

ניהול "אוכלוסיות מסוכנות": מפרקטיקות חירום קולוניאליות לחוקי המאבק בטרור בהודו ובישראל

יעל ברדה

מרכז וות'רד למחקרים בין-לאומיים ואזוריים, אוניברסיטת הרוורד

הקדמה

אחרי יותר משישה עשורים של שימוש בתקנות ההגנה לשעת חירום (1945) מימי המנדט הבריטי, שוקדים במשרד המשפטים על הצעת חוק המאבק בטרור (2011) — חוק ישראלי מקורי שיעגן בחקיקה ראשית של הכנסת את הסמכויות הקשורות למאבק באיומים ביטחוניים פנימיים. הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה ועברה את שלב הדיונים בוועדות בחורף 2014, בעת כהונת הכנסת הקודמת. אם תעבור, תהפוך הצעת החוק את תוכנם של ההסדרים הדרקוניים של תקנות ההגנה לשעת חירום, שהלגיטימציה הפוליטית לשימוש בהם הייתה נתונה במחלוקת, לחקיקה מוסדרת בהליך דמוקרטי פורמלי. האירוניה היא שדווקא ההליך הפורמלי הזה, שנועד להסדיר את החקיקה נגד טרור, ייתן גושפנקה לפגיעה בזכויות של כלל אזרחי ישראל.

התמסדות של חוקי חירום היא רגע היסטורי משמעותי שמקבע את תפיסת האיומים הביטחוניים של המשטר ומסמן הן את היקף כוחה של הרשות המבצעת והן את גבולות האזרחות. אפשר לראות בסיפורם של חוקי החירום בישראל השתקפות של התנאים המקומיים הספציפיים, כלומר התנגשות בין עקרונות דמוקרטיים לבין צורכי הביטחון (הופנונג 2001). בד בבד, יש הרואים בהצעת החוק החדשה ביטוי לשותפות של ישראל וארצות הברית במאבק בטרור מאז אירועי 11 בספטמבר, ובפרט דמיון בפרקטיקות שאמורות להבטיח את ביטחון המולדת (Brooks 2004; homeland security). מאמר זה, לעומת זאת, מתאר כיצד הצעת חוק המאבק בטרור משקפת דווקא את מורשת החירום של הקולוניאליזם הבריטי ומעגנת את

הקשר המשולש שהמדינה יוצרת באמצעים ביורוקרטיים בין ביטחון, זהות ונאמנות. קריאה כזאת של הצעת החוק מבקשת להסב את תשומת הלב לשורשים הקולוניאליים של החקיקה באמצעות השוואה בין הודו לישראל — שתי טריטוריות שהיו בעבר בשליטת האימפריה הבריטית, שבשתיהן נעשה שימוש נרחב בתקנות ההגנה לשעת חירום של הממשל הקולוניאלי, שהסתיים בהן ב־1947 וב־1948 בהתאמה.

השלטון הקולוניאלי הבריטי התאפיין מראשיתו במתח מתמיד בין מראית עין של שלטון חוק אוניברסלי לבין פרקטיקות של שליטה באוכלוסיות כבושות וקיום מערכות חוק נפרדות לנתינים על בסיס הבדלי גזע (Stoler and Cooper 1997, 52). המתח הזה בא לידי ביטוי גם בשימוש האדמיניסטרטיבי בסמכויות חירום: סמכויות אלו נתנו כוח רב בידי הפקידות הביורוקרטית הקולוניאלית ויצרו מסגרת לכינון מנגנונים של קלסיפיקציה לניהול האוכלוסייה ולשליטה בה.

בין שתי מלחמות העולם התרחב השימוש בתקנות חירום ובצווי חירום שיצרו רפרטואר של פרקטיקות משפטיות־מרחביות שהתפשטו ברחבי האימפריה הבריטית והפכו לכלי מרכזי של השלטון הקולוניאלי לניהול אוכלוסין (Berda 2013). תוכניות החלוקה, בהודו ובפלשתינה, שנועדו להציע פתרון לסכסוכים בין־קהילתיים, העצימו את הצורך בסיווג מהיר של האוכלוסייה על פי קטגוריות ברורות של גזע, לאום ודת — אבל לטענתי, גם על פי דרגת הנאמנות למשטר או החשד לסיכון ביטחוני.

מערכת המיון, הזיהוי והפיקוח שהופעלה על ידי הביורוקרטיה הקולוניאלית נותרה כירושה למדינות העצמאיות, הודו וישראל.¹ החלוקה הפכה את המיעוטים בהודו ואת הפלסטינים בישראל לאוכלוסייה זרה, עוינת ומסוכנת (קמפ 1999). אוכלוסיית המיעוט סומנה כך משום שהייתה ממוקמת "בצד הלא נכון" של הגבול — מקומה היה לכאורה בצד השני של השטח שיועד לה בתוכנית החלוקה, במדינה אחרת. כורים השייכים לישות פוליטית נפרדת, הפכו המיעוטים לחשודים מראש ולאויבים בפועל. התהליך הזה נעוץ כאמור בירושה רבת ההשפעה שהותירו אחריהם הבריטים: ההיגיון הארגוני של ניהול אוכלוסייה עוינת ומניעת התנגדות למשטר באמצעים ביורוקרטיים, על ידי השימוש בתקנות ההגנה לשעת חירום.

עם זאת, חשוב לשים לב כי למרות הדמיון במורשת המשפטית של תקנות החירום בהודו ובישראל, הקשר בין תפיסת האזרחות לבין תפיסת הביטחון התפתח בצורות שונות בשתי המדינות והשפיע על מידת הלגיטימציה שיש לביורוקרטיה להשתמש בחקיקת חירום לפגיעה באזרחים. בהודו, החוקים שהורישו הבריטים שימשו כנגד אזרחים, גם מקבוצת הרוב ההינדי. בישראל, לעומת זאת, החוקים הופעלו כנגד פלסטינים — תושבים ונתיני הממשל הצבאי — שהפכו לאזרחי ישראל; נגד יהודים הופנו החוקים במקרים ספורים בלבד.

1 אפשר לטעון שמבחינה אנליטית נכון יותר להשוות בין ישראל לפקיסטן — שתי מדינות שבהן התארגנה הקהילה הפוליטית במדינה החדשה סביב דת, שהפכה ללאום עם קבלת העצמאות (Devji 2013). ההשוואה שלי בין ישראל להודו מבוססת על מסגרת הדמוקרטיה הפורמלית, שמאפשרת השוואה איתנה יותר.

ברובד אחד, ההבדל הזה נעוץ בנסיבות ההיסטוריות. בישראל לא הוקמה בסופו של דבר מדינה פלסטינית בהתאם לתוכנית החלוקה, ולכן טשטוש הגבולות בין הפוליטי לביטחוני עיצב את היחס כלפי האוכלוסייה הפלסטינית (אוסצקי לור 2002), נתיני הממשל הצבאי שאזרחותם הייתה מוטלת בספק עד שנת 1952, שבה נחקק חוק האזרחות. גם לאחר קבלת האזרחות הפורמלית, מכלול הזכויות של המיעוט הפלסטיני ויכולתו להיות שותף בקבלת ההחלטות הלאומית היו כמעט אפסיים עד ביטולו של הממשל הצבאי ב-1966 (בוימל 2002).

ברובד אחר, משמעותי יותר, ההבדל נעוץ ביסודות משפטיים. היסטוריונים של המשפט רואים בהמשכיות המשפטית מהתקופה הקולוניאלית למדינה העצמאית עניין מצער אך הכרחי: המשטר החדש נזקק למערכת משפט שלמה ולכן להנהגת המדינה לא הייתה ברירה אלא להעתיק (שחר 2003). אחרים סבורים ששימור שיטת המשפט אמנם מושפע משאלות של זהות ותרבות (לחובסקי 1998) אך גם הם רואים את ההמשכיות כעניין הכרחי ואולי אף מובן מאליו. בניגוד להם, אני טוענת שהצורה שבה מתבצעת ההעתקה ממשטר אחד למשטר חדש היא בעלת חשיבות עליונה, שכן היא מכוננת את היחס בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת – יחס הקובע את כוחה של הפעולה הביורוקרטית. כתוצאה מכך, האופן הביורוקרטי שבו המדינה מפעילה את ארגון הכלים המשפטי שירשה מוביל לסרטוט הגבולות של הקהילה הפוליטית בפועל ומשפיע על הלגיטימציה לפגיעה בזכויות אזרח.

במאמר זה אני מבקשת להוסיף לשני הרבדים הללו, ההיסטורי והמשפטי, נקודת מבט ארגונית החושפת את הקשר בין חקיקה לאדמיניסטרציה במשטרים פוסטקולוניאליים השואפים לדמוקרטיה. אני עורכת השוואה ביקורתית² של האופן שבו הוסדרה ירושת תקנות החירום הקולוניאליות בשתי המדינות: בהודו, תקנות ההגנה לשעת חירום הפכו לחקיקה ראשית של הפרלמנט כמעט מיד לאחר הכרזת העצמאות. בישראל, כאמור, רק עתה נדונה הצעת חוק שנועדה להסדיר לראשונה את סמכויות החירום הביטחוניות בחקיקה ראשית. עד שתאושר, המדינה ממשיכה לעשות שימוש באוסף של פרקטיקות ורוטינות ביורוקרטיות שנבנו על צווים מתוקף תקנות ההגנה לשעת חירום. במוקד המאמר ניצבת השאלה כיצד השפיעה ההסדרה הזאת על גבולות הפעולה הביורוקרטית כשמדובר בפגיעה בזכויות אזרח לצרכים פוליטיים-ביטחוניים.

אני טוענת, על סמך התבוננות בפעולות של פקידים, כי המנגנון הארגוני ששימש את המדינות החדשות ליצירת המשכיות משפטית ואדמיניסטרטיבית בחקיקת החירום השפיע על הלגיטימציה של השימוש בחקיקת חירום כנגד אזרחים. השוואה בין חקיקת החירום בישראל ובהודו מאירה אפוא את המתח האינהרנטי המאפיין את העיקרון הליברלי של שלטון החוק: העיקרון הבינרי הזה (חוקי/לא חוקי) מייחס חשיבות רבה לאופן שבו מתקבלים חוקים במוסדות

2 בהשוואה זו אני נשענת על עבודות קודמות שעשו היסטוריונים של המשפט הישראלי, ובייחוד רון חריס (2003, 287). שחקר את שימור החקיקה בחברות פוסטקולוניאליות, וסנדי קדר (Kedar 2014), שעסק בהשוואה ביקורתית של ישראל, הודו ופקיסטן.

דמוקרטיים, כשההסדרה הפרוצדורלית הופכת פגיעה באזרחים ללגיטימית מבחינה ציבורית ופוליטית כל עוד היא עומדת בסטנדרטים מוסדיים (Lavi 2006). עם זאת הוא מתעלם במידה רבה מתוכנם של החוקים בהקשרם הפוליטי וממידת הפגיעה בזכויות אזרחיות ופוליטיות שבפועל מרוקנת את הדמוקרטיה מתוכן. ההשוואה מנכיחה את היחס הדיאלקטי, או אפילו את הסתירה (Luhmann 1988), בין הסדרה דמוקרטית-לכאורה של תקנות ההגנה הקולוניאליות, שהובילה בהודו לפגיעה רחבה יותר באזרחים כולם, לבין "מעשה הטלאים" (כהן 1998), כלומר שימוש מאולתר בתקנות ההגנה, שהוביל בישראל לפגיעה קשה במיעוט הפלסטיני – בתקופת הממשל הצבאי בתוך ישראל ולאחר 1967 בשטחים הכבושים.

המאמר מתבסס על חומרי ארכיון ממשרדי הפנים וממשרדי המשפטים בחמש השנים הראשונות לעצמאות של הודו וישראל (מגנזך המדינה בירושלים, מהארכיון הלאומי בדלהי ומהארכיון הלאומי בלונדון), בעיקר על תכתובת ארגונית של פקידים. בחלקו הראשון של המאמר אתאר את פרקטיקות הפעולה של משטור וניהול אוכלוסייה באמצעות חוקי חירום בתקופה הקולוניאלית, שפותחו באימפריה הבריטית בין שתי מלחמות העולם. בניגוד לניתוח המשפטי הרואה בהכרזת מצב החירום את הרגע המכונן של הריבונות – בין שמקבלים ובין שדוחים את הגדרתו של קרל שמיט (2005) שהריבון קובע את קו הגבול בין ידיד לאויב – אני מדגימה כי התהליך של סימון האוכלוסייה המסוכנת בקולוניות הוא תוצר של פרקטיקה ביורוקרטית, כלומר של רוטינות המתפתחות בתנאי מאבק ויוצקות תוכן מעשי ויומיומי אל תוך סמכויות החירום המתרחבות. הדיון יתמקד בפעולת סיווג האוכלוסייה באמצעות הפרקטיקה של יצירת "רשימות שחורות" ומיון של אסירים לפוליטיים וביטחוניים. פעולות הסיווג והמיון הפכו למעשה את חקיקת החירום לארגז כלים ששימש למניעת התנגדות למשטר – כלים כמו מעצר מינהלי, שהופעל בעיקר נגד מי שנחשד בפעילות נגד המשטר, והגבלות תנועה אחרות. סימון האוכלוסייה כונן את הקטגוריות "סיכון ביטחוני" ו"סיכון פוליטי" כקטגוריות נזילות ולא יציבות שמזינות זו את זו: המשטר הקולוניאלי, שנאבק בתנועות השחרור הלאומי, ראה בפעילות פוליטית ציבורית סיכון ביטחוני וסיווג אותה כפעילות אלימה (בצדק, מבחינתו). כפי שנראה, פרקטיקות סיווג וניהול של האוכלוסייה נדדו מהודו לפלשתינה ולקולוניות אחרות, בעיקר בעתות משבר, והעצימו את ההיגיון המוסדי המבוסס על טשטוש הגבול בין הפעולה הפוליטית לפעולה הביטחונית. לאחר קבלת העצמאות, ההיגיון המוסדי הזה, שהיה מרכיב חיוני בהפעלת סמכויות החירום, עבר בירושה אל תוך המנגנונים הביורוקרטיים של המדינות החדשות, אולם כל אחת מהמדינות הסדירה את הסמכויות בתקנות ההגנה שלה באופן אחר. הדיון בהודו יתמקד בכלים המשפטיים להתמודדות עם התנגדות פוטנציאלית למשטר (שהוסדרו בחקיקה ראשית), כלומר מעצר מינהלי, הגבלות תנועה ומתן סמכויות מיוחדות לכוחות הביטחון. הדיון בישראל יתמקד בשימוש הישיר בתקנות ההגנה במשטר ההיתרים של הממשל הצבאי בישראל.

חלקו האחרון של המאמר יעסוק בעבר הקרוב. בשני העשורים האחרונים, חקיקת החירום בישראל משלימה את המהלך שהתרחש בהודו, שבו הפרקטיקות הביורוקרטיות שמאפשרות

למנגנוני המעקב לסווג אוכלוסיות מיעוט כסיכון ביטחוני עוברות הסדרה פורמלית והופכות לחלק מחקיקה פלילית ראשית. חקיקת החירום, שבמקור נועדה להסדיר ניהול אוכלוסייה של נתינים המאיימים על המשטר הקולוניאלי, הפכה משנות התשעים בישראל ובהודו לחקיקה נגד טרור והעצימה את הקשר בין שתי המדינות כשותפות פוליטיות למלחמה בטרור הגלובלי. חקיקת הטרור בשתי המדינות נסמכת על שלושה אמצעים עיקריים שהתקבלו בירושה מהחקיקה הקולוניאלית: מתן שיקול דעת נרחב לפקידות הביטחונית; הגבלות תנועה; והכרזה על אזור כ"תשתית טרור". בהצעת החוק הישראלית, סיווג האוכלוסייה מתבצע באמצעות הגדרות רחבות במיוחד של פעילות הנתפסת כ"תומכת טרור": די בהשתייכות משפחתית או במקום מגורים כדי להגדיר אדם כתומך טרור. בהודו הסמכויות מופעלות על בסיס הגדרה של "אזורים מעוררים". בשני המקרים, ההגדרה המשפטית-גיאוגרפית מטשטשת את ההבחנה בין זהות ושייכות לבין סיכון ביטחוני (Kedar 2014). באופן כזה, ההיגיון הקולוניאלי של ניהול אוכלוסייה על פי דרגות של סיכון ביטחוני מתגלה כנדיב עיקרי בתפיסת "ביטחון המולדת" כפי שהוא מתבטא בשנים האחרונות בקולוניות לשעבר.

מיסוד החקיקה נגד הטרור, בהודו ועתה גם בישראל, מסרטט אפוא את גבולות החברות הפוליטיות. ניסיון לבחון את ההסדרה של סמכויות החירום מנקודת מבט ארגונית מבליט את הקשר בין שלטון החוק, גבולות הפעולה הביורוקרטית והלגיטימציה של המדינה לפגוע באזרחים. החקיקה נגד טרור מגדירה מהי אזרחות נאמנה מפני שהיא הופכת אוסף של פרקטיקות שלטוניות ביורוקרטיות — פרקטיקות שטשטשו בפועל את ההבחנה בין פעילות פוליטית לגיטימית לפעילות הנתפסת כסיכון ביטחוני — לחקיקה ראשית המאפשרת פעולה גלויה כנגד כל מי שהשלטון תופס כאוכלוסייה מסוכנת, לרבות אזרחים. וכך, דווקא ההסדרה הדמוקרטית לכאורה של החקיקה בישראל תאפשר פגיעה מקיפה באזרחים, לרבות באופוזיציה היהודית, על בסיס זהות ושייכות, כפי שכבר אירע בהודו.

א. מצב החירום וסיווג אוכלוסיות מסוכנות באימפריה הבריטית

כבר במהלך המאה השמונה-עשרה גילתה הפקידות ברחבי האימפריה הבריטית שהפעלת אלימות ישירה איננה תמיד אפקטיבית. הוחלט אפוא להילחם בעוינות האוכלוסייה לא רק באמצעות אלימות פיזית אלא באמצעות שליטה ביורוקרטית שתתמקד בניהול אוכלוסיות של נתינים. השליטה הזאת — שהלורד קרומר, מושל מצרים, כינה בשם "אימפריאליזם שפוי" (Baring 1912, 125) — נשענה על מסמכים ואישורים שאפשרו מעקב ופיקוח (Saumarez Smith 1985; Singha 2000) ועל צווי הגבלת תנועה, סגירת אזורים לתנועה ומשטרי היתרים שכוננו בין היתר בהודו, במצרים (Mitchell 2002), בכף התקווה הטובה (Benton 2002), בקפריסין ובפלשתינה (Berda 2014).

מקור הסמכות המשפטי של הכלים המינהליים הללו היה מארג מסיבי של תקנות לשעת חירום, מעין שעטנז של חוקים, צווים והסדרים אד הוק שיצרו מרחבים מינהליים

של שרירותיות במסווה של שלטון החוק: חקיקה אקס-טריטוריאלית, משטר צבאי, סיפוחים חלקיים, צווים מינהליים ועוד (שנהב 2006). הממשל הקולוניאלי הצדיק את השימוש בחוקים נפרדים לאוכלוסיות נפרדות (האירופים מצד אחד והגזעים הנתינים המקומיים מצד שני) בכך שמדובר בצרכים ביטחוניים בעתות חירום (Hussain 2003). הסיכון הביטחוני או החשד שיוחס לקהילה מסוימת התמזגו לעתים עם מאפיינים גזעיים או אזוריים והולידו חוקים שהתייחסו לשבטים "עברייניים". אוכלוסיות עוינות או מסוכנות סווגו לפי העיסוק העיקרי שרווח בקרבן או האזור הגיאוגרפי שהתרכזו בו (Nandi 2010).

השימוש במצב החירום היה העיקרון המארגן של הביורוקרטיה הבריטית האימפריאלית. הדבר אפשר השעיה של זכויות פוליטיות וכינון צווים שהעניקו להחלטות של פקידים תוקף של חוק. בשעת חירום מכונן מצב משפטי חריג באופן זמני. אולם כאשר אותה חריגה מושגרת וממוסדת והופכת למודוס אופרנדי של השלטון, התוצאה היא מצב חירום כרוני שיש לו שני אפקטים מרכזיים: הראשון הוא ממשל על בסיס צווים; והאחר הוא יצירה מתמדת של חריגים לחוק, חריגים לחריגים וכן הלאה. במצב חירום כרוני לפקידים יש יכולת לחוקק, משום שהחריג המינהלי הופך לחוק.³ כפי שהעיד המזכיר הראשי של ממשלת המנדט, "בפלשתנה חוקי החירום הצטברו והתהדקו כל כך עד שאפשר לומר שספר התקנות כולו יכול היה להפוך לתקנת-על פשוטה המאפשרת לנציב העליון לעשות ככל העולה על רוחו" (Coates 1992, 46).

כאמור, מסוף המאה התשע-עשרה הצדיקו הפקידים את הצורך בחקיקת חירום לנוכח המצב הביטחוני ועוינות האוכלוסייה, כמו גם המצב הכלכלי. אולם במרוצת הזמן, מצב החירום התמסד כחלק אינטגרלי ממערך האדמיניסטרציה. בתחילת מלחמת העולם הראשונה הייתה עלייה דרסטית בשימוש בתקנות ההגנה בעקבות חקיקת החוק להגנת הכתר בבריטניה (Defense of the Realm Act 1914). סדרה של חוקים דומים, שנגעו לקולוניות, אפשרו למושלים להוציא צווים מינהליים המשעים זכויות אזרחיות בסיסיות ובכך לעקוף הן את מערכות החקיקה המינימליות, שבהן היה לנתינים ייצוג (בקולוניה) והן את הביקורת של הפרלמנט (בבריטניה). המושלים נדרשו לחקיקת החירום, שכן היועץ המשפטי לממשלת בריטניה הגביל את הפקידות בקולוניות והתנגד להכרזה על משטר צבאי. וכך, הממשל בהודו הבריטית פיתח ארגון כלים אדמיניסטרטיבי ששאב סמכות ממכלול חוקי חירום שהגבילו תנועה או הכריזו על אזורים שלמים כאזורים מסוכנים.⁴

3 במדינה הקולוניאלית הכוח המינהלי לחוקק חוקים בפועל באמצעות צווים או חריגים לחוק היה משמעותי מאוד משום שהמועצה המחוקקת הייתה כפופה בעצמה לממשל. בהודו, ממשל באמצעות צווים החל אחרי המרד הגדול של 1857, שבעקבותיו הסדירה בריטניה את שליטתה בתת-היבשת. חוק המועצה של הודו (1861) העניק למושלים סמכות לחוקק באמצעות צווים בעתות חירום כדי להבטיח את הסדר הציבורי. אחריו חוקקו שני חוקי מסגרת (Government of India Act, 1919 and 1935), שגם הם העניקו למושלים סמכות לחוקק צווים.

4 Defense of India Act and Rules; The Detention and Restriction of Movement Act; Disturbed Areas Act

בין מלחמות העולם יצרה ממשלת הודו את ה־Foreigners Acts והתקנות הנלוות להם, אשר הסמיכו שוטרים ומושלי מחוז לעקוב אחר תנועתם של זרים ברמה היומיומית. חקיקת החירום בקולוניות הסמיכה פקידים ושוטרים לעשות שימוש באמצעים קיצוניים, אך מעולם לא נכתב בה במפורש כנגד איזו אוכלוסייה ניתן או רצוי להשתמש בכלים הללו. הפרקטיקות הנפרדות לכל אוכלוסייה לא הוסדרו בחוק, וההפליה לא מצאה את דרכה אל לשונם האוניברסלית של החוקים הרשמיים הנוגעים לענייני ביטחון וסדר. לכן, למרות הפליה שיטתית על בסיס גזע, מראית העין של שלטון החוק נשמרה גם בטקסט של חוקי החירום. ב־1939, עם פרוץ מלחמת העולם השנייה, חוקקה ממשלת בריטניה את תקנות ההגנה לשעת חירום בכל רחבי האימפריה, שנתנו לפקידות הבכירה סמכות מפורשת להשעות את זכויות האוכלוסייה האזרחית בקולוניות. במהלך המלחמה כוננה ממשלת הודו משטר היתרים על הגבול עם בורמה באמצעות תקנות ההגנה (במקום שימוש בדרכונים ובאשרות) ומנעה תנועה באזורים "מסוכנים" (dangerous) או "מעורערים" (disturbed). מרגע שאזור הוכרז כאזור מסוכן או מעורער נדרש אישור ספציפי להיכנס אליו, לצאת ממנו ולנוע בתוכו. תקנות ההגנה לשעת חירום העניקו לפקידות הבכירה סמכות של חקיקה באמצעות צווים, ופגעו קשות אפילו במראית העין של הפרדת הרשויות, שכן הן אפשרו לרשות המבצעת של הקולוניות לעקוף את הפרלמנט במטרופולין. הן העניקו סמכויות מרחיקות לכת שאפשרו מעצרים, מבצעי חיפוש והחרמת רכוש ללא צווים, גירוש וכינון בתי משפט צבאיים שבהם שופטים צבאיים דנו בענייניהם של אזרחים ללא זכות ערעור. התקנות אפשרו לפקידים להשעות זכויות בסיסיות כמו הזכות להליך הוגן, לכונן חקיקה רטרואקטיבית, ולהורות על מעצר מינהלי, גירוש או הוצאה להורג של מתנגדי המשטר. התקנות גם אפשרו מניעת תנועה של יחידים באמצעות יצירה של מחסומים ומכשולים.⁵ חקיקת חירום, צווים והנחיות התרבו בתקופות מלחמה, אך לאחר מכן אותן הסמכויות הוסדרו בחוק בעת שלום (Kalhan 2006) — תופעה שאכנה להלן "השגרת מצב החירום" (Routinization of Emergency).

1. "ציר החשד": רשימות שחורות בהודו

לשלטון הקולוניאלי לא היו משאבים או צורך להפעיל מערכת מורכבת של איסורים ומניעות באופן גורף כנגד האוכלוסייה כולה. כדי להשתמש באופן אפקטיבי בחקיקת החירום ככלים מינהליים לשליטה, הפקידים נזקקו לקטגוריות שיאפשרו להם למיין את האוכלוסייה ולזהות "אוכלוסייה מסוכנת".

מחקר היסטורי עשיר הראה שהשלטון הקולוניאלי הבריטי בהודו וברחבי האימפריה היה מוטריד מאוד מנושא השליטה על האוכלוסייה הכבושה וניהולה ועסק ללא הרף בטקסונומיה

5 ראו סעיפים 108–110 לתקנות ההגנה (שעת חירום); Defense of India Rules 1915; Cyprus Emergency Regulations of 1955.

של מאפייניה הדמוגרפיים: גזע, מעמד, דת, מין, קסטה ואזור.⁶ לטענתי, מעבר למיון על בסיס המאפיינים הדמוגרפיים היה ציר נוסף למיון אוכלוסייה שהיה חיוני לשליטה הבריטית הקולוניאלית: לציר הזה, שמיון את האוכלוסייה על בסיס של סיכון ביטחוני, אני קוראת "ציר החשד" (Axis of Suspicion). כפי שהראיתי במקום אחר (Berda 2014), בחינה של אלפי מסמכים מתקופת הראג' – השלטון הבריטי בתת-היבשת ההודית – אפשרה לי לסרטט מנעד של קטגוריות לסיווג אוכלוסייה על פי אופי הקשר בינה לבין השלטון: אזרחים נאמנים; משתפי פעולה עם השלטון; אלה שנאמנותם מוטלת בספק; ולבסוף, חשודים ואויבי המדינה. הקטגוריות לא הוגדרו בהכרח בשם מפורש; את המיפוי הזה ביצעתי על בסיס מסמכי זיהוי, טפסים שדרשו המלצות או ראיות ל-"good character", בקשות להיתרים, טופסי קבלה לעבודה או מכתבי המלצה לקבלת אישורי מעבר לאזורים "בעייתיים" כמו קשמיר. פרופילים של חשודים הועברו גם בדיווחים דו-שבועיים ממושלי המחוזות למשרד הפנים – דיווחים שהפכו במרוצת הזמן לרשימות של חשודים. היו שלוש דרכים לסווג אדם כחלק מאוכלוסייה חשודה: לפי שייכות לקבוצת אוכלוסייה דתית, אזורית או פוליטית או לשבט עברייני (Criminal Tribe);⁷ על בסיס מידע מודיעיני שאיתר פעילות חשודה; או לפי חשד המבוסס על המלצה או הערה בטופס רשמי. סיווג על פי הסיכון הביטחוני כלל מגוון של פעילויות פוליטיות: הפרת הסדר הציבורי, סיוע לשובתים, פעילות מחאה ופעילות כנגד המשטר הקולוניאלי, גם באמצעים לא אלימים.

כלי מרכזי למיון היה "רשימות שחורות" של חשודים ומבוקשים, שהגדירו אנשים ברמות שונות של סיכון ביטחוני או נחשבו בלתי רצויים באופן זה או אחר. הרשימות יצרו ואימצו קטגוריות חשד שהיו נזילות, עברו שינויים תכופים והיו נתונות לשיקול דעתם של פקידי ממשל, שוטרים ושומרי גבולות. הרשימות גם הפכו לאתר של משא ומתן פנים-ביורוקרטי על סדר העדיפויות הביטחוני של ניהול האוכלוסייה. לדוגמה, רשימת החשודים של משרד הפנים הבריטי (British Home Office Suspect List) נוצרה לראשונה במהלך 1914 כרשימה של עבריינים נמלטים ועריקים, אך עד מהרה היא הורחבה וכללה גם מתחזים, מרגלים ושאר אויבי הכתר. במהלך מלחמת העולם השנייה, כשממשלת הודו הבריטית הידקה את הפיקוח על הגבולות, הפכה הרשימה לאמצעי ממשל חיוני במערכת הזיהוי של האוכלוסייה. חשיבותה של הרשימה התעצמה עם התרחבות חקיקת החירום והשימוש בה גאה בעתות משבר, גם בפלשתינה ובקפריסין, וכעבור זמן במלאיה ובחוף הזהב (לימים גאנה).

רשימת החשודים הייתה עורק של מידע שנשלח לפקדי הגירה במעברי הגבול כדי למנוע תנועה חופשית של חשודים ועבריינים, אך היא שימשה גם כלי לסימון קבוצות ויחידים שיש

6 ראו Cohn 1987; Devji 1992; Appadurai 1993; Jalal 2002; Guha 2003.

7 שבטים עברייניים בהודו היו אוכלוסיות שהוגדרו כך בחוק, בדרך כלל על בסיס עיסוק או בשל אורח חיים נוודי. אוכלוסיות נוודיות, או קשות להגדרה ולמיפוי של הממשל, היוו סיכון ביטחוני בגלל חוסר הוודאות של אפשרות השליטה בהן.

לעקוב אחריהם ולאסוף עליהם מודיעין.⁸ הצורך באיסוף מודיעין ניכר בכותרות העמודות שהרכיבו את רשימת החשודים: שם; תאריך לידה; לאום; ותיאור העיסוק או הנטייה הפוליטית של החשוד. העמודה האחרונה חושפת את ההיגיון המשונה של הרשימה השחורה. כיוון שגבולות ההגדרה של אוכלוסיות חשודות היו נזילים גם עיסוקו של אדם היה עשוי להפוך אותו לחשוד: פשיסט, זונה, טבח ספינה, סוכן מסחרי, חייל, עורך דין, עיתונאי, מכונאי רכב, חייט, סוכן מכירות. לא היה אפשר לדעת מראש איזה מאפיין יהפוך אדם לחשוד.⁹ היקף שיקול הדעת בהכרעה על טיב המאפיינים שהכניסו אדם לרשימות השתנה ממחוז למחוז ומביקורת גבולות אחת לאחרת.

לעיסוק האובססיבי של השלטון הבריטי בחלוקה חוזרת ונשנית לקטגוריות של חשד ולאופן הייצור של "האוכלוסייה המסוכנת" יש דוגמאות למכביר. למשל, באמצע מלחמת העולם השנייה, בעקבות חשש כבד מפלישה יפנית מכיוון בורמה, כונן הממשל במדינת אסאם (Assam) שבגבולה המזרחי של הודו מערכת סינון וסיווג שנועדה לאפיין ולכלוא מרגלים פוטנציאליים. הנכנסים להודו מאזורי אויב סווגו לשלוש קטגוריות: "שחורים", "אפורים" ו"לבנים". אף שהקטגוריות לא הוגדרו רשמית, אחד הפקידים אפיין את הקבוצות כך:¹⁰ "שחורים" נחשדו בשיתוף פעולה אקטיבי עם האויב והיו סיכון ממשי של ריגול, ועל כן הוחזקו במעצר תחת שמירה כבדה. "אפורים" היו אלה שהדאיגו את השלטונות מספיק כדי להטיל עליהם הגבלות תנועה. הם שוחררו אך חויבו בצו להישאר בתחומי כפרם למשך חודש. "לבנים" שוחררו מיד כי לא היו סיכון ביטחוני כלל. המחלקה במשרד הפנים שעסקה בפעילות פוליטית פנימית הדגישה את חשיבות צווי הגבלת התנועה של עצירים ביטחוניים "אפורים", "על מנת למנוע מהם לפעול כנגד ביטחונה של הודו הבריטית".¹¹ למשל, בעניינו של מר פורקה ראם ממדינת ג'ודפור נקבע כי "צווי המניעה נועדו להבטיח שלא יצא מאזור מסוים ולא יוכל להתרועע ולהיפגש עם גורמים אחרים, אבל ניתן לאפשר לו תנועה על מנת שיוכל להתפרנס, כל עוד המשטרה יכולה לעקוב אחריו ואחר תנועותיו".¹²

דוגמה נוספת, לאחר מלחמת העולם השנייה סווגו אסירים פוליטיים בהודו לשתי קטגוריות: אסירים שהורשעו בעברות פוליטיות וריצו את עונשם או המתינו לביצוע גזר דין מוות; ואסירים שנעצרו מעצר מינהלי ללא משפט. האחרונים סווגו אף הם לקטגוריות: חברים במפלגת הקונגרס (שנקראו גם "גנדהיאנים"); עצירים מסוכנים בדרגות שונות (בהם

8 National Archives of India (NAI: להלן), Ministry of Home Affairs (MHA: להלן), 13/3/47, Political

External Branch. "Instruction for use of the Home Office Suspect Index on 25.11.1946"

9 NAI, MHA, 13/3/47, "Political External Example of suspect list for March 1946"

10 NAI, Home Department (HD: להלן), 39/30/44, "Political Internal letter from R. Tottenham, on machinery for examining refugees coming into India from the Eastern frontier" 22.2.1944

11 NAI, HD, 39/70/45, "Political Internal, Restriction Order of S. Vailu to Madras for 2 months, by Joint Secretary Cracknell, 20.7.1945"

12 NAI, HD, 39/24/45, "Political Internal Letter on the repatriation of security prisoners classified 'grey' to their home in Indian States 14.6.1945"

טרוריסטים, ונדליסטים ועבריינים פוליטיים אחרים); ואסירים ביטחוניים פליליים (שנקראו גם Goondahs).¹³ הליך סיווג העצירים המינהליים היה חשוב במיוחד כי שחרור אסירים שהיו פעילים בתנועה הלאומית ההודית היו כלי פוליטי במשא ומתן שניהל השלטון הקולוניאלי מול מפלגת הקונגרס ותנועות יריבות לה.

מבחינת הפקידים היה סימון הגבול בין עברות פוליטיות לעברות ביטחוניות משימה מינהלית מעוררת חרדה. הקושי הזה ניכר בדיון הפנימי שנערך במשרד הפנים של ממשלת הודו: "כל האנשים המרצים עונשים על פשעים שבוצעו בתקופת המרד של הקונגרס ביצעו עברות חמורות, ואפשר לומר בביטחון שהפעילויות שבגללן הם כלואים נמצאות בדיוק מחוץ [לגבולות של] פעילות פוליטית בלתי אלימה". בתגובה כתב בכיר במשרד הפנים כי "למרות הקושי בהגדרה [מהם] פשעים פוליטיים ו'מהם פשעי אלימות', חשוב מאוד שהממשלות המקומיות יעשו זאת".¹⁴

סיווג האוכלוסייה על בסיס חשד היה הבסיס לשימוש בחוקי החירום שהגבילו תנועה. למשל, הוראות המעצר והרישום 1919 בתקנות ההגנה על הודו הסמיכו עובדי ציבור למנוע תנועה של אנשים חשודים או קהילות חשודות באזור מסוים. "חוק הסמכויות המיוחדות של בנגל 1946" העניק לשוטרים מקומיים סמכות להורות על עוצר ולהכריז על תנועה בהיתר בלבד. העונש על תנועה ללא היתר היה שישה חודשי מאסר.¹⁵ מרחבים שלמים הפכו לאזורי חירום, כמו ב"פקודת האזורים המעורערים (סמכויות מיוחדות לכוחות הביטחון) של מדרס 1947", שהסמיכה את מפקד המשטרה המקומית לירות במפרי עוצר.¹⁶ "חוק הביטחון הציבורי של פנג'אב 1947" העניק סמכויות מיוחדות "להבטיח את הביטחון והסדר הציבורי" ולהגביל תנועה של חשודים לאזור מסוים, שבו נדרשה האוכלוסייה לקבל היתר כניסה ויציאה ממושל המחוז.¹⁷ כפי שאראה להלן, כל חוקי החירום הללו, שיושמו בהודו, עברו אחר כך לפלשתניה, בתקופת המרד הערבי.

2. מבנגל לפלשתניה: דיפוזיית פרקטיקות החירום

השליטה בתנועת האוכלוסייה העסיקה את הממשל הקולוניאלי עוד מימיו הראשונים של המנדט הבריטי בפלשתניה-א", משום שעניין הגירתם של יהודים לקולוניה וניסיון הפיקוח על ההגירה דרשו מערכת מורכבת של תקנות ומסמכים.

13 NAI, HD, 44/13/A 45, "Political Internal letter from Viceroy's assistant to Sir Francis Mudie of the Home Department. 11.7.1945"

14 NAI, HD, 44/13/A 45, p. 34, "Jenkins to Home Department, 3.11.45"

15 NAI, HD, 25/4/47, Political Internal Branch, "The Bengal Special Powers Amendment Ordinance 1946"

16 NAI, HD, 13/9/46 – 49 B pp. 2–3, "The Madras Disturbed Areas (Special Powers of Armed Forces) ordinance 1947 minutes of the Home Department, 7.7.47"

17 NAI, HD, 20/41, Political external branch

אי-הוודאות והאלימות הבין-קהילתית שהתפרצה מפעם לפעם התעצמו עם פרוץ המרד הערבי הגדול בשנת 1936, כשתושבים ערבים מחו ופעלו באלימות נגד הממשל עקב מה שראו כשיתוף הפעולה של הבריטים עם ההגירה היהודית. בחפשה אחר דרכים לדכא את ההתקוממות הערבית פנתה ממשלת המנדט לחקיקת החירום בהודו – ובאופן ספציפי לאוסף חוקים שפרסם משרד הפנים ההודי ב־1934 והעניק סמכויות מיוחדות להתמודד עם טרוריסטים ושאר פעילויות חתרניות.¹⁸ בשנת 1936 הורה הנציב העליון על משטר צבאי שהתבסס על חקיקת חירום שהעניקה לו סמכות למשול באמצעות צווים, "על מנת להגן על אוכלוסיית פלשתינה".¹⁹ תקנות ההגנה לשעת חירום בפלשתינה נבנו על בסיס חוקי ההגנה של הודו.²⁰ השימוש הראשון שנעשה בארגו הכלים של חקיקת החירום שיובאה מבנגל לפלשתינה היה לצורך הפקעת בניינים לצרכים חיוניים, שליטה על תחבורה ועל כלי נשק, צנזורה, הגבלות תנועה וגירוש. משטר התנועה שהתבסס על פרקטיקות שפותחו בהודו – רשימות חשודים, שיטור ומעקב אחר אוכלוסייה אזרחית – הלך והשתכלל במהלך שנות המרד הערבי. הרשימות השחורות שיצרה ממשלת המנדט היו דומות לרשימות החשודים בהודו אך התמקדו בסיכון הביטחוני יותר מאשר בהיבטים אחרים של הפרעה לשלטון. כבר משנות השלושים היו רשימות שחורות נפרדות לערבים וליהודים. הרשימה השחורה של היהודים לא כללה עיסוק – פרט זה היה רלוונטי פחות עבור אוכלוסייה מהגרת – אלא הדגישה מדינת מוצא ושייכות פוליטית, במיוחד לארגונים קומוניסטיים.

בשנים 1936–1939 חייתה האוכלוסייה הערבית תחת משטר צבאי כבד. הבריטים הפעילו ענישה קולקטיבית כלפי כפרים שנחשדו כי הגיעו מהם מורדים. מחלקת המודיעין המרכזית (CID) עבדה כגוף חוקר עבור הצבא והמשטרה והכינה רשימת מבוקשים שכללה יותר מאלפיים איש שסווגו על פי שיוך משפחתי, קשרים פוליטיים ומיקום גיאוגרפי (Berda 2014). חיילים ושוטרים ערכו חיפושים בכפר כדי לאתר את האנשים שברשימה השחורה, בין השאר באמצעות מודיע שפניו כוסו בשק (על מנת למנוע את זיהויו), שהצביע על האנשים שהופיעו כמבוקשים ברשימה (Hughes 2009).

ב־1945 החליטו הזרועות הצבאיות של כמה ארגונים יהודיים לפתוח במאבק משותף (המרד העברי) נגד השלטון הבריטי, שהאינטרסים שלו התנגשו עם התנועה הציונית ופגעו בהגירה היהודית. בכירים בסוכנות היהודית, אישים פוליטיים שהשלטון הקולוניאלי ראה

18 בתיק משנת 1936 של משרד הקולוניות, שעסק במשטר צבאי ובפרעות בפלשתינה, מצאתי אגר של חקיקת חירום מבנגל אשר שימשה, על פי ההערות בתיק, טיוטה שממנה גזרו והעתיקו את הסעיפים הרלוונטיים לתנאים בפלשתינה המנדטורית. CO/ 733/ 315/2, Part II, (להלן: TNA), The National Archive UK.

19 TNA, CO 733/320/15, "Palestine Martial Law (Defense) Order in Council of July 23, 1936. 3 Government of Palestine Ordinances, 259, Supp. No. 2 to Palestine Gazette Extraordinary No. 584 (19.4.1936)."

20 תקנות ההגנה לשעת חירום היו גרסה של תקנות ההגנה על הודו. הן היו בשימוש בפלשתינה המנדטורית ובקפריסין על בסיס תבנית שיצרה במקור ועדה בין-משרדית עבור משרד הפנים הבריטי על מנת ליישמה בהודו ובבורמה. India Office Records, Public and Judicial (S)/ 1925, p. 13.

בהם בעלי ברית, השתתפו בתכנון המרד. במסגרת הניסיון להתמודד עם המרד העברי נחקקו "תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945", שהעניקו למושל ולפקידות הבכירה סמכויות נרחבות והובילו לשלטון אוטוריטרי שנהג ביד קשה באוכלוסיות שנתפסו כמסוכנות על ידי הבריטים. הן העניקו לאנשי צבא סמכות מינהלית לערוך חיפושים, החרמות, גירושים ומעצרים מינהליים, וכוננו טריבונלים מעין משפטיים שבהם דיני הראיות במשפטים פליליים הוחלפו בשיקול דעתם של פקידי הביורוקרטיה. מלבד הגבלות על תנועה והכרזות על אזורים צבאיים סגורים, התקנות אפשרו לפקידים להגביל זכויות בסיסיות של הליך הוגן, להחרים רכוש ולהורות על גירוש והגליה, ובמקרים קיצוניים להורות על הריסת בתים של משפחות החשודים בביצוע פעולות אלימות ואף על עונש מוות לפעילים פוליטיים מיליטנטיים.²¹ בעקבות פיצוץ גשרים, בתי מעצר ומסילות רכבת הורכבה רשימה של יותר מ-3,500 יהודים שנחשדו בהשתתפות בפעילות צבאית נגד ממשלת המנדט. בשבת אחת ביוני 1946 ערכה המשטרה הבריטית את "מבצע אגתה" (המכונה "השבת השחורה"), שבו הטילה עוצר על כל הערים והכפרים היהודיים ועצרה יותר מאלפיים איש על פי אותן רשימות שחורות.

מיון האוכלוסיות בפלשתינה המנדטורית על פי דרגות של חשד וסיכון היה פשוט יותר מהמטריצה של הסיווג בהודו, בין השאר משום שמשנת 1935 ואילך הבריטים טשטשו את ההבחנה בין דת, גזע ולאום וסיווג את אוכלוסיית פלשתינה בדוחות ובטפסים לקטגוריות של יהודים או ערבים. אולם מגוון הכלים המשפטיים-מרחביים ששימשו לשליטה באוכלוסייה היה עשיר לא פחות מאשר בהודו, עקב החשיבות של מיפוי קרקעות ואזורי שיפוט למאבק בין היהודים לערבים, וגם בשל העיסוק הביורוקרטי הבריטי במניעת ההגירה הבלתי חוקית של היהודים ובפרקטיקות מתוחכמות של שמירה על גבולות.

ב. ירושה קולוניאלית: היחס לחקיקת החירום בהודו ובישראל

קץ השלטון הבריטי בהודו ב-1947 ובפלשתינה ב-1948 עמד בסימן אלימות ועקירת אוכלוסייה בהיקף עצום שליוו את חלוקת שני המרחבים — חלוקה שמומשה (הודו/פקיסטן) וחלוקה שלא הושלמה (ישראל/פלסטין). ארגז הכלים שהותירה אחריה המערכת הביורוקרטית הקולוניאלית — כלומר רפרטואר הכלים המשפטיים-מרחביים לשליטה באוכלוסייה בעתות משבר וחירום, לצד חוקי המעצר המינהלי והצנזורה — שירת עתה את השלטון במדינות העצמאיות. ההיגיון השלטוני שהגדיר ואפיין אוכלוסייה כעוינת, והפרקטיקות ששימשו לשליטה באוכלוסייה, השפיעו עתה באופן דרמטי על המיעוטים שנשארו בהודו ובישראל לאחר החלוקה/המלחמה. גבולות החברות הפוליטית במדינות העצמאיות הוגדרו כעת על ידי הפרקטיקות הביורוקרטיות של ניהול מצב החירום.

21 סעיפי הריסת הבתים היו ייחודיים לתקנות ההגנה בפלשתינה-א"י (ראו צור 1999, 67).

השימוש הראשוני בירושה הקולוניאלית היה כינון משטרי תנועה. בעשור הראשון לעצמאות הנהיגו ישראל והודו משטרי היתרים כדי לשלוט על תנועת האוכלוסייה של הפליטים ששבו לאחר מלחמת העצמאות והחלוקה (Zamindar 2007; Robinson 2013). פליטים אלו נקראו בישראל "מסתננים" ובהודו "מרגלים". מערכות משפטיות-מרחביות אלו היו למעשה מנגנונים מוסדיים שעיצבו את גבולות השייכות הפוליטית באמצעים אדמיניסטרטיביים. בשנים שבין קבלת העצמאות לחקיקת חוקי האזרחות הפורמליים הייתה משימתם של אנשי הממשל הצבאי בישראל ואנשי משרד הפנים בהודו גם למנוע מהפליטים לחזור לפני שיכלו לדרוש אזרחות. משטרי ההיתרים מיסדו את הקטגוריות שעל פיהן סיווגה המדינה את הנתינים (אזרחים, תושבים, פליטים או מסתננים) ואת מסמך הזיהוי שהחזיק הנתין (תעודת זהות, תעודת זהות זמנית, תעודת מעבר), והעניקו משמעות מרחיקת לכת למיקומו הפיזי של אדם בתאריך הקובע בחוק לצורך קביעת מעמדו (Jayal 2013). פקיד משטר ההיתרים יצרו מגוון טפסים, תקנות והנחיות מינהליות פנימיות שנועדו להיות זמניים אך בפועל התקבעו והכו שורש. כך הפכו אמצעי החירום של הקולוניה לבסיס הקבוע של הביורוקרטיה המדינתית בפוסט-קולוניה. הדבר נעוץ בין השאר בקשר הביורוקרטי שבין ההגבלות השונות: משטרי ההיתרים שנועדו למנוע או להאט את תנועת האוכלוסייה בעתות משבר נשענו על סיווג אוכלוסייה על בסיס חשד או סיכון ביטחוני; סיווג האוכלוסייה על בסיס חשד היה הבסיס לשימוש במעצרים מינהליים ובכלים חוקיים אחרים שנועדו לפגוע באופוזיציה למשטר.

שתי הקולוניות לשעבר שימרו באופן כמעט זהה את תוכנה של חקיקת החירום ואת ההיגיון המוסדי של סיווג האוכלוסייה על בסיס ביטחוני. עם זאת, אופן ההסדרה של חקיקת החירום היה שונה. בהודו, סמכויות החירום בתקנות ההגנה הוסדרו בחקיקה ראשית של הפרלמנט ההודי. בישראל לעומת זאת, הביורוקרטיה הממשלתית והממשל הצבאי השתמשו בארסנל הסמכויות של תקנות ההגנה עצמן (Lustick 1980), שהעניקו לפקידים כוח אדיר לקבוע פרקטיקות ורוטינות של הפליה קטגורית. למנגנון ההמשכיות של תקנות ההגנה היו השלכות שונות לגמרי על גבולות הפעולה הביורוקרטית ועל הלגיטימציה הציבורית והפוליטית שאפשרה לפקידות ולכוחות הביטחון לעשות שימוש בחקיקת החירום — בהודו כנגד אזרחים (לרבות אוכלוסיית הרוב ההינדי), ובישראל כנגד נתינים (ובאופן כמעט בלעדי כנגד המיעוט הפלסטיני).

כדי לעמוד על ההבדלים הללו תתמקד ההשוואה הביקורתית שאני עורכת כאן בין הודו לישראל בקשר בין ההסדרה המשפטית לבין היקף הפעולה האדמיניסטרטיבית (כמו הגבלת תנועה, מעקב אחר אוכלוסייה, דרישות למסמכי זיהוי, יצירת רשימות מבוקשים למעצר מינהלי, הכרזות על שטח צבאי סגור ועוד) שמתאפשרת כלפי אוכלוסיות מסוימות על פי הסטוס שלהן כאזרחים, נתיני ממשל צבאי, או פליטים/מסתננים. בהודו אתמקד בשתי סמכויות חירום שהורשה הממשלה הקולוניאלית להודו העצמאית ושהוסדרו בחקיקה ראשית בשנים הראשונות: מעצר מינהלי מניעתי (בשל החשד שיעברו עברה כנגד המדינה), ומתן

חסינות לפעולות של אנשי צבא או משטרה באזורים המוגדרים כמעוררים או מסוכנים. בישראל, שבה הסמכות למעצר מינהלי נשענה על חקיקת החירום הקולוניאלית עצמה, אתמקד במשטר ההיתרים בתקופת הממשל הצבאי שהוחל על הפלסטינים שנותרו בשטחי '48 – משטר שנשמך כולו על תקנות ההגנה לשעת חירום. ההשוואה מחדדת את הקשר בין אופן ההסדרה המשפטית של התקנות הקולוניאליות ללגיטימציה של המדינה להשתמש באמצעים הביורוקרטיים של חקיקת החירום כנגד אוכלוסיות שונות.

1. חקיקת החירום בהודו

כדי להבין את מה שהתרחש בהודו עלינו לשוב ולו בקצרה אל התקופה הקולוניאלית ואל המקורות של חוק המעצר המניעתי ושל חוק סמכויות מיוחדות לכוחות הביטחון. המעצר המניעתי בצורתו המודרנית החל בהודו עם חקיקת החירום של מלחמת העולם הראשונה. בסיום המלחמה פג תוקפם של הסעיפים שהסמיכו הוראה על מעצר מניעתי, אך אלו הוחלפו בחוקים פוליטיים שאפשרו מעצר מניעתי, פגיעה בהליך הוגן והחרמת רכוש, כדוגמת חוק ראולט (Rowlett) הידוע לשמצה והתיקון לפקודת העונשין של בנגל.²² חוקים אלו אפשרו לממשל לעצור כל אדם שנחשב סיכון לסדר הציבורי, לביטחון הלאומי או להספקת צרכים חיוניים לקהילה. חוק ראולט היה גורם מרכזי בהקמתה של תנועת אי-שיתוף הפעולה של גנדהי כנגד הבריטים ב-1922, כשהתנגדות העממית למעצר מינהלי הייתה בשיאה. בעקבות אותה התנגדות הניח הממשל לחוק עצמו לפוג, אבל המשיך לקיים נוהל של מעצרים מניעתיים ופעילות ענפה של דיכוי פוליטי באמצעות צווים מינהליים שראש ממשלת בריטניה מלקולם מקדונלד כינה בעצמו "ממשל באמצעות צווים" ("government by ordinance"; Kalhan, 2006, 129).

המעבר משלטון קולוניאלי לממשלה מקומית החל למעשה כעשור לפני קבלת העצמאות. ב-1935, חוק ממשלת הודו (שנחקק בידי הבריטים אבל שימש בסיס לחוקה ההודית) חילק מחדש את סמכויות החקיקה בין הממשל הפדרטיבי המרכזי לבין ממשלות הפרובינציות. בעקבות זאת, פוליטיקאים ממוצא הודי השתלבו בהדרגה במנגנון הפוליטי של ממשלות הפרובינציות, שקיבלו סמכויות להכריז על מצב חירום במקרה של התקפה מבחוץ, ערעור על השלטון מבפנים, כישלון המנגנון החוקתי בפרובינציות או מצב חירום שנוצר עקב משבר כלכלי.

²² שמו הרשמי של החוק היה The Anarchical and Revolutionary Crimes Act, 1919. החוק אפשר לבריטים להשתמש בסמכויות החירום שניתנו לשלטון בעת מלחמת העולם הראשונה גם אחרי המלחמה. החוק נועד לדכא פעילות פוליטית אופוזיציונית ועורר התנגדות רחבה מאוד שכן הוא אפשר מעצר ללא משפט ללא הגבלת זמן, צנזורה קשה ושימוש בעדים חסויים במשפטים על עברות שהוגדרו כעברות טרור.

אנשי מפלגת הקונגרס הרבו להוקיע את השימוש הבריטי בתקנות ההגנה כנגד פעילים פוליטיים. כרוז בחירות של מפלגת הקונגרס מ-1936 הבטיח שהמפלגה "תנקוט את כל הצעדים האפשריים כדי לסיים ולבטל את הצווים, החוקים והפקודות שמדכאים את העם ההודי ומרסקים את שאיפתם לחירות".²³ אבל אחרי הבחירות, כשהחלו אנשי מפלגת הקונגרס לכהן בממשלות הפרובינציות הללו, הם השתמשו באותן התקנות ממש כנגד תנועות אופוזיציה ואף כנגד קבוצות פוליטיות לשחרור לאומי שהתפצלו ממפלגת הקונגרס על רקע פוליטי, אתני ומעמדי. כך למשל, כבר מ-1937 השתמשו נבחרי ציבור הודים באותן סמכויות חירום ששנתיים קודם לכן נאבקו נגדן מרה כדי לאפשר מעצרים מניעתיים של פעילי אופוזיציה מימין ומשמאל (מפלגת RSS והקומוניסטים). הם פגעו באופוזיציה באמצעות חוקים חדשים להגנת הציבור (Public Safety Acts), שהיו חוקים אזרחיים שהכילו את הסעיפים המקוריים של תקנות ההגנה. השימוש שעשו פוליטיקאים הודים בחקיקת החירום לדיכוי הפעילות הפוליטית של יריביהם עורר אכזבה ציבורית עצומה. ב-1946 קרא מנהיג אופוזיציה לפרלמנט הזמני שיואיל להסביר "מדוע כאשר מפלגת הקונגרס מושלת בממשל המרכזי, במשרדי הממשלה ובפרובינציות, הוכרזו צווים המאפשרים מעצר ללא משפט, סמכות להחיל קנסות קולקטיביים באופן שרירותי, מעקב אחרי מפגשים פוליטיים של הציבור ופגיעות קשות בזכויות האזרחיות של העם באמצעות המשך של חוקי ההגנה על הודו בצורה זו או אחרת?"²⁴

אחרי קבלת העצמאות חוקק הפרלמנט הזמני את חוק המעצר המניעתי, ה-PDA (The Preventative Detention Act). חוק זה עורר מחלוקת קשה ונתפס בציבור כלא חוקתי, אך בית המשפט העליון של הודו הכריע שהחוק עומד בתנאים להפרת זכויות אזרח לצורך שמירת הביטחון הלאומי (Singh 2007). אף שה-PDA הוסדר בחקיקה ראשית, אופן הפעלת המעצר המינהלי על ידי הביורוקרטיה היה כמעט זהה לזה של האדמיניסטרציה הקולוניאלית לפני העצמאות. משרד הפנים יעץ לפקיד ממשלות הפרובינציות להשתמש באותם צווי מעצר (ואף באותם הטפסים ממש) כנגד אנשים שהיוו "פוטנציאל של סיכון ביטחוני למדינה". כך, בפעולת גזירה והדבקה פשוטה שונה מקור הסמכות מ"הגנת הודו הבריטית" ל"הגנה על הציבור".²⁵ בשנת 1952 הוקמה ועדה שהייתה אמורה להציע תיקון לחוק המעצר המניעתי. אולם למרות דיונים סוערים בפרלמנט והבטחות שר הפנים השינויים שנעשו בחוק היו מינוריים בלבד, כמו מתן זכות לייצוג והגבלת מעצר מניעתי לתקופה של שנה. בניסיונה לתקן את חוק המעצר המניעתי כדי להגן על אזרחים מפני מעצר ללא משפט נחלה הוועדה כישלון (בדומה לניסיון שנה קודם לכן לבטל את תקנות ההגנה לשעת חירום בישראל, ועל כך בהמשך). אף שהותקן כהוראת שעה זמנית, החוק נשאר בתוקף עד 1969. שנתיים אחרי שהותקן, ב-1954, חוקק הפרלמנט את חוק השמירה על הביטחון הפנימי, MISA (Maintenance of Internal Security), ובו סעיפים זהים לחוק המעצר המניעתי. במשך תקופת מצב החירום שהשליטה אינדירה גנדהי

23 NAI, HD, 8/7/46, "Question 69 of Raja Dutt Singh on the 15th of November 1946"

24 NAI, HD, 8/17/46, Political internal branch

25 NAI, HD, 21/9/45, "Memo on Emergency Powers"

(1975–1977), שימש ה-MISA כנשק פוליטי למעצרים של פעילי אופוזיציה ששמותיהם אכלסו את הרשימות השחורות שהלכו והתארכו – עוד שריד מובהק לירושה הקולוניאלית. חוק הביטחון הלאומי שהתקבל ב-1980 הכיל שוב סעיף המאפשר מעצר מניעת.

חוק הסמכויות המיוחדות לכוחות הביטחון היה ירושה קולוניאלית אחרת שאפשרה את הרחבת סמכויות החירום מזמן המלחמה לעתות שלום, מעין "אזור" של תקנות ההגנה. הוא הופעל לצד חוקים להגנה על שלום הציבור, שכללו מתן חסינות לאנשי כוחות הביטחון שהפרו זכויות של אזרחים שתויגו כחלק מאוכלוסיות מסוכנות או בעייתיות. החסינות השתרעה על טווח רחב של פעולות, החל בהתפרצויות שהסבו נזק לרכוש וכלה במעצרים ללא צו וגרימת מוות בעת החזקה במעצר. לחוק הזה, שהוסדר בפרלמנט ב-1953, היסטוריה קולוניאלית קטלנית. הפקודה המקורית של חוק הסמכויות המיוחדות של כוחות הביטחון²⁶ הוכרזה במהלך מלחמת העולם השנייה, כשהשלטון ביקש לשנע כוחות לגבולה המזרחי של הודו הבריטית על מנת למנוע תקיפה של כוחות יפניים; אולם הבריטים השתמשו בה כדי לדכא את פעולות אי-הציות האזרחי של התנועה לשחרור לאומי (Quit India Movement), שכן החוק כלל סעיף שהעניק חסינות לכוחות ביטחון שפעלו נגד אזרחים במהלך "הפרעות". מרחב הפעולה המינהלי העצום שהתיר החוק הוביל לדיון ביורוקרטי פנימי על כך ששימוש יתר בחוק יוביל לדה-לגיטימציה של השלטון הבריטי. ב-1946, למשל, צו שניתן על ידי מושל בומביי, שהורה לכוחות הביטחון לירות במפגינים מפרי עוצר (Shoot on Sight), הטריד את אנשי משרד הפנים שקבעו כי לא ניתן להעניק חסינות לכוחות ביטחון שירו על מפגינים אלא על פי הפקודה.²⁷

החוק הזה אומץ על ידי ממשלת הודו העצמאית. בעת החלוקה, בשיאה של האלימות הבין-קהילתית חוקקה ממשלת הודו ארבעה חוקים שהכריזו על בנגל, אסאם, פנג'אב המזרחית והפרובינציות המאוחדות כ"אזורים מופרעים" והעניקו לכוחות הביטחון סמכויות מיוחדות והגנה מפני תביעות על הפרת זכויות אזרח.²⁸ בין 1947 ל-1950 כמעט כל ממשלות הפרובינציות הכריזו מזמן לזמן על משטר צבאי ככלי לניהול האוכלוסייה האזרחית. פרקטיקה זו ספגה ביקורת מהמחלקה המשפטית של משרד הפנים, שהתנגד למתן סמכות למפקדי צבא להכריז על משטר צבאי (Martial Law) על פי שיקול דעתם.²⁹ מהכרזת העצמאות ועד

The Armed Forces (Special Powers) Ordinance (Ordinance XLI of 1942), *Gazette of India*, 26 Aug. 15, 1942

NAI, HD, 21/25/46, "Members of the public will be liable to be shot by troops or police operating in any area affected by such crimes if they failed to halt". Wakely to political branch of Home Department, 8.11.46

NAI, MHA, 453/47, draft of United Provinces Disturbed Areas (Special Powers of Armed Forces) ordinance 1947 article 3

29 המחלקה המשפטית של משרד הפנים הכינה חוק חירום חדש שיחליף את תקנות ההגנה, אבל כדי למנוע סערה ציבורית הכניסו את סעיפי החוק לחוקים להגנת הציבור שנתפסו כחוקים אזרחיים. ראו NAI, HD, 21/9/45, "Memo on Postwar Emergency Powers, F.G. Cracknell," Political Branch I, Deputy Secretary.

1953 הכריזו פקידים ומושלים על אזורים כמעורערים ומופרעים באמצעות חקיקה חדשה שתוכן סעיפיה הועתק כמעט מילה במילה מהפקודה הקולוניאלית. החקיקה העניקה סמכויות למנוע תנועה של פרטים ולעקוב אחר פעילות פוליטית של יחידים וארגונים באמצעות מגוון רשימות שחורות. החוקים העניקו סמכויות לשוטרים להטיל קנסות קולקטיביים, לערוך חיפושים ומעצרים ללא צו ואף לירות ולהרוג. למשל, החוק במדינת אסאם ב-1953 העניק חסינות וסמכויות חריגות לכוחות שדיכאו מרד של אזרחים הודים, תושבי נגהלנד ומאניפור, אשר הפכו בהדרגה עבור הממשל המרכזי לאוכלוסייה מסוכנת ול"בעיה חוקתית" (Akoijam and Tarunkumar 2005). המהלך הושלם באמצעות סעיף בחוקה ההודית שהעניק חסינות לעובדי ציבור בכל פעולה שנקטו לשמירה על אזור שהוכרז בו משטר צבאי. ב-1958 הוכרזה הוראת שעה זמנית שהעניקה הגנה לכוחות ביטחון מפני כל הליך משפטי בגין פעולותיהם מול אוכלוסייה אזרחית, ושימשה במרוצת הזמן יותר ויותר בפרובינציות הצפון-מזרחיות ובג'אמו וקשמיר.

ההתפתחויות הללו מדגימות כי למרות המעבר משלטון קולוניאלי לשלטון פדרטיבי דמוקרטי, תוכנם של סעיפי החוק הקולוניאליים הוטמע בחקיקה הראשית של הודו העצמאית. החקיקה נתנה לגיטימציה להיגיון המוסדי של ציר החשד ולטיפול מיוחד באוכלוסיות שהוגדרו מסוכנות או בעייתיות – לרבות מעצר של פעילים פוליטיים שהשלטון ראה בהם סיכון ביטחוני באותה עת או מתן מניפה של חסינות לכוחות ביטחון מפני תביעות של אזרחים על הפרת זכויות אזרח במצבי חירום. וכך, חוק הסמכויות המיוחדות לכוחות הביטחון, שהתגלגל כפי שראינו מהוראת שעה שהוצעה באמצע מלחמת העולם השנייה ככלי לפעולה נגד תקיפה יפנית, עדיין נמצא בשימוש נגד אזרחים בכל רחבי הודו, ובעיקר במוקדי ההתנגדות לשלטון המרכזי (Navlakha 1997). מבקריו של החוק טוענים שהממשל משתמש בו כדי להשתיק אופוזיציה פוליטית ולא כדי לדכא מרידות אלימות (Baruah 2005). אף שתוכנם הדרקוני של הסעיפים זהה כמעט לגמרי לזה של תקנות ההגנה הקולוניאליות, ההסדרה העניקה לממשלת הודו לגיטימציה פוליטית להשתמש בהם נגד אזרחים הודים הנתפסים כאופוזיציה למשטר, לרבות אזרחים הנמנים עם הרוב ההינדי (ולא רק עם המיעוט המוסלמי או מיעוטים אחרים). כפי שנראה להלן, בעוד ירושת החירום בהודו עברה לאחר קבלת העצמאות נורמליזציה ולגליזציה והוטמעה אל תוך החקיקה הראשית, חקיקת החירום בישראל התבססה על הפקודות המנדטוריות עצמן ועל צווים ששאבו את סמכותם באופן ישיר מתקנות ההגנה לשעת חירום.

2. חקיקת החירום בישראל

היישוב היהודי בארץ ישראל היה ביקורתי מאוד כלפי ממשלת המנדט בשל השימוש שלה בתקנות ההגנה. ב-1946, שני עורכי דין צעירים, דב יוסף ויעקב שמשון שפירא, שלימים הפכו להיות שרי משפטים במדינה העצמאית, גינו את תקנות ההגנה בכנס הסתדרות עורכי הדין היהודים: "הממשלה יכולה לגרש כל אזרח בכל רגע [...] אדם איננו צריך לעבור עברה בפועל,

מספיק שתהיה החלטה במשרד (ממשלתי) כלשהוא על מנת לגזור את גורלו" (שפירא 1946, 60). שפירא קבע כי "התקנות הובילו למצב שאין לו אח ורע בכל מדינה מתוקנת. אפילו בגרמניה הנאצית לא היו כאלה חוקים" (שם, 59). באותו מפגש הוא דרש את ביטולן המידי של התקנות משום שהן "הפרו את העקרונות הבסיסיים של משפט, צדק ותורת המשפט. הם מבטלים את זכויות הפרט ונותנים כוח בלתי מוגבל לממשל" (Quigley 2005, 31). שלטון המנדט לא השתמש בחקיקת החירום כנגד אוכלוסייה יהודית בתקופת המרד הערבי, כיוון שבאותה העת היא לא נתפסה כאוכלוסייה מסוכנת; אולם כאשר הארגונים היהודיים הפכו להיות מושא השימוש בתקנות ההגנה פעלו נגדן עורכי הדין היהודים בנמרצות, אם כי ללא הצלחה. התקנות נותרו על כנן והיו בשימוש יומיומי עד סוף המנדט.³⁰

אחרי הכרזת העצמאות הפכו תקנות ההגנה לחלק משיטת המשפט הישראלית באמצעות פקודת סדרי שלטון ומשפט שהבטיחה את המשכיות החוקים ויציבותם (מלבד אלה שפגעו באופייה של המדינה החדשה כבית הלאומי של העם היהודי ובאופייה הדמוקרטי). חוקים שהפלו יהודים, כגון מכסות ההגירה, בוטלו, ועונש המוות בתקנות ההגנה בוטל, מלבד כנגד פושעי מלחמה נאצים ועוזריהם. אולם למרות ההתנגדות העזה שעוררו תקנות ההגנה לשעת חירום באנשי האליטה המשפטית היהודית וחוסר ההתאמה שלהן לעקרונות הדמוקרטיים הן נותרו על כנן, בין השאר בשל היעדר אלטרנטיבה מוסכמת (לחובסקי 2003).

רבים ראו בהמשכיות של החוקים הקולוניאליים המשך טבעי ומוכן מאליו. אדווין סמואל, בנו של הנציב העליון הראשון במנדט הבריטי, כתב: "ישראל, כחלק מאזור המנדט בפלשתינה, היא במידה רבה צאצאית של בריטניה. רבים ממוסדות המדינה היום דומים מאוד למוסדות הבריטיים. חלקם הם באופן ברור ירושה מהמשטר הקודם בפלשתינה" (Samuel 1957). הירושה העניקה לאליטה המשפטית של המדינה החדשה תחושה של יציבות ולגיטימציה וסיפקה לה עקרונות מועילים לפרשנות משפטית וקורפוס רחב של החלטות שיפוטיות שאפשר להסתמך עליו.³¹ — ועמם גם ארסנל שלם של כלי נשק משפטיים שסייעו לבריטים למשול בקולוניות ולפעול כנגד אוכלוסייה עוינת במשך עשרות שנים.

תקנות ההגנה לשעת חירום שימשו גם כדי לווסת שווקים כלכליים בקרב האוכלוסייה היהודית ולשלוט בהם, למרות דיונים סוערים שהתנהלו על כך בכנסת. אבל עיקר תפקידם בשנים הראשונות היה לספק את הבסיס המשפטי והמינהלי של הממשל הצבאי שכוונה ישראל באוקטובר 1948 כדי למשול בחיי הפלסטינים שנותרו אחרי המלחמה בגליל, במשולש ובנגב. הממשל הצבאי עשה שימוש בכלים השונים של תקנות ההגנה כמו מעצרים מינהליים, הגבלות תנועה, חחרמות רכוש ומניעת זכות להתאגד. כפי שראינו, משטר ההיתרים שכונן הממשל הצבאי נועד בתחילתו למנוע מפליטים לשוב לבתיהם, אבל בהמשך הוא התפתח

30 אחד הקורבנות של תקנות ההגנה, שגורש ב-1944 לסודן ולקניה, היה מאיר שמגר, לימים נשיא בית המשפט העליון.

31 היו גם אחרים שביקשו לנתק את המשפט במדינה החדשה מהמשפט הבריטי, אולם יוזמותיהם לא צלחו (ראו Shamir 1999).

והפך לאמצעי למעקב אחר האוכלוסייה. משטר ההיתרים חילק את האוכלוסייה לקטגוריות על בסיס רמות שונות של סיכון ביטחוני או שיתוף פעולה עם הממשל הצבאי, באמצעות אותו היגיון מוסדי של שימוש ברשימות שחורות.

משנת 1949 ועד חקיקת חוקי האזרחות ב-1952, הממשל הצבאי בשיתוף משרד המיעוטים והיועץ לענייני ערבים חילק לתושבים הפלסטינים תעודות זהות זמניות בצבע אדום – מסמך זיהוי שהיה צריך לחדשו כל שלושה חודשים בתנאי שהפונה השיג המלצות מהמושל הצבאי ומנציג המשטרה (Berda 2014). כך, אף שחלק מהפלסטינים שנותרו בישראל זכו במסמכים הנדרשים והיו זכאים להצביע בבחירות, אזרחותם הייתה חלקית ומעורערת (Robinson 2013). גם אחרי קבלת חוקי האזרחות, מעמדם של פלסטינים אזרחי ישראל בזמן הממשל הצבאי לא היה מקביל לזה של שאר האזרחים: הזכויות האזרחיות והפוליטיות שלהם היו על תנאי בכל עת, בשל סמכות המושלים הצבאיים להשעות אותן – למנוע תנועה, להכריז על עוצר, להורות על מעצר מינהלי ואף להפקיע סחורות. אפשר לקבוע כי כל עוד שלט הממשל הצבאי באמצעות תקנות ההגנה בחייהם של הפלסטינים אזרחי ישראל, לא היה להם מעמד של אזרחים מלאים אלא כשל נתינים-אזרחים, מבחינת תוכנה המהותי של האזרחות (בויל 2002; Sultany 2003). האופוזיציה דרשה בתוקף את ביטול תקנות ההגנה. ביום 21.5.1951 קיימה מליאת הכנסת דיון סוער בנושא. כאשר ממלא מקום ראש הממשלה משה שרת טען בדיון כי "כל חוק הוא חוק", השיב לו בזעם מנהיג תנועת החירות, מנחם בגין: "לא נכון! ישנם חוקים רודניים, ישנם חוקים בלתי-מוסריים, ישנם חוקים נאציים. וחוק בלתי-מוסרי הוא גם חוק בלתי-חוקי".³² ובהמשך הוסיף, "מן הרגע הראשון השמענו את האזהרה: אם החוקים האלה, חוקי הטרור של שלטון דיכוי, יישארו במדינת-ישראל – ביום מן הימים לא ימצא חוג שלא יפגע מהם, ואין זה חשוב מיהו הנפגע [...] קיום חוקי-חירות אלה הוא חרפה, הפעלתם – פשע". בסיומו של הדיון במליאת הכנסת הוחלט ברוב קולות כי "הכנסת מחליטה שתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, הקיימות עדיין במדינה מאז השלטון הבריטי, עומדות בניגוד ליסודות של מדינה דמוקרטית, ומטילה בזה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להביא לכנסת תוך שבועיים הצעת-חוק לביטול התקנות הנ"ל".³³ בעקבות החלטת הכנסת הקים משרד המשפטים ועדה שכללה נציגים מהצבא, מהמשטרה וממשרדי הביטחון, המשפטים והפנים כדי שתכין טיוטה לחוק חירום חדש. נציגי משרד המשפטים בוועדה הציעו חוק חירום אלטרנטיבי שביטל חלק גדול מהסמכויות שהשעו זכויות אזרחיות ופוליטיות. עוד הציעו חקיקה נפרדת לענייני צנזורה והסדרה של התארגנות פוליטית כדי להוציא פעילות פוליטית אזרחית מתחום חקיקת החירום. נציגי משרד הביטחון והצבא התנגדו נחרצות לחוק האלטרנטיבי ודרשו סמכויות נרחבות יותר, שכן הם העדיפו חוק דומה לתקנות ההגנה, בגרסה פחות דרקונית. משרד המשפטים, מצדו, התנגד לחקיקה ראשית שתעגן את תוכן הסעיפים של תקנות ההגנה שאינם מתאים לדמוקרטיה ליברלית. הוועדה,

32 דברי הכנסת התשי"א, עמ' 1805.

33 דברי הכנסת התשי"א, עמ' 1828, 1831.

שנקלעה למבוי סתום, הגישה שתי טיוטות של חוק חירות אלטרנטיבי לוועדת החוקה, חוק ומשפט: אחד שתואר כחוק ליברלי שנתמך בידי משרדי המשפטים והפנים, ולצדו חוק תקנות ההגנה מרוכך שנתמך בידי נציגי המשטרה והצבא.³⁴ המחלוקת נותרה בעינה והניסיון לבטל את תקנות ההגנה נכשל: הוועדה המיוחדת התפזרה, הצעות החוק נשלחו לארכיון ותקנות ההגנה הוסיפו להוות מחלוקת פוליטית, בעיקר לגבי זכויותיהם של הפלסטינים. כך עולה למשל מדבריו של בגין, ראש סיעת חרות, שהגיש ב-1962 הצעה נוספת לביטול תקנות ההגנה לשעת חירום וכן לביטולו של הממשל הצבאי. בנאומו הוא התמקד בהיעדר הלגיטימציה של השימוש בחקיקת החירות הקולוניאלית:

קיומן של תקנות אלו מעלה סימן שאלה מעל זכויות היסוד של כל אזרח בישראל. וחופש שאול איננו חופש. שמענו טענה, לפיה אולי צדקה עשו עמנו הבריטים שהותירו לנו, בעוזבם את הארץ, את התקנות משנת 1945. זוהי טענה מוזרה מאד. [...] אם לא נאה היה למדינת ישראל לחוקק חוק כזה או שכמותו, הנאה לה למדינת ישראל להחזיק בחוק הזה? נוהל חקיקתי או תוכן חוקי — מה עדיף? כל איש יאמר: התוכן קובע. היה צריך מזמן לבטל אותן כסמל השעבוד שלנו, כפי שכל אומה, המשתחררת מעול זרים, בתקופה הראשונה לאחר השתחררותה מבטלת את סמלי שעבודה. על תקנות אלו נשען הממשל הצבאי (בגין 1962).

בגין עמד על האופן המשונה שבו ירושת החירות פועלת בישראל: מחד גיסא, הביורוקרטיה משתמשת בתקנות ההגנה הקולוניאליות באופן יומיומי ומנהלת באמצעותן את חייהם של מאות אלפי אנשים; מאידך גיסא, המדינה נמנעת מלהסדיר את החקיקה הזאת בכנסת, בשל תוכנה הדרקוני והבלתי דמוקרטי. אולם גם בגין, שהתנגד לתקנות ההגנה מעמדת האופוזיציה, נמנע מלבטלן כשעלה לשלטון בשנת 1977.

ב-1967, לאחר כיבוש הגדה המערבית ורצועת עזה, הפכו שוב התקנות לבסיס המשפטי של ניהול השטחים מבחינת חקיקה באמצעות צווים, אכיפת החוק על ידי הצבא וסמכויות השיפוט בבתי המשפט הצבאיים. ואולם בניגוד לדיון על השימוש בתקנות ההגנה כלפי אזרחי ישראל הפלסטינים בגבולות 48', השימוש בהן כלפי תושבי השטחים לא עורר את שאלת הלגיטימציה הפוליטית — לא משמאל ולא מימין. תקנות ההגנה, והצווים שנחקקו על פיהן, היו גוף החקיקה העיקרי בשטחים³⁵ עד הקמתה של הרשות הפלסטינית ב-1994 (ברדה 2012).

מאז שנות השמונים נעשו ניסיונות להסדרה פורמלית של חקיקת החירות כמו חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) — חוק ישראלי מקורי שנועד להחליף את תקנות ההגנה. החוק, שהתקבל ב-1979 (כלומר בימי שלטון בגין והליכוד), אמור להיות בתוקף רק בשעת חירום ומאפשר ביקורת שיפוטית על מעצרים וזכות ערעור לבית המשפט העליון. אך משום שמעולם לא בוטלה הכרזת מצב החירות בישראל, בפועל החוק משמש במקביל לתקנות

³⁴ גנזך המדינה ג-5392/13, חוק לתיקון תקנות ההגנה 1939 (תיקון) תזכיר, הערות משרדים, החלטת ממשלה.

³⁵ הצו להוראות ביטחון 378 — הוא חוק העונשין בשטחים שחל על תושבים פלסטינים — נחקק גם הוא מכוח תקנות ההגנה.

ההגנה למעצר של אזרחים ישראלים (בעיקר פלסטינים) ואזרחים לבנונים. הוא איננו חל בגדה המערבית ובעזה. מהלך נוסף היה חקיקת חוק כליאתם של "לוחמים בלתי חוקיים" מ-2002, ששימש למעצר ללא משפט של אזרחים פלסטינים מעזה שעוסקים בלחימה נגד ישראל. חקיקת החירות הישראלית מושתתת אפוא על תקנות ההגנה המנדטוריות ועל הסדרים משלימים ומקבילים לה, שהשימוש היומיומי בהם מהווה חלק אינטגרלי מניהול המדינה, כשכל העת מרחפת ממעל שאלת הלגיטימיות של השימוש במארג חוקי החירות.

במערכת המשפט שוררת הסכמה רחבה – משופטי בית המשפט העליון ועד לפקידות משרד המשפטים – שהתקנות הן כלי משפטי שאיננו מתאים למשטר דמוקרטי, אבל בהיעדר אלטרנטיבה הן חיוניות לקיום צורכי הביטחון (גיל 2010). יש הטוענים כי אופייה הנזיל של חקיקת החירות משרת את הממשל בישראל, משום שדווקא הגמישות הזאת מאפשרת מרחב תמרון מינהלי, בעיקר כנגד הפלסטינים; במילים אחרות, אי-ההסדרה היא חלק מפרדיגמה שלטונית מכוונת שמאפשרת להפלות את אזרחי ישראל הפלסטינים בלי לסדוק את מסכת הדמוקרטיה הפורמלית בישראל (Mehozay 2012). אולם ההשוואה בין ישראל להודו מלמדת כי בכל הנוגע לירושת החירות הקולוניאלית ככלי לניהול אוכלוסייה, היחס בין לגיטימציה שלטונית למרחב הפעולה הביורוקרטית הוא דיאלקטי הרבה יותר. כפי שאדגים בסעיף הבא, בהודו ההסדרה הפרוצדורלית אפשרה פגיעה באזרחים כולם; בישראל, מראית העין של שלטון החוק יוצרת בעיית לגיטימציה פוליטית לשימוש בתקנות ההגנה באופן גורף, ולכן עדיין יכולה להגן על חלק מהאזרחים השייכים לרוב השולט.

ג. ביורוקרטיה ולגיטימציה

אוג'וול סינג, מומחה לחקיקת החירות בהודו, כותב כי טענת השלטון שחקיקת החירות חיונית לקיומה של הדמוקרטיה הפוסטקולוניאלית משמשת עלה תאנה לתהליך ההופך את חוקי החירות לחוקים לדיכוי אופוזיציה פוליטית: "האקזקוטיביזציה של החוק", כפי שהוא מכנה זאת, היא מצב שבו החוק הופך לאמצעי בידי השלטון להגשמת מטרותיו – מצב שבו לפקידות הבכירה בממשל יש כוח בלתי מוגבל לחוקק; ומצב כזה מוביל בהכרח לשימוש בחוק כאמצעי פוליטי (Singh 2007, 14). שאלת הלגיטימציה של השימוש בחוקי הטרור הופכת למהותית ביותר במדינה הפוסטקולוניאלית דווקא משום שמבחינת הפרקטיקות והרוטינות של הפקידים, כפי שראינו, תגובת החירות מושגרת אל תוך מארג הפעולות הממשליות היומיומי, כשאמצעי החירות הזמניים הופכים לחלק אינטגרלי מן הפעילות השלטונית האזרחית ולא רק מפעילות כוחות הביטחון.

הניתוח שלי מציע רובד ארגוני נוסף על הטיעון של סינג. לטענתי, ההבדל בין השימוש בחקיקת חירות כנגד אזרחים לשימוש בה כנגד נתינים נעוץ בין השאר באופן שבו אומצו החוקים בידי מוסדות המדינה, שכן הלגיטימציה הפוליטית לשימוש בחוק קובעת את מרחב הפעולה של הביורוקרטיה המדינתית ושל כוחות הביטחון. כפי שראינו בפתח המאמר,

היסטוריונים של המשפט הישראלי אינם מופתעים מהתנועה של החוקים הללו, שהיו חוקים קולוניאליים, בין מדינות שהיו שייכות לאימפריה הבריטית לשעבר, כמו חקיקת החירום שעברה מהודו לפלשתינה, וגם לא מהטמעתם אל תוך מערכת המשפט של המדינה החדשה (Likhovski 2006), משום שלתפיסתם, במעבר ממשטר קולוניאלי למשטר עצמאי אין לממשל ברה אלא לעשות שימוש באותה חקיקה. אולם מנקודת מבט ארגונית, השאלה היא באיזה אופן הירושה המשפטית עוברת דרך הביורוקרטיה, משום שאופן ההסדרה קובע במידה רבה את היקף כוחה של הביורוקרטיה ואת תחום הלגיטימיות של הפגיעה שלה בקבוצות אוכלוסייה שונות.

כאמור, הן בישראל והן בהודו, הירושה של האדמיניסטרציה הקולוניאלית הציעה למדינות החדשות תשתית משפטית ומערכת ממשל מורכבת שפותחה במשך עשורים רבים על מנת לשלוט על אוכלוסייה נתינה באמצעות אדמיניסטרציה מקומית. ארבעת המאפיינים המרכזיים של האדמיניסטרציה הקולוניאלית היו השלטון באמצעות צווים שאפשרו שיקול דעת מינהלי רחב וגמיש; שליטה באמצעות ממשל מקומי; הפרדה קטגורית בין אוכלוסיות על בסיס גזע או מאפיינים אחרים; וקלסיפיקציה של האוכלוסייה על בסיס הנאמנות או הסיכון הביטחוני שהיוותה עבור המשטר.

הודו וישראל עשו שימוש דומה בירושה הזאת: שתיהן שימרו את ההיגיון המוסדי של ציר החשד, שהתבסס על רשימות שחורות וקטלוג של אוכלוסיות על פי דרגות סיכון. וכך, למרות חייו הקצרים של המנדט הבריטי בפלשתינה-א"י, ההיסטוריה של תקנות ההגנה לשעת חירום והשימוש בארסנל המשפטי של סמכויות החירום לאחר העצמאות דומים במידה רבה לאלו שבהודו. גם בישראל, בשנים הראשונות שלאחר העצמאות הייתה ביקורת רבה על השימוש בחוקים הקולוניאליים שבאמצעותם דיכאו הבריטים את היישוב היהודי; אבל למרות הביקורת התקנות הללו נותרו בשימוש — גם אם לא הוסדרו בחקיקה ראשית כפי שנעשה בהודו.

ואולם כאן, בשאלת ההסדרה, טמון גם ההבדל המהותי בין שתי המדינות. בהודו, כאמור, הממשל חוקק מחדש את תקנות ההגנה לשעת חירום אל תוך חוקים מקוריים, תוך כדי שימור של המסגרת היורידית של חוקת הודו שראשיתה בחוק הממשלה ההודית 1935. ישראל לעומת זאת השתמשה בתקנות ההגנה הבריטיות כפי שהן, בעיקר כנגד האוכלוסייה הפלסטינית, בגבולות 48' ואחר כך בשטחי 67', והכנסת נמנעה באופן מודע ובמכוון מביטול תקנות ההגנה ומהסדרה של סמכויות החירום שהיו בשימוש בחקיקה ראשית (כאמור גם בתקופת שלטונו של בגין, שהיה מתנגד ראשי לשימוש בהן).

נקודת המבט הארגונית חושפת כיצד השפיעה ההסדרה על הלגיטימציה של המדינה לעשות שימוש בחקיקת החירום כנגד אזרחי המדינה. השימוש בחוק ככלי להשגת מטרותיו הפוליטיות של השלטון והפגיעה בהפרדת הרשויות יכולים להוביל לדיכוי פוליטי, אולם היקף השימוש של השלטון בכלי החירום כדי לפגוע באופוזיציה תלוי במרחב שחקיקת החירום מעניקה לביורוקרטיה ולכוחות הביטחון. בהודו, שילובן של תקנות החירום בחקיקה הראשית צמצם את גבולות הסמכות של הפקידות והגביל את מנעד הפעולות שמותר לפקידים לבצע באמצעות

חקיקת החירום. המנעד אמנם הצטמצם, אבל היה אפשר להשתמש בו כנגד האוכלוסייה כולה, לרבות אזרחים מקבוצת הרוב ההינדי השליט — לא רק כאלה שנתפסו כסיכון ביטחוני אלא גם אנשי אופוזיציה שהיוו סיכון פוליטי למשטר. במילים אחרות, הסדרת התקנות בחקיקה הגבילה את רפרטואר הפעולות אבל הרחיבה למעשה את "קהל היעד" שלהן.

בישראל, היעדרה של הסדרה בחקיקה של הכנסת העניקה מרחב כוח ביורוקרטי רחב יותר, שבא לידי ביטוי בהיקף שיקול הדעת שניתן לפקידים אבל גם במנעד רחב יותר של פעולות. כיוון שתקנות ההגנה אפשרו לפקידים להוציא צווים בעלי תוקף של חוק, הפקידות הבכירה במשרדי הממשלה ומפקדים צבאיים קיבלו סמכויות מרחיקות לכת, שכללו חקיקה (גם בעל פה) ויצירה של מערכות שלמות של ניהול אוכלוסין, בקרה על תנועה והכרעה על מעמד. היעדר ההסדרה הרחיב מאוד את גבולות הסמכות של הפקידים, אבל צמצם את האוכלוסייה שנגדה ניתן היה להשתמש בתקנות ההגנה. זאת הסיבה שהסמכויות הופעלו באופן כמעט בלעדי כנגד האוכלוסייה הפלסטינית בישראל (וגם, אחרי 1967, בשטחים הכבושים), שנתפסה רובה ככולה כסיכון ביטחוני — אך לא כנגד אזרחים מקבוצת הרוב היהודי. רק במקרים נדירים שימשה חקיקת החירום נגד אזרחים יהודים — למשל, בהפעלת פקודת מניעת הטרור עד 1980 (הופנונג 2001, 209), ומ-1986, בהוספת המפגשים הפוליטיים עם אש"ף לרשימת העברות הפליליות.

מבחינה פוליטית, סביר להניח שתקנות ההגנה לא הופעלו נגד הרוב היהודי בין השאר בשל אופיו האתנוקרטי של המשטר בישראל, המוגדרת מדינה יהודית ודמוקרטית. ההנחה היא שהאופוזיציה למשטר איננה כנגד צביונו הדמוקרטי אלא כנגד צביונו היהודי, ולכן זוהי במהותה אופוזיציה של המיעוט הפלסטיני. אולם ההסבר הפוליטי הזה איננו מבהיר מדוע הייתה אי-נוחות שלטונית כה רבה משימוש בתקנות החירום הקולוניאליות כנגד יהודים. זו הסיבה שאני בוחנת דווקא את הרוב הארגוני של המשכיות חקיקת החירום. המבט הארגוני, כאמור, חושף כיצד דווקא ההימנעות מהסדרת ירושת החירום הקולוניאלית בחקיקה ראשית יצרה תחושה של אי-נוחות כל אימת שנעשה בכלים הללו שימוש: משום שישראל כה שואפת להיחשב בעיני העולם לדמוקרטיה ליברלית עד שעצם הפגיעה הפרוצדורלית ולו במראית העין של שלטון החוק בדמוקרטיה הליברלית הזאת פגעה בלגיטימציה הציבורית שלו, וצמצמה את יכולתו הפוליטית של הממשל להשתמש בכלים הללו כנגד האופוזיציה היהודית.

ההשוואה מאירה את הדרכים השונות להתמודדות עם הירושה הקולוניאלית וחושפת את האופן המורכב שבו הזיקה בין החוק לבין האדמיניסטרציה משפיעה על היקף הפגיעה בזכויות אזרח. בהודו קיים פער בין מקומו של שלטון החוק הפרוצדורלי בדמוקרטיה הליברלית וההסדרה של כלי החירום הממשליים בחקיקה ראשית לבין העובדה שאותה הסדרה דמוקרטית לכאורה מעניקה לגיטימציה לפגיעה רחבה יותר בזכויות של אזרחים, גם מקרב הרוב ההינדי. בישראל, לעומת זאת, יש פער בין השאיפה הדמוקרטית להימנע מהסדרה פורמלית של תקנות החירום הדרקוניות לבין העובדה שבהיעדר הסדרה כזאת, התקנות הופנו כמעט אך ורק כלפי האוכלוסייה החלשה והפגיעה ביותר — תושבים השייכים למיעוט הפלסטיני, שאזרחותם הייתה מוטלת

בספק בשל היותם נתיני הממשל הצבאי ומפני שנתפסו כאוכלוסייה עוינת. במקרה הזה, היעדר הלגיטימציה להשתמש בתקנות המנדטוריות כנגד אזרחים פגע פגיעה קשה בנתיני הממשל הצבאי אבל הגן על הרוב היהודי בישראל מפגיעה בזכויותיו האזרחיות והפוליטיות באמצעות ניצול חקיקת החירום: האירוניה היא שדווקא הנוהל הפחות־דמוקרטי לכאורה (כלומר, חוסר הרצון או היכולת להסדיר את החוקים הקולוניאליים) סיפק הגנה לרוב האזרחים. היחס הדיאלקטי בין שלטון החוק והדמוקרטיה הפורמלית לבין היקף הפגיעה בזכויות האדם מעיד במקרה הזה על מורכבותה של הירושה הקולוניאלית ועל המכשולים שירושה זו מציבה בפני האפשרות לכונן דמוקרטיה פוסטקולוניאלית לא רק במובן הפורמלי, אלא גם במובן המהותי.

ד. כשהסיכון הפוליטי הופך לסיכון הביטחוני: חקיקה חדשה של פרקטיקות ביורוקרטיות ישנות

משנות השמונים החלה הודו במעבר הדרגתי מחקיקת חירום לחקיקת אנטי־טרור, שנתקלה בהתנגדות חזקה של האופוזיציה. חוק ה־TADA (The Terrorist and Disruptive Activities Act) מ־1985 החל את דרכו כהוראת שעה שנועדה להתמודד עם תנועה סיקהית שביקשה לכונן מדינה עצמאית בפנג'אב. הוראת השעה אפשרה מעצרים מינהליים, שימוש בעדים חשאיים במשפטים וכינון בתי משפט מיוחדים. הוראת השעה הוארכה חמש פעמים, אולם ב־1995 פג תוקפה. ב־2001 חוקקה ממשלת הימין בראשות ה־BJP (מפלגת העם ההודית) את חוק ה־POTA (The Prevention of Terrorism Act), שבו הוארך המעצר המינהלי ל־180 יום (לעומת 90 יום קודם לכן). החוק נחקק בעקבות אירועי 11 בספטמבר, והממשלה טענה כי הוא נועד לתמוך במלחמה הגלובלית בטרור. החוק קיבל תמיכה ציבורית רחבה יותר בהודו אחרי ההתקפה על בניין הפרלמנט בדצמבר 2001, אולם מתנגדיו ראו בו חוק פוליטי שנחקק ונאכף אידיאולוגית, בעיקר כנגד האוכלוסייה המוסלמית (ואמנם, השימוש ב־POTA ככלי לדיכוי של מיעוט הזכיר את השימוש בתקנות ההגנה נגד פלסטינים בישראל. הדמיון ממחיש את השינוי שחל באופייה של החקיקה הראשית בהודו, שהופנתה עתה יותר ויותר כלפי המיעוט המוסלמי).

ב־2004, אחרי מאבק עיקש, בוטל חוק ה־POTA. הכוחות הליברליים בהודו ראו בביטולו הישג משמעותי, אבל תומכי ה־BJP ראו בכך סירוס של המדינה ההודית וטענו שביטול החוק פוגע בהרתעה נגד טרוריסטים ומוביל בהכרח למעשי טרור (Singh 2007, 14). בסוף 2004 הוחלף ה־POTA על ידי חוק חדש, ה־UAPA (The Unlawful Activities Prevention Act). אף שהחוק החדש נתפס כפחות דרקוני מהחוק הקודם, מבקריו טוענים כי בשל השימוש בראיות חסריות מטעמים של ביטחון לאומי יש בו משום פגיעה בזכות להליך הוגן (Sethi 2014). שני החוקים גם יחד משתמשים בכלים (מעצר מינהלי, הגבלת תנועה) ובהגדרות (אזורים מעורערים) שהיו בחקיקת החירום, אך הם מחזקים את כוחה הפלילי של החקיקה נגד טרור (מאז חוקקו נעשה קל ופשוט יותר להפליל חשודים), ומעבירים אל הנאשם את הנטל להוכיח שהוא איננו חבר בארגון טרור.

בישראל, הצעת חוק המאבק בטרור שבה פתחנו אמורה להחליף את תקנות ההגנה לשעת חירום, את פקודת מניעת הטרור ששימשה במקרים אחדים נגד ארגונים יהודיים מיליטנטיים עד 1980, ואת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים). הביקורת על הצעת חוק המאבק בטרור (מרגלית ושנער 2010) היא שהניסיון לחקיקה עצמאית מנציח את ההסדרים הדרקוניים של החקיקה הקולוניאלית, מנרמל אותם והופך אותם לחלק מרפרטואר החוקים הלגיטימיים של מדינה דמוקרטית, בדומה למצב בהודו בעשורים האחרונים.

ואמנם, אם נתבונן במודל של הודו, נראה שהמעבר לחקיקה נגד טרור הרחיב את טווח האפשרויות של השלטון לפעול נגד אופוזיציה פוליטית בכל אתר שיש בו התנגדות לשלטון, אם יש לה סממנים אלימים ואם לאו. חקיקה כזאת בישראל תרחיב את מתחם הלגיטימיות של השלטון להפעיל את החקיקה כלפי כלל האזרחים, לרבות יהודים – גם כאלה שנתפסים כסיכון ביטחוני וגם כאלה שמהווים אופוזיציה פוליטית לשלטון.

ניתן לטעון שהצעת החוק עשויה דווקא ליצור שוויון בין יהודים לערבים בהפעלת החקיקה; אולם בפועל, הצעת החוק תרחיב את האוכלוסייה הפלסטינית שתיפול ברשת ההגדרה של הסיכון הביטחוני ותיתן לגיטימציה לפגוע גם ביהודים שייתפסו כסיכון ביטחוני או פוליטי למשטר. במילים אחרות, הצעת החוק, אם תתקבל, תסיים את הדיאלקטיקה בין שלטון החוק לפגיעה בזכויות דמוקרטיות, באמצעות הסדרה פורמלית של החוק. בה בעת, כמו בהודו, היא תהפוך את הפרקטיקות של ניהול אוכלוסייה על בסיס ההיגיון המוסדי של הרשימות השחורות לדרך הפעולה המקובלת והלגיטימית כנגד סיכונים פוליטיים מבית, שניתן להגדירם בהינף יד כסיכון ביטחוני.

יש שיטענו כי פעילות החקיקה בהודו ובישראל היא חלק מתופעה גלובלית של חקיקה נגד טרור שמובילה ארצות הברית. חשוב אפוא להדגיש כי החוקים ההודיים והחוק הישראלי המוצע מאמצים את אותו היגיון ארגוני ואת אותם כלים משפטיים-מרחביים שקיבלו בירושה מהשלטון הקולוניאלי: פרקטיקות של ניהול אוכלוסייה וסיווג על פי דרגת העוינות שלה או הסיכון הביטחוני שהיא נושאת עמה עבור השלטון בהתאם לציר החדש. הכלים הללו, שפיתחו הבריטים בין שתי מלחמות העולם, נבדלים בבירור מהחקיקה נגד טרור של מדינות אחרות, לרבות בריטניה עצמה (Pantazis and Pemberton 2009).

הן בחוק הישראלי המוצע והן בחוק ההודי, השוליים הרחבים של ההגדרות והמונחים העמומים המשמשים להגדיר את גבולות הטרור הופכים את ההשתתפות בפעילות פוליטית בכלל ובאירועים ציבוריים בפרט למסוכנת עבור אוכלוסיות מיעוט שנתפסות כמסוכנות בעיני המשטר. עברות של תמיכה, הזדהות וסיוע לטרור מוגדרות באופן רחב כל כך (באמצעות המונחים "מעשה טרור", "ארגון טרור" ו"חבר בארגון טרור"), עד שדי בזהותו הפוליטית של אדם, בהשתייכותו לקהילה מסוימת או במגורים ב"אזור תשתית טרור" כדי להשעות את זכויותיו להליך הוגן. המהלך הזה, שבמסגרתו אוכלוסיות הופכות למסוכנות בשל שייכותן לאזור מסוים או בשל הזדהות פוליטית, דומה ברמה הפרקטית לניהול האוכלוסייה על ידי הממשל הבריטי הקולוניאלי, אך יש לו כוח רב יותר כשהוא מעוגן בחקיקה ראשית. כך, גם

אוכלוסייה בתוך המדינה הופכת לאויב פוטנציאלי מבחינה משפטית ומינהלית, וננקטים נגדה אותם אמצעי מלחמה המשמשים כנגד אויב חיצוני.

סיכום

מאז 1948, השימוש שעשתה ישראל בתקנות ההגנה וב"שמיכת הטלאים" של חקיקת החירום אפשר לדמיין כי מדובר במשטר דמוקרטי, שבשל מצב המלחמה המתמיד השורר בו משתמש בחקיקה הקולוניאלית כדי לטפל בבעיות ביטחוניות. אם תתקבל הצעת חוק המאבק בטרור תשלים ישראל שני תהליכים של התקרבות להודו: הראשון, מעבר מחקיקת חירום לחקיקה נגד טרור, שתאפשר הפללה על בסיס מיקום גיאוגרפי ושיוכות לקבוצת אוכלוסייה; והשני, הרחבת הלגיטימציה של החלת החוק על כלל האזרחים. שני התהליכים הללו הופכים את ההיגיון הקולוניאלי של הפרדה בין אוכלוסיות על רקע גזעי וניהול אוכלוסייה על פי ציר החשד לחלק בלתי נפרד מהפעילות השלטונית להבטחת "ביטחון המולדת". המעבר לחקיקה קבועה בישראל יהפוך את השימוש באמצעים החריגים, שהפכו לחלק אינטגרלי מניהול האוכלוסייה בישראל על ידי הפקידות והמפקדים הצבאיים, לגיטימי כלפי כל אזרחי המדינה – הן מקרב המיעוט הפלסטיני והן מקרב הרוב היהודי.

עם חקיקת החוק בישראל, ישראל והודו יהיו במצב דומה שבו המורשת הקולוניאלית מאומצת אל תוך החקיקה הפורמלית של הדמוקרטיה הפוסטקולוניאלית, אך הפעם תהיה הצדקה לשימוש בה: המאבק בטרור הגלובלי. תפיסת המאבק בטרור כמלחמה באוכלוסיות מסוכנות בתוך המדינה מטשטשת את ההבחנה בין אוכלוסיית מיעוט שמהווה סיכון פוליטי, או אפילו סיכון לקיומו של רוב דמוגרפי, לבין אוכלוסייה שמהווה סיכון ביטחוני. זו תפיסה שמאמצת בחקיקה ראשית לא רק את ארגוני הכלים המשפטי שפותח באימפריה הבריטית אלא גם את ההיגיון הארגוני וההצדקה המוסרית שלו, שהיו מבוססים על הפרדה גזעית. היא למעשה הופכת את מנגנוני ההפליה על בסיס גזע, שהופעלו בידי הארגונים האדמיניסטרטיביים של המדינה, לחלק מהחקיקה הראשית. בכך היא מסירה את מסכת האוניברסליות של החוק, שהסתירה במשך עשורים ארוכים את המציאות הביורוקרטית הקולוניאלית של ניהול אוכלוסייה ופיקוח על פעילות פוליטית של מתנגדי המשטר.

ביבליוגרפיה

- אוסצקי לזר, שרה, 2002. "הממשל הצבאי כמנגנון שליטה באזרחים הערבים, העשור הראשון, 1948–1958", *המזרח החדש* מג, עמ' 103–132.
- בגין, מנחם, 1962. "על ביטול הממשל הצבאי", מנחם בגין: מבחר נאומים בכנסת, אחר דעת: לימודי יהדות ורוח (מקוון).
- בוימל, יאיר, 2002. "הממשל הצבאי ותהליך ביטולו, 1958–1968", *המזרח החדש* מג, עמ' 133–156.
- ברדה, יעל, 2012. *הבירוקרטיה של הכיבוש: משטר ההיתרים בגדה המערבית 2000–2006*, ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר בירושלים והקיבוץ המאוחד.
- גיל, אלעד, 2010. *אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מינהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.*
- הופנונג, מנחם, 2001. *ישראל: ביטחון המדינה ושלטון החוק, מהדורה שנייה*, שריגים: נבו.
- חריס, רון, 2003. "שימור מסורות משפטיות בחברות פוסט-קולוניאליות", *יהושע בן-אריה* (עורך), *ירושלים בתקופת המנדט: העשייה והמורשת*, ירושלים: יד בן צבי, עמ' 287–290.
- כהן, מרגית, 1998. "מעשי טלאים' בדיני החירום", *משפטים* כט(3), עמ' 623–688.
- לחובסקי, אסף, 1998. "בין מנדט למדינה: על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", *משפטים* כט(3), עמ' 689–721.
- , 2003. "בין שני עולמות: מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה", *יהושע בן-אריה* (עורך), *ירושלים בתקופת המנדט: העשייה והמורשת*, ירושלים: יד בן צבי, עמ' 253–286.
- מרגלית, לילה, ואדם שנער, 2010. *נייר עמדה בעניין תזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע-2010*, האגודה לזכויות האזרח בישראל, <http://www.acri.org.il/pdf/terror010710.pdf>.
- צור, מיכל, 1999. *תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945*, נייר עמדה מס' 16, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- קמפ, אדריאנה, 1999. "שפת המראות של הגבול: גבולות טריטוריאליים וכינונו של מיעוט לאומי בישראל", *סוציולוגיה ישראלית* 2(1), עמ' 319–349.
- שחר, יורם, 2003. "פתיחה" (של מושב בנושא "המשפט המנדטורי ומורשתו"), *יהושע בן-אריה* (עורך), *ירושלים בתקופת המנדט: העשייה והמורשת*, ירושלים: יד בן צבי, עמ' 252.
- שמיט, קרל, 2005. *תיאולוגיה פוליטית*, בתרגום רן הכהן, תל אביב: רסלינג.
- שנהב, יהודה, 2006. "חללי ריבונות, החריג ומצב החירום: לאן נעלמה ההיסטוריה האימפריאליסטית?", *תיאוריה וביקורת* 29 (סתיו), עמ' 205–218.
- שפירא, יעקב שמשון, 1946. *דברים בכנס הסתדרות עורכי הדין היהודיים בישראל שנערך ב-7 בפברואר 1946*, הפרקליט 3, עמ' 58–64.

Akoijam, A. Bimol, and Th. Tarunkumar, 2005. "Armed Forces (Special Powers) Act 1958: Disguised War and Its Subversions," *Eastern Quarterly* 3(1), pp. 5–19.

- Appadurai, Arjun, 1993. "Number in the Colonial Imagination," in Carol A. Breckenridge and Peter Van der Veer (eds.), *Orientalism and the Postcolonial Predicament: Perspectives on South Asia*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 314–340.
- Baring, Evelyn, Earl of Cromer, 1912. *Speeches and Miscellaneous Writings, 1882–1911*, Edinburgh: R. & R. Clark.
- Baruah, Sanjib, 2005. *Durable Disorder: Understanding the Politics of Northeast India*, New York: Oxford University Press.
- Benton, Lauren, 2002. *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400–1900*, New York: Cambridge University Press.
- Berda, Yael, 2013. "Managing Dangerous Populations: Colonial Legacies of Security and Surveillance," *Sociological Forum* 28(3), pp. 627–630.
- , 2014. *Colonial Legacies and Administrative Memory: The Legal Construction of Citizenship in Israel, India and Cyprus*, Ph.D. dissertation, Mudd Library, Princeton University.
- Brooks, Rosa Ehrenreich, 2004. "War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror," *University of Pennsylvania Law Review* 153(2), pp. 675–761.
- Coates, John, 1992. *Suppressing Insurgency: An Analysis of the Malayan Emergency, 1948–1954*, Boulder: Westview Press.
- Cohn, Bernard S., 1987. "The Census, Social Structure, and Objectification in South Asia," *An Anthropologist among the Historians and Other Essays*, Delhi and New York: Oxford University Press, pp. 224–254.
- Devji, Faisal, 1992. "Hindu/Muslim/Indian," *Public Culture* 5(1), pp. 1–18.
- , 2013. *Muslim Zion*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Guha, Sumit, 2003. "The Politics of Identity and Enumeration in India c. 1600–1990," *Comparative Studies in Society and History* 45(1), pp. 148–167.
- Hughes, Matthew, 2009. "The Banality of Brutality: British Armed Forces and the Repression of the Arab Revolt in Palestine, 1936–39," *The English Historical Review* 124(507), pp. 313–354.
- Hussain, Nasser, 2003. *The Jurisprudence of Emergency: Colonialism and the Rule of Law*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Jalal, Ayesha, 2002. *Self and Sovereignty: Individual and Community in South Asian Islam since 1850*, London and New York: Routledge.
- Jayal, Niraja Gopal, 2013. *Citizenship and Its Discontents: An Indian History*, Cambridge: Harvard University Press.

- Kalhan, Anil, 2006. "Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, and Security Laws in India," *Columbia Journal of Asian Law* 20(1), pp. 93–234.
- Kedar, Alexandre, 2014. "Expanding Legal Geographies," in Irus Braverman, Nicholas K. Blomley, David Delaney and Alexandre Kedar (eds.), *The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*, Stanford: Stanford University Press, pp. 95–119.
- Lavi, Shai, 2006. "The Use of Force beyond the Legal Imagination: Terror and Empire in Palestine, 1947," *Theoretical Inquiries in the Law* 7(1), pp. 199–228.
- Likhovski, Assaf, 2006. *Law and Identity in Mandate Palestine*, Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press.
- Luhmann, Niklas, 1988. "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History," *Journal of Law and Society* 15, pp. 153–165.
- Lustick, Ian, 1980. *Arabs in the Jewish State: A Study in the Control of a National Minority*, Austin: University of Texas Press.
- Mehozay, Yoav, 2012. "The Fluid Jurisprudence of Israel's Emergency Powers: Legal Patchwork as a Governing Norm," *Law & Society Review* 46(1), pp. 137–166.
- Mitchell, Timothy, 2002. *Rule of Experts: Egypt, Techno-Politics, Modernity*, Berkeley: University of California Press.
- Nandi, Sugata, 2010. "Constructing the Criminal: Politics of Social Imaginary of the 'Goonda,'" *Social Scientist* 38(3/4), pp. 37–54.
- Navlakha, Gautam, 1997. "Internal Militarisation: Blood on the Tracks," *Economic and Political Weekly* 32(6), pp. 299–306.
- Pantazis, Christina, and Simon Pemberton, 2009. "From the 'Old' to the 'New' Suspect Community Examining the Impacts of Recent UK Counter-Terrorist Legislation," *British Journal of Criminology* 49(5), pp. 646–666.
- Quigley, John B., 2005. *The Case for Palestine: An International Law Perspective*, Durham, N.C.: Duke University Press.
- Robinson, Shira, 2013. *Citizen Strangers: Palestinians and the Birth of Israel's Liberal Settler State*, Stanford: Stanford University Press.
- Samuel, Edwin, 1957. *British Traditions in the Administration of Israel*, London: Anglo-Israel Association.
- Saumarez Smith, Richard, 1985. "Rule-by-Records and Rule-by-Reports: Complementary Aspects of the British Imperial Rule of Law," *Contributions to Indian Sociology* 19(1), pp. 153–176.
- Sethi, Manisha, 2014. *Kafkaland: Prejudice, Law and Counterterrorism in India*, Gurgaon: Three Essay Collective Publishing.
- Shamir, Ronen, 1999. *Colonies of Law*, New York: Cambridge University Press.

- Singh, Ujjwal Kumar, 2007. *The State, Democracy and Anti-Terror Laws in India*, New Delhi: SAGE.
- Singha, Radhika, 2000. "Settle, Mobilize, Verify: Identification Practices in Colonial India," *Studies in History* 16(2), pp. 151–198.
- Stoler, Ann Laura, and Frederick Cooper, 1997. "Between Metropole and Colony," *Tensions of Empire: Colonial Cultures in a Bourgeois World*, Berkeley: University of California Press, pp. 52–55.
- Sultany, Nimer, 2003. *Citizens without Citizenship: Israel and the Palestinian Minority 2000–2002*, Haifa: Mada al-Carmel.
- Zamindar, Vazira Fazila-Yacoobali, 2007. *The Long Partition and the Making of Modern South Asia: Refugees, Boundaries, Histories*, New York: Columbia University Press.