

מי נתן את ההכשר?

<http://www.haaretz.co.il/literature/1.1526343>

אפרים לביא

19.10.2011

בתגובה לרשימתו של מוטי גולני על ספרו של מנחם פינקלשטיין "הטור השביעי וטוהר הנשק" (הארץ, ספרים, 5.10)

במאמר ביקורת מעמיק מראה מוטי גולני כיצד הפרקליט הצבאי לשעבר, מנחם פינקלשטיין, רתם בספרו את נתן אלתרמן כדי להעניק לעצמו ולמערכות המשפט בישראל זיכוי על מתן הכשר לפעולות הסיכול הממוקד בשטחים. גולני מיטיב לנסח את דברי הביקורת על פינקלשטיין, בכותבו כי "החיבור הוא פסק-דין ארוך שבסיומו יוצא הנאשם זכאי". ואולם, מרכיב חשוב חסר בביקורת זו והוא קשור לעובדה שפינקלשטיין התעלם לחלוטין משאלת מהות העימות שהחל בספטמבר 2000 בין ישראל והפלסטינים. יש בכך כדי לשפוך אור מטריד על האופן בו הפרקליטות הצבאית, פרקליטות המדינה ובית המשפט העליון רתמו את החוק כדי להכשיר את פעולות צה"ל נגד האוכלוסייה והרשות הפלסטינית ומוסדותיה האזרחיים והביטחוניים באינתיפאדה השנייה, ובהמשך גם במבצע "עופרת יצוקה".

כראש הזירה הפלסטינית לשעבר בחטיבת המחקר באמ"ן (2002-1998), הוזמנתי ב-2005 ליטול חלק בפרויקט המשותף של המכון הישראלי לדמוקרטיה והמטה הכללי ("דיאלוג צבא-חברה"), בו נדונה, בין היתר, הפעילות המבצעית של צה"ל באינתיפאדה השנייה והשלכותיה החברתיות. במסגרת הפרויקט חקרתי את המצב המשפטי באינתיפאדת אל-אקצא ונפגשתי עם אנשי היועץ המשפטי של השב"כ ושל ענף הדין הבינלאומי בצה"ל. הממצאים שהצגתי, המובאים כאן בתמצית, הדהימו רבים מהנוכחים.

תחקירים מאוחרים בקהילת המודיעין איששו את העובדה שהעימות פרץ כמחאה עממית מצד החברה הפלסטינית, שביקשה לפרוק את הזעם שהצטבר בקרבה בעקבות קוצר היד שגילתה הנהגתה להביא לסיום הכיבוש, שנוסף לליקויי התפקוד שלה בנושאי הפנים. ערפאת מצידו רכב על גל המחאה לצרכיו: מיקוד תשומת הלב העולמית לשאלה הפלסטינית ולחץ על ישראל לצעוד את המייל הנוסף לקראתו בתהליך המדיני. צה"ל, שפעל ללא אמצעים מתאימים לפיזור הפרות סדר, גרם בשבועות הראשונים של העימות לקורבנות רבים בקרב הפלסטינים ולמעשה נכשל במילוי הנחיית הדרג המדיני להכיל את העימות ולמנוע את התרחבותו.

השוני המהותי בין ישראל והפלסטינים בתפישת מהות העימות השפיע במידה רבה על התפתחותו: ישראל הציגה אותו כעימות קיומי מזוין שנכפה עליה ("מלחמת קיום") ולכן השתמשה בכל האמצעים שנדרשו בעיניה, לרבות אמל"ח כבד ופעולות התקפיות מן האוויר, כדי להגן על עצמה ולגבות מהפלסטינים מחיר; הפלסטינים ראו בעימות התנגדות עממית לגיטימית נגד צד כובש ומבחינתם היה זה עימות א-סימטרי: ישראל הפעילה את עליונותה הצבאית המוחלטת אותה ניתן היה לאזן רק באמצעות "פעולות איכות", כמו פיגועי התאבדות.

ההסלמה הצבאית שחלה בעימות לאחר שיצא משליטתו של ערפאת היתה בעיקר פועל יוצא של האנרכיה שהשתררה בשטח, כתוצאה מתחרות בין ארגונים על ביצוע פיגועים קשים יותר, או לחלופין, שיתוף פעולה ביניהם כדי לעמוד מול עוצמתו של צה"ל. הרשות הפלסטינית, שנתפשה בעיני ישראל כאחראית ישירה לאירועים האלימים ולא פעלה כדי לבלום אותם, הפכה בהדרגה לכלי שלטוני ריק בעקבות הפגיעה המכוונת בה. המשטרה, מנגנוני הביטחון ומערכת המשפט שותקו, והשליטה על החברה עברה מהם לידי קבוצות חמושות של צעירים שפעלו בצורה עצמאית, בלי שליטה ריכוזית ובאופן בלתי תלוי בהנהגת פלג אש"ף או הרשות.

ההסלמה שחלה באירועים ובאופיים (ריבוי מקרי הירי על כוחות הצבא והאמצעים שצה"ל השתמש בהם בתגובה) יצרה צורך דוחק להגדיר את המצב מבחינה משפטית, לאור ההשלכות שהיו לכך על כללי הפתיחה באש, שאלת השפיטות, מדיניות החקירות וההעמדה לדין, שאלת הסיכול הממוקד, תיחום מקום המגורים, הריסת בתים בהיקף רחב, תביעות נזיקין ועוד. ואולם, המערכת המשפטית התקשתה להגדיר את המצב מבחינה משפטית, לאור העובדה שהשטחים שבידי הפלסטינים הוגדרו כנמצאים תחת "תפיסה לוחמתית", שבהם המפקד הצבאי הוא הריבון ומכאן גם אחריותו לביטחונה של האוכלוסייה. יתר-על-כן, ישראל שמרה לעצמה סמכויות שונות בשטח, כולל השליטה על המעברים, ומכאן שמעמדה היה של כוח "כובש" לפחות בשטחי B ו-C ובמידה רבה גם ב-A-כל עוד לא הושג הסדר קבע. במלוא חריפותה עלתה השאלה, האם זהו עימות שבמהותו הוא בין צד נכבש המבקש להתקומם נגד הצד הכובש, ועל כן יש לטפל באירועים על פי כללי אכיפת החוק והסדר; או לחלופין, האם מדובר בעימות שמאחוריו עומדת ישות מעין מדינתית שתיכננה וזיממה אותו לשם השגת מטרות מדיניות ולפיכך נושאי הנשק הפלסטינים הם כמו חיילים, ראשיהם הם כמו מפקדים, ועל כן מדיניות ההריגה הממוקדת היא נכונה ואף מוסרית?

המערכת המשפטית הצבאית (ענף הדין הבינלאומי) והאזרחית (פרקליטות המדינה) ניזונה מהקונספציה השגויה שהוכתבה לה החל מאביב 2001 על ידי הדרג המדיני (ממשלת שרון הראשונה) וגורמים בכירים במודיעין. על פי אותה קונספציה, מדובר בעימות מזוין שנכפה על ישראל על ידי ערפאת משום שאינו מעוניין בהסדר של שתי מדינות אלא בקעקוע המדינה והחברה בישראל במסגרת יישום "תורת השלבים" של אש"ף. הפעלת הכוח הצבאי הוגדרה, לפיכך, כמיועדת לסיכול הסכנה הקיומית ("מלחמה על הבית").

במהלך 2001 החל בית המשפט העליון להגדיר בפסקי דין שונים את האירועים האלימים בין הפלסטינים לכוחות צה"ל כ"אירועי לחימה של ממש", או כ"מצב מלחמה", או כך: "אנו נמצאים בתקופת לחימה המתנהלת נגד מתקפת הטרור". רק לאחר "חומת מגן", באפריל 2002, ולפי בקשתו של בית המשפט העליון (בהתייחס לעתירה של הוועד הציבורי נגד עינויים שהוגשה נגד מדינת ישראל), העלתה פרקליטות המדינה על הכתב את עמדתה בשאלה מהי מערכת הדינים החלים בעימות: האם דיני מלחמה, או דינים לשימוש בכוח "פחות ממלחמה" (Armed Conflict Short of War) "או אפיון אחר. בדברי הפרקליטות תוארה הפעילות האלימה של הצד הפלסטיני המבוצעת "על ידי חברים בארגוני הטרור ועל ידי אנשים הנמנים על כוחות הביטחון השונים של הרשות הפלסטינית". בציטוט מפסק דין מסוים ("עג'ורי") נאמר: "אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשי מדים". לגבי הרשות נאמר: "ככלל, הרשות הפלסטינית לא פעלה נגד מבצעי הפיגועים ולא עשתה כל מאמץ למניעת התרחשותם". בהתייחס לישראל, נאמר כי היא "מפעילה את מרבית סוגי אמצעי הלחימה שבידה" ו"אף נאלצה לגייס כוחות מילואים, באורח מיידי, באמצעות צווי גיוס מיוחדים".

נראה, אם כן, שגורמי הייעוץ המשפטי פעלו בחוסר נוחות רבה, אך "התיישרו" בסופו של דבר עם דרישות הדרג המדיני והצבאי והעניקו גיבוי בדיעבד להחלטותיו. כשנה וחצי לאחר פרוץ האינתיפאדה, הם מצאו את הדרך לפרש את העימות עם הרשות כעימות צבאי בין שתי מדינות, שלא ניתן להחיל עליו את הכללים והאמצעים של אכיפת חוק, ולפיכך האירועים הוגדרו כ"סכסוך מזוין" שעליו חלים דיני המלחמה. ורק בשלהי 2006, בפסק הדין האחרון שחיבר נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק, הוא נתן הכשר לפעולות הסיכול הממוקד, בהתאם לתפישתו לגבי הצורך בשמירה על עיקרון ה"מידתיות" והצורך באיזון בין שיקולי הביטחון לבין הפגיעה בזכויות האדם.

הנה כי כן, להיתלות המאוחרת בנתן אלתרמן לצורך זיכוי מוסרי של הדרג המדיני והצבאי והחברה הישראלית קדם הגיבוי המשפטי שבדיעבד, גיבוי שנתנה מערכת הייעוץ המשפטי לפעולות המלחמתיות שנקטה בהן ישראל כצד כובש נגד עם נכבש הנאבק על עצמאותו. שאלת טוהר הנשק נותרת אפוא פתוחה גם לאחר ספרו של מנחם פינקלשטיין.