

בשנת מחצית היובל לעצמאות ישראל ראוי לנו שבחן מחדש את תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, שנותרו בספר החוקים שלנו כמזכרת לא נעימה מימי המנדט הבריטי. תקנות אלה מקוממות נגדן באורח אינסטינקטיבי כל משפטן האמון על יסודות שלטון החוק. גם אם משפטן כזה יגיע למסקנה כי אין מנוס מקיומה של חקיקת חירום — וזאת בשל שעת החירום בה אנו מצויים — יעשה זאת רק בלית ברירה, משום שחוקו אצלו נימוקי הבטחון מעקרונות שלטון החוק. תכליתו של מאמר זה היא להצביע על כך כי ניתן לערוך רפורמה בתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 — להלן: התקנות — מבלי לפגוע בשיקולי הבטחון המכתיבים לנו עדיין את הצורך בחקיקת חירום.

מדינת ישראל אינה יוצאת דופן בענין זה. למעשה אין מדינה שלא התאימה את חקיקתה לשעת חירום בעת הצורך.

1. תולדותיהן של תקנות ההגנה

חקיקת חירום כזו ידועה כמעט בכל מדינה שהיתה שרויה במלחמה או במצב חירום. בארצות-הברית, למרות ערבותיה החוקתיות, הגילו רבבות אמריקנים ממוצא יפאני ממקום מגוריהם, הושמו במחנות מעצר ורכושם הופקע אך ורק בשל מוצאם. מעשה קיצוני מסוג זה — לו אין מקביל בהסטוריה של ישראל — אושר על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית.¹ גם בימינו — בצפון אירלנד ובקנדה — בוטלו בעתות חירום וטרור חריות האזרח וניתנה סמכות מעצר והגבלת תנועה למימשל. הוא הדין בבריטניה של מלחמת העולם הראשונה ממנה ירשנו את תקנות ההגנה. ערב מלחמת העולם השנייה, קיבל הפרלמנט הבריטי שני חוקי חירום Emergency Powers (Defence) Acts משנים 1939 ו-1940 שנתנו בידי הממשלה סמכויות קיצוניות, לרבות סמכות מעצר מינהלי והפקעת רכוש. קיצוני במיוחד הוא החוק משנת 1940, עת התכוננה בריטניה לפלישה נאצית, על פיו גדרשו כל התושבים, להעמיד את עצמם, שרותיהם ורכושם לרשות הוד מלכותו. חוקים דרקוניים אלה ביטלו את רוב החירויות המקובלות ואת המושגים

¹ פסק הדין העיקרי בעניין זה הוא: Korematsu v. U.S., 323 U.S. 214. (1944). על פסקי דין אלה נמחצה ביקורת חריפה לאחר המלחמה. Eugene V. Rostow, "The Japanese American Cases — A Disaster", 54 Yale Law Journal, 489 (1954). השוואה בין השימוש בסמכויות חירום בישראל של ימינו ובארצות-הברית של ימי מלחמת עולם — השוואה ממנה יוצאת ישראל ליברלית יותר — מצוייה במאמרו של פרופסור אלן מ. דארשוויץ, "Terrorism and Preventive Detention: The Case of Israel", Commentary, December 1970, 64; "Emergency — A comparison between Israel and the United States," 1 Israel Yearbook on Human Rights 295.

(המאמר השני, בספר השנה ליכיות האדם, יצוטט להלן).

המקובלים של שלטון החוק בשל שעת החירום. עם חלוף שעת החירום, בוטלו — אם כי לא מיד² — חוקי החירום ובריטניה שבה אל ההסדרים המקובלים של שלטון החוק על פיהם אין לשלול חרות אדם ללא משפט.

החקיקה הישראלית בענייני חירום היא חלק מההכנות המשפטיות שעשתה בריטניה במושבותיה כדי לקדם את סכנות המלחמה. סימן 6 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל (הגנה) 1937 נתן בידי הנציב העליון, "שיקול דעת בלתי מוגבל" כדי להתקין תקנות מתוך מטרה להבטיח את בטחון הציבור, ההגנה על ארץ ישראל, השלטת הסדר הציבורי ודיכוי התקוממות מרד ופרעות ולקיים את הקספקה והשירותים שהם הכרחיים לציבור. סעיף 6 (4) קובע כי תקנות שיוחקו מכוח דבר מלך זה, "יהא להן תוקף למרות כל שלילה שלהן הכלולה בחוק כלשהו". בתוקף סעיף הסמכה גורפים אלה, התקין הנציב העליון את תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. מבחינת ההירארכיה המנדטורית היו תקנות אלה שוות מעלה לפקודות — שכן הן ניתנו על ידי הנציב העליון מכוח דבר מלך — וכוחן היה יפה לבטל כל הוראת חוק. תקנות אלה עמדו במבחנים שיפוטיים ובית המשפט לא ראה סתירה בינו לבין כתב המנדט והכרות העצמאות.³ התקנות תקיפות עד עצם היום הזה ומכוחן ניתן להגביל חירויות אזרח על פי החלטה מינהלית.

בעבר הותקפו התקנות בחריפות רבה. בהחלטה של הסתדרות עורכי הדין העבריים, שנתקבלה לאחר כנס מחאה ב-7 לפברואר 1946, נאמר כי, "הסמכויות שנתנו לשלטונות בתקנות ההגנה... שוללות מהתושב הארצישראלי את הזכויות היסודיות של האדם... חותרות תחת יסודות החוק והמשפט ומהוות סכנה חמורה לחופש הפרט ולחיינו ומשליטות משטר של שרירות לב ללא כל פיקוח משפטי".⁴ בימי הכנסת הראשונה, הגישה הממשלה הצעת חוק הגנה ובטחון אשר היתה אמורה לבטל את תקנות ההגנה, אך ההצעה לא תורגמה ללשון החוק. ביוני 1951 קיבלה הכנסת החלטה בגנותן של תקנות ההגנה, קבעה כי הן "עומדות בניגוד ליסודות של מדינה דמוקרטית" והטילה על ועדת חוקה, חוק ומשפט להביא לכנסת, "תוך שבועיים" הצעת חוק לביטול התקנות.⁵ החלטה זו נתקבלה לאחר שנעשה שימוש בתקנות ההגנה כדי לעצור יהודים שהיו חשודים בהשתתפות ל"מהתרת הרתית". על פי החלטה זו, הוגשה הצעת חוק לביטול חקיקת חירום בריטית (ענייני בטחון) תשי"א-1951,⁶ ששמה מעיד על מהותה. אך גם הצעת

² חלק מחקיקת החירום, בעיקר זו הנוגעת לאספקת שירותים ומצרכים נותר על כנו עד לשנת 1959. ר' ביקורת על כך: O. Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, 3rd ed. (London, 1962) pp. 508-9.

³ ר' בג"צ 5/98 ליון נ. גוברניק, פד"י, א' 58; בג"צ 7/48 אלברכטלי נ. שר הבטחון, פסקים א' 97; בג"צ 10/48 ויו נ. גוברניק, פד"י, א' 85;

⁴ בג"צ 95/49 אלכורי נ. הרמטכ"ל, פד"י, ד' 34.

⁵ הפרקליט, כרך ג, ע' 62.

⁶ דברי הכנסת, כרך 9, ע' 1828, 1831.

⁷ דברי הכנסת, כרך 9, ע' 68-1966, 75-1976, 1978.

2. שלילת חריות אישיות על פי תקנות ההגנה

תקנות ההגנה מגבילות את חופש הפרט בשטחים רבים ונותנות סמכויות רחבות היקף בידי מפקדים צבאיים. מכוחן של תקנות אלה — תקנות 86 עד 101 — מתקיימות עד היום צנזורה על עתונות ועל מכתבים.¹⁰ אנו נדון רק בהיבט אחד של תקנות אלה — אותו היבט שפגיעתו בשלטון החוק חמורה ביותר — דהיינו, בסמכויות הפוגעות בחופש האישי ובחרות התנועה של תושבי ישראל. החלק העשירי של התקנות — תקנות 108 עד 112 — מסדיר סמכויות אלה. הסמכויות על פי תקנות אלה, פרט לתקנה 112 העוסקת בגירוש מישראל, מסורות ל"מפקד צבאי" שהוא, על פי תקנה 6, מפקד שמונה לצורך התקנות על ידי הרמטכ"ל, בהסכמתו של שר הבטחון. מינויים של "המפקדים הצבאיים", כמו כל הפעולות והמינויים האחרים הנעשים על פי התקנות, אינו מתפרסם בשום מסמך רשמי גלוי, כך שלמעשה אין לציבור הרחב אפשרות לדעת מיהו, המפקד הצבאי, לו מוקנות סמכויות כה דראסטיות, וכאם מונה כדין. בהוראות הפיקוד העליון — הוראות פנימיות של צה"ל שאין להן מעמד סטטוטורי — מונה, בנוסף לרמטכ"ל שהוא בעל הסמכות על כל הארץ, אלופי הפיקודים המרחביים — צפון, מרכז ודרום — כמפקדים צבאיים.¹¹ באיווריהם וכן מונה מפקד חיל הים כמפקד צבאי של תחום המים הטריטוריאליים של ישראל וגמליה (למעט מה שקרוי, "נמל טבריה").¹² סמכויותיהם של מפקדים צבאיים מוגבלות בהסדרים פנימיים של צה"ל, שאף הם לא פורסמו בשום מקום.

תקנה 109 מקנה למפקד הצבאי סמכות להוציא צווי צמצום שתכליתם להגביל את תנועתו של אדם, במידות שונות של חומרה: איסור כניסתו לאזורים מסויימים; חיובו להודיע על תנועותיו בדרך שתקבע; איסור החזקה בחפצים מסויימים; הגבלת מקום עבודתו או עיסוקיו ואיסור על התקשרות עם אנשים מסויימים וכן הגבלה של פעולותיו ביחס, להפצת חדשות או דעות". תקנה

עם השימוש הנעשה בחוק, הוא משיב: "אין אני אורף תקנה זו. אין לי שום שייכות לכך. זה ענין שבין הצבא לעדה המלעצת. אין זה בתחום סמכותי. אין זה ענין של חוק. זה ענין של נחיצות צבאית". (דרשוביץ, שם). אך עם כל הכבוד, גם כאשר הסמכות מסורה לרשויות מוסמכות, נושאת הממשלה באחריות למעשה, ובוודאי אין חברי ממשלה יכולים להתנער מאחריותם למעשים של רשויות הצבא הסרים למשמעת שר הבטחון וממשלת ישראל. ר' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, ע' 219, למעשה, מחזיקים דבריו של שר המשפטים את הצורך ברפורמה בתקנות ההגנה, לפורמא הצריכה לכלול, בין השאר, העברת הסמכויות ממפקדי הצבא לרשויות אזרחיות.

¹⁰ אך בפועל מוסדרת הצנזורה על פי הסכם בין ועדת העורכים לבין שלטונות צה"ל שנוסחו האחרון הוא מיום 28.7.1966. מידת כוחו המחייב של הסדר זה, הכולל את השלטון בשימוש בסמכויותיו שנויה במחלוקת, אך ההסדר נשמר עד כה על ידי שני הצדדים.

¹¹ הוראות פיקוד עליון מס' 5.0119 מיום 20.12.68.

¹² הוראות פיקוד עליון מס' 5.0019 מיום 26.7.67.

חוק זו נשארה כאבן שאין לה הופכין. כל ההתפתחות הנו החרשה כאשר הממשלה כיהנה כממשלת מעבר, געדרת רוב פרלמנטרי החל מ-14.2.1951. ב-12 לאפריל 1951 נתקבל חוק שהורה על בחירות חדשות לכנסת ב-30 ליולי 1951. לאחר הבחירות האלה ומשהורכבה הממשלה ב-7 לאוקטובר 1951, נשכחו החלטות הכנסת ולא נעשה דבר כדי לחרגם את הצעת החוק. הלשון החוק, בתחילת 1966 יום שר המשפטים, מר י.ש. שפירא, רפורמה בתקנות ההגנה בקבעו, כהנחיה, כי חלק מהתקנות יושאר על כנו, חלק יופעל רק בעתות מלחמה וחלק יבוטל כליל. על כל פנים, התקנות כשלעצמן, כך הצהיר שר המשפטים, "מקומן לא יכירן בספר החוקים שלנו. אין להסתפק במחיקתן שמחקנו בהן עד עתה".

בינתיים פרצה מלחמת ששת הימים ועמה בעיות חדשות של בטחון שוטף. לאחר סיום המלחמה, ב-3.7.67, הודיע שר המשפטים לכנסת, כי עבודתה של קבוצת המומחים שעמדה להציע את הרפורמה בתקנות ההגנה, נפסקה זמנית עם הזמרת מצב החירום. אך שר המשפטים הבטיח כי, "העבודה תחודש עם שחרור האנשים מהתגייסותם לצרכי שעה".⁸ שנה לאחר מכן השתנו פני הדברים וב-6.8.68 הודיע שר המשפטים לכנסת כי, "עם מלחמת ששת הימים הפסיקה ועדת המומחים, בהסכמת, את עבודתה, ואינני חושב שהועדה תוכל לחדש את עבודתה ביעילות של ממש לפני עובר מצב החירום האקוטי שאנו נתונים בו עתה".⁹

⁸ דברי הכנסת, כרך 46, ע' 1708.

⁹ דברי הכנסת, כרך 49, ע' 2475. באותו מקום אמר השר: "זה למעלה משנה שהושבת על מדוכה זו קבוצת אנשים, קבוצת מומחים, שחציע לנו... ותברך את ההוראות שבתקנות אלה שאנחנו חייבים לשמור למקרה של מלחמה ואת ההוראות שאנחנו חייבים לשמור למקרה של ימים כתיקנם ואת ההוראות שיש לחזק. בערך לפני חודשים אספתי את חברי הוועדה, שבעבודתה לא היתה התקדמות גדולה. דיברתי איתם משפטים. תבעתי מהם שיסיימו את המלאכה. גם קבענו לוח זמנים, שבכל שבוע יישבו יום שלם, שבאותו יום יעבדו מהבוקר עד הערב. הם לא קיימו את הדבר. כבר בשבוע הראשון לא קיימו את הדבר, ולא כל כך באשמתם — כולם גויסו לצבא. נפגשתי עם אחדים מהם ושאלתי: איך התקדמתם? אמרו לי: אדוני השר, האם אתה חושב שלמאמץ המלחמתי נחוץ שדווקא עכשיו יטפלו בתקנות אלה? אין ספק, שנבטל את התקנות האלה, אבל מי שחושב שהחוק שיבא במקומן יהיה חוק בלי שיניים וכלי יכולת למנוע סאבוטז'ה במדינה ויכולת למנוע פגיעה בבטחון המדינה, אינו אלא טועה".

⁹ דברי הכנסת, כרך 52, ע' 3087. יותר מאוחר הביע שר המשפטים את דעתו נגד החלפת התקנות המורות על מעצר מינהלי בחקיקה ישראלית שתאפשר מעצר כזה. לדבריו מוטב שהצבא יסתמך בענין זה על חוק של "מישהו אחר" מאשר על חוק של הכנסת: ר' דרשוביץ, ע' 314. אך עם כל הכבוד, קשה לקבל הבחנה זו. המשפט המנדטורי הוא, להלכה ולמעשה, חלק מהמשפט הישראלי וקשה להבין מה הפסול בחקיקה ישראלית שתפקידה למחן ולהגביל את הסמכויות הקבועות בחקיקת המנדטורית. דברים אלה היו נכונים גם אם לא היה נעשה שימוש בתקנות ההגנה. כאשר נעשה בהם שימוש שוטף, קשה להבין את ההסתמכות על מקורה הזר של החקיקה. משנשאל שר המשפטים כיצד מתרץ הוא את התנגדותו למעצר מינהלי על פי חוק ישראלי

110 מסמיכה מפקד צבאי להורות לאדם שיהיה נתון להשגחה המשטרה במשך תקופה שלא תעלה על שנה. אדם הנתון להשגחה כזו, ניתן לרתקו לעיר, לכפר או לאזור בהם הוא גר, ולהגביל את תנועתיו בדרכים אחרות — הכול מהתייצבות קבועה במשטרה וכלה בדרישה שיששה בביתו בשעות הלילה.

תקנה 111 היא התקנה הקיצונית ביותר והיא זו המסמיכה את המפקד הצבאי להורות בצו כי „ייעצר אדם כל-שהוא באותו מקום מעצר שהמפקד הצבאי יקוב בצו”. על פי תקנה זו ניתן, איפוא, לעצור אדם, ללא משפט ובלא הגבלת זמן. מעצר מינהלי, או מעצר מונע מסוג זה היה קיים גם בתוקף תקנות ההגנה שהונהגו בבריטניה והוא חלק מחקיקת חירום מקובלת במדינות אחרות.¹³ למרות זאת, ברור הדבר כי סמכות מסוג זה מתנגשת בחריפות עם המושגים המקובלים של שלטון החוק וניתן להצדיקה רק בצרכים עליונים של בטחון הציבור והמדינה. על הוראת המפקד הצבאי לפי תקנה זו אין ערעור אך תקנת משנה (4) מורה על הקמתה של ועדה מייעצת, הממונה על ידי שר הבטחון שבראשה יעמוד, „אדם המחזיק, או שהחזיק, במשרה משפטית או שהינה, או היה, פקיד בכיר בממשלה”. על פי הנוהג המקובל יושב ראש הוועדה הוא אחד משופטי בית המשפט העליון. הוועדה מוסמכת לעיין בהשגחתו של עציר על צו מעצר מינהלי ויש לה סמכות „להמליץ בפני המפקד הצבאי על הצעות בקשר לכך”.

בהיותו ער לכך כי הסמכות שניתנה בידו היא דרקונית, קבע הפיקוד העליון של צה"ל שורה של נוהלים שתכליתם לוודא כי השימוש בסמכויות האמורות ייעשה אך ורק לאחר התייעצויות פנימיות ובדרג המתאים. על פי הוראת הפיקוד העליון מס' 5.0902 נקבע כי סמכות המעצר על פי תקנה 111 „ניתנת אך ורק לרמטכ"ל”, אך למפקדים הצבאיים ניתנת סמכות להוציא צווים לתקופה שלא תעלה על חודש ימים (לגבי תושבי ירושלים המזרחית — 9 חודשים). כאשר מוציא המפקד הצבאי צו מוגבל כזה, וכן כאשר הוא מוציא צווים לפי תקנות 109 ו-110 נעזר הוא בהמלצותיה של ועדה מיוחדת. הוראת פיקוד עליון 5.0905 קובעת כי בוועדה זו ישתתפו עוזר המפקד הצבאי, ונציגים בכירים של משטרת ישראל, שירות הבטחון הכללי ויועץ ראש הממשלה לענייני ערבים. הוראת פיקוד עליון 5.0902 קובעת כי ועדת ייעוץ מוקמת כאשר מוצא צו מעצר על פי תקנה 111 בידי הרמטכ"ל. ועדה זו מורכבת מיו"ר הוועדה, שהוא הפרקליט הצבאי הראשי וחבריה הם נציגי המפקח הכללי של משטרת ישראל, נציג אגף מודיעין במטה הכללי, שרות הבטחון הכללי ויועץ ראש הממשלה לענייני ערבים. הוועדה מחליטה ברוב קולות, כשקול היושב ראש מכריע, והמלצתה מועברת לאישור הרמטכ"ל. כל ההליכים הללו מצויים במסגרת הצבא ואין צורך לומר כי האדם שאותו מעצרו מבקשים אינו מיוצג בהם ואף אינו יודע עליהם. לרשותו עומדת ועדה אחרת, הוועדה המייעצת המוקמת על פי תקנה 111 (4). להחלטותיה של ועדה מייעצת זו יש תוקף של המלצה בלבד.

¹³ בקנדה הטיל ראש ממשלת קנדה משטר חירום ב-16.10.70, וזאת בעקבות חטיפת שר קנדי וקונסול בריטי על ידי חברי החזית לשחרור קוויבק. 450 איש הושמו במעצר מינהלי תוך 24 שעות.

אם החליטה הוועדה לשחרר עציר הרי לפי הוראת פיקוד עליון 5.0902, מובאת החלטתה בצירוף הערות הוועדה הפנימית של הצבא, בפני הרמטכ"ל. פעולת הוועדה המייעצת, המוקמת על פי תקנה 111 (4), מתוארת באחד מפרסומי מרכז ההסברה במילים אלה:¹⁴

„הוועדה שומעת את נציגי השלטונות ומקבלת מידיהם את מלוא האינפורמציה על הסיבות למעצר המינהלי, ללא סייגים כלשהם. העצור איננו נוכח בעת הבאת החומר בפני הוועדה וזאת כדי שניתן יהיה להביא בפני הוועדה את כל החומר שבידי רשויות הבטחון לרבות החומר הסודי ביותר אשר אותו לא ניתן היה להגיש לבית משפט מטעמי סודיות, כי הרי חומר המוגש לבית המשפט מובא גם לידיעת הנאשם וסניגורו.

יוצא, איפוא, כי על ידי שמיעת ב"כ השלטונות שלא בנוכחות העצור יוצא העצור בעקיפין בשכר, כי הוועדה מסוגלת להחליט תוך הכרת כל אותו חומר, אשר היה בעת הוצאת צו המעצר בפני הרשות שהחליטה על כך. לוועדה יש סמכות להמליץ בפני מי שנתן את הצו על שחרורו של העצור. במציאות, ובהתאם לכללים המקובלים על צה"ל מאז ומתמיד, אין להחלטת הוועדה כוח של המלצה בלבד, אלא כוח של החלטה מחייבת. בכל מקרה בו ממליצה הוועדה על שחרור מקוימת המלצה זו ללא השהייה”.

3. הפיקוח השיפוטי על השימוש בתקנות ההגנה

הפיקוח המשפטי על השימוש בתקנות ההגנה החל בימיה הראשונים של המדינה וראוי לציין כי דווקא באותם ימים קשים לבטחון ישראל, ניתנו שני פסקי דין היחידים בהם בוטלו צווי מעצר שניתנו מכוח תקנה 111. בית המשפט ראה את השימוש בתקנות ההגנה ככורה המציאות, אך דווקא בשל הכוחות העצומים המוקנים בתקנות, עמד על פירוש דווקני של הוראותיו, כדברי השופט אולשן בבג"צ 7/48 אל מרכוסלי נ' שר הבטחון:¹⁵

„...יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה. נכון שבטחון המדינה, המצריך מעצר אדם, אינו חשוב פחות מהצורך לשמור על זכות האזרח, אולם במקום שאפשר להשיג את שתי המטרות גם יחד אין להתעלם מהאחת או מהשנייה”.

במקרה זה הפך בית המשפט את הצו למוחלט משום שלא היתה קיימת בנמצא, בעת הינתנו, ועדה מייעצת כאמור בתקנה 111 (4). העדרה של ועדה כזו, שלל מהעותר את אותו סייג בודד שהציב המחוקק לסמכות שניתנה בתקנה 111.

¹⁴ „המעצר המינהלי ודרכי הפעלתו”, שרות הפרסומים של מרכז ההסברה, מאי 1971. דברי הסבר אלה מבוססים על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מס' 21.926 מיום 1.8.1970.

¹⁵ פד"י, ב' 5, בע' 15.

ובבג"צ 95/49 אל כורי נ' הרמטכ"ל, מסביר בית המשפט את תכלית המעצר המינהלי האמור בתקנה 111. באותו מקרה ציווה בית המשפט על שחרור העותר וזאת משום שהרמטכ"ל לא פירט בצו המעצר את המקום בו ייעצר. בית המשפט ראה בכך פגם מהותי כדבריו:

„כאמור, דעתנו היא כי כוון המטרה המונחת ביסוד התקנה 111 (1) הוא כוון, מניעת גרידא, דהיינו: שהמפקד הצבאי יפעיל את כוחו הנ"ל כדי להבטיח שהאגפים הנעצרים על ידו לא יהיו מסוגלים — כל עוד במשכת תקופת החירום — לבצע מעשים העשויים לסכן את בטחון המדינה. אם כך הדבר הרי לא יהא מן הצדק שעל העצירים מסוג זה יחולו תנאי כליאה רגילים הצפויים לעבריינים פליליים שגידונו למאסר, או אפילו כי הראשונים יהיו כולם נתונים לתנאי כליאה שווים. כבר עמדנו על כך לעיל, שמקום המעצר מהווה גורם חיוני בקביעת צורת המעצר ושבתירת מקום זה, כפי שאמר השופט אטקין, יש בה כדי לקבוע את התנאים וההגבלות לפיהם נעצר האזרח הנידון. אין לנו ספק שהמחוקק שיווה לגודו את האפשרויות, שלגבי סוג ידוע של בני אדם הנעצרים על פי צו, הניתן מכוח התקנה הנ"ל, יספיק מעצר בית; ואילו שלאחרים יתאים מעצר במחנה הסגר; ושתימצא עוד קבוצת אנשים שאותם יהיה רצוי לכלוא בבתי כלא משטרתיים או צבאיים דוקא. בשל אפשרויות שונות אלו (וגם אחרות), סבורים אנו, הורה המחוקק, שהמפקד הצבאי יציין את מקום המעצר בגופו של הצו, הואיל ובוזה התכוון שהלה, בכל מקרה ומקרה, יתן את דעתו מחדש על השאלה זו; דהיינו יקבע גבי כל עציר ועציר לחד את מקום המעצר המתאים. מכאן נובע שאם המפקד הצבאי לא מילא, במקרה ידוע, אחרי הוראה זו ואף התיימר להעביר את תפקידו זה לאחר, הרי לא השתמש בסמכותו הנ"ל בחוק" 16.

אך פרט לשני מקרים אלה, לא נטה בית המשפט העליון להתערב ולבדוק את השימוש בתקנות ההגנה בכל הנוגע למעצרים מינהליים והגבלות אחרות של חירות האישית. בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט את תחומי התערבותו האפשריים במקרים אלה. שתי מגבלות הציב לעצמו בית המשפט: האחת, עניינית; השנייה, ראייתית. בשורה של פסקי דין, הבחיר בית המשפט כי סמכות הביקורת שלו בכל הנוגע לשימוש בתקנות ההגנה, היא בעלת אופי מצומצם ביותר וכי „כאשר התקנה הנדונה מקנה סמכות בידי הרשות המוסמכת לפעול כלפי הפרט בכל מקרה בו היא „סבורה" או „נראה לה" שקיימים תנאים ידועים המצריכים זאת, הרי בדרך כלל הרשות המוסמכת בעצמה היא הפוסק האחרון לגבי קיום התנאים האלה" 17.

16 פד"י, ד' 34, מפי השופט אגרנט בע' 47.

17 פד"י, ד' 34, מפי השופט אגרנט בע' 47. למעשה, מוחזקים כל העצירים המינהליים בבתי כלא.

18 בג"צ 46/50 אליאזי נ' שר הבטחון, פד"י, ד' 222, מפי השופט אגרנט בע' 227.

בנסיבות אלה, יכול העותר להצליח, למעשה, רק אם יוכיח בעליל כי היתה שרירות לב או זדון 18. רק במקרים נדירים ניתן להוכיח טיעון מסוג זה 19.

הכלל השני עליו ביסס בית המשפט את צימצום התערבותו בנוגע לענייני חסיון. בית המשפט קבע כי משמוצגת לו תעודה המעידה כי נימוקי בטחון עמדו לגד עיני המפקד הצבאי, אין הוא רשאי לחקור ולבדוק את הנימוקים העומדים מאחורי ההחלטה 20. בית המשפט קיבל עליו כלל זה, גם כאשר הביע חשד לגבי כנותם של נימוקי הבטחון 21.

כאשר הסיר המחוקק את החסיון המוחלט בענייני בטחון, קבע במקומו חסיון חלקי 22, ואיפשר לבית המשפט לבדוק טענה בדבר קיומם של נימוקי בטחון, כאמור בסעיף 5 א' לפקודת העדות שהוסף על ידי החוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח—1968, ניתן היה לצפות לכך שתורחב יריעת הביקורת השיפוטית. אך, למעשה, דווקא לאחר השינוי האמור, צומצמה וכמעט נעלמה הביקורת השיפוטית בנושאים אלה.

בבג"צ 17/71 מראר נ' שר הבטחון 23 נעצר העותר במעצר מינהלי על פי תקנה 111 לתקנות ההגנה למשך זמן ממושך. בהיותו נתון במעצר הוצא גדרו צו גירוש מן הארץ לירדן על ידי שר הבטחון מכוח תקנה 112 לתקנות אלו. העותר תקף את צו הגירוש בשורה של טענות. תקנה 108 לתקנות ההגנה מונה, כאמור, את העילות על פיהן ניתן להוציא צו גירוש מן הארץ. כאמור בתקנה זו, לא יוצא צו הגירוש אלא אם ראה שר הבטחון כנחוץ או מועיל ליתן את הצו לשם הבטחת שלומם של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה. העותר, שהיה נתון במעצר מינהלי מכוח תקנה 111, טען כי אין הוא יכול להוות סכנה לבטחון המדינה וכי"ב, ולכן לא התקיימו העילות המצדיקות את הוצאתו של צו הגירוש. יתר על כן, כך טען, אם יש יסוד

18 בג"צ 65/66 ג'רים נ' המפקד הצבאי לאור א', פד"י, י"ט (1) 260; בג"צ 89/71 אליאזי נ' אלוף פיקוד מרכז, פד"י, כ"ה (2) 197. פירוש מצמצם זה לסמכות בית המשפט אינו נובע בהכרח מלשון החוק אלא מאופיו של הנושא הבטחוני. השופט זוסמן מסביר זאת במפורש בד"ב 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פד"י, ט"ז 1209, בע' 1217—1218.

19 מקרה מסוג זה, שגם בו הוצא צו מוחלט כשהוא כפוף לשיקולי בטחון: בג"צ 82/57 אליאזי נ' שר הבטחון, פד"י, י"א 1524.

20 בג"צ 188/53 אברגוש נ' ורבין, פד"י, ד' 941.

21 בג"צ 33/52, 288/51 אצלאל נ' מפקד ומרשל צבאי של הגליל, פד"י, ט' 689.

22 על פי סעיף 5 א' האמור גם אם הוגשה תעודת חסיון מטעמי בטחון המדינה כשהיא תחומה על ידי ראש הממשלה או שר הבטחון, רשאי שופט בית המשפט לקבוע כי „הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן האינטרס שלא לגלותה"; לצורך זה, רשאי השופט לקיים דיון בדלתיים סגורות ואף בהעדר בעלי דין, ולדרוש כי הראייה או תוכנה יובאו לידיעתו. כן רשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי או נציגו ומנציב המשרד הממשלתי הנוגע בדבר.

23 פד"י, כ"ה (1), 141.

לחשוש מן העותר, עדיף שישאר במעצר מינהלי מכות תקנה 111 מאשר שיהא בן חורין בארץ אויב.

אלה הן טענות אשר לפחות לכאורה, יש בהן ממש. אך בית-המשפט כלל לא דן בהן ותלה את סירובו להתערב בענין של חוסר סמכות. בית-המשפט מגמק חוסר סמכותו בכך שקיימת, גם במקרה של גירוש²⁴, זכות לפנות לוועדה המייעצת המוקמת על פי תקנה 111 (4).

כדברי השופט עציוני:

„אשר לטענה, כי אין לתת צו גירוש כלפי אדם אשר מוחזק במעצר אדמיניסטרטיבי לפי תקנה 111 לתקנות, כמו במקרה של העותר כאן, וכי לא יכול להיות במקרה זה הדבר גחוי, „לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנת המדינה וקיום של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה“ כנדרש לפי תקנה 108 לתקנות הג'ל, הרי לשם כך קיימת ועדה מייעצת שהורכבה לפי תקנה 111 ואין זה ענין שהמחוקק רצה למסור לסמכותו של בית-משפט זה. ברור לי שלא נוכל להעביר תחת שבט ביקורתנו את הטעמים שהגיעו את שר הבטחון לתת את צו הגירוש נגד העותר, דבר הניתן לפמכותה היחודית של הוועדה הנ"ל²⁵.

החלטתו זו כמעט וסתמה את הגולל על תפקידו של בית-המשפט הגבוה לצדק. בפעם הראשונה נקבע כי בית-המשפט לא יבדוק כלל את נימוקי העותר ויסתפק בקיומה של ועדה מייעצת כדי לשלול מעצמו סמכות. החלטה זו קשה לעכלה: אין היא מסתמכת על תקדימים, או על לשון החוק. הוועדה המייעצת והממונה על פי תקנה 111 (4) ודאי אינה יכולה להחשב כ„בית-דין אחר“ השולל את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, על פי סעיף 7 (א) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957. הסעד האלטרנטיבי, אליו מפנה בית-המשפט את העותר, אינו סעד אפקטיבי, הן בשל הרכבה של הוועדה והן בשל סמכויותיה המוגבלות. ההחלטה גם אינה מתיישבת עם המגמה שגילה המחוקק בבטלו את החסיון המוחלט שיש לרשות בפני בית-המשפט כאשר היא באה בשם של נימוקי בטחון²⁶.

אם אמרנו כי החלטה זו כמעט וסתמה את הגולל על הביקורת השיפוטית בנושא זה, הרי זה רק בשל האפשרות שנתורה כי בכל הנוגע לשימוש בסמכויות על פי התקנות 109 ו-110 לתקנות ההגנה, שם אין קיימת ועדה מייעצת, לא יוכל בית-המשפט להמנע משימוש בסמכויותיו, וזאת על פי הרציו של בג"צ 17/71 האמור. בכל האמור לגבי תקנות אלה, יוכל בית-המשפט להשתמש בסמכותו ולא יהיה כבול עוד בהילכות החסיון מטעמי בטחון המדינה כבעבר.

²⁴ על פי תקנה 112 (8), ותרון הוועדה המייעצת המוקמת על פי תקנה 111 (4) אף בהשגותיו של אדם שלגביו הוצא צו גירוש. ההבדל הינו ברשות שאליה מעבירה הוועדה את המלצותיה. בעוד שלגבי השגותיו של העציר מועברות המלצות ל„מפקד הצבאי“ המוציא את צו המעצר, הרי המלצות על פי תקנה 112 מועברות לממשלה. צו גירוש שאינו נחתם בידי שר הבטחון, אלא בידי אלוף הפיקוד, אין לו תוקף: בג"צ 240/51 אל-רחמן נ' שר הפנים, פד"י, ו' 364.

²⁵ שם, בעמ' 146. ההדגשות שלי.

²⁶ ר' בענין זה, משה פרייליך, „פריקת סמכות ללא סמכות“, עיוני משפט, כרך א', ע' 379.

יהיה זה מוזר אם בית-המשפט יוכל להתערב דווקא בהגבלות החופש הקלות המנויות בתקנות 109-110 ולא יוכל להתערב כאשר מדובר בגירוש או במעצר; אך תוצאה זו מוכתבת למעשה ע"י פסק הדין בבג"צ 17/71.

4. הצורך ברפורמה משפטית

צמצומה הדרגתי של הביקורת השיפוטית מעלה מחדש את הצורך ברפורמה בתקנות ההגנה. כאמור לעיל, חקיקת חירום היא פועל יוצא של מצבה הבטחוני של ישראל. יתר על כן, השוואה לנסיגון של מדינות אחרות מוכיחה כי הרשויות הצבאיות בארצנו והירות וחסינויות בענין השימוש בסמכויות אלה. ואף על פי כן, אין שום ערובה, בהעדר ביקורת שיפוטית, כי בכל המקרים געשה שימוש ראוי בתקנות. יתר על כן, מצבה של ישראל הוא מיוחד במינו בשל התארכותו של מצב החירום והפיכתו לענין של קבע. במדינות אחרות, התופעה היא קצרת ימים: המעבר משלום למלחמה והחזרה למצב של שלום מלווה בשינויים מתאימים בחקיקה ובמשפט. בישראל, דווקא בשל העדרם של מעברים אלה, מתעורר צורך, שאינו קיים במדינות אחרות, להתאים את חקיקת החירום כך שיוכל להיות עמה לטווח ארוך²⁷. צורך זה עמד לנגד עיני הממשלה ערב מלחמת ששת הימים וקשה להבין מדוע דווקא לאחר המלחמה ושיפור המצב הבטחוני, געלם הטעם לרפורמה משפטית מקפת בתקנות ההגנה, כך שזו תהיה יותר תואמת את עקרונות שלטון החוק²⁸.

לדעתנו, יש להשתית רפורמה זו על שלושה יסודות:

ראשית, יש להעביר את כל סמכויות הגבלת החירות האישית המצויות בתקנות ההגנה לשר הבטחון, הרשות האזרחית האחרת בפני הכנסת. מסירת הסמכות לידי רשויות הצבא בלתי רצויה מכמה בחינות: מפקדי הצבא הופכים להיות מעורבים, בעל כרחם, במחלוקת שיש לה, לעתים קרובות, משמעות פוליטית. הממשלה אינה דנה בענינים בעלי משמעות, כמו סגירת איוורים מטעמי בטחון, אלא לאחר שהצווים הוצאו²⁹. השימוש בסמכות הצבאית נותן בידי חברי הממשלה אפשרות להתכחש לאחריותם לצווים המוצאים על פי תקנות ההגנה³⁰. שנית, מן הראוי שכל הגבלה של חרות אישית תזכה את הנפגע בערעור בפני ועדת ערר מיוחדת. להחלטותיה של ועדה זו יהיה כוח מחייב. מכיוון שבלאו הכי מתקבלות המלצות הוועדה המייעצת, לא תפגע הצעה זו בנוהג הקיים.

²⁷ Rubinstein, "War and the Rule of Law: The Israeli Experience" 1 Israel Yearbook on Human Rights 322, at 325.

²⁸ יש משום פאראדוקס בעמדה דרשמית של הממשלה בענין תקנות ההגנה. בסוף 1972 סרבה הכנסת להאריך את תקנות-שעת-חירום (אזורי בטחון, תשי"ט-1949) שהוארכו באורח קבוע מאז 1949. תקנות אלה הגבילו את השוואת המגורים באזורי ספר הסמוכים לגבול. פקיעתן של התקנות, באה ללא ספק משום שהכנסת סברה כי חל שיפור במצב הבטחוני וכי שיפור זה מבטל את הצורך בהארכת תקנות-שעת-החירום. אך באותה עת, בוטלה הרפורמה המיועדת בתקנות ההגנה המנדטוריות.

²⁹ כך אירע בפרשת איקריט ובירעם; ר' להלן.

³⁰ ר' לעיל, הערה 9.

שלישית, תקנות בגות פועל תחיקתי, כמו צווי סגירה על פי תקנה 125, יחול עליהן הכלל המקובל של פרסום ברשומות, כפי שהיה הדין לפני עצמאית הכנסה את תחולתן של סעיף 10 (ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט והוציאה מכללו את תקנות ההגנה המנדטוריות.³¹

חובת הפרסום ברשומות עלולה לפגוע באותם מקרים דחופים בהם יש צורך בסגירת אזור, או בהטלת עוצר באורח מידי, משום כך, ניתן לדעתנו לתת תוקף חוקי לכל התקנות בנוח פועל תחיקתי המוצאות על פי תקנות ההגנה גם ללא פרסום ברשומות ובלבד שועדת החוץ והבטחון של הכנסת אישרה את התקנות תוך פרק זמן מסוים מיום התקנתן. חובת הפרסום תחול רק לאחר מתן האישור. אישור ועדת החוץ והבטחון יהיה דרוש בהתאם לכלל התובע כי חקיקת משנה המטילה חובות על האזרח ולא כל שכן זו הפוגעת בחירותו האישית, תקבל, בשלב מסוים, אישור של בית המחוקקים או ועדה מועדונית.³²

שלושה תיקונים אלה אינם ממצים את כל התיקונים הנדרשים בתקנות ההגנה אך הם מצביעים על הכיוון העיקרי שבעזרתו ניתן לפשר בין הצורך בחקיקת חירום, בשל מצב החירום, לבין עקרונות מקובלים של שלטון החוק.

המשך המצב הקיים פוגע לא רק במושגים מקובלים אלה, אלא מנציח מצב שגוער מעצם הגדרתו להיות ארעי. הסכנה הקיימת היא זו של השלמה עם אמצעים משפטיים יוצאי דופן וראייתם כעניין של שיגרה. דוגמה לכך ניתן לראות בהסדרי הצנזורה. תקנות ההגנה מאפשרות צנזורה כפולה: על עיתונות ועל מכתבים. הצנזורה על עיתונים מוסדרת, כאמור, באמצעות הסכם ואין צורך לסמכויות הקבועות בתקנות ההגנה. אך הצנזורה על מכתבים מופעלת ללא בקרה. תקנה 89 נותנת סמכות לצנזור שימונה על ידי שר הבטחון לעצור, לפתוח ולבחון דברי דואר, סמכות זו, כמו כל הסמכויות על פי תקנות ההגנה, מותנית בכך שהעניין דרוש, לדעת בעל הסמכות, לצרכי הבטחון וההגנה של ישראל. למרות זאת, התנהלה במשך שנים — וייתכן שעדיין מתנהלת — צנזורה לצרכים כלכליים וכספיים. במקרה אחד אף נמסר במפורש בכנסת, כי מכתביהם של יוצאי בולים נפתחים בצנזורה כדי למנוע עבירות על חוקי המדינה.

³¹ בג"צ 220/51 אמלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פד"י, ה' 1480. פסק דין זה קבע כי צווים בעלי כוח תחיקתי המוצאים מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 טעונים פרסום ברשומות. בית המשפט הסתמך על ההוראה האמורה בסעיף 10 (ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט שביטלה את האמור בתקנה 3 (ב) לתקנות ההגנה שפטרה צווים אלה מחובת פרסום. פסק דין זה בוטל על ידי תקנות-שעת-חירום שהתקין שר הבטחון ושונתנו תוקף לצווים שנתבטלו עקב ההחלטה. לאחר מכן תוקן סעיף 10 (ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט כך שפורש בו שהוא חל רק על תקנות-שעת-חירום ולא על תקנות ההגנה.

³² במקרה אחד פורסם צו סגירה על פי תקנות ההגנה על ידי מפקד צבאי בקובץ התקנות: ק"ת, תשי"ב, מס' 284, מיום 6.12.1952, בו נכללו בין השאר הכפרים בירעם ורביסייה. אך גם צו זה אינו מגדיר במדויק את השטח הסגור ומסתמך על קו כחול המצוי על מפה שנחתמה ב-26.4.1951 על ידי המפקד הצבאי.

איש לא ערער על כך שמשתמשים בסמכות חירום לצרכים שדבר אין להם עם בטחון המדינה.³³

אך מכל תבחינות חמור יותר הוא אותו חלק מתקנות ההגנה המתייחס להגבלת חירותו וחופש תנועתו של האדם. השלמה לטווח ארוך עם השימוש בסמכויות אלה, כשאין בצידן ביקורת שיפוטית, יש בה סכנה רבה.

5. פרשת עקורי איקריה ובירעם

על האפשרויות של שימוש לרע בתקנות אלה, תעיד פרשת עקורי איקריה ובירעם. סיפורם של אלה הוא שער מאלף מה ניתן לעשות ומה אסור שיעשה בעזרת סמכויות חירום.

העובדות הבאות, שאינן מוכחשות, מובאות ע"י העקורים עצמם:

„איקריה ובירעם הם שני כפרים בגליל העליון. לאיקריה היו כ-24,000 דונם אדמה, השייכים ל-90 משפחות ב-1948, והיום הם מונים 133 משפחות. לבירעם היו כ-12,500 דונם אדמה השייכים ל-125 משפחות בזמנו והיום הם מונים 250 משפחות. ב-31 באוקטובר 1948 נכנס צה"ל לשני כפרים אלה ללא שום התנגדות מצד התושבים, והחיים נמשכו בשני הכפרים כסידרם. במחצית נובמבר 1948 נצטוו תושבי שני הכפרים לפנותם למשך תקופה של, לא יותר משבועיים. אנשי בירעם הופנו לכפר ג'יש ואילו אנשי איקריה הופנו לכפר ראמה; אחרי שהובטח להם שבתום התקופה הנ"ל יורשו לחזור לכפריהם; הבטחה זו ניתנה גם ע"י שר המיעוטים דאז, מר בכור שיטריט ו"ל, באמצעות מפקד האזור, עמנואל פרידמן — לתושבי בירעם — ובאמצעות הקצין יעקב קארא, לתושבי איקריה. תושבי שני הכפרים מחו נגד הגזירה הזו וחששו לרכושם ולבתיהם ועקב זאת הירשו השלטונות להעמיד מבני שני הכפרים, שומרים וכך נשארו בבירעם 12 איש ובאיקריה 50 איש ונשארו איתם כמרי העדות שלהם כשתפקידם היה השמירה על הבתים והרכוש עד לשיבת הכפריים לבתיהם. השומרים האלה הורשו להישאר למשך תקופה של שישה חודשים ואחרי כן נצטוו לעזוב את הכל ולפנות את הכפרים.

ב-13 ביוני 1949 קיבלו בני בירעם מכתב מטעם ראש הממשלה דאז, מר דוד בן-גוריון, האומר בין השאר: „אין בכוונת ממשלת ישראל לגשל אתכם מקרקעותיכם ואמצעי מחיתכם... בחתימתו של מר יהושע פלמון, יועץ ראש הממשלה לעניינים ערביים“.

³³ ראה שאלתה ותשובה בעניין זה, דברי הכנסת, כרך 34, ע' 2810—2809: דברי סגן שר הבטחון, מר שמעון פרס: „הצנזורה פותחת מכתבים רק באותם המקרים שיש חשד של פגיעה בחוקי המדינה... מתפקיד הממשלה לדאוג לביצוע החוק, תוך הימנעות מפגיעה, ככל האפשר, בעסקיו של האזרח“. אין זכר בתשובה זו להגבלת הצנזורה לענייני בטחון.

משראו הכפריים כי למרות מכתב זה, אין הם מוותרים לכפריהם, פנו לבית-המשפט הגבוה לצדק, בבג"צ 64/51 דאוד נ' שר הכחוח³⁴ הסתמך העותר על תקנות שעת חירום (אזורי בטחון) תש"ט-1949 ועל הסמכות הנתונה בהם לאסור כניסתם של אנשים לאזורי בטחון, פרט לאלה היושבים בהם, "ישיבת קבע". להבדיל מתקנה 125 לתקנות ההגנה הכירו תקנות אלה במעמדו של תושב קבוע. תושב כזה ניתן היה להוציאו אך ורק באמצעות צו יציאה שהוצא על ידי רשות מוסמכת ואשר ניתן היה לערור עליו בפני ועדת ערר מיוחדת.

העותר היה תושב איקריה ומכיוון שכפרו היה אזור בטחון, טען המשיב, כי יש לבטל את הצו-על-תנאי. אך בית-המשפט לא קיבל עמדה זו והפך את הצו-על-תנאי למחלט. בית-המשפט קבע כי תושבי הכפר הם, "תושבים קבועים" וכיהם לא היו מצויים בכפרם, ערב התקנות תקנות שעת החירום, אך ורק משום שכניסתם נמנעה שלא כדון. ההתפתחות הבאה מתוארת בידי השופט אולשן: "...על אף הצו (ההחלטי של בית-המשפט העליון) לא ביצעו המשיבים את אשר נדרש מהם. המבקשים, במקום להיוקק לתרופות המשפטיות הניתנות להם במקרה כזה על ידי החוק, חיכו וסמכו כנראה על הבטחות שונות שניתנו להם עד אשר ב-10.9.1951 נשלחו למבקשים צווי יציאה בהתאם לתקנה 8 לתקנות (שעת חירום (אזורי בטחון) תש"ט-1949)".³⁵

העותרים ערערו על צווי יציאה אלה בפני ועדת הערעורים שהוקמה בתקנות, אך ערעורם נדחה. בבג"צ 239/51 דאוד נ' ועדת הערעורים לאזורי בטחון בגליל³⁶ תקפו העותרים את החלטת המשיבה, לאחר שמצא בית-המשפט כי הועדה פעלה כחוק, בוטל הצו-על-תנאי, וזאת על אף העובדה כי השיכון החלופי, שהיה צריך להעמידו לרשות העותרים, טרם הועמד לרשותם. בית-המשפט מוסיף כי, "אין אנו רוצים להעלות על דעתנו שיש כאן התעלמות מהסבל שנגרם למבקשים". לאחר מכן, הריסו שלטונות צה"ל את שני הכפרים עד היסוד ולא שרדה מהם אלא הכנסיה באיקריה. לא ברור מכוח איוו סמכות בוצעה ההריסה.³⁷

הפרשה-על-הזה-לדיון מחדש בשנת 1972, כאשר נחצה לראשונה על הכוונה שלא להאריך את תקפן של תקנות-שעת-חירום (אזורי בטחון) תש"ט-1949, שמכוון נמנעה שיבתם של עקורי איקריה ובירעם. הממשלה דגה בפנייתם של העקורים וביום 23.7.1972 החליטה, ברוב דעות, שלא להתיר לעקורים לחזור לכפריהם.

³⁴ פד"י, ה' 1117. פסק דין זה ניתן בפרשת איקריה. החלטה דומה ניתנה בעניין בירעם: בג"צ 195/51 קויר איברהים נ' ראש הממשלה כחוק שר הכחוח, פס"ע, י"א 394.

³⁵ פד"י, ו' 229, בע' 230.

³⁶ פד"י, ו' 229.

³⁷ פרשה דומה התרחשה בעניין הריסת הכפר הערבי רבסייה; אף זאת לאחר דיון בבית-המשפט הגבוה לצדק; רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, ע' 110.

נימוקיה של הממשלה, כפי שנמסר עליהם בעיתונות, היו מדיניים-פוליטיים ולא בטחוניים. החשש העיקרי בממשלה היה כי החזרת העקורים לשני כפרים אלה תשמש תקדים לתביעות של פליטים ערביים להחזירם לכפריהם. אחד משרי הממשלה, מר חיים בר-לב, רמטכ"ל לשעבר, הסביר כי, "אין משמעות בטחונית קרדינאלית להחזרת התושבים לכפריהם" והוסיף כי, "אילו הוחזרו העקורים לא היה צורך להוסיף חייל אחד (לשמירה באזור)".³⁸

משפקעו תקנות-שעת-חירום (אזורי בטחון) בסוף שנת 1972, הוציא אלוף פיקוד צפון צו על פי תקנה 125 לתקנות ההגנה והכריז על הכפרים איקריה ובירעם כאזורים סגורים, בכפוף לחריגים מסויימים. הכוונה היתה לשמור על סטאטוס-קוו ולמנוע את החזרת העקורים לכפריהם, אך עצם השימוש בתקנות עורר בעיה משפטית: אם המניעה להחזרת העקורים לא היתה בטחונית אלא מדינית, כיצד ניתן להשתמש לצורך זה בתקנות ההגנה שנועדו למטרות, "הגנה על ישראל ובטחונה"? קושיה זו גשאה ללא מענה. בישיבתה מיום 1.1.1973 קיבלה הממשלה, ברוב דעות, לתשומת לבה את ההודעה על סגירת הכפרים. דומה וסיפור זה ממחיש את הצורך בשינוי כל מערכת חקיקת החירום בישראל.

פרופ' אמנון רובינשטיין

³⁸ "הארץ", 11.8.72.