

פנינה להב חבית ללא חישוקים: השפעת הלחימה בטרור על התרבות המשפטית בישראל*

"צה"ל בלי אנשי משפט דומה לחבית ללא חישוקים"

הטרור קורא תיגר על רעיונות יסוד של צדק ופוגע במורל המדינה, בחושפו את אי יכולתם של מוסדותיה להגן על החיים ועל החירות. הוא משמש מכשיר בידי בריונים, אשר מסירותם לעניין מסוים רוקנה את מצפונם, ושום אמצעי אינו נחשב בעיניהם אכזרי מדי במאבק להשגת מטרותם. מרגע שחברת אנשים ספגה מכת טרור, כל מי שמשתייך אליה חושש בכל עת ובכל מקום מפני פגיעה נוספת, שהמניע שלה יהיה עצם השתייכותו לאותה חברה. רק באמצעות כוח פנימי אדיר יכולה חברה החשופה לטרור לשמור אמונים להליך נאות ולערכי אנוש, הן לגבי בניה היא והן לגבי אויביה.

לטרור כשלעצמו יש ממד טרגי, אך טרגי עוד יותר הוא הצורך להילחם בטרור. החברה, קרבן הטרור, מקימה לצורך הישרדותה ושימורה כוח לחימה בטרור, הפועל, כמובן מאליו, במסגרת חשאית. בתמורה להגנה ולביטחון שהמשטרה החשאית מעניקה לה, מגמישה החברה את דרישותיה בכל הנוגע לאחירותה של משטרה זו למעשיה.

בתמורה לאמון שהעם רוחש לה, מאבטחת המשטרה החשאית את החברה האזרחית ומגנה עליה. הצלחה במילוי התפקיד, מאדירה את כוחה של המשטרה החשאית ומגדילה את יקרתה ומגבירה את

* מתוך: פנינה להב, "חבית ללא חישוקים: השפעת הלחימה בטרור על התרבות המשפטית בישראל", מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים 33 (1990), עמ' 19-50.

האמון ואת התלות של החברה בגוף זה. בסופו של דבר, מפסיק גוף זה להגדיר את זהותו כנשק לשעת הצורך שנוצר לשימור החברה ומתחיל לטשטש את הגבולות שבין טובתו שלו לבין טובת הציבור. ראשי המשטרה החשאית מסגלים לעצמם את האמונה שהם עומדים מעל לכל חשד, עד שראייתם מתערפלת בכל הנוגע לאמות מידה של התנהגות נאותה של אנשי שירות ציבורי בחברה דמוקרטית, והם מגלים קוצר רוח גובר והולך באשר ל"אופן שבו דברים צריכים להיעשות".

ישנם חוגים וקבוצות בציבור, אשר תחושת הכעס חסר האונים שלהם לנוכח תוצאות הטרור גרמה להם לאובדן אמון בצדק לכל ובהליכים תקינים. מקרב חוגים אלה באה התמיכה החזקה ביותר במשטרה החשאית. ככל שמרחב הראייה של אומה מצטמצם ובניה מתרגלים לקבל גרסה חלקית בלבד על אודות הלחימה בטרור, גוברת העלטה בתוככי החברה.

מאמר זה בוחן את תוצאות הטרור והלחימה בו על החברה הישראלית. מראשית עצמאותה הייתה ישראל נאמנה לערכים דמוקרטיים ולשלטון החוק.² מאותה עת, אך בעיקר מ־1967 ואילך, היא הייתה נתונה למתקפת טרור.³ בתגובה, פיתחה המדינה מנגנון מרשים לחימה בטרור: שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ), הפועל בשטח ישראל והמוסד לתפקידים מיוחדים, הפועל מחוץ לגבולות המדינה. כיבוש הגדה המערבית ורצועת עזה ב־1967, הוסיף יותר ממיליון ערבים פלסטינים לתחום שליטתה של מדינת ישראל. הכיבוש גם החיש את פעילותו של הארגון לשחרור פלסטין (אש"פ), אשר הפך מתוחכם ואכזרי יותר בהתקפותיו על ישראל. ההתנגדות לכיבוש בתוך האזורים שבשליטת ישראל וההתקפות עליה מן החוץ, הביאו להרחבת פעילות השב"כ.⁴

המתח שבין הצורך לקיים גוף יעיל לחימה בטרור לבין השאיפה לשמר את ערכי שלטון החוק הגיע לשיאו ב־1984 ב"פרשת האוטובוס בקו 300". "פרשה" זו ניתנת לחלוקה לארבעה מקטעים, אשר כל אחד מהם זורה אור על זווית אחרת במאבק המשולש טרור – לחימה בטרור – שלטון החוק: 1. הוצאה להורג כאחת משיטות הלחימה בטרור; 2. ניצול הצנזורה לשם הסתרת שיטה זו מעיני הציבור; 3. כאשר הצנזורה נכשלת במילוי תפקידה, נקיטת צעדי חיפוי והעלמה שתכליתם להסתיר את הצדדים הנוגדים את החוק מפני הממונים על אכיפתו; 4. מתן חנינה – על־ידי הנשיא, לסוכני השב"כ שהיו מעורבים בהריגה ובפעולות החיפוי וההעלמה – חנינה שעמדה במבחן בית־המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"ץ).⁵

המאבק סביב שאלות אלו העסיק ופילג את ההנהגה של מדינת ישראל – השב"כ, ראש הממשלה, היועץ המשפטי לממשלה, פרופסורים ומרצים למשפטים ואנשי תקשורת. היה זה מאבק על נפשה של ישראל, והוא טרם הסתיים.

פרשת האוטובוס בקו 300 מתאימה ביותר לבחינת אופני החשיבה וההנמקה המגוונים של הנפשות הפועלות. אף כי סיפור הדברים מתמקד בישראל, יהיה זה משגה לראותו כבלעדי למציאות הישראלית. הוא מכיל לקח חשוב לגבי הממדים הטרגיים של המתח שנוצר בכל חברה דמוקרטית בין טרור, לחימה בטרור ומשפט צדק.

1. הריגה: צעד אנטי טרוריסטי כשר?

משהו מעין חיי-חיבור או חיקוי מצויים [...] בין יריבים נושנים. קירבה שלילית כחובית מביאה לידי הסתגלות הדדית ולחיקוי שיטותיו ותכונותיו המיוחדות של היריב [...] אי אפשר להלחם באכזריות מתוך זהירות ברגשות הזולת, ובערמה – על-ידי תמימות. יריבים בקרב, כשותפים על יסוד הסכם, מוכרחים להיפגש על מישור משותף, וזה מן ההכרח שיהא המכנה המשותף הקטן ביותר אצל שניהם.⁶

א. הפרשה

ארבעה ערבים תושבי רצועת עזה עלו ב־12 באפריל 1984, בתחנה המרכזית בתל-אביב, על אוטובוס בקו 300 שיעדו אשקלון. בשעת ערב יצא האוטובוס לדרכו, אך ארבעה מיושביו לא היו נוסעים רגילים ולא הייתה זו נסיעה רגילה. כשהוא נתון בתופת של צריחות, בעיטות, מהלומות אגרוף ונשק חם, כולל רימונים שלופי ניצרה, אולץ הנהג לשנות את מסלול הנסיעה. עם שחר המחרת, בעת שהאוטובוס היה ברצועת עזה, בקרבת דיר-אל-בלח', פרצה לתוכו יחידת צנחנים של צה"ל ושחררה את בני הערובה.

"במכת האש הראשונה נהרגו שניים מן המחבלים. שני המחבלים הנותרים הוכו בידי חיילים מייד עם הפריצה, כדי להממם, בשל חשש שיפעילו את מטען חומר הנפץ שהיה בידיהם".⁷ הם הוצאו מן האוטובוס ונמסרו לידי סוכני השב"כ. לאחר חקירה, אשר במהלכה הוכו החוטפים נמרצות, הם הומתו בהתאם להוראה של ראש השב"כ.⁸

ב. טובת המדינה (Raison d'Etat)

ישנם טיעונים חזקים התומכים במעשה כזה כדרך להיפטר ממחבלים. ראשית, העולם יהיה מקום נעים ותרבותי יותר בלעדיהם. שנית, הרתעה היא מטרה רצויה. הידיעה כי משימה כזאת פירושה מוות בטוח, תרפה ידי מתנדבים ותעודד את בני משפחותיהם להניאם מלהשתתף בפעולות כאלה. שלישית, ואולי זו הטענה המשכנעת מכולן, מאסר ושבייה של מחבלים הם לא אחת זרע של טרור נוסף. תת-התרבות המתפתחת בארגוני טרור, מעוררת אצל החברים ציפיות לפעולה לשחרור אסירים. לקיחת בני ערובה היא אמצעי יעיל מאוד להבטחת שחרורם של מחבלים היושבים במאסר. כך, עצם קיומם של אסירים מביא לכך ששלשלת הטרור לא תנותק. לבסוף, בהריגת מחבלים באים לידי ביטוי רגשות נקם ופורקן.

כל מי שמכיר את אש"פ יודע, כי המחבלים לא היו מהססים לרצוח את נוסעי האוטובוס אלמלא השכים צה"ל להורגם.⁹ רצח הוא אמצעי בדוק בידי המחבל. במקרה שלפנינו הוא הפך לאמצעי בידי הלוחם בטרור. האם אפשר להשתמש בנימוק של לחימה בטרור כצידוק לרצח?

על-פי החוק הישראלי, הריגת אויב בדם קר לאחר שנשבה ונאסר, היא רצח לכל דבר, ואין היא חוקית יותר ממעשה החבלה עצמו.¹⁰ נורמה זו משקפת הבנה עמוקה, כי שלטון החוק אינו יכול להתקיים לאורך ימים בכפיפה אחת עם פעולות לחימה גלויות וכי יש לתחום קו ברור בין שעת הקרב לבין הזמן שלאחר לקיחת האויב בשבי. הנורמה משקפת גם את המתח הקיים בין הרעיון שהמדינה עצמה צריכה לנהוג על-פי עקרונות של חוק וסדר, לבין הדוקטרינה של טובת המדינה, המתירה למדינה להתעלם מעקרונות אלה על-מנת להגן על ביטחון הציבור.¹¹

וכאן עולות שתי שאלות: השאלה המוסרית – הכוללת את ההיבט הישראלי המידי – עד כמה ועד מתי יכולים בני ישראל לבצע מעשי סדום ועמורה בטרם תיהפך ארצם לארץ אוכלת יושביה? וההיבט הכוללני יותר – באיזו מידה יכולה מדינה לאמץ דרכי פעולה טרוריסטיות ועדיין להישאר מחויבת לשלטון החוק? מתי הופכת מדינה לארגון טרור, שאינו שונה מן הארגון שנגדו היא נלחמת?

והשאלה המוסדית – האם ההוצאה המהירה להורג הייתה מעשה שחרג מתחום סמכותו החוקית של השב"כ, אך במסגרת סמכותו של ראש הממשלה, הממונה על השב"כ?

ראש השב"כ טען כי ראש הממשלה, יצחק שמיר, נתן רשות להמית מחבלים. שמיר הכחיש זאת במרצות. ועדה שמונתה שנתיים לאחר המקרה לשם עיון באותם אירועים, ניסתה להשיב על שתי השאלות האלה. היא הגיעה למסקנה שאין כל ראיה לכך שראש הממשלה הרשה מתן הוראה מעין זו, אך היא הוסיפה והדגישה, שממילא כל הרשאה מעין זו היא בלתי חוקית: "משפט המדינה, תוך שהוא מביא בחשבון את צורכי הביטחון המיוחדים שלה, אוסר בתכלית האיסור על הריגת שבויים. פקודה היוצאת מעם מפקד להרוג שבויים היא פקודה בלתי חוקית בעליל ויש לסרב לציית לה".¹² אבל כמובן שבעיה מוסרית אינה נעלמת מן העולם בעקבות ממצאיה של ועדה, תהא יוקרתה ורצינות עבודתה אשר תהיה. השאלה האתית נשארה בלתי פתורה. הוועדה ציינה, שראש הממשלה רצה "לצאת מהעניין [...] ולרדת מהכותרות".¹³ האם הוא סבר שטובת המדינה מצדיקה רצח? נראה שאיש מחוץ לשב"כ לא היה יודע על הרצח לו ישראל הייתה חברה פחות פתוחה, המונעת מנציגי התקשורת להגיע למקום האירוע. בגלל המצב שנוצר, סוכלה כוונתו של ראש הממשלה "לרדת מהכותרות". על אף מאמצי הצנזור הצבאי להשתיק את הפרשה ולהגביל את המידע לציבור, הופצו שמועות בדבר האפשרות שבוצע מעשה נבלה. השמועות ראו אור, לראשונה, על דפי היומון חדשות.¹⁴

2. צנזורה: הכל נשאר במשפחה

הלחימה בטרור אינה יכולה להצליח בלא מעטה של סודיות. אי לכך, לחימה בטרור סותרת הליכים דמוקרטיים, הדורשים שענייני הציבור יתנהלו בגלוי, שאנשי השירות הציבורי יישאו באחריות ושהעיתונות תהיה חופשית. פרשת האוטובוס בקו 300 דרשה מן החברה הישראלית לוותר על זכות הציבור לדעת על מעשים שיש בהם, לכאורה, עברה על חוקי המדינה. הלחימה בטרור גבתה

מחיר בדמות תחיית כוחה של הצנזורה הישראלית, גוף שהיה קודם לכן רדום למדי ואשר דומיו בדמוקרטיה המערבית חלפו מן העולם זה כבר.¹⁵ המחיר היה, במקרה זה, משטר ראקציוני יותר.

נציגי התקשורת הגיעו לדיר-אל-בלח לפני ההשתלטות על האוטובוס. צולמו נוסעי האוטובוס ושני המחבלים שנותרו בחיים, כאשר הם מוקפים בחיילים. על-פי כללי הצנזורה הישראלית,¹⁶ היה על העיתונים להעביר כל חומר הקשור ל"פרשה" לידי הצנזור.

בגרסה הרשמית נאמר, ששני המחבלים מתו מפציעיהם בדרך לבית-החולים.¹⁷ נאסר פרסום של חומר ראיות הסותר גרסה זו.¹⁸ שר הביטחון, משה ארנס, בישר לעורכי העיתונים הישראליים, ב-26 באפריל 1984, כי הוא מינה ועדה פנימית שתחקור את נסיבות מותם של המחבלים. השר ביקש מן העורכים שמידע זה יישאר חסוי. הדברים נחשבו מן הסתם ל"עניין פנימי", שאין מקום להביאו לידיעת הציבור. פרסום האירועים עלול היה לגרום לפעולות גמול נגד ישראלים הנמצאים בשבי ערבי. "כן נמסרה בו ביום, בשעה 21:00, הודעה טלפונית [...] מטעם נציג הצנזור הראשי, בוז הלשון: מוזכר בזה שכל חומר הנוגע לאירוע הפיגוע באוטובוס ותוצאותיו כולל ציטוט מקורות זרים בנושא, חייב הגשה לצנזורה מוקדמת".¹⁹

חדשות, צהרון בעל נטיות ליברליות, פרסם מאמר, תחת הכותרת "פרשת האוטובוס החטוף: הוקמה ועדת חקירה לבדוק איך נהרגו המחבלים".²⁰ העיתון תיאר את הרכב הוועדה ואת מטלותיה.

בארץ-ישראל הייתה צנזורה בימי היותה חבל ארץ במנדט בריטי. הצנזורה נשארה גם לאחר הקמת מדינת ישראל ריבונית ועצמאית.²¹ אף-על-פי שחוקי הצנזורה הם מקיפים ומחמירים, מוגבל תחום פעולתה לענייני ביטחון בלבד, על-פי הסכם שנעשה בין עורכי העיתונים החשובים בעברית ("ועדת העורכים") לבין הצנזור, בימיה הראשונים של המדינה. בתמורה להגבלת היקף התערבותה של הצנזורה, הובטח שיתוף פעולה של העיתונות.²² באופן כללי, שיתפה העיתונות פעולה עם הצנזורה, ונוצר בסיס ליחסים נוחים, שאף הפכו חמימים במשך השנים. התקשורת ראתה את עצמה כזרוע של המדינה והסכימה ברצון להעלים מעיני הציבור מידע שנחשב "מוזיק" לאינטרס הלאומי.²³ העיתון חדשות, שיצא לאור לראשונה פחות מחודשיים לפני חטיפת האוטובוס, הפך ל"ילד הנורא" של העיתונות הכתובה. סגנונו, מבנהו הפנימי, צורתו החיצונית ודרכי הניהול שלו, הפגינו חוצפה אשר לא נודעה כמותה בחוגי העיתונים היומיים בישראל. סירובו של העיתון החדש להצטרף להסכם עם הצנזורה היווה קריאת תיגר סמלית על מסורת שיתוף הפעולה בין העיתונות לבין הצנזור. למחרת פרסום הדברים בחדשות, הנחית הצנזור מכת-נגד. לראשונה מזה 30 שנה ויותר הוא הפעיל את סמכותו לסגור עיתון. חדשות נצטווה להפסיק את פעילותו למשך ארבעה ימים ובכך נגרם ליומון החדש נזק כספי כבד.²⁴

לחדשות לא נותר אלא מוצא אחד: עתירה לבג"ץ בטענה, שבהוציאו את צו הסגירה חרג הצנזור מסמכותו. בית-המשפט העליון בישראל זוכה לכבוד ויקר בזכות היותו גוף חופשי מלחצים

פוליטיים.²⁵ במדינה שנעדרת חוקה או מגילה של זכויות האדם והאזרח, ואשר לבית־המשפט שלה אין כוח לבטל או לפסול חוקים שהתקבלו בכנסת,²⁶ מהווה הפסיקה של בית־המשפט העליון מקור יחיד של הכרה נורמטיבית בחירויות האזרחיות והמדיניות. היה מקום לצפות להתערבות בג"ץ. הסמכות לסגור עיתונים רשומה גם בפקודת העיתונות, שריד נוסף שהותיר עידן המנדט הבריטי בספר החוקים של מדינת ישראל.²⁷ כאשר העיתון הקומוניסטי קול העם נסגר בשנת 1953, ביטל בג"ץ את ההחלטה המינהלית כאשר קבע, כי באין "ודאות קרובה", שעקב הפרסום תיווצר סכנה לשלום הציבור, אין מקום להפעלת צנזורה בדרך זו.²⁸ עד לפרשת האוטובוס בקו 300 לא היה מקרה של סגירת עיתון עברי.²⁹

בעתירה לבג"ץ קיווה חדשות שבית־המשפט העליון יבחין בניסיונו של המינהל לחפות על מעשה הנבלה ולהסתירו מעיני הציבור ויתמוך בניסיונותיה של העיתונות להזעיק את הציבור. חדשות קיווה גם שבית־המשפט יבין את חומרת הסכנה הטמונה בהתקפה על חופש העיתונות, יגן על המורשת שהנחיל פסק־הדין בפרשת קול העם, וימנע צמצום של חופש הביטוי.

בג"ץ אישר את צו הצנזורה. השופטים העליונים הסכימו עם הטענה שדיכוי חופש הביטוי יסכן את הדמוקרטיה, אך סירבו לקשור בין אמירה מופשטת זו לבין המקרה שנדון לפנייהם. השופט מנחם אלון, שכתב את פסק־הדין, השתמש בדימוי של בית ובו פרודור וטרקלין.³⁰ בפרודור מצויה "זכותו של הצנזור לדרוש [...] וחובתו של מי שנדרש כך להגיש כל חומר [...] לאישורו של הצנזור בטרם פרסומו".³¹ מעבר לפרודור "מצויים אנו בטרקלין הדמוקרטיה וזכויות היסוד".³² בטרקלין אנו נתקלים לראשונה "בשאלת האיזון שבין הסודיות המחוייבת מטעמי שמירה על ביטחון המדינה והסדר הציבורי לבין הזכות, שאינה כתובה על הספר, לדעת ולהודיע".³³ אולם חדשות מעולם לא הוזמן לטרקלין. דרכו נחסמה בפרודור, שם עומדת סמכותו של הצנזור לדרוש מן העיתונות למסור לידי מידע בטרם פורסם. לכן, לא נותר לבית־המשפט אלא לוודא, "שאדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו משום הוכחה מספקת לעברה על התקנות" המחייבות ציות לדרישת הצנזור.³⁴

ההבחנה בין החובה למסור לצנזורה את מה שהועלה בכתובים לבין סמכותה של הצנזורה לאסור את פרסום הדברים, היא פורמליסטית עד כדי גיחוך.³⁵ בצדקנות הדגיש בית־המשפט את העובדה שהעותרים עברו על החוק וקבע, עקרונית, כי "כשם שמצוים אנו על שמירתה וטיפוחה של זכות היסוד של חופש הביטוי והמידע, כך מצוים אנו על שמירת החוק וקיומו, ששניהם כאחד ציפור נפשה של הדמוקרטיה הם".³⁶ בג"ץ התעלם בצורה בוטה מתקדים קול העם.³⁷

תפנית זו בעמדת בית־המשפט העליון אינה מפתיעה. לצד המסורת המשפטית המגנה על זכויות האזרח, צמחה בישראל אסכולה משפטית אחרת – אסכולה פורמליסטית, דוגמטית ואוטוריטרית. פסק־הדין בפרשת קול העם מבטא את המגמה הראשונה, פסק־הדין בפרשת חדשות – את השנייה. קחו למשל את הדימוי, שבו השתמש השופט אלון: בית המכיל פרודור וטרקלין. "המשפחה הישראלית" כולה תמכה בצנזור ממשלת ישראל, צה"ל, הצנזורים המקצועיים (הנמנעים בדרך

כלל מלתת יד למעשה של חיפוי פוליטי, עורכי יומונים אחרים,³⁸ והיועץ המשפטי לממשלה, אשר נציגו הגן בבית המשפט על החלטת הצנזורה. חדשות עשה מעשה שלא ייעשה: הוא תלה את הכבסים המלוכלכים בראש חוצות. ברומזו על האפשרות שאסירים הוצאו להורג ללא משפט על אדמת ישראל, הוכיח העיתון שאין הוא ראוי לשבת בטרקלין עם שאר "בני המשפחה". עליו להמתין בפרוודור עד שילמד לקח ויתחיל להתנהג כיאות.

נכונותה של "המשפחה" כולה לתת יד להסתרת המציאות היא אחת התוצאות החמורות של הטרור והלחימה בו. בני אדם מפתחים תלות בכוחות הביטחון, נטייה לציית למדיניותם ומעל לכל – נכונות להדחיק את הדברים הלא-נעימים. עדיף שלא לדעת. "בני משפחה" אינם מגלים ערנות מתמדת לאפשרות של שימוש לרעה באמונם. בית המשפט היה צריך לגלות ערנות לבעיה זו, אך גם הוא לא עשה זאת. השופטים, כיתר "בני המשפחה", השתוקקו לשים מבטחם במסד הביטחוני ועקב כך טחו עיניהם מראות את הראיות שהוצגו בפניהם ואת השלכותיהן.

לדליפת המידע הייתה תאוצה משלה. חדשות שילם את המחיר וקולו נדם למשך ארבעה ימים, אך המצפון הישראלי היה כבר ער וצלול. ככלות הכל, המשפחה נראית מאוחדת רק בעיני המתבונן מן הצד.

3. חיפוי והעלמה

בשלב זה, הסיט השב"כ את מוקד התעניינותו אל ועדות החקירה. אם המדינה, האמונה על הליכים דמוקרטיים, נחושה בדעתה לחשוף את מעשי העוול של השב"כ ולהעמיד אותם במבחן משפטי, כי אז מצווה הארגון להונות את המדינה ולרמותה.

אירוע זה מהווה עיוות מעניין של הדוקטרינה של טובת המדינה, האומרת כי טובת הציבור, כפי שהיא נתפסת על-ידי ההנהגה הפוליטית, מצדיקה עברות על החוק והמוסר. במקרה שלפנינו החליט השב"כ, כי מסיבות של טובת המדינה אסור למדינה לדעת על פעילותה של המשטרה החשאית. מוסדות המדינה רומזו והטיפול בתהליך נעשה לשם הגנה על השב"כ. השב"כ מינה את עצמו כפוסק אחרון בעניין טובת הציבור. הוא עשה זאת באמצעות שקרים מכוונים, תדרוך מוקדם של עדים, עידוד של עדויות שקר והכשלת מאמציהן של ועדות חקירה להגיע אל האמת בפרשת האוטובוס בקו 300.

למרבה האירוניה, השב"כ, אשר השתמש בכחש ובמרמה על מנת להעלים את האמת, ראה חשיבות רבה בערך "אמת" ובקיומו. האתיקה של אמירת אמת היא אחד מעמודי התווך של הקוד הפנימי בשב"כ. אנשי הארגון מצויים לקיים אתיקה זו באדיקות ועל הסוטים ממנה מוטלים עונשים כבדים.³⁹ אמת מידה כפולה זו מקפלת בתוכה את הטרגדיה של לחימה בטרור: השב"כ הוקם למען הגנה על חייהם ועל שלמות גופם של האזרחים, וסופו שעסק בהריגה. הגוף אשר ציפו ממנו שיגלה תעווה

במלחמתו בטרור, לא היה בו האומץ להודות בעבירותיו שלו. הגוף שהקדיש את עצמו להקמת המדינה ולביסוס אמינותה, ערער במו ידיו את אמינות ההליכים בתוכה.

ראש השב"כ, אברהם שלום, הפעיל לחץ עצום על ראש הממשלה, יצחק שמיר, לשים קץ לפרשה, אולם שר הביטחון, משה ארנס, שהיה ער ורגיש למחאה הציבורית, החליט לחקור בעניין. הוא מסר את החקירה בידי האלוף בדימוס מאיר זורע, הידוע בהשקפתו הנצית בנושאים מדיניים וביושר מוחלט בתחומים של חוק וסדר. השב"כ העלה טענת נגד מעניינת: פרשת האוטובוס בקו 300 יצרה קרע בינו לבין צה"ל, כאשר כל אחד מן הצדדים טוען שהאחר אחראי למות המחבלים. מאחר שמאיר זורע עשוי לייצג את עמדת הצבא, יהיה זה מן ההגינות להוסיף לוועדה נציג משורות השב"כ. לכאורה, תבע השב"כ הגינות משפטית.

שר הביטחון מצא טעם בדברים ומינה את יוסי גנוסר, איש השב"כ, לחבר הוועדה. בדיווחים על אודות הפרשה הוא כונה "ג" ונודע בהמשך כ"סוס הטרויאני" של הוועדה.⁴⁰ במהלך פגישות ליליות בביתו של סגן היועץ המשפטי של השב"כ, אשר נערכו בנוכחות ראש השב"כ, עדכן גנוסר את אברהם שלום באשר לדיוני הוועדה וסייע בעיצוב אסטרטגיית החיפוי וההעלמה. עדים תודרכו ערב הופעתם בפני הוועדה ובעת הצורך, זומנו לתדרוך נוסף כדי לסלק אי התאמה בין העדויות "במטרה להרחיק את החקירה מנושא ההריגה".⁴¹ גנוסר, איש השב"כ, דאג שהוא, כחבר הוועדה, יראה רק מה שהשב"כ רצה שהאחרים יראו: גרסה מעוותת של המציאות. דוח הוועדה סווג כסודי ביותר.⁴²

הוקמה ועדה אחרת, הפעם במשרד המשפטים, "כדי לברר את החשד בדבר ביצוע עבירות בקשר למותם של שני המחבלים שהוצאו חיים מן האוטובוס".⁴³ ועדה זו לא כללה נציג של השב"כ. בתגובה חיזק השב"כ את שליטתו בעדים. כל אחד מהם נדרש להתייצב במשרדי הארגון לפני עדותו בוועדה ולאחריה, כדי להגביר את פיקוחו של השב"כ על כיוון החקירה ועל מגמותיה של הוועדה. שוב הצליח השב"כ לתמרן את הוועדה לקבל גרסה מעוותת של המציאות. הוועדה המליצה שקצין חיל רגלים וצנחנים ראשי, תת-אלוף יצחק מרדכי יועמד למשפט צבאי באשמת התעללות באסירים, ושישה אנשי שב"כ יישפטו בפני בית דין משמעתי "ללא קשר להמתת המחבלים".⁴⁴

יש להניח שאברהם שלום השמיע אנחת רווחה כאשר קצין השיפוט הצבאי זיכה את יצחק מרדכי מאשמה. ככלות הכל, ראש השב"כ ידע שהמפקד הצבאי לא היה מעורב ברצח המחבלים. סגן היועץ המשפטי של השב"כ, שהיה מעורב קודם לכן בהעלמת הפרטים מוועדות החקירה, הגן על ששת אנשי השב"כ בבית-הדין המשמעתי, כאשר גם שניים משלושת השופטים הם אנשי שב"כ. כל השישה זוכו.⁴⁵

בספטמבר 1985 פנו שלושה מבכירי השב"כ לראש הממשלה, שמעון פרס, וליועץ המשפטי לממשלה, יצחק זמיר, וגוללו בפניהם את האמת בפרשת האוטובוס בקו 300. לא ברור מה היו מניעי השלושה. ראש הממשלה דחה את סיפורם, בטענה שהם אופורטוניסטים המבקשים להשיג

רווח וקידום אישי מהדחת ראש השב"כ.⁴⁶ לדעתו, נגרם נזק די והותר לשב"כ מקיומן של החקירות הקודמות ומן הגילויים שהופצו, ומסקנתו הייתה שעל שלושה "ללכת".⁴⁷ לעומתו, האמין היועץ המשפטי לשלושה ודרש חקירה משטרתית. כאשר המשבר החריף, הטיל סגל פרקליטות המדינה חרם על השב"כ. אנשי משרד המשפטים, הממורמרים על כך שמשפטי השב"כ הונחו אותם, סירבו לנהל מגעים כלשהם עם נציגיו של גוף זה.⁴⁸

בשלב זה הועמדה הדוקטרינה של טובת המדינה במרכז הוויכוח, דוקטרינה הסותרת בתוקף את העיקרון של שלטון החוק. כל מי שהיו חברים בהנהגה המדינית של ישראל – שמעון פרס, ראש הממשלה מטעם המערך, יצחק שמיר, ממלא מקום ראש הממשלה ומנהיג הליכוד, החברים הבכירים בממשלת האחדות הלאומית – סברו, ששיקולים של ביטחון המדינה דוחים שיקולים של חוק וסדר.⁴⁹ הפוליטיקאים גילו חוסר סובלנות כלפי שלטון החוק, שהבטחתו נראתה בעיניהם מצרך מותרות בהשוואה לטיפול בקשיים הביטחוניים של ישראל. בשלב מאוחר יותר במשבר הרחיק יצחק שמיר לכת באומרו, כי "קצה נפשו בדיקטטורה של שלטון החוק".⁵⁰

אחד השיקולים המרכזיים של הפוליטיקאים היה לשמר את השב"כ, כדי שגוף זה ישוב להשקיע את מרצו בלחימה תחת להתרכז בהתגוננות בבית המשפט. הם חששו שמא העלאת האשמות מתמדת תדרדר את מורל הארגון ואנשיו. הם גם חשו אי נוחות ואפילו זעם לנוכח האפשרות, שראש השב"כ וצוותו – אנשים שעברם רצוף מעשי גבורה והקרבה פטריוטית – יועמדו לחקירה משטרתית ככל פושע מן השורה. הפוליטיקאים הכירו אישית את המעורבים בפרשה; את כישוריהם ויכולתם כסוכנים חשאיים; את תרומתם לביטחון ישראל; את אמונתם המוצקה שכל מעשיהם היוו, בסופו של דבר, תרומה למדינה; ואת כאבם וזעמם על כי הפכו מטרה לביקורת ציבורית. העיקרון של שלטון החוק נראה יבש, מופשט ומרוחק. ייקוב הדין את ההר הוא נורמה היא לקנאים, ואילו מנהיגי ישראל הם פוליטיקאים בשר ודם. הם לא הבינו מדוע בנסיבות הקיימות אין החוק יכול להתגמש. אך לא רק היכרות אישית עם גיבורי הפרשה השפיעה על שיקולי הפוליטיקאים ועל החלטותיהם. דבר נוסף, מיוחד לתרבות הפוליטית של ישראל, היה בגו. מאז קום המדינה התמודדה התרבות הפוליטית של ישראל עם המושג שלטון החוק. למושג זה הייתה משמעות של דיכוי, הן בעיני היהודים בגולה והן בעיני היישוב בארץ ישראל. לא יפלא, אפוא, שהתרבות הפוליטית בימי היישוב תמכה בהפרת החוק ובהתקוממות נגדו. כאשר הוקמה מדינת ישראל, ניסו מנהיגיה לטפח נאמנות לשלטון החוק, אולם שורשי הספק העמיקו לחדור ולא קל היה לעוקרם.⁵¹

משהתלהטו הרוחות סביב פרשת האוטובוס, לא ברור היה מה המריץ והתסיס את המגינים על שלטון החוק. מובן שהם דחו את הטיועונים המבוססים על טובת המדינה, אך האם המתת שני מחבלים מייד לאחר שסוכלה כוונתם לרצוח אזרחים תמימים היא שדרבנה אנשים אלה לפעולה, או שמא עשתה זאת תחושת העלבון לנוכח העיוות והניצול לרעה של הליכיה הפנימיים של החקירה הרשמית? ייתכן שלעולם לא נדע את התשובה לשאלה זו. תגובת הציבור הותירה בעינה את האפשרות, שתחושות הועם והעלבון לובו על ידי החטא שבשימוש לרעה בהליכים, יותר מאשר על ידי החטא שבהריגת

אנשים; על-ידי השקרים של אנשי השב"כ בפני הרשויות הישראליות יותר מאשר על-ידי ההוצאה להורג. מקרה זה לבדו חושף את המחיר שישראל שילמה על כך שנכתבה עליה החוקת מנגנון ללחימה בטרור: התפתח סדר עדיפויות, שלפיו אמינותה של המדינה קודמת לקדושת חיי אדם.

תהא הסיבה שהניעה את תומכי היועץ המשפטי לממשלה אשר תהיה, הובהר להם במהרה שהמחנה שלהם קטן בממדיו ובעוצמתו ממחנה היריב, אשר בראשו עומדת ממשלת ישראל. מאז קום המדינה זכה מוסד היועץ המשפטי לממשלה בכבוד וביקור. אף-על-פי שנושא המשרה הוא פקיד ממונה, הוא עצמאי בהחלטותיו ובלתי תלוי בשר המשפטים. אי אפשר לחייבו לפתוח בחקירה של עברות לכאורה או להפסיק לחקור. ככל שיוולז הפוליטיקאי הישראלי בחוק וככל שיתמרמר לנוכח דרישותיו של היועץ המשפטי לממשלה, תמיד יכבד את המוסד ואת האדם המכהן בתפקיד זה. פרשת האוטובוס, שהפכה לפרשת השב"כ, ציינה מפנה בגישה זו.⁵² ברגע שהיועץ המשפטי סירב לסגת מהחלטתו הנחרצת לפתוח בחקירת הנושא, הוא הודח מתפקידו. לראשונה בתולדות מדינת ישראל פוטר יועץ משפטי לממשלה. בכך נשבר "טאבו" הקשור לאי משוא פנים, למקצועיות ולשלטון החוק. חיים כהן, אשר כיהן כיועץ משפטי לממשלה וישב על כס בית-המשפט העליון, ראה בכך "אישור למה שאני מכנה הוולגריזציה של חיינו".⁵³

4. חנינה – מחול השדים: שדים וכחנים

ב-1 ביוני 1986 התקבלה החלטה להדיח את היועץ המשפטי לממשלה מתפקידו, החלטה שבוצעה תוך ארבעה ימים.⁵⁴ ב-25 ביוני 1986 חנן נשיא המדינה את ראש השב"כ ושלושה מעוזריו הבכירים (החנינה ניתנה בתוקף סמכותו של נשיא המדינה לחון אדם עוד בטרם הורשע בדינו).

ב-24 ביוני, לאחר ישיבה לילית סוערת, המליץ הקבינט בפני הנשיא על מתן חנינה לארבעת האנשים.⁵⁵ שוויון הנפש של מנהיגי המדינה ביחס לנושאים הקשורים לתחום החוק, בא לידי ביטוי בחוסר תשומת הלב של חברי הקבינט באשר לנוסח פנייתם אל הנשיא. בפנייה נאמר שפעולות ראש השב"כ נעשו "ברשות ובסמכות". ביטוי זה, אשר הוכנס לבקשת החנינה על-ידי סגן היועץ המשפטי של השב"כ, רמוז על כך שראש הממשלה נתן אישור להמתת המחבלים, טענה שהוכחשה על-ידו נמרצות. מכל מקום, החשיבות המשפטית של נוסח הדברים נעלמה מעיני ראש הממשלה, ממלא מקומו (שכיהן כראש ממשלה בעת הוצאתם להורג של המחבלים) ושר המשפטים, יצחק מודעי.⁵⁶ נוסח הפנייה לנשיא נבע מן הצורך לעמוד בכללי הטקס; העניין המהותי היה הרצון לשים קץ לפרשת האוטובוס. אירוע משני זה מדגים עד כמה השתנה עם הספר על-ידי הטרור והלחימה בו.

נשיא המדינה, חיים הרצוג – עורך-דין, אלוף בדימוס ושגריר לשעבר – לא נזקק לשיקול דעת ממושך. הוא העניק את החנינה מייד, והודעתו מהווה פרק מאלף במימוש הכלל של טובת המדינה:

היום פעלתי בהתאם לסמכותי על-פי החוק והענקתי חנינה מלאה לראש שירותי הביטחון אברהם שלום (ושלושה מעוזריו), על כל עברה שנעברה לכאורה בפרשת "אוטובוס 300". עשיתי זאת מתוך מטרה לסיים את מחול השדים סביב הפרשה ולמנוע פגיעה נוספת בשירות הביטחון הכללי...

החלטתי ניתנה מתוך הכרה עמוקה שטובת הציבור וטובת המדינה מחייבים להגן על ביטחוננו ולהציל את שירות הביטחון הכללי מן הנוק הכרוך בהמשך הפרשה. שירות הביטחון הכללי מופקד על המלחמה הקשה בטרור. פעולתם הנפלאה של אנשי השב"כ מונעת עשרות פיגועים מדי חודש. רק בשנה האחרונה חשפו אנשי השב"כ כ-320 חוליות מחבלים, אשר ביצעו 379 פיגועים וניסיונות פיגוע ברחבי הארץ. במשך שנה זו פיענח השב"כ 255 מעשי טרור. בתוך כך לכד שירות הביטחון חוליות מחבלים שביצעו מעשי רצח. אני רוצה להזכיר גם מגזר אחר של הלוחמה בטרור – מערך האבטחה על נציגויות ומוסדות ישראלים בחו"ל. אזכיר כי לא מכבר נמנע פיגוע רצחני במטוס אל-על לאחר שאנשי שירות הביטחון חשפו ניסיון להחדיר אליו מזוודת-נפץ בלונדון. הציבור בישראל אינו יודע כלל איזה חוב אנו חבים לכל אותם לוחמים עלומים אנשי שירות הביטחון הכללי, וכמה נפשות בישראל ניצלו בזכותם.

כנשיא המדינה אני חש חובה להתייצב לצידם של אנשי השב"כ, ביודעי את מלאכת הקודש המסורה, המפרכת והחשאית שהם עושים יום ויום ושעה שעה, ולמנוע פגיעה מורלית בקהילת המודיעין ובמערך האבטחה והלחימה בטרור.

בתנאים המיוחדים של מדינת ישראל אין אנו רשאים ואין אנו יכולים להרשות לעצמנו שום רפיון ושום פגיעה במערכת הביטחון ובאנשים הטובים העומדים על משמר העם.

נוכח הודעתו החד-משמעית של היועץ המשפטי בישיבת הקבינט כי אין מנוס מהפעלת החקירה המשטרתית בפרשה, נוצר מצב שאנשי השב"כ צריכים היו לעמוד בחקירה בלי יכולת להגן על עצמם, אלא אם יחשפו סודות ביטחוניים כמוסים ביותר. במצב זה ראיתי לפני בראש ובראשונה את הכורח להגן על טובת הציבור וביטחון המדינה ולפעול בדרך שפעלתי.⁵⁷

בהודעה זו הובאו שני נימוקים למתן החנינה: נימוק מעשי ונימוק מבני.

הנימוק המעשי הובא בסיום ההודעה – חקירה משטרתית תביא לגילוי סודות, דבר שיסכן את ביטחון המדינה. לקביעה זו אין רגליים. היא מתבססת על ההנחה, שלמדינה אין גוף מהימן דיו לצורך חקירתם של "האנשים" [...] העומדים על משמר העם.⁵⁸ בהופכו הנחה זו לעמדה רשמית, נתן הנשיא יד לחיפוי ולהעלמה, אשר נעשו, למראית-העין על-מנת להגן על סודות מדינה. למעשה, נועד החיפוי להסתיר סוד נורא אחד: מחבלים ורוצחים פוטנציאליים הוצאו להורג בלא משפט, בניגוד לחוקי מדינת ישראל.⁵⁹ הטענה, שיש להימנע מחקירה רשמית מפני שהיא עלולה לחשוף סודות מדינה, ימיה כימי המושג "צדק".⁶⁰ הכללת טענה זו בהודעת החנינה של הנשיא, הייתה

בבחינת שיקוף וחשיפה גם יחד. הנפת נס "סודות מדינה" כדי להצדיק דחייה של הליכים משפטיים תקינים, היא, למעשה, הודאה בכך שהופרו חוקי יסוד של החברה.

את הנימוק השני למתן החנינה אני מכנה מבני, מפני שהוא נותן צורה לאחד המרכיבים העמוקים והייחודיים ביותר של הקיום הישראלי – הערך הסגולי של המדינה היהודית מחד גיסא, והאיום הערבי להכריתה מאידך גיסא. מצב זה יצר מציאות ישראלית בעלת שני פנים: מציאות החיים הנורמליים, הגלויה לעין, ומציאות הטרור והלחימה החשאית בו.

הלחימה בטרור נשמרת בסוד לא רק כדי להבטיח את הניצחון, אלא גם כדי לשמר את המציאות הנורמלית ואת הגשמת החלום הציוני.

"הציבור בישראל איננו יודע כלל איזה חוב אנו חבים לכל אותם לוחמים עלומים, אנשי שירות הביטחון הכללי".⁶¹ הודעת הנשיא מבהירה ש"אותם לוחמים עלומים" הם האנשים הטובים העומדים על משמר העם, כהנים העושים "את מלאכת הקודש המסורה [...] יום ויום ושעה ושעה".⁶²

והמסקנה המתחייבת מכך: "כהנים" אלה יש להעמיד מעל לחוק, מאחר שהם עומדים על משמר המציאות האחרת, הנורמלית, שהחוק הישראלי מהווה חלק ממנה. חוק "נורמלי" חל על רמת חיי היום-יום הנורמליים. פעילות ה"כהנים", סוכני השב"כ נעשית במציאות שונה – המציאות החשאית – אשר עליה חל חוק "אחר", מן הסתם – "גבוה יותר".⁶³

התבטאותו של הנשיא בדבר "מחול השדים"⁶⁴ משלימה את הדימוי: הכהנים היו מוקפים בשדים – עורכי-דין, עיתונאים ואזרחים מודאגים. מחול השדים יצא מכלל שליטה ואיים לסחוף עמו את המדינה כולה. החנינה נועדה להשיב את המצב לקדמותו. היא תשקם את החומה אשר הפרידה בין שתי המציאויות בטרם נחשפה המציאות החשאית על-ידי תצלום שני המחבלים, על-ידי שתי ועדות החקירה ועל-ידי דרישתו העיקשת של היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה משטרתית. לו נכפה על שתי המציאויות להתמוזג, ועל זו החשאית – לתפקד במסגרת חוקיה של המציאות הנורמלית, היה חוסנה הנפשי של ישראל עומד בסכנה. כך סבר נשיא המדינה.

הודעתו פרטה על נימה מוכרת בחברה הישראלית. רבים בתוכה הסכימו שכורח המציאות אינו מכיר בחוקים, שדקדוקים משפטיים הם, במקרה הטוב, מותרות שחברה במצור אינה יכולה להרשות לעצמה ובמקרה הרע – אזיקים המונעים הגנה על היקר מכל: ערך החיים. עדיף להטמין את המציאות המכוערת של טרור ולחימה בו מתחת לפני השטח ולהסתירה שם. רק אי ידיעה או העמדת פנים של אי ידיעה, מאפשרת לישראלים להמשיך וליהנות מחזות של חברה מתקדמת, ומעל לכל – נורמלית. אבל גם חוסן נפשי הוא עניין יחסי. אחרים בחברה הישראלית סברו שבארצם מתקיימת מציאות אחת בלבד: מציאות שבה הלחימה בטרור היא מרכיב כואב, אך הכרחי. עטוף בסודיות, אך כפוף לחוק. באמצעות עתירה לבג"ץ, קראו אנשים אלה תיגר על תוקף החנינה.

5. בבית-המשפט הגבוה לצדק

א. העותרים

עורכי-הדין, חברים בתנועה לזכויות האזרח (רצ) ותריסר פרופסורים למשפטים, עתרו לבית-המשפט הגבוה לצדק, בערעור על תוקף החנינה.⁶⁵ "בני משפחה" אלה סירבו להישאר שאננים. לא זו בלבד שהם הציגו בפני בית-המשפט חזון שונה של ישראל, אלא גם חזון שונה של פוליטיקה, חוק ומשפט. החזון הישראלי שלהם היה מבוסס על האידאולוגיה ההומניטרית שבגרעין הציונות, שלפיה אסור לפגוע בחיי אדם, יהודי, כלא יהודי.⁶⁶ הם דחו את הדעה שהטוב והפוליטיקה זרים זה לזה. בעוד שחיים הרצוג האמין, כי החנינה נועדה "למנוע פגיעה מורלית בקהיליית המודיעין ובמערכת האבטחה והלחימה בטרור",⁶⁷ האמינו העותרים, כי המתת המחבלים והחיפוי על מעשה זה הם שגרמו "פגיעה מורלית", וכי המרשם הטוב ביותר לבלית ההתנוונות המוסרית הוא העמדת העבריינים לדין. בעוד הנשיא סבר, שהוא רשאי להשתמש בסמכות החנינה לפני השלב של הגשת תביעה משפטית ועל-ידי כך ליצור מעמד של בעלי זכויות יתר העומדים מעל לחוק,⁶⁸ פירשו העותרים את סמכות החנינה של הנשיא בצורה מצמצמת ומגבילה וטענו, שהיא כפופה לרעיון של שלטון החוק.⁶⁹ יש לממש את שלטון החוק באופן אחיד כלפי כל בניה של החברה. אין להבדיל בין מחבלים המבקשים לחסל את המדינה לבין סוכנים חשאים המסורים לאבטחת המדינה ולהגנה על קיומה.

מבחינת הסוציולוגיה הפוליטית של ישראל, נודעת חשיבות מיוחדת לעיתרתם של הפרופסורים למשפטים. הקבוצה כללה אנשי סגל משני בתי-הספר למשפטים החשובים ביותר במדינה,⁷⁰ אשר ייצגו מגוור רחב של האקדמיה המשפטית. הגיל החציוני של העותרים היה אי שם במחצית השנייה של שנות השלושים. למעורבות פעילה של הפרופסורים למשפטים בענייני המדינה, באמצעות תביעה משפטית, לא היה תקדים בישראל. הפרופסורה הבכירה, חוץ מיוצאים מן הכלל בודדים, הבחינה בקו ברור המבדיל בין משפטים כתחום אקדמי לבין העיסוק המשפטי היומיומי. בנושם את המסורת של נייטרליות אקדמית נאצלת, העלו אנשים צעירים אלה אל פני השטח את המאבק הפנימי בציונות בין המסורת ההומניטרית, המחויבת לחירויות האזרחיות והמדיניות והרואה בחוק ובמשפט את התגלמות הצדק, לבין המסורת הלאומנית, התופסת את החוק כמכשיר וכאמצעי ומציגה אותו כסמל לריבונות ולעוצמה לאומית. מתחת למעטה המשפטי של חנינת הנשיא הסתתר מאבק פנימי זה, שהמתין עתה להכרעת בית-המשפט.

בעתירה דן הרכב שופטים בכיר ביותר: נשיא בית-המשפט העליון, מאיר שמגר; ממלאת-מקום הנשיא, מרים בן-פורת, והשופט אהרן ברק. בית-המשפט הוכיח פעלתנות בשלביו הראשונים של הדיון, בהגמישו את כללי זכות העמידה ובהסכימו להאזין לעותרים, אך בפסק-דינו הכריע, ברוב של שניים נגד אחד, בעד אישור החנינה.⁷¹ אי יכולתם של שני שופטי הרוב, שמגר ובן-פורת, לאחד את עמדותיהם לכלל פסק-דין משותף, מצביעה על עומק השסע שנוצר בחברה הישראלית בשאלת גבולות הלחימה בטרור ומגבלותיה.

להלן אסקור בקצרה את הנקודות המשפטיות הטכניות שהפרידו בין השופטים, ולאחר מכן אתמקד ביתר פירוט באותם נושאים בתורת המשפטים אשר השפיעו על דעותיהם של השופטים ויצרו את המחלוקת ביניהם.

ב. שופטי הרוב

הוויכוח המשפטי נסב על לשון סעיף 11(ב) של חוק יסוד: נשיא המדינה, המסמיך את הנשיא "לחון עבריינים ולהקל בעונשיהם על-ידי הפחתתם או המרתם".⁷² אם המונח "עבריינים" מתייחס לאנשים שנשפטו והורשעו, כי אז לא הייתה לנשיא סמכות לחון את אנשי השב"כ, מפני שטרם ננקטו נגדם צעדים משפטיים כלשהם ועל-פי החוק והמשפט בישראל הם היו בחזקת זכאים. לעומת זאת, אם המונח עבריינים יובן כפשוטו, הרי הודאותיהם של אנשי השב"כ הפכו אותם ל"עבריינים" הוקקים לחנינה והפעילו את סמכויות החנינה של הנשיא.

החלטת הרוב לקבל את הפירוש הרחב של המונח "עבריינים", ובכך לאפשר לנשיא לעקוף את ההליך הפלילי, התבססה מבחינה טכנית על פרשנות של תקדימים משפטיים ועל ציטוטים מדברי המחוקק. בשני מקרים קודמים הכיר בית-המשפט בסמכותו של הנשיא לחון בטרם הרשעה.⁷³ בשניהם נשענו הפוסקים על הדגם האנגלו-אמריקני של סמכויות החנינה של הרשות המבצעת, ולא על הדגם האירופי המונע מתן חנינה בטרם הרשעה.⁷⁴ במקרה הנוכחי טען הנשיא, כי בעת חקיקת "חוק יסוד: נשיא המדינה", הכירה הכנסת את הפירוש המשפטי הרחב שניתן לסמכות החנינה של הנשיא. שופטי הרוב קיבלו טענה זו וקבעו שבקיאותו של המחוקק בפסיקה הקיימת בטרם נחקק חוק היסוד היא סימן להסכמה שבשתיקה של הכנסת לסמכויות חנינה רחבות של הנשיא.⁷⁵ הם סירבו לפרש את סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב תביעה משפטית, או להפסיק הליכים, כתחליף פחות קיצוני לאי עריכת משפט; הם פסקו שסמכויות היועץ המשפטי לעכב הליכים לא צמצמו כהוא-זה את סמכות החנינה של הנשיא.⁷⁶

היש גבול לסמכות החנינה של הנשיא? כאן נחלקו שופטי הרוב, והפילוג ביניהם חשף את התפיסות המדיניות הבסיסיות אשר הנחו כל אחד מהם אל ההחלטה.

נשיא בית-המשפט העליון הביע את הדעה, ששיקול דעתו של נשיא המדינה חסין בפני ביקורת שיפוטית, אלא אם בית-המשפט "סובר כי אף רשות סבירה, במעמדה המוגדר, לא הייתה יכולה להגיע למסקנה אשר אליה הגיעה".⁷⁷ גישה זו איפשרה לנשיא שמגר להגדיר את מעשה החנינה כמעשה סביר, בלי שיצטרך לאשר, בה בעת, גם את הדוקטרינה של טובת המדינה. "גם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק, הן בשמשו להבטחת הסדרים הפנים-מדינתיים והן כעזר ביצירת הכלים, המאפשרים התמודדות עם גורמים עוינים. אין פעולה מאורגנת של יחידת אנשים כלשהי, ולא תיתכן משמעת בלי קביעות נורמטיביות, היונקות מן ההוראה החוקית המחייבת".⁷⁸

השופטת מרים בן-פורת הציגה גישה שונה, שמן הראוי לצטטה במלואה:

אכן, ככל שהסטייה מהנורמה החוקית קלה יותר, כן ייטב, ורצוי היה להגיע למצב האופטימאלי, בו החוק והשמירה על הביטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבתוך עמנו אנו יושבים, לשגות באשליות, והמקרה הנוכחי יוכיחו. מצב כזה מביך ובלתי רצוי הוא. יש מן הסתם, מקרים, בהם קברניטי המדינה, הנושאים באחריות לקיומה ולביטחונה, רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על ביטחון המדינה הכרח-בל-יגונה.⁷⁹

נשיא בית-המשפט השפיל את עיניו אל מול המציאות האכזרית של הטרור ושל הלחימה בו, וניסה לעצב בזהירות "מבחן סבירות" אשר במסגרתו הוא יאשר את החנינה, אך יתבל את האישור במלל המעלה על נס את שלטון החוק. לעומתו, סירבה השופטת בן-פורת "לשגות באשליות" היא התבוננה נכחה במציאות ונתנה הכשר לדוקטרינה של טובת המדינה. השוואה בין שתי העמדות חושפת קורטוב של אירוניה. בן-פורת, אשר גילתה אומץ רב בנכונותה להתבונן במציאות האכזרית של אי ההתאמה בין חוק ומשפט לבין לחימה בטרור, סירבה, ב-בזמן, לחשוף את גלימת הסמכות ולגלות את השימוש לרעה שנעשה בה בשם ביטחון המדינה. גישה מציאותית לצרכיה של הלחימה בטרור ותמימות באשר לעצם פעולותיו של הממשל, חברו יחדיו בעמדתה של בן-פורת בשאלת הגבולות של סמכות החנינה.

לעומת זאת גילה השופט שמגר נכונות מעטה בלבד להכיר במתח הקיים במציאות בין לחימה בטרור לבין חוק ומשפט. אך פסיקתו הנחרצת, שמתן חנינה הוא בתחום סמכויותיו המשפטיות הפורמליות של הנשיא,⁸⁰ הבליטה מודעות לאפשרות של שימוש לרעה בשיקול הדעת של הנשיא, וניסתה להרחיק את בית-המשפט מן השאלה האם היה זה נאות והגון להוציא את סמכות החנינה אל הפועל במקרה זה. כך חברו בעמדתו של שמגר ההתעלמות מן המציאות של לחימה בטרור והמודעות לאפשרות, שפקידים ואנשי ממשל ישתמשו לרעה בסמכויותיהם.

לא ייפלא אפוא ששני השופטים התמודדו עם שאלת משמעותה של המציאות הישראלית. שאלה זו עלתה גם בהודעת החנינה שפרסם נשיא המדינה, בעת הניסיונות שנעשו קודם לכן לצנזר את הידיעות הראשונות על אודות ההריגה ובמהלך תרגילי החיפוי וההעלמה. מציאות אחת היא ישראל, המגלמת בתוכה את מלכות בית שלישי לאחר אלפיים שנות גלות, ישראל החותרת להגשים את חזון הנביאים. מציאות אחרת היא זו של צה"ל הבלתי מנוצח. המציאות הראשונה מבטיחה חיי קהילייה, האחרת – ביטחון פיזי. אליהן מצטרפת מערכת מציאויות נוספת של טרור חסר מעצורים ושל לחימה בטרור, השוחקים את המורל ואת הכבוד הלאומי.

מודעותו של שמגר למציאויות השונות מתבררת כאשר הוא מסיט את מוקד דבריו מטיעונים טכניים טהורים אל הנושאים השיפוטיים המשפיעים על פסיקתו. ראשית, ההבחנה בין החוק המצוי לבין החוק הרצוי. שנית, ההישענות על הממד המוסדי של ההליך – בית-המשפט צריך להתייחס לחוק

המצוי ולדאוג להפעלתו התקינה. הרשות המחוקקת רשאית ויכולה לשנות את החוק אם היא מגיעה למסקנה שהוא לוקה בחסר או אינו משיע רצון.

נשיא בית המשפט העליון מצהיר שוב ושוב, שבית המשפט צריך להפריד בין החוק המצוי (הסמכות הרחבה הנתונה בידי הנשיא להעניק חנינה בטרם הרשעה) לבין החוק הרצוי (אי קיומה של סמכות חנינה או לפחות צמצומה והגבלתה). דבריו משקפים תפיסה, כי יש פער בין עובדות לבין ערכים, בין המצוי לבין הרצוי.⁸¹ זהו שיקופו של המתח שבין שלטון החוק לבין הטרור, כפי שהוא נתפס בעיני העילית הפוליטית בישראל, כאשר שלטון החוק הוא ה"רצוי" והטרור הוא ה"מצוי". שלטון החוק, במובן הטהור של המילה, הוא אידאל. הליך הוגן "צריך" להתקיים: "יש" להעמיד עבריינים לדין; הטרור "נמצא" בתוכנו. לחימה בטרור לא תועיל אם היא תהיה כבולה באזיקי ההליך ההוגן. ההבחנה בין חוק מצוי לבין חוק רצוי היא הבחנה בין חוק למוסר. על-ידי השימוש בהבחנה זו, סילק שמגר שיקולים של צדק ומוסר מן העניין שנדון בפניו. כך הוא יכול היה לאשר את החנינה בלי לתת יד לצדה המוסרי. אולם אישור ה"מצוי" (החוק כפי שהוא) הציב אותו בכפיפה אחת עם ממשלת ישראל, אשר הקדימה את ה"מצוי" (מציאות הטרור) ל"רצוי" (מדינת ישראל המחויבת לצדק ולשלטון החוק).

הכניעה למציאות הקשה משקפת את ההשפעה ההרסנית ביותר של הטרור על שלטון החוק. בסופו של דבר הן ממשלת ישראל והן שני שופטי בג"ץ היו שותפים לכניעה זו. ההבחנה בין "מצוי" ל"רצוי" הייתה בלב לבה של המחלוקת הפוליטית – מדינת מוסר אל מול מדיניות מעשית. הדגש ששם שמגר על "החוק הקיים", הוביל אותו, על אף מאמציו להימנע מזה, לפילוסופיה זהה לזו של בן-פורת: יש לקבל את המציאות, אין אנו יכולים לשנותה.

באופן מפתיע למדי, ישנה זיקה בין עמידתו של שמגר על קיום הליך חוקתי להבחנה בין "מצוי" ל"רצוי". הפילוסופיה של ריסון משפטי היא סממן לשמרנות בהקשר הישראלי. היא משקפת אי רצון לעסוק בשינויים ובתיקונים; ראייה סטטית של החוק; מחויבות לסטטוס-קוו; ומחויבות למציאות הקיימת. שמגר מזהיר, שוב ושוב, שהתערבות בגלל סיבות של כאן ועכשיו בענייני מוסד הקיים והפועל על-פי חוק, לא זו בלבד שאינה מחזקת את שלטון החוק אלא אף מחלישה אותו.⁸² באופן פרדוקסלי, בעקבות טיעון הליכי זה נפטרו אנשים, שהואשמו בעברות הליכיות כבדות, מהליכים שנועדו להתיע עבריינים ולהענישם. אולם הפרדוקס הוא עמוק עוד יותר. ברקע טיעון ההליכי של השופט שמגר עומד הדגם המוכר של הפרדת הרשויות, שלפיו מעצבי החוק ומנסחיו אינם השופטים, אלא חברי הרשות המחוקקת. האם אפשר לכנות זאת הליך אידאלי? המציאות הישראלית אינה משקפת אידאל זה. הממשלה בישראל מושתתת על רוב קואליציוני בכנסת ועל משמעת סיעתית נוקשה. ולכן, אין מתקבלים בכנסת חוקים שאינם לרוחה של הרשות המבצעת. מאחר שהליכוד והמערך רצו להגן על השב"כ מפני הליך משפטי, מובן מאליו שלא היו צפויים שינויים בחוק. בהשתמשו בטיעון ההליכי, העלה השופט שמגר על נס את ההליך החוקתי האידאלי ולא את ההליך הקיים במציאות. בכך הוא סתר את הדברים הפסקניים של עצמו כי רק ה"מצוי" קובע ומחייב.

את הסתירה ניתן להסביר רק במונחים של כוונה סמויה: לאשר את החנינה בלי לברך על הפעולות. בהקשר זה, יש חשיבות רבה לעמדתו של שמגר בנושא הפעולות. הוא סבר שהאירועים מחייבים בדיקה, אך לא בהכרח חקירה משפטית: "יש הבדל תהומי בין קביעתה של בדיקה מבוקרת ומוגנת לבין החלטה על אי בדיקה; דומה הדבר, כאילו אמר פלוני, שהיה רוצה לעבור בכביש סואן בעיניים עצומות".⁸³

לו הייתה ישראל מכחישה אירועים אלה ומרשה לשב"כ להמשיך בפעולותיו ללא פיקוח, היה בכך משום מעשה התאבדות (מעבר בכביש בעיניים עצומות). אולם לא היה צורך בהפעלת מלוא סמכותה של הרשות השופטת בטרם נתגלו פרטים נוספים.⁸⁴

ג. שופט המיעוט

השופט ברק ביקש להחדיר מודעות לכך שטכניקות משפטיות רגילות של פירוש ופרשנות לא יניבו תוצאות "נכונות" ושביית-המשפט לא ישלה את עצמו, שאקרוטיקה טכנית, מבריקה ככל שתהיה, תגונן עליו מפני הסערה הפוליטית המתרחשת בחוץ. נהפוך הוא, על בית-המשפט הגבוה לצדק להתמודד עם הבעיה ולנקוט עמדה: על החוק למשול בעניינים הנוגעים לביטחון המדינה ואל לדוקטרינה של טובת המדינה להעמיד עניינים אלה מעל לחוק.

בכל השאלות המרכזיות התנגד השופט ברק לעמדת שופטי הרוב, בציינו שזהו מקרה תקדים. בפסקי-הדין שעליהם נשענו שופטי הרוב, מופיעות רק "אמרות אגב" בנושא סמכות החנינה של הנשיא. לא נקבעה בהם "הלכת פסק", היוצרת "נוהג קונסטיטוציוני".⁸⁵ לאחר בחינה מדוקדקת הגיע ברק למסקנה, "כי אין בסיס עובדתי ואין בסיס משפטי" לטענת שופטי הרוב כי הדגם האנגלו-אמריקני ולא זה האירופי השרה מרוחו על תפיסת סמכות החנינה בישראל.⁸⁶ באשר לטיעון כי בקיאותה של הכנסת בשני פסקי-הדין הראשונים מהווה הכרה משתמעת הדוקטרינה של סמכויות נשיאותיות נרחבות, הציע ברק פרשנות חוקתית נגדית: אין די בכוונה משתמעת של המחוקק כדי להפוך עיקרון חוקתי על-פיו: הדוקטרינה של עליונות הפרלמנט מחייבת כי בית-המשפט יבחין בכוונת בית המחוקקים ויישם אותה, אולם אם הכנסת תרצה להפר עקרונות חוקתיים קרדינליים, עליה להביע זאת במפורש: "הכנסת מחוקקת רק כאשר היא מחוקקת, ואין הכנסת יכולה לחוקק על-ידי אי חקיקה".⁸⁷ ברק הסביר את העיקרון החוקתי המרכזי שעל הפרק:

במשטר דמוקרטי קונסטיטוציוני [...] הריבון הוא העם. השליט אינו כלי-יכול. השלטון מתחלק בין רשויות שונות, אשר כל אחת מהן חייבת לפעול בתחומה שלה, תוך סינכרוניזציה בין הסמכויות השונות ותוך איזון ובקרה ביניהן. אין זה עולה בקנה אחד עם משטר דמוקרטי קונסטיטוציוני, כי בידי מאן-דהוא, ולו נשיא המדינה, יהיו סמכויות על שיאפשרו לו לשנות את כל החלטותיהן של כל הרשויות האחרות.⁸⁸

בעוד ששופטי הרוב הציגו את הצד הצורני של ההליך החוקתי – המחוקק מחוקק, השופטים מוצאים את החוקים המתאימים ומיישמים אותם – החזיר ברק לשימוש את אבני היסוד הפילוסופיות של הפרדת הרשויות: החשש שהכוח משחית, ושכוח מוחלט משחית עד היסוד. ברק הדגיש, שהדוקטרינה של הפרדת הרשויות דורשת מכל רשות, לבל תפריע לרשות אחרת הפועלת בתחום סמכותה. התערבותו של הנשיא בהליכים פליליים המטופלים בידי המשטרה, התביעה או בתי המשפט, מהווה שימוש שרירותי בסמכות, שאינו עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות. יחד עם זה, יכול הנשיא לבקר ולאזן את החלטות הרשות השופטת, לחון אנשים שהורשעו בדין, וכך להפוך על־פיהן את תוצאותיו של ההליך הפלילי.⁸⁹ גם אם יונהג הליך זה כלפי ראשי השב"כ יזכו אנשים אלה לחסות מפני עונשים רגילים, אלא שבדרך זו קיים היתרון שבחשיפת מעשי עוול ובהקעתם.

אהרן ברק חלק על שופטי הרוב גם באשר לתפיסת החוק. הללו הציגו תפיסה פורמליסטית של המושג "חוק", המבחינה באורח חד־משמעי בין "מצוי" ל"רצוי", כאשר את הנורמות המחייבות מוצאים באמצעות טכניקות משפטיות מקובלות במקום ליצור אותן באמצעות הליך פרשני פתוח.⁹⁰ לעומתם הציג ברק תפיסה דינמית של החוק, אשר אינה מסתייעת בהבחנה בין "מצוי" ל"רצוי"; "חוק המעבר ובעקבותיו חוק יסוד: נשיא המדינה הם חוקים ישראלים מקוריים [...] המחוקק הישראלי 'לא העתיק ולא השמיט', הוא בנה במו ידיו את המסד למערכת חיינו הלאומיים".⁹¹ ובהמשך: "עלינו לפרש את החוק באופן שיתאים למערכת החיים שלנו ואלה משתנים עם הזמן. במקביל משתנה גם פירושו של החוק".⁹²

הן לשופטי הרוב והן לשופט המיעוט יש תפיסה של חזון לגבי מדינת ישראל. שופטי הרוב, המכבדים את הסטטוס־קוו, לא ראו דרך אלא לקבל מציאות ממודרת או כפולת־פנים, אשר בה הלחימה בטרור מסתרת מאחורי הנימוק של טובת המדינה. ברק דרש מציאות משולבת אחת, אשר בה אפילו המשטרה החשאית והפוליטיקאים המבקשים לגונן עליה חסות יצטרכו לציית לחוק. באורח סמלי, חזונו של כל צד מצא את ביטויו בפסקאות המסכמות של כל אחת מחוות הדעת. נשיא בית המשפט העליון, נאמן להבחנה בין "מצוי" ל"רצוי", הדגיש את המידות הסבילות⁹³ של הרשות השופטת, וסיים את דבריו בציטטה מפיו של זקן השופטים, ג'והן מרשל:

Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge; always, for the purpose of giving effect to the will of the legislature...⁹⁴

השופט ברק, שנדרש לדבריו של הלורד אדוארד קוק,⁹⁵ סיכם את עמדתו בקביעה הנחרצת של עליונות החוק על הסמכות הפוליטית, והוסיף את הסיפור הבא:

מספרים כי בין המלך ג'יימס הראשון לבין השופט קוק התקיים ויכוח... תחילה ניסה קוק לשכנע את המלך, כי שפיטה דורשת מומחיות שאינה מצויה בידי המלך. המלך לא שוכנע. אז קם השופט קוק ואמר: "Quod rex non debet homine sed sub deo et lege" ("המלך אינו כפוף לאדם, הוא כפוף לאל ולחוק").⁹⁶

ההשוואה בין שני האילנות שבהם נתלו השופטים הישראלים, היא מאלפת. שמגר וברק בחרו שניהם להסתמך על המסורת האנגלו-אמריקנית ועל שופטיה, ובכך הם מדגישים את קרבתה של ישראל למסורת של דוברי האנגלית ולא למסורת האירופית. שניהם ציטטו שופטים פעלתנים, אשר עיצבו את התרבות המשפטית של ארצותיהם, אולם שיטות הפעולה שלהם היו שונות. השופט מרשל התרחק, בדרך כלל, מעימותים עם רשויות השלטון האחרות וביסס את סמכותו ואת מעמדו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית על-ידי מניפולציה זהירה ומיומנות בטכניקות משפטיות – המתינות הייתה נר לרגליו.⁹⁷ דמותו של הלורד קוק הייתה צבעונית הרבה יותר ובניגוד לשופט מרשל הוא בחר בדרך של עימותים. למעשה, מורשתו האגדית הייתה לעובדה רק אחרי מותו. הייתכן שבצטטו את השופט מרשל ואת *Marbury v. Madison*, חיזק נשיא בית-המשפט העליון שמגר את המסורת השיפוטית הפעלתנית, אף-על-פי שתוכן הציטטה, והחלטתו-שלו בפרשת השב"כ, היו בבחינת שבה והלל לריסון השיפוטי?⁹⁸ אם הנחה זו נכונה, כי אז המסר המשתמע מפסק-הדין של שמגר אינו פסילתה של אקטיביות שיפוטית, שהרי למעשה הוא לא עשה כן, אלא שהעניין הנדון דרש זהירות בגלל העובדות המיוחדות לו ואולי גם בגלל החשש שתרופה חוקה מדי עלולה להרוג את החולה.⁹⁹ ייתכן שנשיא בית-המשפט העליון חשש, כי עימות עם העילית השלטת לא יצמיח תועלת למוסד שהוא עומד בראשו וכתוצאה מכך – לשלטון החוק. לעומתו גילה השופט ברק נכונות לעימות. כמובן שברק כתב דעת-נגד וידע על כן כי לעימות לא תהיינה תוצאות מיידיות של ממש. ובכל זאת, היה זה אני מאשים מרשים. האם ייתכן שהוא סבר, שהמתינות אינה התרופה המתאימה למחלה וששלטון החוק היתדרדר עד כדי כך שרק טלטלת גבר תוכל להשיב את מדינת ישראל אל דרך הישר?¹⁰⁰

6. הדרן: בושה

ב־6 במרס 1987 פרסם הארץ מאמר עגום על מצבו של שלטון החוק במדינה, לאחר שבית הדין הגבוה לצדק אישר את החנינה לאנשי השב"כ:

כאשר ראש-הממשלה אומר שקצה נפשו בדיקטטורה של שלטון החוק, על אזרחי המדינה להתחיל לדאוג. כאשר עובדי פרקליטות המדינה מתוארים על-ידי צמרת המדינה כחבורה של שמאלנים אות הוא כי חל כרסום חמור במעמדם. לפני שנתיים נחשבו למגלמי החוק, לשומרי החותם. אצל הפוליטיקאים תם עידן הבושה.¹⁰¹

ליברלים בוודאי ראו שעה זו כשעת דמדומים לחברה הישראלית. אולם בעצם אותם ימים נגולה בפני בית-המשפט העליון פרשת ע'זאת נפסו – קצין צה"ל אשר הורשע בבגידה ובריגול ונדון לשלילת דרגתו הצבאית ול-18 שנות מאסר. הוא טען שהעדות המרכזית שעל-פיה הורשע, הודאתו באשמה, נדלתה ממנו באמצעות עינויים וכי הכחשותיהם של אנשי השב"כ בפני בית-המשפט בשקר יסודן. במשך שנים רבות טענו נאשמים במעשי חבלה כי אנשי השב"כ עינו אותם ואילו נציגי השב"כ הכחישו בעדויותיהם בבתי-המשפט האשמה זו. השופטים נהגו לקבל את דבריהם של השב"כ ולדחות את טענות הנאשמים. הפעם השתנו פני הדברים. ייתכן שהשופטים נשמעו לאוהרת

נשיא בית-המשפט העליון, כי בחציית כביש סואן בעיניים עצומות יש משום מעשה התאבדות,¹⁰² והחליטו לבדוק את המציאות הקיימת. רוב סעיפי ההרשעה של נפסו בוטלו.¹⁰³ אין לדעת מה בדיוק עבר במוחם של השופטים. נראה, כי הפעם הם היו נכונים להאזין לתלונות הנאשמים וכי מה ששמעו טרד את מנוחתם. המדינה הייתה כמרקחה. מונתה ועדת חקירה מיוחדת.¹⁰⁴ הוועדה, בראשותו של נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, משה לנדוי, פסקה ב־30 באוקטובר 1987, כי "למרבה הצער והבושה עלינו לקבוע שטענות אלה בדבר הרשאה להפעלת לחץ, יחד עם 'נורמה' של מתן עדות שקר בבית משפט בקשר לכך, הוכחו לפנינו כנכונות".¹⁰⁵

ועדת לנדוי דחתה את הדוקטרינה של טובת המדינה בכמה הקשרים חשובים. היא חשפה והוקיעה את התופעה של עדויות השקר בפני בתי-המשפט, שתכליתן לחפות על מעשי טרור שבוצעו על-ידי השב"כ. הוועדה דחתה את הטענה, כי שיקולי ביטחון עדיפים על הליכים משפטיים. מדבריה השתמעה דחיית ההנחה שהשב"כ זכאי להגנה מפני שלטון החוק בשל מעמדו כמי שעומד על משמר המדינה. לוועדה היה האומץ להוקיע את השחיתות המוסרית שפשטה בקרב האנשים, שאותם כינה נשיא המדינה בכתב החנינה "אנשים טובים" העוסקים ב"מלאכת קודש".¹⁰⁶

עם זאת, נמנעה ועדת לנדוי מפסילה חד-משמעית של שימוש בעינויים. בהמלצותיה הכירה הוועדה בצורך להפעיל "מידה מתונה של לחץ פיזי", אף-על-פי שהיא מיהרה להדגיש שאין בכך משום הכשר לביצוע עינויים לפי "שרירות לבו של החוקר";

אמצעי הלחץ צריכים להתרכז בעיקר בלחץ פסיכולוגי לא-אלים של חקירה נמרצת וממושכת ובשימוש בתחבולות, כולל מעשי הטעייה. אולם כאשר אלה אינם משיגים את המטרה, אין להימנע מהפעלת מידה מתונה של לחץ פיזי. מן הצורך להדריך את חוקרי השירות בקביעת סייגים ברורים בנדון זה, כדי למנוע הפעלת לחץ פיזי מופרז על-פי שרירות לבו של החוקר.¹⁰⁷

במובן זה, חיזקה הוועדה את כוח החיות של הדוקטרינה של טובת המדינה בתרבות המשפטית ובחיים המדיניים בישראל: "מגמתם של מעשי הטרור היא לשלול זכות יסוד מאזרחי המדינה, היא הזכות לחיים ולשלמות הגוף. ארגוני טרור שווהי מטרתם, אין להם כל זכות מוסרית לתבוע שהמדינה תיישם עליהם את זכויות האזרח המקובלות".¹⁰⁸

בניגוד לנימה הצדקנית של הטפת מוסר שבכתב החנינה של נשיא המדינה, הייתה נימת הדוח של ועדת לנדוי מפוכחת וכואבת. לא בנקל אישרה הוועדה "מידה מתונה" של עינויים. היא התריעה שוב ושוב, כי ישראל אינה יכולה לנהוג במחבלים באי מוסריות, בלי שהיא עצמה וחוסנה המוסרי ייפגעו על-ידי כך.¹⁰⁹ המלצות הוועדה התבססו על ההכרה במציאות של הלחימה בטרור, ועל ההבנה שלהתנהגות מוסרית וללחימה בטרור קשה לדור בכפיפה אחת. נקל לתקוף את המלצת הוועדה ולהצביע על כך, שמתן הכשר ל"מידה מתונה של עינויים", יש בו סיכוי קטן יותר לצמצם את התנהגותו הבלתי מוסרית של השב"כ מן הסיכון שהוא יגרום להתבססותה של התנהגות זו

והפיכתה ללגיטימית. אולם אם אנו דורשים מן הלוחמים בטרור להיות יעילים במאבקם במחבלים, האם נוכל לשמור על ידיים נקיות?

אולי הפתרון אינו טמון במאמצי פיוס בין עיקרי שלטון החוק לבין דרישות הלחימה בטרור, אלא בתחום הפוליטי. הנחתה הבסיסית של ועדת לנדוי הייתה, כי הטרור מכוון להכחדתה של מדינת ישראל. הוועדה לא הבחינה בין מעשי חבלה המכוונים אל ישראל ככובש צבאי מאז 1967 לבין אלה המכוונים אליה כמדינה לגיטימית.¹¹⁰ עם זאת, הייתה הוועדה ערה לכך, שאורח הפעולה של עינויים ועדויות שקר מצד סוכני השב"כ הופיע רק אחרי 1967. התעצמותו של השב"כ והרחבת היקף פעולתו היו מכורח הכיבוש. הכיבוש עורר גל של טרור, שהצריך הקמת מנגנון ענק של לחימה בטרור.¹¹¹

סיכום: כוח וצדק

"הישענות על עצמנו פירושה שני דברים: על כוחנו ועל צדקתנו. אחד משני אלה לבדו לא יעמוד לנר".¹¹²

ביסודו של דבר, המאבק סביב אחריותו של השב"כ מצביע על כך שחברה אזרחית, צדק ושלטון החוק אינם יכולים להימצא תחת קורת גג אחת עם לחימה בטרור. ניתן לרכך את הגורמים הלוחמים בטרור ואת סגנון פעולתם, אך אסור להגזים בכך, שמא יעקרו מכושר פעולה. החברה הישראלית, הנתקלת בטרור השכם והערב, מסרבת, כמובן, להסתכן בכך. זאת אנו למדים מן הסערה הפוליטית שהובילה לחנינה, ומקריאת הדוח של ועדת לנדוי. אך גם ניסיונותיה של המדינה להתמודד עם הנעשה בתחום הסורר של הלחימה בטרור, נענים בניסיון לאלף את המערכת המשפטית במקום להיות נתונים למרותה. זאת אנו למדים מפרשת האוטובוס בקו 300. ככל שכוחה של הלחימה בטרור גובר, כן פוחתת סבלנותה באשר להפעלת שלטון החוק.

פרשת האוטובוס, על שלביה השונים, מוכיחה שלפנינו בעיה מערכתית. מה שמחריד בפרשה איננו התנהגות מקיאבליסטית של אדם זה או אחר. נראה שהמערכת המדינית והמשפטית כולה תופסת את המתח הקיים כמתח שבין כוח לצדק, והיא נכונה להקריב את הצדק על מזבח הכוח.

פתרון אחד הוא מידור: חלוקת המציאות לשניים – מציאות גלויה ומציאות סמויה. הבה נניח לישראל הגלויה להיות נאמנה לשלטון החוק, וניתן לשב"כ לטפל בטרור בדרכיו־הוא. בזמנו השתמש אחד הסוכנים החשאיים בדימוי מריר המתאר את המצב לאשורו: האזרח הישראלי ה"ממורמר" מבקש לנפוש על הדשא בחצר האחורית, בלתי מודע לזוהמה הזורמת במי הביוב שמתחת. אולם ועדת לנדוי הבינה את אשר יצחק זמיר ורבים אחרים הבינו בעת פרשת האוטובוס: חיים שכאלה אינם יכולים להתקיים לעד. בסופו של דבר יזהמו הסחי והרפש שמתחת את האוויר שממעל. במילים אחרות: לא

יועילו כל אמצעי ההעלמה והחיפוי – כאשר המבנה התת־קרקעי מאבד את המצפן המוסרי שלו, סופו שישפיע על הנעשה על־פני הקרקע ויזהם את המערכת כולה.

פתרון חלקי מצוי בגישתה של ועדת לנדוי: בושה וזעם לנוכח המתרחש במציאות של הלחימה בטרור יחד עם ייפוי־כוח ל"מידה מתונה של לחץ פיזי" (לשון אחר: עינויים). אולם בושה עשויה, בסופו של דבר, להתפוגג ו"מידה מתונה" היא מושג מעורפל העלול להסתיר מעשי זוועה. הוועדה לא הרחיקה לכת די הצורך. פרשת האוטובוס קו 300 מעידה, שניסיון להוציא את העיקרון של שלטון החוק אל הפועל ביחס לשב"כ ייתקל בהתנגדות אדירה. ישראל פיתחה מסורת, שלפיה מקבלים שירותי הביטחון פטור מן הצורך לנהוג על־פי אמות המידה של הליך הוגן ושל צדק. יש לנטוש מסורת זו. הצדקת דברים בשם ביטחון המדינה הפכה לפולחן; הדוקטרינה של טובת המדינה הפכה למשפט המדינה. גם את אלה יש לנטוש. יש להשיב את הצדק למעמד שווה לזה של הכוח. יש להשתמש בצדק לעיצוב הכוח ולהשפעה עליו, ולא לראות אותו כלא־רלוונטי, או במקרה הטוב – ככפוף לכוח. הגיע הזמן לחזק את החישובים סביב החבית.

הערות

1. ג. שטרסמן, עוטי הגלימה – תולדות עריכת הדין בארץ־ישראל (תשמ"ה/1984), עמ' 201. זהו ציטוט מדבריו של הפרקליט הצבאי הראשי הראשון, אהרן חוטר־ישי.
2. הדברים נאמרים במפורש במגילת העצמאות של מדינת ישראל: "מדינת ישראל [...] תהא מושתת על יסודות החירות, הצדק והשלום".
3. "לצורך המאבק המזוין" ביצעו ארגוני החבלה פיגועי טרור של רצח המוני במקומות ציבוריים, כגון בתחבורה הציבורית, בכיכרות ובשווקים, בתי קולנוע ובמקומות רחצה... הפיגועים מבוצעים באכזריות קיצונית, ללא הבחנה בין גברים, נשים וטף – כל יעד אנשי משרת את מטרותיהם. כן הם עוסקים בטרור אינדיווידואלי נגד יחידים – יהודים, חיילים, אנשי ביטחון ואזרחים, ונגד ערבים החשודים בעיני ארגוני החבלה בשיתוף פעולה עם השלטונות הישראליים". מתוך דוח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (א), ירושלים, חשון תשמ"ח (אוקטובר 1987), סעיף 2.10 (עמ' 10-11). [להלן, דוח ועדת לנדוי].
4. שם, סעיפים 2.9-2.16.
5. בג"ץ מס' 428/86, 429/86, 446/86, 463/86, בג"ץ 320/86, יצחק ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ' (III), עמ' 505 [להלן, בג"ץ ברזילי]. בית־המשפט התפלג בפסיקתו, כאשר השופט ברק מציג דעת מיעוט. דיון מפורט בפסק־הדין ייעשה בהמשך המאמר.
6. א. קסטלר, הבטחה והגשמה – ארץ ישראל 1917-1949. מאנגלית: יוסף נדבה (ירושלים, 1950), עמ' 151.
7. חוות דעת בעניין חקירת אירועי אוטובוס המחבלים קו 300, משרד המשפטים, ירושלים, כסלו התשמ"ז (דצמבר 1986), עמ' 6. הדוח הוגש ב־20 בדצמבר 1986 לידי היועץ המשפטי לממשלה על־ידי צוות משפטי שמונה על־ידי [להלן, דוח ארבל].

8. דוח ארבל, עמ' 18.
9. אלימות היא שיטתו העיקרית של אש"פ למען השגת מטרותיו. "אש"פ מעולם לא הפסיק את הכללתם של רצח וברבריות, אמצעיו העיקריים להשגת מטרותו, גם אם שדה הקרב הוא בית-ספר יסודי (מעלות) או בית תינוקות בקיבוץ (משגב-עם) מתוך:
- K. Friedlander, "The PLO and the Rule of Law: A Reply to Dr. Anis Kassim", *Denver J. Int. L. & Pol.*, 10 (1981), pp. 221, 226.
10. "אסור לאיש צבא ובוודאי של צבא הגנה לישראל להרוג בלי דין ומשפט איש בלתי מזוין שמסר את עצמו בידי אותו איש צבא". מתוך: דוח ארבל, עמ' 29 (כותבי הדוח מצטטים את דברי השופט בנימין הלוי בפסק-הדין של תובע צבאי נ' רס"נ מלינקי ואח' ביד"צ מר/3/57, פס"ד י"ז, עמ' 93, בעמ' 193).
11. ראו:
- S. Bok, *Secrets on the Ethics of Concealment and Revelation* (1982), p. 173.
12. דוח ארבל, עמ' 61 (שוב מצטטים כותבי הדוח את השופט הלוי בפסק-דין תובע צבאי נ' רס"נ מלינקי ואח' ביד"צ מר/3/57, פס"ד י"ז, עמ' 63).
13. שם, עמ' 41-42.
14. ראו את הקטע הקשור להערה 20.
15. סירובו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית לצנזר את פרסומם של מסמכי הפנטגון בני-יורק טיימס, מדגים את הרתיעה הכללית הקיימת בארצות-הברית משימוש במכשיר הצנזורה. ראו: *New York Times Co. v. United States*, U.S. No. 403 (1971), p. 713.
- בדמוקרטיה מערביות אחרות, גם אם מקובלת בהן צנזורה מסיבות ביטחוניות, לא מקובל מצב שבו גוף מנהלי יסגור עיתון ללא אפשרות של ביקורת משפטית על ההחלטה. לקבלת תמונה כללית, ראו: P. Lahav, *Press Law in Modern Democracies: A Comparative Study* (1985).
- זוהי אסופת מאמרים על התפתחותם של חוקי העיתונות ומשפט העיתונות במדינות הדמוקרטיות החשובות.
16. ראו את הקטע הקשור להערה 21.
17. ראו, למשל: חדשות, 16 באפריל 1984, עמ' 1.
18. יחסי הממשל עם העיתונות מהווים פרשיה מאירת עיניים: נוכחות התקשורת בקרבת האוטובוס מוכיחה את הפתיחות היחסית שמגלה ממשלת ישראל, המסכימה, אם גם באי רצון מסוים, לכיסוי עיתונאי של פעולותיה. לעומתה, ארצות-הברית עודדה אמנם פעילות עיתונאית, אך במקרים מסוימים מנעה מן העיתונות למלא את תפקידה. ראו למשל:
- P. Gailey, "U.S. Bar Coverage of Grenada Action", *New Groups Protest*, *New York Times*, Oct. 27, 1983, p. A1, Col. 6.
- (ביומיים הראשונים לפלישה לגרנדה, מנע ממשל רייגן כיסוי עיתונאי כלשהו של האירוע, ולאחר מכן, כאשר המצב היה "בטוח", אפשר גישה חלקית בלבד לאי).
- האירועים בקרבת האוטובוס מוכיחים דבר נוסף: נוכחות העיתונות והסיכויים שפרטים מן הסיפור ידלפו לא הרתיעו את השב"כ מהוצאת המחבלים להורג. מעשה זה, בנסיבות הללו, משקף במלוא החריפות את ביטחונם העצמי המופרז של מי שנמצאים מעל ביקורת ולחוק.

19. בג"ץ מס' 234/84, "חדשות" בע"מ ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ל"ח(2), עמ' 481-482 [להלן, בג"ץ חדשות]. האיסור לצטט מקורות זרים נועד למנוע הצגת צילום, שבו נראים שני המחבלים מובלים מן האוטובוס בעודם בחיים.
20. בג"ץ חדשות, עמ' 482.
21. P. Lahav, "Israel's Press Law", in: P. Lahav, *op. cit.*, pp. 269-270.
22. הדור החדש של העיתונאים מתח ביקורת על ההסכם בין ועדת העורכים לצנזור, וראו בו בגידה וכניעה לממסד הפוליטי. עורך החדשות, שייצג את המגמה החדשה הנועזת יותר, לא הצטרף בזמנו לוועדת העורכים, ולכן לא היה כבול בסד ההחלטה לציית להוראת הצנזורה. הסירוב הנון-קומפורמיסטי להצטרף לוועדת העורכים עלול לגרור תוצאות חמורות, כי הוא מכפיף את העיתון ישירות תחת תקנות הצנזורה במקום שיהנה מתנאי ה"הסכם" הנוחים יותר. ראו:
- P. Lahav, "Israel's Press Law", *op. cit.*, pp. 274-277.
23. ד. גורן, סודיות, בטחון וחופש העיתונות (ירושלים, תשל"ו/1975), עמ' 185-193.
24. יש להדגיש זווית נוספת בפרשה: באותה עת היה היומון חדשות בחיתוליו, וייתכן שההחלטה לפרסם "סקופ" נבעה לאו דווקא מאהבת האדם או מאהבת המולדת, אלא מן התקווה שמעשה נועז מעין זה יגדיל את תפוצת העיתון. כמו כן ידוע, שעורכי עיתונים מתחרים קראו לנקיטת צעדים נגד חדשות ולא – יפסיקו גם הם להישמע להוראות הצנזורה. קריאתם עשויה להישמע כדרישה מצטדקת ליחס שוויוני, אך היא גם עלולה להתפרש כניסיון להגשים משאלת-לב, כלומר היעלמות היריב מן השוק.
25. R. Gavison, "The Controversy Over Israel's Bill of Rights", *Isr. Y. B. on Hum. Rts.*, 15 (1985), pp. 113, 139-142.
26. אף-על-פי שבית-המשפט העליון מותח לא אחת ביקורת חריפה על פעולות המינהל, אין הוא יכול לעשות כן לגבי החקיקה. ראו:
- R. Gavison, *op. cit.*, pp. 128-129; Shapira, Y., "Defending Civil Liberties Without A Constitution: The Israeli Paradox," *Temp. L.Q.*, 56 (1983), pp. 405, 417.
27. פקודת העיתונות מס' 3 לשנת 1933, "סעיף 19(2). רשאי שר הפנים (במקור הבריטי: הנציב העליון) על-פי צו להפסיק במקרים כדלקמן את פרסום העיתון לאותה תקופה שימצא לנכון [...] (א) אם מתפרסם בעיתון דבר העשוי, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור".
28. השופט אגרנט קבע פירוש מצמצם של פקודת העיתונות, והגביל על-ידי כך את מרחב שיקול הדעת של שר הפנים (בג"ץ מס' 73/53; 87/53, חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, עמ' 874). [להלן, בג"ץ קול העם].
29. אחרי 1967, נסגרו עיתונים ערביים בירושלים המזרחית. הייתה סברה שצעד קיצוני כזה לא יינקט נגד עיתונים עבריים בגבולות מדינת ישראל. ראו:
- P. Lahav, "Israel's press Law", *op. cit.*, p. 273.
- מ. נגבי, נמר של נייר – המאבק על חופש העיתונות בישראל (תל-אביב, 1985).
30. בג"ץ חדשות, עמ' 484.
31. שם, שם.

32. שם, שם.
33. שם, שם.
34. שם, עמ' 485.
35. ככלות הכול, בלקסטון עיצב את הדוקטרינה נגד ריסון מוקדם כדי למנוע מקרים מעין אלה (W. Blackstone, 4, Commentaries, 150-153); הדוקטרינה נגד ריסון מוקדם לא זו בלבד שנועדה לאפשר לתוכן הדברים להישמע ולהגיע לידיעת הציבור, אלא גם לאלץ את המדינה לנקוט אחר-כך צעדי ענישה ולהביאה לעימות עם השאלה המהותית האם האיסור על פרסום התוכן היה חוקי. התמקדותו של בית-הדין הגבוה לצדק בחובה הפורמלית למסור חומר לידי הצנזורה, אפשרה לשופטים להתעלם מן השאלה המהותית, אם היה מקום, מלכתחילה, לצנזר ידיעה על-אודות הקמת ועדת חקירה פנימית.
36. בג"ץ חדשות, עמ' 484.
37. בבג"ץ קול העם סירב בית-המשפט העליון לסמוך ידיו על שיקול הדעת של המנהל כאשר עקרון חופש העיתונות עמד על כף המאזניים השנייה. אזי דרש בג"ץ לעצמו את הזכות לערוך ביקורת שיפוטית בשאלה "האם עקב הפרסום נוצרה אפשרות של סכנה לשלום הציבור, שהיא, קרובה לוודאי" (בג"ץ קול העם, עמ' 874). בבג"ץ קול העם נקבע גם שהדוקטרינה נגד ריסון מוקדם היא חלק מן החוק והמשפט בישראל. בנושאים אלה, ראו:
- P. Lahav, "American influence on Israel's Jurisprudence of Free Speech", *Hastings Const. L.Q.*, 9 (1981), pp. 21, 29, 39, 44-45.
38. העיתונים היומיים האחרים כמעט שלא הביעו מחאה נגד סגירת חדשות, ויש אומרים שכמה מהם אף לחצו לסוגרו.
39. דוח ועדת לנדוי, סעיף 232.
40. שם, סעיף 2.4.
41. דוח ארבל, עמ' 33.
42. שם, עמ' 7.
43. שם, שם.
44. שם, עמ' 35.
45. "אי צירופו של איש מוסד במקום אחד משני חברי בה"ד השופטים כפי שהדבר נעשה בדרך-כלל נומק על-ידי השב"כ בכך שלא היה איש 'מוסד' פנוי לנהל ברציפות ובמהירות האפשרית את הדיון. אין כל אישור של המוסד לקביעה הנ"ל". מתוך: דוח ארבל, עמ' 35.
46. שם, עמ' 49. זוהי תגובה רגילה ומקובלת למדי. ראו:
- S. Bok, *op. cit.*, p. 216.
47. גם זו תגובה מקובלת למדי. ראו:
- S. Bok, *op. cit.*, p. 212.
48. הארץ, 8.5.1987, מוסף שבועי, עמ' 6.

49. מ. נגבי, מעל לחוק – משבר שלטון החוק בישראל (תל-אביב, 1987), עמ' 10: "חובה לנהוג על-פי החוק אמר ראש הממשלה שמעון פרס, אבל ישנם ענייני ביטחון שחובה להביאם בחשבון; ואילו ממלא מקומו, יצחק שמיר, השווה בציריות בלתי-אופיינית את 'התעקשות' היועץ המשפטי לאכופ את החוק גם במגזר הביטחוני להיטפלותה של עלוקה מוצצת דם".

50. הארץ, 6.3.1987, מוסף שבועי, עמ' 11.

51. איש מדעי המדינה, אהוד שפרינצק, מתאר נאמנה את המתח הדיאלקטי בין לגליון לאי לגליון, שהיה קיים בחברה היהודית בארץ-ישראל מתחילת הציונות ואילך. העילית הפוליטית של ישראל מעולם לא עמדה בתוקף על ציות לרוח החוק.

כל המערכת פוליטית הישראלית ניוונה מראשיתה מאי לגליון, מכיוון שלא הכירה כל דרך אחרת. החלק המכריע של "השחקנים" הראשיים במערכת זו היו הפוליטיקאים הישראלים שבאו ממזרח אירופה, ולא הכירו כלל את הלגליון במובנו המערבי. בפועל לפי מיטב הכרתם, כוננו ביישוב דמוקרטיה לא מושלמת שהייתה כר נרחב להתנהגות וכיוונים אי לגליסטיים. יורשיהם דהיום יודעים אולי מהו לגליון ומודעים לצרכיה של המערכת החוקית-משפטית. אולם מאחר שיצקו מים על-ידיהם של הראשונים והגדולים, הם משוכנעים כנראה כי עשיית פוליטיקה אצלם פירושה, בין היתר, התחייבות פורמלית למשטר החוק, ללא קשר לעקיפתו היומיומית והטבעית בתוך: א. שפרינצק, איש הישר בעיניו – אי לגליון בחברה הישראלית (תל-אביב, 1986), עמ' 18-19. שפרינצק מוכיח, ששורשי ה"אי לגליון" מקורם בתרבות הפוליטית של יהודי העיריה באירופה המזרחית, ומראה כיצד נשאו הציונים רוח זו לארץ-ישראל. האי לגליון הפך לכורח המציאות אצל מקימי היישוב, במאמצייהם לבנות קהילה ציונית ובמאבקם נגד הממשל הבריטי. לא יפלא, אפוא, שהאבות המייסדים ראו בעברות על חוקי הבריטים נדבך חיוני בהגשמת מטרות הציונות. שפרינצק מציין, שהמנהיגות הישראלית הנוכחית ירשה מנטליות זו (שם, עמ' 18). שלטון החוק אינו עומד במרום סדר העדיפויות; המדינה עומדת בראש. לתמונה כללית, ראו: מ. נגבי, מעל לחוק. נגבי מתעד באופן מדוקדק ומדכדך את הפגיעות הרבות שנעשו בישראל ברעיון שלטון החוק.

52. נגבי מיטיב לתאר תופעה זו. ב-1962 קבעה ועדה בראשותו של שופט בית-המשפט העליון, שמעון אגרנט, שעל היועץ המשפטי להיות עצמאי לחלוטין ובלתי תלוי בלחץ או בהוראה מטעם הממשלה כולה או מטעם שר המשפטים, כאשר עליו להחליט אם לפתוח בהליכים פליליים. ממשלת בן-גוריון אימצה עמדה זו. נגבי רואה בפרישתו של מנחם בגין מראשות הממשלה נקודת מפנה ביחסה של העילית הפוליטית אל היועץ המשפטי לממשלה. בשלהי שנות השבעים הגיעו לעמדות פוליטיות בכירות כמה עסקנים אשר "עזות-מצח והעדר בושה הם מאפיינים בולטים באורחם-זרבעם הצבורי [...]. היה זה אך טבעי שדור חדש זה של פוליטיקאים לא יירתע גם מרמיסת היועץ המשפטי לממשלה והערכים שעליהם הוא מגן, אם הדבר משרת את מטרותיו הרוחניות". מתוך: נגבי, מעל לחוק, עמ' 114.

53. שם, עמ' 120-121: "השופט חיים כהן ראה בה בהדחה סימן מובהק ל'וולגריזציה' והוסיף: העובדה ששר בממשלת ישראל יכול להיות וולגרי עד כדי כך שהוא מגרש יועץ משפטי, כל יועץ משפטי [...] ולוקח לו יועץ בן לילה, ככה מתוך מועמדים שלא מוינו כלל ועיקר [...] כל יועץ משפטי שהיה מתמנה כך היה אישור למה שאני מכנה הוולגריזציה של חיינו" (הדגשים במקור).

54. הסיבה המידית להדחת זמיר נעוצה בעתירה לבג"ץ שהוגשה על-ידי רפי מלכא, אחד משלושת אנשי השב"כ אשר נאלצו לעזוב את השירות בעקבות תלונתם נגד אברהם שלום. באמצעות העתירה, ביקש מלכא לשוב לשב"כ. היועץ המשפטי לממשלה המרה בגלוי את פיה בהודיעו כי הוא ואנשי משרדו יסרבו לייצג את ראש השב"כ בעתירה זו. ראו: נגבי, מעל לחוק, עמ' 120.

55. רוב הסמכויות, שהחוק בישראל מקנה לרשות המבצעת, נמצאות בידי הממשלה. אולם לנשיא המדינה, תפקיד ייצוגי בעיקרו, ניתנה הסמכות לחון עבריינים (ראו את הקטעים הקשורים להערות 72 ו-73). הסמכות להמליץ בפני הנשיא על מתן חנינה, נתונה פורמלית בידי שר המשפטים ולא בידי מליאת הממשלה.
56. דוח ארבל, עמ' 28.
57. בג"ץ ברזילי, עמ' 517-518.
58. השופט שמגר סבור אחרת: "יש דרכים שונות לחקירה ולבדיקה מבוקרות וממודרות של כל נושא ואף לנקיטתו במידת הצורך של כל מהלך משפטי, בלי לפגוע בביטחון; וכבר היו דברים מעולם" (בג"ץ ברזילי, עמ' 556).
59. כאשר מדובר באבדן חיי אדם במהלך מאבקה של ישראל בטרור, שמורים המונחים "רצה" ו"נרצח" להרוגים ישראלים, שחיהם הם ערך עליון המקנה למדינה את זכות קיומה, בעוד שהמונחים "חיסול" ו"חוסל" מושמעים כאשר ההרוגים הם מתבלים ערבים, שהם רע שיש להצמיתו. אולי הבחנה זו היא בלתי נמנעת בסכסוך טרגי וממושך כמו הסכסוך הערבי-ישראלי. כך הפכה לשונה של הלוחמים בטרור ("הוראתי לחיסול המתבלים" [דברי אברהם שלום המצוטטים בדוח ארבל, עמ' 41]) לשפה הרשמית המקובלת (חברי הצוות שחיברו את דוח ארבל, כותבים: "חקירת המשטרה [...] התרכזה [...] בפקודת מי ועל-ידי מי חוסלו המתבלים". שם, עמ' 13).
60. ראו:
- S. Bok, *op. cit.*, pp. 172-173.
61. בג"ץ ברזילי, עמ' 517.
62. שם, עמ' 517-518.
63. ראו: S. Bok, *op. cit.*, pp. 39-40, 123, 172-173. (הדן בקשר שבין סודיות לקדושה, כאשר סודיות מקבלת מובן דתי וטקסי בחוגי הממשל ובקרב מקצועות הצווארון הלבן).
64. בג"ץ ברזילי, עמ' 517.
65. ראו את שמות העותרים בבג"ץ ברזילי (שם, עמ' 505-506).
66. S. Avineri, *The Making of Modern Zionism* (1981), p. 97.
67. בג"ץ ברזילי, עמ' 518.
68. שם, שם.
69. ראו: Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought* (1978) (הדן בשאלה האם יש בפוליטיקה אנשים טובים).
70. 12 העותרים באו מסגל הפקולטות למשפטים של האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת תל-אביב. בחבורת המרצים היו ארבעה יהודים שומרי מצוות, אך איש מתריסר העותרים לא נמנה עם סגל אוניברסיטת בר-אילן.
71. ניתוח מעולה של פסק-דין ברזילי נמצא בתוך מ. קרמניצר, "חנינת השב"כ - האם עמד בית-המשפט הגבוה לצדק במבחן? עיוני משפט, כרך יב (1987), חוברת מס' 3, עמ' 595-620.

72. חוק יסוד: נשיא המדינה, תשכ"ד - 1964. לדיון מלא במעמדם של חוקי היסוד, ראו: Shapira, *op. cit.*, pp. 411-416.
73. בג"ץ מס' 177/50, ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה(1), עמ' 737, ד"נ מס' 13/60, היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרון מתאנה, פ"ד ט"ז (1), עמ' 430.
74. בג"ץ ברזילי, עמ' 520-523, 532-533, 551, 558, 564-565, 567-569. השופטים שמגר ובן-פורת הסכימו ביניהם, שסמכות החנינה בישראל דומה, ביסודו של דבר, לזו שבארצות-הברית ובבריטניה, והיא רחבה מאוד. לדבריהם, הכריע בית המשפט בסוגיה זו בעבר, וראשון לעשות כן היה השופט אגרנט בבג"ץ ראובן (ראו הערה 73).
75. בג"ץ ברזילי, עמ' 525-526, 572. השופטת בן-פורת הוסיפה יסוד נוסף לעמדתה, בציינה, כי "מאז פסקי הדין בבג"ץ 177/50 ובד"נ 13/60, מדובר אפוא בפרקטיקה בת עשרות בשנים" (שם, עמ' 570), שאין כל סיבה להופכה על-פיה.
76. שם, עמ' 536-538, 543-549.
77. שם, עמ' 557.
78. שם, עמ' 555.
79. שם, עמ' 580 (הדגש במקור).
80. שם, עמ' 547-549, ומילולית: "במקרה דנן הייתה החלטת החנינה במסגרת סמכותו הפורמלית של נשיא המדינה" (שם, עמ' 552).
81. לאחר שקבע כי על-פי החוק הקיים יש לנשיא "סמכות חוקתית" להעניק חנינה בכל שלב ובכל מצב, מוסיף שמגר: "אינני שולל את הדעה, שסמכות החנינה טעונה עיון חוזר שיבשיל במשך הזמן לכדי חקיקה" (שם, עמ' 549 וכן גם עמ' 511-552). הוא עושה זאת, לאחר ששיבץ לאורך פסק-דינו השגות של אישים שונים (ובראשם, פרופ' פלר ופרופ' קלינגהופר) על סעיפי החוק העוסקים בסמכות החנינה הניתנת לנשיא ועל-פירושים.
82. כך הוא קובע, כי "במתן החנינה פעל הנשיא במקרה דנן בתחום הקשור בתפקידיו או בסמכויותיו, ומכאן שהוא חסין מפני כל פעולה משפטית בשל כך, לרבות מפני עתירה לבית משפט זה, אם עניינה התחום האמור" (שם, עמ' 556).
83. שם, שם.
84. שם, שם.
85. שם, עמ' 616.
86. שם, עמ' 612-614 (הציטטה לקוחה מעמ' 614).
87. שם, עמ' 620.
88. שם, עמ' 601.
89. שם, עמ' 602-605.

90. המחלוקת בין שופטי הרוב לבין שופט המיעוט הייתה, למעשה, התנצחות בין התפיסה הפורמליסטית לבין התפיסה הלא-פורמליסטית של החוק ולפיכך, סיבוב נוסף במאבק בין השיטה הפורמליסטית לבין השיטה המרחיבה והכוללנית של קבלת החלטות שיפוטיות – שתי האסכולות המשפטיות המלוות את מדינת ישראל מאז הקמתה.
91. בג"ץ ברזילי, עמ' 594.
92. שם, עמ' 619.
93. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), pp. 111-120.
94. בג"ץ ברזילי, עמ' 565 – ציטוט מתוך פסק הדין במשפט: *Osborn v. The United States Bank* [59], 1824, p. 866.
95. ייתכן שהשימוש במקורות דוברי אנגלית נובע מכך, שהשופטים בקיאים בתורת החוק והמשפט האנגלו-אמריקנית יותר מאשר בתורת החוק והמשפט האירופית. אולם נראה לי, שהמניע לציטוטים נעוץ בשאיפה עזה של בית-המשפט להבטיח שישראל תידמה ליציבות שבדמוקרטיה המערביות.
96. בג"ץ ברזילי, עמ' 623.
97. ככלות הכול, מרבירי לא קיבל את שלו, אף-על-פי שבית-המשפט קבע שהוא זכאי לכך *Marbury*; p. 169 (ראו הערה 94).
98. ייתכן שייחוס הציטטה לעניין *Marbury* מקורו בטעותו של המלבה"ד.
99. למעשה, פסקי-הדין של שמגר משקפים שופט פעלתן. ראו: M. Shamgar, "The Supreme Court of Israel: Present Trends and Concepts", *Isr. L. Rev.*, pp. 175-181; P. Lahav, "Press Law", *op. cit.*, pp. 77, 83-87.
100. הציטטה שבחר השופט ברק מעניינת מכמה בחינות נוספות. עתיקותו של המקור והשימוש בלטינית מספקים תשובה הולמת לרוח המעיין-דתית ששרתה על הודעת נשיא המדינה. יצוין גם, כי בהקשרה המקורי, לא הייתה הצהרתו של השופט קוק נועזת כל-כך; "מן הסתם קרוב לוודאי, שהוא אוליץ להשפיל את עצמו בפני המלך [...] המפגש בין קוק לבין המלך לא פתר דבר" מתוך: W. Holdsworth, *A History of English Law* (1927), 5, pp. 430-431.
- עם העתקתה להקשר הישראלי, עשויה אמרתו של קוק לשמש כאבן-פינה להתחברותה של ישראל אל נורמות הנימוס והאדיבות המקובלות על-פי תפיסת שלטון החוק במערב.
101. א. ארליך, "מי אני בסך-הכל", הארץ, 6.3.1987, מוסף שבועי, עמ' 11.
102. בג"ץ ברזילי, עמ' 556.
103. "לפי האמור בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון, טען נפסו במשפט זוטא שנערך על ההודאות שמסר לחוקריו בינואר 1980, שבעת חקירתו נקטו חוקרי השירות כלפיו מעשי אלימות אשר כללו משיכה בשערותיו, טלטולים, הפלה ארצה, בעיטות, סטירות ועלבונות. הוא נצטווה להתפשט מבגדיו ונשלח להתקלה במקלחת קרה. נמנעו ממנו שינה במשך שעות ארוכות, ביום ובעיקר בלילה, והוא נאלץ לעמוד בחצרו של מתקן הכליאה במשך שעות ארוכות גם כאשר לא נחקר". מתוך: דוח ועדת לנדוי, סעיף 2.2 (עמ' 5).

104. כל הוועדות הקודמות, שחקרו את נושא השב"כ, היו ועדות פנימיות. לדיון בשימוש בוועדות חקירה, כפי שהוא נעשה בישראל, ראו:
Z., Segal, "The Power to Probe Into Matters of Vital Public Importance", *Tul. L. Rev.*, 5, 8 (1984), pp. 941-947.
חברי ועדות החקירה החיצונית היו משה לנדוי, הנשיא בדימוס של בית-המשפט העליון (יושב ראש), האלוף בדימוס יצחק חופי ומבקר המדינה, יעקב מלץ.
105. דוח ועדת לנדוי, סעיף 2.5 (עמ' 7).
106. בג"ץ ברזילי, עמ' 517-518.
107. דוח ועדת לנדוי, סעיף 4.7 (עמ' 71-72).
108. שם, סעיף 4.5 (עמ' 71). הוועדה ממשיכה, ואומרת: "למרות זאת על המדינה ועל רשויותיה, כולל השירות, לשמור על התנהגות הומניטרית ועל צלם אנוש ביחסם אל אנשי פח"ע, כדי לקיים את האני מאמין של המדינה עצמה, כמדינת חוק המושתתת על מושגי יסוד של מוסר" (שם, שם).
109. "לא ניתן לבודד רשות מרשויות המדינה מכלל המבנה החברתי, וריקבון במקום אחד עלול להתפשט ולהשחית את המבנה כולו" (שם, סעיף 4.4, עמ' 71); "כל פגיעה במושגי יסוד אלה, אפילו כלפי מבקשי נפשו, עלולה להתנקם בנו בהשחתת המידות כלפי פנים". (שם, סעיף 4.5, עמ' 71).
110. "שמענו עדויות [...] על התפתחות הפח"ע בשטחים ובישראל. ניתן לקבוע בתמצית שהיעד של ארגוני התבלה הוא הרס קיומה של מדינת ישראל, באמצעות מעשי טרור ושיבוש החיים הסדירים" (שם, סעיף 29, עמ' 9).
111. שם, סעיף 2.16, עמ' 13.
112. דברי דוד בן-גוריון. מצוטטים בתוך: א. בן עזר, אין שאננים בציון (תל-אביב, 1986), עמ' 71.