

גישור בין משפט, חיים וחסולים

מאת מרואן דלאל¹

הארכה ללא פנדלים

לפסק הדין בעניין מדיניות החסולים שנוקטת ישראל בשטחים הפלסטיניים שכבשה בשנת 1967, יש תוצאה משונה. נשיא בית המשפט עליון, אהרן ברק, שכתב את פסק הדין המרכזי, קבע שלא ניתן לקבוע בדבר חוקיותה של מדיניות החסולים ככזו. לשיטתו, "אשר על כן הוחלט, כי אין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא אסור על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, כשם שאין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא מותר על פי המשפט הבינלאומי המנהגי".²

לאחר כחמש שנים של דיונים, הקפאות ודחיית מועד ההכרעה בתיק, הכריז ברק, כמו שופט כדורגל לאחר הארכה, שלא עמדה לרשותו אפשרות הכרעה בבעיטות עונשין, על תיקו. הכרזה זו אינה נקייה מקשיים, שברשימה קצרה זו אבקש להצביע על כמה מהם.

בין עובדות ומשפט

פסק הדין של ברק כתוב כחוות דעת של משפטן ב"שירות הציבורי", במקרה הזה בשירות המעצמה הכובשת. ההכרעה הנעלמת של ברק אינה מקרית, לנוכח נפקדותן של העובדות אשר הדיון המשפטי המפותל שמבצע ברק אמור, במקרה הרגיל של הכרעה שיפוטית, להיות מיושם עליהן. העובדות היחידות שבפני בית המשפט נוגעות למתקפת טרור רבתי נגד מדינת ישראל, והצורך של זו להתגונן בפניה, במסגרת הפרדיגמה של דמוקרטיה לוחמת או דמוקרטיה מתגוננת. שום פעולת חיסול, מלבד המקרה המפורסם של הטלת פצצה שמשקלה טונה על שכונה צפופה ברצועת עזה כדי לחסל את סלאח שחאדה, שמובא בשורה אחת ללא דברי ביקורת כלשהם, אינה מוזכרת בפסק הדין. ברק כותב:

"לפי נתונים שמסרו העותרים, מאז החלו פעולות אלה ועד סוף שנת 2005 נהרגו קרוב לשלוש מאות פעילים בארגוני טרור בתקיפות אלה. למעלה משלושים ניסיונות סיכול ממוקד נכשלו. כמאה וחמישים אזרחים אשר שהו בקרבת מקום ליעדים של סיכולים ממוקדים נהרגו במהלך פעולות אלה. מאות אחרים נפצעו".³

בהעדר העובדות הקונקרטיות שהיו אמורות להוביל את הכרעת בית המשפט, נראה פסק דינו של ברק כמטוטלת, הנעה ללא לאות בין קצוות תיאורטיים. בין קצוות אלה מחפש פסק הדין אחר דרך המלך, שכמו תמיד נמצאת במרכז דווקא. אלא שמרכז זה, כמו הקצוות, תיאורטי לחלוטין. זהו מרכז

¹ עו"ד בכיר בעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

² בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פסק דין מיום 14.12.2006), פסקה 64.

³ פסקה 2 לפסק הדין.

שמיקומו מחוץ לאזור⁴, הוא השטחים שנכבשו בשנת 1967, אשר נעדר כל מערכת של יחסי כוח וצורות התממשותם בפועל בין מעצמה כובשת, עם נכבש ודין מוטה לטובת המעצמה. גם האזרח הפלסטיני שחוסל בטעות מפני ששמו דומה לשם מטרת החיסול המקורית, אינו זוכה להיזכר בפסק הדין אלא כמי שיד הגורל פגעה בו, ולא המעצמה הכובשת. הוא "הומת", להבדיל מנהרג או אפילו נרצח, שמא ישמש פסק הדין של ברק גורמים משפטיים שיבקשו למצות את הדין עם הורגיו של "המומת". פסק הדין של ברק, איפוא, נכתב ברמת ההפשטה הגבוה ביותר, המאיינת ממנו כל משמעות משפטית.

הדלת המסתובבת של הכיבוש בבית המשפט העליון

עמדתה הרשמית של מדינת ישראל היא כי אמנות ג'ינבה משנת 1949 אינן חלות, וממילא אינן תקפות, בשטחים הפלסטיניים שנכבשו על ידה בשנת 1967. זוהי העמדה שעליה מכריזה ישראל באוזני העולם כולו באו"ם, והחשוב מכל, זו העמדה שהיא מציגה לפלסטינים החיים באותם שטחים. אכן, אין צו אחד של מי מהמושלים הצבאיים הישראליים ששלטו בשטחים אלה במשך קרוב ל-40 שנה, אשר קובע את מרותו בהסתמך על אמנות ג'ינבה. לפיכך, אין צו אחד של מי מהמושלים הצבאיים האלה אשר ניתן למצוא בו, למשל, את המשפט הבא: "בהתאם לסמכותי על פי אמנת ג'ינבה אני קובע כדלקמן". לא רק הפסטורליות של העיר ג'ינבה נפקדת מהשטחים הפלסטיניים הכבושים, בסיועה הנדיב של המעצמה הכובשת, אלא גם צירוף המלים "אמנות ג'ינבה", על כל המשמעויות המשפטיות הנלוות אליו לגבי התנהלות המעצמה הכובשת באותם שטחים.

זהו ללא ספק חור שחור, ממלכה ללא דין ברור. גם המחויבות החד צדדית של המעצמה הכובשת, בפני בית המשפט שלה בלבד, ל"הוראות ההומניטריות" של אמנת ג'ינבה הרביעית, בלי לפרט מהן הוראות אלה ובלי להסתמך על ניסיון אנושי אחד, אינה יכולה להאיר את החור השחור האופף זה כ-40 שנה את השטחים הנתונים לשליטתה האפקטיבית של מעצמה זו. אפילו דיון בפני בית משפט לאור כמה מכללי המשפט הבינלאומי המנהגי או ההסכמי, בבדיקה שנערכת לאחר מעשה, אינו יכול להאיר חור שחור זה, בוודאי לא כאשר ביקורת שיפוטית, הנטועה בעצמה בפיקציה המשפטית המשונה שיצרה ישראל בשטחים, מסתיימת בדרך כלל בהסכמה עם עמדת המעצמה הכובשת. אלה הם יסודותיו של משטר משפטי מוזר, המניח תשתית מוצקה לפטור מעונש (impunity) לסוכניו השונים.

אפשר להבין את האבסורדיות של המשטר המשפטי שיצרה ישראל בשטחים הכבושים, אם ניישם אותו במסגרת דיני החוזים. ישראל (צד א' לצורך הדוגמה) טוענת כי היא כורתת חוזה עם עצמה. חוזה זה אינו מחייב את ישראל ביחסיה עם צד ב' (הפלסטינים), וגם לא במסגרת יחסיה עם צד ג' (העולם). כלומר, על מנת שחוזה זה יתפוס במסגרת כלשהי, גם המשפטית, חייב להתקיים התנאי הבסיסי הבא: צדדים ב' ו-ג' משוכנעים כי רמתו המוסרית של א' גבוהה כל כך, שאין צורך לכרות חוזה עמו ואפשר להסתפק בהתחייבותו החד צדדית של א'. אבל הצד היחיד במערכת היחסים הזאת

⁴ המושג המופשט "האזור", נטול התוכן והגבולות, מכוון בשיח המשפטי הרשמי לשטחים הפלסטיניים שנכבשו ב-1967, למעט ירושלים המזרחית אשר נתפסת כחלק ריבוני ממדינת ישראל, ללא מתן אזרחות לתושביה הפלסטינים.

שמשוכנע ברמה המוסרית הגבוהה של א', המספיקה לכריתת חוזה בין א' לבין עצמו, הוא מי שנהנה מאי כיבוד החוזה החד צדדי, שאיננו אלא א'.

בעניין מדיניות החיסולים, ישראל חתרה אף תחת הטיעון המסורתי שהעלתה בפני בית המשפט העליון. בדרך כלל טענה ישראל, בהסכמת בית המשפט העליון, כי המשפט המנהגי מחייב אותה, אך לא המשפט ההסכמי. המדינה כללה את אמנות ג'ינבה במסגרת המשפט ההסכמי. בעניין מדיניות החיסולים היא טענה כי הכלל המעוגן בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'ינבה, הקובע כי אין לפגוע באזרח אלא אם כן הוא נוטל חלק ישיר בלחימה, ובמשך אותה עת "unless and for such time as they take a direct part in hostilities" אינו מנהגי, חרף מנהגיותו הברורה והמוסכמת בקהילה המשפטית הבינלאומית של כלל זה. חמור מכך, ישראל ביקשה להצטרף למבקשים לשנות את המשפט הבינלאומי מיסודו, על ידי יצירת קטגוריה חדשה של אזרחים-לוחמים, כלומר לוחמים שניתן לפגוע בהם בלי להקנות להם שום זכויות.

בית המשפט העליון דחה את שתי הטענות של המדינה. הוא לא קיבל את עמדתה באשר לחוסר מנהגיותו של סעיף 51(3) וגם לא את רצונה ליצור קטגוריה חדשה במשפט הבינלאומי ההומניטרי, מעבר לקטגוריות הקיימות של אזרחים ולוחמים. בכך ניסה בית המשפט להימנות על "הבחורים הטובים" בקהילת המשפטנים הבינלאומיים ולהבדיל את עצמו מפרשניו היצירתיים של המשפט הבינלאומי, אשר עבדו בשירות הממשל הלא מתון הנוכחי של ארצות הברית, כמו פרופסור ג'ון יו או פרופסור ג'יק גולדסמית (שניהם מלמדים כיום משפט בינלאומי, הראשון באוניברסיטת ברקלי והשני באוניברסיטת הרווארד).

ג'רי אדמס וג'ורג' בוש, היזהרו

אבל בית המשפט כשל בניסיון ספק מתוחכם זה. שכן, הוא קיבל את הפרשנות המרחיבה של המדינה למשמעות התנאים שלפיהם על אזרחים ליטול "חלק ישיר בלחימה" ו"במשך אותה עת". על כן אין להתפלא על כך שהצבא הביע סיפוק לאחר פרסום פסק הדין וקבע כי הוא פועל בדיוק באופן שתואר על ידי בית המשפט. לפי אותה פרשנות, ספק רב אם ג'רי אדמס היה עמנו היום, אילו החליטו הבריטים לפעול על פי מדיניות החיסול הישראלית, בזמן שליטתם הצבאית בצפון אירלנד.

פסק הדין של בית המשפט העליון מעמיד בסכנה גם את נשיא ארה"ב, ג'ורג' בוש, המוגדר על פי התבנית החוקתית בארה"ב (סעיף 212 לחוקה) כמפקד העליון של הכוחות המזוינים של ארה"ב, וממילא הוא נוטל חלק ישיר בסכסוך מזוין כל עוד סכסוך כזה קיים. לפי פרשנות בית המשפט העליון, הנשיא בוש נוטל חלק בסכסוך כל עוד הסכסוך קיים, ללא קשר אם הוא נמצא בפנטגון יחד עם פקודיו, או סועד ארוחת ערב עם לורה בביתו כשכלבו למרגלותיו.

בסכנה של המתה ללא משפט נמצא גם המשת"פ הפלסטיני, אשר לפי פסק הדין של בית המשפט העליון ניתן לראות בו אזרח הנוטל חלק ישיר בלחימה ואפשר לפגוע בו גם בביתו, לפני פעילותו המשותפת עם המעצמה הכובשת או אחריה. אבל דומה כי הסיכון המכריע שמציב בית המשפט הוא דווקא מנת חלקם של חיילי צה"ל, מפקדיהם ושולחיהם, אשר לפי פסק הדין אינם בני הגנה כאשר אינם לוחמים בשדה הקרב. השלכות אלה נובעות באופן ישיר מפסק הדין, ומנוגדות כמובן לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הן מקור לאנרכיה והן חותרות תחת אושיותיו של משפט זה ותחת מטרתו ותכליתו – להגן על אזרחים ולקבוע כללי לחימה מחייבים.

אודות שמיט ונזק אגבי

כאמור, בפני בית המשפט העליון היה הנתון, כי יותר משלושים פעולות חיסול שביצעה ישראל בשטחים הכבושים נכשלו. בפסק הדין לא נטען אחרת. כמו כן נהרגו 150 אזרחים, ומאות אחרים נפצעו, בנוסף ל-300 שנהרגו אחרי שהוגדרו בני תקיפה, על פי הפרשנות המרחיבה והבעייתית, בלשון המעטה, של בית המשפט. כלומר, בחשבון גס, ועל פי הנתונים שעמדו בפני בג"ץ, חצי אזרח נהרג על כל הרג לגיטימי, ורבים אחרים נפצעו, ככל הנראה רובם קשה, כתוצאה ממדיניות החיסול שהפעילה ישראל. זהו הנזק האגבי (collateral damage) של הפעילות הצבאית הלגיטימית. מכל המקרים שהוצגו לבית המשפט, לא נמצא ולו מקרה אחד שנקבע כי הוא בלתי חוקי, או לפחות בעייתי. לכן האמירה כי בית המשפט נתן לגיטימציה לפעולות קטלניות אלה, לא זו בלבד שאינה מופרזת, אלא אף מחויבת.

בית המשפט הפנה לשני מלומדים, שהוזכרו בהסכמה כאסמכתאות יותר מאחרים לכל אורך פסק דינו של ברק: מייקל שמיט (שישה אזכורים לפחות), ואנטוניו קססה (12 אזכורים לפחות). הראשון מזוהה יותר עם תפיסה צבאית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. שמיט, אזרח אמריקאי, מלמד משפט בינלאומי במרכז האירופי ללימודי ביטחון שבגרמניה. קססה, לעומתו, תופס את המשפט הבינלאומי בכלל, ואת המשפט הבינלאומי ההומניטרי בפרט, כמבוסס על זכויות האדם. הוא נחשב אחד ממייסדי אסכולה זו, לרבות במסגרת המשפט הבינלאומי הפלילי, בהיותו הנשיא הראשון של בית הדין הבינלאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר.

יש, איפוא, אשליה אופטית לא בלתי ניתנת לזיהוי בפסק הדין. המלומד המצוטט ביותר לאורך פסק דינו של ברק (שתורגם לאנגלית) הוא המומחה מטעם העותרים, איש זכויות האדם, אשר קבע כי מדיניות החיסולים הקונקרטיים שנוקטת ישראל אינה חוקית. אבל בשאלות המכריעות שקבעו את חוקיותה של מדיניות החיסולים, כגון מה המשמעות של "השתתפות ישירה בלחימה", הועדפה עמדתו המרחיבה של שמיט⁵ על פני עמדתו הבהירה והברורה של קססה, שיצא נגד מדיניות החיסולים של ישראל.

⁵לא פחות חמורה מכך הסתמכותו של ברק, בצמתים מכריעים בפסק דינו, על טיעונים מוסריים של שני אקדמאים ואיש צבא ישראליים, המכשירים את מדיניות החיסולים של ישראל. כך כאשר קבע את הפרשנות המרחיבה למושג "השתתפות ישירה בלחימה" (פסקה 39; דניאל סטטמן בוגר אוניברסיטת בר אילן המלמד באוניברסיטת חיפה) וכאשר דן בשאלת

את פרופסור שמיט פגשתי בקיץ 2005, במסגרת קורס מתקדם במשפט בינלאומי הומניטרי באוניברסיטת הרווארד. בקורס השתתפו פרקליטים צבאיים מצבאות ארה"ב וקנדה, פעילים הומניטריים מהצלב האדום והאוי"ם, בכירים מארגוני זכויות אדם כמו Amnesty International ו-Human Rights Watch ועוד. פרופסור שמיט היה אחד המשתתפים והמנחים בדיונים שהתקיימו. תכליתם של דיונים אלה היתה, בין השאר, להעלות סוגיות קשות ולבחון כיצד המשפט הבינלאומי ההומניטרי מתמודד אתן. אחד התרגילים היה בחינת החוקיות של תקיפות צבאיות בעיר מסוימת, הלוא היא בגדאד. התרגיל נועד לבחון מהן מטרות לגיטימיות לתקיפה, לעומת מטרות שלא ניתן לפגוע בהן על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. סופק לנו מידע מודיעיני על כל מטרה, בטרם הוחלט אם תקיפתה חוקית היא. פרופסור שמיט הנחה את התרגיל הזה.

אחת המטרות היתה חדר על גג של בית ספר. המודיעין שסופק היה שבחדר זה מתכנסת צמרת המודיעין הצבאי של הצבא היריב. עוד סופק מידע כי לא ידוע אם יש או אין תלמידים בבית הספר. התפתח דיון חריף ביני לבין פרופסור שמיט. הוא טען שניתן וראוי לפגוע בחדר זה על שוכניו. טיעונו המרכזי היה שפגיעה באנשים אלה עשויה לסיים את המלחמה. אני טענתי כי לא ניתן לפגוע במטרה זו, הואיל ואין מודיעין המראה שאין תלמידים בסביבה, וכי בנוסף עומדת לבית הספר ככזה הזכות לא להיות מותקף. הוא גרס ששאלת הפגיעה בתלמידים ובבית הספר תיפתר במסגרת שאלת "הנוק האגבי הלגיטימי"⁶.

פסק הדין בעניין מדיניות החיסולים הישראלית נותן גיבוי לפעילות המסוכנת ביותר שביצעה ישראל כמעצמה כובשת בשטחים הכבושים ב-40 השנים האחרונות: פעולות הרג בלתי ממוקדות עם "נוק אגבי" רב וידוע מראש. גיבוי זה עלול להביא להפרות בוטות נוספות של זכויות אדם בסיסיות של האוכלוסייה החיה תחת הכיבוש. הפרות בוטות אלו, שמבצעים הצבא ושולחיו, נהנות ממשטר יציב של פטור מעונש (impunity) בהנהגת הפרקליט הצבאי הראשי, היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון לדורותיהם. אין מנוס, איפוא, אלא לאתגר מן היסוד משטר זה של פטור מעונש. אכן, פרופסור דייוויד קנדי, שמלמד משפט בינלאומי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת הרווארד, מדייק כשהוא מתאר את נבצרות הערכת הפגיעה הלגיטימית באזרחים, שתוצאתה כמעט תמיד היא מעבר מכללים משפטיים שאיפשרו את הפגיעה בהם, לעבר האחריות הפלילית לגביה:

"[It] is extremely difficult to see how one might, in fact, weigh and balance civilian deaths against military objectives. The idea of proportionality – or necessity – encourages a kind of strategy, and ethic, by metaphor: the metaphor of weighing and balancing... Indeed, at least so

היחס הראוי בין הנוק לתועלת במסגרת הדיון במושג המידתיות של מדיניות החיסולים (פסקה 46; אסא כשר מאוניברסיטת תל-אביב המייעץ לצבא בנושאי אתיקה באופן תדיר, ועמוס ידלין, כיום ראש אמ"ן).

⁶ דומה כי יש בסעיף 30(3) לחוקת בית הדין הפלילי, המרחיב את המושג "כוונה" ככולל גם נסיבות או תוצאות אשר יתרחשו במהלך הרגיל של הדברים, לצמצם עד כדי איון את ההסתמכות על דוקטרינת "הנוק האגבי הלגיטימי" כדי לבצע פעולות צבאיות ברבריות.

far as I have been able to ascertain, there is no background exchange rate for civilian life. What you find instead are rules kicking the decision up the chain of command as the number of civilians increases, until the decision moves offstage from military professionals to politicians. Rules transforming weighing and balancing effects into attributions of responsibility".⁷

⁷ David Kennedy **Of War and Law** (Princeton University Press, 2006) 143-144.