעשית החברה האזרחית (לצד השוק) לכתובת עיקרית של המדינה כדי לעודד גיוס, לצד המשך השימוש בכלי האכיפה של המדינה שמאפיין גיוס חובה.

³⁹ Bob Jessop, *The Changing Governance of Welfare: Recent Trends in its Primary Functions, Scale, and Modes of Coordination*, 33 SOC. POL'Y & ADMIN. 348 (1999).

בצבא התחזקה המוטיבציה לעבור מהסדרה היררכית לרשתית גם בשל נטייתו, הנובעת כאמור מן המורשת המוסדית של השנים המכוננות, לשמר את האתוס ההתנדבותי של השירות הצבאי. להמחשה, הסתייגותו ממהלכי אכיפה של גיוס הביאה משנות השבעים את הצבא להעדיף מתווכים על פני אכיפה גם בהתייחס לציבור הדתי, ולכן הוא הרחיב את השימוש במכינות ובישיבות ההסדר. הצבא נהג כך אף על פי שהוא יכול היה לגייס את הצעירים הדתיים ללא תיווך ומתוך מינוף המוטיבציה הגואה שלהם להשתלב במערך הלוחם של הצבא. כך או כך, הסדרת הגיוס של מרבית הקבוצות החברתיות הייתה בעבר היררכית במובן זה שהצבא גייס את הצעירים ללא שימוש במתווכים ואכף במישרין את סמכותו. החריגה היחידה הייתה ההתיישבות העובדת, שאֵתה כוננו הפוליטיקאים הסדרים ייחודיים בדמות מסלול הנח"ל. הסדרים אלו נבעו מעוצמתה הפוליטית של ההתיישבות העובדת בשנותיה הראשונות של המדינה, אך הם נחלשו ככל שדעך מעמדו של מגזר זה, ובמקביל התחזקה המדינה כלפי פנים.

המעבר לקואורדינציה ההטררכית שוחק את הלגיטימיות של גיוס החובה. בראש ובראשונה הוא מגביר את מרחב המיקוח של קבוצות ויחידים עם הצבא. זה המעבר מצבאיות נתינית לצבאיות חוזית, כלומר מעבר מתפיסה המניחה שירות חובה במושגים של תרומה בלתי מותנית למדינה, לאימוץ "צבאיות חוזית" המבוססת על התניית השירות בהתאם לשאיפות ולאינטרסים של הפרט.⁴⁰ התוצאה היא שהצבא עשוי להעדיף צרכים של קבוצות על פני שימור האתוס האוניברסלי שלו, ואפשר להמחיש זאת בכמה דרכים.

האחת היא היררכיית המוות. הצבא מכפיף את עקרון הסולידריות, שלפיו כל האזרחים שווים בנגישותם לזכות להגנה, לאילוף תרבותי-ארגוני הנובע מהתגברות הרגישות החברתית לחללים צבאיים. עם זאת, רגישות זו אינה שוויונית. הפוטנציאל לתרגם רגישות לפעולה קולקטיבית חתרנית שתגביל את פריסתו של הצבא במשימות עתירות סיכון, גובר ככל שקבוצה חזקה מקריבה. הדבר הביא את הצבא לעצב את ההקרבה באופן היררכי – קבוצות שוליות ודתיות של חיילים נמצאות בסיכון גבוה לעומת קבוצות חזקות, חיילי חובה מצויים בסיכון גבוה יותר מחיילי מילואים, שיש להם יכולת להתארגן. כאשר יש צורך בסיכון של קבוצות חזקות או בסיכון ממשי של

⁴⁰ גיל לוי, עדנה לומסקי-פדר ונועה הראל "מ'צבאיות נתינית' ל'צבאיות חוזית' – פניה המשנתות של הצבאיות בישראל" המרחב הציבורי 1, 89 (2007).

קבוצות חזקות פחות מקרב החיילים, יועדף סיכונה של האוכלוסייה האזרחית עד גבול מסוים, כפי שהומחש לא אחת בלחימה בלבנון ובעזה.⁴¹

המחשה אחרת היא הפגיעה בעקרון הניטרליות הדתית של הצבא, שעליה הצביע אסא כשר.⁴² כושר המיקוח של הקבוצות הדתיות הביא את הצבא לסטות מן הגישה שאפיינה אותו בראשיתו, של אכיפת הסדרי דת בסיסיים בלבד על חיילים חילונים ודתיים כאחד. תחת זאת אימץ הצבא מהלך של הדתה שבין ביטוייה חיזוק הרבנות הצבאית הראשית והטלת מגבלות על שילובן של נשים ביחידות השדה במחיצת דתיים. ההסדרים התרבותיים התומכים במהלך זה עוצבו בחלקם מתוך הידברות עם רבני ישיבות ההסדר והמכינות. יש לכך השלכה על לכידותו הפנימית של הצבא בכמה מישורים: (1) ניכור חיילים חילונים; (2) ניכור דתיים מזרמים שאינם אורתודוקסיים; (3) הקונפליקט המתפתח בין נשים חילוניות לגברים דתיים; (4) שילוב החרדים בצבא במובלעות סטריליות מנשים; ועוד.

המחשה שלישית באה לידי ביטוי בהגבלות שקבוצות דתיות מטילות על יכולת הצבא לאכוף חוק וסדר בגדה המערבית על רקע איומי סרבנות, מחאה, הדלפות והטיות אחרות.⁴³ אין לכך השלכה מיידית על מעמדו של הצבא, אבל יש בכך פוטנציאל לפגוע בעתיד ביכולת הצבא לממש את הרצון הפוליטי הקולקטיבי של קהילת האזרחים, ככל שיתגבש רצון כזה, לפנות מספר גבוה של התנחלויות. בנסיבות אלו ייקלע הצבא למוקד של קונפליקט פוליטי, ותפקודו ילבה את הקונפליקט הזה ולא ימתן אותו.

ולבסוף, הידלדלות מצאי התגמולים הסמליים של הצבא מביאה אותו (כצבאות אחרים במערב) לעבור מאסטרטגיה של כור היתוך לניהול שונות. ניהול שונות הוא אמצעי אפשרי להפקת תגמול סמלי לקבוצות מיעוט בדרך של הטענת שירותן בערך סמלי, למשל באמצעות חיזוק תחושת השייכות שלהן לצבא או חיזוק התחושה שהן

41 YAGIL LEVY, ISRAEL'S DEATH HIERARCHY: CASUALTY AVERSION IN A MILITARIZED DEMOCRACY (2012).

42 אסא כשר "דת וממלכתיות בצבא של מדינה יהודית ודמוקרטית" בין הכיפה לכומתה – דת, פוליטיקה וצבא בישראל 401 (ראובן גל עורך, 2012).

43 הדס מינקה-ברנד מנהיגות צבאית בהקשר אזרחי – מאפיינים פסיכולוגיים וסוציולוגיים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, 2011); Yagil Levy, *The Israeli Military: Imprisoned by the Religious Community*, MIDDLE EAST POL'Y, Summer 2011, at 67.

משפיעות על כלל הצבא. המעבר לניהול שונות מערער עוד יותר את דימויו האוניברסלי של הצבא שהרי הצבא מקבע הבחנות בין קבוצות ואף יוצר היררכיות ביניהן.⁴⁴ גם ניהול שונות מושפע מ"פוליטיקת הזהויות", שהרי זו מקשה על הצבא לדבוק במדיניות תרבותית המתעלמת מהשונות התרבותית.

3. המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו

מבחינה היסטורית כוננה המדינה, כארגון אזרחי, את מדיניות הרווחה ואת הזכויות שהיא מקנה כמרכיב מרכזי של המשוואה הרפובליקנית. בכך היא סייעה לבניית סולידריות, גם אם לאורך זמן נוצר אי שוויון. נסיגת המדינה מיכולתה לפתח מערכת תגמולים לעידוד ההקרבה הצבאית, נסיגה שהתחזקה בשנות התשעים, קיבלה ביטוי בהיחלשותה של מדינת הרווחה. לצדה נוצר קושי גובר והולך להפלות לטובה את קבוצות המעמד הבינוני בעבור שירותן, ככל שהתהווה ניתוק בין חיילות לאזרחות, כלומר בין שירות צבאי לזכויות. תהליך זה עודד את הצבא להיכנס לריק שהותירו מוסדות המדינה ולחפש דרכים משלו להבטיח את תזרים כוח האדם.

על רקע זה לא הסתפק הצבא בתפקיד פסיבי המטיל על החברה את האחריות לגידול חייליו ועל המדינה את האחריות לתמרצם, אלא ביקש למלא תפקיד פעיל, לרבות בעיצובה של החברה. הרמטכ"ל משה יעלון וקצין חינוך ראשי, ולימים ראש אגף משאבי אנוש, אלעזר שטרן, בלטו בשיח זה בשנות אינתיפאדת אל אקצה. הצבא לא הסתפק עוד ב"עם בונה צבא" המבטא גם את התהליך הנורמטיבי של צבא המעוצב על ידי אזרחיו. תחת זאת טבע שטרן את המשפט "עם בונה צבא בונה עם", כלומר הטיל על הצבא את האחריות לתיקון החברה. שהרי "[...]היחד שלנו במשך שנתיים או שלוש בצבא... בכל זאת בונה אותנו כחברה", כדבריו.⁴⁵ ברטוריקה של יעלון ושטרן הוצגה החברה שהתעצבה לאחר הסכם אוסלו, כקלוקלת ולפחות ככזו שערכיה משחיתים את הצבא⁴⁶ ושאינה ערוכה לתפקד כ"חברה במאבק", כדברי יעלון.⁴⁷ בן-גוריון הציע כי

44 Edna Lomsky-Feder & Eyal Ben-Ari, *Performing the People's Army: The Israeli Military Manages Symbolic and Moral Boundaries*, in TOWARD AN ANTHROPOLOGY OF NATION BUILDING AND UNBUILDING IN ISRAEL 41 (Fran Markowitz, Stephen Sharot & Moshe Shokeid eds., 2015).

45 **משא כומתה**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 152.

46 ראו, לדוגמה, טל פלד "עם בונה צבא בונה עם – האומנם?" **מערכות** 68, 442 (2012).

"הוטל על צבאנו להיות כוח בונה – בונה עם ובונה ארץ",⁴⁸ וכיוון לתפקיד הצבא לקדם את פרויקט "קיבוץ הגלויות" מעצם יתרונותיו הארגוניים בשנות המדינה הראשונות (כמו כניסה למעברות) או אופיו המפגיש קבוצות שונות בשורותיו. אבל בן-גוריון לא דיבר על תיקון החברה. בעידן שטרן ויעלון נכנס הצבא, למעשה, לוואקום שהותירו מוסדות המדינה. המדינה ערערה את המשואה הרפובליקנית ותרמה לפיחות ערך ההמירות של המשאבים שהמעמד הבינוני-חילוני הפיק מהצבא. זאת, עם שחיקתה של מדינת הרווחה, העצמתה של חברת השוק ומתן אפשרות למוביליות חברתית ופוליטית לקבוצות שונות ללא תלות בעמידה במבחן השירות הצבאי. לכן פנה הצבא לפעול בעצמו להבטחת התזרים של כוח אדם צבאי.

לצורך כך קידם הצבא סדר יום חינוכי שהעיקריים במאמציו היו כניסה למערכת החינוך ו"ייהוד" הצבא. הצבא שיתף את מערכת החינוך האזרחית במהלך שנועד לחזק את המוטיבציה להתגייס לצבא, כשהוא זיהה ירידה בשיעורי הגיוס בתיכונים המבוססים. ביטוי ממשי ראשון לכך היה פרויקט "סא"ל לכל בית ספר", שהושק בשנת 2004 ושכלל ליווי כיתות על ידי קצינים שיעודדו גיוס. בהמשך נעשו בתי הספר התיכונים לחולייה במה שנקרא "שרשרת החיול": גיוס החייל והחיילת אינו מתחיל עוד בלשכת הגיוס אלא בבתי הספר התיכונים. מיזם "דרך ערך" שהושק בשנת 2010 הציב כ"היעד המרכזי המשותף [למשרד החינוך, למשרד הביטחון ולצה"ל את] הכנת כלל בני הנוער לצה"ל, על ידי חיזוק נכונותם ומוכנותם לשירות משמעותי ותורם, תוך הדגשת חשיבותו של המערך הלוחם".⁴⁹

בתוך כך החלו גם בתי הספר התיכונים להשתתף בפרויקט שכותרתו "מסע ישראלי מבראשית", שפותח בשיתוף פעולה בין משרד החינוך לעמותת "מבראשית", שהרב מוטי אלון היה בין מייסדיה. המסע, המקיף כ-15,000 תלמידים בשנה, עוסק בכיורן זהותו של הצעיר דרך כמה מעגלים שראשיתם "הקשבה עצמית-פנימית" ושיאם "אני והזהות היהודית שלי". במהלכו של מעגל זה מגיעים התלמידים לקבלת

⁴⁷ תמיר ליבל "מ'צבא העם' ל'צבא העם היהודי" בין הכיפה לכומתה, לעיל ה"ש 42, 205.

⁴⁸ מכתב מדוד בן-גוריון ליגאל ידין (27.11.1950) דוד בן-גוריון – ראש הממשלה הראשון – מבחר תעודות (1947–1963) 169, 171 (אלי שאלתיאל עורך, התשנ"ז) (הספר להלן: מבחר תעודות).

⁴⁹ "הסכם פעילות הכנה לצה"ל" משרד החינוך, מינהל חברה ונוער נכונות לשירות ומוכנות לצה"ל – אוגדן תוכניות, נושאים והפעלות 265, 267 (2010).

שבת ותפילה בכותל.⁵⁰ לדברי תלמידים חילונים, המעבר מהמעגל המצומצם לרחב מלווה באינדוקטרינציה שהמסר שלה הוא שהיהדות חשובה יותר מהדמוקרטיה.⁵¹ לצד זה, אימצו גם בתי הספר התיכונים את המסעות לפולין (מצעד החיים) כמכשיר חינוכי.⁵² בשנת 2013 גם יושמה מערכת להערכת הישגי המורים כחלק מרפורמת "עוז לתמורה", שהושקה בשנת 2011 ושמטרתה לקדם את החינוך בחטיבה העליונה. הרפורמה מתגמלת את עובדי ההוראה בגין הישגי בית הספר, הכוללים גם את שיעור הגיוס לשירות צבאי.⁵³

ביטוי חשוב אחר לשינוי בגישת הצבא היה גיוס היהדות כמרכיב עיקרי בחברות החייליים, בראש ובראשונה החילונים. על רקע זה יש לראות את הברית המתהדקת עם הציונות הדתית ואת העצמתה של הרבנות הצבאית הראשית. חברות דתי נתפסו כמכשיר יעיל להטענה מחודשת של החיילים במוטיבציה להקריב לאחר שהמערכת המקורית של התגמולים הסמליים נתפסה ככזו שאיבדה חלק מכוחה.

המסמך "יעוד ויחוד" – צה"ל: זהות ישראלית-יהודית", שניסח הצבא, הגדיר לראשונה את זהותו של הצבא כ"צבאה של המדינה היהודית-דמוקרטית שבה הזהות היהודית הינה גרעין הזהות הלאומית של מדינת ישראל". הצבא גם החל לעסוק באופן פעיל בגיור חיילים. במארכ 2001 נימק זאת קצין חינוך ראשי שטרן לוועדת העלייה, הקליטה והתפוצות של הכנסת: "[אני חושב שמי שיהיה רשום כיהודי הסיכוי שלו להישאר אתנו בצבא לאורך זמן ושהילדים שלו יתגייסו לצבא-הגנה לישראל הוא גדול יותר".⁵⁴

אכן, "יעוד ויחוד" הגדיר את המדינה כמדינה יהודית דמוקרטית וקבע לראשונה כי "צה"ל הוא צבאה של המדינה היהודית והדמוקרטית, שבה הזהות היהודית הינה גרעין הזהות הלאומית של מדינת ישראל" (סעיף ב3). במקום אחר נקבע כי גם אם צה"ל אינו מגדיר "יהדות" או "ישראליות", עליו "לבנות את הזהות הלאומית של

⁵⁰ אתר עמותת "מבראשית" www.mibereshit.org/bereshit.aspx?sec=77765 (נבדק ב-16.1.2014).

⁵¹ אור קשתי ויעל געתון "אינדוקטרינציה דתית במקום מסע ישראלי" הארץ 11.3.2011, 10.

⁵² יובל וורגן משלחות תלמידים לפולין סעיף 3 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2008).
⁵³ מדינת ישראל, משרד החינוך, המינהל הפדגוגי, אגף א' חינוך על יסודי רפורמת עוז לתמורה – פדגוגיה, ארגון וניהול 21–22 (גרסה ב', שנה"ל התשע"ג).

⁵⁴ פרוטוקול ישיבה של ועדת העלייה, הקליטה והתפוצות, הכנסת ה-15, 11 (5.3.2001).

חייליו על בסיס הערכים והזכרון הקולקטיבי של העם היהודי ולהציג בפניהם את גווניה השונים של היהדות, באופן שיאפשר להם לראות עצמם שייכים אליה ולהזדהות עימה" (סעיף 13). לשם השוואה, בן-גוריון קבע במכתב לרב יהודה לייב מימון, ממנהיגי המזרחי, ב-7.7.1958:

ועל-פי ההלכה עצמה אין להגיד שיהודי שאינו דתי אינו יהודי. זיקת הדת היהודית לעם היהודי קיימת ועומדת, ואין להטיל בה כל ספק; אבל זיקת העם היהודי לדת אינה קיימת, בין אם הדבר הוא רע או לא, לא נכון שחוקקנו חוקים שבהם נקבעה הזהות בין יהודי כלאום ובין יהודי כדת... בעניין כשרות בצבא – נראה היה לנו שבצבא צריך כל יהודי להרגיש עצמו בביתו, ומכיוון שהנחנו כיסוד מוסד – ואני מקווה שיסוד זה יישאר גם להבא, שאין כפייה דתית, וכל צעיר חייב ללכת לצבא – ראינו צורך שכל חייל יאכל במחנה כשרות, למען שחייל דתי יוכל לאכול בצבא כמו חבריו.⁵⁵

במילים אחרות: בן גוריון הבחין בין יהדות לדת, לא הגדיר במקום זה או אחר את הצבא כיהודי והוא ראה בהסדרי הכשרות הסדרים הנובעים מגילוי סובלנות כלפי החייל הדתי, אבל לא מזהות הדתית של הצבא. נהפוך הוא, בן גוריון הדגיש, בעיקר בספרו יחוד ויעוד (1971), המקבץ את מאמריו ונאומיו בשנים 1947–1963 ושהיה מקור השראה למנסחי "יעוד ויחוד", את תפקיד הצבא בבינויה של האומה-העם החדש, שכינה "ישראלי" או "עברי". רק כעבור קרוב לחמישים שנה נוצר המניע להגדיר את זהותו של הצבא כצבא יהודי, גם אם לא כדתי.

לעיגון החוקתי של הגדרת זהות זו סייע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992), שקבע את מהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אפיון זה של המדינה מקרין גם על ייעודו של הצבא, טען שופט בית המשפט העליון חנן מלצר, לרבות על הזיקה של תרבותו להגשמה של ערכים יהודיים, ובכלל זה גם מעמדו המיוחד של הרב הצבאי הראשי.⁵⁶ עם זאת, נכון להבחין בין בסיס הלגיטימיות של "יעוד ויחוד" ובין המוטיבציה לכתיבתו מעל עשור לאחר שנחקק החוק, מוטיבציה הנובעת מהקשיים שעמם התמודד הצבא.

⁵⁵ מבחר תעודות, לעיל ה"ש 48, 444, בעמ' 446–447 (ההדגשה הוספה).

⁵⁶ חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים יד 347, 355 (2012).

הגדרת אופיו של הצבא מנביעה היררכיה המבחינה בין חיילים יהודים ללא יהודים. זאת, בצבא שבו שיעור גבוה מבעבר של מהגרים לא יהודים מברית המועצות לשעבר, לצד דרוזים ובדואים ששולבו משנות התשעים ביחידות הלוחמות ללא המגבלות שאפיינו את שילובם בעבר. היררכיה זו אף מציבה חסם להשתלבותם בעתיד של אזרחי ישראל הפלסטינים. אבל היררכיה זו גם מתווה הבחנה בין דתיים לחילונים. הקביעה כי "ההגנה על המדינה תובעת מסירות בלב ובנפש, וכי חייל בעל זהות לאומית מגובשת ייטיב לבצע את תפקידו" (סעיף 13), והדגשת הצורך, כאמור למעלה, בבניית זהות לאומית המבוססת על הערכים והזיכרון הקולקטיבי של העם היהודי – אלה מעניקות קדימות לחייל הדתי שחיבורו למורשת היהודית נתפס מוצק יותר, ושדימויו כבעל יכולת להזדהות ולהשתייך ליהדות מובהק יותר. הגדרתו של הצבא כישראלי הייתה מבטלת את קווי התיחום של היררכיה זו. ומשעוצבה דמות החייל התקני, גם נוסחה השיטה שלאורה יש לחנך מחדש את חיילי הצבא. אין, אפוא, תמה כי גם ביחידות שיש להן הרכב חילוני בולט (כפי שמעיד מחקר שנעשה בגדוד 50 של הצנחנים בראשית העשור השני של שנות האלפיים), נתפסה היהדות כסמן של גבולות הצבא, והדתיים מוצגים כמי שממלאים את תפקיד השימור של התרבות הקולקטיבית.⁵⁷

נכון כי חלק ממעצביו של "יעוד ויחוד" בקשו לעגן את זהות הצבא על ערכים, מורשת ותרבות יהודיים אך לא דווקא דתיים, אבל ההזדקקות לערכים יהודיים עצמה העניקה קדימות למי שהזדהותו עם ערכים אלה אינה טעונה חינוך צבאי, וחיוקה גם את מעמד הרבנות הצבאית, אם להמשיך את הקו של השופט מלצר שהוצג למעלה. כך בונה הצבא היררכיה פנים-צבאית חדשה שאינה מוסווית כמו זו שעוצבה בשנות המדינה הראשונות, כי אם מבוססת על יסודות שיוכיים ולא מריטוקרטיים.

ה. לאן הולך הצבא?

המשותף לשלושת המעברים שהוצגו כאן הוא שלא זו בלבד שמודל גיוס החובה קורס תחת עומס הסתירות של אתוס "צבא העם", אלא שהצבא כמו ידיו מעצים סתירות אלה. הן מחוללות תהליך שעשוי להביא לביטולו הכמעט בלתי נמנע של גיוס החובה, וזאת מכמה טעמים.

⁵⁷ Hanne Eggen Røislien, *Religion and Military Conscription: The Case of the Israel Defense Forces (IDF)*, 39 ARMED FORCES & SOC'Y 213 (2013)

ראשית, אתוס "צבא העם" מביא את הצבא לדבוק – בשם השוויון – במעבר מהדרה להכלה שמכרסם בבסיס הלגיטימיות של מודל גיוס החובה. אם תיכשל ההכלה (במקרה זה של חרדים) והצבא ינסה לרפא את אי השוויון באמצעות תגמולים כספיים, הוא יאיץ את הצעידה למודל התנדבותי בשל חוסר היכולת לתגמל מספר גבוה של מגויסים. או אז יגייס הצבא פחות אנשים אך תמורת תגמול גבוה יותר, והדבר יעצים את הלחצים לתגמול נוסף מצד מי שיחוש עוד יותר "פראיירים" וחוזר חלילה, עד שהגיוס יוכפף לכוחות ההיצע והביקוש של שוק העבודה. הכפפה זו מגלמת את המעבר מגיוס חובה לגיוס התנדבותי. חשוב גם לציין שהצבא מתנהל בין שני אתוסים מנוגדים: מצד אחד "צבא השוק" המתאים את התנהלותו לשיח חברת השוק; מצד אחר אתוס "צבא העם". בעוד שהאחרון מעניק בכורה לכלליות השירות על פני צורכי הארגון הצבאי, מביא אתוס השוק את הצבא לצמצום בצריכת ימי מילואים, לשחרור (בעבר) של מי שאינו נחוץ, לביטול של מסלול שלב ב', לחתירה למסלול של שירות דיפרנציאלי ועוד. סתירה זו תתעצם בעתיד ככל שיגברו הלחצים על הצבא לצמצם בתקציבו וכך יחריף משבר הלגיטימיות של גיוס החובה.

שנית, המרכיב ההתנדבותי של אתוס צבא העם מביא את הצבא לאמץ הסדרה הטורכית של הגיוס. הסדרה זו פוגעת באוטונומיה שלו ומחזקת לחצים אפשריים להתמקצעות כדרך להחלשת השפעות אזרחיות על הצבא.

לבסוף, ההנחה שהצבא ניצב מעל החלוקה המגזרית של החברה, מביאה אותו לתפקיד של "צבא בונה עם" המרחיק את הצבא מחלקים בחברה. זאת, כשם שהשימוש בדת לבניית סולידריות חברתית מביא לאבדן האוטונומיה מהציונות הדתית, ותוצאתו דומה – לחצים אפשריים להתמקצעות כדי לבלום שחיקה באוטונומיה.

מעבר לצבא מקצועי עשוי לחזק את האוטונומיה המקצועית של הצבא. התמקצעות מחלישה את הציפיות של המגויסים ושל רשתותיהם החברתיות לתגמולים סמליים, ציפיות המחוללות התנגשות בין קבוצות. התמקצעות מחלישה את המעורבות של הרשתות החברתיות בהשפעה על ניהול הצבא. התמקצעות גם מחזקת שיקולים מקצועיים ולא שיוכיים באיוש מקצועות צבאיים, מה שעשוי גם להגביר בתנאים מסוימים שילוב נשים.

עם זאת, המחירים של "צבא מקצועי" הם כבדים בפני עצמם, לאו דווקא מנקודת המבט הצבאית. מחיר אחד הוא פוליטי – כשהרצון החופשי (לכאורה) וכוחות השוק מסדירים את הגיוס, הצבא מאויש בשיעור גובר של מגויסים מקבוצות מוחלשות או לאומניות, מה שיוצר הטיה לאומנית של השורות, בהינתן הלימה גם בין קבוצות

מוחלשות להשקפת עולם לאומנית. יש לכך השפעה בעייתית בצבא המעורב בלחימה באוכלוסייה אזרחית פלסטינית ולבנונית. המחיר הוא גם ערכי. נכון להפקיד בידי המדינה את ההכרעה מי יהיו הצעירים שהמדינה תסכן את חייהם כשתציב אותם בתפקידי לחימה, ולא להעביר הכרעה זו לכוחות ההיצע והביקוש של שוק העבודה. אלה הכוחות המסדירים את הגיוס כשהצבא נכון על יסודות התנדבותיים.

בצבא מקצועי גם תבוטל ההבחנה בין שירות חובה לשירות קבע. בהינתן שתקופת השירות הראשונית תוארך ולא תעמוד עוד על כשלוש שנים, יהיה בכך כדי להעניק דחיפה נוספת להעלאת גיל הפרישה מהצבא ובכך לשחוק עוד את מודל "הקריירה השנייה", שהיה מעוגניו של מודל הגיוס. פרישה בגיל צעיר יחסית החלישה את החיץ שבין משרתי הקבע ובין החברה האזרחית. היא חייבה את איש הקבע להיערך בשלב מוקדם לפרישתו, ובכך לשמר את קשריו החברתיים. היא האיצה את תחלופת הקצינים ובכך מנעה צבירת כוח בקרב מפקדי היחידות בצבא. הארכת משך השירות אמנם תתרום להתמקצעות הצבא, אך גם תאיץ את הסתגרותו החברתית.

אך יש גם דרך ביניים למי שעדיין סבור שהמדינה, ולא השוק, צריכה להסדיר את איוש הצבא. בשיח הציבורי רווחת המשוואה המוטעית שאם שיעורי הגיוס פוחתים, צבא מקצועי הוא הפתרון. אולם אין זיקה הכרחית בין שיעורי הגיוס ובין מודל הגיוס. דרך הביניים היא מודל בררני פורמלי. מודל כזה בנוי על העיקרון כי חובת הגיוס חלה על הכול, אבל המדינה בוררת את כוח האדם שהיא זקוקה לו, בהתאם לאמות מידה שקופות ולמכסות גיוס שהכנסת תאשר ותתקצב.

נורבגיה היא דוגמה בולטת לדבקות בעיקרון של גיוס חובה (שמוחל לאחרונה גם על נשים) גם אם רק כחמישית מן הגברים מגויסים, הרחק מן השיעור בישראל הנושק למחצית מכלל האוכלוסייה. אפשר אפוא לומר שאם נורבגיה, המתמודדת עם איום קטן מזה של ישראל, מצאה דרך להצדיק ולהרחיב גיוס חובה בררני, גם ישראל יכולה. ולמי שיטען כי "ישראל אינה נורבגיה" שכן אין ביכולתה להרשות לעצמה מודל בררני, נזכיר כי זרמי העומק החברתיים והסתירות שבגינן קורס מודל גיוס החובה עשויים להביא את המדינה לאימוץ הדרגתי של מודל גיוס התנדבותי גם אם אין זו משאת הנפש של אדריכלי מודל הגיוס. בנסיבות אלו עדיין יש יתרונות למודל חובה בררני.

אתגר הלגיטימיות של מודל בררני מוצהר אינו פשוט. אין הוא יכול להישען על הסמלים הריקים מתוכן של "שוויון בנטל" גורף, אלא שוויון בנטל של מי שנמצא כשיר לשרת פיזית ואף תרבותית. זו לגיטימיות הבנויה על הוגנות ולא על שוויון טכני, ולכן הצבא אינו מעבה את השורות במי שאינו כשיר לשרת, כשם שאינו מפנה המונים

לשמש כוח עבודה זול בשירות אזרחי רק לשם מצג השוויון. הלגיטימיות נשענת על העיקרון של חובה אזרחית בסיסית, ולא על העלאת הצבא לדרגה של טאבו, כפי שמציעים מי שמוקיעים את מבקרי הצבא. צבא כזה מכיר בשונותן התרבותית של קבוצות ומרחיב את תחולת הפטורים משירות צבאי מטעמי מצפון. זה צבא שמעמיד במרכז את גיוס החובה ולא את האתוס היומרי של "צבא העם" החותר לשוויון מזויף ולחינוך מחדש של החברה אם אינה מאמצת עיקרון זה. מודל גיוס בררני מחייב תגמול כספי הוגן של המגויסים כדי לפצותם על אבדן שנות השירות שבהן יכלו לקדם את עצמם. עם זאת, תגמול חומרי אינו בהכרח גולש לתשלום שכר המסב את השירות הצבאי למשלח יד. וחשוב לא פחות, כפי שהמודל הסקנדינבי מלמד אותנו, המשוואה הרפובליקנית חייבת תיקוף מחדש במובן זה שיעוגן מחדש וימומש העיקרון שהמדינה אחראית לרווחת אזרחיה.

אחד התנאים למניעת המעבר לגיוס התנדבותי ולשימור מודל גיוס החובה הוא הוויתור, בעיקר ברמת האתוס (אם לא המיתוס), על כך שהצבא הוא "צבא עם" הנוטל על עצמו משימות חברתיות. תחת אתוס זה קורס מודל גיוס החובה. פיתוח אתוס חדש של לגיטימיות למודל גיוס חובה בררני שאינו עטוף בסמלי "צבא העם", הוא המפתח לכך. במידה רבה "צבא העם" הוא אויב ההישרדות של מודל גיוס החובה.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יוריים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

משפט וצבא – כתב העת של הפרקליטות הצבאית
ינואר 2015 – גיליון 21(א)

העורכים

רס"ן אופירה אלקביץ-רוטשטיין סרן (במיל") יוסי זוטיא סרן לימור לוי-ברדה

עורכים טכניים

מתן גולדבלט
אירנה צפלביץ

ועדה מייעצת

השופט ד"ר עודד מודריק – יו"ר

אלוף דן עפרוני	פרופסור יובל שני
אלוף משנה אלי בר-און	פרופסור מרדכי קרמניצר
אלוף משנה אהוד בן אליעזר	פרופסור רונן פרי
אלוף משנה ד"ר תמיר מוריץ	פרופסור טליה פישר
אלוף משנה אשר הלפרין	ד"ר קרן שפירא אטינגר
אלוף משנה נעם נוימן	
אלוף משנה דורון בן ברק	
סא"ל דורית תובל	

חברי מערכת

רס"ן ניר שני	סא"ל אבי חלבי
רס"ן יזהר יצחקי	רס"ן עינת רמות
רס"ן צבי מינץ	רס"ן גלעד לין
סרן אלון פלד	רס"ן טובי הארט
סרן מור ימין	רס"ן ורד זליכה
אורן סוקר	רס"ן סיון ביבר

הוצאה לאור:

החברה הכלכלית של לשכת עורכי הדין בע"מ

עימוד

אלף עד תו, יבנה

הרשימות והמאמרים אינן משקפות בהכרח את עמדת הפרקליטות הצבאית או את עמדת הצבא, והכתוב בהן הוא על דעת כותביהן בלבד.

המערכת מזמינה הגשת מאמרים בכל ענפי המשפט ובלבד שלנושא המאמר תהיה זיקה לפעילות הצבאית
רשימות יש לשלוח למערכת "משפט וצבא".
במאמרים יש להשתמש בכללי האזכור האחיד בכתיבה המשפטית.
יש לצרף את שם המחבר, את מענו, את מספר הטלפון שלו והצעה לכותרת בעברית ולכותרת באנגלית.

כתובת המערכת:	בית הספר למשפט צבאי, ד"צ 03608, צה"ל
טלפון:	03-9577290
פקס:	03-9575568
דוא"ל:	mishpatvtzava@gmail.com
אתר אינטרנט:	www.law.idf.il/540-he/Patzar.aspx

דברי פתיחה

לשם מה נחוץ לפרקליטות הצבאית כתב עת משפטי אקדמי? מה עניין יש לגוף שכל כולו עבודת פרקטיקה שעניינה אכיפת הדין, ייעוץ משפטי והוראת המשפט בקרב מפקדיו של הגוף הביטחוני הגדול במדינה, בעולמה התיאורטי של האקדמיה?

התשובה, גם אם מובנת מאליה לרבים, מן הראוי שתיאמר מפורשות במעמד חגיגי זה שבו אנו מוציאים לאור מחדש את כתב העת האקדמי של הפרקליטות הצבאית, "משפט וצבא". התשובה היא שכמו צה"ל, כך גם הפרקליטות הצבאית – צועדת תמיד בחזית: בחזית המשפט, בחזית האתגרים המשפטיים המעשיים המובאים לפתחם של מפקדי צה"ל, בחזית מלחמת השוחות שבה נלחמים על החובה לאזן בין ערכי יסוד מתנגשים, בחזית המערכה המשפטית הממשיכה את המערכה המבצעית, בחזית הקשר המורכב שבין האקדמיה לפרקטיקה המשפטית.

מדי יום מתקבלות בצה"ל החלטות המשפיעות על פניהן של מדינת ישראל ושל החברה הישראלית. החלטות הנוגעות לזכויות היסוד של חיילים, הפעלת סמכויות הריבון באזור יהודה והשומרון, הזכות והחובה לשרת בצה"ל, קבלת החלטות בעת ניהול לחמה א-סימטרית – אלה רק מקצת הסוגיות שהפרקליטות הצבאית עוסקת בהן שכם אל שכם עם המפקדים. החלטות אלה אינן עומדות בחלל ריק. הן משפיעות על השיח האקדמי-תיאורטי במוסדות האקדמיים המובילים בארץ ובעולם ומושפעות ממנו. שיח אקדמי זה עוסק ב"הוראות הפעלה" של חברתנו ושל משטרנו, בהגיונות ובערכים שבבסיס מנגנוני היסוד שלנו, ולא בכדי הוא עוסק תדיר ב"מעבדת קבלת ההחלטות" של צה"ל.

בית הספר למשפט צבאי מוביל בפרקליטות הצבאית את המחקר והשיח האקדמי, בין היתר באמצעות כתב העת האקדמי של הפרקליטות הצבאית "משפט וצבא" אשר נוגע כל כולו ברקמה חשובה ועדינה זו.

בשלהי שנת 2013 התקבלה בבית הספר למשפט ההחלטה לשוב ולהוציא לאור את "משפט וצבא" ככתב עת אקדמי. הדבר אף נקבע כיעד חשוב של היחידה על ידי הפצ"ר, האלוף דן עפרוני. המשימה הוטלה על רס"ן אופירה אלקבץ-רוטשטיין, סגנית מפקדת בית הספר למשפט צבאי וראש תחום אקדמיה. לצוות הצטרפו סרן (מיל') יוסי

זויטיא וסרן לימור לוי-ברדה. השלושה, המרכיבים את צוות העורכים, ניגשו למשימה מתוך תפיסת עולם מקצועית מגובשת באשר לפוטנציאל האדיר הטמון בהוצאתו לאור מחדש של כתב עת חשוב זה.

כעת אנו מוציאים לאור את הגיליון הראשון של כתב העת המחודש, גיליון מס' 21(א). "משפט וצבא" הוא כתב עת אקדמי שמתפרסמים בו מאמרים מאת בכירי הכותבים בעולם האקדמיה וקצינים מובילים של הפרקליטות הצבאית. מאמרים אלה עוברים שיפוט עמיתים. במהלך שנת 2015 צפויים לצאת כמה גיליונות נוספים.

אין לי ספק שחידוש הוצאתו לאור של כתב עת חשוב זה תצמיד קדימה את הידע המשפטי במדינת ישראל בסוגיות של צבא וביטחון ואת הקשר המורכב והעדין שבין אקדמיה לפרקטיקה בתחום זה.

סא"ל דורית תובל
מפקדת בית הספר למשפט צבאי

דבר העורכים

בגאווה לא מוסתרת אנו מבקשים להביא לעיונכם את גיליון מס' 21 (א) של כתב העת "משפט וצבא", כתב העת שמוציאה לאור הפרקליטות הצבאית. גיליון זה הוא למעשה יריית הפתיחה לחידוש פעילות כתב העת לאחר כמה שנים שבהן לא יצא לאור.

עם תחילת העבודה על גיליון זה התלבטנו רבות באשר לאופי התוצר הסופי שאנו מבקשים להפיק. האם יישא הגיליון אופי של ביטאון הפרקליטות הצבאית או שמא נבקש להעמידו בגאון לצד כתבי עת אקדמיים שמפיקים המוסדות האקדמיים להשכלה גבוהה בארץ ובעולם? אנו, צוות העורכים וקברניטי הפרקליטות הצבאית, סברנו כי אך ראוי שגוף בעל משקל סגולי נכבד כמו הפרקליטות הצבאית, יאחז באמתחתו כתב עת מקצועי בעל משקל, אשר יהיה אכסניה לשיח אקדמי בתחומים העומדים על סדר יומה של הפרקליטות הצבאית בשגרה ובחירום.

זה המקום לציין כי משך כל שנות קיומה עמדה הפרקליטות הצבאית בלב העשייה הציבורית, הן בשל מעמדו המרכזי של צבא ההגנה לישראל בחברה הישראלית והן בשל איכותה של עשייה זו במישור המשפטי בעתות שגרה ובתקופות חירום. מתוך הבנה כי מעמדה החשוב טומן בחובו אחריות לא מבוטלת, מקיימת הפרקליטות הצבאית שיח תמידי עם גורמים משפטיים ולבר משפטיים: צבאיים ואזרחיים, מדינתיים ובינלאומיים כאחד. השיח נושא פעמים רבות אופי מפרה ובמקרים אחרים משמש כר לביקורת.

כאמור, אנו רואים כתב עת זה כאכסניה לשיח אקדמי ענייני בין חוקרים אקדמיים, מקבלי החלטות בשירות הציבורי ושחקנים בשיח הציבורי בסוגיות משפטיות שיש להן זיקה לפעילות הצבאית. אכסניה זו, ראוי שתכלול מחקרים פנים מערכתיים וחוץ מערכתיים, ובגדר כך הושם הדגש אף על פרסום מחקרים פרי עטם של משפטני הפרקליטות הצבאית העוסקים במלאכת המשפט הצבאי בשגרת יומם.

חידוש פעילותו של כתב העת הוביל אותנו להרהורים נוספים על הנושאים שבהם יעסוק כתב העת. לאחר סקירת מכלול העניינים שבהם עוסקת הפרקליטות הצבאית כיום, הגענו לכלל החלטה כי כתב עת זה במתכונתו הנוכחית יעסוק בנושאים הנוגעים ל"משפט וצבא" במובן הרחב. עוד סברנו כי בשל העמימות הקיימת בדבר הגבול בין נושאים משפטיים לנושאים חברתיים בעלי היבטים משפטיים, נכון יהיה לייסד בכתב

העת מדור בשם "הרהורים על משפט ו..." מדור זה יעסוק בנושאים בעלי זיקה משפטית מנקודת מבטו של תחום לבר משפטי. אנו סבורים, כי מתן במה לכתיבה חוץ משפטית בסוגיות בעלות נופך משפטי, יש בה כדי לפתוח בעבור המשפטן צוהר לעולמות תוכן אחרים אשר החשיפה אליהם עשויה לשפר את תפיסת עולמו המקצועית.

נאמנים לתפיסת העולם המוצגת לעיל קיבצנו בגיליון המובא בפניכם שורה של מאמרים מגוונים בנושאים פרי עטם של אנשי מקצוע מתחום המשפט ומתחומים הנושקים למשפט.

את הגיליון פותחת רשימתו של האלוף דן עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, "הצבא בצבת המשפט?". ברשימה זאת, שמבוססת על הרצאה שנשא בכנס העמותה למשפט ציבורי, מתייחס הפרקליט הצבאי הראשי לביקורת אשר הושמעה נגד צה"ל בנוגע להיבטים המשפטיים של הפעילות הצבאית במבצע "צוק איתן".

המאמר הראשון בחוברת הוא מאמרו של פרופ' יצחק זמיר, שופט (בדימוס) בית המשפט העליון. המאמר עוסק בשאלה משפטית חשובה מתחום המשפט המנהלי, שאלת הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות בדרך של דיון מקורי. במאמרו, מתחקה פרופ' זמיר אחר הנושאים בהם חורג בית המשפט מדפוס הביקורת השיפוטית הרגילה למתכונת של דיון מקורי, ומתווה את קווי המתאר להפעלת הביקורת במתכונת זו.

מאמר זה, מוקדש לכבודה של שופטת (בדימוס) בית המשפט העליון אילה פרוקצ'יה. מערכת כתב העת מבקשת להצטרף למילותיו החמות של פרופ' זמיר ביחס לשופטת (בדימוס) פרוקצ'יה ומברכת על ההזדמנות שניתנה לה להביע את הערכתה הרבה לתרומתה של ד"ר פרוקצ'יה לפיתוח המשפט הישראלי על כלל ענפיו לרבות המשפט בסוגיות בטחון.

המאמר השני בחוברת הוא מאמרו של ד"ר גרשון גונטובניק, מרצה למשפט חוקתי ומנהלי במרכז האקדמי כרמל ושותף במשרד עורכי הדין 'וינרוט ושות'. מאמר זה, המוכתר בכותרת "הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?", עוסק בסוגיה חברתית רגישה: משקלם של שיקולי ביטחון בהקצאת קרקעות מצד המדינה. המאמר מבקש לבחון אם ניתן להצדיק הדרה של אזרחים ערבים מחמת זהות תרבותית או לאומית, ובאותו הקשר עד כמה ניתן להעדיף יוצאי צבא בהקצאת קרקעות מטעם המדינה.

המאמר השלישי עוסק בהיבט אחר של יחסי צבא חברה, הלא הוא הצנזורה הצבאית. מאמר זה, הנושא את השם "הצנזורה בישראל – התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקית לנורמה הנוהגת בישראל" נכתב על ידי הצנזורת הצבאית הראשית המכהנת, תא"ל סימה וואקנין-גיל. המאמר מתמודד עם השאלה מהם מקומה, מעמדה ותפקידה של הצנזורה בישראל בימינו. המחברת סוקרת את ההסדרים המשפטיים שעומדים בבסיס פעילות הצנזורה בישראל, מציגה את מודל פעילותה של הצנזורה מנקודת מבטה של העומדת בראשה, ולבסוף מבקשת להציע דגם חלופי המבקש לשפר את תפקידה של הצנזורה הצבאית ולהתאימה לרוח התקופה.

המאמר הרביעי הוא פרי עטו של פרופ' משה נגבי, פרשנה המשפטי של "קול ישראל" ומרצה בסוגיות של ביטחון, דמוקרטיה ומשפט במחלקה לתקשורת ולעיתונאות באוניברסיטה העברית. במאמרו "גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת 'צוק איתן'" מטיח נגבי ביקורת נוקבת בצמרת מערכות התקשורת בישראל אשר בחרו לסקר את מבצע "צוק איתן" באופן מגמתי ומסולף, לשיטתו, בשל שיקולי רייטינג ורווח כלכלי או אחר של מעסיקיהם. בכך, טוען המחבר, הן מעלו בתפקידן ופגעו פגיעה קשה בזכות הציבור לדעת.

המאמר החמישי בחוברת הוא מאמרה של סא"ל תמר תבורי, סגנית ראש מחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית והיועצת המשפטית לחיל הרפואה. במאמרה "הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות" סוקרת המחברת את מבחני הכשירות הרפואית בצבא ואת מידת התאמתם לעידן המעלה על נס את שילובם של אנשים עם מוגבלויות במרחב הציבורי. במאמר נבחנים השינויים והמגמות בתחום זה, ובסופו מוצע דגם לגיבוש מבחני כשירות חדשים לשירות צבאי המותאמים לשילוב אנשים עם מוגבלויות.

המאמר השישי עוסק אף הוא בנושא רגיש: "כבוד המת במשפט הבין-לאומי". מאמר זה – אותו כתב רס"ן ניר שני, כיום סגן פרקליט מרכז וחיל האוויר – מבקש לבחון את ההסדרים הנוגעים לכבוד המת במשפט הבין-לאומי ובדין הישראלי. במאמר סוקר המחבר את התפתחות דיני המלחמה והתפיסה הלוחמתית כמו גם את ההתפתחויות בדיני זכויות אדם בסוגיה זאת ובוחר את אופן ההסדרה הראוי שלה.

את מדור סקירת הספרות בחרנו לייחד בגליון זה לביקורת על ספרם של פרופ' עמיחי כהן, דיקן הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, ופרופ' סטיוארט כהן מהמחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת בר אילן, "יורים ושופטים – ביטחון ומשפט

בישראל". את הסקירה כתב אל"ם (מיל') לירון א' ליבמן, לשעבר התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית.

גיליון זה ננעל במאמרו של פרופ' יגיל לוי, "צבא העם" נגד גיוס החובה, מאמר לבר משפטי הזוכה לפרסום במדור "הרהורים על משפט ו....". במאמרו, טוען פרופ' לוי, חבר סגל בכיר באוניברסיטה הפתוחה ויושב ראש קבוצת המחקר האירופית לצבא וחברה, כי השחיקה במעמד הצבא היא הגורם לערעור בסיס הלגיטימיות של דגם גיוס החובה. המחבר מתאר את התמורות שחלות בצבא מדגם גיוס החובה לצבא התנדבותי על בסיס גיוס בררני, דבר אשר יוביל, לשיטתו, לקריסת דגם גיוס החובה בערבו של יום.

אנו מקווים כי תמצאו את הגיליון מעניין ומועיל ותפיקו הנאה אינטלקטואלית ותועלת אקדמית מעיון במאמרים המפורסמים בו וכי העיסוק בסוגיות המועלות במאמרים אלה יהיה בסיס לשיח פורה ולמחקרי המשך בסוגיות אלה.

נבקש להודות לקברניטי הפרקליטות הצבאית ובית הספר למשפט צבאי, אשר העניקו לנו את התשתית המנהלית המתאימה לשם הפקת כתב העת ונתנו מרחב פעולה מלא בעיצוב כלל היבטיו של הגיליון המונח בפניכם.

לימור לוי-ברדה,
סרן

יוסי זויטיא,
סרן (מיל')

אופירה אלקבץ רוטשטיין,
רס"ן

הצבא בצבת המשפט?

דן עפרוני*

בשלושה באוגוסט 2014, ביום שבו הושלם התמרון הקרקעי ברצועת עזה, התפרסמה באתר של עיתון "מעריב" כתבה שכותרתה השאלה "האם ייעוץ משפטי בלחימה מסכן חיי לוחמים?".¹ בכתבה הוזכרו שני אירועים שבהם הנחיות של יועץ משפטי עלום שם פגעו לכאורה בפעילות צה"ל עד כדי סיכון חיילינו. בעקבות הכתבה ודומות לה פורסם בתקשורת על פתיחת "קווים חמים", וחיילים הוזמנו לדווח על כל מקרה שבו ניתן להם ייעוץ משפטי מגביל. כן חולקו לחיילי צה"ל בחזית כרוזים ובהם הצעות למתן שירותי הגנה משפטית ואזהרות מפני אנשי הפרקליטות הצבאית והמשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח) הנושפים בעורפם.

כשהתרחשות זו ברקע, שבה ועולה השאלה אם חרף האתגרים הייחודיים שמציבה הלחימה ברצועת עזה, היועצים המשפטיים הם אכן "מגבילי כוח". ובמילים אחרות, האם הצבא נתון בצבת המשפט?

ניתן להשיב מיד ולומר שכללי המשפט הבינלאומי מצרים את מרחב הפעולה המבצעי ומטילים על המפקדים מגבלות ורסנים הפוגעים ביכולת להכריע את האויב בשדה הקרב, ושלעתים אף עשויים לשלול אותה מהם. עמדה זו הייתה מוחשית פחות בעבר כשהמלחמות התנהלו בין צבאות של מדינות, הרחק מאוכלוסייה אזרחית, בלי תקשורת ואינטרנט וללא ועדות בדיקה וחקירה בינלאומיות. בעימותים האלה לנתוני הסטטיסטיקה הצבאית – כמה כבשנו? כמה אנשים ואמל"ח השמדנו? – הייתה חשיבות מכרעת. הם היו המדד העיקרי להכרעת האויב ולתשובה לשאלה מי ניצח במלחמה. בסוגי העימותים המזוינים שאנו מנהלים מאז מלחמת לבנון הראשונה, יש

* הרשימה מבוססת על הרצאה שהועברה בתאריך 2.1.2015 על ידי האלוף דן עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, בכנס השנתי לשנת 2015 של העמותה למשפט ציבורי בנושא "המשפט הציבורי בעין הסערה".

¹ יעל פרידסון, www.nrg.co.il/online/1/ART2/603/944.html

עדיין חשיבות להישגים האלה בקרב, אך הם כבר אינם חזות הכול. אין בהם לבדם כדי ללמד על הכרעת האויב או על ניצחון במערכה.

המציאות היום שונה בתכלית השינוי מזו שהייתה אך לפני עשור או שניים. מעבר לשדה הקרב נפרסת המערכה הצבאית על פני כמה זירות לחימה נוספות – הזירה התקשורתית, הזירה המדינית וכמובן הזירה המשפטית. מדוע **במציאות החדשה שנוצרה בוחרות מדינות לציית לדיני המלחמה?** שאלה זו העסיקה רבים לאורך השנים, ובחלוקה גסה אפשר להצביע על שתי גישות עיקריות.

הגישה הראשונה היא הגישה האינסטרומנטלית – מדינות מציתות לדין הבינלאומי כשהדבר מתיישב עם האינטרסים שלהן. כך, למשל, למדינה יהיה אינטרס לקיים את דיני הלחימה אם הפרתם תוביל לנקיטת סנקציות בינלאומיות – אזרחיות או פליליות – נגדה או נגד נתיניה. למדינה אף יהיה אינטרס לפעול בהתאם לדיני הלחימה (דיני השימוש בכוח, jus ad bellum, ודיני הפעלת הכוח, jus in bello) אם הפרתם תפגע בלגיטימציה הבינלאומית למהלכיה ותביא לצמצום חופש הפעולה המבצעי של כוחותיה.²

הגישה הזו מלמדת, בין השאר, כי המלחמה בשדה הקרב המודרני אינה מסתיימת בשוך האש. במקביל לה, ובייחוד לאחריה, מתנהלת המלחמה בזירה המשפטית והמדינית. זוהי לוחמת המשפט והלגיטימציה.

כיום יש הסכמה רחבה לכך שאין מדובר בספיח חסר חשיבות נוסף של הלחימה באש, אלא בנדבך בעל חשיבות רבה למערכה במובנה הרחב. דוגמה אחת לכך היא כוחה של לוחמת המשפט והלגיטימציה להשפיע על "שעון החול המדיני", ובאופן ישיר על משך הלחימה באש. דהיינו, מה יהיה משך הזמן שהקהילה הבינלאומית תותר לישאל, וממילא לצה"ל, לפני שתתערב ותמנע ממנו את האפשרות להשלים את משימותיו? כך היה אמנם גם בעבר, למשל במלחמת ששת הימים ובמלחמת יום כיפור, אולם אז הודגש בעיקר אך עצם השימוש בכוח (jus ad bellum) – אם הייתה זו מלחמת מנע ואם ניתן גם להצדיקה במישור הדין הבינלאומי.

בעת החדשה, ובייחוד ממלחמת לבנון השנייה ועד כה, הדגש הוא בשני התחומים, גם השימוש בכוח וגם אופן הפעלתו (jus in bello). לבחינת התנהלות המדינה וצבאה

² לניתוחים ריאליסטיים ואינסטרומנטליים שכאלה ראו Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (2006); Andrew T. Guzman, *A Compliance-Based Theory of International Law*, 90 CALIF. L. REV. 1823 (2002).

לאורם של דיני הלחימה תהיה השפעה מכרעת על משך הלחימה ועל זיהויו בזירה הבינלאומית של הצד הצודק כמי שניצח במערכה, גם אם בפועל הישגיו בשדה הקרב לא היו חד משמעיים.

כל אלו מובילים למסקנה כי המשפט והלגיטימציה אינם עוד בגדר אילוץ חיצוני וחסר חשיבות, כזה שאפשר להתעלם ממנו ללא השלכות על המערכה. נהפוך הוא, המשפט הוא חלק אינטגרלי וחשוב בלחימה בשדה הקרב המודרני. המשפט עשוי להיות אילוץ או יתרון בשדה הקרב, והוא עשוי גם להיות כלי נשק בעל עוצמה בזירה המדינית-משפטית המתנהלת במקביל. האויבים שעמם צה"ל מתמודד – חמאס בדרום וחיזבאללה בצפון – לומדים היטב את מרכיבי המערכה המודרנית, לרבות מרכיבי המשפט, ועושים בהם שימוש פסול וציני.

המחשה לכך ניתן לראות במדריך הלחימה העירונית של החמאס שנתפס על ידי הכוחות במבצע "צוק איתן". המדריך פירט את היתרונות הצבאיים הגלומים בירי מתוככי השטח העירוני ובסמיכות למתקנים רגישים, דוגמת מתקני או"ם ורפואה. המדריך מלמד כי החמאס רואה את התמונה באופן הבא:

מצד אחד, אם צה"ל יתקוף ויפגעו בלתי מעורבים או מתקנים רגישים, החמאס ירשום הישג ניכר בשדה המשפט והלגיטימציה – הביקורת המיידית שתישמע מפיהם של דוברים בולטים של הקהילה הבינלאומית תשפיע על מקבלי ההחלטות בישראל ותצמצם את חופש הפעולה המבצעי של צה"ל. בסיום הלחימה יהיו מדינת ישראל וצה"ל נתונים בלחימה אינטנסיבית של משפט, בדיקות וחקירות של גופים בינלאומיים, ויישמעו קריאות להעמיד לדין מדינאים ומפקדים בגין אחריותם הישירה להפרות הדין.

מהצד השני, אם צה"ל יירטע מהאיומים הללו וימנע מתקיפה, החמאס יצליח לנצל את אוכלוסייתו כאפוד מגן שיאפשר לו להמשיך ביתר ביטחון בפעילות הלחימה נגד לוחמי צה"ל ואזרחי ישראל.

שיטת הפעולה הזו של החמאס היא בגדר "מארב משפטי" או "מארב לגיטימציה". השילוב בין המונח הצבאי – מארב – למונחים לגיטימציה ומשפט ממחיש את הזיקה ההדוקה ביניהם. צה"ל מודע היטב לדפוס הפעולה הזה של החמאס ואינו חוסך משאבים ומאמצים כדי לקיים את עקרון ההבחנה בויהוין של מטרות חוקיות לתקיפה. הוא נוקט צעדי זהירות כדי למזער ככל הניתן את היקף הנזק האגבי לאוכלוסייה האזרחית. למול מאמצים אלה משקיע החמאס משאבים ומאמצים בכיוון

ההפוך, היינו להקשות על צה"ל את היכולת להבחין ולמקד את תקיפותיו במטרות חוקיות בלבד, ואף למנוע אותה.

שיטת הפעולה של ארגון החמאס מנוגדת לדין הבינלאומי ומעלה את השאלה מדוע אנו משחקים לידי החמאס ומצייתים לחוק שהוא מפר ברגל גסה. האם התועלת הצפויה לנו במישור המשפט והלגיטימציה מצדיקה את הציות ואת המחיר המבצעי הכרוך בכך? שאלה זו מובילה לגישה השנייה המסבירה את הציות לחוק הבינלאומי, היא הגישה הערכית. לפי גישה זו, מדינות מצייתות לדיני הלחימה לא משיקולים תועלתניים, אלא כי הם מבטאים ערכים ותפיסות עולם התואמות את עולם הערכים של אותן מדינות.³

כמי שעמד בראש מערכת המשפט הצבאית במבצע "עמוד ענן" ובמבצע "צוק איתן", אדגיש כי צה"ל מחויב לדיני הלחימה בראש ובראשונה בשל העובדה שהציות מגשים את הערך של שלטון החוק. החוק מכיל בתוכו ערכים ותפיסות אשר ממילא הם חלק מהעולם הערכי הפנימי של כל מפקד וחייל בצה"ל.

בשנת 1982 הייתי קצין צעיר בחיל המודיעין. השתתפתי במלחמת לבנון הראשונה, שבה ניצב צה"ל בפני האתגרים שמציבה הלחימה בשטח בנוי ובתוך אוכלוסייה אזרחית. לא הכרתי אז את עקרונות דיני המלחמה, לא שמעתי על עקרונות ההבחנה והמידתיות ולא על ההגנה המיוחדת שיש למתקנים רפואיים. למרות זאת היה ברור שיש להימנע מפגיעה בבלתי מעורבים, ושנדרש צורך צבאי ממשי כדי לתקוף מרפאה או מסגד ואפילו "בית טהרת המתים". צה"ל ציית אז, כמו עכשיו, לכללים הנגזרים מהקוד הערכי והמוסרי של כל המשרתים בצה"ל, קוד שבבסיסו ערכים כמו טוהר הנשק וקדושת החיים. המצפן המוסרי של מפקדי צה"ל תואם ממילא את דיני הלחימה. האתגר נותר באותם המקרים שדיני הלחימה נותרו מאחור ואין הם נותנים מענה שלם לחלק מהאתגרים שמציבה זירת הלחימה המודרנית.

הדברים מובילים אותי למסקנה כי צה"ל תוקף רק מטרות צבאיות לא בגלל עקרון ההבחנה, אלא משום שהוא מקפיד על טוהר הנשק. צה"ל עושה מאמצים כבירים כדי לצמצם את הפגיעה בבלתי מעורבים לא בגלל המידתיות, אלא בגלל ערך חיי אדם.

³ לגישות המסבירות נטילה של התחייבויות בינלאומיות וציות להן בשל הזדהות ערכית THOMAS M. FRANCK, *THE POWER OF LEGITIMACY AMONG NATIONS* (1990); ראו Lea Brilmayer, *From 'Contract' to 'Pledge': The Structure of International Human Rights Agreements*, 77 BRIT. Y.B. INT'L L. 163 (2007).

פעמים רבות הערכים של צה"ל מחמירים יותר מכללי המשפט הבינלאומי. זו הסיבה לכך שבמבצע האחרון ובאלו שלפניו נמנעו מפקדים, למשל, מתקיפת מטרות הגם שלא הייתה מניעה משפטית לתקוף אותן.

פעילותנו בתחום האכיפה היא דוגמה נוספת לכך. כבר במהלך המבצע הורה הרמטכ"ל על הקמתו של מנגנון הבירור המטכ"לי. המנגנון שהוקם מיישם במלואה את המלצת ועדת טירקל שבחנה את מנגנוני הבדיקה והחקירה של צה"ל. בראש המנגנון עומד אלוף בצה"ל, ותחתיו פועלים כמה צוותי בירור. המנגנון מברר את העובדות ואוסף מידע באשר לאירועי "צוק איתן" במטרה להניח בפני הפצ"ר תשתית עובדתית רחבה שתאפשר לקבל החלטה מושכלת ומבוססת בעניין אכיפה. המנגנון בדק עד כה עשרות מקרים, ועל בסיס ממצאיו כבר קיבלתי החלטות בכמה אירועים. הקמת המנגנון תוך כדי הלחימה, מינוי אלוף לעמוד בראשו והעבודה המאומצת שלו בחודשים האחרונים, כולם ביטוי למחויבות של צה"ל לבחון את פעילותו המבצעית, לבדוק אותה ואם נדרש – גם לחקור אותה. מדוע זו התפיסה של צה"ל? מה הבסיס למחויבות הזאת כאשר ברור לכול כי לקרוא למיטב בנינו שסיכנו את חייהם, לחדרי החקירות הוא צעד קשה, מורכב שזוכה לביקורת, בתוך צה"ל ומחוץ לו, ושיש לו מחיר?

גם בנושא זה נשמעו קולות שלפיהם אין כוונה לערוך בדיקה אמיתית ולנקוט צעדים נגד מי שחרג מההוראות ושפעל בצורה פסולה, והכול נעשה למראית עין במטרה להבטיח חסינות מפני העמדה לדין בבית הדין הפלילי.

אין זה המצב. אנחנו בודקים וחוקרים הפרות של דיני הלחימה כי מי שהפר אותם הפר למעשה גם את הערכים והנורמות של צה"ל; כי מי שהפר את דיני הלחימה, ככלל הפר גם את הפקודות וההוראות הצבאיות המעגנות בתוכן את ערכי הלחימה של צה"ל. זו משימה קשה, ולפעילות האכיפה יש מחיר, אפילו כבד. אולם זו משימה הכרחית שהיא ביטוי נוסף לכך שאנו מחויבים גם לדין הבינלאומי לא כי אנו חוששים מביקורת חיצונית, אלא כי הוא תואם לערכים שמנחים את צה"ל בחירום ובשגרה.

אינני מתעלם מתוצרי הלוואי החיוביים של פעילות האכיפה במישור הלגיטימציה. ברור כי המצב הייחודי של מדינת ישראל ומעמדה בזירה הבינלאומית מחייבים אותנו להשתמש לעתים בכלי הבדיקה והחקירה כדי להדוף טענות שקריות המופנות נגדנו. אבל לא זו תכלית החקירה, ויש להיזהר מהיפוך היוצרות – מהפיכת החקירה לכלי הסברתי שעלול לייצר אפקט תדמיתי הפוך, של צבא שכל פעולותיו "חשודות".

בשל כל אלה ההסתכלות על המשפט כעל "צבת" חיצוני הלופת את צה"ל והמחייב אותו לפעול בניגוד לתפיסת עולמו – מעוותת. המשפט הוא רכיב מובנה בשדה הקרב המודרני. דיני הלחימה הם מעין צילום של השרטוט הצה"לי את גבולות המותר והאסור בלחימה, ולאורם ממילא היינו פועלים, גם בעולם ללא משפט בינלאומי. אל לנו להסתכל בביקורתיות על המחויבות של צה"ל לדיני הלחימה, אלא להיות גאים בה. עלינו להדגיש בכל הזדמנות שגם כאשר האויב מתפרק מהדין ומהמוסר, אנו נותרים נאמנים למצפן המוסרי שלנו. זהו מקור עוצמתנו, כפי שביטא זאת באופן מצוין הנשיא אהרן ברק בפרשת אלמדני:

האמירה כי 'כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות' אינה נכונה. אמרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית...

...

הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו ... אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור.⁴

לפני סיום, חשוב גם לזכור כי פעמים רבות דווקא המשפט, שעומד במרכז של הביקורת, הוא כלי יעיל להתמודדות עם הטענות נגדנו. דוגמה מצוינת לכך היא הטענה שהמספר הכולל של אזרחים שנהרגו כתוצאה מתקיפות צה"ל מעיד במקרה הטוב על אי עמידה בעקרון המידתיות, ובמקרה הרע על מדיניות מכוונת לפגיעה בבלתי מעורבים. הטענה, כך מתברר, שובת לב בהקשרי לגיטימציה. קשה אף להתמודד עמה בכלים תקשורתיים שכן מראות ההרס ברצועת עזה מותירים רושם עמוק הרבה יותר

⁴ בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34-35 (2002).

מנזקי הטילים במדינת ישראל, תודות למערכת "כיפת ברזל". אולם במקרה הזה המשפט הבינלאומי עומד לצדנו, שכן כל מטרה ומטרה עומדת בפני עצמה, ובכל מקרה יש לבחון את סבירות החלטת המפקד על פי המידע שהיה ברשותו בזמן התקיפה, ולא בדיעבד. במקרה הזה, שממחיש שוב את הפער הקיים בין החוקי לבין הלגיטימי, המשפט הוא כנראה הכלי היעיל ביותר להדוף את הטענות המושמעות נגדנו.

לסיום אחזור לכתבה שהזכרתי בתחילת הדברים. אל מול כתבה זו ניצבו פרסומים ופניות מצד ארגוני זכויות אדם שהאשימו אותנו בפרשנות מרחיבה מדי של הדין הבינלאומי, שהייתה הבסיס להרס הנרחב ולמותם של אזרחים רבים. הביקורת משני צידי המתרס רק ממחישה שבעיני אחדים הדין הבינלאומי הוא מגביל ובעיני אחרים הוא מתיר, כנגזר מתפיסת עולמם הערכית. ביקורת זו לא תסיט, כמובן, את צה"ל מדרכו, ואנו נמשיך לפעול בהתאם לדין בכל תחומי הפעילות בשגרה ובחירום.

ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי

יצחק זמיר*

השופטת אילה פרוקצ'יה שירתה את החברה בישראל במגוון תפקידים במשרד המשפטים ובבית המשפט במשך עשרות שנים. בכל אחד מתפקידיה היא גילתה, נוסף לרמה המקצועית הגבוהה ביותר, דבקות בערכי היסוד של חברה נאורה, יושר רב ואומץ נדיר. פסקי הדין שכתבה, בעיקר כשופטת בית המשפט העליון, גיבשו באופן סדור, יסודי ומאלף הלכות חשובות בתחומים שונים של המשפט, ובהם באופן בולט גם תחום המשפט הציבורי. מאמר זה מוקדש לה, עם פרישתה מכהונה בבית המשפט העליון, בידידות ובהוקרה.

2	תקציר
3	א. מבוא
5	ב. הוראות חוק המאפשרות דיון מקורי
6	1. הוראות חוק הדורשות "אישור" בית המשפט
6	(א) מעצר מינהלי

* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס) באוניברסיטה העברית בירושלים. אני מבקש להודות לד"ר אלעד אורג, מרצה בכיר בקריה האקדמית אונו, ולמיטל אביעד – בן עמי, סטודנטית בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, על הערות מועילות לטיטוט המאמר.

- 8 (ב) רישום מפלגות
- 9 (ג) הבחירות לכנסת
- 11 (ד) האזנות סתר
- 11 2. הוראות חוק המקנות לבית משפט שיקול דעת "מינהלי"
- 12 (א) חופש המידע
- 13 (ב) מס הכנסה
- 14 (ג) יישום תכנית ההתנתקות
- 14 (ד) אוויר נקי
- 16 (ה) ניירות ערך
- 17 ג. המתכונת של דיון מקורי
- 17 1. דיון דה נובו?
- 21 2. עניינים חריגים
- 22 ד. מתי ראוי לאפשר דיון מקורי?
- 22 1. המצב הקיים
- 25 2. המצב הראוי

תקציר

בדרך כלל, ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, כמו ביקורת בדרך של עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים, היא ביקורת משפטית בלבד. בביקורת כזאת בית המשפט מברר אם נפל פגם משפטי בהחלטה המינהלית, אך הוא מסרב לברר אם נפל בהחלטה פגם אחר, למשל אם היא בלתי-יעילה או בלתי-נבונה. בהתאם לכך, בית המשפט מצהיר ללא לאות כי שיקול הדעת בעניינים מינהליים הופקד על ידי החוק בידי הרשות המינהלית, ובית המשפט אינו מוכן להפעיל שיקול דעת עצמאי, שיחליף את שיקול הדעת של הרשות.

אך יש עניינים מינהליים, לא רבים אך גם לא נדירים, שבהם בית המשפט מקבל על עצמו לקיים דיון מקורי, שבו הוא מוכן להפעיל סמכות של רשות מינהלית, ורואה עצמו רשאי לקבל ראיות, אם ישנות ואם חדשות, לשקול אותן ולאזן ביניהן על פי שיקול דעתו, ולתת את ההחלטה הנראית לו ראויה בנסיבות המקרה, גם אם בהחלטת הרשות לא נפל כל פגם משפטי.

מאמר זה מבקש לברר מה הם העניינים המינהליים שבהם בית המשפט מקיים ביקורת בדרך של דיון מקורי, מהי המתכונת הרגילה של דיון כזה ומתי ראוי שבית המשפט יחרוג מן הדפוס הרגיל של ביקורת שיפוטית למתכונת של דיון מקורי.

א. מבוא

הביקורת השיפוטית היא, קודם כל, ביקורת. בית המשפט מתייחס אל החלטה מינהלית, שנתקבלה בדיון ראשוני על ידי רשות מינהלית, ומברר אם נפל בה פגם משפטי: חריגה מסמכות, טעות של דין, שיקולים זרים, חוסר סבירות ועוד. על יסוד הברור, בית המשפט פוסק אם להשאיר את ההחלטה המינהלית על כנה, לשנותה, לבטלה, או להחזיר את העניין לדיון מחדש אצל הרשות המינהלית. זאת המתכונת של ביקורת שיפוטית רגילה (supervisory jurisdiction).

אך יש עניינים שבהם החוק מקנה לבית משפט סמכות להפעיל ביקורת מיוחדת, רחבה יותר מן הביקורת השיפוטית הרגילה. ביקורת כזאת מאפשרת לבית המשפט לברר, לא רק אם נפל פגם משפטי בהחלטה המינהלית, אלא גם אם היא החלטה ראויה מבחינה אחרת: אם היא יעילה, נבונה או צודקת, ואם היא משרתת כראוי את האינטרס הציבורי. בהתאם לכך, בית משפט המפעיל ביקורת כזאת מוסמך לשנות או לבטל החלטה מינהלית שאינה נראית לו ראויה גם אם לא נפל בה פגם משפטי.

לביקורת כזאת מקובל לקרוא דיון מקורי (original jurisdiction), אף שהיא בראש ובראשונה ביקורת ולא דיון ראשוני. היא נקראת דיון מקורי משום שהיא מאפשרת לבית המשפט לפעול כפי שרשות מינהלית פועלת בדיון ראשוני: לקבל ראיות (ישנות ואף חדשות), להפעיל שיקול דעת עצמאי, לערוך איזון בין השיקולים הנוגעים לעניין ולקבל החלטה הנראית ראויה.

דיון מקורי, אף שבית המשפט רשאי לפעול בדיון כזה כמו רשות מינהלית, הוא עדיין דיון ביקורתי. אפשר לומר כי הוא סוג מיוחד של דיון ביקורתי. הוא מיוחד משום שהוא דומה לביקורת פנימית על החלטות מינהליות הנערכת במסגרת המינהל הציבורי. ביקורת כזאת נערכת, לדוגמה, באמצעות השגה על החלטה של רשות מינהלית אחת אל רשות מינהלית אחרת, על פי רוב רשות ממונה מבחינה היררכית.

כזאת היא השגה לפי סעיף 82 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, על שומת מס שנערכה על ידי פקיד מס אל מנהל המס.¹ דיון מקורי בבית משפט דומה גם לביקורת המופעלת בדרך כלל על ידי בית דין מינהלי.² בכך הוא שונה מן הביקורת השיפוטית הרגילה: דיון מקורי הוא דיון ביקורתי רחב במיוחד.

אפשר לומר כי בדיון מקורי בית המשפט ממלא תפקיד מעורב: מצד אחד, הוא ממלא תפקיד בעל אופי שיפוטי, שכן הוא מכריע בסכסוך בין אדם שנפגע מהחלטה מינהלית לבין הרשות שקיבלה את החלטה; אך מצד שני הוא ממלא גם תפקיד בעל אופי מינהלי, שכן הוא רשאי, כמו רשות מינהלית, לאסוף נתונים, ובמסגרת זאת גם לקבל ראיות, להפעיל שיקול דעת עצמאי בשאלה מהי החלטה הראויה, ולקבל את החלטה שנראית לו הולמת את תכלית החוק בהתחשב בנסיבות המקרה.

בלאו עניינים מוקנית לבית משפט סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי: האם התשובה תלויה בלשון החוק המקנה את הסמכות או אולי בגורמים אחרים?

¹ על השגה מינהלית ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 956 (מהדורה שנייה מורחבת, 2014).

² ס' 18 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע: "הסמכה לדון ולהכריע בערר או בהשגה אחרת על החלטה של רשות משמעה גם הסמכה לאשר את החלטה בשינויים או בלא שינוי, לבטלה ולהחליט החלטה אחרת במקומה או להחזיר את הענין עם הוראות לרשות שהחליטה". חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, קובע הוראה זהה בס' 37. על ס' 18 לחוק הפרשנות, אמרה השופטת פרוקצ'יה ברע"א 2425/99 עיריית רעננה נ' י.ת. יזום והשקעות בע"מ, פ"ד נד(4) 481, 495 (2000):

הוראה זו מקנה היקף רחב מאוד להשגה המינהלית ולערר בפני בית-הדין המינהלי, והיא בדרך כלל רחבה יותר ממיתחם הביקורת השיפוטית. בעוד הביקורת השיפוטית אמורה לבדוק אם לא נפלה טעות בהחלטה המינהלית, הביקורת בהשגה או בערר נערכת על-פי רוב כדיון מחדש ומאפשרת מתן החלטה אחרת במקום זו שניתנה על-ידי הרשות המקורית. באופן כזה רשאית הרשות הדנה בהשגה להעמיד את שיקול-דעתה במקום שיקול-דעת הרשות המקורית, וזאת, כל עוד אין מתפרשת כוונה אחרת מהחוק המיוחד החל על העניין.

אך מאמר זה אינו דן בביקורת על ידי בית דין מינהלי, אלא רק בביקורת על ידי בית משפט.

ב. הוראות חוק המאפשרות דיון מקורי

אפשר, כמובן, שהמחוקק יאמר בלשון מפורשת כי בעניינים מסוג מסוים, למשל החלטות בבקשה לקבל רישיון מכוח חוק מסוים, בית המשפט יקיים ביקורת שיפוטית בדרך של "דיון מקורי", או בדרך של "דיון מחדש", או כי לבית המשפט המקיים את הביקורת מוקנות "כל הסמכויות המוקנות לרשות המינהלית שהחלטתה עומדת לביקורת". אך בפועל המחוקק אינו נוקט לשון כזאת. אפשר גם שהמחוקק ינקוט לשון אחרת, שאינה נוקבת בשם המפורש, אך מלמדת באופן ברור כי בית המשפט מוסמך לקיים דיון מקורי בסוג מסוים של עניינים. למשל, שבית המשפט רשאי בעניינים מסוג זה לאסוף נתונים כפי שימצא לנכון, לשקול מחדש את הנתונים ולקבל החלטה חדשה כפי שנראה לו, אף אם החלטת הרשות המינהלית אינה נגועה בפגם משפטי. אולם גם לשון זאת אינה מקובלת על המחוקק. על פי רוב המחוקק נוקט לשון עמומה, שאפשר לפרשה לכאן או לכאן: כאילו היא מקנה סמכות לביקורת שיפוטית רגילה או כאילו היא מקנה סמכות לביקורת רחבה יותר. הנה, לדוגמה, סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. סעיף זה מקנה לבג"ץ סמכות לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". אפשר היה לפרש סעיף זה כאילו הוא מקנה לבג"ץ סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. בפועל, בית המשפט פירש סעיף זה אחרת: שהוא מסמך את בג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית רגילה ולא ביקורת בדרך של דיון מקורי. כך נוהג בית המשפט על פי רוב: הוא נוהג לפרש הוראות חוק המקנות לבית משפט סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בעניינים מסוג מסוים כאילו הן מקנות סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית רגילה. אך יש עניינים, לא רבים אך גם לא נדירים, שבהם בית המשפט מפרש הוראות חוק כאלה אחרת, כלומר, שהוראת החוק מקנה לבית המשפט סמכות לקיים ביקורת בדרך של דיון מקורי.

האם יש מכנה משותף, או מאפיין מרכזי, להוראות חוק כאלה? השאלה אם הוראת חוק מסוימת מקנה לבית המשפט סמכות לקיים ביקורת בדרך של דיון מקורי תלויה בנסיבות של כל עניין: לשון החוק, תכלית החוק, מהות העניין הנדון וכן, באופן כללי, הקשר החוק. הנה להדגמה, ברשימה שאינה ממצה, סוגים של עניינים כאלה.

1. הוראות חוק הדורשות "אישור" בית המשפט

(א) מעצר מינהלי

חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, קובע בסעיף 2 כי שר הביטחון, אם היה לו "יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יחזק במעצר", רשאי לצוות על מעצר מינהלי של אותו אדם לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים ולהאריך את תוקף הצו "מפעם לפעם" לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים כל פעם.³ עם זאת, החוק מחייב, בסעיף 4(א), להביא אדם שנעצר, תוך 48 שעות ממעצרו, לפני נשיא בית משפט מחוזי, "הנשיא רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו". החוק מוסיף, בסעיף 4(ג), כי "נשיא בית המשפט המחוזי יבטל את צו המעצר אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של בטחון המדינה או של בטחון הציבור או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין".⁴

לכאורה, לפי הלשון של סעיף 4(ג) לחוק, אפשר היה לפרש את החוק כאילו הוא מקנה לנשיא בית המשפט המחוזי סמכות רגילה של ביקורת שיפוטית, כלומר, סמכות לבטל צו מעצר אם נפל בו פגם משפטי של מטרה זרה, שיקולים זרים או חוסר תום לב. אך בית המשפט פירש את החוק אחרת: הוא פסק כי החוק מקנה לנשיא בית המשפט המחוזי סמכות ביקורת רחבה יותר מסמכות הביקורת הרגילה. סביר לומר כי פירוש כזה נובע, לא רק מעצם הדרישה שהנשיא ייתן "אישור" לצו המעצר, אלא גם מאופי הסמכות המינהלית, מתכלית החוק, ומהוראות אחרות של החוק. למשל, החוק מסמיך את הנשיא, בסעיף 6, לקבל ראיות, אף שלא בנוכחות העציר או בא-כוחו, ואף לסטות מדיני הראיות.

³ חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), החליף את תק' 111 בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. לאחר שנים אחדות אומץ הסדר דומה (אם כי לא זהה) לגבי מעצר מינהלי ביהודה ושומרון: צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229), התשמ"ח-1988.

⁴ מעניין להשוות את המעצר המינהלי לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), ואת הביקורת השיפוטית על מעצר כזה, למעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, והביקורת השיפוטית על מעצר כזה. על המעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008), ועל הביקורת השיפוטית על מעצר לפי חוק זה ראו שם, בעמ' 383.

באחד המקרים אמר בית המשפט:

במעצר מינהלי, שפגיעתו קשה כל כך בחירות האדם, צריך להקפיד במיוחד שהביקורת השיפוטית תהיה יסודית ויעילה. שהרי באופן עקרוני אין לשלול את החירות אלא על-פי החלטה של שופט, ורק טעמי ביטחון החלטיים יכולים להצדיק סטייה מן העיקרון ... לכן, יש טעם לומר כי היקף הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי צריך להיות רחב יותר מהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בדרך-כלל". בית המשפט הוסיף: "במחלוקת בין המפקד הצבאי לבין השופט בדבר המסוכנות של העצור, כאשר אותו חומר מונח בפני שניהם, גוברת דעתו של השופט. מסקנה זאת מתחייבת מן התכלית של צו המעצרים, מן המהות של הביקורת השיפוטית ומן הצורך לאזן כראוי בין שיקולי ביטחון לבין חירות האדם."⁵

⁵ בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 360, 362 (1998) (השופט זמיר). פסק דין זה דן במעצר מינהלי לפי הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה ושומרון). אך זה הדין גם במעצר לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים). ראו שם, בעמ' 361. על פסק הדין בבג"ץ 2320/98 ראו אבינעם שרון "מעצר מינהלי: גבולות הסמכות והיקף הביקורת" משפט וצבא 13 205 (1999). ראו גם דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 738, 721 (2000) (הנשיא ברק: "בית-המשפט מחוייב לבחון את שיקוליו של שר הביטחון ובוחר לא פעם מחדש את התשתית הראייתית שעל יסודה הוצא צו המעצר המינהלי"); בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי שפי פ"ד נב(5) 346, 337 (1998) (השופט אור: "על השופט להידרש גם לשאלת מהימנותו של החומר המוגש, כחלק מהערכתו בדבר משקל החומר"); בג"ץ 9441/07 טאה אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד סב(4) 77, 91 (2007) (השופט רובינשטיין: "אין בית המשפט בוחר כבעבר אך את חוקיותו של צו המעצר, תוך שהוא נמנע משימת שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המינהלית, ושיקול דעתו הוא עצמאי ... היקף הביקורת שמפעיל נשיא בית המשפט המחוזי בדונו בצו מעצר מינהלי רחב משיקול הדעת שניתן לבית המשפט בהקשרים אחרים, בעת שבוחן הוא את החלטותיה של רשות מינהלית"); בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פס' 10 (פורסם בנבו, 7.5.2012) (השופטת ארבל בפסקה 10: "יודגש כי הבחינה של החומר החסוי, הלכה למעשה, נעשית כבחינה מחדש ולא בהפעלת ביקורת של ערכאת ערעור שלישית"). ראו גם עמ"ס 10/94 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נב(1) 97, 112 (1997); עמ"ס 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד

ראוי להדגיש את ההבדל בין הביקורת על החלטת מעצר מינהלי על ידי נשיא בית המשפט המחוזי לבין ביקורת שיפוטית רגילה. ראשית, החוק בעניין המעצר המינהלי אינו מתנה את הביקורת ביוזמה של אדם שנפגע מהחלטת המעצר. הוא אינו אומר כי אדם שנעצר רשאי להגיש ערר (או ערעור) על החלטת השר אל נשיא בית משפט מחוזי, שזה הנוסח המקובל בחוקים לצורך ביקורת שיפוטית, אלא הוא קובע כי צו המעצר יובא לפני הנשיא, ללא צורך בערר או ערעור, כדי שישקול אם לתת לו "אישור". שנית, החוק קובע כי נשיא בית המשפט המחוזי רשאי לקבל ראיות ואף לסטות מדיני הראיות.

בדרך זאת החוק מקים רשות מורכבת: הפעלת הסמכות מחייבת פעולה משותפת של שתי רשויות, כלומר שר הביטחון ונשיא בית המשפט המחוזי. דרך זאת מוכרת במינהל הציבורי בהקשרים שונים. כך, לדוגמה, חוק רשות שדות התעופה, התשל"ז-1977, קובע (בסעיף 30) כי "הרשות רשאית לקבוע, באישור שר התחבורה, כללים להחזקת שדות התעופה של הרשות". אכן, דרך זאת זרה לביקורת השיפוטית, שבדרך כלל היא מפרידה בין התפקיד המינהלי לבין התפקיד השיפוטי. אולם בהקשר של מעצר מינהלי, משום שמעצר כזה נוגד את העיקרון שאין לשלול חירות אלא על פי החלטת שופט, ראה המחוקק לנכון לערבב כביכול מין בשאינו מינו, וליצור מעין בן-תערובת, שהוא גוף מורכב שיצא מזיווג של רשות מינהלית עם בית משפט.⁶

(ב) רישום מפלגות

מעצר מינהלי אינו עניין יחיד שבו חוק קובע כי החלטה מינהלית טעונה "אישור" על ידי בית משפט, וגם בעניינים אחרים שבהם החוק דורש "אישור" כזה, נפסק באופן דומה כי החוק מקים רשות מורכבת, ומכאן שהוא מקנה לבית המשפט סמכות רחבה יותר מן הסמכות הרגילה בביקורת שיפוטית. כך, לדוגמה, חוק המפלגות, התשנ"ב-

נה(4) 913, 922 (2000); עמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 188 (2003); עמ"ס 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258, 266 (2004).
⁶ על רשות מורכבת במסגרת המינהל הציבורי ראו זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 977-980. על הרשות המורכבת שהוקמה על ידי החוק לצורך מעצר מינהלי ראו יצחק ה' קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים יא 286 (1981). פרופ' קלינגהופר מביע דעתו, שם בעמ' 287, כי מעצר מינהלי הוא מעשה של אורגן המורכב משני אורגנים חלקיים "שהאחד מהם - שר הביטחון - נמנה עם המינהל, והשני - הוא נשיא בית המשפט המחוזי - נמנה עם הרשות השופטת".

1992, קובע בסעיף 6 כי אם "סירב הרשם לרשום מפלגה יעביר הרשם את דבר הסירוב ונימוקיו לאישור בית המשפט העליון". על תפקידו של בית המשפט העליון לפי הוראה זאת אמר בית המשפט:

על-פי הוראה זו, בית המשפט העליון הוא חלק מתהליך קבלת ההחלטה, אין הוא יושב כערכאה מבקרת גרידא. השאלה אשר בית המשפט העליון צריך לשאול את עצמו אינה אם רשם מפלגות סביר היה רשאי לקבל ההחלטה. השאלה אשר בית המשפט שואל הינה אם לדעתו, בהתחשב במכלול הנסיבות, היה מקום לסרב את הרישום.⁷

(ג) הבחירות לכנסת

קיימת הבחנה בין הביקורת על החלטה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמד מסוים לבין החלטה שלה לפסול רשימת מועמדים. חוק-יסוד: הכנסת קובע בסעיף 7א(ב) כי "החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון" (אפשר לקרוא לכך: אישור בחירות); ואילו סעיף 64(א1) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, קובע כי על החלטה של ועדת הבחירות המרכזית בשאלה אם לאשר השתתפות של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת ניתן "לערער" לפני בית המשפט העליון (אפשר לקרוא לכך: ערעור בחירות). בית המשפט ערך השוואה בין שתי הוראות אלה, וכך אמר:

בשני סוגי הפניות – אישור בחירות וערעור בחירות – הגוף המחליט הוא בית-המשפט העליון, עם זאת קיים שוני מהותי בהיקף סמכותו של בית-המשפט העליון בדונו בפניות אלה. השוני העיקרי הוא בין סמכותו של בית-המשפט העליון באישור בחירות מזה, לבין סמכותו בערעור בחירות מזה. כפי שראינו, באישור בחירות בית-המשפט העליון הוא שותף הכרחי בגיבוש ההחלטה על אי-השתתפותו של מועמד בבחירות. החלטה זו אינה משתכללת כל עוד לא בא אישורו של בית-המשפט העליון להחלטתה של ועדת הבחירות כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות. ההחלטה כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות היא איפוא "פונקציה מורכבת". היא מורכבת משתי החלטות משנה על-ידי שתי

⁷ רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 69 (1996) (הנשיא ברק).

רשויות שונות, אשר רק בהתאמתן זו לזו משתכללת ההחלטה השלמה ... לא כן בערעור בחירות, שבו ההחלטה משתכללת ומגיעה לכדי שלמות עם החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית. בית-המשפט העליון אינו חלק מתהליך השתכללות ההחלטה. תפקידו הוא ביקורתי, והוא נועד לפקח על חוקיות החלטתה של ועדת הבחירות. אכן, באישור בחירות בית-המשפט מבצע פונקציה מיוחדת במינה. אין הוא פועל אך כגוף מבקר, הבוחן את חוקיות החלטתו של הגוף המבוקר. הוא פועל כמי שמתתף בעצם גיבושה ושכלולה של החלטה שתחילתה בוועדת הבחירות, ושהאישור לה צריך להינתן על-ידי בית-המשפט העליון.⁸

בית המשפט הסביר את השוני כך:

השוני בין תפקידו של בית-המשפט העליון באישור בחירות לבין תפקידו בערעור בחירות מתבטא היטב בהיקף סמכותו של בית-המשפט העליון. אמת הדבר, בית-המשפט יימנע מלתת אישור להחלטתה של ועדת הבחירות (בהליך של אישור בחירות) ויבטל החלטתה של ועדת הבחירות (בהליך של ערעור בחירות) אם לדעת בית-המשפט העליון נפלה אי-חוקיות בהחלטתה של ועדת הבחירות. השוני בין סוגי ההחלטות מתבטא במקרה שבו החלטתה של ועדת הבחירות היא במיתחם הסבירות. במצב דברים זה על בית-המשפט לדחות את ערעור הבחירות, שכן תפקידו של בית-המשפט העליון בסוג פניות זה הוא לבחון את חוקיות ההחלטה של הרשות השלטונית. השאלה שבית-המשפט מציג לעצמו פניות זה הינה, אם רשות שלטונית סבירה הייתה רשאית לקבל ההחלטה שנתקבלה. אם התשובה היא בחיוב, ידחה בית-המשפט את הערעור גם אם הוא עצמו לא היה מקבל אותה. לא כן באשר לאישור הבחירות. בסוג הליך זה – שבו בית-המשפט הוא חלק מתהליך שכלול ההחלטה עצמה – על בית-המשפט העליון להביע את גישתו שלו. השאלה שעליו להציג לעצמו אינה אם ההחלטה של ועדת הבחירות היא סבירה, גם אם הוא לא מסכים לה; השאלה שעליו להציג

⁸ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 29 (2003) (הנשיא ברק). ראו גם ע"א 1326/91 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' כץ, פ"ד מו(2) 450, 441 (1992).

לעצמו הינה אם הוא מאשר את ההחלטה שנתקבלה ... במסגרת איזון זה אל להם [כלומר, שופטי בית-המשפט העליון] להסתפק בכך שהאיזון שוועדת הבחירות עשתה הוא איזון סביר. עליהם לקבוע – שעה שהם מאשרים את החלטתה של ועדת הבחירות – כי איזון זה הוא ראוי.⁹

(ד) האזנות סתר

יש גם עניינים שבהם החוק משתף את בית המשפט בהליך המינהלי, שלא בדרך של מתן "אישור" (בדיעבד) להחלטה מינהלית, אלא בדרך דומה, כגון דרך של מתן "היתר" (מראש) להחלטה המינהלית. לדוגמה, חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979, קובע בסעיף 6 כי "נשיא בית משפט מחוזי ... רשאי, לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, להתיר בצו האזנת סתר אם שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות, שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע ...". נראה כי מבחינה מהותית אין הבדל של ממש בין "אישור" החלטה (כגון החלטה לבצע מעצר מינהלי) לבין מתן "היתר" לבקשה (כגון בקשה לבצע האזנת סתר). לכן נראה כי גם בנוגע להסמכת בית המשפט לתת "היתר" להאזנת סתר, בית המשפט אינו אמור להסתפק בביקורת שיפוטית רגילה, כדי לברר אם הבקשה להיתר נגועה בפגם משפטי, אלא יהיה עליו לקיים דיון מקורי, כאילו הוא רשות מינהלית.

אפשר אולי לומר כי בכל עניין שבו החוק עושה את בית המשפט שותף פעיל בהליך המינהלי, באמצעות דרישה לקבלת "היתר" או "אישור" של בית המשפט, או באמצעות דרישה דומה, הנחה היא שהחוק מקנה לבית המשפט סמכות לקיים דיון מקורי באותו עניין. אך הסמכות לקיים דיון מקורי אינה מוגבלת לעניינים כאלה.

2. הוראות חוק המקנות לבית משפט שיקול דעת "מינהלי"

יש עניינים נוספים שבהם בית המשפט עשוי להסיק מתוך לשון החוק או מתוך הקשר החוק שהוא מוסמך לקיים ביקורת בדרך של דיון מקורי או, מכל מקום, לא להסתפק בביקורת החוקיות של ההחלטה המינהלית אלא להפעיל שיקול דעת עצמאי, כאילו הוא עומד בנעלי הרשות המינהלית. הנה דוגמאות אחדות.

⁹ א"ב 11280/02, לעיל ה"ש 8, בעמ' 30-31. ראו גם שם, בעמ' 60-61.

(א) חופש המידע

סעיף 1 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, מקנה לכל אזרח או תושב זכות לקבל מידע מרשות ציבורית, אך סעיף 9(א) לחוק מפרט סוגי מקרים שבהם הרשות "לא תמסור מידע", וסעיף 9(ב) מפרט סוגי מקרים שבהם הרשות "אינה חייבת למסור מידע". סעיף 17 קובע כי אדם שבקשתו לקבל מידע נדחתה על ידי הרשות רשאי להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, ובעתירה כזאת בית המשפט רשאי להורות על מסירת המידע המבוקש "אם לדעתו העניין הציבורי בגילוי המידע עדיף וגובר על הטעם לדחיית הבקשה, ובלבד שגילוי המידע אינו אסור על פי דין". לצורך זה בית המשפט רשאי לקיים דיון מקורי: לקבל ולעיין במידע המבוקש, להעריך מחדש נתונים שהיו לפני הרשות הציבורית, לקבל נתונים חדשים, לשמוע צדדים שלישיים, לשקלל ולאזן בין הנתונים כפי שנראה לו.¹⁰ יש לשים לב: מסעיף 17 לחוק משתמע באופן ברור כי בית המשפט רשאי להורות על מסירת המידע, בניגוד להחלטת הרשות, גם בהיעדר טענה שהחלטת הרשות נגועה בפגם משפטי. למשל, גם אם הרשות שקלה רק שיקולים ענייניים, והסירוב למסור מידע אינו חורג ממיתחם הסבירות, עדיין בית המשפט עשוי לומר כי לדעתו ראוי למסור את המידע בגלל העניין הציבורי. כלומר, החוק מדבר על מקרים שבהם רשות ציבורית מסרבת למסור מידע שלפי החוק אין היא חייבת למסור, משום שלדעתה העניין הציבורי אינו דורש את מסירת המידע, ואילו לדעת בית המשפט העניין הציבורי מצדיק את מסירת המידע. במקרה כזה, על פי החוק, דעתו של בית המשפט גוברת על דעת הרשות. כפי שנאמר באחד מפסקי הדין, בסעיף 17 לחוק חופש המידע מדובר:

במתן סמכות לבית המשפט להרחיב את ביקורתו השיפוטית גם למקרים בהם הפעלת כללי המשפט המינהלי המקובלים אינה מצמיחה עילת התערבות (כגון מקום בו החלטת הרשות אינה לוקה בחוסר סבירות, אך מנגד, ניתן להגיע לתוצאה אחרת, סבירה יותר, בהתאם לאיזונים שנקבעו על ידי המחוקק). במלים אחרות – הוראת הסעיף מאפשרת לבית המשפט להחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו.¹¹

¹⁰ על סמכות בית המשפט לפי ס' 17 לחוק חופש המידע, ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1259.

¹¹ ע"ם 3300/11 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.9.2012).

(ב) מס הכנסה

פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] קובעת בסעיף 153 כי מי שרואה עצמו מקופח על ידי החלטת פקיד שומה רשאי "לערער" עליה לפני בית המשפט המחוזי. זהו נוסח שגרת יוסתמי. אולם, כפי שסעיף 158 קובע, בערעור כזה "בית המשפט יאשר, יפחית, יגדיל או יבטל את השומה או יפסוק בערעור באופן אחר, כפי שיראה לנכון". סדר הדין בערעור נקבע על ידי תקנות בית משפט (ערעורים בענייני מס הכנסה), התשל"ט-1979. לפי תקנה 9 לתקנות אלה, על הערעור יחולו (בחריגים מסוימים) תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. בהתאם לכך, ערעור שומת מס מתנהל לפני בית המשפט כמו תובענה רגילה בעניין אזרחי, בשינויים מסוימים. בין השאר, כפי שנקבע בסעיף 155 לפקודה ובתקנה 10 לתקנות מכוח הפקודה, כל אחד מבעלי הדין אמור להציג את ראיותיו לפני בית המשפט, ובית המשפט קובע ממצאים עובדתיים על יסוד הראיות. אכן, ברור כי הדיון בערעור על שומת מס הכנסה מתנהל על ידי בית המשפט כדיון מקורי.¹²

המצב דומה לגבי ערעור על שומת מס ערך מוסף המוגש אף הוא, לפי סעיף 83 לחוק מס ערך מוסף, לבית המשפט המחוזי. על ערעור זה אמר בית המשפט:

ערעור מע"מ, כמו ערעור מס הכנסה, כמוהו לכל דבר ועניין כתובענה הבאה לפני ערכאה ראשונה, שבה יש 'תובע', הוא המערער, ו'נתבע', הוא המשיב. המערער, אשר נחשב כתובע לצורך העניין ... עליו מוטל נטל השכנוע להוכיח ערעורו בהיותו המוציא מחברו, דינו כדיון כל תובע גם לעניין נטל השכנוע.¹³

¹² ראו א' ויתקון וי' נאמן דיני מסים 259 (מהדורה רביעית מורחבת ומתוקנת, 1969) ("אפשר לערער לפני בית המשפט המחוזי גם על שאלות של משפט וגם על שאלות שבעובדות, ובית המשפט מקבל ראיות ושומע עדים"); שלמה לויין פרוצדורה אזרחית – סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט 269 (2003) ("הביקורת שבית המשפט מפעיל על פקיד השומה נבחנת בקנה המידה של המשפט המינהלי ובגדר קנה מידה זה סמכותו היא רחבה וניתנת להגדרה כ'שמיעה מחדש'"). ראו לדוגמה ע"א 1326/91 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' כץ, פ"ד מו(2) 441, 450 (1992).

¹³ רע"א 1436/90 גיורא ארד, חברה לניהול השקעות ושירותים בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101, 107 (1992) (השופט ד' לויין). ראו גם ע"א 5709/95 בן שלמה נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים, פ"ד נב(4) 241 (1998); ע"א 3886/12 זאב שרון קבלנות

(ג) יישום תכנית ההתנתקות

חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, הקים ועדת זכאות, הקנה לה סמכות לאשר תשלום פיצויים לפי החוק, וקבע כי על החלטת הוועדה ניתן להגיש ערעור לבית משפט השלום. לאחר זמן, בעקבות המלצה של ועדה ציבורית, תוקן החוק. על פי התיקון הוקמה (בסעיף 137) "ועדה מיוחדת" והוקנתה לה סמכות לאשר תשלומים "מיוחדים". על החלטה של ועדה זאת ניתן להגיש עתירה אל בית המשפט לעניינים מינהליים. בעתירה כזאת, כפי שנאמר בתיקון לחוק, "יהא בית משפט לעניינים מינהליים רשאי לשקול כל שיקול ולקבל כל החלטה שהוועדה המיוחדת רשאית היתה לשקול או לקבל, לפי העניין, ובלבד שלא יובאו בפניו עובדות, ראיות או טענות שלא הובאו קודם לכן בפני הוועדה המיוחדת". על תיקון זה אמר בית המשפט: "הוא מאפשר לבית המשפט להפעיל, למעשה, שיקול דעת ראשוני (de novo) על בסיס העובדות, הראיות והטענות שהובאו בפני הוועדה המיוחדת".¹⁴

(ד) אוויר נקי

סעיף 45 לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008, מקנה סמכות לממונה על פי החוק להוציא צו הדורש להפסיק פעולה הגורמת לזיהום אוויר או להימנע מעשיית פעולה כזאת. החוק קובע, בסעיף 47, כי הרואה עצמו נפגע על ידי צו כזה "רשאי להגיש לבית המשפט המוסמך לדון בעבירה נושא הצו בקשה לביטולו", וכי "בית המשפט רשאי לבטל את הצו, לאשרו או לשנותו". לכאורה, הסמכות "לשנות" את הצו מתייחסת לסעד שניתן בהליך ולא לסוג הביקורת בהליך. אם כך, האם ניתן להסיק מלשון החוק שהוא מקנה לבית המשפט סמכות לקיים דיון מקורי? זהו עניין של פרשנות החוק. כעניין של פרשנות, בית המשפט עשוי ללמוד מסוג הסעד על סוג הביקורת. מצד אחד, הנוסח בחוק אוויר נקי דומה לנוסח בחוק המעצרים המינהליים. לכן אפשר לטעון כי הביקורת על פי חוק אוויר נקי רחבה יותר מן הביקורת השיפוטית הרגילה, ואפשר

בנין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ (פורסם בנבו, 26.8.2014). שלמה לוי, לעיל ה"ש 12, אומר בעמ' 274 על ערעור מס ערך מוסף כי "סמכותו של בית המשפט היא, איפוא, של 'שמיעה מחדש' במשמעותו הרחבה".

¹⁴ ע"ע 7792/09 כליף תעשיות (1994) בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום ההתנתקות, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 16.5.2012). על השאלה אם ביקורת דרך של דיון מקורי היא באמת דיון de novo ראו להלן, פרק ג: המתכונת של דיון מקורי.

לקיימה בדרך של דיון מקורי, כמו הדיון לפי חוק מעצרים מינהליים.¹⁵ אולם, מצד שני, היקף הביקורת השיפוטית בעניין זה, כמו בעניינים אחרים, אינו תלוי רק בלשון החוק, אלא גם בהקשר החוק, כלומר בתכלית החוק, במהות הסמכות ובשיקולים של מדיניות שיפוטית. מהו, אם כן, היקף הביקורת השיפוטית בעניין זה? בשלב זה נראה כי עדיין אין תשובה מוסמכת לשאלה אם הביקורת השיפוטית לפי חוק אוויר נקי היא ביקורת בהיקף הרגיל או ביקורת בדרך של דיון מקורי.

לשאלה זאת נודעת חשיבות מעבר לחוק אוויר נקי, שכן חוקים נוספים קובעים, בנוסח דומה, כי בית המשפט, המפעיל ביקורת שיפוטית, רשאי בין השאר "לשנות" את החלטת הרשות המינהלית. כזה הוא, לדוגמה, חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.¹⁶

¹⁵ ס' 4 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) ("הנשיא רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו"). על סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 6.

¹⁶ ראו גם לדוגמה חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, הקובע בס' 43 כי אדם הרואה עצמו נפגע על ידי החלטה של הממונה רשאי לערער עליה לפני בית דין אזורי לעבודה, וכי "בית הדין האזורי רשאי לאשר את החלטת הממונה או לשנותה, או להחליט החלטה אחרת במקומה". נוסח כזה משמש את המחוקק גם לצורך ביקורת שיפוטית על ידי בית דין מינהלי. ראו לדוגמה, לגבי בית הדין להגבלים עסקיים, ס' 22(ג) לחוק ההגבלים העסקיים. על הביקורת השיפוטית על ידי בית דין מינהלי ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד, פרק 60 – ערר בבית דין מינהלי (צפוי להתפרסם). המחוקק משתמש גם בנוסחים אחרים שיכולים להתפרש כאילו הם מקנים סמכות לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. ראו לדוגמה את ס' 174 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, הקובע כי מי שרואה עצמו נפגע על ידי החלטה של רשם הפטנטים רשאי לערער עליה לפני בית המשפט, וס' 177 הקובע כי "בית המשפט הדין בערעור רשאי לגבות ראיות, בין ראיות שכבר נגבו על ידי הרשם ובין אחרות, והוא רשאי לדרוש ראיות אלה יובאו בתצהיר או בדרך אחרת שיראה"; פקודת התעבורה [נוסח חדש] הקובעת בס' 48 כי בית המשפט רשאי לבטל צו של קצין משטרה שפסל רישיון נהיגה "אם שוכנע שביטול הפסילה לא יפגע בביטחון הציבור"; ס' 25(ד) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 ("במשך שמיעת הערעור רשאי כל בעת דין להגיש בדרך שנקבעה, או ברשותו המיוחדת של בית המשפט, חומר נוסף לעיונו של בית המשפט"). ראו לדוגמה בג"ץ 476/82 אורלוגד בע"מ נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, פ"ד לט(2) 148, 156 (1985).

(ה) ניירות ערך

חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, מקנה ל"מותב" (שהוא "ועדת אכיפה מינהלית") סמכות לדון בהפרות של החוק ולהטיל "אמצעי אכיפה", שבהם גם עיצום כספי. לפי סעיף 52 לחוק, כנגד החלטת המותב ניתן להגיש עתירה מינהלית, שתידון בבית המשפט המחוזי, לפני שופטי המחלקה הכלכלית, לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000. הסעיף מוסיף: "בית המשפט רשאי לאשר את החלטת המותב, לבטלה או לשנותה". האם הסמכות "לשנות" את החלטת המותב מלמדת כי בית המשפט מוסמך לקיים דיון מקורי, או שמא הוא מוסמך לקיים רק ביקורת שיפוטית רגילה, כפי שמקובל בעתירות לבית המשפט לעניינים מינהליים? בית המשפט המחוזי, שדן בשאלה זאת, ייחס חשיבות מרובה להוראת החוק שקבעה כי הביקורת תיערך בדרך של עתירה לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, וכן גם להרכב המקצועי של המותב שבראשו עובד הרשות הכשיר לכהן כשופט בית המשפט המחוזי. בשל כך, ועל יסוד שיקולים נוספים, פסק בית המשפט כי הביקורת המופעלת על ידי בית המשפט לפי סעיף זה אינה בגדר דיון מקורי. הביקורת, כפי שבית המשפט פסק, תתמקד בשאלות משפטיות, ואילו ההתערבות בממצאים עובדתיים תהיה מצומצמת, בעיקר למקרה שבו המסקנות העובדתיות יחרגו מן הסביר או לא יהיו מבוססות על הראיות.¹⁷

שאלה: האם צריך להיות הבדל בין היקף הביקורת לפי חוק רשות ניירות ערך לבין היקף הביקורת לפי חוק אוויר נקי? אולי משום שהביקורת לפי חוק ניירות ערך מופעלת כנגד החלטה של "מותב" מקצועי והיא מתנהלת בדרך של עתירה לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים ואילו הביקורת לפי חוק אוויר נקי מופעלת כנגד צו של הממונה, שהוא עובד של המשרד להגנת הסביבה, ואולי בגלל טעם אחר? השאלה פתוחה. נראה לי כי אין לשלול את האפשרות שחוק מסוים, הקובע כי בית המשפט רשאי במסגרת הביקורת השיפוטית "לשנות" את החלטה המינהלית, או משתמש בנוסח דומה, יתפרש כאילו הוא מקנה סמכות לביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. אפשר לומר כי באופן עקרוני, התשובה, אם אינה עולה באופן ברור מלשון החוק, תלויה בהקשר החוק. אך, באופן מעשי, מהו הקשר החוק המצדיק ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי? בית המשפט טרם נתן תשובה ברורה.¹⁸

¹⁷ עת"ם (ת"א) 37447-10-13 אפריקה ישראל תעשיות בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פס' 44, 48, 59, 60 (פורסם בנבו, 2.8.2014) (השופטת רות רונן).

¹⁸ על השיקולים בהקשר זה ראו להלן, פרק ד: מתי ראוי לאפשר דיון מקורי?.

ג. המתכונת של דיון מקורי

כאשר בית המשפט פסק כי הוא מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות מסוג מסוים, הוא אמר לא פעם כי הסמכות לקיים דיון מקורי היא סמכות לקיים דיון דה נובו (de novo), כלומר דיון מחדש.¹⁹ מכאן השאלה מהי המתכונת של דיון מקורי: עד כמה דיון מקורי הוא דיון מחדש שאינו מתחשב כלל בדיון הראשון שכבר התקיים, ובאיזה מובן דיון כזה הוא דיון דה נובו?

שאלה זאת התעוררה בקשר לעתירה אל בית המשפט לעניינים מינהליים לפי סעיף 17 לחוק חופש המידע, נגד סירוב של רשות מינהלית למסור מידע.²⁰ בערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים אמר בית המשפט העליון: "שאלה נוספת העשויה להתעורר בהקשר זה היא, האם בדונו על פי סעיף 17(ד) לחוק על בית המשפט לקיים דיון מחדש (de novo), או שמא עליו לקחת בחשבון את הדיון שהרשות הציבורית קיימה בנושא. שאלה זו הושארה בצריך עיון בשורה של פסקי דין". בית המשפט מפנה לפסקי דין אחדים ולמקורות ספרותיים, ולבסוף משאיר את השאלה ללא הכרעה.²¹

1. דיון דה נובו?

מהו, אם כן, דיון דה נובו? ייתכן שדיון דה נובו בעניין מסוים יהיה דיון מחדש במובן זה שהדיון מתעלם לגמרי מן הדיון שכבר התקיים, והוא מתקיים כאילו הוא הדיון הראשון באותו עניין. ייתכן אפילו שהתיק של הדיון הראשון באותו עניין לא נמצא כלל בפני הגוף המקיים דיון דה נובו, ואם כן, גוף זה אינו יכול להתחשב בראיות, בטענות ובהחלטה שנתקבלה בדיון הראשון. במקרה קיצוני מעין זה ניתן לומר על הגוף המקיים

¹⁹ ראו לדוגמה לעיל, ה"ש 14.

²⁰ על מהות הדיון בעתירה לפי ס' 17 לחוק חופש המידע, ראו לעיל, בעמ' 12.

²¹ משפט גישה, לעיל ה"ש 11, בפס' 12 לפסק דינו של השופט עמית: ע"ם 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217, 248 (2006); ע"ם 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פס' 29 (פורסם בנבו, 19.5.2009); ע"ם 11120/08 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים, פס' 8 (פורסם בנבו, 17.11.2010); זאב סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע 252 (2000); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 589–590 (2010); זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1260.

דיון זה נובע כי בעניין הנדון הוא טבולה רסה, כלומר לוח נקי, חף מכל ידע באותו עניין. אכן יש מקרים בהם מתקיים דיון זה נובע במובן זה. כזה הוא מקרה שבו בית משפט המקיים ביקורת שיפוטית קובע כי דיון שהתקיים בעניין מסוים על ידי עובד ציבור אחד בטל מיסודו, למשל בשל חוסר סמכות או מחמת ניגוד עניינים, ומצווה להעביר את העניין לדיון מחדש לפני עובד ציבור אחר. אולם מקרה כזה הוא מקרה חריג.

בדרך כלל, הביקורת על החלטה מינהלית, גם אם היא בגדר דיון מקורי, מתנהלת לפי מתכונת אחרת. כך הדבר גם כאשר מדובר בביקורת מינהלית, להבדיל מביקורת שיפוטית, כמו ביקורת בדרך של השגה מינהלית מכוח הוראת חוק. הנה, לדוגמה, השגה לפי סעיף 82 לחוק מס ערך מוסף, על שומת מס שנערכה על ידי פקיד מס לפני מנהל המס. סמכות המנהל בהשגה כזאת נחשבת סמכות לקיים דיון מקורי, במובן זה שהמנהל רשאי לשקול באופן עצמאי את כל הנתונים השייכים לעניין הנדון, ולקבל את ההחלטה הנראית לו ראויה, גם אם לא נפל פגם משפטי בהחלטה הראשונה של פקיד המס.²² אמנם אפשר לומר כי הדיון בפני מנהל המס הוא דיון זה נובע, אולם ברור כי המנהל אינו מתעלם מן הדיון שכבר התקיים אצל פקיד המס ומן ההחלטה שנתקבלה באותו דיון. המנהל אינו טבולה רסה בעניין הנדון. להיפך, לא זו בלבד שהתיק באותו עניין מונח לפניו, אלא הוא אמור לעיין בו ולהתחשב בו. אפשר אולי לומר כי תיק זה, ומה שיש בו, הוא בגדר שיקול ענייני שאסור להתעלם ממנו.

יוצא אפוא כי הדיון בהשגה הוא באופן מודע דיון שני המתקיים על רקע הדיון הראשון, ובעיקרו הוא דיון של ביקורת שנקודת המוצא שלו היא ההחלטה שנתקבלה בדיון הראשון. דיון כזה יכול להיחשב דיון זה נובע במובן זה שאפשר לקבל מחדש ראיות שהוגשו בדיון הראשון, ואפילו לאסוף ראיות חדשות, לשמוע טענות ישנות וגם טענות חדשות, ולשקול מחדש, באופן עצמאי, את כל החומר כדי להגיע אל ההחלטה הראויה. אולם כל זה הוא רק בגדר אפשרות. למשל, מנהל המס לפי חוק מס ערך מוסף רשאי, כאשר הוא דן בהשגה, לקבל מחדש ראיות ישנות ואף לקבל ראיות חדשות, אך הוא אינו חייב לעשות זאת. הוא רשאי, לאחר עיון בתיק אשר לפניו ושמיעת הטענות של המשיג, להחליט כי אין הוא רואה לנכון לקבל ראיות, ישנות או חדשות, כי לדעתו

²² ראו לדוגמה, לגבי השגה על חיוב לשלם ארנונה כללית המוגשת אל מנהל הארנונה, בג"ץ 764/88 דשנים וחומרים כימיים בע"מ נ' עיריית קריית אתא, פ"ד מו(1) 793, 818 (1992) (השופט ד' לוינ): "מנהל הארנונה משמש בתפקיד מינהלי, להבדיל משיפוטי, וכל שנעשה לפניו הוא ניסיון לשכנעו בטעויות שנעשו במשרדו בקשר לשומה. הוא רשאי להעריך מחדש הנסיבות, ולשנות השומה, אם מוצא הוא לנכון לעשות כן".

לא נפל כל פגם בהליך שהתנהל לפני פקיד במס, כי שיקול הדעת שהופעל על ידי פקיד המס מקובל עליו, ובהתאם לכך לדחות את ההשגה.

כך גם, בגדר קל וחומר, בדיון מקורי לפני בית משפט. דיון כזה הוא בוודאי דיון ביקורתי, כלומר דיון שני, ולא דיון ראשון. בית המשפט אינו אמור לדון ולקבל החלטה כאילו לא התקיים כלל דיון בפני הרשות המינהלית, אלא הוא אמור לבדוק את ההליך המינהלי, לרבות ההחלטה שנתקבלה, כדי לראות אם הוא רואה טעם טוב לשנותה או אף לבטלה. הנה, לדוגמה, מעצר מינהלי. חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), קובע בסעיף 4 כי החלטה של שר הביטחון לעצור אדם לפי חוק זה טעונה "אישור" מאת נשיא בית משפט מחוזי, ובית המשפט פסק כי הדיון לפני הנשיא לפי סעיף זה הוא למעשה דיון מקורי.²³ אולם הכותרת של סעיף זה היא "ביקורת שיפוטית על צו מעצר". וברור כי ביקורת, על פי מהותה, היא בחינה של החלטה שנתקבלה, ולא התעלמות ממנה.

הנה דוגמה. בדיון לצורך קבלת אישור למעצר מינהלי מאת נשיא בית משפט מחוזי, כאשר הועלתה דרישה שהנשיא "ישמע את מקורות המידע המודיעיני מכלי ראשון ויחקור אותם", בית המשפט פסק "כי גם אם ניתן לקיים חקירות כאמור, ברור הוא כי הדבר לא ייעשה כדבר שבשיגרה, כי אם רק במקרים חריגים שייקבעו על-פי שיקול דעתו של השופט המשפטי, בהתאם לאיזון בין צורכי הביטחון החיוניים ... לבין זכויות היסוד לחירות ולהליך ראוי".²⁴ בהתאם לכך אפשר להציג את הדיון המקורי, בלשונו של בית המשפט, כ"מודל רחב יחסית של ביקורת שיפוטית במסגרת חוק המעצרים המינהליים".²⁵

כדי להבהיר את המתכונת הרגילה של ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי, אני מבקש לחזור על דברים שאמרתי במקום אחר בנוגע לדיון המקורי המתנהל בבית המשפט לפי סעיף 17 לחוק חוק המידע,²⁶ שכן אני סבור כי דברים אלה חלים בדרך כלל גם על דיון מקורי המתנהל בבית המשפט לפי חוקים אחרים. ואלה הדברים:

²³ ראו לעיל, בעמ' 6.

²⁴ משפט ברהם, לעיל ה"ש 5, בעמ' 346, השופט אור. בעניין זה היה מדובר במעצר מינהלי לפי הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), אך בהקשר זה אין מקום להבחין בין מעצר לפי צו זה לבין מעצר לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים).

²⁵ שם, בעמ' 344.

²⁶ על הביקורת המופעלת על ידי בית המשפט לפי ס' 17 לחוק חופש המידע, ראו לעיל, בעמ' 12.

השאלה כיצד בית המשפט ידון וישקול את האינטרסים המתמודדים בעניין הגילוי צריכה להיות מופקדת בידי בית המשפט, ובית המשפט אמור להחליט בשאלה זאת לפי נסיבות העניין. מצד אחד, יהיה זה בלתי נכון ובלתי מעשי למנוע בעד בית המשפט להתייחס לדיון שהתקיים בפני הרשות הציבורית, אם ובמידה שיראה זאת לנכון. אם יראה זאת לנכון, הוא יוכל לאמץ ראיות בכתב או בעל-פה שהיו בפני הרשות הציבורית, שקיבלה את החלטה בעניין הגילוי, או טענות שהושמעו בפניה. תהיה זאת טעות לחייב את בית המשפט להתעלם מן התיק שהוכן על ידי אותה רשות, לאסוף את כל הראיות בעצמו ולשמוע מחדש את כל העדים שהופיעו בפני הרשות. מצד אחר, אם בית המשפט יראה זאת לנכון, הוא יוכל לשמוע מחדש עדים מסוימים או לאסוף ראיות נוספות. הווי אומר, הדיון בפני בית המשפט, לפי סעיף 17 לחוק, אינו בגדר ביקורת שיפוטית רגילה ואף אינו צריך להיות בגדר דיון מחדש, אלא הוא דיון גמיש שיכול להתבסס באופן חלקי או מלא על חומר שהיה בפני הרשות הציבורית, אם ובמידה שהדבר ייראה לבית המשפט נכון ומועיל בנסיבות העניין.²⁷

אפשר, אם כן, לסכם כי דיון מקורי, המופעל כביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית, הוא דיון דה נובו במובן מוגבל. בדיון כזה בית המשפט אינו מתעלם מן הדיון הראשון

²⁷ זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1260. במשפט גישה, לעיל ה"ש 21, הביע השופט עמית (בפס' 12) תמיכה בדעה זאת:

כשלעצמי, אני מוצא טעם בדבריו של זמיר כי הדיון בבית המשפט צריך להיות "גמיש", כך שמחד גיסא – יש להימנע מלחייב את בית המשפט לקיים דיון de novo תוך התעלמות משיקולי הרשות, ומאידך גיסא – יש לאפשר לבית המשפט לבחון זוויות מסוימות מחדש מקום בו ימצא לנכון לעשות כן. מכל מקום, נוכח המסקנה אליה הגעתי בערעור זה, איני נדרש לקבוע מסמרות בשאלות האמורות, וניתן להותירן לעת מצוא.

השופט עמית הוסיף ואמר (שם, בפס' 13, ההדגשות במקור):

לטעמי, הוראת סעיף 17(ד) מאפשרת לבית המשפט להתערב בהחלטת הרשות מקום בו כללי הביקורת השיפוטית המקובלים אינם מאפשרים לעשות כן, אך אין לומר כי היא מחייבת את בית המשפט להפעיל סמכותו ולבחון את החלטת הרשות על פי סעיף 17(ד), שאם לא כן נמצאנו מרוקנים מתוכן את החלטת הרשות ומחייבים את בית המשפט לערוך דיון מחדש בכל מקרה המובא בפניו.

שנערך בעניין הנדון, ומן ההחלטה שנתקבלה בו, אלא הוא בוחן הליך זה כדי לברר אם הוא ראוי, לא רק מבחינה משפטית אלא מכל הבחינות. במובן זה ביקורת בדרך של דיון מקורי דומה לביקורת שיפוטית רגילה: זהו דיון שני הבוחן את הדיון הראשון. אך ביקורת בדרך של דיון מקורי שונה מביקורת שיפוטית רגילה במתכונת הדיון, ובעיקר בהיקף הביקורת. בדיון מקורי בית המשפט אינו כבול לדיון הראשון מבחינת הראיות, הטענות או שיקול הדעת. מבחינה זאת מוקנית לו הסמכות המוקנית לרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה בדיון הראשון. בהתאם לכך, גם אם ההחלטה שנתקבלה בדיון הראשון אינה חורגת ממיתחם הסבירות או ממיתחם המידתיות, ומבחינה זאת לא נפל פגם משפטי בהחלטה, עדיין לבית המשפט מוקנית בדיון מקורי סמכות להעדיף החלטה אחרת, הנראית לו סבירה יותר או מידתית יותר. הסמכות נתונה לבית המשפט, והשאלה החשובה היא עד כמה הוא יפעיל סמכות זאת. התשובה תלויה, כמובן, בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון. באופן כללי נראה כי בית המשפט נוטה להפעיל סמכות זאת בזהירות ובאיפוק.

2. עניינים חריגים

עם זאת, יש להבהיר כי מתכונת זאת של דיון מקורי עשויה להשתנות מעניין לעניין לאור החוק המסדיר את הביקורת בעניין הנדון: מתכונת הדיון, ובכלל זה היקף הביקורת, עשויה להשתנות לפי לשון החוק, תכלית החוק, מהות הסמכות המינהלית, מיהות הרשות המינהלית, סדרי הדין, ושיקולים נוספים המיוחדים לאותו עניין. בהתאם לכך, הדיון המקורי בעניין אחד עשוי להיות שונה, ואף רחב יותר או צר יותר, מן הדיון המקורי בעניין אחר.

המתכונת של הדיון המקורי תלויה, קודם כל, בסדר הדין החל בעניין הנדון. בדרך כלל החוק המסדיר את הדיון בעניין מסוים מוסיף ומקנה סמכות לשר הנוגע בעניין להתקין תקנות סדר דין באותו עניין. תקנות כאלה יכולות להתאים את סדר הדין למהות ולצרכים המיוחדים בעניין הנדון. כאשר תקנות כאלה הותקנו, בית המשפט, כמובן, נוהג על פי תקנות אלה.²⁸ אולם לעתים קרובות, אף שקיימת סמכות להתקין

²⁸ ראו לדוגמה תקנות בית משפט (ערעורים בעניני מס הכנסה), התשל"ט-1978. הנה דוגמה נוספת: החוק לטיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, קובע בס' 29 זכות לערער על החלטה של ועדה פסיכיאטרית בפני בית המשפט המחוזי, ומוסיף כי שר המשפטים יקבע בתקנות את "נוהל הגשת הערעור וסדרי הדין בו". תק' 18 לתקנות לטיפול בחולי נפש (ערעור בפני בית המשפט המחוזי), התשי"ז-1957, קובעת כי "בית המשפט הדן

תקנות סדר דין, תקנות כאלה לא הותקנו. במקרה כזה, כברירת מחדל, בית המשפט מנהל את הדיון על פי תקנות סדר הדין האזרחי.

מעבר לסדר הדין, אפשר שהחוק המסדיר את הדיון בבית המשפט בעניין מסוים יקבע הוראות המקנות לבית המשפט סמכות מיוחדת באותו עניין או, להיפך, הוראות המגבילות את בית המשפט בדיון כזה. כך, לדוגמה, חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) קובע (בסעיף 6) כי נשיא בית המשפט המחוזי, המפעיל ביקורת על צו מעצר, רשאי לסטות מדיני הראיות, ואף לקבל ראיה שלא בנוכחות העציר או בא-כוחו; חוק חופש המידע קובע (בסעיף 17) כי לא יורה בית משפט על מסירת מידע העלול לפגוע בזכויות צד שלישי אלא לאחר שנתן לצד השלישי הזדמנות להשמיע את טענותיו; וחוק יישום תכנית ההתנתקות המקנה (בסעיף 137) לבית המשפט סמכות "לשקול כל שיקול ולקבל כל החלטה שהוועדה המיוחדת רשאית היתה לשקול או לקבל", מסייג סמכות זאת כך: "ובלבד שלא יובאו לפניו עובדות, ראיות או טענות שלא הובאו קודם לכן לפני הוועדה המיוחדת".

ד. מתי ראוי לאפשר דיון מקורי?

1. המצב הקיים

כאמור, יש חוקים המסמיכים את בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי על החלטות מינהליות מסוג מסוים. אמנם גם חוקים אלה אינם קובעים במפורש כי בית המשפט מוסמך לקיים דיון מקורי. לעתים קרובות חוק כזה משתמש בלשון המקובלת בחקיקה לצורך ביקורת שיפוטית רגילה, כלומר, שבית המשפט מוסמך לדון ב"ערעור", או "עתירה", או "בקשה".²⁹ אולם יש שהחוק נוקט לשון אחרת, המלמדת

בערעור רשאי לאשר את החלטת הוועדה או להחזירה לוועדה, או להחליט, על סמך העובדות שנקבעו על ידי הוועדה, החלטה אחרת במקומה". שאלה היא אם הסמכה של בית משפט לקיים דיון מקורי, ובכלל זה לקבל החלטה אחרת במקום הוועדה הפסיכיאטרית, היא עניין של סדר דין או עניין של מהות. אם אמנם אין זה עניין של סדר דין, מסתבר כי תק' 18 חורגת מן הסמכות לקבוע סדרי דין.

²⁹ לדוגמה, פקודת מס הכנסה קובעת בס' 153 כי מי שרואה עצמו מקופח על ידי החלטת פקיד שומה רשאי "לערער" עליה לפני בית המשפט המחוזי. על הדיון המקורי לפי סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 13. חוק חופש המידע, קובע בס' 17 כי אדם שבקשתו לקבל מידע מרשות מינהלית נדחתה רשאי להגיש "עתירה" לבית המשפט לעניינים

על כוונה לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי, או שהוראות אחרות בחוק מצביעות על כוונה לקיים דיון כזה, או שכוונה כזאת עולה מן ההקשר של החוק. כך, לדוגמה, כאשר חוק קובע כי החלטה מינהלית טעונה "אישור" או "היתר" של בית המשפט, או כאשר הוא מסמיך את בית המשפט לשמוע ראיות ככל שיראה לנכון, או שהוא קובע כי בית המשפט רשאי לקבל כל החלטה שהרשות המינהלית היתה מוסמכת לקבלה.

ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי מתנהלת במתכונת שונה מן המתכונת הרגילה של ביקורת שיפוטית, ולא רק מבחינת סדרי הדין, שלא פעם הם סדרי דין מיוחדים לעניין הנדון, אלא גם מבחינת היקף הביקורת. בעניינים מסוימים דיון מקורי עשוי להיות דומה לתובענה אזרחית, שבה בית המשפט דן במחלוקת שבין תובע לנתבע על פי סדר הדין האזרחי, יותר מאשר לביקורת שיפוטית. בעניינים אחרים, כאשר בית המשפט מקבל ראיות, מעריך את משקלן ומפעיל שיקול דעת עצמאי, דיון מקורי עשוי להיות דומה להשגה לפני רשות מינהלית או לערר לפני בית דין מינהלי. ואפשר גם שדיון מקורי יהיה דומה לביקורת שיפוטית רגילה, כמו בעתירה לבג"ץ. נוכח אפשרויות אלה, מהי בפועל המתכונת של ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי בבתי המשפט?

תשובה בדוקה דורשת מחקר שדה, שמעולם לא נעשה. לכן, במצב הקיים, צריך להסתפק בתשובה מהוססת, המסתמכת על אמירות פזורות בפסיקה ועל התרשמות כללית.

ההתרשמות היא שעל פי רוב הדיון המקורי בבית המשפט, אף שמקובל לקרוא לו דיון דה נובו, כלומר דיון מחדש, בפועל אינו דיון מחדש: בית המשפט אינו מתעלם מן הדיון שנתקיים ומן ההחלטה שנתקבלה על ידי הרשות המינהלית, ואינו מתחיל את הדיון מבראשית, כאילו לא נתקיים דיון אצל אותה רשות. להיפך, הדיון שנתקיים אצל הרשות המינהלית, וההחלטה שנתקבלה על ידה, הם נקודת המוצא של בית המשפט גם בדיון מקורי, ובית המשפט בוחן אותם כדי לברר אם הדיון התנהל אצל הרשות באופן תקין ואם ההחלטה שנתקבלה על ידה היא ראויה. כלומר, גם בדיון מקורי, כמו בביקורת שיפוטית רגילה, בית המשפט מודע לכך שהוא מקיים דיון שני, לאחר שכבר נתקיים דיון ראשון על ידי רשות מינהלית, ובפועל הוא מנהל דיון ביקורתי.

מינהליים. על הדיון המקורי לפי סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 12. חוק אוויר נקי, קובע בס' 47 כי מי שרואה עצמו נפגע על ידי צו שהוצא לפי חוק זה רשאי להגיש לבית המשפט "בקשה" לביטולו. על הדיון בבית המשפט לפי סעיף זה ראו לעיל, בעמ' 14.

כיוון שכך, מה נשתנה דיון מקורי מביקורת שיפוטית רגילה? שבדיון מקורי מוקנית לבית המשפט, בדרך כלל, סמכות דומה לסמכות המוקנית לרשות המינהלית. אפשר לומר כי בדיון מקורי מוקנית לבית המשפט סמכות מעורבת: סמכות משפטית שהורכבה עליה סמכות מינהלית. בהתאם לכך, בית המשפט רשאי, אם הוא רואה לנכון, לשמוע מחדש ראיות שכבר נשמעו על ידי הרשות המינהלית, לאסוף ראיות נוספות, לאפשר טענות חדשות, להפעיל שיקול דעת עצמאי, וכתוצאה לקבל את ההחלטה הנראית לו ראויה, גם אם ההחלטה שהרשות המינהלית קיבלה אינה לוקה בפגם משפטי. כלומר, בית המשפט רשאי לפעול בערך כמו רשות מינהלית. כאשר כך הוא פועל, הדיון המקורי קרוב להיות דיון מחדש.

אולם, בפועל, נראה כי בדרך כלל בית המשפט אינו פועל כך, אלא רק בעניינים מעטים, שבהם יש הצדקה מיוחדת לקיים דיון מחדש, או בנסיבות מיוחדות שבהן ההתנהלות של הרשות המינהלית בדיון הראשון נראית לבית המשפט פגומה באופן רציני, ולכן הוא רואה צורך להפעיל את הסמכות המיוחדת המאפיינת דיון מקורי. במקרים אחרים, הדיון המקורי יכול להיות קרוב לביקורת שיפוטית רגילה, במובן זה שבית המשפט בוחן את ההליך המינהלי, ואת ההחלטה שנתקבלה בהליך זה, ואם הם נראים לו תקינים וראויים, הוא מסתפק בכך ודוחה את הערעור, או העתירה, או הבקשה, לפי העניין. כך הדבר, ואפשר לומר שראוי שכך יהיה, גם מתוך כבוד לרשות המינהלית שהחוק הסמיך אותה בעניין הנדון, גם מתוך הכרה ביתרון היחסי של הרשות באותו עניין, וגם מתוך רצון שלא לבזבז משאבים שיפוטיים ואחרים שלא לצורך.

זאת היא, כנראה, המתכונת השכיחה בדיון מקורי. עם זאת, ברור כי המתכונת של דיון מקורי אינה אחידה, אלא היא עשויה להשתנות מעניין לעניין, ולא רק מבחינת סדרי הדין, הנקבעים לא פעם על ידי תקנות מיוחדות לעניין הנדון, אלא גם מבחינת היקף הביקורת. לדוגמה, הדיון בבית המשפט המחוזי בערעור על שומת מס הכנסה, לפי פקודת מס הכנסה, מתנהל בבית המשפט המחוזי במידה רבה כמו תובענה אזרחית, על יסוד ראיות המוגשות לבית המשפט; ואילו דיון בבקשה לאשר מעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) מתנהל לפני נשיא בית המשפט המחוזי יותר כמו דיון בעתירה מינהלית, בעיקר על יסוד הראיות שהיו לפני הרשות המינהלית.

השוני במתכונת של הדיון המקורי בין עניין לעניין עשוי לשקף את הוראות החוק המיוחדות לעניין הנדון, והוא עשוי לבטא גם את השוני בהקשר המיוחד של העניין. למשל, אפשר שבעניין אחד החוק יסמיך את בית המשפט לקבל ראיות חדשות, ואפילו לסטות מדיני הראיות, ואילו בעניין אחר החוק יקבע כי בית המשפט רשאי להפעיל שיקול דעת עצמאי על יסוד הראיות שהיו לפני הרשות המינהלית. אפשר גם שמהות

העניין הנדון תשפיע על פרשנות החוק, וכתוצאה גם על מתכונת הדיון בבית המשפט. כך, למשל, כאשר העניין הנדון נוגע לחירות האדם, או לביטחון המדינה, אפשר שיהיה בכך כדי להשפיע גם על מתכונת הדיון באותו עניין.

לשון החוק והקשר החוק עשויים להסביר את המתכונת של דיון מקורי בעניין מסוים. אך האם הם יכולים גם להצדיק את המתכונת של דיון מקורי באותו עניין: מדוע נקבעה מתכונת כזאת בעניין מסוים, ומדוע לא נקבעה מתכונת כזאת בעניין דומה? לדוגמה, מדוע נקבעה מתכונת של דיון מקורי בערעור על שומת מס הכנסה לפי סעיף 153 לפקודת מס הכנסה ובערעור על שומת מס ערך מוסף לפי סעיף 83 לחוק מס ערך מוסף, ואילו בערעור על ארנונה כללית לפי סעיף 6 לחוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), התשכ"ה-1976, ובערעור על מס שבח מקרקעין לפי סעיף 90 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, נקבעה מתכונת של ערעור רגיל או אף ערעור המוגבל לשאלה משפטית? דוגמה נוספת: מדוע נקבעה מתכונת של דיון מקורי לפני נשיא בית משפט מחוזי לגבי צו מעצר מינהלי לפי סעיף 4 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), ואילו לגבי צווים פוגעניים לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ובהם צווי צנזורה, צווי החרמה ועוד, אין ביקורת שיפוטית אלא בדרך של עתירה רגילה לבג"ץ?

ברור שהמצב הקיים אינו משקף תכנית מגובשת או אפילו מדיניות כללית של הממשלה או הכנסת, או של בית המשפט, בנוגע לשאלה באילו עניינים ראוי שבית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. מעולם לא גובשה תכנית כזאת או מדיניות בשאלה זאת, ומסתבר כי בכל עניין השאלה אם להפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי הוכרעה על יסוד שיקולים מוגבלים לאותו עניין, ולא על יסוד שיטה רחבה.

מכאן השאלה: האם המצב הקיים בנוגע לביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי הוא גם המצב הראוי? כיום אין די מידע כדי לתת תשובה מבוססת. עם זאת, על יסוד המידע הקיים, יש מקום להערוך אחדות.

2. המצב הראוי

שאלה ראשונה היא, אם המצב הקיים בנוגע לביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי מתיישב עם העיקרון בדבר הפרדת הרשויות. התשובה היא, מצד אחד, שעיקרון זה, על פי התפיסה המקובלת בישראל ובמדינות אחרות, אינו מונע בעד רשות אחת למלא תפקיד שעל פי מהותו "שייך" לרשות אחרת, ובכלל זה אף אינו מונע בעד בית משפט

למלא תפקידים בעלי אופי מינהלי. להיפך, התפיסה המקובלת של עיקרון זה שוללת הפרדה מלאה בין הרשויות, לפי מהות התפקיד, אלא היא מחייבת מעורבות של רשות אחת בפעילות של רשות אחרת. מעורבות כזאת נדרשת כדי לקיים בלמים ואיזונים בין הרשויות, ובדרך זאת למנוע שימוש לרעה בסמכויות המוקנות לכל אחת מן הרשויות. אכן, בפועל, מעורבות כזאת היא דבר שכיח, ודוגמה מובהקת לכך היא הביקורת השיפוטית הרגילה, כמו הביקורת המופעלת על ידי בג"ץ על כל ההחלטות המינהליות.³⁰

אולם, מצד שני, בדיון מקורי, להבדיל מביקורת שיפוטית רגילה, בית המשפט נכנס עמוק יותר לתחום המינהל הציבורי. בביקורת רגילה בית המשפט מסתפק בבדיקת החוקיות של ההחלטה המינהלית, וזהו תפקיד בעל אופי שיפוטי, שבו יש לבית המשפט, לא רק מעמד ועצמאות הנדרשים למילוי תפקיד שיפוטי, אלא גם כשירות ומיומנות, ולכן גם זהו תפקיד לגיטימי, ואפילו תפקיד חיוני, של בית משפט. כנגד זאת, בדיון מקורי בית המשפט מקבל על עצמו תפקיד בעל אופי מינהלי. הוא עשוי לבדוק את ההחלטה המינהלית גם מבחינת היעילות והסבירות, ואפילו מבחינת התקציב, כוח אדם ועדיפות על מטלות אחרות של הרשות המינהלית, כאילו הוא רשות מינהלית. כאשר תפקיד זה מוטל על בית המשפט נוצר קושי, הן מבחינה עקרונית, שכן יש בכך כדי לכרסם בעיקרון של הפרדת הרשויות, והן מבחינה מעשית, שכן הרשות המינהלית, שהחוק הטיל את התפקיד עליה, היא גם בעלת מיומנות וניסיון במילוי תפקיד זה, יש לה ראייה רחבה של האינטרס הציבורי בעניין הנדון, והיא גם נושאת באחריות למילוי התפקיד כלפי נבחר הציבור. אכן, לשיקולים אלה יש משקל גם בביקורת שיפוטית רגילה, ולכן בית המשפט מזהיר את עצמו ללא לאות שלא לשים את עצמו בנעלי הרשות המינהלית, אך ברור כי יש להם משקל כבד הרבה יותר בדיון מקורי.

לבית המשפט אין אותה כשירות מקצועית הנדרשת למילוי תפקיד בעל אופי מינהלי; אין לו אותו מטען של ידע וניסיון שנצבר אצל הרשות המינהלית המופקדת על עניין מסוים; אין לו כלים הנדרשים לצורך איסוף הנתונים כתשתית לקבלת החלטה

³⁰ ראו לדוגמה בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 158 (1985) (השופט ברק): "הפרדת רשויות משמעותה איוון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים". על העיקרון בדבר הפרדת הרשויות ויישומן בישראל, ובכלל זה יישומו על בית המשפט, ראו ה' קלינגהופר משפט מינהלי, מעמ' 23, ובמיוחד בעמ' 31 (1957).

מושכלת בעניין הנדון; אין הוא נושא באחריות לביצוע המדיניות המנהלית; וספק אם יש לו אפשרות לחזות כראוי את ההשלכות האפשריות של החלטתו על משאבי הרשות המינהלית, על ביצוע המדיניות שלה, ועל האינטרס הציבורי. לכן, בדרך כלל, אין יסוד להניח כי שיקול הדעת של בית המשפט, כאשר הוא מקיים דיון מקורי, עדיף על שיקול הדעת של הרשות המינהלית. זאת ועוד, ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי נוטה להגביר את המתח בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, שלא לטובה, והיא גם נוטה לגזול משאבים שיפוטיים, כתוצאה משמיעת ראיות חדשות וטענות חדשות, הרבה יותר מביקורת שיפוטית רגילה. מכאן מתבקשת מסקנה שנדרש טעם מיוחד, הגובר על שיקולים אלה, כדי להצדיק ביקורת שיפוטית בעניין מסוים בדרך של דיון מקורי.

אך מהו טעם שיש בו כדי להצדיק ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי? אפשר אולי להצדיק ביקורת כזאת, קודם כל, בעניינים שהם מבחינה מהותית קרובים להליך שיפוטי, כאילו הם נמצאים בשולי הטריטוריה המוסכמת של בית המשפט. עניינים כאלה מוכרים היטב לבית המשפט, ואולי אף ניתן לומר שבית המשפט אינו פטור מאחריות כלפיהם. דוגמה אחת לעניינים כאלה היא ההוצאה לפועל של פסקי דין. חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, קובע בסעיף 80 כי על החלטות של רשם ההוצאה לפועל ניתן להגיש ערעור אל בית משפט השלום. "ערעורים על החלטותיו של ראש ההוצאה לפועל" אמר בית המשפט:

נושאים אופי מיוחד במונח זה שהם פותחים לדיון בפני ערכאת הערעור לא רק שאלות משפטיות – כנהוג בערעור בדרך כלל – אלא גם רובד עובדתי, וניתן לערוך במסגרתם בחינה מחודשת של ראיות לצורך קביעת ממצאים עובדתיים ... יוצא איפוא שערעור על החלטת ראש ההוצאה לפועל עשוי לכוון בירור עובדתי של עובדות שכבר הובאו בפני ראש ההוצאה לפועל, אך עשוי גם להיות כרוך בהצגת עובדות רלוונטיות חדשות שלא נדונו בפני ראש ההוצאה לפועל.³¹

לסוג זה של עניינים ניתן לשייך גם את המעצר או, לשון אחר, שלילת חירותו של אדם. מעצר אדם שנחשד או הואשם בביצוע עבירה על החוק נחשב חלק מן ההליך הפלילי שבית המשפט מופקד עליו. כלל רחב הוא שאין לעצור אדם אלא בצו של בית

³¹ רע"א 5485/99 פינטו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נד(3) 337, 340-341 (2000) (השופטת פרוקצ'יה).

משפט.³² לכן, כאשר המשטרה מחליטה לעצור אדם שנחשד בביצוע עבירה מעבר ליממה, מבחינה משפטית החלטתה אינה אלא בקשה המופנית אל בית המשפט לקבל צו מעצר, ובית המשפט אמור לברר את העובדות שביסוד הבקשה ולהפעיל שיקול דעת עצמאי בשאלה אם להוציא צו מעצר, לאיזו תקופה ובאילו תנאים. ברור, אם כן, כי הקניית סמכות לרשות מינהלית לעצור אדם ללא צו של בית משפט היא בגדר חריג לכלל ואף למוסכמה החברתית. ולכן דבר רגיל וראוי הוא שהחריג יצומצם, כדי למנוע פגיעה בלתי מוצדקת בחירות, באמצעות מעורבות עמוקה יותר של בית המשפט בהליך המינהלי. ולא זו בלבד. בכל הנוגע למעצר אדם, לבית המשפט יש כשירות וניסיון יותר מאשר לרשות המינהלית, ובשל מעמדו ועצמאותו הוא אף מתאים יותר מן הרשות המינהלית לערוך את האיזון הנדרש בין הפגיעה בחירות האדם לבין הסכנה הנשקפת לשלום הציבור או לביטחון המדינה. משום כך אפשר להצדיק את ההוראה בסעיף 4 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), הקובע כי צו מעצר מינהלי שניתן על ידי שר הביטחון טעון "אישור" על ידי נשיא בית משפט מחוזי, ובכך לפתוח את הדרך לדיון מקורי בהחלטת השר להוציא צו כזה.

דברים דומים ניתן לומר לגבי הגנה על זכויות יסוד נוספות או על ערכים בסיסיים מסוימים, שבהם שיקולים עקרוניים או ניסיון מעשי תומכים במעורבות עמוקה יותר מן הרגיל בהליך המינהלי, או בפיקוח הדוק במיוחד על הרשות המינהלית, מצד בית המשפט. ייתכן שכך ניתן להצדיק את הביקורת השיפוטית באמצעות דיון מקורי על סירוב של רשם המפלגות לרשום מפלגה, לפי סעיף 6 לחוק המפלגות, התשנ"ב–1992, ועל החלטה של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת למנוע בעד מועמד מלהשתתף בבחירות, לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. בעניינים אלה יש טעם נוסף למעורבות עמוקה של בית המשפט בהליך המינהלי, והוא החשש שמא אינטרסים מפלגתיים יעוותו את ההחלטה, והצורך להבטיח גם בעיני הציבור הרחב את ההגינות והענייניות של הליכים מינהליים בתחום הפוליטי.

כך גם לגבי ההגנה על הערך של שקיפות ציבורית, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוק חופש המידע, ובהוראת סעיף 17 לחוק זה, המסמיך את בית המשפט לצוות על רשות מינהלית למסור מידע אם לדעתו העניין הציבורי בגילוי המידע גובר על הטעם לסירוב הרשות למסור את המידע.

³² ס' 4 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996, קובע כי "מעצר אדם יהיה בצו של שופט ... אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו".

בעניינים אלה, ובעניינים מעין אלה, קיים מצד אחד אינטרס ציבורי מובהק בפיקוח הדוק יותר של בית המשפט על הרשות המינהלית, ומצד שני אין לרשות המינהלית עדיפות מבחינת הכשירות, הניסיון והאחריות על פני בית המשפט.

אולם, להוציא עניינים מעין אלה, בדרך כלל לא יהיה זה ראוי להקנות לבית משפט סמכות לקיים ביקורת שיפוטית בדרך של דיון מקורי. בעיקר כך, כמובן, בעניינים שבהם ברור כי לרשות המינהלית יש עדיפות על פני בית המשפט מבחינת הכשירות, הניסיון והאחריות לביצוע המדיניות. כאלה הם, לדוגמה, עניינים של תכנון כלכלי, חברתי או סביבתי; קביעת תבחינים לחלוקת משאבים ציבוריים, כמו כסף ומקרקעין; פיקוח על שירותים, למשל הפיקוח על בנקים או על הגבלים עסקיים.

עניינים כאלה הם לעתים קרובות עניינים רב-קודקודיים, להבדיל מעניינים דו-קודקודיים. עניין דו-קודקודי הוא עניין שבו צריך לבחור בין שתי דרכים: להכשיר אחת ולפסול את השנייה. כך, למשל, כאשר צריך להכריע אם להחזיק אדם במעצר, או אם לחשוף מידע ציבורי. הכרעה בעניין כזה, לכאן או לכאן, הולמת את ההליך השיפוטי. לכן גם סביר יותר להקנות לבית המשפט בעניין כזה סמכות לקיים דיון מקורי. כנגד זאת, עניין רב-קודקודי הוא עניין המערב מספר רב של נתונים, אינטרסים ושיקולים, תוך התחשבות במדיניות, במשאבים, בנסיבות העניין ובאילוצים שונים, בהם גם שיקולים פוליטיים, שיש לתת לכל אחד מהם משקל ראוי ולערוך ביניהם איזון ראוי, ובהתאם לכך לבחור בדרך אחת מבין דרכים אחדות, שכולן חוקיות, ובדרך כלל הבחירה בין הדרכים כרוכה גם בשיקולים חוץ-משפטיים. כאלה הם, למשל, גיבוש תכנית מיתאר לעיר, קביעת מחיר למצרך או שירות, התוויית נתיב לכביש. בעניינים כאלה לבית המשפט אין כלים כדי לאסוף את כל הנתונים הנדרשים לצורך הכרעה, אפשרות לקיים את כל ההתייעצויות המתבקשות, וניסיון ומומחיות שיש בהם צורך כדי לאזן כראוי בין כל השיקולים השייכים לעניין, בהם גם שיקולים חוץ-משפטיים. בעניין כזה ראוי להגביל את בית המשפט לביקורת שיפוטית רגילה.³³

זאת ועוד, כדי להגביל את בית המשפט ככל שניתן לביקורת שיפוטית רגילה, שהיא הטריטוריה הטבעית והמוסכמת של בית המשפט, ראוי לברר, גם בעניינים שבהם לכאורה יש טעם לקיים דיון מקורי, אם אין זה עדיף לקיים דיון כזה בבית דין מינהלי, ולא בבית משפט. שהרי לביקורת על ידי בית דין מינהלי יש יתרונות מסוימים

³³ על ההבדל מבחינת הביקורת השיפוטית בין עניין שבו מדובר בשאלה דו-קודקודית לבין עניין שבו מדובר בשאלה רב-קודקודית, ראו בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 644-645 (2001).

על פני ביקורת על ידי בית משפט, שנודעת להם חשיבות דווקא בנוגע לביקורת בדרך של דיון מקורי. יתרונות אלה נובעים מן ההרכב של בית הדין המינהלי, שעל פי רוב הוא משקף מומחיות בעניין הנדון, מן הניסיון שרכש בעניינים מסוג זה, וכן גם מן הקירבה שלו למערכת המינהל הציבורי. אמנם הקירבה של בית הדין למינהל הציבורי מעוררת חשש מפני הטיה לצד הרשות המינהלית. אך ניתן למזער חשש זה באמצעים שונים, ובהם מינוי שופט (או שופט בדימוס) כיושב ראש בית הדין. כך נעשה, לדוגמה, בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, שהקים בית דין מיוחד לעניין זה והכפיף אותו לערעור אל בית המשפט. כאשר בית המשפט דן בערעור על החלטת בית הדין, ומגביל עצמו לשאלת החוקיות של ההחלטה, הוא ממלא תפקיד שיפוטי מובהק וטהור. יש בכך כדי להקל על בית המשפט, למקם אותו בתפקיד הראוי לו, ולפטור אותו מן הצורך להכריע במחלוקת שבמידה מסוימת, לעתים אף במידה רבה, אינה משפטית.

השיקולים בדבר התפקיד הראוי של בית המשפט מציבים סימן שאלה ליד עניינים מסוימים שבהם הביקורת השיפוטית, כפי שהיא כיום, מתנהלת בדרך של דיון מקורי. הנה, לדוגמה, הביקורת השיפוטית על שומת מס הכנסה לפי סעיף 153 פקודת מס הכנסה. ביקורת זאת, כפי שהיא כיום, מתנהלת בדרך של דיון מקורי: היא מתבססת על ראיות המוגשות לבית המשפט ומוכרעת על פי שיקול הדעת של בית המשפט. בדיון כזה המעמד של פקיד המס, שקבע את השומה, דומה למעמד של נתבע בדיון אזרחי יותר מאשר למעמד של רשות מינהלית. הוא מעורר שאלות אחדות. ראשית, כיוון שהביקורת מתנהלת בדרך של תובענה אזרחית, מדוע קובע סעיף 153 לפקודת מס הכנסה כי על החלטה של פקיד המס ניתן "לערער" אל בית המשפט המחוזי? ייתכן שהתשובה נעוצה בהיסטוריה של הפקודה, שנחקקה בשנת 1941, כאשר הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בדרך של ערעור עדיין היתה בחיתוליה. אך, גם אם כך, אין זה אלא הסבר, ולא תשובה עניינית. לכן יש לשאול: האם כיום קיימת הצדקה עניינית לביקורת על שומת מס הכנסה במתכונת זאת בהתחשב במהות העניין מצד אחד ובמשאבים השיפוטיים מצד שני? השאלה לא נבדקה באופן ראוי. נניח, לצורך הדיון, כי התשובה חיובית, כיוון שההגנה הנדרשת על הקניין הפרטי מפני מיסוי ציבורי מצדיקה דיון מקורי בבית המשפט, בדרך שבה מתנהלת תובענה אזרחית. אולם, אם כך, מדוע להגביל דרך זאת לביקורת על שומת מס הכנסה? למשל, מדוע לא לפתוח דרך זאת לביקורת על החלטות מינהליות אחרות הפוגעות בקניין הפרטי, כגון החלטה להפקיע מקרקעין לצורך ציבורי? ומדוע לא לפתוח דרך זאת גם לביקורת על החלטות מינהליות הפוגעות בזכויות יסוד אחרות, ולא רק בזכות הקניין? ואם נניח כי דרך זאת נדרשת רק בתחום המיסוי, מה ההצדקה לכך שהביקורת השיפוטית על חיוב בארנונה כללית או במס שבח מקרקעין מתנהלת בדרך שונה לגמרי?

אין מנוס מן המסקנה כי המערכת של ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות לא נבנתה על פי תכנית מושכלת, אין בה שיטתיות, בעניינים מסוימים קשה למצוא בה היגיון, וספק אם היא משרתת את האינטרס הציבורי באופן מיטבי. מסקנה זאת חלה גם על הקבוצה המצומצמת של עניינים שבהם הביקורת השיפוטית מתנהלת בדרך של דיון מקורי. אכן הגיע הזמן לערוך בדיק בית במערכת זאת.

הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיור או התחשבות מותרת?

גרשון גונטובניק*

34	תקציר
34	א. פתח דבר
36	ב. הבסיס העיוני
36	1. ערך השוויון – שוני רלוונטי, אפקט מפלה ושיטת האיזון
41	2. גישת היסוד – עוינות להדרה מחמת לאום
41	(א) נקודת המוצא – שליטה מכרעת של המדינה במקרקעין בישראל
44	(ב) נקודת המבט החוקתית – עוינות להדרת ערבים מחמת לאום במדינה היהודית
49	(ג) הצדקת גישת היסוד – שיקולים העוינים הדרה משפטית בדיור מצד המדינה
52	ג. השיקול הביטחוני והדרה
52	1. השיקול הביטחוני והדרה ישירה

* מרצה למשפט חוקתי ומנהלי במרכז האקדמי כרמל; שותף במשרד ד"ר י' וינרוט ושות'. מאמר זה מבוסס על חלקים מספרי הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (הוצאת אוניברסיטת בר אילן ונבו, 2014). המערכת מודה להוצאות על נכונותן להתיר לפרסם קטעים מתוך הספר. המחבר מודה לעו"ד יוסי זיטיא על היוזמה לפרסם מאמר בנושא.

2. שיקול השמירה על הסדר הציבורי כמצדיק הדרה ישירה? 55
3. השיקול הביטחוני והדרה עקיפה – קריטריון השירות הצבאי 57
4. שימוש בשיקול השירות בהתייחס לבני מיעוטים המשרתים בצבא 64
- ד. סיכום 66

תקציר

השסע היהודי-ערבי הוא אחד השסעים המורכבים ביותר הניצבים בפני מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא מצריך התמודדות רגישה וראויה. מאמר זה עוסק באחת הנגזרות של ההתמודדות הזו: משקלם של שיקולי הביטחון בהקצאת קרקע מצד המדינה. המאמר בוחן שתי סוגיות מרכזיות: האחת, האם ניתן להצדיק הדרה של אזרחים ערבים מהקצאת קרקע מדינתית משיקולי ביטחון ושמירה על הסדר הציבורי? השנייה, עד כמה ניתן להעדיף יוצאי צבא בהקצאות קרקע שמקצה המדינה.

המאמר מציג תשתית עיונית המתנגדת להפרדה משפטית, במיוחד מצד המדינה, ולפיה יש לצמצם למינימום את ההדרה המשפטית הכופה מחמת זהות תרבותית (ובכלל זה זהות לאומית). לכן, יש להתנגד, במציאות החוקתית הנוכחית, להדרת ערבים מהקצאת קרקע מטעמים של סיכון ביטחוני, וזאת בניגוד לגילויי תמיכה באפשרות זו שבאו לידי ביטוי בשיח האקדמי. אשר להעדפת יוצאי צבא, הסוגיה מורכבת יותר, נוכח החשיבות הגדלה והולכת של עידוד המשרתים בצבא במציאות שמספרם פוחת והולך. על פי המאמר, ניתן יהיה להצדיק לעיתים רחוקות הקצאת קרקע שבה השירות הצבאי משמש כתנאי סף לזכאות, וניתן יהיה להצדיק באופן קל יותר מתן הטבות למשרתים בצבא, ובתנאי שאלה תהיינה מידתיות.

א. פתח דבר

מערכת היחסים שבין מדינת ישראל לתושביה הערבים היא מורכבת וטעונה. שתי סיבות מרכזיות לדבר. הראשונה נעוצה בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. הוהות היהודית של מדינת ישראל היא "... עובדת יסוד קונסטיטוציונית", אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה – בין רשות מינהלית ובין רשות

שיפוטית או מעין שיפוטית – להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה".¹ כמדינה יהודית מחויבת ישראל לקדם תכנים תרבותיים יהודיים, זאת הן ברמה הלאומית הן ברמה הדתית. מחויבות זו יוצרת, כמובן, מתח בין המדינה לקבוצות הלא יהודיות החיות כאן, ובראשן הקבוצה התרבותית הערבית המונה כחמישית מהאוכלוסייה. השנייה נעוצה בסכסוך הלאומי הקיים בין יהודים לערבים מאז ראשית ימיה של הציונות. מדובר בסכסוך דמים קשה. מאה שלמה של איבה גבתה את מחירה הכבד. עשרות אלפים איבדו את חייהם ורבים עוד יותר נפגעו בגוף ובנפש. עשרות השנים שחלפו מאז הקמת המדינה לא הקהו את הסכנה הנשקפת עדיין לעצם קיומה. על רקע זה אין להתפלא שהלאומיות שלנו לא נבנתה רק על בסיס הדגשת המייחד אותנו כיהודים, אלא גם על בסיס הנגדה לאחרים – הנגדה בין יהודים לאלה שאינם כאלה, ובמיוחד בין יהודים לערבים. הנגדה זו קיימת גם כיום. כפי שציין יאיר אורון על בסיס מחקר מקיף בקרב נשאלים יהודים וערבים, אין כל ספק בכך שהערבים הם גורם רב משמעות בהגדרת הזהות של היהודים בישראל, תוך הנגדה אליהם. הפלסטינים ("האחר") הם בסיס מלכד לקבוצה היהודית בישראל. וכך כתב:

הפלסטינים, גם הפלסטינים הישראלים, הופכים יותר ויותר ל"שונה",
ל"אחר", עבור היהודים הישראלים, שהופכים אף הם, אם כי נראה
שפחות, להיות ה"אחר" עבור הפלסטינים.²

כל אלה הופכים את ההתמודדות של החברה שלנו עם השסע היהודי-ערבי למורכבת במיוחד. מדינת ישראל מתחבטת מאז תחילת קיומה במציאת נקודת האיזון הראויה והרגישה שבין המחויבות ליהדותה למחויבותה לערכיה הדמוקרטיים, בין המחויבות להקמתה של "מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל" למדינה ש"תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".³ נראה כי קיימת תמימות דעים כי

¹ ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 386 (1965).

² יאיר אורון זהויות ישראליות – יהודים וערבים מול המראה והאחר 60 (2010).
³ אלה הם, כמובן, ציטוטים הלקוחים מההכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1, הידועה כמגילת העצמאות.

ההתמודדות שלנו עם השסע היהודי-ערבי אינה מן המשופרות, ושסע זה רק מעמיק והולך.

במאמר הנוכחי לא אדרש לשסע היהודי-ערבי בכללותו. תחת זאת, אתרכו בנגזרת ספציפית שלו. השאלה שאבחן היא אם רשאת מדינת ישראל להדיר את תושביה הערבים מקרקעות בגין שיקולי ביטחון או מטעמים של שמירה על סדר ציבורי לנוכח החשש מחיכוך אלים בין יהודים לערבים. יש המשיבים על השאלה בחיוב. תשובתי שלי תהיה בשלילה. שאלות נוספות הן אם רשאת המדינה להעדיף את מי שמשרתים בכוחות הביטחון בהקצאת קרקע, ואם כן באילו תנאים ומגבלות. מהבחינה המשפטית השאלה היא אם הדרה שכזו תעלה בקנה אחד עם חובתה של מדינת ישראל לנהוג בשוויון. על רקע זה אפתח את הדיון בהצגת הבסיס העיוני של השאלה – והוא מבט מקדים על דיני השוויון. אציג את הגישה הכללית שלפיה ראוי לצמצם את היכולת של המדינה להדיר (במישרין או בעקיפין) מחמת זהות תרבותית (ובכלל זה זהות תרבותית לאומית). לבסוף איישם את התובנות העיוניות על האפשרות להדיר את תושביה הערבים של המדינה מהקצאת קרקעות מחמת שיקולים ביטחוניים ועל האפשרות להעדיף את המשרתים בצבא בהקצאות שכאלה.

ב. הבסיס העיוני

1. ערך השוויון – שוני רלוונטי, אפקט מפלה ושיטת האיזון

האם הקצאת קרקע מצד המדינה ליהודים בלבד מטעמים ביטחוניים היא כדין? האם העדפה של אנשי ביטחון או של יוצאי צבא בהקצאת קרקע מצד המדינה היא כדין? ה"משבצת" המשפטית שבה נבחנת שאלה זו היא משבצת השוויון. מבחינה משפטית החובה המוטלת על המדינה לנהוג בשוויון היא מושכל בסיס. כך באופן כללי במדינות דמוקרטיות וכך גם בישראל, וכבר פסק השופט לנדוי כי השוויון "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".⁴ והנה, המדינה מתבקשת ליטול קרקע ולייחד אותה לטובת קבוצה פלוגנית. המשמעות האינהרנטית של הדברים היא כי המדינה תמנע באופן חלקי או מלא ממי שאינו חבר הקבוצה להתגורר בשטח האמור. לקבוצה אחת היא מעניקה, ואת הקבוצות האחרות היא מדירה. האם הבחנה זו עומדת בקנה אחד עם החובה לנהוג בשוויון?

⁴ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

המענה לשאלה זו אינו פשוט משום שערך השוויון הוא ערך עמום. דבריו של הנשיא ברק – "השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת"⁵ – זוכים לביטוי מלא בסוגיה שעל הפרק. מתי לפנינו הבחנה לגיטימית ומתי הפליה פסולה? ידועה הקביעה, הנשענת על כתיבתו של אריסטו, שלפיה הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים ויחס לא שווה ובלתי הוגן לאלה הראויים לאותו היחס.⁶ גישה בסיסית זו שמה את כובד המשקל בשאלה אם קיים שוני רלוונטי. אם המדינה מבחינה בין אלה לאלה, ואין ביניהם שוני רלוונטי בהינתן המטרה שהיא באה להשיג, הרי שהיא מפלה, ואם יש שוני רלוונטי, הרי שאינה מפלה. אך מתי יש שוני רלוונטי ומתי לא? התשובה לשאלה זו היא במידה רבה ערכית. גישות אידיאולוגיות שונות ישיבו על השאלה באופן שונה.⁷ הכול יסכימו שיש לנהוג בשוויון, אך אשר לשאלה מתי יש שוני רלוונטי, יתגלו חילוקי דעות בהתאם להשקפות עולם ליברליות ולאומיות, מרקסיסטיות וקפיטליסטיות, פמיניסטיות ופטריארכליות ועוד ועוד. לכן היה מי שהגדיר את מושג השוויון כ"כלי ריק" שהתוכן שלו יוגדר על פי הגישה הערכית החיצונית לו.⁸ לעתים תחייב הגישה הראויה נקיטת אמות מידה זהות לכול. זוהי דרישת השוויון הפורמלי, הבא לידי ביטוי למשל בעיקרון שלרשות כל אחד עומד קול אחד בבחירות לבית המחוקקים. עם זאת, גם בהקשר זה הוא אינו מיושם באופן גורף ונטול חריגים שהרי נקבע שוני רלוונטי, למשל, בין קטינים ובין בגירים הכשירים להצביע. עם זאת, במקרים רבים עמידה על יחס זהה תגרור דווקא תוצאות מפלות. כך, למשל, שוויון פורמלי המיושם כלפי אלה שנקודת הזינוק שלהם קשה יותר מחמת קיפוח שסבלו, יוליך לתוצאות לא הוגנות ויפגע בשוויון הזדמנויות אמיתי. במקרים רבים יקום הצורך להתייחס לאנשים באופן שונה כדי להשיג שוויון מהותי. זהו פרדוקס השוויון.⁹

⁵ דברי הנשיא ברק בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 230, 193 (1998).

⁶ לשימוש בהבחנת יסוד זו ראו, למשל, בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507-508 (1989); ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 35, 7 (1971).

⁷ Sandra Fredman, *Discrimination*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES 202, 202 (Peter Cane & Mark Tushnet eds., 2003).

⁸ Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982).

⁹ להצגתו ראו, Kristin Henrard, *Non-Discrimination and Full and Effective Equality*, in UNIVERSAL MINORITY RIGHTS 75, 87 (Marc Weller ed., 2007).

המורכבות של ערך השוויון אינה נעצרת רק בשאלה אם הבחנה מסוימת היא רלוונטית אם לאו. כפי שציינה ברק-ארוז, "גם כאשר קיימת הסכמה, כי הבחנה מסוימת היא רלוונטית לדיון, עשויה להתגלע מחלוקת לגבי המשקל שיש לייחס לה"¹⁰. לכן אנו יכולים לסבור כי יש שוני רלוונטי בין אלה שמשרתים בצבא לבין אלה שאינם כאלה, לעניין מתן העדפה בהזדמנויות דיור. ואולם גם אם נניח שיש שוני רלוונטי, עד כמה יש להתחשב בו? האם יש בו כדי להצדיק הדרה של מי שלא שירת בצבא מאזור המגורים המתוכנן? ומה בדבר ההתחשבות בשיקולים הנוגדים, ובהם הפגיעה שהפרדה, ובמיוחד הפרדה כפויה, משיתה על החברה בכללותה? על רקע זה צץ הצורך לבחון את שאלת הלגיטימיות של השימוש בהבחנה בשני שלבים שונים. השלב הראשון הוא שלב בחינת קיומו של שוני רלוונטי, שזוהי, כאמור, ההגדרה הבסיסית של אריסטו. אלא שבמבחנו של אריסטו אין די. בשלב השני – אם נגיע למסקנה כי אכן מדובר בשוני רלוונטי – יש לבחון אם מידת ההתחשבות בו ואופן ההתחשבות בו הם ראויים. יש לבחון את האיזון בין השימוש בקריטריון המבחין בין הקבוצות לשיקולים אחרים המתנגשים עם ערך השוויון. ניתן לפיכך ללמוד רבות מפסק דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון:

...בענייננו (כלומר, בנסיבות שבהן ההחלטה מבוססת על שיקול המין או על שיקול דומה אחר שיסודו בהשתייכות קבוצתית, כגון גזע) ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת ההגדרה האריסטוטלית – ולמצער על חלקם – על-ידי המרתה של הגדרה זו במבחן כפול: ראשית, האם שיקול המין הוא רלוונטי; שנית, בהנחה שהשיקול הוא רלוונטי, האם התחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין.¹¹

לעתים ההבחנה רלוונטית אך השימוש בה אינו כדין. כך היה גם בעניין מילר עצמו, שבו נפסלה (ברוב דעות) מדיניות חיל האוויר לשלול מנשים את ההזדמנות להתגייס אליו כטייסות, בטענה כי עלויות גיוסן, בהשוואה לגיוס גברים, ניכרות ומכבידות. המגבלות התקציביות אכן הוכרו כשיקול רלוונטי להבחנה בין גיוס נשים לגיוס גברים לקורס הטיס, כלומר מבחינה זו קיים שוני רלוונטי בין מועמדים לבין מועמדות, אך

¹⁰ דפנה ברק ארוז משפט מינהלי כרך ב 689 (2010).

¹¹ פ"ד מט(4) 94, 135 (1995). דבריה של השופטת דורנר נאמרו על רקע הפליה מחמת מגדר. עם זאת, כפי שהיא ציינה הם יפים לכל הפליה על רקע קבוצתי-תרבותי מהסוג ספרי, לעיל ה"ש*, עוסק בו.

נפסק שלא היה מקום להעניק לשוני זה משקל כזה שימנע לחלוטין את גיוסן של נשים לשורות חיל האוויר. סיכומו של דבר הוא שעל פי מבחן מילר, אם עושה המדינה שימוש באמת מידה המבחינה בין קבוצות שאין ביניהן שוני רלוונטי, הרי שמדובר בהפליה (שאינה עומדת במבחן הראשון). אלא שגם אם קיים שוני רלוונטי, אין זה בבחינת סוף פסוק. יש להראות כי ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין. יש לוודא שלא ניתן לשוני הרלוונטי משקל גבוה מדי באיזון בינו ובין האינטרסים האחרים העומדים על הפרק. זוהי שיטת האיזון.

עד כאן בנוגע למקרים שבהם ביקשה המדינה לעשות שימוש מכוון בקריטריון המבחין בין קבוצות, ולכן התעוררה השאלה אם מדובר בשימוש מפלה אם לאו. אלה הם מצבים שבהם עולה חשש מפני הפליה מכוונת. חשוב להדגיש לעניין זה כי הפליה מכוונת עשויה להתקיים גם ממניעים ענייניים, ואין היא תוצר הכרחי של שיקולים זרים. המדינה יכולה לבקש לקדם הבחנה מטעמים ראויים (למשל, הטעם התקציבי בעניין מילר), אך קידום זה עדיין ייחשב מפלה אם לא יעמוד באחד השלבים של מבחני ההפליה (למשל אם המשקל שניתן לו היה גבוה מדי). לצד ההפליה המכוונת יש להביא בחשבון גם את ההפליה התוצאתית או את קיומו של האפקט המפלה. במקרה זה לא באה המדינה להבחין במישרין בין קבוצות תרבותיות, אך למהלך שהיא מבצעת יש אפקט המכביד במיוחד על קבוצות מסוימות. טלו למשל מצב דברים שבו מבקשת המדינה להעדיף יוצאי צבא בפרויקט מגורים נתון. הניחו כי לצורכי פרויקט זה יש שוני רלוונטי בין יוצאי צבא לבין אלה שאינם כאלה. אלא ששימוש בהעדפה יוצר אפקט מכביד על דיירים פוטנציאליים חרדים וערבים שאינם משרתים בצבא. שעה שקם אפקט מפלה, על המדינה להראות כי הצעד שהיא מבקשת לקדם ראוי ונחוץ, ושאין אפשרות מידתית יותר להשיגו אגב צמצום האפקט המפלה. דיני השוויון בישראל כוללים לא רק איסור על הפליה מכוונת אלא גם על הפליה תוצאתית,¹² וכך מקובל גם בדמוקרטיה מערביות אחרות בעולם.¹³

הנה כי כן, בדיון בדבר קיומה של הפליה נכנס ממד האיזון בין ערך השוויון ובין האינטרסים והערכים המתנגשים. ממד זה בולט לא רק בפסיקתו של בית המשפט

¹² ראו, למשל, בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

¹³ ראו, למשל, Equality Act, 2010, c. 15, § 19 (U.K.), האוסר על הפליה תוצאתית (indirect discrimination). למצב הדברים בקנדה ראו, PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 1198 (student ed. 2008).

העליון הישראלי. כך, ניתן למצוא קו פסיקה עקיב בבית המשפט האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights) ולפיו טיפול שונה ייחשב הפליה אסורה אם אין לו הצדקה סבירה אובייקטיבית הבאה לקדם תכלית ראויה ובאופן מידתי.¹⁴ הוא הדין בבית המשפט האירופי לצדק (European Court of Justice), הבוחן אם המטרה העומדת מאחורי ההבחנה נועדה לקדם תכלית ראויה, ואם היא מידתית.¹⁵ מובן שכאשר מדובר בהפליה תוצאתית, תיחשב המטרה לרוב לגיטימית ועיקר הנטל יתמקד בהצדקת מידתיותה.¹⁶ בחינת המידתיות מחייבת איזון בין הזכויות והאינטרסים העומדים על הפרק.

כיצד באה לידי ביטוי מתודה כללית זו בשאלות שבהן אני עוסק במאמר הנוכחי? במאמר זה אני מתמקד בשאלת יכולתה של המדינה להדיר את ערביי ישראל מטעמי ביטחון שעה שהיא מקצה את קרקעותיה. כאן ניתן להביא בחשבון כמה סוגיות שניתן למצוא בספרות קריאות להפעלת כוחה של המדינה לשם קידום הדרה בעניינן. האם רשאית המדינה להדיר את תושביה הערביים מאזורים שבהם יש סיכון ביטחוני ממשי, למשל מאזורי קו עימות, מטעמי ביטחון? האם היא רשאית להדיר תושבים ערבים מיישובים יהודיים מחשש לפגיעה בסדר הציבורי כתוצאה מחשש לגילויי אלימות קשים לנוכח המגורים המשותפים? במקרים שכאלה השאלה המשפטית תהיה אם המדינה תפעל כאן בהפליה ישירה. ברוח הבסיס המושגי שהוצג לעיל, השאלה תהיה אם מתקיים לצורך כך שוני רלוונטי בין ערבים ליהודים, ואפילו אם קיים, אם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין עד כדי הדרה של תושבים ערבים. לדעתי, הדרה שכזו עולה כדי הפליה (מכוונת) אסורה. שאלה אחרת, ומורכבת יותר, היא אם המדינה רשאית להעדיף משרתי צבא ויוצאי צבא בהקצאת מקרקעין. המקרה המובהק הוא של הקמת יישובים למשרתים בצבא ומטעמים ביטחוניים, אך ייתכנו מקרים שבהם ירצו לעודד את המשרתים בצבא על ידי הנגשת הזדמנויות מגורים עבורם. כאן לא נעשה שימוש ישיר בקריטריון של זהות לאומית. המציאות הנוהגת במקומותינו היא שמספר המשרתים בצבא, התורמים בכך לחברה, הולך וקטן באופן מדאיג. במציאות שכזו עידוד המשרתים הוא יעד לגיטימי ואף הכרחי. צעדים כאלה יכולים

¹⁴ Henard, לעיל ה"ש 9, בעמ' 93. קו פסיקה זה גובש כבר לפני כ-40 שנה בפסק הדין הידוע "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" (Belgian Linguistic case), 1 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 252 (1968).

¹⁵ Henard, לעיל ה"ש 9, בעמ' 96.

¹⁶ שם, בעמ' 98.

לעורר שאלות בשני מישורים שונים של דיני השוויון. במישור דיני ההפליה הישירה תתעורר השאלה אם ההבחנה בין המשרתים בצבא לאלה שאינם משרתים בצבא משקפת שוני רלוונטי. וגם אם כן, האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין? האם שוני זה יכול להביא להדרת אלה שאינם משרתים מהזדמנויות מגורים, או שמותרות רק העדפות שאינן עולות כדי הדרה מלאה? מהו האיזון הראוי? במישור דיני ההפליה התוצאתית יש להביא בחשבון את האפקט המפלה של השימוש בקריטריון בהתייחס לקבוצות תרבותיות כמו ערביי ישראל וחרדים שרוב חבריהן אינו משרת בצבא, ואז יש לבחון אם קיים יחס מידתי בין הרצון לעודד את ציבור המשרתים לבין האפקט המפלה הנלווה לעידוד זה. לפני שניתן יהיה לדון בשאלות אלה, חשוב לעמוד על שיקולי היסוד החולשים על הסוגיה.

2. גישת היסוד – עוינות להדרה מחמת לאום

(א) נקודת המוצא – שליטה מכרעת של המדינה במקרקעין בישראל

הכול מסכימים (או למצער צריכים להסכים) על קיומה של החובה לנהוג בשוויון במקומותינו. אולם כיצד יש ליישם חובה זו הלכה למעשה? כיצד יש להתייחס לאפשרות שהמדינה תדיר (במישרין או בעקיפין) את תושביה הערבים מהקצאת קרקעותיה? לפני ההתמודדות הנורמטיבית עם הסוגיה חשוב לעמוד על המציאות הישראלית שבה למדינה יש שליטה מכרעת במקרקעין. מציאות זו הופכת את הדיון הנורמטיבי לחשוב במיוחד שכן אם תותר הדרה מצד המדינה, זו תוכל להתבצע באופן מקיף ביותר.

המקרקעין שהם בבעלות ישירה של המדינה הם כ-72% מכלל מקרקעי ישראל,¹⁷ ובדרכים שונות יכולה המדינה לקבל בעלות במקרקעין נוספים.¹⁸ גוף בולט נוסף המחזיק בבעלותו אדמות הוא "רשות הפיתוח" – תאגיד ציבורי שהוקם על פי חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), התש"י-1950. גם גוף זה יכול להפוך בעלים של

¹⁷ יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 198 (1993). כן ראו אתר מינהל מקרקעי ישראל www.mmi.gov.il (שיעור הקרקעות בבעלות המדינה עומד על 70% אם אין כוללים בשטח המדינה את ים המלח, ימי חופים ורצועת עזה).

¹⁸ כך, למשל, מעביר חוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, את נכסי הממשל הארץ ישראלי למדינת ישראל. ס' 3 העביר את כל האדמות ללא בעלים לידי המדינה. ס' 17 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, מעביר עיזבון ללא יורשים למדינה.

קרקעות בדרכים הנקובות בחוק. לצד גופים מדינתיים אלה יש למנות את הקרן הקיימת לישראל,¹⁹ המאוגדת כחברה פרטית והחולשת על שטחי קרקע ניכרים המצויים בבעלותה.²⁰ על פי חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, אחד הפרקים מחוקתה (הבלתי שלמה) של ישראל,²¹ לא תועבר הבעלות במקרקעי ישראל – "והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל" – אם במכר ואם בדרך אחרת.²² קרקעות אלה מנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל (שהחליפה את מינהל מקרקעי ישראל). יוצא ששטח הקרקע המצוי בניהול ציבורי עולה על 90% משטח היבשה של המדינה.²³ ההצדקות למשטר זה של ניהול ציבורי של חלק כה נכבד מאדמות המדינה הן מגוונות²⁴ ומפורטות כיום בסעיף 1 לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.²⁵ אחת העיקריות שבהן היא הרצון של המדינה לשלוט שליטה ממשית

19 לדיון בקרן הקיימת לישראל ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 273-277, 354-360.
20 כשהוקמה מדינת ישראל, בשנת 1948, השתרע שטחה על פני 20.4 מיליון דונם, ומהם 940 אלף דונם היו בבעלות הקרן הקיימת לישראל.

21 אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד 357, 358 (1998).
22 ס' 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל.

23 גדעון ויתקון הזכויות בקרקע חקלאית 34 (1996). עם זאת, קרוב למחצית מהקרקעות מצויות בנגב, שרובו הגדול אינו מיושב. כיום 12% מאדמות המדינה בידי קק"ל, 13.2% בידי הרשות לפיתוח ו-72% בידי המדינה כאמור (שם, בעמ' 35). 94% מהמקרקעין במחוז ירושלים הם בניהול ציבורי, 95% ממקרקעי הדרום הם בבעלות זו, אך 50% ממקרקעי מחוז תל אביב הם בבעלות פרטית. כך גם 33% מאדמות מחוז חיפה.

24 ויסמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 216-218. שיעור ריכוז הבעלות של הקרקעות בישראל בידי גורמים ציבוריים נדיר בהיקפו. בארצות הברית רק כשליש משטח המדינה מצוי בבעלות הממשל הפדרלי. David L. Callies, Robert H. Freilich & Thomas E. Roberts, Land Use 708 (2nd ed. 1994). דוגמה חריגה נמצאת במדינת הוואי שבארצות הברית. באמצע שנות השישים היו 49% משטחי האיים בבעלות מדינתית ופדרלית ו-47% נוספים היו בידי 72 בעלי קרקע פרטיים, שריד למשטר הפיאודלי הילידי שנהג באיים. בשל כך נקטה המדינה מהלך חקיקה שנועד להגדיל את אחוז הבעלות הפרטית בקרקע ולפזר את הבעלות בין מספר גדול יותר של תושבים. ראו Hawaii Hous. Auth. v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

25 סעיף זה קובע כי הרשות תפעל לניהול מקרקעי ישראל כמשאב לשם פיתוחה של מדינת ישראל לטובת הציבור, הסביבה והדורות הבאים, ובכלל זה להשאר עתודות קרקע מספיקות לצרכיה ולפיתוחה של המדינה בעתיד, באיזון ראוי בין צורכי שימור לצורכי פיתוח ובין שיווק קרקע לשמירה על עתודות קרקע לצורכי ציבור. נוסף על כך תפעל הרשות לקידום התחרות בשוק המקרקעין ולצמצום הריכוזיות בשוק זה.

במקרקעין שלה. אמנם לאחרונה גובשה רפורמה חשובה בנוגע למקרקעי ישראל²⁶ שאפשרה העברת בעלות בחלק מהאדמות המנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל לבעלות פרטית, אך מדובר ברפורמה הנוגעת להיקף קרקעות מוגבל באזורים העירוניים,²⁷ וגם בהינתנה עדיין מפקיד המשטר החוקתי הישראלי כוח אדיר בידי רשות מקרקעי ישראל. הוא נותן בידיה את היכולת להקצות קרקעות למגוון יעדים, ובהם למטרות מגורים.²⁸ מועצת מקרקעי ישראל מעצבת את מדיניות הקרקע של המדינה.²⁹ חשוב להדגיש כי הרשות אינה הבעלים של האדמות. המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל הן הבעלים. עם זאת, מועצת מקרקעי ישראל היא הקובעת את מדיניות הניהול של מקרקעי ישראל.³⁰ כבעלים של אחוזים כה ניכרים מקרקעות המדינה יש כמובן למדינה עצמה משקל ניכר בעיצוב מדיניות המקרקעין. משרד הבינוי והשיכון מעורב בתכנון פרויקטים שונים של בנייה ובמימוש. משרד הביטחון מעורב בבניית שכונות מגורים למשרתים ביחידות הביטחון.³¹ הממשלה ממנה את מועצת מקרקעי ישראל, ורוב החברים בה הם נציגיה, לצד נציגים נוספים של הקרן הקיימת לישראל. המדינה גם משפיעה השפעה מהותית ביותר על מוסדות התכנון

²⁶ במאמר מוסגר יצוין כי בית המשפט העליון דחה (ברובה) את העתירה נגד חוקתיות הרפורמה. ראו בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בבנו, 24.5.2012). בית המשפט חייב לקבוע כללים המסדירים את שיקול דעתה של מועצת מקרקעי ישראל בכואה להעביר בעלות בשטח קרקע העולה על 16 דונם.

²⁷ ראו ס' 7(2) לחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, המאפשר העברת בעלות בקרקעות עירוניות עד לגבול של 400 אלף דונם לתקופה שעד 2014 ועוד 400 אלף דונם במשך חמש השנים שלאחר מכן. יצוין כי העברת בעלות בקרקעות המצויות בידי קק"ל טעונה את אישורה.

²⁸ ס' 2א(1) לחוק רשות מקרקעי ישראל.

²⁹ ס' 3 לחוק רשות מקרקעי ישראל (מועצת מקרקעי ישראל תקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה תפעל רשות מקרקעי ישראל).

³⁰ זהו תפקיד רב עוצמה. ראו דפנה ברק-ארוז "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי" צדק חלוקתי בישראל 203 (מנחם מאוטנר עורך, 2000). בית המשפט העליון הכריז על המשטר הנורמטיבי שרשות מקרקעי ישראל כפופה לו כעל משטר של דואליות נורמטיבית. חלה עליו מערכת הדינים מתחום המשפט הפרטי (כמכחיר קרקע) (ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מחוז ירושלים, פ"ד נג(1) 743 (1999)) ומתחום המשפט הציבורי (כרשות מנהלית הפועלת פעילות ציבורית ראשונה במעלה), ועל כן כפופה הרשות לחובה לנהוג בשוויון.

³¹ לדיון בכך ראו איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 770, ה"ש 7 (1998).

בתחום דיני התכנון והבנייה. המשטר התכנוני בישראל הוא משטר ריכוזי היונק את חיותו מהמועצה הארצית לתכנון ובנייה, שאליה זורמים הצרכים התכנוניים מהממשלה. המדיניות התכנונית שהיא מעצבת זוכה לקונקרטיזציה ברמה המחוזית וברמה המקומית. מכל אלה עולה כי למוסדות ממלכתיים שונים עומדת השפעה אדירה על המדיניות התכנונית של המדינה בתחום המקרקעין ועל שיעשה בכל אותם שטחים המצויים בבעלות ישירה שלה ובניהולה.

מידת השליטה וההשפעה הניכרות של מדינת ישראל במקרקעין שלה רלוונטית מאוד לבחינת יכולתה להדיר הדרה משפטית. אם תרצה בכך, היא יכולה לעשות כן אף ללא מהלך חקיקה, אלא באמצעות הוראות גיהול לרשות מקרקעי ישראל. אך האם על המדינה להתגייס לשם הדרה משפטית מטעמים ביטחוניים? כדי לענות על שאלת יסוד זו יש צורך להיזקק לשיקולים הנורמטיביים העיקריים החולשים על הסוגיה.

(ב) נקודת המבט החוקתית – עוינות להדרת ערבים מחמת לאום במדינה היהודית

האם העובדה שהמדינה היא מדינה יהודית הופכת את האפשרות להדיר את תושביה הערביים ללגיטימית? האם בשל יהדותה קיים שוני רלוונטי בין יהודים לערבים המצדיק את הדרתם של האחרונים? ככל שניתן לענות על השאלה בחיוב, ממילא לא יהיה צורך לדון בשאלת ההדרה מחמת טעמים ביטחוניים, שהרי ניתן יהיה לעשות זאת מטעמים של זהות תרבותית. התשובה השלילית המהדהדת ניתנה בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל,³² שהוא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שעסקו במדיניות הקצאת המקרקעין של המדינה. כידוע מדובר באגודה שיתופית – היישוב קציר, שהוקם באזור נחל עירון. היישוב הוקם על ידי הסוכנות היהודית על קרקעות המוחכרות על ידי מינהל מקרקעי ישראל (כפי שכונה אז). היישוב סירב, הלכה למעשה, לקבל לשורותיו ערבים. אחת השאלות שעורר המקרה היא אם יש להכיר ביכולתה של הסוכנות, שעיקר תקציבה בתרומות יהדות התפוצות, להדיר מי שאינם יהודים מהיישובים שהיא מקימה. בית המשפט העליון לא עסק בשאלה זו. תחת זאת הוא בחן אם המדינה רשאית להחכיר את הקרקעות לגורמים הנוקטים הם עצמם הפליה בדיוור. ואולם כדי להכריע בכך נדרש בית המשפט לעסוק בשאלות הנוגעות בעניינו כאן, והן: האם יכולה המדינה, היא עצמה, להקצות קרקע המיועדת למגוריהם של יהודים בלבד? האם העובדה כי אנו חיים במדינה יהודית מאפשרת לה לעשות כן?

³² פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן).

דעת הרוב בפסק הדין ניתנה מפני הנשיא ברק. הוא עמד על מכלול התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של מינהל מקרקעי ישראל. ביניהן הוא מנה את שמירת המקרקעין בבעלות המדינה, שנועדה להשיג מטרות חברתיות חשובות כביצוע פרויקטים לאומיים, והשגת יעדים תכנוניים שונים בהתייחס לקרקעות אלה.³³ לענייננו חשובה התכלית הכללית המונחת ביסוד סמכותו של מינהל מקרקעי ישראל – השמירה על השוויון והחובה לנהוג על פיו.³⁴ חובה זו חלה גם בסוגיית הקצאת המקרקעין של המדינה.³⁵ לאמתו של דבר, לא היה חולק בין הצדדים לעתירה כי כאשר המדינה עצמה מקצה קרקעות, אסור לה להדיר ערבים ולהימנע מלהקצות להם קרקע על רקע השתייכותם הקבוצתית. הנשיא ברק הגיע למסקנה כי "החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל-עירון להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד הייתה פוגעת בתכלית (הכללית) המונחת ביסוד סמכותו של המינהל, והיא הגשמת השוויון... נמצא, כי החלטה כזאת, לו הייתה מתקבלת, הייתה בלתי חוקית".³⁶ בית המשפט דחה את הטענה כי מדיניות של "נפרד אך שווה" כלפי המגזר הערבי היא מדיניות שוויונית, בהסתמך על העובדה כי בפועל אין מוקצות קרקעות ליישובים ערביים חדשים, ועל כן יסוד ה"שווה" בתורת ה"נפרד אך שווה" אינו מתקיים.³⁷ יתרה מכך, ייעוד היישוב ליהודים באופן כללי אינו משקף מטרה תרבותית המצדיקה סגרגציה, משום שהיישוב מיועד אל "רוב רובו של הציבור בישראל" ואין מדובר ב"קבוצה ייחודית".³⁸ לכן נפסק כי אם הייתה הקצאה מצד המדינה ליהודים בלבד, הייתה נוצרת במקרה שלפנינו "מסה" של חוסר שוויון.³⁹

עניין קעדאן הוא נקודת ציון חשובה בהתמודדות העקרונית של בית המשפט העליון בישראל עם סוגיית הסגרגציה מצד המדינה בהקצאת קרקעות. בית המשפט עשה "צעד ראשון בדרך קשה ורגישה".⁴⁰ מהי הגישה העולה מפסק דין זה? אנו יכולים ללמוד מפסק הדין על גישה מצמצמת מצדו של בית המשפט העליון. הוא צמצם את יכולת השימוש בהדרה משפטית על ידי המדינה. בית המשפט הטיל על המדינה את

33 שם, בעמ' 271–272.

34 שם, בעמ' 272–277.

35 שם, בעמ' 274.

36 שם, בעמ' 278.

37 שם, בעמ' 279.

38 שם, בעמ' 280.

39 שם.

40 שם, בעמ' 285.

הנטל להצביע על הלגיטימיות של ההפרדה. ניתן להתרשם כי נטל זה הוא כבד משקל. נקבע באופן חד וברור כי העובדה שהמדינה היא יהודית אינה יכולה לשמש, ככזו, בסיס למדיניות הקצאת קרקעות המכוונת להדרת ערבים. באחת הפסקאות החשובות של פסק הדין נפסק:

מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווים זכויות וחובות במדינת ישראל. ...

לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים ... "עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...' [...] "... משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה... אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים... אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני-האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁴¹

עם זאת, לא סתם בית המשפט העליון את הגולל על האפשרות שהמדינה תקצה קרקעות באופן מדייר שעה שעל הפרק תעמוד "קבוצה ייחודית" מבחינת מאפייניה התרבותיים. כלומר, ההבחנה בין הלאום היהודי ללאום הערבי אינה מכוונת קבוצה תרבותית ייחודית דיה המצדיקה סגירה. קבוצות תרבותיות אחרות, מסוימות יותר, רשאיות להעמיד דרישות הסתגרות ראויות להתחשבות. ניתן להתרשם כי ברוב המקרים לא תעמוד המדיניות המדירה מצד המדינה בביקורת שיפוטית. העובדה כי העותר, מר קעדאן, עבר מסלול ייסורים שלם נוסף עד שנכנס ליישוב שבו חפץ לגור,

⁴¹ שם, בעמ' 281–282.

גם לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון,⁴² משקפת עד כמה עמוקים הם האינטרסים בהדרה במקומותינו ועד כמה קשה הדרך לאלה המבקשים לפעול נגדה.⁴³

על גישתו של בית המשפט העליון בעניין קעדאן נמתחה ביקורת אקדמית⁴⁴ ואידיאולוגית. על פי אחד מאפיקי הביקורת המרכזיים, לא ייחסה גישת בית המשפט את המשקל הראוי לזכות לתרבות של הרוב היהודי הלאומי במדינה היהודית והדמוקרטית.⁴⁵ ביקורת שונה נגד עניין קעדאן הושמעה מצדו השני של המתרס. לפי

⁴² ראו בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2006). בחודש אוגוסט 2007 פורסם כי מר קעדאן החל בבניית ביתו החדש ביישוב קציר לאחר ששנתיים עמל על תכנון הבית ועל הוצאת ההיתרים המתאימים. יואב שטרן "עדאל קעדאן החל לבנות את ביתו ביישוב קציר" הארץ 14.8.2007, 14.

⁴³ בית המשפט העליון שב והוכיח את המחויבות לעניין קעדאן בבג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 22.1.2007). באותו מקרה העלתה האגודה השיתופית את הטענה כי אין מקום למגורי ערבים בה משום רצונה לשמר את תרבותה היהודית החילונית. השופט ד' חשין ציין כי בנסיבות העניין החשש לחיי הקהילה שמעלים העותרים הוא תיאורטי וספקולטיבי. הוא עמד על החומרה היתרה הנודעת להבחנה על בסיס לאום. אכן, פסק השופט חשין, עניין קעדאן לא סתם את הגולל על יכולתם של יישובים מסוימים ליחד את המגורים בהם על בסיס הבחנות אלה, אך לשם הכרעה בעניין אין די בהשערות גרידא (פס' 7). זהו אשרור של הקביעה כי הקבוצה הלאומית היהודית בארץ אינה זקוקה להדרה משפטית של ערבים כדי לפעול ולפרוח.

⁴⁴ ראו, למשל, את אסופת המאמרים בכרך ו של כתב העת "משפט וממשל": רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו 25 (2001); חסן ג'בארין "ישראליות 'הצופה' פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל ו 53 (2001); יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית: האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו 87 (2001); אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל" משפט וממשל ו 109 (2001).

⁴⁵ על פי גישה זו, במדינה היהודית קיים שוני רלוונטי בין יהודים לערבים גם בתחום המגורים, והקמת יישובים המיועדים ליהודים בלבד בישראל עולה בקנה אחד עם המפעל הממלכתי הלאומי ואף מתחייבת ממנו. אחד הקולות הביקורתיים הבולטים בעניין זה הוא של רות גביון, שצייגה כי במדינה היהודית והדמוקרטית יש מקום להבחנות על בסיס השתייכות לאומית, וקידומן של אלה אינו עולה כדי הפליה פסולה. גביון כותבת כי "לכל אדם, יהודי וערבי כאחד, יש נטייה טבעית להתגורר עם בני קבוצתו וקהילתו הלשונית. אין זו נטייה המבוססת על הפליה או על הדרה אלא על נוחות טבעית של תחושת השתייכות. לא במקרה מתקיימים בארץ דפוסים של הפרדה

ביקורת זו, הייתה מדיניות האכלוס של המדינה מראשית ימיה מלווה בהפליה ובקיפוח של ערביי ישראל. והנה חוגג מר קעדאן, ערבי ישראלי, "ניצחון" לאור העובדה שמוטט את ההפרדה המשפטית שמנעה את כניסתו ליישוב יהודי, אך הוא נותן יד לקביעות משפטיות שתחולנה מכאן ולהבא ושאינן עוסקות בעבר, ובכך הוא מסייע להכשרת עשרות שנות הפליה קודמות.⁴⁶

ביקורות אלה מחטיאות לדעתי את ההבנה כי תוכנו של ערך השוויון אינו קבוע, והוא יכול להשתנות לאורך הדורות. פסק הדין בעניין קעדאן מדגים היטב כי גם ערך השוויון נתון להבניה חברתית המשתנה מזמן לזמן וממקום למקום. לא היה סיכוי ממשי שפסק דין כזה היה ניתן עשרות שנים קודם לכן, לאור הערכיות החוקתית השונה שהנחתה את החברה הישראלית. אין פירוש הדבר כי הגישה החוקתית ששררה בעבר הייתה שגויה. הקמת מדינתנו היהודית התאפשרה, בין השאר, על בסיס המאבק הלאומי על הקרקעות. במאבק זה היה כדי לבסס שוני רלוונטי בתחום המקרקעין בין יהודים לערבים בראשית ימיה של המדינה. אלא שישראל של שנות האלפיים אינה ישראל של שנות החמישים, והאיזון בין הערכים המתנגשים בתחום השוויון משתנה אף הוא לאורך השנים. כיום צו השעה של החוקתיות הישראלית אינו במאבק הלאומי על הקרקע, אלא ביצירת מסגרת יחסים נאותה בין התרבויות השונות המרכיבות את החברה שלנו. אם לא תטפל החברה הישראלית כראוי, בין השאר, בשסע היהודי-ערבי, ישלמו הכול מחיר כבד. מצב שבו כופה המדינה הפרדה משפטית בין יהודים לערבים רחוק מלשקף הסדרה נאותה של מערכת היחסים שבין הרוב היהודי למיעוט הערבי במדינה היהודית, ומכאן הגישה הבסיסית העולה מפסק הדין בעניין קעדאן. אין לראות

כמעט מוחלטת בין שכונות יהודיות לשכונות ערביות גם בערים מעורבות, ששם אין כל ניסיון משפטי למסד הפרדה" (רות גביון "הרהורים על המשמעות ועל ההשלכות של 'יהודית' בביטוי 'מדינה יהודית ודמוקרטית' דברים ושברי דברים – על יהדותה של מדינה דמוקרטית 107, 174 (אביעזר רביצקי וידידה צ' שטרן עורכים, 2007)). גביון טוענת כי נוחות טבעית ויחסים קבוצתיים-תרבותיים הם המוליכים להפרדה המרחבית בין יהודים לערבים במדינה. גישה זו אכן רלוונטית להפרדה החברתית שבין יהודים לערבים. ואולם, גם אם נניח כי מדובר בהפרדה שהיא תוצר של "נטייה טבעית", גביון מתעלמת מכך כי בעניין קעדאן לא נדונה "נוחות טבעית" כזו או אחרת. לפנינו ניצבת האפשרות שכוחו של המשפט יגויס כדי לכפות הפרדה, ובאופן משפטי, שהרי המטרה היא מניעה מיהודים שיבקשו למכור לערבים, את האפשרות לממש את רצונם – בגין זהותם התרבותית-הלאומית של הרוכשים או של השוכרים. זהו מקרה שונה לחלוטין. להרחבה ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 219–222. ראו, למשל, הדין אצל ג'בארין, לעיל ה"ש 44.

את פסק הדין בעניין קעדאן כמאמץ גישה אנטי-ציונית; נהפוך הוא. דעת הרוב השתיתה את עמדתה על בסיס הבנת עומק של המושג "מדינה יהודית ודמוקרטית". אין מדובר בפוסט-ציונות אלא בציונות של שנות האלפיים המחייבת התמודדות עם אתגרים שונים מאלה שעמם התמודדה הציונות של שנות החמישים של המאה שעברה. אתגר ההתמודדות עם השונות התרבותית של החברה הישראלית מחייב מתן מובן לערך השוויון המקשה במיוחד, ובצדק, על הפרדה משפטית כופה מצד המדינה, הפרדה המבחינה בין יהודים לאלה שאינם כאלה.

(ג) הצדקת גישת היסוד – שיקולים העוינים הדרה משפטית בדיוור מצד המדינה

הפרדה בדיוור היא תופעה מסוכנת ביותר בחברה הרב תרבותית. מגוון של השלכות שליליות נובע ממנה הן על חברי הקבוצות המופרדות והן על החברה בכללותה.⁴⁷ קשר הדוק קיים בין ההפרדה לבין ההפליה. הדברים מובנים מאליהם שעה שההפרדה היא תוצר ישיר של ההפליה ונגרמת בגינה.⁴⁸ הפליה היא אחת הסיבות העיקריות להיווצרותה של ההפרדה ולשמירתה. אולם הקשר שבין ההפרדה וההפליה הוא עמוק יותר. גם אם ההפרדה לא באה לעולם כתוצאה מהפליה,⁴⁹ יש בה כדי לעודד אותה. המציאות שבה המגע שבין הקבוצות הוא מגע סרגטיבי היא כר פורה לקידום של סטריאוטיפים ושל דעות קדומות. חברה רב תרבותית שלא תדע להתמודד כהלכה עם השלכות אלה, עלולה לשלם מחיר כבד שעלול להגיע לגילויי אלימות כבדים ולהתפוררות חברתית עד כדי פירוק מוחלט. הנה כי כן, הפרדה היא לעתים תוצר של הפליה, אך היא לעולם בגדר מנוע המייצר אותה. הדרה משפטית מחמת זהות תרבותית היא רעה חולה הפוגעת ומכרסמת ביסודותיה של החברה הרב תרבותית. היא עלולה להוביל לעיוות קשה בהקצאת משאבים באופן שבו יוזרמו משאבי יתר לאותם אזורים שבהם מתגוררות הקבוצות התרבותיות החזקות פוליטית, ומשאבי חסר יוזרמו לאזורים שבהם מתגוררות הקבוצות התרבותיות החלשות פוליטית.⁵⁰ קיפוח זה יקרין בתורו על

47 להרחבה בנושא זה ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 118–127.

48 לדיון בהפליה כאחת הסיבות העיקריות לקיומה של הפרדה בדיוור ראו שם, בעמ' 116–118.

49 למשל, בשל רצון של חברי קבוצה תרבותית לחיות יחד בסביבת מגורים שבה יוכלו לממש את מפעלם התרבותי (חרדים, איימיש, ילידים, מהגרים).

50 ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 118–121.

הזדמנויות חברתיות רבות ערך בתחום החינוך והתעסוקה שנגישותן לקבוצות המודרות תופחת.

להדרה עשויים להיות גילויים שונים. בעניין זה ניתן להפריד בין הדרה חברתית להדרה משפטית כופה. ההדרה החברתית יוצרת מה שאני מכנה בשם "גדרות חברתיות". מערכת יחסים טעונה בין הקבוצות התרבותיות המרכיבות את החברה עלולה להוביל לסרגרציה בדיוור גם ללא שימוש בכלים משפטיים. הפרדה זו קיימת בפועל אך אין היא הפרדה מלאה. לעומת זאת, קבוצות תרבותיות עשויות לבקש להגביר את ההפרדה ולהפוך אותה לכפויה משפטית. הן תוכלנה לבקש לעשות שימוש ב"חומות משפטיות".⁵¹ בנסיבות אלה ייעשה ניסיון לעשות שימוש בכלים משפטיים כדי למנוע מגורים של קבוצות מסוימות באזורי מגורים. ניתן יהיה לעשות שימוש לצורך זה בכלים משפטיים עצמאיים (תאגידי דיור, תניות עבירות, חוזים) ועל ידי גיוס המדינה כדי שהיא תבצע את ההדרה. השוני בין סוגי ההדרה מקרין גם על הנזקים שהיא גורמת. נזקיה של ההדרה הם רבים, וככל שההדרה קשה יותר, כך נזקיה חמורים יותר. לכן ברור שנוזקיה של ההפרדה המשפטית הכופה (חומות משפטיות) גבוהים יותר מאלה של ההפרדה החברתית (גדרות חברתיות). ההדרה הכופה מצמצמת יותר את הנגישות למקרקעין, שהם משאב חיוני אשר קיים אינטרס בסיסי בהבטחת הנגישות אליו. לנוכח האפקטיביות הרבה יותר של ההדרה היא מעצימה את הליכי ההפליה והניכור הנלווים לה. לצד הנזקים הכלליים הללו יש להוסיף את הנזק החמור הנלווה להדרה כופה מצד המדינה דווקא. כאשר המדינה מכשירה הפרדה משפטית כופה כלפי ערבים, היא מקרינה לחברה מסר הרסני מאין כמותו המכוון בראש ובראשונה ל-20% מתושביה, ולפיו הם אינם ראויים לגור לצד שכנים יהודים, רק בשל זהותם הלאומית. כשמסר זה מגיע מצד המדינה, הוא משמיע כי כך ראוי ונכון לכאורה, שכן המדינה אינה רשאית לכפות הפרדה משפטית אלא אם כן מדובר במהלך שנעשה כדין ובהתאם לדרישות השוויון. אם תאושר האפשרות הזו, המסר שלה הוא כי ראוי ליהודים להדיר משפטית ערבים ולכפות הפרדה משפטית בין שני הלאומים בתוך תחומי המדינה. תוצאת הדברים היא שהמדינה תתערב בהתנהלות החברתית של תושביה. כאשר יקום המקרה שבו יהיה מי שיבקש למכור דירה לערבי או להשכירה, תסכל אפשרות זו המדינה עצמה משום ש"חשוב" לכפות אכלוסם של יישובים שונים ביהודים בלבד, ו"חשוב" למנוע את האפשרות למגורי ערבים ויהודים יחדיו.

⁵¹ להבחנה בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות ולתוצאתה ראו שם, בעמ' 147-154.

על רקע זה המסקנה המתבקשת היא כי המבקשים להדיר הדרה משפטית כופה צריכים לעמוד בנטל מוגבר. ההדרה אמורה לשרת יעד לגיטימי, שאחרת לא יתקיים שוני רלוונטי שבכוחו להצדיק אותה, ועל כן החומות המשפטיות שתבקש המדינה לבנות לא תעמודנה במבחן הראשון של עניין מילר⁵² ותימצאנה מפלות ופסולות. תמונת הדברים הופכת מורכבת יותר כאשר תכלית ההפרדה המשפטית שהמדינה מקדמת יכול שתיתפש כלגיטימית.⁵³ אלא שאסור לשכוח שגם אם כוונת המדינה טובות, הנזקים שבהפרדה המשפטית עלולים להיות כבדים, במיוחד כשהמפרידה, ובכפייה, היא המדינה עצמה. לכן כאשר מבקשת המדינה לעשות שימוש בכוחה מתוך הבחנות על בסיס השתייכות לקבוצה תרבותית, עליה להיתקל בביקורת שיפוטית מחמירה שתדרוש ממנה להצדיק את מדיניותה. כדי שתוכל המדינה לעמוד בנטל הכבד המוטל עליה להצדיק את בנייתן של חומות משפטיות, יש לבחון את עוצמת הצידוק שהיא מציעה להפרדה. ככל שעוצמתו תהיה גדולה יותר, כך תתחזק ההצדקה לצעד המפריד. ככל שהצידוק כבד משקל דיו, עשוי לקום שוני רלוונטי בין הקבוצה וחבריה למי שאינו חבר הקבוצה. עם זאת, אין בכך משום סוף פסוק. בהתאם לשיטת האיזון, עדיין יש לבחון אם ההתחשבות בצידוק, קרי: בשוני הרלוונטי, מוצדקת בנסיבות העניין, ואם נעשה איזון נאות בינו ובין שאר השיקולים העומדים על הפרק. בהקשר זה יש לבחון אם השימוש בכלי של החומה המשפטית מצד המדינה חיוני והכרחי. האין אפשרות כי ניתן לממש את הצידוק ללא צורך בסגירה שכזו העלולה להסב נזקים למכביר? גם אם הגענו למסקנה כי מוצדק לסגור אזור גיאוגרפי, על הסגירה להיות מידתית. אין הצדקה לשלול לחלוטין מגורים של בני קבוצות תרבותיות אחרות בתוכו. לא ברור מדוע אי אפשר להסתפק בהפרדה חלקית, ומדוע החומה המשפטית צריכה לחסום כל מגע עם הסביבה. על רקע מכלול שיקולים זה, הגיעה העת לבחון את השאלות העומדות במרכז המאמר – יכולתה של המדינה להדיר (במישרין ובעקיפין) מחמת שיקולים ביטחוניים.

⁵² לעיל ה"ש 11.

⁵³ בית המשפט העליון הכיר בכמה הזדמנויות בהדרה לגיטימית מצד המדינה. כך, למשל, בבג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978) הוכרה כלגיטימית הדרה של לא יהודים ממגורים ברובע היהודי המשוקם בעיר העתיקה בירושלים. כן הכיר בית המשפט העליון בלגיטימיות הקצאת קרקע מטעם המדינה לחרדים (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000)) ולבדואים (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989)). לדיון ביקורתי במתן ההכשרה לשתי ההדרות האחרונות ראו ספרי, לעיל ה"ש*, בעמ' 233–244, 246–252.

ג. השיקול הביטחוני והדרה

1. השיקול הביטחוני והדרה ישירה

קיומו של איום ביטחוני על מדינת ישראל הוא בגדר מציאות מצערת המלווה את המדינה מראשיתה ועד היום. קשר הדוק קיים בין ביטחון המדינה לפיזור האוכלוסין בתחומיה. על רקע זה ניתן להבין את המשקל הנכבד שתפסה מערכת הביטחון במפעל ההתיישבות במדינה, ובדברי ימי המדינה קיים קשר הדוק בין ההתיישבות בארץ לביטחונה. כבר בימיה הראשונים הפעיל פיקוד הנח"ל גדודים מרחביים שכללו היאחזויות שונות ומחלקות שפעלו בקיבוצים.⁵⁴ בשנת 1949, כאשר גבר זרם העולים ארצה, העמיד צה"ל לרשות הסוכנות היהודית כמה מחנות צבאיים לשם שיכון העולים, ומספרם של אלה עלה והגיע כדי 50 מחנות. רבים מהם הפכו מאוחר יותר למעברות.⁵⁵ רוב היישובים בפריפריה בראשית מלחמת העצמאות היו קיבוצים. קיבוצים אלה היו מטרות ברורות לתקיפה של לוחמים ערבים סדירים ובלתי סדירים. הקרבות שנוהלו סביבם הפכו את מקומם של יישובי הספר הללו למרכזי, ואותם לבעלי חשיבות אסטרטגית ביטחונית כבירה. בן-גוריון הוא שציין כי ללא עמידת היישובים במערכה קשה להעריך כיצד הייתה מדינת ישראל, שרק נוסדה, עומדת על רגליה.⁵⁶ גם הקיבוצים ראו את עצמם מחויבים לביטחון הספר על ידי שיתוף פעולה עם צה"ל.⁵⁷ מראשית שנות החמישים נשמר הקשר שבין הביטחון להתיישבות באמצעות הנח"ל, וגרעיני תנועות הנוער שהתארגנו בגדרו הקימו קיבוצים חדשים מתוך מטרה לקדם, בין השאר, יעדים ביטחוניים.⁵⁸

עד מלחמת ששת הימים רוכזו מאמצים ביישוב רצועות הספר לאורך הגבולות, ומפעל התיישבות זה היה חלק ממערך ההגנה המרחבית של המדינה. המטרה הייתה ליצור נוכחות, לשמור על ריבונות המדינה ולאבטח את הגבולות מפני איום של פלישה צבאית ומפני פלישת מסתננים ופדאיונים. ההתיישבות האזרחית בספר הייתה חלק בלתי נפרד מהמערך הצבאי. בעיקר בשנות החמישים פעלה במטה הכללי של צה"ל

54 עמירם אורן ורפי רגב ארץ בחאקי: קרקע וביטחון בישראל 40 (2008).

55 שם, בעמ' 346.

56 זאב דרורי "התנועה הקיבוצית כאליטה מגויסת" הקיבוץ – מאה השנים הראשונות, 81,

82 (אביבה חלמיש וצבי צמרת עורכים, 2010).

57 שם, בעמ' 87.

58 ארנון גולן "תרומת התנועה הקיבוצית ליצירת המערך ההתיישבותי" הקיבוץ, לעיל ה"ש

56, 51, בעמ' 59-62.

לשכת התיישבות. הצבא עמד בקשר ישיר עם קק"ל ועם תנועות ההתיישבות לשם יצירת פעולה התיישבותית מתואמת עמו. יישובים שונים הוקמו בתיאום עם מוסדות מיישבים, ולעתים המטכ"ל אף התערב בקביעת חברי הגרעין המייסד של היישובים. יישובים רבים הוקמו בעיקר לאורכם של קווי העימות ושבתת הנשק עם לבנון ועם סוריה, בספר הפנימי בגליל, בגבול הירדן, בפרוודור ירושלים, בגבול מצרים, בפנים הנגב ועוד. כיום השתנו פני הדברים במידה רבה, וצורכי הצבא מתנגשים עם אלה של האוכלוסייה האזרחית⁵⁹ בשל העובדה כי הצבא חולש על שטחי קרקע נרחבים בסמוך לריכוזי אוכלוסייה ובתוכם. צו השעה הנוכחי הפך להיות פינוי הבסיסים הצבאיים כדי לאפשר שימוש אזרחי בקרקע יקרת הערך שהם יושבים עליה.⁶⁰

הנה כי כן, בעבר היה קשר הדוק בין הקמת יישובים חדשים ואכלוסם ביהודים לבין השגתם של יעדים ביטחוניים לאומיים. האם ניתן היום למנוע – בשל צרכים ביטחוניים – מתושבים ומאזרחים ערבים להתגורר ביישובים המצויים ליד קווי גבול וליד קווי התפר? יש העונים על השאלה בחיוב. ברוח זו התבטא, למשל, נשיא בית המשפט העליון (בדימ') לנדוי במאמר שפרסם לאחר מתן פסק הדין בעניין קעדאן. הוא ציין כי ליישוב קציר, היושב בוואדי ערה, תוכנן תפקיד ביטחוני מיוחד, ויושבו קיבלו על עצמם למלא תפקיד זה שאינו מתאים לאזרח ערבי, יהיה יחסו האישי למדינה נאמן ככל שיהיה.⁶¹ האם גישה זו ראויה? אציין כי גם לפיה ודאי שאין למנוע מגורים ביישובים אלה של אותם ערבים, בדואים ודרוזים שמשרתים בצה"ל. אכן, רוב ערביי ישראל אינם משרתים בצבא, בעוד שרוב יהודי המדינה משרתים בצבא (אם כי בשיעור קטן והולך). עם זאת נמצאים לא יהודים המשרתים בצבא, ועל כן גם לגישתו של הנשיא לנדוי (שאני מתנגד לה לגופה) אין אפשרות להדרה מוחלטת, שהרי מי שכשיר לשרת בצבא ודאי כשיר ליטול על עצמו לקדם יעדים ביטחוניים בבחירת מקום מגוריו. גם פרופ' יפה זילברשץ מציגה את השיקול הביטחוני כמצדיק לעתים הדרה של הציבור הערבי מאזורים גיאוגרפיים נתונים, בעיקר מאזורים הסמוכים לקווי העימות של ישראל עם שכנותיה. עם זאת היא קוראת לצמצם את השימוש בשיקול זה ולהחילו רק אם מגורי ערבים ביישוב נתון יוליכו לפגיעה של ממש בערכי הביטחון ברמה של

59 אורן ורגב, לעיל ה"ש 54, בעמ' 347.

60 שם, בעמ' 370.

61 משה לנדוי "על ציונות בימינו" ספר שמגר – מאמרים חלק ג 837, 843 (2003).

ודאות קרובה, ואין היא מסכימה להסתפק בחשש ערטילאי. כך, למשל, בניגוד לנשיא לנדוי, פרופ' זילברשץ אינה סבורה שנשקפה סכנה שכזו בעניין בני הזוג קעדאן.⁶²

לדעתי, אין מקום לגישה המאפשרת למדינה לנקוט הדרה משפטית מכוונת משיקולי ביטחון כלפי האוכלוסייה הערבית ולמנוע ממנה מגורים באזורי ספר או עימות ביישובים חדשים שהמדינה מקימה או ביישובים קיימים. הכרה בשוני רלוונטי בין ערבים ליהודים בעניין זה תוצאתה תיוג של קבוצה תרבותית שלמה ככזו שנאמנותה למדינה מוטלת בספק. די בהיותך ערבי כדי שתיחשב סיכון ביטחוני. העובדה כי תיוג זה נעשה על ידי המדינה, קשה במיוחד שכן היא מצרפת לתיוג מחשיד זה מסר של לגיטימיות ממלכתית. המדינה עצמה מציינת כי ערביי ישראל, ככאלה, מוחזקים כבלתי נאמנים וכמסוכנים לשלמותה. זהו מסר הרסני ביותר מצד מי שמחויב להגיונות ולשוויון. כיצד ניתן לכונן מפעל חברתי משותף במדינה שאומרת מראש וללא בדיקה פרטנית כי 20% מתושביה חשודים בסיכון ביטחוני מעצם זהותם התרבותית? בכל הכבוד, נראה לי כי מסר כזה אינו ניתן להצדקה כלשהי. סיכון לביטחונה של המדינה עלול להתקיים גם מצד מי שאינם ערבים. תוך שנים לא רבות נגיע כנראה למציאות שבה מחצית ממחזורי הכשירים להתגייס לצבא לא יתגייסו אליו. האם כל מי שאינו מתגייס לצבא ושאינו ערבי, מסוגל לקדם את יעדי הביטחון במגורים ביישובים באזורי הספר? התשובה השלילית מתבקשת. גם אם נניח כי קיים שוני רלוונטי בין מי שהם ערבים ובין אלה שאינם כאלה, מפאת הסכסוך הקיים בין המדינה לבין שכנותיה, לא נראה לי שהתחשבות בשיקול זה לשם הדרה של תושבים ערבים תעמוד בדרישת המידתיות שהמדינה כפופה אליה. כאמור, לשם עמידה בדרישת השוויון אין די להצביע על כך שקיים שוני רלוונטי, אלא יש להראות שההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין.⁶³ לדעתי, שוני זה אין בכוחו להצדיק הדרה של תושבים ואזרחים ערבים מאזורי מגורים. ניתן להשיג את המטרה הביטחונית באמצעי פוגע פחות, למשל על ידי עידוד מגורים של משרתים בצבא באמצעות מתן הנחות בחכירה של אדמות המדינה ביישובי ספר ובאזורי קו עימות, במקום למנוע מערבים ומאלה שאינם משרתים בצבא לגור במקום.

עניין זה מראה כיצד יכולים הערכים החוקתיים להשתנות לאורך הדורות, וכיצד המובן שנותנת החברה לערך השוויון יכול שישתנה מזמן לזמן וממקום למקום. המציאות שהייתה יפה לפני כמה עשורים השתנתה. כך, בעניין בורקאן הצדיק השופט

⁶² לעיל ה"ש 44, בעמ' 91.

⁶³ ראו לעיל בחלק ב.1.

חיים כהן את ההגבלה של המגורים במקום ליוצאי צבא "משיקולים ביטחוניים פשוטים"⁶⁴ שאינם מצריכים ביאור מעמיק, אך המציאות המשפטית בימינו שונה. דברים ברורים בהקשר זה ניתן למצוא גם בפסק דינו של השופט קדמי בעניין קעדאן. השופט קדמי ציין כי עקרון השוויון יכול שיידרש להיות מאוזן עם אינטרס הציבור – ובגדרו אינטרס הביטחון הלאומי. בנסיבות שבהן יש לכך הצדקה יכול אינטרס הביטחון הלאומי לגרום לנסיגתו של עקרון השוויון בהתחשב בתכלית הקמתו של היישוב או במיקומו על קרקע המדינה.⁶⁵ עם זאת הוסיף השופט קדמי וקבע כי אינטרס הביטחון הלאומי היה חזק במיוחד בימיה הראשונים של המדינה. אלא שעם חלוף השנים "ככל שהמדינה התפתחה והסיכונים שעמדו על דרך ביסוסה כמדינה יהודית ודמוקרטית איבדו מכוחם, כך הלך והצטמצם הפתח [להשתמש באיזון זה]. כיום ממדיו של הפתח צרים ומצומצמים ביותר, ואיזון כאמור יתחייב בנסיבות נדירות בלבד".⁶⁶ בעניין קעדאן עצמו גילה בית המשפט חשדנות כלפי הטענות הביטחוני. לנוכח הטענות שלפיהן התושבים הערבים יתקשו בשמירה במקום, ציין בית המשפט כי ביישוב סמוך הקצתה המדינה קרקעות גם לערבים ללא כל הישענות על הנימוק הביטחוני, ועל כן נמצא בנסיבות העניין כי אין בנימוק זה ממש.⁶⁷ כלומר, הנכונות החוקתית היום לקבל את העמדה המאפשרת שימוש בטענות הביטחוני לשם הדרת ערבים הצטמצמה ביותר. לדעתי, וברוח הניתוח שערכתי כאן, גם את הפתח הצר שהשופט קדמי היה נכון להותיר בעניין זה, יש לסגור.

2. שיקול השמירה על הסדר הציבורי כמצדיק הדרה ישירה?

מערכת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות הפועלות בישראל היא עכורה. האיומים אינם מתמצים בסיכונים על רקע פיגועים ביטחוניים. החיכוכים בין הקבוצות התרבותיות הפועלות כאן עלולים להוביל לעתים אף לגילויי אלימות. האין בקיומה של הפרדה משפטית כופה מטעם המדינה כדי לתרום למערכת יחסים טובה יותר ביניהן? האם יש לפיכך בכוחם של טעמים שבשמירה על הסדר הציבורי להצדיק בנייתן של חומות משפטיות מפרידות? יש העונים על כך בחיוב:

64 עניין בורקאן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 805.

65 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 287.

66 שם.

67 שם, בעמ' 278.

כאשר מדובר בהגבלת הזכות למגורים משיקולי הסדר הציבורי ישנן נסיבות שבהן לשייכות לקבוצה אתנית-לאומית בקרב האוכלוסייה יכולה להיות השפעה על ההחלטה להגביל מגורים. אם במדינה מסוימת שורר מתח בין קבוצות אוכלוסייה שונות, הרי שמגורים משותפים עלולים להוביל לפגיעה בסדר הציבורי ועל-כן יש מקום להגביל אותם. בנסיבות כאלה ייתכן שמגורי בני-מיעוטים בקרב אוכלוסיית הרוב, או לחלופין, מגורי אנשים השייכים לרוב בקרב אוכלוסיית המיעוטים עלולים לשמש איום על הסדר הציבורי. במקרה כזה יש מקום לקבל את תביעת הרוב, כמו גם את זו של תביעת המיעוט לבדלנות במגורים.⁶⁸

תשובתי, לעומת זאת, שלילית, וסבורני שיש לדחות גישה זו מכול וכול.

מעניין לציין שמהבחינה ההיסטורית טעם זה הוא שעמד ביסוד דעת הרוב של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Plessy v. Ferguson*,⁶⁹ שבו אושרה באופן זכור לשמצה חוקתיותם של חוקי ה"נפרד אך שווה" במדינות הדרום שבארצות הברית. באותו עניין קיבל בית המשפט את עמדת מדינות הדרום שגרסו כי הפרדה בין שחורים ללבנים נדרשת, בין השאר, מטעמים של שמירה על הסדר הציבורי, ושלוש הציבור עלול להיפגע אם לא תתקיים הפרדה. גישה זו ראויה הייתה לדחייה אז, והיא ראויה לדחייה גם היום. הסיבה העיקרית לכך היא שגישה זו מתגמלת את האלימות ואת ההפליה. הזכות לתרבות אינה כוללת לגיטימציה לגילויי אלימות, ואלה חייבים להימצא מחוץ לתחום הנורמטיבי, בין שהם באים מקבוצת הרוב ובין שמקורם בקבוצת המיעוט. גילויי האלימות הם תוצר של ניכור ושל הפליה. ההפרדה מעודדת את הניכור, את ההפליה ואת האלימות. לכן אם בגין גילויי האלימות תכיר המדינה בלגיטימיות של ההפרדה, היא תיתן גמול לאלימים. היא תכיר בלגיטימיות שבנקיטת צעדים אלימים לשם השגת יעדים חברתיים. הגישה צריכה להיות הפוכה. יש לטפל באלימות במלוא החומרה ולא להצדיק בגינה סגירה, שבתורה תעצים גילויי אלימות נוספים. ניתן להצביע על דוגמאות למדינות רב תרבותיות שבהן ניחנים היחסים בין הקבוצות התרבותיות השונות בכבוד הדדי וניתנים לאפיון כיחסים טובים ללא בניית חומות כאלה.⁷⁰ יחסים אלה מתקיימים ללא מדיניות מפרידה מצד המדינה. הפתרון לאלימות

⁶⁸ זילברשץ, לעיל ה"ש 44, בעמ' 91.

⁶⁹ 163 U.S. 537 (1896).

⁷⁰ אלה הם פני הדברים בראש ובראשונה בקנדה ובאוסטרליה. ראו לעניין זה WILL KYMLICKA, FINDING OUR WAY: RETHINKING ETHNOCULTURAL RELATIONS IN

ולשמירה על הסדר הציבורי אינו טמון לפיכך בהפרדה, אלא בשאיפה לביסוס גשר של הידברות.

3. השיקול הביטחוני והדרה עקיפה – קריטריון השירות הצבאי

בחלק הקודם בחנתי את האפשרות שהמדינה תנקוט מדיניות מכוונת שמטרתה להדיר את התושבים הערבים ממגורים באזורים נתונים משיקולים ביטחוניים, והבעת התנגדות לאפשרות זו. עם זאת, המדינה עשויה לבקש להשיג יעדים ביטחוניים על ידי הקמת יישובים למשרתים בצבא. היא עשויה לבקש לעשות שימוש באמת המידה של השירות הצבאי לשם הסדרת היכולת לגור במקומות נתונים. אם שימוש באמת מידה זו נועד לשמש כסות לרצון להדיר ערבים, כי אז הניתוח שנערך לעיל עומד על מכונו. ואולם מה הדין מקום שבו מדובר במהלך שנועד לקדם את טובתה של האוכלוסייה המשרתת? כאן מתעוררת השאלה אם מתקיימת הפליה ישירה בין המשרתים בצבא לאלה שאינם משרתים. בכל הנוגע ליחסי יהודים-ערבים אין לפנינו הפליה מכוונת, אולם מתעורר אפקט מפלה, שכן מדיניות זו תצמצם את סיכוייהם של אלה שאינם משרתים בצבא, ובהם ערבים וחרדים, להשתלב בתכניות מגורים. על רקע זה מדובר בקריטריון נפיץ העלול להוביל להפליה תוצאתית בין קבוצות תרבותיות שונות הפועלות בחברה הישראלית, ויש לגשת לבחינת הלגיטימיות שלו במלוא הזהירות. האם שימוש בקריטריון זה יפר לפיכך את המחויבות המוטלת על המדינה להימנע מהפליה?

כאשר עומד על הפרק חשש להפליה תוצאתית, אין די בקיומו של האפקט המפלה כדי לפסול את המהלך של המדינה. יש לבחון אם קיים צידוק לאפקט המפלה. צריך לבדוק אם היחס בין התכלית שמבקשת המדינה לקדם לבין האפקט המפלה שהיא יוצרת הוא ראוי ומידתי.⁷¹ על רקע זה ברור כי ככל שהאפקט המדיר גדול יותר, יהיה הנטל להצדיקו כבד יותר. לפיכך יהיה מקום להבחין בין שימוש בתנאי הצבאי כתנאי סף למגורים במקום מסוים לבין השימוש בתנאי זה כמאפשר קבלת הקלות והטבות בתחום הדיוור. מחד גיסא, כאשר השירות הצבאי הוא תנאי סף לצורכי מגורים, האפקט המדיר שלו הוא המרבי. קשה יהיה להצדיק אפקט כזה אלא אם כן מדובר בהליך שנועד

71 (1998) Canada 21. מובן שגם במדינות אלה עלולים היחסים לסבול מגילויי חיכוך וניכור, אך עדיין לרוב נעדרת בהן אלימות ממערכת היחסים הבין קבוצתית. ראו לעיל, פרק ב(1).

לשרת צרכים צבאיים ישירים של המדינה. מאידך גיסא, מתן הטבות בתחום הדיור ליוצאי צבא שאינו עולה כדי תנאי סף, ניתן להצדקה בקלות רבה יותר לנוכח המציאות המצערת שבה שיעור המתגייסים לצבא מקרב האוכלוסייה הכללית מצוי במגמת ירידה. שיטת האיזון רלוונטית, כמובן, גם לבחינת הטענה כי קיימת הפליה ישירה בין המשרתים בצבא לאלה שאינם משרתים בו. גם אם קיים שוני רלוונטי בין שתי הקבוצות, וראוי לתגמל את המשרתים בצבא, עדיין יש לבחון את עוצמת ההתחשבות בשיקולים אלה. התחשבות המובילה להדרה מלאה של לא-משרתים קשה יותר להצדיק מאשר מתן הטבות והנחות המקלות עליהם את הנגישות למקרקעין, אך בה בעת אינן שוללות את הזדמנויות הדיור מאחרים.

השימוש באמת מידה של שירות צבאי להסדרת מגורים עשוי להיחשב לגיטימי שעה שהוא נועד לענות על צרכים מבצעיים צבאיים אמתיים. כך, למשל, כשנערכה מדינת ישראל לנסיגת כוחות צה"ל מסיני, נקבעה מטרה לעודד אנשי צבא, אזרחים עובדי צה"ל ועובדי מערכת הביטחון להתיישב ביישובים עירוניים או כפריים בנגב, וניתנה עדיפות למצפה רמון, לירוחם ולאילת.⁷² כיום, שעה שתכנית הקמת עיר הבה"דים בנגב קורמת עור וגידים, ברור כי יצטרפו לאכלס משפחות של חיילי הצבא באזור, ולכן יקום צורך לבנות שכונות מגורים לאנשי הצבא בסמוך לערי הנגב ובתוכן.⁷³ שימוש באמת המידה של השירות הצבאי, ואפילו כתנאי סף לאכלוס המדיר הדרה מלאה את הלא-משרתים, ייחשב לגיטימי בנסיבות אלה. ביטוי ללגיטימיות של שיקול השירות הצבאי לצורכי מגורים מצוי בתקנה 25(24) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג – 1993, הקובעת כי מינהל מקרקעי ישראל רשאי לפטור ממכרז "הענקת זכויות במקרקעין למי שמשרתים בכוחות הבטחון או עבורם, במסגרת מיזם של בניית שכונת מגורים המתבצעת ביוזמת צבא הגנה לישראל ובאישור שר הבטחון".⁷⁴ עם זאת, מידת הלגיטימיות של השימוש באמת מידה זו היא תלויה נסיבות.

כאשר קם צורך צבאי להקים שכונה למשרתים בצבא, מובן שמדובר בשיקול לגיטימי. אלא שהמציאות בישראל מורכבת יותר. ראו למשל את הפרסומים על אודות שכונת "גבעת ברק" בנצרת עילית. על פי הפרסומים, מיועדות היו להיבנות בשכונה זו 80 יחידות דיור צמודות קרקע. במקור תוכננה השכונה, שהוקמה על אדמות בניהול

⁷² אורן ורגב, לעיל ה"ש 54, בעמ' 106.

⁷³ שם, בעמ' 183.

⁷⁴ חשוב להדגיש כי גם תקנה זו כפופה לתקנה 1 בתקנות הקובעת כי ככלל עדיפה אפשרות המכרז הפומבי גם מקום שבו ניתן להתקשר בפטור ממכרז.

המינהל, להיות משווקת לציבור הכללי. באפשרות להתגורר במקום התעניינו ערבים רבים תושבי העיר הסמוכה נצרת, שבה קיימת מצוקת דיוור ניכרת. והנה, לאחר פרק זמן הוחלט לייעד את השכונה לאנשי צבא.⁷⁵ האם מדובר בשימוש לגיטימי בשיקול האמור? נראה כי במקרה זה לא היה הצבא מעורב בתכנון השכונה. בלי לקבוע מסמרות בדבר, נראה שלפנינו דוגמה לניצול לרעה של שיקול השירות הצבאי כדי לצמצם את "הסיכון" לכניסת דיירים ערבים לשכונה. קשה למצוא צורך ביטחוני כלשהו שפעולה זו עונה עליו. אם אכן שיקול השירות הצבאי הוא כסות, דין הייעוד של השכונה לאנשי צבא להיפסל. ואולם גם אם יבוסס הטעון שהשיקול הוא ענייני ואכן נועד לענות על צורך צבאי, עדיין יהיה על המינהל להראות כי הייתה התחשבות ראויה בשאלת מצוקת הדיוור של האוכלוסייה הערבית והכללית באזור, שאם לא כן, תימצא פעולת המינהל בלתי סבירה ובלתי מידתית ולכן נעשתה שלא כדין.⁷⁶

אציג דוגמה נוספת. בעיתונות פורסם כי המדינה משווקת 100 מגרשים בעכו לאנשי כוחות הביטחון. מדובר בפרויקט "נאות ים", שבו נוטלים חלק המשרד לפיתוח הנגב והגליל, משרד הבינוי והשיכון, משרד האוצר וצה"ל. במבצע ישווקו המגרשים במחירים אטרקטיביים מאחר שעכו נקבעה על ידי ממשלת ישראל כיעד לאומי מועדף להרחבת הבנייה והפיתוח. מנכ"לית המשרד לפיתוח הנגב והגליל הגדירה את מבצע האכלוס כחשוב לשם משיכת אוכלוסיות צעירות ואיכותיות למקום.⁷⁷ הנה כי כן, דבריה של מנכ"לית המשרד, כפי שדווחו בעיתון, מעוררים חשש כבד כי המטרה העומדת בבסיס הקמתה של השכונה אינה קשורה קשר הדוק אמתי לצרכים ביטחוניים. לדעתי, הנטל להצדיק את כינון של החומות המשפטיות מוטל על המבקש לכונן. לכן על מקימי השכונה להוכיח באופן ראוי ומובהק כי אכן צרכים ביטחוניים הם העומדים בבסיס ההקמה, ואם לא יעמדו בנטל זה, לא יהיה ראוי מהבחינה המשפטית לאפשר שימוש בשיקול זה לשם אכלוס המקום.

⁷⁵ אבי שמול "גבעת ברק בנצרת עילית: ערביי נצרת התעניינו, אנשי צבא קבע רכשו" הארץ נדל"ן 9.9.2002, 2.

⁷⁶ לאחרונה דווח כי גם בנצרת פורסם מכרז על ידי מינהל מקרקעי ישראל ומשרד השיכון, שהציב שירות בכוחות הביטחון כתנאי סף. בגין כך הוגשה עתירה נגד המכרז, ובה נטען כי תנאי הסף מנוגד לחובה ליתן הזדמנות שווה לכלל תושבי העיר להשתתף במכרז, במיוחד לנוכח מצוקת הדיוור החריפה במקום. נמרוד בוסו "תנאי סף למכרז שפירסם המינהל בנצרת: שירות בכוחות הביטחון" TheMarker 15.11.2012, 28.

⁷⁷ מוטי בסוק "המדינה משווקת 100 מגרשים בעכו לאנשי כוחות הביטחון" TheMarker 13.3.2006, 14.

ככל שהצבא אינו קשור לשימוש באמת המידה של השירות הצבאי לצורכי אכלוס, כך יהיה קשה עוד יותר להצדיק את השימוש בו, וודאי שאלה הם פני הדברים כאשר מדובר בתנאי סף למגורים. ראו, לדוגמה, את בג"ץ 3114/01 כחיל נ' משרד הבינוי והשיכון.⁷⁸ העתירה תקפה פרויקט בנייה שנערך בחסותם של משרד הבינוי והשיכון, מינהל מקרקעי ישראל והחברה לפיתוח אזור לוד ורמלה בע"מ (חברת לור"ם). הפרויקט, שנודע בשם "מעוז העיר", הוגדר כפרויקט ייחודי לחיילים משוחררים עד גיל 35. נעשה אפוא שימוש באמת המידה של השירות הצבאי כך שהלכה למעשה נמנע מרוב ערביי הסביבה לרכוש יחידות דיור בפרויקט. עוד יש לציין כי במקום פעלה ועדת חריגים שבחנה אם לאפשר לאלה שלא שירתו בצבא לרכוש יחידת דיור במקום בכל זאת. קשה לראות טעם ביטחוני המצדיק את המגבלה האמורה. ועדת החריגים, שנראה כי הכשירה באופן נמרץ רכישת יחידות דיור על ידי יהודים שלא שירתו בצבא, רק המחישה את המלאכותיות שבשימוש בקריטריון האמור בנסיבות העניין, ובכך גדל החשד כי מטרתה האמתית של אמת המידה היא הדרת ערבים. ואכן, פרקליטות המדינה הגיעה למסקנה כי אין סיכוי שמגבלה זו תעמוד במבחן הביקורת השיפוטית, ומתכנני הפרויקט נאלצו לסגת בהם מהשימוש המקורי באמת המידה כבתנאי סף.⁷⁹

לדעתי, לא ניתן להצדיק בדרך כלל את השימוש בשירות הצבאי כתנאי סף למגורים המדיר הדרה מלאה שעה שאין עומד על הפרק יעד צבאי שיש להגשימו. צעד כזה צריך שיסווג כבלתי מידתי. עם זאת, אפשר בהחלט לשקול מתן הטבות כלכליות, המעודדות את המשרתים בצבא לרכוש דירות בפרויקט כזה או אחר. כאן חשוב לזכור שהמשרתים בצבא תורמים לאינטרס הציבורי ללא תגמול כלכלי ריאלי במהלך שנות שירותם, ועל כן לגיטימי בהחלט לבקש לפצותם ולתגמלם, לאור החשיבות שמייחסת החברה שלנו לשירות הצבאי. אלא שגם עידוד שכזה כפוף לדרישות של סבירות ושל מידתיות. האיזון האמור הוא תלוי נסיבות. כך למשל ציין הנשיא (בדימ') ברק בבג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון:⁸⁰

⁷⁸ (פורסם באר"ש, 25.6.2001).

⁷⁹ הם החליטו להמיר את תנאי הסף במתן הטבות כלכליות למשרתים בצבא, באופן שהווילו את עלויות הרכישה ליוצאי הצבא אך לא מנעו מאלה שלא שירתו בצבא לרכוש דירה בפרויקט. בגין העדפה זו הוגשה עתירה לבית המשפט העליון (בג"ץ 4150/02 דביט נ' משרד הבינוי והשיכון) שנמחקה בהסכמה בשנת 2004.

⁸⁰ פס' 9 (פורסם נבנו, 13.12.2006).

אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות הבאה להיטיב כלכלית עם המשרתים בצבא ובשירות לאומי הינה תמיד מדיניות מפלה. אף אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות מעין זו היא תמיד חוקית. ההכרעה בשאלה זו תיקבע על-פי הוראותיו ותכליותיו של ההסדר הספציפי בו מדובר. זאת ועוד, גם כאשר קריטריון השירות הצבאי הינו קריטריון רלוונטי, יש להפעילו בסבירות ובמידתיות. יש ליתן לשיקול זה את משקלו הראוי בהתחשב, בין השאר, בתכליותיו הנוספות של ההסדר בו מדובר.

באותה פרשה נדון סיוע כלכלי שנתן משרד הבינוי והשיכון למחפשי דיוור, בעשותו שימוש בשיקול של שירות צבאי, אך הגישה הבסיסית יפה באופן כללי לשימוש בשיקול זה. הד לגישת יסוד זו ניתן למצוא כיום בסעיף 20 לחוק שירות המילואים, התשס"ח-2008, הרואה בהתחשבות בשירות מילואים לשם מתן הטבות הבחנה מותרת, ובלבד שהיא "סבירה ומידתית". הנה כי כן, כאשר מדובר בהטבה הניתנת למשרתים בצבא או לחיילי המילואים, הדגש במידה רבה הוא בשאלה אם מדובר בהטבה מידתית.

בישראל של שנות האלפיים המציאות המצערת היא שהשירות הצבאי אינו עוד נחלת חוגים כה רחבים של החברה הישראלית. נטל השירות הצבאי מונח על כתפיהם של חלקים קטנים והולכים של האוכלוסייה. במציאות זו יש להרחיב את היכולת לתגמל את המשרתים בצבא, לא רק בגין חסרון הכיס הנגרם להם בשנות השירות בהשוואה למקורות הכנסה חלופיים, אלא גם לאור הרצון לעודד את אלה התורמים למדינה ולביטחונה. תרומה זו מצדיקה תגמול מבחינה ערכית, ולא רק נוכח חסרון כיס כלכלי – כך ביחס לשירות הצבאי וכך ביחס לשירות הלאומי. לאחרונה אישר היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין, את חוקיות "הכללת הקריטריון בדבר שירות צבאי או לאומי כאחד הקריטריונים לקבלת הטבה במסגרת פרויקטים לדיוור בהישג יד".⁸¹ לעניות דעתי מדובר בהחלטה נאותה. מדובר בקריטריון אחד מני כמה שאינו תנאי סף לזכאות והוא מתגמל את אלה שתורמים לחברה בשירותם הצבאי או הלאומי בעידן שבו אין מדובר בתרומה המובנת מאליה. יחד עם זאת, במקרים שבהם השימוש בקריטריון הנו לגיטימי יש לעשות בו שימוש מידתי וראוי. חשוב לציין כי קשה יהיה להלום את ההיתר להשתמש בקריטריון כאשר חולפות שנים הרבה מאז שירת מקבל

⁸¹ רנית נחום-הלוי וצבי זרחיה "משרד המשפטים: אין מניעה להעניק עדיפות ליוצאי צבא בדיוור בר-השגה" *TheMarker* 12.1.2012, 25.

התגמול בצבא או בשירות הלאומי. לגיטימיות השיקול גדלה ככל שהוא מיושם בפרק זמן קרוב יותר לשירות הצבאי עצמו.

אמת מידה זו אינה תמיד פשוטה ליישום. דוגמה למורכבות השימוש בשירות הצבאי לשם תגמול יוצאי צבא בתחום הדיור ניתן למצוא בה"פ (מחוזי חי') 217/05 נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה.⁸² באותה פרשה עמדה לביקורת מדיניות הקצאת הזכאות לדיור במעונות הסטודנטים של אוניברסיטת חיפה. האוניברסיטה העניקה נקודות למועמדים על פי מאפייניהם, ובין השאר הוענקו נקודות בעבור שירות צבאי ולאומי. נקודות אלה הוענקו על ידיה לא בגין הרצון לעודד את ערך השירות, אלא בגין התחשבות בהפסד המשאבים הכלכלי שנגרם למשרתים במהלכו. השופט סוקול מבית המשפט המחוזי בחיפה פסל את השימוש באמת מידה זו. לדבריו, במקום הענקת נקודות גורפת היה מקום לבחון באופן אישי את מצבם הכלכלי של המועמדים. האוניברסיטה הגישה ערעור לבית המשפט העליון.⁸³ בערעור נטען כי בית המשפט המחוזי אימץ גישה גורפת מדי. במקום לבחון את המשקל שניתן לשיקול, הוא פסל אותו לחלוטין, שעה שבמקביל ניתנו נקודות המעדיפות מועמדים בני מיעוטים ללא שנבחנה זכאותם האישית. כמו כן, הלכה למעשה, לא הוליכה המדיניות להדרה מקיפה של אלה שלא שירתו בצבא, שכן כ-35% ממקבלי הזכאות למגורים במעונות היו סטודנטים ערבים. בית המשפט העליון הוציא צו עיכוב ביצוע המעיד על כך כי מצא בעייתיות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.⁸⁴ מכל מקום תוקן בינתיים חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, שקובע כעת בסעיף 19ב כי "מוסד להשכלה גבוהה, מוסד להכשרה מקצועית ומכינה קדם אקדמית רשאים לקבוע כי בקביעת הזכאות לדיור במעונות או להטבות כלכליות אחרות, יינתן משקל, בין השאר, להיותו של המבקש חייל משוחרר". בכך נתן המחוקק ביטוי ברור ללגיטימיות ההתחשבות בשירות הצבאי בנוגע לזכאות למעונות הסטודנטים. אני סבור כי מכלול הנסיבות בעניין נעאמנה צריך היה להוביל לאישור השימוש בשיקול השירות הצבאי. בנסיבות העניין לא היה די בשירות הצבאי כדי להקנות זכאות אוטומטית להתגורר במעונות. נוסף על כך, שעה שבוחנים את האפקט המדיר של הקריטריון ניתן להתרשם כי גם לאחר שיושם, התקיימה נגישות גבוהה מאוד של סטודנטים ערבים למעונות. מכלול

⁸² פ"מ התשס"ד(2) 652 (2006).

⁸³ למען הגילוי הנאות אציין כי השתתפתי בייצוג האוניברסיטה בערעור שהגישה.

⁸⁴ החלטתו של השופט גרוניס בע"א 8695/06 אוניברסיטת חיפה נ' נעאמנה (פורסם בנבו, 10.4.2007).

נתונים זה מבסס לדעתי את סבירות אמת המידה ואת מידתיותה, ועל כן לא היה באפקט המפלה שנלווה לה כדי להצדיק את פסילתה.

דוגמה נוספת למורכבות של ההתחשבות בשיקול השירות הצבאי ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון שנדרש לנושא לאחרונה בבג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל.⁸⁵ באותה פרשה נדונו החלטות ממשלה שונות שבאו ליתן הטבות למשרתים בשירות מילואים פעיל, בהתאם לסמכותה מכוח חוק שירות המילואים. מועצת מקרקעי ישראל קיבלה (ביום 5.7.2010) את החלטה 1200 "הנחות בקרקע לחיילי מילואים", ולפיה חייל מילואים שזכה במכרז פומבי בקרקע למגורים בבנייה נמוכה, יוכל לזכות להנחה על ידי הפחתת התמורה ב-15%, ובלבד שגובה ההנחה לא יעלה על 50,000 ש"ח ושמדובר בהטבה בעבור יחידת דיוור אחת. העותרת טענה כי החלטה זו אינה כדין לנוכח מצוקת הדיוור ביפו. השופט עמית ציין כי באופן עקרוני אין מדובר בהפרה של החובה לנהוג בשוויון, בשל הנטל המוגבר על משרתי המילואים הפעילים והמחיר שהם משלמים בגינו. עם זאת הוא מצא בעייתיות בהטבה שניתנת במכרז פומבי, משום שבלב המכרז הפומבי עומדת באופן עקרוני המחויבות לשוויון הפורמלי בין המתחרים. השופט עמית ציין כי אכן, לכאורה, מדובר בהטבה הניתנת רק למי שכבר זכה במכרז, אך הלכה למעשה יוכל חייל המילואים לשקלל את הצעתו ולהזילה לאור ההנחה שהוא צפוי לקבל. אשר על כן ברמה המהותית נקודת הזינוק של חיילי המילואים במכרז טובה יותר מזו של אלה שלא שירתו בצבא.⁸⁶ השופט עמית, שאליו הצטרף המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין, ציין כי אין הכרח להכריע בדילמה בנסיבות המקרה, אך המליץ על מתן הטבות לחיילים בדרך אחרת ולא במכרזים עצמם, למשל בהטבות בהלוואות בתחום המשכנתה. השופט זילברטל הביע את דעתו כי מדובר בהטבה חיצונית למכרז, ומכל מקום נראה כי היא מותרת לאור החוק.

לעניות דעתי, גישתו של השופט זילברטל היא הגישה הראויה, ואיני סבור כי נפל פגם במכרז במתכונת שהוצגה לעיל. בבסיס הסתייגותו של השופט עמית מצויה העמדה כי לא ניתן לערוך הפרדה של ממש בין ההטבה שניתנת ליוצא השירות הצבאי לאחר שזכה במכרז ובין השיקולים שהוא שוקל בטרם הגשת ההצעה, ובכך הוא מקבל יתרון בעייתי בהליך המכרז, המחויב לשוויון פורמלי. ואולם, בסופו של דבר כל הטבה הניתנת לחיילים עשויה להקל עליהם בהגשת הצעות זולות יותר במכרזי דיוור שהם

⁸⁵ (פורסם בנוב, 7.6.2012).

⁸⁶ פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

משתתפים בהם. גם הצעתו של השופט עמית ליתן הטבות בהלוואות בתחום המשכנתה יש בה כדי לאפשר למקבלי ההטבות ליתן הצעות זולות יותר במכרזים שבהם ירצו להתמודד. כל הטבה כזו יוצרת פער ברמה המהותית בינם ובין אלה שאינם משרתים. ואולם סבורני כי כל עוד מדובר בהטבה מידתית שאינה עולה כדי תנאי סף לאכלוס ושאינה מונעת ממי שלא שירת בצבא או בשירות הלאומי את הנגישות למקרקעין המדוברים, הרי שמדובר בהתנהלות ראויה שאינה מפרה את דיני ההפליה התוצאתית.

4. שימוש בשיקול השירות בהתייחס לבני מיעוטים המשרתים בצבא

עד כה עמדתי על המקרה שבו נשקל לעשות שימוש בקריטריון השירות הצבאי באופן היוצר הדרה של לא יהודים על ידי הרוב. אך מה הדין שעה שמוקצית קרקע דווקא לבני המיעוטים בזכות שירותם הצבאי? המעיין בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993, ימצא את תקנה 25(א24) המאפשרת למינהל מקרקעי ישראל להעניק בפטור ממכרז "זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים, למי שמשרתים או ששירתו בכוחות הביטחון שנתיים לפחות, לצורך בניה למגורים, לפי המלצת משרד הביטחון". בית המשפט העליון הכיר בלגיטימיות התקנה, שנועדה לגמול למשרתים בכוחות הביטחון על תרומתם ולהקל את הפגיעה הכלכלית הנגרמת להם בגין חוסר יכולתם להשתכר מעבר למשכורת הצבאית המשולמת להם במהלך שירותם.⁸⁷ עם זאת ציין השופט מלצר כי הפטור מהמכרז אמור להיות חריג ולא הכלל.⁸⁸

הפטור בא לידי ביטוי בחיי המעשה, וניתן למצוא דוגמאות להקצאת קרקעות שמיינהל מקרקעי ישראל שותף להן, ושבהן ניתנת עדיפות של ממש לבני המיעוטים המשרתים בכוחות הביטחון. התנהלות כזו נבחנה בעת"ם (מינהליים נצ') 201/09 שמסי נ' מנהל מקרקעי ישראל.⁸⁹ מקרה זה עניינו מכרז שערך מינהל מקרקעי ישראל בכפר קמא, אחד מכמה מכרזים שנערכו בכפרי הבדואים והצ'רקסים. תנאיו הראשוניים של

⁸⁷ ראו בפסק דינו של השופט מלצר בבג"ץ 11088/05 הייב נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סד(1) 463–464 (2010). באותה פרשה סירב בית המשפט באופן עקרוני "למתוח" את הפטור כך שתקום חובה להחילו גם לאלה ששירתו בצבא במשך פחות משנתיים, אף על פי שתקופת השירות נקבעה מטעמים שאינם תלויים בהם.

⁸⁸ שם, בעמ' 464.

⁸⁹ (פורסם בנוב, 20.12.2009).

המכרז העניקו עדיפות בהקצאת הקרקע לתושבי הכפר שמשרתים או שירתו בכוחות הביטחון שירות מלא. לאחר הגשת העתירה התקיים דיון אצל עורכי המכרז והוחלט לקבוע שלוש קבוצות הרשמה למכרז: נכים או אלמנות משרתי כוחות הביטחון (שלהם יוקצה מגרש אחד); משרתי כוחות הביטחון או יוצאיהם אשר שירתו שירות מלא, ומומלצי משרד הביטחון שהם מחוסרי דיור (שלהם יוקצו 15-16 מגרשים); תושבי המקום שהם מחוסרי דיור, שאינם נמנים עם שתי הקבוצות הראשונות (שלהם יוקצו שני מגרשים). על הכול היה מוסכם שבמקום שורת בעיה קשה של מחסור בהזדמנויות מגורים לתושבי הכפר. בבית המשפט התבררה עתירתם של המשתתפים לקבוצה השלישית, שטענו נגד התנאים הנותנים עדיפות לאלה ששירתו בכוחות הביטחון.

השופט מוניץ דחתה את העתירה. היא הצביעה על הוראות תקנה 25(א24) לתקנות המכרזים המאפשרות הקצאת קרקע אפילו ללא מכרז, בעוד שכאן נערך מכרז. בית המשפט קבע כי מתן העדפות כלכליות למי ששירתו בכוחות הביטחון הוא לגיטימי לחלוטין, ואין מדובר בהפליה פסולה. התכלית העומדת ביסוד הדברים היא רצון המדינה לעודד גיוס לצה"ל של אוכלוסיות שאינן משרתות בדרך כלל. מדובר באוכלוסייה שהשירות הצבאי מנע ממנה לעשות לביתה, ועל כן היא זכאית להתחשבות מצד המדינה. בית המשפט אף חייב את העותרים בתשלום של 20,000 ש"ח הוצאות. ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נמשך לאחר שהמשיבים הסכימו להפחית את ההוצאות המגיעות להם.⁹⁰

האם התוצאה בעניין שמסי ראויה? לדעתי, גישת בית המשפט לא התמודדה עד תום עם מורכבות הסוגיה. אכן, כפי שכבר צוין בחלק הקודם של המאמר, שיקול ההתחשבות במשרתים בצבא הוא שיקול חשוב וראוי, ואם כך באשר למשרתים בצבא באופן כללי, ודאי שכך באשר למשרתים בצבא בקרב קבוצת בני המיעוטים, הראויים לתגמול מיוחד. על רקע זה מעניין להצביע על השוני שבין תקנה 25(א24) לתקנות המכרזים, העוסקת במשרתי כוחות הביטחון מקרב בני המיעוטים, לבין תקנה 25(א24), העוסקת במשרתי כוחות הביטחון באופן כללי. בנוגע לאחרונים ניתן הפטור ממכרז ב"מיזם של בניית שכונת מגורים המתבצעת ביוזמת צבא הגנה לישראל ובאישור שר הבטחון". דרישה שכזו אינה מופיעה בתקנה 25(א24), ומכאן ניתן ללמוד שהיכולת לעשות שימוש בסעיף זה רחבה יותר מזו של קודמו.

⁹⁰ זו הייתה תוצאת קדם המשפט שניהלה השופטת חיות: ע"מ 3088/10 שמסי נ' מינהל מרקעי ישראל (פורסם באר"ש, 2.9.2010).

אם כך, מזווית הראייה של דיני השוויון קיים שוני רלוונטי בין בני המיעוטים המשרתים בצבא לבין אלה שאינם משרתים בצבא או בכוחות הביטחון. לדעתי, צדק בית המשפט בהכירו בשוני זה ובכך שיש חשיבות רבה לעודד את בני המיעוטים להשתלב בכוחות הביטחון. אלא שבית המשפט לא יישם את המבחן הדו-שלבי של דיני השוויון שעליו עמדה השופטת דורנר בעניין מילר.⁹¹ אין די לקבוע כי קיים שוני רלוונטי (השלב הראשון), אלא יש לבחון אם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין (השלב השני). בית המשפט הסתפק בבחינת עצם השימוש בקריטריון ולא בחן את היקף השימוש בו, את מידתיותו ואת סבירותו בנסיבות העניין. די בעיון מהיר בעובדות כדי לאתר את הקושי המזדקר לעין כול – מדובר ביישוב שמצוקת הדיור בו רבה, והנה מבין כ-19 מגרשים המוקצים למכרז, שניים מוקצים לאלה שלא שירתו בכוחות הביטחון וכל השאר לשאר האוכלוסייה. נתונים אלה מעלים באופן בולט לעין כי עוצמת ההדרה בנסיבות העניין היא רבה. ככל שאפקט ההדרה גבוה יותר, מוטל נטל כבד יותר להצדיקו. סבורני כי היה על בית המשפט, לכל הפחות, לדרוש נתונים נוספים כדי לראות אם תוצאה זו הכרחית ומידתית ואם אכן ניתן משקל מספיק למצוקת הדיור הכללית הקיימת במקום. שלב האיזון נעדר מניתוחו של בית המשפט, ולכן לא נראה לי כי התוצאה שהגיע אליה הייתה ראויה.

ד. סיכום

כדרכם, מזמנים החיים במדינת ישראל אתגרים קשים לא רק במישור הביטחוני אלא גם במישור החוקתי והערכי. הירידה במספרם של המשרתים בצבא מצדיקה את הגברת ההטבות הניתנות לאלה שכן משרתים, אך בה בעת, צו השעה בחוקתיות הישראלית הוא צמצום ההדרה מחמת זהות תרבותית, במיוחד כשעל הפרק עומדת הדרה מכוונת או תוצאתית של ערביי ישראל. התמודדות נאותה עם השסע היהודי-ערבי היא אחד התפקידים הראשונים במעלה של החוקתיות שלנו. על רקע זה יש לדחות באופן חד וברור את הקריאה הנשמעת במקומותינו לאפשר הדרה ישירה וכופה של ערביי ישראל ממקרקעי המדינה מחמת שיקולי ביטחון או פגיעה בסדר הציבורי. ככל שהדברים נוגעים לעידוד המשרתים בצבא, שהוא יעד לגיטימי בזכות עצמו, הרי שיש לאזן בינו לבין האפקט המדיר העומד על הפרק. כשמדובר בהקמת יישוב הנדרש מטעמים צבאיים, ניתן יהיה לשקול להדיר הדרה מלאה של ציבור הלא משרתים, אך לשם כך

⁹¹ לעיל ה"ש 11.

משפט וצבא 21(א) | התשע"ה
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת
ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיור או התחשבות מותרת?

צריך יהיה לוודא שאין מדובר בכסות לטעם הדרה פסול. שעה שמדובר במתן הטבות למשרתים, הרי ששיקול זה לא יצדיק הדרה מלאה של לא-משרתים. בכך ניתן יהיה להעניק תגמול ראוי ומידתי, ומאידך גיסא לא תישלל מאלה שאינם משרתים הנגישות לקרקע, שהיא אינטרס חיוני בכל חברה, ובמיוחד בחברה הישראלית.

הצנזורה בישראל – התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקית לנורמה הנוהגת בישראל

סימה וואקנין-גיל*

71	תקציר
71	א. מבוא
74	ב. צנזורה, חופש ביטוי ותורת האיזונים – תשתית תיאורטית
74	1. צנזורה מהי?
76	2. חופש הביטוי – זכות יסוד
80	3. חופש הביטוי במשפט הישראלי
	4. איזון בין ערכים – איזון בין חופש הביטוי לזכות לחיים ולביטחון המדינה
87	5. חופש הביטוי בשעת חירום
91	6. מאפייני מנגנוני צנזורה
92	7. חלוקה תיאורטית קונספטואלית
93	

תא"ל. הצנזור הצבאי הראשי בין חודש אוגוסט 2005 לחודש אוגוסט 2015. מאמר זה נכתב בתמיכתו של שר הביטחון, מר משה (בוגי) יעלון. מאמר זה הינו פרי עבודה של למעלה משנתיים. התוצר הוצג לראשי מערכת הביטחון ומערכת המשפט. לתמונת המצב, כפי שתוארה במאמר, שותפים כלל גופי המערכת. שר הביטחון הנחה לבחון ביצוע שינויים נדרשים להתמודדות עם האתגרים שהוצפו, באופן מדורג ובשלב זה במסגרת האסדרה הקיימת.

תודה מיוחדת לאנשי הצנזורה, בעבר ובהווה, שליוו אותי בשלבי העבודה על המאמר ובכלל. תודות מיוחדות לפרופסור אורי בר יוסף, פרופסור יחיאל לימור, לפרופסור מרדכי קרמניצר, דוקטור אורנה קזמירסקי והאלוף (במיל') עמוס ידלין שקראו והעירו על מסמך המחשב האסטרטגי שהיווה בסיס לכתיבת מאמר זה.

96	8.	סוגי צנזורה
99	ג.	דגם הצנזורה בישראל – היסטוריה של יחסים מורכבים
99	1.	התשתית החוקית וההסכמית
106	2.	האסדרה בדמוקרטיית מערביות
108	3.	מערכת היחסים בין הצנזורה לתקשורת
109	4.	מקום המדינה עד מלחמת יום הכיפורים
114	5.	מ-1973 ועד בג"ץ שניצר (1989)
114	6.	שנות התשעים ואילך – שינויים באקלים החברתי-תרבותי בישראל
117		(א) מאפיינים כלליים
117		(ב) הממד הראשון – יחסי צבא-חברה: מדגם של "אומה במדים" ל"חברה אזרחית"
121		(ג) הממד שני – המשפט: אימוץ ערכים ליברליים בפסיקת בית המשפט
124		(ד) הממד השלישי – התקשורת: שינויים מבניים ותפקודיים בתקשורת ההמונים
130		(ה) הממד הרביעי – הטכנולוגיה בשירות העיתונות והתקשורת: המאה ה-21
134		(ו) הממד החמישי – ביטחון: מערכת הביטחון אימצה את המרחב התקשורתי כזירת פעולה לגיטימית
137		(1) היבטים ארגוניים
138		(2) היבטים תרבותיים
139	7.	שימור הרלוונטיות – תנועה מתמדת מדגם אוטוריטרי לדגם דמוקרטי ביחסי שלטון-תקשורת
140		(א) היבטים מבניים
143		(ב) היבטים נורמטיביים
143	ד.	מבט לעתיד
146		

146	שלוש בעיות עיקריות במנגנון ההסכמי	1.
148	הדגם הנדרש	2.
150	האסדרה המוצעת	3.
151	סיכום	1.

תקציר

מאמר זה הוא תוצר של עשר שנות כהונה כצנזור הראשי של מדינת ישראל ושל תהליך למידה ממעמיק וארוך באשר לשאלת מהותה של צנזורה במדינות דמוקרטיות. במאמר דנתי בצבר הקריטי של שינויים ומגמות בכלל הממדים (ביטחוני, משפטי, חברתי, תקשורתי, טכנולוגי) המשפיעים על פעולת הצנזורה בישראל. השינויים, בחלקם כה מהותיים, משפיעים ומגבירים אלו את אלו. כולם יחד מאתגרים את פעולת הצנזורה לפי האסדרה ההסכמית הקיימת. תיארתי את האסטרטגיה שנקטה הצנזורה מאז כינונה: להתפתחות פרטנית ניתן מענה באמצעות התאמה מבנית, ערכית או מקצועית ממוקדת. טענתי כי אסטרטגיה זו עלולה שלא להיות מספקת עוד בהתמודדות עם השינויים הצפויים, קצבם ועוצמתם. לסיום הצעתי במאמר דגם כוללני, מדורג וגמיש שמתוכו ניתן לגזור דגמי אסדרה המותאמים למציאות בישראל. הדגם אינו מתיימר להציע אסדרה המיטיבה עם אחד מערכי היסוד במדינה דמוקרטית – חופש הביטוי או ביטחון המדינה. הוא אמור לאפשר אימוץ אסדרה שתספק מענה הולם לאתגרים שבפני מדינת ישראל, ולשקף את תרבותה ואת ערכיה.

א. מבוא

מוסד הצנזורה הפועל במדינת ישראל מאז הקמתה, ושתשתיתו החוקית נטועה במורשת המנדט הבריטי, מעורר שיח רב ויצרי. אחת הסיבות לכך היא היותו מנגנון המשויך לדגמים ולתפיסות עולם שאינם תואמים לאלו של מדינה דמוקרטית. למרות זאת הצנזורה ממשיכה להתקיים, לפעול, לממש את סמכותה ואף לזכות באמון מערכת הביטחון והתקשורת. יתרה מזאת, לאורך שנות קיומה של המדינה את ניסיונות החקיקה לשינוי האסדרה הקיימת, בדרך כלל לצד המקל, הדפה התקשורת, שהעדיפה מנגנון מוכר על פני עתיד לוט בערפל. במאמר זה אעסוק בשאלה לאן מועדות פניה של הצנזורה לאור מגמות בחברה בישראל, בעיקר ב-25 השנים האחרונות.

מאפייני פעולתה ומדיניותה של הצנזורה היו במידה רבה בבואה של המתרחש בחברה בישראל. לאורך השנים השכילו מערכת הביטחון והצנזורה לקרוא את מפת השינויים ולהתאים עצמן למציאות המתהווה. כך, לדוגמה, מגמת השינוי ביחסים בין החברה לצבא הביאה לעדכונים של הסכמי "ועדת העורכים". במקרים אחרים הביאה קריאתו של הצנזור הראשי את רחשי התקשורת והציבור להקלות במדיניות הצנזורה או לרידוד חובת ההגשה של מידע לביקורת מוקדמת בצו ייעודי מתוקף תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה).

אולם משנות התשעים חלו שינויים מהותיים – המשפיעים זה על זה והמעצימים זה את זה – בחמישה ממדים במרחב הציבורי שבו פועלת הצנזורה. בממדים החברתי, המשפטי, התקשורתי, הטכנולוגי והביטחוני חלה תנועה מתמדת לעבר תפיסת עולם המתקשה להסכין עם קיומה של צנזורה ביטחונית מונעת מהסוג הקיים בישראל.

כדי לשמר את הרלוונטיות שלה אימצה הצנזורה דפוסי פעולה התואמים במידה רבה יותר את הדגם הדמוקרטי של יחסי שלטון תקשורת, בלי ששונתה התשתית החוקית שמקורה בדגם האוטוריטרי. בחלק מהמקרים מדובר בהגדרה מחודשת למימוש הסמכות הקיימת על פי חוק (דוגמת מתן פתרון לאי דרישת הגשה מוקדמת בשידור חי או בישויות אינטרנטיות מסוימות). בתחומים אחרים פותחו מנגנונים לביצוע פעולת הצנזורה באופן עקיף (דוגמת מעבר להפצת הנחיות מדיניות מראש או שימוש במתווכים לביצוע פעולת הצנזורה באינטרנט). בכמה תחומים חלה התרחקות מודעת מלשון החוק (מבין שלושת הנושאים – ביטחון המדינה, סדר ציבורי ושלוש הציבור – הצנזורה מתמקדת בראשון. מדובר בתוצר ישיר של בג"ץ שניצר¹ ובפרשנות מתבקשת למציאות בישראל).

הטענה היא כי במבט צופה פני עתיד גם מהלכים אלו עלולים לא להיות מספקים אל מול שינויי עומק בחברה ובתקשורת בישראל. כאשר בוחנים את ההתפתחויות בממד הטכנולוגי בשילוב עם המגמות בחברה בישראל, דגם המניעה המוקדמת עלול להיות גזרה שהציבור אינו יודע לחיות עמה. נדמה כי כיום, כל עוד האסדרה הנוכחית עדיין ישימה ורלוונטית, נדרשות בחינה שלה מן היסוד והתאמת התשתית החוקית למציאות.

¹ בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989).

במאמר זה אבקש לבחון את אופן התמודדותה של הצנזורה עם האתגרים שהונחו לפתחה בגבולות האסדרה הקיימת. אציע המלצה לאסדרה עדכנית התואמת את אתגרי ההווה והעתיד והמשקפת את האיזון הראוי בין ערכים במדינה דמוקרטית.

בתחילת המאמר אניח את התשתית התיאורטית הרלוונטית לשיח בדבר צנזורה במדינה דמוקרטית. אציג מהי צנזורה ואדון בסוגיית חופש הביטוי כזכות יסוד ברמה התיאורטית וביישומה במשפט הישראלי. אדון באיזון שבין חופש הביטוי לזכות לחיים, שהיא מהות פעולתה של הצנזורה. לבסוף אציין מנגנוני יישום צנזורה וסוגי צנזורות מוכרות.

בחלק השני אדון במסכת היחסים המורכבת שבין הצנזורה למרחב הציבורי בישראל. ראשית אפרט את התשתית החוקית ואת התשתית ההסכמית של האסדרה וכיצד זו התפתחה לאורך השנים. בחרתי לחלק את היחסים לשלושה מקטעים, שכל אחד מהם מסתיים, להבנתי, בנקודת שבר – נקודת אל חזור – וממנה והלאה מתבצע "תיקון" של כלל המערכת. בספרות האקדמית קיימות חלוקות אחרות, אולם חשתי כי חלוקה זו מדגישה באופן המיטבי את עיקרי הטיעון המוצג במאמר, גם אם מטבע הדברים בכל תקופה ישנן תנודות פנימיות. את המקטע האחרון אנתח באופן מעמיק יותר בחלוקה לחמישה ממדים. אסכם בהצגת האופן שבו בחרה הצנזורה לשמר את הרלוונטיות שלה באמצעות אימוץ בפועל של מאפיינים מהדגם הדמוקרטי.

בחלק השלישי אציע דגם המאפשר לבחון מנעד רחב יחסית של מנגנוני אסדרה רלוונטיים לישראל. דגם זה מאפשר הבניה של כמה פתרונות, ובכל אחד נקודת האיזון בין ביטחון המדינה לחופש הביטוי מוגנת באופן אחר. בהמשך אציע אסדרה שלתחושת מספקת מענה למרבית האתגרים שהצנזורה מתמודדת עמם היום. האסדרה משלבת היבטים שקשורים לשאלת הישימות בעתיד של דגם המניעה, והיבטים הקשורים לתפיסה ערכית של האיזון הראוי בין שתי זכויות יסוד – הזכות לחיים וחופש הביטוי.

אני רואה חשיבות רבה בכך שמערכת הביטחון תוביל את תהליך החשיבה מחדש, ואולי גם את השינוי הנדרש, ודווקא בעת הנוכחית, בשעה של יציבות יחסית ולא של חולשה ומגננה.

ב. צנזורה, חופש ביטוי ותורת האיזונים – תשתית תיאורטית

טרם שנתחיל בדיון בדבר דגם הצנזורה שקיים בישראל, נכון יהיה לפרוס תשתית מושגית מספקת כדי לקיים את השיח על בסיס זהה. המושג "צנזורה" עשוי להתייחס לארגון, לתכלית הרצויה או לעצם ביצוע הפעולה. הגדרת המושג בספרות האקדמית היא לעתים תיאורית, ולעתים היא מרמזת לשיפוט ערכי של הכותב. השיח בנושא ערכי יסוד בדמוקרטיה, זכויות היסוד של הפרט, דוגמת חירות, שוויון, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, מורכב עוד יותר. ההגדרות מעידות על הגישות השונות שלפיהן נבחנים ומוצגים המושגים הרלוונטיים, ועל התפתחותם לאורך זמן.

1. צנזורה מהי?

Michael Scammel, פעיל בתחום צנזורה וחופש הביטוי, יזם ב-1971 את הוצאת המגזין Index on Censorship, שנועד לתעד ולחשוף צנזורות ולקדם את חופש הביטוי במדינות העולם. הוא מגדיר את הצנזורה כ"מאמץ מאורגן, המבוצע על ידי הממשלה לשלוט בתכנים של התקשורת".² הגדרה זו מדגישה את הגורם שמבצע את הפעולה, קרי: הממשלה. נוסף לכך, המטרה שלשמה מבוצעת הצנזורה מוגדרת ברמה הבסיסית של עצם קיום השליטה, ללא פירוט התכלית שלשמה נועדה השליטה בתכנים. הגדרה זו מתעלמת מהעובדה שצנזורה עשויה להיות מופעלת על ידי גורמים אחרים בישות מדינתית ובארגונים שאינם מדינה, דוגמת תאגידים. ההגדרה אינה מפרטת תכליות שלשמן מבוצעת צנזורה ואינה מתייחסת לתהליכים ולאמצעים. בהמשך ניתן להסיק לגבי עמדתו באשר לצנזורה, בהתייחסו אליה כאל "כלי פוליטי וכגישה המיועדת להגביל את חופש הביטוי" או כאל "כלי המיועד לסייע להשגת, שימור או הבטחת כוחו של מישהו".³

ב"אנציקלופדיה בריטניקה" מוגדרת "צנזורה" כך: "The changing or the suppression or prohibition of speech or writing that is deemed subversive of the common good. It occurs in all manifestations of

² Ilan Peleg, *Censorship in Global and Comparative Perspective: An Analytical Framework*, in PATTERNS OF CENSORSHIP AROUND THE WORLD 3, 4 (Ilan Peleg .ed., 1993)

³ שם.

authority to some degree, but in modern times it has been of special importance in its relation to government and the rule of law”⁴. הגדרה זו רחבה יותר והיא מתייחסת לרמות שונות של הפגיעה בחופש הביטוי. ההגדרה מספקת הסבר מסוים לפגיעה בזכות יסוד – הצורך למנוע פגיעה בטובת הכלל.

שתי הגדרות, לטעמי – חסרות, קיימות במילונים חשובים. מילון אוקספורד מגדיר “צנזורה” באופן חלקי ולא סדור: “רישוי חוקי או הגבלה על פרסום ספרים, מחזות, חדשות או מידע צבאי, מטעמים של אי מוסריות, המרדה הוא אי הלימה”⁵. זו התייחסות חלקית למנגנון עצמו ולתכליות שלשמן הוא מופעל. מילון אבן-שושן מגדיר “צנזורה” בהתייחס לתהליך עצמו בלבד: “בדקת, בקרת ממשלתית של פרסומים בדפוס, של מסמכים וכיוצא בהם, כדי לבדוק אם אין בהם דברים האסורים בפרסום”⁶.

הלקסיקון לתקשורת משנת 2007 מגדיר “צנזורה” כך: “אמצעי המופעל בעיקר על-ידי השלטון, אך גם על-ידי אליטות שליטות או על-ידי גורמים אחרים, כדי לפקח על אמצעי התקשורת ולמנוע פרסום של מידע לא רצוי”⁷. ישנה התייחסות לגורמים השונים שמסוגלים להפעיל צנזורה במטרה למנוע פרסום. אולם אין התייחסות לאופי המידע הבלתי רצוי ולדרך שבה נתונים אמצעי התקשורת בפיקוח. בהמשך ישנה הבהרה כי מדובר בדרך כלל במנגנון ממוסד של מניעה מוקדמת של פרסום. עוד מדובר על צנזורה כדי למנוע פגיעה באינטרסים אחרים, דתיים או חברתיים. בסיפה נרמז כי קיום של צנזורה בדמוקרטיה הוא בעייתי שכן היא מזוהה עם משטרים לא דמוקרטיים.

במילון המונחים הצה”לי קיימת הגדרה לצנזורה הצבאית: “בדיקת כל חומר בנושאי צבא וביטחון לפני פרסומו, כדי למנוע פרסום פרטים שיש בהם וודאות קרובה לפגיעה של ממש ביטחון המדינה. על פעולת הצנזורה מופקדת יחידה בחיל המודיעין”⁸. המילון מכיל הגדרה נפרדת לנושא התפקיד, הצנזור הראשי. המעניין

⁴ George Anastaplo, *Censorship*, ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA ONLINE (July 8, 2014), <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/101977/censorship>

⁵ מופיעה אצל יחיאל לימור והלל נוסק “הצנזורה של ‘היד הנעלמה’” קשר 29, 98, 101 (2001) (להלן: לימור ונוסק).

⁶ אברהם אבן-שושן מילון אבן-שושן המרכז – מחדש ומעדכן לשנות האלפים 827 (משה אזר עורך ראשי, 2004).

⁷ יחיאל לימור, חנה אדוני ורפי מן לקסיקון לתקשורת 528 (2007).

⁸ המילון למונחי צה”ל 154 (שמשון הופמן עורך, 1998). הגדרה זו מופיעה גם במילון העדכני שמופיע ברשת המחשבים הפנימית של צה”ל, ה”צה”לנט”.

בהגדרה זו שהיא מתייחסת למנגנון הצנזוראלי של מניעה מוקדמת ולסוג הצנזורה המבוצעת – ביטחונית – להיקף הסמכות על כלל המידע הביטחוני ולמגבלת הסמכות של הצנזורה הביטחונית לאור בג"ץ שניצר משנת 1989.⁹ הגדרה זו אינה חונה במרחב התיאורטי שעניינה צנזורה – מהי, והיא מכוונת באופן מעשי לדגם הישראלי.

לצורך מאמר זה, שדן בצנזורה בדמוקרטיה על פי הדגם הישראלי, אציע הגדרה פרי עטי. צנזורה היא מנגנון נורמטיבי מובנה של ישות היררכית שמאפשר את ניהול השיח הפנימי, תוך כדי שמירה על האיזון הראוי בין חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת לטובת הכלל. היתרון בהגדרה זו הוא כי אף שהיא קצרה היא נוגעת במרכיבים העיקריים של צנזורה. היא אינה שיפוטית אלא תיאורית. ובעיקר – ניתן לייחסה בהתאמה לכל ארגון. במאמר זה תתייחס ההגדרה לישות מדינתית ולשיח ציבורי. טובת הכלל היא ביטחון המדינה.

2. חופש הביטוי – זכות יסוד

בהקדמה לספרו של ד"ר דוד רונן בנושא דיני צנזורה כותב השופט מצא כי "מדינות דמוקרטיות מצופות לכבד את זכות הציבור לדעת, בהיותה אחת מנגזרותיה המרכזיות של הזכות החוקתית לחופש הביטוי"¹⁰. הגדרתו של חופש הביטוי כזכות חוקתית, אף שאין הוא מופיע כך בספר החוקים של מדינת ישראל, דורשת הבהרה. אין חולק על כך שחופש הביטוי הוא לבנת יסוד במשטר דמוקרטי. נדמה כי גם בדמוקרטיה הישראלית, שמצויה במצב חירום תמידי ושבה הביטחון הלאומי וביטחון הפרט מאותגרים באופן תדיר, ישנו מקום של כבוד לחופש הביטוי ולנגזרותיו, חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת. בטרם ניכנס להצגת מאפייני חופש הביטוי – היקף, הגנה ומעמד חוקי – בישראל, מן הראוי לבחון את התשתית התיאורטית בדבר חשיבות חופש הביטוי לפרט ולציבור בחברה דמוקרטית.

הצדקות עיקריות לקיומו של חופש הביטוי בחברה דמוקרטית נוגעות הן לרמת הפרט והן לחברה ככלל. מנתחים אותן ברמה המעשית-תוצאתית וברמה העקרונית-ערכית. קיימות שלוש הצדקות עיקריות לקיומו של חופש ביטוי בדמוקרטיה, ומכאן הצורך להגן עליו. במחקרו מתעמת ד"ר רונן עם ההצדקות השונות: המושגים, התוצאה

⁹ לעיל ה"ש 1.

¹⁰ אליהו מצא "הקדמה" דוד רונן דיני צנזורה – תקשורת, חופש ביטוי ובטחון המדינה א, א (2011).

המצופה ובעיקר תפיסת העולם שטוענת לחופש ללא מגבלות. ההצדקות תוצגנה כאן ללא התעמתות עמן.

הצדקה אוטונומית – עניינה הגשמה עצמית של היחיד באמצעות הביטויים השונים של חופש הביטוי. התורה האוטונומית שמקורה בגישה הקנטיאנית שואבת מרעיון החירות הכללי. הגשמה עצמית היא זכותו של כל אדם, וזו מתרחשת בסביבה של חופש ביטוי מלא. זו זכות טבעית ואין היא ניתנת לויתור מרצון.¹¹

הצדקה בדבר קידום ידע וחשיפת האמת – בבסיסו של טיעון זה עומדת טובת הכלל. זוהי הצדקה מעשית המכוונת לתוצאה רצויה של חברה מודעת ומיודעת. הצדקה זו רואה צורך בחופש ביטוי רחב ומשוחזר שמאפשר לחקור, לתהות ולספק סקרנות מתוך עמידה על השקפות שונות ומגוונות. חברה שחיה ללא ידיעת האמת על שלטון או על דרך התנהלותו, היא חברה מדוכאת שחיה בשקר. ג'ון סטיוארט מיל הוא אבי תפיסת חקר האמת, ועל פי ספרו "על החירות"¹² התפתח הדימוי של "שוק הרעיונות החופשי", קרי: סביבה המאפשרת לכלל הרעיונות, כולל אמת ושקר, "להיסחר" באופן חופשי, מתוך הנחה שסופה של האמת לנצח וסופו של השקר להיות ממוגר.¹³ במידה מסוימת דומה דימוי זה למושג "חכמת ההמון", שנקשר בעידן האינטרנט.

הצדקה דמוקרטית – גם הצדקה זו מכוונת לתוצאה רצויה של השתתפות הציבור בתהליך הדמוקרטי כביטוי לשלטון העם. חופש הביטוי הוא שמאפשר את המשטר הדמוקרטי, שמהותו השתתפות פעילה של האזרחים בעיצוב התהליך השלטוני ובהתפתחותו. הרעיון בבסיס הצדקה זו הוא שהעם הוא הריבון ומקור הסמכות השלטונית, ומשכך מי שסמכות העם מואצלת לו, קרי: השלטון, מחויב לאפשר מידע זמין, רציף, אמין ומלא לבעלי הסמכות האמתיים.¹⁴

ראם שגב בחר להציג שני שיקולי מסגרת בזכות חופש ביטוי במדינות דמוקרטיות שעליהם מתבססות שתי הצדקות תואמות. גם הוא מתעמת עמם: היקף חופש הביטוי ועוצמתו; משמעות האמת, ששיח חופשי אמור לחשפה, ואיכותה; הגדרת סוגי הביטויים הזכאים להגנה רחבה, ועוד. אלה שיקולי המסגרת:

¹¹ דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 165-166.

¹² JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (Stefan Collini ed., Cambridge Univ. Press (1859) (1989).

¹³ דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 172-173.

¹⁴ שם, בעמ' 180.

רווחה אישית – צידוק ברמת הפרט, האזרח (Individual well-being). התייחסות במובן הנרחב באשר לתכולתה של טובת הפרט; הנאה, הגשמה, למידה, ידיעה, מחשבה ותרומתו של חופש הביטוי להשגת כל אחד מהיבטים אלו. התיאוריות העוסקות בחלקו של חופש הביטוי בהשגת רווחה אישית נוגעות בסוגיות רלוונטיות ל"הגשמה של העדפות רציונאליות" – למידה, חופש המחשבה, קבלת החלטה מושכלת, התאגדויות, שיח דמוקרטי וכדומה.¹⁵

ידיעת האמת – ג'ון מילטון טען בחיבורו מאמצע המאה ה-17 נגד רישוי עיתונים בבריטניה, האירופגיטיקה,¹⁶ כי רישוי מראש יוביל לפגיעה בלימוד ובהכרת האמת, לטשטוש הידע הקיים ולפגיעה באפשרות לגלות מידע חדש. מילטון ראה בחופש הביטוי גורם המאפשר לאתגר את הידע הקיים כדי שזה לא יהפוך לדוגמה המבוססת על מסורת ועל קונפורמיות.¹⁷ ג'ון סטיוארט מיל, המזוהה יותר עם ההצדקה בדבר חשיפת האמת, טען בחיבורו "על החירות"¹⁸ כי הגבלת ביטויים החושפים את האמת תפגע ביכולתם של אנשים להיחשף לה ולשקללה לתפיסת האמת שלהם. אצל שניהם מוטמעות שלוש הנחות יסוד: קיימת אמת; יש חשיבות לידיעת האמת; חופש הביטוי תורם לידיעת האמת. אף שאין אמת מוחלטת (אמת מוחלטת תיתכן, אם בכלל, בעובדות בלבד), נדמה כי "שוק הרעיונות החופשי" או "שוק הדעות" נתפס כסביבה הראויה בדמוקרטיה לבחירה של הציבור במה שמשכנע אותו. השיח החופשי המתאפשר בשל חופש הביטוי מקרב אותנו אל האמת היחסית, חושף טעויות ותורם לתהליך קידום הידע.¹⁹

כאמור, שתי הצדקות לחופש הביטוי נגזרות משיקולי המסגרת:

אוטונומיה אישית – אוטונומיה אישית פירושה לאפשר לאדם להגיע בעצמו להכרעה בשאלות החשובות. חלק מהאסכולות מדגישות את עצם ביצוע הבחירה בלי קשר לאיכותה, ואחרות מדברות על בחירה מושכלת. חופש הביטוי תורם להגדרה הייחודית-פרטנית של אדם בשל כך שהוא מאפשר החלפת מידע ורעיונות, בחינה ביקורתית של עמדות ופיתוח או אימוץ הזהות הייחודית.²⁰

15 ראם שגב חופש הביטוי – הצדקות וסייגים 81–83 (2008) (להלן: הצדקות וסייגים).

16 JOHN MILTON, AEROPAGITICA (London, 1644)

17 הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 101.

18 לעיל ה"ש 12.

19 הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 88–93.

20 שם, בעמ' 114–117.

משטר ראוי דמוקרטי – חופש הביטוי הוא רכיב חשוב של משטר ראוי, וחופש הביטוי הוא אמצעי חשוב לצמצום הסכנה של משטר שאינו ראוי. נהוג לחבר את חופש הביטוי למשטר דמוקרטי, שנתפס כמשטר הראוי. כך, ראשית, חופש הביטוי יעזור בגילוי האמת לשם קבלת ההחלטות הראויות ביותר באשר להסדרים הנורמטיביים שמתקבלים בקהילה פוליטית. שנית, חופש הביטוי מאפשר השתתפות בבחירות והכרעת רוב, בין באופן מושכל ובין בעצם קיומו של התהליך. שלישית, חופש הביטוי מאפשר פיקוח על תפקודם של נושאי משרה ציבורית ואפילו רמה מסוימת של הגינות בקבלת החלטות ציבוריות שכן לפרטים המושפעים ניתנה הזדמנות להשמיע ולהשפיע. רביעית, חופש הביטוי מאפשר באופן טוב יותר את הצגת רצונות הציבור בפני השלטון, ולפיכך את של השלטון יכולתו להיענות לרצונות אלה.

כאמור, גם אם בספרות התיאורטית טיעונים בזכות חופש הביטוי מוצגים באופנים שונים, נדמה כי הם יונקים מאותם מקורות ובבסיסם הם מכוונים לאותה תפיסת עולם. לפיה, חופש הביטוי הוא זכות טבעית, מוקנית, רלוונטית לפרט ולציבור ויש לאפשר לו מקום של כבוד במשטר דמוקרטי. "אין לו, לחופש הביטוי, הסבר אחד ויחיד, אלא יש לו, לחופש זה, הסברים רבים ומגוונים... [אך טבעי הוא, שאין להצדיק מערכת מורכבת זו בהסבר אחד ויחיד, אלא נדרשים טיעונים שונים ומגוונים, המבטאים היבטים שונים, להצדקתו של חופש הביטוי". ולעניין זה יפים הדברים האמורים מפי המלומד אהרון ברק:²¹

"איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה" – אמר וולטייר. וג'והן סטיוארט מיל, בחיבורו על החירות, הוסיף: "אם כל האנושות כולה, למעט אדם אחד, היא בדעה אחת, ואם אותו אדם הוא בדעה אחרת, האנושות לא תהא מוצדקת בהשתקתו של אותו אדם יותר מאשר הצידוק של אותו אדם, אילו היה הכוח בידו, בהשתקת האנושות כולה".²²

²¹ בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 270–271 (1987).

²² אהרון ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ 5 (1991).

השופט ברנדייס קבע כי כאשר הכול גלוי והכול חשוף, תנצח האמת את השקר: "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המנורה הוא השוטר היעל ביותר".²³ הוגי דעות אלו העמידו את חופש הביטוי כזכות על שיש לשמרה מכל משמר.

3. חופש הביטוי במשפט הישראלי

על הגותם של אלו ואחרים נשענה מערכת המשפט בישראל בעת שקיבעה בפסיקה ובפרשנות משפטית את חופש הביטוי כזכות יסוד בישראל. המחוקק עדיין לא הדביקם. בישראל אין חוקה שתקנה מעמד חוקתי משוריין, קרי: עליונות נורמטיבית, לזכויות אדם.

רוב החוקות המודרניות מגדירות בפרק ייעודי רשימה של זכויות אדם מוגנות. בעבר אלו היו בעיקר הזכויות הקלסיות-ליברליות, דוגמת הזכות לחיים, הזכות לחירות, חופש הביטוי, חופש המצפון וחופש התנועה. בעשורים מאז מלחמות העולם נוספו גם זכויות בעלות גוון סוציאלי יותר. זכויות אלו מעוגנות גם באמנות בינלאומיות של האו"ם ושל האיחוד האירופי.²⁴

כאמור, חופש הביטוי אינו מופיע ברשימת הערכים של המדינה היהודית-דמוקרטית, במגילת העצמאות, בחקיקה רגילה או בחוקי יסוד. הוא מסווג כעקרון יסודי בהלכה הפסוקה.²⁵ אולם בשורת פסקי דין חשובים הוא הוכר כזכות יסוד, כזכות "על" בעלת חשיבות רבה בקביעת אופיו של המשטר במדינת ישראל,²⁶ או כזכות יסוד הנובעת מאופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית המקדשת חופש.²⁷

23 LOUIS D. BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY—AND HOW BANKERS USE IT 92 (1914).

24 עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב 20 (1972).

25 חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 17 (ארנן גבריאל עורך ראשי, 1993). על הגבלות חופש הביטוי בחקיקה הישראלית ראו פירוט בדיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 56–57.

26 ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא (2) 281, 295 (1977).

27 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נגד גרי, פ"ד טז 2407 (1962).

פסק דין שאהרן ברק יכנה "מגדלור", "יחיד" סגולה" "הנישא" משכמ"ו] ומעלה, והמאיר מאור"ו] הגדול", הוא פסק דינו של השופט אגרנט בפרשת קול העם.²⁸ בפסק הדין היה על אגרנט לקבע את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל כדי לקבוע שהמושג "Likely to endanger" בפקודת העתונות מתייחס למעשה למבחן של קרוב לוודאי. וכך פסק השופט אגרנט:

מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החירות" והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם" ... אך במידה שהיא "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו" ... מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על-ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו.²⁹

בבג"ץ קול העם הגדיר השופט אגרנט את חופש הביטוי כ"זכות עילאית ... [ה]מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".³⁰ השופט אגרנט, שבא מבית מדרשה של התפיסה האמריקנית,³¹ עמד על האינטרס החברתי והאינטרס האישי שזכות זו משרתת.³² מ"מ הנשיא לנדוי הגדיר בד"נ חברת החשמל את חופש הביטוי

²⁸ אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129, 129 (א' ברק ואח' עורכים, התשמ"ז) (בהתייחס לבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: בג"ץ קול העם)).

²⁹ בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 884.

³⁰ שם, בעמ' 878.

³¹ להרחבה על מורשתו של אגרנט והשפעתה על תפיסתו את זכויות הפרט ראו פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז 475 (1991).

³² בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 877-878.

כ"חירותו [של אזרח] להשמיע את אשר עם לבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע".³³ השופט שמגר, שהיה בדעת מיעוט באותו עניין, ראה בו זכות מזכויות היסוד החוקתיות, שמוקנה לה מעמד על משפטי. חובה לקיים את הציווי של חופש הביטוי, ולפיו מגבשים חיקוקים, בוחנים את חוקיות הפעולה של רשויות השלטון ומפרשים לאורה כל חוק חרות. בבג"ץ גרי טבע השופט לנדוי משפט שנחרת בדברי ימי הפסיקה: "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה".³⁴ השופט שמגר, שהרבה לעסוק בסוגיות של חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, קבע כי "ההתבטאות החופשית היא חלק מהותי וחיוני מן התהליך הדמוקרטי, והיא מזינה את יכולתו של המשטר הדמוקרטי לקיים את עצמו".³⁵ בבג"ץ קלופפר-נוה הוא כרך יחדיו את המשטר הדמוקרטי ואת חופש הביטוי בקשר דו צדדי: "חירות הביטוי היא תולדה עיקרית של הדמוקרטיה ומבין מאפייניה המרכזיים; מאידך גיסא, עצם התארגנותה של הדמוקרטיה מעת לעת מותנית בכך, שחופש הביטוי אכן יהיה קיים, ומבחינה זו הדמוקרטיה היא תולדה של הקניית החירויות ושמירתן. סיכומו של דבר, דמוקרטיה אמיתית וחירות הביטוי חד הם".³⁶ קשר בל יינתק בין המשטר הדמוקרטי לחופש הביטוי נקבע גם בבג"ץ כהנא: "חופש הביטוי מפיח חיים במשטר הדמוקרטי, אך באותה מידה מעניקה הדמוקרטיה חיות לחופש הביטוי. בין חופש הביטוי לבין הדמוקרטיה קיים איפוא קשר בל יינתק, תוך השפעה והפריה הדדית בין השניים".³⁷

אהרן ברק מגדיר את חופש הביטוי כאגד של זכויות. בהתבססו על שלל הפסיקות בישראל, הוא מונה תחת מטריית חופש הביטוי את הזכויות להשמיע ולשמוע, לקבל מידע ולהפיצו, להפגין ולהתאסף ואפילו הזכות לשתוק. בהתבסס על בג"ץ כהנא, שנדון לפניו, הוא כתב: "במרכזו של אגד זה עומדת החירות להשמיע ולשמוע, ולצדה עומדות זכויות נוספות, הבאות להגשים את החירות הזו ולהגן עליה. 'חירות הביטוי והזכויות הנגזרות ממנה יוצרות מערך מקיף ומורכב של הסדרים השלובים זה בזה,

³³ ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נגד הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 343 (1978) (הדגשה הוסרה).

³⁴ לעיל ה"ש 27, בעמ' 2416.

³⁵ עש"ם 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227, 241 (1986).

³⁶ בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 239 (1984) (הדגשות הוסרו).

³⁷ לעיל ה"ש 21, בעמ' 278.

היונקים זה מזה והמגבשים – בהפעלתם הלכה למעשה – את המסורת של חופש הביטוי באותה שיטת משפט"³⁸.

זכות הציבור לדעת – שאלה מעניינת היא אם זכות הציבור לדעת היא נגזרת של חופש הביטוי או שחופש הביטוי הוא אמצעי המשרת את זכותו הבסיסית של הפרט לידע ולהחלטה מבוססת מידע. גם אם ניתן להבין את מיל ומילטון כמי שכיוונו לזכות זו, הרי שאת הביטוי "Right to Know" טבע Kenneth Cooper, המו"ל של Associated Press, רק בשנת 1945.³⁹ לטענת פאל, זכות זו הוכרה בפסיקה הישראלית לראשונה בבג"ץ מ.י.ל.ן.⁴⁰ בפסק הדין מופיע ציטוט מפי פרופ' רות גביון:

[הן פרטיות והן זכות הציבור לדעת קשורים קשר אמיץ לתפישה של חירות, כבוד אנושי ודמוקרטיה, העומדת ביסוד המחוייבות לזכויות אזרח. אין צורך להכביר מלים על החשיבות המרכזית של הגנה על זכות הציבור לדעת (ועל חופש הביטוי וחופש העיתונות שהם האופן היעיל ביותר להבטחת זכות הציבור לדעת) בכל תפישה של דמוקרטיה, חירויות אזרח, וחירות פוליטית בכלל.⁴¹

הזכות נזכרה בעקיפין עוד קודם לכן מפי השופט שמגר: "שיטת הממשל הדמוקרטית ניוונה מכך – ואף תלויה בכך – שמן הציבור ואליו תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר נסב על הנושאים המרכזיים, המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט. על-כן יש הרואים בזרימה החופשית של המידע מעין מפתח לפעולתה של המערכת הדמוקרטית כולה."⁴² בבג"ץ קלופפר-נוה הרבה השופט שמגר להתייחס להשמעת דעות חופשית ולהחלפת דעות בלתי מוגבלת כתנאים לקיומו של משטר מדיני-חברתי שבו האזרח מסוגל לשקול מתוך לימוד הנתונים מה דרוש לטובתו ולטובת הכלל. המשטר

³⁸ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 6.

³⁹ חיים פאל "זכות הציבור לא לדעת" הפרקליט לט 533, 535 (1990).

⁴⁰ בג"ץ 259/84 מ.י.ל.ן. – מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673 (1984).

⁴¹ "איסור פרסום הפוגע בפרטיות" זכויות אזרח בישראל 177, 180 (רות גביון עורכת, 1982).

⁴² בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 378 (1981).

הדמוקרטי מותנה באפשרות לקיים ליבון גלוי, מבוסס ידיעה, של הבעיות העומדות על סדר יומה הלאומי של המדינה.⁴³

זכות הציבור לדעת היא אפוא זכות שאינה כתובה עלי ספר ושנובעת במישורין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש, וכמובן כנגזר מחופש הביטוי עצמו.⁴⁴

חופש העיתונות – זוהי חירות נוספת המתקיימת במרחב שבו מכובד חופש הביטוי. היא מוקנית לציבור ערטילאי שיכולתו לפעול כגוף מוגבלת. במדינה דמוקרטית היא מיושמת בעיקר על ידי אלו שמעוניינים להפעילה ושמסוגלים להפעילה, קרי: עיתונאים וכלי התקשורת המוניים. העובדה כי הציבור העביר את חזקת השימוש בזכות זו לידי כלי התקשורת, מחייבת אותם גם בחובות, דוגמת דיווח מלא, אמין, אחראי ונגיש.⁴⁵

זכות הציבור לדעת, שנובעת משתי זכויות היסוד לחופש הביטוי ולחופש הבחירה, מחייבת קבלת מרב המידע כדי שבחירה זו תהיה מושכלת ונבונה. הזכות היא של כלל הציבור, אולם את המידע שנדרש כדי לממשה, אחראים לספק כלי התקשורת ואלה שעוסקים במקצוע העיתונות. לפיכך שאלת ההגבלה על חירות הביטוי התעוררה בעיקר בנוגע להתבטאויות בכלי תקשורת. משכך זכה חופש העיתונות להגנה נרחבת יותר בשל היותו הענף החשוב ביותר של יישום חופש הביטוי הלכה למעשה.⁴⁶

"הטיימס" הלונדוני הוא דוגמה לעיתון שניצל במאה ה-19 את מעמדו הכלכלי האיתן כדי לפתח (תחת העורכים תומס ברנס וג'ון דיליין) את תפיסת העיתונות כחפה משיקולים זולת טובת הקורא. כאשר תקפו את עמדתו של העיתון בגנות הכרה במשטרו הקיסרי של נפוליאון, השיב העיתון באמירה חדה במאמר המערכת:

איננו יכולים לקבל את הטענה, שעל העיתונות לשתף עצמה בדאגותיו של השלטון, או שמוטלות עליה אותן חובות ואותן מגבלות, שרובצות על כתפיהם של שרי הממשלה. מטרותיהם וחובותיהם של שתי הרשויות (העיתונות והשלטון) תמיד הן נפרדות, ובדרך כלל בלתי-

43 לעיל ה"ש 36, בעמ' 238–239.

44 פאל, לעיל ה"ש 39, בעמ' 537.

45 שם, בעמ' 536.

46 דפנה ברק "חופש הגישה לאמצעי-התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש-ביטוי" עיוני משפט יב 183, 184 (1987).

תלויות זו בזו, ולעתים הן מנוגדות לחלוטין. ברגע שתראה העיתונות את עצמה כמשרתת השלטון, ייפגעו חירותה וכבודה. ... חובתה הראשונה במעלה של העיתונות היא להשיג במוקדם ובמדויק ככל הניתן את כל הידיעות, הנוגעות להתפתחויות האקטואליות, ולעשות ידיעות אלה – על ידי פרסומן – לנחלת הכלל.⁴⁷

התפיסה הרואה בעיתונות רשות בעלת כוח פוליטי משל עצמה, אינה חדשה. מונחים דוגמת "המעמד הרביעי" יוחסו לה מאז המאה ה-19, ה"מעצמה השביעית". המונח "הרשות הרביעית" שמקורו בארצות הברית⁴⁸ רואה בתקשורת רשות מקבילה המשפיעה על פעולת הרשויות הקבועות בחוקה: המחוקקת, השופטת והמבצעת.⁴⁹ את הרעיון שמתייחס לתקשורת כאל "הרשות הרביעית", הסביר השופט פוטר סטיוארט ב-1974 כ"מטרה העיקרית" של התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית. ביחסו של בית המשפט בארצות הברית לעיתונות בפרשת מסמכי הפנטגון הוא זיהה פגיעה במטרה זו.⁵⁰ תפקידה של התקשורת לחשוף מידע על השלטון ולהביא אותו לידי הציבור. התפקיד של התקשורת בחברה דמוקרטית חשוב שכן השלטון אינו מעוניין בחשיפת המידע. התקשורת מאפשרת זירה לשיח ציבורי חופשי ממגבלות שעשוי להשפיע על ההליך הדמוקרטי.⁵¹

חיים כהן ציין ש"חופש העתונות היא זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות. וגם חירות כחירויות אחרות; והיא איננה זכות של העתונות ואיננה זכות של עתונאי. היא זכות של כל אחד ואחד מאתנו". הוא הוסיף "שעצם היקפה של הזכות הגדולה הזו הנקראת חופש עתונות, והאחריות הרבה הכרוכה בכך, מצביעים על אופיה הציבורי-המדיני של זכות זו. זהו אחד ממוסדות הדימוקרטיה ממש, אחת מהאשיות שעליהן המדינה עומדת".⁵²

47 דינה גורן סודיות, ביטחון וחופש העיתונות 6 (1975).

48 DOUGLASS CATER, THE FOURTH BRANCH OF GOVERNMENT (1959).

49 גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 8.

50 James C. Goodale, *The First Amendment and the Freedom of the Press*, 2 ISSUES

OF DEMOCRACY 9 (1997) (בהתייחס ל- N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S.

(1971), 713, להלן: פרשת מסמכי הפנטגון).

51 דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 186-185.

52 חיים כהן "חופש הביטוי וזכויות הפרט" ספר השנה של העתונאים תשי"ח 189, 189,

190 (1958).

השופט שמגר "מעלה על נס את חשיבותה של הביקורת העיתונאית. מכשיר ביקורת זה המוגן על ידי עקרון חופש הביטוי, מחייב לצמצם, ככל שהדבר ניתן, את המגבלות והסייגים המוטלים עליו, כל עוד אין הביקורת ... [] הופכת להפקרות גרידא".⁵³ בבג"ץ קלופפר-נוה קבע השופט שמגר כי "ממלאים כלי התקשורת ההמוניים תפקיד בעל חשיבות ראשונה במעלה. הם המאפשרים פירסום משמעותי רבים של מידע, על כל תחומי החיים... והם כלי מרכזי להסברת תורות והשקפות ולוויכוח הציבורי הפתוח עליהם".⁵⁴

ההלכה הפסוקה בישראל ובארצות הברית אינן מקנות לעיתונאי זכויות יתר באיסוף המידע לטובת ההליך הדמוקרטי. למרות מעמדו הרם של חופש הביטוי והביקורת על העיתונות בישראל, החיסיון העיתונאי בישראל מוגן אך ורק באמצעות הלכה פסוקה – הלכת ציטריין.⁵⁵

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כאמור, בספר החוקים של מדינת ישראל אין מופיעים במפורש חופש הביטוי כזכות מוגנת, והגדרת היקפה (סוגי ביטויים מותרים ועוצמתם) והמגבלות המוטלות עליה (בהתנגשות מול אינטרסים ציבוריים אחרים). גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק ב-1992 נגרע מקומה המפורש של זכות זו. על בית המשפט, בפרשנותו את תחולת חוק היסוד ובשאר פסיקותיו, הוטל לקבוע את גבולות חופש הביטוי במדינת ישראל.

זכות חוקתית המעוגנת בחוקה, ובמקרה הישראלי – בחוק יסוד, פירושה הטלת מגבלה על החקיקה הרגילה. חוק אשר אינו עומד ברוח הגדרות חוק היסוד או בהגדרות פסקת ההגבלה, יהיה בטל בשל היותו לא חוקתי, גם אם התקבל ברוב קולות. כבוד האדם מקבל בחוק היסוד מעמד מיוחד. חלה הגנה מפני פגיעה בו מחד גיסא, וחלה חובה להגן עליו מאידך גיסא.⁵⁶ כדבריו של השופט אהרן ברק, אשר לו יוחסה המהפכה החוקתית, "מעשה, בית-המשפט יוכל לא רק לפרש חוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצהיר על בטלותו".⁵⁷

53 מרדכי גלוסקה "ועוד לשאלת חופש הביטוי" עיוני משפט ו 443 (1978).

54 לעיל ה"ש 36, בעמ' 238-239.

55 ב"ש 298/86 ציטריין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987).

56 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 272-273 (1994).

57 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9, 35 (1992).

ברק טוען כי המונח "כבוד האדם" בחוק היסוד אינו מושג מופשט פילוסופי, מוסרי או פוליטי. זהו מושג משפטי שיש לפרשו לחובות וזכויות. הוא יונק ממקורות משפטיים אחרים, ממקורות פילוסופיים וממקורות המורשת היהודית.

בבסיסו של "כבוד האדם" כמושג משפטי אופרטיבי "עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו". במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם. ... כבוד האדם מניח אדם בן-חורין, המהווה מטרה בפני עצמה, ולא אמצעי להשגת מטרות של הכלל או של פרטים אחרים.⁵⁸

מפרשנותו של ברק את המושג "כבוד האדם" עולה במפורש כי חופש הביטוי הוא חלק בלתי נפרד מרוח החוק אף שהמחוקק נמנע במכוון מלהוסיף את חופש הביטוי לחוק היסוד. ברק האמין גם כי תפקידו של בית המשפט העליון להגן על זכות יסוד זו. כל עוד לא נחקקו חוקים ייעודיים להגנה פרטנית על זכות נתונה, חוק היסוד יספק את המטריה הנדרשת. "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא ביטוי למאווייה של החברה הישראלית. הוא פרי ההיסטוריה שלה וערכיה. הוא כוכב הצפון להתפתחותה. כבוד האדם העומד ביסוד חוק היסוד צריך לקבל משמעות 'נדיבה' ולא לגליסטית או פדנטית. מובנו של כבוד האדם צריך להתאים עצמו למציאות החיים המשתנה".⁵⁹ הוא דן בסוגיה של פרשנות על דרך הצמצום או ההרחבה ולבסוף קבע כי את מרחב המחיה של כבוד האדם יקבע בית המשפט העליון בפסיקותיו ובפרשנותו. יש להימנע מצמצום שלא יגן על הכלול בו ומהרחבת יתר שתביא לייתור החוקים המיוחדים העוסקים בזכויות אחרות של אזרחים במדינה.⁶⁰

4. איזון בין ערכים – איזון בין חופש הביטוי לזכות לחיים ולביטחון המדינה

חופש הביטוי כמאפיין חשוב של מדינה דמוקרטית זכה, אם כן, למעמד עילאי ולהגנה בפסיקה ובפרשנות המשפטית בישראל, אולם חשוב ככל שיהיה, הוא אינו זכות

⁵⁸ "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 277 (ההדגשות הוספו).

⁵⁹ שם, בעמ' 284.

⁶⁰ שם, בעמ' 285.

מוחלטת. חופש הביטוי ייסוג מפני אינטרסים קריטיים אחרים במקרים שצפויה פגיעה בהם.

שתי סוגיות רלוונטיות בבואנו לדון בשאלת האיזון בין ערכים או זכויות יסוד בהקשרים של חופש הביטוי. ראשית, מהו היקפו של חופש הביטוי והאם ביטויים מסוימים אינם חוסים תחתיו? שנית, מהו היקף ההגנה שהחוק מספק לאותם ביטויים – הגנה מוחלטת או יחסית, ואם היא יחסית, מהם מבחניה? לא בלתי הגיוני להניח כי מספר הדעות באשר להיקף הביטויים הנכללים בזכות ולהיקף ההגנה שנותן הדין לכל ביטוי, הוא כמעט כמספר העוסקים בדבר. אולם עמדתן של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת היא שמכריעה ושוקבעת את הגבולות.

לדידו של ברק, היקף חופש הביטוי הוא סוגיה הנבחנת ברמה העקרונית. עמדתו ברורה – היקף חופש הביטוי חל על כלל הביטויים, הן מבחינת תצורתם והן מבחינת תוכנם. גישתו מרחיבה מאוד.⁶¹ לא הכול מחזיקים בדעתו של ברק, אם כי התפיסה הרווחת בפסיקה בישראל היא כי חופש הביטוי משתרע על כל סוגי הביטויים, למעט ביטויים קיצוניים בתחומי פורנוגרפיה או גזענות.⁶²

פסק הדין של השופט אגרנט בפרשת קול העם קיבע את התפיסה שהאיזון בין ערכים "היא עקרונית ולא אד-הוק. יש לקבוע – בלשונו של השופט אגרנט – 'עקרון רציונלי', שיהווה – בלשונו של הנשיא שמגר – 'אמת-מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי'. ... אמת-מידה זו מאזנת את הערכים השונים הבאים לידי התנגשות על-פי משקלם וקובעת את 'נוסחת האיזון' העקרונית".⁶³

איזון בין ערכים, המתייחס למשקלם היחסי של חשיבותם בחברה,⁶⁴ הוא מטאפורה. אולם זו נושאת בחובה כמה הנחות יסוד. ראשית, לא כל העקרונות והערכים זוכים לאותה מידה של חשיבות חברתית. שנית, קיים פער בין זכותו של

⁶¹ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 11–12.

⁶² הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 52. משה נגבי טוען כי חופש הביטוי זוכה להיקף הגנה משתנה בין השופטים ולעתים אצל אותם שופט. חופש העיתונות בישראל – ערכים בראי המשפט 12–13 (1995). ראו לדוגמה בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004), ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).

⁶³ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 14 (בהתייחס לבג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28).

⁶⁴ אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 103–107, 366 (1987).

הפרט בחברה לזכות המוקנית לציבור הכולל, או לחברה כישות. שלישית, בהנחה שאיזון פירושו פגיעה מסוימת באחת מן הזכויות או אף בשתייהן, הרי שהשאלות הן מהי מידת הפגיעה ולשם איזו תכלית היא נועדה. "אך טבעי הוא, כי האיזון משתנה מעניין לעניין, על-פי מהותם של הערכים הנאבקים. על כן, אין לנקוט אמת מידה אחידה, אלא יש לגבש אמות מידה משתנות, על-פי משקלם של הערכים המתנגשים. נקודות האיזון משתנות על-פי מהותם ואופיים של הערכים המתנגשים".⁶⁵ מקורה של שיטה זו נעוץ בבג"ץ קול העם.⁶⁶

שגב מתאר את הלוגיקה העומדת בבסיס שיטת "איזון הערכים" ו"איזון האינטרסים". לפיה, מדרגים את האינטרסים על פי חשיבות, אופי ומעמד ואחר כך משווים בין אינטרסים מנוגדים. בוחנים את מידת הפגיעה ומידת האפשרות למימוש הפגיעה. בסוגיות של חופש הביטוי נבחנים גם סוגי הביטויים העומדים למבחן. שגב תוקף שיטה זו ויוצא חוצץ נגד רוב התפיסות המנחות את המשפט הישראלי בבואו לבחון את היקף חופש הביטוי, היקף ההגנה עליו ושיטת האיזון בין ערכים. לטענתו, אין עקיבות בפסיקה אף בנוגע ליחס בין אינטרס לזכות יסוד. הוא מציע מבחן עצמאי נטול יחסיות שבו בוחנים את משקל השיקולים בזכות חופש הביטוי בהקשר הביטויים שעל הפרק, ללא איזון מול אינטרסים סותרים או מתנגשים.⁶⁷

הספרות והפרקטיקה המשפטית מתייחסות לשני סוגי איזונים המיושמים במשפט: איזון אופקי משווה בין אינטרסים בעלי חשיבות שווה או מעמד שווה; איזון אנכי משווה בין אינטרסים בעלי חשיבות או מעמד שונים. באיזון אנכי לאחד הערכים תהיה עליונות מובנית – זכות מול אינטרס. באיזון אופקי מופעלים מבחני מידתיות שמחייבים פשרה.⁶⁸ שגב טוען כי לא ניתן לבצע תהליך מושכל ומובנה של איזונים, בשל המורכבות הרבה ביצירת מעין "סרגל" ברור של עדיפויות בין אינטרסים, של הכללות ברמת האינטרס, של מנעדי עוצמה וכדומה.⁶⁹ אולם שיטת האיזונים לא נועדה לספק סרגל כלים אלא "קו מנחה" באשר לסדר העדיפויות הרצוי. תהליך יישום האיזון דומה מאוד באיזון אנכי ובאיזון אופקי. כך באיזון אנכי הערך הבכיר גובר, אלא אם כן קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה רבה בערך הזוטר. הדבר דומה במידה רבה לויתור

⁶⁵ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 14–15.

⁶⁶ לעיל ה"ש 28. ראו שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 367.

⁶⁷ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 48–57, 67.

⁶⁸ גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006).

⁶⁹ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 60–62, 71.

ההדדי הנדרש באיזון האופקי בין ערכים. איזונים אלו הם לחם חוקן של הצנזור מאז נפסקה נוסחת הקרבה הוודאית לפגיעה ממשית. שגב שולל את התפיסה בישראל שאינה מאפשרת, למעשה, מתן הגנה מלאה לביטויים מסוימים ללא סייגים. בארצות הברית מידת חשיבות האינטרס הנדון או החירות הנדונה קובעת את היקף ההגנה עליהם. ביטויים במישור הפוליטי יזכו להגנה מלאה, ביטויים מסחריים להגנה חלקית ואין כלל הגנה בחוקה לביטויים מסוימים.⁷⁰

מול ביטחון המדינה – חופש הביטוי אינו זוכה להגנה מוחלטת, כי אם הגנה יחסית. משכך תורת האיזונים רלוונטית בהתנגשות שלו עם זכויות אחרות או אינטרסים סותרים. אחד העיקריים שבהם ושבגיננו פגיעה בחופש הביטוי נתפסת כלגיטימית ביותר, הוא הזכות לחיים, קרי: ביטחון המדינה.

באיזון שבין ביטחון המדינה לחופש הביטוי נתונה לכל חברה דמוקרטית הזכות שלא להגן על מלוא חופש הביטוי. אמרתו של וולטייר – "איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה" – אינה מדויקת בהקשרי ביטחון המדינה. לתפיסתו של ברק, איני חייבת להגן בחיי על זכותך לומר דברים שיביאו למותי. דמוקרטיה אינה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה.⁷¹ ברק מתבטא באופן חד וברור. נקודת המוצא היא:

עד כמה ש[ההתנגשות בין חופש הביטוי לביטחון המדינה] "חזיתית" ואינה ניתנת למניעה, יד הערכים של בטחון ושלוש הציבור על העליונה. הטעם לכך הוא, שהדמוקרטיה צריכה להתקיים, על מנת שתוכל להגשים את עצמה. המשטר הדמוקרטי נכון להגן על חופש הביטוי, כל עוד חופש הביטוי מגן על הדמוקרטיה. אך מקום שחופש הביטוי הופך קרדום לפגיעה בדמוקרטיה, אין כל צידוק שהדמוקרטיה תניח את צווארה לכורת. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי. אין אדם יכול ליהנות מחופש הביטוי, אם הוא אינו נהנה מהחופש לחיות בחברה בה הוא בחר לחיות. הזכות לחיים בחברה קודמת לזכות להביע בה דיעה.

... עם זאת, בשל מרכזיותו של ערך היסוד בדבר חופש הביטוי, [יש] לצמצם את הפגיעה בערך יסוד זה עד כמה שאפשר, ורק אם הפגיעה

⁷⁰ שם, בעמ' 71-74.

⁷¹ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 13-14.

בחופש הביטוי היא חיונית כדי לקיים את הערך בדבר בטחון המדינה
ושלום הציבור, תתאפשר פגיעה זו.⁷²

אם כן הפגיעה בחופש הביטוי מחייבת הצדקה או הצדקה מיוחדת. זוהי זכות שיש להגן עליה ואף לעודדה, ולהגבילה רק כאשר מולה ניצבת זכות אחרת, כבדת משקל לא פחות. בישראל היה הביטחון תמיד מאדני היסוד של החברה הישראלית. שאלות של איומים ביטחוניים שוטפים, איומים קיומיים על הבית הלאומי במדינת ישראל, הכנה למצבי משבר וניהולם מרגע שפרצו, העסיקו רבות את השלטון בישראל ואת ציבור האזרחים. "המדינה קמה בסערת קרב, והחרב לא חדלה לאכול, ואף בעידן של הישגי שלום טרם הושבה לנדנה".⁷³ על האיזון שבין צורכי הביטחון לזכויות אדם אמר פרופ' אריאל רוזן-צבי כי "הדין איננו מושתק על-ידי הבטחון. גם הבטחון חייב לסגל עצמו לדין. אולם, יחד עם זאת, מציאות בטחונית מסויימת מחייבת את הדין להתאים עצמו במסגרת האיזון הראוי שבין המשפט לחיים".⁷⁴ בהנחה שפרופ' רוזן-צבי התייחס למשפט כמייצג את ערכי זכויות האדם, הרי שזוהי נוסחה טובה להצגת הדילמה הקבועה בין הזכות לחופש ביטוי וזכות ציבור לדעת מזה לבין הזכות לחיים, קרי: ביטחון המדינה, מזה.

5. חופש הביטוי בשעת חירום

למרות סובלנותה הרבה של מדינת ישראל ורגישותה החוקתית לחופש הביטוי של לאזרחיה הרי שככל חברה דמוקרטית, ייתכן שלעתים היא תבקש להתגונן מפני ביטויים שיש בפרסומם סיכון שתתרחש תוצאה חמורה.⁷⁵ תפקידה המוגדר של הצנזורה הוא מניעת הסתננותו של מידע ביטחוני שעלולה להועיל לאויב ולהזיק להגנת המדינה. לשם כך הקימו המדינות הדמוקרטיות מנגנון צנזורה מובנה, וכל אחת העניקה לו סמכויות שונות.

סמכויותיה של הצנזורה הצבאית מעוגנות בתקנות 86–101 לתקנות ההגנה. הסמכויות המוקנות לצנזורה בהקשר זה הן רחבות היקף ויש בכוחן לפגוע פגיעה קשה

⁷² שם, בעמ' 16–17.

⁷³ אליקים רובינשטיין "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון". עיוני משפט כא 21, 28 (1997).

⁷⁴ אריאל רוזן-צבי "על משפט ומציאות" הפרקליט – ספר היובל, לעיל ה"ש 25, 77, 78.

⁷⁵ ס' 1 להסכם הצנזורה מ-1949; "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22.

בחופש הביטוי. לכך יש להוסיף את חסינות תקנות ההגנה מפני ביקורת שיפוטית. לצנזור נתונה הסמכות לפסול פרסומו של כל מידע "שפרסומו היה עשוי, או עלול היה להיות עשוי, לפגוע – לדעתו – בהגנתה של הארץ או בשלומו של הציבור או בסדר הציבורי", ואף להטיל סנקציות יזומות על המפר את הנחיותיו.⁷⁶

בעבר מקום שבו הגיעו ערכים חוקתיים דוגמת חופש הביטוי לכדי עימות חזיתי עם אינטרסים דוגמת ביטחון המדינה ושלום הציבור, גברו לרוב האינטרסים הביטחוניים.⁷⁷ עם השנים ניכרת מגמה שלפיה בית המשפט מוכן לפגוע בביטחון המדינה ובשלום הציבור רק בהתקיים פגיעה קשה רצינית וחמורה בהם⁷⁸ ובהתקיים ודאות קרובה כי הגשמתו של חופש הביטוי תביא לפגיעה חמורה זו.⁷⁹

6. מאפייני מנגנוני צנזורה

בכל מדינה קיימים מנגנונים אשר בסמכותם לערוך את האיוונים הנדרשים בין ערכים ובמידת הצורך לפגוע בחופש הביטוי לפי ההצדקות המוגדרות בחוק. ביטחון המדינה הוא הבולטת שבהצדקות אלו. בישראל אמונה הצנזורה על הגנה על ביטחון המדינה באמצעות מניעה או צמצום של פרסומים פוגעניים, קרי: באמצעות פגיעה מדודה ומוצדקת בחופש הביטוי.

את תופעת הצנזורה ניתן לנתח בראי חמש שיטות אקדמיות תיאורטיות שונות.⁸⁰ הגישה הפונקציונלית בסוציולוגיה מנתחת יחסי גומלין בין מוסדות בחברה בראי ערכים, נורמות וכללי התנהגות. יחסי הגומלין שבין התקשורת למוסדות אחרים בחברה דמוקרטית קובעים אם תתקיים צנזורה באותה חברה ומה יהיו דפוסי פעולתה. תורת המשטרים במדע המדינה מבחינה בין ארבעה דגמים של יחסי שלטון תקשורת, שתואמים את מאפייני המשטר. מנגנון צנזוראלי נתפס ככלי של משטרים לא דמוקרטיים לפיקוח על זרימת מידע ומשוך לדגם הטוטליטרי. בתחום המשפט ניתן

⁷⁶ ת' 187 (1) לתקנות ההגנה; בג"ץ 234/84 "חדשות" בע"מ 'נ' שר הביטחון, פ"ד לח(2) 477 (1984); מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 182–189 (מהדורה שנייה, 2001).

⁷⁷ בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984).

⁷⁸ ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987).

⁷⁹ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22.

⁸⁰ ראו פירוט הגישות התיאורטיות אצל לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 98–99.

לחלק באופן גס את הגישות כלפי חופש הביטוי וחופש העיתונות לשתיים: זו שמאפשרת הגנה מלאה לחופש הביטוי המעוגנת בחוק, מול זו שמקנה הגנה חלקית ושרואה בזכויות החברה והכלל עילה להגבלה מסוימת של זכות היסוד. בחקר התקשורת מתייחסים לעיתונות כאל פרופסיה המפעילה מערכת של נורמות מקצועיות שתואמות את התרבות הפוליטית של אותה מדינה. בדמוקרטיה מדובר על מודלים ברוח "האחריות החברתית", בין בתצורתה האמריקנית (ענישה בדיעבד) ובין בתצורתה הבריטית. צנזורה מיוחסת למשטרים שאינם דמוקרטיים. התיאוריות מתחום הכלכלה מתייחסות לתקשורת כאל עסק כלכלי. גישה זו רואה בכלי תקשורת גוף שמונע משיקולי רווח והפסד, וקרובה בתפיסתה לגישות הביקורתיות בחקר תקשורת ההמונים. אלו גם אלו מזהות את הממסד התקשורתי עם הממסד הפוליטי ועם הרצון לשמר את הסדר הקיים כדי לשמר את היציבות הכלכלית שלהם.

בניתוח השינויים שחלו בחברה הישראלית ושהשפיעו על הדגם הישראלי של צנזורה בהסכמה, ישנה נגיעה בכל אחת מהשיטות הללו, אשר יפורטו בהמשך.

7. חלוקה תיאורטית קונספטואלית

קיימות שתי תצורות עקרוניות של הטלת מגבלות על חופש הביטוי – מניעה מוקדמת (במקרים מסוימים מניעה מוקדמת באמצעות מניעת גישה לאזורי קרבות) וענישה בדיעבד. מנגנון המניעה המוקדמת פירושו איסור פרסום מראש (כולל חיוב בבחינה מוקדמת טרם פרסום) או הטלת מגבלות נקודתיות או מרחיבות, קבועות או זמניות, על כלל אמצעי התקשורת או על חלקם, על ידי השלטון או על ידי ישות היררכית ענישה בדיעבד פירושה הטלת אחריות פלילית על המפרסם אם היה בפרסום משום פגיעה בערכים אחרים או באינטרסים אחרים ברמת הפרט והציבור.

ככלל, מנגנון המניעה המוקדמת על תצורתיו השונות (צנזורה, צווי איסור פרסום, צווי מניעה ובמידה מסוימת רישוי עיתונות) נתפס כמנגנון שמידת הלגיטימיות שלו במדינה דמוקרטית היא הנמוכה ביותר.⁸¹ Sir William Blackstone, משפטן אנגלי בן המאה ה-18, נחשב לאבי ההתנגדות לתפיסת המניעה המוקדמת והצגתה כאם כל חטאת. התנגדותו למניעה מוקדמת הייתה על רקע משטר הרישוי שהיה נהוג באנגליה (רונן טוען שהוא זכה בתואר שלא בצדק).⁸² John

⁸¹ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 292.

⁸² דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 239–243.

Thomas Gordon ו-1, שני פובליציסטים בני המאה ה-18 ממשיכי דרכו של ג'ון לוק המזוהה עם הגישה הליברטרית, פרסמו 138 מאמרים בקבצים שמכונים "מסמכי קאטו" ושנודעה להם השפעה על גיבוש עקרון חופש הביטוי גם באמריקה של אותה המאה. הם קראו לחירות המחשבה והביטוי כחלק מהשתתפות בהליך הפוליטי.⁸³ להוגים אלו ואחרים השפעה רבה על האופן שבו תופסות כיום דמוקרטיה את מנגנון המניעה המוקדמת.

המייצגת הבולטת ביותר של התנגדות לתפיסת המניעה המוקדמת היא ארצות הברית, כפי שבא הדבר לידי ביטוי בחוקתה ובפסיקות בתי המשפט בה:

המטרה העיקרית של ההגנה החוקתית על חופש הביטוי בארצות הברית היא מניעת מניעה מוקדמת של ביטויים; החוקה שוללת כל מניעה מוקדמת של ביטויים, לפחות בנושאים בעלי חשיבות ציבורית; הצדקה של מניעה מוקדמת מחייבת עמידה בנטל כבד במיוחד, הרבה יותר מן הנטל הדרוש להצדקה של ענישה פלילית בגין פרסום בעל תוכן זהה בנסיבות זהות; מניעה מוקדמת מוצדקת רק במצבים קיצוניים שבהם מוכח שפרסום יוליך באופן בלתי נמנע, ישיר ומידי לסיכון חיי חיילים בעת מלחמה או לשואה גרעינית.⁸⁴

גם בית המשפט הישראלי מכיר בכך שמניעה מוקדמת היא אמצעי חמור יותר מענישה בדיעבד. בבג"ץ קול העם נאמר: "אכן, זה מכבר הוכר הדבר, כי אותו אמצעי 'מניעת' – מאחר שתמציתו צנזורה, פשוטה כמשמעה – הוא החרף מבין שני האמצעים"⁸⁵ (אם כי יש לזכור ששם נדונה סגירת עיתון ולא צנזורה על תכנים). האיסור מראש מקפיא את הביטוי ומספק הגנה מלאה לערך המוגן, ואילו ענישה בדיעבד מצננת בלבד.⁸⁶

⁸³ שם, בעמ' 237–238.

⁸⁴ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 293 (בהסתמך על Near v. Minnesota, 287 U.S. (1964); N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)).

⁸⁵ בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 885.

⁸⁶ יוצר המכתם "A criminal stature chills, prior restraint freezes" הוא פרופ' Alexander M. Bickel (THE MORALITY OF CONSENT 61 (1975)) שייצג את העיתונים New York Times ו-1 Washington Post בפרשת מסמכי הפנטגון, לעיל ה"ש 50, ושהושפע מהאירוע. ראו דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 245.

השופט ברק קבע בעניין סטיישן פילם⁸⁷ כי איסור מראש המונע את עצם הפרסום, יש בו משום פגיעה מיידית בחופש הביטוי. במשטר של ענישה בדיעבד הביטוי לפחות רואה אור. לאור הערכה זו נפסק שבמשטר המגן על חופש הביטוי נכון שמניעה מוקדמת תעמוד במבחנים חמורים יותר של הצדקה בהשוואה לענישה בדיעבד, שבה ניתן להסתפק במבחן מחמיר פחות (בעצם יש פגיעה בחופש הביטוי על ידי יצירת אפקט מצנן מראש).⁸⁸

על ההבחנה הפשטנית מעט בדבר רמת הפגיעה לכאורה של מנגנוני המניעה השונים בחופש הביטוי קמו לא מעט חולקים. כך, לדוגמה, למנגנון הענישה בדיעבד יש לעתים אפקט מקפיא לא פחות מלמנגנון המניעה המוקדמת, ולו רק בשל ההרתעה של ענישה מחמירה על טעות בשיקול הדעת. היקפם של איסורי ביטוי בחקיקה הם רחבים וקבועים בזמן והחוק מנוסח בעמימות.⁸⁹ במניעה מוקדמת דוגמת הצנזורה בישראל יש לא מעט יתרונות לחופש הביטוי (הצנזורה חייבת לפעול לאור פסיקת בג"ץ; מיקוד הטיפול הצנזוראלי; שיח בין כלי תקשורת לבין הצנזור מאפשר פתרונות; תפיסת התפקיד של הצנזור ועוד – כמפורט בהמשך), עד כדי הצגתה כשומרת חופש העיתונות בישראל, לא פחות מהיותה שומרת על אינטרסים ביטחוניים.⁹⁰

חלוקה תיאורטית צורנית – נהוג לחלק את אופן הפעלת מנגנוני הגבלת חופש הביטוי לשלושה:

צנזורה חיצונית – חוקים, תקנות, מנגנוני כפייה נורמטיביים או טכניים אחרים המגבילים חיצונית את כלי התקשורת בפעולתם.

צנזורה פנימית – הגבלות שמטילים כלי התקשורת על עצמם מרצון, בין כשיקוף של ערכים ונורמות בחברה ובין בשל חשש מהפעלת לחץ עתידי או כפייה עתידית.

צנזורה בהסכמה – שיתוף פעולה קבוע או אד-הוק שתכליתו למנוע פרסום מזיק, ללא שימוש באמצעי כפייה ומכוחן של הבנה והסכמה. צנזורה הסכמית תשקף לרוב

⁸⁷ בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997).

⁸⁸ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 295–296.

⁸⁹ שם, בעמ' 298–299, 303–305.

⁹⁰ Hillel Nossek & Yehiel Limor, *The Israeli Paradox: The Military Censorship as a Protector of the Freedom of the Press*, in GOVERNMENT SECRECY 103 (Susan Maret ed., 2011); דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 259–262.

זהות אינטרסים בין התקשורת לשלטון גם אם מניעיהם שונים, לדוגמה מניע ביטחוני או מוסרי של השלטון ומניע כלכלי של כלי התקשורת.⁹¹

ניתן לנתח מנגנוני צנזורה גם בהקשר לרמה שעליה מופעלת הצנזורה: כלל אמצעי התקשורת, כלי תקשורת מסוים, ארגון תקשורת, רמת הפרט.⁹²

8. סוגי צנזורה

הספרות מונה תכליות שונות לקיומה של צנזורה.⁹³

צנזורה פוליטית – באנציקלופדיה למדעי החברה מגדיר הרולד לאסוול צנזורה פוליטית כ"מדיניות הבאה להגביל את ביטויים הפומבי של רעיונות, דעות, תפיסות והרגשות, שיש בהן – או שמאמינים כי יש בהן – כדי לחתור תחת הרשות השלטת או תחת הסדר החברתי והמוסרי, אשר רשות זו רואה עצמה חייבת להבטיחו".⁹⁴ צנזורה פוליטית נועדה לייצר אקלים רעיוני או להבטיח הצלחה תעמולתית. וולטר ליפמן טוען שכדי לנהל תעמולה יש להקים חיץ בין הציבור למאורע. בהקשר של מידע יש להגביל את הגישה לסביבה האמתית לפני שניתן ליצור את הסביבה-לכאורה, שהשלטון סבור כי היא הרצויה.⁹⁵ באמצעות צנזורה פוליטית מייצרת הרשות השלטונית מציאות וירטואלית נוחה לשליטה.

צנזורה כלכלית – הלקסיקון לתקשורת מגדיר "צנזורה כלכלית" כצנזורה המופעלת משיקולים כלכליים, בין שהיא מופעלת חיצונית על אמצעי התקשורת (לדוגמה בידי מפרסמים) ובין שהיא מופעלת בידי גורמים פנימיים (בעלי תאגידים).⁹⁶ סוג זה של צנזורה, גם אם אינו חדש, הובחן בשלב מאוחר יותר בעיקר בשל העובדה כי צנזורה נתפסה כמנגנון שלטוני המופעל חיצונית על התקשורת. כאשר החלו להתייחס

⁹¹ לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 100.

⁹² שם.

⁹³ ג'נסן קבע שלוש קטגוריות בסיסיות: צנזורה דתית; צנזורה פוליטית; צנזורה מוסרית. אחרים הוסיפו צנזורה ביטחונית ומאוחר יותר גם צנזורה כלכלית. הלל נוסק ויהאל לימור "הצנזורה הצבאית בישראל – פשרה זמנית מתמשכת בין ערכים מתנגשים" קשר 17, 45, 46 (1995) (להלן: "פשרה זמנית").

⁹⁴ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 96.

⁹⁵ שם, בעמ' 96.

⁹⁶ לקסיקון לתקשורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 528.

לצנזורה כאל תופעה רב מימדית, הן בהיבטי התכלית והן במנגנוני המימוש, ולאור התפתחותה המואצת של הצנזורה הכלכלית בשני העשורים האחרונים של המאה ה-20, היא סווגה בנפרד.⁹⁷

צנזורה דתית – "צנזורה על אמצעי התקשורת ותכניהם המופעלת על-ידי הממסד הדתי, או על-ידי קבוצות-לחץ הפועלות מתוך מניעים דתיים".⁹⁸ צנזורה דתית הייתה מבין הראשונות שהופעלו. הכנסייה מנעה מפצה והדפסה של כתבים שרשויותיה לא אישרו. במגזר הדתי בישראל מופעלת באופן תדיר צנזורה דתית על ידי רבנים או ועדות רוחניות שמתפקידן לבחון את אפשרות הפגיעה הדתית או המוסרית שקיימת בתכנים הצפויים להתפרסם. בשל הסיכון לנזק כלכלי רב כתוצאה מאיבוד של צרכנים ממגזרים דתיים מפעילים לא פעם אמצעי תקשורת ופרסום צנזורה עצמית כדי לא לפגוע ברגשות אותו ציבור.

צנזורה מוסרית – צנזורה על אמצעי התקשורת ועל תוכניהם המופעלת בשל פגיעה צפויה בערכי המוסר.⁹⁹ צנזורה מעין זו יכולה להיות מעוגנת בחקיקה, דוגמת איסור הפצת פרסומים פורנוגרפיים. בישראל אף קיימת מועצה לביקורת סרטים ומחזות, שבחנה סרטים טרם הפצתם על פי מבחן המוסר. צנזורה מעין זו ניתן להפעיל על רקע לחצים חיצוניים או פנימיים (בשל שיקולים כלכליים).

צנזורה ביטחונית – צנזורה הפועלת משיקולים של ביטחון לאומי. צנזורה מעין זו עשויה להתקיים גם במדינות דמוקרטיות בתקופות של מלחמה ומצב חירום.¹⁰⁰ כך, לדוגמה, הופעלה צנזורה בבריטניה במלחמת העולם השנייה ובמלחמת פולקלנד, וצבא ארצות הברית הפעיל צנזורה במלחמת וייטנאם, בפלישה לאי גרנדה ובימי מלחמת המפרץ. צנזורות אלו חדלו מלהתקיים עם סיום מצב המשבר. בישראל קיימת הצנזורה הביטחונית היחידה שפועלת באופן רציף מאז קום המדינה ועד ימינו אלו.¹⁰¹ היא פועלת מתוקף תקנות ההגנה ולאור קיומו של מצב חירום שהוחל בישראל סמוך להקמתה. פקודת סדרי השלטון והמשפט הותירה בתוקף את עיקר החוקים שחלו במנדט הבריטי. עם זאת, הצנזורה בישראל היא צנזורה בהסכמה.

97 לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 100.

98 לקסיקון לתקשורת. לעיל ה"ש 7, בעמ' 528.

99 שם. בעמ' 529.

100 שם. בעמ' 528.

101 לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 99.

צנזורה עצמית – צנזורה מפעילים כלי התקשורת שלא מכוח חוק או לחץ חיצוני. היא משקפת ריסון ופיקוח פנימי שתכליתם למנוע הגבלות חיצוניות על כלי התקשורת.¹⁰² למרות ההתייחסות לצנזורה זו כאל סוג נוסף של צנזורה, נדמה כי נכון יותר לסווגה כמנגנון צנזורה שכן גם אם היא מופעלת על ידי כלי התקשורת בעצמם, הרי שהיא נועדה לתכלית מסוימת ומונעת ממניעים כלכליים, מוסריים או ביטחוניים.

רמת הסובלנות והנכונות לקבל בהבנה את קיומה של צנזורה מותנית בשאלות אם הפגיעה באחת החירויות המהותיות בדמוקרטיה – חופש הביטוי – נועדה לשרת מטרה נעלה יותר של טובת הכלל, ואם פגיעה זו בזכות היסוד נערכת באופן מידתי ולתכלית ראויה. בשל כך, צנזורה (בין באמצעות מניעה מוקדמת ובין באמצעות ענישה בדיעבד) שנועדה להגנה על האינטרסים הביטחוניים של מדינה, תזכה בציבור להבנה וקבלה גבוהות יותר מאשר צנזורה ממניעים פוליטיים או כלכליים. כך, משה נגבי, שמשנתו לגבי צנזורה ודמוקרטיה ברורה, אומר "שאינן עיתונאי בר דעת ובעל מצפון אשר לא יסכים להטלת צנזורה על פרסום או חשיפה מסוג זה [ביטחוני] ועל הענשתם של האחראים לפרסום וחשיפה הרי אסון כאלה".¹⁰³ הוא מציע לבחון את היקפה "גם אם קיימת הצדקה עקרונית ברורה לקיומה של צנזורה ביטחונית, ראוי עדיין לבחון אם השימוש בה מוגבל אמנם לנושאים הצבאיים החיוניים ביותר".¹⁰⁴ פרופ' זאב סגל מגדיר את הגנת ביטחון המדינה כתכלית ראויה שבשמה הצנזורה פועלת, אולם הוא מתקשה להסכין עם החקיקה הקיימת ששמה בידיה כוח פוגעני מעל המידה הרצויה.¹⁰⁵ טעמי ביטחון נחשבים לטעמים הטובים והמובהקים ביותר להגבלה של חופש הביטוי. המשפט המדינתי והמשפט הבינלאומי תומכים בתפיסה זו.¹⁰⁶ השאלות שמועלות בהקשרי צנזורה ביטחונית עוסקות בהיקף הסמכות המוקנית ובמאפייני השימוש שנעשה בסמכות זו.

¹⁰² "צנזורה עצמית של אמצעי התקשורת" לקסיקון לתקשורת. בעמ' 529

¹⁰³ משה נגבי חופש העיתונאי וחופש העיתונות בישראל 96 (2011).

¹⁰⁴ משה נגבי נמר של נייר – המאבק על חופש העיתונות בישראל 27 (1985).

¹⁰⁵ זאב סגל חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות 32 (1996).

¹⁰⁶ ראם שגב "ביקורת על פעילותן של רשויות המדינה בהקשר הביטחוני" משפט וצבא 16,

909 (2003).

ג. דגם הצנזורה בישראל – היסטוריה של יחסים מורכבים

1. התשתית החוקית וההסכמית

מוסד הצנזורה המפעיל מנגנון של מניעה מוקדמת, מקורו במורשת המנדט הבריטי. הוא פועל מתוקפן של תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 – תקנות אשר במדרג החקיקתי תוקפן הוא של חוק והסמכות המוקנית בהן לצנזור הצבאי רחבה ביותר.

סקירת התפתחותו של מוסד הצנזורה בישראל מעלה ארבע מגמות. ראשית, אימוץ והמשכיות של מנגנונים והסכמות מימי טרום המדינה. שנית, לא בוצעה בנייה מסודרת של המארג הכולל לשמירת הסוד אלא התקבעו פתרונות זמניים. שלישית, נקודת האיוון בין חופש העיתונות לביטחון המדינה משתנה בהתאם למאבקי כוחות בין מוסדות המדינה. רביעית, הצעות חקיקה אינן מבשילות לכדי חוק אולם מביאות להטמעת שינויים באסדרה הקיימת. דברי ימי הצנזורה עמוסים פרטים והתפתחויות. אתאר בקצרה את המגמות העיקריות.

תחילתה של הצנזורה בישראל עוד טרם הקמת המדינה. לאחר החלטת האו"ם ב-29 בנובמבר 1947 ופרוץ פעולות האיבה החליטה "ועדת התגובה" (ועדה של עורכי העיתונות העברית שניהלה את הדין ודברים מול מוסדות היישוב) על הקמת ועדה משותפת שתנסח איסורי פרסום של מידע הפוגע במאמץ המלחמתי. מסמך שמגדיר 16 לאווים העוסקים בעניינים צבאיים, פורסם בינואר 1948. עוד הוסכם על אי פרסום מעשיהם ותנועותיהם של ראשי היישוב ומנהיגיו.¹⁰⁷ לאחר שהרשימה הופצה הוברר כי העורכים זקוקים להנחיה בדבר המותר והאסור בפרסום, ולכן גויסו בהתנדבות למשימה אלה שעסקו בצנזורה במהלך המנדט הבריטי. "מבקרי עיתונות" אלו, כפי שנקראו אז, הביאו עמם את שיטות העבודה – ואת תפיסת העולם – מימי המנדט. עד מהרה הם דרשו הגשה מוקדמת של כל ההגהות, ובמקרי עברות ביטחון לא בחלו בענישת העיתונות, כולל סגירה. הדבר הגיע לכדי כך שוועדת התגובה הביעה את מורת רוחה בפני הפיקוד העליון על רקע מה שהם ראו כניצול לרעה של "רוח שיתוף הפעולה, שהונח ביסודה של פעולת הביקורת בענייני ביטחון".¹⁰⁸

עם קום המדינה היה צורך לייצר באופן מיידי תשתית חוקית לפעולתה. החוק ששימש בעניינינו את שלטון המנדט הבריטי, דבר המלך במועצה לפלשתינה (א"י

¹⁰⁷ "כיצד נולדה הצנזורה הישראלית?" קשר 2, 116 (1987); גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 181.

¹⁰⁸ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 182.

(הגנה), 1937), עמד לפוג משום ש- Palestine Act, 1948, 11 & 12 Geo. 6, c. 27, שהתקבל ב-29 אפריל 1948 בפרלמנט הבריטי, ביטל את תוקפה של החקיקה הבריטית בשטחי ארץ ישראל. למדינת ישראל היה אינטרס במערכת משפטית כזו עצמאית המנותקת מכל תלות בבריטניה. עם זאת ברור היה כי מערכת משפטית כזו אינה יכולה להיווצר יש מאין. לפיכך עוד במעמד הקראת מגילת העצמאות ב-14 במאי 1948 פורסם "מנשר" מאת מועצת המדינה הזמנית שנועד לקבוע את ההסדרים הבסיסיים ביותר בנוגע לחקיקה. המנשר קבע את מועצת המדינה הזמנית כרשות המחוקקת והשאיר בתוקף את הוראות החוק המנדטורי.

ב-19 מאי 1948 פרסמה מועצת המדינה הזמנית את דבר החקיקה הראשון – פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ובו הוסדרו החוקים במדינה החדשה. לפי החוק, החוקים והתקנות הבריטיים שנחקקו בשנות המנדט, נשארו בתוקף ברוח המנשר. עוד נקבעו ההסדרים החוקתיים הבסיסיים של המדינה החדשה – רשויותיה וסמכויותיהן. תחולת הפקודה נקבעה למפרע ל-15 במאי 1948. הפקודה הביאה ליצירת הגוף המחוקק – האסיפה המכוננת (ולימים הכנסת) והגוף המבצע – שנקרא הממשלה הזמנית ושהפקודה העניקה לו את סמכויות הביצוע, לרבות סמכות להתקנת תקנות ותקנות שעת חירום. כל סמכויות הממשל הבריטי הוענקו לממשלה. סעיף 11 לפקודה השאיר בתוקפו את המשפט הקיים: "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשנויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". הפקודה נועדה להיות הסדר זמני במהותו שקבע הוראות זמניות. סעיף 11 לפקודה תקף עד היום, ומכוחו קיימים עדיין חוקים רבים שמקורם בחקיקה הבריטית.

הצנזורה היא תוצר של אימוץ החוקים וההסדרים מימי המנדט. תקנות ההגנה, שנחקקו מתוקף סעיף 6 לדבר המלך משנת 1937 ושכאמור יש להן מעמד של חוק, אומצו אל חיק המשפט הישראלי. תקנות 86–101 עוסקות בעניינים של צנזורה. בחינה של התקנות מעידה על הדרקוניות הטמונה בהן. פרופ' יצחק זמיר, שכיהן גם כיועץ המשפטי לממשלה בין השנים 1978–1986, החזיק בעמדה "שהמחוקק בישראל נכשל כישלון חרוץ... במחדל כפול. ראשית, הוא לא השכיל, במשך ארבעים שנות עצמאות, לשלב בחוקים המנדטוריים את השינויים הנובעים מהקמת מדינה דימוקרטית. ... שנית, הוא לא השכיל לחוקק את חוק זכויות-האדם".¹⁰⁹ זמיר התכוון לכך שמי שיקרא

¹⁰⁹ "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17, 29 (1989).

את תקנות ההגנה המנדטוריות יזוהו בהן נוקשות ודרקוניות שאינן מאפיינות התנהלות של מדינה דמוקרטית ושאין ראויות בהן. דבריו נכונים גם כיום בחלוף השנים.

התקנות מגדירות את סמכויות הצנזורה בהקשר לפרסומים פוגעניים. תקנה 86 קובעת כי הצנזור הוא אדם שמינה אותו שר הביטחון לכך בכתב. תקנה 87 מגדירה את הסמכות לאסור פרסום שפוגע בהגנתה של ישראל, בשלומה של הציבור או בסדר הציבורי. תקנה 88 מפרטת את הסמכות לאסור לייבא פרסומים פוגעניים ולייצא אותם. תקנות 89–96 מפרטות שורה של איסורים (לא רק בסמכות הצנזור) באשר לדברי דואר, לדברי דפוס ולאמצעי פרסום בארץ ובנוסעים היוצאים ממנה. תקנה 97 קובעת את חובת ההגשה לבחינה מוקדמת. תקנה 98 מגדירה את חסיון פעולת הצנזורה. תקנה 100 קובעת את הסמכות להחרים מכוונות דפוס. תקנה 101 מגדירה את האופן שבו רשאי הצנזור להפעיל את גורמי האכיפה.

בסמכות הצנזור להוציא צווים, שהם חקיקת משנה לפי תקנות ההגנה ובעלי מעמד של תקנה בת פועל תחיקתי. כאלו הם צו משנת 1961 המחייב מתוקף תקנה 97 לתקנות את ההגשה המוקדמת, ושהוצא על רקע פרסום ספר בדבר "הפרשה", שלא הוגש לצנזורה;¹¹⁰ צו משנת 1972, צו ההגנה (שעת-חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת ואיסור פרסום), התשל"ב–1972;¹¹¹ צו נוסף משנת 1988 שהוצא בעקבות ההליכים המשפטיים בפרשת עיתון "חדשות" (פרשת "קו 300" משנת 1984) ושמדגיש הגשה מוקדמת של מידע ביטחוני העומד לפני פרסום בארץ ובחור"ל.¹¹² שני הצווים האחרונים התפרסמו ברשומות.¹¹³

אף שהתקנות לא הוסרו מספר החוקים בישראל, פרשנות בג"ץ להן הפכה אותן לאות מתה.¹¹⁴ הן כמעט ואינן בשימוש ומהוות לכל היותר מעין "רשת ביטחון" למקרה

¹¹⁰ צו מה-26 במארכ 1961 בחתימת אל"ם א' בר-און, הצנזור.

¹¹¹ ק"ת 576 (מיום 20 בינואר 1972). הצו עצמו נחתם על ידי הצנזור ב-22 בנובמבר 1971. הצו תוקן בעקבות דין ודברים משפטי באשר לפירוט תוכני הספרים החייבים בהגשה. צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת) (תיקון), התשל"ז–1977, ק"ת 1035.

¹¹² צו שעת חירום (הגשת דברי דפוס ופרסומים לביקורת מוקדמת ואיסור דפוס ופרסום), התשמ"ט–1988, ק"ת 31.

¹¹³ סוגיית הפרסום ברשומות נדונה ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485 (1994). בית המשפט העליון הכריע כי אין חובה לפרסם את צו הצנזור ברשומות כתנאי להיותו תקף משפטית.

¹¹⁴ זמיר יצחק "העיתונות הכתובה – כוח וביקורת" משפט וממשל ו 179, 187 (2001).

שיחליט מפרסם לחרוג מהנורמה הנהוגה בישראל. מראשית ימי המדינה ועד היום מוסדרת ההתנהלות בין הצנזור לתקשורת באמצעות מנגנון הסכמי עוקף חוק. הצנזורה והמנגנון ההסכמי התפתחו באופן טבעי שתאם את צורכי המדינה שבדרך.

מיד עם קום המדינה הוסב שמה של "הביקורת היישובית" ל"הצנזורה הצבאית". באופן טבעי מוקמה הצנזורה בתוך צה"ל, ומבקרי העיתונות גויסו ונקראו מעתה צנזורים (לא נמצאה הוכחה כי התקבלה החלטה מודעת בנושא. במסמך ההקמה של אמ"ן, הצנזורה, ש"מ 4, מופיעה רביעית ברשימת הגופים בו)¹¹⁵. אף לא ניתנה הדעת למיסוד משפטי של גוף זה. מכוחו של הרגל ובהסכמה שבשתיקה שהצנזורה נדרשת בעידן של אתגרים ביטחוניים קיומיים. אולם כבר בתקופה זו התגלע פער שהתפרץ מאוחר יותר. העיתונות ראתה עצמה כמי שפועלת מתוך רצון טוב ומהתנדבות לקבל את עולה של צנזורה ביטחונית, ואילו הצנזורה ראתה עצמה כבעלת סמכות מלאה. גם מערכת הביטחון ראתה בצנזורה כלי יעיל לשליטה בעיתונות, לא רק לצרכים ביטחוניים.¹¹⁶ בעקבות סגירת "על המשמר" (בשל פרסום תמונות של אנשי פלמ"ח) ו"ידיעות אחרונות" (מחמת תביעה לשחרר חמישה אנשי אצ"ל), מהלכים שנתפסו כשימוש בצנזורה לצרכים פוליטיים, החלה ועדת העורכים (שמה החדש של ועדת התגובה) לפעול אצל המערכת המשפטית בניסיון ליצור בסיס חוקי מתאים לפעולת העיתונות והצנזורה. הצעת משרד המשפטים שנכללה ב"חוק הגנה וביטחון בשעת חירום תש"ט-1949" לא הבשילה לכדי חוק.¹¹⁷ במקביל, כדי למנוע זליגה ומתוך הבנה, שהסכמת העיתונות לקיומה של צנזורה היא חיונית להמשך פעולתה, פעלה "ועדת הצנזורה" שליד "ועדת העורכים" אצל המטכ"ל לקביעת נהלים ברורים לפעולת הצנזורה. כמו בתחומים רבים, הסדרים מעשיים המשרתים אינטרסים הדדיים, קרמו עור וגידים מהר יותר.

מה שהחל בהצעה ראשונית בדצמבר 1948 ל"הסדרת היחסים בין הצנזורה לעיתונות", שעליה חתום איסר בארי כראש שירות המודיעין, התפתח לסדרה של "הסכמי ועדת העורכים". כנגד הסכמים אלו עומדת טענה כבדת משקל שלפיה בעצם קיומם הם פוגעים קודם כל במוסד התקשורת, מחלישים את כוחו ומערערים את יחסי היריבות בינו לשלטון, שכה הכרחיים בדמוקרטיה. "החטא הקדמון" קרי, "הפקרת מי

¹¹⁵ מסמך הקמה אמ"ן.

¹¹⁶ הלל נוסק ויחיאל לימור "נורמליזציה של אנומליה: צנזורה צבאית בישראל" ישראל בתחילת המאה ה-21, 65, 77-78 (הלל נוסק עורך, 2002).

¹¹⁷ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 186.

שאינו בהסכם.¹¹⁸ המציאות בישראל, כאמור, מורכבת יותר ולא דווקא מוכיחה טענה זו. להפך, בפני ועדת שריד העידו העורכים כי הם מעדיפים את ההסכם, שעליו יש להם השפעה מוחצת, על פני הסדר חוקי מבית יוצרו של המחוקק הישראלי.¹¹⁹

ההסכם הראשון מדצמבר 1949¹²⁰ קבע את העקרונות הבאים: הצנזורה מבוססת על שיתוף פעולה; מטרתה למנוע הסתננות מידע ביטחוני; אין היא חלה על עניינים פוליטיים; תוקם ועדה לבידור סוגיות בין הצנזורה לתקשורת; לוועדה סמכויות שיפוט ואכיפה; למטה הכללי זכות לא לקבל את עמדת הוועדה; ביצוע ההחלטות באחריות המטכ"ל. משהוצג ההסכם ליועץ המשפטי לממשלה י"ש שפירא, הוא הזדעק שכן בעיניו מדובר היה במנגנון לא חוקי. בדצמבר 1950 על רקע החלטת הרמטכ"ל ידן להחמיר בענישה של "מעריב" בגין עברת צנזורה שמלכתחילה לא נתפסה כעברה, הגיש עורך "מעריב" ע' קרליבך, בקשה לצו מניעה נגד הצנזור. במעשה זה אָתגר קרליבך את עצם קיומה של צנזורה צבאית מתוקף חוק מסמין.¹²¹ מההתנהלות נדמה כי מטרה לא הייתה להביא לביטולו של ההסדר, אלא לשפר את ההסכם מבחינתה של העיתונות. הפעלת לחצים במטרה לשפר את נוסח ההסכם שימשה את התקשורת עד להסכם האחרון משנת 1996. בהסכם שנערך לאחר עתירתו של קרליבך, חויב הרמטכ"ל לקבל עליו עמדת ועדה שהתקבלה פה אחד או לאפשר לעיתון להציג את טיעונו במקרה של החלטה ברוב קולות. ב-20 במאי 1951 הוציא סא"ל יהושפט הרכבי ממחלקת המודיעין נוסח הסכם מתוקן ברוח זו.¹²²

הסכם זה החזיק מעמד כ-15 שנה. שנות החמישים היו שנים סוערות ומעצבות ביחסי הצנזורה והממסד הביטחוני מול התקשורת. שיאן בשיח הציבורי על "הפרשה". לאורך השנים מיצב עצמו עיתון "הארץ" כמי שקורא תיגר באופן קבוע ועקרוני על החלטות הצנזורה ועל התנהלותה.¹²³ בעקבות הגעת היחסים לידי משבר דרש ג' שוקן, העורך הראשי והמוציא לאור של העיתון, את כינוסה של ועדת העורכים לדיון עקרוני בבעיות הצנזורה הצבאית. זו לא הייתה הפעם האחרונה שבה משברים מבית היוצר של

¹¹⁸ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 47.

¹¹⁹ שם, בעמ' 52.

¹²⁰ מסמך 14/13004/ט"ו, מה-23 בדצמבר 1949 מאת סא"ל חיים הרצוג, ראש מחלקת מודיעין, המטה הכללי, אג"מ, מחלקת מודיעין.

¹²¹ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 190.

¹²² מסמך 14/44/יש/7295, מה-20 במאי 1951 מאת סא"ל יהושפט הרכבי בשם ראש מחלקת מודיעין.

¹²³ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 211.

עיתון "הארץ" הזיזו את נקודת האיזון בין חופש העיתונות לביטחון המדינה לכיוונו של הראשון. נוסח שלישי של הסכם בענייני צנזורה הופץ ב-27 ביולי 1966. בהסכם זה הוכנסו שינויים מהותיים.¹²⁴ על ההסכם חתום אל"ם דוד כרמון, מ"מ ראש אמ"ן. השינוי העיקרי, שמשקף את המאבק העיקרי בין הצנזורה בשנותיה הראשונות לעיתונות, עוסק בהיקף סמכותה של הצנזורה. בסעיף 2 נקבע כי היא אינה חלה על עניינים פוליטיים ועל דעות, פרשנות, הערכות או על כל עניין שהוא, אלא אם כן יש בהם, או שניתן להסיק מהם, מידע ביטחוני. עוד הוחלט בסעיף 4 שהצנזור יעדכן את רשימת הנושאים שדורשים הגשה.¹²⁵ באשר לוועדה הוחלט בסעיף 5 כי נציג הציבור ישמש יושב ראש הוועדה, דבר שמקנה לו זכות ראשון בין שווים. הוועדה הוסמכה לדון בקובלנות של הצנזור ובתלונות של התקשורת נגדו. סמכותו של הרמטכ"ל הוגבלה מעט יותר וסוכם כי הרמטכ"ל לא יוכל להחמיר על החלטות הוועדה. סמכויות הביצוע של ההחלטות עברו לידי יושב ראש הוועדה.

המניע העיקרי לעדכון ההסכם הבא היה פסק דין שניצור,¹²⁶ שחייב את הצנזור במבחן הוודאות הקרובה לפגיעה של ממש בביטחון המדינה. ב-17 בינואר 1989 הפיץ הצנזור הראשי, תא"ל יצחק שני, מסמך לשר הביטחון ולרמטכ"ל ובו הוא ניתח את ההשפעה של פסיקת בג"ץ שניצור על אופן פעולתה של הצנזורה. בסיפה של אותו מסמך הוא העריך כי "חברי ועדת העורכים לא יוכלו לעבור לסדר היום ולפגור אחרי היתרונות שהבג"צ מקנה לחופש העיתונות בכללותו. יתכנו לחצים לשינויים בהסכם".¹²⁷ ואכן, חודשיים בלבד לאחר מכן שלחה יושבת ראש ועדת העורכים, חנה זמר, מכתב לשר הביטחון יצחק רבין וביקשה לעדכן את ההסכם ברוח הפסיקה. עוד היא ביקשה לבטל את סעיף 5 להסכם משנת 1966, שלפיו החלטות הוועדה כפופות לאישור הרמטכ"ל. רבין השיב לה כעבור חודשיים כי מערכת הביטחון מוכנה להטמעת

¹²⁴ נוסח ההסכם כפי שמופיע שם, בעמ' 213–214, אינו תואם את נוסח ההסכם החתום שקיים בצנזורה. הפערים הם בסדר הסעיפים. ניתוח השינויים מוצג במאמר בהתאם לנוסח שקיים בצנזורה.

¹²⁵ הצנזור הוציא כשבועיים קודם לכן רשימה של 68 נושאים. הנושא שגרם לשיח נוקב במיוחד בין הצנזורה לעיתונות היה סעיף "מוראל", שתכולתו מעורפלת – ביקורת, הלכי רוח, חילוקי דעות, תלונות. משה ז"ק "הצנזורה והעתונות בחמש מלחמות" קשר 14, 5, 13 (1993).

¹²⁶ לעיל ה"ש 1.

¹²⁷ את השפעתו של פס"ד שניצור הציג לי תא"ל יצחק שני עם כניסתי לתפקיד הצנזורית בספטמבר 2005. מבוסס על מסמך 4-0/העיר/354 מה-17 בינואר 1989 "פס"ד בג"צ 88/680 עיתון העיר נגד הצנזור ושהב"ט" שהצנזור שלח לרמטכ"ל ולשר הביטחון.

המבחן בהסכם אולם לא להוצאת הרמטכ"ל מההליך הצנזוראלי. זמר התעקשה שלא יעלה על הדעת כי על החברים בהסכם יושתו שלוש רמות ערר (צנזור, ועדה, רמטכ"ל) בעוד שמי שאינו חבר נדרש לעמוד רק בשתיים (צנזור ובג"ץ).¹²⁸ רבין עמד על דעתו, ואכן הסכם רביעי נחתם במאי 1989 וכלל בתוכו אך ורק את המבחן המשפטי המעודכן.

כל עדכון של הסכם ה"הבנות" גרע מסמכות הצנזור לטובת התקשורת וחופש העיתונות. צבר אירועים, חלקם בין הצנזורה לתקשורת וחלקם יזומים על ידי המדינה, הביא לעדכון האחרון משנת 1996, התקף עד היום. השינויים שיקפו מגמות שרווחו בחברה הישראלית באותה תקופה. ההסכם נטה באופן ברור לטובת התקשורת. מערכת הביטחון ויתרה מרצון ומכורח על רבות מסמכויותיה. על רקע השיח בין מערכת הביטחון לתקשורת ובשל הדלפות בסוגיית שיח עובייד הוקמה בספטמבר 1989 ועדת שריד לבחינת הצנזורה. הדוח שהוגש ביוני 1990, לא כלל המלצה לחוק בשל התנגדות התקשורת, אולם הוצעו שינויים מספר בגדר האסדרה הקיימת. החשוב בהם הוא ביטול סמכות הערר לרמטכ"ל והעברתה לידי שופט. ריבוי ויכוחים מקצועיים ופערים שהתגלעו בסוגיות לא מעטות (פרסום תאונות, מינויים, פרשת צאלים – כמפורט בהמשך) בין הצנזור לתקשורת – בעטיים פרש "הארץ" (12 בנובמבר 1992) מהסכם ההבנות, ו"ידיעות אחרונות" – אחריו. שנה מאוחר יותר פרש "הארץ" גם מוועדת העורכים ולא שב אליה. "ידיעות אחרונות" פרש אף הוא מוועדת העורכים טרם חתימת ההסכם (18 בינואר 1996) על רקע הסכמת הוועדה לחקיקת חוק צנזורה, אך הבהיר שהוא עדיין צד להסכם ההבנות.¹²⁹ באפריל 1993 הוקמה ועדה משותפת לצה"ל ולוועדת העורכים לבחינת ההסכם. לא זה המקום לפרט את ההתנהלות של מערכת הביטחון, התקשורת והמשפט בגיבוש ההסכם, אולם הן ממסמכים פנימיים והן משיחות עם אלה שהשתתפו בתהליך עולה שידה של התקשורת הייתה על העליונה כמעט ברוב חלקי התהליך, ולראיה – התוצר הסופי.¹³⁰

ב-22 במאי 1996 נחתם הסכם ה"הבנות" בגרסתו החמישית. לראשונה נחתם ההסכם עם שר הביטחון ולא עם רשות צבאית, כלומר ניתן תוקף ממלכתי להסדר "זמני". ההסכם הוחל על כלל אמצעי התקשורת בישראל ללא קשר לחברותם בוועדת

¹²⁸ מכתב מוועדת עורכי העיתונים היומיים במדינת ישראל לשר הביטחון (2.10.1989).

¹²⁹ מכתב ממושה ורדי ליאיר שטרן, יושב ראש ועדת העורכים ולתא"ל יצחק שני (18.1.1996).

¹³⁰ שיחת כניסה לתפקיד עם תא"ל יצחק שני, הצנזור הראשי לשעבר (ספטמבר 2005). ראו גם חנוך מרמרי "צנזורה צבאית, צנזורה עצמית" העין השביעית (29.12.2012).
www.the7eye.org.il/31535

העורכים (עוד קודם), קרי: קבלת ההגנה הנתונה בהסכם בלי להיות חלק מהמנגנון המאזן של שמירת הסוד. הצנזורה הוגדרה כמבוססת על הבנה בין מערכת הביטחון לכלי התקשורת, נוסח שמחדד את ההיבט ההסכמי על פני ההיבט החוקי של עבודת הצנזור. בוטל מעמדו של הרמטכ"ל כערכאת ערר, ובראש הוועדה הושם משפטן שישמש גם יושב ראש. באופן הצהרתי קיבלה הוועדה מעמד של צנזור על. עוד אפשר ההסכם לכלי התקשורת לעתור לבג"ץ אם הוועדה דחתה את השגתם, קרי: לעיתונות שמורה הזכות להגיע עד לבית המשפט העליון, ומערכת הביטחון, לכאורה, חסומה בהחלטת הוועדה (לשאלתי את צבי ענבר ז"ל מה יקרה אם אחליט שלא לקבל את החלטת הוועדה בערר נגדי, הוא הבהיר כי שמורה לי הזכות, אולם הוא, כיושב ראש הוועדה, יראה בכך משום ביטולו המידי של הסכם ההבנות).¹³¹ ההסכם הגדיר את רמת הענישה, שהיא מזערית וסמלית, וצמצם את משך הליך הערר ל-24 שעות, דבר שמטיל מעמסה כבדה על מערכת הביטחון.

הדגם ההסכמי המתואר לעיל ייחודי לישראל, שהיא גם הדמוקרטיה היחידה שבה מתקיים מנגנון של מניעה מוקדמת באמצעות ארגון צנזורה ייעודי. מארג התשתית החוקית המשמשת את הצנזורה בישראל, מתבסס על תקנות ההגנה, על הסכם ההבנות, על צווים מתוקף חוק העונשין, התשל"ז-1977 (חמישה נושאים שעליהם החליטה הממשלה כי הם חסויים, אלא אם כן אישרם הצנזור. הם הוטמעו ברשימת הנושאים), על סעיפים מגבילים או מתירים בחוקים קיימים (דוגמת סעיף 9 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, וסעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002). פסיקות בית המשפט התוו את הדרך ואת מגבלות הכוח. לכל דמוקרטיה ישנם מנגנונים שהם מורשת התרבות וההיסטוריה, לשמירה על ביטחונה מפני פגיעה ולקביעת האיזון מול חופש הביטוי.

2. האסדרה בדמוקרטיה מערביות

בשתי הדמוקרטיות הוותיקות, בריטניה וארצות הברית, קיימות תפיסות שונות באשר למקומו של חופש הביטוי במדרג הערכים הלאומי המוצהר, ובמקביל – מנגנוני איזון שונים, משפטיים ומנהליים, המגבילים אותו בשם הערכים של ביטחון המדינה ושל שלום הציבור.

¹³¹ שיחת כניסה לתפקיד עם תא"ל צבי ענבר, יושב ראש ועדת השלושה (אוקטובר 2005).

בבריטניה חופש הביטוי אינו מעוגן בחקיקת יסוד.¹³² מדובר בעיקר בהתפתחות היסטורית של המעמד החברתי-משפטי המוקנה לזכות יסוד זו. נהוג לייחס לחיבורו של ג'ון מילטון מאמצע המאה ה-17, ה-Areopagitica,¹³³ את המושג "חופש הביטוי". בבריטניה מסורת ארוכת שנים של סודיות המנהל. משכך, התפתחה תפיסה משולבת בחקיקה הבריטית של מניעת מידע בתחומי מודיעין, ביטחון ויחסי חוץ ושל ענישה פלילית מאוחרת על מסירת מידע פוגעני או שלא בסמכות. כך הדבר הן ביני ה-Seditious libel על הגרסאות השונות שלהם, והן בשני ה-Official Secrets Acts מראשית המאה הקודמת. במקביל התגבשה מאז מלחמת העולם הראשונה תפיסה של מניעה מוקדמת באמצעות מנגנון "אגרות ההגנה" (DA Notice), שהתפתח עם השנים למנגנון מייעץ, מבוסס הסכמה ומשותף לממשל ולעיתונות. הרעיון העומד בבסיס מנגנון ה-DA הוא כי גם אם האחריות חלה תמיד על העורך או על הסופר, הוועדה המייעצת (The Defence, Press and Broadcasting Advisory Committee (DPBAC)) עוזרת לו להחליט החלטה נכונה בלי לעבור על חוק הסודות הרשמיים.¹³⁴ מנגנון מניעה נוסף, שמשמשים בו במשורה, הוא צווי מניעה שיפטיים. בחינה של אירועים שונים בבריטניה מעידה על כך כי גם אם אין חופש הביטוי מעוגן בחקיקה, ומסורת סודיות המנהל מושרשת, הרי שבפועל מגן המשפט הבריטי על ערך זה ועל העיתונות כמייצגת נאמנה שלו.

בארצות הברית זוכה חופש הביטוי להגנה חוקתית בתיקון הראשון לחוקה.¹³⁵ התיקון מגן במפורש על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות (אף שלעיתונאים אין זכויות יתר בכל הקשור לחופש המידע).¹³⁶ הקונגרס אינו רשאי להגביל בחוק חירויות המוגנות בחוקה. בארצות הברית מסורת ארוכה הרואה במניעה מוקדמת רע שיש להתרחק ממנו. בית המשפט העליון פירש את התיקון הראשון כאוסר באופן מוחלט כל סוג של מניעה מוקדמת, ואם תותר, יהיה על הצד המבקש להוכיח קיומו של צורך שלטוני דוחק המתבטא בפגיעה ממשית ובלתי ניתנת לתיקון.¹³⁷ בעת הצורך החוק האמריקני מייצר באופן ישיר או עקיף מנגנוני מניעה מוקדמת ומותיר בידי השלטון שיקולים רחבים באשר לסוגי מידע שלא יימסרו לידי הציבור: מניעת גישה לאזורי

132 חופש הביטוי מעוגן ב- Human Rights Act, 1998, c. 42.

133 לעיל ה"ש 16.

134 להרחבה ראו האתר הרשמי של הוועדה www.dnotice.org.uk.

135 U.S. CONST. amend. I.

136 סגל חופש העיתונות, לעיל ה"ש 105, בעמ' 17.

137 פרשת מסמכי הפנטגון, לעיל ה"ש 50.

מלחמה לשם סיקור (משרד הצנזורה במלחמת העולם השנייה, בגרנדה ובעיראק), מנגנוני אסדרה דוגמת הסכמי סודיות, סיווג מסמכים, אגרות ביטחון של הנשיא וכדומה. המנגנונים מכוונים בעיקר לעובדי ציבור. במקביל, ובמידה רבה באופן התואם את התפיסה הנורמטיבית של איסור מניעה מוקדמת, החקיקה המתקפת ענישה מאוחרת בארצות הברית היא מחמירה, למשל חוק הזרים וחוק ההסתה בגרסתו השנייה מ-1918 וחוק הריגול מ-1917, שניסוחם עמום ושתחולתם רחבה. לאחר מתקפת הטרור ב-11 בספטמבר 2001 נחקק אחד החוקים הדרקוניים ביותר, המוכר כ- USA PATRIOT ACT.¹³⁸ החוק, שנחקק בחיפזון, מעצים את יכולת הרשות המבצעת ומצמצם מאוד את הבקרה השיפוטית על מעשיה. ככלל, בחינה של ההתנהלות בפועל בזירות שונות (הוצאת צווי מניעה, העמדה לדין על פי חוק, הגנה על מדליפי מידע, הגנה על החיסיון העיתונאי) באירועים שבהם מעורבים היבטים של ביטחון המדינה, מעלה פער בין ההצהרה הנורמטיבית להתנהלות בפועל.

3. מערכת היחסים בין הצנזורה לתקשורת

מערכת היחסים שבין הצנזורה לתקשורת שיקפה בזעיר אנפין את מערכת היחסים בין מערכת הביטחון (ובשני העשורים הראשונים – של השלטון) לתקשורת. ככלל, למעט שתי תקופות מובחנות שתפורטנה להלן, מערכת היחסים בין שני המוסדות הייתה סבירה, בהתחשב בניגודי האינטרסים המובנים.

ניתן לחלק את השנים מאז קום המדינה באופנים שונים, בהתאם לממד העיקרי שבוחנים. במאמר זה תוצג חלוקה לשלוש תקופות, וההבחנה המובילה היא הגעה לנקודות שבר או היסט ביחסי הצנזורה והתקשורת שהביאה לשינוי במאזן הכוחות. התקופות נסכרות באירוע מכונן, אולם השפעתו מחלחלת ומופיעה שנים אחדות אחר כך. כל אירוע מכונן הביא לכך שהצנזורה, בקוראה את מפת האיוזנים החדשה שנרקמה בחברה הישראלית, ערכה שינוי בפעולתה כדי להתאים עצמה לסביבה המשתנה. ההתאמה, שנועדה לשמר את רלוונטיות הצנזורה במימוש סמכותה על פי חוק, כוללת שינויים נורמטיביים ולעיתים מבניים. כך, בסיומה של התקופה הראשונה עדכנה הצנזורה את נקודת האיוזן בהתנהלותה המקצועית, כחלק מהשינוי שחל בחברה הישראלית, בלי לבצע שינוי באסדרה הקיימת. בסיומה של התקופה השנייה חלו שינוי

138 Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272.

סמלי באסדרה (הסכם 1989) ושינוי מהותי בפעולת הצנזורה מול התקשורת, שבא לידי ביטוי במחצית הראשונה של שנות התשעים. אולם מאמצע שנות התשעים חלו שינויים רבים, מהירים ובעלי השפעה הדדית במגמה כוללת ברורה של הצבת אתגר עתידי מהותי לאיזון שנרקם לאורך השנים בין הצנזורה לתקשורת. אלו הביאו לידי ההצעה המוצגת במאמר לשינוי מבני-נורמטיבי של האסדרה בישראל מהיסוד.

הסקירה תתמקד במאפייני התקופות ותציין בתוך כל תקופה נקודות שיא, אך אין היא תיאור כרונולוגי של האירועים.

4. מקום המדינה עד מלחמת יום הכיפורים

השנים הראשונות שלאחר קום המדינה היו השנים המעצבות. אופן פעולת הצנזורה, היקף סמכותה והקו המקצועי שלה נקבעו תוך כדי בחינת גבולות הדדית. בתקופה זו הצנזורה וצה"ל לא היו נקיים מחשד של נטייה פוליטית. היא הואשמה לא פעם כמי שנוצלה לצרכים פוליטיים.¹³⁹ כך, ביולי 1948 הצנזורה הורתה לסגור את בתי הדפוס של "מעריב" ושל "ידיעות אחרונות", החלטה שנתפסה כפעולה של ההגנה (שבשלטון) נגד הפלמ"ח והאצ"ל, בהתאמה. לאחר שהצנזורה פסלה לפרסום שיר של אלתרמן שעסק בפירוק חטיבות הפלמ"ח, עלתה הסוגיה על שולחן הכנסת. ח"כ י' ריפטין ממפ"ם טען: "איננו יכולים להסתפק בדיון בשאלה זאת באחת הוועדות. ההשתוללות של הצנזורה הצבאית נמשכת חודשים רבים, והיא מהווה אחת הדרכים של מלחמה מפלגתית פנימית".¹⁴⁰

בשנים אלו נעשה שימוש תכוף במנגנון "ועדת העורכים" כדי לשתף במידע ביטחוני אינטימי, בדרך כלל במטרה למנוע פרסומו. העורכים יזמו והזינו את המנגנון וראו עצמם שותפים לפעולות הממשלה והמדינה. את הצנזור, שהיה שותף לפגישות (או לסיכומים) עם ועדת העורכים, הם קיבלו כמי ששיקול דעתו כפוף לרצונותיהם של בכירים ממנו.¹⁴¹ ניתוחים רבים מציגים את הוועדה כמכשיר העיקרי להגבלת חופש העיתונות במשך שנים ארוכות, ואת חבריה כאלה שבגדו במקצוע העיתונאי

¹³⁹ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 193–194.

¹⁴⁰ ד"כ 1, 533 (התש"ט).

¹⁴¹ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 8.

ושהשתכרו מניחוח ההתחככות באליטה השלטונית. אולם יש לזכור כי הוועדה היא שהצליחה לייצר אסדרה מאזנת, גמישה ומתאימה יותר לתרבות ולחברה בישראל.¹⁴²

עם סיום מלחמת העצמאות דעכו הטענות בדבר פסילות פוליטיות-מפלגתיות, ועלו טענות נגד פסילות בהקשרי מדיניות חוץ וביטחון ונגד כיסוי על מחדלי מערכת הביטחון. הצנזורה נתפסה כמי שחרגה מתחום סמכותה ושנהגה לפסול נושאים מטעמים שונים. כך, על פסילה מטעמי "מוסר" העיד שר החקלאות עצמו. אפילו הכנסת נאלצה למצוא פתרונות יצירתיים לתיעוד "דברי הכנסת" במטרה לא לחרוג מהוראות הצנזור.¹⁴³ הצנזורה פסלה מאמרי דעה שהביעו ביקורת על מדיניות הממשלה, ולעתים אף מאמרי דעה שתקפו את ההתנהלות הפוליטית שלה עצמה.¹⁴⁴ עיקר מאבקו של הצנזור היה מול ביטאוני מפלגות השמאל מק"י ("קול העם") ומפ"ם ("על המשמר"), מעין שיקוף של מאבק השלטון במפלגות אלו.¹⁴⁵ בתחילת שנת 1953 נסגר "קול העם" פעמיים, בפעם הראשונה פסק בית המשפט בפסק דין כמעט נשכח שאין הוא מתערב בהחלטת הרשות המוסמכת.¹⁴⁶ בפעם השנייה פסל בית המשפט את החלטת שר הפנים, פסיקה שהייתה עוגן ראשון לחופש הביטוי בדמוקרטיה הישראלית הצעירה.¹⁴⁷ להבדיל מפסיקת שניצור, פסיקת קול העם לא הטביעה חותמה על פעולת הצנזורה. המאבקים עם עיתוני השמאל, כולל "הארץ", נמשכו ביתר שאת. עיתון "הארץ" לקח על עצמו להיאבק בפסילות שאינן צבאיות גרידא, דוגמת חילוקי דעות במערכת הביטחון, סוגיות של יחסי חוץ וביקורת על בכירים. ח' שורר, איש מפא"י, הגדיר זאת "אי-ציות והתקוממות... יש להחמיר את הצנזורה, כי אצלנו משתוללת הדמוקראטיה".¹⁴⁸ ניסיונות שונים לחייב את "ועדת העורכים" להגדיר מחדש את גבולות סמכות הצנזור בשאלות שונות לא עלו יפה. הוועדה התחמקה מהכרעות

142 להרחבה על ועדת העורכים ראו צבי לביא "ועדת העורכים" – המיתוס והמציאות" קשר 1, 11 (1987); נמר של נייר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 83-92.

143 גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 196-197.

144 למשל פסילת מאמר על מדיניות הממשלה כלפי סוריה למען היחסים עם ארצות הברית ופסילת מאמר ב"על המשמר" על צנזורה מדינית. שם, בעמ' 199.

145 שם, בעמ' 200.

146 בג"ץ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 165 (1953).

147 לעיל ה"ש 28. דינה גורן, לעיל ה"ש 47, מייחסת בעמ' 201 את השינוי בעמדת בית המשפט כלפי "קול העם" בהפרש של חודשים ספורים לשינוי היחסים בין ישראל לרוסיה.

148 שם, בעמ' 202.

והעדיפה את דרך השכנוע ההדדי.¹⁴⁹ בשנים אלו ההנחה הרווחת היתה כי השתיקה יפה לנושאים ביטחוניים (כולל מחדלים הרי גורל דוגמת "עסק הביש"). השאלה המהותית אילו נושאים אכן נדרשים בהגנת הצנזורה, לא נדונה לעומק ולא הוכרעה. אלה היו "שבע ... השנים הפורמטיביות של הדמוקרטיה הישראלית".¹⁵⁰

האירוע שערער בשנים אלו את הסטטוס קוו שנוצר, הוא "הפרשה". "פרשת לבון", שבה נוצרו מחנות בתוך השלטון וכל מחנה זכה לתמיכה של כלי תקשורת אחר, הציפה את העובדה שבעת הצורך אין בוחלים בכירים לעשות שימוש במידע שקודם לכן הוגדר חסוי בשם הביטחון הלאומי. הצנזורה נאלצה להתמודד עם הדלפות מידע מצד שני המחנות, עם רמיזות, עם לשון סתרים שפותחה במיוחד לתיאור הפרשה, ועם פרסומים בחו"ל ששימשו בסיס לשיח בארץ. הצנזורה אסרה לפרסם בארץ את מה שפורסם בחו"ל, מתוך נקודת הנחה שמידע המפורסם בארץ זוכה לאמינות גבוהה יותר (הבסיס המקורי לציטוט מקורות חוץ). אולם איסור זה הביא למעשי מחאה של הציבור, של העיתונות ואפילו של גיבורי הפרשה, שציטטו פרסומים ושחשפו מידע ברבים. למרות ספיחי "הפרשה" היו שנות השישים המוקדמות רגועות יחסית, עד לדרישתו של שוקן מעיתון "הארץ" מוועדת העורכים לבחון מחדש את "בעיות" הצנזורה, שתוצאתה, כאמור, הנוסח השלישי להסכם. במקביל לשינוי העיקרי שהוכנס בהסכם, ולפיו אין הצנזורה עוסקת בדעות ובפרשנות, הוצא צו לפי חוק העונשין העוסק בישיבות ממשלה המוגדרות "ועדת שרים לענייני ביטחון". לפי צו זה, הישיבות חסויות אלא אם כן אישר הצנזור לפרסם מהן.¹⁵¹ שימוש יתר של הממשלה בהגדרות ישיבותיה כ"ועדת שרים לענייני ביטחון" ופעולת הצנזור (ללא שיקול דעת) למניעת פרסומן החזירו את פעולת הצנזורה למרחב הפוליטי.¹⁵² בשנים אלו עלתה הצנזורה

¹⁴⁹ החשש מהכרעות עקרוניות בסוגיות הקשורות בצנזורה מלווה את הצנזורה עד היום, למשל פעולתו של בג"ץ בשתי עתירות משנת 2000 בסוגיית צו איסור פרסום של הצנזורה, החלטות ועדת השלושה שנוטות כמעט תמיד לפשרה, ובמידה מסוימת גם אי הנכונות לאכוף את החוק במקרה של הפרות בוטות.

¹⁵⁰ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 8.

¹⁵¹ קיימים חמישה צווים לפי חוק העונשין שבהם הוסמך הצנזור כגורם המאשר מידע לפרסום. הצווים עוסקים בסוגיות של "ועדת שרים לענייני ביטחון", עלייה מארצות שהעלייה מהן מוגבלת, צינור הנפט אילת-אשקלון, הלוואות חוץ ומכליות נפט בנמלי ישראל.

¹⁵² נמר של נייר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 74-76.

לכותרות מדי פעם: פרשת "בול" (בן ברקא), פרשת ישראל בר, התפטרות ראש המוסד על רקע פרשת המדענים הגרמנים ועוד.

בעתות מלחמה: מלחמת קדש¹⁵³, מלחמת ששת הימים¹⁵⁴ ומלחמת ההתשה¹⁵⁵, זכתה הצנזורה לנכונות ולהבנה מצד התקשורת, למעט עיתון "הארץ" שהיה בשליחות עצמית לייצר מאזן כוחות אחר.¹⁵⁶ אפילו פסילת הצנזורה את אירועי כפר קאסם תוך כדי מלחמת קדש עד לסיום החקירה, שעליה העיד לימים הצנזור הראשי בר-און שהייתה "[...] חסימת פי העיתונות", לא זעזעה את המערכת.¹⁵⁷ כאמור, חלק נכבד לכך יש לייחס לעובדה כי העורכים הראשיים שותפו בסודות הביטחוניים, בתמורה לכך שאלו לא יפורסמו.¹⁵⁸ השיח הביטחוני שקדם למלחמת ששת הימים נוהל אמנם באופן חופשי יותר מבעבר תודות לסעיף 2 בהסכם ההבנות מ-1966, שאפשר דעות ופרשנויות. מאידך גיסא, הבריורים המדיניים בעקבות הלחימה חסו תחת צנזורה. הסכם הפסקת האש והרגיעה לכאורה שהביא עמו, וביתר שאת העלאת שאלות פוליטיות בעלות גוון ביטחוני (עתידי השטחים, שלום עם הערבים, דמוגרפיה) לשיח ציבורי הגלוי הורידו את מפלס הסובלנות כלפי מעורבות הצנזורה. בשנים שקדמו למלחמת יום הכיפורים לא הותרו לפרסום סוגיות רבות שחונות במרחב הביטחוני-פוליטי.¹⁵⁹

טראומת מלחמת יום הכיפורים הייתה קו שבר חד ביחסי צנזורה-תקשורת, "רעידת אדמה" שטלטלה את מערכת הביטחון ואת התקשורת. התנהלות ועדת

153 ז"ק, לעיל ה"ש 125, טוען בעמ' 9 כי הצנזורה פסלה ידיעות בזכות מכה מקדימה למצרים ודחפה את השיח הציבורי הרחק מזירה זו.

154 הצנזורה זכתה למחמאות על התנהלותה במלחמת ששת הימים, ייתכן שכחלק מהאופוריה הכללית. מאיר בן-גור "עתונות ועתונאים בימי המערכה" ספר השנה של העתונאים תשכ"ז 35, 40-41 (1967).

155 נטען כי במלחמת ההתשה העיתונות שבעד הממסד אותגרה על ידי עיתונות מחאה שייצגה בעיקר את האגף היוני המתון. גד ברזילי "תקשורת המונים ומלחמות" קשר 10, 25, 27 (1991).

156 גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 219.

157 אבנר (וולטר) בר-און הסיפורים שלא סופרו 83 (1981).

158 העברת מידע מוגדר "לא לפרסום" בישיבת ועדה מונעת מכלי התקשורת לפרסום גם אם התקבל ממקורות אחרים. לביא, לעיל ה"ש 142, בעמ' 11-14.

159 ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 15.

העורכים שהצניעה פרסומים לאחר תדרוך שקיבלה,¹⁶⁰ והצנזורה שמנעה את הצגת כלל המידע על היערכות בגבול, נתפסו כאם כל חטאת.¹⁶¹ איגוד כתבי החוץ ניהל מאבק עיקש מול הצנזורה לאורך כל המלחמה וטען לפסילות פוליטיות, לחוסר מקצועיות ולחוסר עקיבות. בעקבות המלחמה הוא קרא לשידוד מערכות כולל של הצנזורה.¹⁶² העיתונאים היכו על חטא על התנהלותם הבלתי מקצועית. המושגים "כישלון", "מחדל", "הכאה על חטא", "צנזורה עצמית", "שחיטת הפרה הקדושה של הביטחון" היו שגורים בפי כל עיתונאי.¹⁶³

עשרה ימים בלבד לאחר סיום המלחמה התכנסה "ועדת הצנזורה" שליד "ועדת העורכים", ונקבעו כללים חדשים לפעולת הצנזורה מול העיתונות. הכללים החדשים שסיכם הצנזור מאפשרים שיח ביקורתי נוקב יותר ומעידים על המהפך שחל לאחר המלחמה בתפיסתו באשר לנקודת האיזון הנכונה. הספר "המחדל", שהוגש לצנזורה כמאמרים נפרדים, מעיד על השינוי.¹⁶⁴ מאידך גיסא, נטען כי הצנזורה המשיכה לפסול ידיעות מזיניות רבות. בר-און מספר בספרו על סוגיות מזיניות רבות שבהן נתקל. עולה מהן כי הוא ניסה לקבוע קו ברור בין עניינים ביטחוניים למדיניים, ולראיה ניסיון של הממשלה להגן על מידע בתחום יחסי החוץ באמצעות צו לפי חוק העונשין, שכשל.¹⁶⁵

¹⁶⁰ תיעודי תדרוכים מתקופה זו הנמצאים בצנזורה מעידים על קשר אינטימי, הדוק וחושפני בין ועדת העורכים לראשי הצבא והמדינה. תוך כדי המלחמה הם נפגשו אחת ליומיים. ז"ק, שם, טוען כי זו הסיבה שבגינה במשך כל המלחמה לא הוגשו תלונות לוועדת הצנזורה.

¹⁶¹ בצנזורה נמצאה רק כתבתו של יעקב ארז על היערכות בגבול המצרי, שנפסלה לפרסום בחלקה המכריע. אין סימוכין לטענה כי "כתבות רבות" נפסלו בצנזורה. הדבר תואם את טענתו של תא"ל יצחק שני שמוצגת שם.

¹⁶² כתבי חוץ "ניהול עתונות" ספר השנה של העתונאים תשל"ד 70, 73–74 (1974).

¹⁶³ "מוסדות העתונאים יגבשו הצעות ליצירת תנאים שיאפשרו לעתונים למלא את חובתם" ספר השנה של העתונאים תשל"ד 108 (1974) (להלן: "מוסדות העתונאים"); סימפוזיון שהתקיים שלושה חודשים לאחר סיום הלחימה).

¹⁶⁴ על התגובות שקיבל הצנזור בעקבות אישור הספר ראו בר-און, לעיל ה"ש 157, בעמ' 256. על השינוי ראו עדות של נח מוזס ב"מוסדות העתונאים", לעיל ה"ש 163, בעמ' 115.

¹⁶⁵ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 15. בר-און, לעיל ה"ש 157, בעמ' 276–280.

5. מ-1973 ועד בג"ץ שניצר (1989)

משבר תודעתי עמוק ומשבר אמון בממשל בעקבות המלחמה, תסיסה פוליטית ושבירת הקונצנזוס נגדו בנכונות התקשורת לקבל על עצמה מגבלות שהכתיב הממסד. "ועדת העורכים" נחלשה כמוסד הן בשל חילופי השלטון ב-1977 והיחלשות הזיקה בין העורכים לממשל והן בשל היריבות הפוליטית התוך ממסדית שהביאה לחשיפה רבה של מידע בלי להיזקק למפגשים חסויים.¹⁶⁶ הגדלת מספר החברים גזלה מהוועדה את שארית מעמדה הייחודי. העיתונות הפכה ביקורתית יותר ומעודנת פחות, ובמקביל הצנזורה הפכה "ליברלית" יותר, שילוב שהביא לשיח ציבורי-ביטחוני הולך וגובר. מערכת הביטחון פיתחה את ערוצי הקשר הישירים מול התקשורת, וממצב של איפול מוחלט עבר צה"ל לשיתוף פעולה צמוד.

לפני פרסום ממצאי ועדת אגרנט, ובעיקר אחריהן, עסקה העיתונות רבות בכשל המדיני והצבאי במלחמה, בדגש על הקונספציה שבה היו שבויים הדרגים הבכירים. נגד העיתונות טענו כי היא התעלמה מחלקה שלה בהחדרת עיקרי הקונספציה לתודעת הציבור בישראל בשל מערכת היחסים המורכבת וההתחייבויות ההדדיות שאפיינו את "ועדת העורכים" ואת תא הכתבים הצבאיים המואמנים.¹⁶⁷ אולם ההתנהלות מול הצנזורה בשנים הראשונות לאחר המלחמה העידה על תהליך הפקת לקחים אישי ומערכתי שתוצאתו אי נכונות לקבל את עולה כבעבר.

באופן לא מפתיע גם הצנזור מצא את עצמו "מצדד יותר ויותר עם ... עקרון חופש העיתונות ... כאחד מעקרונות-היסוד של דמוקרטיה מתוקנת". למרות תפקידו המגביל את חופש העיתונות, הוא ראה עצמו מי שאחראי גם לשמירתו.¹⁶⁸ תפיסת עולם צנזוראלית זו מלווה את מפקדי הצנזורה מאז, ומקורה כאמור בטרואמת יום הכיפורים שלנו. כידוע, בפעולתה משקפת הצנזורה את נקודת האיזון בין האינטרסים, תפיסות העולם והניגודים השונים בחברה הישראלית. היחלשות הקונצנזוס הציבורי-פוליטי בנושאים לאומיים לאחר מלחמת יום הכיפורים גרמה לצנזור להימנע ככל

¹⁶⁶ לביא, לעיל ה"ש 142, בעמ' 25. על מרכזיותו של בן-גוריון בקביעת מדיניות הביטחון, ראו Reuven Pedatzur, *Ben-Gurion's Enduring Legacy, in SECURITY CONCERNS: INSIGHTS FROM THE ISRAELI EXPERIENCE* 139, 142-43 (Daniel Bar-Tal, Dan Jacobson & Aharon Klieman eds., 1998).

¹⁶⁷ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 219.

¹⁶⁸ בר-און, לעיל ה"ש 157, בעמ' 280.

האפשר מכניסה לסוגיות מדיניות-ציבוריות, שהיו מנת חלקו קודם לכן, ולאפשר שיח ביטחוני ביקורתי.¹⁶⁹

המהפך בשנת 1977 גרם לשתי תופעות שהתנפצו על שולחנו של הצנזור. ראשית, נפרמה מערכת היחסים הייחודית בין האליטה התקשורתית לאליטה העיתונאית. שנית, נוצר נתק בין השלטון בראשות בגין לבין "ועדת העורכים". המושג "ביטחון המדינה", שאופיו ותכולתו זהו עם תפיסת העולם של מפלגת השלטון הקודמת, הפך להיות תלוי השקפת עולם ואידיאולוגיה, ואלו היו שונות.¹⁷⁰ העובדה שחלק ניכר מהסוגיות הביטחוניות חנו על סף השיח המדיני, לדוגמה השיח שיתפתח על האינתיפאדה ועתיד השטחים שכלל היבטים ביטחוניים-צבאיים נרחבים, הקשתה מאוד על קביעת הגבול.¹⁷¹

צנזורה מבוססת מניעה מוקדמת "וולונטרית" נשענת על האמונה כי קיים אינטרס-על משותף לשני הצדדים להסכם. הביטחון הלאומי הוא אינטרס כזה, ולטובתו מוכנה העיתונות לספוג עולן של הגבלות חיצוניות ופגיעה בחופש הפעולה שלה. כל אירוע ברמה הלאומית שמפחית מתחושת הסכנה הקיומית המיידית, או שנוגס בקונצנזוס החברתי, יש לו השפעה ישירה והשפעה עקיפה על פעולת הצנזור כלפי העורכים: אירוע חיובי, דוגמת הסכם השלום עם מצרים, ואירוע דוגמת מלחמת לבנון הראשונה, שנגסה בקונצנזוס הלאומי ושהתנהלה על רקע משבר אמון בבכירי הממסד הביטחוני והממסד המדיני.¹⁷² יעקב ארזו העיד על המשבר שחש כאשר נגלה לפניו הפער בין הפקודות לצבא לכיבוש ביירות, למה שנאמר לדרג המדיני ובתקשורת. זו הייתה נקודת מפנה. לוחמים ביקשו: "סעו לירושלים! החיים שלנו בידכם!". איתן הבר העיד כי אלופים לחשו על אוזנו שהמלחמה מיותרת.¹⁷³ הצנזור, כמנהגו העדכני-ליברלי, התיר לתקשורת קודם לפתיחת המלחמה, לצייר תמונה מדויקת יחסית

¹⁶⁹ ספריהם של זאב שיף רעידת אדמה באוקטובר (התשל"ד) ושל משה אישון המחדל (1974) מעידים על השינוי. דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 42.

¹⁷⁰ נמר של נייר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 89; לביא, לעיל ה"ש 142, בעמ' 25-26.
¹⁷¹ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 55.

¹⁷² זאב שיף "כשהתותחים ירו – העיתונות לא שתקה, מעולם" ספר השנה של העיתונאים תשמ"ה 76, 82 (1985). עוד על חוסר האמון ראו "מלחמה בלי קונצנזוס" ספר השנה של העיתונאים תשמ"ג 7 (1983); "של"ג: מלחמת יש ברירה או חוסר ברירה" ספר השנה של העיתונאים תשמ"ה 83 (1985).

¹⁷³ "מלחמה בלי קונצנזוס", לעיל ה"ש 172, בעמ' 14-15.

בנושאים מדיניים-צבאיים.¹⁷⁴ אולם במלחמה, כבמלחמה, חזרה הצנזורה למדיניות מחמירה. אחת העדויות לשוני בין המלחמות עד 1973 למלחמת לבנון הראשונה היא העובדה שהצנזורה והתקשורת התעמתו רבות תוך כדי הלחימה, כולל משפטי צנזורה. על רקע היחסים עם שר הביטחון אריאל שרון לא התכנסה הוועדה ולו פעם אחת. חוסר האמון בשלטון ובצבא היתרגם למאבקים מול הצנזורה.¹⁷⁵ איתן הבר טען כי "לא נשמענו יותר למאווי ליבו של מישהו בצמרת צה"ל ומשרד-הביטחון. עשינו וכתבנו את מה שחשבנו לנכון לכתוב. מבחינה זו, מלחמת לבנון היתה תעודת-הבגרות של העתונות הישראלית בכלל, ושל הכתבים הצבאיים בפרט".¹⁷⁶

ביטוי להלכי הרוח בחברה ניתן לזהות בהתאמת המדיניות שנערכה, שלא באופן מוצהר, לאחר המלחמה. הספרים שהתפרסמו לאחר מלחמת לבנון הראשונה מעידים יותר מכל על הגמישות הרבה שהפגינה הצנזורה במתן במה לשיח ביטחוני פתוח וביקורתי.¹⁷⁷

התקופה שאחרי מלחמת לבנון לא הייתה רגועה מבחינת הצנזורה בחזית נוספת. סמכותה והרלוונטיות שלה נדונו גם בדרג המדיני.¹⁷⁸ תקופה זו הגיעה לשיאה בבג"ץ שניצזר,¹⁷⁹ שיותר מכל משקף את רוח התקופה במשפט ובחברה בישראל. הדרישה מצד העיתונות ומצד גורמים פוליטיים לנהל דיון ציבורי בנושאים שבעבר נחשבו טאבו בשל היבטים ביטחוניים-לאומיים, קיבלה זריקת עידוד חזקה מבית המשפט העליון. פסיקה זו היא האירוע המכונן העיקרי בחיי הצנזורה עד לימים אלו. יש שיאמרו שמבחן הוודאות הקרובה עזר לה לשרוד את הסערות של שנות התשעים והאלפיים.

ככל שהצנזור פעל באופן עצמאי יותר בשל היחלשות הקונצנזוס ולאור הפסיקה, כך התקבע מעמדו כמייצג הדדי של שתי המערכות. מערכת הביטחון ראתה בו מי שרגיש להלכי הרוח בציבור ובתקשורת ושיודע להתאים את המדיניות ואת ההתנהלות.

¹⁷⁴ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 18.

¹⁷⁵ דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 43.

¹⁷⁶ "מלחמה בלי קונסנזוס", לעיל ה"ש 172, בעמ' 10.

¹⁷⁷ כך ספרם של זאב ושיף ואהוד יערי מלחמת שולל (1984). דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 43.

¹⁷⁸ הצעת חוק הצנזורה, התשמ"ד-1984, הכנסת ה-10 (ח"כ מרדכי וירשובסקי). הצעה לסדר היום של ח"כ פסח גרופר – פרסום סודות צבאיים בעיתונות, ד"ב 108, 3899 (התשמ"ז).

¹⁷⁹ לעיל ה"ש 1.

התקשורת ראתה בו גוף שמייצג את האינטרסים שלה מול מערכת הביטחון. למעמד זה של הצנזורה חלק עיקרי בשימור מנגנון האסדרה.¹⁸⁰

6. שנות התשעים ואילך – שינויים באקלים התברתי-תרבותי בישראל

(א) מאפיינים כלליים

עשרים ושש השנים שחלפו מאז גידר בית המשפט את סמכות הצנזורה במבחן הוודאות הקרובה, היו רוויות אירועים ביטחוניים, חלקם בעצימות גבוהה וחלקם בעצימות בינונית, חלקם מזוהים עם ישראל וחלקם אינם מזוהים עמה, חלקם במרחב המדיני וחלקם במרחב הצבאי: מלחמות (מלחמת המפרץ הראשונה ומלחמת המפרץ השנייה, מלחמת לבנון השנייה), מבצעים (בצפון "ענבי זעם", במרכז "חומת מגן", בדרום מ"עופרת יצוקה" ועד "צוק איתן"), הסכמי אוסלו, הנסיגה מלבנון, האינתיפאדה השנייה; פרשיות ריגול, פרשיות סיכול. חלקם ניזומו על ידי המערכת, לדוגמה השיח בנושא התגרענותה של איראן. חלקם נכפו על ישראל בעקבות תקלות (פרשת חאלד משעל, תפיסת סוכני המוסד בשוייץ). ארבע מגמות רוחב מאפיינות עשורים אלו.

בשנות התשעים היינו עדים למספר גבוה של יוזמות מצד גורמים מדיניים לבחון את קיומה של הצנזורה ואת היקף סמכותה באמצעות ועדות או הצעות חוק. הסיבות להקמת ועדה או להעלאתן של הצעת חוק הן מגוונות. אולם נדמה כי ריבוי ההצעות ותכיפותן מעידים על מגמה ברורה של "חוסר נוחות" מצד גורמי השלטון כלפי הצנזורה.¹⁸¹ בהקשר זה יצוין כי ועדת יוסי שריד (כחלק מוועדת החוץ והביטחון של הכנסת) מונתה בספטמבר 1989 על רקע הדלפות בנושא שיח' עובייד, והמלצותיה הוגשו ב-12 ביוני 1990. זו הוועדה היחידה שהמלצותיה אומצו בחלקן בהסכם 1996. ועדת דדי צוקר (כחלק מוועדת החוקה, חוק ומשפט) משנת 1992 מונתה על רקע פרשת צאלים והגישת הצעת חוק במאוס 1993.¹⁸² שר המשפטים דוד ליבאי הגיש באותה שנה הצעת חוק, ומולה מיהר הפצ"ר להעלות הצעת חוק מטעם מערכת

¹⁸⁰ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 57-58.

¹⁸¹ ראו "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 86.

¹⁸² הצעת חוק סמכויות שעת חירום (הגבלת פרסום מטעמי ביטחון). התשנ"ד-1993 (הכנסת ה-13).

הביטחון.¹⁸³ ח"כ דוד מגן הגיש בדצמבר 1993 הצעת חוק לביטול הצנזורה, ושנה מאוחר יותר הוא הגיש הצעה בנוסח מרוכך יותר.¹⁸⁴ במאי 1994 נדונו שתי הצעות החוק הפרטיות של חברי הכנסת צוקר ומגן (שנסמכות על עבודת ועדה ציבורית בראשות משה נגבי) בוועדת השרים לענייני חקיקה. העיתונות העבירה מסר ברור שלפיו היא אמנם מתנגדת לצנזורה מקדימה, אולם אם נגזר לחיות עם צנזורה, הרי שהאסדרה הקיימת היא הרע במיעוטו. ביוני 1994 נדחו שתי הצעות החוק. בינואר 1996 העלה ח"כ צוקר את הצעת החוק מחדש לאור טענת העורכים בפגישה עם ראש הממשלה כי האסדרה הקיימת פשטה את הרגל. שר המשפטים ליבאי מיהר למנות ועדה בראשות עו"ד יהושע שופמן. ועדה זו פעלה במקביל למהלכי עדכון ההסכם משנת 1996. עדכון ההסכם הקדים את הוועדה וייתר את הצורך בה.

הנה כי כן, מכלל הוועדות שהוקמו, הצעות החוק שגובשו או הונחו על שולחן הכנסת ומהתיעוד בכתובים עולה כי האסדרה הקיימת נתפסה כרע במיעוטו! לעצמאותו המקצועית של הצנזור ולניקיון ההליך של קבלת החלטותיו יוחסה חשיבות גורלית. מיקום הצנזורה בצה"ל נתפס אף הוא כרע הכרחי או כרע במיעוטו לשם שמירת עצמאותו. היה גם חשש ממתן מעמד של קבע למוסד הצנזורה שנתפס כזמני.¹⁸⁵ העיתונות היא שעמדה בחזית ההגנה על הצנזורה במתכונתה הקיימת.¹⁸⁶

שיח זה לא השתנה גם עשור אחר כך, ומסרים דומים ניתן למצוא בתיקי ועדת וינוגרד, שמונתה ב-2004 ביוזמה פנימית של משרד הביטחון.¹⁸⁷ התקשורת התייחסה לצנזורה כאל "רע הכרחי" המבצע את תפקידו נאמנה במגבלות הקיימות. דווקא גופי הביטחון הלינו על המבחן המשפטי המכביד על פעולת הצנזורה בשמירה על סודותיהם. המלצת הוועדה הייתה למסד בחוק את האסדרה הקיימת.

ניסיונות אלו והשיח הציבורי שליווה כמעט כל פרשה ביטחונית, העידו על היחס הדואלי כלפי הצנזורה, אם תרצו – יחסי אהבה-שנאה. שניות זו ביחס לצנזורה, היא המגמה השנייה בתקופה הנדונה, באה לידי ביטוי בהבעת התנגדות עקרונית למנגנון המניעה המוקדמת ולקיומה של צנזורה צבאית בישראל. יש שקבעו כי היא גוססת, יש

¹⁸³ מסמך ממפקדת פרקליט צבאי ראשי מה-18 במאי 1993, סימוכין תיק 440-2509.

¹⁸⁴ הצעת חוק לביטול הצנזורה, התשנ"ד-1994 (הכנסת ה-13).

¹⁸⁵ דב גולדשטיין "להיאבק ללא פשרות נגד כל ניסיון לפגוע בחופש העיתונות". ספר השנה

של העיתונאים 95-1994, 23, 29 (1994-1995).

¹⁸⁶ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 87.

¹⁸⁷ בתיקי הוועדה ביחידת הצנזורה.

שהכריזו ברמה על מותה, ואפילו בצה"ל החלו לדון בסגירה אפשרית של היחידה. אולם משניתנה האפשרות לייצר תהליך שסופו בפירוקה של הצנזורה, מעשית העדיפו את המנגנון הקיים והמוכר על פני חלופה עתידית שמהותה אינה ברורה. העובדה כי הצנזורה השכילה להתאים עצמה למציאות המשתנה ולמצב עצמה כגורם מקצועי עצמאי בר סמכא, הפכה אותה מ"רע הכרחי" ל"טוב נסבל".

מגמה שלישית היא ביסוס מעמדה של הצנזורה כגורם מקצועי עצמאי, ביטחוני במהותו ומאזן בהתנהלותו. למעמד זה נלוו סממנים פנימיים בתוך מערכת הביטחון – מעמד ומאפייני התנהלות בתוך צה"ל, ממשקים מול גורמי הייעוץ, הגדרת הייעוד של היחידה ועוד. אולם מעניינים יותר הם הביטויים הגלויים של המעמד הנרכש. ביטוי שכזה למעמד הצנזורה עולה דווקא משיח תקשורתי, לכאורה בעל נופך שלילי, בהקשרי סוגיות החוסות תחת צווי איסור פרסום. החל מאמצע שנות התשעים התרחשו פרשיות ביטחוניות כבדות משקל, דוגמת פרשת יהודה גיל (1997), פרשת נחום מנבר (1997), פרשת חאלד משעל (1997), פרשת האחים עוודאללה (1998), פרשת סוכני המוסד בשווייץ (1998) פרשת אבישי רביב (1999) ופרשת טננבאום (2000). פרשיות ביטחוניות אלו ואירועים נקודתיים אחרים שהתרחשו במקביל, הציפו שתי מגמות סותרות לכאורה, ובפועל – משלימות זו את זו. האחת, ריבוי הוצאת צווי איסור פרסום על רקע תחושתם של גופי מערכת הביטחון שהצנזור אינו נוטה – או מסוגל – לספק מעטפת הגנה כפי שהם היו רוצים. יש שהציגו זאת כסממן לחולשת הצנזורה.¹⁸⁸ בפועל, הצנזור התעקש לפעול לפי אמות המידה שקבע בית המשפט, ואלו אכן לא סיפקו הגנה מלאה לכל המידע שמערכת הביטחון רצתה לחסות. השנייה, עיקרה חילוקי דעות מהותיים שהתגלעו בין הצנזור הראשי לפרקליטות המדינה והיועץ המשפטי לממשלה באשר לפרשנות מבחן הוודאות הקרובה באירועים ביטחוניים (הצנזור כמעט תמיד הקל יותר) ובאשר לסמכות הצנזור לחוות דעתו כאשר חל צו איסור פרסום על המקרה.¹⁸⁹ סופו של המאבק בנוהל שמחייב את הצנזור להימנע ממימוש סמכותו על פי חוק כאשר שופט מוציא צו איסור פרסום.¹⁹⁰ המעניין

¹⁸⁸ אבנר הופשטיין "צווים לא קדושים". העין השביעית 17, 34 (1998); ברוך קרא "אין הפרדת רשויות" העין השביעית 18, 7 (1999).

¹⁸⁹ בצנזורה תיעוד למאבק שניהלו הצנזורים תא"ל יצחק שני ותא"ל רחל דולב בסוגיית צווי איסור פרסום, בהעלותם של טיעונים מהותיים ודינוניים, פנימיים וכאלה שעניינם מראית פני הדברים כלפי חוץ. מערכת המשפט לא קיבלה את עמדתם.

¹⁹⁰ "צווי איסור פרסום בעניינים הנוגעים לביטחון המדינה" הנחיות פרקליטת המדינה 14.14 (התשס"ב). במהלך שנת 2014 הונח על שולחן פרקליטות המדינה מסמך מטעם

הוא שבשיח הציבורי הער בסוגיה זכתה הצנזורה לתמיכה דווקא מהתקשורת, שהעדיפה לפעול מול גורם מוכר, מידתי ומקצועי.

מגמה רביעית היא התאמות מבניות-נורמטיביות רבות שהצנזורה נאלצה לבצע בהתנהלותה המקצועית כדי לשמר את הרלוונטיות המקצועית שלה. ראשית ומעל לכול, הצנזורה החלה לפעול ברוח הפסיקה וקבעה את מאפייני המדיניות בנושאים השונים ברוח הוודאות הקרובה.¹⁹¹ הצנזורה שינתה את תפיסת הייעוד והגדרה אותו כהגנה על הביטחון תוך כדי עריכת איזון בין ערכים. הצנזורה חדלה אט-אט מלפעול באופן דווקני בהתייחס לחובת ההגשה המוקדמת והתאימה עצמה לתווך התקשורת (דהיינו למאפייני הגוף) ולפוטנציאל האיום. היא החלה מתנהלת באופן שקוף ומכיל כלפי התקשורת. נעשה שימוש מועט יחסית במנגנון של ועדת השלושה. הפעולה מול כתבים זרים ומול התקשורת בשפה הערבית הותאמה כך שתתאים לאופייה הדמוקרטי של המדינה. הצנזורה פיתחה תהליכי קבלת החלטות והתייעצות מהירים כדי לספק מענה לעידן השידורים החיים. פותחו תפיסות עבודה שחורגות מהגדרות "המניעה המוקדמת" לטובת האינטרנט, כולל שינוי הגדרת הייעוד. הצנזורה פעלה להנחלת המדיניות בסוגיות קריטיות כך שניתן יהיה להסתפק בעת חירום בהעברת צווי מדיניות צנזור. הצנזורה הנגישה עצמה לציבור הרחב שאינו קהל היעד המקורי (ממפעילי יישומי אינטרנט שאינם עיתונאים ועד לארגוני הצלה וראשי מועצות ועיריות בקווי עימות), ועוד.

ארבע מגמות אלו נשענו על שינויים שחלו בחמישה ממדים המרכיבים את המרחב הציבורי שבו פועלת הצנזורה במדינת ישראל: החברתי, המשפטי, התקשורתי, הטכנולוגי והביטחוני. כפי שיתואר להלן, שינויים אלו יצרו תנועה מתמדת לעבר מציאות המתקשה יותר ויותר להכיל, תפיסתית ומעשית, את קיומה של צנזורה מונעת מהסוג הקיים בישראל.

הצנזורה הקורא לשנות את הנוהל ולהשיב לצנזור את הזכות לתת חוות דעת במנותק מהחיסוי של צו איסור הפרסום.

עדיין בחלק מהמקרים יש שראו חריגה של הצנזור מסמכותו כפי שפירש אותה בית המשפט. לדוגמאות ראו חופש העיתונות בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 50-52.

(ב) הממד הראשון – יחסי צבא-חברה: מדגם של "אומה במדים" ל"חברה אזרחית"¹⁹²

מדינת ישראל עוצבה בתחילת דרכה כ"אומה במדים": תפיסת עולם ("מודל" במונחים אקדמיים) העושה שימוש בתרבות בעלת סממנים צבאיים לשם פיתוח המדינה שבדרך. כך קובעה התרבות הפוליטית של מדינת ישראל הצעירה בחמשת העשורים הראשונים של חייה לערך, ובמידה רבה המדינה עדיין לא השתחררה לחלוטין מתפיסה זו.¹⁹³

"אומה במדים" או חברה שחלק מערכיה העיקריים הם ערכים צבאיים, מתאפיינת בגבולות גמישים וחדירים בין הצבא והממסד הביטחוני למגזר האזרחי והדרג השלטוני. הסוגיה הביטחונית מקבעת את התודעה של מנהיגים ושל מונהגים. בחברה כזו הצבא והביטחון הופכים לנקודת המבט שדרכה רואים את המציאות.¹⁹⁴ קיימת הערצה לתרבות הכוח ומי שנושא במשרות הביטחוניות הבכירות הוא מושא לחיקוי.¹⁹⁵ הדרג המדיני והאזרחים סומכים על הצבא שיישא בנטל המשימות הלאומיות.¹⁹⁶ הצנזורה בישראל היא ביטוי מובהק לתופעה סוציולוגית של אומה במדים. רק דמוקרטיה מתגוננת שחיה בתחושת חירום תמידית, ושבה עברה הסוגיה הביטחונית גלישה תודעתית, תסכין עם קיומה של צנזורה ביטחונית מונעת.¹⁹⁷

בשנות השמונים החלה בישראל נטייה לאמץ מאפיינים מדגם החברה האזרחית:¹⁹⁸ עלייה, לפחות חלקית, של הפן האישי על חשבון הקולקטיביזם; ירידת

¹⁹² השינויים בכל ממד יוצגו מנקודת המבט של האתגרים המוצבים לפתחה של הצנזורה.
¹⁹³ Daniel Bar-Tal & Dan Jacobson, *The Elusive Concept, and Pursuit, of Security*, in SECURITY CONCERNS, *supra* note 146, at 15, 23–26; Moshe Lissak, *A Militaristic Society, or a Nation in Uniform*, in SECURITY CONCERNS, *supra* note 146, 417, 428–29.

¹⁹⁴ Bar-Tal & Jacobson, לעיל ה"ש 193, בעמ' 26.
¹⁹⁵ עדותו של איתן הבר על הקושי של כתבים צבאיים למתוח ביקורת על הצבא, שהיה המוסד האהוב והנערץ ביותר במדינה. "מה מעיק על הכתב הצבאי?" ספר השנה של העיתונאים תש"ל 54, 57 (1970).

¹⁹⁶ דן הורוביץ ומשה וליסק מצוקות באוטופיה (1990); Pedatzur, לעיל ה"ש 166, בעמ' 147–161.

¹⁹⁷ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 58.

¹⁹⁸ אורי בן אליעזר "האם מתהווה חברה אזרחית בישראל? פוליטיקה וזהות בעמותות החדשות" סוציולוגיה ישראלית ב(1), עמ' 99–51.

קרנם של מוסדות המדינה; עלייה בשיח החברתי-כלכלי בציבוריות הישראלית במקביל לסוגיות הביטחוניות; ריבוי שסעים מקבילים וצולבים. נוסף למגמה זו, הייחודית לישראל, ישנה מגמה כללית שבה נחלשת מדינת הלאום על מוסדותיה, סמליה וכלכלתה ועולים גורמים עולמיים ומקומיים שמחליפים את מסגרת ההזדהות. עלייתם של גורמי הזדהות ערכיים, אתניים, דתיים ואחרים מביאה לכך שהאינטרסים העליונים של מדינת הלאום – ובהם ביטחון המדינה – אינם נתפסים עוד בהכרח כאינטרסים שבהסכמה כללית.¹⁹⁹ צה"ל, יש לציין, שומר עדיין על מקום גבוה מאוד במדד אמון הציבור.

השיח הביטחוני, שהיה מרומו ועדין, הפך בשנות התשעים לגלוי וביקורתי.²⁰⁰ נשמעה ביקורת על התנהלות הצבא ופעולתו, על תקציב הביטחון, על ירידה במוטיבציה לשירות, על אי גיוס בני ישיבות. סוגיות שנאסרו בעבר לפרסום אותגרו כעת על ידי התקשורת והותרו לפרסום, לדוגמה תאונות האימונים והתאונות המבצעיות בצה"ל.²⁰¹ סוגיות ביטחוניות הפכו כר לניגוח בשדה הפוליטי-ציבורי. הוויכוחים בדבר פיתוח מטוס ה"לביא", בדבר פיתוח טיל החץ ובדבר רכש צוללות התנהלו כעת מעל דפי העיתון. מערכת הביטחון, שהבינה כי עדיף ליטול חלק בשיח הציבורי ולנסות לכוונו, החלה בלית ברירה לפתוח את שעריה לסיקור אינטימי של תאי הכתבים הרלוונטיים.²⁰² השיח הביטחוני הלך והתעצם, וכמעט ואין נושא החסין היום מפני שיח תקשורתי ער. כך, למשל, סוגיית הגרעין האיראני, עמדתה של ישראל בנושא ומוכנותה; מוכנות הצבא לזירות העימות; התעצמות חיל האוויר והמודיעין מול התעצמות ברוע היבשה; היקפי התעצמות מול אימונים; מוכנות מערך המילואים; יכולות וכשלי מערכי המודיעין ואפילו מערך המבצעים המיוחדים; פעילות צה"ל במערכה שבין המערכות; תקציב הביטחון – מתקציב גופי הביון ועד תנאי השירות של

¹⁹⁹ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 67-68.

²⁰⁰ יורם פרי "שינוי השיח הבטחוני בתקשורת והתמורות בתפיסת האזרחות בישראל" **תרבות דמוקרטית** 4-5, 233 (2001).

²⁰¹ הסיקור היה כה בוטה וחרוג בחריפותו נגד מערכת הביטחון עד כדי כך שזכה לביקורת בפני עצמו. ראו לדוגמה שחר גולדמן "חורים ברשת" **העין השביעית** 19, 42 (1999); מרדכי קרמניצר "עבודה חפיפניקית" **העין השביעית** 20, 24 (1999). נגד הצנזור הוגשו עתירות, והן נדונו בדלתיים סגורות.

²⁰² "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 69. עוד על העימות בין תקשורת לצבא ראו אודי לבל "קומפלקס משפטי-תקשורתי מול קומפלקס ביטחוני-פוליטי – יחסי תקשורת, משפט וביטחון בחברה הישראלית" **ביטחון ותקשורת – דינמיקה של יחסים** 151, 164-171 (אודי לבל עורך, 2005).

אנשי הקבע. מלחמות צה"ל מסוקרות כיום בשידור חי, והשיח באשר למהלכים, למגמות, למאבקים ולפערים מתרחש בזמן אמת. התקשורת, לאחר שלב קצר של התגייסות, מנהלת תוך כדי הלחימה שיח ביקורתי המשקף את כל קצות הקשת הפוליטית. מגמה זו של שיח ביקורתי המבוסס על ידע רב ואינטימי, רק תלך ותתעצם. מה שהותר לפרסום מקים בסיס תקדימי לעתיד, ואופן הסיקור לא ייסוג לאחור.

שני אירועים ממחישים תופעה שתאתגר את הדמוקרטיה המערביות, ובתוכן ישראל, את מנגנוני המודיעין שלהן ואת מנגנוני אבטחת המידע שלהן. האחת היא שילוב בין מדליף מידע רגיש לבין פלטפורמה המאפשרת פרסום ללא מגבלות.²⁰³ השנייה היא עובד ציבור שבוחר להפיץ את המידע בעצמו, בין באינטרנט ובין לעיתונות.²⁰⁴ בעידן שבו המדליפים הופכים להיות גיבורי תרבות וזוכים להוקרה בשם תפיסה קיצונית של חופש הביטוי, מנגנון מניעה מוקדמת אינו רלוונטי. הדבר נכון אף יותר למנגנון צנזוראלי, כמו זה בישראל, שנשען על הסכמה ציבורית רחבה ועל הסכם הבנות עם התקשורת. בישראל אירע אמנם מקרה דומה, אך שונה מהותית. ענת קם העבירה כאלפיים מסמכים מסווגים לעיתונאי, אך העיתון פעל על פי כללי הצנזורה. כתבות על סמך המידע המודלף הועברו לבחינה מוקדמת וחלקן נפסלו לפרסום. ניתן להעריך כי הנתנהלות זו מרמזת עדיין על רמה מסוימת של אחריות חברתית, הנובעת בין השאר משאריות של דגם "האומה במדים".

כאמור, אימוץ נורמות מערביות של שיח ציבורי ראוי בדמוקרטיה הביאו בסוף שנות התשעים לקריאה לביטולה של הצנזורה הצבאית²⁰⁵ או לפחות להפיכתה לגמישה הרבה יותר. הצנזורה השכילה עוד קודם לכן לקרוא את מפת השינויים והתאימה לרוח התקופה את הטיפול במידע המוגש לביקורתה. נושאים רבים הוסרו מרשימת הנושאים הנדרשים בהגשה המוקדמת, סוגיות ביטחוניות הותרו לסיקור, והצנזורה התמקדה

²⁰³ תופעת ויקיליקס – בראדלי (צ'לסי) מנינג וג'וליאן אסאנג'.

²⁰⁴ אדוארד סנודן, עובד ה-NSA, הדליף מידע גולמי רב לעיתונות – ה"גרדיאן", ה"ושינגטון פוסט" וה"דר שפיגל". אלו פרסמו חלק מן המידע לאחר סינון על פי שיקול דעתם.

²⁰⁵ גיא קוטב "סוף עידן הצנזורה" העין השביעית 22, 40 (1999).

בהגנה על נושאים חשובים לביטחון המדינה ואפשרה את השיח הציבורי הנושק לשיח הפוליטי. הצנזור הקל מאוד את ידו באכיפה בממשק שבינו לתקשורת.²⁰⁶

מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה נדמה כי דגם "האומה במדים" קנה לו אחיזה מחודשת.²⁰⁷ הנסיגה מלבנון, פרוץ האינתיפאדה השנייה, חטיפות החיילים, מלחמת לבנון השנייה, סבבי הלחימה בדרום, פעולות טרור, איום הגרעין האיראני המוצג כקיומי, כל אלה הציפו מחדש את הפחדים הקמאיים של הציבור הישראלי. השיח הציבורי אינו קורא עוד לביטולה של הצנזורה. אדרבה, ישנה נהייה אחר ניהול שיח ביטחוני אחראי ומאופק ומניעת חשיפה של מידע ביטחוני פוגעני. הדעות באשר לדרך השגת המטרה חלוקות.

(ג) הממד שני – המשפט: אימוץ ערכים ליברליים בפסיקת בית המשפט

על מקומו של חופש הביטוי כזכות יסוד ועל ההגנה עליו במשפט הישראלי עמדתי בחלקו הראשון של המאמר. כאמור, בתחילה היה בסיסן של זכויות היסוד בישראל, ובכללן חופש הביטוי, פסיקתי במהותו, מעין "מטרייה נורמטיבית" שבאמצעותה גיבשו את הפסיקה ופירשו את החקיקה הקיימת. חקיקת חוקי היסוד במארכ 1992, מה שנהוג לכנות "המהפכה החוקתית", הפכה את זכויות האזרח, לפחות בחלקן, ל"זכויות הכתובות עלי ספר" והנהגות ממעמד חוקתי עדיף. מעמדן הנורמטיבי של זכויות האזרח השתנה. כעת הן הפכו להיות "משען נורמטיבי" הקובע את תוקפם של מעשי חקיקה, והמחייב אף את המחוקק עצמו. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמפרט חלק חשוב מזכויותיו וחירויותיו של האזרח במדינה דמוקרטית, נאמר כי ניתן לפגוע בזכויות המוגנות בחוק רק "לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

²⁰⁶ ירידה ניכרת בשיעור הצלחת העיתונאים בערעורים לוועדת השלושה מעידה על כך שגם הוועדה זיהתה את המגמה וגיבתה את הצנזורה. "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 88.

²⁰⁷ יורם פרי "שינויים קוסמטיים או שינויים מהותיים? יחסי תקשורת-ביטחון בראשית המאה העשרים ואחת" מסגרות מדיה 1, 153, 156-159 (2007) (להלן: "שינויים קוסמטיים"). ביטוי תקשורתי ברור וחד הוא שער "העין השביעית" מספטמבר 2000 (גיליון 28), שכותרתו "חזרה לעיתונות מגויסת".

בית המשפט רואה היבטים של חופש הביטוי כחלק מהזכות לכבוד המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁰⁸. הגנתו מתבססת על פרשנות בית המשפט העליון לרוח החוק ולכוונת המחוקק. בדין הישראלי ישנה התייחסות להיקף חופש הביטוי (מהם הביטויים המותרים) ולהיקף ההגנה על חופש הביטוי (מתי ייאסר פרסומו של ביטוי). ככלל, למעט ביטויים קיצוניים, מותרים שאר הביטויים, ובכלל זה אלו הנוגעים לביטחון המדינה, ומוגנים בפסיקה. היקף ההגנה על חופש הביטוי נמדד באופן יחסי מול ערכים מתחרים, אינטרסים וזכויות אחרות שעמם הוא מתנגש לכאורה.

לא אכנס לוויכוח בין אלו הטוענים לפורמליזם משפטי בשנות החמישים והשישים²⁰⁹ לאלו המצביעים על כך שבית המשפט באותן שנים היה אקטיביסטי וערכי במשפט החוקתי, אולם התנסח באופן פורמליסטי בפסיקותיו.²¹⁰ על כל פנים, שני פסקי הדין המהותיים ביותר שקשורים לחופש הביטוי ניתנו, האחד בשנת 1953 – בג"ץ קול העם, והשני בעידן האקטיביזם השיפוטי, בג"ץ שניצר משנת 1989.²¹¹

משנות השמונים, כך נטען, עבר בית המשפט לגישה שמתמקדת בערכים, בהדגישה את המטרות, הטעמים והתכליות העומדים בבסיס כללי המשפט היבשים. גישה זו התאימה לתרבות הישראלית המשתנה. הדגש הושם דווקא ברוח החוק.²¹² במה שלימים יכונה "האקטיביזם השיפוטי", פעל בית המשפט לייצר נורמות חדשות. ההנמקות המשפטיות הפכו מבוססות טעמים וערכים, והדבר סלל את הדרך להתערבות רחבה יותר בפעילות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. את החלטת הרשות המבצעת ניתן היה לבחון כעת בראי הערכים הרצויים. אלו היו ערכי דמוקרטיה מערבית ליברלית המתייחסים לכלל הציבור, והמקבעים למעשה נורמה שמנחה

²⁰⁸ ראו למשל בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).

²⁰⁹ גישה הנשענת על פרשנות ועל כללים משפטיים בהתאם ללשון החוק ושעומדת על עקרון הפרדת הרשויות – בית המשפט מפרש חוק קיים, המשקף אינטרסים, ערכים והשקפת עולם כפי שהתכוון המחוקק. לפי גישה זו, בית המשפט אינו יוצר את החוק הקיים או בוחן אותו; הוא תר אחר הפתרון לבעיות בתוך הנורמה הקיימת ומוודד את פעולת הרשות המבצעת אל מול הסמכות הנתונה לה בחוק. מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 511–507 (1993).

²¹⁰ יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג 303, 313 (2004).

²¹¹ לעיל ה"ש 28 ו-1, בהתאמה.

²¹² שגב, לעיל ה"ש 210, בעמ' 303.

התנהגות.²¹³ ייתכן שזו הסיבה שבגינה פסיקת בג"ץ קול העם, למרות האמירות הברורות שבה, לא גרמה לשינוי בהתנהלות המקצועית של הצנזורה (אולי נוסף לעובדה שהעתירה הייתה נגד שר הפנים), בעוד שפסיקת שניצור טלטלה את הצנזורה מהיסוד.

לא ניתן להפחית מחשיבות תרומתה של פסיקת בג"ץ קול העם²¹⁴ בשנותיה הראשונות של המדינה המתהווה, לתפיסה הדמוקרטית שהונחלה בישראל ולביסוס מקום של כבוד לערך חופש הביטוי בה. בית המשפט בראשות השופט אגרנט עסק בפועל ביצירה שיפוטית ובקביעת נורמות.²¹⁵ קודם כל ביסס בית המשפט את האופי הדמוקרטי של מדינת ישראל בהסתמכו על מגילת העצמאות. זו מעידה שהמדינה מושתתת על יסודות החירות והבטחת חופש המצפון. מערכת החוקים והמוסדות הפוליטיים מעידים כי זו מדינה שיסודותיה דמוקרטיים.²¹⁶ בהמשך הוא קבע כי לכן מוקנית חשיבות רבה לחופש הביטוי ולחופש העיתונות.²¹⁷ לאחר דיון עקרוני וערכי בדבר האיזונים הראויים בין אינטרסים שונים במדינה דמוקרטית חפצת חיים ולאחר שבחן את הדבר אל מול הסמכות הנתונה לשר הפנים בחוק הקיים, קבע השופט אגרנט את מבחן הקרבה הוודאית כמבחן מנחה.²¹⁸ לאורו של מבחן זה ראה בג"ץ את החלטת הרשות המבצעת כחריגה מסמכות. כאמור, לא זוהתה תזווה במדיניות הטיפול בצנזורה בעקבות הפסיקה.

בג"ץ שניצור,²¹⁹ שנדון בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק לפני השופטים אהרן ברק, יעקב מלץ ושולמית וולנשטיין ארבעה עשורים לאחר קום המדינה, עמד לראשונה לביקורת שיפוטית היקף סמכותו של הצנזור הצבאי הראשי. מערכת "הארץ" ניהלה מול הצנזורה מאבק בשני מסלולים. העיתון הראשי ניהל את המאבק בהתאם להסכם הקיים ובלי לחרוג יתר על המידה מהכללים. מחוץ להסכם נותרו עיתונים בנים ומקומונים, כגון מקומון "העיר" מבית משפחת שוקן. על כן הוא לא הוגבל לערכאה המעיין-שיפוטית של ועדת השלושה. הרקע להגשת העתירה הוא טיפול צנזוראלי אגרסיבי בכתבה ביקורתית מאת אלוף בן על "המוסד" והעומד בראשו

²¹³ "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 57, בעמ' 15-17.

²¹⁴ לעיל ה"ש 28.

²¹⁵ שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 360-363.

²¹⁶ שם, בעמ' 361.

²¹⁷ בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 884.

²¹⁸ שם. בעמ' 878-881.

²¹⁹ לעיל ה"ש 1.

אז, נחום אדמוני. זו הייתה ההודמנות הראשונה שבה ניתן היה לאתגר את התנהלות הצנזורה באמצעות מערכת המשפט בעידן שבו החל השינוי שתואר לעיל.

קריאה מעמיקה בפסק הדין מעלה כי בית המשפט העלה כמה סוגיות יסוד שיהיו מעתה מדד לבחינת התקשורת את החלטות הצנזורה ולאופן שבו הצנזורה בוחנת את עצמה. באשר לשאלה באילו נסיבות של פגיעה בהגנת המדינה, בשלומו של הציבור או בסדר הציבורי רשאי הצנזור הצבאי לאסור פרסומים בעיתונות, קבע בית המשפט את מבחן הקרבה הוודאית לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. עוד הבהיר בית המשפט כי את הסמכות הנתונה מתוקף תקנות ההגנה יש לפרש בצמצום על רקע ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.²²⁰ בהתנגשות חזיתית בין האינטרסים, הצהיר בית המשפט, ביטחון המדינה גובר על חופש הביטוי. גם נוסחת האיזון שנקבעה מניחה, לטענת הפסיקה, את הגשמתו של ערך ביטחון המדינה.²²¹ בלי לחלוק על הנחת הפסיקה, יש לתהות איזה ערך אכן צפוי להיפגע יותר אם ההגדרה המחייבת היא שחופש הביטוי נסוג רק במקרה שבו הפגיעה הצפויה בביטחון היא בעוצמה גבוהה ובהסתברות גבוהה להתרחשותה. נדמה שזהו דווקא ערך הביטחון.

שיקול דעתו של הצנזור הצבאי הוא סובייקטיבי, אולם כרשות מנהלית מחויב הצנזור לא לחרוג מהחוק המסמיך. עליו לשאוף לפעול לפי אמות מידה אובייקטיביות בהפעלת הסמכות הנתונה לו, לשם הגשמת המטרות שעומדות ביסוד תקנות ההגנה. הוא נדרש לעשות פעולתו בתום לב, ללא שרירות, מתוך שקילת השיקולים הרלוונטיים בלבד ומתוך סבירות. עליו לבסס את החלטתו על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות.²²²

לא פחות קריטית לפעולת הצנזורה בפרט, ולמערכת הביטחון בכלל, היא התפיסה שבית המשפט קבע וקיבע, ולפיה אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון לעניין ההתערבות השיפוטית. שיקולי ביטחון חייבים אף הם לעמוד באמות מידה חוקיות. אין גופים חסינים מפני ביקורת. עקרון הפרדת הרשויות מאפשר לבית המשפט לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המנהל. בקיום ביקורת שיפוטית על החלטת הצנזור הצבאי אין בית המשפט שם עצמו כצנזור-על והוא בא לבחון את חוקיות שיקול הדעת הביטחוני, לרבות סבירותו של שיקול דעת זה.²²³ במקרה זה הוחלט, כי שיקול דעתו של הצנזור

²²⁰ שם, בעמ' 628-629.

²²¹ שם, בעמ' 630.

²²² שם, בעמ' 635-637.

²²³ שם, בעמ' 639-640.

לקה בחסר ואינו עומד במבחנים הראויים. החלטתו לפסול את הכתבה שונתה. הנטייה להעמיק את הביקורת השיפוטית על מערכת הביטחון לא בוצעה בחלל ריק. המפנה שיקף ככל הנראה את השחיקה של מערכת הביטחון בקרב הציבור עצמו.²²⁴

נדמה כי הצנזור הראשי, תא"ל יצחק שני, חזה באופן מדויק את הצפוי להתרחש בעקבות הפסיקה. הוא אבחן נכונה כי מבחן הוודאות הקרובה יביא לשיח ביטחוני פתוח, נטול מגבלות, שבו את סמכויות הצנזורה יש לפרש על דרך הצמצום. את הפרשנות למבחן הוודאות הקרובה קובע אמנם הצנזור, אולם הדין מחייב אותו להביא הוכחות והצדקות טרם פסילה. שיקול הדעת הצנזוראלי שכפוף מעתה לבג"ץ, לא ייבחן רק בראי סמכות ההחלטה אלא גם לפי סבירותה. הפסיקה תצמצם את מרחב שיקול הדעת ולפיכך את היכולת להגן על מערכת הביטחון. התקשורת, קבע שני, תנסה לאתגר ולקבע איזון חדש.²²⁵ המבחן המשפטי אומץ עוד באותה שנה לנוסח ההסכם, וברוח התקופה והפסיקה שינתה הצנזורה את מדיניותה, בהפנימה את הרוח החדשה שנשבה מבית המשפט העליון. לאחרונה טען תא"ל שני כי פסק הדין נתן ביטוי משפטי הולם והגדיר באופן "נהדר" את המדיניות ששני החיל כבר 12 שנה קודם לכן.²²⁶ תא"ל שני מכוון לשינוי שחל בשיח הביטחוני לאחר מלחמת יום הכיפורים, אולם נראה כי פסיקת בג"ץ הצעידה את הצנזורה כברת דרך נוספת קדימה.

לא לשווא נזעק הצנזור הראשי. כאמור, מבחן הוודאות הקרובה שנפסק בבג"ץ קול העם לא הפך שכיח בפסיקה בישראל. הפעם הבאה שבה הסתמכו ישירות על מבחן הוודאות הקרובה, הייתה רק בבג"ץ גרי,²²⁷ שגם אפשר מתן פרשנות רחבה יותר לתחולתו של המבחן.²²⁸ בעניין דיסנצ'יק,²²⁹ שנדון אך חודשים מועטים אחר כך ושבו נבחן טוהר השיפוט מול חופש הביטוי, נדחה המבחן. אבנר ברק טוען כי עברו כעשרים שנה בלי שפסק דין קול העם שימש בסיס עיקרי לפסק דין של בית המשפט העליון,

²²⁴ רובינשטיין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 28.

²²⁵ ההשפעה של פס"ד שניצר הוצגה לי ב"חפיפה" עם תא"ל יצחק שני. מבוסס על מסמך 0-4/העיר/354 מיום 17 בינואר 1989, "פס"ד בג"צ 88/680 עיתון העיר נגד הצנזור ושהב"ט" שהצנזור שלח לרמטכ"ל ולשר הביטחון.

²²⁶ אפי מלצר ורון כתרי "תרבות שמירת הסוד בישראל אינה מספקת" מב"ט מל"מ 69, 4, 8 (2014).

²²⁷ לעיל ה"ש 27.

²²⁸ אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד 371, 373 (1989).

²²⁹ ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169 (1963).

אפילו כאשר נדונו ענייני צנזורה למיניה.²³⁰ למיטב הבנתי, היו אירועים טרם פסיקת שניצר שבהם הנחה המבחן את החלטת בית המשפט באיזון בין ערכים ואינטרסים, לדוגמה בג"ץ כהנא.²³¹ בוודאי שאחריו היו מקרים כאלה.²³² אולם בהיבטי האיזון בין ביטחון המדינה לחופש העיתונות מדובר בפסק דין מכונן מבחינתה של הצנזורה. חופש הביטוי וחופש העיתונות זכו כעת להגנה כמעט מרבית בגדרי התשתית החוקית והתשתית ההסכמית הקיימות. מבחן זה עתיד להשפיע לא רק על תפקודו השוטף של הצנזור. למרות שהתיאוריה גורסת מבחן משפטי מקל יותר לאכיפה בדיעבד אל מול המבחן המקשה המחייב במניעה המוקדמת, הרי שמבחן הוודאות הקרובה משמש בפועל את הצנזורה ואת מערכת המשפט בבואן לבחון ענישה בדיעבד על עברות פרסום. בשל כך מדיניות האכיפה בגין עברות צנזורה או הפרה של צווי איסור פרסום כה חסרה.

במקביל לאימוץ מבחן הוודאות הקרובה ולנטייה להעדפה ברורה של חופש הביטוי ונגזרותיו בפסיקות בית המשפט בישראל, מתרחשת תופעה סותרת במעט. ייתכן שמדובר בסממן שהוא גזרת של שאריות דגם "האומה במדים". הכוונה לעלייה במספר צווי איסור פרסום שמוציאים בתי משפט ככלי לאיסור פרסום.²³³ התקשורת טוענת כי מערכת הביטחון אימצה כלי זה, שכן בתי המשפט מקלים עם מערכת הביטחון יחסית לצנזור הפועל על פי מבחן הוודאות הקרובה. שופטים נוטים לאמץ את עמדת מערכת הביטחון ולאשר את בקשותיה.²³⁴ אף שיש די דוגמאות לפסיקות שאינן

²³⁰ שם, בעמ' 374.

²³¹ לעיל ה"ש 21 (חופש הביטוי מול הסדר הציבורי).

²³² לדוגמה עניין לוי, לעיל ה"ש 77 (חופש הביטוי מול שלום הציבור); ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד (נב) 289 (3) (1998) (חופש הביטוי מול רגשות דת).

²³³ בתחום הביטחוני תופעה זו התמתנה במעט בשנים האחרונות בעבודה משותפת לשב"כ ולצנזורה. מספר הצווים עומד בשנים האחרונות על עשרות בודדות בלבד (עד 30) בשנה, בעיקר למשך תקופת עריכת חקירה.

²³⁴ משה נגבי "נפילתה ועלייתה של הצנזורה בנושאי ביטחון בישראל" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 183, 187–190. ראו טענתו במקרה ענת קם: "על עיתונות הכובלת את עצמה" קשר 42, 30, 31–32 (2011). נשיאת מועצת העיתונות, שופטת בית המשפט העליון לשעבר דליה דורנר, מרבה לבקר את השימוש בצווי איסור פרסום שלא במידתיות ושלא בחוכמה אל מול המציאות התקשורתית. היא בירכה על הצעת החוק של ח"כ נחמן שי מינואר 2014 להגבלת השימוש בהם. אריק בכר "נשיאת מועצת העיתונות מברכת על יוזמת חקיקה לצמצום השימוש בצווי איסור פרסום" מועצת העיתונות בישראל (1.1.2014) www.moaza.co.il/BRPortal/br/P102.jsp?arc=783442

נוחות למערכת הביטחון, לדוגמה בסוגיות נוהל שכן ומעצרים מנהליים,²³⁵ התחושה שקיימת באקדמיה ובתקשורת היא כי במערכת המשפט ביטחון המדינה הוא עדיין בגדר "פרה קדושה".

(ד) הממד השלישי – התקשורת: שינויים מבניים ותפקודיים בתקשורת ההמונים

מפת התקשורת בישראל עברה ועוברת שינויים תכופים הן במישור המבני והן במישור התפקודי. לשינויים אלו השפעה עמוקה על יחסי מערכת הביטחון והתקשורת.²³⁶ מערכות יחסים, חלוקת עוצמות ומנגנוני איזונים ובלמים שעוצבו בראשית ימי המדינה, אינם רלוונטיים עוד בעשור השני של המאה ה-21. לא ניתן לפרוס את כל רוחב היריעה של השינויים ולפרט את השפעתם על הצנזורה.²³⁷ בחרתי להתמקד בעיקריים שבהם, המשפיעים בעיקר על ישימות הדגם המניעתי הקיים.

ריבוי ומגוון כלי התקשורת והפרסום – ממוסדים, ממוסדים למחצה ולא ממוסדים. עם קום המדינה היו בישראל עיתונות כתובה ושידורי רדיו. מאז גדל לאין שיעור מגוון כלי התקשורת הן בעיתונות הכתובה (יומית עד ירחון או רבעון, ארצית, מקומית, מקצועית, מגורית, בשפות שונות) והן בעיתונות המשודרת (תחנות רדיו ארציות, מקומיות, חינוכיות). בהמשך נוספו ערוצי הטלוויזיה. כניסת האינטרנט הפכה את ההצפה לשיטפון של פוטנציאל פרסום מידע, בחלקו עיתונות מקצועית ובחלקו חובבנית, חלקו מערכתי וממוסד וחלקו פרטי. באשר לחלק מבימות הפרסום באינטרנט, כלל לא ברור אם הן חוסות תחת הגדרת "עיתונות". ניתן לומר בוודאות, והדבר אף מגובה בחוות דעת משפטית של הפרקליטות הצבאית, כי ישויות אינטרנטיות עונות להגדרה "פרסום" כלשונה בחוק, ולפיכך הן כפופות על פי חוק לסמכות הצנזורה. לכלי התקשורת (והפרסומים) השונים מאפיינים מגוונים – מבנה,

²³⁵ ראו בהתאמה בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005); דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).

²³⁶ יש הרואים בשינויים בתקשורת שינויי מהות ויש הרואים בהם שינויים קוסמטיים בלבד: התמה העיקרית, הדפוס הבסיסי, נשארו כשהיו, והתקשורת אינה באמת נציגת האזרחים מול השלטון. "שינויים קוסמטיים", לעיל ה"ש 207, בעמ' 154.

²³⁷ להרחבה ראו הלל נוסק ויחיאל לימור "צבא ותקשורת במאה העשרים ואחת – לקראת דגם חדש של יחסים" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 69, 83-87.

הגדרת תפקיד, נגישות למידע, זמני תגובה, כפיפות לאתיקה עיתונאית, מבנה בעלות ועוד. אספקת מידע עדכני ורציף (בשלל דרכים ונסיבות) גם בסוגיות ביטחוניות מאתגרת את הצנזורה במתן מענה מקצועי מלווה ומותאם לכל ישות פרסומית או תקשורתית בהתאם לצרכיה. הפוטנציאל לחשיפת מידע רגיש, בכוונת מכוון או בטעות, עלה לאין ערוך.

ביזור פעולת העיתונאי לכל אדם – לא עוד מערכות מקצועיות היררכיות שנושלטות בידי עורכים ותיקים המכירים את הרקע ההיסטורי והחוקי לפעולת הצנזורה; לא עוד הכשרה אקדמית מקדימה או מקצועית מלווה על ידי בכירי התקשורת הוותיקים לדור הצעיר. כיום יש בידיו של כל אדם להגדיר עצמו כעיתונאי ובמפתיע, אף לקבל הכרה מהממסד העיתונאי ולעתים גם מהממסד הביטחוני. חלקם משוחררים מכבלים של מקצוע ואתיקה וחלקם אף אינם מכירים את אופן העבודה עם הצנזורה או את תחולת סמכותה. הצורך בקבלת רישיון מהמדינה לעיתונות הממוסדת יצר מצב שבו נציגי כלי תקשורת חדש הגיעו לצנזורה כחלק מהליך קבלת הרישיון, קיבלו את רשימת הנושאים המחויבים בהגשה ועודכנו במאפייני העבודה. כיום נאלצת הצנזורה לאתר את הפרסומים המתקרבים להגדרה של עיתונות ביטחונית, לזהות את האחראים להם, לזמנם ולתדרכם.²³⁸ בחלק מן המקרים מדובר רק בתשתית המאפשרת פרסום שיש לה סממנים סמליים בלבד של היררכיה מקצועית כלשהי. במקרים מעין אלו שיתוף הפעולה עם הצנזורה כלל אינו יכול לעמוד בהגדרה החוקית של צנזורה מונעת, ולכל היותר מדובר באכיפה בדיעבד, דוגמת מניעת המשך דיון במידע שכבר פורסם.²³⁹ סקרים מעידים על ירידה מתמשכת בצריכת חדשות ומידע מכלי התקשורת הוותיקים (לא רק הממלכתיים) ועל מעבר לערוצי התקשורת החדשים.²⁴⁰ זהו אתגר גורלי להמשך פעולתה של צנזורה מונעת.

²³⁸ הצנזורה מאתרת באופן ממוכן פרסומים בעלי פוטנציאל ביטחוני ובמידת הצורך נפגשת לשיחת היכרות והעברת רשימת הנושאים להגשה מוקדמת עם בעלי אתרים, בלוגרים, בעלי דפי חדשות ועוד. מעיין כהן "הצנזורה מפקחת על הפורומים" *TheMarker* (7.1.2009) www.themarker.com/technation/1.517924; ספי קרופסקי "הצנזורה החלה לנטר רשתות חברתיות ובלוגים" *הארץ* (2.5.2012) www.haaretz.co.il/captain/ .net/1.1698374

²³⁹ יונתן אוריך "רוטר עדיין חי" *מקור ראשון* – דיוקן 5.9.2014, 22.
²⁴⁰ על תמונת המצב בישראל בשנת 2014 ראו רפי מן ואזי לב-און "שינויים בדפוסי צריכת המדיה" *העין השביעית* (21.8.2014) www.the7eye.org.il/122016 (60% מהציבור "יכולים להסתדר" בלי לקרוא עיתון יומי).

תקשורת פרטית הפועלת ממניעים מסחריים-כלכליים – בעבר הייתה התקשורת ברובה ממלכתית-ציבורית ושימשה בת ברית של השלטון ומעבירת מסריו, או שהייתה תקשורת מפלגתית הפועלת ממניעים אידיאולוגיים-לאומיים. כיום התקשורת בידיים פרטיות, ומניעה הם בעיקר כלכליים-מסחריים. תקשורת שממוקדת בשיקולי רווח והפסד פועלת ממניעים אחרים. היא נוטה להיות היסטורית יותר, ביקורתית יותר, נשכנית ומוכנה לאתגר את גופי הממסד עד לקצה. היא בוחנת עצמה לא רק בראי התקשורת המקומית אלא גם בראי זו הגלובלית.²⁴¹ במאבק על הרייטינג מוכנה התקשורת לעתים להסתכן ולאתגר את המוסכמות החברתיות ואת דרישות החוק.²⁴² הפיכת התקשורת לעסק כלכלי שלעתים חלקו בבעלות זרה – בעיקר במקרה של תאגידי תקשורת, עשויה להביא לפגיעה בזהות הלאומית של כלי התקשורת או להופכו לבימה להעברת תפיסת עולם שלא דווקא עולה בקנה אחד עם מה שנתפס כאינטרס בקונצנזוס החברתי.²⁴³ ריבוי כלי התקשורת וההנעה מכוח רווח כספי מביאים לתחלופה גבוהה של כוח אדם ולהעדפת כוח אדם צעיר ובהכרח זול יותר. מבחינת הצנזורה מדובר באיבוד "הזיכרון הארגוני" בכלי התקשורת ובאי יכולת לייצר ממשק מבוסס היכרות אישית לטווח ארוך עם אנשי הקשר העיקריים – העורכים.

שינוי בתפיסת העיתונות את תפקידה במדינה דמוקרטית – התקשורת בישראל משקפת את גישת "החברה האזרחית" ותופסת את עצמה במידה רבה יותר כ"הרשות הרביעית", שתפקידה לפקח על השלטון, לבקר אותו ולספק בידי האזרח את מרב המידע כדי שיקבל החלטה ויגבש דעה מושכלת. התקשורת לא נטשה לחלוטין את מנגנוני "האחריות החברתית" שאפיינו אותה (לדוגמה תא הכתבים הצבאיים הוא תא מאומן לדוגמה וישנה התגייסות טבעית של התקשורת בעת לחימה), אולם אין מדובר עוד בתקשורת מגויסת שמשתפת פעולה עם השלטון. תיווך המידע לציבור מחייב את

²⁴¹ ירון כץ "התקשורת הגלובלית ומדיניות הסיקור של אמצעי התקשורת בישראל" קשר 21, 49 (1997).

²⁴² "ידיעות אחרונות" פרסם פרסומים בהתרסה נגד צו איסור הפרסום בפרשת ענת קם. עידו קינן "צו איסור: כרסום" העין השביעית (8.4.2010) www.the7eye.org.il/18359. באתר שלו הופיעה כתבה בהפרה של צו איסור פרסום בנושא "מיסטר איקס". היא הוסרה מהאתר, אך זכתה בינתיים לתפוצה רחבה. רענן בן צור "מי אתה מיסטר איקס? 'האסיר ללא שם וזהות'" Ynet 13.6.2010 (מופיעה ב-KamWatch – בלוג סמולני קיצוני 14.6.2010 kamwatch.wordpress.com/2010/06/14/who-is-mr-x).

²⁴³ התופעה קיימת משני קצות הקשת הפוליטית, לדוגמה "הארגון" ו"ישראל היום".

התקשורת להיאבק על כל בדל מידע, גם בנושאים ביטחוניים. בגדר כך הצנזורה, שנתפסת כבאת כוחה של מערכת הביטחון, מאתגרת יותר בהחלטותיה.

חשוב לציין כי העת החדשה טומנת בחובה גם מאפיינים המאזנים מעט את האתגר שעומד בפני רשות רגולטורית-סיכולית מסוגה של הצנזורה. עידן האינטרנט הביא לכך שאורך חיי המדף של מידע התקצר מאוד ורישומו ממוקד לעת החשיפה. אמינות המידע המפורסם נפגמת בשל הנטייה להעדיף מהירות על פני דיוק ויכולת עדכון. נערכים תחקירי עומק מעטים יותר ומתפרסמים סיפורים נקודתיים רבים יותר. אין פירוש הדבר שחשיפת מידע אינה מתרחשת, אלא שהשפעותיה נקודתיות, ולרוב היא אינה עומדת במבחן הוודאות הקרובה שלפיו פועלת הצנזורה. היצף המידע שאמינותו לוטה בערפל, מקשה על יצירת תמונת המודיעין של "האויב האמיתי" שמולו פועלת הצנזורה. עידן התקשורת הכלכלית עלול להביא לכך שאילי הון, הבעלים של אמצעי התקשורת, שיש להם אינטרסים כלכליים נוספים ושנוקקים לקשרים עם השלטון ועם ראשיו, עלולים לשמש בלם לתחקירי עומק חושפניים וקשים ולהביא לריכוכם.²⁴⁴ כלי תקשורת מסחרי הפועל בסביבה של תחרות הולכת ומחריפה בשוק מצומצם של לקוחות ושל פרסום, יפנה משאבים – כסף, זמן וכוח אדם – מעטים יותר לתחקירי עומק שעלולים להניב תביעות משפטיות.²⁴⁵ בישראל חלק מגורמי התקשורת, ממלכתיים ומסחריים, תלויים בשלטון להמשך קיומם. המעמד המידרדר של העיתונאים בישראל והצערת גיל הכותבים והעורכים עלולים להביא לכך שאלו יהיו עצמאיים פחות, פעילים פחות ותלויים בדוברי הגופים הציבוריים להזרמת מידע.²⁴⁶ מאפיין שבוולט עדיין בישראל הוא הרצון של כלי התקשורת לא להיתפס כמי שאינו בקונצנזוס, בעיקר בסוגיות של ביטחון המדינה.

למרות הגורמים המאזנים המגמה חדה וברורה ומתרחשת בקצב מהיר. האסדרה הצנזוראלית והמשפט אינם מדביקים את קצב השינוי.

²⁴⁴ "המקור" (ערוץ 10, 4.2.2013) (הקשר בין "ישראל היום" בבעלות שלדון אדלסון לראש הממשלה בנימין נתניהו).

²⁴⁵ אלקנה שור "הותר לציין" מעריב – סופשבוע 4.4.2014, 20.

²⁴⁶ יחיאל לימור טוען כי מקבילית הכוחות ביחסים שבין עיתונאים ליחצ"נים התערעה. התלות של הראשונים באחרונים כמקור למידע גברה. יחסי ציבור – אסטרטגיה וטקטיקה (2014).

(ה) הממד הרביעי – הטכנולוגיה בשירות העיתונות והתקשורת: המאה ה-21

התקשורת מצאה עצמה בעשורים האחרונים "מופצצת" בטכנולוגיות מתקדמות להפצת העשייה העיתונאית. טכנולוגיות אלו מאפשרות לא רק איסוף ואגירת מידע גולמי באופן נוח יותר, חשאי ומסיבי, אלא אף את הפצתו והצגתו באופן מהיר, נגיש וזמין לכול, לעתים ללא המעשה העיתונאי הקלאסי של עיבוד המידע.²⁴⁷ המחקר האקדמי בדבר השפעת הטכנולוגיה על המעשה העיתונאי מתקשה להדביק את קצב השינוי. קיימות שלוש גישות מובילות. יש אומרים שמדובר במהפכה המשנה את פני העיתונות בהווה ובעתיד הקרוב. אחרים אוחזים במהות המעשה העיתונאי וטוענים כי אופן הצגת המידע והפצתו אינם משנים מהותית את העשייה העיתונאית. בתוך נמצאים אלו המונים כמה שינויים טכנולוגיים שמשפיעים גם על המהות. אלו גם אלו מתארים שינויים מהפכניים בכל הקשור לאופן הפצת המידע ולדרך הצגתו לצרכן.

עניינה של הצנזורה מתמקד בעיקר בטכנולוגיות ובפיתוחים חדשניים המאפשרים הפצת מידע והצגתו באופן העונה על ההגדרה "פרסום", כלשונה בחוק. בהיותה רשות ממלכתית שנועדה למנוע פרסום מידע הפוגע בביטחון המדינה, נאלצת הצנזורה להתמודד עם רצף התפתחויות טכנולוגיות שבמהותן אינן דרות בכפיפה אחת עם תפיסה של צנזורה מונעת. טכנולוגיות שכל ייעודן הוא להציג מידע באופן המהיר ביותר, הזמין ביותר והנגיש ביותר ללא מגבלות זמן ומקום ובעיקר לאחר תהליכי תיווך מזעריים בלבד ובשיתוף הצרכן עצמו ביצירת המידע ובהשלמתו, סותרות במהותן עבודה עם גוף רגולטורי כמו הצנזורה. יתרה מזאת, השינויים הטכנולוגיים מביאים לשינוי בתפיסות מהותיות בשאלות מיהו עיתונאי ומהו המעשה העיתונאי. הוצאת פעולת העיתונאי מחוץ למסד העיתונאי המסורתי מאתגרת בהכרח את המוסכמות החברתיות שלאורן פועלת הצנזורה מול ראשי כלי התקשורת בישראל.

צנזורה מהסוג המונע התאימה לעידן עיתוני הדפוס וממסד תקשורת הייררכי. דעיכה הדרגתית בטווח הזמן הבינוני-ארוך של מעמד העיתונות הכתובה כמי שקובעת את סדר היום הציבורי, היא כמעט "מן המפורסמות". הציבור בגילאי הביניים ובגילאים הצעירים צורך מידע חדשותי באמצעות ישויות אינטרנטיות ויישומים בטלפון הנייד. מגמה זו תלך ותתחזק ככל שחלק גדול יותר באוכלוסייה ייוולד לתוך העידן המקוון.²⁴⁸

²⁴⁷ למשל אתר "ויקיליקס" משמש פלטפורמה להנגשת מידע גולמי. WIKILEAKS <http://www.wikileaks.org>

²⁴⁸ העיתונות הכתובה תהפוך להיות "חסרת חשיבות" בארצות הברית ב-2017 ובישראל ב-2030. ROSS DAWSON, LIVING NETWORKS (anniversary ed. 2008).

אין מדובר בהיעלמותו המוחלטת של הדפוס, אלא על כך שהוא יחדל להיות הגורם המשפיע ביותר על סדר היום הציבורי. התהליך הזה כבר החל והוא הולך ומתעצם עם הזמן.²⁴⁹ מספר המשתמשים הייחודיים באתר חדשות אינטרנט עולה על תפוצה של עיתון, גם אם הוא הנפוץ במדינה.

באינטרנט קיימים ערוצים מגוונים, שונים טכנולוגית ומתחדשים, להעברת מידע ולהפצתו, לאגירתו ולאחזורו. האינטרנט מציב אתגר קשה הן ליכולתה של הצנזורה למלא את תפקידה המניעתי והן ליכולתה לאכוף את סמכותה בדיעבד באופן שעומד במבחן התכלית הראויה (קרי הגנה על מידע ולא רק לשם חינוך או ענישה). הנחת המוצא בצנזורה באשר לאינטרנט היא כי מידע עלול להיחשף, בין במכוון ובין בתום לב. הנחת נוספת היא כי היצף המידע באינטרנט מציב סיכון אך גם סיכוי שכן היכולת לאתר פריט מידע רלוונטי ואמין היא מוגבלת. לצורך מילוי תפקידה של הצנזורה, מדד האמינות והחשיפה (החתימה התקשורתית) הוא הקובע. הצנזורה נדרשה לפתח כלים להתמודדות עם אתרים ממוסדים וממוסדים למחצה העוסקים בעיתונות או בתיווך מידע ביטחוני.

ברמת התפיסה הותאם ייעוד הצנזורה לפעולה באינטרנט, וכעת הוא מוגדר באופן יחסי ומציאותי. לא עוד מניעה וצמצום של פרסום מידע, אלא מניעה וצמצום של פרסום לשם הפחתת החתימה התקשורתית של מידע כדי שהיריב לא יחשוב אותו לאמין. במקביל לשינוי הייעוד שונו תפיסות העבודה, לעתים בניגוד מודע לאתיקה המקצועית. לדוגמה, לעתים תוותר הצנזורה על ביצוע אכיפה בדיעבד בשל העובדה שלפעולת הצנזורה ישנה חתימה תקשורתית משל עצמה. הצנזורה ביזרה מסמכותה לאכוף בדיעבד למנהלי אתרים. באירועים מתוקשרים במרחב הציבורי צמצמה הצנזורה מראש (בתיאום עם מערכת הביטחון) את רשימת פרטי המידע שיש לחסות וכדומה. כדי להתמודד עם היצף המידע ברשת פיתחה הצנזורה מערכת המייבאת לשולחנו של הצנזור את כלל המידע הביטחוני המפורסם לפי תחומי עניין רלוונטיים. אולם גם אם המערכת מסוגלת להתמודד במידה מסוימת עם רשתות חברתיות – "פייסבוק" ו"טוויטר" – תחמה הצנזורה מבחינה תורתית-מקצועית את מעורבותה רק אל מול רשתות חברתיות המשמשות כלי תקשורת או עיתונאי.

פעולת הצנזורה מספקת מענה, וגם הוא חלקי, לשיטת העבודה של הדור הקודם של ישויות האינטרנט, שהיו מעין גשר בין התקשורת הישנה לזו הנוכחית. אל מול

²⁴⁹ עידן "מחאות הפייסבוק" הוא ביטוי בולט לתופעה זו.

אתגרי הרשתות החברתיות ועידן Web 3.0, ובלי להתייחס לשאלות הצורך (האם קיימת סמכות? מהי רמת הפגיעה בביטחון המדינה?), הצנזורה אינה ערוכה טכנולוגית.

סימן ההיכר של עידן Web 2.0 הוא שהתוכן החדשותי מיוצר על ידי כל אחד ובעבור כל אחד.²⁵⁰ מידע חדשותי ואחר מיוצר באמצעות מגוון רחב מאוד של כלים ושל פלטפורמות טכנולוגיות המאפשרות נגישות וזמינות מיידית ורציפות. כלי התקשורת המסורתיים זיהו את הפוטנציאל של המדיה החברתית. הם משתמשים בפלטפורמות אלו כדי להשיג מידע חדשותי מהציבור הרחב, להרחיב את תפוצתם ולהגיע לקהלי יעד חדשים. בתחום החדשותי יש השפעה הדדית של התקשורת המסורתית ואתרי הרשת. ברשתות החברתיות הופיעו דפי פייסבוק וחשבונות טוויטר שמטרתם לספק דיווחי חדשות בהתבסס על ראשוניות ומהירות, גם על חשבון הדיוק, ורצוי ממקורות בזירות האירוע. כאלה הם דפי חדשות כגון "24/7" ו"חדשות 0404".²⁵¹ אלו נסמכים על יכולות ייצור, הפצה ושינוע מידע של הפלטפורמות הניידות השונות, שמצויות בידי כל אדם. התוצאה מרחיקת לכת שכן הנגישות ליישומים שמאפשרים לשנע מידע באופן מיידי ולקבוצות גדולות של משתמשים, יוצרת מציאות שבה כל אדם מסוגל להפוך לסוכנות חדשות בכוח.²⁵²

מציאות זו מאופיינת בביזור הצמתים והנקודות שדרכם זורם מידע, הקלות שבה ניתן לייצר תוכן, לספר סיפור ולהציג זווית, ולהנגיש אותם לכל אדם. הצנזורה חייבת לקבל כעובדה את חוסר היכולת לבקר ולשלוט על כלל המידע באופן אבסולוטי ולסמוך במידה רבה, על האחריות של המפרסם, בכל הקשור למידע ביטחוני.²⁵³

עידן Web 3.0 צפוי להיות נשלט במידה פחותה עוד יותר. העתיד מתגלם בתפיסת הרשת הסמנטית.²⁵⁴ תמציתו של הרעיון היא מעבר ממידע מעובד למידע גולמי, אוסף של נתונים ומידע שיהיה בכוחו של מחשב להבין ולעבד באופן עצמאי, ומכאן גם לייצרם ולהפיצם ללא מגע יד אדם. תוצאת הדבר היא שתיווך התוכן

250 את המונח טבעה ב-1999 דארסי דינוצ'י. טים אוריילי פרסם אותו בכנס ייעודי ב-2004.

251 לדפים אלו עשרות ואף מאות אלפי עוקבים.

252 צחי הופמן "92% מבעלי הסמארטפונים בישראל משתמשים בוואטסאפ" גלובס (14.11.2013) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000893814

253 הסתמכות זו על אחריות המפרסמים יש לה על מה להישען. בעלי "דפי חדשות" לרוב אינם מפרסמים מידע פוגעני מתוך שהם מבינים את המדיניות ואת המגבלות. במקרים של ספק הם מתייעצים עם הצנזורה.

254 ראו הגדרה במילון אינטרנט מבוסס חוכמת המון: *Web 3.0*, MacMILLAN DICTIONARY (2015), <http://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/web-3-0>

לצרכנים ייעשה בעתיד על ידי כלי בינה מלאכותית. לא מן הנמנע שבעתיד הלא רחוק נראה אתרי אינטרנט ודפים במדיה חברתית שמסקרים ושמדווחים מידע ללא התערבות אנושית. צנזורה המבוססת על הסכמה, על זיהוי ועל יצירת אינטרס והבנה משותפת בין עורכי כלי התקשורת למערכת הביטחון, אינה רלוונטית עוד.

(ו) הממד החמישי – ביטחון: מערכת הביטחון אימצה את המרחב התקשורתי כזירת פעולה לגיטימית

המרחב התקשורתי – המקומי והבינלאומי – נתפס מזה זמן כזירת לחימה או עימות שבה על גופי מערכת הביטחון, ובמיוחד לצה"ל, להתנהל בשגרה ובחירום לפי נוהלי התנהגות מבצעיים לכל דבר.²⁵⁵

לימור ונוסק מחלקים בהכללה את יחסי הצבא (שמייצג את מערכת הביטחון) והתקשורת לחמש תקופות. לטענתם, התקופה האחרונה מבין החמש, שהחלה בשנת 2000 לערך, מתאפיינת בפתחות תקשורתית הולכת וגוברת. ולא רק פתיחות שכופה התקשורת (כפי שהוכתבה בשנות התשעים), אלא לא מעט סוגיות שהיו בבחינת טאבו, נפרצו והועלו לדין ציבורי ביוזמת מערכת הביטחון.²⁵⁶

התנהלות מערכת הביטחון בזירה התקשורתית, הן במצבים בהם היא יוזמת פרסום והן במצבים בהם היא מסכלת פרסום, מושפעת מגורמים רבים: מאפייני הפעולה המבצעית; מיקום הלחימה; התנהלות התקשורת והתנהגותה; מטרותיה של מערכת הביטחון במפגש בין שני המוסדות. הממעייטים מדברים כיום על התנהלות בתוך הזירה התקשורתית או על שקלול ההיבטים השונים (ממדי חשיפה, השפעה, מורל, עיצוב תודעה) שהזירה התקשורתית מייצרת ושבהם יש להתחשב במידה זו או אחרת בעת תהליך קבלת ההחלטות המבצעי או המדיני. המרחיבים מדברים על ניהול לחימה בזירה התקשורתית, על הצורך לשלוט ולנצח גם בזירה זו. הנחת היסוד המשותפת לאלו גם לאלו, היא כי לא ניתן עוד להתעלם מהמרחב התקשורתי כגורם משפיע, עד כדי יכולת הכרעה, בסוגיות ביטחוניות.

לאימוץ המרחב התקשורתי כזירת פעולה יש השפעות מרחיקות לכת על יכולתה של הצנזורה לספק מעטפת הגנה ראויה לגופי מערכת הביטחון. ביטוייה הארגוניים

²⁵⁵ בכל פקודה צה"לית קיים היום נספח דוברות. סוגיות של דוברות ותודעה הן חלק מההליך המבצעי.

²⁵⁶ "צבא ותקשורת במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 237, בעמ' 77-82.

והתרבותיים, כפי שרואה אותם הצנזור הראשי, מורכבים ומחייבים את הצנזורה להתנהגות מתאימה. בבסיסה ניצבת התפיסה שלפיה כדי שהגוף הביטחוני יפעל באופן המיטבי לצרכיו במרחב התקשורתי, על הצנזורה להגמיש את מאפייני מימוש הסמכות הנתונה לה על פי חוק ולפתח עם הגוף הביטחוני כלים משלימים לפעולתה.

אם כן, הצנזורה נדרשת להתמודדות מורכבת בקשר למערכת הביטחון. אציין כמה היבטים בפעולתה של מערכת זו המשפיעים בעיקר על ההתמודדות האמורה בדגם המניעת הקיים.

(1) היבטים ארגוניים

שלוש תופעות בממד הארגוני של מערכת הביטחון משפיעות באופן ישיר על פעולת הצנזור.

ראשית, למעט המוסד לתפקידים מיוחדים, בכל גופי מערכת הביטחון קיימים גופי דוברות ייעודיים שתפקידם להשלים את העשייה העיקרית של אותו ארגון באמצעות התנהלות במרחב התקשורתי. פעולתם, חלקה תגובתית וחלקה יוזמת, לרבות העברת מידע אינטימי רב, לעתים חשאי ורגיש, לכלי התקשורת לטובת גיוס התקשורת לצורכי הארגון.²⁵⁷ שנית, גופי הדוברות סמוכים על שולחנו של ראש הארגון וזוכים לעוצמה ארגונית גבוהה מאוד – מעמד, נגישות והשפעה. מיקומם בהיררכיה הארגונית מעיד לא פעם על העדיפות שניתנת לדוברות על פני ארגוני שמירת הסוד. שלישית, כדי לעמוד בדרישות התקשורת לזמינות, לשקיפות ולאמינות מפעילים גופי הדוברות מנגנונים מורכבים של העברת מידע, חלקם רשמיים וגלויים וחלקם לא רשמיים. בעידן הנוכחי נדרשת יכולת לקבע נרטיב רצוי באופן מידי, קליט ובהנגשה רחבה. נוסף לכלי העבר (שיחות רקע, מסיבות עיתונאים) מפעילים גופי הדוברות כלים תקשורתיים לכל דבר, דוגמת אתר אינטרנט, דף פייסבוק, חשבון טוויטר וסרטוני יוטיוב. התוצר של שלוש התופעות הללו הוא ניסוח כללי עבודה פנימיים בין גופי אבטחת המידע וגופי הדוברות של אותו ארגון. בחלק מן המקרים סומכת הצנזורה ידה על גוף אבטחת המידע, שמבחניו מקשים יותר, בביצוע פעולת הבחינה המוקדמת טרם

²⁵⁷ הממונה על הביטחון במערכת הביטחון מקבל שירותי דוברות מדוברות משרד הביטחון, ו"המוסד" – מדוברות לשכת ראש הממשלה. גוף הדוברות בשב"כ הוקם באוגוסט 2002 לאחר שהחל לפעול באופן לא רשמי כבר בשנת 2000, עם פרוץ האינתיפאדה השנייה.

הפצה (ביזור סמכות). ככל שהגנום הארגוני ייטה יותר לכיוון ביטחוני-חשאי, כך תסמוך הצנזורה יותר על שיקול הדעת הפנימי בו.²⁵⁸

(2) היבטים תרבותיים

הפתיחות הרבה – לעתים רבה מאוד – של מערכת הביטחון כלפי התקשורת הביאה להתפתחותם של מאפייני התנהגות המקשים מאוד על עבודת הצנזורה. אסקור ארבע תופעות בממד התרבותי.

בראש ובראשונה, הצורך לקיים מערכת יחסים מתגמלת עם התקשורת מחייב את הדוברות לספק את הצרכן הרעב. באופן יזום נחשף מידע רב שהוא לעזר למודיעין האויב, גם אם אינו עולה כדי פגיעה בביטחון המדינה בהתאם למבחן שבו נדרשת הצנזורה לעמוד. בעיקר מדובר במידע תשתית מעולם המודיעין, המבצעים והטכנולוגיה. חשיפת מידע יזומה בעיקר מסמנת מטפורית קו גבול חדש ואינטימי הרבה יותר להתפתחות השיח בתקשורת ובציבור הישראלי. חשיפה יזומה היא בעייתית כאשר במטרה לשרת אינטרס אחר מוכנה מערכת הביטחון לנגוס בחשאיות מידע שראוי היה לא לחשפו באופן יזום.²⁵⁹ הדבר מערער את אמינות המערכת ככלל, והצנזורה בפרט, ופוגע ביכולת להגן על נושאי ליבה בטענת החשאיות הנדרשת.

שנית, בין הדוברות לתקשורת מתפתחים תהליכי הזנה הדדיים. העברה בלתי רשמית של מידע, לעתים חסוי, לטובת "תחזוקה" של הקשרים היא חלק בלתי נפרד מהתהליך. לא פעם הקרבה הבין אישית הנוצרת והאמון שהתפתח, מביאים למצב של המתקת סוד שאינה במקומה. בכל אלו אין חדש. בבסיס ההתנהלות הזו עומדת המחשבה כי הצנזורה תעצור את פרסום המידע לכשיוגש לה. התוצאה של כל אלו היא קיומו של ידע ביטחוני מרשים בקרב הכתבים.

שלישית, גופי הדוברות מפרשים לעתים באופן מוטעה את הבנת הצנזורה לצרכים התקשורתיים ואת בחירתה המודעת שלא להקשות בדרישת ההגשה מראש. כאמור, הצנזורה מאצילה מסמכותה לגורמי הדוברות ואבטחת המידע מתוך הנחה, לא

²⁵⁸ ראו למשל מסמך הסדרה פנימי של דובר צה"ל, מחלקת ביטחון מידע והצנזורה שנקבע לאחר מלחמת לבנון השנייה.

²⁵⁹ ראו חשיפה יזומה של סיירת מטכ"ל על רקע משבר מוטיבציה. אודי לבל "עימות או תלות הדדית? יחסי ביטחון ותקשורת במלחמה ובשגרה: מסגרת עיונית" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 13, 25.

בלתי סבירה, כי בעלי המידע יגנו עליו במבחן מחמיר אף יותר. אולם ככל שהתנהלות זו הופכת שכיחה, בעיקר על רקע התפתחות יישומי האינטרנט, מתקבעת בתת מודע התפיסה כי כך מותר ואף נכון לעבוד. פועל יוצא הוא כי במקרים מסוימים גוף דוברות מפיץ מידע ביטחוני מופץ בניגוד למדיניות הצנזורה. יתרה מזאת, התקשורת, שמקבלת מהדוברות מידע או מסרים, מתקשה עד מאוד לקבל את הנחיות הצנזורה הסותרות לכאורה את המסר שקיבלה.

ולבסוף, הפתיחות של מערכת הביטחון והשיח הביטחוני האינטימי יחסית מקבעים בתודעה את התחושה המוטעית שחשיפה של מידע, פירושה אישור לשיח חופשי. הדבר מביא למצב שבו השיח המתפתח בעקבות חשיפה יזומה, עלול לחשוף יעדי הסתרה ממוקדים שהצנזורה שמרה עליהם.

השינוי העמוק שחל במאפייני השיח הביטחוני בתקשורת, קיבעו בציבור תפיסה שלא ניתן לשנותה, ושלפיה הכול גלוי וחשוף ולא ניתן לשמור עוד על סודות ביטחוניים. השיח הביטחוני הער, במקום להיחשב אות לעוצמתה של הדמוקרטיה הישראלית, נתפס כסימן לחולשתה של הצנזורה, אף שבמבחן היעדים להסתרה המידע מוגן.

7. שימור הרלוונטיות – תנועה מתמדת מדגם אוטוריטרי לדגם דמוקרטי ביחסי שלטון-תקשורת

כפי שמעידה סקירת האתגרים שהונחו לפתחה של הצנזורה לאורך השנים, אכן נדרשו התאמות שוטפות של מערכת הביטחון והצנזורה למציאות. כדי לשמר רלוונטיות ולהמשיך לספק הגנה, אומצו בין השאר דפוסי פעולה המאפיינים את הדגם הדמוקרטי של יחסי שלטון תקשורת, בלי ששונתה התשתית החוקית, הנוטעה בדגם האוטוריטרי. במבט צופה פני עתיד, גם שינויים אלו עלולים להיות בלתי מספקים, ונדרשת התאמה של דגם הצנזורה ושל התשתית החוקית למציאות המשתנה.

האופן שבו מתנהלת תקשורת ההמונים במדינה, וחלקה במאבק על העוצמה, קרי: המאבק על המידע ועל היכולת להשפיע על מגמות ותהליכים, מתוארים בספרות האקדמית באמצעות דגמים של יחסי שלטון ותקשורת. תקשורת ההמונים היא מערכת נפרדת בתוך המערכת המדינית הכוללת. ככזו היא מקיימת יחסי גומלין מורכבים עם תתי מערכות נוספות, דוגמת המשפט, הביטחון, ואף הממסד הפוליטי. היא נתפסת כמשקיפה, כמבקר, כנציגת הציבור, ככלב השמירה של הדמוקרטיה, אולם בהכרח אין

היא מבצעת תפקידים אלה בניטרליות מלאה. שני דגמי על²⁶⁰ מתארים את מעמדם של כלי התקשורת בחברה ואת ויסות היחסים ביניהם.

דגם אוטוריטרי – שורשי הדגם נטועים במשטרים אירופיים במאות ה-16 וה-17. משטרים טוטליטריים הפעילו דגם קיצוני של שליטה לא רק במתן רישוי, אלא גם בתכנים. תהליך תיווך המידע הוא מהשלטון לציבור ולא בכיוון ההפוך. התקשורת מגויסת להפצת אידיאולוגיה של המשטר והיא שופר של המפלגה או הקבוצה השלטת, משרתת את האינטרסים שלה ולמצער אינה מתנגדת לה בבטוחות. היחסים בין השלטון לתקשורת הם היררכיים: האחרונה נתונה למרות מלאה של השלטון, לעתים עד כדי מינויים וקביעת תכנים, כולל צנזורה מקיפה של תכנים שמנוגדים לאידיאולוגיה השלטונית.

דגם ליברטרי – הדגם הליברטרי הצרוף התגבש במאות ה-17 וה-18. מדובר בדגם תיאורטי במהותו המשרטט את המאפיינים הרצויים ליחסי תקשורת ושלטון: חופש מלא נטול כל הגבלות על תקשורת ההמונים עד כדי תקשורת המתפקדת הלכה למעשה כגוף בקרה של הדרג השלטוני. אין מדינה שהתקיים בה המודל הליברטרי באופן מובהק. מתוך הדגם הליברטרי נגזר הדגם הקיים בדמוקרטיה המערבית – ארצות הברית בראשן – דגם האחריית החברתית.

דגם האחריית החברתית – גלגול מודרני של הדגם הליברטרי. בדגם זה קיימת הכרה מלאה בחופש העיתונות, ובמקביל הבנה הדדית כי תהינה מגבלות מוסכמות עליו בשל פגיעה בערכים מתחרים. שני הצדדים מחויבים לריסון עצמי ולפשרה. השלטון מבין כי כלי התקשורת יאספו, יקבלו ויפרסמו מידע, גם כזה שהשלטון מעדיף שלא יתפרסם. קברניטי התקשורת, שעליהם חלה האחריית, מתחשבים באינטרסים סותרים ומפעילים שיקול דעת וריסון. איפוק הדדי ושמירה על הכללים ישמרו את המצב. החוק הקיים משמש להרתעה, ועוצמתו רבה יותר ככל שממעטים להשתמש בו.

הדגם הדמוקרטי-אירופי – נגזרת של דגם האחריית החברתית. ניתנת בו עדיפות עקרונית לחופש הביטוי ולחופש העיתונות. עם זאת הוא משלב התנהגויות והיבטים מסוימים של משטרים אוטוריטריים ברמה הנורמטיבית-חוקית וערכים דמוקרטיים ברמה המעשית: איזון בין זכויות הכלל והפרט ודו-שיח מתמשך בין הממשלה למדיה; השגת הסכמה והבנה בנוגע לנושאים שמוסכם שיש להם יכולת לפגיעה.²⁶¹

²⁶⁰ על הדגמים השונים ראו "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 47-48.
²⁶¹ דגמים אלו הציע סיברט. "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 70-71.

בעשורים הראשונים פעלה הצנזורה הישראלית בהתאם לדגם ההתפתחותי, שמאפיין חברות ומדינות בעולם השלישי.²⁶² לפי דגם זה, המנגנונים הם מהדגם האוטוריטרי (רישוי, צנזורה, שליטה) וההתנהלות מעידה על תפיסה של התקשורת ככלי שנועד בעיקר לפיתוח הלאומיות (מורל, תרבות ושפה, זהות). לאור השינויים בעשורים האחרונים בחברה ובמשפט בישראל שהוצגו לעיל, חלו שינוי ומעבר לדגם אחר. נוסק ולימור מגדירים זאת כדגם מעורב המשלב עקרונות של אחריות חברתית במישור הנורמטיבי (הסדרים וולונטריים דוגמת ועדת העורכים והסכם ההבנות) עם היבטים של דגם אוטוריטרי במישור המעשי (ההסדרים רשמיים של רישוי, חקיקה וצנזורה).²⁶³ על רצף שבצדו האחד הדגם האוטוריטרי, באמצעו הדגם הדמוקרטי-אירופי ובצדו האחר הדגם האמריקני (דגם האחריות החברתית) ישראל נמצאת, לטענתם, בתנועה מתמדת לכיוון הדגם הדמוקרטי-אירופי.²⁶⁴

אתאר את הדבר מנקודת מבטה של הצנזורה. כאמור, המעבר בין הדגמים מתרחש על רקע התפתחויות חיצוניות לצנזורה שהכתיבו את גבולות הפעולה, ובשל התאמות פנימיות שהצנזורה ביצעה ושיש להן השפעה משל עצמן. אולם אין מדובר רק בתוצר של לחצים חיצוניים, אלא בהפנמה עמוקה של מבחן הוודאות הקרובה ובשינוי מהותי בתפיסת החזון והיעוד. בהבינה בכל פעם מחדש את רוח התקופה ומתוך רצון לשמר רלוונטיות כדי להמשיך לספק הגנה מפני פגיעה בביטחון המדינה, פנתה הצנזורה לפרשנות של סמכותה על דרך הצמצום והשימיות. השינויים שחלו היו מבניים ונורמטיביים כאחד. מאז שנות התשעים הביאו קצב השינויים והיקפם להתנהלות הנוכחית, שמאפייניה קרובים מאי פעם לדגם האחריות החברתית.

במבט צופה פני עתיד, הפער שנוצר בין התשתית החוקית, הנגזרת מדגם המניעה המוקדמת, לפעולה השוטפת, הנגזרת מדגם האחריות החברתית (ולאור השחיקה שחלה בחלק מרכיביו), יהיה בלתי ניתן לגישור. מדינת ישראל תידרש לבצע התאמות של החקיקה לנורמה הנוהגת בישראל. דגם כזה, המשלב בין התרבות הייחודית

²⁶² את הדגם הציע מקוויל. "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 49.

²⁶³ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 71. במאמר מאוחר יותר הם הציעו דגם חדש לתיאור המצב במאה ה-21: דגם דינמי רב ממדי שמתפתח בהתאם למפת התקשורת, החברה והשלטון. "צבא ותקשורת במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 237, בעמ' 70.

²⁶⁴ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 71; גדעון דורון "תותחים ומוזות": דגמים פוליטיים מתחרים של יחסי ביטחון ותקשורת" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 51, 52.

לישראל למציאות, אציע בהמשך. לפני כן אסכם מהם ההיבטים המבניים והנורמטיביים שהשתנו והשפיעו על פעילות הצנזורה כיום.

(א) היבטים מבניים

ראשית, תקנות ההגנה שנותנות סמכויות נרחבות בידי של הצנזור, אמנם בעיני עומדות, אך הן כמעט ואינן בשימוש. המדינה ויתרה על הסמכות הנתונה לה בתקנות, ואלו משמשות כיום מעין מטריית על המאפשרת את הפעולה מתוקף הסכם ועדת העורכים ולאורם של צווי הצנזור שהופצו. בית המשפט קבע כי יש לפרשן על דרך הצמצום, והצנזור בישראל פועל ברוח זו כבר עשורים רבים. מאז סגירת עיתון "חדשות" ב-1984 לא הופעלו הסעיפים הרלוונטיים לצנזורה בדין הישראלי.

שנית, המדינה אימצה את החוק המנדטורי שמתוקפו פועלת הצנזורה, ובמקביל אימצה התקשורת את המנגנון של "ועדת התגובה", שכוונתה מעתה "ועדת העורכים". במהותה נועדה הוועדה לתאם בין השלטון לתקשורת באשר לפרסומים הפוגעים באינטרסים של המדינה. בהפגינה אחריות חברתית הסכימה התקשורת לקבל על עצמה מגבלות לחופש העיתונות.

שלישית, מאז שנת 1949 שומרת המדינה על סודותיה הביטחוניים מפני פרסום באמצעות הסכם "ועדת העורכים". ההסכם, שבמהותו הוא הסכם של פשרה בין שני הצדדים, נוטה היום באופן מובהק לטובת התקשורת וחופש העיתונות. הוא נסמך על התפיסה שקיים אינטרס עליון משותף המכתיב את ההתנהלות האחראית והמידתית של שני הצדדים לו.

רביעית, פסיקות בית המשפט מבהירות כי הדמוקרטיה בישראל נותנת מקום של כבוד לחופש הביטוי ולחופש העיתונות. באיזון שבין ביטחון המדינה לחופש הביטוי, גם אם הראשון מוצג כמי שגובר בהתנגשות בין השניים, הרי שהחובה שחלה על הצנזור או על מערכת הביטחון להוכיח פגיעה, היא משימה לא פשוטה.

(ב) היבטים נורמטיביים

ההיבטים הנורמטיביים שמוסדו כתוצאה משינויים מבניים ומהשינויים האחרים שהוצגו, מציבים היום את פעולת הצנזורה ברוח הדגם של האחריות החברתית.

ראשית, התקיים תהליך קבוע של התאמות בפעולת הצנזורה בפועל אל מול הסמכות הנתונה לה בחוק. מזה שנים ארוכות פועלת הצנזורה בעיקר בשמירה על

ביטחון המדינה וממעטת לפעול לשמירה מפני פגיעה בסדר הציבורי או בשלום הציבור, אף שסמכות זו קיימת בתקנות ההגנה. בצו משנת 1988 מיקד הצנזור את חובת ההגשה המוקדמת בסוגיות ביטחוניות בלבד. הצנזורה ממעטת להחיל את סמכותה על דברי דואר. בעניין ייבוא ספרים מפעילה הצנזורה שיקולים מורכבים על דרך הצמצום. הפעולה כלפי כתבים זרים בישראל ממוקדת לפוטנציאל האיום בלבד ולא מתוך דווקנות של אכיפת הסמכות. זה היה תהליך טבעי ששילב הבנה של הצנזור את מגבלות הכוח, מחד גיסא, ואת הצורך למצוא נקודת איזון ראויה המשקפת את האופי של הדמוקרטיה הישראלית, מאידך גיסא.

מעמדה של הצנזורה כגורם ייעוץ ביטחוני התבסס, וגורמים אחרים (אקדמיה, דוברים, בכירי מערכת הביטחון הפורשים) נוהגים להתייעץ עמה באשר לפרסומים צפויים.

שנית, מבחן הוודאות הקרובה הביא, כאמור, לשינוי העמוק ביותר בצנזורה, שביטוייו ניכרים בכל אורחותיה. ההשפעה המיידית הייתה שינוי במדיניות הטיפול הצנזוראלי, ברוח התקופה והפסיקה ומתוך הפנמת הרוח החדשה שנשבה מבית המשפט העליון.²⁶⁵ השיח הביטחוני הער מאז שנות התשעים הוא עדות ברורה לכך.

שלישית, מבחן הוודאות הקרובה אומץ גם בתרבות הארגונית של הצנזורה והייתה לו השפעה עמוקה. ייעוד היחידה הוגדר אחרת, לא עוד רק הגנה על ביטחון המדינה מפני פרסומים פוגעניים, אלא גם עריכת איזון ראוי בין שני ערכים חשובים בדמוקרטיה.²⁶⁶ אנשי הצנזורה פיתחו שיטות עבודה שיאפשרו ככל הניתן את השיח הציבורי בלי לפגוע בביטחון המדינה. הם ראו עצמם מייצגים של כל אחד מהצדדים בפני הצד השני. פותחו תהליכים פנימיים המאפשרים רב שיח וריבוי דעות כדי שתתקבל ההחלטה המאוזנת ביותר. תרבות התחקיר הפנימי בנוגע לקבלת החלטות מקצועית היא שורשית ובעיקר משקפת לכל אנשי היחידה את חילוקי הדעות. כאשר ישנן פסילות מהותיות, נוהגת הצנזורה להבהיר את שיקוליה לעיתונות ולהציג לה את התהליכים שקדמו להחלטה, מתוך אמונה שהבנה של התהליך תקל במעט את הפגיעה. לפי הצורך יישבו שני הצדדים וישקלו יחדיו את האופן שבו נכון לפרסם תוכן בלי לפגוע ביעדי ההסתרה שהגדירה הצנזורה.

²⁶⁵ "נפילתה ועלייתה של הצנזורה בנושאי ביטחון בישראל", לעיל ה"ש 234, בעמ' 187. הנושא עלה בפגישות ההיכרות עם עובדי הצנזורה בעבר ובהווה שערכתי עם כניסת לתפקיד.

²⁶⁶ ייעוד היחידה כפי שהוא מופיע כיום בכתובים.

רביעית, הצנזורה מיצבה את עצמאותה המקצועית מול צה"ל, גופי הביטחון ואף הדרג המדיני בחסות הפסיקה המחייבת. הצנזור זוכה כיום לעצמאות מלאה בכל הקשור לקבלת החלטות מקצועיות. תרבות הנחיית הצנזורה בנושאי פסילה פסה מן העולם. הצנזור נותן משקל רב לעמדתם של בכירי המערכת הביטחונית והדרג המדיני, אולם החלטתו עצמאית. הממשקים הישירים שלו עם גופים חוץ צה"ליים וראשיהם הודקו ואינם דורשים תיווך. כך גם ממשקיו של הצנזור הראשי עם ראשי מערכת המשפט, עם הכנסת ועם גורמי ממשל. גופי מערכת הביטחון חושפים את הצנזורה באופן יזום לפעילות הביטחונית והמדינית שדורשת הגנה, ומתייעצים עמה באשר ליעדי ההסתרה האפשריים. למעשה, מערכת המשפט היא היחידה שהחלטתה – צו איסור פרסום או חיסיון מכוח "דלתיים סגורות" – מחייבת את הצנזור.

חמישית, החיכוכים עם התקשורת הצטמצמו לסוגיות ליבה בלבד ולא לסוגיות דיונית (עבירות אי הגשה). התאמת חובת ההגשה למציאות והענקת משקל לשיקול דעתו של העורך (שמכיר את המדיניות ואת גבולות הצנזורה) הן מהסממנים העיקריים של דגם האחוריות החברתית.²⁶⁷ עם הזמן חלה ירידה ניכרת במספר המקרים שהגיעו לכדי טיפול בערכאות משפטיות.²⁶⁸ הצנזורה פיתחה מנגנונים משותפים לתקשורת ולה המחליפים את הערכאות השיפוטיות. הצנזורה משקיעה זמן ניכר בהבהרת המדיניות, בדיון עם עיתונאים ועורכים, בשיחות בירור משותפות ובייעוץ מקדים טרם תחילת עבודת התחקיר. במידת הצורך יישלחו מכתבי התרעה טרם נקיטת צעדים משפטיים, אך לרוב השאיפה היא שאת הענישה יטיל העורך כפעולה חינוכית פנימית. הצנזורה מאמינה כי עדיפה מניעה בהבנה על פני ענישה בדיעבד, לאחר שהנוק כבר נגרם.

שישית, עידן השידורים החיים והתקשורת האינטרנטית חייב את הצנזורה להסכיין עם חוסר היכולת לבקר את כל המידע ולשלוט עליו באופן מוחלט. הצנזורה החלה לפעול בכל הקשור למידע ביטחוני בדרכים הבאות: "הפצת מסמכי הנחיה"; "חינוך" מקדים בדבר האסור והמותר; שימוש במתווכים והסתמכות על המפרסם. הצנזור פועל

²⁶⁷ ממוצע ההגשות לצנזורה מכלל כלי התקשורת בישראל עומד כיום על כ-70% מהמידע שנדרש היה בהגשה. בחינת הפרסומים שלא הוגשו מעידה כי הפגיעה בביטחון המדינה על פי המבחן המחייב את הצנזורה הוא זניח, פרסומים בודדים בשנה. בחירום עומדים אחוזה ההגשה של כלי התקשורת על למעלה מ-90%.

²⁶⁸ בתשע שנותיי כצנזור ראשי מספר המפגשים בוועדת השלושה עמד על שמונה, מהם שש עתירות של כלי התקשורת נגד הצנזור ורק שתי קובלנות של הצנזור נגד כלי תקשורת.

על פי מבחן הישימות של פעולתו בסביבה משתנה בלא שתיתן לו התאמה מבנית או חוקית מלווה. כך, לדוגמה, הניסיון להכניס להסכם חדש את האינטרנט ושירותים חיים לא צלח.

ככל שהעמיקו תהליכים אלו והפכו לנורמה הנוהגת בהתנהלותה של הצנזורה, כך התקבעה התדמית של גוף ביטחוני הפועל באופן מידתי, שגם אם סמכותו נובעת מחקיקה מנדטורית דרקונית, הרי שבעצם פעולתו על דרך הצמצום הוא רלוונטי ואף רצוי.

ד. מבט לעתיד

המלחמה הבאה שיפגוש הצנזור הראשי, תהיה מאתגרת ביותר עד כדי בלתי נשלטת, ולצנזור יחסרו הכלים המשפטיים והטכנולוגיים להתמודד עם פרסומים פוגעניים שיועלו באמצעי התקשורת המסורתיים ושאינם מסורתיים, מהם שעדיין לא נולדו. נכון לכתובת מאמר זה המנגנון ההסכמי הקיים מספק מעטפת הגנה ראויה. אולם טעות לבחון את המצב בנקודת זמן נתונה. רצף המגמות שתואר, עוצמתן וההשפעה ההדדית ביניהן עלול להביא את המערכת לכדי משבר בפרק זמן קצר מהצפוי.

הדגם המוצג בהמשך מנסה להתמודד עם מנעד הפערים הקיימים והצפויים: מבניים, התנהגותיים, משפטיים וטכנולוגיים. בהתאם לנקודת האיזון שבה תבחר מדינת ישראל לפעול, ניתן יהיה לגזור דגם תואם: החל בדגם שמאמץ את האסדרה הקיימת בשינויים קלים ומשקפי מציאות, ועד לדגם שמעביר את כל האחריות לתקשורת ושמפתח במקביל כלים משפטיים להרתעה ולענישה בדיעבד. אציג אסדרה שמאזנת, בעיניי, כראוי בין ביטחון המדינה לחופש הביטוי ושמשקפת את התרבות בישראל. בין שמדינת ישראל תבחר להותיר את המנגנון ההסכמי הפועל מאז קום המדינה ובין שתחליט לפעול לשינוי מהותי באסדרה, בעת הזו מן הראוי לפתוח במיפוי האתגרים הניצבים בפנינו ולגבש סל פתרונות אפשריים.

1. שלוש בעיות עיקריות במנגנון ההסכמי

התשתית החוקית, כאמור, מקורה בדגם האוטוריטרי. ההתנהלות בפועל נסמכת על שינויים מבניים ונורמטיביים והולמת במידה רבה יותר את הדגם האחריות החברתית.

השחיקה, עד כדי היעלמות, של חלק מסממני האחריות החברתית, עלולה להשאיר את ישראל ללא בסיס מבני או נורמטיבי מוסכם לעבודת הצנזורה.

הסממן הראשון שנשחק משנות התשעים ואילך, הוא "ועדת העורכים", שהתפוגגה לחלוטין בשנים האחרונות. ללא יושב ראש ומזכיר לוועדה וללא מנגנון ביורוקרטי תומך התערער עוד יותר מעמדו המשפטי, השנוי במחלוקת גם כן, של הסכם ההבנות. בעת הצורך לא ניתן היה אפילו לפעול על פי הגדרות ההסכם לבוררות.²⁶⁹ התפוגגות "ועדת העורכים" יש בה יותר מסממן מבני. היא מסמנת את נטישת התפיסה שלפיה התקשורת "שותפה" מרצון של השלטון בהגנה על המדינה.

הסממן השני הוא היעלמותם במדיה החדשה של בעלי תפקידים (עורכים, עיתונאים) שעמם ניתן לנהל שיח צנזוראלי מהסוג המניעתי הקיים בישראל. כל עוד את השיח הציבורי מובילים התקשורת הממוסדת ושלוחותיה באינטרנט, ניתן לקיים צנזורה מקדימה. ככל שהובלת השיח תעבור לתקשורת המקוונת, תאבד הצנזורה את השותפים להסכם ההבנות, בחלקן מפני שאינם קיימים כלל ובחלקן משום שאינם שותפים לתפיסת העולם העומדת בבסיס ההסכם.

הסממן השלישי הוא הימנעותה של מערכת המשפט מאכיפת החוק הקיים גם במקרים שבהם התרחשה הפרה ברורה. מדובר בשילוב של תפיסת עולם שמקדמת פשרה וגישור ושנמנעת מעימות עם התקשורת – אשר מייצגת ערך חשוב בדמוקרטיה – עם הדרקוניות של התשתית החוקית הרלוונטית (סעיף 113 לחוק העונשין, תקנות ההגנה וסעיף 70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, במקרים של הפרת צו איסור פרסום). מספר הפעמים שבהן הוחלט בתשע השנים האחרונות לפתוח בחקירה נגד מפרסם שעבר על צו איסור פרסום ביטחוני, הוא זעום (פחות מחמש). מתוך הבנת המציאות גם הצנזור נמנע כמעט לחלוטין מלהפעיל את ועדת הבוררות (בשנים אלו הופעלה הוועדה נגד עיתון פעמיים בלבד). במקומה אימצה הצנזורה דגם הסכמי עוקף, בינה לבין עורכים ראשיים, לענישה בגין עבירות צנזורה.

²⁶⁹ על ההתנגדות לוועדת העורכים בתחילת שנות התשעים כתבו בהרחבה בספר העיתונאים השנתי, שביטא באופן המיטבי את הלכי הרוח בתקשורת. ראו לדוגמה מאמרים משנת 1992 שהייתה שנה סוערת ביחסי התקשורת והצנזורה: צבי טימור "ועדת העורכים: 'מועדון אכסקלוסיוו' או 'שותפי סוד'?" ספר השנה של העיתונאים תשנ"ב 79 (1992); אריה נאור "ועדת העורכים: מוסד שעבר זמנו" ספר השנה של העיתונאים תשנ"ב 84 (1992); משה נגבי "ועדת העורכים: 'המסרסת' הגדולה של התיקשורת" ספר השנה של העיתונאים תשנ"ב 89 (1992).

2. הדגם הנדרש

ועדת וינוגרד, הוועדה המייעצת לשר הביטחון בענייני צנזורה, קבעה כי "ראוי לה למדינה דמוקרטית שתקיים עצמאות חקיקתית, המשתיתה את חוק המדינה ... על התפיסות הבסיסיות של המשטר הדמוקרטי שלה, ועל זהותה הערכית הייחודית. במיוחד אין זה מן הראוי, כי מדינה דמוקרטית תוסיף ותנהג בהתאם לתקנות שהנהיג משטר לא דמוקרטי שקדם לה, בארצה". עוד ציינה הוועדה כי חקיקה תאפשר "הנהגת נוסחאות איזון חדשות, חדות יותר ואף מוצדקות יותר, מן הנוסחות הקיימות".²⁷⁰ הצורך לשנות את התשתית החוקית קיים היום הן מטעמים ערכיים והן מטעמים מעשיים.

הדגם המוצע מציג שבעה ממדים שרלוונטיים לבחינת האסדרה מפני פרסומים פוגעניים. לכל ממד ישורטט המנעד האפשרי והניתן להשגה. ככל שנוטים לקצה, מתרחקים מהתפיסה הקיימת בישראל (לאו דווקא בכיוון ליברלי יותר!). הדגם מאפשר לגזור דגמים שונים של אסדרה בהתאם להיקף השינוי הרצוי ולאור המאפיינים הייחודיים לישראל. העמודות מסמלות את המרחק מהדגם הקיים, ולאו דווקא את מידת הקרבה לדגם הדמוקרטי.

ממד רלוונטי	מצב קיים	שמרני	התפתחותי	מהפכני
מהות הצנזורה	מונעת	מונעת	בחלקה מונעת ומייעצת, בחלקה אוכפת בדיעבד	אוכפת בדיעבד
מאפייני הגוף	צבאי	צבאי	ביטחוני	אזרחי

²⁷⁰ דו"ח הוועדה המייעצת לשר הביטחון בנושא צנזורה 9 (2007) (לא הופץ). הצעות שונות לשינויי מנגנון האסדרה עלו לאורך השנים. זאב סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי" עיוני משפט טו 311, 340-342 (1990); משה נגבי "אור השמש הוא החומר המחטא הטוב ביותר". ספר השנה של העיתונאים 1993, 79, 82 (1993).

ממד רלוונטי	מצב קיים	שמרני	התפתחותי	מהפכני
מקור הסמכות	תקנות ההגנה, פסיקות בית המשפט	תקנות הגנה תקפות; קיבוע הסכם ההבנות בחקיקה או חתימת הסכם הבנות מול גוף ייצוגי המקובל על העיתונות בישראל	ביטול תקנות ההגנה או צמצומן וחקיקת ייעודי – חוק הסודות הרשמיים	ביטול תקנות ההגנה; חוק חופש ביטוי ובו פסקת הגבלה בתחום הביטחון; נדרשת הסמכת הצנזור בחקיקה
היקף הסמכות: ענייני ביטחון	כלל הסוגיות הביטחוניות (רשימת הנושאים)	כלל הסוגיות הביטחוניות בפירוט הקיים כיום	החלפת רשימת הנושאים בכמה נושאי אב כוללים	צמצום רשימת הנושאים לנושאי ליבה בלבד
היקף הסמכות: סדר ציבורי ושלום הציבור – הסתה	בסמכות הצנזור	תקנות ההגנה תקפות או קיבוע הסמכות בחקיקה הייעודית	ביטול תקנות ההגנה וקיבוע הסמכות בחקיקה ייעודית	ביטול תקנות ההגנה ו"הזדכות" על המשימה
אחריות בדין	בפועל – על הצנזור	בפועל – על הצנזור	בחלקה על הגוף הצנזוראלי ובחלקה על המפרסם	על המפרסם בלבד

ממד רלוונטי	מצב קיים	שמרני	התפתחותי	מהפכני
מנגנוני אכיפה	ועדת בוררות, בית משפט	ועדת בוררות בעלת סמכויות אכיפה וענישה יעילות יותר – בהסכם; בית משפט באמצעות החקיקה הקיימת	בית משפט בהתאם לחקיקה עדכנית שתאפשר מנעד מציאותי וישים של עבירות ושל ענישה	ערכאה משפטית ייעודית במערכת בתי המשפט

הדגם הרצוי לישראל נדרש למלא אחר מספר תנאים:

- בנושאים חשובים ספורים מחיר הטעות של פרסום לא אחראי הוא גבוה מדי ואינו קביל. נדרש להמשיך לקיים בהם צנזורה מונעת (לפחות בשלב ביניים).
- בשעת חירום נדרשות צנזורה מונעת ויכולת אכיפה מוכחת.
- שמירת הסוד ואכיפת החוק הן חלק מובנה בכל דגם קלאסי של אחריות חברתית. דגם הנסמך על אלו בלבד אינו ישים בישראל.
- כלי התקשורת בישראל והמפרסמים הלא ממוסדים ימשיכו להיות שותפים לתחושת האחריות בכל הנוגע לסוגיות ביטחוניות.

3. האסדרה המוצעת

אני מציעה להקים גוף ממלכתי, בלתי תלוי, שבחלקו עוסק במניעה מוקדמת בנושאים ביטחוניים נבחרים מוגדרים ובחלקו עוסק במתן ייעוץ ביטחוני טרם פרסום לכלי התקשורת ולמפרסמים השונים. הגוף יהיה אזרחי באישו וביטחוני במהותו ויפעל מתוקפו של חוק ייעודי לנושא. החוק יגדיר מנעד עבירות ומנעד ענישה מדורגים ומדודים שישקפו את המורכבות בשיח הציבורי-ביטחוני מצד אחד ושיהיו ישימים לאכיפה מצד שני. בממשק עם המפרסמים הגוף ייזום (הנחיות) ויגיב (לבקשות). קבלת עצת הגוף טרם פרסום תקנה למפרסם הגנה מפני אכיפה בדיעבד. אי הגשת

מידע לבחינה מוקדמת בתחומים המוגדרים תהיה עברה שאכיפה בצידה (הגדרת העברה וחומרת הפגיעה תיעשה בתיאום בין הגוף למערכת הביטחון). אכיפת החוק בסוגיות של פרסומים פוגעניים תתנהל בערכאה משפטית מתמחה ייעודית. בשעת חירום מיוחדת שתוגדר בחקיקה הייעודית (ולא בשעת החירום המתמדת), תוקנה לגוף סמכות מניעתית מלאה.

האסדרה המוצעת משלבת פתרונות מבניים ופתרונות נורמטיביים גם יחד. היא מאפשרת לערוך את השינוי באופן מדורג ומתוך הסתמכות על התנהגויות מוכרות שמתקיימות הלכה למעשה. הצנזורה לפיה תגן באמצעים חריפים יותר על נושאים שבהם סיכון גבוה לנזק, ותאפשר פתיחות ראויה בנושאים אחרים. תינטל ממנה סמכות ההגנה על שלום הציבור והסדר הציבורי. האסדרה המוצעת משמרת את תפיסת המניעה המוקדמת, שנדרשת בישראל בחירום. היא מייצרת תמריץ למפרסמים לפעול עם גוף הייעוץ, שיהיה גורם ייעוץ מקצועי נטול פניות ובד בבד יספק הגנה במקרה הצורך. הגוף יהיה סמוך על שולחן מערכת הביטחון או צה"ל, אך ממלכתיותו ועצמאותו יובטחו לא רק מתוקף מעמדו של הצנזור הראשי. החוק הייעודי ישקף את כלל השינויים שחלו בחברה ובמשפט בישראל. החוק יעגן הסדרים ונורמות שהתקבעו ויאפשר אכיפה נוחה יותר. לשון החוק תתאים לדמוקרטיה יותר מאשר לשון תקנות ההגנה.

ו. סיכום

הצנזורה והתשתית החוקית והמנגנון ההסכמי שלפיהם היא פועלת, החלו את דרכם כמנגנונים זמניים במדינה המתהווה. בצוק העתים אימצה המדינה את התשתית המבנית-נורמטיבית ששירתה את שלטון המנדט הבריטי ואת הנהגת היישוב, בסברה שבבוא העת תחליף תשתית זו בהסדרים ראויים יותר לדמוקרטיה הצעירה. אין קבוע יותר מן הזמני. בחלוף כשבעה עשורים ובמציאות שונה לחלוטין מבחינות חברתיות, משפטיות, תקשורתיות וטכנולוגיות, מגנה מדינת ישראל על סודותיה הכמוסים באמצעות אותם הסדרים.

באופן מפתיע, ושמוא שלא במפתיע, מספק התצרף החוקי-הסכמי הקיים מעטפת הגנה טובה-יחסית לסוגיות של ביטחון המדינה. לא מן הנמנע כי דווקא בשל מאפייניו הייחודיים של הדגם הישראלי (מבוסס הסכמה, גמיש ופתוח לפרשנות, תלוי איוש, נע על פני כל המנעד שבין דרקוני לרך ומכיל), שאין כמוהו בכל העולם המערבי, הוא

תואם מאוד את ההוויה הישראלית ולכן צלח עד כה בפעולתו. לאורך שנות קיומה התפתחה הצנזורה מגוף צבאי ששימש מעין כלי של השלטון להעברת מסרים והנחיות של מערכת הביטחון לתקשורת, לגוף ממלכתי המקיים עצמאות מנהלית מלאה והמאזן בפעולתו באופן שוטף בין שני ערכי יסוד: ביטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה, כמעט כמעשה שופט. השינוי התגבש בשנות השבעים והשמונים, כפי שמתואר במאמר, והואץ בשנות התשעים, לאחר בג"ץ שניצר.²⁷¹ רבים ראו בפסיקת בית המשפט העליון שמחייבה את הצנזורה לעמוד במבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית, משום סימן לתחילת סופה של הצנזורה בישראל. בדיעבד אירע בדיוק ההיפך. בג"ץ שניצר הפך את הצנזורה למה שהיא היום וקיבע את עצמאותה ואת התמקדותה בסוגיות של ליבת הסוד הביטחוני, ולפיכך הוא שימר את הרלוונטיות של הגוף.

אולם בכך אין די. אם מדובר היה רק בתגובה ללחצים חיצוניים בלי לבצע שינוי מהותי פנימי, הרי שמנגנוני הבוררות והבג"ץ היו נשחקים עד דק במאבקים שבין הצנזור לתקשורת. טענתי היא כי הצנזורה אימצה באופן מלא מבחינה מבנית, מבחינה תפקודית ומבחינה תרבותית את הנרטיב של מבחן הוודאות הקרובה. האתגרים שקמו בשנות התשעים, בחמשת הממדים שנסקרו – מורכבותם וריבויים מבהירים כי ללא ההתאמות השוטפות שביצעה הצנזורה לנוכח המציאות המשתנה ולאורה של פסיקת בג"ץ, הייתה הצנזורה הופכת לבלתי רלוונטית והייתה כושלת במתן מעטפת ההגנה הנדרשת שמגדיר החוק.

אופן פעולת הצנזורה ויחסי הגומלין שלה עם המערכות הנוספות במרחב הציבורי שבו היא פועלת, גרמו לכך שבפועל התנהגותו של המנגנון הקיים קרובה יותר לאמות המידה של הדגם הדמוקרטי ליחסי שלטון ותקשורת, בעוד שהתשתית החוקית עודנה נטועה בדגם האוטוריטרי. נוצר פער מהותי – תדמיתי ותפקודי – בין לשון החוק לנורמה הנוהגת.

אולם ניתוח המגמות מעלה כי אנו קרובים לנקודת ההיפוך. ככל שהן תמשכנה להתפתח ותשפענה זו על זו, ההתאמות שעורכת הצנזורה בהסדרים הקיימים כיום לא תספקנה עוד. המציאות הנוכחית מעידה כי הבסיס התפיסתי לצנזורה בהסכמה נשחק. גופים נעלמו; רשת התקשורת מסועפת, מורכבת ושונה מהותית מבנית ותפקודית; הטכנולוגיה שומטת את הקרקע לחלוטין מהיכולת לפעול במניעה מוקדמת. לא זו אף זו, הגופים שעליהם נועדה הצנזורה להגן, רואים במרחב התקשורת מרחב פעולה

²⁷¹ לעיל ה"ש 1.

לגיטימי, נדרש ואף רצוי. אם תרצו, במקום שיט בים רגוע וגבה גלי נדרשת ספינת הצנזורה לתמרן ללא בסיס איתן בים רצוף מערבולות וסערות עזות.

אם כן, במבט צופה פני עתיד נדרש שינוי מן היסוד. לא בגדר האסדרה הקיימת, אלא יצירה יש מאין של אסדרה חדשה בעלת בסיס חברתי-משפטי שונה ומותאם למציאות הישראלית המתגרת בישראל. דגם כזה, שממנו ניתן לבנות פתרונות הולמים, מוצע במאמר.

הדגם הרצוי מניח, כאמור, הותרתו של מנגנון מניעתי חלקי או מלא. חלקי – באשר לנושאים שבהם מחיר הטעות של פרסום לא אחראי הוא גבוה מדי. מלא – בשעת חירום. יש להניח כי בעתיד הנראה לעין לא יהיה נכון לוותר לחלוטין על סמכויות של צנזורה מונעת בדמוקרטיה הישראלית. האתגר יהיה לייצר ארגון שפועל כארגון מיעוץ בחלקו ומניעתי בחלקו, וששעת חירום משנה פעולתו למניעה מלאה.

ישראל רואה עצמה ומתנהלת כדמוקרטיה מתגוננת החיה על חרבה. שעת החירום שהוכרזה מיד עם קום המדינה לא בוטלה מעולם, ותקנות ההגנה הן עדיין חלק חשוב מחקיקת הביטחון במדינה. המציאות הביטחונית מייצרת מדי תקופה עימותים בעצימות גבוהה (כאלו שנכפו על ישראל או שהיא יזמה), עימותים בעצימות נמוכה (מבצעים נרחבים, ביטחון שוטף מורחב), ביטחון שוטף בגבולות המדינה, לחימה בטרור מבית ומחוץ, אתגרים ליחסי החוץ והכלכלה הקשורים קשר הדוק לסוגיות ביטחוניות וכדומה. מאפיין זה של המציאות הישראלית אינו צפוי, ככל הנראה, להשתנות מהותית בעתיד הנראה לעין. נהפוך הוא, מרחב אי הוודאות במזרח התיכון רק הולך וגדל. מערך המדינות, הבריתות והעוצמות משתנה באופן מהותי ובקצב מהיר, כיאה למאה ה-21.

מול האתגר הביטחוני המתמיד קיומה של הצנזורה המונעת נתפס על פי רוב כ"נתון", כ"רע הכרחי". מדינת ישראל מוכנה לספוג פגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיתונות ובלבד שאינטרסים ביטחוניים ומדיניים יישמרו. שאלת עצם קיומה של צנזורה הועלתה לפרקי זמן קצובים בלבד בתקופות שבהן נראה היה כאילו המציאות הביטחונית צפויה להשתנות באופן מהותי. נדמה כי הציבור הרחב, מערכת הביטחון, הדרג השלטוני ואף התקשורת הסכימו כי אין מחלוקת בדבר הצורך בקיומה של הצנזורה, אלא בעיקר בשאלת האיזון הראוי בין הזכות לחיים (ביטחון המדינה) לחופש הביטוי. מספרם של אלו הקוראים באופן שיטתי ועקרוני לביטולה של הצנזורה המונעת בישראל, נמוך יחסית למצופה במדינה דמוקרטית.

ישנן סיבות רבות לכך שהמציאות הישראלית נתפסת כייחודית וכשונה ולפיכך כמחייבת מנגנונים שבכל מקום אחר נחשבים ל"הרע המוחלט". מחקרים רבים מסבירים את הצד הפסיכולוגי-סוציולוגי של הקיום היהודי בארץ ישראל התורם רבות לתפיסת "מדינה במצור" ש"חיה על חרבה", שמאוימת "איום קיומי" על ידי שכנותיה ושנמצאת ב"מרוץ מתמיד" להשגת יתרונות יחסיים בתחום הביטחוני ובכלל. לא אתיחס כאן לסוגיות אלו. יש לזכור שהן נמצאות ברקע ומשפיעות, במודע או בתת מודע, על תהליכי קבלת ההחלטות של הדרגים המדיניים, הביטחוניים ואחרים ועל תפיסת מידת הנחיצות בקיומה של צנזורה. אנסה להבהיר את נחיצותו של מנגנון מניעתי בדגם המוצע, במיוחד בשעת חירום.

ראשית, האירועים הביטחוניים שחווה ישראל – מלחמה, עימות בעצימות נמוכה או פעילות טרור – מתרחשים על אדמת ישראל, לאורך הגבולות ובעורף הישראלי. המלחמות מדווחות לציבור בארץ ובהח"ל, ובהכרח – לאויבים, בזמן אמת ובשידור ישיר מתוך מרחב הלחימה עצמו. לכלי התקשורת המקומיים והזרים יש נגישות גבוהה לתמונת הקרב ולהיבטיה המבצעיים, המודיעיניים והטכנולוגיים. אין בידי ישראל המותרות של ניהול מלחמה רחוקה, שניתן למנוע בה מראש גישה לזירת העימות ולשלוט בהעברת המידע הרגיש. ניהול מלחמה בעידן היצף המידע מניח מראש חשיפה מסוימת של מידע רגיש, שיעזור למודיעין האויב. אולם מחיר הטעות במקרה של חשיפת יתר הוא גבוה ועלול לבוא לידי ביטוי בפגיעה בפעילויות מבצעיות מתוכננות עד כדי ביטולן, בחשיפת נקודות תורפה, בפגיעה בחיי אדם, בחשיפת מקורות מודיעיניים ועוד. רק לגוף כמו הצנזורה יש היכולת לחייב את כלל התקשורת לפעול לפי הנחיות מחייבות שיגנו על הטעון הגנה. לא ניתן לסמוך על אתיקה מקצועית ועל ריסון עצמי בלבד, בוודאי לא במקרה של תקשורת זרה. יתרה מזאת, קצב ההתפתחויות במלחמה מחייב קיומו של גוף ביטחוני שיגדיר את הטעון הגנה בהכירו את תמונת המצב המלאה ובהתאם לצורכי ניהול הקרב.

שנית, תפיסת הביטחון של ישראל מותאמת למגבלותיה של מדינה ששטחה מוגבל, שגבולותיה ארוכים ללא חיץ טבעי מהותי, ושאוכלוסייתה קטנה מאוד יחסית לשכנותיה. הדרך לשרוד היא לפתח את היתרונות היחסיים הנתונים בידינו ולמצותם עד תום, בשגרה ובחירום. היתרון היחסי של ישראל מתבטא בעיקר במה שנהוג לכנותו "המוח היהודי": פיתוחים יצירתיים ופורצי דרך בתחומי יכולות טכנולוגיות, יכולות מודיעיניות, תפיסות מבצעיות ותעוזה מבצעית. מחיר הטעות של חשיפה לא מבוקרת של מידע בתחומים אלו הוא גבוה ביותר עד כדי בלתי נסבל. ההגנה שמספקת הצנזורה לנושאים אלו מאפשרת למדינת ישראל למצות את מרחב הפעולה המבצעי והמדיני עד

תום. תחומים אלו חשופים ומוכרים לבכירי העיתונאים בישראל, ואי אפשר שיהיו נתונים לשיקול דעת אישי של עורך או של פרשן.

שלישית, התרבות הפוליטית של ישראל אינה תרבות של שמירת סוד. ההפך הוא הנכון. הידע הביטחוני האינטימי והרגיש שמצוי בידי העיתונאים בישראל מעורר "התפעלות". תופעה זו של זליגת מידע ביטחוני רגיש ביותר לעיתונאים כדבר שבשגרה ולפי קוד בלתי כתוב של "שותפות מבוססת אמון", אינה מתקיימת עוד רק בשגרה אלא גם בעת חירום (למשל הדלפות מהקבינט באופן קבוע במהלך מבצע "צוק איתן"). מעטים הנושאים שנשמרים תחת מעטה החשאיות הראוי. העובדה שמערכת אכיפת החוק אינה נוטה להעמיד לדין את אלו שחשפו מידע ביטחוני רגיש (סעיף 113 לחוק העונשין הוא דרקוני ולכן ממעטים להפעילו), הופכת את הסיכון שבביצוע עבירה לנמוך עד כדי לא קיים. במצב זה עדיף שתהיה צנזורה, בעיקר בעת חירום, בבחינת חסם אחרון בטרם ייחשף מידע שפגיעתו בכוח גבוהה מדי.

רביעית, תפיסת האויב את התקשורת בישראל ייחודית למזרח התיכון. מדינת ישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה במזרח התיכון. יש בה תקשורת חופשית העוסקת בכל נושא, כולל בסוגיות של ביטחון, באופן חודרני. בשל כך גופי המודיעין של האויבים והיריבים משקיעים מאמץ רב באיסוף מידע גלוי מכלי התקשורת הראשיים בישראל. חלקים נרחבים מתמונת המודיעין שמייצרים גופי המודיעין, מבוססים על מידע שמוגש להם "על מגש של כסף" בתקשורת הישראלית. הדבר נכון לסוגיית היכולות של מערכת הביטחון הישראלית, ועוד יותר לסוגיית הכוונות של הדרג הצבאי והדרג המדיני (לדוגמה כוונות לתקוף באיראן או לכבוש את רצועת עזה), שקשה מאוד להבנה ולהערכה מודיעינית. יתרה מזאת, למתפרסם בעיתונות הישראלית מיוחס מדד אמינות גבוה. על רקע האתגרים הביטחוניים התמידיים שצוינו קודם לכן, נכון שיהיה גוף החוסם את פרסום המידע החיוני יותר גם במחיר פגיעה נתונה בחופש העיתונות.

חמישית, קיומה של הצנזורה כגוף סיכולי רגולטורי הוא נוח לא רק למערכת הביטחון אלא גם לתקשורת בישראל. התקשורת רוצה למלא את תפקידה העיתונאי ובמקביל, מתוך אותה תחושה של אחריות חברתית, אינה רוצה לפגוע בביטחון המדינה ובאינטרסים שלה. אנשי התקשורת מודעים לכך שבמציאות ביטחונית רוחשת, בעיקר בעת חירום, אין בידם כל הידע הרלוונטי לקבלת החלטה טרם פרסומו של מידע רגיש. קיומה של צנזורה שמקבלת החלטות מקצועיות מתוך ידיעה, שמבצעת את עבודתה במידתיות הנכונה, שמשתפת בעילות לפסילה של מידע ושמאפשרת לתקשורת לאתגר את החלטתה ולמצוא את הדרך לפרסם את מהות התוכן בלי לפגוע בביטחון,

נתפס על ידי עיתונאים רבים כגורם חיובי. חלקם אף הודו שאילו הם נדרשו להחליט, ייתכן שבשל חוסר ידיעה או חוסר ביטחון היו נוטים לא לפרסם מידע מותר. דווקא משום שהצנזורה מכירה את עיקרי הרגישות הביטחונית, יש בידה להתיר לפרסום מידע רב יותר מכפי שעורך כלי תקשורת היה נוטל על עצמו. כלי התקשורת בישראל עדיין לא אימצו את המאפיינים הבוטים של הדגם הדמוקרטי. לכן חלקם מקבלים בליט ברירה את קיומו של רגולטור הקובע את גבולות הסיקור הביטחוני, וחלקם מעדיפים מצב זה.

הצעה זו אינה ללא סיכון בצדה. הדבר הנוח ביותר הוא להיצמד לקיים, שכבר הוכיח עצמו באתגרים ביטחוניים מהותיים. למען הסר ספק, גם אני איני מציעה לזנוח לחלוטין את ההיגיון שעומד מאחורי האסדרה הקיימת, אולם אני סבורה כי חובה עלינו להתמודד עם הצפוי באופן המקדם פני "רעה". יש לערוך את הבחינה בהובלה של מערכת הביטחון, מתוך עמדה של יציבות יחסית ולא של מגננה. יש לקיים את תהליך הבחינה תוך כדי גיוס כל השחקנים שקשורים לעניין – תקשורת, גופי מערכת הביטחון ומערכת המשפט. יש לייצר הצעה שבה ברור לכל צד מה היתרונות הגלומים בה בעבורו ועל מה הוא נדרש לוותר. לדוגמה, אם לעורכים הראשיים תינתן האחריות הבלעדית לפרסומים ביטחוניים, נדרש במקביל לחזק בחוק את מנגנוני ההרתעה מפני פריקת כל עול. מנגד, אם יוחלט להותיר את חובת ההגשה של פרסומים בנושאים מסוימים כחלק ממנגנון של מניעה מוקדמת, אזי מן הראוי שנושאים אלו יוגדרו על דרך הצמצום.

במפגשים של אנשי הצנזורה עם ראשי מערכת הביטחון נשמעות באופן קבוע אמירות ונשקלים שיקולים המצדדים בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת באותה מידה כמו בביטחון המדינה. על אחריותה של התקשורת בישראל העדתי יותר מפעם אחת, כולל בוועדת וינוגרד שבחנה את מלחמת לבנון השנייה. נדמה כי המערכת כולה בשלה לשינוי. בהשאלה, על הצנזורה להשתנות בראי השינוי בחיים הלאומיים בישראל.

גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן"

משה נגבי*

157	תקציר
158	א. פתח דבר
159	ב. הגבלת חופש הביטוי בעתות חירום ומלחמה
164	ג. היתרונות בפרסום מידע בעתות חירום ומלחמה
170	ד. ההתייחסות המשפטית לסיקור עיתונאי בעתות חירום ומלחמה
170	ה. הפגיעה בפועל בחופש העיתונאי בענייני בטחון
175	ו. הפגיעה בחופש העיתונאי על ידי עיתונאים
177	ז. הפגיעה בחופש העיתונאי משיקולים כלכליים ועסקיים

תקציר

"האמת" – אומרת אימרה נושנה – "היא החלל הראשון בכל מלחמה". ואכן גם עיתונאים הנהנים מהגנה חוקתית על חירותם, והמחויבים למצותה, נרתעים מהמאמץ לעשות זאת בעיתות חירום בכלל ומלחמה במיוחד. כך, למשל, הם נרתעים מלחשוף ולפרסם את כל האמת על כישלונות קברניטי המערכה – בדרג המדיני והביצועי כאחד – ונמנעים מלתת בימה למערערים על צידקתה או תבונתה.

המאמר עוסק בניתוח גורמיה, מאפייניה והשלכותיה הקשות של תסמונת זו, כפי שהומחשו בעליל באופי הסיקור והדיון התקשורתי על מערכת "צוק איתן". הוא מראה כיצד

* פרופ' משה נגבי הוא הפרשן המשפטי של "קול ישראל" ומרצה בסוגיות של ביטחון, דמוקרטיה ומשפט במחלקה לתקשורת ולעיתונאות באוניברסיטה העברית.

זכות הציבור לדעת ולגבש את דעתו על נסיבות היציאה למערכה, מניעה, אירועים קריטיים במהלכה, ונסיבות סיומה, נפגעה באורח אנוש. הפגיעה נגרמה לא רק בגלל מגבלות חוקיות או לחצי הממסד המדיני-ביטחוני אלא גם – ובעיקר – בגלל שבכירים במערכות תקשורתיות מרכזיות, מעלו בחובתם לממש זכות זו, במקום לקיים "שוק דעות פתוח וחופשי". הם נתנו ידם להשתקה, להדרה ולדה-לגיטימציה של ביקורת על המערכה ועל קברניטיה. למרות המחלצות הפטריוטיות שבהן הלבישו אותם בכירים בתקשורת את התנהגותם, היא נבעה במקרים רבים משיקולי רייטינג ורווח של מעסיקיהם. המאמר מתריע שבכך הם חיבלו לא רק בחירויות בסיסיות של כולנו, אלא גם בביטחון שאת שמו הם נשאו לשווא.

א. פתח דבר

בישראל – כמו בכל דמוקרטיה מתוקנת – מכיר זה מכבר המשפט בחיוניותה של עיתונות חופשית, חושפת, ביקורתית ונשכנית, לא רק לחירותה של החברה אלא גם לרווחתה. אשתקד חגגנו את יום הולדתה ה-60 של פסיקת בג"ץ הנודעת בפרשת קול העם.¹ באותו פסק דין מכוונ תיאר ונימק השופט שמעון אגרנט בהרחבה כיצד חופש הביטוי בכלל, וזה של העיתונות בפרט, מאפשר לה לקיים שוק דעות חופשי ופתוח גם לחריפים שבמבקרים ומשרת בכך לא רק אותה, אלא גם את מושאי ביקורתה ואת החברה בכללותה. זאת משום שרק עימות ותחרות בין דעות וגישות שונות מאפשרים לעם לחשוף משגים ונקודות תורפה בהתנהלות קברניטיו.

כעשור לאחר התקדים המכוון של קול העם עמד בית המשפט העליון על החיוניות ועל התרומה החברתית-ציבורית המכרעת שבמתן חירות לכלי התקשורת לא רק לתת ביטוי לדעות אלא גם לקבל מידע אמין ולהפיצו. רק על יסוד מידע אמין ניתן לגבש ולנמק באורח משכנע דעה שתתחרה בשוק הדעות, ולהחליט באורח מושכל איזו דעה עדיפה על מתחרותיה. ובלשונו של בית המשפט: "כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה שברצון אזרחים אחרים לספק לו".² בית המשפט העליון הדגיש כי חיוניות במיוחד הנגישות וההפצה של מידע על כישלונות השלטון, על

¹ בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953). על האירוע של האגודה הישראלית למשפט ולהיסטוריה לציון 60 שנים לפרשה ראו משה נגבי "עילה לחלחלה" העין השביעית 29.9.2013 www.the7eye.org.il/79643.

² בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962).

מחדליו ועל עוולותיו. רק אם יהיה צרכן התקשורת מודע לכישלונות, למחדלים ולעוולות, הוא יוכל לסלק את האחראים להם ולהביא לתיקון, שממנו ייהנו כמוכח לא רק מתנגדי השלטון, אלא הכול. בה במידה, חופש המידע חיוני לביעור השחיתות, להענשת האחראים לה ולסילוקם מהעמדות שבהן יוכלו לבזוז את הקופה הציבורית ולנצל לרעה את שררתם לרווחתם האישית או לרווחת מקורביהם. בית המשפט העליון בישראל אימץ בנושא זה בלב שלם את אמירתו הידועה של השופט היהודי הראשון בבית המשפט העליון האמריקני, לואיס ברנדייס: "אור השמש הוא חומר החיטוי המשובח ביותר".³

עד כדי כך עמוקה מחויבותו של המשפט שלנו להגנה על חופש הביטוי ועל קבלתו והפצתו של מידע בכלל, ובעיתונות בפרט, שהוא הכיר מאז פרשת קול העם ואילך בחופש העיתונות כזכות עילאית שעל השלטון לכבדה ושעל השופטים להגן עליה, למרות שאינה מעוגנת – עד עצם היום הזה – לא בחוקה ולא בחוקי יסוד. יתרה מזאת: כדי לממש את ההגנה הזאת, לא נרתע בית המשפט העליון מלהעניק לעיתונאים פריווילגיה שהמחוקק מיאן במפגיע להעניק להם – חיסיון על מקורותיהם⁴ ואף על כל מסמך שעלול להסגיר מקורות אלה.⁵

ב. הגבלת חופש הביטוי בעתות חירום ומלחמה

דווקא על רקע ההכרה הברורה והנחרצת הזאת בערכה הסגולי של עיתונות חופשית ונכונותם של בתי המשפט להבטיח את חירותה, בולט הקושי במימוש מלא של החירות הזאת בנושאי ביטחון וצבא בכלל, ובעתות חירום ומלחמה בפרט. כאשר יש בקרב קהיליית התקשורת מי שמנסה גם בעתות לחימה למצות את חירותו לקיים שוק דעות פתוח לחלוטין, שבו יינתן ביטוי גם לביקורת חריפה על הצבא ועל קברניטיו (גם בדרג המדיני), או לחשוף כשלים, מחדלים והתנהגות לא נורמטיבית ואף נפשעת של לוחמים ושל מצביאים – הוא נתקל בהסתייגות ואף בעוינות חריפה מצד כל מגזרי

³ ראו למשל פסק דינו של השופט אליעזר ריבלין בעע"ס 6013/14 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 76 (2006).

⁴ ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987); ישגב נקדימון חיסיון עיתונאי (2013).

⁵ רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם באר"ש, 29.11.2012) (להלן: עניין מקור ראשון).

האוכלוסייה, עד כדי הוקעתו כלא-פטריוט, כחתרן ואפילו כבוגד. כך, למשל, על פי מדד השלום של המכון הישראלי לדמוקרטיה, 58.4% מהיהודים בישראל ו-44.5% מהערבים צידדו בהטלת הגבלות על חופש הביקורת על קברניטי מבצע "צוק איתן".⁶

במהלך המבצע נזקק העיתונאי גדעון לוי לאבטחה של שומרי ראש בגלל מאמרו הביקורתיים על הלחימה בעזה, ובעיקר כשהאשים את לוחמי צה"ל בכלל, ואת טייסיו בפרט, בפשעי מלחמה כלפי האוכלוסייה האזרחית ברצועה.⁷ עיתונו "הארץ" איבד במהלך המבצע מנויים רבים בגלל במה נרחבת שנתן לפרסום מידע וביקורת בלתי מחמיאים על צה"ל. לדברי מו"ל "הארץ", עמוס שוקן, פגע מאמרו של גדעון לוי במצבו הכלכלי של העיתון, ובעקבותיו נטשו אותו 1,600 מנויים.⁸ גם פרשן ערוץ 2 אמנון אברמוביץ עורר זעם ציבורי כאשר ביקר את מהלכי "צוק איתן", ומפגינים קראו לעברו: "בוגד", "מחבל", "חבל שלא נהרגת במלחמה".⁹

ההסתייגות ואף העוינות כלפי פרסומים חושפניים, ביקורתיים ובלתי מחמיאים בנושאי ביטחון בעת חירום ומלחמה איננה רק מצד דעת הקהל, אלא גם מצד חלק נכבד מן העיתונות עצמה. רבים ובכירים בתוכה לא רק שאינם נאבקים על מיצוי מלא של חירותם לחשוף ולבקר את הצבא ואת קברניטיו בעת מלחמה, אלא הם מתנאים ומתגאים בויתורם על המיצוי הזה, מטיפים לעמיתיהם ללכת בדרכם (ברוח הכותרת הידועה והקליטה שניסח העיתונאי עמירם ניר במאמרו בפרוץ מלחמת לבנון הראשונה – "שקט, יורים"¹⁰) ואף שותפים להוקעה ולדה-לגיטימציה של מי מהעמיתים שאיננו נענה להטפה הזאת. כך, למשל, מתי גולן, לשעבר עורך משנה של "הארץ" ועורך "גלובס", כתב בעקבות מאמרו של גדעון לוי כי הוא "על סף הבגידה" וכי אין להתיר לו להמשיך להפיץ את "תורת[ו] המרעילה".¹¹ גם העיתונאי יואב קרני, שהעיד על עצמו כי בעבר העריץ את גדעון לוי וראה בו "ידיד מנוער", כתב עליו במהלך "צוק איתן" כי הוא "התקרב להיות בוגד במולדת!"¹²

⁶ אלכסנדר יעקובסון "לא כצעקתה של זועבי" הארץ 1.9.2014, 17.

⁷ גדעון לוי "הרעים לטיס" הארץ 14.7.2014, 2.

⁸ עוזי ברוך "המאמר של גדעון לוי פגע כלכלית ב'הארץ'" ערוץ 7 17.11.2014 www.inn.co.il/News/News.aspx/287469

⁹ אלי חזן "התקשורת במלחמה – צוק אך ממש לא איתן" האומה 195, 39, 41 (2014).

¹⁰ ידיעות אחרונות 6.6.1982, 10.

¹¹ "לוי וזועבי חתן וכלה" גלובס 20.7.2014, 21, 24.

¹² "גבולות השיח" גלובס 26.7.2014 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=10009 57430.

"אני קודם-כל יהודי וישראלי ואחר-כך עיתונאי"¹³, הצהיר בגאון ינון מגל, העורך הראשי של האתר הפופולארי "וואלה!" בעת "צוק איתן" ובעברו כתב צבאי שסיקר את מלחמת לבנון השנייה ומי שהגיש את מהדורת החדשות המרכזית של הערוץ הממלכתי. בכך הוא העיד על עצמו שגם הוא – כמו רבים בציבור בכלל ובקרב העיתונאים בפרט – סבור שמיצוי החירות העיתונאית בעת לחימה עלול להיות מעשה לא יהודי, לא ישראלי ומן הסתם לא פטריוטי.

אין מדובר, כמובן בתופעה חדשה או ייחודית לישראל. ידועה אמרתו של הסנטור האמריקני היראם ג'ונסון כי "האמת היא החלל הראשון בכל מלחמה". לא בכדי נבחרה האמרה הזאת לכותרת של ספר המתעד את תולדות הסיקור הצבאי-ביטחוני ב-150 השנים שחלפו מאז מלחמת קרים.¹⁴ ואכן, בחינה בדיעבד של הסיקור הזה מלמדת שהעיתונות במערב נכשלה כישלון מחפיר בדיווח האמת בעתות חירום ולחימה (דוגמה בולטת היא הפרסומים חסרי השחר על הנשק להשמדה המונית שבידי סדאם חוסיין במלחמת המפרץ השנייה). המקור לכך אינו רק טעויות בתום-לב, רשלנות מקצועית או קשיים אובייקטיביים שהחוק או אילוצי זירת הלחימה הציבו בדרכה, אלא גם ויתור מודע מראש על בירור האמת, ולעתים אף התגייסות מרצון להעלים אותה או לטשטש אותה. גם בדמוקרטיה האדירה בעולם קיבל הציבור את הויתור הזה בהבנה ובהסכמה.¹⁵ היטיב לאפיין תופעה זו פרופ' גדעון דורון: "כשהתחילים יורים – כל העם, כולל אנשי התקשורת, נעשה צבא או לפחות 'דוברי צה"ל'".¹⁶

קל לכאורה להסביר את שורשי ההתגייסות הציבורית והתקשורתית הזאת. בתחום הביטחון – להבדיל ממרבית תחומי הסיקור והדיון התקשורתיים האחרים – פרסום עלול לעתים לא רק להסב מבוכה למושאי או להסב נזק חומרי כבד, אלא גם לקפח חייהם של רבים. כך, למשל, פרסום העיתוי או המיקום של פשיטה מתוכננת על יעד של האויב או על מקום מסתור של מבוקש עלול לחרוץ לשבט את גורלם של הפושטים. פרסום זהותם של סוכנים הפועלים בתוך מדינות אויב או בקרב ארגוני טרור כמוהו כגזירת דינם למוות. בשני המקרים הפרסומים מסכלים פעילות חיונית לביטחון, כלומר לזכותנו הקיבוצית לחיים. פרסום ערעורים על צדקת הלחימה ואפילו על

¹³ מגל אמר זאת בראיון בתכנית "לונדון את קירשנבאום" (ערוץ 10, 18.7.2014). לביקורת חריפה ונוקבת על הדברים ראו יובל דרור "עלייתו של האנטי-עיתונאי" העין השביעית

.www.the7eye.org.il/119820 31.7.2014

¹⁴ .PHILLIP KNIGHTLY, THE FIRST CASUALTY (3d ed. 2004)

¹⁵ .GEOFFREY R. STONE, PERILOUS TIMES(2004)

¹⁶ גדעון דורון "תותחים ומוזות" ביטחון ותקשורת 51, 63 (אודי לבל עורך, 2005).

החוקיות של פעילויות ושל פקודות ספציפיות (כפי שאירע, כפי שיפורט להלן, לגבי הפעלת "נוהל חניבעל" במערכת "צוק איתן") עלול לרפות את ידי הלוחמים גם ברגעים קריטיים לחייהם ולביטחוננו.

אכן, עם כל חשיבותו של חופש העיתונות, אין חולק שהזכות לחיים מצדיקה – ואף מחייבת – את הגבלתו ולעתים את דיכוי. כפי שניסח זאת השופט אהרן ברק, "הזכות לחיים בחברה קודמת לזכות להביע בה דעה".¹⁷ גם בדמוקרטיה האדירה בתבל, זו המקדשת את חופש הדיבור והעיתונות בסעיף הראשון למגילת זכויות האדם שלה, ה-Bill of Rights, נקבע שאין להסיק מהסעיף הזה שרשאי אדם לזעוק "שריפה" או "אש" (fire) באולם מלא בני אדם אם תוצאת זעקתו עלולה להיות בהלה שבגינה הם יימצאו ויירמסו.¹⁸

הגבלת התקשורת ודיכוי חירותה לשם הצלת חיי הפרט והכלל נראים מוצדקים במיוחד בזירת המערכה ביחס לארגוני הטרור. יש הגורסים שהחשיפה התקשורתית של מעלליהם הרצחניים ושל תוצאותיהם המזוויעות היא נשמת אפם, ולמצער היא מעצימה באורח דרמטי את כוחם ומשרתת את יעדם האסטרטגי – להטיל מורא שישתק את מתנגדיהם. כדברי ד"ר אודי לבל, ניתן אף לטעון שבמציאות שבה תיעדר תקשורת זמינה ומיידית, אפשר שאלמות של ארגוני טרור לא תהיה יעילה כלל.¹⁹ לא בכדי מדבר פרופ' גבי ויימן בהקשר הזה על "תיאטרון הטרור",²⁰ ויש התוקפים בחריפות את כלי התקשורת על נכונותם לספק בימה זמינה לתצוגות האימה של התיאטרון הזה.²¹ "אתם משתפים פעולה עם החמאס", נזף בשעתו פרופ' שלמה אבינרי בשדר הטלוויזיה חיים יבין כאשר שודרו שידורים ישירים מזירות של פיגועי זוועה, ואילו אחרים התריעו על "הטרור הפסיכולוגי" שמקרינים השידורים הללו ושעלול להעצים את הטרור של האויב.²²

¹⁷ בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 630 (1989).
¹⁸ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919). לניתוח הדימוי הזה ראו Stone, לעיל ה"ש 15, בעמ' 192–194.

¹⁹ אודי לבל "פתח דבר: פוליטיקה של אירועי מדיה" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 16, 1, 5.

²⁰ Gabriel Weimann, *The Theater of Terror*, J. COMM., Mar. 1983, at 38.

²¹ רפאל כהן-אלמגור המלכוד הדמוקרטי פרק 8 (2007).

²² על הערתו הבוטה של פרופ' אבינרי ולביקורת מתונה יותר על "הטרור הפסיכולוגי" שמעורר לעתים הסיקור התקשורתית של פיגועי טרור ראו עדית זרטל "תקשורת משוחררת לא מוחזרת" העין השביעית 2, 6 (1996).

בדור האחרון ועל רקע המהפכות הטכנולוגיות בתחום התקשורת, ובראשן הופעת האינטרנט, היו אמנם מי שהציבו סימן שאלה באשר לאפשרות המעשית (להבדיל מההצדקה העיונית), ולפיכך גם לתוחלת, להגביל באורח אפקטיבי את הפרסומים התקשורתיים בעת מלחמה, גם למען הצלת חיים. כך, למשל, כתב על סף המילניום החדש משה ורדי, שהיה העורך הראשי של "ידיעות אחרונות" בעת היותו העיתון הנפוץ בישראל: "בעולם התקשורת המודרני... כל ניסיון לחסום מידע נועד לכישלון. אנו חיים בעידן של מידע חופשי, שזורם בזמן אמיתי ובפתיחות מלאה".²³ ואכן היו שראו במרחב הקיברנטי "מערב פרוע" העומד מעל ומחוץ לכל חוק.²⁴ אולם כיום, נראה שבניגוד למה שנדמה או נחזה בתחילה, המרשתת הווירטואלית איננה שטח הפקר החסין לחלוטין מחוקים, מלחצים וגם מאילוצים בלתי רשמיים הפועלים במדיה המסורתית. גם בה ניתן לצנזר או להגביל פרסומים מסוכנים.²⁵ יש עדיין לעתים קושי מעשי ניכר למנוע פרסום אנונימי באתר, ברשת חברתית או בבלוג נידח. מנגד, הנידחות והאנונימיות שבפרסום גם מפחיתות מאוד את אמינותו וממילא את הנזק שבו. כדברי ד"ר יובל קרניאל, "השמועה באינטרנט, למרות תפוצתה הגדולה יחסית, נשאת שמועה. מעמדה נחות, והאמון שניתן לה מסויג וחלקי".²⁶ יתרה מזאת: הסיכון שפרסום נידח ואנונימי כזה יהיה זמין לאויב בעיתוי ובאופן שיסייעו לו במלחמתו, בטל בשישים לעומת הסיכון המיידי שבפרסום באתרים המוכרים והמזוהים. לפיכך הקושי למנוע פרסומים אנונימיים ונידחים איננו מייתר או מעקר בשום פנים ואופן את התועלת שעשויה לצמוח ממניעת פרסומים באתרים מוכרים ומזוהים, והללו כאמור חשופים לצנזורה או להגבלות וללחצים אפקטיביים כמו כל כלי תקשורת מסורתית.

עינינו הרואות: גם בעידן התקשורת המקוונת עשויות להיות הצדקה ותוחלת להגביל ואף לאסור פרסומים שעלולים לקפח חיים. ללא ספק, בעתות חירום ומלחמה מתעצמת הסכנה הטמונה בפרסומים הרי אסון כאלה.

²³ משה ורדי "הפרוטוקולים והתקשורת" ידיעות אחרונות 25.11.1999, 2.
²⁴ שרון אפק ההתקפה הקיברנטית – קווים משפטיים לדמותה 10 (עשתונות 5, מרכז המחקר, המכללה לביטחון לאומי, 2013).
²⁵ קרין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה" שקט, מדברים! 483 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).
²⁶ יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט" עיתונות דוט.קום 85, 97 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007).

ג. היתרונות בפרסום מידע בעתות חירום ומלחמה

מנגד, אסור לשכוח שבעתות חירום ומלחמה לפעמים דווקא איסור הפרסום והגבלתו הם שעלולים לקפח חיים ולפגוע בביטחון הפרט והכלל. תוצאות של ריקבון ושל זיהום בגופים המנווטים והמנהלים מערכה צבאית, קטלניות הרבה יותר מאשר בכל גוף אחר. לא לדעת על הזנחה או על רשלנות פושעת, או חלילה על שחיתות, בהתנהלותם של מי שאמורים לנווט מערכה כזאת בכל הרמות והדרגים, מסוכן הרבה יותר מאשר לא לדעת על תפקוד לקוי או מושחת של כל נבחר ציבור או עובד ציבור אחר. כפי שמתריע ד"ר אודי לבל, העדר ביקורת ודיון על חולשות ועל משברים מונע תיקון עצמי ו"יאפשר לארגון הצבאי להמשיך בדרכו הקלוקלת בחופשיות"²⁷. לפיכך אורה המחטא של השמש שבשבחו דיבר ברנדייס (קרי: אור זרקורי התקשורת), חיוני בתחום התנהלותם של גופים ואישים ביטחוניים הרבה יותר מאשר בכל תחום אחר. לכן כפה בשעתו בג"ץ על הצנזורה הצבאית להתיר פרסומה של כתבה שהטילה דופי חמור בכישוריו ובהתנהלותו של ראש המוסד. לא לדעת על כך – הסביר בית המשפט – מסוכן לאין ערוך יותר מאשר לדעת. זאת ועוד: הידיעה שכישוריו ורמתו אינם חסינים מ"אור השמש", תתרום לבדיקה קפדנית יותר גם של תכונות מחליפו. כדברי השופט אהרן ברק, "הידיעה, כי דבר המינוי ישמש נושא להחלפת דעות ציבורית ולביקורת הציבורית, יש לה, כשלעצמה, השפעה על שיקולים של מקבלי החלטות, ויש בה כדי להרתיע מפני מינוי לא ראוי"²⁸.

יתרה מזאת: ההצדקה להגבלת חשיפות וביקורת תקשורתיות בעתות חירום ומלחמה נובעת כאמור מפוטנציאל הפגיעה שלהן באינטרס ביטחוני קיומי. אך הנחת היסוד בדמוקרטיה – להבדיל מדיקטטורה – היא שגם הקברניטים, ככל בן תמותה, עלולים לשגות גם באשר לשאלה הקריטית מהו האינטרס הביטחוני-קיומי האמור ומה יפגע בו. הסיכוי היחיד של הקברניטים לגלות את שגיאתם ולהכיר בה בטרם תגבה את מחירה הקטלני, היא לאפשר לתפיסתם באשר לאינטרס הביטחוני להתמודד ב"שוק הדעות החופשי" עם תפיסות חלופיות ואף סותרות. ברור ששוק חופשי כזה יכול להתקיים ולמלא את ייעודו רק כאשר כל המידע הרלוונטי לגיבוש דעה מושכלת באשר להגדרת האינטרס הביטחוני זמין ונגיש לא רק לקברניטים אלא לכול. כפי שהתריע בשעתו בג"ץ, "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו

²⁷ אודי לבל "עימות או תלות הדדית?" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 16, 13, 30.

²⁸ עניין שניצר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 644.

שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב".²⁹ כאשר המידע הזמין והנגיש לאמצעי התקשורת – ודרכם לכלל הציבור – הוא רק זה התואם את תפיסת הקברניטים באשר לאינטרס הביטחוני והתומך בה, וכאשר מצנזרים או מצניעים מידע שעלול לעורר ספקות באשר לתקפותה של התפיסה הזאת, קלושים הסיכויים שיצמחו תפיסות חלופיות שיאתגרו את הקונספציה בצמרת, וממילא גוברים הסיכויים שהשלטון "יינעל" על קונספציה ביטחונית שגויה או כזו שאבד עליה הכלח. כפי שהתריעה גם ועדת הבדיקה על מלחמת לבנון השנייה – ועדת וינוגרד – "לסודיות עלולה להיות השפעה מנוונת ומקפאיה... בעקבות הסודיות נמנעת מחשבה חופשית. הזרמת מידע סלקטיבי בלבד – גורמת לעתים לעצימת עיניים ממידע סותר".³⁰

כפי שכבר נוכחנו להוותנו, תסמונת זו עלולה להיות ממארת לביטחון. ואכן, קונספציה שגויה הולידה את מחדל מלחמת יום הכיפורים שגבה חייהם של אלפי חיילים, ואף עורר חשש בלב שר הביטחון דאז, משה דיין, "לחורבן הבית השלישי". לדעת רבים וטובים, היא התאבנה והסתיידה במידה רבה, ואולי אף מכרעת, עקב העלמה או הצנעה של מידע שהיה עשוי לעורר ולעודד "שוק דעות חופשי" באשר לתקפותה, לרבות המידע על ריכוזי הכוחות ההתקפיים של צבאות מצרים וסוריה בשבוע שקדם לפרוץ המלחמה ועל הסיכון הגלום בהם. לא רק צנזורה צבאית גרמה להעלמה ולהצנעה האמורות, אלא גם, ובעיקר, צנזורה עצמית שקיבלו על עצמם ועדת העורכים של כלי התקשורת והכתבים הצבאיים. ההעלמה וההצנעה האמורות עוררו אף הן את ביקורתו הקשה של פרופ' שלמה אבינרי, שהתריע בעקבות המלחמה ש"בתחום הביטחון, וכל מה שנובע ממנו, התנהגות העתונות הישראלית דומה יותר מדי להתנהגות במשטר טוטאליטארי".³¹

כעבור תריסר שנים שוב סיכלה העלמת מידע את קיומם של דיון ציבורי ו"שוק דעות חופשי" בסוגיה ביטחונית קריטית, ובכך אולי חיבלה באינטרס הביטחוני שהתיימרה לשרת. "ועדת העורכים" נעתרה לבקשת הקברניטים שלא לפרסם את דרישותיו של מנהיג ארגון הטרור "החזית העממית-המפקדה הכללית", אחמד ג'יבריל, שישראל תשחרר 1,150 טרוריסטים בתמורה לחייליה שבידיו, למרות

²⁹ עניין גרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2416.

³⁰ הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דין וחשבון סופי כרך ב 445 (2008) (להלן: דוח ועדת וינוגרד).

³¹ "מוסדות העתונאים יגבשו הצעות ליצירת תנאים שיאפשרו לעתונים למלא את חובתם" ספר השנה של העתונאים התשל"ד 108, 113 (1974).

שהדרישות הללו פורסמו בתקשורת הערבית. התוצאה הייתה שההחלטה להיענות לדרישות אלו – שהיו לה בוודאי השלכות מופלגות על פיגועי מיקוח עתידיים ועל היכולת להתמודד עם – התקבלה ללא דיון ציבורי.

גם במבצע "צוק איתן" יכולנו להיווכח בעליל שהשתקת מידע ואפילו הצנעתו בעת לחימה לאו דווקא משרתות את האינטרס הביטחוני, אלא עלולות לחבל בו. עורכים וכתבים בכירים היו מודעים למנהרות החמאס ולסכנתן ואף דיווחו והתריעו על כך בכמה הזדמנויות לפני המבצע (למשל בתחקיר ב"מבט שני" בערוץ הראשון בנובמבר 2006). אולם כלי התקשורת לא רעננו את הדיווחים וההתרעות הללו ולא העלו כלל את איום המנהרות על סדר היום הציבורי כאשר שקל הקבינט בחיוב הפסקת אש – ואף הסכים לה בתחילה – בלי שיינקטו צעדים כלשהם לנטרל את האיום הטמון בהן. ב"צנזורה עצמית" זאת הם מנעו לכאורה מידע חיוני ביותר לגיבוש דעה מושכלת על הסיכונים והסיכויים שבהפסקת האש לא רק מהציבור, אלא אולי גם מחלק משרי הקבינט עצמו.³²

לפחות שר בכיר אחד, נפתלי בנט, טען שקברניטי המבצע המעיטו בעוצמת הסיכון הגלום במנהרות כדי שיקל עליהם לשכנע את שרי הקבינט בעמדתם שצידדה או בהפסקת אש ללא פעולה קרקעית. בכך שנמנעו אף הם מלפרסם מידע שירענן את הזיכרון על סכנת המנהרות ומלהתריע עליה, שירתו כלי התקשורת את העמדה הזאת, ששיקפה את האינטרס הביטחוני כפי שנחזה באותו שלב בעיני הקברניטים, ושיבשו לחלוטין את מנגנון שוק הדעות החופשי שהם נועדו לשרת. בדיעבד יודו רבים וטובים, ואולי גם הקברניטים עצמם, ששגו או בהערכת האינטרס הביטחוני בהמליצם לקבינט לוותר על נטרול המנהרות ולהסתפק ב"שקט תמורת שקט". הרמטכ"ל בכבודו ובעצמו צוטט לימים בתחקיר מקיף ב"הארץ" כמי שהודה בדיעבד ש"האסימון" לגבי סכנת המנהרות "נפל" אצלו רק בשלב מאוחר יותר במלחמה.³³ סביר להניח שהעיסוק והדיון בסכנה הזאת בכלי התקשורת היו מקדימים את "נפילת" האסימון.

נראה שיש בכך כדי להציב סימן שאלה על הסתירה-כביכול שהציג ינון מגל בין "להיות עיתונאי" ל"להיות ישראלי", ועל עצם הצורך-כביכול להעדיף הוויה אחת על האחרת. מתברר שביקורת על הקברניטים גם, ואולי בעיקר, בעיצומה של המערכה

³² איתי לנדסברג-נבו "לא ראו את החושך בקצה" העין השביעית 19.7.2014
www.the7eye.org.il/117908

³³ עמוס הראל וגילי כהן "תחקיר 'הארץ': בלי תוכניות, בלי אימונים ובלי ציוד מתאים – כך נאלצו החיילים להתמודד עם המנהרות בעזה" הארץ 17.10.2014, 6.

והתרעה על הסכנה שבהחלטותיהם – ולא ההימנעות מהביקורת וההתרעה הללו – היא הבחירה הנכונה הן מהבחינה המקצועית-עיתונאית והן מהבחינה הפטריוטית. העיתונאי ממלא את שליחותו הפטריוטית כישראלי לא בכך שהוא מתגייס להדהד את תפיסות הקברניטים ולשבח את מהלכיהם, אלא דווקא במיצוי שליחותו העיתונאית לבקרם ואף לחשוף את ערוותם.

חשוב גם לזכור שלעתים עלולים מערכת הביטחון וקברניטיה לא רק לשגות בתום-לב בדבר הגדרת האינטרס הביטחוני המכתיב כביכול הסתרת מידע, אלא גם לעוותו ולסלפו במזיד. כלומר הם יישאו את שם האינטרס הביטחוני לשווא כדי לגרום לכלי התקשורת (בדרכי שכנוע או כפייה) להסתיר מידע על מחדלים של גורמי הביטחון או על פשעים שלהם. כך אירע, לדעת רבים, בפרשת קו 300. צמרת השב"כ הפעילה לחצים כבדים להטיל איפול (אם מרצון, אם בכפייה) על חקירת הריגתם של טרוריסטים לאחר שנעצרו בריאים ושלמים. בדיעבד התברר שהמטרה העיקרית של האיפול לא הייתה – כפי שהדברים הוצגו לוועדת העורכים – להגן על ביטחון המדינה, אלא לאפשר את שיבוש החקירה ואף להעליל את פשע ההריגה שביצעו אנשי שב"כ על קציני בכיר בצה"ל.

אגב, גם באותה פרשה כאובה של קו 300 היו שטענו – כמו באירועים ביטחוניים רבים אחרים – שהתקשורת לקתה בחוסר פטריוטיות בעצם החשיפה וההוקעה של פשע מלחמה (או אפילו חשש לפשע כזה) מצד כוחותינו והקריאה לחקור ולהעניש את החשודים בו. לדעתם, היה בכך משום "הלשנה" על אנשינו ו"נעיצת סכין בגבם". ואכן, אותה רוח עוינת שנשבה כאמור בעת מבצע "צוק איתן" כלפי גדעון לוי ואחרים שהחשידו את טייסינו ולוחמינו בביצוע פשעים בעזה, נשבה לפני שלושים שנה כלפי אותם עיתונאים, ובעיקר העיתון "חדשות", שחשפו את פשעי השב"כ בפרשת קו 300 ושהוקיעו אותם.³⁴

אך האם תקשורת בעלת מצפון ומצפן מוסרי רשאית להעלים עין מפשעי מלחמה ובכך לתת יד למילוט מחולליהם מעונש רק משום שאותם מחוללים נמנים עם כוחותינו? דווקא בראשית ימי המדינה הבינו לא רק העיתונאים, אלא אפילו קברניטי הביטחון עצמם, שהתשובה על שאלה זו חייבת להיות שלילית. כאשר התריע נתן אלטרמן ב"טור השביעי" שלו בעיתון "דבר" על פגיעה של צה"ל באזרחים ערבים חפים מפשע בקרבות המרים של מלחמת העצמאות, ציווה ראש הממשלה ושר

³⁴ על הפרשה ולקחיה ראו אילן רחום פרשת השב"כ (1990); משה נגבי מעל לחוק – משבר שלטון החוק בישראל (1987).

הביטחון דוד בן-גוריון לשכפל את הטור ולהפיצו ברבבות עותקים גם – ובעיקר – בקרב הלוחמים.³⁵ אגב, אז לא נרשמו ביטולי מינויים על העיתון ואלתרמן בוודאי לא נזקק למאבטחים. אך כבר כעבור שנים אחדות החלה התובנה המוסרית הבסיסית הזאת להישחק. בשנות החמישים ובמערכת קדש כבר נאלץ אלתרמן להתמודד עם הצנזורה ועם אילוניה כאשר ביקש לחשוף ולהוקיע את טבח עשרות האזרחים הערבים שהפרו עוצר (שעל הטלתו הם לא ידעו) בכפר קאסם.³⁶

כאשר התנהגות נפשעת-לכאורה של חיילים נובעת מפקודות בלתי חוקיות בעליל שקיבלו, או מפירוש שגוי שניתן בשטח לפקודות הללו, השתקת פרסומים ביקורתיים על ההתנהגות הזאת והצנעתם – גם כאשר הן נובעות מהרצון הפטרייטי שלא לרפות את ידי הצבא ולא להבאיש את ריחו ואת ריחה של ישראל בעולם – עלולות לפגוע לא רק במוסר ובטוהר הנשק, אלא גם בחיילים עצמם. כך, למשל, בתחילת האינתיפאדה הראשונה הגיעו לכתבים הצבאיים דיווחים על כך שחיילים משתמשים באלות לא רק כדי להשתלט על מתפרעים פלסטינים ולעצורם, אלא גם כדי להענישם וללמד לקח לאחר מעצורם. ארגוני זכויות אדם ומשפטנים מטעמם טענו שהשימוש הזה הוא בלתי חוקי בעליל. כלי תקשורת רבים העדיפו להתעלם מהדיווחים ומהטענות או להצניעם. כאשר התופעה תועדה ושודרה ברשת סי-בי-אס בארצות הברית, ולאחר שבכמה מקרים נהרגו עצורים מהמכות, החל הצבא להעמיד לדין פלילי לוחמים שהיו מעורבים בכך, והם הורשעו ואף נכלאו.³⁷ התברר בדיעבד שכבר בראשית האינתיפאדה ביקש הפרקליט הצבאי הראשי אמנון סטרשנוב שהרמטכ"ל דן שומרון יוציא איגרת לכלל הצבא שתחדד את המותר והאסור בשימוש באלות, אך בקשתו נדחתה.³⁸ אי הבהירות נותרה אפוא בעינה. לא זו בלבד שהיא סיבכה את הלוחמים בפלילים, אלא היא גם אפשרה לצמרת הביטחונית לחמוק מאחריותה ולהפקיר את הלוחמים לבדם על ספסל הנאשמים, בטענה שלא הייתה מודעת ליישום המוטעה והנפשע של כוונותיה בשטח. ניתן לטעון שבכך שלא עסקה בהבלטה בתופעת ההכאות

³⁵ מרדכי נאור "אלתרמן כהיסטוריון וכפובליציסט ביקורתי" קשר 45, 68, 71-72 (2013).
ראו גם: מנחם פינקלשטיין "הטור השביעי" ו'טוהר הנשק' – נתן אלתרמן על ביטחון,
מוסר ומשפט" משפט וצבא 20, 1 (2009).

³⁶ דן לאור אלתרמן 489-490 (2013).

³⁷ ראו למשל תיק (צבאי דרום) 248/88 התובע הצבאי נ' אדלר, פד"צ 1988-1990, 120
(1989); תיק (צבאי דרום) 93/89 התובע הצבאי נ' לויט, פד"צ 1988-1990, 175
(1990).

³⁸ להרחבה ראו אמנון סטרשנוב צדק תחת אש (1994).

ובביקורת עליה, הפכה התקשורת שותפה הן להתחמקות של המפקדים מאחריותם והן להפקרת הלוחמים.

סכנה דומה ארבה לתקשורת במבצע "צוק איתן" בהקשר של העיסוק (או אי העיסוק) שלה ביישומו בשטח של "נוהל חניבעל" לסיכול חטיפתם של חיילים בידי החמאס. הדילמה התקשורתית בסוגיה זו התחדדה בפרשת חטיפתו של החייל הדר גולדין, שעל פי דיווחים שונים גררה הפגזות והפצצות ללא ריסון וללא הבחנה כדי לסכלה בכל מחיר. האם היה נכון וראוי שהעיתונות תעלה סימני שאלה באשר לחוקיותה של התגובה הזאת ואף תיתן בימה למי ששלל אותה ושהוקיע אותה כפשע מלחמה? מחד גיסא, ניתן לראות בפרסומים מסוג זה פגיעה בנחישות החיילים, וממילא גם בהצלחתם, לסכל חטיפות עתידיות והעמדתם בסיכון לתביעות משפטיות בפורומים בינלאומיים. מאידך גיסא, עלה גם כאן החשש שכמו לגבי "מדיניות המכות" לפני כחצי יובל שנים, כך גם לגבי ניהול "חניבעל" שוררת בשטח אי בהירות לגבי המותר והאסור. בעוד שלוחמים ומפקדים רבים העידו שאכן תודרכו לסכל חטיפת חייל חי בכל מחיר, לרבות ירי שיגרום קרוב לוודאי את מותו, התריע פרופ' אסא כשר, אבי הקוד האתי של צה"ל ומי שהיה מעורב בניסוח "נוהל חניבעל", כי התדרוכים האלה הם עיוות וסילוף חמורים שלו.³⁹ בנסיבות הללו ניתן לטעון שדווקא עיתונאי אחראי החרד לשלום חיילינו, לביטחונם ולערכיהם, היה חייב להבליט את סימני השאלה בנוגע לחוקיות יישום הנוהל וכך לכפות על הצמרת הצבאית-ביטחונית להבהירו ולחדדו לכל הדרגים בשטח.

גם בסוגיית הסיקור של פיגועי הטרור ושל תוצאותיהם המזוויעות מתייצב העיתונאי האחראי הזה בפני דילמה שההכרעה בה איננה פשוטה. אכן, כפי שכבר צוין, הסיקור האמור הוא נשמת אפו של "תיאטרון הטרור". מנגד, הוא גם מה שמאפשר לגייס תמיכה מבית ומחוץ בלחימה חסרת פשרות נגד מפיקיו ושחקניו. כך, למשל, אין ספק שהפצת סרטוני "עריפות הראשים" של ארגון דעא"ש העצימה את האימה שהטיל הארגון על סביבתו ובכך קידמה את כיבושיו בסוריה ובעירק, אך בה בעת נראה שהיא תרמה לנכונותם של גורמים בינלאומיים, ובראשם ארצות הברית, ליזום ואף להוביל קואליציה שתילחם בו.

³⁹ אסא כשר "היבטי מוסר ואתיקה של תורת המלחמה הישראלית ומבצע 'צוק איתן'" כיוונים חדשים 31, 14, 41-44 (2014).

ד. ההתייחסות המשפטית לסיקור עיתונאי בעתות חירום ומלחמה

הוא אשר אמרנו: אופי הסיקור והדיון התקשורתי בנושאי ביטחון, בוודאי בעתות חירום ולחימה, אכן מחייב התייחסות משפטית ואתית ייחודית לעומת הסיקור והדיון בנושאים אחרים בגלל הסכנה המוכחת שטמונה בו לחיי הפרט והכלל. אך סכנה זו עלולה להתחולל לא רק עקב פרסום, אלא גם ודווקא עקב צנזורה כפויה או עצמית או עקב הצנעת מידע. לכן הגם שחיוני לדכא לעתים פרסומים מסוכנים בתחום הזה, חיוני לא פחות – לא רק מההיבט הדמוקרטי אלא גם מההיבט הביטחוני-קיומי – למנוע שהדיכוי האמור יתפרש על כלל הפרסומים הביטחוניים בעתות חירום ולחימה, משום שגם הדיכוי עלול לסכן ואף לקפח חיים.

מהסיבה הזאת נקט בית המשפט העליון את גישת המשפט האמריקני שצנזורה מטעמי ביטחון היא אכן מוצדקת, ואפילו הכרחית, רק כאשר הסכנה הטמונה בפרסום היא חמורה וברמת הסתברות גבוהה, כלומר כאשר קיימת "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" להתממשות הסכנה.⁴⁰ בהעדר "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" כזאת, לא זו בלבד שאין הצדקה ביטחונית להימנע מהפרסום או לדכא אותו, אלא ההימנעות והדיכוי הללו, דווקא הם שמסוכנים יותר לביטחון.⁴¹

ה. הפגיעה בפועל בחופש העיתונאי בענייני בטחון

מאז שניתנה פסיקה עקרונית זו של בג"ץ לפני כחצי יובל שנים, הצנזורה הצבאית אכן איננה מונעת ומדכאת פרסומים כאשר אין נשקפת מהם לדעתה "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" לחיי אדם. אך האם הדבר מבטיח באמת שבהעדר אותן "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" תחשוף אותה תקשורת מחדלים ועוולות בתחום הביטחון? האם יתקיים גם בעתות חירום ולחימה אותו דיון ביקורתי נוקב, שהוא – כדברי בג"ץ – לא רק נשמת אפה של הדמוקרטיה אלא נשמת אפו של הביטחון? למרבה הצער והדאגה, נראה שהתשובה על שאלות אלו עודנה שלילית.

⁴⁰ להסתייגות מכך ראו דוח ועדת וינוגרד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 439.

⁴¹ עניין שניצר, לעיל ה"ש 17.

ראשית, גם לאחר שבג"ץ הגביל את סמכויות הצנזורה הצבאית, החוק מאפשר לגופים שלטוניים נוספים, ביטחוניים ואחרים, למנוע ולדכא פרסומים בתחום הביטחוני גם בהעדר הסתברות גבוהה (או אפילו נמוכה) שיקפחו חיים. כך למשל כל שופט, גם בדרג הנמוך ביותר, רשאי להטיל איפול גורף על חשד לעבירה בתחום הביטחוני ועל זהות החשודים בה "לשם שמירה על ביטחון המדינה" ו"לשם מניעת פגיעה ביחסי החוץ שלה". כפי שהתריע המלומד המנוח זאב סגל, שופטים מוציאים צווי איפול גורפים כאלה על פי בקשת הגורמים הממלכתיים (ובלי שלנציגי העיתונות תינתן בכלל ההזדמנות להתנגד מלכתחילה לבקשה) בלי לוודא את "התגבשותה הקרובה לוודאי של סכנה חמורה".⁴² לא ייפלא אפוא שצווים כאלה מתבקשים וניתנים גם (ואולי אף בעיקר) כאשר הצנזורה הצבאית סבורה כי אין להם הצדקה. הבעיה היא שעל פי הנחייה שנויה במחלוקת – אך מחייבת – של פרקליטות המדינה, מרגע ששופט מוציא צו כזה, הצנזורה איננה רשאית להפעיל את שיקול דעתה העצמאי ולהתיר את הפרסום.⁴³

שנית, כפי שכבר למדנו מפסיקת בג"ץ, "כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה".⁴⁴ בגלל המחסומים הפיזיים למתקני צבא, ובוודאי לאזורי אימונים ולחימה, ובשל הסיווג של מסמכים ביטחוניים, ברור שבתחום הביטחוני הנגישות למידע בכלל, ולמידע הנוגע לחימה בפרט, בלי קשר לסכנה הגלומה בו, מסובכת הרבה יותר מאשר בכל תחום אחר ותלויה במידה רבה, ולעיתים מכרעת, ברצון הטוב של צה"ל ושל הרשויות הביטחוניות לשתף בו את הציבור. ראוי לציין שהשב"כ, המוסד ויחידות ביטחוניות וצבאיות רבות קיבלו פטור מפורש וגורף מתחולת חוק חופש המידע. התוצאה היא שהם יכולים לסרב למסור לעיתונות מידע שבחזקתם או הנוגע לתפקודם, ללא כל הנמקה, וממילא בלי קשר לשאלה אם חשיפתו תפגע בביטחון או אולי דווקא תתרום לו.⁴⁵ גם גופים אחרים – לאו דווקא ביטחוניים – רשאים לסרב למסור את המידע אם יש "חשש" – ולא דווקא הסתברות גבוהה –

⁴² זאב סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע 142, ה"ש 394 (2000).

⁴³ על ההנחיה של הפרקליטות והמחלוקת סביבה ראו משה נגבי "נפילתה ועלייתה של הצנזורה בנושאי ביטחון בישראל" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 16, 183, 190–192.

⁴⁴ עניין גרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2415.

⁴⁵ ס' 14 לחוק חופש המידע התשנ"ח–1998.

ל"פגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחון או בשלום של אדם", או אם שר הביטחון באישור ועדה של הכנסת הטיל עליו חיסיון.⁴⁶

יתרה מזאת: צה"ל נהנה מהפריווילגיה הנדירה לקבוע מי יהיו הכתבים שיסקרו אותו. אמנם פריווילגיה זו איננה מעוגנת בחוק, אך רק כתבים צבאיים המקבלים הכרה ("האמנה") מדובר צה"ל מוזמנים לתדריכים שנותנים מפקדיו או לסיורים במתקניו. בג"ץ הכיר זה מכבר בזכותו של הצבא לשלול את ה"האמנה" הזאת, והצבא לא היסס להשתמש בכוח הזה כדי לשלול למעשה את יכולת התפקוד של כתבים צבאיים רק משום שפרסמו דיווחים וביקורת שאינם לרוחו.⁴⁷ לשלילה כזאת יש מן הסתם "אפקט מצנן" על הכתבים הצבאיים האחרים. אולי הדבר מסביר מדוע חלק מהם אינם ממלאים את שליחותם החיונית לחשוף מחדלים ועוולות של הצבא ולהוקיעם, אינם מאתגרים את הקונספציה המקובלת על מפקדיו, ואף משמשים – כהגדרתו הצלפנית של העיתונאי-החוקר הבכיר גידי וייץ – "להקת מעודדות אקטיבית" לרמטכ"ל.⁴⁸

לא רק כתבים ספציפיים עלולים "להיענש" בשלילת תדרכים ונגישות למידע אם יתעקשו לסקר ולבקר את מערכת הביטחון באותה נחישות שבה אמורה עיתונות חופשית לסקר ולבקר כל מערכת שלטונית, אלא גם כלי תקשורת שמעוררים בפרסומיהם את מורת רוחו של צה"ל. כך למשל הודיע בשעתו דובר צה"ל כי עיתון "הארץ" לא יזכה ל"ראיונות, שיחות רקע ותדרכים אישיים" של מפקדי הצבא משום שהתעקש לפרסם על נפגעים בקרב חיילינו בתקריות אש בלבנון בלי להמתין לאישור הדובר שנמסרה הודעה למשפחותיהם. בג"ץ אמנם קבע שעל הדובר "לנהוג בשוויון כלפי כל אמצעי התקשורת", אולם בפועל לא קיבל את עתירת "הארץ" ולא ציווה על הדובר לבטל את הסנקציה האמורה.⁴⁹ גם במהלך מבצע "צוק איתן" נשמעו תלונות של רשת ב' ושל ערוץ 10 על כך שדובר צה"ל הפלה בין כלי התקשורת וכך "קנה" סיקור

46 שם, סעיף 9(א).

47 בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הבטחון, פ"ד טז 1023 (1962). על ההאמנה והמגבלות הכרוכות בתלות הכתבים הצבאיים בדובר צה"ל גם בשנות האלפיים, ראו טל אלוביץ "דובר או צנזור?" מערכות 38, 452 (2013).

48 גידי וייץ "להקת המעודדות של אשכנזי" הארץ 7.1.2013, 5.

49 בג"ץ 181/96 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ(5) 45, 49 (1996).

אוהד באמצעות הענקת נגישות למידע וראיונות בלעדיים ו"העניש" על סיקור ביקורתי באמצעות שלילתה.⁵⁰

גם אותם עיתונאים וכלי תקשורת שמוכנים לשלם את מחירו הכבד של ה"עונש" הזה מדובר צה"ל, כדי לתת חשיפה לעוולות ולמחדלי מערכת הביטחון והצבא ולבקרם, עלולים להירתע מן העונש הכבד לאין ערוך שעלול לגזור עליהם בית המשפט. חוק העונשין קובע שפרסום "ידיעה סודית" – אף ללא כוונה לפגוע בביטחון המדינה ובלי שהתרחשה כלל פגיעה כזאת – הוא פשע חמור שדינו 15 שנות מאסר. יתרה מזאת – עצם החזקתה של ידיעה כזאת בחזקת העיתונאי, אף בלי לפרסמה, היא פשע שדינו 7 שנות מאסר. "ידיעה סודית" מוגדרת כידיעה "אשר ביטחון המדינה מחייב לשמור אותה בסוד", ואם מדובר במסמך מסווג, חזקה היא שביטחון המדינה מחייב לשמור אותו בסוד. כלומר ידיעה עשויה להיחשב "סודית" גם אם תוכנה איננו יוצר "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" לחיי אדם או לביטחון המדינה.⁵¹

ואכן, פרשת משפטו של עיתונאי "הארץ" אורי בלאו הוכיחה בעליל כי ניתן להרשיע ואף לגזור עונש מאסר על עיתונאי על שהחזיק מסמכים מסווגים, גם כאשר בפרסומיו מתוך אותם מסמכים יש עניין ציבורי (בכך שחשפו חשד לכאורה לזלזול של אלוף בצה"ל במגבלות בג"ץ על ביצוע סיכולים ממוקדים), גם אם הפרסומים קיבלו את אישורה מראש של הצנזורה הצבאית, וגם אם לא הוכח שהעיתונאי גרם (או התכוון לגרום) נזק לביטחון המדינה.⁵²

לא רק אורי בלאו, גם עיתונאים אחרים למדו על בשרם שציות קפדני לצנזורה הצבאית איננו מחסן אותם בהכרח מאימת הדין הפלילי. כך, למשל, החוקר והפרשן הביטחוני ד"ר ראובן פדהצור פרסם באישורה של הצנזורה תחקיר על כשליהם של טילי ה"פטריוט" שסיפקה ארצות הברית לישראל במלחמת המפרץ הראשונה. הוא נאלץ

⁵⁰ הדובר הגיב כי נהג "בשוויון ובהגינות", אך עמותת "הצלחה" ביקשה מן היועץ המשפטי לממשלה לבדוק את הטענות כלפיו. דוד אברהם "הטענות לאפליה בחלוקת אייטמים על ידי דו"צ בדרך לשולחן היועמ"ש" וואלה! ברנז'ה 17.9.2014 b.walla.co.il/item/2786222.

⁵¹ ס' 113, 113 א לחוק העונשין התשל"ז-1977. להצעה לרפורמה בחוק ראו מרדכי קרמניצר ואפרת רחף סודות רשמיים (2005).

⁵² ת"פ (שלום ת"א) 10677-07-12 מדינת ישראל נ' בלאו (פורסם בנבו, 3.9.2012). בלאו נשא את מאסרו בעבודות שירות. להרחבה על הפרשה ולקחיה ראו משה נגבי "על עיתונות הכובלת את עצמה: פרשת קם-בלאו כסימפטום" קשר 42, 30 (2011) (להלן: נגבי "עיתונות הכובלת את עצמה").

לעמוד בחקירה פלילית ולחיות חודשים ארוכים בצל האיום המוחשי שיואשם בסעיפים החמורים הנוכרים לעיל.⁵³ אין ספק שהאיום הזה עלול ליצור "אפקט מצנן" בקרב עיתונאים השוקלים לפרסם מידע מביך ומעורר ביקורת על הצבא או על גורמי ביטחון אחרים.

אך "האפקט המצנן" שגלום באיום הטמון בסעיפי חוק העונשין העוסקים ב"דיעות סודיות", איננו רק כלפי העיתונאים, אלא גם, וביתר שאת, כלפי המקורות - בכוח שלהם. ברור לחלוטין שמידע החושף פגמים, מחדלים, עוולות ומשגים בצה"ל (או בגופי הביטחון האחרים), לא יגיע לעיתונאים מדובר צה"ל. המקור היחיד לו יהיה - בדרך כלל - אדם שיעביר אותו לעיתונות שלא על דעתו של הדובר. אדם כזה יהיה צפוי - ממש כמו העיתונאי שיפרסם את המידע - לחקירות ממושכות ואף לאובדן חירות, גם אם דאג לוודא מראש שהמידע יתפרסם רק כפוף לביקורת הצנזורה. את זאת למד על בשרו, למשל, תת-אלוף יצחק יעקב, שהתראיין בשעתו לעיתונאי הבכיר רונן ברגמן על תקופת שירותו בצה"ל ובמערכת הביטחון. למרות שהתנה מראש את מתן הריאיון בהגשתו לצנזורה - והתנאי אכן התקיים - יעקב נעצר בעקבות הפרסום, הוחזק במעצר בית חודשים ארוכים ונידון לבסוף לחודשיים מאסר על-תנאי.⁵⁴

בית המשפט העליון אמנם הכיר הכרה מותנית ומסויגת בזכותו של עיתונאי שלא להסגיר את זהות המקור שלו ומסמכים העלולים לחשוף אותו,⁵⁵ אך ההתפתחות הטכנולוגית שחקה את החיסיון האמור. היא מאפשרת כיום לרשויות החוקרות לאתר את המקור גם בלי לשאול על כך את העיתונאי, באמצעות ציטות, מעקב ופלישה להתקשרויותיו. בתי המשפט התירו שימוש באמצעים הללו כלפי עיתונאים וכלפי מי שנחשדו במגע עם, גם כאשר המטרה המוצהרת הייתה חשיפת מקורותיהם והפללתם. בנסיבות הללו קשה שבעתיים לצפות שמידע על כישלונות, על עוולות ועל שחיתויות בתחום הביטחון יגיע לעיתונאי וממנו לציבור. כפי שהתריע בשעתו נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר, "עיתונות ללא מקורות מידע היא כנחל אכזב שמימיו יבשו, והחופש לפרסמה הופך אז לחסר משמעות".⁵⁶

⁵³ יובל קרמניצר "תיקים באפלה" העין השביעית 33, 12 (2001).

⁵⁴ על הפרשה ראו שם. לגזר דינו של תא"ל יעקב: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1055/01 מדינת ישראל נ' יעקב (פורסם בנבו, 20.6.2002).

⁵⁵ עניין מקור ראשון, לעיל ה"ש 5.

⁵⁶ עניין ציטריין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 364.

1. הפגיעה בחופש העיתונאי על ידי עיתונאים

ואולם האמת חייבת להיאמר שלא רק מחסומים ואילוצים חוקיים – ישירים או עקיפים – גורמים להתייבשות הסיקור התקשורתי הביקורתי בנושאי ביטחון, אלא גם – ואולי בעיקר – הוויתור מרצון של כלי תקשורת ועיתונאים רבים על סיקור כזה. יש עורכים ועיתונאים עתירי השפעה על השיח התקשורתי שגורסים – כפי שגרס כאמור העורך הראשי של "וואלה!" ינון מגל – שיש סתירה בין מיצוי חובתם העיתונאית לבין מיצוי חובתם הפטריוטית כ"ישראלים". יש לחשוש שגם בנסיבות שבהן אין מכשול או אילוץ חוקי המכבידים על החשיפה וההוקעה האמורות, הם ימנעו מהן, יצנורו את עצמם ואת העיתונאים הכפופים להם ואף יפטרו את מי מביניהם שיתעקש על זכותו לחשוף ולבקר. ואכן, נטען שהעורך הראשי של "וואלה!" פיטר את מבקר הטלוויזיה של האתר, עופר קניספל, מן הסיבה הזאת בדיוק.⁵⁷

תרה מזאת: לעורכים ולעיתונאים כאלה אין שום מוטיבציה להיאבק לשינוי או לריכוך החקיקה היוצרת את המחסומים והאילוצים האמורים. כבר עלו יוזמות לריכוך כזה (למשל להגביל את סמכות בתי המשפט להוציא צווי איסור פרסום גורפים ולחייבם לזמן לדיון בהוצאתם פרקליט מטעם העיתונות).⁵⁸ ייתכן ש"קמפיין" נרחב של כלי התקשורת הדומיננטיים היה מועיל לקידומן, אך כאשר אותם כלי תקשורת ועורכיהם מסייגים עצמם מלחשוף ומלבקר בתחום הביטחוני, קשה לצפות ל"קמפיין" נמרץ כזה מצדם. ההסתייגות הזאת גם גורמת להם שלא למחות באורח חריף במיוחד כאשר פוגעים בחירות הסיקור והביקורת בתחומי הביטחון של עמיתיהם בכלי תקשורת אחרים. כפי שהודגם לעיל, לעתים הם אף מביעים תמיכה בפגיעה הזאת וקוראים להחריפה ולהחמירה, עד כדי המלצה להעמיד את העיתונאים הביקורתיים לדין על בגידה!⁵⁹

אמנם לאחר הקטסטרופה שחוללה "הצנזורה העצמית" של ועדת העורכים ערב מלחמת יום הכיפורים, ניתן היה לייחל ולקוות שבכירים בעיתונות התעשתו והפנימו את הלקח שהימנעות מחשיפה ומביקורת על תפקוד הצבא – בהעדר "ודאות קרובה"

⁵⁷ על הפיטורים והשלכותיהם העקרוניות החמורות ראו דרור, לעיל ה"ש 13.

⁵⁸ ראו למשל יוזמה של ח"כ נחמן שי (עיתונאי ודובר צה"ל לשעבר) ואחרים: הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – הגבלת תוקפם של צווי איסור פרסום), התשע"ו–2010, פ/2474/18.

⁵⁹ ראו למשל טורו של מנחם בן המטיף להעמיד לדין על בגידה את צמרת עיתון "הארץ", מעריב 16.10.2010.

לפגיעה אנושה בביטחון – איננה תורמת לביטחון ועלולה גם לחבל בו. ואולם נראה שתקווה זו נכזבה ושההתעשתות וההפנמה היו חלקיות בלבד. במחקרם על סיקור מלחמת לבנון השנייה, שהתחוללה שנות דור לאחר מלחמת יום הכיפורים, מצאו החוקרים מוטי נייגר, אייל זנדברג ואורן מאירס שאמנם התקשורת נעשתה ביקורתית יותר כלפי מצביאי המערכה ומוביליה בדרג המדיני והצבאי. אך הייתה זו בעיקרה, כהגדרתם, ביקורת "מאשרת" ולא "מאתגרת", כלומר גם כלי התקשורת של שנות האלפיים עדיין אימצו, בחלקם הגדול והמכריע, ללא עוררין את גרסת הקברניטים בדבר האינטרס הביטחוני ולא מילאו את חובתם הערכית לאתגר גרסה שלטונית זו, ולמצער לאפשר שוק חופשי של דעות שבו היא תאותגר.⁶⁰

כאמור, גם בסיקור מבצע "צוק איתן" בלטה מגמת רוב כלי התקשורת הדומיננטיים שלא לאתגר את הממסד הביטחוני ושלא לעורר שיח ביקורתי כלפי החלטותיו ומחירן הנשקל בדם. בכירים ובכירות ביותר בכלי התקשורת הללו הודו בכך בפה מלא ונימקו זאת בין היתר ברצון שלא לפגוע במורל הציבור ובלכידותו. לשם כך הם היו מוכנים – על פי עדותם שלהם – להצניע מידע ולעתים אף לסלפו ביודעין. הדבר בלט כבר בסיקור חטיפת שלושת הנערים היהודים שקדמה למבצע והפעילות הצבאית לאיתורם. התקשורת, רובה ככולה, נתנה ידה במשך 18 ימים לטיפול הרושם הכוזב שיש סיכוי לחלצם בחיים (וממילא להעצמת ההלם כאשר נמצאו גופותיהם). הדבר שב ובלט בהצנעת הדיווחים על היקפי החורבן שחוללו תקיפות צה"ל בעזה. כפי שציינו מגישת מהדורת החדשות המרכזית של הערוץ הנצפה ביותר בישראל, יונת לוי, והכתב המדיני שלו, אודי סגל, "העולם הראה את המלחמה בעזה ואת השפעתה על תושבי רצועת עזה, ואילו בטלוויזיה הישראלית הייתה עזה סיפור צדדי".⁶¹

קשה אפוא להימנע מן המסקנה שגם ארבעים שנה ויותר לאחר ה"פיאסקו" ו"רעידת האדמה" של מלחמת יום הכיפורים בגידה מרצון בשליחות העיתונאית – ולא מחסומי הצנזורה והחוק – היו ונותרו הגורם העיקרי לפגיעה האנושה בקיומו של שוק דעות חופשי ובמימוש זכות הציבור לדעת את כל אשר חשוב וחיוני לו לדעת בתחום הביטחון. כדברי פרופ' זאב סגל, "העיתונות חופשית יותר כיום מכבלי השלטון... אולם

⁶⁰ מוטי נייגר, אייל זנדברג ואורן מאירס רטוריקה של ביקורתיות (2008).

⁶¹ Yonit Levi & Udi Segal, *Why the Gaza War Looked Different on Israeli TV Than It Did on CNN*, TABLET (Oct. 7 2014), <http://tabletmag.com/jewish-news-and-politics/185302/israeli-tv-gaza>. לביקורת על עמדתם של לוי וסגל ראו עינב שיף "היינו גדולים" ידיעות אחרונות 27.10.2014, 16; חנוך מרמרי "חצי מרגשת, חצי מטמטמת" העין השביעית 4.11.2014 132232 www.the7eye.org.il/132232.

אין היא חופשית מכבלים שבהם כבלה את עצמה".⁶² ד"ר שגיא אלבו ניסח זאת בחדות בעקבות מחקר עדכני, מקיף ומעמיק על התגייסותם של רוב כלי התקשורת בישראל ועל שורשיה: "ניתוח תוכן, סקרים וראיונות עם עיתונאים מצביעים במפורש על התגייסות מלאה של עיתונאים למסד, על צנזורה עצמית, על דיס-אינפורמציה ועל קבלה מוחלטת של גרסאות רשמיות... וכך הם מקדמים תרבות מובהקת של סכסוך".⁶³

ז. הפגיעה בחופש העיתונאי משיקולים כלכליים ועסקיים

לא הרבה (ובוודאי לא מספיק) השתנה אפוא מאז מלחמת יום הכיפורים במאפיינים המעין-טוטליטריים שעליהם התריע פרופ' אבינרי, בהתנהגות התקשורת הישראלית בכל הנוגע לתחום הביטחון. אך נראה שחלה תמורה מכרעת במניעה, וכיום היא נובעת לא רק, ואולי אפילו לא בעיקר, מפטריטיות מעוותת – אך כנה – ומאימוץ שגוי – אך תם-לב – של גרסת הקברניטים באשר לאינטרס הביטחוני, אלא משיקולים אלטרואיסטיים פחות ואנוכיים יותר של רווח והפסד. כיום גם כלי התקשורת בישראל – כמו בעולם כולו – נשלטים בידי בעלי עסקים ותאגידים אשר מטרתם איננה לקדם שוק דעות או ליידע את הציבור אלא להעצים רווחים, ולמצער למזער הפסדים. העיתונות – גם אצלנו – הפכה מעיסוק שמטרתו למכור חדשות לציבור לעסק שמטרתו למכור ציבור למפרסמים.⁶⁴ ביקורת על הצבא ועל קברניטי וחשיפת מחדליהם מברחות את הציבור משום שהן עוכרות את שלותו ונתפסות בעיניו כחוסר פטריטיות. בריחה זו גוררת בריחת מפרסמים, שגם הם – כפי שלמדה על בשרה הפרזנטורית אורנה בנאי – אינם רוצים להיות מזוהים עם התבטאויות ביקורתיות בעת לחימה.⁶⁵

⁶² זאב סגל חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות 20 (1996).
⁶³ שגיא אלבו "בשירות המסד" העין השביעית 23.10.2014 www.the7eye.org.il/
 130751. להרחבה ראו מחקרו שגיא אלבו נאמנות למקור (2014).
⁶⁴ להעמקה על התעצמות השפעתה של "הצנזורה הפרטית" מטעמים כלכליים על התקשורת בישראל ראו יחיאל לימור והלל נוסק "הצנזורה של 'היד הנעלמה'" קשר 29, 98 (2001); Moshe Negbi, The Enemy Within (Joan Shorenstein Ctr. on the Press, Politics & Pub. Policy, Discussion Paper No. D-35, 1998), available at http://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2012/03/d35_negbi.pdf.
⁶⁵ בנאי אמרה בראיונות עיתונאיים: "אני שמאלנית הזויה שאוהבת ערבים", ומתחה ביקורת על ההתלהמות הציבורית. בתגובה פיטרה אותה חברת "מנו ספנות" מהובלת

לכאורה, שיקולי הרווח וההפסד אמורים להיות בעיקר שיקוליו של המו"ל או הבעלים של כלי התקשורת ולא להכתיב את התנהלותה המקצועית של המערכת העיתונאית. אך גם העורכים והכתבים אינם יכולים להיות אדישים לאימים על איתנותו ושרידותו הכלכלית של מטה לחמם. והעיקר: בתקשורת המסחרית מסוגל הבעלים לצנזר את עבודת עורכיו ועיתונאיו כרצונו ולפטר את מי שימאן לקבל עליו את תכתיביו.⁶⁶ כוחו זה של הבעלים נובע בראש ובראשונה מזכות הקניין שלו, שאף מעוגנת אצלנו במפורש (בניגוד לחופש הביטוי, המידע והעיתונות!) בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם הנשיא פרופ' אהרן ברק הציע להגביל כוח זה ולחייב תקשורת פרטית ומסחרית רבת תפוצה וחשיפה לתת בימה גם לדעות הסותרות את אלו שהבעלים חפץ ביקרן (ולמידע שתומך בדעות הסותרות הללו),⁶⁷ אך הצעתו לא התקבלה. יתרה מזאת: כאשר ביקשו במדינת פלורידה לחייב בחוק כלי תקשורת פרטי לפרסם תגובות המתעמתות עם ידיעות או עם דעות שהתפרסמו בו, קבע בית המשפט העליון הפדרלי שדווקא הדרישה החוקית הזאת היא בלתי חוקתית...⁶⁸

אין להתפלא אפוא שבכירים ובכירות במערכת החדשות של ערוץ 2 הודו בפה מלא כי נמנעו מלתת תמונה מלאה על מחירה הכבד של מערכת "צוק איתן" לא בגלל צנזורה צבאית או לחצים של השלטון, ואפילו לא בגלל "פטריוטיזם" מן הסוג שהתהדר בו ינון מגל, אלא בגלל הרצון של בעלי המניות שלא לנכר את הצופים, כלומר לאבד "רייטינג". עורך חדשות החוץ של המהדורה, ערד ניר, הצהיר "חד וחלק" שהצנעת הדיווחים על ממדי החורבן שהמיט צה"ל על עזה, שכדברי עמיתו יונית לוי ואודי סגל שצוטטו לעיל, פער פער אדיר בין תמונת המלחמה בתקשורת הישראלית לתמונה ב-CNN, לא נבעו בעיקר מצנזורה או מלחצים של מערכת הביטחון, אלא מהתחושה שהדיווחים על אבדות הפלסטינים וסבלם ייפגעו ב"רייטינג". לדבריו, "התקשורת הישראלית מאפשרת לצרכן שלה לשלוט בה והיא עושה זאת מרצון". הוא התריע

מסע הפרסום שלה ברדיו. גילי איזיקוביץ "אורנה בנאי פוטר מתפקידה כפרזנטורית של חברת ספנות" הארץ 20.7.2014 www.haaretz.co.il/gallery/television/ 1.2382447

⁶⁶ דב"ע נג/223-3 פלסטין פוסט בע"מ – יחיאל, פד"ע כז 436, 451 (1994); בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529 (1995). להרחבה ראו משה נגבי חופש העיתונאי וחופש העיתונות בישראל פרק 12 (2011).

⁶⁷ אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223, 244 (1996).

⁶⁸ Miami Herald Publ'g Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).

שבגלל תסמונת זו של "שלטון הצרכן" מתוך 15 שעות שידור ביממה על "צוק איתן" הראו 10 או 15 דקות על מה שקורה בצד השני, ומתוך שעתיים של המהדורה המרכזית, יוחדו להרס בעזה חמש דקות לכל היותר.⁶⁹

עמיתתו בחדשות ערוץ 2, דנה וייס, אף גילתה הבנה לשיקולי הרייטינג של מעסיקיה והתוודתה ללא כחל ושרק: "יש כאן ציבור שאנחנו צריכים אותו כדי להתקיים, והציבור הישראלי הזה לא רוצה, מטבע הדברים כי הוא תחת מתקפה, לשמוע, לראות, להבין את האמת. ואני חושבת שבמובן הזה היכולת שלנו לשאול את השאלות הקשות הולכת ופוחתת... האם הציבור הזה יהיה מוכן לשמוע קולות מתוך עזה?".

הוא הדין בהצנעת הדיווחים על חללי צה"ל במערכה. לדברי דנה וייס, התקבלה החלטה מודעת (ולא רק במערכת שלה בערוץ 2) "לעשות downplay לסיפור הזה של ההרוגים". במקום ליחד כתבה לכל חלל, שודרה כתבה משותפת אחת על כולם, ואף היא לא שודרה בראשית המהדורה אלא עמוק במהלכה, לאחר סיכום כל המהלכים הצבאיים. מתברר שדובר צה"ל אמנם היה מעוניין בהצנעה הזאת, אך לדברי וייס לא בקשתו הייתה המניע העיקרי או היחיד לסיקור המוצנע אלא – כמו בסיקור המוצנע של החורבן בעזה – "מצב הרוח הלאומי".⁷⁰

עורך עיתון "הארץ" אלוף בן חלק בחריפות על דברי עמיתיו ועמיתותיו מערוץ 2 ואמר: "אנחנו לא אחראים למצב הרוח הלאומי... מה לעשות, כשיש מלחמה יש בה גם ילדים הרוגים בעזה, ואם מעבירים אותם לעמוד 17, או ל-8:37 במהדורה, כי חושבים שהציבור יתעצבן אם הוא ישמע את זה, אז בעיני זה לא מקצועיות".⁷¹ ואולם נראה שהמחיר הכלכלי ששילם "הארץ" על ה"מקצועיות" שבשבחה דיבר אלוף בן, ירתיע את מרבית כלי התקשורת – ובעיקר את בעליהם השולטים בתוכנם – מלאמץ את דרכו. כבר הוזכר שהסיקור הביקורתי בעיתון "הארץ" של פעילות צה"ל במהלך מבצע "צוק איתן" עלה לעיתון בביטול 1,600 מינויים. כך אירע לא רק במבצע "צוק איתן", אלא גם כשנתיים לפני כן, כאשר העלה הכתב אורי בלאו סימני שאלה נוקבים לגבי חוקיות השימוש ב"סיכולים הממוקדים". כפי שהעריך כבר אז בפיכתון מו"ל "הארץ"

⁶⁹ אורן פרסיקו "שלטון הצרכן" העין השביעית 17.11.2014 www.the7eye.org.il/ 134115.

⁷⁰ אורן פרסיקו "מה רוצה הציבור" העין השביעית 5.10.2014 www.the7eye.org.il/ 128234.

⁷¹ שם.

עמוס שוקן, הניסיון המר של עיתונו מרתיע את עמיתיו ומתחריו בתקשורת מלאפשר סיקור ביקורתי דומה במדיה שבשליטתם משום ש"אמצעי התקשורת לא רוצה להסתבך עם הקהל שלו".⁷²

גרוע מכך: החשש מהסתבכות עם הקהל ומאבדן פרסומות מוביל לכך שמרבית כלי התקשורת המסחריים לא רק שאינם מאפשרים סיקור ביקורתי של המלחמה בפרסומיהם שלהם, אלא גם אינם מוחים על סתימת פיותיהם של המבקרים שמתבטאים בזירות תקשורתיות או ציבוריות אחרות. ממילא הם גם אינם נאבקים למען חקיקה שתגן על אותם מבקרים, למשל חקיקה (שכבר קיימת בכמה מדינות אירופיות, ושכמותה כבר הוצעה גם אצלנו⁷³) שתעניק הגנה לעיתונאי מפני תכתיבים שרירותיים של מעסיקיו שאינם עולים בקנה אחד עם דרישות האתיקה המקצועית, ובהן הדרישה ש"לא יימנעו עיתון ועיתונאי מלפרסם מידע שקיים עניין ציבורי בפרסומו, לרבות בשל לחצים פוליטיים, כלכליים או אחרים".⁷⁴ כלומר במקום לנצל את השפעתם המכרעת כדי לקדם את חופש הביטוי והמידע בעת חירום ומלחמה, אותם כלי תקשורת נותנים יד לגדיעתו. קשה לתאר בגידה חמורה יותר וקשה יותר בייעודה של העיתונות ובשליחותה.

כאמור, הבגידה הזאת היא לא רק בלתי מוסרית ולא אתית, אלא גם עלולה להתברר כהרת אסון לביטחון הפרט והכלל. הדבר התברר כאמור גם במבצע "צוק איתן". היטיב לבטא זאת בעיצומו של המבצע איתי לנדסברג-נבו, מג"ד במילואים ומנהל מחלקת התעודה של ערוץ 1:

הסכנה האמיתית לדמוקרטיה בעת מלחמה נובעת דווקא מגישת הזרם המרכזי בעיתונות ובציבור, שלפיה יש לשמור את הביקורת לשש אחרי המלחמה. חיילים נהרגים, אומרים האוחזים בקונספציה הזו, לא זו העת למתוח ביקורת על מערכת הביטחון על שלא סיפקה נגמ"ש ממוגן לחיילי גולני שהתפוצצו מטיל הנ"ט הראשון שנורה לעברם.

חיילים נהרגים, הם אומרים, לא זו העת למתוח ביקורת על מחדל המנהרות...

⁷² נגבי "עיתונות הכובלת את עצמה", לעיל ה"ש 52, בעמ' 33.

⁷³ ראו דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העתונות פס' 181-187 (1997) ("ועדת צדוק").

⁷⁴ ס' 4(ב) לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות.

נטרול כמעט מוחלט של תוכניות תחקיר ... לטובת אולפנים פתוחים משתיק את התחקירים ואת הביקורת, ביקורת שדווקא היא נחוצה כעת כדי לגרום למערכות השלטון לשפר את תפקודן...

התחושה שבעת התלכדות ציבורית מאחורי הלוחמים אסור לבקר ואסור לשאול את מערכת הביטחון ואת ממשלת ישראל את השאלות הקשות המתחייבות בעת הזאת – זהו האיום המיידני והחמור על הדמוקרטיה הישראלית.⁷⁵

כאמור, נתן אלתרמן הקדים להבין שהאיום הזה איננו רק על הדמוקרטיה אלא גם על הביטחון, שאת שמו נושאים לשווא משתיקי הביקורת. כבר ב-1952 הוא התריע ב"הטור השביעי" המחורז שלו בעיתון "דבר":

טַעֲמֵי בְּטַחֲוֹן הֵם מְחוּץ לְוִכּוּחַ,
אֲבָל אִם הֵם חוֹרְגִים מִגְּבוּלֵם הַנִּכּוֹן
אֵין לְשִׁקֵּט וּלְהִשְׁאִיר לָהֶם פֶּתַח פְּתוּחַ,
יֵשׁ לְחַסֵּם אוֹתָם
מִטַּעֲמֵי בְּטַחֲוֹן.⁷⁶

כפי שכבר הוזכר, אלתרמן לא רק נאה דרש אלא גם נאה קיים וסירב בתוקף לקבל עליו צנזורה מ"טעמי ביטחון" כאשר אלה "חרגו ממקומם הנכון". אך הנורא הוא שכיום אלה שמאפשרים את החריגה המסוכנת הזאת הם בראש וראשונה כלי התקשורת עצמם. חוששני שכיום היה מתקשה המשורר-העיתונאי הדגול לקבל חשיפה תקשורתית נרחבת ואפקטיבית לביקורתו על עוולות הצבא וקברניטיו לא בגלל גזרות הצנזורה ולחצי מערכת הביטחון, אלא בגלל שיקולי רייטינג של טייקוני תקשורת ומשרתיים המתקשטים במחלצות פטריוטיות מזויפות ומסולפות.

⁷⁵ איתי לנדסברג-נבו "האיום האמיתי" העין השביעית 29.7.2014 www.the7eye.org.il/ 119494.

⁷⁶ הדברים פורסמו ב"טור השביעי" בעיתון דבר 25.1.1952, 2 ("צנזורה פוליטית או סתומות וחתומות"), ומצוטטים אצל נאור, לעיל ה"ש 35, בעמ' 79.

הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות

תמר תבורי*

185	תקציר
185	א. מבוא
	ב. חובת הגיוס לשירות צבאי, הפטור מטעמים בריאותיים וההתנדבות לשירות
187	
194	ג. ביקורת ה-Disability Legal Studies – ביקורת המוגבלות
	1. שלוש הגישות בתפיסת המוגבלות: גישת הא-נורמליות; גישת שוויון הזכויות; גישת היחסים החברתיים
194	
196	2. השפעת הגישה הפמיניסטית על ה-DLS
197	3. מעמדו של ההיבט הרפואי בביקורת לימודי המוגבלות
	4. בחינת הכשירות הרפואית לשירות צבאי לאור גישות לימודי המוגבלות
200	

* סגנית ראש מחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית והיועצת המשפטית לחיל הרפואה. המחברת כיהנה כסגנית היועץ המשפטי לחיל הרפואה בין השנים 2005–2008. בתפקידיה אלה המחברת סייעה ומסייעת לרשויות הצבא בהתקנת תיקונים לתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות בטחון, התשכ"ז–1967. אבקש להודות לפרופ' שגית מור על מאמריה הנפלאים בנושא לימודי ביקורת המוגבלות (המאוזכרים במאמר זה), על הערותיה למאמר זה ובפרט על האבחנה בין הדגם האמריקאי לדגם הבריטי בגישת היחסים החברתיים. אבקש להודות גם לפרופ' רונן פרי, לראש מחלקת הייעוץ והחקיקה, אל"ם ד"ר תמיר מוריץ, לסא"ל רוני קציר ולסרן עידו עמיר על הערותיהם המועילות למאמר, וכן לחברי המערכת דאז רס"ן גלעד לין, סרן (מיל') שירה שגיא וסרן אדית טולדנו, ומתן גולדבלט על הערותיהם ועל סיועם הרב בהתקנת המאמר לדפוס.

- ד. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית ובחינה ביקורתית במשקפי ביקורת המוגבלות 201
1. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית 201
2. דמות החייל עם הקמת המדינה 205
- (א) הזיקה בין יכולת הפעלת נשק לכשירות הרפואית 209
- (ב) מראה כללי, גובה ומשקל 211
- (ג) הפרופיל הצבאי 214
3. שנות ה-2000: שינוי בדמות החייל ובתפיסת המוגבלות 214
- (א) קביעת סיווג חדש לאנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות נדרשים 215
- (ב) הורדת סף הכשירות לשירות בתחומים רפואיים שונים 217
4. שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי כמיזוג אינטרסים 219
- ה. הכשירות הרפואית ושילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי – פנים אל העתיד 226
1. העדרו של דיון ציבורי בהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי 226
2. דגם הכשירות הרפואית לשירות והכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי 228
- ו. השיקולים בקביעת כשירות רפואית לשירות 232
1. רצון הפרט או רצון הקבוצה 233
2. השיקול הרפואי 234
3. השיקול הצבאי 236
4. השיקול התקציבי 237
- ז. סיכום 240

תקציר

במאמר נסקרת ההיסטוריה של המיון הרפואי הצבאי במשקפי לימודי ביקורת המוגבלות. בהקשר זה נבחנת דמותו של חייל צה"ל כפי שהיא משתקפת במבחני הכשירות הרפואית לשירות ביטחון ומתוך ראייה ביקורתית של לימודי ביקורת המוגבלות. המאמר עומד על השינויים שחלו לאורך השנים בדמות החייל ובתפיסת המוגבלות, ועל מודל "הגוף הנבחר" שנראה כי עמד ביסוד מבחני הכשירות לשירות עם קום המדינה. בהמשך מתמקד המאמר בשינויים שחלו בשנות האלפיים ודן בכמה דוגמאות שבהן הונמכו ספי הכשירות לשירות ובלקחיהן. במאמר נטען כי השינויים שחלו בתפיסת המוגבלות, ובפרט הנכונות הרבה לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, באה גם על רקע התמורות במעמדו של צה"ל בחברה הישראלית והצורך בחיזוק האתוס של צבא העם. בחלקו האחרון של המאמר נבחן המודל הראוי לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. המאמר בוחן את מודל גיוס החובה אל מול מודל ההתנדבות לשירות וסוקר את השיקולים העקרוניים שיש לבחון בגיבוש מבחני הכשירות לשירות לשם התאמתם לשילוב אנשים עם מוגבלויות.

א. מבוא

מתוך שיחה עם עוז ואנטון, שני חיילים מצטיינים חולי CF, שהתנדבו לשירות בצה"ל:

"עוז, מדוע בכלל החלטת להתגייס לצבא?"

"מאז ומתמיד היה לי ברור שאני מתגייס לצבא: קודם כל מבחינה ערכית זאת ההזדמנות שלי להחזיר תרומה למדינה שאני אוהב, ובנוסף על כך, מהבחינה האישית, מאוד היה חשוב לי להציב לעצמי יעד ולעמוד בו, למרות המכשולים שבדרך..."

"אנטון, מה היה הרגע הכי משמעותי בשירות שלך?"

"לגבי הטירונות – הייתה החוויה הכי משמעותית. הרגשתי פתאום את מה שכל החברים היו מספרים עליו – בנוגע לצבא, שאני חווה את ה"דבר האמיתי". וכמובן שגם הכרתי חיילים מתנדבים מכל הארץ, כולל החברה שלי. זו טירונות מעורבת של בנים ובנות יחד, כולם עם פטורים שונים ומצחיקים: אלרגיה לבוטנים, פטור מאבק, פטור משמש ועוד..."

לאחר הטירונות מגיע שלב המיון והשיבוץ ליחידות השונות. לא תמיד כאמור משובץ המתנדב ליחידה אותה ביקש".

"עוז, מה היו הרגעים הקשים בשירות מבחינתך?"

"בשבילי ההתחלה דווקא הייתה הכי קשה, המודעות של חלק מהמפקדים למחלה לא גבוהה, הצהרתי בוועדה שאני מסוגל לעבוד 7 שעות ביום, אך בפועל זה היה לי לא פעם קשה מאוד. הרגעים הכי טובים הם עכשיו כשאני כבר רגיל וקשור לחברים מסביב ולעבודה".

"כאמור, בסיומו של עניין, כאשר שניהם על סף שחרור מהצבא – גם עוז וגם אנטון מסכמים את השירות הצבאי כחוויה מצויינת שלא היו מוותרים עליה. כמובן שאות ההצטיינות רק העשיר את החוויה אך לא היה מבחינת שניהם הסיבה לתחושת שביעות הרצון מהשירות".¹

רשימה זו תעסוק בדמותו של החייל ובתפיסת המוגבלות בשירות הצבאי כפי שהן משתקפות בסף הכשירות הרפואית לשירות. הכשירות הרפואית לשירות וההתפתחויות שחלו בה לאורך השנים תיבחנה לאור עקרונות החשיבה הביקורתית של לימודי המוגבלות. בבחינה היסטורית ביקורתית זו אצביע על מגמות בנוגע לאנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי ועל משמעותן. כן אציע הסבר חברתי-תרבותי לשאלה מדוע רק בשנות האלפיים חל שינוי ממשי בתפיסת המוגבלות ובדמותו של החייל. באמצעות בחינה זו ניתן יהיה להצביע על הנחות היסוד החברתיות-תרבותיות הכרוכות בדימוי החייל הכשר לשירות צבאי ובדמות האדם עם מוגבלויות.

לאחר שייחשפו הנחות היסוד של הדיון בכשירות הרפואית לשירות צבאי, ניתן יהיה לדון בשאלות העולות מהשיחה עם עוז ואנטון, שני חולי CF שהתנדבו לשירות בצה"ל: על מי ראוי להחיל את חובת הגיוס לשירות צבאי? מתי נכון לקבוע אי כשירות רפואית לשירות? מהו האיזון הנכון בין הרצון להגן על בריאותו של הפרט לרצון לקבוע נטל שירות חובה שוויוני? האם המודל הקיים כיום מאפשר הלכה למעשה שילוב והכללה של צעירים עם מוגבלויות בשירות הצבאי? מהם הקשיים העומדים בפני אדם עם מוגבלות טרם הגיוס ובמהלכו, וכיצד על רשויות הצבא להתמודד עמם? שאלות אלו ואחרות יידונו בסיומה של רשימה זו.

¹ תיעוד שיחה זו הופיע באתר איגוד סיסטיק פיברוזיס בישראל)

את הרשימה תפתח סקירה משפטית על חובת הגיוס לשירות הצבאי, על הפטור מהשירות הצבאי מטעמים בריאותיים ועל ההתנדבות לשירות צבאי של מי שפוטר משירות. בהמשך לכך יוצגו עיקרי ביקורת המוגבלות והגישות השונות לתפיסת המוגבלות. לאחר מכן אסקור סקירה היסטורית-ביקורתית את ההתפתחויות במיון הרפואי הצבאי: תחילה תוצג סקירה היסטורית כללית של המיון הרפואי הצבאי; בהמשך תיבחן דמות החייל כפי שהיא משתקפת בסף הכשירות הרפואית לשירות; לאחר מכן יובאו דוגמאות מתחומים רפואיים קונקרטיים שבהם משתקפת דמות החייל; בהמשך לכך יוצגו השינויים הממשיים שחלו בשנות האלפיים והסבר אפשרי לשינוי. את הרשימה יחתום דיון ראשוני בשאלות הנוגעות להסדרה העקרונית של הכשירות הרפואית לשירות בעתיד, מתוך תפיסה של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות.

ב. חובת הגיוס לשירות צבאי, הפטור מטעמים בריאותיים וההתנדבות לשירות

בהתאם לחוק שירות ביטחון, תנאי לגיוסו של אדם הוא כי ועדה רפואית קבעה שהוא "כשר לשירות בטחון".² ועדה רפואית רשאית לקבוע כי אדם הוא כשר לשירות בטחון, לאחר שמצאה כי אין לנבדק מחלה או מצב רפואי המנויים בתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות בטחון, התשכ"ז-1967 (להלן תקנות שירות בטחון או התקנות).³ בתוספות לתקנות ניתן למצוא רשימה ארוכה, מפורטת ומגוונת של מחלות, מומים ובעיות רפואיות הפוסלים אדם מלשרת בצה"ל.

² ס' 13 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות בטחון), קובע (ההדגשות הוספו):

פוקד רשאי, בצו, לקרוא –

(1) ליוצא-צבא, גבר, שנמצא כשר לשירות והוא באחד הגילים ...

(2) ליוצא-צבא, אשה, שנמצאה כשרה לשירות והיא באחד הגילים ...

להתייצב... לשירות סדיר ...

ס' א לחוק שירות המילואים, התשס"ח-2008, קובע הסדר דומה לעניין שירות מילואים:

יוצא צבא, שנמצא כשר לשירות ביטחון לפי חוק שירות ביטחון ושאינו

בשירות סדיר, יימנה עם מערך המילואים ...

³ ס' 5 לחוק שירות ביטחון. ראו גם תקנות שירות ביטחון.

בהתאם לכך, מי שנקבע כבלתי כשר לשירות או כבלתי כשר ארעית לשירות⁴ – רשויות הצבא אינן מוסמכות לגייסו לשירות.⁵ כך גם מי שבמהלך שירותו הצבאי נקבע כבלתי כשר לשירות או כבלתי כשר ארעית לשירות (להלן יחד: בלתי כשר לשירות) – על רשויות הצבא מוטלת החובה לפטור אותו מיידית משירות ביטחון.⁶ כתוצאה מכך ישראלים החבים בגיוס ושהם בעלי מוגבלויות המפורטות בתוספות לתקנות, פטורים משירות חובה בצה"ל.

יוטעם כי חוק שירות ביטחון אינו חל על שירות הקבע,⁷ ולכן הפטור משירות ביטחון שניתן בגין אי כשירות לשירות, אינו חל על משרתים בשירות קבע. ואמנם, מאות קצינים וחיילים עם מוגבלות הבאה לידי ביטוי בפרופיל 21 או 24, משרתים בשירות קבע בצה"ל. בדרך כלל מדובר בקצינים ובחיילים שחלו או שנפצעו במהלך שירותם, ובחלק מהמקרים גם עקב שירותם. במקרים אלה תנאי להמשך שירות הקבע הוא כי ענף הרפואה התעסוקתית והמיון הרפואי בחיל הרפואה יאשר את המשך שירותם, ולו במגבלות מסוימות.⁸ זאת כדי להבטיח כי המשך השירות לא יזיק לבריאותם, ולוודא כי אכן יש ביכולתם למלא תפקיד צבאי.⁹ כאמור, רשימה זו תתמקד

⁴ אי הכשירות הארעית היא אי כשירות לתקופה קצובה. הוועדה הרפואית מוסמכת לקבוע את תקופת אי הכשירות הארעית בהתאם לתוספת השנייה לתקנות שירות ביטחון. בתוספת זו מפורטות אמות המידה הרפואיות שלפיהן נקבעת אי כשירות ארעית לשירות ביטחון, ולצדן תקופת אי הכשירות המרבית שניתן לקבוע בגינן. בדרך כלל מדובר בפרק זמן שאינו עולה על שנה.

⁵ כפועל יוצא מהעדר סמכות של פוקד לגייסו. ס' 13 לחוק שירות ביטחון. בהתאם לכך, קובעת הפ"ע 3.0112 "כושר בריאותי" כי "בצה"ל ישרתו רק יוצאי צבא שהם כשרים לשירות...".

⁶ שם.

⁷ ראו בג"ץ 1425/06 עזרא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי של צה"ל (פורסם באר"ש, 10.9.2006).

⁸ פ"מ 32.0408 "כללי המיון הרפואי ליחידה ולמקצוע"; עניין עזרא, לעיל ה"ש 7.

⁹ מאמר זה לא יעסוק בשאלת שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות קבע. נציין רק כי מי שלא קיבל את אישור ענף הרפואה התעסוקתית והמיון הרפואי כאמור, מהסיבות האמורות, ישוחרר משירות הקבע. במקרים מסוימים זכאי משרת קבע שפוטר משירות בשל מצבו הרפואי, לקצבה ("פרישה רפואית") לפי ס' 10(א)(2) או (3) לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985.

בבחינת היחס למוגבלויות בשירות החובה ולא תעסוק בשירות הקבע, גם לאור מעמדו של שירות החובה בחברה הישראלית, שאודותיו עוד ארחיב להלן.¹⁰

מתוך תפיסת מעמדו המיוחד של השירות הצבאי בחברה הישראלית והזכות הנתונה בכך לפרט, נקוטה בצה"ל מדיניות התנדבות רחבה ביותר המאפשרת במידה רבה למי שפטור משירות בטחון מטעמים רפואיים להתגייס לצה"ל – או להמשיך לשרת – אם רצונו בכך.¹¹ כך, קובע הקוד האתי של העוסקים במיון הרפואי הצבא, כי "בקשות של מלש"בים [מיועדים לשירות ביטחון] וחיילים 'שאינם כשירים', להתנדב ולשרת בצה"ל, יזכו למענה חיובי ככל הניתן".¹² ערכי חיל הרפואה דורשים את "תרומת חיל הרפואה לעקרון זכותו של כל מלש"ב וכל חייל לשרת בצה"ל מתוך תפיסה כוללת של שוויון הזדמנויות ותרומת השירות לבניית החברה".¹³

כלל, בהתאם למדיניות ההתנדבות הרפואית, מאושרת התנדבותו של מיועד לשירות בטחון או חייל כאשר הרופאים סבורים שלא יהיה בשירות הצבאי כדי לפגוע בבריאותו.¹⁴ ענף הרפואה התעסוקתית והמיון הרפואי, שאמון על נושא זה, קובע גם

¹⁰ לא אעמוד על כלל ההבדלים בין שירות החובה לשירות הקבע בעניין זה, אך אציין כי קיימים שיקולים שונים המשפיעים על שילוב אנשים עם מוגבלויות. כאמור, בעוד שמוגבלות המנויה בתוספת לתקנות מקנה פטור אוטומטי משירות חובה, הרי שהיא אינה פוטרת משירות קבע, אלא מעלה את שאלת הכשירות לבחינה פרטנית של הגורמים הרפואיים. היקף המגבלות המקנות פטור רפואי משירות חובה רחב הרבה יותר מהיקף המגבלות המביאות בפועל לשחרור משירות קבע. נוסף לכך, לא מן הנמנע כי החלטה בעניינו של משרת קבע בעל השכלה, מקצוע או ניסיון מקצועי מסוימים וששירת כבר בתפקידים מסוימים, מתבססת גם על נסיבות אלו ועל נסיבות אחרות בעניינו. אשר על כן קשה להקיש משירות הקבע לשירות החובה בעניין שילוב אנשים עם מוגבלויות.

¹¹ ההתנדבות לשירות מתבצעת מכוח ס' 17(א) לחוק שירות ביטחון, שקובע כך: מי שאינו חייב בשירות סדיר רשאי להתנדב לשירות בכוחות הסדירים של צבא-הגנה לישראל...

¹² מובא אצל ארנון אפק, ברק גורדון, אהוד רגב וביאנקה לדרמן "מדיניות המיון הרפואי הצבאי: העבר מאחוריה, והיא צופה אל הבאות" הרפואה הצבאית 3, 28, 32, סעיף 4 (2006).

¹³ זמינים ב- www.refua.atal.idf.il/1177-he/Refuah.aspx.

¹⁴ כך, קובע ס' 1 להוראת קרפ"ר 302.009 "הטיפול הרפואי במתנדבים לשירות בצה"ל בעלי פרופיל 21 אשר נקבע טרם גיוסם" כי "מדיניות חיל הרפואה היא לאפשר, ככל האפשר, לכל מלש"ב שימצא בלתי כשר לשירות, והמבקש לממש את זכותו לשרת, להתנדב לצה"ל, אלא אם כן הדבר עלול לסכן את בריאותו". הקוד האתי של המיון

את התנאים המוגנים שבהם ישרת המתנדב, למשל אי ביצוע טירונות, לינת בית, שירות בבסיס קרוב לבית חולים ועוד.¹⁵

כך, בשנת 2005 שירתו בצה"ל 947 מתנדבים – רובם בתפקידי מנהלה, אך היו ששירתו ביחידות שדה ושסיימו קורס קצינים.¹⁶ בשנת 2006 שונתה המדיניות והחלו לאפשר למתנדבים להתנדב כבר בגיל 18, כך שיוכלו להתגייס עם חבריהם. נפתח גם קורס קצינים ייעודי למתנדבים. בעקבות שינויים אלה עלה מספר המתנדבים לשירות חובה.¹⁷

יש לזכור כי מדיניות זו התאפשרה במיוחד לאור תקנה 6 לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הסדרים לגבי חיילים ובני משפחותיהם), התשנ"ה–1995, הקובעת כי מי שנקבע כבלתי כשר או בלתי כשר ארעית לשירות ביטחון טרם גיוסו, יהיה זכאי לשירותי בריאות מקופת החולים שבה היה מבוטח טרם גיוסו ולא מחיל הרפואה. כתוצאה מכך מובטחים רצף הטיפול הרפואי במתנדבים באותה קופת חולים ומתן הטיפול הרפואי המתאים לצרכיהם המיוחדים. יתרה מכך, צה"ל אינו נדרש לשלם את העלות הגבוהה של הטיפול הרפואי במתנדבים,¹⁸ וייתכן שיש בכך כדי להקל על יישום מדיניות התנדבות כה רחבה.

למעשה, עם התנדבותו של מיועד לשירות ביטחון לשירות ועם התנדבותו של חייל להמשך שירות, המעמד המשפטי שלהם הוא של חייל לכל דבר ועניין.¹⁹ כך, למשל, אם יעבור עבירה בשירותו הצבאי, הרי שחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, חל עליו, וניתן להעמידו לדין משמעתי או להגיש נגדו כתב אישום בבית דין צבאי. עם התנדבותו לשירות אין באפשרותו לחזור בו ולהשתחרר, אלא הוא מחויב בביצוע

הרפואי קובע (לא רק באשר למתנדבים): "היות שהשירות הצבאי עלול לחשוף את החייל לגורמים שונים שבכוחם לפגוע בבריאותו, אזי אם קיים חשש לנוק רפואי ברור לחייל בשל מצבו הרפואי, יש להעדיף את טובתו הרפואית". אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 32, סעיף 3.

ארנון אפק וברק גורדון "צבא העם בראי הרפואה הצבאית" מערכות 417, 30, 34 (2008).

שם.

שם.

עם זאת, צה"ל משלם דמי ביטוח בריאות ממלכתי בעבור המתנדבים בהתאם לתק' 6(ה) לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הסדרים מיוחדים לגבי חיילים ובני משפחותיהם).

ס' 17(ד) לחוק שירות ביטחון ("המשרת באישור שר הבטחון כמתנדב לפי סעיף זה, דינו לענין זכויותיו וחובותיו לפי כל חיקוק כדין מי שמשרת מכוח חוק זה שירות סדיר").

15

16

17

18

19

שירות צבאי מלא, כפי שהתחייב.²⁰ משכורתו של המתנדב וזה למשכורתו של כל חייל אחר.²¹ כשישחרר הוא יקבל תעודה המעידה על ביצוע שירות צבאי ויהיה זכאי להטבות מכוח חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994. ההבדל היחיד הוא בין מי שהתנדב בהיותו מיועד לשירות ביטחון, שזכאי כאמור לקבל טיפול רפואי מקופת החולים שבה היה מבוסס טרם גיוסו,²² לבין חייל שפוטר משירות ושהתנדב להמשך שירות, אשר זכאי לשירותי בריאות מחיל הרפואה ככל חייל אחר.²³

על אף מדיניות ההתנדבות האמורה התקנות יוצרות בררת מחדל ולפיה אנשים עם מוגבלויות התואמות את אמות המידה הרפואיות שבתוספות לתקנות, אינם משרתים שירות חובה בצה"ל.²⁴ כלומר, ככלל, אנשים עם המוגבלויות האמורות אינם

²⁰ ס' 17(ה) לחוק שירות ביטחון ("מי שהתנדב לשירות סדיר או לתקופת שירות סדיר נוספת, יהיה חייב בשירות עד תום התקופה הנקובה בהצהרת ההתנדבות, אלא אם כן הורה שר הבטחון על שחרורו במועד מוקדם יותר"). נראה כי הטעמים בבסיס חיובו של המתנדב בשירות צבאי מלא הם השוואת מעמדו למעמדו של חייל ושיקולי תכנון כוח אדם.

²¹ למעט סכום חודשי נמוך שמעניק חיל הרפואה בהתאם לקריטריונים הקבועים בס' 7 להוראת קרפ"ר 302.009 ושנועד לסייע למתנדב במימון התרופות והטיפולים בקופת החולים בהתאם למצבו הבריאותי.

²² תק' 6 לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הסדרים לגבי חיילים ובני משפחותיהם).

²³ ס' 55(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

²⁴ הגדרת אנשים עם מוגבלויות לעניין חובת השירות הצבאי מתבססת, כאמור, על רשימת המחלות והמצבים הרפואיים המפורטים בתוספות לתקנות שירות ביטחון. מטבע הדברים הגדרה זו אינה חופפת להגדרת "אדם עם מוגבלות" בס' 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: "אדם עם לקות פיזית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים". ראו בהקשר זה גם Convention on the Rights of Persons with Disabilities pmb., Dec. 13, 2006, 2515 U.N.T.S. 3 בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות; ישראל אשררה את האמנה בהחלטה 5100 של הממשלה ה-32 "אשרור האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות" (10.9.2012). האמנה מכירה בכך ש"מוגבלות היא מושג מתפתח ובכך שמוגבלות נובעת מיחסי גומלין בין אנשים עם לקויות לבין מחסומים של גישה ושל סביבה, המעכבים את השתתפותם המלאה ובת-התועלת בחברה בשוויון עם אחרים". ברשימה זו אתייחס לאנשים עם מוגבלויות בהתאם לאמות המידה הקבועות בתוספות לתקנות האמורות. השאלות מתי ומדוע נקבע אדם כאדם בעל מוגבלות לעניין חוק שירות ביטחון, ומהי הכשירות הרפואית לשירות, הן השאלות העומדת במוקד רשימה זו.

משתתפים במוסד חשוב ועיקרי בחברה הישראלית – השירות הצבאי. ההתנדבות היא פרי בחירתם של יחידים שנאלצים לא פעם להתמודד עם הליכים ארוכים ולעתים מורכבים כדי לשרת בצה"ל.²⁵

אמנם מבחינה משפטית השירות בצה"ל אינו זכות בת אכיפה לבעליה,²⁶ אך בית המשפט העליון הכיר מבחינה ערכית בזכות הכרוכה בשירות בצה"ל: "החובה המשפטית לשרת בצה"ל, המוטלת על כל איש צעיר שנמצא כשר לכך, גם זכות גדולה טמונה בצדה..."²⁷

לשירות בצה"ל ולהעדרו יש השפעה כבדת משקל בחברה הישראלית. קימרינג עמד על כך שהשירות הצבאי נתפס כמאפיין הדומיננטי בהגדרת מחויבותו ושייכותו של הפרט למדינה.²⁸ הלמן הצביעה על כך שבשראל מסמן השירות הצבאי את השתייכות הפרט לקהילה, הוא אמת מידה לנורמליות ומשמש מקור הלגיטימציה להשתתפות בחברה האזרחית.²⁹ ששון-לוי מציינת שהשירות הצבאי מסמן את מידת שייכותו ונאמנותו של הפרט למדינה, ובעקבות כך גם את מידת זכאותו למשאבים חברתיים שונים עם שחרורו מהצבא.³⁰

ששון-לוי מטעימה כי מחויבותו של הפרט למדינה ונכונותו למות בעבורה הן מבחן האזרחות האולטימטיבי,³¹ ולכן "האזרח המושלם" בישראל הוא הגבר היהודי

²⁵ בעקבות שינויים שהונהגו בשנת 2006 קוצר משך תהליך אישור ההתנדבות משנה וחצי לחצי שנה. ראו אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 34. מכאן עולה כי בעבר היה משך ההתנדבות ממושך, ונראה כי אף כיום אין מדובר בהליך פשוט וקצר. בהקשר זה יוער כי רשויות הצבא שוקדות בימים אלה על קיצור הליך ההתנדבות לשירות ופישוטו.

²⁶ גיא-ישראל זיידמן הזכות לשרת בצה"ל 255 (1996). ראו גם הצעתו להכרה בזכות לשרת בצה"ל בעמ' 429-484.

²⁷ בג"ץ 246/89 רובין נ' ראש מנהל גיוס אגף כח אדם צה"ל, פדאור (3)89, 103, פס' 7 (1989).

²⁸ אורנה ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות מגדריות של חיילות בתפקידים 'אבריים' התשמע קולי? ייצוגים של נשים בתרבות הישראלית 277 (יעל עצמון עורכת, 2001).

²⁹ אורנה ששון-לוי זהויות במדים – גבריות ונשיות בצבא הישראלי 38 (2006) (מפנה ל-Sara Helman, *Militarism and the Construction of Community*, 25 J. POL. & MIL. (Soc. 305 (1997)).

³⁰ ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי", לעיל ה"ש 28, בעמ' 299.

³¹ שם (מפנה ל-CAROLE PATEMAN, *THE DISORDER OF WOMEN: DEMOCRACY, (FEMINISM, AND POLITICAL THEORY 12 (1989))*.

המשרת בתפקיד של לוחם.³² לדבריה, מהקשר בין השירות הצבאי לאזרחות נגזרות שתי תמות עיקריות: הראשונה, תמה של "מגיעות" המניחה כי לחייל הקרבי "מגיע" יותר (יוקרה חברתית, מעמד, מקומות עבודה, מענקי שחרור) כיוון שהוא תרם יותר בשירות הצבאי. השנייה, תמה של "שייכות ובעלות על המדינה" המניחה כי השירות הצבאי של הגברים מקנה להם זכות ולגיטימציה להשתתף בשיח הביטחוני-פוליטי בישראל.³³

השירות הצבאי הוא בעל תרומה ניכרת לשילובו של אזרח בחברה הישראלית ולקידומו בה. ברור כי אי הכללתם של אנשים עם מוגבלויות בכלל המחויבים בשירות חובה עלולה לפגוע, הלכה למעשה, גם בהמשך שילובם בחברה הישראלית, בשוק העבודה, בשדה הפוליטי ועוד.

מנגד, ניתן לטעון כי הקריאה לשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי מחזקת את מעמדו של השירות הצבאי כ"כרטיס הכניסה" לאזרחות השווה ואת הזיקה בין השירות הצבאי למשאבים חברתיים, תוך כדי פגיעה בשוויון של קבוצות אוכלוסייה שאינן משרתות בצבא (ערבים, חרדים).³⁴ עוד ניתן לטעון כי השיח בדבר שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי מתנה למעשה את שילובם של אנשים עם מוגבלויות בחברה בכיצוע שירות צבאי, בין שהם מסוגלים או רוצים לבצעו ובין שלא. הוא מחזק את עליונות הנכים "הצבאיים" – נכים שנכותם נגרמה תוך כדי השירות

³² ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי", לעיל ה"ש 28, בעמ' 300.

³³ שם, בעמ' 300-301. ראו גם הערתה של פרנסיס רדאי שלפיה "השירות הצבאי נחשב לאמת-מידה מרכזית המעניקה זכות לחברות בקהילה הסוציו-פוליטית הישראלית. מכאן חשיבותו המכרעת של השירות בצבא בעיצוב זהות אזרחית ובמתן לגיטימציה לדרישות לא-פורמליות של קבוצות שונות לקבל משאבים חברתיים". "הצבא – פמיניזם ואזרחות" פלילים ט 185, 196 (2000).

³⁴ ראו חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים ט 53, 61-66 (2000). (המאבק הפמיניסטי לשילוב נשים בצבא מחזק את השדה הצבאי כשדה דומיננטי והופך את הנרטיב שלפיו השירות הצבאי הוא כרטיס הכניסה לאזרחות שווה, לאמונה חברתית ופוליטית שאין מערערים עליה). לטענות דומות נגד המאבק לשוויון זכויות להומוסקסואלים ולסביות בשירות הצבאי ראו אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" פלילים ט 95, 174-180 (2000).

הצבאי ועקב השירות הצבאי, או נכים המשרתים בצה"ל על אף נכותם – על פני נכים אחרים.³⁵

עם זאת, בשל מעמדו הרם של השירות הצבאי בחברה הישראלית והשפעתו עליה, אין חולק בדבר חשיבותה של הטמעת תפיסה שוויונית הקוראת להכללת אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.³⁶ מתוך תפיסה זו בדבר חשיבותו של השירות הצבאי והדרת אנשים עם מוגבלויות מסוימות ממנו תבחן רשימה זו את טעמי הבריאות לפטור מן השירות הצבאי לאורך השנים ואת התפיסה המשתקפת בהם בנוגע לאנשים עם מוגבלויות. בחינה זו תעשה שימוש בשיטה הביקורתית של ה-DLS (Disabilities Legal Studies), והפרק הבא יציג את עיקריה של שיטה זו.

ג. ביקורת ה-Disability Legal Studies – ביקורת המוגבלות³⁷

1. שלוש גישות בתפיסת המוגבלות: גישת הא-נורמליות; גישת שוויון הזכויות; גישת היחסים החברתיים

מרתה מינו (Martha Minow) מתארת בספרה Making All the Difference³⁸ שלוש גישות מובילות בתפיסת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. הגישה הראשונה היא הגישה המבחינה בין ה"נורמלים" לבין ה"לא נורמלים", לשיטתה – אנשים עם

³⁵ על מעמדם של נכי צה"ל והעדפתם ביחס לנכים אחרים ראו שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית – דילמות של מאבק לשינוי חברתי" העצמה במשפט 91 (מימי איזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

³⁶ בהקשר זה נטענת הטענה כי השיח בדבר שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי דורש למעשה מאנשים עם מוגבלויות להתאים את עצמם לסטנדרט של האנשים שאינם בעלי מוגבלות. להרחבה ראו ה"ש 57 להלן.

³⁷ תרגום המונח "Disability Legal Studies" ל"ביקורת המוגבלות" הוא של שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית – חסמים במימוש זכויות לאנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79, 94, ה"ש 4 (ג'וני גל ומימי איזנשטדט עורכים, 2009).

³⁸ MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (1990). לסקירת הגישות המתוארות בספרה של Minow ראו גם מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37 לעיל, בעמ' 92–94.

מוגבלויות. מאחר שאנשים עם מוגבלויות אינם בגדר ה"נורמה", הם מוגדרים ונתפסים בעיקר בהתאם למוגבלותם. הגישה השנייה היא גישת הזכויות, שקוראת לשוויון זכויות כלפי כלל האנשים בחברה, בעלי מוגבלויות ושאין בעלי מוגבלויות. עם זאת, בהתאם לגישה זו, אף כי הפרט עם המוגבלות הוא שווה זכויות, הרי שהקשיים הניצבים בפניו נובעים ממוגבלותו האובייקטיבית, ועליו למצוא את הדרך להתגבר עליהם. הגישה השלישית, גישת היחסים החברתיים (the social relations approach), רואה את המוגבלות כתוצר של הבנייה חברתית ואת הקשיים שבפניהם ניצב האדם בעל המוגבלות כתוצר של יחסים חברתיים ושל נורמות תרבותיות וחברתיות. בהתאם לכך, המוגבלות אינה נתפסת כפרי הטרגדיה האישית של האדם אלא כבעיה של החברה.

שגית מור מתארת את גישת היחסים החברתיים של Minow באשר לאנשים עם מוגבלויות וממקמת אותה במגמה רחבה יותר של ביקורת תפיסת המוגבלות.³⁹ מור מציינת כי בראשית שנות השמונים התגבשה תפיסת ה-Disability Studies הרואה במוגבלות "תוצר של יחסי כוחות חברתיים ולא נתון ניטרלי, אובייקטיבי".⁴⁰ מור מדגישה כי ביקורת המוגבלות יוצאת נגד התפיסה הרואה במוגבלות טרגדיה אישית ולא תופעה חברתית המושפעת מן האינטראקציה בין האדם לסביבתו. לדברי מור, "ביקורת המוגבלות מייחסת חשיבות רבה לאיתור, לזיהוי ולחשיפה של מערכת יחסי הכוחות, המזינה את התפיסה של מוגבלות כטרגדיה אישית וכמצב של נחיתות ופחיתות ערך. היא מראה, כי הטרגדיה היא יחס החברה המציבה מכשולים, הרואה במוגבלות נחיתות, ואשר אינה מייחסת ערך למי שאינו עומד בסטנדרטים צרים של פרודוקטיביות".⁴¹

נטע זיו מציינת כי בהתאם לגישה זו, מוגבלות "הינה הבניה חברתית, ולא תכונה מהותנית, והיא נקבעת בהבנת היחס שבין אדם לבין סביבתו, ולא במנותק ממנה".⁴² בהקשר זה מביאה זיו את סיפורה של הקהילה שהתגוררה במאה ה-18 בעיר Martha's Vineyard במדינת מסצ'וסטס בארצות הברית. אחוז החירשים בעיר היה גבוה ביותר, וכלל הילדים, לרבות הילדים השומעים, למדו את שפת הסימנים נוסף

39 שם, בעמ' 93-94.

40 שם, בעמ' 94.

41 שם.

42 נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות - בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 813, 818 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

לאנגלית. כתוצאה מכך הייתה שפת הסימנים ה"נורמה" ונתפסה כטבעית וכמובנת מאליה, וחירות נתפסה כרגילה וכנורמלית.⁴³

2. השפעת הגישה הפמיניסטית על ה-DLS

מור עומדת על כך שלתיאוריה הפמיניסטית תרומה ניכרת לביקורת לימודי המוגבלות בחשיפת ההנחות הסמויות שבשיח הזכויות ויחסי הכוח המעצבים את המוסדות ואת המוצרים החברתיים, ובהצמחת תפיסות חלופיות.⁴⁴

כך, גישת הפמיניזם התרבותי חשפה כי השיח הליברלי של שוויון הזכויות הוא שיח אטומיסטי הבוחן כל פרט בודד לעצמו, באופן התואם הנחות גבריות של אינדיווידואליות, של רציונליות ושל אי תלות.⁴⁵ קרול גיליגן הדגישה כי שיח זה אינו תואם את התפיסה הנשית המבוססת על מערכות יחסים והממקמת את הפרט בהקשרים של קשר ודאגה לזולת.⁴⁶ ואמנם, גישת שוויון הזכויות לאנשים עם מוגבלויות מבוססת על תפיסה ליברלית אטומיסטית, שלפיה אדם בעל מוגבלות זכאי לזכויות שוות לאלו של מי שאינו בעל מוגבלות. גישה זו, כאמור, אינה בוחנת את החסמים החברתיים למימוש זכויות אלו, ולכל היותר רואה בהם בעיה אישית טרגית שעל הפרט להתמודד עמה בעצמו. גישת הפמיניזם התרבותי תורמת ל-DLS לא רק בחשיפת החולשה של גישת שוויון הזכויות, כי אם גם בהצמחת חלופה לשיח הליברלי-אטומיסטי. דומה כי בחינת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות מתוך תפיסה שלפיה יחסים חברתיים מבוססים על יחסי תלות ודאגה לזולת, עשויה להביא להעצמתן.

בהתאם לגישת הפמיניזם הרדיקלי, גישת שוויון הזכויות מתעלמת מכך שהמוסדות החברתיים הקיימים מבוססים על הנחות יסוד גבריות, והדגם הסמוי

⁴³ שם (מפנה ל- NORA ELLEN GROCE, EVERYONE HERE SPOKE SIGN LANGUAGES: HEREDITARY DEAFNESS ON MARTHA'S VINEYARD (1985); Mary Ellen Maatman, *Listening to Deaf Culture: A Reconceptualization of Difference Analysis Under* (Title VII, 13 HOFSTRA LAB. L.J. 269, 337 (1996).

⁴⁴ ראו SUSAN WENDELL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY (1996).

⁴⁵ קרול גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995).

⁴⁶ שם.

להשוואה הוא דגם גברי. כתוצאה מכך נשים נאלצות להתאים את עצמן למוסדות חברתיים שנבנו מנקודת מבט גברית בלבד, ושוני נשי מובהק (למשל היריון) נתפס כחריג שלא ניתן להתייחס אליו לעצמו.⁴⁷ בדומה לכך, הראתה Minow כי שיח הזכויות של אנשים עם מוגבלויות מבוסס על גישת ה"א-נורמליות". גישת הזכויות רואה במוגבלות שוני שהוא בעייתו של הפרט: על הפרט בעל המוגבלות להתאים עצמו למוסד החברתי, להתגבר על המוגבלות ולהשוות עצמו ככל שניתן (למשל באמצעים שיקומיים) למי שאינם בעלי מוגבלות. גישה זו מתעלמת מכך שהדגם הסמוי להשוואה הוא מי שאינו בעל מוגבלות.

3. מעמדו של ההיבט הרפואי בביקורת לימודי המוגבלות

המצדדים בגישת היחסים החברתיים מבקרים את הדומיננטיות הרפואית בתפיסת המוגבלות המסורתית. נטע זיו מבהירה כי הגישה המסורתית עוסקת במוגבלות בעיקר מנקודת המבט של תחומי הידע הרפואיים-טיפוליים הן באמצעות אבחון הבעיה וסיווגה לפי תחומי הטיפול הרפואי המקובלים (רפואה, פסיכולוגיה, פסיכיאטריה, עבודה סוציאלית), הן בהגדרת אנשים עם מוגבלויות בהתאם למוגבלותם (נכות פיזית, חירשות, עיוורון, מחלת נפש וכדומה).⁴⁸ מייקל אוליבר (Michael Oliver) מבקר בחריפות את הגישה המסורתית ומציין כי רופאים ובעלי מקצועות רפואיים הכתיבו שיח מקצועי, מדעי ואובייקטיבי לכאורה שלא אפשר לאנשים עם מוגבלויות להשמיע את קולם ולהטמיע בשיח את חוויותיהם.⁴⁹ לדבריו, התפיסה המסורתית-רפואית של המוגבלות מכילה היבט יחיד ומצומצם יחסית של אנשים עם מוגבלויות – הוא ההיבט הרפואי – בלי להביא לידי ביטוי את ההיבט החווייתי-האישי. בהתאם לכך, גם הפתרונות המוצעים הם פתרונות רפואיים-שיקומיים בלבד. לעומת זאת, גישת היחסים החברתיים, לדברי אוליבר, מעתיקה את ההתמקדות מהליקוי הרפואי למוגבלות, קרי: למגבלות שמשתנה החברה על אנשים עם מוגבלויות, ושאינן מאפשרות את שילובם המלא בחברה.⁵⁰ גישת היחסים החברתיים, כאמור, מדגישה את

⁴⁷ קתרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה (דפנה ברק-ארו עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005).

⁴⁸ זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 815-816.

⁴⁹ MICHAEL OLIVER, THE POLITICS OF DISABLEMENT (1990); MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE (1996).

⁵⁰ שם.

ההבחנה בין ליקוי (impairment) למוגבלות (disability) ורואה באנשים עם מוגבלויות מופלים לרעה על ידי החברה בשל מוגבלותם ומחמת חוסר הנכונות של החברה להתאים את עצמה אליהם.⁵¹

בהקשר זה ראוי לעמוד על כך שהדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים (שמייקל אוליבר מייצג במידה רבה) מוסיף נדבך נוסף לגישת היחסים החברתיים שהוצגה לעיל.⁵² הדגם הבריטי מרחיק עוד יותר ומגדיר את המוגבלות כסוג של דיכוי חברתי ממש (oppression), ולא פגם פיזי או בריאותי. הוא קובע הבחנה ברורה בין הפן הביולוגי לפן החברתי.⁵³ תרומתו של המודל הבריטי לתפיסת המוגבלות ניכרת בשני היבטים עיקריים: האחד, המודל מצביע על כך שהפתרון למצב הוא בהסרת חסמים חברתיים ולא בשיקום רפואי. השני, יש בו בשורה משחררת בעבור אנשים עם מוגבלויות שכן האשמה למצב שבו הם נתונים, אינה בהם (בגופם או בנפשם), כי אם בחברה. הסתת הדגם מהמוגבלות לצורך בהסרת החסמים החברתיים תרמה במידה רבה לשיח בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות בבריטניה.⁵⁴

בשנים האחרונות נשמעו קולות ביקורתיים נגד הדגם הבריטי וקריאה להתמתנות בגישת היחסים החברתיים ששלטה בכיפה בבריטניה.⁵⁵ כך, שייקספיר ווטסון טוענים

51 Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?*, in EXPLORING THEORIES AND EXPANDING METHODOLOGIES 9 (Sharon N. Barnartt & Barbara M. Altman eds., 2001)

52 הדגם הבריטי לגישת היחסים החברתיים נקרא The Social Model של ויקטור פנקלשטיין, הוא צמח בכתביהם של כותבים בריטים בתחום, ובעיקר מייקל אוליבר. ראו Vic Finkelstein, *To Deny or Not to Deny Social Disability*, in HANDICAP IN A SOCIAL WORLD 34 (Ann Brechin et al. eds., 1981); COLIN BARNES, *DISABLED PEOPLE IN BRITAIN AND DISABILITY*, OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY ;DISCRIMINATION (1991) לעיל ה"ש 49.

53 לעיון בדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים ראו OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY, לעיל ה"ש 49.

54 להסבר על ההבחנה בין הדגם הבריטי לדגם האמריקני בהקשר של תפיסת המוגבלות ושל גישת היחסים החברתיים, לתרומתו של הדגם הבריטי ולחסרונותיו ראו Shakespeare & Watson, לעיל ה"ש 51.

55 שם. ראו גם ביקורתה של לזו קרואו, הטוענת כי גישת היחסים החברתיים מתעלמת מהליקוי הפיזי. לדבריה, לא ניתן לראות בליקוי דבר "ניטרלי". קרואו מציינת כי גם לאחר הסרת חסמים חברתיים יישאר המאבק בקושי שמעורר הליקוי הפיזי. התעלמות מהליקוי מביאה לכך שהחוויות הקשורות בליקוי מושקטות: ההתמודדות עם הכאב, החשש להורישו לילדים, הרצון לרפאו, החשש מהתגברות הייסורים, החשש ממוות

כי אף שהדגם הבריטי נשא בחובו בשורה משחררת לאנשים עם מוגבלויות ותרם למאבקם החברתי, הרי שהדגם מיצה את עצמו ויש להחליפו. לגישתם, הדגם הבריטי הוא דיכוטומי מדי: הוא משקף ראייה של שחור או לבן, והתעלמותו מהליקוי הבריאותי כמוה כהתעלמות מהבדלים בין המינים בגישה הפמיניסטית הקלסית. לצורך הדוגמה מציינים שייקספיר ווטסון כי לכאורה, בהתאם לדגם הבריטי, ניתן לטעון כי ספורט הריצה מפלה אנשים עם מוגבלויות פיזיות בכך שאינו מאפשר להם לרוץ. בהקשר זה הם מביאים גם את דבריו של אברלי (Abberley), המציין כי אף שנשקיע בהסרת חסמים חברתיים בתעסוקה, תמיד יהיו אנשים שמוגבלותם לא תאפשר להם לעבוד.

לאור זאת טוענים שייקספיר ווטסון כי יש צורך בדגם מורכב יותר המשלב את שני הפנים של המוגבלות: ההבניה החברתית שלה וזיקתה לליקוי, והמאתר פתרונות הן במישור הסרת החסמים החברתיים והן במישור הרפואי-שיקומי-אישי. שייקספיר ווטסון מציינים גם כי יש חשיבות למתן ביטוי לפן הרפואי-פיזי של המוגבלות כך שניסיונותיהם, חוויותיהם וקשייהם של אנשים עם מוגבלויות שונות יבואו לידי ביטוי מיטבי ומסוים.

שייקספיר ווטסון מציעים לחשוב על תיאוריה שתכיל את הניסיון של אנשים עם מוגבלויות בכל ההיבטים: פיזיים, פסיכולוגיים, חברתיים, תרבותיים ופוליטיים. הם ממליצים שלא לנסות לנקוט גישה קוטבית (רפואית או חברתית), שכן מדובר בהיבטים שונים של אותה חוויה או במקומות שונים על פני רצף תפיסת המוגבלות. הם מזכירים שהביקורת כלפי התפיסה הרפואית נובעת בעיקר מכך שאדם בעל מוגבלות הוגדר באמצעות המוגבלות. ניתן שלא לאמץ נקודת מבט צרה זו, גם בלי להצטמצם לראיית החסמים החברתיים באופן בלעדי. עוד הם מציעים לבחון מתי נכון

מוקדם, האבל על פעילויות שאיננו מסוגלים לבצע עוד, ההתמודדות עם דיכאון, עם עייפות ועם כאב ועוד. קרואו עומדת על כך שניתן להבין את החשש מהכרה בליקוי, שכן בעבר הוגדרו אנשים עם מוגבלויות על פי הליקוי. אולם כיום, לדבריה, ניתן להגדיר מחדש את מושג הליקוי – ראשית בהכרה בעצם קיומו – ללא פרשנות רפואית או חברתית מוטה. קרואו מציעה להכניס לגישת היחסים החברתיים את הליקוי ואת החוויה הסובייקטיבית שחווים אותו-אנשים עם מוגבלויות. Liz Crow, *Including All of Our Lives: Renewing the Social Model of Disability*, in *EXPLORING THE DIVIDE* 55 (Colin Barnes & Geof Mercer eds., 1996). ראו גם ביקורתה של Morris על חוסר הביטוי המספיק לחוויותיהן של נשים עם מוגבלויות: JENNY MORRIS, *PRIDE AGAINST PREJUDICE* (1991).

יותר לנקוט התערבות חברתית כוללת נגד הפליה, למשל, ומתי יש צורך בבחינה רפואית או פרטנית. שייקספיר ווטסון מדגישים את הצורך להיזהר מהכללות יתר ומיישום של סיווגים על מקרים ספציפיים. לדעתם, יש לבחון את המקרים המסוימים לפי נסיבותיהם.⁵⁶

4. בחינת הכשירות הרפואית לשירות צבאי לאור גישות לימודי המוגבלות

כאמור, רשימה זו תנתח את הכשירות הרפואית לשירות ואת שאלת שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות חובה לפי גישות לימודי המוגבלות. בהקשר זה ניתן לטעון כי המאבק על שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי הוא מאבק של "שוויון זכויות" המתעלם מכך שהדגם הסמוי להשוואה הוא הדגם של הבריאה בגופו ובנפשו, כפי שעוד יודגם להלן. לפיכך ניתן לומר כי השיח בדבר שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי אינו מאפשר תפיסת מוגבלות מתוך גישת היחסים החברתיים. בהתאם לתפיסה הרדיקלית, אין להיאבק על השתייכות למוסד חברתי מוטה (הצבא המעדיף את הבריאים). יש לאתר או לבנות מחדש מוסד חברתי-תרבותי אחר שבאמצעותו יתבצעו השינויים החברתיים ושעל ידיו ניתן יהיה לקיים הכללה מהותית אמתית של אנשים עם מוגבלויות בחברה. עם זאת, במציאות השוררת בחברה הישראלית נראה כי לא ניתן להתעלם מחשיבותו של השירות הצבאי כמוסד חברתי, ממשמעותו עבור אנשים ובהם אנשים עם מוגבלויות, ומרצונם של פרטים רבים לממש את זכותם האזרחית ליטול בו חלק.⁵⁷

⁵⁶ ראו גם תשובתו של מייקל אוליבר למבקרים. עולה ממנה כי, לדידו, הדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים נועד לתאר את החסמים החברתיים של אנשים עם מוגבלויות, ולא למצות את החוויה הכוללת של אנשים בעלי מוגבלויות. לכן, לדעתו, לצד מודל זה ניתן להצמיח תיאוריות אישיות של תפיסת המוגבלות ותיאוריות חברתיות של הליקוי הרפואי. לדבריו, מכלול התאוריות יבנה את התיאוריה החברתית הכוללת של המוגבלות. נראה כי הוא מכיר בחסרונות של הדגם, ותשובתו מתמקדת במיקומו של הדגם החלופי לצד הדגם הקיים ולא כחליף לו. Mike Oliver, *Defining Impairment and Disability: Issues at Stake*, in *EXPLORING THE DIVIDE* 29 (Colin Barnes & Geof Mercer eds., 1996).

⁵⁷ לטענות נגד הדומיננטיות של השיח הצבאי כשדה למאבק על הזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלויות ראו ה"ש 34–36 לעיל והכתוב לידן.

כדי לבחון את סוגיית הפטור משירות חובה שניתן לאנשים עם מוגבלויות, במשקפי ביקורת המוגבלות, נתאר תחילה את הרקע ההיסטורי של הכשירות הרפואית לשירות צבאי. בהתאם לגישת ביקורת המוגבלות, נחשוף את האינטרסים ואת הנורמות החברתיות-תרבותיות שעמדו בבסיס קביעת המבחנים הרפואיים לשירות. כפי שנראה להלן, אין מדובר במבחנים רפואיים אובייקטיביים רפואיים גרידא, אלא גם בתוצר תרבותי-היסטורי המשקף את ערכי התקופה. בהמשך נעמוד גם על השינויים שחלו בכשירות הרפואית לשירות ובתפיסת המוגבלות הבאה לידי ביטוי בה. לקראת סיום הרשימה נבחן כיצד הדיון בגישות לימודי המוגבלות עשוי לתרום לבחינת הדגם הראוי לקביעת הכשירות הרפואית לשירות.

ד. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית ובחינה ביקורתית במשקפי ביקורת המוגבלות

1. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית

המיון הרפואי הצבאי החל עוד טרם קום המדינה וטרם ייסודו של צה"ל.⁵⁸ בתחילת שנות הארבעים פרסם הצבא הבריטי תקנות לגיוס ולארגון חיילים מארץ ישראל, שכללו את כשירותו הרפואית של המתגייס. המיון הרפואי נערך בלשכת הגיוס של הצבא הבריטי בצריפין ובוועדת ההתגייסות של הסוכנות היהודית.⁵⁹ בשנת 1947 הוקמו 11 לשכות גיוס בכל הארץ, ובהן מוינו המתגייסים על פי סוגי בריאות. לכל סוג בריאות נקבע כרטיס בצבע אחר: אדום לשירות מלא בפלמ"ח או בנוטרות; ירוק לשירות חלקי בחיל השדה; כחול לשירות חלקי בחיל הים; אפור לשירות הציבורי; לבן לפטור משירות.⁶⁰

בשנת 1948 החלו למיין את המתגייסים בשיטת הסרט הנע (chain system of physical examination), שהועתקה מהצבא הבריטי. בהתאם לשיטה זו, מוסדו שתיים עשרה תחנות בדיקה, ובכל אחת מהן נערכה בדיקה מוגדרת (לחץ דם, אף-אוזן-

⁵⁸ לסיכום תמציתי ומאלף של תולדות המיון הרפואי הצבאי ראו אפק ואח', לעיל ה"ש 12.

⁵⁹ ברוך הורוויץ "כל העם חזית" – השירות הרפואי הצבאי בארץ-ישראל מראשיתו עד מלחמת העצמאות 1911–1947 כרך ב 227 (2000).

⁶⁰ אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 28. מעניין לציין כי הצבע הלבן נקשר באנטי-מלחמתיות. הדגל הלבן מסמן את הכניעה, ונוצה לבנה מסמלת פחדנות (בהקשר של אי גיוס לצבא או למלחמה).

גרון, בית חזה וכו').⁶¹ המתגייסים סווגו בהתאם לסוגי כושר אלה: "א – טוב לכל שירות, ב – טוב לשירות בקווי תחבורה ובבסיסים – לא מתאים ליחידות קרב. ג – בלתי מתאים לשירות בכוחות הבטחון, אבל מתאים לשירות בכוחות עזר ד – אינו מתאים לשום שירות".⁶² בשיטה זו לא הייתה התייחסות מיוחדת לבעיות נפשיות, וכתוצאה מכך גויסו לצה"ל חיילים רבים שלא התאימו למסגרת הצבאית.⁶³

בשנת 1948 הוגדרו סוגי הבריאות מחדש, ונוספו תתי סעיפים לסוג הבריאות "ב". כך, למשל, נקבע סוג ב' – 2 "מצב הבריאות טוב בהחלט פרט לרגליים שטוחות". סוג ב' – 6 קבע "מצב בריאותי תקין חוץ משמיעה לקויה – עליו לשמוע פקודות הניתנות בקול רם במרחק של לפחות 5 מטר", ועוד.⁶⁴

בשנת 1949 התריע ראש אכ"א על "ריבוי מקרים' בהם שלחו מפקדים חיילים לבדיקות רפואיות לשם קביעת סוג בריאות נמוך' מתוך רצון להיפטר מחיילים אלה ולשלחם מיחידותיהם".⁶⁵ דניאל נדב עומד על מכשלה חמורה יותר, והיא התעלמותם של מפקדים מהחלטות ועדות רפואיות. נדב מביא את עניינו של חייל שנשלח לקרב ושנפצע שבוע לאחר שוועדה רפואית קבעה כי יש לשחררו משירות בשל בריאות לקויה.⁶⁶ בעקבות הליקויים שנתגלו בשיטת המיון הרפואי, וכחלק מההתארגנות של צה"ל בשנת 1950 פורסמו "התקנות לקביעת סוגי בריאות לפי מבחני כושר רפואי".⁶⁷ בהתאם לכך, סוג הבריאות של האדם נקבע כאחד מאלה: כושר קרבי לסוגיו (כ"ק 1, 2 ו-3); כושר לא קרבי (כ"ל); כושר מוגבל (כ"מ); בלתי כשר תמידי (בכ"ת); דחוי מסיבת מחלה (ד'). מעניין לציין כי בטבלה נכללו גם אחוזי הנכות וכושר עבודה.⁶⁸

61 שם, בעמ' 59.

62 שם.

63 דניאל נדב לבן וחאקי – תולדות חיל הרפואה בין השנים 1949–1967 40 (2000).

64 הורוויץ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 237, ה"ש 21.

65 נדב, לעיל ה"ש 63, בעמ' 40.

66 שם.

67 הנחיית ענף מיון רפואי 001-01 "התפתחות המיון הרפואי בצה"ל" 1. לא ברור מדוע ניתנה לספר הפרופילים כולו הכותרת "תקנות" בעוד שרק החלק המתיחס לאי הכשירות הקבועה או הארעית, נקבע בתקנות.

68 נדב, לעיל ה"ש 63, בעמ' 41. כיום נשמרת הפרדה בין סעיפי הליקוי של המיון הרפואי הצבאי שנועדו לצורכי השיבוץ בצה"ל לבין קביעת אחוזי נכות וכושר עבודה לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959, ולפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. הפרדה זו חשובה ביותר שכן תכלית הקביעה הרפואית

בשנות החמישים הלכה והשתכללה שיטת המיון הרפואי הצבאי: בשנת 1951 עוגנה עבודת הוועדות הרפואיות בסעיף 5 לחוק שירות בטחון, התש"ט-1949; בתחילת שנות החמישים גובשה שיטת הפרש"נית כדי לסייע לשלישים להבין את השלכות מצבו הבריאותי של החייל על שיבוצו. "הפרשנ"ית" מייצגת בראשי תיבות את תחומי המחלות: פ' – מצב פיזי, ר' – ראייה, ש' – שמיעה, נ' – נפש, י' – ידיים, ת' – גפיים תחתונות. וחומרת הליקוי צוינה בספרות 3-8. אולם שיטה זו הייתה מורכבת מדי מכדי לתת מענה לגיוס המוני.⁶⁹

בשנת 1956 הונהגה שיטת הפרופיל הרפואי הקיימת עד היום: נקבע פרופיל רפואי במספרים שרירותיים מ-21 ל-97. פרופיל 97 מציין את דרגת הכשירות לשירות הגבוהה ביותר, ואילו 21 מציין אי כשירות קבועה לשירות.⁷⁰ נזכיר כי אי הכשירות לשירות והמבחנים הרפואיים המרכיבים אותה מעוגנים בחוק ובתקנות. המדרגים השונים של הכשירות לשירות ביטחון והמבחנים הרפואיים המרכיבים אותם לא פורטו בתקנות, כי אם בספר הפרופילים שהוציאה מפקדת קצין הרפואה הראשי. ספר הפרופילים הראשון פורסם בשנת 1961⁷¹ תחת השם "התקנות לקביעת כושר בריאות".

לאורך השנים נערכו תיקונים שונים בתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות ביטחון.⁷² בשנת 1963 נערכה במפקדת קצין הרפואה הראשי עבודת מטה בשל תופעת

בשני המקרים היא שונה: במקרה הראשון התכלית היא המיון הרפואי הצבאי, כלומר קביעת השיבוץ בתפקיד צבאי הולם מתוך ראיית צורכי הצבא בתכנון ובשיבוץ כוח אדם ובהתחשב בבריאות החייל ובמניעת נזק בריאותי לו. לעומת זאת במקרה השני התכלית היא סוציאלית – שיקומית וכלכלית, קרי: תמיכה בנכים ובמחוסרי כושר עבודה. כן ברי כי אמות המידה הרפואיות לבחינת יכולתו של אדם לשרת בתנאים צבאיים, שונות בהכרח מאמות המידה לקביעת נכותו התפקודית של אדם ויכולתו לעבוד בסביבה אזרחית.

⁶⁹ אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 29. שיטה זו גם פוגעת בפרטיותם של החיילים שכן יש בה כדי לציין בפני השליש את סוג הבעיה הרפואית שממנה סובל החייל.

⁷⁰ שם.

⁷¹ שם.

⁷² התיקונים לתקנות שירות ביטחון התפרסמו במקומות הבאים: ק"ת התש"ל 468; 1264; ק"ת התשל"א 1491; ק"ת התשל"ג 837; ק"ת התשל"ו 2708; 2709; ק"ת התשל"ו 433; ק"ת התשל"ח 458; 900; ק"ת התש"ם 785; ק"ת התשמ"ב 191; ק"ת התשמ"ג 698; ק"ת התשמ"ד 201; 1112; ק"ת התשמ"ה 466; ק"ת התשמ"ו 798; 1112; ק"ת התשמ"ז 1345; ק"ת התשמ"ח 249; ק"ת התשמ"ב 740; 1194; ק"ת התשמ"ג 34; 870; 1147; ק"ת

אי הכשירות לשירות צבאי, ובמיוחד לשירות ביחידות הקרביות.⁷³ במהלך עבודת מטה זו נבחנה גם חלופה להעלאת סף הכשירות לגיוס באופן ניכר. אולם חלופה זו נדחתה שכן לא היה בה כדי לתרום להעלאת הגיוס ליחידות הקרביות, היה בה כדי לפגוע ביכולת הגיוס של בעלי המקצועות הטכניים, והתעורר חשש מפני פגיעה אפשרית באתוס "צבא העם".⁷⁴ חלופה אחרת הייתה הגמשת אמות המידה לגיוס ליחידות שדה באופן ניכר, וזו נדחתה מחשש לפגיעה בבריאותם של המתגייסים. החלופה שנבחרה כללה שינויים מתונים יותר באמות המידה הבריאותיות לגיוס ליחידות קרביות.⁷⁵

בשנת 1970 תוקנו שוב התוספות לתקנות שירות ביטחון תיקון מקיף. לדברי אפק וגורדון, המגמה העיקרית הייתה קליטת חיילים בעלי בעיות בריאותיות שונות במקצועות הסיוע והשירותים.

בשנת 1996 נערכה עבודת מטה מקיפה לבחינה מחודשת של סף הכשירות לשירות ושל ספר הפרופילים הצבאי. קצין הרפואה הראשי אז, ד"ר יהושע (שוקי) שמר, הקים 21 ועדות נושאות לבחינת שאלת הכשירות לשירות צבאי בתחומים רפואיים ספציפיים, ובהן כיהנו רופאים מומחים בכירים בתחום. עם תום עבודת המטה תוקנו התוספות לתקנות וספר הפרופילים בדרך של הסטת המוקד מהאבחון הרפואי ליכולת התפקודית של המתגייס.

בשנת 2000 תוקן חוק שירות ביטחון ועוגן סוג חדש של כשרות לשירות: "כשר לשירות בתנאים מיוחדים".⁷⁶ ועדה רפואית הוסמכה לקבוע כי בעל מקצוע נדרש (למשל רופא או מהנדס) שנקבע כי הוא בלתי כשר לשירות, הוא למעשה "כשר לשירות בתנאים מיוחדים" לאחר שנקבעו תנאים מוגנים לשירותו.⁷⁷

התשנ"ד 883; ק"ת התשנ"ה 1186; ק"ת התשנ"ו 1324; ק"ת התשנ"ז 78; ק"ת התש"ס 918; ק"ת התשס"א 474; 1012; ק"ת התשס"ב 608; ק"ת התשס"ג 1000; ק"ת התשס"ד 716; ק"ת התשס"ה 950; ק"ת התשס"ח 592; 662; 1241; ק"ת התש"ע 1509; ק"ת התשע"א 265; ק"ת התשע"ד 1080; 1189.

אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 30.

שם.

שם. נזכיר גם כי שינוי אמות המידה הבריאותיות ליחידות שדה, להבדיל מאמות המידה הבריאותיות לגיוס, אינו דורש תיקון תקנות, כי אם תיקון "ספר הפרופילים" הצבאי בלבד.

ס' 5(ג) לחוק שירות ביטחון.

על כשרות לשירות בתנאים מיוחדים ראו הכתוב ליד ה"ש 116–117 להלן.

ככלל, וכפי שאראה להלן, נראה כי עד לשנות האלפיים התבסס סף הכשירות הרפואית לשירות על מודל החייל הלוחם בעל "הגוף הנבחר". עם זאת, ניתן לראות מגמה של העלאה של סף הכשירות והתגמשות מסוימת בעניין דמות החייל הכשיר לשירות צבאי, ומעבר מבחינה רפואית המוכוונת למצב רפואי לבחינה רפואית של תפקודו של אדם ושל תרומתו האפשרית לשירות. במובן מסוים ניתן לומר כי תפיסת המוגבלות בשירות הצבאי "התרככה" מתפיסה הרואה במוגבלות משום א-נורמליות והמגדירה את האנשים בהתאם למוגבלותם, לתפיסה גמישה יותר, תועלתנית, הבוחנת את המוגבלות לפי מבחנים של יצרנות. עם זאת, קשה לראות בכך שינוי של ממש בדמות החייל הכשיר לשירות צבאי ובתפיסת מקומם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

כפי שאראה להלן, השינויים החשובים החלו בשנות האלפיים בקביעת סיווג חדש לאנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות הנדרשים לצבא, ובהעלאת סף הכשירות לשירות בתחומים שבעבר נחשבו "טאבו" בכל הנוגע לגיוס חובה לשירות צבאי (למשל פסיכיאטריה).

2. דמות החייל עם הקמת המדינה

עם הקמתה של מדינת ישראל ביקשה החברה הישראלית לברוא דמות חדשה של צבר בעל כושר גופני וצבאי ולהתנער מדמות היהודי הגלותי, החולה והחלש. כחלק מניסיון זה טבע נורדאו את המונח "יהדות השרירים" וקרא ל"גברים עמוקי-חזה, דרוכי-אברים, עזי-מבט".⁷⁸ מיכאל גלזמן מציין כי "הגוף הגברי הפך לנושא מרכזי בספרות העברית בהשפעת השיח הלאומי האירופי שהציב את הגוף כסמל של האומה",⁷⁹ וכי הרצל ונורדאו יצרו קשר הדוק בין הלאומיות והגוף היהודי החדש, כך ששיקום הגוף היהודי הפך לגורם עיקרי בבניית האומה.⁸⁰

מור מציינת כי הציונות ראתה את הנכות באור שלילי, ככרוכה בחוסר יצרנות, בעולם שבו ערך העבודה היה ערך עליון.⁸¹ ששון-לוי מזכירה את המקורות האנטישמיים של תפיסת היהודי כחולה וכבעל מום, לצד נשים, צוענים

⁷⁸ מאכס נורדאו "יהדות השרירים" כתבים ציונים ספר א 187, 187 (1954).

⁷⁹ הגוף הציוני – לאומיות, מגדר ומיניות בספרות העברית החדשה 14 (2007).

⁸⁰ שם, בעמ' 19–20.

⁸¹ מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 119.

והומוסקסואלים, שכנגדם התפתח דימוי הגוף החזק והגברי כסמל לאומה האירופית.⁸² מור ווייס עומדות על כך שלדמות "היהודי החדש" כבעל גוף גברי, בריא ושלם היתה השלכה ניכרת על תפיסת אנשים עם מוגבלויות בחברה הישראלית.⁸³

בבחינת דימוי הגוף באתוס הצבאי נראה כי דמות "היהודי החדש" כבעל גוף גברי, בריא וחזק מתעצמת, שכן הישגיו של החייל הם הישגים פיזיים באימונים ובשדה הקרב. כך, ציין דוד בן-גוריון כי לצבא תפקיד של –

גורם מחנך, מעלה ומבריא... מכוון לקראת העלאת מעמדו הגופני, התרבותי והמוסרי של הנוער. צרכי הבטחון שלנו, וגם צרכי בנין אומתנו, לא יבואו על סיפוקם, אם הצבא לא ייהפך לבית-יוצר של נוער חלוצי לוחם, בריא בגופו ובנפשו, יוזם, עז-רוח וכשר-פעולה, קל-תנועה וחרוץ-עבודה, שלא יירתע מכל קושי ומכל סכנה. אסור לשכוח, שטרם היינו לעם נורמאלי...⁸⁴

הנקודה שבה נבחנת כשירותו הרפואית של מועמד לשירות הינה נקודה חשובה לבחינת דמות הגוף של החייל.⁸⁵ כך מציינת ששון-לוי:

הבעלות על גוף זכרי הייתה עד לא מזמן תנאי ראשוני להשתתפות בגבריות הקרבית. אולם לא כל גוף זכרי הוא גוף מתאים לגבריות הדומיננטית – עליו להיות גדול מספיק, חזק, בריא, עמיד ובעל כושר

⁸² ששון-לוי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 33 (מפנה ל- GEORGE L. MOSSE, THE IMAGE OF MAN: (THE CREATION OF MODERN MASCULINITY (1996)). ברי כי לשואה ולתפיסת הישראלים את פליטי השואה כמי שהלכו כ"צאן לטבח" היה חלק ניכר בעיצוב דמות היהודי הגלותי שממנו סלדו ושכנגדו ביקשו להציב את דמות הצבר החדש.

⁸³ מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 91, ה"ש 111; MEIRA WEISS, THE CHOSEN BODY: THE POLITICS OF THE BODY IN ISRAELI SOCIETY (2002). מאידה וייס מצביעה על כך שגם בהלכה נתפס בעל הנכות כפחות ממי שאינו בעל נכות. ווייס מציינת כדוגמה לכך את האיסור הקבוע במשנה על כוהנים שאצבעות ידיהם פגומות להשתתף בברכת הכוהנים. שם, בעמ' 88-90.

⁸⁴ ד"כ 2, 1338 (התש"ט) (ההדגשות הוספו).
⁸⁵ המיון הרפואי הצבאי טרם הגיוס או בתחילת הגיוס נתפס כחוויה חשובה גם בקולנוע וזכה להנצחה בסרטים כמו HAIR (United Artists 1979); אסקימו לימון – ספיחס (1982).

פיזי טוב. מכיוון שלא כל הזכרים ניחנו בגוף כזה, הצבא בוחן את המועמדים לגיוס על פי התאמתם למודל של "הגוף הנבחר", שלדברי מאירה וייס הוא גוף גברי, יהודי, בריא ושלם, ועל פיו מתעצבים ונשפטים גופים של ישראלים מרגע לידתם עד רגע מותם.⁸⁶

מעניין לציין כי קבוצות האוכלוסייה שאינן משרתות בצה"ל הן בעלות דימוי גוף שאינו תואם את "הגוף הנבחר". קבוצה אחת המסומנת כבלתי שייכת לשירות הצבאי היא קבוצת החרדים,⁸⁷ הנתפסים כממשיכים את מסורת היהדות הגלותית, שמשדרת חולשת גוף, העדפת הרוח על פני הכוח ודחיית תרבות מערבית "מודרנית" המקדשת את תרבות הגוף והכושר הגופני. גם הנשים, מטבע הדברים, רחוקות מדימוי הגוף הגברי. אף שנשים אינן פטורות משירות חובה לפי חוק שירות ביטחון, הרי שאחוזי הגיוס שלהן נמוכים ביחס לגברים ומרביתן אינן משרתות בתפקידים קרביים. קבוצות נשים ייחודיות זכאיות לפטור משירות חובה: נשים דתיות, נשים הרות, נשים נשואות, נשים שהן אימהות.⁸⁸ נראה כי דימוי הגוף של נשים אלו מתרחק מדימוי הגוף הגברי עוד יותר – הגוף הנשי במקרים אלה נתפס בזיקה לאחר (ילד, בעל), כמשרת תכלית

⁸⁶ ששון-לוי זהויות במדים, לעיל ה"ש 29, בעמ' 60. ששון-לוי מדגישה בעמ' 62 כי גם לאחר הגיוס ובמהלך השירות הגוף משמש אמצעי להפנמת התרבות הצבאית וערכיה ולגיבוש היחידה החברתית. בהקשר זה מזכירה ששון-לוי בעמ' 63 את טענת פוקו כי "המנגנון הצבאי... חוקר ולומד את גוף החייל ואז שובר אותו על מנת לבנותו מחדש בהתאם לצרכיו". MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISHMENT: THE BIRTH OF THE PRISON (Alan Sheridan trans., 1977) (1975) WEISS, THE PRISON (Alan Sheridan trans., 1977) לעיל ה"ש 83, מזכירה בעמ' 47–51 את המבחנים הגופניים השונים במהלך השירות: מבחני גבריות וחניכה כמבחנים צבאיים ביחידות הקרביות, מבחני כושר ליחידות מובחרות, גיבושים, זיבור, ענישה גופנית של חיילים ("טרטורים").

⁸⁷ כוונתי כמובן לחרדים הפטורים משירות צבאי בהתאם להסדר הידוע בכינוי "תורתו אומנותו" בהתאם לחוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד–2014, ס"ח 350.

⁸⁸ למעט נשים המשרתות בתפקיד צבאי שאליו התנדבו לפי ס' 16 לחוק שירות ביטחון. בהקשר זה מעניין לציין כי חיילות ששובצו בתפקידים "גבריים" בצבא ניסו להתאים את עצמן ל"גוף הגברי הנבחר". ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי", לעיל ה"ש 28, מתארת בעמ' 283–292 את פרקטיקת הזהות של חיילות בתפקידים גבריים ומביאה דוגמאות שונות שבהן חיקו חיילות דפוסי התנהגות, שפת גוף ושפה "גבריים".

לאומית (היריון) או דתית, והנחת היסוד היא, כי נשים ואימהות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת עם דימוי הגוף הצבאי.⁸⁹

מרשימת אמות המידה הבריאותיות הפוסלות שירות בצבא נראה כי הדגם שעמד לנגד המנסחים, היה גוף הגבר. כך, הקריטריונים הנשיים הייחודיים המתייחסים לגניקולוגיה צוינו בפריט האחרון ברשימת הקריטריונים בעוד שקריטריונים גבריים ייחודיים המתייחסים לאשכים או לשופכה ולערמונית ממוקמים במרכז הרשימה ומפורטים בכמה סעיפי ליקוי. נראה כי מאחר שהחייל הקרבי שימש דגם, בעיות נשיות ייחודיות מצויות בסוף הרשימה.⁹⁰

בדומה לכך, וכפי שעוד יפורט להלן, אנשים עם מוגבלויות המנויות בתקנות שירות ביטחון, נמצאים בלתי כשירים לשירות ולפיכך אינם מתגייסים. כאמור, גופם של אנשים עם מוגבלויות אינו תואם את מודל הגוף "הנבחר", הגוף השלם והחזק, בעל היכולת הפיזית.

אשר לנטייתו המינית של החייל, הרי שבחינת התוספות לתקנות שירות ביטחון מעלה כי הומוסקסואליות לא צוינה מפורשות בתוספות לתקנות שירות ביטחון כליקוי הפוטר משירות צבאי.⁹¹ לדברי דניאל נדב, בנובמבר 1961 סוכם כי הומוסקסואלים בשירות חובה יורחקו מיחידות מסווגות ומתפקידים מסווגים ויפנו לבדיקה

⁸⁹ על השתקפות הגוף הנשי בשיח הנלווה לדין הישראלי המסדיר את שירותן של נשים בעשורים הראשונים למדינת ישראל ראו יופי תירוש "אליס בארץ ה(ה)מראה: הרהורים על השתקפויות הגוף הנשי בשיח על שילוב נשים בתפקידי לחימה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 885 (דפנה ברק-ארז עורכת ראשית, 2007).

⁹⁰ יש מקום לבחון את תקנות שירות ביטחון משנות החמישים מנקודת מבט רפואית: האם קיימות בעיות רפואיות ייחודיות לנשים שלא ניתן להן מענה? הצורך בהתייחסות ייעודית לבעיות רפואיות המיוחדות לנשים באה לידי ביטוי במיוחד עם הרחבת היקף התפקידים הצבאיים המיועדים לנשים והתנדבותן לשירות קרבי, בהתאם לס' 16 לחוק שירות ביטחון. ראו ה"ש 139–140 להלן.

⁹¹ ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 34. מבדיקת עולה כי נושא קביעת אי כשירות לשירות בשל הומוסקסואליות עד לשלהי שנות השבעים ותחילת שנות השמונים אינו ברור לחלוטין. עד שנת 1973 כללה אגודת הפסיכיאטרים האמריקנית הומוסקסואליות ברשימת המחלות הפסיכיאטריות, ולכן ייתכן שפסיכיאטרים צבאיים עשו שימוש בסעיפי ליקוי נפשיים. שם, בעמ' 96. מבדיקה שערך גרוס עם פרופ' ערן דולב, קצין הרפואה הראשי לשעבר, עלה כי לכל המאוחר החל משנת 1979 לא נקבע סעיף ליקוי בגין הומוסקסואליות (הכוונה לסעיף ליקוי בתחום הכשירות לשירות), אף כי ייתכן שוועדות רפואיות קבעו בגינה סעיפי ליקוי אחרים. שם, בעמ' 140, ה"ש 162 להלן.

פסיכיאטרית או פסיכולוגית אשר על בסיסה יוחלט אם יושארו בשירות.⁹² עם זאת, כאמור, התוספות לתקנות שירות ביטחון אינן מתייחסות לכך, וייתכן שהיו מקרים שבהם פטרו ועדות רפואיות מן השירות הומוסקסואלים על סמך אמת מידה רפואית אחרת.⁹³ כיום, כמובן, אין שום התייחסות לכך בתקנות שירות ביטחון או בפקודות הצבא. מלכתחילה נקבע סף הכשירות הרפואית לשירות צבאי אל מול דמות הלוחם, ודגם החייל שעמד בבסיס הכשירות לשירות בשנים הראשונות לקיומו של הצבא, היה גבר וככל הנראה, גם הטרוסקסואל.

בעיות רפואיות שונות נכללו ברשימת הליקויים הפוסלים משירות, מכיוון שמי שהיה במצב בריאותי זה, בסבירות גבוהה לא היה מסוגל לשרת כלוחם. בחינת סף הכשירות הרפואית לשירות והשינויים שחלו בו לאורך השנים, מעלה כי עם קום המדינה, כאמור, היה הדימוי של הגוף הגברי החזק והשלם הדימוי השולט. ואולם דימוי זה עבר שינויים המשקפים את התמורות החברתיות בחברה הישראלית.

בפסקאות הבאות אביא כמה דוגמאות לתחומים רפואיים קונקרטיים שבהם ניתן לראות את דגם החייל שעמד בבסיס הכשירות הרפואית לשירות – הוא דגם החייל הלוחם. יתרה מכך, בדוגמאות אלו ניתן לראות את ההבניה התרבותית-חברתית שעיצבה את תפיסת החייל "בעל הגוף הנבחר".

(א) הזיקה בין יכולת הפעלת נשק לכשירות הרפואית

תחת המבחן הפונקציונלי של יכולת הפעלת נשק כלולות כמה אמות מידה בריאותיות. כבר בהתאם לתקנות שירות בטחון, התש"ט-1949, מומים שונים בגפיים העליונות, כגון העדר יד או אצבעות ביד,⁹⁴ הקנו אי כשירות לשירות,⁹⁵ ככל הנראה בהתבסס על

⁹² נדב, לעיל ה"ש 63, בעמ' 198. נדב מציין כי הדבר סוכם על דעתם של קצין רפואה ראשי, ראש אגף כוח אדם וראש ענף ביטחון שדה באמ"ן. באשר לאנשי קבע נקבע כי יותר החווה שלהם, למעט במקרים חריגים.

⁹³ על נשיותו של הגבר היהודי הגלותי ראו גלזמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 35-42; צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" משפטים על אהבה 173, 213-216 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, 2005).

⁹⁴ למשל פרטים 31, 32 לתוספת לתקנות שירות בטחון, התש"ט-1949, ק"ת 283, 292-293:

31. גפיים עליונות –

א. איבוד יד אחת.

כך שמי שאין לו יד או אצבעות ביד לא יוכל להפעיל נשק. הדבר מדגים כי המיון הרפואי הצבאי אכן התבסס על דמות חייל לוחם כדגם.

חרף השינויים החברתיים והטכנולוגיים שעבר השירות הצבאי בצה"ל, תפיסה זו נותרה בעינה גם בשנות התשעים. יתרה מכך, בשנת 1993 תוקנו התקנות והוספה לתוספת לתקנות אי יכולת להפעיל נשק כאמת מידה עצמאית ומוצהרת לקביעת אי כשירות לשירות.⁹⁶ אפק וגורדון מביאים את דעתו של ראש אגף כוח אדם בצה"ל בשנת 1993:

כל חייל חייב להיות מסוגל להגן על עצמו, כלומר לשאת נשק. חייל שאינו יכול להגן על עצמו, דהיינו אינו יכול לשאת נשק ולירות בו – לדברי ראש אכ"א – יוכל לשרת בצבא במעמד של מתנדב. במילים אחרות: חייל שאסור לו לירות ואינו מסוגל לעבור טירונות רובאי 01 או 02, צריך לקבל פרופיל 21.⁹⁷

לכאורה ניתן היה לצפות כי בשלב זה על רקע המודרניזציה של הצבא, השימוש הגובר בטכנולוגיה מתקדמת והעובדה שמרבית החיילים העורפיים אינם נושאים נשק באופן קבוע (למעט בקורסים, בתורנויות ובשמירות), לא תיחשב יכולת נשיאת נשק צבאי לאמת מידה הכרחית. יתרה מכך, שבע שנים לאחר מכן התקבל התיקון לחוק שירות

...
32. אצבעות היד –

- א. איבוד 4 אצבעות של היד הימנית.
- ב. איבוד כל אצבעות יד שמאלית.
- ג. איבוד שני האגודלים.
- ד. קשיון או כיווץ של האגודל הימני.
- ה. קשיון או כיווץ של 4 אצבעות ביד אחת.

⁹⁵ לשם הנוחות, בכל מקום שצוין "אי כשירות" או "בלתי כשר לשירות", הכוונה הן לאי כשירות והן לאי כשירות ארעית, אלא אם כן צוין מפורשות אחרת.

⁹⁶ תק' 1(4) לתקנות שירות ביטחון (תיקון), התשנ"ב-1992, ק"ת 740, 741 (הוספת פרט 72(ב) לתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון: "מצב רפואי שאינו מאפשר הפעלת נשק, ללא סיכויים להטבה").

⁹⁷ אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 35, הערת סיום 31.

ביטחון המאפשר לקבוע כשרות לשירות בתנאים מיוחדים לבעל מקצוע נדרש אף על פי שנמצא בלתי כשר לשירות מחמת אי יכולת להפעיל נשק.⁹⁸

אפק וגורדון מסבירים כי דרישת היכולת להפעיל נשק היא גם המקור לדרישת הגובה המזערי כסף הכשירות לשירות. הגובה היה אינדיקציה לאורכן של הזרועות, והדרישה לגובה מזערי נבעה מהצורך לשאת נשק ארוך ולדרוך אותו.⁹⁹ אפק וגורדון מזכירים כי רק בשנת 2004 הושמטה הדרישה האמורה, אף על פי שנשק מקוצר הוכנס לשימוש בצבא זמן רב קודם לכן.¹⁰⁰

לדברי אפק וגורדון, התפיסה הרואה ביכולת הפעלת נשק יכולת הכרחית, השתנתה בעת האחרונה וצה"ל בוחן כעת מחדש את היותה של אי הפעלת נשק אמת מידה פוסלת.¹⁰¹ שינוי זה בתפיסת המיון הרפואי הצבאי, אף על פי שטרם יצא מהכוח אל הפועל, מדגים את השינוי שחל בדגם החייל – לוחם נושא נשק אינו דגם החיילות הבלעדי.

(ב) מראה כללי, גובה ומשקל

אמות המידה הרפואיות הנוגעות למראהו של החייל ולדמותו כללו גם אמות מידה בתחום מראה העור. כך, בשנת 1949 צוינו אמות מידה רפואיות בתחום בריאות העור, כגון "צלקות מעוררות גועל".¹⁰² אמות מידה אלה הוסרו רק בשנת 1986 ומעידות,

⁹⁸ ס' 5 לחוק שירות ביטחון. ראו הכתוב ליד ה"ש 76. ראו גם חלק ב' לתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון, המונה את הפרטים לתוספת שבהתקיימם לא ניתן לקבוע כשרות לשירות בתנאים מיוחדים. ברשימה זו אינו נכלל פרט 153 לתוספת הראשונה ("מצב רפואי קבוע שאינו מאפשר הפעלה של נשק, ללא סיכוי להטבה"), ועל כן מוסמכת ועדה רפואית לקבוע כי אדם במצב בריאותי זה כשר לשירות בתנאים מיוחדים. אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 28.

⁹⁹ שם. מבדיקת נוסח התיקון לתקנות עולה כי גובה מזערי כאמת מידה רפואית פוסלת שירות הושמט מהתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון בשנת 2005 (ולא בשנת 2004). ס' 1(1) לתקנות שירות ביטחון (תיקון), התשס"ה–2005, ק"ת 950, 950. אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 34. ייתכן שהסבר נוסף לשינוי בתפיסה נעוץ בשינוי שערך צה"ל במדיניות נשיאת הנשק על ידי חיילים. בשנות האלפיים הוחלט כי ככלל לא יישאו חיילים עורפיים נשק באופן קבוע, גם לא בצאתם הביתה מקורסים.

¹⁰⁰ פרטים 26(ב), 51(ו)–(ח), 53(יד) לתוספת לתקנות שירות ביטחון, התש"ט–1949, ק"ת 283, 292, 295, 296 ("צלקות הגורמות לרגש של גועל"; "נבוס פיגמנטוזוס ... על

לטעמי, על אידיאל של מראה נאה לחייל או על חשש מלעג חברתי למי שאינו עונה על האידיאל.

אמות מידה חשובות הנוגעות למראהו של החייל הן הגובה והמשקל. בשנת 1949 היו המשקל והגובה אמות מידה מובהקות לכשירות רפואית לשירות. נראה כי בשנים הראשונות צוינו גובהם של הנבדקים ומשקלם מטעמים שאינם טעמי בריאות בלבד. כך, נמדדו גובהם של המתגייסים ומשקלם כדי לאפשר " (1) מראה נאה ליחידה אשר רובה ככולה בגובה אחד. (2) התאמת האנשים לפי גובה ומשקל אל סוג השירות (למשל, משטרה צבאית – גבוהים, תותחנים – כבדי משקל). (3) תהיה הקלה בעבודת האפסנאי בהתאמת מינעל ומדים ליחידות".¹⁰³

עם זאת, בחינת ספי המשקל לאורך השנים מראה כי אמות מידה הרפואיות בתחום המשקל מתגמשות מתיקון תקנות אחד למשנהו על דרך של הרחבת טווח המשקל התקין, ככל הנראה בהתאמה לגידול שחל במשקל האוכלוסייה. כך, בשנת 2005 נערך תיקון חשוב לתקנות שהעלה את סף המשקל התקין המזערי לשירות צבאי.¹⁰⁴ נראה כי ההשמנה היא בעיה בריאותית שהיחס אליה השתנה מפסילה להתמודדות והתאמה לנבדק.¹⁰⁵

ואולם ברי כי אין מדובר רק בבעיה בריאותית או של כושר בריאותי גרידא, אלא גם במצב המעורר התייחסות חברתית מסוימת. אפק וגורדון מציינים את קיומה של תכנית להתמודדות עם בעיית השמנה הנקראת "משמן ללוחם" אשר כוללת תכנית אימונים מיוחדת שמדגישה שינוי באורחות חיים. שמה של התכנית מעיד כי משני צדי המתרס עומדים "השמן" ו"הלוחם", ובמילים אחרות: השמן הוא האנטיתזה לדמות הלוחם.¹⁰⁶

ששון-לוי טוענת כי הגוף הנכון תלוי בקיומו של "הגוף הלא נכון",¹⁰⁷ ומביאה את דבריה של הסוציולוגית הקנדית סוזן בורדו שלפיהם שיפוטנו את השומן הוא שיפוט

שטח רחב הגורם לגועל"; "נבוס של כלי הדם ... הגורם לגועל"; "ויטילגו ... הגורם לרגש של גועל".

¹⁰³ בהתאם למכתבו של ד"ר שיבא לאכ"א המצוטט אצל הורוויץ, לעיל ה"ש 59, בעמ' 59.

¹⁰⁴ תק' 1(2) לתקנות שירות ביטחון (תיקון), התשס"ה-2005, ק"ת 950, 950.

¹⁰⁵ אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 31.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 35, הערת סיום 8.

¹⁰⁷ ששון-לוי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 69.

מוסרי.¹⁰⁸ ששון-לוי מציינת בעקבות בורדו כי בעוד שהגוף הרזה והמוצק מסמל שליטה בדחפים האינפנטיליים ובכוח הרצון, הגוף השמן מסמל עצלות, העדר משמעת, סבילות ונון-קונפורמיות.¹⁰⁹ ששון-לוי טוענת כי "הגוף הלא נכון" מאיים על הסולידריות החברתית וזוכה ליחס שלילי ואף אלים (נידוי חברתי, התעללות) מקבוצת השווים לו.¹¹⁰

עירוב הטעמים התפקודיים והשיפוטיים בא לידי ביטוי בהתייחס לתופעת ההשמנה בשירות הקבע ובפעולות הצבא בעקבות כך. רמ"ח כושר קרבי בצה"ל אז, אל"ם ד"ר אבי מויאל, ציין כי בעקבות דוח מבקר המדינה שהביע דאגה חמורה מההשמנה באוכלוסיית אנשי הקבע, פתח הצבא בפרויקט "אורח חיים בריא" להגברת הפעילות הגופנית בצבא ולהעלאת המודעות לתרומתה לבריאות.¹¹¹ הטעמים התפקודיים, הבריאותיים והתדמיתיים נזכרים גם יחד בדברי הרמטכ"ל באיגרתו למפקדים: "עלינו לקיים בצה"ל תרבות מבצעית המשלבת פעילות גופנית שוטפת וקבועה כדרך חיים. תרבות זו תתרום להיותנו צבא מקצועי ומיומן, אשר מפקדיו, לוחמיו וחייליו הם בעלי בריאות וחוסן נפשי, המסוגלים לבצע כל משימה ברמה גבוהה, תוך חיזוק תדמיתו של צה"ל".¹¹²

אף שלא ניתן לגזור גזירה שווה מההתייחסות לתופעה בשירות הקבע בצה"ל, הרי שהתייחסויות אלו מדגימות כי היחס למשקלו של אדם אינו רפואי-אובייקטיבי גרידא, וכי אכן כלולה בו עמדה שיפוטית.¹¹³ כאמור, בשנת 2005 הורד סף הכשירות לשירות בהתייחס למשקל, ובעלי משקל גבוה יותר נקבעו ככשירים לשירות. נראה כי בהקשר זה השיקול של שנות החמישים בדבר "מראה היחידה" פינה את מקומו לשיקול תועלתני יותר.

108 ש.ם.

109 ש.ם, בעמ' 70.

110 ש.ם.

111 במחנה שבוע הכושר והבריאות בצה"ל 2009, 5.

112 ש.ם, בעמ' 4 (ההדגשה הוספה).

113 יופי תירוש "להתיר את הקשירה הפנימית: כתיבה על הגוף השמן בתרבות של רזון" תיאוריה וביקורת 32, 228 (2008).

(ג) הפרופיל הצבאי

הביטוי "פרופיל 21" נקשר בסטיגמה שלילית ונתפס כמעיד על מצב נפשי לא תקין (אף על פי שפרופיל 21 נקבע גם בשל ליקויים פיזיים) או על ניסיון להשתמט מחובת השירות הצבאי. המטען החברתי הכרוך בפרופיל הצבאי היה כה חשוב עד שבשנת 1995 מצא המחוקק לקבוע איסור גורף על מעביד לשאול את המועמד לעבודה או את העובד על הפרופיל הצבאי שלו.¹¹⁴

ההתייחסות לפטור מן השירות מטעמים בריאותיים השתנתה לאורך השנים, ולאחרונה נראה כי דעת הקהל שוב אינה אוהדת מקרים אלה. כך, זכו לאחרונה זמרים ודוגמנים לכותרות שליליות בעיתונים מפאת העובדה שלא התגייסו לצה"ל, או הוזכרו לחיוב לאור החלטתם להתגייס כעת, זמן רב לאחר שפוטרו מן השירות.¹¹⁵

ברור כי הכשירות הרפואית לשירות נושאת עמה משמעות חברתיות שאינן משמעותיות רפואיות גרידא. דוגמה נוספת לכך ניתן למצוא בעת האחרונה. בשנת 2005 נקבעה מדיניות חדשה שלפיה מי שהתנדב לשירות צבאי לאחר שנקבע כי הוא בלתי כשר לשירות, מספר הפרופיל שלו ישונה מ-21 או 24 ל-30. למספרו של הפרופיל הצבאי אין כל ביטוי חיצוני, והוא מצוי ברישומים הצבאיים הפנימיים שנועדו לטיפול רפואי ולשיבוץ השלישותי-צבאי. אף בתעודת השחרור של המתנדב לא נזכר הפרופיל. למעשה, אין כל נפקות לשינוי מ-21 או 24 ל-30, ומדובר בשינוי סמנטי בלבד ברישומים הצבאיים. שינוי זה מדגים הכרה מסוימת של רשויות הצבא במשמעות החברתית המיוחסת לפרופיל ואת רצונן לגמול למתנדבים בהסרת הסטיגמה. עם זאת, הכרה זו לאחרונה של רשויות הצבא באה לידי ביטוי דווקא בתקופה שבה משקלה של הסטיגמה החברתית פחת במידה רבה. על כך עוד ארחיב בהמשך.

3. שנות ה-2000: שינוי בדמות החייל ובתפיסת המוגבלות

כאמור, עד לשנות ה-2000 היה דגם החייל הלוחם ובעל הגוף הנבחר הדגם שעליו התבססה הכשירות הרפואית לשירות. החייל בעל הגוף הנבחר היה גבר בעל גוף חזק, זקוף, בעל גפיים שלמות, מסוגל לשאת נשק, לא שמן (ומוטב אף רזה), ושאינן על עורו

¹¹⁴ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995, ס"ח 95 (הוספת ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988).

¹¹⁵ ראו ה"ש 138 להלן.

צלקות "מעוררות גועל". אף שברבות השנים התגמש סף הכשירות הרפואית לשירות והורד קמעה, הרי שככלל, נתפס השיירות הצבאי כמאפשר את שירותם הצבאי של אנשים עם מוגבלויות שנקבעו כבלתי כשרים לשירות, על דרך ההתנדבות בלבד. כפי שהראיתי לעיל, בבסיס קביעת אמות המידה הרפואיות של סף הכשירות הרפואית לשירות עמדה גם תפיסה חברתית תרבותית בדבר "הגוף הנבחר" ודמות החייל הראויה. בהתאם לכך, תפיסת המוגבלות המשתקפת היא שמרנית למדי. במיטבה היא בחנה את שאלת שילוב אנשים עם מוגבלויות במבחנים תפקודיים בלבד ללא בחינה מהותית של החסמים החברתיים וההטיות התרבותיות של סף הכשירות הרפואית לשירות. בשנות האלפיים חלו שינויים מהותיים.

(א) קביעת סיווג חדש לאנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות נדרשים

כאמור, בשנת 2000 תוקן חוק שירות ביטחון ונקבע מדרג כשירות חדש: כשר לשירות בתנאים מיוחדים.¹¹⁶ בהתאם לתיקון, הוסמכה ועדה רפואית לקבוע כי נבדקים בעלי מקצועות נדרשים שנמצאו בלתי כשרים לשירות, הם "כשרים לשירות בתנאים

¹¹⁶ ס' 5(ג) לחוק שירות ביטחון (ההדגשה הוספה):

- (1) סיימה ועדה רפואית את בדיקתו של יוצא צבא או מיועד לשירות ביטחון תקבע הועדה, בהתאם למבחנים לכושר שנקבעו לפי סעיף קטן (ב), אם היא מוצאת אותו כשר לשירות ביטחון (להלן – כשר לשירות), בלתי כשר לשירות ביטחון (להלן – בלתי כשר לשירות) או בלתי כשר ארעית לשירות ביטחון (להלן – בלתי כשר ארעית לשירות);
- (2) מצא פוקד כי יוצא צבא או מועד לשירות ביטחון, שנמצא בלתי כשר לשירות או בלתי כשר ארעית לשירות, מתאים לשרת בתפקיד צבאי בתנאי שירות מיוחדים, רשאית הועדה הרפואית, בהתאם למבחנים לכושר שנקבעו לפי סעיף קטן (ב), למצוא את יוצא הצבא או את המיועד לשירות ביטחון כשר לשירות ביטחון בתנאים מיוחדים (להלן – כשר לשירות ביטחון בתנאים מיוחדים);
- (3) מי שנמצא כשר לשירות בתנאים מיוחדים, דינו לענין חוק זה כדין מי שנמצא כשר לשירות;
- (4) לענין חוק זה, "תנאי שירות מיוחדים" – תנאי שירות הקבועים בפקודות הצבא, המתאימים לכושרו הרפואי של המיועד לשירות ביטחון או של יוצא הצבא, בתפקידים ובמקצועות הנדרשים על פי צורכי הצבא.

מיוחדים" ועל כן מחויבים בשירות חובה.¹¹⁷ הרקע לתיקון היה התמודדותו של הצבא עם "ברירת מוחות" על רקע רפואי: עתודאים וחיילים במקצועות חיוניים שונים שנמצאו בלתי כשירים לשירות, פוטרו משירות צבאי ולאחר מכן המשיכו לעבוד באותם מקצועות בשוק האזרחי.

בהתאם לתיקון לחוק, לאחר שנקבע כי אדם הוא בלתי כשר או בלתי כשר ארעית לשירות (פרופיל 21 או 24), נדרשים התנאים הבאים כדי שיהיה כשר לשירות בתנאים מיוחדים:

- (1) הוא בעל תפקיד או מקצוע המוגדר "נדרש" בפקודות הצבא.
- (2) הפוקד קבע כי הוא "מתאים לשרת בתנאי שירות מיוחדים", קרי: עליו להצביע על סוג תפקיד שהוא יכול למלא בתנאי שירות המתאימים למצב בריאותו.
- (3) הוועדה הרפואית קבעה כי בהתאם למבחנים הרפואיים שנקבעו בתקנות שירות ביטחון (חלק ב' לתוספות הראשונה והשנייה), אותו אדם הוא "כשר לשירות ביטחון בתנאים מיוחדים".

מובן כי שירותו של אדם שנקבע כי הוא כשר לשירות בתנאים מיוחדים, יהיה בהתאם לאותם תנאי שירות מיוחדים שקבעה הוועדה הרפואית, למשל אי ביצוע טירונות, שיבוץ ביחידה הסמוכה לבית חולים, אי ביצוע תורנויות ושמירות או לינת בית.¹¹⁸

שינוי זה בחוק משקף דגם חיילות חדש של חייל מקצועי, שחיילותו מתבססת על השכלתו ועל כישוריו המקצועיים. מעניין לציין כי המחוקק מצא לקבוע סוג כשירות חדש שיתקיים לצד סוגי הכשירות הקיימים (כשר לשירות, בלתי כשר לשירות ובלתי כשר ארעית לשירות), ושניתן יהיה לקבעו אך ורק לבעלי תפקיד או מקצוע מסוים. שינוי זה מדגים גם את השינוי בתפיסת המצב הבריאותי ממצב רפואי "אובייקטיבי" הפוסל משירות צבאי, למצב תפקודי הנמדד אמנם לפי מידת היצרנות של הפרט, אך בהתבסס על התאמות ועל שינויים שעורך הארגון הצבאי לשם קליטת הפרט ותפקודו היעיל.

בחנית רשימת המבחנים הרפואיים שבגינם יש לקבוע אי כשירות לשירות, ושבגינם ניתן לקבוע "כשירות לשירות בתנאים מיוחדים", מעלה כי במרבית מקרי אי הכשירות הוועדה הרפואית מוסמכת להחליט כי בעל מקצוע נדרש הוא כשר לשירות

¹¹⁷ ס' 5(ג) (3) לחוק שירות ביטחון.

¹¹⁸ הוראת קרפ"ר 701.014 "פרופיל רפואי 30".

בתנאים מיוחדים. משמע, בנסיבות ובתנאים מסוימים מרבית המוגבלויות המקנות כיום אי כשירות לשירות, מאפשרות שירות חובה לבעלי מקצועות נדרשים.¹¹⁹

דומה כי בכך מסתמן מעבר מתפיסת אנשים עם מוגבלויות באופן חד ממדי וכמצויים מחוץ למתחם הכשירות לשירות צבאי, לתפיסה מורכבת יותר המאפשרת את שילובם בצבא. נכונותו של הצבא ליצור את התנאים המיוחדים הנדרשים לשם כך, מעידה על תפיסת מוגבלות עדכנית יותר הרואה בחברה אחראית ליצור את התנאים המתאימים לשילובם של אנשים עם מוגבלויות. עם זאת, עדיין שלטת התפיסה התועלתנית הבוחנת את "כושר העבודה" של הפרט ואת תרומתו למערכת הצבאית.

(ב) הורדת סף הכשירות לשירות בתחומים רפואיים שונים

כאמור, "כשרות לשירות בתנאים מיוחדים" היא סיווג מובחן שנועד להכיל אנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות נדרשים. ואולם, שנות האלפיים מתאפיינות בהעמקת השינוי בתפיסת המוגבלות ובצמצום של סיווג אי הכשירות שקיים בנוגע לכלל האוכלוסייה. כפי שניתן לראות מהמפורט להלן, בשנות האלפיים נערכו תיקונים מהותיים לתוספות לתקנות שירות ביטחון שמכוחם הורד סף הכשירות לשירות. מבחינים רפואיים שבעבר קבעו אי כשירות לשירות, מאפשרים כעת שירות בפרופיל רפואי נמוך בתנאים ובהתאמות שנקבעו.

שינוי מהותי נערך בשנת 2008, ובו עודכן פרק הפסיכיאטריה בתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות ביטחון.¹²⁰ שינוי זה שיקף שינוי בתפיסת המיון הרפואי – מהתמקדות באבחנה רפואית ובתפקוד בלבד לתפיסה המוכוונת גם לשיבוץ לצד ביצוע ההתאמות הנדרשות. בהתאם לתיקון, גם נבדקים הסובלים מדיכאון, מחרדות וממצוקות נפשיות אחרות שנקבעו בעבר כבלתי כשרים לשירות, ייקבעו ככשרים לשירות וישוּבצו בהתאם למצבם ולכישוריהם. בהתאם לכך וכחלק אינטגרלי מהתפיסה האמורה, נערכו התאמות שונות בתנאי השירות של אותם חיילים, שנועדו לשמור על בריאותם במהלך השירות הצבאי: הקלות בתנאי שירות, מגבלות שיבוץ ביחידה ובמקצוע ועוד. בעקבות כך עשוי חייל להתגייס לשירות צבאי ולא לבצע טירונות או לשאת נשק. למעשה, הצבא בחר לשנות תנאים מסוימים בשירות הצבאי או בנהלים

¹¹⁹ מעניין לציין, כי פרק הפסיכיאטריה, רובו ככולו, סומן ככה שאינו מאפשר כפיית שירות חובה על בעלי מקצועות נדרשים.

¹²⁰ תקנות שירות ביטחון (תיקון מס' 2), התשס"ח–2008, ק"ת 662.

הצבאיים הנוגעים לשיבוץ במקצוע ובתפקיד, ואולי אף בתפיסת "החיילות" הראויה, ולהתאים את הארגון לאותם חיילים בעלי צרכים בריאותיים ייחודיים.¹²¹

כמו כן, בשנת 2008 תוקנו התוספות לתקנות שירות ביטחון, ומחלת הצליאק הוסרה מרשימת המצבים הבריאותיים הפוסלים משירות צבאי. לקראת התיקון לתקנות נערך צה"ל לשיבוץ בעלי מצב בריאותי זה בבסיסים וביחידות פתוחות וקבע להם דמי כלכלה למימון ארוחותיהם. מפרסומי עמותת הצליאק עלה כי חולי הצליאק נתקלו בקשיים בהיבט התזונתי ובהיבט הרפואי. נציגי עמותת הצליאק נפגשו עם רשויות הצבא כדי לבחון פתרונות מערכתיים שונים, ובכלל זה החזרתם למעמד מתנדבים (אי כשירות לשירות בגין מחלת הצליאק).¹²² ואמנם, בשנת 2010 הוחזרה מחלת הצליאק לרשימת המבחנים הפוסלים משירות בתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון, וחולי צליאק התגייסו כמתנדבים. מאז יום חיל הרפואה תיקון נוסף של התקנות בשנת 2014, וביום 9.9.2014 הוסרה מחלת הצליאק מרשימת המבחנים הרפואיים הפוסלים משירות.¹²³ קדמה לכך היערכות נרחבת של אגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה, שאמון על מתן המענה התזונתי לחולי הצליאק, ושל אגף כוח אדם, שאמון על גיוס החולים ועל שיבוצם, במטרה ליתן מענה הולם לכלל צרכיהם של חולי הצליאק.

¹²¹ סא"ל ד"ר ארנון אפק, ראש ענף המיון הרפואי אז במפקדת קצין הרפואה הראשי, ציין: הבנו שכאשר אנחנו נותנים פרופיל נפשי נמוך לחייל מתוך רצון להגן עליו ולשמור על בריאותו, אנחנו פוגעים בו הרבה יותר מאשר עוזרים לו... אנחנו סבורים שחייל כזה יוכל לתרום ככל יכולתו למערכת הצבאית, תוך קבלת הגנה מתאימה ורלוונטית. הרי לא תמיד חייל אחרי טירונות נמצא במצב נפשי בו הוא יכול להתמודד עם שירות צבאי. אנו מאמינים שלאחר תקופת זמן מסוימת בה הוא מסתגל למסגרת ולדרישותיה, ומצבו הנפשי משתפר, אין סיבה להגביל אותו ויש לאפשר לו מיצוי מיטבי. בגדול, הכוונה היא שהפרופיל הרפואי להיבטיו לא יקבע את סוג השירות של החייל.

עידו אלעזר "לא מוריד פרופיל" במחנה 31.8.2007, 32, 35.

¹²² "פתיתי מידע מפעילות העמותה מספטמבר-אוקטובר 2009" של עמותת הצליאק.
¹²³ תקנות שירות ביטחון (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ק"ת 1189. בהתאם לתקנות, תחילתן 90 ימים מיום פרסומן ואין בהן כדי לשנות דרגות כושר רפואי לשירות ביטחון שנקבעו לפני תחילתן.

מעניין לציין כי עמותת הצליאק בישראל פרסמה באתר האינטרנט שלה את האיגרת של צה"ל למתנדבים בדבר זכויותיהם.¹²⁴ לא מן הנמנע כי ניתן לייחס את השינויים בתפיסת מחלת הצליאק ואת שילובם של החולים בשירות צבאי, בין היתר, לכוחות שפעלו "מלמטה", קרי: לאנשים עם מוגבלות זו או לנציגיהם.¹²⁵

אף כי מוקדם עדיין להעריך את ההצלחה בשילוב חולי הצליאק בשירות הצבאי, הרי שניתן להצביע על נכונות רשויות הצבא לגייס את חולי הצליאק, לעשות את המאמצים הלוגיסטיים הנדרשים ולאתר את הפתרונות המתאימים בעבורם, בין בגיוס לשירות חובה ובין בהסדרת התנדבות למעוניינים בכך.

4. שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי כמיזוג אינטרסים

לאורך השנים הייתה תכליתו של המיון הרפואי הצבאי מיון הנבדקים לפי מצבם הבריאותי והבחנה בין מי שכשיר לשרת שירות קרבי למי שכשיר לשרת שירות שאינו

¹²⁴ איגרת "מענה המזון והכלכלה לאוכלוסיית חולי הצליאק בצה"ל" של תא מתנדבים הצליאק אינה העמותה היחידה הנאבקת על מקומם של החולים בשירות הצבאי. לעניין זה ראו גם פוסטים בנוגע לגיוס לצה"ל בקבוצת הפייסבוק של העמותה המתייחסים לפגישות של נציגי העמותה עם נציגי צה"ל. גם האגודה לסוכרת נעורים מציינת בדף מידע לחולי סכרת המעוניינים להתנדב לשירות צבאי כי קיימה שיחות עם שלטונות צה"ל לאורך השנים. www.jdrf.org.il/?id=56#!-/-/c1rlh. נראה כי העמותות זיהו את זירת השירות הצבאי כזירה חשובה להשתלבות חברתית שיש להשפיע עליה. בהקשר זה יוער כי קיימות קבוצות שונות של אנשים עם מוגבלויות השונות זו מזו במשאבים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים העומדים לרשותן, וכתוצאה מכך גם במידת השפעתן על מודעות החברה ורשויות הצבא לחולים הנמנים עמן. למאמרים המתייחסים לכוחן של קבוצות שונות של אנשים עם מוגבלויות ולהשפעתן ראו מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35 (מנגנונים המתעדפים את נכי צה"ל על פני נכים אחרים). לקבוצות לחץ המשפיעות על סל שירותי הבריאות ראו יובל קרניאל "סל התרופות – רופאים, שופטים, תקשורת ומה שביניהם" *משפט ועסקים* 1 ו 225 (2007); Guy I. Seidman, *Regulating Life and Death: The Case of Israel's "Health Basket" Committee*, 23 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 9 (2006).

¹²⁵ ראו זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 815, 850–854. זיו דנה באסטרטגיות השונות במאבק על זכויות אנשים עם מוגבלויות, ביתרונותיהן ובחסרונותיהן. היא מציינת כי לצד שיח הזכויות והזירה המשפטית קיימות גם אסטרטגיות של קריאה לשינוי חברתי הבאות מלמטה, כגון מאבק הנכים בתקשורת.

קרבי. בהבחנה זו באה לידי ביטוי גישה תכליתית תפקודית, שעיקרה איתור פוטנציאל כוח האדם המתאים ביותר לשירות קרבי, בלי שיהיה בכך כדי לפגוע בבריאותו של הפרט.

ואולם, כפי שהודגם לעיל, מדיניות המיון הרפואי נקבעה לאורך השנים גם משיקולים אחרים. כך, נראה כי בשנים הראשונות לקיומו של צה"ל, קביעת הסף הבריאותי לשירות צבאי הושפעה במידה רבה מדגם "הגוף הנבחר", גופו של חייל קרבי, גברי, חזק ובריא. אמות המידה הרפואיות לשירות כללו מראה גופני "תקני": תקנים של גובה ומשקל, מראה העור (העדרן של צלקות מעוררות גועל, למשל), שלמות הגפיים וכפות הידיים ועוד. כפי שהראיתי, גם לאפיון הגברי היה משקל בקביעת אמות המידה לכשירות לשירות בין ביחס הדו-ערכי להומוסקסואליות ובין בהתמקדות בבעיות רפואיות של גברים ובדחיקת בעיות "נשיות" לסופה של הרשימה.

אף על פי שחלק מאמות המידה הרפואיות שנקבעו מעוגנות גם בטעמים תפקודיים – כגון יכולת נשיאת נשק – הרי שדומה כי הטעם התפקודי אינו הטעם הבלעדי, וניכרת השפעה של "דמות החייל" ששימשה מופת ובסיס לקביעת הכשירות לשירות. נראה כי דמות זו עוצבה במידה רבה בהתאם ל"יהדות השרירים" של מקס נורדאו ולקריאתו של בן-גוריון לצבא להפוך לבית היוצר של "נוער חלוצי לוחם, בריא בגופו ובנפשו, יוזם, עז-רוח וכשר-פעולה, קל-תנועה וחרוץ-עבודה, שלא ירתע מכל קושי ומכל סכנה".¹²⁶

מדיניות זו שיקפה במידה רבה את הגישה הרואה באנשים עם מוגבלויות נפרדים מהחברה הכללית, קרי: גישת הא-נורמליות. בהתאם לגישה זו, מי שלא התאים לאמות המידה הרפואיות לכשירות לשירות, לא גויס לצבא, על התוצאות הנובעות מכך.

מדיניות ההתנדבות לצה"ל שיקפה במידה מסוימת את גישת שוויון הזכויות, שמקנה לפרט את הזכות אך אינה פועלת נגד החסמים החברתיים המגבילים אותה. אף כי מי שלא עמד באמות המידה הרפואיות לכשירות לשירות רשאי היה להתנדב לשירות צבאי, נראה כי תהליך ההתנדבות טמן בחובו קשיים ביורוקרטיים רבים, משך ההתנדבות היה ארוך, ולעתים שובצו המתנדבים בתפקידים שאינם הולמים את יכולותיהם.

¹²⁶ ד"כ 2, 1338 (התש"ט) (ההדגשות הוספו).

נראה כי תפיסות אלו בדבר נפרדותם של אנשים עם מוגבלויות וגישת שוויון הזכויות, המקנה את הזכות לשרת אך אינה פועלת נגד חסמים קיימים, היו שרירות וקיימות שנים רבות – במידה רבה עד לשנות התשעים – ושרידים מהן נותרו גם כיום.

החל מאמצע שנות התשעים חל שינוי מהותי: סף הכשירות לשירות הונמך, וניכר מעבר מבחינת מצבו הרפואי של אדם לבחינת אופן שיבוצו בצבא, מגישה המתמקדת במוגבלות לגישה המתמקדת באיתור התפקיד המתאים לאדם עם מוגבלות. נראה כי שינוי זה מבטא תפיסה תועלתנית צבאית-כלכלית המבקשת למצות את היכולת של הפרט על אף מוגבלותו. כלומר ניכר מעבר מסוים מגישת הא-נורמליות לגישה הממוקמת על הציר שבין גישת הזכויות לגישת היחסים החברתיים. ואולם, מבחן היצרנות, קרי: התועלת הצבאית, נותר מבחן חשוב ומכריע במידה רבה. הביטוי המוחשי ביותר לגישה זו הוא קביעת מדרג כשירות נוסף לשירות בשנת 2000: כשירות לשירות בתנאים מיוחדים לבעלי מקצועות נדרשים, שתאפשר גיוס חובה של חיילים בלתי כשרים לשירות, בשל הצורך הצבאי בהשכלתם או במקצועם תוך כדי ביצוע ההתאמות הנדרשות לשם קליטתם בשירות צבאי ובהגנה על בריאותם.

בשנים האחרונות נראה כי חל שינוי מהותי נוסף במדיניות המבקש להרחיב את היקף אנשים עם מוגבלויות המגויסים לצה"ל, ולא רק בשל התועלת הצבאית שבכך. שינוי זה מדגים את תחילת יישומה של גישת היחסים החברתיים, שרואה במוגבלות תוצר של הבניה חברתית ושדורשת לבצע את ההתאמות הנדרשות בחברה להסרת החסמים הקיימים בפני אנשים עם מוגבלויות. עם זאת, ראוי להדגיש כי בשלב זה מדובר בשינויים ספורים בתחומים מסוימים, ועדיין לא ניתן לקבוע בבירור כי יש בהם כדי לבסס תחילתה של מגמה חדשה ממש.

אף על פי כן, בהתאם לשינוי המדיניות מהשנים האחרונות, המיון הרפואי מאפשר במקרים מסוימים הכללתם של אנשים עם מוגבלות הגם שאינם בעלי מקצוע נדרש והגם שלא יוכלו למלא אחר חובות צבאיות מסורתיות (כגון נשיאת נשק ותורנויות). מבחן היצרנות הצבאית הוא עדיין מבחן חשוב אך אינו מבחן מכריע. דוגמה לכך מצויה בשינוי הפרק הפסיכיאטרי בתוספת לתקנות שירות ביטחון. השינוי בוצע אף שנראה כי מספר החיילים ביחידות הקרביות לא יגדל כתוצאה מכך. יתרה מכך, שינוי הפרק הפסיכיאטרי בתוספת לתקנות שירות ביטחון מדגים שינוי מהותי בדמות החייל הקלסית ואת נכונות רשויות הצבא לקבל חייל בעל קשיים או הפרעות נפשיות וליצור סביבת שירות המתאימה למצבו. אף הנכונות לבחון מחדש את אמת המידה הרפואית

של יכולת נשיאת נשק מעידה על כך שהרי הדבר בוודאי לא יביא להגדלת מספר החיילים הקרביים.¹²⁷ דוגמה נוספת לכך היא ההחלטה לגייס את חולי הצליאק. נראה כי רשויות הצבא החליטו לספוג עלויות שונות הכרוכות בגיוס החולים (דמי כלכלה או מזון מיוחד), אף על פי שאין מדובר בהוספת מספר רב של חיילים בכלל, ושל חיילים קרביים בפרט. כלומר רשויות הצבא סברו כי מדובר בהתאמות נדרשות שביכולתם לבצע בלי שהדבר יכביד עליהן הכבדה בלתי סבירה, וכי יש חשיבות בגיוס חולי הצליאק.

נוסף לשינויים שנערכו בתוספות לתקנות שירות ביטחון שאפשרו גיוסם של אנשים עם מוגבלויות מסוימות, נערכו – ועדיין נערכים – שינויים מעשיים בתהליך ההתנדבות: משך התהליך קוצר ופושט, ונעשה מאמץ רב יותר להתאים תפקיד הולם למתנדב. שינויים אלה מדגימים הסרת חסמים ביורוקרטיים ואחרים בדרך לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. שינוי מספרו של הפרופיל למתנדב מתוך ניסיון להסיר סטיגמה חברתית מדגים אף הוא הכרה בכך שהפרופיל הצבאי משמש כהבניה חברתית של מוגבלות.

מן השינויים בכשירות הרפואית של המתגייסים שתוארו לעיל, ניתן להסיק כי דגם החייל הקרבי כבר אינו הדגם היחיד העומד בבסיס אמות המידה של הכשירות הרפואית בתוספות לתקנות שירות ביטחון. "הגוף הנבחר" של החייל אינו בהכרח גופו השלם והחזק של החייל הגברי. לצד דגם זה (שהוא הדגם הבולט), מתאפשר קיומו של "גוף אחר" – גוף עם מוגבלות גופנית או נפשית.

בהקשר זה מתעוררת השאלה מה הביא בשנות האלפיים לשינוי בתפיסת אנשים עם מוגבלויות ולשינוי המהותי בגישה של רשויות הצבא לאמות המידה הרפואיות שקובעות את סף הכשירות לשירות. נזכיר כי בתחילת שנות התשעים עוד עוגנה מפורשות יכולת נשיאת נשק כאמת מידה עצמאית ומפורשת לכשירות לשירות, מתוך דבקות בדגם ה"קלסי" של החייל.

¹²⁷ מנגד, ניתן לטעון כי באופן יחסי שילובם של חיילים בעלי הפרעות נפשיות אינו כרוך בעלות כלכלית או בביצוע התאמות יקרות במיוחד, שכן מרבית השינויים הנדרשים הם בתנאי השירות הצבאי (למשל לינת בית או קיצור שעות) או במתן ליווי צמוד של קצין בריאות נפש (עלויות של כוח אדם שהמערכת הצבאית עשויה לתפוס כ"קלות" יותר לספיגה), ואין צורך בהתאמות יקרות בתחומי הבינוי והמכשור.

אין ספק שהתפתחויות שחלו בזכויות אנשים עם מוגבלויות במדינת ישראל,¹²⁸ ופעילויות העמותות השונות הביאו לעלייה במודעות הציבורית ובמודעותן של רשויות הצבא לאפשרות שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.¹²⁹

ואולם, טענתי היא כי השינוי בתפיסת אנשים עם מוגבלויות וחיזוק זכותם לשרת בצה"ל נובעים גם מאינטרס צבאי: חיזוק אתוס צבא העם בתקופה שבה קיימת תופעה של צעירים חבי גיוס המתחמקים ממילוי חובתם זו, ויש חשש לגיטימציה חברתית לכך.¹³⁰ למעשה, השינויים האחרונים באמות המידה הרפואיות מדגימים "מיוזג אינטרסים" (במיוזג של Bell¹³¹) בין המגמה החברתית של התפתחות זכויות אנשים עם מוגבלויות לאינטרס הצבאי בחיזוק אתוס צבא העם.

בהתאם לתאוריית מיוזג האינטרסים של Bell, כפי שהוא מדגים אותה על פסק הדין המפורסם *Brown v. Board of Education*,¹³² ההישג המשפטי של זכויות האדם אינו מתרחש אלא כאשר מבשילים התנאים החברתיים, והאינטרסים של האליטות מאפשרים זאת ומקדמים זאת. משמע, ההישג המשפטי של פרשת *Brown* – ביטול ההפרדה הגזעית בבית הספר – התאפשר רק כאשר השוויון הגזעי לא איים על האינטרסים של האליטה הלבנה, אלא אף קידם אותם.

¹²⁸ לסקירת ההתפתחויות בתחום זכויות אנשים עם מוגבלויות בישראל ראו זיו, לעיל ה"ש 42; מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 84–90. מור מציינת בעמ' 122 כי זכויות אנשים עם מוגבלויות התקדמו מאוד בין השנים 1996–1998.

¹²⁹ על הדו-שיח המתקיים בין העמותות לצבא בנושא זה ניתן ללמוד מאתרי האינטרנט של עמותת הצליאק ושל האגודה לסוכרת נעורים המעידים על שיתוף פעולה ועל דו-שיח עם רשויות הצבא. ראו ה"ש 124.

¹³⁰ הדבר בא לידי ביטוי בסיסמה "ישראלי אמתי לא משתמט" הפונה לתחושת הסולידריות החברתית, ובתגובות השונות להתחמקותם של ידוענים (דוגמנים, זמרים) מחובת השירות הצבאי, עד כדי ביצוע שירות מאוחר ומקוצר על ידי אחדים מהם. ראו ה"ש 138 להלן.

¹³¹ Derrick A. Bell, Jr., Comment, *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, 93 HARV. L. REV. 518 (1980). מור מציגה את טענתו של Bell ומדגימה אותה על קידום זכויות אנשים עם מוגבלויות בארצות הברית ובישראל. ראו מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 112.

¹³² 347 U.S. 483 (1954).

בדומה לכך, טענתי היא כי המגמה של שילוב אנשים עם מוגבלויות באמצעות הרחבת חובת השירות הצבאי (הנמכת הסף הרפואי לשירות) ובאמצעות הקלת תהליך ההתנדבות, החלה דווקא בשנות האלפיים שכן בתקופה זו גברו החששות בדבר היקף המתגייסים ובדבר הלגיטימציה החברתית להשתמטות. הפעילות לשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי נעשתה מתוך אינטרס לחיזוק אתוס "צבא העם" בתקופה שבה הוטל בו ספק של ממש.¹³³

כידוע, המקרה של שילוב אנשים עם מוגבלויות אינו המקרה הראשון שבו הצבא מאמץ אל תוכו קבוצת אוכלוסייה מוחלשת ומודרת בניסיון לשלבה בשירות הצבאי ובכך לסייע בשילובה בחברה. כך נהג ונוהג הצבא לגבי עולים חדשים המשרתים לעתים כחיילים בודדים והזוכים לסיוע בדרכים שונות.¹³⁴ דוגמה בולטת יותר היא "נערי רפול" או אוכלוסיית מקא"ם, הכוללת, בין היתר, חיילים בעלי נתונים אישיים נמוכים וקשיים סוציו-אקונומיים ניכרים. במקרים אלה נשא הצבא את הדגל החברתי וביסס את מעמדו כצבא העם וכ"כור ההיתוך" של החברה הישראלית המשמש גם מקפצה חברתית לאוכלוסיות חלשות. לא מן הנמנע כי חיילים אלה השתלבו בשירות קרבי או תומך לחימה או במתן שירותים חיוניים, אך לא ברור אם שילובם צלח את מבחן היצרנות, ונראה כי לא היה זה שיקול מכריע בהכללתם בשירות הצבאי.

¹³³ ניתן לטעון כי מיזוג האינטרסים בא לידי מימוש קונקרטי גם בקביעת הכשירות לשירות בתנאים מיוחדים, וכי הצבא בחר לגייס קבוצה חברתית מסוימת (בעיקר בעלי השכלה גבוהה) מתוך חשש להיווצרותה של אליטה חברתית הייטקיסטית שלא נוצרה במסלול המקובל של היחידות הצבאיות הייעודיות. כך, פורסם כי מרבית החיילים המשרתים בחיל המודיעין הם תושבי אזור המרכז וממעמד בינוני-גבוה. בכתבה נטען כי אוכלוסייה זו של "המסודרים" היא בעלת משאבים חברתיים כלכליים שדואגת לבניה לשירות צבאי יוקרתי ולא מסוכן, ואילו חיילים מן הפריפריה ככלל אינם מגיעים ליחידות אלו. אלכס פישמן "על המקלדת קדימה הסתער" ידיעות אחרונות – המוסף לשבת 30.10.2009, 4. עוד ניתן לטעון כי העלאת מדרג הכשירות בהתייחס לחולים במחלת הצליאק מדגימה מיזוג אינטרסים פנימי וחינוכי: הן של רשויות הצבא בחיזוק אתוס צבא העם והן של התארגנות חזקה מהשטח (עמותת הצליאק) שאינה מאפיינת את כלל האנשים עם מוגבלויות.

¹³⁴ לחיילים בודדים ולעולים חדשים בעלי קשיים כלכליים ניתנות הטבות כספיות שונות לצורך מחייתם בארץ ולצורך ביקור הורים בארץ מוצאם. כן מוצעת לעולים שאינם יהודים על פי ההלכה האפשרות להתגייר בשירותם הצבאי ובכך להשתלב עוד יותר בקרב החברה היהודית-ישראלית.

ואולם, בעוד שההסדרים המפורטים לעיל לקליטת אוכלוסיות חלשות קיימים מזה שנים רבות ומבוססים היטב בצבא ובחברה הישראלית, הרי שמגמת שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי בתצורתה הנוכחית היא חדשה יחסית. לכאורה, ניתן היה לנקוט בעבר את הצעדים הננקטים כיום לקליטת אנשים עם מוגבלויות בשירות צבאי ולערוך כבר לפני שנים את ההתאמות שעורך צה"ל כיום בתנאי הגיוס והשירות.

העיכוב היחסי של השינוי שחל בתפיסת אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, בולט על רקע ההתפתחויות שחלו בשנות התשעים בכל הנוגע לשילובן של נשים בשירות קרבי בצה"ל¹³⁵ ולשירות הומוסקסואלים בצה"ל.¹³⁶ ג'בארין מציין כי בשנות התשעים החל האתוס הביטחוני להישחק, ושחיקה זו היא שאפשרה ככל הנראה את העלאת סוגיית שילוב הנשים בתפקידי לחימה בתקופה זו.¹³⁷ גם שינויים אלה לא הביאו להתפתחות מקבילה בשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

ההתפתחויות הטכנולוגיות-צבאיות והתפתחות דגם החייל המקצועי, המתבסס על מקצוע ועל השכלה, להבדיל מדגם החייל הקרבי, המתבסס על יכולת גופנית ועל אומץ לב מול האויב, התרחשו בשנות השמונים והתשעים. ואולם נראה כי התפתחות זו לא הייתה מספקת כדי להביא לשינוי בתפיסת אנשים עם מוגבלויות ולהכלתם בדמות החייל. מעניין לראות כי בעוד ש"דמות החייל" התגמשה כדי לכלול בעלי נתונים אישיים נמוכים, הרי שבתקופה זו לא היה ניתן להעלות על הדעת מאמץ צבאי-חברתי לקליטת אנשים בעלי נתונים גופניים או נפשיים שונים לצבא.

נראה כי היה צורך בתחושת איום ממשית יותר על אתוס צבא העם, קרי: התגברות תופעת ההשתמטות וגילוי דעת קהל סובלנית יחסית כלפיה, לצד העלייה במודעות לזכויות אנשים עם מוגבלויות כדי לגרום לשינוי תפיסת דמות החייל, כך שתכלול לא רק את בעל "הגוף הנבחר", "הבריא בגופו ובנפשו". זוהי דוגמה מובהקת למיזוג האינטרסים: השינויים במדיניות ההתנדבות הרפואית, ובמיוחד התיקונים שנערכו לסף הכשירות הרפואית בשנות האלפיים, הביאו אמנם להכללת אנשים עם

¹³⁵ ההתפתחויות החשובות בשנות התשעים כוללות את פרשת אליס מילר, להלן ה"ש 139, ואת הוספת ס' 16 לחוק שירות ביטחון. ראו ה"ש 33 לעיל וה"ש 148 להלן.

¹³⁶ על הסיבות החברתיות-תרבותיות האפשריות לשינוי במדיניות צה"ל בנוגע לשירות חיילים הומוסקסואלים בשנות התשעים (שינוי הפקודה שכללה הגבלות על שירות הומוסקסואלים מטעמי ביטחון שדה, ב-1993 וביטולה ב-1998) ראו גרוס, לעיל ה"ש 34, בעמ' 154-157.

¹³⁷ ג'בארין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 57.

מוגבלויות מסוימות בשירות הצבאי, אך במקביל לכך הם סייעו לחזק ולשמר את מעמדו של צה"ל בחברה הישראלית ואת מיצובו של השירות הצבאי כמבחן האזרחות האולטימטיבי.

עם זאת, לא ניתן שלא לסייג מסקנה זו. בבחינת עיקרי ההתפתחויות שאירעו בשנות האלפיים, משמע הכשירות לשירות בתנאים מיוחדים ושינוי פרק הפסיכיאטריה בתקנות שירות ביטחון, יש להודות כי בשלב זה מדובר בשינויים ספורים וקונקרטיים, וכי עדיין לא ידוע אם יש בהם כדי לבסס מגמה של ממש. ימים יגידו אם שינויים אלה אמנם מבשרים שינוי מהותי בתפיסת המוגבלות בשירות הצבאי ובשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות החובה.

ה. הכשירות הרפואית ושילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי – פנים אל העתיד

עד כה סקרנו ברשימה זו את סף הכשירות הרפואית לשירות מנקודת מבט היסטורית בראי ביקורת המוגבלות והדגמנו את הזיקה בין שינויים והתפתחויות בכשירות הרפואית לשירות לבין תהליכים חברתיים ומעמדו של צה"ל בחברה. נקודת המבט ההיסטורית מסייעת לחשוף את ההטיות החברתיות-תרבותיות, וניתן להסתייע בה גם לבחינת ההסדרה הראויה של הכשירות הרפואית לשירות. בפסקאות הבאות אבקש להעיר כמה הערות הנוגעות להסדרה העקרונית של הכשירות הרפואית לשירות, במטרה להניח יסוד לדיון עתידי בסוגיית שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

1. העדרו של דיון ציבורי בהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי

בפתח הדיון יוער כי בעוד שסוגיות שעניין חובת הגיוס לשירות הצבאי והפטור ממנו, כגון גיוסם של חרדים לצה"ל, פטור מטעמי מצפון ושירות נשים בצה"ל, זוכות לדיון פומבי בציבור ובתקשורת, הרי שהפטור משירות צבאי מטעמים רפואיים אינו זוכה להתייחסות דומה. כאשר יש דיון ציבורי-תקשורתי בפטור מטעמים רפואיים, הוא

נסוב בדרך כלל סביב אמינותו של הפטור בעניינו של ידוען מסוים.¹³⁸ לעומת זאת, נראה כי אין מתקיים דיון עקרוני בסוגיית סף הכשירות הרפואית הראוי ובהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

שקיפותם של אנשים עם מוגבלויות בדיון על השירות הצבאי בולטת במיוחד על רקע שאלת שילוב הנשים בשירות הצבאי, שזוכה להד ציבורי ניכר. נשים נתפסות לעתים קרובות כבעלות "מוגבלות" ביולוגית (היריון, לידה) הדורשת מרשויות הצבא תכנון מיוחד של כוח האדם,¹³⁹ וכבעלות מוגבלות גופנית ביחס לגברים שאינה מאפשרת את שילובן המלא בכלל התפקידים הצבאיים הקרביים בשל השלכות בריאותיות אפשריות על אותן נשים.¹⁴⁰ עם זאת, בעוד שהמוגבלות הגופנית של נשים ביחס לגברים היא מושא לדיון ובחינה ציבוריים בכנסת, בתקשורת או בבית המשפט העליון, הרי שדיון דומה אינו קיים באשר לאנשים עם מוגבלויות.

הדיון בשאלת שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי נתפס כעניין צבאי פנימי שאינו זוכה לתהודה ציבורית. נראה כי המודעות לזכויות של ציבור האנשים עם מוגבלויות בזירות חברתיות שונות (נגישות לקלפי או לבתי קולנוע, קצבאות נכים, צרכים מיוחדים בחינוך ועוד) טרם הורחבה לשירות הצבאי.

יתכן שתפיסה מסורתית של דמות החייל הקלסית כדמות הלוחם תרמה ליצירת הניתוק התודעתי בין אנשים עם מוגבלויות לשירות הצבאי. נוסף לכך, ייתכן

¹³⁸ למשל בעניינם של הדוגמנית בר רפאלי, של הזמרים שהופיעו בתכנית "כוכב נולד" ז'קו אייזנברג ומרינה מקסמיליאן בלומין ושל הזמרת מאיה בוסקילה, שבחרה להתגייס לשירות סדיר מקוצר בגיל 30. ראו "אי-גיוס בישראל" ויקיפדיה אי-גיוס בישראל he.wikipedia.org/wiki/ (נצפה ב-11.3.2015).

¹³⁹ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 108-109 (1995) (להלן: פרשת מילר; פירוט הטעמים התכנוניים שבבסיס עמדתו הראשונית של הצבא שלא לשלב נשים בקורס טיס). הגדרת השוני בין נשים לגברים כ"מוגבלות" מניחה כמובן את ההתאמה לדגם הגברי כדגם קובע.

¹⁴⁰ בשל השוני הגופני בין נשים לגברים צה"ל עורך בדיקה מקדמית ומיפוי של הדרישות הפיזיות והפיזיולוגיות של תפקיד קרבי טרם שיחליט אם לשלב נשים בו, כדי לבדוק אם אכן נשים מסוגלות לבצעו בלי שייגרם להן נזק בריאותי. קיימים תפקידים צבאיים קרביים שבהם הדרישות הגופניות אינן מתקיימות ברוב המכריע של הנשים (למשל יכולת נשיאת משקלות כבדים במיוחד והנפתם), ובמקרים מסוימים הדבר עלול אף להזיק לבריאותן. ראו תשובת המדינה לעתירה בבג"ץ 6757/03 שטולברג נ' שר הביטחון.

שהתפיסה הסטריאוטיפית של בעל המוגבלות כ"מסכן" או כ"גיבור"¹⁴¹ תרמה אף היא לראייה דיכוטומית של שירותם הצבאי של אנשים עם מוגבלויות: פטורים משירות בשל "מסכנותם" או מתנדבים לשירות, קרי: "גיבורים" המתגברים על הקשיים האובייקטיביים הכרוכים במצבם. ראייה דיכוטומית זו אינה מאפשרת כמובן דיון באדם עם מוגבלות כישראלי מן השורה, "נורמלי", החב בחובת גיוס או המתנדב אליה לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות על ידי הצבא. מובן שהיא אינה מאפשרת תפיסה מורכבת הבוחנת את האנשים ואת הקבוצות השונות הנמנים עם הגדרת "אנשים עם מוגבלויות" ואת הצורך בהתאמת ההסדר ההולם בכל מקרה.

טעם נוסף התורם לשקיפות היחסית של אנשים עם מוגבלויות בסוגיית השירות הצבאי, הוא הטעם התקציבי. ברי כי דיון ציבורי בדבר שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי יהיה כרוך בהוצאות תקציביות ניכרות הנדרשות לביצוע ההתאמות הנדרשות. בהקשר זה נראה כי נחיתותן היחסית של הזכויות החברתיות, הכרוכות בהקצאת תקציב על ידי המדינה, גורמת אף היא לצמצום הדיון הציבורי והמשפטי בנושא.¹⁴²

2. דגם הכשירות הרפואית לשירות והכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי

השיח אודות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות מדגיש את הצורך בהשתתפותם ובהכללתם של אנשים עם מוגבלויות במוסדות חברתיים. כך, סעיף 2 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות קובע כי "חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו".¹⁴³ שגית מור עומדת על כך ש"בבסיס מאבק הזכויות ניצבו עקרונות של השתתפות, הכללה, נראות והתנגדות לפרקטיקות המייצרות ומשמרות את בידודם, את הפרדתם ואת הכפפתם של אנשים

¹⁴¹ עמית קמה "הקורבן האומלל ונכה העל" פנים 26, 73 (2003).

¹⁴² מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 121-123. ראו גם גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999).

¹⁴³ ההדגשה הוספה. ראו גם ס' 3 לאמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, לעיל ה"ש 24 (עיקרון מוביל הוא "השתתפות מלאה ומועילה בחברה, והשתלבות בה").

עם מוגבלויות באמצעים כגון דיור במוסדות, מדיניות חינוך, עיצוב סביבתי ודימויים תרבותיים של פחיתות ערך ונחיתות".¹⁴⁴

בשל המשמעויות החברתיות הכרוכות בשירות הצבאי בישראל, נראה כי אין חולק על חשיבות הכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי והריסת החוצץ המפריד בינם לבין אזרחי מדינה אחרים בהקשר זה.¹⁴⁵ מובן כי אין די ביצירת מנגנונים שיאפשרו הכללה של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, שכן, כפי שהעירה נטע זיו, יש צורך גם ביצירת ההתאמות המתחייבות כדי לאפשר שילוב מעשי של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.¹⁴⁶

כיום, כאמור, מודל הכשירות הרפואית לשירות צבאי הקבוע בתקנות שירות ביטחון קובע כי מי שנקבע כבלתי כשר לשירות או כבלתי כשר ארעית לשירות, לא ישרת בצה"ל. כפועל יוצא מכך ברירת המחל הוא אי שיתופם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי והותרת ההשתתפות לבחירתו של הפרט.¹⁴⁷ מכאן עולה השאלה אם דגם זה מסוגל לאפשר שילוב והכללה של אנשים עם מוגבלויות, או שמא יש צורך בכינונו של דגם אחר.

בהקשר זה מעניין לציין הסדר התנדבות נוסף הקבוע בחוק שירות ביטחון, והוא התנדבותן של נשים לתפקידים קרביים בשירות הצבאי. סעיף 16א לחוק שירות ביטחון מאפשר לנשים להתנדב לתפקידים קרביים בשירות הצבאי, אך מחייב את המתנדבות לבצע שירות סדיר לתקופה שמשכה ואופייה זהים לאלה של השירות הצבאי שבו חבים הגברים.¹⁴⁸

144 מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 123.
 145 למשמעות החברתית-תרבותית של השירות הצבאי בישראל ראו הכתוב ליד ה"ש 28-33. לביקורת על השירות הצבאי כזירת מאבק לשוויון זכויות ולפגיעה באזרחות השווה של אזרחי המדינה שאינם מחויבים בשירות צבאי, ראו הכתוב ליד ה"ש 34-35.
 146 בהקשר זה ראו הערתה של נטע זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 820-821, על המחסומים הגלויים והסמויים הניצבים בפני הכללתם של אנשים עם מוגבלויות בחברה ועל הצורך בביצוע התאמות נדרשות לשם השגת שילוב אמתי..
 147 ראו הכתוב ליד ה"ש 24-25.
 148 ס' 16א לחוק שירות ביטחון קובע כהאי לישנא:

- (א) לכל יוצא צבא אשה זכות שווה לזכותו של יוצא צבא גבר, למלא תפקיד כלשהו בשירות הצבאי.
 (ב) לא יראו פגיעה בזכותה של יוצא צבא אשה למלא תפקיד כלשהו, אם הדבר מתחייב ממהותו ומאופיו של התפקיד.

פרנסס רדאי מעירה שלכאורה, שוויון הזכויות מחייב גם שוויון מלא בנשיאה בנטל השירות הצבאי, וכי אין טעם ממשי שלא לחייב נשים בביצוע שירות צבאי בתפקידים קרביים בתנאי שעברו את המבחנים הגופניים הנדרשים.¹⁴⁹ רדאי מציינת כי סביר להניח שהטלת חובה של שירות קרבי על נערות הייתה חלה בפועל על מספר שולי של נערות, וכי ייתכן שניתן להצדיק את מדיניות ההתנדבות לתפקידים קרביים לנשים כקבוצה, שכן "ההבדלים הקבוצתיים בין הכשירות הפיסית של נערים ונערות מהווים הבחנה רלוונטית לגבי הטלת חובה קבוצתית בעוד שאין הם רלוונטיים לגבי התנדבות אינדיווידואלית המתבססת על בחירה אישית".¹⁵⁰ אשר להסדר החוקי של התנדבות נשים לשירות קרבי רדאי מעלה את השאלה אם התנדבות היא פתרון הולם לאתגר השוויוניות, ומשיבה כי אף על פי שהפתרון אינו מושלם, הרי שהוא הפתרון היחיד שהוא בר ביצוע.¹⁵¹

בדומה לכך, ניתן לטעון כי ההבדלים בין אנשים עם מוגבלויות למי שאינם אנשים עם מוגבלויות מצדיקים הסדרה קבוצתית שונה, ומובן כי הסדרה זו, קרי: פטור משירות צבאי, אינה רלוונטית כשמדובר בהתנדבות אישית של אדם עם מוגבלות. הסדר ההתנדבות לשירות של מי שנמצא בלתי כשר לשירות הוא פתרון ממשי ובר ביצוע. עם זאת, לצורך שילוב מלא ואמיתי של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי יש חשיבות להגדרת סף הכשירות הרפואית מראש מתוך תפיסה של שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי ולהגבלת הפטור למצבים הדורשים זאת בלבד. באותם מקרים המחייבים קביעת אי כשירות לשירות, יש חשיבות לקיומם של מנגנונים המעודדים התנדבות לשירות הצבאי, המסירים חסמים והמטמיעים את ההתאמות הנדרשות לשילובם של המתנדבים.

(ג) דין יוצא צבא אשה, המשרתת על פי התנדבותה, באחד התפקידים שקבע שר הביטחון באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כדין יוצא צבא גבר.

(ד) שר הביטחון, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, רשאי לקבוע הליכי אבחון אחידים למיועדת לשירות ביטחון ולמיועד לשירות ביטחון, וכן הליכי מיון ושיבוץ בתפקידים ובמקצועות בשירות סדיר שיבטיחו שוויון הזדמנויות.

¹⁴⁹ רדאי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 205, הכתוב ליד ה"ש 84.

¹⁵⁰ שם, בעמ' 207. רדאי מציינת קיומן של הצדקות אפשריות אחרות, לרבות חלוקת סיכוני מלחמה והעדרה של תמיכה ציבורית.

¹⁵¹ שם, בעמ' 209.

על פניה, התנדבות לשירות אינה דגם הולם לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי שכן היא מניחה ברירת מחדל של אי גיוס. ואולם, חרף חסרונותיו של הדגם, הרי שביטולו ואימוץ דגם חליפי המטיל חובת גיוס גורפת על כלל האנשים עם מוגבלויות באשר הם (למעט חריגים בודדים), אף הם אינם הולמים. חובה גורפת מעין זו טומנת בחובה קשיים ניכרים הן מנקודת מבטם של אנשים עם מוגבלויות והן מנקודת מבטה של המערכת הצבאית. בעבור אנשים עם מוגבלויות – במקרים רבים לא מן הנמנע שהקשיים שעמם הם מתמודדים בשגרה (כאב, סבל, אי נוחות, קשיים גופניים ועוד) יועצמו עד מאוד בשירות בצבא שהוא ארגון היררכי, בעל משמעת וכללי התנהלות ייחודיים.¹⁵² אשר למערכת הצבאית יש לזכור כי ייעודו של הצבא – בסופו של דבר – הוא לשמור על ביטחון המדינה ותושביה. הטלת חובה גורפת על קליטתם של אנשים שאינם מסוגלים לבצע תפקיד צבאי כלשהו, או שהם בעלי קשיים ניכרים לעשות כן, עלולה לפגוע ביכולתו של הצבא להגשים את ייעודו, וכתוצאה מכך – בביטחון המדינה. לעומת זאת, דגם ההתנדבות לשירות, בדומה לדגם שנקבע להתנדבות נשים לתפקידים קרביים, מאפשר קליטתם לשירות צבאי של אותם אנשים עם מוגבלויות המסוגלים לבצע שירות צבאי מסוים, ולו בהתאמות המתחייבות מבחינתם באופן אישי ומבחינת המערכת הצבאית.

אחד המאפיינים החשובים של שיח הזכויות לאנשים עם מוגבלויות הוא ההכרה בשוני בין הקבוצות השונות של אנשים עם מוגבלויות, במצב הרפואי שלהם, בצרכים שלהם, באינטרסים שלהם, במשאבים העומדים לרשותם, במידת ארגונם, בהשתייכות לקבוצות אחרות.¹⁵³ (למשל נשים שיש להן מוגבלות¹⁵⁴) וברצונותיהם.¹⁵⁵ מתוך הכרה בשוני זה יש צורך ב"תפירת" פתרונות מתאימים לכל תת-קבוצה שיהיה בהם כדי לתת

¹⁵² ראו בהקשר זה ביקורתם של שייקספיר ווטסון על הדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים, שמתעלם מהליקוי הרפואי ומהצורך להביא בחשבון את ההתמודדות של אנשים עם מוגבלויות עם הליקויים, הקשיים והכאבים הכרוכים בכך. Shakespeare & Watson, לעיל ה"ש 51. ראו גם הכתוב ליד ה"ש 55-56.

¹⁵³ על השתייכותם של אנשים עם מוגבלויות לקבוצות שונות – אתניות, חברתיות, מגדריות וכיוצא ב – ראו Shakespeare & Watson, לעיל ה"ש 43, בעמ' 21.

¹⁵⁴ על הצורך בזיהוי עמדתן הייחודית של נשים עם מוגבלות ראו Anita Silvers, *Reprising Women's Disability: Feminist Identity Strategy and Disability Rights*, 13 BERKELEY WOMEN'S L.J. 81 (1998).

¹⁵⁵ השוני בין תתי הקבוצות המרכיבות את הקבוצה הכללית של אנשים עם מוגבלויות בולט גם בקבוצות אחרות שהן הומוגניות יחסית (למשל נשים).

מענה לצרכים הייחודיים של הנמנים עמה. לעתים קרובות מודל ההתנדבות מאפשר מציאת פתרונות שונים המתאימים לצורכי הקבוצות השונות.

אשר על כן טענתי היא שיש לבחון את סף הכשירות לשירות הקבוע בתקנות שירות ביטחון ואת יישומו של הסדר ההתנדבות לשירות ביטחון במקרים ספציפיים, מתוך מודעות לחשיבות שבהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, מתוך חשיבה על כלל השיקולים הצריכים לעניין כפי שיפורטו להלן, ותוך כדי ביצוע ההתאמות הנדרשות לשם שילובם של אנשים עם מוגבלויות. בחינה זו תביא להגדרה טובה יותר של סף הכשירות הרפואית, של הפטור בשל אי כשירות רפואית ושל ההתנדבות לשירות במקרים המתאימים. באופן זה ישולבו אנשים עם מוגבלויות באופן מלא יותר בשירות הצבאי, בין על דרך של שירות חובה ובין על דרך של שירות בהתנדבות.

ו. השיקולים בקביעת כשירות רפואית לשירות

כאמור, בחינת שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי נדרשת לתהליך דו שלבי: קבלת החלטה בנוגע לסף הכשירות הרפואית לשירות צבאי; במקרים שבהם הוחלט כי אדם מסוים אינו עומד בסף כשירות זה – קבלת החלטה על התנדבות לשירות. בשני השלבים יש לבחון תחילה אם אנשים עם אותה מוגבלות מסוימת מסוגלים בתנאים מסוימים לשרת שירות הצבאי, ומה נדרש כדי לקיים את אותם תנאים. כפי שיוצג להלן, בשני השלבים נבחנים אותם שיקולים, אך אופן יישומם של השיקולים והמשקל המיוחס להם בשני השלבים עשויים להיות שונים. כך, הטלת חובת גיוס כללית על קבוצה בעלת לקות מסוימת עשויה להיות כרוכה בהכבדה קשה ביותר על הפרטים הנמנים עם הקבוצה ובסיכון בריאותי מסוים להם, בתועלת צבאית נמוכה ובעלות תקציבית גבוהה. לעומת זאת, מתן אפשרות לפרט מסוים להתנדב תאפשר לאותם אנשים מתוך הקבוצה שמצבם הבריאותי שפיר יותר ושהם בעלי יכולת התמודדות גבוהה יותר, לשרת שירות צבאי מלא. במצב דברים זה ניתן בדרך כלל ליתן משקל פחות לתועלת הצבאית הנמוכה יחסית ולעלות התקציבית הכרוכה בכך.

במידה מסוימת הדיון בשיקולים מערב את שאלת ההכרה בזכות עם שאלת האמצעים להגשמתה ואינו מכריע בכל אחת מהן לחוד.¹⁵⁶ כתוצאה מכך כל אחת מהשאלות שיעלו לדיון כוללת את ההיבטים החיוביים של שוויון ושל הכללת אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי וגם את החסם והקושי החברתי הכרוכים בכך ואת האפשרות להסרתם.¹⁵⁷ עם זאת, בחינת השאלות באופן זה תאפשר בחינה קונקרטיית שיהיה בה כדי לתת מענה מעשי מיטבי לקבוצות שונות הנמנות עם הגדרת אנשים עם מוגבלויות על צרכיהם הייחודיים, בהתחשב במאפיינים המיוחדים של השירות הצבאי.

1. רצון הפרט או רצון הקבוצה

כאמור, קבוצת האנשים עם מוגבלויות מונה תתי קבוצות שונות הנבדלות זו מזו בצרכיהן וברצונותיהן, ופרטים בעלי רצונות משלהם.¹⁵⁸ נשאלות השאלות מהו המשקל שיש לייחס לרצונו של הפרט עת דנים בשאלת הכשירות הרפואית לשירות צבאי, וכיצד יש להתייחס לרצונו אל מול רצון הקבוצה או תת הקבוצה. בהקשר זה יש לזכור כי עסקינן בחובת שירות צבאי המוטלת על כלל האוכלוסייה ללא התחשבות ברצונו של פרט זה או אחר. במובן זה אין לאנשים עם מוגבלויות זכות יתר ביחס לאנשים ללא מוגבלויות.

¹⁵⁶ מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, מעירה בעמ' 120–121 כי הגדרת "ההתאמות הסבירות" בסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות מדגימה את טשטוש ההבחנה בין שלב הדיון העקרוני בזכויות לבין השלב היישומי: באותו הקשר נקבע, כי חובת ההתאמות היא חלק מן האיסור על הפליה. אך על ההתאמות להיות סבירות, כלומר כאלו שלא יטילו נטל כבד מדי על המעסיקה. השאלה העולה היא, האם משמעותו של כלל הנטל הכבד מדי היא, שכאשר הנטל כבד מדי אין כאן כל אפליה או שמא מדובר בסייג, מעין "פטור", הנובע מתחשיב של שיקולי עלות-תועלת, המכיר בכך שהייתה כאן הפרה של שוויון אך עלותה גבוהה מדי מבחינה חברתית ולכן הסעד מוגבל? ... ראוי לשים לב לטשטוש גבולות זה, שכן עמדה עקבית הדוגלת בעקרונות שביסוד החוק, תדבק בעמדה האחרונה ואילו עמדה המתנגדת לחוק ולנטל שהוא מטיל תאמץ את הפרשנות הראשונה.

¹⁵⁷ מור עומדת שם, בעמ' 115–123, על ארבעה חסמים עיקריים מפני הכרה בזכויות אנשים עם מוגבלויות: תפיסת המוגבלות כנחיתות או כשוני אינהרנטי; שיקולים מקצועיים רפואיים; שיקולים תקציביים; נחיתותן היחסית של הזכויות החברתיות.

¹⁵⁸ ראו הכתוב ליד ה"ש 154–155 לעיל.

כשדנים בסף הכשירות הרפואית לשירות, ראוי לשמוע גם את עמדתם של ארגונים מהשטח ככל שהם מבקשים להשמיעה.¹⁵⁹ עם זאת, יש לקחת בחשבון כי ייתכן שהארגון אינו מייצג את כלל הפרטים באותו מצב רפואי,¹⁶⁰ או שאינו מודע להשלכות של תנאי השירות הצבאי על בריאותו של הפרט.

בשלב השני, שבו נבחנת התנדבותו של הפרט לשירות צבאי, יש משקל יתר לרצונו של הפרט בקבלת ההחלטה על גיוסו לשירות צבאי (שכן על פניו בשל מצבו הבריאותי הוא היה זכאי לפטור משירות צבאי). ואולם, משום אופיו של השירות הצבאי יהיה גם כאן המשקל הניתן לרצון הפרט מוגבל יחסית. החייל המתנדב, ככל חייל אחר, עשוי להיות משובץ לתפקיד שאינו מעוניין בו, בהתאם לצורכי הצבא.

שאלה אתית חשובה אחרת החורגת מתחומי רשימה זו היא מה המשקל שיש לתת לרצונו של אדם להתגייס, ולו גם כמתנדב, מקום שקיים סיכון בריאותי ממשי בגיוסו לשירות צבאי. בהתאם למדיניות הנוהגת כיום, לא יאפשרו את התנדבותו לשירות.¹⁶¹ נזכיר גם כי המערכת הצבאית נושאת באחריותו לבריאותו של האדם – אחריות זו אינה פוסקת רק משום שאדם החליט ליטול על עצמו סיכון. אף יש לכך היבטים משפטיים וכלכליים ניכרים, למשל לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959.¹⁶²

2. השיקול הרפואי

כיום הכשירות הרפואית לשירות נקבעת בתקנות על ידי שר הביטחון. הלכה למעשה, גורמי המיון הרפואי הצבאי הם האמונים על גיבוש אמות המידה הרפואיות לתוספות לתקנות והבאתן לאישור שר הביטחון. גורמים אלה מחזיקים לא רק בידע הרפואי הכללי הנדרש לשם גיבוש סף הכשירות, כי אם גם בהיכרות עם תנאי השירות הצבאי

¹⁵⁹ שמיעת הקולות "מהשטח" חשובה לבחינה מהותית של שילוב אנשים עם מוגבלויות בחברה. ראו ה"ש 125 לעיל. עם זאת, יש לתת את הדעת לכוחם השונה של אנשים עם מוגבלויות שונות, מאורגנים ובלתי מאורגנים. ראו ה"ש 124 לעיל.

¹⁶⁰ ייתכן שארגון מסוים יפעל להכיר בלקות כמחייבת שירות צבאי, כחלק ממאבק לשילוב בעלי אותה לקות בחברה הישראלית, ומאבק זה לא יעלה בקנה אחד עם מצבם הבריאותי של חלק מהחולים.

¹⁶¹ ראו הכתוב ליד ה"ש 162-164 להלן.

¹⁶² בהקשר זה ראו לוסיאן לאור, יצחק קרייס, יונית וואהל, אריאל בר ויוספה ובר-דיין "סוגיות באתיקה של המיון הרפואי בצה"ל" הרפואה הצבאית 1, 139 (2004).

על מאפייניו המיוחדים ובהבנתם. הבנה זו מתחייבת הן כדי להעריך את הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בשירות הצבאי בעבור אדם בעל מצב בריאותי או ליקוי רפואי מסוים, הן כדי לערוך את ההתאמות הנדרשות לשם שמירה על בריאותו של הפרט. כפי שתואר לעיל, טרם גיבוש הקריטריונים הרפואיים עורכים גורמי המיון הרפואי הצבאי עבודה מקיפה בסיוע צוותי מומחים בכירים בתחומים הרלוונטיים. הם בוחנים את ההתפתחות הרפואית-מדעית ואת ההשלכות האפשריות של השירות הצבאי על בריאותו של הנבדק.

הנחת היסוד העומדת כיום בבסיס הכשירות הרפואית לשירות היא ההגנה על בריאותו של אדם מפני נזק שעלול להיגרם לו בשירות הצבאי.¹⁶³ לפיכך אין מקום לקבוע חובת גיוס כאשר יש חשש לפגיעה בבריאותו של אדם בשל גיוסו לצבא או העמדתו בתנאי השירות הצבאי.¹⁶⁴ עם זאת, ככל שניתן להעמיד את אותו אדם בתנאים מגנים שיאפשרו לו לשרת שירות צבאי בלי לסכן את שלומו ואת בריאותו, הרי שיש מקום לקבוע חובת שירות צבאי בתנאים מגנים אלה.¹⁶⁵ מתן משקל נכבד לשיקול הרפואי נועד להבטיח הגנה הולמת לבריאותו של הפרט, גם במצב דברים שבו קיים

¹⁶³ בדומה לקביעה האתית-הרפואית המיוחסת להיפוקרטס: "בראש ובראשונה – אל תזיק".

¹⁶⁴ קביעה חד משמעית זו של המחוקק המחילה את חובת הגיוס והשירות על הבריאים בלבד (בהתאם להגדרת הכשירות לשירות, כמובן) מאזנת בין הצורך הביטחוני של צה"ל בגיוס של חיילים כשירים בכלל, וכשירים ליחידות השדה בפרט, להגנה על בריאותו של הפרט. פועל יוצא מכך הוא כי רשויות הצבא מוסמכות לגייס אדם בריא ולשלוח אותו למשימה שממנה הוא לא ישוב. הן אינן רשאיות לגייס את מי שנקבע בלתי כשר לשירות או בלתי כשר ארעית לשירות, למשל בשל מחלה שעלולה לסכן את חייו בתנאי השירות הצבאי. ייתכן שיהיה מי שיחלוק על הנחת יסוד זו, שכן ברור לכל כי השירות הצבאי כרוך בסיכונים ניכרים לחייו ולבריאותו של האדם הבריא או שאינו בעל מוגבלות. ניתן לטעון כי העמדת אדם בסיכון ידוע מראש (למשל הגברת הסיכון לאירוע לבבי) אינה שונה מהצבתו בשירות קרבי על סיכוניו. סבורני כי יש להבחין בין סיכונים הכרוכים באופיו ובמהותו של השירות הצבאי (כמו השירות הקרבי) לסיכונים שאינם מחויבים ממהותו של השירות הצבאי (למשל סיכון לאירוע לבבי בתנאי שירות צבאי שגרתיים). נוסף על כך, דומני כי סטייה מתפיסת היסוד המעוגנת בקביעת ספי כשירות רפואית לשירות בתקנות שירות ביטחון מאז קום המדינה ועד ימינו, מחייבת עיגון בהסדר ראשוני בדמות חקיקה ראשית. אין ספק כי טענה זו מחייבת דיון אתי סבוך שיש מקום להעמיק בו.

¹⁶⁵ כפי שנעשה, למשל, בתיקון לפרק הפסיכיאטריה בתקנות שירות ביטחון. ראו לעיל ה"ש 120.

צורך צבאי בהנמכת סף הכשירות הרפואית לשם הגדלת פוטנציאל כוח האדם העומד לרשות צה"ל.

כפי שתואר בפרק ג(3) לעיל, ביקורת המוגבלות מפנה את תשומת הלב לדומיננטיות יתר של הפרופסיה הרפואית בקביעת המוגבלות ומשמעותה. החשש העיקרי הוא מהגדרת האדם באמצעות המוגבלות וממתן מעטה מדעי-אובייקטיבי להטיות חברתיות, בהתעלם מההבניה החברתית של המוגבלות ומהחסמים החברתיים המוצבים בפני אנשים עם מוגבלויות.¹⁶⁶ שייקספיר ווטסון קראו לבחינה משולבת, רפואית וחברתית, שמביאה בחשבון הן את החסמים החברתיים ואת הצורך בהסרתם והן את הצרכים הרפואיים של אנשים עם מוגבלויות ואת הטמעת ניסיונם וחוויותיהם הסובייקטיביים.¹⁶⁷

לפיכך ברור כי על אף חשיבותו של השיקול הרפואי אין הוא עומד לעצמו, ויש לבחון אותו בצירוף שיקולים נוספים. עם זאת, ובמיוחד לאור דברי שייקספיר ווטסון, יש לנקוט זהירות בהמעטה בערכו של השיקול הרפואי. חשיבותו של השיקול הרפואי ניכרת במיוחד במקרה שבו קיים חשש לפגיעה בבריאותו של אדם. כך, למשל, מדוח מבקר המדינה משנת 2002 עולה כי טרם תחילת שילובן של נשים בתפקידי לוחמות לא שולב חיל הרפואה בעבודת המטה שקדמה לכך, ולא ניתנה הדעת על ההבדלים הגופניים בין נשים לגברים ועל הצורך בבחינת התפקיד ובהתאמת הסביבה וההכשרה הצבאית לנשים.¹⁶⁸ דומה כי ההמעטה בערכו של השיקול הרפואי באה על רקע הדומיננטיות של הטעון החברתי-פמיניסטי במקרה זה אשר חתר תחת ההגמוניה של הצבאיות "הגברית".

3. השיקול הצבאי

אף כי שאלת היצרנות זכתה לביקורת רבה בביקורת המוגבלות, לא ניתן להתעלם ממנה כליל. ניתן לטעון כי לאור החשיבות שבהכללת אנשים עם מוגבלויות בשירות

¹⁶⁶ ראו הדיון בדומיננטיות הרפואית של הגישה המסורתית לתפיסת המוגבלות, בביקורת של גישת היחסים החברתיים ובביקורת הנגדית של הדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים בפרק ג(3).

¹⁶⁷ שייקספיר ווטסון, לעיל ה"ש 51, הכתוב ליד ה"ש 55-56.

¹⁶⁸ מבקר המדינה דוח שנתי 53 א לשנת 2002 141-142 (2002). ראו גם תשובת המדינה לבג"ץ 6757/03, לעיל ה"ש 140.

הצבאי ולאור החשיבות שבנשיאה שוויונית בנטל השירות, יש לנקוט מדיניות רחבה הנותנת משקל מועט יחסית למדד היצרנות ולמידת תרומתו של אדם לשירות הצבאי. עם זאת, כאמור, תכליתו של צבא ההגנה לישראל היא שמירה על בטחון המדינה, ויש לוודא כי תכלית זו לא תסוכל.

גם בהקשר זה מוצע לייחס משקל שונה לשיקול זה בקביעת סף הכשירות ובקביעת מבחני ההתנדבות. בקביעת סף הכשירות הרפואית לשירות, שמתווה חובת גיוס כוללת, יש משקל רב יותר לתועלת הצפויה למערכת הצבאית. כך, אם בשל מוגבלותו אין אדם מסוגל לעבוד במשך יום עבודה שלם, יש קושי של ממש לומר כי הוא כשר לשירות צבאי. עם זאת, ככל שאין מדובר בהטלת חובת גיוס כוללת כי אם במקרה פרטני, ניתן להתחשב בנסיבות הפרטניות, לתת משקל רב יותר לרצונו של הפרט ולמצוא בעבורו פתרון הולם בשירות הצבאי. למותר לציין כי קיים קושי אם ההתאמה הנדרשת מן המערכת הצבאית כרוכה בפגיעה רבה יותר באופיו של השירות הצבאי (למשל במשמעת, בכללי ההופעה והלבוש הצבאיים, בביצוע חובות בסיסיות הנדרשות מהחייל כגון תורנויות או שמירות), או שהיא בעלת עלות כלכלית ניכרת יותר (וראו הדיון להלן).

כך, גם בהתאם לסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תנאי לאיסור ההפליה החל על מעביד הוא "ובלבד שהם [העובד או דורש העבודה – ת' ת'] כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים".¹⁶⁹ בהקשר זה מבאר המחוקק כי "אין רואים כהפליה לפי סעיף זה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה".¹⁷⁰ בהשאלה לשירות הצבאי יש לבחון מהן הדרישות המהותיות של השירות הצבאי, ועל פיהן ייקבע סף הכשירות הרפואית לשירות. כפי שניתן לראות, בשנים האחרונות רשויות הצבא בוחנות מחדש שאלה זו ומגבשות את הדרישות המהותיות לשירות בגמישות יחסית.

4. השיקול התקציבי

מרבית ההתאמות והשינויים הנדרשים לצורך שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי כרוכים בעלות כלכלית מסוימת. יוזכר כי בכל הנוגע לגיוס נשים לצה"ל עמדה השופטת דורנר על כך שאין בטעמים התקציביים הכרוכים בשילוב נשים

¹⁶⁹ ס' 8(א) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

¹⁷⁰ ס' 8(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

בצה"ל כדי למנוע את מימושה של הזכות לשוויון.¹⁷¹ בכל הנוגע לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות השיקול התקציבי הוא חסם מוכר, ויש מקום לדון בו ולבחון מהו האיזון ההולם מתוך הבנה ששילובם של חיילים עם מוגבלות נושא עמו השפעה תקציבית.¹⁷²

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות¹⁷³ מאזן בין הצורך בהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בחברה וההכרה בחשיבות הטמעתה של מדיניות שוויונית לעלויות הכלכליות הכרוכות ביישומה של מדיניות זו. כאמור, סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נתפס כמאפשר מתחם שיקול דעת רחב למדי למעסיק וזכה לביקורת בשל טשטוש ההבחנה בין שלב הדיון העקרוני (ההכרה בזכות) לשלב היישומי (הקושי שביישום הזכות במקרה מסוים).¹⁷⁴ חרף הביקורת, ובמיוחד במערכת הצבאית החותרת להגשמה מלאה של ערך השוויון בנטל השירות, ניתן לראות בהסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק כמשקף את מאזן השיקולים הראוי שישמש נקודת מוצא לדיון קונקרטי בשיקול התקציבי ובכשירות הרפואית לשירות של מצב רפואי מסוים.¹⁷⁵

¹⁷¹ ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 139, בעמ' 113. בית המשפט העליון התייחס מאז בפסיקתו לשאלת המשקל הראוי לשיקול התקציבי ולהתערבותו בהחלטת הרשות בהקשר זה. ראו, למשל, בג"ץ 7443/03 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך (פורסם באר"ש, 2.6.2004); בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007). ראו גם ה"ש 142 לעיל; גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345 (2007).

¹⁷² מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 119–121; זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 853.

¹⁷³ ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

¹⁷⁴ ראו לעיל ה"ש 156.

¹⁷⁵ ס' 8 אינו חל על צה"ל שכן צה"ל אינו נכלל בהגדרת "מעביד", בוודאי שלא בהתייחס למשרתים בשירות חובה. אשר למשרתים בשירות קבע הלכה פסוקה היא כי אין מתקיימים בינם לרשויות הצבא יחסי עובד ומעביד. בג"ץ 279/72 עובד נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 169 (1972); גיא י' זיידמן ואיל רז "מעמדו של משרת הקבע בצה"ל כעובד" עיוני משפט כג 291 (2000). להכרה במעמד של עובד לצורך חוקי מגן מסוימים ראו דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998). לקריאה לשינוי חקיקתי שיעגן את מעמדו של משרת הקבע בצה"ל ראו בג"ץ 6651/05 שפירא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי של צה"ל (פורסם באר"ש, 26.1.2006); בג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם באר"ש, 24.10.2006). לא מן הנמנע כי בכל הנוגע למשרתי קבע יידרש צה"ל לפעול ברוח החוק ובהתאם לעקרונות המותווים בס' 8 לחוק בשינויים המחויבים מאופיו וממהותו של השירות.

כאמור, בהתאם לסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, חל איסור על מעביד להפלות אדם מחמת מוגבלות.¹⁷⁶ בהמשך הסעיף מוגדרת "הפליה" ככוללת "אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו". "התאמה" מוגדרת ככוללת את "התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעביד נטל כבד מדי. ו"נטל כבד מדי" מוגדר "נטל בלתי סביר בנסיבות הענין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה".¹⁷⁷

מובן כי יש צורך בביצוע התאמות שונות כדי להסיר את המחסומים הקיימים לשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות צבאי. בכלל זה ניתן למנות התאמת מתקנים מבחינת גישותם, הספקת ציוד נדרש לביצוע התפקיד ומזון מתאים לסובלים ממצב רפואי הדורש זאת, שיבוץ בבסיסים המצויים בסמיכות למקום המגורים או למרכז רפואי וכיוצ"ב.

השאלה החשובה והקשה היא מהו "נטל בלתי סביר בנסיבות העניין". בהקשר זה ראוי, לטעמי, להבחין בין חובת הגיוס להתנדבות. השיקולים הנמנים בהסדר הקבוע בחוק כוללים את העלויות ואת השיקולים הכלכליים הכרוכים בכך. בהקשר הצבאי ניתן למנות גם את ביטחון המדינה ושיקולי תכנון כוח אדם כפי שהם באים לידי ביטוי קונקרטי במקרים הרלוונטיים. בעוד שלהטלת חובת גיוס עלולות להיות השפעות רחבות היקף, הרי שלעיתים קרובות אישור התנדבות במקרה מסוים וביצוע ההתאמות הנדרשות לשם כך עשויים לצמצם את העלויות ואת הקשיים באופן שיהפוך את הנטל מבלתי סביר לסביר בנסיבות העניין.¹⁷⁸

¹⁷⁶ ס' 8(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

¹⁷⁷ ס' 8(ה) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. ראו לעניין זה, למשל, את רשימת ההתאמות הנדרשות בתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות), התשע"ג-2013.

¹⁷⁸ מאזן השיקולים שתואר לעיל אינו פותר כמוכן את כלל הבעיות המתעוררות. במקרים מסוימים מתעורר קושי הנוגע לשוויון החברתי בקרב מתגייסים. כך, במקרה שבו מתבקש להעמיד סיעה הנדרש לאדם בעל המוגבלות לביצוע מטלות תפקודיות יומיומיות, נראה כי מדובר בנטל שמכביד באופן בלתי סביר על רשויות הצבא. כיצד על הצבא לבחון בקשה של מתנדב לשאת בעלויות אלה בעצמו בשל רצונו העז להתגייס?

ז. סיכום

רשימה זו עסקה בסף הכשירות הרפואית לשירות ובהתפתחויות ההיסטוריות שחלו בו במשקפי ביקורת המוגבלות. הנחת המוצא לרשימה זו היא כי סף הכשירות הרפואית לשירות אינו רשימת אמות מידה רפואיות גרידא, אלא הוא משקף התפתחויות חברתיות ותרבותיות הנוגעות לשירות הצבאי בכלל ולתפיסת המוגבלות והשירות הצבאי בפרט.

בגדר כך הודגמה תפיסת החייל כ"בעל הגוף הנבחר", ששלטה בעיקר בשנים הראשונות לקום המדינה ושנותרה דומיננטית עד לשנות התשעים. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם תפיסת המוגבלות המסורתית המפרידה בין האזרח הישראלי "הנורמלי" המשרת שירות צבאי לאדם עם המוגבלות שלכל היותר, נתפס כ"מסכן" שפטור משירות צבאי, או כ"גיבור" שמתגבר על קשייו ושמתנדב לשירות צבאי.

בהמשך נבחן השינוי שחל בתפיסת החייל ובתפיסת המוגבלות החל מאמצע שנות התשעים ובמיוחד החל משנות האלפיים. ניתן לראות כי החל משנות האלפיים אומץ דגם עדכני יותר של חיילות שנסוג מהדגם המסורתי ושנכון להכיל בתוכו גם אנשים עם מוגבלויות. במובן זה ניתן לומר כי חל שינוי מהותי בתפיסת שילובם של אנשים עם מוגבלויות, וכי סף הכשירות לשירות עוצב על הציר שבין גישת שוויון הזכויות לגישת היחסים החברתיים, הקוראת להסרת החסמים החברתיים בפני שוויון זכויות מלא לאנשים עם מוגבלויות. לאחר הדגמת השינויים שחלו בסף הכשירות הרפואית לשירות, הוצע הסבר חברתי-תרבותי לשינוי, ברוח תיאוריית מיזוג האינטרסים של Bell, ולפיו השינוי שחל בתפיסת המוגבלות בא לשרת צורך צבאי בחיזוק אתוס צבא העם בתקופה שבה הוטל בו ספק.

לקראת סיום הרשימה, מתוך מודעות להטיות החברתיות והתרבותיות העומדות בבסיס סף הכשירות הרפואית לשירות, נעשה ניסיון לבחון את שאלות היסוד הנוגעות לכשירות הרפואית לשירות, ובמיוחד הודגש העדרו של הדיון הציבורי בשאלת שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. נטען שם כי אף שהדגם של סף כשירות רפואית לשירות לצד התנדבות לשירות אינו נקי מחסרונות, הרי שבמצב הדברים הקיים דגם ההתנדבות הוא הדגם שיש בכוחו לאפשר בתנאים שפורטו לעיל, שילוב מיטבי של אנשים עם מוגבלויות בשירות צבאי ומתן מענה לצרכים הרפואיים

ומה ההשפעה על אדם במצב דומה המבקש להתגייס ואינו מסוגל לשאת בעלות כלכלית

?וז

הייחודיים לאנשים עם מוגבלויות שונות. בהמשך לכך וברוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, הוצעה רשימת אמות מידה לבחינה ולשקילה טרם קבלת החלטה בדבר סף הכשירות הרפואית לשירות וטרם קבלת החלטה על התנדבותו של אדם שנקבע כי אינו כשר לשירות.

אין נוסחת קסם לאיזון הראוי וההולם בין השיקולים השונים בבחינת סף הכשירות הרפואית לשירות ולשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. ואולם טענתי היא כי מודעות לשיקולים ולחסמים בשילובם של אנשים עם מוגבלויות ובחינה של סף הכשירות הרפואית לשירות וההתנדבות לשירות "בלב פתוח ובנפש חפצה" ומתוך אידיאולוגיה שוויונית המכלילה אנשים עם מוגבלויות, יביאו לאיזון נכון והולם יותר.

בהקשר זה ראוי לציין כי השדה הצבאי על בעיותיו ואתגריו נכון יותר לקבל דגם של יחסים חברתיים והסרת חסמים לצורך שילוב חברתי. כאמור, המדובר באינטרס צבאי מובהק לחיזוק אתוס צבא העם. נוסף לכך, למערכת הצבאית אופי ייחודי: היא שמה לה מטרת חינוכיות-ערכיות-חברתיות; היא אינה נמדדת בהשאת רווח ובראייה כלכלית-תועלתנית גרידא; היא דורשת ממפקדים להיות מעורבים בחיי פקודיהם ולסייע להם, והם אף נמדדים בכך; היא מטיפה לערבות הדדית ולרעות בין החיילים, בהתאם לערך "הרעות" הצבאי.¹⁷⁹ לכן נראה כי אופיו המיוחד של השירות הצבאי בישראל והדיון בדבר שילובם של אנשים עם מוגבלויות בו עשויים להיות קרקע פורייה לפעילות שוויונית מהותית שתביא לשילובם ולהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בחברה הישראלית.

¹⁷⁹ "רעות – החייל יפעל מתוך אחווה ומסירות לחבריו לשירות, וייחלץ תמיד לעזרתם כשהם זקוקים לו או תלויים בו, חרף כל סכנה וקושי, עד כדי חירוף הנפש". רוח צה"ל www.idf.il/1413-10820-he/Dover.aspx

כבוד המת במשפט הבין-לאומי

נִיר שֵׁנִי*

244	תקציר
245	א. פתח דבר
249	ב. כבוד המת בדיני המלחמה
249	1. ההתפתחות ההיסטורית
253	2. המשפט הבין-לאומי ההומניטרי כיום
255	3. דיני התפיסה הלוחמתית בראי פסיקת בג"ץ
258	4. ענף דיני המלחמה – סיכום
258	ג. כבוד המת במשפט הבין-לאומי הפלילי
262	ד. כבוד המת בענף זכויות האדם
262	1. היעדר הסדרים קונקרטיים
264	2. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם
265	3. פסיקת ה־Inter-American Court of Human Rights
267	4. ענף דיני זכויות האדם – סיכום
267	ה. כבוד המת במשפט המדינתי
267	1. המשפט הישראלי
273	2. המשפט האנגלו-אמריקני

* רס"ן בפרקליטות הצבאית. ברצוני להביע תודותיי לפרופ' יפה זילברשץ, לסא"ל תמר תבורי, לרס"ן נדב מיינקובסקי, לרס"ן ורד זליכה ולרס"ן ג'ני לובובסקי על הערותיהם המועילות למאמר. המאמר משקף את עמדותיי האישיות בלבד, ואין בדברים שבו כדי לשקף בהכרח את עמדת הפרקליטות הצבאית.

276	המשפט הגרמני	3.
277	המשפט המדינתי – סיכום	4.
278	מסקנות	1.
278	א-סימטרייה במשפט הבין-לאומי	1.
280	הדין הרצוי	2.

תקציר

במאמר זה נבחנים ההסדרים הנוגעים לכבוד המת במשפט הבין-לאומי על ענפיו השונים. בחינה של ענף דיני המלחמה מגלה כי ענף זה עוסק בהרחבה במתים בשדה הקרב ובחובות המדינות הלוחמות כלפיהם. הסדרה זו של היחס למתים בקרב הופיעה לראשונה בדין המנהגי של דיני המלחמה לפני מאות שנים. אמנם בראשית תהליך הקודיפיקציה של דיני המלחמה במחצית המאה ה-19 הייתה ההתייחסות למתים מצומצמת. עם זאת, בראשית המאה ה-20 עוגנו באמנות דיני המלחמה החדשות חובות כלפי המתים, שהלכו והורחבו במשך השנים. פסיקת בג"ץ שיישמה את דיני התפיסה הלוחמתית אף הרחיבה את חובות המדינה המחזיקה בשטח לשמור על כבוד המת. הפסיקה החילה את החובה הכללית לשמירת כבוד התושבים המקומיים אף על התושבים המתים. כתמונת מראה לדיני המלחמה, אף ענף המשפט הבין-לאומי הפלילי מכיר באופן מפורש בחובה לשמור על כבוד המת. לעומת זאת, ענף דיני זכויות האדם כמעט מתעלם מכבוד המת. הרוב המוחלט של אמנות זכויות האדם כלל אינן מזכירות את זכויות המתים, אלא קובעות זכויות ל"אדם" בלבד. בפסיקות בתי הדין הבין-לאומיים לזכויות אדם ניתן לזהות גישות שונות – לפי גישה אחת לא יוענק סעד לעותר שלא נפגע אישית, וכך ניתנת הגנה רק לזכותם של החיים; לפי גישה אחרת מוכרת הזכות לכבוד המת כחלק מזכות האדם לכבוד. בחינת המשפט המדינתי במדינות שונות מגלה אף היא גישות דומות. ניתן להסביר את הפער בין הסדרת כבוד המת בדיני המלחמה לבין ההסדרה בענף זכויות האדם בכמה דרכים. ראשית, העיסוק במתים טבוע באופייה של המלחמה. שנית, מוות במלחמה נתפס באופן נשגב יותר ממוות בנסיבות אחרות. שלישית, דיני המלחמה התפתחו במשך שנים רבות בטרם נוצרו דיני זכויות האדם, שעדיין מצויים בפיתוח. רביעית, דיני המלחמה משקפים מנהגים מוסכמים על מדינות רבות שהיה קל יותר להסדירם באמנות. הסדרת כבוד המת בענף זכויות האדם יכול שתיעשה בעיגון באמנות בין-לאומיות או בדרך של פרשנות פסיקתית. מטעמים הנוגעים לעקרון ההסכמה במשפט הבין-לאומי, נראה כי הדרך הראשונה עדיפה.

א. פתח דבר

רשימה זו באה לבחון את יחסו של המשפט הבין-לאומי הפומבי על ענפיו לכבוד המת. סוגיית כבוד המת מעוררת שאלות בדבר היקף התפרסותן של זכויות האדם אל מעבר להגדרה הרגילה של המונח "אדם". שאלות בדבר הגדרת "האדם" שניתן לייחס לו זכויות, מתעוררות גם בהתייחס לעוברים שטרם נולדו, לדורות הבאים ובמובנים מסוימים אף לאנשים מחוסרי הכרה, אשר המשותף לכולם הוא העדר יכולתם להביע את רצונם.

רשימה זו, כאמור, לא תעסוק בסוגיות אלו, אלא תתמקד בכבוד המת ובביטוייו במשפט הבין-לאומי. רשימה זו תסקור את ההסדרים (והעדר ההסדרים) בדין הבין-לאומי על ענפיו השונים באשר לכבוד המת ותציג מסקנות מן השוני הקיים בתחום זה בענפי המשפט הבין-לאומי השונים בעזרת בחינת המשפט הפנימי במדינות שונות. אולם בטרם נעבור לבחינת המשפט הבין-לאומי, נתמקד ראשית במושג "כבוד המת". בתחילה תיבחן חשיבותו של ערך כבוד המת; לאחר מכן יידונו ההצדקות למתן כבוד למת; לבסוף יתואר הקושי בזיהוי בעל הזכות לכבוד ומי שנגרם לו נזק.

שתי תכונות דומיננטיות מאפיינות את ערך "כבוד המת": היסטוריות ואוניברסליות. יפים לכאן דברי האנתרופולוג הנודע קלוד לוי-שטראוס (Claude Lévi-Strauss): "ככל הנראה אין חברה שאינה מתייחסת בכבוד למתיה. בגבולות המין האנושי אפילו האדם הניאנדרתאלי קבר את מתיו בקברים סדורים בעיקרם".¹

ערך "כבוד המת" קיים בציוויליזציה האנושית משחר ההיסטוריה. כך, למשל, ניתן למצוא במקרא עיסוק נרחב בנושא קבורת המת.² הבאת אדם "אל קבר אבותיו" נחשבה זכות גדולה למת.³ חרף התנגדות המקרא לפולחן המתים מודגשת בו החובה לשמור על כבוד המת ולעשות את כל הפעולות הדרושות למניעת ביזויו.⁴ דוגמה

¹ CLAUDE LEVI-STRAUSS, TRISTES TROPIQUES 267–68 (1955) ("Il n'existe probablement aucune société qui ne traite ses morts avec égards. Aux frontières mêmes de l'espace, l'homme de Néanderthal enterrait aussi ses défunts dans des (התרגום שלי)."

² ראו, למשל, בראשית נ 26; דברי הימים ב, טז 14.

³ להרחבה ראו דורית גד "קבורה יהודית שנייה – 'ליקוט עצמות' יהדות חופשית 26–27, 56 (2003).

⁴ ראו, למשל, דברים כא 23.

נוספת אנו מוצאים במיתולוגיה היוונית בסיפורה של אנטיגוֹנָה במחזה מאת סופוקלס משנת 442 לפנה"ס.⁵ במחזה זה הגיבורה ממרה את צו המלך ומעניקה לאחיה האהוב קבורה מכובדת מכיוון שזו, לדבריה, זכות המוגנת על ידי האלים. בכך היא מבטאת יחס של כבוד למתים ומקדימה ערך זה לערך הציות לחוק. אף בפן המשפטי מצא "כבוד המת" ביטוי בעת העתיקה: החוק הרומי העתיק הגן על כבוד המתים באמצעות ענישה פלילית ואסר הפרעה למנוחתם והוצאתם מקברם.⁶

מלבד השורשים ההיסטוריים "כבוד המת" הוא ערך אוניברסלי המקובל ברובן המכריע של התרבויות בעולם. לכל עמי העולם יש מנהגים מיוחדים או טקסים שלפיהם נוהגים בעת קבורת נפטר.⁷ כמעט כל בני הדתות מאמינים שכאשר מת האדם, גופו חדל לחיות, אך נשמתו או רוחו מוסיפה לחיות אחריו. כך, הדתות המונותאיסטיות רואות כולן חובה לשמור על כבודו של המת ומאמינות שעלולה להתקיים פגיעה בו. בעיקרי הנצרות ניתן למצוא חובה להתייחס בכבוד לגופות המתים מתוך אמונה בתחיית המתים.⁸ בדומה, "כבוד המת" הוא ערך מוסד גם באסלאם⁹ ובהלכה היהודית.¹⁰

5 סופוקלס אנטיגוֹנָה 35-38, 87-88, 161 (אהרן שבתאי מתרגם, 2002).

6 ראו ALLAN CHESTER JOHNSON, PAUL ROBINSON COLEMAN-NORTON & FRANK CARD BOURNE, ANCIENT ROMAN STATUTES 113 (1961). כבוד המת מוגן בצו קיסרי: Edict of an Emperor on the Violation of Sepulchers (31 B.C.-A.D. 54).

7 לסקירה משווה ראו EFFIE BENDANN, DEATH CUSTOMS: AN ANALYTICAL STUDY OF BURIAL RITES (2010).

8 CATECHISM OF THE CATHOLIC CHURCH cl. 2300-01, available at http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s2c2a5.htm

9 MUHAMMAD ZAFRULLA KHAN, WISDOM OF THE HOLY PROPHET 64 (1971).

10 מיכאל ויגודה "בדיקה גנטית לזיהוי גופה בקבר אחים" פרשת השבוע 190 (פרשת ויחי, התשס"ה). הגמרא טבעה את הביטוי "קשה רימה למת כמחט בבשר החי" (דברי ר' יצחק), ומתוך כך קבעה כי המתים יכולים להרגיש בכאב (בבלי, שבת יג, ע"ב), וכי המתים יודעים את שקורה בין החיים (בבלי, ברכות יח, ע"ב). ההלכה אוסרת על ניוול המת, ומתוך כך אסורות גם פתיחת הקבר ונטילת עצם מעצמותיו (בבלי, בבא בתרא קנד, ע"א; בבלי, חולין יא, ע"א). אולם, אם פעולת הניוול נעשית לכבודו של המת, היא מותרת. כבוד המת מתבטא גם בהקמת מצבה לזכרו. בנושא זה כתב הרשב"א, רבי שלמה בן אדרת (ספרד, המאה ה-13): "והמצבה שמעמידין על הקבר אין לך כבוד גדול יותר מזה למת" (שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן שע"ה). לדעת הרב משה פיינשטיין (ארצות הברית, המאה ה-20), הכבוד שיש למת בהעמדת מצבה על קברו נוגע גם לבני

לסוגיית כבוד המת ישנה חשיבות בלתי מבוטלת אף בתחום המשפט, ובפרט במשפט הבין-לאומי. המציאות מזמנת לנו אירועים לא מעטים שבהם מעורבים המתים ושנדרשת בהם התייחסות משפטית. על כן נדרש המשפט לקבוע עמדה באשר לזכויות בקשר למתים, ובכלל זאת בשאלת כבוד המת. שאלה זו עשויה להתעורר בכמה היבטים. ראשית, ישנם מקרים שבהם מתעוררת השאלה המשפטית אם ישנה חובת פעולה לשמירה על כבוד המת. כך, למשל, כאשר אנשים נעדרים בעקבות אסון טבע, המשפט נדרש להשיב אם חובה על המדינה לחפש את שרידיהם ולהביאם לקבורה.¹¹ שנית, הסוגיה מתעוררת גם במקרים שבהם תעלה השאלה אם ישנה חובה להימנע מפגיעה בכבוד המת. כך באשר להוצאת לשון הרע על המת או לפגיעה בשרידי גופתו. סוגיות אלו אינן ייחודיות למשפט המדינתי, אלא הן עולות לא אחת גם במשפט הבין-לאומי. מן האמור לעיל נובע כי ישנה חשיבות רבה בביור עמדת המשפט בכלל, והמשפט הבין-לאומי בפרט, לעניין החובות כלפי המתים.

כידוע, זכות האדם לכבוד היא אחת מהחשובות שבזכויות האדם.¹² האם זכות זו עומדת לאדם אף לאחר מותו? על פי גישה אחת, ברגע שאדם מת הוא מאבד את האישיות המשפטית שלו, ולכן אין בכוחו להיות בעל זכויות משפטיות או בעל אינטרסים. כך, למשל, כלל, אדם מת אינו רשאי להגיש תביעה ואי אפשר לתבוע אותו.¹³ גישה זו, הרואה באדם החי את האובייקט היחיד שבכוחו להחזיק בזכויות, יש בה כדי להצדיק מתן זכויות לבני המשפחה וקרוביו של המת, להבדיל מלמת עצמו. גישה מנוגדת לכך גורסת כי ה"אנושיות" (Personhood) של האדם נשארת "חיה" גם לאחר מותו של הגוף, ואנושיות זו יכולה להיות בעלת זכויות.¹⁴ כלומר ברגע שלאדם ישנה זכות לכבוד, זכות זו נותרת גם לאחר מותו. עוד ניתן לטעון כי אף אם נסכים כי

משפחתו: "כדי שידעו היכן הוא קבור, כדי שיהיה נקל להם למצוא קברו כשירצו לבקרו" (שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן נו).

11 השוו: PAN AM. HEALTH ORG. & WORLD HEALTH ORG., MANAGEMENT OF DEAD BODIES IN DISASTER SITUATIONS 138–46 (2004).

12 להרחבה על הזכות לכבוד ראו DAN EGONSSON, DIMENSIONS OF DIGNITY: THE MORAL IMPORTANCE OF BEING HUMAN (1998); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (1994).

13 לדוגמה, ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, קובע כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו".

14 השוו: MARGARET DAVIES & NGAIRE NAFFINE, ARE PERSONS PROPERTY? LEGAL DEBATES ABOUT PROPERTY AND PERSONALITY 99–106, 112–15 (2001).

המתים אין בכוחם להיות בעלי זכויות, אין זה אומר בהכרח כי לבני האדם החיים אין חובות כלפי המתים.¹⁵

תמונת ראוי לקושי בזיהוי בעל הזכות היא הבעייתיות בזיהוי הנוק והניזוק: האם ניתן להזיק למי שמת, והאם המת נפגע? האם הפגיעה במת היא למעשה פגיעה באחרים שחיים? שאלות אלו אינן פשוטות כלל. במשך שנים רבות מתקיים ויכוח פילוסופי נוקב על כך.¹⁶ בעשורים האחרונים טוענים פילוסופים דוגמת ג'ואל פיינברג (Joel Feinberg)¹⁷ כי למרות שהמוות הוא סיומו המוחלט של האדם, בכל זאת ניתן "להזיק" או לפגוע ב"אינטרסים" של אדם לאחר מותו. פיינברג מביא דוגמאות לעוללות אפשריות כלפי המת, כגון הפרת צוואתו, ביטול ההסכמים שעשה, הפרת הבטחות כלפיו והפצת שמועות שקריות אודותיו. מנגד, פילוסופים אחרים שוללים את מושג הפגיעה במת ואת האפשרות כי המת הוא בעל אינטרסים.¹⁸

היות שוויכוח זה חורג ממסגרתה של רשימה זו, לא אדרש כאן לבחינה מפורטת של ההצדקות התיאורטיות למתן זכויות למתים, אלא אציגן בקליפת אגוז. בירנהק מציין במאמרו¹⁹ כמה הצדקות לזכויות החי שמת. חלקן מתייחסות לתיאוריות של זכויות, וחלקן ליחסים של בני האדם החיים עם המת. כך למשל מזכרות תיאוריית

15 השו: ALAN R. WHITE, RIGHTS 60–62, 86–89 (1984).

16 Raymond A. Belliotti, *Do Dead Human Beings Have Rights?*, 60 PERSONALIST 201 (1979); LOREN LOMASKY, PERSONS, RIGHTS, AND THE MORAL COMMUNITY 212–21 (1987).

17 Joel Feinberg, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, in PHILOSOPHY AND ENVIRONMENTAL CRISIS 43–68 (William Blackstone ed., 1974); Joel Feinberg, *Harm and Self-Interest*, in LAW, MORALITY AND SOCIETY: ESSAYS IN HONOUR OF H.L.A. HART 284 (P.M.S. Hacker & J. Raz eds., 1977); Joel Feinberg, *Harm to Others*, in THE METAPHYSICS OF DEATH 169, 186 (John Martin George Pitcher, *The misfortunes of the Dead*, in THE ראו גם Fischer ed., 1993) METAPHYSICS OF DEATH, at 159.

18 Ernest Partridge, *Posthumous Interest and Posthumous Respect*, 91 ETHICS 2 (1981); Geoffrey Allan Plauché, *Life, Death, and Harm: An Austo-Aristotelian Account* (Jan. 27, 2007), available at <http://gaplauche.com/wp-content/uploads/2013/08/confrontingthereaper.pdf?9b9df2>.

19 לניתוח ביקורתי של ההצדקות התיאורטיות למתן לזכויות למתים ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", עיוני משפט לא 57 (2008).

הרצון,²⁰ שלפיה הזכות קשורה למימוש הרצון של המת, ותיאוריית האינטרס,²¹ שלפיה הזכות נובעת מאינטרס חשוב של המת שמטיל חובות על אחרים. כן מוזכרים הקשרים הבין-אישיים שבין בני האדם החיים לאלו שמתו, זכרון המתים אצל בני האדם החיים והתהליכים של כינון זהות ואישיות והרצון לשלוט בהן גם לאחר המוות. בירנהק מבקר הצדקות אלה, ולטעמו ראוי שהמשפט יגן על רצונם של החיים ולא של המתים. הוא מוסיף כי במקרים שבהם ישנה הכרה בפועל בזכות החי שמת, יש לסייג הכרה זו במבחני סבירות, יש לדרוש כי הטענה לזכות תישמע על ידי נציג אמת של המת, ועליה לעבור איזון חוקתי. בירנהק מציע גם התיישנות של זכות המת.²²

לצורכי רשימה זו אבקש לחלק את מושג "כבוד המת" לשלושה: כבודו של המת עצמו; כבוד קרוביו החיים של המת; אינטרס ציבורי כללי בכיבוד המתים. רשימה זו תצא מנקודת הנחה כי קיימים טעמים כבדי משקל המצדיקים הכרה משפטית בכבוד המת.

לאחר שהוצגו השורשים ההיסטוריים והאונברסליים של ערך "כבוד המת" וההצדקות שנמצאו לקיומו של ערך זה, דומה כי אין תמה כי הערך מצא את ביטויו מימים ימימה אף במשפט הבין-לאומי. על כך נעמוד להלן.

ב. כבוד המת בדיני המלחמה

1. ההתפתחות ההיסטורית

עד שנת 1864 היה המשפט הבין-לאומי ההומניטרי ברובו נורמות מנהגיות שלא עוגנו בקודקס מסודר. הדין המנהגי קבע בין השאר אילו חובות קיימות בהתייחס למתים בעת מלחמה. אמנם הדאגה לטיפול במתים וקבורתם לאחר קרבות הייתה בעדיפות

²⁰ שם, בעמ' 63. בהקשר זה מזכיר בירנהק את עמדתו של עמנואל קנט, שהסביר את העברת הקניין מהמת לחי בכך שהירושה נסמכת על רצון המוריש בחייו להעבירה ליורש ועל רצון היורש לקבלה (שם, בעמ' 67, ה"ש 21). בירנהק גורס כי העמדה הקנטיאנית, המבוססת על האוטונומיה של האדם, יכולה לכל היותר להתייחס ל"כבוד האדם שמת" כביטוי לרצונותיו עובר למותו, אך מרגע שמת אין לו עוד אוטונומיה וממילא אין לו עוד זכות ל"כבוד" (שם, בעמ' 110).

²¹ שם, בעמ' 66.

²² שם, בעמ' 113-114.

השלישית של הצבא, אחרי מטלות המשך הלחימה והדאגה לפצועים שנותרו בחיים.²³ עם זאת כמעט בכל חברה האחריות להבאת המתים למנוחה אחרונה הייתה (ועודנה) בעלת חשיבות רבה. הוגו גרוטיוס (Hugo Grotius), הנחשב לאבי המשפט הבין-לאומי המודרני, טען כי הבאת המת לקבורה היא חלק מחוק הטבע,²⁴ וכי חוק טבע זה חל אף על מי שגרוטיוס כינה "אויבי הציבור". הוא ציין עוד כי "דוגמאות מצויות בכל מקום".²⁵

כבר לפני כמה מאות שנים היו זיהוי המתים ונטילתם משדה הקרב הליך מקובל. הליך זה מודגם במחזהו של שייקספיר "חיי של הנרי החמישי".²⁶ במחזה מציג שייקספיר דו שיח המתקיים לאחר תבוסת הצבא הצרפתי לצבא האנגלי בקרב אז'ינקור בשנת 1415 (במלחמת מאה השנים), בין שליח המלך הצרפתי המובס לכוחות המלך האנגלי:

Montjoy: ... I come to thee for charitable license,
That we may wander o'er this bloody field
To book our dead, and then to bury them,
To sort our nobles from our common men...

King: I tell thee truly, herald
I know not if the day be ours or no...

Montjoy: The day is yours.²⁷

H. Wayne Elliott, *The Third Priority: The Battlefield Dead*, 3 ARMY LAW. 3, 5 (1996).²³

H. GROTIUS, DE JURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES, bk. II, ch. XIX, pt. I. (F. Kelsey .trans. 1964) (1646)²⁴
שם, ב"III(2) pt. III(2).²⁵

WILLIAM SHAKESPEARE, THE LIFE OF HENRY THE FIFTH (R. J. Dorius ed., rev. ed. 1955).²⁶

שם, מערכה 4, תמונה 7 (עמ' 107-108). הקטע מופיע גם במאמרו של תיאודור מירון שבוחר את המחזה בראי המשפט הבין-לאומי: Theodor Meron, *Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War*, 86 AM. J. INT'L L. 1, 39-40 (1992)²⁷

דו שיח זה מדגים כיצד הצד שהפסיד בקרב (הצרפתים) פונה לצד המנצח (האנגלים), מודה בהפסדו ומבקש רשות לרשום את מתיו ולהביא את הגופות לקבורה. המנהג הבין-לאומי דרש באופן כללי כי אם שני הצבאות נותרו בשטח, הרי שהצד שהפסיד בקרב הוא שצריך לבקש רשות לפנות מן השטח את המתים והפצועים. במובן זה סימלה הדרישה לקבלת רשות לקבור את המתים הכרה שהמתקפה נכשלה, ומכאן – הודאה בתבוסה. על פי רוב נעשה הניסיון לאסוף משדה הקרב את המתים והפצועים ביוזמת אחד המפקדים שיצר קשר עם מפקד מן הצד השני (בדרך כלל באמצעות הנפת דגל) כדי להגיע להפסקת אש. למעשה, עד סוף המאה ה-19 הייתה הפסקת האש הדרך השכיחה לתיאום השבת המתים.²⁸

כפי שנראה להלן, בקודיפיקציה של דיני המלחמה המנהגיים עד לאחר מלחמת העולם הראשונה הייתה ההתייחסות לשמירה על כבוד המת מצומצמת מאוד. דומה כי הנורמות המנהגיות שעליהן דובר לעיל המשיכו להיות המקור הנורמטיבי העיקרי לשמירה על כבוד המת, ואף הן כללו אגד מצומצם למדי של חובות כלפי המתים. הקודיפיקציה של דיני המלחמה המנהגיים החלה עם כריתת אמנת ז'נווה בשנת 1864.²⁹ אולם באופן מפתיע לא התייחסו דיני המלחמה באמנה זו כלל למתים. בשנת 1880 פרסם המכון למשפט בין-לאומי³⁰ את מדריך אוקספורד על דיני המלחמה ביבשה.³¹ המדריך התייחס במפורש למתים בשני סעיפים: בסעיף 19 נקבע כי אסור לשדוד את המתים שנותרו בשדה הקרב או להשחית את גופותיהם; בסעיף 20 נקבע כי אין לקבור את המתים עד שייאספו כל החפצים המצויים עליהם ושעשויים לסייע בזיהוים. אף על פי שהמדריך אינו מסמך רשמי, הוא נחשב ברובו כמשקף את המנהג הבין-לאומי בדיני המלחמה באותה עת.

²⁸ Elliott, לעיל ה"ש 23, בעמ' 5.

²⁹ Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, Aug. 22, 1864, 22 Stat. 940

³⁰ Institute of International Law. המכון הוקם בשנת 1873 על ידי מלומדי משפט ממדינות שונות בעולם לשם קידום המשפט הבין-לאומי והשלום העולמי. למכון לא היה מעמד מחייב, אולם הייתה לו השפעה רבה על הוועידות הבין-לאומיות שהתכנסו בסוף המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20, ועל פעולתו זכה בפרס נובל לשלום בשנת 1904.

³¹ Oxford Manual on the Laws of War on Land, in THE LAWS OF ARMED CONFLICTS: A COLLECTION OF CONVENTIONS, RESOLUTIONS AND OTHER DOCUMENTS 35 (Dietrich Schindler, Jiří Toman eds., 1988). המדריך השפיע רבות על מנסחי תקנות האג משנת 1907.

בוועידה הבין-לאומית שהתכנסה פעם נוספת בשנת 1906, הוצע לשלב את החובות כלפי הפצועים בשדה הקרב עם החובה החדשה שהוצעה כלפי המתים. בסופו של דבר הוחלט לאמץ, לראשונה במסמך רשמי, הוראות חדשות באשר למתים.³² אמנת ז'נווה מ-1906 קובעת כי על הכוח השולט להגן הן על הפצועים והן על המתים מפני ביזה והתעללות. כן עליו לדאוג לביצוע בדיקה קפדנית של הגופות לפני שייקברו או יישרפו. האמנה מטילה גם חובה להעביר לאויב את כל הפריטים והמסמכים שנמצאו על גופות המתים. עם זאת אין האמנה קובעת חובת חיפוש גופות מתים בדומה לחובת החיפוש הקיימת לגבי פצועים. בצד החובות החדשות שנקבעו להגנה על המתים בשדה הקרב, ניכר כי הניסוח שאומץ הוא מוגבל בהיקפו: החובות כלפי המתים מוטלות רק על הצד המחזיק בשטח; אין התייחסות לקבורת החללים או לטיפול בגופות; אין חובת חיפוש גופות ואיתורן.

מלחמת העולם הראשונה הובילה למאמצים מחודשים לעיגון דיני המלחמה בקודקס מסודר. באמנת ז'נווה משנת 1929³³ הורחבו מאוד ההוראות הנוגעות למתים.³⁴ אף אמנה זו הטילה את החובות רק על המחזיק בשדה הקרב. אולם הפעם נכללה חובה לחפש לא רק פצועים, כי אם גם גופות מתים. אף הורחבו ההוראות הדורשות נקיטת אמצעים מגוונים לזיהוי הגופות, נוסף לאיסוף הפריטים והמסמכים שנמצאו עליהן. לראשונה נקבעה חובה על כל המדינות הלוחמות להבטיח כי המתים ייקברו בכבוד, וכי קבריהם יכובדו ויסומנו כך שניתן יהיה למוצאם בעתיד. כן נוספה דרישה כי המדינות יקימו ארגונים רשמיים שתפקידם יהיה זיהוי המתים ורישום הקברים.

32 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, July 6, 1906, 35 Stat. 1885. ההוראות הרלוונטיות מצויות בס' 3 ו-4 לאמנה.

33 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, July 27, 1929, 47 Stat. 2074.

34 ההוראות מצויות בס' 3 ו-4 לאמנה.

2. המשפט הבין-לאומי ההומניטרי כיום

לאחר מלחמת העולם השנייה נערך ניסיון נוסף לעיגון דיני המלחמה בקודקס, והוא הגיע לשיאו בארבע אמנות ז'נווה מ-1949.³⁵ בכל האמנות ישנן הוראות חופפות בנוגע לטיפול במתים.³⁶ לפיכך לא אתייחס להלן לכל ההוראות, אלא רק להסדרי אמנת ז'נווה הראשונה, העוסקת בפצועים ביבשה. גם אמנה זו, בדומה לאמנה מ-1929, קובעת חובה לחפש את המתים ולמנוע ביזתם.³⁷ אולם הפעם הורחבה החובה לעומת זו שהותוותה באמנת ז'נווה מ-1929: כעת החובה חלה "בכל עת" (at all times) ומוטלת על כל הצדדים, ולא רק על הכוח שזכה בשליטה על שדה הקרב. הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנה מפי פיקטה (Pictet) מתארת את החובה לחפש אחר הפצועים והמתים ולהגן עליהם "כחובה מצפונית, שחייבת להתבצע מיד לאחר שהנסיבות מאפשרות זאת".³⁸ פרשנות הצלב האדום מרחיבה את החובה כך ש"גם את המתים יש לחפש ולהשיבם אל מאחורי הקווים באותן דאגה ותשומת לב כמו לפצועים...".³⁹ האמנה קובעת עוד כי חובה לקבור את המתים בקברים אישיים.⁴⁰ מנסחי האמנה ראו בקברים אישיים, בניגוד לקברי אחים, הולמים יותר את החובה הכללית לכבד את המתים. נוסף לכך סברו מנסחי האמנה כי לקבורה אישית גם טעם מעשי שכן קברים

³⁵ אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזויינים בשדה הקרב, כ"א 1, 387 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה הראשונה); אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזויינים בים, כ"א 1, 423 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה השנייה); אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה השלישית); אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה הרביעית).

³⁶ התייחסות למתים ניתן למצוא בס' 18-21 לאמנת ז'נווה השנייה, העוסקים במתים בים; בס' 120-121 לאמנת ז'נווה השלישית, העוסקים בשבויי מלחמה שנפטרו בשבי; בס' 129-131 לאמנת ז'נווה הרביעית, שעוסקים באזרחים מוגנים עצורים שנפטרו במעצרם. הסעיפים הנ"ל קובעים חובות הדומות לאלו שבס' 15-17 לאמנת ז'נווה הראשונה שיידונו להלן, ומדגישים את החובה לשמור על כבוד המתים.

³⁷ ס' 15 לאמנת ז'נווה הראשונה. ראו ס' 18 לאמנת ז'נווה השנייה, הקובע חובה דומה בהתייחס למתים בים.

³⁸ JEAN PICTET, COMMENTARY: GENEVA CONVENTION I 151 (1952) (להלן: פיקטה).

³⁹ שם (ההדגשה הוספה).

⁴⁰ ס' 17 לאמנת ז'נווה הראשונה; פיקטה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 176-177.

אישיים יקלו בעתיד על הוצאה מהקבר. אולם חובה זו אינה מוחלטת, ובמקרה הצורך ניתן להורות על קבורת הגופות בקברי אחים.⁴¹ היבט מעניין וחדשני בהוראות האמנה הוא ההתייחסות לכיבוד מנהגי דתו של המת. כך נקבע, לדוגמה, כי גופות לא יישרפו אלא מטעמי דתו של הנפטר או מטעמי גהות. כן נקבעה חובה על הצדדים לסכסוך להבטיח כי המתים ייקברו באופן מכובד, ובמידת האפשר בהתאם למנהגי הדת שאליה הם משתייכים, וכי קבריהם יכובדו, יתוחזקו כראוי ויסומנו. לטעמו של פיקטה, ההוראה בדבר הקבורה המכובדת מבטאת את גרעין החובה באמנה כלפי המתים.⁴²

בעקבות העימותים בתקופת המלחמה הקרה התכנסה בשנת 1977 ועידה דיפלומטית לדין מחודש בדיני המלחמה. ועידה זו הולידה את שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נווה.⁴³ סעיף 34 לפרוטוקול הראשון עוסק בטיפול בשרידי המתים. סעיף זה חל על בני אדם שמתו מסיבות הקשורות בכיבוש, ושאינם אזרחי המעצמה הכובשת; על בני אדם שמתו במעצר שנבע מכיבוש או מפעולות איבה (hostilities); על בני אדם שאינם אזרחי המדינה שבה מתו כתוצאה מפעולות איבה.⁴⁴ הפרוטוקול קובע חובה כללית לשמור על כבוד המתים וקבריהם. בפרוטוקול עוגנה דרישה חדשה על הצדדים לסכסוך שבשטחם מצויים קברים ושרידי גופותיהם של אלה שמתו כתוצאה מפעולות איבה, להגיע להסדרים לשם ביקור במקום הקבורה והשבת הגופות. הפרוטוקול מסדיר גם את המקרים שבהם תותר הוצאת גופה מן הקבר, ולמעשה נערך איזון הקובע כי הדבר אפשרי רק כאשר ישנו צורך ציבורי חשוב יותר (כגון צורך רפואי או חקירת). בכל מקרה, כך נקבע, על המדינה לכבד בכל עת את שרידי המת ולהודיע למדינתו של המת על כוונתה להוציאו מקברו ועל פרטים בדבר המקום המיועד

41 שם, בעמ' 177.

42 שם, בעמ' 180.

43 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 609

44 הסעיף מוציא מתחולתו את אלה שיקבלו "התייחסות עדיפה יותר תחת אמנות ז'נווה מ-1949". לכן, למשל, לוחמים שמתו בשדה הקרב שמעוגנים על ידי ס' 15-17 לאמנת ז'נווה הראשונה, אינם מוגנים על ידי ס' 34. הסעיף גם אינו חל על לוחמים שמתו בים, על שבויי מלחמה שמתו בשבי, ועל אזרחים מוגנים שמתו בעת היותם עצורים. ראו COMMENTARY ON ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, at 366 (Y. Sandoz et. al. eds., 1987)

לקבורה מחדש. נראה, אם כן, כי סעיף 34 לפרוטוקול הראשון מרחיב במידת-מה את קשת החובות החלות על מדינות שהן צד לסכסוך מזוין, כלפי המתים.

מסקירה שערך הצלב האדום, עולה כי הכללים שנקבעו באמנות ז'נווה בנוגע למתים משתקפים בפרקטיקה של מדינות רבות, הן בכללי הלחימה הרשמיים שלהן והן בחקיקה הפלילית שלהן.⁴⁵ לפיכך נראה כי כללים אלו הם מנהגיים בעיקרם. את הכלל המנהגי של המשפט הבין-לאומי תיאר לאוטרפאכט (Lauterpacht) במסתו על משפט בין-לאומי כך:

בהתאם לכלל מנהגי של משפט העמים, לצדדים לעימות (belligerents) ישנה הזכות לדרוש אחד מהשני שלא יתייחסו באופן מחפיר לחיילים מתים ובפרט שהם לא יושחתו, אלא שהם, במידת האפשר, ייאספו וייקברו או יישרפו בשדה הקרב על ידי המנצח ... הצדדים לעימות מחויבים ליצור תנאים לקבורה מכובדת וטיפול מכובד וסימון ראוי של קברים כך שתמיד ניתן יהיה למצוא אותם.⁴⁶

3. דיני התפיסה הלוחמתית בראי פסיקת בג"ץ

מאז 1967 מחזיקה מדינת ישראל בשטחי יהודה והשומרון (ועד שנת 2005 גם ברצועת עזה) בתפיסה לוחמתית. בפסיקת בג"ץ נקבע, בין היתר, כי המקור לסמכותו של המפקד הצבאי באזור ולחובותיו הוא בכללי המשפט הבין-לאומי המנהגי ובכללי המשפט הבין-לאומי ההסכמי שהמדינה צד להם ושחלים על הנושא.⁴⁷ לפיכך ברי כי כללי המשפט המנהגי באשר ל"כבוד המת" חלים על פעולות המפקד הצבאי באזור. בג"ץ השאיר בצריך עיון את השאלה בדבר חלוקתה של אמנת ז'נווה הרביעית מ-1949 על האזור, אולם דן לפי הוראות אמנה זו בשל החלטת ממשלת ישראל כי תנהג על פי

⁴⁵ ראו JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 2662–68 (2005)

⁴⁶ L. OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW § 124 (H. Lauterpacht ed., 7th ed. 1952)
⁴⁷ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' 793, 785 (4) (1983).

חלקיה ההומניטריים.⁴⁸ מאז מבצע חומת מגן בשנת 2002 גבר השימוש שעושה בג"ץ באמנת ז'נווה הרביעית בלי לדון ישירות בשאלת חלותה.⁴⁹ במקרים אחרים, כגון בפרשת עדאלה,⁵⁰ עשה בג"ץ שימוש דומה גם בפרוטוקולים מ-1977, שישראל כלל לא הצטרפה אליהם, בלי לדון באופן ישיר בשאלת תחולתם.⁵¹

48 שם. ראו גם בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492, 523 (2005).

49 ראו, למשל, בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פ"ד נו(2) 349 (2003); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 548-549 (2006):

כידוע, עמדתה של ממשלת ישראל הינה כי, עקרונית, דיני התפיסה הלוחמתית שבאמנת ג'נובה הרביעית אינם תופסים בכל הנוגע לאזור. עם זאת, ישראל מכבדת את ההוראות ההומניטריות של אמנה זו ... לצורכי העתירה שלפנינו – די בכך. נוסף לכך, מעוגנים דיני העימות המזוין הבינלאומי בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נובה ... ישראל אינה צד לפרוטוקול זה והוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלי. כמוכן, הוראותיו המנהגיות של הפרוטוקול הראשון הם חלק ממשפטה של ישראל.

50 בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד ס(3) 67, 79 (2005). פסק הדין עוסק ב"נוהל שכן".

51 ראו גם בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521 (2009). סוגיית תחולתו של הפרוטוקול הראשון במשפט הישראלי חורגת מגדרי רשימה זו, ועל כן לא ארחיב בה. עם זאת יוער כי הוראותיו המנהגיות של הפרוטוקול הראשון מחייבות את מדינת ישראל. שאלה מעניינת עלתה בעתירה בבג"ץ 9893/03 ג'נאם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (העתירה נמחקה לבקשת העותרים). העותרים ביקשו כי גופת מחבל פלסטיני שביצע פעולה חבלנית בתחומי מדינת ישראל, תימסר לידי משפחתו לשם קבורתו בשטחים. המדינה סירבה לכך מטעמי ביטחון, אך בתשובתה לעתירה טענה גם כי אין מוטלת עליה חובה להחזיר את הגופה. המדינה טענה כי במשפט הבין-לאומי אין חובה ספציפית להחזיר גופת שבויים או חללים שנפלו בשדה הקרב, לארץ מוצאם – לא במשפט הבין-לאומי המנהגי ולא במשפט הבין-לאומי ההסכמי. אמנת ז'נווה הראשונה מ-1949 אינה מטילה חובה על צד לסכסוך להחזיר לצד האחר לסכסוך את גופות חלליו, ונושא זה הושאר לשיקול דעת המדינות. אמנם ס' 34 לפרוטוקול הראשון מחייב להגיע להסדרים להחזרת הגופות, אולם עמדתה של מדינת ישראל הייתה כי הוראה זו אינה משקפת משפט בין-לאומי מנהגי מחייב, וכי מדובר בסעיף חדשני שאינו מחייב את מדינת ישראל (ראו תשובת פרקליטות המדינה

בפרשת **ברכאת**⁵² קבע השופט ברק את המתווה הנורמטיבי להפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי בהתייחס לשמירה על "כבוד המת" באזור. נקבע כי על המפקד הצבאי להתחשב בצורכי הסדר והביטחון באזור. מנגד, עליו ליתן משקל ניכר לשיקולים הקשורים בכבוד האדם. "שיקול זה כפול הוא, והוא משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו. בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד".⁵³ נקבע כי פגיעה בכבוד המת צריכה להיות האמצעי האחרון לשם שמירה על השלום והביטחון.

בשנים האחרונות התעוררה סוגיית "כבוד המת" במשפט הבין-לאומי בשני פסקי דין של בג"ץ בעניין קבורת מחבלים פלסטינים בשטחים המוחזקים. בפרשת **ברכה**⁵⁴ קבע הנשיא ברק כי על פי דיני המשפט הבין-לאומי, האחריות לאיתור הגופות, זיהוין, פינוין וקבורתן מוטלת על המפקד הצבאי. הוא המשיך וקבע כי פעולות אלה הן "פעולות הומניטריות חשובות ביותר. הן נגזרות מכבוד המת, כבודו של כל מת... ראוי הוא ... כי הקבורה תיעשה בכבוד, על-פי כללי הדת, על-ידי הגורמים המקומיים ... במהירות המרבית... כבוד המת חשוב לכולנו, שהרי בצלם אלוהים נברא האדם".⁵⁵ דברים אלה מדגישים את חשיבותו של "כבוד המת" בעיני בית המשפט העליון, אף כאשר מדובר בגופת מחבל.

בפרשת **רופאים לזכויות אדם**⁵⁶ הרחיב הנשיא ברק את היריעה שנפרשה בפרשת **ברכה** וקבע:

נקודת המוצא הינה כי הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, שלפיו יש להגן על כבודם של התושבים המקומיים, משתרע לא רק על התושבים המקומיים החיים, אלא גם על המתים ... כבוד האדם הוא כבודו של החי וכבודו של המת (לעניין המשפט הפנימי שלנו

⁵² www.hamoked.org.il/items/7171.pdf. עוד ראו בהקשר זה בג"ץ 6807/94 עבאס נ'

מדינת ישראל (פורסם בנבו, מיום 2.2.1995).

⁵³ בג"ץ 3933/92 **ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מו(5) 1 (1992).

שם, בעמ' 6.

⁵⁴ בג"ץ 3114/02 **ברכה נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 11 (2002).

שם, בעמ' 15-16.

⁵⁵ בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385

(2004).

השוו ...)... חובתו של המפקד הצבאי הינה לאתר את גופות המתים ...
לאחר שגופות נמצאו מחובתו לדאוג לקיומה של קבורה מכובדת.⁵⁷

הנשיא ברק פירש את סעיף "הכבוד" הכללי ויצק בו חובה גם בהתייחס למתים. הנשיא ברק השווה במפורש את כללי המשפט הבין-לאומי לכללים שנקבעו במשפט הפנימי בישראל (אשר יידונו בהמשך רשימה זו), ואזכר את פסקי הדין המנחים בישראל בעניין זה. גישתו של הנשיא ברק היא כי הן במשפט הישראלי והן במשפט הבין-לאומי ההומניטרי ניתן ללמוד את החובה להגן על כבודם של המתים (בין אזרחים ובין לוחמים) מתוך החובה הכללית להגן על כבודם של בני אדם.

4. ענף דיני המלחמה – סיכום

מכלל האמור ניתן לומר כי כיום דיני המלחמה עוסקים באופן נרחב בחובות כלפי המתים. דיני המלחמה כוללים נורמות המתייחסות לשמירה על כבודם של המתים, והמחייבות הבאתם לקבורה, הגנה עליהם מפני התעללות וביזה, שמירה על זהותם וקבורתם באופן יחידני. חובות אלה שמצויות במשפט הבין-לאומי המנהגי, עוגנו באופן מפורט באמנות ההומניטריות. הן קיבלו ביטוי גם בפסיקת בג"ץ שיישמה את הדין הבין-לאומי הנוגע לתפיסה לוחמתית, ושפירשה אותו באופן מרחיב כך שהחובה לכבד את המת נלמדת מהחובה הכללית לכבוד האדם, אף באשר למחבלים. נפנה עתה לענף נוסף של המשפט הבין-לאומי העוסק באכיפת הדין על פרטים, להבדיל מהטלת החובות על מדינות.

ג. כבוד המת במשפט הבין-לאומי הפלילי

המשפט הבין-לאומי הפלילי עניינו באכיפה בגין חלק מההפרות החמורות של דיני המלחמה ושל דיני זכויות האדם. בעוד שענף דיני המלחמה נוגע ליחסים בין מדינות, לחובותיהן ולזכויותיהן, אוכף ענף המשפט הבין-לאומי הפלילי אחריות אישית על פרטים. חלק ניכר מהנורמות בענף זה קשור קשר הדוק לדיני המלחמה ועוסק בפשעים שבוצעו בעת סכסוך מזוין.

⁵⁷ שם, בעמ' 403.

בכל אמנות ז'נווה מ-1949 ישנו סעיף הקובע סמכות שפיטה אוניברסלית על הפרות חמורות (grave breaches) של האמנה.⁵⁸ כך למשל קובע סעיף 50 לאמנת ז'נווה הראשונה כי הפרות חמורות כוללות את המעשים המפורטים בסעיף כשהם מבוצעים כלפי בני אדם המוגנים על ידי האמנה. אחד המעשים הוא יחס בלתי אנושי (inhuman treatment) שאין הכרח צבאי מצדיקו, ושבוצע שלא בהיתר ובהפקרות. אם נאמר כי המתים נחשבים "בני אדם" המוגנים על ידי האמנה, וכי הפגיעה בהם עולה כדי יחס בלתי אנושי, ניתן לקבוע כי קמה סמכות אוניברסלית עת נעשית פגיעה שכזו. סמכות אוניברסלית משמעה, כפי שקובע סעיף 49 לאמנת ז'נווה הראשונה, כי המדינות החתומות על האמנה מחויבות לחפש את מי שביצע את ההפרות החמורות, ולהעמידו לדין ללא קשר לאזרחותו של האדם ולמקום שבו בוצעה ההפרה.⁵⁹

סוגיה פרשנית זו עלתה בפסק דינו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר בפרשת *Tadic*,⁶⁰ בנוגע לפרשנות סעיף 5(i) לחוקת בית הדין.⁶¹ סעיף 5 קובע כי בית הדין מוסמך לשפוט את מי שאחראי לפשעים המפורטים בסעיף שבוצעו בעת עימות מזוין ושכוונו כלפי אוכלוסייה אזרחית. סעיף קטן (i) קובע פשע כללי של "מעשים בלתי אנושיים אחרים" (other inhumane acts). התביעה ביקשה להרשיע את הנאשם בפשע האמור וטענה כי מעשי התעללות שביצע בגופתו של אדם (פריקת תוכנו של מטפה לכיבוי אש לתוך הגופה) הם מעשים בלתי אנושיים. בית הדין ציין כי מעשים מסוימים נגד גופות מתים אכן הוכרו בעבר כפשעי מלחמה, כגון השחתה של גופות או אי קבורתן.⁶² בית הדין גם הסכים לכך כי קרבן של "מעשה בלתי

⁵⁸ ס' 50 לאמנת ז'נווה הראשונה; ס' 51 לאמנת ז'נווה השנייה; ס' 130 לאמנת ז'נווה השלישית; ס' 147 לאמנת ז'נווה הרביעית.

⁵⁹ "כל אחד מבעלי האמנה יהא מחוייב לחפש את האנשים שלפי הטענה ביצעו או ציוו לבצע את הפרות החמורות האלה, ויעמיד אנשים כאלה לדין בפני בתי-המשפט שלו, ללא התחשבות באזרחותם".

⁶⁰ Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1, Opinion and Judgment, ¶ 748 (Int'l Crim. Trib. For the former Yugoslavia May 7, 1997).

⁶¹ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible For Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, U.N. Doc. S/25704, Annex (May 3, 1993). יש לציין כי ס' 9 לחוקת בית הדין קובע סמכות אוניברסלית, המקבילה לסמכות בית הדין, להענשתם של פושעי המלחמה היוגוסלביים.

⁶² בית הדין הפנה למקרה שאירע לאחר מלחמת העולם השנייה. קצין רפואה גרמני הועמד לדין בבית דין צבאי אמריקני על שכרת את ראשו של חייל אמריקני שגופתו הגיעה

אנושי", במובן הרגיל של הביטוי, אינו חייב להיות אדם חי, וכי "מעשים מסוימים נגד גופת המת פוגעים במושגים הגותיים ודתיים של הכבוד לבני האדם לאחר מותם".⁶³ עם זאת קבע בית הדין כי הפרשנות הנכונה לסעיף 5(i) מחייבת לקבוע ש"מעשה בלתי אנושי אחר" חייב להיות מעשה הנעשה כלפי אדם חי. את המעשים שבסעיפים 5(a)–(h) ניתן לעשות רק בבני אדם חיים, ולכן את הביטוי הכללי שבא לאחריהם יש לפרש כמתכוון למעשים מאותו סוג (בהתאם לכלל הפרשני *ejusdem generis*). לאור זאת זיכה בית הדין את הנאשם מפרט אישום זה.

מקור נוסף שיוצר אחריות פלילית בין-לאומית הוא אמנת רומא,⁶⁴ שהגדירה באופן נרחב את פשעי המלחמה, ושקבעה סמכות שפיטה אוניברסלית עליהם. סעיפים 8(2)(b)(xxi) ו-8(2)(c)(ii) לאמנה קובעים כפשע מלחמה את הפגיעה בכבוד האישי, ובפרט השפלה והתנהגות מבוזה, בסכסוך מזוין בין-לאומי או במלחמות פנים-מדינתיות, בהתאמה. באספת המדינות החברות באמנת רומא בשנת 2002 נקבעו "יסודות הפשעים" שפירשו את הגדרת העבירות.⁶⁵ בהערת שוליים הצמודה ליסוד הראשון של פשע הפגיעה בכבוד נקבע: "לעניין פשע זה, 'אדם' – לרבות אדם מת".⁶⁶ בכך הורחבה הגדרת פשע המלחמה, ונקבע כי גם פגיעה בכבוד המת בסכסוך מזוין היא פשע מלחמה. בפרשנות הצלב האדום ליסודות פשעי המלחמה שבאמנת רומא הוסבר

לידיו, ושם את גולגולתו על שולחנו במשך כמה חודשים "כמוזכרת". בית הדין הצבאי הרשיע אותו ודן אותו ל-10 שנות מאסר. נקבע כי הוא פעל בניגוד לס' 3 ו-4 לאמנת ז'נווה מ-1929 בכך שהתעלל בגופה ולא קבר אותה באופן מכובד. Trial of Max Schmid, 13 Law Reports of Trials of War Criminals 151 (1949).

במקור: "certain acts against a dead body do offend some philosophical and indeed religious notions of respect for the human being upon death" (עניין *Tadic*, לעיל ה"ש 60).

Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90. האמנה גם הקימה את בית הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג וקבעה את סמכותו לדון את מי שביצע את אחד הפשעים המוגדרים בה. עם זאת, אמנת רומא לא הוכרה עד כה כמשקפת בהכרח משפט מנהגי, והיא חלה רק על מי שלבית הדין קמה סמכות עליו, בהתאם להוראותיה.

Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First Session, New York, Sept. 3–10, 2002, U.N. Doc. ICC-ASP/1/3, U.N. Sales No. E.03.V.2, at 108–155 (2002).

שם, בעמ' 140 ו-146.

כי פגיעה בכבודם של המתים כוללת גם השחתת גופות והימנעות מקבורה מכובדת.⁶⁷ פרשנות זו יוצרת התאמה בין הוראות אמנות ז'נווה ובין הגדרת פשע המלחמה באמנת רומא, כלומר התאמה בין חובות השמירה על כבוד המת בעת מלחמה ובין הסנקציות על הפרת חובות אלה.

לאור הפרשנות המצמצמת של בית הדין לעניין יוגוסלביה בפרשת *Tadic*, שלא הכירה בפגיעה בכבוד המת כפשע מלחמה, ניתן להבין את החשיבות הרבה שישנה בהבהרה המפורשת שערך "המחוקק" הבין-לאומי ליסודות פשעי המלחמה. ההכרה בפגיעה בכבוד המת כפשע מלחמה מצביעה על עמדה ברורה של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, שלפיה יש להגן על כבוד המתים באופן פעיל וביעילות. הפוגע בכבוד המת בעת סכסוך מזוין נחשב, למעשה, "אויב האנושות".⁶⁸ ניתן להעמידו לדין ולהענישו בכל מקום. החובה לשמור על כבוד המת אינה עוד חובה המוטלת על מדינות בלבד, אלא היא מוטלת באופן אישי על מפקדים ולוחמים.

בפרק הבא אבחן את ההתייחסות לכבוד המת בענף זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי. בעוד שענף דיני המלחמה חל בעת מלחמה וסכסוך מזוין (לעתים גם תוך-מדינתי), ישנה מחלוקת באשר לשאלה אם ענף זכויות האדם חל רק בעת שלום, או שמא ישנם מקרים שבהם תהיה לו תחולה גם בעת מלחמה. ראוי לציין כי אחת הגישות גורסת שתחולת ענף זכויות האדם בעת סכסוך מזוין תלויה בשליטה האפקטיבית של המדינה (החתומה על האמנה הרלוונטית) בשטח, ונשלטת על ידי הכלל של *lex specialis* אל מול הדין ההומניטרי, בעת שהאחרון קובע כלל מיוחד.⁶⁹ עם זאת, דיון זה חורג מתחומיה של רשימה זו. היות שלערך כבוד המת ישנה חשיבות גם בעתות שלום, אין הכרח להכריע כאן בשאלת מלוא היקף תחולתו של ענף זכויות

67 Knut Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* 314, 323 (2003).

68 במונח "אויב האנושות" אין הכוונה להצביע דווקא על קטגוריית ה"פשעים נגד האנושות", להבדיל מקטגוריית "פשעי המלחמה", אלא על ההשלכה של הפעלת הסמכות האוניברסלית. מרבית המקרים שבהם תתעורר סוגיית כבוד המת יהיו תחת "פשע מלחמה" ולא תחת "פשע נגד האנושות", שכן האחרון דורש היקפי פגיעה רחבים מאוד והכוונת מדינית שלטונית, שהתקיימותם נדירה יותר.

69 לסקירה בנושא ראו: Oona A. Hathaway et al, *Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, 96 MINN. L. REV. 1883 (2012).

האדם. להלן נבחן את האמנות הקיימות בענף זה, ולאחר מכן את ההתייחסות לזכויותיהם של המתים בפסיקת בתי הדין הבינ-לאומיים.

ד. כבוד המת בענף זכויות האדם

1. היעדר הסדרים קונקרטיים

בניגוד להסדרים שבמשפט ההומניטרי של דיני המלחמה, המתייחסים באופן ישיר לטיפול במתים, רובן ככולן של האמנות בענף זכויות האדם אינן מזכירות במפורש את זכויות המתים או קרוביהם. כך לא ניתן למצוא חובה לכבד את המתים, ולא כל שכן חובות לחיפוש אחר המתים, זיהויים או קבורתם בהתאם למנהגי דתם. למעשה, רובן המוחלט של האמנות מתייחסות רק ל"בן אדם" (Person או Human Being) באופן כללי. אמנה אחת המתייחסת במפורש לכבוד המת היא הפרוטוקול הנוסף לאמנה בדבר זכויות אדם וביורפואה בעניין השתלות איברים ורקמות אנושיות (משנת 2002), שהוא אמנה אזורית אירופית.⁷⁰ פרק IV לפרוטוקול זה עוסק בהוצאת איברים מגופות מתים, והוא מחדש לעומת האמנה לזכויות אדם וביורפואה משנת 1997 שעסקה בהוצאת איברים מאנשים חיים בלבד.⁷¹ סעיף 18 לפרוטוקול קובע חובה לנהוג בכבוד בגופת האדם במהלך הסרת האיברים. בדברי ההסבר לפרוטוקול נאמר כי מטרת הפרוטוקול היא "להגן על הכבוד והזהות של כל אחד... בין חי ובין מת". בהסבר לסעיף 18 נאמר כי "גופת המת אינה נחשבת מבחינה משפטית לאדם (person), ועם זאת יש להתייחס אליה בכבוד".⁷²

עם זאת ייתכן שניתן לאתר דרך פרשנית יצירתית כדי לעגן את ההגנה על כבוד המת בענף דיני זכויות האדם. אמנות רבות מעגנות את כבוד האדם כאחת מזכויות האדם החשובות בקובען כי לכל אדם זכות לכבוד. כך מצוינת הכרת המדינות "בכבוד

⁷⁰ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Jan. 24, 2002, C.E.T.S. 186

⁷¹ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Apr. 4, 1997, C.E.T.S. 164. הפרוטוקול הוסיף התייחסות פרטנית יותר ומרחיבה לאמנה ולא בא להחליף אותה.

⁷² דברי ההסבר נמצאים ב- conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm.

ובערך של בני האדם" בפתיחה להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם של עצרת האו"ם משנת 1948,⁷³ באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות,⁷⁴ באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות⁷⁵ ובאמנה בדבר זכויות הילד.⁷⁶ הזכות לכבוד האדם נזכרת גם בסעיפים של אמנות שונות, הן גלובליות והן אזוריות.⁷⁷ יש לציין עוד כי כ-75% מן החוקות של מדינות העולם עושות שימוש במושג "כבוד האדם" (human dignity).⁷⁸

על אף שההתייחסות לכבוד המת באמנות דיני זכויות אדם היא מצומצמת כאמור, ניתן לטעון כי פרשנות רחבה למושג "אדם" באמנות השונות תכלול גם אדם לאחר מותו.⁷⁹ (בדומה לפרשנות המחייבת של אמנת רומא בנוגע להגדרת פשעי המלחמה ולפרשנותו של הנשיא ברק לאמנת ז'נווה בפרשת רופאים לזכויות אדם, שנסקרו לעיל). בהמשך נראה כי פרשנות כזו קיבלה ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בישראל בהתייחס לדין הישראלי. להלן נסקור את התייחסותן של שתי ערכאות בין-לאומיות העוסקות בזכויות אדם.

73 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948). אמנם זו רק הצהרה של האו"ם ולא אמנה בעלת מנגנוני אכיפה, אך היא בסיס לאמנות זכויות האדם שבאו לאחריה. עוד ראוי להזכיר כי פתיחה דומה מופיעה אף במגילת האו"ם, אם כי זו אינה אמנת זכויות אדם.

74 כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966).

75 כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

76 כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

77 ס' 12 להכרזה האוניברסלית; ס' 10 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; Organization of American States, American Convention on Human Rights, art. 5, 6, 11, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123; Organization of African Unity, African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 5, June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

78 Antoon de Baets, *A Declaration of the Responsibilities of Present Generations toward Past Generations*, 43 HIST. & THEORY 130, 132, n.8 (2004).

79 כך למשל, "הזכות לדעת" (right to know או right to truth) הוכרה על בסיס הזכויות לחיים, לחירות ולביטחון אישי. ראו: Thomas Blanton, *The World's Right To Know*, FOREIGN POL'Y, July-Aug. 2002, at 50.

2. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם

בפתח הרשימה הוצגו שלוש דרכים להתייחס לערך כבוד המת: כבודו של המת עצמו; כבוד קרוביו החיים של המת; אינטרס ציבורי כללי בכיבוד המתים. מסקירת פסיקותיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם במקרים של פגיעה במתים נמצא כי החלטותיו התמקדו רובן ככולן רק בבני המשפחה החיים של המתים, להבדיל מן המתים עצמם. ראשית, בית הדין ביסס את זכותם של בני המשפחה לדעת על גורלו של קרובם ש"נחטף" על ידי השלטון ושככל הנראה מת במעצר.⁸⁰ בשורת פסקי דין קבע בית הדין כי התנהגות המדינה שיש בה משום פגיעה במת או הסתרת גופתו, עלולה לעלות כדי יחס בלתי אנושי כלפי בני משפחתו.⁸¹ באחד המקרים⁸² תבע העותר את טורקיה בטענה כי חיילים טורקים קטעו את אוזניו של בנו לאחר מותו. העותר הסתמך על סעיף 15 לאמנת ז'נווה הראשונה מ-1949 האוסר את השחתת המתים, ועל סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נווה החל בסכסוכים שאינם בין-לאומיים.⁸³ נוסף לכך טען העותר כי השחתת גופת בנו המת עולה כדי יחס בלתי אנושי (העותר), בניגוד לסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם.⁸⁴ סעיף 3 לאמנה האירופית קובע כי שום אדם לא יהיה נתון לעינויים או ליחס משפיל או בלתי אנושי. בית הדין קבע כי הקביעה אם בן משפחה של אדם ש"נחטף" על ידי השלטון הוא קרובן ליחס משפיל או בלתי אנושי, המנוגד לסעיף 3, תלויה בקיומם של גורמים כמו יחסי קרבה מיוחדים בין בן המשפחה לקרובן, עדות ישירה של בן המשפחה לאירועים והיחס של הרשויות לבקשת בן המשפחה לקבלת מידע. במקרה זה הוצגה לאב גופתו המושחתת של בנו, ונקבע כי גרימת חוויה זו לאב עולה כדי יחס בלתי אנושי כלפיו.

בפסיקות בית הדין לא הוענק סעד לעותר שלא נפגע אישית מהתנהגות המדינה כלפי בן משפחתו המת. דהיינו, בן המשפחה החי אינו זכאי לעתור לסעד בשם הפגיעה בזכות הקרוב המת. ניתן לומר באופן כללי כי בית הדין האירופי לזכויות אדם מגן על

⁸⁰ ראו, למשל, Kurt v. Turkey, App. No. 24276/94, 27 Eur. H.R. Rep. 373 (1998).

⁸¹ ראו, למשל, Çakici v. Turkey, App. No. 23657/94. 31 Eur. H.R. Rep. 5, § 98 (1999); Gongadze v. Ukraine, App. No. 34056/02, 43 Eur. H.R. Rep. 44, §184–186 (2005).

⁸² Akkum v. Turkey, App. No. 21894/93, 43 Eur. H.R. Rep. 26, §252–259 (2005)
⁸³ הסעיף קובע סף להתנהגות הצדדים לסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי. בין היתר נאסרו מעשי התעללות בכבודו של אדם, ובפרט יחס של השפלה וולוזל.

⁸⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, E.T.S. No. 5

זכותם של בני המשפחה החיים ומחפש את הפגיעה בהם, להבדיל מהפגיעה בבן משפחתם המת.

3. פסיקת ה-⁸⁵Inter-American Court of Human Rights

סוגיית כבוד המת התעוררה בשני פסקי דין שנתן בית הדין האמריקני לזכויות אדם בשנים 2000 ו-2002 בעניין *Bámaca-Velásquez*.⁸⁶ פסקי הדין עוסקים בעיקרם בביסוס הזכויות של קרוביו של disappeared person (מי שנעצר או נחטף על ידי השלטון) לדעת היכן נמצאת גופתו ולקבלה לחזקתם. החלטת בית הדין נוגעת ישירות לביסוס כבוד המת כחלק מהזכות לכבוד האדם:

81. This Court deems that *care for the mortal remains of a person is a form of observance of the right to human dignity...* the mortal remains of a person deserve respectful treatment before that person's next of kin, due to the significance they have for them...

82. In view of all the above, the Court considers that the State must conduct the exhumations, in the presence of the next of kin, to locate the mortal remains of [the victim] and to hand them over to them...⁸⁷

בית הדין קבע במפורש כי היחס לשרידי המת הוא ביטוי לשמירה על הזכות לכבוד האדם, וכי חובה לנהוג במתים בכבוד. כן נאמר כי כבוד המת הוא ערך הנשמר בכל

⁸⁵ להלן: בית הדין האמריקני לזכויות אדם. בית הדין יושב בסן חוזה, קוסטה ריקה, והוקם על ידי ארגון המדינות האמריקניות, כדי לאכוף את האמנה האמריקנית לזכויות אדם (לעיל, ה"ש 77). על האמנה חתומות מרבית מדינות מרכז אמריקה ודרומה. ארצות הברית אינה חברה באמנה שהקימה את בית הדין, ולכן גם אינה שותפה לפסיקותיו.

⁸⁶ *Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Merits*, –Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 70 (Nov. 25, 2000) (להלן: *Bámaca-Velásquez 1*); – *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, – *Reparations and Costs*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 91 (Feb. 22, 2002) (להלן: *Bámaca-Velásquez 2*).

⁸⁷ פסק הדין הראשון דן בהפרת הזכויות, והשני – בפיצויים. *Bámaca-Velásquez 2* לעיל ה"ש 86, בפס' 81–82 לפסק הדין (ההדגשה הוספה).

התרבויות, ובעל חשיבות רבה לקרובי משפחתו של המת. באותו מקרה הטיל בית הדין על המדינה חובה לאתר את המת, להוציאו מקברו ולהעבירו לבני המשפחה, שיקבעו היכן הוא ייקבר, כך שיוכלו להיפרד ממנו בכבוד.

נשיא בית הדין (השופט Cançado Trindade) נתן חוות דעת נפרדת, ובה הציג את עמדתו בנושא כבוד המת.⁸⁸ הגישה שהציג גורסת כי אף על פי שהאישיות המשפטית של האדם חדלה להתקיים עם מותו, והוא אינו בעל זכויות או חובות, עדיין שרידיו של המת – המכילים חלק גשמי של אנושיותו – ממשיכים להיות מוגנים מבחינה משפטית. הכבוד לשרידי המת מנציח את זיכרון המת ואת רגשות החיים (בפרט קרובי משפחתו ומכריו) הקשורים אליו רגשית – וזהו הערך המוגן מבחינה משפטית. עוד טען הנשיא כי בשמירה על כבוד המת ישנו ביטוי מוחשי לרגש האוניברסלי של המצפון האנושי, ולפיכך הכבוד למתים הוא חובה של בני האדם החיים. נקודת המוצא לעמדה זו היא קיומה של סולידריות בין כל בני המין האנושי, אשר יש בה ממד של זמן: המין האנושי כולל לא רק את אלו שחיים אלא גם את המתים ואת מורשתם הרוחנית. זו סולידריות בין-דורית, ולפיה מחויבים בני האדם החיים כלפי הדורות הקודמים בכיבוד מורשתם הרוחנית.⁸⁹ מבחינה משפטית נטען כי ניתן לעגן את חובת השמירה על כבוד המת בצו המצפון המשפטי האוניברסלי, שהוא אחד המקורות למשפט העמים (כחלק מעקרונות משפט כלליים⁹⁰). לסיכום קבע נשיא בית הדין כי המשפט הבין-לאומי מבקש להגן על האדם אף לאחר מותו באמצעות אכיפת הכבוד לשרידיו של האדם המת. הוא ביסס את זכויות המתים על הכנסת נורמות חברתיות-מוסריות למשפט הבין-לאומי לשם הרחבת מעגל הנהנים מזכויות האדם.

⁸⁸ בעיקר *Bámaca-Velásquez I*, לעיל ה"ש 86, בפס' 8–22 לחוות דעתו של הנשיא Cançado Trindade.

⁸⁹ על פי גישה זו, יש להביט על המין האנושי באחדותו דווקא דרך ממד הזמן, כך שהוא כולל גם את הדורות העתידיים, שמתחילים למשוך את תשומת ליבן של הדוקטרינות העכשוויות במשפט הבין-לאומי. ראו: EDITH BROWN WEISS, IN FAIRNESS TO FUTURE GENERATIONS: INTERNATIONAL LAW, COMMON PATRIMONY AND INTERGENERATIONAL EQUITY (1989); FUTURE GENERATIONS AND INTERNATIONAL LAW (Emanuel Agius & Salvino Busuttill eds., 1998). ראו גם הצהרת אונסק"ו על החובות כלפי הדורות הבאים: Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations, UNESCO Res. 29 C/Res. 44, Records of the General Conference, 29th Sess., Oct. 21–Nov. 12, 1997, vol. 1, at 69.

⁹⁰ עיקרון זה מועגן בחוקת בית הדין הבין-לאומי: Statute of the International Court of Justice, ¶ 38(1)(c), June 26, 1945, 33 U.N.T.S. 993.

4. ענף דיני זכויות האדם – סיכום

ראינו כי ענף זכויות האדם כמעט שאינו מעגן מפורשות את זכויותיהם של המתים באמנות בין-לאומיות. האמנות קובעות באופן כללי את הזכות לכבוד האדם, אולם אינן מפרשות את מידת התפרסותה של הזכות. כלומר אין בנמצא הגדרה של המונח "אדם". מבחינה פרשנית ניתן להכניס את ערך "כבוד המת" אל תוך הזכות הכללית לכבוד. נראה כי בית הדין האמריקני לזכויות אדם פסע בדרך פרשנית זו. נשיא בית הדין האמריקני הציע אף את האפשרות להכניס את כבוד המת למשפט הבין-לאומי כערך מוסרי של סולידריות בין-דורית באמצעות העקרונות הכלליים של המשפט הבין-לאומי ובהיקש להכרה בזכויות הדורות הבאים. מצד שני, פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם לא הכירה בזכויות של המתים, אלא רק בזכויות בני המשפחה החיים. לפיכך נראה כי ענף זכויות האדם במשפט הבין-לאומי אינו מגן באופן מפורש, באמצעות אמנות והסכמים, על כבודם של המתים, ואף הפסיקה בעניין זה אינה אחידה ומוסכמת בענף זה, בניגוד לענף דיני המלחמה. בפרק הבא אבחן דוגמאות ממשפטן הפנימי של כמה מדינות שיעזרו להבין את הסיבות האפשריות לשניות זו ולשאוב רעיונות ליצירת הסדרים חדשים.

ה. כבוד המת במשפט המדינתית

1. המשפט הישראלי

החברה הישראלית רואה בהתייחסות אל המתים, אל כבודם ואל דרכי קבורתם סוגיה חשובה ורגישה.⁹¹ כפועל יוצא מכך "כבוד המת" תופס מקום מיוחד גם במשפט הישראלי.⁹² סוגיית "כבוד המת" עלתה לדיון בבית המשפט העליון כמה פעמים

⁹¹ הסברים אפשריים לכך עשויים להיות חשיבות כיבוד המתים בדת היהודית ואתוס הגבורה של חללי צה"ל שהקריבו חייהם למען הקמת המדינה ולמען המשך קיומה.

⁹² ראו ס' 3 לחוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996, ("קבורה תיערך תוך שמירת כבוד המת"). ס' 172 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אוסר לנהוג במת שלא בכבוד. אולם הסעיף דורש גם "[...]כוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות תו". נראה כי דרישה זו מצביעה על מטרת המחוקק לשמור על רגשות בני האדם החיים ולא בהכרח על כבוד המתים. השוו: אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך ב 1620 (מהדורה שנייה, מוחמד ס' ותד עורך, 2013) המביע תמיהה על מיקום עברה זו בפרק הדין בפגיעות ברגשי הדת. לדבריו, "שאלה היא אם אין לראות בחובת כיבודם של מתים משום חובה

ובהקשרים שונים, למשל נתיחה לאחר המוות, כיתוב על מצבות, הוצאה מהקבר לצורך זיהוי ושמו הטוב של הנפטר.⁹³ אציין כי המשפט הישראלי נסמך בהקשר זה לא אחת על עמדת המשפט העברי בסוגיית "כבוד המת". מכיוון שהמשפט הישראלי מובא ברשימה זו אך כדוגמה להסדרים במשפט המדינתי שממנה ננסה להבין את עמדת המשפט הבין-לאומי, לא תפורט כאן גישת המשפט העברי בסוגיה.

עוד לפני כשלושה עשורים קבע השופט טירקל בדעת מיעוט כי "ההגנה על המת וכבודו כמוה כהגנה על החי וכבודו... כאן עניין לנו בזכות מזכויות היסוד של האדם".⁹⁴ ההתייחסות המהותית ביותר בשנים האחרונות לכבוד המת מצויה בפרשת **קסטנבאום**, שבה ביטא השופט ברק את גישתו לכבוד המת, וקבע:

כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעתים ראציונאלי ולעתים בלתי ראציונאלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו ואשר הנותן ביטוי למאווי הנפש הנכספים. זוהי ה"יד" שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות.⁹⁵

אנושית כללית". ראו גם חלק ג' לפקודת בריאות העם, 1940 (בתי עלמין); חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (סייגים לנתיחת גופות); חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 (חקירה של שופט חוקר את סיבת המוות במקרים מסוימים).

ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 437-438 (1994). לניתוח ביקורתי של הפסיקה הישראלית באשר ל"כבוד המת" ראו בירנהק, לעיל ה"ש 19, בעמ' 77 ואילך.

בג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום ברמלה, פ"ד לה (4) 337, 353 (1981). ראו גם יעקב אבי ברוך טירקל – " – ועל דעת היחיד" מחקרי משפט יט 413, 417-418 (2003).

ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523 (1992), אשר עסק ברצון המנוחה ששמה ותאריך לידתה הלועזיים יכתבו על מצבתה. ראו גם דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מזו(2) 812, 828 (1993) (כיתוב על מצבה של חלל צה"ל), ובע"א 6024/97 שביט נ'

בפסיקה שלאחר פרשת קסטנבאום נתקבלה קביעתו של השופט ברק כהלכה פסוקה.⁹⁶ כבוד המת עלה בפסיקה בהקשרים שונים. כך למשל עלתה השאלה אם ניתן לפגוע בפרטיות המת. בפרשת סקולר⁹⁷ נקבע כי הזכות לפרטיות אינה נעלמת עם מותו של האדם:

בבואנו לדון בסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות יש להסיר מיד טענה שטען בא-כוחם המלומד של המבקשים, והיא כי סעיף זה אינו מגן על מי שנפטר, שכן נוקט הוא לשון "אדם", ואין לך "אדם" אלא מי שהוא בחיים. פירוש זה, שמשמעו כי זכות הפרטיות שהייתה לאדם בחייו על-פי החוק הופכת למירמס לאחר מותו, נוגד את תכלית החוק. זכות הפרטיות האמורה אינה עוברת מן העולם יחד עם בעל הזכות, והיא ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו. אלא שבמקומו של בעל הזכות ה"מקורי", שעם מותו אינו כשר עוד לזכויות (ראה סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962), באים יורשיו תחתיו כבעלי אותה זכות שהייתה למורישם.

שאלת כבוד המת בקשר לזכות לשם טוב עלתה במלוא עוזה בפרשת סנש.⁹⁸ באותה פרשה עתרו בני משפחתה של חנה סנש המנוחה נגד רשות השידור על שהקרינה את המחזה "משפט קסטנר", שבו הוצגו עובדות שקריות על אודותיה, ועיקרן כי הסגירה את חבריה בעת חקירתה בשבי האויב. בית המשפט, מפי הנשיא ברק, הכיר בזכותה של

חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 624-625 (1999) (כיתוב לוועזי על מצבה).

⁹⁶ ראו ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801-802 (1993) (המשנה לנשיא אֶלון: "הלכה פסוקה היא, כי 'כבוד האדם' בעניינינו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר"; הדגשות הוסרו); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 102 (1993); בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(4) 155, 168-169 (2004) (המשנה לנשיא (בדימ') אור: "כבוד האדם' הוא ערך הפורס עצמו גם לאחר שהלך אדם לעולמו. כפי שחזר והדגיש בית-משפט זה, כבוד האדם כולל גם את כבודו של הנפטר עצמו וגם את כבוד בני משפחתו המבקשים לכבד את זכרו ולהתאבל על אובדנו").

⁹⁷ רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 772 (1993).

⁹⁸ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).

חנה סנש המנוחה לשם טוב כנגזרת מזכותה לכבוד.⁹⁹ השופט חשין הוסיף כי "[ההלכה הוסיפה וקבעה – מפורשות ובלא כל ניד-ספק – כי כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עצמו גם על כבוד המת".¹⁰⁰ לדעת כל שופטי ההרכב, שמה הטוב של חנה סנש המנוחה הוא ערך מוגן. דעות השופטים נחלקו אך באשר לאיזון שיש לערוך.¹⁰¹

בפסק הדין נדון חוק איסור לשון הרע, המתייחס באופן מפורש לפגיעה בשם הטוב של המתים.¹⁰² ואולם ישנה שניית מסוימת בהוראת החוק: מצד אחד, נקבע כי לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי. מצד שני, נקבע כי אין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה.¹⁰³ לדעת השופט חשין, האיסור המהותי לפרסם לשון הרע על המת ממשיך להתקיים חרף העובדה כי במשפט הפרטי לא ניתן לתבוע על הוצאת לשון הרע על המת. משום כך, להשקפתו, ניתן לתבוע את המוציא לשון הרע בגדרי המשפט הציבורי.¹⁰⁴ ומיהו העותר שרשאי לעמוד על זכותו של המת? השופט חשין הבחין בין עתירת בן משפחתו של המת לבין עתירה ציבורית. עתירה ציבורית נסבה על אינטרס קולקטיבי, ומשימת העותר הציבורי "אינה משימה קלה כלל ועיקר".¹⁰⁵ לעומתה, עתירת אחיה של המנוחה מעלה את אינטרס היחיד – הזכות לשם טוב העומדת לעצמה. לדעת השופט חשין, אחיה של המנוחה בא תחתיה

⁹⁹ שם, בעמ' 832.

¹⁰⁰ שם, בעמ' 866.

¹⁰¹ לדעת שופטי הרוב, האיזון שיש לערוך הוא איזון אנכי בין חירות הביטוי מזה לאינטרס הציבור (או רגשות הציבור) מזה, ובאיזון זה הם הכריעו לטובת חופש הביטוי (לביקורת על דרך ההנמקה של דעת הרוב באשר לאיזון שיש לערוך, ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב 623 (2002)). מנגד, לדעת שופט המיעוט חשין, האיזון שיש לערוך בעתירתו של האח, הוא דווקא איזון אופקי בין חופש הביטוי מזה לזכות האדם לשם טוב מזה, כזכויות שוות מעמד. השופט חשין העניק לזכות של המנוחה לשם טוב את הבכורה, ולדעתו היא תגבר "בנקל" על זכותם של המחזאי ורשות השידור (בעמ' 871).

¹⁰² ס' 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. סעיף זה סוטה מהמשפט המקובל. אורי שנהר דיני לשון הרע § 2.4.5 (1997).

¹⁰³ עם זאת ניתן להגיש כתב אישום לבקשת בן זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו.

¹⁰⁴ פרשת סנש, לעיל ה"ש 98, בעמ' 860.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 861.

"משל חנה שנש עצמה עתרה לבית-המשפט".¹⁰⁶ יש להדגיש: לטעמו, הזכות העומדת לדין אינה זכותם של בני המשפחה, אלא היא זכותו של המת עצמו. בני המשפחה הם רק מִצָּגוֹ.

בפרשת כהן, עלתה סוגיית כבוד המת בהקשר של הוצאת גופות חיילים מקברם לצורך זיהוים. בית המשפט העליון קבע כי על המדינה חלות חובות לאתר חללים, לזהותם ולהביאם לקבורה אישית. חובות אלה נגזרות מערך כבוד האדם המוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובות אלה מופנות הן כלפי החלל שנפל והן כלפי בני משפחתו.¹⁰⁷

בשנים האחרונות דן בית המשפט העליון בהרחבה במעמדו של ערך כבוד המת במשפט הישראלי בפרשת **אלאקסא**.¹⁰⁸ באותו מקרה נדונה תכנית להקמת "מוזיאון הסובלנות" בירושלים מעל שרידי קברים ועצמות אדם. בית המשפט העליון עיגן באופן מפורש את כבוד המת כזכות חוקתית:

כבודו של המת הוא עקרון חוקתי הנגזר כפועל יוצא מכבודו של האדם החי, ומזכותו לאוטונומיה אישית. אלה הם שניים שאינם ניתנים לניתוק ולהבדלה... כבודו של האדם החי נפגע כאשר לא מובטחת לו עוד בחייו, הגנה ראויה על כבודו כאשר שוב לא יהיה בין החיים. פגיעה בכבוד המת היא, אפוא, פגיעה בכבודם של החיים, ובכך היא מהווה פגיעה בזכות

¹⁰⁶ שם. השופט חשין קבע כי כך הם גם יתר הקרובים המנויים בס' 5 לחוק לשון הרע: בן זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו. הוא לא הכריע בשאלה אם זו רשימה סגורה. לטעמו, התשובה היא שלילית, וגם חבר קרוב של הנפטר ובני זוג שלא נישאו כדין קנו זכות פרטית בתחומי המשפט הציבורי.

¹⁰⁷ לעיל ה"ש 96, בעמ' 168–169, 174. במקרה טרגי זה הייתה התנגשות בין רצונן של חלק ממשפחות החללים לפתוח את הקבר לשם זיהוי הגופות לרצונן של המשפחות האחרות שלא להוציא את הגופות מהקבר. הזכות לכבוד האדם של המת הייתה משותפת לשתי המשפחות. נפסק כי היעדרות לדרישת העותרים לפתוח את חלקת הקבר ולבצע בדיקות גנטיות בגופות, עלולה לפגוע בזכות לכבוד של החללים שאין להם זיקה לעותרים, ובזכותם שלא תוטרד מנוחתם.

¹⁰⁸ בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (פורסם בנבו, 29.10.2008). ראו גם: בג"ץ 8119/10 פרידמן נ' שר הפנים, פס' 19 (פורסם בנבו, 13.1.2011); ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס, פס' 28–34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 7.7.2011); בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.9.2012).

חוקתית הראויה להגנה חוקתית. השקפת החברה האנושית על ערך כבוד המת כערך-על בחיי הפרט והכלל, וכחוליה מקשרת בין דורות שחלפו לדור ההווה ולדורות שיבואו, היא אחד המאפיינים לרציפות המתמשכת של הקיום האנושי. ערך זה חוצה ימים ויבשות, ועוגן במסורות חברתיות, דתיות ומשפטיות שונות, כחלק מן האתוס החברתי של תרבויות העולם במזרח ובמערב. תפיסה זו של כבוד המת עוגנה גם בתשתית החוקתית בישראל, כנגזרת ישירה מהזכות החוקתית לכבוד האדם בחייו.¹⁰⁹

באותו עניין צוין כי ההגנה על כבוד המת במשפט הישראלי נסבה סביב שלושה מעגלי אינטרסים:

ראשית, וחשוב מכל, ליבתה של הזכות לכבוד המת טמונה באינטרס הנפטר בעודו בחיים, בהגנה על כבודו לכשיילך לעולמו... מעגל אינטרסים שני נעוץ בהגנה על בני משפחתו של הנפטר, אשר פגיעה בזכרו ובכבודו אחוזה ושלובה בפגיעה בכבודם שלהם... עניינו של האינטרס במעגל השלישי של כבוד המת הוא בהיבט הציבורי, והוא משתלב באחריותה של החברה לכבד את בניה שהלכו לעולמם, ולהגן על זכרם ועל כבודם.¹¹⁰

המסקנה העיקרית מכלל פסקי הדין היא כי במשפט הישראלי הוכר כבוד המת כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מהזכות הכללית לכבוד האדם. מכאן, לכאורה, נגזרת המסקנה כי זכותו של המת לכבוד היא בעלת משקל בהתנגשותה מול זכויות אחרות. זכות זו התפרשה כזכותו של המת עצמו, ולא אך של בני משפחתו החיים אשר ביכולתם לייצג את זכותו של המת לכבוד. גם עתירה ציבורית העומדת על זכותו של המת היא אפשרית, אך היא מייצגת את האינטרס הציבורי בשמירת כבוד המת ולא את זכות המת עצמו.

¹⁰⁹ פרשת אלאקסא, לעיל ה"ש 108, בפס' 135 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹¹⁰ שם, בפס' 139 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

2. המשפט האנגלו-אמריקני

בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית מסמן המוות את סופה של האישיות המשפטית.¹¹¹ כך הכלל בדיני הנזיקין האנגליים הוא שתביעה אישית מתה עם האדם (*actio personalis moritur cum persona*).¹¹² המשפט המקובל גורס כי למתים אין זכויות או חובות, ולא ניתן למנות למת אפוטרופוס משום שאין לו אינטרסים.¹¹³ קביעה זו אינה מוחלטת שכן בדיני הירושה, התופסים מקום מרכזי במשפט האנגלי, יש התייחסות להמשך קיומה של האישיות המשפטית גם לאחר המוות הביולוגי.¹¹⁴ התיאורטיקן המשפטי האנגלי הנודע ג'רמי בנת'ם (Jeremy Bentham) גרס כי היחס לגופת המת אמור להיות כחס אל רכוש, ולפיכך טען כי אין להתייחס לשרידי גופו בכבוד.¹¹⁵ אמנם בפסיקת בתי המשפט באנגליה הייתה הסתייגות מאפיון הגופה כרכוש, ונקבע כי אין בעלות בגופות, אך במקביל נשמרה גישה עקבית בדבר העדר האישיות המשפטית של הגופה.¹¹⁶ הגישה הרווחת הייתה כי למתים אין "זכויות".¹¹⁷ השפה המשפטית שבה

¹¹¹ DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101.

¹¹² Hannes Rösler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, 26 BERKELEY J. INT'L L. 153, 157, 185 (2008).

¹¹³ LEWIS SIMES, PUBLIC POLICY AND THE DEAD HAND 1 (1955).

¹¹⁴ DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101–104. ייתכן ששוני זה בדיני הירושה נובע מהמקום החשוב של המת בשאלות העברת הבעלות על רכושו וכיבוד הרצון שלו עת היה בחיים. דהיינו, ביטוי הרצון במקרה זה מתגלה על ידי האדם בהיותו בחיים, ומילוי צוואתו דומה למילוי רצונו בחיים לבצע דיספוזיציה ברכושו.

¹¹⁵ C.K. OGDEN, JEREMY BENTHAM 1832–2032; BEING THE BENTHAM CENTENARY LECTURE, DELIVERED IN UNIVERSITY COLLEGE, LONDON, ON JUNE 6TH, 1932, app. 12, at 119 (1932).

¹¹⁶ DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 106–107. סוגיית מעמד הגופות עלתה רבות בקשר לתופעת "חוטפי הגופות" שהוציאו גופות מקברים לשם מכירתם למחקר, ושהועמדו לדין בעברת גנבה. השאלה הייתה אם אכן נלקח "רכוש" השייך לאחר.

¹¹⁷ בעמ' 111. חריג לגישה המקובלת ניתן למצוא בפסיקה אנגלית שביטאה גישה הרואה חשיבות רבה בשמירה על כבוד המת, ולפיה לכל אדם שמת ישנה זכות לקבורה מוכובדת: 1008 (Q.B.) 1007 Eng. Rep. (1840) *R. v. Stewart*.

נעשה שימוש בתיאור הגופה נשאבה באופן עקבי מדיני הקניין, ובייחוד זכות החזקה בגופה.¹¹⁸

בהתאם למשפט המקובל, תביעות בגין לשון הרע הן תביעות אישיות, ולמת אין זכויות שניתן להפר. לכן אף העיזבון, היורשים והקרובים של המת אינם זכאים לתבוע אם ההשמצה לא פגעה בעקיפין גם בהם.¹¹⁹ כך נקבע גם בפסיקת בתי המשפט האזרחיים בארצות הברית בסוגיית הפגיעה בשמו הטוב של המת. בתי המשפט דחו באופן שיטתי תביעות על הוצאת לשון הרע על המתים.¹²⁰ הם תלו את פסיקתם ברצינול שלפיו התבטאויות משמיצות לכאורה חייבות להתייחס לתובע דווקא.¹²¹ רצינול זה ניכר גם ב־Restatement of Torts שקובע בעניין זה: "The interest of the descendants or other relatives of the deceased person in his good name is not given legal protection by the common law."¹²² כאשר ההשמצה הייתה מכוונת רק כלפי המת ולא פגעה גם בקרובי משפחתו החיים, תביעתם בשם המנוח נכשלה.¹²³

¹¹⁸ Paul, DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 112. כן ראו במשפט האמריקני: Paul, Matthews, *Whose Body? People as Property*, 36 C.L.P. 193, 201–02 (1983) ובמשפט האוסטרלי: "Under these circumstances, I cannot see any reason for doubting that, if this corpse can be the property of any one, it is the property of the plaintiff as against the defendant. It is enough that the plaintiff was in possession of the corpse, and that the defendant took it having no better title to it than the plaintiff".¹¹⁹ Rösler, לעיל ה"ש 112, בעמ' 185.¹²⁰ PHILIP WITTENBERG, DANGEROUS WORDS 209 (1947). פסק הדין הידוע של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) שהגדיר את יסודות התביעה על לשון הרע, הן אחריו.¹²¹ ראו, למשל, *Helmer v. Middaugh* 191 F. Supp. 2d 283 (2002); *Conner v. Ambrose*, 990 F Supp. 606, 619–20 (1997); *Lambert v. Garlo*, 484 N.E.2d 260 (Ohio Ct. App. 1985); *Lee v. Weston*, 402 N.E.2d 23 (Ind. Ct. App. 1980); *Gonzales v. Times Herald Printing Co.*, 513 S.W.2d 124 (Tex. Civ. App. 1974); *Hughes v. New Eng. Newspaper Pub. Co.*, 43 N.E.2d 657 (Mass. 1942).¹²² *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS* § 560 cmt. a (1977).¹²³ ראו, למשל, *Rose v. Daily Mirror, Inc.*, 31 N.E.2d 182, 182 (N.Y. 1940). בית המשפט לערעורים של ניו יורק קבע: "it has been long accepted law that a libel or slander upon the memory of a deceased person which makes no direct reflection upon his relatives gives them no cause of action for defamation"

עם זאת, בהקשר הפלילי יש עדיין בכמה מדינות בארצות הברית איסורים על הכפשת זיכרון המת.¹²⁴ בתי המשפט אף הכירו באינטרס הציבורי בזיכרון המתים כעניין ציבורי לגיטימי.¹²⁵

במקרים מסוימים המשפט המקובל מכיר בפגיעה בבני משפחתו החיים של המת שנבעה מפגיעה במת, ומוכן להעניק סעדים לבני המשפחה. בפסיקת בית המשפט העליון של ארצות הברית עלתה לפני כמה שנים סוגיית כבוד המת בקשר להצגה בפומבי של תמונת גופתו העירומה של המת.¹²⁶ בית המשפט העליון, מפי השופט קנדי (Kennedy), פסק כי פרסום תמונות של גופת המת פוגע בזכות לפרטיות של בני משפחתו. נקבע כי לבני המשפחה יש אינטרס אישי בכבוד המת ובהתאבלות עליו, לרבות זכותם להתנגד לחשיפה ציבורית הפוגעת ברצונם לכבד את המת. בפסק הדין מאוזכרת החלטת בית המשפט לערעורים של ניו-יורק מ-1895¹²⁷ שלפיה הזכות לפרטיות של אלו החיים היא זו שביט המשפט אוכף. זכות זו ניתן להפר על ידי פגיעה בזיכרון בן המשפחה המת, אולם זכותם של החיים, ולא של המתים, היא שמוכרת. הרציונל הוא הגנה על רגשות אלו החיים.

מתיאור כמה עניינים שעלו במשפט המקובל ניתן לראות כי ההגנה בהם על "כבוד המת", ככל שזו קיימת, היא הגנה עקיפה בלבד המגנה במהותה על זכויות החיים.

¹²⁴ ראו, למשל, Colo. Rev. Stat. § 18-13-105 (2000); Ga. Code Ann. § 16-22-40 (2000); Idaho Code § 18-4801 (2000); Nev. Stat. Ann. § 200.510 (Michie 2000); N.D. Cent. Code § 12.1-15.01 (2000); 12 Okla. St. § 1441 (2000); Tex. Civ. Prac. & Code Ann. § 73.001 (West 2000); Utah Code Ann. § 45-2-2 (1998).

¹²⁵ ראו William H. Binder, *Case Notes and Comments: Publicity Rights and Defamation of the Deceased: Resurrection or R.I.P.?* 12 DEPAUL-LCA J. ART & Skrocki v. Stahl, 110 P. 957, 960 (Cal. App. ENT. L. 297, 322-23 (2002) 3d, 1910) ("As a matter of sound public policy, the malicious defamation of the memory of the dead is condemned as an affront to the general sentiments of morality and decency, and the interests of society demand its punishment through criminal courts"). אולם, כפי שציין Binder בעמ' 324, האישומים הפליליים בעניין לשון הרע נמצאים ככלל בירידה עקב פסיקת בית המשפט העליון האמריקני שלפיה החוק הפלילי של מדינת לואיזיאנה האוסר השמצה אינו חוקתי משום שהוא פוגע בחופש הביטוי. (Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964)).

¹²⁶ Nat'l Archives & Records Admin. v. Favish, 541 U.S. 157 (2004).
¹²⁷ Schuyler v. Curtis, 147 N.Y. 434, 447 (1895).

3. המשפט הגרמני

סוגיה דומה לזו שעלתה בפרשת סנש, עלתה בבית המשפט הגרמני לחוקה בפרשת מפיסטו.¹²⁸ גם כאן התנגשה הזכות לשם טוב של המת עם חופש הביטוי. בנו המאומץ של השחקן המנוח Gustaf Gründgens עתר לקבלת צו מניעה נגד הפצתו של ספר בשם "מפיסטו", שהדמות הראשית בו מבוססת על חייו של Gründgens המנוח. לטענת העותר, הספר כלל גם פרטים בדיוניים, ואלו הציגו תמונה שקרית ושלילית ביותר של המנוח. בפסק הדין, שניתן ברוב דעות, נפסק כי "כבוד האדם" המוגן בחוק היסוד הגרמני¹²⁹ כולל בחובו גם את כבודו של הנפטר, ועל כן יש להגן על שמו הטוב של אדם גם לאחר מותו. כבוד האדם טבוע באנושיותו של האדם, ולכן חובת המדינה למנוע השפלת כבודו של אדם אינה תמה עם מותו.¹³⁰ בית המשפט רואה את "כבוד האדם" כזכות קהילתית ולא רק כזכות אישית: הוא כולל באותה קהילה לא רק את החיים, אלא גם את המתים, אשר – בייחוד אלו שנותרו בזיכרון – נשארים בקשר עם החיים, ואנו החיים חייבים להם כבוד מתמשך.¹³¹ הלכה זו אושרה ויושמה פעמים נוספות על ידי בתי המשפט הגרמנים.¹³² כך, בשנת 1993 נדון בבית המשפט לחוקה עניין הנוגע לפגיעה בשמו הטוב של הסופר זוכה פרס נובל Heinrich Böll, ובית המשפט אישר את ההגנה על זכויות המת.¹³³ בשנת 2006 אישר בית המשפט לחוקה¹³⁴

Mephisto Case, BVerfG, Feb. 24, 1971, 30 BVERFGE 173; DONALD KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 301–05, 427 (1997)

GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND, May 23, 1949, BGBl. I, § 1, para. 1

עניין *Mephisto*, לעיל ה"ש 128, בפס' 6.

ראו KOMMERS, לעיל ה"ש 128, בעמ' 305.

OLG München, Jan. 26, 1994, NJW-RR 925 (אישור תביעה בדין לשון הרע על רופא שמת בשנת 1965, שנטען לגביו שביצע הפלות כפויות וסדיסטיות במהלך תקופת הרייך השלישי); BGH, Jun. 8, 1989, 107 BGHZ 384 (בית המשפט העליון הפדרלי פסק שישנה פגיעה בזכות המת בזיוף חתימתו של הצייר המנוח Emil Nolde על ציור מזויף). לפסיקות נוספות בעניינים שונים הנוגעים לפגיעה במת ראו Rösler, לעיל ה"ש 112, בעמ' 183–184.

Böll v. Henscheid, BVerfG, Feb. 25, 1993, NJW 1462, 1993, KOMMERS, ראו גם Böll v. Henscheid, לעיל ה"ש 128, בעמ' 430.

BVerfG, Aug. 22, 2006, NJW 3409, 2006.

את פסיקת בית המשפט העליון הפדרלי¹³⁵ שפסק פיצויים בגין שימוש מסחרי בדמותה של השחקנית המנוחה מרלן דיטריך (Marlene Dietrich).¹³⁶ באותו עניין נקבע, כי השימוש הלא מורשה בדמותה של המנוחה פגע בזכות האישית שלה.

לפיכך נראה כי לפחות בכל הנוגע לזכות של המת לשם טוב, הלך המשפט הגרמני בדרך הדומה לזו של המשפט הישראלי בשמירה על כבוד המת.

4. המשפט המדינתי – סיכום

ניתן לסכם את המשפט המדינתי שנסקר בהצבעה על שתי גישות עיקריות המופיעות בו:

ראשית, הגישה שהודגמה במשפט האנגלו-אמריקני, גורסת כי מושא המשפט הוא בני האדם החיים בלבד. למתים אין זכויות, וערך "כבוד המת" נשאר אך כערך מוסרי שאינו נכנס לתחומי המשפט בצורת הגנה ישירה על המתים. גישה זו עשויה להכיר בזכויותיהם של בני משפחתו החיים של המת, להבדיל מהמת עצמו. היא דומה במהותה לגישה שנמצאה בבית הדין האירופי לזכויות אדם, כאמור בפרק הקודם.

הגישה השנייה היא הגישה שהודגמה במשפט הישראלי והגרמני, ולפיה יש להכיר במשפט בכבוד המת. גישה זו תפרש את הזכות לכבוד כך שתחול גם על בני האדם המתים. היא עשויה אף לקבוע את כבוד המת כזכות בדרגה חוקתית. גישה זו משלבת את הזכות המוסרית בכבוד המת אל תוך המשפט. גישה דומה התבטאה גם בפסיקתו של בית הדין האמריקני לזכויות אדם, כאמור בפרק הקודם.

בחלק הבא של הרשימה אדון במסקנות העולות מהניתוח שנערך לעיל, בהתייחס להסדרי ענף זכויות האדם במשפט הבין-לאומי בנושא כבוד המת. ראשית, אבחן את ההבדלים שבין ענף זכויות האדם ובין ענף דיני המלחמה הבין-לאומיים בהקשר זה. שנית, אבחן הצעה לשינוי יחסו של ענף זכויות האדם לכבוד המת, בהיקש למשפט המדינתי שנדון בפרק זה.

¹³⁵ BGH, Dec. 1, 1999, 143 BGHZ 214

¹³⁶ ראו עוד Rösler, לעיל ה"ש 112, בעמ' 161 ו-181.

1. מסקנות

1. א-סימטרייה במשפט הבין-לאומי

המשפט הבין-לאומי אינו מדבר בקול אחד ביחסו לכבוד המת. חוסר האחידות בין ענף דיני המלחמה לענף זכויות האדם בולט מאוד. בעוד שדיני המלחמה קובעים הסדרים מקיפים בנוגע למתים שמטרתם כבוד המת, אין ענף זכויות האדם מתייחס באופן מפורש לזכויותיהם של המתים (או לחובות כלפיהם) באמנות הבין-לאומיות. גם הפסיקה בבתי הדין הבין-לאומיים אינה מציגה גישה אחידה למקומו של כבוד המת בענף זכויות האדם. מדוע קיימת דיסהרמוניה כזו? מדוע אין המשפט הבין-לאומי מציג גישה קוהרנטית ביחסו לבני אדם שהלכו לעולמם? אנסה להציע כמה סיבות אפשריות שהובילו לפער זה.

ראשית, ניתן להבין בנקל מדוע דיני המלחמה עוסקים במתים. המתים הם חלק טבוע בכל מלחמה, והעיסוק בהם הוא הכרח המציאות. שיטות המלחמה משתנות עם השנים, אולם תוצאתן הקבועה היא מוות המוני. בשוך הקרבות גופות המתים הן אלו הנתרות בשטח. מסתמא, קביעת ההסדרים לפינויין ולטיפול בהן היא הכרחית בנסיבות אלו. הסדרים אלה נקבעו על פי טיבם בדיני המלחמה המנהגיים וההסכמיים. לעומת זאת, דיני זכויות האדם אינם עוסקים באופן טבעי במתים. זכויות האדם עניינן בראש ובראשונה זכויות האדם החי. אין בהן אותם הכרח טבעי וצורך מעשי בקביעת הסדרים לטיפול במתים.

שנית, ההסתכלות על מוות במלחמה שונה מן ההסתכלות על מוות בנסיבות אחרות. המוות במלחמה נחשב בדרך כלל לדבר הרואי, מהולל ורב השראה. פולחן החייל הנופל על חרבו בשירות המולדת התגבש במלחמות המהפכה הצרפתית (1789–1799) וצבר תאוצה עם עליית הלאומיות באירופה.¹³⁷ הנופלים בקרב נעשו עניין חשוב באורח הצגתה העצמית של האומה. זכר הנופלים בקרב נתן משמעות למוות כך ש"המתים למען המולדת אינם מתים באופן מוחלט, והם מוסיפים להשפיע על החיים, הרואים במתים סמל, שלפיו עליהם לכוון את חייהם".¹³⁸ המוות במלחמה הפך "על אנושי": "הנופלים בקרב היו לקדושים... ומקום מנוחתם האחרון הפך מקדש-מעט

¹³⁷ ג'ורג' ל' מוסה הנופלים בקרב – עיצובו מחדש של זכרון שתי מלחמות העולם 9–11, 46–47 (עמי שמיר מתרגם, 1993).

¹³⁸ ג'ורג' מוסה "פולחן החייל המת; בתי-קברות לאומיים ותחייה לאומית" זמנים 6, 3, 3 (1981).

לפולחן לאומי".¹³⁹ דהיינו, בית הקברות הצבאי נעשה סמל לפולחן החייל שנפל בקרב. יש לציין כי בתי קברות כאלה החלו לקום רק החל מימי מלחמת האזרחים האמריקנית (1861–1865). קודם לכן, כאשר נקברו החיילים בקברי אחים במקום נפילתם, לא היה היחס אליהם, ככלל, מעורר כבוד.¹⁴⁰ באירופה הפכו בתי הקברות הצבאיים מקום לפולחן בעקבות המוות ההמוני חסר התקדים בקרבות מלחמת העולם הראשונה (1914–1918).¹⁴¹

שלישית, דיני המלחמה קדמו בזמן לדיני זכויות האדם הבין-לאומיים. דיני המלחמה המנהגיים קיימים מזה כמה מאות שנים. עיגונם באמנות כתובות החל באמצע המאה ה-19. התפתחותם ההדרגתית של דיני המלחמה אפשרה להם ללבן סוגיות שונות במשך תקופת זמן ארוכה. אכן, עיגון הטיפול במתים החל רק בתחילת המאה ה-20, עשורים רבים לאחר תחילת הקודיפיקציה של דיני המלחמה. יתר על כן, גם ההסדרים הנוגעים למתים במלחמה התפתחו באופן הדרגתי לאורך השנים. כך, למשל, החובה לקבור את המתים באופן מכובד לא הופיעה בתחילת הדרך ונוספה מאוחר יותר.

לעומת זאת, דיני זכויות האדם הבין-לאומיים הם חדשים באופן יחסי. בתחילת המאה ה-20 החלו ניסיונות לשמירתן ולהסדרתן של זכויות האדם באופן גלובלי (כמו הקמת ארגון העבודה הבין-לאומי בשנת 1919), אך הם לא נשאו את הפרי המיוחל. הניסיונות צברו תאוצה רק בעקבות מלחמת העולם השנייה ולאחר הקמת האו"ם בשנת 1945.¹⁴² רק במחצית השנייה של המאה ה-20 החלו לכרות אמנות בין-לאומיות ואזוריות הקובעות קשת של זכויות אדם אוניברסליות. לאור זאת ניתן לגרוס כי דיני זכויות האדם הבין-לאומיים עודם מתפתחים, ועיגון מעמדם של המתים עשוי לבוא גם הוא עם השנים. יתר-על-כן, הגישה המעניקה זכויות אדם למתים במשפט הפנימי של המדינות (המודרניות) אף היא גישה חדשנית, שפותחה רק בעשורים האחרונים. התייחסות במישור המוסרי כלפי המתים הייתה קיימת גם בעבר, אולם הגלישה למישור המשפטי בשיח הזכויות היא תופעה חדשה.

רביעית, הקודיפיקציה של דיני המלחמה באה לאחר שבמשך שנים היו קיימים מנהגים בין-לאומיים שהסדירו בין היתר גם את דרך הטיפול במתים בקרב. מנהגים אלו

¹³⁹ מוסה הנופלים בקרב, לעיל ה"ש 137, בעמ' 46.

¹⁴⁰ מוסה "פולחן החייל המת", לעיל ה"ש 138, בעמ' 9.

¹⁴¹ שם.

¹⁴² HUMAN RIGHTS HERE AND NOW (Nancy Flowers ed., 1998).

הושתנו על הסכמה בין-לאומית רחבה שהתבטאה בפרקטיקה המקובלת על המדינות בתורת דין. לפיכך כאשר באו המדינות לעגן מנהגים בין-לאומיים באמנות ולאחר מכן לפתח את ההסדרים, הייתה קיימת הסכמה בסיסית בין המדינות בדבר הצורך לשמור על כבוד הנופלים בקרב. בניגוד לכך, נראה כי אין הסכמה דומה באשר להכרה בזכויות המתים בדיני זכויות האדם. ניתן לומר כי רוחב תחולת זכויות האדם משפיע באופן ישיר על מידת הריבונות של המדינה בקביעת הסדרים משפטיים פנימיים. דהיינו, אמנות שבהן דרישה לכיבוד זכויות המתים, מצמצמות את היכולת של מדינות הכפופות להן לקבוע חקיקה סותרת. ראינו דוגמאות מהשיטה האנגלו-אמריקנית השוללת מתן זכויות משפטיות למתים במשפטן הפנימי של המדינות. קבוצת המדינות האנגלו-אמריקניות היא קבוצה חשובה ובעלת השפעה מכרעת על קבלת אמנות בין-לאומיות. ככל הנראה, עקב העדר הסכמה בקרב המדינות בנוגע לשמירה על כבוד המת כזכות אדם, לא נוצרו הסדרים הנוגעים לכך באמנות הבין-לאומיות. הדבר נותר להכרעתה של כל מדינה ומדינה לפי מסורת המשפט שלה ולפי הגישה המקובלת בה.

2. הדין הרצוי

כאמור לעיל, ענף זכויות האדם אינו מכיר באופן מפורש בזכויות המתים. פסיקת בית-הדין האירופי לזכויות אדם מכירה רק בזכויות בני משפחת המת שנפגעו באופן ישיר כתוצאה מהפגיעה בו. השקפה דומה ראינו בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית. לפי גישה זו, רק בני האדם החיים הם אובייקט המוגן על ידי הדין ובעל זכויות משפטיות. בחלק גדול מהמקרים גישה זו עשויה להספיק כדי להגן הגנה עקיפה על המתים באמצעות בני משפחתם החיים. עם זאת, ניתן לחשוב על מקרים שבהם לא תעניק גישה זו הגנה ראויה על ערך כבוד המת. כך, למשל, כאשר מדובר במת ערירי שאין בני משפחה וקרובים שידאגו לו ושיעמדו על שמירת כבודו. מקרה נוסף הוא מת שבני משפחתו מתנכרים לו ושואף עלולים להיות שותפים לפגיעה בכבודו. במקרים אלה הגנה עקיפה אינה מספיקה, ונדרשת הגנה ישירה לשם שמירה על כבוד המת. התניית בתי המשפט את קבלת הסעד המשפטי בכך שבני המשפחה ייפגעו גם הם, מפחיתה במידה רבה מערכו של "כבוד המת".

השאלה אם שינוי בהתייחסותו של ענף זכויות האדם ל"כבוד המת" הוא רצוי – אינה פשוטה. אולם אם נניח כי שינוי כאמור אכן נדרש, ייתכנו שתי דרכים להכרה בזכויות המתים בכלל, ובכבוד המת בפרט, בענף זה: האחת, כריתת אמנות בין-לאומיות חדשות שבהן יוזכרו המתים באופן מפורש, וזכויותיהם והחובות כלפיהם

יוגדרו בביור. השנייה, מתן פרשנות שונה וחדשה לאמנות הקיימות. הדרך הראשונה עדיפה בשל השמירה על עקרון ההסכמה, שהוא יסוד למשפט הבין-לאומי. עם זאת, הדרך השנייה תיתן תשובה מיידית יותר לפתרון בעיות במקרים ספציפיים שיש לתת להם מענה הולם. את הדרך הפרשנית במשפט הבין-לאומי ניתן לשאוב מהדרך שבה הלכו המשפט הישראלי והמשפט הגרמני מצד אחד, ובית הדין האמריקני לזכויות אדם מצד שני.

המשפט הישראלי והמשפט הגרמני הלכו בדרך של פרשנות זכויות היסוד, ובראשן הזכות לכבוד האדם. כפי שראינו בפרק ד, הזכות לכבוד האדם מעוגנת היטב במשפט הבין-לאומי. פרשנות שלפיה תתפרש זכות זו גם על בני אדם שהלכו לעולמם היא אפשרית. היא תרחיב את תחולת הזכות, כך שכבוד המת ונגזרותיו ייכנסו בגדרה.

נימוק חשוב בהליכה בדרך הפרשנית הזו הוא האחדה של הדינים. הרמוניה חקיקתית היא שאיפה של כל מערכת משפט וכלל חשוב בפרשנות הדין. כדי ליצור הרמוניה בין דיני המלחמה, הדין הפלילי הבין-לאומי וענף זכויות האדם, יש להתייחס באופן שווה לערך כבוד המת. מצב שבו יש שוני כה ניכר בין הענפים השונים של המשפט הבין-לאומי אינו מצב רצוי.

נימוק נוסף להליכה בדרך הפרשנית הוא תיאוריית הסולידריות הבין-דורית שאימץ נשיא בית הדין האמריקני לזכויות אדם בפסק דינו. המחויבות שלנו כבני אדם לדורות הקודמים היא מחויבות מוסרית בעיקרה. גישה זו מאמצת עקרונות מוסריים אוניברסליים אל חיק המשפט. תיאוריה זו מתחזקת לאור ההכרה ההולכת וגוברת במשפט הבין-לאומי בחובת השמירה על זכויות הדורות הבאים. חובות וזכויות בין-דוריות מוכרות כיום במשפט הבין-לאומי בעיקר דרך פרשנות שיפוטית של בתי הדין הבין-לאומיים.¹⁴³

עם זאת, דרך הפרשנות אינה חפה מבעיות. פרשנות שיפוטית שתכניס "בדלת האחורית" את כבוד המת לתוך עולם זכויות האדם הבין-לאומיות תפגע בעקרון ההסכמה. לאור הדוגמאות הרבות במשפט האנגלו-אמריקני שבהן נשללה הכרה משפטית בזכויות המתים, תפגע קביעה שיפוטית נוגדת בריבונות המדינות המשתייכות לשיטת משפט זו. ניתן להניח כי בעת החתימה על האמנות לא כל המדינות היו מודעות לתחולת הזכות לכבוד האדם על המתים. ייתכן כי אם היו

¹⁴³ השוו: Edith Brown Weiss, *Water Resources and Future Generations*, המשפט 1 (2001) 337-335, 329.

שואלים באותה עת מדינות לא מעטות, הן היו מסרבות לאשר הכרה בזכויות משפטיות למתים, שכן הדבר אינו עולה בקנה אחד עם משפטן הפנימי. בהקשר זה יש לציין את הוראת "אמנת האמנות"¹⁴⁴ בנוגע לפרשנות אמנות. סעיף 31 קובע כי אמנה תפורש בתום לב בהתאם למשמעות הרגילה של מונחי האמנה בהקשר שלהם ולאור מטרתה ותכליתה. משמעות מיוחדת תינתן למונח רק אם הוכח כי הצדדים לאמנה התכוונו לכך. לטעמי, הטענה כי הפרשנות המוצעת לזכות לכבוד היא משמעות מיוחדת ולא רגילה, היא טענה בעלת משקל. כך, למשל, ניתן ללמוד שמדובר במשמעות מיוחדת, מכך שהיה צורך להוסיף הערה מפורשת באשר להכללת המתים במונח "אדם" בהגדרת יסודות הפשעים של אמנת רומא. על כן דומה כי כוונת הצדדים ביצירת האמנות היא אכן נגף בדרך הפרשנות.

לאור האמור, וחרף נימוקים כבדי משקל בזכות הדרך הפרשנית, נדמה כי בשל העובדה שאין בהכרח הסכמה בקרב מדינות בעולם בסוגיית ההכרה בכבוד המת כזכות משפטית בינות קבוצת זכויות האדם, רצוי להמתין ליצירת אמנות שתנבענה מהסכמה ברורה. "המחוקק" הבין-לאומי טרם אמר את דברו במפורש בסוגיה זו. אמנם ערך כבוד המת הוכר בענף דיני המלחמה, אך אין ניתן בהכרח ללמוד מכך כי הרצון היה להכיר בערך זה גם בהקשרים שאינם מלחמתיים כדין המחייב את המדינות. נראה אם כן כי יש לנהוג זהירות יתרה כאשר אנו עוסקים בהסדרים בין-לאומיים המשפיעים על מדינות רבות, ולכבד את רצונן של המדינות. אשר על כן, לטעמי, אין זה רצוי כי בתי המשפט יחלו בהליך של "חקיקה שיפוטית" בתחום זה של ענף זכויות האדם הבין-לאומיות על דרך פרשנות מרחיבה של האמנות הקיימות, אלא ימתינו לשינוי ה"חקיקה" באמצעות אמנות והסכמים מתאימים.

¹⁴⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S 331

סקירת ספרות

עמיחי כהן וסטיוארט כהן

יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014)

לירון א. ליבמן*

283	תקציר
284	א. הקדמה
285	ב. האם יש בישראל חוקת ביטחון לאומי?
286	ג. התקופה ה"ריכוזית" (1948–1963)
287	ד. "מנהיגות והססנות" (1963–1977)
290	ה. "היערכות מחדש" (1977–1995)
293	ו. "משפטיזציה" (1995 ועד ימינו)
298	ז. מהתעלמות ל"עסקים כרגיל"
300	ח. הצעות לשיפור
304	ט. בית המשפט העליון, זכויות אדם וחוקת הביטחון הלאומי

תקציר

הספר "יורים ושופטים" מאת פרופ' עמיחי כהן ופרופ' סטיוארט כהן הוא תרומה חשובה למדף הקצר למדי של ספרות העוסקת במפגש בין המשפט לביטחון בישראל. ייחודו ברוחב היריעה שהוא פורס, הן מבחינת התקופה הנסקרת, מקום המדינה ועד ימינו אנו והן מבחינת זווית

* אל"ם (מיל), לשעבר התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית. כיום עו"ד, מגשר ומרצה.

הניתוח הרב תחומית המשלבת נקודת מבט משפטית עם זווית של מדעי המדינה. המחברים סוקרים את השינויים שחלו במהלך השנים ביחסים שבין הרשות השופטת, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת בנוגע לענייני ביטחון. בניתוח היתרונות והחסרונות של ה"משפטיזציה" של ענייני הביטחון המחברים מגיעים למסקנה מפתיעה ומעניינת. בחלקו האחרון של הספר, המחברים מציעים כמה דרכים לשפר את המצב הקיים, מבלי להתיימר ולהציע מהפכה.

א. הקדמה

ספרם החדש¹ של פרופ' עמיחי כהן, דיקן הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, ופרופ' סטיוארט כהן מן המחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת בר אילן הוא תרומה חשובה למדף הקצר למדי של ספרות העוסקת במפגש בין המשפט לביטחון בישראל.

חשיבותו של הביטחון הלאומי בחיי הציבור בישראל והשינויים הדרמטיים שחלו במהלך השנים במשקלם של המשפט ושל הרשות השופטת בזירה הציבורית, ובכלל זה בענייני ביטחון, משכו – ומושכים – תשומת לב רבה מצד הציבור ומצד התקשורת. עם זאת, שיח זה מתמקד לרוב בסוגיה ה"בוערת" באותה עת. המפגש בין משפט לביטחון משווע למחקר אקדמי שעשוי לתרום תובנות חשובות שאינן אפשריות ללא ריחוק מסוים, עבודה שיטתית ובחינה השוואתית.

ייחודו של הספר ברוחב היריעה שהוא פורס – הן מבחינת הזמן, המשתרע מקום המדינה ועד לימינו אנו,² הן מבחינת זווית הניתוח הרב תחומית המשלבת נקודת מבט משפטית עם זווית של מדעי המדינה בזכות הרקע של שני המחברים.³

¹ שנוכר בכותרת הרשימה. להלן: הספר. הפניות למספרי עמודים סתם מתייחסות לספר. ² פרק מעניין (הפרק השני) מציב כרקע לדיון תקופה היסטורית ארוכה עוד יותר. הפרק עוסק בהשפעת התרבות היהודית והמסורת היהודית על תפיסת השימוש בכוח החל מחורבן בית שני ועד להתגבשות מוסדות היישוב וה"מדינה שבדרך" בארץ ישראל טרם קום המדינה.

³ מבחינת רוחב היריעה והמבט הרב תחומי אפשר להשוות לספר הנוכחי רק את ספרו של מנחם הפונגג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק – 1948–1991 (1991). עוד ראוי להזכיר את קובץ המאמרים צבא חברה ומשפט (דפנה ברק-ארז עורכת, 2002), שאף בו משולבים ההיבט המשפטי וההיבט הסוציולוגי הנוגעים למעמד הצבא והשירות הצבאי בישראל, אף שמתבעו כקובץ מאמרים אין בו תפיסה שיטתית רחבה ועיסוק בכל הממדים של דיני הביטחון הלאומי.

הספר הוא עיבוד ספרם של המחברים שהתפרסם באנגלית לפני כשלוש שנים.⁴ עיבוד – ולא תרגום. ראשית ועיקר, משום שהמחברים בחרו להנגיש את ספרם לציבור רחב יותר ועל כן ויתרו על הערות שוליים מפורטות לטובת הקריאה השוטפת. שנית, משום שהוספה התייחסות להתרחשויות שאירעו ולעובדות שנחשפו מאז פרסומו של הספר באנגלית.⁵ שלישית, משום שהמחברים בחרו להשמיט את החלק של המשפט המשווה בגרסה לקורא העברי. שתי ההחלטות הראשונות דומה שהיו נכונות ושיושמו באופן מוצלח. לעומת זאת, לעניות דעתי, גם הקורא הישראלי היה מפיק תועלת ממבט השוואתי על היחסים בין ביטחון למשפט במדינות העולם, וחבל שחלק זה הושמט כליל.

ב. האם יש בישראל חוקת ביטחון לאומי?

המחברים דנים ב"חוקת הביטחון הלאומי" של ישראל. אף שחוקה פורמלית אינה מקיפה את מכלול העניינים שהם דנים בהם, נעשה שימוש במגוון מקורות – חוקי יסוד, חוקים, פסקי דין ומוסכמות שלטוניות המהוות מעין "תורה שבעל פה" – כדי לזהות את אוסף הכללים המשפטיים אשר באמצעותו מוסדרות חלוקת התפקידים בענייני הביטחון, הסמכויות והחובות בין רשויות השלטון לבין עצמן ובין לאזרחי המדינה.

הניתוח נעשה בארבעה ממדים:

- א. הממד ההיררכי – מהי "שרשרת הפיקוד" שקובע החוק בסוגיות של ביטחון לאומי, בעיקר בתוך הדרג האזרחי-מדיני?
- ב. הממד התפקודי – אילו רשויות מחזיקות בסמכויות בתחום הביטחון הלאומי? אילו מנגנוני פיקוח קיימים על הפעלת סמכויות אלה? אילו הליכים קיימים

4 AMICHAH COHEN & STUART A. COHEN, ISRAEL'S NATIONAL SECURITY LAW :
POLITICAL DYNAMICS AND HISTORICAL DEVELOPMENT (2012)

5 פרשת הרפז ופרשת אי מינוי של האלוף גלנט לרמטכ"ל נדונות באחרית הדבר (עמ' 289–298). באשר למסמכים שנחשפו לאחרונה, ראו, למשל, את תזכיר אשכול-דיין, מסמך פנימי שעליו החתים ראש הממשלה לוי אשכול את שר הביטחון הנכנס משה דיין ביוני 1967. הוגדרו בו הפעולות שלא ינקוט שר הביטחון ללא אישורו המוקדם של ראש הממשלה. המסמך פורסם ברבים בשנת 2012 (עמ' 94–96).

לפתרון חילוקי דעות בין הרשויות השונות בענייני ביטחון לאומי?

ג. ממד המרחב – האם אותו מערך חוקי תקף לגבי כל האזורים הנתונים לשליטת המדינה, או שמא משטר נפרד קיים באזורים הנתונים לשליטה צבאית? האם יש הגבלות חוקיות על השטח שבו ניתן להפעיל את כוחות הצבא, בתוך גבולות המדינה ומחוץ לה? האם הושפעה חוקת הביטחון הלאומי משינויים בטריטוריה הנתונה לשליטת המדינה?

ד. ממד הזמן – כיצד מגדירה חוקת הביטחון הלאומי "זמן חירום" שבו משתנה האיזון בין שיקולי ביטחון המדינה לערכים אחרים כדי לשמור על ביטחון המדינה ועל המשטר החוקי? מי מחליט על כך ואילו מנגנוני בקרה קיימים על החלטה זו ועל הארכתה?

הספר מחלק את דברי ימי המדינה לארבע תקופות: התקופה הריכוזית; מנהיגות והססנות; היערכות מחדש; "משפטיזציה".

ג. התקופה ה"ריכוזית" (1948–1963)

תקופה זו מתאפיינת בדומיננטיות של דוד בן-גוריון, ששימש, למעט פרק זמן קצר, ראש ממשלה ושר ביטחון כל אותה תקופה. שליטתו של בן-גוריון בתחומי הביטחון הלאומי הייתה מלאה ומוחלטת. אחד ממאפייניו החשובים של שלטון יחיד זה היה התנגדות לעיגון בחוק של דרכי קבלת ההחלטות בתחום הביטחון מחשש כי הדבר יכפיף את ההחלטות לביקורת שיפוטית ויצמצם את חופש הפעולה של ראש הממשלה ושר הביטחון ואת הגמישות הנתונה בידו.⁶ דוגמה מאלפת לדרך התנהלות זו היא היציאה למלחמת סיני.⁷ את כל פעולות ההכנה, לרבות החתימה על החוזה לשיתוף פעולה עם צרפת ובריטניה (חוזה סבר) עשה בן-גוריון ללא ידיעת אף אחד משרי הממשלה, לרבות שרת החוץ, גולדה מאיר. תכנית הפעולה הוצגה לממשלה רק יום

⁶ השקפתו של בן-גוריון עצמו על המשפט ועל מקומו בענייני ביטחון מתבטאת בדברים שנשא במועצת המדינה הזמנית בשנת 1948 במהלך הדיון על פקודת מניעת טרור: "כל יוריסט יודע שאפשר בנקל לארוג קורי עכביש יורידים להוכיח הכל ולסתור הכל... כתלמיד למשפטים אני יודע שאין כיריסט מומחה לעקם כל כתוב ולהמציא סברות מפולפלות ופירושים מבלבלים... דרושה הכרת המציאות וידיעת העובדות והללו צריכים לקבוע ולא הפלפול הירידי" (ראו עמ' 62).

⁷ עמ' 56–57.

לפני היציאה אליה ובעת שטייסות צרפתיות כבר נכחו בבסיסים בישראל, בהתאם להסכם המקדים.

בתקופה זו הייתה המעורבות הפרלמנטרית בענייני ביטחון שולית. אף שלא מעט חוקים חוקקו במהלכה,⁸ לא ניכרת בפעילות זו תפיסה כוללת באשר לחוקת הביטחון הלאומי ולתפקידה של הכנסת. בייחוד אין היא מעגנת את חלוקת הסמכויות בין הדרג האזרחי לדרג הצבאי או את פיקוח הכנסת על הרשות המבצעת בענייני ביטחון.⁹ גם תפקידו של המשפט היה מוגבל, ובית המשפט העליון נהג לרוב בהדרת כבוד כלפי פעולות הממשלה בתחום הביטחון הלאומי.¹⁰

ד. "מנהיגות והססנות" (1963–1977)

תקופה זו ראשיתה בעת שלוי אשכול שימש ראש הממשלה. בתקופה זו חל ביזור של השליטה בתחום הביטחון הלאומי מאדם אחד אל הממשלה, ובמידה מועטה יותר גם אל הכנסת. אשכול הרבה להתייעץ ולהביא ענייני ביטחון לדיון בממשלה. ואולם הרחבת מעגל המשתתפים בהתייעצויות לא לוותה באימוץ מנגנוני קבלת החלטות סדורים. בכך נפתח פתח להפעלת לחצים על ידי גורמים רבים, שלא בהכרח תרמו לאיכות ההחלטות. נוסף לכך, גדלו משקלו של הצבא ומידת עצמאותו בקבלת החלטות ביחס לדרג המדיני, במיוחד לאחר מלחמת ששת הימים ובשל היוקרה שהאצילה על ראשי הצבא.

חידוש חשוב נוסף בתקופה זו התבטא במינויו של משה דיין לשר הביטחון ערב מלחמת ששת הימים. לראשונה נמסר תפקיד חשוב זה בפיקוח על הצבא למי שהיה

⁸ ביניהם פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948; חוק שירות בטחון, התש"ט-1949; חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949; חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950; חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951; חוק השיפוט הצבאי, התשט"ז-1955.

⁹ סמכותה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לפקח על "מדיניות החוץ של ישראל, כוחותיה המזוינים וביטחונה" לא עוגנה בשום מסמך רשמי עד לפרסום תקנון הכנסת בשנת 1963. ראו עמ' 61.

¹⁰ יוצא דופן בולט היה פסק דינו של השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953), שקבע כי חופש הביטוי הוא זכות יסוד שניתן לפגוע בה רק כאשר קיימת סכנה קרובה לוודאי לביטחון המדינה (ראו עמ' 63-64).

בעצמו רמטכ"ל. מאז ועד היום היו רוב שרי הביטחון רמטכ"לים או קצינים בכירים לשעבר.¹¹ האם הייתה לרקע אישי זה השפעה על מידת הפיקוח של הדרג המדיני על הצבא? אם כן, איזו השפעה? האם ראוי להתייחס לעניין זה בהסדרת "חוקת הביטחון הלאומי"? המחברים אינם מתייחסים לכך.

העובדה שמלחמת ששת הימים הסתיימה בניצחון מוחץ, הסוותה את העובדה שתהליכי קבלת ההחלטות בניהולה היו בעייתיים מאוד. כך, למשל, מתואר בספר כיצד בבוקר היום החמישי של המלחמה החליט שר הביטחון דיין על דעת עצמו ובניגוד לעמדתו הקודמת, לפתוח חזית צפונית ולכבוש את הגולן. זאת ללא שיתוף ראש הממשלה או הממשלה ואף בהוראה ישירה למפקד פיקוד הצפון, שלא באמצעות הרמטכ"ל.¹²

המחברים מתייחסים בהרחבה גם ל"מטבח" של ראש הממשלה גולדה מאיר – פורום התייעצויות לא פורמלי שרוקן בפועל את דיוני הממשלה בענייני ביטחון מתוכן של ממש ושהפך אותה ל"חותמת גומי" למה שסוכם ב"מטבח". בדיעבד הסתבר כי כישלוננו של ה"מטבח" שהתגלה במלחמת יום הכיפורים, היה נעוץ בבעיות מבניות, כגון הרכב המבוסס על אנשי אמונה של ראש הממשלה, שעל כן לא היה בנוי לאתגר את תפיסותיה, והעדר יכולת לבחינה עצמאית של מידע, של ניתוחים ושל הערכות שסיפקו צה"ל ושר הביטחון.

מלחמת יום הכיפורים הובילה להקמת ועדת אגרנט – ועדת חקירה ממלכתית ראשונה בשורה של ועדות חקירה לבחינת ענייני ביטחון חשובים. ועדת אגרנט עמדה על החסר בהגדרות ברורות של הסמכויות, החובות והאחריות בענייני ביטחון בממד ההיררכי – בין הממשלה, ראש הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל. הוועדה המליצה לכנסת להסדיר את העניין,¹³ ולאחר קרוב לשנתיים של דיונים מקיפים הייתה התוצאה חוק-יסוד: הצבא, שהתקבל בשנת 1976.

¹¹ עם רשימה זו נמנים עוד שמונה שרים (מלבד משה דיין): יצחק רבין; עזר ויצמן; אריאל שרון; יצחק מרדכי; אהוד ברק; בנימין בן-אליעזר; שאול מופז; משה יעלון. מאז מלחמת ששת הימים כיהנו רק שמעון פרס, משה ארנס ועמיר פרץ כשרי ביטחון בלי שהיו קודם לכן קצינים בכירים בצה"ל. לשניים הראשונים מבין שלושת היוצאים מן הכלל היה רקע ביטחוני, הגם שלא צבאי.

¹² עמ' 88. לפירוט המהלכים בפרשה זו ראו שמעון גולן מלחמה בשלוש חזיתות – קבלת ההחלטות בפיקוד העליון של צה"ל במלחמת ששת הימים 292–311 (2007).

¹³ ועדת החקירה – מלחמת יום הכיפורים דין וחשבון חלקי פרק שלישי (1974).

המחברים עומדים בהרחבה על חלקיותו של ההסדר בחוק-יסוד: הצבא ועל השאלות הרבות שהוא משאיר פתוחות. ביקורת על כך נמתחה כבר בהרחבה בספרות,¹⁴ והמחברים מוסיפים עליה כמה נקודות חדשות וחשובות.¹⁵ בראש ובראשונה הם מצביעים על כך שהממשלה במליאתה, המונה 18 שרים לפחות,¹⁶ אין ביכולתה למלא תפקיד של פיקוד על הצבא במלחמה. עוד הם מצביעים על חוסר העקביות בין תפקידו המוגבל של שר הביטחון כלפי הרמטכ"ל, שכן הרמטכ"ל נתון למרות הממשלה והשר רק ממונה על הצבא מטעם הממשלה, לבין שליטתו של שר הביטחון במינוי הרמטכ"ל, שנעשה רק על פי המלצתו.¹⁷ חסר נוסף בחוק היסוד הוא העדרו של הסדר למילוי מקומו של הרמטכ"ל. אפשרות מעניינת שעליה מצביעים המחברים ואשר לא נכללה בחוק היסוד או בספרות שביקרה אותו, היא יצירת הבחנה בין שרשרת הפיקוד על הצבא בעת שלום ובזמן מלחמה, כך שבזמן מלחמה בלבד יוגדר בעל תפקיד מסוים כמוסמך לפיקוד על הצבא, לכל הפחות כל עוד לא הורתה הממשלה אחרת.¹⁸

התפתחות חשובה נוספת בתקופה זו שהייתה לה השפעה של ממש על חוקת הביטחון הלאומי של ישראל, הייתה כיבוש השטחים במלחמת ששת הימים והשליטה הנמשכת בהם. המחברים עומדים על השיקולים שעמדו ביסוד הביסוס המשפטי של

¹⁴ מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור חוק-יסוד: הצבא (2000); אייל נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא – אגב מ' קרמניצר וא' בנדור חוק-יסוד: הצבא" משפט וצבא 16, 161 (2002).

¹⁵ עמ' 98–104.

¹⁶ לפי חוק יסוד: הממשלה (תיקון), ס"ח התשע"ד 346, החל מהבחירות לכנסת העשרים, מספר השרים, למעט ראש הממשלה, לא יעלה על 18, אלא אם אישרה הכנסת הרכב מוגדל ברוב מיוחד. יחד עם זאת, בפועל, מאז אמצע שנות השישים ועד היום, למעט ממשלת המעבר הנוכחית, מספר השרים לא פחת מ-18 ואף הגיע ל-30, ראה: המכון הישראלי לדמוקרטיה "ממשל קטן וחכם? צמצום מספר משרדי הממשלה" פרלמנט 39 (ינואר 2003).

¹⁷ אי התאמה נוספת שעליה מצביעים המחברים, עניינה הפער בין הגדרת הרמטכ"ל כדרג הפיקודי העליון בצבא לפי חוק היסוד, לבין הנוהג המעוגן בפקודות הצבא שלפיו שר הביטחון מאשר כל מינוי של קצין בדרגת אלוף משנה ומעלה. נוהג זה מקנה לשר עוצמה רבה כלפי הקצונה הבכירה בצבא וחותר תחת בלעדיות ההיררכיה הצבאית.

¹⁸ המחברים מזכירים שלפי החוקה הגרמנית, סמכות הפיקוד על הצבא עוברת בשעת חירום משר ההגנה אל הקנצלר (ראו עמ' 100). יחד עם זאת, המחברים עצמם דנים במקום אחר במאפייני "המלחמות החדשות" ובהן המלחמה בארגוני טרור (ראו עמ' 129–130). במלחמות אלה האבחנה בין שגרה לחירום אינה חדה.

השליטה בשטחים על ממשל צבאי "זמני", ועל הקשיים שהדבר מעורר: ראשית, מבחינת הצבא עצמו, הנאלץ לעסוק בעניינים אזרחיים הקשורים לניהול חייהם של תושבי השטחים ובעניינים השנויים במחלוקת פוליטית (ההתיישבות הישראלית בשטחים); שנית, החלשת הפיקוח האזרחי על הצבא; שלישית, קיים חשש מחלחול נורמות בלתי דמוקרטיות של ממשל צבאי גם לעברו האחר של הקו הירוק. נדון גם היחס לדין הבין-לאומי בניהול השטחים. לבסוף, נטען כי דווקא חולשת הפיקוח האזרחי על פעולות הצבא בשטחים עמדה ביסוד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, שלא להתנגד לסמכות בג"ץ לודן בעתירות של תושבי השטחים נגד פעולות הצבא. כך נכנס בג"ץ לעומקם של ענייני הביטחון הלאומי, ומעורבות זו בענייני השטחים סללה את הדרך למעורבות של בית המשפט העליון גם בתחומים אחרים הנוגעים לביטחון.

ה. "היערכות מחדש" (1977–1995)

ב"מהפך" של עליית הליכוד בראשות מנחם בגין לשלטון רואים המחברים תחילתה של תקופה חדשה ביחסי משפט וביטחון.¹⁹ בצד שינויים פוליטיים (סיום תקופת ההגמוניה של מפלגה שלטת אחת), כלכליים (פירוק מאפייני משק ריכוזי לטובת כלכלת שוק) ודמוגרפיים (העלייה מברית המועצות לשעבר) חלו בתקופה זו שינויים במציאות האזורית בסביבתה של מדינת ישראל. עם המהפכה האסלאמית באיראן איבדה ישראל בעלת ברית אזורית. מלחמת איראן-עיראק והתפרקות ברית המועצות, הפטרונות העיקרית של סוריה, החלישו את האיום של מתקפת צבאות ערביים סדירים על ישראל. ישראל יצאה לראשונה מן הבידוד האזורי עם חתימת חוזה השלום עם מצרים (1979), הסכמי אוסלו עם אש"ף (1993–1995) והסכם השלום עם ירדן (1994). תשומת הלב של מערכת הביטחון עברה להתמודדות א-סימטרית עם ארגוני טרור ועם

¹⁹ מטבע הדברים, חלוקה לתקופות לצורכי ניתוח שינויים יש בה ממד שרירותי. כך, למשל, ניתן היה להתחיל את התקופה החדשה עוד ב-1974: ועדת אגרנט מסמנת את המעורבות הגוברת של מערכת המשפט בענייני ביטחון, מחאת מוטי אשכנזי ואנשי המילואים לאחר מלחמת יום הכיפורים מסמנת את עליית מעורבותה של החברה האזרחית בענייני ביטחון, וחוק-יסוד: הצבא, למרות חסרונותיו, מסמן את הגברת מעורבותה של הכנסת ואת נטישת הגישה הבן-גוריונית של הסתפקות בהסדרים לא פורמליים של קבלת ההחלטות בענייני ביטחון. עם זאת, נראה שהזות נקודת ההתחלה של התקופה איננה משנה את תוקפו של הניתוח.

כוחות בלתי סדירים (אש"ף בדרום לבנון במבצע ליטני בשנת 1978 וב"מבצע שלום הגליל" שהפך למלחמת לבנון בשנת 1982) ועם התקוממות עממית בשטחים (האינתיפאדה, בין השנים 1988–1991). נוסף לכך, גבר האיום על העורף בישראל מירי טילי קרקע-קרקע, כפי שהתבטא לראשונה במלחמת המפרץ בירי טילי סקאד מעיראק על ידי משטרו של סדאם חוסיין (1991).

כיצד השפיעו שינויים אלה על חוקת הביטחון הלאומי של ישראל?

בממד ההיררכי היו השינויים מינוריים. ניתן לציין את חוק-יסוד: הממשלה משנת 1992 שהוסיף הוראה חוקית באשר לסמכות להכריז מלחמה ולנקוט פעולות צבאיות.²⁰ מבחינה מהותית לא שינה הסעיף את יחסי הכוחות בין הרשויות. הוא העניק את הסמכות להכריז על מלחמה לממשלה, ומעורבות הכנסת מתבטאת בחובה ליידע אותה בלבד. ההוראה אף הוסיפה אי בהירות בכל הנוגע לזהות המוסמך להחליט על נקיטת פעולות צבאיות הנדרשות להגנת המדינה שאינן "מלחמה".

לעומת זאת, בממד הפונקציונלי נוספו "שחקנים" חדשים ומשפיעים: התקשורת והחברה האזרחית. החל ממחאת אנשי המילואים לאחר מלחמת יום הכיפורים, שהביאה להתפטרות ממשלתה של גולדה מאיר, ועבור בביקורת שנשמעה – לראשונה בזמן לחימה – במהלך מלחמת לבנון. במקרה של הטבח בסברה ושתילה אף הביאה הביקורת הציבורית למינוי ועדת חקירה ממלכתית – ועדת כהן. ועדה זו, להבדיל מוועדת אגרנט, מתחה ביקורת נוקבת על הדרג המדיני הבכיר ביותר ואף המליצה להעביר מתפקידו את שר הביטחון.²¹ ברקע לפעולת ועדת החקירה הממלכתית הנוספת שפעלה בשנות השמונים – ועדת לנדוי לבדיקת שיטות החקירה של השב"כ²² – עמדה גם פרשת קו 300, שלתקשורת היה תפקיד חשוב בחשיפתה. מסקנות הוועדה חייבו את השב"כ לחדול מלהסתיר את אמצעי החקירה מבתי המשפט והעמידו את שיטות החקירה לפיקוח של ועדת שרים ושל ועדת משנה מיוחדת של ועדת החוץ

²⁰ ס' 51 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214, 223 (להלן: חוק-יסוד הממשלה: 1992). היום נמצאת הוראה זו בס' 40 לחוק-יסוד: הממשלה.

²¹ ועדת-החקירה לחקירת הארועים במחנות הפליטים בבירות דין-וחשבון (התשמ"ג). המחברים מציינים עובדה מעניינת: ועדת כהן לא הזכירה בדוח שלה, ולו פעם אחת, את חוק-יסוד: הצבא. משתמע מתפיסתה באשר לאחריותו של שר הביטחון שיש לשר תפקיד חשוב הרבה יותר מאשר ניתן ללמוד מעיון בחוק היסוד (עמ' 155–158).

²² ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת דין-וחשבון חלק ראשון (1987).

והביטחון של הכנסת. השקפתם של המחברים היא שוועדות החקירה לא עיצבו מחדש את חוקת הביטחון הלאומי של ישראל כי אם שימשו "שסתומי ביטחון" להפגת לחץ ציבורי. על כך השפיעה גם חולשתן המבנית של הוועדות כמנגנון חולף שאינו יכול לעקוב אחר יישום המלצותיו.

תנועות חוץ פרלמנטריות הוקמו משני צדי הקשת הפוליטית – גוש אמונים ושלוש עכשיו – והשפיעו על השיח בענייני הביטחון הלאומי. בשנת 1989 הוקם ארגון "בצלם", שנקט אסטרטגיה חדשה לשינוי חברתי: הגשת עתירות לבג"ץ נגד מה שנתפס כפגיעה בזכויות האדם בשטחים. אסטרטגיה זו הוכחה כיעילה משום צמצום המחסומים הפרוצדורליים מפני פנייה לבג"ץ על ידי ביטול הדרישה ל"זכות עמידה" אישית וצמצום ניכר של דוקטרינת אי השפיטות, שחלה קודם לכן בעניינים צבאיים וביטחוניים רבים. בית המשפט העליון בנשיאותו של מאיר שמגר, ומאוחר יותר של אהרן ברק, הפך אולי למוסד החזק ביותר במערכת הפוליטית הישראלית.

גם מידת הפיקוח של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת על פעולות הרשות המבצעת בענייני ביטחון גברה לאור השינויים שהכניס משה ארנס, כיושב ראש הוועדה, באופן פעולתה, ובעיקר הקמת ועדות משנה ייעודיות לנושאים השונים (כגון מודיעין ושירותים חשאיים, מוכנות צה"ל, מחקר ופיתוח) ולצדן סגל מקצועי. כך הפכה הוועדה מלקוח סביל של מידע למוקד ידע וחברה פעילה בשיח הביטחון הלאומי.

בממד הזמן תיקן חוק-יסוד: הממשלה 1992 את הדין כך שתוקף ההכרזה על מצב חירום, שחל ברציפות מאז מאי 1948,²³ הוגבל לתקופה של שנה.²⁴ בפועל, מאז ועד היום מוארכת ההכרזה מדי שנה. מבחינה מרחבית, הרחבת ההתייבות הישראלית בשטחים והתמשכות השליטה הישראלית בהם הלכו וטשטשו את האבחנה הפיזית והמעשית בין ישראל לשטחים, אף שהמשטרים המשפטיים השונים נשמרו.

לסיכום, הועמק הביזור של תהליך קבלת ההחלטות בתחום הביטחון והממשלה הלכה ואיבדה את שליטתה הבלעדית לטובת השפעה הולכת וגוברת של הרשות המחוקקת, של מערכת המשפט ושל החברה האזרחית.

²³ הכרזה לפי פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948, ע"ר 6.

²⁴ ס' 49 לחוק-יסוד: הממשלה 1992.

ו. "משפטיזציה" (1995 ועד ימינו)

עידן זה מתאפיין בהשפעה העמוקה של מערכת המשפט על המסגרת הלאומית-ביטחונית. המחברים מעמידים את התהליך הזה בהקשר של תהליך בין-לאומי של הרחבת מעורבותם של בתי משפט מדינתיים בענייני חוץ וביטחון. על יסוד פירוש הדין הבין-לאומי הרלוונטי. אולם הם עומדים גם על ייחודיותו של השינוי שחל בישראל מבחינת פעלתנותו של בית המשפט העליון, בעיקר בשנים שבהם כיהן השופט ברק כנשיאו (1995–2000).

נקודת הציון לתחילתה של התקופה היא עניין בנק המזרחי,²⁵ שבו פסק בית המשפט העליון כי מוקנית לו סמכות לבטל חוקים העומדים בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק, שנחקקו בשנת 1992. בכך החלה "המהפכה החוקתית" השנויה במחלוקת.

המחברים מזהים ששה מנגנונים שבהם השתמש בית המשפט העליון, ושמייצגים מעורבות הולכת וגוברת בענייני הביטחון הלאומי: אכיפה; הכפפה; העברת סמכות למחוקק; תיווך; הפנמה; חוקתיות.

אכיפה היא המנגנון המסורתי שבו השתמש בית המשפט העליון, ומהותו הקפדה על כך שרשויות הביטחון ינהגו על פי החוקים הקיימים, ללא יוזמה לשנות את הסטטוס קוו.²⁶

בתקופה המדוברת גבר השימוש במנגנון מתערב יותר – הכפפה. חלף פרשנות צרה לחוקים קיימים במצבים מוגדרים, החל בית המשפט להכפיף את רשויות הביטחון לעקרונות כלליים הנוהגים במשפט הישראלי ובראש ובראשונה לזכויות האדם. פסק הדין המסמל פרקטיקה זו הוא בג"ץ אליס מילר,²⁷ שבו נכפתה על צה"ל קבלת נשים לקורס טיס בשם הזכות לשוויון. דוגמה בולטת נוספת היא פרשת מעצרים של לבנונים בישראל כ"קלפי מיקוח" לקידום שחרורו של הנווט רון ארד השבוי בידי חיזבאללה.

²⁵ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

²⁶ השימוש הראשון במנגנון זה נעשה עוד בעצם ימי מלחמת העצמאות כאשר בית המשפט העליון פסל מעצר מנהלי שנעשה ללא מינויה של ועדה מייעצת, כמתחייב מתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

²⁷ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

משך למעלה מעשור הוחזקו העצורים מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ובית המשפט העליון קיבל את הפרשנות שטעמי "ביטחון המדינה" כוללים את קידום שחרורם של שבויים ישראלים. בדנ"פ פלוני²⁸ חזר בו בית המשפט העליון וקבע כי הזכות לכבוד האדם מחייב פרשנות שלפיה רק טעמים של מסוכנות אישית הנובעת מן העצור עשויים להיכלל בגדר "טעמי ביטחון המדינה" המתירים מעצר מנהלי.

מנגנון שלישי שבו עשה בית המשפט העליון שימוש, היה העברת סמכות למחוקק, ובעצם חיוב הכנסת לחוקק. כך נעשה בסוגיית אי שירותם של בני ישיבות בצה"ל. עתירות נגד הפגיעה בשוויון הנובעת מהסדר זה הוגשו ונדחו החל משנות השבעים. בשלהי שנות השמונים הביאה עתירה חוזרת נגד הסדר זה להרחבת זכות העמידה לפני בית המשפט העליון. העתירה נדחתה ובית המשפט סירב לקבוע שהסדר הקיים בלתי סביר, אולם נפתח הפתח להתערבות.²⁹ כעשור לאחר מכן שינויים דמוגרפים וגידול ניכר במספר מקבלי הפטור מן הציבור החרדי הקשו על בית המשפט בבג"ץ רובינשטיין³⁰ לקבוע כי ההסדר סביר. חלף זאת, שימש היקף התופעה נימוק לקביעה כי מדובר בעניין עקרוני המחייב "הסדר ראשוני" באמצעות חקיקה של הכנסת ואינו נתון להחלטה של שר הביטחון, כפי שנעשה הדבר עד אז. פסק דין זה הניע את חקיקתו של "חוק טל".³¹ פרקטיקה זו שימשה את בית המשפט העליון גם כשהגיעה לפתחו השאלה אם מותר להפעיל "לחץ פיזי מתון" בחקירות השב"כ, כפי שקבעה ועדת לנדוי.³²

בשלב רביעי, שתחילתו לאחר פרוץ "האינתיפאדה השנייה" בשנת 2000, החל בג"ץ למלא תפקיד פעיל יותר כמתווך בעוד הלחימה מצויה בעיצומה. בית המשפט קיבל את טענות צה"ל כי אופי העימות השתנה וכי מדובר בלחימה ולא במבצעי שיטור ואכיפת הסדר. עם זאת, בית המשפט לא הסתפק בשמיעת עתירות ובהכרעה בין הצדדים בנוגע לחוקיות מה שנעשה בעבר, אלא פעל להביא להסכמה בין הצדדים בדבר צעדים מעשיים שיינקטו בהמשך. כך נעשה בעתירה שנגעה לקבורת המתים לאחר

²⁸ דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000).

²⁹ בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (1988).

³⁰ בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481 (1998).

³¹ חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 521.

³² בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999).

הלחימה במחנה הפליטים של ג'נין במהלך מבצע "חומת מגן"³³, בפרשת המצור על כנסיית המולד שבה התבצרו חמושים פלסטינים,³⁴ ובמהלך מבצע רחב היקף ברפיח בשנת 2004.³⁵ המחברים מציינים כי ההתערבות השיפוטית בעוד הלחימה מצויה בעיצומה, היא פרקטיקה שיפוטית חסרת תקדים במבט משווה על בתי משפט אחרים בעולם. הם מייחסים אותה בעיקר לעוצמתו האישית של נשיא בית המשפט העליון ברק.³⁶

בשלב החמישי נעשה שימוש בהפנמת המשפט הבין-לאומי כדי להגביל את פעולתה של הרשות המבצעת. אף שהתייחסות למשפט הבין-לאומי בכלל, ולדין החל בעת סכסוך מזוין בפרט, אינה עניין חדש, המחברים מזהים התגברות של ההתייחסות לדין הבין-לאומי החל בשנות התשעים.

מגמה זו נקשרת גם לתמורות בזירה הבין-לאומית – סוף המלחמה הקרה הקל על שיתוף פעולה במועצת הביטחון של האו"ם. לראשונה מאז תום מלחמת העולם השנייה הוקמו בתי משפט בין-לאומיים פליליים ששפטו מנהיגים אורחיים ואנשי צבא על הפרות תמורות של דיני הלחימה ועל פשעים נגד האנושות. במקביל החלו מדינות שונות ליישם את הדוקטרינה של "סמכות אוניברסלית", המקנה סמכות לבתי משפט מדינתיים לשפוט יחידים בגין פשעים בין-לאומיים אף ללא זיקה לנאשם, לקרבן או לאירוע. כך נעצר בשנת 1998 רודן צ'ילה לשעבר, אוגוסטו פינודה, בכריטיניה לפי צו מעצר של בית משפט ספרדי. בכלגיה הגישו בשנת 2001 ניצולי הטבח בסברה ושתילה

³³ בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002).

³⁴ בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002).

³⁵ בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004).

³⁶ יחד עם זאת, ראוי לציין כי הפרקטיקה הזו המשיכה גם בעת כהונתה של הנשיאה ביניש, לאחר סיום כהונתו של הנשיא ברק. כך נהג בית המשפט העליון במהלך מבצע "עופרת יצוקה" בראשית שנת 2009, ראו התיאור המפורט בבג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521 (2009). באותו עניין, הצטרף השופט (כתוארו דאז) גרוניס לפסק דינה של הנשיאה ביניש והוסיף בקצרה בעמ' 547 כי "בנסיבות העניין איני רואה צורך להתייחס לסוגיית השפיטות". מכל מקום, באשר להתערבות שיפוטית פעילה בזמן לחימה, לא עמדה הסתייגות מרומזת זו של הנשיא גרוניס במבחן עד עתה. מבצע "עמוד ענן" שנערך בנובמבר 2012 היה מבצע קצר יחסית (8 ימים) ומוגבל לתקיפות מן האוויר. במהלך מבצע "צוק איתן" שנערך בקיץ אחרון, לא הוגשו עתירות שהדיון בהן יכול היה ללמד האם בית המשפט העליון עדיין דבק בפרקטיקה זו.

בלבנון בשנת 1982 תלונה פלילית נגד אריאל שרון והאלוף (מיל') עמוס ירון, שר הביטחון ומפקד כוחות צה"ל בביירות, בהתאמה, בעת הטבח.

בתגובה להתפתחויות אלה החל בית המשפט העליון להטמיע עוד ועוד רכיבים של משפט בין-לאומי בפסיקותיו בענייני ביטחון לאומי. המחברים סבורים שהתפתחות זו גם משקפת אכזבה של בית המשפט העליון מן האפשרות שהמערכת הפוליטית תרסן במידה המתאימה את פעולות צה"ל. גישה זו הסתמנה כבר בעניין עג'ורי,³⁷ שבו נבחנה החלטת מערכת הביטחון להעתיק את מקום מגוריה של משפחת מחבל מתאבד מהגדה המערבית לרצועת עזה, לאור אמנת ג'נבה הרביעית, אבל הביטוי המובהק שלה הוא בנוגע לגדר הביטחון שנבנתה ביהודה והשומרון החל משנת 2003. בית המשפט העליון פסק כי הגדר נועדה למטרות ביטחוניות והקמתה חוקית, בבג"ץ בית סוריק,³⁸ ימים ספורים לפני שבית הדין הבין-לאומי לצדק פרסם את חוות דעתו המייעצת בעניין, ששללה את חוקיות הגדר.³⁹ מאידך גיסא, העמיד בית המשפט את תוואי הגדר למבחן על פי עקרון המידתיות. בשורה ארוכה של עתירות בחן בית המשפט כמעט כל קילומטר בתוואי הגדר ולא אחת ציווה על שינויו כדי לתת משקל רב יותר לצורכי האוכלוסייה הפלסטינית, לעתים גם באופן שחייב את העתקת הגדר לאחר הקמתה. המחברים מעירים כי בכך הפך את עצמו בית המשפט העליון למוסד דמוקרטי חלופי הנותן קול ומעמד לתושבים הפלסטינים שאינם מיוצגים במוסדות הנבחרים בישראל. באופן דומה לא היסס בית המשפט לדון בעתירה שעניינה שיטות הלחימה עצמן – בפרשת הסיכול הממוקד.⁴⁰ פסק הדין מבוסס רובו ככולו על פרשנות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. אף שלא פסל שיטת לחימה זו, הציב בית המשפט מגבלות ואמות מידה להפעלתה ואף לבחינת חוקיות הפעולה לאחר מעשה, שלא כולם מתחייבים מקריאה שמרנית יותר של הדין.⁴¹ שום בית משפט עליון אחר בעולם לא עסק בסוגיה זו.

³⁷ בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).

³⁸ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

³⁹ Legal Consequences of the Const. of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9)

⁴⁰ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).

⁴¹ הדוגמה המובהקת ביותר היא קביעתו של בית המשפט כי אין לנקוט סיכול ממוקד כאשר ניתן לעצור את הטרוריסט (שם, בעמ' 572). התפיסה כי יש לנקוט את מידת הכוח המינימלית כדי לעצור אדם, מקורה בדיני זכויות האדם החלים בזמן שלום, ואפשר

הפרקטיקה השישית ששימשה את בית המשפט העליון, לפי הספר, היא קביעת אי חוקיות פעולות הרשות המבצעת, בהתאם למשפט הישראלי או הבין-לאומי. המחברים מציינים כי רק לעיתים רחוקות חצה בית המשפט העליון סף זה. המקרה הבולט הוא פרשת נוהל אוזרה מוקדמת ("נוהל שכן"), שנפסל.⁴² נוהל זה נועד לאפשר מעצרים של מבוקשים חמושים ביהודה והשומרון וצמצם את הסיכון של חילופי אש באמצעות שגיור בן בית או שכן של המבוקש להודיע לו כי כוחות צה"ל מקיפים את ביתו וכי מוטב שימסור עצמו בידיהם. גם בפרשת גיוס החרדים לצה"ל לנוכח הכישלון המתמשך ביישום חוק טל כמעט ולא נותרה לבית המשפט העליון ברירה אלא להכריז לבסוף, בפברואר 2012, כי החוק אינו חוקתי ולא ניתן יהיה להאריכו שוב לאחר פקיעתו באוגוסט אותה שנה.⁴³

לדעת המחברים, "צ'לו" של בית המשפט הביא את הרשות המחוקקת לנקוט לעתים פעילות מונעת כדי להקדים ביקורת שיפוטית על ההסדר הקיים, כמו במקרה של חוק שירות המילואים, התשס"ח-2008, שעיגן את זכויותיהם וחובותיהם של אנשי המילואים בחוק ושהעניק לכנסת גם סמכויות פיקוח על גיוס אנשי מילואים. לרוב נמנעה הכנסת מעימות חזיתי עם בית המשפט ונמנעה מלחוקק מחדש הסדרים שנפסלו. תגובת הרשות המבצעת נעה בין "הרכנת ראש", כלומר היענות נומינלית להחלטות בית המשפט אך באופן מסתייג ותוך "גרירת רגליים", ובין הפנמת השינוי ושינוי ממשי בתרבות הארגונית. דוגמה מובהקת לתגובה מהסוג השני רואים המחברים בהרחבת פעולתה של מחלקת הדין הבין-לאומי (דבל"א) בצה"ל ומעורבותה בתהליך קבלת ההחלטות המבצעיות בצבא. שינוי זה מבטא, לדעתם של המחברים, הפנמה של חשיבות המשפט הבין-לאומי והציות לו.

שהיא חלה גם בהקשר של תפיסה לוחמתית כאשר מדובר בפעולות של אכיפת דין ומעצר חשודים. לעומת זאת, בהקשר של דיני הלחימה כאשר מדובר בלוחם או באזרח הנוטל חלק ישיר בלחימה, קשה להצביע על מקור משפטי התומך במגבלה דומה על הפגיעה בו. ראו Michael N. Schmitt, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, 1 HARV. NAT'L SECURITY J. 5, 39–43 (2010).

⁴² בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005). לעניות דעתי, הרטוריקה בפסק הדין, במיוחד זו של השופטת ביניש, מנסה להלך בין הטיפות – בין קביעה שהנוהל כשלעצמו מפר את הדין הבין-לאומי, לגישה שלפיה מטעמי מדיניות ומטעמים מעשיים הנוהל אינו ניתן לביצוע באופן שלא יפר את המשפט הבין-לאומי.

⁴³ בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בתקדין, 21.2.2012).

ז. מהתעלמות ל"עסקים כרגיל"

בניתוח תמונת המצב משתמשים המחברים במודל נוסף הלקוח מעבודתם של אורן גרוס ופינולה ני אולין, לתיאור היחס בין המשפט לביטחון הלאומי.⁴⁴ על פי מודל זה, היחס עשוי ללוש שלוש צורות: התעלמות, התאמה או "עסקים כרגיל". התעלמות היא מודל חוץ-לגלי שבו הביטחון הלאומי מתנהל לצד המשפט ומחוץ לו, ונורמות משפטיות אינן מוחלות על תחום הביטחון הלאומי, בחינת [אין מלכות נוגעת בחברתה].⁴⁵ התאמה או הכלה היא מצב שבו עולם המשפט מגבש נורמות מיוחדות לתחום הביטחון הלאומי. "עסקים כרגיל" משמע הפעלת הכלים המשפטיים הרגילים על תחום הביטחון הלאומי, בלי לתת לתחום מעמד מיוחד.

התקופה הריכוזית, שבה שלט בן-גוריון ללא מיצרים בענייני הביטחון (1948–1963), מתיישבת עם המודל החוץ-לגלי. המחברים מציינים כי יתרונו בגמישות שהוא מקנה למקבל ההחלטות ובכך שמקבל ההחלטות אינו יכול לחמוק מאחריות ולהטילה על כתפי החוק או מפרשיו. עם זאת, מה שעשוי להועיל במצב חירום עלול לפורר בטווח הארוך את המשטר הדמוקרטי.

משנות השישים ועד אמצע שנות התשעים ננקטו צעדים רבים לפי מודל ההתאמה. חוק-יסוד: הצבא, חוק-יסוד: הממשלה שתיקן את הדין בעניין הכרזת מלחמה, וסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגדיר באופן מיוחד את הנסיבות שבהן ניתן להגביל את זכויות היסוד של המשרתים בגופי הביטחון, הם מקרים מובהקים של החלת מודל ההתאמה. עם זאת, השינויים שנערכו היו בגדר תגובות לאירועים קונקרטיים (למשל מלחמת יום הכיפורים) ולא שיקפו תכנית מסודרת לרפורמה עקבית בתחום הביטחון הלאומי. כתוצאה מכך, היה יישום מודל ההתאמה חלש והותיר פערים רבים בנוגע לחלוקת הסמכויות, לתהליכי קבלת ההחלטות ולהגדרת מצבי חירום ובכל הממדים שנבחנו.

החל מאמצע שנות התשעים החל בית המשפט העליון ליישם את מודל "עסקים כרגיל". הכבוד המיוחד למערכת הביטחון נגזר ובית המשפט העליון התמקד באיזון בין ביטחון המדינה לזכויות האדם. למודל זה היו הישגים, הן בהגנה על זכויות האדם של הפלסטינים והן בתרומה ללגיטימציה הבין-לאומית של מדינת ישראל, לרבות סיכול

44 OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (2006).

45 בבלי, יומא לה, ב.

ניסיונות להעמדה לדין של ישראלים בחו"ל. ואולם המחברים מפנים את תשומת הלב לכך שבית המשפט התרכז בממשק החיצוני של הביטחון הלאומי ונמנע מהגדרת חלוקת הסמכויות בין הזרועות השונות בתחום הביטחון ומהתייחסות ייחודית לשאלות הביטחון הלאומי, כפי שהיה אמור להיעשות לפי מודל "ההתאמה".⁴⁶

המחברים מבקרים גישה זו אף שהם מודים שטרם הצטברו בידיהם הוכחות אמפיריות. הסטת הזרקור לעניין זה היא אולי החידוש שהוא תרומתו החשובה ביותר של הספר: הטענה היא שדווקא שימוש במודל "ההתאמה" ועיסוק בהתוויית גבולות הסמכות בין הרשויות השונות בענייני ביטחון עשויים לייצר מערכת מאוזנת יותר של ביטחון לאומי. זהו עיסוק מובהק של בתי משפט חוקתיים, והוא ודאי שנוי במחלוקת פחות מ"אקטיביזם" במישורים אחרים. גישה המתמקדת רק באיזון בין ביטחון לאומי לזכויות האדם נותנת, למעשה, לגיטימציה לכל החלטה שאינה בגדר הפרה בוטה של זכויות האדם. בית המשפט עוסק למעשה בגזרה צרה של ענייני הביטחון הלאומי. הוא מוגבל באפשרותו להסדיר ולפקח כנדרש משום שאין הוא דן אלא בעניינים המובאים לפניו והוא נוטה לבחון "כל מקרה לגופו". פעלתנותו בתחום זה תורמת לניווט או לאי התפתחות של מנגנונים מבניים אחרים שעשויים בטווח הארוך לפקח באופן יעיל יותר ולמנוע הפרות חוזרות ונשנות של זכויות האדם. באופן כללי יותר, היו מנגנונים אלה עשויים לתרום להגדרת מערך חלוקת סמכויות וקבלת החלטות ברור, יעיל ויציב יותר בענייני הביטחון הלאומי, עניין שחזר ועלה כחולשה של המערכת השלטונית הישראלית בוועדות חקירה החל ממלחמת יום הכיפורים ועד למלחמת לבנון השנייה וגם מאוחר יותר.⁴⁷

⁴⁶ דוגמה להימנעות זו היא דחיית העתירה לחייב הממשלה להכריז על מצב "מלחמה" במלחמת לבנון השנייה בקיץ 2006, על בסיס הנימוק שלפיו ממילא נהגה הממשלה כפי שנדרש במצב מלחמה: בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בתקדין, 1.8.2006).

⁴⁷ עמ' 251–256. המחברים מפנים לפרסומים בדבר מחלוקת בין ראש הממשלה ושר הביטחון לרמטכ"ל וראש המוסד באשר להכנת צה"ל לתקיפה באיראן בשנת 2010. המחלוקת הדגימה את העמימות בכל הנוגע למוסמכים לקבל החלטות מסוג זה ואת העדר הכלים העצמאיים לדרג המדיני לוודא את מידת המוכנות של הצבא. הדוגמה השנייה הניתנת באחרית דבר, נוגעת לפרשת הרפז ולפרשת אי מינויו של האלוף גלנט לרמטכ"ל.

ח. הצעות לשיפור

המחברים אינם מסתפקים בתיאור היחסים המתפתחים בין משפט לביטחון לאורך ימי המדינה, אלא מציעים בפרק החותם את הספר, הצעות לשיפור. הצעותיהם יוצאות מתוך הנחות ריאליות כי כינונה של חוקה כתובה מקיפה בישראל אינו צפוי בקרוב, וכי חוקה פורמלית, כשלעצמה, אינה בגדר פתרון פלא לבעיות שבמערכת הקיימת. לפיכך הם מציעים תכנית הדרגתית הבנויה מכמה נדבכים. רבות מן ההצעות משכנעות כשלעצמן, אולם מי שיצפה למצוא בספר הצעה לרפורמה דרמטית על יסוד תאוריה סדורה וכוללת, עלול להתאכזב.

בממד ההיררכי מוצע להקים פורום מצומצם וקבוע בממשלה שיהא בעל סמכות חוקית לקבל החלטות. לכאורה, גוף כזה קיים בדמות ועדת השרים לענייני ביטחון (המכונה "הקבינט המדיני-ביטחוני"), אולם מספרם של חברי הקבינט הוגבל למחצית מחברי הממשלה.⁴⁸ הגבלה רופפת זו ולחצים פוליטיים-קואליציוניים עלולים להרחיב את הקבינט לממדים שימנעו ממנו לפעול באופן יעיל בעתות חירום. משתמע כי המחברים סבורים ששבעה חברים, כמו הרכב הקבינט הנוכחי, הוא הרכב מתאים, אולם הם מציעים למנוע בחקיקה את הרחבתו בעתיד.

לצד הקבינט המצומצם מציעים המחברים לחזק את המטה לביטחון לאומי, שישמש זרוע מטה של הפורום כולו. הערה קצרה זו מעניינת על רקע מחלוקת שהתעוררה לאחרונה בעקבות מבצע "צוק איתן" ברצועת עזה בין השר נפתלי בנט, שר הכלכלה וחבר הקבינט הביטחוני, לשר הביטחון משה (בוגי) יעלון. דווח כי השר בנט חלק לעתים קרובות על עמדת ראש הממשלה ושר הביטחון בקבינט בזמן הלחימה, אבל לא רק המחלוקת לעצם העניין הטרידה את שר הביטחון, כפי שמתוארים הדברים בעיתון "הארץ":

... יעלון גם היה מודאג ממידת ההתמצאות שהפגין חבר הקבינט ממידע שלא היה ברשות חברי הפורום האחרים, למעט ראש הממשלה ושר הביטחון. בדיונים ניכר היטב שבנט שולט בפרטי פרטים מהמודיעין ומהתוכניות המבצעיות, שלא הגיעו לידי בערוצים רשמיים ומאושרים.

⁴⁸ ס' 6 לחוק הממשלה, התשס"א-2001.

בנט סבור שלא הייתה לו ברירה. הוא בוגר מלחמת לבנון השנייה (שם לחם כמ"פ מילואים ביחידה מובחרת) ולמד את לקחי מלחמת יום הכיפורים. לכן, חשש מהיתפסות לקונספציות ולא הסכים לקבל את הערכות הצבא כסמכות מקודשת, מבלי שתהיה לו גישה להשקפות אלטרנטיביות. בכמה הזדמנויות תוך כדי המלחמה רמז שהוא ניזון ממקורות מידע עצמאיים. נראה שהסתמך על מכריו, בני גילו, מבין מפקדי החטיבות והיחידות המיוחדות, שחלקם שירתו עמו כשהיה קצין צעיר בקבע לפני כעשרים שנה.

בסביבת יעלון אמרו אתמול כי אם אכן עבר לבנט מידע כזה, בהליך לא מאושר, "זה עניין לא תקין וחמור מאוד". לדברי אותם מקורות, חברי הקבינט צריכים להיות חשופים למידע רב ומגוון, אבל הדבר צריך להיעשות בצורה מסודרת.⁴⁹

אכן, נשאלת השאלה את מי משרת המטה לביטחון לאומי. חוק המטה לביטחון לאומי קובע כי גוף זה יהיה "גוף המטה לראש הממשלה ולממשלה בענייני החוץ והביטחון של מדינת ישראל". עם זאת קובע החוק כי "ראש הממשלה יפעיל את המטה לביטחון לאומי וינחה אותו".⁵⁰ המטה, אם כן, הוא של הממשלה כולה, אבל נשלט לכאורה על ידי ראש הממשלה. מה מעמדם של השרים חברי הקבינט הביטחוני כלפי המטה לביטחון לאומי? האם הם מוגבלים לעיון סביל באותם נתונים והערכות שמציג המטה בדינוי הקבינט, או שהם זכאים לדרוש באמצעותו מידע נוסף ומוקדם כהכנה למילוי תפקידם בקבינט באופן מיטבי? החוק שותק בעניין זה. נדמה לי שאם יש מקום לאיסוף מידע יזום על ידי שרים חברי הקבינט, ראוי שהצינור לכך יהיה אכן המטה לביטחון לאומי. קשה יותר להצדיק מבחינת המנהל התקין ומבחינה משפטית קיום קשרים ישירים בין שרי הממשלה לקצינים בכירים בצבא שלא בידיעת הרמטכ"ל ושר הביטחון ובאישורם.⁵¹

⁴⁹ עמוס הראל "שר הביטחון מאשים: הרב הצבאי לשעבר העביר לבנט מידע חסוי ב'צוק איתן'" הארץ 17.9.2014, 4.

⁵⁰ ס' 1(ב), (ג) לחוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008.

⁵¹ ס' 2 לחוק יסוד: הצבא קובע אמנם כי הצבא נתון למרות הממשלה, אך גם שהשר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון. ס' 3 לחוק יסוד: הצבא קובע כי הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא. לכל הפחות, מתחייב מכך כי לא יתקיים קשר מקצועי בין שרים אחרים בממשלה ובין קציני צבא שלא באמצעות הרמטכ"ל ושר

עוד בממד ההיררכי מציעים המחברים לתקן את חוק-יסוד: הממשלה ואת חוק-יסוד: הצבא כך שיעוגן ויוגדר בהם תפקידו של ראש הממשלה (כפי שהמליצה עוד ועדת אגרנט), ויוגדרו סמכויותיו של שר הביטחון ומעמדו מול שרי הממשלה האחרים. תיקון נוסף בחוק נדרש להבהרת מעמדו של הרמטכ"ל, ובעיקר מידת עצמאותו מול הדרג האזרחי ומידת המעורבות הראויה של הדרג האזרחי בהכרעות טקטיות.

כל אלה המלצות שאינן חדשות: את חלקן העלתה ועדת וינוגרד, ועוד לפנייה עלו חלקן בספרות המשפטית שניתחה את חוק-יסוד: הצבא ואת ליקוייו.⁵²

בממד התפקודי המחברים אינם תולים תקוות באפשרות שהכנסת תמלא תפקיד פיקוח ממשי יותר על ענייני הביטחון. חלף זאת, הם סבורים כי הכנסת עשויה לתרום בחקיקה שתקבע את הנורמות והסטנדרטים לפעולתם של הצבא וארגוני הביטחון האחרים, ואילו על בית המשפט העליון לפרש את החקיקה ולהבהיר את חלוקת הסמכויות בין זרועות הממשל. אף שנדרש לחץ ציבורי או אחר כדי להמריץ חקיקה זו, המחברים רואים כדוגמות חיוביות את חקיקת חוק השב"כ,⁵³ חוק שירות המילואים⁵⁴ וחוק שוויון בנטל.⁵⁵ באופן קונקרטי מומלץ כי הכנסת תחוק את "חוק פשעי המלחמה" שיגדיר את מחויבותיה של ישראל בתחום המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ובכך יתרום, לדעת המחברים, הן במישור הפנימי של הגברת הוודאות, כמתחייב מעקרון החוקיות, והן במישור החיצוני על ידי חיזוק הלגיטימציה של מדינת ישראל והצבת מחסום בפני התערבות משפטית חיצונית.

הביטחון. כך קובעות גם פקודות הצבא. ס' 43 לפ"מ 8.0105 "פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם עיתונאים, עם הציבור ועם הדרג הממלכתי הבכיר" קובע: "... חייל לא ייזום מגע כלשהו עם הדרג הממלכתי הבכיר אלא באישור לשכת הרמטכ"ל. כל פנייה של הדרג הממלכתי הבכיר לגורם צבאי תועבר ללשכת הרמטכ"ל ולא תיענה אלא באישורה... לצורך סעיף זה: 'הדרג הממלכתי הבכיר' – הממשלה, שריה וועדותיה, הכנסת, חבריה וועדותיה, ונציגיהם או עוזריהם של כל אלו".

הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דין וחשבון סופי (2008); קרמניצר ובנדור, לעיל ה"ש 14; גון, לעיל ה"ש 14.

53 חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

54 חוק שירות המילואים, התשס"ח-2008.

55 חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014, ס"ח 350.

עוד מציעים המחברים לחזק מוסדות קבועים של "שומרי סף". מוסדות אלה הם בעלי מעמד ייחודי בתוך זרועות הממשל בשל נאמנותם המסועפת⁵⁶ הן לתפקוד תקין של זרועות הממשל שעליהן הם מפקחים והן לעמידתן הנורמטיבית בקני המידה המקצועיים שעליהם הם אמונים. דוגמאות ל"שומרי סף" כאלה הן היועץ המשפטי לממשלה והחשב הכללי. בתחום הביטחון הלאומי המחברים חוזרים ומצביעים על החסרונות הטבועים במוסדות חד פעמיים, כגון ועדות חקירה.

ההצעה מומחשת על ידי התייחסות לתחום הצר של שמירת דיני הלחימה. מוצע להקים לשם כך ועדות לאומיות לדין הומניטרי (National Humanitarian Law Committees). ועדות כאלה מורכבות מנציגי ממשלה מהמשרדים הרלוונטיים, ולצדם לעתים גם מומחים אקדמיים ונציגי החברה האזרחית. הוועדות מפקחות על החלטות שקיבלו זרועות הביטחון, מתאמות בין גורמי הממשלה, מפיצות מידע ובוחנות הצעות לקידום המשפט הבין-לאומי ההומניטרי והסכמים בין-לאומיים בתחום. מוסדות דומים הם "המוסדות הלאומיים לזכויות האדם" (National Human Rights Institutions) הפועלים היום ביותר ממאה מדינות. מדובר בגופים ממשלתיים שסמכויותיהם מוגדרות בחוק ושניתנה להם הסמכות לפעול להגנה על זכויות האדם, לעתים גם באמצעות בדיקת תלונות פרטניות על הפרתן. יתרונם של גופים אלה על בית המשפט העליון הוא ביכולתם לבחון גם מדיניות מראש, ולא רק הפרות בדיעבד.

"שומרי סף" נוספים שהמחברים סבורים שיש לחזק הם מחלקת הדין הבין-לאומי בצה"ל והוועדות המייעצות בעניין בקשות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון, שבהן נציג אזרחי.⁵⁷

בממד הזמן מציעים הכותבים חקיקה שתבחין בין הסוגים השונים של מצבי החירום ושתגדיר את הסמכויות שיש לרשות המבצעת בכל מקרה. עוד מוצע כי לאחר תקופה ראשונית שבה תוקנה הסמכות להכריז על מצב חירום לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, תחייב הארכת התקופה אישור של בית המשפט העליון. המחברים מודעים לכך שההצעה חורגת מן התפיסה המסורתית שלפיה בתי משפט אינם בוחנים מצבים מראש, לפני שהתעורר סכסוך המחייב הכרעה. הם צופים התנגדות של הרשות המבצעת להצרת האוטונומיה שלה. אולם על רקע מעורבותו הנרחבת ממילא של בית

⁵⁶ נדמה שהמחברים נמנעים במודע מלעשות שימוש במונח "נאמנות כפולה", אולי משום שהוא נתפס כשלילי.

⁵⁷ בעקבות המלצת בית המשפט העליון בבג"ץ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 476 (2002).

המשפט העליון בענייני ביטחון רואים המחברים יתרון לאפשרות להתוות קווים מנחים לפעולה מראש באופן המרחיב ודאות ועקביות, חלף מעורבות יומיומית ביישום המדיניות.

בממד המרחבי מגלים המחברים אופטימיות ופסימיות גם יחד: בכל הנוגע לשטח המדינה שבגבולות "הקו הירוק" הם מזהים שיפור הדרגתי במידת הפיקוח על השטחים המוקצים לצבא, מבחינת ההתחשבות בשיקולי תכנון ובנייה הנוגעים לסביבה מחוץ למחנות ומבחינת ההתחשבות בשיקולי איכות הסביבה. המנגנונים הקיימים מספיקים, לדעתם, כדי להבטיח שיפור נוסף. לעומת זאת, במה שנוגע לשטחי יהודה והשומרון המחברים סבורים כי העמימות הקיימת בכל הנוגע למשטרים המשפטיים השונים ומגבלות הפיקוח החיצוני על הצבא לא יבואו לכלל תיקון אלא ברפורמה דרסטית אם בעקבות הסכמי שלום או באופן אחר תבהיר הממשלה את מעמדם של השטחים.

ט. בית המשפט העליון, זכויות אדם וחוקת הביטחון הלאומי

ביקורת על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון ועל תרומתו לתופעת ה"משפטיזציה" של החיים הציבוריים אינה עניין חדש. עד היום היא באה משני כיוונים מנוגדים:

מן הצד האחד, נטען נגד הלגיטימיות של התערבות בית משפט בעניינים ערכיים ופוליטיים שראוי להשאיר להכרעת המוסדות הנבחרים, נגד החקיקה השיפוטית ונגד היומרה לבטל חוקים ללא הסמכה חוקתית מפורשת.⁵⁸ עוד נטען בטיעון מן התוצאות כי פעלתנותו של בית המשפט מרתיעה את הרשות המחוקקת והמבצעת מנטילת האחריות וממילוי תפקידן על פי שיקול דעתן, ובכך היא מנוונת אותן ופוגעת במשילות.⁵⁹

מן הצד האחר, נטען שה"אקטיביזם" אינו אלא למראית עין, במיוחד בכל הנוגע לפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לשטחים. נטען שמדובר בעלה תאנה על ערוות

⁵⁸ משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996); רות גבזון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושבירה 79–81, 226–230, 559–569 (2013).

⁵⁹ פרידמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 584.

הכיבוש המתמשך, וכי בצד פתיחת הדלתיים בפני עותרים פלסטינים, נוהר בית המשפט לרוב ממתן סעד של ממש.⁶⁰

במבט ראשון נראה כי הביקורת בספר זה שייכת לסוג הראשון בענף של הטיעון מן התוצאות. כך נכתב בספר:

ההתערבות השיפוטית הרחבה והמתמשכת מגבילה מאוד את האוטונומיה לה רשאים לצפות ארגונים צבאיים בחברות דמוקרטיות. חוקרים אחדים הזהירו כי כוחות צבא הנתונים לניהול ברמת המיקרו אינם מקפידים על החוק במידה רבה יותר, ובוודאי לא נעשים מיומנים יותר בעבודתם. נהפוך הוא, הם נוטים לחפש דרכים להמעט באחריותם המקצועית ו/או משתמשים בתמרונים כדי להימנע כליל מביקורת. אלה, כך נטען, הן בדיוק הסכנות שישראל ניצבת בפניהן כעת.⁶¹

אלא, שבהמשך הדברים, מביעים המחברים את הדעה שדווקא המוגבלות של האקטיביזם השיפוטי היא הפגם המרכזי יותר. ואולם, וכאן הם מחדשים, המוגבלות שהם רואים אינה באופן הטיפול בזכויות האדם ובאיזון בינן לבין צורכי הביטחון, אלא בעצם הטיפול המתמקד כולו בהיבט "החיצוני" של הביטחון הלאומי ובהתנגשותו בזכויות אדם:

מדיניות האקטיביזם השיפוטי שנקט בית המשפט העליון שונה מתדמיתו הציבורית. במקום שתבטא תפיסה ביחס למקומו של בית המשפט העליון בכל ההיבטים של החיים הציבוריים, מדיניות זו נגעה למעשה לתחום עניינים צר להפליא. בזאת טמון הפגם המערכתית השני, והחשוב ביותר, הנובע מכך שבית המשפט העליון אימץ מודל התנהגות של "עסקים כרגיל". מודל זה עודד את נטיית השופטים להגדיר את הפונקציות שלהם במונחים מוגבלים. הם בחרו להגן על זכויות האדם האינדיבידואליות, אך נמנעו במודע להניח עקרונות חוקתיים ברורים ביחס להפעלת הסמכות הממשלתית והפרדת הכוחות המדיניים.

⁶⁰ ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית- המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז 757 (1993).

⁶¹ עמ' 251.

בתחום הביטחון הלאומי, אם כן, נוצרה מציאות בלתי-מאוזנת במיוחד. בהתמקדו באופן כמעט בלעדי בנושאים של זכויות אדם, שמר בית המשפט העליון באופן עקבי ומכוון על שתיקה מוחלטת ביחס לרבים מהנושאים החשובים והיסודיים בשיח החוקתי על הביטחון הלאומי: ההפרדה ההולמת של סמכויות בין זרועות הממשל בנוגע לפתיחה במלחמה; האופי המדויק של היחסים בין הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל; והנושא שהוא אולי השנוי במחלוקת מכולם, המעמד החוקי של השטחים שנכבשו על-ידי צה"ל ב-1967.⁶²

המחברים מדגישים את פגיעתה של מדיניות ההתערבות השיפוטית המוגבלת דווקא בהגנה ארוכת הטווח על זכויות האדם, שבמוקד מאמציה. אופייה של הביקורת השיפוטית הבוחנת "כל מקרה לגופו", מוגבל לתיקון ההפרות הבוטות ביותר של זכויות האדם. היא אינה תורמת ליצירת מבנים שעשויים למנוע את הישנות המקרים בעתיד, כפי שהייתה יכולה לתרום פסיקה המתרכזת בהתוויית הגבולות בין הרשויות ובניסוח כללים ברורים לגבי התנהלות מערך הביטחון הלאומי.

לפיכך טוענים המחברים כי המעורבות השיפוטית היא בו זמנית עמוקה מדי וצרה מדי: עמוקה מדי בחדירתה לתחום קבלת ההחלטות הביטחוניות כאשר החלטות אלה מתנגשות בזכויות אדם; צרה מדי בהתמקדה אך ורק בהתנגשות בין הביטחון לזכויות האדם.

מדובר בטענות מעניין ושובה לב, שלפיו דווקא התמקדות של בית המשפט בפעילות "פורמליסטית" יותר ושנויה פחות במחלוקת, קרי: התוויית גבולות הסמכות בין הרשויות המופקדות על ענייני הביטחון, הייתה תורמת יותר גם להגנה על זכויות אדם מאשר ההתמקדות באיזון ערכי בין ביטחון לאומי לזכויות אדם.⁶³

ואולם נשאלת השאלה האמנם מדובר בדרך פעולה אחרת, ישימה, שבית המשפט העליון מסוגל היה לנקוט. האם בית המשפט העליון מסוגל היה להיות פעיל יותר בחלוקת הסמכויות והתפקידים בענייני הביטחון הלאומי בין הרשויות השונות? נראה שהמחברים עצמם עומדים על המגבלות והקשיים במילוי תפקיד שיפוטי זה של שמירה על "חוקי המשחק".

⁶² עמ' 253.

⁶³ על ההבחנה בין פורמליזם לערכים בפעילות שיפוטית ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

ראשית, בית המשפט מוגבל בסמכותו לסכסוכים המובאים בפניו. הפרט הנפגע ממעשי הרשויות בענייני ביטחון, עשוי לבחור לעתור לבית המשפט כדי לקבל סעד. לבית המשפט העליון יש מידה של שליטה באמצעות דרישות סף, כמו זכות עמידה, ודוקטרינות, כמו שפיטות, על רוחב "שער הכניסה". בכך יש בידו של בית המשפט להשפיע על היקף הפניות להתערבותו. רשויות ובעלי תפקידים שביניהם נתגלעה מחלוקת באשר לסמכויות בענייני ביטחון, לא בהכרח יפנו לפתרון המחלוקת בבית המשפט. הניסיון מלמד שראשי ממשלה, שרי ביטחון, שרים אחרים ורמטכ"לים אינם עותרים זה נגד זה לבית המשפט כאשר ישנה מחלוקת ביניהם בנוגע לסוגיות של סמכות, ואולי טוב שכך.

שנית, נשאלת השאלה אם יש בידי בית המשפט די "בשר", בדמות נורמות חוקתיות וחוקיות, כדי לשפר את מארג הסמכויות והתפקידים העמום הקיים. בעניינים חוקתיים הנוגעים למבנה מוסדות הממשל, להבדיל מענייני זכויות אדם, קשה לפנות לנורמות בין-לאומיות כדי להשלים חסר במשפט הפוזיטיבי הישראלי. אם אין די "בשר" היום, ייתכן שנכון לקרוא את דברי המחברים כהתוויה של תפקידו הרצוי של בית המשפט בעתיד, שבו יעובה ויובהר גם המארג החקיקתי, יותר מאשר כביקורת על התפקיד שמילא בית המשפט בעבר. המפתח היה ונותר בידי המחוקק.

שלישית, נניח כי אנו מקבלים את הטענה שנוכחותו האינטנסיבית של בית המשפט בהכרעות קונקרטריות בענייני ביטחון מנוונת את היכולת והרצון של ה"שחקנים" האחרים לעצב מוסדות חלופיים, יעילים וטובים יותר לפיקוח על ההחלטות הביטחוניות ועל השפעותיהן. נשאלת השאלה כיצד נכון לשנות את המצב הקיים. יש מי שיאמר שמתחייבת "נסיגה" של בית המשפט העליון כדי שהרשויות האחרות יהיו מסוגלות ליצור את אותם מוסדות חלופיים. מאידך גיסא, בדרך זו יש סכנה של יצירת חלל ריק שבו לא יתקיים פיקוח כלל. לכן עשוי משקיף זהיר יותר לטעון שמוטב שפעולה ליצירה של מנגנוני פיקוח וביקורת חדשים ולחזיונם של המנגנונים הקיימים בענייני ביטחון תהיה קודמת לנסיגה (החלקית) של בית המשפט העליון מן הזירה הטעונה והחשובה הזו.

כך או כך, הספר מקיף, מחדש ומעורר מחשבה. הוא קריאת חובה לכל העוסק במפגש בין הביטחון לבין המשפט בישראל.

”צבא העם” נגד גיוס החובה

יגיל לוי*

310	תקציר
310	א. הקדמה
311	ב. נקודת המוצא התיאורטית: משטר התגמול הצבאי
314	ג. שוויון והיררכיות פנים-צבאיות בישראל
324	ד. תמורות בתפקוד הצבא
325	1. המעבר מהדרה להכלה
330	2. המעבר מהסדרה היררכית להסדרה הטורכית של הגיוס
333	3. המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו
337	ה. לאן הולך הצבא?

* פרופ' יגיל לוי הוא חבר סגל בכיר באוניברסיטה הפתוחה. הוא משמש יו"ר קבוצת המחקר האירופית לצבא וחברה (ERGOMAS). לוי חוקר את משולש היחסים צבא-חברה-פוליטיקה, בעיקר הזיקה בין המדיניות הצבאית להרכב החברתי של הצבא. הוא מחברם של שישה ספרים. גרסה ראשונה של מאמר זה הוצגה בהרצאת הפתיחה לכנס "צבא בע"מ: יחיד, כלל, ארגון", שארגנה המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, מארס 2014. על הערותיהם החשובות והמועילות מבקש המחבר להודות למארגני הכנס, עדנה לומסקי-פדר וישראל כ"ץ, ולמגיבות, לימור סמימיאן-דרש והדס בן אליהו, וכן למכון האוניברסיטה הפתוחה לחקר מדיניות, כלכלה פוליטית וחברה על תמיכתו.

תקציר

הקדמה השחיקה במעמד הצבא מביאה לערעור בסיס הלגיטימיות של מודל גיוס החובה. במאמר זה נטען שמודל הגיוס קורס תחת הסתירות הפנימיות שעמדו ביסוד עיצובו, ובמרכזן הסתירה בין האתוס השוויוני של הצבא למדיניות גיוס ברגנית. נקודת המוצא התיאורטית: משטר התגמול הצבאי. משטר התגמול מבוסס על בניית היררכיות חברתיות בתוך הצבא כך שעל אי-שוויון בהקרבה תפצה העדפה בקבלת תגמולים. שוויון והיררכיות פנים-צבאיות בישראל. משאי-השוויון בהקרבה אינו מפוצה בקבלת תגמולים, מכביד אי-השוויון בנשיאה בנטל ההקרבה בתוך הצבא על הקבוצות המקריבות ונוצר לחץ להקלת הנטל. תמורות בתפקוד הצבא. הלחץ להקלת נטל מערער את הלגיטימיות של מודל הגיוס אך לתקופת המעבר מגיוס חובה לצבא התנדבותי שלושה מאפיינים עיקריים: המעבר מהדרה להכלה; המעבר מהסדרה היררכית להסדרה הטורכית של הגיוס; המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו. לאן הולך הצבא? המשותף לשלושת המעברים הוא שלא זו בלבד שמודל גיוס החובה קורס תחת עומס הסתירות של אתוס "צבא העם", אלא שהצבא כמו ידיו מעצים סתירות אלה.

א. הקדמה

מעמדו החברתי של הצבא בישראל נשחק מאוד מאז שנות התשעים, אם לא קודם לכן. שחיקה זו אף גרמה בעשור השני של שנות האלפיים לערעור בסיס הלגיטימיות של מודל גיוס החובה. ערעור זה מאיים על היכולת להמשיך ולקיים גיוס חובה לאורך זמן.

מקורותיו של תהליך זה קבלו ביטוי בעבודות קודמות שלי.¹ עם זאת, העבודה בחנה את תהליכי העומק החברתיים המאיימים על מודל הגיוס אבל לא את השלכותיהם הישירות על מודל הגיוס בהתחשב באופיו של המודל ובסתירות שהמודל יצר. נקודת מבט זו חשובה אנליטית, אך גם פרקטית – היא מאפשרת לבחון את המהלכים שהצבא קידם וששחקו את המודל, ולכן היא מאפשרת לבחון גם את המהלכים שיש ביכולתו לקדם אם ברצונו לצמצם את השחיקה בלגיטימיות של המודל עד כדי האפשרות כי גיוס החובה יבוטל.

¹ ראו בעיקר יגיל לוי מצבא העם לצבא הפריפריות (2007); יגיל לוי מי שולט על הצבא? בין פיקוח על הצבא לשליטה בצבאיות (התשע"א).

הטענה המוצגת במאמר זה היא שמודל הגיוס קורס תחת הסתירות הפנימיות שעמדו ביסוד עיצובו, ובמרכזן הסתירה בין האתוס השוויוני של הצבא למדיניות גיוס בררנית. לאחר הצגת נקודת המוצא התיאורטית אציג את המבנה החברתי של הצבא בשנותיו הראשונות ואמשיך לדיון במאפייני תקופת המעבר מצבא של מגויסי חובה לצבא של מתנדבים. אסכם בדיון בכיווני התפתחותו של הצבא בעתיד הנראה לעין.

ב. נקודת המוצא התיאורטית: משטר התגמול הצבאי

הצבאות המודרניים בנויים על משטרי תגמול (מושג הלקוח מעולם התוכן הניהולי²). משטר תגמול הוא משטר המבוסס על תגמולם של המשרתים בעבור הקרבתם הצבאית, או לפחות על ציפיותיהם של המשרתים כי יתוגמלו בעתיד, גם אם מנגנון הגיוס בנוי על אכיפת המדינה, כלומר גיוס חובה. לעומת זאת הסדרי הגיוס בעידן שקדם להופעת הצבא המודרני (בעיקר לפני המאה ה-18), התבססו על משטרי כפייה ולא על תגמול.

משטר התגמול מבטיח את תגמול החיילים באופן שהוא בעל ערך לחייהם האזרחיים. לתגמול שני רכיבים – תגמול חומרי ותגמול סמלי. התגמול החומרי הוא בעל ערך ממשי בחיים האזרחיים בהיותו מבוסס על תשלום כסף וטובין שווי כסף (כמו הכשרה מקצועית, השכלה, דיור, בריאות). לעומתו מבוסס התגמול הסמלי על כך שלובשי המדים נהנים מסטטוס ומיוקרה המופקים מעצם שירותם הצבאי (ואף מן המדים עצמם), מאופי עיסוקם הצבאי ורמת ההקרבה הנובעת מכך, ממעמד יחידתם ומדרגתם האישית. אלו מומרים בתגמולים בעלי ערך בחברה האזרחית. הערך אינו רק למגויסים, אלא גם – ואף בעיקר – לרשת החברתית שיצאו ממנה. לפיכך, קבוצות חברתיות שונות מצפות – וחותרות – להפיק סוגים שונים של תגמולים סמליים בהתאם להעדפותיהן הקבוצתיות. התגמולים העיקריים הם בראש ובראשונה זכויות אזרחיות, חברתיות ופוליטיות המוענקות למי ששירת בצבא, והן הופכות את השירות הצבאי למגדיר גבולותיה של האזרחות המועדפת. לצד הזכויות מוענקים גם תגמולים פורמליים פחות, כמו הכרה חברתית או כישורים חברתיים.

Assaf Hamdani & Reinier Kraakman, *Rewarding Outside Directors*, 105 MICH. L.

.REV. 1677 (2007)

ערכו של התגמול הסמלי תלוי אפוא במשמעות החברתית-תרבותית של הפקתו, והוא נקבע בהתאם להמירותו. הִמְיִירוּת (convertibility) פירושה היכולת להחליף משאב שנצבר בזירה אחת, במשאב או בנכס בזירה אחרת, במקרה זה – המרה מן הזירה הצבאית לזירה החברתית האזרחית.³ ההמרה יכולה לשאת אופי של המרה ממשאב סמלי אחד לאחר, למשל סטטוס צבאי בכבוד חברתי. ההמרה גם עשויה לשנות את צורתו של הנכס המומר מסמלי לחומרי, למשל מעמד צבאי המצדיק תגמול מגזרי מועדף (כפי שניתן, למשל, עד שנות השבעים להתיישבות העובדת). בכך שונה תגמול סמלי מתגמול חומרי – כספי או שווה ערך – שאינו נכס המומר מן הצבא לזירה האזרחית, שהרי לנכס זה יש ערך כספי נקוב וקבוע. שני אופני התגמול, הסמלי והחומרי, מתקיימים בו-זמנית בצבאות מגויסי שירות חובה ובצבאות התנדבותיים-מקצועיים, אך משקל התגמולים הסמליים גבוה בראשון ומשקל התגמולים החומריים גבוה באחרון.⁴ הניתוח שלהלן מתמקד בצבאות של מגויסי חובה.

משטר התגמול מבוסס על בניית היררכיות חברתיות בתוך הצבא: ההיררכיה החברתית המתעצבת בצבא בנויה על הבחנה בין קבוצות הנגישות לשירות ובין קבוצות המודרות ממנו. בקרב אלו הנגישות לשירות מתהווה נגישות לא-שווה לא רק לדרגות אלא גם לתפקידים המובחנים במידת היוקרה המוקנית לנושאים בהם.

כדי שההיררכיות הפנים-צבאיות ישרתו את משטר התגמול, הן צריכות להשפיע על ההיררכיות המעוצבות בחברה. צורת ההשפעה המקובלת היא שעתוק: היררכיית ההקרבה, שההיררכיה הפנים-צבאית משקפת, מעניקה לגיימיות לנגישות הלא-שווה למשאבי העוצמה בחברה, כך שכגודל ההקרבה של הקבוצה גם היכולת להמיר את ההקרבה לנגישות למשאבים. המרה זו מעצבת בתורה את ההיררכיות החברתיות. דוגמה בולטת לתרומה של ההיררכיה הצבאית לשעתוק ההיררכיה החברתית היא בתחום המגדרי. כפי שהסביר גולדשטיין, ההבדלים במבנה המגדרי בין חברות שונות מיטשטשים כאשר מדובר בלחימה. זיהוי הלחימה עם גבריות הוא מכנה משותף כמעט מוחלט בין החברות. לטעמו, זיהוי זה מסייע להתגבר על ההתנגדות הטבעית של

³ Pierre Bourdieu, *The Forms of Capital*, in HANDBOOK OF THEORY AND RESEARCH FOR THE SOCIOLOGY OF EDUCATION 241 (John G. Richardson ed., 1986).

⁴ Yagil Levy, *Soldiers as Laborers: A Theoretical Model*, 36 THEORY & SOC'Y 187 (2007).

אנשים להילחם.⁵ זיהוי זה הוא אפוא סוג של תגמול סמלי המעודד גברים להקריב בשדה הקרב, והדרת נשים משדה הקרב היא שמקנה משמעות ייחודית לתרומה הגברית. הדרה זו המעצבת את ההיררכיה הצבאית, גם מקבעת את הסדר המגדרי בחברה האזרחית.

השפעה אפקטיבית זו של ההיררכיות הפנים-צבאיות על ההיררכיות החברתיות שמחוץ לצבא, כלומר המירות גבוהה, יכולה להתממש רק בשני תנאים הכרחיים. התנאי הראשון הוא שלצבא דימוי אוניברסלי, כלומר הוא מצטייר כניצב מעל לחלוקה הכיתתית של החברה. אוניברסליות של הצבא מושגת באמצעות הפרדה של הצבא מן הפוליטיקה ובנייה לגיטימית של ההיררכיות הפנים-צבאיות באמצעות ביסוסן על קריטריונים הישגיים ולא שיוכיים (או קריטריונים הנראים כאלה). לאוניברסליות גבוהה של הצבא שתי השלכות מרכזיות:

(1) מעמד שנרכש בצבא נתפס כבעל ערך מחוץ לצבא שהרי הוא לא ייחשד כמעמד שנרכש בשל הטיה של הצבא כלפי הקבוצות הדומיננטיות המשרתות בו, אלא ייתפס כתוצאה של הישגיות והקרבה;

(2) אוניברסליות גבוהה (נחלתן של מרבית הקבוצות בחברה) מחזקת את אמונן של קבוצות שוליות בצבא ולכן מעודדת אותן להיאבק על מעמדם בצבא. אמונן נמוך של קבוצות אלו באוניברסליות של הצבא יעודד אותן למאמץ להפיק משאבים מחוץ לצבא ולוותר עליו כמסלול מוביליות, ואף להתנגש עם הצבא, מהלכים שעלולים לקעקע את מעמדו של הצבא.

התנאי השני להשפעת ההיררכיות הפנים-צבאיות על החברה הוא שיח אזרחות התומך בהשפעה כזו, כלומר שיח אזרחות רפובליקני התופס את החיילות כמידה אזרחית נעלה המשמשת אמת מידה לרכישת מעמד חברתי. מיליטריזציה של השיח הפוליטי, תהליך המושפע מהתעצמותו של האיום החיצוני ומהצגת הצבא ומשרתיו כמי שנועדו לסלק איום זה, תעצים את השיח הרפובליקני.⁶

הצטברות שני התנאים תביא לכך שהצבא יאפשר לקבוצות המשרתות בו להפיק תגמולים סמליים בעלי המירות גבוהה לחברה האזרחית. ערך המירות גבוה יבטיח כי

⁵ JOSHUA S. GOLDSTEIN, WAR AND GENDER: HOW GENDER SHAPES THE WAR SYSTEM AND VICE VERSA (2001).

⁶ Yagil Levy, *Convertible Sacrifice – A* הדיון התיאורטי במשטר התגמול מבוסס על *Conceptual Proposition*, 56 SOC. PERSP. 439 (2013).

דומיננטיות בצבא תומר בדומיננטיות חברתית, וכי על אי-שוויון בהקרבה תפצה העדפה בקבלת תגמולים. יחסי החליפין המגלמים הקצאה של תגמולים סמליים בתמורה להקרבה צבאית מבטאים את מה שניתן להמשגה במונח המשוואה הרפובליקנית.⁷

משטרי התגמול יוצרים, מצד אחד, הסדרים מוסדיים שהופכים ציות והקרבה לשגרה, ומצד אחר הם יוצרים סתירות, העשויות להביא לעיצובם מחדש של משטרי התגמול כהסדרים מוסדיים ואפילו לקריסתם. אמנה עתה סתירות אלה על קצה המזלג ואמחישן בדיון האמפירי: (1) כשהמירות עולה, מתחזקים לחצים של קבוצות מודרות או דחוקות לשוליים לחפש דרך לשנות את ההיררכיה או ליצור היררכיות נפרדות מחוץ לארגון הצבאי כדי ליצור לעצמן תגמולים סמליים חלופיים; (2) משטר התגמול מבוסס על הצורך בתגמול תמידי, אך היכולת לתגמל עשויה למצות את עצמה ואז להפר את המשוואה הרפובליקנית ולהחליש את המוטיבציה להקרבה. זאת בפרט משום שכאשר משטר בנוי על היררכיות פנים-צבאיות, הוא חשוף לצורך לפצות על הקרבה בלתי שוויונית באמצעות תגמולים בלתי שוויוניים. אם כך, כשהמירות פוחתת, מתפתחים קונפליקטים בין הצבא למגויסיו המבקשים לצמצם את הקרבתם, שהרי פוחת התגמול על ההקרבה. מסגרת כללית זו מספקת תובנות להבנת תהליכים הפוקדים את הצבא בישראל.

ג. שוויון והיררכיות פנים-צבאיות בישראל

מראשיתו עוצבה בצה"ל היררכיה פנימית. היא העמידה את הקבוצות המייסדות, כלומר האליטות האשכנזיות החילוניות, בראש ההיררכיה. ההיררכיה הייתה משולבת בהנהגתו של מודל גיוס ברנזי, שהוא מודל של גיוס חובה שחל פורמלית על האוכלוסייה, אך גם פוטר מחובת הגיוס שיעור גבוה יחסית של בני האוכלוסייה. בשנים אלו עוצבו הסדרים רשמיים ומעשיים שפטרנו מן השירות אזרחים פלסטינים ונשים דתיות. הסדרי הפטור התרחבו בהדרגה וכללו גם צעירים יהודים ברמת השכלה

⁷ יודגש: משטר התגמול מעודד הקרבה במונחים של מוטיבציה להתגייס ומוטיבציה להצבה בתפקידים תובעניים ומסכני חיים. המנגנון שמסביר מה מביא חיילים שכבר הוצבו לתפקידים מסוכנים לסכן את חייהם על ידי, לדוגמה, חשיפה לאש אויב, לקוח מגוף ידע אחר הממוקד, למשל, בלכידות היחידה ובקשרים החברתיים הנוצרים בתוכה.

נמוכה, בעיקר מזרחים.⁸ שיעורי הפטור של צעירים יהודים אלו הצטמצמו בעקבות מלחמת יום כיפור (1973), אך מאז המהפך של 1977 התרחבו הסדרי הפטור של גברים חרדים והגיעו עד לשיעור של כ-13% בשנת 2009.⁹

הבררנות תמכה במשטר התגמול הצבאי. הדרתם של מזרחים, נשים ודתיים מן הליבה היוקרתית של הצבא והדרה של חרדים מן הצבא בכלל היו מקור להפקת תגמולים בעבור הקבוצה הדומיננטית. מבנה זה שרטט את גבולות הישראליות התקנית לפי זהותו של הגבר היהודי האשכנזי-חילוני, על התגמולים שהקנתה התוויית הגבול הזה. נוסף על כך, הדרת אזרחים פלסטינים מן הצבא תגמלה את המגויסים המזרחים משום שהיא יצרה הבחנה ברורה בין שתי הקבוצות הממוקמות בתחתית ההיררכיה החברתית והעניקה יתרון למזרחים.

בה בעת, אתוס השוויון, שבו נעטף הצבא תחת סמלי "צבא העם" כארגון המקיים על פי דימויו אמות מידה הישגיות ולא שיוכיות לשיבוץ ולקידום, טשטש את קיבוען של ההיררכיות והפך אותן ללגיטימיות, או לפחות לזמניות. אתוס זה נשען במידה רבה גם על העדר הבחנות קבוצתיות בחקיקה. כך, על נשים הוטלה חובת גיוס כמעט גורפת, למעט נשים דתיות, שהן הקבוצה היחידה שהוחרגה רשמית על פי חוק שירות בטחון שנחקק בשנת 1949 – וגם אלה פוטרו לפי עיקרון כללי של פטור מטעמי מצפון, הגם שהוא חל על נשים בלבד.¹⁰ במקרה של תלמידי ישיבות חרדים נקבע הסדר פרגמטי של פטור, אף שמצומצם, שהניח את דעתה של המנהיגות החרדית. פטור זה עוגן בהסדר ולא בחקיקה מפורשת ונסמך על סמכות שר הביטחון לפי חוק שירות בטחון לקצר שירות, לדחותו או לשחרר ממנו לפי שיקולים שונים. בכך הוא לא רק אפשר לחרדים להימנע מקריאת תיגר על הצבא, שנהנה ממעמד סמלי גבוה,¹¹ אלא גם אפשר להנהיג החילוניות של המדינה לקיים הסדר שאינו פוגם במצג האוניברסליסטי של מודל הגיוס, שלכאורה חל על כלל הגברים.

⁸ מוטי ספראי מדיניות ניהול כוח האדם בעקבות מלחמת יום הכיפורים: צוהר ארגוני להבנת יחסי צבא-חברה 75-76 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, 2010).

⁹ אוריגנה אלמסי יישום חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (חוק טל) 14 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2012).

¹⁰ נויה רימלט "על מצפון, מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות-המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"צ לאורה מילוא" עיוני משפט כט 449, 458-459 (2006).

¹¹ דפנה ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות: מפשרה למחלוקת" צומתי הכרעות ופרשיות מפתח בישראל 13, 19 (דבורה הכהן ומשה ליסק עורכים, 2010).

גם הפטור משירות לערבים, שלא היה מובן מאליו בשנות המדינה הראשונות, לא עוגן בחוק ואף לא בהחלטה מפורשת של שר הביטחון לממש את סמכותו ולשחרר משירות. הפטור לערבים עוגן בקביעה הכללית של חוק שירות בטחון (סעיפים 3-6) שהפוקד (בעל תפקיד שהוסמך על ידי שר הביטחון) רשאי לקרוא בצו לתושב קבוע בגיל 17 להתייצב לרישום, ואם נמצא כשיר – גם להתייצב לגיוס מגיל 18. מכאן שהחוק גם מאפשר לפוקד שלא לאכוף את חובת הגיוס באמצעות אי קריאה להתייצבות.¹²

כמנגנון המשלים את עיצוב ההיררכיה הפנימית, האתוס הרפובליקני והמיליטריזציה של השיח הפוליטי בשנותיה הראשונות של המדינה הבטיחו המרה לגיטימית של מיקום בהיררכיה הפנים-צבאית, אם דומיננטי ואם שולי, במעמד חברתי.¹³ המצג השוויוני של הצבא אף ביצר את דימויו של הצבא כמנגנון הבונה סולידריות חברתית, "צבא מאחה קרעי השבטים" כפי שכינה אותו בן-גוריון.¹⁴

דימויו האוניברסליסטי של "צבא העם" לא רק סייע ללגיטימיזציה של משטר הברונות, אלא אף סייע למתן קונפליקטים חברתיים, בעיקר הקונפליקט האתנו-מעמדי האשכנזי-מזרחי. למשל, דימוי זה הגביר את האמון של מזרחים בצבא בעקבות אירועי ואדי סאליב של 1959, שחזקו את תפקיד הצבא כמי שסולל למזרחים ערוץ למוביליות חברתית.¹⁵

מצג האוניברסליות של הצבא והיווצרות קהילת בעלי העניין הנהנית מן ההטבות שהוא מקנה, ביצרו את אתוס "צבא העם" וגרמו להתקבעותו: אתוס של צבא שוויוני, אוניברסלי, מנגנון לחינוך מחדש של המהגרים ולמוביליות שלהם, המוסד שהשתתפות בו מייצגת את האזרחות הנורמטיבית, המוסד המגבש מחדש את החברה היהודית בישראל. התקבעות זו הייתה כה חזקה עד כי המושג "צבא עם" הפך למעין אמת טבעית. תפקידיו החברתיים של הצבא היו אפוא נדבך חשוב בהעצמת יוקרתו. אך בפועל יצר משטר התגמול המבוסס על היררכיות, סתירות. המודל נבנה על סתירה בין העצמתו של האתוס השוויוני, מצד אחד, ובין אי-שוויון בפועל שעיצב היררכיה פנים-

¹² ליאב אורגד "המיעוט הערבי בישראל וחובת שירות בטחון" המשפט יא 381 (2007) (מתייחס לגרסת החוק משנת 1986, אך דבריו נכונים גם בהתייחס לגרסה המקורית).

¹³ יגיל לוי צבא אחר לישראל – מיליטריזם חומרני בישראל 56-76 (2003); יואב פלד וגרשון שפיר מיהו ישראלי – הדינמיקה של אזרחות מורכבת (2005).

¹⁴ ד"כ 8, 1281 (התשי"א).

¹⁵ לוי צבא אחר לישראל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 67-68.

צבאית והדרה משירות של קבוצות שונות (שיצרה מלכתחילה מודל בררני), מצד שני. כאמור, סתירה זו לא הייתה מקרית אלא נבעה מתוך יסודותיו של משטר התגמול הצבאי.

בהמשך לטיעון התיאורטי שלמעלה, סתירה בין אתוס שוויוני לאי-שוויון מפתחת שני מצבים מנוגדים: המצב האחד – עולה ערך ההמירות של התגמולים, אך לא הכול נהנים מהם בצורה שווה. מצב זה מעודד תגובות-נגד מצד קבוצות שוליות או מודרות המבקשות לשפר את מעמדן; המצב השני – נשחק מאוד ערך ההמירות, ואז מכביד אי-השוויון בנשיאה בנטל ההקרבה בתוך הצבא על הקבוצות המקריבות. במילים אחרות, במצב הראשון מתפתח לחץ מבחוץ כלפי פנים להשתלבות, ובמצב השני ניצר לחץ מבפנים כלפי חוץ להקלת הנטל.

נתחיל במצב הראשון. האמרת ערכו של השירות הצבאי, כלומר עליית ההמירות, עד שנות השבעים הביאה לתביעות של קבוצות שונות לנגישות לצבא או לשיפור מעמדן בו, והן נענו במהירות יחסית. בשנות השבעים היו אלו תביעותיהם של מזרחים בעלי השכלה נמוכה שדרשו להשתלב בצבא, תביעה שהשמיעו הפנתרים השחורים ושנענתה. בשנות השמונים הופיעו לחצים שונים מצד קבוצות של חובשי כיפה שהולידו הסדרים (מסלולי ההסדר ובהמשך המכינות הקדם צבאיות) שאפשרו את השתלבותם בצבא באופן שמיתן את סיכונם של הדתיים כי הצבא יגרום לחילונם. בשנות התשעים דרשו הומוסקסואלים הסרת מגבלות על שיבוצם ועל קידומם בצבא ונענו במהירות. באותה עת גם הופיעה קריאת תיגר פמיניסטית על הצבא שהתבטאה בקבלת העתירה של אליס מילר לשילובה בקורס טיס, ושהמשכה בשנת 2000 בהוספתו של סעיף 16 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, בקביעה כי "לכל יוצא צבא אשה זכות שווה לזכותו של יוצא צבא גבר, למלא תפקיד כלשהו בשירות הצבאי...".¹⁶ עם זאת היישום של סעיף זה עדיין רחוק ממימוש. באופן זה הכילו מוסדות המדינה את קריאות התיגר על מודל הגיוס, וישראל דילגה על הניסיון ההיסטורי של דמוקרטיזציה אחרת המאופיינת במאבקים על נגישות להשתתפות צבאית, מאבקים שיש בהם כדי לערער את מצג האוניברסליות של הצבא. באופן פרדוקסלי חיזקה אותה אוניברסליות של אי השוויון הפנימי בצבא את אתוס "צבא העם", ואתוס זה כפה את שילובם של המודרים, נפגעי אי השוויון, כשהם דרשו זאת.

¹⁶ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 11), התש"ס-2000, ס"ח 64.

יתר על כן, קבוצות שהפנימו את החסמים שהציבו ההיררכיות הפנים-צבאיות, עיצבו לעצמן מסלולים להפקת תגמולים העוקפים את מסלול המוביליות הצבאי. כך נהגו החרדים, שיצרו משנות השבעים מסלול עוקף צבא באמצעות רשת המוסדות התורניים בחסות "תורתו אומנותו". זה היה מסלול מוביליות של הקבוצה היהודית הענייה ביותר, שחברת השוק הדירה לשוליה ושנועדה לאייש בצבא את מקצועות הצווארון הכחול. במקביל פנה לעיצוב מסלול חוץ-צבאי גם דור "הכיפות הסרוגות", שחש מנוכר בצבא החילוני. הוא הקים וטיפח את גוש אמונים כמסלול מוביליות שאמנם אינו מוותר על השירות הצבאי, אבל הערוץ למימוש המאוויים של הכיפות הסרוגות אינו הצבא אלא ההתיישבות בשטחים. מצג האוניברסליות של הצבא היה כה חזק עד כי קבוצות אלו נמנעו מלקרוא תיגר על הצבא במישרין ופנו למסלולים עוקפים. גם אופן התגובה הזה העצים את דימויו האוניברסלי של הצבא. יתר על כן, גם את קריאת התיגר המתונה יחסית של גוש אמונים הצליח הצבא להכיל בזכות שילוב של הימנעות מהתנגשות אתו בשנות השבעים עם שילובו בצבא של הדור השני של הקבוצה באמצעות מפעל המכינות הקדם-צבאיות הדתיות מסוף שנות השמונים (תוך הפקת תועלת משקיעת הגוש באותן שנים).

יכולתו של הצבא להכיל את הקונפליקטים לאורך זמן התקיימה כל עוד לא התפתח המצב הקיצוני השני – ירידת ערך השירות, כלומר ירידת ההמירות של התגמולים הנצברים בצבא. חשוב להדגיש שוב שמשטר התגמול הצבאי מבוסס על הצורך בתגמול תמידי. היכולת לתגמול עלולה למצות את עצמה, בפרט ככל שקבוצות רבות יותר נגישות לתגמולים, והדבר מקשה על דיפרנציאציה של התגמולים כדי ליצור הלימה בין הקרבה לתגמול – והלא ההיררכיה הפנים-צבאית בנויה על דיפרנציאציה כזאת. יתר על כן, לצבא אין שליטה על ערך ההמירות מכיוון שאת ערכם של התגמולים הסמליים מעצבים תהליכים חברתיים, תרבותיים ופוליטיים החיצוניים לצבא. סתירה פנימית זו מתעצמת במפגש עם סתירה אחרת שמשטר התגמול הצבאי מעצב: משטר זה מבנה היררכיה פנים-צבאית. ההיררכיה הפנים-צבאית בנויה על הקרבה בלתי שוויונית המפוצה באמצעות תגמולים בלתי שוויוניים. כאשר מתעצם ערך ההמירות של התגמולים, ולא הכול נהנים מהם במידה שווה, פועלות קבוצות השוליים הצבאיות לשפר את מעמדן, כפי שראינו בעבר. אך כאשר ערך ההמירות נשחק מאוד, מתחזקת תחושת המקריבים כי ההקרבה מוטלת באופן בלתי הוגן.¹⁷ תחושה זו מיתרגמת לצורות שונות של התנגדות לגיוס.

¹⁷ MARGARET LEVI, CONSENT, DISSENT, AND PATRIOTISM (1997).

ואכן, ערך ההמירות של התגמולים שהצבא הציע למשרתיו, פחת בהדרגה משנות השמונים. הגורם מפחת-התגמולים העיקרי היה הניתוק ההדרגתי של החיילות (soldiering) מהאזרחות (citizenship), כלומר ניתוק בין התרומה הצבאית ובין הנגישות לאזרחות מועדפת, כך שתשואת התגמולים בעבור ההקרבה הצבאית נשחקה. ארבעה גורמים עיקריים תרמו לניתוק זה (עם השפעות מחזקות הדדיות):¹⁸

ראשית, החברה בישראל התעצבה מאז שנות השמונים כחברת שוק בשל חשיפתה לגלובליזציה. את הגלובליזציה ליוו שינויים מבניים במשק ברוח הדוקטרינה הניאו-ליברלית (החל ב"תכנית הייצוב הכלכלית" של שנת 1985, שחיסלה את ה"היפר-אינפלציה") שהגבירו את יכולת המשק להיחשף להשקעות, להגירת הון דו-כיוונית ולקשרי מסחר בינלאומיים. הגלובליזציה חיזקה את האתוס של כלכלת השוק, שמאפיין אותה שיח ליברלי-אזרחי וניאו-ליברלי כלכלי-חברתי. בשיח החדש נחלשו מאוד הממלכתיות, הקולקטיביזם והחלוציות – הסמלים העיקריים של השיח הרפובליקני, במושגי פלד ושפיר¹⁹ – שהיו דומיננטיים מאז התגבשותה של הקהילה הפוליטית הישראלית-היהודית, ופינו את מקומם – בראש ובראשונה בקרב המעמד הבינוני-גבוה – לשיח האזרחות הליברלי.

התוצאה הייתה רב-ממדית: (1) ערכי השוק, כמו אינדיבידואליות, חומרנות, צרכנות ותחרותיות, העומדים בסתירה לערכי הממלכתיות הצבאית, פגעו באתוס ההקרבה הצבאית; (2) ההשקעה, לרבות האנושית, בביטחון נאמדה במונחים כלכליים בעוצמה הולכת וגוברת, מה שפיחת את ערכה; (3) גישה קוסמופוליטית-ליברלית המחלישה את האוריינטציה הלאומית גיבשה תשתית תרבותית-רעיונית להסגה חלקית של הצבאיות. השיח הגלובלי האנטי-צבאי חדר לשיח המקומי והעצים קולות ביקורתיים שהעמידו בסימן שאלה הנחות מוסכמות באשר לממלכתיות הצבאית. אתוס חדש התפתח והעמיד במרכז את הפרט, מי שחופש הבחירה שלו וזכויות הקניין שלו זוכים לקדימות;²⁰ (4) ליברליזציה העצימה את הסתירה בין תביעת המדינה

¹⁸ דיון זה מבוסס בעיקר על לוי מצבא העם לצבא הפריפריות, לעיל ה"ש 1.

¹⁹ לעיל ה"ש 13.

²⁰ רן הירשל "חברה אזרחית נ' מדינת ישראל: שתי תפיסות מושגיות בדיון העכשווי על אודות חברה אזרחית ומקומן בפסיקת בית המשפט העליון" ישראל: מחברה מגויסת לחברה אזרחית? 305 (יואב פלד ועדי אופיר עורכים, 2001); Eitan Adres, Pieter Vanhuyse & Dana R. Vashdi, *The Individual's Level of Globalism and Citizen Commitment to the State: The Tendency to Evade Military Service in Israel*, 38 *ARMED FORCES & SOC'Y* 92 (2012).

מאזרחיה להקרבת חייהם במלחמה ובין שיח של זכויות פרט וציפייה לנורמליות;²¹ (5) בעיקר נחלש הקריטריון הרפובליקני הקובע את מעמדם של הפרט והקבוצה בחברה בהתאם לתרומה, בעיקר הצבאית, למדינה. השיח הליברלי העצים את זכויות הפרט לכדי זכויות טבעיות שהנגישות אליהן אינה תלויה בהכרח בתרומתו של הפרט לעיצוב "הטוב המשותף" הקהילתי, לרבות באמצעות שירות צבאי.²²

שנית, שיח האזרחות הרפובליקני הוחלש גם מהתחזקותו של השיח האתנו-לאומי. האתוס האתני-לאומי הוא התשתית התרבותית המוצקה של המיליטריזם הישראלי מאז סוף שנות השבעים. הוא התחזק בתגובה למלחמת ששת הימים, שקיבוע תוצאותיה רתם את המדינאות הצבאית החילונית לביסוס השליטה על אתרים קדושים, שבתורה הביאה לפריחה מחודשת של ערכיה היהודים-דתיים של החברה הישראלית-היהודית.²³

בשונה מהאתוס הרפובליקני, תפס האתוס האתנו-לאומי את המדינה כהרחבה וכהתגלמות של הקהילה היהודית, ולא כישות אינסטרומנטלית נפרדת ממנה. לכן מוסד האזרחות אינו מבוסס על זכויות או חובות אישיות הנובעות מחברותו הפורמלית של הפרט במדינה, אלא על שייכות ראשונית לקולקטיב קהילתי שזהותו הראשונית היא יהודית. עצם השיוך לקולקטיב היהודי מקנה סטטוס שאינו תלוי עוד בתרומה היסטורית או עכשווית, צבאית או אחרת, כמו זו שהייתה מזוהה עם הדומיננטיות של המעמד הבינוני האשכנזי בחסות השיח הרפובליקני הממלכתי. עקב כך העצים האתוס האתנו-לאומי את ההבחנה בין יהודים לערבים כשתי זהויות קיבוציות-ראשוניות והבנה יחסי היררכיה המקובעים על בסיס שיוכי. כלפי הסביבה הערבית נבעה מאתוס זה גישה כוחנית הנטועה ברציונל דתי או לאומני, לצד גישות המבקשות להגביל את הזכויות האזרחיות הליברליות שניתנו למיעוט הפלסטיני-הישראלי.²⁴ גם התחזקותו של שיח זה הפחיתה את התועלת הסמלית שקבוצות המעמד הבינוני-חילוני הפיקו משירותן הצבאי, שהרי הקרבתן אינה עוד הקריטריון המכריע לתגמול חברתי. כך גם קבוצות שהקרבתן מוגבלת, בראש ובראשונה החרדיות והמזרחיות העניות יותר, תבעו בהצלחה את שיפור מעמדן מעצם שיוכן היהודי.

²¹ מנחם מאוטנר "ליברליזם בישראל: 'האדם הטוב', 'האזרח הרע', והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7 (2013).

²² פלד ושפיר, לעיל ה"ש 13.

²³ שם.

²⁴ שם.

שלישית, הפחתת ערך השירות הצבאי הועצמה בשל הירידה בתחושת האיום הקיומי הקולקטיבי, תהליך שהסכם השלום עם מצרים (1978) העצים. סקרי דעת קהל הראו ירידה של כ-10% בשנים 1987-2006 במדדי תחושת האיום המורכבים מתחושת האיום הקיומית מפני מדינות ערב, החשש מוויתור על שטחים תמורת שלום והחשש מהקמת מדינה פלסטינית.²⁵ השיח שהתפתח בעקבות מלחמת לבנון הראשונה ושהבחין בין "מלחמת ברירה", כלומר מלחמה שלא הייתה הכרחית להסרה של איום חיצוני, ובין "מלחמת אין ברירה" שלכאורה אפיינה את מלחמות ישראל בעבר, ביטא את הירידה בתחושת האיום הקיומי.

רביעית, התחזקה יכולתן של קבוצות, המרכזיות שבהן הן החרדים והאזרחים הפלסטינים, לצבור זכויות במנותק מתרומתן הצבאית. כושר המיקוח הפוליטי של קבוצות אלה גבר ככל שהפיצול במערכת הפוליטית גבר, והן יכלו למנף זאת לצבירת זכויות שונות. הכינון של רשת המוסדות החרדיים שתפקדו כמסלול מוביליות חוץ-צבאי, היא המחשה לכך.

כך נשחקה יכולת המעמד הבינוני לצבור בשירות הצבאי נכסים בעלי ערך חברתי. כמה ממדים רלוונטיים לשחיקה זו:

1. יתרונות חברתיים – יתרונם של המשרתים בצבא נפגע משקבוצות שאינן משרתות, ובמרכזן חרדים ואזרחים פלסטינים, הונגשו לזכויות ללא מבחן השירות הצבאי. תהליכים פוליטיים וכלכליים, ובהם היחלשותו של שיח הזכויות הרפובליקני, פגעו ביכולתה של ההתיישבות העובדת הוותיקה ליהנות מיתרונות כלכליים וסמליים שלא אחת הוצדקו בעבר בתרומה הצבאית של מגזר זה. במיוחד תרמה לשחיקה זו התעצמות של הקבוצות החרדיות. כל עוד היו החרדים מסוגרים בשכונותיהם, כתב יאיר שלג, הטריד הפטור משירות צבאי את החברה החילונית במידה פחותה, אך לא כך כאשר גברה הנוכחות החרדית במערכות השלטון, בהקצאת משאבים (כחינוך ושיכון) ואף ברבים מאתרי הנופש והבילוי.²⁶ אוניברסליזציה של מדינת הרווחה, במובן של החלשת הקריטריונים הקבוצתיים בנגישות לזכויות, היא מכוחות ההינע המרכזיים לשחיקת התגמולים הסמליים שקבוצות חזקות מפיקות משירותן הצבאי.

²⁵ Asher Arian, Paper presented at the International Conference on Public Opinion Democracy and Peace Making: From War to Peace and Back Again: Israeli Jewish Public Opinion 1987-2006 (May 23, 2006).

²⁶ הדתיים החדשים – מבט עכשווי על החברה הדתית בישראל 291 (2000).

2. שוק העבודה – בחסות חקיקה ופסיקה ליברליות איבד המושג "יוצא צבא", שהיה סמל חשוב ושבאמצעותו זכו יוצאי צבא לעדיפות בשוק העבודה, רבות מחשיבותו. יותר מכך, שירות צבאי החל להשיא פרמיה שלילית בשוק העבודה ככל ששוק זה נעשה תחרותי. הטענות על הפלייתם לרעה של אנשי מילואים במקומות עבודה היא אינדיקציה חשובה לכך.
3. מעמד פוליטי – מהפך 1977 נישל את המעמד הבינוני-חילוני מהדומיננטיות הפוליטית שלו והעלה קבוצות אחרות, ובמרכזן דתיים ומזרחים, תהליך שהשיח האתנו-לאומי שיקף וחיזק. תהליך זה היה מהגורמים לצמיחתה של מחאה פוליטית בשנות השמונים מקרב המעמד הבינוני-חילוני שחש ש"המדינה נלקחת" ממנו.
4. לגיטימציה למעמד מועדף – בהיותו קבוצה שבלטה בתרומתה הצבאית, היה המעמד הבינוני-חילוני הראשון להפנים כי בנסיבות של שיח רפובליקני נחלש, נעשה השירות הצבאי למרכזי פחות בעבורו להצדקת המעמד החברתי המועדף שלו. שיח ליברלי ואתוס השוק שימשו להצדקת הישגי הקבוצה.²⁷ בנסיבות אלה החלשת נוכחותו בצבא והגדלת משקלן בצבא של קבוצות שקודם לכן תפסו מקום שולי, לא סיכנו את הדומיננטיות של קבוצה זו.
5. ירידה באיום החיצוני – על רקע הקריאה הביקורתית של האיום החיצוני משנות השמונים, דוגמת התפיסה של מלחמת לבנון הראשונה כ"מלחמת ברירה", תרם הפיחות בתחושת האיום גם לפיחות בערך התרומה הצבאית. משמעות הירידה בתחושת האיום היא שמחיר הביטחון מאמיר בערכים יחסיים, כלומר המחיר המוחלט נשאר קבוע למדי אך התמורה פוחתת, דהיינו פוחתת התחושה של שותפות בסילוק האיום, הפחתה שבתורה מצמצמת את התגמול הסמלי לנושאים בהקרבה.
- במצב זה של שחיקת התגמולים מופרת המשוואה הרפובליקנית. במילים אחרות, עד לשנות השבעים, על הקרבה צבאית בלתי שוויונית פיצו תגמולים בלתי שוויוניים, כך שההיררכיה הפנים-צבאית שיקפה את ההיררכיה החברתית, כפי שגם קיבעה אותה ותמכה בה. זוהי תמצית המשוואה הרפובליקנית של הקרבה צבאית תמורת תגמולים, ועליה התבסס משטר התגמול הצבאי בישראל. עתה פחת ערכם של התגמולים שצברו בני המעמד הבינוני-חילוני: נשחק ערך ההמירות של דומיננטיות צבאית לחברתית,

²⁷ פלד ושפיר, לעיל ה"ש 13.

בכך שפחת תפקיד השירות הצבאי בעיצובה של ההיררכיה החברתית, בנגישות לזכויות חברתיות ולמעמד פוליטי, בהקניית יתרונות בשוק העבודה ובפיתוח הערך הסמלי של שותפות בהסרה של איום קיומי. עקב כך נפגעה המוטיבציה להקרבה צבאית והופיעו צורות שונות של התנגדות להקרבה. ההתנגדות הייתה בחלקה בממד האישי, כמו מוטיבציה נמוכה להתגייס, להשתבץ בתפקידים קרביים או להמשיך לשירות קבע, או בממד הקבוצתי. ביטוי להתנגדות קבוצתית הוא תסמונת הרגישות לחללים שהתפתחה בקרב המעמד הבינוני-חילוני בצורות שונות החל ממלחמת לבנון הראשונה ושהביאה לצורות שונות של מחאה. ביטוי אחר וחשוב לדיונו הוא התפתחות מחאה נגד אי שוויון בחלוקת הנטל הצבאי, ובמקרה זה התרחבות שיעורי הפטור של החרדים, שבה נעסוק מיד.

הצבא מצדו הסתגל לשינויים האלה. הוא עודד שינוי בהרכבו החברתי. כך, הוא הגביר את הישענותו על קבוצות דתיות וקבוצות ממעמד נמוך, שהן קבוצות הטעונות מוטיבציה גבוהה יותר להקרבה צבאית ביחס לקבוצות העילית. במיוחד בלטה מדיניות העידוד של גיוס חובשי כיפה, באמצעות פיתוח מפעל המכינות הקדם-צבאיות (משנת 1988) והרחבת מסלול ישיבות ההסדר שקם כבר במחצית שנות השישים. בד בבד הגביר הצבא את מדיניות הבררנות בגיוס, ומשנות התשעים התרחבו הפטורים. הפטורים, שהוחלו במקור על אזרחים פלסטינים, חרדים ונשים דתיות, הורחבו גם לגברים משכילים בני המעמד הבינוני, נשים מן המעמד הבינוני וגברים ממעמדות נמוכים, בשילוב של שני גורמים: (1) משבר המוטיבציה של המעמד הבינוני הביא לעלייה במספר הפטורים הרפואיים והנפשיים לגברים והפטורים לנשים המבוססים על הצהרת דת; (2) הצבא נטה לבלום ביקורת מוטת-שוק על עודפי כוח אדם שנוצרו בעיקר בשל הריבוי הטבעי וההגירה מברית המועצות לשעבר, ולכן הרחיב את פטורי הגיוס ואת קיצורי השירות.²⁸ הוא גם הצמיד תג מחיר כלכלי למשרתי המילואים ממחצית שנות השמונים, עד כי אחוזים ספורים שותפים לשירות מילואים משמעותי. אם נסכם מבחינה כמותית את התעצמותו של משטר הגיוס הבררני, נוכל לומר ששיעור המשרתים בצבא, כולל מילואים, עמד בשנים 1983–1984 על 16.4% מכלל

²⁸ רון שטרן "מהפך מוטיבציה לשירות בצה"ל – הסבר אפשרי" מערכות 28, 360 (1998).

האוכלוסייה, הוא ירד ל-12.2% בשנים 1992–1993 וירד עוד בשנים 2004–2005 ל-9.2% בלבד.²⁹

הבררנות אינה רק פתרון אלא גם בעיה. הגברת הבררנות מפחיתה עוד יותר את ערך התגמולים הסמליים של המשרתים ופוגעת במעמדם. בין גורמי הפיחות הנובעים מהגברת הבררנות נמנים הגורמים האלה: החשיפה הציבורית של הפטורים ושל ההישגים שצוברים הפטורים משירות (לדוגמה, כאמור למעלה, פטור החרדים); היכולת של פטורי השירות לרכוש יתרון יחסי על פני המשרתים באמצעות רכישה מוקדמת של השכלה והקדמת הכניסה לשוק העבודה; השחיקה בדימויו של השירות הצבאי כחובה מוחלטת; החלשת היכולת החוקית להפלות לטובה מחדש את המשרתים (ככל שרב משקלם של מי שפטורים משירות כחוק).

אם כך, כאשר הבררנות משולבת עם שחיקת התגמולים הסמליים, אין בכוחה לשמש מנוף לתגמול המשרתים בצבא. בנסיבות אלו מוגבלת היכולת לטעת בקרב משרתי המעמד הבינוני-חילוני את ההכרה שהם אליטת שירות שאמנם תורמת ומקריבה יותר מקבוצות אחרות, אך גם מתוגמלת בהתאם. שיח כזה היה יכול להתקיים בעבר, כשהמשוואה הרפובליקנית היטיבה עם קבוצה זו, אך לא עוד. כך מתנפצת הסתירה בין האתוס השוויוני לבררנות, סתירה המגולמת במשטר התגמול הצבאי.

כך נקלע מודל גיוס החובה למשבר לגיטימציה. משבר לגיטימציה הוא תוצאה של סתירה בין הגיונות פעולה שונים של המדינה היוצרים משבר אמון. במקרה זה – סתירה בין מודל הגיוס שהפך לבררני ובין האתוס המכונן השוויוני של מודל הגיוס, שמבחינה היסטורית גם נכרך בתגמולים רפובליקניים. כך נולדה תקופת דמדומים של מעבר ממודל גיוס חובה לצבא התנדבותי.

ד. תמורות בתפקוד הצבא

לתקופת המעבר מגיוס חובה לצבא התנדבותי כמה מאפיינים. אסקור שלושה מאפיינים עיקריים: המעבר מהדרה להכלה; המעבר מהסדרה היררכית להסדרה

²⁹ ששון חדר צבא חובה מול צבא מקצועי: השפעת שיטת הגיוס על העוצמה הצבאית של מדינת ישראל 99 (עבודה לקבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה לניהול, 2013).

הטורכית של הגיוס; המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו.

1. המעבר מהדרה להכלה

בררנות המשולבת בשחיקת תגמולים סמליים הפכה את השירות הצבאי מנכס לנטל בעבור המעמד הבינוני-חילוני. כך התחוללה בשלב זה התפנית מהדרה להכלה: כל עוד המעמד הבינוני-חילוני תפס את הצבא כמעוז שלו, מעוז שהקנה לו יוקרה ותגמולים, שהצדיק את הישגיו ושווהה אתו מבחינה היסטורית כמעמד "בונה האומה", לא גילה מעמד זה עניין בכך שאחרים הודרו מן הצבא, בין שמדובר בהדרה מלאה של פלסטינים וחרדים ובין שמדובר בהדרה חלקית, בעיקר מן הליבה הלוחמת של הצבא, של דתיים (מטעמי תרבות), מזרחים מן הפריפריה ונשים (מטעמי התאמה לכאורה). לשם המחשה, במהלך שנות השישים והשבעים של המאה הקודמת לא גויסו כשליש מן הגברים היהודים בהתאם לקריטריונים של כשירות,³⁰ אך תופעה זו לא עוררה עניין ציבורי או מחאה מצד המשרתים ורשתותיהם החברתיות.

לעומת זאת, התפיסה שהשירות הוא "נטל" משמעה שיש לחלוק את השירות עם אחרים, וזו התפנית מהדרה להכלה. התפנית ביטאה שינוי באסטרטגיה של חלקים מן המעמד הבינוני-חילוני שהתבטא במאבק לגיוס חרדים ובקידום "קמפיין המשתמטים" של אמצע העשור הראשון של שנות האלפיים, ושאף עורר לחצים ראשונים מן הצד הימני של המפה לגייס גם אזרחים פלסטינים. כך התפתח השיח של "חלוקת הנטל".

התפנית מהדרה להכלה פוגעת בלגיטימיות של מודל גיוס החובה בכמה מישורים. ראשית, אחת התופעות החדשות המזוהות עם שיח חלוקת הנטל היא הפיכת הבררנות לרשמית לכאורה בכך שנתונים על שיעורי הגיוס החלו להיחשף באופן תקדימי מראשית שנות האלפיים. נתונים אלו היו בחזקת טאבו קודם לכן כחלק ממצג האוניברסליות של "צבא העם". חשיפתם הייתה תוצאה של שחיקת הלגיטימיות של מודל גיוס החובה שהביאה ללחצים לחשוף את הנתונים, אבל גם העצימה את השחיקה ככל שהנתונים הציגו חלוקה לא-הוגנת לכאורה של נטל הגיוס.

שנית, האתוס המכוון של צה"ל, ביטוי מובהק לצבאיות הישראלית, לאתוס "צבא העם" ולאוניברסליות של הצבא, היה שהחיילים נקראים לשירות חובה אבל באים

³⁰ ספראי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 75-76.

כמתנדבים בהמשך למורשת החלוצית. בסתירה לאתוס זה עומדות הצגת השירות כנטל והתביעה כי נטל זה ייאכף על אחרים אף נגד רצונם. הרטוריקה של נטל מעצימה בתורה עוד יותר את הפיחות שחל בערך השירות הצבאי.

שלישית, הארכיטקטורה של מודל הגיוס הייתה זהירה ומתוחכמת דיה להימנע מהעמדת הצבא בקונפליקט עם קבוצה שאינה רוצה להתגייס, כמו חרדים, נשים דתיות ואזרחים פלסטינים. השירות נאכף על בודדים אך לא על קולקטיב. לא בכדי הסתייג הצבא בסוף שנות התשעים (בפני ועדת טל) מאכיפת גיוס על חרדים.³¹ גישה זו נשענה על האתוס ההתנדבותי של השירות הצבאי, כשם שהעצימה את האתוס הזה, שהיה מרכיב חשוב בבינוי האוניברסלי של הצבא. אכיפה אלימה של גיוס על חרדים, ואולי גם על אחרים, תחליש אפוא מאוד את מעמדו האוניברסלי של הצבא.

רביעית, התביעה להכלה עושה שימוש באתוס השוויוני של השירות ומבקרת את הפער בינו ובין אופן המימוש של ההכלה בפועל. בה בעת התביעה להכלה גם מערערת את האתוס השוויוני משום שהיא אינה יכולה להתממש במלואה. ואכן, חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד–2014, ס"ח 350, שנחקק בראשית 2014 כדי לעודד גיוס חרדים, יביא, גם על פי התחזיות האופטימיות, לגיוס של שיעור נמוך בלבד של חרדים לצבא. שיח ההכלה מקבע בכך, אבל גם ממסד, אי שוויון, מה שמכרסם עוד יותר בבסיס ההוגנות של גיוס החובה ובכך מערער את הלגיטימיות שלו.

חמישית, התביעה להכלה יוצרת מתחים בין-קבוצתיים. ביטוי לכך היה הניסיון להחיות את השיח הרפובליקני, שנחלש משנות התשעים, אל מול שיחי אזרחות אחרים, ובעיקר השיח הליברלי. השיח הרפובליקני המסורתי שרטט היררכיות שהבליטו את המעלות הטובות של התורמים, וכך שרטט באופן שנתפס כלגיטימי את גבולות החברה בהתאם לגבולות המעמד הבינוני-חילוני-גברי. בשונה מכך, השיח הרפובליקני החדש, יותר משביקש לרומם את התורמים, הוא עסק בגינוים של הלא-תורמים, מי שאינם ישראלים תקינים, שאינם "נמצאים מתחת לאלונקה" (כפי שהציג "הפורום לשוויון בנטל"). רטוריקה זו הסלימה עד לדרישה להטיל סנקציות על משתמטים משירות, דרישה שבלטה בשיח החקיקה של תיקון מס' 19.³²

³¹ הועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות דין וחשבון כרך א 32 (מהדורה שניה, 2000) (להלן: דוח ועדת טל).

³² לדיון מפורט ראו יגיל לוי "המחאה שלא הייתה – על מחאת נטל הגיוס" המרחב הציבורי 8, 55 (2014).

דוגמה בולטת לשיח זה הייתה שיח השכול החדש, שהתפתח בעיצומה של מלחמת לבנון השנייה (2006). ראשי התנועה הקיבוצית הבליתו את הנוכחות הגבוהה של צעיריהם במפת השכול של המלחמה וקראו תיגר על הניסיון לגמד את תרומתם הצבאית בעבר. הבלטה דומה הציעו גם המתנחלים, הפעם גם כהתרסה על חלקן המצומצם של קבוצות אחרות. הגדיל לעשות ראש אגף משאבי אנוש, האלוף אלעזר שטרן, שמתח ביקורת פומבית על כך שבני תל אביב הוותיקה אינם מיוצגים במפת השכול, ובכך עורר ויכוח ציבורי. במילים אחרות, היה כאן ניסיון להחיות את השיח הרפובליקני באמצעות שיח שכול החותר להקנות מחדש משמעות סמלית להקרבה הצבאית מצד מי שנדחק על ידי שיחים חלופיים. ואולם, יותר משהיה מדובר בשיח רפובליקני במונחים היסטוריים, כלומר שיח של תביעה לתמורה בשם התרומה הצבאית, ביטא שיח השכול החדש מהלך של דהלגיטימציה של האחר, מי שאינו תורם.³³

שיח רפובליקני חדש זה לא היה מנותק מההתפתחותה של "פוליטיקת הזהויות" בישראל. "פוליטיקת הזהויות" ביקשה, תוך כדי קריאת תיגר על ההגמוניה האשכנזית-החילונית-הגברית, להעצים את הביטוי הציבורי ואת הייצוג של זהויות קיבוציות מתהוות ושל קולות שהודחקו בעבר מליבת השיח, ולקעקע את המודל ההיסטורי של כור היתוך ואת ההיררכיות החברתיות שהובנו סביבו.³⁴ כך ניתן מקום למבעים של מזרחים, מהגרים רוסים (שלא נתבעו לזנוח את תרבותם המקורית), נשים, אזרחים פלסטיניים ועוד. שיח כזה מחדד את המהלך של חידוד קטגוריות קבוצתיות ואת המתח ביניהן. מתח זה התפרס גם לזירת השיח על הצבא.

אם כך, מאבקי גיוס מהופכים – לא מצד המודרים המבקשים להשתלב בצבא, אלא מצד המדירים לשעבר המבקשים לשלב מודרים ולהקל בנטל – מחלישים את האתוס האוניברסלי של הצבא ואת ההסכמה סביב מודל גיוס החובה.

הצבא מצדו שיתף פעולה עם אסטרטגיית ההכלה. הוא בחר לרפא את הלגיטימיות של מודל גיוס החובה באמצעות חתירה להגברת השוויון בנטל הגיוס, ולכן

³³ לוי מצבא העם לצבא הפריפריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 305–306.

³⁴ יוסי יונה ויהודה שנהב "המצב הרב-תרבותי" תיאוריה וביקורת 17, 163 (2000); אורי רם "פוסט-ציונות: העשור הראשון – סוציולוגיה של ערעור על הגמוניה לאומית" חברה וכלכלה בישראל כרך ב 803 (אבי בראלי, דניאל גוטוויין וטוביה פרילינג עורכים, 2005).

צמצם פטורי גיוס, תמך בקמפיין המשתמטים,³⁵ החל לתמוך (או לפחות לשתף פעולה) עם הדרישות לגיוס חרדים בכפייה (רעיון שהסתייג ממנו בעבר, כאמור) ואף העלה הצעות להחלה של שירות אזרחי חובה על כל מי שלא יגויס לצבא.³⁶ במילים אחרות, הצבא אימץ את אסטרטגיית ההכלה, הגם שהיא מסבה נזקים ללגיטימיות של גיוס החובה.

לבחירה של הצבא במהלכים אלו היו חלופות. לצד השלמה עם המשך שחיקת הלגיטימיות של מודל גיוס החובה והאצת המעבר לגיוס התנדבותי היה הצבא מסוגל לנסות לחפש מנגנוני לגיטימציה חלופיים של שירות חובה בררני. ארחיב על כך בסיום המאמר, אבל בשלב זה חשוב לציין כי העמדה המסורתית של מערכת הביטחון, כפי שהוצגה בתגובות לעתירות לבג"ץ בעניין גיוס חרדים, הייתה שגיוסם אינו רצוי.

ביטוי לגישה זו מצוי בעמדה שהציג שר הביטחון בשנת 1986 (יצחק רבין) בבג"ץ רסלר, בנמקו את מערכת השיקולים המנחים אותו בהפעלת שיקול דעתו בעניין דחיית שירותם של בחורי הישיבות. שר הביטחון יצחק מרדכי חזר ואימץ גישה זו בתשובה לבג"ץ בשנת 1998 על רקע דומה. בין הנימוקים (לצד כיבוד האמונה והרגישות של החרדים) נאמר גם כך:

... [אורח החיים של תלמידי הישיבות הינו דתי קיצוני ביותר ועקב כך ההליכה לצבא גורמת להם בעיות חמורות בהסתגלות לחברה ולתרבות זרות להם, וקשיים בשמירה קפדנית על מצוות הדת... [נוהגי יום יום אחרים שלהם עלולים להערים קשיים רבים בהערכות צה"ל לשילובם במסגרותיו...]

... [יעילות שירותם מוטלת כל כולה בספק עקב הקושי הנפשי שלהם להתבטל מתלמוד תורה ועקב חינוכם ואורח חייהם המיוחד...]

איש אינו יכול להתנבא, אם גיוס אלפים רבים של תלמידי ישיבות, אשר יראו בגיוסם לצבא פגיעה ביסוד אמונתם, לפיה תלמוד תורה קודם לחובה לשרת בצבא, יוסיף לכח הלחימה של צה"ל, או חלילה, יפגע בכוח זה. אין כל בטחון שגיוס כזה, גם אם יגדיל מבחינה מספרית את

³⁵ אלעזר שטרן משא כומתה – ניוטים בגובה העיניים 255–256 (2009).
³⁶ אנשיל פפר "הרמטכ"ל מציע: שירות אזרחי לכולם, ממנו יבחר צה"ל את החיילים"
הארץ 2.12.2009, 1.

כוחו של הצבא, לא יהיו לו השלכות שליליות מרחיקות לכת על חוסנה הפנימי והחיצוני של המדינה.³⁷

נימוקים אלה מבטאים הכרה בשונות התרבותית החרדית. הכרה זו שירתה כמה מטרות: ראשית, הכרה זו הצדיקה הימנעות מכפיית שירות בטענה כי לא תצמח מכך תועלת. בכך חוזק שוב האתוס ההתנדבותי, לכאורה, של הגיוס המרחיק את הצבא מעימות קבוצתי עם מגויסים שאינם רוצים לבוא בשעריו. גישה דומה השתקפה בעמדתו הרשמית של הצבא כי הוא מעודד גיוס חרדים כפוף לכך שהדבר ייעשה "בדרך של הדברות והסכמה".³⁸

שנית, וכאמור למעלה, הכרה זו שרטטה את גבולות הישראליות התקנית שהתרבות הפוליטית הצבאית התוותה על פי דיוקנו של הגבר היהודי, החילוני או הדתי-לאומי. החרדים הודרו מגבולות אלה. עצם התוויית הגבול ניסתה לשמר את היוקרה המועננת למגויסים לצבא מעצם שיוכם לקולקטיב המועדף. לכן בעבור מה שהצטייר עדיין כחוט השדרה החברתי של הצבא – המעמד הבינוני-חילוני – היה אי גיוסם של חרדים מקור עוצמה של אחיזה בנכס הגיוס.

שלישית, ההכרה בשונות התרבותית החרדית העניקה לגיטימיות מבוססת להחלטה לפטור קבוצה שאינה מתאימה לשירות צבאי, ולכן החילה בפועל את עקרון השוויון רק על מי שכשיר לשרת, כלומר ההכלה הייתה איכותית ולא כמותית. ביטויים כמו "אורח חיים דתי קיצוני", "בעיות הסתגלות", הפוטנציאל "להערים קשיים", "יעילות השירות מוטלת בספק", העידו על כך. נמתח קו ברור המבחין בין מי שמתאים לאורח החיים הצבאי ובין מי שלא זו בלבד שאינו מתאים לו, אלא אף עשוי להפריע לו. אך בשנות האלפיים נסוג הצבא מגישה זו ואימץ אסטרטגיה של הכלה כמותית. הדבר נבע מהבנה כי שיעורי אי הגיוס מאיימים על הלגיטימיות של מודל הגיוס, שהרי בכך עוסק שיח הגיוס מראשית שנות האלפיים. לכן הדרך לרפא את הלגיטימיות, סבר הצבא בטעות, מחייבת עלייה בשיעורי הגיוס.

³⁷ בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 496-497 (1998); בג"ץ

910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 456 (1988).

³⁸ דוח ועדת טל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 32.

2. המעבר מהסדרה היררכית להסדרה הטררכית של הגיוס

לפי הבחנותיו של ג'סופ,³⁹ קואורדינציה הטררכית (heterarchy) התפתחה במערב בעיקר משנות התשעים לצד שתי הקואורדינציות האחרות המסדירות את הפעולה החברתית: קואורדינציה על ידי השוק ("אנרכית") וקואורדינציה על ידי המדינה ("היררכית"). הקואורדינציה ההטררכית היא רשתית ומבוססת על התארגנויות עצמיות ורבות של ארגונים אוטונומיים שונים (כמו NGOs) המקיימות ביניהן רשתות ענפות של השפעה הדדית. המדינה משלבת את הרשתות האלה בניהולה של מדינת הרווחה (בעיקר שירותי רווחה, בריאות וחינוך), כמרכיב של מה שקרוי המשילות החדשה.

בדומה לכך, הקואורדינציה נהפכה להטררכית גם בתחום הגיוס. בטרם תעבור הסדרת הגיוס מהיררכיה, כלומר אכיפת המדינה, לאנרכיה, כלומר הסדרה על ידי כוחות השוק – שהוא המעבר משירות חובה לשירות התנדבותי – מפעילה המדינה גם הסדרה רשתית, הטררכית. הסדרה זו נעשית באמצעות שילוב מתווכים בגיוס בדמות ישיבות ההסדר והמכינות, לצד מתווכים אחרים, כמו הורים, בתי ספר ועמותות המעודדות גיוס. גם המודל שהתעצב לגיוס חרדים לפי תיקון מס' 19, מבוסס על מכסות גיוס, כלומר הוא מעניק אפשרות למיקוח בין הצבא לישיבות ולקהילות החרדיות, והן מתווכות בין הצעיר החרדי לצבא. הסדרה הטררכית במערך המילואים גורמת לכך שהשירות נשען על גיוס חובה, אבל גובר המשקל של הידברות עם ארגוני מילואים על התנאים החומריים של השירות לצד התגברות המיקוח האישי בין המגויס ליחידתו.

המעבר למודל של גיוס חובה בררני תורם לכך: האופי הייחודי של מודל זה מעניק משקל לשוק ולחברה האזרחית בהיותם אלה שמעצבים את ההעדפות של פרטים ושם קבוצות בכל הנוגע לשאלות אם להתגייס ולאיזה מסלול, כשם שהשוק והחברה מעצבים את גבולות כושר המיקוח של פרטים וקבוצות מול הצבא במימוש ההעדפות האלה. בנסיבות אלו נעשית החברה האזרחית (לצד השוק) לכתובת עיקרית של המדינה כדי לעודד גיוס, לצד המשך השימוש בכלי האכיפה של המדינה שמאפיין גיוס חובה.

³⁹ Bob Jessop, *The Changing Governance of Welfare: Recent Trends in its Primary Functions, Scale, and Modes of Coordination*, 33 SOC. POL'Y & ADMIN. 348 (1999).

בצבא התחזקה המוטיבציה לעבור מהסדרה היררכית לרשתית גם בשל נטייתו, הנובעת כאמור מן המורשת המוסדית של השנים המכוננות, לשמר את האתוס ההתנדבותי של השירות הצבאי. להמחשה, הסתייגותו ממהלכי אכיפה של גיוס הביאה משנות השבעים את הצבא להעדיף מתווכים על פני אכיפה גם בהתייחס לציבור הדתי, ולכן הוא הרחיב את השימוש במכינות ובישיבות ההסדר. הצבא נהג כך אף על פי שהוא יכול היה לגייס את הצעירים הדתיים ללא תיווך ומתוך מינוף המוטיבציה הגואה שלהם להשתלב במערך הלוחם של הצבא. כך או כך, הסדרת הגיוס של מרבית הקבוצות החברתיות הייתה בעבר היררכית במובן זה שהצבא גייס את הצעירים ללא שימוש במתווכים ואכף במישרין את סמכותו. החריגה היחידה הייתה ההתיישבות העובדת, שאֵתה כוננו הפוליטיקאים הסדרים ייחודיים בדמות מסלול הנח"ל. הסדרים אלו נבעו מעוצמתה הפוליטית של ההתיישבות העובדת בשנותיה הראשונות של המדינה, אך הם נחלשו ככל שדעך מעמדו של מגזר זה, ובמקביל התחזקה המדינה כלפי פנים.

המעבר לקואורדינציה ההטררכית שוחק את הלגיטימיות של גיוס החובה. בראש ובראשונה הוא מגביר את מרחב המיקוח של קבוצות ויחידים עם הצבא. זה המעבר מצבאיות נתינית לצבאיות חוזית, כלומר מעבר מתפיסה המניחה שירות חובה במושגים של תרומה בלתי מותנית למדינה, לאימוץ "צבאיות חוזית" המבוססת על התניית השירות בהתאם לשאיפות ולאינטרסים של הפרט.⁴⁰ התוצאה היא שהצבא עשוי להעדיף צרכים של קבוצות על פני שימור האתוס האוניברסלי שלו, ואפשר להמחיש זאת בכמה דרכים.

האחת היא היררכיית המוות. הצבא מכפיף את עקרון הסולידריות, שלפיו כל האזרחים שווים בנגישותם לזכות להגנה, לאילוף תרבותי-ארגוני הנובע מהתגברות הרגישות החברתית לחללים צבאיים. עם זאת, רגישות זו אינה שוויונית. הפוטנציאל לתרגם רגישות לפעולה קולקטיבית חתרנית שתגביל את פריסתו של הצבא במשימות עתירות סיכון, גובר ככל שקבוצה חזקה מקריבה. הדבר הביא את הצבא לעצב את ההקרבה באופן היררכי – קבוצות שוליות ודתיות של חיילים נמצאות בסיכון גבוה לעומת קבוצות חזקות, חיילי חובה מצויים בסיכון גבוה יותר מחיילי מילואים, שיש להם יכולת להתארגן. כאשר יש צורך בסיכון של קבוצות חזקות או בסיכון ממשי של

⁴⁰ גיל לוי, עדנה לומסקי-פדר ונועה הראל "מ'צבאיות נתינית' ל'צבאיות חוזית' – פניה המשנתות של הצבאיות בישראל" המרחב הציבורי 1, 89 (2007).

קבוצות חזקות פחות מקרב החיילים, יועדף סיכונה של האוכלוסייה האזרחית עד גבול מסוים, כפי שהומחש לא אחת בלחימה בלבנון ובעזה.⁴¹

המחשה אחרת היא הפגיעה בעקרון הניטרליות הדתית של הצבא, שעליה הצביע אסא כשר.⁴² כושר המיקוח של הקבוצות הדתיות הביא את הצבא לסטות מן הגישה שאפיינה אותו בראשיתו, של אכיפת הסדרי דת בסיסיים בלבד על חיילים חילונים ודתיים כאחד. תחת זאת אימץ הצבא מהלך של הדתה שבין ביטוייה חיזוק הרבנות הצבאית הראשית והטלת מגבלות על שילובן של נשים ביחידות השדה במחיצת דתיים. ההסדרים התרבותיים התומכים במהלך זה עוצבו בחלקם מתוך הידברות עם רבני ישיבות ההסדר והמכינות. יש לכך השלכה על לכידותו הפנימית של הצבא בכמה מישורים: (1) ניכור חיילים חילונים; (2) ניכור דתיים מזרמים שאינם אורתודוקסיים; (3) הקונפליקט המתפתח בין נשים חילוניות לגברים דתיים; (4) שילוב החרדים בצבא במובלעות סטריליות מנשים; ועוד.

המחשה שלישית באה לידי ביטוי בהגבלות שקבוצות דתיות מטילות על יכולת הצבא לאכוף חוק וסדר בגדה המערבית על רקע איומי סרבנות, מחאה, הדלפות והטיות אחרות.⁴³ אין לכך השלכה מיידית על מעמדו של הצבא, אבל יש בכך פוטנציאל לפגוע בעתיד ביכולת הצבא לממש את הרצון הפוליטי הקולקטיבי של קהילת האזרחים, ככל שיתגבש רצון כזה, לפנות מספר גבוה של התנחלויות. בנסיבות אלו ייקלע הצבא למוקד של קונפליקט פוליטי, ותפקודו ילבה את הקונפליקט הזה ולא ימתן אותו.

ולבסוף, הידלדלות מצאי התגמולים הסמליים של הצבא מביאה אותו (כצבאות אחרים במערב) לעבור מאסטרטגיה של כור היתוך לניהול שונות. ניהול שונות הוא אמצעי אפשרי להפקת תגמול סמלי לקבוצות מיעוט בדרך של הטענת שירותן בערך סמלי, למשל באמצעות חיזוק תחושת השייכות שלהן לצבא או חיזוק התחושה שהן

41 YAGIL LEVY, ISRAEL'S DEATH HIERARCHY: CASUALTY AVERSION IN A MILITARIZED DEMOCRACY (2012).

42 אסא כשר "דת וממלכתיות בצבא של מדינה יהודית ודמוקרטית" בין הכיפה לכומתה – דת, פוליטיקה וצבא בישראל 401 (ראובן גל עורך, 2012).

43 הדס מינקה-ברנד מנהיגות צבאית בהקשר אזרחי – מאפיינים פסיכולוגיים וסוציולוגיים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, 2011); Yagil Levy, *The Israeli Military: Imprisoned by the Religious Community*, MIDDLE EAST POL'Y, Summer 2011, at 67.

משפיעות על כלל הצבא. המעבר לניהול שונות מערער עוד יותר את דימויו האוניברסלי של הצבא שהרי הצבא מקבע הבחנות בין קבוצות ואף יוצר היררכיות ביניהן.⁴⁴ גם ניהול שונות מושפע מ"פוליטיקת הזהויות", שהרי זו מקשה על הצבא לדבוק במדיניות תרבותית המתעלמת מהשונות התרבותית.

3. המעבר מחברה הבונה סולידריות בעבור הצבא לצבא הבונה סולידריות חברתית לצרכיו

מבחינה היסטורית כוננה המדינה, כארגון אזרחי, את מדיניות הרווחה ואת הזכויות שהיא מקנה כמרכיב מרכזי של המשוואה הרפובליקנית. בכך היא סייעה לבניית סולידריות, גם אם לאורך זמן נוצר אי שוויון. נסיגת המדינה מיכולתה לפתח מערכת תגמולים לעידוד ההקרבה הצבאית, נסיגה שהתחזקה בשנות התשעים, קיבלה ביטוי בהיחלשותה של מדינת הרווחה. לצדה נוצר קושי גובר והולך להפלות לטובה את קבוצות המעמד הבינוני בעבור שירותן, ככל שהתהווה ניתוק בין חיילות לאזרחות, כלומר בין שירות צבאי לזכויות. תהליך זה עודד את הצבא להיכנס לריק שהותירו מוסדות המדינה ולחפש דרכים משלו להבטיח את תזרים כוח האדם.

על רקע זה לא הסתפק הצבא בתפקיד פסיבי המטיל על החברה את האחריות לגידול חייליו ועל המדינה את האחריות לתמצם, אלא ביקש למלא תפקיד פעיל, לרבות בעיצובה של החברה. הרמטכ"ל משה יעלון וקצין חינוך ראשי, ולימים ראש אגף משאבי אנוש, אלעזר שטרן, בלטו בשיח זה בשנות אינתיפאדת אל אקצה. הצבא לא הסתפק עוד ב"עם בונה צבא" המבטא גם את התהליך הנורמטיבי של צבא המעוצב על ידי אזרחיו. תחת זאת טבע שטרן את המשפט "עם בונה צבא בונה עם", כלומר הטיל על הצבא את האחריות לתיקון החברה. שהרי "[...]היחד שלנו במשך שנתיים או שלוש בצבא... בכל זאת בונה אותנו כחברה", כדבריו.⁴⁵ ברטוריקה של יעלון ושטרן הוצגה החברה שהתעצבה לאחר הסכם אוסלו, כקלוקלת ולפחות ככזו שערכיה משחיתים את הצבא⁴⁶ ושאינה ערוכה לתפקד כ"חברה במאבק", כדברי יעלון.⁴⁷ בן-גוריון הציע כי

44 Edna Lomsky-Feder & Eyal Ben-Ari, *Performing the People's Army: The Israeli Military Manages Symbolic and Moral Boundaries*, in TOWARD AN ANTHROPOLOGY OF NATION BUILDING AND UNBUILDING IN ISRAEL 41 (Fran Markowitz, Stephen Sharot & Moshe Shokeid eds., 2015).

45 **משא כומתה**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 152.

46 ראו, לדוגמה, טל פלד "עם בונה צבא בונה עם – האומנם?" **מערכות** 68, 442 (2012).

"הוטל על צבאנו להיות כוח בונה – בונה עם ובונה ארץ",⁴⁸ וכיוון לתפקיד הצבא לקדם את פרויקט "קיבוץ הגלויות" מעצם יתרונותיו הארגוניים בשנות המדינה הראשונות (כמו כניסה למעברות) או אופיו המפגיש קבוצות שונות בשורותיו. אבל בן-גוריון לא דיבר על תיקון החברה. בעידן שטרן ויעלון נכנס הצבא, למעשה, לוואקום שהותירו מוסדות המדינה. המדינה ערערה את המשואה הרפובליקנית ותרמה לפיחות ערך ההמירות של המשאבים שהמעמד הבינוני-חילוני הפיק מהצבא. זאת, עם שחיקתה של מדינת הרווחה, העצמתה של חברת השוק ומתן אפשרות למוביליות חברתית ופוליטית לקבוצות שונות ללא תלות בעמידה במבחן השירות הצבאי. לכן פנה הצבא לפעול בעצמו להבטחת התזרים של כוח אדם צבאי.

לצורך כך קידם הצבא סדר יום חינוכי שהעיקריים במאמציו היו כניסה למערכת החינוך ו"ייהוד" הצבא. הצבא שיתף את מערכת החינוך האזרחית במהלך שנועד לחזק את המוטיבציה להתגייס לצבא, כשהוא זיהה ירידה בשיעורי הגיוס בתיכונים המבוססים. ביטוי ממשי ראשון לכך היה פרויקט "סא"ל לכל בית ספר", שהושק בשנת 2004 ושכלל ליווי כיתות על ידי קצינים שיעודדו גיוס. בהמשך נעשו בתי הספר התיכונים לחולייה במה שנקרא "שרשרת החיול": גיוס החייל והחיילת אינו מתחיל עוד בלשכת הגיוס אלא בבתי הספר התיכונים. מיזם "דרך ערך" שהושק בשנת 2010 הציב כ"היעד המרכזי המשותף [למשרד החינוך, למשרד הביטחון ולצה"ל את] הכנת כלל בני הנוער לצה"ל, על ידי חיזוק נכונותם ומוכנותם לשירות משמעותי ותורם, תוך הדגשת חשיבותו של המערך הלוחם".⁴⁹

בתוך כך החלו גם בתי הספר התיכונים להשתתף בפרויקט שכותרתו "מסע ישראלי מבראשית", שפותח בשיתוף פעולה בין משרד החינוך לעמותת "מבראשית", שהרב מוטי אלון היה בין מייסדיה. המסע, המקיף כ-15,000 תלמידים בשנה, עוסק בכיורן זהותו של הצעיר דרך כמה מעגלים שראשיתם "הקשבה עצמית-פנימית" ושיאם "אני והזהות היהודית שלי". במהלכו של מעגל זה מגיעים התלמידים לקבלת

⁴⁷ תמיר ליבל "מ'צבא העם' ל'צבא העם היהודי" בין הכיפה לכומתה, לעיל ה"ש 42, 205.
⁴⁸ מכתב מדוד בן-גוריון ליגאל ידין (27.11.1950) דוד בן-גוריון – ראש הממשלה הראשון – מבחר תעודות (1947–1963) 169, 171 (אלי שאלתיאל עורך, התשנ"ז) (הספר להלן: מבחר תעודות).

⁴⁹ "הסכם פעילות הכנה לצה"ל" משרד החינוך, מינהל חברה ונוער נכונות לשירות ומוכנות לצה"ל – אוגדן תוכניות, נושאים והפעלות 265, 267 (2010).

שבת ותפילה בכותל.⁵⁰ לדברי תלמידים חילונים, המעבר מהמעגל המצומצם לרחב מלווה באינדוקטרינציה שהמסר שלה הוא שהיהדות חשובה יותר מהדמוקרטיה.⁵¹ לצד זה, אימצו גם בתי הספר התיכונים את המסעות לפולין (מצעד החיים) כמכשיר חינוכי.⁵² בשנת 2013 גם יושמה מערכת להערכת הישגי המורים כחלק מרפורמת "עוז לתמורה", שהושקה בשנת 2011 ושמטרתה לקדם את החינוך בחטיבה העליונה. הרפורמה מתגמלת את עובדי ההוראה בגין הישגי בית הספר, הכוללים גם את שיעור הגיוס לשירות צבאי.⁵³

ביטוי חשוב אחר לשינוי בגישת הצבא היה גיוס היהדות כמרכיב עיקרי בחברות החייליים, בראש ובראשונה החילונים. על רקע זה יש לראות את הברית המתהדקת עם הציונות הדתית ואת העצמתה של הרבנות הצבאית הראשית. חברות דתי נתפסו כמכשיר יעיל להטענה מחודשת של החיילים במוטיבציה להקריב לאחר שהמערכת המקורית של התגמולים הסמליים נתפסה ככזו שאיבדה חלק מכוחה.

המסמך "יעוד ויחוד" – צה"ל: זהות ישראלית-יהודית", שניסח הצבא, הגדיר לראשונה את זהותו של הצבא כ"צבאה של המדינה היהודית-דמוקרטית שבה הזהות היהודית הינה גרעין הזהות הלאומית של מדינת ישראל". הצבא גם החל לעסוק באופן פעיל בגיור חיילים. במארכ 2001 נימק זאת קצין חינוך ראשי שטרן לוועדת העלייה, הקליטה והתפוצות של הכנסת: "[אני חושב שמי שיהיה רשום כיהודי הסיכוי שלו להישאר אתנו בצבא לאורך זמן ושהילדים שלו יתגייסו לצבא-הגנה לישראל הוא גדול יותר".⁵⁴

אכן, "יעוד ויחוד" הגדיר את המדינה כמדינה יהודית דמוקרטית וקבע לראשונה כי "צה"ל הוא צבאה של המדינה היהודית והדמוקרטית, שבה הזהות היהודית הינה גרעין הזהות הלאומית של מדינת ישראל" (סעיף ב3). במקום אחר נקבע כי גם אם צה"ל אינו מגדיר "הדות" או "ישראליות", עליו "לבנות את הזהות הלאומית של

⁵⁰ אתר עמותת "מבראשית" www.mibereshit.org/bereshit.aspx?sec=77765 (נבדק ב-16.1.2014).

⁵¹ אור קשתי ויעל געתון "אינדוקטרינציה דתית במקום מסע ישראלי" הארץ 11.3.2011, 10.

⁵² יובל וורגן משלחות תלמידים לפולין סעיף 3 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2008).
⁵³ מדינת ישראל, משרד החינוך, המינהל הפדגוגי, אגף א' חינוך על יסודי רפורמת עוז לתמורה – פדגוגיה, ארגון וניהול 21–22 (גרסה ב', שנה"ל התשע"ג).

⁵⁴ פרוטוקול ישיבה של ועדת העלייה, הקליטה והתפוצות, הכנסת ה-15, 11 (5.3.2001).

חייליו על בסיס הערכים והזכרון הקולקטיבי של העם היהודי ולהציג בפניהם את גווניה השונים של היהדות, באופן שיאפשר להם לראות עצמם שייכים אליה ולהזדהות עימה" (סעיף 13). לשם השוואה, בן-גוריון קבע במכתב לרב יהודה לייב מימון, ממנהיגי המזרחי, ב-7.7.1958:

ועל-פי ההלכה עצמה אין להגיד שיהודי שאינו דתי אינו יהודי. זיקת הדת היהודית לעם היהודי קיימת ועומדת, ואין להטיל בה כל ספק; אבל זיקת העם היהודי לדת אינה קיימת, בין אם הדבר הוא רע או לא, לא נכון שחוקקנו חוקים שבהם נקבעה הזהות בין יהודי כלאום ובין יהודי כדת... בעניין כשרות בצבא – נראה היה לנו שבצבא צריך כל יהודי להרגיש עצמו בביתו, ומכיוון שהנחנו כיסוד מוסד – ואני מקווה שיסוד זה יישאר גם להבא, שאין כפייה דתית, וכל צעיר חייב ללכת לצבא – ראינו צורך שכל חייל יאכל במחנה כשרות, למען שחייל דתי יוכל לאכול בצבא כמו חבריו.⁵⁵

במילים אחרות: בן גוריון הבחין בין יהדות לדת, לא הגדיר במקום זה או אחר את הצבא כיהודי והוא ראה בהסדרי הכשרות הסדרים הנובעים מגילוי סובלנות כלפי החייל הדתי, אבל לא מזהותו הדתית של הצבא. נהפוך הוא, בן גוריון הדגיש, בעיקר בספרו יחוד ויעוד (1971), המקבץ את מאמריו ונאומיו בשנים 1947–1963 ושהיה מקור השראה למנסחי "יעוד ויחוד", את תפקיד הצבא בבינויה של האומה-העם החדש, שכינה "ישראלי" או "עברי". רק כעבור קרוב לחמישים שנה נוצר המניע להגדיר את זהותו של הצבא כצבא יהודי, גם אם לא כדתי.

לעיגון החוקתי של הגדרת זהות זו סייע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992), שקבע את מהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אפיון זה של המדינה מקרין גם על ייעודו של הצבא, טען שופט בית המשפט העליון חנן מלצר, לרבות על הזיקה של תרבותו להגשמה של ערכים יהודיים, ובכלל זה גם מעמדו המיוחד של הרב הצבאי הראשי.⁵⁶ עם זאת, נכון להבחין בין בסיס הלגיטימיות של "יעוד ויחוד" ובין המוטיבציה לכתיבתו מעל עשור לאחר שנחקק החוק, מוטיבציה הנובעת מהקשיים שעמם התמודד הצבא.

⁵⁵ מבחר תעודות, לעיל ה"ש 48, 444, בעמ' 446–447 (ההדגשה הוספה).

⁵⁶ חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים יד 347, 355 (2012).

הגדרת אופיו של הצבא מנביעה היררכיה המבחינה בין חיילים יהודים ללא יהודים. זאת, בצבא שבו שיעור גבוה מבעבר של מהגרים לא יהודים מברית המועצות לשעבר, לצד דרוזים ובדואים ששולבו משנות התשעים ביחידות הלוחמות ללא המגבלות שאפיינו את שילובם בעבר. היררכיה זו אף מציבה חסם להשתלבותם בעתיד של אזרחי ישראל הפלסטינים. אבל היררכיה זו גם מתווה הבחנה בין דתיים לחילונים. הקביעה כי "ההגנה על המדינה תובעת מסירות בלב ובנפש, וכי חייל בעל זהות לאומית מגובשת ייטיב לבצע את תפקידו" (סעיף 13), והדגשת הצורך, כאמור למעלה, בבניית זהות לאומית המבוססת על הערכים והזיכרון הקולקטיבי של העם היהודי – אלה מעניקות קדימות לחייל הדתי שחיבורו למורשת היהודית נתפס מוצק יותר, ושדימויו כבעל יכולת להזדהות ולהשתייך ליהדות מובהק יותר. הגדרתו של הצבא כישראלי הייתה מבטלת את קווי התיחום של היררכיה זו. ומשעוצבה דמות החייל התקני, גם נוסחה השיטה שלאורה יש לחנך מחדש את חיילי הצבא. אין, אפוא, תמה כי גם ביחידות שיש להן הרכב חילוני בולט (כפי שמעיד מחקר שנעשה בגדוד 50 של הצנחנים בראשית העשור השני של שנות האלפיים), נתפסה היהדות כסמן של גבולות הצבא, והדתיים מוצגים כמי שממלאים את תפקיד השימור של התרבות הקולקטיבית.⁵⁷

נכון כי חלק ממעצביו של "יעוד ויחוד" בקשו לעגן את זהות הצבא על ערכים, מורשת ותרבות יהודיים אך לא דווקא דתיים, אבל ההזדקקות לערכים יהודיים עצמה העניקה קדימות למי שהזדהותו עם ערכים אלה אינה טעונה חינוך צבאי, וחיוקה גם את מעמד הרבנות הצבאית, אם להמשיך את הקו של השופט מלצר שהוצג למעלה. כך בונה הצבא היררכיה פנים-צבאית חדשה שאינה מוסווית כמו זו שעוצבה בשנות המדינה הראשונות, כי אם מבוססת על יסודות שיוכיים ולא מריטוקרטיים.

ה. לאן הולך הצבא?

המשותף לשלושת המעברים שהוצגו כאן הוא שלא זו בלבד שמודל גיוס החובה קורס תחת עומס הסתירות של אתוס "צבא העם", אלא שהצבא כמו ידיו מעצים סתירות אלה. הן מחוללות תהליך שעשוי להביא לביטולו הכמעט בלתי נמנע של גיוס החובה, וזאת מכמה טעמים.

⁵⁷ Hanne Eggen Røislien, *Religion and Military Conscription: The Case of the Israel Defense Forces (IDF)*, 39 ARMED FORCES & SOC'Y 213 (2013)

ראשית, אתוס "צבא העם" מביא את הצבא לדבוק – בשם השוויון – במעבר מהדרה להכלה שמכרסם בבסיס הלגיטימיות של מודל גיוס החובה. אם תיכשל ההכלה (במקרה זה של חרדים) והצבא ינסה לרפא את אי השוויון באמצעות תגמולים כספיים, הוא יאיץ את הצעידה למודל התנדבותי בשל חוסר היכולת לתגמל מספר גבוה של מגויסים. או אז יגייס הצבא פחות אנשים אך תמורת תגמול גבוה יותר, והדבר יעצים את הלחצים לתגמול נוסף מצד מי שיחוש עוד יותר "פראירים" וחוזר חלילה, עד שהגיוס יוכפף לכוחות ההיצע והביקוש של שוק העבודה. הכפפה זו מגלמת את המעבר מגיוס חובה לגיוס התנדבותי. חשוב גם לציין שהצבא מתנהל בין שני אתוסים מנוגדים: מצד אחד "צבא השוק" המתאים את התנהלותו לשיח חברת השוק; מצד אחר אתוס "צבא העם". בעוד שהאחרון מעניק בכורה לכלליות השירות על פני צורכי הארגון הצבאי, מביא אתוס השוק את הצבא לצמצום בצריכת ימי מילואים, לשחרור (בעבר) של מי שאינו נחוץ, לביטול של מסלול שלב ב', לחתירה למסלול של שירות דיפרנציאלי ועוד. סתירה זו תתעצם בעתיד ככל שיגברו הלחצים על הצבא לצמצם בתקציבו וכך יחריף משבר הלגיטימיות של גיוס החובה.

שנית, המרכיב ההתנדבותי של אתוס צבא העם מביא את הצבא לאמץ הסדרה הטורכית של הגיוס. הסדרה זו פוגעת באוטונומיה שלו ומחזקת לחצים אפשריים להתמקצעות כדרך להחלשת השפעות אזרחיות על הצבא.

לבסוף, ההנחה שהצבא ניצב מעל החלוקה המגזרית של החברה, מביאה אותו לתפקיד של "צבא בונה עם" המרחיק את הצבא מחלקים בחברה. זאת, כשם שהשימוש בדת לבניית סולידריות חברתית מביא לאבדן האוטונומיה מהציונות הדתית, ותוצאתו דומה – לחצים אפשריים להתמקצעות כדי לבלום שחיקה באוטונומיה.

מעבר לצבא מקצועי עשוי לחזק את האוטונומיה המקצועית של הצבא. התמקצעות מחלישה את הציפיות של המגויסים ושל רשתותיהם החברתיות לתגמולים סמליים, ציפיות המחוללות התנגשות בין קבוצות. התמקצעות מחלישה את המעורבות של הרשתות החברתיות בהשפעה על ניהול הצבא. התמקצעות גם מחזקת שיקולים מקצועיים ולא שיוכיים באיוש מקצועות צבאיים, מה שעשוי גם להגביר בתנאים מסוימים שילוב נשים.

עם זאת, המחירים של "צבא מקצועי" הם כבדים בפני עצמם, לאו דווקא מנקודת המבט הצבאית. מחיר אחד הוא פוליטי – כשהרצון החופשי (לכאורה) וכוחות השוק מסדירים את הגיוס, הצבא מאויש בשיעור גובר של מגויסים מקבוצות מוחלשות או לאומניות, מה שיוצר הטיה לאומנית של השורות, בהינתן הלימה גם בין קבוצות

מוחלשות להשקפת עולם לאומנית. יש לכך השפעה בעייתית בצבא המעורב בלחימה באוכלוסייה אזרחית פלסטינית ולבנונית. המחיר הוא גם ערכי. נכון להפקיד בידי המדינה את ההכרעה מי יהיו הצעירים שהמדינה תסכן את חייהם כשתציב אותם בתפקידי לחימה, ולא להעביר הכרעה זו לכוחות ההיצע והביקוש של שוק העבודה. אלה הכוחות המסדירים את הגיוס כשהצבא נכון על יסודות התנדבותיים.

בצבא מקצועי גם תבוטל ההבחנה בין שירות חובה לשירות קבע. בהינתן שתקופת השירות הראשונית תוארך ולא תעמוד עוד על כשלוש שנים, יהיה בכך כדי להעניק דחיפה נוספת להעלאת גיל הפרישה מהצבא ובכך לשחוק עוד את מודל "הקריירה השנייה", שהיה מעוגניו של מודל הגיוס. פרישה בגיל צעיר יחסית החלישה את החיץ שבין משרתי הקבע ובין החברה האזרחית. היא חייבה את איש הקבע להיערך בשלב מוקדם לפרישתו, ובכך לשמר את קשריו החברתיים. היא האיצה את תחלופת הקצינים ובכך מנעה צבירת כוח בקרב מפקדי היחידות בצבא. הארכת משך השירות אמנם תתרום להתמקצעות הצבא, אך גם תאיץ את הסתגרותו החברתית.

אך יש גם דרך ביניים למי שעדיין סבור שהמדינה, ולא השוק, צריכה להסדיר את איוש הצבא. בשיח הציבורי רווחת המשוואה המוטעית שאם שיעורי הגיוס פוחתים, צבא מקצועי הוא הפתרון. אולם אין זיקה הכרחית בין שיעורי הגיוס ובין מודל הגיוס. דרך הביניים היא מודל בררני פורמלי. מודל כזה בנוי על העיקרון כי חובת הגיוס חלה על הכול, אבל המדינה בוררת את כוח האדם שהיא זקוקה לו, בהתאם לאמות מידה שקופות ולמכסות גיוס שהכנסת תאשר ותתקצב.

נורבגיה היא דוגמה בולטת לדבקות בעיקרון של גיוס חובה (שמוחל לאחרונה גם על נשים) גם אם רק כחמישית מן הגברים מגויסים, הרחק מן השיעור בישראל הנושק למחצית מכלל האוכלוסייה. אפשר אפוא לומר שאם נורבגיה, המתמודדת עם איום קטן מזה של ישראל, מצאה דרך להצדיק ולהרחיב גיוס חובה בררני, גם ישראל יכולה. ולמי שיטען כי "ישראל אינה נורבגיה" שכן אין ביכולתה להרשות לעצמה מודל בררני, נזכיר כי זרמי העומק החברתיים והסתירות שבגינן קורס מודל גיוס החובה עשויים להביא את המדינה לאימוץ הדרגתי של מודל גיוס התנדבותי גם אם אין זו משאת הנפש של אדריכלי מודל הגיוס. בנסיבות אלו עדיין יש יתרונות למודל חובה בררני.

אתגר הלגיטימיות של מודל בררני מוצהר אינו פשוט. אין הוא יכול להישען על הסמלים הריקים מתוכן של "שוויון בנטל" גורף, אלא שוויון בנטל של מי שנמצא כשיר לשרת פיזית ואף תרבותית. זו לגיטימיות הבנויה על הוגנות ולא על שוויון טכני, ולכן הצבא אינו מעבה את השורות במי שאינו כשיר לשרת, כשם שאינו מפנה המונים

לשמש כוח עבודה זול בשירות אזרחי רק לשם מצג השוויון. הלגיטימיות נשענת על העיקרון של חובה אזרחית בסיסית, ולא על העלאת הצבא לדרגה של טאבו, כפי שמציעים מי שמוקיעים את מבקרי הצבא. צבא כזה מכיר בשונותן התרבותית של קבוצות ומרחיב את תחולת הפטורים משירות צבאי מטעמי מצפון. זה צבא שמעמיד במרכז את גיוס החובה ולא את האתוס היומרי של "צבא העם" החותר לשוויון מזויף ולחינוך מחדש של החברה אם אינה מאמצת עיקרון זה. מודל גיוס בררני מחייב תגמול כספי הוגן של המגויסים כדי לפצותם על אבדן שנות השירות שבהן יכלו לקדם את עצמם. עם זאת, תגמול חומרי אינו בהכרח גולש לתשלום שכר המסב את השירות הצבאי למשלח יד. וחשוב לא פחות, כפי שהמודל הסקנדינבי מלמד אותנו, המשוואה הרפובליקנית חייבת תיקוף מחדש במובן זה שיעוגן מחדש וימומש העיקרון שהמדינה אחראית לרווחת אזרחיה.

אחד התנאים למניעת המעבר לגיוס התנדבותי ולשימור מודל גיוס החובה הוא הוויתור, בעיקר ברמת האתוס (אם לא המיתוס), על כך שהצבא הוא "צבא עם" הנוטל על עצמו משימות חברתיות. תחת אתוס זה קורס מודל גיוס החובה. פיתוח אתוס חדש של לגיטימיות למודל גיוס חובה בררני שאינו עטוף בסמלי "צבא העם", הוא המפתח לכך. במידה רבה "צבא העם" הוא אויב ההישרדות של מודל גיוס החובה.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יוריים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

סקירת ספרות

עמיחי כהן וסטיוארט כהן

יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014)

לירון א. ליבמן*

283	תקציר
284	א. הקדמה
285	ב. האם יש בישראל חוקת ביטחון לאומי?
286	ג. התקופה ה"ריכוזית" (1948–1963)
287	ד. "מנהיגות והססנות" (1963–1977)
290	ה. "היערכות מחדש" (1977–1995)
293	ו. "משפטיזציה" (1995 ועד ימינו)
298	ז. מהתעלמות ל"עסקים כרגיל"
300	ח. הצעות לשיפור
304	ט. בית המשפט העליון, זכויות אדם וחוקת הביטחון הלאומי

תקציר

הספר "יורים ושופטים" מאת פרופ' עמיחי כהן ופרופ' סטיוארט כהן הוא תרומה חשובה למדף הקצר למדי של ספרות העוסקת במפגש בין המשפט לביטחון בישראל. ייחודו ברוחב היריעה שהוא פורס, הן מבחינת התקופה הנסקרת, מקום המדינה ועד ימינו אנו והן מבחינת זווית

* אל"ם (מיל), לשעבר התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית. כיום עו"ד, מגשר ומרצה.

הניתוח הרב תחומית המשלבת נקודת מבט משפטית עם זווית של מדעי המדינה. המחברים סוקרים את השינויים שחלו במהלך השנים ביחסים שבין הרשות השופטת, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת בנוגע לענייני ביטחון. בניתוח היתרונות והחסרונות של ה"משפטיזציה" של ענייני הביטחון המחברים מגיעים למסקנה מפתיעה ומעניינת. בחלקו האחרון של הספר, המחברים מציעים כמה דרכים לשפר את המצב הקיים, מבלי להתיימר ולהציע מהפכה.

א. הקדמה

ספרם החדש¹ של פרופ' עמיחי כהן, דיקן הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, ופרופ' סטיוארט כהן מן המחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת בר אילן הוא תרומה חשובה למדף הקצר למדי של ספרות העוסקת במפגש בין המשפט לביטחון בישראל.

חשיבותו של הביטחון הלאומי בחיי הציבור בישראל והשינויים הדרמטיים שחלו במהלך השנים במשקלם של המשפט ושל הרשות השופטת בזירה הציבורית, ובכלל זה בענייני ביטחון, משכו – ומושכים – תשומת לב רבה מצד הציבור ומצד התקשורת. עם זאת, שיח זה מתמקד לרוב בסוגיה ה"בוערת" באותה עת. המפגש בין משפט לביטחון משווע למחקר אקדמי שעשוי לתרום תובנות חשובות שאינן אפשריות ללא ריחוק מסוים, עבודה שיטתית ובחינה השוואתית.

ייחודו של הספר ברוחב היריעה שהוא פורס – הן מבחינת הזמן, המשתרע מקום המדינה ועד לימינו אנו,² הן מבחינת זווית הניתוח הרב תחומית המשלבת נקודת מבט משפטית עם זווית של מדעי המדינה בזכות הרקע של שני המחברים.³

¹ שנוכר בכותרת הרשימה. להלן: הספר. הפניות למספרי עמודים סתם מתייחסות לספר. ² פרק מעניין (הפרק השני) מציב כרקע לדיון תקופה היסטורית ארוכה עוד יותר. הפרק עוסק בהשפעת התרבות היהודית והמסורת היהודית על תפיסת השימוש בכוח החל מחורבן בית שני ועד להתגבשות מוסדות היישוב וה"מדינה שבדרך" בארץ ישראל טרם קום המדינה.

³ מבחינת רוחב היריעה והמבט הרב תחומי אפשר להשוות לספר הנוכחי רק את ספרו של מנחם הפונגג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק – 1948–1991 (1991). עוד ראוי להזכיר את קובץ המאמרים צבא חברה ומשפט (דפנה ברק-ארז עורכת, 2002), שאף בו משולבים ההיבט המשפטי וההיבט הסוציולוגי הנוגעים למעמד הצבא והשירות הצבאי בישראל, אף שמתבעו כקובץ מאמרים אין בו תפיסה שיטתית רחבה ועיסוק בכל הממדים של דיני הביטחון הלאומי.

הספר הוא עיבוד ספרם של המחברים שהתפרסם באנגלית לפני כשלוש שנים.⁴ עיבוד – ולא תרגום. ראשית ועיקר, משום שהמחברים בחרו להנגיש את ספרם לציבור רחב יותר ועל כן ויתרו על הערות שוליים מפורטות לטובת הקריאה השוטפת. שנית, משום שהוספה התייחסות להתרחשויות שאירעו ולעובדות שנחשפו מאז פרסומו של הספר באנגלית.⁵ שלישית, משום שהמחברים בחרו להשמיט את החלק של המשפט המשווה בגרסה לקורא העברי. שתי ההחלטות הראשונות דומה שהיו נכונות ושיושמו באופן מוצלח. לעומת זאת, לעניות דעתי, גם הקורא הישראלי היה מפיק תועלת ממבט השוואתי על היחסים בין ביטחון למשפט במדינות העולם, וחבל שחלק זה הושמט כליל.

ב. האם יש בישראל חוקת ביטחון לאומי?

המחברים דנים ב"חוקת הביטחון הלאומי" של ישראל. אף שחוקה פורמלית אינה מקיפה את מכלול העניינים שהם דנים בהם, נעשה שימוש במגוון מקורות – חוקי יסוד, חוקים, פסקי דין ומוסכמות שלטוניות המהוות מעין "תורה שבעל פה" – כדי לזהות את אוסף הכללים המשפטיים אשר באמצעותו מוסדרות חלוקת התפקידים בענייני הביטחון, הסמכויות והחובות בין רשויות השלטון לבין עצמן ובין לאזרחי המדינה.

הניתוח נעשה בארבעה ממדים:

א. הממד ההיררכי – מהי "שרשרת הפיקוד" שקובע החוק בסוגיות של ביטחון לאומי, בעיקר בתוך הדרג האזרחי-מדיני?

ב. הממד התפקודי – אילו רשויות מחזיקות בסמכויות בתחום הביטחון הלאומי? אילו מנגנוני פיקוח קיימים על הפעלת סמכויות אלה? אילו הליכים קיימים

⁴ AMICHAH COHEN & STUART A. COHEN, ISRAEL'S NATIONAL SECURITY LAW : POLITICAL DYNAMICS AND HISTORICAL DEVELOPMENT (2012)

⁵ פרשת הרפז ופרשת אי מינוי של האלוף גלנט לרמטכ"ל נדונות באחרית הדבר (עמ' 289–298). באשר למסמכים שנחשפו לאחרונה, ראו, למשל, את תזכיר אשכול-דיין, מסמך פנימי שעליו החתים ראש הממשלה לוי אשכול את שר הביטחון הנכנס משה דיין ביוני 1967. הוגדרו בו הפעולות שלא ינקוט שר הביטחון ללא אישורו המוקדם של ראש הממשלה. המסמך פורסם ברבים בשנת 2012 (עמ' 94–96).

לפתרון חילוקי דעות בין הרשויות השונות בענייני ביטחון לאומי?

ג. ממד המרחב – האם אותו מערך חוקי תקף לגבי כל האזורים הנתונים לשליטת המדינה, או שמא משטר נפרד קיים באזורים הנתונים לשליטה צבאית? האם יש הגבלות חוקיות על השטח שבו ניתן להפעיל את כוחות הצבא, בתוך גבולות המדינה ומחוץ לה? האם הושפעה חוקת הביטחון הלאומי משינויים בטריטוריה הנתונה לשליטת המדינה?

ד. ממד הזמן – כיצד מגדירה חוקת הביטחון הלאומי "זמן חירום" שבו משתנה האיזון בין שיקולי ביטחון המדינה לערכים אחרים כדי לשמור על ביטחון המדינה ועל המשטר החוקי? מי מחליט על כך ואילו מנגנוני בקרה קיימים על החלטה זו ועל הארכתה?

הספר מחלק את דברי ימי המדינה לארבע תקופות: התקופה הריכוזית; מנהיגות והססנות; היערכות מחדש; "משפטיזציה".

ג. התקופה ה"ריכוזית" (1948–1963)

תקופה זו מתאפיינת בדומיננטיות של דוד בן-גוריון, ששימש, למעט פרק זמן קצר, ראש ממשלה ושר ביטחון כל אותה תקופה. שליטתו של בן-גוריון בתחומי הביטחון הלאומי הייתה מלאה ומוחלטת. אחד ממאפייניו החשובים של שלטון יחיד זה היה התנגדות לעיגון בחוק של דרכי קבלת ההחלטות בתחום הביטחון מחשש כי הדבר יכפיף את ההחלטות לביקורת שיפוטית ויצמצם את חופש הפעולה של ראש הממשלה ושר הביטחון ואת הגמישות הנתונה בידו.⁶ דוגמה מאלפת לדרך התנהלות זו היא היציאה למלחמת סיני.⁷ את כל פעולות ההכנה, לרבות החתימה על החוזה לשיתוף פעולה עם צרפת ובריטניה (חוזה סבר) עשה בן-גוריון ללא ידיעת אף אחד משרי הממשלה, לרבות שרת החוץ, גולדה מאיר. תכנית הפעולה הוצגה לממשלה רק יום

⁶ השקפתו של בן-גוריון עצמו על המשפט ועל מקומו בענייני ביטחון מתבטאת בדברים שנשא במועצת המדינה הזמנית בשנת 1948 במהלך הדיון על פקודת מניעת טרור: "כל יוריסט יודע שאפשר בנקל לארוג קורי עכביש יורידים להוכיח הכל ולסתור הכל... כתלמיד למשפטים אני יודע שאין כיריסט מומחה לעקם כל כתוב ולהמציא סברות מפולפלות ופירושים מבלבלים... דרושה הכרת המציאות וידיעת העובדות והללו צריכים לקבוע ולא הפלפול הירידי" (ראו עמ' 62).

⁷ עמ' 56–57.

לפני היציאה אליה ובעת שטייסות צרפתיות כבר נכחו בבסיסים בישראל, בהתאם להסכם המקדים.

בתקופה זו הייתה המעורבות הפרלמנטרית בענייני ביטחון שולית. אף שלא מעט חוקים חוקקו במהלכה,⁸ לא ניכרת בפעילות זו תפיסה כוללת באשר לחוקת הביטחון הלאומי ולתפקידה של הכנסת. בייחוד אין היא מעגנת את חלוקת הסמכויות בין הדרג האזרחי לדרג הצבאי או את פיקוח הכנסת על הרשות המבצעת בענייני ביטחון.⁹ גם תפקידו של המשפט היה מוגבל, ובית המשפט העליון נהג לרוב בהדרת כבוד כלפי פעולות הממשלה בתחום הביטחון הלאומי.¹⁰

ד. "מנהיגות והססנות" (1963–1977)

תקופה זו ראשיתה בעת שלוי אשכול שימש ראש הממשלה. בתקופה זו חל ביזור של השליטה בתחום הביטחון הלאומי מאדם אחד אל הממשלה, ובמידה מועטה יותר גם אל הכנסת. אשכול הרבה להתייעץ ולהביא ענייני ביטחון לדיון בממשלה. ואולם הרחבת מעגל המשתתפים בהתייעצויות לא לוותה באימוץ מנגנוני קבלת החלטות סדורים. בכך נפתח פתח להפעלת לחצים על ידי גורמים רבים, שלא בהכרח תרמו לאיכות ההחלטות. נוסף לכך, גדלו משקלו של הצבא ומידת עצמאותו בקבלת החלטות ביחס לדרג המדיני, במיוחד לאחר מלחמת ששת הימים ובשל היוקרה שהאצילה על ראשי הצבא.

חידוש חשוב נוסף בתקופה זו התבטא במינויו של משה דיין לשר הביטחון ערב מלחמת ששת הימים. לראשונה נמסר תפקיד חשוב זה בפיקוח על הצבא למי שהיה

⁸ ביניהם פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948; חוק שירות בטחון, התש"ט-1949; חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949; חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950; חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951; חוק השיפוט הצבאי, התשט"ז-1955.

⁹ סמכותה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לפקח על "מדיניות החוץ של ישראל, כוחותיה המזוינים וביטחונה" לא עוגנה בשום מסמך רשמי עד לפרסום תקנון הכנסת בשנת 1963. ראו עמ' 61.

¹⁰ יוצא דופן בולט היה פסק דינו של השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953), שקבע כי חופש הביטוי הוא זכות יסוד שניתן לפגוע בה רק כאשר קיימת סכנה קרובה לוודאי לביטחון המדינה (ראו עמ' 63-64).

בעצמו רמטכ"ל. מאז ועד היום היו רוב שרי הביטחון רמטכ"לים או קצינים בכירים לשעבר.¹¹ האם הייתה לרקע אישי זה השפעה על מידת הפיקוח של הדרג המדיני על הצבא? אם כן, איזו השפעה? האם ראוי להתייחס לעניין זה בהסדרת "חוקת הביטחון הלאומי"? המחברים אינם מתייחסים לכך.

העובדה שמלחמת ששת הימים הסתיימה בניצחון מוחץ, הסוותה את העובדה שתהליכי קבלת ההחלטות בניהולה היו בעייתיים מאוד. כך, למשל, מתואר בספר כיצד בבוקר היום החמישי של המלחמה החליט שר הביטחון דיין על דעת עצמו ובניגוד לעמדתו הקודמת, לפתוח חזית צפונית ולכבוש את הגולן. זאת ללא שיתוף ראש הממשלה או הממשלה ואף בהוראה ישירה למפקד פיקוד הצפון, שלא באמצעות הרמטכ"ל.¹²

המחברים מתייחסים בהרחבה גם ל"מטבח" של ראש הממשלה גולדה מאיר – פורום התייעצויות לא פורמלי שרוקן בפועל את דיוני הממשלה בענייני ביטחון מתוכן של ממש ושהפך אותה ל"חותמת גומי" למה שסוכם ב"מטבח". בדיעבד הסתבר כי כישלוננו של ה"מטבח" שהתגלה במלחמת יום הכיפורים, היה נעוץ בבעיות מבניות, כגון הרכב המבוסס על אנשי אמונה של ראש הממשלה, שעל כן לא היה בנוי לאתגר את תפיסותיה, והעדר יכולת לבחינה עצמאית של מידע, של ניתוחים ושל הערכות שסיפקו צה"ל ושר הביטחון.

מלחמת יום הכיפורים הובילה להקמת ועדת אגרנט – ועדת חקירה ממלכתית ראשונה בשורה של ועדות חקירה לבחינת ענייני ביטחון חשובים. ועדת אגרנט עמדה על החסר בהגדרות ברורות של הסמכויות, החובות והאחריות בענייני ביטחון בממד ההיררכי – בין הממשלה, ראש הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל. הוועדה המליצה לכנסת להסדיר את העניין,¹³ ולאחר קרוב לשנתיים של דיונים מקיפים הייתה התוצאה חוק-יסוד: הצבא, שהתקבל בשנת 1976.

¹¹ עם רשימה זו נמנים עוד שמונה שרים (מלבד משה דיין): יצחק רבין; עזר ויצמן; אריאל שרון; יצחק מרדכי; אהוד ברק; בנימין בן-אליעזר; שאול מופז; משה יעלון. מאז מלחמת ששת הימים כיהנו רק שמעון פרס, משה ארנס ועמיר פרץ כשרי ביטחון בלי שהיו קודם לכן קצינים בכירים בצה"ל. לשניים הראשונים מבין שלושת היוצאים מן הכלל היה רקע ביטחוני, הגם שלא צבאי.

¹² עמ' 88. לפירוט המהלכים בפרשה זו ראו שמעון גולן מלחמה בשלוש חזיתות – קבלת ההחלטות בפיקוד העליון של צה"ל במלחמת ששת הימים 292–311 (2007).

¹³ ועדת החקירה – מלחמת יום הכיפורים דין וחשבון חלקי פרק שלישי (1974).

המחברים עומדים בהרחבה על חלקיותו של ההסדר בחוק-יסוד: הצבא ועל השאלות הרבות שהוא משאיר פתוחות. ביקורת על כך נמתחה כבר בהרחבה בספרות,¹⁴ והמחברים מוסיפים עליה כמה נקודות חדשות וחשובות.¹⁵ בראש ובראשונה הם מצביעים על כך שהממשלה במליאתה, המונה 18 שרים לפחות,¹⁶ אין ביכולתה למלא תפקיד של פיקוד על הצבא במלחמה. עוד הם מצביעים על חוסר העקביות בין תפקידו המוגבל של שר הביטחון כלפי הרמטכ"ל, שכן הרמטכ"ל נתון למרות הממשלה והשר רק ממונה על הצבא מטעם הממשלה, לבין שליטתו של שר הביטחון במינוי הרמטכ"ל, שנעשה רק על פי המלצתו.¹⁷ חסר נוסף בחוק היסוד הוא העדרו של הסדר למילוי מקומו של הרמטכ"ל. אפשרות מעניינת שעליה מצביעים המחברים ואשר לא נכללה בחוק היסוד או בספרות שביקרה אותו, היא יצירת הבחנה בין שרשרת הפיקוד על הצבא בעת שלום ובזמן מלחמה, כך שבזמן מלחמה בלבד יוגדר בעל תפקיד מסוים כמוסמך לפיקוד על הצבא, לכל הפחות כל עוד לא הורתה הממשלה אחרת.¹⁸

התפתחות חשובה נוספת בתקופה זו שהייתה לה השפעה של ממש על חוקת הביטחון הלאומי של ישראל, הייתה כיבוש השטחים במלחמת ששת הימים והשליטה הנמשכת בהם. המחברים עומדים על השיקולים שעמדו ביסוד הביסוס המשפטי של

¹⁴ מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור חוק-יסוד: הצבא (2000); אייל נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא – אגב מ' קרמניצר וא' בנדור חוק-יסוד: הצבא" משפט וצבא 16, 161 (2002).

¹⁵ עמ' 98–104.

¹⁶ לפי חוק יסוד: הממשלה (תיקון), ס"ח התשע"ד 346, החל מהבחירות לכנסת העשרים, מספר השרים, למעט ראש הממשלה, לא יעלה על 18, אלא אם אישרה הכנסת הרכב מוגדל ברוב מיוחד. יחד עם זאת, בפועל, מאז אמצע שנות השישים ועד היום, למעט ממשלת המעבר הנוכחית, מספר השרים לא פחת מ-18 ואף הגיע ל-30, ראה: המכון הישראלי לדמוקרטיה "ממשל קטן וחכם? צמצום מספר משרדי הממשלה" פרלמנט 39 (ינואר 2003).

¹⁷ אי התאמה נוספת שעליה מצביעים המחברים, עניינה הפער בין הגדרת הרמטכ"ל כדרג הפיקודי העליון בצבא לפי חוק היסוד, לבין הנוהג המעוגן בפקודות הצבא שלפיו שר הביטחון מאשר כל מינוי של קצין בדרגת אלוף משנה ומעלה. נוהג זה מקנה לשר עוצמה רבה כלפי הקצונה הבכירה בצבא וחותר תחת בלעדיות ההיררכיה הצבאית.

¹⁸ המחברים מזכירים שלפי החוקה הגרמנית, סמכות הפיקוד על הצבא עוברת בשעת חירום משר ההגנה אל הקנצלר (ראו עמ' 100). יחד עם זאת, המחברים עצמם דנים במקום אחר במאפייני "המלחמות החדשות" ובהן המלחמה בארגוני טרור (ראו עמ' 129–130). במלחמות אלה האבחנה בין שגרה לחירום אינה חדה.

השליטה בשטחים על ממשל צבאי "זמני", ועל הקשיים שהדבר מעורר: ראשית, מבחינת הצבא עצמו, הנאלץ לעסוק בעניינים אזרחיים הקשורים לניהול חייהם של תושבי השטחים ובעניינים השנויים במחלוקת פוליטית (ההתיישבות הישראלית בשטחים); שנית, החלשת הפיקוח האזרחי על הצבא; שלישית, קיים חשש מחלחול נורמות בלתי דמוקרטיות של ממשל צבאי גם לעברו האחר של הקו הירוק. נדון גם היחס לדין הבין-לאומי בניהול השטחים. לבסוף, נטען כי דווקא חולשת הפיקוח האזרחי על פעולות הצבא בשטחים עמדה ביסוד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, שלא להתנגד לסמכות בג"ץ לודן בעתירות של תושבי השטחים נגד פעולות הצבא. כך נכנס בג"ץ לעומקם של ענייני הביטחון הלאומי, ומעורבות זו בענייני השטחים סללה את הדרך למעורבות של בית המשפט העליון גם בתחומים אחרים הנוגעים לביטחון.

ה. "היערכות מחדש" (1977–1995)

ב"מהפך" של עליית הליכוד בראשות מנחם בגין לשלטון רואים המחברים תחילתה של תקופה חדשה ביחסי משפט וביטחון.¹⁹ בצד שינויים פוליטיים (סיום תקופת ההגמוניה של מפלגה שלטת אחת), כלכליים (פירוק מאפייני משק ריכוזי לטובת כלכלת שוק) ודמוגרפיים (העלייה מברית המועצות לשעבר) חלו בתקופה זו שינויים במציאות האזורית בסביבתה של מדינת ישראל. עם המהפכה האסלאמית באיראן איבדה ישראל בעלת ברית אזורית. מלחמת איראן-עיראק והתפרקות ברית המועצות, הפטרונות העיקרית של סוריה, החלישו את האיום של מתקפת צבאות ערביים סדירים על ישראל. ישראל יצאה לראשונה מן הבידוד האזורי עם חתימת חוזה השלום עם מצרים (1979), הסכמי אוסלו עם אש"ף (1993–1995) והסכם השלום עם ירדן (1994). תשומת הלב של מערכת הביטחון עברה להתמודדות א-סימטרית עם ארגוני טרור ועם

¹⁹ מטבע הדברים, חלוקה לתקופות לצורכי ניתוח שינויים יש בה ממד שרירותי. כך, למשל, ניתן היה להתחיל את התקופה החדשה עוד ב-1974: ועדת אגרנט מסמנת את המעורבות הגוברת של מערכת המשפט בענייני ביטחון, מחאת מוטי אשכנזי ואנשי המילואים לאחר מלחמת יום הכיפורים מסמנת את עליית מעורבותה של החברה האזרחית בענייני ביטחון, וחוק-יסוד: הצבא, למרות חסרונותיו, מסמן את הגברת מעורבותה של הכנסת ואת נטישת הגישה הבן-גוריונית של הסתפקות בהסדרים לא פורמליים של קבלת ההחלטות בענייני ביטחון. עם זאת, נראה שהזות נקודת ההתחלה של התקופה איננה משנה את תוקפו של הניתוח.

כוחות בלתי סדירים (אש"ף בדרום לבנון במבצע ליטני בשנת 1978 וב"מבצע שלום הגליל" שהפך למלחמת לבנון בשנת 1982) ועם התקוממות עממית בשטחים (האינתיפאדה, בין השנים 1988–1991). נוסף לכך, גבר האיום על העורף בישראל מירי טילי קרקע-קרקע, כפי שהתבטא לראשונה במלחמת המפרץ בירי טילי סקאד מעיראק על ידי משטרו של סדאם חוסיין (1991).

כיצד השפיעו שינויים אלה על חוקת הביטחון הלאומי של ישראל?

בממד ההיררכי היו השינויים מינוריים. ניתן לציין את חוק-יסוד: הממשלה משנת 1992 שהוסיף הוראה חוקית באשר לסמכות להכריז מלחמה ולנקוט פעולות צבאיות.²⁰ מבחינה מהותית לא שינה הסעיף את יחסי הכוחות בין הרשויות. הוא העניק את הסמכות להכריז על מלחמה לממשלה, ומעורבות הכנסת מתבטאת בחובה ליידע אותה בלבד. ההוראה אף הוסיפה אי בהירות בכל הנוגע לזהות המוסמך להחליט על נקיטת פעולות צבאיות הנדרשות להגנת המדינה שאינן "מלחמה".

לעומת זאת, בממד הפונקציונלי נוספו "שחקנים" חדשים ומשפיעים: התקשורת והחברה האזרחית. החל ממחאת אנשי המילואים לאחר מלחמת יום הכיפורים, שהביאה להתפטרות ממשלתה של גולדה מאיר, ועבור בביקורת שנשמעה – לראשונה בזמן לחימה – במהלך מלחמת לבנון. במקרה של הטבח בסברה ושתילה אף הביאה הביקורת הציבורית למינוי ועדת חקירה ממלכתית – ועדת כהן. ועדה זו, להבדיל מוועדת אגרנט, מתחה ביקורת נוקבת על הדרג המדיני הבכיר ביותר ואף המליצה להעביר מתפקידו את שר הביטחון.²¹ ברקע לפעולת ועדת החקירה הממלכתית הנוספת שפעלה בשנות השמונים – ועדת לנדוי לבדיקת שיטות החקירה של השב"כ²² – עמדה גם פרשת קו 300, שלתקשורת היה תפקיד חשוב בחשיפתה. מסקנות הוועדה חייבו את השב"כ לחדול מלהסתיר את אמצעי החקירה מבתי המשפט והעמידו את שיטות החקירה לפיקוח של ועדת שרים ושל ועדת משנה מיוחדת של ועדת החוץ

²⁰ ס' 51 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214, 223 (להלן: חוק-יסוד הממשלה: 1992). היום נמצאת הוראה זו בס' 40 לחוק-יסוד: הממשלה.

²¹ ועדת-החקירה לחקירת הארועים במחנות הפליטים בבירות דין-וחשבון (התשמ"ג). המחברים מציינים עובדה מעניינת: ועדת כהן לא הזכירה בדוח שלה, ולו פעם אחת, את חוק-יסוד: הצבא. משתמע מתפיסתה באשר לאחריותו של שר הביטחון שיש לשר תפקיד חשוב הרבה יותר מאשר ניתן ללמוד מעיון בחוק היסוד (עמ' 155–158).

²² ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דין-וחשבון חלק ראשון (1987).

והביטחון של הכנסת. השקפתם של המחברים היא שוועדות החקירה לא עיצבו מחדש את חוקת הביטחון הלאומי של ישראל כי אם שימשו "שסתומי ביטחון" להפגת לחץ ציבורי. על כך השפיעה גם חולשתן המבנית של הוועדות כמנגנון חולף שאינו יכול לעקוב אחר יישום המלצותיו.

תנועות חוץ פרלמנטריות הוקמו משני צדי הקשת הפוליטית – גוש אמונים ושלוש עכשיו – והשפיעו על השיח בענייני הביטחון הלאומי. בשנת 1989 הוקם ארגון "בצלם", שנקט אסטרטגיה חדשה לשינוי חברתי: הגשת עתירות לבג"ץ נגד מה שנתפס כפגיעה בזכויות האדם בשטחים. אסטרטגיה זו הוכחה כיעילה משום צמצום המחסומים הפרוצדורליים מפני פנייה לבג"ץ על ידי ביטול הדרישה ל"זכות עמידה" אישית וצמצום ניכר של דוקטרינת אי השפיטות, שחלה קודם לכן בעניינים צבאיים וביטחוניים רבים. בית המשפט העליון בנשיאותו של מאיר שמגר, ומאוחר יותר של אהרן ברק, הפך אולי למוסד החזק ביותר במערכת הפוליטית הישראלית.

גם מידת הפיקוח של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת על פעולות הרשות המבצעת בענייני ביטחון גברה לאור השינויים שהכניס משה ארנס, כיושב ראש הוועדה, באופן פעולתה, ובעיקר הקמת ועדות משנה ייעודיות לנושאים השונים (כגון מודיעין ושירותים חשאיים, מוכנות צה"ל, מחקר ופיתוח) ולצדן סגל מקצועי. כך הפכה הוועדה מלקוח סביל של מידע למוקד ידע וחברה פעילה בשיח הביטחון הלאומי.

בממד הזמן תיקן חוק-יסוד: הממשלה 1992 את הדין כך שתוקף ההכרזה על מצב חירום, שחל ברציפות מאז מאי 1948,²³ הוגבל לתקופה של שנה.²⁴ בפועל, מאז ועד היום מוארכת ההכרזה מדי שנה. מבחינה מרחבית, הרחבת ההתיישובת הישראלית בשטחים והתמשכות השליטה הישראלית בהם הלכו וטשטשו את האבחנה הפיזית והמעשית בין ישראל לשטחים, אף שהמשטרים המשפטיים השונים נשמרו.

לסיכום, הועמק הביזור של תהליך קבלת ההחלטות בתחום הביטחון והממשלה הלכה ואיבדה את שליטתה הבלעדית לטובת השפעה הולכת וגוברת של הרשות המחוקקת, של מערכת המשפט ושל החברה האזרחית.

²³ הכרזה לפי פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948, ע"ר 6.

²⁴ ס' 49 לחוק-יסוד: הממשלה 1992.

ו. "משפטיזציה" (1995 ועד ימינו)

עידן זה מתאפיין בהשפעה העמוקה של מערכת המשפט על המסגרת הלאומית-ביטחונית. המחברים מעמידים את התהליך הזה בהקשר של תהליך בין-לאומי של הרחבת מעורבותם של בתי משפט מדינתיים בענייני חוץ וביטחון. על יסוד פירוש הדין הבין-לאומי הרלוונטי. אולם הם עומדים גם על ייחודיותו של השינוי שחל בישראל מבחינת פעלתנותו של בית המשפט העליון, בעיקר בשנים שבהם כיהן השופט ברק כנשיאו (1995–2000).

נקודת הציון לתחילתה של התקופה היא עניין בנק המזרחי,²⁵ שבו פסק בית המשפט העליון כי מוקנית לו סמכות לבטל חוקים העומדים בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק, שנחקקו בשנת 1992. בכך החלה "המהפכה החוקתית" השנויה במחלוקת.

המחברים מזהים ששה מנגנונים שבהם השתמש בית המשפט העליון, ושמייצגים מעורבות הולכת וגוברת בענייני הביטחון הלאומי: אכיפה; הכפפה; העברת סמכות למחוקק; תיווך; הפנמה; חוקתיות.

אכיפה היא המנגנון המסורתי שבו השתמש בית המשפט העליון, ומהותו הקפדה על כך שרשויות הביטחון ינהגו על פי החוקים הקיימים, ללא יוזמה לשנות את הסטטוס קוו.²⁶

בתקופה המדוברת גבר השימוש במנגנון מתערב יותר – הכפפה. חלף פרשנות צרה לחוקים קיימים במצבים מוגדרים, החל בית המשפט להכפיף את רשויות הביטחון לעקרונות כלליים הנוהגים במשפט הישראלי ובראש ובראשונה לזכויות האדם. פסק הדין המסמל פרקטיקה זו הוא בג"ץ אליס מילר,²⁷ שבו נכפתה על צה"ל קבלת נשים לקורס טיס בשם הזכות לשוויון. דוגמה בולטת נוספת היא פרשת מעצרים של לבנונים בישראל כ"קלפי מיקוח" לקידום שחרורו של הנווט רון ארד השבוי בידי חיזבאללה.

²⁵ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

²⁶ השימוש הראשון במנגנון זה נעשה עוד בעצם ימי מלחמת העצמאות כאשר בית המשפט העליון פסל מעצר מנהלי שנעשה ללא מינויה של ועדה מייעצת, כמתחייב מתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

²⁷ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

משך למעלה מעשור הוחזקו העצורים מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ובית המשפט העליון קיבל את הפרשנות שטעמי "ביטחון המדינה" כוללים את קידום שחרורם של שבויים ישראלים. בדנ"פ פלוני²⁸ חזר בו בית המשפט העליון וקבע כי הזכות לכבוד האדם מחייב פרשנות שלפיה רק טעמים של מסוכנות אישית הנובעת מן העצור עשויים להיכלל בגדר "טעמי ביטחון המדינה" המתירים מעצר מנהלי.

מנגנון שלישי שבו עשה בית המשפט העליון שימוש, היה העברת סמכות למחוקק, ובעצם חיוב הכנסת לחוקק. כך נעשה בסוגיית אי שירותם של בני ישיבות בצה"ל. עתירות נגד הפגיעה בשוויון הנובעת מהסדר זה הוגשו ונדחו החל משנות השבעים. בשלהי שנות השמונים הביאה עתירה חוזרת נגד הסדר זה להרחבת זכות העמידה לפני בית המשפט העליון. העתירה נדחתה ובית המשפט סירב לקבוע שהסדר הקיים בלתי סביר, אולם נפתח הפתח להתערבות.²⁹ כעשור לאחר מכן שינויים דמוגרפים וגידול ניכר במספר מקבלי הפטור מן הציבור החרדי הקשו על בית המשפט בבג"ץ רובינשטיין³⁰ לקבוע כי ההסדר סביר. חלף זאת, שימש היקף התופעה נימוק לקביעה כי מדובר בעניין עקרוני המחייב "הסדר ראשוני" באמצעות חקיקה של הכנסת ואינו נתון להחלטה של שר הביטחון, כפי שנעשה הדבר עד אז. פסק דין זה הניע את חקיקתו של "חוק טל".³¹ פרקטיקה זו שימשה את בית המשפט העליון גם כשהגיעה לפתחו השאלה אם מותר להפעיל "לחץ פיזי מתון" בחקירות השב"כ, כפי שקבעה ועדת לנדוי.³²

בשלב רביעי, שתחילתו לאחר פרוץ "האינתיפאדה השנייה" בשנת 2000, החל בג"ץ למלא תפקיד פעיל יותר כמתווך בעוד הלחימה מצויה בעיצומה. בית המשפט קיבל את טענות צה"ל כי אופי העימות השתנה וכי מדובר בלחימה ולא במבצעי שיטור ואכיפת הסדר. עם זאת, בית המשפט לא הסתפק בשמיעת עתירות ובהכרעה בין הצדדים בנוגע לחוקיות מה שנעשה בעבר, אלא פעל להביא להסכמה בין הצדדים בדבר צעדים מעשיים שיינקטו בהמשך. כך נעשה בעתירה שנגעה לקבורת המתים לאחר

²⁸ דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000).

²⁹ בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (1988).

³⁰ בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481 (1998).

³¹ חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 521.

³² בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999).

הלחימה במחנה הפליטים של ג'נין במהלך מבצע "חומת מגן"³³, בפרשת המצור על כנסיית המולד שבה התבצרו חמושים פלסטינים,³⁴ ובמהלך מבצע רחב היקף ברפיח בשנת 2004.³⁵ המחברים מציינים כי ההתערבות השיפוטית בעוד הלחימה מצויה בעיצומה, היא פרקטיקה שיפוטית חסרת תקדים במבט משווה על בתי משפט אחרים בעולם. הם מייחסים אותה בעיקר לעוצמתו האישית של נשיא בית המשפט העליון ברק.³⁶

בשלב החמישי נעשה שימוש בהפנמת המשפט הבין-לאומי כדי להגביל את פעולתה של הרשות המבצעת. אף שהתייחסות למשפט הבין-לאומי בכלל, ולדין החל בעת סכסוך מזוין בפרט, אינה עניין חדש, המחברים מזהים התגברות של ההתייחסות לדין הבין-לאומי החל בשנות התשעים.

מגמה זו נקשרת גם לתמורות בזירה הבין-לאומית – סוף המלחמה הקרה הקל על שיתוף פעולה במועצת הביטחון של האו"ם. לראשונה מאז תום מלחמת העולם השנייה הוקמו בתי משפט בין-לאומיים פליליים ששפטו מנהיגים אורחיים ואנשי צבא על הפרות חמורות של דיני הלחימה ועל פשעים נגד האנושות. במקביל החלו מדינות שונות ליישם את הדוקטרינה של "סמכות אוניברסלית", המקנה סמכות לבתי משפט מדינתיים לשפוט יחידים בגין פשעים בין-לאומיים אף ללא זיקה לנאשם, לקרבן או לאירוע. כך נעצר בשנת 1998 רודן צ'ילה לשעבר, אוגוסטו פינודה, בכריטיניה לפי צו מעצר של בית משפט ספרדי. בכלגיה הגישו בשנת 2001 ניצולי הטבח בסברה ושתילה

³³ בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002).

³⁴ בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002).

³⁵ בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004).

³⁶ יחד עם זאת, ראוי לציין כי הפרקטיקה הזו המשיכה גם בעת כהונתה של הנשיאה ביניש, לאחר סיום כהונתו של הנשיא ברק. כך נהג בית המשפט העליון במהלך מבצע "עופרת יצוקה" בראשית שנת 2009, ראו התיאור המפורט בבג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521 (2009). באותו עניין, הצטרף השופט (כתוארו דאז) גרוניס לפסק דינה של הנשיאה ביניש והוסיף בקצרה בעמ' 547 כי "בנסיבות העניין איני רואה צורך להתייחס לסוגיית השפיטות". מכל מקום, באשר להתערבות שיפוטית פעילה בזמן לחימה, לא עמדה הסתייגות מרומזת זו של הנשיא גרוניס במבחן עד עתה. מבצע "עמוד ענן" שנערך בנובמבר 2012 היה מבצע קצר יחסית (8 ימים) ומוגבל לתקיפות מן האוויר. במהלך מבצע "צוק איתן" שנערך בקיץ אחרון, לא הוגשו עתירות שהדיון בהן יכול היה ללמד האם בית המשפט העליון עדיין דבק בפרקטיקה זו.

בלבנון בשנת 1982 תלונה פלילית נגד אריאל שרון והאלוף (מיל') עמוס ירון, שר הביטחון ומפקד כוחות צה"ל בביירות, בהתאמה, בעת הטבח.

בתגובה להתפתחויות אלה החל בית המשפט העליון להטמיע עוד ועוד רכיבים של משפט בין-לאומי בפסיקותיו בענייני ביטחון לאומי. המחברים סבורים שהתפתחות זו גם משקפת אכזבה של בית המשפט העליון מן האפשרות שהמערכת הפוליטית תרסן במידה המתאימה את פעולות צה"ל. גישה זו הסתמנה כבר בעניין עג'ורי,³⁷ שבו נבחנה החלטת מערכת הביטחון להעתיק את מקום מגוריה של משפחת מחבל מתאבד מהגדה המערבית לרצועת עזה, לאור אמנת ג'נבה הרביעית, אבל הביטוי המובהק שלה הוא בנוגע לגדר הביטחון שנבנתה ביהודה והשומרון החל משנת 2003. בית המשפט העליון פסק כי הגדר נועדה למטרות ביטחוניות והקמתה חוקית, בבג"ץ בית סוריק,³⁸ ימים ספורים לפני שבית הדין הבין-לאומי לצדק פרסם את חוות דעתו המייעצת בעניין, ששללה את חוקיות הגדר.³⁹ מאידך גיסא, העמיד בית המשפט את תוואי הגדר למבחן על פי עקרון המידתיות. בשורה ארוכה של עתירות בחן בית המשפט כמעט כל קילומטר בתוואי הגדר ולא אחת ציווה על שינויו כדי לתת משקל רב יותר לצורכי האוכלוסייה הפלסטינית, לעתים גם באופן שחייב את העתקת הגדר לאחר הקמתה. המחברים מעירים כי בכך הפך את עצמו בית המשפט העליון למוסד דמוקרטי חלופי הנותן קול ומעמד לתושבים הפלסטינים שאינם מיוצגים במוסדות הנבחרים בישראל. באופן דומה לא היסס בית המשפט לדון בעתירה שעניינה שיטות הלחימה עצמן – בפרשת הסיכול הממוקד.⁴⁰ פסק הדין מבוסס רובו ככולו על פרשנות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. אף שלא פסל שיטת לחימה זו, הציב בית המשפט מגבלות ואמות מידה להפעלתה ואף לבחינת חוקיות הפעולה לאחר מעשה, שלא כולם מתחייבים מקריאה שמרנית יותר של הדין.⁴¹ שום בית משפט עליון אחר בעולם לא עסק בסוגיה זו.

³⁷ בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).

³⁸ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

³⁹ Legal Consequences of the Const. of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9)

⁴⁰ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).

⁴¹ הדוגמה המובהקת ביותר היא קביעתו של בית המשפט כי אין לנקוט סיכול ממוקד כאשר ניתן לעצור את הטרוריסט (שם, בעמ' 572). התפיסה כי יש לנקוט את מידת הכוח המינימלית כדי לעצור אדם, מקורה בדיני זכויות האדם החלים בזמן שלום, ואפשר

הפרקטיקה השישית ששימשה את בית המשפט העליון, לפי הספר, היא קביעת אי חוקיות פעולות הרשות המבצעת, בהתאם למשפט הישראלי או הבין-לאומי. המחברים מציינים כי רק לעיתים רחוקות חצה בית המשפט העליון סף זה. המקרה הבולט הוא פרשת נוהל אוזרה מוקדמת ("נוהל שכן"), שנפסל.⁴² נוהל זה נועד לאפשר מעצרים של מבוקשים חמושים ביהודה והשומרון וצמצם את הסיכון של חילופי אש באמצעות שיגור בן בית או שכן של המבוקש להודיע לו כי כוחות צה"ל מקיפים את ביתו וכי מוטב שימסור עצמו בידיהם. גם בפרשת גיוס החרדים לצה"ל לנוכח הכישלון המתמשך ביישום חוק טל כמעט ולא נותרה לבית המשפט העליון ברירה אלא להכריז לבסוף, בפברואר 2012, כי החוק אינו חוקתי ולא ניתן יהיה להאריכו שוב לאחר פקיעתו באוגוסט אותה שנה.⁴³

לדעת המחברים, "צ'לו" של בית המשפט הביא את הרשות המחוקקת לנקוט לעתים פעילות מונעת כדי להקדים ביקורת שיפוטית על ההסדר הקיים, כמו במקרה של חוק שירות המילואים, התשס"ח-2008, שעיגן את זכויותיהם וחובותיהם של אנשי המילואים בחוק ושהעניק לכנסת גם סמכויות פיקוח על גיוס אנשי מילואים. לרוב נמנעה הכנסת מעימות חזיתי עם בית המשפט ונמנעה מלחוקק מחדש הסדרים שנפסלו. תגובת הרשות המבצעת נעה בין "הרכנת ראש", כלומר היענות נומינלית להחלטות בית המשפט אך באופן מסתייג ותוך "גרירת רגליים", ובין הפנמת השינוי ושינוי ממשי בתרבות הארגונית. דוגמה מובהקת לתגובה מהסוג השני רואים המחברים בהרחבת פעולתה של מחלקת הדין הבין-לאומי (דבל"א) בצה"ל ומעורבותה בתהליך קבלת ההחלטות המבצעיות בצבא. שינוי זה מבטא, לדעתם של המחברים, הפנמה של חשיבות המשפט הבין-לאומי והציות לו.

שהיא חלה גם בהקשר של תפיסה לוחמתית כאשר מדובר בפעולות של אכיפת דין ומעצר חשודים. לעומת זאת, בהקשר של דיני הלחימה כאשר מדובר בלוחם או באזרח הנוטל חלק ישיר בלחימה, קשה להצביע על מקור משפטי התומך במגבלה דומה על הפגיעה בו. ראו Michael N. Schmitt, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, 1 HARV. NAT'L SECURITY J. 5, 39–43 (2010).

⁴² בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005). לעניות דעתי, הרטוריקה בפסק הדין, במיוחד זו של השופטת ביניש, מנסה להלך בין הטיפות – בין קביעה שהנוהל כשלעצמו מפר את הדין הבין-לאומי, לגישה שלפיה מטעמי מדיניות ומטעמים מעשיים הנוהל אינו ניתן לביצוע באופן שלא יפר את המשפט הבין-לאומי.

⁴³ בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בתקדין, 21.2.2012).

ז. מהתעלמות ל"עסקים כרגיל"

בניתוח תמונת המצב משתמשים המהבירים במודל נוסף הלקוח מעבודתם של אורן גרוס ופינולה ני אולין, לתיאור היחס בין המשפט לביטחון הלאומי.⁴⁴ על פי מודל זה, היחס עשוי ללוש שלוש צורות: התעלמות, התאמה או "עסקים כרגיל". התעלמות היא מודל חוץ-לגלי שבו הביטחון הלאומי מתנהל לצד המשפט ומחוץ לו, ונורמות משפטיות אינן מוחלות על תחום הביטחון הלאומי, בחינת [אין מלכות נוגעת בחברתה].⁴⁵ התאמה או הכלה היא מצב שבו עולם המשפט מגבש נורמות מיוחדות לתחום הביטחון הלאומי. "עסקים כרגיל" משמע הפעלת הכלים המשפטיים הרגילים על תחום הביטחון הלאומי, בלי לתת לתחום מעמד מיוחד.

התקופה הריכוזית, שבה שלט בן-גוריון ללא מיצרים בענייני הביטחון (1948–1963), מתיישבת עם המודל החוץ-לגלי. המהבירים מציינים כי יתרונו בגמישות שהוא מקנה למקבל ההחלטות ובכך שמקבל ההחלטות אינו יכול לחמוק מאחריות ולהטילה על כתפי החוק או מפרשיו. עם זאת, מה שעשוי להועיל במצב חירום עלול לפורר בטווח הארוך את המשטר הדמוקרטי.

משנות השישים ועד אמצע שנות התשעים ננקטו צעדים רבים לפי מודל ההתאמה. חוק-יסוד: הצבא, חוק-יסוד: הממשלה שתיקן את הדין בעניין הכרות מלחמה, וסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגדיר באופן מיוחד את הנסיבות שבהן ניתן להגביל את זכויות היסוד של המשרתים בגופי הביטחון, הם מקרים מובהקים של החלת מודל ההתאמה. עם זאת, השינויים שנערכו היו בגדר תגובות לאירועים קונקרטיים (למשל מלחמת יום הכיפורים) ולא שיקפו תכנית מסודרת לרפורמה עקבית בתחום הביטחון הלאומי. כתוצאה מכך, היה יישום מודל ההתאמה חלש והותיר פערים רבים בנוגע לחלוקת הסמכויות, לתהליכי קבלת ההחלטות ולהגדרת מצבי חירום ובכל הממדים שנבחנו.

החל מאמצע שנות התשעים החל בית המשפט העליון ליישם את מודל "עסקים כרגיל". הכבוד המיוחד למערכת הביטחון נגזר ובית המשפט העליון התמקד באיזון בין ביטחון המדינה לזכויות האדם. למודל זה היו הישגים, הן בהגנה על זכויות האדם של הפלסטינים והן בתרומה ללגיטימציה הבין-לאומית של מדינת ישראל, לרבות סיכול

44 OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (2006).

45 בבלי, יומא לח, ב.

ניסיונות להעמדה לדין של ישראלים בחו"ל. ואולם המחברים מפנים את תשומת הלב לכך שבית המשפט התרכז בממשק החיצוני של הביטחון הלאומי ונמנע מהגדרת חלוקת הסמכויות בין הזרועות השונות בתחום הביטחון ומהתייחסות ייחודית לשאלות הביטחון הלאומי, כפי שהיה אמור להיעשות לפי מודל "ההתאמה".⁴⁶

המחברים מבקרים גישה זו אף שהם מודים שטרם הצטברו בידיהם הוכחות אמפיריות. הסתת הזרקור לעניין זה היא אולי החידוש שהוא תרומתו החשובה ביותר של הספר: הטענה היא שדווקא שימוש במודל "ההתאמה" ועיסוק בהתוויית גבולות הסמכות בין הרשויות השונות בענייני ביטחון עשויים לייצר מערכת מאוזנת יותר של ביטחון לאומי. זהו עיסוק מובהק של בתי משפט חוקתיים, והוא ודאי שנוי במחלוקת פחות מ"אקטיביזם" במישורים אחרים. גישה המתמקדת רק באיזון בין ביטחון לאומי לזכויות האדם נותנת, למעשה, לגיטימציה לכל החלטה שאינה בגדר הפרה בוטה של זכויות האדם. בית המשפט עוסק למעשה בגזרה צרה של ענייני הביטחון הלאומי. הוא מוגבל באפשרותו להסדיר ולפקח כנדרש משום שאין הוא דן אלא בעניינים המובאים לפניו והוא נוטה לבחון "כל מקרה לגופו". פעלתנותו בתחום זה תורמת לניווט או לאי התפתחות של מנגנונים מבניים אחרים שעשויים בטווח הארוך לפקח באופן יעיל יותר ולמנוע הפרות חוזרות ונשנות של זכויות האדם. באופן כללי יותר, היו מנגנונים אלה עשויים לתרום להגדרת מערך חלוקת סמכויות וקבלת החלטות ברור, יעיל ויציב יותר בענייני הביטחון הלאומי, עניין שחזר ועלה כחולשה של המערכת השלטונית הישראלית בוועדות חקירה החל ממלחמת יום הכיפורים ועד למלחמת לבנון השנייה וגם מאוחר יותר.⁴⁷

⁴⁶ דוגמה להימנעות זו היא דחיית העתירה לחייב הממשלה להכריז על מצב "מלחמה" במלחמת לבנון השנייה בקיץ 2006, על בסיס הנימוק שלפיו ממילא נהגה הממשלה כפי שנדרש במצב מלחמה: בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בתקדין, 1.8.2006).

⁴⁷ עמ' 251–256. המחברים מפנים לפרסומים בדבר מחלוקת בין ראש הממשלה ושר הביטחון לרמטכ"ל וראש המוסד באשר להכנת צה"ל לתקיפה באיראן בשנת 2010. המחלוקת הדגימה את העמימות בכל הנוגע למוסמכים לקבל החלטות מסוג זה ואת העדר הכלים העצמאיים לדרג המדיני לוודא את מידת המוכנות של הצבא. הדוגמה השנייה הניתנת באחרית דבר, נוגעת לפרשת הרפז ולפרשת אי מינויו של האלוף גלנט לרמטכ"ל.

ח. הצעות לשיפור

המחברים אינם מסתפקים בתיאור היחסים המתפתחים בין משפט לביטחון לאורך ימי המדינה, אלא מציעים בפרק החותם את הספר, הצעות לשיפור. הצעותיהם יוצאות מתוך הנחות ריאליות כי כינונה של חוקה כתובה מקיפה בישראל אינו צפוי בקרוב, וכי חוקה פורמלית, כשלעצמה, אינה בגדר פתרון פלא לבעיות שבמערכת הקיימת. לפיכך הם מציעים תכנית הדרגתית הבנויה מכמה נדבכים. רבות מן ההצעות משכנעות כשלעצמן, אולם מי שיצפה למצוא בספר הצעה לרפורמה דרמטית על יסוד תאוריה סדורה וכוללת, עלול להתאכזב.

בממד ההיררכי מוצע להקים פורום מצומצם וקבוע בממשלה שיהא בעל סמכות חוקית לקבל החלטות. לכאורה, גוף כזה קיים בדמות ועדת השרים לענייני ביטחון (המכונה "הקבינט המדיני-ביטחוני"), אולם מספרם של חברי הקבינט הוגבל למחצית מחברי הממשלה.⁴⁸ הגבלה רופפת זו ולחצים פוליטיים-קואליציוניים עלולים להרחיב את הקבינט לממדים שימנעו ממנו לפעול באופן יעיל בעתות חירום. משתמע כי המחברים סבורים ששבעה חברים, כמו הרכב הקבינט הנוכחי, הוא הרכב מתאים, אולם הם מציעים למנוע בחקיקה את הרחבתו בעתיד.

לצד הקבינט המצומצם מציעים המחברים לחזק את המטה לביטחון לאומי, שישמש זרוע מטה של הפורום כולו. הערה קצרה זו מעניינת על רקע מחלוקת שהתעוררה לאחרונה בעקבות מבצע "צוק איתן" ברצועת עזה בין השר נפתלי בנט, שר הכלכלה וחבר הקבינט הביטחוני, לשר הביטחון משה (בוגי) יעלון. דווח כי השר בנט חלק לעתים קרובות על עמדת ראש הממשלה ושר הביטחון בקבינט בזמן הלחימה, אבל לא רק המחלוקת לעצם העניין הטרידה את שר הביטחון, כפי שמתוארים הדברים בעיתון "הארץ":

... יעלון גם היה מודאג ממידת ההתמצאות שהפגין חבר הקבינט ממידע שלא היה ברשות חברי הפורום האחרים, למעט ראש הממשלה ושר הביטחון. בדיונים ניכר היטב שבנט שולט בפרטי פרטים מהמודיעין ומהתוכניות המבצעיות, שלא הגיעו לידי בערוצים רשמיים ומאושרים.

⁴⁸ ס' 6 לחוק הממשלה, התשס"א-2001.

בנט סבור שלא הייתה לו ברירה. הוא בוגר מלחמת לבנון השנייה (שם לחם כמ"פ מילואים ביחידה מובחרת) ולמד את לקחי מלחמת יום הכיפורים. לכן, חשש מהיתפסות לקונספציות ולא הסכים לקבל את הערכות הצבא כסמכות מקודשת, מבלי שתהיה לו גישה להשקפות אלטרנטיביות. בכמה הזדמנויות תוך כדי המלחמה רמז שהוא ניזון ממקורות מידע עצמאיים. נראה שהסתמך על מכריו, בני גילו, מבין מפקדי החטיבות והיחידות המיוחדות, שחלקם שירתו עמו כשהיה קצין צעיר בקבע לפני כעשרים שנה.

בסביבת יעלון אמרו אתמול כי אם אכן עבר לבנט מידע כזה, בהליך לא מאושר, "זה עניין לא תקין וחמור מאוד". לדברי אותם מקורות, חברי הקבינט צריכים להיות חשופים למידע רב ומגוון, אבל הדבר צריך להיעשות בצורה מסודרת.⁴⁹

אכן, נשאלת השאלה את מי משרת המטה לביטחון לאומי. חוק המטה לביטחון לאומי קובע כי גוף זה יהיה "גוף המטה לראש הממשלה ולממשלה בענייני החוץ והביטחון של מדינת ישראל". עם זאת קובע החוק כי "ראש הממשלה יפעיל את המטה לביטחון לאומי וינחה אותו".⁵⁰ המטה, אם כן, הוא של הממשלה כולה, אבל נשלט לכאורה על ידי ראש הממשלה. מה מעמדם של השרים חברי הקבינט הביטחוני כלפי המטה לביטחון לאומי? האם הם מוגבלים לעיון סביל באותם נתונים והערכות שמציג המטה בדינוי הקבינט, או שהם זכאים לדרוש באמצעותו מידע נוסף ומוקדם כהכנה למילוי תפקידם בקבינט באופן מיטבי? החוק שותק בעניין זה. נדמה לי שאם יש מקום לאיסוף מידע יזום על ידי שרים חברי הקבינט, ראוי שהצינור לכך יהיה אכן המטה לביטחון לאומי. קשה יותר להצדיק מבחינת המנהל התקין ומבחינה משפטית קיום קשרים ישירים בין שרי הממשלה לקצינים בכירים בצבא שלא בידיעת הרמטכ"ל ושר הביטחון ובאישורם.⁵¹

⁴⁹ עמוס הראל "שר הביטחון מאשים: הרב הצבאי לשעבר העביר לבנט מידע חסוי ב'צוק איתן'" הארץ 17.9.2014, 4.

⁵⁰ ס' 1(ב), (ג) לחוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008.

⁵¹ ס' 2 לחוק יסוד: הצבא קובע אמנם כי הצבא נתון למרות הממשלה, אך גם שהשר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון. ס' 3 לחוק יסוד: הצבא קובע כי הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא. לכל הפחות, מתחייב מכך כי לא יתקיים קשר מקצועי בין שרים אחרים בממשלה ובין קציני צבא שלא באמצעות הרמטכ"ל ושר

עוד בממד ההיררכי מציעים המחברים לתקן את חוק-יסוד: הממשלה ואת חוק-יסוד: הצבא כך שיעוגן ויוגדר בהם תפקידו של ראש הממשלה (כפי שהמליצה עוד ועדת אגרנט), ויוגדרו סמכויותיו של שר הביטחון ומעמדו מול שרי הממשלה האחרים. תיקון נוסף בחוק נדרש להבהרת מעמדו של הרמטכ"ל, ובעיקר מידת עצמאותו מול הדרג האזרחי ומידת המעורבות הראויה של הדרג האזרחי בהכרעות טקטיות.

כל אלה המלצות שאינן חדשות: את חלקן העלתה ועדת וינוגרד, ועוד לפנייה עלו חלקן בספרות המשפטית שניתחה את חוק-יסוד: הצבא ואת ליקוייו.⁵²

בממד התפקודי המחברים אינם תולים תקוות באפשרות שהכנסת תמלא תפקיד פיקוח ממשי יותר על ענייני הביטחון. חלף זאת, הם סבורים כי הכנסת עשויה לתרום בחקיקה שתקבע את הנורמות והסטנדרטים לפעולתם של הצבא וארגוני הביטחון האחרים, ואילו על בית המשפט העליון לפרש את החקיקה ולהבהיר את חלוקת הסמכויות בין זרועות הממשל. אף שנדרש לחץ ציבורי או אחר כדי להמריץ חקיקה זו, המחברים רואים כדוגמות חיוביות את חקיקת חוק השב"כ,⁵³ חוק שירות המילואים⁵⁴ וחוק שוויון בנטל.⁵⁵ באופן קונקרטי מומלץ כי הכנסת תחוק את "חוק פשעי המלחמה" שיגדיר את מחויבותיה של ישראל בתחום המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ובכך יתרום, לדעת המחברים, הן במישור הפנימי של הגברת הוודאות, כמתחייב מעקרון החוקיות, והן במישור החיצוני על ידי חיזוק הלגיטימציה של מדינת ישראל והצבת מחסום בפני התערבות משפטית חיצונית.

הביטחון. כך קובעות גם פקודות הצבא. ס' 43 לפ"מ 8.0105 "פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם עיתונאים, עם הציבור ועם הדרג הממלכתי הבכיר" קובע: "... חייל לא ייזום מגע כלשהו עם הדרג הממלכתי הבכיר אלא באישור לשכת הרמטכ"ל. כל פנייה של הדרג הממלכתי הבכיר לגורם צבאי תועבר ללשכת הרמטכ"ל ולא תיענה אלא באישורה... לצורך סעיף זה: 'הדרג הממלכתי הבכיר' – הממשלה, שריה וועדותיה, הכנסת, חבריה וועדותיה, ונציגיהם או עוזריהם של כל אלו".

הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דין וחשבון סופי (2008); קרמניצר ובנדור, לעיל ה"ש 14; נון, לעיל ה"ש 14.

53 חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

54 חוק שירות המילואים, התשס"ח-2008.

55 חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014, ס"ח 350.

עוד מציעים המחברים לחזק מוסדות קבועים של "שומרי סף". מוסדות אלה הם בעלי מעמד ייחודי בתוך זרועות הממשל בשל נאמנותם המסועפת⁵⁶ הן לתפקוד תקין של זרועות הממשל שעליהן הם מפקחים והן לעמידתן הנורמטיבית בקני המידה המקצועיים שעליהם הם אמונים. דוגמאות ל"שומרי סף" כאלה הן היועץ המשפטי לממשלה והחשב הכללי. בתחום הביטחון הלאומי המחברים חוזרים ומצביעים על החסרונות הטבועים במוסדות חד פעמיים, כגון ועדות חקירה.

ההצעה מומחשת על ידי התייחסות לתחום הצר של שמירת דיני הלחימה. מוצע להקים לשם כך ועדות לאומיות לדין הומניטרי (National Humanitarian Law Committees). ועדות כאלה מורכבות מנציגי ממשלה מהמשרדים הרלוונטיים, ולצדם לעתים גם מומחים אקדמיים ונציגי החברה האזרחית. הוועדות מפקחות על החלטות שקיבלו זרועות הביטחון, מתאמות בין גורמי הממשלה, מפיצות מידע ובוחנות הצעות לקידום המשפט הבין-לאומי ההומניטרי והסכמים בין-לאומיים בתחום. מוסדות דומים הם "המוסדות הלאומיים לזכויות האדם" (National Human Rights Institutions) הפועלים היום ביותר ממאה מדינות. מדובר בגופים ממשלתיים שסמכויותיהם מוגדרות בחוק ושניתנה להם הסמכות לפעול להגנה על זכויות האדם, לעתים גם באמצעות בדיקת תלונות פרטניות על הפרתן. יתרונם של גופים אלה על בית המשפט העליון הוא ביכולתם לבחון גם מדיניות מראש, ולא רק הפרות בדיעבד.

"שומרי סף" נוספים שהמחברים סבורים שיש לחזק הם מחלקת הדין הבין-לאומי בצה"ל והוועדות המייעצות בעניין בקשות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון, שבהן נציג אזרחי.⁵⁷

בממד הזמן מציעים הכותבים חקיקה שתבחין בין הסוגים השונים של מצבי החירום ושתגדיר את הסמכויות שיש לרשות המבצעת בכל מקרה. עוד מוצע כי לאחר תקופה ראשונית שבה תוקנה הסמכות להכריז על מצב חירום לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, תחייב הארכת התקופה אישור של בית המשפט העליון. המחברים מודעים לכך שההצעה חורגת מן התפיסה המסורתית שלפיה בתי משפט אינם בוחנים מצבים מראש, לפני שהתעורר סכסוך המחייב הכרעה. הם צופים התנגדות של הרשות המבצעת להצרת האוטונומיה שלה. אולם על רקע מעורבותו הנרחבת ממילא של בית

⁵⁶ נדמה שהמחברים נמנעים במודע מלעשות שימוש במונח "נאמנות כפולה", אולי משום שהוא נתפס כשליילי.

⁵⁷ בעקבות המלצת בית המשפט העליון בבג"ץ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 476 (2002).

המשפט העליון בענייני ביטחון רואים המחברים יתרון לאפשרות להתוות קווים מנחים לפעולה מראש באופן המרחיב ודאות ועקביות, חלף מעורבות יומיומית ביישום המדיניות.

בממד המרחבי מגלים המחברים אופטימיות ופסימיות גם יחד: בכל הנוגע לשטח המדינה שבגבולות "הקו הירוק" הם מזהים שיפור הדרגתי במידת הפיקוח על השטחים המוקצים לצבא, מבחינת ההתחשבות בשיקולי תכנון ובנייה הנוגעים לסביבה מחוץ למחנות ומבחינת ההתחשבות בשיקולי איכות הסביבה. המנגנונים הקיימים מספיקים, לדעתם, כדי להבטיח שיפור נוסף. לעומת זאת, במה שנוגע לשטחי יהודה והשומרון המחברים סבורים כי העמימות הקיימת בכל הנוגע למשטרים המשפטיים השונים ומגבלות הפיקוח החיצוני על הצבא לא יבואו לכלל תיקון אלא ברפורמה דרסטית אם בעקבות הסכמי שלום או באופן אחר תבהיר הממשלה את מעמדם של השטחים.

ט. בית המשפט העליון, זכויות אדם וחוקת הביטחון הלאומי

ביקורת על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון ועל תרומתו לתופעת ה"משפטיזציה" של החיים הציבוריים אינה עניין חדש. עד היום היא באה משני כיוונים מנוגדים:

מן הצד האחד, נטען נגד הלגיטימיות של התערבות בית משפט בעניינים ערכיים ופוליטיים שראוי להשאיר להכרעת המוסדות הנבחרים, נגד החקיקה השיפוטית ונגד היומרה לבטל חוקים ללא הסמכה חוקתית מפורשת.⁵⁸ עוד נטען בטיעון מן התוצאות כי פעלתנותו של בית המשפט מרתיעה את הרשות המחוקקת והמבצעת מנטילת האחריות וממילוי תפקידן על פי שיקול דעתן, ובכך היא מנוונת אותן ופוגעת במשילות.⁵⁹

מן הצד האחר, נטען שה"אקטיביזם" אינו אלא למראית עין, במיוחד בכל הנוגע לפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לשטחים. נטען שמדובר בעלה תאנה על ערוות

⁵⁸ משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996); רות גבזון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושבחה 79–81, 226–230, 559–569 (2013).

⁵⁹ פרידמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 584.

הכיבוש המתמשך, וכי בצד פתיחת הדלתיים בפני עותרים פלסטינים, נוהר בית המשפט לרוב ממתן סעד של ממש.⁶⁰

במבט ראשון נראה כי הביקורת בספר זה שייכת לסוג הראשון בענף של הטיעון מן התוצאות. כך נכתב בספר:

ההתערבות השיפוטית הרחבה והמתמשכת מגבילה מאוד את האוטונומיה לה רשאים לצפות ארגונים צבאיים בחברות דמוקרטיות. חוקרים אחדים הזהירו כי כוחות צבא הנתונים לניהול ברמת המיקרו אינם מקפידים על החוק במידה רבה יותר, ובוודאי לא נעשים מיומנים יותר בעבודתם. נהפוך הוא, הם נוטים לחפש דרכים להמעיס באחריותם המקצועית ו/או משתמשים בתמרונים כדי להימנע כליל מביקורת. אלה, כך נטען, הן בדיוק הסכנות שישראל ניצבת בפניהן כעת.⁶¹

אלא, שבהמשך הדברים, מביעים המחברים את הדעה שדווקא המוגבלות של האקטיביזם השיפוטי היא הפגם המרכזי יותר. ואולם, וכאן הם מחדשים, המוגבלות שהם רואים אינה באופן הטיפול בזכויות האדם ובאיזון בינן לבין צורכי הביטחון, אלא בעצם הטיפול המתמקד כולו בהיבט "החיצוני" של הביטחון הלאומי ובהתנגשותו בזכויות אדם:

מדיניות האקטיביזם השיפוטי שנקט בית המשפט העליון שונה מתדמיתו הציבורית. במקום שתבטא תפיסה ביחס למקומו של בית המשפט העליון בכל ההיבטים של החיים הציבוריים, מדיניות זו נגעה למעשה לתחום עניינים צר להפליא. בזאת טמון הפגם המערכתית השני, והחשוב ביותר, הנובע מכך שבית המשפט העליון אימץ מודל התנהגות של "עסקים כרגיל". מודל זה עודד את נטיית השופטים להגדיר את הפונקציות שלהם כמונחים מוגבלים. הם בחרו להגן על זכויות האדם האינדיבידואליות, אך נמנעו במודע להניח עקרונות חוקתיים ברורים ביחס להפעלת הסמכות הממשלתית והפרדת הכוחות המדיניים.

⁶⁰ ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית- המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז 757 (1993).

⁶¹ עמ' 251.

בתחום הביטחון הלאומי, אם כן, נוצרה מציאות בלתי-מאוזנת במיוחד. בהתמקדו באופן כמעט בלעדי בנושאים של זכויות אדם, שמר בית המשפט העליון באופן עקבי ומכוון על שתיקה מוחלטת ביחס לרבים מהנושאים החשובים והיסודיים בשיח החוקתי על הביטחון הלאומי: ההפרדה ההולמת של סמכויות בין זרועות הממשל בנוגע לפתיחה במלחמה; האופי המדויק של היחסים בין הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל; והנושא שהוא אולי השנוי במחלוקת מכולם, המעמד החוקי של השטחים שנכבשו על-ידי צה"ל ב-1967.⁶²

המחברים מדגישים את פגיעתה של מדיניות ההתערבות השיפוטית המוגבלת דווקא בהגנה ארוכת הטווח על זכויות האדם, שבמוקד מאמציה. אופייה של הביקורת השיפוטית הבוחנת "כל מקרה לגופו", מוגבל לתיקון ההפרות הבוטות ביותר של זכויות האדם. היא אינה תורמת ליצירת מבנים שעשויים למנוע את הישנות המקרים בעתיד, כפי שהייתה יכולה לתרום פסיקה המתרכזת בהתוויית הגבולות בין הרשויות ובניסוח כללים ברורים לגבי התנהלות מערך הביטחון הלאומי.

לפיכך טוענים המחברים כי המעורבות השיפוטית היא בו זמנית עמוקה מדי וצרה מדי: עמוקה מדי בחדירתה לתחום קבלת ההחלטות הביטחוניות כאשר החלטות אלה מתנגשות בזכויות אדם; צרה מדי בהתמקדה אך ורק בהתנגשות בין הביטחון לזכויות האדם.

מדובר בטיעון מעניין ושובה לב, שלפיו דווקא התמקדות של בית המשפט בפעילות "פורמליסטית" יותר ושנויה פחות במחלוקת, קרי: התוויית גבולות הסמכות בין הרשויות המופקדות על ענייני הביטחון, הייתה תורמת יותר גם להגנה על זכויות אדם מאשר ההתמקדות באיזון ערכי בין ביטחון לאומי לזכויות אדם.⁶³

ואולם נשאלת השאלה האמנם מדובר בדרך פעולה אחרת, ישימה, שבית המשפט העליון מסוגל היה לנקוט. האם בית המשפט העליון מסוגל היה להיות פעיל יותר בחלוקת הסמכויות והתפקידים בענייני הביטחון הלאומי בין הרשויות השונות? נראה שהמחברים עצמם עומדים על המגבלות והקשיים במילוי תפקיד שיפוטי זה של שמירה על "חוקי המשחק".

⁶² עמ' 253.

⁶³ על ההבחנה בין פורמליזם לערכים בפעילות שיפוטית ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

ראשית, בית המשפט מוגבל בסמכותו לסכסוכים המובאים בפניו. הפרט הנפגע ממעשי הרשויות בענייני ביטחון, עשוי לבחור לעתור לבית המשפט כדי לקבל סעד. לבית המשפט העליון יש מידה של שליטה באמצעות דרישות סף, כמו זכות עמידה, ודוקטרינות, כמו שפיטות, על רוחב "שער הכניסה". בכך יש בידו של בית המשפט להשפיע על היקף הפניות להתערבותו. רשויות ובעלי תפקידים שביניהם נתגלעה מחלוקת באשר לסמכויות בענייני ביטחון, לא בהכרח יפנו לפתרון המחלוקת בבית המשפט. הניסיון מלמד שראשי ממשלה, שרי ביטחון, שרים אחרים ורמטכ"לים אינם עותרים זה נגד זה לבית המשפט כאשר ישנה מחלוקת ביניהם בנוגע לסוגיות של סמכות, ואולי טוב שכך.

שנית, נשאלת השאלה אם יש בידי בית המשפט די "בשר", בדמות נורמות חוקתיות וחוקיות, כדי לשפר את מארג הסמכויות והתפקידים העמום הקיים. בעניינים חוקתיים הנוגעים למבנה מוסדות הממשל, להבדיל מענייני זכויות אדם, קשה לפנות לנורמות בין-לאומיות כדי להשלים חסר במשפט הפוזיטיבי הישראלי. אם אין די "בשר" היום, ייתכן שנכון לקרוא את דברי המחברים כהתוויה של תפקידו הרצוי של בית המשפט בעתיד, שבו יעובה ויובהר גם המארג החקיקתי, יותר מאשר כביקורת על התפקיד שמילא בית המשפט בעבר. המפתח היה ונותר בידי המחוקק.

שלישית, נניח כי אנו מקבלים את הטענה שנוכחותו האינטנסיבית של בית המשפט בהכרעות קונקרטריות בענייני ביטחון מגוונת את היכולת והרצון של ה"שחקנים" האחרים לעצב מוסדות חלופיים, יעילים וטובים יותר לפיקוח על ההחלטות הביטחוניות ועל השפעותיהן. נשאלת השאלה כיצד נכון לשנות את המצב הקיים. יש מי שיאמר שמתחייבת "נסיגה" של בית המשפט העליון כדי שהרשויות האחרות יהיו מסוגלות ליצור את אותם מוסדות חלופיים. מאידך גיסא, בדרך זו יש סכנה של יצירת חלל ריק שבו לא יתקיים פיקוח כלל. לכן עשוי משקיף זהיר יותר לטעון שמוטב שפעולה ליצירה של מנגנוני פיקוח וביקורת חדשים ולחזיוןם של המנגנונים הקיימים בענייני ביטחון תהיה קודמת לנסיגה (החלקית) של בית המשפט העליון מן הזירה הטעונה והחשובה הזו.

כך או כך, הספר מקיף, מחדש ומעורר מחשבה. הוא קריאת חובה לכל העוסק במפגש בין הביטחון לבין המשפט בישראל.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן"

משה נגבי*

157	תקציר
158	א. פתח דבר
159	ב. הגבלת חופש הביטוי בעתות חירום ומלחמה
164	ג. היתרונות בפרסום מידע בעתות חירום ומלחמה
170	ד. ההתייחסות המשפטית לסיקור עיתונאי בעתות חירום ומלחמה
170	ה. הפגיעה בפועל בחופש העיתונאי בענייני בטחון
175	ו. הפגיעה בחופש העיתונאי על ידי עיתונאים
177	ז. הפגיעה בחופש העיתונאי משיקולים כלכליים ועסקיים

תקציר

"האמת" – אומרת אימרה נושנה – "היא החלל הראשון בכל מלחמה". ואכן גם עיתונאים הנהנים מהגנה חוקתית על חירותם, והמחויבים למצותה, נרתעים מהמאמץ לעשות זאת בעיתות חירום בכלל ומלחמה במיוחד. כך, למשל, הם נרתעים מלחשוף ולפרסם את כל האמת על כישלונות קברניטי המערכה – בדרג המדיני והביצועי כאחד – ונמנעים מלתת בימה למערערים על צידקתה או תבונתה.

המאמר עוסק בניתוח גורמיה, מאפייניה והשלכותיה הקשות של תסמונת זו, כפי שהומחשו בעליל באופי הסיקור והדיון התקשורתי על מערכת "צוק איתן". הוא מראה כיצד

* פרופ' משה נגבי הוא הפרשן המשפטי של "קול ישראל" ומרצה בסוגיות של ביטחון, דמוקרטיה ומשפט במחלקה לתקשורת ולעיתונאות באוניברסיטה העברית.

זכות הציבור לדעת ולגבש את דעתו על נסיבות היציאה למערכה, מניעה, אירועים קריטיים במהלכה, ונסיבות סיומה, נפגעה באורח אנוש. הפגיעה נגרמה לא רק בגלל מגבלות חוקיות או לחצי הממסד המדיני-ביטחוני אלא גם – ובעיקר – בגלל שבכירים במערכות תקשורתיות מרכזיות, מעלו בחובתם לממש זכות זו, במקום לקיים "שוק דעות פתוח וחופשי". הם נתנו ידם להשתקה, להדרה ולדה-לגיטימציה של ביקורת על המערכה ועל קברניטיה. למרות המחלצות הפטריוטיות שבהן הליבו אותם בכירים בתקשורת את התנהגותם, היא נבעה במקרים רבים משיקולי רייטינג ורווח של מעסיקיהם. המאמר מתריע שבכך הם חיבלו לא רק בחירויות בסיסיות של כולנו, אלא גם בביטחון שאת שמו הם נשאו לשווא.

א. פתח דבר

בישראל – כמו בכל דמוקרטיה מתוקנת – מכיר זה מכבר המשפט בחיוניותה של עיתונות חופשית, חושפת, ביקורתית ונשכנית, לא רק לחירותה של החברה אלא גם לרווחתה. אשתקד חגגנו את יום הולדתה ה-60 של פסיקת בג"ץ הנודעת בפרשת קול העם.¹ באותו פסק דין מכוון תיאר ונימק השופט שמעון אגרנט בהרחבה כיצד חופש הביטוי בכלל, וזה של העיתונות בפרט, מאפשר לה לקיים שוק דעות חופשי ופתוח גם לחריפים שבמבקרים ומשרת בכך לא רק אותה, אלא גם את מושאי ביקורתה ואת החברה בכללותה. זאת משום שרק עימות ותחרות בין דעות וגישות שונות מאפשרים לעם לחשוף משגים ונקודות תורפה בהתנהלות קברניטיו.

כעשור לאחר התקדים המכוון של קול העם עמד בית המשפט העליון על החיוניות ועל התרומה החברתית-ציבורית המכרעת שבמתן חירות לכלי התקשורת לא רק לתת ביטוי לדעות אלא גם לקבל מידע אמין ולהפיצו. רק על יסוד מידע אמין ניתן לגבש ולנמק באורח משכנע דעה שתתחרה בשוק הדעות, ולהחליט באורח מושכל איזו דעה עדיפה על מתחרותיה. ובלשונו של בית המשפט: "כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה שברצון אזרחים אחרים לספק לו".² בית המשפט העליון הדגיש כי חיוניות במיוחד הנגישות וההפצה של מידע על כישלונות השלטון, על

¹ בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953). על האירוע של האגודה הישראלית למשפט ולהיסטוריה לציון 60 שנים לפרשה ראו משה נגבי "עילה לחלחלה" העין השביעית 29.9.2013 www.the7eye.org.il/79643.

² בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962).

מחדליו ועל עוולותיו. רק אם יהיה צרכן התקשורת מודע לכישלונות, למחדלים ולעוולות, הוא יוכל לסלק את האחראים להם ולהביא לתיקון, שממנו ייהנו כמוכח לא רק מתנגדי השלטון, אלא הכול. בה במידה, חופש המידע חיוני לביעור השחיתות, להענשת האחראים לה ולסילוקם מהעמדות שבהן יוכלו לבזוז את הקופה הציבורית ולנצל לרעה את שררתם לרווחתם האישית או לרווחת מקורביהם. בית המשפט העליון בישראל אימץ בנושא זה בלב שלם את אמירתו הידועה של השופט היהודי הראשון בבית המשפט העליון האמריקני, לואיס ברנדייס: "אור השמש הוא חומר החיטוי המשובח ביותר".³

עד כדי כך עמוקה מחויבותו של המשפט שלנו להגנה על חופש הביטוי ועל קבלתו והפצתו של מידע בכלל, ובעיתונות בפרט, שהוא הכיר מאז פרשת קול העם ואילך בחופש העיתונות כזכות עילאית שעל השלטון לכבדה ושעל השופטים להגן עליה, למרות שאינה מעוגנת – עד עצם היום הזה – לא בחוקה ולא בחוקי יסוד. יתרה מזאת: כדי לממש את ההגנה הזאת, לא נרתע בית המשפט העליון מלהעניק לעיתונאים פריווילגיה שהמחוקק מיאן במפגיע להעניק להם – חיסיון על מקורותיהם⁴ ואף על כל מסמך שעלול להסגיר מקורות אלה.⁵

ב. הגבלת חופש הביטוי בעתות חירום ומלחמה

דווקא על רקע ההכרה הברורה והנחרצת הזאת בערכה הסגולי של עיתונות חופשית ונכונותם של בתי המשפט להבטיח את חירותה, בולט הקושי במימוש מלא של החירות הזאת בנושאי ביטחון וצבא בכלל, ובעתות חירום ומלחמה בפרט. כאשר יש בקרב קהיליית התקשורת מי שמנסה גם בעתות לחימה למצות את חירותו לקיים שוק דעות פתוח לחלוטין, שבו יינתן ביטוי גם לביקורת חריפה על הצבא ועל קברניטיו (גם בדרג המדיני), או לחשוף כשלים, מחדלים והתנהגות לא נורמטיבית ואף נפשעת של לוחמים ושל מצביאים – הוא נתקל בהסתייגות ואף בעוינות חריפה מצד כל מגזרי

³ ראו למשל פסק דינו של השופט אליעזר ריבלין בע"מ 6013/14 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 76 (2006).

⁴ ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987); ישגב נקדימון חיסיון עיתונאי (2013).

⁵ רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם באר"ש, 29.11.2012) (להלן: עניין מקור ראשון).

האוכלוסייה, עד כדי הוקעתו כלא-פטריוט, כחתרן ואפילו כבוגד. כך, למשל, על פי מדד השלום של המכון הישראלי לדמוקרטיה, 58.4% מהיהודים בישראל ו-44.5% מהערבים צידדו בהטלת הגבלות על חופש הביקורת על קברניטי מבצע "צוק איתן".⁶

במהלך המבצע נזקק העיתונאי גדעון לוי לאבטחה של שומרי ראש בגלל מאמרו הביקורתיים על הלחימה בעזה, ובעיקר כשהאשים את לוחמי צה"ל בכלל, ואת טייסיו בפרט, בפשעי מלחמה כלפי האוכלוסייה האזרחית ברצועה.⁷ עיתונו "הארץ" איבד במהלך המבצע מנויים רבים בגלל במה נרחבת שנתן לפרסום מידע וביקורת בלתי מחמיאים על צה"ל. לדברי מו"ל "הארץ", עמוס שוקן, פגע מאמרו של גדעון לוי במצבו הכלכלי של העיתון, ובעקבותיו נטשו אותו 1,600 מנויים.⁸ גם פרשן ערוץ 2 אמנון אברמוביץ עורר זעם ציבורי כאשר ביקר את מהלכי "צוק איתן", ומפגינים קראו לעברו: "בוגד", "מחבל", "חבל שלא נהרגת במלחמה".⁹

ההסתייגות ואף העוינות כלפי פרסומים חושפניים, ביקורתיים ובלתי מחמיאים בנושאי ביטחון בעת חירום ומלחמה איננה רק מצד דעת הקהל, אלא גם מצד חלק נכבד מן העיתונות עצמה. רבים ובכירים בתוכה לא רק שאינם נאבקים על מיצוי מלא של חירותם לחשוף ולבקר את הצבא ואת קברניטיו בעת מלחמה, אלא הם מתנאים ומתגאים בויתורם על המיצוי הזה, מטיפים לעמיתיהם ללכת בדרכם (ברוח הכותרת הידועה והקליטה שניסח העיתונאי עמירם ניר במאמרו בפרוץ מלחמת לבנון הראשונה – "שקט, יורים"¹⁰) ואף שותפים להוקעה ולדה-לגיטימציה של מי מהעמיתים שאיננו נענה להטפה הזאת. כך, למשל, מתי גולן, לשעבר עורך משנה של "הארץ" ועורך "גלובס", כתב בעקבות מאמרו של גדעון לוי כי הוא "על סף הבגידה" וכי אין להתיר לו להמשיך להפיץ את "תורת[ו] המרעילה".¹¹ גם העיתונאי יואב קרני, שהעיד על עצמו כי בעבר העריץ את גדעון לוי וראה בו "ידיד מנוער", כתב עליו במהלך "צוק איתן" כי הוא "התקרב להיות בוגד במולדת!"¹²

6 אלכסנדר יעקובסון "לא כצעקתה של זועבי" הארץ 1.9.2014, 17.
7 גדעון לוי "הרעים לטיס" הארץ 14.7.2014, 2.
8 עוזי ברוך "המאמר של גדעון לוי פגע כלכלית ב'הארץ'" ערוץ 7 17.11.2014 www.inn.co.il/News/News.aspx/287469
9 אלי חזן "התקשורת במלחמה – צוק אך ממש לא איתן" האומה 195, 39, 41 (2014).
10 ידיעות אחרונות 6.6.1982, 10.
11 "לוי וזועבי חתן וכלה" גלובס 20.7.2014, 21, 24.
12 "גבולות השיח" גלובס 26.7.2014 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=10009 26.7.2014 57430.

"אני קודם-כל יהודי וישראלי ואחר-כך עיתונאי"¹³, הצהיר בגאון ינון מגל, העורך הראשי של האתר הפופולארי "וואלה!" בעת "צוק איתן" ובעברו כתב צבאי שסיקר את מלחמת לבנון השנייה ומי שהגיש את מהדורת החדשות המרכזית של הערוץ הממלכתי. בכך הוא העיד על עצמו שגם הוא – כמו רבים בציבור בכלל ובקרב העיתונאים בפרט – סבור שמיצוי החירות העיתונאית בעת לחימה עלול להיות מעשה לא יהודי, לא ישראלי ומן הסתם לא פטריוטי.

אין מדובר, כמובן בתופעה חדשה או ייחודית לישראל. ידועה אמרתו של הסנטור האמריקני היראם ג'ונסון כי "האמת היא החלל הראשון בכל מלחמה". לא בכדי נבחרה האמרה הזאת לכותרת של ספר המתעד את תולדות הסיקור הצבאי-ביטחוני ב-150 השנים שחלפו מאז מלחמת קרים.¹⁴ ואכן, בחינה בדיעבד של הסיקור הזה מלמדת שהעיתונות במערב נכשלה כישלון מחפיר בדיווח האמת בעתות חירום ולחימה (דוגמה בולטת היא הפרסומים חסרי השחר על הנשק להשמדה המונית שבידי סדאם חוסיין במלחמת המפרץ השנייה). המקור לכך אינו רק טעויות בתום-לב, רשלנות מקצועית או קשיים אובייקטיביים שהחוק או אילוצי זירת הלחימה הציבו בדרכה, אלא גם ויתור מודע מראש על בירור האמת, ולעתים אף התגייסות מרצון להעלים אותה או לטשטש אותה. גם בדמוקרטיה האדירה בעולם קיבל הציבור את הויתור הזה בהבנה ובהסכמה.¹⁵ היטיב לאפיין תופעה זו פרופ' גדעון דורון: "כשהתחילים יורים – כל העם, כולל אנשי התקשורת, נעשה צבא או לפחות 'דוברי צה"ל'.¹⁶

קל לכאורה להסביר את שורשי ההתגייסות הציבורית והתקשורתית הזאת. בתחום הביטחון – להבדיל ממרבית תחומי הסיקור והדיון התקשורתיים האחרים – פרסום עלול לעתים לא רק להסב מבוכה למושאי או להסב נזק חומרי כבד, אלא גם לקפח חייהם של רבים. כך, למשל, פרסום העיתוי או המיקום של פשיטה מתוכננת על יעד של האויב או על מקום מסתור של מבוקש עלול לחרוץ לשבט את גורלם של הפושטים. פרסום זהותם של סוכנים הפועלים בתוך מדינות אויב או בקרב ארגוני טרור כמוהו כגזירת דינם למוות. בשני המקרים הפרסומים מסכלים פעילות חיונית לביטחון, כלומר לזכותנו הקיבוצית לחיים. פרסום ערעורים על צדקת הלחימה ואפילו על

¹³ מגל אמר זאת בראיון בתכנית "לונדון את קירשנבאום" (ערוץ 10, 18.7.2014). לביקורת חריפה ונוקבת על הדברים ראו יובל דרור "עלייתו של האנטי-עיתונאי" העין השביעית

.www.the7eye.org.il/119820 31.7.2014

¹⁴ PHILLIP KNIGHTLY, THE FIRST CASUALTY (3d ed. 2004)

¹⁵ GEOFFREY R. STONE, PERILOUS TIMES(2004)

¹⁶ גדעון דורון "תותחים ומוות" ביטחון ותקשורת 51, 63 (אודי לבל עורך, 2005).

החוקיות של פעילויות ושל פקודות ספציפיות (כפי שאירע, כפי שיפורט להלן, לגבי הפעלת "נוהל חניבעל" במערכת "צוק איתן") עלול לרפות את ידי הלוחמים גם ברגעים קריטיים לחייהם ולביטחוננו.

אכן, עם כל חשיבותו של חופש העיתונות, אין חולק שהזכות לחיים מצדיקה – ואף מחייבת – את הגבלתו ולעתים את דיכוי. כפי שניסח זאת השופט אהרן ברק, "הזכות לחיים בחברה קודמת לזכות להביע בה דעה".¹⁷ גם בדמוקרטיה האדירה בתבל, זו המקדשת את חופש הדיבור והעיתונות בסעיף הראשון למגילת זכויות האדם שלה, ה-Bill of Rights, נקבע שאין להסיק מהסעיף הזה שרשאי אדם לזעוק "שריפה" או "אש" (fire) באולם מלא בני אדם אם תוצאת זעקתו עלולה להיות בהלה שבגינה הם יימצאו ויירמסו.¹⁸

הגבלת התקשורת ודיכוי חירותה לשם הצלת חיי הפרט והכלל נראים מוצדקים במיוחד בזירת המערכה ביחס לארגוני הטרור. יש הגורסים שהחשיפה התקשורתית של מעלליהם הרצחניים ושל תוצאותיהם המזוויעות היא נשמת אפם, ולמצער היא מעצימה באורח דרמטי את כוחם ומשרתת את יעדם האסטרטגי – להטיל מורא שישתק את מתנגדיהם. כדברי ד"ר אודי לבל, ניתן אף לטעון שבמציאות שבה תיעדר תקשורת זמינה ומיידית, אפשר שאלמות של ארגוני טרור לא תהיה יעילה כלל.¹⁹ לא בכדי מדבר פרופ' גבי ויימן בהקשר הזה על "תיאטרון הטרור",²⁰ ויש התוקפים בחריפות את כלי התקשורת על נכונותם לספק בימה זמינה לתצוגות האימה של התיאטרון הזה.²¹ "אתם משתפים פעולה עם החמאס", נזף בשעתו פרופ' שלמה אבינרי בשדר הטלוויזיה חיים יבין כאשר שודרו שידורים ישירים מזירות של פיגועי זוועה, ואילו אחרים התריעו על "הטרור הפסיכולוגי" שמקרינים השידורים הללו ושעלול להעצים את הטרור של האויב.²²

¹⁷ בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 630 (1989).
¹⁸ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919). לניתוח הדימוי הזה ראו Stone, לעיל ה"ש 15, בעמ' 192–194.

¹⁹ אודי לבל "פתח דבר: פוליטיקה של אירועי מדיה" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 16, 1, 5.

²⁰ Gabriel Weimann, *The Theater of Terror*, J. COMM., Mar. 1983, at 38.

²¹ רפאל כהן-אלמגור המלכוד הדמוקרטי פרק 8 (2007).

²² על הערתו הבוטה של פרופ' אבינרי ולביקורת מתונה יותר על "הטרור הפסיכולוגי" שמעורר לעתים הסיקור התקשורתית של פיגועי טרור ראו עדית זרטל "תקשורת משוחררת לא מוחזרת" העין השביעית 2, 6 (1996).

בדור האחרון ועל רקע המהפכות הטכנולוגיות בתחום התקשורת, ובראשן הופעת האינטרנט, היו אמנם מי שהציבו סימן שאלה באשר לאפשרות המעשית (להבדיל מההצדקה העיונית), ולפיכך גם לתוחלת, להגביל באורח אפקטיבי את הפרסומים התקשורתיים בעת מלחמה, גם למען הצלת חיים. כך, למשל, כתב על סף המילניום החדש משה ורדי, שהיה העורך הראשי של "ידיעות אחרונות" בעת היותו העיתון הנפוץ בישראל: "בעולם התקשורת המודרני... כל ניסיון לחסום מידע נועד לכישלון. אנו חיים בעידן של מידע חופשי, שזורם בזמן אמיתי ובפתיחות מלאה".²³ ואכן היו שראו במרחב הקיברנטי "מערב פרוע" העומד מעל ומחוץ לכל חוק.²⁴ אולם כיום, נראה שבניגוד למה שנדמה או נחזה בתחילה, המרשתת הווירטואלית איננה שטח הפקר החסין לחלוטין מחוקים, מלחצים וגם מאילוצים בלתי רשמיים הפועלים במדיה המסורתית. גם בה ניתן לצנזר או להגביל פרסומים מסוכנים.²⁵ יש עדיין לעתים קושי מעשי ניכר למנוע פרסום אנונימי באתר, ברשת חברתית או בבלוג נידח. מנגד, הנידחות והאנונימיות שבפרסום גם מפחיתות מאוד את אמינותו וממילא את הנזק שבו. כדברי ד"ר יובל קרניאל, "השמועה באינטרנט, למרות תפוצתה הגדולה יחסית, נשאת שמועה. מעמדה נחות, והאמון שניתן לה מסויג וחלקי".²⁶ יתרה מזאת: הסיכון שפרסום נידח ואנונימי כזה יהיה זמין לאויב בעיתוי ובאופן שיסייעו לו במלחמתו, בטל בשישים לעומת הסיכון המיידי שבפרסום באתרים המוכרים והמזוהים. לפיכך הקושי למנוע פרסומים אנונימיים ונידחים איננו מייתר או מעקר בשום פנים ואופן את התועלת שעשויה לצמוח ממניעת פרסומים באתרים מוכרים ומזוהים, והללו כאמור חשופים לצנזורה או להגבלות וללחצים אפקטיביים כמו כל כלי תקשורת מסורתית.

עינינו הרואות: גם בעידן התקשורת המקוונת עשויות להיות הצדקה ותוחלת להגביל ואף לאסור פרסומים שעלולים לקפח חיים. ללא ספק, בעתות חירום ומלחמה מתעצמת הסכנה הטמונה בפרסומים הרי אסון כאלה.

²³ משה ורדי "הפרוטוקולים והתקשורת" ידיעות אחרונות 25.11.1999, 2.
²⁴ שרון אפק ההתקפה הקיברנטית – קווים משפטיים לדמותה 10 (עשתונות 5, מרכז המחקר, המכללה לביטחון לאומי, 2013).
²⁵ קרין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה" שקט, מדברים! 483 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).
²⁶ יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט" עיתונות דוט.קום 85, 97 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007).

ג. היתרונות בפרסום מידע בעתות חירום ומלחמה

מנגד, אסור לשכוח שבעתות חירום ומלחמה לפעמים דווקא איסור הפרסום והגבלתו הם שעלולים לקפח חיים ולפגוע בביטחון הפרט והכלל. תוצאות של ריקבון ושל זיהום בגופים המנווטים והמנהלים מערכה צבאית, קטלניות הרבה יותר מאשר בכל גוף אחר. לא לדעת על הזנחה או על רשלנות פושעת, או חלילה על שחיתות, בהתנהלותם של מי שאמורים לנווט מערכה כזאת בכל הרמות והדרגים, מסוכן הרבה יותר מאשר לא לדעת על תפקוד לקוי או מושחת של כל נבחר ציבור או עובד ציבור אחר. כפי שמתריע ד"ר אודי לבל, העדר ביקורת ודיון על חולשות ועל משברים מונע תיקון עצמי ו"יאפשר לארגון הצבאי להמשיך בדרכו הקלוקלת בחופשיות"²⁷. לפיכך אורה המחטא של השמש שבשבחו דיבר ברנדייס (קרי: אור זרקורי התקשורת), חיוני בתחום התנהלותם של גופים ואישים ביטחוניים הרבה יותר מאשר בכל תחום אחר. לכן כפה בשעתו בג"ץ על הצנזורה הצבאית להתיר פרסומה של כתבה שהטילה דופי חמור בכישוריו ובהתנהלותו של ראש המוסד. לא לדעת על כך – הסביר בית המשפט – מסוכן לאין ערוך יותר מאשר לדעת. זאת ועוד: הידיעה שכישוריו ורמתו אינם חסינים מ"אור השמש", תתרום לבדיקה קפדנית יותר גם של תכונות מחליפו. כדברי השופט אהרן ברק, "הידיעה, כי דבר המינוי ישמש נושא להחלפת דעות ציבורית ולביקורת הציבורית, יש לה, כשלעצמה, השפעה על שיקולים של מקבלי החלטות, ויש בה כדי להרתיע מפני מינוי לא ראוי"²⁸.

יתרה מזאת: ההצדקה להגבלת חשיפות וביקורת תקשורתיות בעתות חירום ומלחמה נובעת כאמור מפוטנציאל הפגיעה שלהן באינטרס ביטחוני קיומי. אך הנחת היסוד בדמוקרטיה – להבדיל מדיקטטורה – היא שגם הקברניטים, ככל בן תמותה, עלולים לשגות גם באשר לשאלה הקריטית מהו האינטרס הביטחוני-קיומי האמור ומה יפגע בו. הסיכוי היחיד של הקברניטים לגלות את שגיאתם ולהכיר בה בטרם תגבה את מחירה הקטלני, היא לאפשר לתפיסתם באשר לאינטרס הביטחוני להתמודד ב"שוק הדעות החופשי" עם תפיסות חלופיות ואף סותרות. ברור ששוק חופשי כזה יכול להתקיים ולמלא את ייעודו רק כאשר כל המידע הרלוונטי לגיבוש דעה מושכלת באשר להגדרת האינטרס הביטחוני זמין ונגיש לא רק לקברניטים אלא לכול. כפי שהתריע בשעתו בג"ץ, "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו

²⁷ אודי לבל "עימות או תלות הדדית?" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 16, 13, 30.

²⁸ עניין שניצר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 644.

שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב".²⁹ כאשר המידע הזמין והנגיש לאמצעי התקשורת – ודרכם לכלל הציבור – הוא רק זה התואם את תפיסת הקברניטים באשר לאינטרס הביטחוני והתומך בה, וכאשר מצנזרים או מצניעים מידע שעלול לעורר ספקות באשר לתקפותה של התפיסה הזאת, קלושים הסיכויים שיצמחו תפיסות חלופיות שיאתגרו את הקונספציה בצמרת, וממילא גוברים הסיכויים שהשלטון "יינעל" על קונספציה ביטחונית שגויה או כזו שאבד עליה הכלח. כפי שהתריעה גם ועדת הבדיקה על מלחמת לבנון השנייה – ועדת וינוגרד – "לסודיות עלולה להיות השפעה מנוונת ומקפאיה... בעקבות הסודיות נמנעת מחשבה חופשית. הזרמת מידע סלקטיבי בלבד – גורמת לעתים לעצימת עיניים ממידע סותר".³⁰

כפי שכבר נוכחנו להוותנו, תסמונת זו עלולה להיות ממארת לביטחון. ואכן, קונספציה שגויה הולידה את מחדל מלחמת יום הכיפורים שגבה חייהם של אלפי חיילים, ואף עורר חשש בלב שר הביטחון דאז, משה דיין, ל"חורבן הבית השלישי". לדעת רבים וטובים, היא התאבנה והסתיידה במידה רבה, ואולי אף מכרעת, עקב העלמה או הצנעה של מידע שהיה עשוי לעורר ולעודד "שוק דעות חופשי" באשר לתקפותה, לרבות המידע על ריכוזי הכוחות ההתקפיים של צבאות מצרים וסוריה בשבוע שקדם לפרוץ המלחמה ועל הסיכון הגלום בהם. לא רק צנזורה צבאית גרמה להעלמה ולהצנעה האמורות, אלא גם, ובעיקר, צנזורה עצמית שקיבלו על עצמם ועדת העורכים של כלי התקשורת והכתבים הצבאיים. ההעלמה וההצנעה האמורות עוררו אף הן את ביקורתו הקשה של פרופ' שלמה אבינרי, שהתריע בעקבות המלחמה ש"בתחום הביטחון, וכל מה שנובע ממנו, התנהגות העתונות הישראלית דומה יותר מדי להתנהגות במשטר טוטאליטארי".³¹

כעבור תריסר שנים שוב סיכלה העלמת מידע את קיומם של דיון ציבורי ו"שוק דעות חופשי" בסוגיה ביטחונית קריטית, ובכך אולי חיבלה באינטרס הביטחוני שהתיימרה לשרת. "ועדת העורכים" נעתרה לבקשת הקברניטים שלא לפרסם את דרישותיו של מנהיג ארגון הטרור "החזית העממית-המפקדה הכללית", אחמד ג'יבריל, שישראל תשחרר 1,150 טרוריסטים בתמורה לחייליה שבידיו, למרות

²⁹ עניין גרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2416.

³⁰ הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דין וחשבון סופי כרך ב 445 (2008) (להלן: דוח ועדת וינוגרד).

³¹ "מוסדות העתונאים יגבשו הצעות ליצירת תנאים שיאפשרו לעתונים למלא את חובתם" ספר השנה של העתונאים התשל"ד 108, 113 (1974).

שהדרישות הללו פורסמו בתקשורת הערבית. התוצאה הייתה שההחלטה להיענות לדרישות אלו – שהיו לה בוודאי השלכות מופלגות על פיגועי מיקוח עתידיים ועל היכולת להתמודד עם – התקבלה ללא דיון ציבורי.

גם במבצע "צוק איתן" יכולנו להיווכח בעליל שהשתקת מידע ואפילו הצנעתו בעת לחימה לאו דווקא משרתות את האינטרס הביטחוני, אלא עלולות לחבל בו. עורכים וכתבים בכירים היו מודעים למנהרות החמאס ולסכנתן ואף דיווחו והתריעו על כך בכמה הזדמנויות לפני המבצע (למשל בתחקיר ב"מבט שני" בערוץ הראשון בנובמבר 2006). אולם כלי התקשורת לא רעננו את הדיווחים וההתרעות הללו ולא העלו כלל את איום המנהרות על סדר היום הציבורי כאשר שקל הקבינט בחיוב הפסקת אש – ואף הסכים לה בתחילה – בלי שיינקטו צעדים כלשהם לנטרל את האיום הטמון בהן. ב"צנזורה עצמית" זאת הם מנעו לכאורה מידע חיוני ביותר לגיבוש דעה מושכלת על הסיכונים והסיכויים שבהפסקת האש לא רק מהציבור, אלא אולי גם מחלק משרי הקבינט עצמו.³²

לפחות שר בכיר אחד, נפתלי בנט, טען שקברניטי המבצע המעיטו בעוצמת הסיכון הגלום במנהרות כדי שיקל עליהם לשכנע את שרי הקבינט בעמדתם שצידדה או בהפסקת אש ללא פעולה קרקעית. בכך שנמנעו אף הם מלפרסם מידע שירענן את הזיכרון על סכנת המנהרות ומלהתריע עליה, שירתו כלי התקשורת את העמדה הזאת, ששיקפה את האינטרס הביטחוני כפי שנחזה באותו שלב בעיני הקברניטים, ושיבשו לחלוטין את מנגנון שוק הדעות החופשי שהם נועדו לשרת. בדיעבד יודו רבים וטובים, ואולי גם הקברניטים עצמם, ששגו או בהערכת האינטרס הביטחוני בהמליצם לקבינט לוותר על נטרול המנהרות ולהסתפק ב"שקט תמורת שקט". הרמטכ"ל בכבודו ובעצמו צוטט לימים בתחקיר מקיף ב"הארץ" כמי שהודה בדיעבד ש"האסימון" לגבי סכנת המנהרות "נפל" אצלו רק בשלב מאוחר יותר במלחמה.³³ סביר להניח שהעיסוק והדיון בסכנה הזאת בכלי התקשורת היו מקדימים את "נפילת" האסימון.

נראה שיש בכך כדי להציב סימן שאלה על הסתירה-כביכול שהציג ינון מגל בין "להיות עיתונאי" ל"להיות ישראלי", ועל עצם הצורך-כביכול להעדיף הוויה אחת על האחרת. מתברר שביקורת על הקברניטים גם, ואולי בעיקר, בעיצומה של המערכה

³² איתי לנדסברג-נבו "לא ראו את החושך בקצה" העין השביעית 19.7.2014 www.the7eye.org.il/117908

³³ עמוס הראל וגילי כהן "תחקיר 'הארץ': בלי תוכניות, בלי אימונים ובלי ציוד מתאים – כך נאלצו החיילים להתמודד עם המנהרות בעזה" הארץ 17.10.2014, 6.

והתרעה על הסכנה שבהחלטותיהם – ולא ההימנעות מהביקורת וההתרעה הללו – היא הבחירה הנכונה הן מהבחינה המקצועית-עיתונאית והן מהבחינה הפטריוטית. העיתונאי ממלא את שליחותו הפטריוטית כישראלי לא בכך שהוא מתגייס להדהד את תפיסות הקברניטים ולשבח את מהלכיהם, אלא דווקא במיצוי שליחותו העיתונאית לבקרה ואף לחשוף את ערוותם.

חשוב גם לזכור שלעתים עלולים מערכת הביטחון וקברניטיה לא רק לשגות בתום-לב בדבר הגדרת האינטרס הביטחוני המכתיב כביכול הסתרת מידע, אלא גם לעוותו ולסלפו במזיד. כלומר הם יישאו את שם האינטרס הביטחוני לשווא כדי לגרום לכלי התקשורת (בדרכי שכנוע או כפייה) להסתיר מידע על מחדלים של גורמי הביטחון או על פשעים שלהם. כך אירע, לדעת רבים, בפרשת קו 300. צמרת השב"כ הפעילה לחצים כבדים להטיל איפול (אם מרצון, אם בכפייה) על חקירת הריגתם של טרוריסטים לאחר שנעצרו בריאים ושלמים. בדיעבד התברר שהמטרה העיקרית של האיפול לא הייתה – כפי שהדברים הוצגו לוועדת העורכים – להגן על ביטחון המדינה, אלא לאפשר את שיבוש החקירה ואף להעליל את פשע ההריגה שביצעו אנשי שב"כ על קציני בכיר בצה"ל.

אגב, גם באותה פרשה כאובה של קו 300 היו שטענו – כמו באירועים ביטחוניים רבים אחרים – שהתקשורת לקתה בחוסר פטריוטיות בעצם החשיפה וההוקעה של פשע מלחמה (או אפילו חשש לפשע כזה) מצד כוחותינו והקריאה לחקור ולהעניש את החשודים בו. לדעתם, היה בכך משום "הלשנה" על אנשינו ו"נעיצת סכין בגבם". ואכן, אותה רוח עוינת שנשבה כאמור בעת מבצע "צוק איתן" כלפי גדעון לוי ואחרים שהחשידו את טייסינו ולוחמינו בביצוע פשעים בעזה, נשבה לפני שלושים שנה כלפי אותם עיתונאים, ובעיקר העיתון "חדשות", שחשפו את פשעי השב"כ בפרשת קו 300 ושהוקיעו אותם.³⁴

אך האם תקשורת בעלת מצפון ומצפן מוסרי רשאית להעלים עין מפשעי מלחמה ובכך לתת יד למילוט מחולליהם מעונש רק משום שאותם מחוללים נמנים עם כוחותינו? דווקא בראשית ימי המדינה הבינו לא רק העיתונאים, אלא אפילו קברניטי הביטחון עצמם, שהתשובה על שאלה זו חייבת להיות שלילית. כאשר התריע נתן אלטרמן ב"טור השביעי" שלו בעיתון "דבר" על פגיעה של צה"ל באזרחים ערבים חפים מפשע בקרבות המרים של מלחמת העצמאות, ציווה ראש הממשלה ושר

³⁴ על הפרשה ולקחיה ראו אילן רחום פרשת השב"כ (1990); משה נגבי מעל לחוק – משבר שלטון החוק בישראל (1987).

הביטחון דוד בן-גוריון לשכפל את הטור ולהפיצו ברבבות עותקים גם – ובעיקר – בקרב הלוחמים.³⁵ אגב, אז לא נרשמו ביטולי מינויים על העיתון ואלתרמן בוודאי לא נזקק למאבטחים. אך כבר כעבור שנים אחדות החלה התובנה המוסרית הבסיסית הזאת להישחק. בשנות החמישים ובמערכת קדש כבר נאלץ אלתרמן להתמודד עם הצנזורה ועם אילוניה כאשר ביקש לחשוף ולהוקיע את טבח עשרות האזרחים הערבים שהפרו עוצר (שעל הטלתו הם לא ידעו) בכפר קאסם.³⁶

כאשר התנהגות נפשעת-לכאורה של חיילים נובעת מפקודות בלתי חוקיות בעליל שקיבלו, או מפירוש שגוי שניתן בשטח לפקודות הללו, השתקת פרסומים ביקורתיים על ההתנהגות הזאת והצנעתם – גם כאשר הן נובעות מהרצון הפטרייטי שלא לרפות את ידי הצבא ולא להבאיש את ריחו ואת ריחה של ישראל בעולם – עלולות לפגוע לא רק במוסר ובטוהר הנשק, אלא גם בחיילים עצמם. כך, למשל, בתחילת האינתיפאדה הראשונה הגיעו לכתבים הצבאיים דיווחים על כך שחיילים משתמשים באלות לא רק כדי להשתלט על מתפרעים פלסטינים ולעצורם, אלא גם כדי להענישם וללמדם לקח לאחר מעצורם. ארגוני זכויות אדם ומשפטנים מטעמם טענו שהשימוש הזה הוא בלתי חוקי בעליל. כלי תקשורת רבים העדיפו להתעלם מהדיווחים ומהטענות או להצניעם. כאשר התופעה תועדה ושודרה ברשת סי-בי-אס בארצות הברית, ולאחר שבכמה מקרים נהרגו עצורים מהמכות, החל הצבא להעמיד לדין פלילי לוחמים שהיו מעורבים בכך, והם הורשעו ואף נכלאו.³⁷ התברר בדיעבד שכבר בראשית האינתיפאדה ביקש הפרקליט הצבאי הראשי אמנון סטרשנוב שהרמטכ"ל דן שומרון יוציא איגרת לכלל הצבא שתחדד את המותר והאסור בשימוש באלות, אך בקשתו נדחתה.³⁸ אי הבהירות נותרה אפוא בעינה. לא זו בלבד שהיא סיבכה את הלוחמים בפלילים, אלא היא גם אפשרה לצמרת הביטחונית לחמוק מאחריותה ולהפקיר את הלוחמים לבדם על ספסל הנאשמים, בטענה שלא הייתה מודעת ליישום המוטעה והנפשע של כוונותיה בשטח. ניתן לטעון שבכך שלא עסקה בהבלטה בתופעת ההכאות

³⁵ מרדכי נאור "אלתרמן כהיסטוריון וכפובליציסט ביקורתי" קשר 45, 68, 71-72 (2013). ראו גם: מנחם פינקלשטיין "הטור השביעי" ו'טוהר הנשק' – נתן אלתרמן על ביטחון, מוסר ומשפט" משפט וצבא 20, 1 (2009).

³⁶ דן לאור אלתרמן 489-490 (2013).

³⁷ ראו למשל תיק (צבאי דרום) 248/88 התובע הצבאי נ' אדלר, פד"צ 1988-1990, 120 (1989); תיק (צבאי דרום) 93/89 התובע הצבאי נ' לויט, פד"צ 1988-1990, 175 (1990).

³⁸ להרחבה ראו אמנון סטרשנוב צדק תחת אש (1994).

ובביקורת עליה, הפכה התקשורת שותפה הן להתחמקות של המפקדים מאחריותם והן להפקרת הלוחמים.

סכנה דומה ארבה לתקשורת במבצע "צוק איתן" בהקשר של העיסוק (או אי העיסוק) שלה ביישומו בשטח של "נוהל חניבעל" לסיכול חטיפתם של חיילים בידי החמאס. הדילמה התקשורתית בסוגיה זו התחדדה בפרשת חטיפתו של החייל הדר גולדין, שעל פי דיווחים שונים גררה הפגזות והפצצות ללא ריסון וללא הבחנה כדי לסכלה בכל מחיר. האם היה נכון וראוי שהעיתונות תעלה סימני שאלה באשר לחוקיותה של התגובה הזאת ואף תיתן בימה למי ששלל אותה ושהוקיע אותה כפשע מלחמה? מחד גיסא, ניתן לראות בפרסומים מסוג זה פגיעה בנחישות החיילים, וממילא גם בהצלחתם, לסכל חטיפות עתידיות והעמדתם בסיכון לתביעות משפטיות בפורומים בינלאומיים. מאידך גיסא, עלה גם כאן החשש שכמו לגבי "מדיניות המכות" לפני כחצי יובל שנים, כך גם לגבי נוהל "חניבעל" שוררת בשטח אי בהירות לגבי המותר והאסור. בעוד שלוחמים ומפקדים רבים העידו שאכן תודרכו לסכל חטיפת חייל חי בכל מחיר, לרבות ירי שיגרום קרוב לוודאי את מותו, התריע פרופ' אסא כשר, אבי הקוד האתי של צה"ל ומי שהיה מעורב בניסוח "נוהל חניבעל", כי התדרוכים האלה הם עיוות וסילוף חמורים שלו.³⁹ בנסיבות הללו ניתן לטעון שדווקא עיתונאי אחראי החרד לשלום חיילינו, לביטחונם ולערכיהם, היה חייב להבליט את סימני השאלה בנוגע לחוקיות יישום הנוהל וכך לכפות על הצמרת הצבאית-ביטחונית להבהירו ולחדדו לכל הדרגים בשטח.

גם בסוגיית הסיקור של פיגועי הטרור ושל תוצאותיהם המזוויעות מתייצב העיתונאי האחראי הזה בפני דילמה שההכרעה בה איננה פשוטה. אכן, כפי שכבר צוין, הסיקור האמור הוא נשמת אפו של "תיאטרון הטרור". מנגד, הוא גם מה שמאפשר לגייס תמיכה מבית ומחוץ בלחימה חסרת פשרות נגד מפיקיו ושחקניו. כך, למשל, אין ספק שהפצת סרטוני "עריפות הראשים" של ארגון דעא"ש העצימה את האימה שהטיל הארגון על סביבתו ובכך קידמה את כיבושיו בסוריה ובעירק, אך בה בעת נראה שהיא תרמה לנכונותם של גורמים בינלאומיים, ובראשם ארצות הברית, ליזום ואף להוביל קואליציה שתילחם בו.

³⁹ אסא כשר "היבטי מוסר ואתיקה של תורת המלחמה הישראלית ומבצע 'צוק איתן'" כיוונים חדשים 31, 14, 41-44 (2014).

ד. ההתייחסות המשפטית לסיקור עיתונאי בעתות חירום ומלחמה

הוא אשר אמרנו: אופי הסיקור והדיון התקשורתי בנושאי ביטחון, בוודאי בעתות חירום ולחימה, אכן מחייב התייחסות משפטית ואתית ייחודית לעומת הסיקור והדיון בנושאים אחרים בגלל הסכנה המוכחת שטמונה בו לחיי הפרט והכלל. אך סכנה זו עלולה להתחולל לא רק עקב פרסום, אלא גם ודווקא עקב צנזורה כפויה או עצמית או עקב הצנעת מידע. לכן הגם שחיוני לדכא לעתים פרסומים מסוכנים בתחום הזה, חיוני לא פחות – לא רק מההיבט הדמוקרטי אלא גם מההיבט הביטחוני-קיומי – למנוע שהדיכוי האמור יתפרש על כלל הפרסומים הביטחוניים בעתות חירום ולחימה, משום שגם הדיכוי עלול לסכן ואף לקפח חיים.

מהסיבה הזאת נקט בית המשפט העליון את גישת המשפט האמריקני שצנזורה מטעמי ביטחון היא אכן מוצדקת, ואפילו הכרחית, רק כאשר הסכנה הטמונה בפרסום היא חמורה וברמת הסתברות גבוהה, כלומר כאשר קיימת "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" להתממשות הסכנה.⁴⁰ בהעדר "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" כזאת, לא זו בלבד שאין הצדקה ביטחונית להימנע מהפרסום או לדכא אותו, אלא ההימנעות והדיכוי הללו, דווקא הם שמסוכנים יותר לביטחון.⁴¹

ה. הפגיעה בפועל בחופש העיתונאי בענייני בטחון

מאז שניתנה פסיקה עקרונית זו של בג"ץ לפני כחצי יובל שנים, הצנזורה הצבאית אכן איננה מונעת ומדכאת פרסומים כאשר אין נשקפת מהם לדעתה "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" לחיי אדם. אך האם הדבר מבטיח באמת שבהעדר אותן "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" תחשוף אותה תקשורת מחדלים ועוולות בתחום הביטחון? האם יתקיים גם בעתות חירום ולחימה אותו דיון ביקורתי נוקב, שהוא – כדברי בג"ץ – לא רק נשמת אפה של הדמוקרטיה אלא נשמת אפו של הביטחון? למרבה הצער והדאגה, נראה שהתשובה על שאלות אלו עודנה שלילית.

⁴⁰ להסתייגות מכך ראו דוח ועדת וינוגרד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 439.

⁴¹ עניין שניצר, לעיל ה"ש 17.

ראשית, גם לאחר שבג"ץ הגביל את סמכויות הצנזורה הצבאית, החוק מאפשר לגופים שלטוניים נוספים, ביטחוניים ואחרים, למנוע ולדכא פרסומים בתחום הביטחוני גם בהעדר הסתברות גבוהה (או אפילו נמוכה) שיקפחו חיים. כך למשל כל שופט, גם בדרג הנמוך ביותר, רשאי להטיל איפול גורף על חשד לעבירה בתחום הביטחוני ועל זהות החשודים בה "לשם שמירה על ביטחון המדינה" ו"לשם מניעת פגיעה ביחסי החוץ שלה". כפי שהתריע המלומד המנוח זאב סגל, שופטים מוציאים צווי איפול גורפים כאלה על פי בקשת הגורמים הממלכתיים (ובלי שלנציגי העיתונות תינתן בכלל ההזדמנות להתנגד מלכתחילה לבקשה) בלי לוודא את "התגבשותה הקרובה לוודאי של סכנה חמורה".⁴² לא ייפלא אפוא שצווים כאלה מתבקשים וניתנים גם (ואולי אף בעיקר) כאשר הצנזורה הצבאית סבורה כי אין להם הצדקה. הבעיה היא שעל פי הנחייה שנויה במחלוקת – אך מחייבת – של פרקליטות המדינה, מרגע ששופט מוציא צו כזה, הצנזורה איננה רשאית להפעיל את שיקול דעתה העצמאי ולהתיר את הפרסום.⁴³

שנית, כפי שכבר למדנו מפסיקת בג"ץ, "כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה".⁴⁴ בגלל המחסומים הפיזיים למתקני צבא, ובוודאי לאזורי אימונים ולחימה, ובשל הסיווג של מסמכים ביטחוניים, ברור שבתחום הביטחוני הנגישות למידע בכלל, ולמידע הנוגע לחימה בפרט, בלי קשר לסכנה הגלומה בו, מסובכת הרבה יותר מאשר בכל תחום אחר ותלויה במידה רבה, ולעיתים מכרעת, ברצון הטוב של צה"ל ושל הרשויות הביטחוניות לשתף בו את הציבור. ראוי לציין שהשב"כ, המוסד ויחידות ביטחוניות וצבאיות רבות קיבלו פטור מפורש וגורף מתחולת חוק חופש המידע. התוצאה היא שהם יכולים לסרב למסור לעיתונות מידע שבחזקתם או הנוגע לתפקודם, ללא כל הנמקה, וממילא בלי קשר לשאלה אם חשיפתו תפגע בביטחון או אולי דווקא תתרום לו.⁴⁵ גם גופים אחרים – לאו דווקא ביטחוניים – רשאים לסרב למסור את המידע אם יש "חשש" – ולא דווקא הסתברות גבוהה –

⁴² זאב סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע 142, ה"ש 394 (2000).

⁴³ על ההנחיה של הפרקליטות והמחלוקת סביבה ראו משה נגבי "נפילתה ועלייתה של הצנזורה בנושאי ביטחון בישראל" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 16, 183, 190–192.

⁴⁴ עניין גרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2415.

⁴⁵ ס' 14 לחוק חופש המידע התשנ"ח–1998.

ל"פגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחון או בשלום של אדם", או אם שר הביטחון באישור ועדה של הכנסת הטיל עליו חיסיון.⁴⁶

יתרה מזאת: צה"ל נהנה מהפריווילגיה הנדירה לקבוע מי יהיו הכתבים שיסקרו אותו. אמנם פריווילגיה זו איננה מעוגנת בחוק, אך רק כתבים צבאיים המקבלים הכרה ("האמנה") מדובר צה"ל מוזמנים לתדריכים שנותנים מפקדיו או לסיורים במתקניו. בג"ץ הכיר זה מכבר בזכותו של הצבא לשלול את ה"האמנה" הזאת, והצבא לא היסס להשתמש בכוח הזה כדי לשלול למעשה את יכולת התפקוד של כתבים צבאיים רק משום שפרסמו דיווחים וביקורת שאינם לרוחו.⁴⁷ לשלילה כזאת יש מן הסתם "אפקט מצנן" על הכתבים הצבאיים האחרים. אולי הדבר מסביר מדוע חלק מהם אינם ממלאים את שליחותם החיונית לחשוף מחדלים ועוולות של הצבא ולהוקיעם, אינם מאתגרים את הקונספציה המקובלת על מפקדיו, ואף משמשים – כהגדרתו הצלפנית של העיתונאי-החוקר הבכיר גידי וייץ – "להקת מעודדות אקטיבית" לרמטכ"ל.⁴⁸

לא רק כתבים ספציפיים עלולים "להיענש" בשלילת תדרכים ונגישות למידע אם יתעקשו לסקר ולבקר את מערכת הביטחון באותה נחישות שבה אמורה עיתונות חופשית לסקר ולבקר כל מערכת שלטונית, אלא גם כלי תקשורת שמעוררים בפרסומיהם את מורת רוחו של צה"ל. כך למשל הודיע בשעתו דובר צה"ל כי עיתון "הארץ" לא יזכה ל"ראיונות, שיחות רקע ותדרכים אישיים" של מפקדי הצבא משום שהתעקש לפרסם על נפגעים בקרב חיילינו בתקריות אש בלבנון בלי להמתין לאישור הדובר שנמסרה הודעה למשפחותיהם. בג"ץ אמנם קבע שעל הדובר "לנהוג בשוויון כלפי כל אמצעי התקשורת", אולם בפועל לא קיבל את עתירת "הארץ" ולא ציווה על הדובר לבטל את הסנקציה האמורה.⁴⁹ גם במהלך מבצע "צוק איתן" נשמעו תלונות של רשת ב' ושל ערוץ 10 על כך שדובר צה"ל הפלה בין כלי התקשורת וכך "קנה" סיקור

46 שם, סעיף 9(א).

47 בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הבטחון, פ"ד טז 1023 (1962). על ההאמנה והמגבלות הכרוכות בתלות הכתבים הצבאיים בדובר צה"ל גם בשנות האלפיים, ראו טל אלוביץ "דובר או צנזור?" מערכות 38, 452 (2013).

48 גידי וייץ "להקת המעודדות של אשכנזי" הארץ 7.1.2013, 5.

49 בג"ץ 181/96 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ(5) 45, 49 (1996).

אוהד באמצעות הענקת נגישות למידע וראיונות בלעדיים ו"העניש" על סיקור ביקורתי באמצעות שלילתה.⁵⁰

גם אותם עיתונאים וכלי תקשורת שמוכנים לשלם את מחירו הכבד של ה"עונש" הזה מדובר צה"ל, כדי לתת חשיפה לעוולות ולמחדלי מערכת הביטחון והצבא ולבקרם, עלולים להירתע מן העונש הכבד לאין ערוך שעלול לגזור עליהם בית המשפט. חוק העונשין קובע שפרסום "ידיעה סודית" – אף ללא כוונה לפגוע בביטחון המדינה ובלי שהתרחשה כלל פגיעה כזאת – הוא פשע חמור שדינו 15 שנות מאסר. יתרה מזאת – עצם החזקתה של ידיעה כזאת בחזקת העיתונאי, אף בלי לפרסמה, היא פשע שדינו 7 שנות מאסר. "ידיעה סודית" מוגדרת כידיעה "אשר ביטחון המדינה מחייב לשמור אותה בסוד", ואם מדובר במסמך מסווג, חזקה היא שביטחון המדינה מחייב לשמור אותו בסוד. כלומר ידיעה עשויה להיחשב "סודית" גם אם תוכנה איננו יוצר "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית" לחיי אדם או לביטחון המדינה.⁵¹

ואכן, פרשת משפטו של עיתונאי "הארץ" אורי בלאו הוכיחה בעליל כי ניתן להרשיע ואף לגזור עונש מאסר על עיתונאי על שהחזיק מסמכים מסווגים, גם כאשר בפרסומיו מתוך אותם מסמכים יש עניין ציבורי (בכך שחשפו חשד לכאורה לזלזול של אלוף בצה"ל במגבלות בג"ץ על ביצוע סיכולים ממוקדים), גם אם הפרסומים קיבלו את אישורה מראש של הצנזורה הצבאית, וגם אם לא הוכח שהעיתונאי גרם (או התכוון לגרום) נזק לביטחון המדינה.⁵²

לא רק אורי בלאו, גם עיתונאים אחרים למדו על בשרם שציות קפדני לצנזורה הצבאית איננו מחסן אותם בהכרח מאימת הדין הפלילי. כך, למשל, החוקר והפרשן הביטחוני ד"ר ראובן פדהצור פרסם באישורה של הצנזורה תחקיר על כשליהם של טילי ה"פטריוט" שסיפקה ארצות הברית לישראל במלחמת המפרץ הראשונה. הוא נאלץ

⁵⁰ הדובר הגיב כי נהג "בשוויון ובהגינות", אך עמותת "הצלחה" ביקשה מן היועץ המשפטי לממשלה לבדוק את הטענות כלפיו. דוד אברהם "הטענות לאפליה בחלוקת אייטמים על ידי דו"צ בדרך לשולחן היועמ"ש" וואלה! ברנז'ה 17.9.2014 b.walla.co.il/item/2786222.

⁵¹ ס' 113, 113 א לחוק העונשין התשל"ז-1977. להצעה לרפורמה בחוק ראו מרדכי קרמניצר ואפרת רחף סודות רשמיים (2005).

⁵² ת"פ (שלום ת"א) 10677-07-12 מדינת ישראל נ' בלאו (פורסם בנבו, 3.9.2012). בלאו נשא את מאסרו בעבודות שירות. להרחבה על הפרשה ולקחיה ראו משה נגבי "על עיתונות הכובלת את עצמה: פרשת קם-בלאו כסימפטום" קשר 42, 30 (2011) (להלן: נגבי "עיתונות הכובלת את עצמה").

לעמוד בחקירה פלילית ולחיות חודשים ארוכים בצל האיום המוחשי שיואשם בסעיפים החמורים הנוכרים לעיל.⁵³ אין ספק שהאיום הזה עלול ליצור "אפקט מצנן" בקרב עיתונאים השוקלים לפרסם מידע מביך ומעורר ביקורת על הצבא או על גורמי ביטחון אחרים.

אך "האפקט המצנן" שגלום באיום הטמון בסעיפי חוק העונשין העוסקים ב"דיעות סודיות", איננו רק כלפי העיתונאים, אלא גם, וביתר שאת, כלפי המקורות - בכוח שלהם. ברור לחלוטין שמידע החושף פגמים, מחדלים, עוולות ומשגים בצה"ל (או בגופי הביטחון האחרים), לא יגיע לעיתונאים מדובר צה"ל. המקור היחיד לו יהיה - בדרך כלל - אדם שיעביר אותו לעיתונות שלא על דעתו של הדובר. אדם כזה יהיה צפוי - ממש כמו העיתונאי שיפרסם את המידע - לחקירות ממושכות ואף לאובדן חירות, גם אם דאג לוודא מראש שהמידע יתפרסם רק כפוף לביקורת הצנזורה. את זאת למד על בשרו, למשל, תת-אלוף יצחק יעקב, שהתראיין בשעתו לעיתונאי הבכיר רונן ברגמן על תקופת שירותו בצה"ל ובמערכת הביטחון. למרות שהתנה מראש את מתן הריאיון בהגשתו לצנזורה - והתנאי אכן התקיים - יעקב נעצר בעקבות הפרסום, הוחזק במעצר בית חודשים ארוכים ונידון לבסוף לחודשיים מאסר על-תנאי.⁵⁴

בית המשפט העליון אמנם הכיר הכרה מותנית ומסויגת בזכותו של עיתונאי שלא להסגיר את זהות המקור שלו ומסמכים העלולים לחשוף אותו,⁵⁵ אך ההתפתחות הטכנולוגית שחקה את החיסיון האמור. היא מאפשרת כיום לרשויות החוקרות לאתר את המקור גם בלי לשאול על כך את העיתונאי, באמצעות ציתות, מעקב ופלישה להתקשרויותיו. בתי המשפט התירו שימוש באמצעים הללו כלפי עיתונאים וכלפי מי שנחשדו במגע עם, גם כאשר המטרה המוצהרת הייתה חשיפת מקורותיהם והפללתם. בנסיבות הללו קשה שבעתיים לצפות שמידע על כישלונות, על עוולות ועל שחיתויות בתחום הביטחון יגיע לעיתונאי וממנו לציבור. כפי שהתריע בשעתו נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר, "עיתונות ללא מקורות מידע היא כנחל אכזב שמימיו יבשו, והחופש לפרסמה הופך אז לחסר משמעות".⁵⁶

⁵³ יובל קרמניצר "תיקים באפלה" העין השביעית 33, 12 (2001).

⁵⁴ על הפרשה ראו שם. לגזר דינו של תא"ל יעקב: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1055/01 מדינת ישראל נ' יעקב (פורסם בנבו, 20.6.2002).

⁵⁵ עניין מקור ראשון, לעיל ה"ש 5.

⁵⁶ עניין ציטריין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 364.

1. הפגיעה בחופש העיתונאי על ידי עיתונאים

ואולם האמת חייבת להיאמר שלא רק מחסומים ואילוצים חוקיים – ישירים או עקיפים – גורמים להתייבשות הסיקור התקשורתי הביקורתי בנושאי ביטחון, אלא גם – ואולי בעיקר – הוויתור מרצון של כלי תקשורת ועיתונאים רבים על סיקור כזה. יש עורכים ועיתונאים עתירי השפעה על השיח התקשורתי שגורסים – כפי שגרס כאמור העורך הראשי של "וואלה!" ינון מגל – שיש סתירה בין מיצוי חובתם העיתונאית לבין מיצוי חובתם הפטריוטית כ"ישראלים". יש לחשוש שגם בנסיבות שבהן אין מכשול או אילוץ חוקי המכבידים על החשיפה וההוקעה האמורות, הם ימנעו מהן, יצנזרו את עצמם ואת העיתונאים הכפופים להם ואף יפטרו את מי מביניהם שיתעקש על זכותו לחשוף ולבקר. ואכן, נטען שהעורך הראשי של "וואלה!" פיטר את מבקר הטלוויזיה של האתר, עופר קניספל, מן הסיבה הזאת בדיוק.⁵⁷

תרה מזאת: לעורכים ולעיתונאים כאלה אין שום מוטיבציה להיאבק לשינוי או לריכוך החקיקה היוצרת את המחסומים והאילוצים האמורים. כבר עלו יוזמות לריכוך כזה (למשל להגביל את סמכות בתי המשפט להוציא צווי איסור פרסום גורפים ולחייבם לזמן לדיון בהוצאתם פרקליט מטעם העיתונות).⁵⁸ ייתכן ש"קמפיין" נרחב של כלי התקשורת הדומיננטיים היה מועיל לקידומן, אך כאשר אותם כלי תקשורת ועורכיהם מסייגים עצמם מלחשוף ומלבקר בתחום הביטחוני, קשה לצפות ל"קמפיין" נמרץ כזה מצדם. ההסתייגות הזאת גם גורמת להם שלא למחות באורח חריף במיוחד כאשר פוגעים בחירות הסיקור והביקורת בתחומי הביטחון של עמיתיהם בכלי תקשורת אחרים. כפי שהודגם לעיל, לעתים הם אף מביעים תמיכה בפגיעה הזאת וקוראים להחריפה ולהחמירה, עד כדי המלצה להעמיד את העיתונאים הביקורתיים לדין על בגידה!⁵⁹

אמנם לאחר הקטסטרופה שחוללה "הצנזורה העצמית" של ועדת העורכים ערב מלחמת יום הכיפורים, ניתן היה לייחל ולקוות שבכירים בעיתונות התעשתו והפנימו את הלקח שהימנעות מחשיפה ומביקורת על תפקוד הצבא – בהעדר "ודאות קרובה"

⁵⁷ על הפיטורים והשלכותיהם העקרוניות החמורות ראו דרור, לעיל ה"ש 13.

⁵⁸ ראו למשל יוזמה של ח"כ נחמן שי (עיתונאי ודובר צה"ל לשעבר) ואחרים: הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – הגבלת תוקפם של צווי איסור פרסום), התשע"ו–2010, פ/2474/18.

⁵⁹ ראו למשל טורו של מנחם בן המטיף להעמיד לדין על בגידה את צמרת עיתון "הארץ", מעריב 16.10.2010.

לפגיעה אנושה בביטחון – איננה תורמת לביטחון ועלולה גם לחבל בו. ואולם נראה שתקווה זו נכזבה ושההתעשתות וההפנמה היו חלקיות בלבד. במחקרם על סיקור מלחמת לבנון השנייה, שהתחוללה שנות דור לאחר מלחמת יום הכיפורים, מצאו החוקרים מוטי נייגר, אייל זנדברג ואורן מאירס שאמנם התקשורת נעשתה ביקורתית יותר כלפי מצביאי המערכה ומוביליה בדרג המדיני והצבאי. אך הייתה זו בעיקרה, כהגדרתם, ביקורת "מאשרת" ולא "מאתגרת", כלומר גם כלי התקשורת של שנות האלפיים עדיין אימצו, בחלקם הגדול והמכריע, ללא עוררין את גרסת הקברניטים בדבר האינטרס הביטחוני ולא מילאו את חובתם הערכית לאתגר גרסה שלטונית זו, ולמצער לאפשר שוק חופשי של דעות שבו היא תאותגר.⁶⁰

כאמור, גם בסיקור מבצע "צוק איתן" בלטה מגמת רוב כלי התקשורת הדומיננטיים שלא לאתגר את המסד הביטחוני ושלא לעורר שיח ביקורתי כלפי החלטותיו ומחירן הנשקל בדם. בכירים ובכירות ביותר בכלי התקשורת הללו הודו בכך בפה מלא ונימקו זאת בין היתר ברצון שלא לפגוע במורל הציבור ובלכידותו. לשם כך הם היו מוכנים – על פי עדותם שלהם – להצניע מידע ולעתים אף לסלפו ביודעין. הדבר בלט כבר בסיקור חטיפת שלושת הנערים היהודים שקדמה למבצע והפעילות הצבאית לאיתורם. התקשורת, רובה ככולה, נתנה ידה במשך 18 ימים לטיפול הרושם הכוזב שיש סיכוי לחלצם בחיים (וממילא להעצמת ההלם כאשר נמצאו גופותיהם). הדבר שב ובלט בהצנעת הדיווחים על היקפי החורבן שחוללו תקיפות צה"ל בעזה. כפי שציינו מגישת מהדורת החדשות המרכזית של הערוץ הנצפה ביותר בישראל, יונת לוי, והכתב המדיני שלו, אודי סגל, "העולם הראה את המלחמה בעזה ואת השפעתה על תושבי רצועת עזה, ואילו בטלוויזיה הישראלית הייתה עזה סיפור צדדי".⁶¹

קשה אפוא להימנע מן המסקנה שגם ארבעים שנה ויותר לאחר ה"פיאסקו" ו"רעידת האדמה" של מלחמת יום הכיפורים בגידה מרצון בשליחות העיתונאית – ולא מחסומי הצנזורה והחוק – היו ונותרו הגורם העיקרי לפגיעה האנושה בקיומו של שוק דעות חופשי ובמימוש זכות הציבור לדעת את כל אשר חשוב וחיוני לו לדעת בתחום הביטחון. כדברי פרופ' זאב סגל, "העיתונות חופשית יותר כיום מכבלי השלטון... אולם

⁶⁰ מוטי נייגר, אייל זנדברג ואורן מאירס רטוריקה של ביקורתיות (2008).

⁶¹ Yonit Levi & Udi Segal, *Why the Gaza War Looked Different on Israeli TV Than It Did on CNN*, TABLET (Oct. 7 2014), <http://tabletmag.com/jewish-news-and-politics/185302/israeli-tv-gaza>. לביקורת על עמדתם של לוי וסגל ראו עינב שיף "היינו גדולים" ידיעות אחרונות 27.10.2014, 16; חנוך מרמרי "חצי מרגשת, חצי מטמטמת" העין השביעית 4.11.2014 132232 www.the7eye.org.il/132232.

אין היא חופשית מכבלים שבהם כבלה את עצמה".⁶² ד"ר שגיא אלבו ניסח זאת בחדות בעקבות מחקר עדכני, מקיף ומעמיק על התגייסותם של רוב כלי התקשורת בישראל ועל שורשיה: "ניתוח תוכן, סקרים וראיונות עם עיתונאים מצביעים במפורש על התגייסות מלאה של עיתונאים למסד, על צנזורה עצמית, על דיס-אינפורמציה ועל קבלה מוחלטת של גרסאות רשמיות... וכך הם מקדמים תרבות מובהקת של סכסוך".⁶³

ז. הפגיעה בחופש העיתונאי משיקולים כלכליים ועסקיים

לא הרבה (ובוודאי לא מספיק) השתנה אפוא מאז מלחמת יום הכיפורים במאפיינים המעין-טוטליטריים שעליהם התריע פרופ' אבינרי, בהתנהגות התקשורת הישראלית בכל הנוגע לתחום הביטחון. אך נראה שחלה תמורה מכרעת במניעה, וכיום היא נובעת לא רק, ואולי אפילו לא בעיקר, מפטריטיות מעוותת – אך כנה – ומאימוץ שגוי – אך תם-לב – של גרסת הקברניטים באשר לאינטרס הביטחוני, אלא משיקולים אלטרואיסטיים פחות ואנוכיים יותר של רווח והפסד. כיום גם כלי התקשורת בישראל – כמו בעולם כולו – נשלטים בידי בעלי עסקים ותאגידים אשר מטרתם איננה לקדם שוק דעות או ליידע את הציבור אלא להעצים רווחים, ולמצער למזער הפסדים. העיתונות – גם אצלנו – הפכה מעיסוק שמטרתו למכור חדשות לציבור לעסק שמטרתו למכור ציבור למפרסמים.⁶⁴ ביקורת על הצבא ועל קברניטיו וחשיפת מחדליהם מברחות את הציבור משום שהן עוכרות את שלותו ונתפסות בעיניו כחוסר פטריטיות. בריחה זו גוררת בריחת מפרסמים, שגם הם – כפי שלמדה על בשרה הפרזנטורית אורנה בנאי – אינם רוצים להיות מזוהים עם התבטאויות ביקורתיות בעת לחימה.⁶⁵

⁶² זאב סגל חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות 20 (1996).
⁶³ שגיא אלבו "בשירות המסד" העין השביעית 23.10.2014 www.the7eye.org.il/
⁶⁴ 130751. להרחבה ראו מחקרו שגיא אלבו נאמנות למקור (2014).
 להעמקה על התעצמות השפעתה של "הצנזורה הפרטית" מטעמים כלכליים על התקשורת בישראל ראו יחיאל לימור והלל נוסק "הצנזורה של 'היד הנעלמה'" קשר 29, 98 (2001); Moshe Negbi, The Enemy Within (Joan Shorenstein Ctr. on the Press, Politics & Pub. Policy, Discussion Paper No. D-35, 1998), available at http://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2012/03/d35_negbi.pdf.
⁶⁵ בנאי אמרה בראיונות עיתונאיים: "אני שמאלנית הזויה שאוהבת ערבים", ומתחה ביקורת על ההתלהמות הציבורית. בתגובה פיטרה אותה חברת "מנו ספנות" מהובלת

לכאורה, שיקולי הרווח וההפסד אמורים להיות בעיקר שיקוליו של המו"ל או הבעלים של כלי התקשורת ולא להכתיב את התנהלותה המקצועית של המערכת העיתונאית. אך גם העורכים והכתבים אינם יכולים להיות אדישים לאימים על איתנותו ושרידותו הכלכלית של מטה לחמם. והעיקר: בתקשורת המסחרית מסוגל הבעלים לצנזר את עבודת עורכיו ועיתונאיו כרצונו ולפטר את מי שימאן לקבל עליו את תכתיביו.⁶⁶ כוחו זה של הבעלים נובע בראש ובראשונה מזכות הקניין שלו, שאף מעוגנת אצלנו במפורש (בניגוד לחופש הביטוי, המידע והעיתונות!) בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם הנשיא פרופ' אהרן ברק הציע להגביל כוח זה ולחייב תקשורת פרטית ומסחרית רבת תפוצה וחשיפה לתת בימה גם לדעות הסותרות את אלו שהבעלים חפץ ביקרן (ולמידע שתומך בדעות הסותרות הללו),⁶⁷ אך הצעתו לא התקבלה. יתרה מזאת: כאשר ביקשו במדינת פלורידה לחייב בחוק כלי תקשורת פרטי לפרסם תגובות המתעמתות עם ידיעות או עם דעות שהתפרסמו בו, קבע בית המשפט העליון הפדרלי שדווקא הדרישה החוקית הזאת היא בלתי חוקתית...⁶⁸

אין להתפלא אפוא שבכירים ובכירות במערכת החדשות של ערוץ 2 הודו בפה מלא כי נמנעו מלתת תמונה מלאה על מחירה הכבד של מערכת "צוק איתן" לא בגלל צנזורה צבאית או לחצים של השלטון, ואפילו לא בגלל "פטריוטיזם" מן הסוג שהתהדר בו ינון מגל, אלא בגלל הרצון של בעלי המניות שלא לנכר את הצופים, כלומר לאבד "רייטינג". עורך חדשות החוץ של המהדורה, ערד ניר, הצהיר "חד וחלק" שהצנעת הדיווחים על ממדי החורבן שהמיט צה"ל על עזה, שכדברי עמיתו יונית לוי ואודי סגל שצוטטו לעיל, פער פער אדיר בין תמונת המלחמה בתקשורת הישראלית לתמונה ב-CNN, לא נבעו בעיקר מצנזורה או מלחצים של מערכת הביטחון, אלא מהתחושה שהדיווחים על אבדות הפלסטינים וסבלם ייפגעו ב"רייטינג". לדבריו, "התקשורת הישראלית מאפשרת לצרכן שלה לשלוט בה והיא עושה זאת מרצון". הוא התריע

מסע הפרסום שלה ברדיו. גילי איזיקוביץ "אורנה בנאי פוטר מתפקידה כפרזנטורית של חברת ספנות" הארץ 20.7.2014 www.haaretz.co.il/gallery/television/ 1.2382447

⁶⁶ דב"ע נג/223-3 פלסטין פוסט בע"מ – יחיאל, פד"ע כז 436, 451 (1994); בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529 (1995). להרחבה ראו משה נגבי חופש העיתונאי וחופש העיתונות בישראל פרק 12 (2011).

⁶⁷ אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223, 244 (1996).

⁶⁸ Miami Herald Publ'g Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).

שבגלל תסמונת זו של "שלטון הצרכן" מתוך 15 שעות שידור ביממה על "צוק איתן" הראו 10 או 15 דקות על מה שקורה בצד השני, ומתוך שעתיים של המהדורה המרכזית, יוחדו להרס בעזה חמש דקות לכל היותר.⁶⁹

עמיתתו בחדשות ערוץ 2, דנה וייס, אף גילתה הבנה לשיקולי הרייטינג של מעסיקיה והתוודתה ללא כחל ושרק: "יש כאן ציבור שאנחנו צריכים אותו כדי להתקיים, והציבור הישראלי הזה לא רוצה, מטבע הדברים כי הוא תחת מתקפה, לשמוע, לראות, להבין את האמת. ואני חושבת שבמובן הזה היכולת שלנו לשאול את השאלות הקשות הולכת ופוחתת... האם הציבור הזה יהיה מוכן לשמוע קולות מתוך עזה?".

הוא הדין בהצנעת הדיווחים על חללי צה"ל במערכה. לדברי דנה וייס, התקבלה החלטה מודעת (ולא רק במערכת שלה בערוץ 2) "לעשות downplay לסיפור הזה של ההרוגים". במקום ליחד כתבה לכל חלל, שודרה כתבה משותפת אחת על כולם, ואף היא לא שודרה בראשית המהדורה אלא עמוק במהלכה, לאחר סיכום כל המהלכים הצבאיים. מתברר שדובר צה"ל אמנם היה מעוניין בהצנעה הזאת, אך לדברי וייס לא בקשתו הייתה המניע העיקרי או היחיד לסיקור המוצנע אלא – כמו בסיקור המוצנע של החורבן בעזה – "מצב הרוח הלאומי".⁷⁰

עורך עיתון "הארץ" אלוף בן חלק בחריפות על דברי עמיתיו ועמיתותיו מערוץ 2 ואמר: "אנחנו לא אחראים למצב הרוח הלאומי... מה לעשות, כשיש מלחמה יש בה גם ילדים הרוגים בעזה, ואם מעבירים אותם לעמוד 17, או ל-8:37 במהדורה, כי חושבים שהציבור יתעצבן אם הוא ישמע את זה, אז בעיני זה לא מקצועיות".⁷¹ ואולם נראה שהמחיר הכלכלי ששילם "הארץ" על ה"מקצועיות" שבשבחה דיבר אלוף בן, ירתיע את מרבית כלי התקשורת – ובעיקר את בעליהם השולטים בתוכנם – מלאמץ את דרכו. כבר הוזכר שהסיקור הביקורתי בעיתון "הארץ" של פעילות צה"ל במהלך מבצע "צוק איתן" עלה לעיתון בביטול 1,600 מינויים. כך אירע לא רק במבצע "צוק איתן", אלא גם כשנתיים לפני כן, כאשר העלה הכתב אורי בלאו סימני שאלה נוקבים לגבי חוקיות השימוש ב"סיכולים הממוקדים". כפי שהעריך כבר אז בפיתחון מו"ל "הארץ"

⁶⁹ אורן פרסיקו "שלטון הצרכן" העין השביעית 17.11.2014 www.the7eye.org.il/ 134115.

⁷⁰ אורן פרסיקו "מה רוצה הציבור" העין השביעית 5.10.2014 www.the7eye.org.il/ 128234.

⁷¹ שם.

עמוס שוקן, הניסיון המר של עיתונו מרתיע את עמיתיו ומתחריו בתקשורת מלאפשר סיקור ביקורתי דומה במדיה שבשליטתם משום ש"אמצעי התקשורת לא רוצה להסתבך עם הקהל שלו".⁷²

גרוע מכך: החשש מהסתבכות עם הקהל ומאבדן פרסומות מוביל לכך שמרבית כלי התקשורת המסחריים לא רק שאינם מאפשרים סיקור ביקורתי של המלחמה בפרסומיהם שלהם, אלא גם אינם מוחים על סתימת פיותיהם של המבקרים שמתבטאים בזירות תקשורתיות או ציבוריות אחרות. ממילא הם גם אינם נאבקים למען חקיקה שתגן על אותם מבקרים, למשל חקיקה (שכבר קיימת בכמה מדינות אירופיות, ושכמותה כבר הוצעה גם אצלנו⁷³) שתעניק הגנה לעיתונאי מפני תכתיבים שרירותיים של מעסיקיו שאינם עולים בקנה אחד עם דרישות האתיקה המקצועית, ובהן הדרישה ש"לא יימנעו עיתון ועיתונאי מלפרסם מידע שקיים עניין ציבורי בפרסומו, לרבות בשל לחצים פוליטיים, כלכליים או אחרים".⁷⁴ כלומר במקום לנצל את השפעתם המכרעת כדי לקדם את חופש הביטוי והמידע בעת חירום ומלחמה, אותם כלי תקשורת נותנים יד לגדיעתו. קשה לתאר בגידה חמורה יותר וקשה יותר בייעודה של העיתונות ובשליחותה.

כאמור, הבגידה הזאת היא לא רק בלתי מוסרית ולא אתית, אלא גם עלולה להתברר כהרת אסון לביטחון הפרט והכלל. הדבר התברר כאמור גם במבצע "צוק איתן". היטיב לבטא זאת בעיצומו של המבצע אתי לנדסברג-נבו, מג"ד במילואים ומנהל מחלקת התעודה של ערוץ 1:

הסכנה האמיתית לדמוקרטיה בעת מלחמה נובעת דווקא מגישת הזרם המרכזי בעיתונות ובציבור, שלפיה יש לשמור את הביקורת לשש אחרי המלחמה. חיילים נהרגים, אומרים האוחזים בקונספציה הזו, לא זו העת למתוח ביקורת על מערכת הביטחון על שלא סיפקה נגמ"ש ממוגן לחיילי גולני שהתפוצצו מטיל הנ"ט הראשון שנורה לעברם.

חיילים נהרגים, הם אומרים, לא זו העת למתוח ביקורת על מחדל המנהרות...

⁷² נגבי "עיתונות הכובלת את עצמה", לעיל ה"ש 52, בעמ' 33.

⁷³ ראו דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העתונות פס' 181-187 (1997) ("ועדת צדוק").

⁷⁴ ס' 4(ב) לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות.

נטרול כמעט מוחלט של תוכניות תחקיר ... לטובת אולפנים פתוחים משתיק את התחקירים ואת הביקורת, ביקורת שדווקא היא נחוצה כעת כדי לגרום למערכות השלטון לשפר את תפקודן...

התחושה שבעת התלכדות ציבורית מאחורי הלוחמים אסור לבקר ואסור לשאול את מערכת הביטחון ואת ממשלת ישראל את השאלות הקשות המתחייבות בעת הזאת – זהו האיום המיידני והחמור על הדמוקרטיה הישראלית.⁷⁵

כאמור, נתן אלתרמן הקדים להבין שהאיום הזה איננו רק על הדמוקרטיה אלא גם על הביטחון, שאת שמו נושאים לשווא משתיקי הביקורת. כבר ב-1952 הוא התריע ב"הטור השביעי" המחורז שלו בעיתון "דבר":

טַעֲמֵי בְּטַחֲוֹן הֵם מְחוּץ לְוִכּוּחַ,
אֲבָל אִם הֵם חוֹרְגִים מִגְּבוּלֵם הַנִּכּוֹן
אֵין לְשִׁקֵּט וּלְהִשְׁאִיר לָהֶם פֶּתַח פְּתוּחַ,
יֵשׁ לְחַסֵּם אוֹתָם
מִטַּעֲמֵי בְּטַחֲוֹן.⁷⁶

כפי שכבר הוזכר, אלתרמן לא רק נאה דרש אלא גם נאה קיים וסירב בתוקף לקבל עליו צנזורה מ"טעמי ביטחון" כאשר אלה "חרגו ממקומם הנכון". אך הנורא הוא שכיום אלה שמאפשרים את החריגה המסוכנת הזאת הם בראש וראשונה כלי התקשורת עצמם. חוששני שכיום היה מתקשה המשורר-העיתונאי הדגול לקבל חשיפה תקשורתית נרחבת ואפקטיבית לביקורתו על עוולות הצבא וקברניטיו לא בגלל גזרות הצנזורה ולחצי מערכת הביטחון, אלא בגלל שיקולי רייטינג של טייקוני תקשורת ומשרתיים המתקשטים במחלצות פטריוטיות מזויפות ומסולפות.

⁷⁵ איתי לנדסברג-נבו "האיום האמיתי" העין השביעית 29.7.2014 www.the7eye.org.il/ 119494.

⁷⁶ הדברים פורסמו ב"טור השביעי" בעיתון דבר 25.1.1952, 2 ("צנזורה פוליטית או סתומות וחתומות"), ומצוטטים אצל נאור, לעיל ה"ש 35, בעמ' 79.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

כבוד המת במשפט הבין-לאומי

נִיר שֵׁנִי*

244	תקציר
245	א. פתח דבר
249	ב. כבוד המת בדיני המלחמה
249	1. ההתפתחות ההיסטורית
253	2. המשפט הבין-לאומי ההומניטרי כיום
255	3. דיני התפיסה הלוחמתית בראי פסיקת בג"ץ
258	4. ענף דיני המלחמה – סיכום
258	ג. כבוד המת במשפט הבין-לאומי הפלילי
262	ד. כבוד המת בענף זכויות האדם
262	1. היעדר הסדרים קונקרטיים
264	2. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם
265	3. פסיקת ה־Inter-American Court of Human Rights
267	4. ענף דיני זכויות האדם – סיכום
267	ה. כבוד המת במשפט המדינתי
267	1. המשפט הישראלי
273	2. המשפט האנגלו-אמריקני

* רס"ן בפרקליטות הצבאית. ברצוני להביע תודותיי לפרופ' יפה זילברשץ, לסא"ל תמר תבורי, לרס"ן נדב מיינקובסקי, לרס"ן ורד זליכה ולרס"ן ג'ני לובובסקי על הערותיהם המועילות למאמר. המאמר משקף את עמדותיי האישיות בלבד, ואין בדברים שבו כדי לשקף בהכרח את עמדת הפרקליטות הצבאית.

276	המשפט הגרמני	3.
277	המשפט המדינתי – סיכום	4.
278	מסקנות	1.
278	א-סימטרייה במשפט הבין-לאומי	1.
280	הדין הרצוי	2.

תקציר

במאמר זה נבחנים ההסדרים הנוגעים לכבוד המת במשפט הבין-לאומי על ענפיו השונים. בחינה של ענף דיני המלחמה מגלה כי ענף זה עוסק בהרחבה במתים בשדה הקרב ובחובות המדינות הלוחמות כלפיהם. הסדרה זו של היחס למתים בקרב הופיעה לראשונה בדין המנהגי של דיני המלחמה לפני מאות שנים. אמנם בראשית תהליך הקודיפיקציה של דיני המלחמה במחצית המאה ה-19 הייתה ההתייחסות למתים מצומצמת. עם זאת, בראשית המאה ה-20 עוגנו באמנות דיני המלחמה החדשות חובות כלפי המתים, שהלכו והורחבו במשך השנים. פסיקת בג"ץ שיישמה את דיני התפיסה הלוחמתית אף הרחיבה את חובות המדינה המחזיקה בשטח לשמור על כבוד המת. הפסיקה החילה את החובה הכללית לשמירת כבוד התושבים המקומיים אף על התושבים המתים. כתמונת מראה לדיני המלחמה, אף ענף המשפט הבין-לאומי הפלילי מכיר באופן מפורש בחובה לשמור על כבוד המת. לעומת זאת, ענף דיני זכויות האדם כמעט מתעלם מכבוד המת. הרוב המוחלט של אמנות זכויות האדם כלל אינן מזכירות את זכויות המתים, אלא קובעות זכויות ל"אדם" בלבד. בפסיקות בתי הדין הבין-לאומיים לזכויות אדם ניתן לזהות גישות שונות – לפי גישה אחת לא יוענק סעד לעותר שלא נפגע אישית, וכך ניתנת הגנה רק לזכותם של החיים; לפי גישה אחרת מוכרת הזכות לכבוד המת כחלק מזכות האדם לכבוד. בחינת המשפט המדינתי במדינות שונות מגלה אף היא גישות דומות. ניתן להסביר את הפער בין הסדרת כבוד המת בדיני המלחמה לבין ההסדרה בענף זכויות האדם בכמה דרכים. ראשית, העיסוק במתים טבוע באופייה של המלחמה. שנית, מוות במלחמה נתפס באופן נשגב יותר ממוות בנסיבות אחרות. שלישית, דיני המלחמה התפתחו במשך שנים רבות בטרם נוצרו דיני זכויות האדם, שעדיין מצויים בפיתוח. רביעית, דיני המלחמה משקפים מנהגים מוסכמים על מדינות רבות שהיה קל יותר להסדירם באמנות. הסדרת כבוד המת בענף זכויות האדם יכול שתיעשה בעיגון באמנות בין-לאומיות או בדרך של פרשנות פסיקתית. מטעמים הנוגעים לעקרון ההסכמה במשפט הבין-לאומי, נראה כי הדרך הראשונה עדיפה.

א. פתח דבר

רשימה זו באה לבחון את יחסו של המשפט הבין-לאומי הפומבי על ענפיו לכבוד המת. סוגיית כבוד המת מעוררת שאלות בדבר היקף התפרסותן של זכויות האדם אל מעבר להגדרה הרגילה של המונח "אדם". שאלות בדבר הגדרת "האדם" שניתן לייחס לו זכויות, מתעוררות גם בהתייחס לעוברים שטרם נולדו, לדורות הבאים ובמובנים מסוימים אף לאנשים מחוסרי הכרה, אשר המשותף לכולם הוא העדר יכולתם להביע את רצונם.

רשימה זו, כאמור, לא תעסוק בסוגיות אלו, אלא תתמקד בכבוד המת ובביטוייו במשפט הבין-לאומי. רשימה זו תסקור את ההסדרים (והעדר ההסדרים) בדין הבין-לאומי על ענפיו השונים באשר לכבוד המת ותציג מסקנות מן השוני הקיים בתחום זה בענפי המשפט הבין-לאומי השונים בעזרת בחינת המשפט הפנימי במדינות שונות. אולם בטרם נעבור לבחינת המשפט הבין-לאומי, נתמקד ראשית במושג "כבוד המת". בתחילה תיבחן חשיבותו של ערך כבוד המת; לאחר מכן יידונו ההצדקות למתן כבוד למת; לבסוף יתואר הקושי בזיהוי בעל הזכות לכבוד ומי שנגרם לו נזק.

שתי תכונות דומיננטיות מאפיינות את ערך "כבוד המת": היסטוריות ואוניברסליות. יפים לכאן דברי האנתרופולוג הנודע קלוד לוי-שטראוס (Claude Lévi-Strauss): "ככל הנראה אין חברה שאינה מתייחסת בכבוד למתיה. בגבולות המין האנושי אפילו האדם הניאנדרתאלי קבר את מתיו בקברים סדורים בעיקרם".¹

ערך "כבוד המת" קיים בציוויליזציה האנושית משחר ההיסטוריה. כך, למשל, ניתן למצוא במקרא עיסוק נרחב בנושא קבורת המת.² הבאת אדם "אל קבר אבותיו" נחשבה זכות גדולה למת.³ חרף התנגדות המקרא לפולחן המתים מודגשת בו החובה לשמור על כבוד המת ולעשות את כל הפעולות הדרושות למניעת ביזויו.⁴ דוגמה

¹ CLAUDE LEVI-STRAUSS, TRISTES TROPIQUES 267–68 (1955) ("Il n'existe probablement aucune société qui ne traite ses morts avec égards. Aux frontières mêmes de l'espace, l'homme de Néanderthal enterrait aussi ses défunts dans des (התרגום שלי)."

² ראו, למשל, בראשית נ 26; דברי הימים ב, טז 14.

³ להרחבה ראו דורית גד "קבורה יהודית שנייה – 'ליקוט עצמות' יהדות חופשית 26–27, 56 (2003).

⁴ ראו, למשל, דברים כא 23.

נוספת אנו מוצאים במיתולוגיה היוונית בסיפורה של אנטיגוֹנָה במחזה מאת סופוקלס משנת 442 לפנה"ס.⁵ במחזה זה הגיבורה ממרה את צו המלך ומעניקה לאחיה האהוב קבורה מכובדת מכיוון שזו, לדבריה, זכות המוגנת על ידי האלים. בכך היא מבטאת יחס של כבוד למתים ומקדימה ערך זה לערך הציות לחוק. אף בפן המשפטי מצא "כבוד המת" ביטוי בעת העתיקה: החוק הרומי העתיק הגן על כבוד המתים באמצעות ענישה פלילית ואסר הפרעה למנוחתם והוצאתם מקברם.⁶

מלבד השורשים ההיסטוריים "כבוד המת" הוא ערך אוניברסלי המקובל ברובן המכריע של התרבויות בעולם. לכל עמי העולם יש מנהגים מיוחדים או טקסים שלפיהם נוהגים בעת קבורת נפטר.⁷ כמעט כל בני הדתות מאמינים שכאשר מת האדם, גופו חדל לחיות, אך נשמתו או רוחו מוסיפה לחיות אחריו. כך, הדתות המונותאיסטיות רואות כולן חובה לשמור על כבודו של המת ומאמינות שעלולה להתקיים פגיעה בו. בעיקרי הנצרות ניתן למצוא חובה להתייחס בכבוד לגופות המתים מתוך אמונה בתחיית המתים.⁸ בדומה, "כבוד המת" הוא ערך מוסד גם באסלאם⁹ ובהלכה היהודית.¹⁰

5 סופוקלס אנטיגוֹנָה 35–38, 87–88, 161 (אהרן שבתאי מתרגם, 2002).

6 ראו ALLAN CHESTER JOHNSON, PAUL ROBINSON COLEMAN-NORTON & FRANK CARD BOURNE, ANCIENT ROMAN STATUTES 113 (1961). כבוד המת מוגן בצו קיסרי: Edict of an Emperor on the Violation of Sepulchers (31 B.C.–A.D. 54).

7 לסקירה משווה ראו EFFIE BENDANN, DEATH CUSTOMS: AN ANALYTICAL STUDY OF BURIAL RITES (2010).

8 CATECHISM OF THE CATHOLIC CHURCH cl. 2300–01, available at http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s2c2a5.htm

9 MUHAMMAD ZAFRULLA KHAN, WISDOM OF THE HOLY PROPHET 64 (1971).

10 מיכאל ויגודה "בדיקה גנטית לזיהוי גופה בקבר אחים" פרשת השבוע 190 (פרשת ויחי, התשס"ה). הגמרא טבעה את הביטוי "קשה רימה למת כמחט בבשר החי" (דברי ר' יצחק), ומתוך כך קבעה כי המתים יכולים להרגיש בכאב (בבלי, שבת יג, ע"ב), וכי המתים יודעים את שקורה בין החיים (בבלי, ברכות יח, ע"ב). ההלכה אוסרת על ניוול המת, ומתוך כך אסורות גם פתיחת הקבר ונטילת עצם מעצמותיו (בבלי, בבא בתרא קנד, ע"א; בבלי, חולין יא, ע"א). אולם, אם פעולת הניוול נעשית לכבודו של המת, היא מותרת. כבוד המת מתבטא גם בהקמת מצבה לזכרו. בנושא זה כתב הרשב"א, רבי שלמה בן אדרת (ספרד, המאה ה-13): "והמצבה שמעמידין על הקבר אין לך כבוד גדול יותר מזה למת" (שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן שע"ה). לדעת הרב משה פיינשטיין (ארצות הברית, המאה ה-20), הכבוד שיש למת בהעמדת מצבה על קברו נוגע גם לבני

לסוגיית כבוד המת ישנה חשיבות בלתי מבוטלת אף בתחום המשפט, ובפרט במשפט הבין-לאומי. המציאות מזמנת לנו אירועים לא מעטים שבהם מעורבים המתים ושנדרשת בהם התייחסות משפטית. על כן נדרש המשפט לקבוע עמדה באשר לזכויות בקשר למתים, ובכלל זאת בשאלת כבוד המת. שאלה זו עשויה להתעורר בכמה היבטים. ראשית, ישנם מקרים שבהם מתעוררת השאלה המשפטית אם ישנה חובת פעולה לשמירה על כבוד המת. כך, למשל, כאשר אנשים נעדרים בעקבות אסון טבע, המשפט נדרש להשיב אם חובה על המדינה לחפש את שרידיהם ולהביאם לקבורה.¹¹ שנית, הסוגיה מתעוררת גם במקרים שבהם תעלה השאלה אם ישנה חובה להימנע מפגיעה בכבוד המת. כך באשר להוצאת לשון הרע על המת או לפגיעה בשרידי גופתו. סוגיות אלו אינן ייחודיות למשפט המדינתי, אלא הן עולות לא אחת גם במשפט הבין-לאומי. מן האמור לעיל נובע כי ישנה חשיבות רבה בביור עמדת המשפט בכלל, והמשפט הבין-לאומי בפרט, לעניין החובות כלפי המתים.

כידוע, זכות האדם לכבוד היא אחת מהחשובות שבזכויות האדם.¹² האם זכות זו עומדת לאדם אף לאחר מותו? על פי גישה אחת, ברגע שאדם מת הוא מאבד את האישיות המשפטית שלו, ולכן אין בכוחו להיות בעל זכויות משפטיות או בעל אינטרסים. כך, למשל, כלל, אדם מת אינו רשאי להגיש תביעה ואי אפשר לתבוע אותו.¹³ גישה זו, הרואה באדם החי את האובייקט היחיד שבכוחו להחזיק בזכויות, יש בה כדי להצדיק מתן זכויות לבני המשפחה וקרוביו של המת, להבדיל מלמת עצמו. גישה מנוגדת לכך גורסת כי ה"אנושיות" (Personhood) של האדם נשארת "חיה" גם לאחר מותו של הגוף, ואנושיות זו יכולה להיות בעלת זכויות.¹⁴ כלומר ברגע שלאדם ישנה זכות לכבוד, זכות זו נותרת גם לאחר מותו. עוד ניתן לטעון כי אף אם נסכים כי

משפחתו: "כדי שידעו היכן הוא קבור, כדי שיהיה נקל להם למצוא קברו כשירצו לבקרו" (שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן נו).

11 השוו: PAN AM. HEALTH ORG. & WORLD HEALTH ORG., MANAGEMENT OF DEAD BODIES IN DISASTER SITUATIONS 138–46 (2004).

12 להרחבה על הזכות לכבוד ראו DAN EGONSSON, DIMENSIONS OF DIGNITY: THE MORAL IMPORTANCE OF BEING HUMAN (1998); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (1994).

13 לדוגמה, ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, קובע כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו".

14 השוו: MARGARET DAVIES & NGAIRE NAFFINE, ARE PERSONS PROPERTY? LEGAL DEBATES ABOUT PROPERTY AND PERSONALITY 99–106, 112–15 (2001).

המתים אין בכוחם להיות בעלי זכויות, אין זה אומר בהכרח כי לבני האדם החיים אין חובות כלפי המתים.¹⁵

תמונת ראוי לקושי בזיהוי בעל הזכות היא הבעייתיות בזיהוי הנוק והניזוק: האם ניתן להזיק למי שמת, והאם המת נפגע? האם הפגיעה במת היא למעשה פגיעה באחרים שחיים? שאלות אלו אינן פשוטות כלל. במשך שנים רבות מתקיים ויכוח פילוסופי נוקב על כך.¹⁶ בעשורים האחרונים טוענים פילוסופים דוגמת ג'ואל פיינברג (Joel Feinberg)¹⁷ כי למרות שהמוות הוא סיומו המוחלט של האדם, בכל זאת ניתן "להזיק" או לפגוע ב"אינטרסים" של אדם לאחר מותו. פיינברג מביא דוגמאות לעוללות אפשריות כלפי המת, כגון הפרת צוואתו, ביטול ההסכמים שעשה, הפרת הבטחות כלפיו והפצת שמועות שקריות אודותיו. מנגד, פילוסופים אחרים שוללים את מושג הפגיעה במת ואת האפשרות כי המת הוא בעל אינטרסים.¹⁸

היות שוויכוח זה חורג ממסגרתה של רשימה זו, לא אדרש כאן לבחינה מפורטת של ההצדקות התיאורטיות למתן זכויות למתים, אלא אציגן בקליפת אגוז. בירנהק מציין במאמרו¹⁹ כמה הצדקות לזכויות החי שמת. חלקן מתייחסות לתיאוריות של זכויות, וחלקן ליחסים של בני האדם החיים עם המת. כך למשל מזכרות תיאוריית

15 השו: ALAN R. WHITE, RIGHTS 60–62, 86–89 (1984).

16 Raymond A. Belliotti, *Do Dead Human Beings Have Rights?*, 60 PERSONALIST 201 (1979); LOREN LOMASKY, PERSONS, RIGHTS, AND THE MORAL COMMUNITY 212–21 (1987).

17 Joel Feinberg, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, in PHILOSOPHY AND ENVIRONMENTAL CRISIS 43–68 (William Blackstone ed., 1974); Joel Feinberg, *Harm and Self-Interest*, in LAW, MORALITY AND SOCIETY: ESSAYS IN HONOUR OF H.L.A. HART 284 (P.M.S. Hacker & J. Raz eds., 1977); Joel Feinberg, *Harm to Others*, in THE METAPHYSICS OF DEATH 169, 186 (John Martin George Pitcher, *The misfortunes of the Dead*, in THE ראו גם Fischer ed., 1993) METAPHYSICS OF DEATH, at 159.

18 Ernest Partridge, *Posthumous Interest and Posthumous Respect*, 91 ETHICS 2 (1981); Geoffrey Allan Plauché, *Life, Death, and Harm: An Austo-Aristotelian Account* (Jan. 27, 2007), available at <http://gaplauche.com/wp-content/uploads/2013/08/confrontingthereaper.pdf?9b9df2>.

19 לניתוח ביקורתי של ההצדקות התיאורטיות למתן לזכויות למתים ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", עיוני משפט לא 57 (2008).

הרצון,²⁰ שלפיה הזכות קשורה למימוש הרצון של המת, ותיאוריית האינטרס,²¹ שלפיה הזכות נובעת מאינטרס חשוב של המת שמטיל חובות על אחרים. כן מוזכרים הקשרים הבין-אישיים שבין בני האדם החיים לאלו שמתו, זכרון המתים אצל בני האדם החיים והתהליכים של כינון זהות ואישיות והרצון לשלוט בהן גם לאחר המוות. בירנהק מבקר הצדקות אלה, ולטעמו ראוי שהמשפט יגן על רצונם של החיים ולא של המתים. הוא מוסיף כי במקרים שבהם ישנה הכרה בפועל בזכות החי שמת, יש לסייג הכרה זו במבחני סבירות, יש לדרוש כי הטענה לזכות תישמע על ידי נציג אמת של המת, ועליה לעבור איזון חוקתי. בירנהק מציע גם התיישנות של זכות המת.²²

לצורכי רשימה זו אבקש לחלק את מושג "כבוד המת" לשלושה: כבודו של המת עצמו; כבוד קרוביו החיים של המת; אינטרס ציבורי כללי בכיבוד המתים. רשימה זו תצא מנקודת הנחה כי קיימים טעמים כבדי משקל המצדיקים הכרה משפטית בכבוד המת.

לאחר שהוצגו השורשים ההיסטוריים והאונברסליים של ערך "כבוד המת" וההצדקות שנמצאו לקיומו של ערך זה, דומה כי אין תמה כי הערך מצא את ביטויו מימים ימימה אף במשפט הבין-לאומי. על כך נעמוד להלן.

ב. כבוד המת בדיני המלחמה

1. ההתפתחות ההיסטורית

עד שנת 1864 היה המשפט הבין-לאומי ההומניטרי ברובו נורמות מנהגיות שלא עוגנו בקודקס מסודר. הדין המנהגי קבע בין השאר אילו חובות קיימות בהתייחס למתים בעת מלחמה. אמנם הדאגה לטיפול במתים וקבורתם לאחר קרבות הייתה בעדיפות

²⁰ שם, בעמ' 63. בהקשר זה מזכיר בירנהק את עמדתו של עמנואל קנט, שהסביר את העברת הקניין מהמת לחי בכך שהירושה נסמכת על רצון המוריש בחייו להעבירה ליורש ועל רצון היורש לקבלה (שם, בעמ' 67, ה"ש 21). בירנהק גורס כי העמדה הקנטיאנית, המבוססת על האוטונומיה של האדם, יכולה לכל היותר להתייחס ל"כבוד האדם שמת" כביטוי לרצונותיו עובר למותו, אך מרגע שמת אין לו עוד אוטונומיה וממילא אין לו עוד זכות ל"כבוד" (שם, בעמ' 110).

²¹ שם, בעמ' 66.

²² שם, בעמ' 113-114.

השלישית של הצבא, אחרי מטלות המשך הלחימה והדאגה לפצועים שנותרו בחיים.²³ עם זאת כמעט בכל חברה האחריות להבאת המתים למנוחה אחרונה הייתה (ועודנה) בעלת חשיבות רבה. הוגו גרוטיוס (Hugo Grotius), הנחשב לאבי המשפט הבין-לאומי המודרני, טען כי הבאת המת לקבורה היא חלק מחוק הטבע,²⁴ וכי חוק טבע זה חל אף על מי שגרוטיוס כינה "אויבי הציבור". הוא ציין עוד כי "דוגמאות מצויות בכל מקום".²⁵

כבר לפני כמה מאות שנים היו זיהוי המתים ונטילתם משדה הקרב הליך מקובל. הליך זה מודגם במחזהו של שייקספיר "חיי של הנרי החמישי".²⁶ במחזה מציג שייקספיר דו שיח המתקיים לאחר תבוסת הצבא הצרפתי לצבא האנגלי בקרב אז'ינקור בשנת 1415 (במלחמת מאה השנים), בין שליח המלך הצרפתי המובס לכוחות המלך האנגלי:

Montjoy: ... I come to thee for charitable license,
That we may wander o'er this bloody field
To book our dead, and then to bury them,
To sort our nobles from our common men...

King: I tell thee truly, herald
I know not if the day be ours or no...

Montjoy: The day is yours.²⁷

H. Wayne Elliott, *The Third Priority: The Battlefield Dead*, 3 ARMY LAW. 3, 5 (1996).²³

H. GROTIUS, DE JURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES, bk. II, ch. XIX, pt. I. (F. Kelsey trans. 1964) (1646).²⁴
שם, ב"III(2) pt. III(2).²⁵

WILLIAM SHAKESPEARE, THE LIFE OF HENRY THE FIFTH (R. J. Dorius ed., rev. ed. 1955).²⁶

שם, מערכה 4, תמונה 7 (עמ' 107-108). הקטע מופיע גם במאמרו של תיאודור מירון שבוחר את המחזה בראי המשפט הבין-לאומי: Theodor Meron, *Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War*, 86 AM. J. INT'L L. 1, 39-40 (1992).²⁷

דו שיח זה מדגים כיצד הצד שהפסיד בקרב (הצרפתים) פונה לצד המנצח (האנגלים), מודה בהפסדו ומבקש רשות לרשום את מתיו ולהביא את הגופות לקבורה. המנהג הבין-לאומי דרש באופן כללי כי אם שני הצבאות נותרו בשטח, הרי שהצד שהפסיד בקרב הוא שצריך לבקש רשות לפנות מן השטח את המתים והפצועים. במובן זה סימלה הדרישה לקבלת רשות לקבור את המתים הכרה שהמתקפה נכשלה, ומכאן – הודאה בתבוסה. על פי רוב נעשה הניסיון לאסוף משדה הקרב את המתים והפצועים ביוזמת אחד המפקדים שיצר קשר עם מפקד מן הצד השני (בדרך כלל באמצעות הנפת דגל) כדי להגיע להפסקת אש. למעשה, עד סוף המאה ה-19 הייתה הפסקת האש הדרך השכיחה לתיאום השבת המתים.²⁸

כפי שנראה להלן, בקודיפיקציה של דיני המלחמה המנהגיים עד לאחר מלחמת העולם הראשונה הייתה ההתייחסות לשמירה על כבוד המת מצומצמת מאוד. דומה כי הנורמות המנהגיות שעליהן דובר לעיל המשיכו להיות המקור הנורמטיבי העיקרי לשמירה על כבוד המת, ואף הן כללו אגד מצומצם למדי של חובות כלפי המתים. הקודיפיקציה של דיני המלחמה המנהגיים החלה עם כריתת אמנת ז'נווה בשנת 1864.²⁹ אולם באופן מפתיע לא התייחסו דיני המלחמה באמנה זו כלל למתים. בשנת 1880 פרסם המכון למשפט בין-לאומי³⁰ את מדריך אוקספורד על דיני המלחמה ביבשה.³¹ המדריך התייחס במפורש למתים בשני סעיפים: בסעיף 19 נקבע כי אסור לשדוד את המתים שנותרו בשדה הקרב או להשחית את גופותיהם; בסעיף 20 נקבע כי אין לקבור את המתים עד שייאספו כל החפצים המצויים עליהם ושעשויים לסייע בזיהוים. אף על פי שהמדריך אינו מסמך רשמי, הוא נחשב ברובו כמשקף את המנהג הבין-לאומי בדיני המלחמה באותה עת.

²⁸ Elliott, לעיל ה"ש 23, בעמ' 5.

²⁹ Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, Aug. 22, 1864, 22 Stat. 940

³⁰ Institute of International Law. המכון הוקם בשנת 1873 על ידי מלומדי משפט ממדינות שונות בעולם לשם קידום המשפט הבין-לאומי והשלום העולמי. למכון לא היה מעמד מחייב, אולם הייתה לו השפעה רבה על הוועידות הבין-לאומיות שהתכנסו בסוף המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20, ועל פעולתו זכה בפרס נובל לשלום בשנת 1904.

³¹ Oxford Manual on the Laws of War on Land, in THE LAWS OF ARMED CONFLICTS: A COLLECTION OF CONVENTIONS, RESOLUTIONS AND OTHER DOCUMENTS 35 (Dietrich Schindler, Jiří Toman eds., 1988). המדריך השפיע רבות על מנסחי תקנות האג משנת 1907.

בוועידה הבין-לאומית שהתכנסה פעם נוספת בשנת 1906, הוצע לשלב את החובות כלפי הפצועים בשדה הקרב עם החובה החדשה שהוצעה כלפי המתים. בסופו של דבר הוחלט לאמץ, לראשונה במסמך רשמי, הוראות חדשות באשר למתים.³² אמנת ז'נווה מ-1906 קובעת כי על הכוח השולט להגן הן על הפצועים והן על המתים מפני ביזה והתעללות. כן עליו לדאוג לביצוע בדיקה קפדנית של הגופות לפני שייקברו או יישרפו. האמנה מטילה גם חובה להעביר לאויב את כל הפריטים והמסמכים שנמצאו על גופות המתים. עם זאת אין האמנה קובעת חובת חיפוש גופות מתים בדומה לחובת החיפוש הקיימת לגבי פצועים. בצד החובות החדשות שנקבעו להגנה על המתים בשדה הקרב, ניכר כי הניסוח שאומץ הוא מוגבל בהיקפו: החובות כלפי המתים מוטלות רק על הצד המחזיק בשטח; אין התייחסות לקבורת החללים או לטיפול בגופות; אין חובת חיפוש גופות ואיתורן.

מלחמת העולם הראשונה הובילה למאמצים מחודשים לעיגון דיני המלחמה בקודקס מסודר. באמנת ז'נווה משנת 1929³³ הורחבו מאוד ההוראות הנוגעות למתים.³⁴ אף אמנה זו הטילה את החובות רק על המחזיק בשדה הקרב. אולם הפעם נכללה חובה לחפש לא רק פצועים, כי אם גם גופות מתים. אף הורחבו ההוראות הדורשות נקיטת אמצעים מגוונים לזיהוי הגופות, נוסף לאיסוף הפריטים והמסמכים שנמצאו עליהן. לראשונה נקבעה חובה על כל המדינות הלוחמות להבטיח כי המתים ייקברו בכבוד, וכי קבריהם יכובדו ויסומנו כך שניתן יהיה למוצאם בעתיד. כן נוספה דרישה כי המדינות יקימו ארגונים רשמיים שתפקידם יהיה זיהוי המתים ורישום הקברים.

32 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, July 6, 1906, 35 Stat. 1885. ההוראות הרלוונטיות מצויות בס' 3 ו-4 לאמנה.

33 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, July 27, 1929, 47 Stat. 2074.

34 ההוראות מצויות בס' 3 ו-4 לאמנה.

2. המשפט הבין-לאומי ההומניטרי כיום

לאחר מלחמת העולם השנייה נערך ניסיון נוסף לעיגון דיני המלחמה בקודקס, והוא הגיע לשיאו בארבע אמנות ז'נווה מ-1949.³⁵ בכל האמנות ישנן הוראות חופפות בנוגע לטיפול במתים.³⁶ לפיכך לא אתייחס להלן לכל ההוראות, אלא רק להסדרי אמנת ז'נווה הראשונה, העוסקת בפצועים ביבשה. גם אמנה זו, בדומה לאמנה מ-1929, קובעת חובה לחפש את המתים ולמנוע ביזתם.³⁷ אולם הפעם הורחבה החובה לעומת זו שהותוותה באמנת ז'נווה מ-1929: כעת החובה חלה "בכל עת" (at all times) ומוטלת על כל הצדדים, ולא רק על הכוח שזכה בשליטה על שדה הקרב. הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנה מפי פיקטה (Pictet) מתארת את החובה לחפש אחר הפצועים והמתים ולהגן עליהם "כחובה מצפונית, שחייבת להתבצע מיד לאחר שהנסיבות מאפשרות זאת".³⁸ פרשנות הצלב האדום מרחיבה את החובה כך ש"גם את המתים יש לחפש ולהשיבם אל מאחורי הקווים באותן דאגה ותשומת לב כמו לפצועים...".³⁹ האמנה קובעת עוד כי חובה לקבור את המתים בקברים אישיים.⁴⁰ מנסחי האמנה ראו בקברים אישיים, בניגוד לקברי אחים, הולמים יותר את החובה הכללית לכבד את המתים. נוסף לכך סברו מנסחי האמנה כי לקבורה אישית גם טעם מעשי שכן קברים

³⁵ אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, כ"א 1, 387 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה הראשונה); אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, כ"א 1, 423 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה השנייה); אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה השלישית); אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה הרביעית).

³⁶ התייחסות למתים ניתן למצוא בס' 18-21 לאמנת ז'נווה השנייה, העוסקים במתים בים; בס' 120-121 לאמנת ז'נווה השלישית, העוסקים בשבויי מלחמה שנפטרו בשבי; בס' 129-131 לאמנת ז'נווה הרביעית, שעוסקים באזרחים מוגנים עצורים שנפטרו במעצר. הסעיפים הנ"ל קובעים חובות הדומות לאלו שבס' 15-17 לאמנת ז'נווה הראשונה שיידונו להלן, ומדגישים את החובה לשמור על כבוד המתים.

³⁷ ס' 15 לאמנת ז'נווה הראשונה. ראו ס' 18 לאמנת ז'נווה השנייה, הקובע חובה דומה בהתייחס למתים בים.

³⁸ JEAN PICTET, COMMENTARY: GENEVA CONVENTION I 151 (1952) (להלן: פיקטה).

³⁹ שם (ההדגשה הוספה).

⁴⁰ ס' 17 לאמנת ז'נווה הראשונה; פיקטה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 176-177.

אישיים יקלו בעתיד על הוצאה מהקבר. אולם חובה זו אינה מוחלטת, ובמקרה הצורך ניתן להורות על קבורת הגופות בקברי אחים.⁴¹ היבט מעניין וחדשני בהוראות האמנה הוא ההתייחסות לכיבוד מנהגי דתו של המת. כך נקבע, לדוגמה, כי גופות לא יישרפו אלא מטעמי דתו של הנפטר או מטעמי גהות. כן נקבעה חובה על הצדדים לסכסוך להבטיח כי המתים ייקברו באופן מכובד, ובמידת האפשר בהתאם למנהגי הדת שאליה הם משתייכים, וכי קבריהם יכובדו, יתוחזקו כראוי ויסומנו. לטעמו של פיקטה, ההוראה בדבר הקבורה המכובדת מבטאת את גרעין החובה באמנה כלפי המתים.⁴²

בעקבות העימותים בתקופת המלחמה הקרה התכנסה בשנת 1977 ועידה דיפלומטית לדין מחודש בדיני המלחמה. ועידה זו הולידה את שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נווה.⁴³ סעיף 34 לפרוטוקול הראשון עוסק בטיפול בשרידי המתים. סעיף זה חל על בני אדם שמתו מסיבות הקשורות בכיבוש, ושאינם אזרחי המעצמה הכובשת; על בני אדם שמתו במעצר שנבע מכיבוש או מפעולות איבה (hostilities); על בני אדם שאינם אזרחי המדינה שבה מתו כתוצאה מפעולות איבה.⁴⁴ הפרוטוקול קובע חובה כללית לשמור על כבוד המתים וקבריהם. בפרוטוקול עוגנה דרישה חדשה על הצדדים לסכסוך שבשטחם מצויים קברים ושרידי גופותיהם של אלה שמתו כתוצאה מפעולות איבה, להגיע להסדרים לשם ביקור במקום הקבורה והשבת הגופות. הפרוטוקול מסדיר גם את המקרים שבהם תותר הוצאת גופה מן הקבר, ולמעשה נערך איזון הקובע כי הדבר אפשרי רק כאשר ישנו צורך ציבורי חשוב יותר (כגון צורך רפואי או חקירת). בכל מקרה, כך נקבע, על המדינה לכבד בכל עת את שרידי המת ולהודיע למדינתו של המת על כוונתה להוציאו מקברו ועל פרטים בדבר המקום המיועד

41 שם, בעמ' 177.

42 שם, בעמ' 180.

43 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 609

44 הסעיף מוציא מתחולתו את אלה שיקבלו "התייחסות עדיפה יותר תחת אמנות ז'נווה מ-1949". לכן, למשל, לוחמים שמתו בשדה הקרב שמעוגנים על ידי ס' 15-17 לאמנת ז'נווה הראשונה, אינם מוגנים על ידי ס' 34. הסעיף גם אינו חל על לוחמים שמתו בים, על שבויי מלחמה שמתו בשבי, ועל אזרחים מוגנים שמתו בעת היותם עצורים. ראו COMMENTARY ON ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, at 366 (Y. Sandoz et. al. eds., 1987)

לקבורה מחדש. נראה, אם כן, כי סעיף 34 לפרוטוקול הראשון מרחיב במידת-מה את קשת החובות החלות על מדינות שהן צד לסכסוך מזוין, כלפי המתים.

מסקירה שערך הצלב האדום, עולה כי הכללים שנקבעו באמנות ז'נווה בנוגע למתים משתקפים בפרקטיקה של מדינות רבות, הן בכללי הלחימה הרשמיים שלהן והן בחקיקה הפלילית שלהן.⁴⁵ לפיכך נראה כי כללים אלו הם מנהגיים בעיקרם. את הכלל המנהגי של המשפט הבין-לאומי תיאר לאוטרפאכט (Lauterpacht) במסתו על משפט בין-לאומי כך:

בהתאם לכלל מנהגי של משפט העמים, לצדדים לעימות (belligerents) ישנה הזכות לדרוש אחד מהשני שלא יתייחסו באופן מחפיר לחיילים מתים ובפרט שהם לא יושחתו, אלא שהם, במידת האפשר, ייאספו וייקברו או יישרפו בשדה הקרב על ידי המנצח ... הצדדים לעימות מחויבים ליצור תנאים לקבורה מכובדת וטיפול מכובד וסימון ראוי של קברים כך שתמיד ניתן יהיה למצוא אותם.⁴⁶

3. דיני התפיסה הלוחמתית בראי פסיקת בג"ץ

מאז 1967 מחזיקה מדינת ישראל בשטחי יהודה והשומרון (ועד שנת 2005 גם ברצועת עזה) בתפיסה לוחמתית. בפסיקת בג"ץ נקבע, בין היתר, כי המקור לסמכותו של המפקד הצבאי באזור ולחובותיו הוא בכללי המשפט הבין-לאומי המנהגי ובכללי המשפט הבין-לאומי ההסכמי שהמדינה צד להם ושחלים על הנושא.⁴⁷ לפיכך ברי כי כללי המשפט המנהגי באשר ל"כבוד המת" חלים על פעולות המפקד הצבאי באזור. בג"ץ השאיר בצריך עיון את השאלה בדבר חלוקתה של אמנת ז'נווה הרביעית מ-1949 על האזור, אולם דן לפי הוראות אמנה זו בשל החלטת ממשלת ישראל כי תנהג על פי

⁴⁵ ראו JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 2662–68 (2005)

⁴⁶ L. OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW § 124 (H. Lauterpacht ed., 7th ed. 1952)
⁴⁷ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחודודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' 793, 785 (4) (1983).

חלקיה ההומניטריים.⁴⁸ מאז מבצע חומת מגן בשנת 2002 גבר השימוש שעושה בג"ץ באמנת ז'נווה הרביעית בלי לדון ישירות בשאלת חלותה.⁴⁹ במקרים אחרים, כגון בפרשת עדאלה,⁵⁰ עשה בג"ץ שימוש דומה גם בפרוטוקולים מ-1977, שישראל כלל לא הצטרפה אליהם, בלי לדון באופן ישיר בשאלת תחולתם.⁵¹

48 שם. ראו גם בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492, 523 (2005).

49 ראו, למשל, בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פ"ד נו(2) 349 (2003); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 548-549 (2006):

כידוע, עמדתה של ממשלת ישראל הינה כי, עקרונית, דיני התפיסה הלוחמתית שבאמנת ג'נווה הרביעית אינם תופסים בכל הנוגע לאזור. עם זאת, ישראל מכבדת את ההוראות ההומניטריות של אמנה זו ... לצורכי העתירה שלפנינו – די בכך. נוסף לכך, מעוגנים דיני העימות המזוין הבינלאומי בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נווה ... ישראל אינה צד לפרוטוקול זה והוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלי. כמוכן, הוראותיו המנהגיות של הפרוטוקול הראשון הם חלק ממשפטה של ישראל.

50 בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד ס(3) 67, 79 (2005). פסק הדין עוסק ב"נוהל שכן".

51 ראו גם בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521 (2009). סוגיית תחולתו של הפרוטוקול הראשון במשפט הישראלי חורגת מגדרי רשימה זו, ועל כן לא ארחיב בה. עם זאת יוער כי הוראותיו המנהגיות של הפרוטוקול הראשון מחייבות את מדינת ישראל. שאלה מעניינת עלתה בעתירה בבג"ץ 9893/03 ג'נאם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (העתירה נמחקה לבקשת העותרים). העותרים ביקשו כי גופת מחבל פלסטיני שביצע פעולה חבלנית בתחומי מדינת ישראל, תימסר לידי משפחתו לשם קבורתו בשטחים. המדינה סירבה לכך מטעמי ביטחון, אך בתשובתה לעתירה טענה גם כי אין מוטלת עליה חובה להחזיר את הגופה. המדינה טענה כי במשפט הבין-לאומי אין חובה ספציפית להחזיר גופת שבויים או חללים שנפלו בשדה הקרב, לארץ מוצאם – לא במשפט הבין-לאומי המנהגי ולא במשפט הבין-לאומי ההסכמי. אמנת ז'נווה הראשונה מ-1949 אינה מטילה חובה על צד לסכסוך להחזיר לצד האחר לסכסוך את גופות חלליו, ונושא זה הושאר לשיקול דעת המדינות. אמנם ס' 34 לפרוטוקול הראשון מחייב להגיע להסדרים להחזרת הגופות, אולם עמדתה של מדינת ישראל הייתה כי הוראה זו אינה משקפת משפט בין-לאומי מנהגי מחייב, וכי מדובר בסעיף חדשני שאינו מחייב את מדינת ישראל (ראו תשובת פרקליטות המדינה

בפרשת **ברכת**⁵² קבע השופט ברק את המתווה הנורמטיבי להפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי בהתייחס לשמירה על "כבוד המת" באזור. נקבע כי על המפקד הצבאי להתחשב בצורכי הסדר והביטחון באזור. מנגד, עליו ליתן משקל ניכר לשיקולים הקשורים בכבוד האדם. "שיקול זה כפול הוא, והוא משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו. בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד".⁵³ נקבע כי פגיעה בכבוד המת צריכה להיות האמצעי האחרון לשם שמירה על השלום והביטחון.

בשנים האחרונות התעוררה סוגיית "כבוד המת" במשפט הבין-לאומי בשני פסקי דין של בג"ץ בעניין קבורת מחבלים פלסטינים בשטחים המוחזקים. בפרשת **ברכה**⁵⁴ קבע הנשיא ברק כי על פי דיני המשפט הבין-לאומי, האחריות לאיתור הגופות, זיהוין, פינוין וקבורתן מוטלת על המפקד הצבאי. הוא המשיך וקבע כי פעולות אלה הן "פעולות הומניטריות חשובות ביותר. הן נגזרות מכבוד המת, כבודו של כל מת... ראוי הוא ... כי הקבורה תיעשה בכבוד, על-פי כללי הדת, על-ידי הגורמים המקומיים ... במהירות המרבית... כבוד המת חשוב לכולנו, שהרי בצלם אלוהים נברא האדם".⁵⁵ דברים אלה מדגישים את חשיבותו של "כבוד המת" בעיני בית המשפט העליון, אף כאשר מדובר בגופת מחבל.

בפרשת **רופאים לזכויות אדם**⁵⁶ הרחיב הנשיא ברק את היריעה שנפרשה בפרשת **ברכה** וקבע:

נקודת המוצא הינה כי הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, שלפיו יש להגן על כבודם של התושבים המקומיים, משתרע לא רק על התושבים המקומיים החיים, אלא גם על המתים ... כבוד האדם הוא כבודו של החי וכבודו של המת (לעניין המשפט הפנימי שלנו

⁵² www.hamoked.org.il/items/7171.pdf. עוד ראו בהקשר זה בג"ץ 6807/94 עבאס נ'

מדינת ישראל (פורסם בנבו, מיום 2.2.1995).

⁵³ בג"ץ 3933/92 **ברכת** נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1 (1992).

⁵⁴ שם, בעמ' 6.

⁵⁵ בג"ץ 3114/02 **ברכה** נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002).

⁵⁶ שם, בעמ' 15-16.

⁵⁶ בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם** נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385

(2004).

השוו ...)... חובתו של המפקד הצבאי הינה לאתר את גופות המתים ...
לאחר שגופות נמצאו מחובתו לדאוג לקיומה של קבורה מכובדת.⁵⁷

הנשיא ברק פירש את סעיף "הכבוד" הכללי ויצק בו חובה גם בהתייחס למתים. הנשיא ברק השווה במפורש את כללי המשפט הבין-לאומי לכללים שנקבעו במשפט הפנימי בישראל (אשר יידונו בהמשך רשימה זו), ואזכר את פסקי הדין המנחים בישראל בעניין זה. גישתו של הנשיא ברק היא כי הן במשפט הישראלי והן במשפט הבין-לאומי ההומניטרי ניתן ללמוד את החובה להגן על כבודם של המתים (בין אזרחים ובין לוחמים) מתוך החובה הכללית להגן על כבודם של בני אדם.

4. ענף דיני המלחמה – סיכום

מכלל האמור ניתן לומר כי כיום דיני המלחמה עוסקים באופן נרחב בחובות כלפי המתים. דיני המלחמה כוללים נורמות המתייחסות לשמירה על כבודם של המתים, והמחייבות הבאתם לקבורה, הגנה עליהם מפני התעללות וביזה, שמירה על זהותם וקבורתם באופן יחידני. חובות אלה שמצויות במשפט הבין-לאומי המנהגי, עוגנו באופן מפורט באמנות ההומניטריות. הן קיבלו ביטוי גם בפסיקת בג"ץ שיישמה את הדין הבין-לאומי הנוגע לתפיסה לוחמתית, ושפירשה אותו באופן מרחיב כך שהחובה לכבד את המת נלמדת מהחובה הכללית לכבוד האדם, אף באשר למחבלים. נפנה עתה לענף נוסף של המשפט הבין-לאומי העוסק באכיפת הדין על פרטים, להבדיל מהטלת החובות על מדינות.

ג. כבוד המת במשפט הבין-לאומי הפלילי

המשפט הבין-לאומי הפלילי עניינו באכיפה בגין חלק מההפרות החמורות של דיני המלחמה ושל דיני זכויות האדם. בעוד שענף דיני המלחמה נוגע ליחסים בין מדינות, לחובותיהן ולזכויותיהן, אוכף ענף המשפט הבין-לאומי הפלילי אחריות אישית על פרטים. חלק ניכר מהנורמות בענף זה קשור קשר הדוק לדיני המלחמה ועוסק בפשעים שבוצעו בעת סכסוך מזוין.

⁵⁷ שם, בעמ' 403.

בכל אמנות ז'נווה מ-1949 ישנו סעיף הקובע סמכות שפיטה אוניברסלית על הפרות חמורות (grave breaches) של האמנה.⁵⁸ כך למשל קובע סעיף 50 לאמנת ז'נווה הראשונה כי הפרות חמורות כוללות את המעשים המפורטים בסעיף כשהם מבוצעים כלפי בני אדם המוגנים על ידי האמנה. אחד המעשים הוא יחס בלתי אנושי (inhuman treatment) שאין הכרח צבאי מצדיקו, ושבוצע שלא בהיתר ובהפקרות. אם נאמר כי המתים נחשבים "בני אדם" המוגנים על ידי האמנה, וכי הפגיעה בהם עולה כדי יחס בלתי אנושי, ניתן לקבוע כי קמה סמכות אוניברסלית עת נעשית פגיעה שכזו. סמכות אוניברסלית משמעה, כפי שקובע סעיף 49 לאמנת ז'נווה הראשונה, כי המדינות החתומות על האמנה מחויבות לחפש את מי שביצע את ההפרות החמורות, ולהעמידו לדין ללא קשר לאזרחותו של האדם ולמקום שבו בוצעה ההפרה.⁵⁹

סוגיה פרשנית זו עלתה בפסק דינו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר בפרשת *Tadic*,⁶⁰ בנוגע לפרשנות סעיף 5(i) לחוקת בית הדין.⁶¹ סעיף 5 קובע כי בית הדין מוסמך לשפוט את מי שאחראי לפשעים המפורטים בסעיף שבוצעו בעת עימות מזוין ושכוונו כלפי אוכלוסייה אזרחית. סעיף קטן (i) קובע פשע כללי של "מעשים בלתי אנושיים אחרים" (other inhumane acts). התביעה ביקשה להרשיע את הנאשם בפשע האמור וטענה כי מעשי התעללות שביצע בגופתו של אדם (פריקת תוכנו של מטפה לכיבוי אש לתוך הגופה) הם מעשים בלתי אנושיים. בית הדין ציין כי מעשים מסוימים נגד גופות מתים אכן הוכרו בעבר כפשעי מלחמה, כגון השחתה של גופות או אי קבורתן.⁶² בית הדין גם הסכים לכך כי קרבן של "מעשה בלתי

⁵⁸ ס' 50 לאמנת ז'נווה הראשונה; ס' 51 לאמנת ז'נווה השנייה; ס' 130 לאמנת ז'נווה השלישית; ס' 147 לאמנת ז'נווה הרביעית.

⁵⁹ "כל אחד מבעלי האמנה יהא מחוייב לחפש את האנשים שלפי הטענה ביצעו או ציוו לבצע את הפרות החמורות האלה, ויעמיד אנשים כאלה לדין בפני בתי-המשפט שלו, ללא התחשבות באזרחותם".

⁶⁰ Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1, Opinion and Judgment, ¶ 748 (Int'l Crim. Trib. For the former Yugoslavia May 7, 1997).

⁶¹ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible For Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, U.N. Doc. S/25704, Annex (May 3, 1993). יש לציין כי ס' 9 לחוקת בית הדין קובע סמכות אוניברסלית, המקבילה לסמכות בית הדין, להענשתם של פושעי המלחמה היוגוסלביים.

⁶² בית הדין הפנה למקרה שאירע לאחר מלחמת העולם השנייה. קצין רפואה גרמני הועמד לדין בבית דין צבאי אמריקני על שכרת את ראשו של חייל אמריקני שגופתו הגיעה

אנושי", במובן הרגיל של הביטוי, אינו חייב להיות אדם חי, וכי "מעשים מסוימים נגד גופת המת פוגעים במושגים הגותיים ודתיים של הכבוד לבני האדם לאחר מותם".⁶³ עם זאת קבע בית הדין כי הפרשנות הנכונה לסעיף 5(i) מחייבת לקבוע ש"מעשה בלתי אנושי אחר" חייב להיות מעשה הנעשה כלפי אדם חי. את המעשים שבסעיפים 5(a)–(h) ניתן לעשות רק בבני אדם חיים, ולכן את הביטוי הכללי שבא לאחריהם יש לפרש כמתכוון למעשים מאותו סוג (בהתאם לכלל הפרשני *ejusdem generis*). לאור זאת זיכה בית הדין את הנאשם מפרט אישום זה.

מקור נוסף שיוצר אחריות פלילית בין-לאומית הוא אמנת רומא,⁶⁴ שהגדירה באופן נרחב את פשעי המלחמה, ושקבעה סמכות שפיטה אוניברסלית עליהם. סעיפים 8(2)(b)(xxi) ו-8(2)(c)(ii) לאמנה קובעים כפשע מלחמה את הפגיעה בכבוד האישי, ובפרט השפלה והתנהגות מבוזה, בסכסוך מזוין בין-לאומי או במלחמות פנים-מדינתיות, בהתאמה. באספת המדינות החברות באמנת רומא בשנת 2002 נקבעו "יסודות הפשעים" שפירשו את הגדרת העבירות.⁶⁵ בהערת שוליים הצמודה ליסוד הראשון של פשע הפגיעה בכבוד נקבע: "לעניין פשע זה, 'אדם' – לרבות אדם מת".⁶⁶ בכך הורחבה הגדרת פשע המלחמה, ונקבע כי גם פגיעה בכבוד המת בסכסוך מזוין היא פשע מלחמה. בפרשנות הצלב האדום ליסודות פשעי המלחמה שבאמנת רומא הוסבר

לידיו, ושם את גולגולתו על שולחנו במשך כמה חודשים "כמוזכרת". בית הדין הצבאי הרשיע אותו ודן אותו ל-10 שנות מאסר. נקבע כי הוא פעל בניגוד לס' 3 ו-4 לאמנת ז'נווה מ-1929 בכך שהתעלל בגופה ולא קבר אותה באופן מכובד. Trial of Max Schmid, 13 Law Reports of Trials of War Criminals 151 (1949).

במקור: "certain acts against a dead body do offend some philosophical and indeed religious notions of respect for the human being upon death" (עניין *Tadic*, לעיל ה"ש 60).

Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90. האמנה גם הקימה את בית הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג וקבעה את סמכותו לדון את מי שביצע את אחד הפשעים המוגדרים בה. עם זאת, אמנת רומא לא הוכרה עד כה כמשקפת בהכרח משפט מנהגי, והיא חלה רק על מי שלבית הדין קמה סמכות עליו, בהתאם להוראותיה.

Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First Session, New York, Sept. 3–10, 2002, U.N. Doc. ICC-ASP/1/3, U.N. Sales No. E.03.V.2, at 108–155 (2002).

שם, בעמ' 140 ו-146.

כי פגיעה בכבודם של המתים כוללת גם השחתת גופות והימנעות מקבורה מכובדת.⁶⁷ פרשנות זו יוצרת התאמה בין הוראות אמנות ז'נווה ובין הגדרת פשע המלחמה באמנת רומא, כלומר התאמה בין חובות השמירה על כבוד המת בעת מלחמה ובין הסנקציות על הפרת חובות אלה.

לאור הפרשנות המצמצמת של בית הדין לעניין יוגוסלביה בפרשת *Tadic*, שלא הכירה בפגיעה בכבוד המת כפשע מלחמה, ניתן להבין את החשיבות הרבה שישנה בהבהרה המפורשת שערך "המחוקק" הבין-לאומי ליסודות פשעי המלחמה. ההכרה בפגיעה בכבוד המת כפשע מלחמה מצביעה על עמדה ברורה של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, שלפיה יש להגן על כבוד המתים באופן פעיל וביעילות. הפוגע בכבוד המת בעת סכסוך מזוין נחשב, למעשה, "אויב האנושות".⁶⁸ ניתן להעמידו לדין ולהענישו בכל מקום. החובה לשמור על כבוד המת אינה עוד חובה המוטלת על מדינות בלבד, אלא היא מוטלת באופן אישי על מפקדים ולוחמים.

בפרק הבא אבחן את ההתייחסות לכבוד המת בענף זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי. בעוד שענף דיני המלחמה חל בעת מלחמה וסכסוך מזוין (לעתים גם תוך-מדינתי), ישנה מחלוקת באשר לשאלה אם ענף זכויות האדם חל רק בעת שלום, או שמא ישנם מקרים שבהם תהיה לו תחולה גם בעת מלחמה. ראוי לציין כי אחת הגישות גורסת שתחולת ענף זכויות האדם בעת סכסוך מזוין תלויה בשליטה האפקטיבית של המדינה (החתומה על האמנה הרלוונטית) בשטח, ונשלטת על ידי הכלל של *lex specialis* אל מול הדין ההומניטרי, בעת שהאחרון קובע כלל מיוחד.⁶⁹ עם זאת, דיון זה חורג מתחומיה של רשימה זו. היות שלערך כבוד המת ישנה חשיבות גם בעתות שלום, אין הכרח להכריע כאן בשאלת מלוא היקף תחולתו של ענף זכויות

67 Knut Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* 314, 323 (2003).

68 במונח "אויב האנושות" אין הכוונה להצביע דווקא על קטגוריית ה"פשעים נגד האנושות", להבדיל מקטגוריית "פשעי המלחמה", אלא על ההשלכה של הפעלת הסמכות האוניברסלית. מרבית המקרים שבהם תתעורר סוגיית כבוד המת יהיו תחת "פשע מלחמה" ולא תחת "פשע נגד האנושות", שכן האחרון דורש היקפי פגיעה רחבים מאוד והכוונת מדינית שלטונית, שהתקיימותם נדירה יותר.

69 לסקירה בנושא ראו: Oona A. Hathaway et al, *Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, 96 MINN. L. REV. 1883 (2012).

האדם. להלן נבחן את האמנות הקיימות בענף זה, ולאחר מכן את ההתייחסות לזכויותיהם של המתים בפסיקת בתי הדין הבינ-לאומיים.

ד. כבוד המת בענף זכויות האדם

1. היעדר הסדרים קונקרטיים

בניגוד להסדרים שבמשפט ההומניטרי של דיני המלחמה, המתייחסים באופן ישיר לטיפול במתים, רובן ככולן של האמנות בענף זכויות האדם אינן מזכירות במפורש את זכויות המתים או קרוביהם. כך לא ניתן למצוא חובה לכבד את המתים, ולא כל שכן חובות לחיפוש אחר המתים, זיהויים או קבורתם בהתאם למנהגי דתם. למעשה, רובן המוחלט של האמנות מתייחסות רק ל"בן אדם" (Person או Human Being) באופן כללי. אמנה אחת המתייחסת במפורש לכבוד המת היא הפרוטוקול הנוסף לאמנה בדבר זכויות אדם וביורפואה בעניין השתלות איברים ורקמות אנושיות (משנת 2002), שהוא אמנה אזורית אירופית.⁷⁰ פרק IV לפרוטוקול זה עוסק בהוצאת איברים מגופות מתים, והוא מחדש לעומת האמנה לזכויות אדם וביורפואה משנת 1997 שעסקה בהוצאת איברים מאנשים חיים בלבד.⁷¹ סעיף 18 לפרוטוקול קובע חובה לנהוג בכבוד בגופת האדם במהלך הסרת האיברים. בדברי ההסבר לפרוטוקול נאמר כי מטרת הפרוטוקול היא "להגן על הכבוד והזהות של כל אחד... בין חי ובין מת". בהסבר לסעיף 18 נאמר כי "גופת המת אינה נחשבת מבחינה משפטית לאדם (person), ועם זאת יש להתייחס אליה בכבוד".⁷²

עם זאת ייתכן שניתן לאתר דרך פרשנית יצירתית כדי לעגן את ההגנה על כבוד המת בענף דיני זכויות האדם. אמנות רבות מעגנות את כבוד האדם כאחת מזכויות האדם החשובות בקובען כי לכל אדם זכות לכבוד. כך מצוינת הכרת המדינות "בכבוד

⁷⁰ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Jan. 24, 2002, C.E.T.S. 186

⁷¹ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Apr. 4, 1997, C.E.T.S. 164. הפרוטוקול הוסיף התייחסות פרטנית יותר ומרחיבה לאמנה ולא בא להחליף אותה.

⁷² דברי ההסבר נמצאים ב- conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm.

ובערך של בני האדם" בפתיחה להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם של עצרת האו"ם משנת 1948,⁷³ באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות,⁷⁴ באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות⁷⁵ ובאמנה בדבר זכויות הילד.⁷⁶ הזכות לכבוד האדם נזכרת גם בסעיפים של אמנות שונות, הן גלובליות והן אזוריות.⁷⁷ יש לציין עוד כי כ-75% מן החוקות של מדינות העולם עושות שימוש במושג "כבוד האדם" (human dignity).⁷⁸

על אף שההתייחסות לכבוד המת באמנות דיני זכויות אדם היא מצומצמת כאמור, ניתן לטעון כי פרשנות רחבה למושג "אדם" באמנות השונות תכלול גם אדם לאחר מותו.⁷⁹ (בדומה לפרשנות המחייבת של אמנת רומא בנוגע להגדרת פשעי המלחמה ולפרשנותו של הנשיא ברק לאמנת ז'נווה בפרשת רופאים לזכויות אדם, שנסקרו לעיל). בהמשך נראה כי פרשנות כזו קיבלה ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בישראל בהתייחס לדין הישראלי. להלן נסקור את התייחסותן של שתי ערכאות בין-לאומיות העוסקות בזכויות אדם.

73 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948). אמנם זו רק הצהרה של האו"ם ולא אמנה בעלת מנגנוני אכיפה, אך היא בסיס לאמנות זכויות האדם שבאו לאחריה. עוד ראוי להזכיר כי פתיחה דומה מופיעה אף במגילת האו"ם, אם כי זו אינה אמנת זכויות אדם.

74 כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966).

75 כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

76 כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

77 ס' 12 להכרזה האוניברסלית; ס' 10 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; Organization of American States, American Convention on Human Rights, art. 5, 6, 11, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123; Organization of African Unity, African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 5, June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

78 Antoon de Baets, *A Declaration of the Responsibilities of Present Generations toward Past Generations*, 43 HIST. & THEORY 130, 132, n.8 (2004).

79 כך למשל, "הזכות לדעת" (right to know או right to truth) הוכרה על בסיס הזכויות לחיים, לחירות ולביטחון אישי. ראו: Thomas Blanton, *The World's Right To Know*, FOREIGN POL'Y, July-Aug. 2002, at 50.

2. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם

בפתח הרשימה הוצגו שלוש דרכים להתייחס לערך כבוד המת: כבודו של המת עצמו; כבוד קרוביו החיים של המת; אינטרס ציבורי כללי בכיבוד המתים. מסקירת פסיקותיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם במקרים של פגיעה במתים נמצא כי החלטותיו התמקדו רובן ככולן רק בבני המשפחה החיים של המתים, להבדיל מן המתים עצמם. ראשית, בית הדין ביסס את זכותם של בני המשפחה לדעת על גורלו של קרובם ש"נחטף" על ידי השלטון ושככל הנראה מת במעצר.⁸⁰ בשורת פסקי דין קבע בית הדין כי התנהגות המדינה שיש בה משום פגיעה במת או הסתרת גופתו, עלולה לעלות כדי יחס בלתי אנושי כלפי בני משפחתו.⁸¹ באחד המקרים⁸² תבע העותר את טורקיה בטענה כי חיילים טורקים קטעו את אוזניו של בנו לאחר מותו. העותר הסתמך על סעיף 15 לאמנת ז'נווה הראשונה מ-1949 האוסר את השחתת המתים, ועל סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נווה החל בסכסוכים שאינם בין-לאומיים.⁸³ נוסף לכך טען העותר כי השחתת גופת בנו המת עולה כדי יחס בלתי אנושי כלפיו (העותר), בניגוד לסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם.⁸⁴ סעיף 3 לאמנה האירופית קובע כי שום אדם לא יהיה נתון לעינויים או ליחס משפיל או בלתי אנושי. בית הדין קבע כי הקביעה אם בן משפחה של אדם ש"נחטף" על ידי השלטון הוא קרובן ליחס משפיל או בלתי אנושי, המנוגד לסעיף 3, תלויה בקיומם של גורמים כמו יחסי קרבה מיוחדים בין בן המשפחה לקרובן, עדות ישירה של בן המשפחה לאירועים והיחס של הרשויות לבקשת בן המשפחה לקבלת מידע. במקרה זה הוצגה לאב גופתו המושחתת של בנו, ונקבע כי גרימת חוויה זו לאב עולה כדי יחס בלתי אנושי כלפיו.

בפסיקות בית הדין לא הוענק סעד לעותר שלא נפגע אישית מהתנהגות המדינה כלפי בן משפחתו המת. דהיינו, בן המשפחה החי אינו זכאי לעתור לסעד בשם הפגיעה בזכות הקרוב המת. ניתן לומר באופן כללי כי בית הדין האירופי לזכויות אדם מגן על

⁸⁰ ראו, למשל, Kurt v. Turkey, App. No. 24276/94, 27 Eur. H.R. Rep. 373 (1998).

⁸¹ ראו, למשל, Çakici v. Turkey, App. No. 23657/94. 31 Eur. H.R. Rep. 5, § 98 (1999); Gongadze v. Ukraine, App. No. 34056/02, 43 Eur. H.R. Rep. 44, §184–186 (2005).

⁸² Akkum v. Turkey, App. No. 21894/93, 43 Eur. H.R. Rep. 26, §252–259 (2005)
⁸³ הסעיף קובע סף להתנהגות הצדדים לסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי. בין היתר נאסרו מעשי התעללות בכבודו של אדם, ובפרט יחס של השפלה וולוזל.

⁸⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, E.T.S. No. 5

זכותם של בני המשפחה החיים ומחפש את הפגיעה בהם, להבדיל מהפגיעה בבן משפחתם המת.

3. פסיקת ה-⁸⁵Inter-American Court of Human Rights

סוגיית כבוד המת התעוררה בשני פסקי דין שנתן בית הדין האמריקני לזכויות אדם בשנים 2000 ו-2002 בעניין *Bámaca-Velásquez*.⁸⁶ פסקי הדין עוסקים בעיקרם בביסוס הזכויות של קרוביו של disappeared person (מי שנעצר או נחטף על ידי השלטון) לדעת היכן נמצאת גופתו ולקבלה לחזקתם. החלטת בית הדין נוגעת ישירות לביסוס כבוד המת כחלק מהזכות לכבוד האדם:

81. This Court deems that *care for the mortal remains of a person is a form of observance of the right to human dignity...* the mortal remains of a person deserve respectful treatment before that person's next of kin, due to the significance they have for them...

82. In view of all the above, the Court considers that the State must conduct the exhumations, in the presence of the next of kin, to locate the mortal remains of [the victim] and to hand them over to them...⁸⁷

בית הדין קבע במפורש כי היחס לשרידי המת הוא ביטוי לשמירה על הזכות לכבוד האדם, וכי חובה לנהוג במתים בכבוד. כן נאמר כי כבוד המת הוא ערך הנשמר בכל

⁸⁵ להלן: בית הדין האמריקני לזכויות אדם. בית הדין יושב בסן חוזה, קוסטה ריקה, והוקם על ידי ארגון המדינות האמריקניות, כדי לאכוף את האמנה האמריקנית לזכויות אדם (לעיל, ה"ש 77). על האמנה חתומות מרבית מדינות מרכז אמריקה ודרומה. ארצות הברית אינה חברה באמנה שהקימה את בית הדין, ולכן גם אינה שותפה לפסיקותיו.

⁸⁶ *Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Merits, –Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 70* (Nov. 25, 2000) (להלן: *Bámaca-Velásquez 1*); *Bámaca-Velásquez v. Guatemala, –* (Feb. 22, 2002) *Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 91* (להלן: *Bámaca-Velásquez 2*).

⁸⁷ פסק הדין הראשון דן בהפרת הזכויות, והשני – בפיצויים. *Bámaca-Velásquez 2* לעיל ה"ש 86, בפס' 81–82 לפסק הדין (ההדגשה הוספה).

התרבויות, ובעל חשיבות רבה לקרובי משפחתו של המת. באותו מקרה הטיל בית הדין על המדינה חובה לאתר את המת, להוציאו מקברו ולהעבירו לבני המשפחה, שיקבעו היכן הוא ייקבר, כך שיוכלו להיפרד ממנו בכבוד.

נשיא בית הדין (השופט Cançado Trindade) נתן חוות דעת נפרדת, ובה הציג את עמדתו בנושא כבוד המת.⁸⁸ הגישה שהציג גורסת כי אף על פי שהאישיות המשפטית של האדם חדלה להתקיים עם מותו, והוא אינו בעל זכויות או חובות, עדיין שרידיו של המת – המכילים חלק גשמי של אנושיותו – ממשיכים להיות מוגנים מבחינה משפטית. הכבוד לשרידי המת מנציח את זיכרון המת ואת רגשות החיים (בפרט קרובי משפחתו ומכריו) הקשורים אליו רגשית – וזהו הערך המוגן מבחינה משפטית. עוד טען הנשיא כי בשמירה על כבוד המת ישנו ביטוי מוחשי לרגש האוניברסלי של המצפון האנושי, ולפיכך הכבוד למתים הוא חובה של בני האדם החיים. נקודת המוצא לעמדה זו היא קיומה של סולידריות בין כל בני המין האנושי, אשר יש בה ממד של זמן: המין האנושי כולל לא רק את אלו שחיים אלא גם את המתים ואת מורשתם הרוחנית. זו סולידריות בין-דורית, ולפיה מחויבים בני האדם החיים כלפי הדורות הקודמים בכיבוד מורשתם הרוחנית.⁸⁹ מבחינה משפטית נטען כי ניתן לעגן את חובת השמירה על כבוד המת בצו המצפון המשפטי האוניברסלי, שהוא אחד המקורות למשפט העמים (כחלק מעקרונות משפט כלליים⁹⁰). לסיכום קבע נשיא בית הדין כי המשפט הבין-לאומי מבקש להגן על האדם אף לאחר מותו באמצעות אכיפת הכבוד לשרידיו של האדם המת. הוא ביסס את זכויות המתים על הכנסת נורמות חברתיות-מוסריות למשפט הבין-לאומי לשם הרחבת מעגל הנהנים מזכויות האדם.

⁸⁸ בעיקר *Bámaca-Velásquez I*, לעיל ה"ש 86, בפס' 8–22 לחוות דעתו של הנשיא Cançado Trindade.

⁸⁹ על פי גישה זו, יש להביט על המין האנושי באחדותו דווקא דרך ממד הזמן, כך שהוא כולל גם את הדורות העתידיים, שמתחילים למשוך את תשומת ליבן של הדוקטרינות העכשוויות במשפט הבין-לאומי. ראו: EDITH BROWN WEISS, IN FAIRNESS TO FUTURE GENERATIONS: INTERNATIONAL LAW, COMMON PATRIMONY AND INTERGENERATIONAL EQUITY (1989); FUTURE GENERATIONS AND INTERNATIONAL LAW (Emanuel Agius & Salvino Busuttill eds., 1998). ראו גם הצהרת אונסק"ו על החובות כלפי הדורות הבאים: Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations, UNESCO Res. 29 C/Res. 44, Records of the General Conference, 29th Sess., Oct. 21–Nov. 12, 1997, vol. 1, at 69.

⁹⁰ עיקרון זה מועגן בחוקת בית הדין הבין-לאומי: Statute of the International Court of Justice, ¶ 38(1)(c), June 26, 1945, 33 U.N.T.S. 993.

4. ענף דיני זכויות האדם – סיכום

ראינו כי ענף זכויות האדם כמעט שאינו מעגן מפורשות את זכויותיהם של המתים באמנות בין-לאומיות. האמנות קובעות באופן כללי את הזכות לכבוד האדם, אולם אינן מפרשות את מידת התפרסותה של הזכות. כלומר אין בנמצא הגדרה של המונח "אדם". מבחינה פרשנית ניתן להכניס את ערך "כבוד המת" אל תוך הזכות הכללית לכבוד. נראה כי בית הדין האמריקני לזכויות אדם פסע בדרך פרשנית זו. נשיא בית הדין האמריקני הציע אף את האפשרות להכניס את כבוד המת למשפט הבין-לאומי כערך מוסרי של סולידריות בין-דורית באמצעות העקרונות הכלליים של המשפט הבין-לאומי ובהיקש להכרה בזכויות הדורות הבאים. מצד שני, פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם לא הכירה בזכויות של המתים, אלא רק בזכויות בני המשפחה החיים. לפיכך נראה כי ענף זכויות האדם במשפט הבין-לאומי אינו מגן באופן מפורש, באמצעות אמנות והסכמים, על כבודם של המתים, ואף הפסיקה בעניין זה אינה אחידה ומוסכמת בענף זה, בניגוד לענף דיני המלחמה. בפרק הבא אבחן דוגמאות ממשפטן הפנימי של כמה מדינות שיעזרו להבין את הסיבות האפשריות לשניות זו ולשאוב רעיונות ליצירת הסדרים חדשים.

ה. כבוד המת במשפט המדינתית

1. המשפט הישראלי

החברה הישראלית רואה בהתייחסות אל המתים, אל כבודם ואל דרכי קבורתם סוגיה חשובה ורגישה.⁹¹ כפועל יוצא מכך "כבוד המת" תופס מקום מיוחד גם במשפט הישראלי.⁹² סוגיית "כבוד המת" עלתה לדיון בבית המשפט העליון כמה פעמים

⁹¹ הסברים אפשריים לכך עשויים להיות חשיבות כיבוד המתים בדת היהודית ואתוס הגבורה של חללי צה"ל שהקריבו חייהם למען הקמת המדינה ולמען המשך קיומה.

⁹² ראו ס' 3 לחוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996, ("קבורה תיערך תוך שמירת כבוד המת"). ס' 172 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אוסר לנהוג במת שלא בכבוד. אולם הסעיף דורש גם "[...]כוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות תו". נראה כי דרישה זו מצביעה על מטרת המחוקק לשמור על רגשות בני האדם החיים ולא בהכרח על כבוד המתים. השוו: אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך ב 1620 (מהדורה שנייה, מוחמד ס' ותד עורך, 2013) המביע תמיהה על מיקום עברה זו בפרק הדין בפגיעות ברגשי הדת. לדבריו, "שאלה היא אם אין לראות בחובת כיבודם של מתים משום חובה

ובהקשרים שונים, למשל נתיחה לאחר המוות, כיתוב על מצבות, הוצאה מהקבר לצורך זיהוי ושמו הטוב של הנפטר.⁹³ אציין כי המשפט הישראלי נסמך בהקשר זה לא אחת על עמדת המשפט העברי בסוגיית "כבוד המת". מכיוון שהמשפט הישראלי מובא ברשימה זו אך כדוגמה להסדרים במשפט המדינתי שממנה ננסה להבין את עמדת המשפט הבין-לאומי, לא תפורט כאן גישת המשפט העברי בסוגיה.

עוד לפני כשלושה עשורים קבע השופט טירקל בדעת מיעוט כי "ההגנה על המת וכבודו כמוה כהגנה על החי וכבודו... כאן עניין לנו בזכות מזכויות היסוד של האדם".⁹⁴ ההתייחסות המהותית ביותר בשנים האחרונות לכבוד המת מצויה בפרשת **קסטנבאום**, שבה ביטא השופט ברק את גישתו לכבוד המת, וקבע:

כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעתים ראציונאלי ולעתים בלתי ראציונאלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו ואשר הנותן ביטוי למאווי הנפש הנכספים. זוהי ה"יד" שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות.⁹⁵

אנושית כללית". ראו גם חלק ג' לפקודת בריאות העם, 1940 (בתי עלמין); חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (סייגים לנתיחת גופות); חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 (חקירה של שופט חוקר את סיבת המוות במקרים מסוימים).

ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 437-438 (1994). לניתוח ביקורתי של הפסיקה הישראלית באשר ל"כבוד המת" ראו בירנהק, לעיל ה"ש 19, בעמ' 77 ואילך.

בג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום ברמלה, פ"ד לה (4) 337, 353 (1981). ראו גם יעקב אבי ברוך טירקל – " – ועל דעת היחיד" מחקרי משפט יט 413, 417-418 (2003).

ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523 (1992), אשר עסק ברצון המנוחה ששמה ותאריך לידתה הלועזיים יכתבו על מצבתה. ראו גם דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מזו(2) 812, 828 (1993) (כיתוב על מצבה של חלל צה"ל), ובע"א 6024/97 שביט נ'

בפסיקה שלאחר פרשת קסטנבאום נתקבלה קביעתו של השופט ברק כהלכה פסוקה.⁹⁶ כבוד המת עלה בפסיקה בהקשרים שונים. כך למשל עלתה השאלה אם ניתן לפגוע בפרטיות המת. בפרשת סקולר⁹⁷ נקבע כי הזכות לפרטיות אינה נעלמת עם מותו של האדם:

בבואנו לדון בסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות יש להסיר מיד טענה שטען בא-כוחם המלומד של המבקשים, והיא כי סעיף זה אינו מגן על מי שנפטר, שכן נוקט הוא לשון "אדם", ואין לך "אדם" אלא מי שהוא בחיים. פירוש זה, שמשמעו כי זכות הפרטיות שהייתה לאדם בחייו על-פי החוק הופכת למירמס לאחר מותו, נוגד את תכלית החוק. זכות הפרטיות האמורה אינה עוברת מן העולם יחד עם בעל הזכות, והיא ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו. אלא שבמקומו של בעל הזכות ה"מקורי", שעם מותו אינו כשר עוד לזכויות (ראה סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962), באים יורשיו תחתיו כבעלי אותה זכות שהייתה למורישם.

שאלת כבוד המת בקשר לזכות לשם טוב עלתה במלוא עוזה בפרשת סנש.⁹⁸ באותה פרשה עתרו בני משפחתה של חנה סנש המנוחה נגד רשות השידור על שהקרינה את המחזה "משפט קסטנר", שבו הוצגו עובדות שקריות על אודותיה, ועיקרן כי הסגירה את חבריה בעת חקירתה בשבי האויב. בית המשפט, מפי הנשיא ברק, הכיר בזכותה של

חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 624-625 (1999) (כיתוב לוועזי על מצבה).

⁹⁶ ראו ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801-802 (1993) (המשנה לנשיא אֶלון: "הלכה פסוקה היא, כי 'כבוד האדם' בעניינינו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר"; הדגשות הוסרו); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 102 (1993); בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(4) 155, 168-169 (2004) (המשנה לנשיא (בדימ') אור: "כבוד האדם' הוא ערך הפורס עצמו גם לאחר שהלך אדם לעולמו. כפי שחזר והדגיש בית-משפט זה, כבוד האדם כולל גם את כבודו של הנפטר עצמו וגם את כבוד בני משפחתו המבקשים לכבד את זכרו ולהתאבל על אובדנו").

⁹⁷ רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 772 (1993).

⁹⁸ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).

חנה סנש המנוחה לשם טוב כנגזרת מזכותה לכבוד.⁹⁹ השופט חשין הוסיף כי "[ההלכה הוסיפה וקבעה – מפורשות ובלא כל ניד-ספק – כי כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עצמו גם על כבוד המת".¹⁰⁰ לדעת כל שופטי ההרכב, שמה הטוב של חנה סנש המנוחה הוא ערך מוגן. דעות השופטים נחלקו אך באשר לאיזון שיש לערוך.¹⁰¹

בפסק הדין נדון חוק איסור לשון הרע, המתייחס באופן מפורש לפגיעה בשם הטוב של המתים.¹⁰² ואולם ישנה שניית מסוימת בהוראת החוק: מצד אחד, נקבע כי לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי. מצד שני, נקבע כי אין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה.¹⁰³ לדעת השופט חשין, האיסור המהותי לפרסם לשון הרע על המת ממשיך להתקיים חרף העובדה כי במשפט הפרטי לא ניתן לתבוע על הוצאת לשון הרע על המת. משום כך, להשקפתו, ניתן לתבוע את המוציא לשון הרע בגדרי המשפט הציבורי.¹⁰⁴ ומיהו העותר שרשאי לעמוד על זכותו של המת? השופט חשין הבחין בין עתירת בן משפחתו של המת לבין עתירה ציבורית. עתירה ציבורית נסבה על אינטרס קולקטיבי, ומשימת העותר הציבורי "אינה משימה קלה כלל ועיקר".¹⁰⁵ לעומתה, עתירת אחיה של המנוחה מעלה את אינטרס היחיד – הזכות לשם טוב העומדת לעצמה. לדעת השופט חשין, אחיה של המנוחה בא תחתיה

⁹⁹ שם, בעמ' 832.

¹⁰⁰ שם, בעמ' 866.

¹⁰¹ לדעת שופטי הרוב, האיזון שיש לערוך הוא איזון אנכי בין חירות הביטוי מזה לאינטרס הציבור (או רגשות הציבור) מזה, ובאיזון זה הם הכריעו לטובת חופש הביטוי (לביקורת על דרך ההנמקה של דעת הרוב באשר לאיזון שיש לערוך, ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב 623 (2002)). מנגד, לדעת שופט המיעוט חשין, האיזון שיש לערוך בעתירתו של האח, הוא דווקא איזון אופקי בין חופש הביטוי מזה לזכות האדם לשם טוב מזה, כזכויות שוות מעמד. השופט חשין העניק לזכות של המנוחה לשם טוב את הבכורה, ולדעתו היא תגבר "בנקל" על זכותם של המחזאי ורשות השידור (בעמ' 871).

¹⁰² ס' 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. סעיף זה סוטה מהמשפט המקובל. אורי שנהר דיני לשון הרע § 2.4.5 (1997).

¹⁰³ עם זאת ניתן להגיש כתב אישום לבקשת בן זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו.

¹⁰⁴ פרשת סנש, לעיל ה"ש 98, בעמ' 860.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 861.

"משל חנה שנש עצמה עתרה לבית-המשפט".¹⁰⁶ יש להדגיש: לטעמו, הזכות העומדת לדין אינה זכותם של בני המשפחה, אלא היא זכותו של המת עצמו. בני המשפחה הם רק מִצָּגוֹ.

בפרשת כהן, עלתה סוגיית כבוד המת בהקשר של הוצאת גופות חיילים מקברם לצורך זיהוים. בית המשפט העליון קבע כי על המדינה חלות חובות לאתר חללים, לזהותם ולהביאם לקבורה אישית. חובות אלה נגזרות מערך כבוד האדם המוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובות אלה מופנות הן כלפי החלל שנפל והן כלפי בני משפחתו.¹⁰⁷

בשנים האחרונות דן בית המשפט העליון בהרחבה במעמדו של ערך כבוד המת במשפט הישראלי בפרשת **אלאקסא**.¹⁰⁸ באותו מקרה נדונה תכנית להקמת "מוזיאון הסובלנות" בירושלים מעל שרידי קברים ועצמות אדם. בית המשפט העליון עיגן באופן מפורש את כבוד המת כזכות חוקתית:

כבודו של המת הוא עקרון חוקתי הנגזר כפועל יוצא מכבודו של האדם החי, ומזכותו לאוטונומיה אישית. אלה הם שניים שאינם ניתנים לניתוק ולהבדלה... כבודו של האדם החי נפגע כאשר לא מובטחת לו עוד בחייו, הגנה ראויה על כבודו כאשר שוב לא יהיה בין החיים. פגיעה בכבוד המת היא, אפוא, פגיעה בכבודם של החיים, ובכך היא מהווה פגיעה בזכות

¹⁰⁶ שם. השופט חשין קבע כי כך הם גם יתר הקרובים המנויים בס' 5 לחוק לשון הרע: בן זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו. הוא לא הכריע בשאלה אם זו רשימה סגורה. לטעמו, התשובה היא שלילית, וגם חבר קרוב של הנפטר ובני זוג שלא נישאו כדין קנו זכות פרטית בתחומי המשפט הציבורי.

¹⁰⁷ לעיל ה"ש 96, בעמ' 168–169, 174. במקרה טרגי זה הייתה התנגשות בין רצונן של חלק ממשפחות החללים לפתוח את הקבר לשם זיהוי הגופות לרצונן של המשפחות האחרות שלא להוציא את הגופות מהקבר. הזכות לכבוד האדם של המת הייתה משותפת לשתי המשפחות. נפסק כי היעדרות לדרישת העותרים לפתוח את חלקת הקבר ולבצע בדיקות גנטיות בגופות, עלולה לפגוע בזכות לכבוד של החללים שאין להם זיקה לעותרים, ובזכותם שלא תוטרד מנוחתם.

¹⁰⁸ בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (פורסם בנבו, 29.10.2008). ראו גם: בג"ץ 8119/10 פרידמן נ' שר הפנים, פס' 19 (פורסם בנבו, 13.1.2011); ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס, פס' 28–34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 7.7.2011); בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.9.2012).

חוקתית הראויה להגנה חוקתית. השקפת החברה האנושית על ערך כבוד המת כערך-על בחיי הפרט והכלל, וכחוליה מקשרת בין דורות שחלפו לדור ההווה ולדורות שיבואו, היא אחד המאפיינים לרציפות המתמשכת של הקיום האנושי. ערך זה חוצה ימים ויבשות, ועוגן במסורות חברתיות, דתיות ומשפטיות שונות, כחלק מן האתוס החברתי של תרבויות העולם במזרח ובמערב. תפיסה זו של כבוד המת עוגנה גם בתשתית החוקתית בישראל, כנגזרת ישירה מהזכות החוקתית לכבוד האדם בחייו.¹⁰⁹

באותו עניין צוין כי ההגנה על כבוד המת במשפט הישראלי נסבה סביב שלושה מעגלי אינטרסים:

ראשית, וחשוב מכל, ליבתה של הזכות לכבוד המת טמונה באינטרס הנפטר בעודו בחיים, בהגנה על כבודו לכשיילך לעולמו... מעגל אינטרסים שני נעוץ בהגנה על בני משפחתו של הנפטר, אשר פגיעה בזכרו ובכבודו אחוזה ושלוכה בפגיעה בכבודם שלהם... עניינו של האינטרס במעגל השלישי של כבוד המת הוא בהיבט הציבורי, והוא משתלב באחריותה של החברה לכבד את בניה שהלכו לעולמם, ולהגן על זכרם ועל כבודם.¹¹⁰

המסקנה העיקרית מכלל פסקי הדין היא כי במשפט הישראלי הוכר כבוד המת כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מהזכות הכללית לכבוד האדם. מכאן, לכאורה, נגזרת המסקנה כי זכותו של המת לכבוד היא בעלת משקל בהתנגשותה מול זכויות אחרות. זכות זו התפרשה כזכותו של המת עצמו, ולא אך של בני משפחתו החיים אשר ביכולתם לייצג את זכותו של המת לכבוד. גם עתירה ציבורית העומדת על זכותו של המת היא אפשרית, אך היא מייצגת את האינטרס הציבורי בשמירת כבוד המת ולא את זכות המת עצמו.

¹⁰⁹ פרשת אלאקסא, לעיל ה"ש 108, בפס' 135 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹¹⁰ שם, בפס' 139 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

2. המשפט האנגלו-אמריקני

בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית מסמן המוות את סופה של האישיות המשפטית.¹¹¹ כך הכלל בדיני הנזיקין האנגליים הוא שתביעה אישית מתה עם האדם (*actio personalis moritur cum persona*).¹¹² המשפט המקובל גורס כי למתים אין זכויות או חובות, ולא ניתן למנות למת אפוטרופוס משום שאין לו אינטרסים.¹¹³ קביעה זו אינה מוחלטת שכן בדיני הירושה, התופסים מקום מרכזי במשפט האנגלי, יש התייחסות להמשך קיומה של האישיות המשפטית גם לאחר המוות הביולוגי.¹¹⁴ התיאורטיקן המשפטי האנגלי הנודע ג'רמי בנת'ם (Jeremy Bentham) גרס כי היחס לגופת המת אמור להיות כחס אל רכוש, ולפיכך טען כי אין להתייחס לשרידי גופו בכבוד.¹¹⁵ אמנם בפסיקת בתי המשפט באנגליה הייתה הסתייגות מאפיון הגופה כרכוש, ונקבע כי אין בעלות בגופות, אך במקביל נשמרה גישה עקבית בדבר העדר האישיות המשפטית של הגופה.¹¹⁶ הגישה הרווחת הייתה כי למתים אין "זכויות".¹¹⁷ השפה המשפטית שבה

111 DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101.

112 Hannes Rösler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, 26 BERKELEY J. INT'L L. 153, 157, 185 (2008).

113 LEWIS SIMES, PUBLIC POLICY AND THE DEAD HAND I (1955)

114 DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101–104. ייתכן ששוני זה בדיני הירושה נובע מהמקום החשוב של המת בשאלות העברת הבעלות על רכושו וכיבוד הרצון שלו עת היה בחיים. דהיינו, ביטוי הרצון במקרה זה מתגלה על ידי האדם בהיותו בחיים, ומילוי צוואתו דומה למילוי רצונו בחיים לבצע דיספוזיציה ברכושו.

115 C.K. OGDEN, JEREMY BENTHAM 1832–2032; BEING THE BENTHAM CENTENARY LECTURE, DELIVERED IN UNIVERSITY COLLEGE, LONDON, ON JUNE 6TH, 1932, app. 12, at 119 (1932)

116 DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 106–107. סוגיית מעמד הגופות עלתה רבות בקשר לתופעת "חוטפי הגופות" שהוציאו גופות מקברים לשם מכירתם למחקר, ושהועמדו לדין בעברת גנבה. השאלה הייתה אם אכן נלקח "רכוש" השייך לאחר.

117 בעמ' 111. חריג לגישה המקובלת ניתן למצוא בפסיקה אנגלית שביטאה גישה הרואה חשיבות רבה בשמירה על כבוד המת, ולפיה לכל אדם שמת ישנה זכות לקבורה מוכובדת: 1008 (Q.B.) 1007 Eng. Rep. (1840) *R. v. Stewart*.

נעשה שימוש בתיאור הגופה נשאבה באופן עקבי מדיני הקניין, ובייחוד זכות החזקה בגופה.¹¹⁸

בהתאם למשפט המקובל, תביעות בגין לשון הרע הן תביעות אישיות, ולמת אין זכויות שניתן להפר. לכן אף העיזבון, היורשים והקרובים של המת אינם זכאים לתבוע אם ההשמצה לא פגעה בעקיפין גם בהם.¹¹⁹ כך נקבע גם בפסיקת בתי המשפט האזרחיים בארצות הברית בסוגיית הפגיעה בשמו הטוב של המת. בתי המשפט דחו באופן שיטתי תביעות על הוצאת לשון הרע על המתים.¹²⁰ הם תלו את פסיקתם ברצינול שלפיו התבטאויות משמיצות לכאורה חייבות להתייחס לתובע דווקא.¹²¹ רצינול זה ניכר גם ב־Restatement of Torts שקובע בעניין זה: “The interest of the descendants or other relatives of the deceased person in his good name is not given legal protection by the common law.”¹²² כאשר ההשמצה הייתה מכוונת רק כלפי המת ולא פגעה גם בקרובי משפחתו החיים, תביעתם בשם המנוח נכשלה.¹²³

¹¹⁸ Paul, DAVIES & NAFFINE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 112. כן ראו במשפט האמריקני: Paul, Matthews, *Whose Body? People as Property*, 36 C.L.P. 193, 201–02 (1983) ובמשפט האוסטרלי: “Under these circumstances, I cannot see any reason for doubting that, if this corpse can be the property of any one, it is the property of the plaintiff as against the defendant. It is enough that the plaintiff was in possession of the corpse, and that the defendant took it having no better title to it than the plaintiff”¹¹⁹ Rösler, לעיל ה"ש 112, בעמ' 185.¹²⁰ PHILIP WITTENBERG, DANGEROUS WORDS 209 (1947) פסק הדין הידוע של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) שהגדיר את יסודות התביעה על לשון הרע, הן אחריו.¹²¹ ראו, למשל, *Helmer v. Middaugh* 191 F. Supp. 2d 283 (2002); *Conner v. Ambrose*, 990 F Supp. 606, 619–20 (1997); *Lambert v. Garlo*, 484 N.E.2d 260 (Ohio Ct. App. 1985); *Lee v. Weston*, 402 N.E.2d 23 (Ind. Ct. App. 1980); *Gonzales v. Times Herald Printing Co.*, 513 S.W.2d 124 (Tex. Civ. App. 1974); *Hughes v. New Eng. Newspaper Pub. Co.*, 43 N.E.2d 657 (Mass. 1942).¹²² *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS* § 560 cmt. a (1977).¹²³ ראו, למשל, *Rose v. Daily Mirror, Inc.*, 31 N.E.2d 182, 182 (N.Y. 1940). בית המשפט לערעורים של ניו יורק קבע: “it has been long accepted law that a libel or slander upon the memory of a deceased person which makes no direct reflection upon his relatives gives them no cause of action for defamation”

עם זאת, בהקשר הפלילי יש עדיין בכמה מדינות בארצות הברית איסורים על הכפשת זיכרון המת.¹²⁴ בתי המשפט אף הכירו באינטרס הציבורי בזיכרון המתים כעניין ציבורי לגיטימי.¹²⁵

במקרים מסוימים המשפט המקובל מכיר בפגיעה בבני משפחתו החיים של המת שנבעה מפגיעה במת, ומוכן להעניק סעדים לבני המשפחה. בפסיקת בית המשפט העליון של ארצות הברית עלתה לפני כמה שנים סוגיית כבוד המת בקשר להצגה בפומבי של תמונת גופתו העירומה של המת.¹²⁶ בית המשפט העליון, מפי השופט קנדי (Kennedy), פסק כי פרסום תמונות של גופת המת פוגע בזכות לפרטיות של בני משפחתו. נקבע כי לבני המשפחה יש אינטרס אישי בכבוד המת ובהתאבלות עליו, לרבות זכותם להתנגד לחשיפה ציבורית הפוגעת ברצונם לכבד את המת. בפסק הדין מאוזכרת החלטת בית המשפט לערעורים של ניו-יורק מ-1895¹²⁷ שלפיה הזכות לפרטיות של אלו החיים היא זו שביט המשפט אוכף. זכות זו ניתן להפר על ידי פגיעה בזיכרון בן המשפחה המת, אולם זכותם של החיים, ולא של המתים, היא שמוכרת. הרציונל הוא הגנה על רגשות אלו החיים.

מתיאור כמה עניינים שעלו במשפט המקובל ניתן לראות כי ההגנה בהם על "כבוד המת", ככל שזו קיימת, היא הגנה עקיפה בלבד המגנה במהותה על זכויות החיים.

¹²⁴ ראו, למשל, Colo. Rev. Stat. § 18-13-105 (2000); Ga. Code Ann. § 16-22-40 (2000); Idaho Code § 18-4801 (2000); Nev. Stat. Ann. § 200.510 (Michie 2000); N.D. Cent. Code § 12.1-15.01 (2000); 12 Okla. St. § 1441 (2000); Tex. Civ. Prac. & Code Ann. § 73.001 (West 2000); Utah Code Ann. § 45-2-2 (1998).

¹²⁵ ראו William H. Binder, *Case Notes and Comments: Publicity Rights and Defamation of the Deceased: Resurrection or R.I.P.?* 12 DEPAUL-LCA J. ART & Skrocki v. Stahl, 110 P. 957, 960 (Cal. App. ENT. L. 297, 322-23 (2002) 3d, 1910) ("As a matter of sound public policy, the malicious defamation of the memory of the dead is condemned as an affront to the general sentiments of morality and decency, and the interests of society demand its punishment through criminal courts"). אולם, כפי שציין Binder בעמ' 324, האישומים הפליליים בעניין לשון הרע נמצאים ככלל בירידה עקב פסיקת בית המשפט העליון האמריקני שלפיה החוק הפלילי של מדינת לואיזיאנה האוסר השמצה אינו חוקתי משום שהוא פוגע בחופש הביטוי. (Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964)).

¹²⁶ Nat'l Archives & Records Admin. v. Favish, 541 U.S. 157 (2004).
¹²⁷ Schuyler v. Curtis, 147 N.Y. 434, 447 (1895).

3. המשפט הגרמני

סוגיה דומה לזו שעלתה בפרשת סנש, עלתה בבית המשפט הגרמני לחוקה בפרשת מפיסטו.¹²⁸ גם כאן התנגשה הזכות לשם טוב של המת עם חופש הביטוי. בנו המאומץ של השחקן המנוח Gustaf Gründgens עתר לקבלת צו מניעה נגד הפצתו של ספר בשם "מפיסטו", שהדמות הראשית בו מבוססת על חייו של Gründgens המנוח. לטענת העותר, הספר כלל גם פרטים בדיוניים, ואלו הציגו תמונה שקרית ושלילית ביותר של המנוח. בפסק הדין, שניתן ברוב דעות, נפסק כי "כבוד האדם" המוגן בחוק היסוד הגרמני¹²⁹ כולל בחובו גם את כבודו של הנפטר, ועל כן יש להגן על שמו הטוב של אדם גם לאחר מותו. כבוד האדם טבוע באנושיותו של האדם, ולכן חובת המדינה למנוע השפלת כבודו של אדם אינה תמה עם מותו.¹³⁰ בית המשפט רואה את "כבוד האדם" כזכות קהילתית ולא רק כזכות אישית: הוא כולל באותה קהילה לא רק את החיים, אלא גם את המתים, אשר – בייחוד אלו שנותרו בזיכרון – נשארים בקשר עם החיים, ואנו החיים חייבים להם כבוד מתמשך.¹³¹ הלכה זו אושרה ויושמה פעמים נוספות על ידי בתי המשפט הגרמנים.¹³² כך, בשנת 1993 נדון בבית המשפט לחוקה עניין הנוגע לפגיעה בשמו הטוב של הסופר זוכה פרס נובל Heinrich Böll, ובית המשפט אישר את ההגנה על זכויות המת.¹³³ בשנת 2006 אישר בית המשפט לחוקה¹³⁴

Mephisto Case, BVerfG, Feb. 24, 1971, 30 BVERFGE 173; DONALD KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 301–05, 427 (1997).

GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND, May 23, 1949, BGBl. I, § 1, para. 1

עניין *Mephisto*, לעיל ה"ש 128, בפס' 6.

ראו KOMMERS, לעיל ה"ש 128, בעמ' 305.

OLG München, Jan. 26, 1994, NJW-RR 925 (אישור תביעה בדין לשון הרע על רופא שמת בשנת 1965, שנטען לגביו שביצע הפלות כפויות וסדיסטיות במהלך תקופת הרייך השלישי); BGH, Jun. 8, 1989, 107 BGHZ 384 (בית המשפט העליון הפדרלי פסק שישנה פגיעה בזכות המת בזיוף חתימתו של הצייר המנוח Emil Nolde על ציור מזויף). לפסיקות נוספות בעניינים שונים הנוגעים לפגיעה במת ראו Rösler, לעיל ה"ש 112, בעמ' 183–184.

Böll v. Henscheid, BVerfG, Feb. 25, 1993, NJW 1462, 1993, KOMMERS, ראו גם Böll v. Henscheid, לעיל ה"ש 128, בעמ' 430.

BVerfG, Aug. 22, 2006, NJW 3409, 2006.

את פסיקת בית המשפט העליון הפדרלי¹³⁵ שפסק פיצויים בגין שימוש מסחרי בדמותה של השחקנית המנוחה מרלן דיטריך (Marlene Dietrich).¹³⁶ באותו עניין נקבע, כי השימוש הלא מורשה בדמותה של המנוחה פגע בזכות האישית שלה.

לפיכך נראה כי לפחות בכל הנוגע לזכות של המת לשם טוב, הלך המשפט הגרמני בדרך הדומה לזו של המשפט הישראלי בשמירה על כבוד המת.

4. המשפט המדינתי – סיכום

ניתן לסכם את המשפט המדינתי שנסקר בהצבעה על שתי גישות עיקריות המופיעות בו:

ראשית, הגישה שהודגמה במשפט האנגלו-אמריקני, גורסת כי מושא המשפט הוא בני האדם החיים בלבד. למתים אין זכויות, וערך "כבוד המת" נשאר אך כערך מוסרי שאינו נכנס לתחומי המשפט בצורת הגנה ישירה על המתים. גישה זו עשויה להכיר בזכויותיהם של בני משפחתו החיים של המת, להבדיל מהמת עצמו. היא דומה במהותה לגישה שנמצאה בבית הדין האירופי לזכויות אדם, כאמור בפרק הקודם.

הגישה השנייה היא הגישה שהודגמה במשפט הישראלי והגרמני, ולפיה יש להכיר במשפט בכבוד המת. גישה זו תפרש את הזכות לכבוד כך שתחול גם על בני האדם המתים. היא עשויה אף לקבוע את כבוד המת כזכות בדרגה חוקתית. גישה זו משלבת את הזכות המוסרית בכבוד המת אל תוך המשפט. גישה דומה התבטאה גם בפסיקתו של בית הדין האמריקני לזכויות אדם, כאמור בפרק הקודם.

בחלק הבא של הרשימה אדון במסקנות העולות מהניתוח שנערך לעיל, בהתייחס להסדרי ענף זכויות האדם במשפט הבין-לאומי בנושא כבוד המת. ראשית, אבחן את ההבדלים שבין ענף זכויות האדם ובין ענף דיני המלחמה הבין-לאומיים בהקשר זה. שנית, אבחן הצעה לשינוי יחסו של ענף זכויות האדם לכבוד המת, בהיקש למשפט המדינתי שנדון בפרק זה.

¹³⁵ BGH, Dec. 1, 1999, 143 BGHZ 214

¹³⁶ ראו עוד Rösler, לעיל ה"ש 112, בעמ' 161 ו-181.

1. מסקנות

1. א-סימטרייה במשפט הבין-לאומי

המשפט הבין-לאומי אינו מדבר בקול אחד ביחסו לכבוד המת. חוסר האחידות בין ענף דיני המלחמה לענף זכויות האדם בולט מאוד. בעוד שדיני המלחמה קובעים הסדרים מקיפים בנוגע למתים שמטרתם כבוד המת, אין ענף זכויות האדם מתייחס באופן מפורש לזכויותיהם של המתים (או לחובות כלפיהם) באמנות הבין-לאומיות. גם הפסיקה בבתי הדין הבין-לאומיים אינה מציגה גישה אחידה למקומו של כבוד המת בענף זכויות האדם. מדוע קיימת דיסהרמוניה כזו? מדוע אין המשפט הבין-לאומי מציג גישה קוהרנטית ביחסו לבני אדם שהלכו לעולמם? אנסה להציע כמה סיבות אפשריות שהובילו לפער זה.

ראשית, ניתן להבין בנקל מדוע דיני המלחמה עוסקים במתים. המתים הם חלק טבוע בכל מלחמה, והעיסוק בהם הוא הכרח המציאות. שיטות המלחמה משתנות עם השנים, אולם תוצאתן הקבועה היא מוות המוני. בשוך הקרבות גופות המתים הן אלו הנתרות בשטח. מסתמא, קביעת ההסדרים לפינויין ולטיפול בהן היא הכרחית בנסיבות אלו. הסדרים אלה נקבעו על פי טיבם בדיני המלחמה המנהגיים וההסכמיים. לעומת זאת, דיני זכויות האדם אינם עוסקים באופן טבעי במתים. זכויות האדם עניינן בראש ובראשונה זכויות האדם החי. אין בהן אותם הכרח טבעי וצורך מעשי בקביעת הסדרים לטיפול במתים.

שנית, ההסתכלות על מוות במלחמה שונה מן ההסתכלות על מוות בנסיבות אחרות. המוות במלחמה נחשב בדרך כלל לדבר הרואי, מהולל ורב השראה. פולחן החייל הנופל על חרבו בשירות המולדת התגבש במלחמות המהפכה הצרפתית (1789–1799) וצבר תאוצה עם עליית הלאומיות באירופה.¹³⁷ הנופלים בקרב נעשו עניין חשוב באורח הצגתה העצמית של האומה. זכר הנופלים בקרב נתן משמעות למוות כך ש"המתים למען המולדת אינם מתים באופן מוחלט, והם מוסיפים להשפיע על החיים, הרואים במתים סמל, שלפיו עליהם לכוון את חייהם".¹³⁸ המוות במלחמה הפך "על אנושי": "הנופלים בקרב היו לקדושים... ומקום מנוחתם האחרון הפך מקדש-מעט

¹³⁷ ג'ורג' ל' מוסה הנופלים בקרב – עיצובו מחדש של זכרון שתי מלחמות העולם 9–11, 46–47 (עמי שמיר מתרגם, 1993).

¹³⁸ ג'ורג' מוסה "פולחן החייל המת; בתי-קברות לאומיים ותחייה לאומית" זמנים 6, 3, 3 (1981).

לפולחן לאומי".¹³⁹ דהיינו, בית הקברות הצבאי נעשה סמל לפולחן החייל שנפל בקרב. יש לציין כי בתי קברות כאלה החלו לקום רק החל מימי מלחמת האזרחים האמריקנית (1861–1865). קודם לכן, כאשר נקברו החיילים בקברי אחים במקום נפילתם, לא היה היחס אליהם, ככלל, מעורר כבוד.¹⁴⁰ באירופה הפכו בתי הקברות הצבאיים מקום לפולחן בעקבות המוות ההמוני חסר התקדים בקרבות מלחמת העולם הראשונה (1914–1918).¹⁴¹

שלישית, דיני המלחמה קדמו בזמן לדיני זכויות האדם הבין-לאומיים. דיני המלחמה המנהגיים קיימים מזה כמה מאות שנים. עיגונם באמנות כתובות החל באמצע המאה ה-19. התפתחותם ההדרגתית של דיני המלחמה אפשרה להם ללבן סוגיות שונות במשך תקופת זמן ארוכה. אכן, עיגון הטיפול במתים החל רק בתחילת המאה ה-20, עשורים רבים לאחר תחילת הקודיפיקציה של דיני המלחמה. יתר על כן, גם ההסדרים הנוגעים למתים במלחמה התפתחו באופן הדרגתי לאורך השנים. כך, למשל, החובה לקבור את המתים באופן מכובד לא הופיעה בתחילת הדרך ונוספה מאוחר יותר.

לעומת זאת, דיני זכויות האדם הבין-לאומיים הם חדשים באופן יחסי. בתחילת המאה ה-20 החלו ניסיונות לשמירתן ולהסדרתן של זכויות האדם באופן גלובלי (כמו הקמת ארגון העבודה הבין-לאומי בשנת 1919), אך הם לא נשאו את הפרי המיוחל. הניסיונות צברו תאוצה רק בעקבות מלחמת העולם השנייה ולאחר הקמת האו"ם בשנת 1945.¹⁴² רק במחצית השנייה של המאה ה-20 החלו לכרות אמנות בין-לאומיות ואזוריות הקובעות קשת של זכויות אדם אוניברסליות. לאור זאת ניתן לגרוס כי דיני זכויות האדם הבין-לאומיים עודם מתפתחים, ועיגון מעמדם של המתים עשוי לבוא גם הוא עם השנים. יתר-על-כן, הגישה המעניקה זכויות אדם למתים במשפט הפנימי של המדינות (המודרניות) אף היא גישה חדשנית, שפותחה רק בעשורים האחרונים. התייחסות במישור המוסרי כלפי המתים הייתה קיימת גם בעבר, אולם הגלישה למישור המשפטי בשיח הזכויות היא תופעה חדשה.

רביעית, הקודיפיקציה של דיני המלחמה באה לאחר שבמשך שנים היו קיימים מנהגים בין-לאומיים שהסדירו בין היתר גם את דרך הטיפול במתים בקרב. מנהגים אלו

¹³⁹ מוסה הנופלים בקרב, לעיל ה"ש 137, בעמ' 46.

¹⁴⁰ מוסה "פולחן החייל המת", לעיל ה"ש 138, בעמ' 9.

¹⁴¹ שם.

¹⁴² HUMAN RIGHTS HERE AND NOW (Nancy Flowers ed., 1998).

הושתנו על הסכמה בין-לאומית רחבה שהתבטאה בפרקטיקה המקובלת על המדינות בתורת דין. לפיכך כאשר באו המדינות לעגן מנהגים בין-לאומיים באמנות ולאחר מכן לפתח את ההסדרים, הייתה קיימת הסכמה בסיסית בין המדינות בדבר הצורך לשמור על כבוד הנופלים בקרב. בניגוד לכך, נראה כי אין הסכמה דומה באשר להכרה בזכויות המתים בדיני זכויות האדם. ניתן לומר כי רוחב תחולת זכויות האדם משפיע באופן ישיר על מידת הריבונות של המדינה בקביעת הסדרים משפטיים פנימיים. דהיינו, אמנות שבהן דרישה לכיבוד זכויות המתים, מצמצמות את היכולת של מדינות הכפופות להן לקבוע חקיקה סותרת. ראינו דוגמאות מהשיטה האנגלו-אמריקנית השוללת מתן זכויות משפטיות למתים במשפטן הפנימי של המדינות. קבוצת המדינות האנגלו-אמריקניות היא קבוצה חשובה ובעלת השפעה מכרעת על קבלת אמנות בין-לאומיות. ככל הנראה, עקב העדר הסכמה בקרב המדינות בנוגע לשמירה על כבוד המת כזכות אדם, לא נוצרו הסדרים הנוגעים לכך באמנות הבין-לאומיות. הדבר נותר להכרעתה של כל מדינה ומדינה לפי מסורת המשפט שלה ולפי הגישה המקובלת בה.

2. הדין הרצוי

כאמור לעיל, ענף זכויות האדם אינו מכיר באופן מפורש בזכויות המתים. פסיקת בית-הדין האירופי לזכויות אדם מכירה רק בזכויות בני משפחת המת שנפגעו באופן ישיר כתוצאה מהפגיעה בו. השקפה דומה ראינו בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית. לפי גישה זו, רק בני האדם החיים הם אובייקט המוגן על ידי הדין ובעל זכויות משפטיות. בחלק גדול מהמקרים גישה זו עשויה להספיק כדי להגן הגנה עקיפה על המתים באמצעות בני משפחתם החיים. עם זאת, ניתן לחשוב על מקרים שבהם לא תעניק גישה זו הגנה ראויה על ערך כבוד המת. כך, למשל, כאשר מדובר במת ערירי שאין בני משפחה וקרובים שידאגו לו ושיעמדו על שמירת כבודו. מקרה נוסף הוא מת שבני משפחתו מתנכרים לו ושואף עלולים להיות שותפים לפגיעה בכבודו. במקרים אלה הגנה עקיפה אינה מספיקה, ונדרשת הגנה ישירה לשם שמירה על כבוד המת. התניית בתי המשפט את קבלת הסעד המשפטי בכך שבני המשפחה ייפגעו גם הם, מפחיתה במידה רבה מערכו של "כבוד המת".

השאלה אם שינוי בהתייחסותו של ענף זכויות האדם ל"כבוד המת" הוא רצוי – אינה פשוטה. אולם אם נניח כי שינוי כאמור אכן נדרש, ייתכנו שתי דרכים להכרה בזכויות המתים בכלל, ובכבוד המת בפרט, בענף זה: האחת, כריתת אמנות בין-לאומיות חדשות שבהן יוזכרו המתים באופן מפורש, וזכויותיהם והחובות כלפיהם

יוגדרו בביור. השנייה, מתן פרשנות שונה וחדשה לאמנות הקיימות. הדרך הראשונה עדיפה בשל השמירה על עקרון ההסכמה, שהוא יסוד למשפט הבין-לאומי. עם זאת, הדרך השנייה תיתן תשובה מיידית יותר לפתרון בעיות במקרים ספציפיים שיש לתת להם מענה הולם. את הדרך הפרשנית במשפט הבין-לאומי ניתן לשאוב מהדרך שבה הלכו המשפט הישראלי והמשפט הגרמני מצד אחד, ובית הדין האמריקני לזכויות אדם מצד שני.

המשפט הישראלי והמשפט הגרמני הלכו בדרך של פרשנות זכויות היסוד, ובראשן הזכות לכבוד האדם. כפי שראינו בפרק ד, הזכות לכבוד האדם מעוגנת היטב במשפט הבין-לאומי. פרשנות שלפיה תתפרש זכות זו גם על בני אדם שהלכו לעולמם היא אפשרית. היא תרחיב את תחולת הזכות, כך שכבוד המת ונגזרותיו ייכנסו בגדרה.

נימוק חשוב בהליכה בדרך הפרשנית הזו הוא האחדה של הדינים. הרמוניה חקיקתית היא שאיפה של כל מערכת משפט וכלל חשוב בפרשנות הדין. כדי ליצור הרמוניה בין דיני המלחמה, הדין הפלילי הבין-לאומי וענף זכויות האדם, יש להתייחס באופן שווה לערך כבוד המת. מצב שבו יש שוני כה ניכר בין הענפים השונים של המשפט הבין-לאומי אינו מצב רצוי.

נימוק נוסף להליכה בדרך הפרשנית הוא תיאוריית הסולידריות הבין-דורית שאימץ נשיא בית הדין האמריקני לזכויות אדם בפסק דינו. המחויבות שלנו כבני אדם לדורות הקודמים היא מחויבות מוסרית בעיקרה. גישה זו מאמצת עקרונות מוסריים אוניברסליים אל חיק המשפט. תיאוריה זו מתחזקת לאור ההכרה ההולכת וגוברת במשפט הבין-לאומי בחובת השמירה על זכויות הדורות הבאים. חובות וזכויות בין-דוריות מוכרות כיום במשפט הבין-לאומי בעיקר דרך פרשנות שיפוטית של בתי הדין הבין-לאומיים.¹⁴³

עם זאת, דרך הפרשנות אינה חפה מבעיות. פרשנות שיפוטית שתכניס "בדלת האחורית" את כבוד המת לתוך עולם זכויות האדם הבין-לאומיות תפגע בעקרון ההסכמה. לאור הדוגמאות הרבות במשפט האנגלו-אמריקני שבהן נשללה הכרה משפטית בזכויות המתים, תפגע קביעה שיפוטית נוגדת בריבונות המדינות המשתייכות לשיטת משפט זו. ניתן להניח כי בעת החתימה על האמנות לא כל המדינות היו מודעות לתחולת הזכות לכבוד האדם על המתים. ייתכן כי אם היו

¹⁴³ השוו: Edith Brown Weiss, *Water Resources and Future Generations*, המשפט 1 (2001) 337–335, 329.

שואלים באותה עת מדינות לא מעטות, הן היו מסרבות לאשר הכרה בזכויות משפטיות למתים, שכן הדבר אינו עולה בקנה אחד עם משפטן הפנימי. בהקשר זה יש לציין את הוראת "אמנת האמנות"¹⁴⁴ בנוגע לפרשנות אמנות. סעיף 31 קובע כי אמנה תפורש בתום לב בהתאם למשמעות הרגילה של מונחי האמנה בהקשר שלהם ולאור מטרתה ותכליתה. משמעות מיוחדת תינתן למונח רק אם הוכח כי הצדדים לאמנה התכוונו לכך. לטעמי, הטענה כי הפרשנות המוצעת לזכות לכבוד היא משמעות מיוחדת ולא רגילה, היא טענה בעלת משקל. כך, למשל, ניתן ללמוד שמדובר במשמעות מיוחדת, מכך שהיה צורך להוסיף הערה מפורשת באשר להכללת המתים במונח "אדם" בהגדרת יסודות הפשעים של אמנת רומא. על כן דומה כי כוונת הצדדים ביצירת האמנות היא אכן נגף בדרך הפרשנות.

לאור האמור, וחרף נימוקים כבדי משקל בזכות הדרך הפרשנית, נדמה כי בשל העובדה שאין בהכרח הסכמה בקרב מדינות בעולם בסוגיית ההכרה בכבוד המת כזכות משפטית בינות קבוצת זכויות האדם, רצוי להמתין ליצירת אמנות שתנבענה מהסכמה ברורה. "המחוקק" הבין-לאומי טרם אמר את דברו במפורש בסוגיה זו. אמנם ערך כבוד המת הוכר בענף דיני המלחמה, אך אין ניתן בהכרח ללמוד מכך כי הרצון היה להכיר בערך זה גם בהקשרים שאינם מלחמתיים כדין המחייב את המדינות. נראה אם כן כי יש לנהוג זהירות יתרה כאשר אנו עוסקים בהסדרים בין-לאומיים המשפיעים על מדינות רבות, ולכבד את רצונן של המדינות. אשר על כן, לטעמי, אין זה רצוי כי בתי המשפט יחלו בהליך של "חקיקה שיפוטית" בתחום זה של ענף זכויות האדם הבין-לאומיות על דרך פרשנות מרחיבה של האמנות הקיימות, אלא ימתינו לשינוי ה"חקיקה" באמצעות אמנות והסכמים מתאימים.

¹⁴⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S 331

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יוריים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

הצנזורה בישראל – התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקית לנורמה הנוהגת בישראל

סימה וואקנין-גיל*

71	תקציר
71	א. מבוא
74	ב. צנזורה, חופש ביטוי ותורת האיזונים – תשתית תיאורטית
74	1. צנזורה מהי?
76	2. חופש הביטוי – זכות יסוד
80	3. חופש הביטוי במשפט הישראלי
	4. איזון בין ערכים – איזון בין חופש הביטוי לזכות לחיים ולביטחון המדינה
87	5. חופש הביטוי בשעת חירום
91	6. מאפייני מנגנוני צנזורה
92	7. חלוקה תיאורטית קונספטואלית
93	

* תא"ל. הצנזור הצבאי הראשי בין חודש אוגוסט 2005 לחודש אוגוסט 2015. מאמר זה נכתב בתמיכתו של שר הביטחון, מר משה (בוגי) יעלון. מאמר זה הינו פרי עבודה של למעלה משנתיים. התוצר הוצג לראשי מערכת הביטחון ומערכת המשפט. לתמונת המצב, כפי שתוארה במאמר, שותפים כלל גופי המערכת. שר הביטחון הנחה לבחון ביצוע שינויים נדרשים להתמודדות עם האתגרים שהוצפו, באופן מדורג ובשלב זה במסגרת האסדרה הקיימת. תודה מיוחדת לאנשי הצנזורה, בעבר ובהווה, שליוו אותי בשלבי העבודה על המאמר ובכלל. תודות מיוחדות לפרופסור אורי בר יוסף, פרופסור יחיאל לימור, לפרופסור מרדכי קרמניצר, דוקטור אורנה קזמירסקי והאלוף (במיל') עמוס ידלין שקראו והעירו על מסמך המחשב האסטרטגי שהיווה בסיס לכתיבת מאמר זה.

96	8.	סוגי צנזורה
99	ג.	דגם הצנזורה בישראל – היסטוריה של יחסים מורכבים
99	1.	התשתית החוקית וההסכמית
106	2.	האסדרה בדמוקרטיית מערביות
108	3.	מערכת היחסים בין הצנזורה לתקשורת
109	4.	מקום המדינה עד מלחמת יום הכיפורים
114	5.	מ-1973 ועד בג"ץ שניצר (1989)
114	6.	שנות התשעים ואילך – שינויים באקלים החברתי-תרבותי בישראל
117		(א) מאפיינים כלליים
117		(ב) הממד הראשון – יחסי צבא-חברה: מדגם של "אומה במדים" ל"חברה אזרחית"
121		(ג) הממד שני – המשפט: אימוץ ערכים ליברליים בפסיקת בית המשפט
124		(ד) הממד השלישי – התקשורת: שינויים מבניים ותפקודיים בתקשורת ההמונים
130		(ה) הממד הרביעי – הטכנולוגיה בשירות העיתונות והתקשורת: המאה ה-21
134		(ו) הממד החמישי – ביטחון: מערכת הביטחון אימצה את המרחב התקשורתי כזירת פעולה לגיטימית
137		(1) היבטים ארגוניים
138		(2) היבטים תרבותיים
139	7.	שימור הרלוונטיות – תנועה מתמדת מדגם אוטוריטרי לדגם דמוקרטי ביחסי שלטון-תקשורת
140		(א) היבטים מבניים
143		(ב) היבטים נורמטיביים
143	ד.	מבט לעתיד
146		

146	שלוש בעיות עיקריות במנגנון ההסכמי	1.
148	הדגם הנדרש	2.
150	האסדרה המוצעת	3.
151	סיכום	1.

תקציר

מאמר זה הוא תוצר של עשר שנות כהונה כצנזור הראשי של מדינת ישראל ושל תהליך למידה ממעמיק וארוך באשר לשאלת מהותה של צנזורה במדינות דמוקרטיות. במאמר דנתי בצבר הקריטי של שינויים ומגמות בכלל הממדים (ביטחוני, משפטי, חברתי, תקשורתי, טכנולוגי) המשפיעים על פעולת הצנזורה בישראל. השינויים, בחלקם כה מהותיים, משפיעים ומגבירים אלו את אלו. כולם יחד מאתגרים את פעולת הצנזורה לפי האסדרה ההסכמית הקיימת. תיארתי את האסטרטגיה שנקטה הצנזורה מאז כינונה: להתפתחות פרטנית ניתן מענה באמצעות התאמה מבנית, ערכית או מקצועית ממוקדת. טענתי כי אסטרטגיה זו עלולה שלא להיות מספקת עוד בהתמודדות עם השינויים הצפויים, קצבם ועוצמתם. לסיום הצעתי במאמר דגם כוללני, מדורג וגמיש שמתוכו ניתן לגזור דגמי אסדרה המותאמים למציאות בישראל. הדגם אינו מתיימר להציע אסדרה המיטיבה עם אחד מערכי היסוד במדינה דמוקרטית – חופש הביטוי או ביטחון המדינה. הוא אמור לאפשר אימוץ אסדרה שתספק מענה הולם לאתגרים שבפני מדינת ישראל, ולשקף את תרבותה ואת ערכיה.

א. מבוא

מוסד הצנזורה הפועל במדינת ישראל מאז הקמתה, ושתשתיתו החוקית נטועה במורשת המנדט הבריטי, מעורר שיח רב ויצרי. אחת הסיבות לכך היא היותו מנגנון המשויך לדגמים ולתפיסות עולם שאינם תואמים לאלו של מדינה דמוקרטית. למרות זאת הצנזורה ממשיכה להתקיים, לפעול, לממש את סמכותה ואף לזכות באמון מערכת הביטחון והתקשורת. יתרה מזאת, לאורך שנות קיומה של המדינה את ניסיונות החקיקה לשינוי האסדרה הקיימת, בדרך כלל לצד המקל, הדפה התקשורת, שהעדיפה מנגנון מוכר על פני עתיד לוט בערפל. במאמר זה אעסוק בשאלה לאן מועדות פניה של הצנזורה לאור מגמות בחברה בישראל, בעיקר ב-25 השנים האחרונות.

מאפייני פעולתה ומדיניותה של הצנזורה היו במידה רבה בבואה של המתרחש בחברה בישראל. לאורך השנים השכילו מערכת הביטחון והצנזורה לקרוא את מפת השינויים ולהתאים עצמן למציאות המתהווה. כך, לדוגמה, מגמת השינוי ביחסים בין החברה לצבא הביאה לעדכונים של הסכמי "ועדת העורכים". במקרים אחרים הביאה קריאתו של הצנזור הראשי את רחשי התקשורת והציבור להקלות במדיניות הצנזורה או לרידוד חובת ההגשה של מידע לביקורת מוקדמת בצו ייעודי מתוקף תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה).

אולם משנות התשעים חלו שינויים מהותיים – המשפיעים זה על זה והמעצימים זה את זה – בחמישה ממדים במרחב הציבורי שבו פועלת הצנזורה. בממדים החברתי, המשפטי, התקשורתי, הטכנולוגי והביטחוני חלה תנועה מתמדת לעבר תפיסת עולם המתקשה להסכין עם קיומה של צנזורה ביטחונית מונעת מהסוג הקיים בישראל.

כדי לשמר את הרלוונטיות שלה אימצה הצנזורה דפוסי פעולה התואמים במידה רבה יותר את הדגם הדמוקרטי של יחסי שלטון תקשורת, בלי ששונתה התשתית החוקית שמקורה בדגם האוטוריטרי. בחלק מהמקרים מדובר בהגדרה מחודשת למימוש הסמכות הקיימת על פי חוק (דוגמת מתן פתרון לאי דרישת הגשה מוקדמת בשידור חי או בישויות אינטרנטיות מסוימות). בתחומים אחרים פותחו מנגנונים לביצוע פעולת הצנזורה באופן עקיף (דוגמת מעבר להפצת הנחיות מדיניות מראש או שימוש במתווכים לביצוע פעולת הצנזורה באינטרנט). בכמה תחומים חלה התרחקות מודעת מלשון החוק (מבין שלושת הנושאים – ביטחון המדינה, סדר ציבורי ושלום הציבור – הצנזורה מתמקדת בראשון. מדובר בתוצר ישיר של בג"ץ שניצר¹ ובפרשנות מתבקשת למציאות בישראל).

הטענה היא כי במבט צופה פני עתיד גם מהלכים אלו עלולים לא להיות מספקים אל מול שינויי עומק בחברה ובתקשורת בישראל. כאשר בוחנים את ההתפתחויות בממד הטכנולוגי בשילוב עם המגמות בחברה בישראל, דגם המניעה המוקדמת עלול להיות גזרה שהציבור אינו יודע לחיות עמה. נדמה כי כיום, כל עוד האסדרה הנוכחית עדיין ישימה ורלוונטית, נדרשות בחינה שלה מן היסוד והתאמת התשתית החוקית למציאות.

¹ בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989).

במאמר זה אבקש לבחון את אופן התמודדותה של הצנזורה עם האתגרים שהונחו לפתחה בגבולות האסדרה הקיימת. אציע המלצה לאסדרה עדכנית התואמת את אתגרי ההווה והעתיד והמשקפת את האיזון הראוי בין ערכים במדינה דמוקרטית.

בתחילת המאמר אניח את התשתית התיאורטית הרלוונטית לשיח בדבר צנזורה במדינה דמוקרטית. אציג מהי צנזורה ואדון בסוגיית חופש הביטוי כזכות יסוד ברמה התיאורטית וביישומה במשפט הישראלי. אדון באיזון שבין חופש הביטוי לזכות לחיים, שהיא מהות פעולתה של הצנזורה. לבסוף אציין מנגנוני יישום צנזורה וסוגי צנזורות מוכרות.

בחלק השני אדון במסכת היחסים המורכבת שבין הצנזורה למרחב הציבורי בישראל. ראשית אפרט את התשתית החוקית ואת התשתית ההסכמית של האסדרה וכיצד זו התפתחה לאורך השנים. בחרתי לחלק את היחסים לשלושה מקטעים, שכל אחד מהם מסתיים, להבנתי, בנקודת שבר – נקודת אל חזור – וממנה והלאה מתבצע "תיקון" של כלל המערכת. בספרות האקדמית קיימות חלוקות אחרות, אולם חשתי כי חלוקה זו מדגישה באופן המיטבי את עיקרי הטענות המוצג במאמר, גם אם מטבע הדברים בכל תקופה ישנן תנודות פנימיות. את המקטע האחרון אנתח באופן מעמיק יותר בחלוקה לחמישה ממדים. אסכם בהצגת האופן שבו בחרה הצנזורה לשמר את הרלוונטיות שלה באמצעות אימוץ בפועל של מאפיינים מהדגם הדמוקרטי.

בחלק השלישי אציע דגם המאפשר לבחון מנעד רחב יחסית של מנגנוני אסדרה רלוונטיים לישראל. דגם זה מאפשר הבניה של כמה פתרונות, ובכל אחד נקודת האיזון בין ביטחון המדינה לחופש הביטוי מוגנת באופן אחר. בהמשך אציע אסדרה שלתחושת מספקת מענה למרבית האתגרים שהצנזורה מתמודדת עמם היום. האסדרה משלבת היבטים שקשורים לשאלת הישימות בעתיד של דגם המניעה, והיבטים הקשורים לתפיסה ערכית של האיזון הראוי בין שתי זכויות יסוד – הזכות לחיים וחופש הביטוי.

אני רואה חשיבות רבה בכך שמערכת הביטחון תוביל את תהליך החשיבה מחדש, ואולי גם את השינוי הנדרש, ודווקא בעת הנוכחית, בשעה של יציבות יחסית ולא של חולשה ומגננה.

ב. צנזורה, חופש ביטוי ותורת האיזונים – תשתית תיאורטית

טרם שנתחיל בדיון בדבר דגם הצנזורה שקיים בישראל, נכון יהיה לפרוס תשתית מושגית מספקת כדי לקיים את השיח על בסיס זהה. המושג "צנזורה" עשוי להתייחס לארגון, לתכלית הרצויה או לעצם ביצוע הפעולה. הגדרת המושג בספרות האקדמית היא לעתים תיאורית, ולעתים היא מרמזת לשיפוט ערכי של הכותב. השיח בנושא ערכי יסוד בדמוקרטיה, זכויות היסוד של הפרט, דוגמת חירות, שוויון, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, מורכב עוד יותר. ההגדרות מעידות על הגישות השונות שלפיהן נבחנים ומוצגים המושגים הרלוונטיים, ועל התפתחותם לאורך זמן.

1. צנזורה מהי?

Michael Scammel, פעיל בתחום צנזורה וחופש הביטוי, יזם ב-1971 את הוצאת המגזין Index on Censorship, שנועד לתעד ולחשוף צנזורות ולקדם את חופש הביטוי במדינות העולם. הוא מגדיר את הצנזורה כ"מאמץ מאורגן, המבוצע על ידי הממשלה לשלוט בתכנים של התקשורת".² הגדרה זו מדגישה את הגורם שמבצע את הפעולה, קרי: הממשלה. נוסף לכך, המטרה שלשמה מבוצעת הצנזורה מוגדרת ברמה הבסיסית של עצם קיום השליטה, ללא פירוט התכלית שלשמה נועדה השליטה בתכנים. הגדרה זו מתעלמת מהעובדה שצנזורה עשויה להיות מופעלת על ידי גורמים אחרים בישות מדינתית ובארגונים שאינם מדינה, דוגמת תאגידים. ההגדרה אינה מפרטת תכליות שלשמן מבוצעת צנזורה ואינה מתייחסת לתהליכים ולאמצעים. בהמשך ניתן להסיק לגבי עמדתו באשר לצנזורה, בהתייחסו אליה כאל "כלי פוליטי וכגישה המיועדת להגביל את חופש הביטוי" או כאל "כלי המיועד לסייע להשגת, שימור או הבטחת כוחו של מישור".³

ב"אנציקלופדיה בריטניקה" מוגדרת "צנזורה" כך: "The changing or the suppression or prohibition of speech or writing that is deemed subversive of the common good. It occurs in all manifestations of

² Ilan Peleg, *Censorship in Global and Comparative Perspective: An Analytical Framework*, in PATTERNS OF CENSORSHIP AROUND THE WORLD 3, 4 (Ilan Peleg .ed., 1993)

³ שם.

authority to some degree, but in modern times it has been of special importance in its relation to government and the rule of law”⁴. הגדרה זו רחבה יותר והיא מתייחסת לרמות שונות של הפגיעה בחופש הביטוי. ההגדרה מספקת הסבר מסוים לפגיעה בזכות יסוד – הצורך למנוע פגיעה בטובת הכלל.

שתי הגדרות, לטעמי – חסרות, קיימות במילונים חשובים. מילון אוקספורד מגדיר “צנזורה” באופן חלקי ולא סדור: “רישוי חוקי או הגבלה על פרסום ספרים, מחזות, חדשות או מידע צבאי, מטעמים של אי מוסריות, המרדה הוא אי הלימה”⁵. זו התייחסות חלקית למנגנון עצמו ולתכליות שלשמן הוא מופעל. מילון אבן-שושן מגדיר “צנזורה” בהתייחס לתהליך עצמו בלבד: “בְּדִקָּה, בְּקֶרֶת ממשלתית של פרסומים בדפוס, של מסמכים וכיוצא בהם, כדי לבדוק אם אין בהם דברים האסורים בפרסום”⁶.

הלקסיקון לתקשורת משנת 2007 מגדיר “צנזורה” כך: “אמצעי המופעל בעיקר על-ידי השלטון, אך גם על-ידי אליטות שליטות או על-ידי גורמים אחרים, כדי לפקח על אמצעי התקשורת ולמנוע פרסום של מידע לא רצוי”⁷. ישנה התייחסות לגורמים השונים שמסוגלים להפעיל צנזורה במטרה למנוע פרסום. אולם אין התייחסות לאופי המידע הבלתי רצוי ולדרך שבה נתונים אמצעי התקשורת בפיקוח. בהמשך ישנה הבהרה כי מדובר בדרך כלל במנגנון ממוסד של מניעה מוקדמת של פרסום. עוד מדובר על צנזורה כדי למנוע פגיעה באינטרסים אחרים, דתיים או חברתיים. בסיפה נרמז כי קיום של צנזורה בדמוקרטיה הוא בעייתי שכן היא מזוהה עם משטרים לא דמוקרטיים.

במילון המונחים הצה”לי קיימת הגדרה לצנזורה הצבאית: “בדיקת כל חומר בנושאי צבא וביטחון לפני פרסומו, כדי למנוע פרסום פרטים שיש בהם וודאות קרובה לפגיעה של ממש ביטחון המדינה. על פעולת הצנזורה מופקדת יחידה בחיל המודיעין”⁸. המילון מכיל הגדרה נפרדת לנושא התפקיד, הצנזור הראשי. המעניין

⁴ George Anastaplo, *Censorship*, ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA ONLINE (July 8, 2014), <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/101977/censorship>

⁵ מופיעה אצל יחיאל לימור והלל נוסק “הצנזורה של ‘היד הנעלמה’” קשר 29, 98, 101 (2001) (להלן: לימור ונוסק).

⁶ אברהם אבן-שושן מילון אבן-שושן המרכז – מחדש ומעדכן לשנות האלפים 827 (משה אזר עורך ראשי, 2004).

⁷ יחיאל לימור, חנה אדוני ורפי מן לקסיקון לתקשורת 528 (2007).

⁸ המילון למונחי צה”ל 154 (שמשון הופמן עורך, 1998). הגדרה זו מופיעה גם במילון העדכני שמופיע ברשת המחשבים הפנימית של צה”ל, ה”צה”לנט”.

בהגדרה זו שהיא מתייחסת למנגנון הצנזוראלי של מניעה מוקדמת ולסוג הצנזורה המבוצעת – ביטחונית – להיקף הסמכות על כלל המידע הביטחוני ולמגבלת הסמכות של הצנזורה הביטחונית לאור בג"ץ שניצר משנת 1989.⁹ הגדרה זו אינה חונה במרחב התיאורטי שעניינה צנזורה – מהי, והיא מכוונת באופן מעשי לדגם הישראלי.

לצורך מאמר זה, שדן בצנזורה בדמוקרטיה על פי הדגם הישראלי, אציע הגדרה פרי עטי. צנזורה היא מנגנון נורמטיבי מובנה של ישות היררכית שמאפשר את ניהול השיח הפנימי, תוך כדי שמירה על האיזון הראוי בין חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת לטובת הכלל. היתרון בהגדרה זו הוא כי אף שהיא קצרה היא נוגעת במרכיבים העיקריים של צנזורה. היא אינה שיפוטית אלא תיאורית. ובעיקר – ניתן לייחסה בהתאמה לכל ארגון. במאמר זה תתייחס ההגדרה לישות מדינתית ולשיח ציבורי. טובת הכלל היא ביטחון המדינה.

2. חופש הביטוי – זכות יסוד

בהקדמה לספרו של ד"ר דוד רונן בנושא דיני צנזורה כותב השופט מצא כי "מדינות דמוקרטיות מצופות לכבד את זכות הציבור לדעת, בהיותה אחת מנגזרותיה המרכזיות של הזכות החוקתית לחופש הביטוי"¹⁰. הגדרתו של חופש הביטוי כזכות חוקתית, אף שאין הוא מופיע כך בספר החוקים של מדינת ישראל, דורשת הבהרה. אין חולק על כך שחופש הביטוי הוא לבנת יסוד במשטר דמוקרטי. נדמה כי גם בדמוקרטיה הישראלית, שמצויה במצב חירום תמידי ושבה הביטחון הלאומי וביטחון הפרט מאותגרים באופן תדיר, ישנו מקום של כבוד לחופש הביטוי ולנגזרותיו, חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת. בטרם ניכנס להצגת מאפייני חופש הביטוי – היקף, הגנה ומעמד חוקי – בישראל, מן הראוי לבחון את התשתית התיאורטית בדבר חשיבות חופש הביטוי לפרט ולציבור בחברה דמוקרטית.

הצדקות עיקריות לקיומו של חופש הביטוי בחברה דמוקרטית נוגעות הן לרמת הפרט והן לחברה ככלל. מנתחים אותן ברמה המעשית-תוצאתית וברמה העקרונית-ערכית. קיימות שלוש הצדקות עיקריות לקיומו של חופש ביטוי בדמוקרטיה, ומכאן הצורך להגן עליו. במחקרו מתעמת ד"ר רונן עם ההצדקות השונות: המושגים, התוצאה

⁹ לעיל ה"ש 1.

¹⁰ אליהו מצא "הקדמה" דוד רונן דיני צנזורה – תקשורת, חופש ביטוי ובטחון המדינה א, א (2011).

המצופה ובעיקר תפיסת העולם שטוענת לחופש ללא מגבלות. ההצדקות תוצגנה כאן ללא התעמתות עמן.

הצדקה אוטונומית – עניינה הגשמה עצמית של היחיד באמצעות הביטויים השונים של חופש הביטוי. התורה האוטונומית שמקורה בגישה הקנטיאנית שואבת מרעיון החירות הכללי. הגשמה עצמית היא זכותו של כל אדם, וזו מתרחשת בסביבה של חופש ביטוי מלא. זו זכות טבעית ואין היא ניתנת לויתור מרצון.¹¹

הצדקה בדבר קידום ידע וחשיפת האמת – בבסיסו של טיעון זה עומדת טובת הכלל. זוהי הצדקה מעשית המכוונת לתוצאה רצויה של חברה מודעת ומיודעת. הצדקה זו רואה צורך בחופש ביטוי רחב ומשוחזר שמאפשר לחקור, לתהות ולספק סקרנות מתוך עמידה על השקפות שונות ומגוונות. חברה שחיה ללא ידיעת האמת על שלטון או על דרך התנהלותו, היא חברה מדוכאת שחיה בשקר. ג'ון סטיוארט מיל הוא אבי תפיסת חקר האמת, ועל פי ספרו "על החירות"¹² התפתח הדימוי של "שוק הרעיונות החופשי", קרי: סביבה המאפשרת לכלל הרעיונות, כולל אמת ושקר, "להיסחר" באופן חופשי, מתוך הנחה שסופה של האמת לנצח וסופו של השקר להיות ממוגר.¹³ במידה מסוימת דומה דימוי זה למושג "חכמת ההמון", שנקשר בעידן האינטרנט.

הצדקה דמוקרטית – גם הצדקה זו מכוונת לתוצאה רצויה של השתתפות הציבור בתהליך הדמוקרטי כביטוי לשלטון העם. חופש הביטוי הוא שמאפשר את המשטר הדמוקרטי, שמהותו השתתפות פעילה של האזרחים בעיצוב התהליך השלטוני ובהתפתחותו. הרעיון בבסיס הצדקה זו הוא שהעם הוא הריבון ומקור הסמכות השלטונית, ומשכך מי שסמכות העם מואצלת לו, קרי: השלטון, מחויב לאפשר מידע זמין, רציף, אמין ומלא לבעלי הסמכות האמתיים.¹⁴

ראם שגב בחר להציג שני שיקולי מסגרת בזכות חופש ביטוי במדינות דמוקרטיות שעליהם מתבססות שתי הצדקות תואמות. גם הוא מתעמת עמם: היקף חופש הביטוי ועוצמתו; משמעות האמת, ששיח חופשי אמור לחשפה, ואיכותה; הגדרת סוגי הביטויים הזכאים להגנה רחבה, ועוד. אלה שיקולי המסגרת:

¹¹ דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 165-166.

¹² JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (Stefan Collini ed., Cambridge Univ. Press (1859) (1989).

¹³ דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 172-173.

¹⁴ שם, בעמ' 180.

רווחה אישית – צידוק ברמת הפרט, האזרח (Individual well-being). התייחסות במובן הנרחב באשר לתכולתה של טובת הפרט; הנאה, הגשמה, למידה, ידיעה, מחשבה ותרומתו של חופש הביטוי להשגת כל אחד מהיבטים אלו. התיאוריות העוסקות בחלקו של חופש הביטוי בהשגת רווחה אישית נוגעות בסוגיות רלוונטיות ל"הגשמה של העדפות רציונאליות" – למידה, חופש המחשבה, קבלת החלטה מושכלת, התאגדויות, שיח דמוקרטי וכדומה.¹⁵

ידיעת האמת – ג'ון מילטון טען בחיבורו מאמצע המאה ה-17 נגד רישוי עיתונים בבריטניה, האירופגטיקה,¹⁶ כי רישוי מראש יוביל לפגיעה בלימוד ובהכרת האמת, לטשטוש הידע הקיים ולפגיעה באפשרות לגלות מידע חדש. מילטון ראה בחופש הביטוי גורם המאפשר לאתגר את הידע הקיים כדי שזה לא יהפוך לדוגמה המבוססת על מסורת ועל קונפורמיות.¹⁷ ג'ון סטיוארט מיל, המזוהה יותר עם ההצדקה בדבר חשיפת האמת, טען בחיבורו "על החירות"¹⁸ כי הגבלת ביטויים החושפים את האמת תפגע ביכולתם של אנשים להיחשף לה ולשקללה לתפיסת האמת שלהם. אצל שניהם מוטמעות שלוש הנחות יסוד: קיימת אמת; יש חשיבות לידיעת האמת; חופש הביטוי תורם לידיעת האמת. אף שאין אמת מוחלטת (אמת מוחלטת תיתכן, אם בכלל, בעובדות בלבד), נדמה כי "שוק הרעיונות החופשי" או "שוק הדעות" נתפס כסביבה הראויה בדמוקרטיה לבחירה של הציבור במה שמשכנע אותו. השיח החופשי המתאפשר בשל חופש הביטוי מקרב אותנו אל האמת היחסית, חושף טעויות ותורם לתהליך קידום הידע.¹⁹

כאמור, שתי הצדקות לחופש הביטוי נגזרות משיקולי המסגרת:

אוטונומיה אישית – אוטונומיה אישית פירושה לאפשר לאדם להגיע בעצמו להכרעה בשאלות החשובות. חלק מהאסכולות מדגישות את עצם ביצוע הבחירה בלי קשר לאיכותה, ואחרות מדברות על בחירה מושכלת. חופש הביטוי תורם להגדרה הייחודית-פרטנית של אדם בשל כך שהוא מאפשר החלפת מידע ורעיונות, בחינה ביקורתית של עמדות ופיתוח או אימוץ הזהות הייחודית.²⁰

15 ראם שגב חופש הביטוי – הצדקות וסייגים 81–83 (2008) (להלן: הצדקות וסייגים).

16 JOHN MILTON, AEROPAGITICA (London, 1644)

17 הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 101.

18 לעיל ה"ש 12.

19 הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 88–93.

20 שם, בעמ' 114–117.

משטר ראוי דמוקרטי – חופש הביטוי הוא רכיב חשוב של משטר ראוי, וחופש הביטוי הוא אמצעי חשוב לצמצום הסכנה של משטר שאינו ראוי. נהוג לחבר את חופש הביטוי למשטר דמוקרטי, שנתפס כמשטר הראוי. כך, ראשית, חופש הביטוי יעזור בגילוי האמת לשם קבלת ההחלטות הראויות ביותר באשר להסדרים הנורמטיביים שמתקבלים בקהילה פוליטית. שנית, חופש הביטוי מאפשר השתתפות בבחירות והכרעת רוב, בין באופן מושכל ובין בעצם קיומו של התהליך. שלישית, חופש הביטוי מאפשר פיקוח על תפקודם של נושאי משרה ציבורית ואפילו רמה מסוימת של הגינות בקבלת החלטות ציבוריות שכן לפרטים המושפעים ניתנה הזדמנות להשמיע ולהשפיע. רביעית, חופש הביטוי מאפשר באופן טוב יותר את הצגת רצונות הציבור בפני השלטון, ולפיכך את של השלטון יכולתו להיענות לרצונות אלה.

כאמור, גם אם בספרות התיאורטית טיעונים בזכות חופש הביטוי מוצגים באופנים שונים, נדמה כי הם יונקים מאותם מקורות ובבסיסם הם מכוונים לאותה תפיסת עולם. לפיה, חופש הביטוי הוא זכות טבעית, מוקנית, רלוונטית לפרט ולציבור ויש לאפשר לו מקום של כבוד במשטר דמוקרטי. "אין לו, לחופש הביטוי, הסבר אחד ויחיד, אלא יש לו, לחופש זה, הסברים רבים ומגוונים... [אך טבעי הוא, שאין להצדיק מערכת מורכבת זו בהסבר אחד ויחיד, אלא נדרשים טיעונים שונים ומגוונים, המבטאים היבטים שונים, להצדקתו של חופש הביטוי". ולעניין זה יפים הדברים האמורים מפי המלומד אהרון ברק:²¹

"איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה" – אמר וולטייר. וג'והן סטיוארט מיל, בחיבורו על החירות, הוסיף: "אם כל האנושות כולה, למעט אדם אחד, היא בדעה אחת, ואם אותו אדם הוא בדעה אחרת, האנושות לא תהא מוצדקת בהשתקתו של אותו אדם יותר מאשר הצידוק של אותו אדם, אילו היה הכוח בידו, בהשתקת האנושות כולה".²²

²¹ בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 270–271 (1987).

²² אהרון ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ 5 (1991).

השופט ברנדייס קבע כי כאשר הכול גלוי והכול חשוף, תנצח האמת את השקר: "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המנורה הוא השוטר היעל ביותר".²³ הוגי דעות אלו העמידו את חופש הביטוי כזכות על שיש לשמרה מכל משמר.

3. חופש הביטוי במשפט הישראלי

על הגותם של אלו ואחרים נשענה מערכת המשפט בישראל בעת שקיבעה בפסיקה ובפרשנות משפטית את חופש הביטוי כזכות יסוד בישראל. המחוקק עדיין לא הדביקם. בישראל אין חוקה שתקנה מעמד חוקתי משוריין, קרי: עליונות נורמטיבית, לזכויות אדם.

רוב החוקות המודרניות מגדירות בפרק ייעודי רשימה של זכויות אדם מוגנות. בעבר אלו היו בעיקר הזכויות הקלסיות-ליברליות, דוגמת הזכות לחיים, הזכות לחירות, חופש הביטוי, חופש המצפון וחופש התנועה. בעשורים מאז מלחמות העולם נוספו גם זכויות בעלות גוון סוציאלי יותר. זכויות אלו מעוגנות גם באמנות בינלאומיות של האו"ם ושל האיחוד האירופי.²⁴

כאמור, חופש הביטוי אינו מופיע ברשימת הערכים של המדינה היהודית-דמוקרטית, במגילת העצמאות, בחקיקה רגילה או בחוקי יסוד. הוא מסווג כעקרון יסודי בהלכה הפסוקה.²⁵ אולם בשורת פסקי דין חשובים הוא הוכר כזכות יסוד, כזכות "על" בעלת חשיבות רבה בקביעת אופיו של המשטר במדינת ישראל,²⁶ או כזכות יסוד הנובעת מאופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית המקדשת חופש.²⁷

23 LOUIS D. BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY—AND HOW BANKERS USE IT 92 (1914).

24 עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב 20 (1972).

25 חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 17 (ארנן גבריאל עורך ראשי, 1993). על הגבלות חופש הביטוי בחקיקה הישראלית ראו פירוט בדיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 56–57.

26 ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא (2) 281, 295 (1977).

27 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נגד גרי, פ"ד טז 2407 (1962).

פסק דין שאהרן ברק יכנה "מגדלור", "יחיד" סגולה" "הנישא" משכמ"ו] ומעלה, והמאיר מאור"ו] הגדול", הוא פסק דינו של השופט אגרנט בפרשת קול העם.²⁸ בפסק הדין היה על אגרנט לקבע את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל כדי לקבוע שהמושג "Likely to endanger" בפקודת העתונות מתייחס למעשה למבחן של קרוב לוודאי. וכך פסק השופט אגרנט:

מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החירות" והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם" ... אך במידה שהיא "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו" ... מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על-ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו.²⁹

בבג"ץ קול העם הגדיר השופט אגרנט את חופש הביטוי כ"זכות עילאית ... [ה]מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".³⁰ השופט אגרנט, שבא מבית מדרשה של התפיסה האמריקנית,³¹ עמד על האינטרס החברתי והאינטרס האישי שזכות זו משרתת.³² מ"מ הנשיא לנדוי הגדיר בד"נ חברת החשמל את חופש הביטוי

²⁸ אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129, 129 (א' ברק ואח' עורכים, התשמ"ז) (בהתייחס לבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: בג"ץ קול העם)).

²⁹ בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 884.

³⁰ שם, בעמ' 878.

³¹ להרחבה על מורשתו של אגרנט והשפעתה על תפיסתו את זכויות הפרט ראו פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז 475 (1991).

³² בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 877-878.

כ"חירותו [של אזרח] להשמיע את אשר עם לבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע".³³ השופט שמגר, שהיה בדעת מיעוט באותו עניין, ראה בו זכות מזכויות היסוד החוקתיות, שמוקנה לה מעמד על משפטי. חובה לקיים את הציווי של חופש הביטוי, ולפיו מגבשים חיקוקים, בוחנים את חוקיות הפעולה של רשויות השלטון ומפרשים לאורה כל חוק חרות. בבג"ץ גרי טבע השופט לנדוי משפט שנחרת בדברי ימי הפסיקה: "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה".³⁴ השופט שמגר, שהרבה לעסוק בסוגיות של חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, קבע כי "ההתבטאות החופשית היא חלק מהותי וחיוני מן התהליך הדמוקרטי, והיא מזינה את יכולתו של המשטר הדמוקרטי לקיים את עצמו".³⁵ בבג"ץ קלופר-נוה הוא כרך יחדיו את המשטר הדמוקרטי ואת חופש הביטוי בקשר דו צדדי: "חירות הביטוי היא תולדה עיקרית של הדמוקרטיה ומבין מאפייניה המרכזיים; מאידך גיסא, עצם התארגנותה של הדמוקרטיה מעת לעת מותנית בכך, שחופש הביטוי אכן יהיה קיים, ומבחינה זו הדמוקרטיה היא תולדה של הקניית החירויות ושמירתן. סיכומו של דבר, דמוקרטיה אמיתית וחירות הביטוי חד הם".³⁶ קשר בל יינתק בין המשטר הדמוקרטי לחופש הביטוי נקבע גם בבג"ץ כהנא: "חופש הביטוי מפיח חיים במשטר הדמוקרטי, אך באותה מידה מעניקה הדמוקרטיה חיות לחופש הביטוי. בין חופש הביטוי לבין הדמוקרטיה קיים איפוא קשר בל יינתק, תוך השפעה והפריה הדדית בין השניים".³⁷

אהרן ברק מגדיר את חופש הביטוי כאגד של זכויות. בהתבססו על שלל הפסיקות בישראל, הוא מונה תחת מטריית חופש הביטוי את הזכויות להשמיע ולשמוע, לקבל מידע ולהפיצו, להפגין ולהתאסף ואפילו הזכות לשתוק. בהתבסס על בג"ץ כהנא, שנדון לפניו, הוא כתב: "במרכזו של אגד זה עומדת החירות להשמיע ולשמוע, ולצדה עומדות זכויות נוספות, הבאות להגשים את החירות הזו ולהגן עליה. 'חירות הביטוי והזכויות הנגזרות ממנה יוצרות מערך מקיף ומורכב של הסדרים השלובים זה בזה,

³³ ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נגד הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 343 (1978) (הדגשה הוסרה).

³⁴ לעיל ה"ש 27, בעמ' 2416.

³⁵ עש"ם 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227, 241 (1986).

³⁶ בג"ץ 372/84 קלופר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 239 (1984) (הדגשות הוסרו).

³⁷ לעיל ה"ש 21, בעמ' 278.

היונקים זה מזה והמגבשים – בהפעלתם הלכה למעשה – את המסורת של חופש הביטוי באותה שיטת משפט"³⁸.

זכות הציבור לדעת – שאלה מעניינת היא אם זכות הציבור לדעת היא נגזרת של חופש הביטוי או שחופש הביטוי הוא אמצעי המשרת את זכותו הבסיסית של הפרט לידע ולהחלטה מבוססת מידע. גם אם ניתן להבין את מיל ומילטון כמי שכיוונו לזכות זו, הרי שאת הביטוי "Right to Know" טבע Kenneth Cooper, המו"ל של Associated Press, רק בשנת 1945.³⁹ לטענת פאל, זכות זו הוכרה בפסיקה הישראלית לראשונה בבג"ץ מ.י.ל.ן.⁴⁰ בפסק הדין מופיע ציטוט מפי פרופ' רות גביון:

[הן פרטיות והן זכות הציבור לדעת קשורים קשר אמיץ לתפישה של חירות, כבוד אנושי ודמוקרטיה, העומדת ביסוד המחוייבות לזכויות אזרח. אין צורך להכביר מלים על החשיבות המרכזית של הגנה על זכות הציבור לדעת (ועל חופש הביטוי וחופש העיתונות שהם האופן היעיל ביותר להבטחת זכות הציבור לדעת) בכל תפישה של דמוקרטיה, חירויות אזרח, וחירות פוליטית בכלל.⁴¹

הזכות נזכרה בעקיפין עוד קודם לכן מפי השופט שמגר: "שיטת הממשל הדמוקרטית ניוונה מכך – ואף תלויה בכך – שמן הציבור ואליו תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר נסב על הנושאים המרכזיים, המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט. על-כן יש הרואים בזרימה החופשית של המידע מעין מפתח לפעולתה של המערכת הדמוקרטית כולה."⁴² בבג"ץ קלופפר-נוה הרבה השופט שמגר להתייחס להשמעת דעות חופשית ולהחלפת דעות בלתי מוגבלת כתנאים לקיומו של משטר מדיני-חברתי שבו האזרח מסוגל לשקול מתוך לימוד הנתונים מה דרוש לטובתו ולטובת הכלל. המשטר

³⁸ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 6.

³⁹ חיים פאל "זכות הציבור לא לדעת" הפרקליט לט 533, 535 (1990).

⁴⁰ בג"ץ 259/84 מ.י.ל.ן. – מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673 (1984).

⁴¹ "איסור פרסום הפוגע בפרטיות" זכויות אזרח בישראל 177, 180 (רות גביון עורכת, 1982).

⁴² בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 378, 365 (1981).

הדמוקרטי מותנה באפשרות לקיים ליבון גלוי, מבוסס ידיעה, של הבעיות העומדות על סדר יומה הלאומי של המדינה.⁴³

זכות הציבור לדעת היא אפוא זכות שאינה כתובה עלי ספר ושנובעת במישורין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש, וכמובן כנגזר מחופש הביטוי עצמו.⁴⁴

חופש העיתונות – זוהי חירות נוספת המתקיימת במרחב שבו מכובד חופש הביטוי. היא מוקנית לציבור ערטילאי שיכולתו לפעול כגוף מוגבלת. במדינה דמוקרטית היא מיושמת בעיקר על ידי אלו שמעוניינים להפעילה ושמסוגלים להפעילה, קרי: עיתונאים וכלי התקשורת המוניים. העובדה כי הציבור העביר את חזקת השימוש בזכות זו לידי כלי התקשורת, מחייבת אותם גם בחובות, דוגמת דיווח מלא, אמין, אחראי ונגיש.⁴⁵

זכות הציבור לדעת, שנובעת משתי זכויות היסוד לחופש הביטוי ולחופש הבחירה, מחייבת קבלת מרב המידע כדי שבחירה זו תהיה מושכלת ונבונה. הזכות היא של כלל הציבור, אולם את המידע שנדרש כדי לממשה, אחראים לספק כלי התקשורת ואלה שעוסקים במקצוע העיתונות. לפיכך שאלת ההגבלה על חירות הביטוי התעוררה בעיקר בנוגע להתבטאויות בכלי תקשורת. משכך זכה חופש העיתונות להגנה נרחבת יותר בשל היותו הענף החשוב ביותר של יישום חופש הביטוי הלכה למעשה.⁴⁶

"הטיימס" הלונדוני הוא דוגמה לעיתון שניצל במאה ה-19 את מעמדו הכלכלי האיתן כדי לפתח (תחת העורכים תומס ברנס וג'ון דיליין) את תפיסת העיתונות כחפה משיקולים זולת טובת הקורא. כאשר תקפו את עמדתו של העיתון בגנות הכרה במשטרו הקיסרי של נפוליאון, השיב העיתון באמירה חדה במאמר המערכת:

איננו יכולים לקבל את הטענה, שעל העיתונות לשתף עצמה בדאגותיו של השלטון, או שמוטלות עליה אותן חובות ואותן מגבלות, שרובצות על כתפיהם של שרי הממשלה. מטרותיהם וחובותיהם של שתי הרשויות (העיתונות והשלטון) תמיד הן נפרדות, ובדרך כלל בלתי-

43 לעיל ה"ש 36, בעמ' 238–239.

44 פאל, לעיל ה"ש 39, בעמ' 537.

45 שם, בעמ' 536.

46 דפנה ברק "חופש הגישה לאמצעי-התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש-ביטוי" עיוני משפט יב 183, 184 (1987).

תלויות זו בזו, ולעתים הן מנוגדות לחלוטין. ברגע שתראה העיתונות את עצמה כמשרתת השלטון, ייפגעו חירותה וכבודה. ... חובתה הראשונה במעלה של העיתונות היא להשיג במוקדם ובמדויק ככל הניתן את כל הידיעות, הנוגעות להתפתחויות האקטואליות, ולעשות ידיעות אלה – על ידי פרסומן – לנחלת הכלל.⁴⁷

התפיסה הרואה בעיתונות רשות בעלת כוח פוליטי משל עצמה, אינה חדשה. מונחים דוגמת "המעמד הרביעי" יוחסו לה מאז המאה ה-19, ה"מעצמה השביעית". המונח "הרשות הרביעית" שמקורו בארצות הברית⁴⁸ רואה בתקשורת רשות מקבילה המשפיעה על פעולת הרשויות הקבועות בחוקה: המחוקקת, השופטת והמבצעת.⁴⁹ את הרעיון שמתייחס לתקשורת כאל "הרשות הרביעית", הסביר השופט פוטר סטיוארט ב-1974 כ"מטרה העיקרית" של התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית. ביחסו של בית המשפט בארצות הברית לעיתונות בפרשת מסמכי הפנטגון הוא זיהה פגיעה במטרה זו.⁵⁰ תפקידה של התקשורת לחשוף מידע על השלטון ולהביא אותו לידי הציבור. התפקיד של התקשורת בחברה דמוקרטית חשוב שכן השלטון אינו מעוניין בחשיפת המידע. התקשורת מאפשרת זירה לשיח ציבורי חופשי ממגבלות שעשוי להשפיע על ההליך הדמוקרטי.⁵¹

חיים כהן ציין ש"חופש העתונות היא זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות. וגם חירות כחירויות אחרות; והיא איננה זכות של העתונות ואיננה זכות של עתונאי. היא זכות של כל אחד ואחד מאתנו". הוא הוסיף "שעצם היקפה של הזכות הגדולה הזו הנקראת חופש עתונות, והאחריות הרבה הכרוכה בכך, מצביעים על אופיה הציבורי-המדיני של זכות זו. זהו אחד ממוסדות הדימוקרטיה ממש, אחת מהאשיות שעליהן המדינה עומדת".⁵²

47 דינה גורן סודיות, ביטחון וחופש העיתונות 6 (1975).

48 DOUGLASS CATER, THE FOURTH BRANCH OF GOVERNMENT (1959).

49 גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 8.

50 James C. Goodale, *The First Amendment and the Freedom of the Press*, 2 ISSUES

OF DEMOCRACY 9 (1997) (בהתייחס ל- N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S.

(1971), 713, להלן: פרשת מסמכי הפנטגון).

51 דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 185-186.

52 חיים כהן "חופש הביטוי וזכויות הפרט" ספר השנה של העתונאים תשי"ח 189, 189,

190 (1958).

השופט שמגר "מעלה על נס את חשיבותה של הביקורת העיתונאית. מכשיר ביקורת זה המוגן על ידי עקרון חופש הביטוי, מחייב לצמצם, ככל שהדבר ניתן, את המגבלות והסייגים המוטלים עליו, כל עוד אין הביקורת ... [] הופכת להפקרות גרידא".⁵³ בבג"ץ קלופפר-נוה קבע השופט שמגר כי "ממלאים כלי התקשורת ההמוניים תפקיד בעל חשיבות ראשונה במעלה. הם המאפשרים פירסום משמעותי רבים של מידע, על כל תחומי החיים... והם כלי מרכזי להסברת תורות והשקפות ולוויכוח הציבורי הפתוח עליהם".⁵⁴

ההלכה הפסוקה בישראל ובארצות הברית אינן מקנות לעיתונאי זכויות יתר באיסוף המידע לטובת ההליך הדמוקרטי. למרות מעמדו הרם של חופש הביטוי והביקורת על העיתונות בישראל, החיסיון העיתונאי בישראל מוגן אך ורק באמצעות הלכה פסוקה – הלכת ציטריין.⁵⁵

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כאמור, בספר החוקים של מדינת ישראל אין מופיעים במפורש חופש הביטוי כזכות מוגנת, והגדרת היקפה (סוגי ביטויים מותרים ועוצמתם) והמגבלות המוטלות עליה (בהתנגשות מול אינטרסים ציבוריים אחרים). גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק ב-1992 נגרע מקומה המפורש של זכות זו. על בית המשפט, בפרשנותו את תחולת חוק היסוד ובשאר פסיקותיו, הוטל לקבוע את גבולות חופש הביטוי במדינת ישראל.

זכות חוקתית המעוגנת בחוקה, ובמקרה הישראלי – בחוק יסוד, פירושה הטלת מגבלה על החקיקה הרגילה. חוק אשר אינו עומד ברוח הגדרות חוק היסוד או בהגדרות פסקת ההגבלה, יהיה בטל בשל היותו לא חוקתי, גם אם התקבל ברוב קולות. כבוד האדם מקבל בחוק היסוד מעמד מיוחד. חלה הגנה מפני פגיעה בו מחד גיסא, וחלה חובה להגן עליו מאידך גיסא.⁵⁶ כדבריו של השופט אהרן ברק, אשר לו יוחסה המהפכה החוקתית, "מעשה, בית-המשפט יוכל לא רק לפרש חוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצהיר על בטלותו".⁵⁷

53 מרדכי גלוסקה "ועוד לשאלת חופש הביטוי" עיוני משפט ו 443 (1978).

54 לעיל ה"ש 36, בעמ' 238-239.

55 ב"ש 298/86 ציטריין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987).

56 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 272-273 (1994).

57 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9, 35 (1992).

ברק טוען כי המונח "כבוד האדם" בחוק היסוד אינו מושג מופשט פילוסופי, מוסרי או פוליטי. זהו מושג משפטי שיש לפרשו לחובות וזכויות. הוא יונק ממקורות משפטיים אחרים, ממקורות פילוסופיים וממקורות המורשת היהודית.

בבסיסו של "כבוד האדם" כמושג משפטי אופרטיבי "עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו". במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם. ... כבוד האדם מניח אדם בן-חורין, המהווה מטרה בפני עצמה, ולא אמצעי להשגת מטרות של הכלל או של פרטים אחרים.⁵⁸

מפרשנותו של ברק את המושג "כבוד האדם" עולה במפורש כי חופש הביטוי הוא חלק בלתי נפרד מרוח החוק אף שהמחוקק נמנע במכוון מלהוסיף את חופש הביטוי לחוק היסוד. ברק האמין גם כי תפקידו של בית המשפט העליון להגן על זכות יסוד זו. כל עוד לא נחקקו חוקים ייעודיים להגנה פרטנית על זכות נתונה, חוק היסוד יספק את המטריה הנדרשת. "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא ביטוי למאווייה של החברה הישראלית. הוא פרי ההיסטוריה שלה וערכיה. הוא כוכב הצפון להתפתחותה. כבוד האדם העומד ביסוד חוק היסוד צריך לקבל משמעות 'נדיבה' ולא לגליסטית או פדנטית. מובנו של כבוד האדם צריך להתאים עצמו למציאות החיים המשתנה".⁵⁹ הוא דן בסוגיה של פרשנות על דרך הצמצום או ההרחבה ולבסוף קבע כי את מרחב המחיה של כבוד האדם יקבע בית המשפט העליון בפסיקותיו ובפרשנותו. יש להימנע מצמצום שלא יגן על הכלול בו ומהרחבת יתר שתביא לייתור החוקים המיוחדים העוסקים בזכויות אחרות של אזרחים במדינה.⁶⁰

4. איזון בין ערכים – איזון בין חופש הביטוי לזכות לחיים ולביטחון המדינה

חופש הביטוי כמאפיין חשוב של מדינה דמוקרטית זכה, אם כן, למעמד עילאי ולהגנה בפסיקה ובפרשנות המשפטית בישראל, אולם חשוב ככל שיהיה, הוא אינו זכות

⁵⁸ "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 277 (ההדגשות הוספו).

⁵⁹ שם, בעמ' 284.

⁶⁰ שם, בעמ' 285.

מוחלטת. חופש הביטוי ייסוג מפני אינטרסים קריטיים אחרים במקרים שצפויה פגיעה בהם.

שתי סוגיות רלוונטיות בבואנו לדון בשאלת האיזון בין ערכים או זכויות יסוד בהקשרים של חופש הביטוי. ראשית, מהו היקפו של חופש הביטוי והאם ביטויים מסוימים אינם חוסים תחתיו? שנית, מהו היקף ההגנה שהחוק מספק לאותם ביטויים – הגנה מוחלטת או יחסית, ואם היא יחסית, מהם מבחניה? לא בלתי הגיוני להניח כי מספר הדעות באשר להיקף הביטויים הנכללים בזכות ולהיקף ההגנה שנותן הדין לכל ביטוי, הוא כמעט כמספר העוסקים בדבר. אולם עמדתן של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת היא שמכריעה ושוקבעת את הגבולות.

לדידו של ברק, היקף חופש הביטוי הוא סוגיה הנבחנת ברמה העקרונית. עמדתו ברורה – היקף חופש הביטוי חל על כלל הביטויים, הן מבחינת תצורתם והן מבחינת תוכנם. גישתו מרחיבה מאוד.⁶¹ לא הכול מחזיקים בדעתו של ברק, אם כי התפיסה הרווחת בפסיקה בישראל היא כי חופש הביטוי משתרע על כל סוגי הביטויים, למעט ביטויים קיצוניים בתחומי פורנוגרפיה או גזענות.⁶²

פסק הדין של השופט אגרנט בפרשת קול העם קיבע את התפיסה שהאיזון בין ערכים "היא עקרונית ולא אד-הוק. יש לקבוע – בלשונו של השופט אגרנט – 'עקרון רציונלי', שיהווה – בלשונו של הנשיא שמגר – 'אמת-מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי'. ... אמת-מידה זו מאזנת את הערכים השונים הבאים לידי התנגשות על-פי משקלם וקובעת את 'נוסחת האיזון' העקרונית".⁶³

איזון בין ערכים, המתייחס למשקלם היחסי של חשיבותם בחברה,⁶⁴ הוא מטאאפורה. אולם זו נושאת בחובה כמה הנחות יסוד. ראשית, לא כל העקרונות והערכים זוכים לאותה מידה של חשיבות חברתית. שנית, קיים פער בין זכותו של

⁶¹ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 11–12.

⁶² הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 52. משה נגבי טוען כי חופש הביטוי זוכה להיקף הגנה משתנה בין השופטים ולעתים אצל אותם שופט. חופש העיתונות בישראל – ערכים בראי המשפט 12–13 (1995). ראו לדוגמה בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004), ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).

⁶³ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 14 (בהתייחס לבג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28).

⁶⁴ אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 103–107, 366 (1987).

הפרט בחברה לזכות המוקנית לציבור הכולל, או לחברה כישות. שלישית, בהנחה שאיזון פירושו פגיעה מסוימת באחת מן הזכויות או אף בשתייהן, הרי שהשאלות הן מהי מידת הפגיעה ולשם איזו תכלית היא נועדה. "אך טבעי הוא, כי האיזון משתנה מעניין לעניין, על-פי מהותם של הערכים הנאבקים. על כן, אין לנקוט אמת מידה אחידה, אלא יש לגבש אמות מידה משתנות, על-פי משקלם של הערכים המתנגשים. נקודות האיזון משתנות על-פי מהותם ואופיים של הערכים המתנגשים".⁶⁵ מקורה של שיטה זו נעוץ בבג"ץ קול העם.⁶⁶

שגב מתאר את הלוגיקה העומדת בבסיס שיטת "איזון הערכים" ו"איזון האינטרסים". לפיה, מדרגים את האינטרסים על פי חשיבות, אופי ומעמד ואחר כך משווים בין אינטרסים מנוגדים. בוחנים את מידת הפגיעה ומידת האפשרות למימוש הפגיעה. בסוגיות של חופש הביטוי נבחנים גם סוגי הביטויים העומדים למבחן. שגב תוקף שיטה זו ויוצא חוצץ נגד רוב התפיסות המנחות את המשפט הישראלי בבואו לבחון את היקף חופש הביטוי, היקף ההגנה עליו ושיטת האיזון בין ערכים. לטענתו, אין עקיבות בפסיקה אף בנוגע ליחס בין אינטרס לזכות יסוד. הוא מציע מבחן עצמאי נטול יחסיות שבו בוחנים את משקל השיקולים בזכות חופש הביטוי בהקשר הביטויים שעל הפרק, ללא איזון מול אינטרסים סותרים או מתנגשים.⁶⁷

הספרות והפרקטיקה המשפטית מתייחסות לשני סוגי איזונים המיושמים במשפט: איזון אופקי משווה בין אינטרסים בעלי חשיבות שווה או מעמד שווה; איזון אנכי משווה בין אינטרסים בעלי חשיבות או מעמד שונים. באיזון אנכי לאחד הערכים תהיה עליונות מובנית – זכות מול אינטרס. באיזון אופקי מופעלים מבחני מידתיות שמחייבים פשרה.⁶⁸ שגב טוען כי לא ניתן לבצע תהליך מושכל ומובנה של איזונים, בשל המורכבות הרבה ביצירת מעין "סרגל" ברור של עדיפויות בין אינטרסים, של הכללות ברמת האינטרס, של מנעדי עוצמה וכדומה.⁶⁹ אולם שיטת האיזונים לא נועדה לספק סרגל כלים אלא "קו מנחה" באשר לסדר העדיפויות הרצוי. תהליך יישום האיזון דומה מאוד באיזון אנכי ובאיזון אופקי. כך באיזון אנכי הערך הבכיר גובר, אלא אם כן קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה רבה בערך הזוטר. הדבר דומה במידה רבה לויתור

⁶⁵ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 14–15.

⁶⁶ לעיל ה"ש 28. ראו שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 367.

⁶⁷ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 48–57, 67.

⁶⁸ גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006).

⁶⁹ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 60–62, 71.

ההדדי הנדרש באיזון האופקי בין ערכים. איזונים אלו הם לחם חוקן של הצנזור מאז נפסקה נוסחת הקרבה הוודאית לפגיעה ממשית. שגב שולל את התפיסה בישראל שאינה מאפשרת, למעשה, מתן הגנה מלאה לביטויים מסוימים ללא סייגים. בארצות הברית מידת חשיבות האינטרס הנדון או החירות הנדונה קובעת את היקף ההגנה עליהם. ביטויים במישור הפוליטי יזכו להגנה מלאה, ביטויים מסחריים להגנה חלקית ואין כלל הגנה בחוקה לביטויים מסוימים.⁷⁰

מול ביטחון המדינה – חופש הביטוי אינו זוכה להגנה מוחלטת, כי אם הגנה יחסית. משכך תורת האיזונים רלוונטית בהתנגשות שלו עם זכויות אחרות או אינטרסים סותרים. אחד העיקריים שבהם ושבגיננו פגיעה בחופש הביטוי נתפסת כלגיטימית ביותר, הוא הזכות לחיים, קרי: ביטחון המדינה.

באיזון שבין ביטחון המדינה לחופש הביטוי נתונה לכל חברה דמוקרטית הזכות שלא להגן על מלוא חופש הביטוי. אמרתו של וולטייר – "איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה" – אינה מדויקת בהקשרי ביטחון המדינה. לתפיסתו של ברק, איני חייבת להגן בחיי על זכותך לומר דברים שיביאו למותי. דמוקרטיה אינה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה.⁷¹ ברק מתבטא באופן חד וברור. נקודת המוצא היא:

עד כמה ש[ההתנגשות בין חופש הביטוי לביטחון המדינה] "חזיתית" ואינה ניתנת למניעה, יד הערכים של בטחון ושלוש הציבור על העליונה. הטעם לכך הוא, שהדמוקרטיה צריכה להתקיים, על מנת שתוכל להגשים את עצמה. המשטר הדמוקרטי נכון להגן על חופש הביטוי, כל עוד חופש הביטוי מגן על הדמוקרטיה. אך מקום שחופש הביטוי הופך קרדום לפגיעה בדמוקרטיה, אין כל צידוק שהדמוקרטיה תניח את צווארה לכורת. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי. אין אדם יכול ליהנות מחופש הביטוי, אם הוא אינו נהנה מהחופש לחיות בחברה בה הוא בחר לחיות. הזכות לחיים בחברה קודמת לזכות להביע בה דיעה.

... עם זאת, בשל מרכזיותו של ערך היסוד בדבר חופש הביטוי, [יש] לצמצם את הפגיעה בערך יסוד זה עד כמה שאפשר, ורק אם הפגיעה

⁷⁰ שם, בעמ' 71-74.

⁷¹ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22, בעמ' 13-14.

בחופש הביטוי היא חיונית כדי לקיים את הערך בדבר בטחון המדינה
ושלום הציבור, תתאפשר פגיעה זו.⁷²

אם כן הפגיעה בחופש הביטוי מחייבת הצדקה או הצדקה מיוחדת. זוהי זכות שיש להגן עליה ואף לעודדה, ולהגבילה רק כאשר מולה ניצבת זכות אחרת, כבדת משקל לא פחות. בישראל היה הביטחון תמיד מאדני היסוד של החברה הישראלית. שאלות של איומים ביטחוניים שוטפים, איומים קיומיים על הבית הלאומי במדינת ישראל, הכנה למצבי משבר וניהולם מרגע שפרצו, העסיקו רבות את השלטון בישראל ואת ציבור האזרחים. "המדינה קמה בסערת קרב, והחרב לא חדלה לאכול, ואף בעידן של הישגי שלום טרם הושבה לנדנה".⁷³ על האיזון שבין צורכי הביטחון לזכויות אדם אמר פרופ' אריאל רוזן-צבי כי "הדין איננו מושתק על-ידי הבטחון. גם הבטחון חייב לסגל עצמו לדין. אולם, יחד עם זאת, מציאות בטחונית מסויימת מחייבת את הדין להתאים עצמו במסגרת האיזון הראוי שבין המשפט לחיים".⁷⁴ בהנחה שפרופ' רוזן-צבי התייחס למשפט כמייצג את ערכי זכויות האדם, הרי שזוהי נוסחה טובה להצגת הדילמה הקבועה בין הזכות לחופש ביטוי וזכות ציבור לדעת מזה לבין הזכות לחיים, קרי: ביטחון המדינה, מזה.

5. חופש הביטוי בשעת חירום

למרות סובלנותה הרבה של מדינת ישראל ורגישותה החוקתית לחופש הביטוי של לאזרחיה הרי שככל חברה דמוקרטית, ייתכן שלעתים היא תבקש להתגונן מפני ביטויים שיש בפרסומם סיכון שתתרחש תוצאה חמורה.⁷⁵ תפקידה המוגדר של הצנזורה הוא מניעת הסתננותו של מידע ביטחוני שעלולה להועיל לאויב ולהזיק להגנת המדינה. לשם כך הקימו המדינות הדמוקרטיות מנגנון צנזורה מובנה, וכל אחת העניקה לו סמכויות שונות.

סמכויותיה של הצנזורה הצבאית מעוגנות בתקנות 86–101 לתקנות ההגנה. הסמכויות המוקנות לצנזורה בהקשר זה הן רחבות היקף ויש בכוחן לפגוע פגיעה קשה

⁷² שם, בעמ' 16–17.

⁷³ אליקים רובינשטיין "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון". עיוני משפט כא 21, 28 (1997).

⁷⁴ אריאל רוזן-צבי "על משפט ומציאות" הפרקליט – ספר היובל, לעיל ה"ש 25, 77, 78.

⁷⁵ ס' 1 להסכם הצנזורה מ-1949; "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22.

בחופש הביטוי. לכך יש להוסיף את חסינות תקנות ההגנה מפני ביקורת שיפוטית. לצנזור נתונה הסמכות לפסול פרסומו של כל מידע "שפרסומו היה עשוי, או עלול היה להיות עשוי, לפגוע – לדעתו – בהגנתה של הארץ או בשלומו של הציבור או בסדר הציבורי", ואף להטיל סנקציות יזומות על המפר את הנחיותיו.⁷⁶

בעבר מקום שבו הגיעו ערכים חוקתיים דוגמת חופש הביטוי לכדי עימות חזיתי עם אינטרסים דוגמת ביטחון המדינה ושלום הציבור, גברו לרוב האינטרסים הביטחוניים.⁷⁷ עם השנים ניכרת מגמה שלפיה בית המשפט מוכן לפגוע בביטחון המדינה ובשלום הציבור רק בהתקיים פגיעה קשה רצינית וחמורה בהם⁷⁸ ובהתקיים דאות קרובה כי הגשמתו של חופש הביטוי תביא לפגיעה חמורה זו.⁷⁹

6. מאפייני מנגנוני צנזורה

בכל מדינה קיימים מנגנונים אשר בסמכותם לערוך את האיוונים הנדרשים בין ערכים ובמידת הצורך לפגוע בחופש הביטוי לפי ההצדקות המוגדרות בחוק. ביטחון המדינה הוא הבולטת שבהצדקות אלו. בישראל אמונה הצנזורה על הגנה על ביטחון המדינה באמצעות מניעה או צמצום של פרסומים פוגעניים, קרי: באמצעות פגיעה מדודה ומוצדקת בחופש הביטוי.

את תופעת הצנזורה ניתן לנתח בראי חמש שיטות אקדמיות תיאורטיות שונות.⁸⁰ הגישה הפונקציונלית בסוציולוגיה מנתחת יחסי גומלין בין מוסדות בחברה בראי ערכים, נורמות וכללי התנהגות. יחסי הגומלין שבין התקשורת למוסדות אחרים בחברה דמוקרטית קובעים אם תתקיים צנזורה באותה חברה ומה יהיו דפוסי פעולתה. תורת המשטרים במדע המדינה מבחינה בין ארבעה דגמים של יחסי שלטון תקשורת, שתואמים את מאפייני המשטר. מנגנון צנזוראלי נתפס ככלי של משטרים לא דמוקרטיים לפיקוח על זרימת מידע ומשויך לדגם הטוטליטרי. בתחום המשפט ניתן

⁷⁶ ת' 187 (1) לתקנות ההגנה; בג"ץ 234/84 "חדשות" בע"מ 'נ' שר הביטחון, פ"ד לח(2) 477 (1984); מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 182–189 (מהדורה שנייה, 2001).

⁷⁷ בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984).

⁷⁸ ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987).

⁷⁹ "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 22.

⁸⁰ ראו פירוט הגישות התיאורטיות אצל לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 98–99.

לחלק באופן גס את הגישות כלפי חופש הביטוי וחופש העיתונות לשתיים: זו שמאפשרת הגנה מלאה לחופש הביטוי המעוגנת בחוק, מול זו שמקנה הגנה חלקית ושרואה בזכויות החברה והכלל עילה להגבלה מסוימת של זכות היסוד. בחקר התקשורת מתייחסים לעיתונות כאל פרופסיה המפעילה מערכת של נורמות מקצועיות שתואמות את התרבות הפוליטית של אותה מדינה. בדמוקרטיה מדובר על מודלים ברוח "האחריות החברתית", בין בתצורתה האמריקנית (ענישה בדיעבד) ובין בתצורתה הבריטית. צנזורה מיוחסת למשטרים שאינם דמוקרטיים. התיאוריות מתחום הכלכלה מתייחסות לתקשורת כאל עסק כלכלי. גישה זו רואה בכלי תקשורת גוף שמונע משיקולי רווח והפסד, וקרובה בתפיסתה לגישות הביקורתיות בחקר תקשורת ההמונים. אלו גם אלו מזהות את הממסד התקשורתי עם הממסד הפוליטי ועם הרצון לשמר את הסדר הקיים כדי לשמר את היציבות הכלכלית שלהם.

בניתוח השינויים שחלו בחברה הישראלית ושהשפיעו על הדגם הישראלי של צנזורה בהסכמה, ישנה נגיעה בכל אחת מהשיטות הללו, אשר יפורטו בהמשך.

7. חלוקה תיאורטית קונספטואלית

קיימות שתי תצורות עקרוניות של הטלת מגבלות על חופש הביטוי – מניעה מוקדמת (במקרים מסוימים מניעה מוקדמת באמצעות מניעת גישה לאזורי קרבות) וענישה בדיעבד. מנגנון המניעה המוקדמת פירושו איסור פרסום מראש (כולל חיוב בבחינה מוקדמת טרם פרסום) או הטלת מגבלות נקודתיות או מרחיבות, קבועות או זמניות, על כלל אמצעי התקשורת או על חלקם, על ידי השלטון או על ידי ישות היררכית ענישה בדיעבד פירושה הטלת אחריות פלילית על המפרסם אם היה בפרסום משום פגיעה בערכים אחרים או באינטרסים אחרים ברמת הפרט והציבור.

ככלל, מנגנון המניעה המוקדמת על תצורתיו השונות (צנזורה, צווי איסור פרסום, צווי מניעה ובמידה מסוימת רישוי עיתונות) נתפס כמנגנון שמידת הלגיטימיות שלו במדינה דמוקרטית היא הנמוכה ביותר.⁸¹ Sir William Blackstone, משפטן אנגלי בן המאה ה-18, נחשב לאבי ההתנגדות לתפיסת המניעה המוקדמת והצגתה כאם כל חטאת. התנגדותו למניעה מוקדמת הייתה על רקע משטר הרישוי שהיה נהוג באנגליה (רונן טוען שהוא זכה בתואר שלא בצדק).⁸² John

⁸¹ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 292.

⁸² דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 239–243.

Thomas Gordon ו-1, שני פובליציסטים בני המאה ה-18 ממשיכי דרכו של ג'ון לוק המזוהה עם הגישה הליברטרית, פרסמו 138 מאמרים בקבצים שמכונים "מסמכי קאטו" ושנודעה להם השפעה על גיבוש עקרון חופש הביטוי גם באמריקה של אותה המאה. הם קראו לחירות המחשבה והביטוי כחלק מהשתתפות בהליך הפוליטי.⁸³ להוגים אלו ואחרים השפעה רבה על האופן שבו תופסות כיום דמוקרטיה את מנגנון המניעה המוקדמת.

המייצגת הבולטת ביותר של התנגדות לתפיסת המניעה המוקדמת היא ארצות הברית, כפי שבא הדבר לידי ביטוי בחוקתה ובפסיקות בתי המשפט בה:

המטרה העיקרית של ההגנה החוקתית על חופש הביטוי בארצות הברית היא מניעת מניעה מוקדמת של ביטויים; החוקה שוללת כל מניעה מוקדמת של ביטויים, לפחות בנושאים בעלי חשיבות ציבורית; הצדקה של מניעה מוקדמת מחייבת עמידה בנטל כבד במיוחד, הרבה יותר מן הנטל הדרוש להצדקה של ענישה פלילית בגין פרסום בעל תוכן זהה בנסיבות זהות; מניעה מוקדמת מוצדקת רק במצבים קיצוניים שבהם מוכח שפרסום יוליך באופן בלתי נמנע, ישיר ומידי לסיכון חיי חיילים בעת מלחמה או לשואה גרעינית.⁸⁴

גם בית המשפט הישראלי מכיר בכך שמניעה מוקדמת היא אמצעי חמור יותר מענישה בדיעבד. בבג"ץ קול העם נאמר: "אכן, זה מכבר הוכר הדבר, כי אותו אמצעי 'מניעת' – מאחר שתמציתו צנזורה, פשוטה כמשמעה – הוא החרף מבין שני האמצעים"⁸⁵ (אם כי יש לזכור ששם נדונה סגירת עיתון ולא צנזורה על תכנים). האיסור מראש מקפיא את הביטוי ומספק הגנה מלאה לערך המוגן, ואילו ענישה בדיעבד מצננת בלבד.⁸⁶

⁸³ שם, בעמ' 237–238.

⁸⁴ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 293 (בהסתמך על Near v. Minnesota, 287 U.S. (1931); N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)).

⁸⁵ בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 885.

⁸⁶ יוצר המכתם "A criminal stature chills, prior restraint freezes" הוא פרופ' Alexander M. Bickel (THE MORALITY OF CONSENT 61 (1975)) שייצג את העיתונים New York Times ו-1 Washington Post בפרשת מסמכי הפנטגון, לעיל ה"ש 50, ושהושפע מהאירוע. ראו דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 245.

השופט ברק קבע בעניין סטיישן פילם⁸⁷ כי איסור מראש המונע את עצם הפרסום, יש בו משום פגיעה מיידית בחופש הביטוי. במשטר של ענישה בדיעבד הביטוי לפחות רואה אור. לאור הערכה זו נפסק שבמשטר המגן על חופש הביטוי נכון שמניעה מוקדמת תעמוד במבחנים חמורים יותר של הצדקה בהשוואה לענישה בדיעבד, שבה ניתן להסתפק במבחן מחמיר פחות (בעצם יש פגיעה בחופש הביטוי על ידי יצירת אפקט מצנן מראש).⁸⁸

על ההבחנה הפשטנית מעט בדבר רמת הפגיעה לכאורה של מנגנוני המניעה השונים בחופש הביטוי קמו לא מעט חולקים. כך, לדוגמה, למנגנון הענישה בדיעבד יש לעתים אפקט מקפיא לא פחות מלמנגנון המניעה המוקדמת, ולו רק בשל ההרתעה של ענישה מחמירה על טעות בשיקול הדעת. היקפם של איסורי ביטוי בחקיקה הם רחבים וקבועים בזמן והחוק מנוסח בעמימות.⁸⁹ במניעה מוקדמת דוגמת הצנזורה בישראל יש לא מעט יתרונות לחופש הביטוי (הצנזורה חייבת לפעול לאור פסיקת בג"ץ; מיקוד הטיפול הצנזוראלי; שיח בין כלי תקשורת לבין הצנזור מאפשר פתרונות; תפיסת התפקיד של הצנזור ועוד – כמפורט בהמשך), עד כדי הצגתה כשומרת חופש העיתונות בישראל, לא פחות מהיותה שומרת על אינטרסים ביטחוניים.⁹⁰

חלוקה תיאורטית צורנית – נהוג לחלק את אופן הפעלת מנגנוני הגבלת חופש הביטוי לשלושה:

צנזורה חיצונית – חוקים, תקנות, מנגנוני כפייה נורמטיביים או טכניים אחרים המגבילים חיצונית את כלי התקשורת בפעולתם.

צנזורה פנימית – הגבלות שמטילים כלי התקשורת על עצמם מרצון, בין כשיקוף של ערכים ונורמות בחברה ובין בשל חשש מהפעלת לחץ עתידי או כפייה עתידית.

צנזורה בהסכמה – שיתוף פעולה קבוע או אד-הוק שתכליתו למנוע פרסום מזיק, ללא שימוש באמצעי כפייה ומכוחן של הבנה והסכמה. צנזורה הסכמית תשקף לרוב

⁸⁷ בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997).

⁸⁸ הצדקות וסייגים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 295–296.

⁸⁹ שם, בעמ' 298–299, 303–305.

⁹⁰ Hillel Nossek & Yehiel Limor, *The Israeli Paradox: The Military Censorship as a Protector of the Freedom of the Press*, in GOVERNMENT SECRECY 103 (Susan Maret ed., 2011); דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 259–262.

זהות אינטרסים בין התקשורת לשלטון גם אם מניעיהם שונים, לדוגמה מניע ביטחוני או מוסרי של השלטון ומניע כלכלי של כלי התקשורת.⁹¹

ניתן לנתח מנגנוני צנזורה גם בהקשר לרמה שעליה מופעלת הצנזורה: כלל אמצעי התקשורת, כלי תקשורת מסוים, ארגון תקשורת, רמת הפרט.⁹²

8. סוגי צנזורה

הספרות מונה תכליות שונות לקיומה של צנזורה.⁹³

צנזורה פוליטית – באנציקלופדיה למדעי החברה מגדיר הרולד לאסוול צנזורה פוליטית כ"מדיניות הבאה להגביל את ביטוים הפומבי של רעיונות, דעות, תפיסות והרגשות, שיש בהן – או שמאמינים כי יש בהן – כדי לחתור תחת הרשות השלטת או תחת הסדר החברתי והמוסרי, אשר רשות זו רואה עצמה חייבת להבטיחו".⁹⁴ צנזורה פוליטית נועדה לייצר אקלים רעיוני או להבטיח הצלחה תעמולתית. וולטר ליפמן טוען שכדי לנהל תעמולה יש להקים חיץ בין הציבור למאורע. בהקשר של מידע יש להגביל את הגישה לסביבה האמתית לפני שניתן ליצור את הסביבה-לכאורה, שהשלטון סבור כי היא הרצויה.⁹⁵ באמצעות צנזורה פוליטית מייצרת הרשות השלטונית מציאות וירטואלית נוחה לשליטה.

צנזורה כלכלית – הלקסיקון לתקשורת מגדיר "צנזורה כלכלית" כצנזורה המופעלת משיקולים כלכליים, בין שהיא מופעלת חיצונית על אמצעי התקשורת (לדוגמה בידי מפרסמים) ובין שהיא מופעלת בידי גורמים פנימיים (בעלי תאגידים).⁹⁶ סוג זה של צנזורה, גם אם אינו חדש, הובחן בשלב מאוחר יותר בעיקר בשל העובדה כי צנזורה נתפסה כמנגנון שלטוני המופעל חיצונית על התקשורת. כאשר החלו להתייחס

⁹¹ לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 100.

⁹² שם.

⁹³ ג'נסן קבע שלוש קטגוריות בסיסיות: צנזורה דתית; צנזורה פוליטית; צנזורה מוסרית. אחרים הוסיפו צנזורה ביטחונית ומאוחר יותר גם צנזורה כלכלית. הלל נוסק ויחיאל לימור "הצנזורה הצבאית בישראל – פשרה זמנית מתמשכת בין ערכים מתנגשים" קשר 17, 45, 46 (1995) (להלן: "פשרה זמנית").

⁹⁴ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 96.

⁹⁵ שם, בעמ' 96.

⁹⁶ לקסיקון לתקשורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 528.

לצנזורה כאל תופעה רב מימדית, הן בהיבטי התכלית והן במנגנוני המימוש, ולאור התפתחותה המואצת של הצנזורה הכלכלית בשני העשורים האחרונים של המאה ה-20, היא סווגה בנפרד.⁹⁷

צנזורה דתית – "צנזורה על אמצעי התקשורת ותכניהם המופעלת על-ידי הממסד הדתי, או על-ידי קבוצות-לחץ הפועלות מתוך מניעים דתיים".⁹⁸ צנזורה דתית הייתה מבין הראשונות שהופעלו. הכנסייה מנעה מפצה והדפסה של כתבים שרשויותיה לא אישרו. במגזר הדתי בישראל מופעלת באופן תדיר צנזורה דתית על ידי רבנים או ועדות רוחניות שמתפקידן לבחון את אפשרות הפגיעה הדתית או המוסרית שקיימת בתכנים הצפויים להתפרסם. בשל הסיכון לנזק כלכלי רב כתוצאה מאיבוד של צרכנים ממגזרים דתיים מפעילים לא פעם אמצעי תקשורת ופרסום צנזורה עצמית כדי לא לפגוע ברגשות אותו ציבור.

צנזורה מוסרית – צנזורה על אמצעי התקשורת ועל תוכניהם המופעלת בשל פגיעה צפויה בערכי המוסר.⁹⁹ צנזורה מעין זו יכולה להיות מעוגנת בחקיקה, דוגמת איסור הפצת פרסומים פורנוגרפיים. בישראל אף קיימת מועצה לביקורת סרטים ומחזות, שבחנה סרטים טרם הפצתם על פי מבחן המוסר. צנזורה מעין זו ניתנת להפעיל על רקע לחצים חיצוניים או פנימיים (בשל שיקולים כלכליים).

צנזורה ביטחונית – צנזורה הפועלת משיקולים של ביטחון לאומי. צנזורה מעין זו עשויה להתקיים גם במדינות דמוקרטיות בתקופות של מלחמה ומצב חירום.¹⁰⁰ כך, לדוגמה, הופעלה צנזורה בבריטניה במלחמת העולם השנייה ובמלחמת פולקלנד, וצבא ארצות הברית הפעיל צנזורה במלחמת וייטנאם, בפלישה לאי גרנדה ובימי מלחמת המפרץ. צנזורות אלו חדלו מלהתקיים עם סיום מצב המשבר. בישראל קיימת הצנזורה הביטחונית היחידה שפועלת באופן רציף מאז קום המדינה ועד ימינו אלו.¹⁰¹ היא פועלת מתוקף תקנות ההגנה ולאור קיומו של מצב חירום שהוחל בישראל סמוך להקמתה. פקודת סדרי השלטון והמשפט הותירה בתוקף את עיקר החוקים שחלו במנדט הבריטי. עם זאת, הצנזורה בישראל היא צנזורה בהסכמה.

⁹⁷ לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 100.

⁹⁸ לקסיקון לתקשורת. לעיל ה"ש 7, בעמ' 528.

⁹⁹ שם. בעמ' 529.

¹⁰⁰ שם. בעמ' 528.

¹⁰¹ לימור ונוסק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 99.

צנזורה עצמית – צנזורה מפעילים כלי התקשורת שלא מכוח חוק או לחץ חיצוני. היא משקפת ריסון ופיקוח פנימי שתכליתם למנוע הגבלות חיצוניות על כלי התקשורת.¹⁰² למרות ההתייחסות לצנזורה זו כאל סוג נוסף של צנזורה, נדמה כי נכון יותר לסווגה כמנגנון צנזורה שכן גם אם היא מופעלת על ידי כלי התקשורת בעצמם, הרי שהיא נועדה לתכלית מסוימת ומונעת ממניעים כלכליים, מוסריים או ביטחוניים.

רמת הסובלנות והנכונות לקבל בהבנה את קיומה של צנזורה מותנית בשאלות אם הפגיעה באחת החירויות המהותיות בדמוקרטיה – חופש הביטוי – נועדה לשרת מטרה נעלה יותר של טובת הכלל, ואם פגיעה זו בזכות היסוד נערכת באופן מידתי ולתכלית ראויה. בשל כך, צנזורה (בין באמצעות מניעה מוקדמת ובין באמצעות ענישה בדיעבד) שנועדה להגנה על האינטרסים הביטחוניים של מדינה, תזכה בציבור להבנה וקבלה גבוהות יותר מאשר צנזורה ממניעים פוליטיים או כלכליים. כך, משה נגבי, שמשנתו לגבי צנזורה ודמוקרטיה ברורה, אומר "שאינן עיתונאי בר דעת ובעל מצפון אשר לא יסכים להטלת צנזורה על פרסום או חשיפה מסוג זה [ביטחוני] ועל הענשתם של האחראים לפרסום וחשיפה הרי אסון כאלה".¹⁰³ הוא מציע לבחון את היקפה "גם אם קיימת הצדקה עקרונית ברורה לקיומה של צנזורה ביטחונית, ראוי עדיין לבחון אם השימוש בה מוגבל אמנם לנושאים הצבאיים החיוניים ביותר".¹⁰⁴ פרופ' זאב סגל מגדיר את הגנת ביטחון המדינה כתכלית ראויה שבשמה הצנזורה פועלת, אולם הוא מתקשה להסכין עם החקיקה הקיימת ששמה בידיה כוח פוגעני מעל המידה הרצויה.¹⁰⁵ טעמי ביטחון נחשבים לטעמים הטובים והמובהקים ביותר להגבלה של חופש הביטוי. המשפט המדינתי והמשפט הבינלאומי תומכים בתפיסה זו.¹⁰⁶ השאלות שמועלות בהקשרי צנזורה ביטחונית עוסקות בהיקף הסמכות המוקנית ובמאפייני השימוש שנעשה בסמכות זו.

¹⁰² "צנזורה עצמית של אמצעי התקשורת" לקסיקון לתקשורת. בעמ' 529

¹⁰³ משה נגבי חופש העיתונאי וחופש העיתונות בישראל 96 (2011).

¹⁰⁴ משה נגבי נמר של נייר – המאבק על חופש העיתונות בישראל 27 (1985).

¹⁰⁵ זאב סגל חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות 32 (1996).

¹⁰⁶ ראם שגב "ביקורת על פעילותן של רשויות המדינה בהקשר הביטחוני" משפט וצבא 16,

909 (2003).

ג. דגם הצנזורה בישראל – היסטוריה של יחסים מורכבים

1. התשתית החוקית וההסכמית

מוסד הצנזורה המפעיל מנגנון של מניעה מוקדמת, מקורו במורשת המנדט הבריטי. הוא פועל מתוקפן של תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 – תקנות אשר במדרג החקיקתי תוקפן הוא של חוק והסמכות המוקנית בהן לצנזור הצבאי רחבה ביותר.

סקירת התפתחותו של מוסד הצנזורה בישראל מעלה ארבע מגמות. ראשית, אימוץ והמשכיות של מנגנונים והסכמות מימי טרום המדינה. שנית, לא בוצעה בנייה מסודרת של המארג הכולל לשמירת הסוד אלא התקבעו פתרונות זמניים. שלישית, נקודת האיוון בין חופש העיתונות לביטחון המדינה משתנה בהתאם למאבקי כוחות בין מוסדות המדינה. רביעית, הצעות חקיקה אינן מבשילות לכדי חוק אולם מביאות להטמעת שינויים באסדרה הקיימת. דברי ימי הצנזורה עמוסים פרטים והתפתחויות. אתאר בקצרה את המגמות העיקריות.

תחילתה של הצנזורה בישראל עוד טרם הקמת המדינה. לאחר החלטת האו"ם ב-29 בנובמבר 1947 ופרוץ פעולות האיבה החליטה "ועדת התגובה" (ועדה של עורכי העיתונות העברית שניהלה את הדין ודברים מול מוסדות היישוב) על הקמת ועדה משותפת שתנסח איסורי פרסום של מידע הפוגע במאמץ המלחמתי. מסמך שמגדיר 16 לאווים העוסקים בעניינים צבאיים, פורסם בינואר 1948. עוד הוסכם על אי פרסום מעשיהם ותנועותיהם של ראשי היישוב ומנהיגיו.¹⁰⁷ לאחר שהרשימה הופצה הוברר כי העורכים זקוקים להנחיה בדבר המותר והאסור בפרסום, ולכן גויסו בהתנדבות למשימה אלה שעסקו בצנזורה במהלך המנדט הבריטי. "מבקרי עיתונות" אלו, כפי שנקראו אז, הביאו עמם את שיטות העבודה – ואת תפיסת העולם – מימי המנדט. עד מהרה הם דרשו הגשה מוקדמת של כל ההגהות, ובמקרי עברות ביטחון לא בחלו בענישת העיתונות, כולל סגירה. הדבר הגיע לכדי כך שוועדת התגובה הביעה את מורת רוחה בפני הפיקוד העליון על רקע מה שהם ראו כניצול לרעה של "רוח שיתוף הפעולה, שהונח ביסודה של פעולת הביקורת בענייני ביטחון".¹⁰⁸

עם קום המדינה היה צורך לייצר באופן מיידי תשתית חוקית לפעולתה. החוק ששימש בעניינינו את שלטון המנדט הבריטי, דבר המלך במועצה לפלשתינה (א"י

¹⁰⁷ "כיצד נולדה הצנזורה הישראלית?" קשר 2, 116 (1987); גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 181.

¹⁰⁸ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 182.

(הגנה), 1937), עמד לפוג משום ש- Palestine Act, 1948, 11 & 12 Geo. 6, c. 27, שהתקבל ב-29 אפריל 1948 בפרלמנט הבריטי, ביטל את תוקפה של החקיקה הבריטית בשטחי ארץ ישראל. למדינת ישראל היה אינטרס במערכת משפטית כזו עצמאית המנותקת מכל תלות בבריטניה. עם זאת ברור היה כי מערכת משפטית כזו אינה יכולה להיווצר יש מאין. לפיכך עוד במעמד הקראת מגילת העצמאות ב-14 במאי 1948 פורסם "מנשר" מאת מועצת המדינה הזמנית שנועד לקבוע את ההסדרים הבסיסיים ביותר בנוגע לחקיקה. המנשר קבע את מועצת המדינה הזמנית כרשות המחוקקת והשאיר בתוקף את הוראות החוק המנדטורי.

ב-19 מאי 1948 פרסמה מועצת המדינה הזמנית את דבר החקיקה הראשון – פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ובו הוסדרו החוקים במדינה החדשה. לפי החוק, החוקים והתקנות הבריטיים שנחקקו בשנות המנדט, נשארו בתוקף ברוח המנשר. עוד נקבעו ההסדרים החוקתיים הבסיסיים של המדינה החדשה – רשויותיה וסמכויותיהן. תחולת הפקודה נקבעה למפרע ל-15 במאי 1948. הפקודה הביאה ליצירת הגוף המחוקק – האסיפה המכוננת (ולימים הכנסת) והגוף המבצע – שנקרא הממשלה הזמנית ושהפקודה העניקה לו את סמכויות הביצוע, לרבות סמכות להתקנת תקנות ותקנות שעת חירום. כל סמכויות הממשל הבריטי הוענקו לממשלה. סעיף 11 לפקודה השאיר בתוקפו את המשפט הקיים: "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשנויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". הפקודה נועדה להיות הסדר זמני במהותו שקבע הוראות זמניות. סעיף 11 לפקודה תקף עד היום, ומכוחו קיימים עדיין חוקים רבים שמקורם בחקיקה הבריטית.

הצנזורה היא תוצר של אימוץ החוקים וההסדרים מימי המנדט. תקנות ההגנה, שנחקקו מתוקף סעיף 6 לדבר המלך משנת 1937 ושכאמור יש להן מעמד של חוק, אומצו אל חיק המשפט הישראלי. תקנות 86–101 עוסקות בעניינים של צנזורה. בחינה של התקנות מעידה על הדרקוניות הטמונה בהן. פרופ' יצחק זמיר, שכיהן גם כיועץ המשפטי לממשלה בין השנים 1978–1986, החזיק בעמדה "שהמחוקק בישראל נכשל כישלון חרוץ... במחדל כפול. ראשית, הוא לא השכיל, במשך ארבעים שנות עצמאות, לשלב בחוקים המנדטוריים את השינויים הנובעים מהקמת מדינה דימוקרטית. ... שנית, הוא לא השכיל לחוקק את חוק זכויות-האדם".¹⁰⁹ זמיר התכוון לכך שמי שיקרא

¹⁰⁹ "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17, 29 (1989).

את תקנות ההגנה המנדטוריות יזוהו בהן נוקשות ודרקוניות שאינן מאפיינות התנהלות של מדינה דמוקרטית ושאין ראויות בהן. דבריו נכונים גם כיום בחלוף השנים.

התקנות מגדירות את סמכויות הצנזורה בהקשר לפרסומים פוגעניים. תקנה 86 קובעת כי הצנזור הוא אדם שמינה אותו שר הביטחון לכך בכתב. תקנה 87 מגדירה את הסמכות לאסור פרסום שפוגע בהגנתה של ישראל, בשלומה של הציבור או בסדר הציבורי. תקנה 88 מפרטת את הסמכות לאסור לייבא פרסומים פוגעניים ולייצא אותם. תקנות 89–96 מפרטות שורה של איסורים (לא רק בסמכות הצנזור) באשר לדברי דואר, לדברי דפוס ולאמצעי פרסום בארץ ובנוסעים היוצאים ממנה. תקנה 97 קובעת את חובת ההגשה לבחינה מוקדמת. תקנה 98 מגדירה את חסיון פעולת הצנזורה. תקנה 100 קובעת את הסמכות להחרים מכוונות דפוס. תקנה 101 מגדירה את האופן שבו רשאי הצנזור להפעיל את גורמי האכיפה.

בסמכות הצנזור להוציא צווים, שהם חקיקת משנה לפי תקנות ההגנה ובעלי מעמד של תקנה בת פועל תחיקתי. כאלו הם צו משנת 1961 המחייב מתוקף תקנה 97 לתקנות את ההגשה המוקדמת, ושהוצא על רקע פרסום ספר בדבר "הפרשה", שלא הוגש לצנזורה;¹¹⁰ צו משנת 1972, צו ההגנה (שעת-חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת ואיסור פרסום), התשל"ב–1972;¹¹¹ צו נוסף משנת 1988 שהוצא בעקבות ההליכים המשפטיים בפרשת עיתון "חדשות" (פרשת "קו 300" משנת 1984) ושמדגיש הגשה מוקדמת של מידע ביטחוני העומד לפני פרסום בארץ ובחור"ל.¹¹² שני הצווים האחרונים התפרסמו ברשומות.¹¹³

אף שהתקנות לא הוסרו מספר החוקים בישראל, פרשנות בג"ץ להן הפכה אותן לאות מתה.¹¹⁴ הן כמעט ואינן בשימוש ומהוות לכל היותר מעין "רשת ביטחון" למקרה

¹¹⁰ צו מה-26 במארכ 1961 בחתימת אל"ם א' בר-און, הצנזור.

¹¹¹ ק"ת 576 (מיום 20 בינואר 1972). הצו עצמו נחתם על ידי הצנזור ב-22 בנובמבר 1971. הצו תוקן בעקבות דין ודברים משפטי באשר לפירוט תוכני הספרים החייבים בהגשה. צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת) (תיקון), התשל"ז–1977, ק"ת 1035.

¹¹² צו שעת חירום (הגשת דברי דפוס ופרסומים לביקורת מוקדמת ואיסור דפוס ופרסום), התשמ"ט–1988, ק"ת 31.

¹¹³ סוגיית הפרסום ברשומות נדונה ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485 (1994). בית המשפט העליון הכריע כי אין חובה לפרסם את צו הצנזור ברשומות כתנאי להיותו תקף משפטית.

¹¹⁴ זמיר יצחק "העיתונות הכתובה – כוח וביקורת" משפט וממשל ו 179, 187 (2001).

שיחליט מפרסם לחרוג מהנורמה הנהוגה בישראל. מראשית ימי המדינה ועד היום מוסדרת ההתנהלות בין הצנזור לתקשורת באמצעות מנגנון הסכמי עוקף חוק. הצנזורה והמנגנון ההסכמי התפתחו באופן טבעי שתאם את צורכי המדינה שבדרך.

מיד עם קום המדינה הוסב שמה של "הביקורת היישובית" ל"הצנזורה הצבאית". באופן טבעי מוקמה הצנזורה בתוך צה"ל, ומבקרי העיתונות גויסו ונקראו מעתה צנזורים (לא נמצאה הוכחה כי התקבלה החלטה מודעת בנושא. במסמך ההקמה של אמ"ן, הצנזורה, ש"מ 4, מופיעה רביעית ברשימת הגופים בו)¹¹⁵. אף לא ניתנה הדעת למיסוד משפטי של גוף זה. מכוחו של הרגל ובהסכמה שבשתיקה שהצנזורה נדרשת בעידן של אתגרים ביטחוניים קיומיים. אולם כבר בתקופה זו התגלע פער שהתפרץ מאוחר יותר. העיתונות ראתה עצמה כמי שפועלת מתוך רצון טוב ומהתנדבות לקבל את עולה של צנזורה ביטחונית, ואילו הצנזורה ראתה עצמה כבעלת סמכות מלאה. גם מערכת הביטחון ראתה בצנזורה כלי יעיל לשליטה בעיתונות, לא רק לצרכים ביטחוניים.¹¹⁶ בעקבות סגירת "על המשמר" (בשל פרסום תמונות של אנשי פלמ"ח) ו"ידיעות אחרונות" (מחמת תביעה לשחרר חמישה אנשי אצ"ל), מהלכים שנתפסו כשימוש בצנזורה לצרכים פוליטיים, החלה ועדת העורכים (שמה החדש של ועדת התגובה) לפעול אצל המערכת המשפטית בניסיון ליצור בסיס חוקי מתאים לפעולת העיתונות והצנזורה. הצעת משרד המשפטים שנכללה ב"חוק הגנה וביטחון בשעת חירום תש"ט-1949" לא הבשילה לכדי חוק.¹¹⁷ במקביל, כדי למנוע זליגה ומתוך הבנה, שהסכמת העיתונות לקיומה של צנזורה היא חיונית להמשך פעולתה, פעלה "ועדת הצנזורה" שליד "ועדת העורכים" אצל המטכ"ל לקביעת נהלים ברורים לפעולת הצנזורה. כמו בתחומים רבים, הסדרים מעשיים המשרתים אינטרסים הדדיים, קרמו עור וגידים מהר יותר.

מה שהחל בהצעה ראשונית בדצמבר 1948 ל"הסדרת היחסים בין הצנזורה לעיתונות", שעליה חתום איסר בארי כראש שירות המודיעין, התפתח לסדרה של "הסכמי ועדת העורכים". כנגד הסכמים אלו עומדת טענה כבדת משקל שלפיה בעצם קיומם הם פוגעים קודם כל במוסד התקשורת, מחלישים את כוחו ומערערים את יחסי היריבות בינו לשלטון, שכה הכרחיים בדמוקרטיה. "החטא הקדמון" קרי, "הפקרת מי

¹¹⁵ מסמך הקמה אמ"ן.

¹¹⁶ הלל נוסק ויחיאל לימור "נורמליזציה של אנומליה: צנזורה צבאית בישראל" ישראל בתחילת המאה ה-21, 65, 77-78 (הלל נוסק עורך, 2002).

¹¹⁷ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 186.

שאינו בהסכם.¹¹⁸ המציאות בישראל, כאמור, מורכבת יותר ולא דווקא מוכיחה טענה זו. להפך, בפני ועדת שריד העידו העורכים כי הם מעדיפים את ההסכם, שעליו יש להם השפעה מוחצת, על פני הסדר חוקי מבית יוצרו של המחוקק הישראלי.¹¹⁹

ההסכם הראשון מדצמבר 1949¹²⁰ קבע את העקרונות הבאים: הצנזורה מבוססת על שיתוף פעולה; מטרתה למנוע הסתננות מידע ביטחוני; אין היא חלה על עניינים פוליטיים; תוקם ועדה לבידור סוגיות בין הצנזורה לתקשורת; לוועדה סמכויות שיפוט ואכיפה; למטה הכללי זכות לא לקבל את עמדת הוועדה; ביצוע ההחלטות באחריות המטכ"ל. משהוצג ההסכם ליועץ המשפטי לממשלה י"ש שפירא, הוא הזדעק שכן בעיניו מדובר היה במנגנון לא חוקי. בדצמבר 1950 על רקע החלטת הרמטכ"ל ידן להחמיר בענישה של "מעריב" בגין עברת צנזורה שמלכתחילה לא נתפסה כעברה, הגיש עורך "מעריב" ע' קרליבך, בקשה לצו מניעה נגד הצנזור. במעשה זה אָתגר קרליבך את עצם קיומה של צנזורה צבאית מתוקף חוק מסמין.¹²¹ מההתנהלות נדמה כי מטרה לא הייתה להביא לביטולו של ההסדר, אלא לשפר את ההסכם מבחינתה של העיתונות. הפעלת לחצים במטרה לשפר את נוסח ההסכם שימשה את התקשורת עד להסכם האחרון משנת 1996. בהסכם שנערך לאחר עתירתו של קרליבך, חויב הרמטכ"ל לקבל עליו עמדת ועדה שהתקבלה פה אחד או לאפשר לעיתון להציג את טיעונו במקרה של החלטה ברוב קולות. ב-20 במאי 1951 הוציא סא"ל יהושפט הרכבי ממחלקת המודיעין נוסח הסכם מתוקן ברוח זו.¹²²

הסכם זה החזיק מעמד כ-15 שנה. שנות החמישים היו שנים סוערות ומעצבות ביחסי הצנזורה והממסד הביטחוני מול התקשורת. שיאן בשיח הציבורי על "הפרשה". לאורך השנים מיצב עצמו עיתון "הארץ" כמי שקורא תיגר באופן קבוע ועקרוני על החלטות הצנזורה ועל התנהלותה.¹²³ בעקבות הגעת היחסים לידי משבר דרש ג' שוקן, העורך הראשי והמוציא לאור של העיתון, את כינוסה של ועדת העורכים לדיון עקרוני בבעיות הצנזורה הצבאית. זו לא הייתה הפעם האחרונה שבה משברים מבית היוצר של

¹¹⁸ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 47.

¹¹⁹ שם, בעמ' 52.

¹²⁰ מסמך 14/13004/ט"ו, מה-23 בדצמבר 1949 מאת סא"ל חיים הרצוג, ראש מחלקת מודיעין, המטה הכללי, אג"מ, מחלקת מודיעין.

¹²¹ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 190.

¹²² מסמך 14/44/יש/7295, מה-20 במאי 1951 מאת סא"ל יהושפט הרכבי בשם ראש מחלקת מודיעין.

¹²³ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 211.

עיתון "הארץ" הזיזו את נקודת האיזון בין חופש העיתונות לביטחון המדינה לכיוונו של הראשון. נוסח שלישי של הסכם בענייני צנזורה הופץ ב-27 ביולי 1966. בהסכם זה הוכנסו שינויים מהותיים.¹²⁴ על ההסכם חתום אל"ם דוד כרמון, מ"מ ראש אמ"ן. השינוי העיקרי, שמשקף את המאבק העיקרי בין הצנזורה בשנותיה הראשונות לעיתונות, עוסק בהיקף סמכותה של הצנזורה. בסעיף 2 נקבע כי היא אינה חלה על עניינים פוליטיים ועל דעות, פרשנות, הערכות או על כל עניין שהוא, אלא אם כן יש בהם, או שניתן להסיק מהם, מידע ביטחוני. עוד הוחלט בסעיף 4 שהצנזור יעדכן את רשימת הנושאים שדורשים הגשה.¹²⁵ באשר לוועדה הוחלט בסעיף 5 כי נציג הציבור ישמש יושב ראש הוועדה, דבר שמקנה לו זכות ראשון בין שווים. הוועדה הוסמכה לדון בקובלנות של הצנזור ובתלונות של התקשורת נגדו. סמכותו של הרמטכ"ל הוגבלה מעט יותר וסוכם כי הרמטכ"ל לא יוכל להחמיר על החלטות הוועדה. סמכויות הביצוע של ההחלטות עברו לידי יושב ראש הוועדה.

המניע העיקרי לעדכון ההסכם הבא היה פסק דין שניצור,¹²⁶ שחייב את הצנזור במבחן הוודאות הקרובה לפגיעה של ממש בביטחון המדינה. ב-17 בינואר 1989 הפיץ הצנזור הראשי, תא"ל יצחק שני, מסמך לשר הביטחון ולרמטכ"ל ובו הוא ניתח את ההשפעה של פסיקת בג"ץ שניצור על אופן פעולתה של הצנזורה. בסיפה של אותו מסמך הוא העריך כי "חברי ועדת העורכים לא יוכלו לעבור לסדר היום ולפגור אחרי היתרונות שהבג"צ מקנה לחופש העיתונות בכללותו. יתכנו לחצים לשינויים בהסכם".¹²⁷ ואכן, חודשיים בלבד לאחר מכן שלחה יושבת ראש ועדת העורכים, חנה זמר, מכתב לשר הביטחון יצחק רבין וביקשה לעדכן את ההסכם ברוח הפסיקה. עוד היא ביקשה לבטל את סעיף 5 להסכם משנת 1966, שלפיו החלטות הוועדה כפופות לאישור הרמטכ"ל. רבין השיב לה כעבור חודשיים כי מערכת הביטחון מוכנה להטמעת

¹²⁴ נוסח ההסכם כפי שמופיע שם, בעמ' 213–214, אינו תואם את נוסח ההסכם החתום שקיים בצנזורה. הפערים הם בסדר הסעיפים. ניתוח השינויים מוצג במאמר בהתאם לנוסח שקיים בצנזורה.

¹²⁵ הצנזור הוציא כשבועיים קודם לכן רשימה של 68 נושאים. הנושא שגרם לשיח נוקב במיוחד בין הצנזורה לעיתונות היה סעיף "מוראל", שתכולתו מעורפלת – ביקורת, הלכי רוח, חילוקי דעות, תלונות. משה ז"ק "הצנזורה והעתונות בחמש מלחמות" קשר 14, 5, 13 (1993).

¹²⁶ לעיל ה"ש 1.

¹²⁷ את השפעתו של פס"ד שניצור הציג לי תא"ל יצחק שני עם כניסתי לתפקיד הצנזורית בספטמבר 2005. מבוסס על מסמך 4-0/העיר/354 מה-17 בינואר 1989 "פס"ד בג"צ 88/680 עיתון העיר נגד הצנזור ושהב"ט" שהצנזור שלח לרמטכ"ל ולשר הביטחון.

המבחן בהסכם אולם לא להוצאת הרמטכ"ל מההליך הצנזוראלי. זמר התעקשה שלא יעלה על הדעת כי על החברים בהסכם יושתו שלוש רמות ערר (צנזור, ועדה, רמטכ"ל) בעוד שמי שאינו חבר נדרש לעמוד רק בשתיים (צנזור ובג"ץ).¹²⁸ רבין עמד על דעתו, ואכן הסכם רביעי נחתם במאי 1989 וכלל בתוכו אך ורק את המבחן המשפטי המעודכן.

כל עדכון של הסכם ה"הבנות" גרע מסמכות הצנזור לטובת התקשורת וחופש העיתונות. צבר אירועים, חלקם בין הצנזורה לתקשורת וחלקם יזומים על ידי המדינה, הביא לעדכון האחרון משנת 1996, התקף עד היום. השינויים שיקפו מגמות שרווחו בחברה הישראלית באותה תקופה. ההסכם נטה באופן ברור לטובת התקשורת. מערכת הביטחון ויתרה מרצון ומכורח על רבות מסמכויותיה. על רקע השיח בין מערכת הביטחון לתקשורת ובשל הדלפות בסוגיית שיח עובייד הוקמה בספטמבר 1989 ועדת שריד לבחינת הצנזורה. הדוח שהוגש ביוני 1990, לא כלל המלצה לחוק בשל התנגדות התקשורת, אולם הוצעו שינויים מספר בגדר האסדרה הקיימת. החשוב בהם הוא ביטול סמכות הערר לרמטכ"ל והעברתה לידי שופט. ריבוי ויכוחים מקצועיים ופערים שהתגלעו בסוגיות לא מעטות (פרסום תאונות, מינויים, פרשת צאלים – כמפורט בהמשך) בין הצנזור לתקשורת – בעטיים פרש "הארץ" (12 בנובמבר 1992) מהסכם ההבנות, ו"ידיעות אחרונות" – אחריו. שנה מאוחר יותר פרש "הארץ" גם מוועדת העורכים ולא שב אליה. "ידיעות אחרונות" פרש אף הוא מוועדת העורכים טרם חתימת ההסכם (18 בינואר 1996) על רקע הסכמת הוועדה לחקיקת חוק צנזורה, אך הבהיר שהוא עדיין צד להסכם ההבנות.¹²⁹ באפריל 1993 הוקמה ועדה משותפת לצה"ל ולוועדת העורכים לבחינת ההסכם. לא זה המקום לפרט את ההתנהלות של מערכת הביטחון, התקשורת והמשפט בגיבוש ההסכם, אולם הן ממסמכים פנימיים והן משיחות עם אלה שהשתתפו בתהליך עולה שידה של התקשורת הייתה על העליונה כמעט ברוב חלקי התהליך, ולראיה – התוצר הסופי.¹³⁰

ב-22 במאי 1996 נחתם הסכם ה"הבנות" בגרסתו החמישית. לראשונה נחתם ההסכם עם שר הביטחון ולא עם רשות צבאית, כלומר ניתן תוקף ממלכתי להסדר "זמני". ההסכם הוחל על כלל אמצעי התקשורת בישראל ללא קשר לחברותם בוועדת

¹²⁸ מכתב מוועדת עורכי העיתונים היומיים במדינת ישראל לשר הביטחון (2.10.1989).

¹²⁹ מכתב ממושה ורדי ליאיר שטרן, יושב ראש ועדת העורכים ולתא"ל יצחק שני (18.1.1996).

¹³⁰ שיחת כניסה לתפקיד עם תא"ל יצחק שני, הצנזור הראשי לשעבר (ספטמבר 2005). ראו גם חנוך מרמרי "צנזורה צבאית, צנזורה עצמית" העין השביעית (29.12.2012).
www.the7eye.org.il/31535

העורכים (עוד קודם), קרי: קבלת ההגנה הנתונה בהסכם בלי להיות חלק מהמנגנון המאזן של שמירת הסוד. הצנזורה הוגדרה כמבוססת על הבנה בין מערכת הביטחון לכלי התקשורת, נוסח שמחדד את ההיבט ההסכמי על פני ההיבט החוקי של עבודת הצנזור. בוטל מעמדו של הרמטכ"ל כערכאת ערר, ובראש הוועדה הושם משפטן שישמש גם יושב ראש. באופן הצהרתי קיבלה הוועדה מעמד של צנזור על. עוד אפשר ההסכם לכלי התקשורת לעתור לבג"ץ אם הוועדה דחתה את השגתם, קרי: לעיתונות שמורה הזכות להגיע עד לבית המשפט העליון, ומערכת הביטחון, לכאורה, חסומה בהחלטת הוועדה (לשאלתי את צבי ענבר ז"ל מה יקרה אם אחליט שלא לקבל את החלטת הוועדה בערר נגדי, הוא הבהיר כי שמורה לי הזכות, אולם הוא, כיושב ראש הוועדה, יראה בכך משום ביטולו המידי של הסכם ההבנות).¹³¹ ההסכם הגדיר את רמת הענישה, שהיא מזערית וסמלית, וצמצם את משך הליך הערר ל-24 שעות, דבר שמטיל מעמסה כבדה על מערכת הביטחון.

הדגם ההסכמי המתואר לעיל ייחודי לישראל, שהיא גם הדמוקרטיה היחידה שבה מתקיים מנגנון של מניעה מוקדמת באמצעות ארגון צנזורה ייעודי. מארג התשתית החוקית המשמשת את הצנזורה בישראל, מתבסס על תקנות ההגנה, על הסכם ההבנות, על צווים מתוקף חוק העונשין, התשל"ז-1977 (חמישה נושאים שעליהם החליטה הממשלה כי הם חסויים, אלא אם כן אישרם הצנזור. הם הוטמעו ברשימת הנושאים), על סעיפים מגבילים או מתירים בחוקים קיימים (דוגמת סעיף 9 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, וסעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002). פסיקות בית המשפט התוו את הדרך ואת מגבלות הכוח. לכל דמוקרטיה ישנם מנגנונים שהם מורשת התרבות וההיסטוריה, לשמירה על ביטחונה מפני פגיעה ולקביעת האיזון מול חופש הביטוי.

2. האסדרה בדמוקרטיות מערביות

בשתי הדמוקרטיות הוותיקות, בריטניה וארצות הברית, קיימות תפיסות שונות באשר למקומו של חופש הביטוי במדרג הערכים הלאומי המוצהר, ובמקביל – מנגנוני איזון שונים, משפטיים ומנהליים, המגבילים אותו בשם הערכים של ביטחון המדינה ושל שלום הציבור.

¹³¹ שיחת כניסה לתפקיד עם תא"ל צבי ענבר, יושב ראש ועדת השלושה (אוקטובר 2005).

בבריטניה חופש הביטוי אינו מעוגן בחקיקת יסוד.¹³² מדובר בעיקר בהתפתחות היסטורית של המעמד החברתי-משפטי המוקנה לזכות יסוד זו. נהוג לייחס לחיבורו של ג'ון מילטון מאמצע המאה ה-17, ה-Areopagitica,¹³³ את המושג "חופש הביטוי". בבריטניה מסורת ארוכת שנים של סודיות המנהל. משכך, התפתחה תפיסה משולבת בחקיקה הבריטית של מניעת מידע בתחומי מודיעין, ביטחון ויחסי חוץ ושל ענישה פלילית מאוחרת על מסירת מידע פוגעני או שלא בסמכות. כך הדבר הן בדיני ה-Seditious libel על הגרסאות השונות שלהם, והן בשני ה-Official Secrets Acts מראשית המאה הקודמת. במקביל התגבשה מאז מלחמת העולם הראשונה תפיסה של מניעה מוקדמת באמצעות מנגנון "אגרות ההגנה" (DA Notice), שהתפתח עם השנים למנגנון מייעץ, מבוסס הסכמה ומשותף לממשל ולעיתונות. הרעיון העומד בבסיס מנגנון ה-DA הוא כי גם אם האחריות חלה תמיד על העורך או על הסופר, הוועדה המייעצת (The Defence, Press and Broadcasting Advisory Committee (DPBAC)) עוזרת לו להחליט החלטה נכונה בלי לעבור על חוק הסודות הרשמיים.¹³⁴ מנגנון מניעה נוסף, שמשמשים בו במשורה, הוא צווי מניעה שיפטיים. בחינה של אירועים שונים בבריטניה מעידה על כך כי גם אם אין חופש הביטוי מעוגן בחקיקה, ומסורת סודיות המנהל מושרשת, הרי שבפועל מגן המשפט הבריטי על ערך זה ועל העיתונות כמייצגת נאמנה שלו.

בארצות הברית זוכה חופש הביטוי להגנה חוקתית בתיקון הראשון לחוקה.¹³⁵ התיקון מגן במפורש על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות (אף שלעיתונאים אין זכויות יתר בכל הקשור לחופש המידע).¹³⁶ הקונגרס אינו רשאי להגביל בחוק חירויות המוגנות בחוקה. בארצות הברית מסורת ארוכה הרואה במניעה מוקדמת רע שיש להתרחק ממנו. בית המשפט העליון פירש את התיקון הראשון כאוסר באופן מוחלט כל סוג של מניעה מוקדמת, ואם תותר, יהיה על הצד המבקש להוכיח קיומו של צורך שלטוני דוחק המתבטא בפגיעה ממשית ובלתי ניתנת לתיקון.¹³⁷ בעת הצורך החוק האמריקני מייצר באופן ישיר או עקיף מנגנוני מניעה מוקדמת ומותיר בידי השלטון שיקולים רחבים באשר לסוגי מידע שלא יימסרו לידי הציבור: מניעת גישה לאזורי

132 חופש הביטוי מעוגן ב- Human Rights Act, 1998, c. 42.

133 לעיל ה"ש 16.

134 להרחבה ראו האתר הרשמי של הוועדה www.dnotice.org.uk.

135 U.S. CONST. amend. I.

136 סגל חופש העיתונות, לעיל ה"ש 105, בעמ' 17.

137 פרשת מסמכי הפנטגון, לעיל ה"ש 50.

מלחמה לשם סיקור (משרד הצנזורה במלחמת העולם השנייה, בגרנדה ובעיראק), מנגנוני אסדרה דוגמת הסכמי סודיות, סיווג מסמכים, אגרות ביטחון של הנשיא וכדומה. המנגנונים מכוונים בעיקר לעובדי ציבור. במקביל, ובמידה רבה באופן התואם את התפיסה הנורמטיבית של איסור מניעה מוקדמת, החקיקה המתקפת ענישה מאוחרת בארצות הברית היא מחמירה, למשל חוק הזרים וחוק ההסתה בגרסתו השנייה מ-1918 וחוק הריגול מ-1917, שניסוחם עמום ושתחולתם רחבה. לאחר מתקפת הטרור ב-11 בספטמבר 2001 נחקק אחד החוקים הדרקוניים ביותר, המוכר כ- USA PATRIOT ACT.¹³⁸ החוק, שנחקק בחיפזון, מעצים את יכולת הרשות המבצעת ומצמצם מאוד את הבקרה השיפוטית על מעשיה. ככלל, בחינה של ההתנהלות בפועל בזירות שונות (הוצאת צווי מניעה, העמדה לדין על פי חוק, הגנה על מדליפי מידע, הגנה על החיסיון העיתונאי) באירועים שבהם מעורבים היבטים של ביטחון המדינה, מעלה פער בין ההצהרה הנורמטיבית להתנהלות בפועל.

3. מערכת היחסים בין הצנזורה לתקשורת

מערכת היחסים שבין הצנזורה לתקשורת שיקפה בזעיר אנפין את מערכת היחסים בין מערכת הביטחון (ובשני העשורים הראשונים – של השלטון) לתקשורת. ככלל, למעט שתי תקופות מובחנות שתפורטנה להלן, מערכת היחסים בין שני המוסדות הייתה סבירה, בהתחשב בניגודי האינטרסים המובנים.

ניתן לחלק את השנים מאז קום המדינה באופנים שונים, בהתאם לממד העיקרי שבוחנים. במאמר זה תוצג חלוקה לשלוש תקופות, וההבחנה המובילה היא הגעה לנקודות שבר או היסט ביחסי הצנזורה והתקשורת שהביאה לשינוי במאזן הכוחות. התקופות נסכרות באירוע מכונן, אולם השפעתו מחלחלת ומופיעה שנים אחדות אחר כך. כל אירוע מכונן הביא לכך שהצנזורה, בקוראה את מפת האיוזנים החדשה שנרקמה בחברה הישראלית, ערכה שינוי בפעולתה כדי להתאים עצמה לסביבה המשתנה. ההתאמה, שנועדה לשמר את רלוונטיות הצנזורה במימוש סמכותה על פי חוק, כוללת שינויים נורמטיביים ולעיתים מבניים. כך, בסיומה של התקופה הראשונה עדכנה הצנזורה את נקודת האיוזן בהתנהלותה המקצועית, כחלק מהשינוי שחל בחברה הישראלית, בלי לבצע שינוי באסדרה הקיימת. בסיומה של התקופה השנייה חלו שינוי

138 Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272.

סמלי באסדרה (הסכם 1989) ושינוי מהותי בפעולת הצנזורה מול התקשורת, שבא לידי ביטוי במחצית הראשונה של שנות התשעים. אולם מאמצע שנות התשעים חלו שינויים רבים, מהירים ובעלי השפעה הדדית במגמה כוללת ברורה של הצבת אתגר עתידי מהותי לאיזון שנרקם לאורך השנים בין הצנזורה לתקשורת. אלו הביאו לידי ההצעה המוצגת במאמר לשינוי מבני-נורמטיבי של האסדרה בישראל מהיסוד.

הסקירה תתמקד במאפייני התקופות ותציין בתוך כל תקופה נקודות שיא, אך אין היא תיאור כרונולוגי של האירועים.

4. מקום המדינה עד מלחמת יום הכיפורים

השנים הראשונות שלאחר קום המדינה היו השנים המעצבות. אופן פעולת הצנזורה, היקף סמכותה והקו המקצועי שלה נקבעו תוך כדי בחינת גבולות הדדית. בתקופה זו הצנזורה וצה"ל לא היו נקיים מחשד של נטייה פוליטית. היא הואשמה לא פעם כמי שנוצלה לצרכים פוליטיים.¹³⁹ כך, ביולי 1948 הצנזורה הורתה לסגור את בתי הדפוס של "מעריב" ושל "ידיעות אחרונות", החלטה שנתפסה כפעולה של ההגנה (שבשלטון) נגד הפלמ"ח והאצ"ל, בהתאמה. לאחר שהצנזורה פסלה לפרסום שיר של אלתרמן שעסק בפירוק חטיבות הפלמ"ח, עלתה הסוגיה על שולחן הכנסת. ח"כ י' ריפטין ממפ"ם טען: "איננו יכולים להסתפק בדיון בשאלה זאת באחת הוועדות. ההשתוללות של הצנזורה הצבאית נמשכת חודשים רבים, והיא מהווה אחת הדרכים של מלחמה מפלגתית פנימית".¹⁴⁰

בשנים אלו נעשה שימוש תכוף במנגנון "ועדת העורכים" כדי לשתף במידע ביטחוני אינטימי, בדרך כלל במטרה למנוע פרסומו. העורכים יזמו והזינו את המנגנון וראו עצמם שותפים לפעולות הממשלה והמדינה. את הצנזור, שהיה שותף לפגישות (או לסיכומים) עם ועדת העורכים, הם קיבלו כמי ששיקול דעתו כפוף לרצונותיהם של בכירים ממנו.¹⁴¹ ניתוחים רבים מציגים את הוועדה כמכשיר העיקרי להגבלת חופש העיתונות במשך שנים ארוכות, ואת חבריה כאלה שבגדו במקצוע העיתונאי

¹³⁹ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 193–194.

¹⁴⁰ ד"כ 1, 533 (התש"ט).

¹⁴¹ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 8.

ושהשתכרו מניחוח ההתחככות באליטה השלטונית. אולם יש לזכור כי הוועדה היא שהצליחה לייצר אסדרה מאזנת, גמישה ומתאימה יותר לתרבות ולחברה בישראל.¹⁴²

עם סיום מלחמת העצמאות דעכו הטענות בדבר פסילות פוליטיות-מפלגתיות, ועלו טענות נגד פסילות בהקשרי מדיניות חוץ וביטחון ונגד כיסוי על מחדלי מערכת הביטחון. הצנזורה נתפסה כמי שחרגה מתחום סמכותה ושנהגה לפסול נושאים מטעמים שונים. כך, על פסילה מטעמי "מוסר" העיד שר החקלאות עצמו. אפילו הכנסת נאלצה למצוא פתרונות יצירתיים לתיעוד "דברי הכנסת" במטרה לא לחרוג מהוראות הצנזור.¹⁴³ הצנזורה פסלה מאמרי דעה שהביעו ביקורת על מדיניות הממשלה, ולעתים אף מאמרי דעה שתקפו את ההתנהלות הפוליטית שלה עצמה.¹⁴⁴ עיקר מאבקו של הצנזור היה מול ביטאוני מפלגות השמאל מק"י ("קול העם") ומפ"ם ("על המשמר"), מעין שיקוף של מאבק השלטון במפלגות אלו.¹⁴⁵ בתחילת שנת 1953 נסגר "קול העם" פעמיים, בפעם הראשונה פסק בית המשפט בפסק דין כמעט נשכח שאין הוא מתערב בהחלטת הרשות המוסמכת.¹⁴⁶ בפעם השנייה פסל בית המשפט את החלטת שר הפנים, פסיקה שהייתה עוגן ראשון לחופש הביטוי בדמוקרטיה הישראלית הצעירה.¹⁴⁷ להבדיל מפסיקת שניצור, פסיקת קול העם לא הטביעה חותמה על פעולת הצנזורה. המאבקים עם עיתוני השמאל, כולל "הארץ", נמשכו ביתר שאת. עיתון "הארץ" לקח על עצמו להיאבק בפסילות שאינן צבאיות גרידא, דוגמת חילוקי דעות במערכת הביטחון, סוגיות של יחסי חוץ וביקורת על בכירים. ח' שורר, איש מפא"י, הגדיר זאת "אי-ציות והתקוממות... יש להחמיר את הצנזורה, כי אצלנו משתוללת הדמוקראטיה".¹⁴⁸ ניסיונות שונים לחייב את "ועדת העורכים" להגדיר מחדש את גבולות סמכות הצנזור בשאלות שונות לא עלו יפה. הוועדה התחמקה מהכרעות

¹⁴² להרחבה על ועדת העורכים ראו צבי לביא "ועדת העורכים" – המיתוס והמציאות" קשר 1, 11 (1987); נמר של נייר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 83-92.

¹⁴³ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 196-197.

¹⁴⁴ למשל פסילת מאמר על מדיניות הממשלה כלפי סוריה למען היחסים עם ארצות הברית ופסילת מאמר ב"על המשמר" על צנזורה מדינית. שם, בעמ' 199.

¹⁴⁵ שם, בעמ' 200.

¹⁴⁶ בג"ץ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 165 (1953).

¹⁴⁷ לעיל ה"ש 28. דינה גורן, לעיל ה"ש 47, מייחסת בעמ' 201 את השינוי בעמדת בית המשפט כלפי "קול העם" בהפרש של חודשים ספורים לשינוי היחסים בין ישראל לרוסיה.

¹⁴⁸ שם, בעמ' 202.

והעדיפה את דרך השכנוע ההדדי.¹⁴⁹ בשנים אלו ההנחה הרווחת היתה כי השתיקה יפה לנושאים ביטחוניים (כולל מחדלים הרי גורל דוגמת "עסק הביש"). השאלה המהותית אילו נושאים אכן נדרשים בהגנת הצנזורה, לא נדונה לעומק ולא הוכרעה. אלה היו "שבע ... השנים הפורמטיביות של הדמוקרטיה הישראלית".¹⁵⁰

האירוע שערער בשנים אלו את הסטטוס קוו שנוצר, הוא "הפרשה". "פרשת לבון", שבה נוצרו מחנות בתוך השלטון וכל מחנה זכה לתמיכה של כלי תקשורת אחר, הציפה את העובדה שבעת הצורך אין בוחלים בכירים לעשות שימוש במידע שקודם לכן הוגדר חסוי בשם הביטחון הלאומי. הצנזורה נאלצה להתמודד עם הדלפות מידע מצד שני המחנות, עם רמזות, עם לשון סתרים שפותחה במיוחד לתיאור הפרשה, ועם פרסומים בחו"ל ששימשו בסיס לשיח בארץ. הצנזורה אסרה לפרסם בארץ את מה שפורסם בחו"ל, מתוך נקודת הנחה שמידע המפורסם בארץ זוכה לאמינות גבוהה יותר (הבסיס המקורי לציטוט מקורות חוץ). אולם איסור זה הביא למעשי מחאה של הציבור, של העיתונות ואפילו של גיבורי הפרשה, שציטטו פרסומים ושחשפו מידע ברבים. למרות ספיחי "הפרשה" היו שנות השישים המוקדמות רגועות יחסית, עד לדרישתו של שוקן מעיתון "הארץ" מוועדת העורכים לבחון מחדש את "בעיות" הצנזורה, שתוצאתה, כאמור, הנוסח השלישי להסכם. במקביל לשינוי העיקרי שהוכנס בהסכם, ולפיו אין הצנזורה עוסקת בדעות ובפרשנות, הוצא צו לפי חוק העונשין העוסק בישיבות ממשלה המוגדרות "ועדת שרים לענייני ביטחון". לפי צו זה, הישיבות חסויות אלא אם כן אישר הצנזור לפרסם מהן.¹⁵¹ שימוש יתר של הממשלה בהגדרות ישיבותיה כ"ועדת שרים לענייני ביטחון" ופעולת הצנזור (ללא שיקול דעת) למניעת פרסומן החזירו את פעולת הצנזורה למרחב הפוליטי.¹⁵² בשנים אלו עלתה הצנזורה

¹⁴⁹ החשש מהכרעות עקרוניות בסוגיות הקשורות בצנזורה מלווה את הצנזורה עד היום, למשל פעולתו של בג"ץ בשתי עתירות משנת 2000 בסוגיית צו איסור פרסום של הצנזורה, החלטות ועדת השלושה שנוטות כמעט תמיד לפשרה, ובמידה מסוימת גם אי הנכונות לאכוף את החוק במקרה של הפרות בוטות.

¹⁵⁰ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 8.

¹⁵¹ קיימים חמישה צווים לפי חוק העונשין שבהם הוסמך הצנזור כגורם המאשר מידע לפרסום. הצווים עוסקים בסוגיות של "ועדת שרים לענייני ביטחון", עלייה מארצות שהעלייה מהן מוגבלת, צינור הנפט אילת-אשקלון, הלוואות חוץ ומכליות נפט בנמלי ישראל.

¹⁵² נמר של נייר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 74-76.

לכותרות מדי פעם: פרשת "בול" (בן ברקא), פרשת ישראל בר, התפטרות ראש המוסד על רקע פרשת המדענים הגרמנים ועוד.

בעתות מלחמה: מלחמת קדש¹⁵³, מלחמת ששת הימים¹⁵⁴ ומלחמת ההתשה¹⁵⁵, זכתה הצנזורה לנכונות ולהבנה מצד התקשורת, למעט עיתון "הארץ" שהיה בשליחות עצמית לייצר מאזן כוחות אחר.¹⁵⁶ אפילו פסילת הצנזורה את אירועי כפר קאסם תוך כדי מלחמת קדש עד לסיום החקירה, שעליה העיד לימים הצנזור הראשי בר-און שהייתה "[...] חסימת פי העיתונות", לא זעזעה את המערכת.¹⁵⁷ כאמור, חלק נכבד לכך יש לייחס לעובדה כי העורכים הראשיים שותפו בסודות הביטחוניים, בתמורה לכך שאלו לא יפורסמו.¹⁵⁸ השיח הביטחוני שקדם למלחמת ששת הימים נוהל אמנם באופן חופשי יותר מבעבר תודות לסעיף 2 בהסכם ההבנות מ-1966, שאפשר דעות ופרשנויות. מאידך גיסא, הבריורים המדיניים בעקבות הלחימה חסו תחת צנזורה. הסכם הפסקת האש והרגיעה לכאורה שהביא עמו, וביתר שאת העלאת שאלות פוליטיות בעלות גוון ביטחוני (עתידי השטחים, שלום עם הערבים, דמוגרפיה) לשיח ציבורי הגלוי הורידו את מפלס הסובלנות כלפי מעורבות הצנזורה. בשנים שקדמו למלחמת יום הכיפורים לא הותרו לפרסום סוגיות רבות שחונות במרחב הביטחוני-פוליטי.¹⁵⁹

טראומת מלחמת יום הכיפורים הייתה קו שבר חד ביחסי צנזורה-תקשורת, "רעידת אדמה" שטלטלה את מערכת הביטחון ואת התקשורת. התנהלות ועדת

153 ז"ק, לעיל ה"ש 125, טוען בעמ' 9 כי הצנזורה פסלה ידיעות בזכות מכה מקדימה למצרים ודחפה את השיח הציבורי הרחק מזירה זו.

154 הצנזורה זכתה למחמאות על התנהלותה במלחמת ששת הימים, ייתכן שכחלק מהאופוריה הכללית. מאיר בן-גור "עתונות ועתונאים בימי המערכה" ספר השנה של העתונאים תשכ"ז 35, 40-41 (1967).

155 נטען כי במלחמת ההתשה העיתונות שבעד הממסד אותגרה על ידי עיתונות מחאה שייצגה בעיקר את האגף היוני המתון. גד ברזילי "תקשורת המונים ומלחמות" קשר 10, 25, 27 (1991).

156 גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 219.

157 אבנר (וולטר) בר-און הסיפורים שלא סופרו 83 (1981).

158 העברת מידע מוגדר "לא לפרסום" בישיבת ועדה מונעת מכלי התקשורת לפרסום גם אם התקבל ממקורות אחרים. לביא, לעיל ה"ש 142, בעמ' 11-14.

159 ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 15.

העורכים שהצניעה פרסומים לאחר תדרוך שקיבלה,¹⁶⁰ והצנזורה שמנעה את הצגת כלל המידע על היערכות בגבול, נתפסו כאם כל חטאת.¹⁶¹ איגוד כתבי החוץ ניהל מאבק עיקש מול הצנזורה לאורך כל המלחמה וטען לפסילות פוליטיות, לחוסר מקצועיות ולחוסר עקיבות. בעקבות המלחמה הוא קרא לשידוד מערכות כולל של הצנזורה.¹⁶² העיתונאים היכו על חטא על התנהלותם הבלתי מקצועית. המושגים "כישלון", "מחדל", "הכאה על חטא", "צנזורה עצמית", "שחיטת הפרה הקדושה של הביטחון" היו שגורים בפי כל עיתונאי.¹⁶³

עשרה ימים בלבד לאחר סיום המלחמה התכנסה "ועדת הצנזורה" שליד "ועדת העורכים", ונקבעו כללים חדשים לפעולת הצנזורה מול העיתונות. הכללים החדשים שסיכם הצנזור מאפשרים שיח ביקורתי נוקב יותר ומעידים על המהפך שחל לאחר המלחמה בתפיסתו באשר לנקודת האיזון הנכונה. הספר "המחדל", שהוגש לצנזורה כמאמרים נפרדים, מעיד על השינוי.¹⁶⁴ מאידך גיסא, נטען כי הצנזורה המשיכה לפסול ידיעות מזיניות רבות. בר-און מספר בספרו על סוגיות מזיניות רבות שבהן נתקל. עולה מהן כי הוא ניסה לקבוע קו ברור בין עניינים ביטחוניים למדיניים, ולראיה ניסיון של הממשלה להגן על מידע בתחום יחסי החוץ באמצעות צו לפי חוק העונשין, שכשל.¹⁶⁵

¹⁶⁰ תיעודי תדרוכים מתקופה זו הנמצאים בצנזורה מעידים על קשר אינטימי, הדוק וחושפני בין ועדת העורכים לראשי הצבא והמדינה. תוך כדי המלחמה הם נפגשו אחת ליומיים. ז"ק, שם, טוען כי זו הסיבה שבגינה במשך כל המלחמה לא הוגשו תלונות לוועדת הצנזורה.

¹⁶¹ בצנזורה נמצאה רק כתבתו של יעקב ארז על היערכות בגבול המצרי, שנפסלה לפרסום בחלקה המכריע. אין סימוכין לטענה כי "כתבות רבות" נפסלו בצנזורה. הדבר תואם את טענתו של תא"ל יצחק שני שמוצגת שם.

¹⁶² כתבי חוץ "ניהול עתונות" ספר השנה של העתונאים תשל"ד 70, 73–74 (1974).
¹⁶³ "מוסדות העתונאים יגבשו הצעות ליצירת תנאים שיאפשרו לעתונים למלא את חובתם" ספר השנה של העתונאים תשל"ד 108 (1974) (להלן: "מוסדות העתונאים"); סימפוזיון שהתקיים שלושה חודשים לאחר סיום הלחימה).

¹⁶⁴ על התגובות שקיבל הצנזור בעקבות אישור הספר ראו בר-און, לעיל ה"ש 157, בעמ' 256. על השינוי ראו עדות של נח מוזס ב"מוסדות העתונאים", לעיל ה"ש 163, בעמ' 115.

¹⁶⁵ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 15. בר-און, לעיל ה"ש 157, בעמ' 276–280.

5. מ-1973 ועד בג"ץ שניצר (1989)

משבר תודעתי עמוק ומשבר אמון בממשל בעקבות המלחמה, תסיסה פוליטית ושבירת הקונצנזוס נגדו בנכונות התקשורת לקבל על עצמה מגבלות שהכתיב הממסד. "ועדת העורכים" נחלשה כמוסד הן בשל חילופי השלטון ב-1977 והיחלשות הזיקה בין העורכים לממשל והן בשל היריבות הפוליטית התוך ממסדית שהביאה לחשיפה רבה של מידע בלי להיזקק למפגשים חסויים.¹⁶⁶ הגדלת מספר החברים גזלה מהוועדה את שארית מעמדה הייחודי. העיתונות הפכה ביקורתית יותר ומעודנת פחות, ובמקביל הצנזורה הפכה "ליברלית" יותר, שילוב שהביא לשיח ציבורי-ביטחוני הולך וגובר. מערכת הביטחון פיתחה את ערוצי הקשר הישירים מול התקשורת, וממצב של איפול מוחלט עבר צה"ל לשיתוף פעולה צמוד.

לפני פרסום ממצאי ועדת אגרנט, ובעיקר אחריהן, עסקה העיתונות רבות בכשל המדיני והצבאי במלחמה, בדגש על הקונספציה שבה היו שבויים הדרגים הבכירים. נגד העיתונות טענו כי היא התעלמה מחלקה שלה בהחדרת עיקרי הקונספציה לתודעת הציבור בישראל בשל מערכת היחסים המורכבת וההתחייבויות ההדדיות שאפיינו את "ועדת העורכים" ואת תא הכתבים הצבאיים המואמנים.¹⁶⁷ אולם ההתנהלות מול הצנזורה בשנים הראשונות לאחר המלחמה העידה על תהליך הפקת לקחים אישי ומערכתי שתוצאתו אי נכונות לקבל את עולה כבעבר.

באופן לא מפתיע גם הצנזור מצא את עצמו "מצדד יותר ויותר עם ... עקרון חופש העיתונות ... כאחד מעקרונות-היסוד של דמוקרטיה מתוקנת". למרות תפקידו המגביל את חופש העיתונות, הוא ראה עצמו מי שאחראי גם לשמירתו.¹⁶⁸ תפיסת עולם צנזוראלית זו מלווה את מפקדי הצנזורה מאז, ומקורה כאמור בטרואמת יום הכיפורים שלנו. כידוע, בפעולתה משקפת הצנזורה את נקודת האיזון בין האינטרסים, תפיסות העולם והניגודים השונים בחברה הישראלית. היחלשות הקונצנזוס הציבורי-פוליטי בנושאים לאומיים לאחר מלחמת יום הכיפורים גרמה לצנזור להימנע ככל

¹⁶⁶ לביא, לעיל ה"ש 142, בעמ' 25. על מרכזיותו של בן-גוריון בקביעת מדיניות הביטחון, ראו Reuven Pedatzur, *Ben-Gurion's Enduring Legacy, in SECURITY CONCERNS: INSIGHTS FROM THE ISRAELI EXPERIENCE* 139, 142-43 (Daniel Bar-Tal, Dan Jacobson & Aharon Klieman eds., 1998).

¹⁶⁷ גורן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 219.

¹⁶⁸ בר-און, לעיל ה"ש 157, בעמ' 280.

האפשר מכניסה לסוגיות מדיניות-ציבוריות, שהיו מנת חלקו קודם לכן, ולאפשר שיח ביטחוני ביקורתי.¹⁶⁹

המהפך בשנת 1977 גרם לשתי תופעות שהתנפצו על שולחנו של הצנזור. ראשית, נפרמה מערכת היחסים הייחודית בין האליטה התקשורתית לאליטה העיתונאית. שנית, נוצר נתק בין השלטון בראשות בגין לבין "ועדת העורכים". המושג "ביטחון המדינה", שאופיו ותכולתו זהו עם תפיסת העולם של מפלגת השלטון הקודמת, הפך להיות תלוי השקפת עולם ואידיאולוגיה, ואלו היו שונות.¹⁷⁰ העובדה שחלק ניכר מהסוגיות הביטחוניות חנו על סף השיח המדיני, לדוגמה השיח שיתפתח על האינתיפאדה ועתיד השטחים שכלל היבטים ביטחוניים-צבאיים נרחבים, הקשתה מאוד על קביעת הגבול.¹⁷¹

צנזורה מבוססת מניעה מוקדמת "וולונטרית" נשענת על האמונה כי קיים אינטרס-על משותף לשני הצדדים להסכם. הביטחון הלאומי הוא אינטרס כזה, ולטובתו מוכנה העיתונות לספוג עולן של הגבלות חיצוניות ופגיעה בחופש הפעולה שלה. כל אירוע ברמה הלאומית שמפחית מתחושת הסכנה הקיומית המיידית, או שנוגס בקונצנזוס החברתי, יש לו השפעה ישירה והשפעה עקיפה על פעולת הצנזור כלפי העורכים: אירוע חיובי, דוגמת הסכם השלום עם מצרים, ואירוע דוגמת מלחמת לבנון הראשונה, שנגסה בקונצנזוס הלאומי ושהתנהלה על רקע משבר אמון בבכירי הממסד הביטחוני והממסד המדיני.¹⁷² יעקב ארזו העיד על המשבר שחש כאשר נגלה לפניו הפער בין הפקודות לצבא לכיבוש ביירות, למה שנאמר לדרג המדיני ובתקשורת. זו הייתה נקודת מפנה. לוחמים ביקשו: "סעו לירושלים! החיים שלנו בידכם!". איתן הבר העיד כי אלופים לחשו על אוזנו שהמלחמה מיותרת.¹⁷³ הצנזור, כמנהגו העדכני-ליברלי, התיר לתקשורת קודם לפתיחת המלחמה, לצייר תמונה מדויקת יחסית

¹⁶⁹ ספריהם של זאב שיף רעידת אדמה באוקטובר (התשל"ד) ושל משה אישון המחדל (1974) מעידים על השינוי. דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 42.

¹⁷⁰ נמר של נייר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 89; לביא, לעיל ה"ש 142, בעמ' 25-26.
¹⁷¹ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 55.

¹⁷² זאב שיף "כשהתחתים ירו - העיתונות לא שתקה, מעולם" ספר השנה של העיתונאים תשמ"ה 76, 82 (1985). עוד על חוסר האמון ראו "מלחמה בלי קונצנזוס" ספר השנה של העיתונאים תשמ"ג 7 (1983); "של"ג: מלחמת יש ברירה או חוסר ברירה" ספר השנה של העיתונאים תשמ"ה 83 (1985).

¹⁷³ "מלחמה בלי קונצנזוס", לעיל ה"ש 172, בעמ' 14-15.

בנושאים מדיניים-צבאיים.¹⁷⁴ אולם במלחמה, כבמלחמה, חזרה הצנזורה למדיניות מחמירה. אחת העדויות לשוני בין המלחמות עד 1973 למלחמת לבנון הראשונה היא העובדה שהצנזורה והתקשורת התעמתו רבות תוך כדי הלחימה, כולל משפטי צנזורה. על רקע היחסים עם שר הביטחון אריאל שרון לא התכנסה הוועדה ולו פעם אחת. חוסר האמון בשלטון ובצבא היתרגם למאבקים מול הצנזורה.¹⁷⁵ איתן הבר טען כי "לא נשמענו יותר למאווי ליבו של מישהו בצמרת צה"ל ומשרד-הביטחון. עשינו וכתבנו את מה שחשבנו לנכון לכתוב. מבחינה זו, מלחמת לבנון היתה תעודת-הבגרות של העתונות הישראלית בכלל, ושל הכתבים הצבאיים בפרט".¹⁷⁶

ביטוי להלכי הרוח בחברה ניתן לזהות בהתאמת המדיניות שנערכה, שלא באופן מוצהר, לאחר המלחמה. הספרים שהתפרסמו לאחר מלחמת לבנון הראשונה מעידים יותר מכל על הגמישות הרבה שהפגינה הצנזורה במתן במה לשיח ביטחוני פתוח וביקורתי.¹⁷⁷

התקופה שאחרי מלחמת לבנון לא הייתה רגועה מבחינת הצנזורה בחזית נוספת. סמכותה והרלוונטיות שלה נדונו גם בדרג המדיני.¹⁷⁸ תקופה זו הגיעה לשיאה בבג"ץ שניצז,¹⁷⁹ שיותר מכל משקף את רוח התקופה במשפט ובחברה בישראל. הדרישה מצד העיתונות ומצד גורמים פוליטיים לנהל דיון ציבורי בנושאים שבעבר נחשבו טאבו בשל היבטים ביטחוניים-לאומיים, קיבלה זריקת עידוד חזקה מבית המשפט העליון. פסיקה זו היא האירוע המכונן העיקרי בחיי הצנזורה עד לימים אלו. יש שיאמרו שמבחן הוודאות הקרובה עזר לה לשרוד את הסערות של שנות התשעים והאלפיים.

ככל שהצנזור פעל באופן עצמאי יותר בשל היחלשות הקונצנזוס ולאור הפסיקה, כך התקבע מעמדו כמייצג הדדי של שתי המערכות. מערכת הביטחון ראתה בו מי שרגיש להלכי הרוח בציבור ובתקשורת ושיודע להתאים את המדיניות ואת ההתנהלות.

¹⁷⁴ ז"ק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 18.

¹⁷⁵ דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 43.

¹⁷⁶ "מלחמה בלי קונסנזוס", לעיל ה"ש 172, בעמ' 10.

¹⁷⁷ כך ספרם של זאב ושיף ואהוד יערי מלחמת שולל (1984). דיני צנזורה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 43.

¹⁷⁸ הצעת חוק הצנזורה, התשמ"ד-1984, הכנסת ה-10 (ח"כ מרדכי וירשובסקי). הצעה לסדר היום של ח"כ פסח גרופר – פרסום סודות צבאיים בעיתונות, ד"ב 108, 3899 (התשמ"ז).

¹⁷⁹ לעיל ה"ש 1.

התקשורת ראתה בו גוף שמייצג את האינטרסים שלה מול מערכת הביטחון. למעמד זה של הצנזורה חלק עיקרי בשימור מנגנון האסדרה.¹⁸⁰

6. שנות התשעים ואילך – שינויים באקלים החברתי-תרבותי בישראל

(א) מאפיינים כלליים

עשרים ושש השנים שחלפו מאז גידר בית המשפט את סמכות הצנזורה במבחן הוודאות הקרובה, היו רוויות אירועים ביטחוניים, חלקם בעצימות גבוהה וחלקם בעצימות בינונית, חלקם מזוהים עם ישראל וחלקם אינם מזוהים עמה, חלקם במרחב המדיני וחלקם במרחב הצבאי: מלחמות (מלחמת המפרץ הראשונה ומלחמת המפרץ השנייה, מלחמת לבנון השנייה), מבצעים (בצפון "ענבי זעם", במרכז "חומת מגן", בדרום מ"עופרת יצוקה" ועד "צוק איתן"), הסכמי אוסלו, הנסיגה מלבנון, האינתיפאדה השנייה; פרשיות ריגול, פרשיות סיכול. חלקם ניזומו על ידי המערכת, לדוגמה השיח בנושא התגרענותה של איראן. חלקם נכפו על ישראל בעקבות תקלות (פרשת חאלד משעל, תפיסת סוכני המוסד בשוייץ). ארבע מגמות רוחב מאפיינות עשורים אלו.

בשנות התשעים היינו עדים למספר גבוה של יוזמות מצד גורמים מדיניים לבחון את קיומה של הצנזורה ואת היקף סמכותה באמצעות ועדות או הצעות חוק. הסיבות להקמת ועדה או להעלאתן של הצעת חוק הן מגוונות. אולם נדמה כי ריבוי ההצעות ותכיפותן מעידים על מגמה ברורה של "חוסר נוחות" מצד גורמי השלטון כלפי הצנזורה.¹⁸¹ בהקשר זה יצוין כי ועדת יוסי שריד (כחלק מוועדת החוץ והביטחון של הכנסת) מונתה בספטמבר 1989 על רקע הדלפות בנושא שיח' עובייד, והמלצותיה הוגשו ב-12 ביוני 1990. זו הוועדה היחידה שהמלצותיה אומצו בחלקן בהסכם 1996. ועדת דדי צוקר (כחלק מוועדת החוקה, חוק ומשפט) משנת 1992 מונתה על רקע פרשת צאלים והגישת הצעת חוק במאוס 1993.¹⁸² שר המשפטים דוד ליבאי הגיש באותה שנה הצעת חוק, ומולה מיהר הפצ"ר להעלות הצעת חוק מטעם מערכת

¹⁸⁰ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 57-58.

¹⁸¹ ראו "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 86.

¹⁸² הצעת חוק סמכויות שעת חירום (הגבלת פרסום מטעמי ביטחון). התשנ"ד-1993 (הכנסת ה-13).

הביטחון.¹⁸³ ח"כ דוד מגן הגיש בדצמבר 1993 הצעת חוק לביטול הצנזורה, ושנה מאוחר יותר הוא הגיש הצעה בנוסח מרוכך יותר.¹⁸⁴ במאי 1994 נדונו שתי הצעות החוק הפרטיות של חברי הכנסת צוקר ומגן (שנסמכות על עבודת ועדה ציבורית בראשות משה נגבי) בוועדת השרים לענייני חקיקה. העיתונות העבירה מסר ברור שלפיו היא אמנם מתנגדת לצנזורה מקדימה, אולם אם נגזר לחיות עם צנזורה, הרי שהאסדרה הקיימת היא הרע במיעוטו. ביוני 1994 נדחו שתי הצעות החוק. בינואר 1996 העלה ח"כ צוקר את הצעת החוק מחדש לאור טענת העורכים בפגישה עם ראש הממשלה כי האסדרה הקיימת פשטה את הרגל. שר המשפטים ליבאי מיהר למנות ועדה בראשות עו"ד יהושע שופמן. ועדה זו פעלה במקביל למהלכי עדכון ההסכם משנת 1996. עדכון ההסכם הקדים את הוועדה וייתר את הצורך בה.

הנה כי כן, מכלל הוועדות שהוקמו, הצעות החוק שגובשו או הונחו על שולחן הכנסת ומהתיעוד בכתובים עולה כי האסדרה הקיימת נתפסה כרע במיעוטו! לעצמאותו המקצועית של הצנזור ולניקיון ההליך של קבלת החלטותיו יוחסה חשיבות גורלית. מיקום הצנזורה בצה"ל נתפס אף הוא כרע הכרחי או כרע במיעוטו לשם שמירת עצמאותו. היה גם חשש ממתן מעמד של קבע למוסד הצנזורה שנתפס כזמני.¹⁸⁵ העיתונות היא שעמדה בחזית ההגנה על הצנזורה במתכונתה הקיימת.¹⁸⁶

שיח זה לא השתנה גם עשור אחר כך, ומסרים דומים ניתן למצוא בתיקי ועדת וינוגרד, שמונתה ב-2004 ביוזמה פנימית של משרד הביטחון.¹⁸⁷ התקשורת התייחסה לצנזורה כאל "רע הכרחי" המבצע את תפקידו נאמנה במגבלות הקיימות. דווקא גופי הביטחון הלינו על המבחן המשפטי המכביד על פעולת הצנזורה בשמירה על סודותיהם. המלצת הוועדה הייתה למסד בחוק את האסדרה הקיימת.

ניסיונות אלו והשיח הציבורי שליווה כמעט כל פרשה ביטחונית, העידו על היחס הדואלי כלפי הצנזורה, אם תרצו – יחסי אהבה-שנאה. שניות זו ביחס לצנזורה, היא המגמה השנייה בתקופה הנדונה, באה לידי ביטוי בהבעת התנגדות עקרונית למנגנון המניעה המוקדמת ולקיומה של צנזורה צבאית בישראל. יש שקבעו כי היא גוססת, יש

¹⁸³ מסמך ממפקדת פרקליט צבאי ראשי מה-18 במאי 1993, סימוכין תיק 440-2509.

¹⁸⁴ הצעת חוק לביטול הצנזורה, התשנ"ד-1994 (הכנסת ה-13).

¹⁸⁵ דב גולדשטיין "להיאבק ללא פשרות נגד כל ניסיון לפגוע בחופש העיתונות". ספר השנה

של העיתונאים 95-1994, 23, 29 (1994-1995).

¹⁸⁶ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 87.

¹⁸⁷ בתיקי הוועדה ביחידת הצנזורה.

שהכריזו ברמה על מותה, ואפילו בצה"ל החלו לדון בסגירה אפשרית של היחידה. אולם משניתנה האפשרות לייצר תהליך שסופו בפירוקה של הצנזורה, מעשית העדיפו את המנגנון הקיים והמוכר על פני חלופה עתידית שמהותה אינה ברורה. העובדה כי הצנזורה השכילה להתאים עצמה למציאות המשתנה ולמצב עצמה כגורם מקצועי עצמאי בר סמכא, הפכה אותה מ"רע הכרחי" ל"טוב נסבל".

מגמה שלישית היא ביסוס מעמדה של הצנזורה כגורם מקצועי עצמאי, ביטחוני במהותו ומאזן בהתנהלותו. למעמד זה נלוו סממנים פנימיים בתוך מערכת הביטחון – מעמד ומאפייני התנהלות בתוך צה"ל, ממשקים מול גורמי הייעוץ, הגדרת הייעוד של היחידה ועוד. אולם מעניינים יותר הם הביטויים הגלויים של המעמד הנרכש. ביטוי שכזה למעמד הצנזורה עולה דווקא משיח תקשורתי, לכאורה בעל נופך שלילי, בהקשרי סוגיות החוסות תחת צווי איסור פרסום. החל מאמצע שנות התשעים התרחשו פרשיות ביטחוניות כבדות משקל, דוגמת פרשת יהודה גיל (1997), פרשת נחום מנבר (1997), פרשת חאלד משעל (1997), פרשת האחים עוודאללה (1998), פרשת סוכני המוסד בשווייץ (1998) פרשת אבישי רביב (1999) ופרשת טננבאום (2000). פרשיות ביטחוניות אלו ואירועים נקודתיים אחרים שהתרחשו במקביל, הציפו שתי מגמות סותרות לכאורה, ובפועל – משלימות זו את זו. האחת, ריבוי הוצאת צווי איסור פרסום על רקע תחושתם של גופי מערכת הביטחון שהצנזור אינו נוטה – או מסוגל – לספק מעטפת הגנה כפי שהם היו רוצים. יש שהציגו זאת כסממן לחולשת הצנזורה.¹⁸⁸ בפועל, הצנזור התעקש לפעול לפי אמות המידה שקבע בית המשפט, ואלו אכן לא סיפקו הגנה מלאה לכל המידע שמערכת הביטחון רצתה לחסות. השנייה, עיקרה חילוקי דעות מהותיים שהתגלעו בין הצנזור הראשי לפרקליטות המדינה והיועץ המשפטי לממשלה באשר לפרשנות מבחן הוודאות הקרובה באירועים ביטחוניים (הצנזור כמעט תמיד הקל יותר) ובאשר לסמכות הצנזור לחוות דעתו כאשר חל צו איסור פרסום על המקרה.¹⁸⁹ סופו של המאבק בנוהל שמחייב את הצנזור להימנע ממימוש סמכותו על פי חוק כאשר שופט מוציא צו איסור פרסום.¹⁹⁰ המעניין

¹⁸⁸ אבנר הופשטיין "צווים לא קדושים". העין השביעית 17, 34 (1998); ברוך קרא "אין הפרדת רשויות" העין השביעית 18, 7 (1999).

¹⁸⁹ בצנזורה תיעוד למאבק שניהלו הצנזורים תא"ל יצחק שני ותא"ל רחל דולב בסוגיית צווי איסור פרסום, בהעלותם של טיעונים מהותיים ודינוניים, פנימיים וכאלה שעניינם מראית פני הדברים כלפי חוץ. מערכת המשפט לא קיבלה את עמדתם.

¹⁹⁰ "צווי איסור פרסום בעניינים הנוגעים לביטחון המדינה" הנחיות פרקליטת המדינה 14.14 (התשס"ב). במהלך שנת 2014 הונח על שולחן פרקליטות המדינה מסמך מטעם

הוא שבשיח הציבורי הער בסוגיה זכתה הצנזורה לתמיכה דווקא מהתקשורת, שהעדיפה לפעול מול גורם מוכר, מידתי ומקצועי.

מגמה רביעית היא התאמות מבניות-נורמטיביות רבות שהצנזורה נאלצה לבצע בהתנהלותה המקצועית כדי לשמר את הרלוונטיות המקצועית שלה. ראשית ומעל לכול, הצנזורה החלה לפעול ברוח הפסיקה וקבעה את מאפייני המדיניות בנושאים השונים ברוח הוודאות הקרובה.¹⁹¹ הצנזורה שינתה את תפיסת הייעוד והגדרה אותו כהגנה על הביטחון תוך כדי עריכת איזון בין ערכים. הצנזורה חדלה אט-אט מלפעול באופן דווקני בהתייחס לחובת ההגשה המוקדמת והתאימה עצמה לתווך התקשורת (דהיינו למאפייני הגוף) ולפוטנציאל האיום. היא החלה מתנהלת באופן שקוף ומכיל כלפי התקשורת. נעשה שימוש מועט יחסית במנגנון של ועדת השלושה. הפעולה מול כתבים זרים ומול התקשורת בשפה הערבית הותאמה כך שתתאים לאופייה הדמוקרטי של המדינה. הצנזורה פיתחה תהליכי קבלת החלטות והתייעצות מהירים כדי לספק מענה לעידן השידורים החיים. פותחו תפיסות עבודה שחורגות מהגדרות "המניעה המוקדמת" לטובת האינטרנט, כולל שינוי הגדרת הייעוד. הצנזורה פעלה להנחלת המדיניות בסוגיות קריטיות כך שניתן יהיה להסתפק בעת חירום בהעברת צווי מדיניות צנזור. הצנזורה הנגישה עצמה לציבור הרחב שאינו קהל היעד המקורי (ממפעילי יישומי אינטרנט שאינם עיתונאים ועד לארגוני הצלה וראשי מועצות ועיריות בקווי עימות), ועוד.

ארבע מגמות אלו נשענו על שינויים שחלו בחמישה ממדים המרכיבים את המרחב הציבורי שבו פועלת הצנזורה במדינת ישראל: החברתי, המשפטי, התקשורתי, הטכנולוגי והביטחוני. כפי שיתואר להלן, שינויים אלו יצרו תנועה מתמדת לעבר מציאות המתקשה יותר ויותר להכיל, תפיסתית ומעשית, את קיומה של צנזורה מונעת מהסוג הקיים בישראל.

הצנזורה הקורא לשנות את הנוהל ולהשיב לצנזור את הזכות לתת חוות דעת במנותק מהחיסוי של צו איסור הפרסום.

עדיין בחלק מהמקרים יש שראו חריגה של הצנזור מסמכותו כפי שפירש אותה בית המשפט. לדוגמאות ראו חופש העיתונות בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 50-52.

(ב) הממד הראשון – יחסי צבא-חברה: מדגם של "אומה במדים" ל"חברה אזרחית"¹⁹²

מדינת ישראל עוצבה בתחילת דרכה כ"אומה במדים": תפיסת עולם ("מודל" במונחים אקדמיים) העושה שימוש בתרבות בעלת סממנים צבאיים לשם פיתוח המדינה שבדרך. כך קובעה התרבות הפוליטית של מדינת ישראל הצעירה בחמשת העשורים הראשונים של חייה לערך, ובמידה רבה המדינה עדיין לא השתחררה לחלוטין מתפיסה זו.¹⁹³

"אומה במדים" או חברה שחלק מערכיה העיקריים הם ערכים צבאיים, מתאפיינת בגבולות גמישים וחדירים בין הצבא והממסד הביטחוני למגזר האזרחי והדרג השלטוני. הסוגיה הביטחונית מקבעת את התודעה של מנהיגים ושל מונהגים. בחברה כזו הצבא והביטחון הופכים לנקודת המבט שדרכה רואים את המציאות.¹⁹⁴ קיימת הערצה לתרבות הכוח ומי שנושא במשרות הביטחוניות הבכירות הוא מושא לחיקוי.¹⁹⁵ הדרג המדיני והאזרחים סומכים על הצבא שיישא בנטל המשימות הלאומיות.¹⁹⁶ הצנזורה בישראל היא ביטוי מובהק לתופעה סוציולוגית של אומה במדים. רק דמוקרטיה מתגוננת שחיה בתחושת חירום תמידית, ושבה עברה הסוגיה הביטחונית גלישה תודעתית, תסכין עם קיומה של צנזורה ביטחונית מונעת.¹⁹⁷

בשנות השמונים החלה בישראל נטייה לאמץ מאפיינים מדגם החברה האזרחית:¹⁹⁸ עלייה, לפחות חלקית, של הפן האישי על חשבון הקולקטיביזם; ירידת

¹⁹² השינויים בכל ממד יוצגו מנקודת המבט של האתגרים המוצבים לפתחה של הצנזורה.
¹⁹³ Daniel Bar-Tal & Dan Jacobson, *The Elusive Concept, and Pursuit, of Security*, in SECURITY CONCERNS, *supra* note 146, at 15, 23–26; Moshe Lissak, *A Militaristic Society, or a Nation in Uniform*, in SECURITY CONCERNS, *supra* note 146, 417, 428–29.

¹⁹⁴ Bar-Tal & Jacobson, לעיל ה"ש 193, בעמ' 26.
¹⁹⁵ עדותו של איתן הבר על הקושי של כתבים צבאיים למתוח ביקורת על הצבא, שהיה המוסד האהוב והנערץ ביותר במדינה. "מה מעיק על הכתב הצבאי?" ספר השנה של העיתונאים תש"ל 54, 57 (1970).

¹⁹⁶ דן הורוביץ ומשה וליסק מצוקות באוטופיה (1990); Pedatzur, לעיל ה"ש 166, בעמ' 147–161.

¹⁹⁷ "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 58.

¹⁹⁸ אורי בן אליעזר "האם מתהווה חברה אזרחית בישראל? פוליטיקה וזהות בעמותות החדשות" סוציולוגיה ישראלית ב(1), עמ' 99–51.

קרנם של מוסדות המדינה; עלייה בשיח החברתי-כלכלי בציבוריות הישראלית במקביל לסוגיות הביטחוניות; ריבוי שסעים מקבילים וצולבים. נוסף למגמה זו, הייחודית לישראל, ישנה מגמה כללית שבה נחלשת מדינת הלאום על מוסדותיה, סמליה וכלכלתה ועולים גורמים עולמיים ומקומיים שמחליפים את מסגרת ההזדהות. עלייתם של גורמי הזדהות ערכיים, אתניים, דתיים ואחרים מביאה לכך שהאינטרסים העליונים של מדינת הלאום – ובהם ביטחון המדינה – אינם נתפסים עוד בהכרח כאינטרסים שבהסכמה כללית.¹⁹⁹ צה"ל, יש לציין, שומר עדיין על מקום גבוה מאוד במדד אמון הציבור.

השיח הביטחוני, שהיה מרומו ועדין, הפך בשנות התשעים לגלוי וביקורתי.²⁰⁰ נשמעה ביקורת על התנהלות הצבא ופעולתו, על תקציב הביטחון, על ירידה במוטיבציה לשירות, על אי גיוס בני ישיבות. סוגיות שנאסרו בעבר לפרסום אותגרו כעת על ידי התקשורת והותרו לפרסום, לדוגמה תאונות האימונים והתאונות המבצעיות בצה"ל.²⁰¹ סוגיות ביטחוניות הפכו כר לניגוח בשדה הפוליטי-ציבורי. הוויכוחים בדבר פיתוח מטוס ה"לביא", בדבר פיתוח טיל החץ ובדבר רכש צוללות התנהלו כעת מעל דפי העיתון. מערכת הביטחון, שהבינה כי עדיף ליטול חלק בשיח הציבורי ולנסות לכוונו, החלה בלית ברירה לפתוח את שעריה לסיקור אינטימי של תאי הכתבים הרלוונטיים.²⁰² השיח הביטחוני הלך והתעצם, וכמעט ואין נושא החסין היום מפני שיח תקשורתי ער. כך, למשל, סוגיית הגרעין האיראני, עמדתה של ישראל בנושא ומוכנותה; מוכנות הצבא לזירות העימות; התעצמות חיל האוויר והמודיעין מול התעצמות ברוע היבשה; היקפי התעצמות מול אימונים; מוכנות מערך המילואים; יכולות וכשלי מערכי המודיעין ואפילו מערך המבצעים המיוחדים; פעילות צה"ל במערכה שבין המערכות; תקציב הביטחון – מתקציב גופי הביון ועד תנאי השירות של

¹⁹⁹ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 67-68.

²⁰⁰ יורם פרי "שינוי השיח הבטחוני בתקשורת והתמורות בתפיסת האזרחות בישראל" **תרבות דמוקרטית** 4-5, 233 (2001).

²⁰¹ הסיקור היה כה בוטה וחרגי בחריפותו נגד מערכת הביטחון עד כדי כך שזכה לביקורת בפני עצמו. ראו לדוגמה שחר גולדמן "חורים ברשת" **העין השביעית** 19, 42 (1999); מרדכי קרמניצר "עבודה חפיפניקית" **העין השביעית** 20, 24 (1999). נגד הצנזור הוגשו עתירות, והן נדונו בדלתיים סגורות.

²⁰² "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 69. עוד על העימות בין תקשורת לצבא ראו אודי לבל "קומפלקס משפטי-תקשורתי מול קומפלקס ביטחוני-פוליטי – יחסי תקשורת, משפט וביטחון בחברה הישראלית" **ביטחון ותקשורת – דינמיקה של יחסים** 151, 164-171 (אודי לבל עורך, 2005).

אנשי הקבע. מלחמות צה"ל מסוקרות כיום בשידור חי, והשיח באשר למהלכים, למגמות, למאבקים ולפערים מתרחש בזמן אמת. התקשורת, לאחר שלב קצר של התגייסות, מנהלת תוך כדי הלחימה שיח ביקורתי המשקף את כל קצות הקשת הפוליטית. מגמה זו של שיח ביקורתי המבוסס על ידע רב ואינטימי, רק תלך ותתעצם. מה שהותר לפרסום מקים בסיס תקדימי לעתיד, ואופן הסיקור לא ייסוג לאחור.

שני אירועים ממחישים תופעה שתאתגר את הדמוקרטיה המערביות, ובתוכן ישראל, את מנגנוני המודיעין שלהן ואת מנגנוני אבטחת המידע שלהן. האחת היא שילוב בין מדליף מידע רגיש לבין פלטפורמה המאפשרת פרסום ללא מגבלות.²⁰³ השנייה היא עובד ציבור שבוחר להפיץ את המידע בעצמו, בין באינטרנט ובין לעיתונות.²⁰⁴ בעידן שבו המדליפים הופכים להיות גיבורי תרבות וזוכים להוקרה בשם תפיסה קיצונית של חופש הביטוי, מנגנון מניעה מוקדמת אינו רלוונטי. הדבר נכון אף יותר למנגנון צנזוראלי, כמו זה בישראל, שנשען על הסכמה ציבורית רחבה ועל הסכם הבנות עם התקשורת. בישראל אירע אמנם מקרה דומה, אך שונה מהותית. ענת קם העבירה כאלפיים מסמכים מסווגים לעיתונאי, אך העיתון פעל על פי כללי הצנזורה. כתבות על סמך המידע המודלף הועברו לבחינה מוקדמת וחלקן נפסלו לפרסום. ניתן להעריך כי הנתנהלות זו מרמזת עדיין על רמה מסוימת של אחריות חברתית, הנובעת בין השאר משאריות של דגם "האומה במדים".

כאמור, אימוץ נורמות מערביות של שיח ציבורי ראוי בדמוקרטיה הביאו בסוף שנות התשעים לקריאה לביטולה של הצנזורה הצבאית²⁰⁵ או לפחות להפיכתה לגמישה הרבה יותר. הצנזורה השכילה עוד קודם לכן לקרוא את מפת השינויים והתאימה לרוח התקופה את הטיפול במידע המוגש לביקורתה. נושאים רבים הוסרו מרשימת הנושאים הנדרשים בהגשה המוקדמת, סוגיות ביטחוניות הותרו לסיקור, והצנזורה התמקדה

²⁰³ תופעת ויקיליקס – בראדלי (צ'לסי) מנינג וג'וליאן אסאנג'.

²⁰⁴ אדוארד סנודן, עובד ה-NSA, הדליף מידע גולמי רב לעיתונות – ה"גרדיאן", ה"ווישינגטון פוסט" וה"דר שפיגל". אלו פרסמו חלק מן המידע לאחר סינון על פי שיקול דעתם.

²⁰⁵ גיא קוטב "סוף עידן הצנזורה" העין השביעית 22, 40 (1999).

בהגנה על נושאים חשובים לביטחון המדינה ואפשרה את השיח הציבורי הנושק לשיח הפוליטי. הצנזור הקל מאוד את ידו באכיפה בממשק שבינו לתקשורת.²⁰⁶

מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה נדמה כי דגם "האומה במדים" קנה לו אחיזה מחודשת.²⁰⁷ הנסיגה מלבנון, פרוץ האינתיפאדה השנייה, חטיפות החיילים, מלחמת לבנון השנייה, סבבי הלחימה בדרום, פעולות טרור, איום הגרעין האיראני המוצג כקיומי, כל אלה הציפו מחדש את הפחדים הקמאיים של הציבור הישראלי. השיח הציבורי אינו קורא עוד לביטולה של הצנזורה. אדרבה, ישנה נהייה אחר ניהול שיח ביטחוני אחראי ומאופק ומניעת חשיפה של מידע ביטחוני פוגעני. הדעות באשר לדרך השגת המטרה חלוקות.

(ג) הממד שני – המשפט: אימוץ ערכים ליברליים בפסיקת בית המשפט

על מקומו של חופש הביטוי כזכות יסוד ועל ההגנה עליו במשפט הישראלי עמדתי בחלקו הראשון של המאמר. כאמור, בתחילה היה בסיסן של זכויות היסוד בישראל, ובכללן חופש הביטוי, פסיקתי במהותו, מעין "מטרייה נורמטיבית" שבאמצעותה גיבשו את הפסיקה ופירשו את החקיקה הקיימת. חקיקת חוקי היסוד במארכ 1992, מה שנהוג לכנות "המהפכה החוקתית", הפכה את זכויות האזרח, לפחות בחלקן, ל"זכויות הכתובות עלי ספר" והנהגות ממעמד חוקתי עדיף. מעמדן הנורמטיבי של זכויות האזרח השתנה. כעת הן הפכו להיות "משען נורמטיבי" הקובע את תוקפם של מעשי חקיקה, והמחייב אף את המחוקק עצמו. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמפרט חלק חשוב מזכויותיו וחירויותיו של האזרח במדינה דמוקרטית, נאמר כי ניתן לפגוע בזכויות המוגנות בחוק רק "לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

²⁰⁶ ירידה ניכרת בשיעור הצלחת העיתונאים בערעורים לוועדת השלושה מעידה על כך שגם הוועדה זיהתה את המגמה וגיבתה את הצנזורה. "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 88.

²⁰⁷ יורם פרי "שינויים קוסמטיים או שינויים מהותיים? יחסי תקשורת-ביטחון בראשית המאה העשרים ואחת" מסגרות מדיה 1, 153, 156-159 (2007) (להלן: "שינויים קוסמטיים"). ביטוי תקשורת ברור וחד הוא שער "העין השביעית" מספטמבר 2000 (גיליון 28), שכותרתו "חזרה לעיתונות מגויסת".

בית המשפט רואה היבטים של חופש הביטוי כחלק מהזכות לכבוד המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁰⁸. הגנתו מתבססת על פרשנות בית המשפט העליון לרוח החוק ולכוונת המחוקק. בדין הישראלי ישנה התייחסות להיקף חופש הביטוי (מהם הביטויים המותרים) ולהיקף ההגנה על חופש הביטוי (מתי ייאסר פרסומו של ביטוי). ככלל, למעט ביטויים קיצוניים, מותרים שאר הביטויים, ובכלל זה אלו הנוגעים לביטחון המדינה, ומוגנים בפסיקה. היקף ההגנה על חופש הביטוי נמדד באופן יחסי מול ערכים מתחרים, אינטרסים וזכויות אחרות שעמם הוא מתנגש לכאורה.

לא אכנס לוויכוח בין אלו הטוענים לפורמליזם משפטי בשנות החמישים והשישים²⁰⁹ לאלו המצביעים על כך שבית המשפט באותן שנים היה אקטיביסטי וערכי במשפט החוקתי, אולם התנסח באופן פורמליסטי בפסיקותיו.²¹⁰ על כל פנים, שני פסקי הדין המהותיים ביותר שקשורים לחופש הביטוי ניתנו, האחד בשנת 1953 – בג"ץ קול העם, והשני בעידן האקטיביזם השיפוטי, בג"ץ שניצר משנת 1989.²¹¹

משנות השמונים, כך נטען, עבר בית המשפט לגישה שמתמקדת בערכים, בהדגישה את המטרות, הטעמים והתכליות העומדים בבסיס כללי המשפט היבשים. גישה זו התאימה לתרבות הישראלית המשתנה. הדגש הושם דווקא ברוח החוק.²¹² במה שלימים יכונה "האקטיביזם השיפוטי", פעל בית המשפט לייצר נורמות חדשות. ההנמקות המשפטיות הפכו מבוססות טעמים וערכים, והדבר סלל את הדרך להתערבות רחבה יותר בפעילות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. את החלטת הרשות המבצעת ניתן היה לבחון כעת בראי הערכים הרצויים. אלו היו ערכי דמוקרטיה מערבית ליברלית המתייחסים לכלל הציבור, והמקבעים למעשה נורמה שמנחה

²⁰⁸ ראו למשל בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).

²⁰⁹ גישה הנשענת על פרשנות ועל כללים משפטיים בהתאם ללשון החוק ושעומדת על עקרון הפרדת הרשויות – בית המשפט מפרש חוק קיים, המשקף אינטרסים, ערכים והשקפת עולם כפי שהתכוון המחוקק. לפי גישה זו, בית המשפט אינו יוצר את החוק הקיים או בוחן אותו; הוא תר אחר הפתרון לבעיות בתוך הנורמה הקיימת ומוודד את פעולת הרשות המבצעת אל מול הסמכות הנתונה לה בחוק. מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 511–507 (1993).

²¹⁰ יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג 303, 313 (2004).

²¹¹ לעיל ה"ש 28 ו-1, בהתאמה.

²¹² שגב, לעיל ה"ש 210, בעמ' 303.

התנהגות.²¹³ ייתכן שזו הסיבה שבגינה פסיקת בג"ץ קול העם, למרות האמירות הברורות שבה, לא גרמה לשינוי בהתנהלות המקצועית של הצנזורה (אולי נוסף לעובדה שהעתירה הייתה נגד שר הפנים), בעוד שפסיקת שניצר טלטלה את הצנזורה מהיסוד.

לא ניתן להפחית מחשיבות תרומתה של פסיקת בג"ץ קול העם²¹⁴ בשנותיה הראשונות של המדינה המתהווה, לתפיסה הדמוקרטית שהונחלה בישראל ולביסוס מקום של כבוד לערך חופש הביטוי בה. בית המשפט בראשות השופט אגרנט עסק בפועל ביצירה שיפוטית ובקביעת נורמות.²¹⁵ קודם כל ביסס בית המשפט את האופי הדמוקרטי של מדינת ישראל בהסתמכו על מגילת העצמאות. זו מעידה שהמדינה מושתתת על יסודות החירות והבטחת חופש המצפון. מערכת החוקים והמוסדות הפוליטיים מעידים כי זו מדינה שיסודותיה דמוקרטיים.²¹⁶ בהמשך הוא קבע כי לכן מוקנית חשיבות רבה לחופש הביטוי ולחופש העיתונות.²¹⁷ לאחר דיון עקרוני וערכי בדבר האיזונים הראויים בין אינטרסים שונים במדינה דמוקרטית חפצת חיים ולאחר שבחן את הדבר אל מול הסמכות הנתונה לשר הפנים בחוק הקיים, קבע השופט אגרנט את מבחן הקרבה הוודאית כמבחן מנחה.²¹⁸ לאורו של מבחן זה ראה בג"ץ את החלטת הרשות המבצעת כחריגה מסמכות. כאמור, לא זוהתה תזווה במדיניות הטיפול בצנזורה בעקבות הפסיקה.

בג"ץ שניצר,²¹⁹ שנדון בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק לפני השופטים אהרן ברק, יעקב מלץ ושולמית וולנשטיין ארבעה עשורים לאחר קום המדינה, עמד לראשונה לביקורת שיפוטית היקף סמכותו של הצנזור הצבאי הראשי. מערכת "הארץ" ניהלה מול הצנזורה מאבק בשני מסלולים. העיתון הראשי ניהל את המאבק בהתאם להסכם הקיים ובלי לחרוג יתר על המידה מהכללים. מחוץ להסכם נותרו עיתונים בנים ומקומונים, כגון מקומון "העיר" מבית משפחת שוקן. על כן הוא לא הוגבל לערכאה המעין-שיפוטית של ועדת השלושה. הרקע להגשת העתירה הוא טיפול צנזוראלי אגרסיבי בכתבה ביקורתית מאת אלוף בן על "המוסד" והעומד בראשו

²¹³ "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 57, בעמ' 15-17.

²¹⁴ לעיל ה"ש 28.

²¹⁵ שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 360-363.

²¹⁶ שם, בעמ' 361.

²¹⁷ בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 28, בעמ' 884.

²¹⁸ שם. בעמ' 878-881.

²¹⁹ לעיל ה"ש 1.

אז, נחום אדמוני. זו הייתה ההודמנות הראשונה שבה ניתן היה לאתגר את התנהלות הצנזורה באמצעות מערכת המשפט בעידן שבו החל השינוי שתואר לעיל.

קריאה מעמיקה בפסק הדין מעלה כי בית המשפט העלה כמה סוגיות יסוד שיהיו מעתה מדד לבחינת התקשורת את החלטות הצנזורה ולאופן שבו הצנזורה בוחנת את עצמה. באשר לשאלה באילו נסיבות של פגיעה בהגנת המדינה, בשלומו של הציבור או בסדר הציבורי רשאי הצנזור הצבאי לאסור פרסומים בעיתונות, קבע בית המשפט את מבחן הקרבה הוודאית לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. עוד הבהיר בית המשפט כי את הסמכות הנתונה מתוקף תקנות ההגנה יש לפרש בצמצום על רקע ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.²²⁰ בהתנגשות חזיתית בין האינטרסים, הצהיר בית המשפט, ביטחון המדינה גובר על חופש הביטוי. גם נוסחת האיזון שנקבעה מניחה, לטענת הפסיקה, את הגשמתו של ערך ביטחון המדינה.²²¹ בלי לחלוק על הנחת הפסיקה, יש לתהות איזה ערך אכן צפוי להיפגע יותר אם ההגדרה המחייבת היא שחופש הביטוי נסוג רק במקרה שבו הפגיעה הצפויה בביטחון היא בעוצמה גבוהה ובהסתברות גבוהה להתרחשותה. נדמה שזהו דווקא ערך הביטחון.

שיקול דעתו של הצנזור הצבאי הוא סובייקטיבי, אולם כרשות מנהלית מחויב הצנזור לא לחרוג מהחוק המסמיך. עליו לשאוף לפעול לפי אמות מידה אובייקטיביות בהפעלת הסמכות הנתונה לו, לשם הגשמת המטרות שעומדות ביסוד תקנות ההגנה. הוא נדרש לעשות פעולתו בתום לב, ללא שרירות, מתוך שקילת השיקולים הרלוונטיים בלבד ומתוך סבירות. עליו לבסס את החלטתו על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות.²²²

לא פחות קריטית לפעולת הצנזורה בפרט, ולמערכת הביטחון בכלל, היא התפיסה שבית המשפט קבע וקיבע, ולפיה אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון לעניין ההתערבות השיפוטית. שיקולי ביטחון חייבים אף הם לעמוד באמות מידה חוקיות. אין גופים חסינים מפני ביקורת. עקרון הפרדת הרשויות מאפשר לבית המשפט לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המנהל. בקיום ביקורת שיפוטית על החלטת הצנזור הצבאי אין בית המשפט שם עצמו כצנזור-על והוא בא לבחון את חוקיות שיקול הדעת הביטחוני, לרבות סבירותו של שיקול דעת זה.²²³ במקרה זה הוחלט, כי שיקול דעתו של הצנזור

²²⁰ שם, בעמ' 628-629.

²²¹ שם, בעמ' 630.

²²² שם, בעמ' 635-637.

²²³ שם, בעמ' 639-640.

לקה בחסר ואינו עומד במבחנים הראויים. החלטתו לפסול את הכתבה שונתה. הנטייה להעמיק את הביקורת השיפוטית על מערכת הביטחון לא בוצעה בחלל ריק. המפנה שיקף ככל הנראה את השחיקה של מערכת הביטחון בקרב הציבור עצמו.²²⁴

נדמה כי הצנזור הראשי, תא"ל יצחק שני, חזה באופן מדויק את הצפוי להתרחש בעקבות הפסיקה. הוא אבחן נכונה כי מבחן הוודאות הקרובה יביא לשיח ביטחוני פתוח, נטול מגבלות, שבו את סמכויות הצנזורה יש לפרש על דרך הצמצום. את הפרשנות למבחן הוודאות הקרובה קובע אמנם הצנזור, אולם הדין מחייב אותו להביא הוכחות והצדקות טרם פסילה. שיקול הדעת הצנזוראלי שכפוף מעתה לבג"ץ, לא ייבחן רק בראי סמכות ההחלטה אלא גם לפי סבירותה. הפסיקה תצמצם את מרחב שיקול הדעת ולפיכך את היכולת להגן על מערכת הביטחון. התקשורת, קבע שני, תנסה לאתגר ולקבע איזון חדש.²²⁵ המבחן המשפטי אומץ עוד באותה שנה לנוסח ההסכם, וברוח התקופה והפסיקה שינתה הצנזורה את מדיניותה, בהפנימה את הרוח החדשה שנשבה מבית המשפט העליון. לאחרונה טען תא"ל שני כי פסק הדין נתן ביטוי משפטי הולם והגדיר באופן "נהדר" את המדיניות ששני החיל כבר 12 שנה קודם לכן.²²⁶ תא"ל שני מכוון לשינוי שחל בשיח הביטחוני לאחר מלחמת יום הכיפורים, אולם נראה כי פסיקת בג"ץ הצעידה את הצנזורה כברת דרך נוספת קדימה.

לא לשווא נזעק הצנזור הראשי. כאמור, מבחן הוודאות הקרובה שנפסק בבג"ץ קול העם לא הפך שכיח בפסיקה בישראל. הפעם הבאה שבה הסתמכו ישירות על מבחן הוודאות הקרובה, הייתה רק בבג"ץ גרי,²²⁷ שגם אפשר מתן פרשנות רחבה יותר לתחולתו של המבחן.²²⁸ בעניין דיסנצ'יק,²²⁹ שנדון אך חודשים מועטים אחר כך ושבו נבחן טוהר השיפוט מול חופש הביטוי, נדחה המבחן. אבנר ברק טוען כי עברו כעשרים שנה בלי שפסק דין קול העם שימש בסיס עיקרי לפסק דין של בית המשפט העליון,

²²⁴ רובינשטיין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 28.

²²⁵ ההשפעה של פס"ד שניצר הוצגה לי ב"חפיפה" עם תא"ל יצחק שני. מבוסס על מסמך 0-4/העיר/354 מיום 17 בינואר 1989, "פס"ד בג"צ 88/680 עיתון העיר נגד הצנזור ושהב"ט" שהצנזור שלח לרמטכ"ל ולשר הביטחון.

²²⁶ אפי מלצר ורון כתרי "תרבות שמירת הסוד בישראל אינה מספקת" מב"ט מל"מ 69, 4, 8 (2014).

²²⁷ לעיל ה"ש 27.

²²⁸ אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד 371, 373 (1989).

²²⁹ ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169 (1963).

אפילו כאשר נדונו ענייני צנזורה למיניה.²³⁰ למיטב הבנתי, היו אירועים טרם פסיקת שניצר שבהם הנחה המבחן את החלטת בית המשפט באיזון בין ערכים ואינטרסים, לדוגמה בג"ץ כהנא.²³¹ בוודאי שאחריו היו מקרים כאלה.²³² אולם בהיבטי האיזון בין ביטחון המדינה לחופש העיתונות מדובר בפסק דין מכונן מבחינתה של הצנזורה. חופש הביטוי וחופש העיתונות זכו כעת להגנה כמעט מרבית בגדרי התשתית החוקית והתשתית ההסכמית הקיימות. מבחן זה עתיד להשפיע לא רק על תפקודו השוטף של הצנזור. למרות שהתיאוריה גורסת מבחן משפטי מקל יותר לאכיפה בדיעבד אל מול המבחן המקשה המחייב במניעה המוקדמת, הרי שמבחן הוודאות הקרובה משמש בפועל את הצנזורה ואת מערכת המשפט בבואן לבחון ענישה בדיעבד על עברות פרסום. בשל כך מדיניות האכיפה בגין עברות צנזורה או הפרה של צווי איסור פרסום כה חסרה.

במקביל לאימוץ מבחן הוודאות הקרובה ולנטייה להעדפה ברורה של חופש הביטוי ונגזרותיו בפסיקות בית המשפט בישראל, מתרחשת תופעה סותרת במעט. ייתכן שמדובר בסממן שהוא גזרת של שאריות דגם "האומה במדים". הכוונה לעלייה במספר צווי איסור פרסום שמוציאים בתי משפט ככלי לאיסור פרסום.²³³ התקשורת טוענת כי מערכת הביטחון אימצה כלי זה, שכן בתי המשפט מקלים עם מערכת הביטחון יחסית לצנזור הפועל על פי מבחן הוודאות הקרובה. שופטים נוטים לאמץ את עמדת מערכת הביטחון ולאשר את בקשותיה.²³⁴ אף שיש די דוגמאות לפסיקות שאינן

²³⁰ שם, בעמ' 374.

²³¹ לעיל ה"ש 21 (חופש הביטוי מול הסדר הציבורי).

²³² לדוגמה עניין לוי, לעיל ה"ש 77 (חופש הביטוי מול שלום הציבור); ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (1998) (חופש הביטוי מול רגשות דת).

²³³ בתחום הביטחוני תופעה זו התמתנה במעט בשנים האחרונות בעבודה משותפת לשב"כ ולצנזורה. מספר הצווים עומד בשנים האחרונות על עשרות בודדות בלבד (עד 30) בשנה, בעיקר למשך תקופת עריכת חקירה.

²³⁴ משה נגבי "נפילתה ועלייתה של הצנזורה בנושאי ביטחון בישראל" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 183, 187–190. ראו טענתו במקרה ענת קם: "על עיתונות הכובלת את עצמה" קשר 42, 30, 31–32 (2011). נשיאת מועצת העיתונות, שופטת בית המשפט העליון לשעבר דליה דורנר, מרבה לבקר את השימוש בצווי איסור פרסום שלא במידתיות ושלא בחוכמה אל מול המציאות התקשורתית. היא בירכה על הצעת החוק של ח"כ נחמן שי מינואר 2014 להגבלת השימוש בהם. אריק בכר "נשיאת מועצת העיתונות מברכת על יוזמת חקיקה לצמצום השימוש בצווי איסור פרסום" מועצת העיתונות בישראל (1.1.2014) www.moaza.co.il/BRPortal/br/P102.jsp?arc=783442

נוחות למערכת הביטחון, לדוגמה בסוגיות נוהל שכן ומעצרים מנהליים,²³⁵ התחושה שקיימת באקדמיה ובתקשורת היא כי במערכת המשפט ביטחון המדינה הוא עדיין בגדר "פרה קדושה".

(ד) הממד השלישי – התקשורת: שינויים מבניים ותפקודיים בתקשורת ההמונים

מפת התקשורת בישראל עברה ועוברת שינויים תכופים הן במישור המבני והן במישור התפקודי. לשינויים אלו השפעה עמוקה על יחסי מערכת הביטחון והתקשורת.²³⁶ מערכות יחסים, חלוקת עוצמות ומנגנוני איזונים ובלמים שעוצבו בראשית ימי המדינה, אינם רלוונטיים עוד בעשור השני של המאה ה-21. לא ניתן לפרוס את כל רוחב היריעה של השינויים ולפרט את השפעתם על הצנזורה.²³⁷ בחרתי להתמקד בעיקריים שבהם, המשפיעים בעיקר על ישימות הדגם המניעתי הקיים.

ריבוי ומגוון כלי התקשורת והפרסום – ממוסדים, ממוסדים למחצה ולא ממוסדים. עם קום המדינה היו בישראל עיתונות כתובה ושידורי רדיו. מאז גדל לאין שיעור מגוון כלי התקשורת הן בעיתונות הכתובה (יומית עד ירחון או רבעון, ארצית, מקומית, מקצועית, מגורית, בשפות שונות) והן בעיתונות המשודרת (תחנות רדיו ארציות, מקומיות, חינוכיות). בהמשך נוספו ערוצי הטלוויזיה. כניסת האינטרנט הפכה את ההצפה לשיטפון של פוטנציאל פרסום מידע, בחלקו עיתונות מקצועית ובחלקו חובבנית, חלקו מערכתי וממוסד וחלקו פרטי. באשר לחלק מבימות הפרסום באינטרנט, כלל לא ברור אם הן חוסות תחת הגדרת "עיתונות". ניתן לומר בוודאות, והדבר אף מגובה בחוות דעת משפטית של הפרקליטות הצבאית, כי ישויות אינטרנטיות עונות להגדרה "פרסום" כלשונה בחוק, ולפיכך הן כפופות על פי חוק לסמכות הצנזורה. לכלי התקשורת (והפרסומים) השונים מאפיינים מגוונים – מבנה,

²³⁵ ראו בהתאמה בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005); דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).

²³⁶ יש הרואים בשינויים בתקשורת שינויי מהות ויש הרואים בהם שינויים קוסמטיים בלבד: התמה העיקרית, הדפוס הבסיסי, נשארו כשהיו, והתקשורת אינה באמת נציגת האזרחים מול השלטון. "שינויים קוסמטיים", לעיל ה"ש 207, בעמ' 154.

²³⁷ להרחבה ראו הלל נוסק ויחיאל לימור "צבא ותקשורת במאה העשרים ואחת – לקראת דגם חדש של יחסים" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 69, 83-87.

הגדרת תפקיד, נגישות למידע, זמני תגובה, כפיפות לאתיקה עיתונאית, מבנה בעלות ועוד. אספקת מידע עדכני ורציף (בשלל דרכים ונסיבות) גם בסוגיות ביטחוניות מאתגרת את הצנזורה במתן מענה מקצועי מלווה ומותאם לכל ישות פרסומית או תקשורתית בהתאם לצרכיה. הפוטנציאל לחשיפת מידע רגיש, בכוונת מכוון או בטעות, עלה לאין ערוך.

ביזור פעולת העיתונאי לכל אדם – לא עוד מערכות מקצועיות היררכיות ששלטות בידי עורכים ותיקים המכירים את הרקע ההיסטורי והחוקי לפעולת הצנזורה; לא עוד הכשרה אקדמית מקדימה או מקצועית מלווה על ידי בכירי התקשורת הוותיקים לדור הצעיר. כיום יש בידיו של כל אדם להגדיר עצמו כעיתונאי ובמפתיע, אף לקבל הכרה מהממסד העיתונאי ולעתים גם מהממסד הביטחוני. חלקם משוחררים מכבלים של מקצוע ואתיקה וחלקם אף אינם מכירים את אופן העבודה עם הצנזורה או את תחולת סמכותה. הצורך בקבלת רישיון מהמדינה לעיתונות הממוסדת יצר מצב שבו נציגי כלי תקשורת חדש הגיעו לצנזורה כחלק מהליך קבלת הרישיון, קיבלו את רשימת הנושאים המחויבים בהגשה ועודכנו במאפייני העבודה. כיום נאלצת הצנזורה לאתר את הפרסומים המתקרבים להגדרה של עיתונות ביטחונית, לזהות את האחראים להם, לזמנם ולתדרכם.²³⁸ בחלק מן המקרים מדובר רק בתשתית המאפשרת פרסום שיש לה סממנים סמליים בלבד של היררכיה מקצועית כלשהי. במקרים מעין אלו שיתוף הפעולה עם הצנזורה כלל אינו יכול לעמוד בהגדרה החוקית של צנזורה מונעת, ולכל היותר מדובר באכיפה בדיעבד, דוגמת מניעת המשך דיון במידע שכבר פורסם.²³⁹ סקרים מעידים על ירידה מתמשכת בצריכת חדשות ומידע מכלי התקשורת הוותיקים (לא רק הממלכתיים) ועל מעבר לערוצי התקשורת החדשים.²⁴⁰ זהו אתגר גורלי להמשך פעולתה של צנזורה מונעת.

²³⁸ הצנזורה מאתרת באופן ממוכן פרסומים בעלי פוטנציאל ביטחוני ובמידת הצורך נפגשת לשיחת היכרות והעברת רשימת הנושאים להגשה מוקדמת עם בעלי אתרים, בלוגרים, בעלי דפי חדשות ועוד. מעיין כהן "הצנזורה מפקחת על הפורומים" *TheMarker* (7.1.2009) www.themarker.com/technation/1.517924; ספי קרופסקי "הצנזורה החלה לנטר רשתות חברתיות ובלוגים" *הארץ* (2.5.2012) www.haaretz.co.il/captain/1.1698374.

²³⁹ יונתן אוריך "רוטר עדיין חי" *מקור ראשון* – דיוקן 5.9.2014, 22.
²⁴⁰ על תמונת המצב בישראל בשנת 2014 ראו רפי מן ואזי לב-און "שינויים בדפוסי צריכת המדיה" *העין השביעית* (21.8.2014) www.the7eye.org.il/122016 (60% מהציבור "יכולים להסתדר" בלי לקרוא עיתון יומי).

תקשורת פרטית הפועלת ממניעים מסחריים-כלכליים – בעבר הייתה התקשורת ברובה ממלכתית-ציבורית ושימשה בת ברית של השלטון ומעבירת מסריו, או שהייתה תקשורת מפלגתית הפועלת ממניעים אידיאולוגיים-לאומיים. כיום התקשורת בידיים פרטיות, ומניעה הם בעיקר כלכליים-מסחריים. תקשורת שממוקדת בשיקולי רווח והפסד פועלת ממניעים אחרים. היא נוטה להיות היסטורית יותר, ביקורתית יותר, נשכנית ומוכנה לאתגר את גופי הממסד עד לקצה. היא בוחנת עצמה לא רק בראי התקשורת המקומית אלא גם בראי זו הגלובלית.²⁴¹ במאבק על הרייטינג מוכנה התקשורת לעתים להסתכן ולאתגר את המוסכמות החברתיות ואת דרישות החוק.²⁴² הפיכת התקשורת לעסק כלכלי שלעתים חלקו בבעלות זרה – בעיקר במקרה של תאגידי תקשורת, עשויה להביא לפגיעה בזהות הלאומית של כלי התקשורת או להופכו לבימה להעברת תפיסת עולם שלא דווקא עולה בקנה אחד עם מה שנתפס כאינטרס בקונצנזוס החברתי.²⁴³ ריבוי כלי התקשורת וההנעה מכוח רווח כספי מביאים לתחלופה גבוהה של כוח אדם ולהעדפת כוח אדם צעיר ובהכרח זול יותר. מבחינת הצנזורה מדובר באיבוד "הזיכרון הארגוני" בכלי התקשורת ובאי יכולת לייצר ממשק מבוסס היכרות אישית לטווח ארוך עם אנשי הקשר העיקריים – העורכים.

שינוי בתפיסת העיתונות את תפקידה במדינה דמוקרטית – התקשורת בישראל משקפת את גישת "החברה האזרחית" ותופסת את עצמה במידה רבה יותר כ"הרשות הרביעית", שתפקידה לפקח על השלטון, לבקר אותו ולספק בידי האזרח את מרב המידע כדי שיקבל החלטה ויגבש דעה מושכלת. התקשורת לא נטשה לחלוטין את מנגנוני "האחריות החברתית" שאפיינו אותה (לדוגמה תא הכתבים הצבאיים הוא תא מאומן לדוגמה וישנה התגייסות טבעית של התקשורת בעת לחימה), אולם אין מדובר עוד בתקשורת מגויסת שמשתפת פעולה עם השלטון. תיווך המידע לציבור מחייב את

²⁴¹ ירון כץ "התקשורת הגלובלית ומדיניות הסיקור של אמצעי התקשורת בישראל" קשר 21, 49 (1997).

²⁴² "ידיעות אחרונות" פרסם פרסומים בהתרסה נגד צו איסור הפרסום בפרשת ענת קם. עידו קינן "צו איסור: כרסום" העין השביעית (8.4.2010) www.the7eye.org.il/18359. באתר שלו הופיעה כתבה בהפרה של צו איסור פרסום בנושא "מיסטר איקס". היא הוסרה מהאתר, אך זכתה בינתיים לתפוצה רחבה. רענן בן צור "מי אתה מיסטר איקס? 'האסיר ללא שם וזהות'" Ynet 13.6.2010 (מופיעה ב-KamWatch – בלוג סמולני קיצוני 14.6.2010 kamwatch.wordpress.com/2010/06/14/who-is-mr-x).

²⁴³ התופעה קיימת משני קצות הקשת הפוליטית, לדוגמה "הארגון" ו"ישראל היום".

התקשורת להיאבק על כל בדל מידע, גם בנושאים ביטחוניים. בגדר כך הצנזורה, שנתפסת כבאת כוחה של מערכת הביטחון, מאתגרת יותר בהחלטותיה.

חשוב לציין כי העת החדשה טומנת בחובה גם מאפיינים המאזנים מעט את האתגר שעומד בפני רשות רגולטורית-סיכולית מסוגה של הצנזורה. עידן האינטרנט הביא לכך שאורך חיי המדף של מידע התקצר מאוד ורישומו ממוקד לעת החשיפה. אמינות המידע המפורסם נפגמת בשל הנטייה להעדיף מהירות על פני דיוק ויכולת עדכון. נערכים תחקירי עומק מעטים יותר ומתפרסמים סיפורים נקודתיים רבים יותר. אין פירוש הדבר שחשיפת מידע אינה מתרחשת, אלא שהשפעותיה נקודתיות, ולרוב היא אינה עומדת במבחן הוודאות הקרובה שלפיו פועלת הצנזורה. היצף המידע שאמינותו לוטה בערפל, מקשה על יצירת תמונת המודיעין של "האויב האמיתי" שמולו פועלת הצנזורה. עידן התקשורת הכלכלית עלול להביא לכך שאילי הון, הבעלים של אמצעי התקשורת, שיש להם אינטרסים כלכליים נוספים ושנוקקים לקשרים עם השלטון ועם ראשיו, עלולים לשמש בלם לתחקירי עומק חושפניים וקשים ולהביא לריכוכם.²⁴⁴ כלי תקשורת מסחרי הפועל בסביבה של תחרות הולכת ומחריפה בשוק מצומצם של לקוחות ושל פרסום, יפנה משאבים – כסף, זמן וכוח אדם – מעטים יותר לתחקירי עומק שעלולים להניב תביעות משפטיות.²⁴⁵ בישראל חלק מגורמי התקשורת, ממלכתיים ומסחריים, תלויים בשלטון להמשך קיומם. המעמד המידרדר של העיתונאים בישראל והצערת גיל הכותבים והעורכים עלולים להביא לכך שאלו יהיו עצמאיים פחות, פעילים פחות ותלויים בדוברי הגופים הציבוריים להזרמת מידע.²⁴⁶ מאפיין שבוולט עדיין בישראל הוא הרצון של כלי התקשורת לא להיתפס כמי שאינו בקונצנזוס, בעיקר בסוגיות של ביטחון המדינה.

למרות הגורמים המאזנים המגמה חדה וברורה ומתרחשת בקצב מהיר. האסדרה הצנזוראלית והמשפט אינם מדביקים את קצב השינוי.

²⁴⁴ "המקור" (ערוץ 10, 4.2.2013) (הקשר בין "ישראל היום" בבעלות שלדון אדלסון לראש הממשלה בנימין נתניהו).

²⁴⁵ אלקנה שור "הותר לציין" מעריב – סופשבוע 4.4.2014, 20.

²⁴⁶ יחיאל לימור טוען כי מקבילית הכוחות ביחסים שבין עיתונאים ליחצ"נים התערעה. התלות של הראשונים באחרונים כמקור למידע גברה. יחסי ציבור – אסטרטגיה וטקטיקה (2014).

(ה) הממד הרביעי – הטכנולוגיה בשירות העיתונות והתקשורת: המאה ה-21

התקשורת מצאה עצמה בעשורים האחרונים "מופצצת" בטכנולוגיות מתקדמות להפצת העשייה העיתונאית. טכנולוגיות אלו מאפשרות לא רק איסוף ואגירת מידע גולמי באופן נוח יותר, חשאי ומסיבי, אלא אף את הפצתו והצגתו באופן מהיר, נגיש וזמין לכול, לעתים ללא המעשה העיתונאי הקלאסי של עיבוד המידע.²⁴⁷ המחקר האקדמי בדבר השפעת הטכנולוגיה על המעשה העיתונאי מתקשה להדביק את קצב השינוי. קיימות שלוש גישות מובילות. יש אומרים שמדובר במהפכה המשנה את פני העיתונות בהווה ובעתיד הקרוב. אחרים אוחזים במהות המעשה העיתונאי וטוענים כי אופן הצגת המידע והפצתו אינם משנים מהותית את העשייה העיתונאית. בתוך נמצאים אלו המונים כמה שינויים טכנולוגיים שמשפיעים גם על המהות. אלו גם אלו מתארים שינויים מהפכניים בכל הקשור לאופן הפצת המידע ולדרך הצגתו לצרכן.

עניינה של הצנזורה מתמקד בעיקר בטכנולוגיות ובפיתוחים חדשניים המאפשרים הפצת מידע והצגתו באופן העונה על ההגדרה "פרסום", כלשונה בחוק. בהיותה רשות ממלכתית שנועדה למנוע פרסום מידע הפוגע בביטחון המדינה, נאלצת הצנזורה להתמודד עם רצף התפתחויות טכנולוגיות שבמהותן אינן דרות בכפיפה אחת עם תפיסה של צנזורה מונעת. טכנולוגיות שכל ייעודן הוא להציג מידע באופן המהיר ביותר, הזמין ביותר והנגיש ביותר ללא מגבלות זמן ומקום ובעיקר לאחר תהליכי תיווך מזעריים בלבד ובשיתוף הצרכן עצמו ביצירת המידע ובהשלמתו, סותרות במהותן עבודה עם גוף רגולטורי כמו הצנזורה. יתרה מזאת, השינויים הטכנולוגיים מביאים לשינוי בתפיסות מהותיות בשאלות מיהו עיתונאי ומהו המעשה העיתונאי. הוצאת פעולת העיתונאי מחוץ למסד העיתונאי המסורתי מאתגרת בהכרח את המוסכמות החברתיות שלאורן פועלת הצנזורה מול ראשי כלי התקשורת בישראל.

צנזורה מהסוג המונע התאימה לעידן עיתוני הדפוס וממסד תקשורת היררכי. דעיכה הדרגתית בטווח הזמן הבינוני-ארוך של מעמד העיתונות הכתובה כמי שקובעת את סדר היום הציבורי, היא כמעט "מן המפורסמות". הציבור בגילאי הביניים ובגילאים הצעירים צורך מידע חדשותי באמצעות ישויות אינטרנטיות ויישומים בטלפון הנייד. מגמה זו תלך ותתחזק ככל שחלק גדול יותר באוכלוסייה ייוולד לתוך העידן המקוון.²⁴⁸

²⁴⁷ למשל אתר "ויקיליקס" משמש פלטפורמה להנגשת מידע גולמי. WIKILEAKS <http://www.wikileaks.org>

²⁴⁸ העיתונות הכתובה תהפוך להיות "חסרת חשיבות" בארצות הברית ב-2017 ובישראל ב-2030. ROSS DAWSON, LIVING NETWORKS (anniversary ed. 2008).

אין מדובר בהיעלמותו המוחלטת של הדפוס, אלא על כך שהוא יחדל להיות הגורם המשפיע ביותר על סדר היום הציבורי. התהליך הזה כבר החל והוא הולך ומתעצם עם הזמן.²⁴⁹ מספר המשתמשים הייחודיים באתר חדשות אינטרנט עולה על תפוצה של עיתון, גם אם הוא הנפוץ במדינה.

באינטרנט קיימים ערוצים מגוונים, שונים טכנולוגית ומתחדשים, להעברת מידע ולהפצתו, לאגירתו ולאחזורו. האינטרנט מציב אתגר קשה הן ליכולתה של הצנזורה למלא את תפקידה המניעתי והן ליכולתה לאכוף את סמכותה בדיעבד באופן שעומד במבחן התכלית הראויה (קרי הגנה על מידע ולא רק לשם חינוך או ענישה). הנחת המוצא בצנזורה באשר לאינטרנט היא כי מידע עלול להיחשף, בין במכוון ובין בתום לב. הנחת נוספת היא כי היצף המידע באינטרנט מציב סיכון אך גם סיכוי שכן היכולת לאתר פריט מידע רלוונטי ואמין היא מוגבלת. לצורך מילוי תפקידה של הצנזורה, מדד האמינות והחשיפה (החתימה התקשורתית) הוא הקובע. הצנזורה נדרשה לפתח כלים להתמודדות עם אתרים ממוסדים וממוסדים למחצה העוסקים בעיתונות או בתיווך מידע ביטחוני.

ברמת התפיסה הותאם ייעוד הצנזורה לפעולה באינטרנט, וכעת הוא מוגדר באופן יחסי ומציאותי. לא עוד מניעה וצמצום של פרסום מידע, אלא מניעה וצמצום של פרסום לשם הפחתת החתימה התקשורתית של מידע כדי שהיריב לא יחשוב אותו לאמין. במקביל לשינוי הייעוד שונו תפיסות העבודה, לעתים בניגוד מודע לאתיקה המקצועית. לדוגמה, לעתים תווטר הצנזורה על ביצוע אכיפה בדיעבד בשל העובדה שלפעולת הצנזורה ישנה חתימה תקשורתית משל עצמה. הצנזורה ביזרה מסמכותה לאכוף בדיעבד למנהלי אתרים. באירועים מתוקשרים במרחב הציבורי צמצמה הצנזורה מראש (בתיאום עם מערכת הביטחון) את רשימת פרטי המידע שיש לחסות וכדומה. כדי להתמודד עם היצף המידע ברשת פיתחה הצנזורה מערכת המייבאת לשולחנו של הצנזור את כלל המידע הביטחוני המפורסם לפי תחומי עניין רלוונטיים. אולם גם אם המערכת מסוגלת להתמודד במידה מסוימת עם רשתות חברתיות – "פייסבוק" ו"טוויטר" – תחמה הצנזורה מבחינה תורתית-מקצועית את מעורבותה רק אל מול רשתות חברתיות המשמשות כלי תקשורת או עיתונאי.

פעולת הצנזורה מספקת מענה, וגם הוא חלקי, לשיטת העבודה של הדור הקודם של ישויות האינטרנט, שהיו מעין גשר בין התקשורת הישנה לזו הנוכחית. אל מול

²⁴⁹ עידן "מחאות הפייסבוק" הוא ביטוי בולט לתופעה זו.

אתגרי הרשתות החברתיות ועידן Web 3.0, ובלי להתייחס לשאלות הצורך (האם קיימת סמכות? מהי רמת הפגיעה בביטחון המדינה?), הצנזורה אינה ערוכה טכנולוגית.

סימן ההיכר של עידן Web 2.0 הוא שהתוכן החדשותי מיוצר על ידי כל אחד ובעבור כל אחד.²⁵⁰ מידע חדשותי ואחר מיוצר באמצעות מגוון רחב מאוד של כלים ושל פלטפורמות טכנולוגיות המאפשרות נגישות וזמינות מיידית ורציפות. כלי התקשורת המסורתיים זיהו את הפוטנציאל של המדיה החברתית. הם משתמשים בפלטפורמות אלו כדי להשיג מידע חדשותי מהציבור הרחב, להרחיב את תפוצתם ולהגיע לקהלי יעד חדשים. בתחום החדשותי יש השפעה הדדית של התקשורת המסורתית ואתרי הרשת. ברשתות החברתיות הופיעו דפי פייסבוק וחשבונות טוויטר שמטרתם לספק דיווחי חדשות בהתבסס על ראשוניות ומהירות, גם על חשבון הדיוק, ורצוי ממקורות בזירות האירוע. כאלה הם דפי חדשות כגון "24/7" ו"חדשות 0404".²⁵¹ אלו נסמכים על יכולות ייצור, הפצה ושינוע מידע של הפלטפורמות הניידות השונות, שמצויות בידי כל אדם. התוצאה מרחיקת לכת שכן הנגישות ליישומים שמאפשרים לשנע מידע באופן מיידי ולקבוצות גדולות של משתמשים, יוצרת מציאות שבה כל אדם מסוגל להפוך לסוכנות חדשות בכוח.²⁵²

מציאות זו מאופיינת בביזור הצמתים והנקודות שדרכם זורם מידע, הקלות שבה ניתן לייצר תוכן, לספר סיפור ולהציג זווית, ולהנגיש אותם לכל אדם. הצנזורה חייבת לקבל כעובדה את חוסר היכולת לבקר ולשלוט על כלל המידע באופן אבסולוטי ולסמוך במידה רבה, על האחריות של המפרסם, בכל הקשור למידע ביטחוני.²⁵³

עידן Web 3.0 צפוי להיות נשלט במידה פחותה עוד יותר. העתיד מתגלם בתפיסת הרשת הסמנטית.²⁵⁴ תמציתו של הרעיון היא מעבר ממידע מעובד למידע גולמי, אוסף של נתונים ומידע שיהיה בכוחו של מחשב להבין ולעבד באופן עצמאי, ומכאן גם לייצרם ולהפיצם ללא מגע יד אדם. תוצאת הדבר היא שתיווך התוכן

250 את המונח טבעה ב-1999 דארסי דינוצ'י. טים אוריילי פרסם אותו בכנס ייעודי ב-2004.

251 לדפים אלו עשרות ואף מאות אלפי עוקבים.

252 צחי הופמן "92% מבעלי הסמארטפונים בישראל משתמשים בוואטסאפ" גלובס (14.11.2013) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000893814

253 הסתמכות זו על אחריות המפרסמים יש לה על מה להישען. בעלי "דפי חדשות" לרוב אינם מפרסמים מידע פוגעני מתוך שהם מבינים את המדיניות ואת המגבלות. במקרים של ספק הם מתייעצים עם הצנזורה.

254 ראו הגדרה במילון אינטרנט מבוסס חוכמת המון: *Web 3.0*, MacMILLAN DICTIONARY (2015), <http://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/web-3-0>

לצרכנים ייעשה בעתיד על ידי כלי בינה מלאכותית. לא מן הנמנע שבעתיד הלא רחוק נראה אתרי אינטרנט ודפים במדיה חברתית שמסקרים ושמדווחים מידע ללא התערבות אנושית. צנזורה המבוססת על הסכמה, על זיהוי ועל יצירת אינטרס והבנה משותפת בין עורכי כלי התקשורת למערכת הביטחון, אינה רלוונטית עוד.

(ו) הממד החמישי – ביטחון: מערכת הביטחון אימצה את המרחב התקשורתי כזירת פעולה לגיטימית

המרחב התקשורתי – המקומי והבינלאומי – נתפס מזה זמן כזירת לחימה או עימות שבה על גופי מערכת הביטחון, ובמיוחד לצה"ל, להתנהל בשגרה ובחירום לפי נוהלי התנהגות מבצעיים לכל דבר.²⁵⁵

לימור ונוסק מחלקים בהכללה את יחסי הצבא (שמייצג את מערכת הביטחון) והתקשורת לחמש תקופות. לטענתם, התקופה האחרונה מבין החמש, שהחלה בשנת 2000 לערך, מתאפיינת בפתיחות תקשורתית הולכת וגוברת. ולא רק פתיחות שכופה התקשורת (כפי שהוכתבה בשנות התשעים), אלא לא מעט סוגיות שהיו בבחינת טאבו, נפרצו והועלו לדין ציבורי ביוזמת מערכת הביטחון.²⁵⁶

התנהלות מערכת הביטחון בזירה התקשורתית, הן במצבים בהם היא יוזמת פרסום והן במצבים בהם היא מסכלת פרסום, מושפעת מגורמים רבים: מאפייני הפעולה המבצעית; מיקום הלחימה; התנהלות התקשורת והתנהגותה; מטרותיה של מערכת הביטחון במפגש בין שני המוסדות. הממעייטים מדברים כיום על התנהלות בתוך הזירה התקשורתית או על שקלול ההיבטים השונים (ממדי חשיפה, השפעה, מורל, עיצוב תודעה) שהזירה התקשורתית מייצרת ושבהם יש להתחשב במידה זו או אחרת בעת תהליך קבלת ההחלטות המבצעי או המדיני. המרחיבים מדברים על ניהול לחימה בזירה התקשורתית, על הצורך לשלוט ולנצח גם בזירה זו. הנחת היסוד המשותפת לאלו גם לאלו, היא כי לא ניתן עוד להתעלם מהמרחב התקשורתי כגורם משפיע, עד כדי יכולת הכרעה, בסוגיות ביטחוניות.

לאימוץ המרחב התקשורתי כזירת פעולה יש השפעות מרחיקות לכת על יכולתה של הצנזורה לספק מעטפת הגנה ראויה לגופי מערכת הביטחון. ביטוייה הארגוניים

²⁵⁵ בכל פקודה צה"לית קיים היום נספח דוברות. סוגיות של דוברות ותודעה הן חלק מההליך המבצעי.

²⁵⁶ "צבא ותקשורת במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 237, בעמ' 77-82.

והתרבותיים, כפי שרואה אותם הצנזור הראשי, מורכבים ומחייבים את הצנזורה להתנהגות מתאימה. בבסיסה ניצבת התפיסה שלפיה כדי שהגוף הביטחוני יפעל באופן המיטבי לצרכיו במרחב התקשורתי, על הצנזורה להגמיש את מאפייני מימוש הסמכות הנתונה לה על פי חוק ולפתח עם הגוף הביטחוני כלים משלימים לפעולתה.

אם כן, הצנזורה נדרשת להתמודדות מורכבת בקשר למערכת הביטחון. אציין כמה היבטים בפעולתה של מערכת זו המשפיעים בעיקר על ההתמודדות האמורה בדגם המניעת הקיים.

(1) היבטים ארגוניים

שלוש תופעות בממד הארגוני של מערכת הביטחון משפיעות באופן ישיר על פעולת הצנזור.

ראשית, למעט המוסד לתפקידים מיוחדים, בכל גופי מערכת הביטחון קיימים גופי דוברות ייעודיים שתפקידם להשלים את העשייה העיקרית של אותו ארגון באמצעות התנהלות במרחב התקשורתי. פעולתם, חלקה תגובתית וחלקה יוזמת, לרבות העברת מידע אינטימי רב, לעתים חשאי ורגיש, לכלי התקשורת לטובת גיוס התקשורת לצורכי הארגון.²⁵⁷ שנית, גופי הדוברות סמוכים על שולחנו של ראש הארגון וזוכים לעוצמה ארגונית גבוהה מאוד – מעמד, נגישות והשפעה. מיקומם בהיררכיה הארגונית מעיד לא פעם על העדיפות שניתנת לדוברות על פני ארגוני שמירת הסוד. שלישית, כדי לעמוד בדרישות התקשורת לזמינות, לשקיפות ולאמינות מפעילים גופי הדוברות מנגנונים מורכבים של העברת מידע, חלקם רשמיים וגלויים וחלקם לא רשמיים. בעידן הנוכחי נדרשת יכולת לקבע נרטיב רצוי באופן מידי, קליט ובהנגשה רחבה. נוסף לכלי העבר (שיחות רקע, מסיבות עיתונאים) מפעילים גופי הדוברות כלים תקשורתיים לכל דבר, דוגמת אתר אינטרנט, דף פייסבוק, חשבון טוויטר וסרטוני יוטיוב. התוצר של שלוש התופעות הללו הוא ניסוח כללי עבודה פנימיים בין גופי אבטחת המידע וגופי הדוברות של אותו ארגון. בחלק מן המקרים סומכת הצנזורה ידה על גוף אבטחת המידע, שמבחנוי מקשים יותר, בביצוע פעולת הבחינה המוקדמת טרם

²⁵⁷ הממונה על הביטחון במערכת הביטחון מקבל שירותי דוברות מדוברות משרד הביטחון, ו"המוסד" – מדוברות לשכת ראש הממשלה. גוף הדוברות בשב"כ הוקם באוגוסט 2002 לאחר שהחל לפעול באופן לא רשמי כבר בשנת 2000, עם פרוץ האינתיפאדה השנייה.

הפצה (ביזור סמכות). ככל שהגנום הארגוני ייטה יותר לכיוון ביטחוני-חשאי, כך תסמוך הצנזורה יותר על שיקול הדעת הפנימי בו.²⁵⁸

(2) היבטים תרבותיים

הפתיחות הרבה – לעתים רבה מאוד – של מערכת הביטחון כלפי התקשורת הביאה להתפתחותם של מאפייני התנהגות המקשים מאוד על עבודת הצנזורה. אסקור ארבע תופעות בממד התרבותי.

בראש ובראשונה, הצורך לקיים מערכת יחסים מתגמלת עם התקשורת מחייב את הדוברות לספק את הצרכן הרעב. באופן יזום נחשף מידע רב שהוא לעזר למודיעין האויב, גם אם אינו עולה כדי פגיעה בביטחון המדינה בהתאם למבחן שבו נדרשת הצנזורה לעמוד. בעיקר מדובר במידע תשתית מעולם המודיעין, המבצעים והטכנולוגיה. חשיפת מידע יזומה בעיקר מסמנת מטפורית קו גבול חדש ואינטימי הרבה יותר להתפתחות השיח בתקשורת ובציבור הישראלי. חשיפה יזומה היא בעייתית כאשר במטרה לשרת אינטרס אחר מוכנה מערכת הביטחון לנגוס בחשאיות מידע שראוי היה לא לחשפו באופן יזום.²⁵⁹ הדבר מערער את אמינות המערכת ככלל, והצנזורה בפרט, ופוגע ביכולת להגן על נושאי ליבה בטענת החשאיות הנדרשת.

שנית, בין הדוברות לתקשורת מתפתחים תהליכי הזנה הדדיים. העברה בלתי רשמית של מידע, לעתים חסוי, לטובת "תחזוקה" של הקשרים היא חלק בלתי נפרד מהתהליך. לא פעם הקרבה הבין אישית הנוצרת והאמון שהתפתח, מביאים למצב של המתקת סוד שאינה במקומה. בכל אלו אין חדש. בבסיס ההתנהלות הזו עומדת המחשבה כי הצנזורה תעצור את פרסום המידע לכשיוגש לה. התוצאה של כל אלו היא קיומו של ידע ביטחוני מרשים בקרב הכתבים.

שלישית, גופי הדוברות מפרשים לעתים באופן מוטעה את הבנת הצנזורה לצרכים התקשורתיים ואת בחירתה המודעת שלא להקשות בדרישת ההגשה מראש. כאמור, הצנזורה מאצילה מסמכותה לגורמי הדוברות ואבטחת המידע מתוך הנחה, לא

²⁵⁸ ראו למשל מסמך הסדרה פנימי של דובר צה"ל, מחלקת ביטחון מידע והצנזורה שנקבע לאחר מלחמת לבנון השנייה.

²⁵⁹ ראו חשיפה יזומה של סיירת מטכ"ל על רקע משבר מוטיבציה. אודי לבל "עימות או תלות הדדית? יחסי ביטחון ותקשורת במלחמה ובסגרה: מסגרת עיונית" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 13, 25.

בלתי סבירה, כי בעלי המידע יגנו עליו במבחן מחמיר אף יותר. אולם ככל שהתנהלות זו הופכת שכיחה, בעיקר על רקע התפתחות יישומי האינטרנט, מתקבעת בתת מודע התפיסה כי כך מותר ואף נכון לעבוד. פועל יוצא הוא כי במקרים מסוימים גוף דוברות מפיץ מידע ביטחוני מופץ בניגוד למדיניות הצנזורה. יתרה מזאת, התקשורת, שמקבלת מהדוברות מידע או מסרים, מתקשה עד מאוד לקבל את הנחיות הצנזורה הסותרות לכאורה את המסר שקיבלה.

ולבסוף, הפתיחות של מערכת הביטחון והשיח הביטחוני האינטימי יחסית מקבעים בתודעה את התחושה המוטעית שחשיפה של מידע, פירושה אישור לשיח חופשי. הדבר מביא למצב שבו השיח המתפתח בעקבות חשיפה יזומה, עלול לחשוף יעדי הסתרה ממוקדים שהצנזורה שמרה עליהם.

השינוי העמוק שחל במאפייני השיח הביטחוני בתקשורת, קיבעו בציבור תפיסה שלא ניתן לשנותה, ושלפיה הכול גלוי וחשוף ולא ניתן לשמור עוד על סודות ביטחוניים. השיח הביטחוני הער, במקום להיחשב אות לעוצמתה של הדמוקרטיה הישראלית, נתפס כסימן לחולשתה של הצנזורה, אף שבמבחן היעדים להסתרה המידע מוגן.

7. שימור הרלוונטיות – תנועה מתמדת מדגם אוטוריטרי לדגם דמוקרטי ביחסי שלטון-תקשורת

כפי שמעידה סקירת האתגרים שהונחו לפתחה של הצנזורה לאורך השנים, אכן נדרשו התאמות שוטפות של מערכת הביטחון והצנזורה למציאות. כדי לשמר רלוונטיות ולהמשיך לספק הגנה, אומצו בין השאר דפוסי פעולה המאפיינים את הדגם הדמוקרטי של יחסי שלטון תקשורת, בלי ששונתה התשתית החוקית, הנטועה בדגם האוטוריטרי. במבט צופה פני עתיד, גם שינויים אלו עלולים להיות בלתי מספקים, ונדרשת התאמה של דגם הצנזורה ושל התשתית החוקית למציאות המשתנה.

האופן שבו מתנהלת תקשורת ההמונים במדינה, וחלקה במאבק על העוצמה, קרי: המאבק על המידע ועל היכולת להשפיע על מגמות ותהליכים, מתוארים בספרות האקדמית באמצעות דגמים של יחסי שלטון ותקשורת. תקשורת ההמונים היא מערכת נפרדת בתוך המערכת המדינית הכוללת. ככזו היא מקיימת יחסי גומלין מורכבים עם תתי מערכות נוספות, דוגמת המשפט, הביטחון, ואף הממסד הפוליטי. היא נתפסת כמשקיפה, כמבקר, כנציגת הציבור, ככלב השמירה של הדמוקרטיה, אולם בהכרח אין

היא מבצעת תפקידים אלה בניטרליות מלאה. שני דגמי על²⁶⁰ מתארים את מעמדם של כלי התקשורת בחברה ואת ויסות היחסים ביניהם.

דגם אוטוריטרי – שורשי הדגם נטועים במשטרים אירופיים במאות ה-16 וה-17. משטרים טוטליטריים הפעילו דגם קיצוני של שליטה לא רק במתן רישוי, אלא גם בתכנים. תהליך תיווך המידע הוא מהשלטון לציבור ולא בכיוון ההפוך. התקשורת מגויסת להפצת אידיאולוגיה של המשטר והיא שופר של המפלגה או הקבוצה השלטת, משרתת את האינטרסים שלה ולמצער אינה מתנגדת לה בבטוחות. היחסים בין השלטון לתקשורת הם היררכיים: האחרונה נתונה למרות מלאה של השלטון, לעתים עד כדי מינויים וקביעת תכנים, כולל צנזורה מקיפה של תכנים שמנוגדים לאידיאולוגיה השלטונית.

דגם ליברטרי – הדגם הליברטרי הצרוף התגבש במאות ה-17 וה-18. מדובר בדגם תיאורטי במהותו המשרטט את המאפיינים הרצויים ליחסי תקשורת ושלטון: חופש מלא נטול כל הגבלות על תקשורת ההמונים עד כדי תקשורת המתפקדת הלכה למעשה כגוף בקרה של הדרג השלטוני. אין מדינה שהתקיים בה המודל הליברטרי באופן מובהק. מתוך הדגם הליברטרי נגזר הדגם הקיים בדמוקרטיה המערבית – ארצות הברית בראשן – דגם האחריית החברתית.

דגם האחריית החברתית – גלגול מודרני של הדגם הליברטרי. בדגם זה קיימת הכרה מלאה בחופש העיתונות, ובמקביל הבנה הדדית כי תהינה מגבלות מוסכמות עליו בשל פגיעה בערכים מתחרים. שני הצדדים מחויבים לריסון עצמי ולפשרה. השלטון מבין כי כלי התקשורת יאספו, יקבלו ויפרסמו מידע, גם כזה שהשלטון מעדיף שלא יתפרסם. קברניטי התקשורת, שעליהם חלה האחריית, מתחשבים באינטרסים סותרים ומפעילים שיקול דעת וריסון. איפוק הדדי ושמירה על הכללים ישמרו את המצב. החוק הקיים משמש להרתעה, ועוצמתו רבה יותר ככל שממעטים להשתמש בו.

הדגם הדמוקרטי-אירופי – נגזרת של דגם האחריית החברתית. ניתנת בו עדיפות עקרונית לחופש הביטוי ולחופש העיתונות. עם זאת הוא משלב התנהגויות והיבטים מסוימים של משטרים אוטוריטריים ברמה הנורמטיבית-חוקית וערכים דמוקרטיים ברמה המעשית: איזון בין זכויות הכלל והפרט ודו-שיח מתמשך בין הממשלה למדיה; השגת הסכמה והבנה בנוגע לנושאים שמוסכם שיש להם יכולת לפגיעה.²⁶¹

²⁶⁰ על הדגמים השונים ראו "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 47-48.
²⁶¹ דגמים אלו הציע סיברט. "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 70-71.

בעשורים הראשונים פעלה הצנזורה הישראלית בהתאם לדגם ההתפתחותי, שמאפיין חברות ומדינות בעולם השלישי.²⁶² לפי דגם זה, המנגנונים הם מהדגם האוטוריטרי (רישוי, צנזורה, שליטה) וההתנהלות מעידה על תפיסה של התקשורת ככלי שנועד בעיקר לפיתוח הלאומיות (מורל, תרבות ושפה, זהות). לאור השינויים בעשורים האחרונים בחברה ובמשפט בישראל שהוצגו לעיל, חלו שינוי ומעבר לדגם אחר. נוסק ולימור מגדירים זאת כדגם מעורב המשלב עקרונות של אחריות חברתית במישור הנורמטיבי (הסדרים וולונטריים דוגמת ועדת העורכים והסכם ההבנות) עם היבטים של דגם אוטוריטרי במישור המעשי (ההסדרים רשמיים של רישוי, חקיקה וצנזורה).²⁶³ על רצף שבצדו האחד הדגם האוטוריטרי, באמצעו הדגם הדמוקרטי-אירופי ובצדו האחר הדגם האמריקני (דגם האחריות החברתית) ישראל נמצאת, לטענתם, בתנועה מתמדת לכיוון הדגם הדמוקרטי-אירופי.²⁶⁴

אתאר את הדבר מנקודת מבטה של הצנזורה. כאמור, המעבר בין הדגמים מתרחש על רקע התפתחויות חיצוניות לצנזורה שהכתיבו את גבולות הפעולה, ובשל התאמות פנימיות שהצנזורה ביצעה ושיש להן השפעה משל עצמן. אולם אין מדובר רק בתוצר של לחצים חיצוניים, אלא בהפנמה עמוקה של מבחן הוודאות הקרובה ובשינוי מהותי בתפיסת החזון והיעוד. בהבינה בכל פעם מחדש את רוח התקופה ומתוך רצון לשמר רלוונטיות כדי להמשיך לספק הגנה מפני פגיעה בביטחון המדינה, פנתה הצנזורה לפרשנות של סמכותה על דרך הצמצום והישימות. השינויים שחלו היו מבניים ונורמטיביים כאחד. מאז שנות התשעים הביאו קצב השינויים והיקפם להתנהלות הנוכחית, שמאפייניה קרובים מאי פעם לדגם האחריות החברתית.

במבט צופה פני עתיד, הפער שנוצר בין התשתית החוקית, הנגזרת מדגם המניעה המוקדמת, לפעולה השוטפת, הנגזרת מדגם האחריות החברתית (ולאור השחיקה שחלה בחלק מרכיביו), יהיה בלתי ניתן לגישור. מדינת ישראל תידרש לבצע התאמות של החקיקה לנורמה הנוהגת בישראל. דגם כזה, המשלב בין התרבות הייחודית

²⁶² את הדגם הציע מקוויל. "פשרה זמנית", לעיל ה"ש 93, בעמ' 49.

²⁶³ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 71. במאמר מאוחר יותר הם הציעו דגם חדש לתיאור המצב במאה ה-21: דגם דינמי רב ממדי שמתפתח בהתאם למפת התקשורת, החברה והשלטון. "צבא ותקשורת במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 237, בעמ' 70.

²⁶⁴ "נורמליזציה של אנומליה", לעיל ה"ש 116, בעמ' 71; גדעון דורון "תותחים ומוזות": דגמים פוליטיים מתחרים של יחסי ביטחון ותקשורת" ביטחון ותקשורת, לעיל ה"ש 202, 51, 52.

לישראל למציאות, אציע בהמשך. לפני כן אסכם מהם ההיבטים המבניים והנורמטיביים שהשתנו והשפיעו על פעילות הצנזורה כיום.

(א) היבטים מבניים

ראשית, תקנות ההגנה שנותנות סמכויות נרחבות בידי של הצנזור, אמנם בעיני עומדות, אך הן כמעט ואינן בשימוש. המדינה ויתרה על הסמכות הנתונה לה בתקנות, ואלו משמשות כיום מעין מטרייה על המאפשרת את הפעולה מתוקף הסכם ועדת העורכים ולאורם של צווי הצנזור שהופצו. בית המשפט קבע כי יש לפרשן על דרך הצמצום, והצנזור בישראל פועל ברוח זו כבר עשורים רבים. מאז סגירת עיתון "חדשות" ב-1984 לא הופעלו הסעיפים הרלוונטיים לצנזורה בדין הישראלי.

שנית, המדינה אימצה את החוק המנדטורי שמתוקפו פועלת הצנזורה, ובמקביל אימצה התקשורת את המנגנון של "ועדת התגובה", שכונתה מעתה "ועדת העורכים". במהותה נועדה הוועדה לתאם בין השלטון לתקשורת באשר לפרסומים הפוגעים באינטרסים של המדינה. בהפגינה אחריות חברתית הסכימה התקשורת לקבל על עצמה מגבלות לחופש העיתונות.

שלישית, מאז שנת 1949 שומרת המדינה על סודותיה הביטחוניים מפני פרסום באמצעות הסכם "ועדת העורכים". ההסכם, שבמהותו הוא הסכם של פשרה בין שני הצדדים, נוטה היום באופן מובהק לטובת התקשורת וחופש העיתונות. הוא נסמך על התפיסה שקיים אינטרס עליון משותף המכתיב את ההתנהלות האחראית והמידתית של שני הצדדים לו.

רביעית, פסיקות בית המשפט מבהירות כי הדמוקרטיה בישראל נותנת מקום של כבוד לחופש הביטוי ולחופש העיתונות. באיזון שבין ביטחון המדינה לחופש הביטוי, גם אם הראשון מוצג כמי שגובר בהתנגשות בין השניים, הרי שהחובה שחלה על הצנזור או על מערכת הביטחון להוכיח פגיעה, היא משימה לא פשוטה.

(ב) היבטים נורמטיביים

ההיבטים הנורמטיביים שמוסדו כתוצאה משינויים מבניים ומהשינויים האחרים שהוצגו, מציבים היום את פעולת הצנזורה ברוח הדגם של האחריות החברתית.

ראשית, התקיים תהליך קבוע של התאמות בפעולת הצנזורה בפועל אל מול הסמכות הנתונה לה בחוק. מזה שנים ארוכות פועלת הצנזורה בעיקר בשמירה על

ביטחון המדינה וממעטת לפעול לשמירה מפני פגיעה בסדר הציבורי או בשלום הציבור, אף שסמכות זו קיימת בתקנות ההגנה. בצו משנת 1988 מיקד הצנזור את חובת ההגשה המוקדמת בסוגיות ביטחוניות בלבד. הצנזורה ממעטת להחיל את סמכותה על דברי דואר. בעניין ייבוא ספרים מפעילה הצנזורה שיקולים מורכבים על דרך הצמצום. הפעולה כלפי כתבים זרים בישראל ממוקדת לפוטנציאל האיום בלבד ולא מתוך דווקנות של אכיפת הסמכות. זה היה תהליך טבעי ששילב הבנה של הצנזור את מגבלות הכוח, מחד גיסא, ואת הצורך למצוא נקודת איזון ראויה המשקפת את האופי של הדמוקרטיה הישראלית, מאידך גיסא.

מעמדה של הצנזורה כגורם ייעוץ ביטחוני התבסס, וגורמים אחרים (אקדמיה, דוברים, בכירי מערכת הביטחון הפורשים) נוהגים להתייעץ עמה באשר לפרסומים צפויים.

שנית, מבחן הוודאות הקרובה הביא, כאמור, לשינוי העמוק ביותר בצנזורה, שביטוייו ניכרים בכל אורחותיה. ההשפעה המיידית הייתה שינוי במדיניות הטיפול הצנזוראלי, ברוח התקופה והפסיקה ומתוך הפנמת הרוח החדשה שנשבה מבית המשפט העליון.²⁶⁵ השיח הביטחוני הער מאז שנות התשעים הוא עדות ברורה לכך.

שלישית, מבחן הוודאות הקרובה אומץ גם בתרבות הארגונית של הצנזורה והייתה לו השפעה עמוקה. ייעוד היחידה הוגדר אחרת, לא עוד רק הגנה על ביטחון המדינה מפני פרסומים פוגעניים, אלא גם עריכת איזון ראוי בין שני ערכים חשובים בדמוקרטיה.²⁶⁶ אנשי הצנזורה פיתחו שיטות עבודה שיאפשרו ככל הניתן את השיח הציבורי בלי לפגוע בביטחון המדינה. הם ראו עצמם מייצגים של כל אחד מהצדדים בפני הצד השני. פותחו תהליכים פנימיים המאפשרים רב שיח וריבוי דעות כדי שתתקבל ההחלטה המאוזנת ביותר. תרבות התחקיר הפנימי בנוגע לקבלת החלטות מקצועית היא שורשית ובעיקר משקפת לכל אנשי היחידה את חילוקי הדעות. כאשר ישנן פסילות מהותיות, נוהגת הצנזורה להבהיר את שיקוליה לעיתונות ולהציג לה את התהליכים שקדמו להחלטה, מתוך אמונה שהבנה של התהליך תקל במעט את הפגיעה. לפי הצורך יישבו שני הצדדים וישקלו יחדיו את האופן שבו נכון לפרסם תוכן בלי לפגוע ביעדי ההסתרה שהגדירה הצנזורה.

²⁶⁵ "נפילתה ועלייתה של הצנזורה בנושאי ביטחון בישראל", לעיל ה"ש 234, בעמ' 187. הנושא עלה בפגישות ההיכרות עם עובדי הצנזורה בעבר ובהווה שערכתי עם כניסת לתפקיד.

²⁶⁶ ייעוד היחידה כפי שהוא מופיע כיום בכתובים.

רביעית, הצנזורה מיצבה את עצמאותה המקצועית מול צה"ל, גופי הביטחון ואף הדרג המדיני בחסות הפסיקה המחייבת. הצנזור זוכה כיום לעצמאות מלאה בכל הקשור לקבלת החלטות מקצועיות. תרבות הנחיית הצנזורה בנושאי פסילה פסה מן העולם. הצנזור נותן משקל רב לעמדתם של בכירי המערכת הביטחונית והדרג המדיני, אולם החלטתו עצמאית. הממשקים הישירים שלו עם גופים חוץ צה"ליים וראשיהם הודקו ואינם דורשים תיווך. כך גם ממשקיו של הצנזור הראשי עם ראשי מערכת המשפט, עם הכנסת ועם גורמי ממשל. גופי מערכת הביטחון חושפים את הצנזורה באופן יזום לפעילות הביטחונית והמדינית שדורשת הגנה, ומתייעצים עמה באשר ליעדי ההסתרה האפשריים. למעשה, מערכת המשפט היא היחידה שהחלטתה – צו איסור פרסום או חיסיון מכוח "דלתיים סגורות" – מחייבת את הצנזור.

חמישית, החיכוכים עם התקשורת הצטמצמו לסוגיות ליבה בלבד ולא לסוגיות דיונית (עבירות אי הגשה). התאמת חובת ההגשה למציאות והענקת משקל לשיקול דעתו של העורך (שמכיר את המדיניות ואת גבולות הצנזורה) הן מהסממנים העיקריים של דגם האחוריות החברתית.²⁶⁷ עם הזמן חלה ירידה ניכרת במספר המקרים שהגיעו לכדי טיפול בערכאות משפטיות.²⁶⁸ הצנזורה פיתחה מנגנונים משותפים לתקשורת ולה המחליפים את הערכאות השיפוטיות. הצנזורה משקיעה זמן ניכר בהבהרת המדיניות, בדיון עם עיתונאים ועורכים, בשיחות בירור משותפות ובייעוץ מקדים טרם תחילת עבודת התחקיר. במידת הצורך יישלחו מכתבי התרעה טרם נקיטת צעדים משפטיים, אך לרוב השאיפה היא שאת הענישה יטיל העורך כפעולה חינוכית פנימית. הצנזורה מאמינה כי עדיפה מניעה בהבנה על פני ענישה בדיעבד, לאחר שהנוק כבר נגרם.

שישית, עידן השידורים החיים והתקשורת האינטרנטית חייב את הצנזורה להסכין עם חוסר היכולת לבקר את כל המידע ולשלוט עליו באופן מוחלט. הצנזורה החלה לפעול בכל הקשור למידע ביטחוני בדרכים הבאות: "הפצת מסמכי הנחיה"; "חינוך" מקדים בדבר האסור והמותר; שימוש במתווכים והסתמכות על המפרסם. הצנזור פועל

²⁶⁷ ממוצע ההגשות לצנזורה מכלל כלי התקשורת בישראל עומד כיום על כ-70% מהמידע שנדרש היה בהגשה. בחינת הפרסומים שלא הוגשו מעידה כי הפגיעה בביטחון המדינה על פי המבחן המחייב את הצנזורה הוא זניח, פרסומים בודדים בשנה. בחירום עומדים אחוזה ההגשה של כלי התקשורת על למעלה מ-90%.

²⁶⁸ בתשע שנותיי כצנזור ראשי מספר המפגשים בוועדת השלושה עמד על שמונה, מהם שש עתירות של כלי התקשורת נגד הצנזור ורק שתי קובלנות של הצנזור נגד כלי תקשורת.

על פי מבחן הישימות של פעולתו בסביבה משתנה בלא שתיתן לו התאמה מבנית או חוקית מלווה. כך, לדוגמה, הניסיון להכניס להסכם חדש את האינטרנט ושירותים חיים לא צלח.

ככל שהעמיקו תהליכים אלו והפכו לנורמה הנוהגת בהתנהלותה של הצנזורה, כך התקבעה התדמית של גוף ביטחוני הפועל באופן מידתי, שגם אם סמכותו נובעת מחקיקה מנדטורית דרקונית, הרי שבעצם פעולתו על דרך הצמצום הוא רלוונטי ואף רצוי.

ד. מבט לעתיד

המלחמה הבאה שיפגוש הצנזור הראשי, תהיה מאתגרת ביותר עד כדי בלתי נשלטת, ולצנזור יחסרו הכלים המשפטיים והטכנולוגיים להתמודד עם פרסומים פוגעניים שיועלו באמצעי התקשורת המסורתיים ושאינם מסורתיים, מהם שעדיין לא נולדו. נכון לכתובת מאמר זה המנגנון ההסכמי הקיים מספק מעטפת הגנה ראויה. אולם טעות לבחון את המצב בנקודת זמן נתונה. רצף המגמות שתואר, עוצמתן וההשפעה ההדדית ביניהן עלול להביא את המערכת לכדי משבר בפרק זמן קצר מהצפוי.

הדגם המוצג בהמשך מנסה להתמודד עם מנעד הפערים הקיימים והצפויים: מבניים, התנהגותיים, משפטיים וטכנולוגיים. בהתאם לנקודת האיזון שבה תבחר מדינת ישראל לפעול, ניתן יהיה לגזור דגם תואם: החל בדגם שמאמץ את האסדרה הקיימת בשינויים קלים ומשקפי מציאות, ועד לדגם שמעביר את כל האחריות לתקשורת ושמפתח במקביל כלים משפטיים להרתעה ולענישה בדיעבד. אציג אסדרה שמאזנת, בעיניי, כראוי בין ביטחון המדינה לחופש הביטוי ושמשקפת את התרבות בישראל. בין שמדינת ישראל תבחר להותיר את המנגנון ההסכמי הפועל מאז קום המדינה ובין שתחליט לפעול לשינוי מהותי באסדרה, בעת הזו מן הראוי לפתוח במיפוי האתגרים הניצבים בפנינו ולגבש סל פתרונות אפשריים.

1. שלוש בעיות עיקריות במנגנון ההסכמי

התשתית החוקית, כאמור, מקורה בדגם האוטוריטרי. ההתנהלות בפועל נסמכת על שינויים מבניים ונורמטיביים והולמת במידה רבה יותר את הדגם האחריות החברתית.

השחיקה, עד כדי היעלמות, של חלק מסממני האחריות החברתית, עלולה להשאיר את ישראל ללא בסיס מבני או נורמטיבי מוסכם לעבודת הצנזורה.

הסממן הראשון שנשחק משנות התשעים ואילך, הוא "ועדת העורכים", שהתפוגגה לחלוטין בשנים האחרונות. ללא יושב ראש ומזכיר לוועדה וללא מנגנון ביורוקרטי תומך התערער עוד יותר מעמדו המשפטי, השנוי במחלוקת גם כן, של הסכם ההבנות. בעת הצורך לא ניתן היה אפילו לפעול על פי הגדרות ההסכם לבוררות.²⁶⁹ התפוגגות "ועדת העורכים" יש בה יותר מסממן מבני. היא מסמנת את נטישת התפיסה שלפיה התקשורת "שותפה" מרצון של השלטון בהגנה על המדינה.

הסממן השני הוא היעלמותם במדיה החדשה של בעלי תפקידים (עורכים, עיתונאים) שעמם ניתן לנהל שיח צנזוראלי מהסוג המניעתי הקיים בישראל. כל עוד את השיח הציבורי מובילים התקשורת הממוסדת ושלוחותיה באינטרנט, ניתן לקיים צנזורה מקדימה. ככל שהובלת השיח תעבור לתקשורת המקוונת, תאבד הצנזורה את השותפים להסכם ההבנות, בחלקן מפני שאינם קיימים כלל ובחלקן משום שאינם שותפים לתפיסת העולם העומדת בבסיס ההסכם.

הסממן השלישי הוא הימנעותה של מערכת המשפט מאכיפת החוק הקיים גם במקרים שבהם התרחשה הפרה ברורה. מדובר בשילוב של תפיסת עולם שמקדמת פשרה וגישור ושנמנעת מעימות עם התקשורת – אשר מייצגת ערך חשוב בדמוקרטיה – עם הדרקוניות של התשתית החוקית הרלוונטית (סעיף 113 לחוק העונשין, תקנות ההגנה וסעיף 70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, במקרים של הפרת צו איסור פרסום). מספר הפעמים שבהן הוחלט בתשע השנים האחרונות לפתוח בחקירה נגד מפרסם שעבר על צו איסור פרסום ביטחוני, הוא זעום (פחות מחמש). מתוך הבנת המציאות גם הצנזור נמנע כמעט לחלוטין מלהפעיל את ועדת הבוררות (בשנים אלו הופעלה הוועדה נגד עיתון פעמיים בלבד). במקומה אימצה הצנזורה דגם הסכמי עוקף, בינה לבין עורכים ראשיים, לענישה בגין עבירות צנזורה.

²⁶⁹ על ההתנגדות לוועדת העורכים בתחילת שנות התשעים כתבו בהרחבה בספר העיתונאים השנתי, שביטא באופן המיטבי את הלכי הרוח בתקשורת. ראו לדוגמה מאמרים משנת 1992 שהייתה שנה סוערת ביחסי התקשורת והצנזורה: צבי טימור "ועדת העורכים: 'מועדון אכסקלוסיוו' או 'שותפי סוד'?" ספר השנה של העיתונאים תשנ"ב 79 (1992); אריה נאור "ועדת העורכים: מוסד שעבר זמנו" ספר השנה של העיתונאים תשנ"ב 84 (1992); משה נגבי "ועדת העורכים: 'המסרסת' הגדולה של התיקשורת" ספר השנה של העיתונאים תשנ"ב 89 (1992).

2. הדגם הנדרש

ועדת וינוגרד, הוועדה המייעצת לשר הביטחון בענייני צנזורה, קבעה כי "ראוי לה למדינה דמוקרטית שתקיים עצמאות חקיקתית, המשתיתה את חוק המדינה ... על התפיסות הבסיסיות של המשטר הדמוקרטי שלה, ועל זהותה הערכית הייחודית. במיוחד אין זה מן הראוי, כי מדינה דמוקרטית תוסיף ותנהג בהתאם לתקנות שהנהיג משטר לא דמוקרטי שקדם לה, בארצה". עוד ציינה הוועדה כי חקיקה תאפשר "הנהגת נוסחאות איזון חדשות, חדות יותר ואף מוצדקות יותר, מן הנוסחות הקיימות".²⁷⁰ הצורך לשנות את התשתית החוקית קיים היום הן מטעמים ערכיים והן מטעמים מעשיים.

הדגם המוצע מציג שבעה ממדים שרלוונטיים לבחינת האסדרה מפני פרסומים פוגעניים. לכל ממד ישורטט המנעד האפשרי והניתן להשגה. ככל שנוטים לקצה, מתרחקים מהתפיסה הקיימת בישראל (לאו דווקא בכיוון ליברלי יותר!). הדגם מאפשר לגזור דגמים שונים של אסדרה בהתאם להיקף השינוי הרצוי ולאור המאפיינים הייחודיים לישראל. העמודות מסמלות את המרחק מהדגם הקיים, ולאו דווקא את מידת הקרבה לדגם הדמוקרטי.

ממד רלוונטי	מצב קיים	שמרני	התפתחותי	מהפכני
מהות הצנזורה	מונעת	מונעת	בחלקה מונעת ומייעצת, בחלקה אוכפת בדיעבד	אוכפת בדיעבד
מאפייני הגוף	צבאי	צבאי	ביטחוני	אזרחי

²⁷⁰ דו"ח הוועדה המייעצת לשר הביטחון בנושא צנזורה 9 (2007) (לא הופץ). הצעות שונות לשינויי מנגנון האסדרה עלו לאורך השנים. זאב סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי" עיוני משפט טו 311, 340-342 (1990); משה נגבי "אור השמש הוא החומר המחטא הטוב ביותר". ספר השנה של העיתונאים 1993, 79, 82 (1993).

ממד רלוונטי	מצב קיים	שמרני	התפתחותי	מהפכני
מקור הסמכות	תקנות ההגנה, פסיקות בית המשפט	תקנות הגנה תקפות; קיבוע הסכם ההבנות בחקיקה או חתימת הסכם הבנות מול גוף ייצוגי המקובל על העיתונות בישראל	ביטול תקנות ההגנה או צמצומן וחקיקת ייעודי – חוק הסודות הרשמיים	ביטול תקנות ההגנה; חוק חופש ביטוי ובו פסקת הגבלה בתחום הביטחון; נדרשת הסמכת הצנזור בחקיקה
היקף הסמכות: ענייני ביטחון	כלל הסוגיות הביטחוניות (רשימת הנושאים)	כלל הסוגיות הביטחוניות בפירוט הקיים כיום	החלפת רשימת הנושאים בכמה נושאי אב כוללים	צמצום רשימת הנושאים לנושאי ליבה בלבד
היקף הסמכות: סדר ציבורי ושלום הציבור – הסתה	בסמכות הצנזור	תקנות ההגנה תקפות או קיבוע הסמכות בחקיקה הייעודית	ביטול תקנות ההגנה וקיבוע הסמכות בחקיקה ייעודית	ביטול תקנות ההגנה ו"הזדכות" על המשימה
אחריות בדין	בפועל – על הצנזור	בפועל – על הצנזור	בחלקה על הגוף הצנזוראלי ובחלקה על המפרסם	על המפרסם בלבד

ממד רלוונטי	מצב קיים	שמרני	התפתחותי	מהפכני
מנגנוני אכיפה	ועדת בוררות, בית משפט	ועדת בוררות בעלת סמכויות אכיפה וענישה יעילות יותר – בהסכם; בית משפט באמצעות החקיקה הקיימת	בית משפט בהתאם לחקיקה עדכנית שתאפשר מנעד מציאותי וישים של עברות ושל ענישה	ערכאה משפטית ייעודית במערכת בתי המשפט

הדגם הרצוי לישראל נדרש למלא אחר מספר תנאים:

- בנושאים חשובים ספורים מחיר הטעות של פרסום לא אחראי הוא גבוה מדי ואינו קביל. נדרש להמשיך לקיים בהם צנזורה מונעת (לפחות בשלב ביניים).
- בשעת חירום נדרשות צנזורה מונעת ויכולת אכיפה מוכחת.
- שמירת הסוד ואכיפת החוק הן חלק מובנה בכל דגם קלאסי של אחריות חברתית. דגם הנסמך על אלו בלבד אינו ישים בישראל.
- כלי התקשורת בישראל והמפרסמים הלא ממוסדים ימשיכו להיות שותפים לתחושת האחריות בכל הנוגע לסוגיות ביטחוניות.

3. האסדרה המוצעת

אני מציעה להקים גוף ממלכתי, בלתי תלוי, שבחלקו עוסק במניעה מוקדמת בנושאים ביטחוניים נבחרים מוגדרים ובחלקו עוסק במתן ייעוץ ביטחוני טרם פרסום לכלי התקשורת ולמפרסמים השונים. הגוף יהיה אזרחי באישו וביטחוני במהותו ויפעל מתוקפו של חוק ייעודי לנושא. החוק יגדיר מנעד עברות ומנעד ענישה מדורגים ומדודים שישקפו את המורכבות בשיח הציבורי-ביטחוני מצד אחד ושיהיו ישימים לאכיפה מצד שני. בממשק עם המפרסמים הגוף ייזום (הנחיות) ויגיב (לבקשות). קבלת עצת הגוף טרם פרסום תקנה למפרסם הגנה מפני אכיפה בדיעבד. אי הגשת

מידע לבחינה מוקדמת בתחומים המוגדרים תהיה עברה שאכיפה בצידה (הגדרת העברה וחומרת הפגיעה תיעשה בתיאום בין הגוף למערכת הביטחון). אכיפת החוק בסוגיות של פרסומים פוגעניים תתנהל בערכאה משפטית מתמחה ייעודית. בשעת חירום מיוחדת שתוגדר בחקיקה הייעודית (ולא בשעת החירום המתמדת), תוקנה לגוף סמכות מניעתית מלאה.

האסדרה המוצעת משלבת פתרונות מבניים ופתרונות נורמטיביים גם יחד. היא מאפשרת לערוך את השינוי באופן מדורג ומתוך הסתמכות על התנהגויות מוכרות שמתקיימות הלכה למעשה. הצנזורה לפיה תגן באמצעים חריפים יותר על נושאים שבהם סיכון גבוה לנזק, ותאפשר פתיחות ראויה בנושאים אחרים. תינטל ממנה סמכות ההגנה על שלום הציבור והסדר הציבורי. האסדרה המוצעת משמרת את תפיסת המניעה המוקדמת, שנדרשת בישראל בחירום. היא מייצרת תמריץ למפרסמים לפעול עם גוף הייעוץ, שיהיה גורם ייעוץ מקצועי נטול פניות ובד בבד יספק הגנה במקרה הצורך. הגוף יהיה סמוך על שולחן מערכת הביטחון או צה"ל, אך ממלכתיותו ועצמאותו יובטחו לא רק מתוקף מעמדו של הצנזור הראשי. החוק הייעודי ישקף את כלל השינויים שחלו בחברה ובמשפט בישראל. החוק יעגן הסדרים ונורמות שהתקבעו ויאפשר אכיפה נוחה יותר. לשון החוק תתאים לדמוקרטיה יותר מאשר לשון תקנות ההגנה.

ו. סיכום

הצנזורה והתשתית החוקית והמנגנון ההסכמי שלפיהם היא פועלת, החלו את דרכם כמנגנונים זמניים במדינה המתהווה. בצוק העתים אימצה המדינה את התשתית המבנית-נורמטיבית ששירתה את שלטון המנדט הבריטי ואת הנהגת היישוב, בסברה שבבוא העת תחליף תשתית זו בהסדרים ראויים יותר לדמוקרטיה הצעירה. אין קבוע יותר מן הזמני. בחלוף כשבעה עשורים ובמציאות שונה לחלוטין מבחינות חברתיות, משפטיות, תקשורתיות וטכנולוגיות, מגנה מדינת ישראל על סודותיה הכמוסים באמצעות אותם הסדרים.

באופן מפתיע, ושמוא שלא במפתיע, מספק התצרף החוקי-הסכמי הקיים מעטפת הגנה טובה-יחסית לסוגיות של ביטחון המדינה. לא מן הנמנע כי דווקא בשל מאפייניו הייחודיים של הדגם הישראלי (מבוסס הסכמה, גמיש ופתוח לפרשנות, תלוי איוש, נע על פני כל המנעד שבין דרקוני לרך ומכיל), שאין כמוהו בכל העולם המערבי, הוא

תואם מאוד את ההוויה הישראלית ולכן צלח עד כה בפעולתו. לאורך שנות קיומה התפתחה הצנזורה מגוף צבאי ששימש מעין כלי של השלטון להעברת מסרים והנחיות של מערכת הביטחון לתקשורת, לגוף ממלכתי המקיים עצמאות מנהלית מלאה והמאזן בפעולתו באופן שוטף בין שני ערכי יסוד: ביטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה, כמעט כמעשה שופט. השינוי התגבש בשנות השבעים והשמונים, כפי שמתואר במאמר, והואץ בשנות התשעים, לאחר בג"ץ שניצר.²⁷¹ רבים ראו בפסיקת בית המשפט העליון שמחייבה את הצנזורה לעמוד במבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית, משום סימן לתחילת סופה של הצנזורה בישראל. בדיעבד אירע בדיוק ההיפך. בג"ץ שניצר הפך את הצנזורה למה שהיא היום וקיבע את עצמאותה ואת התמקדותה בסוגיות של ליבת הסוד הביטחוני, ולפיכך הוא שימר את הרלוונטיות של הגוף.

אולם בכך אין די. אם מדובר היה רק בתגובה ללחצים חיצוניים בלי לבצע שינוי מהותי פנימי, הרי שמנגנוני הבוררות והבג"ץ היו נשחקים עד דק במאבקים שבין הצנזור לתקשורת. טענתי היא כי הצנזורה אימצה באופן מלא מבחינה מבנית, מבחינה תפקודית ומבחינה תרבותית את הנרטיב של מבחן הוודאות הקרובה. האתגרים שקמו בשנות התשעים, בחמשת הממדים שנסקרו – מורכבותם וריבויים מבהירים כי ללא ההתאמות השוטפות שביצעה הצנזורה לנוכח המציאות המשתנה ולאורה של פסיקת בג"ץ, הייתה הצנזורה הופכת לבלתי רלוונטית והייתה כושלת במתן מעטפת ההגנה הנדרשת שמגדיר החוק.

אופן פעולת הצנזורה ויחסי הגומלין שלה עם המערכות הנוספות במרחב הציבורי שבו היא פועלת, גרמו לכך שבפועל התנהגותו של המנגנון הקיים קרובה יותר לאמות המידה של הדגם הדמוקרטי ליחסי שלטון ותקשורת, בעוד שהתשתית החוקית עודנה נטועה בדגם האוטוריטרי. נוצר פער מהותי – תדמיתי ותפקודי – בין לשון החוק לנורמה הנוהגת.

אולם ניתוח המגמות מעלה כי אנו קרובים לנקודת ההיפוך. ככל שהן תמשכנה להתפתח ותשפענה זו על זו, ההתאמות שעורכת הצנזורה בהסדרים הקיימים כיום לא תספקנה עוד. המציאות הנוכחית מעידה כי הבסיס התפיסתי לצנזורה בהסכמה נשחק. גופים נעלמו; רשת התקשורת מסועפת, מורכבת ושונה מהותית מבנית ותפקודית; הטכנולוגיה שומטת את הקרקע לחלוטין מהיכולת לפעול במניעה מוקדמת. לא זו אף זו, הגופים שעליהם נועדה הצנזורה להגן, רואים במרחב התקשורתי מרחב פעולה

²⁷¹ לעיל ה"ש 1.

לגיטימי, נדרש ואף רצוי. אם תרצו, במקום שיט בים רגוע וגבה גלי נדרשת ספינת הצנזורה לתמרן ללא בסיס איתן בים רצוף מערבולות וסערות עזות.

אם כן, במבט צופה פני עתיד נדרש שינוי מן היסוד. לא בגדר האסדרה הקיימת, אלא יצירה יש מאין של אסדרה חדשה בעלת בסיס חברתי-משפטי שונה ומותאם למציאות הישראלית המתגרת בישראל. דגם כזה, שממנו ניתן לבנות פתרונות הולמים, מוצע במאמר.

הדגם הרצוי מניח, כאמור, הותרתו של מנגנון מניעתי חלקי או מלא. חלקי – באשר לנושאים שבהם מחיר הטעות של פרסום לא אחראי הוא גבוה מדי. מלא – בשעת חירום. יש להניח כי בעתיד הנראה לעין לא יהיה נכון לוותר לחלוטין על סמכויות של צנזורה מונעת בדמוקרטיה הישראלית. האתגר יהיה לייצר ארגון שפועל כארגון מיעוץ בחלקו ומניעתי בחלקו, ושבעת חירום משנה פעולתו למניעה מלאה.

ישראל רואה עצמה ומתנהלת כדמוקרטיה מתגוננת החיה על חרבה. שעת החירום שהוכרזה מיד עם קום המדינה לא בוטלה מעולם, ותקנות ההגנה הן עדיין חלק חשוב מחקיקת הביטחון במדינה. המציאות הביטחונית מייצרת מדי תקופה עימותים בעצימות גבוהה (כאלו שנכפו על ישראל או שהיא יזמה), עימותים בעצימות נמוכה (מבצעים נרחבים, ביטחון שוטף מורחב), ביטחון שוטף בגבולות המדינה, לחימה בטרור מבית ומחוץ, אתגרים ליחסי החוץ והכלכלה הקשורים קשר הדוק לסוגיות ביטחוניות וכדומה. מאפיין זה של המציאות הישראלית אינו צפוי, ככל הנראה, להשתנות מהותית בעתיד הנראה לעין. נהפוך הוא, מרחב אי הוודאות במזרח התיכון רק הולך וגדל. מערך המדינות, הבריתות והעוצמות משתנה באופן מהותי ובקצב מהיר, כיאה למאה ה-21.

מול האתגר הביטחוני המתמיד קיומה של הצנזורה המונעת נתפס על פי רוב כ"נתון", כ"רע הכרחי". מדינת ישראל מוכנה לספוג פגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיתונות ובלבד שאינטרסים ביטחוניים ומדיניים יישמרו. שאלת עצם קיומה של צנזורה הועלתה לפרקי זמן קצובים בלבד בתקופות שבהן נראה היה כאילו המציאות הביטחונית צפויה להשתנות באופן מהותי. נדמה כי הציבור הרחב, מערכת הביטחון, הדרג השלטוני ואף התקשורת הסכימו כי אין מחלוקת בדבר הצורך בקיומה של הצנזורה, אלא בעיקר בשאלת האיזון הראוי בין הזכות לחיים (ביטחון המדינה) לחופש הביטוי. מספרם של אלו הקוראים באופן שיטתי ועקרוני לביטולה של הצנזורה המונעת בישראל, נמוך יחסית למצופה במדינה דמוקרטית.

ישנן סיבות רבות לכך שהמציאות הישראלית נתפסת כייחודית וכשונה ולפיכך כמחייבת מנגנונים שבכל מקום אחר נחשבים ל"הרע המוחלט". מחקרים רבים מסבירים את הצד הפסיכולוגי-סוציולוגי של הקיום היהודי בארץ ישראל התורם רבות לתפיסת "מדינה במצור" ש"חיה על חרבה", שמאוימת "איום קיומי" על ידי שכנותיה ושנמצאת ב"מרוץ מתמיד" להשגת יתרונות יחסיים בתחום הביטחוני ובכלל. לא אתיחס כאן לסוגיות אלו. יש לזכור שהן נמצאות ברקע ומשפיעות, במודע או בתת מודע, על תהליכי קבלת ההחלטות של הדרגים המדיניים, הביטחוניים ואחרים ועל תפיסת מידת הנחיצות בקיומה של צנזורה. אנסה להבהיר את נחיצותו של מנגנון מניעתי בדגם המוצע, במיוחד בשעת חירום.

ראשית, האירועים הביטחוניים שחווה ישראל – מלחמה, עימות בעצימות נמוכה או פעילות טרור – מתרחשים על אדמת ישראל, לאורך הגבולות ובעורף הישראלי. המלחמות מדווחות לציבור בארץ ובהח"ל, ובהכרח – לאויבים, בזמן אמת ובשידור ישיר מתוך מרחב הלחימה עצמו. לכלי התקשורת המקומיים והזרים יש נגישות גבוהה לתמונת הקרב ולהיבטיה המבצעיים, המודיעיניים והטכנולוגיים. אין בידי ישראל המותרות של ניהול מלחמה רחוקה, שניתן למנוע בה מראש גישה לזירת העימות ולשלוט בהעברת המידע הרגיש. ניהול מלחמה בעידן היצף המידע מניח מראש חשיפה מסוימת של מידע רגיש, שיעזור למודיעין האויב. אולם מחיר הטעות במקרה של חשיפת יתר הוא גבוה ועלול לבוא לידי ביטוי בפגיעה בפעילויות מבצעיות מתוכננות עד כדי ביטולן, בחשיפת נקודות תורפה, בפגיעה בחיי אדם, בחשיפת מקורות מודיעיניים ועוד. רק לגוף כמו הצנזורה יש היכולת לחייב את כלל התקשורת לפעול לפי הנחיות מחייבות שיגנו על הטעון הגנה. לא ניתן לסמוך על אתיקה מקצועית ועל ריסון עצמי בלבד, בוודאי לא במקרה של תקשורת זרה. יתרה מזאת, קצב ההתפתחויות במלחמה מחייב קיומו של גוף ביטחוני שיגדיר את הטעון הגנה בהכירו את תמונת המצב המלאה ובהתאם לצורכי ניהול הקרב.

שנית, תפיסת הביטחון של ישראל מותאמת למגבלותיה של מדינה ששטחה מוגבל, שגבולותיה ארוכים ללא חיץ טבעי מהותי, ושאוכלוסייתה קטנה מאוד יחסית לשכנותיה. הדרך לשרוד היא לפתח את היתרונות היחסיים הנתונים בידינו ולמצותם עד תום, בשגרה ובחירום. היתרון היחסי של ישראל מתבטא בעיקר במה שנהוג לכנותו "המוח היהודי": פיתוחים יצירתיים ופורצי דרך בתחומי יכולות טכנולוגיות, יכולות מודיעיניות, תפיסות מבצעיות ותעוזה מבצעית. מחיר הטעות של חשיפה לא מבוקרת של מידע בתחומים אלו הוא גבוה ביותר עד כדי בלתי נסבל. ההגנה שמספקת הצנזורה לנושאים אלו מאפשרת למדינת ישראל למצות את מרחב הפעולה המבצעית והמדינית עד

תום. תחומים אלו חשופים ומוכרים לבכירי העיתונאים בישראל, ואי אפשר שיהיו נתונים לשיקול דעת אישי של עורך או של פרשן.

שלישית, התרבות הפוליטית של ישראל אינה תרבות של שמירת סוד. ההפך הוא הנכון. הידע הביטחוני האינטימי והרגיש שמצוי בידי העיתונאים בישראל מעורר "התפעלות". תופעה זו של זליגת מידע ביטחוני רגיש ביותר לעיתונאים כדבר שבשגרה ולפי קוד בלתי כתוב של "שותפות מבוססת אמון", אינה מתקיימת עוד רק בשגרה אלא גם בעת חירום (למשל הדלפות מהקבינט באופן קבוע במהלך מבצע "צוק איתן"). מעטים הנושאים שנשמרים תחת מעטה החשאיות הראוי. העובדה שמערכת אכיפת החוק אינה נוטה להעמיד לדין את אלו שחשפו מידע ביטחוני רגיש (סעיף 113 לחוק העונשין הוא דרקוני ולכן ממעטים להפעילו), הופכת את הסיכון שבביצוע עבירה לנמוך עד כדי לא קיים. במצב זה עדיף שתהיה צנזורה, בעיקר בעת חירום, בבחינת חסם אחרון בטרם ייחשף מידע שפגיעתו בכוח גבוהה מדי.

רביעית, תפיסת האויב את התקשורת בישראל ייחודית למזרח התיכון. מדינת ישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה במזרח התיכון. יש בה תקשורת חופשית העוסקת בכל נושא, כולל בסוגיות של ביטחון, באופן חודרני. בשל כך גופי המודיעין של האויבים והיריבים משקיעים מאמץ רב באיסוף מידע גלוי מכלי התקשורת הראשיים בישראל. חלקים נרחבים מתמונת המודיעין שמייצרים גופי המודיעין, מבוססים על מידע שמוגש להם "על מגש של כסף" בתקשורת הישראלית. הדבר נכון לסוגיית היכולות של מערכת הביטחון הישראלית, ועוד יותר לסוגיית הכוונות של הדרג הצבאי והדרג המדיני (לדוגמה כוונות לתקוף באיראן או לכבוש את רצועת עזה), שקשה מאוד להבנה ולהערכה מודיעינית. יתרה מזאת, למתפרסם בעיתונות הישראלית מיוחס מדד אמינות גבוה. על רקע האתגרים הביטחוניים התמידיים שצוינו קודם לכן, נכון שיהיה גוף החוסם את פרסום המידע החיוני יותר גם במחיר פגיעה נתונה בחופש העיתונות.

חמישית, קיומה של הצנזורה כגוף סיכולי רגולטורי הוא נוח לא רק למערכת הביטחון אלא גם לתקשורת בישראל. התקשורת רוצה למלא את תפקידה העיתונאי ובמקביל, מתוך אותה תחושה של אחריות חברתית, אינה רוצה לפגוע בביטחון המדינה ובאינטרסים שלה. אנשי התקשורת מודעים לכך שבמציאות ביטחונית רוחשת, בעיקר בעת חירום, אין בידם כל הידע הרלוונטי לקבלת החלטה טרם פרסומו של מידע רגיש. קיומה של צנזורה שמקבלת החלטות מקצועיות מתוך ידיעה, שמבצעת את עבודתה במידתיות הנכונה, שמשתפת בעילות לפסילה של מידע ושמאפשרת לתקשורת לאתגר את החלטתה ולמצוא את הדרך לפרסם את מהות התוכן בלי לפגוע בביטחון,

נתפס על ידי עיתונאים רבים כגורם חיובי. חלקם אף הודו שאילו הם נדרשו להחליט, ייתכן שבשל חוסר ידיעה או חוסר ביטחון היו נוטים לא לפרסם מידע מותר. דווקא משום שהצנזורה מכירה את עיקרי הרגישות הביטחונית, יש בידה להתיר לפרסום מידע רב יותר מכפי שעורך כלי תקשורת היה נוטל על עצמו. כלי התקשורת בישראל עדיין לא אימצו את המאפיינים הבוטים של הדגם הדמוקרטי. לכן חלקם מקבלים בליט ברירה את קיומו של רגולטור הקובע את גבולות הסיקור הביטחוני, וחלקם מעדיפים מצב זה.

הצעה זו אינה ללא סיכון בצדה. הדבר הנוח ביותר הוא להיצמד לקיים, שכבר הוכיח עצמו באתגרים ביטחוניים מהותיים. למען הסר ספק, גם אני איני מציעה לזנוח לחלוטין את ההיגיון שעומד מאחורי האסדרה הקיימת, אולם אני סבורה כי חובה עלינו להתמודד עם הצפוי באופן המקדם פני "רעה". יש לערוך את הבחינה בהובלה של מערכת הביטחון, מתוך עמדה של יציבות יחסית ולא של מגננה. יש לקיים את תהליך הבחינה תוך כדי גיוס כל השחקנים שקשורים לעניין – תקשורת, גופי מערכת הביטחון ומערכת המשפט. יש לייצר הצעה שבה ברור לכל צד מה היתרונות הגלומים בה בעבורו ועל מה הוא נדרש לוותר. לדוגמה, אם לעורכים הראשיים תינתן האחריות הבלעדית לפרסומים ביטחוניים, נדרש במקביל לחזק בחוק את מנגנוני ההרתעה מפני פריקת כל עול. מנגד, אם יוחלט להותיר את חובת ההגשה של פרסומים בנושאים מסוימים כחלק ממנגנון של מניעה מוקדמת, אזי מן הראוי שנושאים אלו יוגדרו על דרך הצמצום.

במפגשים של אנשי הצנזורה עם ראשי מערכת הביטחון נשמעות באופן קבוע אמירות ונשקלים שיקולים המצדדים בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת באותה מידה כמו בביטחון המדינה. על אחריותה של התקשורת בישראל העדתי יותר מפעם אחת, כולל בוועדת וינוגרד שבחנה את מלחמת לבנון השנייה. נדמה כי המערכת כולה בשלה לשינוי. בהשאלה, על הצנזורה להשתנות בראי השינוי בחיים הלאומיים בישראל.

משפט וצבא

כתב העת של הפרקליטות הצבאית

א דבר מפקדת בית הספר למשפט צבאי.....
ג דבר העורכים.....

ז הצבא בצבת המשפט?.....
הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני

מאמרים

1 ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי.....
יצחק זמיר
הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל –
33 הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?.....
גרשון גונטובניק
69 הצנזורה בישראל: התאמת מודל הצנזורה לנורמה הנוהגת בישראל.....
סימה וואקנין-גיל
157 גבולות חופש העיתונאי בעת לחימה בראי הסיקור של מערכת "צוק איתן".....
משה נגבי
183 הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות.....
תמר תבורי
243 כבוד המת במשפט הבין-לאומי.....
ניר שני

סקירת ספרות

283 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).....
לירון א. ליבמן

הרהורים על משפט ו...

309 "צבא העם" נגד גיוס החובה.....
גיל לוי

הכשירות הרפואית לשירות צבאי בראי ביקורת מוגבלות

תמר תבורי*

185	תקציר
185	א. מבוא
	ב. חובת הגיוס לשירות צבאי, הפטור מטעמים בריאותיים וההתנדבות לשירות
187	
194	ג. ביקורת ה-Disability Legal Studies – ביקורת המוגבלות
	1. שלוש הגישות בתפיסת המוגבלות: גישת הא-נורמליות; גישת שוויון הזכויות; גישת היחסים החברתיים
194	
196	2. השפעת הגישה הפמיניסטית על ה-DLS
197	3. מעמדו של ההיבט הרפואי בביקורת לימודי המוגבלות
	4. בחינת הכשירות הרפואית לשירות צבאי לאור גישות לימודי המוגבלות
200	

* סגנית ראש מחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית והיועצת המשפטית לחיל הרפואה. המחברת כיהנה כסגנית היועץ המשפטי לחיל הרפואה בין השנים 2005–2008. בתפקידיה אלה המחברת סייעה ומסייעת לרשויות הצבא בהתקנת תיקונים לתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות בטחון, התשכ"ז–1967. אבקש להודות לפרופ' שגית מור על מאמריה הנפלאים בנושא לימודי ביקורת המוגבלות (המאוזכרים במאמר זה), על הערותיה למאמר זה ובפרט על האבחנה בין הדגם האמריקאי לדגם הבריטי בגישת היחסים החברתיים. אבקש להודות גם לפרופ' רונן פרי, לראש מחלקת הייעוץ והחקיקה, אל"ם ד"ר תמיר מוריץ, לסא"ל רוני קציר ולסרן עידו עמיר על הערותיהם המועילות למאמר, וכן לחברי המערכת דאז רס"ן גלעד לין, סרן (מיל') שירה שגיא וסרן אדית טולדנו, ומתן גולדבלט על הערותיהם ועל סיועם הרב בהתקנת המאמר לדפוס.

- ד. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית ובחינה ביקורתית במשקפי ביקורת המוגבלות 201
1. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית 201
2. דמות החייל עם הקמת המדינה 205
- (א) הזיקה בין יכולת הפעלת נשק לכשירות הרפואית 209
- (ב) מראה כללי, גובה ומשקל 211
- (ג) הפרופיל הצבאי 214
3. שנות ה-2000: שינוי בדמות החייל ובתפיסת המוגבלות 214
- (א) קביעת סיווג חדש לאנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות נדרשים 215
- (ב) הורדת סף הכשירות לשירות בתחומים רפואיים שונים 217
4. שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי כמיזוג אינטרסים 219
- ה. הכשירות הרפואית ושילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי – פנים אל העתיד 226
1. העדרו של דיון ציבורי בהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי 226
2. דגם הכשירות הרפואית לשירות והכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי 228
- ו. השיקולים בקביעת כשירות רפואית לשירות 232
1. רצון הפרט או רצון הקבוצה 233
2. השיקול הרפואי 234
3. השיקול הצבאי 236
4. השיקול התקציבי 237
- ז. סיכום 240

תקציר

במאמר נסקרת ההיסטוריה של המיון הרפואי הצבאי במשקפי לימודי ביקורת המוגבלות. בהקשר זה נבחנת דמותו של חייל צה"ל כפי שהיא משתקפת במבחני הכשירות הרפואית לשירות ביטחון ומתוך ראייה ביקורתית של לימודי ביקורת המוגבלות. המאמר עומד על השינויים שחלו לאורך השנים בדמות החייל ובתפיסת המוגבלות, ועל מודל "הגוף הנבחר" שנראה כי עמד ביסוד מבחני הכשירות לשירות עם קום המדינה. בהמשך מתמקד המאמר בשינויים שחלו בשנות האלפיים ודן בכמה דוגמאות שבהן הונמכו ספי הכשירות לשירות ובלקחיהן. במאמר נטען כי השינויים שחלו בתפיסת המוגבלות, ובפרט הנכונות הרבה לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, באה גם על רקע התמורות במעמדו של צה"ל בחברה הישראלית והצורך בחיזוק האתוס של צבא העם. בחלקו האחרון של המאמר נבחן המודל הראוי לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. המאמר בוחן את מודל גיוס החובה אל מול מודל ההתנדבות לשירות וסוקר את השיקולים העקרוניים שיש לבחון בגיבוש מבחני הכשירות לשירות לשם התאמתם לשילוב אנשים עם מוגבלויות.

א. מבוא

מתוך שיחה עם עוז ואנטון, שני חיילים מצטיינים חולי CF, שהתנדבו לשירות בצה"ל:

"עוז, מדוע בכלל החלטת להתגייס לצבא?"

"מאז ומתמיד היה לי ברור שאני מתגייס לצבא: קודם כל מבחינה ערכית זאת ההזדמנות שלי להחזיר תרומה למדינה שאני אוהב, ובנוסף על כך, מהבחינה האישית, מאוד היה חשוב לי להציב לעצמי יעד ולעמוד בו, למרות המכשולים שבדרך..."

"אנטון, מה היה הרגע הכי משמעותי בשירות שלך?"

"לגבי הטירונות – הייתה החוויה הכי משמעותית. הרגשתי פתאום את מה שכל החברים היו מספרים עליו – בנוגע לצבא, שאני חווה את ה"דבר האמיתי". וכמובן שגם הכרתי חיילים מתנדבים מכל הארץ, כולל החברה שלי. זו טירונות מעורבת של בנים ובנות יחד, כולם עם פטורים שונים ומצחיקים: אלרגיה לבוטנים, פטור מאבק, פטור משמש ועוד..."

לאחר הטירונות מגיע שלב המיון והשיבוץ ליחידות השונות. לא תמיד כאמור משובץ המתנדב ליחידה אותה ביקש".

"עוז, מה היו הרגעים הקשים בשירות מבחינתך?"

"בשבילי ההתחלה דווקא הייתה הכי קשה, המודעות של חלק מהמפקדים למחלה לא גבוהה, הצהרתי בוועדה שאני מסוגל לעבוד 7 שעות ביום, אך בפועל זה היה לי לא פעם קשה מאוד. הרגעים הכי טובים הם עכשיו כשאני כבר רגיל וקשור לחברים מסביב ולעבודה".

"כאמור, בסיומו של עניין, כאשר שניהם על סף שחרור מהצבא – גם עוז וגם אנטון מסכמים את השירות הצבאי כחוויה מצויינת שלא היו מוותרים עליה. כמובן שאות ההצטיינות רק העשיר את החוויה אך לא היה מבחינת שניהם הסיבה לתחושת שביעות הרצון מהשירות".¹

רשימה זו תעסוק בדמותו של החייל ובתפיסת המוגבלות בשירות הצבאי כפי שהן משתקפות בסף הכשירות הרפואית לשירות. הכשירות הרפואית לשירות וההתפתחויות שחלו בה לאורך השנים תיבחנה לאור עקרונות החשיבה הביקורתית של לימודי המוגבלות. בבחינה היסטורית ביקורתית זו אצביע על מגמות בנוגע לאנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי ועל משמעותן. כן אציע הסבר חברתי-תרבותי לשאלה מדוע רק בשנות האלפיים חל שינוי ממשי בתפיסת המוגבלות ובדמותו של החייל. באמצעות בחינה זו ניתן יהיה להצביע על הנחות היסוד החברתיות-תרבותיות הכרוכות בדימוי החייל הכשר לשירות צבאי ובדמות האדם עם מוגבלויות.

לאחר שייחשפו הנחות היסוד של הדיון בכשירות הרפואית לשירות צבאי, ניתן יהיה לדון בשאלות העולות מהשיחה עם עוז ואנטון, שני חולי CF שהתנדבו לשירות בצה"ל: על מי ראוי להחיל את חובת הגיוס לשירות צבאי? מתי נכון לקבוע אי כשירות רפואית לשירות? מהו האיזון הנכון בין הרצון להגן על בריאותו של הפרט לרצון לקבוע נטל שירות חובה שוויוני? האם המודל הקיים כיום מאפשר הלכה למעשה שילוב והכללה של צעירים עם מוגבלויות בשירות הצבאי? מהם הקשיים העומדים בפני אדם עם מוגבלות טרם הגיוס ובמהלכו, וכיצד על רשויות הצבא להתמודד עמם? שאלות אלו ואחרות יידונו בסיומה של רשימה זו.

¹ תיעוד שיחה זו הופיע באתר איגוד סיסטיק פיברוזיס בישראל)

את הרשימה תפתח סקירה משפטית על חובת הגיוס לשירות הצבאי, על הפטור מהשירות הצבאי מטעמים בריאותיים ועל ההתנדבות לשירות צבאי של מי שפוטר משירות. בהמשך לכך יוצגו עיקרי ביקורת המוגבלות והגישות השונות לתפיסת המוגבלות. לאחר מכן אסקור סקירה היסטורית-ביקורתית את ההתפתחויות במיון הרפואי הצבאי: תחילה תוצג סקירה היסטורית כללית של המיון הרפואי הצבאי; בהמשך תיבחן דמות החייל כפי שהיא משתקפת בסף הכשירות הרפואית לשירות; לאחר מכן יובאו דוגמאות מתחומים רפואיים קונקרטיים שבהם משתקפת דמות החייל; בהמשך לכך יוצגו השינויים הממשיים שחלו בשנות האלפיים והסבר אפשרי לשינוי. את הרשימה יחתום דיון ראשוני בשאלות הנוגעות להסדרה העקרונית של הכשירות הרפואית לשירות בעתיד, מתוך תפיסה של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות.

ב. חובת הגיוס לשירות צבאי, הפטור מטעמים בריאותיים וההתנדבות לשירות

בהתאם לחוק שירות ביטחון, תנאי לגיוסו של אדם הוא כי ועדה רפואית קבעה שהוא "כשר לשירות בטחון".² ועדה רפואית רשאית לקבוע כי אדם הוא כשר לשירות בטחון, לאחר שמצאה כי אין לנבדק מחלה או מצב רפואי המנויים בתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות בטחון, התשכ"ז-1967 (להלן תקנות שירות בטחון או התקנות).³ בתוספות לתקנות ניתן למצוא רשימה ארוכה, מפורטת ומגוונת של מחלות, מומים ובעיות רפואיות הפוסלים אדם מלשרת בצה"ל.

² ס' 13 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות בטחון), קובע (ההדגשות הוספו):

פוקד רשאי, בצו, לקרוא –

(1) ליוצא-צבא, גבר, שנמצא כשר לשירות והוא באחד הגילים ...

(2) ליוצא-צבא, אשה, שנמצאה כשרה לשירות והיא באחד הגילים ...

להתייצב... לשירות סדיר ...

ס' א לחוק שירות המילואים, התשס"ח-2008, קובע הסדר דומה לעניין שירות מילואים:

יוצא צבא, שנמצא כשר לשירות ביטחון לפי חוק שירות ביטחון ושאינו

בשירות סדיר, יימנה עם מערך המילואים ...

³ ס' 5 לחוק שירות ביטחון. ראו גם תקנות שירות ביטחון.

בהתאם לכך, מי שנקבע כבלתי כשר לשירות או כבלתי כשר ארעית לשירות⁴ – רשויות הצבא אינן מוסמכות לגייסו לשירות.⁵ כך גם מי שבמהלך שירותו הצבאי נקבע כבלתי כשר לשירות או כבלתי כשר ארעית לשירות (להלן יחד: בלתי כשר לשירות) – על רשויות הצבא מוטלת החובה לפטור אותו מיידית משירות ביטחון.⁶ כתוצאה מכך ישראלים החבים בגיוס ושהם בעלי מוגבלויות המפורטות בתוספות לתקנות, פטורים משירות חובה בצה"ל.

יוטעם כי חוק שירות ביטחון אינו חל על שירות הקבע,⁷ ולכן הפטור משירות ביטחון שניתן בגין אי כשירות לשירות, אינו חל על משרתים בשירות קבע. ואמנם, מאות קצינים וחיילים עם מוגבלות הבאה לידי ביטוי בפרופיל 21 או 24, משרתים בשירות קבע בצה"ל. בדרך כלל מדובר בקצינים ובחיילים שחלו או שנפצעו במהלך שירותם, ובחלק מהמקרים גם עקב שירותם. במקרים אלה תנאי להמשך שירות הקבע הוא כי ענף הרפואה התעסוקתית והמיון הרפואי בחיל הרפואה יאשר את המשך שירותם, ולו במגבלות מסוימות.⁸ זאת כדי להבטיח כי המשך השירות לא יזיק לבריאותם, ולוודא כי אכן יש ביכולתם למלא תפקיד צבאי.⁹ כאמור, רשימה זו תתמקד

⁴ אי הכשירות הארעית היא אי כשירות לתקופה קצובה. הוועדה הרפואית מוסמכת לקבוע את תקופת אי הכשירות הארעית בהתאם לתוספת השנייה לתקנות שירות ביטחון. בתוספת זו מפורטות אמות המידה הרפואיות שלפיהן נקבעת אי כשירות ארעית לשירות ביטחון, ולצדן תקופת אי הכשירות המרבית שניתן לקבוע בגינן. בדרך כלל מדובר בפרק זמן שאינו עולה על שנה.

⁵ כפועל יוצא מהעדר סמכות של פוקד לגייסו. ס' 13 לחוק שירות ביטחון. בהתאם לכך, קובעת הפ"ע 3.0112 "כושר בריאותי" כי "בצה"ל ישרתו רק יוצאי צבא שהם כשרים לשירות...".

⁶ שם.

⁷ ראו בג"ץ 1425/06 עזרא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי של צה"ל (פורסם באר"ש, 10.9.2006).

⁸ פ"מ 32.0408 "כללי המיון הרפואי ליחידה ולמקצוע"; עניין עזרא, לעיל ה"ש 7.

⁹ מאמר זה לא יעסוק בשאלת שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות קבע. נציין רק כי מי שלא קיבל את אישור ענף הרפואה התעסוקתית והמיון הרפואי כאמור, מהסיבות האמורות, ישוחרר משירות הקבע. במקרים מסוימים זכאי משרת קבע שפוטר משירות בשל מצבו הרפואי, לקצבה ("פרישה רפואית") לפי ס' 10(א)(2) או (3) לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985.

בבחינת היחס למוגבלויות בשירות החובה ולא תעסוק בשירות הקבע, גם לאור מעמדו של שירות החובה בחברה הישראלית, שאודותיו עוד ארחיב להלן.¹⁰

מתוך תפיסת מעמדו המיוחד של השירות הצבאי בחברה הישראלית והזכות הנתונה בכך לפרט, נקוטה בצה"ל מדיניות התנדבות רחבה ביותר המאפשרת במידה רבה למי שפטור משירות בטחון מטעמים רפואיים להתגייס לצה"ל – או להמשיך לשרת – אם רצונו בכך.¹¹ כך, קובע הקוד האתי של העוסקים במיון הרפואי הצבא, כי "בקשות של מלש"בים [מיועדים לשירות ביטחון] וחיילים 'שאינם כשירים', להתנדב ולשרת בצה"ל, יזכו למענה חיובי ככל הניתן".¹² ערכי חיל הרפואה דורשים את "תרומת חיל הרפואה לעקרון זכותו של כל מלש"ב וכל חייל לשרת בצה"ל מתוך תפיסה כוללת של שוויון הזדמנויות ותרומת השירות לבניית החברה".¹³

כלל, בהתאם למדיניות ההתנדבות הרפואית, מאושרת התנדבותו של מיועד לשירות בטחון או חייל כאשר הרופאים סבורים שלא יהיה בשירות הצבאי כדי לפגוע בבריאותו.¹⁴ ענף הרפואה התעסוקתית והמיון הרפואי, שאמון על נושא זה, קובע גם

¹⁰ לא אעמוד על כלל ההבדלים בין שירות החובה לשירות הקבע בעניין זה, אך אציין כי קיימים שיקולים שונים המשפיעים על שילוב אנשים עם מוגבלויות. כאמור, בעוד שמוגבלות המנויה בתוספת לתקנות מקנה פטור אוטומטי משירות חובה, הרי שהיא אינה פוטרת משירות קבע, אלא מעלה את שאלת הכשירות לבחינה פרטנית של הגורמים הרפואיים. היקף המגבלות המקנות פטור רפואי משירות חובה רחב הרבה יותר מהיקף המגבלות המביאות בפועל לשחרור משירות קבע. נוסף לכך, לא מן הנמנע כי החלטה בעניינו של משרת קבע בעל השכלה, מקצוע או ניסיון מקצועי מסוימים וששירת כבר בתפקידים מסוימים, מתבססת גם על נסיבות אלו ועל נסיבות אחרות בעניינו. אשר על כן קשה להקיש משירות הקבע לשירות החובה בעניין שילוב אנשים עם מוגבלויות.

¹¹ ההתנדבות לשירות מתבצעת מכוח ס' 17(א) לחוק שירות ביטחון, שקובע כך: מי שאינו חייב בשירות סדיר רשאי להתנדב לשירות בכוחות הסדירים של צבא-הגנה לישראל...

¹² מובא אצל ארנון אפק, ברק גורדון, אהוד רגב וביאנקה לדרמן "מדיניות המיון הרפואי הצבאי: העבר מאחוריה, והיא צופה אל הבאות" הרפואה הצבאית 3, 28, 32, סעיף 4 (2006).

¹³ זמינים ב- www.refua.atal.idf.il/1177-he/Refuah.aspx.

¹⁴ כך, קובע ס' 1 להוראת קרפ"ר 302.009 "הטיפול הרפואי במתנדבים לשירות בצה"ל בעלי פרופיל 21 אשר נקבע טרם גיוסם" כי "מדיניות חיל הרפואה היא לאפשר, ככל האפשר, לכל מלש"ב שימצא בלתי כשר לשירות, והמבקש לממש את זכותו לשרת, להתנדב לצה"ל, אלא אם כן הדבר עלול לסכן את בריאותו". הקוד האתי של המיון

את התנאים המוגנים שבהם ישרת המתנדב, למשל אי ביצוע טירונות, לינת בית, שירות בבסיס קרוב לבית חולים ועוד.¹⁵

כך, בשנת 2005 שירתו בצה"ל 947 מתנדבים – רובם בתפקידי מנהלה, אך היו ששירתו ביחידות שדה ושסיימו קורס קצינים.¹⁶ בשנת 2006 שונתה המדיניות והחלו לאפשר למתנדבים להתנדב כבר בגיל 18, כך שיוכלו להתגייס עם חבריהם. נפתח גם קורס קצינים ייעודי למתנדבים. בעקבות שינויים אלה עלה מספר המתנדבים לשירות חובה.¹⁷

יש לזכור כי מדיניות זו התאפשרה במיוחד לאור תקנה 6 לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הסדרים לגבי חיילים ובני משפחותיהם), התשנ"ה–1995, הקובעת כי מי שנקבע כבלתי כשר או בלתי כשר ארעית לשירות ביטחון טרם גיוסו, יהיה זכאי לשירותי בריאות מקופת החולים שבה היה מבוטח טרם גיוסו ולא מחיל הרפואה. כתוצאה מכך מובטחים רצף הטיפול הרפואי במתנדבים באותה קופת חולים ומתן הטיפול הרפואי המתאים לצרכיהם המיוחדים. יתרה מכך, צה"ל אינו נדרש לשלם את העלות הגבוהה של הטיפול הרפואי במתנדבים,¹⁸ וייתכן שיש בכך כדי להקל על יישום מדיניות התנדבות כה רחבה.

למעשה, עם התנדבותו של מיועד לשירות ביטחון לשירות ועם התנדבותו של חייל להמשך שירות, המעמד המשפטי שלהם הוא של חייל לכל דבר ועניין.¹⁹ כך, למשל, אם יעבור עבירה בשירותו הצבאי, הרי שחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, חל עליו, וניתן להעמידו לדין משמעת או להגיש נגדו כתב אישום בבית דין צבאי. עם התנדבותו לשירות אין באפשרותו לחזור בו ולהשתחרר, אלא הוא מחויב בביצוע

הרפואי קובע (לא רק באשר למתנדבים): "היות שהשירות הצבאי עלול לחשוף את החייל לגורמים שונים שבכוחם לפגוע בבריאותו, אזי אם קיים חשש לנוק רפואי ברור לחייל בשל מצבו הרפואי, יש להעדיף את טובתו הרפואית". אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 32, סעיף 3.

15 ארנון אפק וברק גורדון "צבא העם בראי הרפואה הצבאית" מערכות 417, 30, 34 (2008).

16 שם.

17 שם.

18 עם זאת, צה"ל משלם דמי ביטוח בריאות ממלכתי בעבור המתנדבים בהתאם לתק' 6(ה) לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הסדרים מיוחדים לגבי חיילים ובני משפחותיהם).

19 ס' 17(ד) לחוק שירות ביטחון ("המשרת באישור שר הבטחון כמתנדב לפי סעיף זה, דינו לענין זכויותיו וחובותיו לפי כל חיקוק כדין מי שמשרת מכוח חוק זה שירות סדיר").

שירות צבאי מלא, כפי שהתחייב.²⁰ משכורתו של המתנדב וזה למשכורתו של כל חייל אחר.²¹ כשישחרר הוא יקבל תעודה המעידה על ביצוע שירות צבאי ויהיה זכאי להטבות מכוח חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994. ההבדל היחיד הוא בין מי שהתנדב בהיותו מיועד לשירות ביטחון, שזכאי כאמור לקבל טיפול רפואי מקופת החולים שבה היה מבוסס טרם גיוסו,²² לבין חייל שפוטר משירות ושהתנדב להמשך שירות, אשר זכאי לשירותי בריאות מחיל הרפואה ככל חייל אחר.²³

על אף מדיניות ההתנדבות האמורה התקנות יוצרות בררת מחדל ולפיה אנשים עם מוגבלויות התואמות את אמות המידה הרפואיות שבתוספות לתקנות, אינם משרתים שירות חובה בצה"ל.²⁴ כלומר, ככלל, אנשים עם המוגבלויות האמורות אינם

²⁰ ס' 17(ה) לחוק שירות ביטחון ("מי שהתנדב לשירות סדיר או לתקופת שירות סדיר נוספת, יהיה חייב בשירות עד תום התקופה הנקובה בהצהרת ההתנדבות, אלא אם כן הורה שר הביטחון על שחרורו במועד מוקדם יותר"). נראה כי הטעמים בבסיס חיובו של המתנדב בשירות צבאי מלא הם השוואת מעמדו למעמדו של חייל ושיקולי תכנון כוח אדם.

²¹ למעט סכום חודשי נמוך שמעניק חיל הרפואה בהתאם לקריטריונים הקבועים בס' 7 להוראת קרפ"ר 302.009 ושנועד לסייע למתנדב במימון התרופות והטיפולים בקופת החולים בהתאם למצבו הבריאותי.

²² תק' 6 לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הסדרים לגבי חיילים ובני משפחותיהם).

²³ ס' 55(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

²⁴ הגדרת אנשים עם מוגבלויות לעניין חובת השירות הצבאי מתבססת, כאמור, על רשימת המחלות והמצבים הרפואיים המפורטים בתוספות לתקנות שירות ביטחון. מטבע הדברים הגדרה זו אינה חופפת להגדרת "אדם עם מוגבלות" בס' 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: "אדם עם לקות פיזית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים". ראו בהקשר זה גם Convention on the Rights of Persons with Disabilities pmb., Dec. 13, 2006, 2515 U.N.T.S. 3 בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות; ישראל אשררה את האמנה בהחלטה של 5100 של הממשלה ה-32 "אשרור האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות" (10.9.2012). האמנה מכירה בכך ש"מוגבלות היא מושג מתפתח ובכך שמוגבלות נובעת מיחסי גומלין בין אנשים עם לקויות לבין מחסומים של גישה ושל סביבה, המעכבים את השתתפותם המלאה ובת-התועלת בחברה בשוויון עם אחרים". ברשימה זו אתייחס לאנשים עם מוגבלויות בהתאם לאמות המידה הקבועות בתוספות לתקנות האמורות. השאלות מתי ומדוע נקבע אדם כאדם בעל מוגבלות לעניין חוק שירות ביטחון, ומהי הכשירות הרפואית לשירות, הן השאלות העומדת במוקד רשימה זו.

משתתפים במוסד חשוב ועיקרי בחברה הישראלית – השירות הצבאי. ההתנדבות היא פרי בחירתם של יחידים שנאלצים לא פעם להתמודד עם הליכים ארוכים ולעתים מורכבים כדי לשרת בצה"ל.²⁵

אמנם מבחינה משפטית השירות בצה"ל אינו זכות בת אכיפה לבעליה,²⁶ אך בית המשפט העליון הכיר מבחינה ערכית בזכות הכרוכה בשירות בצה"ל: "החובה המשפטית לשרת בצה"ל, המוטלת על כל איש צעיר שנמצא כשר לכך, גם זכות גדולה טמונה בצדה..."²⁷

לשירות בצה"ל ולהעדרו יש השפעה כבדת משקל בחברה הישראלית. קימרינג עמד על כך שהשירות הצבאי נתפס כמאפיין הדומיננטי בהגדרת מחויבותו ושייכותו של הפרט למדינה.²⁸ הלמן הצביעה על כך שבשראל מסמן השירות הצבאי את השתייכות הפרט לקהילה, הוא אמת מידה לנורמליות ומשמש מקור הלגיטימציה להשתתפות בחברה האזרחית.²⁹ ששון-לוי מציינת שהשירות הצבאי מסמן את מידת שייכותו ונאמנותו של הפרט למדינה, ובעקבות כך גם את מידת זכאותו למשאבים חברתיים שונים עם שחרורו מהצבא.³⁰

ששון-לוי מטעימה כי מחויבותו של הפרט למדינה ונכונותו למות בעבורה הן מבחן האזרחות האולטימטיבי,³¹ ולכן "האזרח המושלם" בישראל הוא הגבר היהודי

²⁵ בעקבות שינויים שהונהגו בשנת 2006 קוצר משך תהליך אישור ההתנדבות משנה וחצי לחצי שנה. ראו אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 34. מכאן עולה כי בעבר היה משך ההתנדבות ממושך, ונראה כי אף כיום אין מדובר בהליך פשוט וקצר. בהקשר זה יוער כי רשויות הצבא שוקדות בימים אלה על קיצור הליך ההתנדבות לשירות ופישוטו.

²⁶ גיא-ישראל זיידמן הזכות לשרת בצה"ל 255 (1996). ראו גם הצעתו להכרה בזכות לשרת בצה"ל בעמ' 429-484.

²⁷ בג"ץ 246/89 רובין נ' ראש מנהל גיוס אגף כח אדם צה"ל, פדאור (3)89, 103, פס' 7 (1989).

²⁸ אורנה ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות מגדריות של חיילות בתפקידים 'אבריים' התשמע קולי? ייצוגים של נשים בתרבות הישראלית 277 (יעל עצמון עורכת, 2001).

²⁹ אורנה ששון-לוי זהויות במדים – גבריות ונשיות בצבא הישראלי 38 (2006) (מפנה ל-Sara Helman, *Militarism and the Construction of Community*, 25 J. POL. & MIL. (Soc. 305 (1997)).

³⁰ ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי", לעיל ה"ש 28, בעמ' 299.

³¹ שם (מפנה ל-CAROLE PATEMAN, *THE DISORDER OF WOMEN: DEMOCRACY, (FEMINISM, AND POLITICAL THEORY 12 (1989))*.

המשרת בתפקיד של לוחם.³² לדבריה, מהקשר בין השירות הצבאי לאזרחות נגזרות שתי תמות עיקריות: הראשונה, תמה של "מגיעות" המניחה כי לחייל הקרבי "מגיע" יותר (יוקרה חברתית, מעמד, מקומות עבודה, מענקי שחרור) כיוון שהוא תרם יותר בשירות הצבאי. השנייה, תמה של "שייכות ובעלות על המדינה" המניחה כי השירות הצבאי של הגברים מקנה להם זכות ולגיטימציה להשתתף בשיח הביטחוני-פוליטי בישראל.³³

השירות הצבאי הוא בעל תרומה ניכרת לשילובו של אזרח בחברה הישראלית ולקידומו בה. ברור כי אי הכללתם של אנשים עם מוגבלויות בכלל המחויבים בשירות חובה עלולה לפגוע, הלכה למעשה, גם בהמשך שילובם בחברה הישראלית, בשוק העבודה, בשדה הפוליטי ועוד.

מנגד, ניתן לטעון כי הקריאה לשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי מחזקת את מעמדו של השירות הצבאי כ"כרטיס הכניסה" לאזרחות השווה ואת הזיקה בין השירות הצבאי למשאבים חברתיים, תוך כדי פגיעה בשוויון של קבוצות אוכלוסייה שאינן משרתות בצבא (ערבים, חרדים).³⁴ עוד ניתן לטעון כי השיח בדבר שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי מתנה למעשה את שילובם של אנשים עם מוגבלויות בחברה בכיצוע שירות צבאי, בין שהם מסוגלים או רוצים לבצעו ובין שלא. הוא מחזק את עליונות הנכים "הצבאיים" – נכים שנכותם נגרמה תוך כדי השירות

32 ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי", לעיל ה"ש 28, בעמ' 300.

33 שם, בעמ' 300-301. ראו גם הערתה של פרנסיס רדאי שלפיה "השירות הצבאי נחשב לאמת-מידה מרכזית המעניקה זכות לחברות בקהילה הסוציו-פוליטית הישראלית. מכאן חשיבותו המכרעת של השירות בצבא בעיצוב זהות אזרחית ובמתן לגיטימציה לדרישות לא-פורמליות של קבוצות שונות לקבל משאבים חברתיים". "הצבא – פמיניזם ואזרחות" פלילים ט 185, 196 (2000).

34 ראו חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים ט 53, 61-66 (2000). (המאבק הפמיניסטי לשילוב נשים בצבא מחזק את השדה הצבאי כשדה דומיננטי והופך את הנרטיב שלפיו השירות הצבאי הוא כרטיס הכניסה לאזרחות שווה, לאמונה חברתית ופוליטית שאין מערערים עליה). לטענות דומות נגד המאבק לשוויון זכויות להומוסקסואלים ולסביות בשירות הצבאי ראו אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" פלילים ט 95, 174-180 (2000).

הצבאי ועקב השירות הצבאי, או נכים המשרתים בצה"ל על אף נכותם – על פני נכים אחרים.³⁵

עם זאת, בשל מעמדו הרם של השירות הצבאי בחברה הישראלית והשפעתו עליה, אין חולק בדבר חשיבותה של הטמעת תפיסה שוויונית הקוראת להכללת אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.³⁶ מתוך תפיסה זו בדבר חשיבותו של השירות הצבאי והדרת אנשים עם מוגבלויות מסוימות ממנו תבחן רשימה זו את טעמי הבריאות לפטור מן השירות הצבאי לאורך השנים ואת התפיסה המשתקפת בהם בנוגע לאנשים עם מוגבלויות. בחינה זו תעשה שימוש בשיטה הביקורתית של ה-DLS (Disabilities Legal Studies), והפרק הבא יציג את עיקריה של שיטה זו.

ג. ביקורת ה-Disability Legal Studies – ביקורת המוגבלות³⁷

1. שלוש גישות בתפיסת המוגבלות: גישת הא-נורמליות; גישת שוויון הזכויות; גישת היחסים החברתיים

מרתה מינו (Martha Minow) מתארת בספרה Making All the Difference³⁸ שלוש גישות מובילות בתפיסת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. הגישה הראשונה היא הגישה המבחינה בין ה"נורמלים" לבין ה"לא נורמלים", לשיטתה – אנשים עם

³⁵ על מעמדם של נכי צה"ל והעדפתם ביחס לנכים אחרים ראו שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית – דילמות של מאבק לשינוי חברתי" העצמה במשפט 91 (מימי איזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

³⁶ בהקשר זה נטענת הטענה כי השיח בדבר שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי דורש למעשה מאנשים עם מוגבלויות להתאים את עצמם לסטנדרט של האנשים שאינם בעלי מוגבלות. להרחבה ראו ה"ש 57 להלן.

³⁷ תרגום המונח "Disability Legal Studies" ל"ביקורת המוגבלות" הוא של שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית – חסמים במימוש זכויות לאנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79, 94, ה"ש 4 (ג'וני גל ומימי איזנשטדט עורכים, 2009).

³⁸ MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (1990). לסקירת הגישות המתוארות בספרה של Minow ראו גם מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37 לעיל, בעמ' 92–94.

מוגבלויות. מאחר שאנשים עם מוגבלויות אינם בגדר ה"נורמה", הם מוגדרים ונתפסים בעיקר בהתאם למוגבלותם. הגישה השנייה היא גישת הזכויות, שקוראת לשוויון זכויות כלפי כלל האנשים בחברה, בעלי מוגבלויות ושאינם בעלי מוגבלויות. עם זאת, בהתאם לגישה זו, אף כי הפרט עם המוגבלות הוא שווה זכויות, הרי שהקשיים הניצבים בפניו נובעים ממוגבלותו האובייקטיבית, ועליו למצוא את הדרך להתגבר עליהם. הגישה השלישית, גישת היחסים החברתיים (the social relations approach), רואה את המוגבלות כתוצר של הבנייה חברתית ואת הקשיים שבפניהם ניצב האדם בעל המוגבלות כתוצר של יחסים חברתיים ושל נורמות תרבותיות וחברתיות. בהתאם לכך, המוגבלות אינה נתפסת כפרי הטרגדיה האישית של האדם אלא כבעיה של החברה.

שגית מור מתארת את גישת היחסים החברתיים של Minow באשר לאנשים עם מוגבלויות וממקמת אותה במגמה רחבה יותר של ביקורת תפיסת המוגבלות.³⁹ מור מציינת כי בראשית שנות השמונים התגבשה תפיסת ה-Disability Studies הרואה במוגבלות "תוצר של יחסי כוחות חברתיים ולא נתון ניטרלי, אובייקטיבי".⁴⁰ מור מדגישה כי ביקורת המוגבלות יוצאת נגד התפיסה הרואה במוגבלות טרגדיה אישית ולא תופעה חברתית המושפעת מן האינטראקציה בין האדם לסביבתו. לדברי מור, "ביקורת המוגבלות מייחסת חשיבות רבה לאיתור, לזיהוי ולחשיפה של מערכת יחסי הכוחות, המזינה את התפיסה של מוגבלות כטרגדיה אישית וכמצב של נחיתות ופחיתות ערך. היא מראה, כי הטרגדיה היא יחס החברה המציבה מכשולים, הרואה במוגבלות נחיתות, ואשר אינה מייחסת ערך למי שאינו עומד בסטנדרטים צרים של פרודוקטיביות".⁴¹

נטע זיו מציינת כי בהתאם לגישה זו, מוגבלות "הינה הבניה חברתית, ולא תכונה מהותנית, והיא נקבעת בהבנת היחס שבין אדם לבין סביבתו, ולא במנותק ממנה".⁴² בהקשר זה מביאה זיו את סיפורה של הקהילה שהתגוררה במאה ה-18 בעיר Martha's Vineyard במדינת מסצ'וסטס בארצות הברית. אחוז החירשים בעיר היה גבוה ביותר, וכלל הילדים, לרבות הילדים השומעים, למדו את שפת הסימנים נוסף

39 שם, בעמ' 93-94.

40 שם, בעמ' 94.

41 שם.

42 נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות - בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 813, 818 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

לאנגלית. כתוצאה מכך הייתה שפת הסימנים ה"נורמה" ונתפסה כטבעית וכמובנת מאליה, וחירות נתפסה כרגילה וכנורמלית.⁴³

2. השפעת הגישה הפמיניסטית על ה-DLS

מור עומדת על כך שלתיאוריה הפמיניסטית תרומה ניכרת לביקורת לימודי המוגבלות בחשיפת ההנחות הסמויות שבשיח הזכויות ויחסי הכוח המעצבים את המוסדות ואת המוצרים החברתיים, ובהצמחת תפיסות חלופיות.⁴⁴

כך, גישת הפמיניזם התרבותי חשפה כי השיח הליברלי של שוויון הזכויות הוא שיח אטומיסטי הבוחן כל פרט בודד לעצמו, באופן התואם הנחות גבריות של אינדיווידואליות, של רציונליות ושל אי תלות.⁴⁵ קרול גיליגן הדגישה כי שיח זה אינו תואם את התפיסה הנשית המבוססת על מערכות יחסים והממקמת את הפרט בהקשרים של קשר ודאגה לזולת.⁴⁶ ואמנם, גישת שוויון הזכויות לאנשים עם מוגבלויות מבוססת על תפיסה ליברלית אטומיסטית, שלפיה אדם בעל מוגבלות זכאי לזכויות שוות לאלו של מי שאינו בעל מוגבלות. גישה זו, כאמור, אינה בוחנת את החסמים החברתיים למימוש זכויות אלו, ולכל היותר רואה בהם בעיה אישית טרגית שעל הפרט להתמודד עמה בעצמו. גישת הפמיניזם התרבותי תורמת ל-DLS לא רק בחשיפת החולשה של גישת שוויון הזכויות, כי אם גם בהצמחת חלופה לשיח הליברלי-אטומיסטי. דומה כי בחינת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות מתוך תפיסה שלפיה יחסים חברתיים מבוססים על יחסי תלות ודאגה לזולת, עשויה להביא להעצמתן.

בהתאם לגישת הפמיניזם הרדיקלי, גישת שוויון הזכויות מתעלמת מכך שהמוסדות החברתיים הקיימים מבוססים על הנחות יסוד גבריות, והדגם הסמוי

⁴³ שם (מפנה ל- NORA ELLEN GROCE, EVERYONE HERE SPOKE SIGN LANGUAGES: HEREDITARY DEAFNESS ON MARTHA'S VINEYARD (1985); Mary Ellen Maatman, *Listening to Deaf Culture: A Reconceptualization of Difference Analysis Under* (Title VII, 13 HOFSTRA LAB. L.J. 269, 337 (1996).

⁴⁴ ראו SUSAN WENDELL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY (1996).

⁴⁵ קרול גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995).

⁴⁶ שם.

להשוואה הוא דגם גברי. כתוצאה מכך נשים נאלצות להתאים את עצמן למוסדות חברתיים שנבנו מנקודת מבט גברית בלבד, ושוני נשי מובהק (למשל היריון) נתפס כחריג שלא ניתן להתייחס אליו לעצמו.⁴⁷ בדומה לכך, הראתה Minow כי שיח הזכויות של אנשים עם מוגבלויות מבוסס על גישת ה"א-נורמליות". גישת הזכויות רואה במוגבלות שוני שהוא בעייתו של הפרט: על הפרט בעל המוגבלות להתאים עצמו למוסד החברתי, להתגבר על המוגבלות ולהשוות עצמו ככל שניתן (למשל באמצעים שיקומיים) למי שאינם בעלי מוגבלות. גישה זו מתעלמת מכך שהדגם הסמוי להשוואה הוא מי שאינו בעל מוגבלות.

3. מעמדו של ההיבט הרפואי בביקורת לימודי המוגבלות

המצדדים בגישת היחסים החברתיים מבקרים את הדומיננטיות הרפואית בתפיסת המוגבלות המסורתית. נטע זיו מבהירה כי הגישה המסורתית עוסקת במוגבלות בעיקר מנקודת המבט של תחומי הידע הרפואיים-טיפוליים הן באמצעות אבחון הבעיה וסיווגה לפי תחומי הטיפול הרפואי המקובלים (רפואה, פסיכולוגיה, פסיכיאטריה, עבודה סוציאלית), הן בהגדרת אנשים עם מוגבלויות בהתאם למוגבלותם (נכות פיזית, חירשות, עיוורון, מחלת נפש וכדומה).⁴⁸ מייקל אוליבר (Michael Oliver) מבקר בחריפות את הגישה המסורתית ומציין כי רופאים ובעלי מקצועות רפואיים הכתיבו שיח מקצועי, מדעי ואובייקטיבי לכאורה שלא אפשר לאנשים עם מוגבלויות להשמיע את קולם ולהטמיע בשיח את חוויותיהם.⁴⁹ לדבריו, התפיסה המסורתית-רפואית של המוגבלות מכילה היבט יחיד ומצומצם יחסית של אנשים עם מוגבלויות – הוא ההיבט הרפואי – בלי להביא לידי ביטוי את ההיבט החווייתי-האישי. בהתאם לכך, גם הפתרונות המוצעים הם פתרונות רפואיים-שיקומיים בלבד. לעומת זאת, גישת היחסים החברתיים, לדברי אוליבר, מעתיקה את ההתמקדות מהליקוי הרפואי למוגבלות, קרי: למגבלות שמשתנה החברה על אנשים עם מוגבלויות, ושאינן מאפשרות את שילובם המלא בחברה.⁵⁰ גישת היחסים החברתיים, כאמור, מדגישה את

⁴⁷ קתרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה (דפנה ברק-ארו עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005).

⁴⁸ זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 815-816.

⁴⁹ MICHAEL OLIVER, THE POLITICS OF DISABLEMENT (1990); MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE (1996).

⁵⁰ שם.

ההבחנה בין ליקוי (impairment) למוגבלות (disability) ורואה באנשים עם מוגבלויות מופלים לרעה על ידי החברה בשל מוגבלותם ומחמת חוסר הנכונות של החברה להתאים את עצמה אליהם.⁵¹

בהקשר זה ראוי לעמוד על כך שהדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים (שמייקל אוליבר מייצג במידה רבה) מוסיף נדבך נוסף לגישת היחסים החברתיים שהוצגה לעיל.⁵² הדגם הבריטי מרחיק עוד יותר ומגדיר את המוגבלות כסוג של דיכוי חברתי ממש (oppression), ולא פגם פיזי או בריאותי. הוא קובע הבחנה ברורה בין הפן הביולוגי לפן החברתי.⁵³ תרומתו של המודל הבריטי לתפיסת המוגבלות ניכרת בשני היבטים עיקריים: האחד, המודל מצביע על כך שהפתרון למצב הוא בהסרת חסמים חברתיים ולא בשיקום רפואי. השני, יש בו בשורה משחררת בעבור אנשים עם מוגבלויות שכן האשמה למצב שבו הם נתונים, אינה בהם (בגופם או בנפשם), כי אם בחברה. הסתת הדגם מהמוגבלות לצורך בהסרת החסמים החברתיים תרמה במידה רבה לשיח בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות בבריטניה.⁵⁴

בשנים האחרונות נשמעו קולות ביקורתיים נגד הדגם הבריטי וקריאה להתמתנות בגישת היחסים החברתיים ששלטה בכיפה בבריטניה.⁵⁵ כך, שייקספיר ווטסון טוענים

51 Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?*, in EXPLORING THEORIES AND EXPANDING METHODOLOGIES 9 (Sharon N. Barnartt & Barbara M. Altman eds., 2001)

52 הדגם הבריטי לגישת היחסים החברתיים נקרא The Social Model של ויקטור פנקלשטיין, הוא צמח בכתביהם של כותבים בריטים בתחום, ובעיקר מייקל אוליבר. ראו Vic Finkelstein, *To Deny or Not to Deny Social Disability*, in HANDICAP IN A SOCIAL WORLD 34 (Ann Brechin et al. eds., 1981); COLIN BARNES, *DISABLED PEOPLE IN BRITAIN AND OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY ;DISCRIMINATION* (1991) לעיל ה"ש 49.

53 לעיון בדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים ראו OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY, לעיל ה"ש 49.

54 להסבר על ההבחנה בין הדגם הבריטי לדגם האמריקני בהקשר של תפיסת המוגבלות ושל גישת היחסים החברתיים, לתרומתו של הדגם הבריטי ולחסרונותיו ראו Shakespeare & Watson, לעיל ה"ש 51.

55 שם. ראו גם ביקורתה של לזי קרואו, הטוענת כי גישת היחסים החברתיים מתעלמת מהליקוי הפיזי. לדבריה, לא ניתן לראות בליקוי דבר "ניטרלי". קרואו מציינת כי גם לאחר הסרת חסמים חברתיים יישאר המאבק בקושי שמעורר הליקוי הפיזי. התעלמות מהליקוי מביאה לכך שהחוויות הקשורות בליקוי מושקטות: ההתמודדות עם הכאב, החשש להורישו לילדים, הרצון לרפאו, החשש מהתגברות הייסורים, החשש ממוות

כי אף שהדגם הבריטי נשא בחובו בשורה משחררת לאנשים עם מוגבלויות ותרם למאבקם החברתי, הרי שהדגם מיצה את עצמו ויש להחליפו. לגישתם, הדגם הבריטי הוא דיכוטומי מדי: הוא משקף ראייה של שחור או לבן, והתעלמותו מהליקוי הבריאותי כמוה כהתעלמות מהבדלים בין המינים בגישה הפמיניסטית הקלסית. לצורך הדוגמה מציינים שייקספיר ווטסון כי לכאורה, בהתאם לדגם הבריטי, ניתן לטעון כי ספורט הריצה מפלה אנשים עם מוגבלויות פיזיות בכך שאינו מאפשר להם לרוץ. בהקשר זה הם מביאים גם את דבריו של אברלי (Abberley), המציין כי אף שנשקיע בהסרת חסמים חברתיים בתעסוקה, תמיד יהיו אנשים שמוגבלותם לא תאפשר להם לעבוד.

לאור זאת טוענים שייקספיר ווטסון כי יש צורך בדגם מורכב יותר המשלב את שני הפנים של המוגבלות: ההבניה החברתית שלה וזיקתה לליקוי, והמאתר פתרונות הן במישור הסרת החסמים החברתיים והן במישור הרפואי-שיקומי-אישי. שייקספיר ווטסון מציינים גם כי יש חשיבות למתן ביטוי לפן הרפואי-פיזי של המוגבלות כך שניסיונותיהם, חוויותיהם וקשייהם של אנשים עם מוגבלויות שונות יבואו לידי ביטוי מיטבי ומסוים.

שייקספיר ווטסון מציעים לחשוב על תיאוריה שתכיל את הניסיון של אנשים עם מוגבלויות בכל ההיבטים: פיזיים, פסיכולוגיים, חברתיים, תרבותיים ופוליטיים. הם ממליצים שלא לנסות לנקוט גישה קוטבית (רפואית או חברתית), שכן מדובר בהיבטים שונים של אותה חוויה או במקומות שונים על פני רצף תפיסת המוגבלות. הם מזכירים שהביקורת כלפי התפיסה הרפואית נובעת בעיקר מכך שאדם בעל מוגבלות הוגדר באמצעות המוגבלות. ניתן שלא לאמץ נקודת מבט צרה זו, גם בלי להצטמצם לראיית החסמים החברתיים באופן בלעדי. עוד הם מציעים לבחון מתי נכון

מוקדם, האבל על פעילויות שאיננו מסוגלים לבצע עוד, ההתמודדות עם דיכאון, עם עייפות ועם כאב ועוד. קרואו עומדת על כך שניתן להבין את החשש מהכרה בליקוי, שכן בעבר הוגדרו אנשים עם מוגבלויות על פי הליקוי. אולם כיום, לדבריה, ניתן להגדיר מחדש את מושג הליקוי – ראשית בהכרה בעצם קיומו – ללא פרשנות רפואית או חברתית מוטה. קרואו מציעה להכניס לגישת היחסים החברתיים את הליקוי ואת החוויה הסובייקטיבית שחווים אותו-אנשים עם מוגבלויות. Liz Crow, *Including All of Our Lives: Renewing the Social Model of Disability*, in *EXPLORING THE DIVIDE* 55 (Colin Barnes & Geof Mercer eds., 1996). ראו גם ביקורתה של Morris על חוסר הביטוי המספיק לחוויותיהן של נשים עם מוגבלויות: JENNY MORRIS, *PRIDE AGAINST PREJUDICE* (1991).

יותר לנקוט התערבות חברתית כוללת נגד הפליה, למשל, ומתי יש צורך בבחינה רפואית או פרטנית. שייקספיר ווטסון מדגישים את הצורך להיזהר מהכללות יתר ומיישום של סיווגים על מקרים ספציפיים. לדעתם, יש לבחון את המקרים המסוימים לפי נסיבותיהם.⁵⁶

4. בחינת הכשירות הרפואית לשירות צבאי לאור גישות לימודי המוגבלות

כאמור, רשימה זו תנתח את הכשירות הרפואית לשירות ואת שאלת שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות חובה לפי גישות לימודי המוגבלות. בהקשר זה ניתן לטעון כי המאבק על שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי הוא מאבק של "שוויון זכויות" המתעלם מכך שהדגם הסמוי להשוואה הוא הדגם של הבריאה בגופו ובנפשו, כפי שעוד יודגם להלן. לפיכך ניתן לומר כי השיח בדבר שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי אינו מאפשר תפיסת מוגבלות מתוך גישת היחסים החברתיים. בהתאם לתפיסה הרדיקלית, אין להיאבק על השתייכות למוסד חברתי מוטה (הצבא המעדיף את הבריאים). יש לאתר או לבנות מחדש מוסד חברתי-תרבותי אחר שבאמצעותו יתבצעו השינויים החברתיים ושעל ידיו ניתן יהיה לקיים הכללה מהותית אמתית של אנשים עם מוגבלויות בחברה. עם זאת, במציאות השוררת בחברה הישראלית נראה כי לא ניתן להתעלם מחשיבותו של השירות הצבאי כמוסד חברתי, ממשמעותו עבור אנשים ובהם אנשים עם מוגבלויות, ומרצונם של פרטים רבים לממש את זכותם האזרחית ליטול בו חלק.⁵⁷

⁵⁶ ראו גם תשובתו של מייקל אוליבר למבקרים. עולה ממנה כי, לדידו, הדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים נועד לתאר את החסמים החברתיים של אנשים עם מוגבלויות, ולא למצות את החוויה הכוללת של אנשים בעלי מוגבלויות. לכן, לדעתו, לצד מודל זה ניתן להצמיח תיאוריות אישיות של תפיסת המוגבלות ותיאוריות חברתיות של הליקוי הרפואי. לדבריו, מכלול התאוריות יבנה את התיאוריה החברתית הכוללת של המוגבלות. נראה כי הוא מכיר בחסרונות של הדגם, ותשובתו מתמקדת במיקומו של הדגם החלופי לצד הדגם הקיים ולא כחליף לו. Mike Oliver, *Defining Impairment and Disability: Issues at Stake*, in *EXPLORING THE DIVIDE* 29 (Colin Barnes & Geof Mercer eds., 1996).

⁵⁷ לטענות נגד הדומיננטיות של השיח הצבאי כשדה למאבק על הזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלויות ראו ה"ש 34–36 לעיל והכתוב לידן.

כדי לבחון את סוגיית הפטור משירות חובה שניתן לאנשים עם מוגבלויות, במשקפי ביקורת המוגבלות, נתאר תחילה את הרקע ההיסטורי של הכשירות הרפואית לשירות צבאי. בהתאם לגישת ביקורת המוגבלות, נחשוף את האינטרסים ואת הנורמות החברתיות-תרבותיות שעמדו בבסיס קביעת המבחנים הרפואיים לשירות. כפי שנראה להלן, אין מדובר במבחנים רפואיים אובייקטיביים רפואיים גרידא, אלא גם בתוצר תרבותי-היסטורי המשקף את ערכי התקופה. בהמשך נעמוד גם על השינויים שחלו בכשירות הרפואית לשירות ובתפיסת המוגבלות הבאה לידי ביטוי בה. לקראת סיום הרשימה נבחן כיצד הדיון בגישות לימודי המוגבלות עשוי לתרום לבחינת הדגם הראוי לקביעת הכשירות הרפואית לשירות.

ד. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית ובחינה ביקורתית במשקפי ביקורת המוגבלות

1. המיון הרפואי הצבאי – סקירה היסטורית

המיון הרפואי הצבאי החל עוד טרם קום המדינה וטרם ייסודו של צה"ל.⁵⁸ בתחילת שנות הארבעים פרסם הצבא הבריטי תקנות לגיוס ולארגון חיילים מארץ ישראל, שכללו את כשירותו הרפואית של המתגייס. המיון הרפואי נערך בלשכת הגיוס של הצבא הבריטי בצריפין ובוועדת ההתגייסות של הסוכנות היהודית.⁵⁹ בשנת 1947 הוקמו 11 לשכות גיוס בכל הארץ, ובהן מוינו המתגייסים על פי סוגי בריאות. לכל סוג בריאות נקבע כרטיס בצבע אחר: אדום לשירות מלא בפלמ"ח או בנוטרות; ירוק לשירות חלקי בחיל השדה; כחול לשירות חלקי בחיל הים; אפור לשירות הציבורי; לבן לפטור משירות.⁶⁰

בשנת 1948 החלו למיין את המתגייסים בשיטת הסרט הנע (chain system of physical examination), שהועתקה מהצבא הבריטי. בהתאם לשיטה זו, מוסדו שתיים עשרה תחנות בדיקה, ובכל אחת מהן נערכה בדיקה מוגדרת (לחץ דם, אף-אוזן-

⁵⁸ לסיכום תמציתי ומאלף של תולדות המיון הרפואי הצבאי ראו אפק ואח', לעיל ה"ש 12.

⁵⁹ ברוך הורוויץ "כל העם חזית" – השירות הרפואי הצבאי בארץ-ישראל מראשיתו עד מלחמת העצמאות 1911–1947 כרך ב 227 (2000).

⁶⁰ אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 28. מעניין לציין כי הצבע הלבן נקשר באנטי-מלחמתיות. הדגל הלבן מסמן את הכניעה, ונוצה לבנה מסמלת פחדנות (בהקשר של אי גיוס לצבא או למלחמה).

גרון, בית חזה וכו').⁶¹ המתגייסים סווגו בהתאם לסוגי כושר אלה: "א – טוב לכל שירות, ב – טוב לשירות בקווי תחבורה ובבסיסים – לא מתאים ליחידות קרב. ג – בלתי מתאים לשירות בכוחות הבטחון, אבל מתאים לשירות בכוחות עזר ד – אינו מתאים לשום שירות".⁶² בשיטה זו לא הייתה התייחסות מיוחדת לבעיות נפשיות, וכתוצאה מכך גויסו לצה"ל חיילים רבים שלא התאימו למסגרת הצבאית.⁶³

בשנת 1948 הוגדרו סוגי הבריאות מחדש, ונוספו תתי סעיפים לסוג הבריאות "ב". כך, למשל, נקבע סוג ב' – 2 "מצב הבריאות טוב בהחלט פרט לרגליים שטוחות". סוג ב' – 6 קבע "מצב בריאותי תקין חוץ משמיעה לקויה – עליו לשמוע פקודות הניתנות בקול רם במרחק של לפחות 5 מטר", ועוד.⁶⁴

בשנת 1949 התריע ראש אכ"א על "ריבוי מקרים' בהם שלחו מפקדים חיילים לבדיקות רפואיות לשם קביעת סוג בריאות נמוך' מתוך רצון להיפטר מחיילים אלה ולשלחם מיחידותיהם".⁶⁵ דניאל נדב עומד על מכשלה חמורה יותר, והיא התעלמותם של מפקדים מהחלטות ועדות רפואיות. נדב מביא את עניינו של חייל שנשלח לקרב ושנפצע שבוע לאחר שוועדה רפואית קבעה כי יש לשחררו משירות בשל בריאות לקויה.⁶⁶ בעקבות הליקויים שנתגלו בשיטת המיון הרפואי, וכחלק מההתארגנות של צה"ל בשנת 1950 פורסמו "התקנות לקביעת סוגי בריאות לפי מבחני כושר רפואי".⁶⁷ בהתאם לכך, סוג הבריאות של האדם נקבע כאחד מאלה: כושר קרבי לסוגיו (כ"ק 1, 2 ו-3); כושר לא קרבי (כ"ל); כושר מוגבל (כ"מ); בלתי כשר תמידי (בכ"ת); דחוי מסיבת מחלה (ד'). מעניין לציין כי בטבלה נכללו גם אחוזי הנכות וכושר עבודה.⁶⁸

61 שם, בעמ' 59.

62 שם.

63 דניאל נדב לבן וחאקי – תולדות חיל הרפואה בין השנים 1949–1967 40 (2000).

64 הורוויץ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 237, ה"ש 21.

65 נדב, לעיל ה"ש 63, בעמ' 40.

66 שם.

67 הנחיית ענף מיון רפואי 001-01 "התפתחות המיון הרפואי בצה"ל" 1. לא ברור מדוע ניתנה לספר הפרופילים כולו הכותרת "תקנות" בעוד שרק החלק המתיחס לאי הכשירות הקבועה או הארעית, נקבע בתקנות.

68 נדב, לעיל ה"ש 63, בעמ' 41. כיום נשמרת הפרדה בין סעיפי הליקוי של המיון הרפואי הצבאי שנועדו לצורכי השיבוץ בצה"ל לבין קביעת אחוזי נכות וכושר עבודה לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959, ולפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. הפרדה זו חשובה ביותר שכן תכלית הקביעה הרפואית

בשנות החמישים הלכה והשתכללה שיטת המיון הרפואי הצבאי: בשנת 1951 עוגנה עבודת הוועדות הרפואיות בסעיף 5 לחוק שירות בטחון, התש"ט-1949; בתחילת שנות החמישים גובשה שיטת הפרש"נית כדי לסייע לשלישים להבין את השלכות מצבו הבריאותי של החייל על שיבוצו. "הפרשנ"ית" מייצגת בראשי תיבות את תחומי המחלות: פ' – מצב פיזי, ר' – ראייה, ש' – שמיעה, נ' – נפש, י' – ידיים, ת' – גפיים תחתונות. וחומרת הליקוי צוינה בספרות 3-8. אולם שיטה זו הייתה מורכבת מדי מכדי לתת מענה לגיוס המוני.⁶⁹

בשנת 1956 הונהגה שיטת הפרופיל הרפואי הקיימת עד היום: נקבע פרופיל רפואי במספרים שרירותיים מ-21 ל-97. פרופיל 97 מציין את דרגת הכשירות לשירות הגבוהה ביותר, ואילו 21 מציין אי כשירות קבועה לשירות.⁷⁰ נזכיר כי אי הכשירות לשירות והמבחנים הרפואיים המרכיבים אותה מעוגנים בחוק ובתקנות. המדרגים השונים של הכשירות לשירות ביטחון והמבחנים הרפואיים המרכיבים אותם לא פורטו בתקנות, כי אם בספר הפרופילים שהוציאה מפקדת קצין הרפואה הראשי. ספר הפרופילים הראשון פורסם בשנת 1961⁷¹ תחת השם "התקנות לקביעת כושר בריאות".

לאורך השנים נערכו תיקונים שונים בתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות ביטחון.⁷² בשנת 1963 נערכה במפקדת קצין הרפואה הראשי עבודת מטה בשל תופעת

בשני המקרים היא שונה: במקרה הראשון התכלית היא המיון הרפואי הצבאי, כלומר קביעת השיבוץ בתפקיד צבאי הולם מתוך ראיית צורכי הצבא בתכנון ובשיבוץ כוח אדם ובהתחשב בבריאות החייל ובמניעת נזק בריאותי לו. לעומת זאת במקרה השני התכלית היא סוציאלית – שיקומית וכלכלית, קרי: תמיכה בנכים ובמחוסרי כושר עבודה. כן ברי כי אמות המידה הרפואיות לבחינת יכולתו של אדם לשרת בתנאים צבאיים, שונות בהכרח מאמות המידה לקביעת נכותו התפקודית של אדם ויכולתו לעבוד בסביבה אזרחית.

⁶⁹ אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 29. שיטה זו גם פוגעת בפרטיותם של החיילים שכן יש בה כדי לציין בפני השליש את סוג הבעיה הרפואית שממנה סובל החייל.

⁷⁰ שם.

⁷¹ שם.

⁷² התיקונים לתקנות שירות ביטחון התפרסמו במקומות הבאים: ק"ת התש"ל 468; 1264; ק"ת התשל"א 1491; ק"ת התשל"ג 837; ק"ת התשל"ו 2708; 2709; ק"ת התשל"ו 433; ק"ת התשל"ח 458; 900; ק"ת התש"ם 785; ק"ת התשמ"ב 191; ק"ת התשמ"ג 698; ק"ת התשמ"ד 201; 1112; ק"ת התשמ"ה 466; ק"ת התשמ"ו 798; 1112; ק"ת התשמ"ז 1345; ק"ת התשמ"ח 249; ק"ת התשמ"ב 740; 1194; ק"ת התשמ"ג 34; 870; 1147; ק"ת

אי הכשירות לשירות צבאי, ובמיוחד לשירות ביחידות הקרביות.⁷³ במהלך עבודת מטה זו נבחנה גם חלופה להעלאת סף הכשירות לגיוס באופן ניכר. אולם חלופה זו נדחתה שכן לא היה בה כדי לתרום להעלאת הגיוס ליחידות הקרביות, היה בה כדי לפגוע ביכולת הגיוס של בעלי המקצועות הטכניים, והתעורר חשש מפני פגיעה אפשרית באתוס "צבא העם".⁷⁴ חלופה אחרת הייתה הגמשת אמות המידה לגיוס ליחידות שדה באופן ניכר, וזו נדחתה מחשש לפגיעה בבריאותם של המתגייסים. החלופה שנבחרה כללה שינויים מתונים יותר באמות המידה הבריאותיות לגיוס ליחידות קרביות.⁷⁵

בשנת 1970 תוקנו שוב התוספות לתקנות שירות ביטחון תיקון מקיף. לדברי אפק וגורדון, המגמה העיקרית הייתה קליטת חיילים בעלי בעיות בריאותיות שונות במקצועות הסיוע והשירותים.

בשנת 1996 נערכה עבודת מטה מקיפה לבחינה מחודשת של סף הכשירות לשירות ושל ספר הפרופילים הצבאי. קצין הרפואה הראשי אז, ד"ר יהושע (שוקי) שמר, הקים 21 ועדות נושאות לבחינת שאלת הכשירות לשירות צבאי בתחומים רפואיים ספציפיים, ובהן כיהנו רופאים מומחים בכירים בתחום. עם תום עבודת המטה תוקנו התוספות לתקנות וספר הפרופילים בדרך של הסטת המוקד מהאבחון הרפואי ליכולת התפקודית של המתגייס.

בשנת 2000 תוקן חוק שירות ביטחון ועוגן סוג חדש של כשרות לשירות: "כשר לשירות בתנאים מיוחדים".⁷⁶ ועדה רפואית הוסמכה לקבוע כי בעל מקצוע נדרש (למשל רופא או מהנדס) שנקבע כי הוא בלתי כשר לשירות, הוא למעשה "כשר לשירות בתנאים מיוחדים" לאחר שנקבעו תנאים מוגנים לשירותו.⁷⁷

התשנ"ד 883; ק"ת התשנ"ה 1186; ק"ת התשנ"ו 1324; ק"ת התשנ"ז 78; ק"ת התש"ס 918; ק"ת התשס"א 474; 1012; ק"ת התשס"ב 608; ק"ת התשס"ג 1000; ק"ת התשס"ד 716; ק"ת התשס"ה 950; ק"ת התשס"ח 592; 662; 1241; ק"ת התש"ע 1509; ק"ת התשע"א 265; ק"ת התשע"ד 1080; 1189.

אפק ואח', לעיל ה"ש 12, בעמ' 30.

שם.

שם. נזכיר גם כי שינוי אמות המידה הבריאותיות ליחידות שדה, להבדיל מאמות המידה הבריאותיות לגיוס, אינו דורש תיקון תקנות, כי אם תיקון "ספר הפרופילים" הצבאי בלבד.

ס' 5(ג) לחוק שירות ביטחון.

על כשרות לשירות בתנאים מיוחדים ראו הכתוב ליד ה"ש 116–117 להלן.

ככלל, וכפי שאראה להלן, נראה כי עד לשנות האלפיים התבסס סף הכשירות הרפואית לשירות על מודל החייל הלוחם בעל "הגוף הנבחר". עם זאת, ניתן לראות מגמה של העלאה של סף הכשירות והתגמשות מסוימת בעניין דמות החייל הכשיר לשירות צבאי, ומעבר מבחינה רפואית המוכוונת למצב רפואי לבחינה רפואית של תפקודו של אדם ושל תרומתו האפשרית לשירות. במובן מסוים ניתן לומר כי תפיסת המוגבלות בשירות הצבאי "התרככה" מתפיסה הרואה במוגבלות משום א-נורמליות והמגדירה את האנשים בהתאם למוגבלותם, לתפיסה גמישה יותר, תועלתנית, הבוחנת את המוגבלות לפי מבחנים של יצרנות. עם זאת, קשה לראות בכך שינוי של ממש בדמות החייל הכשיר לשירות צבאי ובתפיסת מקומם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

כפי שאראה להלן, השינויים החשובים החלו בשנות האלפיים בקביעת סיווג חדש לאנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות הנדרשים לצבא, ובהעלאת סף הכשירות לשירות בתחומים שבעבר נחשבו "טאבו" בכל הנוגע לגיוס חובה לשירות צבאי (למשל פסיכיאטריה).

2. דמות החייל עם הקמת המדינה

עם הקמתה של מדינת ישראל ביקשה החברה הישראלית לברוא דמות חדשה של צבר בעל כושר גופני וצבאי ולהתנער מדמות היהודי הגלותי, החולה והחלש. כחלק מניסיון זה טבע נורדאו את המונח "יהדות השרירים" וקרא ל"גברים עמוקי-חזה, דרוכי-אברים, עזי-מבט".⁷⁸ מיכאל גלזמן מציין כי "הגוף הגברי הפך לנושא מרכזי בספרות העברית בהשפעת השיח הלאומי האירופי שהציב את הגוף כסמל של האומה",⁷⁹ וכי הרצל ונורדאו יצרו קשר הדוק בין הלאומיות והגוף היהודי החדש, כך ששיקום הגוף היהודי הפך לגורם עיקרי בבניית האומה.⁸⁰

מור מציינת כי הציונות ראתה את הנכות באור שלילי, ככרוכה בחוסר יצרנות, בעולם שבו ערך העבודה היה ערך עליון.⁸¹ ששון-לוי מזכירה את המקורות האנטישמיים של תפיסת היהודי כחולה וכבעל מום, לצד נשים, צוענים

⁷⁸ מאכס נורדאו "יהדות השרירים" כתבים ציונים ספר א 187, 187 (1954).

⁷⁹ הגוף הציוני – לאומיות, מגדר ומיניות בספרות העברית החדשה 14 (2007).

⁸⁰ שם, בעמ' 19–20.

⁸¹ מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 119.

והומוסקסואלים, שכנגדם התפתח דימוי הגוף החזק והגברי כסמל לאומה האירופית.⁸² מור ווייס עומדות על כך שלדמות "היהודי החדש" כבעל גוף גברי, בריא ושלם היתה השלכה ניכרת על תפיסת אנשים עם מוגבלויות בחברה הישראלית.⁸³

בבחינת דימוי הגוף באתוס הצבאי נראה כי דמות "היהודי החדש" כבעל גוף גברי, בריא וחזק מתעצמת, שכן הישגיו של החייל הם הישגים פיזיים באימונים ובשדה הקרב. כך, ציין דוד בן-גוריון כי לצבא תפקיד של –

גורם מחנך, מעלה ומבריא... מכוון לקראת העלאת מעמדו הגופני, התרבותי והמוסרי של הנוער. צרכי הבטחון שלנו, וגם צרכי בנין אומתנו, לא יבואו על סיפוקם, אם הצבא לא ייהפך לבית-יוצר של נוער חלוצי לוחם, בריא בגופו ובנפשו, יוזם, עז-רוח וכשר-פעולה, קל-תנועה וחרוץ-עבודה, שלא יירתע מכל קושי ומכל סכנה. אסור לשכוח, שטרם היינו לעם נורמאלי...⁸⁴

הנקודה שבה נבחנת כשירותו הרפואית של מועמד לשירות הינה נקודה חשובה לבחינת דמות הגוף של החייל.⁸⁵ כך מציינת ששון-לוי:

הבעלות על גוף זכרי הייתה עד לא מזמן תנאי ראשוני להשתתפות בגבריות הקרבית. אולם לא כל גוף זכרי הוא גוף מתאים לגבריות הדומיננטית – עליו להיות גדול מספיק, חזק, בריא, עמיד ובעל כושר

82 ששון-לוי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 33 (מפנה ל- GEORGE L. MOSSE, THE IMAGE OF MAN: (THE CREATION OF MODERN MASCULINITY (1996)). ברי כי לשואה ולתפיסת הישראלים את פליטי השואה כמי שהלכו כ"צאן לטבח" היה חלק ניכר בעיצוב דמות היהודי הגלותי שממנו סלדו ושכנגדו ביקשו להציב את דמות הצבר החדש.

83 מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 91, ה"ש 111; MEIRA WEISS, THE CHOSEN BODY: THE POLITICS OF THE BODY IN ISRAELI SOCIETY (2002). מאירה וייס מצביעה על כך שגם בהלכה נתפס בעל הנכות כפחות ממי שאינו בעל נכות. ווייס מציינת כדוגמה לכך את האיסור הקבוע במשנה על כוהנים שאצבעות ידיהם פגומות להשתתף בברכת הכוהנים. שם, בעמ' 88-90.

84 ד"כ 2, 1338 (התש"ט) (ההדגשות הוספו).

85 המיון הרפואי הצבאי טרם הגיוס או בתחילת הגיוס נתפס כחוויה חשובה גם בקולנוע וזכה להנצחה בסרטים כמו HAIR (United Artists 1979); אסקימו לימון – ספיחס (1982).

פיזי טוב. מכיוון שלא כל הזכרים ניחנו בגוף כזה, הצבא בוחן את המועמדים לגיוס על פי התאמתם למודל של "הגוף הנבחר", שלדברי מאירה וייס הוא גוף גברי, יהודי, בריא ושלם, ועל פיו מתעצבים ונשפטים גופים של ישראלים מרגע לידתם עד רגע מותם.⁸⁶

מעניין לציין כי קבוצות האוכלוסייה שאינן משרתות בצה"ל הן בעלות דימוי גוף שאינו תואם את "הגוף הנבחר". קבוצה אחת המסומנת כבלתי שייכת לשירות הצבאי היא קבוצת החרדים,⁸⁷ הנתפסים כממשיכים את מסורת היהדות הגלותית, שמשדרת חולשת גוף, העדפת הרוח על פני הכוח ודחיית תרבות מערבית "מודרנית" המקדשת את תרבות הגוף והכושר הגופני. גם הנשים, מטבע הדברים, רחוקות מדימוי הגוף הגברי. אף שנשים אינן פטורות משירות חובה לפי חוק שירות ביטחון, הרי שאחוזי הגיוס שלהן נמוכים ביחס לגברים ומרביתן אינן משרתות בתפקידים קרביים. קבוצות נשים ייחודיות זכאיות לפטור משירות חובה: נשים דתיות, נשים הרות, נשים נשואות, נשים שהן אימהות.⁸⁸ נראה כי דימוי הגוף של נשים אלו מתרחק מדימוי הגוף הגברי עוד יותר – הגוף הנשי במקרים אלה נתפס בזיקה לאחר (ילד, בעל), כמשרת תכלית

⁸⁶ ששון-לוי זהויות במדים, לעיל ה"ש 29, בעמ' 60. ששון-לוי מדגישה בעמ' 62 כי גם לאחר הגיוס ובמהלך השירות הגוף משמש אמצעי להפנמת התרבות הצבאית וערכיה ולגיבוש היחידה החברתית. בהקשר זה מזכירה ששון-לוי בעמ' 63 את טענת פוקו כי "המנגנון הצבאי... חוקר ולומד את גוף החייל ואז שובר אותו על מנת לבנותו מחדש בהתאם לצרכיו". MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISHMENT: THE BIRTH OF THE PRISON (Alan Sheridan trans., 1977) (1975) WEISS, THE PRISON (Alan Sheridan trans., 1977), לעיל ה"ש 83, מזכירה בעמ' 47–51 את המבחנים הגופניים השונים במהלך השירות: מבחני גבריות וחניכה כמבחנים צבאיים ביחידות הקרביות, מבחני כושר ליחידות מובחרות, גיבושים, זיבור, ענישה גופנית של חיילים ("טרטורים").

⁸⁷ כוונתי כמובן לחרדים הפטורים משירות צבאי בהתאם להסדר הידוע בכינוי "תורתו אומנותו" בהתאם לחוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד–2014, ס"ח 350.

⁸⁸ למעט נשים המשרתות בתפקיד צבאי שאליו התנדבו לפי ס' 16 לחוק שירות ביטחון. בהקשר זה מעניין לציין כי חיילות ששובצו בתפקידים "גבריים" בצבא ניסו להתאים את עצמן ל"גוף הגברי הנבחר". ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי", לעיל ה"ש 28, מתארת בעמ' 283–292 את פרקטיקת הזהות של חיילות בתפקידים גבריים ומביאה דוגמאות שונות שבהן חיקו חיילות דפוסי התנהגות, שפת גוף ושפה "גבריים".

לאומית (היריון) או דתית, והנחת היסוד היא, כי נשים ואימהות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת עם דימוי הגוף הצבאי.⁸⁹

מרשימת אמות המידה הבריאותיות הפוסלות שירות בצבא נראה כי הדגם שעמד לנגד המנסחים, היה גוף הגבר. כך, הקריטריונים הנשיים הייחודיים המתייחסים לגניקולוגיה צוינו בפריט האחרון ברשימת הקריטריונים בעוד שקריטריונים גבריים ייחודיים המתייחסים לאשכים או לשופכה ולערמונית ממוקמים במרכז הרשימה ומפורטים בכמה סעיפי ליקוי. נראה כי מאחר שהחייל הקרבי שימש דגם, בעיות נשיות ייחודיות מצויות בסוף הרשימה.⁹⁰

בדומה לכך, וכפי שעוד יפורט להלן, אנשים עם מוגבלויות המנויות בתקנות שירות ביטחון, נמצאים בלתי כשירים לשירות ולפיכך אינם מתגייסים. כאמור, גופם של אנשים עם מוגבלויות אינו תואם את מודל הגוף "הנבחר", הגוף השלם והחזק, בעל היכולת הפיזית.

אשר לנטייתו המינית של החייל, הרי שבחינת התוספות לתקנות שירות ביטחון מעלה כי הומוסקסואליות לא צוינה מפורשות בתוספות לתקנות שירות ביטחון כליקוי הפוטר משירות צבאי.⁹¹ לדברי דניאל נדב, בנובמבר 1961 סוכם כי הומוסקסואלים בשירות חובה יורחקו מיחידות מסווגות ומתפקידים מסווגים ויפנו לבדיקה

⁸⁹ על השתקפות הגוף הנשי בשיח הנלווה לדין הישראלי המסדיר את שירותן של נשים בעשורים הראשונים למדינת ישראל ראו יופי תירוש "אליס בארץ ה(ה)מראה: הרהורים על השתקפויות הגוף הנשי בשיח על שילוב נשים בתפקידי לחימה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 885 (דפנה ברק-ארז עורכת ראשית, 2007).

⁹⁰ יש מקום לבחון את תקנות שירות ביטחון משנות החמישים מנקודת מבט רפואית: האם קיימות בעיות רפואיות ייחודיות לנשים שלא ניתן להן מענה? הצורך בהתייחסות ייעודית לבעיות רפואיות המיוחדות לנשים באה לידי ביטוי במיוחד עם הרחבת היקף התפקידים הצבאיים המיועדים לנשים והתנדבותן לשירות קרבי, בהתאם לס' 16 לחוק שירות ביטחון. ראו ה"ש 139–140 להלן.

⁹¹ ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 34. מבדיקת עולה כי נושא קביעת אי כשירות לשירות בשל הומוסקסואליות עד לשלהי שנות השבעים ותחילת שנות השמונים אינו ברור לחלוטין. עד שנת 1973 כללה אגודת הפסיכיאטרים האמריקנית הומוסקסואליות ברשימת המחלות הפסיכיאטריות, ולכן ייתכן שפסיכיאטרים צבאיים עשו שימוש בסעיפי ליקוי נפשיים. שם, בעמ' 96. מבדיקה שערך גרוס עם פרופ' ערן דולב, קצין הרפואה הראשי לשעבר, עלה כי לכל המאוחר החל משנת 1979 לא נקבע סעיף ליקוי בגין הומוסקסואליות (הכוונה לסעיף ליקוי בתחום הכשירות לשירות), אף כי ייתכן שוועדות רפואיות קבעו בגינה סעיפי ליקוי אחרים. שם, בעמ' 140, ה"ש 162 להלן.

פסיכיאטרית או פסיכולוגית אשר על בסיסה יוחלט אם יושארו בשירות.⁹² עם זאת, כאמור, התוספות לתקנות שירות ביטחון אינן מתייחסות לכך, וייתכן שהיו מקרים שבהם פטרו ועדות רפואיות מן השירות הומוסקסואלים על סמך אמת מידה רפואית אחרת.⁹³ כיום, כמובן, אין שום התייחסות לכך בתקנות שירות ביטחון או בפקודות הצבא. מלכתחילה נקבע סף הכשירות הרפואית לשירות צבאי אל מול דמות הלוחם, ודגם החייל שעמד בבסיס הכשירות לשירות בשנים הראשונות לקיומו של הצבא, היה גבר וככל הנראה, גם הטרוסקסואל.

בעיות רפואיות שונות נכללו ברשימת הליקויים הפוסלים משירות, מכיוון שמי שהיה במצב בריאותי זה, בסבירות גבוהה לא היה מסוגל לשרת כלוחם. בחינת סף הכשירות הרפואית לשירות והשינויים שחלו בו לאורך השנים, מעלה כי עם קום המדינה, כאמור, היה הדימוי של הגוף הגברי החזק והשלם הדימוי השולט. ואולם דימוי זה עבר שינויים המשקפים את התמורות החברתיות בחברה הישראלית.

בפסקאות הבאות אביא כמה דוגמאות לתחומים רפואיים קונקרטיים שבהם ניתן לראות את דגם החייל שעמד בבסיס הכשירות הרפואית לשירות – הוא דגם החייל הלוחם. יתרה מכך, בדוגמאות אלו ניתן לראות את ההבניה התרבותית-חברתית שעיצבה את תפיסת החייל "בעל הגוף הנבחר".

(א) הזיקה בין יכולת הפעלת נשק לכשירות הרפואית

תחת המבחן הפונקציונלי של יכולת הפעלת נשק כלולות כמה אמות מידה בריאותיות. כבר בהתאם לתקנות שירות בטחון, התש"ט–1949, מומים שונים בגפיים העליונות, כגון העדר יד או אצבעות ביד,⁹⁴ הקנו אי כשירות לשירות,⁹⁵ ככל הנראה בהתבסס על

⁹² נדב, לעיל ה"ש 63, בעמ' 198. נדב מציין כי הדבר סוכם על דעתם של קצין רפואה ראשי, ראש אגף כוח אדם וראש ענף ביטחון שדה באמ"ן. באשר לאנשי קבע נקבע כי יותר החווה שלהם, למעט במקרים חריגים.

⁹³ על נשיותו של הגבר היהודי הגלותי ראו גלזמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 35–42; צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" משפטים על אהבה 173, 216–213 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, 2005).

⁹⁴ למשל פרטים 31, 32 לתוספת לתקנות שירות בטחון, התש"ט–1949, ק"ת 283, 292–293:

31. גפיים עליונות –

א. איבוד יד אחת.

כך שמי שאין לו יד או אצבעות ביד לא יוכל להפעיל נשק. הדבר מדגים כי המיון הרפואי הצבאי אכן התבסס על דמות חייל לוחם כדגם.

חרף השינויים החברתיים והטכנולוגיים שעבר השירות הצבאי בצה"ל, תפיסה זו נותרה בעינה גם בשנות התשעים. יתרה מכך, בשנת 1993 תוקנו התקנות והוספה לתוספת לתקנות אי יכולת להפעיל נשק כאמת מידה עצמאית ומוצהרת לקביעת אי כשירות לשירות.⁹⁶ אפק וגורדון מביאים את דעתו של ראש אגף כוח אדם בצה"ל בשנת 1993:

כל חייל חייב להיות מסוגל להגן על עצמו, כלומר לשאת נשק. חייל שאינו יכול להגן על עצמו, דהיינו אינו יכול לשאת נשק ולירות בו – לדברי ראש אכ"א – יוכל לשרת בצבא במעמד של מתנדב. במילים אחרות: חייל שאסור לו לירות ואינו מסוגל לעבור טירונות רובאי 01 או 02, צריך לקבל פרופיל 21.⁹⁷

לכאורה ניתן היה לצפות כי בשלב זה על רקע המודרניזציה של הצבא, השימוש הגובר בטכנולוגיה מתקדמת והעובדה שמרבית החיילים העורפיים אינם נושאים נשק באופן קבוע (למעט בקורסים, בתורנויות ובשמירות), לא תיחשב יכולת נשיאת נשק צבאי לאמת מידה הכרחית. יתרה מכך, שבע שנים לאחר מכן התקבל התיקון לחוק שירות

...
32. אצבעות היד –

- א. איבוד 4 אצבעות של היד הימנית.
- ב. איבוד כל אצבעות יד שמאלית.
- ג. איבוד שני האגודלים.
- ד. קשיון או כיווץ של האגודל הימני.
- ה. קשיון או כיווץ של 4 אצבעות ביד אחת.

⁹⁵ לשם הנוחות, בכל מקום שצוין "אי כשירות" או "בלתי כשר לשירות", הכוונה הן לאי כשירות והן לאי כשירות ארעית, אלא אם כן צוין מפורשות אחרת.

⁹⁶ תק' 1(4) לתקנות שירות ביטחון (תיקון), התשנ"ב-1992, ק"ת 740, 741 (הוספת פרט 72(ב) לתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון: "מצב רפואי שאינו מאפשר הפעלת נשק, ללא סיכויים להטבה").

⁹⁷ אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 35, הערת סיום 31.

ביטחון המאפשר לקבוע כשרות לשירות בתנאים מיוחדים לבעל מקצוע נדרש אף על פי שנמצא בלתי כשר לשירות מחמת אי יכולת להפעיל נשק.⁹⁸

אפק וגורדון מסבירים כי דרישת היכולת להפעיל נשק היא גם המקור לדרישת הגובה המזערי כסף הכשירות לשירות. הגובה היה אינדיקציה לאורכן של הזרועות, והדרישה לגובה מזערי נבעה מהצורך לשאת נשק ארוך ולדרוך אותו.⁹⁹ אפק וגורדון מזכירים כי רק בשנת 2004 הושמטה הדרישה האמורה, אף על פי שנשק מקוצר הוכנס לשימוש בצבא זמן רב קודם לכן.¹⁰⁰

לדברי אפק וגורדון, התפיסה הרואה ביכולת הפעלת נשק יכולת הכרחית, השתנתה בעת האחרונה וצה"ל בוחן כעת מחדש את היותה של אי הפעלת נשק אמת מידה פוסלת.¹⁰¹ שינוי זה בתפיסת המיון הרפואי הצבאי, אף על פי שטרם יצא מהכוח אל הפועל, מדגים את השינוי שחל בדגם החייל – לוחם נושא נשק אינו דגם החיילות הבלעדי.

(ב) מראה כללי, גובה ומשקל

אמות המידה הרפואיות הנוגעות למראהו של החייל ולדמותו כללו גם אמות מידה בתחום מראה העור. כך, בשנת 1949 צוינו אמות מידה רפואיות בתחום בריאות העור, כגון "צלקות מעוררות גועל".¹⁰² אמות מידה אלה הוסרו רק בשנת 1986 ומעידות,

⁹⁸ ס' 5 לחוק שירות ביטחון. ראו הכתוב ליד ה"ש 76. ראו גם חלק ב' לתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון, המונה את הפרטים לתוספת שבהתקיימם לא ניתן לקבוע כשרות לשירות בתנאים מיוחדים. ברשימה זו אינו נכלל פרט 153 לתוספת הראשונה ("מצב רפואי קבוע שאינו מאפשר הפעלה של נשק, ללא סיכוי להטבה"), ועל כן מוסמכת ועדה רפואית לקבוע כי אדם במצב בריאותי זה כשר לשירות בתנאים מיוחדים. אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 28.

⁹⁹ שם. מבידיקת נוסח התיקון לתקנות עולה כי גובה מזערי כאמת מידה רפואית פוסלת שירות הושמט מהתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון בשנת 2005 (ולא בשנת 2004). ס' 1(1) לתקנות שירות ביטחון (תיקון), התשס"ה–2005, ק"ת 950, 950. אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 34. ייתכן שהסבר נוסף לשינוי בתפיסה נעוץ בשינוי שערך צה"ל במדיניות נשיאת הנשק על ידי חיילים. בשנות האלפיים הוחלט כי ככלל לא יישאו חיילים עורפיים נשק באופן קבוע, גם לא בצאתם הביתה מקורסים.

¹⁰⁰ פרטים 26(ב), 51(ו)–(ח), 53(יד) לתוספת לתקנות שירות ביטחון, התש"ט–1949, ק"ת 283, 292, 295, 296 ("צלקות הגורמות לרגש של גועל"; "נבוס פיגמנטוזוס ... על

לטעמי, על אידיאל של מראה נאה לחייל או על חשש מלעג חברתי למי שאינו עונה על האידיאל.

אמות מידה חשובות הנוגעות למראהו של החייל הן הגובה והמשקל. בשנת 1949 היו המשקל והגובה אמות מידה מובהקות לכשירות רפואית לשירות. נראה כי בשנים הראשונות צוינו גובהם של הנבדקים ומשקלם מטעמים שאינם טעמי בריאות בלבד. כך, נמדדו גובהם של המתגייסים ומשקלם כדי לאפשר " (1) מראה נאה ליחידה אשר רובה ככולה בגובה אחד. (2) התאמת האנשים לפי גובה ומשקל אל סוג השירות (למשל, משטרה צבאית – גבוהים, תותחנים – כבדי משקל). (3) תהיה הקלה בעבודת האפסנאי בהתאמת מינעל ומדים ליחידות".¹⁰³

עם זאת, בחינת ספי המשקל לאורך השנים מראה כי אמות מידה הרפואיות בתחום המשקל מתגמשות מתיקון תקנות אחד למשנהו על דרך של הרחבת טווח המשקל התקין, ככל הנראה בהתאמה לגידול שחל במשקל האוכלוסייה. כך, בשנת 2005 נערך תיקון חשוב לתקנות שהעלה את סף המשקל התקין המזערי לשירות צבאי.¹⁰⁴ נראה כי ההשמנה היא בעיה בריאותית שהיחס אליה השתנה מפסילה להתמודדות והתאמה לנבדק.¹⁰⁵

ואולם ברי כי אין מדובר רק בבעיה בריאותית או של כושר בריאותי גרידא, אלא גם במצב המעורר התייחסות חברתית מסוימת. אפק וגורדון מציינים את קיומה של תכנית להתמודדות עם בעיית השמנה הנקראת "משמן ללוחם" אשר כוללת תכנית אימונים מיוחדת שמדגישה שינוי באורחות חיים. שמה של התכנית מעיד כי משני צדי המתרס עומדים "השמן" ו"הלוחם", ובמילים אחרות: השמן הוא האנטיתזה לדמות הלוחם.¹⁰⁶

ששון-לוי טוענת כי הגוף הנכון תלוי בקיומו של "הגוף הלא נכון",¹⁰⁷ ומביאה את דבריה של הסוציולוגית הקנדית סוזן בורדו שלפיהם שיפוטנו את השומן הוא שיפוט

שטח רחב הגורם לגועל"; "נבוס של כלי הדם ... הגורם לגועל"; "ויטילגו ... הגורם לרגש של גועל".

¹⁰³ בהתאם למכתבו של ד"ר שיבא לאכ"א המצוטט אצל הורוויץ, לעיל ה"ש 59, בעמ' 59.

¹⁰⁴ תק' 1(2) לתקנות שירות ביטחון (תיקון), התשס"ה-2005, ק"ת 950, 950.

¹⁰⁵ אפק וגורדון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 31.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 35, הערת סיום 8.

¹⁰⁷ ששון-לוי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 69.

מוסרי.¹⁰⁸ ששון-לוי מציינת בעקבות בורדו כי בעוד שהגוף הרזה והמוצק מסמל שליטה בדחפים האינפנטיליים ובכוח הרצון, הגוף השמן מסמל עצלות, העדר משמעת, סבילות ונון-קונפורמיות.¹⁰⁹ ששון-לוי טוענת כי "הגוף הלא נכון" מאיים על הסולידריות החברתית וזוכה ליחס שלילי ואף אלים (נידוי חברתי, התעללות) מקבוצת השווים לו.¹¹⁰

עירוב הטעמים התפקודיים והשיפוטיים בא לידי ביטוי בהתייחס לתופעת ההשמנה בשירות הקבע ובפעולות הצבא בעקבות כך. רמ"ח כושר קרבי בצה"ל אז, אל"ם ד"ר אבי מויאל, ציין כי בעקבות דוח מבקר המדינה שהביע דאגה חמורה מההשמנה באוכלוסיית אנשי הקבע, פתח הצבא בפרויקט "אורח חיים בריא" להגברת הפעילות הגופנית בצבא ולהעלאת המודעות לתרומתה לבריאות.¹¹¹ הטעמים התפקודיים, הבריאותיים והתדמיתיים נזכרים גם יחד בדברי הרמטכ"ל באיגרתו למפקדים: "עלינו לקיים בצה"ל תרבות מבצעית המשלבת פעילות גופנית שוטפת וקבועה כדרך חיים. תרבות זו תתרום להיותנו צבא מקצועי ומיומן, אשר מפקדיו, לוחמיו וחיליו הם בעלי בריאות וחוסן נפשי, המסוגלים לבצע כל משימה ברמה גבוהה, תוך חיזוק תדמיתו של צה"ל".¹¹²

אף שלא ניתן לגזור גזירה שווה מההתייחסות לתופעה בשירות הקבע בצה"ל, הרי שהתייחסויות אלו מדגימות כי היחס למשקלו של אדם אינו רפואי-אובייקטיבי גרידא, וכי אכן כלולה בו עמדה שיפוטית.¹¹³ כאמור, בשנת 2005 הורד סף הכשירות לשירות בהתייחס למשקל, ובעלי משקל גבוה יותר נקבעו ככשירים לשירות. נראה כי בהקשר זה השיקול של שנות החמישים בדבר "מראה היחידה" פינה את מקומו לשיקול תועלתני יותר.

108 ש.ם.

109 ש.ם, בעמ' 70.

110 ש.ם.

111 במחנה שבוע הכושר והבריאות בצה"ל 2009, 5.

112 ש.ם, בעמ' 4 (ההדגשה הוספה).

113 יופי תירוש "להתיר את הקשירה הפנימית: כתיבה על הגוף השמן בתרבות של רוזן" תיאוריה וביקורת 32, 228 (2008).

(ג) הפרופיל הצבאי

הביטוי "פרופיל 21" נקשר בסטיגמה שלילית ונתפס כמעיד על מצב נפשי לא תקין (אף על פי שפרופיל 21 נקבע גם בשל ליקויים פיזיים) או על ניסיון להשתמט מחובת השירות הצבאי. המטען החברתי הכרוך בפרופיל הצבאי היה כה חשוב עד שבשנת 1995 מצא המחוקק לקבוע איסור גורף על מעביד לשאול את המועמד לעבודה או את העובד על הפרופיל הצבאי שלו.¹¹⁴

ההתייחסות לפטור מן השירות מטעמים בריאותיים השתנתה לאורך השנים, ולאחרונה נראה כי דעת הקהל שוב אינה אוהדת מקרים אלה. כך, זכו לאחרונה זמרים ודוגמנים לכותרות שליליות בעיתונים מפאת העובדה שלא התגייסו לצה"ל, או הוזכרו לחיוב לאור החלטתם להתגייס כעת, זמן רב לאחר שפוטרו מן השירות.¹¹⁵

ברור כי הכשירות הרפואית לשירות נושאת עמה משמעות חברתית שאינן משמעות רפואית גרידא. דוגמה נוספת לכך ניתן למצוא בעת האחרונה. בשנת 2005 נקבעה מדיניות חדשה שלפיה מי שהתנדב לשירות צבאי לאחר שנקבע כי הוא בלתי כשר לשירות, מספר הפרופיל שלו ישונה מ-21 או 24 ל-30. למספרו של הפרופיל הצבאי אין כל ביטוי חיצוני, והוא מצוי ברישומים הצבאיים הפנימיים שנועדו לטיפול רפואי ולשיבוץ השלישותי-צבאי. אף בתעודת השחרור של המתנדב לא נזכר הפרופיל. למעשה, אין כל נפקות לשינוי מ-21 או 24 ל-30, ומדובר בשינוי סמנטי בלבד ברישומים הצבאיים. שינוי זה מדגים הכרה מסוימת של רשויות הצבא במשמעות החברתית המיוחסת לפרופיל ואת רצונן לגמול למתנדבים בהסרת הסטיגמה. עם זאת, הכרה זו לאחרונה של רשויות הצבא באה לידי ביטוי דווקא בתקופה שבה משקלה של הסטיגמה החברתית פחת במידה רבה. על כך עוד ארחיב בהמשך.

3. שנות ה-2000: שינוי בדמות החייל ובתפיסת המוגבלות

כאמור, עד לשנות ה-2000 היה דגם החייל הלוחם ובעל הגוף הנבחר הדגם שעליו התבססה הכשירות הרפואית לשירות. החייל בעל הגוף הנבחר היה גבר בעל גוף חזק, זקוף, בעל גפיים שלמות, מסוגל לשאת נשק, לא שמן (ומוטב אף רזה), ושאינן על עורו

¹¹⁴ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995, ס"ח 95 (הוספת ס' 2א לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988).

¹¹⁵ ראו ה"ש 138 להלן.

צלקות "מעוררות גועל". אף שברבות השנים התגמש סף הכשירות הרפואית לשירות והורד קמעה, הרי שככלל, נתפס השיירות הצבאי כמאפשר את שירותם הצבאי של אנשים עם מוגבלויות שנקבעו כבלתי כשרים לשירות, על דרך ההתנדבות בלבד. כפי שהראיתי לעיל, בבסיס קביעת אמות המידה הרפואיות של סף הכשירות הרפואית לשירות עמדה גם תפיסה חברתית תרבותית בדבר "הגוף הנבחר" ודמות החייל הראויה. בהתאם לכך, תפיסת המוגבלות המשתקפת היא שמרנית למדי. במיטבה היא בחנה את שאלת שילוב אנשים עם מוגבלויות במבחנים תפקודיים בלבד ללא בחינה מהותית של החסמים החברתיים וההטיות התרבותיות של סף הכשירות הרפואית לשירות. בשנות האלפיים חלו שינויים מהותיים.

(א) קביעת סיווג חדש לאנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות נדרשים

כאמור, בשנת 2000 תוקן חוק שירות ביטחון ונקבע מדרג כשירות חדש: כשר לשירות בתנאים מיוחדים.¹¹⁶ בהתאם לתיקון, הוסמכה ועדה רפואית לקבוע כי נבדקים בעלי מקצועות נדרשים שנמצאו בלתי כשרים לשירות, הם "כשרים לשירות בתנאים

¹¹⁶ ס' 5(ג) לחוק שירות ביטחון (ההדגשה הוספה):

- (1) סיימה ועדה רפואית את בדיקתו של יוצא צבא או מיועד לשירות ביטחון תקבע הועדה, בהתאם למבחנים לכושר שנקבעו לפי סעיף קטן (ב), אם היא מוצאת אותו כשר לשירות ביטחון (להלן – כשר לשירות), בלתי כשר לשירות ביטחון (להלן – בלתי כשר לשירות) או בלתי כשר ארעית לשירות ביטחון (להלן – בלתי כשר ארעית לשירות);
- (2) מצא פוקד כי יוצא צבא או מיועד לשירות ביטחון, שנמצא בלתי כשר לשירות או בלתי כשר ארעית לשירות, מתאים לשרת בתפקיד צבאי בתנאי שירות מיוחדים, רשאית הועדה הרפואית, בהתאם למבחנים לכושר שנקבעו לפי סעיף קטן (ב), למצוא את יוצא הצבא או את המיועד לשירות ביטחון כשר לשירות ביטחון בתנאים מיוחדים (להלן – כשר לשירות ביטחון בתנאים מיוחדים);
- (3) מי שנמצא כשר לשירות בתנאים מיוחדים, דינו לענין חוק זה כדין מי שנמצא כשר לשירות;
- (4) לענין חוק זה, "תנאי שירות מיוחדים" – תנאי שירות הקבועים בפקודות הצבא, המתאימים לכושרו הרפואי של המיועד לשירות ביטחון או של יוצא הצבא, בתפקידים ובמקצועות הנדרשים על פי צורכי הצבא.

מיוחדים" ועל כן מחויבים בשירות חובה.¹¹⁷ הרקע לתיקון היה התמודדותו של הצבא עם "ברירת מוחות" על רקע רפואי: עתודאים וחיילים במקצועות חיוניים שונים שנמצאו בלתי כשירים לשירות, פוטרו משירות צבאי ולאחר מכן המשיכו לעבוד באותם מקצועות בשוק האזרחי.

בהתאם לתיקון לחוק, לאחר שנקבע כי אדם הוא בלתי כשר או בלתי כשר ארעית לשירות (פרופיל 21 או 24), נדרשים התנאים הבאים כדי שיהיה כשר לשירות בתנאים מיוחדים:

- (1) הוא בעל תפקיד או מקצוע המוגדר "נדרש" בפקודות הצבא.
- (2) הפוקד קבע כי הוא "מתאים לשרת בתנאי שירות מיוחדים", קרי: עליו להצביע על סוג תפקיד שהוא יכול למלא בתנאי שירות המתאימים למצב בריאותו.
- (3) הוועדה הרפואית קבעה כי בהתאם למבחנים הרפואיים שנקבעו בתקנות שירות ביטחון (חלק ב' לתוספות הראשונה והשנייה), אותו אדם הוא "כשר לשירות ביטחון בתנאים מיוחדים".

מובן כי שירותו של אדם שנקבע כי הוא כשר לשירות בתנאים מיוחדים, יהיה בהתאם לאותם תנאי שירות מיוחדים שקבעה הוועדה הרפואית, למשל אי ביצוע טירונות, שיבוץ ביחידה הסמוכה לבית חולים, אי ביצוע תורנויות ושמירות או לינת בית.¹¹⁸

שינוי זה בחוק משקף דגם חיילות חדש של חייל מקצועי, שחיילותו מתבססת על השכלתו ועל כישוריו המקצועיים. מעניין לציין כי המחוקק מצא לקבוע סוג כשירות חדש שיתקיים לצד סוגי הכשירות הקיימים (כשר לשירות, בלתי כשר לשירות ובלתי כשר ארעית לשירות), ושניתן יהיה לקבעו אך ורק לבעלי תפקיד או מקצוע מסוים. שינוי זה מדגים גם את השינוי בתפיסת המצב הבריאותי ממצב רפואי "אובייקטיבי" הפוסל משירות צבאי, למצב תפקודי הנמדד אמנם לפי מידת היצרנות של הפרט, אך בהתבסס על התאמות ועל שינויים שעורך הארגון הצבאי לשם קליטת הפרט ותפקודו היעיל.

בחנית רשימת המבחנים הרפואיים שבגינם יש לקבוע אי כשירות לשירות, ושבגינם ניתן לקבוע "כשירות לשירות בתנאים מיוחדים", מעלה כי במרבית מקרי אי הכשירות הוועדה הרפואית מוסמכת להחליט כי בעל מקצוע נדרש הוא כשר לשירות

¹¹⁷ ס' 5(ג) (3) לחוק שירות ביטחון.

¹¹⁸ הוראת קרפ"ר 701.014 "פרופיל רפואי 30".

בתנאים מיוחדים. משמע, בנסיבות ובתנאים מסוימים מרבית המוגבלויות המקנות כיום אי כשירות לשירות, מאפשרות שירות חובה לבעלי מקצועות נדרשים.¹¹⁹

דומה כי בכך מסתמן מעבר מתפיסת אנשים עם מוגבלויות באופן חד ממדי וכמצויים מחוץ למתחם הכשירות לשירות צבאי, לתפיסה מורכבת יותר המאפשרת את שילובם בצבא. נכונותו של הצבא ליצור את התנאים המיוחדים הנדרשים לשם כך, מעידה על תפיסת מוגבלות עדכנית יותר הרואה בחברה אחראית ליצור את התנאים המתאימים לשילובם של אנשים עם מוגבלויות. עם זאת, עדיין שלטת התפיסה התועלתנית הבוחנת את "כושר העבודה" של הפרט ואת תרומתו למערכת הצבאית.

(ב) הורדת סף הכשירות לשירות בתחומים רפואיים שונים

כאמור, "כשרות לשירות בתנאים מיוחדים" היא סיווג מובחן שנועד להכיל אנשים עם מוגבלויות שהם בעלי מקצועות נדרשים. ואולם, שנות האלפיים מתאפיינות בהעמקת השינוי בתפיסת המוגבלות ובצמצום של סיווג אי הכשירות שקיים בנוגע לכלל האוכלוסייה. כפי שניתן לראות מהמפורט להלן, בשנות האלפיים נערכו תיקונים מהותיים לתוספות לתקנות שירות ביטחון שמכוחם הורד סף הכשירות לשירות. מבחינים רפואיים שבעבר קבעו אי כשירות לשירות, מאפשרים כעת שירות בפרופיל רפואי נמוך בתנאים ובהתאמות שנקבעו.

שינוי מהותי נערך בשנת 2008, ובו עודכן פרק הפסיכיאטריה בתוספות הראשונה והשנייה לתקנות שירות ביטחון.¹²⁰ שינוי זה שיקף שינוי בתפיסת המיון הרפואי – מהתמקדות באבחנה רפואית ובתפקוד בלבד לתפיסה המוכוונת גם לשיבוץ לצד ביצוע ההתאמות הנדרשות. בהתאם לתיקון, גם נבדקים הסובלים מדיכאון, מחרדות וממצוקות נפשיות אחרות שנקבעו בעבר כבלתי כשרים לשירות, ייקבעו ככשרים לשירות וישוּבצו בהתאם למצבם ולכישוריהם. בהתאם לכך וכחלק אינטגרלי מהתפיסה האמורה, נערכו התאמות שונות בתנאי השירות של אותם חיילים, שנועדו לשמור על בריאותם במהלך השירות הצבאי: הקלות בתנאי שירות, מגבלות שיבוץ ביחידה ובמקצוע ועוד. בעקבות כך עשוי חייל להתגייס לשירות צבאי ולא לבצע טירונות או לשאת נשק. למעשה, הצבא בחר לשנות תנאים מסוימים בשירות הצבאי או בנהלים

¹¹⁹ מעניין לציין, כי פרק הפסיכיאטריה, רובו ככולו, סומן ככזה שאינו מאפשר כפיית שירות חובה על בעלי מקצועות נדרשים.

¹²⁰ תקנות שירות ביטחון (תיקון מס' 2), התשס"ח–2008, ק"ת 662.

הצבאיים הנוגעים לשיבוץ במקצוע ובתפקיד, ואולי אף בתפיסת "החיילות" הראויה, ולהתאים את הארגון לאותם חיילים בעלי צרכים בריאותיים ייחודיים.¹²¹

כמו כן, בשנת 2008 תוקנו התוספות לתקנות שירות ביטחון, ומחלת הצליאק הוסרה מרשימת המצבים הבריאותיים הפוסלים משירות צבאי. לקראת התיקון לתקנות נערך צה"ל לשיבוץ בעלי מצב בריאותי זה בבסיסים וביחידות פתוחות וקבע להם דמי כלכלה למימון ארוחותיהם. מפרסומי עמותת הצליאק עלה כי חולי הצליאק נתקלו בקשיים בהיבט התזונתי ובהיבט הרפואי. נציגי עמותת הצליאק נפגשו עם רשויות הצבא כדי לבחון פתרונות מערכתיים שונים, ובכלל זה החזרתם למעמד מתנדבים (אי כשירות לשירות בגין מחלת הצליאק).¹²² ואמנם, בשנת 2010 הוחזרה מחלת הצליאק לרשימת המבחנים הפוסלים משירות בתוספת הראשונה לתקנות שירות ביטחון, וחולי צליאק התגייסו כמתנדבים. מאז יום חיל הרפואה תיקון נוסף של התקנות בשנת 2014, וביום 9.9.2014 הוסרה מחלת הצליאק מרשימת המבחנים הרפואיים הפוסלים משירות.¹²³ קדמה לכך היערכות נרחבת של אגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה, שאמון על מתן המענה התזונתי לחולי הצליאק, ושל אגף כוח אדם, שאמון על גיוס החולים ועל שיבוצם, במטרה ליתן מענה הולם לכלל צרכיהם של חולי הצליאק.

¹²¹ סא"ל ד"ר ארנון אפק, ראש ענף המיון הרפואי אז במפקדת קצין הרפואה הראשי, ציין: הבנו שכאשר אנחנו נותנים פרופיל נפשי נמוך לחייל מתוך רצון להגן עליו ולשמור על בריאותו, אנחנו פוגעים בו הרבה יותר מאשר עוזרים לו... אנחנו סבורים שחייל כזה יוכל לתרום ככל יכולתו למערכת הצבאית, תוך קבלת הגנה מתאימה ורלוונטית. הרי לא תמיד חייל אחרי טירונות נמצא במצב נפשי בו הוא יכול להתמודד עם שירות צבאי. אנו מאמינים שלאחר תקופת זמן מסוימת בה הוא מסתגל למסגרת ולדרישותיה, ומצבו הנפשי משתפר, אין סיבה להגביל אותו ויש לאפשר לו מיצוי מיטבי. בגדול, הכוונה היא שהפרופיל הרפואי להיבטיו לא יקבע את סוג השירות של החייל.

עידו אלעזר "לא מוריד פרופיל" במחנה 31.8.2007, 32, 35.

¹²² "פתייתי מידע מפעילות העמותה מספטמבר-אוקטובר 2009" של עמותת הצליאק.
¹²³ תקנות שירות ביטחון (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ק"ת 1189. בהתאם לתקנות, תחילתן 90 ימים מיום פרסומן ואין בהן כדי לשנות דרגות כושר רפואי לשירות ביטחון שנקבעו לפני תחילתן.

מעניין לציין כי עמותת הצליאק בישראל פרסמה באתר האינטרנט שלה את האיגרת של צה"ל למתנדבים בדבר זכויותיהם.¹²⁴ לא מן הנמנע כי ניתן לייחס את השינויים בתפיסת מחלת הצליאק ואת שילובם של החולים בשירות צבאי, בין היתר, לכוחות שפעלו "מלמטה", קרי: לאנשים עם מוגבלות זו או לנציגיהם.¹²⁵

אף כי מוקדם עדיין להעריך את ההצלחה בשילוב חולי הצליאק בשירות הצבאי, הרי שניתן להצביע על נכונות רשויות הצבא לגייס את חולי הצליאק, לעשות את המאמצים הלוגיסטיים הנדרשים ולאתר את הפתרונות המתאימים בעבורם, בין בגיוס לשירות חובה ובין בהסדרת התנדבות למעוניינים בכך.

4. שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי כמיזוג אינטרסים

לאורך השנים הייתה תכליתו של המיון הרפואי הצבאי מיון הנבדקים לפי מצבם הבריאותי והבחנה בין מי שכשיר לשרת שירות קרבי למי שכשיר לשרת שירות שאינו

¹²⁴ איגרת "מענה המזון והכלכלה לאוכלוסיית חולי הצליאק בצה"ל" של תא מתנדבים הצליאק אינה העמותה היחידה הנאבקת על מקומם של החולים בשירות הצבאי. לעניין זה ראו גם פוסטים בנוגע לגיוס לצה"ל בקבוצת הפייסבוק של העמותה המתייחסים לפגישות של נציגי העמותה עם נציגי צה"ל. גם האגודה לסוכרת נעורים מציינת בדף מידע לחולי סכרת המעוניינים להתנדב לשירות צבאי כי קיימה שיחות עם שלטונות צה"ל לאורך השנים. www.jdrf.org.il/?id=56#!-/-/c1rlh. נראה כי העמותות זיהו את זירת השירות הצבאי כזירה חשובה להשתלבות חברתית שיש להשפיע עליה. בהקשר זה יוער כי קיימות קבוצות שונות של אנשים עם מוגבלויות השונות זו מזו במשאבים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים העומדים לרשותן, וכתוצאה מכך גם במידת השפעתן על מודעות החברה ורשויות הצבא לחולים הנמנים עמן. למאמרים המתייחסים לכוחן של קבוצות שונות של אנשים עם מוגבלויות ולהשפעתן ראו מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35 (מנגנונים המתעדפים את נכי צה"ל על פני נכים אחרים). לקבוצות לחץ המשפיעות על סל שירותי הבריאות ראו יובל קרניאל "סל התרופות – רופאים, שופטים, תקשורת ומה שביניהם" *משפט ועסקים* 1 ו 225 (2007); Guy I. Seidman, *Regulating Life and Death: The Case of Israel's "Health Basket" Committee*, 23 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 9 (2006).

¹²⁵ ראו זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 815, 850–854. זיו דנה באסטרטגיות השונות במאבק על זכויות אנשים עם מוגבלויות, ביתרונותיהן ובחסרונותיהן. היא מציינת כי לצד שיח הזכויות והזירה המשפטית קיימות גם אסטרטגיות של קריאה לשינוי חברתי הבאות מלמטה, כגון מאבק הנכים בתקשורת.

קרבי. בהבחנה זו באה לידי ביטוי גישה תכליתית תפקודית, שעיקרה איתור פוטנציאל כוח האדם המתאים ביותר לשירות קרבי, בלי שיהיה בכך כדי לפגוע בבריאותו של הפרט.

ואולם, כפי שהודגם לעיל, מדיניות המיון הרפואי נקבעה לאורך השנים גם משיקולים אחרים. כך, נראה כי בשנים הראשונות לקיומו של צה"ל, קביעת הסף הבריאותי לשירות צבאי הושפעה במידה רבה מדגם "הגוף הנבחר", גופו של חייל קרבי, גברי, חזק ובריא. אמות המידה הרפואיות לשירות כללו מראה גופני "תקני": תקנים של גובה ומשקל, מראה העור (העדרן של צלקות מעוררות גועל, למשל), שלמות הגפיים וכפות הידיים ועוד. כפי שהראיתי, גם לאפיון הגברי היה משקל בקביעת אמות המידה לכשירות לשירות בין ביחס הדו-ערכי להומוסקסואליות ובין בהתמקדות בבעיות רפואיות של גברים ובדחיקת בעיות "נשיות" לסופה של הרשימה.

אף על פי שחלק מאמות המידה הרפואיות שנקבעו מעוגנות גם בטעמים תפקודיים – כגון יכולת נשיאת נשק – הרי שדומה כי הטעם התפקודי אינו הטעם הבלעדי, וניכרת השפעה של "דמות החייל" ששימשה מופת ובסיס לקביעת הכשירות לשירות. נראה כי דמות זו עוצבה במידה רבה בהתאם ל"יהדות השרירים" של מקס נורדאו ולקריאתו של בן-גוריון לצבא להפוך לבית היוצר של "נוער חלוצי לוחם, בריא בגופו ובנפשו, יוזם, עז-רוח וכשר-פעולה, קל-תנועה וחרוץ-עבודה, שלא ירתע מכל קושי ומכל סכנה".¹²⁶

מדיניות זו שיקפה במידה רבה את הגישה הרואה באנשים עם מוגבלויות נפרדים מהחברה הכללית, קרי: גישת הא-נורמליות. בהתאם לגישה זו, מי שלא התאים לאמות המידה הרפואיות לכשירות לשירות, לא גויס לצבא, על התוצאות הנובעות מכך.

מדיניות ההתנדבות לצה"ל שיקפה במידה מסוימת את גישת שוויון הזכויות, שמקנה לפרט את הזכות אך אינה פועלת נגד החסמים החברתיים המגבילים אותה. אף כי מי שלא עמד באמות המידה הרפואיות לכשירות לשירות רשאי היה להתנדב לשירות צבאי, נראה כי תהליך ההתנדבות טמן בחובו קשיים ביורוקרטיים רבים, משך ההתנדבות היה ארוך, ולעתים שובצו המתנדבים בתפקידים שאינם הולמים את יכולותיהם.

¹²⁶ ד"כ 2, 1338 (התש"ט) (ההדגשות הוספו).

נראה כי תפיסות אלו בדבר נפרדותם של אנשים עם מוגבלויות וגישת שוויון הזכויות, המקנה את הזכות לשרת אך אינה פועלת נגד חסמים קיימים, היו שרירות וקיימות שנים רבות – במידה רבה עד לשנות התשעים – ושרידים מהן נותרו גם כיום.

החל מאמצע שנות התשעים חל שינוי מהותי: סף הכשירות לשירות הונמך, וניכר מעבר מבחינת מצבו הרפואי של אדם לבחינת אופן שיבוצו בצבא, מגישה המתמקדת במוגבלות לגישה המתמקדת באיתור התפקיד המתאים לאדם עם מוגבלות. נראה כי שינוי זה מבטא תפיסה תועלתנית צבאית-כלכלית המבקשת למצות את היכולת של הפרט על אף מוגבלותו. כלומר ניכר מעבר מסוים מגישת הא-נורמליות לגישה הממוקמת על הציר שבין גישת הזכויות לגישת היחסים החברתיים. ואולם, מבחן היצרנות, קרי: התועלת הצבאית, נותר מבחן חשוב ומכריע במידה רבה. הביטוי המוחשי ביותר לגישה זו הוא קביעת מדרג כשירות נוסף לשירות בשנת 2000: כשירות לשירות בתנאים מיוחדים לבעלי מקצועות נדרשים, שתאפשר גיוס חובה של חיילים בלתי כשרים לשירות, בשל הצורך הצבאי בהשכלתם או במקצועם תוך כדי ביצוע ההתאמות הנדרשות לשם קליטתם בשירות צבאי ובהגנה על בריאותם.

בשנים האחרונות נראה כי חל שינוי מהותי נוסף במדיניות המבקש להרחיב את היקף אנשים עם מוגבלויות המגויסים לצה"ל, ולא רק בשל התועלת הצבאית שבכך. שינוי זה מדגים את תחילת יישומה של גישת היחסים החברתיים, שרואה במוגבלות תוצר של הבניה חברתית ושדורשת לבצע את ההתאמות הנדרשות בחברה להסרת החסמים הקיימים בפני אנשים עם מוגבלויות. עם זאת, ראוי להדגיש כי בשלב זה מדובר בשינויים ספורים בתחומים מסוימים, ועדיין לא ניתן לקבוע בבירור כי יש בהם כדי לבסס תחילתה של מגמה חדשה ממש.

אף על פי כן, בהתאם לשינוי המדיניות מהשנים האחרונות, המיון הרפואי מאפשר במקרים מסוימים הכללתם של אנשים עם מוגבלות הגם שאינם בעלי מקצוע נדרש והגם שלא יוכלו למלא אחר חובות צבאיות מסורתיות (כגון נשיאת נשק ותורנויות). מבחן היצרנות הצבאית הוא עדיין מבחן חשוב אך אינו מבחן מכריע. דוגמה לכך מצויה בשינוי הפרק הפסיכיאטרי בתוספת לתקנות שירות ביטחון. השינוי בוצע אף שנראה כי מספר החיילים ביחידות הקרביות לא יגדל כתוצאה מכך. יתרה מכך, שינוי הפרק הפסיכיאטרי בתוספת לתקנות שירות ביטחון מדגים שינוי מהותי בדמות החייל הקלסית ואת נכונות רשויות הצבא לקבל חייל בעל קשיים או הפרעות נפשיות וליצור סביבת שירות המתאימה למצבו. אף הנכונות לבחון מחדש את אמת המידה הרפואית

של יכולת נשיאת נשק מעידה על כך שהרי הדבר בוודאי לא יביא להגדלת מספר החיילים הקרביים.¹²⁷ דוגמה נוספת לכך היא ההחלטה לגייס את חולי הצליאק. נראה כי רשויות הצבא החליטו לספוג עלויות שונות הכרוכות בגיוס החולים (דמי כלכלה או מזון מיוחד), אף על פי שאין מדובר בהוספת מספר רב של חיילים בכלל, ושל חיילים קרביים בפרט. כלומר רשויות הצבא סברו כי מדובר בהתאמות נדרשות שביכולתם לבצע בלי שהדבר יכביד עליהן הכבדה בלתי סבירה, וכי יש חשיבות בגיוס חולי הצליאק.

נוסף לשינויים שנערכו בתוספות לתקנות שירות ביטחון שאפשרו גיוסם של אנשים עם מוגבלויות מסוימות, נערכו – ועדיין נערכים – שינויים מעשיים בתהליך ההתנדבות: משך התהליך קוצר ופושט, ונעשה מאמץ רב יותר להתאים תפקיד הולם למתנדב. שינויים אלה מדגימים הסרת חסמים ביורוקרטיים ואחרים בדרך לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. שינוי מספרו של הפרופיל למתנדב מתוך ניסיון להסיר סטיגמה חברתית מדגים אף הוא הכרה בכך שהפרופיל הצבאי משמש כהבניה חברתית של מוגבלות.

מן השינויים בכשירות הרפואית של המתגייסים שתוארו לעיל, ניתן להסיק כי דגם החייל הקרבי כבר אינו הדגם היחיד העומד בבסיס אמות המידה של הכשירות הרפואית בתוספות לתקנות שירות ביטחון. "הגוף הנבחר" של החייל אינו בהכרח גופו השלם והחזק של החייל הגברי. לצד דגם זה (שהוא הדגם הבולט), מתאפשר קיומו של "גוף אחר" – גוף עם מוגבלות גופנית או נפשית.

בהקשר זה מתעוררת השאלה מה הביא בשנות האלפיים לשינוי בתפיסת אנשים עם מוגבלויות ולשינוי המהותי בגישה של רשויות הצבא לאמות המידה הרפואיות שקובעות את סף הכשירות לשירות. נזכיר כי בתחילת שנות התשעים עוד עוגנה מפורשות יכולת נשיאת נשק כאמת מידה עצמאית ומפורשת לכשירות לשירות, מתוך דבקות בדגם ה"קלסי" של החייל.

¹²⁷ מנגד, ניתן לטעון כי באופן יחסי שילובם של חיילים בעלי הפרעות נפשיות אינו כרוך בעלות כלכלית או בביצוע התאמות יקרות במיוחד, שכן מרבית השינויים הנדרשים הם בתנאי השירות הצבאי (למשל לינת בית או קיצור שעות) או במתן ליווי צמוד של קצין בריאות נפש (עלויות של כוח אדם שהמערכת הצבאית עשויה לתפוס כ"קלות" יותר לספיגה), ואין צורך בהתאמות יקרות בתחומי הבינוי והמכשור.

אין ספק שהתפתחויות שחלו בזכויות אנשים עם מוגבלויות במדינת ישראל,¹²⁸ ופעילויות העמותות השונות הביאו לעלייה במודעות הציבורית ובמודעותן של רשויות הצבא לאפשרות שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.¹²⁹

ואולם, טענתי היא כי השינוי בתפיסת אנשים עם מוגבלויות וחיזוק זכותם לשרת בצה"ל נובעים גם מאינטרס צבאי: חיזוק אתוס צבא העם בתקופה שבה קיימת תופעה של צעירים חבי גיוס המתחמקים ממילוי חובתם זו, ויש חשש לגיטימציה חברתית לכך.¹³⁰ למעשה, השינויים האחרונים באמות המידה הרפואיות מדגימים "מיזוג אינטרסים" (במינוח של Bell¹³¹) בין המגמה החברתית של התפתחות זכויות אנשים עם מוגבלויות לאינטרס הצבאי בחיזוק אתוס צבא העם.

בהתאם לתאוריית מיזוג האינטרסים של Bell, כפי שהוא מדגים אותה על פסק הדין המפורסם *Brown v. Board of Education*,¹³² ההישג המשפטי של זכויות האדם אינו מתרחש אלא כאשר מבשילים התנאים החברתיים, והאינטרסים של האליטות מאפשרים זאת ומקדמים זאת. משמע, ההישג המשפטי של פרשת *Brown* – ביטול ההפרדה הגזעית בבית הספר – התאפשר רק כאשר השוויון הגזעי לא איים על האינטרסים של האליטה הלבנה, אלא אף קידם אותם.

¹²⁸ לסקירת ההתפתחויות בתחום זכויות אנשים עם מוגבלויות בישראל ראו זיו, לעיל ה"ש 42; מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 84–90. מור מציינת בעמ' 122 כי זכויות אנשים עם מוגבלויות התקדמו מאוד בין השנים 1996–1998.

¹²⁹ על הדו-שיח המתקיים בין העמותות לצבא בנושא זה ניתן ללמוד מאתרי האינטרנט של עמותת הצליאק ושל האגודה לסוכרת נעורים המעידים על שיתוף פעולה ועל דו-שיח עם רשויות הצבא. ראו ה"ש 124.

¹³⁰ הדבר בא לידי ביטוי בסיסמה "ישראלי אמתי לא משתמט" הפונה לתחושת הסולידריות החברתית, ובתגובות השונות להתחמקותם של ידוענים (דוגמנים, זמרים) מחובת השירות הצבאי, עד כדי ביצוע שירות מאוחר ומקוצר על ידי אחדים מהם. ראו ה"ש 138 להלן.

¹³¹ Derrick A. Bell, Jr., Comment, *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, 93 HARV. L. REV. 518 (1980). מור מציגה את טענתו של Bell ומדגימה אותה על קידום זכויות אנשים עם מוגבלויות בארצות הברית ובישראל. ראו מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 112.

¹³² 347 U.S. 483 (1954).

בדומה לכך, טענתי היא כי המגמה של שילוב אנשים עם מוגבלויות באמצעות הרחבת חובת השירות הצבאי (הנמכת הסף הרפואי לשירות) ובאמצעות הקלת תהליך ההתנדבות, החלה דווקא בשנות האלפיים שכן בתקופה זו גברו החששות בדבר היקף המתגייסים ובדבר הלגיטימציה החברתית להשתמטות. הפעילות לשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי נעשתה מתוך אינטרס לחיזוק אתוס "צבא העם" בתקופה שבה הוטל בו ספק של ממש.¹³³

כידוע, המקרה של שילוב אנשים עם מוגבלויות אינו המקרה הראשון שבו הצבא מאמץ אל תוכו קבוצת אוכלוסייה מוחלשת ומודרת בניסיון לשלבה בשירות הצבאי ובכך לסייע בשילובה בחברה. כך נהג ונוהג הצבא לגבי עולים חדשים המשרתים לעתים כחיילים בודדים והזוכים לסיוע בדרכים שונות.¹³⁴ דוגמה בולטת יותר היא "נערי רפול" או אוכלוסיית מקא"ם, הכוללת, בין היתר, חיילים בעלי נתונים אישיים נמוכים וקשיים סוציו-אקונומיים ניכרים. במקרים אלה נשא הצבא את הדגל החברתי וביסס את מעמדו כצבא העם וכ"כור ההיתוך" של החברה הישראלית המשמש גם מקפצה חברתית לאוכלוסיות חלשות. לא מן הנמנע כי חיילים אלה השתלבו בשירות קרבי או תומך לחימה או במתן שירותים חיוניים, אך לא ברור אם שילובם צלח את מבחן היצרנות, ונראה כי לא היה זה שיקול מכריע בהכללתם בשירות הצבאי.

¹³³ ניתן לטעון כי מיזוג האינטרסים בא לידי מימוש קונקרטי גם בקביעת הכשירות לשירות בתנאים מיוחדים, וכי הצבא בחר לגייס קבוצה חברתית מסוימת (בעיקר בעלי השכלה גבוהה) מתוך חשש להיווצרותה של אליטה חברתית הייטקיסטית שלא נוצרה במסלול המקובל של היחידות הצבאיות הייעודיות. כך, פורסם כי מרבית החיילים המשרתים בחיל המודיעין הם תושבי אזור המרכז וממעמד בינוני-גבוה. בכתבה נטען כי אוכלוסייה זו של "המסודרים" היא בעלת משאבים חברתיים כלכליים שדואגת לבניה לשירות צבאי יוקרתי ולא מסוכן, ואילו חיילים מן הפריפריה ככלל אינם מגיעים ליחידות אלו. אלכס פישמן "על המקלדת קדימה הסתער" ידיעות אחרונות – המוסף לשבת 30.10.2009, 4. עוד ניתן לטעון כי העלאת מדרג הכשירות בהתייחס לחולים במחלת הצליאק מדגימה מיזוג אינטרסים פנימי וחינוכי: הן של רשויות הצבא בחיזוק אתוס צבא העם והן של התארגנות חזקה מהשטח (עמותת הצליאק) שאינה מאפיינת את כלל האנשים עם מוגבלויות.

¹³⁴ לחיילים בודדים ולעולים חדשים בעלי קשיים כלכליים ניתנות הטבות כספיות שונות לצורך מחייתם בארץ ולצורך ביקור הורים בארץ מוצאם. כן מוצעת לעולים שאינם יהודים על פי ההלכה האפשרות להתגייר בשירותם הצבאי ובכך להשתלב עוד יותר בקרב החברה היהודית-ישראלית.

ואולם, בעוד שההסדרים המפורטים לעיל לקליטת אוכלוסיות חלשות קיימים מזה שנים רבות ומבוססים היטב בצבא ובחברה הישראלית, הרי שמגמת שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי בתצורתה הנוכחית היא חדשה יחסית. לכאורה, ניתן היה לנקוט בעבר את הצעדים הננקטים כיום לקליטת אנשים עם מוגבלויות בשירות צבאי ולערוך כבר לפני שנים את ההתאמות שעורך צה"ל כיום בתנאי הגיוס והשירות.

העיכוב היחסי של השינוי שחל בתפיסת אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, בולט על רקע ההתפתחויות שחלו בשנות התשעים בכל הנוגע לשילובן של נשים בשירות קרבי בצה"ל¹³⁵ ולשירות הומוסקסואלים בצה"ל.¹³⁶ ג'בארין מציין כי בשנות התשעים החל האתוס הביטחוני להישחק, ושחיקה זו היא שאפשרה ככל הנראה את העלאת סוגיית שילוב הנשים בתפקידי לחימה בתקופה זו.¹³⁷ גם שינויים אלה לא הביאו להתפתחות מקבילה בשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

ההתפתחויות הטכנולוגיות-צבאיות והתפתחות דגם החייל המקצועי, המתבסס על מקצוע ועל השכלה, להבדיל מדגם החייל הקרבי, המתבסס על יכולת גופנית ועל אומץ לב מול האויב, התרחשו בשנות השמונים והתשעים. ואולם נראה כי התפתחות זו לא הייתה מספקת כדי להביא לשינוי בתפיסת אנשים עם מוגבלויות ולהכלתם בדמות החייל. מעניין לראות כי בעוד ש"דמות החייל" התגמשה כדי לכלול בעלי נתונים אישיים נמוכים, הרי שבתקופה זו לא היה ניתן להעלות על הדעת מאמץ צבאי-חברתי לקליטת אנשים בעלי נתונים גופניים או נפשיים שונים לצבא.

נראה כי היה צורך בתחושת איום ממשית יותר על אתוס צבא העם, קרי: התגברות תופעת ההשתמטות וגילוי דעת קהל סובלנית יחסית כלפיה, לצד העלייה במודעות לזכויות אנשים עם מוגבלויות כדי לגרום לשינוי תפיסת דמות החייל, כך שתכלול לא רק את בעל "הגוף הנבחר", "הבריא בגופו ובנפשו". זוהי דוגמה מובהקת למיזוג האינטרסים: השינויים במדיניות ההתנדבות הרפואית, ובמיוחד התיקונים שנערכו לסף הכשירות הרפואית בשנות האלפיים, הביאו אמנם להכללת אנשים עם

¹³⁵ ההתפתחויות החשובות בשנות התשעים כוללות את פרשת אליס מילר, להלן ה"ש 139, ואת הוספת ס' 16 לחוק שירות ביטחון. ראו ה"ש 33 לעיל וה"ש 148 להלן.

¹³⁶ על הסיבות החברתיות-תרבותיות האפשריות לשינוי במדיניות צה"ל בנוגע לשירות חיילים הומוסקסואלים בשנות התשעים (שינוי הפקודה שכללה הגבלות על שירות הומוסקסואלים מטעמי ביטחון שדה, ב-1993 וביטולה ב-1998) ראו גרוס, לעיל ה"ש 34, בעמ' 154-157.

¹³⁷ ג'בארין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 57.

מוגבלויות מסוימות בשירות הצבאי, אך במקביל לכך הם סייעו לחזק ולשמר את מעמדו של צה"ל בחברה הישראלית ואת מיצובו של השירות הצבאי כמבחן האזרחות האולטימטיבי.

עם זאת, לא ניתן שלא לסייג מסקנה זו. בבחינת עיקרי ההתפתחויות שאירעו בשנות האלפיים, משמע הכשירות לשירות בתנאים מיוחדים ושינוי פרק הפסיכיאטריה בתקנות שירות ביטחון, יש להודות כי בשלב זה מדובר בשינויים ספורים וקונקרטיים, וכי עדיין לא ידוע אם יש בהם כדי לבסס מגמה של ממש. ימים יגידו אם שינויים אלה אמנם מבשרים שינוי מהותי בתפיסת המוגבלות בשירות הצבאי ובשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות החובה.

ה. הכשירות הרפואית ושילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי – פנים אל העתיד

עד כה סקרנו ברשימה זו את סף הכשירות הרפואית לשירות מנקודת מבט היסטורית בראי ביקורת המוגבלות והדגמנו את הזיקה בין שינויים והתפתחויות בכשירות הרפואית לשירות לבין תהליכים חברתיים ומעמדו של צה"ל בחברה. נקודת המבט ההיסטורית מסייעת לחשוף את ההטיות החברתיות-תרבותיות, וניתן להסתייע בה גם לבחינת ההסדרה הראויה של הכשירות הרפואית לשירות. בפסקאות הבאות אבקש להעיר כמה הערות הנוגעות להסדרה העקרונית של הכשירות הרפואית לשירות, במטרה להניח יסוד לדיון עתידי בסוגיית שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

1. העדרו של דיון ציבורי בהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי

בפתח הדיון יוער כי בעוד שסוגיות שעניין חובת הגיוס לשירות הצבאי והפטור ממנו, כגון גיוסם של חרדים לצה"ל, פטור מטעמי מצפון ושירות נשים בצה"ל, זוכות לדיון פומבי בציבור ובתקשורת, הרי שהפטור משירות צבאי מטעמים רפואיים אינו זוכה להתייחסות דומה. כאשר יש דיון ציבורי-תקשורתי בפטור מטעמים רפואיים, הוא

נסוב בדרך כלל סביב אמינותו של הפטור בעניינו של ידוען מסוים.¹³⁸ לעומת זאת, נראה כי אין מתקיים דיון עקרוני בסוגיית סף הכשירות הרפואית הראוי ובהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.

שקיפותם של אנשים עם מוגבלויות בדיון על השירות הצבאי בולטת במיוחד על רקע שאלת שילוב הנשים בשירות הצבאי, שזוכה להד ציבורי ניכר. נשים נתפסות לעתים קרובות כבעלות "מוגבלות" ביולוגית (היריון, לידה) הדורשת מרשויות הצבא תכנון מיוחד של כוח האדם,¹³⁹ וכבעלות מוגבלות גופנית ביחס לגברים שאינה מאפשרת את שילובן המלא בכלל התפקידים הצבאיים הקרביים בשל השלכות בריאותיות אפשריות על אותן נשים.¹⁴⁰ עם זאת, בעוד שהמוגבלות הגופנית של נשים ביחס לגברים היא מושא לדיון ובחינה ציבוריים בכנסת, בתקשורת או בבית המשפט העליון, הרי שדיון דומה אינו קיים באשר לאנשים עם מוגבלויות.

הדיון בשאלת שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי נתפס כעניין צבאי פנימי שאינו זוכה לתהודה ציבורית. נראה כי המודעות לזכויות של ציבור האנשים עם מוגבלויות בזירות חברתיות שונות (נגישות לקלפי או לבתי קולנוע, קצבאות נכים, צרכים מיוחדים בחינוך ועוד) טרם הורחבה לשירות הצבאי.

יתכן שתפיסה מסורתית של דמות החייל הקלסית כדמות הלוחם תרמה ליצירת הניתוק התודעתי בין אנשים עם מוגבלויות לשירות הצבאי. נוסף לכך, ייתכן

¹³⁸ למשל בעניינם של הדוגמנית בר רפאלי, של הזמרים שהופיעו בתכנית "כוכב נולד" ז'קו אייזנברג ומרינה מקסמיליאן בלומין ושל הזמרת מאיה בוסקילה, שבחרה להתגייס לשירות סדיר מקוצר בגיל 30. ראו "אי-גיוס בישראל" ויקיפדיה אי-גיוס בישראל he.wikipedia.org/wiki/נצפה ב-11.3.2015.

¹³⁹ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 108-109 (1995) (להלן: פרשת מילר); פירוט הטעמים התכנוניים שבבסיס עמדתו הראשונית של הצבא שלא לשלב נשים בקורס טיס). הגדרת השוני בין נשים לגברים כ"מוגבלות" מניחה כמובן את ההתאמה לדגם הגברי כדגם קובע.

¹⁴⁰ בשל השוני הגופני בין נשים לגברים צה"ל עורך בדיקה מקדמית ומיפוי של הדרישות הפיזיות והפיזיולוגיות של תפקיד קרבי טרם שיחליט אם לשלב נשים בו, כדי לבדוק אם אכן נשים מסוגלות לבצעו בלי שייגרם להן נזק בריאותי. קיימים תפקידים צבאיים קרביים שבהם הדרישות הגופניות אינן מתקיימות ברוב המכריע של הנשים (למשל יכולת נשיאת משקלות כבדים במיוחד והנפתם), ובמקרים מסוימים הדבר עלול אף להזיק לבריאותן. ראו תשובת המדינה לעתירה בבג"ץ 6757/03 שטולברג נ' שר הביטחון.

שהתפיסה הסטריאוטיפית של בעל המוגבלות כ"מסכן" או כ"גיבור"¹⁴¹ תרמה אף היא לראייה דיכוטומית של שירותם הצבאי של אנשים עם מוגבלויות: פטורים משירות בשל "מסכנותם" או מתנדבים לשירות, קרי: "גיבורים" המתגברים על הקשיים האובייקטיביים הכרוכים במצבם. ראייה דיכוטומית זו אינה מאפשרת כמובן דיון באדם עם מוגבלות כישראלי מן השורה, "נורמלי", החב בחובת גיוס או המתנדב אליה לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות על ידי הצבא. מובן שהיא אינה מאפשרת תפיסה מורכבת הבוחנת את האנשים ואת הקבוצות השונות הנמנים עם הגדרת "אנשים עם מוגבלויות" ואת הצורך בהתאמת ההסדר ההולם בכל מקרה.

טעם נוסף התורם לשקיפות היחסית של אנשים עם מוגבלויות בסוגיית השירות הצבאי, הוא הטעם התקציבי. ברי כי דיון ציבורי בדבר שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי יהיה כרוך בהוצאות תקציביות ניכרות הנדרשות לביצוע ההתאמות הנדרשות. בהקשר זה נראה כי נחיתותן היחסית של הזכויות החברתיות, הכרוכות בהקצאת תקציב על ידי המדינה, גורמת אף היא לצמצום הדיון הציבורי והמשפטי בנושא.¹⁴²

2. דגם הכשירות הרפואית לשירות והכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי

השיח אודות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות מדגיש את הצורך בהשתתפותם ובהכללתם של אנשים עם מוגבלויות במוסדות חברתיים. כך, סעיף 2 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות קובע כי "חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו".¹⁴³ שגית מור עומדת על כך ש"בבסיס מאבק הזכויות ניצבו עקרונות של השתתפות, הכללה, נראות והתנגדות לפרקטיקות המייצרות ומשמרות את בידודם, את הפרדתם ואת הכפפתם של אנשים

¹⁴¹ עמית קמה "הקורבן האומלל ונכה העל" פנים 26, 73 (2003).

¹⁴² מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 121-123. ראו גם גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999).

¹⁴³ ההדגשה הוספה. ראו גם ס' 3 לאמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, לעיל ה"ש 24 (עיקרון מוביל הוא "השתתפות מלאה ומועילה בחברה, והשתלבות בה").

עם מוגבלויות באמצעים כגון דיור במוסדות, מדיניות חינוך, עיצוב סביבתי ודימויים תרבותיים של פחיתות ערך ונחיתות".¹⁴⁴

בשל המשמעויות החברתיות הכרוכות בשירות הצבאי בישראל, נראה כי אין חולק על חשיבות הכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי והריסת החוצץ המפריד בינם לבין אזרחי מדינה אחרים בהקשר זה.¹⁴⁵ מובן כי אין די ביצירת מנגנונים שיאפשרו הכללה של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, שכן, כפי שהעירה נטע זיו, יש צורך גם ביצירת ההתאמות המתחייבות כדי לאפשר שילוב מעשי של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי.¹⁴⁶

כיום, כאמור, מודל הכשירות הרפואית לשירות צבאי הקבוע בתקנות שירות ביטחון קובע כי מי שנקבע כבלתי כשר לשירות או כבלתי כשר ארעית לשירות, לא ישרת בצה"ל. כפועל יוצא מכך ברירת המחל הוא אי שיתופם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי והותרת ההשתתפות לבחירתו של הפרט.¹⁴⁷ מכאן עולה השאלה אם דגם זה מסוגל לאפשר שילוב והכללה של אנשים עם מוגבלויות, או שמא יש צורך בכינונו של דגם אחר.

בהקשר זה מעניין לציין הסדר התנדבות נוסף הקבוע בחוק שירות ביטחון, והוא התנדבותן של נשים לתפקידים קרביים בשירות הצבאי. סעיף 16א לחוק שירות ביטחון מאפשר לנשים להתנדב לתפקידים קרביים בשירות הצבאי, אך מחייב את המתנדבות לבצע שירות סדיר לתקופה שמשכה ואופייה זהים לאלה של השירות הצבאי שבו חבים הגברים.¹⁴⁸

144 מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 123.
 145 למשמעות החברתית-תרבותית של השירות הצבאי בישראל ראו הכתוב ליד ה"ש 28-33. לביקורת על השירות הצבאי כזירת מאבק לשוויון זכויות ולפגיעה באזרחות השווה של אזרחי המדינה שאינם מחויבים בשירות צבאי, ראו הכתוב ליד ה"ש 34-35.
 146 בהקשר זה ראו הערתה של נטע זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 820-821, על המחסומים הגלויים והסמויים הניצבים בפני הכללתם של אנשים עם מוגבלויות בחברה ועל הצורך בביצוע התאמות נדרשות לשם השגת שילוב אמתי..
 147 ראו הכתוב ליד ה"ש 24-25.
 148 ס' 16א לחוק שירות ביטחון קובע כהאי לישנא:

- (א) לכל יוצא צבא אשה זכות שווה לזכותו של יוצא צבא גבר, למלא תפקיד כלשהו בשירות הצבאי.
 (ב) לא יראו פגיעה בזכותה של יוצא צבא אשה למלא תפקיד כלשהו, אם הדבר מתחייב ממהותו ומאופיו של התפקיד.

פרנסס רדאי מעירה שלכאורה, שוויון הזכויות מחייב גם שוויון מלא בנשיאה בנטל השירות הצבאי, וכי אין טעם ממשי שלא לחייב נשים בביצוע שירות צבאי בתפקידים קרביים בתנאי שעברו את המבחנים הגופניים הנדרשים.¹⁴⁹ רדאי מציינת כי סביר להניח שהטלת חובה של שירות קרבי על נערות הייתה חלה בפועל על מספר שולי של נערות, וכי ייתכן שניתן להצדיק את מדיניות ההתנדבות לתפקידים קרביים לנשים כקבוצה, שכן "ההבדלים הקבוצתיים בין הכשירות הפיסית של נערים ונערות מהווים הבחנה רלוונטית לגבי הטלת חובה קבוצתית בעוד שאין הם רלוונטיים לגבי התנדבות אינדיווידואלית המתבססת על בחירה אישית".¹⁵⁰ אשר להסדר החוקי של התנדבות נשים לשירות קרבי רדאי מעלה את השאלה אם התנדבות היא פתרון הולם לאתגר השוויוניות, ומשיבה כי אף על פי שהפתרון אינו מושלם, הרי שהוא הפתרון היחיד שהוא בר ביצוע.¹⁵¹

בדומה לכך, ניתן לטעון כי ההבדלים בין אנשים עם מוגבלויות למי שאינם אנשים עם מוגבלויות מצדיקים הסדרה קבוצתית שונה, ומובן כי הסדרה זו, קרי: פטור משירות צבאי, אינה רלוונטית כשמדובר בהתנדבות אישית של אדם עם מוגבלות. הסדר ההתנדבות לשירות של מי שנמצא בלתי כשר לשירות הוא פתרון ממשי ובר ביצוע. עם זאת, לצורך שילוב מלא ואמיתי של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי יש חשיבות להגדרת סף הכשירות הרפואית מראש מתוך תפיסה של שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי ולהגבלת הפטור למצבים הדורשים זאת בלבד. באותם מקרים המחייבים קביעת אי כשירות לשירות, יש חשיבות לקיומם של מנגנונים המעודדים התנדבות לשירות הצבאי, המסירים חסמים והמטמיעים את ההתאמות הנדרשות לשילובם של המתנדבים.

(ג) דין יוצא צבא אשה, המשרתת על פי התנדבותה, באחד התפקידים שקבע שר הביטחון באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כדין יוצא צבא גבר.

(ד) שר הביטחון, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, רשאי לקבוע הליכי אבחון אחידים למיועדת לשירות ביטחון ולמיועד לשירות ביטחון, וכן הליכי מיון ושיבוץ בתפקידים ובמקצועות בשירות סדיר שיבטיחו שוויון הזדמנויות.

¹⁴⁹ רדאי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 205, הכתוב ליד ה"ש 84.

¹⁵⁰ שם, בעמ' 207. רדאי מציינת קיומן של הצדקות אפשריות אחרות, לרבות חלוקת סיכוני מלחמה והעדרה של תמיכה ציבורית.

¹⁵¹ שם, בעמ' 209.

על פניה, התנדבות לשירות אינה דגם הולם לשילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי שכן היא מניחה ברירת מחדל של אי גיוס. ואולם, חרף חסרונותיו של הדגם, הרי שביטולו ואימוץ דגם חליפי המטיל חובת גיוס גורפת על כלל האנשים עם מוגבלויות באשר הם (למעט חריגים בודדים), אף הם אינם הולמים. חובה גורפת מעין זו טומנת בחובה קשיים ניכרים הן מנקודת מבטם של אנשים עם מוגבלויות והן מנקודת מבטה של המערכת הצבאית. בעבור אנשים עם מוגבלויות – במקרים רבים לא מן הנמנע שהקשיים שעמם הם מתמודדים בשגרה (כאב, סבל, אי נוחות, קשיים גופניים ועוד) יועצמו עד מאוד בשירות בצבא שהוא ארגון היררכי, בעל משמעת וכללי התנהלות ייחודיים.¹⁵² אשר למערכת הצבאית יש לזכור כי ייעודו של הצבא – בסופו של דבר – הוא לשמור על ביטחון המדינה ותושביה. הטלת חובה גורפת על קליטתם של אנשים שאינם מסוגלים לבצע תפקיד צבאי כלשהו, או שהם בעלי קשיים ניכרים לעשות כן, עלולה לפגוע ביכולתו של הצבא להגשים את ייעודו, וכתוצאה מכך – בביטחון המדינה. לעומת זאת, דגם ההתנדבות לשירות, בדומה לדגם שנקבע להתנדבות נשים לתפקידים קרביים, מאפשר קליטתם לשירות צבאי של אותם אנשים עם מוגבלויות המסוגלים לבצע שירות צבאי מסוים, ולו בהתאמות המתחייבות מבחינתם באופן אישי ומבחינת המערכת הצבאית.

אחד המאפיינים החשובים של שיח הזכויות לאנשים עם מוגבלויות הוא ההכרה בשוני בין הקבוצות השונות של אנשים עם מוגבלויות, במצב הרפואי שלהם, בצרכים שלהם, באינטרסים שלהם, במשאבים העומדים לרשותם, במידת ארגונם, בהשתייכות לקבוצות אחרות.¹⁵³ (למשל נשים שיש להן מוגבלות¹⁵⁴) וברצונותיהם.¹⁵⁵ מתוך הכרה בשוני זה יש צורך ב"תפירת" פתרונות מתאימים לכל תת-קבוצה שיהיה בהם כדי לתת

¹⁵² ראו בהקשר זה ביקורתם של שייקספיר ווטסון על הדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים, שמתעלם מהליקוי הרפואי ומהצורך להביא בחשבון את ההתמודדות של אנשים עם מוגבלויות עם הליקויים, הקשיים והכאבים הכרוכים בכך. Shakespeare & Watson, לעיל ה"ש 51. ראו גם הכתוב ליד ה"ש 55–56.

¹⁵³ על השתייכותם של אנשים עם מוגבלויות לקבוצות שונות – אתניות, חברתיות, מגדריות וכיוצ"ב – ראו Shakespeare & Watson, לעיל ה"ש 43, בעמ' 21.

¹⁵⁴ על הצורך בזיהוי עמדתן הייחודית של נשים עם מוגבלות ראו Anita Silvers, *Reprising Women's Disability: Feminist Identity Strategy and Disability Rights*, 13 BERKELEY WOMEN'S L.J. 81 (1998).

¹⁵⁵ השוני בין תתי הקבוצות המרכיבות את הקבוצה הכללית של אנשים עם מוגבלויות בולט גם בקבוצות אחרות שהן הומוגניות יחסית (למשל נשים).

מענה לצרכים הייחודיים של הנמנים עמה. לעתים קרובות מודל ההתנדבות מאפשר מציאת פתרונות שונים המתאימים לצורכי הקבוצות השונות.

אשר על כן טענתי היא שיש לבחון את סף הכשירות לשירות הקבוע בתקנות שירות ביטחון ואת יישומו של הסדר ההתנדבות לשירות ביטחון במקרים ספציפיים, מתוך מודעות לחשיבות שבהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי, מתוך חשיבה על כלל השיקולים הצריכים לעניין כפי שיפורטו להלן, ותוך כדי ביצוע ההתאמות הנדרשות לשם שילובם של אנשים עם מוגבלויות. בחינה זו תביא להגדרה טובה יותר של סף הכשירות הרפואית, של הפטור בשל אי כשירות רפואית ושל ההתנדבות לשירות במקרים המתאימים. באופן זה ישולבו אנשים עם מוגבלויות באופן מלא יותר בשירות הצבאי, בין על דרך של שירות חובה ובין על דרך של שירות בהתנדבות.

ו. השיקולים בקביעת כשירות רפואית לשירות

כאמור, בחינת שילוב אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי נדרשת לתהליך דו שלבי: קבלת החלטה בנוגע לסף הכשירות הרפואית לשירות צבאי; במקרים שבהם הוחלט כי אדם מסוים אינו עומד בסף כשירות זה – קבלת החלטה על התנדבות לשירות. בשני השלבים יש לבחון תחילה אם אנשים עם אותה מוגבלות מסוימת מסוגלים בתנאים מסוימים לשרת שירות הצבאי, ומה נדרש כדי לקיים את אותם תנאים. כפי שיוצג להלן, בשני השלבים נבחנים אותם שיקולים, אך אופן יישומם של השיקולים והמשקל המיוחס להם בשני השלבים עשויים להיות שונים. כך, הטלת חובת גיוס כללית על קבוצה בעלת לקות מסוימת עשויה להיות כרוכה בהכבדה קשה ביותר על הפרטים הנמנים עם הקבוצה ובסיכון בריאותי מסוים להם, בתועלת צבאית נמוכה ובעלות תקציבית גבוהה. לעומת זאת, מתן אפשרות לפרט מסוים להתנדב תאפשר לאותם אנשים מתוך הקבוצה שמצבם הבריאותי שפיר יותר ושהם בעלי יכולת התמודדות גבוהה יותר, לשרת שירות צבאי מלא. במצב דברים זה ניתן בדרך כלל ליתן משקל פחות לתועלת הצבאית הנמוכה יחסית ולעלות התקציבית הכרוכה בכך.

במידה מסוימת הדיון בשיקולים מערב את שאלת ההכרה בזכות עם שאלת האמצעים להגשמתה ואינו מכריע בכל אחת מהן לחוד.¹⁵⁶ כתוצאה מכך כל אחת מהשאלות שיעלו לדיון כוללת את ההיבטים החיוביים של שוויון ושל הכללת אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי וגם את החסם והקושי החברתי הכרוכים בכך ואת האפשרות להסרתם.¹⁵⁷ עם זאת, בחינת השאלות באופן זה תאפשר בחינה קונקרטיית שיהיה בה כדי לתת מענה מעשי מיטבי לקבוצות שונות הנמנות עם הגדרת אנשים עם מוגבלויות על צרכיהם הייחודיים, בהתחשב במאפיינים המיוחדים של השירות הצבאי.

1. רצון הפרט או רצון הקבוצה

כאמור, קבוצת האנשים עם מוגבלויות מונה תתי קבוצות שונות הנבדלות זו מזו בצרכיהן וברצונותיהן, ופרטים בעלי רצונות משלהם.¹⁵⁸ נשאלות השאלות מהו המשקל שיש לייחס לרצונו של הפרט עת דנים בשאלת הכשירות הרפואית לשירות צבאי, וכיצד יש להתייחס לרצונו אל מול רצון הקבוצה או תת הקבוצה. בהקשר זה יש לזכור כי עסקינן בחובת שירות צבאי המוטלת על כלל האוכלוסייה ללא התחשבות ברצונו של פרט זה או אחר. במובן זה אין לאנשים עם מוגבלויות זכות יתר ביחס לאנשים ללא מוגבלויות.

¹⁵⁶ מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, מעירה בעמ' 120–121 כי הגדרת "ההתאמות הסבירות" בסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות מדגימה את טשטוש ההבחנה בין שלב הדיון העקרוני בזכויות לבין השלב היישומי: באותו הקשר נקבע, כי חובת ההתאמות היא חלק מן האיסור על הפליה. אך על ההתאמות להיות סבירות, כלומר כאלו שלא יטילו נטל כבד מדי על המעסיקה. השאלה העולה היא, האם משמעותו של כלל הנטל הכבד מדי היא, שכאשר הנטל כבד מדי אין כאן כל אפליה או שמא מדובר בסייג, מעין "פטור", הנובע מתחשיב של שיקולי עלות-תועלת, המכיר בכך שהייתה כאן הפרה של שוויון אך עלותה גבוהה מדי מבחינה חברתית ולכן הסעד מוגבל? ... ראוי לשים לב לטשטוש גבולות זה, שכן עמדה עקבית הדוגלת בעקרונות שביסוד החוק, תדבק בעמדה האחרונה ואילו עמדה המתנגדת לחוק ולנטל שהוא מטיל תאמץ את הפרשנות הראשונה.

¹⁵⁷ מור עומדת שם, בעמ' 115–123, על ארבעה חסמים עיקריים מפני הכרה בזכויות אנשים עם מוגבלויות: תפיסת המוגבלות כנחיתות או כשוני אינהרנטי; שיקולים מקצועיים רפואיים; שיקולים תקציביים; נחיתותן היחסית של הזכויות החברתיות.

¹⁵⁸ ראו הכתוב ליד ה"ש 154–155 לעיל.

כשדנים בסף הכשירות הרפואית לשירות, ראוי לשמוע גם את עמדתם של ארגונים מהשטח ככל שהם מבקשים להשמיעה.¹⁵⁹ עם זאת, יש לקחת בחשבון כי ייתכן שהארגון אינו מייצג את כלל הפרטים באותו מצב רפואי,¹⁶⁰ או שאינו מודע להשלכות של תנאי השירות הצבאי על בריאותו של הפרט.

בשלב השני, שבו נבחנת התנדבותו של הפרט לשירות צבאי, יש משקל יתר לרצונו של הפרט בקבלת ההחלטה על גיוסו לשירות צבאי (שכן על פניו בשל מצבו הבריאותי הוא היה זכאי לפטור משירות צבאי). ואולם, משום אופיו של השירות הצבאי יהיה גם כאן המשקל הניתן לרצון הפרט מוגבל יחסית. החייל המתנדב, ככל חייל אחר, עשוי להיות משובץ לתפקיד שאינו מעוניין בו, בהתאם לצורכי הצבא.

שאלה אתית חשובה אחרת החורגת מתחומי רשימה זו היא מה המשקל שיש לתת לרצונו של אדם להתגייס, ולו גם כמתנדב, מקום שקיים סיכון בריאותי ממשי בגיוסו לשירות צבאי. בהתאם למדיניות הנוהגת כיום, לא יאפשרו את התנדבותו לשירות.¹⁶¹ נזכיר גם כי המערכת הצבאית נושאת באחריותו לבריאותו של האדם – אחריות זו אינה פוסקת רק משום שאדם החליט ליטול על עצמו סיכון. אף יש לכך היבטים משפטיים וכלכליים ניכרים, למשל לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959.¹⁶²

2. השיקול הרפואי

כיום הכשירות הרפואית לשירות נקבעת בתקנות על ידי שר הביטחון. הלכה למעשה, גורמי המיון הרפואי הצבאי הם האמונים על גיבוש אמות המידה הרפואיות לתוספות לתקנות והבאתן לאישור שר הביטחון. גורמים אלה מחזיקים לא רק בידע הרפואי הכללי הנדרש לשם גיבוש סף הכשירות, כי אם גם בהיכרות עם תנאי השירות הצבאי

¹⁵⁹ שמיעת הקולות "מהשטח" חשובה לבחינה מהותית של שילוב אנשים עם מוגבלויות בחברה. ראו ה"ש 125 לעיל. עם זאת, יש לתת את הדעת לכוחם השונה של אנשים עם מוגבלויות שונות, מאורגנים ובלתי מאורגנים. ראו ה"ש 124 לעיל.

¹⁶⁰ ייתכן שארגון מסוים יפעל להכיר בלקות כמחייבת שירות צבאי, כחלק ממאבק לשילוב בעלי אותה לקות בחברה הישראלית, ומאבק זה לא יעלה בקנה אחד עם מצבם הבריאותי של חלק מהחולים.

¹⁶¹ ראו הכתוב ליד ה"ש 162-164 להלן.

¹⁶² בהקשר זה ראו לוסיאן לאור, יצחק קרייס, יונית וואהל, אריאל בר ויוספה ובר-דיין "סוגיות באתיקה של המיון הרפואי בצה"ל" הרפואה הצבאית 1, 139 (2004).

על מאפייניו המיוחדים ובהבנתם. הבנה זו מתחייבת הן כדי להעריך את הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בשירות הצבאי בעבור אדם בעל מצב בריאותי או ליקוי רפואי מסוים, הן כדי לערוך את ההתאמות הנדרשות לשם שמירה על בריאותו של הפרט. כפי שתואר לעיל, טרם גיבוש הקריטריונים הרפואיים עורכים גורמי המיון הרפואי הצבאי עבודה מקיפה בסיוע צוותי מומחים בכירים בתחומים הרלוונטיים. הם בוחנים את ההתפתחות הרפואית-מדעית ואת ההשלכות האפשריות של השירות הצבאי על בריאותו של הנבדק.

הנחת היסוד העומדת כיום בבסיס הכשירות הרפואית לשירות היא ההגנה על בריאותו של אדם מפני נזק שעלול להיגרם לו בשירות הצבאי.¹⁶³ לפיכך אין מקום לקבוע חובת גיוס כאשר יש חשש לפגיעה בבריאותו של אדם בשל גיוסו לצבא או העמדתו בתנאי השירות הצבאי.¹⁶⁴ עם זאת, ככל שניתן להעמיד את אותו אדם בתנאים מגנים שיאפשרו לו לשרת שירות צבאי בלי לסכן את שלומו ואת בריאותו, הרי שיש מקום לקבוע חובת שירות צבאי בתנאים מגנים אלה.¹⁶⁵ מתן משקל נכבד לשיקול הרפואי נועד להבטיח הגנה הולמת לבריאותו של הפרט, גם במצב דברים שבו קיים

¹⁶³ בדומה לקביעה האתית-הרפואית המיוחסת להיפוקרטס: "בראש ובראשונה – אל תזיק".

¹⁶⁴ קביעה חד משמעית זו של המחוקק המחילה את חובת הגיוס והשירות על הבריאים בלבד (בהתאם להגדרת הכשירות לשירות, כמובן) מאזנת בין הצורך הביטחוני של צה"ל בגיוס של חיילים כשירים בכלל, וכשירים ליחידות השדה בפרט, להגנה על בריאותו של הפרט. פועל יוצא מכך הוא כי רשויות הצבא מוסמכות לגייס אדם בריא ולשלוח אותו למשימה שממנה הוא לא ישוב. הן אינן רשאיות לגייס את מי שנקבע בלתי כשר לשירות או בלתי כשר ארעית לשירות, למשל בשל מחלה שעלולה לסכן את חייו בתנאי השירות הצבאי. ייתכן שיהיה מי שיחלוק על הנחת יסוד זו, שכן ברור לכל כי השירות הצבאי כרוך בסיכונים ניכרים לחייו ולבריאותו של האדם הבריא או שאינו בעל מוגבלות. ניתן לטעון כי העמדת אדם בסיכון ידוע מראש (למשל הגברת הסיכון לאירוע לבבי) אינה שונה מהצבתו בשירות קרבי על סיכוניו. סבורני כי יש להבחין בין סיכונים הכרוכים באופיו ובמהותו של השירות הצבאי (כמו השירות הקרבי) לסיכונים שאינם מחויבים ממהותו של השירות הצבאי (למשל סיכון לאירוע לבבי בתנאי שירות צבאי שגרתיים). נוסף על כך, דומני כי סטייה מתפיסת היסוד המעוגנת בקביעת ספי כשירות רפואית לשירות בתקנות שירות ביטחון מאז קום המדינה ועד ימינו, מחייבת עיגון בהסדר ראשוני בדמות חקיקה ראשית. אין ספק כי טענה זו מחייבת דיון אתי סבוך שיש מקום להעמיק בו.

¹⁶⁵ כפי שנעשה, למשל, בתיקון לפרק הפסיכיאטריה בתקנות שירות ביטחון. ראו לעיל ה"ש 120.

צורך צבאי בהנמכת סף הכשירות הרפואית לשם הגדלת פוטנציאל כוח האדם העומד לרשות צה"ל.

כפי שתואר בפרק ג(3) לעיל, ביקורת המוגבלות מפנה את תשומת הלב לדומיננטיות יתר של הפרופסיה הרפואית בקביעת המוגבלות ומשמעותה. החשש העיקרי הוא מהגדרת האדם באמצעות המוגבלות וממתן מעטה מדעי-אובייקטיבי להטיות חברתיות, בהתעלם מההבניה החברתית של המוגבלות ומהחסמים החברתיים המוצבים בפני אנשים עם מוגבלויות.¹⁶⁶ שייקספיר ווטסון קראו לבחינה משולבת, רפואית וחברתית, שמביאה בחשבון הן את החסמים החברתיים ואת הצורך בהסרתם והן את הצרכים הרפואיים של אנשים עם מוגבלויות ואת הטמעת ניסיונם וחוויותיהם הסובייקטיביים.¹⁶⁷

לפיכך ברור כי על אף חשיבותו של השיקול הרפואי אין הוא עומד לעצמו, ויש לבחון אותו בצירוף שיקולים נוספים. עם זאת, ובמיוחד לאור דברי שייקספיר ווטסון, יש לנקוט זהירות בהמעטה בערכו של השיקול הרפואי. חשיבותו של השיקול הרפואי ניכרת במיוחד במקרה שבו קיים חשש לפגיעה בבריאותו של אדם. כך, למשל, מדוח מבקר המדינה משנת 2002 עולה כי טרם תחילת שילובן של נשים בתפקידי לוחמות לא שולב חיל הרפואה בעבודת המטה שקדמה לכך, ולא ניתנה הדעת על ההבדלים הגופניים בין נשים לגברים ועל הצורך בבחינת התפקיד ובהתאמת הסביבה וההכשרה הצבאית לנשים.¹⁶⁸ דומה כי ההמעטה בערכו של השיקול הרפואי באה על רקע הדומיננטיות של הטיעון החברתי-פמיניסטי במקרה זה אשר חתר תחת ההגמוניה של הצבאיות "הגברית".

3. השיקול הצבאי

אף כי שאלת היצרנות זכתה לביקורת רבה בביקורת המוגבלות, לא ניתן להתעלם ממנה כליל. ניתן לטעון כי לאור החשיבות שבהכללת אנשים עם מוגבלויות בשירות

¹⁶⁶ ראו הדיון בדומיננטיות הרפואית של הגישה המסורתית לתפיסת המוגבלות, בביקורת של גישת היחסים החברתיים ובביקורת הנגדית של הדגם הבריטי של גישת היחסים החברתיים בפרק ג(3).

¹⁶⁷ שייקספיר ווטסון, לעיל ה"ש 51, הכתוב ליד ה"ש 55-56.

¹⁶⁸ מבקר המדינה דוח שנתי 53 א לשנת 2002 141-142 (2002). ראו גם תשובת המדינה לבג"ץ 6757/03, לעיל ה"ש 140.

הצבאי ולאור החשיבות שבנשיאה שוויונית בנטל השירות, יש לנקוט מדיניות רחבה הנותנת משקל מועט יחסית למדד היצרנות ולמידת תרומתו של אדם לשירות הצבאי. עם זאת, כאמור, תכליתו של צבא ההגנה לישראל היא שמירה על בטחון המדינה, ויש לוודא כי תכלית זו לא תסוכל.

גם בהקשר זה מוצע לייחס משקל שונה לשיקול זה בקביעת סף הכשירות ובקביעת מבחני ההתנדבות. בקביעת סף הכשירות הרפואית לשירות, שמתווה חובת גיוס כוללת, יש משקל רב יותר לתועלת הצפויה למערכת הצבאית. כך, אם בשל מוגבלותו אין אדם מסוגל לעבוד במשך יום עבודה שלם, יש קושי של ממש לומר כי הוא כשר לשירות צבאי. עם זאת, ככל שאין מדובר בהטלת חובת גיוס כוללת כי אם במקרה פרטני, ניתן להתחשב בנסיבות הפרטניות, לתת משקל רב יותר לרצונו של הפרט ולמצוא בעבורו פתרון הולם בשירות הצבאי. למותר לציין כי קיים קושי אם ההתאמה הנדרשת מן המערכת הצבאית כרוכה בפגיעה רבה יותר באופיו של השירות הצבאי (למשל במשמעת, בכללי ההופעה והלבוש הצבאיים, בביצוע חובות בסיסיות הנדרשות מהחייל כגון תורנויות או שמירות), או שהיא בעלת עלות כלכלית ניכרת יותר (וראו הדיון להלן).

כך, גם בהתאם לסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תנאי לאיסור ההפליה החל על מעביד הוא "ובלבד שהם [העובד או דורש העבודה – ת' ת'] כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים".¹⁶⁹ בהקשר זה מבאר המחוקק כי "אין רואים כהפליה לפי סעיף זה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה".¹⁷⁰ בהשאלה לשירות הצבאי יש לבחון מהן הדרישות המהותיות של השירות הצבאי, ועל פיהן ייקבע סף הכשירות הרפואית לשירות. כפי שניתן לראות, בשנים האחרונות רשויות הצבא בוחנות מחדש שאלה זו ומגבשות את הדרישות המהותיות לשירות בגמישות יחסית.

4. השיקול התקציבי

מרבית ההתאמות והשינויים הנדרשים לצורך שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי כרוכים בעלות כלכלית מסוימת. יוזכר כי בכל הנוגע לגיוס נשים לצה"ל עמדה השופטת דורנר על כך שאין בטעמים התקציביים הכרוכים בשילוב נשים

¹⁶⁹ ס' 8(א) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

¹⁷⁰ ס' 8(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

בצה"ל כדי למנוע את מימושה של הזכות לשוויון.¹⁷¹ בכל הנוגע לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות השיקול התקציבי הוא חסם מוכר, ויש מקום לדון בו ולבחון מהו האיזון ההולם מתוך הבנה ששילובם של חיילים עם מוגבלות נושא עמו השפעה תקציבית.¹⁷²

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות¹⁷³ מאזן בין הצורך בהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בחברה וההכרה בחשיבות הטמעתה של מדיניות שוויונית לעלויות הכלכליות הכרוכות ביישומה של מדיניות זו. כאמור, סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נתפס כמאפשר מתחם שיקול דעת רחב למדי למעסיק וזכה לביקורת בשל טשטוש ההבחנה בין שלב הדיון העקרוני (ההכרה בזכות) לשלב היישומי (הקושי שביישום הזכות במקרה מסוים).¹⁷⁴ חרף הביקורת, ובמיוחד במערכת הצבאית החותרת להגשמה מלאה של ערך השוויון בנטל השירות, ניתן לראות בהסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק כמשקף את מאזן השיקולים הראוי שישמש נקודת מוצא לדיון קונקרטי בשיקול התקציבי ובכשירות הרפואית לשירות של מצב רפואי מסוים.¹⁷⁵

¹⁷¹ ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 139, בעמ' 113. בית המשפט העליון התייחס מאז בפסיקתו לשאלת המשקל הראוי לשיקול התקציבי ולהתערבותו בהחלטת הרשות בהקשר זה. ראו, למשל, בג"ץ 7443/03 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך (פורסם באר"ש, 2.6.2004); בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007). ראו גם ה"ש 142 לעיל; גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345 (2007).

¹⁷² מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 37, בעמ' 119–121; זיו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 853.

¹⁷³ ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

¹⁷⁴ ראו לעיל ה"ש 156.

¹⁷⁵ ס' 8 אינו חל על צה"ל שכן צה"ל אינו נכלל בהגדרת "מעביד", בוודאי שלא בהתייחס למשרתים בשירות חובה. אשר למשרתים בשירות קבע הלכה פסוקה היא כי אין מתקיימים בינם לרשויות הצבא יחסי עובד ומעביד. בג"ץ 279/72 עובד נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 169 (1972); גיא י' זיידמן ואיל רז "מעמדו של משרת הקבע בצה"ל כעובד" עיוני משפט כג 291 (2000). להכרה במעמד של עובד לצורך חוקי מגן מסוימים ראו דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998). לקריאה לשינוי חקיקתי שיעגן את מעמדו של משרת הקבע בצה"ל ראו בג"ץ 6651/05 שפירא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי של צה"ל (פורסם באר"ש, 26.1.2006); בג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם באר"ש, 24.10.2006). לא מן הנמנע כי בכל הנוגע למשרתי קבע יידרש צה"ל לפעול ברוח החוק ובהתאם לעקרונות המותווים בס' 8 לחוק בשינויים המחויבים מאופיו וממהותו של השירות.

כאמור, בהתאם לסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, חל איסור על מעביד להפלות אדם מחמת מוגבלות.¹⁷⁶ בהמשך הסעיף מוגדרת "הפליה" ככוללת "אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו". "התאמה" מוגדרת ככוללת את "התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעביד נטל כבד מדי. ו"נטל כבד מדי" מוגדר "נטל בלתי סביר בנסיבות הענין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה".¹⁷⁷

מובן כי יש צורך בביצוע התאמות שונות כדי להסיר את המחסומים הקיימים לשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות צבאי. בכלל זה ניתן למנות התאמת מתקנים מבחינת נגישותם, הספקת ציוד נדרש לביצוע התפקיד ומזון מתאים לסובלים ממצב רפואי הדורש זאת, שיבוץ בבסיסים המצויים בסמיכות למקום המגורים או למרכז רפואי וכיוצ"ב.

השאלה החשובה והקשה היא מהו "נטל בלתי סביר בנסיבות העניין". בהקשר זה ראוי, לטעמי, להבחין בין חובת הגיוס להתנדבות. השיקולים הנמנים בהסדר הקבוע בחוק כוללים את העלויות ואת השיקולים הכלכליים הכרוכים בכך. בהקשר הצבאי ניתן למנות גם את ביטחון המדינה ושיקולי תכנון כוח אדם כפי שהם באים לידי ביטוי קונקרטי במקרים הרלוונטיים. בעוד שלהטלת חובת גיוס עלולות להיות השפעות רחבות היקף, הרי שלעיתים קרובות אישור התנדבות במקרה מסוים וביצוע ההתאמות הנדרשות לשם כך עשויים לצמצם את העלויות ואת הקשיים באופן שיהפוך את הנטל מבלתי סביר לסביר בנסיבות העניין.¹⁷⁸

¹⁷⁶ ס' 8(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

¹⁷⁷ ס' 8(ה) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. ראו לעניין זה, למשל, את רשימת ההתאמות הנדרשות בתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות), התשע"ג-2013.

¹⁷⁸ מאזן השיקולים שתואר לעיל אינו פותר כמובן את כלל הבעיות המתעוררות. במקרים מסוימים מתעורר קושי הנוגע לשוויון החברתי בקרב מתגייסים. כך, במקרה שבו מתבקש להעמיד סיעה הנדרש לאדם בעל המוגבלות לביצוע מטלות תפקודיות יומיומיות, נראה כי מדובר בנטל שמכביד באופן בלתי סביר על רשויות הצבא. כיצד על הצבא לבחון בקשה של מתנדב לשאת בעלויות אלה בעצמו בשל רצונו העז להתגייס?

ז. סיכום

רשימה זו עסקה בסף הכשירות הרפואית לשירות ובהתפתחויות ההיסטוריות שחלו בו במשקפי ביקורת המוגבלות. הנחת המוצא לרשימה זו היא כי סף הכשירות הרפואית לשירות אינו רשימת אמות מידה רפואיות גרידא, אלא הוא משקף התפתחויות חברתיות ותרבותיות הנוגעות לשירות הצבאי בכלל ולתפיסת המוגבלות והשירות הצבאי בפרט.

בגדר כך הודגמה תפיסת החייל כ"בעל הגוף הנבחר", ששלטה בעיקר בשנים הראשונות לקום המדינה ושנותרה דומיננטית עד לשנות התשעים. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם תפיסת המוגבלות המסורתית המפרידה בין האזרח הישראלי "הנורמלי" המשרת שירות צבאי לאדם עם המוגבלות שלכל היותר, נתפס כ"מסכן" שפטור משירות צבאי, או כ"גיבור" שמתגבר על קשייו ושמתנדב לשירות צבאי.

בהמשך נבחן השינוי שחל בתפיסת החייל ובתפיסת המוגבלות החל מאמצע שנות התשעים ובמיוחד החל משנות האלפיים. ניתן לראות כי החל משנות האלפיים אומץ דגם עדכני יותר של חיילות שנסוג מהדגם המסורתי ושנכון להכיל בתוכו גם אנשים עם מוגבלויות. במובן זה ניתן לומר כי חל שינוי מהותי בתפיסת שילובם של אנשים עם מוגבלויות, וכי סף הכשירות לשירות עוצב על הציר שבין גישת שוויון הזכויות לגישת היחסים החברתיים, הקוראת להסרת החסמים החברתיים בפני שוויון זכויות מלא לאנשים עם מוגבלויות. לאחר הדגמת השינויים שחלו בסף הכשירות הרפואית לשירות, הוצע הסבר חברתי-תרבותי לשינוי, ברוח תיאוריית מיזוג האינטרסים של Bell, ולפיו השינוי שחל בתפיסת המוגבלות בא לשרת צורך צבאי בחיזוק אתוס צבא העם בתקופה שבה הוטל בו ספק.

לקראת סיום הרשימה, מתוך מודעות להטיות החברתיות והתרבותיות העומדות בבסיס סף הכשירות הרפואית לשירות, נעשה ניסיון לבחון את שאלות היסוד הנוגעות לכשירות הרפואית לשירות, ובמיוחד הודגש העדרו של הדיון הציבורי בשאלת שילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. נטען שם כי אף שהדגם של סף כשירות רפואית לשירות לצד התנדבות לשירות אינו נקי מחסרונות, הרי שבמצב הדברים הקיים דגם ההתנדבות הוא הדגם שיש בכוחו לאפשר בתנאים שפורטו לעיל, שילוב מיטבי של אנשים עם מוגבלויות בשירות צבאי ומתן מענה לצרכים הרפואיים

ומה ההשפעה על אדם במצב דומה המבקש להתגייס ואינו מסוגל לשאת בעלות כלכלית

זו?

הייחודיים לאנשים עם מוגבלויות שונות. בהמשך לכך וברוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, הוצעה רשימת אמות מידה לבחינה ולשקילה טרם קבלת החלטה בדבר סף הכשירות הרפואית לשירות וטרם קבלת החלטה על התנדבותו של אדם שנקבע כי אינו כשר לשירות.

אין נוסחת קסם לאיזון הראוי וההולם בין השיקולים השונים בבחינת סף הכשירות הרפואית לשירות ולשילובם של אנשים עם מוגבלויות בשירות הצבאי. ואולם טענתי היא כי מודעות לשיקולים ולחסמים בשילובם של אנשים עם מוגבלויות ובחינה של סף הכשירות הרפואית לשירות וההתנדבות לשירות "בלב פתוח ובנפש חפצה" ומתוך אידיאולוגיה שוויונית המכלילה אנשים עם מוגבלויות, יביאו לאיזון נכון והולם יותר.

בהקשר זה ראוי לציין כי השדה הצבאי על בעיותיו ואתגריו נכון יותר לקבל דגם של יחסים חברתיים והסרת חסמים לצורך שילוב חברתי. כאמור, המדובר באינטרס צבאי מובהק לחיזוק אתוס צבא העם. נוסף לכך, למערכת הצבאית אופי ייחודי: היא שמה לה מטרת חינוכיות-ערכיות-חברתיות; היא אינה נמדדת בהשאת רווח ובראייה כלכלית-תועלתנית גרידא; היא דורשת ממפקדים להיות מעורבים בחיי פקודיהם ולסייע להם, והם אף נמדדים בכך; היא מטיפה לערבות הדדית ולרעות בין החיילים, בהתאם לערך "הרעות" הצבאי.¹⁷⁹ לכן נראה כי אופיו המיוחד של השירות הצבאי בישראל והדיון בדבר שילובם של אנשים עם מוגבלויות בו עשויים להיות קרקע פורייה לפעילות שוויונית מהותית שתביא לשילובם ולהכללתם של אנשים עם מוגבלויות בחברה הישראלית.

¹⁷⁹ "רעות – החייל יפעל מתוך אחווה ומסירות לחבריו לשירות, וייחלץ תמיד לעזרתם כשהם זקוקים לו או תלויים בו, חרף כל סכנה וקושי, עד כדי חירוף הנפש". רוח צה"ל www.idf.il/1413-10820-he/Dover.aspx