

## אבי לובין

### הוואלס האחרון

#### מחול הפרידה המגושם של אהרן ברק נוכח החיסולים

לאחר כחמש שנים למן מועד הגשתה, התפנה בית המשפט העליון, לקראת פרישתו של הנשיא אהרן ברק, לדון בעתירה נגד מדיניות החיסולים (בג"צ 769/02), מדיניות אותה מכנה המדינה "סיכולים ממוקדים", ובית המשפט הגדירה עכשיו כ"פגיעה מונעת הגורמת למות מחבלים, ולעתים גם של אזרחים תמימי לב." הנשיא ברק, במה שכנראה נתפס על-ידו כפעולת איזון רגישה ומדוקדקת, הסביר בפסק הדין כי "כוחה של המדינה אינו בלתי מוגבל" ו"לא כל האמצעים כשרים", וכי "העיקרון הבסיסי הינו שהאוכלוסיה האזרחית ואזרחים יחידים מוגנים מפני סכנות הפעילות הצבאית ואינם מטרה להתקפה", "ואולם, "הגנה זו ניתנת לאזרחים אלא אם ולמשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (הערפול הסגנוני, במקור). האיזון בפסק הדין של הנשיא ברק מתרכז בקביעה לפיה כדי להכריע בדין (בהתאם לאמנת האג) יש לאזן בין שני צירים: "האחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס; האחר – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית." קביעה זו, שבוודאי תילמד בפקולטות למשפטים כמופת של איזון, מעוררת תמיהה אם אכן מאמינים בית המשפט וברק עצמו בשלל האמירות הריקות שהנשיא מפזר בפסק-הדין.

כך תיאר ברק את הרקע למדיניות: "החל מסוף ספטמבר 2000 מתרחשים באזור יהודה, שומרון וחבל עזה פעולות לחימה וטרור נגד ישראל. עקב פעולות אלה נהרגו בשנים 2000-2005 מעל לאלף אזרחים ישראלים. אלפים נוספים נפצעו." בנקודה זו מטעה הנשיא ברק לפחות בפרט אחד, אפילו לשיטתו. לא ברור אם השימוש במלה 'אזרחים' נועד להבהיר כי הם אינם לוחמים (על הבחנה זו עוד אעמוד בהמשך), או שמא הכוונה לפגיעה במי שאזרחותו ישראלית (לוחם ושאינו לוחם). ברק ממשיך ומתאר את הרקע על פי הבנתו: "כחלק מהפעילות הביטחונית אשר נועדה להתמודד עם פיגועי הטרור, מפעילה המדינה את מה שהיא מכנה 'מדיניות הסיכולים הממוקדים'.

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 אזרחים נפצעו.<sup>1</sup> כאן כבר ברור שהשימוש במלה "אזרחים" (לגבי הפלסטינים) נועד להבחין בין "פעיל בארגון טרור" לבין מי שאינו פעיל כזה. חשוב גם לשים לב כי הבחנה זו אינה מפרידה, למשל, בין פעיל שהוא "פצצה מתקתקת" או שמהווה סיכון לבין פעיל שאיננו כזה.

העותרים ביקשו מבית המשפט להורות למדינה לבטל את מדיניות החיסולים. בפרשה קודמת קבע בית המשפט העליון כי "ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים [כלומר – המדינה, א"ל] במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם" (בג"צ 5872/01 חבר הכנסת מוחמד ברכה נ' ראש הממשלה אריאל שרון ואח', מיום 29.1.02). ואכן, בתשובתה הראשונה, המקדמית, ביקשה המדינה גם כאן מבית המשפט לפעול ברוח זו ולא להתערב ב"ברירת אמצעי הלחימה", שכן מבחינתה אלו עניינים בעלי אופי מבצעי מובהק, שאינם שפיטים מבחינה מוסדית. ואולם, לאור שינוי הנסיבות במשך התקופה ובשל הזמן הרב שעבר בין דיון לדיון, הגישו הצדדים כתבי טענות נוספים (כתבי טענות משלימים) בשלוש הזדמנויות שונות.<sup>1</sup> באופן מפתיע, לא חזרה המדינה בכתבי טענות אלה על טענת חוסר השפיטות המוסדית. מדוע פעלה המדינה בצורה זו? קשה להניח כי המדינה חזרה בה מן הגישה לפיה בית המשפט איננו המסגרת הראויה לדון בסכסוך וכי ראוי שזה יימנע מהתערבות בשיקולים המבצעיים. קשה גם להאמין שמדובר בטעות וכי הוותור על הטענה מקורו בהיסח הדעת. אפשר להעניק לצעד הזה הסבר ציני, לפיו המדינה יודעת, מניסיונה, כי בית המשפט ממילא לא יתערב בשיקוליה, אך היא מבינה כי רטוריקה של ביקורת שיפוטית תעניק למדיניות החיסולים לגיטימציה משפטית, ואולי אף לגיטימציה בינלאומית. כך או כך ראוי להעמיק בשיקוליו של בית המשפט בבואו לאזן בין שני הצירים המוזכרים.

1 בפעם הראשונה הגישו הצדדים כתבי טענות משלימים, שכללו התייחסות לשאלות שהציג בית המשפט. בפעם השנייה הגישו, לבקשתם, כתבי טענות משלימים לאור דחיית בקשת עותרים להוציא צו ביניים שיורה על הפסקת מדיניות החיסולים עד שתינתן הכרעה בעתירה. הפעם השלישית היתה לקראת כתיבת פסק-הדין. קדמה לכך תקופה של כחצי שנה במהלכה נדחה הדיון בעתירה מאחר שהמדינה הודיעה כי השעתה את השימוש במדיניות החיסולים.

אפנה לציר הראשון של האיזון: "הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס." האם על בית המשפט לבחון את אופי האינטרסים הביטחוניים או שנושא זה אינו שפיט ועל בית המשפט לקבל את עמדת המדינה כלשונה? כאמור, המדינה לא חזרה בכתבי הטענות המשלימים על הטענה של חוסר שפיטות מוסדית, ולכן בית המשפט לא היה צריך להכריע בה. למרות זאת, בחר הנשיא ברק להתייחס לטענת חוסר השפיטות וקבע כי "אין לה תחולה בעתירה שלפנינו" – כלומר, ברק קבע כי העניין שפיט. לכאורה, ביקש הנשיא ברק להיכנס ולבחון גם תחום זה של ברירת אמצעי הלחימה. למעשה, הוא דן בציר זה של האיזון בלי להעלות לדיון שאלות מרכזיות העומדות בבסיסו. מפסק־הדין ניתן להסיק כי הנשיא ברק וחבריו מזהים, ככל הנראה, את מדיניות החיסולים עם הצורך הצבאי הלגיטימי. השופטים אינם מעלים אפילו על דעתם כי מדיניות החיסולים יכולה להיות מנוגדת לאינטרס הביטחוני הלגיטימי (למשל, בכך שתביא להגברת פיגועי הנגם; למשל בכך שתחריף את הסכסוך); אולי דווקא מדיניות זו היא המסכנת את הציבור יותר מהימנעות מחיסולים?

ואולם, הנשיא ברק הוא, כידוע, שופט מאוזן. הוא אינו מתכוון להניח למדינה להרוג כל אחד רק משום שהצרכים הביטחוניים מצדיקים זאת. הוא אינו מבקש לאתר סתם צרכים ביטחוניים. השופט ברק מבקש לראות אם יש כאן צרכים ביטחוניים לגיטימיים. לכן, עוד בטרם יעבור לציר השני, הוא נדרש להבחנה הבינארית שעושה המשפט הבינלאומי בין לוחמים (combatants) לאזרחים (כאן המונח אזרחים אינו מתייחס למי שיש לו אזרחות אלא למי שאינו לוחם לפי ההגדרה).

המדינה ביקשה בטיעוניה, בכתב ובעל־פה, לוותר על החלוקה הבינארית לוחמים/אזרחים ולהכיר בקטגוריה (שלישית) נפרדת של לוחמים בלתי חוקיים (תרגום למונח unlawful combatants). הנשיא ברק מסביר את עמדת המדינה: "אלה הם אנשים הנוטלים חלק פעיל ומתמשך בסכסוך מזוין, ועל כן דינם כדין לוחמים במובן זה שהם מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה, ואין הם זכאים להגנות הנתונות לאזרחים. עם זאת, אין הם זכאים לכל הזכויות וההגנות הנתונות ללוחמים, שכן הם אינם מבחינים עצמם מאזרחים, והם אינם מקיימים את דיני המלחמה. כך למשל, אין הם זכאים למעמד של שבוי מלחמה." במלים אחרות – הם מחויבים בחובותיהם של הלוחמים, אך אינם נהנים מזכויותיהם של הלוחמים או של האזרחים. אפשרות ההכרה בקטגוריה כזאת אינה מוכרעת בידי בית המשפט, מאחר שעל פי המצב הקיים של המשפט הבינלאומי, "אין בפנינו מספיק נתונים המאפשרים לנו להכיר בקיומה של קטגוריה שלישית זו", דברי הנשיא ברק.

לכן שואל הנשיא לאיזו משתי הקטגוריות הקיימות לפי המשפט הבינלאומי משתייכים "הלוחמים הבלתי-חוקיים" – לוחמים או אזרחים. את הבדיקה הוא מתחיל באפשרות שמדובר בלוחמים. אילו ראינו בהם לוחמים (כהגדרתם במשפט הבינלאומי), על פי הנשיא ברק, היתה ישראל זכאית לפגוע בהם. במקרה כזה הצורך הביטחוני הוא לגיטימי, סבור הנשיא. בקביעתו זו שכח, כנראה, ברק, כי מטרתה של הלחימה, לפחות על פי המשפט הבינלאומי, היא הכנעת האויב, ולא דווקא הריגתו. הוא מתעלם מן העובדה שגם הריגתו של "לוחם" מוצדקת רק כאשר הוא מהווה איום. הריגה לשם הריגה אינה מגשימה את מטרת הלחימה. הוא גם מתעלם מן העובדה שמדיניות של "פגיעה מונעת הגורמת למות מחבלים, ולעתים גם של אזרחים תמימי לב" רלוונטית רק כאשר מדובר במה שמכונה על-ידו "לוחמים בלתי חוקיים" (כתיאור, לא כקטגוריה נפרדת) ואינו טורח אפילו לשאול מדוע אין היא מופעלת כלפי חיילים סדירים של מדינות אויב, אם היא אכן לגיטימית.

כך או כך, את האפשרות כי מדובר בלוחמים, שולל הנשיא ברק: "המחבלים וארגוניהם, עימם יש למדינת ישראל סכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי, אינם נופלים לקטגוריה של לוחמים (combatants). אין הם משתייכים לאנשי הצבא (armed forces) ואין הם נופלים ליחידות להן מעניק המשפט הבינלאומי המנהגי מעמד הדומה לזה של לוחמים." כל זאת, מאחר שהם אינם ממלאים אחר התנאים של סעיף 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907, הקובעות כי "הדינים, הזכויות והחובות של המלחמה חלים לא על הצבא בלבד, אלא אף על מיליציה ועל יחידות מתנדבים הממלאים אחרי התנאים הבאים: (1) מפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו; (2) יש להם סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק; (3) הם נושאים נשק בגלוי; וכן (4) הם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה."

לכאורה, מוכן הנשיא ברק להקל עם הלוחמים הבלתי חוקיים ולהתייחס אליהם כאל אזרחים. זאת, כמובן, בהסתייגות: הלוחמים הבלתי חוקיים הם אזרחים אשר אינם מוגנים מתקיפה כל עוד הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. הם נהנים מזכויותיהם של אזרחים, שאינם לוחמים בלתי חוקיים, ובלבד שאין הם משתתפים באותה עת באופן ישיר במעשי האיבה.

אם כן, אזרחים אינם מוגנים "למשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה". מה הכוונה במונח "למשך אותו הזמן"? בית המשפט סבור כי "יש להימנע מהתופעה של 'הדלת המסתובבת' (revolving door), על פיה יש לכל מחבל מעין 'קרנות מזבח' או 'ערי מקלט' אליהם הוא פונה למנוחה ולהתארגנות, תוך שהם מעניקים לו הגנה מפני תקיפה". האיזון בו נוקט הנשיא הפורש מחייב אותו, כמובן, לבחון כל מקרה לגופו, אבל מקריאה

של פסק הדין דומה שהנשיא ברק מבקש להעניק פרשנות כה רחבה למונח "למשך אותו זמן", עד שקשה להבין מתי אפשר לומר כי אין מדובר ב"אותו זמן" (מלבד מקרים בהם אדם "נטל חלק ישיר במעשי איבה באופן חד פעמי או ספורדי, ולאחר מכן מנתק עצמו מפעילות זו"). מעניין לשאול אם ברוח דומה היה הנשיא ברק מכיר בזכותה של ישראל לחסל "לוחם חוקי" של מדינת אויב, כאשר זה נמצא בחופשה בביתו. האם דיני הלחימה היו מצדיקים לגישתו פגיעה כזאת? קשה להניח שהנשיא ברק היה רואה בכך הריגה מותרת.

למעשה, למרות שהלוחמים הבלתי חוקיים לא חדלו להיות אזרחים, הרי לגישתו של הנשיא ברק "בפעולותיהם הם שללו מעצמם אותה נפקות של אזרחותם המעניקה להם הגנה מפני תקיפתו של הצבא". לכן, אזרח המשתתף במעשי איבה עשוי להיות – כמו לוחם, לפי השופט ברק – אובייקט לתקיפה הגורמת מוות. זוהי, על פי גישתו, הריגה מותרת. כאמור, מאחר שאלה אינם לוחמים, הם גם אינם נהנים, כמובן, מזכויותיהם של לוחמים, כמו, למשל, מעמד של שבויי מלחמה בעת שבייתם. עניין לא פעוט, אם מניחים שבתי הסוהר של ישראל גדושים באסירים המוגדרים "ביטחוניים" היושבים בבית הסוהר ללא משפט. ניתן אם כן לראות כי בפועל מכיר הנשיא ברק, על אף דבריו המפורשים, בקטגוריה שלישית של לוחמים בלתי חוקיים, שאינם נהנים, לא מזכויותיהם של אזרחים ולא מזכויותיהם של לוחמים, אך מהווים אובייקט לגיטימי לתקיפה, כמו לוחמים ואף יותר.

הנשיא ברק מסביר כי "אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט בצעדים אלה". זאת, מאחר שכזכור מדובר באזרחים (להבדיל מלוחמים) וכיוון ש"משפט עדיף על שימוש בכוח". ואולם, לדבריו "המעצר, החקירה והמשפט אינם אמצעים שניתן לנקוט בהם תמיד. לעתים אפשרות זו אינה קיימת כלל; לעתים היא כרוכה בסיכון כה גדול לחיי החיילים, עד שאין נדרש לנקוט בה". זוהי קביעה מעוררת תמיהה שכן באמירה זו הוא מכיר למעשה בכך שמדיניות החיסולים מהווה תחליף להליך משפטי, ולמעשה מהווה ענישה – ולא סתם ענישה, אלא גזר דין מוות – ללא משפט וללא קיומו של הליך ראוי בו יכול ה"נאשם" להשמיע את דבריו.

לאור כל האמור, אם בית המשפט סבור כי "פגיעה מונעת הגורמת למוות מחבלים" היא אינטרס ביטחוני לגיטימי (גם אם בית המשפט לא באמת שאל את עצמו אם מדיניות כזאת תואמת את האינטרס הביטחוני של ישראל, אלא יצא מנקודת הנחה כזאת), הרי כל שנותר לעשותו הוא לאזן אינטרס זה עם הציר השני הבא לידי ביטוי באמנת האג.

הציר השני, כזכור, דן ב"הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית." לצורכיהם של המועמדים להוצאה להורג, או לסיכול ממוקד – אשר כזכור, יש לראות בהם אזרחים, על פי בית המשפט – הנשיא ברק אינו מעניק חשיבות רבה, שהרי כמו לוחמים, הם עשויים להיות מושא של תקיפה הגורמת מוות. למעשה, ניתן לומר כי כאשר הנשיא ברק מתייחס לציר השני הוא מתייחס, כהגדרתו, רק לאזרחים תמימי הלב (ולא לאלה שהינם "לוחמים בלתי חוקיים") שמותם נגרם בשל פגיעה מונעת הגורמת למות מחבלים, או במינוח שלו – ל"אובדן (הנזק) הנלווה".

הפצצת בית המאוור והריגת עשרות דיירים ועוברי אורח (תמימי לב) אינה מוצדקת מבחינתו של ברק, אם נועדה להרוג צלף היורה ממרפסת בית על חיילים ישראלים. ואולם, הנשיא ברק בודה מקרה בו הוא מצליח לתאר "חיסול מוצדק": ירייה לעבר הצלף היורה על חיילים או על אזרחים ממרפסת ביתו תהיה מוצדקת ומידתית, גם אם היא כרוכה בפגיעה באזרחים תמימי לב בקרבתו. הדוגמה הזאת מופרכת, מבחינת מה שאנחנו מכירים מן העיתון או הטלוויזיה על הליקופטרים וטילים והפגזות וירי ללא הבחנה, לתוך מקומות הומים אדם. לא ברור מדוע משתמש ברק דווקא בדוגמה זו. האם ירי לעברו של הצלף הבדוי הוא "סיכול ממוקד"? לא. תהא זו היתממות לומר שהחיסולים מופעלים נגד אדם בשעה שהוא "יורה ממרפסת". מדיניות החיסולים, כידוע, לא מתמודדת עם אדם בשעת ירי. הדוגמה של ברק היא במידה רבה דמגוגית. בנוסף, ניתן כמובן לשאול את השופט ברק אם היה מצדיק בכזו קלות פגיעה באזרחים ישראלים (תמימי לב) המצויים ליד צלף, היורה ממרפסת ביתו. או למשל את חיסולו של טרוריסט המחזיק בני ערובה יהודים, כאשר ברור שחיסולו יגרום גם למותם של בני הערובה. ייתכן שבנסיבות מסוימות היה מצדיק בית המשפט פגיעה באנשים כאלה, תוך הריגה של אזרחים תמימי לב, אך קשה להניח שהיה קובע כלל כזה בצורה גורפת וללא דיון מעמיק בנסיבות הפרטניות. בכל מקרה, בין שתי נקודות הקיצון אותן מציג השופט ברק, ישנו תחום ביניים רחב. מה קורה בתחום זה לפי גישתו? כאן נדרשת בדיקה מדוקדקת של כל מקרה ומקרה, ולכן, בלשון בית המשפט, "אין בידינו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית כשם שאין בידינו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית." ובשביל להגיע למסקנה הזאת הוא כתב את עשרות העמודים שקדמו לה? בשביל זה חיכו השופטים הנכבדים כל כך הרבה שנים? כדי לכתוב "אין בידינו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית כשם שאין בידינו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית."?

באופן קצת מוזר, בית המשפט סבור כי החלטתו זו מקשה על כוחות הביטחון. השופט ברק מסביר כי הוא וחבריו השופטים "מודעים... לכך כי בטווח הקצר פסק-דיננו אינו מקל על המאבק של המדינה כנגד הקמים עליה. ידיעה זו מקשה עלינו. אך אנו שופטים. כאשר אנו יושבים לדין אנו עומדים לדין." הוא אף מצטט פרשה אחרת, דומה, שגם בה פסק הדין לא הקל על המדינה והיה ביקורתי כלפי פעולת כוחות הביטחון. שם (לכאורה) אסר בית המשפט על השב"כ לענות עצירים בעת חקירותיו. בפועל, נכתב בפסק הדין: ההוא כך:

אנו מצהירים כי אין לשב"כ סמכות "לטלטל" אדם, להחזיקו בתנוחת "שבאח" (הכוללת את שילוב האמצעים, כאמור בפסקה 30), לחייבו ב"כריעת צפרדע" ולמנוע ממנו שינה באופן שאינו מתחייב מצרכי החקירה. כן אנו מצהירים, כי סייג ה"צורך" שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה וכי אין בו בסיס לקיום הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה. בה בעת, אין בהחלטתנו שלילת האפשרות כי סייג 'הצורך' יעמוד לחוקר שב"כ, בין במסגרת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אם יחליט להעמיד לדין ובין אם יועמד לדין פלילי, במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט. [ההדגשות הן שלי, א"ל]

מלים כדרבנות? לא ממש. בפרשת העינויים, ממש כמו בפרשה שלפנינו, מאמין בית המשפט כי פעל בצורה הרואית והתייצב מול רשויות הביטחון, בשעה שבפועל השאיר אותנו, בפרשת העינויים כמו בפרשת החיסולים, עם קביעה ריקה מתוכן, לפיה אי אפשר לומר דבר על הפעולה שנדונה בעתירה – לפעמים היא מותרת ולפעמים היא אסורה. מעבר לכך, קריאה של פסק הדין (ולא רק של השורה התחתונה) מובילה למסקנה כי הנשיא ברק מתייצב בכל כובד משקלו לצד הזכות של ישראל להוציא להורג. פסק הדין שלו, אם תרצו, ניתן לאחר שהנידונים למוות כבר הומתו, אבל הוא מכשיר את עונש המוות הסיטוני הזה, בדיעבד.