

מה שמותר מותר, ומה שאסור גם כן מותר

על בג"ץ ועל הרטוריקה המטשטשת, המקרה של "נוהל שכן"

באחד מפסקי הדין שניתנו בעת האחרונה בבית המשפט העליון (בג"צ 3799/02, 6.10.2005), בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, נאסר השימוש ב"נוהל שכן" ובגרסתו המרוככת - נוהל "אזהרה מוקדמת". אתאר בקצרה את הפרשה. העתירה הוגשה בתאריך 5.5.2002. לטענת העותרים מאלץ הצבא אנשים מקרב האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית ללכת לפני הכוח הצבאי, לבצע מטלות צבאיות, לרבות נקישה בדלת ביתו של מי שהצבא מבקש לעצור, ולמעשה משתמש באוכלוסיה אזרחית כ"מגן אנושי" או כבני ערובה. בפסק הדין תיאר הנשיא אהרן ברק את טענת העותרים לגבי המצב בעת הגשת העתירה:

בין השאר תוארו מקרים בהם צה"ל אילץ תושבים פלסטינאים לסרוק בתים שהיה חשש כי הם ממולכדים, וכי הוא הורה להם להיכנס לפני הכוחות הלוחמים לאזורים מסוימים על מנת לחפש בהם מבוקשים; תוארו מקרים בהם עשה הצבא שימוש בתושבים כ"מגן אנושי" שהתלוו לכוחות הלוחמים, כדי שישמשו כמגן מפני התקפה על כוחות אלה. כך, הוצבו תושבים במרפסות בתים בהם שהו חיילים, כדי למנוע ירי על הבתים; עוד תוארו מקרים בהם נשאלו תושבים מקומיים אודות הימצאותם של מבוקשים וחומרי לחימה, תוך איום בחבלה גופנית או במוות אם השאלות לא תענינה. על פי הדיווחים, במקרים מסוימים נלקחו קרובי משפחה כבני ערובה על מנת להבטיח את מעצרים של מבוקשים.

בעקבות העתירה ובטרם הוכרע העניין בבית המשפט, הוציא צה"ל - בלי להודות בנכונות הטענות - פקודה האוסרת שימוש באוכלוסיה המקומית כ"מגן אנושי" או כ"בני ערובה". במקביל, טען הצבא כי שימוש של כוחותיו בפלסטינים כדי להיכנס לבתים של תושבים אחרים אינו מהווה שימוש באזרחים כ"מגן אנושי", וכי התיאור הנכון לפעילות כזו הוא "הסתייעות" באוכלוסיה אזרחית בעת פעילות צבאית. "הסתייעות" זו זכתה לכינוי "נוהל שכן". צה"ל אמנם קבע כי גם ה"הסתייעות" אסורה, ואולם זאת בסייג של שיקול דעת מצד המפקד הצבאי בשטח, היכול להתיר אותה, אם בעיניו אין נשקפת סכנה ל"מסייע". הסיבה

לסייג היא שלטענת הצבא "סיוע" כזה יאפשר לו להימנע מפעולה צבאית, העלולה לפגוע בצורה חמורה יותר בתושבים המקומיים (הכוונה לתושבים שאינם מעורבים ושנקלעו למבנה או לסביבתו), בחיילים וברכוש.

מיותר לציין כי השימוש בנוהל היה תדיר¹ ואף הופעל במקרים בהם נשקפה סכנה ממשית לשכן ה"מסייע". מותו של נדאל אבו מוחסן מטובאס, בעת פעילות צה"ל בעיירה ב-14.8.2002, המחיש באופן טרגי ביותר את הסיכון הגלום ב"הסתייעות". אבו מוחסן נהרג בעת שכוח צה"ל אילץ אותו להשתתף במעצר. הוא נשלח לפני הכוח להקיש בדלת בית, בו נמצא אדם אותו ביקש הצבא לעצור, ואשר הצבא הגדירו כסיכון ביטחוני. כאשר ניגש אל הבית, נורה אבו מוחסן בידי יושביו שסברו, ככל הנראה, כי הוא חייל צה"ל.

לאחר האירוע, החליט צה"ל להנהיג גרסה מרוככת של השיטה, אותה ביקש לכנות "נוהל אזהרה מוקדמת". נוהל זה, שפורסם בתאריך 26.11.2002, קבע כי אין להשתמש בתושבים פלסטינים כ"מגן אנושי" וכי ה"הסתייעות" בהם תלויה ב"הסכמתם" ובהליך של אישור בידי מפקדים בכירים יחסית. הנוהל החדש כלל גם איסור על הסתייעות בנשים [!], ילדים, קשישים או נכים. בנוסף לכך, נאסר על הצבא לצייד את התושב "המסייע" בציוד צבאי, כמו אפוד וקסדה. הנוהל גם הורה למפקדים לבחון אלטרנטיבות בטרם ייעשה שימוש באזרחים, ו"לבקש" מהם להיכנס למבנה רק אם אין אפשרות להזהיר את יושביו מבחוז.

כאשר ב-23.6.2005 הכריע סוף סוף בג"ץ בעתירה, לאחר שההרכב הוחלף פעם אחר פעם בשל פרישת השופטים החברים בו, היה הנוהל המתוקן בתוקף, והוא אשר עמד לדיון. בג"ץ פסל בפסק דינו את הנוהל המרוכך. כדרכו, הסביר הנשיא אהרן ברק כי ההכרעה מחייבת איזון בין שיקולים נוגדים: החובה להגן על חייו וכבודו של התושב המקומי, אשר נשלח למסור את האזהרה; ומצד שני "השמירה על חייה של האוכלוסיה האזרחית ושינוקלעה למבנה או לסביבתו". הדברים אינם מצחיקים כמו שהם נקראים בפעם הראשונה. ברק הוסיף אמנם כי שיקול זה "עולה בקנה אחד עם כוחו של הצבא התופס להגן על חייליו ושלומם", אך דומה כי התייחס ברצינות לטענה כאילו מטרתו העיקרית של הנוהל היא הגנה על חיי האוכלוסיה המקומית, אף על פי שניסיון העבר מלמד כי חיי האוכלוסיה המקומית (להבדיל מחייהם של חיילי צה"ל ואזרחיה היהודים של ישראל) אינם עומדים בראש מעייניו של הצבא.

הנשיא ברק הכריע לטובת החובה להגן על חייו וכבודו של ה"מסייע", כלומר הפלסטיני, נתין הכיבוש. זאת, מאחר שדיני התפיסה הלוחמתית אוסרים על שימוש באזרחים כחלק מן המאמץ המלחמתי של הצבא התופס, ומאחר

שהמשפט ההומניטרי מחייב לעשות הפרדה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית. הפרדה זו, על פי הנשיא ברק, תקפה גם אם התושב הסכים לוותר עליה, וגם אם לא נשקפה לו סכנה. קביעה זו נסמכת על שני נימוקים עיקריים: ראשית, לפי אמנת ז'נבה הרביעית, ככלל, התושב המקומי אינו רשאי לוותר על זכויותיו לפי הדין ההומניטרי; שנית, קשה לאמור מתי ניתנה אותה הסכמה באמת מרצון טוב וחופשי ומתי היא נובעת מלחץ גלוי או סמוי. בהקשר זה, קבע הנשיא ברק שפנייה ל"הסכמה" של התושב המקומי אינה סבירה. ברבים מן המקרים הסכמה כזו ממילא לא תהיה אמיתית, ולמעשה מדובר יהיה במעשה הכפוי על אותו מאולץ, ה"מסייע" תחת השפעת הכוח הצבאי, תוך הפרת זכותו, בין היתר, לכבוד, ליחס אנושי, ולחופש מכפייה.

מקריאה ראשונית של פסק הדין מתקבל הרושם כי בית המשפט הוביל לסיום השימוש ב"נוהל שכנ", אפילו בגרסתו המרוככת. ואולם, משורה של כתבות ב"הארץ" עולה כי גם לאחר פסק הדין ממשיך השימוש ב"נוהל" להתקיים, כולל "הסתייעות" בילדים.² העדויות שפורסמו באתר האינטרנט של "בצלם" (וניתן להניח כי הן רק קצה הקרחון) מלמדות אף הן שבפועל - הפרקטיקה של "נוהל אזהרה מוקדמת" ממשיכה להתקיים.³

האם משמעות הדבר היא, שהצבא מתעלם מפסיקה ברורה וחד משמעית של בג"ץ?

כדי להבין את התשובה ואת משמעות הפסיקה של בג"ץ בפרשה זו, יש לראות את הרטוריקה של שני פסקי דין "אקטיביסטיים" נוספים של בית המשפט העליון: פסק הדין בעניין העינויים ופסק הדין בנוגע למדיניות החיסולים. בפרשת העינויים נקבע כי לשב"כ אין סמכות לטלטל עצירים ולהחזיק אותם ב"כריעת צפרדע" או ב"תנוחת שבא"ח" (פסק הדין ניתן ב-6.9.99). במקביל, נקבע כי סייג ה"צורך" שבחוק העונשין⁴ אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה כאלה. בה-בעת, נקבע כי החלטה זו אינה שוללת את האפשרות שסייג ה"צורך" יעמוד לחוקר שב"כ, בין במסגרת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ובין במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט. אם כן, ה"נוסחה" שנקבעה, היא שסייג הצורך אינו עומד מראש ואינו יכול להוות "נוהל" או בסיס ל"שיטה", אך הוא יכול לעמוד בדיעבד במקרה קונקרטי. כלומר, אי אפשר להכשיר את הנוהל כנוהל כללי המתיר את כל הפעולות מראש, אבל אפשר יהיה להכשיר פעולות קונקרטיות ברוח הנוהל - בדיעבד. נוסחה זו ניתנה לכנות - וכך גם עשה בית המשפט בפרשות שונות - נוסחה של "מראש" ו"בדיעבד".

פסק הדין בעניין החיסולים מציע נוסחה דומה. בפסק דינו כתב הנשיא ברק:

"אין בידינו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית כשם שאין בידינו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית." גם הרעיון שעמד בבסיס קביעה זו הוא שאי אפשר להכשיר את החיסולים מראש כמדיניות, אלא יש לבדוק כל מקרה קונקרטי בדיעבד ואז להכריע אם החיסול [פגיעה מונעת] בלשון פסק הדין הוא חוקי או לא.⁵

בשתי פרשות אלו הכלל הוא, לכאורה, איסור על הפעולה הנדונה (עינויים או חיסולים), אבל החריג לכלל זה (למשל, הגנת ה"צורך", בדיעבד) מופיע כבר כחלק מהכלל. במלים אחרות, השימוש בחיסולים או בעינויים – אסור, אלא אם בית המשפט או היועץ המשפטי לממשלה ימצא אותו מוצדק בדיעבד.

רטוריקה כזו והצגה משולבת של הכלל והחריג מעודדות כמוכן שימוש תדיר דווקא בחריג, או לפחות מעודדות את השארת המצב הקיים בעינו, למרות החלטות הבג"ץ, האוסרות כביכול לענות, לחסל, או להוביל שכן אל מותו.

קשה להניח, למשל, כי פסק דין פלילי "רגיל" יאמר בנשימה אחת שרצח אסור, אלא אם יוכח בדיעבד שהתקיים "צורך" לבצעו. הכלל ברור – רצח אסור. הדין בחריג יתקיים רק במקרה קונקרטי, אותו יעורר הנאשם, וברור שהחריג לא יופיע כחלק מן הכלל. הכדל זה אינו סמנטי בלבד והמציאות מוכיחה לנו פעם אחר פעם כי כאשר בית המשפט קובע שעינויים או חיסולים אסורים, אלא אם יוכח "צורך" בדיעבד, הפרקטיקה של פעולות אלה ממשיכה להתקיים באופן נרחב.⁶ גם אם הרטוריקה של בית המשפט אינה מכוונת לחיזוק השימוש בפעולות אלה, אלא נובעת מפחד פוליטי, ומחשש לומר דברים של "דעת הקהל" יהיה קשה לקבל, בית המשפט מעודד בעצם את השימוש בחריג, ושפתו הפתלתלה נראית כעצימת עיניים ואישור סיטוני לפעולות הצבא והשב"כ. בצורה זו, לא רק שבית המשפט מתיר עינויים וחיסולים, אלא אף נותן להם לגיטימציה משפטית ויוצר מראית עין של ביקורת שיפוטית.

אחזור, אם כן, לפסק הדין בעניין "נוהל שכן". השופט חשין, בדעת יחיד, משתמש בפסק הדין במפורש בנוסחה של 'מראש' ו'בדיעבד', כמוסבר לעיל. הוא אמנם מסכים עם עמדת הנשיא ברק אבל מוסיף כי הוא עושה כן לאור הנוסחה שנקבעה בבג"ץ העינויים. חשין הוא היחיד מבין שלושת שופטי ההרכב (השופטת השלישית היא השופטת ביניש) האומר דברים אלה בפסק הדין, במפורש, כתנאי להסכמתו לפסק הדין של הנשיא. ואולם, קריאה חוזרת בפסק דינו של הנשיא ברק מראה כי גישתו בעצם איננה שונה. גם אם הנשיא ברק קובע הפעם בצורה ברורה יותר כי השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושבים מקומיים כחלק ממדיניות של "אזהרה מוקדמת" גוברים על

השיקולים המצדיקים שימוש כזה בתושבים, פסקת הסיום של פסק דינו קצת יותר מעורפלת. בלשונו:

שיקולים אלה מביאים אותי למסקנה, כי "נוהל אזהרה מוקדמת" אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. הוא מתקרב יתר על המידה אל "הגרעין" הנורמטיבי האסור, והוא מצוי באזור האפלולי היחסי (ה-punumbra) - הבלתי ראוי. [ההדגשה הוספה]

כלומר, גם כאן בסופו של דבר אוסר הנשיא ברק על נוהל "אזהרה מוקדמת", ואף קובע כי הוא מנוגד למשפט הבין לאומי. כמו בפרשת העינויים ובפרשת החיסולים, מדברת השורה התחתונה על שלילת הנוהל כמקור סמכות גורף. אולם מה קורה במקרה הקונקרטי?

השופט חשין מבין - אולי כמובן-מאליו - כי גם כאן תחול הנוסחה של "מראש" ו"בדיעבד", כלומר ניתן יהיה להכשיר את הפעולה הקונקרטית בדיעבד. דומה שגישתו זו אינה מופרכת וכנראה אף דומה לאופן בו מבין הצבא את פסק הדין. ומה באשר לנשיא ברק?

הנשיא ברק מציין אמנם כי המשפט ההומניטרי מחייב לעשות הפרדה בין האוכלוסיה האזרחית לבין הפעילות הצבאית וכי שימוש בתושבים מקומיים לצורך "אזהרה מוקדמת" נעשה תוך הפרת זכותם, בין השאר, לכבוד, ליחס אנושי, ולחופש מכפייה. ואולם פסק דין זה היה, כזכור, חלק משורה של פסקי דין שכתב הנשיא וכולם עסקו ביחס הצבא לאוכלוסיה הפלסטינית הכבושה. למעשה, הנשיא ברק הוא שקבע בפסקי דין אלה את הנוסחה של "מראש" ו"בדיעבד". לכן, אם הוא מסתייג מן הנוסחה הזאת, היה עליו לומר זאת במפורש, ואף להסתייג מדבריו של השופט חשין, כפי שמקובל לעשות במקרים אחרים. הנשיא ברק אמנם אינו מזכיר את החריג במסגרת פסק הדין הנוכחי, ויש בכך משום שיפור לעומת החלטותיו בעניין החיסולים והעינויים, ואולם, בסופו של דבר אנחנו נשארים שוב עם פסק דין מעורפל, המאפשר לצבא להמשיך במדיניותו, ולבית המשפט להצטייר, בטעות, כמי שמפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות הצבא ומגן על זכויות האוכלוסיה הפלסטינית. מראית העין של הביקורת השיפוטית מחריפה את מצבם של הפלסטינים, הנותרים ללא הגנה מבג"ץ, ובמקביל - ללא תלונה לגיטימית מבחינת דעת הקהל הישראלית (ולעתים הבין-לאומית), לאחר שבג"ץ לכאורה הגן עליהם ואיזן בין הגנה זו לבין הגנה על ביטחונה של ישראל. מעבר לכך, צריך לזכור כי ישנן פעולות שהצדקתן, גם בדיעבד, איננה מוסרית ואיננה לגיטימית לפי עקרונות משפטיים. כך, למשל, ישנם סוגים שונים של נשק שהשימוש בהם אסור, ללא חריגים בדיעבד. מסיבות דומות

קשה להניח שבג"ץ היה מעז להכשיר "אזהרה מוקדמת" - כלומר "נוהל שכך" - באמצעות אזרחים ישראלים, מראש או בדיעבד. סביר יותר להניח שהיה שולל מכל-וכל פעולה הפוגעת באופן כה קשה בזכותם לכבוד, ליחס אנושי, ולחופש מכפייה, ואשר מסכנת את חייהם. לא ברור מדוע "שימוש" כזה בפלסטינים יכול להיות לגיטימי, במקרה הקונקרטי, בדיעבד. למעשה, אילו הפעיל בג"ץ ביקורת שיפוטית אמיתית, ולא רק מראית-עין של ביקורת שיפוטית, היה עליו לקבוע במפורש כי כל פעולה ("אזהרה מוקדמת") קונקרטית אסורה, גם בדיעבד.

- 1 ראו, למשל, יהונתן ליס וברוך קרא, "כצה"ל אומרים: גם ברגותי נעצר ב'נוהל שכך", הארץ; 16.8.2002.
- 2 למשל, גדעון לוי, "נוהל בת השכך", "הארץ", 16.3.2007.
- 3 ראו http://www.btselem.org/Hebrew/Human_Shields/Neighbor_Procedure.asp
- 4 לפי סייג זה, "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידני להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."
- 5 וראו את מאמרי "הוואלס האחרון של אהרן ברק", **מַטְעַם 10**, יוני 2007.
- 6 על המשך השימוש בעינויים במסגרת חקירות של פלסטינים, ראו דו"ח שפירסם המוקד להגנת הפרט וארגון "בצלם" במאי 2007:
http://www.btselem.org/hebrew/Publications/Summaries/200705_Utterly_Forbidden.asp
בנוגע למדיניות החיסולים עוד מוקדם להציג דו"ח החוקר את השפעת החלטתו של בג"ץ, אולם רשימת החיסולים המופיעה בוויקיפדיה במסגרת הערך "סיכול ממוקד" (רשימה שאינה בהכרח מלאה, ובכל מקרה אינה כוללת ניסיונות שלא צלחו) מלמדת כי פסק הדין לא שינה בצורה משמעותית את השימוש במדיניות החיסולים.