
הקרב של המאה ה־21
דמוקרטיה נלחמת בטוור
פורום עיון

יו"ר: דן מרידור
עורך: חיים פס

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות ברפואה פועלות.

המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על ידי מידע משווה בנושאי החקיקה ובדרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על ידי יזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה, ובאמצעות פרסום מחקריו.

דן מרידור הוא עורך דין ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה. הוא היה מזכיר הממשלה, חבר כנסת, שר המשפטים, שר האוצר ויושב ראש ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

חיים פס הוא עורך דין ועוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.



הקרבת המאה ה־21

דמוקרטיה נלחמת בטרור

פורום עיון

יו"ר: דן מרידור
עורך: חיים פס

הספרייה
לדמוקרטיה

The Battle of the 21st Century
Democracy Fighting Terror

Discussion Group

Chairman: **Dan Meridor**

Editor: **Haim Fass**

עריכת לשון והתקנה: מירי הורביץ בת־משה, רעיה כהן
עיצוב הסדרה והעטיפה: רון הרן
עיצוב וסדר: דגון הפקות דפוס
הבאה לדפוס: עטרה קליגמן
הדפסה: דפוס איילון, ירושלים

מסת"ב 965-519-023-4 ISBN

©

כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ז
Copyright by the Israel Democracy Institute 2006
Printed in Israel

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך
או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש
מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנות:

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044
טלפון: 02-5392888, 1-800-20-2222, פקס: 03-5488640
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה מאתר האינטרנט.

תוכן העניינים

רשימת המשתתפים 7

הקדמה 9

מושב ראשון 13

אפרים הלוי

דמוקרטיה נלחמת בטרור 16
דיון 25

מושב שני 43

עמנואל סיון

התנגשות בתוך האסלאם 45
דיון 53

מושב שלישי 71

נאוה בן אור

החיתוך בין דמוקרטיה, מלחמה וטרור: שאלות
משפטיות 73
דילמות משפטיות: הפרקליטות מול הטרור 83
דיון 93

דודי זכריה

מושב רביעי 117

שי ניצן

המאבק בטרור כלחימה: היבטים משפטיים 119
דיון 140

מושב חמישי 173

מנחם פינקלשטיין

דמוקרטיה נלחמת בטרור:
ניתוח דילמות הלכה למעשה 175
דיון 191
על חקירות החיילים 215

מושב שישי 221

יוסי קופרווסר

הגורמים לטרור והסיכונים הכרוכים בו:
הערכת המודיעין 223
דיון 236

מושב שביעי 257

אסא כשר
עקרונות של לחימה צבאית בטרור 259
דיון 266

מושב שמיני 303

ג'ורא איילנד
התפיסה האסטרטגית של הלחימה בטרור 305
דיון 318

סיכומים והמלצות

דוד קרצ'מר
סיכול ממוקד של חשודים בפעילות טרור:
הוצאות להורג או אמצעי לגיטימי
להתגוננות? 339

ישיבת סיכום ראשונה

השינויים הנדרשים במשפט הבין-לאומי 385

ישיבת סיכום שנייה

השינויים הנדרשים במשפט הישראלי הפנימי 425

ישיבת סיכום שלישית

השינויים הנדרשים במשפט הישראלי 469

דן מרידור וחיים פס
השינויים הנדרשים במשפט הבין-לאומי
ובמדיניות ישראל 491

עירית קהאן
מלחמת המשפט בטרור 500

אפרים הלוי
הערות סיכום 504

مختصر كتاب 507

III Summary

רשימת המשתתפים

יו"ר: עו"ד מרידור דן, עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה; לשעבר מזכיר הממשלה, חבר כנסת, שר המשפטים, שר האוצר ויושב ראש ועדת החוץ והביטחון של הכנסת

פרופ' אולמן-מרגלית עדנה, בית הספר לחינוך, האוניברסיטה העברית בירושלים

אלוף (מיל') איילנד גיורא, ראש המועצה לביטחון לאומי

אלוף (מיל') איילון עמי, לשעבר ראש השב"כ

עו"ד ארד דני, עוזר מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

עו"ד בן אור נאוה, חוקרת בכירה, המכון הישראלי לדמוקרטיה; בית הספר למדיניות ציבורית, האוניברסיטה העברית בירושלים; לשעבר המשנה לפרקליטת המדינה

ד"ר בנוזמן יותם, חוקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

אלוף בר ישי, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים

פרופ' ברעלי גלעד, החוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים

עו"ד גולן-עתיר סיגל, מחלקת ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים

מר גוס אריה, רשות השידור

אלוף (מיל') גיורא עמוס, מפקד בית הספר למשפט צבאי

פרופ' גרוס עמנואל, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

ד"ר דוד יוסי, עמית מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

מר דרומי אורי, עורך ראשי של ההוצאה לאור ומנהל קשרי המכון בחו"ל, המכון הישראלי לדמוקרטיה

עו"ד היימן מיכאל, עוזר מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

מר הלוי אפרים, לשעבר ראש המוסד וראש המועצה לביטחון לאומי

מר ויצטום דוד, מחלקת החדשות, רשות השידור

פרופ' זילברשץ יפה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן

עו"ד זכריה דודי, פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

מר טל ירח, דובר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

אלוף (מיל') יערי אביעזר, לשעבר ראש אמ"ן

ד"ר כרמן אריק, נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' כשר אסא, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' לפידות רות, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
עו"ד מודריק-אבן-חן הילי, עוזרת מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה
עו"ד מנדל אסנת, מנהלת מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה
עו"ד ניצן שי, המשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים
פרופ' סטטמן דני, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה
פרופ' סיון עמנואל, הפקולטה למדעי הרוח, האוניברסיטה העברית בירושלים
אלוף ד"ר פינקלשטיין מנחם, הפרקליט הצבאי הראשי
עו"ד פס חיים, עוזר מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה
עו"ד קהאן עירית, לשעבר מנהלת המחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה
תא"ל קופרווסר יוסי, ראש חטיבת מחקר באמ"ן
פרופ' קרמניצר מרדכי, עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה; הפקולטה
למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
פרופ' קרצ'מר דוד, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
אל"מ (מיל') עו"ד רייזנר דניאל, לשעבר ראש ענף הדין הבינלאומי
בפרקליטות הצבאית

הקדמה

א. הטרור בעידן החדש

הטרור איננו תופעה חדשה, ובכל זאת עצמתו וסיכוניו גדלו לאין שיעור בשנים האחרונות. הטרור בעידן החדש אינו מחליף טרור ישן; הוא נוסף עליו. ייחודו בעצמת סיכוניו ובתוצאותיו. הוא שונה מאוד הן בעצמת הנזק שיחידים וארגונים יכולים לגרום, הן בכך שזירת הפעולה אינה תחומה עוד לגבולותיה של המדינה או סביבותיה, אלא הוא חוצה גבולות וחובק עולם.

נזק חמור מאוד יכול להיגרם על ידי טרוריסטים באמצעים שונים: בחימוש קונבנציונאלי, כימי, ביולוגי ואולי אף גרעיני, וכן על ידי שימוש ברשתות הקשר והמחשבים לשיבוש או הרס של מערכות.

הנמכת חסמי גבולות המדינות, הגברת הנגישות של כל אדם וארגון למידע, לטכנולוגיה ולפיננסים, שהיו פעם נחלת הממשלות וסוכנויותיהן, כל אלה הופכים את הטרור לאיום מסוכן יותר, חוצה גבולות, שמערכות ההגנה הישנות מתקשות להתמודד אתו בהצלחה.

הטרור הפך בשנים האחרונות לתופעה נפוצה מאי פעם, והוא מלווה לעתים בתחושת שליחות דתית עמוקה ובנכונות להתאבד. יכולתם של ארגוני טרור ואף של יחידים להוציא לפועל פעולות טרור מכל מקום בעולם אל כל מקום בעולם, גדלה באופן משמעותי, בעיקר על רקע הנגישות למידע, לטכנולוגיה ולנשק.

ב־11 בספטמבר 2001 העולם היה עד לפעולת הטרור הקטלנית ביותר בהיסטוריה. לפעולה זו לא נדרשו משאבים אדירים. מדובר היה בכמה מחבלים 'רדומים', אשר ביום פקודה עלו על מטוסים חמושים בסכינים יפניות ובפעולה קצרה הסבו נזק לארצות הברית, המעצמה הגדולה בעולם, ונזק עקיף לכלכלה העולמית באופן שלא ידענו קודם לכן.

אם בשנות המלחמה הקרה בין ארצות הברית לברית המועצות לשעבר הוציאו שתי המעצמות סכומי עתק על מנת להתחמש וכתוצאה מ'מלחמה' זו לא נהרג ולו חייל אחד, הרי שכאן, בעקבות פעולה זולה יחסית וקצרה, נהרגו ונפצעו אלפים בלב לבה של המעצמה החזקה בעולם ונגרם נזק כלכלי אדיר.

אחת התוצאות של עידן הגלובליזציה (ושל התפרקות ברית המועצות), היא יכולתם של ארגוני טרור ויחידים לשים ידם על אמצעי הרס ונשק השמדה המונית. מאגרי הידע והחומרים של נשק כימי, ביולוגי ואולי אף גרעיני נגישים יותר מבעבר. אם בעבר דרך פיתוחם של אמצעים אלו הייתה

בכחינת סוד השמור בחשאיות רבה, הרי שכיום בשיטוט מהיר ברשת האינטרנט יכול כל אדם למצוא אתרים המפרטים דרכים להשגת אמצעי לחימה מסוכנים ולהכנתם. בשנת 1995, ברכבת התחתית של טוקיו, זרע ארגון טרור יפני ('אום שינריקיו') הרג ואימה בשחררו לאוויר גז סריץ. תוצאות התקיפה היו 12 הרוגים ואלפי פצועים והטלת אימה על הציבור. זוהי הרי מטרת הטרור.

כאמור, עידן הגלובליזציה והטכנולוגיה החלישו מאוד את משמעות הגבולות כאמצעי הגנה. הגבולות היום חדירים ככברה. מחבל היושב היום במדינה כלשהי יכול, דרך המחשב האישי שלו, לחדור ללב לבן של מערכות כלכליות וביטחוניות חשובות בארצות הברית או בכל מדינה אחרת, שלא קל להגן עליהן, ולהשיג מידע רגיש או לגרום להרס של המערכות.

ב. דילמות מוסריות ואתיות במלחמה בטרור בעידן החדש

למן מלחמת העולם השנייה חל מהפך בהתייחסות העולם למושג זכויות אדם. האדם, שבעבר נתפס חלק מקולקטיב, תפס את אט את מרכז הזירה, וזכויות אדם – כמו האוטונומיה של היחיד, פרטיותו, חופש הביטוי, הזכות לקניין ועוד – הפכו להיות מרכזיות יותר ויותר בשיח הציבורי והמשפטי. היחיד עלה בכוחו. המדינה איבדה מכוחה.

מדינות רבות בעולם עיגנו בחוקותיהן את זכויות האדם וכיום, במדינות רבות, קשה לפגוע בזכויות אלו. אולם המלחמה בטרור, מעצם טבעה, גוררת פגיעה בזכויות אדם. פעמים רבות מדינות מערביות ודמוקרטיות מרשות לעצמן לפגוע בזכויות אדם בסיסיות על מנת לנסות ולתת מענה לטרור המתגבר. כך עשו ארצות הברית ובריטניה בחקיקתן אחרי 11 בספטמבר 2001 וכך עשו מדינות נוספות בעת האחרונה. ידוע המקרה של ישראלים ששהו בניו יורק בזמן אסון התאומים ואשרות השהייה שלהם פגו, והם הושמו במעצר למשך חודשים אחדים כחשודים בקשר לפיגועים.

עם ההתפתחות הטכנולוגית לא רק כוחם של הטרוריסטים התעצם. גדל גם כוחה של המדינה לפגוע בזכויות הפרט בעת מלחמתה בטרור. מעקב אחרי אנשים ויכולות הפגיעה בהם התעצמו מאוד. מצלמות טלוויזיה המוצבות ברחובות, מעקב אחר תשדורות מחשבים אישיים, מעקב אחר חשבונות הבנק, מעקב לווייני אחר מכוניות ואף אחר אנשים הם חלק משלל היכולות הנמצאות כיום בשימוש (או ייכנסו לשימוש בעתיד) בידי מדינות רבות שהציבו לעצמן מטרה לדרוף ולמגר את הטרור. המעקב יהיה לא אחר אדם שהורשע כטרוריסט בבית המשפט, אלא אחר מי שהמדינה חושדת בו שהוא טרוריסט, וכן מעקב

כללי כדי לגלות טרוריסטים. כולנו עלולים להיות תחת מעקב מסוגים שונים.

המסקנה הברורה היא כי קיים סיכוי סביר שהרבה מאוד אנשים תמימים ברחבי העולם יהפכו, במוקדם או במאוחר, למטרות עיקוב של השלטונות, שינסו לפענח את קשרי הטרור גם במקום שאלו אינם קיימים כלל – תאוריית 'האח הגדול' קורמת עור וגידים.

היכן עובר הגבול בין צורכי ביטחון לגיטימיים לפגיעה בנושה בזכויות הפרט בדמוקרטיה? האם הכלים החוקיים והמשפטיים שיש בידיה של הדמוקרטיה נותנים כיום מענה מספיק לאיומי הטרור המתפתח, ואם לא – כיצד אפשר לפתחם בלא שיפגעו יתר על המידה בזכויות הפרט?

שאלות אלו ורבות אחרות עולות כאשר אנו עוסקים בלחימה בטרור. לא תמיד התשובות הן פשוטות וברורות מאליהן. אופי הלחימה, כפי שתואר, מצריך בדיקה מחדשת של הכלים החוקיים והמשפטיים שברשותנו ובחינה מדוקדקת ועדינה של האיזון בין זכויות הפרט והחברה. מדינת ישראל היא ככל הנראה, לצערנו, המקום הטוב ביותר לבחינה ולפיתוח של כלים חדשים אשר יהיו מותאמים לאופי החדש שקיבלה המילה 'מלחמה', בעקבות ההתפתחויות שתוארו לעיל, בשל הניסיון הרב שנצבר מהתמודדות יום-יומית עם הטרור.

המכון הישראלי לדמוקרטיה ניהל בשנים האחרונות מחקר על התמודדות המדינות הדמוקרטיות עם תופעת הטרור. כוונת צוות המחקר הייתה לנסות להציע דרכים יישומיות חדשות שייתנו ביטוי לצורך בלחימה בלתי מתפשרת בטרור ובה בעת יצמצמו את הפגיעה בזכויות האדם הנגרמת בעקבות לחימה זו. צוות המחקר התמקד בשינויים שחלו בשנים האחרונות בשיטות הטרור ובהיקף פעולותיו, וכן בדרכים שמדינות בעולם, בפרט מדינת ישראל, מתמודדות עם הבעיה. המחקר עסק בדרכים החדשות הנדרשות כדי לאזן בין הצורך להילחם בסכנות הטרור החדשות לבין הרצון להמשיך לקיים את אורח החיים הדמוקרטי ואת ערכיו. כן הוקם פורום מומחים קבוע מתחומי המשפט, הביטחון והחברה, שידון בסוגיות שיעלו במהלך המחקר.

ואכן, הפורום נפגש בשמונה ישיבות – 'מושבים' – מנובמבר 2003 עד אוקטובר 2004, וסיכם את מסקנותיו בשלושה מושבי סיכום שהתקיימו עד מרס 2005. בדיוני העמיק הצוות בסוגיות כגון הסיכול הממוקד, המעצר המנהלי, ההתמודדות המשפטית עם תיקי הטרור והתפיסה האסטרטגית כלפי איום הטרור.

בספר המוגש כאן לקורא נכללים שמונה הרצאות של חברי צוות המומחים,

וכן הפרוטוקולים של כל המושבים, בכללם שלוש ישיבות הסיכום ומסקנות הדיונים. נוסף על אלה מופיעים בו שלושה מאמרים. הספר כולו מפורסם באתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה.*
אנו מקווים כי הפצתו של חיבור זה בצורתו זו תאפשר לקורא להפיק את המרב מן המחקר.

דן מרידור, חיים פס

יוני 2006

מושב ראשון

דמוקרטיה נלחמת בטרור

יום חמישי, כ"ה במרחשוון תשס"ד
20 בנובמבר 2003

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	דודי זכריה
עדנה אולמן-מרגלית	אביעזר יערי
דני ארד	עמנואל סיון
נאוה בן אור	דני סטטמן
יותם בנזימן	חיים פס
גלעד ברעלי	מרדכי קרמניצר
סיגל גולן-עתיר	דוד קרצ'מר
אפרים הלוי	דניאל רייזנר
יפה זילברשץ	

דן מרידור: במכון הישראלי לדמוקרטיה גיבשנו קבוצת אנשים שתתכנס אחת לחודש לדון בשאלה כיצד דמוקרטיה נלחמת בטרור. לשיבות החרושים שלנו יהיה לרוב מבנה קבוע: הרצאה של אחד מאתנו ודיון לאחריה. אנו פותחים בזאת את הדיון הראשון בפרויקט זה בהרצאתו של אפרים הלוי. הטרור הוא עולם ומלואו, וכמוהו גם הדמוקרטיה והמלחמה, וכמוכן – מכלול נקודות החיתוך שלהם. הואיל וכמעט אין נושא בסדר היום העולמי שאיננו נוגע לשלושת אלו, והואיל ולא היינו רוצים להתפרס בלי כיוון דיון מוגדר, עלינו למקד את דיונינו. נראה לי שנכון יהיה לעסוק בבחינת השינויים בסוגיות אלו בשנים האחרונות, ולא בבחינת התפתחותן ההיסטורית. אמנם הטרור קיים מאז שחר האנושות, ואולם ברור לעין כול שחלים בו שינויים ניכרים ומשמעותיים בשנים האחרונות, שינויים שעיקרם בגלובליזציה ובהעצמת היחיד. כיום יש ליחידים כוח רב לגרום לנזקים חמורים, אף חוצי גבולות (ראינו זאת לאחרונה בשני אירועים מזעזעים בטורקיה, ובהם טרור המופנה כלפי בתי כנסת). איך נלחמים באנשים אלו, שאין להם כתובת והם חוצי גבולות, קשה להתריע בעוד מועד על מעשיהם וקשה להרתיעם? אנו בעולם אחר וחדש, ויכול להיות שאנחנו רואים רק את ההתחלה של מימוש הפוטנציאל של התפתחות זו. שומה עלינו אפוא לשאול את עצמנו מה לעשות. זאת ועוד: בד בבד עם העצמת היחיד, חלה העצמת המדינה: המדינה יכולה לחדור לשטח הפרט ולפגוע בו חמורות. לנוכח ההתפתחויות החדשות הללו עלינו גם לשאול איך ניצור איזון מתאים בין חירות הפרט לבין טרור מתגבר של הפרט. שאלות אלו, ולא הטרור בכללו, הן הן הכיוון הנכון של דיונינו העתידיים.

האם צריך לשנות הגדרות, לשנות חשיבה? איך יש לשמור על ערכים דמוקרטיים, על אורח החיים הדמוקרטי, גם בעת מלחמה? ברור לכולנו שמלחמה על זכויות אדם היא גם מלחמה על הזכות לחיות, זכות שהטרור רוצה לפגוע בה. מלחמה בטרור איננה מלחמה בזכויות אדם, כי אחת מזכויות האדם היא הזכות לחיות. איך נחולל אפוא את האיזונים הנכונים בין הזכויות הללו?

דמוקרטיה נלחמת בטרור אפרים הלוי

אחד הדברים המאפיינים את התקופה הזאת הוא שאין 'חשש' שהתוועדות (חודשית) מעין זו שלנו תתקיים ללא רקע מידי. לצערנו הרב, לא סביר שנתכנס לדיון בטרור ונשאל מתי בעצם היה אירוע הטרור האחרון או אם עברנו מתחום העשייה המיידית לתחום העיוני. היום הוא למשל יום כזה, יום מימים שבהם הנה הטרור באיסטנבול, לאחר שהכה לפני כן ביעדים יהודיים באיסטנבול. העובדה שהטרור מכה באיסטנבול פעם ביעדים יהודיים ופעם ביעדים לא-יהודיים ובתכיפות כזאת, ממחישה את הכלליות של האיום. אין זה איום המופנה אך ורק כלפי ישראל או כלפי יהודים, וגם לא רק כלפי סוג מסוים של זרים; זהו טרור המבקש לערער את יסודות החברה ואת סדרי השלטון בתוך המדינות עצמן, כמו גם את סדרי השלטון במישור הבינלאומי. זהו איום הולך ומתפתח, משום שהוא לובש ממדים נרחבים יותר ויותר, מקיפים יותר ויותר, מבחינה גאוגרפית. אין היום מדינה בעולם הרשאית להניח שהיא חסינה מפני טרור, שלא יקום מאן-דהוא שירצה לבצע בה אירוע טרור מסוג האירועים שהיו בטורקיה.

התוצאה היא שבמקביל לאיום הטרור נוצר אינטרס משותף וראשון במעלה של רוב מדינות העולם, למעט המדינות התומכות בטרור, לבער את הנגע הזה. אינטרס זה ניזון מן הידיעה שבלי ביעור הנגע לא יהיה אפשר להמשיך ולקיים חיי חברה מסודרים, חיים מדיניים מסודרים, יחסים בין מדינות, יחסים בין חברות שונות ושאר הרכיבים המקובלים בחיי החברה, בחיי הציוויליזציה. ברור לכול שמרקם החיים האלה לא יוכל להתקיים בצל הטרור דהיום. מסיבה זו אני סבור שהיזמה להקים פורום לדיון בשאלה כיצד הדמוקרטיה נלחמת בטרור היא יזמה חשובה ובעתה, ואני מקווה שאפשר יהיה בסופו של דבר להעשיר לא רק את החשיבה בסוגיה זו, אלא גם את העשייה בה.

בתום מלחמת ששת הימים, כאשר כבשה ישראל את שטחי יהודה ושומרון, נשאלה השאלה מה תפקידם של גורמי הביטחון, צה"ל ושירותי הביטחון

השונים; מה הממשלה דורשת מהם? מה היא המשימה של המערכת הביטחונית במצב שנוצר? אני זוכר היטב דיון שהתקיים בנושא הזה ובו אמר משה דיין ז"ל, שר הביטחון דאז, שהמשימה של מערכת הביטחון היא ליצור מצב שייתן בידי הדרג המדיני חופש פעולה מלא להחליט כל החלטה שירצה להחליט בנושאים המדיניים, בלי שהמצב הביטחוני יהיה הגורם או האילוץ שישפיע על החלטות הדרג המדיני. לשון אחר, המשימה של צה"ל, של השב"כ, של המוסד, של כל הגורמים שהיו קשורים לביטחון במישורין ובעקיפין, הייתה להבטיח שגם אם האלימות והטרור יגברו, לא יהיה בכך כדי להצר את צעדיו של הדרג המדיני להחליט כל החלטה שירצה להחליט, לכאן או לכאן. זאת הייתה המשימה. ברוח זו נערכו גורמי הביטחון אז, ובמשך תקופה ארוכה מאוד הייתה לדרג המדיני האפשרות להחליט כל החלטה שרצה להחליט: להחזיק בשטחים, לא להחזיק בשטחים, לספח את השטחים, לא לספח את השטחים, לכונן מדינה פלסטינית, לא לכונן מדינה פלסטינית וכיוצא באלה.

מובן, לאורך הזמן חל שינוי גדול בראייה הזאת. כעבור כעשרים שנה, בסוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים, חזרו ושאלו מהי המשימה של מערכת הביטחון בקשר לטרור שהחל להתפתח בתקופת האנתיפאדה הראשונה ובפעולות טרור נגדנו בחו"ל. התפיסה שרווחה אז בדיונים הייתה שצריך להבטיח שהטרור לא יהיה גורם אסטרטגי בכלל הגורמים האסטרטגיים בסביבתנו ובתחום הישראלי-ערבי; כלומר, המטרה היא שהטרור וההימנעות מטרור או סיכול הטרור יהיו במישור הטקטיקה היום-יומית, ולא במישור האסטרטגיה האזורית. ואכן, בכפוף לתפיסה זו פעלו גורמי הביטחון במשך תקופה לא קצרה.

לנוכח זאת, נכון יהיה לומר היום שעברנו לא רק כברת דרך ארוכה, אלא שהלכנו בחצי מעגל, אל הקוטב הנגדי. כיום, גם לפי התפיסה הישראלית, הטרור הוא גורם אסטרטגי ממדרגה ראשונה. בראייה הישראלית, ואינני מכוון לגוונים הפוליטיים השונים בישראל, נוצרה סיטואציה שבה מניעת האלימות או סיכול האלימות או יצירת מצב שבו האלימות לא תהיה עובדה שגרתית בחיי היום-יום שלנו, הפכו לגורם דומיננטי בכל הסדר עתידי שהוא. כלומר אירועי השנתיים-שלוש האחרונות של האנתיפאדה השנייה ואירועים שונים אחרים בעולם, שעוד נגיע אליהם, יצרו סיטואציה שבה מניעת הטרור הפכה להישג נדרש אסטרטגי בפני עצמו. הדבר בולט כל כך, עד כי קשה מאוד אפילו להסתיר אותו במסמך הידוע 'מפת הדרכים'; במסמך זה ההישג הנדרש המרכזי הוא פירוק תשתיות הטרור, מניעת אלימות וכיוצא באלה. כלומר מניעת האלימות הופכת להישג נדרש בפני עצמו, בניגוד למה שהיה בעבר, כשמניעת הטרור והאלימות הייתה דרישת תשתית למהלכים מדיניים או

אסטרטגיים. היום, מניעת הטרור היא ההישג האסטרטגי הנדרש. מצב זה שונה בתכלית שינוי מן המצב בראשית הדרך. זו לטעמי תפיסה שגויה מאוד, אבל היא התפיסה הרווחת בקרב כל גוני הקשת הפוליטית בישראל.

מבחינת ההתמודדות עם הטרור, מצבנו שונה מן המצב במישור הבין-לאומי. העולם המתמודד היום עם הטרור הבין-לאומי נמצא בשלב הראשון, השלב שאנו היינו בו בשנים 1967-1970. מניעת האלימות והטרור איננה ההישג הנדרש, אלא התנאי ההכרחי לקיום חברה מתוקנת ויחסים בין-לאומיים תקינים. ומכיוון שמניעת הטרור איננה מטרה בפני עצמה, לא צריך לשלם בעבורה תשלומים מדיניים, חברתיים, עקרוניים, תפיסתיים וכיוצא באלה. את ההבדל הזה בין תנאי ובין מטרה חייבים לזכור היטב.

היבט נוסף הוא ההתגלגלות המהירה מאוד ביצירת דפוסי התנהגות בין-לאומיים מקובלים במלחמה בטרור. אודקק לשלוש דוגמאות מן העשור האחרון. בבוקר אחד ב-1998 אנשי בן-לאדן מארגון הטרור אל-קאעידה פוצצו בוזמנית שתי שגרירויות אמריקניות בניירובי ובדר-אסלאם והסבו אבדות כבדות, עשרות רבות של הרוגים אמריקנים ומקומיים. זה היה מבצע דרמטי מאוד, קשה מאוד לביצוע מבחינת התזמון ומבחינת הבאת הכוחות לשטח. מסובך מאוד לבצע פעולה כפולה כזאת בעת ובעונה אחת. אני אומר זאת לא משום שפיקדתי על פעולות מסוג זה, אלא משום שאני מתמצא מעט במה שדרוש להשגת תוצאה מעין זו. התגובה האמריקנית הייתה שיגור טילי שיוט אחדים לאפגניסטן וחיסול מתקן לייצור חומרים כימיים בחרטום. מה שבא, בין השאר, לביטוי בתגובה הזאת היה שכאשר אתה מותקף התקפת טרור, אינך חייב להשיב במקום ובזמן שהטרור בחר בו, אלא אתה יוצר כללי משחק חדשים. ואכן, נוצרו כללי משחק חדשים, ובכללי המשחק החדשים האלה אתה יכול להגיב במקום אחר, לפגוע ביעדים אחרים הקשורים בטרור, ולא דווקא במתקנים או במקומות הקשורים ישירות בפגיעה כך ושהפעולה שלך היא לכאורה תגובה עליה. אנו עדים אפוא לתהליך בנאום הטרור מבחינת זווית הראייה של המותקף: הואיל והמותקף רואה בטרור תופעה מבונאמת, הוא יכול להגיב במקומות אחרים, ביעדים אחרים; הותקפתי בידי אנשי אל-קאעידה מאפגניסטן, ועל כן אני מפציץ את המתקן בחרטום (אעיר שאינני מדבר על הצדדים המשפטיים של תגובה מעין זו, אלא על המדיניות, על הפוליטיקה הבין-לאומית). לימים נשאלה השאלה: האומנם ייצר המתקן בחרטום חומרים כימיים? האומנם היה המודיעין מדויק? אבל זו שאלה נפרדת.

דוגמה שנייה היא התקפת הטרור המשולבת של אל-קאעידה על ארצות הברית ב-11 בספטמבר 2001. הפעם, כאשר הותקפו היעדים בארצות הברית,

הייתה התגובה בין-לאומית; לא רק שארצות הברית הגיבה, אלא שארצות הברית הובילה מהלך בין-לאומי. כך קרה שאפשר היה לפלוש למדינה ריבונית, אפגניסטן במקרה זה, לכבוש אותה, להילחם בתחומה ולחסל בה את מה שאתה מוצא לנכון לחסלו. זו לדעתי הגנה נכונה. המשמעות של מהלך מעין זה היא שאתה קובע שממקום מסוים יצאה פעולת טרור שהממדים והאופי שלה גדולים כל כך עד שאתה יכול להכות במדינה המעניקה חסות לטרור, להיכנס לתוכה, לחסל את המשטר בה.

כל אלה ממחישים בעיניי את ההשתנות המהירה מאוד של מושגי הטרור הבין-לאומי שאנו עוסקים בהם בשנים האחרונות. מה שלא היה עולה על הדעת לפני שנה או לפני שנתיים, עולה על הדעת השנה, והוא עולה על הדעת משני הצדדים: במהירות רבה מאוד הטרור מעצים ומסלים את פעולותיו; במהירות רבה מקבילה העולם החופשי המתגונן מעצים ומסלים את אופי התגובות שלו ומקנה לעצמו סמכויות לקבל החלטות שקודם לכן לא היה מקבל.

הדוגמה השלישית היא עיראק. במשך חמש שנים (1998-2003) עד המלחמה האחרונה, לא נקטה עיראק שום פעולת טרור בין-לאומי. ההנחה הייתה שעיראק נתונה בתהליך של הכנות לפעולות מסוג מסוים ושלא צריך לחכות עד שהיכולות האלה יבשילו, אלא יש לבצע פעולת מע: להיכנס למדינה ולעשות בה 'את מה שצריך לעשות'. לאמצעי זה העולם הנאור, החופשי, איננו רק מסכים; הוא אף רואה בו מהלך הכרחי בנסיבות שנוצרו. בפרק זמן זה בן חמש השנים, למעט הוויכוחים עם הצרפתים וכו', ניתן אפוא גיבוי בין-לאומי מסיבי לפעולות נגד עיראק.

כאמור, העולם שמעבר למזרח התיכון עודנו בשלב הראשוני, השלב שהיינו בו בתחילת הדרך, אחרי מלחמת ששת הימים. העולם הנאור אינו מקבל שכדי למנוע טרור יש לשלם מחירים אסטרטגיים או שהטרור הוא נוכחות או ביטוי אסטרטגי שצריך להתמודד אתו ולמצוא דרך להתקיים אתו. מבחינה זו, מה שקורה לנו לדעתי הוא שהתפיסות הראשוניות שלנו באשר לטרור של שנות השישים והשבעים, שהן היום התפיסות הרשמיות של העולם הנאור, יכולות גם להשפיע עלינו בראייתנו היום את הטרור של ראשית שנות האלפיים. אחד הדברים שאנחנו צריכים להתמודד אתם הוא אם באמת נכון לראות בטרור רכיב או נוכחות או שיקול אסטרטגי שכדי להתמודד אתו יש לשלם בעבורו. לפי דעתי, זו גם בעיה ערכית, לא רק מעשית. ללא כל קשר להשקפות העולם הפוליטיות של האנשים סביב השולחן הזה, ללא כל קשר לשאלה אם רוצים מדינה יהודית מסוימת, בשטח מסוים, במערכת יחסים מסוימת – השאלה היא מה הם הגבולות ומה הם האמצעים שאפשר לנקוט

ביחס לטרור. שאלה זו היא רום העיסוק שלנו בהווה ותהיה רום העיסוק שלנו עוד זמן רב מאוד.

פן אחר של ראייה זו הוא השאלה בדבר השינויים המהירים שחלו ואשר משפיעים השפעה גדולה מאוד על זכויות אדם ועל זכויות אזרח. אינני רוצה להיכנס כעת לעובי הקורה בעניינים האלה, כי הם יידונו בהרחבה בדיוני ההמשך, אבל פטור בלא כלום אי-אפשר, ועל כן אציין רק זאת: במסגרת ההתמודדות עם הטרור דהיום נעשים דברים שלא נעשו זה עידן ועידנים, או שלא נעשו כלל, במישור הבין-לאומי. הנה באחד הגיליונות של *New York Books Review* הופיעו שני מאמרים: טוני ג'ת, יהודי בריטי, חניך תנועת הבונים של מפלגת העבודה, המנהל בניו יורק מכוון מסוים, פרסם מאמר המפרט את הסיבות להכרח לפרק את מדינת ישראל במתכונתה הנוכחית ולהקים במקומה ישות אחרת; והעיתונאי אנג'לי לואיס פרסם מאמר המציג תיאורים מעניינים מאוד על יחסם של השלטונות בארצות הברית לאורחים המגיעים אליה מעבר לים. במאמר זה מתואר בריטי ממוצא פקיסטני, דמות חשובה מאוד בחברה עסקית כלשהי, שהגיע ללוס אנג'לס בטיסה. האיש נעצר מיד בהגיעו ונלקחה ממנו כל כבודתו, לרבות המחשב הנייד. הוא ביקש מיד להיפגש עם עורך דין, אך מבוקשו לא ניתן לו. הוא הוחזק בתנאי מעצר קשים מאוד, חלק מן הזמן אף בצינוק כמדומני, והוגש לו מזון בדמות חזיר. בזמן שהותו במעצר מחקו האמריקנים את כל המידע במחשב האישי שלו. רק בזכות מכר כלשהו בממשל האמריקני שדבר המעצר הגיע לאוזניו, הוסדר לעצור שחרור ללא תנאים, מהלך יוצא דופן בהחלט. איש לא התנצל לפניו. גם כאשר כתב פלוני מכתב בעניין זה, התשובה הייתה לקונית ויוצאת ידי חובת התשובה בלבד. במאמר מוסגר אעיר שאילו היה קורה הדבר במדינת ישראל, יש להניח שהייתה קמה צעקה בין-לאומית. אילו קרה דבר מעין זה לצרפתי שהגיע ארצה, היו עוסקים בכך ימים ולילות, והיו נדרשים חוות דעת והסברים, והיה מתברר שחייל כלשהו במחסום אחראי למעשה שאסור היה לעשותו, והיו דוחקים בנו ושואלים אם הוא כבר הועמד לדין, ומה היה העונש שקיבל, ואיך שפטו אותו וכיוצא באלה. אבל האירוע לא קרה בישראל אלא בארצות הברית של אמריקה. ואין מדובר באירוע חד-פעמי; אדרבה, דברים כאלה קורים חדשים לבקרים, ומבחינה זו דין אחד לכול; אין יוצאים מן הכלל. הנה דוגמה: לפני זמן לא רב סיים שאול מופז את תפקידו כרמטכ"ל ונסע לארצות הברית להשתלמות בווינגטון. יום בהיר אחד הייתי צריך לפגוש אותו בעניין מסוים, והוא אמר לי שהוא אינו יכול להיענות לבקשתי, כי הוא יוצא בשעה שש בבוקר לגיו יורק לפגישה בצהריים. לשאלתי מדוע הוא מקדים כל כך לצאת ומדוע איננו טס, הוא השיב: אני לא טס בארצות הברית; כשאני מגיע,

מפשיטים אותי, בודקים אותי. דרך אגב, רוב הבודקים אינם אמריקנים מקוריים. זאת לדעת: אין יוצא מן הכלל; אי-אפשר לצלצל למישהו ולהסדיר שאת מר שאל מופז לא יבדקו כפי שבודקים את אחרון הנוסעים בטיסות. עולה מכאן שהתוצאה של איום הטרור היא שינוי סדרי חיים, והשינויים בסדרי החיים נתקבלו במהירות ובהסכמה ובהכנעה. אמנם לאחרונה הופיעו עוד מאמרים כמו המאמר הזה, אבל מכיוון שהמאמר הופיע בעיתון שאינו רב תפוצה, הסיפור לא עורר גלים. אם כן, חלים שינויים בכמה מאשיות התרבות המוכרות לנו.

בדברי הפתיחה האלה אוסיף ואומר דברים שהזדמן לי לאחרונה לומר גם בכנס הבין-לאומי של איגוד המשפטנים ועורכי הדין היהודים שהתקיים בפריז לפני זמן לא רב. אחד הדברים שנתמודד אתם בתקופה המיידית – והדבר בא לידי ביטוי באירוע הטרור באיסטנבול בשבת – איננו רק המהות של יחסי ישראל ויהדות התפוצות במובן האזוטרי הכללי שבא לידי ביטוי בימים האחרונים, עם הגעתם של אנשי 'הג'נרל אסמבלי' של ארצות הברית לישראל, בתהלוכות ובנאומים חוצבי להבות ובאמירות נרגשות מאוד על הסולידריות ועל האחוה ועל הגורל המשותף וכו'. מדינת ישראל תצטרך לעסוק בסוגיות מעשיות מאוד בחדות חסרת תקדים. מידת האחריות שיש לנו לגבי יהדות התפוצות בשאלת הטרור היא שאלה מעשית ביותר.

מהי החובה של מדינת ישראל כלפי יהדות התפוצות? התשובה לכך מורכבת ממספר רב מאוד של תבחינים. קודם כול, אזכיר שבשנות התשעים נפלה החלטה מהירה במערכת הביטחון לחסל אירני בשם עבאס מוסאווי. הוא חוסל בלבנון, ושלא לפי התכנון, נהרגו גם אשתו וילדו. כעבור זמן קצר מאוד אירעו שני אירועים: פיצוץ השגרירות הישראלית בבואנוס איירס, ובחלוף זמן מה – הפיצוץ של מרכז היהודים בבואנוס איירס. שאלתי היא זו: כאשר מדינת ישראל מחליטה על מדיניותה בנושא הטרור, האם היא חייבת להביא בחשבון את המשמעות של המעשים שלה מבחינת יהודים שאינם אזרחיה? והרי יהודי צרפת או יהודי ארגנטינה אינם אזרחי מדינת ישראל. כאשר אנחנו שוקלים מה לעשות או לא לעשות בגבול הצפון, אנחנו שוקלים בין היתר את השאלה איך ישפיעו הפעולות בתחום לבנון על יישובי צפון הארץ, אם בעקבות מבצע מסוים יפתחו אנשי החזבאללה בירי טילים על קריית שמונה. לפי זה, האם צריכה מדינת ישראל לשקול גם את האפקט של פעולה צבאית על יהודי רומא? אם כן, אינני יודע אם יש לנו בכלל אמצעים או דרכים לשקול זאת; אם יש לנו מידע או מכניזם המאפשר שקילה שכזו.

יתרה מזאת: אם חובתה של מדינת ישראל לשקול כל זאת, כי אז מנגנון התגובה יבוא לידי ביטוי בזמן הקרוב גם בהיבטים אחרים של פעילותה של

ארצות הברית. מדוע? משום שארצות הברית ניגשת לעשייתה מראייה ברורה: שמירה על ביטחון אזרחיה ובמקביל שמירה על ביטחון העולם. ארצות הברית לא פעלה בעיראק רק כדי לשמור על ביטחון אזרחיה, אלא גם משום שהיא ראתה את עצמה אחראית לשלום העולם. יש פה אפוא סוגיות החוצות את הסוגיות המסורתיות במוסר הבין-לאומי, בדין הבין-לאומי וכיוצא באלה. מכיוון שהעם היהודי איננו מרוכז במקום אחד, נשאלת השאלה המהותית מה יהיה המכניזם של תהליך השקילה בדבר ההשלכות של הפעילות נגד הטרור על העם היהודי.

ערב מלחמת עיראק האחרונה יזם יושב ראש הנהלת הסוכנות חדר מצב שנועד לעקוב אחרי הקורה ביהדות העולם בזמן המלחמה. זאת כדי שאם חלילה, תוך כדי המלחמה, תהיינה פעולות נגד יהודים בצרפת למשל, יפעל חדר המצב לאלתר: יגייס כוחות, ישלח הודעה לעיתונות, יביע סולידריות, יביע זעזוע וכו'; ואם חלילה יהיו אירועים קשים, ישלח נציגים להלוויות וישיט עזרה רפואית. מעבר לציניות הדקה העלולה להשתמע מדבריי, חשוב להבין כי יש כאן שאלה רצינית מאוד ולא-פשוטה: מי אחראי למה, ולמי הסמכות למה? אמנם יהודי צרפת הם אזרחי צרפת, ומובן שהממשל הצרפתי הוא האחראי לשלומם וכו', אבל לא תמיד הוא מסוגל למלא את אחריותו, ולא תמיד הוא רוצה למלא את אחריותו. ומה יקרה אז?

אמרתי את הדברים גם כדי ליצור הקבלה. כאשר היו קהילות יהודיות במצוקה (ואינני סוטה מן הנושא), קיבלה עליה מדינת ישראל להציל אותן. מה פירושו? פירושו של דבר לסכן חיי אנשים ולוחמים של מדינת ישראל שיצאו לארצות אויב כדי להביא יהודים לארץ. האם זו אחריותה של מדינת ישראל? למה? למה היינו צריכים להרחיק עד סודן ולהביא לכאן 16,000 יהודים אתיופים? למה היינו צריכים לשלוח לוחמים לאירן כדי להביא משם יהודים? למה היינו צריכים לשלוח לוחמים לתימן כדי להביא משם יהודים? האם זו אחריות שלנו? הרי אנחנו מסכנים חיי אנשים. נכון הוא שהודות לפעולה מוצלחת ואחראית לא נפל איש במערכה הזאת; זה הישג בלתי-רגיל, נדיר מאוד, לאורך תקופה ארוכה. אבל בסופו של דבר, אילו חלילה היה קורה משהו, היה קם אדם במדינת ישראל ומקשה מדוע נשלחים חיילים ישראלים לסודן להציל יהודים. האומנם זאת משימה של מדינת ישראל? האומנם מדובר פה בביטחון מדינת ישראל? מי אחראי למה פה?

אני חוזר לטרור. גם כשאנחנו בוחנים את הטרור ואת האחריות של גורמים שונים למתרחש בעולם, יש צורך בשידוד מערכות ובשינוי הבנה של מה שעומד על הפרק. ומאחר שאי-אפשר למלא את כל קשת האחריות שלנו כלפי גורמים שונים בעולם, נצטרך להגדיר את הדברים: מה עושים, ומה לא עושים.

אסיים בדברים הבאים, כי הם משמעותיים. מדינת ישראל, כמו כל מדינה בעולם, אינה מסוגלת, אני מדגיש, אינה מסוגלת לכונן הגנה יעילה טוטלית מפני הטרור. התוצאה היא שהמדינה האמורה להגיש שירות לאזרח איננה מסוגלת ולא תהיה מסוגלת, בכל קו מתאר שאפשר לתארו, לתת לאנשים הגנה טוטלית מפני הטרור. יתרה מזאת: אם מדינת ישראל צריכה להגן על אזרחיה מפני מלחמה מבחוץ, מפני התקפות באוויר, בים, ביבשה, מפני התקפות של צבאות זרים שיפלו לתחומיה, כי הדבר הוא מחובתה – בנסיבות הנוכחיות היא לא תוכל, כמו כל מדינה אחרת בעולם, לתפור את חליפת המגן האולטימטיבית להגנה על התושבים. יהיו לכך שתי תוצאות: (א) פעולות הטרור ימשכו עוד זמן רב; (ב) חלק מן ההגנה יצטרך להיות 'הגנה מופרטת', כלומר האנשים בחברה יצטרכו לדאוג לעצמם, לפחות במקצת הדברים. יהיה צורך בהגנה עצמית. הדבר יחולל כמובן שינויים גדולים מאוד באורח החיים ובתפיסות החיים וביחסים שבין האזרח למדינה, כי יישקלו מחדש יחסי תן-וקח: מה האזרח מקבל מן המדינה, ומה הוא נותן לה; מה המדינה נותנת לו, ומה הוא יכול לצפות ממנה וכיוצא באלה.

שלא תהיינה שום אי-הבנות: אנחנו נמצאים בראשיתה של התקופה, ולא באמצעיתה. כבר בשיחות שהיו לי בתקופה שהייתי ראש המוסד, עם עמיתי בעולם, ראשי שירותי ביטחון ומודיעין במדינות מתוקנות באירופה, הייתה הערכה שבתוך שלוש עד חמש שנים יתבצעו פעולות טרור מסיביות, אחת או שתיים, בערי אירופה המרכזיות, שיסתיימו בשיעורי תמותה גבוהים, רבבות הרוגים, ואינני מגזים. ישבתי מול אדם בכירה מוגנת מאוד באירופה, ודברים אלה נאמרו בארשת רצינית ביותר ומתוך הערכת מצב כבדת ראש. האם הערכה זאת תתממש? אינני יודע, אבל זו אפשרות שאי-אפשר לבטל אותה. אני מעריך שאם איום כזה יתממש, חלופות התגובה וההתגוננות יהיו כאלה ששום אדם סביב השולחן הזה אינו יכול כרגע אפילו להעלות על דעתו. אני אומר זאת לא משום שאני רוצה להלך עליכם אימים, אלא משום שצריך להבין זאת. אפשריים מצבים שבהם ייקלעו רבבות אנשים לפעולת טרור. ומה קורה אז? מה הם הכללים שאפשר לפעול על פיהם במקרים כאלה? אינני יודע אם יש בכלל מישהו כיום היכול לחבר רשימת כללים לדרכי התנהגות של התגוננות מול איום כזה בערים כמו לונדון, פריז, רומא, ברלין וכו'.

אתעכב על עוד שני עניינים שרק לכאורה אינם קשורים בנושא הדיון. במשך תקופה ארוכה מאוד נמנענו בישראל מיצירת קשר בין המתרחש בברית המועצות לשעבר לבין הקורה אצלנו. בשנים האחרונות התקיים פה רצף ביקורים של ראשי השלטון הסובייטי ואחר כך הרוסי בבקשה לקבל סיוע ישראלי למלחמה בטרור הצ'צ'ני. ואנחנו אמרנו לא; זה איננו בדיוק טרור; זו

מלחמה מסוג אחר. זה לא אותו דבר. אני מניח שגם ההפך היה יכול לקרות: היינו באים לאחרים לבקש סיוע, והיו אומרים לנו שמה שקורה בינינו לבין הפלסטינים איננו בדיוק טרור, אלא הוא משהו אחר. אנחנו יודעים ושומעים זאת: 'זו מלחמת עצמאות', 'מלחמה לשחרור לאומי'; זה לא אותו דבר. לפני כשנה וחצי ביקרתי במוסקבה ופגשתי רוסי רם דרג. שוחחנו שעתיים-שלוש, ובסיום השיחה הוא אמר לי: יש היום ברוסיה 147 מיליון אזרחים, מהם 25 מיליון מוסלמים; אם שיעורי הילודה הקיימים בשתי האוכלוסיות האלה יימשכו ללא שינוי, בתוך חמישים שנה מחצית מתושבי רוסיה יהיו מוסלמים. הוא שתק רגע ואמר – אגיד את זה באנגלית: But we will not let this happen. משום מה לא שאלתי אותו למה הוא מתכוון. לפעמים לא צריך לשאול למה מתכוונים.

דין

דן מרידור: אני רוצה להתמקד בשינויים שחלו בעולם. במשוואה הישנה של המלחמות, ברית המועצות נלחמה באמריקה. מה פירוש נלחמה? פירוש הדבר שברית המועצות הוציאה מאות מיליארדי רובלים לבניית צבא, לא פגעה ולו בחייל אמריקני אחד והתמוטטה בגלל ההוצאה הכספית. והנה היום, הטרור של בן-לארדן לא עלה לו כנראה, יותר משני מיליון דולר, אך נזקו לאמריקה היה גדול עשרת מונים. זו אפוא משוואה אחרת לגמרי. פנינו – גם המערב וגם ישראל – צבאות שהצליחו, ניצחנו, וברוב נאיביות היו שהאמינו שבזה נגמר העניין. בעולם האידאות נשארו אידאות שלא קיבלו את הניצחון הזה וחיפשו מישורים אחרים לשים אותו לאל, מישורים על-קונבנציונליים ותת-קונבנציונליים, כולל טרור. אותו מאבק, ועל כך נדון בישיבה אחרת, מוצא לו זירות התמודדות אחרות בפרט ומשוואות אחרות של כוח בכלל. מי שהיה חזק איננו חזק היום, ולא ברור איך מנהלים מלחמה נגד גוף שאיננו מדינות בטריטוריות מוגדרות, אלא ארגונים, כמו אל-קאעידה של בן-לארדן או הג'האד העולמי או אחרים.

אמר אפרים הלוי שאנחנו בתחילתו של עידן. בדיונים אחרים שהשתתפתי בהם או ניהלתי אותם, בסוגיית הסיכונים בטרור מחשבים, הודגש שככל שהמדינה ממוחשבת, כך היא פגיעה. אספר לכם, בהכללה ובעמימות מתבקשות ומוכנות מאליהן, על ניסוי חדירה בדרך לא דרך לאחת המערכות הרגישות, ניסוי שערך שירות הביטחון הכללי שלנו, האחראי להגנה מפני התקפות מחשבים. החדירה הצליחה, ואילו היה הניסוי מתנהל עד הסוף, התוצאה הייתה כמה אלפי הרוגים. אני מספר זאת מפני שיש בכך כדי להמחיש את משוואת הכוח האחרת: לא מדינה, אלא איש אחד, האקר אחד, במרתף בסעודיה או בטימבוקטו. זה סוג הטרור האפשרי בעולם החדש והמודרני. הוא הדין באדם שישלח מסקנדינביה למשל מעטפה עם אנתרקס למדינה באפריקה. הטרור שונה מן 'המלחמה הישנה', ולכן גם אם קשה לדעת מה יקרה, פוטנציאל הנזק שיחידים יכולים לגרום משנה את כל תמונת המערכה לרכיביה: מי האויב, איך מרתיעים, איך מתגוננים, איך גומלים רעה למבקשי רעתנו? אלה השאלות בעידן המודרני, הטכנולוגי, נעדר הגבולות המגוננים. היום המדינות חדירות לחלוטין לאינפורמציה, לרעיונות, לאנשים, לחומרים; העולם פתוח. נכון שעולם כזה מרתק אינטלקטואלית, אך הוא גם מסוכן. אפרים הלוי הציג את סוג התרחישים, והשאלה היא איך אנחנו בישראל, עם הייחוד שלנו מכאן וכחלק מן העולם מכאן, מתמודדים אתם.

דוד קרצ'מר: כמה הערות בעקבות דבריו המעניינים של אפרים הלוי. הלוי הציג שלוש דוגמאות לתגובות לטרור. שלושתן מתייחסות לתגובה של מדינה אחת, ארצות הברית, בעידן שבו מדינה זו היא מעצמת־העל היחידה בעולם ויכולה לעשות מה שהיא רוצה. אני שואל את עצמי מה אפשר ללמוד מזה. אפשר כמובן ללמוד איך ארצות הברית מגיבה לפעולות טרור, אך אי־אפשר ללמוד מזה שום דבר אחר, לא בדבר התגובה האפקטיבית לטרור ולא בדבר דרכי התגובה הראויות של מדינה קטנה כמו מדינת ישראל, שאין לה, בין השאר, זכות וטו במועצת הביטחון. גם הלוי יודע היטב שיש הבדל בין ישראל לבין ארצות הברית, המתבטא בדרכי התגובה לטרור.

נראה לי שאנחנו חייבים להבחין בין שלוש שאלות שונות. השאלה הראשונה היא איך מדינות מגיבות בפועל לטרור. השיקולים מאחורי תגובה של מדינה נתונה לטרור רבים ומגוונים. נראה אפוא כי השאלה הראשונה היא לאו דווקא מהי התגובה האפקטיבית, אלא בראש ובראשונה, במיוחד במדינה דמוקרטית, מה הם האילוצים הפוליטיים, ומה ממשלה עושה כדי להוכיח לאנשים בתחומה שהיא אכן מגיבה. אינני מתרשם כל כך מדרך התגובה של ארצות הברית לטרור וגם לא מדרך התגובה שלנו (אבל זו שאלה אחרת). אין לי שום ספק שבהרבה מן המקרים נשיא ארצות הברית היה חייב להגיב, והוא בחר במטרה נוחה מאוד; מראש הוא ידע שהסיכויים לאבדות אמריקניות קטנים ושהתגובה בין המדינות לא תהיה קשה מדי. הוא בחר במפעל כלשהו בסודן, בין שייצר כימיקלים ובין שייצר תרופות.

לפני כמה חודשים נכחתי בדיון בצפון אירלנד על מצבי חירום. יש הקבלות מסוימות בין מה שקורה וקרה שם לבין מה שקורה כאן. בדיון נכח פרופ' למשפטים מוויילס שתיאר את המאבק בפרלמנט הבריטי כאשר העבירו חוק בריטי למצב חירום. על סמך מחקרים רבים שערך אפשר היה להראות שהצעדים שהבריטים מציעים אינם יעילים כלל וכלל. הוא שוחח עם הפקידים הבכירים (עם סר המפרי), והם אמרו לו 'You have missed the point'; האפקטיביות של הצעדים לא הייתה רלוונטית. מדובר בממשלה שצריכה להראות לציבור שהיא עושה משהו, והיה ברור לפקידים ששאלת האפקטיביות של הצעדים המוצעים איננה מעניינת אותה. צריכים אם כן להיזהר לפני שמסקינים מסקנות מן הדרך שבה מדינה נתונה מתנהגת. עלינו להבחין תמיד בין השאלה איך מדינה מתנהגת לבין השאלה איך היא צריכה להתנהג; רק אז נגיע לשתי השאלות הנוספות שלדעתי אנחנו חייבים לטפל בהן כאן: האחת – מהם האמצעים העשויים להיות יעילים במלחמה בטרור? אינני מתיימר לדעת את התשובה לשאלה זו, ואולם בהנחה שאנחנו מוצאים לה תשובה, מגיעים לשאלה השנייה שתעמוד במרכז הדיון – האם אותם אמצעים העשויים להיות

יעילים לפי הנחתנו הם גם אמצעים לגיטימיים? אני מציע שנתרכז בשאלות האלה.

לגבי עיראק, ברור שיש למר הלוי מידע רב בנושא הזה. לי אין. אין לי שום גישה לחומר סודי; אני ניזון רק מן העיתונות; לא דיברתי עם מקבלי ההחלטות בארצות הברית, אבל אני יודע שדיברו על המלחמה נגד עיראק כבר בשנות התשעים המוקדמות, לפני ההתקפה על מגדלי התאומים בארצות הברית, כאשר המניעים לא היו קשורים לנושא הטרור. אני חייב אפוא להתייחס בספקנות לטענה של האמריקנים שבסופו של דבר הם ביצעו את מה שביצעו בעיראק רק מן השיקולים שהזכיר מר הלוי.

מרדכי קרמניצר: אחד הדברים המקשים על המתדיינים בדיון בטרור הוא השאלה אם מדובר בתופעה אחת או בתופעות אחדות. קושי נוסף הוא עד כמה 11 בספטמבר דומה למה שאנחנו מתמודדים אתו או שונה ממנו. ברור לי שיש אינטרס ישראלי לצרף אותנו להתמודדות נגד הטרור הבינלאומי, נגד אל-קאעידה ודומותיה. אנחנו אפוא חלק מאותו סיפור. ואולם אינטרס כזה איננו הופך את צירופנו לנכון, ולכן ראוי לבחון ביסודיות רבה בהרבה את השאלה אם זו תופעה דומה או שמה אלה דברים שונים; וגם אם הם שונים, ייתכן שהם חולקים דמיון ושוני כאחד. צריך אפוא לנתח זאת בצורה מדויקת. דרך אגב, אני חושש שבסופו של דבר, וסופו של דבר קרוב מאוד בעיניי, נמצא את עצמנו נתפסים בעולם כגורם לטרור. עמדה זו, שכאילו אנחנו בחזית 'הטובים' מול 'הרעים' בחברת כל 'הטובים' האחרים, לא תחזיק מעמד, והתמוטטותה תלך ותחריף.

בשאלת היעילות צריך להביא בחשבון שצעדים נגד טרור לא רק יכולים להיות לא-אפקטיביים, אלא הם גם יכולים להיות מקדמי טרור. התגובות לטרור מונעות משיקולים שונים, ולא רק שהן עשויות להיות תגובות לא-אפקטיביות, אלא שבטווחים הקצרים והבינוניים והארוכים הן עשויות להיות תגובות מייצרות טרור.

עוד הערה אחת לניתוח שערכת בתחילת דבריך על שלבי הלחימה בטרור בארץ. לכל השלבים האלה יש מכנה משותף: ממשלות שלא רצו לעשות כלום ברמה המדינית וחיפשו דרכי תגובה שונות. ההבדלים לדעתי הם הבדלים בסוג העמדת הדברים כדי להצדיק אי-עשייה, אבל המכנה משותף לכולם.

דבר אחד לא הבנתי, ואני מבקש לשאול אותך: אינני רואה קשר ישיר בין הטרור כגורם אסטרטגי ממדרגה ראשונה לבין הטרור שאתה צריך לשלם מחיר למניעתו. האם אתה יכול להבהיר זאת? למה אתה קושר בין שני הדברים האלה? בעיניי הם יכולים להיות קשורים והם יכולים להיות לא קשורים. האם

הגישה של ישראל היא נכונות לשלם מחיר תמורת מניעת טרור? זה לא הרושם שלי; אני לא הבנתי שאנחנו מוכנים לשלם מחיר תמורת מניעת טרור. לדעתי קורה ההפך: אנחנו מתנים כל דבר במניעת הטרור. זה אותו סיפור: אנחנו מתנים בזה כל דבר כדי להבטיח שלא יהיה שום דבר.

הזכרת את עבאס מוסאווי ואת הפיצוצים בארגנטינה. אותה שאלה אפשר לשאול לגבי החיסולים והפיצוצים פה. לא צריך להרחיק לכת במקום ובזמן; זהו עניין מקומי בהרבה.

נכון הוא שסמכות המדינה נובעת מתפיסה של זיקה בין המדינה לבין העם היהודי, אבל בראייה של אחריותנו כלפי היהודים, השאלות שיש לשאול רחבות בהרבה, כגון איך משפיעים מהלכיה המדיניים של ישראל וההתנהגות המדינית שלה על מצב היהודים בעולם. אי־אפשר להתמודד עם שום תופעה ספציפית בלי להבין את גורמי השורש שלה, וגורמי השורש של הטרור שונים. גם אינני מאמין שאפשר לטפל בטרור בלי לנסות לברר מנין הוא צומח. אני מקבל את מה שאתה אומר, שלא יהיה אפשר לעקור את הטרור מן השורש, אבל יש להודות בכך ששום מדינה לא הצליחה להגן על אזרחיה מפני רצח, והרי אנו יודעים היטב שהטרור הוא סוג מסוים של פעילות רצחנית.

דן מרידור: הנה סיפור עובדתי שאפשר לספר אותו ברוח דבריו של מרדכי קרמניצר: ישראל החליטה בשלב מסוים לחסל את אבו עלי מוסטפא, שהיה ראש החזית העממית, וכך נעשה. אחר כך נרצח השר רחבעם זאבי (גנדי). לימים, במבצע חומת מגן, תפסנו מסמכים, ובהם קראתי את כל החקירה של רוצחיו של גנדי, שנחקרו בידי אנשי תאופיק טיראווי. החקירה הייתה כזו שכנראה אמרו בה את כל האמת. ממנה מתברר בעליל הקשר הסיבתי: הייתה החלטה לגמול לישראל על חיסול מוסטפא, ובחיפוש – דרך אגב, הם חיפשו מישהו אחר ולא מצאו אותו – הגיעו הנוקמים לגנדי ורצחו אותו. כשאתה אחד מול אחד ואקדח ביד, השאלה היא מעשית ויש לה היבט מעבר להיבט המוסרי.

עמנואל סיון: קשה לי לקבל את הפרק הראשון של דברייך; קל לי לקבל את הפרק השני; וזאת למרות שאצלך הפרקים נובעים הגיונית. אני חושב שהמקרה שלנו איננו ייחודי. תנועות לאומיות אחרות במדינות שנגדן היה סכסוך לאומי עמדו במצבים דומים ועברו את שלושת השלבים שציינת. כך לדוגמה קרה בשתי מדינות דמוקרטיות, אירלנד וקשמיר. אולי איננו צריכים להתהדר בייחודנו; הרי היהודים הם כמו כל בני האדם, רק קצת יותר, כמו שאמר ויצמן. ככוונה אני מוציא כאן מן ההשוואה את צ'צ'ניה, כי מדינה שמותר להפציץ בה כפרים איננה מדינה דמוקרטית. הפעולה הרצחנית של

הטרור הצ'צ'ני בתאטרון במוסקבה הייתה איוולת צרופה, ולא אליה אני מתכוון באמרי 'לא-דמוקרטי'; אבל הפצצת כפרים איננה איוולת; היא מדיניות; היא מחוץ לחוקי המשחק, ואין לנו מה ללמוד מדוגמה זו או ללמד אותה. ועם זאת, הפרות זכויות האדם כנראה הוכיחו שהן יעילות מבחינת הפעילות, והן מציבות אותנו לפני הדילמה הקשה מכול: מה דינו של אמצעי יעיל אבל מסריח? נראה לי שראוי ומועיל יהיה להטיל על קבוצת אנשים לאסוף חומר בסוגיה זו, כי נוכל ללמוד רבות מן הממצאים.

בנקודה השנייה אני מסכים אתך, אבל אני חושב שההיבט איננו רק אמריקני, איננו רק העלבון העצום שעלבו בארצות הברית. נדמה לי שהדבר מנותק לחלוטין מן המלחמה בעיראק שהשתמשו בה בטיעון שבאמת בחמש השנים האחרונות חל שינוי בטרור הבין-לאומי, לפחות בטרור האסלאמי הבין-לאומי. היו לזה תקדימים בעבר: האנרכיזם של סוף המאה התשע-עשרה הוא דוגמה דומה לטרור חסר מדינה מלווה באידאולוגיה חובקת עולם וחוצת זהויות מדיניות, נישאת בידי חבורת לוחמים. בטרור האסלאמי, שאני מכיר אותו טוב יותר מאשר את האנרכיזם, השינוי חדש לחלוטין. האנשים נלחמו תמיד בתוך מדינתם, ולפעמים היו להם בעלי ברית אחרים. מבחינה זו, הסוגיה הפלסטינית הייתה קלה לנו, אם כי גם פה היו יוצאים מן הכלל: אמנם פרשת קוזה אוקמוטו היא מקרה של בעלי ברית אידאולוגיים, אבל כדבר הזה לא היה, לפחות לא כאתגר למערב, זה כמאה שנה. הדבר משנה כליל את כל חוקי המשחק.

כדי שלא לגלוש לדיון שיתקיים בפעם הבאה, יש לומר שהשינוי איננו נובע מהתנגשות תרבויות. יש מאבק איתנים בציוויליזציה המוסלמית עצמה, שבן-לאדן הוא כנראה תוצאה שלו. בן-לאדן, בהתפתחות הנובעת דווקא מהצלחות המשטרים האסלאמיים במאבקם בטרור, הגיע למסקנה, ליתר דיוק – הוא וחבורתו – שאסור לערוך פרסונליזציה של הטרור, שכן יש לו התפתחות מאז המייסד (עבדאללה עזאם, פלסטיני אזרח ירדן שייסד את הארגון בשנות השמונים ופוצץ בידי ה-CIA ב-1988), ויש לו גם פרה-היסטוריה – שיש ליצור חבורה חוצת מדינות בעלת תפיסה אחת. אפשר להתווכח עד כמה התפיסה, אפילו במושגיהם, קובעת יעדים בני-השגה. אולי בחלקם הם יעדים אקספרסיביים יותר מאשר אינסטרומנטליים, אבל גם לכך יכול להיות צידוק בעיני ההנהגות. מכל מקום, הדבר בוודאי משנה את חוקי המשחק. ולכך צריך להקדיש מחשבה, כי ייתכן שדגמים של פעולה והתלבטויות בדילמה דומה בין יעילות לבין לגיטימיות – התלבטויות שהיו נכונות בסכסוכים לאומיים או לפעמים גם במאבקים מעין סוציאליים, כגון הבריגדות האדומות, באדר-מיינהוף ודומותיה – שונים היום מאלו שבעבר,

בעיקר מן הסיבה הפשוטה שאנחנו עובדים בסביבה החמקמקה של החוק הבינ-לאומי. נגיב חלבי, אביה של נור, מלכת ירדן הקודמת, השיב לי פעם כששאלתי אותו איך אדם שהיה טייס קרב מהולל, ראש רשות שדות התעופה, נשיא חברת פאן-אם, 'יושב היום בחברה לייעוץ משפטי בין-לאומי: 'It's a swell job, you can say anything to anybody and you are being paid for it'. הוא אמר לי זאת בהנאה אמתית. הוא בוודאי הקצין את הדברים, אבל זה מקשה מאוד, כי למדינות יש חוקים. כשאנגליה חקקה את חוק החירום באירלנד, הפיקו על כך שני סרטים רבי השפעה: הסרט של קן לוואן' וסרט שנוסף לאחרונה. יכולת להבין איפה הדבר עומד מול מסורת ה-common law. אפשר היה להבין מול מה עומד המשחק החדש הזה, שנבע מסיבות שאינן קשורות כלל במערב, אלא מכישלון הטרוריות האסלאמי בתוך ארצות האסלאם עצמן. הנחת העבודה של הטרור היא שצריך לפגוע במערב, כי הוא נותן החסות, וכי הוא וארצות הפריפריה שלו הם המקומות היחידים שבהם אפשר לפעול. זו הדילמה בעניין השני שדיברת עליו.

בקשר לעניין השלישי, אני מוצא את עצמי מסכים אתך, ועל כן אין לי מה להעיר בנושא היהודים. עם זאת, הייתי מציג היבט אחר של אותה שאלה עצמה. אני עוקב אחרי הצלחות הלחימה בטרור בארצות האסלאם. בסך הכול, רוב המדינות – ידן על העליונה, אם כי אי-אפשר להגיד שמדובר בניצחון הטובים על הרעים, כי זהו ניצחון רעים מסוג מסוים על רעים מאוד שכנראה לעולם לא יהיו אתנו. המכנה המשותף בולט בחדות רבה במצרים ועוד יותר במלחמת האזרחים הארוכה (11-12 שנה) והעקובה מדם (למעלה מ-100,000 הרוגים) באלג'יריה, שהיא הפרשה המרתקת ביותר בלחימה בטרור, אם כי איש אינו מתעניין במה שקורה שם בקצה המערב. מכנה משותף זה הוא הפרדת הטרוריסט מן האוכלוסייה, הפרדת הדג מן המים האגדיים שבהם הוא נמצא. הדבר יכול לקרות בדומטיות, כמו שקרה במצרים אחרי פרשת פיגוע הטרור בלוקסור, כשמובראפ, שכולם נהנים לחשוב עליו כעל אוויל, יצא בנאום קצר וחזק מאוד בטלוויזיה, ואמר לאומה שהנה 'החבורה הזאת' רוצה לגדוע את ענף התיירות, שממנו אנחנו חיים. בתוך שבועיים חלק ניכר מן התנועה הזאת שביצעה את פעולת לוקסור נגד התיירים הניח את נשקו, ורובו חזר לפעילות לגיטימית. באלג'יריה הדבר לבש צורה 'מלוכלכת' בהרבה: הקמת מיליציות וביצוע פעולות זוועה בידי הממשלה בהעמידה פנים שאלו מעשי ידיהם של הטרוריסטים, וזאת כדי להפוך אותם למוקצים מחמת מיאוס בעיני האוכלוסייה.

במובן מסוים השאלות הקשות ביותר, אני אומר זאת לפרופ' קרמניצר, הן בדבר הגורמים המצמיחים את הטרור. לא תמיד אתה יודע מה יגרום לטרור;

אולי העלבת מישהו במחסום, גם אם לא עשית זאת בכוונת זדון. ממחקר שנערך לא מזמן באוניברסיטה העברית מתברר כי הסיבה העיקרית להתעללויות במחסומים היא השיעמום. הדבר מפתיע מאוד: לא גזענות, לא דעות פוליטיות, לא נקמה; שיעמום. אחת הנקודות העיקריות היא לא השאלה אם צעדים מסוימים מצמיחים יותר טרור, יש להניח שבחלקם כן, אלא השאלה היא אם הם אינם מגדילים את מעגל המצטרפים לטרור, המסייעים לטרור, האוהדים את הטרור; כלומר המאבק לכבוש מוחות ולבבות.

דניאל רייזנר: ארשה לעצמי בפורום הזה לדבר לא רק מן הפן המשפטי, בין היתר משום שאני מכיר את פרופ' סיון ויודע שלפן המשפטי יש יכולות מוגבלות מאוד בנושא זה. כשחשבתי על דרכי ההתמודדות עם הדילמה – ואני מתייחס ברצינות רבה לשם המכון ולמולטי-דיסציפלינריות של הפורום – הצבתי שלושה נושאים, שונים מן הנושאים שהוצגו פה ושיש בהם כדי להמחיש איך הדילמה נראית מבעד לפריזמה אחרת. סדר הדברים איננו הסדר הנכון והמתוכנן, כי אתייחס לסדר הדיאלוג שנערך כאן.

לפני הכול ניצבת השאלה בדבר צעדי ההתמודדות עם הטרור לגווניו. טרור מתאבדים שונה מטרור מחשבים. עד כדי כך הם שונים, שהם לא מאותה סקלה או מאותו עולם או מאותה טכניקה. לכן גם קשה לנו, לא רק כמשפטנים אלא גם כאנשי צבא, לקבוע תורת לחימה אחת, כי האיזמים שונים מאוד באופי שלהם. יש טרור כלכלי וטרור פיזי וטרור המוני, וההתמודדות עם כל אחד ואחד מהם היא תורה עצמאית. כולנו מחפשים תשובה לטרור, ומשום כך התשובה הופכת לממוקדת מאוד.

מדינת ישראל מטפלת במחבלים מתאבדים בשלוש טכניקות ספציפיות: היא הורסת להם את הבית בתקווה להרתיע את המחבל המתאבד הבא, היא מנסה להרוג אותם לפני שהם מגיעים ליעדם, והיא עוצרת את מי שהיא מצליחה לעצור באמצע. אלה שלוש הטכניקות להתמודדות עם מחבלים מתאבדים. זה התפריט שלנו נגד טרור המתאבדים, אבל זה אינו התפריט שלנו נגד טרור אחר. אם מבקשים לגעת בטרור מחשבים, שום דבר ממה שאמרתי עכשיו אינו רלוונטי לו. אני מקווה שלא אצטרך לאשר סיכול ממוקד של האקר מחשבים, אם כי מבחינת הסיכון, אני יודע שהוא יכול להיות הרבה יותר מסוכן גם ממחבלי 11 בספטמבר.

מדדי ההתמודדות עם טרור הם משפטיים, פרקטיים ומוסריים, אבל אני מאמין במדדים התועלתניים. הנה דוגמה פרוזאית שכולנו חווים מדי יום ביומו, ואנחנו משתמשים בה כדי להראות למה אנחנו לא טובים. אחד הדברים שמתרגלים אליהם מהר מאוד בחוץ לארץ הוא שאין בידוק ביטחוני בשום

כניסה למקום ציבורי, למעט שדות תעופה. בישראל בכל קניון ובכל מקום ציבורי אתה עובר דרך שומר או איש ביטחון. כולנו – אני משוכנע בכך, בלי שאיש מאתנו אמר זאת – צוחקים מן הבידוק הביטחוני בכניסה לקניונים, בעיקר בבידוק המכונית. אצל כולנו חולפת המחשבה שהיינו יכולים להחביא פצצה בלי שהשומר ימצא אותה. וזה נכון. ובכן, הנה שתי התייחסויות לעניין. הראשונה – לא היו פיגועים בתוך קניונים עד שהפעלנו בדיקות; אז קרה משהו מוזר: כולם יודעים לעקוף את הבידוק, אבל הם אינם עושים זאת. השנייה – אילו היו נערכות הבדיקות הביטחוניות כדבעי, היה נוצר עומס בלתי־נסבל ומסוכן בכניסה לאותו מקום. בעניין זה סיפרו לנו סיפור משעשע: באחד הקניונים החליט אחד השומרים לערוך בדיקות 'כמו שצריך': הוא פירק מכוניות, הסתכל מתחת לכיסאות, הסתכל מתחת למכונית, ביקש מן הנוסעים לצאת מן המכונית כדי שיוכל לראות מה יש להם מתחת לרגליים; בקיצור, בדיקה שהתחילה להגיע לרמת אמינות כזו שמחבל היה צריך להשקיע מאמצים ניכרים להחביא את הפצצה שלו. אלא מה? הבודק יצר פקק גדול כל כך של אנשים בחוץ, עד שאילו היה מגיע מחבל מתאבד, לא היה צריך לטרוח להיכנס כלל לקניון; כל המטרות היו בחוץ, מחוץ לשער. הפקק של האנשים, ההמולה, היו מטרה נהדרת. הפיגוע בדולפינריום היה בחוץ ולא בפנים. אני מביא זאת כדוגמה לרשימת הצעדים נגד הטרור. כאשר נבחן אותם משפטית ומוסרית – אני יושב עם פרופ' אסא כשר בפורום אחר, ובו אנחנו מנסים לייצר מודל מוסרי ללחימה בטרור, אינוונטר מוסכם שאינו שנוי במחלוקת – אני מציע שהראייה תהיה תועלתנית.

האינטרדיסציפלינריות המאפיינת את המכון הישראלי לדמוקרטיה, עוסקת לא רק בטרור. יותר מהשאלה איך מתמודדים עם הטרור, מטרידה אותי לפעמים השאלה איך המדינה מתמודדת עם עצמה. אני מרשה לעצמי להגיד כמה מן הדברים הבאים בהינתן העובדה שבעוד חודש אני פושט מדים. מקצת הבעיות של דמוקרטיה היא שדמוקרטיה היא שיטת משטר חלשה מאוד. היא חלשה מכיוון שאמינות השלטון נמוכה: פעם אתה עולה לשלטון, ופעם אתה יורד ממנו; אפילו אינך שולט בנתון אם אתה בשלטון או לא; מי ששולט בכך הוא הציבור, ויכולת הבנתו את המצב היא פעמים רבות לא־טובה, מכיוון שהוא אינו יודע את כל הנתונים, ואת חלקם גם אינו מבין. לפיכך במערכת תהליכי קבלת החלטות של מדינה דמוקרטית, השלטון חייב להביא בחשבון משתנים שאינם רק לא־תועלתניים, אלא לפעמים הם גם מזיקים להחלטה הנכונה. במובן זה לדיקטטורות יש יתרונות אדירים, ולא רק לדיקטטורות, אלא לכל שיטת שלטון של ציבור אין רלוונטיות לו. אנו אוהבים את הדמוקרטיה, משום שיתרונה עולה על נזקה, אבל יש לה חסרונות גדולים.

אחת הבעיות האדירות של דמוקרטיה בהתמודדות עם טרור רחב היקף ורצחני היא תהליך קבלת ההחלטות. אם נסתכל בדרכי קבלת ההחלטות של ארצות הברית בעניין המבצעים הצבאיים הגדולים שלה, ניווכח שהיא עקפה תמיד את כל התהליכים הקונסטיטוציוניים שלה עצמה. אינני מדבר על המשפט הבין-לאומי. גם אני הייתי עוקף את המשפט הבין-לאומי. הוא עצמו עקף את המשפט שלו. יש מאמר מרתק של השופט ויליאם ברנן על דרכי ההתמודדות של ארצות הברית עם הטרור; היא תמיד over reacting. אבל תוך כדי over reacting האמריקנים זורקים את החוקה האמריקנית לפח האשפה. בתי המשפט האמריקניים קובעים שהחוקה איננה חלה מחוץ לגבולות ארצות הברית, והיא איננה חלה בארצות הברית על אזרחים אמריקנים תומכי טרור. קביעות אלו הגיעו לפינה שבעיניי היא מחוץ לכל סקלה שאני יודע להצדיק אותה.

יותר מכך, אותי מטרידה תגובת המדינות לטרור. אנחנו אוהבים את רעיון הדמוקרטיה; בדמוקרטיה הציבור אמור להיות שותף לתהליך קבלת ההחלטות. במערכת הקונסטיטוציונית של כל מדינה ומדינה יש סעיף הקובע מה מותר לעשות ומה הם גבולות הכוח של המערכת השלטונית. והנה, כשיש אירוע טרור, המדינות מגיבות 'לא טוב'. מדינת ישראל היא דוגמה קלאסית. פורמלית, לפי חוקי מדינת ישראל, פתיחה במלחמה מחייבת תהליך סטטוטורי. והנה, מדינת ישראל מעולם לא קיימה אותו. מדוע? כי תמיד היינו במצבי חירום שלא אפשרו את קיום התהליך כחוק. שום מבצע צבאי במדינת ישראל לא התנהל בהליך סטטוטורי, גם מאז שהחוק תוקן, ודאי מבצעים כמו חומת מגן. למה? מכיוון שהתגובה של הדרג המדיני לאירוע חייבת להיות מיידית; לא בגלל שיקולים תועלתניים, אלא בגלל חשש מפני אבדן כוח פוליטי, מפני הפסד בבחירות הבאות. יש לנו דוגמאות לממשלות שנפלו בגלל ש'השתעלו בציבור', שלא נלחמו לחימה חזקה דיה בטרור. בגלל חסרון הדמוקרטיה מערכת השיקולים הפנים-מדינתיים גורמת למדינה לפעול באורח מסוים שאין בו טעם מבחינת התועלת.

אם פירוש הדבר שבדמוקרטיה קיים חיסרון מובנה בשאלת ההתמודדות עם איומים מידיים, אפשר לבחון מה קורה בדיקטטורות. לא אמרתי שדיקטטורה היא הפתרון. אמרתי שהשאלה מחייבת התמודדות, כי יש דמוקרטיה להלכה, ויש דמוקרטיה למעשה, והן אינן תמיד חופפות זו את זו. ולא רק אצלנו; הכפילות הזאת היא מנת חלקם של הבריטים ושל האמריקנים ושל הרוסים.

יש לציין גם את השפעת הטרור והתגובות עליו על הדעות בציבור. מדהים לראות שככל שהטרור מתגבר, מתגברת ההקצנה לשני הכיוונים של דעות

הציבור בנושאים המכונים 'פוליטיים', אבל הם לאו דווקא פוליטיים. לשון אחר, אובר לך המרכז. תהליך זה מסוכן מאוד לחברה, מכיוון שהקיצוניות מחוללת אלימות, חיצונית ופנימית. וגם עם זה איש אינו באמת מתמודד. למה? מכיוון שאסור לגעת בזה: לגופי הביטחון אסור לעסוק בפוליטיקה, והגופים הפוליטיים מייצגים סקטור.

המישור השלישי הוא המישור הבין-לאומי; שם אני לכאורה במגרש הביתי. אומר שתי אמירות: האמירה הראשונה – אינני יודע אם אכן כל מה שאמר הלוי נכון רק לגבי מדינת ישראל והתמודדותה עם הטרור. אחרי שרוסיה הרגה את אזרחיה שלה בתאטרון במוסקבה, כל הגינניים העולמיים גם יחד היו פחותים מאלה שאנו סופגים בגין אירוע יחיד בשטחים. אנחנו עוקבים אחר התגובות, ברוסיה, בקשמיר, בסרילנקה. איש איננו מתערב. הווה אומר, נשאלת השאלה אם העולם אוסר באמת על מדינות לנקוט פעולות כוחניות כלפי מה שהן מכנות 'טרור'. אינני משוכנע ש'ההיתר' לכך תקף רק לגבי ארצות הברית. זה פשוט שילוב של מעמד המדינה ושל כוחה העולמי: עד כמה התקשורת העולמית נותנת את דעתה לכך ואיפה היא ממקמת זאת בסדר היום שלה. ואכן, לתקשורת יש תפקיד דרמטי להחריד, גם לגבי מעמדו של הצד הנפגע: אם הוא גוף חזק בעל יכולות וקשרים מדיניים, היא מגנה עליו בקול גדול; מנגד, אם הוא גוף חלש שצריך להשתיק אותו, היא מתעלמת ממנו לחלוטין. אתרע מזלנו שהאויב שלנו, הטרור הפלסטיני, מוקד האויב שלנו, חזק מאוד מבחינת הקישורים המדיניים, וזאת חרף כל ניסיונותינו להחליש אותו. הוא קשור למדינות ולישויות מעין מדיניות, והתקשורת חיה פה. הסיפור שלנו, אני חוזר למה שאמר פרופ' קרמניצר, איננו מקובל כל כך בעולם. לא ברור שאנחנו ה־good guys. כשמחברים כל זאת יחד, מתברר שאנחנו כן יוצאי דופן. הסיפור שלנו קשה יותר מן הסיפור של מדינות רבות אחרות, בגלל השילוב שזה עתה ציינת. עם זאת, אינני משוכנע שהעובדה שהעולם השתנה נכונה לארצות הברית, ואילו לשאר – לא; משהו קרה בכל זאת.

מה שמפריע לי הוא שהעולם נחלק היום לשלוש קבוצות של מדינות: מדינות הרואות את עצמן במלחמה נגד טרור, ויש 10 עד 12 מדינות כאלה; מדינות הרואות את עצמן ניטרליות בסכסוך, והן רוב מדינות אירופה ודרום-מזרח אסיה; והמדינות התומכות בטרור. הטריכוטומיה החדה הזאת מזכירה לי את אירופה שלפני 1933-1934, מול היטלר. זאת אומרת, מי שהיה על הכוונת של היטלר התחיל לראות בו (בהיטלר) אויב, ומי שלא היה על הכוונת של היטלר או היה יותר מדי על הכוונת של היטלר ופחד ממנו הכריז שהוא ניטרלי. החלוקה הזאת מטרידה אותי. פירושה שכל המשטר העולמי החדש שהוקם אחרי מלחמת העולם השנייה, בדמות האו"ם, אינן לו ערך.

המדינות הדמוקרטיות אמורות לגבות זו את זו לנוכח איומים כאלה, והנה אנחנו רואים שלא כך הדבר. לפני חודשיים ניהלתי ויכוח עם הגנרל הבריטי המפקד היום על הכוחות הבריטיים בעיראק על אודות טרוריסטים; אמרתי לו למה אני חושב שמותר להרוג טרוריסט בתנאים מסוימים והשתמשתי במונח combatants, קרי לוחמים, והוא אמר לי: לא, terrorists are criminals. וזה מפי גנרל בריטי שאני מניח שיש לו ידע צבאי וניסיון העולים על שלי. שאלתי אותו: האם תשובתך תשתנה אחרי פיגוע ההתאבדות השלישי נגדכם בעיראק או שתחכה לחמישי? והוא ענה: אני מעריך שהיא תשתנה, אבל בינתיים זאת העמדה שלנו. לא זו בלבד שאיננו משכנעים, אלא שאנחנו חושבים שהם טועים בגישה. הייתי רוצה לברוק שוב עם אנשים המבינים את התהליכים האלה, למה ננקטת גישה מעין זו. נדמה לי שהסיבה לכך היא יותר מהסבר פוליטי פשוט, שאני חושב שהוא לא פשוט כל כך.

האמירה השנייה היא כמובן ההעצמה של הפרט. האמת צריכה להיאמר, ולא רק כשיש מצד אחד super power ומצד שני super people, וזה בערך המצב היום בעולם. מדינות מאבדות חשיבות בתהליך רב-ממדי. נערכים איחודים של מדינות: קם האיחוד האירופי, המדינות הדרום-אמריקניות מקימות איחודים למטרות ספציפיות, האו"ם מנסה לאחד כוחות, ארצות הברית מתחילה להתעלם מן המשפט הבינ-לאומי. מהלכים אלו גורמים לך לחשוב שהמונח מדינה מתחיל לאבד כוח. פעם הכוח של המדינה כמובן המודרני של המילה – הכוח של הנסיכות, של האימפריה, של הממלכה – היה הצבא שלה. היום, כשאנחנו מסיקים שהצבא אינו מפעיל הכוח המרכזי בעולם, יכול להיות שכל תמונת העולם שבנינו מחייבת חשיבה מחודשת, כי מבנה העולם דהיום כבר איננו כתמול שלשום. ובנקודה זו נכנס המשפט הבינ-לאומי, הנלמד במיוחד ביחסי מדינות אלה מול אלה.

גלעד ברעלי: אני רוצה לחזור לדברים של פרופ' קרמניצר. ברור שיש לנו סוגים שונים מאוד של טרור הדורשים טיפול שונה. השאלה שלי היא מה אנחנו יודעים באמת על המניעים, על המוטיבציות, של ארגוני טרור שונים. מובן שזאת שאלה כללית מאוד, ואני מניח שאי-אפשר לענות עליה באופן כללי, אבל הנה למשל הסיפור שלך על המגה-טרור באירופה; אני מניח שיש אינפורמציה רבה על אל-קאעידה ועל הפיגוע בארצות הברית. השאלה היא אם באמת יודעים, ואם כן – מה יודעים, נניח, על המניע לאוריינטציה של פעולות מגה-טרור, למשל בבירה אירופית. אשר לנו, אני מניח שלארגוני הטרור הרבים יש מניעים שונים לפעולותיהם. כאדם מן היישוב נדמה לי שעוסקים בשאלה הזאת מעט מדי. אני למשל איני יודע די על חלק גדול

מארגוני הטרור הפלסטיניים. לחלק מהם יש מטרה פוליטית, קונקרטית דיה, כדי שאוכל להבין אותה. אבל פעמים רבות אני מרגיש שאינני יכול לאתר מטרה פוליטית. אינני מדבר על מטרות כלליות, כמו השמדת העולם המערבי וכיוצא באלה. השאלה היא אם בחלק גדול מפעולות המגה-טרור, כגון 11 בספטמבר, אנחנו אכן יודעים די על המניעים, על המוטיבציות ועל המטרות הקונקרטיות של האנשים האלה, בשעה שהחליטו או תכננו את מעשיהם. כל זה בהנחה שהבנת המניעים היא חלק מן האמצעים היעילים להילחם בטרור. משימה ראשונה במעלה בהתמודדות עם הטרור היא להבין בצורה דיפרנציאלית מה מניע ארגונים שונים, מפני שברור שאמצעי ההתמודדות צריכים להתאים למניעים.

אביעזר יערי: השאלה הראשונה בתחום המודיעיני, לאחר שקבענו שלטרור יש דינמיקה, היא באיזו מידה אנחנו יכולים לתאר את הדינמיקה של הטרור מול הדמוקרטיה. אתן דוגמה. עכשיו, כשפעולת מגה-טרור כבר בוצעה – ולא זו בלבד, אלא שהיא גם המחישה איך עושים מגה-טרור באמצעים קונבנציונליים – לאן הולכים מכאן? הרושם שלי הוא שהדבר מקבל תנופה לאט לאט, אך היכולת להגיב נעשית בעייתית. ולדוגמה, ההתקפה של האמריקנים על עיראק. הם צירפו לכך כמה נימוקים שמידת הרלוונטיות שלהם, ובייחוד הדחיפות, לא נראתה סגורה עד הסוף בקשר למלחמה בטרור. רציתי להניח שהייתה להם, מעבר לכך, מחשבה אסטרטגית רחבה יותר בסוגיה זו. ההנחה הטובה ביותר שלי הייתה שמאחר שהם הגיעו למסקנה שעיראק היא החוליה החלשה ב'ציר הרשע', ובעיקר מאחר שהם גילו אחרי 11 בספטמבר את מה שהיה ידוע קודם – שדווקא במאחזים שלהם בקרב בעלי הברית שלהם במזרח התיכון, כמו סעודיה, מצרים, פקיסטן, מצויים שורשי הטרור, ומשם הוא מתפתח ומתפשט – חשבתי שהחשיבה האסטרטגית שלהם הגיעה למסקנה שיש להתיישב בעיראק, כלב המזרח התיכון, ולבנות בה בסיס כוח מוצק ולהשפיע משם על הסביבה: על אירן, על מצרים, על פקיסטן ובייחוד על סעודיה. כך יעניקו למלחמה בטרור ממד נוסף ברמות לחץ סביבתי. כך חשבתי, עד שהתברר שהם לא עקביים באסטרטגיה הזאת, אם זו אכן אסטרטגיה, ועל כן צריך לחפש דינמיקה אחרת.

עלינו להגדיר את הטרור; ואם נוכל לפתח את כיווני ההגדרה, נוכל לנסות להגדיר דרכים לפתח את הפעולה והתגובה.

הנושא במפגש זה הוא התמודדות הדמוקרטיה עם הטרור, אם כי לא קשה להיווכח שהטרור איננו רק בעיה של הדמוקרטיה. מכל מקום, לא נוכל להגדיר טוב את המאבק של הדמוקרטיה וגבולותיה בלי הסביבה העולמית. חלק מן

הפעולות שדמוקרטיה צריכה לנקוט הוא לחפש ולמצוא דרכי התגוננות שיהיו יפות לא רק לה, לדמוקרטיה, אלא גם למדינות ממשטרים אחרים; והדחוף לנו הן המדינות האסלאמיות.

דינמיקה אחרת היא הדינמיקה של הבעיה 'ישראל והיהדות'. אספר לכם חוויה. כשפרצה האנתיפאדה היינו בחוג סגור עם אייב פוקסמן. וכשהתחיל בעולם גל התגובות הקשות נגד יהודים, הוא אמר: מיום הקמתה הוכיחה מדינת ישראל ליהודים בעולם שקיומה הוא גם אבטחה של היהודים בגלותם; והנה עכשיו, עם פרוץ האנתיפאדה, מתברר לראשונה שמדינת ישראל יוצרת סיכונים ליהודים בגלותם בשל גל האנטישמיות שמלווה את מלחמתנו באנתיפאדה.

איך אנחנו מוצאים את הדרך להיות אחראים למה שנעשה אצל היהודים ולשמור על מגע עם המאבק בטרור בעולם? אני חושב שהשאלה היא לא עצם האחריות, אלא הדרכים שנוקטים. אני רואה שתי דרכים לעניין זה: דרך אחת היא לסמן למדינה הדמוקרטית, בדוגמה שאנו נותנים, את האמצעים ההכרחיים והפעלתם במגבלות הדמוקרטיה בשעה שהיא מתמודדת עם הטרור. אינני משוכנע שהמומחיות שלנו טובה דיה לשם כך, אבל יש רכיבים שהם תנאי לכל התמודדות. אחד מהם הוא שכלול הארגון העולמי למלחמה בטרור, בראש ובראשונה של המדינות הדמוקרטיות. לא ייתכן שארצות הברית תילחם מצד אחד ואירופה מצד שני, בנפרד; המערך חייב להיות משוכלל ומתוזמן. רכיב אחר הוא שכלול ממד המודיעין הרבה יותר מן הקיים; בשורת מאמרים שנכתבו בארצות הברית מסבירים שארצות הברית נכנסה לעיראק בגלל כשל מודיעיני ממדרגה ראשונה, שהיא איננה מבינה את העיראקים, כי אין לה סוכן או סוכנות שהבינו את העניין וכו'; צריך אפוא לשכלל את המודיעין. ויש כמובן רכיבים נוספים.

דרך שנייה היא לבדוק את שאלת החוקיות של האמצעים הדרושים למלחמה בטרור ולראות איך המלחמה הזאת משתכללת במסגרתם.

ולבסוף: מלבד שאלת האמצעים ומלבד שאלת החוקיות – השאלה שהציב אפרים הלוי, אם אפשר להילחם בטרור ולעשות זאת ללא התניה בצעדים מדיניים – זו שאלה מכרעת שיש לתת לה מענה חיובי ושהחוג הזה יכול לתת לה תוקף חזק ביותר.

עדנה אולמן-מרגלית: אני רוצה לחזור אל ההבחנה שעלתה מדברייך, אם הטרוריסטים הם לוחמים או פושעים. במידה רבה יש לנו שני מודלים, ואנחנו מחפשים את המודל השלישי; לפורום זה יש היכולת לתרום לעניין זה. אני מתייחסת לדברים שאומר דבורקין בהקשר הזה. כשמדינה יודעת מה היא

יכולה לעשות, היא יודעת לעשות זאת, ובמגבלות החלות עליה, הן כשמדובר בהתגוננות ובגרימת נזק לאנשים בפן הפלילי הן כשמדובר בכך בפן המלחמתי. היום אנו מחפשים מודל אחר, כי סיפור הטרור מטשטש את כל הקווים, ובעצם הניסיון לנסח את המודל השלישי בדבר הפעולות היעילות במסגרת האילוצים הוא מבחינתי הנקודה המעניינת. אילוצים פירושם הזכויות: זכויות האדם וזכויות האזרח. האם אפשר בכלל, מבחינת המוסר, לומר על התפיסה שביטחון אזרחינו עומד מעל הכול, בעדיפות עליונה ואבסולוטית, שהיא תפיסה לא-מוסרית? שאלה זו היא המעניינת כאן.

שאלה נוספת היא שאלה שיש לה זיקה מסוימת לדבריו של פרופ' סיון. הוא הזכיר את האנרכיסטים מסוף המאה התשע עשרה, את הסיטואציה המהפכנית, את הטרור, כשטרור היה סימפטום לסיטואציה מהפכנית, ואולי היה בעל מניעים אחרים: האם ייתכן שגם הפעם מדובר בגל בעל רכיבים אפנתיים, רכיבים בדמות תופעות 'מידבקות'? תהייה זו מתייחסת למניעים. אולי לא כל מי שנוקט פעולות טרור הוא בעל מניעים אידאולוגיים? אולי חלק מן הסיבות לכך הן שהטרור מידבק? האם ייתכן שהטרור הוא גל חולף? חולף, גם אם פירושו שחלק מאורחות חיינו ישתנו ללא הכר ובאופן בלתי-הפיך.

נקודה אחרונה היא התקשורת. מעמד התקשורת הוא עניין קריטי. תפקיד התקשורת, אם יש לה תפקיד, הוא בין היתר הפיכה של הטרור למה שכינו 'האיום האסטרטגי'. האם העובדה שהטרור כבר אינו איום טקטי, אלא הוא באמת איום אסטרטגי, איננה נובעת מליבוי ההיסטריה בידי התקשורת, בגלל העמדתו בראש סדר היום? האם יכול להיות שאפשר אחרת, שאפשר להתייחס לטרור כמו אל עוד אירוע פלילי? אמר פרופ' קרמניצר שהמדינה איננה יכולה להגן עלינו מפני רצח, והנה על אירועים פליליים מדווחים בחדשות, לא בהכרח בסוג ובמינון של הדיווחים על טרור. גם את השאלה הזאת הייתי מעלה לדיון.

דן מרידור: אשר לדבריה האחרונים של עדנה אולמן-מרגלית, נדון בישיבה נפרדת בנושא 'התקשורת והטרור', כי ברור שטרור בלי תקשורת אינו קיים. אם לא ייודע הטרור, אין בו טעם; עושים פעולת טרור כדי שיוודע ברבים. מהצד השני, הרעיון שלא תהיה תקשורת כלל מציב אותנו במדינה שאיננו רוצים לחיות בה. מה הוא אפוא האיזון הנכון בנתונים החדשים? זו שאלה מרכזית. גם השאלה 'לוחמים או פושעים' היא שאלה שמעניין לבדוק איך העולם מתייחס אליה. לפני כשנתיים קבע בית המשפט המחוזי שייתכן שלא יאריך את השאתם של דיראני ועוביד בישראל. נזעקה הממשלה, פנתה לפרופ' יורם דינשטיין וקיבלה ממנו הצעה לקבוע חוק בשם 'חוק הלוחמים

הבלתי חוקיים'. החוק עבר בממשלה בקלות רבה והגיע לכנסת. התנגדתי לו כיו"ר ועדת החוץ והביטחון. שבוע אחרי שעזבתי את הוועדה, החוק עבר. נשאלת אפוא השאלה אם יש 'זן ביניים' שלא חלות עליו ההוראות של אמנת ז'נבה, הגנת אזרחים בכיבוש או במלחמה, וגם לא הוראות אמנת ז'נבה השלישית – הגנת הלוחם. האם יש משהו באמצע? ואם כן, מה מותר לעשות למי שנמנה עמו? וכן הלאה. חשבתי שאנו שוגים שגיאה גדולה. והנה הגיע אליי השגריר של האיחוד האירופי והגיש לי מחאה רשמית בלוויית התראה שלא נעז לחוקק את החוק הזה. הוא ניסה להטיף לי מוסר, הגם שהייתי נגד החוק הזה וניסיתי לעצור אותו מטעמים שונים. מכל מקום, הדברים היו חמורים. מעולם לא שמעתי את האירופים מדברים כך. הגיעו האמריקנים, שהמונח 'חוק הלוחמים הבלתי חוקיים' קיים אצלם; וגם בצבא הגרמני יש מונח דומה. כששאלתי את האירופים איפה הטרורניה כלפי אמריקה, הייתה שתיקה; כממרה הלטינית: מה שמותר ליופיטר אינו מותר לשור. יש דברים שאמריקה עושה, ואנחנו איננו יכולים לעשות. אלה שאלות קשות, מפני שגם ההבנה שיש סוג שלישי, אין פירושה שברור מה עושים אתו.

שאלה קשה אחרת היא מקומה של ישראל בטרור העולמי ושיתוף הפעולה הבין-לאומי. שיתוף הפעולה הישראלי-אמריקני בתחום המודיעין הוא חסר תקדים, לפי דעתי. אינני זוכר אינטימיות כזאת בשיתוף פעולה בדברים הרגישים ביותר. אמנם אין זה מאהבת מרדכי, אלא מצורך אמריקני במשאבי המידע שלנו ומצורך ישראלי עצמאי. זאת אומרת, במלחמה הזאת אפילו אמריקה המקצועית מבינה שלכך אי-אפשר. ולכן שיתוף הפעולה הבין-לאומי הוא שאלה קריטית; הוא יוצר תלות הדדית ופחות עצמאות. רעיון זכויות האדם אחרי מלחמת העולם השנייה, פירושו שהמדינות אינן כול-יכולות. יש חוקים מעל המדינות. המדינה צריכה להיות חלשה מבעבר. לא רוצים גרמניה שתעשה ככל אשר עולה על רוחה ורוסיה של *not let my people go*. העולם רצה להעצים את היחיד מול המדינה. היום אנחנו מוצאים מדינות חלשות מאוד, ואנחנו רוצים לחזק אותן, כדי שיוכלו להילחם בטרור. מעניין מבחינה היסטורית לראות איך הדברים האלה מסתדרים.

אפרים הלוי דיבר גם על העניין היהודי. הוא הזכיר את השאלה אם להביא בחשבון את האפקט של פעולה ישראלית על היהודים; אם יש אחריות כלפי היהודים (ויש, לפי תפיסת רובנו) איך מממשים אותה? בהגנה על יהודים בעולם, אנו עושים מאמצים לסייע לקהילות היהודיות בדרכים מסוימות. האם הגנו בהצלחה? לא תמיד, לא הרבה. אבל אנחנו אכן עוסקים בכך, לרבות המוסד, שאפרים הלוי עמד בראשו.

אפרים הלוי: קודם כול, הנה תגובה להערה שקיבלתי בכתב. בכוונה הקפתי בדבריי נושאים רבים מאוד, ולא עסקתי לעומק בנושא אחד או שניים. חשבתי שבמהלך פתיחה נכון יותר לנסות לפרוס מניפה רחבה ולהקיף כמה שיותר היבטים ולהראות שהסוגיה איננה לוקלית ומצומצמת, אלא חוצה תחומים רבים ויוצרת לפי דעתי מצב מהפכני, לא רק בשיח כפי שהוא מתקיים הערב, אלא גם בשיח המעשי המתקיים מדי יום ביומו לנוכח הבעיות המתעוררות.

פרופ' קרמניצר שאל למה אני קושר בין הטרור כגורם אסטרטגי לבין המחיר והתייחס ל'מפת הדרכים'. 'מפת הדרכים' היא מסמך שבו הטרור קיבל לראשונה מעמד דומיננטי שלא היה לו מעולם בשום מסמך בין-לאומי שניסח את יחסיה של ישראל עם הצד השני. כמות הסעיפים הנוגעים לטרור גדולה בהרבה מכמות הסעיפים בסוגיות אחרות, כגון עתיד ירושלים, בעיית הפליטים וכו'. הטרור דומיננטי ב'מפת הדרכים', ומי שקורא אותה יודע שלא ישראל חיברה אותו, אלא אנשים שחשבו שזה מה שעונה לפי הבנתם על צרכיה של ישראל, כפי שהיא משדרת אותם היום. לפי הבנתם, ישראל שידרה שהצורך האסטרטגי העליון ביותר שלה הוא הפסקת הטרור. זה הדבר הנחוץ ביותר למדינת ישראל. ואין זו נחיצות טקטית, אלא נחיצות מהותית ביותר. הטרור הופך לרכיב אסטרטגי מהותי, וכדי להפסיק אותו יש לשלם מחירים מדיניים. זאת המשמעות של מפת הדרכים. מסיבה זו עלה הטרור לראשונה לדרגה שלא הייתה לו כמוה בשום מסמך אחר. מפת הדרכים לא נועדה לעסוק בשאלה איך להפסיק את הטרור, אלא איך מגיעים להסדר. מבחינת תפיסת העולם של מפת הדרכים – תפיסה המשותפת לארצות הברית, לרוסיה, לאו"ם, לאירופה, ועכשיו גם למועצת הביטחון – הצורך העליון של ישראל הוא להפסיק את הטרור.

ובאשר למניעים ולמוטיווציה למגה-טרור. קודם כול, נאמרו אמירות ברורות מאוד מפי בן-לאדן ואנשיו אשר למטרה שלהם: מטרתם הראשונית איננה מדינת ישראל ולא היהודים, אלא הכפירה הנוצרית, על כל המשתמע מכך. יש להם מטרות ברורות מאוד, והן חובקות עולם: לקעקע את הסדר החברתי של העולם החופשי, לקעקע את החברה הנוצרית, שהיא חברה כופרת. צריך להילחם בכופרים, ולכן צריך לפעול בארצות הברית; לכן צריך גם לפעול בסעודיה, הקשורה בארצות הברית; לכן צריך לפעול גם נגד היהודים, הקשורים בסעודיה, הקשורה בארצות הברית. זו תפיסת העולם של בן-לאדן, והיא באה לידי ביטוי ברור בכתבים ובניירות ובהכרזות שלו במשך השנים. זוהי הסיבה שפעולות הטרור התחילו נגד האמריקנים דווקא, נגד הנציגות האמריקניות. אני מדגיש שאני מדבר על המטרה של הטרור האסלאמי הבין-לאומי.

המטרה הייתה לפגוע במגדלי התאומים, סמל הכלכלה האמריקנית, לפגוע בבית הלבן, לב השלטון האמריקני, ולפגוע בפנטגון, מוקד הכוח הצבאי האמריקני. זה היה הרעיון. הפיגוע בבית הלבן לא התממש, זה של הפנטגון התממש בחלקו, וזה של מגדלי התאומים התממש במלואו. מי שמנתח את כלכלת העולם מאז 11 בספטמבר רואה שהייתה בה פגיעה קשה מאוד; אולי לא פגיעה מספקת בעיני הטרוריסטים, אבל קשה ומשמעותית מאוד בעינינו. לכן, עם כל הרצון הטוב, אין מדובר בתופעה אפנתית חולפת. הייתי רוצה מאוד לקוות שדבריה של פרופ' אולמן-מרגלית יתגשמו. אני חושש שהם לא יתגשמו, כל זמן שהחבורה הזאת יכולה לפעול, והיא אכן יכולה לפעול, בלי שום בעיה. היא קיימת, והיא פועלת, והיא לא נעקרה.

אומר שני דברים לפרופ' קרצ'מר ולאבי יערי. ליוויתי את המהלכים שקדמו למלחמת עיראק במגעים תכופים מאוד עם האמריקנים. אינני שותף לדעתכם שהנשיא בוש הציב תחילה את המטרות ורק אחר כך חיפש את הסיבות להן. התפיסה של הנשיא בוש את 'ציר הרשע' היא תפיסה כנה, לא תעמולתית. הוא ואנשיו חשבו באמת ובתמים ששלוש המדינות הסוררות הללו – עיראק, אירן וצפון קוריאה – מסכנות את שלום העולם, כל אחת מהן מן הזווית שלה. האמריקנים התחילו בעיראק מסיבות רבות מאוד; אולי משום שהייתה המטרה הנוחה ביותר, אבל הם גם סברו שהעיראקים מתכוונים באמת לממש את מה שניסו לממש כל הזמן. אני רוצה להזכיר לכם שבמשך חודשים ארוכים ניסה האו"ם להיכנס לעיראק לשם פיקוח בין-לאומי, והעיראקים לא אפשרו לו להיכנס. לנוכח זאת נשאלת השאלה – עם כל המוזרות, שלא לומר טירוף, של סדאם חוסיין – האם הוא היה מסכן באמת את כל המדינה שלו רק כדי לשמור על הכבוד? אני יכול לומר לכם שראינו במודיעין פעולת הסתרה מסיבית של העיראקים שקדמה למלחמה. אני יכול לומר לכם בוודאות שהעיראקים אספו חומרים ורכיבים שיאפשרו להם לקדם ולשקם את תכנית הגרעין שלהם. מה שאינני יכול להגיד לכם הוא אם אכן הודות לפעולות הסיכול, שגם לנו היה בהן חלק, לא הצליחו העיראקים לשקם את יכולתם הגרעינית. אבל אין שום ספק שהם רצו לשקמה, בוודאי. אם כך נשאלת השאלה מנקודת ראות אסטרטגית: האם בסיטואציה כזאת ממתנים עד שהצד השני ישיג את שלו, ורק אז מתמודדים עם הנתון, או שמקדימים לטפל באויב לנוכח זיהוי הכוונות שלו? בעיניי יש לגיטימיות לגישה זו האחרונה, אבל ודאי שהיא מכניסה את כל העולם לסוג פעולות שונה מזה שהיה עד כה.

ואשר לתקשורת, ודאי שלתקשורת יש תפקיד אדיר בכל הסיפור הזה. אינני יודע איך אפשר לרתום את התקשורת למהלכים חיוביים ניכרים. האמריקנים ידעו לעשות זאת במצבים מסוימים. כשהם פתחו במלחמה, הם הקדישו זמן

ומאמץ לתקשורת. אנחנו איננו יודעים לעשות זאת. אינני אומר אם זה טוב או רע, אלא שאיננו יודעים לעשות זאת.

אני רוצה לסיים בנושא אחר לגמרי, וכביכול אין לו קשר לטרור. חשבו על כך לרגע, לפני שתפסלו אותו לדיון. אחד הגורמים הפעילים והבולטים ביותר בטרור הבין-לאומי הוא החזבאללה. החזבאללה הוא שחקן בלתי-רגיל בזירת הטרור הבין-לאומי. הוא יושב בגבולנו הצפוני, והוא יוצר מאזן הרתעה בינינו לביןם, מאזן חסר תקדים שבו גורם שאיננו מדינה מרתיע מדינה. זו בעיה בפני עצמה. לחזבאללה יש מערכת בין-לאומית משוכללת מאוד של מנגנון לביצוע טרור בין-לאומי בקנה מידה רחב מאוד ובאפקטיביות גדולה מאוד. לדידם, הטרור הוא מכשיר אסטרטגי להשגת מטרם. הבעיה המרכזית בעיניי היא שהמשא ומתן בנושא שבויים ונעדרים נתפס בעיניהם כנושא אסטרטגי. מנגד, מדינת ישראל עסקה בזה כנושא הומניטרי-טקטי.

החזבאללה משתמש בטרור כדי לקדם את מטרותיו המדיניות: לבסס את עצמו כגורם שלטוני מרכזי בלבנון, ליצור מאזן הרתעה מול ישראל ולקדם תהליך שבסופו מדינת ישראל לא תהיה קיימת. המטרה המוצהרת של החזבאללה היא לשים קץ לישראל. אנשיו אינם מסתירים זאת. החזבאללה גם רואה את פירות הטרור שלו, בין היתר בגלל אופן ההתייחסות שלנו אליו. כמו ידינו הפכנו את המשא ומתן להחזרת השבויים ללגיטימי, כי לשם השגת המטרה ההומניטרית והטקטית היינו מוכנים לשלם מחיר אסטרטגי כבד: שחרור מאות מחבלים. שחרור זה, החשוב בו אינו אם יחזרו לפעילות טרור אם לאו, אלא אם חזבאללה אכן מופיע כמגן כלל-ערבי המשחרר לא רק לבנונים, אלא גם פלסטינים וירדנים וכל מי שצריך לשחררו מידי ישראל. בעולם הערבי יש לכך משמעות ניכרת.

מושב שני

התנגשות בתוך האסלאם

יום ראשון, י"ז בטבת תשס"ד
11 בינואר 2004

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	אריק כרמון
אביעזר יערי	רות לפידות
עדנה אולמן-מרגלית	דני סטטמן
נאוה בן אור	עמנואל סיון
גלעד ברעלי	חיים פס
סיגל גולן-עתיר	מרדכי קרמניצר
אורי דרומי	דוד קרצ'מר
אפרים הלוי	דניאל רייזנר
דודי זכריה	

דן מרידור: אנחנו פותחים את הישיבה השנייה של הפורום העוסק בדרכי הלחימה של הדמוקרטיה בטרור. הישיבה הראשונה הוקדשה בעיקרה להרצאתו של אפרים הלוי, והיום נשמע דברים מפי פרופ' עמנואל סיון בנושא האסלאם והטרור. אני מבקש מן הנוכחים לחשוב, תוך כדי הדברים, על מסקנות או הצעות או היגדים משמעותיים ולא טריוויאליים, משום שאנו מבקשים שפורום זה יניב בסוף השנה הצעות פעולה, דרכי פעולה, רעיונות חדשים וכיוצא באלה.

התנגשות בתוך האסלאם

עמנואל סיון

תנועת קנאי האסלאם ניעורה בשלהי שנות החמישים ובראשית שנות השישים, בעיקר בפקיסטן, באירן ובמצרים. למרות השוני בנסיבות המקומיות היו לה שלושה מכנים משותפים:

א. הדיאגנוזה: העולם האסלאמי הולך ומתחלן בקצב מזורז, והוא עלול לאבד את זהותו ואת ערכיו ולהפוך לקליפה (של מנהגים) חסרת תוכן. במאה התשע-עשרה ועד אמצע המאה העשרים השאלה הייתה 'מה הפסיד העולם בעטייה של ירידת האסלאם?' (כשמו של ספר אפולוגטי נפוץ), ואילו היום השאלה היא 'האם עודנו מוסלמים?' (ככותר אהוב על הקנאים). קץ זה האורב לאסלאם יהא מוות נעים, שכן לתרבות המודרנית יש כוח משיכה בשל התפנוקים שהיא מציעה ליצרים ארציים. על כן אין הרוב המכריע של המוסלמים מרגישים באבדן זהותם.

ב. התרופה: על שלומי אמוני האסלאם להיחלץ לפעולה קיבוצית מאורגנת כדי לעמוד בשער נגד סכנת הכיליון. אין די בטיהור עצמי אינדיבידואלי. לא את נפשו בלבד חייב המוסלמי המקנא לדרתו להציל. יש להיחלץ להגן על העדה; משמע, יש לצאת למלחמת מצווה. ומהי המצווה? 'לצוות על הטוב ולאסור את הרע'.

ג. המינון ודרכי הטיפול: האויב הקולוניאליסטי החיצוני, שהעסיק קנאים בעבר, הוא כיום, בעידן הפוסט־קולוניאלי, חשוב פחות. מה שחשוב הם נגיעה של עדת המאמינים עצמה, ובמיוחד פעולתה של המדינה שהפכה לסוכן עיקרי, יעיל ומשוכנע של המודרניות. מסוכנת במיוחד היא המדינה הצבאית־פופוליסטית (נאצר במצרים, הבעת' בסוריה ובעיראק, הפל"ץ באלג'יריה), שכן היא נהנית מפופולריות רבה בשל אופייה ה'פרוגרסיבי' האנטי־אימפריאליסטי ובשל עוינותה למשטרים הפאודליים הישנים. יתר על כן, היא נחשבת לגיטימית לפי ששליטיה הם אכן בשר מבשרו של העם, בני השכבות הנמוכות. מפעלה העיקרי של מדינה זו היה הרס החברה האזרחית, ולכן שיקום החברה באמצעות אגודות וולונטריות מוסלמיות הוא צו השעה. אולם לא די בכך: יש להיכנס גם לפוליטיקה, שהיא כיום מנופול של השליטים החדשים.

כיצד נכנסים לפוליטיקה? כיצד הופכים ביקורת תרבותית־חברתית למכשיר במאבק על סדר היום הציבורי ועל השלטון? על כך נחלקו הדעות בתנועות השונות המרכיבות את תופעת קנאי האסלאם. יש מהם (למשל, ממשיכיה של תנועת 'האחים המוסלמים' הוותיקה) שהזהירו מפני התנגשות חזיתית עם המשטרים; הם היו למודי ניסיון הרדיפות של גמאל עבד אל־נאצר, ועל כן השליכו ייבם על בניין הכוח מלמטה למעלה. הווה אומר, האגודות הוולונטריות חייבות להתפשט מעבר לתחום ההטפה והחינוך, כלומר אל התקשורת, הרפואה והסעד, ובכך ליצור מארג של נוכחות בחברה. חניכיהן יעלו עד מהרה במדרגות המוביליות החברתית, וכך 'יאסלמו' את החברה ואת השררה ברוח ערכיהם. קנאים אחרים, קצרי רוח יותר או מודאגים מכך שהזמן אוזל, טענו שיש לקרוא תיגר על המשטר בפעולה אלימה; פעולה זו מוצדקת משום שהשלטון הפך לשלטון כפירה ושמד, ועל כן ליעד לג'האד. לשון אחר, הם קראו לתמורה מלמעלה למטה. לשיטתם, השלטון ממילא לא ייתן לאגודות האסלאמיות לפרוח. כוחו מושתת לא רק על אמצעי אכיפה, כי אם גם על שטיפת מוח אפקטיבית ועל שלטון הפחד. אין מנוס מלצאת חוצץ נגדו, אם באמצעות טרור וגרילה, שיחוללו משבר כלכלי והפגנות המונים, ואם באמצעות התנקשות בשליט או באמצעות מרד. בפועל נקטה התנועה את שתי הדרכים לחלופין או בעת ובעונה אחת, אך במינונים שונים ומשונים, הכול לפי הזמן והמקום.

התנועה ניעורה בימי זוהרם של המשטרים המודרניסטיים – נאצר, בן־לה, הבעת' הסורי־עיראקי, והשאה באירן – ולכך נדרשו אומץ וחזון לא מבוטלים. היא התעצמה והתפשטה גם לארצות אחרות רק באמצע שנות השבעים, כשיוקרתם של המשטרים כבר הועמה, בין השאר בגלל מלחמת ששת הימים. משטרים אלו נתקלו בבעיות מחמירות והולכות. מדובר בראש ובראשונה בפער הגובר בין אוכלוסייה, הגדלה באורח מתמיד, לבין משאבים בסטגנציה. לרגע דומה היה שעליית מחירי הנפט בשנים 1973-1974 תפתור את הבעיה הן בהספקת משאבים ישירה (באלג'יריה ובסעודיה למשל) הן באמצעות סיוע כספי של ערבים עשירים ל'אחים הערבים' העניים, בפתירת אפשרויות עבודה לבניהם המהגרים וכיוצא באלה. תקוות אלו נכזבו: המשאבים רק הגבירו את הציפיות של האוכלוסייה העירונית ושל אותם כפריים שהיגרו אל העיר בקצב ובהיקף שהשלטון לא היה מסוגל לעמוד בהם. בארצות העניות גררה האכזבה מן 'האחים העשירים' משבר חמור של הפאן־ערביות, שכבר הוכתה אל החומש ב־1967. אל החלל האידאולוגי הריק נשאבה במהירות תנועת קנאי האסלאם והפכה לחלופה בלעדית. התלות הגוברת של הארצות העניות בסיוע־חוץ מוגבל אך חיוני מן הארצות עתירות הנפט הייתה הסיבה לכך שכל משבר במחירי הנפט (1978-1979, 1985-1986) גרר משבר חברתי ושימש זרו לזינוק מחודש בכוחם של הקנאים.

עד כה ידעה התנועה כמה גלים: 1974-1982, 1987-1991, 1994-1998. כל גל התנפץ אל מול דיכוי שלטוני או שֶׁכך בשל פילוגים בתנועות הקנאים עצמן, אלא שעד מהרה בא במקומו גל חדש. אם הגל הראשון היה מוגבל ל־מדינות מצרים, אירן, סוריה, סעודיה ועיראק, הרי שהגלים הבאים התפשטו ברחבי עולם האסלאם, מאפגניסטן עד מרוקו, והקימו שלוחות בדרום־מזרח אסיה ובאפריקה השחורה. הפן האלים, הג'האדי, נעזר כאן בדעווה (הטפה ופעילות חברתית), לא רק משום שלחימה מחייבת הכשרת הלבבות, אלא בעיקר משום שהמשברים החברתיים־הכלכליים התכופים הביאו את המדינה החדשה המתערבת־בכול לסגת מכמה תחומים שבהם ביקשה להשליט הגמוניה וליצור לה רשתות של קליינטים; בריאות, סעד וחינוך קוצצו או הופרטו. כך נשברה האמנה הבלתי־כתובה בין שליטים לבין נשלטים; בתמורה להגבלת חירויות היסוד (בהשוואה למצב ששרר במשטרים הישנים) קיבלה עליה המדינה ה'פרוגרסיבית' לכוונן מדינה של סעד, דהיינו לספק עבודה ממשלתית לבוגרי תיכון ומכללות, לסבסד מוצרי יסוד, לספק שירות רפואי חינם וכו'.

הדעווה האסלאמית סיפקה שירותים שהמדינה לא הייתה מוכנה או יכולה עוד לספקם. אגודותיה זכו ב'קליינטים' אסירי תודה ומלאי הערצה לאותם

רופאים ומחנכים שהתמסרו ללא שכר לפשוטי העם – דגם פעולה שהנחיל את ערכי האסלאם למעשה ולא רק להלכה. מקרב חניכי הדעווה מבני השכבות הנמוכות, גברים צעירים בדרך כלל, היו שנעו ממנה עד מהרה אל האגף הג'האדי, וכאשר הוכו בג'האד, מצאו בדעווה מפלט וניחומים.

כיום, כשהתנועה נמצאת בעיצומו של הגל הרביעי שלה, מתבקש מאזן ביניים של הגלים הקודמים. המאבק האלים, אשר פרנס כותרות ושהושקע בו מאמץ אדיר, זכה להצלחות מעטות. החשובה שבהן באה בגל הראשון – המהפכה האירנית. בעקבותיה באה ההתנקשות בסאדאת, אך היא לא חוללה תמורה, משום שרסן השלטון הועבר לידי מובארק באורח מסודר, והלה החל בעקירת הקנאים מהשורש. בסוריה ובעיראק הסתיים מאמץ הטרור בטבח המוני של קנאים ושל אזרחים תמימים (1980, 1982), טבח שהשמיד את הקאדרים של התנועות וזרע אימה בלב מתגייסים פוטנציאליים. גם הגלים השני והשלישי לא הביאו לתפיסת השלטון. אפילו באלג'יריה, שבה נמשכת עד עצם היום הזה מלחמת האזרחים שפרצה ב-1992, מוגרו הקנאים בערי החוף. רובם הניחו את נשקם ללא תנאי ונדחקו אל האזורים ההרריים שבהם הם שולטים בלילה אך לא ביום. באחרונה הניחו את הנשק אף רוב קנאי מצרים; הם קיבלו אישור לפעילות חברתית אך לא מפלגתית. אחרים (בסעודיה, בתוניסיה ובמרוקו) בחרו בגלות.

ניסיונות לנקוט דרך ביניים של פעילות פרלמנטרית או מוניציפלית הסתיימו בדרך כלל במפח נפש, אם משום שהמשטר ביטל בחירות שבהן ניסו 'ארגוני חזית' של הקנאים להתחרות (אלג'יריה, 1991) ואם משום שהמשטר זיף תוצאות או שם מכשולים בדרך פעולתם (מצרים, מרוקו). במקומות שבהם מיוצגים הקנאים בפרלמנט (ירדן, תימן, כוויית, בחריין) הישגיהם החקיקתיים דלים. התקופות הקצרות שבהן היו שותפים בממשלה הסתיימו בגירושם ממנה בידי הקצינים בעלי בריתם שהפכו לרודפיהם (סודן) או בהתפטרות השרים מן 'האחים המוסלמים' שנוטרלו בידי המשטר הערמומי (ירדן, תימן).

האם הג'האד הקנאי הוא סיפור כישלון טוטלי? לא בהכרח. כוחה של התנועה הוא בעצם הישרדותה בתנאים כמעט בלתי-אפשריים. למרות כל הדיכוי ותעמולת הנגד היעילה של השלטון, התנועה שורדת כמעט בכל מקום. גרעיניה יכולים להיות דלים ומחתרתיים, אך הם צומחים מחדש וצפים בעתות משבר חברתי-כלכלי או בעת חילופי שלטון, כפי שקרה בעיראק בנפול סדאם. המארג הסמיך של הדעווה, שהפכה לא אחת למחתרתית למחצה, מוכיח גמישות ותושייה ארגונית הודות לרשתותיו המבוזרות. הוא מחנך את הדור הבא, שיצא לפעילות אלימה או לפעילות חברתית-פוליטית במסגרת המגבלות של כל ארץ וארץ. ומעל לכול, קנאי האסלאם היו ונשארו החלופה

האידיאולוגית והפוליטית הבלעדית למשטרים הסמכותיים והביצועיסטיים; משטרים שאין להם בעצם עוד כל מצע רעיוני זולת האחיזה בשררה. הלוא הפאן-ערביות והמרקסיות, יריבים קשים וקנאים בראשית דרכם, ירדו מן הבמה.

הייתה לכך תוצאה פרדוקסית. משטרים השוקלים אם להרחיב את הדמוקרטיזציה נרתעים ממנה פן יביא הדבר לניצחון הקנאים בבחירות חופשיות (כפי שאמנם כמעט קרה באלג'יריה בשנים 1990-1991). הם חוששים שעליית הקנאים לשלטון עלולה לשים קץ לכל החירויות הדמוקרטיות שכבר הושגו. לחשש זה שותפים גם חוגים ליברליים עצמאיים התומכים לא אחת בצעדי דיכוי אפילו נגד פעילות פוליטית לגלית של 'האחים המוסלמים' (מצרים, תוניסיה, מרוקו).

תוצאה שלילית זו אינה מבוטלת. היא באה ללמדך כי אף בעת תבוסתם מסוגלים הקנאים להשפיע על סדר היום הציבורי, אם כי לא בהכרח בכיוון הרצוי להם. חשובה עוד יותר היא נוכחותן של הג'מאעת (אגודות) המוסלמיות בחברה האזרחית, וזאת למרות התנכלויות מצד כוחות הביטחון. לבד מפועלן החינוכי תורמות האגודות לעיצוב התנהגות דתית בפרהסיה (פיקוח על הימצאות רעלה על פני נשים, הקפדה על שמירת צום הרמדאן, חרם על חנויות וידאו ופורנו). לשון אחר, עוד בחורנו חי.

הגל הרביעי, שאנו בעיצומו, החל ב-11 בספטמבר 2001, והוא שונה תכלית שינוי מקודמיו. הוא נולד מתבוסתו של הגל השלישי. קנאים שגלו מארצותיהם בשל הרדיפות (צפון-אפריקנים לאירופה, סעודים כבן-לאדן וחסידיו לאפגניסטן, מצרים וירדנים לאירופה ולאפגניסטן, אינדונזים למלזיה) חברו לוותיקי הג'מאד באפגניסטן, שנותרו 'ללא פרנסה' לאחר הפינוי הסובייטי ושהו בחברת מתנדבים לשעבר למלחמות בבוסניה, בקוסובו ובצ'צ'ניה. הם ביקשו לכוון יחדיו מעין ברית של תנועות שאימצה מצע חלופי לזה שהיה ועודנו מקובל על הקנאים בארצות מוצאם.

את היסודות למצע זה הניח כבר בשנות השמונים ד"ר עבדאללה עזאם, ירדני ממוצא פלסטיני שנרדף בידי המשטר ולימד משפט אסלאמי בסעודיה (בן-לאדן היה אחד הסטודנטים שלו). מ-1979 הפך עזאם לדמות מפתח בג'מאד באפגניסטן. הוא פיתח תפיסה שהג'מאד בכופרים חייב להפוך למסלול מקביל ולעתים חלופי למלחמה במשטרים משומדים השוררים בעולם האסלאמי. לא די (ולעתים אי-אפשר) להילחם במסגרת מדינת הלאום בעידן הגלובליזציה, ועל כן הג'מאד צריך להיות חובק עולם: יש להכות בלא-מוסלמים שהשתלטו על שטחים אסלאמיים (צ'צ'ניה, הבלקן וכמובן פלסטין). יתרה מזו, יש להכות בכלכלתו של המערב, שהוא מקור חוסנם האמתי של

המשטרים בארצות האסלאם, שהרי ממנו שואבים הם הכנסות בזכות השתלבותם בכלכלה הגלובלית, וממנו הם מקבלים אמצעי לחימה, מודיעין וסיוע פיננסי וטכני. לא עזאם (שנרצח ב-1988) ולא בן-לאדן, ממשיך דרכו, חלמו על כיבוש המערב או על התמוטטותו המלאה. הם ריאליסטיים מדי. אך הם בהחלט סברו שצריך להחלישו באמצעות ערעור היציבות שיחולל נסיגה כלכלית וממילא חוסר-יכולת לסייע למשטרים האסלאמיים המשומדים, ואז אמורים היו המשטרים הללו לקרוס.

חזון זה שבה לבבות, בעיקר במה שנתגלה כמאגר המגויסים העיקרי לג'האד הגלובלי: בני הפזורה האסלאמית החדשה באירופה המערבית (ארבעה מיליון וחצי בצרפת, כשלושה מיליון בגרמניה, כשני מיליון בבריטניה, כמיליון בהולנד ועוד כמיליון וחצי בשאר הארצות). בדרך כלל אלה בני הדור השני והשלישי להגירה, ונוספים עליהם שוהים בלתי-חוקיים המגיעים יום-יום בסתר. בני הדור השני והשלישי – ובעיקר גברים צעירים בני 16-24 – נמצאים היום בתחתית הסולם החברתי-עסוקתי באירופה; הם גם חלק ניכר מאוכלוסיית בתי הכלא (כמחצית מן הכלואים בצרפת הם מוסלמים). אלו מהם המצטרפים לשורות הקנאים באים מרקע קשה: נשירה מבתי הספר, הידרדרות לפשיעה קלה ואחר כך לחמורה, שימוש בסמים ומכירתם. הם מתגוררים בגטאות האסלאמיים, שהם משכנות עוני ענקיים, עלובים ואנונימיים בשולי הערים הגדולות.

מתברר שדחיקה זו של מוסלמים בני הדור השני והשלישי לתחתית הסולם, או ליתר דיוק, חוסר היכולת והתוחלת שלהם, בניגוד לדור הראשון, לעלות ממנו, היא בחלקה תוצאה מהשקעה בלתי-מספקת מצד המדינות האירופיות בחינוך, בתשתית, בשיכון ובשירותי רפואה בגטאות האסלאמיים. הזנחה זו היא מחמת משפטים קדומים גזעניים או מחמת ההפרטה הגוברת של כלכלת מדינת הסעד והקיצוצים בתקציבים. אלו פוגעים בראש ובראשונה בשכבות הנעדרות כוח פוליטי, והמוסלמים בעלי ההשכלה הנמוכה הם כאלה; הם נוטים שלא להצביע בבחירות (קל וחומר השוהים הבלתי-חוקיים, שאינם זכאים לכך). נוצר אפוא מעגל קסמים: חוסר השכלה יוצר חוסר ייצוג פוליטי, וזה מצדו גורם לקיצוץ נוסף בשירותים חינוכיים ואחרים, וחוזר חלילה.

לצעירים מתוסכלים אלו הייתה בשורתו של בן-לאדן כטל על אדמה צחיחה. רוב מתגייסי התנועה באים משורותיהם. אלה אנשים שנפלו קרבן לתמורות בכלכלה האירופית בשנות השמונים. בשנות השישים והשבעים הייתה הכלכלה זקוקה לידיים העובדות של אבותיהם חסרי ההשכלה לשיקום ההרסות ולהקמת התעשייה. משנות השמונים ואילך המשק האירופי מוציא פעילויות נמוכות-טכנולוגיה (הלבשה, הנעלה, מתכת, מכרות) אל מזרח-

אירופה ודרום-מזרח אסיה. גם הבנייה, תחום מפתח לעבודת האבות, עברה מיכון מסיבי ואינה עוד עתירת עבודה. גברים צעירים נעדרי השכלה או מיומנויות טכניות מוצאים פחות ופחות אפיקים להתפרנס מהם בכלכלת השירותים הממוחשבת. שיעור האבטלה בקרבם גדול כמעט פי שלושה מאשר אצל בני גילם, האזרחים האירופים הילידים. הצעירים המוסלמים נדחפים אפוא לתחום האפור, כגון 'פרוטקשן', סחר סמים, גנבות וכו'. כל זה מוליך לעימות בלתי-נמנע עם שלטונות החוק, עימות קשה ולא אחת רווי גזענות. הניכור לחברה הסובבת, העשירה והאטומה, גובר. על השנאה נוספת מרדנות כלפי אבותיהם הרצוצים מעבודה והרועדים כעלה נידף מכל מהלך בסביבתם. הדור הצעיר, שנולד על אדמת אירופה, מסרב לקבל את כניעותו של דור ההורים.

לצעירים מוסלמים באירופה, צעירים חסרי מנוח וחסרי תוחלת, מייצג האיידאל הבן-לאדני – לא דווקא בכפיפות ישירה לאל-קאעידה אלא בהשראתה – זיק של תקווה. הוא אף משמש להם פורקן לרגשות משטמה ונקם ומספק אפיקים לפעולה והרפתקה.

עם שההבדלים הנובעים מארצות מוצא שונות מיטשטשים והולכים, זהותם של בני הדור השני והשלישי הללו 'מוסלמית', בעיני עצמם כמו גם בעיני החברה הסובבת אותם. לפיכך קל להם לקבל אידאל ומסד ארגוני המושתתים על עדה מוסלמית בין-לאומית (בניגוד לקבוצות הגלים הראשון, השני והשלישי, שהתבססו כל אחת ואחת מהן על מדינת לאום ופעלו לחולל 'פתרון אסלאמי' לבעיותיה הסגוליות של מדינתם).

הקבוצות החשאיות החדשות, החוצות מוצא אתני ושאליהן מגיעים הצעירים, מספקות להם את 'אחוות השווים', מעין 'תסמונת סיירת', וגם חום אנושי וסולידריות. לא דבר של מה בכך הוא בעבור צעירים החיים בשוליה של חברת-רום אירופית קרה, אינדיבידואליסטית וחומרנית, עוינת ל'חומים' ול'שחורים'. כך יכול הצעיר המוסלמי באירופה לתרץ לעצמו את כישלונו האישי (בעבודה, בקידום, בהשגת מוהר ובהקמת משפחה): הכישלון הוא תוצאה של נסיבות חיצוניות מרושעות שאין לו שליטה עליהן ושאינן אלא תולדה של איבת הנצח של המערב לאסלאם. כשהוא מצטרף לקנאים, הריהו נוטל את גורלו בידיו, זוקף את קומתו ונחלץ ממצב של חוסר מוצא.

צעירים אלו הם קרבנות הגלובליזציה. אולם הרשתות שלהם מסתייעות בהיבטים אחרים של הגלובליזציה: הם יכולים לחצות גבולות בקלות, לקבל הוראות והטפה באמצעות טלפונים ניידים, קלטות ואינטרנט, להעביר כספים בדרך אלקטרונית, להבריח אמצעי לחימה או ידע טכני להפעלתו; וכל זאת בקלות וביעילות שלא היו בגדר האפשר בשנים עברו.

סילוק זה של מגבלות התנועה והתקשורת וכן טשטוש המוצא האתני שצוין לעיל תורמים ליצירת הוויה ותודעה של 'אומה', של קהילת מאמינים בין־לאומית חוצת גבולות. בתחילה עיקר פעילותם של הגולים ומתגייסי הפזורה היה באירופה ובארצות הברית, ואילו בשנתיים האחרונות, כאשר הוכו שוק על ירך בידי שירותי הביטחון המערביים, החלו לייצא את הקנאות בחזרה לארצות האם שלהם (הפיגועים בריאד, בקזבלנקה, בג'רבה, באיסטנבול, בבאלי) תוך כדי הסתייעות בתאים מקומיים. בעשותם כן הם אף מאמצים לעצמם את החידוש מבית מדרשם של חזבאללה וחמאס – פיגועי התאבדות, אך הפעם נגד אזרחים מוסלמים תמימים. האנרכייה שנוצרה בעיראק מספקת להם כר פעולה נוסף, וכמוה גם חולשתם של משטרים אפריקניים (קניה, אתיופיה, ניז'ר, מאלי). הסכנה באירופה, כפי שהתגלה בפיגוע במדריד ובמאסרים בבריטניה בסוף מרס, עודנה בעינה. סכנות אחרות קיימות באוסטרליה, ביזמת הג'מאעה אסלאמיה, המבקשת להקים ח'ליפות בדרום־מזרח אסיה. תם ולא נשלם סיפורם של קנאי האסלאם.

דיון

עדנה אולמן-מרגלית: כולנו אסירי תודה לכל מי שעוזר לנו לראות ניואנסים בתופעת האסלאם הרדיקלי הרצחני, שהתקשורת ברובה דואגת שייראה לנו מוגוליטי.

אתייחס לנקודה שחזרה בדברייך, ואודה שהפתיעה אותי: אמרת שהדימוי העצמי של האסלאם או של המוסלמים נמוך, ונראה שהוא נובע מהרגשת חולשה או מחשש שהכול עלול לרדת לטמיון. אם באמת הדבר נכון, הרי שהוא מפתיע, בייחוד בהינתן העובדה שמדובר בחמישית מאוכלוסיית העולם המעוררת בו פחד מפניה. אם נכונה הקביעה בדבר הדימוי העצמי הנמוך של המוסלמים, איך מסבירים את החשש הגדול מפניהם? ייתכן שאתה מתכוון למקומות מסוימים, לחוגים מסוימים, ולא לחשש כללי; ומכל מקום נשאלת השאלה אם המערב יכול לנצל לטובתו את הרגשת החולשה הזו. אני מדגישה את הרגשת החולשה ולא את הרגשת הקרבן, כי קרבן הוא עניין אחר לענות בו. אפשר להיות חזקים מאוד ורבים מאוד, ובכל זאת להרגיש הקרבן של העולם. אני שואלת אפוא על ההבחנה ביניהם.

אפרים הלוי: בדברייך בלט רכיב שיש לו נגיעה גם להשלכות המעשיות שבסופו של דבר כנראה נגיע אליהן: היסוד הטקטי בהחלטות של גורמים שונים בחבורה המיליטנטית, הזמניות של החלטות, הצורך לשנות סדרי עדיפויות לפי צורכי השעה, צורך שציינת כאחד היסודות של האסלאם מבחינות רבות; מבחינת התפיסה, מבחינת התאולוגיה וכן הלאה. דווקא נקודה זו היא נקודת אור, כי זמניות בהחלטה פירושה אמנם הקצנה ואלימות, אך זמניות פירושה גם כיוון אחר לגמרי. אני רוצה להזכיר את היזמה של החמאס מ-1997 לכונן הודנה לשלושים שנה, יזמה שהתארגנה ימים ספורים לפני ניסיון החיסול של ח'אלד משעל בירדן. הדבר היה לפני שש שנים בלבד. באמצעות המלך חוסיין מירדן העביר החמאס לישראל הצעה לשביתת נשק לשלושים שנה. גם באירופה שלפני 300 שנה, כאשר הגיע האסלאם לשערי וינה, הוא נאלץ, על סמך יחסי הכוחות לרעתו, להגיע להפסקת אש שנמשכה כ-300 שנה. אולי הפסקה זו מגיעה לקצה, כי המטוטלת נעה עכשיו לכיוון אחר.

מדברייך עולה שאם הגורמים הקיצוניים ירגישו סכנה גדולה מאוד למפעלם ולעתיד האסלאם, הפתרון לא יהיה בהכרח אלימות, אלא אם כן הם יניחו שהעימות עם העולם יכול להסתיים באבדנם הטוטלי. אם כן, הפתרון איננו רק התאבדות קולקטיבית אסלאמית, אלא אולי הוא גם פתרון אחר:

חתימה להפסקת אש לפרק זמן – עשרים שנה, שלושים שנה, ארבעים שנה – עד אשר 'ירווח'; וכינתיים יקרו דברים. בסופו של דבר, העולם כולו מתנהל על סמך פתרונות זמניים, וכל ההסדרים הבין-לאומיים והמדיניים והבין-דתיים אינם אלא הוראות שעה. יכול להיות אפוא שפה מונח היסוד שאפשר יהיה לתרגם אותו למהות מעשית וביצועית במובהק.

גם הנושא השני מתקשר לכך במידה מסוימת: הדרושיח בין הגולים באפגניסטן לבין ג'מאעה אסלאמיה במצרים. דרושיח זה היה לדעתי יוצא מן הכלל ומאיר עיניים עד מאוד. הנה ניקח לדוגמה את הדגם המצרי, שהוא מעניין מאוד מבחינות רבות. לאורך כל השנים שהממסד המצרי האורתודוקסי נאבק באסלאם הקיצוני במצרים, היה ג'מאעה אסלאמיה בקו נסיגה מתמיד. אמנם נזקפה לזכותו 'הצלחה' כשרצח את סאדאת וכן הצלחות נוספות (בלוקסור למשל), אבל ככלל השלטון המצרי הצליח לדכא את ג'מאעה אסלאמיה, והוא עשה זאת באמצעים קשים. אם נבדוק את הדגם הסורי, לנוכח הדגם המצרי, וכוונתי ל-20,000 ההרוגים בגינו של חאפז אסד, ניווכח שבסופו של דבר אסד סילק את הקיצוניות האסלאמית בסוריה לתקופת מה.

בסופו של דבר, בהינתן כל הפרשיות האלה, ברוב המקרים נוצח האסלאם הקיצוני; אולי לא ניצחון טוטלי, אבל ניצחון. עובדה היא שהאסלאם יצא החוצה, לאפגניסטן, כי במצרים היה לו קשה מנשוא.

חלק מהאנשים הגיע לשם כדי להילחם ברוסים. אלה שנשארו באפגניסטן אחרי שהרוסים עזבו אותה לא נשארו שם בגלל הרוסים, אלא משום שחשבו שמשם קל יותר להניע את המערכה מלחזור למצרים או לסעודיה.

יש כאן אפוא יסודות מעניינים מאוד העשויים להיות חומרי הגלם לבניית תכנית פעולה. דבריו של עמנואל סיון מילאו אותי אופטימיות, וממילא חשבתי שאמרתי דברים אופטימיים והתכוונתי להיות אופטימי.

רוב ההתרחשויות הקשות בהיסטוריה היו התגשמות של איומים שלא זוהו מראש. איומים המזוהים מראש – בדרך כלל יש סיכוי טוב שהמערכת העולמית והלאומית תדע להתארגן ולהתמודד עמם בהצלחה. אם האיום הזה זוהה כבר, מרב הסיכויים שיצליחו להדביר אותו. האיום שאולי יחולל שינוי גדול בסדר היום העולמי הוא איום שטרם זיהינו אותו, והוא צומח בקרקע מסוימת רחוק מעינינו.

דניאל רייזנר: מצער אותי שאני שומע את ההרצאה המאלפת הזאת אחרי שפרשתי מן הצבא ולא בזמן שהייתי בתפקיד שבמסגרתו הייתי יכול לעשות בה שימוש צבאי. ואכן, שמעתי פה אמירות רבות שלא זו בלבד שלא הכרתי

אותן כלל, אלא שחלקן הפוכות למה ששמעתי מפי אנשים במערכת. אם הבנתי נכון, הרי שהאלימות בחברה האסלאמית עצמה ובחברה הפאן-אסלאמית המופנית כלפי חוץ, אינה אלא 'ריאל-אסלאם', המבוססת על גישה פרגמטית טהורה בדבר יתרונות, חסרונות, חולשות, כוח, שווהו כנקודות לחץ אפשריות.

וזאת הייתה השאלה שלי כשכתבתי על אודות ההבדל בין הלוגיקה של המנהיג לבין הלוגיקה של המונהג: אחד הדברים שאני מוטרד מהם, מנטרה ששמעתי כל השנים, הוא שהבעיה העיקרית שלנו היא לא המנהיג אלא המונהג. במקומות רבים מאוד כדי שהמונהג יהיה שותף לתהליך הזה, הוא צריך להיות פגום. לגייס עשרה חיילים מטורפים זה אפשרי; לגייס 10,000 זה קשה. משום מה באסלאם, כך מסבירים כל הזמן, קל לגייס אותם. התזה שהוצגה פעמים רבות מאוד באגפי המודיעין של הצבא ושל השירות וכו' היא שבסיטואציה החברתית-כלכלית של הארצות הערביות ושל הסביבה הערבית בקרבנותנו יש נטייה חזקה לאלימות יותר מבאזורים אחרים של העולם. נכונה או לא, זאת תזה ששמעתי פעמים כה רבות, עד שהיא הפכה כמעט למוכנת מאליה בחלק גדול מן הדיונים. והנה, עמנואל סיון שם אותה לאל. הייתי רוצה לחדר את השאלה אם בכלל יכול להיות שלדת כגורם מאחד יש גישה מוקדמת חזקה לאלימות יותר מאשר ללאום או למדינה. אחד הדברים המטרידים אותי הוא שבכל פעם ופעם שבוחנים אלימות, המילה דת מופיעה.

עמנואל סיון: ואתה אומר זאת אחרי פרשת יוגוסלביה? הלא ראית מה קרה כאשר הסירו מעל המדינה את מכסה הסיר שהיה בימי טיטו: מן הסיר פרצו מהויות אתניות, 'אתניות' במובן אב קדמון משותף. לא הייתה דתיות ביוגוסלביה. את זה ידע הקומוניזם לנקז יפה מאוד. אין טעם להיכנס לשאלות תאולוגיה, כי הדבר ירחיק אותנו מאוד מנושא הדיון.

דן מרידור: האמירה בתחילת שאלתו של דניאל רייזנר – אינני מופתע ממנה, כי אני מכיר את המערכות האלה. זו אמירה משמעותית מאוד. המערכת – מערכת הביטחון, שב"כ, אמ"ן, צה"ל, המערכת המדינית – ההנחה שלה היא כדבריו של דני: היא הפוכה לחלוטין ממה ששמענו.

מרדכי קרמניצר: לפני שקוברים את התאוריות הגדולות על מלחמת תרבויות, השאלה הראשונה שאני רוצה לשאול היא מה הן העמדות של מנהיגים דתיים מוסלמים, של פרשני דת, של פיגורות משמעותיות שאני מניח שיש באסלאם, לגבי התופעות האלה; עד כמה הם מתבטאים, ומה הם אומרים כשהם

מתבטאים. השאלה השנייה היא אם נערכו סקרי דעת קהל אצל מוסלמים, למשל אחרי 11 בספטמבר, לבדוק תגובות, עמדות, התייחסויות; אם כן, מה העלו סקרים אלו? אם לא, האם אפשר להעריך מה היו תגובותיהם של מוסלמים במקומות שונים בעולם לאירוע זה, אילו נערך סקר גדול?

עמנואל סיון: אלימות, דת – אולי נקשר את השאלה של שניכם. הנה משל: היה הייתה פעם חסידות ברסלב, והיה לה דימוי קצת קרליבכי. די שחבורת אנשים מאיתמר תהיה אחראית לכמה רציחות או תקריב את עצמה בקבר יוסף או שני הדברים גם יחד, כדי שכל חסידות ברסלב תשתנה. אז נשאל בדיעבד מה יש במסר הבסיסי של רב נחמן שגרם להם לעשות את אשר עשו. אולי יש במסר של רב נחמן יסוד מפעיל, ואולי אין בו. מכל מקום, היות שרב נחמן, כרבים אחרים הדומים לו, טמן את המסר שלו בסיפורים, והיות שאנו יודעים שמסר סיפורי הוא מסגרת אידאלית לקיומו של תרתי דסתרי, אין לדעת בוודאות אם הרב אחראי למעשי אנשיו. כלומר הברסלבים היא מה שהברסלבים יעשו ממנה, בלי שום תלות בטיב הגדרתנו אותה מבחינה היסטורית. והוא הדין באשר לכל תנועה ותנועה, לרבות האסלאם.

האסלאם הוא דת שהתפשטה בכוח החרב; אבל בראייה היסטורית היכולת העיקרית שלה הייתה דווקא בהצלחתה להנחיל בלבבות האנשים את ערכיה, כמעט בכל השטחים שכבשה. כל השטחים האלה נשאר אסלאמיים, גם כשהכפייה שבאסלאם נעלמה, פרט כמובן לספרד ולסצ'יליה. חוץ מזה, מובן שרת זו התפשטה שלא בדרך החרב לדרום־מזרח אסיה, לאפריקה, דרך המסחר ודרך המיסיון, והיא מחזיקה שם סוג מסוים של אסלאם. אם נגדיר ציוויליזציה באופן הגס ביותר, נאמר שהיא בנויה מאידאלים מעצבים, מאידאלים נורמטיביים, מהסכמה מינימלית, ולא דווקא מכללי התנהגות. אם כן, באסלאם יש מזה ומזה: יצירה במובן של תרבות אורבנית. ההתפשטות של התרבות האורבנית הרחבה ביותר אשר נוצרה אי פעם בעידן האגררי של ההיסטוריה, אשר מתחיל מתקופת הברונזה המאוחרת ונגמר במהפכה התעשייתית, נוצר בידי האסלאם. הדוגמה הפשוטה ביותר – ואינני משבח את האסלאם, אלא אני מנסה להבין את היכולות שלו – היא זו: לאן נעלמה יהדות עיראק שנתנה לנו את התלמוד הבבלי? הרי היא הייתה יהדות כפרית. אנו יודעים לאן היא נעלמה, אם כי אינני יודע אם יוצאי עיראק יהיו שמחים כל כך לשמוע זאת: היא פשוט הלכה לערים, רצתה להתקדם בחיים. אם רצית להתקדם בחיים, התאסלמת ועלית בדרגות מהר מאוד. חלק גדול מן האנשים שניהלו את הדיאלוג בין המשפט האסלאמי לבין הגאונים בבבל היו אנשים ממשפחות יהודיות בדור השלישי והרביעי. אז היו באסלאם כוחות דחיפה

חזקים מאוד, בהם אלימים, וכנראה גם כוחות משיכה. כנראה שזו הייתה תרבות מפוארת לתקופתה. אינני בא לייפות את האסלאם, אלא לומר שהמציאות מורכבת בהרבה ממה שנדמה ושיש לממש את הפתרונות הפשוטים, שהם כמובן אינם משפיעים כלל על הדעות במערכת.

דניאל רייזנר: ישבתי עם האנשים האמורים לייצג את הגופים כולם. אלה לא היו דיונים ממוקדים בשאלה שדנת בה, קרי הניתוח ההיסטורי והמשמעויות שלו, אלא דיונים שהיו בהם פרזנטציות רבות מאוד, ובהן משוקעות הנחות יסוד שלכאורה מה שאמרת מפריך אותן. הנחות יסוד אלו נתקבלו כאמתות בחלק גדול מן הדיונים – הפוליטיים והצבאיים – ואפילו בקביעת המגמה בלחימה באנטיפאדה: האם שמים דגש במטיפי הדת או בפעילים, ואיזה דגש שמים? מכל מקום, השאלה בדבר תפקידו של מטיפי הדת ומקומו במערכת משתנה לפי ההבנה שלך את המערכה הכוללת. אתה מציג צורה אחרת לגמרי של מצב הדברים. לנו נאמר שהטפה דתית מוצאת אוזן קשבת בגלל המצב החברתי-כלכלי, או שהטפה מסוג זה פונה אל אוכלוסייה במחנות הפליטים ובעזה ובארצות ערב, ברמות אחרות, משום שהקרקע התרבותית לכך מוכנה. והנה, מה שהצגת הוא תזה אחרת לגמרי, הרבה יותר פרגמטית.

עמנואל סיון: אחת ממסקנותיי היא שדווקא עדיף להכות בגורמי ההטפה הרבה לפני שמכים במארגנים, במבוקשים וכו'. היום אינך צריך מטיפי בודד במסגד. אדם יכול לשמוע את המטיפים בקלטות המופצות ברבים, ובהן נעשית הטפה אנטישמית קשה ומרתחת דם לשמעה: הסיפורים הקוראניים הקשים בדבר מוחמד והיהודים, המסקנות מכך ושירי הגבורה וכדומה.

דניאל רייזנר: אבל הצבא קיבל החלטה ממערכת הביטחון שלא להתמקד בגורמים הדתיים מחשש שהדבר יתפרש כמלחמת דת בדת. ואתה אומר את ההפך בדיוק.

אפרים הלוי: אני חושב שהייתה פה בעיה אחרת לגמרי. אם הצבא היה צריך לעסוק במטיפי דת, בכוהני דת, כאוכלוסייה שיש לטפל בה מבחינה מבצעית, הייתה נוצרת לנו בארץ ובעולם תדמית שקשה מאוד היה להגן עליה. צריך לזכור מה קורה פה בארץ, כאשר מבקשים 'לטפל' ברב או במנהיג דתי. הבעיה מתהווה, משום שלאנשי דת יש מעין חסינות מתוקף היותם אנשי רוח, אנשים העוסקים באלוהות; ובפגיעה בהם יש פגיעה בנציגי אלוהים עלי אדמות. בפגיעה בפעיל המבצע פעולת חבלה אתה פוגע בו עצמו, אך פגיעה במטיפי הדת בחברון פירושה כניסה למגרשו של הקב"ה. כאן מתחילה בעיה חדשה.

עמנואל סיון: אחזור לשאלות. התהליך מעניין, והייתי מגדיר אותו הגדרה פסיכולוגית: תקווה כנגד תקווה. יש תרבות חיצונית דומיננטית מתוחכמת ובעיקר מושכת מאוד, גם את 'טובי בנינו'. ומהו יותר מ'טובי בנינו' מאשר גמאל עבד-אל-נאצר, קצין מצטיין, בן העם הפשוט, בנו של פקיד דואר מאלכסנדריה? הן לא יכול להיות יותר 'בלדי', יותר פופוליסטי ממנו. והנה, האיש הזה הולך שבי אחרי האידאל הכוזב, במקרה שלו – רוסיה הסובייטית, אבל בעבורם היא המערב. מכיוון שכך נוצר מצב שאנשים צריכים לעמוד ולהיפקד ולעשות מעשה, והאלוהים עמנו. אין שום תכנית. האנשים שמרדו בנאצר בסוף שנות החמישים היו אנשים אמיצים מאוד, אבל גם נאשים מאוד, ואחדים מהם היו מן הטובים ומן המצטיינים, בלי שום ספק.

בין המפגעים המתאבדים יש אנשים פשוטים רבים וגם כאלה שאינם מאוזנים ברעתם, אבל ככלל, רוב הנתונים שלנו – ולכן התפלאתי על מה שנאמר פה – מעידים שהם מייצגים אוכלוסייה די נורמלית, החסרה את שני הקצוות: אין לה 'עניי עניים' או 'מקרים פסיכיאטריים', ואין לה נוצרים מצטיינים שיכלו להתקבל לאוניברסיטאות עילית בארצות הברית, אילו רצו; לשון אחר, חמשת האחוזים העליונים וחמשת האחוזים התחתונים.

נכון הוא שבאירופה רוב תופעת ההתאבדות מתממשת באמצעות אנשים שלא השתלבו בחברה: נושרי בתי ספר, אנשים עם בעיות בבית, מובטלים וכו', אבל גם באמצעות שיעור גדל והולך של אנשים מן העשירון העליון או משני העשירונים העליונים, אנשים שיכלו בהחלט להשתלב בחברה, והם פונים לכיוונים אחרים.

הנה דוגמה לאן יכול להביאך היאוש. ידיד שלי ערך מחקר על כלואים מוסלמים בבתי כלא בצרפת, בספרד ובבלגיה. המחקר היה למטרות קרימינולוגיות, אבל התפתח למטרות אחרות. בשלוש הארצות האלה, אפילו בספרד, כשלושים אחוז מן הכלואים הם מוסלמים. התופעה מתחילה להידמות לתופעת השחורים בארצות הברית. רבים מן האנשים האלה מצאו את האסלאם שלהם בבית הלא. החוקר התעניין בקבוצה שהגיעה לכך על סמך שילוב של פעולה רדיקלית עם עיסוק בסמים וכיוצא בכך. תמיד חוזר אותו סיפור עקרוני: הייתי בעיר פלונית, נסעתי לעיר שדה אלמונית לצורך עסקי, הייתי לבר במלון, ראיתי טלוויזיה, אמצע שנות התשעים, ואני רואה בטלוויזיה את בוסניה, ושמעתי את מה שאמר האמאם במסגד או מה שאמר לי חבר, שהמערב טובח בנו, וזה נכון; ולא רק שזה נכון, זה ב-CNN, את זה הם עצמם מספרים, ולא צריך שום אל-ג'זירה, עוד לא הייתה אל-ג'זירה; ואני מבקש הסבר, ואני שואל את החברים, והם אומרים לי שיש אחד משכיל במסגד ביום שישי ושכדאי לי לדבר אתו, והוא מסביר לי, והוא מציג לי את העובדות.

אני חוזר לשאלה שלך: ההסברים החברתיים-כלכליים לתופעות אלו עודם תקפים. הראיה הפשוטה ביותר היא שהרוב המכריע של האנשים המעורבים בכך הם גברים צעירים בגילאים 15-25. ואכן בולטת העובדה שברגע שמישהו 'מתיישב' ונעשה 'בעל בית', הוא נכלם מכוח הסטטוס החברתי-כלכלי שלו. אם מדובר באישה, בדרך כלל אין כישלון בלימודים, כי הבת משקיעה בלימודים כבר בחטיבת הביניים הרבה יותר מן הבן המעדיף משחק כדורגל או מעשי שובבות על פני הלימודים. בעבור האישה החינוך הוא תעודת המעבר לשחרור מעריצות האב והאח הבכור. הדבר חריף בהרבה באירופה, כי באירופה האישה נשאבת לתרבות הכללית. באשר לרעלות, צריך להבין את הרעלות כחלק מניסיון לפיקוח חברתי, לבקרה על הבנות, הממשיכות לגור בבית המשפחה, כשהן כבר עובדות 'בחוץ'. חצאית המיני שלהן והתלבושת הכללית אינה מוצאת חן בעיני הגברברים, והם משתמשים ברעלה כאמצעי למשטר אותן.

עוד ייתכן שהמניע לעוינות ולביטוייה הוא עלבון שספג המוסלמי במקום העבודה בארץ אירופית כלשהי. מן המחקר שנערך כאמור בכתי הכלא, מניע מעין זה אינו נפוץ, הגם שיש כמובן גסות ואלימות אנדמית בעיקר במקומות שמעמד פועלים או בורגנות זעירה אירופיים נפגשים עם הפועלים המוסלמים. ברור למוסלמי שהעולם לא יתהפך ושארמיקה לא תיכבש, אבל צריך 'לעשות מעשה'. האדם הפשוט אינו שואל את עצמו שאלות; האסטרטגים כן, והם גם מממנים זאת.

במידה שאנחנו יודעים הסינדרום הפסיכולוגי הזה אופייני גם לטרוריסטים ממש. אין לנו יותר מדי מידע, כי רבים מהם מתאבדים או נהרגים בזמן בריחה. באירופה יש פריסה, ואילו אצלנו הדבר התפתח למלחמה עממית מדאיגה מאוד. באירופה, כמו במצרים וכמו באלג'יריה, ארצות שבהן המאבק היה מאבק אלים ביותר, עדיין הייצוג של החלק היותר נמוך הוא בעייתי וניכר. ארצות אירופה צריכות לנקות לפני דלתות ביתן; עליהן להסביר מדוע אין השקעת משאבים בכתי ספר, בחטיבות ביניים. יתרה מזו: ידוע על ייעוץ המפנה את המוסלמים למסלולים בחינוך המקצועי, שהם מבוי סתום חברתי-כלכלי ידוע מראש. בלי כל ספק, אחריות למצב יש גם לחברות האלה עצמן. לא במקרה שר הפנים הצרפתי, המגלם היום אולי את האסטרטגיה המתוחכמת ביותר, תובע מצד אחד יד ברזל בהיבט הביטחוני ומצד שני – אפליה מתקנת, אפילו ברמות הגבוהות של השירות הציבורי. כנראה זו עצה שלא תבוצע, אבל טוב לו לנקוט את העמדה הזאת. בידי כסיה ואגרופן בעת ובעונה אחת, ואדם יכול לחיות עם הסתירות האלה.

ועכשיו לשאלה העיקרית – האם צריך לפחד? כן, אבל צריך לדעת ממה

לפחוד. מה שמדאיג אותי הוא הפחד הדיפוזי. קודם כול צריך לדעת שהתנועות האלה נוצחו ברוב ארצות האסלאם בנקודות. אני חושב שהן תחזורנה לזירה, כי חלק גדול מן הבעיות האנדמיות שמהן נולדו קיימות. אבל כדאי בכל זאת ללמוד מדרכי הפעולה של המשטרים הערביים, במגבלות הנוספות שהדמוקרטיה מטילה עלינו ואשר לדעתי אסור להפך אותן אלא במקרים חמורים ביותר. הנה מובארק, שלא נהנה אצלנו מדימוי של אדם חכם מאוד. הוא פעל בתחום של בעיית יסוד אחת, אם כי הדבר איננו כה ידוע ברבים: פיקוח על הילודה. המהלך מוצלח מאוד. יש ירידה מ-3.1% ל-1.9% בשיעור הריבוי הטבעי. נתון זה מאושר מטעם האו"ם. המהלך מתנהל במסע הסברה יעיל, במערכת יעילה של תחנות אָם וילד וכו'. וכל זאת – במקביל לכל פעולת הדיכוי שלו, שדרך אגב, במושגים אסלאמיים לא הייתה 'יקרה' מאוד: בכלל שנות התשעים נהרגו במצרים 500 איש (אנשי צבא, כוחות ביטחון, אזרחים וטרוריסטים). אלה מספרים לא גדולים בארץ גדולה כל כך, אם נשווה זאת לכ-110,000 לפחות שנהרגו באלג'יריה באותו עשור. אם כן, מובארק ניהל בעת ובעונה אחת פעולות דיכוי מכאן ופעולה הסברתית חשובה מאוד מכאן, בין השאר באמצעות טלנובלות וסרטים, ולא רק באמצעות דרשני מסגדים. הוא גייס לצדו גם חלק ניכר מן הממסד הדתי. זו אחת הנקודות שאפשר לקבל מהן נחמה. ניסיתי להסביר זאת גם במאמר.

בקרב המוסלמים מתנהל ויכוח פנימי בעניין זה, כי הדבר אינו מקובל על כולם. 'אנחנו נרצח את אחינו' מוזהה כמלחמת אחים ממש; ואכן, במצרים ובאלג'יריה יש תופעות של שחיטות המוניות. האסלאם מגדיר את עצמו כדת הממוצע. בניגוד לפדנטיות של היהדות ולמתירנות של הנצרות, הדימוי העצמי של המוסלמים עוד מימי מוחמד הוא 'חֵיה ותן לחיות'. אמנם לא תמיד יש לכך ביטוי במציאות, אבל עצם הימצאות הדימוי הזה פועלת את פעולתה. אפשר אפוא ללמוד מכל זה שיש כוחות באסלאם שאפשר לגייס לצד המתון. אסור באיסור חמור לקבוע שכל מוסלמי הוא מתאבד בכוח, כדברי אותו שדרן שאמר שכל הערבים מתאבדים.

מצד שני, ואני מסכים לדברי אפרים הלוי, הדבר המיוחד בתופעת אל-קאעידה הוא שהיא חדשה, ועל כן איננו יודעים בינתיים לקרוא אותה נכון. מה שאמרתי הוא דוח ביניים, שהוא המיטב שאני יכול להפיק. אני מתאר לעצמי שיש חלקים שלמים שאינני יודע, והם בוודאי גם חסויים. גם איננו יודעים חלק ניכר מן התופעה, אולי כי התופעה גם איננה מכירה את עצמה; זו תופעה בהתהוות.

בחזרה לשאלה של פרופ' קרמניצר: אני בכל זאת מבדיל בין בסיס ריגושי לבין עמדות בחיי יום-יום ועמדות המוליכות לפעולה. אין שום סקרים טובים

שנעשו למחרת 11 בספטמבר. היה סקר בארצות האסלאם מטעם ממשלת ארצות הברית באמצעות סוכנות כלשהי, והוא העלה לסדר היום הציבורי את דבר קיומו של גל עוינות בארצות הברית בגלל תמיכתה בישראל, בגלל האימפריאליזם שלה ועוד מיני טענות שאפשר לשער אותן. קשה לדעת עד כמה הסקר אמין, אם כי הכיוון הכללי סביר, מה גם שניכר בסקר בסיס רגשי טהור. הנסקרים יוצאים מנקודת מוצא רגשית: 'האנשים שלנו עשו זאת'; הפיגוע הכה אנשים הראויים למכה (האמריקנים); הוא גם עורר גאווה גדולה: הרי חלק גדול מן התגובות היו חוסר אמון גמור ביכולת של ערבים להוציא לפועל מעשה הקרבה מתוחכם. והנה, גם הקרבה וגם תחכום. האם מזה יוצאת הזדהות שתוליך למעשים? לא לפי המידע הקיים. לפי סקרים טובים, ובעיקר מעקב אנתרופולוגי די אמין, רוב הציבור המוסלמי בארצות המערב, חלקו בני הדורות השני והשלישי, רוצה להשתלב בחברה המערבית. אנו יודעים עד כמה ארצות הברית היא אידאל לחיקוי, כולל בתרבות הצרכנית, כולל בתרבויות הרודניות ביותר. למשל, האנשים הנשלחים מטעם תכניות פולברייט לסוריה מדרווחים שהסורים מתעניינים אפילו בנעלי ההתעמלות שלהם, במכנסי הג'וגינג שלהם; ומדובר בסוריה הפרובינציאלית דווקא, באזורים בצפון הקרובים לארץ העלווים.

ככלל, קשה לסמוך על משאלי דעת קהל בארץ לא חופשית. זה המקום לציין שהסקרים של שקאקי הנערכים בקרב הציבור הפלסטיני הם מן האמינים ביותר, ובמיוחד כשהוא נוגע בנושאים טעונים רגשית, למרות שהסקרים הם ערבים, ולמרות שיש הבטחת חיסיון. הרי אנחנו מכירים את התופעה הזאת אפילו אצל עולי ברית המועצות אחרי עשר שנים בארץ. מי שאינו רגיל להתבטא בחופשיות קשה לו לשנות ממנהגו, גם אם השינוי הוא לטובה. בסקר בצרפת שבו מוסלמים מעידים על עצמם, שאלו את הנסקרים מי שומר רמזאן. 90% אמרו שהם שומרים רמזאן. אמנם לא דקדקו אתם בפרטים (האם אתה גם שותה קצת מים? מה אתה עושה במקום העבודה?), אבל 90% מאותם 90% אמרו באותו סקר, שהיה לפני כשנתיים, שהם קונים 'אתרם', מתנות סוף השנה בצרפת. הרי בצרפת אסור לקנות מתנות לחג המולד, כי יש הפרדה גמורה בין הדת למדינה, ולכן אין מעשה יותר צרפתי מאתרם, שהוא בעיקרו ביטוי של תרבות צרכנית. וחרף זאת המוסלמים קונים אתרם למשפחתם הקרובה המוסלמית. כנראה יש אצלם תוהו ובוהו של זהות: הם מהגרים, והם רוצים להשתלב. הרוב הגדול רוצה מאוד להשתלב. בתרבות זו יש קולות המבקרים את האלימות, ובמערב בצורה הנחרצת ביותר, והדבר צריך להיות חלק מן השיקול של המערב בקביעת דרך הפעולה שלו ב'משחק' זה, לפי הכללים הדמוקרטיים. אם יסתבר שהכללים הדמוקרטיים צבועים, זאת

אומרת יש זכות להגנה של החוק, אלא אם כן אתה מוסלמי, הצביעות רק תצמיח עוינות רבה יותר.

הסדרות האמריקניות הפופולריות ביותר בעולם הערבי הן LA Law ו-NYPD. על כך נערכו מחקרים של מכוני קומוניקציה, ונתקבלו בהם נתונים מארצות רבות, לרבות מצפון אפריקה, ממצרים ומכווייט. בנתונים חוזר שוב ושוב נתון מפתיע: היסוד המרכזי בצפייה בסדרות אלו הוא תרבות החוק, קרי לאדם יש זכות לסרב לענות לשאלות, הוא רשאי לטלפן לעו"ד, יש לו זכות לטלפון למשפחתו וכו'. הדברים הבנליים של תרבות החוק הנשללים מהם בארצותיהם, צוינו כפי הנשאלים עצמם וביזמתם במסגרת שאלות פתוחות. הווה אומר, אפילו החוקרים עצמם לא שיערו שזה יהיה הנתון שיתקבל.

גלעד ברעלי: אני רוצה להיאחז בהערה שלך בדבר טרוריסטים, לפחות טרוריסטים קיצוניים. הזכרת את המתאבדים. אמרת שאיננו יודעים דינו על אודותיהם. אני רוצה לחזור על הערה שתהיה תרומתי העיקרית לפורום זה, הערה שהערתי גם בהרצאה של אפרים הלוי. יש לי הרגשה, המתחזקת מדי פעם בפעם, שבניסיון לשחזור המוטיבציה של טרוריסטים, מתאבדים ולא-מתאבדים, אנחנו עובדים לפעמים ברמות רזולוציה גבוהות מדי, ואני חושב שההרצאה שלך, בין היתר, תרמה לדיון באוריינטציה של ריב תרבויות או מלחמת דתות וכיוצא באלה. הדבר יכול הרבה פעמים להזיק יותר מאשר להועיל, והוא בוודאי אינו עושה צדק עם השונות של המוטיבציות ושל הארגונים. ובכל זאת, גם מהרצאה זו וגם מהערתך אני סבור שאולי אפילו ברמת המחקר, אולי אפילו ברמת הטיפול הביטחוני, לא מודעים לרזולוציות עדינות של שחזור מוטיבציות הקיימות בספרות הפסיכולוגית, בספרות הפילוסופית. למשל, מעניינת ביותר היא ההערה שהערתי על מובארכ, מפני שלמדנו ממנה שאנחנו יודעים שפעולה או החלטה של אדם היא הרבה פעמים פונקציה של הרצונות שלו ושל מערכת האמונות שלו. היא שכלול משולב של שניהם, ואת כל אחת ואחת מן הפעולות אפשר לפלח לרמות עדינות מאוד. תפיסה זו מאפשרת מרחב התערבות די גדול. אתה יכול לפעמים לנסות לשנות חלק מן הרצונות, ופעמים רבות הדבר קשה, ואתה יכול לפעמים לנסות לשנות חלק מן האמונות – לא האמונות הדתיות אלא האמונות באינפורמציות, בסיכויי ההצלחה של דבר מסוים וכו'. מה שאמרת על מובארכ חיזק מאוד מגמה כזאת, כי אמרת שאפשר להשיג יעדים באמצעים לא-אלימים, באמצעי שכנוע (מוסלמים הורגים מוסלמים' או מתן אינפורמציה על בעיית הילודה או על אמצעי מניעה). זאת אומרת, יש אפשרויות התערבות ואפשרויות שינוי

שהן אולי מתוחכמות יותר מאמצעי כוח, אבל הן נראות לי זולות בהרבה ולפעמים יעילות בהרבה בשינוי האמונות והרצונות.

שאלה הקשורה בכך היא מה אנחנו יודעים באמת על פרופיל האינפורמציה שיש לטרוריסטים מסוגים שונים, נניח בזירה הישראלית. ארגוני טרוריסטים שונים – האם יש לנו מושג ברור על פרופיל האינפורמציה שלהם על ישראל, על סיכויי ההצלחה שלהם בפעולה, על האפקט של הפעולה וכו'? האם אנו יודעים על רמת הידע ועל האמונות שבהן הם מצוידים? אני זוכר שהתרשמתי מאוד כשקראתי בעיתון שערפאת אינו מאמין שבית המקדש היה בהר הבית.

שאלה נוספת באותו עניין היא מה הם המודלים של הצלחה של תנועות טרור כפי שהם נתפסים בעיני ארגונים אסלאמיים רבים? האם המודל האלג'ירי נחשב הצלחה גדולה, או האם יש מודלים אחרים שהם מודל לחיקוי?

אריק כרמון: להערה של פרופ' קרמניצר: דברייך על המתח שבין ציוויליזציות מתקבלים על דעתי. הדבר הוא יותר מאשר ספקטרום, ספקטרום רחב שבקצה אחד שלו מתקיים מתח דיכוטומי לפי צרכים מסוימים בנתונים מסוימים, ובקצה השני שלו, אם מדובר בעיקר במוסלמים במדינות המערב, מתקיימת מתינות רבה. אולי אפשר גם להניח שהספקטרום דינמי על פני רצף זמן. אם הנחה זו נכונה, יש כאן אולי איזה קו מנחה, ראשוני לפחות, העשוי לעזור בחשיבה אופרטיבית מבחינת משמעויות. אם אנחנו מדברים על התמודדות של דמוקרטיה או של דמוקרטיה עם הטרור כתופעה, אתה מניח מראש שהתמודדות אינה יכולה להסתמך על דיכוטומיה. אינני מכיר את הכשלים או את הטעויות או את הפערים בין מה ששמעתם לבין מה שנאמר פה, אבל אי-אפשר לקבוע אסטרטגיה אחת מקובעת. ההתמודדות עם תופעות מסוימות חייבת גם היא להיות דינמית, ואולי דיפרנציאלית.

דן מרידור: אוסיף מילים ספורות ואפנה אותן לעמנואל סיון, ובראשית דבריי אתייחס לנושא דבריו של דניאל רייזנר. לא שמעתי דיון מסודר בעניינים אלו שהמסקנה בו הייתה אחרת משלך. הנחת העבודה איננה נאמרת מפורשות בדרג החשוב, נניח באמ"ן-מחקר או בחטיבת המחקר, אלא כשדרג זה בא למדינאי, לפוליטיקאי, לאיש המחליט, ומציג לו הצעה לפעולה או סקירה כללית על המצב. אבל השורה האחרונה לא הייתה מה שאמרת. צא ולמד מכאן שיש תפיסה כללית מאוד שגם לתרבות יש מקום בתמונה הכוללת. לא תמיד הדבר נאמר בצורה בוטה וברורה. לפעמים הוא תוצאה של פעולה.

אתיחס לדברים הכלליים שנידונו קודם. אפשר לבחון את התופעות האלה במספרים ולקבוע שהרוב העצום כלל איננו חלק מהן. אדרבה, התופעות מתחוללות בידי קבוצות לא גדולות ואפילו קטנות; זה החלק המרגיע. אבל המאפיין את העידן המודרני, הגלובלי, הנוכחי, הוא העצמתו חסרת התקדים של היחיד לגרום נזק נורא. לכן מה לי המספרים 100,000, 200,000? הלוא די בעשרים איש כדי לגרום נזק נורא לאנושות. הדבר משליך על דרכי הפעולה. אם אתה פועל בחברה שאתה רוצה לשכנע את הרוב בה לבחור בדרך אחת או בשנייה בבחירות או בתרבות, ואתה מצליח לשכנע שמונים אחוז מן החברים בה, הרי זה ניצחון ששום מחנך איננו יכול להתגאות בו. אבל זה לא רלוונטי לענייננו, כי הבעיה איננה עם שמונים אחוז, אלא עם קבוצות לא גדולות שכוח הנזק שלהן אדיר. אלא מה? בהתנהגות הרטורית ואולי גם במוטיבציות של הקבוצות הללו יש אלמנט דתי משמעותי: אל-קאעידה בוודאי, הג'האד העולמי, הג'האד האסלאמי, חמאס במידה שהוא משתמש בנימוקים דתיים. כמעט אין מלחמה שאלוהים לא נלחם בה. והדבר נכון לכל העמים; אולי לא אצל הקומוניסטים והנאצים, אבל כמעט תמיד יש כומר או רב או נביא המביא את דבר אלוהים, מימי התנ"ך ועד ימינו. הימצאות אלוהים במלחמות היא תופעה כלל-אנושית, לא חדשה, אבל השאלה שאני שואל חוזרת לעניין שלנו: אנחנו מדברים על קבוצות לא-גדולות, ושאלת החינוך שלהן איננה רלוונטית לנושא הדיון שלנו, כי חינוך מיועד בדרך כלל להמונים, ופה אין לו הצלחה במספרים. השאלה היא איך אנחנו יכולים לעסוק באלמנט הדתי במידה שהוא משמעותי בגיבוש האידאולוגיה, תפיסת העולם, האמונות, אצל אותם בודדים. הרי לא מדובר בתופעות המוניות. הנכונות למסור את הנפש קיימת בכל הדתות – קידוש השם, שמשון הגיבור, מתאבדים מכל הסוגים – מוות למען רעיון או הריגה למען רעיון אינם דבר חדש או לא-לגיטימי בכל התרבויות בתנאים מסוימים. אין תרבות שאינה מתירה, אפילו מקדשת, למשל, את הקביעה "חירות או מוות", כי יש דברים שראוי למות בעבורם. כשנכנס אלמנט דתי, נשאלת השאלה אם אנחנו יכולים להשתמש בו כדי להפוך את העניין. אמרת בהערת אגב שהיית עוסק יותר במטיפים הדתיים או במנהיגי הדת מאשר בפעיל המניח את הפצצה. האם אתה מוכן להרחיב על כך? לגבי אותן קבוצות שיש להן עדיין מודלים או מנהיגים, מה אפשר לעשות בהיבט האסלאמי כדי לנסות לתקן, לשפר? מה אפשר לעשות באלמנט הדתי? שאלה זו נראית לי חשובה, לא בהנחה לכלל האסלאם, אלא לקבוצות המסוימות האלה.

התסכול שתיארת אצל רבים מן הנחקרים, כשהוא מצטרף לידע הטכנולוגי, הוא מכיל פוטנציאל נזק שלא ידענו כמוהו בהיסטוריה האנושית. משום כך הבעיה חמורה.

אמרת שאתה רוצה להילחם במטיפים, במסיתים לאידאולוגיות הנוראות האלה. אתה עושה זאת בדמוקרטיה שאתה אומר שכדאי לשמור עליה, כאשר נוסף על חופש הדת (וצריך להגדיר את גבולותיו) ישנו גם חופש הביטוי. אלה שתי חירויות יסוד בדמוקרטיה, ואתה רוצה להתערב במסגד ולעשות זאת שם. אתם זוכרים שהפעם היחידה שערפאת פעל בנחרצות במסגדים הייתה בזמן ממשלת פרס ב-1996, אחרי הרציחות של פברואר-מרס באוטובוסים בירושלים, בנתניה ובתל אביב. אז הייתה פעולה במסגדים; הפעם היחידה שערפאת הרשה לעצמו לעשות זאת. בדרך כלל אנחנו פוחדים לגעת בדת, והשאלה החיונית היא איך עושים זאת במשטר דמוקרטי תוך כדי שמירה על האיזון בין החירויות.

לגבי ההתאבדותיות: בלי לחטוא בהטלת סטיגמה כללית, אינני מדבר על הלגיטימציה להתאבדות אלא על התגובות. התגובות של מנהיגי הדת להתאבדות בספטמבר, באמריקה או פה או בכל מקום אחר, האם יש שינוי בדינמיקה או שיש חלוקה בין רבנים או כמרים או מטיפים שונים? תופעת המתאבדים בהיקפים שכאלה – אינני זוכר כמות, ואינני יודע אם הייתה כמוה. מכל מקום, התופעה מחייבת תגובה. בוודאי היו תגובות, ונשאלת השאלה אם הן השפיעו על התופעה.

אביעזר יערי: קראתי את המאמר שלך על האסלאם ועל בעיותיו, ובו אתה מתאר את ארצות דרום-מזרח אסיה, מלזיה ואינדונזיה, כחריגות שאינן מאפיינות את עולם האסלאם. השאלה שלי בעקבות זאת היא אם אלה בגדר 'חריגים מבשרים'. יש עוד דמוקרטיה אחת בעייתית מאוד מבחינתנו, הפלסטינים. ואני תוהה אם הארצות החריגות הללו מבשרות את מה שניתן לכנותו שינוי ערכים בסיסי.

השאלה השנייה שלי היא מעולם הפוך. השתתפתי בוויכוח על אודות עבודה עיונית שעיקרה היה ניסיון למפות אב-טיפוס של המתאבדים. הוויכוח היה אם יש טעם במיפוי מעין זה. היו שאמרו שגם אם נתקדם צעד אחד לקראת הבנת התופעה, דיינו בתרומתנו זו, והיו שאמרו שלא זו הבעיה, אלא התנאים, כי בלי תנאים אי-אפשר להסביר מדוע מ-1993 צמחה ההתאבדות בשיעור ניכר כל כך כאן, ויש להניח שגם במקומות אחרים. השאלה שלי היא מה אתה מעדיף – מיפוי או תנאים – כי תשובה זו משליכה על כל העולם הערבי.

אורי דרומי: עמנואל, איך אתה רואה את התגובה של המערב לנוכח מה שאמרת? יש כאן תופעה חדשה, והמערב עשה את מה שהוא יודע לעשות: להפציץ או לכבוש מדינה. האם כל זאת אינו אלא *compare productive*,

והאם לא דומה הדבר לאדם שישב בחדר במלון וראה שמפציצים את בוסניה?
האם הדבר לא יעורר דווקא עוד התפרצות של עוד אל-קאעידה?

עמנואל סיון: אקבץ כמה דברים יחד. אשתמש בכיטוי שהוכנס לדיון: בעיית הרזולוציה. אפילו משיקולים פשוטים של רזולוציה יש קודם כול להתמקד בהנהגות. אנו מכירים היטב את ההיסטוריה של התנועות האלה ואת האופן שהן הגיעו למה שהן הגיעו. הרי הן נולדו בתהומות הייאוש בתקופת הנאצריזם המנצח; הן נולדו במחנות הריכוז של נאצר. במשחק שיש בו מבנה, קוניונקטורה ויזמה אנושית, ברור שבלי היזמה האנושית, בלי דמויות מפתח כריזמטיות, בלי הוגים ומוסרים וצירוף הנסיבות, לא היה כל זה נוצר. מן הנטייה שיש באסלאם לבכות על עבר שחרב, מן הנטיות האלימות המצויות בו כמובן בראשיתו, בעצם צורת החזרה של מוחמד כמנצח אל העיר שממנה גורש – ברור שהאסלאם נולד בחרב. באסלאם לא צריך לחפש הרבה. לעומת הנתונים המבניים, הנתונים הקוניונקטורליים חשובים מהם, ועוד יותר חשובים מהם הם אישים אחדים, רעיונות אחדים וגלגוליהם והמיתוסים שהם יצרו. כך למשל, המדינה של נאצר, שהיא כמו חזרה לערב של לפני מוחמד, חזרה לג'אהליה. רעיון זה לא נולד במצרים, אלא בהודו המוסלמית, אבל במצרים הוא קנה לו שביטה.

גם הודות למה שאני יודע על ההיסטוריה וגם מפני שבאופן טבעי נדע תמיד יותר על ההנהגות מאשר על חברי השורה, שחלקם לא נתפסים והמוטיבציות שלהם חמקמקות מאלו של ההנהגות שלהם, וגם מפני שהנהגות, ואני משוכנע בזה יותר ויותר, עורכות שיקולי עלות-תועלת – לא אמרתי רק עלות-תועלת, כי לא הכול ניתן למכירה – יש מקום להניח את דבר קיומה של אפשרות ההודנה לשלושים שנה. צריך לבדוק זאת בקפידה. יכול להיות שהסיכויים לכך הם רק אחוז אחד במחשבתו של השיח' יאסין או עשרה אחוזים במחשבתו של רנתיסי. דברים אלו צריכים להיבדק. מכל מקום, ההנהגות עורכות שיקולים כאלה, אם כי הם הרבה פחות אקספרסיביים. מצד שני, ההנהגות גם עורכות שיקולים לטווחים ארוכים. הנהגות אין פירושן מתינות, אלא שהן ניתנות להבנה טוב יותר מאשר חייליהן. ראינו במצרים ובאלג'יריה, והזכרתי את שני המקרים האלה כי הם ספקטולריים, שתנועות שלמות הניחו את נשקן ללא תנאי. באלג'יריה היה הסכם ולפיו חלק מאנשי התנועות משתלבים בכוחות המיליציה, לא בצבא ממש, וחלקם – בוגרי מחשבים – שולבו במערך המחשבים של שירות הביטחון, שכמובן שודרג לצורך הסיבוב הבא של מלחמת האזרחים. במצרים הכניעה הייתה בלי שום הסכם; ניתן לתנועות הללו הסכם מעורפל, ולפיו מי שאין לו דם על הידיים

לא יובא לבית משפט, וזה כנראה בוצע, ואילו ההבטחה שיורשו להשתלב בפעילות פוליטית בוצעה רק בחלקה, כי הרשו להם להיות פעילים רק בתחום החברתי-תרבותי. האם ירשו להם להיכנס לפוליטיקה? לא ברור. זו אחת השאלות הרגישות. אם כן, הם נוצחו. מתי הניח הארגון המצרי הגדול ביותר את נשקו? בדיוק חודש אחרי הצלחתו הספקטקולרית בפעולת הטרור בלוקסור; אז התקיפו אוטובוס תיירים, כי חשבו שהוא אוטובוס אמריקני, אלא שבמקרה זה אלו היו תיירים יפנים וגרמנים. ואולם הרגשת ההחמצה שלהם לא הייתה גדולה: הלוא גם אלה 'מערביים'. הטרוריסטים ראו בפעולה בלוקסור רגע של ניצחון. אלא שמובארכ, במהלך מבריק של שידורים ישירים לאומה, אמר: הנה האנשים הרוצים לחמוס משלושה מיליון משפחות מצריות המתפרנסות מתיירות את פרנסתן ולשלוח אותן לאבטלה. זה האסלאם שלהם? זו הסובלנות שלהם? זו דאגתם למצרים?! כך הצליח מובארכ להזיז את דעת הקהל לצדו.

התנועות האלה, ברור שהן תמיד מיעוט לוחם, אלא שההיסטוריה נעשית לא אחת בידי מיעוטים כאלה. אלא מה? הדגים האלה צריכים מים: כסף, מפלט ללילה, מידע. במצבים מסוימים הפעילות השוטפת עובדת. היא עובדת טוב כל כך, עד שההחלטה בדבר הנחת הנשק התקבלה ברמת ההנהגה בלי לשאול כלל את פי חברי השורה. בתנועות האלה ההנהגות קובעות. כבר ציינתי שהתנועות האלה בנויות מרשתות משוטחות ומבוזרות, אבל לרשתות שטוחות ומבוזרות – אנחנו יודעים זאת גם ברשתות מחשבים וברשתות חשמל – יש עקרונות המקנים להן יתרון: הן קשות לאיתור, והן טובות לביצוע פונקציות פשוטות. פונקצייה מסובכת, כגון הטסת ארבעה מטוסים, קשה בהרבה מביצוע פיגועים 'רגילים', ולכן רוב הארגונים האלה – גם בארצות האסלאם עצמן – הם למעשה כמו אל-קאעידה: שילוב של גרעינים הייררכיים מקצועיים האחראים לתכנון ולמימוש של הפעולות המסובכות, וגם לניקוז הכספים, ושל רשתות פשוטות האחראיות לביצוע אלימות אנדמית בכפר שתהפוך את חיי כוחות הביטחון לתועבה בעיניהם. שילוב זה משיג חוסר יציבות. פעולה כמו חיסולו של סאדאת היא מאורע חד-פעמי. עשתה זאת קבוצה קטנה מאוד. בכל הקשר כולו הובאו לדין 31 איש, ומהם זוכו תשעה בידי בית דין צבאי מצרי. זו הייתה חולשה ביטחונית שהם ניצלו אותה, וקשה להניח שהדבר יחזור על עצמו. פעולה נגד ההנהגות היא אפוא משמעותית.

אולי לא הובן על מה התווכחתי עם אפרים הלוי. כוונתי לא הייתה למטיפים. הנקודה העיקרית היא אחרת: בעיני רוב התנועות הללו – פרט לאגף נוקשה מאוד, והכלל הזה נכון גם לגבי חמאס ואינו נכון לגבי הג'האד האסלאמי – עיקר הפעולה שלהן הייתה במקורה פעולת החינוך החברתי,

שאיננה רק תעמולה דתית, אלא היא כוללת גם פעילות של קליניקות המנוהלות בידי רופאים מתנדבים במטרה לאסלם את החברה מלמטה, כי אי־אפשר להשפיע עליה מלמעלה. ש"ס, למרות הדמיון המעניין, עובדת עדיין בקונטקסט דמוקרטי, ויש לה גם אפשרות פעולה מלמעלה. הואיל ואנשי התנועות האסלאמיות יודעים שאי־אפשר לפעול מלמעלה, הם מבקשים לבנות תאים של חברה אזרחית, ומהם להשיג את היעדים האמתיים. כבר אמרתי שציוויליזציה היא אידאלים פורמטיביים; אם כן, הנה רופא העובד בקליניקה בלי תמורה כספית, והנה אחות המעניקה ייעוץ בחינם, והנה מורה הנשאר אחרי השיעורים ללמד מתמטיקה ואנגלית בלי לקבל תשלום, ואחר כך הוא מבקש רק בקשה אחת: בואו נתפלל, ואולי אתם רוצים לבוא לשיעור קוראן; רק אם אתם רוצים, אינני מכריח איש. והמורה מושך כל כך בעצם הקדשת הזמן שלו לזולת, וכך אט אט אתה מאסלם באמצעותם את החברה. בעיניים של אדם כמו שיח' יאסין, נכון לתקופה שהיה בכפר יונה, ברור שהדעווה היא העיקר. הוא אמר לי במפורש: סיכנתי את הדעווה כשהצטרפתי לאנתיפאדה, אבל יש משבר לאומי בחברה שלי, ואינני יכול להתנתק ממנה. האם היום לנוכח סכנה לדעווה הוא לא יקריב פעולות ג'אהד? אינני יודע. צריך לבדוק זאת אֶתו או עם שכמותו, ליצור את מעגל העלות-תועלת. ערפאת, בתקופה שרצה לעזור לפרס לנצח בבחירות, לא רק נכנס למסגדים, אלא גם חסם מקורות כספיים, סגר קליניקות, סגר בתי ספר, סגר את הנוכחות האזרחית. הוא הוריד את עקומת פעולות הטרור, כי המתנגדים לו הבינו שמתחילים לפגוע להם בבכת העין. יש להניח שאם ערפאת ירגיש שהוא בסכנה אישית, שהם הולכים לכבוש ממנו את השלטון, הוא יכה בראש ובראשונה בכל אלה. מכה מעין זו גם אלימה פחות.

אני חושב שהשאלה החשובה שנשאלה כאן הייתה השאלה על הצלחה. האם יש מודלים להצלחה? אין. אין מודלים להצלחה. ההצלחה היחידה היא אירן. אך אירן היא עניין שיעי, והיא איננה רלוונטית לרוב העולם הזה, שהוא סוני. אל־קאעידה היא תופעה סונית טהורה. היו ניסיונות של אל־קאעידה ליצור קשרים עם המשטר באירן, אך המשטר באירן אינו רוצה לגעת בה, קודם כול כי אל־קאעידה היא תופעה סונית, ושנית כי הוא לא רוצה לפתוח את עצמו ולעסוק בענייני טרור שלא הוא ישרוט בהם. מובן שאין פירוש הדבר שלמשטר באירן יש אנינות נפש בשאלות הללו. אין להם אפוא סיפורי הצלחה. היה סיפור סוני אחד של הצלחה: סודן. המשטר הצבאי חיסל את בעלי בריתו האסלאמיסטיים, והיום הם בבתי כלא. אפגניסטן איננה דוגמה לשום דבר, כי אפגניסטן היא מעין קרוב כפרי מפגר, שהכול יודעים שהיא בפאתי עולם האסלאם, ואיש אינו משתבח בה. אם כך, אין להם סיפורי הצלחה, ולכן הם

מרשימים כל כך בעיניי. הטענה העיקרית של מאמרי היא שיכולת ההישרדות היא בכל זאת מרשימה, ושעדיין יש דור המוכן להסתכן, מפני שיש לו ראייה ארוכת טווח. כנראה יש די והותר בעיות מבניות בחברה, ולכן יהיו די אנשים מיואשים שיקנו את המיתוסים הפתוחים לכול.

נשאלתי על אינדונזיה. לא זה הכיוון. הצבעתי על אינדונזיה כדי להסביר מדוע יש מקומות שבהם הליברליזם מצליח. הסברתי שהתנאים להצלחת הליברליזם אינדונזיים כל כך, מיוחדים כל כך, עד שקשה לראותם. אבל אילו היית שואל אותי על מה צריך להשגיח בשבע עיניים עכשיו כדי להבין את סיכויי התופעה במדינות דמוקרטיות, הייתי משיב לך: טורקיה. הייתה שם תנועה שנוולדה מתנועה אלימה מאוד שהוכתה קשות בידי המשטר הצבאי. בראשית שנות השבעים התחיל מעבר כאוב ומהוסס לקבלת הדמוקרטיה, בהתחלה כנראה מסיבות קוסמטיות, עד שעלה דמגוג מוצלח מאוד, ארבקאן, קודמו של הנוכחי, שכנראה ניאות לקבל חוקי משחק רבים מאלה שקיבל קודמו. אבל הצבא הטורקי נותר חשדן כלפי ארבקאן והדיח את הממשלה שלו ב־1998. ארדואן (ראש ממשלת טורקיה), שהיה ראש עירייה מוצלח ודמוקרטי של איסטנבול, כנראה משחק משחק מורכב בהרבה מקודמיו. כמספר הטורקים שאני משוחח אתם על כך, כן מספר הדעות. האם האיש קיבל עליו את הדמוקרטיה? ברור שהיה פעם רדיקל, אך האם הוא רדיקל שהחליף את עורו? האם כל זה אינו אלא העמדת פנים? קצת מוקדם לשפוט, כי הוא רק למעלה משנה בשלטון, אבל הוא דוגמה להצלחה של מדינה לא־אסלאמית, ואפילו חילונית בחלקה אבל אסלאמית בתרבותה, שמפלגה אסלאמיסטית מובהקת הופכת למעין מפלגה דמו־נוצרית במוכך האירופי של שנות החמישים. לתופעה זו עשויה להיות השפעה על המצב בארצות האסלאם עצמן.

אסיים בנושא לא־אופטימי: ההתאבדויות. אין לי לזה תשובה. אני חושב שהמקרים האלה ספורים ועומדים לעצמם, ונראים מנסות להבין אותם. קראתי לא מעט על התופעה בסרילנקה, שם היקף פעולות ההתאבדות גדול בהרבה. רק 'מוצלחות' יש 220. הפצצות שם קטנות, ורובן היו סירות תופת. הואיל ואינני יודע על כך די, אני פוחד מרזולוציה. נראה שיש בחברה הפלסטינית נטיות להרס עצמי. הדבר כבר היה, וייתכן שהוא קורה גם הפעם. אחת האינדיקציות לכך היא הסיפור הבא. קרוב שלי, איש עסקים, מתנדב בתור עֵד ב'ד ושם', מקדיש יום בשבוע לִסְפֵר על קורותיו בשואה. גורלו די אופייני לניצולים רבים: ילד למשפחה מגרמניה שהוגלתה למחנה פליטים בדרום צרפת, הופרד מהוריו שנשלחו לאושוויץ, והוא עצמו גדל באורוות אצל איכר צרפתי שארגון מחתרת יהודי מסרו לידיו. הוא מספר את סיפורו בצורה צוננת מאוד, אבל כנראה מרשימה, ועל כן הוא עֵד מבוקש. יום אחד ביקשו

ממנו לבוא ביום אחר מיום העדות הקבוע שלו. משבא, אמרו לו שקהל שומעיו הוא סמינריסטים ערבים מחיפה הבאים ליום עיון זה במסגרת לימודיהם. אלא שיש בכך בעיה, כי מאז האנתיפאדה הם רואים בכיקור ב'יד ושם' מכשיר לשטיפת מוח, שקילת הקרבנות היהודית מול הקרבנות שלהם. הוא מספר שהזהירו אותו מראש שהם עשויים לפטפט, ללכת לבית שימוש וכו'. והנה, להד"ם. הם ישבו מרותקים, ובסוף הסיפור שאלו אותו וביקשו לדבר אתו. שאלה אותו נערה בת 19, ערבייה ישראלית מחיפה, שאחר כך נאמר לו שהיא המצטיינת בכיתה: תגיד, כשיצאת מן המחבוא ואת השפה הגרמנית איבדת, צרפתית לא למדת כי היית נער אורוות, למה לא חשבת על התאבדות? הוא, שיש לו תשובה לכל דבר והוא עד מתוחכם, נשאר פעור פה. השאלה נשאלה מתוך אמפתיה. היא נשאלה בעברית טובה. היא מעידה שההתאבדות איננה מיתוס פוליטי, אלא מיתוס קיומי. אינני טוען שזו תופעה נוסח ורטור, אבל יכול להיות שאצל נוער אינטליגנטי, במבוי הסתום בגיל ההתבגרות, ההתאבדות היא פתרון למצוקה. וזה מדאיג. דברים כאלה לא נתפוס אותם, בוודאי לא לגבי חברה זרה. בכל הדילמות המערביות המצב שלנו קשה בהרבה, כי העצמות אינן רק דתיות, אלא גם לאומיות וגאוגרפיות (שטח המריבה קטן).

את החומרים הנפיצים האלה, כמו שאמר דן מרידור בצדק, מהווים אנשים לא רבים, אבל הם נחושים ויכולים לעשות הרבה. נשאל זאת ההפך: מה זו הצלחה מבחינתנו? הצלחה מבחינתנו היא למזער את התופעה הזאת. צריך לחשוב על הדוגמה ההיסטורית, האנרכיזם של סוף המאה התשע עשרה. בקראך את 'הסוכן החשאי' מאת ג'וזף קונרד, אתה מוצא תופעות דומות מאוד: המערב הליברלי שרד תופעה זו בלי להפר את כלליו. הם רצחו נשיא אמריקני, והייתה תקופה שגם באיטליה ובארצות אחרות בדרום-מערב אירופה הם השליטו טרור, ובכל זאת הסיכוי הגדול שלהם היה ברוסיה; אלא שגם שם הם מיצו את עצמם. מן התופעות האלה לא נגזר שהן תחיינה לעד.

הדבר המפחיד בתופעה אצלנו הוא שיכול להיות שנוצר כאן כבר מעגל סגור – 'פיגוע-תגובה-נקמה' – שיכול להיות שהוא מזין את עצמו. בלי ספק, האלמנט הדתי בעימות, ואני חוזר לתזה קמא שלי, איננו האינטרס שלנו, וכדאי שלא להבליט אותו, גם כי הוא אינו נכון וגם כי הוא רק יחזק את מעגל הקסמים הזה.

מושב שלישי

**החיתוך בין דמוקרטיה, מלחמה
וטרור: שאלות משפטיות**

יום ראשון, ל' בשבט תשס"ד
22 בפברואר 2004

משתתפים

ירח טל	דן מרידור – יו"ר
אביעזר יערי	נאוה בן אור
אסא כשר	יותם בנזימן
רות לפידות	סיגל גולן-עתיר
דני סטטמן	עמנואל גרוס
דוד קרצ'מר	אורי דרומי
דניאל רייזנר	דודי זכריה

דן מרידור: ערב זה הוא השלישי בסדרת הדיונים שלנו בנושא 'דמוקרטיה נלחמת בטרור'. ההרצאה הראשונה בסדרה הייתה של אפרים הלוי, השנייה הייתה של פרופ' עמנואל סיון, והיום נשמע את הרצאתה של המשנה לפרקליטת המדינה, עו"ד נאוה בן אור, ואת הרצאתו של הסגן הבכיר לפרקליטת המדינה, עו"ד דודי זכריה. הרצאות אלו יגעו בשאלות המשפטיות של נקודות החיתוך בין הדמוקרטיה, המלחמה והטרור ובשאלות על התמודדותה של הפרקליטות עם הטרור באשר למשפט הפלילי ולצווי הביניים.

החיתוך בין דמוקרטיה, מלחמה וטרור: שאלות משפטיות

נאוה בן אור

אציג לפניכם נושאים הנוגעים לחיי היום-יום של פרקליט במחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה האמור להתמודד ברמה המעשית עם עברות ביטחון, על כל גוני הקשת שלהן. ואולם קודם לכול, כדי להדגים את הקשיים שאנו צריכים להתמודד אתם, נבחן לרגע תיק פלילי רגיל, תיק סמים. נניח שלמשטרה מגיע מידע מודיעיני, אולי אפילו עדות גלויה של אדם, בדבר פלוני שהחביא חבילת סמים, קילו הרואין. ואותו פלוני, כך ידוע, לא רק עוסק בסחר בהרואין, אלא הוא מתמחה, כדוגמה קיצונית, במכירת הרואין לתלמידי בתי ספר. האדם המעיד על כך במשטרה איננו יודע היכן הוטמנה חבילת הסמים; הוא רק מספר ששמע שאותו פלוני הטמין אותה. באמצעי חקירה סמויים המשטרה מנסה לעקוב אחרי החשוד הזה, להאזין לו האזנת סתר, והיא

אינה מגיעה לשום ממצאים, אינה מצליחה לאתר את החבילה. בסופו של דבר היא מחליטה לעצור את החשוד, להביא אותו לתחנת משטרה ולנסות להטיח בפניו את העובדות האלה: המשטרה יודעת שקנה סמים כדי למכור אותם; שהטמין אותם במקום כלשהו; שמישהו הלשין עליו; ושמעו אותו בהאזנת סתר מדבר בקודים. לנוכח כל זאת יש אפשרות שהחשוד יאמר משהו בחקירה, אולי אפילו יודה באמתות החשדות נגדו.

המגע הראשוני של אותו ברנש עם המשטרה קבוע בחוק, בסעיף 28 לחוק סדר הדין הפלילי. סעיף זה קובע שהקצין הממונה המחליט על מעצרו של חשוד צריך לתת לו הזדמנות להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו שהוא אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, שכל דבר שיאמר עלול לשמש ראיה נגדו, וכן שהימנעותו מתשובות על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו. הווה אומר, לפני הכול הקצין חייב להודיע לחשוד שהוא יכול לשתוק ברמת שתיקה כלשהי, בתגובה לכל השאלות או לחלק מן השאלות (אמנם נושא זה נידון היום בהיבטים אחרים, אבל ודאי שיש לחשוד זכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, ולכן ודאי שאינו חייב להשיב לשאלה היכן הסמים שהטמין), ואחר כך הוא חייב לציין בפניו שעליו להביא בחשבון שכל מילה ומילה שיאמר תתועד ועלולה לשמש ראיה נגדו, וכן ששתיקתו בחקירה יש לה משמעות.

ובכן, אותו ברנש מן הדוגמה הוא אדם המכיר את המשטרה זה כבר, ויש לו עורכי דין, והוא יודע שהדבר הטוב ביותר באמת הוא לשתוק; והוא שותק. לאחר יום חקירה או שניים המשטרה נאלצת להרים ידיים ולשחרר אותו; ופירושו של דבר שהחברה נוטלת על עצמה במודע את הסיכון שחבילת הסמים הזאת תמצא את דרכה ליעדה.

מדי יום ביומו אנו משלמים את המחיר החברתי הזה בידיעה ברורה שאיננו מסוגלים, באמצעים המקובלים בחברה דמוקרטית, לקבל את המידע האופטימלי. אנו יודעים שחבילת הסמים הזאת תמצא את דרכה לתלמידי בית הספר.

אנו מוכנים לקבל זאת בשם העיקרון של חזקת החפות, משום שכללי ה־Due Process, הזכות להליך הוגן, קובעים שלאדם יש זכות שתיקה או זכות להימנעות מהפללה עצמית וזכות לעורך דין, ושמעצר אינו בבחינת אמצעי חקירה בכלל אמצעי החקירה העומדים לרשות חברה דמוקרטית. אנו חיים עם קביעות אלו בשלום; לעתים בכאב לב, אבל בשלום.

ניטול עתה דוגמה, שלצערנו אנו רואים את תוצאותיה חדשים לבקרים, ונחליף את הסמים בחגורת נפץ. הנה מגיע מידע לשב"כ שפלוני מן החמאס או מגדודי חללי אל־אקצה הטמין במקום לא ידוע חגורת נפץ ושאלמוני אמור להגיע לשם ולקחת את החגורה. עוד אנו יודעים שכל התהליך הזה אמור

להתבצע ב־24 או ב־48 השעות הקרובות, וברור לכול מה יקרה אם לא נגיע אל החגורה. אשר על כן אין זמן להשתהות; אין אפשרות להאזנות סתר ארוכות ואין פעולת עיקוב ארוכה. השב"כ עוצר מיד את אותו פלוני שידוע שהוא שהטמין את חגורת הנפץ כדי שאלמוני ייקח אותה. עכשיו נשאלת השאלה אם חוקר השב"כ יקרא לו בעצמו, או באמצעות קצין המשטרה הממונה על החקירה, את סעיף 28 ויגיד לו שהוא איננו חייב לומר דבר העלול להפלילו, ושכל דבר שיאמר עלול לשמש ראיה נגדו, ושאם יימנע מלהשיב על שאלות הדבר עשוי לחזק את מערכת הראיות נגדו. זאת שאלה אמיתית, החוזרת על עצמה פעם אחר פעם בדוגמאות חיות.

יתרה מזאת, חוק שירות הביטחון הכללי, המגדיר בין השאר גם את תפקידי השב"כ, קובע בסעיף 7 שהשב"כ מופקד על שמירת ביטחון המדינה ועל שמירת סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות וכו'. לפי סעיף 7 ב, המתייחס לסעיף קטן א, הקובע את תפקידי השב"כ ואת יעדי השב"כ, ימלא שירות הביטחון הכללי תפקידים אלו: סיכול ומניעה של פעילות בלתי־חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי ובמוסדותיו. סעיף 8 לחוק השב"כ קובע שלצורך מילוי תפקידיו מוסמך השב"כ גם לחקור חשודים ושלעובדי אגף החקירות בשב"כ יש סמכויות של שוטר. מנגד, קצין משטרה לומד בקורסים להכשרת חוקרי משטרה שסעיף 3 לפקודת המשטרה קובע שתפקידי המשטרה הם אלו: 'משטרת ישראל תעסוק במניעת עברות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובהעמדתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים ובקיום הסדר הציבורי וביטחון הנפש והרכוש'. הדגש בשב"כ הוא בסיכול ובמניעה, ואילו הדגש במשטרה הוא בגילוי, בחקירה ובהעמדה לדין. הדילמה היום־יומית היא איך יוצרים את הקשר הראוי בין תפקידו של חוקר השב"כ לסכל פיגוע, כלומר להגיע לחגורת הנפץ בתוך 24 שעות, שאם לא כן היא תימצא באוטובוס קו 14 – וברור לו שאם יאמר לחשוד שהוא יכול לשתוק, אל חגורת הנפץ הזאת הוא לא יגיע – לבין תפקיד השוטר לגלות, לחקור ולהעמיד לדין.

ביקשתי להציג לכם דילמה זו באמצעות פסקי הדין בשלוש פרשות. האמת היא שכל אחת ואחת מהן בעלת מאפיין אחר. האחת עניינה 'אורח' שהגיע אלינו מן החוץ, המחבל ממוצא גרמני, סמירק. הוא הועבר לידי חזבאללה כחלק מעסקת החליפין בין ישראל לבין חזבאללה תמורת גופות שלושת החיילים, עדי אביטן, עומר סואעד ובני אברהם, והאזרח אלחנן טננבאום. פרשה אחרת היא אביגדור אסקין. אסקין שייך לענף טרור מסוג מסוים, הטרור היהודי. הפרשה השלישית היא אדם בשם עאצי, ערבי ישראלי שהוחמד בהשתייכות לקבוצת טרור שהתכוונה לבצע פיגועים במסילת הרכבת. כל אחד

ואחד מחברי הקבוצה עבר את תהליך החקירה בשב"כ, ולאחריו – חקירת משטרה.

בכל אחד ואחד מן התיקים הללו התלבט בית המשפט בשאלה מה משקלה של ההודאה שנמסרה מפי הנחקרים בחקירה בשב"כ ושכמוכן התקבלה ללא מימוש האזהרה הקבועה בחוק, פשוט מפני שאיש מן החוקרים לא נתן את דעתו – וכך העידו חוקרי השב"כ עצמם בבתי המשפט – שהם חוקרים את החשודים ללא אזהרה. ולא זו בלבד שלא הזהירו את החשודים, החוקרים אף העידו, בכל שלושת התיקים, שהשתדלו מאוד ליצור במהלך החקירה אווירה שהנחקר יחשוב או יבין שהוא חייב לענות לשאלותיהם.

בפסק הדין בעניין סמירק מציינת השופטת ביניש שחוקרי השב"כ אינם נוהגים להזהיר חשודים בדבר זכותם לשתוק ואינם מזהירים חשודים כי כל מה שיאמרו יוכל לשמש נגדם ראייה במשפט, לנוכח עמדתם שתכליתה הבסיסית של חקירת השב"כ אינה איסוף ראיות לצורך הליך משפטי, אלא גילוי מידע הנוגע לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה במטרה למנעה ולסכלה. הואיל ומטרתה של חקירת השב"כ היא מניעה וסיכול של פעולות טרור, הרי לנוכח הסכנה הנשקפת מן החשוד והצורך המידי לאסוף ממנו מידע, אין לעמוד על קיומה של אזהרה. במקרים כאלה השאלה הטעונה הכרעה אינה חובת אזהרת החשוד בחקירה סיכולית של השב"כ, אלא קבילות ההודאה שנגבתה ללא אזהרה במשפטו של מי שנחקר כאמור.

בית המשפט הגיע למסקנה שמאחר שאין כאן מוטיבציה פסולה, דהיינו פסילת הודאה משום הצורך לחנך חוקרי משטרה שישמרו על כללי החקירה כקבוע בחוק, אלא ההפך: מוטיבציה אמתית וחפה מכל זדון – להגיע לחגורת הנפץ או למפעיליו של המחבל – מאחר שכך הכירה השופטת ביניש בכך שלשם סיכול יש לאפשר לחוקרים שלא להזהיר את נחקריהם; היעדר אזהרה במקרים אלו לא יפסול, כשלעצמו, את ההודאה. עם זאת, בהמשך פסק הדין ציינה השופטת שהיא ערה לכך שמאז חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, השתנתה נקודת האיזון בהליך הפלילי לטובת הנאשם. הגם שהפסיקה עד היום לא השתנתה גם בתיקים פליליים רגילים, אי־אזהרת חשוד לא פסלה את הודאתו. השופטת הוסיפה ואמרה שייתכן שחקיקת חוק היסוד תגרום שבמקרים מסוימים ובקטגוריות מסוימות יפסול בית המשפט את קבילות ההודאות בחקירות פליליות שבהן לא הייתה אזהרה, אבל לא זה יהיה דינן של הודאות בעברות ביטחון, שכן אז רציונל המניעה והסיכול גובר, והוא מצדיק את קבילות ההודאה בחקירה.

לכאורה הכול בסדר גמור. הנה יש לנו הודאה קבילה ואפשר להרשיע. אבל הדרך עוד ארוכה, משום שמשלושת פסקי הדין הללו ומרבים אחרים עולה

שבית המשפט של היום רגיש מאוד לשאלת המשקל של ההודאה. זאת אומרת, קבילות ההודאה היא עניין יפה כשלעצמו, כי הוא חלק מחומר הראיות המוצג לבית המשפט; ואולם השאלה היא אם אפשר לבסס הרשעה על סמך הודאה שנגבתה בהיעדר אזהרה. כאן נכנס לתמונה גורם נוסף הקשור בחקירות שב"כ. בדרך כלל חוקרי השב"כ אינם מתעדים במלואה את ההודאה הנגבית מן הנחקר. הם רושמים את מה שמכונה בעגה המקצועית 'זיכרון דברים'. שאלת המשקל של ההודאה היא אפוא כפולה או אפילו משולשת: אין אזהרה, יש יצירת אווירה שבה הנחקר נתפס כמי שחייב להשיב לשאלות, ויש בעיה באופן הרישום וברמת הפירוט של תיעוד החקירות של שירות הביטחון הכללי.

עד כה נידון אופן הגבייה של ההודאה מפי נחקר, עוד לפני שעורך הדין שלו נכנס לתמונת החקירה והחל להשיא עצות לחשוד. עתה יש לדון בבית המשפט. הנה למשל פרשת עאצי: הגם שמדובר בחשדות חמורים מאוד בדבר התארגנות לפעילות טרור בדמות הורדת רכבת מן המסילה, על כל ההשלכות הקשות שיש לפעולה זו, בסופו של דבר בית המשפט – שקיבל את ההודאות, משום שחזקה עליו הלכת בית המשפט העליון בעניין סמירק שהיעדר אזהרה איננו פוסל את ההודאות – העניק להן משקל אפס. בית המשפט קבע שהרישום לא היה מדויק, אפילו על פי כללי הרישום והדיווח שהשב"כ עצמו מקבל עליו. חוקרי השב"כ העידו שהם הטיחו בפני הנחקר פרטים מוכמנים כי רצו לקבל את אישורו למה שהם רצו. כך יצא שהחקירה הייתה 'מזוהמת' לחלוטין, כלומר לא היה ברור מה הנחקר יודע ומה הקיש או מה חוקרי השב"כ יודעים.

המסקנה המתבקשת משלושת פסקי הדין הללו היא שהמחיר שאנו משלמים על כך שבתי המשפט מקבלים שחקירת השב"כ נושאת אופי סיכולי הוא הקושי להוכיח את האשמה במשפט הפלילי. המשמעות היא שאדם החשוד במעורבות בהתארגנות טרור להורדת רכבת מהמסילה, ישתחרר לביתו, משום שבית המשפט איננו מוכן לבסס הרשעה על יסוד ההודאות השב"כיות. עניין זה עולה גם מפרשת סמירק. השופטת בייניש קובעת כי אלמלא הודאה משטרתית שנגבתה מאוחר יותר, בתנאים שבהם היא מקבלת שהרישום היה מדויק והאזהרה הייתה אזהרה וכן הלאה, היה לה קשה מאוד לבסס את ההרשעה על יסוד ההודאות שנגבו בשב"כ. כלומר יש שטר ושוברו בצדו: בית המשפט איננו מוכן לייחס משקל של ממש לתוצרי החקירות האלה, והוא עושה הבחנה ברורה מאוד בין הקבילות שלהם, שתרומתה היא בשילוב ההודאות במערכת ראיות רחבה מהן, ובין היותן תשתית עיקרית להרשעה, שלא תתאפשר כלל, אלא אם הנסיבות הסגוליות שבהן התנהלה החקירה מצדיקות מתן משקל מלא או רב להודאות שנגבו במסגרתה.

אני רוצה להפנות את תשומת לבכם לכך שהיום קיים בספר החוקים חוק סדר הדין הפלילי: חקירת חשודים. חוק זה לא נכנס לתוקף באופן מיידי בשל בעיות תקציב, והוא מחייב את המשטרה לתעד תיעוד חזותי וקולי כל חקירה וחקירה של חשוד בעברה שעונשה מעל עשר שנים. בסוף החוק יש סעיף הקובע שמיום תחולת החוק ועד תום חמש שנים מיום זה, לא תחול החובה לתעד חקירת חשוד בעברת ביטחון בתיעוד חזותי או בתיעוד קולי, לפי סעיפים מסוימים. כלומר, מצד אחד המחוקק קיבל שיש ייחודיות לחקירת השב"כ, שאיננה מאפשרת תיעוד קולי וחזותי, משום שבדרך זו תיחשפנה שיטות החקירה והדיכוי של חוקרי השב"כ, ומצד שני זו איננה הכרעה ערכית של המחוקק. לשון אחר, המחוקק מעניק לחוקרים זמן התארגנות ארוך מן הקיים, אך הוא איננו מוכן לקבל את התפיסה הערכית שמהיום ועד שייכון השלום, חקירות השב"כ ייחשבו חקירות שונות מחקירות אחרות, מבחינת כללי התיעוד שלהן.

דן מרדוד: אני רוצה להפנות את תשומת הלב שבעניין זה התקבלה פשרה שלא הייתה לרוחי. אפשר להסביר פשרה זו באמצעות עיקרון, כפי שעשית זה עתה, ואפשר להסביר אותה באמצעות עלות: תיעוד עולה כסף רב, ואין לכך מימון. דוח לנדראו מציע לתעד את כל החקירות, ואף אני דרשתי זאת. השאלה היא אם אפשר להשתמש בתיעוד זה בהמשך ההליך. לפי דעתי, בשב"כ לא רצו תיעוד כלל, ולא מטעמים תקציביים.

נאוה בן אור: השב"כ משוחרר מעריכת תיעוד קולי וחזותי. הוא חייב לתעד את החקירה בזיכרונות הדברים הרגילים, אבל לא לצלם ולהקליט. ההצעה שהשב"כ יקליט ויצלם אך לא יעביר את החומר היא לדעתי הצעה בעייתית מאוד. יהיה קשה לדעת על מה אפשר להוציא תעודת חיסיון ועל מה אי־אפשר לעשות זאת. האפשרות להשאיר קלטות אצל השב"כ בלי להעבירן לסנגוריה אינה ישימה לדעתי. גם אינני משוכנעת שיש לבעיה פתרון חוקי. יצירת חומר חקירה המתעד את דברי הנחקר – לרבות הניואנסים של החקירה והמשא ומתן בין הנחקר לבין החוקר והפרטים המוכמנים שהחוקר אולי פלט מפיו וכו' – והשאר את החומר הזה בידי המערכת החוקרת בלי להעבירו לסנגוריה הן כשלעצמן רעיון מורכב ובעייתי. לפי דעתי, רעיון זה איננו פותר את הבעיה שהשב"כ מוטרד ממנה.

למעשה, כפי שהראיתי בדוגמאות ובתוצאות חקירת השב"כ, אין חקיקה מיוחדת לחקירות ביטחון, והתוצרים שלהן נבחנים בדרכים הרגילות של ההליך הפלילי. למעט מניעת פגישה עם עורך דין לתקופה מסוימת, שפרופ'

גרוס ציין בדבריו, אין בחוק סדר הדין הפלילי מאפיינים מיוחדים בדבר זכויות החשודים בעברות ביטחון; אין מאפיינים יוצאי דופן, ואין קודקס מיוחד לחקירות ביטחון. המאפיין או האמצעי הדרקוני ביותר בחוק סדר הדין הפלילי הוא סעיף 35 לחוק, המאפשר מניעת פגישה בין חשוד לבין עורך דין ובהגבלות מסוימות: במשך עשרה ימים המניעה יכולה להיעשות על פי החלטה של הממונה על החקירה, ואפשר להאריך אותה ל-11 ימים נוספים על פי צו של בית משפט מחוזי על פי בקשה המוגשת באישור היועץ המשפטי לממשלה. כלומר אפשר למנוע פגישה בין עורך דין לבין לקוחו במשך 21 יום לכל היותר.

מניעת פגישה זו איננה המצאה כה דרקונית, כפי שהדבר נראה ממבט ראשון. ראשית, אין מחלקים את האישורים האלה בקלות רבה; כלומר לא פשוט לקבל מבית המשפט הארכת מניעה של פגישת עורך דין-לקוח מעבר לעשרת הימים הראשונים. שנית, באדיבותו של עו"ד דודי זכריה אספנו דוגמה של מוראותיה של חקירה אחת בעניין מחתרת 'בת עין', שניסתה להניח מטען חבלה רב עצמה ליד בית ספר בא-טור. נדמה לי שחקירה זו כללה 109 הליכים בבתי המשפט למיניהם תוך כדי ניהולה.

על כל החלטה למנוע פגישה מוגש ערר. לערר זה אפשר שלא להביא את החשוד, מכיוון שהחוק קובע שאפשר לנהל את הדיון בערר בהיעדר החשוד, אלא אם ציווה בית המשפט שהוא יובא לפניו. בדרך כלל, כך אני שומעת מחבריי הפרקליטים המופיעים בבתי המשפט, בתי המשפט נעתרים לבקשה שלא להביא את החשוד. אבל במקביל מוגשים עררים על עצם החלטת המעצר; על כך, על עצם החלטת המעצר, חייבים להביא את החשוד לבית המשפט. לכן קבע החוק שהדיון בערר בבקשה למעצר של חשוד שפגישתו עם עורך דין נמנעה, יתקיים עם העצור ועם סנגורו בנפרד, באופן שימנע את הקשר ביניהם וכו'. כאן מתחילה הלולאה: מביאים את החשוד ומחזירים אותו, ואחר כך מביאים את הסנגור ומחזירים אותו, וחוזר חלילה. בסופו של דבר, משלושים ימי חקירה הניתנים לחוקרי עברות ביטחון, נדמה לי שנותרים חמישה או שישה ימי חקירה אמתיים שבהם החוקרים והחשוד שוהים יחד במתקן החקירות.

'טיולי' החשוד וסנגורו אין-סופיים, ואין לנו ספק שהם והעררים, שבמקרים רבים הם חסרי כל תשתית או תוחלת, מוגשים רק כדי להפריע לחקירה. אחד המאפיינים של חקירות השב"כ הוא שימוש רב בתרגילי חקירה. הם נמשכים לפעמים ימים. הדרך למנוע זאת היא הגשת עררים בלי שום הגבלה בכמות העררים ובערכאות שאפשר להגיע אליהן, מבית משפט השלום ועד לבית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון, ללא בקשת רשות. העילות

לעיון חוזר מגוחכות, וחרף זאת בית המשפט נאלץ להזמין את החשוד, לקבוע דיון וכו', והנה כך נוצרת דוגמה של 109 הליכים שצוות חוקרים קטן מאוד צריך לרוץ סביבם במשך כחמישים יום.

בדרך זו מפריעים לחקירה, ואם צריך להביא את העצור, החקירה נעצרת. הבאת חשוד היא מהלך בן יום שלם; אם החשוד נמצא למשל בבית המעצר קישון והחקירה צפונית, צריך תחילה להביא אותו לבית משפט השלום בחיפה, והרי כולנו מכירים את הפקקים של הקריות; ואחר כך יש להסיע אותו אל בית המשפט המחוזי בחיפה, ואחר כך לבית המשפט העליון בירושלים; והדבר חוזר על עצמו פעם אחר פעם. גם לא תמיד השופט מתפנה בדיוק ברגע שמביאים את החשוד. נוסף על כך, החוקרים הם המכירים את חומר החקירה, והם הנקראים לפרוס לפני השופט את חומר החקירה, את העילות להמשך החקירה, את הסיבה למספר נקוב של ימים ולא פחות ממנו וכן הלאה. בכל מקרה, כל אותו זמן החשוד איננו במתקן החקירות.

זאת ועוד: אספנו חוברות הדרכה אידאולוגיות למפגעים. חוברות הדרכה כאלה אינן קיימות אצל עברייני סמים, אבל עברייני טרור מגיעים לחקירות מתודרכים כרבעי. לאחרונה זוכה אדם בשם בן ברוך, הקשור למחתרת בת עין. במהלך כל החקירה הוא ישב ושתק או אמר תהילים. כשהגיע למשפט, הייתה לו גרסה, וכשטענו לכבישת הגרסה, השיב שקיבל עצה שלא להסתבך עם חוקרי השב"כ, כי הם אנשים לא אמינים המסוגלים לסבך את הנחקרים שלהם במיני תעלולים שונים. משום כך, טען, שתק בחקירתו. בית המשפט לא התרשם כלל מטענות התביעה בדבר כבישת הגרסה, ובסופו של דבר זיכה את בן ברוך.

זאת ועוד זאת: משום שאין קודקס – ויש לשאול אם אכן צריך קודקס מיוחד לחקירות ביטחון – אנו מוצאים את עצמנו טרודים באשר להשלכות שיש לטענות מסוימות שלנו בתיקים פליליים רגילים על תיקים ביטחוניים. חוק חקירת חשודים הוא דוגמה מובהקת לצורך בפשרה כלשהי עם חקירת השב"כ, ונקודת המוצא היא שאם אין אומרים דבר, חוק זה חל מיד על חקירות שב"כ.

דוגמה נוספת היא חקירה שהתנהלה ברשות לניירות ערך בעניין הרצת מניות. במהלך החקירה הגיש עורך דינו של אחד החשודים עתירה לבג"ץ בטענה שזכות ההיוועצות עם עורך דין כוללת גם את הזכות שעורך הדין יהיה נוכח בחקירה, כמו שרואים בסרטים מאנגליה ומארצות הברית. היה ברור כי לקביעת בית המשפט שזכות ההיוועצות כוללת גם זכות נוכחות יהיו השלכות על חקירות ביטחון. לכאן נכנס רכיב נוסף: החשש מפני עורכי דין מגויסים שאינם אלא חלק מן ה'חבורה'; כלומר גם אם הם אינם עוברים עברות ביטחון

ממש, הם מסכינים עם העברות מבחינה אידאולוגית. אחדים מהם אף עוברים עברות ממש: מעבירים לחשודים חומר וכו'. כל זאת יש כמובן לסייג בסייג חמור: אין להטיל דופי בכלל עורכי הדין המייצגים חשודים ונאשמים בעברות ביטחון באופן הלגיטימי ביותר. מדובר במיעוט שבמיעוט, אך פגיעתם עלולה להיות קשה במיוחד.

דודי זכריה: עורכי הדין מעבירים חומר בין חשודים, מכניסים טלפונים ניידים, והיו אף מקרים של הוצאת הוראות מן הכלא החוצה לפעילים בחוץ שהיו צריכים לדעת איך להיערך בהיעדר החשוד.

נאוה בן אור: כדאי להעיר כי במקרים רבים ההתלבטויות ביחס לאסור ולמותר בחקירות שב"כ מחייבות החלטה בזמן אמת, ואפילו בדרך של התייעצות טלפונית. על הפרק עומדים במקרים רבים סיכול פיגוע העומד להתרחש, ומנגד – זכויות האזרח וחזקת חפות במדינה דמוקרטית.

דן מרידור: אליקים רובינשטיין כתב חוות דעת אחרי פסק דין העינויים בשב"כ – אני אינני מסכים אתה – ובה קבע שאין להיוועץ באיש מראש, אלא לעשות ולשאול אחר כך. המלצה זו לא הייתה לרוחי, אבל כך נהוג במדינה. נהוג עד היום שעובדי מדינה נועצים ביועץ המשפטי. היועץ המשפטי קיבל עליו את החובה, את האחריות, לעוץ עצה. מכיוון שהיועץ אינו רק מייעץ אלא גם מעמיד לדין, הוא כבול בעצתו. אם הוא מתיר לעשות דבר מה, והאיש שקיבל ממנו את ההיתר עשה זאת, האיש יודע שהוא לא יעמוד לדין בגין מעשהו, כי הוא חוקי. השאלה היא אם הדבר מותר גם לגבי חקירות שב"כ. באשר לעינויים או לעתירות הבג"ץ הידועות, בבג"ץ החקירות נקבע שאין להתיר דבר מראש.

נאוה בן אור: ברצוני להדגים את הקשיים בדוגמה הזאת: יש מידע שבתוך 48 שעות יתרחש פיגוע, ובחקירת שב"כ יושב אדם מתודרך היטב החשוד בקשרים עם ארגון טרור, וחייבים להכריע הכרעות מיידיות.

לא חשוב אם הוא אזרח או לא אזרח, הזכויות הן אותן זכויות. מעולם לא נתבקשתי ולא כתבתי חוות דעת המבחינה בין אזרחים לבין תושבי הרשות הפלסטינית, מבחינה זו.

הנה אדם יושב בחקירה ואינו פותח את הפה, ומישהו סוטר לו כדי שיגיד איפה מוסלק המטען. כתוצאה מסטירת הלחי פותח האיש את פיו ומגלה את המבוקש ממנו (איפה המטען ומי צריך להגיע אליו). ואנו מגיעים אל המטען

ואל המחבל המתאבד שהיה צריך לאסוף אותו. מה עלינו לעשות עם ההודאה הזאת בהגשת כתב אישום? ראשית, לא הזהירו את הנחקר; שנית, החקירה מתועדת בצורה של זיכרון דברים; שלישית, נמנעה ממנו זכות ההיוועצות עם עורך דין; רביעית, היכו אותו, והוא טוען ל'זוטא'. השאלה היא אם לוותר על כתב האישום הזה, כלומר לשלוח את החשוד הביתה. ויש לזכור: האיש הזה איננו סוחר סמים שהבין שהמשטרה יודעת על מעלליו, ולכן אולי הוא ייזהר כמה שנים ויימנע מעברות סמים. האיש שאנו מדברים עליו יעשה מחר בבוקר אותו הדבר בדיוק. הוא גם יודע שאין לנו שום יכולת לשמור על כל החשודים הביטחוניים ולעקוב אחריהם ולבדוק שהם באמת אינם חוזרים ומסליקים מטעני נפץ. מה עושים אפוא עם האיש הזה? האם הפתרון הדמוקרטי האחר הוא מעצר מנהלי? גם בו יש בעיות רבות, וגם הוא אינו פשוט.

העובדה שמצאו את המטען בעקבות דברים שאמר משמשת ראייה נגדו גם בהינתן העובדה שהוא הוכה. משום כך, במקרה זה אפשר לכלוא אותו בגין מעשהו. אבל נניח שההודאה שלו רחבה בהרבה, ושבעקבות הסטירה הזאת הוא לא רק סיפר לנו על המטען, אלא גם על כל הקשרים שלו עם אנשים רעים אחרים; זו הודאה המעמידה אותו באור מסוכן בהרבה ופורסת יריעה רחבה בהרבה של מעורבותו בעברות ביטחון; מה עושים עם כל זה? והרי אין מטען הקושר אותו לכל היתר.

אין אצלנו כלל של פרות העץ המורעל. אפשר לצלם אותו מוביל אותנו למטען. בדרך כלל המשטרה היא הנכנסת לתמונה בשלב הצילום והשחזור.

דן מרידור: כלומר התיעוד מתקיים זמן רב מאז הסטירה או המכה. האיש ודאי כבר שוחרר בעסקות האחרונות.

דוד קרצ'מר: הוא ישב במעצר מנהלי, ואחר כך נכלל במה שנקרא 'חוק לוחמים בלתי חוקיים'.

דן מרידור: נאווה בן אור התחילה בסעיף 28 ובחובה להזהיר את הנחקר וכו', וברור מן הסיפא של דבריה שהשאלה בעלת היקף רחב הרבה יותר: כאשר יש ידיעה מודיעינית על פיגוע עתידי ונשאלת השאלה מה הם האמצעים שמותר להפעיל כדי למנוע זאת, התשובה יכולה להימצא במשרעת שבין עינוי, המהלך החמור, האסור בתכלית האיסור, ועד מתן אזהרה בדבר זכות השתיקה או הצעת עסקה שלמה שכל תכליתה איננה להעניש את הנחקר, אלא למנוע את הפיגוע, להציל חיי אדם. זאת שאלה מוסרית כבדה בעלת השלכות משפטיות.

דילמות משפטיות: הפרקליטות מול הטרור

דודי זכריה

אעבור משלב החקירה לשלב ההעמדה לדין וניהול המשפט, ואתייחס לכמה מן הדילמות שהחומר המיוחד, קרי משפטי טרור, מעורר אצלנו.

אקדים ואומר: לא אציג משנה סדורה בדבר האופן שהדברים צריכים להיראות, אלא שאלות שתמיד אפשר לשאול בשתי רמות: האם הן מטרידות? האם הן צריכות להטריד את התביעה במדינה דמוקרטית? אדגים: בהרצאתו ציין עמנואל סיון שהרתעה בטרור יכולה להיות מושגת באמצעות הרתעת מנהיגים או באמצעות הרתעת אנשי המעגל השני. ניהול משפטים פליליים נגד אדם נעשה בדרך כלל משני מעגלים אלו, בהנחה שהטרוריסט הוא מחבל מתאבד. מכאן, שאנחנו מנהלים תיקים פליליים נגד אחד משלושת השחקנים האלה: מנהיג פוליטי; איש המעגל השני (מישהו שסייע, שחיפה, שידע, שהשאיר את המטען במקום מסוים, שקיבל ממישהו במעגל השני של מבצעי הפיגוע) או איש מימון טרור (תחום זה חדש ובעייתי, ואנחנו מתמודדים אתו באינטנסיביות רבה בתקופה האחרונה).

אתחיל במנהיגים הפוליטיים ובדילמות שהעמדה לדין שלהם מעוררות אצלנו. הדילמה הראשונה נובעת מן הפער, בחלק גדול מן התיקים האלה, בין המידע המודיעיני (הכללי) לבין המידע המעשי (הראיות הגלויות).

יש לא מעט מנהיגים פוליטיים שאנו שוקלים את אפשרות העמדתם לדין. במקרים כאלה ייתכן שיש מודיעין מצוין שהאיש זומם לבצע, באמצעות אחד האנשים הסרים למרותו; פעולות טרור חמורות מאין כמותן. לעתים מן המידע מתברר שהאיש אמנם אינו משתתף בתכנון או בייזום, אבל פעולות ומהלכים שלו מפורשים אצל אנשיו כמתן אור ירוק לפעילות אלימה.

אעיר הערת ביניים על אודות המודיעין. איך אנו מגדירים מודיעין מצוין? יושבים פה אנשים המבינים טוב ממני מהו מודיעין מצוין, אבל יש לזכור שמודיעין היום אינו אדם המגיע אל רכז השב"כ בכפר ולוחש לו באוזן 'תשמע, הבחורצ'יק הזה מתכנן פיגוע'. לכול ידוע שלמדינת ישראל יש כלים מודיעיניים. אפשר לנחש שכאשר אנו מדברים על מודיעין מצוין, אנו מתכוונים גם לתיעוד כמעט חי, בזמן אמת, למודיעין שהוא פעמים רבות טוב מן הראיות שאנו מציגים בבית המשפט לתכנון ולביצוע של הפיגועים. לא סוד הוא שלקהילת המודיעין יש היום יכולות המאפשרות לעקוב אחר תכנון הפיגועים ואחר ביצועם ממש בעת התרחשותם, בכלים המשכנעים ביותר שאפשר להעלות על הדעת.

דילמה ראשונה היא אפוא מה נכון לעשות כאשר יש מנהיג פוליטי

שהראיות שאפשר לעשות בהן שימוש מאפשרות להציגו כמנהיג פוליטי הממוקם בקצה השמאלי או הימני של המפה הפוליטית, כלומר מנהיג שנוי במחלוקת, אבל עדיין נהנה מתמיכה מסוימת של גופים וארגונים הממוקמים במרכז, יחסית לו.

פעמים רבות במקרים כאלה, ידוע מן החומר המודיעיני שאנחנו נחשפים אליו, שאדם זה מסוכן מאוד, וששמנו בפומבי הוא מתבטא בזהירות ובמתניות, אבל במחשכים הוא מתכנן תכניות נוראות. וכך אתה ניצב לפני השאלה אם להגיש כתב אישום נגד אדם זה, כתב אישום העלול אמנם להצטייר כציבור ובבית המשפט כניהול משפט פוליטי או רדיפה או סתימת פיות, אבל יש בו לכל הפחות מניעה מסוימת של היכולת שלו להמשיך לתכנן במחשכים פיגועים או כל פעילות טרור שהיא. זו דילמה קשה מאוד. מן הניסיון שהצטבר בעשר השנים האחרונות עולה שבתי משפט אינם הולכים אתנו בדרך כלל. גם בית משפט עליון וגם בתי משפט בערכאות נמוכות ממנו אינם רואים בעין יפה תיקים פליליים המובאים לפניהם, כאשר כל מה שיש בהם הוא התבטאות, גם אם היא לכאורה עברה פלילית, כגון הסתה לגזענות, הסתה לאלימות וכיוצא בזה. במקרים כאלה, ההליך הפלילי כולו נכנס למעין מעטפת חוקתית. אסביר: בדרך כלל אנו רגילים לנהל הליכים פליליים בעזרת ראיות פשוטות; אנו מביאים את הראיות, הסנגור חוקר את העדים, אחר כך הוא מביא את העדים שלו, ואנו חוקרים אותם, ולבסוף בית המשפט מכריע אם הנאשם ביצע את העברה או לא. כאן הדברים שונים: כאן יש מנהיג פוליטי או מנהיג דתי שהעברה שלו היא פרשנות של טקסט דתי – ולצורך העניין, אחת היא אם הטקסט הדתי הוא התנ"ך או הקוראן – אשר מאפשרת לאנשים להבין את הטקסט כהיתר לאלימות: למשל, בתיק של התנועה האסלאמית אנו מתמודדים עם השיח' קרדאווי שהוציא פתווה המתירה פיגועי התאבדות נגד יהודים ונגד כופרים, ובקצה השני של המפה הפוליטית – עם הרב עידו אלבה, שהגיע לבית המשפט העליון משום שניתח ניתוח הלכתי כלשהו, ובעקבותיו הסיק שאיסור 'לא תרצח' חל רק על יהודים.

הדיון הכבד והקשה שבית משפט ניהל בתיק זה היה בסוגיות שנגעו לחופש הדת, לחופש הביטוי, לחופש ההתאגדות. זו שאלה חוקתית המעצבת באורח ניכר את הטיפול בתיק.

דילמה נוספת בתיקים אלו נוגעת ליחסים העדינים מאוד בין המדינה לבין הקהילות המרכיבות אותה. גם פה הדילמה של התביעה כפולה. השאלה הראשונה היא איך ישפיע המשפט על היחסים בין המדינה לבין הקהילה; אפשר לחשוב על משפטים שיגבירו את הניכור בין המדינה לבין הקהילה, בעוד שהכלה של ההתבטאויות או של ההתנהגויות של המנהיג (ושוב אני

מנטרל את המודיעין לגבי אותו מנהיג), כלומר הבלגה מסוימת עליהן, תאפשר אולי למתן או לרכך מגמות בדלניות בתוך הקהילה. במקרה כזה עלינו לשאול את עצמנו שאלה שנייה: האם התביעה במדינת ישראל צריכה בכלל לשקול את השיקול הזה? אינני יודע אם התביעה שוקלת זאת במודע, או אולי השיקול קיים מאליו בשיקולים שלנו. מכל מקום, כאשר אנו צריכים להחליט על הגשת כתבי האישום מסוג זה, השאלה השנייה, הנורמטיבית, היא הקשה יותר.

דילמה נוספת בתיקים אלו, דילמה המעצבת אותם אף היא, היא פרק הזמן הארוך שהמשפטים הללו נמשכים. בדרך כלל, הליכים פליליים במדינת ישראל מסתיימים בתוך חצי שנה, תשעה חודשים, שנה. לפעמים תיקים משתרעים על פני שנה וחצי ושנתיים, ואז בית המשפט העליון לוחץ עלינו לסיים בהם את המלאכה.

בגלל המורכבות שתוארת לעיל, תיקים מסוג זה מתפרסים כאמור על פני תקופות ארוכות מאוד, שנים רבות. הם עוברים את כל המסלול, את כל הערכאות, והשאלות רק נצברות ונהיות מורכבות יותר ויותר. אגב כך, במקרים לא מעטים המציאות הפוליטית משתנה.

אתן לדוגמה את רצה רבין ואת האווירה סביבו: כתבי אישום שהוגשו מיד לאחר הרצח התנהלו שלוש-ארבע שנים ולפעמים יותר, ובמהלכן החברה הישראלית השתנתה, מציאות חיינו השתנתה, הכול השתנה. כך יוצא שלפעמים מצטיירת התביעה כמי שמנהלת מאבק ארכאולוגי בניסיון לשתב את ההיסטוריה דרך המשפטים של מנהיגים פוליטיים או של כאלה שהיו מעורבים באירועים היסטוריים מסוג זה (יש על כך עבודה תאורטית מעניינת מאוד של ליאורה בילסקי). הדברים הללו 'מזהמים' את המשפט הפלילי, מכיוון שהם מכניסים לתוכו יסודות שהמשפט הפלילי בבסיסו, בדוקטרינות המזוקקות שלו, אינו ערוך להתמודד עמם. המשפט הפלילי בנוי להתמודד עם אדם שביצע עברה מובהקת: שוד, אונס, רצח, גנבה. חוק העונשין קובע מה מותר ומה אסור, ואילו הפרוצדורה ודיני הראיות מכתיבים את המעבר משלב השאלה אם האדם ביצע את העברה לפי חומר הראיות שבידי התביעה אל שלב ההכרעה אם הוא אכן ביצע זאת. כאשר מכניסים להליך הפלילי את כל ספקטרום השיקולים האלה, שהם בבסיסם חוץ-משפטיים, מקבלים הליך פלילי 'מזוהם'; זו המילה המדויקת ביותר שאני יכול למצוא במילון.

אסביר למה התכוונתי במונח 'מזוהם'. הזוהמה נדבקת לדעתי כך: כאשר אתה מחליט להגיש כתב אישום נגד אדם בעברת שוד, השאלה איך ישפיע הדבר על יחסה של קהילה מסוימת למדינה איננה מהווה בעבורי שיקול בהחלטה אם להעמידו לדין או לא. במקרה כזה אתה בוחן את הראיות ואם יש

נסיבות אישיות יוצאות דופן המצדיקות אי־העמדה לדין, למשל מחלה סופנית וכיוצא בזה. המשפט הפלילי מעולם לא פיתח דוקטרינות להתמודד עם שאלות כגון השפעת המשפט על מערכת היחסים בין הקהילה לבין המדינה. זו שאלה שגם לא ברור אם היא משפטית כלל ועיקר. במהותה זו שאלה פוליטית. הזיהום שאני מדבר עליו קורה אם ראשי התביעה, הצריכים להכריע בדבר העמדה לדין, שוקלים את השאלה הזאת; ואם כן, יש לשאול אם מבחינה נורמטיבית נכון לשקול אותה. אולי המונח 'זוהמה' טעון מדי, אבל לכך אני מתכוון כשאני מדבר על 'זיהום'.

שיקול נוסף המזהם את התביעה נוגע לדילמה אם להביא בחשבון, במהלך ניהול החקירה והמשפט, שמי שהוא האויב שלך היום יכול להיות הנושא והנותן אתך מחר; לעתים ייתכן שאותו אדם שאתה מעמידו היום לדין פלילי יהיה מחר זה שתצטרך לנהל אתו משא ומתן מדיני. ושוב עולה השאלה אם על התביעה הכללית לשקול שיקול זה. האם במציאות הטרור המשפט הפלילי צריך לפתח לעצמו דוקטרינות כדי להתמודד עם שאלות מסוג זה? ברגותי הוא דוגמה מצוינת לכך.

דן מרידור: שאלות של חופש הביטוי נוגעות גם למחתרת היהודית של פעם. אנשי ציבור של היום היו קשורים במחתרת בעבר. הגם שהמודיעין ידע שאנשים מסוימים קשורים במחתרת, הייתה התלבטות אם להעמיד אותם לדין או לא. אולי השאלה בדבר ההשלכות שיהיו למהלך כזה על הקהילה ועל קשריה עם המדינה עלתה אז בדעתם של המחליטים. ערוץ שבע הוא דוגמה טובה או אייבי נתן, מן הצד השמאלי של המפה הפוליטית, שעשה אותה דבר שנים רבות, ולא העמידו אותו לדין.

דודי זכריה: תחום שני של דילמות בנוגע להעמדה לדין הוא מה שנהוג לכנות 'אנשי המעגל השני': מסייעים, מסייעים, מממנים, תצפיתנים וכדומה. ההשקפה הבסיסית המלווה את הטיפול בתיקים אלו היא שאנשים במעגל השני מחויבים פחות לדרך מהגרעין הקשה של הטרוריסטים, ולכן ניתן להשיג במקרה שלהם הרתעה או שיתוף פעולה במידת הצורך. מכאן שיש חשיבות רבה לשימוש במשפט הפלילי במקרים אלו.

מספר קשיים עולים מן האפשרות של העמדה לדין של אנשי המעגל השני. הקושי הראשון הוא שבאופן כללי, המשפט הפלילי רואה ב־מחדל התנהגות חמורה פחות, מבחינה נורמטיבית, מאשר במעשה. נכון שאפשר להרשיע כל אדם בכל עברה על דרך המחדל. אבל הדבר נכון רק ברמה העקרונית. בפועל, כאשר אדם יודע שהשכן שלו או בן הדוד עומד לבצע מעשה טרור, אפשר

להאשים אותו באי־מניעת פשע, ואפילו בעברה חמורה מזה, אם מדובר בעברות ביטחון: עברת חיפוי. עם זאת, העמדה לדין במקרים כאלה עשויה להיות בעייתית מכמה טעמים. ראשית, העונשים קלים יחסים. שנית, גם כאן נכנסים להתמודדות לא פשוטה מאוד עם בית המשפט, אשר בדרך כלל אינו רואה את מי שישב ולא עשה דבר כמי שעשה מעשה ונמצא ברף החומרה שהיינו רוצים לראות אותו בו. מדוע? בלי להיכנס כאן לדיון היסטורי, אומר שהסיבה היא שהמשפט הפלילי, שירש עיקרון זה מן המשפט האנגלי, מכיר בזכות מוגבלת ביותר להעניש אנשים שישבו ולא עשו דבר. שלישית, יש קושי ראייתי. המשפט הפלילי הקים מחסומים ראייתיים, למשל בעברות שמנתי בדבר אי־מניעת פשע וחיפוי וגם בעברות הנוגעות לסיוע לאחר מעשה, כלומר למי שסייע לטרוריסט להסתתר. גם אי־אפשר להעמיד לדין כאשר מדובר בן משפחה מדרגת קרבה ראשונה. וכך, כאשר מישהו יודע על אה, על הורה או על מישהו במעגל הראשון של האחריות, שהוא עומד לבצע מעשה טרור, אי־אפשר להעמיד אותו לדין על עברה זו של אי־דיווח.

קושי שלישי בתיקים אלו נובע מן האפשרות המוגבלת מאוד שיש לנו להגן על אותם אנשי המעגל הראשון שהסכימו לשתף פעולה והחליטו לספר מה קרה ביום שסיימו את חלקם. במקרים אלו נוצרים קשיים רבים, שאמנם אינם ייחודיים לעברות טרור, אבל הם מתעוררים בהן במלוא העוז. כך למשל, קשה מאוד להגן על יכולת ההעדה שלהם שלא בנוכחות הצד השני. למעשה, אין פרוצדורה בהליך הפלילי המאפשרת העדת עדים שלא בנוכחות הנאשם וכמובן בני משפחתו. אמנם אפשר למנוע נוכחות של בני משפחה, אבל נוכחות של נאשמים בוודאי אי־אפשר למנוע. עדות מאחורי פרגוד וכל הכלים המוכרים האחרים הם מנגנונים שהאפקטיביות שלהם מוגבלת מאוד, אם מדובר בכפר שבו הכול ידוע לכול: היום מתנהל משפט, והיום מגיע העד החשוב שכולם דיברו עליו, ובכפר רואים ויודעים מי לא הלך היום לעבודה, ומיד מבינים מי האדם ש'פתח'.

אעבור מכאן לדילמות בניהול המשפט עצמו. אתיחס לדילמה הקשה ביותר הנובעת מן העיסוק בתיקי טרור. לפני חצי שנה הייתי בארצות הברית והוזמנתי מטעם משרד החוץ לשאת הרצאה לפני תובעים פדרליים במדינת פנסילבניה בנושא 'התמודדות הישראלים עם תיקי טרור'. מדובר בתובעים שעיקר עיסוקם הוא תיקי טרור. כשהגענו, נכנסנו לבניין ה־FEDS המאובטח היטב. עוד לפני שהגענו לאולם ההרצאות, כבר במעלית, השאלה הראשונה שנשאלתי הייתה איך אנו מתמודדים עם מה שמכונה באנגלית exculpatory evidence, 'ראיות מזכות'.

exculpatory evidence היא דוקטרינה, לא הראיה המזכה עצמה. מה

הכוונה בשאלה הזאת? ברור שבכל התיקים שאנו מנהלים, מעבר לרובד הגלוי, שהוא במקרים רבים רק קצה הקרחון, יש חומר חסוי רב. ההנחה היא שכאשר יש במחסנים או במרתפי השב"כ חומר היכול לזכות נאשם, הדבר מותר לתביעה אחת משתי האפשרויות: לשחרר את החומר או לחזור בה מכתב האישום. אבל זו הדילמה הקלה יחסית; זאת אומרת, אם קיים חומר מזכה חר-משמעית, לא צריכה להיות שום התלבטות. השאלה הקשה יותר, ואתה אנו מתמודדים ללא הרף, היא מה עושים עם חומרים 'רכים', כלומר חומרים שאינם בהכרח מזכים, אלא בפרשנויות מסוימות או בהקשרים מסוימים שלהם הם עשויים לתרום לקו ההגנה שהנאשם מנסה לבנות.

בהנחה שמדובר בחומר מודיעיני מסווג, האפשרות לשחררו להגנה איננה מעשית. אז מגיעה השאלה הקשה מכול: האם על סמך חומר זה צריך לשלוח את מי שנחשד בביצוע מעשה טרור הביתה, או שמא יש להמשיך את התיק ולא לשחרר את החומר להגנה? מי השותף שלנו לדילמה זו? השותף הוא בית המשפט העליון. בבית המשפט העליון יש מגמות שונות, ולכן קשה לדבר על בית המשפט העליון כעל מקשה אחת. יש שופטים שמבחינתם המבחן הוא כמעט לינארי: אם יש אפשרות, ואפילו קלושה, שסנגור מוכשר מאוד יצליח לבנות מן החומר קו הגנה או אפילו רק להראות שעד מסוים מהימן פחות ממה שהיה רצוי, חובה לשחרר לו את החומר או לחזור בנו מן האישום.

ראוי להעיר בהקשר זה כי גם ההגדרות של בית המשפט העליון לשאלה מהו חומר חקירה אינן הגדרות המקלות עמנו. בית המשפט העליון מגדיר חומר חקירה ככל דבר שהוא רלוונטי לאישום. אסביר את מורכבות הבעיה.

כאשר בא מומחה, נאמר פסיכיאטר, לבית המשפט ואומר שאדם מסוים סכיזופרן, הוא משתף את כל בית המשפט בתהליך קבלת ההחלטות שלו; הוא חושף לפני השופט את החומר שעמד לנגד עיניו, מראה לו את התהליך שבמסגרתו קיבל את ההחלטה, ועל כך הוא מוסיף רובד נוסף: ניסיונו ומומחיותו שרכש במשך שנים ושאפשרו לו להסיק את אותה מסקנה.

כאשר אנו מתמודדים עם עדויות מומחים מקהילת המודיעין, אין לנו היכולת לעשות זאת. מומחה מקהילת המודיעין מעיד בבית המשפט שהוא בדק את הגוף הזה ומצא שהוא ארגון טרור. כאשר שואל אותו בית המשפט מנין הוא יודע זאת, משיב המומחה לבית המשפט: אינני יכול לספר לך. למה? מכיוון שאם אספר לך, מיד אהיה חייב לספר זאת גם לסנגור, ואינני רוצה לספר לסנגור. זו אפוא דילמה קשה מאוד, ומבחינת ניתוח החומר החסוי, היא מחייבת אותנו לקחת אותו, ולא להסתפק בחומרים המיידיים שעליהם התבסס המומחה, ולבקר את כל תהליך ההיסק המודיעיני של המומחה. יש להבין:

יושב מומחה באמ"ן וחוקר זה עשרים שנה את ארגון החזבאללה, ואילו אנו צריכים לנסות לערוך בקרה או להציג לבית המשפט העליון, בהליך ייחודי, את מנגנוני הבקרה המאפשרים לנו לומר בוודאות שהחומר שהמומחה ראה לנגד עיניו לא יוכל לסייע להגנה.

בהליך הפלילי, למעט בפרוצדורה הייחודית שתיארתי לעיל, אין שום מסלול המאפשר הגשת חומר ראיות בלא לחשוף אותו לעיני הסנגור. אמנם בשלבים ראשונים של המעצר אפשר לעשות זאת, אבל בזמן ניהול המשפט הפלילי אי-אפשר. שוב אנקוט את המונח 'לזהם': בחשיפת השופט למידע מודיעיני העשוי להשפיע עליו ובלי להגדירו כראיה קבילה מסתכנים ב'זיהום' השופט.

דן מרידור: אתה מכיר תופעות כאלה בהליכי ביניים, כמו מעצרים מנהליים וכדומה. לפעמים הדברים נעשים בהסכמה בבג"צים או כשהנאשם מסכים לכך. היו מקרים כאלה.

זה לא הליך פלילי. יש בג"צים שבהם הסנגור או בא כוחו של הנאשם מסכים שבית המשפט יראה ראיות לעיניו בלבד. אבל באין הסכמה כזאת, אי-אפשר להרשיע אדם על סמך חומר שלא ראה. בארצות הברית יש בעיה דומה עם מוסאווי; הם אינם רוצים להגיש חומר ראיות, משום שהם אינם מראים אותו להגנה. הם יצטרכו להחליט אם לסגת מן האישום או לחשוף את החומר. זו בעיה רווחת בכל שיטת משפט. ראיה המוצגת רק לעיני השופט, ולא לעיני הנאשם, נוגדת את מהות הדין הפלילי.

דודי זכריה: שיטת המשפט האמריקנית פתרה זאת באמצעות בית דין צבאי (military courts), אבל לזה אגיע בהמשך, במידה שהזמן יאפשר לי.

דילמה נוספת הנובעת מן העיסוק בחומר חסוי היא שבהליך פלילי רגיל, כללי המשחק המקובלים הם שחוקר השב"כ או חוקר המשטרה הרוצים לפנות אל החשוד חייבים לעבור דרך עורך הדין שלו. מיום שיש לחשוד עורך דין המייצג אותו, אנו חייבים לעבור דרכו, והדבר ברור לכולם.

מה אנו עושים במצב כזה? במהלך ניהול משפט פלילי נגר חוליית טרור היה אחד הנאשמים מוכן למסור 'אינפורמציה סיכולית' במובן המידי של המילה, ובמקביל גם כזו העשויה למנוע פיגועים עתידיים. גם במקרה זה, המשפט הפלילי בדוקטרינות המובהקות שלו אינו ערוך להתמודד עם מצב כגון זה. על פי הכללים הרגילים של המשפט הפלילי, אותם כללים שכינתי 'דוקטרינות מובהקות', אתה אמור לפנות לעורך הדין של החשוד ולומר לו שהלקוח שלו פנה אל התביעה וביקש למסור אינפורמציה, אולי

בתמורה לטובת הנאה. במקרה זה, מתנהל הליך מסודר שבמסגרתו מגיעים לאינפורמציה או לא.

בהליך הביטחוני, ברוב המקרים החשוד אינו יכול לערב את עורך הדין, שכן ברור שהפנייה לעורך הדין תיוודע בהקדם גם לחברי החוליה האחרים היושבים בתאי המעצר. גם מובן שהוא אינו יכול לאפשר לאיש לדעת שהוא יצר קשר עם חוקרי השב"כ.

כל מהלך הפנייה לחשוד כדי לקבל ממנו אינפורמציה העשויה למנוע פיגועים עתידיים קשה מאוד לביצוע בתיקי טרור המתנהלים כתיקים פליליים. קשה לנו מאוד להגן על אי־מסירת האינפורמציה לסנגורים ולנאשמים האחרים. אמנם אפשר, בתנאים מסוימים ולתקופה מוגבלת, להקפיד את מסירת החומר, אך מדובר בתקופה החייבת להיות קצרה. קושי מיוחד מתעורר כאשר אגב הפגישות האלה, החשוד מוסר אינפורמציה הקשורה גם בחוליה הספציפית. במקרה כזה, ודאי לפי ההגדרות המקובלות, מידע זה נחשב 'חומר חקירה', וחייבים למסור זאת להגנה. כך למשל, אם תוך כדי הסיפור החשוד גם מספר דבר הקשור לפרשייה בעקיפין, אנו חייבים למסור זאת להגנה, וממילא יש קושי ממשי להגן על חשאויות המפגש הזה, אף שהוא יכול להיות סיכולי.

בכלל, ההליך הפלילי לא נבנה להתמודדות עם תיקי טרור, הגם שבפועל הוא משמש כלי למלחמה בטרור; ולנוכח הקשיים שצוינו לעיל, האפקטיביות שלו ככלי שכזה מוגבלת. מכאן אפשר לשאול מהן המשמעויות של קושי זה. אם המשפט הפלילי הוא הכלי המרכזי ללחימה בטרור, כי אז צריך להבין שיש לכך השלכה על החברה. אחת משתיים: או שלא נלחמים בטרור באמצעים אחרים, ובכך מסכימים במודע ליטול סיכון מסוים באשר לזהותנו כחברה דמוקרטית, או שמנפיקים כלים אחרים למלחמה זו, במקום ההליך הפלילי.

למה הכוונה ב'כלים אחרים'? למשל, המשפט המנהלי (נושא ההרצאה הבאה בסדרת ההרצאות). ההליך המנהלי כאמצעי ללחימה בטרור הוא באופן טבעי פוגעני יותר ונתון פחות לביקורת שיפוטית מן ההליך הפלילי, מכיוון שמקבל החלטה להפעיל סנקציה אלימה של המדינה אינו בית המשפט, ששמע ראיות וקבע שהאדם אכן ביצע את המיוחס לו, אלא האדמיניסטרטור. ולצורך הדיון, אין זה משנה אם האדמיניסטרטור הוא שר הביטחון או פקיד מטעמו או אפילו ראש הממשלה. זו עודנה החלטה אדמיניסטרטיבית הנתונה לפיקוח שיפוטי ולא להכרעה משפטית. המדינה גם יכולה להחליט שהכלים המאפשרים לה לחימה בטרור שאובים מן המשפט הבין־לאומי. אז נוצרת הדילמה Fight or Indict. במקרה זה המדינה מצהירה שאין לה שליטה על

הטרור המופעל כנגדה ושהיא אינה יכולה להתמודד עמו בכלים של המשפט הפלילי; אשר על כן צריך להילחם בו, כי הרי המדינה לא תאפשר לטרור להגיע אל סף דלתה.

החלפת המשפט הפלילי ב'כלים אחרים' היא אפוא דרך אחת להתמודד עם הקושי הנתון. דרך אחרת היא להחליט שצריך 'לרכך' את המשפט הפלילי ולהתאימו למציאות של לחימה מתמשכת בטרור, אף שמשמעות הדבר היא פגיעה בזכויות חשודים. ההצדקה לכך היא שהמחירים של אי-הכנסה של המשפט הפלילי, על המוגבלויות שלו, ללחימה בטרור, הם מחירים שאיננו רוצים לשלם. אנו מעדיפים לרכך את המשפט הפלילי כאשר נדרשת התמודדות עם טרור לעומת האפשרות שרק המשפט המנהלי והבין-לאומי יכתיבו למדינה כיצד להילחם בטרור. אדגים: בבריטניה נערך ניסיון מעניין מאוד, ולא ברור מה עלה בגורלו: הטענה המרכזית היא שהוא נכשל, אבל אינני משוכנע בכך; לאחרונה קראתי ספר מרתק המתאר את הניסיון כמהלך שלא נכשל. כוונתי למה שמכונה Diplok Courts. את 'בתי המשפט של דיפלוק', בתי משפט לטרור בצפון אירלנד, הקים לורד דיפלוק. הם נסגרו לאחר כמה מקרים שבהם הוכח שאנשי המודיעין האנגלי בדו ראיות, ואלו התקבלו אחר כך בבית המשפט.

אסקור בקצרה את העקרונות של בתי משפט אלו. המאפיין המרכזי מהותי פחות לנו, אבל מהותי מאוד בשיטת המשפט הבריטי – ביטול המושבעים. בבריטניה מהלך זה עורר שערורייה, והיה אחד הגורמים המרכזיים שערערו את הלגיטימציה של בתי המשפט האלה בציבור, מכיוון שהם לא נוהלו בידי חבר מושבעים, Jury, אלא בידי שופטים מקצועיים. הסיבה לכך הייתה שהמוסד 'חבר מושבעים' לא היה מעשי בתיקי טרור בצפון אירלנד. בתי המשפט של דיפלוק כללו ריכוכים מהותיים מאוד בנוגע לקבילות ההודאות וגם הודאות שנגבו מהפעלה של אמצעים פיזיים נחשבו ראיות קבילות. והיו ריכוכים נוספים. למשל, המשטרה יכלה לטעון שאדם מסוים חבר בארגון טרור, בלי להסביר או להצדיק את ההאשמה הזאת, וטענה זו נתפסה בבית המשפט כראיה קבילה.

בסופו של דבר, בתי המשפט האלה בוטלו, אבל קיומם מצביע על צורך שהיה בבריטניה להתמודד אחרת עם תיקי טרור בגלל המאפיינים הייחודיים להם. בשנתיים-שלוש האחרונות, בעקבות 11 בספטמבר 2001, ניכרות מגמות אחרות בבריטניה, בארצות הברית ובקנדה. אדגים להמחשה.

דוגמה ראשונה: לאחר 11 בספטמבר 2001 נחקק בבריטניה חוק הקובע עברה פלילית שעונשה מאסר למי שאינו מוסר אינפורמציה למשטרה שיש בה כדי לסייע למניעת עברת טרור. יש להבחין בין המצב הזה לבין המצב אצלנו.

החוקים בדבר אי־מניעת פשע או חיפוי עוסקים במעשה עתידי: יודע אדם שעומד להתבצע מעשה עתידי ואינו מונע אותו, הרי הוא עובר עברה. החוק בכריטניה מחייב כל אדם ואדם למסור מידע למשטרה, גם אם המידע שלו יכול לסייע באכיפת החוק בגין מעשה טרור שכבר בוצע.

דוגמה שנייה: כבר בשנת 2000 נחקק בכריטניה חוק המאפשר לקצין בדרגה בכירה להיות נוכח בעת מפגש בין עורך דין ללקוחו תוך כדי הפרה רשמית של החיסיון הקדוש ביותר בהליך הפלילי, החיסיון בין עורך דין ללקוחו. מחוקקי חוק זה ראו אותו כחוק הכפוף לאמנה האירופית לזכויות אדם; זאת אומרת, הם לא ראו את עצמם כמי שסוטים מן האמנה; ואינני יודע אם היו עתירות נגד חוק זה.

דוגמה שלישית: לתביעה הכללית הקנדית יש אפשרות לתת צו שגילוייו של חומר מסוים יפגע בביטחון המדינה, ועל כן חומר זה איננו נתון לשום ביקורת שיפוטית (דבריי מבוססים על דוח ארגון זכויות אדם המבקר את חקיקת הטרור בקנדה). הדבר שונה מן המצב אצלנו, שהרי החומר נתון לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון. אינני משוכנע שהתיאור של ארגון זכויות האדם משקף באמת את המצב המשפטי בקנדה; אבל נראה שהמצב שם היום שונה מזה שהיה בעבר.

דיון

דן מרידור: להרצאות המעניינות שלעיל יש חשיבות מהיבט נוסף. לפני שבועיים-שלושה הייתי בלונדון בביקור בן ארבעה ימים עם עוד כמה משפטנים ישראלים, ובהם שופטים מבית המשפט העליון. זה שנים, מאז הייתי שר המשפטים, מתקיים דיאלוג עם שופטים מקרב שופטי בית המשפט העליון הבריטי, ואני רואה שהיחס לבית המשפט העליון הישראלי ולמערכת המשפט הישראלית הוא של הערכה רבה מאוד. הדיונים בארבעת הימים הללו היו על אודות זכויות אדם בהיבטים שונים. במאמר של סטיין (Stein), שחילקנו אותו למתדיינים, נמתחת ביקורת חריפה על המתרחש בשטח שבשליטת האמריקנים בגוונטאנמו ועל התנהגות הבריטים מצד אחד, ומצד שני יש בו המלצה ללמוד מבית המשפט העליון הישראלי איך צריך לנהוג בטרוריסטים. אמנם זו הערה שאין לה קשר ישיר לדיון זה, אבל אני מעיר אותה כי היה נעים לשמוע את הדברים, גם אם לפעמים המחירים כבדים.

זאת ועוד: כבר בתורתנו אנו מצווים למצוא מערכת נורמטיבית מחייבת, שלא תהיה מנותקת מן החיים ('וחי בהם'), דהיינו שהחיים לא ינוהלו במעגלותיהם בנפרד מן המערכת הנורמטיבית. צריך שאוכפי החוק והאנשים שהחוק חל עליהם יכבדו את החוק; הדבר יתאפשר רק כאשר אפשר יהיה לחיות על פי החוק.

ועם זאת, עלינו לדעת שבסופו של דבר מסוכן מאוד להיגרר אחרי המתח והלחץ שפעולות טרור מחוללות. המבחנים האמתיים של מדינה ושל מערכת המשפט נשקפים אליהן מן המראה בערוב היום, בשעה שבמבט רטרוספקטיבי הן יכולות להיות שלמות עם החלטותיהן ועם מעשיהן. לדעתי, כמעט אין מדינה שחוקקה חוקים קשים בלי שראשיה היו משוכנעים באותה עת שהם מוכרחים לחוקק אותם; מוכרחים שיהיה גוונטאנמו, ומוכרחים לעצור את כל האמריקנים-היפנים בזמן מלחמת העולם השנייה וכו'. שאלת המפתח היא שאלת איזונים. אני מניח שהדילמות שהוצגו כאן, פתרוןן באיזון ולא בשום פתרון אחר.

השאלה האחרונה נוגעת לחיינו בשני עולמות נפרדים: עולם האכיפה הפלילית ועולם המלחמה. בין העולמות יש שטח חיתוך או שטח אפור, ובו מתנהלת לחימה בין המדינה לבין אזרחיה. כך לדוגמה, האמריקנים מנהלים לחימה נגד אזרחים שלהם: עוצרים אזרח אמריקני בגוונטאנמו ללא דיווח ואפילו ללא מסירה של שמו. כאן מדובר בעולם מעורב; בלחימה נגד אחד משלנו, ולא נגד אויב מוגדר מחוץ לגבולות. השאלות המרכזיות הן איפה

נגמרת המלחמה ואיפה מתחיל המשפט הפלילי ואם יש משהו ביניהם. ולבסוף, בסופו של הסימפוזיון אנו רוצים לנסות לגבש לנו תובנות אחדות חדשות או קיימות שטרם נוסחו כהלכתן, כדי לשפר, להציע שינויים. הייתי מבקש שנחליט אם יש מה לשנות או לא. על כן אבקש מן הדוברים להציג גם אפשרויות לשינוי המצב.

אסא כשר: אנו יכולים לחשוב במונחי חוק זכויות ההגנה הביטחונית על החיים. הנה יש לנו חוק זכויות החולה; מהו חוק זכויות החולה? הרי למעשה הוא כבר גלום בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ואולי אף בחוקים אחרים. ובכל זאת המדינה מנסחת חוק נפרד, כלומר מנגנון שלם המפרט זכויות, דרכים להגן עליהן מפני הסכנות למעגל הקיום הבסיסי של חיי האזרח, קרי המחלות המסכנות את חייו ואת בריאותו, הנכויות וכו'. לפי 'זכויות החולה', אינני רואה מדוע לא נוכל לחשוב במונחי 'זכויות האזרח כמי שהוא מטרה לטרור'. אינני מציע שמות לחוק, אלא נושאים שיש לעסוק בהם במסגרת זו. נראה לי נכון יותר לבחון את חקירות השב"כ וכיוצא בהן מזווית ראייה זו מאשר מזווית הראייה של דיונים כלליים בדבר זכויות האדם בהקשר הזה. חקירות השב"כ, למשל, הדיון הציבורי הסטנדרטי בהן מעיד על דאגה לזכויות הנחקר, אבל איש אינו מקיים דיון זה מחדרה לזכויות האזרח העלול להיפגע ברחוב מפגיעו, מפני שיש מגבלות על חקירות השב"כ. לכן צריך ליצור מוקד, מנוף משמעותי, ברמות חוק שעניינו זכויות ההגנה על החיים של האזרחים, חוק שממנו אפשר לבחון את הדברים לא מצד המגבלות על חוקרי השב"כ, אלא מצד המגבלות על המגבלות, כפי שכינה זאת הנשיא אהרן ברק.

גם על המגבלות המוטלות על המערכת החוקרת והאוכפת יש מגבלות ההכרחיות לאיזון הדרוש, כי הרי מדובר בחיי האזרחים. אם יחוקק חוק כזה, הוא יהיה מסגרת מושגית וחוקית. עניין זה ודאי צריך להתלבן בהזדמנות הזאת.

הועלו פה כמה נקודות שצריך להבחין בהן הבחנות חדות ככל האפשר, הבחנות שאנו רגילים שלא להבחין, שהתרגלנו שלא להבחין. אתחיל בדוגמה מדבריה של נאוה בן אור; שאלתי אם העצור היה אזרח או לא, והתשובה הייתה בזו הלשון: זה לא מעניין אותי.

כשאני מתבונן בזכויות האדם לא במבט של ההרגל המשפטי אלא במבט פילוסופי, אני מבקש לבחון מה מצדיק את הזכות הזאת – זכות אדם. בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם יש 50 סעיפים, ו־49 סעיפים מהותיים ראשונים, כלומר חלק ניכר ומשמעותי בהם הם זכויות אדם בהיותו אזרח, לא אדם באשר הוא אדם.

כך למשל, הזכויות החברתיות. לכל אדם ואדם יש זכויות אדם באשר הוא אדם, כי יש סף שאסור לרדת מתחתיו, אבל יש לאדם גם זכויות חברתיות: חינוך, בריאות, פרנסה. האם עליי לדאוג לכל אלה בעבור כל אדם? לא. לשם כך יש מדינה הצריכה לדאוג לזכויות החברתיות שלו. הזכויות החברתיות הן זכויות המתחייבות לאזרח; הן אינן זכויות המתחייבות לכלל האנשים באשר הם בני אדם.

לעומת זאת, יש זכויות המתחייבות לבני אדם באשר הם בני אדם. אני כותב עתה עבודה ובה ניתוח של כל אחת ואחת מן הזכויות לפי תפיסתה את האדם באשר הוא אדם. חלק גדול מדי של הזכויות הוא באמת על שום האדם באשר הוא אדם, אבל חלק ניכר למדי מהן הוא על שום האדם באשר הוא אזרח, באשר הוא שותף להסדרים האזרחיים של מדינה דמוקרטית.

בבחננו את כל ההנחות בתחומי ההליך המשפטי התקין, הבה נראה מה נובע מן העובדה שאנו אזרחים במדינה מתוקנת, דמוקרטית, שחשוב לה מאוד לשמור על זכויות האזרח באשר הוא אדם שהוא אזרח, ומה אינו נובע מזה.

זכות השתיקה, הזכות שיש לאדם שלא להפליל את עצמו, הזכות לקבל עורך דין – כל אלה הן זכויות אדם באשר הוא אדם או אדם באשר הוא אזרח? כשאנו בוחרים ב'אזרח', יש ויתורים רבים שאנו מוכנים לנקוט; למשל, מוטב שעשרה פושעים יסתובבו חופשיים מאשר חף מפשע אחד בכלל. למה מוטב שעשרה פושעים יסתובבו חופשיים משיש אחד זכאי בבית הסוהר? האם משום שאלה הסדרים של האדם באשר הוא אדם או הסדרים של האדם באשר הוא גם אדם וגם אזרח? אינני שואל זאת כשאלה רטורית, כאילו אני מזמין את התשובה שאלה זכויות של אזרח ולא של אדם. אבל אני מזמין לחשוב חשיבה חדשה ורעננה על כל ההסדרים הנראים לנו מובנים מאליהם בתור זכויות אדם, והם למעשה כלל אינם מובנים מאליהם בתור זכויות אדם, אלא בתור זכויות אזרח במדינה דמוקרטית. משום כך אנו צריכים להבדיל בין אזרח לבין לא-אזרח. אם לא מציגים זאת נכון, השאלה עלולה להישמע גזענית. כך למשל בסיפור היריות בגדר הפרדה. אלו היו חלק מן הטענות: אילו היינו יודעים שיש ישראלים בין המפגינים, לא היו יורים. וכי דם ישראלי סמוק יותר [מן הדם הפלסטיני]? אם באמת אתה אומר שדם ישראלי סמוק יותר מדם אחר, אמירתך נשמעת גזענית. אבל הרי יש הוראות פתיחה באש בישראל: יש הוראות פתיחה באש 'לילך כחול', ויש הוראות פתיחה באש בקו התפר. למה? מפני שזה בישראל: כשאנו מול אזרחים, זה 'לילך כחול', וכשאנו לא בישראל, ההנחיות אחרות. אבל הן אינן חלות על אזרח גרמני או על אזרח ישראלי בתל אביב. בתל אביב אותן ההוראות חלות על הכול. זה לא אזרחי; זה המדינה.

אנו מקבלים על עצמנו בתור אזרחים מגבלות שאיננו מקבלים על עצמנו מול בני אדם. לא נעשה סיכול ממוקד בתוך המדינה, גם אם משהו עומד לצאת משם ולסכן חיי אדם, ולא נעשה סיכול ממוקד בתוך כפר ערביי ישראל. סיכול ממוקד מבצעי, מבצעי ממש, לא נעשה. לא נניח לכמה אזרחים להיהרג בתוך כפר ערביי ישראלי כדי למנוע את יציאתו של מי שעומד לצאת משם לפעולת טרור; והנה אנו מרשים לעצמנו לעשות זאת במקום אחר, מפני שאנו מבדילים בין אזרחים לבין בני אדם כאשר הם בני אדם. אני יודע שקשה מאוד לקבל את דבריי, כי אנו שטופי מוח בסוגיה זו. אנו שטופי מוח בכיטוי 'זכויות אדם', שהוא ביטוי לא־מובחן, שהוא במקרים רבים מאוד 'זכויות האזרח' ולא 'זכויות האדם'. יש שאנו מדברים על 'זכויות האדם והאזרח', אבל העובדה שאלו שתי מערכות טושטשה.

נקודה שנייה בדבריי היא תנאי החקירה של השב"כ. אני חושב ששוב צריך לחדד את ההבחנה בין חקירת שב"כ לשם סיכול לבין חקירת שב"כ לשם בניית תשתית להעמדה לדין. בהינתן קונפליקט בין שני סוגי חקירה אלו, עלינו להחליט למי מהם יש קדימות בעינינו. יש שחקירת הסיכול תתנהל כך שלא נוכל אחר כך להשתמש בה להשגת הרשעה בדין. אלה החיים: יש מתח בין מעשים ובין מטרותיהם, ואכן הרשעה איננה חזות הכול. חזות הכול בחקירת שב"כ, פירושה שלא יהיה פיגוע. אמנם בעיניי אין זה חזות הכול, אבל היא חזות העיקר. אם אפשר גם להרשיע את החשוד בדין, מפני שעשה את מה שעשה, מה טוב; אבל צריך לקבוע כאן את סדרי העדיפויות. אני חושב שיש לנו תקדים בתחום סדרי העדיפויות בחוק חסיון התחקיר המבצעי. ההחלטה לערוך תחקיר מבצעי כדי למנוע מחר את הישנות התקלה אתמול חשובה מחקירת מצ"ח שסופה להעמיד מישהו לדין. ולכן קודם כול נערוך את התחקיר המבצעי; תחקיר זה חסוי, והוא גלוי רק לעיני הפרקליט הצבאי הראשי; וזה אינו יכול להשתמש בחומר שלפניו, אלא רק להורות על פתיחת חקירה. לפי החוק, אי־אפשר להגיש את החומרים האלה לבית המשפט כראיה קבילה. התחקיר והפקת הלקחים בשאלות חיים ומוות חשובים אפוא מן ההרשעה ומן השירות לצדק.

דרך אגב, אין לנו חסיון התחקיר המבצעי הרפואי, ואין סיבה שלא יהיה לנו. בפרשת ועדת הבדיקה בהרסה עין כרם (חולה נפש אושפז, עלה לגג, קפץ ונהרג; המשפחה רצתה את המסמך של ועדת הבדיקה של בית החולים, ובית החולים לא רצה לתת לה; המשפחה פנתה לבג"ץ וקיבלה ממנו את מבוקשה), המליצה ההסתדרות הרפואית לרופאיה שלא להשתתף בוועדות בדיקה, מפני שדבריהם שם יסכנו אותם.

כשמדובר בהגנה על החיים של האזרח, לאו דווקא מפני טרור, צריך

להבחין בין סכנות לחיים לבין מעשים פליליים אחרים. לא ברור מן הסקירות ששמענו עד כמה המעמד המיוחד של הגנה על החיים משוקע בכלל ההסדרים המשפטיים בתור עניין לעצמו. בבחינת החומרים המגנים על חי האזרחים – חיים שהם מהות שאין לה תמורה, שהיא אינה הפיכה, שאי-אפשר לפצות עליה ועל אבדנה – יש לטעון להגנות מסוג אחר לגמרי, ויש להביאן בחשבון גם בדיון זה.

אעיר שתי הערות: אחת בעניין מתן חוות דעת לשב"כ, והשנייה בעניין רצח רבין.

אילו היה לנו חוק זכויות ההגנה על החיים, היינו יכולים לקבוע קביעה הפוכה: אין לנסח מרשמי מותר ואסור במקרי חקירה מסוימים. בעיניי, ההסדר הנוכחי, כפי שיצא מבג"ץ בפירוש היועץ המשפטי לממשלה, הוא הסדר שהדעת אינה סובלת מנקודת המבט של מקצועיות החקירה השב"כית. נכון הוא שמפעולה מקצועית מפקים לקחים; למשל, סטרת לנחקר, ואינך יודע בוודאות אם נכון היה לעשות זאת או לא; באותו רגע חשבת שאתה צריך לתת לו סטירה, ונתת סטירה, ומתברר (כמו בסיפור ששמענו) שהסטירה פתרה את הבעיה המבצעית; ועוד: אתה יודע גם איפה החגורה, ואתה רואה שמישהו בא ולוקח אותה, והצלפה בחגורה נראית באותו רגע המעשה הראוי לעשותו, כי בלי ההצלפה הנחקר שתק. ואולם אסור להשתמש באירוע הסגולי להפקת לקחים כלליים. זאת אומרת, אסור לנסח הנחיות שבמקרים מסוג מסוים מותר לסטור לנחקר. הנחיות מעין אלו הן מהלך אנטי-מקצועי; שום מקצוע אינו מתנהל כך. אנו רוצים שפעילות החוקרים תהיה מיומנת ככל האפשר, מקצועית ככל האפשר, ו'מקצועית' היא בין השאר הפקת לקחים לשם יישום. כך מגבשים את הנהלים שהם הבוננויות המקצועיות. והנה, הואיל ואסור להפוך את המקרים הפרטיים לנהלים, מאלצים את החוקרים להישאר ברמה מקצועית נמוכה. לא מתקבל על הדעת לדרוש מקצועיות בדרך זו. גם לא ודאי שיש לשלם מחיר כזה, אם חושבים על החקירה לא מצד זכויות הנחקר, אלא מצד זכויות ההגנה שהאזרחים זכאים להן.

ובאשר לרצח רבין: דודי זכריה אמר שבשלב מסוים כבר היה מוזר ולא מתאים לאווירה החברתית שאחרי הרצח לשפוט את האנשים המעורבים בכך. למרבה הזוועה, חלק מן הדברים הנוגעים לרצח השתנו לרעה, הגם שאיננו שמים לב לזה בחיי היום-יום. שיעור האנשים בישראל המוכנים לעבור על החוק בהקשרי עימות פוליטי גדל אחרי רצח רבין; שיעור האנשים המוכנים לפעול באלימות מסיבות פוליטיות גדל אחרי רצח רבין; ושיעור האנשים המוכנים לרצוח, המעידים על עצמם שהם מוכנים לבצע פעולות של חיים ומוות, גדל אף הוא; והשיעורים אינם גדלים פעם אחת, אלא בעקיבות זה כמה

שנים. זאת אומרת, ההיסוס להמשיך בשפיטה בסוגיית הרצח לא היה מוצדק, אלא היה ההפך הגמור ממוצדק; לא רק על שום הכתוב בעיתונים, אלא על שום הפחדים האמתיים והבעיות החברתיות האמתיות שצריך להתמודד אתם. אחד מסוגי ההתמודדות אתם הוא השפיטה.

דן מרידור: יש הסדרים בחוקים האוסרים את זכות השתיקה על הנחקר; החוק בנוגע למטבע חוץ, לדוגמה. אני יכול לתאר לעצמי משטר משפטי-דמוקרטי שאין בו זכות השתיקה ועדיין הוא דמוקרטי. השאלה היא אם הסדר מעין זה יעזור לנו במלחמתנו בטרור. אני בספק. הבעיה במלחמה בטרור היא המכות והעינויים. הדילמה לדעתי מצויה בהם, ולא בזכות השתיקה, אף שזכות השתיקה, אפשר בלעדיה ואפשר אתה.

דניאל רייזנר: אעיר כמה הערות בתגובה לדברים ששמענו, בחלקן הן הרחבת היריעה, ובחלקן הבעת דעה.

הנה נתונים משלימים אחדים לחומרת הבעיה המשפטית. באופן טבעי, מדינת ישראל, המתמודדת עם הבעיות המשפטיות הללו, מצאה ססתומי ביטחון שונים לעקוף אותן. שסתום הביטחון הבולט מכולם הוא ש-95% או 98% מן המחבלים אינם עומדים לדין בישראל, אלא בשטחים. משום שהמשפט הישראלי קשה לנו מאוד, איננו משתמשים בו. זאת אומרת, כל השאלות שהוצגו כאן רלוונטיות לפחות מארבעה אחוזים מן המקרים של הפיגועים במדינת ישראל. אלה הנתונים מלפני חודשיים.

והדברים אינם בכדי. מדינה הקוראת לעצמה 'דמוקרטיה נלחמת בטרור' מטילה על השב"כ מטלות חריגות בהיקפן ובמורכבותן מכאן ו-109 הליכים משפטיים במקרה אחד מכאן; בעיניי, מקרה זה חורג מעבר לגבול הרחוק ביותר של הסבירות.

אספר לכם סיפור המציג את התהליך המחולל מצב זה: הספינה 'קריין איי', אחד המבצעים הגדולים של השב"כ (אנו יודעים שהשב"כ והמשטרה הם המתמודדים עם העניין הרבה לפני גורמי המשפט הפלילי), הייתה תיק מסובך, מפני שהיו כרוכים בו ערפאת ולחץ מדיני וכו'. משום כך, העדיפו בשב"כ לנהוג לפי המשפט הישראלי, אם כי השב"כ עדיין מברר אתנו אם אנו רוצים שהתיק יתנהל בשטחים הודות להגנות המופחתות ברבדים שונים וכו'.

מבחינת הפרוצדורה, ההליך בבית המשפט זהה, אבל ההבדלים, מבחינת ההיתרים שיש לשב"כ למנוע פגישה עם עורכי דין וכדומה, ניכרים ומשמעותיים. ואינני מדבר על ההיתרים שיש לשב"כ במהלך חקירה, כי היתרים אלו אינם רצויים בבית משפט ישראלי.

הצבא הוא גוף ביטחון הפועל באותו צד של השב"כ: 99% מן המערכת הצבאית פועלים עם השב"כ בסיכול. מבחינת הצבא, רצונו של השב"כ לנהל את תיקי הטרור במערכת הצבאית מקובל עליו. מבחינת משרד המשפטים, ניהול תיק הברחת אמצעי לחימה למדינת ישראל דרך הים, כמו במקרה 'קרין איי', צריך להיות בפרקליטות הצבאית. וכך, התיק מתנהל בבית המשפט בשטחים, ליתר דיוק בעזה, כי ההנחה הייתה שהספינה התכוונה להביא את משאה לעזה כתחנת ביניים.

זו רק דוגמה, כי הנתונים הסטטיסטיים שצינתי בדבר ההליכים הפליליים המתקיימים בשטחים אינם קבועים. כל הפיגועים נידונים בבתי משפט צבאיים, והזיקה היחידה בין בית המשפט המסוים לבין הפיגוע היא מקום מגוריו של המפגע.

אינני מדבר על אזרחים ישראלים. אצלם מדובר באחוזים מעטים מאוד, ואין לדון בהם במסגרת הדילמות הקשות של הבעיה המשפטית. אני מסכים לרבות מקביעותיו של פרופ' אסא כשר: תושבי השטחים מוחים אצלנו במפגיע על מערכת יחסים שונה בשטחים מזו שבישראל.

דן מרידור: תושבי השטחים שאינם אזרחים ישראלים? בחברון יש כאלה [פלסטינים], ויש כאלה [ישראלים].

דניאל רייזנר: כן, אבל אלה [ישראלים] עדיין אינם נידונים בבתי המשפט הצבאיים. אם אין מחלוקת בין הצבא ובין משרד המשפטים, והצבא הוא המבקש להעמיד לדין, יידון המקרה בבית דין צבאי.

כשיש פיגוע בישראל מידי מפגע שיצא משכם ונהרגים 35 אנשים, הוא עומד לדין בשטחים, אף שהמעשה היה בישראל. לכן מבחן הזיקות הוא מן השפה ולחוץ.

המסלול השני, שכבר צוין פה, הוא המשפטי-מנהלי, והוא נועד לפתור את כל הדילמות. משלא נושענו מן ההליך הפלילי – כבדוגמת הסטירה או אם אי-אפשר להעמיד לדין על מעשי הטרור משום שלא תפסו את מטען החבלה וכו' – אנו מנסים את הערוץ המנהלי. בישראל ההליך המנהלי אינו רווח בגלל פרשיות עבר וחוסר הנוחות של מערכת המשפט ממנו. גם כשמשרד המשפטים עצמו מוכן לנקוט הליך מנהלי, השופטים אינם מתלהבים מכך. גם כאן, עיקר הנטל מועמס על כתפיה של המערכת היושבת בשטחים, ושם מקיימים מעצרים מנהליים לתיקים הרלוונטיים גם לישראל. אמנם הגענו למספרים גדולים, אבל נפח התיקים בערוץ זה ירד עם השחרורים האחרונים. מה השיטה? על כל אדם ואדם יש שני נתונים: החומר הסודי, המצוי בידי

השב"כ והכולל את פירוט המעשים של האדם, והחומר הגלוי, המוגש לבית משפט 'נורמלי' ואשר בגינו אפשר להרשיע. ככל שהיעדר המתאם בין שני סוגי החומרים גדול, כך גדלה הנטייה שלנו לכיוון המנהלי. בדיונינו מתקיימת תמיד ההתלבטות בין בחירה בהליך מנהלי מיידי ובין אפשרות הרשעה בעזרת המעט שיש ונקיטת מעצר מנהלי אחרי שחרור העצור, אפילו יהיה זה עשרות פעמים.

עד כה עסקתי בטכניקות שונות שמדינת ישראל פיתחה להתמודדות עם רבות מן הבעיות שהוצגו. בכללו, ההליך הפלילי הנורמלי, שנוצר באיזונים בין מדינה לבין אזרחיה (ואני מסכים עם פרופ' כשר), אינו מתיישב יפה עם המציאות המורכבת. קודם כול יש לשאול למה חשוב להעמיד לדין. אני שואל זאת משום שלהעמדה לדין יש מטרות חברתיות ברובן. הרי לא בכדי אין מעמידים לדין בזמן מלחמה את כל אזרחי מדינת האויב. הדיסציפלינה שלי היא המשפט הלאומי, ומבחינה זו, חייל אויב הנתפס במלחמה אינו מושא להעמדה לדין אלא להוצאה ממעגל הלוחמים. זאת – לפי הנחות יסוד מסוימות, ובהן ההנחה שאין מניעה שבתום המלחמה יחזור החייל לחיים הנורמליים וההנחה שבתום המלחמה לא יילחמו עוד ובאותה מידה, וההנחה שאין לו שום זכות להתמקח על ישיבתו במתקן כליאה בתקופת המלחמה, גם אם תימשך חמש-שבע שנים. העצור בזמן מלחמה גם לא יראה שופט, מכיוון שאין שום הליך המאפשר לשופט להיכנס למתקן זה.

כשאני בוחן את תרחיש הטרור, אני חושב שהסתבכנו עם הרציונלים. אם נתייחס לטרור כאל מלחמה – וכולנו מרגישים שיש נקודה שממנה נכון לעשות זאת, אלא שאנו מתקשים להגדיר אותה – כל הליך ההעמדה לדין הוא בזבוז זמנה של המערכת.

שונה הדבר במלחמה בין צבאות. כאשר הצבא יוצא למלחמה לכבוש שטחים בלבנון או בסוריה, יש לו תכניות מלחמה. המשפטנים שלו, תפקידם לטפל בהיבטים המשפטיים של המבצע, כגון תחנת איסוף השבויים, בתי משפט לפושעי המלחמה וכו'. במלחמה בטרור כל אלה אינם מעניינים איש. והדבר כה חמור, עד כי מדהים להיווכח שהאנשים המנהלים את המלחמה אינם מתעניינים בגורלם של הנלחמים בה.

גם ההגנה על האנשים במציאות של טרור סובלת מאותו חולי. כמעט שלא מעניין את הציבור הישראלי בכלל איך אתה מכניס את המחבל לכלא. הציבור הישראלי, למעט משפחות נפגעי הטרור, מעוניין רק בדבר אחד: להוציא את המפגע אל מחוץ לזירת המציאות הישראלית. בהינתן זאת כאינטרס ציבורי, יש להחליט באשר לאיזונים ולמשאבים שיש להשקיע בהליך מכאן ולזכויות שיש להתמודד אתן מכאן.

אין לי משנה סדורה. זה שנים שאנו חושבים על סוגיות אלו, אבל איננו מפתחים אותן ומגיעים לתשובות. ייתכן שהכיוון הנכון הוא לקבוע שמסך מסוים, מסוג אירועים מסוים, ההליך הפלילי הרגיל אינו אלא בזבוז משאבים של המערכת, ויש לחוקק חוקים המנפיקים פתרונות אחרים, כמו חוק לוחמים בלתי-חוקיים, גוונטאנמו וכו'.

הסכנה הייתה ועודנה (כך קרה בגוונטאנמו) שגם אזרחי המדינה יפלו קרבן להליכים החלופיים, וגם זכויות אינהרנטיות שהיו ניתנות לגרוע שבמחבלים, ניטלות ממנו. לשון אחר, יש סכנה גדולה של אבדן צלם אנוש במובן הזכויות המינימליות. ועם זאת, מובנת מאליה עצם הטענה שלא כל הנורמות של המשפט הפלילי רלוונטיות להליך המשפטי של הלחימה בטרור.

אדגים באמצעות דוגמה בעלת משקל – ראיות עדות שמיעה. ככל שמתעמקים בכלל של עדות שמיעה, מבינים שיש סיטואציות שהוא אינו הגיוני. כך לדוגמה, עדות שמיעה שהמהימנות שלה היא 99.99%. אין שום סיבה ממשית שעדות שכזו לא תהיה ראייה קבילה בבית משפט. הסיבה שהיא איננה ראייה קבילה בהליך המשפטי היא פונקצייה של סטטיסטיקה של ראיות. כל זאת במסגרת איזונים של מדינה דמוקרטית, לא בממשות שלה.

דשים בנושא זה באקדמיה ובקרב אנשי מקצוע שוב ושוב. אנשי השב"כ חיים באינטנסיביות את עדות השמיעה, ומרוב מקרים כאלה, שאי-אפשר להשתמש בהם בבית משפט, הם פונים להליך המנהלי. מאז ומעולם סברתי שאילו רק ראה השופט את העדות, ואילו רק אפשר לו זאת החוק, היו נפסקות לנאשם שנות מאסר רבות בפועל. כל השאר אינו מעניין אותי, כי הפסיקה הייתה צודקת.

אני מסכים עם פרופ' כשר: אילו היו שוקדים לכתוב קודקס להליכים ביטחוניים, המנפה החוצה רבות מן המוסכמות היפות שאנו מדברים עליהן והמטיל בה בעת מגבלות רבות, רבות מן הבעיות בסדר היום שלנו היו נפתרות.

דן מרידור: אני רוצה לשאול אותך שאלה בלי להתייחס לפרטים, כי התשובה אולי מחייבת. נניח שהיינו מכינים שיטה כזו. איך היא הייתה מתקבלת בבית המשפט הבין-לאומי המנהגי? היא מתבקשת, אם אנו עומדים בסדרת בתי דין בין-לאומיים, המחייבים אותנו.

דניאל רייזנר: זו שאלה מורכבת מאוד שאינני יודע לשלוח תשובה עליה.

רות לפידות: יש סטנדרט מינימלי, והוא הקובע. השאלה היא מהו הסטנדרט.

דניאל רייזנר: בעיית הניצול הרע של מערכת בתי המשפט וזיוף מסמכי בית דין התעוררה בכמה הזדמנויות, וההתמודדות עמה מסובכת ותלויה תיק. למעשה, אין תשובה אחידה. נאווה בן אור נמצאת בעמדה לא־נוחה, מכיוון שדבריה פוטרים לכאורה את המבצע מעברה פלילית או לפחות מסכנת העמדה לדין. אבל יועצים משפטיים של גופים שאין להם סמכות העמדה לדין יכולים לכאורה לייעץ בחופשיות והייעוץ שלהם איננו פוטר איש משום דבר.

הנה דוגמה תאורטית: לפנינו אדם שלא עבר שום עברה, אבל חייבים לעצור אותו בניגוד לרצונו כדי שלא יגרום נזק לביטחון המדינה. אחדד זאת: תרחיש זה קורה מדי פעם בפעם עם מישהו שעבד אתנו, ובגלל הסיבות האלה אנו חייבים לכלוא אותו, להגן על חייו. והנה הוא מתנגד נחרצות באמרו שאנו טועים לחלוטין ושאינן שום סכנה לחייו. אנו צריכים אפוא לעמוד מול השופט ולומר לו בערך כך: אדוני, האיש לא עבר שום עברה; ההפך, הוא גיבור ישראל, ואנחנו צריכים לתת לו פרס; למעשה, הוא מקבל מאתנו משכורת; ואנו רוצים שתכלא אותו שישה חודשים בפועל.

מצב זה מעמיד את השופט במבוכה גדולה, כי לא ברור לו איזה הליך התחולל כאן; אולי מעצר מנהלי? ב'דבלה' לא הייתי בהליך ההעמדה לדין, ושמעתי שהשופט התייעץ עם עורך הדין שלו. הנה, גם השופט נקלע למצוקה וביקש שיסבירו לו מה בדיוק קורה בבית המשפט שלו.

יש עוד דוגמאות רבות המלמדות עד כמה הכלים שאנו משתמשים בהם מסורבלים למציאות חיינו. אני סבור ששינוי גישה היה מסייע לפתרון מקצת המצוקות. עלינו לאתר את נקודות הכשל שלנו בשני מבחנים פשוטים: איפה אנו משוכנעים שאנו מעוותים היום את ההליכים בשל כלים משפטיים לא מתאימים, והאם עיוות הצדק הוא משום שאנו משתמשים בכלי שפותח למטרה אחרת לגמרי.

לפני סיום אדגים דוגמת אבסורד. אנו מתיימרים להיות מדינה הפועלת על פי סטנדרטים דמוקרטיים גבוהים. בשטחים ננקטים סטנדרטים דמוקרטיים נמוכים; 'נמוכים', מכיוון שהם מתנהלים לפי עקרונות אמנת ז'נבה וכו'. הנה הדוגמה: הגבלה ופיקוח מתקיימים כאשר צווים מנהליים של רשות מנהלית מושיבים אדם מאחורי סורג ובריח או בביתו או בהגבלת תנועה וכו' לפרק זמן נתון. בישראל צווים אלו מוסדרים בתקנות ההגנה המנדטוריות עוד מ־1945. בעיקרון, אנו פועלים לפי הנוסח הבריטי. בשטחים חלות מגבלות אמנת ז'נבה מאז 1967, ולכן נאלצנו לערוך שינויים בתקנות ההגנה המנדטוריות כדי להתאימן לאמנת ז'נבה. לדוגמה, החלטנו לכוון מגבלת זמן בת שישה חודשים לצווי הגבלת פיקוח בשטחים. אין מגבלה כזו בארץ. זאת אומרת, באופן

מפתיע ובגלל שנאלצנו לעבוד על פי סטנדרטים נמוכים בשטחים כבושים, השגנו רמות הגנה גבוהות בחלק מן התחומים. באמצעות דוגמה זו אני מבקש לחדד שתפיסת עצמנו כדמוקרטים בסטנדרטים מסוימים, אין פירושה שאנו מעניקים רמות הגנה גבוהות יותר מאשר במקומות אחרים. אמנם בשטחים מתקיים דיסוננס גדול, אבל לעומת מדינות אחרות – כגון בריטניה, שם פגעו בזכויות שבישראל איש לעולם לא היה מסכים שיפגעו בהן, והבריטים לא העזו לומר שהם מדינה לא דמוקרטית – אנו שוקלים בריש גלי את מידת הדמוקרטיה שלנו.

לסיים, אבקש לברר מה פירוש 'אירוע ביטחוני'. זו נקודת כשל שלנו, שכן כשניסינו לפתח תזה לחקיקה בדבר לחימה בטרור בשטחים, שאלנו את עצמנו מהו טרור. מעבר לוויכוח הפילוסופי הארוך בסוגיה זו, היינו צריכים להגדיר טרור הגדרה משפטית. זו הסיבה האמתית שהמחוקק הישראלי לא חוקק עד היום שום חקיקה יהודית לטרור מן הפן הפלילי.

אני מדבר על פיגוע. אין להפריד בין פיגוע טרור לבין רצח. רק מבחינה תאורטית, טרור איננו עברה פלילית. סעיף 300 הוא הסעיף הדין במחבל מתאבד ובאדם הרוצח את אשתו. אחת הסיבות שלא הגדרנו טרור, מלבד הקושי המשפטי בכך, היא שקשה להבחין בין פיגוע ביטחוני לבין מעשה לא-מוסרי. האלמנטים קשים לחיתוך. יש ליצור דין סגולי נפרד להתמודדות אחרת עם מציאות הטרור, ודבר זה הוא אחד הקשיים הגדולים ביותר העומדים בפנינו.

דין מרידור: אני רוצה להזכיר שהסכנה היא שמהלך כזה יגרום למעצרים מנהליים של יעדי משטרה, כגון זאב רוזנשטיין. השר לביטחון פנים כבר אמר שאת רוזנשטיין צריך לעצור מעצר מנהלי, כי אם מעצר כזה יעיל כשמדובר במחבלים, אין שום סיבה שהוא לא יהיה יעיל גם במקרה זה. בסופו של דבר, נחיה במדינה מסודרת ומעוותת.

אורי דרומי: שמענו היום על אודות הקשיים של המשפט הפלילי, ובהרצאה הבאה נשמע על אודות הקשיים של המשפט המנהלי. לדברי דניאל רייזנר, ישראל מצאה דרך לחמוק משניהם בכך שזרקה הכול למסלקה, השטחים, ולמרות זאת אין הדבר עוזר במלחמה בטרור.

אני מסכים עם דניאל רייזנר שצריך לחזור לאקסיומות ולשאול שאלות ברמה הקונספטואלית.

איננו מוכנים לקבל שהוכרזה עלינו מלחמה מתמשכת. אנו נמצאים במצב מלחמה, אבל משלים את עצמנו שלא כך הדבר. משום כך אנו נאחזים בכלים

השגרתיים הרגילים שאינם מתאימים למצב מלחמה. אולי תרומתנו בדיון זה תהיה בהבהרת המושג, בהבהרת המצב.

אני מסכים לחלוטין שמרחפת מעל ראשו סכנה מעין גוונטאנמו. אבל ייתכן שתחילה עלינו להבין שמתחוללת פה מלחמה. ובמלחמה כמו במלחמה. אינני טוען שהכול מותר, אבל אין ספק שחברה או מדינה שהוכרזה עליה מלחמה, מתגוננת בצורה מסוימת, ואני חושב שהדיון הבין-לאומי או דיני המלחמה מכירים בכך.

רות לפידות: גם אני סבורה שיש לברר אם אנו במצב מלחמה או לא, לעניין המשפט החל בארץ.

אעיר ארבע הערות. ההערה הראשונה היא לנאוה בן אור. אני מקווה שתוסיף דברים על המשפט הפלילי הסובסטיבי. ההערה השנייה היא בעניין זכויות הנאשם לפי המשפט הבין-לאומי. עלינו לפנות לאמנת זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 שישראל הצטרפה אליה ולברוק שם את זכויות הנאשם. ויש להדגיש: אמנה זו חלה רק בזמן שלום; משום כך חשוב לדעת אם אנו במלחמה. ההערה השלישית קשורה לדברי פרופ' אסא כשר על אודות האזרח. עלינו להבחין בין ארבעה סוגים של אנשים: תייר, תושב זמני, תושב קבע ואזרח. באשר לאזרח, המייחד אותו הן רק הזכויות הפוליטיות. בארץ, כמו ברוב המדינות, מקובל שתושב הקבע נהנה מכל הזכויות שהמדינה מעניקה, כגון ביטוח לאומי, ושהוא נושא בנטל החובות, כגון שירות בצבא ותשלום מסים. ההערה הרביעית קשורה במשפט הפלילי. אני מסכימה עם נאוה בן אור שאין שום הברל בין הסוגים השונים של בני אדם; כולם נהנים מאותן זכויות כשמדובר במשפט פלילי.

דוד קרצ'מר: אתייחס לדברי פרופ' כשר. צריך להביא בחשבון שאם אנשים אינם מסכימים לעמדה נתונה, אין פירוש הדבר שהם שטופי מוח. חשבתי רבות על זכויות, ואינני חושב שאני שטוף מוח. אני פשוט חולק על פרופ' כשר לחלוטין.

יותר מזה: דברך מעוררים בי חלחלה, משום שברגע שמתחילים ליצור קטגוריות של אנשים ולהבחין ביניהם באשר לזכויות שלהם, מתעוררים בי זיכרונות לא נעימים. אם הזכויות האוניברסליות נולדו ככאלה אחרי מלחמה העולם השנייה, הן נולדו דווקא משום שאנשים יצרו קטגוריות כאלה, בלי קשר לזיקת אזרחות או לכל זיקה אחרת. הבה נבחן את הדוגמאות שהצגת. באשר לזכויות הכלכליות והחברתיות,

אתה צודק לחלוטין. כמובן, מדינת ישראל איננה חייבת להבטיח את הזכויות הכלכליות והחברתיות של היפנים, אבל היא גם אינה חייבת להבטיח את הזכויות הכלכליות והחברתיות של האזרחים [שלה] בארצות הברית, משום שהמבחן נוגע למי שנמצא במרחב השיפוט של המדינה או לפעמים נמצא בשטחה. הזכויות הן אוניברסליות, והשאלה היא מי צריך לדאוג לזכויות אלו.

לפי הכלל האוניברסלי, אדם הנמצא בשטחה של מדינה נתון לשיפוטה של אותה מדינה. לא היה פשוט לקבוע כלל זה, ואני לא הייתי מוכן לוותר עליו. לכן אין ליצור מיונים של אותן זכויות של אנשים שהמדינה שולטת בהם. המדינה מכניסה אנשים לבתי כלא, והיא אינה מבחינה בין אזרחים לבין לא-אזרחים. אם היא מעמידה אנשים למשפט או אם היא עוצרת אנשים, כולם עד אחד זכאים לאותן זכויות.

נימקתי זאת בכך שרצינו שהמדינות יעניקו לבני האדם זכויות אוניברסליות, ולא ימיינו אותם, לא באשר לאזרחות שלהם ולא בשל הלאומיות שלהם ולא בשל הדת שלהם ולא בשל הדת של הסבתא שלהם. רעיון הזכויות האוניברסליות, שהן זכויותיו של אדם באשר הוא אדם, הוא הישג גדול מאוד, והוא בדיוק מה שאנו מצפים מן המדינה. והנה צריך לנמק למה יש זכויות מסוימות שבהן האזרחות חשובה. רות לפידות ציינה את הזכות היחידה המוכרת היום במשפט הבין-לאומי, הזכות לאזרחות, הזכות הפוליטית. גם במשפט הבין-לאומי יש התקדמות בנושא הזה. כך למשל, באירופה הזכויות להצביע בבחירות מסוימות אינן רק של אזרחים, אלא אפילו של תושבים. הווה אומר, המגמה היא להימנע מקטגוריזציה של האנשים ולאמץ ערכים אוניברסליים. מדינת ישראל צריכה להיות המדינה האחרונה החוזרת לאותם מיונים.

באשר לסיכול הממוקד, אני מקווה שבפרקליטות לא טועים כאשר הם אומרים שההצדקה היחידה [לשיפוט נפרד של עברייני טרור] היא שאנשים אלו אינם בשיפוטה של מדינת ישראל ואינם בשליטתה, ולכן המדינה אינה יכולה לעצור אותם; לפי זה, רק בלית בררה עברייני הטרור נתפסים כאילו הם במדינה אחרת, שלא זו בלבד שהיא איננה משתפת פעולה ואיננה מסכימה להסגיר אותם לידי ישראל, אלא היא אף מאפשרת להם להכין פעולות טרור נגדה, ולכן אין בררה אלא לנהוג בהם כבאנשים שאינם בתחום שיפוטה ושליטתה של ישראל.

ובאשר לכל הדילמות, שמענו שתי הרצאות מאלפות וכמה הצעות מעשיות. ההצעות שהושמעו טעונות שקילה וחיבה, והקשה בהן היא ההצעה

שיש בה סכנת 'המדרון החלקלק'. נניח שננהיג דינים מיוחדים לטיפול באנשי טרור, כפי שהיה בסוגיית הסמים שנאוה בן אור ציינה בתחילת דבריה. במקרה זה, יהיו עברות הטרור מבודדות, והטיפול בהן יהיה סגולי.

ניסינו אפוא לבודד את הטרור, וגילינו שהתהווו שתי מסגרות: שיפוט בישראל ושיפוט בשטחים. אנו חיים כך כבר 37 שנים, ואפילו ממציאים, כפי ששמענו כאן, הצדקה משפטית כלשהי לזכויות האדם; אני שומע זאת לראשונה. ואולם כמה זמן מדינה יכולה לחיות במצב הזה? ומה ההשלכות של הדבר על המשפטן ועל החברה ועל מדינת ישראל? אמנם זו איננה שאלה משפטית, אבל היא מדאיגה אותי מאוד.

באשר לעדות שמיעה, היא בעייתית ביותר. הייתי חבר בגופים בין-לאומיים שישבו בהם משפטנים משיטות משפט שונות. הדבר היה מאלף, שהרי במשפט הצרפתי למשל אין דיני ראיות; החוקר מעיד בפני השופט, והוא מחליט אם להאמין לחוקר אם לאו. משום כך אין להם צורך במשפט מנהלי או במעצר מנהלי. אפשר אפוא לחשוב על רוויזיה בכל שיטת המשפט. אנו קשורים למשפט האנגלי, וכל דיני הראיות צמחו בשל חבר המושבעים. אני חושב אפוא שאיננו צריכים לבודד את שיפוט הטרור ולהפכו לייחודי לכיטחון.

דני סטטמן: אבקש להעיר הערת ביניים קצרה על אודות העינויים, אם כי הנושא רחב מאוד. במאמר שכתבתי הבעתי התנגדות כללית לעינויים, משום שסברתי שהם גלשו מן הסיבה המוצדקת – פצצה מתקתקת – אל הפעלת כוח פיזי כלפי כמעט כל פלסטיני עצור. אחת מטענותי הייתה שאם מתירים עינויים, 'לחץ פיזי', על מחבלים, לעתים קרובות צריך להתיר זאת גם ביחס לרוצחים ואנסים ופושעים ואנשי העולם התחתון. בשיחה עם חבר שופט אמר לי חברי שכשופט או כמי שמעורב בהיבט הלא-טרוריסטי, הוא חושב שלמערכת האכיפה [של העברות הפליליות] יש כלים מספיקים גם בלי עינויים. הוא צודק להלכה ולמעשה; אפשר להסתדר בלי עינויים. ועם זאת, ייתכן שיש מקום להתירם בעברות ביטחון.

דן מרידור: אתה מעלה פן נוסף: האם אפשר להצדיק שימוש בכוח פיזי, בעינויים, בחקירות בכללן? התשובה היא לא. שאלה שנייה מעוגנת ב'פצצה מתקתקת'. במשפט הפלילי הגנת הצורך מתרחשת כאשר יש סכנה מיידית לנפש, לרכוש וכו'. השאלה היא למה אתה מתכוון באמרוך 'שימוש באלימות'. הרי פושע פלילי אינו נוגע ל'מידי'. אתה משווה שני סוגים שונים של חקירה.

דני סטטמן: אם כך, אנסח אחרת את הדברים. כמו שאמרתי, אני מתנגד לעינויים, למעט במקרים קיצוניים ביותר. אשר למיידיות, חלק מן התוכנות שלי נטול מסוגיית הנשים המוכות וההגנה העצמית. יש הוראות ספציפיות לגבי נשים מוכות: מתי מותר לאישה מוכה לקום נגד בעלה? רק כשיש איום מידי וישיר על חייה. ולא – עליה להתלונן נגדו במשטרה. והנה, לאחר התלונה, הבעל מוזהר בלשון רפה, הולך לביתו וממשיך להכותה. כל זה קורה כאשר בשום רגע לא היה איום ממשי וישיר על חייה.

במשך ארבעים שנה היו חייה חיי גיהנום, פשוטו כמשמעו. האם כדי למנוע חיי גיהנום מותר לה לתקוף את בעלה? אפשרות סבירה בהחלט היא שארבעים שנות חיי גיהנום מתירות לאישה זכות להגנה עצמית. ועם זאת ברור שלא היה רגע מידי שהגיהנום הזה התגבש בו. משהו דומה לכך יש במלחמה בטרור.

דן מרידור: אפשר להגיד שהגנה עצמית, לפחות, מחייבת מיידיות. על פי החוק, סכנה מיידית מצדיקה הגנה עצמית.

דני סטטמן: לגבי החמאס, המגמה איננה רק מניעת הפיגוע המתוכנן למחרת היום, אלא גם מניעת הפיגוע המתוכנן למחרתיים או לעוד שבוע. אני זקוק אפוא לכל שביבי המידע האלה להרכבת תמונת הפאזל של הטרור. להתיר שימוש בכוח רק בתנאי שהפיגוע מידי, פירושו לסרס את החקירה. וידוע לכול שלא יהיה שום מידע על החמאס בלי הפעלת כוח פיזי. אשר על כן, כוח פיזי מחויב המציאות לשם התחלת ההרכבה של הפאזל כולו, לא רק של אחד החלקים שבו. בהקשר זה שאלתי את חברי השופט אם הדבר מקביל לעולם התחתון באשר לרצח של מחר; השיב לי חברי בשלילה; בדרך כלל, כך אמר לי, אנו ניזונים לא מעדים, אלא מאמצעי מידע אחרים.

דן מרידור: את התשובה לעינויים תמצא בדוח לנדאו. המאפיין את ארגון הטרור הוא שאין מדובר בארגון פשע רגיל. בדוח לנדאו האמצעים האלה הם דרך, אמצעי, למה שפונה 'צורך'. גם בג"ץ-עינויים טעה וקרא לכך 'צורך'. היום הם מכונים 'הגנה עצמית' במפורש. אתה צודק: בסופו של דבר, האמצעים האלה ננקטו נגד כל אחד ואחד מאלפי עצורי השב"כ, ולא כמדיניות חקירה.

דני סטטמן: דבריו של דן מרידור מאירי עיניים. עד עתה לא קלטתי שמדובר פה במערכת ביניים בין דיני המלחמה ובין הדין הפלילי. למעשה, יש אלפי עצירים מנהליים שאינם 'שבויי מלחמה', ולבתי הדין השופטים אותם יש מעמד ביניים. אין כאן דין פלילי רגיל, אלא אלה בתי משפט פליליים רגילים

לחלוטין שהדינים שלהם שונים במקצת מן הדינים של מדינת ישראל. הם שונים בחקירות חשובות מבחינת השב"כ.

דניאל רייזנר: אם כן, בהינתן מציאות מסוימת, כוננו מערכת ביניים בין החוק הפלילי הרגיל [לבין החוק הצבאי]. כך נפתרת בעיה שתמיד הטרידה אותי: אם אנחנו מגדירים את הסיטואציה 'מלחמתית', וכך היא נראית לי, איך אפשר לכלוא פלסטינים התוקפים חיילים? תקיפת חיילים איננה פשע מלחמה, לפי ההצעה שלך. ואפשר שתאמר, לא הדין הפלילי קובע, אלא דין קרוב לו.

דוד קרצ'מר: סכסוך עשוי להיות בין-לאומי או לא בין-לאומי. בסכסוך לא בין-לאומי גם הלוחמים אינם חסינים בפני העמדה לדין.

דני סטטמן: אני מתקשה לראות את ההצדקה. העימות הוא מלחמה בין שני קולקטיבים, בין שני גופים מאורגנים. מצב זה, לדעתי, מאפשר להעמיד לדין פלילי פושעי מלחמה, בדיוק כמו במלחמה רגילה.

דוד קרצ'מר: אם כן, נכלא אלפי אנשי חמאס וג'האד במין מחנות שבויים וננקוט נגדם הליך פלילי. ואילו את הרוצחים האמתיים נעמיד לדין כמו רוצחים.

דני סטטמן: עוד שתי נקודות. אחת השאלות בדיני אזרחות היא מה האזרחות עושה לסטטוס המוסרי של האדם. מבחינה מסוימת, האזרחות מחמירה את מצב העבריין, במיוחד בעברות בגידה. בעברות בגידה, הסורי למשל לא ייכלא [אלא יוצא להורג]. האזרחות מחמירה אפוא את מצבו של האדם, כי דווקא משום שהבוגד הוא אזרח, הוא פחות חסין בפני הגנה, כי 'לבגידתו' יש משמעות עמוקה ביותר.

ההערה האחרונה נוגעת לדבריו של אורי דרומי. לדבריו, הטיפול בבעיות הטרור בשטחים, ולא בישראל, אינו עוזר. זו עמדה מקובלת, ואני סבור שהיא אינה נכונה. אמנם קשה להגדיר תהליכים היסטוריים מסובכים, אבל אף שהמצב היום קודר במיוחד, הוא טוב לאין ערוך מזה שהיה לפני שנה וחצי. אינני יודע מה חולל את השיפור; אני חושב שזו השפעה מצטברת של מעשים. במרס 2002 היו כשניים-שלושה פיגועים ביום, וכיום כפיגוע בחודש. ב-2003 היו 237 הרוגים פחות מאשר ב-2002. מה אחראי לירידה בנפח הטרור? החיסול הממוקד, הלחץ המתמיד בגלל המעצרים. לא נכון אפוא לומר שכל זה אינו עוזר.

דן מרידור: גורמי הביטחון מצליחים לסכל יותר מאשר 90% מן הפיגועים.

סיגל גולן-עתיר: רציתי להעיר הערות אחדות לגבי השב"כ. ההבחנה היום בין ייעוד השב"כ כמי שמופקד על חקירות סיכול ובין ייעודו כמי שמופקד גם על חקירות עברות איננה כה חדה כמו שהייתה לפני חוק השב"כ. לפי חוק השב"כ, השירות מוסמך לחקור חשודים וחשודות בקשר לביצוע עברות ולשם מניעת עברות. זאת אומרת, יש טשטוש הגבול בין התחומים. יתרה מזאת: גם אלמלא היה החוק מנוסח כפי שהוא מנוסח, אי-אפשר להימנע מעירוב התחומים, שכן אין כאן זירות מתוחמות כשלעצמן, סיכול וחקירה מכאן ועברות מכאן.

דן מרידור: אמנם השאלה חשובה, אבל ההבחנה אינה צריכה להיות ארגונית, אלא עניינית. אם המהלך סיכולי, לא חשוב כלל מי העורך אותו – השב"כ או המשטרה. יש מערכת מסוימת של נורמות, של דינים מוסריים, והיא צריכה לחול על כל המבצע סיכול. בהעמדה לדין חוקרים בגלל עברה שכבר אירעה, ועל המהלך הזה חלים דיני העמדה לדין. נכון שיש קשר מסוים בין הסיכול המונע ובין החקירה בדיעבד – בהעמדה לדין יש הרתעה וסיכול לטווח הארוך; אבל הסיכול המידי ממש מאפשר דינים שונים במקצת. לפי זה, אפשר לטעות ולחלק זאת בחלוקה דיכוטומית: שחור-לבן, שב"כ-משטרה. הווה אומר, סיגל צודקת באמרה שלא נכון לטעון שיש שחור ולבן; יש קצוות אפורים.

אסא כשר: האם חלוקה זו תקפה גם לאזרחים וללא-אזרחים?

סיגל גולן-עתיר: באשר לארגוני טרור, גם כשדנו בהצעת חוק איסור מימון טרור ראינו בארגון טרור מקרה ספציפי של ארגון פשיעה, שמטרתו ביצוע עברות ספציפיות. אמנם ערכנו הבחנות נוספות בין סוגי הארגונים, כדי להקל על עצמנו בהוכחה שאין הם בגדר מערכות מאורגנות כדבעי, אלא מערכות שדי להן בהתכוונות לבצע פיגוע אחד, למשל פיגוע במגרל התאומים בניו יורק. אבל מבחינת הרעיון, ארגון טרור הוא מקרה ספציפי של ארגון פשיעה. בהקשר זה מעניין לראות את החוק למאבק בארגוני פשיעה שאושר לפני כחצי שנה לעומת הכלים שאנו מוכנים לנקוט במאבק בטרור. החוק למאבק בארגוני פשיעה הוא פלילי למהדרין, ולעומת זאת בחוקי הטרור, גם בחקיקה הקיימת וגם בחקיקה המוצעת, אנו מוכנים לקבל את ההיבט המנהלי. אמנם ראינו לאחרונה זליגה מן המעצר המנהלי אל מעצרים בגין עברות אחרות, אבל עקרונית הזדעזענו למדי מן המחשבה להחיל את המעצר המנהלי בהקשרים אחרים.

בתגובה לדבריו של פרופ' כשר באשר לחוקי-יסוד: זכויות אזרח העלול להיפגע, התשובה היא לאו מוחלט. בדיונינו בכנסת או בדיוני הממשלה בחקיקה בתחום זה, שאלת זכויות האזרח עומדת על הפרק כל הזמן. דווקא עובדה זו היא המצדיקה את הצעדים החמורים ביותר שאנחנו נוקטים. זכויות האזרח הן בבסיס החשיבה שלנו, במוצהר וגם שלא במוצהר.

אסא כשר: ההבחנה שלי איננה 'אזרח לעומת תושב', אלא 'אזרח לעומת זר שהוא אזרח של מדינה אחרת', לרבות הרשות הפלסטינית.

סיגל גולן-עתיר: נכון. אזרח, תייר או כל אדם שאין לו שום זיקה למדינת ישראל שונה מאזרח. בהקשר זה עולה בימים אלו השאלה, במסגרת הצעת חוק הנידונה בוועדת חוקה, בדבר הצעדים המנהליים שאנו מוכנים לנקוט, ובהם הכרזה על ארגון ואפילו על אדם בהתאם להכרזות שננקטו בחו"ל. השאלה היא אם צריך להגביל את האפשרות להכריז הכרזות כאלה ולחייב שהן יישענו על בסיס ראייתי מוצק. באשר למשמעות ההבחנה בין אזרחות לבין תושבות, טרם הסקנו מסקנות נחרצות.

אסא כשר: רציתי להעיר הערות קצרות אחדות. צריך לחתוך את הקשר הגורדי ולערוך המשגה חדשה, כי אנו במצב מסוג חדש בעל קווי דמיון למצבים אחרים. המלחמה עם הפלסטינים איננה מלחמה בסגנון הישן, והיא גם איננה נסיבה פלילית קלאסית. היא משהו אחר, שצריך להמשיג אותו ולהסיק את המסקנות האופרטיביות ההולמות אותו, בכל תחום ותחום.

טענות המדרון החלקלק נטולות מן הספרות הפילוסופית. הטענות בדבר מדרון חלקלק הן בעצמן מדרון חלקלק. אנו חושבים שאם נצביע על מדרון חלקלק היפותטי, הנה כבר פעלנו פעולה כלשהי בנדרון. כדי שטיעון מדרון חלקלק יהיה אפקטיבי, חובה להוכיח שהוא מדרון חלקלק, שאין דרך לעצור באמצע השיפוע או בראש השיפוע. העניין הוא שבדרך כלל אפשר לעצור בראש השיפוע, ואנו עושים זאת בלי סוף. תאורתית אפשר להגיד תמיד 'אתה מתחיל מדרון חלקלק'. שום מדרון חלקלק; יש גדר אפקטיבית בראש המדרון, קרוב מאוד לקצה המדרון.

הגנה עצמית היא חלק מן ההמשגה החדשה. אם אוכל להוציא ממכונת הטרור בורג כלשהו, אשתק את המכונה. אמנם זו איננה פעולת סיכול של סכנה מיידית, אבל זו הפעולה האפקטיבית ביותר לשיעור. אילו הייתי יכול לחסל את כל מהנדסי הטרור ולעצור בכך את ייצור אמצעי הלחימה של

הפיגוע, הייתי צריך לעשות זאת, למרות שהם [רק] מהנדסים, הרוקחים את החומרים הכימיים שמישהו אחר הביא להם.

במקום 'מהנדס' נאמר 'האיש בעל המיומנות המקצועית להרכיב את חגורות הנפץ', שהיא בוודאי איננה מיומנות של כל אחד ואחד: הוא צריך לדעת אילו חומרים נחוצים לו, הוא צריך לדעת להרכיב אותם באופן ובעיתוי מסוימים, כדי שהמטען או החגורה לא יתפוצצו בדרך, אלא רק בהחלטה יזומה; זו מיומנות מקצועית. אילו הייתי יכול לסלק בדרך כלשהי את בעלי המיומנות המקצועית הזאת מן השטח, אותם ואת ה'כימאים' המביאים להם את החומרים, לעצור אותם או לפגוע בהם, הייתי צריך לעשות זאת, למרות שלא נשקפת מהם סכנה מיידית. זו הגנה עצמית במלוא מובן המילה.

ובאשר ל'תקיפת חיילים': ההבחנה בין חיילים לבין אזרחים תמוהה. וכי דמם של החיילים סמוק פחות מדמם של אזרחים? החיילים אינם אזרחי המדינה? לא מגיעה להם הגנה? אנו לוקחים זאת אל המשפט הבין-לאומי על סמך ההבחנות הקלאסיות בדבר מלחמה לעומת מלחמה. הדבר מפוקפק מבחינה מוסרית, משום שאנו כביכול מקבלים שפגיעה בחיילים קבילה, ואילו פגיעה באזרחים איננה קבילה. ולא היא: במקרים רבים לא קביל לפגוע בחיילים. בהגדרת הטרור אין להבחין בין חיילים לבין אזרחים. אי-הבחנה זו היא חלק מן ההמשגה החדשה המתבקשת.

לבסוף, ביקשתי את רשות הדיבור בפעם השנייה, מכיוון שפרופ' דוד קרצ'מר קשר את דבריי לשואה ולהבחנות הנאציות בין אנשים. אתה צריך להבין מהו 'פרויקט פילוסופי' בניגוד ל'פרויקט פרקטי' של הגנה, מן הבחינות המעשיות והמשפטיות ומבחינות נוספות, בדבר זכויות של בני אדם. כפילוסוף איני מחויב לשום דבר בפרקטיקה, אלא אני רוצה להבין כל דבר. אתה טוען שכאדם יש לך זכות מסוימת המופיעה בהכרזה האוניברסלית. אני רוצה לדעת מנין היא צצה, למה היא באמת מוצדקת. וכשמנתחים את ההצדקה, אין מקבלים אותה כמובנת מאליה, אלא נוכחים לדעת שחלק ממנה אינו אלא חלק של המשטר הדמוקרטי, ולא של היחס, של הכבוד לאדם באשר הוא אדם.

יש שני הסדרים: הסדרי המדינה הדמוקרטית והסדרי כבוד לאדם באשר הוא אדם. לא רק בזכויות הפוליטיות של ההצבעה אנחנו מבחינים, אלא גם בתאוריה ובפרקטיקה. אלחנן טננבאום עניין אותנו, ומישהו אחר שהיה אצל החזבאללה לא עניין אותנו, כי טננבאום אינו מעניין רק בשל הנסיבות הביטחוניות שלנו, אלא גם בשל היותו אזרח ישראלי בידי האויב. אנו מתעניינים בכל מי שנמצא אצל החזבאללה, ואנו מתעניינים במיוחד

בישראלים הנמצאים אצל החזבאללה. יש לנו יחס אחר, בצדק, לאזרחי המדינה, כמו שלכל מדינה ומדינה יש יחס מסוים לאזרחיה. כשמדובר במדינת לאום, יש לנו גם יחס מיוחד ללאום.

אין להשוותנו לנאצים. הם הבחינו בין אדם לאדם. ואין לטעון שהתנהגותנו היא ראקצייה לנאצים במלחמת העולם השנייה, ועל כן אנו דוחים בתוקף הבחנות בין בני אדם. אמנם איננו רוצים הבחנות נאציות בין בני אדם לבין תת־בני־אדם, שאפשר לשרוף אותם, כי האדם הוא אדם כאשר הוא אדם, ואיננו רוצים לרדת מתחת לסף זה. אבל אנו עולים מעל סף זה, ואנו מרשים לעצמנו לעלות מעל סף זה בהסדרים שונים בצורות שונות. למשל, מה שאני מוכן לעשות למען משפחתי הקרובה אינני מוכן לעשות למען איש, ואי־אפשר לבוא אליי בטענות שאני מבחין בין בני אדם. אחרי מלחמת העולם השנייה כוננו הסדרים של מדינה דמוקרטית שאינם אלא חבילה מקסימליסטית של חירויות. החופש המקסימליסטי וההגבלות עליו נובעים משיקולים בדבר כבוד האדם. בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם יש קביעות רבות המוצדקות באמצעות ההסדרים הדמוקרטיים. לפי המגילה, מן הראוי שכל בן אדם יהיה אזרח במדינה דמוקרטית שתגן על חירויותיו. אדם־אויב הבא מולי, והוא איננו אזרח שלי, מצבו שונה. כשיבוא כאויב מול המדינה שבה הוא אזרח, והיא דמוקרטית, יהיה מגיע לו ממנה הרבה יותר ממה שמגיע לו ממני. לכן יש מקום להבחנות הללו, ובלבד שיהיו בפרדיגמה של 'הסוג השלישי', שציינתי קודם.

אביעזר יערי: הצדדים העקרוניים מעניינים, ואולם הרי נרצה להנפיק הצעות מעשיות מן ההגדרות האלה. אני מציע לשמוע בין השאר את השב"כ ואת צה"ל על השינויים הדרושים להם בחקיקה או באי־חקיקה.

דן מרדור: בדרך כלל השב"כ אינו נוהג להרצות אצל גופים אזרחיים וולונטריים. אני מכיר זאת משיחות רבות עם אנשי השב"כ. ועם זאת, אבדוק אפשרות זו.

נאוה בן אור: הערה לעינינו: מנקודת מבט תועלתנית, לפי השקפת עולמי העינינו לא שירתו את התכניות לייעל את חקירות השב"כ. מבחינת האיכויות, ככל שאני מכירה את תוצרי החקירות, העובדה היא שלאחר שבוטלו 'האמצעים הפיזיים' או 'ההיתרים' או 'העינויים', החקירות רק השתפרו, כי לרוב, כשצריך להפעיל את הראש במקום את הידיים, קורים דברים מועילים, וזאת מנקודת מבט תועלתנית גרדא.

שנית, עם כל הקשיים של מציאות חיינו, אני רוצה לחיות במדינה דמוקרטית, וקשה לי לחשוב על שיטת משפט המתירה בשיטתיות עינויים. ועוד הערת סיכום: שאלתי את עצמי ואתכם במהלך הדיון אם צריך קודקס מיוחד לעברות ביטחון, ולא קיבלתי תשובה על כך. אין לי ספק שהיעדר קודקס כזה מקשה עלינו לא אחת במשפט הפלילי במקומות שלא היינו צריכים להתקשות. כך לדוגמה, חוק חקירת חשודים. הווה אומר, אני רותמת את המשפט הפלילי למונחי חקירות ביטחון. מצד שני, אין לי ספק שההשפעה דו-כיוונית. היעדר ניתוק בין הקודקס הפלילי לבין הקודקס הביטחוני משפיע גם על ליברליזציה של חקירות הביטחון, וייתכן שניתוק טוטלי בין הקודקסים יגרום לחקירות הביטחון להתקיים באופן לא רצוי לנו.

השיקולים המתנגשים קשים לי מאוד. חקירות הביטחון צריכות להיות מעוגנות בעקרונות הכלליים של המשפט הפלילי, אולם אני חושבת שהיינו צריכים לתקן תיקוני חקיקה שיעניקו כלים טובים מאלה הקיימים להתמודדות עם תופעות שונות, כמו ריבוי עררים המסכלים חקירות או כל אותם מהלכים שאינם ענייניים ואינם משרתים את התכליות של זכויות האזרח. תופעות אלו נסבלות בהליך פלילי רגיל, והן קשות מנשוא בהליך ביטחוני. ועם זאת, עודני נאחזת בשורשים ובתפיסות של המשפט הפלילי הרגיל כדי שאפשר יהיה לשמור על המסגרת למרות הסיטואציה המוטרת.

דן מרידור: אינני מסכם את הדיון, כי איננו מסכמים היום. רק אעיר: גם אם נחשוב על פרדיגמות חדשות, כפי שהציע פרופ' כשר, סוגיית אזרחים ולא-אזרחים – רוב הזכויות הנוגעות לזכות האדם לכבודו, לגופו ולבריאותו בזמן חקירה הן אוניברסליות ואינן תלויות כלל באזרחות.

הגם שדעתי כדעתו של פרופ' קרצ'מר בעניין הזכויות האוניברסליות הרלוונטיות לדיון, יש לזכור שארצות הברית לא נהגה כך, ולא רק בגוונטאנמו. בפסק דין אמריקני מ-1990 הופרו זכויות האדם בעברת סמים.

לאמריקנים יש הסכם עם המקסיקנים באשר לסמים. במסגרת ההסכם, יש לאמריקנים רשות לחצות את הגבול ולתפוס בטריטוריה מקסיקנית את מי שמתחיל את העברה שם. והנה תפסו האמריקנים חוליה במקסיקו והעמידו את חבריה למשפט בארצות הברית. בבית המשפט טענו הנאשמים שהראיות נגדם נאספו בלי צו, ועל כן הן אינן קבילות מבחינה חוקתית. בפסק הדין קבעו רוב השופטים שהזכויות האמורות הן 'שלנו', של האמריקנים, ולא של אזרחי מקסיקו.

ובעניין העינויים: עסקתי בכך שנים רבות, ואני זוכר רגעים קשים של התמודדות עם קהל בהרצאות ועם בכירי השב"כ וחוקריו. אמרו לי לא אחת

שאם יפעלו לפי המלצותיי, יהיו פעולות טרור רבות. הודיתי שייתכן שיהיה לכך מחיר, אך לא היה לי שמץ היסוס שאני צודק; ולא שיניתי את דעתי גם בהתרחש פיגוע.

בהסתמך גם על הניסיון העולמי בקונפליקטים בין עמים או בין גזעים או בין קבוצות לאומיות, כל אחד ואחד מן הצדדים לסכסוך משוכנע שהוא הצודק ושהאויב מאיים על קיומו. ואם אין עוצרים את ההסלמה בסכסוך, מגיעים למצבים קשים ביותר. אשר על כן, אני רוצה לסמוך עלינו.

ועדת לנדאו בראשות משה לנדאו (אדם מוסרי, הגון, שהתכוון רק לטוב), שעם חבריה נמנו השופט מלץ והאלוף חופי, קבעה קביעות מבוססות משפטית, ואני משוכנע שמנסחי הקביעות התכוונו שהן יחולו רק במקרים הקיצוניים ביותר.

אחרי ועדת לנדאו, שהדוח שלה התפרסם באוקטובר 1987, כשהתברר לנו (ב-1988 הייתי שר המשפטים) שממשיכים לענות ולשקר, הקים ראש השב"כ דאז, יעקב פרי, ועדת בדיקה. בוועדה היו חברים יחיאל סוכר, המשנה לראש השב"כ, ויצחק חופי, שהיה מבקר הרשות, ויעקב יניב, ראש אגף בשירות. נקבעה שם פשרה: שאנשים ידברו ולא יעמדו לדין על מה שאמרו. כך נפרצה הפרצה. האנשים העידו שבמשך שנתיים אחרי דוח לנדאו, עד דצמבר 1989, המשיכו בכלא עזה לענות ולשקר, כשיטה. באותה תקופה מת שם בחקירה חאלד שיח' עלי, שגם אחיו היה עצור. אחד הגילויים המזעזעים שם היה שאחד האנשים טען שהיכו אותו באשכים ולאחר מכן הביאו אותו לבית חולים באשקלון. משביררו בבית חולים באשקלון ומצאו שאין שם תיעוד למקרה שלו. בדיעבד העיד חוקר השב"כ שווידאו שלא יהיה למקרה תיעוד רפואי. זו שיטה נוראה. הכול התחיל בכוונה טובה ובהחלה צרת-היקף המוגבלת רק למקרים בודדים, שאפשר מבחינה פילוסופית ומוסרית ואולי גם משפטית, להצדיק אותם. אבל משניתנה רשות למשחית שאינו מבחין בין מקרים אלו לבין מקרים שאינם כאלו, התפתחה הרשות לממדים נוראיים. מדוע? לא כי האנשים רעים, אלא כי הצורך עצום, כי הלחץ למנוע פיגועים עצום, ולכן יכולת הבקרה של המערכת גם ביחס לאנשים טובים מוגבלת מאוד. משום כך גיבשתי את עמדתי, ומשום כך נחשבתי 'אויב' של השב"כ שנים רבות מאוד.

מתי רוויתי נחת? לפני כמה חודשים הרציתי, במסגרת הרצאה תקופתית, בקורס של השב"כ, קורס בין-שירותי, קורס גבוה של המוסד-אמ"ן-שב"כ. בתום ההרצאה חיכה לי בחוץ מי שהיה ראש אגף חקירות של שב"כ וסיפר לי שהוא מלמד את החניכים בקורס את תוכנו של מסמך מסוים, מסמך שלא ידעתי כלל שהוא ברשותו. כשסיימה ועדת סוכר את עבודתה, והתבררו לי

הנתונים המזעזעים של שקרים ועינויים בכלא, שנתיים אחרי דוח לנדאו, כינסתי ישיבה בלשכת שר המשפטים. בישיבה נכחו כעשרה אנשים, ובהם היועץ המשפטי ופרקליטת המדינה וכן ראש השב"כ וראש אגף החקירות. בישיבה נרשם פרוטוקול בן חמישים עמודים, אחד הפרוטוקולים המזעזעים ביותר שקראתי. ובכן, אמר לי המרצה בתום ההרצאה: תראה, היום אני מביא לחניכים שלי את הפרוטוקול כדי להראות להם איך היה השב"כ בעבר ואיך הוא השתנה היום.

אמרתי בלבי שאולי בכל זאת הועלתי במעט.

אינני משוכנע שגם היום אין מקרים חריגים, אבל אני חושב שהם אינם דומים למה שקרה אז. אני פוחד מאוד ממתן היתר, כי ההיתר מוצדק מבחינה פילוסופית, אבל טבע האדם והלחץ שהאנשים נמצאים בו והניסיון המר שלנו בהיתרים יגרמו לנו לשאול את עצמנו בזמן קצר ביותר אם היינו חכמים כבעלי ניסיון או שלא למדנו דבר מן הניסיון.

והערה אחרונה על הקטעים הבין-לאומיים: נכון שהנשיא בוש הלך בנתיב הפוך מזה של העולם ועצר את המשפטיזציה או את הבין-לאומיזציה של המשפט. המגמה לדעתי תהיה להגביר את כוחו של המשפט הבין-לאומי, כי העולם הפך לעולם אחד. אשר על כן אני חושש מפני קביעת הלכות נכונות ומתאימות לנו, אבל מנוגדות למשפט הבין-לאומי המקובל. ארצות הברית יכולה להרשות זאת לעצמה; אנחנו – לא. למה אני מציין זאת? לא בעבור האזרחים, אלא בעבור החיילים. לא נוכל להגן על חיילינו, על הרמטכ"ל שלנו, על איש השב"כ שלנו, בכריסל או בהאג או בלונדון. אני מקפיד להיות זהיר בכגון אלה. אפילו מוצדק לנהוג בניגוד לחוק הבין-לאומי, שומה עלינו לחשוב על הגנת החיילים שלנו. הנה נסע הרמטכ"ל ללונדון, ושם נודע לו שהיה יכול להיעצר. והיו עוד מקרים דומים.

כדיון זה השתתפו אנשים מדיסציפלינות שונות, הגם שהדיון הוא בתחום המשפט, ובלי ספק מניפת הדעות והתחומים העמיקה את אופק החשיבה. אמנם סוגיית המודיעין לא עלתה, אך מקומה לא ייפקד מדיונינו באחת הישיבות הבאות.

אקדים הקדמה קצרה: לפעמים המודיעין משוכנע כל כך שהראיות מסתדרות היטב בתמונה שהכין, ובכל זאת לא אחת התוצאה היא שהכול לא היה ולא נברא אלא משל היה. מצד המודיעין, יש מקום לדאגה בגלל שניים: סדאם חוסיין וערפאת.

אין לי שום טענה לאמריקנים בדבר ליקויי המודיעין שלהם בעיראק; בטווח הקצר לפחות הם פעלו פעולה נכונה. אבל אילו היה מחדל המודיעין

הזה בישראל, דהיינו שהמודיעין היה מפרסם מידע לא־אמתי ועם שלם היה יוצא למלחמה בשל כך, כל המדינה כולה הייתה נרעשת.

ובעניין ערפאת: העם בישראל, עד האחרון בו, משוכנע שערפאת מורה לאנשיו לבצע פעולות טרור. אני שומע אנשים מן היישוב מדברים ברדיו ואומרים בוודאות גמורה שערפאת הוא נותן ההוראות, הוא המוח שביסוד הטרור וכו'. כך הציבור חושב, וגרוע מזה – כך הממשלה חושבת. ואיש אינו מבין שהדברים אינם נכונים. אני אומר לכם שהטענה שערפאת הוא המוביל את הטרור והוא הנותן את ההוראות אין לה שחר. נכון, הוא מנוול, הוא רוצה טרור, הוא מסית לטרור, הוא יכול לעצור טרור; אך הוא אינו מנהל את הטרור היום, ממש כשם שאין הוא מנהל אותו זה שנים. אני אומר זאת שוב ושוב בקול רם, ואיש אינו שומע אותי. בהתרחש דבר מה בחמאס או בגללו, מצודדים קנה לעבר המוקאטעה. למה? כי זה נוח. אנו מצרים את צעדיו של ערפאת כמו שלא הצרנו את צעדיו של איש מאויבינו, וזה שנים אנו יודעים כל מה שהוא עושה, וטרם מצאנו אצלו דבר. אינני מתכוון שהוא אינו אחראי למצב; הוא אחראי בעיניי, ושלא תהיה כאן טעות. הוא אחראי למצב, והוא אינו מכיר במדינה, והוא ישמח אם לא נהיה פה, והוא אינו עוזר אף שהוא יכול היה לעזור. אבל לא הוא נותן את ההוראות הספציפיות. הבעיה היא הקונספציה בצד המבצעי. אם כן, גם על המודיעין ראוי לדבר. כמה עוד אפשר להסתפק בטענה 'המודיעין אמר'? צריך לבקר את המודיעין ולהציב תהיות על ניתוחיו ועל מסקנותיו.

מושב רביעי

**המאבק בטרור כלחימה:
היבטים משפטיים**

יום חמישי, י' בניסן תשס"ד
1 באפריל 2004

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	אביעזר יערי
עדנה אולמן-מרגלית	אריק כרמון
עמי איילון	אסא כשר
נאוה בן אור	רות לפידות
יותם בנזימן	הילי מודריק-אבן-חן
ישי בר	אסנת מנדל
סיגל גולן-עתיר	שי ניצן
אריה גוס	עמנואל סיון
עמנואל גרוס	חיים פס
אפרים הלוי	מרדכי קרמניצר
דוד ויצטום	דוד קרצ'מר
דודי זכריה	דניאל רייזנר
ירח טל	

דן מרידור: אנו פותחים את הישיבה הרביעית של הפורום 'דמוקרטיה נלחמת בטרור' והפעם נשמע את הרצאתו של עו"ד שי ניצן, המשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים. שי ניצן אחראי בין השאר למרבית הדיונים בבית המשפט העליון בנושאי טרור נגד דמוקרטיה. הגם שהוא בעיצומו של דיון משפטי בסוגיית סיכול ממוקד, ישיבה זו לא תיחשב התערבות בתהליך משפטי, בייחוד לאחר שחוק סוביודיצה שונה.

המאבק בטרור כלחימה: היבטים משפטיים

שי ניצן

אבקש לומר דברים אחדים על אודות ההיבטים המשפטיים של הלחימה החדשה בטרור, ובמילה 'חדשה' אני מתייחס להיבט המשפטי. מקצת דבריי מוכרים לשניים מן הנוכחים בדיון: אסנת מנדל, מנהלת מחלקת הבג"צים, העובדת עמי בצמידות, ודניאל רייזנר, עד לאחרונה ראש ענף הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית, שחלק נכבד מן העשייה שאדווח עליה בהרצאה נערך בשיתוף עמו. אני מתנצל לפנייהם על שהדברים שאומר יהיו מוכרים להם, ועם זאת אני משוכנע שהיכרותם עם החומר תפרה את הדיון.

את הדיון אחלק לשני חלקים: החלק הראשון יהיה דיון עקרוני בשאלה מה שם ייקרא למצב הביטחוני שאנו בעיצומו, 'מלחמה' או 'התקוממות', וכן מה משמעותו המשפטית של המצב הביטחוני מבחינת מערכת הדינים; החלק השני יהיה דיון בשאלת היישום המשפטי של הניתוח העקרוני, דהיינו ההשלכות הביצועיות של ההכרעה בשאלה העקרונית.

דיון עקרוני

כידוע, שנים רבות הייתה הלחימה בטרור, היא עודנה, וחוששני שתמשיך להיות, אתגר של מדינות רבות בעולם: ספרד, בריטניה, סרילנקה ועוד. ללא ספק התעצם אתגר זה מאז אירועי 11 בספטמבר 2001, ובקנה מידה עולמי. ואולם מבחינה משפטית, תפיסת הדרך להתמודדות עם הטרור לא התפתחה בעולם בצורה נאותה. הדוגמה הבולטת לכך היא תריסר האמנות הבין-לאומיות המסדירות היבטים שונים של לחימה בטרור, כגון האמנה לחטיפת מטוסים, אך אף לא אמנה אחת בתחום הטרור עצמו: עדיין אין לטרור הגדרה משפטית, ועדיין אין אמנה אחת הקובעת שטרור הוא פשע, המגדירה אותו ואת ההיקפים שלו ואת דרכי ההתמודדות אתו. כך, חטיפת מטוסים היא מעשה שבגיניו אפשר להעמיד לדין גם במישור הבין-לאומי, אך לא חברות בארגון טרור. שמעתי היום הרצאה מפי היועץ המשפטי של משרד החוץ, ובה אמר שאם ייתפס בן-לאדם, אפשר יהיה להעמידו לדין בגין שידול או שליחה לחטיפת מטוסים או בגין רצח, אבל אי-אפשר יהיה, באופן משונה מאוד, להעמידו לדין בגין חברות בארגון טרור.

הדבר נובע כמובן מן ההתפתחות המסורתית של המשפט הבין-לאומי בתחום זה. באופן מסורתי, הצדדים המנהלים מלחמות הם מדינות, ישויות מדינתיות, ובהתאם לנסיבת התרחשות בין-לאומית זו התפתחו דיני המלחמה שנועדו באופן טבעי להסדיר מערכת אירועים בין שתי מדינות היוצאות למלחמה זו נגד זו.

בהינתן נסיבת התרחשות בין-לאומית שונה, דהיינו מלחמה שארגון לבר-מדינתי או תוך-מדינתי יוזם, מתרקמת קונסטלציה בעייתית בהרבה מזו המסורתית. עקב כך התייחסו שנים רבות להתמודדותה של מדינה עם אלימות של טרוריסטים כאל סוג של מנגנון אכיפת חוק. לשון אחר, יש פושעים פליליים, יש רוצחים ויש גנבים, והמדינה מתמודדת אתם באמצעים של אכיפת חוק, דהיינו חקירות משטרה, העמדה לדין וריצוי עונשי מאסר; וכן יש טרוריסטים שנתפסו כמפרי חוק מטעמים אידאולוגיים.

בעקבות תפיסה זו של הטרור לא התגבש כלי משפטי מתאים שיסדיר את

ההתמודדות עם תופעת הטרור ההמוני והרצוף שאנו עדים לו. הנה הנתונים: בשלוש השנים וחצי האחרונות, מאז ספטמבר 2000 ועד היום, בוצעו במדינת ישראל ובשטחים למעלה מ־21,000 פיגועים נגד כוחות מדינת ישראל. זה מספר פנטסטי: למעלה מ־21,000 פיגועים! בצד הישראלי נהרגו 942 אנשים, חיילים ואזרחים, הרוב אזרחים, ונפצעו כ־6,300 איש, אזרחים וחיילים. כלומר מדובר במסות עצומות. ואכן, ציין זאת גם עמוס גלעד ביום עיון במסגרת השתלמות פרקליטים ומשפטנים בנושא ביטחוני. גלעד אמר במפורש שאיש לא חזה התפרצות טרור פלסטיני נגד ישראל בממדים שכאלה.

כאשר משווים את הטרור הפלסטיני המתמשך נגד ישראל לפיצוץ מגדלי התאומים בניו יורק ב־11 בספטמבר, מוצאים שבניו יורק נהרגו כ־3,000 איש בבת אחת, הרבה יותר מכמות ההרוגים בישראל ברצף של 21,000 פיגועים. ובכל זאת, לטרור יש השלכות לא רק בגלל כמות ההרוגים, אלא גם בגלל הרצף המתמשך שלו. עמוס גלעד הציג המחשה טובה: אדם המתגורר בניו יורק ואפילו באזור 'הגראונד זירו', אם הוא ואשתו וילדיו יוצאים מן הבית, חזקה עליהם שיחזרו הביתה בשלום. כירושלמי אעיד על עצמי שבשלוש השנים וחצי האחרונות, ילדתי ראו מעט מאוד את מרכז העיר ירושלים. כשהרגו את השיח' יאסין, סיפר לי מכר: 'הייתי בקניון והיה נפלא: הייתי שם לבדי; איש מלבדי לא היה בקניון'. הטרור המתמשך כאיום מתמיד משפיע אפוא על אורחות החיים של כולנו בצורה דרסטית. אני מכיר אנשים רבים המדירים את רגליהם ממרכז העיר ירושלים. הנה כי כן, יש חשיבות רבה לא רק למספרי ההרוגים והפצועים מטרור, אלא כמובן גם לרצף האירועים ולאמצעים המופעלים בזמן התרחשותם.

שימו לב שלאירועי ספטמבר 2000 בישראל אין שם רשמי ומקובל. יש בהיסטוריה המתועדת 'מלחמת יום כיפור' ו'מלחמת לבנון' או 'מבצע שלום הגליל', אך כששואלים מה שם ייקרא לאירועים מאז ספטמבר 2000 ועד היום, פרק זמן בן שלוש שנים וחצי, אולי הדרמטיות ביותר בתולדות מדינת ישראל, אין תשובה. תחילה כינו זאת 'אנתיפאדת אל־אקצה', אבל ממשלת ישראל וצה"ל לא אישרו כינוי זה מטעם אחד: יש הברל דרמטי בין האנתיפאדה הראשונה לפני כעשור, שהייתה מעין התקוממות עממית, לבין אירועים אלו, שהם פעולות מכוונות ומתוכננות; בצה"ל מכנים אותם 'אירועי גאות ושב', אך בציבור אין לכינוי זה שום משמעות. גם אנו, בתשובות רשמיות של המדינה התלבטנו אשר לכינוי הראוי לאירועים מאז ספטמבר 2000, ולבסוף התייצבנו על הביטוי 'אירועי הלחימה'. אנו יודעים שיש לביטוי זה עומס ריגושי גדול, שכן הוא טעון קונוטציות הנגררות אל המילה 'אירועים', הקרובה בצליליה לביטוי 'מאורעות' (כמו מאורעות תרפ"ט). כשם שבצעם הביטוי

'מאורעות' יודעים למה הכוונה, כך בביטוי 'אירועים'; הכול יודעים היום מה פירוש 'האירועים'.

כאמור, בניגוד לאנתופאדה הראשונה, הבנו מהר מאוד שאירועי ספטמבר 2000 ואילך הם 'משהו אחר'. זו לא הייתה התקוממות עממית, אלא שימוש מסיבי בנשק חם. כבר בחצי השנה הראשונה לאירועים, התגובות של ממשלת ישראל בראשות אהוד ברק היו תגובות מלחמה: מטוסים יצאו להפציץ 'בסיסי אויב', אם אפשר לכנותם כך – תחנות משטרה פלסטיניות ומחנות. אמנם לפעמים ניתנו לאנשים התרעות לפני ההפצצה, אבל יש לזכור שאין תגובה שכזו באמצעי אכיפת חוק. אין שולחים מטוסים להפציץ את המאפייה או את בתיהם של הרוצחים והגנבים.

אחר כך התעוררה השאלה המשפטית (ואני מחדד בדבריי את הבחינה המשפטית, אם כי אין ספק שגם רשויות הצבא התלבטו בשאלה זו): האם לפנינו מלחמה או עימות מזוין עם קבוצות טרור? האם זו מלחמה או התקוממות? אנו – כלומר משרד המשפטים או פרקליטות המדינה או מחלקת הבג"צים – נאלצנו להתמודד עם שאלה זו מהר מאוד, שכן האירועים הצבאיים וההתפתחויות הביטחוניות־מדיניות גררו עתירות שחייבו התייחסות משפטית שלנו.

במישור הפוליטי הדברים התנהלו באורח מחייב פחות, משום שכל שר ושר רשאי לראות את הדברים כרצונו וכתפיסתו – מלחמה או רק התקוממות – אבל כאשר המדינה אמורה להציג את עמדתה הרשמית בכתובים, העניינים מסתבכים, כי למילה הרשמית הכתובה (בבית המשפט או בנאום מן הכתב לפני ועדת מיטשל או באו"ם) יש ערך מוסף, ואיננו יכולים להרשות לעצמנו לכתוב בתשובה לעתירה לבג"ץ היגדים חסרי אחריות או חשיבה מעמיקה, שכן כל מילה שם מייצגת את הממשלה, את הרמטכ"ל, את הצבא. חיינו לא היו אפוא חיים קלים. נאלצנו מהר למדי להתמודד עם השאלה מה הם 'האירועים' מבחינה משפטית.

אירוע רדף אירוע, וקצב האירועים לא הניח לנו למצות את החשיבה המקצועית. לאחר תקופה קצרה למדי, לצערי, של היסוסים ולבטים, נאלצנו לחדד את הנושא בעזרת בית המשפט העליון בעצמו. בעתירות השונות התייחסנו לאירועים כאל 'אירועים מלחמתיים', 'אירועי לחימה' ושאר מיני הגדרות, ובתוך כמה חודשים הגישה ישראל לוועדת מיטשל, שהוקמה בעקבות הסכם שארם א־שייך, נייר עמדה ובו צוין Israel is engaged in an armed conflict short of war ('עימות מזוין שאינו עולה לכדי מלחמה', ובלשון הצבא: 'עימות נמוך עצימות').

התפיסה הבסיסית של ביטויים אלו הייתה כללית בלבד, ללא רזולוציות

חדות וללא דקויות הבחנה, ועל כן מטבע הדברים ומכוח האילוץ בהתדיינויות המשפטיות, היא הלכה והתפתחה תוך כדי ההתמודדות בבית המשפט העליון. שם עשינו בה 'עבודה התפתחותית': בעידוד מרומז, של נשיא בית המשפט העליון, פיתחנו קונספט משפטי חדש. ואכן, בפסק הדין עג'ורי בנושא תיחום מקום מגורים כתב הנשיא ברק בעצמו, בעקבות ההתדיינויות אתנו, שהוא חושב שלהוראות אמנת ז'נבה, שנכתבו ב-1949 בנסיבות היסטוריות שונות (לאחר מלחמת העולם השנייה, בשעה שמדינות נלחמות ביניהן והעולם כמרקחה), יש לתת היום פרשנות דינמית המותאמת למצב החדש שנקלענו אליו.

הביטוי *armed conflict short of war*, יש לו שני חלקים: החלק הראשון הוא *armed conflict* ('סכסוך מזוין' או 'עימות מזוין', לפי המתרגם), והחלק השני הוא *short of war* ('שאינו עולה לכדי מלחמה'); 'מלחמה' היא הביטוי המוכר במשפט הבין-לאומי; ופרופ' לפידות, היושבת עמנו, תוכל לשאת על כך הרצאות מלומדות עשרת מונים ממני. בספרות המשפטית התפתחה בעשרות השנים האחרונות מגמה להפסיק להגדיר את מעשי הלחימה בין מדינות או בין גופים וארגונים שאינם מדינות בכינוי 'מלחמה' ולהתחיל לכנותם בכינוי רחב בהיקפו: *armed conflict*, 'עימות מזוין'.

במקום להכריע בהתלבטות אם אנו במלחמה או לא, הסכמנו לקבל שאנו בתוך עימות מזוין *short of war*, דהיינו לא מלחמה במובן הקלאסי שלה. החשוב הוא שיש כאן סכסוך מזוין, ויש לקבוע מהי מערכת הדינים החלה בסיטואציה כזאת. אם מערכת הדינים איננה מושפעת מן ההגדרה, אחת היא לנו מבחינה משפטית מה שם ייקרא למצב זה. הגדרנו אפוא את מצב האירועים במדינת ישראל בהתמודדות עם ארגוני הטרור כמצב של 'סכסוך מזוין'.

לפי כללי המשפט הבין-לאומי, במצב זה חלה מערכת דיני המלחמה או דיני העימות המזוין. אני אומר את מילת הבררה 'או', כי לפי ספרות המשפט הבין-לאומי, דיני העימות המזוין או הדינים החלים בזמן עימות מזוין זהים לדיני המלחמה. אמנם החליפו את הביטוי 'מלחמה' בביטוי רחב ממנו, 'עימות מזוין', וביטוי זה מסמן לא רק מלחמה בין שתי מדינות אלא את כלל העימותים בין מערכות לאומיות או אתניות שונות, אבל מערכת הדינים נותרה על כנה. יש לכך הוכחות משפטיות, והנה אחת מהן על קצה המזלג: מדרך המלחמה של צבא ארצות הברית ושל צבאות אחרים מנחה את החיילים שבכל מצב של עימות מזוין יחולו דיני המלחמה. על כך נסמכנו. אמרנו שהאירועים בישראל הם בגדר 'עימות מזוין', כי *war* נחשב ברגיל סכסוך בין שתי מדינות, ולנו אין סכסוך עם מדינה אחרת, כי הרי אין מדינת פלסטין; יש שם ישות מיוחדת ומורכבת לפי המשפט הבין-לאומי, אבל היא איננה מדינה.

שאלה נוספת שמעולם לא התחדדה דיה היא השאלה נגד מי יש למדינת ישראל עימות מזוין: נגד הרשות הפלסטינית, אותה ישות מעין מדינית, או נגד ארגוני הטרור הפלסטיניים? 'ארגוני הטרור הפלסטיניים' הוא מונח מתעתע, כי ארגוני הטרור הפלסטיניים כוללים לא רק את חמאס ואת הג'האד האסלאמי, אלא גם חלקים מסוימים של ארגון הפת"ח, כגון תנזים, שמרואן ברגותי העומד בראשו עומד היום לדין וכבר הורשע ונידון למאסרי עולם אחדים על ביצוע שרשרת פיגועי טרור. אם כך, ברור שיש לנו עימות מזוין גם עם תנזים. לנוכח זאת, אפשר להרחיב ולומר שהעימות הוא גם עם מי שתומך בתנזים, קרי הרשות הפלסטינית. לפי הראיות הצבאיות והמודיעיניות של מדינת ישראל, הרשות הפלסטינית לא רק שאיננה מונעת טרור ואיננה נלחמת נגד טרור, אלא היא אף תומכת בו בפועל. די לקרוא את כתב האישום הרשמי נגד ברגותי ולהיווכח שברגותי הואשם כשליחו של ערפאת, המוגדר 'ראש ארגוני הטרור'. הגדרת ערפאת 'ראש ארגוני הטרור' היא הגדרה חריפה ביותר. אם כן, השאלה נגד מי עומדת ישראל בעימות המזוין איננה חדה, כי לא ברור אם היריב הוא גם הרשות הפלסטינית או רק ארגוני טרור פסאודו עצמאיים בה, אבל לא אוכל להרחיב בנקודה חשובה זו. מכל מקום, לעתירות בבג"ץ יש רקע קונקרטי, ושם אנו נוקטים את המונח 'עימות מזוין נגד ארגוני הטרור'. בהמשך אתיחס בהרחבה לעתירות נגד הסיכול הממוקד נגד מחבלים.

כאמור, אנו תופסים את המצב היום כ'עימות נמוך עצימות', במשמעות המשפטית הכללית שלו. בית המשפט העליון קיבל את עמדתנו לגבי מהות המצב בשורה של פסקי דין, ויש לכך חשיבות רבה. בהקשר זה, פסק הדין החשוב מכול הוא פסק דין עג'ורי. עניינו 'תיחום מקום מגורים', והוא נקבע בצורה פרטנית ועקרונית ובהסכמה נרחבת של בית המשפט.

לפני שאתיחס לשאלה מהו 'תיחום מקום מגורים' ומדוע נקבע וכיוצא באלה, אקדים ואומר שמדובר בהעברת אנשים מיהודה ושומרון אל עזה במטרה כפולה: גם מניעת סכנה אישית וגם הרתעה.

תיחום מקום המגורים הראשון הקים רעש ציבורי גדול. הוא הוטל על בני משפחת עג'ורי, משפחת ארכי-מחבלים האחראים לפיגועים גדולים. האח והאחות לבית עג'ורי היו אחיו של המחבל שהיה אחראי לפיגוע כפול בעמנואל שבו נהרגו למעלה מעשרה בני אדם. אחותו של המחבל תפרה את חגורת הנפץ למתאבד שיצא לפיגוע, ואחיו עזר לחוליה להחביא את חומרי הנפץ, היה בחוליית התרעה וסייע לטרור בדרכים שונות.

תיחום מקום המגורים ננקט, מכיוון שבמערכת הביטחון סברו שיש תועלת רבה בהרתעת מפגעים באמצעות איום על משפחותיהם. ממחקרים של שירות הביטחון התברר שלצעדים המכוונים נגד משפחת המפגע הפוטנציאלי יש

אפקט מרתיע. קשה מאוד להרתיע את המפגע המבקש להתאבד בפיגוע התאבדות, כי הוא מוכן ככל מאודו לשלם את המחיר היקר מכול – חייו; אבל אפשר להרתיע אותו ביצירת סכנת פגיעה במשפחתו ובביתו. לשירותי הביטחון היו לכך הוכחות מפי מחבלים שנתפסו בדרכם לפיגוע והודו בחקירתם שמשפחותיהם לחצו עליהם להימנע מן הפיגוע מחשש שיבולע להן ולביתן. כך לדוגמה הסיפור שסיפרתי בבית המשפט העליון מתוך חומר מודיעיני שהגיע לידיי: לפני כשנתיים וחצי גויסה בחורה פלסטינית לבצע פיגוע התאבדות. נתנו לה בובת תינוק, ובתוכה היו אמורים להטמין חומר נפץ. ההוראות היו להתפוצץ בירושלים. כאמור, הדבר היה לפני כשנתיים וחצי, ואז לא קיבלו כמובן מאליו שנשים יכולות לבצע פיגועי התאבדות. בשלב מסוים התחרטה הצעירה (הסגירה את עצמה או לכרו אותה, אינני זוכר), ובחקירתה אמרה שמה שהרתיע אותה היה צעקותיה של אמה למשמע דברי הפרדה שלה לפני היציאה לפיגוע. אמה צעקה עליה: לא אכפת לך מאתנו; את תעלי לשמים, לגן עדן, אבל לנו יהרסו את הבית ויגרשו אותנו. אותה צעירה אמרה שבעקבות זאת חזרה בה מהחלטתה להתאבד.

מובן שאין זה מקרה אופייני, כי הרי אינני יכול לומר שכל מתאבד ינהג כך, אך בהינתן מקרים נוספים כאלה ומחקרים בדבר חשיבותם של המשפחה ושל התא המשפחתי בחברה הפלסטינית, מתברר שלפגיעה במשפחה יש השלכות ניכרות על ההחלטה לבצע פיגוע או להימנע מכך. הערה זו וסיפור זה היו מאמר מוסגר בתיאור פרשת עג'ורי.

בפסק הדין שניתן מפי תשעה שופטים פה אחד בפרשה הזאת אושרה מדיניות הממשלה והצבא לנקוט 'תיחום מקום מגורים' לצורכי הרתעה, צעד דרמטי ביותר לבעלי חשיבה משפטית ומוסרית. ואולם כאן הוטל הסייג החשוב שעל קיומו עמד היועץ המשפטי לממשלה: האישור לנקוט צעד כזה לצורכי הרתעה ניתן רק כאשר יש גם אפקט אישי ומניעת, דהיינו רק כאשר מדובר באדם שנשקפת ממנו עצמו סכנה. כלומר אינך יכול להעביר אדם חף מפשע, שלא עשה דבר ולא היה מעורב בפיגועי טרור, לעזה רק משום שבנו מחבל או רק כדי שאחרים יירתעו מטרור. רק בן משפחה שסייע לתכנון ולביצוע של פיגועים, כאשר יש חשש שימשיך לעשות כן גם בעתיד, עליו מותר להפעיל צעד זה, ואין בכך פגם אם עומד לנגד העיניים גם השיקול ההרתעתי. כך למשל, גב' עג'ורי הייתה במעצר מנהלי בזמן מתן פסק הדין לשם מניעתה של סכנה עתידית. והנה, בית המשפט אישר לקחת אותה מן המעצר המנהלי ככלא ולהעביר אותה לעזה ליצירת האפקט ההרתעתי. אמנם העברה זו נתפסה כביכול כמהלך לטובתה, כהקלה של תנאיה, אך השיקול המשפטי היה אחר: תיחום מקום מגורים לשם הרתעה. לשון אחר, כאשר

נשקפת סכנה מאדם שאינו חף מפשע, המפקד הצבאי יכול להחליט שהדרך להקטין את הסיכון או לאיינו לחלוטין היא כליאה או העברה לעזה.

בפסק דין זה אומצה עמדת המדינה, ויש לו חשיבות כפסק דין עקרוני שתשעה שופטים פסקו בו פה אחד. הנה משפט אחד מן הפתיח של פסק הדין: 'מאז סוף חודש ספטמבר [2000; פסק הדין ניתן באוגוסט 2002], מתנהלת באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזוין. במסגרתו בוצעו כ-14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש'. כאן פסק הדין מפרט את כל התמונה העובדתית המוכרת לכולנו בדבר הפיגועים וההרוגים ושאר הנפגעים. חשובים שני היגדים בפסיקה: 'מתבצעת לחימה קשה'; 'אין זו פעילות משטרית'; זהו סכסוך מזוין'. כללו של דבר, התפיסה שהצגנו לבית המשפט התקבלה.

לעניין מערכת הדינים החלה בסכסוך מזוין, היה לנו כאמור חשוב לחדד זאת, והגענו למסקנה שמערכת הדינים במצב זה היא 'דיני הלחימה של המשפט הבינ-לאומי'. זו נקודה שאין להקל בחשיבותה, כי יש הבדל תהומי בין מצב שבו חלה מערכת 'דיני אכיפת חוק' (משטרה, מעצר, חקירה רגילה וכיוצא בזה), לבין מצב שבו חלים 'דיני הלחימה' או 'דיני המלחמה', בהקשר הרחב. אלה שני עולמות שונים; אלו שתי מערכות שונות לחלוטין. חשוב לחדד זאת משום האפקטים האדירים שיש לכך הן בתחום הפלילי, שעליו נאווה בן אור ודודי זכריה הרצו בחודש שעבר, הן בתחום המנהלי והן בתחום האזרחי.

לפני שאסקור את התוצאות וההשלכות של ההכרעה בדבר מערכת הדינים הנוגת באירועים, אני מבקש להעיר בעניין הכרעה זו. לאחר דיון מדוקדק בדברים, בית המשפט העליון פסק שהמתחולל בשטח אינו רק מצב לחימה, אלא גם מצב לחימה שאינו בריק משפטי, היינו, חלים עליו דיני הלחימה שישראל צריכה לפעול לפיהם.

בנושא הסיכול הממוקד – אליו אתייחס בהמשך – הנושא מתחדד עד קצהו. דומה לכך פרשת כנסיית המולד: בזמן המצור על כנסיית המולד, כאשר התבצרו בה מחבלים, הוגשה עתירה לאפשר להכניס לשם דברי מאכל ומשקה וציוד. מובן שצעד זה היה מסכל לחלוטין את המצור, שכל יעדו היה לגרום למחבלים לצאת מן הכנסייה. לא זו בלבד אלא שבעתירה היה נספח, ובו פירוט כמיות המזון שרצו שנכניס לכנסייה: 500 קילו סוכר, 500 קילו קמח וכו'. בקיצור, על דרך המשל, הם רצו אספקה לתקופת מצור ארוכה פי עשרים מתקופת המצור על מצדה. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה שדרישה זו מגוחכת, אבל בהזדמנות זו הגדיר את האירוע כחלק מ'אירועי הלחימה' שדיני הלחימה חלים עליו. לפי דינים אלו לא הייתה שום חובה להיענות לדרישות

שהועלו בעתירה. דוגמה נוספת היא הגופות בג'נין: בזמן מבצע חומת מגן הוגשה עתירה למנוע מצה"ל לסלק את הגופות מג'נין בטענה שנערך שם טבח כביכול, וחלילה שצה"ל יסלק את הגופות, הראיות לטבח. בסופו של דבר הושגה הסכמה, בלחץ נשיא בית המשפט העליון, שהתבררה כנכונה, שישראל תפנה את הגופות בתיאום עם 'הצלב האדום'. הסכמה זו הועילה לישראל כי לישראל באמת היה עניין להוכיח שלא היה טבח; והדבר גם נקבע בפסיקה במפורש. לענייננו, חשובה העובדה שבפסק הדין נקבע כי חלים גם בעניין זה דיני הלחימה. דוגמה שלישית היא גדר ההפרדה; גם כאן נקבעה קביעה דומה. מעניין לראות איך מתנהלים הדיונים על אודות גדר ההפרדה. כי גם כאן יש השפעה רבה לשאלה מהי מערכת הדינים הרלוונטית לעניין לפי כללי המשפט הבין-לאומי. אם כן, בתיקים אלו ובאחרים קבע בית המשפט שדיני הלחימה הם החלים בנסיבת הדברים הנתונה.

אני רוצה להפנות את תשומת לבכם שאין מדובר בקביעה משפטית ישראלית בלבד, אלא בקביעה רחבה יותר. ברור למדי שאירועי 11 בספטמבר 2001 הם נקודת המפנה העולמית, בוודאי מבחינת ארצות הברית, אירופה ונאט"ו. בעקבות הפיגועים הגדולים בארצות הברית יש התעניינות עצומה של משפטנים בין-לאומיים מארצות אחרות בשאלה מהי התפיסה המשפטית הרווחת בישראל לעניין זה, שכן ישראל מתמודדת עם טרור שנים לא מעטות.

לסיכום, הגיוני למדי לראות בהתרחשויות האלימות כפי שאנו תופסים אותן 'לחימה': מטוסים, הפצצות, הליקופטרים, הרוגים רבים בשני הצדדים, עשרות אלפי פצועים. מה שנשמע כמו לחימה ונראה כמו לחימה הוא 'לחימה', ואם כך, חלים בו דיני הלחימה. למעשה, בהיגד זה אני מתמצת את כל מה שאמרתי עד כה.

ואולם מה שנשמע לנו הגיוני, אינו נשמע כך לכולם, למשל לעותרים השונים, עורכי דין וגופים מכובדים. הם מתעקשים לדבוק בטענה שאין כאן לחימה, אלא אירועים של הפרת חוק: לטענתם, אנשים הורגים, ויש לראות בכך מעשה רצח כמו כל רצח אחר. זו התזה המרכזית בעתירות, במיוחד בעניין הסיכול הממוקד. הווה אומר, יש כאן אירועי הפרת חוק, ויש לטפל בהם כמו בכל הפרת חוק: לעצור, להעמיד לדין וכיוצא בזה; לא לירות או להטיל פצצה ולהרוג בני אדם בלי משפט. זו אפוא תזה הפוכה לשלנו; לנו היא נראית חסרת בסיס משפטי וגם לא הגיונית או מוסרית, אך לכך אתייחס בהמשך.

מכל מקום, תפיסתה של ישראל את לחימתה נגד ארגוני הטרור כ'עימות מזוין' כבר איננה ייחודית למדינת ישראל. בעקבות אירועי 11 בספטמבר פרסם הנשיא בוש ביום 13 בנובמבר 2001, זמן קצר מאוד לאחר האירועים, צו

נשיאותי שעניינו מעצר אנשים שאינם אזרחים, טיפול בהם ושפיטתם, במסגרת מלחמה נגד טרור: שימו נא לב למילה 'מלחמה'. מן הסעיף המרכזי בצו ניכר שבוש אימץ את התפיסה הישראלית, בחלוף זמן לא רב מאז התקבל בפסיקה בישראל, שכן בצו ננקט גם הביטוי *armed conflict*, שיש לו משמעות ברורה מבחינה משפטית. ביטוי זה ננקט כאן באופן רשמי לראשונה, אף שהיו גם התקפות טרור שקדמו לפיגועים בבנייני התאומים, בפנטגון ובשטח הפתוח בפנסילבניה. כוונתי לפיגועי טרור שקרו בטנזניה ובקניה וכיוצא בזה, לפני 2001. באותה עת לא בהכרח ראו בכך עילה להכרזה על 'עימות מזוין'.

מלבד בארצות הברית, גם בנאט"ו הוחלט שאירועי ספטמבר 2001 ייחשבו פעולה שעליה חל סעיף 5 לאמנת נאט"ו מ-1949, שלפיו הצדדים לאמנה מסכימים שהתקפה מזוינת, *armed attack* (שימו לב: *armed attack, conflict*), על אחת מחברות הברית או יותר תיחשב התקפה נגד כל חברות הברית. במקרה זה, במסגרת זכות ההגנה העצמית המוכרת בסעיף 51 למגילת האו"ם, תיחלץ כל מדינה ומדינה בברית לעזרת חברותיה המותקפות. סעיף 5 זה הופעל לראשונה בהיסטוריה של נאט"ו במועד האמור. יש לכך חשיבות היסטורית, גדולה ורחבה אף יותר מזו של הכרזת הנשיא בוש, כי הכרזת בוש היא של ארצות הברית לברדה, ואילו החלטת נאט"ו היא של כלל המדינות בברית הצפון-אטלנטית. הנה כי כן, לראשונה בהיסטוריה הכירו בפעולת טרור כ-*armed attack*, המקבילה למתקפה הצבאית הרגילה והמוכרת, דהיינו 'מלחמה'.

ברוח דומה החליטה גם מועצת הביטחון של האו"ם בסוף ספטמבר 2001 שהתקפות הטרור בארצות הברית, כמו כל התקפות טרור בין-לאומיות, מהוות סכנה לשלום ולביטחון הבין-לאומיים. משמעותה של קביעה זו היא שאפשר להפעיל בנסיבות אלו את הסמכויות הקבועות בפרק השביעי למגילת האו"ם, לרבות הסמכות להשתמש בכוח. באופן מסורתי נועד פרק זה לטיפול באיומים צבאיים של מדינות.

ברור אפוא לחלוטין שלא רק מדינת ישראל החליטה שמלחמה נגד טרור משמעותה עימות מזוין, אלא גם ארצות הברית, בנקטה את הביטוי הישיר ביותר 'עימות מזוין'; וגם נאט"ו ומועצת הביטחון של האו"ם, הגופים הבין-לאומיים החשובים מבחינתנו, החליטו החלטות בעלות משמעות קרובה.

בספרות מקצועית בין-לאומית נידון נושא זה בהרחבה, וזו אכן התפיסה המתקמת גם בה. דומני שאנו במדינת ישראל היינו בין הראשונים שפיתחו זאת, אבל לא בחדווה אלא בלית-כררה. המציאות הביטחונית השתנתה, ונאלצנו לשנות בעקבותיה את העולם המשפטי שלנו.

עד כאן החלק העקרוני בדבריי שעסק בשאלה מה משמעותו המשפטית של המצב הביטחוני מבחינת מערכת הדינים. בחלק השני של דבריי אדבר על הפן היישומי: מה המשמעות האופרטיבית במשפט המנהלי, הפלילי והאזרחי של הקביעה העקרונית. כאמור, יש לכך משמעות רבה מאוד.

היישום המשפטי

שפיטות: תפיסת השפיטות מוכרת: מקרה נתון 'שפיט', אם בית המשפט צריך לדון בו. במקרים נדירים נטענה בישראל טענת אי-שפיטות, דהיינו בית המשפט אינו צריך להתערב בהם, לא מטעמי חוקיות, אלא מטעמים אחרים, ועל כן יואיל בטובו למשוך את ידו מן העניין.

למי שחי בהווה המשפטית של מדינת ישראל טענה זו נשמעת מרחיקת לכת. זאת מכיוון שלאחרונה רבו אצלנו היגדים כגון 'הכול שפיט', 'מלוא כל העולם משפט' וכיוצא בהם, ובעקבות המהפכה בעולם המשפט מדברים היום פחות על השפיטות. ועם זאת, גם הגורמים המרחיקים לכת ביותר בביטול טענת האי-שפיטות, למשל הנשיא ברק, שמן הפסיקה שלו עולה שהוא אינו מרוצה מן הטענה הזאת, שמים סייגים לכך. בפסיקתו בפסק דין רסלר בנושא בחורי הישיבות, הנשיא ברק מציין שני סוגים של אי-שפיטות: אי-שפיטות מוסדית ואי-שפיטות נורמטיבית. הנשיא ברק מדגיש כי גם הוא מכיר בקיום עניינים שאינם שפיטים מוסדית, שכן גם הוא מסכים שיש נושאים שבית משפט אינו צריך להתערב בהם, בעיקר בשל החשש לערעור יסודי של מערכת האיוונים בין הרשויות השונות.

למשל, שאלת חוקיות ההתנחלויות בכללן לפי המשפט הבין-לאומי נקבעה בפסיקה הישראלית בנושא בלתי-שפיט. אכן, בפסק דין אלון מורה משנת 1977 בדבר תביעת בעלות פרטית של אדם על הקרקע שעליה הוקמה ההתנחלות אלון מורה, בדק בית משפט את שאלת הבעלות, כי היא שייכת לסוגיית זכויות הפרט, אבל בטענה הכללית מתחום המשפט הבין-לאומי, ולפיה כל ההתנחלויות אינן חוקיות כי הן בשטח כבוש, ובשטח כבוש אסור להקים יישובים של הכובש ולהעביר לשם אזרחים של המדינה הכובשת – בית המשפט סירב לדון, כי הדבר אינו שפיט (פסק דין בר גיל).

הסיכול הממוקד: כאשר התגלגל לפתחה של מערכת המשפט 'הסיכול הממוקד', או כפי שהוא מכונה בפי עו"ד אביגדור פלדמן ואחרים 'החיסולים', או בפי אחרים – 'הוצאה להורג ללא משפט', עלתה בראש ובראשונה שאלת השפיטות. בעתירה הראשונה שהוגשה נגד מדיניות הסיכול הממוקד על ידי חבר הכנסת ברכה, טענו, לאחר הרהורים ולבטים, לאי-שפיטות. בבית משפט

העלינו למעשה שתי טענות: ראשית טענו שמעשינו חוקיים לפי כללי המשפט הבינ־לאומי והישראלי, אך מעבר לכך טענו שבית המשפט אינו צריך להידרש לעניין זה כי הוא בלתי־שפיט. כן, אמרנו את המילים המפורשות שהרעידו כביכול את אמות הספים: 'בלתי־שפיט'. התלכטנו ארוכות ולבסוף חשבנו שבית משפט ישראלי אינו צריך לדון בכך מבחינת יחסי האיזון בין הרשויות. חשבו מה יקרה מבחינת היחסים בין הרשויות, אם יצא מבית המשפט פסק דין ובו איסור על מדינת ישראל לבצע סיכול ממוקד במהלך מלחמתה נגד המחבלים. בלשון המשפטנים מכונה הדבר 'אי־שפיטות מוסדית'. אמנם יכול להיות שלא יקרה כלום ביחסי הרשויות, אבל זו הטענה שהועלתה, ובית המשפט קיבל אותה. בית המשפט ישב בהרכב שלושה שופטים – מצא, חשין, לוי – וקבע: 'בררת אמצעי הלחימה שמדינת ישראל נוקטת בהם איננה מסוג העניינים שבית משפט זה יראה להתערב בהם'. בשפתנו, הכוונה היא 'לא שפיט'. ההרכב לא רק קיבל את הטענה, אלא אף קבע שגם השתכנע מכל שאר הטענות שבתשובת המדינה, ולפיהם הסיכול הממוקד חוקי.

חודש אחרי העתירה הראשונה הוגשה עתירה שנייה, שלא אוחדה עם העתירה הראשונה. היו ביניהן שני הבדלים: א. העתירה השנייה כתובה היטב, טוב בהרבה לדעתי מן הראשונה, והיא גם הכילה טיעונים כבדים מן המשפט הבינ־לאומי; ב. הרכב בית המשפט השתנה, ובבית המשפט העליון כל הרכב חופשי מתקדימים או מהחלטות של הרכבים קודמים. עתירה זו נדונה חודשיים לאחר מתן פסק הדין בעתירה הראשונה.

בתשובה לעתירה השנייה כתבנו פחות או יותר את כל מה שכתבנו בתשובה לעתירה הראשונה, ומלבד זאת הוספנו שיש כבר מעשה בית דין: בית המשפט הזה כבר פסק לפני חודשיים שבררת אמצעי הלחימה אינה מסוג העניינים שבית משפט זה יראה להתערב בהם, ולכן יש לדחות את העתירה על הסף. בשלב זה כבר לא היה צריך להסתפק בטענת 'התפיסה הכללית היא שמתנהלות פעולות לחימה, ושכפועולות לחימה בית משפט לא צריך להתערב', אלא עתה אפשר היה להיסמך מפורשות על מעשה בית דין.

בראש ההרכב השני ישב הנשיא ברק עם השופטים אור ומצא. זה היה ההרכב הבכיר ביותר דאז של בית המשפט העליון. אלה שלושת השופטים הבכירים, ולא מקרה הוא ששלושתם ישבו יחד, אלא אות הוא שהם חשבו שהנושא בעייתי והם נדרשים לו. בדיון הראשון אחרי שהגשנו את התשובה הראשונה, אמר לנו הנשיא ברק: לפני שאנו מקבלים החלטה לגבי טענת השפיטות, יש לנו שאלות אחדות שאנו רוצים שתתנו לנו מענה עליהן: מהו המצב העובדתי השורר בשטח? מהי מערכת הדינים החלה על מצב זה? מה הן מערכות הדינים הבינ־לאומיות, הפליליות הישראליות והמנהליות החלות

במצב זה? ומה קובעת כל אחת ואחת ממערכות הדינים לגבי נושא העתירה?
אחרי שתשיבו על שאלותינו אלו, נמשיך בדיון בעתירה.

נבוכותי מעט, כי לא יכולתי להשיב כראוי לאלתר, ועל כן ביקשנו לקבל ארכה להכנת התשובות. לנוכח בקשתנו מסר לנו הנשיא ברק את ההחלטה הכתובה והמוכנה זה כבר (!) של שלושת השופטים, החלטה שכתבו עוד לפני שירדו לאולם המשפט, ובה בין השאר הפניות לכעשרה מאמרים מתחום המשפט הבינ-לאומי בנושא התנקשות (assassination) ודומותיה. שאל אותנו הנשיא ברק לכמה ימים נזדקק להכנת תשובה, ועניתי לו בתעוזה המרבית שיכולתי לגייס באותו רגע: שישים יום. עו"ד אביגדור פלדמן התנגד וטען ששישים יום הם זמן רב מדי. התנהל ויכוח, ובסופו קבע הנשיא ברק ארבעים יום. בפועל נאלצנו בשל היקף החומר ומורכבותו לבקש כמה ארכות, ובסופו של דבר, אחרי שמונה חודשים הגשתי את התשובה שהשתרעה על פני תשעים עמודים. הכנו אותה בראש ובראשונה בעזרת ענף הדין הבינ-לאומי במטה הפרקליטות הצבאית הראשית וכן בעזרת השב"כ ובעזרתו של משרד החוץ. משרד המשפטים שימש בתור מתאם בין הגורמים השונים. ישבנו מאות שעות בצוותי עבודה וכתבנו תשובה לבית המשפט העליון. את תמצית התשובה שמעתם מפי היום. במסגרת אותה משימה ליבנו מה המצב המשפטי ומה המצב העובדתי ומהי מערכת הדינים החלה עליו. לאחר מכן כתבנו את פרקי ההתנקשות, לנוכח הטענה שמה שישראל עושה הוא התנקשות. הסברנו מדוע פעילותה איננה בגדר התנקשות, ומהי למעשה התנקשות, ועוד כתבנו על הגנה עצמית ועל מגילת האו"ם וכהנה וכהנה נושאים קרובים. את החלקים המרכזיים מהתשובה אפרט מיד.

לאחר מכן התקיים דיון שני להשלמת התמונה. עו"ד אביגדור פלדמן כתב תשובה לתשובתי והביא גם חוות דעת של פרופ' אנטוניו קססה, מגדולי המשפטנים בתחום המשפט הבינ-לאומי, שקבע שמעשיה של ישראל עולים עד דרגת 'פשע מלחמה'. הוא אף כתב שמותר לפגוע במחבל רק כאשר הוא בא מולך ונשק בידו. הוא הרחיק לכת עוד יותר בכתבו שגם אם הוא בא מולך חגור חגורת נפץ, מותר לפגוע בו רק אחרי שביקשת ממנו להרים את החולצה וראית שיש חגורת נפץ. אז ורק אז אתה יכול לפגוע בו. כלומר אינך יכול לפגוע בו, אם אומרים לך שהוא חגור חגורת נפץ; עליך לראות זאת כמו עיניך, ולא – הנך חורג מגבולות ההגנה העצמית. כך חושב פרופ' קססה.

למרות גדולתו הרשינו לעצמנו לחשוב אחרת, וכדי להסביר את עמדתנו האחרת ביקשנו שהות לכתוב סיכומים. כתבנו עוד מאה עמודים והעמקנו בשאלה איזה סוג של עימות מזוין משלושה אפשריים מתרחש בינינו לבין המחבלים הפלסטיניים: א. גרסה אחרת של עימות מזוין בין-לאומי: כאמור,

עימות מזוין בין-לאומי מתקיים בין שתי מדינות, ואנו טענו שיש בעימות הגדון מאפיינים הדומים לעימות מזוין בין-לאומי; מצד אחד יש 'מדינת ישראל', ומצד שני יש 'אזור מחוץ למדינת ישראל' שממנו חודרים המחבלים אל ישראל, ומשום כך צריכים לחול על העימות דיני העימות המזוין הבין-לאומי בשינויים המחויבים; ב. עימות מזוין שאינו בין-לאומי: עימות מזוין שאינו בין-לאומי הוא בשפה פשוטה מלחמת אזרחים. בצ'צ'ניה, למשל, מתנהלת מלחמת אזרחים בשטח שהוא מעין מדינה; יש שם התמרדות, ובמסגרתה מופעלים אמצעי לחימה, כגון פצצות ומטוסים והרס בתים בהמוניהם. טענו שגם כאן יש אלמנטים טיפוסיים של מלחמת אזרחים בין שני צדדים שאינם שתי מדינות, ומשום כך ייתכן שיחולו דיני עימות מזוין שאינו בין-לאומי; ג. עימות מזוין מסוג חדש: באפשרות זו אנו תומכים, כי זה הפיתוח המשפטי שאנו רוצים בו; העימות המזוין מסוג חדש הוא בין מדינה לבין ארגון טרור, ומשום כך צריכים לחול בו הכללים שבעימותים המזוינים הרגילים, אבל בהסגלה (אדפטציה) למצב החדש.

אפשר לראות בכך התפלגות משפטית, אבל הדברים היו חשובים לבית המשפט ולנו. בסופו של דבר, ייקרא העימות בכל כינוי שיקרא, טענו כי בעימות מכל סוג שהוא מותר לנו לנקוט סיכול ממוקד. זה החשוב, והוכחנו זאת באריכות רבה. תיק זה עדיין תלוי ועומד ולא הוכרע.

נחזור לענייננו. לא אמרתי כל זאת אלא כדי לומר שהרכב אחד של בית המשפט העליון קיבל את טענת השפיטות, והרכב שני טרם פסק בה. על רקע זה אפרט מעט כיצד ניתחנו את נושא הסיכול הממוקד מבחינה משפטית.

בדבריי אתייחס לסיכול הממוקד בכללו ולסיכול הממוקד נגד צלאח שחאדה בפרט. תחילה ארחיב אשר לצלאח שחאדה. שחאדה היה המנהיג הצבאי של ארגון החמאס ברצועה. שירות הביטחון הכללי החליט שאי-אפשר להחזיק אותו לנצח בכלא ולא ביקש הארכת מעצר. על כן החליט המפקד הצבאי שלא להאריך את המעצר המנהלי, והוא שוחרר מן הכלא בשנת 2000. לאחר שחרורו חזר שחאדה לפעילות טרוריסטית בקנה מידה גדול והפך למפקד הצבאי של החמאס ברצועת עזה. הוא היה אחראי לפיגועים רבים, ועל ידיו היה דם של יהודים וישראלים רבים. מדינת ישראל ניסתה לעצור אותו, ללא הצלחה, ובסופו של דבר, ביוני 2002, אחרי מבצע חומת מגן, הוטלה פצצה בת טונה אחת על הבית ששהה בו, לפי מקורות מודיעיניים שהתבררו כאמינים. דא עקא: מלבד שחאדה ומחבל נוסף ששהה עמו, נהרגו גם 15 אנשים חפים מפשע. למודיעין שלנו היה ידוע שאחת משתי נשותיו שוהה אתו דרך קבע כמעין מגן אנושי (ממש כשם שהשיח' יאסין התנהל בפרהסיה מוקף

ילדים, כי ידע שישראל לא תסתכן בחיסולו בפצצה בידעה שסביבו ילדים; סופו שחיסלו אותו בחמש בבוקר, כשהיה ללא חבורת הילדים הקבועה (סביבו), והדבר הובא בחשבון בעת ההחלטה לחסלו באמצעות הפצצה מן האוויר. עם זאת, המודיעין לא צפה שייפגעו מההפצצה אנשים נוספים, עקב מידע מודיעיני מוטעה. בחיסול שחאדה נהרגו אפוא 15 איש חפים מפשע עקב תקלה, ודבר זה חידד כמובן את הדילמה שבביצוע סיכול ממוקד. עוד אשוב למקרה שחאדה, שהוא רק דוגמה אחת לתופעת הסיכול הממוקד.

אם מסתכלים על הסיכול הממוקד במבט של אכיפת חוק פלילית, כי אז הסיכול הממוקד בעייתי. אכן, לפי התפיסה השלטת של מערכת אכיפת חוק, פגיעה באדם בלי לנסות לעצור אותו או לזכות אותו בהליך משפטי סדור היא סתירה של כל העקרונות שגדלנו עליהם. אפשר להבין פגיעה באדם הפותח באש בזמן שמנסים לעצור אותו, אבל אי-אפשר להבין ירי באדם בלי הליך משפטי.

אלא שמערכת דיני הלחימה היא מערכת שונה בתכלית השינוי. לדוגמה, מלחמה נגד סוריה: לגיטימי, רגיל וצפוי במלחמות נגד סוריה להטיל פצצות על חיילי האויב; כך מנהלים מלחמה. שימו לב: במלחמה אינך מטיל פצצות רק על מי שמסכן אותך ברגע זה או עומד לסכן אותך בדקות הקרובות, אלא אתה מטיל פצצה גם על בסיס בעורף האויב, 300 ק"מ מן החזית. אתה מפציץ בעורף האויב, ואתה הורג אנשים שלא זו בלבד שאינם מסכנים אותך כרגע, אלא שהם גם אינם קשורים ישירות למערך הלחימה, כגון הטבח הצבאי. ואף על פי כן מהלך זה חוקי לפי המשפט הבין-לאומי. אשר על כן, גם חיילים שלא יצאו למלחמה בחזית הם 'לוחמים', אף אם הם אינם 'לוחמי חזית', ומותר לפגוע בהם במלחמה. אשר לחיילי חזית, אין שום ויכוח שמותר לירות בהם ולהרוג אותם, גם אם אינם מסכנים אותנו ברגע הפגיעה בהם. לפי מערכת דינים זו יש לבחון את הסיכול הממוקד, ואז מתברר בעליל כי מדובר בצעד חוקי ולגיטימי.

הגם שלא רציתי למקד את ההרצאה בסיכול הממוקד, כי חשובה יותר הזווית הכללית של 'הלחימה החדשה בטרור' או 'הלחימה המשפטית' או 'ההיבטים המשפטיים של הלחימה בטרור', הסיכול הממוקד כה רגיש ומעניין, עד כי הוא מושך אותי אליו כבחבלי קסם. נחמד אפוא את הסיכול הממוקד ונפריד בין שני מקרים טיפוסיים: סיכול ממוקד של מפגע שידוע בוודאות שהוא בדרכו לבדו לפיגוע, וסיכול ממוקד של מפגע המוקף אזרחים חפים מפשע העלולים להיפגע במהלך החיסול.

במקרה הראשון יש מחבל שידוע בוודאות שהוא מחבל, כי הוא הצהיר אתמול בטלוויזיה שהוא מתעתד לבצע פיגוע. הוא 'פצצה מתקתקת', ויש

אינדיקציה ברורה לגביה ולגבי פוטנציאל ההרס שלה. האם מותר לך להטיל עליו פצצה? אל נא תקלו עם עצמכם ותדמינו פגיעה במפגע הניצב מולכם ונשק בידו. אל נא תקלו עם עצמכם ותדמינו שהוא עומד כרגע בפתח הקניון חגור חגורת נפץ. אני מדבר על מפגע המסתובב עדיין ביהודה ושומרון, ואין לידו שום אזרח, ואני יודע בוודאות או כמעט בוודאות שהוא מתקדם לעבר גבול ישראל, ושום לא אפגע בו עכשיו, לא אוכל לפגוע בו אחר כך. ואולם כרגע, ברגע זה ממש, הוא עדיין אינו מסכן איש. נשאלת השאלה אם מותר להטיל עליו טיל או פצצה או לירות בו מרחוק. לפי מערכת אכיפת חוק רגילה, לכאורה התשובה היא 'אסור', שכן גם אם יודעים שרוצח מסוכן מסתובב ברחובות ומאתרים אותו, אסור להרוג אותו על סמך פוטנציאל הרצח שלו.

מבחינה תאורטית, אפשר לעצור כל אחד. כדי לעצור מבוקש בשכם העומד לבצע פיגוע, אפשר לשלוח אוגדה, אפשר לכבוש את שכם, אפשר לסכן עשרות אם לא מאות חיילים, ולעצור אותו. אפשר; הכול אפשרי. השאלה היא מה המחיר.

אני רוצה לשוב ולחדד את ההבדל בין שתי השאלות הנפרדות: שאלה ראשונה היא אם מותר לפגוע במחבל בלי להעמיד אותו למשפט ובלי לעצור אותו; שאלה שנייה היא אם מותר לעשות זאת, כאשר תוך כדי כך עלולים להיפגע, ואפילו ברמת הסתברות נמוכה, אזרחים חפים מפשע.

תפיסתנו המשפטית היא שחלים פה דיני הלחימה, והתשובות לשאלות נגזרות מדרך היישום של דיני הלחימה בסיטואציה כזו. התשובה לשאלה הראשונה פשוטה: במלחמה חייל האויב הוא מטרה לגיטימית, legitimate target, לפי המינוח המקובל; ולא רק חיילים, אלא גם מרגלים או חיילים המתחפשים לאזרחים, ובעבור אלה יש כללים מסוימים. לצורך הדיון נתמקד ב'לוחם'. אם כן, ודאי שאפשר לפגוע בלוחם, כי הוא מטרה לגיטימית. או אז מתעוררת השאלה אם 'מחבלים' הם מטרה לגיטימית לפגיעה. תשובתנו היא 'כן, כי הם האויב'. אם אינך רשאי לפגוע בהם במלחמה זו, במי אתה רשאי לפגוע במסגרת המלחמה?

אי-אפשר להימנע מפרדוקס משפטי אם טוענים שב'עימות מזוין' עם הטרוריסטים חלים עליהם דיני הלחימה, אבל אסור לפגוע בהם בירי בלי להעמיד אותם למשפט קודם לכן. בהינתן מגבלה זו, איזה מין 'עימות מזוין' זה? מה המשמעות של הדבר?

הטענה המרכזית נגד ההיתר להרוג מחבלים ללא משפט היא שהם אזרחים, לא לוחמים. הטענה היא שהמחבלים הם אזרחים, ובתור שכאלה יש להם חסינות בפני פגיעה בזמן מלחמה. גם במלחמה רגילה, נגד הסורים לדוגמה,

אינך יכול לפגוע באזרחים סורים, וכאן טוענים שהמחבל הוא אזרח. נכון, הוא מתכנן ומבצע פשעים ופיגועים, אבל הוא אזרח, ולכן מותר לפגוע בו רק כשהוא מסכן את חייך בסיכון מידי. לשון אחר, אתה רשאי לפגוע בו בדיוק כשם שאתה רשאי לפגוע באזרח רגיל, לפי כללי ההגנה העצמית: רק כשהוא מסכן עכשיו את חייך, כשהוא נושא נשק מכוון לעברך.

תשובתנו לטענה הזאת היא: המחבלים אינם אזרחים, כי הם איכרו את החסינות שלהם כאזרחים ברגע שלקחו חלק בפעולות האיבה. לדידנו, המחבלים הם הלוחמים של ארגוני הטרור, וברגע שהוגדרו 'לוחמים', הם האויב, הם הצד שכנגד, ומותר לפגוע בהם, ולא – אין שום משמעות לקביעה שחלים עליהם דיני לחימה. נמצא כי מותר לפגוע במחבל במהלך עימות מזוין גם בלי לעצרו ולהעמידו לדין.

אשר לשאלה השנייה – חוקיות הפגיעה במחבלים כאשר כרוך בכך גם סיכון מסוים של פגיעה באזרחים. נשאלת השאלה אם סיכול ממוקד מסוג זה הוא סיכול חוקי. תשובתנו היא שלפי חוקי המשפט הבינלאומי, עצם החשש לפגיעה באזרחים אינו הופך פעולה צבאית לפעולה בלתי-חוקית. אלא מה? מובן שיש לכך מגבלות. הכלל הקובע את המגבלות הוא 'כלל הפרופורציונליות', 'כלל המידתיות', ולפיו אפשר לפגוע גם באזרחים אם מכוונים לפגיעה במטרה צבאית לגיטימית, כל עוד הפגיעה באזרחים היא מידתית. כלומר בשקילת האפשרויות אנו משתמשים במאזניים: בכף אחת התועלת הצבאית, ובכף השנייה מידת החשש לפגיעה באזרחים. במאזן בין הכפות שוקלים את התועלת לעומת הפגיעה; ככל שהתועלת הצבאית הצפויה גבוהה, כך אפשר להסתכן בפגיעה באזרחים. משום כך יש הבדל בין פגיעה במנהיג הבכיר ביותר המוציא ומשלח פיגועים בהמונים או פגיעה במעברת חומר נפץ שבה מייצרים את חגורות הנפץ של החמאס, לבין פגיעה במחבל המסייע ללחימה או מעביר חומרי נפץ. מבחינת התועלת הצבאית בלחימה, יש הבדלים מהותיים בין המקרים הללו.

ברור שמידתיות אינה תמיד חד-משמעית. אי-אפשר למוד אותה באמצעים מתמטיים. כדברי השופט זמיר: אין לפנינו תפוחי אדמה שאתה שם על כפות המאזניים ורואה את משקלם. עם זאת, המידתיות היא עקרון-על שלפיו צריך לפעול במשפט הבינלאומי. להוותנו, ובלית-בררה, זו המציאות היום-יומית במלחמות: פגיעה באזרחים חפים מפשע היא דבר יום ביומו.

בפעילות כוחות נאט"ו ביוגוסלביה נהרגו כמדומני כ-500 אזרחים. בפעילות ארצות הברית בעיראק נהרגו עד כה מאות אזרחים, וכך גם בפעילות ארצות הברית באפגניסטן. אלה אינם בהכרח פשעי מלחמה. זאת לא אני קובע, אלא חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, חוקת רומא של ה-ICC. אמנם איננו

חתומים על חוקה זו, כי לדעתנו יש בה בעייתיות מסוימת, אך בחוקה זו נקבע בכירור שתנאי לקיום עברה הוא שהפגיעה המכוונת באזרחים תהיה במובהק בלתי-פרופורציונלית לתועלת הצבאית הצפויה מן הפעולה. אדגיש: מדובר ב'פגיעה מכוונת באזרחים'. גם היא יכולה להיות לגיטימית. כלומר, אם בזמן מלחמה רגילה תוקפים בית חרושת לציוד מלחמתי ותחמושת המסכן מאוד את המדינה התוקפת, מותר לתוקפת להפציץ את בית החרושת, גם אם ידוע בוודאות שעובדים בו אזרחים. לשון אחר, חוקי להטיל פצצה על בית החרושת האזרחי, כשם שחוקי להטיל פצצה על בית החרושת הצבאי, וְלא – כל מדינה תוכל לחסן את עצמה מפגיעה באמצעות הצבת שני אזרחים בכל בית חרושת ופרסום נוכחותם ברבים. כמה פשוט.

זאת ועוד: צריך לזכור שעל שתי כפות המאזניים עומדים לא רק חיי אזרחים בצד האחד אלא גם חיי אזרחים בצד השני. יש כאן אפוא איזונים. עצוב, נורא וטרגי הוא מצב שבו נהרגים אזרחים, אבל לפעמים אין בררה, וחוקי המלחמה אכן מתירים זאת.

כאמור, לקביעה אם דיני לחימה חלים בסיטואציה מסוימת, יש משמעות תהומית באשר לחיי אדם. הדוגמה הראשונה והמרכזית לכך הייתה הסיכול הממוקד: יש הבדל תהומי כהבדל שבין שמים וארץ, אם דיני לחימה חלים – שאז מותר לבצע סיכול ממוקד, או אם הם אינם חלים – שאז חובה לעצור, להעמיד לדין ולשפוט.

לסיכום, התשובה לשאלה השנייה היא כי מותר לבצע סיכול ממוקד גם כשיש חשש לפגיעה עקב כך באזרחים, ובלבד שהסיכון לפגיעה באזרחים יהיה מידתי למידת התועלת הצבאית שפעולה זו צפויה להשיג.

בגין כל הנימוקים שהוסברו טענו בבית המשפט כי מדיניותנו היא חוקית לחלוטין, שכן אנו מקפידים לפגוע רק במי שזוהה בוודאות כמחבל, וגם אז, איננו פוגעים בו אם יש חשש לפגיעה באזרחים שתפר את עקרון המידתיות. כאמור, תיק זה עדיין תלוי ועומד.

עד כאן באשר לסיכול ממוקד, ועתה אתייחס בתמצית לכמה נושאים אחרים.

הריסת בתים

סוגיה אחרת בלחימה בטרור היא הריסת בתים. הריסת בתים היא פעולה שישראל נקטה גם כשלא הייתה לחימה בשטח, ובמידה משתנה של תדירות. כך למשל, בשנות השמונים הפעילו תכופות כלי זה, ומאות רבות של בתים

נהרסו. הריסת בתים היא נושא ארוך וסבוך. הוא שנוי במחלוקת פנימית בישראל גופא ובמחלוקת חיצונית בין ישראל למדינות אחרות. לא ארחיב בנושא זה, אלא רק אציין בהקשר אחד: בפסק דין מפורסם מ־1988 שניתן לאחר בקשת האגודה לזכויות האזרח לתת לבעלים של בית המועמד להריסה זכות שימוע לפני שהורסים את ביתו, כי ההריסה היא מעשה בלתי־הפיך, נכתבה פשרה: אפשר לפעמים לאטום את הבית ללא שימוע מוקדם, אך לא להרסו, כי ההריסה היא צעד בלתי־הפיך, ואילו אטימה הפיכה. לאחר האטימה יש לתת לבעלים זכות שימוע, אם הדבר חיוני, ויש לעשות זאת מהר. בפסק הדין, שכתב הנשיא שמגר, נקבע סייג: אם מדובר בפעולות שנדרש לבצען לאלתר, למשל במקרה של ירי מן הבית, מותר להרוס ללא שהות.

הריסת בתים מתבצעת לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, תקנה שפורשה בפסיקה כתקנה הרתעתית. למיטב ידיעתי, מאז מתן פסק הדין לא הרסו בית לפי תקנה 119 לפני שנת 2002 בלי לתת לבעלים זכות שימוע. כלומר מאז 1988 ועד שנת 2002 אופשר תמיד שימוע לפני הריסה.

בשנת 2002, כשרבו פעולות ההתאבדות של מחבלים ובעקבותיהן נערך מבצע חומת מגן, החליטה הממשלה שטרור המתאבדים הוא בעיה קשה ושאהד הצעדים נגדו יהיה חידוש המדיניות של הריסת הבתים. ואולם הריסת בתים היום אינה כה פשוטה כבעבר. מתן זכות שימוע עלול במקרים רבים לסכן את חיי החיילים, כי הליך השימוע ייתן לבעלי הבית או לגורמים עוינים שהות למלכד את הבית המועד להריסה ולפגוע בחיילים שיבואו להרסו לאחר מתן פסק דין שיאשר את ההריסה. כך היה בג'נין, לדוגמה, כאשר צפו המחבלים שהצבא יגיע והטמינו מלכודות, תיל ממעיד ומטענים בשטח המיועד לכניסת צה"ל. מח"ט הצנחנים לשעבר אביב כוכבי הציג במצגת שראיתי היום את המטענים לסוגיהם שצה"ל נתקל בהם בכניסתו לג'נין, מטענים רבי־עצמה שהוטמנו אפילו מתחת לאספלט, וממילא מסוכך לגלותם. אם כן, שבה והתעוררה השאלה אם אפשר להרוס בית לפי תקנה 119 לא בשל סכנה ברורה ומיידית, אלא למטרות הרתעה, בלי מתן זכות שימוע, למרות שכבר נפסק עקרונית שהריסה כזו חוקית. כאשר ביקשו מאתנו חוות דעת, אמרנו שאם יש חשש ממשי שמתן זכות השימוע יסכן את חיי החיילים או יסכל את הפעולה, אפשר להרוס ללא זכות שימוע.

לאחר הריסה ללא שימוע בפעם השנייה, באוגוסט 2002, הוגשו באינטנסיביות ובפרק זמן קצר עשרות עתירות לבית המשפט העליון. בגלל המדיניות החדשה שעליה החליטה הממשלה, כל משפחה של מחבל שחששה שיהרסו את ביתה עתרה לבית המשפט העליון וביקשה למנוע את הריסת הבית בלי מתן זכות שימוע וכן ביקשה שיוצאו צווי ביניים שכאלה. בית המשפט

העליון נתן צווי ביניים, ולבקשתנו קיים דיון רחוף בסוגיה. הדיון היה כה רחוף והעומס כה גדול, עד כי הודיתי לפני הנשיא ברק שלראשונה בחיי, לא זו בלבד שאיני בקי בעתירות שאני אמור להתנגד להן, אלא שאף לא הספקתי לקרוא את כולן, שכן רובן הגיעו אליי במהלך הלילה. בתגובה אמר לי הנשיא ברק: 'זה בסדר, מר ניצן, גם אני לא קראתי אותן'. בסופו של דבר התברר שלמעשה לא נדרש מאמץ רב לקרוא את כל העתירות: כולן היו זהות, למעט השמות ופירוט מעללי הבן המחבל. מובן שלא נכתב בעתירות שהבן מחבל, אלא שלפי טענת צה"ל, הבן עשה כך וכך.

בדיון המרתק בשאלה אם אפשר להרוס ללא שימוע הסברנו את עמדתנו: במצב לחימה, בשונה מאנטיפאדה, אי-אפשר לתת תמיד זכות שימוע. הצהרנו שאם לא יהיה חשש שהליך השימוע יסכן את חיי החיילים או יסכל את הפעולה, נאפשר למשפחה זכות שימוע. בית המשפט קיבל את עמדתנו, והדבר חולל שינוי דרמטי: מאז (אוגוסט 2002) ועד היום לא ניתנה למשפחות המחבלים זכות שימוע לפני הריסת כ-250 בתים, שכן במקרים אלו קבעו מפקדי צה"ל שמתן שימוע מוקדם עלול לסכן את החיילים ולסכן את הצלחת הפעולה. זכות שימוע ניתנה לפעמים, כאשר לא היה חשש מפני סכנה, ובעיקר בשטח B. עד היום נדחו רוב העתירות שביקשו לאפשר שימוע לפני הריסה. לסיכום, זכות השימוע היא זכות חשובה, אך היא אינה מרכזית בזמן שחלים דיני הלחימה.

מעצרים

סוגיה אחרת היא המעצרים. במבצע חומת מגן עצר צה"ל במשך שבועיים-שלושה 6,000 איש (!). זהו מספר שאפילו צה"ל התקשה לעכלו. כללי המעצר בישראל מחייבים להביא עצור לפני שופט בתוך 24 שעות. לעומת זאת בשטחים חייבים להביאו לפני שופט בתוך שמונה ימים ולהציג חומר משפטי להצדקת המשך המעצר. ב'חומת מגן' התנהלה מלחמה, ובמלחמה אין זמן לכתוב זיכרון דברים באשר לשעת המעצר ולעילת המעצר. החיילים הלוחמים תופסים בני אדם המעורבים בלחימה, מעלים אותם על הנגמ"ש או הקומנדקר, נוסעים אל העורף, מוסרים אותם לידי חוקריהם וחוזרים להילחם. במצב כזה אין שום אפשרות להתייצב בתוך זמן קצר לפני שופט מצויד בראיות ולבקש הארכת מעצר. ולמרות זאת, נאלצו נציגי המדינה או הצבא להופיע בבית המשפט בידיים ריקות או ריקות למחצה. התנהלות משפטית זו מאפיינת לחימה שאינה מלחמה רגילה, כי במלחמה רגילה חיילי האויב נלקחים למחנה שבויים וחסל. שם הם יושבים, ואין חובה להביאם לפני שופט.

הנה עוד דוגמה לבעיה שנוצרה משום שמדובר בלחימה ובדיני לחימה. לפיכך הצבא הוציא צו מיוחד, 'צו 1500', בדבר מעצר לחימתי ובו נקבעו הוראות מיוחדות המתאימות למצב לחימה.

מדיניות חקירות

סוגיה אחרת היא מדיניות החקירות. נושא זה תלוי ועומד בעתירה מעניינת מאוד: האם המשטרה הצבאית החוקרת צריכה לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה ומקרה שצה"ל הרג אזרח? לא מחבל, אזרח; ולצערנו הרב, עשרות אזרחים נהרגים במלחמה. מדיניות הצבא חד-משמעית: לא חייבים לפתוח בחקירה בכל מקרה, שכן במלחמה קורה במקרים רבים שאזרחים נהרגים ונפצעים אגב פעילות לחימתית חוקית ולגיטימית.

בימים אלו אנו מנסחים את טיוטת התשובה המלאה לכג"ץ הדין בעתירה. במחקר בין-לאומי מקיף בנושא התברר שבשום צבא אין עורכים כדבר שבשגרה חקירות פליליות עקב הריגת אזרחים במהלך לחימה. אינני מדבר על רצח שהוא פשע מלחמה במובהק, אלא על הרג בשגגה בהפצצה ממטוס או בירי חייל לכיוון חייל אחר ופגיעה באוכלוסייה. הרג אזרחים בשוגג קורה במקומות רבים בעולם: עיראק, אפגניסטן, סרביה ובוסניה, ובכולם הכלל היה שלא נפתחו חקירות פליליות עקב כך.

תביעות פיצויים

בתביעות פיצויים במשפט האזרחי יש חשיבות עצומה לשאלה אם הפעילות מלחמתית או לא. בסעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) נקבע שלמדינה יש חסינות מפני תביעה אזרחית נגדה על פעולה מלחמתית. אנו טוענים זאת בתביעות רבות המוגשות נגדנו על ידי פלסטינים. אחת התביעות הוגשה על ידי קרובים של הרוגי ההפצצה על הבית של צלאח שחאדה. הם תבעו פיצויים על מותם של חפים מפשע. בתשובה הגשנו השבוע את כתב ההגנה ובו שתי טענות: טענה אחת למיטב ידיעתנו מעולם לא נטענה במשפט אזרחי בישראל, והיא ידועה למשפטנים כטענת act of state. זו למעשה טענת חוסר השפיטות: היינו, תביעת פיצויים נגד המדינה על מעשה מדינתי שהיה חלק מלחימה איננה עניין לבית המשפט; טענה שנייה היא בדבר קיום הגנה לפי סעיף 5 לחוק הנזיקין.

לסיכום, יש השלכות עצומות למצב העובדתי בשטח המשפיע על מערכת הדינים הרלוונטית לכל אחד ואחד מן התחומים שציינתי ולתחומים רבים אחרים.

דין

דוד קרצ'מר: שי ניצן הציג יפה את הדברים אם כי איני מסכים לטענותיו. אתה יוצא מתוך הנחה שיש מסגרות סגורות שהשחור והלבן בהן ברורים ושהמשימה היא לבחור אחד מהם: או שחלים דיני מלחמה, או שחלים דינים של אכיפת החוק. ואולם יש שתי מערכות דינים במשפט הבין-לאומי: מערכת דיני זכויות אדם או מערכת דיני סכסוכים מזוינים (אתה יודע היטב שהשימוש במילה 'מלחמה' מיושן, וכפי שציינת נוקטים היום את המונח 'סכסוכים מזוינים', ולא 'מלחמה'). אינני משוכנע שאתה חייב להציג את שתי האפשרויות כבררה מוציאה, 'או-או'.

הנה אציג בפניך בעיה, שדן מרידור כבר העלה, בעיה שתאתגר אותך בהתמודדות עם סתירה מסוימת. במלחמה מובהקת אינך חייב לעצור את חייל האויב, גם אם אתה יכול לעשות זאת. אמנם הוא יכול להיכנע אך עד שהוא נכנע, אפשר לירות בו בלי לבקש ממנו להיכנע ובלי לעצור אותו. מדברייך אני מבין שאתה סבור שלא זה המצב כאשר מדובר במחבלים. לדברייך, אם המחיר אינו כבד, אפשר לעצור את האנשים; ואני מבין שכך צה"ל פועל היום בגדה, לעומת עזה.

איך הדבר מתיישב עם התפיסה שמדובר בדיני מלחמה? הלוא גם אתם יוצאים מתוך הנחה שהחלת דיני מלחמה אינה עניין מובן מאליו. היא אפילו איננה בררת מחדל, כי בבררת המחדל חלים הדינים הרגילים, ורק כאשר אין אפשרות ליישם, יש הצדקה לדיני מלחמה. אני מקבל זאת: אם אי-אפשר לעצור את האדם כי המחיר לכך גבוה מדי (למשל, שליחת חטיבה או אוגדה לעזה), מותר לירות בו.

קושי נוסף שלא חידדת בדברייך הוא הסטטוס של הלוחם בדיני מלחמה. הלבטים אינם רק בשאלה אם יש זכות לירות בלוחם או אף להרוג אותו, אלא גם בשאלה אם הוא בגדר שבוי מלחמה. יתרה מזאת: לפי דיני המלחמה, הלוחם חסין בפני העמדה לדין בגין עצם הלחימה. אני מדגיש: לא בגין פשעי מלחמה, אלא בגין עצם הלחימה. ומכיוון שהוא רשאי לירות בו ולא לעמוד לדין על כך, גם אני רשאי לירות בו. והנה, אתה רוצה ליצור מצב חדש שבו הלוחם אינו נהנה מחסינות זו, אינו מוגדר 'שבוי מלחמה', ואם הוא מנסה לפגוע בו, אני יכול להעמידו לדין אבל גם לפגוע בו. מצב זה לא הוכר בדיני מלחמה, עד כמה שחקרתי.

מעמד של לוחם על פי דיני המלחמה מחייב שתהיה אפשרות לזהות את האדם כלוחם, וכאן הקושי הגדול: אפילו נקבל את עמדתך במלואה, ואפילו נניח שיש אמון מלא במערכות השלטון שלנו, זיהוי אדם כלוחם וזיהוי אדם

כמחבל הם לעולם חלוטים; מעולם לא חלה בהם טעות. בכל הסוגיות האחרות (למשל נשק) יש אפשרות לטעות, אך בקביעה מי מחבל ומי לוחם אין טועים לעולם. והנה, אתה קובע נורמות שעלולים להחיל אותן גם במדינות אחרות (למשל, ארגנטינה, אורוגוואי, צ'ילה). למעשה, אתה מתיר למדינה הנלחמת במלחמת אזרחים לסמן אנשים ולחסל אותם. אני דורש תשובה לשאלה זאת. למדינת ישראל יש אחריות בין-לאומית, והיא איננה יכולה לקבוע נורמות שאין לדעת אנה הן מובילות.

עמי איילון: לא אדבר בשפה משפטית וגם לא אשיב לשאלות שנשאלו, אלא דווקא אוסיף כמה שאלות משלי. בכך אני רוצה להכניס את הדיון להקשר רלוונטי לדמוקרטיה ולמלחמתה בטרור, ולברר באיזו מידה החשיבה המשפטית תורמת להתמודדות עם הסוגיות שאעלה בדיון.

מן הדיאלקטיקה עד כה הבנתי שהגדרת המצב כמלחמה נובעת מהבנת המערכת המשפטית את המצב. המשפטנים שואלים את אנשי המודיעין או את אנשי המבצעים 'מה המצב?', ומן התשובה הם גוזרים מערך כללים וחוקים שבהם הם מצטיידים בהתייצבם בבתי המשפט.

דיאלקטיקה זו בעייתית. כשפרצה ה'אנתיפאדה' (נכנה זאת כך) האחרונה, הניחה מערכת הביטחון שהיא מהלך מתוכנן של ניסיון להשיג באלמות הישג פוליטי-מדיני. לפי זה אפשר לגזור מערכת כללים וחוקים ולהגיע למסקנות שתארת בדבריך.

והנה, אחרי 'חומת מגן', כשכל בכירי ה'תנזים' היו בבתי הכלא הישראליים ונחקרו על ידינו, שינתה מערכת הביטחון את עמדתה לגבי המציאות בשנה וחצי החולפות. מערכת המודיעין הישראלית הגיעה למסקנה שבעצם האנתיפאדה הייתה 'התפרצות עממית אלימה' שלא הוכוונה על ידי הרשות הפלסטינית, אלא שהרשות הפלסטינית הצטרפה אליה לאחר מכן. נקודה. גם אם הערכה זו איננה נכונה, הבה נניח שהיא נכונה. אני מבקש משי ניצן תשובה למצב שאני מתאר, אפילו לדעתו הוא תאורטי.

דן מרידור: היו לי הזכות והכבוד לראות את כל הגורמים ברשויות החוץ והביטחון והמודיעין הרלוונטיים לנושא הדיון בתקופה הנדונה, ודעתי הייתה כדעת השב"כ ולא כדעת אמ"ן: כבר בהתחלת האירועים סברתי שאמנם המהלך נוצל בצניניות על ידי ערפאת, אבל לא הוא יזם אותו. הנחה זו אוששה במידה רבה ב'חומת מגן'. אחרי ככלות הכול, מוזר למדי שאנו 'יושבים' על האיש הזה, ערפאת, מכל זווית אפשרית, ועדיין אין שום הוכחה שהוא נותן הוראות ספציפיות לאלמות המתמשכת בשנים האחרונות. אם כן, הנחה זו

איננה מופרכת, והיא איננה פרי דמיונו של עמי איילון או של הסבורים כמוהו. אני מציין את הדברים כדי להדגיש שהתקיים על כך ויכוח נרחב במערכת והוצגו ראיות רבות בכיוון זה.

עמי איילון: חילוקי הדעות והראיות התחזקו אחרי תוצאות החקירות של עצורי 'חומת מגן'. הדבר מעלה שתי שאלות: א. איך נוכל להבטיח התאמה בין הבנת המציאות שלנו לבין מערך הכללים והחוקים שאנו מתאימים להבנה זו? ב. האם מערך הכללים שהתאמנו להבנתנו את המצב, קרי הקווים האדומים, לא עיצב את פני המציאות? כלומר 'מה עיצב את מה?': הבנת המציאות את כללי התגובה, או כללי התגובה את המציאות? במציאות דהיום שאלה זו תקפה.

אתאר שלושה תרחישים דמיוניים לחלוטין שמערכת המשפט צריכה להתמודד אתם.

תרחיש ראשון: בתקופה שגורמי הביטחון עדיין הברדילו בין 'חמאס מדיני' לבין 'חמאס צבאי' פעל מנהיג חמאס מדיני בכיר ביותר. לפעיל זה אין שום קשר לטרור או לזרוע הצבאית של החמאס. יתרה מזאת: כל הפעילים הצבאיים בעירו יודעים שאין טעם לפנות אליו בענייני טרור, משום שהוא מראש מונע את עצמו בהקפדה רבה מעיסוק בכך. והנה, שבוע לפני שאנו הורגים אותו, הוא מפרסם גילוי דעת בכל העיתונות הפלסטינית, ובו הוא קורא לרשות הפלסטינית ולחמאס להפסיק פיגועי טרור בערים המרכזיות בישראל, משום שיש לאפשר לרשות הפלסטינית לנהל משא ומתן מדיני. כאמור, שבוע אחרי גילוי דעת זה, אנו הורגים אותו באמצע העיר באמצע היום, ויחד עמו אנו הורגים שני ילדים, שני אזרחים, שני עיתונאים ופעיל מדיני כמוהו.

שי ניצן התמודד עם השאלה איך להרוג, ולא עם השאלה את מי להרוג. בתרחיש זה נשאלת השאלה 'את מי להרוג?' עד כמה נוכל להרשות לעצמנו להתקדם בשרשרת שהקצה האלים ביותר שלה מכונה 'פצצה מתקתקת'?

תרחיש שני: פעיל צבאי מובהק מוביל סדרת פיגועים, ובשלב מסוים המציאות המדינית משתנה: ראש הרשות הפלסטינית מחליט שיש להפסיק עתה את הטרור ומצהיר על כך ברורות בראש חוצות. והנה, אותו פעיל מבקש אישור 'להוציא פיגועים'. במפגש עם מרואן ברגותי, מורה לו ברגותי שלא להוציא פיגועים, משום שיש כרגע הזדמנות למשא ומתן מדיני. בצייתו למנהיגו, מורה אותו פעיל לאנשיו להימנע מפיגועים. אמנם הוראה זו קשה להם, אך הם מקבלים אותה. והנה ארבעה ימים אחר כך אנו הורגים אותו,

פשוט משום שנוצרה הזדמנות אופרטיבית לכך, ולא משום שהיה בעיצומן של הכנות לפיגועים חדשים.

תרחיש שלישי: במפגש רמטכ"ל (זכרו: רמטכ"ל דמיוני במדינה דמיונית) עם שבעה מפקדי חטיבות, מוצגת סקירת מצב, ובמהלכה המפקד הבכיר מדרבן את המפקדים להיות אגרסיביים יותר ממה שהם. 'זו מלחמה', הוא מסביר להם. 'אני רוצה לראות בכל בוקר שבע גוויות של האויב'. איש אינו מתקומם למשמע הדברים. בצאתו מן המפגש שואל אותו אלוף הפיקוד (הדמיוני): 'אדוני הרמטכ"ל, האם אתה מבין שדרשת במכפלה פשוטה 49 גוויות בכל בוקר?' עונה לו הרמטכ"ל (הדמיוני): 'זו איננה פקודה. זו סתם אמירה, הגיג'. 'ימים מספר לאחר מכן מסייר סוור צה"ל ליד מחסום פלסטיני ובו שוטרים ואזרחים אחדים, אך איש מהם אינו חמוש. סוור צה"ל פותח באש, הורג שניים, פוצע שלושה. שואל אלוף הפיקוד (הדמיוני) את הסרן במילואים: 'השתגעת, מה פתאום פתחת באש?' אומר לו הסרן (הדמיוני): 'זו רוח דברי הרמטכ"ל'. נקודה.

ונקודה אחרונה: לשפה יש חשיבות עצומה בתפיסת המציאות. ילדים, קשה מאוד לתפוס אותם כמחבלים. לאחר שטנק ישראלי ירה פגז 'פלאשט' והרג אדם ואת שלושת ילדיה ברצועת עזה, משום שהחיילים חשבו שהם מחבלים, הודה צה"ל בטעותו המצערת. עלינו לפתח מודעות להבדלים בינינו לבין הפלסטינים באשר להגדרת ילדים לפי גילם. מי שנחשב ילד בישראל שונה ממי שנחשב ילד אצל הפלסטינים. זאת ועוד: עלינו להיות מודעים לכך שהקריטריונים שלנו למיון הנפגעים שונים מאלה של הפלסטינים. הסטטיסטיקה שלהם נבנית לפי שיוך ארגוני, מגדרי וגילי: חיילים ואזרחים, כשתי קטגוריות ראשיות; ובקטגוריית האזרחים – נשים, ילדים או זקנים. הם שואלים כמה נהרגו מן החמאס, מן הפתח, מן הג'האד וכו'. לפי זה, האם ושלושת ילדיה חסרי שיוך ארגוני. ואנו שואלים: כמה חיילים, כמה אזרחים, כמה נשים, כמה ילדים, נהרגו?

מדרכי קרמניצר: אתייחס לשלוש נקודות: הגדרת 'לוחם', התועלת בסיכול ממוקד והסימטרייה בפגיעה באזרחים.

נקודה ראשונה: 'לוחם' יש שני מאפיינים: א. העמדת עצמו בכל מאודו לרשות מסגרת השיוך שלו, גם כאשר מסגרת זו תובעת ממנו ירי או אף טבח; הווה אומר התמסרות מלאה; ב. נראותו: בלבושו ובמנהגו הנראים לעין הלוחם מודה בהיותו לוחם, ולכן אין בעיה לזהותו בתור שכזה. עלינו לשאול את עצמנו למה עלינו להכריז על הצד השני כעל 'לוחמים', בשעה שמאפיין

הנראות אינו מתקיים בהם תמיד. יתרה מזאת: הצרפתים באלג'יריה התעקשו שלא לכנות את אויביהם 'לוחמים', משום שבכך היו מעניקים להם אות כבוד. ואכן בעיניי, שדרוג האנשים המבצעים פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, לדרגת 'לוחמים' הוא מתן אות כבוד לפועלם. גם לא ברור לי מדוע הדבר נחוץ, שהרי לשיטתך, שי ניצן, אפשר להצדיק את מה שאתה רוצה להצדיק באמצעות הרחבת התפיסה של ההגנה העצמית, דהיינו ויתור על המיידיות של הסכנה. הצורך להתגונן מפני הסכנה מיידית, ואין סבירות שתצליח למנוע את הסכנה בשלב מאוחר; במצב זה חייבים לפעול לפי מיטב השיפוט ביחס לנכון ולמוצדק. לפי דבריך, גם איננו עושים מעבר לכך. מדוע אפוא להעניק למחבלים את אות הכבוד בהגדרתם 'לוחמים'? בהיותי בתביעה הצבאית הגשתי אישומים נגד אנשים מארגוני המחבלים על פגיעה בחיילי צה"ל. דא עקא: אם הם 'לוחמים', כל פעולה נגד חיילי הצבא, ולדעתי גם נגד מי ששולח את החיילים למשימתם, היא פעולה לגיטימית במסגרת המלחמה.

הנקודה השנייה היא התועלת בסיכול ממוקד. האם אתה מקבל שבשיקול ההצדקה של הסיכול מובאת בחשבון גם שאלת התועלת? צריך לדון בשאלת התועלת, כי הנחת שמועיל להרוג את המנהיג הצבאי הבכיר ביותר, ואני רוצה להציב סימן שאלה על הנחה זו: האם בהריגת המנהיג הצבאי הבכיר ביותר מאיינים כליל את שורות המנהיגים הצבאיים?

הנקודה האחרונה היא הסימטריה בפגיעה באזרחים. במסגרת הסימטריה צריך לשאול את השאלה הזאת: על פי המשוואות שלנו, כמה תושבי תל אביב הם מטרה מותרת כדי 'להוריד' את המטכ"ל שלנו? הרי לפי הרטוריקה ששמענו, כגודל חשיבותה של המטרה הצבאית, כך גודל המוצדקות של הפגיעה באזרחים. ובכן השב לי: כמה אזרחים תל אביביים, על פי התפיסה הזאת, 'יכולים ללכת' במלחמה בניסיון לפגוע ברמטכ"ל, היושב בקריה בתל אביב?

עמנואל גרוס: אנסה לנתב את עצמי לתחום המשפטי, כי אינני מתמצא בתחומים אחרים. צדק שי ניצן באמרו שאי־אפשר לנהל דיון זה בלי לנסות לברר תחילה אם יש נורמה משפטית נתונה בסכסוך עובדתי זה, ואם כן, מהי.

עוד צדק ניצן באמרו שבמענה לשאלות השופטים נדרש לערוך קלסיפיקציה ולהגדיר ברחל בתך הקטנה בפני מה אתה עומד, מפני שאי־אפשר לגבש תשובה משפטית בלי לדעת זאת. זו שורת הדין, בררת הדין, בררת המצב.

אם מדובר בסכסוך מקומי באותה מדינה, אזי כדרך סכסוך מקומי, אין בו

אלא פורעי חוק שמפניהם יש להתגונן בהגנה עצמית שאיננה אכיפת חוק, שהרי גם אכיפת החוק היא הגנה עצמית של החברה מפני פורעי החוק בה. ואולם ברור שאנו דנים בסוג אחר לחלוטין של נורמת התגוננות.

לעומת זאת, אם העימות המזוין הנדון הוא מחוץ לגבולות שלך, דהיינו הוא סכסוך בעל גוון בין-לאומי, הנורמה החלה על סכסוך זה היא במישור המשפט הבין-לאומי. זה עניין מרכזי. מובן שהמשפט הבין-לאומי נותן דעתו לסכסוכים בעלי אופי בין-לאומי או לסכסוכים מקומיים בעלי אופי בין-לאומי, ולכן המשפט הבין-לאומי הוא אחת הנורמות שצריך להביאן בחשבון בהתמודדות עם סכסוכים מעין אלה.

כמי שחקר את הנושא וכתב על אודותיו, אודה בפה מלא שעודני מבולבל, אולי אף יותר ממה שהייתי לפני עריכת המחקר. אינני משוכנע שהמשפט הבין-לאומי ראה את הנולד ושיש לו דינים ממוקדים ומשוכללים לנושא זה. לשון אחר, בנסחו את דיני המלחמה, המשפט הבין-לאומי לא הביא בחשבון סוג כזה של מלחמה, או מוטב לומר 'עימות מזוין', כלשונו של סעיף 51 באמנה. בציינו *armed attack*, הובאה בחשבון התקפה נגד ישות מדינית, אך לא נגד פרטים או ארגונים העומדים כביכול בפני עצמם, ללא חסות מדינית. מצבנו הוא אפוא מצב חדש, וצדק הנשיא ברק באמרו שצריך להתאים את הדין הבין-לאומי הישן למצב החדש והמתחדש. כלומר באין נורמה אחרת המתאימה למצב הנתון, יש להתאים את הנורמה הקיימת ולהעניק לה פרשנות ההולמת את המציאות המתחדשת. נורמה חדשה זו צריכה להימצא במסגרת תפיסת ההגנה העצמית במשפט הבין-לאומי, הקובעת מה מותר ומה אסור במצב דברים זה. או, אז ייתכן ששי ניצן יהיה צודק באמרו שבמלחמה רגילה אין צורך במונחים 'סיכול ממוקד' או 'פצצה מתקתקת'; חייל אויב שאינו נכנע, מותר לפגוע בו. ואולם הואיל ואנו מגדירים את המצב כסוג אחר של מלחמה, היא מתנהלת במרחב שבין הכללים הישנים לבין הכללים החדשים, ושם דיני המידתיות יכתיבו את רמת הפעילות. לפי דיני המידתיות, אין לפגוע למוות באדם שאפשר לנקוט נגדו צעד פוגע פחות, מבלי לסכן את חייו החיילים. עקרון מידתיות זה הוא תשובה למעשינו בג'נין ב'חומת מגן': הלוא אם זו מלחמה, יכולנו להרוס את כל המחנה מיד בתחילת המבצע, וחסל. ואולם אין לנהוג כך משני טעמים: ראשית, גם במלחמה אי-אפשר לנהוג בפראות משולחת כל רסן, כי גם בה פועל העיקרון המידתי; ושנית, הבנו שעלינו לנסות לעצור את החמושים, ורק אם אי-אפשר לעצור אותם, יש לנסות להרגם.

מהו טרור? נשמעה בחלל החדר המילה לוחם. האם באמת טרוריסט הוא לוחם? לא תמצא מונח כזה במשפט הבין-לאומי. אם איעזר במונחי המשפט הבין-לאומי, אציע להגדיר את הטרוריסט 'לוחם לא-חוקי', כי הוא חלק

ממאבק מזוין. כדי ליהנות מסטטוס של לוחם עליו להקפיד על הכתוב במשפט הבין-לאומי. ואולם היות שהוא אינו עושה זאת, אלא הוא מפר את הדינים המקנים לו סטטוס זה, הוא הופך ל'לוחם לא-חוקי', לפושע, ובתור שכזה אין לו חסינות. יש לציין במאמר מוסגר שבמשפט הבין-לאומי אין הגדרה לטרור, לא מפני שהמשפט הבין-לאומי אינו יודע מהו טרור, אלא מפני שיש מאבק פוליטי בגופים האמורים להגדיר זאת.

אם כן, אני תופס את מי שאנו נלחמים בו כ'לוחם לא-חוקי'. לוחמים לא-חוקיים, המשפט הבין-לאומי קבע מה דינם: אין מכניסים אותם למכלאת שבויים עד תום המלחמה, אלא מותר להרגם, ואם לא נהרגו בשעת הלחימה, מותר לשפוט אותם, גם אם לא בגין 'עברת טרור', שטרם נקבעה, אלא בגין עברות ישומות אחרות, כגון פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, פשעי השמדת עם וכו'. פשעים אלו נמצאים במפורש באמנת וינה, ואפשר לנקוט בגינם הליכים נגד הלוחמים הלא-חוקיים.

אשר להערת-שאלתו של פרופ' קרצ'מר אם היתר זה שאנו מתירים לעצמנו בתגובה כזו בסכסוך מזוין מסוג זה לא יחולל פריקה של כל הנורמות המשפטיות של הציוויליזציה האנושית במדינות אחרות: אני משיב 'לא'. במאבקים דומים במקומות אחרים – אינני רואה שום ייחוד במדינת ישראל – אם טרור יכה בספרד או בצרפת, האם הן צריכות לנקוט תגובה שונה משלנו?! לצערי, מאבקנו בטרור הוא לחם חוקנו זה שנים רבות, ונרמה לי שהתשובה צריכה להיות מעוגנת בתפיסת המצב העוברתי והמשפטי של המציאות, ולא – נימצא באזור דמדומים שבו יחולו הדינים הישנים מלוויים באינטרפרטציה חדשה המביאה בחשבון את הנסיבות הנתונות.

עדנה אולמן-מרגלית: יש לי תמיהה קונספטואלית באשר לדברים שאמר עו"ד ניצן. מקובל שמדינה צריכה להגן על חיי אזרחיה מפני שני סוגים של גורמים עוינים: פושעים וחיילי אויב. לפי התפיסה המקובלת, יש רצף בין הפושעים, ובהם מטפל הדין הפלילי, ובין חיילי האויב, ועליהם חלים דיני מלחמה. והנה, הטרוריסטים דהיום מציבים אותנו במצב חדש, והשאלה היא איפה ממקמים אותם על פני הציר.

לפי אחת התפיסות, המחבלים הם קטגוריה חדשה לגמרי של איום על אזרחי המדינה, ועל כן הגנת המדינה על אזרחיה דורשת התארגנות חדשה כלפי סוג זה של איום. הוזה אומר, לא די בלחימה בשטח אלא נחוצה בהירות קונספטואלית. זו הייתה גם תפיסתי, וברוח זו היו גם ההרצאות הקודמות. תמיהתי מתייחסת אל ה'אנ' הארגוני של הפרקליטות ושל משרד המשפטים, שהצליחו, אליבא דניצן, ליצור מצב שבו הטרוריסט דהיום עשוי

להיחשב לוחם. וכך, המצב 'אנו במלחמה, והטרוריסטים הם חיילים לוחמים' הוצג כהישג קונספטואלי ומשפטי המאפשר לצבא לעשות ככל העולה על רוחו. זו בעיניי תמיהה גדולה מאוד.

כבר אמרו בדיון שבטרוריסט צריכים להיות גם רכיבים של 'פושע', ולא טוב שיהיו בו רק רכיבים של 'לוחם'. מרדכי קרמניצר אף אמר ש'לוחם' הוא אות כבוד, ואיננו רוצים בזאת. מלבד זאת, ללוחם שמורה זכות השתיקה בחקירות: שם, דרגה ומספר אישי; לא יותר. מנגד, את המחבלים אנו רוצים לשפוט, לחקור ולחלץ מהם מידע. ברור אפוא שאנו רוצים שבטרוריסט יהיו רכיבים של פושע ושל לוחם, אך אם אי-אפשר לקבל מכלול אינטגרטיבי שכזה, פירוש הדבר שהם יהיו גם פושעים.

השאלה היא איזה מאמץ קונספטואלי נחוץ אצלנו ובעולם כדי להגדיר קטגוריה זו. אמנם אנו נושאים את מבטינו החוצה כדי לראות מה עושים עמיתינו בעולם ואילו קטגוריות פיתחו, כדי שלא נצטרך להמציא את הגלגל מחדש, אבל עלינו לזכור שגם בנו מתכוננים, ואופן הטיפול שלנו באירועים עשוי להינקט גם במדינות אחרות, כי הוא 'על המפה'. במלחמה הזאת אנו היום דוגמה לטוב ולרע. יש לנו אחריות כבדה מאוד.

ייתכן שמבחינתכם אי-אפשר לפעול בריק משפטי, ועל כן נוח שבית המשפט העליון פסק פסיקות חלוציות בדיני המלחמה. אבל אם אתם נחים על זרי דפנה, כי השגתם את מבוקשכם (דיני המלחמה חלים על המחבלים, ומבחינתנו הם חיילים), אותי זה מדאיג. הייתי שמחה לשמוע ממך שלא כאן אתם נעצרים ושאתם מודעים לבעייתיות המוסרית והמעשית של פסיקה זו, ושלא נשלמה מלאכת החשיבה הקונספטואלית. אני מסכימה עם עמנואל גרוס: מי שנכנס לתחום זה יוצא ממנו מבובל משהיה, אבל זאת הדרך להגיע לתובנות רעננות וראויות.

יותם בנזימן: קודמי הצביעו על החשיבות של המילים ושל הדיוק בהן כרכיב בלתי-נפרד מן ההתמודדות עם הטרור. ואכן, השאלה אם פעולה מסוימת היא 'חיסול' או 'רצח' או 'סיכול ממוקד' היא בעלת משמעות מוסרית ומשפטית. בהקשר זה אעיר על שני עניינים:

העניין האחד הוא פרדוקס בעייתי בטענה שפגיעה בלתי-מכוונת (unintended) באזרחים, אפילו נעשתה בצפייה ברורה לכך, לא תיחשב בהכרח 'עברה', כי במקרים מסוימים היא מוצדקת. הביטוי 'צפייה ברורה', פירושו שהצבא יודע שבזמן החיסול ייהרגו גם אזרחים. רכיבי הטענה אינם יכולים לעלות בקנה אחד. כאשר ברי שאזרחים ייפגעו מפעולתך, אינך יכול לטעון שאינך מתכוון לפגוע בהם. אמנם אתה יכול להעדיף לחימה מול לוחם או

טרוריסט, תהא הגדרתם אשר תהא, ללא אזרחים בסביבתו, אבל כאשר אתה יודע בוודאות שיהיו אזרחים בסביבתו ושיש סכירות גבוהה מאוד שהם ייפגעו, אינך יכול לטעון שאינך מתכוון לפגיעה בהם. אולי אינך רוצה לומר זאת, אך לדעתי מבחינה קונספטואלית, עליך לומר שאתה מוכן לשלם את המחיר, כלומר שאתה מוכן ביודעין להרוג אזרחים עם אותו מבוקש.

העניין השני הוא שאלה שאני שואל כקורא עיתונים ולא כמשפטן, והנוגעת לא רק לתחום המשפטי. בעקבות ההתנקשות בשיח' יאסין עקבתי אחרי הניסיונות להעתיק את משחקי ה'פיינל פור' מ'מיר' ישראל. אינני יודע אם אני צודק, אבל לנוכח הדיווחים ברדיו ובעיתונים הייתה לי הרגשה שהמאבק לא היה של מכבי תל אביב בלבד, אלא של מדינת ישראל כולה. בין השאר ראיתי התגייסות של אנשי משרד החוץ שטענו שאיננו במצב מלחמה ושהטרור משתולל בכל העולם. וכך, למרות שהאינטואיציה שלנו מדריכה אותנו להימנע מביקורים במרכז העיר, טוענים אנשי משרד החוץ שאנו חיים את חיינו היום-יומיים כמעט באין מפריע. אני מניח שלצורכי תירות או עסקים או ספורט בין-לאומי נוח למדינת ישראל להצהיר שמצבנו אינו נורא כל כך ושהוא בוודאי אינו 'מצב מלחמה'. אני שואל שאלה נוקבת: האם ההגדרות קשיחות, או שאנו משנים אותן בהתאם לאינטרסים שלנו?

עמנואל סיון: אני שותף לאי-הנחת של פרופ' אולמן-מרגלית משביעות הרצון שלך, עו"ד ניצן. אינני רוצה להיות בגדר 'ברנג'ה' מקנטרת ברנג'ה, ואני מבין היטב שאתם מתאמצים מאוד בעבודתכם, אבל הפרות מצומצמים; לא באשמתכם, אלא באשמת המצב העובדתי. ובאמת, מה שחשוב לכולנו הוא המצב העובדתי. אציג לך אפוא תזה באשר למצב העובדתי.

ברוגמאות מהיפות ביותר שאפשר להציג, חסך לי עמי איילון את הצורך להציג תרחישים. בלשון זהירה אומר ששיקול הדעת של שלטונותינו אינו מרשים במיוחד, ואני מזועזע ממש שעדיין אתם יכולים להתרשם מעמוס גלעד. אומר זאת ברורות: עמוס גלעד הוא שערן עומד: פעמיים ביום הוא מדייק. ואכן, גלעד דייק פעמיים: פעם אחת בסברה ושתיים, כשהיה רב סרן צעיר, ופעם שנייה כשהבין שהמשא ומתן בקמפ דייוויד עומד להתפוצץ. זו כל גדולתו, ודרגות אינן מרשימות אותי. אדגיש: זו איננה האשמה אישית, אלא קריאה להימנע מכיבוד אותוריטות, בוודאי לא אלה הנושאות דרגות בכירות, וודאי לא אותוריטה שנויה במחלוקת.

עמי איילון הציג את אחת הראיות לכך: מפתיע ששנתיים אחרי 'חומת מגן' אפשר עדיין להפיץ את התזה המטופשת בדבר חלקו של ערפאת באירועים, תזה שחלק מן האנשים חשב כבר מזמן שהיא מטופשת. מדהים עד כמה

כמויות החומר מ'חומת מגן' אישרו את הפך-התזה מזוויות רבות מני ספור. עמוס גלעד אינו חשוב כלל; הוא רק משל למצב העובדתי שאתם בתור משפטנים משוכנעים שהוא כזה לאשורו.

הטעם לכך ברור: אתם משרתים מערכת, ואתם צריכים לכבד את אנשי המערכת האחרת (הצבאית, המודיעינית), ולא – יחול עליכם מה שמכונה ברוסיה 'עקרון 1 פלוס 19', זאת אומרת שאני אקבל שנת מאסר אחת על העלבת עובד ציבור ו-19 על גילוי סוד מדינה. כל זה שם, ואילו כאן אנו בדמוקרטיה, ולכן לא איענש על דבריי. עמוס גלעד הוא רק משל, ובאמת אין כאן שום דבר אישי.

לפני שאסביר לך מה היה המצב העובדתי ברקע הדיון המעניין שהיה לכם באשר להגדרה, אעיר במאמר מוסגר חטוף: אין מדובר רק בטרור, אלא גם בלוחמת גרילה. היו כאן גופים מאורגנים שפעלו בלוחמת גרילה, הגם שאין לנו שטחי הר סבוכי צמחייה. הצרפתים למשל מצאו הגדרה תקשורתית, פוליטית ומשפטית (בסדר זה) למצב באלג'יריה. אויביהם כינו את עצמם 'פלאנגה', מעין רובין הודים מאורגנים, בשונה משודדי דרכים. אמנם יש חשיבות גדולה והשלכות רבות לתחום חדש זה, וכדאי ללמוד אותו וללפנו, אבל תחילה יש לברר את בעיית היסוד המדאיגה אותי כאן, וייסלח לי אם אני מוטרד ממה שיקרה באורוגוואי או בארגנטינה. יפתרו הם את בעיותיהם. אני מסתדר עם אלה שלי בקושי רב.

מוסכם על הכול שיש כאן מלחמה, בלי שום קשר לעניינים ערכיים. יש להסתכל הסתכלות עובדתית מפוכחת בהתקוממות של עם נשלט – אפילו ראש הממשלה אריאל שרון מרשה לעצמו לכנותו 'עם נכבש' – המשתמש בשיטות טרור/גרילה נגד הכובש. מציאות זו נבדלת בהרבה ממצבי עימות אחרים בעולם, משום שכאן העימות אינו רק צמוד גבול, אלא גרוע מכך: הגבול משולב מעשה טלאים במדינה הריבונית שפעם לא שלטה בו. אמנם עדיין אין התקוממות של ערביי ישראל, אך אילו היינו חלילה מגיעים לכך, המצב היה אחר.

מדוע חשובה קריאת המציאות? אני מבין שהיא אינה מעניינת את המשפטן, אבל רצוי שהמשפטן ילמד אותה או יבין את הוויכוחים במערכת הביטחון, כי פעמים רבות במערכות הייררכיות, כפי שאתה בוודאי יודע, ראש המערכת יכול להיות פקק הסותם את המערכת – עמדת המערכת אחת, ועמדת העומד בראשה אחרת; והלוא הוא המייצג אותה לפני כולם. אם כן, מה הבעיה כאן?

במלחמה כיום, הלוגיקה העיקרית בחשיבה הצבאית היא count of force. הווה אומר, 'יצירת איום כוח כה גדול, עד שדי יהיה בו להכנעת האויב במאמץ

צבאי לא גדול. היום כבר מוסכם שלא צריך להשמיד את האויב בנשק מתוחכם, אלא להפך: בתחבולות תעשה לך מלחמה. כך לדוגמה בעיראק, החידוש הגדול הוא ש-500 טנקים אמריקניים הכריעו ב-2003 אומה שלמה ובשיעורי אבדות קלים מאוד. השווה זאת למלחמת המפרץ ב-1991, ומצא את ההבדלים. האמריקנים נקטו כאן את האסטרטגיה no shock. אסטרטגיה זו נולדה מספרו המזהיר של ארכיטקט עיראקי גולה, *The Republic of Fear* (1991), ובו פרופיל האופי של האומה העיראקית שסורטט באמצעות ניתוח של אמנות, קיטש, מידע מגוון ואפילו תליות פומביות של מוצאים להורג בעיראק העליזה של סדאם חוסיין. הכותב הגיע למסקנה שכדי לערער את ביטחונו העצמי ולנצחו, יש לומר לצבא העיראקי שהוא על סף אבדון. וכך היה: בכרוזים המנוסחים באופן מבריק שהפיץ הצבא האמריקני הזהירו את החיילים העיראקים מפני פצצות של טונה ומפני חיסול חטיבת שריון ב-43 דקות; כך עשינו, כתבו האמריקנים בכרוזים, לחטיבה 261 הסמוכה לכם. בכרוז ניתנו לחיילים העיראקים ארבע שעות להחליט מה בדעתם לעשות: להיכנע או להילחם – למות. מובן שלפני שהופץ הכרוז וידאו האמריקנים שחטיבה 261 אכן מחוסלת. זוהי דוגמה למימוש count of force.

טקטיקה זו יש לנקוט גם מול התקוממות עממית. אני אומר זאת לא כמשפטן, אלא כאזרח הרוצה, כמוך, בטובת המדינה. האתגר שלנו צריך להיות מציאת דרכים למזעור הפגיעה באוכלוסייה האזרחית ותחמתה לתחומים הנדרשים מן הלחימה, ובעיקר מציאת דרכים ליצירת קרע הולך ומעמיק בינה לבין הציבור הלוחם, עד שיתברר שהטרור אינו משתלם.

זה עניין אחד. עניין אחר הוא לברר מה שם ייקרא לגוף שאתה לוחם נגדו.

יש הבדל גדול בין טרוריסטים ובין חברי ארגון כמו תנזים. הטרוריסטים בכללם מאורגנים, אך טרוריסטים מטיפוס זה (הפלסטינים) מאורגנים ברשתות שטוחות, ולכן לא משתלם להרוג את רוב הטרוריסטים, אלא אם הם נושאים נשק או מתכננים פעולת טרור; לא משתלם להרוג חברי תנזים בכל מקום.

גם במלחמה היום אין אינטרס עליון להשמיד צבא ולכבוש שטח. די ליצור 'אפקט הוכחה' ובכך לאחד שני שיקולים: לפי השיקול האחד, אין משתלם לחזק את רוחה של האוכלוסייה האזרחית, מקור חוסנו הלאומי ותעצומות הנפש של היריב; אין משתלם לטפח את הסיוע האזרחי והמנטלי שמגישים האזרחים בדמות מקלט לילה, מידע, מקום מסתור, אוכל ותעצומות נפש. כן, גם לערבים יש תעצומות נפש, למרות שבדרך כלל נוה לנו לומר זאת על

עצמנו. לפי השיקול האחר, פגיעה במנהיגי ארגונים שטוחי הייררכייה, כגון שיח' אחמד יאסין, מוצדקת ביותר, כי קשה מאוד להחליף מנהיגים במקום שהסמכות נובעת מכריזמה בחברה שיש בה אחוות השווים. שונה הדבר מהחלפת מפקדים צבאיים: כאשר נהרג סא"ל מועלם, וסגנו הפך מסמג"ד למג"ד, יקבלו החיילים את מרותו של המפקד החדש, אפילו לא יהיה טוב כקודמו.

כאן מקומה של השאלה השלישית: עליכם להבין שאין לי כוונת קנטור, אבל לא עליכם המלאכה לגמור. אני מקבל את עקרון המידתיות שהעלית, עו"ד ניצן, כתשובה לשאלות בדבר הדרך של האדם והפגיעה באזרחים. אך אינני משוכנע בעניין המידתיות של מעצר והעמדה לדין. אפשר לכאורה לשאול למה לא להכניס את העצורים לשוחות שכוחות אל ואדם עד סוף המלחמה, ורק אז לבדוק את העניינים המשפטיים. כך נוכל לחסוך לעצמנו מאמץ רב, ואולי זה הפתרון... השאלה העיקרית במציאות היא שהמידתיות יורדת בעקיבות. לא נדיר הוא שצה"ל פועל נגד 'מבוקש' ולפעמים אפילו 'מבוקש זוטרי', ואחרי מותו הוא מועלה לדרגת 'מבוקש בינוני' ולפעמים אף לדרגת 'מבוקש בכיר'. נדמה לי שבדרך כלל בצה"ל מעלים בדרגה אחת אחרי המוות. הדבר קורה שוב ושוב מטעמים תקשורתיים. מחסלים אנשים שאינם חשובים דיים. בפעולה יזומה כזאת פוגעים באוכלוסייה האזרחית. עוד לפני ההתבוננות המשפטית צריך להבין שקודם כול פוגעים במשפחת המבוקש, באנשים סביבו, שיהיו להם תעצומות נפש מוגברות בשלב הבא של הפעילות. אמנם אתה מייחל לכך שנפשם תנקע מן המציאות הזאת, אך היא אינה נוקעת.

אמנם יש לי כבוד לניסיון שלכם, עו"ד ניצן, אך בתשובתיכם אתם מנסים לחצות את הקו הדק בין שפיטות לבין אי-שפיטות. לנוכח הנתונים העיקריים האלה המצב רק הולך ומחמיר: הנצרה מוסרת בנקל, והאצבע קלה יותר על ההדק, וקל לקבל אישורים. למה קל לקבל אישורים? כי הטכניקות מהירות מבעבר. אתה קולט את שיחת הטלפון הנייד, מישהו מזהה שאכן זה האדם המבוקש, וברוך כלל הזיהוי טוב, המסוק כבר באוויר, הרמטכ"ל צריך להחליט במהירות, וכל אלה יוצרים לחצים המעלים את הסבירות לפעולה מיותרת. כבר ביצענו בעלויות עתק חיסולים ממוקדים של בלדרי כספים פשוטים, אנשים שכינו אותם 'מהנדס', למרות שלא כל 'מהנדס' כזה הוא יחיא עיאש, שכן יש להם ידע בסיסי בלבד.

לנוכח הסכנה באבדן המידתיות בצבא יש להתריע מפני חגיגות פרדה מן הסוג שערכו למפקד הרצועה, קצין בדרגת תא"ל: ערכו לכבודו שני פטרולים אלימים, ובמסגרתם ירו בכל מי שהתקרב. נסעו וכרוזו ברמקולים: נראה אתכם

גברים, תצאו. למשמע הקריאה יצאו צעירים פלסטינים מן הבית מצוידים ברובה או בדמוי רובה. כמובן מיד ירו בהם; ואם ליד הצעיר הייתה גם הסבתא הזקנה שלו, נו בסדר; אז מה? אז היא הייתה שם... כל זה קרה לפני הפיגוע באשדוד. הפיגוע באשדוד לא קרה בגלל הפטרולים האלימים הללו, אלא בוודאי הוכן הרבה לפני כן. הפיגוע קרה גם לפני חיסולו של אחמד יאסין; כאמור, חיסול יאסין הוא מסוג הפעולות שאפשר לקבל אותן בהחלט.

אם כן, דעו, עו"ד ניצן, שלפעולה שלכם יש השלכות בתחום קטן וצנוע, אך חשוב: נפשה של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית אינה נוקעת. שישים האינטלקטואלים הפלסטינים, אין להם גייסות. במקומות אחרים בעולם, גם במקומות מוסלמיים, הדבר אינו נוגע כלל לאופי הפנאטי של המוסלמים בעלי האובססיה עם 72 בתולות. יכול להיות ששאלות אלו אינן שפיטות, אבל הן ממשיכות להיות רלוונטיות מחוץ לחדר.

הילי מודריק-אבן-חן: הערה ראשונה: מכתב התשובה השני שלכם אני מבינה שציינתם פגיעה באזרחים המשתתפים באופן ישיר בלחימה, ושלפי סקירה שערכתם על נורמות במדינות אחרות, אפשר להגיד שהמשפט הבין-לאומי המנהגי אינו מחייב שהפגיעה בהם תהיה רק בזמן ההשתתפות הישירה בלחימה, אלא גם כאשר אנשים אחרים מזהים אותם כנוטלים חלק פעיל בלחימה. אני מקווה שהבנתי זאת נכון. נניח שאנו מקבלים פרשנות זו; איך אנו יודעים שאדם נחשב למשתתף ישיר בלחימה? הלא אפשר שהתחרט על מעשיו ושינה טעמו ופסק מהיות חבר בארגון הטרור. לשון אחר, ייתכן שחלקיות המידע שבידי גורמי המודיעין מסמנת אדם כמטרה, גם אם אינו כזה. קושיה זו רלוונטית לא רק לפגיעה באזרחים, אלא גם לפגיעה באדם עצמו.

הערה שנייה: כאשר לרצונכם להחיל על המצב את דיני המלחמה, במקרה זה איננו מחויבים בהגנה עצמית. ואז נשאלת השאלה מה טווח השיקולים היכולים לבוא בחשבון לגבי החלטה לבצע את הסיכול הממוקד. האם שיקולי הרתעה טובים דיים? והרי לפי דיני מלחמה, אפשר לירות רק באנשים המשתתפים באופן ישיר בלחימה; האם השיקול של הרתעת חבריו של האדם שמבצעים בו סיכול ממוקד רלוונטי לירי שכזה? אם הירי מתרחש בזמן שהאנשים נוטלים חלק ישיר בלחימה נגדנו, התשובה היא אולי 'כן', וְלֹא – התשובה היא אולי 'לא'.

הערה שלישית: איך מזהים את האנשים המשתתפים באופן ישיר בלחימה, אם ההשתתפות הישירה בלחימה איננה מתרחשת בזמן הפגיעה

בהם? האם למשל אנשים שנתפסו עם חגורות נפץ 'נוטלים חלק ישיר בלחימה'? על אילו סוגים של 'אנשים הנוטלים חלק ישיר בלחימה' אתם מדברים? מה הן הקטגוריות של 'האנשים המותרים לפגיעה' שאתם רוצים ליצור?

דניאל רייזנר: הערה ראשונה: המשפט הבין-לאומי הקלאסי הבחין בין אזרחים לבין לוחמים, ורבות מן הטענות נגד מדיניות הסיכול הממוקד ומן התזות המשפטיות בבסיסן נשענות על הבחנה זו. הלוחם הקלאסי הוא חייל בצבא סדיר, והוא בעל מאפיינים ברורים, ואילו כל מי שאינו לוחם הוא אזרח כבררת מחדל.

ואולם בשלושים השנים האחרונות ההבחנה בין חייל לבין אזרח נעלמה כמעט לגמרי מן המשפט הבין-לאומי ומן החיים. כדי לסבר את האוזן נאמר שבחיל האוויר האמריקני משרתים, לפי הגדרתם, מעל 150,000 אזרחים בתפקידים קרביים. הם לובשים מדים, ולפעמים הם נושאים נשק. אמצעי ההבחנה בין האזרחים לבין החיילים האמריקנים מעניינים. ישבנו אתם וניסינו להבין למה מכנים אותם אזרחים. הם הסבירו לנו שהם עובדים לפי חוזה העסקה: שעות העבודה שלהם הן מ-08:00 עד 17:00, והם אינם כפופים לפיקוד צבאי, הגם שהם נראים חיילים לכל דבר ועניין.

הם לוחמים לפי אמנת ז'נבה, והם מסכימים לכך. לעומת זאת, בגלל קיצוצים בחיל האוויר האוסטרלי הוחלט להפריטו ולהמירו בפטרול החופים שלהם, המחפש בעיקר מסתננים אסייתים. וכך, חיל האוויר האוסטרלי מורכב מטייסים אזרחים במטוסים אזרחיים ומאנשי צבא המתצפתים על הים. אם כן, בפרקטיקה של המשפט הבין-לאומי התעמעמה לחלוטין ההבחנה בין אזרח לבין חייל.

יש דוגמאות רבות לכך, וכדי שלא להלאות אתכם במקרים הבעייתיים, אציג דוגמה קיצונית הפוכה. כולם מבינים שמפקד גדוד שריון הוא מטרה צבאית קלאסית, אבל כשמפקד גדוד השריון הזה נמצא בביתו בשנת חופשה ללא תשלום, נדמה שהוא כבר אינו מטרה לגיטימית במלחמה, ועל אחת כמה וכמה כאשר הוא מבלה בסוף שבוע בחיק משפחתו. בהקשר זה, דיני המלחמה במלחמה קלאסית מנפיקים תשובות חלקיות ביותר, מלאות חורים וחללים כגבינה שוויצרית. אני אומר זאת לנוכח הביקורת על ההפרדה בין אזרחים לבין לוחמים לבין חיילים. נושא זה כה מסובך, עד שהאמת היא שאין תשובה חד-משמעית בשום מצב.

עם זאת, יש להבהיר כמה נקודות. אין חובה של המשפטן להבחין בין חייל

לבין לוחם, אך יש חובה של הלוחם להבחין בין לוחם לבין אזרח. חובת ההבחנה מוטלת על הלוחם, לא על המשפטן. חובת הלוחם היא שלא לירות באדם שוודאי שהוא אזרח.

אם אתה משוכנע שהוא לוחם, והוא רק נראה כמו אזרח, מותר לך להרוג אותו. לשון אחר, היותו לבוש בגדים אזרחיים אינו מעלה ואינו מוריד באשר לשאלת המטרה הלגיטימית.

התבחין ל'לוחם' שציין פרופ' קרמניצר, קרי העמדת הלוחם את עצמו באופן מלא לרשות הכוחות הלוחמים לצדו, אינו מיושם הלכה למעשה. אציג דוגמה אחת לכך. במלחמה האחרונה בעיראק העלו אנשי הצבא האמריקני בשיחות אתנו שאלה תאורתית בדבר קציני המודיעין הגרודיים. בעבר היו אלה האנשים החשובים ביותר ביחידה הצבאית, ואילו כיום איבדו את כל חשיבותם בצבא האמריקני. מדוע? מפני שהמודיעין שקציני המודיעין הגרודי יכול לספק בשדה הקרב המודרני כבר לא היה מדויק ומהימן כמו המודיעין של האזרח (!) המפעיל את הלוויינים בארצות הברית ומעביר למפקד את תמונת שדה הקרב וסביבתו בזמן אמת.

תחום הפעילות של קציני המודיעין הגרודי המסורתי היה חקר שבויים והפעלת מזל"טים קטנים, חלקם תוצרת ישראל, מדי פעם בפעם, לקבלת תמונה מזערית וחסרת ערך בשדה הקרב.

מרדכי קרמניצר: אין בנמצא שני מונחים בעולם המשפט שלא תמצא מקרים ממחישים שלהם שקשה להבחין ביניהם. אך אין פירוש הדבר בשום אופן שההבחנה אינה קיימת ושאינן לה חשיבות. לא קעקעת את ההבחנה.

דניאל רייזנר: ארשה לעצמי לחלוק עליך. היום יש קונסנזוס ולפיו לא ברור איפה עוברת ההבחנה בין הלוחם לבין החייל. אמנם אלה אינם מקרים מובהקים, אך הרי על המקרים המובהקים אין מחלוקת. מבחינת האויב, אותו מפעיל לוויינים ב־NSA או ברשות הלוויינים האמריקנית, היתרון הצבאי של הריגתו עולה לאין שיעור על זה של כל קציני המודיעין בעיראק, ובכל זאת נשאלת השאלה אם הדבר מותר. השאלה מתחדדת עוד יותר לנוכח העובדה שאותו מפעיל לוויינים אינו עומד רק לרשות הצבא, אלא גם לרשות רשות הלוויינים, ועליו לבצע עוד 25 משימות אחרות בכל יום ויום.

הערה שנייה: מעבר לסיבות להרחבה הפוטנציאלית של זכות ההגנה העצמית, שעו"ד ניצן ציין בדבריו, ההגנה העצמית בעייתית בהקשר לפעילותנו, מפני שהתמונה שלנו רחבה בהרבה מסיכול ממוקד. עו"ד ניצן התמקד בסיכול ממוקד, משום שהוא באמת מטרה לגיטימית, אבל

ההגדרה הישראלית של המצב 'לחימה/מלחמה בטרור' משליכה על מישורים רבים, כגון תביעות אזרחיות במסגרת חקירות מצ"ח, והרשימה ארוכה. אחת הבעיות של ההגנה העצמית במשפט הבין-לאומי היא שיש לה שתי משמעויות: האחת – הגנה עצמית צרה, התקפה בעתות שלום, דהיינו נקיטת פעולה כוחנית חד-פעמית לגיטימית, ובפרשנות מרחיבה – אולי אף יותר מפעם אחת, אבל בכך הדבר נגמר; השנייה – הגנה עצמית רחבה, דהיינו הכרזת מלחמה כאשר יש עילה מספקת (התקפה מזוינת במידת אלימות מסוימת) לעבור ממצב שלום למצב מלחמה. זהו משפט בין-לאומי קלאסי. זה הכוח האמתי של ההגנה העצמית בסיטואציה שאנו מדברים עליה. למעשה, אנו טוענים שכבר עברנו מזמן את רף הפגיעה בנו המצדיק מעבר למצב מלחמה. אינני יודע כמה פיגועי טרור היינו צריכים לעבור עד שהצדקה זו נוצרה, אבל אנו ללא ספק כבר בעיצומה של המשמעות השנייה של 'הגנה עצמית'. לא רצינו להסתמך על 'הגנה עצמית' במשפט הבין-לאומי מכוח ההגנה, אלא מכוח ההצדקה: כבר מזמן איננו באירועים נקודתיים של תגובה בזמן שלום, אלא בפזה של הגנה עצמית.

הערה שלישית: השאלה המשפטית של סיכול ממוקד התעוררה אחרי חיסולו של ת'אבת ת'אבת. אמשיך את הקו שעמי איילון התחיל בו: טענו נגרנו שהוא פעיל זכויות אדם וששבויעים לפני שנורה ונהרג בידי יחידת צלפים חזר מחו"ל, עבר בנמל התעופה בן-גוריון וחזר לשטחים, ואיש לא טרח לעצור אותו. בעקבות זאת הגיע הרמטכ"ל ושאל אותנו, הרבה לפני הבג"צים, אם מותר או אסור להרוג מחבלים, ואם כן, באילו תנאים. לא יכולנו להתחמק בטענה שהמשפט הבין-לאומי מסוכן. כאן נדרשה תשובת 'כן' או 'לא'. על שאלה זו ניתנה תשובה שלא הפסקנו לדוש בה, מפני שבכל פעם ופעם מתגלות בה פינות חבויות.

הערה רביעית: המידתיות בדיני המלחמה איננה מידתיות של אפקטיביות. לפי המידתיות של דיני המלחמה, ההשוואה היחידה האפשרית היא בין היתרון הצבאי המובהק לבין הפגיעות בחפים מפשע.

ואז בודקים את היתרון הצבאי, כתמיד. אינני יודע אם מדיניות הסיכול הממוקד עומדת במבחן המקרו של השכל הישר, זאת אומרת אם היא משיגה את יעדיה, הגם שהיית שותף ליותר מקבלת החלטה אחת בדבר סיכול ממוקד. אינני יודע זאת, כי במבחן התוצאה – ובמקרים רבים אני דווקא מסכים אתך – אין תמיד יתרון ארוך טווח לחיסול השוטף של מבוקש אחר מבוקש במבנים ארגוניים שטוחים; מנגד, לחיסול דרגי מנהיגים יש לפעמים אפקטים ארוכי טווח. אני יכול להרשות לעצמי לומר זאת, מפני שכבר אינני במודיעין. מן הבחינה המשפטית השאלה היא אם המדיניות אפקטיבית. ככלל, היא

איננה משפיעה על חוקיותה, כיוון שהיא זהה לשאלה אם חוקי להרוג את הטבח. ובכן, את הטבח חוקי להרוג. הבעיה היא שזה בזכו תחמושת ומעשה לא חכם. כך גם, לגישתי, בעניין המחבל: חוקי להרוג אותו, אבל ייתכן שבחישוב התועלת הכללית זה אינו חכם במיוחד.

שורה אחרונה: השינוי הדרמטי ביותר הוא שלראשונה עולם המשפט בישראל נכנס אל המלחמה. בעבר היו המלחמות בשני מישורים: הצבאי והמדיני-פוליטי, וכל אחד ואחד מהם תמך באחר. לא כך היום. אומרים שבמלחמה יש חמישה ממדים: הממד המדיני, הממד הצבאי, הממד הכלכלי, הממד התקשורתי והמדמד המשפטי. אני חושש שתזהו זו הוכחה מעל לכל ספק, אצלנו יותר מאשר במקומות רבים בעולם. יתר על כן: אצלנו הממד המשפטי הגיע לאבסורדים: ב'חומת מגן' היו שלושים עתירות במשך שלושה שבועות בזמן לחימה, כולל הפסקת פעילות מבצעית מתגלגלת בדיון בבית משפט. התרחשות זו, אפילו החסידים הגדולים של ההתערבות השיפוטית חושבים שהיא על גבול האבסורד. הדוגמה הקיצונית ביותר לכך היא שבחלק מן הדיונים בסיכול ממוקד במדינת ישראל, המשפטן השתתף למעשה בתהליך קבלת ההחלטה. יש בדבר סכנה גדולה, משום שהייתה העברת האחריות ממקבל ההחלטה אל עורך הדין; אם עורך הדין אומר 'כן', מקבל ההחלטה פטור מכל דיון.

רות לפידות: הערה לעו"ד ניצן: הזכרת קודם שגם בפנייה שלנו לוועדת מיטשל אמרנו שהמצב הוא hostility short of war, אבל דומתני שוועדת מיטשל הודיעה שהגדרה זו בלתי-חוקית ושעלינו להפסיק מיד להשתמש בביטוי זה.

אסא כשר: קראתי את התשובות הראשונה והשנייה של המדינה בבג"ץ הסיכול הממוקד. על יסוד זה אומר את דבריי. אולי הדבר מנוגד לאתוס הוויכוח הישראלי, אבל תחילה אני רוצה לשבח את התשובות, משום שיש בהן המשגה טובה של מצבנו. לא על ההיבטים המשפטיים של המצב אדבר, כי אם על היבטי ההמשגה.

אני שותף לניסיון ממושך להרכיב המשגה כזאת, בלי מגבלות משפטיות, וחבריי ואני הגענו למסקנות דומות. מבחינת אפיון המצב, כלומר מבחינת האפשרות להחיל עליו קטגוריות מסוגים שונים (מוסריות, אתיות, משפטיות ואחרות), מצב זה שונה ממצבי אכיפת החוק מצד אחד וממצב המלחמה הקלאסית מצד שני. קביעה זו נכונה, וכל קביעה אחרת היא שמרנית, מלאכותית, והיא גם מאלצת אותנו לשלם מחירים לא-מוצדקים.

יש להבין שהדין הבינ-לאומי בקשר למלחמות אינו תכלית חלומותינו המוסריים. העולם פשוט התקדם ממצב גרוע בהרבה מזה הנוכחי למצב הקיים, שאותו מנהלים באמצעות הדין הבינ-לאומי הנתון.

האפשרות להרוג את הטבח הסורי, למרות שאינו מהווה שום איום, בעיני הדבר בלתי-מוסרי. האפשרות להרוג בלי רסן לובשי מדים בלי קשר לשאלה אם הם מאיימים עלינו או לא, בעיניי הדבר אינו מוסרי. אמנם נסיבות אלו טובות בהרבה מנסיבות העבר, כאשר אפשר היה להרוג את כל תושבי העיר למרות שלא היוו שום איום, ואמנם כיום לפחות הנחנו לתושבי העיר להיות מחוץ למערכה, אבל עדיין מוטלת עלינו החובה המוסרית להפריד בתוך קבוצת החיילים עצמה בין אלה שנשקף מהם איום ובין אלה שלא, כמו גם בתוך קבוצת האזרחים עצמה בין אלה שנשקף מהם איום ובין אלה שלא. הפרדה פנים-קבוצתית שכזו תהיה שכלול מוסרי.

אסור אפוא לחשוב שההמשגות הקודמות הנתונות, למשל 'אכיפת חוק' במדינה מתוקנת, נעשות לפי סטנדרטים דמוקרטיים, שהם בבסיסם סטנדרטים מוסריים, ועל כן אנו מקבלים אותן בנימוק שיש לנו זכויות.

בעולם המשפט ובימים כתיקונם נקודת המוצא שלנו תקינה, אבל במלחמות נקודת המוצא שלנו רק גרועה פחות מקודמותיה; היא לא התגשמות החלומות. לכן לא צריך לחשוב שאם אנו סוטים ממנה, אנו עוברים עברה מוסרית. אדרבה, ייתכן שאם אנו סוטים ממנה, אנו דווקא משפרים את המצב באופן מוסרי.

ועוד בהקשר זה: ההבחנה בין טרור ובין גרילה חשובה מאוד, ועלינו להבין שגם בנקודה הזאת יש לנו חרשות. אילו חלילה היה פיגוע בבית החייל בתל אביב בשעת כינוס של חטיבה כלשהי, האם הוא היה נחשב 'לוחמת גרילה'? אילו חלילה היה פיגוע בבית החייל בתל אביב בשעה שחיילים בחופשה שוהים בו, האם הוא היה נחשב 'לוחמת גרילה'? כשעומד חייל במחסום, ומישהו מתפוצץ לידו, האם זו 'לוחמת גרילה'? ואם הדבר קורה במחסום בכניסה למדינה, מחסום מותר לכל הדעות, האם זאת פעולת גרילה? אם כן, ההבחנות האלה גסות, וצריך לעדן אותן. בוודאי לא די לקבוע פרמטר אחד להבחנה: לובשי מדים. צריכה אפוא להיות הבחנה מושגית בין גרילה לבין טרור. אין זו הבחנה בין המטרות, חיילים או לא חיילים, אלא הבחנה בין סוגי הפעולה והמטרה. כאשר רוצים להכריע כוח צבאי בשיטות דומות לשיטות צבאיות כדי להפריע למאמץ מלחמתי, נמצאים בסיטואציה של גרילה.

להלן ארבע נקודות:

נקודה ראשונה: אחד השינויים הבולטים בתקופה הזאת הוא חידוד המונח 'הכורח הצבאי', כי הביטוי necessity, איש לא יתייחס אליו ברצינות,

ואילו במילה 'כורח' מסומנת מוכרחות, היעדר בררה. בתולדות ההתעסקות בו הביטוי 'כורח צבאי' הובן כמשמעות רחבה, ואולם אם מבקשים לפעול בצורה העומדת במבחנים מוסריים, ואין שום סיבה שלא לנסות לפעול כך, צריך להצר את הביטוי 'כורח צבאי', משום שיש הרבה פחות דברים שאפשר להצדיק אותם במונחי כורח צבאי ממה שהמסורת של הדין הבין-לאומי מרשה לנו.

'facility at victory' היא הפרשנות הרווחת במסורת הדין הבין-לאומי, אבל אינני רוצה בפרשנות זו. חלף זאת אני רוצה ניצחון במינימום פגיעות בחיילים ובאזרחים של האויב והקטנת נזקים ככל האפשר. facility at victory אין בה די, ולכן צריך לשנות את הביטוי 'כורח', להתייחס אליו ברצינות. ברגע שאתה חושב במושגי 'כורח', יש בידך מכשיר הרבה יותר חזק להבחנה בין המותר לבין האסור.

כך למשל, אם פעולה מסוימת היא כורח, אזי אורוגוואי אינה מעניינת אותי; לא אגדיל את הסיכון לאזרחי מדינת ישראל, רק מפני שלהגנה עליהם תהיה השפעה בעתיד באורוגוואי. המחיר לכך הוא במונחי 'סיכון'. facility at victory כמובנה הרחב, פירושה שהמלחמה נמשכת לאטה, יותר מן הנחוץ, אבל 'כורח' הוא אין בררה, וכאשר אין בררה, שיקולים אלו נעשים חשובים הרבה פחות.

נקודות שנייה ושלישית: הן לא הוזכרו פה, אך הוזכרו בתשובות המדינה בצורה המעוררת שאלות מוסריות, למרות שאני מקבל זאת גם באופן אתי וגם באופן מוסרי: השליטה האפקטיבית והלוחם הבלתי-חוקי. הנה הן לפי סדרן.

השליטה האפקטיבית בשטח מסוים חשובה מאוד לעניין אחריות השליט לפגיעה בתמימים. אם אני אחראי לנעשה בשטח מסוים, לאנשים בו יש מעמד אחר מזה של אנשים בשטח שאיני שליט בו. דוגמה קיצונית היא מזרח ירושלים ואף שטחים שלא הכרזנו עליהם את ההכרזות המיוחדות שלנו; אם אני השליט האפקטיבי בהם, כי אז אני אחראי לפגיעה בתמימים. פגיעה בתמימים שם שונה לגמרי מפגיעה בתמימים בשטח שאינני שליט בו אפקטיבית. משום כך עזה לעצמה, וג'נין בשליטתנו האפקטיבית-לשעתה לעצמה. צריך אפוא להכניס את ההבחנה אל המשוואות. התרשמתי מתשובת המדינה שהבדל זה אינו מעניין אותה, אבל ייתכן שאני טועה.

אשר ללוחם הבלתי-חוקי, יש להבדיל בין לוחם בלתי-חוקי המסכן אותי בהווה לבין לוחם בלתי-חוקי שהיה טרוריסט ומאז משך את ידיו מעיסוקו זה. בראשון יש לנהוג בחומרה, ואילו בשני – באיפוק. בעבר, לפני כשנה, הלוחם הבלתי-חוקי הזה סיכן אותי, למשל בהיותו פצצה מתקתקת או בהיותו מעורב

במישרין בפעולת טרור שבלעדיו לא הייתה מתקיימת או בהיותו שותף לגלגול הפיגוע כמתכנן המבצע או כמבצע החוגר את חגורת הנפץ. אמנם אני יודע שהוא עשה זאת בעבר, אך עכשיו אינני יודע בוודאות שהוא מסכן אותי. בעיניי, מצב זה מקנה ללוחם הבלתי-חוקי מעמד מוסרי אחר. אם כל מה שאני יודע עליו הוא שחזקה עליו כטרוריסט להמשיך להיות טרוריסט, מעמדו המוסרי שונה ממעמדו של הטרוריסט שאני יודע שהוא מסכן אותי. בוודאי, הברדל זה משנה בעניין 'ההיזק המתואם', ה-parallel damage. הרי לא יעלה על הדעת להמית אדם, רק משום שסבורים שבשל מעשי העבר שלו חזקה עליו שימשיך בהם. לא זו בלבד שהדבר מרחיק לכת, אלא שגם החזקה הזאת נמוגה והולכת עם הזמן. אינני רוצה לדבר על נהלים ועובדות, כי אינני יודע מה מסווג ומה לא. אם הבנתי נכון את תשובת המדינה, אין היא מבחינה בין מעמד המוסרי השונה של שני טיפוסים הלוחמים הבלתי-חוקיים – המסוכן למעשה והמסוכן להלכה. לדידה, האדם הוא 'לוחם בלתי חוקי', ובתור שכזה הוא מטרה לגיטימית. אמנם לוחם בלתי חוקי, או טרוריסט כלשון קצרה, הוא מטרה לגיטימית, אבל במצבים שונים מידת הלגיטימיות לפגיעה בו משתנה, ובוודאי משתנה גם מידת ההצדקה לפגיעה בו.

נקודה רביעית: המידתיות היא ירושה לא רק של הדין הבינ-לאומי של Just World documentary, אלא גם מסורת מאות רבות של שנות מחשבה על המלחמה ועל צדקת ההצלחה ועל צדקת הפעולות במלחמה. למרות מידותיה של המידתיות צריך לזכור שרעיון המידתיות נכנס לתמונה בקווים גסים מאוד. כאשר נוגסים בריבונותה של מדינה, יש קווים גסים של מידתיות בתגובתה. המלך לא יכבוש את המדינה הסמוכה רק כי שיירות חצופות חצו את גבולותיו בלי רשות. אמנם יש פרופורציה, אבל היא בקנה מידה גדול.

אמת היא שגם במלחמות הפרופורציונליות מתבטאת במערכים יחסיים של אוגדות לעומת אוגדות. ואולם אין שום טעם ותכלית להשתמש בפרופורציות במקום שנחוצה בו המשגה. בעבודת המשגה שלנו, של חבריי ושלי, הזמנו גם מתמטיקאי, אך הוא לא הועיל לנו, מפני שבדיקתו לא הייתה אלא יציאת ידי חובת הבדיקה. היה מובן מאליו מראש שמתמטיקאי לא יועיל לנו. משום כך, משום שחישובים אריתמטיים אינם יכולים להועיל במקום שנחוצה בו חשיבה מושגית – אי-אפשר להשיב על שאלות אריתמטיות, כגון השאלה שנשאלה קודם מפי פרופ' קרמניצר: בכמה אנשים אפשר לפגוע בתל אביב, אם מבקשים לפגוע במטכ"ל היושב בקריה בתל אביב? אי-אפשר, גם אסור, לנקוב באלגוריתם או בנוסחה בתשובה על שאלה כזו בדיון על מלחמה רגילה, נגד סוריה למשל; על אחת כמה וכמה – בדיון על מלחמה נגד גורם לבר-מדינתי. זה איננו רעיון המידתיות. רעיון המידתיות בגלגולו החדש ייסוב על

השאלה אילו שיקולים מותרים ומחייבים בהקשר הזה, ולא אילו מספרים או כמות של מתים באים בחשבון.

דודי זכריה: הדברים שרצייתי לומר כבר נאמרו ברובם, ועל כן אהיה תמציתי. לאור מה שאמר קודמי, פרופ' כשר, נוסחת הפרופורציונליות, המנוסחת בדיני המלחמה, אינה מתאימה לסכסוך הנוכחי, ולו מן הטעם שמשנתנים בה מספר הפרמטרים האמורים להיות מכומתים, ואשר גם אם הם ניתנים לכימות כלשהו, הם כה רבים, עד שאי־אפשר להגיע לתוצאה כלשהי.

בה בעת אני רואה סכנה גדולה במדיניות המוכתבת לדרג הצבאי והמבוססת על נוסחת הפרופורציונליות. המדיניות הציבורית של נוסחת הפרופורציונליות, כפי שהיא מנוסחת במסמך זה, תוצאתה היא שמפקד צבאי מקבל חסינות כמעט מוחלטת לכל מהלך שיעשה, גם אם הוא יודע בוודאות שייפגעו אזרחים, כל עוד אין בכוונתו וברצונו לפגוע באותם אזרחים.

לנוכח מורכבות זו, נכון יהיה לנקוט מדיניות מוסרית או משפטית ולגזור על עצמנו, בהנחה לדרגים הצבאיים, או להחיל על עצמנו, כמי שאמורים לתת את הגיבוי לדרג הצבאי, את נוסחת הפרופורציונליות מן התחום הפלילי, ולו מן הטעם שהיא זהירה, וראית ומנפיקה תשובות מוחלטות יותר מבחינה מוסרית.

נוסחה זו שונה מן המוכר לנו, משום שעניינה מניעת הסכנה הגדולה יותר, הסכנה המוסרית. אמנם הנוסחה אינה מייצגת לנזקים אותה 'תועלת צבאית' – מונח שקשה מאוד להגדירו במציאות הנוכחית, אף איננו יודעים מהו – אך היא מייצגת לנזקים אותה יעד חשוב לא פחות: איך מונעים את הסכנה הגדולה. נוסחה מסוג זה מרימה תרומה גם למפקד הצבאי בשטח, שבבואו ליישם את המדיניות המוסרית ידע שצפוי פער בין המדיניות שהכתבנו לו לבין מימושה בפועל, ולו מן הטעם הפשוט שיש פערי מידע בין הידוע לנו לבין הידוע לו. עוד ידע המפקד בשטח שהודות לה, הסיכוי לפגיעה בחפים מפשע קטן.

בנוסחת הפרופורציונליות במשפט הפלילי לא נידונה התועלת אלא מניעת הסכנה הגדולה יותר. במסגרת המדיניות הציבורית של הסיכול הממוקד אגזור נוסחה זו על עצמי במונחי 'הגנה עצמית'.

דן מרדור: שאלה זו עלתה דרך ביטוי הסבירות והשקילות. לפי הרכב אנשיו, דיון זה הוא בין־מקצועי. אמנם ההיבט שעו"ד ניצן הציג היה משפטי, אבל הדיון אינו משפטי בלבד, שכן הערותיהם החשובות של

הדוברים שאינם משפטנים האירו את הסוגיות המשפטיות מזוויותיהם השונות של שדות הפעולה והמחקר וההגות. בסופו של דבר, ראוי לראות את הסוגיות המשפטיות גם לאורן של ההתייחסויות הדיסציפלינריות השונות.

על הפרק שאלות משני סוגים: שאלות של עובדות ושאלות של משפט. חלק מן השאלות שניצן נשאל בדיון אינן בתחום מומחיותו, שכן הן שאלות של עובדות; כמשפטן, אין לו בררה אלא לקבל את העובדות הנמסרות לו מן הגורמים המוסמכים במדינה. לדעתי, בחלק מן המקרים גורמים אלה שוגים, ובחלק אחר הם צודקים. למעט מקרים הזועקים לשמים מחמת הטעות, המשפטן אינו מוסמך לסרב לקבל את דעת הגורמים הללו. אשר על כן הוא מוכרח לבנות את המבנה המשפטי על תשתית עובדתית הנמסרת לו מפי גורמים שהוסמכו לכך. ניצן, כמו כל משפטן, איננו איש מודיעין או איש מבצעים, ולכן אין ביכולתו לקבוע מה קרה לאשורו.

השאלה הדיכוטומית – דיני מלחמה או אכיפת חוק – קשה לנו, מפני שאנו בעולם הזקוק להגדרות ייחודיות. גם אם נקבל פה אחד שהמונח סכסוך מזוין הוא מסמן לשוני מדויק של המציאות, עדיין לא השבנו לשאלה האמתית שהעלה אסא כשר בדבר השליטה האפקטיבית, שהיא איננה סוגיה טכנית אלא מוסרית.

מקובל עלינו שאיננו מוציאים להורג ללא משפט אפילו את גדול המנוולים; ואם נגזר עליו להיות מוצא להורג, הורגים אותו בדין. רוצח או אנס או שודד או פדופיל המהלך ברחובות תל אביב הנתונה בשליטתי המלאה – איננו הורגים אותו במקום הימצאו, אלא מעמידים אותו לדין. מנגד, אם אדם עוין מסכן אותנו מעבר לגבול שליטתנו, לא נעמידו לדין, אלא נפעל לאלתר לסילוק הסכנה האורבת לנו ממנו. ההבדל בין שתי הנסיבות פשוט בתכלית הפשטות.

איפה אנו נמצאים ברצף זה, ששני קטביו נקבעים על פי הפרמטר 'שליטה אפקטיבית'? השאלה קשה, ואין לה תשובה אחת, אלא כל תשובה רלוונטית לכל מצב ומצב לגופו. בעיניי, מבחן השליטה קריטי למתן תשובה רלוונטית לשאלה.

מהי ההגדרה של 'שליטה'? בוודאי לא ההגדרה הפורמלית מסוג 'מי הריבון או מי הכריז על משפטו?'. אין ספק שאנו שולטים בסחנין, המצויה בשטח ישראל, באותה מידת שליטה שאנו שולטים במעלה אדומים, שאינה בשטח ישראל. המדינה איננה נוקטת סיכול ממוקד בשטחי יהודה ושומרון, אולי כי לפי החשיבה המשפטית אנו 'השולטים' שם. ובכל זאת, לא עולה על הדעת שבמעלה אדומים נהרוג ללא משפט אנשים המסכנים אותנו, רק כי הם

מתגוררים בשטח שאיננו בתחום מדינת ישראל. מבחן השליטה במעלה אדומים, בנווה יעקב, בגבעת זאב הוא אותו מבחן שליטה ללא שום הברדל. הנה כי כן, לא זו התשובה לשאלה.

אם אנו במלחמה רגילה, למה אנו נוקטים סיכול ממוקד? ואם איננו במלחמה רגילה, אסור לנו לנקוט סיכול ממוקד בשטחים שאינם בתחום ישראל הריבונית, כי אנו אוכפי חוק ולא לוחמים. משום כך איננו מרשים לעצמנו להפציץ את שכם מן האוויר. בניגוד לנו, בעולם לא התעניינו בשאלות המוסריות והמשפטיות. אמנם האמריקנים הפציצו את הירושימה ונגסקי לא בלי לבטים, אך בסופו של דבר הטילו את הפצצות על ריכוזי אזרחים צפופים. אם כן, השאלה קשה בהרבה ממה שנדמה. איפה בדיוק עובר גבול השליטה האפקטיבית? נניח לדוגמה התקוממות עתידית של ערביי ישראל או של קבוצה אזרחית אחרת, כדוגמת עוזי משולם שהתבצר עם כלי נשק וכפה על כוחות הביטחון עימות עמו ועם חסידיו – האם יעלה על הדעת שבניסיון להתמודד עם אתגר זה יחסלו כוחות הביטחון את המתקוממים או את מפרי החוק האזרחיים? משום כך, מבחן השליטה קריטי.

יתר על כן: למבחן השליטה יש היבט מוסרי: האנשים ביהודה, שומרון ועזה לא בחרו להיות במצב הנוכחי; עלינו רובצת חובת התשובה לשאלה מי שולט שם. הרי אנו שולטים במבואותיה של עיר ובמוצאותיה, ואי-אפשר לצאת ולהיכנס בלעדינו, ולכן קשה לומר שאיננו שולטים בה. ואם כך, לא חלים בה ועליה דיני מלחמה. מנגד, בארץ זרה או במלחמה נגד ארץ זרה חלים כללי מלחמה. לחמתי במצרים ב-1967 ובסורים ב-1973, ולמרות מוראות המלחמה זה היה 'בסדר', כי היינו חיילים. אינני משוכנע שאנו אכן שולטים שליטה מלאה בשכם, אך בעזה אנו שולטים במובהק: אנו נכנסים אליה ויוצאים ממנה בכל שעה שנרצה, ואנו מבתרים אותה לפי צרכינו. אין ספק, עזה בשליטה שלנו.

שאלת השליטה קריטית, ויש להרחיב את הדיון בה, כי הברור 'מיהו השולט באמת בשטח' יקבע איזה דין חל בשטח: דין מלחמה על נגזרותיו או אכיפת חוק על נגזרותיה או אולי דין חדש לחלוטין שצריך להגדיר בו את המצבים שאינם מתאימים לשום קטגוריה משתי קטגוריות הדין הקיימות. אם כן, הבררה המשפטית שעל המדוכה איננה בררה מוציאה, אקסקלוסיבית, 'אוראו', ואכן טוב שכך אנו מתייחסים אליה בדיון זה.

מקומה של ישראל בהתפתחות זו מיוחד במינו. כבר ציינו קודמיי שאנו 'תחת מיקרוסקופ' בין-לאומי: מדינות העולם לומדות מאתנו דרכי התמודדות עם הטרור; כך האמריקנים והאנגלים ועוד. וכבר סיפרתי בפורום אחר על דברי השבח שזכינו להם באנגליה מפי הלורד סטין: הוא קבע שאין כמו ישראל

ללחימה בטרור וקרא למנהיגי העולם לנהוג כמנהג מנהיגי ישראל; הלורד אף ציטט את נשיא בית המשפט העליון הישראלי, פרופ' אהרן ברק, בפסיקות בסוגיית הטרור והלחימה בו וקרא לשופטי בית המשפט העליון הבריטי ללמוד מעמיתיהם הישראלים. הווה לומד שיש בעולם מערכות חוק ומשפט המעריכות מאוד את המערכות הישראליות המקבילות.

דא עקא: לייחודה של ישראל יש גם צד אפל, שלילי. היא עלולה למצוא את עצמה על ספסל הנאשמים בבית הדין הבין-לאומי בהאג. נשיא ארצות הברית מנהל את העולם על פי דרכו, ובכל זאת שום חייל אמריקני לא יחבוש את ספסל הנאשמים בבית הדין הבין-לאומי בהאג; והדבר נכון גם לגבי חייל רוסי או בריטי. מנגד, חייל ישראלי עלול להידרש לשבת על ספסל זה. בייחוד נכון הדבר בעולם ההופך לגלובלי יותר ויותר, ובעולם שכזה המערכת הבין-לאומית נחוצה, ויקשה (גם על האמריקנים) להתעלם ממנה. משום כך עלינו להיזהר ב'ניסויים' שאנו עורכים בשטח, גם כשאנו משוכנעים מעל לכל ספק בצדקתנו. המערכת הבין-לאומית עשויה להיות רלוונטית לנו לא רק במובן החיובי, כדוגמת לורד סטין, אלא גם במובן השלילי, כדוגמת האג. כשיש ספק, יש אפוא להכריע לחומרא, לא לקולא, ולעשות זאת מכוח אחריותנו לאיש השב"כ או לחייל או לשוטר, שלא נוכל להגן עליהם מפני מעצר והעמדה לדין בהיותם מחוץ לגבולות ישראל.

לעניין השפיטות: טוב עשה בית המשפט שלנו שביטל את האי-שפיטות באופן עקרוני. עם זאת יש להצטער על פסיקתו האחרונה של השופט אליהו מצא. מצא פסק שאל לו לבית המשפט להתערב במעשיה של המדינה. לדעתו זו אמירה שגויה, ואני מקווה שלא תהפוך לדין.

ולעניין העובדת: בעקבות דבריו של עמי איילון בעניין סרטוט המציאות וההשלכות שיש לסרטוט זה על קבלת ההחלטות ועל דרכי הפעולה, לפי דעתי הסיכול הממוקד איננו עומד במבחני ההגנה העצמית, בלי קשר לחוקיות שלו. הדוגמאות שהוצגו כאן מעטות ביותר, אך די בהן כדי להבליט את הכסילות בטקטיקה זו של לחימה נגד טרור.

עמנואל סיון: אנו מגיעים לנקודת המנשק בין המצב העובדתי לבין המצב החוקי. במה שונה המצב שתיאר עמי איילון ממצב משפטי שבו שני פסיכיאטרים מגבשים בחוות דעת נפרדות המוגשות לבית המשפט שתי הערכות סותרות על אלירן גולן [חשוד בניהול ובהקמה של 'מחתרת יהודית' בחיפה ששמה לה למטרה לפגוע בערבים, ובהם ראשי ציבור]. מבחינת השופט, זהו לכאורה 'המצב העובדתי', אך הרי הפסיכיאטרייה היא מדע כמו שהמודיעין הוא מדע. אני שואל אותך במה הערכות אלו שונות מהערכות

המודיעין, למשל על 'מבוקש זוטר' – גורם מודיעיני אחד אומר שדרגתו סגן, ואחר אומר שדרגתו סגן אלוף.

גם אם תנקוט בסיכול ממוקד במידה מזערית, המידה המזערית תלויה בהערכת המומחים, והשאלה היא איך מכריעים בין הערכות שונות של המומחים.

דן מרידור: שאלה זו טובה לכל החלטה ממשלתית. דגל שחור מתייחס לעובדות מסוימות שאותן עליי לקבל בדרך האינטליגנטית ביותר האפשרית, כדי שאוכל לשקלל אותן בהחלטה הנכונה והנכונה ביותר שיש לקבל במצב נתון. ואולם אם הטעו אותי בשלב מסירת העובדות (למשל, בסלקציה שלהן או בניסוחן או בעיוותן), הדגל השחור מתנוסס מעל מי שהטעה אותי, לא מעליי. כך נכון לראות את הדברים בראייה מוסרית.

המחירים ששילמנו בעבור החיסולים הממוקדים גבוהים מאוד, והדוגמאות לכך רבות, בהן עבאס מוסאווי, שמחירו היה פיגוע ביהודים בארגנטינה, ורחבעם זאבי (גנדי), ששילם בחייו בגלל הטיפשות בהריגתו של אבו עלי מוסטפא, שלא עסק בטרור במישרין.

החיסול הממוקד הוא כלי הנשק שבגללו אנו עלולים לשלם מחירים כבדים בעימות הזה, כי אין לנו שום יתרון על הצד השני, המצויד באקדח ובפצצה המכוונים אל 12 מיליון מטרות יהודיות בעולם: ארגנטינה, לונדון, מרוקו, מרסיי, פריז או תל אביב. אילו הפקנו רווחים מן החיסולים הממוקדים בדמות יתרון עצום על הצד השני ובדמות שינוי פני המציאות, כי אז היה בהם טעם. אך לא אלה הם פני הדברים. עלינו ללמוד מן הניסיון המר: בחיסולים הממוקדים איננו משיגים שום יתרון; להפך: אנו עוברים משדה מערכה שיש לנו בו יתרון מסוים, אולי אף מוסרי, אל שדה מערכה פרוץ, שקל בו מאוד להרוג אזרחים, כי פועלים בו מאות חוליות וארגונים בארץ ובעולם, בתיאום ובקישור או בלעדיהם. במבחן הכדאיות החיסול הממוקד הוא טעות חמורה, ולכן התנגדתי לו מראשיתו; לא רק בהיבט המשפטי, אלא גם בהיבט המוסרי והתועלתי.

זו איננה הפעם הראשונה שנושא זה עולה לדיון. מספרים שבשנות השבעים פעלו חוליות ישראליות שחיסלו אנשים בעזה והביאו את הטרור שם לקצו. אינני יודע אם אמת היא או אגדה; על כך אולי יוכלו להעיד ראש הממשלה וראש המוסד דהיום. מכל מקום, באנתיפאדה הראשונה היה מי שהציע מבין שרי הממשלה להרכיב רשימת חיסול של אנשים בצד השני. כשר משפטים בממשלה ההיא התנגדתי לכך באמרי באירוניה שבהחלטה מעין זו מעקרים את תפקידי כשר הממונה על המשפט בישראל, שהרי כל בתי המשפט

בישראל יהפכו למיותרים: השב"כ הוא שיחליט את מי להרוג, וגם יעשה זאת. הרי מדינה אינה מסמנת אנשים ברשימת חיסול – אחד, שניים, שלושה, ארבעה, שבעה – ומחליטה להרוג אותם לפי מידע מסוים המגיע לידיה. כאמת, אנו חוצים פה קו; מה גם שיעילות החיסולים הממוקדים לא הוכחה מעולם. בנקודה זו אביא מדבריו של איש פוליטי חשוב, בנימין בן-אליעזר (פואד), שהיה שר ביטחון. בשנות השמונים, בהיות שנינו חברי כנסת, ישבתי בראש הוועדה שדנה בתפיסת הביטחון הלאומי, ובאחת הישיבות עלתה שאלת הגירושים. התנגדתי לגירושים נחרצות, אלא במקרים חריגים ביותר, כי תפסתי אותם כמהלך שנזקו גדול מתועלתו. יצחק רבין ז"ל, שהיה אז שר הביטחון, היה בעד צעדים מעין אלה. בדרכו הפשוטה אמר לי פואד, שהיה מפקד יהודה ושומרון: ראית פעם מה קורה כששמים חלב חם בסיר? נהיה קרום. הרי אינך אוהב את הקרום, ולכן אתה מסיר אותו. אם תמשיך לחמם את החלב, ייווצר קרום נוסף. הקרום הזה הוא הגירושים של רבין. באנלוגיה לדברי פואד, החיסולים הם הקרום. הם יוצרים מעגל סיופי של דם: הפלסטינים אינם כנופיית באדר-מיינהוף הגרמנית, ואי-אפשר לנצח אותם בחיסולם של בודדים. הטרור הפלסטיני הוא תופעה של המונים, לא של איש אחד או שניים. בחיסול הממוקד אנו מוליכים את הסכסוך למקום שאיננו יכולים לנצח בו. מדוע ללכת שמה ביועדנו זאת? הסיכול הממוקד מוטעה בתוצאותיו, במחירו הכבד ובחוסר האונים שלו להצמית את הטרור.

אסא כשר: תפיסה זו נוגדת את הרציונל של משטרה, הפועלת תמידית נגד עבריינים. אם תפסת סוחרי סמים אחדים, האם לא יהיו עוד סוחרי סמים?! ובכל זאת המשטרה פועלת נגדם ללא הרף.

דן מרידור: לא, ההבדל עצום: גם אם אינך יכול להצמית את תופעת הסחר בסמים, לתפיסת סוחרי סמים יש אפקט שלילי מסוים על הסחר בסמים. מנגד, בלחימה בטרור מושג אפקט שלילי, אך השלילה היא לעברנו, לכיווננו: הרג אנשים מחזק את רוחה של האוכלוסייה הפלסטינית, כדבריו של עמנואל סיון: 'נפש האוכלוסייה אינה נוקעת'. היא אינה נכנעת ואינה מתקפלת, אלא להפך: רוחה מתחזקת, והיא מוצאת בעצמה תעצומות נפש לעצמה ולאנשים האוחזים בנשק בעבורה. עובדה היא שאנו מפעילים אמצעי זה, חיסול ממוקד, זה זמן רב, וללא הועיל.

מכל מקום, שאלת התועלת איננה נוגעת למשפטן, ועל כן אין מה להפנות לעו"ד ניצן שאלות בעניין התועלת. הערכת התועלת מוטלת על כתפיהם של אנשי הביטחון, ומידם יבקשנה, הגם שהם עלולים לטעות בה.

במסגרת השיקולים המוסריים והמשפטיים בחינת התועלת היא חובתה של המדינה. בהחלט. ואולם לפני הכול יש לקבוע עקרונית אם החיסולים הממוקדים מותרים או אסורים, וכן אם ההיתר או האיסור מוחלטים או נתונים לשיקול ולעיון. רק בהינתן התשובות המבוקשות, יש לשקול אם החיסולים מועילים או לא. לדעתי, בחלק מן המקרים החיסולים אסורים באופן מוחלט, וחלק אחר של המקרים גבולי ומחייב שיקול דעת.

באשר לגירושים – שירות הביטחון הכללי בראשות יעקב פרי נהג להמליץ עליהם, רבין היה כאמור בעדם, ואילו אני כשר משפטים נהגתי להתנגד להם. שאלתי שוב ושוב: האם ערכתם אי פעם מחקר בסוגיה זו? הן גירשתם כבר למעלה מאלף איש, ומה התוצאה? האם במשפחה שאנשיה גורשו יש פחות טרור מבעבר? אפשר לראות את שאלותי החוזרות ונשנות בפרוטוקולים של ישיבות קבינט וישיבות ממשלה, אך מעולם לא נעניתי. מדוע? כי יש לחץ ציבורי אמתי ומתמיד על נושא המשרה 'לעשות משהו'. אני מבין זאת, אך אינני מקבל 'עשיית משהו' רק בגלל הצורך לעשות ולספק את העם, בלי לבדוק את תוצאותיו ואת ההיבטים המוסריים ואת מידת התועלת או הנזק לנכסינו הבין-לאומיים.

נאווה בן אור צודקת: שאלת התועלת חייבת להידון אצל מקבלי ההחלטות בדרג המדיני. המשפטנים, האמורים לנסח תשובה לבית המשפט, חייבים להיות משוכנעים שהדרג המדיני, שהטיל עליהם את המשימה, בדק את החלטותיו ביסודיות, ולא הסתפק בנתוני מודיעין שסיפקו לו ראובן ושמעון. אם לאחר בדיקה יסודית התקבלה מסקנה, מסקנה זו היא התשתית העובדתית שהמשפטן צריך לפעול לפיה. אפילו ירצה, הוא איננו יכול לומר שהוא חושב אחרת.

הנה סיפור: ראֵאד כרמי היה רוצח שתכנן פיגועים רבים. ב־16 בדצמבר 2001 נשא ערפאת נאום, ובו קרא לבני עמו להפסיק את הפיגועים נגד ישראל, לא מחסד ומרחמים כי רבו לפתע בלבן, אלא משום שהופעל עליו לחץ בין-לאומי אדיר. כמדומני היה זה אחרי הפיגוע רב-הנפגעים ב'דולפינריום' בתל אביב. והנה, במסמך שהנפיק אמ"ן לאחר מכן דווחה ירידה דרמטית בפיגועים מדי שבוע בשבוע. זו הייתה הזדמנות להיווכח מה באמת מסייע להפחית את מספר הפיגועים: הגירוש סייע מעט, והסיכול סייע מעט, אך לראשונה נוכחנו לדעת מה עוזר: בחודש אחד, מיום 16 בדצמבר 2001 עד יום 14 בינואר 2002 הייתה ירידה עקיבה מדי שבוע בשבוע ממאה פיגועים או ניסיונות לפיגועים לשבעים, לארבעים ולעשרים בערך.

הלחץ על ערפאת היה באמצעות יושקה פישר (שר החוץ הגרמני), האו"ם

והאיחוד האירופי כולו. לנוכח הלחץ על ערפאת וקריאתו להפסקת הפיגועים, נאלץ, כנראה, גם ראד כרמי לסור למרותו של היו"ר ולא להוציא לפועל פיגועים מתוכננים. כל דבריי מבוססי מודיעין; אינני מנחש. והנה, ב־14 בינואר 2002 נוצרה ההזדמנות, והרגו את ראד כרמי. שמעתי את הידיעה בטלפון בהיותי בחו"ל. אמרתי לבן שיחי: תראה מה יקרה מחר; תראה שזו טעות. ואכן לצערי צדקתי: שבוע לאחר מכן, לאחר שההתרעות על פיגועים פחתו כבר לכעשרים בשבוע, שבו ההתרעות והתייצבו על 120.

מדוע קרה כך? כי בחרנו, ואולי נאלצנו לבחור, באסטרטגיה של פעילות אינטנסיבית בשטח. לפנינו היו שתי אסטרטגיות חלופיות: א. את הלחימה בטרור תנהל הרשות הפלסטינית; כלומר בעקבות לחץ בין-לאומי, הרשות תעשה את העבודה; ב. את הלחימה בטרור תנהל אנחנו, בכל מקום ובכל זמן. אל אסטרטגיה זו נגררנו אחרי מבצע חומת מגן מתוך סברה שאם הפלסטינים אינם עושים את העבודה, נעשה אותה אנחנו: נהיה בכל שכונה ובכל בית ובכל סמטה, וְלא – לא נוכל לעשות את העבודה. הטעות שלנו היא שלא מיצינו את האסטרטגיה הראשונה. ראד כרמי הוא דוגמה קלאסית לכך: נחפזנו ואיידנו את אפשרות המיצוי. ראד כרמי, שבהוראת ערפאת משך ידו מן הטרור לפרק זמן מסוים, אינו רק דוגמה להתלבטות מוסרית, ולכך קָמו אחד הדוברים הקודמים, אלא גם להתלבטות בשאלת התכלית.

היו עוד טעויות דומות לכך. אחת מהן הייתה ניסיון החיסול בשנות השמונים של עימאד מורנייה, שלא היה טוב מחסן נסראללה, מנהיג החזבאללה בלבנון. אותו אדם, שלא נתפס עד היום, היה אחראי לפיצוץ השגרירות הישראלית בארגנטינה. והוא לימד אותנו לקח חשוב: רבותיי, אתם רוצים להרוג? אינני פחות יעיל מכם.

מוטב להיזהר בכגון אלה. במעשינו אלה אנו עוברים לשדה שאין לנו בו יתרון. הפריסה הערבית בעולם אינה מותירה מקום אחד פנוי מהם. לשם מה אפוא לעבור לשדה הפעילות העולמי הזה?

ואם יטען הטוען שהחיסולים מונעים מן המחבלים להגביר את פעולות הטרור שלהם, אומר לו שלטענתו אין שחר. אמנם המחבלים יכולים להגביר את תכיפות פעולותיהם ואת עצמתה, אך הם אינם עושים זאת מטעמים שונים: פחד, לחץ ושיקולים אחרים.

אם כן, מכל בחינה אפשרית, מדיניות החיסולים מוטעית מיסודה. בחלקה היא אף לא לגיטימית ומסוכנת. דברים אלו, חלקם אינו משפטי, וחלקם הערכה שלי את העובדות.

אסיים בסיפור על סיכול ממוקד. בשנתיים-שלוש האחרונות, בהיותי חלק

מזן העולם הממשלתי ומצוי בענייני מודיעין, הסתובבתי ביחידה הידועה 8200. דיברתי עם אנשים רבים שם ונהגתי לקרוא בקפידה את פרסומיהם המסווגים. לפני כשנתיים, באחד מביקורי באחת היחידות ליד ירושלים, כאשר סימתי כדרכי את הסיוור במפגש עם כשמונים קצינים וחיילים שהיו בכסיס, שאלה אותי חיילת מה דעתי על הסיכול הממוקד. הואיל והייתי שר בממשלה, לא יכולתי לומר דברים בגנות הסיכול הממוקד, הגם שאני מתנגד לו בכל מאודי. משום כך התחמקתי בתשובתי וגייסתי לעזרתי 'שיקולים' וכו'. השיבה לי החיילת: אני עובדת על התיק של, וכאן ציינה את שמו של האדם, ואני אומרת לך ששנה שלמה הוא לא עשה כלום. אם יהרגו אותו, אני לא יודעת מה אני עושה פה. בסוף יהודים ייהרגו.

דבריה עוררו אי־נחת, בין השאר משום שאמרה דבר שלא כולם ידעו. מבחינת הצבא היא עשתה מעשה שלא ייעשה. אמרתי לה שאבדוק זאת, יצאתי החוצה, ושוחחתי עם המפקד. האיש שדיברה עליו החיילת חי עד היום בזכותה, והוא אפילו אינו יודע זאת.

דרך אגב, זו אותה יחידה ששירת בה הקצין שהתברר כבחור אינטליגנטי ורגיש וסירב לפני כשנה למלא פקודה ולדווח מתי בית מסוים מלא. הקצין הבין מן הפקודה שרוצים לתקוף את הבית כשהוא מלא אנשים, וסירב לספק את המידע. בתגובה לסירובו נקטו מפקדיו כפל לשון: מצד אחד שיבחו אותו, ומצד שני גינו אותו. מעין תגובת כלאיים. אם כן, לפעמים השכל הישר ניכר, ולא תמיד אצל בעלי הדרגות הגבוהות. לפעמים דווקא האנשים ה'פשוטים' מבינים היטב את המציאות, כי ניכרים דברי אמת. עד עתה החיסול היה ננקט במעין דינמיקה ידועה מראש: עולים למסלול חיסול, ומן המורוס הזה מגיעים אל הקצה הידוע; זה רק עניין של זמן עד שהאיש 'לא יהיה' עוד. עכשיו מנגנון אוטומטי זה נעצר.

שי ניצן: לפני כחודשיים השתתפתי בפורום בין־מקצועי אחר; ומבחינתי, פורומים מעין אלו מאירי עיניים ומרעננים, משום שהם מאפשרים לחרוג מעט מן האווירה המשפטנית ולהיחשף לדיסציפלינות אחרות. הרעננות מתקיימת גם כאשר משיבים לעברך אוויר קר (בדמות ביקורת), וגם כאשר משיבים לעברך אוויר חם (בדמות מחמאות).

יש בשאלות שהופנו אליי שאלות קשות, משום שהן מציבות בעיות מוסריות הניתנות ללישה בכיוונים שונים, לפי עמדתו המוסרית של כל אחד ואחד, ויש בהן שאלות שאיני הכתובת המתאימה להן. יש נושאים שהם בתחום המשפטי, ואני חושב שאני יכול לשפוך אור עליהם. אנסה להשיב על שאלות רבות ככל האפשר, אם כי ברור שלא אוכל לענות על כולן.

ראשית, אתייחס בתמצית לכמה שאלות שהופנו אליי. אחת השאלות הסבוכות והחשובות שעלתה בדיון, מפי פרופ' כשר, היא למי השליטה האפקטיבית בשטח. בעניין זה לא שמתני דגש חזק דיו מפאת קוצר הזמן. בדבריי הצגתי תזה רחבה בעלת השלכות מרחיקות לכת במישורים מסוימים. תזה זו חדשנית כי אנו, אליבא דכולם, צועדים בשדה לא חרוש דיו, אם בכלל. באשר לזרי הדפנה שאנו כביכול נחים עליהם: תיק תלוי ועומד לפני פסיקה הוא בעיניי התיק החשוב ביותר, ובוודאי איני יכול לנוח על זרי הדפנה, כי אינני יודע מה יפסקו השופטים. אנו עושים מאמץ משפטי גדול לפתח את התזה החדשה, ובכך אני רואה הישג, משום שנכון שלא להסתפק בדרך הפשוטה (אכיפת החוק) במציאות שאינה פשוטה. עצימת עיניים והיצמדות למוכר ולמקובל המשפטי אינן נראות לי הדרך הנכונה.

יתרה מזו, צריך לראות מהי החלופה. הרי אין לדרוש ממני לקבל החלטות שיעקרו את הקשיים מעיקרם, משום שאינני בדרג מקבלי ההחלטות, ואינני יכול להורות על יציאה מן השטחים. כמשפטן, כל שאני יכול לעשות במציאות הנתונה הוא לקבוע אם מהלך מסוים חוקי או לא, או להעריך מה המשמעות של דיני המלחמה ושל דינים אחרים. אלה השאלות במישור המקצועי שלי. אמנם הדיון אינו אמור להיות מוגבל לשאלות המשפטיות, ובתור אזרח יש לי הדעות שלי, אך בתור עובד מדינה אסור לי להביע אותן.

מישור התבטאות זה אינו השדה שלנו. הרי גם בקרב המשפטנים יש דעות לכאן ולכאן, אך זו איננה השאלה הרלוונטית לנושא ההרצאה. שתי השאלות – אם סיכול ממוקד הוא השיטה הנכונה למלחמה בטרור ואם נכון להישאר בעזה – חורגות בהרבה מתחום הדיון המשפטי. אמנם אני מקווה שיתנו עליהן את הדעת, אבל אין להן מקום בדיון על חוקיות.

שנית, אתייחס למונח 'לוחמים בלתי־חוקיים'. סוגייה זו לא הייתה חדה בדבריי מפאת קוצר הזמן, ועליי להרחיב אותה מעט. המונח 'לוחמים בלתי־חוקיים' הוא מונח מוכר וידוע. הוא לא הומצא במפרץ גוואנטנמו שבקובה, שם מחזיקה ארצות הברית אסירים ללא משפט ואף ללא סיוע משפטי של עורכי דין, אלא כבר בתקופת מלחמת העולם השנייה. אינני מבין מדוע אתם חושבים ש'לוחמים' הוא אות כבוד, פרס, עיטור. אינני רואה זאת כך כלל וכלל. אני רואה במילה 'לוחמים' ציון עובדה גרדא, הגדרת סטטוס: הם לוחמים, כי הם נושאי נשק ונלחמים בי.

אנו רואים במחבלים 'לוחמים בלתי־חוקיים' משום שמשולבים בהם שני מאפיינים: מצד אחד הם נוקטים פעולות לחימה, ומצד שני הם נוקטים אותן בדרכים בלתי־חוקיות לפי המשפט הבינ־לאומי.

להגדרתם 'לוחמים בלתי־חוקיים' יש השלכות. ההשלכות של היותם

לוחמים הן שאם הם לוחמים בי, מותר לי לפגוע בהם, ואינני חייב לעצור אותם ולהעמידם למשפט. ההשלכות של היותם בלתי-חוקיים הן שהם אינם זכאים למעמד שבויי מלחמה, כי הם אינם עומדים בתנאים המצדיקים מעמד שכזה, ולכן הרשות נתונה בידי להעמיד אותם לדין או לירות בהם. לנוכח זאת, אינני מרגיש שום אי-נוחות בהכתירי אותם בתואר 'לוחמים בלתי-חוקיים'. תואר זה, הגם שהוא מכיל את הרכיב 'לוחמים', איננו תואר נכסף. אעיר שדן מרידור היה בר פלוגתא שלי בסוגיה זו. הוא חלק עליי בעוז ובאורח דמוקרטי בחקיקת חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, שהפרקליט הצבאי הראשי ואנו קידמנו עד לנקודת הסיום שלו, כאשר אושר בכנסת ישראל.

שלישית, אתייחס להשפעתנו על העולם. פרופ' קרצ'מר דרש תשובה בעניין 'היותנו אור לגויים' בקביעת נורמות לחימה בטרור, דהיינו הנורמות שאנו קובעים כאן ייקבעו כנורמות גם בארגנטינה, ואולי אף ימומשו שם לרעה. תשובתי לכך היא שאנו מיישמים כאן נורמות מקובלות שנקבעו בעולם, בהתאמה לענייננו. כך למשל, לגבי מלחמת אזרחים יש נורמות שלא אנו ולא מדינת ישראל המצאנו, אלא הן מצויות בפרוטוקול השני לאמנות ז'נבה מ-1977, שהוא משפט בין-לאומי הסכמי. לפי פרוטוקול זה, שמדינות רבות חתומות עליו, השלטון רשאי להשיב אש לעבר אזרחים הפותחים עליו באש כחלק מהתקוממות נגדו. כך במלחמת אזרחים. דין זה אינו מדהים אותי: מותר לשלטון לפגוע ב'לוחמים' של מלחמת אזרחים, שהם אזרחים בדיוק כשם שהמחבלים הם אזרחים. אלמלא הותר לו לפגוע בהם, איך יכול היה השלטון להתמודד עם יריביו במלחמת אזרחים? והוא הדין לגבי מדינה הנלחמת בטרוריסטים.

עוד אוסיף כי לא כל מצב הוא מלחמת אזרחים או מאבק בטרור. דן מרידור הזכיר פעם את עוזי משולם; איזו רלוונטיות לדיון יש לעוזי משולם? האם בינינו לבין עוזי משולם יש עימות מזוין? האם בינינו לבין ערביי סחנין יש עימות מזוין? לא יכול להיות עימות מזוין עם אזרחים כאלה, אלא אם תהיה כאן חלילה מלחמת אזרחים.

רביעית, כאמור, הצגנו תזה רחבה משפטית, אבל הדגשנו בתשובתנו שאנו עומדים בקריטריונים של הגנה עצמית, ובשל הבעייתיות בשטח ובשל זהירותנו הרבה ההנחיות לכוחות הביטחון מחמירות ביותר. אני אומר זאת כדי לסבר את אוזניהם של כל המודאגים למיניהם. בהנחיות המחמירות הובהר כי הפעלת האמצעי הנדון, סיכול ממוקד, אפשרית כצעד חריג בהתקיים צורך צבאי דחוף והחלטי, ורק כאשר אין דרך אחרת פחותה בחומרתה למימושו (הכוונה למעצר באמצעים סבירים). אף אז יש לנקוט את כל האמצעים כדי למנוע ככל האפשר פגיעה בחפים מפשע. גורמי הביטחון

מודעים היטב להכרח לעמוד בהנחיות מחמירות אלו, לנוכח העובדה כי מדובר בחיי אדם.

אני מבקש להדגיש כי במסגרת ההנחיות המחמירות האלה נקבע כי שעה שקיימות חלופות ראליות אחרות לפעולה, כגון חלופת מעצר, יש ליישם חלופות אלו. כך למשל מבוצעים לעתים מבצעים יזומים לצורך מעצר מחבלים מסוכנים, גם בשטחי A.

דוד קרצ'מר: אבל אתם טוענים שאתם עושים זאת לפנים משורת הדין. טענה זו ממוטטת את התאוריה שלך.

שי ניצן: לא. זו זהירות שאני נוקט בשדה משפטי חדש. גיבשנו תזה שאנו חושבים שהיא הנכונה, אבל לא כל מה שמותר צריך גם לממש. יש לנו ריסונים עצמיים וגם חששות. לכן אני פועל במתחם מצומצם בהרבה ממה שהתזה העקרונית מאפשרת לי, במיוחד בהינתן העובדה שזו תזה שטרם אושרה בבית המשפט העליון.

דוד קרצ'מר: התזה צריכה להיות חלק מן הדין. אם התזה מוסרית, מדוע היא צריכה להיות לפנים משורת הדין? גם במשפט הפלילי הפנימי, המידתיות הייתה פועלת. לא היו מרשים לך.

דן מרידור: אני רוצה לחדד את הסוגיה. תאר לך שיש מחבל שאינו סיכון מידי ונמצא עכשיו בתל אביב. האם תהרוג אותו בפצצה בתל אביב? לא. למה? כי בתל אביב אתה שולט לגמרי. הווה אומר, מבחן השליטה הוא חלק מהגדרת הדין. אם אפשר לעצור מחבל באמצעים סבירים, הדין אינו מתיר לנקוט דיני מלחמה. בראיית הדין הדבר מכונה 'המשפט הבין-לאומי הפרטי'. בררת הדין מכניסה אותנו לדין הפנימי. זו שאלה של הדין.

דניאל רייזנר: התזה האפשרית השנייה, הנשמעת כראית יותר לנו כמשפטנים, היא שבדיני הלחימה בטרור, השונים מדיני מלחמה, יש כלל נוסף שאינו קיים במלחמה.

דוד קרצ'מר: בפסק הדין של בית הדין הבין-לאומי בהאג – שאינו כה פופולרי כאן, ובכל זאת רשומים לזכותו מהלכים חיוביים אחדים – בעניין השימוש בנשק גרעיני, נכתב שגם במצב מלחמה חלים דיני זכויות האדם במשפט בין-לאומי.

שי ניצן: אנו טוענים שאנו נתונים בסכסוך מזוין מסוג חדש, ובסכסוך מזוין מסוג חדש חלים הכללים של סכסוך מזוין מסוג ישן בשינויים המחויבים. אחד השינויים האפשריים הוא ביצוע סיכול ממוקד רק בשטח שאין בו שליטה אפקטיבית, ורק כאשר אי-אפשר לבצע מעצר. הצגנו תזה רחבה, ואיני מבטיח שהיא תתקבל במלואה – אף שלדעתי היא נכונה לחלוטין. על כל פנים, שתי המגבלות הללו (אי-ביצוע סיכול ממוקד במקום שבו יש שליטה מלאה או אפשרות מעצר) מיושמות הלכה למעשה.

נאוה בן אור: בעניין זה יש מתאם בין הבחינה משפטית ובין התפיסה שלנו שלמרות היותו של אדם לוחם, אפשר להעמידו לדין. אם ההתייחסות אליו היא התייחסות פלילית, יש להביא בחשבון גם את ההגנות החלות בדין הפלילי. לשון אחר, אנו מפרשים את המשפט הפלילי.

שי ניצן: הערה חמישית ואחרונה היא על התועלת הצבאית. איך מודדים תועלת צבאית? זו שאלה מסובכת גם במלחמה רגילה. כך לדוגמה, במלחמה נגד סוריה אפשר לתהות לשם מה הופצץ בסיס מסוים בעומק שטח האויב. מה התועלת? למה דווקא הוא ולא אחר? הלא לקושיות הללו אין סוף. אי-אפשר לנהל כך מלחמה. לכן, כפי שציין דניאל רייזנר, יש החלטות שהמפקדים הצבאיים בשטח מקבלים. אינני מאמין שמישהו ישקול אם הפצצת בסיס מסוים קידמה את סיום המלחמה או לא. במלחמה מפציצים.

דן מרידור: עו"ד ניצן הציג הצגה מרתקת ויפה של תזה חדשנית, פרי עמל משותף שלו ושל מנהלת מחלקת הבג"צים, אסנת מנדל, ושל דניאל רייזנר, לשעבר ראש ענף הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית. לצערנו, ישראל היא מעבדה ללחימה בטרור, ואני מקווה שאם יש בלחימתה שגיאות, בית המשפט יתקן אותן וישר את ההדורים המשפטיים.

מושב חמישי

**דמוקרטיה נלחמת בטרור:
ניתוח דילמות הלכה למעשה**

יום ראשון, ג' בסיוון תשס"ד
23 במאי 2004

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	רות לפידות
עדנה אולמן-מרגלית	דני סטטמן
סיגל גולן-עתיר	מנחם פינקלשטיין
עמוס גיורא	חיים פס
עמנואל גרוס	עירית קהאן
אפרים הלוי	מרדכי קרמניצר
דוד ויצטום	דוד קרצ'מר
דודי זכריה	דניאל רייזנר
אסא כשר	

דן מרידור: בישיבה זו נשמע את הרצאתו של הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר), האלוף ד"ר מנחם פינקלשטיין, על אודות הדילמות של המלחמה בטרור מנקודת מבטו של הפצ"ר. נקודות המבט וההחלטות של הפצ"ר משמעותיות מאוד במלחמות ישראל, וככל שעולה חשיבותו של העניין המשפטי, כך עולות הבולטות הציבורית והחשיבות שלו. בחיי המדינה בכללם ובשאלות מלחמה בפרטן, תפקידו של הפצ"ר מכריע.

דמוקרטיה נלחמת בטרור: ניתוח דילמות הלכה למעשה מנחם פינקלשטיין

נכנסתי לתפקיד הפצ"ר לפני למעלה מארבע שנים, בעידן השלום וקמפי-דיוויד. נפגשתי עם ראש אגף התכנון דאז, והוא דיבר אתי על כך שהטענות המתמידות על חוסר בתקנים בפרקליטות הצבאית ייעלמו כלא היו, כי לא יהיה עוד צורך ביעוץ המשפטי בשטחים ובבתי המשפט ובתביעה בשטחים עם חתימת ההסכם בקמפי-דיוויד, והנהגה הכול יסתדר, והוא לא יצטרך להתמודד עוד עם בעיות תקנים בפרקליטות. למרבה הצער, כעבור כמה חודשים ניצבנו לפני מציאות אחרת לגמרי, והיה צריך להתמודד עם בעיות חדשות, הן מבחינה עיונית הן מבחינה מעשית. חלק מן הבעיות, וכאן היתרון היחסי שלנו, הוא בהתמודדות המעשית. אינני יודע עד כמה אהדש בדבריי, כי הפתרונות שנקטנו ידועים, וחלק גדול

מהם אף הגיעו לפסיקה של בית המשפט העליון. למעשה, מרב שיטות הפעולה של הצבא נבחנו פעמים רבות בשיתוף היועץ המשפטי לממשלה והגיעו לפתחו של בית המשפט העליון. מכל מקום, מניסיוני למדתי שכאשר אני מרצה על כך, מתבררות בדרך כלל עובדות בלתי-ידועות, ולכן כדאי לפעמים להרחיב לא רק בנושא המשפטי אלא גם בנושא העובדתי. כך, לדוגמה, בסוגיית סרבנות המצפון, סוגיה שניכר חוסר ידיעה בדיון עליה. שם הפורום הוא 'דמוקרטיה נלחמת בטרור', ואכן ישראל היא דמוקרטיה הנלחמת בטרור. ישראל איננה רק מדינה דמוקרטית, אלא היא מדינה דמוקרטית ויהודית, וצה"ל הוא צבא של מדינה יהודית ודמוקרטית. אין צורך להרחיב בנתונים. הרוגים כה רבים בצד שלנו ובצד הפלסטיני ופיגועים כה רבים (מספטמבר 2000 ועד היום נרשמו כ-22 אלף פיגועים) – יש להם השפעה על הגדרת המצב. כמונח 'פיגועים' הכוונה לשימוש באש חיה, כגון פצצה או ירי או מחבל מתאבד. יש בממוצע 19 פיגועים ביום. למעשה מאז מלחמת השחרור ומלחמת יום כיפור זאת תקופת הלחימה שמספר ההרוגים בה הוא הגבוה ביותר.

הדילמות המשפטיות של הפצ"ר ושל הפרקליטות הצבאית

אני מבקש להתרכז בדילמות שעמן אנו מתמודדים הלכה למעשה. אנו בפרקליטות הצבאית נדרשנו להציע פתרונות מעשיים מכוח התפקיד והאחריות המיוחדים שלנו. דן מרידור ציין בקצרה את תפקידיהם של הפצ"ר ושל הפרקליטות הצבאית. הפצ"ר מתמנה בידי שר הביטחון, ומבחינה זו הוא שונה מקציני צבא אחרים, כי הוא עצמאי לחלוטין באכיפת הדין. הפצ"ר יכול להורות על העמדה לדין, גם אם הדבר אינו על דעתו של מי מן האלופים או אפילו של הרמטכ"ל או של שר הביטחון, וכבר היו דברים מעולם. בה בשעה הפצ"ר הוא גם יועץ משפטי של הצבא, ולכן הוויכוח שהתעורר בזמנו על מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה נוגע גם לפצ"ר, ולכך נלווית הבעייתיות המיוחדת של ההייררכייה הצבאית. נוסף על הפצ"ר במחוזות השונים פועלים פרקליטים צבאיים, שגם בתפקידם יש הדואליות הזאת, באשר הם אוכפי דין וגם יועצים משפטיים.

אבקש לסקור ארבע מן הדילמות הנוגעות ללחימה בטרור. אומר מראש כי חלק מן הפתרונות שהוצעו נוצר יש מאין או יש ממצב מעורפל. מכל מקום, אנו מתמודדים עם דילמות כל הזמן, ונראה לי שמטרת הדיון היא לשמוע ולהשמיע: לשמוע ולהשמיע את העובדות ואת הדילמות מכאן ולשמוע ולהשמיע משוב והסברים, בהתאמה, מכאן. משיח כזה אפשר רק ללמוד.

הדילמה הראשונה: מהי הגדרת המצב המשפטי שאנו נמצאים בו? האם ישראל ב'מלחמה', או שמא היא במצב אחר, 'אנתיפאדה', 'עימות מזוין'? מהי הטרימינולוגיה הנכונה לתיאור המציאות של האירועים האלימים מאז ספטמבר 2000? בעיניי, אין זו רק שאלה משפטית, אלא גם שאלה צבאית-אופרטיבית, ערכית-נורמטיבית וציבורית-תודעתית, כי להגדרת המצב בדרך מסוימת נודעות השלכות מעשיות על כללי הפתיחה באש, על שאלת השפיטות, על מדיניות החקירות וההעמדה לדין ועוד. גם לסיכול הממוקד, שנידון בפורום לפני שבועות אחדים, יש קשר לשאלת ההגדרה דלעיל; והראיה לכך היא שהדרך הזאת לא ננקטה לפני שחשבנו שאנו במצב המתיר פעילות כזו, מבחינה חוקית. מובן שהייתי יכול להציג עוד דוגמאות שאינן רק בתחום הפלילי או הצבאי או האופרטיבי. כך למשל, דיברנו בעבר על תביעות הנזיקין: האם העובדה שכל פלסטיני יכול לגשת לבית משפט ישראלי ולהגיש תביעת נזיקין בגין נזקים שנגרמו עקב פעילות החיילים היא מצב ראוי אחרי ספטמבר 2000? לפי דיני הנזיקין, המדינה פטורה מנזיקין בגין מעשה מלחמתי. ואולם עובדה היא כי מדינת ישראל שילמה פיצויים בגין אירועי ירי ופעולות אחרות של חיילי צה"ל בשטחים בסכום של מאות מיליוני שקלים. האם נכון אחרי ספטמבר 2000 להמשיך בכך, או שמא נאמר שכאשר מדובר בלחימה, כמו שהנשיא אהרן ברק ציין באחד מפסקי הדין, כי אז הפתרון אינו צריך להיות פתרון שבין פרט לפרט, אלא בין ישות לישות? ההשלכות המעשיות והנורמטיביות רבות, ואולם בדבריי אתרכו בעיקר בהשלכות המשפטיות של הגדרת המצב.

רשימת השאלות המשפטיות הקשורות בלחימה ארוכה מאוד. לעניות דעתנו, הרבה מן התשובות נגזרות מהגדרת המצב. אכן, לא הכול תלוי בהגדרת המצב, כי יש מעשים המותרים גם כאשר המצב איננו מצב מלחמה, ויש דברים האסורים גם כאשר המצב הוא מצב מלחמה.

הדילמה השנייה: כיועצים משפטיים של הצבא, מה צריך להיות היקף המעורבות שלנו בהחלטות אופרטיביות? האם עלינו להיות חלק מובנה מתהליך האישור של סיכול ממוקד או של הריסת בתים? האם עלינו ליעץ בתחומים אלו מלכתחילה או בדיעבד? בפן אכיפת הדין הפצ"ר אחראי למערכת התביעה הצבאית: מה צריכה להיות מדיניות החקירות, ומה צריכה להיות מדיניות ההעמדה לדין? אלו שתי שאלות נבדלות. אקדים ואומר שאם באנתיפאדה של השנים 1987 ואילך הסוגיה המרכזית הייתה מדיניות ההעמדה לדין, בתקופה הזאת הוסט מרכז הכובד למדיניות החקירות.

הדילמה השלישית: במלחמה, למרבה הצער, נהרגים אזרחים. האם כל מקרה ומקרה צריך להיחקר? האם נדרשת חקירה משפטית? האם מתחייבת אוטומטית פתיחת חקירה פלילית? האם אפשר לסווג מראש את המקרים לסוגים נבדלים? מה צריכה להיות המדיניות של העמדה לדין? נאמר שהגענו למסקנה שחייל חרג מכללי הפתיחה באש: האם עצם החריגה מן הכללים מחייבת העמדה למשפט פלילי, או שבמלחמה אתה נוקט כללים אחרים? גם נושא זה העסיק אותנו רבות, וכידוע גם בעניין זה נמתחה עלינו ביקורת – אגב, לא רק על מיעוט החקירות. היו כאלה שהתלוננו גם על ריבוי.

הדילמה הרביעית: איך נכון לטפל בסרבנים? כידוע, יש צעירים המסרבים לשרת בשטחים, וסרבנות זו התרחבה כיום לתופעה שלעצמה שלה טרם הורגלנו, אף שהיא איננה חדשה ובלטה במיוחד במלחמת לבנון. עד כאן הסקירה הכללית של הדילמות. ועתה – לפתרונות שהצענו.

הפתרונות המשפטיים לדילמות

אפתח בהגדרת המצב. לפני שבועיים נפגש פורום מטכ"ל ב'ד ושם', ובכיר ממשרד החוץ דיבר שם על המצב הנוכחי כעל 'אנתיפאדה'. פעמים רבות אני שומע, גם בתקשורת, את הביטויים 'האנתיפאדה הראשונה' ו'האנתיפאדה השנייה'. 'האנתיפאדה הראשונה' הוא המונח המציין את האירועים בשנים 1987-1993, ו'האנתיפאדה השנייה' או 'אינתיפאדת אל-אקצה' (כפי הפלסטינים) הם המונחים המציינים את האירועים היום. אמרתי לאותו בכיר שאני מודאג מעט למשמע גורם רשמי במשרד החוץ הנוקט את המונח 'אנתיפאדה'. בפרקליטות הצבאית הגענו למסקנה, חודשים ספורים אחרי תחילת האירועים, שאי-אפשר להגדיר את המצב הנוכחי 'אנתיפאדה', משום שאנתיפאדה היא התקוממות עממית בעלת מאפיינים מסוימים, והיא הייתה מונח מתאים לאירועים שהחלו ב-1987. לפי מהות האירועים הנוכחיים, המתאפיינים בשימוש באש חיה, ולפי היקפם, האינטנסיביות שלהם ומספר הנפגעים, חשבנו שלא נכון לכנותם אנתיפאדה, כי הם אינם התקוממות עממית. להפך, ראוי לקרוא לילד בשמו: עימות מזוין. וכאמור, מההגדרה המשפטית נגזרות תוצאות מעשיות.

מעניין הדבר שמדינת ישראל טרם מצאה שם לאירועים האלה. כדאי לתת את הדעת לכינויים בתקופות אלימות שונות: לאירועים האלימים בשנים 1936-1939 קראנו אז 'המאורעות' (בהתחלה 'מאורעות תרצ"ו', ולאחר מכן 'מאורעות תרצ"ו-תרצ"ט'), ואילו לאירועים האלימים בשנים 2000 ואילך אין

שם במדינת ישראל. בצבא קוראים להם 'גאות ושפל'. נראה לי שהיעדר השם אינו מקרי. את אירועי 11 בספטמבר 2001 בארצות הברית כינה הנשיא בוש מיד 'המלחמה נגד הטרור'. לדעתי, נכון היה לכנות את המצב הנוכחי שלנו 'עימות מזוין' או 'לחימה (או מלחמה) נגד הטרור'. מכל מקום, עובדה היא, וזה חשוב לא רק מבחינה משפטית אלא גם מבחינה ציבורית ומבחינה מדינית, שעד היום אין שם לעימות הנוכחי.

כאמור, הגענו למסקנה שמתחולל כאן עימות מזוין. עסק בכך רבות גם ענף הדין הבין-לאומי (דבל"א) בפרקליטות הצבאית, וכן ציינו זאת במפורש בהתייחסות של ישראל לדוח מיטשל. כעבור כשנתיים גם בית המשפט העליון קיבל זאת, והנה הצטיטה שלו מתוך פסק דין עגורי בקשר לתיחום מקום מגורים: 'מאז סוף חודש ספטמבר מתנהלת באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית; זה סכסוך מזוין'.

בנקודת דיון זו לא אתייחס להבחנה בין 'מלחמה' לבין 'עימות מזוין', מפני שלענייננו, המונחים דומים. המונח 'עימות מזוין' נובע מהבנה שבמלחמות מודרניות לא חייב להיות שימוש טוטלי בכוח הצבאי של המדינה נגד צבא של מדינה אחרת. שני המונחים הוצגו לאחרונה בתשובה מפורטת לפני בית המשפט העליון בעתירה שעניינה חוקיות הסיכול הממוקד. השימוש במונח 'מלחמה' פותר אמנם חלק מן הבעיות, אבל מעלה מיד בעיות אחרות, כי אי-אפשר להסתפק באמירה 'אנו במלחמה'. אין לנו שום ספק שניטשת כאן מלחמה מסוג שונה, וצריך לעצב בעבורה כללים או פתרונות או מודלים מיוחדים שיתייחסו למשל לשאלה מי האויב שלנו.

לא מזמן התפרסם מאמרו של פרופ' רונלד דבורקין, ובו כתב שהן המודל של המשפט הפלילי הן המודל של דיני המלחמה אינם מתאימים למלחמה המודרנית בטרור. יש לדבריו צורך למצוא מודל שלישי למלחמה בטרור. הוא דיבר על ארצות הברית, ואני סבור שהדברים יפים גם לכאן.

הערות על המשפט והלחימה בטרור

הערה ראשונה: גם אם נגדיר את המצב 'מלחמה' או 'עימות מזוין', אין פירוש הדבר שמתקיים בו וקום משפטי, אלא להפך: קיימים דינים מגבילים, ואותם יש להביא לידיעת הלוחמים ומפקדיהם בתהליך עקיב של הסברה וחינוך. יש כללים גם במלחמה; אלה הם 'דיני המלחמה'. המשמעות המשפטית הכוללת של הגדרת המצב 'מלחמה' היא שאין חלים בה רק הדינים של המשפט הפלילי ושל המשפט המנהלי, אלא גם הדינים של המשפט הבין-לאומי (דיני המלחמה). אמנם יש בדיני מלחמה הרחבה של היתרים, אבל עדיין

הם כללים משפטיים אובליגטוריים; יש דין ויש דיין גם במצב מלחמה. המצור על כנסיית המולד או פינוי הגופות או תיחום מקום מגורים – לפעולות אלו יש דינים מחייבים, גם אם יש כאן רקמת פרשנות רחבה. זאת נקודה חשובה מאוד: יש דין גם בעימות מזוין, וצריך להטמיע זאת עמוקות בצבא, עד שהדבר יופנם היטב בתודעת הלוחמים ומפקדיהם.

כאמור, יש במצב הנוכחי תחולה גם לדינים של העימות המזוין. כאשר העמידו חייל לדין בתקופת האנתיפאדה באשמת ירי היה עליי לבחון את אחריותו, בתור תובע או בתור סנגור, לפי הכללים של המשפט הפלילי, כלומר לפי ההגנות של הגנה עצמית או צידוק בביצוע הדין. המשמעות של החלת דיני העימות המזוין היא שייתכן שכללי הפתיחה באש יהיו רחבים יותר מן המותר על פי הדין הפלילי הפנימי, ובהתאם לכך גם נגזרת ההגנה של החיילים.

הצורך להתאים דינים מיוחדים למצב המיוחד בא לידי ביטוי בדברי הנשיא אהרון ברק בפסק דין עג'ורי.

במקרה עג'ורי, לא סוד הוא שבהתחלה שקלו גורמים אחדים להעביר מאזור יהודה ושומרון לעזה קרובי משפחה באשר הם קרובי משפחה. התנגדנו לכך והצענו פתרון אחר: תיחום מקום מגורים יהיה רק לאנשים שטעמים מניעתיים חלים לגביהם. כך גם קבע לבסוף היועץ המשפטי לממשלה, ובית המשפט העליון אישר זאת.

הערה שנייה: הסיכול הממוקד הוא דיני נפשות, ויש לעסוק בו בדחילו ורחימו. התפיסה היא שמי שנוקט פעולות טרור ישירות או משלח טרוריסטים, אפשר בתנאים מסוימים לפגוע בו. עם זאת, אין כאן הקבלה מלאה ומוחלטת של הטרוריסטים לחיילים של צבא אויב. כך, אין לנקוט דרך זו כאשר יש אפשרות מעשית לביצוע מעצר. אם אפשר לשלוח חיילים לעצור מבוקשים, ויש סבירות שהחיילים לא ייפגעו, יש להעדיף את דרך המעצר על פני הסיכול הממוקד. בעיניי, זוהי תפיסה משפטית הכרחית, והיא מדגימה שמדובר כאן בנורמות ייחודיות.

הערה שלישית: הדילמות המשפטיות נוגעות לא רק לדין אלא גם לדיין. אני מבקש לשתף אתכם בהתלבטות לא פשוטה שהייתה לנו. בתחילת האירועים נטינו לחשוב שחלק מן הסוגיות הנדונות כיום בבית המשפט העליון בלתי-שפיטות. מובן שהיה מקובל עלינו ההסדר עוד מזמנו של הנשיא מאיר שמגר, שתושב בשטח כבוש יכול לעתור לבית המשפט העליון. ואולם סברנו שכאשר כבר לא מדובר בתושב בשטח 'כבוש' – ובהתחלה מדובר היה כזכור בשטח A, הנתון לשליטה פלסטינית מלאה – אלא מדובר בפלסטיני שנפגע מאש בלהט אירועים מבצעיים שהחשבנו אותם 'עימות מזוין', כבר לא מובן

מאליו שהוא רשאי לעתור מיד לבית המשפט העליון. ולא זו בלבד אלא שכך גם נטען בבית המשפט העליון כבג"צים הראשונים. יש לומר שגם בית המשפט העליון קיבל לא אחת טיעון זה.

המדינה טענה, בהתחלה בהיסוס כי לא ידענו איך בית המשפט העליון יקבל את טענת האי־שפיטות, שייטכן שהסיכול הממוקד אינו שפיט. חוץ מזה, הוספנו, יש לנו תשובה משפטית לגופו של עניין. פסק הדין המפורסם ביותר והקצר ביותר שבו התקבלה למעשה טענת האי־שפיטות היה בקשר לסיכול הממוקד, ובו נאמר שבררת אמצעי הלחימה שהמדינה נוקטת במלחמה נגד הטרור אינה מסוג הדברים שבית המשפט יתערב בהם. לאחר מכן השתנו הדברים הודות למחשבתו ולפסיקתו של הנשיא ברק, והיום כבר ברור שגם בעיות מבצעיות וגם פעולות בלהט האירועים שפיטות הן.

ביום שישי נקראתי לבית המשפט העליון להשיב לעתירה בנושאים הומניטריים שונים, לרבות טיפול רפואי ואמבולנסים בעיצומו של מבצע 'קשת בענן' ברפיח. יום קודם לכן, באמצע הלחימה ברפיח, בא אלוף פיקוד הדרום למשרד המשפטים, ומשעה 17:00 עד 23:00 נידונו בשני דיונים עמו עניין ציר פילדלפי ונושא העתירה. למחרת, ביום שישי, נשלח לבית המשפט העליון נציג מטעם המנהל האזרחי, קצין בדרגת אל"מ, להשיב לכל הטענות. בבית המשפט עלו טענות עובדתיות חדשות, שכלל לא הוזכרו בעתירה. בית המשפט נדרש מיד לטענות האלה. לא נטענה שום טענת אי־שפיטות, ולכן הערכתי שאנו כבר 'אחרי' טענה זו.

בבית המשפט העליון מקובלת כיום תפיסה משפטית חזקה, ועליה כתב הנשיא ברק ועל אודותיה גם התפלמס עם נשיא בית המשפט העליון האמריקני, שיש דין גם במצב לחימה, ואם יש דין יש דין, והדין איננו הפצ"ר או הרמטכ"ל או בית משפט נמוך דרג, אלא בית המשפט העליון, שיש לו אמות מידה משפטיות לפסוק בסוגיות אלו. כך בדיוק אמר הנשיא ברק בכינוס של הפרקליטות הצבאית בעת שהיה אורח שלנו. זו התפיסה המקובלת, והיא איננה מובנת מאליה. אם לפני עשרים שנה היו יושבים כמה מחברי פורום מטכ"ל והיו מעלים את האפשרות שבית המשפט העליון יפסוק בעניינים צבאיים אופרטיביים, כפי שהדבר נעשה היום, היו תשעה מתוך עשרה אומרים שהדבר לא יעלה על הדעת. לעומת זאת, להערכתי היום, שישה מתוך עשרה יגידו שיעלה על הדעת, שניים יגידו שלא יעלה על הדעת, ושניים יתלבטו... הערה רביעית: לדעתי, הנקודה החשובה בהתפתחות זו, ויש לי על מה לסמוך בדבריי אלה, היא שראש המטה הכללי חושב שלמרות העובדה שכמעט כל שיטה מבצעית יכולה להגיע מיד לפתחו של בית המשפט העליון, הרי בסופו של דבר יש בכך יתרונות ברורים לצבא. לאור ניסיוני גם אני בדעה

שהיתרונות עולים על החסרונות ואני מקדיש זמן רב כדי להסביר עניין זה. לעניות דעתי, הרמטכ"ל מבין שהחזית איננה רק חזית צבאית או מדינית או תקשורתית או תודעתית, אלא היא גם חזית משפטית. היום פעמים רבות מתחילים שיחה או דיון צבאיים בסוגיה המשפטית. הנה לדוגמה, הרמטכ"ל התקשר אליי היום ושאל מה המצב 'בחזית המשפטית'; הוא רצה לקבל סקירה על מה שקורה בימים האחרונים וקרא לכך 'החזית המשפטית'. בעבר לא דיברו קברניטי הצבא במונחי 'חזית משפטית', ואני סבור שהשינוי אינו דבר פשוט גם מבחינה חינוכית וגם מבחינת תרבות הצבא. העובדה שמפקדי הצבא יודעים שכל בעיה עלולה להיות מובאת מיד לבית המשפט העליון; העובדה שמפקדי הצבא נוכחו שהשיטה האופרטיבית שנקראה 'נוהל שָׁכָן' (והיום 'נוהל אזהרה מוקדמת') מובאת לדיון בבית המשפט העליון, ובעקבות צו ביניים הם נדרשו להשהות למשך חמישה חודשים את ביצועה; העובדה שהוצאו צו ביניים לפינוי הגופות בג'נין וצווי ביניים נוספים – לכל העובדות האלה יש, לפי דעתי, משמעות רבה מבחינת עקרון שלטון החוק והיקף פריסתו. אני חושב שהדברים הובהרו, וכאן יש לדעתי התקדמות של ממש.

הערה חמישית: שאלה מעניינת היא מה עומד ביסוד פסיקתו של בית המשפט. לי נדמה שמה שעומד מאחורי הדברים הוא גם ההיבט של המשפט הפלילי הבין-לאומי או של בית הדין הפלילי הבין-לאומי. בהחלט, ביסוד הדברים עומד 'הכפר הגלובלי המשפטי'.

לדעתי חשוב הדבר גם – מעבר לכללי השיטה המשפטית שלנו בדבר תקיפת מעשי הרשות הציבורית בבית המשפט העליון – שהבעיות מובאות אל בית המשפט העליון, כדי שיבחן אותן ביישוב הדעת וכדי שימתח ביקורת במקום שהיא נחוצה. כך למשל פסק הדין בקשר לזכויות העצורים בקציעות, ובו ביקורת נוקבת של בית המשפט העליון על הצבא. במבט רחב אני מסכים עם האומרים 'ראו את ההבדל בינינו, הדמוקרטיה הישראלית המאפשרת גישה ישירה לבית המשפט העליון גם במצבי משבר ביטחוני ומשבר לאומי, לבין דמוקרטיות אחרות שאינן מתירות זאת במצבי חירום'. אצלנו כאשר מתעוררות שאלות בעניין זכויות עצורים, אפשר להגיע ישירות ומיד לבית המשפט העליון, ואילו לעצירים שבמפרץ גוונטאנמו שבקובה, המוחזקים באחריות ארצות הברית, אין גישה – בינתיים, יש לומר – לבית המשפט כלל וכלל. ההבדלים מעידים על חוזקה של הדמוקרטיה הישראלית.

הערה שישית: אחת הדילמות שהצבעתי עליהן היא מידת המעורבות המיטבית של הפרקליטות בשאלות המשפטיות: האם צריכים אנו רק לכתוב חוות דעת הסוקרת באופן כללי את הסוגיה המשפטית, או שמא עלינו להיות מעורבים בכל החלטה פרטנית? האם בכל הריסת בית צריכה להיות מעורבות

של הפרקליטות, והאם עליה לצאת אל השטח ולבחון את הסיטואציה הסגולית כמו עיניה? בייעוץ המשפטי ביהודה ושומרון היה ידוע שהיועץ המשפטי של יהודה ושומרון הוא חלק מן הכוחות: הוא נוסע עם הכוחות, והוא בודק את האירועים גם בשטח, וידעו שלא זזים בלי הייעוץ המשפטי שלו. ואולם לא תמיד זה היה הפתרון.

האם בכל מקרה של סיכול ממוקד צריכה להיות התייעצות עם משפטן מן הפרקליטות הצבאית? יכולה להיות כאן 'גישה מצמצמת', העונה על השאלה בלאו; ואם כבר ננהג לפי גישה זו, נידרש לעניין רק בדיעבד. מנגד, עשויה להיות גישה מרחיבה, העונה על השאלה בחיוב.

כשלעצמי לא חשבתי שבכל מקרה ומקרה צריכה להיות התייעצות משפטית. סברתי שהכללים צריכים להיות ידועים, אבל בסופו של דבר זו הרי פעולה מלחמתית, ואם מכירים את הכללים והדינים, אין צורך לערב את המשפטנים הצבאיים בכל דבר ועניין. מצד שני קבעתי, ואני חושב שכך הדברים הונחלו, שלעולם לא נותר שאלה ללא מענה; אם נישאל, נשיב. אך בכך לא תמו הבעיות, כי כמו שאמרתי, הפצ"ר הוא גם אוכף דין וגם יועץ; ומה יקרה אם יתייעצו אתנו ולא יקבלו את המלצתנו?

הפתרון הוא אפוא פתרון ביניים; עד היום אנו מתלבטים לגביו, והוא גם עומד לדיון בבג"ץ הסיכול הממוקד. מבחינה עיונית חשבתי שלא הכרחי וגם לא מעשי שיהיה נציג שלנו בכל דיון – ולמעשה שרשרת הדיונים – לגבי כל סיכול ממוקד, ועם זאת כל שאלה וכל 'עליית מדרגה' שיופנו אלינו מטעם הצבא יזכו למענה מאתנו כיועצים המשפטיים שלו. באחד הביקורים של הפצ"ר של חיל האוויר האמריקני אצל הנשיא אהרון ברק, סיפר האמריקני בגאווה על המפנה בפרקליטות הצבאית האמריקנית בכל הקשור לתקיפת מטרת: מאז המבצע בפנמה ב-1990, בכל דיון בבחירת מטרה, חיל האוויר האמריקני משתף את היועצים המשפטיים שלו. דוגמה זו ממחישה עד היכן מגיע שיתופם של המשפטנים בנושאים האופרטיביים ביותר.

אצלנו אין ייעוץ משפטי שוטף בכל דיון בבחירת מטרה לתקיפה, וגם אין לנו כוח האדם שיש לאמריקנים. גם איננו מעורבים בכל דיון בסיכול ממוקד. הדברים גם אינם פשוטים מבחינה מעשית.

אינני מבקש לצייר תמונת מצב משפטי ורודה מדי. לא בכל דיון והכרעה מתייעצים אתנו אבל אני חושב שהכיוון חיובי, משום שמתיעצים אתנו יותר ממה שהתייעצו בעבר, לרבות בסוגיות שבעבר לא חלמו לתת למשפטן דריסת רגל בהן. גם העובדה שהפרקליט הצבאי הראשי הוא החל משנת 2000 חבר קבוע בפורום מטכ"ל ובפורום הערכות מצב הקבוע של הפיקוד הבכיר גם בנושאים אופרטיביים, היא תופעה ראויה לציון ובכיוון הנכון. אכן, יש לזכור

בעניין זה את ההמלצות של ועדת שמגר בנוגע לסוגיית השתתפותו של היועץ המשפטי לממשלה בישיבות הממשלה. למשל, מה קורה אם היועץ המשפטי או הפצ"ר יושבים בישיבות שבהן הם שומעים אמירות שהן 'לא בסדר' ואינם מתריעים מיד? ברור שהנושא בעייתי, ואולם נראה לי ש'הצר שווה את נזק המלך'. היום הפצ"ר נמצא בישיבות מטכ"ל, הוא שותף לדיונים חשובים, מתייעצים ורוצים לשמוע את עמדתו, וכמוהו המשפטנים האחרים בפורומים פיקודיים ומטכ"ליים שונים. מצד המגמות והכיוונים, ההתקדמות חיובית.

אמר לי הרמטכ"ל: גם אם הפרקליט אינו פוצה פה בישיבות מסוימות, עצם נוכחותו בהן משפיעה על המתדיינים. התשובה הישירה היא זו: לדעתי, יש 'חשיבה משפטית' ו'הכרת תקדימים'. לאדם בעל יכולת ניתוח משפטית יש האפשרות להסיר מכשול מלפני 'עיוור' (מבחינה משפטית), להתריע לאלתר ובזמן אמת על ליקויים ולמנוע תקלות, זאת מעבר להבהרת המצב המשפטי, שלא תמיד הוא פשוט. לכן אני חושב שהדבר חיובי. הנה דוגמה תאורטית: נניח שבישיבה מסוימת שוקלים המתדיינים להעביר בני משפחות של מחבלים, כאשר הם בני משפחות של מחבלים, מרמאללה לעזה. יאמר להם המשפטן: זה אינו עומד באמות המידה המשפטיות; תורידו זאת מעל הפרק, כי זה לא חוקי. תרחיש מעין זה הוא התפתחות חיובית. ואידך זיל גמור. אני שב ומדגיש: לא כך קורה תמיד, ואני רחוק מלצבוע את הכול בוורוד, אבל הכיוון בכללו חיובי.

עד כה הרחבתי בנושאי הייעוץ, וכעת הייתי מבקש לדבר על הפרקליטות הצבאית כאוכפת דין.

הפרקליטות הצבאית כאוכפת דין

באכיפת דין אנו עצמאים. אין עלינו מרות, זולת מרות הדין. מה קורה כאשר חייל מתנהג שלא על פי הדין? תחילה יש להפריד בין שאלת החקירה הפלילית לבין שאלת ההעמדה לדין. יש גם להטעים כי כאשר מדובר בעברות של מחשבה פלילית, כגון גנבה או התעללות או אלימות ללא סיבה במחסום או ביזה, החייל יחקר חקירה פלילית, כאז כך היום, ללא שום שינוי במדיניות. מה קורה במקרי ירי עם נפגעים כאשר הדבר אינו עולה בקנה אחד עם כללי הפתיחה באש? באנתפאדה, כלומר אירועי שנות השמונים, רוב מקרי הירי היו נחקרים חקירה פלילית, בשל התפיסה שהמצב אינו מצב מלחמה והפעלת הכוח הצבאי שיטורית במהותה (בעיקר הפגנות ויידויי אבנים). מי שמיירה אבנים אינו בן מוות בשל כך, ותגובת צה"ל ליידויי האבנים צריכה להיות בהתאם (בלי לגרוע כמובן מהזכות להגנה עצמית במקרה של סכנת חיים

אמתית). אם בכל זאת אדם נהרג בתקרית אש בזמן יידוי אבנים, צריך לחקור זאת בחקירה פלילית. זאת הייתה המדיניות באנתיפאדה בשנות השמונים. לאחר החודשים הראשונים של האירועים שהחלו בספטמבר 2000 סברנו שהמדיניות הזאת טעונה תיקון מסוים ביחס לאירועי ירי בלבד. חשיבה זו קושרת אותנו בין השאר להגדרת המצב כמצב 'עימות מזוין' ולהשלכות הביצועיות של הגדרה זו. הטעם המרכזי לחשיבה המחודשת היה עיוני, אם כי אינני מתעלם מן הטעם המעשי. לשון אחר, החשיבה המחודשת הייתה ברמה המשפטית העיונית הצרופה, אבל היא הייתה גם תוצאה של אילוץ אופרטיבי שמן ההכרח להביאו בחשבון: אי-אפשר לשלוח מצ"ח (משטרה צבאית חוקרת) לציר פילדלפי – שם יש שימוש תדיר בנשק – ולחקור את החיילים בכל אלפי האירועים שנורתה בהם אש.

אדגיש: הטעם העיקרי לשינוי במדיניות לא היה הטעם הטכני-לוגיסטי, אלא הטעם המהותי. הרי לפי טבעה, במלחמה נפגעים גם חפים מפשע. דוגמה שהבאתי בהרצאותיי לפגיעה בחף מפשע היא הרופא הגרמני שחש לעזרת נפגעים בבית ג'אלה, בזמן חילופי האש בין בית ג'אלה לבין גילה, ונהרג כנראה מאש כוחותינו מכיוון גילה. האירוע היה בראשית העימות המזוין הנוכחי, ובעקבותיו החילוננו בדיונים ובחשיבה מחודשת. אין ספק שהרופא חף מפשע, אבל גם אין ספק שמבית ג'אלה נורתה אש על גילה, ומגילה השיבו אש כדין: כשירי עליו, אתה משיב אש. חשבנו שבמצב מלחמה אין מקום במקרים מעין אלה לחקירה אוטומטית. עם זאת, גם אין חסינות אוטומטית מחקירה. עד היום נפתחו למעלה מ-500 חקירות מצ"ח, לרבות ירי ועברות אחרות. נפתחו כשמונים חקירות בקשר לאירועי ירי, והוגשו עשרות כתבי אישום. מספטמבר 2000, מתוך כשמונים כתבי אישום נגד חיילים, כעשרים חיילים כבר הועמדו לדין על ירי שלא כדין. אין אלה מספרים זניחים, ומדיניות זו לא הונהגה רק בחודשים האחרונים. היא מיושמת כל העת.

לביקורת יש גם כרונולוגיה. בהתחלה טענו נגדנו: אינכם חוקרים די. השיבונו לטוענים: אתם טועים, והנה המספרים. אחר כך אמרו לנו: אתם חוקרים, אבל לא מקרי ירי; ענינו להם: אתם טועים, והנה המספרים. אחר כך אמרו לנו: אתם חוקרים גם ירי. אבל אינכם מעמידים לדין; ובכן, הנה כבר עשרים חיילים עומדים לדין מחמת ירי שלא כדין. אחר כך אמרו לנו: אתם מעמידים לדין, אבל אין תוצאות ואין עונשים; ובכן, הנה כמה דוגמאות: היו כבר מקרי ענישה בדמות עשרה חודשי מאסר ותשעה חודשי מאסר על הכאת עצירים פלסטינים. לפני שבוע או שבועיים התפרסם שקצין בדרגת סרן הועמד לדין באשמת גרימת מוות ברשלנות של נער פלסטיני, והוא נידון לשישה חודשי מאסר בפועל: חודשיים בכליאה ממשית וארבעה חודשים בעבודות

צבאיות. הוגש גם כתב אישום בגין גרימת מוות בהתרשלות נגד מפקד גדוד בדרגת סגן אלוף באירוע של ירי טנקים בג'נין ביוני 2002 וכן כתב אישום נגד סגן מפקד הפלוגה.

אמנם אינני עוסק בהשוואות בין צה"ל לבין צבאות אחרים, ובכל זאת אציין שאינני מכיר אח ורע לכך בצבאות אחרים במצב לחימה. רק לאחרונה התפרסם דבר החקירות בבית הכלא אבו-גרייב בעיראק נגד אמריקנים שהתעללו באסירים עיראקים; ואנו, כבר לפני שלוש שנים הגשנו כתב אישום נגד סגן אלוף על שהתעלל בעציר בעת חקירה, והוא נענש בהורדה בדרגות. מומלץ לקרוא פסק דין חשוב זה. בימים אלו מתנהל משפטו של חייל המואשם בהריגתו של הבריטי תום הורנדל ברפיח, ויש עוד דוגמאות.

יש לזכור גם שאיננו שולטים בפרקליטות על קצב ניהול המשפטים בבתי הדין הצבאיים. יצוין שאחת הסיבות לכך שאין עדיין פסקי דין בכתבי האישום שהוגשו בנוגע לעברות שעניינן ירי היא בעיה משפטית לא פשוטה שעלתה באחד המשפטים של החיילים וטרם נפתרה. הסנגור אמר שהוא רוצה לקבל את התחקיר של המקרה. במאמר מוסגר אציין שכידוע, כל מדיניות החקירות מבוססת בין השאר על קביעות בחוק השיפוט הצבאי הנוגעות לתחקיר הצבאי. התחקיר שונה מחקירה פלילית בכך שהוא בעיקר צופה פני עתיד, ואילו חקירה פלילית בודקת את העבר, כדי לשקול אם צריך העמדה לדין וענישה. הצבא חייב לתחקר כל פעולה שלו כדי לדעת למנוע הישנות מקרים דומים, ואכן ניכרת התקדמות גדולה בצבא בנושא זה. ועם זאת, יש קישור אחד בין התחקיר, הצופה פני עתיד, לבין החקירה, הצופה פני עבר, והוא בחוק עצמו. חוק השיפוט הצבאי קבע שהפרקליט הצבאי הראשי או סגנו מוסמכים, כאשר הם מקבלים לידיהם את התחקיר, להורות על חקירה פלילית. זה הפתרון של החוק, והוא אינו פשוט. את אחת מבעיותיו אני מציג עתה.

העמדנו חייל לדין על ירי קטלני ברכב שעקף מחסום, בניגוד לכללי הפתיחה באש. הסנגור ביקש לראות את התחקיר. על פי לשון החוק כפשוטה, אסור לו לקבל את התחקיר. טען הסנגור: אמנם אסור למסור את התחקיר, אבל לא כאשר מדובר בהגנתו של נאשם במשפט פלילי. במשפט פלילי הגנתו של הנאשם גוברת על חסיון התחקיר. חצי שנה ישבו על המדוכה בבית הדין הצבאי בערכאה ראשונה, ולאחר שנה נוספת פורסם פסק דין עקרוני של בית הדין הצבאי לערעורים שקבע כי אמנם אין להראות את התחקיר, אבל יש ליצור מנגנון שיבטיח שלא יהיה עיוות דין. בעקבות הבעיה המשפטית הזאת מבקשים סנגורים מבתי הדין האחרים שלא להמשיך במשפטים עד שהיא תיפתר. השאלה תגיע גם לבית המשפט העליון, והדברים הללו אורכים זמן.

כשענינו לבג"ץ על הטענות בנוגע לחקירות בכלל ולחקירות ספציפיות בפרט, השוינו זאת לנהוג במדינות אחרות בעולם, כגון ארצות הברית ונאט"ו ביוגוסלביה. אכן, איננו צריכים בהכרח ללמוד מאחרים. יש לנו אמות המידה והמוסר שלנו – של צבא במדינה דמוקרטית ויהודית – והעובדה שבמקומות אחרים כמעט שאין חוקרים אירועים בתקופת לחימה אינה מחייבת אותנו. עם זאת, נכון לדעת מה קורה בצבאות מערביים אחרים.

פרסתי לפני פורומים בכירים את העקרונות המשפטיים שלנו לגבי חקירה והעמדה לדין, ואמרתי להם: רבותי, החקירות יהיו לא רק במקרים של זדון, אלא גם במקרים של רשלנות, ובאלה תהיה חקירה פלילית והעמדה לדין, גם כאשר מדובר בפעולות מבצעיות ממש. אמרתי להם זאת ברחל בתך הקטנה. לשמע הדברים התעוררה מחלוקת: קצין בכיר מסוים יצא נגד חקירות מצ"ח; קצין אחר אמר שהוא מבין את ההכרח בחקירות, אבל יש לפעול כך רק במקרים שגם מדינות אחרות חוקרות, דהיינו כשיש חשד לפשעי מלחמה, ולא במקרי רשלנות. בסופו של דבר סוכם, בידיעת הקברניטים, שהמדיניות תהיה זו שהצגתי בפניכם. הדבר גם הוצג בדיון מטכ"ל מיוחד בהשתתפות היועץ המשפטי לממשלה, וההסתייגויות לא התקבלו.

הסרבנות

אנקדוטה: הטיפול בסרבנות היה כרוך בהפגנה קבועה מול הבית שלי בכל יום שישי במשך חודשים מספר. הגיעו הדברים לידי כך שנכדתי, שראתה פעם אחת את השלטים ושמעה את הצעקות מול הבית, אמרה לאשתי: 'תראי, סבתא, כמה חברים יש לכם...'

לא אפרט את החלק העיוני של הסוגיה, שהובא בתשובתנו לעתירה לבג"ץ נגד הפצ"ר. תחת זאת אתאר בעיקר את ההשתלשלות הכרונולוגית של הסוגיה.

יש להבחין, ולאחרונה כבר הכיר בכך בית המשפט העליון, בין שני סוגי סרבנות לשרת בצבא: מוחלטת וסלקטיבית. פציפיזם הוא סרבנות מוחלטת, דהיינו התנגדות לשרת בצבא באשר הוא צבא או לשאת נשק באשר הוא נשק. סרבנות אחרת היא סרבנות סלקטיבית, דהיינו התנגדות לרכיב בשירות הצבאי, רכיב הנברר בדרך כלל מטעמים אידאולוגיים: התנגדות לשרת בצבא מסוים, כגון צה"ל, התנגדות לשרת בצבא הפועל פעולות מסוימות, כגון סגר וכתר, התנגדות לשרת ב'שטחים', התנגדות לפנות מתנחלים וכו'.

אדגיש מיד – כדרכי תמיד – שכל דבריי לגבי הצד האחד של המפה הפוליטית תקפים גם לגבי הצד השני. אני מדגיש זאת כי הסימטרייה אינה

מקובלת על כולם: כשהשתתפתי באחד הכינוסים באוניברסיטת תל-אביב, קראו מרצים אחדים לתמוך בסרבנים. עו"ד פלדמן, למשל, אמר שהוא מבחין בין סירוב לפנות מתנחלים לבין הסרבנות הסלקטיבית לשרת בשטחים. ההבחנה הראשונה היא בין פציפיזם לבין סרבנות סלקטיבית. לגבי פציפיזם – על אף מצבה הנוכחי, מדינת ישראל נותנת פטור למי שמוכיח שהוא פציפיסט. סוגיית יוני בן-ארצי, המסרב לשרת בצבא, אל לה להטעות: הוא לא אמר שהוא מסרב לשרת בשטחים, אלא שהוא פציפיסט. הדיון המשפטי מתמקד בבירור העובדות: האם יוני בן-ארצי הוא אכן פציפיסט? הבעיה האמתית התעוררה בקשר לסרבנות הסלקטיבית, תופעה שבאה בכמה גלים. הגל הראשון היה במרס 2002, כאשר הסרבנים, אנשי המילואים זונשיין ואחרים, הצהירו שלא יוסיפו להילחם ב'מלחמת שלום ההתנחלויות', לא יוסיפו להילחם מעבר לקו הירוק במטרה 'לשלוט ולהשפיל', ולא ימשיכו להשתתף ב'משימת הכיבוש והדיכוי' שאינה משרתת את המטרה של הגנת מדינת ישראל. כך הם הצהירו והוסיפו: נתחיל כמה עשרות, ונגדל למאות ולא לפים. למעשה, הם קראו לאחרים להצטרף אליהם. אין שום ספק שמטרתם הייתה, בין השאר, פוליטית. סרבנותם הפומבית הייתה סרבנות סלקטיבית בעליל, והשאלה הייתה איך מתמודדים עם תופעה זו.

דרך ההתמודדות שלנו הייתה בעלת שני פנים. פן אחד הוא הפן האכיפתי, ופן שני הוא הפן הפיקודי או החינוכי. בפן האכיפתי הועמדו לדין משמעתי אנשים שנקראו לשירות ולא היו מוכנים לשרת. לא הגשנו כתיב אישום בבית הדין. נעשה ניסיון פיקודי לברר עם האנשים מה מציק להם בפעילות הצבאית וביקשנו מהם דוגמאות שראו כמו עיניהם לליקויים בהתנהגות הצה"לית, ואף ניסינו לדבר על לבם ולהניא אותם מסרבנותם. כלומר, בצד הטיפול המשפטי הייתה תמיד גם התייחסות פיקודית והתייחסות חינוכית. משעמדו בסירובם והועמדו לדין משמעתי הם טענו כי אינם עוברים עברה, ואילו אנו חשבנו שהעמדתם לדין חוקית וצודקת. כך נולד בג"ץ זונשיין נגד הפצ"ר.

בבג"ץ זה פסק בית המשפט העליון את פסיקתו וקבע שמדינת ישראל או שר הביטחון צודקים בהחלטתם שלא לתת פטור לסרבנים סלקטיביים. בית המשפט העליון יצא מתוך הנחה שמדובר כאן בסרבני מצפון, ובפסק הדין נכתב שלפחות לא נטען לפניו אחרת. אנו חשבנו, אגב, שבמיון של סוגי הסרבנות, צריך לראות בסרבנות של אנשי המילואים 'מרי אזרחי', ולא סרבנות מצפון גרדא. לא אצלול בהרצאתי זו למעבה 'המרי האזרחי', שהוא נושא מרתק, ובכתבי ג'ון רולס ואחרים יש דיונים חיוניים באשר לו ולהבחנה בינו לבין סרבנות מצפון. רק אעיר שמרי אזרחי מחייב לשאת בתוצאות המעשים. ג'ון רולס מדבר על נכונות לשבת בכלא כדי להפגין קבל עם ועדה שאתה

מכבד את החוק. אם כן, טענו בתשובתנו לבג"ץ שמרכז הכובד של מקרה זה הוא מרי אזרחי, וצירפנו חוות דעת בהיבט המשפטי-פילוסופי של פרופ' רון שפירא ושל פרופ' אבי שגיא. זה היה הסיבוב הראשון של הסרבנות ושל הטיפול המשפטי בה.

בשלב השני של הסרבנות החלטנו 'להעלות את הרף'. אני עצמי סברתי שנים רבות שלא נכון להעמיד לדין פלילי את סרבני השירות. ואכן, המדיניות המקובלת במשך לא מעט שנים הייתה שהדין המשמעתי הוא דרך הטיפול המתאימה ביותר לתופעה זו מכמה סיבות, בהן הרצון שלא לתת במה לסרבנים. דרך אגב, קיבלנו 'אישור' לצדקתנו מסרבני המילואים עצמם, כאשר הם פרסמו בעיתונות שהפרקליטות הצבאית נהגה בחכמה, ובהחלטתה שלא להעמיד לדין גרמה להשקטת התופעה.

אבל אז פורסם בקיץ 2002 מכתב הסרבנים תלמידי השמיניות, ואני קורא מן המכתב: 'כשהממשלה הנבחרת רומסת ערכים דמוקרטיים ואת הסיכויים לשלום צודק באזור, אין לנו בררה אלא לציית לצו מצפוננו ולסרב לקחת חלק במתקפה על העם הפלסטיני'. גם ביום שישי האחרון קראתי מודעה על פני חצי עמוד ב'הארץ' בנוסח דומה: ממשלת ישראל אסרה או הכריזה מלחמה על האזרחים הפלסטינים. שימו לב: לא על 'הטרוריסטים', על 'האזרחים הפלסטינים'.

הבעיה הציגה אתגר חדש: אנשים צעירים אמרו שהם אינם מוכנים לשרת שירות סדיר בצבא. מה עושים במקרה כזה? תחילה הייתה העמדה לדין משמעתי. אלא שכאן התעוררה בעיה: חשבנו שלא ראוי שאנשים יכלו שלוש שנים מאחורי סורג ובריה בלולאה מחזורית: חודש כליאה על סמך פסק דין של קצין שיפוט, העמדה חוזרת לדין, חודש כליאה וחוזר חלילה. לא נכון לעשות זאת עשרות פעמים. חלף זאת העדפנו לברר את הסוגיה בבית דין: שם יעלו הסרבנים את טענותיהם, ושם תישמע גם עמדת התביעה. במקרה הרשעה, העונש יינתן על ידי הרשות השופטת, ולא על ידי קציני השיפוט. זהו הרציונל של המפנה. כך הגיעו חמישה סרבנים לבית הדין הצבאי, לראשונה זה שנים רבות. התוצאות ידועות: הם נידונו לענישה של שנה מאסר, ועכשיו מתנהלת פעולה נמרצת בקריאה להקל בעונשם.

בשיחי ובהרצאותיי בנושא הזה אני מפנה לכתיבתו של פרופ' יצחק זמיר, שנדרש רבות לסוגיה הזאת ולסרבנות אנשי 'יש גבול' במלחמת לבנון. זמיר הדגיש שאין כאן סיפור אנטיגונה וקריאון, מוסר נגד החוק, אלא שעצם הסירוב לקיים את החוק הוא כשלעצמו בלתי-מוסרי. הוא כינה זאת 'עבריינות אידאולוגית', ועל כן מסוכנת. לדעתו, דווקא משום שהסרבנים הם 'אנשים טובים', יש סכנה שאחרים ייגררו אחריהם, ולכן צריך למצות אתם את הדין.

מדבריו מתברר שנכון לדעתו להעמיד לדין פלילי ולהעניש את הדוגלים במרד אזרחי באמצעות סרבנות צבאית סלקטיבית.

ובכל זאת לא נהגנו כך; לא לגבי אנשי המילואים בכלל ובהתחלה, ולא לגבי אנשי הסדיר בהמשך. וכל זאת למרות עובדת קיומו של פסק דין של בית המשפט העליון מתקופת מלחמת לבנון שהצדיק מאסר סרבנים. באותה תקופה נקראו אנשים לשירות מילואים, ולא נענו לקריאה. כעונש על סירובם הם נכנסו לכלא, ובחלוף ימי המאסר שנפסקו להם, קיבלו לידיהם צו מילואים חדש. אלה שסירבו שוב, נכנסו שוב לכלא. עו"ד פלדמן הגיש עתירה נגד דרך טיפול זו, והנושא הגיע לבית המשפט העליון. בפסק דין שיין הצדיק בית המשפט העליון את הדרך הזאת. אנו לעומת זאת, לא נקטנו דרך זו ולא זימנו מיד לשירות את אנשי המילואים. אינני יודע אם יש אנשי מילואים היושבים כרגע בכלא בגין סרבנות.

כמובן, העיסוק בסרבנות עורר בעיות נוספות שאפשר יהיה להידרש אליהן לאחר מכן בדין. בשלב זה לא אדון בסרבנות הטייסיים ואנשי הסיירות.

סיכום

המלחמה בטרור הפלסטיני בשנים האחרונות חייבה אותנו להתמודד עם דילמות משפטיות חדשות ומגוונות. ניסיתי לתאר את הדילמות הקשורות להגדרת המצב ולהשלכותיה המשפטיות של ההגדרה. סקרתי את דרכי ההתמודדות של הפרקליטות הצבאית עם הדילמות בפן הייעוץ המשפטי ובפן אכיפת הדין. הפתרונות שנדרשנו אליהם לא היו תמיד 'לפי הספר', פשוט מפני שאין ספר. לאחרונה קראו הנשיא ברק והנשיא שמגר לפרקליטות הצבאית ולמחלקת הדין הבין-לאומי להיענות לאתגר ולהתחיל לכתוב ספר על סוגיות אלו. הצעתי שלמצער יעובדו כל חוות הדעת שניתנו עד כה – כל אחת ואחת מהן היא בת עשרות עמודים – לספר מכובד שיוכל להפוך לאורים ותומים באשר להיבטים המשפטיים של הלחימה בטרור. כפי שהוצג לבית המשפט העליון בפרשת הסיכול הממוקד בתשובת המדינה, שלפרקליטות הצבאית היה כמובן חלק חשוב בהכנתה, אנו נקראים להתמודדות עם הסוגיות שהזמן גרמן באמצעות מודלים משפטיים חדשים ועם פתרונות חדשים הלכה למעשה.

דיון

מרדכי קרמניצר: הפצ"ר פרס יריעה רחבה ומורכבת של מערך הדילמות המשפטיות של הפרקליטות הצבאית. ברור שניהול פרקליטות צבאית במציאות המורכבת והקשה שלנו הוא משימה לא פשוטה. גם ברור שקל בהרבה להסתכל במכלול זה מבחוץ מלנהל אותו מבפנים. ובכל זאת אני רוצה להגיד איך הדבר נראה מבחוץ.

בסופו של דבר, ההגדרה של המצב איננה מועילה הרבה. ברור שאין כאן עניין מלא למשטרה (דין פלילי), וברור שאין כאן עניין מלא לצבא (דיני מלחמה), אלא המצב הוא מהות ביניים, ולכן צריך להחליט מה נכון להחיל עליו. לעומת זאת, אני רואה נזקים חמורים בהגדרת המצב 'מלחמה', כי פירושו של דבר, גם אם המפקדים אינם מתכוונים לכך, הוא שחרור מעצורים. אעיר מאמר מוסגר בעל חשיבות רבה: יש הבדל של שמים וארץ בין אנשי הפיקוד למיניהם לבין מה שקורה בשטח. הייתי אפילו מרחיק לכת ואומר שכמעט אין קשר בין הפיקוד הבכיר לבין השטח. ראיתי זאת באנתיפאדה הראשונה, או האנתיפאדה היחידה לפי הטרמינולוגיה שלך, שהייתה כמצב רגוע הרבה יותר מזו דהיום. בני שירת בחברון, ויכולתי באמצעותו לדעת מה מצב החיילים בחברון, איזה ציוד יש להם וכו'. בעקיבות מעוררת דאגה לא היה שום קשר בין הפיקוד לבין החיילים בשטח. 'יודעי דבר' בדרגים שונים בצבא סיפרו לי שלחיילים יש ציוד צילום לתיעוד הפרות סדר, ואני חזרתי ואמרת להם שאין להם ציוד כזה, כי גם לי היה מקור 'יודע דבר', הבן שלי. חזרו ובדקו ושוב אמרו לי שלחיילים יש ציוד כזה, והאמת היא שעד סוף השהייה של החיילים בחברון לא היה ברשותם הציוד. מאז אני ער לפער עצום בין הפיקוד לבין החיילים.

הגדרת המצב כ'מלחמה' מכמינה השתמעות חמורה של התרת רסן, בייחוד כשלא מגדירים מיהו האויב. לדעתי, לא הגיעה אל הצבא הגדרה ברורה ומפורשת בדבר זהות האויב. אילו שאלו את החיילים מיהו האויב, חלק גדול מהם היו אומרים שהוא העם הפלסטיני. מענה שכזה הוא כמובן מסוכך ובעייתי.

לכך קשור גם עניין החקירות. אני יכול להבין את הגישה שלא בכל מקרה ומקרה רוצים לפתוח בחקירה פלילית, אבל השאלה היא אם הצבא יצר מסלול אלטרנטיבי סביר למחסור זה, ולדעתי התשובה היא שהוא לא יצר. המבחנים שלי לכך הם שניים: א. אי-נקיטת צעדים לעודד את החיילים להגיד את האמת, גם במחיר 'הלשנות'; ב. יצירת מסלול מסודר לפלסטיני המבקש להתלונן על עוול שנעשה לו או על עוול הידוע לו.

אשר לעידוד החיילים לרווח על התנהגויות פגומות – ברור שללא עידוד שכזה החיילים לא ידברו נגד מפקדיהם ונגד חבריהם, כי הם נתונים במערכת הרמטית בעלת סגירה על עצמה. יש לכוון כתובת שתהא ידועה לחיילים ושתודא שהם לא ייפגעו בגין דיווחיהם. מכל מקום, אני מקווה שלפחות ברור לכם שהדיווחים שאתם מקבלים בתחקורים אינם אלא 'פסתוח' מוחלט. הדבר חמור מאוד, משום שכאשר בצבא מצהירים שהתחקיר הוא הדרך לחקור אירועים ותקריות, נותנים לגיטימציה לאירועים או לתקריות הנתפסים ממילא בעיני חלק מן האנשים כגזרת גורל או כדבר המוסרי לעשותו.

באשר למסלול תלונות מסודר בעבור הפלסטינים – ללא מסלול שכזה לא יוכלו הפלסטינים לבקש לתקן את המעוות בצורה אמתית ומסודרת, ובכך לא תתאפשר בקרה שלנו על הנעשה בשטח באמצעות הצלבת נתונים בין הדיווחים של החיילים בתחקירים לבין הצד הפלסטיני של הסיפור.

בהיעדר שני המכשירים הללו מתקבלת שיטה שסיכוייה לברר מה באמת קורה בשטח קטנים ביותר. בהערכה גסה אומר ששמונים חקירות בגין מקרי ירי, לעומת מספר האנשים הלא חמושים שנהרגו, לרבות ילדים קטנים ואנשים שבעליל לא היו לוחמים, הן שיעור קטן מאוד מכאן וקושי גדול מאוד מכאן. דבר נוסף: יש קושי בתרגום המעשי של כללים משפטיים לשפת פקודות צבאיות או לשפת הלכה למעשה. כך למשל, ההנחיה שסיכול ממוקד יינקט רק כשאינן חלופה סבירה, קרי מעצר, מציבה קושי גדול, כי 'חלופה סבירה' של מעצר היא רק חלופה של מעצר ללא שום סיכון לחיילים, וברור שחלק גדול מן המפקדים הצבאיים לא ירצו לסכן את החיילים שלהם כלל וכלל, אם עומדת לרשותם חלופה זמינה שהזמינות שלה מוכרעת בשיקול דעתם ובקביעתם שהמעצר יהיה מסוכן מדי.

החלופה היא כנראה פיקוח משפטי צמוד הרבה יותר מזה הקיים, ומכל מקום יש להבין שלמרות הקביעה התאורטית בדבר טיבו של המצב, המצב בשטח לא ייראה לפי הכלל שקבעת; הוא ייראה אחרת. את הפער בין ההלכה לבין המעשה חובה שנותן הכלל יבין. שמעתי באחת ההזדמנויות את אחד מראשי השב"כ אומר שבזמן שהיה מותר להפעיל לחץ פיזי מתוך רק כשיש ודאות קרובה של סכנה או סכנה קרובה ומיידית, השיקול היה להפעיל את הלחץ בכל מקרה שנראה היה לחוקר להפעילו. אמר הבכיר: אינני יודע מהי 'סכנה קרובה ומיידית' או 'ודאות קרובה', וגם אינני יודע לתרגם מונחים אלו למעשים. כשאני חושב שצריך להפעיל את האמצעים האלה, אכתוב בתצהיר לבג"ץ, אם אדרש לכך, שהייתה לדעתי סכנה קרובה ומיידית.

הנה כי כן, צריך להבין שהאמצעים הניתנים לאנשים אינם ננקטים תמיד באופן מושכל. מה שנחוץ לגורמי הביטחון הוא חופש פעולה מרבי. אמנם אין

פירוש הדבר שחופש הפעולה ננקט תמיד באופן לא מושכל, אבל יש לזכור שטבעי הוא שמפקד צבאי ירצה חופש פעולה מקסימלי לעשות את מה שהוא מוצא לנכון לעשותו לפי מיטב שיקול הדעת המקצועי שלו וללא מוסרות. לגבי הסרבנות: בעניין יוני בן-ארצי המערכת לא נהגה בחכמה. מקרה זה, אפשר היה בקלות לראותו כמקרה מובהק של סרבן מצפון טוטלי; פציפיסט. קראתי את מה שכתב בית הדין הצבאי בפסק דין מפואר, בהינתן המגבלות של בית משפט צבאי לעשות צדק ענייני על רקע החלטות שונות של ועדות ושל מיני גורמים. בית הדין הצבאי צדק יותר מן הוועדות.

לגבי הסרבנים הסלקטיביים: מבחינה מוסרית, דבריו של יצחק זמיר – עם כל הכבוד לו, ואף אמרתי זאת בנוכחותו – פשטניים עד מאוד. נכון שיש פשעים חמורים עד כדי כך (כגון רצח) ששאלות המוטיבציה ודומותיהן מתגמדות. אבל בפשעים בדרגת חומרה פחותה שאלת המוטיבציה חשובה, והיא עשויה להשפיע לקולא על הערכת הפשע ושיפוטו. כך למשל הוא המרי האזרחי, ששאלת המוטיבציה והשכנוע הפנימי העמוק של מבצעיו הם שיקול בשיפוט העברה. גם אם אין מקבלים, מבחינה מוסרית, את השיקולים הפנימיים של נוקטי המרי האזרחי, אפשר להבין אותם, והדבר משפיע על חומרת ההתנהגות ועל חומרת המעשה. רק כאשר מתערבים שיקולים תועלתניים, כלומר כאשר עומדים לפני מקרה סרבנות העלול להפוך למגפה, רק אז אני יכול להבין את בחירתה של המערכת שלא לתת ביטוי להקלה במעשה, אלא להגיב בחומרה ובנחישות. עובדה היא שהצבא לא עמד על רגליו האחוריות לנוכח מכתב השמיניסטים.

דוד קרצ'מר: לא אדבר על הסרבנות, אלא רק אצטרף לדבריו של מרדכי קרמניצר באשר להבחנה של זמיר, שעם כל הכבוד, גם אני אמרתי לו שהיא בוודאי איננה מקובלת עליי.

אתייחס קודם כול למצב המשפטי. אני נוטה לחלוק על מרדכי קרמניצר בעניין זה. היה מקום להגדיר מהו המצב המשפטי, ואני נוטה לחשוב שבכללה, ההגדרה שלכם את המצב כ'סכסוך מזוין' היא הגדרה נכונה, אבל היא איננה הגדרה מלאה, משום שכרוכות בה בעיות רבות. היום כבר אין מדברים על 'מלחמה', אלא על 'עיונות מזוין', 'סכסוך מזוין'. כבר אמנות ז'נבה מ-1949 אינן נוקטות 'מלחמה', אלא 'סכסוך מזוין'. הצדק אפוא לדעתי אתכם.

ואולם בתשובתכם לבג"ץ התחמקתם מן השאלה אם הסכסוך המזוין הוא בין-לאומי או לא בין-לאומי. לפי הבנתי, הסכסוך איננו בין-לאומי, משום שסכסוך מזוין בין-לאומי מתקיים רק בין מדינות. והנה, ברגע שהמצב הוגדר 'סכסוך מזוין לא בין-לאומי', חובה להגדיר מי הם הצדדים בסכסוך. בנקודה

זו מרדכי קרמניצר צודק: טרם הגדרנו לעצמנו ולחייילים מיהו האויב. בתשובתכם לבג"ץ יכולתם להשלים חסר מהותי זה. יכולתם להגדיר את המצב כסכסוך מזוין בין-לאומי בין מדינת ישראל לבין הכוחות המזוינים או הארגונים 'החמאס', 'הג'האד האסלאמי', 'התנזים' וכו'. הגדרה שכזו הייתה משפיעה על תפיסתנו את המצב על מכלול האירועים בו.

אני נוטה להסכים עם מרדכי קרמניצר שהגדרה הכללית מטה חלק גדול מן האנשים לראות את הסכסוך המזוין כסכסוך מזוין בין מדינת ישראל לבין כלל הפלסטינים. אפילו עו"ד שי ניצן, שהופיע לפנינו לפני שבועות אחדים, אמר שהוא איננו יודע אם הסכסוך המזוין הוא עם הרשות הפלסטינית או עם הארגונים המזוינים. ואולם הבעיה חמורה בהרבה, משום שגם אם המצב הוא 'סכסוך מזוין', הוא איננו סכסוך מזוין פנימי רגיל, מכיוון שהוא מתקיים במצב כיבוש. בחלק מן הטיעונים שלכם הדבר אכן עולה.

הנה לדוגמה תיחום מקום המגורים. מה הטענה שלכם? הטענה שלכם מתבססת על סעיף 78 לאמנת ז'נבה הדין בשאלה מתי מוכרו מצב של שטח כבוש. ולא זו בלבד אלא שפתאום אתם שוכחים את הטענה שלכם בעניין האפשרות לחסל אנשים בעזה, מכיוון שאין לישראל שליטה בעזה. בכללה אני נוטה לקבל עמדה זו, והנה לפתע עזה והגדה המערבית נכללות בהינף הגדרה אחד כ'שטח הנתון לתפיסה לוחמתית'. למתבונן מן הצד נדמה שכאשר נוח, טוענים שהמצב הוא 'סכסוך מזוין', וכאשר לא נוח, טוענים שכל השטח הוא 'שטח כבוש', ולכן אין הברדל בין הגדה המערבית לבין עזה. אשר על כן יש להיזהר בטענות המשפטיות ולהימנע מחוסר לכידות בהן. הלכידות הארגומנטטיבית חשובה גם משום שאם חלקים מן השטחים, או כל השטחים לפי הבנתי, עדיין נתונים במצב 'תפיסה לוחמתית', כי אז יש חובות המוטלות עלינו מכוח אמנת ז'נבה הרביעית, מכוח כללי האג. לנוכח החובות הללו יש חשש שתהיה התנגשות בין החובה להגן על אנשים המוגנים מכוח אמנת ז'נבה לבין הדינים של סכסוך מזוין. מה תעשו בהתהוות פרדוקס מעין זה? אני חושב שההתייחסות לקושיה זו איננה רצינית. אינני אומר שיש לי התשובות לשאלות, אלא שהשאלות קשות מאוד ושאתם לא התייחסתם אליהן בכובד הראש הראוי.

לגבי בג"ץ: אני מסכים אתך לחלוטין, ואף יגעתי ולא מצאתי כזו דוגמה לבית משפט המוכן להתערב במצב לחימה ובמצבים אחרים. בספר שכתבתי לפני ספטמבר 2000 ניסיתי, כפי שחלק מכם יודעים, לבחון את תמונת הפסיקה במלואה, ולאחרונה אף בחנתי את דרך הפעולה של בג"ץ ביחסו לשטחים. אני חוזר ואומר: לא תמצאו בשום מקום בעולם בית משפט המוכן להיכנס לשאלות הלחימה. מצד שני, כאיש אקדמיה המתבונן בבג"ץ מן הצד,

אני סבור שאין ספק שתפקיד מרכזי של בג"ץ הוא שלא לתת לגיטימציה לכל מה שהצבא רוצה לעשות. להפך: תפקידו של בג"ץ הוא לרסן את הצבא במקרים הסגוליים המובאים לפניו. ואולם בשאלות העקרוניות הגדולות בג"ץ אינו החלטי, ומטעמים מובנים.

חזרתי לפני כמה שעות מכינוס בספרד בנושא צפון אירלנד. הרציתי שם על הצדדים החיוביים והבעייתיים של הבג"ץ. אחד הנוכחים שאל אותי אם היה רצוי שבג"ץ ייכנס לשאלות לחימה סגוליות ופרטניות, ותשובתי הייתה 'הן'. זאת עמדתי: בג"ץ מרסן את האנשים בשטח, ואין לי שום ספק שבלי הביקורת של בג"ץ חלק מן הרסנים לא היו מתקיימים. מצד שני הוא ממלא את תפקיד נותן לגיטימציה, ומתן לגיטימציה פוגע גם בבג"ץ עצמו. אין אפוא לבג"ץ שום בררה, עניתי לשואל; אם הוא פועל כך בכל התחומים האחרים, הוא אינו יכול ליצור מידור לגבי השטחים ולומר שהכול שפיט חוץ מן המתרחש בשטחים.

ועם כל זאת יש להימנע מהגזמה בדמות הטענה הפשטנית, עם כל הכבוד, שכל סוגיה העומדת בביקורת בג"ץ היא כשרה. למרבה הצער, חלק מעמיתיי טועים טעות זו. כפי שאתם יודעים, ברוב רובם של המקרים בג"ץ מחליט שלא להתערב. הוא מציין את עמדתו בדבר הסבירות של המעשים (של המפקד המסוים, של אנשי הסרבנות הסלקטיבית, של שר הביטחון), אבל הוא נמנע מהגדרתם כבלתי־חוקיים.

לגבי החקירות: כבר קיימנו דיונים אחדים בנושא זה. אני שותף לדעתו של מרדכי קרמניצר שבסוגיה זו טמונה הבעיה הקשה ביותר. נפגשתי לפני כשנתיים עם אלוף פיקוד המרכז ועם מפקדים בפיקוד, וגם הם הסכימו שיש כאן בעיה.

אתם בפרקליטות צודקים לחלוטין: אין שום אפשרות בעולם, לא תאורטית ולא מעשית, לקיים חקירת מצ"ח בכל מקרה ומקרה שחייל פתח באש. מצב זה אינו רצוי, והוא גם בלתי־אפשרי. ואולם קשה מאוד להגיע למסקנה הפוכה, קרי שלא תתקיים שום חקירה, וזאת כאשר בחלק מן המקרים יש חשש גדול שהשימוש בנשק לא היה כדין ושנפגעו אנשים חפים מפשע מירי לא מוצדק כלפי מטרה לא צבאית. אתה מפנה אותנו לתחקירים הצבאיים, אבל השאלה היא מה הם הכללים המשפטיים לניהול תחקירים אלו. איך הם מתבצעים? איזה ביקורת יש לפרקליטות באשר להליך של התחקיר ולתוצאותיו? האם אתם בודקים את התחקיר, ואם כן, לפי אילו פרמטרים אתם מעריכים את ניהולו ואת איכותו כמסמך המתחקה אחר האמת?

ציינת בדבריך את המקרה של תום הורנדל. ידיעתי שאובה מן העיתונות, ותקן אותי אם אני טועה: אלמלא הלחץ של הבריטים ושל עורך הדין שלו, לא

הייתה מתקיימת שום חקירה רצינית. רק משום שהוא בריטי, ורק משום שהיה בתמונה עורך הדין שלו והפעיל לחצים בלתי-מתפשרים לנוכח טענת הצד הישראלי שאין מקום לחקירה או להעמדה לדין, נולד פתאום כתב אישום נגד הפותחים באש. האם אתה רוצה לומר שמקרה זה חריג? או שמא רק כאשר שוכרים עורך דין ומאיימים בכג"ץ צה"ל מתעשת ומגלה לפתע שאכן יש מקום לפתוח בחקירה? אינני שקט בנקודה זו, משום שאין לי שום ספק שהמקרה של הורנדל איננו חריג, ושברוב רובם של המקרים האלה אין חקירה. ולבסוף שאלה: בכמה הזדמנויות העירו גופים רשמיים, החל בצוות של עו"ד יהודית קרפ, על אי-אכיפת החוק כלפי אזרחים ישראלים בשטחים. האם תוכל להציג פרטים על הנעשה בתחום זה?

אסא כשר: אני רוצה להודות לך על ההרצאה המעניינת שלך ולציין שלוש נקודות. אחת נאמרת אגב דברים שאמרת, ושתיים הן לגוף דברך.

נקודה ראשונה: תהית למה אין למלחמה הזאת שם. זאת איננה הפעם הראשונה שהכרה במלחמה, בקיומה של מלחמה, משתהה. רק לאחר למעלה משלושים שנה הוכרה מלחמת ההתשה על ידי המדינה כמלחמה. הייתי עד לכמה מאבקים שכשלו בניסיון לגרום למדינה להכיר בה כמלחמה, לתת לה שם, להכניס אותה לאנדרטות, לעצב לה אות שייענד על החולצה. ואכן, לא מזמן קיבלו את האות אלו שהשתתפו במלחמה הזאת.

דומני שאיננו מכנים 'מלחמה' אירועים שאין בהם הפעלה מסיבית של כוחות מול כוחות כמו במלחמות הגדולות שהתרגלנו אליהן. מלבד זאת, יש לכך צד עמוק יותר, ויש להצביע עליו. הזכרת שבמשרד החוץ יש המכנים את הסכסוך המזוין בינינו לבין הפלסטינים 'אנתיפאדה', ויש המכנים אותו 'אינתיפאדת אל-אקצה', השם התעמולתי הפלסטיני, למרות שחיילים נהרגו עוד לפני שאריאל שרון עלה למסגד אל-אקצה.

זאת ועוד: בהתבוננות בעימות הזה ניכרים בו שני חלקים: הניסיון של צה"ל והשב"כ ואחרים לסכל את הניסיון של טרוריסטים לפגוע והמאבק על התודעה, שהוא החזית שהטרוריסט מתכוון אליה. בשעה שיש גופים מאורגנים ומסודרים שעליהם מוטלת האחריות לחלק הראשון של הסיכול (למשל, הצבא ובמיוחד השב"כ), אין גוף אחד שעליו מוטלת האחריות לחלק השני שלו, למאבק על התודעה ב'מלחמת ההוגעה' הזאת, כפי שמכנים זאת. מסיבה זו התעמולה הנגדית מחלחלת כל הזמן בלא הפרעה, והצד השני קוצר הישגים שלא ייאמנו במאבק על התודעה. אמנם לצה"ל יש דובר צה"ל, ולשב"כ יש מי שמדברר אותו, אבל הם מדבררים בעיקר את הגופים שלהם, ומלבדם אין גורם אחד המגבש ומפעיל מדיניות הסברה מסודרת, כאילו לא זה הוא היעד העיקרי

של המלחמה. לעומתנו, האמריקנים הקימו משרד ממשלתי, ובראשו שר שתחום עיסוקו הוא חזית הבית, מעין 'פיקוד העורף'. מעניין שאחרי יותר משלוש שנים של לחימה, עדיין עניין זה מוזנח אצלנו.

נקודה שנייה: באשר לייעוץ ולחקירה, יש לומר שהכול יעוץ. יש כלל חדש: הכול יעוץ. אמרת שאין שום שאלה שיפנו אליכם ושאתם תשיבו את פני השואלים ריקם במענה 'אין לנו תשובה'. בעיני הדבר מדאיג. צריך להבין שבמצב הנתון לא כל שאלה צריכה לעבור בדיקה משפטית. ככלל, לא מפריע לי ששאלות עוברות בדיקה משפטית ונבחנות לאור חוק המדינה והדין הבין-לאומי הרלוונטי. אבל השאלות המעניינות והקשות אינן שאלות שהבעיה שלהן היא התאמתן או אי-התאמתן לדין הישראלי או לדין הבין-לאומי כמו שאנו מפרשים אותו. אדרבה, רוב השאלות הקשות הן שאלות שהבעיה שלהן היא שגם עמדת המדינה וגם עמדת מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הן שאין דין בין-לאומי מחייב ורלוונטי להן. אמנם יש מיני היקשים והגדרות והשתמעויות חדשות, אך אין בסיס משפטי יציב, מנוסח, מסודר ומאורגן שעליו אנו מסתמכים, שממנו אנו מסיקים מסקנות. ומכיוון שהדין קיים בצורתו הנתונה, תפקידו של המשפטן הוא להגיד מה נובע ממנו. אמנם איננו בווקום משפטי, אבל אנו בתחום בעל לקונות ענקיות.

מסיבה זו השאלות המשפטיות נעשות שאלות ערכיות, אתיות, מקצועיות, ולכל שם תואר שכזה יש התפקיד הסגולי שלו במערך המורכב. שום שם תואר איננו יכול להקיף את מלוא כל הבעיה כולה. הנה למשל, הסיכול הממוקד: על סמך מה יגיד היועץ המשפטי אם לנקוט אותו אם לאו? השואלים לדעתו המשפטית יציגו לפניו את התמונה המודיעינית המורכבת להפליא, חלקה הסתברותי, חלקה לא הסתברותי, ואת אומדן הסיכונים, חלקו הסתברותי וחלקו לא הסתברותי, ושאלוהו: מותר או אסור? על סמך איזה חוק בדיוק יבסס היועץ את תשובתו? שאלה זו אין להפנות אל היועץ, כי אין לפניו שום חוק המנחה אותו להשיב עליה.

דומה שאין מדובר בחשיבה משפטית, אלא בחשיבה נורמטיבית. אנשי המחשבה הנורמטיבית, חלקם משפטנים וחלקם לא-משפטנים, חושבים חשיבה מוסרית, וחזקה על משפטנים במדינה דמוקרטית, עליך ועל חבריך ועמיתך, שהמחשבה המשפטית שלכם יש לה גם היבטים מוסריים. עם זה, מחשבה נורמטיבית איננה מחשבה משפטית בהרבה מובנים אחרים: היא איננה מערכת דינים, היא איננה מערכת אכיפה, היא איננה מערכת ענישה, היא איננה מערכת פרשנות של טקסטים נתונים. למעשה, היא מערכת של עיסוק הדומה לדין הרצוי, לדין הראוי. אלא שהדין הראוי אינו מלאכה רק של משפטנים, אלא גם של הרבה אנשים אחרים. התשומה של המשפטנים

כשאלות נורמטיביות היא בגזרה צרה מאוד, ושומה עלינו לפתח כלים נוספים, חלקם כלים אתיים, חלקם כלים מוסריים, וחלקם כלים סגוליים למפקדים ולא ליועצים המשפטיים שלהם.

אני רוצה להבדיל בין 'חקירה' לבין 'תחקיר'. את 'חקירה' נייחד לצד המשפטי, ואת 'תחקיר' לצד המקצועי והמבצעי. אני מסכים בהחלט שבכל פעם שנהרג אדם, חייל או פלסטיני תמים, מן הראוי שיבררו לאחר מעשה את השתלשלות האירוע. החקירה המשפטית איננה המדיום המתאים לכך, כי כמו שאמרת בצדק, החקירה פונה פני עבר, ויש מקרים כה קשים, שאפילו יש בהם חשד לפלילים, וחשוב ללמוד איך לא לחזור עליהם יותר משחשוב להעניש. הכלים המשפטיים אינם אפוא ממין העניין, כי בנקיטתם יש משום השוואה של הפעולה לנורמות המשפטיות. למעשה, יש להשוות את הפעולה לנורמות המקצועיות, והן מצויות במערכת אחרת.

מנחם פינקלשטיין: מה תענה לפרופ' קרמניצר, שאומר שלנוכח ההרוגים הרבים בקרב הפלסטינים יש רק שמונים חקירות על ירי?

אסא כשר: אינני מקבל זאת, משום שאינני מקבל שנותנים בהם סימנים לפי המספרים. ועם זאת, יש למרדכי קרמניצר ולי מן המשותף: נכון שאני אומר שבכל מקרה שנהרג אדם שלא הייתה כוונה לגרום למותו, מן הראוי שיבררו זאת בהסתכלות נורמטיבית, אבל יש לזכור שהנורמות הן קודם כול מקצועיות, והן נעות על פני ציר מקצועי משובץ בהגדרות משפטיות: 'כוונה פלילית' ו'מעשה פלילי' במקרים הקיצוניים, ו'רשלנות' ו'טעות בשיקול דעת', שאין בהן כוונה פלילית, במקרה הפחות קיצוני. צריך להעריך מתי הירי וההריגה בגינו היו 'רשלנות', ומתי הם היו 'טעות בשיקול דעת' בזמן הפעילות המבצעית. לדוגמה, הקצין שירה על הקיר ונמצא אשם ונגזרה עליו חצי שנת מאסר – האם היו כאן 'רשלנות' או 'טעות בשיקול דעת' בזמן פעילות מבצעית?

חלק גדול מן ההערות הביקורתיות שאתה כפצ"ר שומע מימין ומשמאל, מלמעלה ומלמטה, מתחילות ברמת האמון, לא ברמת העובדות ולא ברמת הטיעונים. בקצוות שוכנים בעלי האמון המוחלט במערכת אחת בלבד: מי שיש לו אמון מוחלט בצה"ל ואי-אמון מוחלט במקורות פלסטיניים – מסקנותיו יהיו מסוג אחד, ואילו מי שיש לו אמון מוחלט במקורות פלסטיניים ואי-אמון מוחלט בצה"ל – מסקנותיו יהיו הפוכות. בין הקצוות יש מיני מינוני אמצע. צריך לשים לב שיש בעיה מתודולוגית בדבר מקורות האמון שלנו: האם האמון מושפע מן הדעות הפוליטיות שלנו? האם הוא מושפע מן התקשורת,

הבעייתית בתור מקור אינפורמציה אמין? האם הוא מושפע מן הניסיון האישי המצטבר שלנו? האם הוא יושב על בסיס עובדתי אמין? זו בעיה קשה וחשובה, וראוי לטפל בה ביסודיות.

נקודה שלישית: כאשר לסרבנות, אני רוצה להתייחס לפציפיזם. למדינת ישראל קשה מאוד להגיד לפציפיסט שהיא איננה מכירה בו ובודקת בציציותיו בקפדנות, בשעה שיש בה חוק טל, הפוטר בצורה גורפת עשרות אלפי אנשים בלי שום בדיקה ממשית בציציותיהם – ושם 'ציציותיהם' הן תרתי משמע – אלא רק על סמך הצהרתם על עצמם שהם בעלי אורח חיים חרדי. הלוא אפשר לשרת שירות צבאי גם במשרד הבריאות ובמשרד החינוך, ועל כן הפטור הגורף של חוק טל רוכב על בסיס נורמטיבי מפוקפק. בהינתן זאת, אין לדקדק מדי עם ילד בן 18 המצהיר על עצמו שהוא פציפיסט. בגילו אין חובה שתהיה לו משנה סדורה של פציפיזם, אלא רק מערכת רעיונות והרגשות, וצריך לסמוך עליה, אלא אם מתברר שהוא שקרן מוליך שולל. הסרבנות איננה שוכנת בפציפיזם.

אינני חושב שאפשר להגיד שעצמת הסרבנות היום גדולה מעצמת הסרבנות של פעם. חלק גדול מסרבני 'יש גבול' היו חברים שלי או תלמידים שלי, והייתי מעורה מאוד בעסקי 'יש גבול' לא מעט שנים. תופעת הסרבנות במלחמת לבנון הייתה מרעישה כי היא הייתה 'חדשות': מצד אחד היא הייתה חסרת תקדים במצב מלחמה, ומצד שני המלחמה הייתה מלחמה אחרת, מלחמה עם פרופורציות אחרות, מלחמה שונה מן המלחמות שהכרנו; מלחמה שחצי העם בעדה, וחצי העם נגדה. לכן מבחינות מסוימות, תופעת הסרבנות בלבנון נתפסה כנוכחת יותר ממקרי סרבנות אחרים בעבר.

מכל מקום, הטיפול בסרבנות כיום טוב מן הטיפול בעבר. כך למשל, נראה לי מאוד הרעיון להציע לחלק מן הסרבנים להיות מאתרי הפקודות שדגל שחור מתנוסס עליהן, לדווח עליהן, לא בגדר 'מלשינון' אלא כאנשים שזה תפקידם, ולתקן זאת. יש בין הסרבנים אחדים שקיבלו את ההצעה הזאת. זאת הצעה חדשה, שלא הייתה אז, והיא הצעה ראויה.

אי־אפשר לדון בסרבנות בלי לברר באופן עיוני את ההבדלים בין 'אי־ציות אזרחי' לבין 'אי־ציות מצפונית', וחבל שבית המשפט התחמק מזה. מבחינה עיונית, שני הסוגים יכולים להיות אקסקלוסיביים, כלומר מוציאים זה את זה (רק אחד משניים יכול להתקיים: או זה או זה), והם יכולים להיות אקסקלוסיביים שליליים (אף לא אחד מהם מתקיים: לא זה ולא זה). בכל אופן, הטענות העיוניות מעניינות, ויש הרבה מה לומר עליהן.

מלבד זאת, מתקיים עוד רכיב מוסרי. הסרבנות של היום נראית לי חמורה מן הסרבנות של שנות השמונים בשני מובנים: המובן האחד הוא ההתעלמות

מן החוק מטעמים פוליטיים, והמובן השני הוא הנכונות שלא להשתתף בהגנה על ישראל, הגם שברור שלפחות חלק מן הלחימה הוא נגד הטרור.

באשר להתעלמות מן החוק מטעמים פוליטיים – אחרי רצח רבין חלה הידרדרות בסימן דריסת החוק בגין דעות פוליטיות ונכונות לעבור על החוק בשמן. 'זו ארצנו' הייתה תנועה שלמה שזה היה הרציונל שלה. אני אומר שהם רצו לרצוח את רבין ז"ל או שמבחינה משפטית הם נושאים באחריות הסיבתית לרצח רבין, אבל בוודאי יש להם אחריות מבחינת האווירה, מבחינת התרומה להידרדרות בהתנהגות הנורמטיבית. אחד הלקחים מרצח רבין ומן האווירה שקדמה לו הוא שצריך להרחיק את המטוטלת מן המקומות שבהם הביטוי להתנגדות הפוליטית מקבל צורה של עברה על החוק. עד שלא יתברר לנו שכחברה הפקנו את הלקחים, המטוטלת צריכה להיות מרוחקת. אם חינכנו את ילדינו כך שעשרות אחוזים מהם חושבים ש'זה בסדר לא לציית לחוק כשזה לא מוצא חן בעיניך', עלינו לברוק במעשינו. מרכזי קרמניצר הבדיל ובצדק בין הסכמה לנורמת העברה על החוק לבין החלטה יזומה לעבור על החוק. מכל מקום, אלמלא הייתה התופעה הזאת בתחום שמירת החוק והציות לו, לא היינו היום אחרי רצח פוליטי. אנו אחרי רצח פוליטי, משום שהתופעה הפסולה התקיימה וקנתה לה שביתה בלבבות רבים.

באשר לנכונות שלא להשתתף בהגנה על ישראל, הגם שברור שלפחות חלק מן הלחימה הוא נגד הטרור – יפתח ספקטור, הדובר של קבוצת הסרבנים הזאת, הטייסים וסיירת מטכ"ל ו'אומץ לסרב', כתב מאמר ב'הארץ', ובו ציין שהפעולות של הצבא הן תשעים אחוזים שמירה על ההתנחלויות ועשרה אחוזים מלחמה בטרור. אינני יודע מניין לקח את המספרים הללו, אבל מה שמעניין הוא שהכותב לא אמר מאה אחוז מלחמה למען ההתנחלויות, אלא שהלחימה היא גם נגד הטרור וגם למען ההתנחלויות. הווה לומד מכאן שיש אנשים היודעים אל נכון שלמלחמה הניטשת בשנים האחרונות בינינו לבין הפלסטינים יש היבט צודק, ובכל זאת הם בוחרים שלא להילחם. גם זה צעד קשה בהידרדרות, לא מצד היקף התופעה או יחסי הציבור וההתארגנות והתמיכה של אקדמאים ושל עיתונאים ואחרים, אלא מצד ההימצאות במקום נמוך במדרון, נמוך מזה שהיה לפני הרצח הפוליטי ב-1995. במאמרו, דובר הסרבנים איננו מבקש לשרת במקומות שהלחימה בהם היא נגד 'נטו טרור', אלא הוא מסרב לשרת בכלל, על אף שהוא מודה שיש במלחמה הזאת רכיב צודק.

את סימני ההידרדרות רואים, והם בגדר סכנה אמיתית בהקשר של הטרור. כבר ראינו אנשים המכנים את עצמם 'אנרכיסטים' והמתפארים בהסרת כמה עשרות מטרים של גדר ההפרדה. פעולה זו איננה מסתיימת בכרוזים, אלא היא

נתמכת בסיוע משפטי של עורך דין שתפקידו לוודא שלא תהיה כאן עברה על החוק, והיא נמשכת בטלטול הגדר בפרהסיה (אירוע מסובך שהיו בו יריות מיותרות) ובהתפארות בהשחתה או בסילוק של חלקים של הגדר, ועדיין לא הגיעו אל סוף המדרון. ככלל, הסכנה בסרבנות כה גדולה, עד כי איננו מעריכים אותה כדבעי.

דוד ויצטום: מכיוון שאינני מתמחה בתחום המשפט, אעיר על נושאי הדיון בתור 'התקשורת'. ליתר דיוק, אינני רואה זאת בתור 'תקשורת', אלא בתור 'תרבות'. כמו בכל תחום גם בתקשורת יש בשנים האחרונות טשטוש גבולות גדול בין 'המרחב הציבורי' לבין 'המרחב הפרטי', ולכן התקשורת היום שונה מזו שלפני חמש-שש שנים. כיום יש שלוש רמות תקשורת: שידורים בזמנים שאינם מוקצים לחדשות, התקשורת הבין-לאומית והפן התרבותי של השידורים.

ראו נא מה קרה לאחרונה: בגרמניה נערכה התקפת זעם שלא הייתה כמוה על איש מדע המדינה באוניברסיטה, מיכאל וולפסון, שהיה ידוע עד כה כפטריוט גרמני. בדיון אקדמי תקשורתי הוא העז להגיד שיש מצבים שבהם צריך לשקול גם איום בכוח או שימוש בכוח נגד טרוריסטים. מאז הוא מטרה לגינויים ולביקורת, ואפילו שר ההגנה הגרמני קרא לפטר אותו מעבודתו. בספרד התעוררה בהלה גדולה מאוד מפגיועי הטרור בתחומה. שר המשפטים יוסף (טומי) לפיד אמר שתמונת הזקנה המחפשת את תרופותיה בינות הריסות ביתה, שנהרס מפעולת צה"ל, מזכירה לו את סבתא שלו. ראש הממשלה אריאל שרון הגדיר את המצב 'כיבוש עם זר'. שמענו זאת מפי אהוד ברק כבר לפני שנים. הנה כי כן, המגמה ברורה. מנגד ניצבים המתחזקים בדעתם השונה. אלה לא יגידו שמערכת המשפט וצה"ל 'אינם בסדר', אלא ההפך.

כשראיתי את הסרטים 'פלטון' (Platoon) או 'פעולה בלתי חוקית', שאלתי את עצמי עם מי יזדהה החייל כשהוא בשטח. איננו מדברים על שוטרים בני 45-50 בלוס אנג'לס מצוידים בציוד הפיזי והרוחני הנחוץ להם בעבודתם, אלא על ילדים בני 18 בשירות סדיר, שהמקום הראשון שבו הם פוגשים קהילה אמיתית ומגובשת הוא הצבא. עם מי יזדהה החייל? ההזדהות שלו היא עם הוויזואליות בסרטים או בטלוויזיה או בתרבות או בדברים הנאמרים לו, והיא גדולה בהרבה מזו שהייתה בעבר.

ההפרדה בין תקשורת לבין משפט לבין צבא לבין אזרחים הולכת ומיטשטשת, ולכן עיקר הדאגה שלי הוא לטיבה של התרבות הפוליטית העתידית. אופן ההתבוננות של אירופה בנו, ובמידה מסוימת של חשש – גם ארצות הברית, ישפיע מאוד לא רק על המערכת המשפטית שלנו, אלא גם על

כל אחד ואחד מאתנו לפני הצבא ובזמן השירות בצבא. דומני שמעורבות גבוהה וכולטות של צה"ל בדיכוי פעולות או טרור או פעולות צבאיות בשטחים, יהיו כמעט בלתי־אפשריות.

רות לפידות: יש לי שתי שאלות מעשיות: א. מלבד מדינת ישראל, האם יש עוד גוף המוכן לקבל את התאוריה שלנו שחלים כאן לא רק דיני הכיבוש אלא גם דיני הלחימה?; ב. כאשר אתה מחליט שבמקרה מסוים חלים דיני הכיבוש או דיני הלחימה, איך אתה מחליט זאת? ואם אתה מחליט שבסכסוך זה חלים דיני לחימה, אילו דיני לחימה חלים עליו? מי קובע זאת ואיך?

אפרים הלוי: בלילה שהמלך חוסיין וראש הממשלה רבין חתמו על הסכם השלום בין ישראל לירדן חתימה ראשונית, עוון חסאונה, אז היועץ המשפטי של המלך והיום שופט בבית הדין הבין־לאומי בהאג, לחש על אוזנו של המלך. לאחר הלחישה באוזן אמר המלך: היה רצוי שנכניס לחוזה השלום סעיף, ולפיו בעקבות חוזה זה מתבטלים כל החוקים משני הצדדים המתייחסים למצב של מלחמה. ראש הממשלה רבין ניאות ברצון: כן, מאה אחוז. חשבתי לרגע במה דברים אמורים ופניתי אל אליקים רובינשטיין, שהיה במשלחת הישראלית, והסברתי לו במה דברים אמורים. המשמעות של סעיף זה הייתה שכל החוקים הנוגעים גם לקרקעות בארץ ולנפקדות היו מתבטלים, וכל הקרקעות היו חוזרות לידיים אחרות. רצתי אז לראש הממשלה ולחשתי אף אני על אוזנו. כעבור כ־15 דקות ביקש ראש הממשלה לחזור לנקודה הבעייתית. אינני מסכים, אמר רבין, לסעיף שהוצע כאן; אנו ננסח חוזה שלום בלי ביטול חוקי המלחמה החלים על שני הצדדים. כשהמלך התחיל בניסיונות שכנוע, הניף רבין את ידו בתנועתו הידועה ואמר: אתה רוצה חוזה שלום? אם כן, כך צריך להיות. ובאמת, כך היה. יש חוזה שלום בין ישראל לבין ירדן, אבל כל החוקים הנוגעים למצב מלחמה בין שני הצדדים עדיין קיימים. ישאל השואל: איך זה יכול להיות? הרי זה מצב בלתי־אפשרי ובלתי־סביר. ובכל זאת, זה לא רק יכול להיות, אלא זה גם הווה. אציין שחוקים אלו חלים על שני הצדדים; גם בירדן אסור לירדני להיות במגע עם ישראל, כי בינה לבין ירדן שורר 'מצב מלחמה', אף שבפועל יש מצב שלום.

אני מניח שהמשפטנים ימצאו את הפתרון לבעיה הזאת. והפתרון הוא במהות. כיום יש בינינו לבין הצד השני מצבים ייחודיים, ואי־אפשר להשוות אותם למצבים אחרים. לכן צריך לראות אותם כפי שהם, בלי לבקש אנלוגיות עם נסיבות שאינן מתאימות.

דוגמה מן החיים: כשנהייתי ראש 'המוסד', אחד הדברים שרציתי בהם הוא

'חוק המוסד'. ביקשתי זאת מן היועץ המשפטי לממשלה ומשר המשפטים. נענו לבקשתי והקימו ועדה בראשותו של מי שהיה אז המשנה ליועץ המשפטי, והוא כיום היועץ המשפטי. אמר לי האיש: אחרי שיהיה 'חוק השב"כ', ייחקק 'חוק המוסד'. לחוקק את חוק השב"כ היה פעולה מתמשכת, וחוק מוסד עדיין אין. באחת ההזדמנויות אירחתי במוסד את מבקר המדינה. שאל אותי המבקר אם יש לי בקשה או משאלה. אמרתי גם לו שהייתי רוצה חוק למוסד. ענני המבקר: אין שום בעיה שיהיה חוק למוסד. ננסח חוק בדבר מינוי ראש המוסד, פיטורי ראש המוסד וכו'. אמרתי לו שלא זאת כוונתי, אלא שאני רוצה שכל הפעולות שראש המוסד עושה יהיה להן גיבוי חוקי, ופירטתי את פעולות המוסד. שמע המבקר ואמר: אחרי מה ששמעתי, אולי מוטב שלא יהיה חוק למוסד. צא ולמד שלא לכל דבר יש מצב חוקי. טעות חמורה היא לקבוע שלכל דבר יש דין, ובכל מקום שיש דין יש דיין. במצב שבינינו לבין הצד השני לא לכל דבר יש דין, ולא לכל דבר יש דיין, אלא אם כן תקבל על עצמך לחוקק את 'חוק המוסד'. או אז אחזור בי ואומר שאם כך, יש חוק לכול. הייתי שמח אם יהיו גם אנשי אקדמיה שיציעו את 'חוק המוסד'. תהיה זו תרומה חשובה לחקיקה הכוללת של מדינת ישראל.

הדבר החמור ביותר, ידידי מרדכי קרמניצר, הוא להציע שתהיה הלשנה. הלשנה היא תופעה נוראה ואיומה לחברה, בתחום האזרחי (היית רוצה שבתחום המיסוי תהיה הלשנה?!). כמו בתחום הצבאי. הייתי מנסח זאת כך: ביום שאראה שהאזרחים מקיימים את חובתם האזרחית לדווח על כל עברה שהם רואים, באותו רגע נחיל זאת גם על הצבא.

אותו דבר אני אומר גם לידידי דוד קרצ'מר: אמרת שהתקיים תחקיר על אודות הבריטי שנהרג מכיוון שהופעל לחץ כבד לעשות זאת. ובכן, נכון; אלא שאני אומר לך שגם בתחום האזרחי כך: כשיש לחץ – עושים; כשאין לחץ – לא עושים. זה חלק מן התרבות הכללית במדינה הזאת, וזה תקף גם כאשר נהרגים אנשים. לא הוגן לייחד זאת לצבא או למערכת הביטחון. אדרבה, צריך לטעון טענה כללית על תרבות העשייה או תרבות האי-עשייה בכלל השלטון בישראל. במקרים רבים כלל השלטון בישראל אינו פועל כהלכה, והדבר הוא חלק מן ההשתקפות של כבואת התרבות הישראלית. נעשה פה עוול גם לצבא וגם למערכת הביטחון.

דן מרידור: לפני שנמשיך אספר אנקדוטה. לפעמים האתוס של היחידה והעמידה ייחוד מפריעים לגילוי ולחשיפה. 'נוהל שֶׁכֶן' היה שימוש בערבים וטובי המקום למעשים שיש בהם סיכון לחיילי צה"ל, והוא נועד למנוע סיכון לחיילי צה"ל. זו ההגדרה שלי. בשלב מסוים בבג"ץ בעניין זה הייתה

התחייבות של המדינה שהנוהל ייפסק בינתיים, וניתן צו ביניים או התחייבות. ויהי היום, שבת אחר הצהריים, ואני בביתי, הייתי אז שר בממשלה או חבר ועדת חוץ וביטחון, ואומר לי חבר בטלפון: זה עתה קיבלתי הודעה טלפונית מבחור הנמצא עכשיו במחנה פליטים ער'וב. הוא מספר שהורו להם לאסוף ילדים במחנה ולמקם אותם לפני הסיור: הילדים הולכים לפני החיילים בסיור כדי שלא יפגעו בחיילים. אמר לי הבחור שהוא אינו יודע מה לעשות. עד כאן דברי חברי. מכיוון שלא רציתי לגרום למנחם פינקלשטיין לחלל את השבת, חיכיתי שהשבת תצא, ובמוצאי שבת התקשרתי אליו הביתה. סיפרתי לו את הדבר וביקשתי ממנו לבדוק זאת בקפידה, בייחוד לנוכח הדיונים הרבים בסוגיה ולנוכח המקרים הקשים שבהם נהרגו שכנים חפים מפשע ולנוכח ההתחייבות המפורשת של הצבא ושל המדינה לבג"ץ שנוהל שכן לא יישנה. למחרת בבוקר הוא חזר אליי בטלפון ואמר שהאירוע בבדיקה. בסופו של דבר התברר שהרעיון להצעיד את הילדים הפלסטינים לפני הסיור היה בידיעת מפקדים גבוהים בשטח. עוד התברר שלחייל המדווח 'עשו את המוות' ולא האמינו לו שלא הוא דיווח ישירות לדן מרידור.

זו אנקדוטה, אבל אפשר ללמוד ממנה על מידת האחוה והלכידות החברתית הגבוהה בצבא: הלשנות – מקומן לא יכירן במסגרת האחוה החיילית. על החייל, שנדמה היה לחיילים שהוא סיפר על מעשה חמור ביותר שעשו, הופעל לחץ חברתי כבד. אמנם לא היה ירי, ושום אדם לא נפגע, אבל היה זה מעשה שאסור לעשותו, ובוודאי הייתה זו הפרת אמון הבג"ץ במדינה. השאלה איך יוצרים אווירה מתאימה שבה אנשים לא יפחדו להתנגד למעשים שדגל שחור מתנוסס עליהם, כמו מעשה זה, היא שאלה של חינוך.

דניאל רייזנר: אתייחס לשתי נקודות. הראשונה: יש דין ויש דיין. אמרת שלמעשה לא ברור מה הדין, והאמת היא שאין דין ברור. במקרים הפשוטים אנו יודעים את התשובות, אך בסיטואציות הקשות והמורכבות אין תשובה. הנה דוגמה שאפשר לגזור ממנה הנגדה לצבא: היום אני עוסק גם בחומרים אזרחיים, ובאחת משעות הצורך ביקשתי ייעוץ ממשרד רואי החשבון הגדול בארץ וממשרד עורכי הדין הגדול בארץ בסוגיה במס הכנסה, תחום שאינני מבין בו כלום. קיבלתי מהם ייעוץ מפורט בנושא מסוים, ובסופו אמרתי שאני מבין שזה המצב גם מבחינת מס הכנסה לגבי התוצאה הכספית. אמרו לי: לא. שאלתי בתמיחה: מה זאת אומרת 'לא'? אמרו: אנו רק יכולים להגיד לך מה ההערכה שלנו, אבל למס הכנסה יש כללים משלו, ורק בדיעבד נדע אם צדקנו אם לאו. אמרתי להם במבט מופתע: אינני מבין; אני פונה למשרד הרציני ביותר בארץ, אתם מעסיקים שרים לשעבר בממשלה ומנכ"לים; איך יכול

להיות שאין תשובות ברורות וסופיות? לא חלפו שניות ארוכות עד שהבנתי שאין לי סיבה להיות מופתע: למעשה, אני יודע שאין תשובה נכונה במס הכנסה, אלא רק שאלות נכונות בשאלונים דומים. בסופו של דבר, אפשר רק לנחש מה יעשה נציב מס הכנסה כשתלחץ עליו.

ביני לביני השויתי זאת לצבא: הרמטכ"ל אינו מוכן לקבל תשובה שאין תשובה. בלקסיקון שלו אין משפט כזה. יותר מזה: המערכת הישראלית אינה מסוגלת ואינה מוכנה לקבל תשובה שאין תשובה בדיני מלחמה, שהוא נושא המוסדר מבחינה כמותית בעשירית ממס הכנסה; ולא משום שהיא יהודית ודמוקרטית, אלא משום שהיא משפטית ודמוקרטית. לי ברור שחייבת להיות תשובה, וכשבאו ו'הפילו עליי תיקים' באמצע הלילה וציווני עד למחרת בבוקר להמציא תשובה על שאלה שמעולם לא נשאלה בהיסטוריה של האנושות – המצאתי. וכך, יש היום פסיקה של בית המשפט העליון בישראל בסוגיות שונות ומשונות.

אציג לכם את הדוגמה המטורפת ביותר שאני זוכר: הייתי בטרמינל לקראת נסיעה לאירופה במסגרת עבודה; ומנחם פינקלשטיין מדווח לי בטלפון הנייד שהוגשה עתירה לבג"ץ בגין המצור שהטלנו על המחבלים שהתבצרו בכנסיית המולד בבית לחם. בג"ץ הורה למדינה להשיב עד למחרת בבוקר על שאלת החוקיות של מצור בזמן לחימה נגד טרור. הנה אני בדרך לטיסה, ומן המשרד שואלים אותי בטלפון אם יש לי מושג איפה יש חומר רלוונטי לסוגיית מצור בזמן לחימה, בשעה שהחיילים ממתנים במצור. וכך, באותו לילה מטרמינל הנוסעים, אנו ממציאים, בשיחת טלפון נייד, תזה כלשהי בדבר האנלוגיות האפשריות הניתנות לגזירה מדיני המצור של דיני המלחמה הקלאסיים. היום יש פסק דין של בית המשפט העליון בשיטת לחימה של מצור בזמן לחימה בטרור בכנסייה. פסק דין זה מבוסס על 'מחקר' משפטי שנעשה באלתור וביעף בלילה אחד, ושאלו לי שום מושג אם הוא יעמוד אפילו בביקורת שלי עצמי, אם היא תימשך יומיים במקום ארבע שעות.

כשמצאנו את עצמנו במצב שנדרשנו לתת תשובות לסיטואציה שבאמת לא היו עליה תשובות חד-משמעיות והבנו שאנו חייבים לתת תשובות – והדבר הגרוע ביותר – בזמן אמת, או אז הגענו למסקנה שעלינו לעשות שני דברים: א. המשפט הבין-לאומי אטי, ועלינו לקדם אותו מהר בלית בררה; ב. עלינו לפעול בשאלה מה צריך להיות המשפט הבין-לאומי. כאן מקומה של שאלת השפיטות. הכרחי שבדיון בבג"ץ כללי המשחק יהיו ברורים (בבית משפט פלילי דרישות הוודאות הן אף בסדר גודל נוסף), ואולם ידעתי שאין כללים ברורים. ולא רק אני ידעתי; גם בית המשפט ידע ויודע זאת. לא בכדי השופטים ברחבי העולם מנעים מדיון בתיקים אלו.

אם כך המצב בבית המשפט העליון של ישראל, נשאלת אפוא השאלה איך שופטים. זו דילמה אמתית, כי בית המשפט עושה צעד אמיץ מאוד: הוא דורש מן המדינה להציג תזות, לפעמים בזמן אמת, על שאלות שהוא יודע מראש שאין עדיין שום מידע עליהן בשום מקום בעולם. הנשיא ברק אומר בשיחות רשמיות ולא־רשמיות שהוא יודע שאין דין ושהוא רוצה שתפתח אותו בזמן אמת, מתוך הנחה שאם תעשה זאת בעבודה ישרה, הוא יעזור לך בכך שהוא יפקח עליך ויבקר אותך. התוצאה של דינמיקה משפטית זו צריכה להיות סבירה דיה ולשמש מודל לחיקוי לעולם. זאת למעשה התזה של בית המשפט העליון.

יש אי־ודאות של המשפט, והדוגמה הטובה ביותר שאני מכיר היא 'הטבח בג'נין' שלא היה. הגענו לבית המשפט כשאיננו יודעים אם היה טבח או לא. לא ידענו אם היה ולא חשבנו שהיה. ה'טבח' התחיל ב־3,000 הרוגים, אחר כך ערפאת ועריקאת אמרו 500-600, ודובר צה"ל אמר 200.

ביום שישי הוגשה עתירה לצו ביניים, וניתן צו ביניים במעמד צד אחד לפינוי הגופות. התלבטנו בינינו לבין עצמנו אם לבקש ביטול של צו הביניים שהיה במעמד צד אחד, בידענו שהנשיא ברק יודע שיש סיכוי שבקשה כזאת תגיע עד יום שישי. אחת הסיבות להתנגדותי לבקשת ביטול הצו הייתה השכנוע העמוק שלי שלא היה טבח; כך גם אמרתי לאלוף הפיקוד ולרמטכ"ל. החלטנו להקפיא בהסכמה את האירועים עד יום ראשון. גם הרמטכ"ל השתכנע בסופו של דבר שלא לבקש את ביטול הצו, בין השאר משום שאחד האלופים הציע לחכות עד יום ראשון בתקווה שער אז הכול יתבהר ויתברר. ביום ראשון עדיין לא ידענו את העובדות, אבל מדיווחי קצינים מן השטח התחלנו להבין שהמצב אינו כה גרוע כמו דיווחי הטלוויזיה בשישי־שבת. הגרסה העובדתית, שהתבססה על עדויות מן השטח, הגיעה לבית המשפט. וגם בשלב זה לא היה לאיש מושג כמה אנשים נהרגו. בית המשפט העליון הוציא בזמן אמת פסק דין ולפיו היה קרב, ולא טבח. פסיקה זו היא במידת ודאות שאני עצמי איני יודע להעריכה. מכל מקום, עד היום לא השתכנעתי שהאירועים הללו שפיטים באמת; קשה להגדיר 'שפיט' מפני שהמשפט אינו ברור.

מנחם פינקלשטיין: איך הדבר מקבל ביטוי בפסק הדין של בית המשפט העליון? ראו את ההבדל בין מה שדניאל רייזנר אומר לבין פסק הדין; אני קורא מפסק הדין בעניין המצור על בית לחם, המפנה בין השאר לסעיפים מאמנת ז'נבה: 'בפועל, המציאות החדשה היא מורכבת מאוד, ואנו מנסים לפרש את כללי המשפט הבין־לאומי ולהתאימם למציאות מסובכת'.

דניאל רייזנר: הנקודה השנייה בדבריי: החשיבות של הגדרת המצב. מעבר להגדרת המצב כבסיס למסגרת המשפטית ומעבר להגדרת המצב במסגרת השאלה אם יש זכות תביעה או לא ומהי מדיניות החקירה – אני רוצה לשפוך אור על עוד נסיבה אחת. באופן מפתיע, חיילי צה"ל הם שחור ולבן. בתקופת 'הממשל הצבאי' החיילים היו שוטרים, ובלבנון החיילים היו חיילים. החיילים ידעו את ההבדלים במעמדם בשתי התקופות הללו, בין השאר כיוון שהבהירו להם זאת היטב במסר אחד וחד. בארבע השנים האחרונות חיילי צה"ל 'במלחמה'; הם אינם 'ככיבוש', והם אינם 'בממשל' – הם 'במלחמה!' המילה הזאת חיונית לצבא כדי לחדד לחיילים מה העיקר ומה הטפל. ההבחנות בין דיני כיבוש לבין דיני מלחמה ודרכי השתלבותם יחד הן סוגיות לסמינריונים רבים. אין אפשרות להסביר זאת באחת למפקד, לא כל שכן לחייל. לפיכך צובעים בעבורם את המציאות בצבעי שחור ולבן. במציאות שיש בה שחור ולבן, גם אם היא קשה מאוד, קל יותר לתפקד, מאשר במציאות שיש בה עירוב צבעים, וממילא – עירוב תחומין.

עמנואל גרוס: מרבית הדברים נאמרו כבר לפניי. אני רוצה לתמוך בתחילת דבריי בנקודת המוצא של הפרקליט הצבאי הראשי שהמצע לדיון כאן הוא הגדרת המצב, ומתוכו נגזרת ברת הדין. אחרי הגדרת המצב אי-אפשר לפסוח על שאלת הדין שיש להחיל.

הגדרת המצב אצלנו מסובכת בהרבה מהגדרות של מצבים אחרים, משום שהמצב שלנו אינו ידוע במשפט הבין-לאומי. זהו מצב של מדינה שיש בשליטתה שטח כבוש שחלקים ממנו הם כבר במעמד אחר: הם אינם שטח כבוש מובהק, אלא הם 'משהו שונה', על פי הסכם עם הנכבש. מרקם לא הומוגני זה – יש להחליט איזה דין יחול עליו: המשפט הבין-לאומי, אולי חלקים ממנו, המשפט ההומניטרי של המשפט הבין-לאומי, המשפט הפנימי. כתוצאה מקושי זה יצרנו כללים של מלחמה בטרור, כללים שאפילו המשפט הבין-לאומי לא יצר. וכך, לא זו בלבד שאנו מסתכנים בטריטוריה שלנו בניסיון להבין איזה דין נחיל, אלא שעל דין זה – גם כשמבינים מה הוא, ואני בספק אם אנו יודעים לזהות אותו בוודאות – השאלה נשאלת, אם יש בכלל דין רלוונטי למלחמה בטרור. כאמור, הדינים הבין-לאומיים לא נועדו לסיטואציות מסוג זה. סברתי שמשום שאין דין ספציפי שאפשר לאכוף אותו, אנו מנסים בלי-בררה להקיש מן הדין ההומניטרי הקיים מה צריך להיות הדין. אנו מאמינים שבכך אנו נותנים תשובות לשאלות המשפטיות. לתשובות אלו מצפים מן הפרקליטות הצבאית או האזרחית. וכל זאת עד שמשפחת העולם תפתח לכולנו את הדינים המיוחדים למלחמה בטרור.

הסיכול הממוקד הוא תולדה של דין מיוחד למלחמה בטרור, מפני שהמונח 'סיכול ממוקד' אינו קיים במלחמה קונוונציונלית. הרי את חייל האויב איננו 'מסכלים'. נדרשים לסיכול ממוקד כאשר מתעורר צורך להגיע אל הטרוריסט המסוים ולתפוס אותו במקום הימצאו. לכן הכללים המשפטיים המוחלים על סיכול ממוקד הם כללים יצירתיים מבית מדרשו של הלוחם בטרור כדי לתת מענה למצבים חדשים.

השתמשת במונח 'סכסוך מזוין'. גם בסכסוך מזוין צריך לשים לב שכאשר נפגעים אזרחים, אין זו מכת טבע. לא מובן מאליו בעיניי שבמלחמה יש נפגעים אזרחיים. חונכתי להאמין שאם בסכסוך מזוין נהרגים חפים מפשע – ילדים, נשים ואנשים לא לוחמים – אין לתפוס זאת כמחיר מובן מאליו של המלחמה. נהפוך הוא: צבא יהודי מוסרי צריך לחקור מקרים אלו. צריך לבנות מנגנון אפקטיבי, ובמסגרתו לקבוע מי באמת צריך להחליט את ההחלטות הקריטיות, ואם באמת הפגיעה בחפים מפשע היא תולדה טרגית או חלק משיקול ציני וקר של הלחימה. צריך לבדוק זאת. אמנם רק אחרי הבדיקה הראשונית צריך להחליט אם יש מקום גם לחקירה פלילית, אבל אי־אפשר שהצבא ישלים עם מותם של חפים מפשע ויקל בכך ראש. כך לדוגמה, יש לבדוק היטב את המקרה האחרון, ירי פגז נגד שהמית אנשים חפים מפשע בקהל אזרחי. תקרית זו איננה עניין לתחקיר פנימי וחסל, אלא היא עניין לפרקליטות. עליכם לבדוק איך ייתכן שימוש בנשק כבד במקום שיש אזרחים, גם אם ביניהם יש חמושים.

עדנה אולמן־מרגלית: במצגת שהוצגה לפנינו הובא ציטוט: 'צה"ל רואה בחומרה רבה חריגה מכללי ההתנהגות הנכונים'. אני שואלת: האומנם? הקשבתי קשב רב לדברייך והערכת רבים מהם. הצגת בגאווה מוצדקת פתרונות יצירתיים לדילמות שאיש טרם פתר. ואכן אנו בבעיה אמיתית, משום שאין כאן כללים ברורים, ומלבד זאת גם לא ברור שהדינים הראויים למצב הם דיני מלחמה.

ואולם הייתה לי הרגשה מדברייך ומן המוזיקה של דברייך שזהו הנושא היחיד שבו אתם נדרשים לפתרונות יצירתיים, ובשאר הנושאים הדברים סדורים לכם דבר דבור על אופניו. באופן כמעט דוגמטי אמרת שהאירועים הנוכחיים אינם 'אנתיפאדה', אלא לוחמה מסוג אחר, ושאינן חקירה אוטומטית במקרים של מוות מיותר, ועם זה גם אין חסינות בפני חקירה. שני עקרונות כאלה משקיטים כביכול את המצפון, ואנו חיים עמם בנחת, ואולם התוצאה היא שנעלם אלמנט אחד מן החיים הציבוריים שיש לכם נגיעה בו – הזעזוע. צריך לשדר לציבור שבמאזן הדמים האימתני נהרגים לא רק יהודים אלא גם

תינוקות פלסטינים. לא ייתכן שהתינוקות היחידה שאנשים זוכרים כנפגעת בשלוש שנים האחרונות היא שלהבת פס, והם אינם יודעים ולו שם אחד של התינוקות הפלסטינים שנפגעו או שנהרגו. אני יודעת שגם לתקשורת ולמוסדות ולגופים נוספים יש תפקיד בכך, אבל הפרקליטות משדרת נורמות, ונדמה שבכך יש כשל מערכתי שאי־אפשר להשלים אתו.

ציינו בדיון את צה"ל כ'צבא יהודי' וכ'צבא דמוקרטי', ואולם לא ייתכן לקשור לו כתרים מוסריים בשעה שהמציאות השתבשה מן היסוד. נכון שמחמת ריבוי האירועים והתקריות קשה לחקור הכול, ובוודאי קשה לבנות את התיק המשפטי לכל מקרה ומקרה, אולם אין זו סיבה לעבור על האירועים הקשים לסדר היום, והייתה לי הרגשה – בל אחטא בשפתיי – שאכן עוברים עליהם לסדר היום. משל שידרתם לציבור הישראלי: אין מה לעשות; מלחמה היא מלחמה, ובמלחמה נהרגים; גם חפים מפשע, גם תינוקות.

אמרת שאת הבעיות הללו לא פתרו טוב יותר מאתנו במקומות אחרים, ולכן אין לנו ממי ללמוד. אמת היא שארצות הברית, בריטניה ומדינות אחרות אינן אורים ותומים, אבל התברר לנו שדווקא על שום החסר המשפטי והאי־ודאות המהותית בדבר טיבו של המצב, לעתים הם המסתכלים בנו ובהתנהגותנו, והם הלומדים מאתנו. מדוע אפוא לא נהיה סמני הדרך הנכונה? והחשוב מכול: האמריקנים עושים בעיראק מעשים איומים, אבל המצב שם זמני: הם לא יישארו בעיראק לעד. לעומת זאת, אנו זורעים באוכלוסייה הפלסטינית זרעי פורענות, והמצב שלנו קבוע: נידונונו לחיות עם הפלסטינים לעד. ולא זו בלבד אלא שכולנו יודעים זאת, ובכל זאת אנו עושים את מעשינו ביודעין ובעיניים פקוחות. אמנם לא שידרת זילות בחיי אדם, אבל חסרה במסר שלך החדות שעם מציאות הלחימה הזאת אי־אפשר להשלים. אפילו היית מודה שלא פתרתם את הבעיה ושהיא מכבידה עליכם ושאתם מבקשים עזרה, לא היית משדר שהדברים באמת מכבידים עליך או על המערכת בראשותך. בעניין הזה אני רוצה לתבוע שינוי.

דודי זכריה: בעניין חובת הדיווח: צריך לומר בהגינות שהצבא עקיב ביותר באשר להיעדר קרימינליזציה של חובת הדיווח. טיפלנו לאחרונה במקרה שחייל ראה את חברו מכניס קנה רובה לפיו, ולא דיווח על כך למפקדיו. שבוע לאחר מכן החייל התאבד. עמדת הצבא הייתה באותו מקרה חד־משמעית: אין להעמיד לדין את החייל שראה ולא דיווח, כיוון שהחיילים אינם ערוכים בכל מקרה ומקרה לחובת דיווח של חייל כלפי רעהו, בלי שום קשר אם זה אויב או חבר ליחידה.

בעניין דבריו של השופט רנקוויסט – הוא לא אמר שבעת מלחמה אין דין.

‘In times of war the law speaks with a muted voice’. פירושה של אמירה הוא שבזמן מלחמה המשפט נעדר יכולת פיקוח, נעדר יכולת שליטה על העובדות ונעדר מרחק מספיק למתן הכרעות משפטיות.

שאלה נוספת: האם בהגדרת המצב שלכם, כפי שניתחתם אותו מבחינה בין-לאומית, היו מצבים שבהם הגעתם למסקנה שפולסטיני שנעצר על ידיכם פעל במסגרת מה שהדין הבין-לאומי מתיר לו, ולכן אי-אפשר להעמיד אותו לדין פלילי? האם הייתה לכם התמודדות עם הדילמה הזאת, או האם גיבשתם מדיניות כלשהי בנושא?

עירית קהאן: הזדמנו לי פגישות עם קבוצות פרלמנטרים ממדינות שונות, והם סיפרו שגם אצלם התחילו לדבר בקול רם על כך שהמשפט הבין-לאומי אינו מתאים למצב הקיים.

אני מסכימה למה שנאמר בעניין עמדת המדינה בנושא עימות מזוין. אנו צריכים לזכור דבר אחד ולעשות צדק עם צה"ל, המותקף ללא הרף מבית פנימה: הרי יש אצלנו התלבטויות אמתיות ומתמשכות בדבר העמדה לדין ובשאלה אם צריך לתת ולקבל אישור משפטי לפעולות השונות. הלוא אי-אפשר להעמיד את כל החיילים לדין כשהם בתקופת לחימה כה ממושכת; היא נמשכת כבר שנים, ואיננו יודעים מתי היא תיפסק. משום כך, לפעמים אנו מבקשים מהם פתרונות כאילו המצב פלילי, למרות שכולנו מרגישים שאולי לא זה הפתרון הטוב והנכון.

פרופ' כשר אמר שהדברים אינם שפיטים כלל. לדעתי, יש בחוסר הסדר שבהליכה לבג"ץ כפי שדניאל רייזנר צייר אותה, ריסון מסוים, וגם המשפט עצמו הוא ריסון מסוים. כשהיינו השבוע אצל היועץ המשפטי לממשלה בהתייעצות באשר לציר פילדלפי, התנהל ויכוח ערכי עקרוני קשה מאוד, ובסופו לא נתקבלו שום החלטות, אלא שלחו את הצבא להכין שיעורי בית. אפשר לטעון נגדנו שאנו לא רצינוליים בהתמהמהות בהחלטה לנוכח העברה נמרצת של נשק בצד השני ולנוכח האיום הפוטנציאלי על היושבים בתחומי הקו הירוק. אפשר גם לתבוע מאתנו פתרון לאלתר. ובכל זאת הלכנו ליועץ המשפטי לממשלה ואמרנו לו שבקשת צה"ל גובלת בהריסות בתים. הדיון שהתנהל אצל היועץ מוכיח שאיננו שולפים פתרונות במעין רפלקס מותנה: יש סכנה – תהרסו.

לדעתי ההיוועצות במשפט היא בעיקרה בגלל המשפט הבין-לאומי של ICC ובגלל החרדה לגורל האנשים בצאתם לשליחות בחוץ לארץ וכן הלאה. אבל בסופו של יום יכול להיות שאפשר לאזן את המשפט – שלא תמיד הוא

ברור, ולא תמיד יש לו תקנות ברורות, כפי שאמר דניאל רייזנר, ולמרות זאת יש בו ריסון מסוים – עם העמקת החינוך לחיילים. חינוך זה חסר, ואני מתריעה על כך כבר שנים. אין די חינוך לחיילים, ואין תדרוך מספק, ואין העברת אינפורמציה הנחוצה לחיילים כדי לדעת לקראת מה הם הולכים.

אין לכנות 'מלשנות' דיווח על התנהגות שלא על פי דין. כאשר ניתנת פקודה בלתי-חוקית בעליל או כאשר נעשה מעשה איום ונורא, ידעו החיילים שאין זו הלשנה, אלא בררה: להפסיק לעשות או לחלוק עם המפקדים את המידע. אני מציעה לפתח חוליות מלשינים. להפך: יש להעמיק את החינוך, ובכך, יש לקוות, ייעלמו או יפחתו מקרים קשים ממציאות הלחימה. הצבא של היום אינו הצבא שאנו מכירים מאז. יש בו כוח אנושי אחר, וצרכים להכיר בכך. הכוח האנושי דהיום יכול להיות מערך לוחם נהדר, אבל הוא שונה ממה שהכרנו. משום כך צריך להשקיע עוד ועוד בחינוך.

בקשר לתום הורנדל: החקירה נפתחה לא בגלל לחץ, אלא בגלל צורך. ובמקרה זה אני יודעת שמתנהלת דווקא חקירה מצוינת של הצבא. כמו בכל תקרית גם כאן יש קושי והתחבטות ממשית, וגם כאן המשפט מאזן את המציאות ומרסן את הפועלים בה.

דן מרידור: נכון שיש דברים רבים לא ברורים במשפט הבין-לאומי, אך אי-אפשר להסיק מכך שהכול אינו ברור בו. דבר ברור ואסור בעליל הוא למשל שימוש באזרחים כמגן חי. במקרים כאלה המסר צריך להיות חד וחזק ובלי שום פקפוקים. חלק מן הדילמות שעלו בדיון הן מסוג זה. אמנם הייתה מחלוקת בדבר השימוש באזרחים בזמן לחימה בטרור, אבל כל ההתלבטות בעניין זה היא התלבטות מיותרת שאין לה מקום אמתי בשום מציאות, סבוכה ומורכבת ככל שתהא. המבחן שלי להכרעה בדילמה כלשהי הוא אם אני הייתי מסכים, אילו אני הייתי חלילה תחת כיבוש, שיקחו את אשתי כמגן אנושי כדי שחיילים לא ייפגעו. אני יודע שלא הייתי מסכים לכך, ודי לי בידיעה זו כדי להחליט בדילמה. המסר בנושאים הברורים של המשפט צריך אפוא להיות חזק וחד. לא הכול מעורפל.

באשר לחובה שלנו כלפי החיילים: יש לנו רצון לנצח במלחמה כמו בכל מלחמה. זו חובה: צריך לנצח. ואולם מגבלות החוק מקשות את הניצחון. מי שאומר 'ניצחון בכל מחיר', אינו מקבל את כללי ההתנהגות האנושית במלחמה. לא די בנימוק שיש הכרח לפתור את בעיית ציר פילדלפי, כי יש מעשים שאין לעשותם, אפילו יפתרו את הבעיה.

יתר על כן: אנו שונים מכל מדינה גדולה אחרת – ארצות הברית או בריטניה. אין שום כוח בעולם שיביא חייל אמריקני או רוסי או אנגלי או

צרפתי לבית הדין הבינ־לאומי בהאג, יהיו העברות שביצעו נוראות ומחרידות ככל שיהיו. הם לא יגיעו לשם. כשיש ספק באשר למותר ולאסור בדין הבינ־לאומי, עלינו להכריע לחומרה, כי לא נוכל להגן על החיילים אחר כך; אנשי השב"כ והרמטכ"ל והשוטר והיועץ המשפטי שירצו לצאת לחוץ לארץ ייעצרו שם. לכן אם יש ספק, אין ספק: יש להכריע לחומרה. אמנם קשה לומר זאת, כי התוצאה עלולה להיות הצבת בנינו בסיכון יתר. ובכל זאת חובתנו הפנימית היא לפרש את הדברים לחומרה ולדון בכל מקרה וסיבותיו לגופם, מפני שאנו עלולים למצוא את עצמנו על ספסל הנאשמים בהאג. המנגנון של בית הדין הבינ־לאומי הפלילי כבר חל. אמנם כל עוד ארצות הברית מסתייגת ממנו, הוא אינו פועל במלוא התוקף, אולם אם המגן הזה שלנו יאבד מכוחו, אם חס וחלילה הפעולה האמריקנית בעיראק לא תיגמר בדמוקרטיזציה של עיראק אלא ביציאה אמריקנית מבוהלת בנוסח סייגון בווייטנאם, אינני יודע מי יגן על החיילים שלנו, כי אנו לא נדע לעשות זאת. יש לנו אפוא חובה גם כלפיהם: להגן עליהם ולמנוע מהם צעדים העלולים לסכן את חירותם בעולם. ועם זאת, יש מחיר למגבלות האלה.

בנאום הסכסוך היה הפחד הגדול של ישראל, כי 'העולם נגדנו' במובן זה. הבנאום דרך המשפט הבינ־לאומי הפלילי הוא הבנאום המסוכן מכול, ואני מציע שלא לזלזל בסכנה הזאת, הנראית רדומה מעט בגלל הגישה האמריקנית הלעומתית ובגלל ההסתבכות האמריקנית והבריטית במעשים המבישים שעשו חייליהן ושוטריהן ואזרחיהן בעיראק.

אתיחס לדבריו של אסא כשר בעניין הסרבנות לשרת בשטחים, למרות שהלחימה איננה רק שמירה על התנחלויות. לפי דעתי, חלק מסרבנות זו נובע מכוונת דה־לגיטימציה לשלטון. הדבר תקף גם בפנינו יישובים אפשרי וגם במלחמה ובלחימה בשטחים. לדידם של אלה, השלטון אינו מוסמך לאכוף עליהם מצבים שאינם רוצים בהם, והוא אינו יכול לעצור אותם מלעשות כרצונם. זה מה שהניע את יגאל עמיר, רוצח יצחק רבין ז"ל, וזה מה שמניע חלקים גדולים של סרבנים באוכלוסייה, אך בוודאי בלי המסקנה המטורפת של עמיר. זה המכנה המשותף של כל הסרבנים: אין לגיטימיות למהלך שהממשלה רוצה לנקוט. כך היה גם באשר למהלך אוסלו. כדבריו של פרופ' כשר ובצדק לדעתי: רצח רבין הוא נורא, אבל המהלך המסוכן ממנו הוא תנועת 'זו ארצנו', הטוענת שבאין רוב יהודי, אין לשלטון סמכות למסור שטחים. טענות אלו מעקרות את השלטון מן הלגיטימיות שלו.

אין כאן דיון תאורטי על הלגיטימיות של הממשלות, אלא שאלה העומדת על הפרק בכל הכיוונים: גם כיבוש שטחים וגם ויתור על שטחים. באידאולוגיה, ברטוריקה ובמבנה הנפשי של חלק מן הקבוצות האלה,

הסרבנות נובעת במידה מסוימת מן הטענה שאין לגיטימיות לפקודה מסוג כזה. אני מודה שאין לגיטימיות לחלק מן הפקודות, כגון 'פקודת דגל שחור', אבל חלק גדול מן הפקודות אינו כזה. השאלה מה לגיטימי ומה אינו לגיטימי איננה שאלה קלה, ואיני מכריע בה, אבל מסוכן להשאיר אותה עמומה, משום שבכך אנו מסכנים סיכון גדול את הלגיטימיות ואת יכולת הפעולה של השלטון בכל החלטה שיחליט. לכן קיבלה הסרבנות נופך נוסף: אין היא רק אי־ציות לחוק, אלא היא מסכנת את יכולת התפקוד של המדינה. למשל, מאחז בלתי־חוקי כמו מצפה יצהר, אלף חיילים אינם מצליחים לפרק אותו. לנוכח זאת, הממשלה מוצגת כמי שאינה יכולה לבצע מהלכים אפילו היא רוצה בהם. מובן מאליו שהסכנה למשטר גדולה ביותר.

בנושאים החדים והברורים יש לפרקליטות הצבאית יכולת לומר אמירות משפטיות בהירות ובעלות בסיס מוסרי. בנושאים העמומים הדבר קשה יותר. ככלל, אין ספק שתפקיד זה חשוב מאוד, והפרקליטות צריכה למלא אותו, הגם שהוא קשה למילוי.

מנחם פינקלשטיין: יש כאן עשרים-שלושים נקודות שנכון להגיב עליהן, אבל לעת עתה אתיחס רק לנקודה אחת או שתיים. יש דברים המותירים את חותמם, ודבריה של פרופ' אולמן־מרגלית הם כאלה. טענתה הייתה שבעוד אשר בדברים אחרים הסברתי והרחבתי, באשר לחקירות הייתי דוגמטי, ולפרופ' אולמן־מרגלית חסר הזעזוע. טענתה הייתה שבאשר לחקירות אמרתי שאין חקירות אוטומטיות ואין חסינות, ולא יספתי. אומר אפוא דברים ברורים. ארבע שנים אנו עוסקים בנושא זה, ולנוכח התחקירים המגיעים אלינו אני אומר לך שפעמים רבות שנתנו נדדה בלילות. יש מקרים שאני מזועזע מהם, אבל אינני מצהיר על כך בראש חוצות. אני יודע שיש מקרי אלימות של חיילים במחסומים, אך לעולם לא נוכל להגיע אליהם. שלחנו את המשטרה הצבאית החוקרת לחקור תלונות שנראו לנו נכונות, אך בחלק קטן בלבד נאספו ראיות. כשהיו ראיות העמדנו לדין, ואנשים גם נענשו בעונשי מאסר. לפעמים גם התברר שאנשים שיקרו בתחקירים.

אכן הייתי צריך להתעכב עוד על הרגשתי; הייתי צריך לתאר בהרחבה מה אני מרגיש. לגבי תהליך התחקור, אי־אפשר לזלזל בתחקיר. כאשר ארגוני זכויות אדם פונים אלינו ומבקשים לדעת מה קרה במקרה מסוים, אנו יכולים לתת להם תשובות. אינני מכיר אח ורע לכך במקומות אחרים בעולם ובנסיבות לחימה דומות.

אעיר שתי הערות לגבי התחקירים עצמם. הערה ראשונה: אני רואה בחלק גדול מן המקרים תחקירים רציניים וכנים, שבהם חיילים ומפקדים מכים על

חטא ומודים, לא רק בינם לבין עצמם אלא גם בקול רם, שבנקודות מסוימות נהגו שלא כהלכה. מנגד, יש מצבים – ואולי קשה לקבל זאת – שנשים וילדים נהרגים, ולמרות זאת אי-אפשר להעמיד איש לדין. הסיטואציה נוראה, אבל אין בה אשמים. הנה דוגמה: נוסע טנק באזור ג'נין ופורס זחל, ובכת אחת מתרחש פיצוץ גדול. החיילים בטנק משוכנעים שיורים עליהם, ומיד לפי התרגול הם יורים. מן הירי נהרגים אישה ושני ילדים. כחנו בקפדנות את המקרה הזה, החלטנו שאין מקום להעמדה לדין, וששום בית משפט לא ירשע איש במקרה כזה.

גדול הצער – המציאות טרגית – אבל אני משתדל להסביר שפעמים רבות האירועים הם פועל יוצא מן המצב האומלל הזה של המלחמה. בגללו נהרגים נשים וילדים. צריך להבין: תחקירי המפקדים מגיעים אלינו, וצמרת הפרקליטות בוחנת כל מקרה ומקרה ומחליטה אם לפתוח בחקירה או לא. קשה מאוד להגיע לפלסטינים, ובכל זאת אנו עושים מאמצים להגיע אליהם כדי שיוכלו להעיד. פעמים רבות איננו מצליחים בכך, כי אין לנו שליטה בשטח.

לדוגמה, אין לנו דוח המוות. פעמים רבות איננו יכולים להגיש כתב אישום, כי כדי להגיש כתב אישום אני חייב להעריך שיש סיכוי סביר להרשעה, ופעמים רבות אין סיכוי סביר להרשעה. פעמים רבות התחקירים רציניים מאוד: המפקדים מפקים לקח ומדווחים בגילוי לב על שגיאותיהם. כמו אחרים גם אני איני משוכנע תמיד שבכל התחקירים נאמרת האמת וכל האמת ואך ורק האמת. בתקרית שבה נהרג תום הורנדל בציר פילדלפי מירי חייל הגרוד הברדווי, נהרג פעיל ISM. קיבלנו את התחקיר, ובו נאמר שמישהו ירה על ה'פילבוקס', ורק אז החייל השיב באש. זה המידע שהיה לנגד עינינו. בחילופי אש במקרה מסוג זה אין בדרך כלל חקירה פלילית. לא לחץ בריטי הניע את החקירה. הבריטים שלחו חוקרים שכתבו דוח מפורט מלווה בתצלומים וכפרו בעובדות שניתנו על ידי צה"ל. כ-99% מן המקרים לא יכול להיות לנו דוח כזה. התחקיר הבריטי הראה שיש עובדות אחרות מאלה שהיו ידועות לנו, ועל כן הורינו על חקירת מצ"ח. לא היה כאן שום לחץ. בחקירה התברר שהחייל שיקר בתחקיר, ורק אז, לנוכח הראיות החדשות בחקירה, הורינו על העמדה לדין.

האם אני יכול להישבע שלא היו עוד מקרים כאלה? גם לנו יש נורות אדומות, ולא היה זה המקרה היחיד של שקר בתחקיר שראיתי מעודי. ראיתי כבר יותר ממקרה אחד ויותר משני מקרים. אבל האם אני יכול להגיד שזו תופעה? איני יכול. מצד אחד, אינני תמים לחשוב שזה מקרה יחיד. מצד שני, אני מאמין שבחלק הארי של המקרים החיילים אינם משקרים בתחקירים.

צריך לראות את התחקירים כדי להבין זאת. מכל מקום, מכאן ועד המסקנה שאנו מתייחסים לתחקירים בקלות ראש או מדווחים עליהם כבדרך אגב, כאילו נפשנו גסה בהם, וכאילו אין זעזוע וכהו החושים, רחוקה מאוד הדרך.

* * *

המשך הדברים של הפצ"ר בישיבה מיום ראשון, ט"ו בתמוז תשס"ד, 4 ביולי 2004.

על הקירות החיילים מנחם פינקלשטיין

ביקשתי להשלים את הדברים שאמרתי בפעם שעברה. עיינתי בהערות ובהשגות ובחרתי להתייחס לכמה נושאים מרכזיים. במקום להשיב לכל שאלה בנפרד, כינסתי את ההערות לכמה תחומים. על נושאים אלה אדבר: התנהגות החיילים ובקשר לכך החקירות וההעמדות לדין; הגדרת המצב וההשלכות של ההגדרה 'עימות מזוין' על המציאות ועל השאלה אילו דינים חלים; הסרבנות, בהמשך לדבריי בפעם הקודמת אומר שהנושא מטריד ובעייתי. לצערנו, נתקלנו לא אחת במקרים שחיילים נהגו בצורה פסולה ולעתים פלילית. אני חושב שמקרים אלו אינם מייצגים את הכלל, ומצד שני אינני יכול לומר שהם נדירים עד מאוד. עובדה שנפתחו למעלה מ-500 חקירות מצ"ח, ועובדה שהיו כמה עשרות מקרים של העמדה לדין, לרבות מקרי ירי. על כן איני יכול לומר שהמקרים נדירים לגמרי.

אבל צריך לראות זאת על רקע הפעילות האינטנסיבית ועל רקע המלחמה, ועל כך דיברתי בהרחבה בפעם הקודמת. היום מוגשת תשובה נרחבת לבג"ץ ובה פירוט כל מדיניות החקירות, כי גם על כך הוגשה עתירה לבג"ץ. ערכנו לצורך זה מחקר השוואתי למדינות אחרות, לרבות דמוקרטיות מערביות, כגון מדינות נאט"ו ובעיקר ארצות הברית. אי-אפשר להשוות בין מה שהן עושות ובין מה שאנו עושים, הן בתחום החקירה והן בתחום ההעמדה לדין. ההשוואה למדינות המערב הדמוקרטיות לא הייתה משום שאנו בהכרח צריכים ללמוד

מאחרים – וציינתי זאת בפעם הקודמת, שכן אדרבה, אנו צריכים לשמש מופת לאחרים – אלא כדי לדעת באיזה מרחב משפטי בין-לאומי אנו נמצאים. דיברתי בפעם הקודמת על צבא של מדינה יהודית ודמוקרטית. אציג דוגמה אחת שבה מתחו עלינו ביקורת. פתחנו לפני כמה שבועות בחקירה בעקבות תערוכת 'שוברים שתיקה', תצוגת עדויות של חיילים, ואז פורסמו עדויות חיילים על מעשיהם בחברון. קראתי את העדויות האלה, והן היו מטרידות מאוד. הורינו אפוא על חקירה של שלושה-ארבעה מקרים המחייבים חקירה. כאשר חייל מספר שקצין ירה טיל נגד טנקים ברכב משום שהוא לא חנה 'כמו שצריך' (כדברי החיילים: 'שידע בפעם הבאה איך להחנות'), אני כפצ"ר איני יכול לעבור על כך לסדר היום. כאשר יש עדויות שבגין יידוי אכזריים רדפו אחרי מישהו וירו בו ולבסוף הרגו אותו, אנו כפרקליטות איננו יכולים לעבור על כך לסדר היום.

איש ציבור שלא אלינו מכתב, ובו תבע לדעת למה הפרקליטות אינה חוקרת די אירועי אלימות בשטחים. אחרי שהתפרסם שגבו עדויות מאנשי 'שוברים שתיקה', שלא אלי מכתב, ובו תבע לדעת אם לצבא אין מה לעשות אלא לפתוח בחקירות על דברים שכאלה. זו סתירה. אנו חייבים להישאר נאמנים לדרכנו: כאשר האירועים פליליים במהותם, אנו חוקרים אותם. אמנם לא תמיד אנו מוצאים את העבריינים, ולא תמיד אנו יודעים אל נכון מי הם העבריינים במקרי אלימות בלתי-חוקית, אבל אנו עושים כמיטב יכולתנו בחקירות ובבירורים.

יש גם לזכור שאיננו היחידים בגזרה. חשוב שלא יצטייר הרושם שהפרקליטות היא התשובה לכל דבר. התשובה למה שעלה בעדויות של 'שוברים שתיקה' ובמקרים אחרים היא בראש ובראשונה בדרג הפיקודי ובצדדים החינוכיים, ולא דווקא בצדדים הפליליים והמשפטיים. לפצ"ר אין גייסות. עיקר הגייסות הם הכוחות בשטח. צריך לשנות דרכי פעולה ותגובה, ודווח כאן על פעולות שננקטו בנוגע למחסומים. נזכור: יש מחיר לעובדה שאנו נמצאים כמעט ארבע שנים במלחמה, ואחד המחירים הקשים לכך הוא התנהגות שלא כדין של חיילים. הסוגיה מטרידה. אי-אפשר להגיד שהתופעה אינה קיימת; אנו מנסים להילחם בה כמיטב יכולתנו.

בעניין זה נשאלתי כמה שאלות, ואענה עליהן בקצרה. פרופ' קרמניצר ציין שבפועל הסיכוי לברר מה קרה באירוע מסוים הוא קטן. הוא ציין שהוא מסכים שלא בכל מקרה ומקרה צריכה להיות חקירת מצ"ח, אבל אותו הטרידו התחקירים. אתייחס לכך בקיצור, אבל לא משום שהדברים אינם חשובים. אדרבה, חשוב לי לומר את הדברים הבאים.

נכון שכאשר מדובר בלחימה מסוג זה שאנו נמצאים בה, קשה לדעת מה

קורה בכל רגע נתון, בכל גזרה ובכל אירוע, וגם אנו לפעמים מתוסכלים מכך. כבר ציינתי כי בתקופה מסוימת היו תלונות רבות על מכות ואלימות במחסומים, ופתחנו בחקירות. לפעמים ניכרים בתלונה דברי אמת, וברור שיש דברים בגו, אבל לא תמיד אפשר היה אפילו לאתר את כל החיילים שהיו בזמן הנתון ובמקום הנתון.

לצד זה אני מבקש להדגיש שתי נקודות: הנקודה האחת – העובדה שיש קשיים לברר נסיבות איננה נובעת בהכרח ממיעוט חקירות מצ"ח. היו מקרים שנפתחו חקירות מצ"ח, ועדיין לא היה אפשר לדעת את עובדות האירוע. הקושי בכירור האירועים לאשורם נובע בראש ובראשונה משורה של גורמים בסיסיים, שבראשם האופי הלחימתי של הפעילות. הדגשתי כבר בדבריי הקודמים ששונה דינה של חקירת מצ"ח כיום מחקירת מצ"ח בתקופת האנתיפאדה לפני 15 שנים, כשצה"ל שלט בשטח והיה יכול להגיע לכל בית חולים פלסטיני, להוציא תעודות פטירה ולבדוק את זירת האירוע ולהגיע לפלסטינים לגביית עדות. המצב היום שונה בתכלית. פעמים רבות אנו מבקשים לגבות עדות, והפלסטינים אינם משתפים עמנו פעולה. פעמים רבות אנו מתחילים לקבל פרטים מארגוני זכויות אדם, האומרים שהתושבים ישתפו אתנו פעולה, והם אינם משתפים פעולה. קשר סיבתי, והדבר ברור לכל משפטן העוסק בכך, קשה מאוד להוכיח בנסיבות מלחמתיות.

הנקודה השנייה – בשאלה המהותית, אם הצבא יכול לתת תשובה על השאלה איך נהרג פלסטיני באירוע מסוים. התשובה היא בכללה 'הן'. כאשר אני בוחן את הפניות המגיעות אלינו ואל גופים אחרים, לקבל מידע על אירוע נתון, אנו יודעים מה קרה באמצעות השימוש בכלי הראשוני המאפשר לדעת מה קורה בשטח: התחקיר. תחקיר נערך מיד בשטח על ידי האנשים במקום, והם מעבירים את הדיווח למפקדים הבכירים ביותר: מג"ד, מח"ט, מפקד אוגדה. אני יכול לומר שב־98% מן הפניות של 'בצלם' ו'האגודה לזכויות האזרח' וגופים אחרים, כאשר הם רוצים לדעת מה אירע, אנו יכולים לדווח להם באופן כללי מה קרה ואיך אירעו מקרי פציעות ומקרי מוות. עובדה זו, לעניות דעתי, איננה מובנת מאליה. ארצות הברית למשל אינה יכולה לתת תשובה לגבי כל אזרח הרוג בעיראק, וכך גם נאט"ו לגבי כל אזרח הרוג ביוגוסלביה. מובן שאפשר לטעון נגדנו ולשאול למה אחרי תחקיר מסוים לא הייתה חקירת מצ"ח, אבל זו טרוניה נקודתית ולא עקרונית. ככלל, כלי התחקיר חשוב, ואין לוותר עליו.

פרופ' קרצ'מר ציין שהתחקיר בעייתי בעיניו ושאל איך אנו בודקים את התחקיר. כמי שעוסק בכך כבר ארבע שנים אני שב ומדגיש שבכל תחקיר שמגיע אלינו, אנו צריכים לבחון אם על סמך המצוי בו יש מקום לחקירת

מצ"ח. יושבים משפטנים בכירים ביותר ובוחנים את התחקיר. האם אני יכול לומר שהתחקיר נעשה כראוי? בחלק גדול מן המקרים התשובה היא חיובית. האם יש לי לפעמים השגות על התחקירים? התשובה היא חיובית. אבל יהיה זה תמים לחשוב, לנוכח אלפי אירועים, שבכל מקום ומקום יתנהל תחקיר מן המעלה הראשונה; זה לא המצב. האם יש לי חשדות שבתחקיר לא יגלו את כל האמת, או חלילה שזה יהיה אפילו גרוע מזה? ראשית, יש לי יתרון שאין לאחרים: באותם עשרות רבות של מקרים שבהם הורינו על חקירת מצ"ח, היו לפנינו בסופו של דבר גם התחקיר וגם חקירת מצ"ח, ויכולנו להצליבם, ולא גילינו בדרך כלל דברים שונים. שנית, היו כמה מקרים שבהם התברר שהתחקיר אינו שלם או שהיו בו שקרים. על מקרים אלו הגבנו בחומרה.

מקרה תום הורנדל הוא דוגמה לכך. הורנדל ניתן כאן כדוגמה לכך שלולא הופעל לחץ בריטי, לא הייתה חקירה. תגובתי: לא נכון. הורינו על החקירה אחרי שראינו גם בדיקה בשטח שערך קצין בריטי בכיר בדימוס. בדיקה זו הגבירה את סימני השאלה שלנו והעצימה אותם, אבל ההוראה לחקירה הייתה שלנו, ללא כל לחץ עלינו. כך גם הוסבר לאלוף הפיקוד. בעקבות זאת התברר שחיילים לא אמרו את האמת בתחקיר. יש להדגיש כי כל מה שאמרתי כפוף עדיין לבחינת בית הדין שלפניו מתנהל המשפט. האם זה המקרה היחיד מסוגו? לא, היו עוד מקרים, וגם אצלי נדלקות נורות אדומות. ובכל זאת, להערכתי, זהו המצב במיעוט קטן של המקרים, ולא בגללם נותר על שיטת התחקירים. חיילים שפעלו בשטח וצריכים לדווח למח"ט, למפקד האוגדה, ופעמים רבות אף לאלוף הפיקוד – אני מתקשה להאמין שהם ישקרו. הדבר יכול אולי לקרות מדי פעם, אך לא בדרך כלל.

שקר בתחקיר הוא עברה (לא פלילית). מבחינה עקרונית, מהות התחקיר בחוק היא חיוב החייל לספר מה קרה באמת. לחייל מובטח שלא יועמד לדין על סמך דבריו ושלא ישתמשו בדבריו בחקירה פלילית. אבל כל זאת בסייג חשוב: אם ישקר החייל בתחקיר, אפשר יהיה להעמידו לדין על השקר שבתחקיר. אם כן, במקרים שנתגלו דברי שקר בתחקיר, פתחנו בחקירה והעמדנו לדין את החייל על השקר שבתחקיר. במקרה של תום הורנדל העמדנו לדין על השקר שבתחקיר, ולאחרונה הגשנו עוד כתבי אישום על שקר בתחקיר.

אני עדיין תחת הרושם של דברי אחת המשתתפות כאן, ששאלה עד כמה הדבר נוגע לנו, נוגע לנו אישית. פרופ' אולמן־מרגלית, אני זוכר את הדברים שאמרת. אנו עוסקים בזה בעצמנו במשך שנים. אני עוסק בכך אישית כל העת. נושא זה מטריד תמיד. אנו בוחנים את עצמנו תמיד. איננו משוכנעים תמיד שהתשובות שלנו הן התשובות הנכונות. מבחינתי, תחום זה הוא המורכב

והקשה ביותר מכל התחומים שעסקתי בהם: מתי לחקור, מתי לא לחקור, מתי להעמיד לדין, מתי לא להעמיד לדין. לכל החלטה בנושא זה יש משמעות מרחיקת לכת, עד כדי כך שהייתי אומר שהדברים בנפשנו.

הגדרת המצב כעימות מזוין

הנה תשובות קצרות בדבר הגדרת המצב כ'עימות מזוין'. אני יכול לקצר, כי הרחבתי בכך בפעם הקודמת.

בפסק הדין בעניין הגדר שהזכרתי יש אישור נוסף לכך שמדינת ישראל נמצאת בעימות מזוין. ההגדרה הזאת היא נקודת התחלה. היא איננה נקודת סיום של הדיון המשפטי, כי אין פירוש הדבר שהודות להגדרה זו יש לנו תשובה לכל שאלה. במציאות הזאת אנו צריכים למצוא פתרון מיוחד לכל בעיה. לא די לומר שאם יש עימות מזוין, מותר לנקוט סיכול ממוקד. סיכול ממוקד אסור בחלק גדול מן המקרים. אדרבה, קבענו מגבלה ברורה: אין נוקטים סיכול ממוקד אם אפשר לעצור. אילו התפיסה הייתה של דיני מלחמה רגילים, אפשר היה להגדיר כל חייל אויב, או כל טרוריסט במקרה הזה, כמי שמותר לנקוט נגדו סיכול ממוקד. הדבר רחוק מאוד ממה שאנו עושים, ולכן מוטלות מגבלות רבות על הפעילות המבצעית. גם אם אנו מגדירים את המצב 'עימות מזוין', ברור לנו שהוא מצב מיוחד במינו, ולכן עלינו לבדוק כל מקרה ומקרה לגופו וללמוד מן המקרים השונים. בסופו של דבר, כמעט כל שיטת לחימה מובאת לבחינתו של בית המשפט העליון, ויש לכך יתרונות רבים. לשאלת פרופ' לפידות: אפילו האו"ם הכיר, לצרכים מסוימים, שמתחולל כאן עימות מזוין. השאלה הייתה מי קובע אילו מדיני הלחימה חלים בשטחים התשובה הקצרה היא שאנו בוחנים כל מקרה ומקרה, ובסופו של דבר היועצים המשפטיים – היועץ המשפטי, פרקליטות המדינה, הפרקליטות הצבאית – הם הנותנים את התשובות עד שהדבר מגיע לפסיקת בג"ץ. אכן, בצד העובדה שיש עימות מזוין, חלים גם דיני הכיבוש, וצריך לראות מה חל באיזו סיטואציה. שני פסקי הדין האחרונים של בית המשפט העליון בעניין רפיח ובעניין תוואי הגדר נותנים תשובה לנושא זה.

הסרבנים

נשאלתי שאלות אחדות בסוגיה זו, וגם ניכרו חילוקי דעות בקרב השואלים. נאמר שבעניין בן-ארצי לא היינו חכמים דינו. קודם כול, מכל מלמדי השכלתי. בסופו של דבר, חשבנו שהסרבנות הסלקטיבית איננה ראויה במדינה

דמוקרטיה, ויש להיאבק נגדה. לא רדפנו את הסרבנים. נגד הרוב הגדול לא הגשנו כתבי אישום. אנשי המילואים, ננקט לגביהם דין משמעותי. יוני בן-ארצי הוא חריג, והוא אינו קשור לסרבנות הסלקטיבית; הוא טען שהוא פציפיסט, ואנו טענו שהוא אינו פציפיסט, ולכן הוא אינו דוגמה לסרבנות הסלקטיבית. זהו עניין בפני עצמו.

נשאלתי באשר למרי האזרחי לעומת סרבנות מצפון ובאשר לדברי פרופ' יצחק זמיר. פרופ' זמיר אמר שעם כל הכבוד לכך שפעמים רבות הסרבנים הם אנשים טובים כשלעצמם ואולי אף בעלי כוונות חיוביות, בסופו של דבר האי-ציות לחוק מהווה מה שהוא כינה 'עבריינות אידאולוגית'. חברה דמוקרטית אינה יכולה שלא להיאבק נגד עבריינות אידאולוגית זו. לדעתי, אנו נאבקים בה לא באמצעות רדיפה כוללת, אלא באמצעות חלופה ראויה – בחינת כל מקרה ומקרה לגופו. כשאין בררה, אנו גם מגישים כתבי אישום נגד הסרבנים. אני מאמין שכל סרבנות אידאולוגית מאורגנת היא סכנה רבה לדמוקרטיה, והטיפול בה צריך להיות בהתאם לכך.

מושב שישי

**הגורמים לטרור והסיכונים
הכרוכים בו: הערכת המודיעין**

יום ראשון, ט"ו בתמוז תשס"ד
4 ביולי 2004

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	אביעזר יערי
עדנה אולמן-מרגלית	אסא כשר
נאוה בן אור	הילי מודריק-אבן-חן
סיגל גולן-עתיר	דני סטטמן
אורי דרומי	חיים פס
אפרים הלוי	עירית קהאן
דוד ויצטום	יוסי קופרווסר
דודי זכריה	דוד קרצ'מר

דן מרידור: היום נשמע את תא"ל יוסי קופרווסר, ראש חטיבת מחקר באגף המודיעין בצה"ל, האישי האחראי לפני ראש אמ"ן להערכה הלאומית שראש אמ"ן מציג לפני 'הקברניטים' או 'הפוליטיקאים'. על ראש חטיבת המחקר באמ"ן מוטל התפקיד ה'קל': לדעת מה יהיה, לא רק מחר אלא גם בעוד עשר שנים; האיום על ישראל, כדי שנוכל להיערך לקראתו בעוד מועד. יושב אתנו אחד מקודמיו, אלוף במילואים אביעזר יערי. ביקשנו מתא"ל קופרווסר להציג את תמונת המודיעין הצבאי, את ההערכה המודיעינית של אמ"ן ושל חטיבת המחקר שהוא עומד בראשה ואת איומי הטרור הצפויים לישראל בעתיד הנראה לעין.

הגורמים לטרור והסיכונים הכרוכים בו: הערכת המודיעין יוסי קופרווסר

המשימה שהוצגה לפניי – לדעת מה יהיו ואיך ייראו איומי הטרור במדינת ישראל בעוד עשר שנים – קשה מאוד, אבל אנסה להתמודד עמה באמצעות הצבעה על כיוונים רלוונטיים לפורום, קרי מלחמת הדמוקרטיה בטרור ומלחמת הטרור בדמוקרטיה.

הרציונל של הטרור

את הטרור אין לבחון רק מבחינת האמצעים שלו, אלא גם מבחינת מידת האפקטיביות שלהם בהשגת יעדיו. הטרור איננו ערך בפני עצמו, אפילו בעיני

הטרוריסטים, אלא אמצעי להשגת יעדים. הרעיון המחוכם של הטרור הוא שהטרור אינו צריך להיות מחוכם, למעט בנקודות מסוימות. אדרבה, הטרור נולד מחוסר היכולת להיות מחוכם. משום כך אינני מוטרד מאוד מן השאלה אם יהיו לו רקטות לטווח גדול יותר מן הרקטות שיש לו היום. לדעתי יהיו לו רקטות כאלה, אבל זו איננה הנקודה המרכזית.

להיגיון של הטרור יש בסיס עמוק בהרבה ממה שנדמה. הטרור האסלאמי הוא בעיקר מעשה ידיהם של מוסלמים מן המזרח התיכון. טרור זה שכולנו בישראל ובעולם חיים אתו, הוא טרור המשקף תפיסת עולם הפכית במובהק לתפיסת העולם שעמה הוא מתמודד, תפיסת העולם המערבית, הליברלית, הליברליסטית. לשון אחר, הטרור האסלאמי הוא תוצאת ההתנגשות של תפיסות עולם מקוטבות. 'תפיסת עולם' היא התשובה לשאלה 'מהו הערך או ההיגיון המסדר של החיים?'. בראייתם של הטרוריסטים ההיגיון המסדר של החיים הוא הכבוד של הפרט ושל האומה, ואת הכבוד האבוד של המוסלמים יש להשיב לעצמם באמצעות הקרבה.

השאלה שהמוסלמים שואלים את עצמם היא למה אין רוחשים כבוד לאסלאם, לבני תרבות האסלאם; הם תוהים איך הפכו המוסלמים להיות חוטבי העצים ושואבי המים של העולם. כתב על כך ברנרד לואיס בספרו *What Went Wrong?* מעמדם הנחות בעיני העולם מטריד את המוסלמים, ולתהייתם הכיזר קרה הדבר יש שתי תשובות הניתנות מפי אנשי המזרח התיכון. לפי התשובה האחת, בעלת האוריינטציה הליברליסטית, האשם הוא במוסלמים עצמם. מלך ירדן עבדאללה אמר באחת ההזדמנויות לערפאת: כדאי שתסתכל ארוכות בבבואתך בראי ותשאל את עצמך מהו החלק שלך בסבלו של העם הפלסטיני. המלך עבדאללה שייך לקבוצה הנוקטת רפלקציה עצמית ושואלת את עצמה איפה היא טעתה ומה עליה לעשות כדי לשנות את מצבה. כזה הוא גם מחמוד עבאס, אבר־מאזן, מן הרשות הפלסטינית, ויש עוד רבים כמותם. לפי התשובה השנייה, בעלת האוריינטציה האורתודוקסית, האשם הוא בזולת, בציבור שאינו מוסלמי, העושק והמקפח את המוסלמים והאחראי למר גורלם. כדי לזכות מחדש בכבוד האבוד שהמוסלמים ראוים לו כממשיכיו של מוחמד וכממשיכי תקופת הפאר של האסלאם עד 1684, עליהם ללכת בדרך אחת ויחידה – דרך ההקרבה. לדידם, הכבוד מושג באמצעות ההקרבה, וכך הם הופכים את ההקרבה לערך עליון. לפי תפיסתו של המוסלמי, ערכו כאדם נמדד במידת נכונותו להקרבה למען העיקרון המקודש: השבת כבודו האבוד של האסלאם. אם כן, כאשר מבררים איך הגיעה חברה שלמה למין טירוף גורף בדמות טרור המתאבדים, מבינים את הסיבה: כך נראית ההקרבה העילאית, ההקרבה האולטימטיבית.

הרגשת הקיפוח של המוסלמים 'רוכבת' על התסכולים האמתיים של המוסלמים בני המזרח התיכון, וקל מאד לנווט אותה לשנאה ולנכונות אדירה להקרבה עצמית הבאות לידי ביטוי בטרור הצורב את חיינו והמשנה אותם ואותנו מן היסוד. ועם זאת יש לזכור שהטרור האסלאמי בישראל קטן ממדים ביחס לטרור האסלאמי במקומות אחרים, למשל בעיראק; שם המתאבדים ותכיפותם של פיגועי ההתאבדות רבים בהרבה מאשר אצלנו.

דברים אלו הם כמובן הכללות, ולמען הדיוק יש להימנע מהן ודווקא להרבות בפרטים, אבל קצר המצע מהשתרע. כדאי, ואולי די, לשמוע את נאומיהם של אוסאמה בן-לאדן, של חסן נאצראללה ואפילו של אחמד יאסין ושל יאסר ערפאת בנושא זה, כדי ללמוד שלתפיסתם האדם הופך לבעל ערך כאשר הוא מוכן להקריב את חייו למען השבת כבודו הגזול של האסלאם.

האפקטיביות של טרור המתאבדים

טרור המתאבדים אפקטיבי מאוד בגלל שני רכיבים באופי היריב, קרי החברה המערבית: האחד – אי-מסוגלות להבין את הטרור, והשני – חולשות בלחימה הלא-קונבנציונלית.

באשר לאי-מסוגלות להבין את הטרור – החברה המערבית כולה איננה מסוגלת להבין את טרור ההתאבדות, משום שהיא מבוססת על רעיון קוטבי – העושר והאושר בעולם הזה. הדבר האחרון שהיא מסוגלת להשלים אתו הוא רעיון ההתאבדות. ואולם ככל שהטרור גובר ומתמשך ונוכח יותר ויותר בחייה של החברה המערבית, הוא מפעיל עליה מסה פסיכולוגית הולכת וגדלה, כאילו אמר לה: לנוכח ממדי התופעה, עליכם, אנשי המערב, להבין שלא יכול להיות שאנו המוסלמים טועים; ויתרה מזאת: אם אנו המוסלמים מוכנים להקרבה כה קיצונית, אין לכם שום אמצעי הרתעה או התגוננות מפנינו. וכי מה תעשו? תאיימו עלינו שתהרגו אותנו? הלוא אנו לא רק רוצים, אלא גם רצים להתאבד. לנוכח ססתו של ערפאת, שכל פלסטיני מזהה אותו באמצעותה, 'לאלקודס ראיחין שוהאדא באל-מלאייך' (אל ירושלים צועדים מיליוני שהידים), איך אפשר להרתיע את הפלסטיני? הרי הוא אחד ממיליוני השהידים הצועדים לירושלים. כלפי חוץ ערפאת מדקלם 'שלום של אמצעים', אבל כלפי פנים הוא קורא 'לאלקודס ראיחין שוהאדא באל-מלאייך'. אם כן, בראיית הגורמים האלה לנוכח האי-יכולת של המערב להרתיע את המוסלמים ולנוכח רמת ההקרבה הקשה לעיכול שלהם במאבקם בו, לא תהיה למערב בררה אלא להכיר בצדקתם של המוסלמים ולהשלים עמה.

באשר לחולשות המערב בלחימה בלתי-קונבנציונלית: הבחירה של

המוסלמים בטרור היא תוצאה של הבנה עמוקה שלהם שבאלטרנטיבה, במלחמה הקונבנציונלית, יכולתם מוגבלת מאוד. הדבר התברר להם תחילה ב־1967, ולאחר מכן ב־1973. ואכן מאז 1973 לא הייתה מלחמה יזומה קונבנציונלית ערבית נגד ישראל, משום שהערבים הבינו שאין להם סיכוי לנצח במלחמה כזאת; אם בתנאים של 1973 הם לא הצליחו לעשות יותר ממה שהם הצליחו לעשות, נראה שלא על הדרך הזאת תהיה תפארתם. המסקנה הייתה כיוון אלטרנטיבי – לא מלחמה קונבנציונלית, מלחמת לוחם נגד לוחם, מלחמה שהמערכ יכול להביא בה לידי ביטוי גם את איכות האדם שלו וגם את הטכנולוגיה שלו, והוא מנצח בה שוב ושוב, אלא מלחמה אחרת, מלחמה לא־קונבנציונלית, מלחמה נגד אזרחים ומתוך סביבה אזרחית; מלחמה תת־קונבנציונלית.

רק במובן זה המלחמה בטרור הפכה ל'לא קונבנציונלית', וכל המונחים שמומחים צבאיים במערב קשרו למלחמה הזאת – 'מלחמה א־סימטרית', 'מלחמה בעצימות נמוכה' – העידו על אי־הבנה מוחלטת של מהותה. המלחמה הלא־קונבנציונלית הזאת, אין בה 'א־סימטריות', אלא דרכי לחימה שונות שכל אחד ואחד מן הצדדים בעימות בחר לנקוט אותן, וגם אין בה 'עצימות נמוכה', אלא דווקא עצימות גבוהה מאוד, אפילו יותר ממלחמות אחרות, כי במלחמה זו מגויסים כל המשאבים הלאומיים, עד אחרון הסועדים בבית קפה כלשהו, שבכל רגע עלול להיות יעד או קרבן לפיצוץ. הלחימה הבלתי־קונבנציונלית הפכה אפוא לגר גליהם של הטרוריסטים.

דרך אגב, 'מלחמה לא־קונבנציונלית' היא גם 'מלחמה על־קונבנציונלית', ואסטרטגיה זו נקטו מדינות רבות, אך לא בכך אנו עוסקים בדיון זה. אם כן, מלחמת הטרור היא מלחמה תת־קונבנציונלית, ועיקרה הוא כאמור פעולה מתוך סביבה אזרחית נגד יעדים אזרחיים בצד השני. אך לעתים, כדי להגיע אל היעדים האזרחיים בעומק הסביבה האזרחית של הצד השני, הטרוריסטים צריכים לעבור דרך החיילים. למרות הלחימה מדי פעם בפעם בלובשי מדים ברור לחלוטין מי היעד העיקרי של הטרוריסטים: מתוצאות הלחימה נגד הפלסטינים בכארבע שנים ניכר שמתוך 1,000 הרוגים, 650 הם אזרחים ו־350 חיילים; לא בכדי ולא במקרה.

וכאן לב הבעיה המרכזית: איך הופכים את העימות הלא־קונבנציונלית לעימות קונבנציונלי? איך מרכזים את הטרוריסטים ללוחמה קונבנציונלית? איך מצליחים, תוך כדי פעולה בסביבה אזרחית מובהקת, להימנע מלשחק לידיהם של הטרוריסטים באמצעות פגיעה שלנו בחפים מפשע המקיפים אותם?

זהו למעשה משחק הדמים שהם רוצים לגרור אותנו אליו: הם מייחלים

שנפגע באוכלוסייה האזרחית שלהם, והם פועלים ככל יכולתם לפגוע באוכלוסייה שלנו. הם מבינים היטב שפגיעה באוכלוסייה שלהם היא בניגוד לאתיקה שלנו ושאנו נהיה הנפגעים העיקריים ממנה, כלפי פנים וכלפי חוץ. משום כך הם מוכנים לשלם מחיר מסוים באנשים – ואם הם שהידים, אין בכך כאמור שום קושי מוסרי מבחינתם – ובלבד שאנו נשלם מחיר חיצוני ופנימי יקר – אוכדן לגיטימציה עולמית וחוסר לגיטימציה פנימית, בצבא בפרט ובחברה הישראלית בכלל. הם רוצים לגזור עלינו נטל מוסרי שלא נוכל לעמוד בו. ובאמת, בצה"ל נמנעים ככל האפשר מגיוס מילואימניקים לפעולות מסוג ג'נין; מבחינת צה"ל, כמה שפחות מילואימניקים, כך ייטב. לעומתנו, הטרוריסטים הפלסטינים דווקא עושים כל אשר לאל ידם להגיע לריכוזים האזרחיים שלנו. כדי למנוע זאת מהם נקטנו צעדים שמלכתחילה לא תיארו לעצמנו שננקוט, כמו גדר ההפרדה.

שיטות לחימה משתכללות

בינינו לבין הטרוריסטים מתקיימת מעין תחרות בשכלול השיטות להשגת היעדים המקוטבים. מן הצד האחד – אנו משכללים את השיטות כדי להוציא לפועל את החלטתנו למנוע מהם להגיע לריכוזים אזרחיים שלנו ולערוך קונבנציונליזציה של העימות, ומן הצד השני – הם משכללים את שיטות הטרור שלהם כדי לשים לאַל את ניסיונותינו למנוע זאת מהם.

שיטות הטרור משתכללות כל הזמן בהתאם להתפתחות השיטות המופעלות נגדם. תחילה לא היה זקוק הטרור לנשק ולרקטות, אבל ככל שהתפתחה הטכניקה להפרדה בין הטרוריסטים לבין האוכלוסייה האזרחית, כך גבר הצורך בנשק הרקטי: תחילה מרגמות בעזה כדי להגיע לגוש קטיף ולחלק הצפוני, ולאחר מכן רקטות קסאם כדי להגיע גם לתוך ישראל גופה. בד בבד עושים הפלסטינים מאמץ אדיר להשיג את הקטיושות ארוכות הטווח שהאירנים היו אמורים לספק להם באמצעות הספינה קארין אַיי, וזאת כדי להגיע גם לתל אביב, אם אפשר. קיצורו של דבר, כל מגבלה שנציב בדרכם, הם ינסו להתגבר עליה בערמה. בקרב הזה קשה לומר מי ינצח – אנו או הם.

באשר לנו: בהתבוננות בהתפתחותן של דרכי הפעולה של צה"ל אי-אפשר שלא להתרשם מן האפקטיביות המשתכללת של צה"ל. יכולתנו להפעיל חימוש מדויק בסביבה אזרחית במינימום נזק סביבתי היא מרשימה, ורבים באים מחו"ל ללמוד מאתנו איך עושים זאת. פיתחנו חימושים אוויריים לפגיעות נקודתיות, ולשם כך פיתחנו מודיעין מעודכן ויעיל ומתודולוגיה המחברת בין המודיעין לבין החימוש המשוגר בזמן הנכון אל הנקודה הנכונה

במינימום נזק סביבתי. זהו אתגר עצום ובלתי-נדלה מבחינת שכלול, ועלינו להמשיך להתקדם בו. פיתחנו גם אמצעים למניעת כניסתם של מחבלים לריכוזי האוכלוסייה שלנו. ואכן, למעלה משלושה חודשים וחצי לא היה פיגוע התאבדות בתחומי מדינת ישראל, למרות שבתקופה זו היו כשישים ניסיונות לפיגועי התאבדות; כולם סוכלו. אין זה נתון מובן מאליו, ויש להעריך אותו לפי מידותיו.

בכללה, המערכה על הקונבנציונליזציה של העימות היא לב המלחמה בין הטרור לבינינו. אנו שואפים להשתית את הלחימה על אמצעים קונבנציונליים, ואילו הם שואפים אל היעד ההפוך: אל לחימה בלתי-קונבנציונלית.

באשר להם: כאמור, הפלסטינים מפתחים נשק רקטי בעל טווח ויכולות גדולים יותר מאלה שיש היום. אנו נוכחים לדעת זאת מבדיקת הרקטות הנורות אל שדרות: יש בהן סוגים שונים, חלקם מתקדמים יותר מאחרים. בהארכת טווח הרקטות עוסקות ללא הרף קבוצות מיוחדות בעזה. זה תפקידן וזו תכליתן. הפלסטינים גם משקיעים מאמצים ניכרים להכניס לשטחים נשק ארוך טווח ממדינות חוץ. להערכתנו, בסופו של דבר הם ישיגו רקטות בטווחים של לפחות 15 ק"מ גם ללא סיוע חיצוני. טווח זה משמעותי ביותר מבחינת המלחמה המתנהלת בינינו, משום שפירושו הכנסת אשקלון אל מרחב הפגיעה מטילים. יתרה מזאת: לדעתי, הרקטות גם תעבורנה לשומרון, ומנקודת זמן ומקום זו ואילך יהיו יישובים ישראלים רבים בתוך הטווח; כך לדוגמה, העיר כפר סבא תטווח בקלות מקלקיליה. התחזית היא אפוא שהיכולות שלהם תתפתחנה, הטווחים יגדלו, הקווים ייחצו, והמכשולים הקרקעיים שאנו מציבים בפניהם כיום לא ימנעו את הרחבת מעגל העימות.

זאת ועוד: להערכתנו, אורחי חוץ רבים יותר יהיו מעורבים בטרור נגדנו. ראינו זאת בפיגוע במייק'ס פלייס ובפיגועים נוספים, ואני מניח שמגמה זאת תתגבר לנוכח האהדה שיש לטרור הפלסטיני בקהילות הרלוונטיות לו בעולם. קהילות אלו אינן תומכות בטרור רק תמיכה עקרונית, אלא גם תמיכה עד כדי הזדהות עם המעשה עצמו. משום כך לא מסובך לגייס אנשים שאינם פלסטינים לפיגועים נגד ישראל.

מלבד גיוס הזרים, תגבר המגמה של הטרור הפלסטיני להשתמש בנשים כמפגעות, כמכמניות או כמובילות אמצעי חבלה, מתוך הנחה שנשים נבדקות ביסודיות פחותה ביחס לגברים, אולי משום שהן נתפסות כמאיימות פחות מן הגברים. כבר ראינו שימוש בנשים בפיגועים, ולדעתי המגמה הזאת תגבר. שינוי נוסף יחול בגיל המפגעים, והוא יהיה כלפי מטה או כלפי מעלה. למשל, היום אנו מגבילים את היוצאים מרפיח וחוסמים את המעבר בפני צעירים בני 16 עד 35. לפי זה, ישלחו משלחי הפיגועים מפגעים בני 15 או 36, כמו

שעשו לאחרונה בשכם. הרי כל הגבלה אפשר לעקוף באמצעות נתון שמעבר לה.

אחת הסכנות אשר מטרידות אותי במיוחד היא מעבר לטרור בלתי-קונבנציונלי, דהיינו על-קונבנציונלי ותת-קונבנציונלי גם יחד. אם זה היה תלוי בפלסטינים עצמם, חלק מהם כבר היו נוקטים אותו. למעשה, אנו רואים פה ושם ניסיונות לכך – בחמאס, אצל האחים עדאללה ובוועדות ההתנגדות העממית. בחלק מן המטענים שהתפוצצו בארבע השנים האחרונות ניכר ניסיון להפעיל טרור מסוג זה. כך לדוגמה, הפלסטינים 'משתעשעים' ברעיון להפיץ איידס בפיגוע המוני.

כפי שציינתי, בלחימה בטרור איננו חייבים להיות האיכותיים ביותר, אבל עלינו להשתפר כל הזמן ולשמור הן על הרתעה אפקטיבית – גם אם מדי פעם בפעם יש לטרור הצלחות – הן על אמצעים חדשים לסיכול הפיגועים.

מטבעו הטרוריסט רוצה את תשומת הלב של הצד שבו הוא פוגע, אך גם של סביבתו הביתית, ולכן הוא חייב מדי פעם בפעם לחדש חידושים. במגה-פיגועים בספטמבר 2001 קבע בן-לאדן רף פיגועים לא ייאמן, רף שקשה יהיה להתרומם מעליו. ובכל זאת, בין הרף הזה לבין רף הפיגועים של הפלסטינים יש מרחב עצום, ובו אנו והם משוטטים. בתקופה האחרונה סיכלנו לא מעט פיגועים שהגדרנו 'מגה-פיגועים'. הווה לומד את הדקות: אמנם הם לא יצאו לפועל, אך מבחינת המחבלים הם היו אמורים לקרות. הכוונה קיימת, אך היכולת לממשה נתקלה בהתנגדותנו שהצמיחה סוף טוב מבחינתנו. כללו של דבר, ההכרעה במערכה הניטשת בין הטרור הפלסטיני לבין ישראל קשה מאוד. כמו מים, הטרור ימשיך למצוא לו דרך מוצא ואפיק זרימה. במקרה הגרוע ביותר מבחינתו ינקוט נגדנו נשק רקטי; זהו פתרון נוח תמיד.

יש להבין שהמערכה נגד הטרור מורכבת, משום שהיא איננה רק נגד הטרור בצורתו המוחשית והאלימה, אלא היא גם נגד הסביבה והאקלים שהטרור צומח בהן. המלחמה הפיזית בטרור היא רק פן אחד של הלחימה בו. פן אחר של לחימתנו בטרור הוא הפנמה שלנו את טיבה של הפלטפורמה האידאולוגית בבית הגידול הפלסטיני. הפלסטינים עוסקים במרץ רב ובאפקטיביות מרשימה בהכשרת הלבבות לטרור. מערכת משומנת זו של יצירת תשתית מנטלית מתאימה לטרור התנהלה גם בימי אוסלו. אולי אנשים מסוימים מעדיפים להתעלם מכך, אבל בעיצומם של ימי אוסלו 'העליזים', מערכת ההסברה הפלסטינית עסקה בהכשרת התודעה של הפלסטינים למאבק בישראל בהנחה שעוד יבוא היום שיוכלו לחזור אל השטח. ואכן, משעה שפרץ העימות הנוכחי, היה ברור להם שדרכם היא דרך הטרור.

חמשת ממדי הלחימה בטרור

מלבד ממד הלחימה בטרור, הממד הפיזי והמוחשי שנידון לעיל, יש למערכה זו לפחות עוד ארבעה ממדים חשובים לא פחות, ואולי אף יותר.

הממד הראשון: כושר העמידה של החברות בעימות. מערכה המתנהלת כל הזמן בווליום גבוה ובמשך זמן רב משליכה על כושר העמידה של החברות. כושר עמידה זה אינו רק במישור הכלכלי או ברמת הסבל והשכול, אלא בעיקר במישור האמונה שהמערכה אכן מקדמת את היעדים הלאומיים. הפלסטינים מתלבטים ללא הרף בשאלה באיזו מידה מערכת הטרור מקדמת אותם ליעדיהם הלאומיים, והם עורכים חשבון נפש עמוק וממושך. בניגוד לתוצאות סקרי דעת הקהל הפלסטיני, להערכתו רוב הפלסטינים חושבים שהטרור אינו מקדם אותם אל יעדיהם הלאומיים, ומכאן משתמעת אפשרות כרסום בכושר העמידה שלהם. בהקשר זה האיום המרכזי מבחינתם הוא תכנית ההתנתקות מעזה.

פרשת ההתנתקות ממחישה את טיבה המוזר של המלחמה הזאת לעומת מלחמות אחרות. בדרך כלל במלחמות על טריטוריה ויתור טריטוריאלי נתפס כתבוסה; ככל שאתה תופס שטח גדול, כך גדול ניצחונך, ולהפך. והנה באופן פרדוקסי, במלחמה הזאת דווקא הוויתור הטריטוריאלי הוא האיום הכבד ביותר על הפלסטינים. מדוע? מפני שהמערכה אינה על עזה; רצועת עזה היא שטח פלסטיני, ומובן מאליו שהם יקבלו אותה בסופו של דבר. המערכה היא על השטחים כולם, והשאלה היא מהו המחיר הטריטוריאלי והאנושי וההיסטורי אשר הפלסטינים ישלמו בעבור רצועת עזה. תקוותם הייתה שבאמצעות מערכת הטרור הם יצליחו לקבל לידיהם את רצועת עזה ללא תמורה, ויחד אתה – את כל שאר שטחי יהודה ושומרון. בשטח הכולל, כך קיוו, יוכלו להקים מדינה פלסטינית עצמאית שבירתה ירושלים, ואלה ישובו פלסטינים מכוח זכות השיבה. והנה, ישראל מצליחה, באמצעות הצבת פיתוי בדמות יציאה מעזה, להשיג תמיכה אמריקנית בהסדר שלא ייתן לפלסטינים את כל מאווייהם הטריטוריאליים והלאומיים, אלא אף הרבה פחות ממה שיכלו לקבל בקמפ־דייוויד 2000. הפלסטינים מבינים מתכנית ההתנתקות שישראל תקבל בתמורה ליציאתה מרצועת עזה מחויבות אמריקנית, שכבר גובשה בהחלטת הקונגרס, שלא תהיה זכות שיבה של פלסטינים לשטחה של מדינת ישראל בתחומי הקו הירוק. אינני מנתח ניתוח מילולי את החלטת הקונגרס, אלא מציין את הפרשנות של הפלסטינים, ולא רק שלהם, למהלך ההתנתקות. לשאלה המשפטית של המהלך אין חשיבות רבה. אמנם אני מסכים

שהמשמעות המשפטית של צעד זה מוגבלת, אבל בראייה הפוליטית של הפלסטינים הפרשנות שלהם היא החשובה, ולא הפן המשפטי. בראייה הפוליטית הפלסטינית, יש תמיכה אמריקנית בשני קווים של ההסדר העולמי בקנה אחד עם העמדות הישראליות: אי-מתן זכות שיבה לפליטים והתחשבות במצב ההתיישבות היהודית בשטח בקביעת גבולות הסדר הקבע.

יתר על כן: תמיכה זו היא מנוף לישראל להשיג השלמה של העולם עם גדר ההפרדה. משמעות הגדר כפולה ומכופלת: ראשית, רעיון ההפרדה מאיים על הפלסטינים, משום שהפרדה היא מכשלה עצומה ליכולתם להפעיל טרור באפקטיביות נגד יעדים ישראליים אזוריים. הפלסטינים אינם רוצים גרילה, מלחמה נגד צבא, אלא הם רוצים טרור, פגיעה ביעדים אזוריים, וההפרדה מקשה עליהם לממש את תכניותיהם. שנית, רעיון ההפרדה, ההפרדות, ההתנתקות, הוא החשש הנורא של הפלסטינים המצדדים בטרור ונוקטים אותו. מנהיגים פלסטיניים אחרים, דוגמת אבר-מאזן ומוחמד דחלאן, רואים בהפרדה גם יתרונות לפלסטינים, ואילו החמאס וועדות ההתנגדות העממית והג'האד האסלאמי וערפאת ותומכיהם מבחוזן, כמו חזבאללה וסוריה ואירן, רואים בהפרדה איום אסטרטגי ממעלה ראשונה. לחרדתם הרבה ההפרדה עלולה לחדר אצל יותר ויותר פלסטינים את ההבנה שמערכת הטרור אינה מקדמת אותם אל יעדיהם הלאומיים, אלא להפך – מרחיקה אותם מהם. הבנה מפוכחת זו עלולה להחליש את כושר העמידה של החברה הפלסטינית, לפי הגדרתו לעיל של כושר זה.

הממד השני: הלגיטימציה של דרכי הפעולה. בקרב חשוב זה אינני מאמין שנגיע להכרעה, ומכל מקום, הלגיטימציה חיונית אפילו לטרור, ובלעדיה אין לו קיום. הלגיטימציה הנחוצה לטרור איננה פורמלית, כי הרי אין איש או גורם בעולם שייתן לו אותה, אלא היא לגיטימציה א-פורמלית. לגיטימציה בלתי-פורמלית בדעת הקהל תינתן למערכה אלימה שתיתפס כ'מאבק לאומי' או כ'לחימה לחירות' או כ'מלחמת עצמאות' ודומותיהן; ובאמת, בסופו של דבר, הטרור הוא מערכה גם על טרמינולוגיה. השמות והכינויים של האירועים האלימים מעידים על תפיסות העולם ועל טיבם של הדברים לפי זווית הראייה של המתבונן. הרי בעיני הפלסטינים הם אינם מפעילים נגדנו טרור, אלא מאבק לשחרור לאומי. אדרבה, הם מכנים את פעולותינו נגדם 'טרור'.

על הלגיטימציה לדרכי הפעולה מתנהל קרב עצימות, ובמסגרתו גם קרב צדדי בשאלת הסיכול הממוקד – מותר או אסור. הוויכוח המשפטי והמוסרי בשאלה זו טבעי, אך השאלה כבר הוכרעה מבחינה פוליטית. כאמור, הקרב על הלגיטימציה של הטרור בעיצומו, והוא רחוק מלהיות

מוכרע. רגע האמת שלו היה בזמן ממשלת אבו-מאזן, שלא נתן לגיטימציה לטרור, ורגע השיא שלו היה התבטאותו הפומבית של אבו-מאזן בפסגה בעקבה, 'ישראל סובלת מטרור ואלימות'. היה זה שיאו של הקרב על הטרמינולוגיה: אמנם אבו-מאזן לא הסכים לגנות את הטרור בפה מלא, אך היה מוכן לומר 'ישראל סובלת מטרור ואלימות'. במחנה הפלסטיני ניטשו קרבות אדירים על משפט זה. איך יכול להיות שאבו-מאזן יודה שישראל סובלת מטרור? הרי באמירתו זו אמר במשתמע שהפלסטינים נוקטים נגדה טרור. אין שום פלסטיני או ערבי – גם לא המצרים, ידידינו הטובים, וגם לא הירדנים, המחויבים לשלום – האומרים זאת בריש גלי, והנה אבו-מאזן מהין להגדיר את הפעולות האלימות של הפלסטינים 'טרור'.

נאווה בן אור: האם אין הבדל בין הראייה הרשמית של המצרים לבין הראייה שלהם מאחורי הקלעים?

יוסי קופרווסר: המצרים אינם מכנים את הפעילות הפלסטינית בשם 'טרור'. אחרי קרב קשה מאוד בביתו פנימה התייצב אבו-מאזן בעקבה ואמר 'הישראלים סובלים מטרור ואלימות'. באמירתו זו הוא קנה את לבו של הנשיא בוש וחתם את גזר הדין שלו עצמו. גדולה ותבוסה באִבחת אמירה אחת. אמנם הוא נשאר בחיים הפיזיים, אבל לא בחיים הפוליטיים.

אם כן, על הלגיטימציה המלחמה ניטשת. גם אם אין לטרור הפלסטיני לגיטימציה פורמלית, יש לו לגיטימציה אפורמלית, ולא רק בצד הפלסטיני, אלא גם באירופה. לעומת זאת בוש סבור שאין לכנות את המתאבדים 'מחבלים מתאבדים' (suicide bombers), אלא 'רוצחים מתפוצצים' (homicide bombers). השאלה היא מה הטרמינולוגיה הנכונה, ועל כך ניטש כאמור קרב עצום.

ברחוב הפלסטיני מידת הלגיטימציה לטרור הזו עצומה. והיא, למרבה הפרדוקס, דווקא עולה בקנה אחד עם דבריי הקודמים בדבר הבנתם של הפלסטינים שהטרור איננו מקדם אותם ליעדיהם. הרוב המכריע של הרחוב הפלסטיני חושב שביצוע פיגועים נגד ישראלים הוא מעשה נעלה. בכל חדר כיתה יש פוסטרים של המתאבדים, ו'לאורם' הילדים הפלסטינים לומדים. לכל ילד פלסטיני יש מחברת שבה הוא מצייר ציורים של מתאבדים ומקשט אותם ומסביר לעצמו כמה היה רוצה להיות שהיד בעצמו. מבחינתו, אין דרך קלה וחשובה לשוות ערך לחייו מאשר לבצע פעולת התאבדות.

בעימות האלים בינינו לבין הפלסטינים נוכחות שתי זירות שאני ספקן באשר להכרעה בהן: זירת העימות על הלגיטימציה של ההנהגות וזירת

העימות על ה'סיפור' (שלנו ושלם). אלה הממדים השלישי והרביעי של הלחימה בטרור.

הממד השלישי: זירת העימות על הלגיטימציה של ההנהגות. בזירה זו מתנהל עימות קשה; ערפאת מוגדר בלשכת ראש הממשלה שרון 'בלתי-רלוונטי', ובה בעת כל המהלכים של הפלסטינים נועדו לערער את הלגיטימציה של שרון. כך למשל, דמותו של שרון מככבת בקריקטורות הערביות כזולל ילדים לתיאבון, ודמם ניגר לו משני צדי פיו.

ואולם יש לציין שהלגיטימציה של ערפאת גם בקרב הפלסטינים היא בשפל המדרגה. אין שום פלסטיני החושב באמת שטוב לפלסטינים שיש להם מנהיג בשם ערפאת. כל הפלסטינים היו שמחים אילו זו הצדה בכבוד. הם מעריצים אותו ואוהבים אותו בעבור מה שהוא מייצג, אבל איש מהם אינו מייחס לו תבונה פוליטית. תקוותם היא שהוא יזוז הצדה ויניח להם לנהל את העניינים כראות עיניהם, בלי לפגוע בו ובלי להתעמת אתו כאב המייסד. הואיל ואין איש הנמצא שם בעמדת עימות שווה לו (אפילו ירצו מנהיגים פלסטינים אחרים, בעיקר בני דור הביניים, להתעמת עם ערפאת, הם אינם מסוגלים לעשות זאת), הוא צריך לקבל את ההחלטה בעצמו. משום כך רבה מאוד חשיבותו של הלחץ הבינלאומי על ערפאת. התקווה הבינלאומית והאזורית היא שערפאת יזוז ממקומו כאיש אקזוטיבי וייוותר מעין סמל לאומי. כדי לממש את התקווה הזו מופעל עליו לחץ בין-לאומי ואזורי, ובינתיים ללא הועיל. אמנם על הלגיטימציה הפנימית ועל הלגיטימציה הבינלאומית לערפאת מתנהלת מערכה קשה מאוד, אך אינני רואה את ערפאת מוותר על מעמדו הביצועי. מן המעט הידוע לי עליו אוכל לומר שהוא אינו ותרן. להפך: מעמדו במערכת הפלסטינית והבינלאומית, אין חשוב ממנו מבחינתו.

הממד הרביעי: זירת העימות על ה'סיפור'. זהו הקרב על הסיפור הבסיסי. הסיפור הבסיסי שהפלסטינים מספרים לעצמם ובעיקר לעולם הוא סיפור הקרבנות שלהם הקשורה לאירועי 'הנפכה' ב-1948, וביתר שאת לאירועי 1967. מבין שתי התקופות ההיסטוריות, נוח לפלסטינים 'לייצא' את הסיפור שלהם על סמך אירועי 1967 יותר מאשר לייצא אותו על סמך אירועי 1948. נרטיב זה גם קשור להרגשת הקיפוח והעושה הבסיסית של המוסלמים שציינתי בתחילת דבריי.

רבים מן המהלכים של הפלסטינים נועדו למעשה לחזק את הסיפור הזה. זה ההסבר למהלכים הלא-רציונליים שלהם המקשים לכאורה עליהם את

חייהם שלהם. הרי אין היגיון בתקיפות שלהם על מחסום ארז או בהתעקשות שלהם להקשות את הפעלתו של מעבר קרני. אלה פיות החמצן שמהם ניוונה עזה, ודווקא הם יעדים קבועים לתקיפה. מה עומד בשורש הדבר? פשוט מאוד: ככל שיהיה לנו רע, כך יהיה לנו עולם טוב. אין פירוש הדבר שהעולם יהיה מקום טוב יותר, אלא שאפשר יהיה לארגן את העולם 'נכון' יותר מבחינתם, כי לעולם שכזה קל 'למכור' את סיפור הקרבנות. ואכן היכולת שלהם לייצא את סיפורם מדהימה. כל פלסטיני שאתה מקרב מיקרופון לפיו אומר ללא שהות וללא היסוס ובטבעיות גמורה ובמידת שכנוע עצמי עמוק: occupation, occupation (כיבוש, כיבוש). באופן זה הטיעון נשמע משכנע מאוד. לנו יש 'סיפור' בעייתי מאוד, סיפור האי-ודאות של המצב הנתון, ולכן נוח לפלסטינים לספר את סיפור 'הכיבוש והקרבנות' שלהם כרצונם ולפי האינטרסים שלהם. הלוא איננו יודעים ידיעה חלוטה אילו גבולות או איזה הסדר אנו רוצים. יתר על כן: יש מקרים רבים, אולי רבים מדי, כגון התעללות ושימוש לרעה בכוח, שהפלסטינים נאחזים בהם כדי לספר את סיפור הכיבוש והקרבנות שלהם. כל מקרה כזה מועצם מיד, ולצדדי הרב מקרים אלו פוגעים בנו פגיעה עצומה מבחינת המוסר, התקשורת, התרמית הפנימית והחיצונית וכו'. גם כליאתו של ערפאת היא הקרבנות האולטימטיבית; נוח לו מאוד במצבו זה במוקאטעה, כי הוא הופך לקדוש מעונה.

העניין הוא שאנו משחקים בקלפים הפוכים ובשולחנות משחק נפרדים. הדבר מזכיר לי פגישה עם בריטי שרצה לצלם סרט על העימות הישראלי-פלסטיני. הוא התייעץ אתי בקשר לתסריט, ואמרתי לו שכדאי לצלם שחקן פלסטיני ושחקן ישראלי משחקים שחמט זה מול זה, ולאחר זמן המצלמה המתרחקת תגלה שהם בעצם משחקים בשני שולחנות נפרדים. ובאמת, לא רק כלי המשחק של הצדדים שונים, אלא גם כללי המשחק ואפילו שולחנות המשחק: אנו מפעילים כוח כי לפי תפיסת העולם שלנו, הפעלת כוח מקדמת אותנו אל עבר מטרותינו, ואילו הפלסטינים, ככל שאתה מפעיל נגדם כוח גדול, כך אתה משרת את עניינם לטובתם. יש פה אפוא אי-התאמה בסיסית בסיפורים. אנו חושבים, לפחות חשבנו כך בהתחלה, במונחי מלחמות ישנות. חשבנו שנכה את הטרור שוק על ירך ונוכל לו בזמן קצר. ואולם עמיתי מכירים אותי בזכות שתי אמרות על המלחמה הזאת: 'תהיה מלחמה' ו'המלחמה הזאת תימשך שש שנים'. עמיתי צחקו לי: מה אתה מפחיד אותנו? תפסיק עם השטויות האלה. היום כולם אומרים לי: קופר, אתה אופטימי לאללה. מדוע הם אומרים זאת? כי בכל רגע נתון יש 300 מחבלים פעילים ביהודה ושומרון, ולא משנה כמה מהם אתה הורג וכמה מהם אתה תופס: את מקומם של הנהרגים או הנתפסים תופסים מיד מחבלים אחרים. אמנם

הפעולות שלנו מצילות חיים בטווח המייד, אבל הן אינן משנות את העובדה התקפה שבכל רגע נתון יש 300 מחבלים, והם (אפילו פחות מהם) כל מה שצריך כדי לקיים טרור מתמיד. אין שום אפשרות לחסל או לעצור את כולם. ההכרעה אפוא לא תבוא מן הלחימה בטרור. ההכרעה תבוא ממערכות אחרות.

לסיום, אמנם חלפו ארבע שנים במלחמה הארוכה הזאת שסופה מי ישורנו, אבל לדעתי התקדמנו לקראת סיומה. מלבד זאת השתפרנו בהרבה בלחימה בטרור ובכל ארבעת הממדים האחרים: כושר העמידה של החברה הפלסטינית, הלגיטימציה של דרכי הפעולה, הלגיטימציה של ההנהגות והעימות על ה'סיפור'.

דיון

דוד ויצטום: הערה ראשונה: בספרו העוסק במלחמה בטרור כתב בועז גנור 'אומרים שישראל נכשלה בפיתוח אסטרטגיה למלחמה בטרור'. בשיחה עם אבי דיכטר, ראש השב"כ, הוא השתמש במילה 'נכשלנו' וגם בדבריו בכנס הרצליה – שבע פעמים – בהתכוונו לכך שנכשלנו במלחמה. דבריו הפומביים זכו לתהודה רבה. והנה אנו שומעים גם מפיך שלמרות שיש לנו אפשרויות מגוונות, אנו כנראה נכשלים במלחמה הזאת.

הערה שנייה: אמרת שהחברה המערבית הליברלית אינה מסוגלת להבין את תופעת המחבל המתאבד. אני טוען, בהסתמכות על מחקר, את ההפך: אנו מבינים זאת היטב. בשנים האחרונות מתפתח בחברה המערבית סוג של קנאה ב'ברברי הקנאי', במי שמגשים מאויים מודחקים של החברה הפלורליסטית הליברלית. התפתחות פסיכולוגית זו איננה חדשה; בספרות ובסרטים נכחו ביטויים ויזואליים בעקבות הטרור מגרמניה וממקומות אחרים בעולם. בן-לאדן הוא היום 'גיבור תרבות' בעולם כולו, ובשיחות עם אנשים באירופה מתגלות לא רק הצדקה או לגיטימציה לטרור הפלסטיני בפרט או האסלאמי בכלל, אלא גם מעין הערצה ופולחן בלתי-מוסתרים. הדברים מתרחשים גם באינטרנט: יש אתרים רבים המהללים את הטרור ועורכים לו הסברה עולמית. כך יוצא שהתרבות המערבית – שמבחינה פורמלית ופומבית, משפטית ומדינית, נלחמת בבן-לאדן לכלותו – רואה בו באופן פרדוקסי גיבור. סרטו החדש של האמריקני מייקל מור *September 11* הוא ביטוי לשחרור חלק מן החברה המערבית מן התפיסות המסורתיות שלה ופנייה אל 'הפרא האציל'. הנה כי כן, התרבות המערבית לא רק מסוגלת להבין את הטרור, אלא היא אף כמהה לו במעין פרדוקס נפשי משונה.

שניות זו היא אחת מן השניות של האדם המערבי. שניות אחרת לדוגמה היא של העיתונאים, אנשי התקשורת: העיתונאים המספרים את סיפור הטרור והמעבירים אותו למיליארדי בני אדם ברחבי העולם, הם בעצמם קרועים בין הערצה לאדם המספק להם את הסיפורים המרהיבים ביותר מבחינה תקשורתית, ה'נותן להם את הסיפור היפה והטוב ביותר שאפשר להעלות על הדעת', לבין האמרות הפורמליות והיבשושיות של הדוברים הממשלתיים המייצגים את הלוחמים בטרור.

סיגל גולן-עתיר: אמרת שאחת הלגיטימציות המרכזיות של הטרור היא הכבוד האבוד של המוסלמים, שהם מבקשים להשיבו לחיקם במחיר הקרבה גדולה עד כדי הקרבת החיים עצמם. עוד אמרת שאנו כחברה מערבית,

המציבה את ערך האושר והעושר בחיים האלה, מתקשים להבין זאת. האם אין מחקרים המראים קשר הפוך: מצב כלכלי טוב וירידה בטרור? אם לא, המצב מייאש למדי.

אסא כשר: אנסה להסיק מסקנה מאחת ההערות האחרונות שלך. אם הטרור זקוק ל-300 מחבלים כל הזמן, ויש לו 300 מחבלים כל הזמן, אולי לא משנה כלל מה אנו עושים נגדו? בוודאי, סיכול הפיגועים חשוב כדי להגן על עצמנו בטווח המידי, אבל ההצהרות שמצהירים באוזנינו שהעלאת רמת הביטחון בטווח קצר היא 'כדי לייבש את הביצה', כדי להעלות את רמת הביטחון בטווח ארוך, הן הצהרות חלולות, מפני שאם כל מה שצריך הוא 300 מחבלים, והם לעולם נמצא, אין שום חשיבות למעשים שנעשה ולפעולות שנפעל. על הביצה לא נשפיע, כי הביצה היא בסך הכול 300 מחבלים.

אפרים הלוי: אני מסכים עם יוסי קופרווסר בחלק מן הדברים, אך בנקודה אחת אנו חייבים להיות כנים עם עצמנו. תכנית ההתנתקות נולדה על רקע מסוים; לא על רקע הצלחה ישראלית או ניצחון ישראלי, אלא על רקע מציאות אחרת לחלוטין – מצוקה ישראלית קשה. לפני חודשים מספר היינו במציאות קשה ביותר, ויכולנו להיות כנים עם עצמנו ולהודות שתכנית ההתנתקות היא תוצאה של הצלחה של הפלסטינים לגרום לנו לעשות מעשה שלא רצינו לעשותו וגם לא העלינו על דעתנו שנעשה. אנו חייבים להיות הגונים עם עצמנו ולא לתאר את המהלכים משל היו מעין סיעור מוחין פורה שהוליד תכנית חכמה שלא הייתה כדוגמתה. הלוא אם הייתה תכנית כזאת בפוטנציאל החשיבה שלנו, למה לא נולדה לפני שלוש שנים? האם רק ברגע המסוים הוא זרחה התבונה האלוהית על פני האנושות והביאה אותנו לאן שהביאה? חייבים לומר זאת ולהודות על האמת. הגם שאני מסכים אתך בנקודות רבות בדברך, קופרווסר, מוכרחים להודות שהיו לנו אי אילו כשלים ניכרים עד שהחלטנו על תכנית ההתנתקות, שטרם ביצענו אותה, ועוד נראה מה יקרה כשהיא תבצע. אתייחס לעניין נוסף – לאין אונים של הפלסטינים ביחס לערפאת. אמרת שרוב הפלסטינים אינם אוהדים את ערפאת, אבל לא יעשו שום דבר בניגוד לצונו ולא יורידו אותו בכבוד מבמת העשייה. אני רוצה להזכיר שברגע מסוים הם אכן עשו מעשה: מינויו של אבו־מאזן לראש ממשלה היה מהלך נגד ערפאת. ערפאת לא הסכים לכינונו של תפקיד ראש ממשלה ברשות הפלסטינית. הוא אמר שיהיה ראש ממשלה רק אחרי שתהיה עצמאות לפלסטין. מינוי ראש ממשלה נכפה עליו. במספר החודשים שאבו־מאזן כיהן כראש הממשלה אכן התהוותה מסה קריטית שהייתה יכולה לחולל שינוי

כלשהו, אך לא נדע זאת לעולם. כאשר עמד אבו־מאזן בפסגת עקבה ליד מנהיגי ישראל וארצות הברית, הוא היה ראש ממשלה בניגוד לרצונו של ערפאת, והוא קיבץ סביבו כוח פוליטי גדול: רוב במועצה המחוקקת הפלסטינית. ושאר התולדות הלוא הן כתובות בדברי ימי האזור.

דני סטטמן: פתחת את דבריך בעניין 'הכבוד האסלאמי' כהסבר הראשון למניעי הטרור. ואולם מה הכבוד מסביר? הרי אבדן הכבוד אינו מחייב מחבלים מתאבדים. כאשר ערפאת מדבר על מיליון שהידים, הוא מתכוון למיליון הרוגים שהידים מהפצצות ישראל. לשון אחר, הוא מדבר על נכונות עקרונית למות למען המטרה. העיראקים, למשל, מעניקים 25 אלף דולר למשפחה שבנה מת תוך כדי התאבדות מכוונת, ורק 15 אלף דולר למי שמת 'סתם' בקרב.

בניגוד למחשבה המקובלת שמטרת האנתיפאדה הפלסטינית היא פוליטית, קרי מדינה לפלסטינים, 'הכבוד' הוא כיוון הסבר אחר לחלוטין, ובמידה מסוימת הוא קושר את האלימות ואת הטרור ליעדים לא־רציונליים כגון נקמה. לעתים קרובות נקמה איננה רציונלית, משום שהיא מזיקה לנוקם ולסביבתו הקרובה.

המניע 'השבת הכבוד האבוד' אינו בגדר חישובים רציונליים (עלות-תועלת), והוא אינו בגדר חישובים אסטרטגיים (אלימות לשם השגת מטרה). סיפר עמי איילון, לשעבר ראש השב"כ, שבכינוס בלונדון הוא נפגש עם כמה פלסטינים, ובאחת ההפסקות אמר לו אחד מהם 'אנו מנצחים אתכם'. איילון היה המום: אתם מנצחים אותנו?! השיב לו הפלסטיני: סוף סוף אנו מכים בכם, וזה מה שאנו רוצים. לנוכח זאת הכבוד האסלאמי האבוד מסביר את תכלית האנתיפאדה: לא מטרה פוליטית, אלא פשוט השבת הכבוד. הפלסטינים מרגישים נחותים וגזולים ועשוקים, ובכך שיכו בנו ישיגו מעין איזון.

עד כאן ברור, ואולם בהמשך דיברת על האלימות כעל סוג של מטרה. השאלה היא איך אתה מחבר את שני הכיוונים האלה. אם כל העימות מתחולל מחמת הכבוד האסלאמי הגזול, כי אז העניין העיקרי של ישראל צריך להיות להשיב למוסלמים את כבודם, ולא להשיב להם מלחמה שיערה. ייתכן אפוא שעלינו להתאפק חודש-חודשיים ולא להגיב על אירועי האלימות נגדנו, ואחר כך 'להיות נחמדים', 'להשפיל את עצמנו', כלשון הגשש החיזור, ובכך יבואו הפלסטינים על סיפוקם: הם יקבלו את הכבוד האבוד שלהם.

עדנה אולמן-מרגלית: שאלה בתחום החיזוי: הצגת תחזית לעתיד לקרות, והשאלה היא אם יש לך הערכה מה יקרה כשערפאת יסתלק מן הזירה. אינני

יודעת אם אתה יכול להעריך מתי יקרה הדבר, אבל הרי בסופו של דבר זה יקרה בדרך טבעית או לא טבעית; אולי בעוד שש שנים.

אתייחס להלן לשש נקודות שהן ספק שאלות ספק הערות.

נקודה ראשונה: היום הכבוד אצל הערכים ונכונותם להקרבה מובנים מאליהם, אך לא תמיד כך היה. הנה תזכורת: כאשר הטרוריסט היפני קוזו אוקמוטו ביצע ב־1972 את פעולת הטרור בשדה התעופה בן־גוריון, אמרו: 'רק יפני יכול לעשות דבר כזה; למזלנו, האויבים שלנו הם הערכים'.

נקודה שנייה: אני רוצה שנוזכר עד כמה העולם השתנה, והם השתנו, ואנו השתנינו. אמנם היום מובן מאליו שטרור הוא מה שהערכים יודעים ורוצים לעשות, אבל עלינו לתהות מה היה חלקנו בשינוי הזה. מה הבאנו אנו על עצמנו? כמובן, אנו רק חלק מזירה עולמית, אבל יש לברר עד כמה אנו אחראים לאלימות של הפלסטינים.

נקודה שלישית: אמרת שהבעיה שלנו היא איך להפוך את העימות הלא קונבנציונלי לעימות קונבנציונלי. איך קושי זה עולה בקנה אחד עם דרך אחרת להציג את הבעיה העיקרית שלנו: איך למנוע את הפיכתו של עימות לאומי לעימות דתי? אולי כבר עברנו את נקודת האלפא בתרומתנו להפיכת הסכסוך לסכסוך דתי, ואם אמנם כך, כי אז העימות בין היהדות 'הקטנה' לבין האסלאם 'הגדול' הוא אסון גדול בהרבה מכל עימות אפשרי העלול להיות לנו.

נקודה רביעית: האמירה האופטימית ביותר שלך, לפי דעתי, הייתה שאתה חושב שלמרות הסקרים הרוב בחברה הפלסטינית אינו חושב שהטרור מקדם אותם ליעדיהם. אינני יודעת איך מגיעים למסקנה הזאת, אבל אני רוצה להאמין בכך. בהינתן זאת, האם אין בכך פתח, סדק, שדרכו נוכל לחזק את אותם אלמנטים בחברה הפלסטינית המבינים שהטרור אינו משרת את האינטרסים שלהם? אולי בדרך הזאת נוכל גם לנסות להפחית את הלגיטימציה של הטרור? הרי אנו רוצים שהחברה הפלסטינית תוקיע ותקיא את הטרוריסטים, וכיום היא איננה עושה לא את זה ולא את זה. כל אם פלסטינית גאה בבנה שהיך, לפחות כלפי חוץ; אולי היא אינה גאה בו, אלא דואבת ומתאבלת כמו כל אם שכולה נורמלית.

נשאלת אפוא השאלה אם נוכל לגרום להם להוקיע טרוריסטים, בהנחה שאכן הם ממילא מאמינים שהטרור אינו מקדם אותם. אמרת גם שאבו־מאזן ואנשים נוספים ברשות אינם רואים בטרור כלי לגיטימי. האם אין זה תפקידך להפוך ללא הרף ובחזקה על השולחנות הנכונים או בדלתות הנכונות ולומר שוב ושוב שלא המלחמה בטרור היא המעשה הנכון, הגם שבה משקיעים משאבים עצומים, אנושיים ומדיניים וכלכליים?

נקודה חמישית: הצגת לפנינו את המאבק מנקודת הראות של הצד

הפלסטיני, ואני שואלת איך הוא נראה מנקודת מבטנו. נוח לסכם את העימות בציון שתי בעיות: יש כיבוש, ויש טרור. ואולם אין להתעלם מן ההקשר: אם יש ברחוב הפלסטיני לגיטימציה עצומה ומתעצמת לטרור, מה חלקנו בכך? כשאתה טוען שלדידם ככל שהמצב גרוע, כך הוא טוב להם, האם איננו כלואים באותה דינמיקה עצמה: ככל שהפיגוע אכזרי, כך טוב לנו? הרי מבחינת חלק גדול בציבור הישראלי ובתקשורת, הפיגועים הגדולים דווקא 'מצוינים' לנו, כי הם מעצימים את סיפור הקרבנות שלנו. לנוכח הפיגועים אנו שואלים קבל עם ועדה, פנימה והחוצה: מה רוצים מאתנו?! הן בסך הכול, כדבריה של אחת מאימהות הציננות, רצינו עץ לטעת ובית לבנות. ואולם זהו רק הסיפור שאנו אוהבים לספר לעצמנו; הוא איננו הסיפור היום; היום איננו רק עץ נוטעים ובית בונים.

נקודה שישית ואחרונה: מדברייך על גדר ההפרדה אני מסיקה מסקנה כמעט הפוכה מזו שלך. השתמשת בדימוי המים: הטרור ימצא לעצמו אפיק זרימה כמו המים; אם הטרור אינו יכול להתנהל בדרכים הפשוטות, הוא ימצא לעצמו דרכים להתחכם. אני מסכימה לכך; ואולם היא הנותנת: הרי מה אנו עושים באמצעות גדר ההפרדה? אנו מונעים מהם את הדרך הפשוטה, להגיע אלינו בדרך הפשוטה. והנה בכך אנו מביאים על עצמנו את הרקטות.

מה אפוא החכמה הגדולה כאן? לשם מה נשפכים הביליונים על בניית הגדר? ובכן, הביליונים יישפכו ישירות על בניית גדר ההפרדה, ובעקיפין – לטובת הרקטות, שרק יתמהמהו כמה חודשים, אבל לצערנו בוא יבואו.

ציינת ששלושה חודשים לא היה טרור בזכות הגדר. ואולם הרי הגדר טרם הושלמה, ואי־אפשר לייחס את עצירת הטרור או את הפחתתו לגדר.

יוסי קופרווסר: מה שמיוחס לגדר, ובצדק, הוא היותה קושי לייצא טרור מן השומרון. רוב הטרור יצא מן השומרון, והוא יוצא משם גם היום, אבל הגדר מקשה זאת.

עדנה אולמן-מרגלית: מה שמקשה על הטרוריסטים הוא שילוב החימוש העדין והמודיעין המצויין.

אותם שישים מחבלים שנתפסו לא נעצרו בגדר.

דוד קרצ'מר: אני שמח מאוד על דבריו של אפרים הלוי. גם אני חשבתי לומר אותם דברים, והנה יש לי אילן גדול להיתלות בו. עם כל הכבוד, לא מתקבל על הדעת הטיעון לייחס לאויבי תמימות וטיפשות בעניין תכנית ההתנתקות.

התהליך היה מובן ופשוט: הפלסטינים שמעו ראש ממשלה ישראלי מצהיר השכם והערב שהיישובים יישארו על מכונם לנצח; הטרור התחזק; וראש הממשלה הישראלי פנה תפנית חדה והודיע על תכנית ההתנתקות. זה סדר הדברים, והוא נתפס בטבעיות כסיבה ומסוכב. אין שום טעם בטיעון הפגום שאין שום קשר בין הטרור המתחזק לבין ההתנתקות ושהפלסטינים חושבים שהטרור אינו משתלם. כידוע, הם לא תינקות שם.

אני מבין את האילווצים שאתה נתון בהם, ולכן אינני רוצה לבקש ממך להתייחס לנושאים הפוליטיים; אבל אני שואל אם יציאתה של ישראל מלבנון כתוצאה מטרור תרמה להנעת האנתיפאדה הזאת. אני מצהיר על עמדותי ברורות: מלכתחילה לא צריך היה להקים את היישובים בשטחי 1967; היינו צריכים לצאת משם לפני 37 שנה. הוא הדין באשר ללבנון; היינו צריכים לצאת גם משם מזמן. בכל זאת יצאנו מלבנון בלי הסכם ובאופן חד-צדדי, ואני יודע כיצד התפרש הדבר בצד השני.

אביעזר יערי: אתעכב על שלוש נקודות:

הנקודה הראשונה: אוסיף לשאלתו של אפרים הלוי בעניין דברייך על הטרור. לא דייקת בסוגיית ההתנתקות, מכיוון שיש התנתקות חד-צדדית ויש התנתקות בהסכם. ההתנתקות הנדונה כיום היא חד-צדדית, ובתור שכזו היא מעוררת את הקשיים שאפרים הלוי ציין.

הנקודה השנייה: הנה סיפור קצר. בתחילת שנות התשעים הגיעה לכאן משלחת של תנועת השלום המצרית בראשותו של לוטפי חולי. בארוחת צהריים אחת התעורר עמו ויכוח, ובנקודה מסוימת איבד את סבלנותו הדיפלומטית ואמר: 'תזכרו תמיד שישראל היא קוץ בגופו של העולם הערבי'. למה אני מציין זאת? כי אינני מאמין שיש מוסלמי או ערבי שאינו רוצה שמדינת ישראל תיעלם. אלא מה – ואמרת זאת בעצמך – העולם הערבי הכיר במציאות קיומה של ישראל ושעליו להשלים עמה לטובתו שלו. השאלה היא אם לצורך ההשלמה עם ישראל יש סיכוי סביר שערפאת או ההנהגה הפלסטינית יסכימו לקבל הצעה כגון הצעת קלינטון.

הנקודה השלישית: יש לי רושם שבהגדרת הטרור לא הבחנת די בין שלושה סוגי טרור: טרור הנתמך על ידי אוכלוסייה, בייחוד אוכלוסייה לאומית; טרור הנתמך על ידי מדינה, כמו הטרור של החזבאללה; וטרור הנתמך באידאולוגיה כוללת, כגון הטרור של בן-לאדן. שני הראשונים ממוקדים במטרות מוגדרות. לא כן בן-לאדן: הוא מבקש לקיים את הג'האד בזירה הכלל-עולמית. בצדק אתה אומר שכבר לא משנה איך נלחמים בטרור מן הסוג הראשון, כי להתגברות עליו נחוץ סוג אחר של לחימה. למעשה, לכל

אחד ואחד מסוגי הטרור נחוצות דרכי התמודדות אחרות. אני מסכים לחלוטין לדבריו של ביל קלינטון שהטעות הגדולה ביחס לעיראק הייתה החמצת המטרה העיקרית. המטרה העיקרית של האמריקנים הייתה לחימה בטרור, ובמקום זאת בחרו לפלוש לעיראק ולהילחם בה ובמשטרה.

הטרור או ההתקוממות של הפלסטינים שונה מסוגי טרור אחרים בכך שהוא ננקט מצד אוכלוסייה לאומית נלחמת. השאלה איננה רק איך מפחיתים את רמת הטרור מבחינה צבאית, אלא איך יוצרים דברים דומים לנסיבת הדברים שהביאה את נשיא מצרים, אנואר סאדאת, לירושלים. לשון אחר: איך אנו גורמים לפלסטינים להסיק מסקנה מעשית שעליהם לקבל את המציאות, להתמודד אתה ולמצוא לה פתרון?

אני שואל את דעתך על הצעת קלינטון, מכיוון שאתה חופשי להשיב על כך, בהיעדר מגבלה פוליטית. בסביבות קלינטון כבר אמרו שבסוג כזה של טרור של אוכלוסייה פלסטינית נגד אוכלוסייה יהודית, הפתרון הוא בסופו של דבר מדיני. טרור של שודדים אפשר לחסל, אבל לא טרור כזה.

עירית קהאן: עדנה אולמן־מרגלית כבר אמרה את רוב הדברים שרציתי לומר. הבנתי שאנו מצליחים בלחימה בטרור בטווח הקצר, בהצגת הישגים לרגע. מה הן וכמה הן החשיבה והעשייה המושקעות בלחימה בטרור בטווח הארוך? בשאלה זו מתגבשות כל השאלות שאני שואלת אותך.

הילי מודריק-אבן-חן: בעניין הניסיון להפוך את העימות הלא-קונבנציונלי לעימות קונבנציונלי – עד כמה הדבר אפשרי כאשר הקטגוריות אינן ברורות וכאשר ההבחנות בין אזרחים לבין לוחמים כה מעורפלות? שאלה נוספת היא בהקשר הטקטי: הצגת את הפלסטינים כמכלול מונוליתי ('הפלסטינים') ולא דיברת על פלגים או על טרוריסטים לעומת פלסטינים אחרים. מבחינה מבצעית, עד כמה ניסיתם להבחין בין הטרוריסטים לבין האזרחים המסייעים לטרור? והאם יש מעקב אחר השינויים בפעילותם של האנשים, או שהם 'מסומנים' כמחבלים, וסימון זה תקף לעד?

אפרים הלוי: בהרצאת הפתיחה שלי בפורום זה סקרתי את תהליך ההתייחסות המשתנה של מדינת ישראל לטרור לאורך 37 שנים – מרגע שצה"ל ומערכת הביטחון קיבלו הנחיה להקפיד שהדרג המדיני יהיה חופשי להחליט כל החלטה מדינית שהוא רוצה, ועד היום – כאשר הפסקת הטרור היא הישג אסטרטגי נדרש, וממנו משתמע שאיום הטרור הפך לאיום אסטרטגי.

הטרור כאיום אסטרטגי לא זו בלבד שלא נתפס ככ בשעתו, אלא שגם יש להפנים שצריך לשלם מחיר אסטרטגי כדי להסיר איום אסטרטגי. הווה אומר, אינך משלם מחיר תמורת ויתור מדיני מן הצד השני, אלא תמורת הפסקת הטרור.

אורי דרומי: אני מסכים למה שנאמר. ההגדרה של טרור היא 'פעולה מכוונת נגד אזרחים כדי שיגרמו לשנות את המדיניות או לסגת ממנה'. אני חושב שהפלסטינים הצליחו לעשות זאת.

עדנה אולמן-מרגלית אומרת 'לחפש את הסדק', ואני חושב שיש פרדוקס לוגי בין הצלחת הטרור לבין מעמדה של ישראל: בכך שהטרוריסטים הצליחו, הם הכריחו את מדינת ישראל לעשות צעד המשפר את מעמדה. מה שמתפרש כבריחה או כמעשה של פחד המאלץ את ישראל לצאת מעזה הוא למעשה צעד שהיה עליה לעשות בעצמה וביזמתה כבר לפני 37 שנה. כיום ישראל יוצאת מעזה כשהיא מוגנת בגדר הפרדה ההולכת ונשלמת. גם מבחינה בינ-לאומית ומבחינת יכולת ההגנה שלה, מצבה של ישראל יהיה טוב יותר ממצבה הנוכחי. כלומר הפלסטינים דחקו אותנו לנקוט צעד שהוא בכללו לטובתנו. אמנם ניתוח הדברים הוא לטווח הקצר, אבל אני מחשיב מאוד טווחים קצרים, כי בהם אפשר לחפש מנופים נוספים. בינתיים גם ערפאת מסתלק מן הזירה. ככלל, אינני מאמין בתכנון לטווח ארוך, כי הוא איננו ביכולתנו. על כל פנים, ההישג כביכול של הפלסטינים בטרור דחק אותנו בסופו של דבר לחשוב נכון – לא בהקמת הגדר, אלא בהכרזה על הנכונות לצאת מעזה. אני חושב שהיציאה תפעיל מפולת שלגים, כי אם תהיה יציאה אמיתית מעזה, יופנו העיניים ליהודה ושומרון. לדעתי, תהיה גם תסיסה פנימית שתוציא אותנו גם למקומות אחרים.

אפרים הלוי: העניין הוא שהיינו מנצחים את הטרור, אילו היינו פועלים נכון בלי קשר לטרור, כלומר אילו היינו מבינים שטרור הוא כמו ערפיח. חייתי שלוש שנים בלוס אנג'לס, וכל בוקר הייתי רואה את הערפיח הזה. אמנם אפשר לדלל אותו מעט, אבל הוא קיים. המלחמה הנכונה בטרור היא הבנה שיש 300 מחבלים, ויהיו 300 מחבלים, ויהיו קסאמים, והפלסטינים יקוּזו את דמנו עוד שנים רבות. אילו היינו פועלים על פי שיקול הדעת הנכון ועל פי שיקול הדמוגרפיה, היינו מגיעים לתוצאות טובות בהרבה מן הנוכחיות, ואז הלחימה בטרור הייתה יורדת למקומה הטבעי: הטרדה ותו לא. בטמטומנו העלינו אותו לרמה אסטרטגית.

דן מרידור: אשאל שאלה קשה. האומנם הכבוד (מבחינת העולם האסלאמי) והעושר והאושר (מבחינת העולם המערבי) הם שני קטבים של שני עולמות שונים? האם העם היהודי ועמים אחרים כשהרגישו שמטרתם הלאומית החיונית (לגיטימית או לא) אינה מושגת, לא היו מוכנים לוותר ויתורים עצומים על עושר ואושר בעבור הכבוד הלאומי? 'חירות או מוות' הוא הביטוי הקלאסי לכך: אני מוכן למות אם אינני בן חורין. הווה אומר, אינני משוכנע שהנכונות למות למען מטרות הנתפסות נעלות בעיני המתבונן היא תכונה גנטית ערבית או מוסלמית או אפילו תכונה תרבותית מוסלמית. בהיסטוריה של כל עם ועם תמצא אנשים המוכנים למות למען מטרות נעלות בעיניהם. הקצין הנאצי שנלחם בעבור היטלר והקצין הבריטי שנלחם בעבור צ'רצ'יל, כל אחד ואחד מהם היה משוכנע שהוא נלחם למען מטרה נעלה והיה מוכן למות לשם כך. בכוונה אני מנתק את העיקרון משאלת הצדק ומערב מין בשאינו מינו (נאצים ובריטים).

ישעיהו ליבוביץ ז"ל טען שאומץ לב אינו מוכיח צדק דווקא, שכן לפעמים המטרה הדורשת אומץ לב מזעזעת. אינני טוען שמטרת הפלסטינים מזעזעת, אלא שאנו עורכים הפרדה לאו דווקא נכונה בינם לבין עמים מערביים. אדרבה, כל עם, ואנו נכללים בהגדרה זו, היה מוכן למות למען מה שהוא מביין ככבודו וחירותו. כל עם ועם גם היה מוכן לשלם מחירים כבדים מאוד במונחי אושר אישי וקולקטיבי, כי זה לפעמים המחיר למען המטרה, אם היא צודקת בעינינו ואם לאו. כך היה כאשר כבשו הגרמנים את שטחי הכיבוש של הרייך השלישי, וכך היה כאשר נכבשה גרמניה בידי הבריטים.

ושוב: בכוונה אני מנתק את הטיעון שלי מן הצדק. השאלה מי צודק ומי לא ואם ראוי להרוג ולהיהרג איננה רלוונטית לטיעון זה. מה שרלוונטי הוא שגם בתרבות היהודית יש מטרות שראוי למות למענן: שפיכות דמים, גילוי עריות, עבודה זרה – 'יהרג ובל יעבור'. אם כן, הבעיה איננה נכונות להקריב ולמות למען הכבוד הלאומי, אלא שתרכויות מסוימות מקדשות את ההרג ואת המוות למען מטרות הנראות להן נעלות וחיוניות.

יש חברות מערביות ליברליות שהביעו נכונות להקריב עצמית בקרב אנשים לא־מוסלמים. משום כך ברור שנכונות האדם להקריב את עצמו איננה מעידה עליו בהכרח שהוא מוסלמי. לכבוד האבוד של היהודים, לדוגמה, נוספו עוני מרוד והרגשת הזנחה וניכור, אך אלה לא גרמו למיליארד הודים לבצע פיגועי התאבדות. הווה אומר, אי־אפשר לקבוע כלל שאירועים עוקבים הם בהכרח סיבה ותוצאתה. אולי יש בטרור המתאבדים רכיב תרבותי, אבל הוא איננו

רכיב בלעדי, אלא גם מצב אנושי או מצב לאומי. הייתי ממליץ להימנע מקביעות נחרצות בעניין זה.

בכוונה אינני רוצה להיכנס לוויכוח הפוליטי, לא משום שאני חושש מפניו או מפני שאין לי מה לומר בו, אלא משום שהוא אינו שייך לאמירה שלי לעיל בדבר הצדק. לפעמים חוש הצדק הפנימי של המנוול הגדול ביותר הופך אותו לצדיק הגדול ביותר בעיניו. אינני אומר שהטרוריסטים צודקים או שהם בני השוואה לנו או לעמים אחרים. לכן הבאתי את הרע המוחלט (היטלר) ואת הטוב המוחלט (צ'רצ'יל) במלחמה רגילה. ייתכן שההפצצות על דרוזן במלחמת העולם השנייה היו פשע מלחמה, ובכל זאת אנו מקבלים זאת ואיננו מתקוממים. גם הצדקנו את ה'טרור' של הרשל גרינשפן, שרצח דיפלומט גרמני. הנה כי כן, יש מצבים שכל העם כולו מוכן להשיג יעדים הנתפסים בעיניו כצודקים וכשוברים את כל הכללים.

אמנם הקרבה יש בכל העמים, אבל אני מדבר במיוחד על הרלטיביות של ההקרבה. אמנם אינני רלטיביסט כלל, אבל חשוב להבין, לא להצדיק, את מה שעושה הצד השני. האנשים נוקטים טרור כי הם חושבים שהוא ישיג בעבורם את יעדיהם, ואכן במקרים רבים כך קורה. מי היה ערפאת לפני כשלושים שנה? אלמוני. מי דיבר על מדינה פלסטינית, חוץ מאורי אבנרי בישראל? אף לא אחד, אפילו לא ר"צ; בוודאי לא בארצות הברית. מכל מקום, עלינו לנתק את שאלת הצדק משאלת התועלת. הטרור אינו צודק, אבל, לצערי, לעתים הוא יעיל. נכון, קיבלנו את החלטת החלוקה, ומיד לאחר מכן הייתה ההיסטוריה המוכרת לכולנו. אינני מצדיק איש או מאשים איש, אלא אני מנסה לתאר את ההתפתחות.

אני רוצה לשאול עוד שאלה כבדה בעיניי ולהעיר ארבע הערות. השאלה: בדיונים לפני מבצע חומת מגן הייתי אחד מאלה ששאלו שאלה לא פשוטה שלא נענתה: היה לי ברור שמבצע שתוצאתו, לא הצדקתו, היא הרס התשתית הביטחונית של הרשות הפלסטינית, מונע את קיומו של מנגנון שיילחם אי פעם בטרור ובה בעת יצריך חייל צה"ל בכל סמטה וסמטה כדי למנוע טרור. עוד היה ברור שבסופו של מבצע כזה לא תהיה עוד כתובת מרכזית אחת למשא ומתן ולמלחמה פלסטינית בטרור הפלסטיני. האפקט של 'חומת מגן' היה מצוין בהתחלה, אבל התוצאה היא שאין לנו דרך לנצח במלחמה, כי בצד השני כבר אין פיקוד מרכזי.

ההערה הראשונה: יש בישראל טרור מסוכן מאוד שהצליח אף יותר מן הטרור הערבי: הטרור היהודי, שכבר הרג ראש ממשלה בישראל; מעשה ששום ערבי טרם הצליח להוציא לפועל. אנו נלחמים בטרור היהודי, אנו נלחמים נגדו

כמו כל עם הנקלע לעימות עם טרור פנימי. הגרמנים לחמו בבאדר־מיינהוף, הצרפתים – באקסיון דירקט, והאיטלקים – בכריגדות האדומות, וכך גם אנו נלחמים בטרור הפנימי שלנו, כגון המחתרת היהודית. לארגונים אלו היו ויש כתובות, ולכן הלחימה בטרור הייתה ועודנה יעילה; בסופו של דבר היא הניבה תוצאות.

מנגד, יצרנו בצד הפלסטיני עמימות: איננו יודעים אל מי לפנות שיילחם בטרור הפלסטיני. אינני שואל אם הדבר מוצדק מוסרית, אלא אני אומר שזו התוצאה של 'חומת מגן'. אחרי ככלות הכול, הפלסטינים לחמו נגדנו, ולא נגד הטרור, ולא נותרה לנו בררה אלא ללחום את מלחמתנו בעצמנו.

אינני רוצה לשאול אם אמ"ן העריך שהתוצאה תהיה מחיקת הכתובת המרכזית בצד השני, ושבהיעדרה נילץ אנו לנהל את המלחמה לבדנו לאורך זמן, כי אינני רוצה להיכנס לשאלה המרכזית אם האסטרטגיה שלנו מאפשרת בכלל לנצח את הטרור. הרי הייתה לנו אפשרות לבנות עם אבו־מאזן מערכת יחסים חלופית, ולא עשינו זאת. בכך אני מותח ביקורת דומה לביקורת שמתח אפרים הלוי בדבריו. הוא יודע שאני והוא באותה דעה.

ההערה השנייה: באשר להתנתקות, אפרים הלוי ודוד קרצ'מר בוודאי צודקים בתפיסה הכוללת הן בעניין היציאה מעזה והן בעניין היציאה מלבנון. אינני משוכנע שהמהלך כה הפתיע, כמו שכולם אוהבים להגיד, כי האלטרנטיבה הייתה שחיקה מתמדת של צה"ל, ומחירה אינו יותר נמוך.

יתרה מזאת, אומר טענה לא מקובלת: לדידי, ההתנתקות אינה תוצאה של הטרור; ההתנתקות או גדר ההפרדה או החלוקה קשורות למצב האנומלי שנקלענו אליו, ולפיו לכאורה מסוכן בשבילנו 'לנצח' במלחמה זו נגד הטרור. פירושו של ניצחון הוא שהצד השני יקבל את תביעתנו, יפסיק להילחם בנו ויסכים שנספח אותו אלינו. הוא יגיד: אני מרים ידיים, אתם נשארים ושולטים בכל השטח, ספחו אותנו ותנו לנו זכויות. צא ולמד מכאן שאם הגעת למצב שאסור לך לנצח, אתה מוכרח לשנות את כיוון הפעולה שלך.

הטרור היה מאז ומתמיד, והוא יכול להיות גם מחר, והוא מחייב אותי לעמוד מולו ולהילחם בו עד הסוף. הבעיה שלנו במלחמה נגד הפלסטינים היא שאסור לנו לנצח בה, במובן זה שהם יקבלו את תבוסתם ויאותו להיות חלק מאתנו, נהפוך לדרום אפריקה או למדינה דו־לאומית, ואולי בלי רוב יהודי. זהו סיכון של כל המפעל הציוני. אשר על כן הסיבה להתנתקות החד־צדדית המוסכמת איננה הטרור כלל וכלל, אלא אי־היכולת להמשיך בקו הנוכחי. הלוואי שההתנתקות תעזור לשנות לטובה את המצב, אך אינני יודע אם תעזור ועד כמה.

ההערה השלישית: במציאות הנוכחית גדר ההפרדה מקשה מאוד על

הפלטטינים, כי הגם שהיא נבנית פחות או יותר על הקו הירוק, היא הורסת להם את מקורות הפרנסה. אילו הסכימו הפלטטינים 'לקבל מדינה' בגבולות כלשהם, היינו מקימים סביבה גדר, ואיש לא היה רשאי להגיד לנו ועלינו מילה רעה, כי למרות הנזק החמור יש לגדר היגיון משל עצמה.

כשלעצמה גדר היא ההפרדה הטבעית והנורמלית ביותר בין מדינות. ככלל, מדינות מקימות ביניהן גבולות, וגבולות פירושם גדר. אמנם באירופה ויתרו על גדרות, כי המצב הבינ-מדינתי שם חדש, אך בין מקסיקו לבין ארצות הברית יש גדר לגיטימית לגמרי, כי שתי המדינות רוצות לעצור הגירה בלתי-חוקית.

אמנם הגדר היא תביעה פלסטינית, אך המיקום שלה איננו כזה. הגדר היא גבול המחלק את הארץ, ולכן הם מתנגדים לה. שמעתי היום ברדיו מי שטען שבעולם שבו מפילים חומות (קיימות) אין בונים חומות (חדשות). אלה דברי הבל. מפילים חומות בין שני עמים-ידידים, או לפחות בין עמים-לא-אויבים. מכל מקום, יש להפריד בין רעיון הגדר ברמה העקרונית לבין מקומה ברמה האופרטיבית.

יוסי קופרווסר אמר שהיתרון האדיר של הגדר הוא שהיא מקשה על הפלטטינים לאו דווקא בעימות הפיזי אלא גם בעימות על הלגיטימיות הבינ-לאומית. הבוקר הייתי במחסום ארוז. אנשי התעשייה של ארוז ביקשו ממני לייצג אותם לפני הממשלה, ונסעתי לשם עם עורך דין עמית. בהגיענו למקום הסיע אותנו המג"ד למקום המעבר של הפלטטינים. צריך לראות כדי להאמין: מקום המעבר בנוי ממתקנים רבים – קרוסלות וגדרות – ובתוך המתקן עומדים חיילים מאחורי שקי חול, שכן עשרה חיילים נהרגו שם בהתקפות טרור. מי שרואה את המתקן יודע אל נכון: זהו הגבול הבינ-לאומי ביותר שיש; אין גבול יותר ממנו. אלה שאינם רוצים בגבול הזה מתנגדים לכל גבול ולכל גדר.

ההערה הרביעית: מלבנון מכוונים אלינו כ-12 אלף קטיושות ורקטות המאיימות עלינו מקריית שמונה ועד זיכרון יעקב, וביניהן כל מפרץ חיפה. אמנם אם יתקפו אותנו ישלמו על כך מחיר לא נמוך, אבל גם אנו נסבול, כי ייתכן מאוד שלא נוכל לסיים את העימות בתוך זמן קצר מאוד. מכל מקום, בעימות כזה לא תהיה לנו בעיה של לגיטימציה בין-לאומית. איש לא יטען נגדנו שאנו פועלים לא מהגנה עצמית. לא כך הם פני הדברים בעימות עם הפלטטינים. מבחינת הלגיטימיות הבינ-לאומית יש הבדל של שמים וארץ בין ירי לכיוון אויב אגרסיבי היושב מעבר לגבול ותוקף ראשון לבין ירי לכיוון אנשים שאתה שולט בהם. לעניין זה החזבאללה שונה מן הפלטטינים. מסיבה זו הגדר, אם איננו שולטים בנעשה מעבר לה, נותנת לנו יתרון משמעותי

במאבק על הלגיטימיות: כל מה שמעבר לה איננו בשליטתנו, ועל כן אנו רשאים להגיב לכיטויי אלימות נגדנו משם באמצעות הפעלת נשק לשם הגנה עצמית ולשם הענשת התוקפן. לגדר יש אפוא משמעות רבה לא רק בזירה הפיזית המיידית, אלא גם בזירה המדינית וההסברתית הבין־לאומית. ואדגיש שוב: אינני מדבר על מיקום הגדר, אלא על משמעותה, בין שיהיה הסכם שלום בין שלא.

יוסי קופרווסר: נשאלתי (מפי עו"ד קהאן) בדבר הטווח הקצר לעומת הטווח הארוך: אנו תמיד בטווח הקצר. ההחלטה היא לעולם לגבי מה יקרה מחר או בעוד שבוע או בעוד חצי שנה. בטווח הארוך אין איש היודע באמת מה יהיה, ולכן צריך שיהיה לפחות היגיון בטווח הקצר.

בטווח הקצר ויחסית למלחמה הטוטלית שנכפתה עלינו על ידי הפלסטינים, לא נכון לומר שהם מנצחים. הם גם לא מרגישים כך. הם רחוקים מלהרגיש כך. ההתנתקות היא ביטוי מוחשי עכשווי לכך, אבל גם בהסתכלות ארוכה בכל חמשת ממדי ההתמודדות שציינתי, הם אינם מרגישים שהם מנצחים. אמנם הם אינם מרגישים מנוצחים, אבל הם בפירוש אינם מרגישים מנצחים. לפיכך אני חושב שלא נכשלנו במלחמה בטרור. החזון של גורמי הטרור הפלסטיני בדבר תמונת המציאות שהייתה צריכה להיות כיום, חמור פי מיליון מן המציאות ההווה.

אפרים הלוי: הניצחון הוא הנסיגה הישראלית העתידית. הם רצו שנצא מן השטחים, ואנו יוצאים מן השטחים.

יוסי קופרווסר: דווקא גורמי הטרור הם הרואים בנסיגה הזאת את הסכנה הגדולה. בלית בררה, האם הם לא ינסו להפוך זאת ל'ניצחון'?

אפרים הלוי: תבין: אתה עומד 'להתנדרף', כי לא יכולת לגבור עליהם בשום דרך אחרת. זאת העובדה. אי־אפשר להתעלם מכך. השאלה מה מניע את מנהיגי ישראל לנקוט מהלך כזה היא שאלה פוליטית. יכול להיות שתושג תמיכה אמריקנית, ומכל מקום אוכל לומר מה אנו יכולים לעשות, מה תפקידנו. כדאי שלא נספר לעצמנו סיפורים: לא אנו יצרנו את מציאות ה'איץ־פרטנר', שהייתה הגורם המרכזי לדעתי לתכנית ההתנתקות. מציאות האיץ־פרטנר נוצרה על ידי הפלסטינים עצמם ובכוונת מכוון. זו אסטרטגיה מסודרת ועמוקה של הימנעות מקבלת אחריות מטעם ערפאת. ויש לשים לב: ערפאת אולי הביא זאת עד אבסורד, אבל הוא לא המציא זאת. זו התרבות

הפוליטית של העולם הערבי: אין אחריות, ואין אחריותיות (accountability), כלומר אין מתן דין וחשבון על מעשיך. האמריקנים כינו זאת בחוק שחוקקו נגד הסורים non-accountability. אין שום אחריותיות של השליטים הערבים במדינותיהם, לא כל שכן של ערפאת שאין לו מדינה. ערפאת לקח את רעיון האי-אחריותיות עד הקצה: הוא אינו אחראי לדבר, והוא בכוונה מחזק ומתחזק חוסר אחריות וחוסר אחריותיות של הסובבים אותו.

מי שחושב שלפני 'חומת מגן' הייתה סיבה לצפות שמישהו אחר יילחם בטרור במקומנו אינו אלא מאחז עיניים ומספר סיפור שלא היה ולא נברא, ואפילו משל לא היה. מעולם לא התכוונו הפלסטינים להילחם בטרור. בפיגוע בטייבה ניהל ערפאת מול אחמד יאסין את הפעילות נגד המחבלים. במרס 1997 שחרר ערפאת בכוונה את המחבל אבראהים מקדמי מן הכלא כאיתות ברור לארגוני הטרור שיש להם אור ירוק ממנו להוציא פיגועים לישראל. למה דווקא אותו? כי אבראהים מקדמי היה האדם היחיד שתכנן עם החמאס להרוג את ערפאת. בשחררו אותו אותה ערפאת לחמאס שהכול שפיר מבחינתו. זמן לא רב לאחר מכן היה פיגוע בקפה 'אפרופו'.

דן מרידור: אומר רק זאת: המציאות והמחקר מוכיחים שערפאת אינו רוצה להילחם בטרור. ערפאת נלחם בטרור רק כשהוא נאנס לכך. הוא עשה זאת לא פעם אחת וביעילות רבה מאתנו, למשל ב-16 בדצמבר 2001. אז נשא נאום שבעקבותיו פחת הטרור מ-120 פיגועים בשבוע לשבעים, לארבעים, לעשרים. גרף הפיגועים היורד פסק כאשר 'פלסטיני מסוים' שילם בחייו בחיסול ממוקד מטופש. בנקודה זו נעצרה תנופת הירידה, והגרף זינק בחדות ל-120 פיגועים. חזרנו אפוא לנקודת ההתחלה. אם כן, מדוע ערפאת נלחם בטרור? לא משום אהבתו הרבה לנו, אלא כי הופעל עליו לחץ קשה מנשוא בעולם.

יוסי קופרווסר: ערפאת מחזיק בידיו תמיד שני דגלים: דגל הטרור ודגל המשא ומתן המדיני. ברצותו הוא מניף את האחד, וברצותו הוא מניף את השני, וברצותו הוא מניף את שניהם. הוא עושה זאת בגלל הלחץ הבינלאומי ובגלל אילוצים שונים. באותו דצמבר 2001 שייטה לה האנייה קארין איי בים התיכון, והקפטן של האנייה, עומר אקאווי, שומע ברדיו שערפאת הודיע על הפסקת אש. שאל אקאווי את עצמו מה עליו לעשות באנייה ובתכולתה. חיש קל הבהירו לו שעליו להמשיך להשיט את האנייה אל עזה ולהביא לשם את הנשק.

דן מרידור: השאלה היא מה טוב לנו – ערפאת בעל כוח והשפעה שאפשר

ללחוץ עליו או ערפאת מעוקר מכוחו וללא איש חלופי בעל השפעה דומה לשלו?

יוסי קופרווסר: שאלה מפי פרופ' אולמן-מרגלית אם אפשר להבין משהו אחר בצד הפלסטיני. לדעתי כן, אבל לא במציאות זו, כאשר ערפאת עודנו שם, והוא מתחזק בכוונה מוחלטת מציאות שבה אין שום סיכוי שמישהו יילחם בטרור. בואו לא נשלה את עצמנו: כל זמן שערפאת שם, גם מוחמד דחלאן וגם אבו-מאזן לא יילחמו בטרור. למעשה, איש לא יילחם בטרור כל זמן שערפאת שם, כי הם מבינים שזו כוונתו, זה המסר שלו: לא להילחם בטרור. גם ב-16 בדצמבר 2001 הוא לא נלחם בטרור, אלא רק הנחה את אנשיו בדרכו המיוחדת שלא לבצע פיגועים. 'לחימה בטרור', בטרור במושגים שלנו, איננה הפוגה בפיגועים. אנו מתכוונים למשהו אחר לגמרי.

ב-1996 הוא נלחם בטרור מסיבה פשוטה: באותו זמן תכנן החמאס להרוג אותו, וערפאת פגע בחמאס כדי להגן על עצמו. עובדה היא ששנה לאחר מכן ביקש החמאס מערפאת לשחרר את אבראהים מקדמי, ראש התא הסודי שתכנן להרוג אותו, כדי לאותת לחמאס שהוא רציני במתן האור הירוק לפיגועים נגד ישראל. כאמור, הוא שחרר אותו. מקדמי יצא לכיכר העיר וקרא לבצע פיגועים. למחרת היה הפיגוע באפרופו, ואחר כך במחנה יהודה ואחר כך במדרחוב. כדאי לרענן את זיכרוננו בעניין התרבות הפוליטית הפלסטינית.

עוד שאלה מפי פרופ' אולמן-מרגלית אם אפשר להרתיע את המפגעים. צריך להבחין בין המפגעים מבחינה אישית לבין המפגעים כארגון. באחד הנאומים האחרונים שלו אמר חסן נצראללה: 'הפרט יכול להתאבד, הארגון איננו מתאבד'. לחמאס אין שום כוונה להתאבד. תנועת חמאס במצוקה גדולה מאוד, וככל שמחריפה מצוקתם, כך הם עורכים בעצמם את החשבון של עצמם בשאלה אם יכולים להיווצר תנאים שיאלצו אותם להפחית את כמות הטרור, והראיה: אחרי שתקפו את מפעל קרלסברג באשקלון, הרגנו את אסמעאל אבו-שנב. חיסול זה עורר אותם לחשוב שאולי לא כדאי לירות על אשקלון, ובאמת, מאז הם לא ירו על אשקלון. הם מבינים את כללי המשחק. הם אינם מטורפים. החמאס הוא ארגון קיצוני, אבל לא מטורף. אמנם בתוך שורתיו יש פרטים רבים שבראייתנו הם מטורפים, אך מבחינתם הם רצינונלים לחלוטין.

דוד ויצטום שאל אם יש בחברה המערבית כמיהה לתרבות ההקרבה, אם בן-לאדן הוא 'גיבור תרבות' במערב. בוודאי יש בשולי הבמה המערבית כאלה שהטרור האסלאמי מערער את יציבותם. אולי אני טועה באשר לשוליים, כי

אינני מומחה לחברה המערבית, אך מכל מקום השוליים האלה מסוכנים מאוד, כי החזות וההתנהגות המערביות שלהם מסוות את טיבם הטרוריסטי. בתוכם יש אנשים כמו ריצ'רד ריג, למשל, שהסתיר חומר נפץ בנעליו. האם זו תופעה של החברה המערבית כולה? אני חושב שלא כך הוא הדבר.

סיגל גולן-עתיר שאלה אם יש קשר בין המצב הכלכלי לבין עצמת הטרור. ובכן, הקשר קלוש ביותר. הטרור אינו נובע ממצוקה כלכלית, וכבר הסברתי בדבריי מה מניע אותו. התשובה לשאלה אם כושר העמידה של החברות נובע מכושר העמידה הכלכלית שלהן היא שלילית. מצוקה קשה מאוד או שגשוג כלכלי, אף לא אחד מהם יגרום להם להפסיק את הטרור. עובדה: בקרב המחבלים יש לא מעטים מרקע כלכלי טוב. גם אם נחזק ככל שנחזק את מצבם הכלכלי של ערביי יהודה, שומרון ועזה, בצאתם מבתיהם הם רואים את היישובים היהודיים עם הגגות האדומים, ובכניסתם לישראל הם נוכחים לדעת שהפערים בינם לבינינו עצומים. אשר על כן גם אם נחזק אותם כלכלית, לא נחולל שינוי ניכר באיבתם של אלה שהקנאה ברמת החיים שלנו רק מחריפה את גישתם העוינת ביסודה. כל זה אינו עומד להשתנות.

פרופ' כשר שאל אם התוחלת לניצחון בלחימה בטרור איננה בווקטור אחר, שאינו סילוק 300 המחבלים שדי בהם כדי לקיים טרור. ודאי שהתוחלת איננה בניצחון על 300 המחבלים. ובכל זאת, אמנם לא ננצח את ה-300 האלה, אבל אנו מסוגלים לעורר את ארגוני הטרור לגרד בפדחתם ולחשוב פעם נוספת על הכדאיות של הטרור. ארגוני הטרור אינם פועלים במעין רפלקס מותנה – הם נולדו לפגוע, והם מפגעים – אלא יש להם מדיניות טרור: לפעמים הם מגבירים את קצב הפיגועים, ולפעמים הם מאטים אותו עד עצירה מוחלטת. בתקופת אבר-מאזן הגיע חלקם הגדול של הארגונים להודנה. הווה לומד מכאן שבתנאים מסוימים הם מסוגלים לשקוט ושלא נגזרה עלינו גזרת-עד לחיות על החרב. השאלה היא אם נוכל להבין לעומק מה מניע אותם, ואם נוכל ליצור אצלם תמריצים או איומים שיניעו אותם להשיב על כנה את נכונותם להפסיק את האש. לדעתי, מהלך זה אינו בלתי-אפשרי.

פרופ' סטטמן שאל אם הכבוד והנקמה, ולא חישובים רציונליים בדבר השגת מטרה פוליטית, הם המניעים את הפלסטינים, ואיך עולה הדבר בקנה אחד עם שאיפותיהם הפוליטיות. אין שום מתח בין שני הדברים, כי הם דרים בכפיפת רצון אחת. הם רוצים להשיג את מטרותיהם הפוליטיות יחד עם השגת ההזדכות הנפשית שלהם. אין כאן שום סתירה או פרדוקס. באמצעות ההזדכות הנפשית הם מאמינים שהם ישיגו גם את המטרות הפוליטיות.

דני סטטמן: הדבר אינו מחויב המציאות. כאשר אדם פועל מהרגשת 'קיפחו

אותי, ואני רוצה להעניש את המקפח', החשיבה שלו איננה רציונלית או מצטיינת בגיבוש מגמה בהירה ושקולה. סביר יותר שאדם זה יפעל ללא מחשבה יתרה או אפילו בידיעה ברורה שבמעשהו יזיק לעצמו.

יוסי קופרווסר: זהו בדיוק הסנכרון בין שני הרכיבים. שולחים את הפרט על סמך חשיבה זו. כדי להשיג את מטרותיהם הפוליטיות משלחי המתאבדים שולחים מפגז בעל פלטפורמה רגשית מתאימה: תסכול עמוק בגלל הרגשת קיפוח ועושק. זהו החימוש המנטלי הטוב ביותר לטרוריסט. משתתפים אחדים שאלו כמה שאלות על הכיבוש ועל הקשר שלו לטרור. ובכן, הטרור התחיל לפני הכיבוש. אפילו הפלסטינים מציינים את תחילת הטרור ביום 1 בינואר 1965. אז הייתה פעולת הטרור הפלסטיני הראשונה. כלומר הקשר בין הטרור לבין הכיבוש טעון תיקוף. גם היום, כאשר הם חוגגים את אירועי 'קיץ של חירות' עם ISN ועם גורמים זרים המסייעים להם, הם חוגגים 'קיץ של חירות' לאחר 56 שנות כיבוש. החוויה המעצבת של ההנהגה הפלסטינית היא חוויית הנכבה של 1948, ולא חוויית 1967. אמנם את 1967 רתמו הפלסטינים היטב לענינם הפוליטי, אבל החוויה המעצבת שלהם היא חוויית 1948. בראייתם הכיבוש התחיל כבר שם. אני מציע לכל אחד ואחד מאתנו להיכנס למשרדו של פלסטיני; שם תראו על הקיר את מפת כל פלסטין. אין להם מפה אחרת, כי היא הביטוי הגרפי של השאיפה שלהם – לכבוש את פלסטין.

גם בבתי הספר שלנו – ייתכן מאוד שיש בעיות. באחת ההזדמנויות אף אמרתי שגם בספרות הישראלית יש בעיות. פרופ' אולמן-מרגלית שאלה איך קרה שגם הערבים מתאבדים, ולא רק היפנים, כמו קוזו אוקמוטו בזמנו.

ראשית, מעולם לא אמרתי שהטרור הוא בעיה גנטית של הערבים (כפי שנרמז בדבריו של דן מרידור). שנית, התרחש אצלם תהליך שסופו החלטה פוליטית: מנהיגיהם ניצלו את התסכולים האותנטיים של בני עמם, חיברו את התסכולים לערכים אסלאמיים לכאורה והובילו תהליך של הטרפת האוכלוסייה. שום דבר מזה לא קרה מאליה, אלא מהחלטה של הנהגות במקומות מסוימים בחברה הערבית. אין לטרור שום קשר לגנים. יש עדויות ניצחות לוויכוחים בתוך העולם הערבי, ואין שום מקום לייחס להם התנהגות גנטית. בין הערבים, בנפשו של כל ערבי וערבי, בתוך האסלאם, מתנהל קרב אמתי בין המצדדים בהליכה לכיוון האושר בעולם הזה לבין המצדדים בהליכה לכיוון ההקרבה. אבר-מאזן, למשל, מייצג תזה הפוכה לחלוטין לאידאולוגיית ההקרבה. יש בידינו מודיעין מרתק על אודות הוויכוחים שהיו בינו לבין

יאסין. אבו־מאזן אמר ליאסין שיפסיק כבר את הסבל, ויאסין השיב לו: מה פתאום?!

ההחלטה הפוליטית הזאת הובילה לבניית תודעת המאבק. חשוב ללמוד מה אמרה ההנהגה הפלסטינית לבני העם הפלסטיני מ־1993 עד 2000. היא מעולם לא דיברה אתם על השלום, ותמיד התנגדה לרעיון people to people. כוונתם של המנהיגים הפלסטינים הייתה להמשיך ולבנות את תודעת המאבק בכל אותן שבע שנים. הם לא הרפו ממלאכה זו אף לא לרגע אחד. כבר מנאום הג'האד של ערפאת ביוהנסבורג שבדרום אפריקה נבנתה תודעת המאבק בהתמדה ובשיטתיות.

באשר לשאלה של פרופ' אולמן־מרגלית, איך מחזקים את האלמנטים הפלסטיניים הסבורים שהטרור אינו מועיל להם, התשובה היא שזו משימה כבדת משקל המוטלת בראש ובראשונה על האנשים האלה עצמם. זהו בדיוק רכיב האחריות החסר בתרבות הפוליטית הערבית שציינתי קודם.

צריך לעזור להם בכך, אבל בראש ובראשונה האחריות היא שלהם. ולא – לא יקרה כלום, ולא ישתנה כלום, וגם הדור הזה יחווה את מה שאנו חווים. אנו חוזים כיצד דור הביניים בחברה הפלסטינית הולך לאיבוד: הדור הוותיק (ערפאת וחבורתו), אין לו שום מוכנות לשום ויתור אמתי. מנגד, דור הביניים (מוחמד דחלאן, כדורה פארס, יאסר עבד רבו, מוחמד חורני), מגלה גמישות ונכונות להסדר.

אביעזר יערי שאל אם יש בקרב הפלסטינים מישהו שיסכים לתכנית קלינטון או לתכנית דומה לה. דור הביניים הפלסטיני הולך לאיבוד כי הוא אינו מצליח, למרות מאמציו המסוימים, להשיג לעצמו השפעה פוליטית. אפרים הלוי ציין את נקודת הזמן היחידה שבה התאפשר להם להשפיע: בין ספטמבר 2002 למרס 2003, כאשר התנאים הייחודיים של הכניסה האמריקנית לעיראק יצרו איום כה חמור על ערפאת, עד שהוא היה מוכן למסור להם נכס כלשהו, ובלבד שירדו מן הגב שלו, אך בלי שום כוונה לוותר להם באמת. בתקופת אבו־מאזן החמיצו הפלסטינים המתונים יחסית את ההזדמנות לשנות את המצב.

לתוך המרווח שאזלת היד של דור הביניים הותירה נכנס הדור הצעיר, הקיצוני והבלתי מתפשר, והוא הולך ומתחזק ונושף בעורפו של דור הביניים. זכריא זבירי, נאא'ף אבו־שלח שהלך לעולמו ואחרים הם אנשים קיצוניים המוכנים להמשיך את המאבק ולהעבירו אל תחומי מדינת ישראל. הם גם מותחים ביקורת נוקבת על הפשרנות של דור הביניים ויוצאים נגדו בפומבי. הנה, רק עכשיו סיימו אנשי הדור הצעיר לגבש נייר עמדה קיצוני. אנו חוזרים אפוא לעידן הקיצוני בעמדה הפלסטינית.

מובן שאינני מציע שלא לעזור להם. כבר חזרתי ואמרתי זאת לא אחת: אנו מוכרחים לעזור לדור הביניים, לדבר אתו ולהידבר אתו; אבל עיקר הנטל רובץ עליו. האם לא עשינו די? עשינו. דיברנו ואנו מדברים עם דחלאן כל הזמן. הבעיה היא שאין להסתפק בדיבורים.

גם אין לנו עניין להאשים את אבו־מאזן. אבו מאזן הבין שאילו המשיך בדרכו, היה מאבד את חייו: ערפאת היה הורג אותו. זה מה שהוא אומר בעצמו, והוא צודק; ערפאת היה הורג אותו.

באשר לשאלה של פרופ' קרצ'מר, אם הטרור נתפס בעיני הערבים כמעשה משתלם לנוכח תכנית ההתנתקות והנסיגה מלבנון. התשובה חיובית. הוזכרתי לראשונה בעיתון כאשר עמוס הראל כתב שקמ"ן [קצין מודיעין] מרכז (אני) אמר שנסיגת ישראל בלבנון תוביל לעימות עם הפלסטינים. צר לי לומר זאת: לדעתי, אלמלא היציאה מלבנון לא היינו מגיעים לסוג זה של עימות עם הפלסטינים. הם תפסו את הנסיגה מלבנון כניצחון של חזבאללה על ישראל, והדבר הצית בהם את התעוזה הנדרשת לצאת למסע הטרור והמאבק שאנו עדים לו בשנים האחרונות. קודם לכן הם פחדו.

הנסיגה מעזה היא סיפור אחר, לדעתי. אבל אני מסכים בהחלט שלמרות זאת, הם ירצו לטעון שזה אותו דבר. יכול להיות שבצדק. אינני עוסק כרגע בצדק. אני אומר מה קורה או יקרה בשטח.

הם אינם רואים ביציאה מעזה ניצחון, אלא סכנה גדולה מאוד בעבורם. צריך להבין על מה ניטשת המלחמה. המצרים כבר הבינו זאת: בראיית התומכים בה בקרב הערבים בכלל ובקרב הפלסטינים בפרט, ההתנתקות היא יציאת ישראל מעזה פשיטא. משום כך הם תומכים ביציאת ישראל מעזה. בראייתם של המתנגדים להתנתקות היציאה מעזה תשפר את מצבה של ישראל, כי היא הדרך של ישראל לכונן בינה לבין הפלסטינים מצב ביניים מתמשך שיהיה בעצם סופי וינציח את שליטתה של ישראל בחלקים החשובים לפלסטינים בגדה המערבית. זו משמעות ההתנתקות בראייתם, וממנה הם חוששים.

כינון מצב ביניים מתמשך המאוזכר בשלב השני של מפת הדרכים, 'גבולות לא מוגדרים' כמדומני, הוא המהלך אימים על חלק מן הפלסטינים. הקמת מדינה כזו היא אופציה, ועליה אמר אבו־מאזן שמדינה כזאת הוא אינו רוצה בשום פנים ואופן.

האמריקנים אינם מבטיחים לפלסטינים שזה לא יקרה. אמנם הם אומרים להם שהסדר הקבע יוסכם בין הצדדים, אבל מצב ביניים זה, האמריקנים כבר נתנו את ידם לכינונו. מבחינת הפלסטינים, זו הסכנה הגדולה במצב הנוכחי: האמריקנים נותנים את ידם במשתמע לכינון מצב ביניים מתמשך, שבמסגרתו

ישראל תנציח את שליטתה בחלקים מאזור יהודה ושומרון (לא בכל אזור יהודה ושומרון, כי הרי איש אינו מתכוון לשלוט בשכם). הפלסטינים מבינים זאת מצוין, ועל כך ניטש הקרב; על השאלה 'מהי ההתנתקות?'. רק אם יצליחו הפלסטינים לקבוע את ההתנתקות כיציאה מעזה גרדא, בלי ההשתמעות בדבר מצב הביניים המתמשך והשליטה הישראלית בחלקי אזור יהודה ושומרון, כי אז הם באמת ניצחו.

גם המצרים חושבים כך, אף שוודאי שזה לא מה שהם רוצים. מזה הם חוששים. אין להם שום התחייבות מן האמריקנים שזה לא יקרה. להזכירך: מובארף יצא בחוסר כול מן הביקור שלו בקורפורד, ואילו שרון, שביקר שם אחריו, סגר עניינים עם האמריקנים. איני יכול לדבר על כך, אך מכל מקום, את כל אלה צריך להבין כשמדברים על התנתקות חד-צדדית. היא אמורה להסתיים בספטמבר 2005, והכול יכול לקרות עד אז.

הילי מודריק-אבן-חן שאלה על ההבחנה בין אזרחים המסייעים לטרור לבין לוחמים. אנו יודעים היטב מי לוחם ומי אזרח, ואין לנו שום בעיית הבחנה ביניהם. המודיעין שלנו מצוין לא כדי לדעת רק זאת אלא גם הרבה יותר מכך. לשאלתך בדבר הדינמיות של המעמד של האדם כ'מחבל בפועל' או כ'מחבל לשעבר': בכל פעם ופעם עלינו לשאול את עצמנו אם מי שהיה מחבל לשלום הוא עדיין מחבל היום. מחבל שפסק מעיסוק בטרור, לא ננקוט נגדו סיכול ממוקד. סיכול ממוקד יופעל רק נגד 'פצצה מתקתקת'. בה בעת, יש לשקול את השיקול הפוליטי. לדוגמה, 'הביטחון המסכל', הארגון של מוחמד דחלאן ברצועה, הוא ארגון המעורב מעל לראשו בסיוע לטרור. בתוך המבנה של הביטחון המסכל ברצועה מצאנו מפעלים לייצור נשק בשביל ארגוני הטרור; ודחלאן הוא כאמור מן המתונים בדור הביניים... אם כן, הבדיקה והאבחון אינם רק דינמיים, אלא גם מסובכים ומורכבים מאין כמותם.

לבסוף אשיב לשאלה של הילי מודריק-אבן-חן על ההבחנה בין הפעילויות השונות נגד סוגי טרור שונים. אחד הדברים שלמדנו מוקדם מאוד בלחימתנו בטרור היה שאסור לגזור גזרה שווה בין עימות (נגד טרור) אחד למשנהו. אמנם רצוי לראות את נקודות הדמיון וללמוד מהן, אבל אין לגזור גזרות שוות. רבים ממומחי הטרור נשענים על הספר של הבריטים בדבר לחימתם בטרור במלזיה, אך אי-אפשר ולא מומלץ להעתיק את השיטות הללו לעימות שלנו עם הפלסטינים. ולא זו בלבד אלא שאי-אפשר אפילו להעתיק מאזור יהודה ושומרון לעזה, ובוודאי לא מלבנון לאזור יהודה ושומרון או לעזה. כל אחד ואחד מן העימותים האלה ייחודי, ולכן אפילו בתוך אזור יהודה ושומרון אין דינו של האירוע החברוני כדין האירוע השכמי.

אין ספק שצריכים לפעול נגד הטרור, אך יש לפעול נגדו באופן

דיפרנציאלי ולמצוא פתרונות בהקשרים הסגוליים של האירועים. צריך להבין שהתפיסה הישנה של הטרור הייתה בלתי־רלוונטית לעימות הנוכחי. אני מציע שתקראו את ספרו של אלוף (מיל') ישראל טל (טליק) על הביטחון הלאומי. בספר מכונה הלחימה בטרור 'ביטחון שוטף', והוקדש לכך עמוד אחד בלבד. כבר מזמן אני אומר שהטרור הוא אסטרטגיה, ובתור שכזה יש להילחם בו.

ובאשר להערתו של דן מרידור בדבר ההקרבה והנכונות למות למען העם וחירותו: הייתי אתמול בתל חי, ושם ראיתי את המשפט 'טוב למות בעד ארצנו'. אינני יודע אם טרומפלדור אמר זאת או לא, אבל כמיתוס המשפט בוודאי קבוע בתודעה היהודית. אינני אומר שהטרור הוא גנטי אצל הערבים, אבל אני מציין מנגד שבתרבות בעלת השורשים היהודיים האמתיים שהתפתחה פה, האושר הוא רעיון מוסרי חזק בהרבה ממיתוס 'טוב למות בעד ארצנו'. אצל הפלסטינים פותחה תפיסת עולם הפוכה וארוכת טווח, ונצראללה הוא מבכירי דובריה.

האסלאם מתנגד להתאבדות במובן 'אֶנְתָּאָר' (התאבדות מטעמים אישיים). אך באשר למובן 'אֶסְתִּשְׁהָאָד' (הקרבה עצמית למען האסלאם או האמונה או האיראל או המולדת) יש דעות לכאן ולכאן כבר למעלה מחמישים שנה.

מושב שביעי

עקרונות של לחימה צבאית בטרור

יום ראשון, ד' בתשרי תשס"ה
19 בספטמבר 2004

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	אסא כשר
נאוה בן אור	רות לפידות
אפרים הלוי	דני סטטמן
דוד ויצטום	חיים פס
דודי זכריה	דניאל רייזנר

דן מרידור: בישיבה זו נשמע את הרצאתו של פרופ' אסא כשר בנושא 'עקרונות של לחימה צבאית בטרור'. כמו בכל ישיבה גם בישיבה זו ננסה להציג לפני המתדיינים אמירות או רעיונות או הצעות לא-טריוויאליות ולגבש מהם המלצה מלוכדת למחליטי ההחלטות בכנסת ובממשלה. זהו תפקידה של החברה כולה, וכחלק ממנה גם אנו מגויסים לכך.

לפני כחודש שהיתי עם פרופ' אריק כרמון בסן-פרנסיסקו מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה. בשיחתנו עם אנשים שונים בממשל האמריקני התברר לנו כי קיים פורום מכובד (NGO) בן עשרה אנשים, בהם דיקן פקולטה למשפטים ואקדמאים ו'לשעברים' במערכות המבצעיות, והם דנים בשאלת ההצדקות או התנאים למלחמה בעידן המודרני. תפקיד הפורום האמריקני איננו לפתור את הבעיות, אלא להעלותן לקדמת הבמה הציבורית ולתרום את התשומה שלו בניתוחן, בהארתן ובבחינת הדרכים השונות לפתרון. גם אנו ננסה להעלות נושאים חשובים, כדי שפורום זה יאמר את דברו באשר להם, ונציע הצעות ביצועיות למחליטי ההחלטות.

עקרונות של לחימה צבאית בטרור

אסא כשר

דבריי להלן הם תוצר של עבודה בת שנתיים של צוות במכללה לביטחון לאומי. אציג את הרכב הצוות, את עבודת הצוות, את שתי הנחות הרקע החשובות ואת העקרונות העיקריים.

הרכב הצוות: בראש הצוות עמד המפקד הקודם של מכללות צה"ל, האלוף עמוס ידלין, היום הנספח הצבאי ונספח ההגנה בווינגטון. בחברי הצוות היו מפקדים בעלי ניסיון בלחימה בטרור, כמו תא"ל גל הירש, לשעבר קצין אג"ם פיקוד מרכז, תא"ל אילן פז, לשעבר מח"ט החטיבות המרחביות וראש המנהל האזרחי, אנשי ענף הדין הבינ-לאומי, אל"מ מיל' דניאל רייזנר וכן אחרים כמו פרופ' יפה זילברשץ, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן.

עבודת הצוות: במהלך הדיונים הוצגו לפני הצוות תרחישים ובעיות בסוגיית הלחימה הצבאית בטרור, ולנכחם ניסחנו מסמך עקרונות. בעקבות ההנחיה שקיבלנו – להציג את מסמך העקרונות בפורום רחב של מפקדים בכירים בצבא, בטרם ייתן לו הרמטכ"ל גושפנקא – הצגנו אותו לפני קהלים שונים בצבא, ולבסוף, לפני כשלושה שבועות, הצגנו אותו לפני הרמטכ"ל, אלופי הפיקודים, ראשי החילות, ראשי הזרועות ואחרים. הואיל והרמטכ"ל לא אישר את המסמך להפצה, הוא איננו תוצר מוגמר, אלא רק תוצר ביניים. ועם זאת מן התגובות השונות למסמך אנו מרגישים שהוא בגדר 'עניין העתיד להתכנס', משום שרק לעתים רחוקות אני שומע בעניינו שאלה חדשה שלא שמעתיה בהזדמנויות קודמות. לא נתקלנו בהתנגדויות למסמך, למעט ההתנגדויות השגרתיות מפי אנשים שאינם מבינים כלל לשם מה נחוץ גיבוש עקרונות מוסריים; אלה מביעים התנגדויות רדודות מעין 'חמישים שנה לא היה לנו קוד אתי, והיום צריך קוד אתי?! ואם יהיה קוד אתי, הכול יהיה בסדר במחסום?!' מנגד, כשמדובר ברמת תגובות אינטליגנטית מזו, אנו מקבלים תגובות חיוביות למסמך.

את המסמך הצגנו בפורומים צבאיים לא-ישראליים: לפני משלחת ה-MD האמריקנית, משלחת גנרלים אמריקנים בהשתלמות בישראל ובאזור, ולפני קצינים מן המכללות הצבאיות השונות ברחבי אירופה באחד הפורומים של אתיקה צבאית. בקנדה ובפורומים אחרים התגובות הן לרוב אוהדות, אם כי אנו שומעים מדי פעם בפעם ביקורת על הסמכות שנטלנו כביכול לעצמנו, מעין 'מי שמכם? הלוא יש משפט בין-לאומי, יש אכיפת חוק וסדר, ואין צורך בהמצאות חדשות'. לטענה זו אתייחס בהמשך.

תוצרי העבודה שלנו עד כה הם שניים: מסמך העקרונות לעיל, המכונה 'הממד האתי של שיקול הדעת הפיקודי', ומסמך אחר שאינו אלא מאמר שהאלוף עמוס ידלין ואני כתבנו (התפרסם בינואר 2005 בעיתון *General Military*, עיתון לאתיקה צבאית בעריכת אנשים מאירופה ומארצות הברית) העיתון מארח מרצים לאתיקה צבאית במכללות צבאיות נכבדות, כמו MD. העיתון כבר הזמין תגובות מקבוצת אנשים, ואנו נגיב על התגובות.

שתי הנחות הרקע

הנחה ראשונה: הגם שנכחו בצוות אנשי הדין הבין-לאומי ומשפטנים מן האקדמיה, עבודתנו והמסמכים שנגזרו ממנה מוסריים ואתיים. כמובן, אנו רוצים לחיות בשלום עם המערכות המשפטיות הרלוונטיות לדין, אבל יחסנו אליהן כפול: יש לנו מה ללמוד מהן, אבל הן אינן מחייבות אותנו, מפני שאנו מבקשים להניח על השולחן הציבורי מערכת עקרונות שראוי שיהיו במדינה

מתוקנת ודמוקרטית הנאלצת להילחם בטרור. הנחת המוצא הטריטוריאלית היא שאין מערכת כזאת מן המוכן, בעלת תוקף מכל בחינה. אמנם אפשר שיש מערכות משפטיות רלוונטיות לדיון שצריך ללמוד מהן, ולכן יש מקום לשאול מהו 'הדין הראוי', ולא מהו 'הפירוש של הדין הנוהג'; אבל גם הנורמות האתיות הראויות אינן אלא שיקולים מוסריים. אשר על כן במידה רבה עבודתנו היא עבודה פילוסופית הנתמכת תמיכה מסוימת בעולם המשפטי, אבל היא לא נועדה להיות לו תחליף.

דיני הלחימה עתיקי יומין. הם אינם המצאה של משפטנים אחרי מלחמת העולם השנייה או בראשית המאה הקודמת. תורת המלחמה הצודקת קדומה, ואפשר שהתפתחה בימי קיקרו, מוסטינוס, אקווינס ואולי אף קודם לכן, שהרי מעט דיני מלחמה יש גם בתורה, ומשמעם הוא שלא הכול מותר. חרף הציווי להכרית את עמלק – גברים, נשים, זקנים וטף – יש לאפשר למוכסים לברוח. בשונה מן הפתגם אצל דון קישוט, 'במלחמה ובאהבה הכול מותר', התורה אוסרת השתלחות חסרת רסן במלחמה. השאלה היא מה בדיוק מותר ואסור בתמונה הכוללת, קרי נסיבות היציאה למלחמה ופעולות הצבא במלחמה.

אם כן, ההיסטוריה של המלחמה הולכת ומתפתחת. בראשיתה היא הייתה דתית, עד גרוטיוס. הוא הפך אותה לחילונית כללית, דתית ולא־דתית, ובימינו היא גם משפטית, בדין המנהגי ובהסכמים הבינ־לאומיים שלא על כולם אנו חתומים. אמנם התפתחות זו היא תהליך של התקדמות מוסרית, אבל התהליך איננו אופטימליזציה מוסרית. אם נשאל אם הנורמות של הדין הבינ־לאומי הן כעין התגלמות הצדק והמוסר בתחום המלחמה, התשובה לשאלתנו תהיה 'לא בהחלט', אלא שהן שיפור ניכר ביותר לעומת הנורמות שקדמו להן. אם מגבילים את המלחמה בכל אחד ואחד מן הממדים שלה – אנשים, מטרות, שיטות, אמצעים – דהיינו לא כל אחד ואחד מהם תקף או מותר, כי אז מקטינים באורח ניכר את נזקי המלחמה לאנשים שאין להם חלק ישיר בה ואף לאלה המשתתפים בה. משום כך הנורמות כפופות לשיקול מוסרי.

עם זה החלום המוסרי רחוק מהתגשמותו, כי במצב הנתון יש ליקויים מוסריים רבים שניתן להצביע עליהם ולשפר אותם. סטייה מן הדין הבינ־לאומי איננה אפוא בהכרח צלצול בפעמונים מוסריים, קרי 'סטית' מן הדין הבינ־לאומי, חזקה עליך שעברת עברה מוסרית'. זאת בניגוד למערכות המשפטיות והאחרות של המדינה הדמוקרטית, שבכללן הן מערכות סבירות, אם כי לא מיטביות, מנקודת המבט של התגלמות הצדק: 'סטית' מן החוקים, חזקה עליך להוכיח שהסטייה מוצדקת'.

הדוגמה הבולטת ביותר היא מעמד החיילים במצבי עימות. אין שום הצדקה מוסרית להניח שרק מכיוון שאדם לובש מדים הוא מטרה לגיטימית

לפגיעה ושאפשר להרוג אותו גם בלי להזדקק לנימוק שהוא או היחידה שלו או אפילו הצבא שלו מסוכנים ברגע נתון. אנו מרכיבים להציג בהקשר זה את דוגמת הטֶבַח הסורי, המבשל אוכל לחיילי האויב: האם הוא מטרה לגיטימית לפגיעה בעצם היותו לובש מדים של הצבא הסורי? אפשר לעבות ולהרחיב את הדוגמה ולהניח שבמקום הטֶבַח מדובר בחייל ביחידת ההיסטוריה של הצבא הסורי היושבת על גבול סוריה-עיראק. לפי התפיסה הפשטנית, החייל הוא מטרה צבאית לגיטימית, ואין צורך בשום נימוקים מיוחדים כדי להרוג אותו; די שהוא לובש מדים של חייל סורי כדי שיהיה מטרה לגיטימית לפגיעה. תפיסה זו לקויה מנקודת מבט מוסרית, משום שהיא מנותקת לגמרי משאלות ההגנה העצמית, הנימוקים לפגיעה, הסכנה האורבת מן האויב וכו'.

עלינו לשאול את עצמנו מה הם העקרונות המוסריים הכלליים ומה הם העקרונות האתיים מנקודת המבט של האתיקה של צבא שצריכים לחול כשמדובר בלחימה בטרור, בהינתן המערכות המשפטיות כאוצרות של תובנות ותו לא.

הנחה שנייה: אמנם הנחה זו מובנת מאליה בהקשרים מסוימים, אבל היא איננה נובעת מאליה בממשק היחסים אקדמיה-צבא. אני רוצה להכדיל בין נקודת מבט ביקורתית לבין נקודת מבט אחראית, וייסלח לי השימוש בשמות תואר גסים ולא-מדויקים.

נקודת המבט הביקורתית היא של המבקר החברתי היושב בכורסתו, רואה תופעה, מוצא בה פגם, מסמן אותו בסימן קריאה, מצלצל בפעמונים ומרגיש טוב על שתרם לחברה בסמנו פגם מפגמיה. מובן שזאת נקודת מבט לגיטימית לביקורת חברתית, אנשים רבים מתפרנסים ממנה כל ימיהם, ויש בה בוודאי תרומה חברתית. כבודה של נקודת מבט זו במקומו מונח.

נקודת המבט האחראית היא של מי שעליו מוטלת האחריות, ועליה אני רוצה להרחיב את הדיבור. אינני רוצה עקרונות לביקורת חברתית על פעולות הצבא; אני רוצה עקרונות לפעולות הצבא. מובן שאחרי פיגוע בקניון אפשר להאשים את הצבא והשב"כ והמשטרה ש'לא עשו את שלהם' ולנאום נאום חוצב להבות שחיי האזרחים הפקר; מובן שאחרי סיכול ממוקד שנועד למנוע פיגוע בקניון ושנהרגו בו עוברי אורח פלסטינים חפים מפשע אפשר להאשים את הצבא והשב"כ והמשטרה ש'נהגו בחוסר זהירות נפשע' ולנאום נאום חוצב להבות שנהרגים עוברי אורח תמימים. ובכלל, מובן שיש ליקויים, ונכון שצריך לסמן אותם כדי להיפטר מהם. עם זה ביקורת זו איננה עוזרת כלל למי שצריך לאמץ עקרונות מנחים בדבר סיכול ממוקד, מחסומים, סגירת הכניסה לישראל וכן הלאה. עקרונות אלו נחוצים לבעלי האחריות לשם קבלת ההחלטות בשאלות הגורליות של חיים ומוות. לא מובן מאליו שזאת נקודת המבט

שממנה נערכים רוב הדיונים הציבוריים בשאלות אלו. רוב הקולות בתקשורת מייצגים את נקודת המבט הביקורתית, הלא-אחראית, ולכן הם חסרי חשיבות בדרך כלל ואינם תורמים לדיון עצמו. איננו זקוקים להם שיסמנו בעבורנו את הליקויים האלה, כי אנו מכירים אותם בעצמנו. השאלה היא איך ממזערים את הליקויים, איך בוחרים דרך אופטימלית מבחינת ההישגים ומזעור הנזקים, והדיון הביקורתי איננו עוזר לגבש תשובה נכונה לה. אלה אפוא שתי הנחות הרקע.

העקרונות העיקריים: שלושה פרקים יש במסמך העקרונות שלנו. האחד הוא ברמת המדינה נוכח אזרחיה ('חובת ההגנה העצמית'), השני הוא ברמת הצבא נוכח הטרוריסט ('הכורח הצבאי'), והשלישי הוא ברמת הצבא נוכח הקהלים השונים במסגרת המאבק בטרור כמאבק תודעתי.

טרם הצגת העקרונות אעיר על אודות הגדרת הטרור. מן המפורסמות היא שיש הגדרות רבות לטרור. בסוף שנות השמונים פורסם ספר אמריקני ובו 109 הגדרות שונות לטרור שנתנו הרשויות האמריקניות, ולא מזמן עודכנה ההגדרה ל-150. אלה אינן הגדרות מכל הספרות המקצועית, אלא רק של הרשויות בארצות הברית. הווה לומד שיש מגוון עצום של הגדרות, וצריך להבין את פשר הדבר ולהגיב נכון. פשר הדבר הוא שהגדרות נועדו לשרת עניין נתון. אינני פוסל אותן ככאלה, אלא רק מסביר את תופעת הרב-גונית של ההגדרות. כאשר מציעים הגדרה, מציעים אותה למטרה מסוימת. אם המטרה היא אמנה בין-לאומית שרוב גדול של מדינות האו"ם יחתמו עליה, ההגדרה תהיה שונה מן ההגדרה שתוצע לקונגרס האמריקני, מפני שהמבט הכללי של קבוצות שונות הוא מבט שונה מזה של קבוצה הומוגנית פחות או יותר. האינטרסים השונים מחייבים אפוא הגדרה שונה.

לא התיימרנו לדון בטרור על כל הגילויים השונים והנרחבים שלו. יש בוודאי מיני מימושים היכולים להיחשב 'טרור', ולמרות זאת הם אינם מעניינים אותנו במסגרת עבודתנו זו. מה שמעניין אותנו הוא פעילות הצבא נגד אנשים שנכנה אותם 'טרוריסטים'. משום כך הגדרת העבודה שלנו בעניין הטרור איננה תאוריה כוללת באשר לטרור, והיא איננה מחייבת את כל העולם.

'הגדרת עבודה' פירושה שמצד אחד לא כל מה שלא עסקנו בו איננו טרור, וייתכן שיש לדון בו כ'טרור' אך במסגרות אחרות, ומצד שני כל מה שעסקנו בו אמור להיות רלוונטי להגדרת העבודה שלנו וכלול בתחומה.

לפי הגדרת העבודה שלנו, 'טרור' הוא פעילות אלימה המתבצעת בידי יחידים או ארגונים – לא מטעמה של זרוע של מדינה – במטרה לפגוע בחייהם של בני אדם ובשלומם, באשר הם בני אוכלוסייה מסוימת; כדי לזרוע פחד

בקרב בני אותה אוכלוסייה או כדי לגרום להם לשנות את אופיו של המשטר או את המדיניות המתבצעת על ידי מוסדותיו; וכל זאת מטעמים פוליטיים או אידאולוגיים, כולל דתיים. לפי הגדרה זו, הטרוריסט הורג אנשים מאוכלוסייה מסוימת כדי להפחיד אותה, כדי שתלחץ על שלטונותיה שישנו את המדיניות או יחליפו את הממשלה או את המשטר לשם השגת מטרות פוליטיות, כמו במקרה הפלסטיני, או לשם השגת מטרות אידאולוגיות, כמו במקרה אל-קאעידה.

אעיר שתי הערות על הגדרה זו.

הערה ראשונה: אמרנו 'לא מטעמה של זרוע מדינה'. בוודאי אנו מכירים בתופעת המדינות המעורבות בטרור, אבל כאשר מדינה מפעילה טרור, יש לנקוט מערכת כללים הנוהגת במאבק בין המדינות. מובן שלכללים אלו יש החסרונות והיתרונות שלהם, אך אין הם מעניינו של הצוות. עניינו בתופעה אחרת: מדינה הנלחמת בארגונים ובאינדיבידואלים המבצעים פעולות טרור. איננו רוצים לדון ביחס של ישראל אל סוריה ואירן בתור מדינות טרור, אלא ביחס של צה"ל ושל ישראל לחמאס ולג'האד האסלאמי ולכל כנופיות טרוריסטים שאיננה בארגונים אלו.

הערה שנייה: אמרנו 'במטרה לפגוע בחייהם של בני אדם ובשלומם', ובכוונה לא אמרנו 'אזרחים'. איננו מקבלים את ההבחנה בין 'אזרחים' לבין 'חיילים' בתור הבחנה רלוונטית לעולם הפעילות בטרור. איננו לבדנו בסילוק ההבחנה הזו. החוק הבריטי משנת 2000, כמדומני, מגדיר את הטרור לאו דווקא במונחי פעולה נגד 'ציבילים', אזרחים. בכינוס בסוגיית הטרור שהתקיים בהרצליה בשבוע שעבר הרצה יורם דינשטיין על טיוטת מסמך של האומות המאוחדות ובו הגדרה של טרור: פעולה נגד אזרחים או נגד חיילים שאינם בעיצומו של קונפליקט בין צבאות. לשון אחר, הגדרה זו חלה גם על החיילים שלנו, פרט למקרה מלחמה עם סוריה, שכן אז מעמדם יהיה אחר. טרור עשוי להיות אפוא מכוון נגד אזרחים וחיילים כאחד.

בזה אינני אומר שאין 'פעולות גרילה', אלא שאופיין אחר. ההבדל בין 'טרור' לבין 'גרילה' אינו נעוץ בשאלה במי פוגעים – הוא נעוץ באופי הפעילות. לדוגמה, חזבאללה מוכר על ידי כל העולם בתור ארגון טרור, אבל אם חזבאללה ינסה לכבוש מוצב ישראלי בדרום לבנון בשיטות צבאיות, הפגזה ולאחריה הסתערות, זו תהיה פעולת גרילה, מפני שהאופי שלה צבאי לגמרי. לא נכנה פעולה זו 'פעולת טרור' רק מכיוון שאנשי החזבאללה הם טרוריסטים להגדרותינו.

הנה לדוגמה אירוע: אישה מעמידה פנים שהיא חולה, נכנסת אל מחסום – שער כניסה למדינה – ושם נמצאים חייל, שוטר משמר הגבול ואנשי אבטחה

אזרחיים; היא מפוצצת את עצמה עליהם והורגת אותם. מה תהיה הגדרתו של אירוע קשה מעין זה? במקרה זה משתלבים טרור וגרילה כאחד ורכיב עלום נוסף הנתון בסימן שאלה: 'טרור' – כי היו שם 'אזרחים' (המאבטחים האזרחים), 'גרילה' – כי היה שם חייל, ו'רכיב עלום בסימן שאלה' – כי היה שם שוטר משמר הגבול, ואינני יודע אם הוא 'מיליטרי' או 'ציבילי'. להבחנות הללו בין טרור ובין גרילה אין אפוא שחר.

נגמ"ש של צה"ל אגדיר לפי סוג הפעילות ומטרותיה. אם המטרה היא להפחיד ולהרוג חיילים, לא כדי להשיג יתרון צבאי אלא כדי להפחיד את האוכלוסייה כדי שתשנה את מדיניותה – למשל, לחטוף חיילים ולהחזיק בהם כבני ערובה, להציב דרישה באולטימטום בן 24 שעות ואז להרוג אותם – זאת איננה פעולת גרילה.

מכיוון שיש 150 הגדרות של טרור, ואינני יודע כמה הגדרות יש לגרילה, הנה הגדרה מקורית שלנו. קודם כול, כך אנו מגדירים לצורכי עבודתנו את הטרור, וכך אנו מבינים גרילה. בחינה של הדוגמאות הפרדיגמטיות של גרילה תעיד שהן בגדר פעולה בסגנון צבאי: ארגון מעין צבאי נגד מטרות צבאיות בשיטות צבאיות. אמנם לפעמים מרחיבים את ההגדרה מעבר לצבא, למעין תשתיות חיוניות למאמץ המלחמתי, אבל פעולה נגד חיילים איננה מוגדרת אוטומטית כפעולת גרילה.

ההבחנה בין חייל לבין אזרח נשתיירה כחלק משרידי הפרדיגמה של המלחמה הגדולה, הקלאסית, וגם שם היא אינה מוצדקת באופן מוסרי, אלא היא רק ניסיון מוצלח להקטין את נזקי המלחמה, שיפור מוסרי ביחס לעבר. אמנם שרירה וקיימת היא ההבחנה בין אזרחים לבין חיילים, ואולם אין שום תורה מוסרית שלפיה בהיות אדם חייל הרי הוא כמי שוויתר על כל זכויותיו ולכן מותר להרוג, או הוא כמי שבהיותו חייל מותר לו להרוג אחרים. לתפיסה זו אין כל שחר מוסרי, ואי־אפשר לתת לה הצדקות מוסריות. הבחנה זו, צריך אפוא להתרגל להיפטר ממנה כדי לנסח מחדש את המהויות בסיטואציה הנוכחית.

הזכרתי את הגרילה רק כדי להדגיש שבהגדרנו את הטרור פעולה שאיננה רק נגד אזרחים אלא גם נגד חיילים, לא אמרנו שלא ייתכן לפגוע בחיילים בצורה שאיננה טרוריסטית.

דיון

דודי זכריה: אני מוטרד מן ההגדרה, כי היא איננה סימטרית. לטענתך, מצד הנפגע ההבחנה בין אזרח ובין חייל היא הבחנה אנכרוניסטית, שכבר איננה קיימת, אבל מצד הפוגע – ביחסים שבין מדינה לבין ארגון – ההבחנה נשמרת במובהק. אם 'טרור' נבחן לפי המעשה, לפי מידת הניכור שאנו רוחשים לו, לפי היותו במובהק 'משהו בלתי רצוי', למה אצל הפוגע ההבחנה הזאת נשמרת בקפידה, ואילו אצל הנפגע היא איננה נשמרת כלל? למשל, האם למדינה מותר לכבות את האורות בצד השני, בלבנון, כדי להשפיע בכך על אזרחים לבנונים שיגרמו לחזבאללה להפסיק טרור נגד ישראל? האם אין זה מעשה טרור על פי המבחנים שאתה מציע?

אסא כשר: השאלה מוצלחת, אבל היא מחזיקה שתי הבחנות שונות. יש מערכות כללים שונות ביחסים בין מדינות, ארגונים ואף אינדיבידואלים. לא אמרתי שאין כדבר הזה, אלא שהוצאתי זאת מן הפרויקט, מעבודת הצוות. כמוכן, אם רוצים אפשר לפתח כללים למלחמה של מדינה נגד מדינת טרור, כללים שונים מכללי המלחמה, ולעשות זאת כנפרד מפיתוח כללי לחימה של מדינה הנלחמת בטרור.

לא אמרתי כלום באשר למותר ולאסור למדינה לעשות. לא את המדינה אני מגדיר כטרוריסטית, אלא רק את היחידים. מזווית הראייה של הצד שלך, הצד של הנפגעים, אזרחים וחיילים, לא כל פגיעה בחיילים תהיה 'טרור'. בכוונה הוצאתי את המדינה מתמונת הדיון, מפני שנחוצה מערכת כללים נפרדת לטיפול בהתנהגות טרוריסטית של מדינה, מערכת כללים שונה ממערכת הכללים של מדינה המתמודדת עם אינדיבידואלים ועם ארגונים ועם הקשת השלמה שביניהם. בדרך הנה שמעתי ברדיו דיווח על דברי ראש השב"כ. הוא אמר שחמאס מתנהג כבר 'כמו מיליציה'. מיליציה היא מעין ארגון צבאי, חצי-צבאי, קדם-צבאי, או כנופיה חצי-פלילית, חצי-טרוריסטית. אפשר אפוא להגדירה בשלל גוני הקשת של ההגדרות, ויש מקום להבחין בין הגוונים השונים, ולפי זה גם להחליט מה עושים נגדם.

פגיעה באזרחים, לפי הגדרת הפוגעים עצמם, היא פגיעה לשם הפחדה, ולכן גם זהו טרור. זהו מקרה קל, כי אין שום קושי או קושיה באשר למטרה שמייחסים לפוגעים; הם עצמם אומרים זאת במפורש. כל פגיעה מכוונת באזרחים היא טרור.

דוד ויצטום: האם מתנחל חמוש הצועק 'כהנא חי' והמכוון את הרובה שלו אל הערבי הוא 'חייל' או 'אזרח'?

אסא כשר: זה אינו מעניין אותי. אם הטרוריסט הורג אותך כדי להפחיד אותך ואתנו, כי אז זו 'פעולת טרור' רלוונטית להגדרת טרור. המתנחל שייך לאוכלוסייה מסוימת – הישראלים, בדרך כלל היהודים-הישראלים, אך לא רק יהודים – והוא רוצה להפחיד את הישראלים כדי שילחצו על ממשלתם, כדי שתוותר ויתורים בהמשך המשא ומתן.

אמנם יש יחידים המנסים לתת לגיטימציה לסוגים מסוימים של טרור, כגון טרור נגד אנשים או טרור נגד מנהיגים, וגם לא קשה להבין איך הגיעו הללו אל עמדותיהם; אבל יש מעט מאוד אנשים בספרות הפילוסופית שיגנו על פעולות טרור, בוודאי מעט מאוד שיעשו זאת בצורה גורפת.

כאמור, הפרק הראשון במסמך העקרונות הוא חובת ההגנה העצמית. הואיל ואני צריך להצדיק לפני החייל את הפעולה שאני דורש ממנו לעשות, והואיל ואני צריך להצדיק לפני האזרחים בישראל נקיטת פעולות מסוימות או אי-נקיטה של פעולות אחרות, והואיל ואני רוצה להצדיק כל זאת קבל עם ועדה, גם לפני הקהילה הבין-לאומית וגם לפני הקהילה הפלסטינית – נקודת המוצא להצדקה זו היא חובת ההגנה העצמית. שימו לב: אינני אומר 'זכות ההגנה העצמית', אני אומר 'חובת ההגנה העצמית', מפני שביחס בין המדינה לבין אזרחיה מול הצד השני מתקיימת זכות ההגנה העצמית. זאת חובתה הראשונה במעלה של המדינה: להגן היטב על אזרחיה. אני שב ואומר 'אזרחיה' ומתכוון לכל המצויים תחת כנפיה ואשר חובתה להגן עליהם מפני כל סכנה הנשקפת לחייהם ולשלומם מפעולות טרור בטווח זמן קצר ובטווח זמן ארוך: תושביה הקבועים והתיירים והעובדים הזרים. אינני מדקדק אפוא בהבדלים בכל הקטגוריות האלה, ואני מכנה את הכול 'אזרחיה'. חובת הגנה זו היא חלק בלתי-נפרד מתורת המלחמה הצודקת. אפילו אוגוסטינוס, שביחסים בין אדם לחברו היה פציפיסט, טען שביחסים בין המדינה לבין אזרחיה תפקידה של המדינה הוא להילחם למען אזרחיה ולהגן על חייהם כשהם בסכנה. אחר כך סילק תומס אקווינס את שרידי הפציפיזם. בתור מדינה מתוקנת חיי האזרחים הם בבת העין של ההסדרים הדמוקרטיים.

חובה חלה על המדינה גם כשהאזרח בכלא, אבל צורת הביטוי של חובה זו תהיה שונה. אם האזרח בכלא זר, מדינת ישראל תתעניין בו בתור אזרח ישראלי בכלא בשווייץ, בצרפת או בארצות הברית. אבל אם הוא בכלא החזבאללה או באירן, האירוע והיחס אליו יהיו שונים בתכלית. כך גם אם יהיה במאחז בלתי-חוקי בשטחים שבתפיסה לוחמתית; גם אז המצב יהיה שונה מזה שבכלא ארצות הברית.

למדינה יש אפוא אחריות לחיי אזרחיה. מה היא עושה לשם כך? הדבר מתגוון על פי הנסיבות. בדרך כלל כשמדובר באזרחי ישראל הנמצאים בחסותן

של מדינות מתוקנות, גילויי האחריות של המדינה לאזרחים זרים יהיו דיפלומטיים: קנדה תדאג לאזרחי ישראל הנמצאים בקנדה, וארצות הברית תדאג לאזרחי ישראל שבארצת הברית. אבל הימצאות אזרחים ישראלים בידי החזבאללה בלבנון או בידי אירן או בידי הפלסטינים ברשות הפלסטינית היא סיפור אחר לגמרי, משום שלא נוכל לסמוך על הישיות הללו שידאגו לשלומם של אזרחי ישראל. תפקיד זה נופל על כתפיה של ישראל. לרוב אין מבינים זאת, ומשום כך עולה מן התיאורים הפומביים הציבוריים שהצבא, המגן על חייהם של המתנחלים, מזדהה עם ועם האידאולוגיה שלהם. בעיניי, הבנה של מהותה של מדינה דמוקרטית היא הבנה שהצבא צריך להגן על חיי האזרחים. אמנם אלה אזרחי מדינת ישראל בשטחים שנויים במחלוקת, ועתידם יהיה אשר יהיה, אך עכשיו חייו של אזרחי ישראל נתונים בסכנה, ותפקידה של המדינה להגן עליו באמצעי האפקטיבי ביותר שלה – הגנה של הצבא. אני אומר זאת גם אם המאחז בלתי־חוקי וברור מעל לכל ספק שעליו להיעקר ממקומו, וברור שיש לנקוט צעדים משפטיים נגד יזמיו ומפעיליו. כלומר, גם אם הורתו ולידתו ופעולתו של מאחז זה כולן בחטא ובעברות על החוק, תפקידנו להגן עליו בעת סכנה לחיי הישראלים היושבים בו. איננו יכולים לפטור את עצמנו באמתלות מעין 'הוא סיכן את עצמו, וכעת יישא בעונש'. לא כך מתנהגת מדינה כלפי חיי אזרחיה.

אוסף מיד את הסיוג המתחייב בתמונה זו. עיקרון זה חל על כל המדינות בנות־זמננו. אמנם חובת ההגנה של המדינה על אזרחיה היא מאז ימי הביניים, אבל כשאנו מדברים על חובתה של מדינה דמוקרטית, אנו מדברים על עצמנו ובזמננו. חובתה של המדינה להגן על חיי אזרחיה תוך כדי שמירה על עקרונות המשטר הדמוקרטי, בהם עקרון 'כבוד האדם באשר הוא אדם', לאו דווקא אזרח.

לשון אחר, כאשר תפעל המדינה כדי להגן על חיי אזרחיה, היא בוודאי תהיה חייבת בכבוד האדם של אזרחיה; ולא רק בו, אלא גם בחבילת זכויות אזרח שהיא מעבר לכבוד האדם של אזרחיה, באשר הם אזרחיה. יתר על כן, כאשר היא פועלת נגד אחרים שהם אינם אזרחיה, עליה לשמור בזיכרונה שגם הם בני אדם ואשר על כן היא חייבת בכבודם לפי הניסוח המדויק של העקרונות. זהו עקרון המוצא.

במסמך המלא שלנו ציינו עוד עניין שיש לו חשיבות אתית. כיום המדינה מטילה פרויקטים גדולים חדשים על ארגונים בעלי אתיקה שגובשה לצורכי פרדיגמות אחרות. המדינה מורה לצבא ולמשטרה ולשב"כ לבצע מלאכות שבחלקן הן חדשות להם.

אולי משימות 'המוסד' נותרו משימות 'המוסד', אך משימות הצבא

בהתמודדותו עם טרוריסטים אינן משימות שהורגל בהן, כגון שינוע עוצבות נגד עוצבות. משום כך צריך לבדוק את האתיקה של הצבא ולשאול עד כמה היא הולמת את הפעולות האלה ועד כמה דרוש סיגול (אדפטציה) של האתיקה הצבאית למבצעים החדשים המוטלים על הצבא חדשים לבקרים. קביעה זו עשויה להיות תקפה גם לשב"כ ולמשטרה (משטרת שומרון ויהודה) ואולי גם למג"ב. זאת נקודה מעניינת וחשובה, זנוחה לגמרי בדיונים.

הצעד הבא בטיעון הוא 'עקרון הכורח הצבאי', military and necessity. כמובן, לא אנו המצאנו ביטוי זה, אבל אנו משנים את מעמדו בתמונה. עיקרון זה, military and necessity, מופיע לעתים קרובות בתיאורים של הדוקטרינות של המלחמה הצודקת בתור עיקרון 'משני', העולה רק בנסיבות מיוחדות. הנה דוגמה: מכיוון שיש הבחנה בין אזרחים לבין חיילים, התכוונות לפגוע בחיילים שנמצאים בקבוצות מעורבות עם אזרחים מעלה את שאלת הכורח הצבאי: האם יש כורח צבאי לפגוע עכשיו בכוח הצבאי שמולך באופן המצדיק גם את הפגיעה באזרחים לידו? בפרדיגמה הסטנדרטית במלחמות הגדולות חריג הוא שהאזרחים והחיילים נמצאים בכפיפה אחת. אבל אצלנו מצב זה אינו חריג כלל וכלל, והוא אינו חל רק במקרים חריגים, וממילא הוא אינו משני; אדרבה, הוא לב העניין עצמו. פירושו שפעילות צבאית נגד טרור ראויה בתנאים מסוימים המכונים 'תנאים של כורח צבאי'.

מהם התנאים? קודם כול – המטרה: מילוי חובת ההגנה העצמית של המדינה, החובה הבסיסית להגן היטב על אזרחיה מפני פעולות טרור. אמנם עניין זה נשמע מובן מאליו, אבל בזה אמרנו מיד שכל פעולות הצבא הן מניעתיות, לא עונשיות. עונש הוא עסקן של רשויות השפיטה והענישה, והכורח הצבאי הוא עסקן של הצבא. אשר על כן כל פעילות הגנתית תהיה ברמת סיכול, עמידה נוכח סכנה ועשיית מעשה למניעת נזקיה.

דן מרידור: ומה נשיב לטוען שיטען שהעונש מרתיע ועל כן מסכל? אמנם אני מסכים אתך, אבל אני תוהה: בוודאי מענישים למען יראו וייראו, ובכך מסכלים עברות נוספות.

אסא כשר: אפשר להיכנס לעובי הקורה של הפילוסופיה של הענישה ולשאול את עצמנו מה מצדיק באופן מוסרי את הענישה. לשם כך עלינו לצלול לאוקיינוס של עבודות פילוסופיות שחלקן דנות בענישה כבעלת תוצר לוואי בדמות הרתעה. מי שינסה להגיד שהמטרה הרתעתית בלבד, מסתכן מיד בבעייתיות מוסרית, מפני שיש פגיעה קשה בכבוד האדם בהשתמשך בו כדי להרתיע אדם אחר. מהלך זה הוא שימוש באנשים בתור אמצעים, והוא אינו

לפי כבוד האדם. מנגד, ענישה שיש לה תוצר לוואי הרתעתי איננה כה בעייתית.

דן מרידור: הביטוי 'ענישה', אני משתמש בו ברשותך, כמו שאמרת, לא כמשמעו בהיבט המשפטי, אלא בהיבט היחסים הבין-אישיים: בהינתן שני אנשים, והאחד פגע באחר – אני מעניש את הפוגע על דבר הנזק שהסב לחברו. איך אני 'מעניש' אותו במובן הרחב של 'ענישה'? דרך אחת היא להעמיד אותו לדין, לשמוע עדים בבית המשפט ולהחליט לפי הנתונים שהאיש אכן עבר עברה ולקבוע את עונשו: קנס או מאסר. סוג אחר של ענישה במובנה הרחב הוא להרוס את ביתו של האיש. אינני מכנה זאת 'ענישה', כי הריסת בתים איננה חלק ממהלך פלילי, אבל מבחינתו של הנענש, זו ענישה; פגעת בו. והנה אתה אומר שענישה אסורה. אם אסורות ענישה בכלל וענישה לא-משפטית בפרט, ואני נוטה להסכים אתך, מה הם האמצעים המותרים?

אסא כשר: הענישה הלא-משפטית גרועה מן הענישה הכביכול משפטית. כל הענישות, כל הפעולות נוכח פני העבר, אינן כדי להתגונן, ואם הן אינן כדי להתגונן – הן פסולות. פגיעה באנשים לא כהתגוננות מפניהם, אלא כאמצעי להשפיע על אנשים אחרים, אין לה הצדקה מוסרית.

דניאל רייזנר: מבחינה משפטית אינך יכול להעניש בן אדם שאינו בין החיים, ולכן אם אתה הורס את ביתו של מחבל מתאבד אחרי שהוא כבר אינו בחיים, זו איננה ענישה. ענישת אדם שאינו בחיים נוגדת את עקרונות המשפט.

דן מרידור: גם לפני פיגועי התאבדות נהגו להרוס בתים. מ-1973 הרסו בתים בלי הפסקה נגד אנשים חיים, מתים, פצועים וכו'. אם כן, יש שהורסים את בתם של אנשים חיים, ואם הריסה זו, לפי ההגדרה שאני נוטה לקבל, היא ענישה, היא אסורה מוסרית.

אסא כשר: אחת המסקנות המעשיות במסמך שלנו היא שהריסת בתים פסולה.

דניאל רייזנר: כל פעולות הצבא מוגדרות פעולות מניעה או ענישה: תיחום, גירוש וכמעט כל סנקצייה שהצבא מפעיל נגד האוכלוסייה בשטחים.

אסא כשר: מה פירוש הדבר שצבא מפעיל סנקציות?! הצבא צריך להגן על האזרחים מפני איומים, וברגע שמעשיו הם בגדר סנקציות, הוא עושה כמעשה

בתי המשפט. ועם זאת יש לנתח כל דוגמה ודוגמה לעצמה, משום שלא כל פעולה היא בגדר עונש, ומשום שייתכן להסב למישהו הרגשה רעה בשעה שלא זו הייתה המטרה.

במסגרת 'התנאים של כורח צבאי', התנאי השני של פעילות צבאית ראויה נגד טרור הוא 'אפקטיביות יחסית'. תנאי זה מובן מאליו, אם מתייחסים ברצינות למילה 'כורח'. מה פירוש כורח? פירושו שאין חלופות ראויות במידה שווה, ועל כן הן גרועות מן החלופה הנבחרת. תנאי שלישי הוא 'מזעור הנזק'. עלינו לשאול את עצמנו אם אכן נעשתה הבדיקה הדרושה כדי לברור את אותה פעולה מיטבית מבחינת ההגנה על חיי האזרחים ומבחינת מזעור הנזק.

נאווה בן אור: טענתך שהמדינה חייבת בהגנת אזרחיה, גם מפרי החוק שבהם, אפקטיבית באשר היא. השאלה היא אם הדרך הטובה ביותר להגן על האזרחים הפועלים בניגוד לעמדתה של המדינה ולחוקיה ובכך יוצרים נסיבת דברים המחייבת אותה בהגנה עליהם באמצעות הריסת בתים והצבת מחסומים והטלת סגרים או כתרים, איננה לאכוף את החוק במלואו כלפי אותם מפרי חוק כבר בשלב הפרת החוק? הווה אומר, נקודת המוצא שלך שהמדינה חייבת תמיד להגן על אזרחיה, באמצעות סיכול הטרור, היא בעייתית.

אסא כשר: היא איננה בעייתית. אני מקבל את דבריך. אכן, הדרך הטובה ביותר להגן על אנשים במאחז בלתי-חוקי היא למנוע את הקמתו או לפרק אותו מיד לאחר שהוקם. בהיעדרו לא נחוץ צבא, וגם לא נחוצה פעולה נגד הפלסטינים בסביבה.

באמת יש בעיה. פעילות הגורמת נזק לאוכלוסייה הכבושה, על מנת להגן על מאחז בלתי-חוקי או על אזרחים, אינה עומדת בדרישות הכורח הצבאי מפני שיש דרכים חלופיות המגנות על האזרחים באותה מידה ומסבנות פחות נזקים לצד השני.

דן מרידור: בעיה זו קיימת גם במשפט הפלילי. החוק עוסק במפורש בשאלה הזאת: מה הדין כאשר אתה יודע את הסכנה ובכל זאת נכנס אליה? התשובה לכך אינה פשוטה. כך, לדוגמה האיסור שאסר בית המשפט על נאמני הר הבית לעלות להר הבית וסירובו להגן עליהם. הכול יודעים שיהיו מהומות ושחיייהם של היהודים הללו יהיו בסכנה, ועל כן הורו להם 'לא תעלו'. לא פשוטה היא אפוא השאלה בדבר כניסה מרצון למצב מסוכן, וכמוה גם החובה המשפטית ואפילו המוסרית.

אסא כשר: אולי אלחנן טננבאום הוא דוגמה. בדרכים נפשעות, לא־אחראיות, שאי־אפשר להצדיקן, הגיע טננבאום למקום שהגיע, והדבר לא פטר אותנו מן החובה להוציא אותו משם במחיר ידוע.

אפרים הלוי: אינני מסכים שחלה עלינו החובה, גם לא החובה המוסרית, להוציא את טננבאום ממקום שבו.

אסא כשר: במדינה דמוקרטית אין חשוב מחיי האזרחים, ולמדינה אין פֶּטור מהגנה על חיי אזרחיה.

אפרים הלוי: אבל אדם המגיע למקום מסוים מרצונו שלו, אין חובתה של המדינה לחלץ אותו מסכנה שהחליט במודע להיכנס אליה. אני מתכוון לצד המוסרי. מן הצד המשפטי בוודאי חלה על המדינה חובת הגנה והצלה.

אסא כשר: יש בדבריך מן האמת, אבל צריך להבחין. בוא נבדיל בין שני מקרים שונים. אמנם מאפיונר ישראלי בלוס־אנג'לס, המדינה אינה צריכה להגן על חייו במאבק הכנופיות בלוס־אנג'לס. אבל האזרח היושב במאחז בלתי־חוקי והמותקף על ידי טרוריסטים בתור ישראלי, המדינה צריכה להגן על חייו. הסכנה לטננבאום בכלא חזבאללה לא הייתה בגלל היותו סוחר סמים, אלא בגלל היותו ישראלי. הוא הותקף בתור אזרח המדינה, ולכן עסקה של המדינה הוא לספק לו את ההגנה הזאת.

אפרים הלוי: מה שאתה אומר הוא שמכיוון שהיריב שלנו סיווג אותו כפי שסיווג, הוא (היריב) השית עלינו את החובה הזאת. חזבאללה, משום שהתייחס לטננבאום כפי שהתייחס, יצר אילוץ, ולמעשה קבע את גבולות המוסר שלנו.

אסא כשר: אין זו שאלה של גבולות המוסר שלנו כלל וכלל. חזבאללה קבע לנו במקרה זה אם חלה עלינו חובת הגנה והצלה מוסרית אם לאו. חזבאללה פועל, ובפעולותיו הוא משית עלינו חובה מוסרית. הוא תקף את טננבאום בתור ישראלי. אם החזבאללה מחפש תיירים ישראלים, זה עסקנו. אם הוא מחפש תיירים ג'ינג'ים, זה איננו עסקנו.

דניאל רייזנר: בעבר הייתי מעורב בטיפול בסוחר סמים ישראלי בכלא המצרי שנענש בעונש חמור בהרבה מן הראוי לו וסבל מיחס גרוע במיוחד בגלל היותו

ישראלי. אותו סוחר סמים תבע ממדינת ישראל למלא את חובתה המוסרית, לא המשפטית, לחלץ אותו מכלאו. עמדתה של מדינת ישראל הייתה להשאירו שם.

אסא כשר: אם אלה נתוני המקרה, החלטתה של המדינה לא הייתה מוסרית. אם האדם סובל בשל היותו ישראלי, שומה על המדינה להיכנס לעובי הקורה ולסייע לו. הלוא המדינה מעורבת בכל מקרה, מפני שהקונסול הוא הכתובת לכל אזרח ישראלי בצרה בחו"ל. מדינת ישראל איננה יכולה להתנער מאזרח שלה הנמק בכלאו והסובל מהתאנות לו בתור ישראלי.

דני סטטמן: גם אותו ישראלי שרצח את אשתו בתאילנד פנה לבג"ץ ועמד על חובתה של מדינת ישראל לשפוט אותו כאן, מכיוון ששם הוא חשוף לעונש מוות.

אסא כשר: לא מצאה חן בעיניי החלטת בג"ץ. מדובר באזרח ישראלי העלול לעמוד בתאילנד לפני פסק דין מוות, ואילו בישראל הוא יכלא לכל ימיו אך חייו יינצלו, והנה אומרים 'גורלו אינו מעניין אותנו; שיתלו אותו'. מכיוון שישראל קיבלה עליה סטנדרט מוסרי, דהיינו בתי המשפט שלה אינם גוזרים מוות בדרך כלל במקרה הרשעה ברצח מסוג זה, עליה לעמוד באמת מידה זו. משמעות עמדתה של המדינה היא שהיא פסלה את רעיון ההוצאה להורג, וכאשר אזרח שלה עומד לחוות את מוראו של רעיון זה, עסקה הוא לחלצו מן המצר. אמנם חזקה על בג"ץ שפסק לפי החוק כמו שצריך, אך פסיקתו אינה עומדת במבחן המוסרי, לדעתי.

התנאי האחרון של 'תנאי הכורח הצבאי' הוא תנאי פילוסופי, *universal as ability*, 'תנאי ההגיונות'. לפי תנאי זה, אין תופרים חליפת מוסר מיוחדת לצרכיה של ישראל, אלא נוקטים עיקרון המחייב אותנו באותה מידה שהוא מחייב אחרים. ראסל אמר שאם שערות ראשך סומרות למקרא ידיעה בעיתון בוקר בדבר מעשיה של מדינה אחת למדינה אחרת, החלף את שמות המדינות בכתבה שקראת ובחן את עמדתך. אם עמדתך תישאר בדיוק אותו הדבר, לזעזוע שלך יש בסיס מוסרי, וְלא – סימן בדוק הוא שאתה לוקה בדעות קדומות.

לא מזמן קראתי כתבה שתיארה את המדיניות בשעה שהבריטים תפסו את אחד מראשי הלח"י וכלאו אותו. מחליפו היה יאיר והוא אמר שהמדיניות שלו היא להרוג כל בריטי כדי להפחיד את הבריטים, כדי שיסתלקו מכאן. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם ההגדרות שלנו.

הואיל ואנו מקבלים מן ההתפתחות של הדין הבין-לאומי בדבר תורת

המלחמה הצודקת את רעיון ההבחנה בין אזרחים לבין חיילים – הבחנה המאפשרת להקטין את מוראות המלחמה – והואיל ואנו חושבים שההבחנה איננה רלוונטית לסיטואציה הישראלית-פלסטינית – צריך עקרון הבחנה אחר. קבענו אפוא עקרון הבחנה המכיל עקרונות משנה.

בעיקרון זה נקבעה פִּיל סְקֵלָה לסימון רמת מעורבות ישירה בטרור ורמת מעורבות עקיפה בטרור, ובהתאם למיקומו של אדם נתון בסקלה זו נקבעת מידת ההצדקה לפעול נגדו, וכן נקבעים התנאים והאמצעים המדויקים לפעולה. בקוטב המחמיר של הסקלה ממוקם המחבל המתאבד, ולפניו – המחבל המתעתד להתאבד, המסיע את המתאבד, המשגר את המתאבד, מכין המטען של המתאבד, ספק האמצעים להרכבת המטען, מגייס המתאבד וכיוצא באלה, עד מקבלי ההחלטות של פעולות אלו. בבחינת ההיגיון של מיפוי המעורבות בטרור על פני סקלה זו מתברר שמי שמעורב בייצור סכנה ממשית – לא בתשתית שלה, לא באווירה העוטפת אותה, אלא בייצור סכנות קונקרטיים – ממוקם בקצה המחמיר של הסקלה וברמה הגבוהה של מעורבות ישירה בטרור.

הטעם לעקרון הבחנה זה הוא הצורך בזיקוק החלוקה הגסה לשתי קבוצות בפרדיגמה הקלאסית. אנו סבורים שצריך להחליף אותה ברזולוציות דקות בהרבה. החלפה זו מעשית, כי סוג הפעילות שונה מזה שבעבר: אין מדובר בפעילות בקבוצות גדולות, בריגדות ודיוויזיות, אלא בקבוצות קטנות.

דן מרידור: מה מידת המעורבות הישירה של המסית ברחובות ובמסגדים? האם תופרת חגורת הנפץ וקונה הרשנים להכנת המטען מעורבים ישירות, ואילו הצועק והמסית אינו מעורב בטרור ישירות?

אסא כשר: אם המסית הוא חלק ממנגנון הגיוס ובלעדיו הטרור לא יתקיים, כי אז הוא מייצר סיבות ישירות לטרור, והוא יוגדר כמעורב בו ישירות. אפשר להמשיל זאת למכונה לייצור פיגועים: בקצה אחד שלה מישהו מתפוצץ בפעולת הרג־התאבדות, ובתחום הביניים שבין קצה זה לקצה המניע את הפיצוץ מצויים גלגלי שיניים של כולם חלק חיוני בהשגתה של מטרת הקצה. לפעמים יש גלגלים מקבילים, ונטרול אחד מהם אינו מפסיק את פעולת המכונה; מובן שמעמדם של גלגלים מקבילים שונה ממעמדם של גלגלים ייחודיים. מכל מקום, רעיון המלחמה בטרור פשוט: לשתק את המכונה הזאת. יש לזכור שהמכונה איננה נתוקת הקשר, אלא היא מתקיימת במעטפת שלמה וקוהרנטית. אמנם מעטפת זו מגויסת כל כולה לטרור, אך היא איננה מונוליטית מצד הישירות של הסכנות שהיא מייצרת. הנה למשל הכסף,

התשלום בעבור ההתאבדות: לעתים אנשים מתאבדים תמורת כסף, ולעתים ללא תמורת כסף: אם מתברר שהכסף אינו ממלא תפקיד בייצור הפיגועים, כי אז מי שמשלם למשפחת המתאבד אינו מעורב במישרין בטרור, ולכן הוא אינו חלק מן המכונה הזאת. לא אוכל לטעון שאני מתגונן מפני הטרור כשאני פוגע במשלם. אם אוכל לתפוס אותו ולהעמידו לדין, ניחא; ולא – אין לי הצדקה לפגוע בו. מוצדק לפגוע רק במי שהוא חלק מהמכונה המייצרת סיכונים.

דן מרידור: 'לפגוע' הוא ביטוי המצריך הבחנה ודיוק, כי 'לפגוע' פירושו גם פגיעה במערכת המשפט.

אסא כשר: אתה צודק. אנו אומרים זאת במפורש: אם יש חלופת מעצר, החובה המוסרית היא לעצור ולא לנקוט סיכול ממוקד, שכן צריך להיות 'כורח' להרוג. אסור להרוג אדם כדי להתגונן מפניו, אם אין כורח בכך. כבוד האדם מחייב אותנו ביחס לכל אדם, גם אם הוא טרוריסט. מנגד, אם תפיסתו וכליאתו של הטרוריסט עלולות לתבוע מחיר יקר בדמות סיכון חיים של החיילים ושל האנשים שאינם מעורבים בטרור, כי אז חלופת המעצר איננה החלופה הטובה ביותר, ויש לשקול חלופה אחרת לנוכח עקרון הכורח.

ההבחנה לפי עקרון מידת המעורבות הישירה בטרור – יש לה רכיבים נוספים, כגון 'חזקת המעורבות בטרור': חזקה עובדתית, הסתברותית. אין זו חזקת חפות או רמת המעורבות הישירה, אלא חזקה ברמת העובדות. פירוש הדבר הוא שבן אדם שעסק בטרור אתמול, חזקה עליו שהוא עוסק בטרור היום. 'אתמול', לפי מנהג השב"כ, פירושו חצי שנה: מי שבחצי השנה האחרונה עסק בטרור, חזקה עליו שגם כיום הוא מעורב במישרין בטרור.

ואולם כמו כל חזקה גם חזקה זו אפשר להפיג אותה, וחובתנו להתאמץ להפיג אותה. אם כל מה שיש נגד אדם מסוים הוא ההנחה בדבר 'חזקת המעורבות בטרור', כי אז במסגרת ההתגוננות מפניו – ולא במסגרת ההתחשבות אתו! – יש להתאמץ מאוד להפיג חזקה זו. אולי אפשר להפיג אותה אם יתברר שהמעורבות בטרור הייתה מעידה חד-פעמית או שהאדם שינה מטעמו באופן בולט וכיוצא בזה. ואולם אם החזקה בעינה עומדת למרות המאמצים להפיג אותה, יש לפגוע באותו אדם בלי לפגוע באנשים בסביבתו. לשון אחר, פגיעה במי שעומדת לו חזקת מעורבות בטרור חייבת להיות מוגבלת ומאופקת.

אנו מדברים באנשים שהיו מעורבים במישרין בטרור, ולא באנשים שהיו אז עוֹדֵם חברים בפת"ח. התרחקנו משאלות אלו מפני שהן כרוכות בין השאר בשימוש בפרדיגמה הכללית, הקלאסית, בהתאם לדעתם של אנשים מסוימים

הדוחפים אותנו לקבוע שהמלחמה בטרור הפלסטיני היא ככל המלחמות. אם זו 'מלחמה', מי האויב? האם הוא הארגון הניצב נגדנו? כלומר האם כל איש חמאס הוא כמו חייל? האם משום כך הוא מטרה לגיטימית? איננו רוצים לצעוד בכיוון זה. מבחינה מוסרית לא רצוי לקבוע שכל חבר בארגון חמאס הוא מטרה לגיטימית לפגיעה בחייו, כמו שהדבר מתקיים בפרדיגמה של החיילים במלחמה במודל הקלאסי. לכן אין הדברים אמורים באיש פת"ח, אלא במי שהיה מעורב במישרין ובאורח פעיל בטרור: מהנדס, רוקח, נושא חגורת נפץ וכו'.

דן מרידור: האם מותר להרוג אדם ללא משפט על סמך ראיות מודיעיניות שלפני ארבעה-חמישה חודשים היה מעורב בפעילות טרור או בפעילות תומכת-טרור אך כיום אין שום ראיה שהוא ממשיך בזה? האם מותר לעשות זאת, גם אחרי שנעשה מאמץ למצוא ראיות חדשות לפעילותו כיום והמאמץ לא נשא פרי? האם אין הרשאה זו מרחיקה לכת מאוד?

אסא כשר: יש לבחון זאת לאור חזקות עובדתיות. כלומר אנשי המקצוע צריכים לקבוע שאכן זהו אורח ההתרחשות: מי שיודעים עליו בוודאות שלפני כחמישה חודשים היה 'מהנדס', יודעים עליו בהסתברות גבוהה מאוד שגם עכשיו הוא מהנדס. אין דוגמאות הפוכות, שמי שהיה לפני חמישה חודשים מהנדס, הצטרף זה לא כבר לתנועה הציונית או נעשה פציפיסט או סתם כך יצא מן הטרור. וזו עמדתם של אנשי המקצוע.

דן מרידור: מה דינו של אדם המציב את עצמו כנגיש לטרור, ואולם ברגע המכריע, כאשר מבקשים ממנו להוציא לפועל משימת טרור מסוימת, הוא אינו משתתף בה?

יש להבדיל בין המצבים השונים: מי שעסק בטרור יותר מפעם אחת, יש להניח שדרכו היא דרך הטרור, ואילו מי שעסק בטרור חד-פעמית, יש מקום להניח שהנסיבות והמניעים אינם בהכרח מתקיימים גם עתה. הבחנה זו דקה מן ההבחנה הכוללת בעיקרון 'חזקת המעורבות בטרור'.

אסא כשר: משמעות דבריו היא שצריך אולי להקטין את התקופה: חצי שנה הוא פרק זמן ארוך מדי, ואילו חודש הוא פרק זמן טוב ממנו.

נאוה בן אור: יש להביא בחשבון גם את הדרג. יחיא עיאש, 'המהנדס' – הטרור היה המקצוע שלו. אלא שבין יחיא עיאש לבין המהנדסים 'שבדרך' יש אנשים

רבים שהתגייסו לפעילות טרור פעם אחת ויחידה, ולא עוד. הם כמו 'שילמו את חובם' לחברה הפלסטינית, והם אינם רוצים עוד לקחת חלק בפעילות זו.

אסא כשר: את זה אנשי המקצוע צריכים להגיד: יש מקרי התגייסות חד-פעמיים, כגון הסעת המחבל המתאבד או הושטת סיוע אחר, ולא עוד. במקרה זה החזקה התבטלה.

דניאל רייזנר: אבל יש מודיעין ויש מודיעין: יש מודיעין ישיר, שהוא הטוב ביותר בנמצא, ויש מודיעין עקיף, שלפיו מישהו אמר על מישהו שהוא שמע מישהו רואה מישהו.

דן מרדור: יש שתי שאלות: א. מהי הסבירות שמי שעסק בטרור ממשיך לעסוק בטרור? לדעתי, לא די במעורבות חד-פעמית בטרור כדי לקבוע שאדם הוא טרוריסט, וחצי שנת מבחן לא-מעורבות בטרור היא תקופה ארוכה מדי; ב. האם מותר להרוג אנשים שעיסוקם בטרור ודאי? יש לעבור את שני המחסומים האלה כדי לאפשר את הלחימה על ההדק.

אסא כשר: אתה צודק בוודאי, אבל זה עניין אחר. עקרון משנה נוסף הוא 'הבחנה בין החובות השונות של המדינה לאזרחיה', וכאמור המונח 'אזרחים' ננקט כאן במובנו הרחב. למדינה יש חבילות שונות של חובות כלפי אנשים מסוגים שונים (אזרחים, חיילים, שוהים בתחומה וכו'), וחבילות אלו נקבעות לפי היחס בין המדינה לבין אנשים אלו.

למדינה יש חבילות חובות כלפי בני אדם שאינם מעורבים בפעילות טרור כלל וכלל, והם בשליטה אפקטיבית של המדינה, כלומר הם נמצאים בתחומה בין שהוא ריבוני ובין שאינו ריבוניתה. חבילה זו דומה, לא זהה, לחבילת החובות שיש למדינה כלפי אזרחיה, תושביה וכו'. למדינה יש חבילת חובות גם כלפי בני אדם שאינם מעורבים בשום פעילות טרור, אבל הם אינם בשליטה אפקטיבית שלה, וחבילה זו שונה מחבילת החובות כלפי הקבוצה לעיל. יש הבדל בין חובת המדינה לאנשי מזרח ירושלים לבין חובתה לאנשי עזה, שכם וקלקיליה.

למדינה יש חבילת חובות גם כלפי בני אדם המעורבים בפעילות טרור בעקיפין: מובילי הכסף, כותבי הכרוזים, המשלהבים בהלוויות, הנואמים במסגדים. ולבסוף, למדינה יש חבילת חובות גם כלפי בני אדם המעורבים בפעילות טרור במישרין, ואחת מהן היא כאמור חלופת מעצר 'חלקה' (בסיכון מזערי לכוחותינו).

ההבדלים בין חבילות החובות מתארגנים בסדרי עדיפויות בהתאם לחבילת החובות שיש למדינה כלפי האדם המוגדר שייך לאחת מן הקבוצות לעיל, והם המכריעים בעת התנגשות בין חובות שונות וקובעים מה קודם למה. לפעמים ההבדלים הללו מוצגים בצורה גרועה, גסה וגורפת, אפילו על גבול הגזענות. כך קרה לדוגמה במקרה שהרבנים פרסמו כרוז ובו נקטו מונחים בעייתיים מבחינה מוסרית, כגון 'דם יהודי' ו'דם לא יהודי'. הנפש נוקעת מהתבטאות זו. בניגוד להם אנו מדברים במונחי החובות של המדינה כלפי בני אדם הנמצאים או שאינם נמצאים בשליטתה והמעורבים או שאינם מעורבים בפעילות טרור.

למדינה יש כמובן חובה עליונה להשתדל שתהיה פגיעה מזערית בחיי 'האזרחים', במובן הרחב של המילה. החובה בעדיפות השנייה היא למזער ככל האפשר את הפגיעה בבני אדם שאינם 'אזרחיה' של המדינה ואינם מעורבים בטרור והם בשליטתה האפקטיבית. החובה בעדיפות שלישית היא למזער הפגיעה בחיילים, שלפי הרציונל של צבא של מדינה דמוקרטית מותר לשלוח אותם לפעילות לחימה מסכנת חיים כדי להגן על חייהם של אזרחים. החובה בעדיפות רביעית היא למזער הפגיעה בבני אדם שאינם מעורבים בטרור ואינם בשליטה אפקטיבית של המדינה (למשל עזה), בעדיפות חמישית – בני אדם המעורבים בעקיפין בטרור, ובעדיפות שישית – בני אדם המעורבים במישרין בטרור.

אלה סדרי העדיפויות הראויים בעינינו. לפיהם אין שום הצדקה לסכן חיי חיילים וחיי תושבים פלסטינים כדי 'לשלוף' פלסטיני מעזה ולעצור אותו, במקום להרוג אותו. לפי סולם העדיפויות של חובת המדינה לאנשים השונים, חלופת המעצר במקום חלופת הסיכול הממוקד איננה מצדיקה סיכון חיים של מי שעומדים גבוה במדרג העדיפויות.

דן מרידור: אינך מדבר על הטרוריסט, כי אם על אדם שאנו חושבים שהוא טרוריסט, אך איננו יודעים זאת בוודאות. אינני מדבר על שיח' אחמד יאסין, שלדברי השב"כ מישהו הלשין שהוא טרוריסט, ואף כי איננו יכולים 'לשלוף' אותו מעזה, אנו אומרים שדינו מוות.

אסא כשר: אני רוצה להניח שהדברים אינם מתנהלים כך; כלומר שלפי עדויות שמיעה או ראייה מפוקפקות ובלתי-בדוקות מחליטים על סיכול ממוקד. חלף זאת נחוץ הליך מסודר ומהימן נגד אדם שברור מהי מידת הסכנה הנשקפת לנו ממנו, מהי מידת המעורבות שלו, מהו טיבה של מעורבות זו (ישירה או עקיפה), מהי איכות המודיעין עליו ומה הן הנסיבות לתפיסתו (האם הוא לבדו

או בחברת אנשים). סיכול ממוקד אינו עניין של רכילות. אי-אפשר ללכת רכיל ולקוות שצה"ל 'יסכל' את היריב שלך על סמך זאת.

דן מרידור: ועוד נותרת השאלה של מידת הראיות, כמובן. גם אני מניח שאיש לא יחרוץ את דינו של אדם לסיכול ממוקד ללא ראיות מוצקות. שאלה שנייה היא מה הם הקריטריונים, ולא הראיות, לכלול אדם ברשימת הסיכול הממוקד. אמנם מעודי לא הייתי מעורב בהכנסת אנשים לרשימה, אבל ראיתי את ההכנות לכך ואת המחלוקות הניטשות בין האנשים בגופי המודיעין, לפעמים תוך כדי לחימה. בסופו של דבר, המפקד מכריע מי לחסד ומי לשבט, ומכל מקום, ההליך בשאלה מי יכלול ברשימה ומי לא אינו כה מסודר.

אסא כשר: הסיכול הממוקד שאני מתכוון אליו איננו נקבע תוך כדי קרב. פעולת הסיכול הממוקד היא פעולה מתוכננת המבוצעת לא בסערת הקרב. החלטות בדבר האדם שנגדו יינקט סיכול ממוקד אינן יכולות להתנהל ולהתקבל בחפזה.

דן מרידור: המציאות מכתובה חיפזון: יש לחץ, כי היה פיגוע קשה בנתניה או בירושלים; ואם מבקשים להגיב במהירות, מבקשים שמות. דבר זה קורה. מה פירוש 'הדבר לא נעשה כך'?! כך נעשה.

דניאל רייזנר: אמנם יש מקרים שמופעל על הצבא או על המודיעין לחץ גדול 'להביא שמות' לסיכול ממוקד, אבל רשימת השמות מגובשת זה כבר על פי קריטריונים האמורים למנוע חפזון החלטה ועל פי בדיקות מדוקדקות של מידע מודיעיני. כל המקרים שהייתי מעורב בהם בשאלת הסיכול הממוקד, והייתי חשוף לכל רשימה של גוף מודיעיני ספציפי ולא בצבא, תיאורו של דן מרידור לא התקיים בהם.

דן מרידור: זאת אומרת שיש דוגמאות שאתה מכיר, כגון הסיכול הממוקד נגד אבו עלי מוסטפא, שלא עסק בטרור לפחות שנה קודם לכן. גנדי הוא ששילם את מחיר החיסול. זה ברור. אנו יודעים זאת עובדתית. מן החקירה התברר שרצח גנדי היה תגובה על הריגת אבו עלי מוסטפא.

השאלה השנייה היא מה הם הקריטריונים לסיכול ממוקד. בעבר דובר על מידתיות, אבל אני מבין שקריטריון זה כבר אינו קיים.

אסא כשר: זו השאלה הבאה: עקרון המידתיות דן בדיוק בפרמטרים האלה. אך לפני המידתיות עליי לציין סייג מסוים: אנו מרשים לעצמנו לפגוע באנשים

שאינם מעורבים בטרור, בשעה שנדמה לנו שלא אנו הנושאים באחריות המוסרית למצב שבו הם נמצאים. הנה לדוגמה 'נוהל שֶׁכָּן' הישן: הלוא אי-אפשר, מבחינה מוסרית, להטיל על פלסטיני שאינו מעורב בטרור לשמש מגן חי בעת פעילות נגד אדם המעורב בטרור ואחר כך למשוך בכתפיים ולהפטיר 'מה אני יכול לעשות?'.

דוד ויצטום: התמונה רחבה בהרבה, משום שבעולם היא מצטיירת כתמונה שהמחולל אותה הוא הכיבוש.

אסא כשר: נקודה זו איננה מעניינת אותי בשלב הזה, ובעצם גם באופן כללי. לא מעניינים אותי דעת הקהל הבין-לאומית והדיבורים על אודות הכיבוש, שאינם ממין העניין, מפני שזו הבחנה מספר אחת בתורת המלחמה הצודקת. גם בדין הבין-לאומי, שהתגבש בסביבתה, יש הבחנה בין שיקולים של צדקת המלחמה לבין שיקולים של צדקת המעשים הנעשים במלחמה. מלחמה לא-צודקת, תוקפנית, איננה משקפת דבר באשר למעשים של החיילים. מי שנוקט את הטיעון 'כיבוש' אינו אלא אומר משהו על המצב הכולל. תהיה דעתו של פלוני על המצב הכולל אשר תהיה, אין לכך שום קשר לפעולות הטרוריסט מצד אחד ולפעולות הצבא והשב"כ מצד שני. אלה מערכות שונות של שיקולים. המעבר הרטורי מדיון על אודות 'טרור' אל 'כובש' ו'נכבש' אינו מעבר ראוי משום בחינה, לא מוסרית ולא מדינית. לכל היותר הוא טוב לתעמולה.

מובן שאפשר להגיד שהכיבוש יסודו בחטא ושההתנחלויות הן אסון, אך אף לא אחת מצורות ההתנגדות האלה אין לה הכוח המוסרי להצדיק טרור ולקבוע מה מותר ומה אסור לעשות נגד הטרור. משום כך הכיבוש הוא ממד בלתי-רלוונטי של התמונה, כשאני מדבר על האתיקה הצבאית כלחמה בטרור.

באשר לעקרון המידתיות, הוא קיים בכל תורת המלחמה הצודקת מימות עולם, ובשתי רמות – צדקת המלחמה וכללי ההתנהגות במלחמה. ראשית לכול, צריכה להיות מידתיות בהצדקה לצאת למלחמה, כלומר פרופורציו-נליות באשר לטיבו של מי שאתה יוצא נגדו, ולאחר מכן צריכה להתקיים מידתיות בכללי המלחמה, כלומר פרופורציונליות במעשה המסוים שלך ביחס למעשה של היריב.

שתי אינטואיציות מנוגדות חיות בעולם המידתיות, והן קיימות גם כאשר בית המשפט מדבר על מידתיות בתור שיקול בהחלטות בענייני פירוש: האם פעולה מסוימת הייתה מידתית או לא? באיזו רשות מנהלית מדובר? באיזו

זכות מדובר? ועוד שאלות ממין זה. לפי האינטואיציה האחת, צריך לנקוט מידה ראויה כדי להשיג מטרה ראויה. לפי האינטואיציה הקוטבית, המידה הראויה נקבעת בהתאם לפרופורציה בין התועלת לבין הנזק, כלומר בהתאם לבירור אם התועלת מצדיקה את הנזק.

הערפל במידתיות מחולל מיני אמצעים מפוקפקים המתרוצצים והמתחרים זה בזה במטרה לקבוע אם יש מידתיות. הגרוע שבהם בעיני הוא הפרופורציות המספריות. הווה אומר, לא ממין העניין היא השאלה כמה הרוגים יש בצד שלנו בפיגוע וכמה הרוגים יש בצד שלהם בסיכול ממוקד, ומהו היחס בין הרוגינו לבין הרוגיהם, כדי להפוך את הסיכול ללגיטימי. במטפריקה של הפרופורציות אין לחשוב כלל במונחי כמויות והשוואת כמויות. מנגד, השאלה ממין העניין היא אחרת: האם נעשה שימוש בפחות מדי או ביותר מדי כוח בפעולה שמן ההכרח היה לעשותה?

פרמטר זה הוא אפוא תשובה לדרך מרידור על שאלתו מה הם הקריטריונים לסיכול ממוקד. מצד אחד יש לבחון את רכיבי התועלת הצבאית, ומצד שני – את רכיבי הנזק של הפעולה הצבאית. באשר לרכיבי הנזק, השאלה קלה: האם תהיה פגיעה באנשים שאינם מעורבים בטרור; בראש ובראשונה פגיעה בחייהם, אך גם ברווחתם, בשלומם, ברכושם וכו'? באשר לרכיבי התועלת הצבאית, השאלה מורכבת יותר: מהי מידת הסכנה הצפויה מפעולת הטרור שמנסים למנוע (מגה־פיגוע או פיגוע)? מהי מידת המעורבות של האדם בפעולת הטרור (בקצה הסקלה, בנקודת ביניים, בקצה המסוכן של סוף הפעולה או בקצה הנגדי של הנעת הפעולה)? מהי רמת המיידיות של הסכנה? מהי רמת ההשפעה של האדם המעורב במישרין בפעולת טרור (מקבל ההחלטות שבלעדיו לא תתקיים פעולת הטרור או דרג ביצועי)? מהי מידת הבלעדיות שלו (חוליה אחת מני רבות בשרשרת או חוליה ייחודית שבלעדיה תושבת השרשרת)? מהי מידת הקושי ליירט אותו (חמקמק או לא חמקמק)? איך ישתנה התכנון של השבתת היכולת של היריב לפגוע כך?

המידתיות איננה כלי מדידה לכורח כאשר משווים בין מספרי ההרוגים בשני הצדדים. מנגד, היא כלי מדידה לכורח צבאי. כאשר מתהווה רמה גבוהה בפרמטרים מצד התועלת הצבאית – מידת ההשפעה של המיועד לסיכול ממוקד עצומה, הקושי ליירט אותו עצום, מידת הסכנה הנשקפת ממנו עצומה – נוצר כורח צבאי. המידתיות היא המסמנת מתי נוצר כורח זה. המידתיות גם מכיילת את הערכים הנמוכים של כל רכיבי התועלת הצבאית, כי בהינתן סכנה ממשית לפגיעה בחפים מפשע, לא נוצר כורח צבאי. כינינו זאת 'נסיבות הפיתוח': בתכנון פעולה צבאית כגון סיכול ממוקד שוקלים שימוש באמצעים שונים (טיל, פצצה וכו') ומחשבים את סיכויי הפגיעה

האפקטיבית באמצעות תרגילים הסתברותיים שעורכים מנתחי מערכות ואנשי מקצוע מן התחום הסטטיסטי. ואולם אנשים אלו אינם מסוגלים להנפיק נוסחאות לצורכי מידתיות. משום כך מן הראוי לשוב ולדרוש מהם לשכלל את השיטות ולגוונן כך שיקטינו את הנזק הסביבתי ככל האפשר בטווח קצר ובטווח ארוך. חובתנו הבלתי־פוסקת היא לשכלל את השיטות ואת האמצעים לשם מזעור הפגיעה בסביבתו של המיועד לסיכול ממוקד.

עבודת השכלול והפיתוח של האמצעים והשיטות מונחית על ידי עקרון ההסתברויות הנמוכות, שהרי הסתברויות גבוהות קרובות מאוד לוודאות, ובמסגרתן קל להחליט ולפעול. מנגד, הסתברויות נמוכות מקשות את ההחלטות, משום שהן כרוכות בתוחלות ולא בוודאויות ומשום שגם במסגרתן צריכים לפעול. הנה דוגמה: ההסתברות שאדם מסוים הרוצה לצאת עכשיו משכם הוא המפגע היא הסתברות נמוכה, כי הוא אחד מאלפי אנשים. ובכל זאת, הרי ייתכן שאחד מאותם אלפים אכן יגיע לתל אביב או לירושלים כשהוא נושא פצצה או חגורת נפץ. ולכן השאלה היא מה לעשות בהסתברויות נמוכות. כמענה לשאלה זו הצענו שני רעיונות עיקריים. הרעיון האחד הוא שיש לקבוע מאיזו סכנה מתעלמים ומאיזו סכנה אין מתעלמים. לדוגמה, אם מבקשים להימנע בכל מחיר מהתרחשות מעין מלחמת יום כיפור, אין להתעלם גם מן ההסתברות הנמוכה ביותר, כי יש פוטנציאל לנזקי טעות בלתי־קבילים. הרעיון השני הוא שיש לבחור את התרחיש הפחות גרוע ומסוכן מן התרחישים הגרועים והמסוכנים ביותר. עיקרון זה מאפשר לראות את הסכנות הגדולות ביותר גם כאשר ההסתברויות נמוכות.

עיקרון נוסף הוא 'שיקולי טווחי זמן'. חובתה של המדינה להגן על אזרחיה מפני סכנות בטווח קצר, בינוני וארוך. והנה יש הטוענים שהמדינה הורגת את היתושים, אבל איננה מייבשת את הביצה או אף מגדילה את הביצה וכו'. אנו מציעים לשקול את כל השיקולים בכל הטווחים ולתת עדיפות לשיקולים בטווח הקצר, שהרי אי־אפשר להרפות מן המאבק בטרור לפרק זמן מסוים במחיר חייהם של עשרות בני אדם בתקווה שוויתור זה ייבש את הביצה. לא בא בחשבון שמדינה דמוקרטית תתנהג בצורה כזאת – תפקיר את אזרחיה בטווח הקצר כדי להגן עליהם בטווח הארוך. המדינה צריכה לטפל בכל טווחי הזמן ובשיטות מתאימות.

עיקרון נוסף הוא 'ההבנה המקצועית'. כל פעולה צבאית צריכה להיעשות על ידי מקצוענים המבינים את מה שהם עושים. חלק מן התלונות על המחסומים הוא עדות ברורה לחוסר ההבנה של המאיישים אותם; החיילים שם אינם מקצועיים דיים בתחום שבו הם פועלים, והדבר מחולל בעיות בלתי־פוסקות.

עיקרון אחר הוא 'האזהרה המתמדת'. עלינו לפעול נגד המעורבים בטרור תוך כדי מתן פומבי לפעולה נגדם, כדי שהכול יראו זאת, אך בלי לפגוע בתמימים שאינם מעורבים בטרור. עלינו לגרום לכך שפולטינים שאינם מעורבים בטרור יבינו מדוע אנו מקפידים בבירוק הביטחוני במחסומים ויכירו בכך שאין לנו שום כוונה להשפילם. עליהם גם לדעת היטב את מידת הנזק שאנו מסוגלים להסב לאויבינו. כך תתקיים אזהרה מתמדת לעיני כול.

עיקרון נוסף הוא 'עקרון הפיצוי'. מעיקרון זה הסתייגו חלק מאנשי המדינה שהיו בצוות, ולמרות זאת התגבשה המלצה שמן הראוי לפצות את הניזוקים. לא הצענו מתי או כמה, אלא המלצנו לקבוע כעיקרון שמי שנגרם לו נזק על לא עוול בכפו – חובת הפוגע לפצותו; בוודאי נכון הדבר במקרים של נזקים הפיכים, כגון עקירת עצים: עקרת – שתול במקום אחר. ואכן כך עושים לפעמים בפיקוד מרכז. אפשר שהפיצוי יהיה מידי ואפשר שיהיה במסגרת ההסדרים המקיפים ליישוב הסכסוך.

העיקרון האחרון שאציין הוא 'עקרון ההרתעה המבצעית'. מבחינה מוסרית, ה'הרתעה' בעייתית ויש בעניינה ספרות פילוסופית ענפה. לרוב אנו מסתכלים רק בפן אחד של הרתעה: היותה תוצר לוואי של פעולת מניעה. מכאן נובע שלא בא בחשבון המוסרי שנהרוג אנשים רק לשם הרתעה. אבל בא בחשבון המוסרי להסביר פעולה כמניעתית, בין השאר במונחים של ההיבט ההרתעתי. הלוא בסופו של דבר אנו רוצים שגם פעיל הטרור וגם שכנו ידעו אל נכון שאנו מחמירים בתגובתנו למי שמנסה להרע לנו. עלינו להסביר זאת באמצעות הרתעה מבצעית. הרתעה זו איננה מדינית או עונשית, אלא הרתעה לגיטימית שאסור לה לייצר עוד נזקים. לשון אחר, אסור לנו להרשות לעצמנו להסב לפולטינים נזקים נוספים משום שאנו תופסים את הפעולה כבעלת ערך כפול – מבצעי והרתעתי. איננו רשאים לחולל נזקים מעבר למתחייב לצורכי הכורח של פעולת המניעה.

דן מרידור: ההיבט המוסרי של הערכים ושל ההתנהגויות נוגע בלבם של נושאי הדיון שלנו, כי הרי ממנו הכול נובע. דבריו עוררו לא מעט קושיות, שאלות והשגות, וזה טבעם של דברים הנחרשים לראשונה. ובאמת, לא זכור לי שנעשתה בארץ עבודה כה מסודרת ומקיפה בתחום זה, ואני שמח שהיא הוצגה בפורום זה.

דודי זכריה: אכן עבודתכם מקיפה, ואני מבקש לשאול שאלה מקיפה המשיקה הן לשדה הפעילות המבצעית הן לשדה הפעילות המוסרית. כוונתי לניסיון

ליצור 'קוד פעילות' בזמן אמת: באיזו מידה אפשר לתת לגיטימציה מוסרית אפריורית להחלטה מבצעית? הלוא תמיד אפשר למצוא הצדקה מוסרית כלשהי למעשה בדיעבד. שאלתי היא אפוא האם קוד אתי יכול לשמש אמצעי פיקוח אפקטיבי על הלחימה?

שאלה נוספת היא באשר למערכות המוסר השונות בשני הצדדים. הפלסטיני התמים השומע בלילה את המזל"ט או את המסוק או את המטוס מרחפים מעליו, שואל את עצמו מי אשם בכך: אנשי החמאס הנועזים־הקדושים־המוסריים־המנהיגים־הרוחניים או הישראלים הכובשים? והתשובה ברורה לו כשמש: אנשי החמאס אינם אשמים כלל. לעומת זאת, בעינינו האשם האמתי באחריות למצב הוא יאסר ערפאת, שאינו עושה דבר למניעת הטרור. כלומר בנסיבה פוליטית־מדינית־מוסרית אחת מתקיימות שתי מערכות מוסר מנוגדות לחלוטין זו לזו. ברור אפוא שעלינו לגבש מערכת מוסר פונקציונלית וייחודית, לא אוניברסלית, שתתאים למציאות חיינו.

אפרים הלוי: בתחילת דבריך שאלת אם יש מקום לעסוק במוסר, בקוד האתי של צה"ל וכיוצא בזה. אני שייך לאסכולה שלפיה יש מקום לקוד אתי, וכך חשבתי עד לפני חודשים אחרים. והנה, מהתפתחויות שאצביע עליהן מיד נתערערה בי הוודאות שאכן זהו הדבר הנכון לעשותו. אני מתכוון לסדרת מהלכים שנוקטים היועץ המשפטי החדש ובית המשפט, ולא רק בתיק הנוגע לראש הממשלה. דומה שהולכת ומתגבשת בארץ תפיסת עולם חדשה שלפיה כל הבלתי־חוקי הוא חוקי, וכל החוקי – לגיטימי. לכאורה יש פה משחק מילים, שהרי לגיטימי הוא בעצם חוקי, אבל למעשה אנו מבינים שב'לגיטימי' יש מהות נוספת מעבר ל'חוקי'. התפיסה המוסרית הרווחת בחברה הישראלית היא שכל מה שהוא חוקי הוא לגיטימי. מזה נגזר אוטומטית שכל מה שאינו חוקי אינו לגיטימי. חלוקה זו תקפה בחיי הציבור ובחיי ההתנהלות של המדינה לשתיים מרשויותיה – המבצעת והשופטת.

אני שואל אפוא את עצמי לשם מה להשית על המפקד דילמות שהן מעבר לדילמות חוקי או לא־חוקי. למה צריך המפקד לחיות בעולם שונה מן העולם שמערכת המשפט במובנה הרחב משליטה על המדינה? למה צריך לערוך הבחנה בין מה שאנו עושים בלחימה בטרור ובין מה שאנו עושים בתחומים מדינתיים ואזרחיים אחרים? הלוא אי־אפשר לקבוע שבגזרה מסוימת מתנהגים לפי כלליה של קבוצת חשיבה אחת ובגזרה אחרת – לפי כלליה של קבוצה אחרת. להפך: אותם כללים של אותה קבוצת חשיבה צריכים לחול בכל הגזרות של ההווה המוסרית. והואיל וכאמור אני סבור שהתפיסה השלטת כיום היא שכל מה שהוא חוקי הוא לגיטימי, והואיל ואין כל מימוש להיבט האתי

והאסתטי של ההתנהגות החוקית (דהיינו החוק הוא מוסרי, ואם החוק לא קבע שמשוהו הוא בלתי-חוקי, כי אז הוא מוסרי), אין שום סיבה לחייב את הלוחמים ואת מפקדיהם לנהוג על פי קוד מוסרי מחמיר מן הקוד האתי של החברה שבשמה נשלחו למשימותיהם.

נקודה נוספת שעלתה בדבריו היא אחריות המדינה כלפי אזרחיה הנמצאים מחוץ לגבולותיה. לפי מיטב ידיעתי, על פי כללי המשפט הבין-לאומי, אין סמכותה של המדינה מגעת אל מעבר לגבולותיה החוקיים, למעט נציגויותיה בנכר ונציגויות המוגדרות שלוחות של ארגוני המדינה. אזרחי ישראל המהלך ברחובות פריז, המדינה אינה אחראית לו, לא אחריות חוקית ולא אחריות מוסרית; קל וחומר אזרחי ישראל המהלך ברחובות ביירות מרצונו (כמובן, שונה הדבר אם האזרח נחטף או נלקח בכוח ממדינת ישראל). מבחינה זו יש הבדל תהומי בין מקרה אלחנן טננבאום, שאמנם הגיע בסופו של דבר לא מרצונו לידי החזבאללה, אבל ניהל מרצונו שיג ושיח עם גורמים שטיבם וסכנתם היו יודעים לו היטב, לבין רון ארד, ששוגר למשימה צבאית בשליחות מדינת ישראל וסופו שנשאר בארץ אויב. אלה שני מקרים שונים לחלוטין, ואין להשוות ביניהם כלל וכלל.

באשר לאלחנן טננבאום, נכון הוא שהמדינה צריכה לנסות לחלץ אותו מידי האויב, אבל גם פה מתעוררת שאלת המידתיות. המידתיות צריכה להיות גם פונקצייה של נסיבות ההגעה של האיש למקומו, לא רק של מידת האיום או הסכנה עליו. אני אומר זאת משום שאם ננהג לא כך, נייצר מוטיבציה הולכת וגדלה לחטוף אזרחים ישראלים או לתמרן אותם שיגיעו לידי האויב, כדי שאפשר יהיה לשכפל את 'מהלך טננבאום'. אם ניכנע לתהליך זה, נעשה מעשה לא-מוסרי, משום שבכך אנו מעצימים את האפשרות שהדברים האלה יישנו ויישלו.

נקודה שלישית היא באשר לפעילויות של ישראל בחו"ל. הנה לדוגמה סדרת הפעולות של ישראל ערב מלחמת יום כיפור אחרי רצח הספורטאים במינכן. ישראל הוציאה לפועל פעולות עונשין במקומות שונים באירופה נגד אנשים שרובם היו מעורבים ברצח הספורטאים. השאלה היא למה נועדה פעולה זו, מה הייתה מטרתה. הרי היא לא נועדה לבצע סיכול ממוקד, שהרי חלק מן האנשים כבר לא היו בחזקת איום, וחלק מהם לא היו מעורבים ברצח, אלא היו 'מטרות מצויות', שבאמצעותן נשלח 'מסר' לאויב. החלטות אלו התקבלו על ידי מדינת ישראל, ממשלת ישראל, ראש ממשלת ישראל, קבוצת שרים בממשלת ישראל, ולדעתי, ללא שום תשתית חוקית.

יתר על כן, וכבר אמרתי זאת בפורום זה: אין תשתית חוקית לפעילותן של זרועות הביטחון הישראליות בחו"ל. אין! וגם אם יחוקקו את 'חוק המוסר' –

שמעתי הערב שעומדים לחוקק אותו, ואינני מאמין שיקרה – הוא לא ייצור תשתית חוקית, לא ישראלית פנימית ולא בין-לאומית, שבאמצעותה אפשר יהיה לטעון שאנו צועדים על קרקע חוקית בטוחה בפעולותינו בלונדון, בפריז, ברומא, בניו יורק, בושינגטון, כמוסקבה, בכייג'ין וכן הלאה. אם כן, יש לתחום היטב את פעולת האחריות.

דעתי על פעולות אלו איננה אחידה, ואומר אותה בצורה מתחמקת: הכול תלוי בנסיבות הזמן והמקום. יש פעולות שאני מצדד בהן, ויש שאיני מצדד בהן. דרך אגב, הפעולות בחו"ל היו שנויות במחלוקת חריפה בדרגים הבכירים ביותר של קהילת המודיעין, ובמחלוקת זו הייתי בדעת מיעוט. התשתית המוסרית של הפעילות בחו"ל איננה פשוטה כלל ועיקר, משום שברור מניין מתחיל מעגל הפעילות, אך לא ברור היכן הוא מסתיים. צריך אפוא לנקוט משנה זהירות כדי שלא ללכת אל מעבר לאפשרי ולמותר.

זאת ועוד: מה שקביל היום לא היה קביל לפני שנה, כלומר אנו נתונים בתהליך מתגלגל, דינמי. הנסיבות שלפני 11 בספטמבר 2001 אינן כנסיבות שאחרי מועד זה. ואם חלילה יהיה מגה-פיגוע בפריז, ישתנו הכללים שוב. הואיל ואנו בתהליך מתגלגל, קשה מאוד לקבוע עקרונות. הנה לדוגמה האירוע בבית הספר בבסלן – שם הוחזקו ימים אחדים, ללא מאכל ומשקה ואוורור, מאות ילדים ומורים רוסים כבני ערובה בידיהם של צ'צ'נים חמושים – מה אפשר ללמוד מכך? שזהו רף חדש של הטרור? אנו בתהליך יצירתו של רף מוסרי, אך אם המציאות מתגלגלת ומשתנה, האם גם הקוד אינו מתגלגל ומשתנה? אמרת, אסא כשר, שאתה מתעתד לפרסם את מסמך העקרונות שלכם ב-2005 ולא ב-2006. האומנם יהיה זה אותו מאמר ב-2006 כמו ב-2005?

דניאל רייזנר: אציג נקודות אחדות, חלקן ברמת המקרו וחלקן ברמת המיקרו. קודם כול, חשיבותה של עבודת הצוות היא בהיותה הניסיון הראשון להתמודד עם השאלות המוסריות לא בממד 'מה המשפט אומר', אלא בממד 'מה המשפט היה צריך לומר'. הואיל ובעבודה מנתחים את כללי הלחימה בטרור מן הכיוון המוסרי, יש לזכור שהכיוון המוסרי איננו השיקול הבלעדי לקביעת חוקים. בנקודה זו אסא כשר ואני לא היינו תמימי דעים. אני טוען שאחד השיקולים לקביעת חוקים הוא השיקול התועלתני: חוקים 'שאינם עובדים', שאינם אפקטיביים, שאינם מניבי פירות מקווים, אינם חוקים טובים, גם אם הם מוסריים. אשר על כן טוב חוק 'עובד' ופחות מוסרי מהיעדר חוק כלל. לדוגמה, הריסת הבתים. בניגוד לקיצונים במערכת המשפטית או בציבור, החושבים שהיא עונש ראוי, התנגדתי לה מאז ומעולם, משום שהיא מעשה לא

מוסרי בעליל: הנה המפגע כבר מת, ואתה הורס את בית המשפחה, וייתכן שלא ידעה כלל על כוונות הטרור שלו. מכל מקום, הוויכוח בסוגיה זו עבר למישור תועלתנות לעומת מוסריות, ובמסגרתו נשאלה שאלה משפטית לגיטימית אם תועלתנות יכולה לנצח מוסריות במשפט. התשובה היא 'כן'. כשמדינה מחליטה כך, וכל עוד אין חוצים קווים אדומים – כשר, אף על פי שבהרס בתים יש אלמנטים לא מוסריים.

אסא כשר הרצה לפנינו על אודות עיקרי הדברים, ואולם עיקרים אלו מכמינים מסה קריטית כבדה מאוד של מלל ותוכן וראיונות מפורטים. דבריו של פרופ' כשר אינם רק חדשניים, עמוקים וקשים מאוד, אלא גם קשה מאוד לתרגם אותם לכללי עשייה. לשון אחר, מה הם יתרונותיהם של העקרונות המוסריים הללו במובן התועלתני שלהם? הרי כללי המשפט או דיני המלחמה פשוטים למדי, והם מנוסחים לרוב במונחי שחור-לבן: חייל/אזרח, חוקי/לא-חוקי, לוחם/לא-לוחם. פשוט למדי לתרגם ערכים בינריים מעין אלו לחיי השטח, אם כי המציאות אינה דומה להם תמיד, ואם כי יש מקרים ה'חותכים את המציאות במאונך'.

והנה מבקשים מאתנו כעת לעבור על פי כללים צודקים, גם אם הם מורכבים. זו בעיה אמיתית; גם לי, בתור מי שחלק מעבודתו הוא לנסות לתרגם כללים כאלה לשפת המעשה. לרוב לא היה לי מושג מה הם הכללים שעל פיהם אני אמור לפעול בעולם שאין בו בעיה של לחימה בטרור, ולמפקד הצבאי הדבר מסובך הרבה יותר מאשר לי. קושי זה מעמיד בסימן שאלה את היכולת של מסמך העקרונות להפוך למערכת פרקטית, ויש להתחשב בכך. איש לא התיימר לכונן ספר כללים, אלא לסרטט רף מוסרי להתמודדות עם הטרור. מסמך העקרונות הוא עבודה מרשימה מאוד ככלי שיש לגזור ממנו ספר הוראות וכללים.

אעיר על ההבחנות בין 'טרור', 'גרילה', 'מיליציות' וכיוצא בהם. ברור שאי-אפשר להגיע להגדרה מוסכמת של 'טרור' מסיבות פוליטיות, משפטיות ועובדתיות. מכאן שיש רק חלופות הגדרה, ומכאן – אחת משתיים: אפשר להציע הגדרה מילולית שרוב העולם או הרוב הנחשב בעינינו יסכים לה, או אפשר לוותר על הגדרה בכלל. עד כה לא הצליחו להסכים על הגדרה מילולית; אולי משום שהבעיה היא שיש שני סוגי טרור – טרור פלילי וטרור צבאי.

הנה תיאור אירוע: לאחר קבלת דיווח על פורץ בבניין משרדים בשעות הערב נשלחת למקום ניידת משטרה. באותה שעה נודע למשטרה שבבניין יש עדיין עובדים. מצב זה מסוכן, כי ייתכן שהפורץ ייתקל באנשים ויפגע בהם. עם התקדמות האירוע מתברר שהפורץ חמוש. בנקודה זו המשטרה כבר נערכת

לאירוע פלילי מסוג אחר. אחר כך רואים דרך החלונות שהפורץ אכן נתקל בעובדים בכניין, ובנקודה זו האירוע מסתבך עוד. בהמשך נשמע הפורץ מדבר בערבית. בשלב זה השוטרים עוצרים את פעולתם, מזעיקים את יחידת המשטרה המיוחדת (הימ"מ) ואת הצבא, וכל האירוע כולו משתנה על סמך אינדיקטור אחד כמעט טריוויאלי. מכאן ואילך הופכת הפריצה לבניין המשרדים מעברה פלילית לאירוע טרור פוטנציאלי.

סיטואציה כזאת ממחישה עד כמה שונים הם הכללים, האיזונים והפרופורציונליות של אירוע פלילי ושל אירוע טרור, ועד כמה מטושטש הוא קו הגבול העובר ביניהם. היא גם ממחישה שלמעשה ניסינו לייצר דינים לסיטואציה שלא ברור כלל מתי היא מתחילה לחול.

הוא הדין באשר לתורה מוסרית של סיטואציה מעין זו – לא ברור מתי היא (התורה) מתחילה לחול. האם הריגת חיילים היא 'טרור' או 'גרילה'? הבעיה מחריפה כאשר מדובר בארגון הנוקט 'טרור' ו'גרילה' על פי כמעט כל הגדרה. לפי זה הלוגיקה של דיני הלחימה נגד טרור במובן הצבאי חלה על קבוצת מקרים שאיננו יודעים להגדיר את גבולותיה, ולדעתי גם לא נצליח להסכים על הגדרה בינינו לבין עצמנו. פירוש הדבר שיהיו תמיד מקרים בתפר, באזור הדמדומים, בשטח האפור. המקרים המובהקים הם כמובן הקלים ביותר לניהול מוסרי, אך במקרים אחרים, לא מובהקים, איננו יודעים אימתי חל המשפט הפלילי ואימתי חלים דיני מלחמה. אמנם לא נעים למשפטן להודות באמת הזאת, אבל יש סיטואציות שאינני יודע מה לומר עליהן. כשחמאס מוציא לפועל פיגוע נגד חיילים – חוליית חמאס תוקפת מוצב צה"ל בעזה במטרה, כפי שהם מצהירים עליה אחר כך בתחקורים, לכבוש את המוצב כצעד הפגנתי המחקה את חזבאללה בלבנון, תוך כדי ידיעה שעשר דקות אחרי נעיצת הדגל צריך לעזוב את המוצב – הסיטואציה מוגדרת, לפי ההגדרות הקלסיות של בועז גנור, 'מעשה גרילה של ארגון טרור'. במקביל יש גם 'מעשה טרור של ארגון גרילה'. ועתה, לך דע איפה אתה נמצא.

חרף דברי הביקורת שלי עד כה יש חשיבות רבה לעבודת הצוות שהייתי שותף לחלק ממנה: הצוות ניסה להתמודד עם הכללים הדוגמטיים ההיסטוריים של דיני המלחמה ולהציג תזה מוסרית של הכללים הראויים בשימוש באמצעים צבאיים נגד טרור. ואולם לא עסקנו בעבודתנו בכל סוגי הטרור, למשל בטרור הלא-מידתי, כלומר טרור היוצא משטחה של מדינה אחרת. טרור זה מוגדר כפעילות בתחום האפור, והשאלה היא מה מותר בלחימה נגדו, אך לא נגד המדינה שממנה הוא יוצא. עם בעיה זו מתמודדים עתה האמריקנים, ועיקר החשש שלהם הוא פגיעה בריבונות על השטח: האם מותר להרוג מחבל כשהוא בשטחה הריבוני של מדינה אחרת? האמריקנים פתרו זאת בפשטות:

אם הלחימה איננה בגדר הפרעה לריבון בשטח, מותר לפעול בחופשיות נגד המחבלים.

גם את הדיון בסיכול הממוקד לא מיצינו בעבודתנו. עסקנו בסיכול ממוקד של צבאות, מכיוון שצבא 'מורגל' בהריגה, ואילו המשטרה 'מורגלת' באכיפת חוק. בספרות המקצועית פורסמו מאמרים בשאלה מה על המשטרה לעשות כאשר היא מקבלת מידע על אודות חוליית מחבלים שטמנה פצצה גרעינית באחת הערים: האם המשטרה נוטה להרוג אותם לפני הפעלת הפצצה? ההיבט המוסרי מכתוב אוטומטית תשובה הנשמעת מגוחכת בעיני רוב האנשים הסבירים: למשטרות אסור להרוג. אמנם יש המתנים זאת בסיטואציה, אבל ברי שיש מקרים שרבים ישמחו מאוד אם השוטרים יהרגו את המחבלים לפני הפיגוע. פירוש הדבר הוא שקשה מאוד לקבוע לזה כללים.

כאשר לעקרון הכורח הצבאי, הייתי מבקש לחדדו. קל מאוד לדרוש את החלת העיקרון הזה בהקשר של לחימה שאיננה רק מניעתית, אבל זוהי דרישה מוטעית. אמנם בעולם המשפטי אנו עובדים תמיד בשתי פרדיגמות – מניעה ועונשין. ואולם במלחמה הפרדיגמות הללו אינן תופסות כמו בעולם המשפט. מלחמה ופעולות צבאיות אינן מניעותיות באופיין; כלל וכלל לא. אדרבה, יש במלחמה גם יסוד עונשי. במלחמה המטרה 'לנצח' מחליפה את המטרה 'למנוע': אין צורך למנוע פעולות באמצעות פעולה צבאית. הווה אומר, במלחמה נגד צבא סדיר אין רלוונטיות לשאלת המניעה או הענישה. זהו אחד הכללים שאסא כשר העיר עליהם שהם נושאים עמם סימן שאלה מוסרי, כגון הריגתו של הטבח הסורי. כאשר תוקפים גדוד טנקים של האויב מבקשים להקטין או לאיין את יכולתו הצבאית, ולא לנצח במלחמה כולה או למנוע ממנו פעולות מסוימות. ואם במלחמה בכלל אין מקום לנקוט מניעה, אולי אין לנקוט אותה גם במלחמה בטרור בפרט. למילים 'ניצחון' או מוטב – 'הכרעה' יש רלוונטיות למלחמה; לא למילה 'מניעה'. האם פעולה צבאית שאיננה מונעת פיגוע, אבל עשויה לתרום להכרעת הלחימה בארגון הטרור, היא פעולה לגיטימית? זו שאלה שאין לי עליה תשובה, אבל היא ממד נוסף בליבון הפן המוסרי של הלחימה בטרור.

דן מרידור: מה דינו של טרוריסט שהוא אזרח המדינה הנלחמת באותו ארגון טרור? כך למשל, אזרח אמריקני שנהרג בידי המוסדות האמריקניים או טלי פחימה, העצורה בישראל בעקבות קשריה עם מפקד גדודי חללי אל-אקצה בג'נין, זכריא זבידי. האם יש למדינה חובת איפוק ביחס לאזרחיה החשודים או המשתתפים בטרור המופעל נגדה, או שמא מותר לה לפגוע בהם באותה מידה? אני שואל בהקשר של מלחמה, לא בהקשר של מניעה.

דניאל רייזנר: בדיני המלחמה אם אזרח שלך נלחם כך בצד האויב, הוא מטרה לגיטימית לפגיעתך הרעה. בדיני מלחמה בטרור השאלה איננה פתורה, מכיוון שמעורבים כאן שני פנים: פנים־מדינתית ובין־לאומי. בישיבה שקיימנו עם צמרת משרד ההגנה הבריטי נבהלו הבריטים למשמע הקביעה המשפטית שמשלב מסוים של פעולותיהם הצבאיות חלים עליהם דיני מלחמה בתוך השטח הריבוני של מדינתם. הגנרל הבריטי, ששבוע אחרי ישיבה זו הפך למפקד הכוחות הבריטיים בעיראק, השיב לשאלתי אם עמדתו תשתנה אחרי פיגועי ההתאבדות הראשונים נגד כוחותיו בעיראק, ואמר: רוב הסיכויים שכן, עמדתי תשתנה.

דן מרידור: במלחמה נגד האויב החוק ברור: להרוג, לא למנוע. לעומת זה החוק אינו תקף בפעילות המשטרה. משטרה הנוהגת באזרחיה כמו צבא נגד האויב, הופכת את המדינה למדינת סטלין, למדינת נאצים ההורגת אזרחים. לכאורה אלה שתי פרדיגמות ברורות.

אנו שולטים על גורלם של הפלסטינים. מבחינה טכנית מתהווה מצב בעייתי של אזרחים מול אזרחים במובן הרחב של המילה 'אזרחים' (אנשים בחסות המדינה). איך אפשר להילחם באזרחים כאלה בבית לחם, כשאנו שולטים בה בכל מובן, כאילו היא עירו של האויב?

דניאל רייזנר: בשאלתך עברת שלב מסוים במדרג של מידות אחריות. אסא כשר דירג במפורש את האזרחים הפלסטינים בתחתית המדרג לפני המחבלים הפלסטינים. אנו מסכימים שהדבר מסבך את העניין, וגם אין תשובה לשאלה זו. כבר הודינו שהשטח האפור גדול, והנה אתה מוסיף ומאפיר אותו. נחזור לשאלה בדבר חובת המדינה. אני מרשה לעצמי לחלוק במלוא הכבוד על פרופ' כשר ולטעון שספק אם אכן יש תשובה מוסרית לשאלה זו. המדינה היא מעין מועדון חברים, פרי רעיון שלא ודאי שיתקיים לאורך זמן, והיום הוא מוחלף במתכונת אחרת, בין־מדינתית, כגון האיחוד האירופי ובית הדין הבין־לאומי בהאג. נכון שנוצרו חובות וזכויות בין המדינה לבין אזרחיה, אבל השאלה היא האומנם החובות והזכויות חלות גם במערכת היחסים מחוץ לגבולות המדינה. שאלה זו, אין עליה תשובה נכונה או לא נכונה. אני מסכים עם אפרים הלוי שלמדינה אין חובות, או שיש לה חובות מצומצמות ביותר כלפי מי שנכנס ל'מועדון חברים אחר'. אסא כשר עומד על חובת המדינה לאזרחיה בתוקף, משום שהוא בונה חלק מן התזה שלו על חובה זו. מבחינת הלחימה בטרור הסיטואציה שלנו בשטחים היא הסיטואציה המורכבת היחידה, ורק חסרי אחריות או חסרי בינה מכניסים את עצמם למקום מסובך וסופגים

בתמורה טרור. דווקא בעולם הרחב יש דוגמאות ברורות בהרבה מזו שלנו בשטחים. מכל מקום, הפתרון המוצע הוא המשפט הפרטי, אבל על הסוגיה העקרונית בדבר חובת המדינה לפעול למען אזרחיה אני מציב סימן שאלה גדול.

דן מרידור: נניח שיש למדינה חובה כלפי כל אזרחיה באשר הם, עדיין יש שאלה נוספת: מה מתבקש מן החובה הזאת? לדוגמה, בחוק הפלילי שלנו יש למדינה זכות ואף חובה היסטורית להפעלת הזכות לתבוע אדם באוסלו שתקף בית כנסת יהודי באשר הוא יהודי.

אבל הזכות מחייבת לשקול את האפשרות להשתמש בה; זו הפעלת חובה מצומצמת. לפעול להצלתו הממשית של אדם או לשלוח סיירת מטכ"ל לאנטבה – אלה פעולות קיצוניות של מימוש החובה, ואילו לתבוע את האנטישמי שתקף יהודים – זו פעולה שאיננה בגדר חובה של המדינה, אלא בגדר זכות הנובעת מחובתה של המדינה לשקול את הפעלתה. גם אם נקבל שלמדינה יש חובה לפעול למען אזרחיה, בכך עדיין לא פסקנו מה עליה לעשות. לדוגמה, לא טענו שצריך לסכן את חיילי צה"ל בשליחתם לאירן כדי לשחרר אחד משלנו מן הכלא. ועדיין אין פירוש הדבר שאין למדינה חובת הגנה מינימלית.

דניאל רייזנר: בראי ההיסטוריה צבאות נלחמים נגד טרור אינם תופעה חדשה. אדרבה, במאה העשרים התופעה מוכרת וותיקה, ומלחמת העולם השנייה גרושה בדוגמאות לכך, אם כי הן אינן נוחות לשימוש מטבע הדברים. למרות זאת מעולם לא ניסו להתיימר להסדיר במסגרת משפטית ברורה, לרבות המשפט הבינלאומי, את כללי ההתנהגות של צבא הנלחם בטרור. החידוש בהסתברות שלנו הוא קביעת כללים לכך.

דן מרידור: לא, המשפט הבינלאומי מתיימר לשפוט בהאג אנשים על מעשיהם נגד הטרור ברואנדה וביוגוסלביה.

דניאל רייזנר: ראשית, המשפט הבינלאומי מעולם לא אמר זאת; ושנית, את דעתי על המשפט הבינלאומי בנושא זה כבר אמרתי: הוא איננו משפט טהור, אלא הוא נגוע בפוליטיזציה.

נקודה שנייה היא בעניין יתרון הפרופורציונליות. אחת הבעיות הקשות ביותר שנתקלנו בהן בתרגום החוק הבינלאומי נובעת מכך ש'ארגון טרור' נתפס כאנלוגי ל'צבא'. אנלוגיה זו בעייתית, משום שבניגוד לצבא מסודר קשה

לקבוע מסגרת אחת ואחידה לארגון טרור. בה בעת דיני המלחמה נגד צבאות ניטש ויכוח אדיר בסוגיית הפעלת כלי נשק.

בשאלת הפרופורציונלית רווחות שתי תזות, אירופית ואמריקנית, ושתייהן מורכבות. לפי התזה האירופית, יש להשתמש בנשק מדויק שנזקו מועט יחסית לנשק בלתי מדויק, ולכן אם עומדות לרשותך 'פצצה חכמה' שהדיוק שלה 97% ופצצת 'דמבו' שהדיוק שלה הוא 95%, אתה חייב להשתמש בפצצה החכמה, בגלל עקרון הפרופורציונליות. בעיניי תזה זו איננה נכונה מבחינת ספרי המשפט, אבל אני מבין מניין היא נובעת. לפי התזה האמריקנית, המפקד מפעיל בוחני תועלתנות ובוחר את כלי הנשק הנראה לו המתאים ביותר להשגת המטרה. אם תשאל מפקד אמריקני מדוע הוא מפעיל שיקולי בחירה בשעה שעומדות לרשותו פצצה 'חכמה' ופצצת 'דמבו', ישיב לך – וכך שמעתי מגנרל אמריקני בחיל האוויר שהיה אחראי לכך במלחמת המפרץ – בזו הלשון: אם אתחיל להשתמש רק בפצצות החכמות, לא ירשו לי להשתמש בפצצות אחרות. הווה לומד שברגע שאתה נתפס כיריב המשתמש בנשק חכם, אתה מאבד 80% ממאגר הנשק שלך, מה שמעניק יתרון אדיר למדינות עניות בעת עימות. מדוע? משום שההנחה המקובלת תהיה שלהן מותר להשתמש בנשק בלתי-מדויק שנזקו רב, ואילו על בעליו של הנשק החכם תוטלנה מגבלות חמורות מכוח העובדה שיש ברשותו נשק מדויק שנזקו קטן. כך הופכים היתרון לחיסרון, והכוח – לחולשה. עם זאת, הוסיף הגנרל האמריקני ואמר שמבחינה מוסרית ייתכן שיעדיף את הפצצות החכמות. כללו של דבר, גם על שאלה זו אין תשובה 'נכונה', ואין יישום 'נכון' של התזות ללחימה בטרור.

בעבודתנו נקטנו פרופורציונליות אחרת. אסא כשר תבע לנקוט את עקרון הכורח הצבאי, דהיינו לשקול היטב את הסיכון בפגיעה באזרחים תוך כדי פגיעה במעורבים בטרור. הבעיה היא שניסינו לעשות זאת, ונוכחנו לדעת שהדבר קשה עד מאוד. עקרונות דיני המלחמה בטרור, שאנו מתחילים להבין שהם הפשרה הטובה ביותר והנכונה ביותר בין מה שצריך לעשות לבין מה שאפשר לעשות, קשים מאוד ליישום. בהיותם כאלה יש סכנה אמיתית שאחרי פיגועים ובימים רגישים מבחינה ביטחונית, מקבלי ההחלטות בקרב אנשי הצבא לא יאמצו את המלצותינו. השאלה הקשה היא אפוא מה לעשות הלכה למעשה; איך מתרגמים את העקרונות והדינים לעשייה קונקרטית. מאחר שקשה לוותר על תזה מוסרית, אנו נתונים לכאורה במלכוד.

איננו יכולים להתיימר להצליח לגבש דיני מלחמה מוסריים, בגלל הבעיות האינהרנטיות של המלחמה בכלל ושל המלחמה בטרור בפרט. מה שאנו יכולים לעשות הוא להציף מעל פני השטח את השאלות העיקריות המציקות לנו בלחימה בטרור ולשאול איפה היינו ממקמים את הרף המוסרי בעולם

מושלם ומהו הפתרון הנכון של אדם תרבותי במדינה תרבותית, לפי אמות המידה שלנו. אם שאלות מעין אלה יישאלו, נשיג הישג אדיר, משום שמהן ייגזרו קני מידה להתנהגות מוסרית.

דני סטטמן: אעיר בעיקר על התאוריה האמורה לגנות חלק מן העבודה שהוצגה לפנינו. תחילת דבריך, פרופ' כשר נגד התאוריה הישנה, ונטען שהיא מוטעית וצריך לחדש אותה. והנה להפתעתי בהמשך הדברים גילית שאתה בעצם מאמץ חלקים מרכזיים מן התאוריה הישנה. לדעתי אפשר לעבוד רק לאורה של התאוריה הישנה. אם אתה רוצה להתחיל לשחק בה, אתה משנה את כללי המשחק, ושינוי זה לא ייתן לך את מבוקשך. הווה אומר: יש שאלה פילוסופית תאורטית מוסרית גדולה בדבר המסמך שכדאי לאמץ.

שאלה נוספת היא לפי איזו תאוריה כדאי לפעול. במסמך המסורתי מתקיימים שני עקרונות בסיסיים ועיקרון קוהרנטי נוסף עליהם: ראשית, הבחנה בין *just ad bellum* לבין *just in bello*; כלומר גם אם מלחמה אינה מוצדקת לחלוטין, איש לא יבוא בטענות משפטיות או מוסריות אל הלוחמים בה; שנית, הבחנה בין לוחמים ובין לא-לוחמים, המכונים לעתים 'לוחמים חפים מפשע'; שלישית, הנחה שכל ההיתרים המיוחדים של מלחמה חלים רק ביחסים בין מדינות; לפי זה אזרחים היורים בחיילים בתחום המדינה עושים מעשה פלילי וסופם בכלא, ואילו חיילים מעבר לגבול העושים אותה פעולה בדיוק, עושים מעשה מלחמתי, וסופם, אולי, להיות שבויי מלחמה. מצד אחד אתה רוצה לקבל את ההבחנה בין מדינות לבין קבוצות טרור, ומצד שני אתה רוצה לרדות את ההבחנה בין לוחמים ובין לא-לוחמים. ואם כך, זהו מהלך 'חשוד' מבחינת התאוריה.

אני רוצה להתמקד בהבחנה שבין לוחמים ובין לא-לוחמים, הבחנה שפילוסופים נכבדים עוסקים בה בשנים האחרונות. לדבריך, אין צידוק מוסרי לפגוע בטבח הסורי. יפה. לפי זה גם אין צידוק מוסרי לפגוע באנשים אחרים בצבא שגויסו בעל כורחם ועושים עבודות אפסנאות וכיוצא בהן, אבל יש צידוק מוסרי לפגוע בתומכים האזרחיים של הצבא הזה. בהקשר הישראלי לדרוגמה, יהיו אלה פעילי הליכוד הפועלים נגד ההתנתקות, והם בגדר חשקי ראש הממשלה. מנקודת המבט של הפלסטיני יש הצדקה לפגוע בפעילי הליכוד יותר מאשר בחייל השמאלני שהתגייס למרות עמדותיו הפוליטיות, והוא מנסה ככל יכולתו לנהוג בפלסטינים בהגינות.

נתעכב לרגע על מלחמה קונבנציונלית: האומנם אתה רוצה להחיל את מסקנותיך על מלחמות קונבנציונליות, דהיינו שלא יהיה מוצדק מבחינה משפטית ומבחינה מוסרית להרוג חיילים ואזרחים, אלא לפי הבחינה מה יתרום

למאמץ המלחמתי? נניח שהכיבוש אינו מוסרי ושלישראל אין עניין להישאר בגדה המערבית ובעזה ושאי כפולסטיני רוצה להילחם בכיבוש – מה יהיה המעשה היעיל והצודק ביותר שלי? נניח שהמעשה היעיל והצודק ביותר של הפולסטיני יהיה לפגוע במצביעי הליכוד, כי הם מחשקים את ראש הממשלה בתכנית ההתנתקות שיוזם. אינני יודע אם אתה רוצה להרחיק לכת עד שם.

זאת ועוד: מפתיע למצוא הנחות יסוד כמו אלה שהנחתם במסמך האמור להתייחס אל הטרור כאל עניין בל ייסלח. הרי גם הטרור מבוסס בדיוק על ערעור ההבחנה בין לוחמים לבין לא-לוחמים. היכנס לאתרי האינטרנט של פת"ח ושל חמאס ותראה שגם הם טוענים שההבחנה של הישראלים בין לוחמים ובין לא-לוחמים אינה מחזיקה מים. לדידם, כל הישראלים לוחמים, וכל הנשים היהודיות הן רחמים המייצרים עוד חיילים. הם רוצים אפוא באמת ובתמים לערער על ההבחנה שלנו.

דיון זה רלוונטי גם לקדימות שנתתם במדרג ה'אזרחים' לאזרחי האויב שאינם מעורבים בטרור, לפני החיילים שלנו. אמנם יש סיכוי סביר מאוד שהם אינם מעורבים בטרור ישירות, אבל הם בוודאי בעלי מעורבות מסוימת. משאלונים שעורך מכון המחקר של שקאקי בשכם אנו יודעים ששלושה מכל ארבעה פולסטינים הביעו תמיכה בפיגוע במסעדת 'מקסים', לאחר שנודע להם עליו. אם כן, סביר שרוב השכנים של הטרוריסט, גם אם לא תמכו בו תמיכה ניכרת, בוודאי עודדו אותו ובירכו אותו. אם אנו מתנערים מן ההבחנה המסורתית, למה שנעדיף את חייהם של התומכים ברצח יהודים על פני חייהם של החיילים שלנו?

הפילוסוף ג'ף מקמהאן (McMahan) טוען במאמר שפרסם לאחרונה שמצד אחד ההבחנות המסורתיות אינן מחזיקות מעמד, אך מצד שני מסוכן מאוד לשנות את כללי המשחק במלחמה, ועדיף מבחינה מוסרית ומבחינת התוצאות להמשיך ולדבוק בהם. ככלל, אני מסכים לעמדה זו; לפי כללי המשחק המסורתי, ניתן סוג של הגנה לאנשים שאינם מעורבים בטרור, גם אם בעקיפין אפשר לייחס להם נבזות או תמיכה מורלית בטרור. ואולם אם מערערים על ההבחנה המסורתית, כי אז הפולסטיני היורה בחיילים שלנו ביהודה ושומרון אינו אלא עושה מעשה של הגנה עצמית מוצדקת, ואם כן, אין לחיילים זכות לירות בו כדי להגן על עצמם. למעשה, כל שנותר להם לעשות הוא פשוט להסתלק משם. ואם הם אינם יכולים לעשות זאת כרגע כי הם תחת אש, יעשו זאת ברגע שתיפסק האש ויתפוגג העשן. כללו של דבר, אי-אפשר להצדיק את פעולות הפולסטינים באמצעות ערעור ההבחנה המסורתית בין לוחמים לבין לא-לוחמים.

אפרים הלוי: למה אתה אומר שהירי של הפלסטיני על חיילי צה"ל מוצדק?

דני סטטמן: הוא מוצדק אם מקבלים את ההנחה, שאני סבור שהיא נכונה, שאנו לא צריכים להיות על כל גבעה וגבעה ביהודה ובשומרון ובעזה. איננו צריכים להיות כמעט בשום גבעה. זה עניין הן פוליטי הן מוסרי. יש אנשים הסבורים שמבחינה מוסרית העם היהודי או מדינת ישראל אינם צריכים לשלוט בשטח זה.

אפרים הלוי: אתה נותן הנמקות מוסריות לתפיסות הפוליטיות שלך. אם כך, גם אני אתן הנמקות מוסריות לתפיסות הפוליטיות שלי, אבל הוויכוח הוא פוליטי, לא מוסרי. הבעיה עקרונית, לא מוסרית.

דני סטטמן: הוויכוח הוא בדיוק על ההנמקות. המסקנה שלנו פוליטית, אבל הוויכוח הוא על הטעמים. אם תשתכנע מן הטעמים שלי, תקבל את העמדה שלי. אסא כשר אמר קודם לדודי זכריה שהוויכוח הפוליטי-מוסרי אינו מעניין אותו כאשר עוסקים בצדקת המלחמה. ואולם מה קורה בתוך המלחמה? לפי ההבחנה המוסרית, אפשר לצאת נקי ממלחמה, גם אם איננה מוצדקת. מדוע אינך מאמין לנימוקים המוסריים שלי?

דן מרידור: הוויכוח הוא בהחלט מוסרי עם תולדה פוליטית. אין פירוש הדבר שדני סטטמן צודק או טועה, אלא שיש לו השקפה אחרת על המוסר.

דניאל רייזנר: יש ויכוח בין משפטנים על חוקיות השהייה שלנו בשטחים. ישתמש כל אחד ואחד בכלים המשפטיים שלו כדי להצדיק או לשלול תוצאה מסוימת. למרבה האבסורד, אני עשוי להסיק מסקנה משפטית שונה מדעתי הפוליטית. גם דני סטטמן עשוי להסיק מסקנה מוסרית הפוכה מעמדתו הפוליטית.

דני סטטמן: אעיר על רכיב הכוונה, שהוא עניין מרכזי בהגדרת 'טרור'. כוונת פגיעה חסרת הבחנה באנשים, לרבות חיילים, היא מה שאנו תופסים היום כ'טרור'.

דניאל רייזנר: רצח רחבעם זאבי (גנדי) הוא לדעתך טרור?

דני סטטמן: לא, בוודאי שלא. אי-אפשר לנתק את הפעולה הזאת ממדיניות כללית. אינני מתעניין במעשה מסוים, אלא במדיניות.

המחותרת הבאסקית היא ארגון טרור, וחבריה הורגים שופטים וקציני משטרה בכירים, לפי רשימה נבחרת ובהבחנה מדויקת. בד בכד עליו לציין שהכוונה להבחין בין אנשים חיונית פחות מן הרצון להפחיד. נניח שבפעולה נגד חיילים רוצים להפחיד את האוכלוסייה שהחיילים הם חלק ממנה, אבל נראה לי מדויק יותר לומר שפגיעה בחיילים – מטרתה להכריח את הצבא לסגת או להשיג הישגים צבאיים.

ולבסוף, טרור או פעולות הרג חסר הבחנה – מטרתם נקמה. כלומר, גם אם אין לטרוריסטים שום כוונה נוספת (להפחיד או להשיג הישגים צבאיים ומדיניים), הנקמה היא מטרה ידועה של הטרור. מטרתו של בן-לאדן ושל חבר מרעיו הן פשוט לנקום במערב. מפגעים רבים מודים שבמעשיהם רצו לנקום בישראל; ונכון, זה עדיין טרור.

דודי זכריה: עודני משוכנע שחוסר הסימטריות של ההבחנה נבדק. בניגוד לדני סטטמן, אני סבור שהמונח 'טרור' מרכזי להגדרה של טרור, ואילו השאלה מי הפוגע ומי הנפגע חשובה פחות ממנו. במיוחד אינני מקבל את הפרדוקס שאין חשיבות לשאלה אם הנפגעים הם חיילים או אזרחים, ובה בעת שהחיילים הם אורגן של המדינה.

באשר להבחנה בין דיני הלחימה לבין דיני הכניסה למלחמה, אינני יכול לקבל אותה כהבחנה המכרעת מכמה טעמים. המרכזי שבהם הוא שבמקרים רבים הכניסה למלחמה ודיני הלחימה עצמם נחרצים בידי אותו גורם. לשון אחר, השרשרת ההיררכית בסיטואציות הנדונות היא בת חוליה אחת: הממשלה; היא המחליטה על פעולות מסוימות של לחימה בטרור, והיא המייפה את כוחו של הצבא לבצע אותן. אותה ממשלה עצמה היא גם זו שלרשותה עומדות היכולות להחליט על עצם הכניסה למצב לחימה בטרור או על יציאה ממנו ובה בעת על ביצוע פעולה ספציפית של לחימה.

מכאן שניתן לקבל את הנחת פרופ' כשר שגם אם נניח שמצב של כיבוש משפיע על המוסריות של הפעולה שלך, החייל המסוים במוצב המשמש מטרה לירי האויב צריך לפעול במנותק משאלת המוסר בכיבוש. מנגד, האורגן (הממשלה) המחליט אם נהיה במצב של כיבוש אם לאו ואם נבצע פעולת לחימה מסוימת אם לאו – הוא האמור להיות כפוף לשיקולי מוסר, והוא איננו יכול להתחמק מההכרעה אם פעולתו היא פעולה מוסרית או לא.

דן מרדוד: אני מסכים עם דניאל רייזנר באשר לדוגמת החייל במוצב. אמת,

לא פעם אנו עומדים בדיונים שונים על הגנת הציוד, על כך שצריך לתת לחייל אפשרות להחליט בעצמו באשר לטיב פעולותיו בעצם הלחימה, משום שהוא איננו טיפש; אדרבה, לפעמים הוא חכם מן הגנרל. ועם זאת במהלך הסיטואציה והמגבלות והלחץ עליו להחליט החלטות מיידיות, וחובה לספק לו מצע מסודר, מושכל ומאוזן של ערכים בהירים שנבחרו בסבלנות, בשום שכל ובקפידה.

משום כך יש חשיבות גדולה מאוד להצעת קווי הנחיה לפיקוד העליון, לממשלה, לקבינט, לגנרלים, ובקיצור – למקבלי ההחלטות, והם שיורו לחיילים על דרכי התנהגות נאותות, מבחינה מוסרית, בלחימה בטרור. בלי זה פעולות בעייתיות או אף בלתי חוקיות אורבות לחיילים בעת מילוי משימותיהם.

איפה יש נקודות השקה בין המוסר לבין המשפט? בפירוש שניתן בפסיקה שלנו להגנת הציוד. לפי פירוש זה, חובה על חיילים למלא פקודה, אלא אם כן היא בלתי-חוקית בעליל. הפרשנות שניתנה מפסקי הדין של כפר קאסם למשל היא פרשנות מוסרית, לא משפטית. לא מספיקים בעיני הביטויים 'מקומם את הלב', 'דוקר את העין' 'דגל שחור', משום שאלה מסמנים עברה ברורה לגמרי. והרי עשויים להיות מהלכים בלתי-חוקיים שאינם דוקרים את העין. בכל מקרה, כדי להחליט מה בלתי-חוקי בעליל, החייל נדרש ללבטים ולחיבוטי נפש מוסריים. התלבטות זו קשה כשלעצמה, קל וחומר כאשר אין לחייל כלים מסודרים ומוסמכים להתמודד עמה. קושי זה אינו רק מנת חלקו של החייל המבצעי, אלא הוא גם מנת חלקם של מקבלי ההחלטות.

אם כן, המוסר איננו מנותק מעולם המשפט. נהפוך הוא: עולם המשפט מפנה למוסר בתחומים רבים, ואפילו בדיני חוזים, ובוודאי בדיני לחימה. מכיוון שהמשפט הביין-לאומי החל עלינו אינו מוגדר בצורה מספקת, הנטייה היא לחפש מערכת ערכים נכונה בעבור החיילים ובעבור מפקדיהם.

אני מקבל שהזכות לצאת למלחמה ודרך הניהול שלה הן בידי הממשלה, ודווקא משום כך אנו מניחים שלמדינה יש חובה להגן על שלומם וביטחונם וחייהם של אזרחיה. אסא כשר הדגיש זאת היטב. ועם זאת אני מקבל שהמדינה איננה צריכה לעשות 'הכול' כדי להגן על אזרחיה. הרי אין למדינה מצבת חיילים שתאפשר להציב שמירה צבאית על כל אדם. גם הזכות לחיים והחובה להגן על חיים אינן בלתי-מוסריות, כמו כל זכות וחובה. השאלות הנשאלות במלחמה כזאת הן איך צריך למלא את חובת ההגנה על האזרחים ובמה אסור לפגוע. זהו הרציונל של דיני המלחמה: מה 'אסור'.

מה מדאיג אותי במישור המעשי? אנקוט ביטוי חריף ממקורותינו: משניתנה רשות למשחית, הוא אינו מבחין. במקורותינו אמרו: טבע האדם

במלחמה הוא להתאכזר לזולתו. משום כך נחוצים דינים שימתנו את הטבע האנושי. אני חושש שהדין המוצע איננו ממתן, כמצופה ממנו. הדין איננו ברור דיו, מטבע הדברים, ובעת תהייה ותעייה בין שיקולים שונים וקשים לכימות, הוא מסיר את המחסום הממתן ונכנע לכורח הטבעי. נלחמתי במלחמות, ובהתבוננות פרספקטיבית על עצמי כילד בן עשרים ב־1967, אני זוכר שלא היה לי קשה להרוג חיילים מצרים. אני זוכר זאת. ב־1973 כבר היה לי קשה יותר להרוג. אני, ילד מבית טוב – כמה קל היה לי להרוג; קל כמו בסרט. ועתה, אני, 'אני' הקולקטיבי, 'אני' המדינה, רוצה שיהיו 'עליי', כחייל וכמפקד, מגבלות. ומגבלות אלו פירושו מחיר; פירושו שלא אֶגן במיטב יכולתי, לפחות בשלב הנוכחי. מערכת הכללים המוצעת במסמך העקרונות, גם אם היא נכונה מבחינה מוסרית, לא רק שאינה ממתנת ומנפיקה מעצורים, בלמים ואיזונים – אלא היא אף פותחת מיני פתחים העלולים לסבך את הלוחמים בשיקולים מוסריים שקשה מאוד יהיה לערוך אותם במתינות בעיצומה של הלחימה.

מה היתרון של המערכת המשפטית הפשוטה, הקרה, הכבדה וגדושת המספרים? יתרונה בריסון שלה, במתינות הדעת שלה. הייתי עד לעשרות או מאות דיונים בדרג המחליט, וראיתי שוב ושוב את היועץ המשפטי לממשלה מצנן את הלהט ואת הנכונות להורות לצה"ל להגיב בחומרה רבה על פעולות טרור. צינן וריסון אלו קשים מאוד לנוכח התגובה הטבעית והפופולרית להגיב על פעולות האויב בפעולת תגמול חריפה ולספק את צימאוננו של הציבור, ודווקא משום כך הם נחוצים. הם מרסנים את הדרג המחליט, בדיוק כמו את החייל הפשוט, ומונעים ממנו לממש את הדחף הטבעי 'להיכנס באויב'.

אני חושש פן נשלה את עצמנו שהנה יצרנו מנגנון ריסון ושם מנגנון זה יוטמע בתודעת המחליטים והמבצעים – הכול יבוא על מקומו בשלום מבחינה מוסרית. אני חושש, כי אינני רואה את החסמים המוסריים הברורים. אני רואה שיקולים רבים, אך אפילו כולם נכונים, הם בנויים על כימות ושקלול של ערכים שונים זה לעומת זה. התהליך נכון ביסודו, ואולם אני חושש שאין בו מעצורים, ואני חושש מן ההיגררות מטה מחמת היעדרם.

אסא כשר: אין חשש כזה אם העיקרון הבסיסי הוא כורח צבאי, ואם מתייחסים ככובד ראש וברצינות למילה 'כורח'.

דן מרידור: המילה 'כורח' או המילה 'סיכול' במונח 'סיכול ממוקד' הן רק מילים. הלוא 'סיכול' פירושו 'להרוג'. ומה יהיה מובנה של המילה 'כורח'?

הלוא מאז ומעולם ירינו בתגובה; המלחמות שלנו היו רַאקטיביות, לא פְּרואקטיביות. תמיד 'הם התחילו', כמו שאומרים הילדים.

אני מעריך מאוד את המאמץ העצום לבנות קורפוס כללים מוסריים שטרם נבנה כמותו בצה"ל או בישראל. אני מתעכב במיוחד על 'הקליינטים' של הקורפוס – החיילים והמפקדים והממשלה, מן הקטן ועד הגדול. הואיל ולכולם יש נכונות טבעית 'להיכנס באויב בכל הכוח', מתעצמת חשיבותם של המעצורים המוסריים, ואולם אינני רואה אותם במסמך שלכם. אדרבה, אני רואה אותם נשחקים, וזה מטריד אותי. אני מעיר זאת כי נתון זה משמעותי ביותר לתוצאה הנובעת ממסמך העקרונות.

לא רק החיילים צריכים מסמך עקרונות זה, ואני מסכים עם אסא כשר, שאמר זאת בעצמו, ולכן אינני טוען כלפיו שום טענה בעניין זה. גם המפקד הממשלתי, המורה על הפעולות, צריך מסמך עקרונות מעין זה, בעיקר באשר להחלטות בשטח האפור.

הערתי האחרונה נוגעת לשלוש הפרדיגמות: מניעה, ניצחון והכרעה. אני חושב עליהן רבות וגם עוסק בהן לא אחת בוועדה שבראשותי לגיבוש תפיסת הביטחון, בין השאר במלחמה תת-קונבנציונלית, מלחמת טרור. הפרדיגמה המסורתית היא 'ניצחון': המטכ"ל של צבא האויב מניף דגל לבן, והאש פסקה כליל. אלא שבהיעדר 'ניצחון', אפשר רק להשיג אחוזים מסוימים של סיכול. ייתכן שמצב זה אינו מניח את דעתם של האזרחים או של מקבלי ההחלטות, אבל יש להביא בחשבון שהוא חלק מעולם חדש, שונה מזה שהכרנו. מנופפים בססמה 'תנו לצה"ל לנצח'. אבל אולי הוא אינו יכול לנצח ניצחון מוחלט וחלק? ואם אינו מנצח, וכי הוא אשם בכך? אנו חיים בעולם חדש לגמרי, ואני מודה שאין תשובה קלה. כל עוד נחשוב בפרדיגמה הישנה 'ניצחון', לא נשכיל להפנים שנסיונות הדברים השתנו. המלחמה היום היא טרור עולמי ומקומי, ויש לרענן את החשיבה ביחס אליה, כי החשיבה הישנה במונחי ניצחון איננה תקפה בכל מקרה. יש לחשוב מחדש על טיב המשימה, על ייעוד הכלים, על דרכי הלחימה ועל המגבלות המוסריות. העולם אחר, ואני חושש מאוד משחיקת כללים ומעצורים קיימים, שאני מבין היטב את מגבלותיהם, לפני קביעה ברורה של כללים ומעצורים חדשים.

אסא כשר: כל השאלות מעניינות וטובות, ואולם אתייחס רק לנקודות מרכזיות.

תפקיד המסמך הזה הוא לספק מערכת מחשבתית נורמטיבית לאנשים הקובעים את הנורמות, כלומר ראשי הצבא. ועם זאת, המסמך איננו מתייחד לרמה מעשית כללית בלבד, אלא גם לרמה מעשית ייחודית: ניסוח מסמכים

מפורטים של נורמות ההתנהגות בתחומי לחימה ספציפיים, כגון סיכול ממוקד, סגר, כתר, עוצר, נוהל שכן, מחסום וכו'. אין הכוונה במסמך לניסוח נורמות ברזולוציות דקות מאוד, כגון הוראות פתיחה באש ונוהל מחסום, אלא ברזולוציות של עקרונות.

אני מאמין בחיילים הבכירים. כשאתה מסתכל בבכירי הצבא, אתה רואה אנשים מנוסים ומקצועיים לעילא ולעילא. אתה רואה אצלם את חכמת הניסיון, את ההבנה העמוקה של הדיסציפלינה שלהם. אלופי הפיקודים ומפקדי האוגדות מבינים היטב את מורכבות הלחימה על כל היבטיה המוסריים והחוקיים. ובאשר לדרכי ההתבטאות שלהם יש לי על כך רק מילים טובות. לשונם איננה לשון 'נכניס להם, ונמאס מהם, בואו נגמור את העסק הזה, ורק תנו לנו לנצח'. להפך: הרגישות שלהם למר גורלה של האוכלוסייה הפלסטינית שאיננה מעורבת בטרור מעוררת השתאות ועולה על זו של כל גורם בעל שיעור קומה שאני מכיר. יש חריגים, אבל הם בטלים בשישים.

אני מאמין גם בחיילים, ואני חושב שהם יכולים, ולכן חייבים להבין את מה שהם עושים. אנו דורשים מן החייל להיות 'בן אדם' מקצועי. כשם שהבן הטייס שלך לומד מקצוע, כך גם הלוחם לומד מקצוע. אמנם יש רמות שונות של מקצוענות, ויש הבדל בין מי שההכשרה שלו היא ארבעה חודשים לבין מי שההכשרה שלו היא ארבע שנים, אבל בסופו של דבר חלק חשוב מן ההכשרה המקצועית של כל אדם ואדם הוא להבין מה הוא עושה, מה הרציונל של מעשיו.

אנו זוכרים את הימים שהוראות פתיחה באש יצאו מן הפרקליטות הצבאית במתכונת חמישה דפים של משפטים, ואיש לא הבין כלום. שום דבר מן הטקסט ההוא לא היה בלתי־נכון; הכול היה נכון וענייני ומוסרי וחוקי. אבל החיילים התלוננו שהם אינם מבינים את הכתוב. משום כך הכינו בעבורם חצי עמוד, ובו הסבר הרציונל. או אז הכול הבינו. הווה אומר, אפשר להבין את הרציונל של סכנת חיים ונוהל מעצר חשוד מחצי עמוד טקסט. שאר חמשת העמודים של הפיתוחים והפיתולים נובעים מתמצית הרציונל.

נאוה בן אור: בתור אימא של חייל שהשתחרר מהצבא, אומר לך שהדבר כלל אינו פשוט. בני היה מוסרי ביותר, ולילה לילה במשך שלוש שנים התחבט בשאלות הללו. הדברים אינם שחור ולבן.

אסא כשר: אני מדבר על הוראות הפתיחה באש של נוהל מעצר חשוד וסכנת חיים. אחרי שהרציונל תומצת בחצי עמוד, ההוראות והנהל נהיו פשוטים. בוודאי אני מסכים שיש מצבים מורכבים, שהחיים של החייל אינם פשוטים,

אבל אני אומר שהחייל יכול וצריך להבין את פשר מעשיו ואת הטעם להם. אם יבין, יפעל נכון יותר וירגיש טוב יותר ממה שהוא פועל ומרגיש עתה. זו איננה הבעיה שלו, שהוא אינו מבין; זו הבעיה של מפקדיו ושל הצבא. לכן, בהנחה שתוכן המסמך מוסכם, התפקיד שלנו הוא לתרגם זאת לעקרונות ברזולוציות עדינות, אם כי עדיין לא ברמת נורמה.

ובאשר למדינה הדמוקרטית, היא איננה 'מועדון חברים' של אזרחי המדינה. מדינה דמוקרטית היא ישות מוסרית. אם במונחי מועדון חשקה נפשך, היא 'מועדון' בעל עקרונות מוסריים, 'מועדון' מוסרי. עקרונות מוסריים אלו הם בפרולוגיות של הפילוסופיה; לא רק אצל רולס, אלא גם בעצם הרעיון המוסרי 'כבוד האדם וחירותו' בתור רעיון בסיסי במדינת ישראל. רעיון זה צריך להתבטא בחיי השלטונות, בחיי האזרחים, בחיי החיילים, במדיניות כלפי קבוצות שונות ובמצבים שונים. מסיבה זו נחוץ נימוק מוסרי חזק לגיבוש מדיניות. כדי להגיד לאזרחים 'חייכם אינם מעניינים אותי מסיבה כלשהי' נחוץ למדינה נימוק מוסרי.

מוסר זה איננו אינדיבידואלי וסובייקטיבי, דהיינו איש איש והמוסר שלו, איש איש והערכים שלו – אלא הוא מוסר אובייקטיבי. מובן שהדבר פותח פתח לאוקיינוס של טיעונים וויכוחים במובן האובייקטיבי, כלומר במובן התפיסה המוסכמת של כבוד האדם. תפיסה מוסכמת של כבוד האדם עומדת ביסוד משטר דמוקרטי, והיא צריכה לעמוד ביסוד הנימוקים לטובת מדיניות, לטובת חוקים, ובסופו של דבר גם לטובת הוראות פתיחה באש.

יש מעשים שאנשים עושים אינטואיטיבית, ועובדה זו הייתה חלק מן הגורמים מעוררי הדאגה בצוות. הרגשנו אי-שביעות רצון מן הרמה האינטואיטיבית של ההחלטות. אני מאמין באיכות המוסרית של חלק גדול מן ההחלטות, אלא שאלמלא היה הסבר מוסרי חזק, הכול היה נשאר ברמת האינטואיציות, לא ברמת ההכללה לקראת עיקרון. אמנם היו שהחליטו אינטואיטיבית נכון, אך מי לכפנו יתקע שכך יקרה אינטואיטיבית גם במקרה הבא? מדבריו של מפקד חיל האוויר בריאיון ב'הארץ' עלה שהוא מגיב תגובות אינטואיטיביות, המעידות שלא היו לו ואין לו בקצה האצבעות הנימוקים הכבדים, הרציניים והעמוקים, למרות שההחלטה שלו הייתה נכונה. מסמך זה נועד אפוא לגבש את צורת המחשבה הסדורה.

כדי שלא לסיים את השיבה בפצעים מוסריים פתוחים אעיר לעניין הנקמה. נקמה היא דבר בזוי באופן מוסרי. כל מערכת המשפט והענישה לא באה אלא לרסן את יצרי הנקמה האנושיים, ואסור לפתוח לה שום פתחים. פעולות 'המוסד' באירופה אחרי רצח הספורטאים הישראלים באולימפיאדת מינכן היו כנראה נקמה, שהרי הן לא נועדו למנוע פעולות נוספות כאלה.

בהיותן נקמה אי־אפשר להצדיק אותן באופן מוסרי. במהלך תולדותינו עשינו מעשים שלא היו בגדר פורקן יצירים או בריונות או פראות, ובכל זאת בחשבון המוסרי הם לא היו הוגנים תמיד. הריסת בתים היא דוגמה רווחת לכך.

אני רוצה להתייחס לדבריו של דני סטטמן. בתורת המלחמה הצודקת יש רכיבים רבים נוספים שלא הזכרת. בעניין הפרופורציונליות, אין וריאציה של תורת המלחמה הצודקת שאינה מנסה להכניס את רעיונות הפרופורציונליות. ולכן מה שעשינו היה בחלקו שיווקי ולא מהותי. לשון אחר, בכוונה השתמשנו בביטויים 'כורח צבאי' ו'פרופורציונליות ומידתיות'. כשלעצמי הייתי מוותר על רעיון ה'מידתיות', והייתי אומר אותו אחרת, במילים חדות וברורות יותר. אבל אינך יכול היום להציע וריאציה לתורת המלחמה הצודקת כמיושמת על טרור בלי להשתמש בביטויי המפתח של המסורת הזאת. משום כך, כמו במסורת הדתית ובמסורות בכלל, נקטנו את המילים והביטויים של המסורת הקיימת ויצקנו לתוכם תוכן חדש למחצה. וכך אמנם נמתחת ביקורת על כל אחד ואחד מן הרכיבים האלה, אבל היא מעודדת התבוננות חדשה בהם. יש לנו אפוא הסתכלות חדשה בכורח צבאי, הסתכלות חדשה בהבחנה בין הרמות של צדקת המלחמה ושל צדקת לחימה, הסתכלות חדשה במידתיות והסתכלות חדשה בהבחנות. אין מנוס מהסתכלות חדשה.

בסופו של דבר נגיע גם לתיקון מוסרי של דיני המלחמה הקלאסית, אם ננפיק עקרונות מוסר מתוקנים. נשפר שם אם נצליח פה. נשפר את היחס לחיילים ונחדד את כל ההבחנות בדבר אחריות החיילים לעוול המוסרי של מנהיגיהם, ולהפך – את אחריות המנהיגים לעוול המוסרי של חייליהם. אמנם אלה שתי רמות ראויות להבחנה, אבל הן אינן מנותקות לגמרי זו מזו. נשפר אפוא את המצב המוסרי, לרבות בפרדיגמות הקלאסיות של המלחמה הצודקת, אם נעשה זאת כראוי במסמך העקרונות.

מושב שמיני

**התפיסה האסטרטגית של
הלחימה בטרור**

יום ראשון, ט"ז במרחשוון תשס"ה
31 באוקטובר 2004

משתתפים

רוח לפידות	דן מרידור – יו"ר
הילי מודריק-אבן-חן	גיורא איילנד
דני סטטמן	נאוה בן אור
עמנואל סיון	סיגל גולן-עתיר
חיים פס	אפרים הלוי
עירית קהאן	דודי זכריה
דוד קרצ'מר	אביעזר יערי
	אסא כשר

דן מרידור: על השאלה מי אחראי בישראל או בכל מדינה אחרת ללחימה בטרור לגווניה – גיוס משאבים, מחקר ופיתוח, גיבוש טקטיקות וקבלת החלטות עקרוניות או מבצעיות – קשה לקבל תשובה. בניגוד לכך, על שאלות אחרות התשובות ברורות. כך לדוגמה, השאלה מי אחראי להגן על צפון הארץ מפני הסורים – התשובה עליה ברורה: הרמטכ"ל ואלוף פיקוד צפון. ואולם לשאלת האחראיות ללחימה בטרור ישיב הרמטכ"ל 'לא רק אני; אני אחראי לגזרת פעולה אחת של לחימה בטרור', וראש השב"כ ישיב 'גם אני אינני אחראי בלעדי ללחימה בטרור', וכך ישיבו מפכ"ל המשטרה וכל ראשי זרועות הביטחון בישראל. אין אפוא הגדרת אחריות ברורה ללחימה בטרור. את החסר הזה אנו מנסים למלא. אנו רוצים לגבש גישה מערכתית של המדינה למלחמה החדשה המתפתחת, המלחמה בטרור. האלוף גיורא איילנד, כיום היועץ לביטחון לאומי ובעבר ראש אגף התכנון בצה"ל, הוא כנראה האיש המתאים ביותר להציג גישה כוללת של נקודות מבט אחדות בסוגיה זו.

התפיסה האסטרטגית של הלחימה בטרור

גיורא איילנד

לפני כחודש נקרו לי בארצות הברית שתי הזדמנויות לערוך מעין חזרה לשיחה הזאת, במערכות העיתונים 'ושינגטון פוסט' ו'ניו יורק טיימס'. בכל אחת ואחת מן הפגישות במערכות העיתונים נכחו שישה-שמונה כתבים, והבנתי מהר למדי שחוץ מן הבחירות והמלחמה בעיראק, שום דבר אינו מעניין אותם באמת, לרבות הסכסוך שלנו עם הפלסטינים. משום כך השיחה אדם על אודות הלחימה בטרור הייתה צריכה להיות עקרונית, סוגית, גנרית, ולא פרטנית. צריך היה לשוחח עם הכתבים האמריקנים על הבעיה העקרונית 'איך מדינה

דמוקרטית נלחמת בטרור? בלבנון, בשטחים, בעיראק ובכל מקום אחר. דרך אגב, גם בדיאלוג עם גורמי חוץ, בעיקר אמריקניים או רוסיים, למדנו שעלינו להתנסח בעדינות כשאנו מבקשים לומר להם שאנו יודעים טוב מהם את דרכי הפעולה בלחימה בטרור. אסור להגיד זאת ישירות, אלא מוטב לומר 'מן השגיאות הרבות שעשינו עם הפלסטינים ובלבנון למדנו רבות, ואולי כדאי שנחלק אתכם את הלקחים'.

את דרכי ההתמודדות של מדינות מערביות או דמוקרטיות עם הטרור יש לבחון בהקשר היסטורי רחב: כמושגים גלובליים – מאז תום מלחמת העולם השנייה, ובמושגים ישראליים – מאז תום מלחמת יום הכיפורים. בתקופה זו אנו עדים לתהליך הדרגתי ושיטתי של השתנות, טרנספורמציה, בטבע המלחמה. מלחמת העולם השנייה ומלחמת יום הכיפורים היו בגדר מלחמות קונבנציונליות טוטליות בין מדינות. במהלך שישים השנים האחרונות אנו נוכחים לרעת שחלה תזוזה מעימותים גבוהי עצימות בין מדינות אל עימותים נמוכי עצימות בין מדינות לבין ארגונים. השינוי הוא אפוא בשני הממדים: בטוטליות (מעצימות גבוהה אל עצימות נמוכה) ובמהות הצדדים הנצים (מעימותים בין מדינה למדינה אל עימותים בין מדינה לבין ארגונים).

סכסוכים אלימים אלה לא זו בלבד שמספרם הולך וגדל ביחס למלחמות הרגילות, אלא שגם תוצאותיהם ניכרות יותר מאלה שבמלחמות רגילות; עימותים אלו מעצבים מחדש את העולם לא פחות משתי מלחמות העולם או מלחמת יום הכיפורים או מלחמות טוטליות אחרות מן הסוג הישן.

זאת ועוד זאת: אמנם סוג זה של מלחמות אינו מבטל את המלחמות הרגילות, אלא הוא מתקיים לצדן, אבל הוא הופך לדומיננטי מהן בהרבה, והוא מחייב סוג אחר של דיאלוג מדיני-צבאי. למעשה, הוא מציב חמישה אתגרים לדרג הצבאי או הפוליטי-מדיני של מקבלי ההחלטות. לרוב דרג זה מאחר מאוד בהבנת המשמעויות של סוג עימות זה ונצמד לטרמינולוגיה ולמתודולוגיה ולאסטרטגיה המתאימות למלחמה מסוג אחר. להוותנו, צריך לחוות חוויה קשה ביותר כדי לטלטל את דרג מקבלי ההחלטות ולהשכילו לתקן חלק מטעויותיו. כך קרה לאמריקנים בווייטנאם; כך קרה לנו בלבנון. אם כן, מה הם חמשת האתגרים החדשים?

האתגר הראשון הוא ההבנה שהמלחמות החדשות הללו מתנהלות על ידי אזרחים, בקרב אזרחים, ומטרתן היא פגיעה באזרחים והשפעה על דעתם של אזרחים. האזרחים הם אפוא הסיבה, האמצעי והמטרה של המלחמות החדשות. לעובדה זו יש השפעות מרחיקות לכת במניפה רחבה מאוד של גזרות פעולה, והראשונה שבהן היא המודיעין.

הנה שתי דוגמאות באשר למודיעין, אחת ברמת האסטרטגיה והשנייה ברמת הטקטיקה:

א. השאלה הקלאסית שנהג מפקד לשאול את קצין המודיעין שלו במלחמה נורמלית היא 'איפה האויב?'. במלחמות החדשות שאלה זו פחות רלוונטית. השאלה היותר רלוונטית היא 'מי הוא האויב?'. 'מי האויב?' ו'איפה האויב?' אינן שאלות זהות. העימות בינינו לבין הפלסטינים הוא עימות מזוין, ונשאלת השאלה מי הוא האויב: כל הפלסטינים? חלק מהם? ארגוני הטרור? ובכלל, מי הם ה'ארגונים'?

ב. המודיעין הרלוונטי לסוג לחימה זה הוא כמעט אך ורק מודיעין שעניינו אנשים. משום כך מפקדות, מבנים, תשתיות ושאר עצמים שאינם אנשים הם חסרי משמעות מודיעינית, אלא אם כן הם נקודת ציון למידע על האנשים הנמצאים בהם. הואיל והמודיעין החשוב באמת הוא רק האנשים, והואיל והטרור הוא שם כולל לפעילותם של אנשים, כלומר פרטים הפועלים לבדם או במידור גבוה, איסוף המודיעין מחייב יכולות שונות בתכלית שינוי מאלה של המודיעין הקלאסי הישן. כל מערכות המושגים של מודיעין בזמן אמת משתנות אפוא כליל.

להתנהלות המלחמה החדשה בקרב אוכלוסייה אזרחית יש משמעויות מרחיקות לכת גם בהיבטים אחרים, למשל הוראות פתיחה באש. נושא זה מסובך לא רק בגלל הקושי להגדיר מיהו האויב ומתי הוא חדל להיות אויב, אלא גם בגלל השינוי הקבוע החל בקריטריונים להגדרות אלו. היום השוטר הפלסטיני מסייר אתך בפטרול, ולכן הוא עמיתך; מחר הוא מכוון את נשקו נגדך, ולכן ככל נושא נשק הוא אויבך; מחרתיים הוא נושא נשק בזמן הפסקת אש שהושגה בין הצדדים, ולכן הוא אינו מאיים עליך באותה רמת איום כקודם. הגדרת האויב משתנה כל הזמן, והדבר משפיע על הוראות הפתיחה באש.

היבט אחר של התנהלות העימות באוכלוסייה אזרחית הוא היווצרות מצב בלתי־אפשרי, שבגיניו החייל צפוי למעורר באחת משתי מעידות: לירות כשלא צריך לירות, או לא לירות כשצריך לירות. שתי השגיאות בעייתיות. בדרך כלל אנו כועסים על מי שירה ללא צורך. כך לדוגמה, המאבטח בבית הספר בבני ברק שהרג השבוע בטעות מתקן מזגנים. אבל צריך לזכור כי גם לשגיאה מן הסוג ההפוך עלולות להיות תוצאות קטלניות. אדגים מניסיון אישי. נתקלתי לראשונה בבעיה כזו לפני עשרים שנה. הייתי מפקד גדוד צנחנים בלבנון באזור צור, והגדוד שלי עלה ללבנון. ביום הראשון לכניסה לשטח מתקיימת חפיפת המפקדים – המפקדים בגדוד שלי נמצאים יחד עם מפקדי גדוד גולני שאותו החלפנו. בחמש בבוקר מעירים אותי ואת המג"ד שאני מתעתד להחליף

ומודיעים לנו על היתקלות של סיור שלנו. המחשבה הראשונה שחלפה בראשי הייתה 'זו הבעיה שלו, לא שלי'. הרי עודנו בחפיפה ובלימוד השטח, והגדוד שלי עוד לא אחראי לגזרה. וכך אנו נוסעים למקום האירוע, ומתברר שהסיור שלנו נתקל במארב, ותוצאת ההיתקלות היא הרוג אחד לכוחותינו. ומי ההרוג? קצין בגדוד שלי שהתלווה לכוח בפעילות הזאת. זאת אומרת, עוד לפני שנעשינו אחראים לשטח, כבר היה לנו הרוג. אותו יום אחר הצהריים מגיעה הפלוגה, שאפילו לא ידעה שאחד ממפקדיה נהרג. אספתי את החיילים וסיפרתי להם מה קרה. בחלוף שבועיים הוביל מפקד מחלקה אחר מאותה פלוגה סיור באותו מקום ממש, בשטח הכפרי, ובאור השמש הוא מזהה דמות נושאת אר־פי־ג' בטווח מאתיים מטר מולו, שהוא הטווח היעיל. המפקד מורה מיד לפתוח באש על אותה דמות. חייליו יורים בה והורגים אותה. כשמגיעים אליה מתברר שמדובר באישה כבת ארבעים, אם לשישה ילדים, שהלכה בשדה ובידה החזיקה מעדר. המעדר, בקרני השמש, נראה כמו אר־פי־ג'. אם כן, מה דינו של אותו מפקד מחלקה במקרה זה? במקרה זה החלטתי שמפקד מחלקה הוא אינו יכול להיות. חשבתי שגודל השגיאה המקצועית שלו בלתי־סביר, במיוחד לנוכח התוצאה. אבל מבחינה משפטית, קשה מאוד לקבוע שהוא פעל באורח לא תקין, כי בראייתו הוא וחייליו בנגמ"ש היו בסכנת חיים בטווח פגיעה של אר־פי־ג' המכוון אליהם. הנה כי כן, לא רק עצם התנהלותה של המלחמה הזאת בתוך אוכלוסייה אזרחית, אלא גם תכיפותם הרבה של אירועים כגון אלו, מעוררות בעיות משפטיות ומוסריות ומסבכים מאוד את החיים.

כאמור, האתגר הראשון חל על איסוף המודיעין, על הוראות פתיחה באש ועל היבטים רבים אחרים, בהם אחריות הצבא לחיי האזרחים. למשל ב'חומת מגן', המבצע הגדול בגדה אחרי פסח 2002, כבשו כוחותינו את העיר ג'נין. כל העיר ג'נין הייתה בעוצר כבד, ורק בחלוף שלושה ימים הבינו שהעיר בעוצר משום שלא היה ברור מי אחראי לשחרר אותה מעוצר. המפקד הצבאי אמר 'אני אמנם המפקד, אבל לא פנו אליי גורמי הסיוע האזרחי ואמרו שצריך לשנות את המצב', וגורמי הסיוע האזרחי אמרו 'הוא המפקד הצבאי, ולכן זו אחריותו'.

האתגר השני הוא הצורך בסוג דיאלוג חדש ומתעדכן בין הדרג המדיני לדרג הצבאי. במלחמות הישנות האתגר הביצועי היה קשה מאוד, אבל הדיאלוג היה פשוט יחסית. אז, כשהתחילה מלחמה, הורה הדרג המדיני לדרג הצבאי 'לנצח את האויב' או הנחה את הצבא מה לכבוש ומה לא לכבוש או לאילו קווים יש להגיע ומאילו יש להימנע. הכול היה מוגדר במונחים פשוטים יחסית. למשל, המונח 'המטרה האסטרטגית' פירושו התוצאה המבוקשת של המלחמה. את המטרה האסטרטגית יש לתרגם ל'משימות צבאיות': מה רוצים

להשיג מבחינה צבאית. במלחמות הישנות השפה הייתה פשוטה יחסית למלחמות החדשות, כי הביטויים היו אז פיזיים במובהק: 'כבוש את השטח הזה! השמד את הדיוויזיה הזאת! הרוס את היכולות האלה!'. הדברים היו ברורים ומוחשיים וניתנים לכימות. היום, במאבק עם הפלסטינים, מהי התכלית האסטרטגית, ואיך מתרגמים מהות עמומה שכזו למשימות צבאיות שיהיו גם בנות השגה וגם רלוונטיות לתכלית וגם משתנות מזמן לזמן? כבר ציינתי בדיון אחר את הדימוי המוצלח שהשתמש בו גנרל בריטי בעל ניסיון בצפון אירלנד, בקוסובו, בבוסניה ובמלחמת המפרץ ב-1991: אנו חיים במציאות שבה היכולת להגדיר את המטרה האסטרטגית היא כמו לנסות להחזיק ג'לי ביד; ככל שאתה מנסה להחזיק אותה חזק, כך הוא נוזל לך מבין האצבעות.

אם כן, מדובר בסוג אחר של דיאלוג בין הדרג המדיני לבין הדרג הצבאי, וכאמור, לרוב הדרג המדיני מתקשה להבין את הצורך בדיאלוג חדש. בתחילת האנתיפאדה הנוכחית, לפני כארבע שנים, כשאהוד ברק היה ראש הממשלה, בכל פעם שהיה פיגוע קשה, במעין רפלקס מותנה, היינו אנשי הצבא נקראים 'לדיון אצל ראש הממשלה ושר הביטחון', שהיה כזכור אותו אדם. אמרו לנו: 'תבואו מצוידים במטרות לתקיפה ובתצלומי אוויר של היעדים לתקיפה'. באחד הדיונים האלה אמר אלוף עמוס מלכא, ראש אמ"ן: 'אולי השאלה הנכונה איננה איזו מטרה לתקוף אלא אם בכלל לתקוף'. הווה אומר: אולי לפני שמחליטים אילו יעדים תוקפים, כדאי לשאול אם כדאי לתקוף. שמעון פרס אמר באחד הדיונים הסוערים: 'אנו דנים בנושא ששמונים אחוז ממנו בתחום האפור שבין מדיני לבין צבאי, ועשרים אחוז הוא מדיני טהור או צבאי טהור'. המשמעות היא שנחוץ כיום דיאלוג שונה מזה שהכרנו בעבר – הצבא מקבל משימה ומדווח על ביצועה. במהלך השנים האחרונות נשמעו טענות רבות נגד הצבא כמו 'הצבא מעורב בפוליטיקה', 'צבא צריך לעשות את עבודתו המקצועית בלבד'. הבעיה היא שקשה מאוד לתחום את גבולות הצבאי בלבד והמדיני בלבד, מן הטעם הברור: יש זווית מדינית לכל פעולה צבאית, ויש זווית צבאית לכל פעולה מדינית, ולשם כך נחוץ סוג דיאלוג אחר. אדגים: בהיותי ראש אגף תכנון, התקיים דיון אצל ראש הממשלה שרון על לערפאת. לאחר שאמרתי את מה שאמרתי, שאל אותי שרון 'למה אתה מתכוון?', ועניתי 'מה שאגיד הוא פוליטי מובהק'. אמר לי שרון: 'אתה מדבר פוליטיקה ממילא; תגיד למה אתה מתכוון'. קשה מאוד אפוא לערוך את ההבחנות בין צבאי למדיני.

מהיכרותי עם צבאות רבים אחרים ובהם האמריקני, הבריטי, הגרמני ואחרים הדיאלוג שפותח שם בשנים האחרונות בין הדרג המדיני לבין הדרג

הצבאי מורכב יותר מן הדיאלוג בין הדרגים הללו בישראל. בישראל יש גם קושי רב מאוד לנהל דיאלוג מעין זה בפתחות הראויה. לפחות ארבע-חמש ממשלות בישראל מאז 1996 – בראשות בנימין נתניהו, אהוד ברק ואריאל שרון – הוכיחו שהתהליך קשה להן. פעמים רבות הדיאלוג האמתי, הנכון, הגלוי היה רק במצבי משבר אמתיים, ופעמים רבות – מאוחר מדי, כאשר השאלה הייתה 'איך יוצאים מזה'.

אם כן, האתגר השני הוא ליצור סוג אחר של דיאלוג בין הדרג המדיני לבין הדרג הצבאי, ולא רק בעיצומו של משבר, כאשר כבר משלמים מחיר, אלא מראש. דיאלוג שכזה הוא גם עניין של סגנון, אבל בעיקר – צורך אמתי בשפה חדשה שתיתן מענה ראוי להבנת המציאות החדשה.

האתגר השלישי הוא לדעת לעשות שימוש נכון בטכנולוגיה העומדת לרשותך. בהכללה ובשטחיות אפשר לומר שכל כלי הנשק המתקדמים שלנו, מטוסים וטילים ולוויינים, יפים למלחמה נגד צבא מודרני, אבל אין שום קשר בינם לבין מלחמה באיש החמאס בג'בליה או באיש התנזים החמוש בקלצ'ניקוב בשכם. הטכנולוגיה החדשה איננה רלוונטית למלחמה החדשה, שהיא 'מלחמה של מקלות ואבנים'. כמובן שוויתור על טכנולוגיה הוא טעות! אחד היתרונות הבולטים של מדינה, בעיקר מדינה מתקדמת ודמוקרטית, הוא הטכנולוגיה, אך החכמה היא לערוך את ההתאמות בטכנולוגיה כדי להפוך אותה לרלוונטית לעימות מן הסוג החדש. ההתאמות הנכונות של הטכנולוגיה אינן רק שאלה טכנולוגיות, אלא גם שאלת תרבות ואורח חשיבה. למשל, כל מי שמפתח נשק יודע שאחת התכונות הרצויות בנשק היא פוטנציאל הרג גבוה. המתכנן פצצה חדשה שואף לייצר פצצה רבת-עצמה ובעלת כוח הרג גדול ככל האפשר. ואולם בהינתן דרישה שונה – תכנון נשק יעיל, מהיר, מדויק, אבל בעל כוח הרג קטן, עשירית מעצמת הקטל בנשק הקיים – או אז נדרשת חשיבה הפוכה; השאיפה להרוג רבים ככל האפשר מומרת בשאיפה לפגוע במעטים ככל האפשר. הואיל והנשק הקיים קטלני מדי, אי-אפשר לעשות בו שימוש בשטח בנוי, כי הנזק השניוני, collateral damage, בלתי-נסבל.

היכולת לערוך התאמות של טכנולוגיה לדרישות החדשות במציאות החדשה עורמת שלושה סוגי קשיים. הקושי האחד הוא כאמור תכנון וייצור של נשק מדויק בהרבה מזה שנדרש קודם לכן. הקושי השני אינו רק להתאים למלחמה בטרור את כלי הנשק שפותחו למלחמה מסוג אחר לחלוטין, אלא גם לחשוף אותם במציאות שאיננה מלחמה 'אמתית'.

דן מרידור: דילמה זו היא שגרמה למפקד חיל האוויר שלא לומר את האמת

בתשובה לשאלה איך נפגעו אנשים מטיל בעזה. באירוע זה השתמש חיל האוויר במערכת נשק שלא רצו לדבר עליה ברבים. אשר על כן בחר מפקד חיל האוויר לומר דבר שקר, ובכך טעה; בסופו של דבר גם נודע הדבר ברבים. מכל מקום, זו הייתה עילת ההסתבכות, הרצון להסתיר נשק סודי.

גיורא איילנד: הקושי השלישי בהתאמות הטכנולוגיה הקיימת לדרישות המציאות החדשה הוא לפתח כלי נשק או יכולות שונים מאוד ממה שנדרש בערוץ המרכזי, למשל נשק לא-קטלני. בחודשים הראשונים של האנתיפאדה הנוכחית, ספטמבר 2000 עד דצמבר 2000, רוב האירועים היו הפגנות אלימות ויידויי אבנים, אך ללא נשק. באותו זמן ניסינו לבדוק מה קורה בעולם בתחום הנשק הלא-קטלני. מתוך 25 מדינות שעמץ ביררנו את הדבר, 24 מדינות לא היו מצוידות בשום נשק שאינו כבר ברשותנו, או שהיה להן נשק שאין לנו אך לא היה ראוי לקנותו. למדינה אחת מה-25 היה נשק לא-קטלני שרצינו לקנות, אבל היא לא רצתה למכור לנו אותו. זאת אומרת, לא רק לנו אין מענה טכנולוגי לצורך בנשק לא-קטלני; חסר זה קיים גם במדינות אחרות. הטעם לכך ברור: קשה להשתחרר מן התפיסות הקיימות בדבר טיב הנשק ותכליתו המסורתית ולפתח נשק שאינו מיועד למלחמה 'אמתית'. לבעלי התפיסה המסורתית פיתוח כזה נראה לא-רציני דיו.

האתגר הרביעי הוא להבין שמלחמה זו איננה רק מלחמה על דעות ועל תודעות, אלא היא מלחמה שיש בה רכיב חדש, הלגיטימיות הבין-לאומית, והוא הופך לדומיננטי יותר ויותר. הלגיטימיות הזאת מושפעת במידה רבה מאוד מהסוגיה איך הדברים נראים, בעיקר בטלוויזיה, ובהקשר זה לתקשורת יש מעמד דומיננטי, משום שהיא מייצרת את התפיסה וכן את אופן ההתייחסות. אנו חיים בעולם שהמציאות בו איננה כה חשובה כמו התפיסה, ומשום כך התקשורת מרכזית. באופן תאורטי ישנה הבנה. כולם יודעים לדקלם שהתקשורת חשובה במלחמה לא פחות מן הנשק, אך המוכנות לחולל את השינוי הנדרש ולהתאים את המלחמה לרכיב זה קשה מאין כמוה.

הנה שלוש דוגמאות לקושי הרב ליישם את הדבר.

דוגמה ראשונה: תחילת האירועים האלימים – ספטמבר 2000. נצרים הייתה נצורה 11 יום, הצומת היה חסום, וצה"ל תגבר את הכוחות במסוקים. מדי לילה בלילה הטיס מסוק כוח לנצרים ובחזרה. בתקופה זו כל התקשורת העולמית הייתה נגדנו בנחרצות ובקיצוניות, ועם זאת הצלחנו להגיע לשלושה כתבים זרים שהיו מוכנים לשמחתנו לספר גם את הצד שלנו בסיפור, אך בתנאי שנכניס אותם לנצרים כדי שיראו את הדברים כמו עיניהם. הייתי אז

ראש אגף המבצעים בצבא וביקשתי ממפקד האוגדה, תת־אלוף יאיר נווה, לפנות שלושה מקומות במסוק לשלושת הכתבים הזרים שהדיווח שלהם עשוי לשרת אותנו בתצוגה התקשורתית העולמית. ענה לי נווה: 'איך אני יכול? אני צריך את המקומות האלה לצלף זה ולחייל זה'. כללו של דבר, עמד וערך לפניי רשימת 'נוסעים נחוצים', ולא הבין מדוע עליו לוותר על אחדים מן החיילים תמורת 'דבר מיותר' כמו טלוויזיה. לדידו, יש פה מלחמה, ולמלחמה נחוצים חיילים, לא אנשי טלוויזיה.

דוגמה שנייה: ליד כפר דרום הופעל מטען מתחת לאוטובוס תלמידים. שני מורים נהרגו, ושלושה ילדים איבדו גפיים. זה היה אירוע קשה. כרגיל הוועקנו לראש הממשלה ברק לדיון 'תראו־לי־את־היעדים־לתקיפה'. ברק היה להוט לתקוף במסוקי קרב, ואילו אנו, אנשי הצבא, העדפנו לתקוף בטנקים. למרות שמדובר בשאלה טקטית מובהקת, התעקש ברק: 'לא, אני רוצה מסוקים'. אמרתי לו: 'האם שמעת על האירוע לפני יומיים, כאשר כמה מחבלים הגיעו ליד רמאללה, וטנק שלנו שהיה במקום ירה והרג את ארבעת המחבלים?' ענה לי: 'לא'. אמרתי לו: 'אני, ראש אגף המבצעים של הצבא, ואפילו אני שמעתי על כך רק בקושי. לעומת זאת, בשימוש הקודם במסוקים בעזה התקשר אליך נשיא צרפת וכעס על השימוש המופרז בכוח'. ואמת הדבר: מסוק הקרב נראה כשימוש מופרז מכוח. מלבד זאת גם אפשר לצלם אותו, ובכך לקבע עוד את תדמיתה התוקפנית של ישראל ברעת הקהל העולמית. אמנם אפשר לנסות להסביר כמיטב יכולתך שמסוק קרב מדויק מטנק וקטלני פחות ממנו, אך ללא הועיל: את מסוק הקרב מצלמים, ואת התמונות משדרים ברשתות הטלוויזיה במדינות העולם כעדות לשימוש שעושה ישראל בנשק אגרסיבי. לעומת זאת ירי הטנק בלילה – מי רואה אותו? אם כן, זאת יש לדעת: השאלה 'איך הדברים נראים' חשובה בהרבה מן השאלה 'מה טיבם של הדברים'.

דוגמה שלישית: בוב סיימון מרשת CBS ביקש לצלם לתכנית 'שישים דקות' כתבה יסודית על יחידת המסתערבים, לרבות הצטרפות ליחידה, השתתפות בהכנות לפעולה ובפעולה עצמה. בעניין זה התגלע עימות עם אלוף הפיקוד ועם הרמטכ"ל. הם התנגדו ליזמה לא משום שהיו בה בעיות אמתיות של ביטחון שדה, אלא משום שהיה להם קושי עם רעיון חדשני מעין זה. מה ששכנע אותנו בסופו של דבר לקבל את ההצעה היו דבריו של הכתב בוב סיימון: 'תדעו לכם, כשאני מצטרף לחיילים בכוח צבאי לשבועות של הכנות ואימונים, גם כשאני רוצה להיות אובייקטיבי, אני כבר אתם, והסיפור שלי הוא כבר הסיפור שלהם. אינני יכול אפילו להתמודד עם זה'. טיעון זה שכנע אותנו. מובן שהתקשורת היא עולם בעייתי, כי מתקיים פער מתמיד בין מהירות

התגובה לבין אמינות הדיווח, ולפעמים אתה מצטער על מילה שאמרת ועל הצהרה שהצהרת. אבל בסופו של דבר, ההתנהלות מול התקשורת היא כמו כל פעילות: אם אתה מחליט שלא להסתכן, כי אז לא תעשה כלום. בהיבט זה השתפרנו במהלך ארבע השנים האחרונות, אבל עודנו רחוקים מאוד מן המצב הרצוי. שוב: להלכה הכול מסכימים שהתקשורת חשובה, והם אף אומרים זאת בריש גלי, אך למעשה, כאשר המפקד צריך להחליט החלטות הכרוכות בתקשורת, הוא חוזר לרוב למקום הטבעי שלו: הימנעות ממנה וחשדנות כלפיה.

האתגר החמישי והאחרון הוא אולי החשוב ביותר מבין האתגרים המונחים לפתחם של הדרג הצבאי או הדרג הפוליטי-מדיני של מקבלי ההחלטות במלחמה החדשה. הוא נובע מן העובדה שבאופן בסיסי יש פער מובנה גדול בין הציפיות של דעת הקהל לבין היכולות של הדרג הצבאי לספק את הסחורה. פער זה בא לידי ביטוי בשלושה היבטים: משך המבצע (המלחמה); מספר הנפגעים לכוחותינו; מספר הנפגעים החפים מפשע.

היבט משך הזמן: התשובה לשאלה כמה זמן העימות יימשך נקבעת לפי אופי הסכסוכים. העימותים המזוינים מן הסוג החדש אינם נמדדים בימים או בשבועות ואף לא בחודשים, אלא בשנים – במקרה הטוב. לפי הציפייה הפשטנית, משך הזמן הוא אינדיקטור טוב ליעילות ולאפקטיביות של פעילות צבאית. הנה לדוגמה, ניצחנו את כל צבאות ערב בשישה ימים ב־1967, וב־1973, במלחמת יום כיפור, שנפתחה בתנאים קשים ביותר מבחינתנו, הגענו תוך 21 יום ל'תיקו מכובד' או יותר מכך. לפי התפיסה הפשטנית, 'הרי אתם (כלומר אנחנו) חזקים הרבה יותר מן האויב (הפלסטינים); ובכן, כמה זמן ייקח לכם לעשות את העבודה? ניצחון בעימות שכזה צריך להיות מהיר מאוד, הלוא כן?'. מלחמת לבנון ב־1982 היא דוגמה טובה לתפיסה הפשטנית באשר למשך הזמן. כשהתחיל המבצע אמרו '48 שעות'. אחר כך תיקנו את ההערכה ואמרו '72 שעות'. לא חלפו שעות רבות ואמרו 'שישה ימים'. למעשה, ביום השישי התחלנו להבין שאיננו בסוף המבצע, אלא רק בתחילתו. בסופו של דבר המבצע נמשך 18 שנים. הווה לומד: הפער בין הציבור, המבקש לראות סוף מהיר לעימות (כי הרי אנו חזקים בהרבה מן האויב; כי הרי זו איננה מלחמה אמיתית), לבין היכולת האמתית בסוג כזה של מלחמה להגיע לתוצאה שהיא 'סוף העימות' פער זה גדול מאוד.

היבט מיעוט הנפגעים: הפער בין ציפיות הציבור לבין הקושי לעמוד בהן בא לידי ביטוי גם בציפייה שהעימות יסתיים ללא נפגעים או כמעט נפגעים לכוחותינו. גם כאן הטעמים דומים: אנו חזקים בהרבה מן האויב; אנו מצוידים בנשק מתקדם בהרבה ממנו; אפשר לנצח אותו, אלא שיש לעשות זאת

בזהירות מרחוק. למה להסתכן? משום כך יש תומכים במלחמה, אבל בהנחה שלא יהיו לנו נפגעים רבים. וזאת יש לדעת: הנחה זו אינה בעלמא. לפעמים, גם כאשר המערכת הביטחונית אינה מבטיחה במפורש גן של שושנים, היא עשויה ליצור את הרושם שבסוג זה של מלחמה 'הנה' אנו גומרים זאת אחת ושתיים, ו'אנו באמת הרבה יותר חזקים מיריבינו, לכן לא יהיו לנו נפגעים רבים'. זכרו שכך קרה גם בארצות הברית כאשר למלחמה בעיראק, היה פער גדול בין הציפיות למיעוט נפגעים בשלב היציאה למלחמה או בתחילתה לבין הסטטיסטיקות בפועל של הנפגעים. כך קורה גם במקומות אחרים בעולם. ציפיית ה'ללא נפגעים' איננה ייחודית אפוא לישראל; זו ציפייה טבעית של כל ציבור שמדינתו נקלעת לעימות מזוין הנתפס כ'מלחמת בררה'. כמובן, קשה מאוד לספק אותה.

היבט ההצדקה: בעימות הנוכחי אנו רוצים לא רק להיות חזקים, אלא גם צודקים, במיוחד משום שהעימות איננו מלחמת 'אין בררה', אלא ספק מלחמה ספק לא-מלחמה. מסיבה זו איננו יכולים לשאת את העובדה שנפגעים בעימות גם חפים מפשע ואזרחים. בוודאי אנו מרגישים אי-נוחות גדולה כאשר מטיחים זאת בפנינו בטלוויזיה או בזירות אקדמיות, מקצועיות, מדיניות ובין-לאומיות. ואולם באמת אין בררה: קשה מאוד להימנע מפגיעה בחפים מפשע ובאזרחים המעורבים בלחימה מעצם התנהלותה בתוך אוכלוסייה אזרחית. גם ההשתדלות והזהירות המרביות לא ימנעו כליל את הפגיעה באזרחים חפים מפשע, בכללם נשים, זקנים וילדים. אולי הן יקטינו את ממדי הפגיעה, אך לא ימנעו אותה לחלוטין.

כללו של דבר, הציפיות גבוהות והיכולת לעמוד בהן מוגבלת. אם הפערים הללו מובנים, מהי אפוא הבעיה? על מה אנו מלינים? הבעיה היא שבדרך כלל, כדי להשיג תמיכה ציבורית או לגיטימציה לפעולה צבאית, הדרג הצבאי הבכיר והדרג המדיני נוטים להבטיח תוצאות טובות בשלושת ההיבטים הללו. הבטחות אופטימיות מדי יוצרות ציפיות שהמציאות אינה מאפשרת למלאן. בסופו של דבר, הדרגים הללו נענשים קשות על הבטחות הסרק שלהם. לדוגמה, מבצע 'ענבי זעם', שנערך בלבנון ב-1996, נועד לשים קץ לקטיושות של החזבאללה. בחלוף יום למבצע עדיין נורו קטיושות. סגן הרמטכ"ל דאז, אלוף מתן וילנאי, נשאל בריאיון בטלוויזיה 'אם תכלית המבצע היא להפסיק את הקטיושות, למה עדיין יש קטיושות?'. ענה הנשאל לשואל: 'חכו, זהו רק היום הראשון; חכו עוד יומיים-שלושה ותראו'. הוא יצר בשומעים-צופים רושם שירי הקטיושות ייפסק, אם לא ביום אחד, אז בשלושה ימים. עברו 16 ימים, והקטיושות המשיכו ליפול. בסופו של דבר פסקו הקטיושות לא בגלל אש כוחותינו, אלא מטעמים אחרים. הבעיה היא אפוא יצירת ציפיות שאינן

מתגשמות. במידה מסוימת כך נהגו האמריקנים בווייטנם, ובמידה רבה כך נהגו אנו בלבנון. האמריקנים הפיקו לקחים: בצאתם לאפגניסטן נזהרו מאוד שלא להבטיח שהפעילות תסתיים מהר ושלא יהיו נפגעים רבים. בעיראק הם כבר היו זהירים פחות.

לסיכום, האתגר החמישי הוא התמודדות עם המתח שבין הרצון לגייס תמיכה ציבורית בטווח המידי לבין היכולת להגיד את האמת. לפעמים האמת מפריעה בדרך לגיוס התמיכה בקונגרס ובפרלמנט, כי המציאות קשה מן הפנטזיה. הדרך היחידה להתמודד עם מתח זה היא להגיד את האמת כבר בהתחלה. יש לציין לשבחה שיחסית למנהיגויות אחרות, המנהיגות הישראלית בארבע השנים האחרונות הייתה בדרך כלל די זהירה ודי מאוזנת בהצגת המציאות, אם כי גם היא חיפשה ומחפשת לפעמים את ה'ניצחון' ואת ה'מהר', שניים שאינם עולים בקנה אחד עם האופי של עימות מסוג זה.

לסיום אתייחס לשאלתו של דן מרידור 'מי אחראי למלחמה בטרור'. הבעיה בסוגיה זו גדולה לפעמים יותר ממה שהיא נראית. הבעיה היא שהמערכות הצבאיות או הביטחוניות, לרבות השב"כ, המוסד והמשטרה, ממלאות את משימותיהן בצורה טובה למדי, כולל הגנה מניחה את הדעת על עצמן ועל אנשיהן. דא עקא שהמלחמה נסבה סביב האזרחים: 75% מן הנפגעים הם אזרחים. האם המדינה נותנת מענה מרבי להגנה על האזרחים בהקצאת משאבים? התשובה היא 'לא בדיוק'.

אתן דוגמה. לפני כשנתיים נזם פורום מחוץ לצבא, שהצבא הסכים לשתף אתו פעולה. אני חושב שזהו אחד הפורומים המוצלחים שקמו (דן מרידור מכיר אותו, ועמנואל סיון חבר בו): 'פורום מחשבה'. פורום מחשבה זה הוא מעין העתקה ממודל אמריקני. יש הנחה שמערכת הביטחון עסוקה מאוד בעצמה, ועל כן ראיית הדברים, הידע והחשיבה שלה הם באופן טבעי צרים ומצרים. לנוכח זאת יכול להיות שיש תובנות או רעיונות או אפשרויות בתחום הטכנולוגיה ובדיסציפלינות נוספות שאפשר לגבש מהם דרכי פעולה טובות מאלה הקיימות. לפי המודל, אנשי מערכת הביטחון כלואים בחינוך מסוים ובדרך חשיבה מסוימת, ולמרות הידע הרב שלהם הם אינם משכילים לראות הכול. תכלית 'מחשבה' הייתה לכנס שלושים אנשים מן הבכירים ביותר באקדמיה ומגוון תחומי דעת (מדעים מדויקים, מזרחנות, היסטוריה, פסיכולוגיה וסוציולוגיה) ולהטיל עליהם משימה: להציע לנו הצעות ורעיונות חדשים שלא חשבנו עליהם לפתרון הבעיות הביטחוניות העיקריות המטרידות אותנו. 'מחשבה' התכנסה כבר פעמיים, והיא מעלה אל מעל לפני השטח רעיונות יפים.

הדוגמה הבאה תמחיש את עבודת הפורום ואת מציאותן של לקונות,

לפעמים אדירות. בפורום הראשון השתתפה פרופסור לכימיה ממכון ויצמן, שאמרה כך: 'הבנתי מדברייכם שרוב חומר הנפץ שמשמשים בו לפיגועים נגדכם – לא מעזה, אבל מהגדה – אינו חומר נפץ תקני אלא חומר המורכב מִדָּשֵׁן'. בהתחברם לחומרים אחרים, דשנים בעלי תכונות כימיות מסוימות הופכים לצערנו לפצצות יעילות. דשנים אלו זמינים, כי אי-אפשר לאסור על החקלאים הישראלים והפלסטינים והערבים-ישראלים כאחד להשתמש בדשן. המומחית לכימיה אמרה שאפשר לפתח מולקולה שאם מוסיפים אותה לדשן, הדשן אינו מאבד שום תכונה מתכונות הדישון שלו, אבל היכולת שלו להפוך לחומר נפץ מתבטלת. יש לדעתה 'היתכנות טכנולוגית' לכך. עלותו של פיתוח זה היא כעשרה מיליון ש"ח (או דולר). במושגים של הצבא אפשר לשאול 'מיהו רמ"ח האמל"ח [ראש מחלקת אמצעי לחימה] שעליו החובה לדרוש דרישה מבצעית זו?'. במושגים אזרחיים אפשר לשאול 'מי אחראי לכך במדינת ישראל?'. ובכן, אף לא אחד: הצבא – הכיצד הצבא אחראי לדשנים כימיים? זה אינו עניינו. המשטרה – בתור מה ולמה? הרי פיתוח זה אינו חלק מתקציב המשטרה. משרד החקלאות – אמנם הוא אחראי לדשנים, אבל הוא אינו אחראי לכך שדשנים לא יתפוצצו; הוא אחראי שהם יהיו מדשנים דיים. המסקנה – הנושא חשוב ביותר, אבל אין איש האחראי לו.

ואכן, זו תמונת המצב הכללית בישראל: יש במדינה עשרות נושאים שאין איש אחראי להם במובהק, אף שהתוצאה היא המחיר הגבוה שאנו משלמים. חובה אפוא לחולל שינוי ארגוני לסגירת הפערים בנושאים הלא-מטופלים-על-ידי-אף-אחד האלה. רובם אינם כלל בתחום הנוגע ישירות לעבודה של הצבא, של המוסד, של השב"כ ושל המשטרה, אלא הם דווקא בתחומים האזרחיים. אדרבה, בכל מה שקשור לתיאום בין צבא לשב"כ למשטרה הלכנו והשתפרנו במשך ארבע השנים האחרונות, כי הנסיבות אילצו אותנו להיות יעילים יותר ויותר. אשר על כן, לא מתחת לפנס הזה צריך לחפש את המטבע. המערכת הביטחונית מתואמת היטב, הגם שאין אדם אחד האחראי למלחמה בטרור. אמנם חלק מן התחומים כפופים למשרד הביטחון וחלק לראש הממשלה, אבל אין בכך כל רע. להפך: אפשר להיות יעילים גם במבנה הנוכחי בלי אחראי אחד למלחמה בטרור, להוציא כמובן הממשלה או הקבינט. האם שר הביטחון צריך להיות אחראי למלחמה בטרור ויש להכפיף לו את הכול? מה פירוש 'הכול'? המוסד והשב"כ? נגיד שכן. אבל מה עם המשטרה? הרי חלק מן המלחמה בטרור נעשה היום בידי המשטרה.

אעיר קצרות בעניין המשטרה. רק אחרי שנים רבות הבנו בצבא שהמרחק בין משימות הצבא לבין משימות המשטרה הולך ומצטמצם. במלחמת יום הכיפורים הדיכטומיה הייתה מוחלטת: הצבא נלחם נגד מצרים וסוריה,

והמשטרה תפסה גנבים. יותר מכך, בין משימותיהם של שני הגופים לא היה שום קשר, ובזמן מלחמה כל השוטרים היו צריכים להתגייס לצבא, כי בזמן שכזה חשוב פחות לתפוס גנבים מאשר שיהיה עוד חייל בטנק. והנה, בסוג המלחמות של היום יש חפיפה גדולה בין מה שעושה הצבא ובין מה שעושה המשטרה. לנוכח זאת אם שר אחד יהיה אחראי ללחימה בטרור, האם הוא יהיה אחראי גם למשטרה? לא זו בלבד שתפקיד בסדר גודל כזה בעייתי, אלא שהוא גם לא יפתור את הבעיות העיקריות.

ועוד בעניין צבא ומשטרה: היום רוב המשרתים בצבא הם חיילים בשירות חובה. לעומת זאת כל המשרתים במשטרה הם, במושגים צבאיים, אנשי קבע. צא ולמד: אם המשימות של הצבא והמשטרה הן בחפיפה של כ-20%-30%, יש מקום להרהר האומנם המדינה מחלקת את המשאב האנושי כראוי. יש בצבא עודף חיילי חובה. הצבא הלך וקטן בשנים האחרונות. שירות הבנות הלך והתארך. המשטרה משלמת משכורת קבע, לרבות קביעות וותק וכו' לכל פקיד ולכל שי"ן-גימ"ל, כי אין לה חיילי חובה. אולי המדינה צריכה לבחון מחדש את מערך כוח האדם, ולאחר בחינה מחודשת זו לשקול מדיניות גיוס חדשה? למרבה הצער, עודנו מקצים את כוח האדם במושגים שהתאימו למלחמות העבר.

לסיכום, הפתרון לסוגיית האחריות אינו בבלעדיות של האחראי ללחימה בטרור אלא בתחום הסמכויות. צריך לסגור את כל הפערים בתחומים שבאמת אין איש אחראי להם. האחריות הכוללת למלחמה בטרור היא של הקבינט. יש הסבורים שיש לערוך שינויים ארגוניים ולבנות מוסד ארגוני אחד. איני שותף לדעתם.

דיון

אביעזר יערי: אני רוצה להציג שתי שאלות.

השאלה האחת: לנוכח ההיסטוריה של תולדות המלחמות, אפשר לערוך מבחינה אסטרטגית הבחנה בין המלחמות הקונבנציונליות ובין הטרור באמצעות הפרמטר 'המשא ומתן לאחר המלחמה'. התפיסה במלחמות הקונבנציונליות הייתה, והדבר מנוסח יפה בתורת הביטחון, שהצבא צריך להביא את המלחמה למצב שהאויב ינהל משא ומתן להסכם או להפוגה. במלחמת טרור המצב כמעט הפוך: כדי להפסיק את הפעולות הצבאיות, צריך משא ומתן. ואכן, ללא משא ומתן קודם להפסקת הפעילות הצבאית, רק במקרים ספורים הכריעו הפעולות הצבאיות את הכף, והכרעתן הובילה למשא ומתן. בהינתן זאת, הבדל מהותי זה בין המלחמות הקונבנציונליות לבין המלחמות בטרור חשוב לשאלה איך מעצבים את האסטרטגיה של המלחמה בטרור. האם גם אתה סבור שחשוב לפתח זאת?

השאלה השנייה: המתח בין הישגי הצבא ובין לחצי הציבור וציפיותיו בא לידי ביטוי בקיצוניות בססמה 'תנו לצה"ל לנצח': אתם לכו ותנצחו, ואנו לא נצטרך לעשות את השאר. במנותק מן הכוונה הפוליטית של הססמה, אני מתעניין בצבא ובמערכת הלחצים שאיננה אופיינית רק לישראל; גם באנגליה ובאירלנד היו לחצים דומים. איך שני הקטבים מתאזנים? איך צפים במתח הזה?

הילי מודריק-אבן-חן: כמי שמצויה בתחום המחקרי-אקדמי של נושא זה, רציתי להודות לך על ההרצאה המעניינת ועל הצגת הדילמות בשטח. פתחת את דברייך בכך שהמעבר אל long city war אינו תופעה של השנים האחרונות, למרות שמייחסים את השינוי הניכר בסוג זה של עימות למגה-פיגוע במגדלי התאומים. השאלה היא למה חמשת האתגרים שציינת לא נענו או לא נידונו כבר קודם לכן. וגם אם התחילו דיון או חשיבה לגביהם, האם היה שינוי בשנות התשעים ובראשית שנות האלפיים באמצעים של הטרוריסטים? ברור שיש קטגוריות שאנו יכולים להצביע עליהן בפשטות, כגון אמצעי התקשורת והאינטרנט, ששינו את המאבק מסוג זה. איך התפתחות זו משתלבת עם האתגרים שציינת?

דני סטטמן: הייתי מבקש ממך להרחיב עוד על האסטרטגיה של קבלת החלטות. התיאור שתיארתי – קיוויתי שהוא אינו נכון, אם כי אני חושש שאולי הוא נכון, ולפי ההנהונים של אנשים סביב השולחן אני מתחיל לחשוב שאולי

הוא באמת נכון. אני מתכוון לכך שאין למקבלי ההחלטות אסטרטגיה ברורה ושתגובת הדרג המחליט היא תגובה אינסטינקטיבית ולא תגובה רציונלית בהליך סדור. לפי זה, קבלת ההחלטות בישראל דומה למאבק בין ילדים: מקבלים מכות וחייבים להחזיר מיד. השאלה היא אם מעבר לביקורת המרומת הזאת, אתה גם רוצה להציע הצעה בתחום האסטרטגי, דהיינו לטעון שהגישה הבסיסית של ישראל, או אולי גם של מדינות אחרות, לטרור אינה נכונה ברמה האסטרטגית, ושצריך להציג מטרות שונות לחלוטין? מובן שלכל הצעה יש השלכות בתחום הטקטי, ולא רק בתחום האסטרטגי. אולי אתה רוצה להציע לפתוח דיון לגיבוש אסטרטגיה שונה לגמרי? מלבד זאת יש לברר איזה פורום יגבש אסטרטגיה חדשה זו, אם כי השאלה המרכזית איננה הפורום, אלא האסטרטגיה הנכונה ללחימה בטרור.

דוד קרצ'מר: אשאל שלוש שאלות:

השאלה הראשונה: נושא הדיון הוא לחימה בטרור, והנה אתה מדבר על בעיה רחבה בהרבה מכך, משום שהסוג החדש של מלחמות הוא לאו דווקא נגד ארגוני טרור, אלא גם נגד ארגון שאיננו נוקט שיטות של טרור נגד אזרחים אלא נגד הצבא של אותה מדינה. השאלה המדריכה את מנוחתי היא אם איננו צריכים להבחין בין הדברים.

גיורא איילנד: האם אנו מוכנים לערוך את ההבחנה הנכונה בין 'טרור' לבין 'גרילה' ולקרוא לפעולה נגד נגמ"ש של צה"ל 'פעולת גרילה' ולא 'פעולת טרור'?

דוד קרצ'מר: אני חושב שכן. השאלה שלי היא אם מבחינתך יש הבדל. נניח שנסכים שפעולת טרור מוגדרת 'פעולה שכוונתה להרוג או לגרום חבלה גופנית חמורה לאזרחים או לאנשים שאינם משתתפים בלחימה'. זו הגדרה די מקובלת, למרות שאנו יודעים שאין הגדרה פורמלית מוסכמת. האם הגדרה זו של הפעולות האלימות נכונה בעיניך, או שמא אתה מגדיר אותן 'לחימה שאיננה לחימה נגד צבא של מדינה אחרת'? להבדלים בהגדרות יש השלכות פוליטיות משמעותיות וניכרות ביותר: התגובה שלי אם אני מגדיר 'לחימה נגד טרור' כלחימה נגד ארגון שנלחם נגד הצבא שלי, שונה מן התגובה שלי אם אני מגדיר אותה כלחימה נגד הורגי אזרחים.

ושאלה שנייה: בין השאר ציינת בדבריך המעניינים והסדורים את הפער בין הציפיות של דעת הקהל לבין היכולת של הצבא לספק אותן. ההנחה הסמויה שלך הייתה שהצבא יודע את האמת לאשורה, אך נמנע מלתת לה

פומבי. כך לדוגמה, הצבא ידע שיהיו נחוצות 18 שנה לצאת מלבנון בלי להשיג את היעדים שהוצבו לו, אבל הוא לא סיפר את האמת לציבור. אני מטיל ספק בהנחה זו. יכול להיות שבחלק מן המקרים גם הצבא עצמו, ובוודאי מקבלי ההחלטות, שותפים לציפיות האלה. לשון אחר, הם אינם מטפחים בכוונה וביודעין ציפיות שווא גבוהות ובלתי-ניתנות להשגה. הייתי רוצה לדעת, אם תיאות לענות על כך, מה קורה כאשר הפוליטיקאים מקבלי ההחלטות טועים בציפיותיהם וביעדים שהם מציבים לכם, אנשי הצבא, ואנשים כמוך רואים אל נכון שיש פער בלתי-ניתן לסגירה בין הציפיות שלהם לבין הידיעה הברורה שלכם שאינכם יכולים 'לספק את הסחורה', לא משום שאין לכם היכולת הצבאית, אלא משום שאלה יעדים לא בני השגה?

שאלה שלישית: האם יש במישור קבלת ההחלטות מישהו המעריך את יעילותם של אמצעי הלחימה בטרור? שנים רבות אני מוטרד מאוד מהריסת בתים כפעולה עונשית, ולאחרונה אנו אף עדים שיש רבים, לרבות אנשי צבא משוחררים, המטילים ספק ביעילות העונש הזה. האם יש מישהו במערכת הכודק את האפקטיביות של הריסת בתים? האם היא ניתנת בכלל לבריקה?

אסא כשר: אציג שלוש נקודות בקשר לדבריך המעניינים.

נקודה אחת: אמנם אני מרגיש כמו קטר זקן, אבל אשאל זאת. אני רוצה לדעת למה התקשורת כה חשובה ללחימה בטרור. ליתר דיוק, אני רוצה לדעת מהי באמת חשיבותה ועצמתה של התקשורת. אינני רוצה לצאת מהנחה שהיא חשובה או שהיא אינה חשובה; אני רוצה תמונה עובדתית מדויקת ואחראית למידת החשיבות שלה. אני מדגיש: שאלתי מתייחסת לעובדות, והיא איננה תאורטית או אקדמית. היא איננה שאלה במונחי דמוקרטיה – 'עיתונות חופשית', 'חופש העיסוק', 'חופש הדיבור' וכיוצא בהם – אלא היא שאלה מעשית. אני רוצה לשמוע מפיו, בתור גורם בחזית, את העובדות הרלוונטיות לשאלה עד כמה התקשורת קובעת את התפיסה של האנשים. זו שאלה עובדתית, לא נורמטיבית. מה הן העובדות בקשר למידת ההשפעה של התקשורת? עד כמה אנשי התקשורת בדיווחיהם משנים את הדעות של האנשים? קראתי לא מזמן שבמערכת הבחירות האחרונה בארצות הברית, כמה עשרות עיתונים תמכו בג'ורג' בוש, הנשיא המכהן והמועמד של הרפובליקנים, וכמה עשרות עיתונים אחרים, בהם 'ניו יורק טיימס', תמכו בג'ים קרי, מועמד הדמוקרטים, ובסופו של דבר אלה ואלה לא שינו דבר. הרי אפשר לטעון שמידת ההשפעה של העיתונים עצומה, בדיוק כשם שאפשר לטעון שמידת ההשפעה שלהם אפסית, כי בדרך כלל קוראי 'ניו יורק טיימס' הם דמוקרטים המצביעים ממילא בצורה מסורתית למפלגה הדמוקרטית. לתמיכת העיתון

במועמד קרי אין אפוא שום השפעה אמיתית. מכל מקום, זו שאלה עובדתית, ואני מבקש לשמוע את העובדות על אודותיה.

שאלת השאלות היא עד כמה הדבר משנה למקבלי ההחלטות ברגעים האמתיים של קבלת החלטות מדיניות בקשר ליחסים הבין-לאומיים. נשיא צרפת, נשיא ארצות הברית, ראש ממשלת בריטניה, כאשר הם מקבלים החלטה הנוגעת לישראל, איזה משקל יש לפתוב בעיתונים שלהם על ההחלטה הזאת? גם זו שאלה עובדתית. הן העיתונות מוכרת לנו את עצמה בתור הכול: היא מעצבת את דעת הקהל, והיא משקפת את דעת הקהל, ואי-אפשר בלעדיה, והיא כלב השמירה, והיא הברדן הלאומי; היא הכול. את כל זה אנשי התקשורת מוכרים לנו כי הם עסק. בניגוד למסע השיווק העצמי הזה, אני רוצה לדעת את העובדות. האם באמת יש לתקשורת חשיבות בתחומי הלגיטימיות? ואם נגענו בלגיטימיות, גם על אודותיה אני מוכן לשאול אותה שאלה: מה הן העובדות? עד כמה סיפורי הלגיטימיות הם בעלי חשיבות ברגע האמת, כאשר נשיא ארצות הברית מקבל החלטה משמעותית בקשר לישראל? אם הלגיטימיות היא באמת בעלת משקל כזה, הבה נשקול מחדש איך אנו צריכים לעבוד. למה לנו לעבוד דרך הכתבים הזרים של שוודיה בארץ? למה לא נעבוד בשוודיה עצמה? אם החזית היא שם, בשוודיה, למה לנו לרווח לשוודיה על האירועים דרך מנגנון עקיף ובעל פילטרים בעייתיים ביותר בדמות כתב פלסטיני של עיתון שוודי המספר לשוודים מה קורה בעזה? האומנם דרכו נוכל להשפיע על דעת הקהל בשוודיה? אשר על כן, אם לפי העובדות (!) שוודיה ודומותיה הן 'חזית', יש לטפל בחזית זו בדרך אחרת לגמרי מזו של היום.

נקודה שנייה: מכיוון שאנו במצב חדש יחסית למלחמות הקלאסיות, אולי גם המונח 'אסטרטגיה' צריך להשתנות. במובן הקלאסי אסטרטגיה הייתה תפריט של תרשים המוביל למטרות. אולי כיום הומר המובן הקלאסי במובן אחר: 'אסטרטגיה סכמטית'; כלומר אין תפריט מדויק, אין מטרות מדויקות, אבל יש אילוצים: אני יודע בדיוק מה אינני רוצה, אך אינני יודע בדיוק מה אני כן רוצה. הפוליטיקאים אינם צריכים לחשוב תמיד במונחי מטרה מדויקת, אלא הם יכולים לחשוב במונחי חבילת אילוצים שהם רוצים לעמוד בהם. באילוצים האלה צריכות לעמוד הפעולה הצבאית והפעולה השב"כית והפעולה המדינית. לאן בדיוק יגיעו הזרועות הללו בפעולותיהן, איננו יודעים; העיקר הוא שיעמדו באילוצים האלה.

נקודה שלישית: באשר לטרור ולגרילה, צריך להיזהר מן השרידים של הפרדיגמות הקודמות. ההבחנה החדה בין אזרחים לבין אחרים היא שריד של השיטות הקודמות. עלינו לשאול את עצמנו איך אנו מקטינים את נזקי המלחמה בפרדיגמה של מלחמה טוטאלית וגדולה בעצימות גבוהה. טרור,

ואני מסכים עם דוד קרצ'מר, הוא פעולה של ארגונים נגד מדינה. אך עלינו להבין מה קורה לא רק באשר לטרור, אלא גם באשר למלחמות אחרות. מכל מקום, ההבחנות אינן יכולות להיות בין מי שפוגע בלובשי מדים לבין מי שפוגע באנשים שאינם לובשי מדים. למשל, האישה שפוצצה את עצמה על חיילים ושוטר משמר הגבול ומאבטחים אזרחיים במחסום, לא בא בחשבון לתאר אותה כמי שביצעה בכת אחת גם פעולת גרילה וגם פעולת טרור: את החייל היא הרגה בתור 'גרילה', ואת המאבטחים בתור 'טרור' ואת משמר הגבול – אולי גם זה בתור 'גרילה'. הבחנה זו היא שריד של המלחמות הקודמות, ויש להתנער ממנה. השאלה היא אפוא עד כמה שלושת המעגלים – מעגל המלחמות הקלאסיות, מעגל הטרור ומעגל האמצע, החופף בחלקו את הטרור ובחלקו את המלחמה הקלאסית – תקפים. האם אנו בוחנים את הנושא לנוכח שני מעגלים, או האם אנו מתעקשים לבחון אותו לנוכח שלושה?

נאווה בן אור: דיברת על התפיסה בתקשורת היוצרת את הלגיטימיות שלנו בתקשורת ובדעת הקהל הבין-לאומיות. מלבד התפיסה של תדמיטנו בעולם, אני שואלת עד כמה מתנהל בישראל דיון פנימי ערכי כן בשאלת הלגיטימיות.

דודי זכריה: שתי שאלות לי.

השאלה האחת: גם אני מוטרד מן נושא שהעלה דוד קרצ'מר – יכולת ההנהגה המדינית לקבל החלטות בלי לשתף בהן את הציבור. בארצות הברית נושא זה עורר דיון רחב באשר למלחמה בעיראק. בדיון נטען שבקרב מקבלי ההחלטות היו תלמידיו של הפילוסוף שטראוס, שפיתח תאוריה פוליטית המכירה בלגיטימיות של השלטון לקבל החלטות בלי לשתף בהן את הציבור. נטען בהקשר זה שהתאוריה בדבר הנשק להשמדה המונית בעיראק נועדה להעניק לגיטימציה ליציאה למלחמה, בשעה שבעצם המטרה הייתה השבת כוח ההרתעה של ארצות הברית למצבו לפני ההתקפה על בנייני התאומים. האם אתה, כאחד ממקבלי ההחלטות או כמי שיושב עמם בדיונים, רואה מצבים שבהם אתה מעדיף שלא למסור את האינפורמציה לציבור, כי לדעתך תהיה לה השפעה ישירה על הלגיטימציה של המהלך, והציבור יבין רק בעוד שנה, שנתיים, שלוש-עשרה שהמהלך היה נכון וראוי?

השאלה השנייה: אנו המשפטנים, ובית המשפט העליון בוודאי, משתמשים רבות ברטוריקה הבאה: גם במסגרת הלחימה בטרור, אם נחיל על עצמנו כללים מוסריים, בסופו של דבר לא זו בלבד שננצח במאבק, אלא שגם נצא נשכרים ומחוזקים כחברה. עשרות ואולי מאות פסקי דין בתחום הלחימה בטרור נוקטים רטוריקה זו. מתוך חמשת השיקולים האתגריים שהלחימה

בטרור מציבה לנו, לא ציינת את האתגר שאנו מציינים רבות: לשמר את מערכת הערכים של החברה לאורך כל תקופת הלחימה. השאלה היא אם השיקול שנאווה בן אור הציגה לפניך זה עתה הוא שיקול המשפיע באמת על קבלת החלטות, בעיקר בימים שאחרי פיגוע גדול או פגיעה גדולה.

אביעזר יערי: אעיר-אשאל בהמשך לדברים שנאמרו על התקשורת. בזמן מלחמת לבנון קבע אחד משרי הביטחון דאז שהתקשורת היא חלק מתורת הקרב העכשווית – יש נשק, יש חיילים, יש אימונים, ויש תקשורת. את כל אלה צריך להוציא אל הפועל כדי לנצח. שאלתי היא אם הגדרה זו מטילה את כל העול על הצבא, או שמא תפעול התקשורת להשגת מטרה כלשהי מורכב בהרבה. אולי נכון לטעון שהצבא צריך להציג פרצוף אנושי ומוצדק בשדה הקרב, אבל הרי הצבא אינו יכול להציג פרצוף אנושי ומוצדק במלחמה.

דן מרידור: אני מבקש להתעכב על שש נקודות. נקודה אחת היא הערה בעניין תפקידה של התקשורת בעולם המודרני. התקשורת והיכולת הטכנולוגית של הקומוניקציה חשובות מאוד בדמוקרטיה, לא רק ככלי נשק, אלא גם ככלי להזרמת מידע בזמן אמת. לשון אחר, אנו חוזרים לאתונה של המאה החמישית לפני הספירה, אל דמוקרטיה ישירה, ולא תיווכית. לפני כחמישים שנה לא טרחו לשיקול מה חושב העם, כי המחליטים היו בודדים: שרגא נצר, יוחנן בדר ועוד אנשים אחדים במרכזי המפלגות. העם לא ידע, ולא הייתה לו אפשרות לדעת. משום כך, בין השאר, סמכו על חברי הכנסת, על השרים, על ראשי המפלגות, בארץ ובעולם. כך נוצרה דמוקרטיה לא-ישירה, תיווכית, דמוקרטיה שבה בין המידע לבין העם ניצבים בתווך חבר הפרלמנט או נציג נבחר אחר, ועליו העם סומך, משום שהוא נתפס כמקצועי ומשום שהמידע בידיו רב מזה שבידי. וכך אני סומך על חבר הכנסת שלי, על חבר הפרלמנט שלי, על חבר הקונגרס שלי. לשון אחר, המתווכים הם עיקרה של הדמוקרטיה הלא-ישירה. והנה כיום, אנו חוזרים במידה רבה לדמוקרטיה ישירה, כי המנהיג מדבר ישירות אל הציבור בטלוויזיה. עד כאן לעניין התקשורת כממלאת תפקיד ביצירת דמוקרטיה ישירה.

יתרה מזאת: לתקשורת יש תפקיד גם באשר לפער שגורא איילנד הצביע עליו, בין היכולות של המערכת הביטחונית (צבא/שב"כ) לבין הציפייה של הציבור. בין שני הקצוות הללו עומד האיש הפוליטי. לא שמעתי את ג'ון קרי או את ג'ורג' בוש אומרים 'איננו יודעים או איננו יכולים לנצח את הטרור'. גם לא סביר שאשמע. אם יאמרו זאת, יאבדו לעד את סיכוייהם לכהן כנשיא ארצות הברית. על כן איש מהם לא יאמר את האמת לציבור ולעצמו. זו אפוא הדילמה של האיש הפוליטי.

ויתר על יתר: בעבר דילמה זו לא הייתה חשובה כי הציבור סמך על מנהיגו ולא שאל שאלות קשות מדי. כיום הציבור רואה את החיילים שלו נהרגים בעיראק, את הפצצה בכגראד ובפלוג'ה. המציאות מוצגת לציבור במעין מופע אור-קולי בזמן אמת, ולנוכח זאת הוא אינו נותר אדיש. מכאן החשיבות העצומה של התקשורת בתהליך קבלת ההחלטות. הנשיא האמריקני אינו קובע את עמדתו רק לפי העובדות, אלא גם לפי מה שבוחריו רואים באמצעי התקשורת. ובתקשורת, אם רואים את ישראל כמדינה קלגסית, מצג זה משפיע על הציבור, וממילא – על מנהיגיו. יש דוגמאות רבות לנשיאים וראשי מדינות שהחליטו החלטות בהתאם לדימוי התקשורתי, ולא בהתאם למציאות, כי הדימוי התקשורתי מסרטט את תמונת הידע של בוחריהם, הקובעים את מעמדם הפוליטי. חשיבות התקשורת בוודאי העסיקה את סלובודן מילושביץ, מנהיג הסרבים, כי התקשורת היא שחיסלה אותו מבחינת המנהיגות: היום הוא יושב כנאשם בבית הדין הבינלאומי בהאג. בלעדי התקשורת במלחמה האיומה בין הבוסנים לבין הסרבים, לא היינו יודעים את גודל הזוועות שהתרחשו שם. אמנם הזוועות שם לא היו גרועות מן הזוועות במלחמות במאה השבע-עשרה או השמונה-עשרה, אך אז לא הייתה תקשורת. אם כן, השאלה בדבר מקומה של התקשורת היא שאלת מקרו רבת היבטים.

נקודה שנייה היא התייחסות לתיאורו של גיורא איילנר את התהליכים לסגירת הפערים בין הציפיות והדרישות לבין היכולות למלאן. אחד המאפיינים של העידן שלנו אינו רק השינויים, אלא תאוצת השינויים. משום כך אם לא נזדרזו לתקן את הטעון תיקון, התיקון לכשיבוא כבר לא יהיה רלוונטי למציאות המשתנה במהירות. השאלה היא אם המערכת שלנו זריזה דיה במתן תשובות לשאלות שברור שהן קריטיות, למשל השאלה הארגונית. אלפי שנים יש בעולם צבאות שעילת קיומם אחת: להילחם. במלחמה בטרור היום לא צריך צבא; צריך ארגון מודיעין שיש לו כמה קבלני משנה. הווה אומר בלשון פשוטה: מי שצריך לנהל את המלחמה הוא למשל ראש השב"כ, ומח"ט 35 או טייס המסוק או מפעיל המזל"ט צריכים להיות כפופים לו. המודיעין צריך לנהל, והמבצעים צריכים להיות הקבלנים שלו. אני אומר זאת בלשון קיצונית בכוונה, כדי להדגיש שיכול להיות שכל הפרדיגמה הארגונית הבנויה מצבא גדול וממודיעין המסייע לו איננה נכונה. מלחמה זו איננה צריכה צבא. צריך צבא לתכליות אחרות. הצבא או הימ"מ [יחידת המשטרה המיוחדת] צריכים להיות קבלני הביצוע, והמודיעין צריך להוביל.

נקודה שלישית היא באשר לסוגי טרור. אני מקבל את ההבחנה בין 'טרור' לבין 'גרילה'. 'גרילה' איננה שלילית בעיניי; אולי היא אף חיובית.

לעומת זאת, 'טרור' הוא שלילי במובהק. חיובי ושלילי ננקטים כאן לפי אסכולת המוסר של טוב ורע. אמנם גרילה יכולה להיות טובה, אך היא אינה חייבת להיות טובה. לעומתה טרור רע תמיד. הבחנה זו נוגעת לא למטרות הלחימה, אלא לאמצעי הלחימה.

באסוציאציה שלי טרוריסט הוא אדם רע, ואילו לוחם גרילה הוא אדם טוב. אינני אוהב אמרות ימרניות, אבל בעיניי מרדכי אנילביץ' הוא גיבור, וכל טרוריסט שהרג אזרחים הוא רע. ההבדלים ביניהם אינם רק במטרה, אלא גם בדרך הביצוע. באחת השיחות בינינו בראשית מלחמת לבנון אמר לי מנחם בגין ז"ל, שהיה עדיין ראש הממשלה בשנים 1982-1983, על ארגון האצ"ל שבראשו עמד: מה הם כותבים 'טרור'?! זה איננו טרור. זו מלחמה של הצבא שלנו. זו גרילה, לא טרור. לבגין ז"ל היה חשוב לציין במפורש שהאצ"ל לא נקט טרור; אך על הלח"י דיבר אחרת. יצחק שמיר, ייבדל לחיים ארוכים, היה אומר אחרת: מה פירוש אין טרור לגיטימי? יש טרור לגיטימי.

השאלה המוסרית עולה בדיון בסוגיית ההגדרה. יש מעשים פסולים בעליל בלי קשר למטרה, ויש מעשים מותרים בין שהמטרה טובה או רעה. לפיכך אני מקבל את ההבחנה בין 'טרור' לבין 'גרילה'.

נקודה רביעית היא פרמטר המיון של הסוגים השונים של ארגוני הטרור. יש ארגוני טרור הנבדלים זה מזה לא בפרמטר הלגיטימיות, אלא בפרמטר אחר – האפשרות לנצח. את כנופיית באדר-מיינהוף "הבריגדות האדומות" ו"הפעולה הישירה", שלושה ארגוני טרור אירופיים שפעלו במחצית השנייה של המאה הקודמת, אפשר היה לנצח. הם הוגדרו 'ארגון טרור', וניצחו אותם. איך מנצחים ארגוני טרור? הורגים או עוצרים את כולם, ובכך נגמר העניין. באדר-מיינהוף הוא מסוג הארגונים שאי-אפשר לנהל אתם משא ומתן. כך גם ארגון אל-קאעדה בהנהגת אוסאמה בן-לאדן; אני מניח שלעולם לא ינהלו עמו משא ומתן, משום שבמהותו הוא אינו יכול להיות עם ארצות הברית באותו גלובוס. מנגד יש ארגונים שאפשר לנהל עמם משא ומתן, ולכן נחוצות הבחנות דקות יותר בין הסוגים השונים של ארגוני הטרור, גם בצד המוסרי וגם בצד המעשי של סוג הלחימה בהם.

נקודה חמישית היא באשר לציפיות. אספר סיפור: כשמבצע 'חומת מגן' הסתיים, נערך דיון ובו דיווח מסכם. בכלל, המבצע נתפס אז כבעל הצלחות. בישיבתנו בקבינט או ב'מטבחון' אמר לי אלוף דן הראל, ראש אמ"צ דאז: 'יותר מזה איננו יכולים לעשות. נצלו את התקופה עכשיו. מעבר לכך אין עוד מה לעשות'. שימו לב: כאשר המדינאי שומע זאת, הוא אוכד עצות, כי שומה עליו לומר לציבור 'זהו; אין תועלת בהפעלת עוד כוח'. ולא זו בלבד שאמירה זו

קשה לציבור, גם האויב שומע זאת. מתקיימת פה אפוא דילמה עמוקה למדינאי. המדינאי איננו טיפש תמיד, אלא הוא כלוא בקושי אינהרנטי של המציאות, שאי-אפשר להציע לו פתרון טכני.

נקודה שישית היא בעניין הסיוע שהמדע עשוי להגיש לביטחון. גיורא איילנד הציג את שאלת האחריות למימון ולמימוש של ההצעה הטכנולוגית של המומחית ממכון ויצמן, לעקר דשנים כימיים מן התכונות המכשירות אותם לייצר פצצות ולהותירם כחומרי דישון בלבד, בעלות של עשרה מיליון ש"ח (או דולר). בדברי הפתיחה שלי ביום עיון סגור לקהל הרחב שהתקיים בטכניון בנושא 'גיוס המדע והטכנולוגיה למלחמה בטרור', אמרתי דברים ברוח דבריו של גיורא איילנד בהרצאתו. בהמשך היום הציגו מדענים צעירים וותיקים את השיטות השונות שפיתחו ואשר יש להן יישום אפשרי לטרור: שני מתמטיקאים תאומים מרוסיה, סשה ומישה, מצאו דרך לזהות אנשים זיהוי חד-משמעי לפי תווי פניהם; דובר אחר הציג מיקרוגל העשוי לפוצץ מרחוק חומר נפץ; דובר אחר הציג אמצעי לזיהוי חומר נפץ מרחוק ועוד. כינוס דומה נערך גם באוניברסיטת תל אביב, ובו השתתפו אנשים ממערכת הביטחון ומן התעשיות הביטחוניות, כגון עוזי דיין, משה ארנס, אנוכי וכן אנשים מן העולם המדעי. אני ממליץ להרבות בהתכנסויות כאלה.

אפרים הלוי: הערה ראשונה: שאל דוד קרצ'מר מי קובע את היעילות של האמצעים הננקטים נגד הטרור. ב-1993, כשהסכם אוסלו נכנס לביצוע, נשאלה השאלה מבחינה מודיעינית: מי צריך לטפל בשטחים שצה"ל מפנה? האם שטחים אלו הופכים למדינת אויב? אם כן, אגף המודיעין של צה"ל צריך להתייחס לשטח זה כאל שטח אויב. שירות הביטחון הכללי התנגד להגדרה זו, כי הוא שלט בשטח. נשאלה אפוא השאלה מה שטח אויב ומה לא. יצחק רבין ז"ל, ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, החליט שמכיוון שטרם נקבע שתהיה מדינה פלסטינית, התייחסותנו אל השטחים הללו כאל שטחי אויב שבאחריות אמ"ן היא למעשה קביעה פוליטית. משום כך נשאר השטחים באחריות שירות הביטחון הכללי. בתהליך שלא זה המקום לפרטו, מ-1993 עד 2004 שירות הביטחון הכללי הוא הגורם המוסמך ביותר להערכת המצב המקדמית בשטח, כי ברשותו המידע הגדול והמפורט יותר מכל גורם אחר; ברוב המקרים הוא גם מציע את דרכי הטיפול במצב; בחלק גדול מן המקרים הוא גם מעורב ביישום הדרכים הללו; ולבסוף הוא גם המעריך את תוצאות פעולתו, ולכך הוא המוסמך ביותר משום שהוא מכיר היטב את השטח. השב"כ פועל אפוא במעגל שלם של עשייה; מראשית עד אחרית. זהו המצב לאשורו. השאלה אם הוא טוב או רע היא כבר שאלה אחרת. בתהליך האינטראקציה בין הדרג המדיני לבין

הדרג הביצועי – אנשים אחדים סביב השולחן הזה חוו אותו – ככל שהדיונים מעמיקים, כך הדרג המדיני אוהב למלא את תפקיד הדרג המקצועי, והדרג המקצועי אוהב למלא את תפקיד הדרג המדיני. מה שקורה הוא חילופי תפקידים: ראש הממשלה הופך לקצין מודיעין, וראש אגף מודיעין הופך לראש הממשלה. מסיבה זו לא תמהתי לשמוע הבוקר את ראש שירות הביטחון הכללי אומר בפומבי 'אסור לפנות את ציר פילדלפי'. הבה נמשיך בקו מחשבה זה: אם יפנו את ציר פילדלפי בניגוד להמלצה מפורשת של ראש שירות הביטחון הכללי, ואם כתוצאה מכך לא תפחת האלימות אלא דווקא תגבר, יתברר אל נכון מי האחראי האמתי למצב ומי מבין אותו לאשורו. יש לומר את הדברים הללו בקול ברור וחד-משמעי.

הערה שנייה: כתוצאה מן ההתפתחויות הפוליטיות מתחזקים מאוד גורמי ביטחון מרכזיים במדינה – צה"ל ובעיקר שירות הביטחון הכללי. בכל הוויכוחים בשאלת הסמכויות לא ראיתי, ולו פעם אחת, שראש הממשלה או שר הביטחון כופה על צה"ל או על השב"כ לשאת באחריות למהלך או למצב שהם אינם רוצים בהם. הדוגמה המובהקת ביותר בתחום המשיק בטרור היא אבטחת אישים. בשלב מסוים הודיע השב"כ שאין לו משאבים או יכולת או רצון לאבטח את כל האישים במדינה, למעט שבעה. את כל השאר יאבטחו גורמי ביטחון אחרים. התקיים בעניין זה ויכוח, והקבינט נקט הן ולא, ולבסוף הקימו ועדה. בפועל שירות הביטחון הכללי מאבטח היום שבעה אנשים. ובל נשכח: אבטחה עולה כסף, כי כל השרים מאובטחים, בין השאר כי האבטחה היא סמל סטטוס. צריך להבין שזוהי המציאות כפי שהיא.

הערה שלישית: נשאלה השאלה בדבר השפעת התקשורת על מקבלי ההחלטות. ראש הממשלה הנוכחי, אריאל שרון, אמר לי לא פעם כשבאתי אליו בטענות: 'אפרים, אינני קורא עיתונים'. זה נכון. ראש הממשלה אינו קורא עיתונים; הוא רק יודע כל מה שכתוב בהם. וסקרים אינם מעניינים אותו כלל.

אסא כשר: עד כמה יש לראש הממשלה אינטרסים מפלגתיים ואינטרסים מדינתיים ואינטרסים אישיים, ועד כמה הסיפורים התקשורתיים קלועים באינטרסים הללו? זאת השאלה.

דן מרידור: אני רוצה להציג דוגמה אחת לשאלה בדבר היעילות של אמצעי הלחימה נגד הטרור. משנות השמונים-תשעים ואילך, כשרבין ז"ל היה שר הביטחון ואני שר המשפטים, ניהלנו מאבקים קשים בנושא זה. בניגוד לו, לא צידדתי בדרך כלל בפיצוץ בתים ובגירושים וכן הלאה. בכל יום ראשון, יום קיום ישיבת הממשלה, הייתי 'חוטף' בתקשורת שמערכת המשפט אחראית

לכך שאיננו מנצחים במלחמה בטרור. שבתּי והצעתי וביקשתי, ואפשר לראות זאת בפרוטוקולים השונים, לערוך מחקר בדבר היעילות של האמצעים הללו, אך לשווא. אפילו הצעתי קונקרטי: אתם בשב"כ, ערכו מחקר ובדקו בכפר שהרסו בו בתים רבים או שגירשו ממנו אנשים רבים, או בדקו משפחה שנענשה בשתי דרכי ענישה אלו, והוכיחו אם פָּחת הטרור או אם הוא גדל. לא ראיתי מעודי שום מחקר שכזה. ביקשתי פעמים רבות, ועד היום לא ראיתי תוצאות. אולי יש להם, והסתירו זאת ממני. ואם הסתירו, אני כבר יכול לשער מה הייתה התוצאה.

גיורא איילנד הזכיר בחטף את שאלת הטווח הארוך או הקצר: הפעולה מיידית, אך תוצאותיה ארוכות טווח, ולפעמים הן כה קשות עד שאסור להתעלם מהן כבר בשלב התכנון של הפעולה.

אני מודה שכאשר מופיעים בטלוויזיה קציני צבא ומסבירים את הסיבות ואת ההיגיון של פעולותיהם, התוצאה מדהימה מבחינה דמוקרטית, כי כך מתממש קשר ישיר בין הציבור לבין כוחות הביטחון: הצבא והעם באינטר-אקציה ישירה. בסיטואציה זו הפוליטיקאי איננו קיים; נעלמו עקבותיו. בנסיבה זו המשמעות של 'תנו לצה"ל לנצח' היא אפוא הופעתם בתקשורת של אלוף משנה הירש ושל אלוף גנץ. הציבור אוהב אותם וסומך עליהם. אם יישבר הקשר הזה, יישבר צה"ל. והפוליטיקאי? הוא כבר מזמן אינו בתמונה. היערכות זו היא סכנה מבחינה דמוקרטית: התקשורת אוהבת לצלם את הסגן הצעיר, את הסרן, את האלוף. ובאמת הם 'מצטלמים טוב', והציבור אוהב את זה. לעומתם, לפוליטיקאי לא מאמינים, והציבור אוהב גם את זה. וכך קורה שהצבא נהנה מחמימותם של אורות הזרקורים ושל אהדת הציבור, והפוליטיקאים נהנים מכך שהם מחוץ לדילמות ולתסבוכות. זו אינה מציאות מומלצת.

גיורא איילנד: התשובה לשאלה אם אפשר לנצח במלחמות כאלה ניצחון החלטי (decisive victory) ללא רכיב מדיני, היא 'לא'. בסופו של דבר לתוצאת המלחמה יש היבט מדיני. ואכן, כאשר התוצאה היא הפסקת הפעולות האלימות, כל צד וצד מוצא וממציא הסברים לכך כראות עיניו. למשל, חמאס יסכים להודנה או להפסקת אש, רק אם יבנה סיפור שיצדיק את הפסקת הפיגועים.

התשובה לשאלה למה אפשר להגיע עם הפלסטינים בהפעלת כוח צבאי בלבד היא 'למשא ומתן'. אמנם הצלחנו באמצעים כוחניים לצמצם בחודשים ספורים בתקופה הנוכחית את מספר הפיגועים בכלל ואת פיגועי ההתאבדות בפרט, מ-17 לאחד, ואמנם נוצרה עקב כך מציאות 'נוחה' יותר יחסית למציאות לפני כן, אך איש איננו מצפה לניצחון צבאי שפותר את הסכסוך

הישראלי-פלסטיני. להפך: מציאות ביטחונית טובה יותר יוצרת דווקא תנאים למהלך מדיני.

יש שתי תשובות לשאלה מהי האסטרטגיה של לחימה בטרור. האחת ישירה והאחת עקיפה, אבל מהותית. יש לחימה ישירה בטרור: חייל או מסוק קרב נגד המחבלים. אך ברור לחלוטין שלחימה זו היא רק הקצה הגלוי של הקרחון, ובוודאי לא החלק העיקרי של המלחמה. המלחמה נעשית ברבדים שונים ובזירות שונות: ברובד הקונקרטי-צבאי (אנו והפלסטינים), ברובד הלגיטימציה ('קרב על הנרטיב', כלשונו של הרמטכ"ל יעלון), ברובד יכולת העמידה (שלנו ושל הצד השני), ברובד הלגיטימיות של ההנהגה (אצלם יש לגיטימציה מספקת להנהגה שלנו, ואילו אצלנו אין לגיטימציה מספקת להנהגה שלהם), ברובד הלגיטימיות של האמצעים וכו'. המלחמה הזאת מתנהלת ברבדים רבים, גם אם בטלוויזיה רואים רק את קצה הקרחון – את הפעולה הצבאית שבה מישוהו הרג ומישוהו נהרג. בסיכומו של דבר, הרכיב הצבאי אינו יכול בשום פנים ואופן לנצח לבדו.

להערתו של אסא כשר: לצורך הדיון נגדיר את ארגוני הגרילה והטרור 'ארגוני טרור'. ארגוני טרור אינם יכולים לחיות בלי לגיטימיות מסוימת. מבחינה זו, אל-קאעידה יוצא דופן, משום שאת הלגיטימיות שלו הוא מקבל רק מן המוסלמים בעולם, ואחת היא לו מה יגיד עליו שאר העולם. חוץ ממנו, קיומם של כל הארגונים מותנה ברמה מסוימת של לגיטימיות בין-לאומית. לפני כשנתיים וחצי התקיים בביירות כינוס של המדינות הפרנקופוניות, והגיעו לשם ראש ממשלת קנדה ונשיא צרפת ורבים אחרים. בזמן נאומו של נשיא צרפת ישב בשורה הראשונה חסן נסראללה, מנהיג החזבאללה. המשמעות של סצנה זו היא שלנסראללה יש לגיטימיות בין-לאומית, ולכן לא זו בלבד שמותר לו להיות נוכח בכינוס מכובד שכזה, אלא שגם מותר שתהיה לו השפעה פוליטית, מותר לו לגייס כסף, מותר לו לגייס מתנדבים. בלשון קצרה: מותר לו לעשות את כל מה שמאפשר בסופו של דבר פיגוע התאבדות. הנה לדוגמה חמאס: חמאס הוא ארגון טרור יעיל, לצערנו. מה עושה אותו יעיל, מלבד המוטיבציה הפלסטינית ויכולות הלחימה הפלסטיניות? כסף ששבעים אחוז ממנו מגיע, עד לא מזמן, מסעודיה; נשק שרובו מגיע ממצרים; החלטות פוליטיות שחלקן הגדול מתקבל בדמשק. זאת אומרת, הלחימה נגד הטרור איננה צריכה להיות לחימה נגד המתאבד. למה? משום שיש ללחום בעומדים בראש 'שרשרת המזון', ב'טרופי-העל', ולא במתאבד, המצוי בתחתית 'שרשרת המזון'. לארגון טרור, שברשותו כסף ולגיטימיות ואמצעים, קל לאתר מתוך האלפים את המאות ומתוך המאות – את העשרות, שבאימון והדרכה נכונים ובפיתוי כספי יסכימו להתאבד. אם רוצים לעצור את 'שרשרת

המזון' הזאת, יש להתחיל במקום אחר, ולאוו דווקא במחבל המתאבד היחיד. אם כן, הלחימה נגד הטרור היא בוודאי לא רק צבאית, אלא היא לחימה רבת רבדים. כדי לגבש לחימה אפקטיבית בטרור יש להבין זאת.

סוגיה הנגזרת מן המהות 'אסטרטגיה' היא קבלת ההחלטות. לכך התייחסו אסא כשר ואפרים הלוי. הואיל ואני נציג הממסד, אגיד זאת בזהירות. אין במדינת ישראל, במיוחד בשלוש-ארבע השנים האחרונות, אך לדעתי גם לפני כן, קשב מנהלים לדון בדברים מזווית אסטרטגית. אין קשב. כבר אמרתי בהזדמנות אחרת שראש ממשלת ישראל הוא אדם שמרגע שנבחר להיות ראש ממשלה הוא נעמד על כדורגל, וכל מה שעליו לעשות הוא לא ליפול מן הכדור. הווה אומר, האנרגייה והקשב ותשומת הלב שלו מכוונים לשאיפה להישאר על הכדור, והם גוזלים את רוב זמנו. משום כך אין יכולת לשוחח אתו בכובד ראש על מה שיקרה אחרי מחר בבוקר. זהו אופק חשיבה רחוק מאוד מן האופק המוכר לו. היום הייתה לי פגישת עבודה תקופתית עם ראש הממשלה, והתלבטתי קשות בבחירת נושא הדיון, כי היססתי אם 'להציק' לו בשבוע שכזה בנושאים שאינם 'נושאים של אתמול ושל מחר'; אבל הרי כל שבוע שלו הוא שבוע שכזה. מלבד זאת, גם כשאתה כבר מגיע לדיון הזה אתו, קשה מאוד לפתח נושאים שונים, כי ראש הממשלה הוא איש פוליטי, ויש חשש שהדבר ידלוף, וסופך שאינך מגיע לעניין. בארבע השנים האחרונות התקיים רק פעם אחת, בישיבה אחת של הקבינט, דיון שאפשר לכנותו 'דיון אסטרטגי'. הדבר היה לפני כשנתיים וחצי, והשאלה הייתה 'מה האסטרטגיה של מדינת ישראל'; לא 'אילו מטרות תוקפים מחר', אלא 'מה האסטרטגיה הנכונה'. בתפקידי אז כראש אגף תכנון הצגתי את ארבע החלופות שלפי דעתי עמדו אז לפני מדינת ישראל. עוד אמרתי שאם לא בוחרים באחת מן החלופות, משמעות האי-בחירה היא בחירה בהשאת המצב הקיים על כנו, וההשתמעות של הבחירה הזאת היא שלדעת הממשלה, המצב הקיים כנראה טוב מכל אחת מארבע החלופות. אחת החלופות הייתה יציאה חד-צדדית, שהיום מכנים אותה 'התנתקות'. מה שגרם לכך שהדיון נשטף מן הזיכרון ואין איש היודע שהוא התקיים הוא שמועד הדיון היה בוקרו של יום מסוים – 11 בספטמבר 2001, יום הפיגועים הגדולים בארצות הברית. מי זוכר אפוא איזה דיון היה בממשלה באותו יום? מאז לא התקיים שום דיון בשאלה זו.

מה התוצאה של התנהלות זו? בין היתר, התוצאה היא שהדיונים ראקטיביים בלבד; הם לעולם רק תגובות לאירועים. מעולם לא היו דיונים פרואקטיביים, גם לא כשנוצרה הזדמנות לכך. התפיסה היא שאם לא קרה כלום – לא צריך לתקוף אף אחד, לא צריך להעניש אף אחד, לא צריך להחליט שום דבר, ולכן אין שום סיבה לדון בעניין. בתחום זה אנו בבעיה קשה מאוד.

אפרים הלוי צודק: היות שיש מערכות אחרות, כגון צבא ושב"כ, שיש להן דינמיקות סדורות וסדר ארגוני משלהם, הן משתלטות על סדר היום המדיני במידה רבה מאוד.

דן מרידור: השאלות האסטרטגיות עלו בלא מעט ישיבות ממשלה. ואולם גם לנוכח לחץ חזק, ואני זוכר דוגמאות כאלה בממשלה, התשובה הייתה 'נרון בזה עוד מעט'. כך לדוגמה היה גם במבצע חומת מגן: על הפרק עומד עכשיו המבצע, ובשאלה 'מה יהיה כשלא תהיה הנהגה פלסטינית, ואנו נהיה בכל רחוב, והלוא האינטרס שלנו הוא לשמר את ההנהגה הפלסטינית' התשובה היא 'נרון בזה אחר כך'. בינתיים כבר היה המבצע.

אפרים הלוי העלה את הסוגיה, וגיורא איילנד מאשר אותה, אך היו גם מקרים אחרים. אהוד ברק, אפשר לחלוק על מה שהוא עשה ולחלק לו ציונים (טוב, רע, קלקול) אך המהלך שלו היה אסטרטגי. שמעון פרס ויוסי ביילין עשו מהלך אסטרטגי. מנחם בגין ז"ל עשה עם המצרים מהלך אסטרטגי. היו אנשים שעשו מהלכים אסטרטגיים, שאינם הכרעות מהיום למחר. לא כולם נקטו את שיטת כיבוי הדלקות. נכון שמי שאין לו תמונה ברורה לאיזה כיוון הוא הולך ומה האופק שלו, נגרר אחרי אירועים קשים, כדוגמת הפיגוע בליל הסדר במלון פארק בנתניה, ואולם לא כל ראשי המדינה נגררו אחר המציאות האלימה. חלקם היו פרואקטיביים במובהק.

גיורא איילנד: תגובה להערה לעיל של דן מרידור: גם ההחלטות הטובות או הרעות – מהסכם השלום עם מצרים, דרך מלחמת לבנון ותהליך אוסלו ופסגת קמפ־דיוויד 2000 קלינטון־ברק־ערפאת ועד תכנית ההתנתקות – גם אם היו בדיעבד מוצלחות מאוד בחלקן ופחות מוצלחות בחלקן האחר (יש לי מה לומר גם על ההחלטות שנחשבו מוצלחות), אף לא אחת מהן התקבלה בתהליך שאפשר להגדיר אותו 'מתודולוגיה נכונה'. אף לא אחת.

אפרים הלוי: עם מצרים נקטנו בפירוש במתודולוגיה טובה מאוד.

גיורא איילנד: אני חושב שלא. גם בהסכם עם מצרים לא היה ניתוח ממוקד של הנחות יסוד במעין 'פורום מחשבה', כמו זה שתיארתי לפני כן, שבתום עבודתו הגיש למקבלי ההחלטות רשימת המלצות מנומקות. פורום זה – קבוצה קטנה מתוכו הגיעה למטכ"ל והגישה ניתוח מפורט של ההנחות הסמויות שאנו בצבא עובדים לפיהן, ואולי אפילו בבלי דעת. ובאמת, מנקודת מבט של מישהו מבחוץ, העמידו אנשי הפורום לנגד עינינו הנחות סמויות

רבות שהן נר לרגלינו בהחלטותינו ובפעולותינו. הנה כי כן, כאשר דרג מדיני ניגש להליך מסוים, כדאי שיתחיל מניתוח הנחות היסוד שלו, ולא – נגזר עליו להיות כלוא בתבנית חשיבה כובלת. הדוגמאות לכך רבות, ולא אעז לומר אותן כאן.

אנסה לחבר תשובה אחת לכל השאלות השונות: הסוגיות הערכיות, לחצי הציבור, 'תנו לצה"ל לנצח', לספר את האמת לציבור, הריסות בתים ועוד. הדרג הצבאי והדרג המדיני אינם מעזים לשקר ביודעין, אולי מן הטעמים שדן מרידור ציין, והם גם אינם מעזים להגיד לציבור 'אתה קטן; כשתגדל תבין'. גם אם יש כוונה חתרנית, וגם אם מישהו חושב שהוא יכול לשקר, מתחוויר לו מהר מאוד שסופם של הדברים הללו להיחשף. בקיצור, איש אינו משקר בכוונה. לעומת זאת עליי 'להודות' בשם המערכת שבשלוש נקודות הצדק עם המקטרגים.

הנקודה האחת: אנו מערכת שאינה בודקת את עצמה כהלכה, והיא קהה במידה רבה מאוד לנפגעים ולסבל של לא־ישראלים. רק כשאנו נשאלים שאלות חדות, אנו מתרצים ומתפנים לבדוק את הדברים ביסודיות רבה מזו שאנו רגילים לה. פתאום מתברר שאכן איננו יסודיים בביקורת, בביקורת העצמית, בבקרה ואפילו במילה ה'מקודשת' – תחקירים. הייתי מעורב בתחקירים אחדים של אירועים שבהם הרגנו בשוגג אזרחים זרים – בריטים, אמריקנים וכו'. הפער בין מה שסיפרנו בהתחלה בתחקיר הצה"לי לבין מה שהתברר אחר כך היה כה גדול, עד כי לא נעים להודות בו. אלמלא התעקשה ממשלת בריטניה לדעת עוד על אודות האירוע שבו נפגעו אחדים מאזרחיה, הבדיקה הייתה מסתיימת בגרסה הראשונה. שוו בנפשכם מה היה קורה אילו ההרוג היה פלסטיני אלמוני; מי היה טורח לבדוק את פרטי האירוע? אם כן, יש לנו בעיה בסוגיה זו. אני מודה בכך.

הנקודה השנייה: בין שני הרכיבים המוטלים על שתי כפות המאזניים – המהות הערכית־פנימית מכאן והתצוגה החיצונית (איך הדבר יראה: טוב או רע) מכאן – הרכיב השני חזק בהרבה מן הראשון. אינני אומר בכך שאנו משוללים שיקולי מוסר צרופים, אלא שהמשקל של מראית העין ושל התגובה הבין־לאומית ושל ההשפעה על תדמיתנו חזק מן השיקול המוסרי גרדא.

הנקודה השלישית: אכן, ב'פעולות כוחניות', כגון הריסות בתים, ידנו לפעמים קלה מדי על ההדק, אבל איננו הגרועים ביותר. אמנם השוואה לאחרים תהיה נחמת טיפשים, אבל עובדה היא שבהשוואה לגורמי ביטחון אחרים איננו כה גרועים. אדגים: הסיכול הממוקד, אחד האמצעים הננקטים תכופות בלחימה בטרור, נדיר למדי בגדה המערבית: בשנתיים וחצי האחרונות

ביצענו רק פעמיים סיכול ממוקד. מנגד, ביצענו שם מאות מבצעים למעצר אנשים. וזאת יש לדעת: מעצר אנשים איננו המתנה לחשוד באמצע היום, והחשוד מגיע ונאסף ברצון אל בין זרועותיך. רוב המעצרים נעשים במבצעים ברמות סיכון עצומות, לפי ההנחיה שבכל מקום שאפשר לעצור, עוצרים. מלבד זאת יש להביא בחשבון את שיקול השכול: מה אתה אומר לאימא שהבן שלה נהרג בבית דירות בשכם תוך כדי מעצר של איזה מוחמד? הלא אי-אפשר להגיד לה שלא יכולנו לתקוף את הבית הזה במסוק קרב כדי להימנע מפגיעה בחפים מפשע, אך תוך כדי כך סיכנו את חיי בנה ואת חיי חבריו.

עירית קהאן: על תקיפת מסוקים יש פחות ביקורת, גם בעולם. הביקורת האמתית הייתה על פיצוצי בתים.

גיורא איילנד: עכשיו אעבור לגיטימציה ולתקשורת. מרחב התמרון הצבאי שלנו מושפע בצורה קיצונית מן הלגיטימיות הבינ-לאומית. 'קיצונית' פירושה מעבר ממצב 'תעשו מה שאתם רוצים' אל מצב 'עוד הלילה אתם יוצאים מטול כרם, ולא מעניין אותנו כלום'. בין שני הקטבים האלה מצויות נקודות ביניים המושפעות מאוד מן האופן שבו מוצגים הדברים בטלוויזיה או בעיתונות. דבריי מסתמכים על עשרות שיחות עם מחליטי ההחלטות בצד השני של האוקיינוס.

לכאן נכנס ממד נוסף וחשוב: ההיבט 'התרבותי' של הטרור, בעיקר האסלאמי. בהעמדת הטרור האסלאמי עם התפיסה התרבותית המערבית ניכר ההבדל המרכזי ביניהם – ההתייחסות לחיי אדם. בעוד שבמערב חיי אדם הם ערך עליון, הערך העליון באסלאם הוא הג'האד. ואם הערך העליון הוא הג'האד, כי אז חיי אדם הם אמצעי לגיטימי להשגת הערך העליון.

בחיי אדם משתמשים בשלוש דרכים: שתיים מהן גלויות וברורות, ואחת מכוונת ומתוחכמת. איך משתמשים בחיי אדם? ראשית, שולחים אנשים להתאבד, כלומר מקריבים אותם. שנית, הרגישות שלך, איש המערב, לחיי אדם הופכת אותך לפגיע בנקודה זו: נהרוג אפוא בעיקר את האזרחים שלך, כי זה מעשה אפקטיבי. שלישית, היות שאתה במערב רגיש מאוד לחיי אדם, ואינך יכול לשאת הרג של נשים וילדים או ילדים קטועי רגליים, אנו כארגון טרור ניצור מצב שכאשר תפעל בכוח נגדנו, ייפגעו גם האזרחים שלנו; אתה תראה זאת בטלוויזיה ותתמלא ברגשי אשם ובייסורי פוגע-בעל-כורחו המכה על חטא ושואל את עצמו 'איך יצרתי מצב זה?'. יש פה אפוא משחק מתוחכם ביותר של שימוש בחיי אדם במלחמת הטרור.

באשר לשאלה מי עוד, נוסף על גורמי הביטחון, משתתף במאמץ המלחמתי בכלל ובמאמץ התקשורתי בפרט, התשובה היא – האזרחים (במלחמה) וכמעט שום גורם אחר (בתקשורת). האזרחים הם החלק המוצלח מבחינתנו במאמץ המלחמתי, בניגוד אולי לציפיות של ערפאת ואחרים. ובכל זאת, המערכת שלנו כולה אינה מסונכרנת דיה מבחינת מאמץ זה; בוודאי לא בהשוואה למלחמות רגילות. במלחמת יום הכיפורים לדוגמה כל המשק היה מגויס, כי המאמץ היה קצר ומרוכז. אך הרי אי-אפשר לגייס את כל המשק, כמו גם משרדי ממשלה וגורמים אחרים, ארבע שנים רצופות. ובאשר לזירת התקשורת, פעמים רבות הצבא מוצא את עצמו לברו בחזית בעייתית זו. מכל מקום, אנו בוודאי צריכים להשתפר בה.

ולבסוף באשר לטרור וגרילה: במשפט הפתיחה שלי, 'המלחמות השתנו ממלחמות קונבנציונליות טוטאליות בין מדינות למלחמות נמוכות עצימות בין מדינות לארגונים', לא אמרתי מה הם הארגונים. ברמה המבצעית אין הבדל בין ארגון טרור לבין ארגון גרילה. ההבדל העיקרי הוא במושא הייצוג (את מי הארגון מייצג) ובמידת הלגיטימציה שלו (האם מאבקו מוצדק). בנקודה זו ההבחנה נכונה. במציאות הכול מכנים את יריביהם 'טרוריסטים': הרוסים מכנים כך כל צ'צ'ני הנלחם נגד הצבא הרוסי, ואנו מכנים כך כל פלסטיני הנלחם נגדנו.

הכללה זו נוראה, כי בגללה המכלילים פוטרים את עצמם מן הצורך לערוך הבחנות בין האנשים הלוחמים נגדם; כולם טרוריסטים. מחיר ההכללה הוא ערעור במידה מסוימת את היותך צודק, כי האדם הנלחם נגד חיילך בנגמ"שים ברחובות ג'נין, נלחם למעשה על ביתו נגד חיילים כובשים. קשה לכנות זאת 'טרור'.

כמו כולם גם אנו, אנשי הצבא, נסחפים להכללות הבעייתיות הללו: מי שנלחם נגדנו הוא 'רע', ובתור 'רע' הוא טרוריסט או מחבל. מתפיסה זו נגזרת השפה: 'לחסל', 'לבער קני התנגדות', 'לטהר את המחנה' וכו'. אנו לכודים בשפה זו, ואינני משוכנע שהיא הכיוון הנכון לנו. משום כך יש לבחון מחדש את השפה ואת התודעה שהיא מעצבת. מלבד זאת, יש פער עצום בכל העולם בין ההגדרות האקדמיות ל'טרור' לבין השימוש של פוליטיקאים ואנשים אחרים בהגדרות אלו.

'גרילה' הוא ארגון לא-מדינתי הנלחם נגד צבא, בדרך כלל צבא כובש. 'טרור' הוא ארגון המנסה לפגוע בכוונה ב'לא-לוחמים' של הצד השני. בכוונה אינני אומר 'אזרחים', כי אינני יודע מהו 'אזרח'. גם המשפט הבין-לאומי משתמש בביטוי non combatant.

אסא כשר: מה קרה אפוא במחסום ארז, כאשר בפיגוע התאבדות נהרגו גם חייל וגם מאבטח אזרחי: הן גרילה והן טרור?

גיורא איילנד: קשה להשיב על כך, אבל אפשר להפריד לשתי מהויות לחימה שונות את האירוע בנגמ"ש בציר פילדלפי בגבול מצרים ואת פיגוע ההתאבדות במסעדת מקסים בחיפה.

אסא כשר: לפי דבריך, מי שיבצע פעולות רק נגד חיילים – בבית החייל בירושלים, בבית החייל בתל אביב, בבית החייל בחיפה, בטרמפיאדות, בתחנות האוטובוסים של החיילים – לוחם לחימת גרילה. זה אבסורד.

דוד קרצ'מר: היום אנשים מתייחסים לכך אחרת. אין ספק בזה.

הערת העורך

כאן תמו שמונה מושבי הדיונים של פורום המומחים, לאחר שנה של דיונים. להלן ימצא הקורא את מסקנות הצוות, במאמרים ובשלושת מושבי הסיכום.

ח"פ

סיכומים והמלצות

סיכול ממוקד של חשודים בפעילות טרור: הוצאות להורג או אמצעי לגיטימי להתגוננות?

דוד קרצ'מר

תקציר

האם רשאית מדינה שהייתה נתונה למתקפות של ארגון טרור רב-לאומי לפגוע בחברים פעילים באותו ארגון שאינם בשטח שיפוטה? זוהי שאלה שנויה במחלוקת. יש הרואים בסיכול ממוקד של חשודים בפעילות טרור הוצאה להורג ללא משפט; אחרים טוענים כי הוא פעולה מלחמתית לגיטימית. המחבר בוחן את חוקיותם של סיכולים ממוקדים לאור דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי ולאור המשפט ההומניטרי הבין-לאומי. לפי מערכת הדינים הראשונה, חיסולים כאלה יכולים להיחשב חוקיים רק כאשר הם נעשים כדי למנוע התקפה קרובה שאי-אפשר למנועה באמצעים אחרים. לפי מערכת הדינים האחרת, חיסולים כאלה יכולים להיחשב חוקיים אם החשודים בפעילות טרור נחשבים 'לוחמים'. המחבר טוען כי אף שבסכסוכים מזוינים בין-לאומיים חשודים בפעילות טרור אינם נחשבים לוחמים, בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים הם יכולים בהחלט להיחשב לוחמים. בסכסוכים כאלה אי-אפשר להיעזר בכללי המשפט ההומניטרי הבין-לאומי לבדם; השיטה הננקטת חייבת להיות שיטה מעורבת, המשלבת יסודות מדיני זכויות האדם.

* דוא"ל: dkretzmer@gmail.com. המחבר מבקש להודות לשירי קריבס ולנירית להב-קניזו על עזרתן בהכנת המאמר לדפוס. רות גביון, מירי גור-אריה ודניאל רייזנר העירו הערות מועילות. המאמר המתפרסם כאן הוא תרגום של חלק ממאמר שפורסם בכתב העת האירופי למשפט בין-לאומי (2005) [171-211 pp. EJIL 16].

1. מבוא

בנובמבר 2002 נורה טיל ממתוס ללא טייס לעבר רכב שנסע באזור נידח של תימן והשמיר אותו כליל. שישה בני אדם שנסעו ברכב, כולם חשודים בחברות בארגון אל-קאעידה, נהרגו בהתקפה. אמנם ארצות הברית לא קיבלה עליה אחריות לאירוע באופן רשמי, אך בכירים בממשל לא הכחישו כי המתקפה תוכננה ובוצעה בידי הסי-איי-איי (CIA).¹ נטען כי אחד ההרוגים, קאעד סלים סינאן אל-חראתי, היה משומרי ראשו לשעבר של בן-לאדן והיה מעורב, כך על פי החשד, בתכנון המתקפה על המשחתת האמריקנית 'קול' באוקטובר 2000, שבה נהרגו 17 מלחים.²

המתקפה בתימן באה שנתיים לאחר שאימצה ישראל מדיניות 'סיכולים ממוקדים' כלפי פלסטינים החשודים בחברות בארגוני טרור, במעורבות בארגון, בקידום או בביצוע של פיגועי טרור בישראל ובשטחים. יישום מדיניות זו החל עם המתקפה על חוסיין עבאייאת,³ שבעקבותיה באה סדרת התקפות נוספות, אשר הבולטות שבהן היו חיסוליהם של מנהיגי החמאס, השייח' אחמד יאסין⁴ ועבד-אל-עזיז רנתיסי.⁵ ברבות מן ההתקפות נפצעו גם

- 1 ראו Dworkin, A. (Nov. 2002). 'The Yemen Strike: The War on Terrorism Goes Global'. *Crimes of War Project* 14 <http://www.crimesofwar.org/onnews/news-yemen.html>; זמין באתר
- 2 ראו דוח רשת CNN מיום 5 בנובמבר 2002: 'Sources: U.S. kills Cole suspect'; זמין באתר <http://www.cnn.com/2002/WORLD/meast/11/04/yemen.blast/index.html> (19.6.04)
- 3 ראו בצלם, מרכז המידע הישראלי למידע על זכויות אדם בשטחים (ינואר 2001), מדיניות ההתנקשויות של ישראל: הוצאה להורג ללא משפט, נייר עמדה; זמין באתר http://www.btselem.org/Download/200101_Extrajudicial_Killings_Heb.doc (מיום 1.1.06): ב-9.11.00 התנקשה ישראל בחייו של חוסיין עבאייאת, בן 34, בבית סאחור באמצעות ירי טיל ממסוק. במהלך ההתנקשות נהרגו גם שתי נשים, עזיזה מוחמד דאנון ורחמה רשיד שאהין, שתייהן בנות 52.
- 4 ראו את ההודעה הרשמית של דובר צה"ל שהופצה בידי משרד החוץ של ישראל בכותרת 'IDF' strikes kills Hamas leader Ahmed Yassin' (22.3.04); זמין באתר <http://www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism-Obstacle+to+Peace/Terrorism+and+Islamic+Fundamentalism-/Sheikh+Yassin+killed+in+IDF+attack+22-Mar-2004.htm> (1.6.04). ארבעה בני אדם שהתלוו ליאסין, ביניהם שניים מבניו, נהרגו בהתקפה.
- 5 ראו CNN International Report, 'Hamas leader killed in Israeli airstrike' (18.4.04); available at <http://edition.cnn.com/2004/WORLD/meast/04/17/mideast.violence/> (1.6.04). בהתקפה זו נהרגו שני בני אדם, אחד מהם שומר ראשו של רנתיסי, ועשרה בני אדם נפצעו.

עוברי אורח חפים מפשע, ולעתים אף נהרגו.⁶ ממשלת ישראל הצהירה על מדיניותה זו באופן פומבי, ובמועד כתיבת שורות אלה, היא מגנה עליה בבית המשפט העליון.⁷

ארגוני זכויות אדם⁸ ומוסדות שונים של האו"ם⁹ גינו את המתקפה של

6 הדוגמה הקיצונית ביותר הייתה ההתנקשות בסאלח שחאדה, מנהיג 'גורדי עז א-דין אל קסאם', הזרוע הצבאית של החמאס, שהיה אחראי לפי הדיווחים להתקפות רבות על חיילים ועל אזרחים ישראלים. פרט לשחאדה, נהרגו עוד 16 בני אדם. 15 מן ההרוגים היו אזרחים, בהם תשעה ילדים, רעייתו של שחאדה ובנו. מאות נפצעו כאשר מטוס של צה"ל הפיל פצצה שמשקלה טונה אחת על בית באזור מאוכלס בצפיפות בעזה. ראו Meyerstein, A. (Sept. 2002). 'Case Study: The Israeli Strike against Hamas Leader Salah Shehadeh'. *Crimes of War Project*; available at <http://www.crimesofwar.org/onnews/news-shehadeh.html> (last accessed 1.6.04) בגלל המחאה הציבורית חקר צה"ל את ההתקפה. מממצאי החקירה, כפי שפורסמו בידי דובר צה"ל, התברר שהיה 'כשל במידע המודיעיני הזמין ובהערכת המידע הזה בנוגע להימצאותם של אזרחים בסמוך לשחאדה, שהיה במסתור מבצעי'. ראו 'Findings of the Inquiry into the death of Salah Shehadeh' (2.8.02); available at <http://www.mfa.gov.il/mfa/government/communiqués/2002/findings+of+the+inquiry+into+the+death+of+salah+sh.htm> (last accessed 27.6.04)

7 ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (העתירה מצויה בידי המחבר) (להלן בג"ץ 769/02). אין זו הפעם הראשונה שביט המשפט נדרש לפסוק בשאלת חוקיותם של הסיכולים הממוקדים. במקרה קודם דחה בית המשפט את העתירה בהחלטה בת שורות ספורות וקבע רק כי 'ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם. קל וחומר אמורים הדברים בעתירה הנעדרת כל תשתית קונקרטית והחותרת לקבלת סעד גורף'. בג"ץ 5872/01 ח"כ מוחמד ברכה נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נ(3), 1. לביקורת על עמדתו של בית המשפט בפרשה זו ראו, Ben-Naftali, O. & Michaeli, K. (2003). 'Justice-Ability: A Critique of the Alleged Non-Justiciability of Israel's Policy of Targeted Killings'. *J Int'l Criminal Justice* 1: 368

8 ראו לרונגמה, *Israel and the Occupied Territories: Israel Must End its Policy of Assassinations*, 4 July 2003 AI Index: MDE 15/056/2003; B'Tselem, supra note 3, p. 2; Amnesty International Press Release, *Yemen/USA: Government must not sanction extra-judicial executions*, 8 Nov. 2002, AI Index: AMR 51/168/2002; Amnesty International, *Yemen, The Rule of Law Sideline in the Name of Security*, 24 Sept. 2003, AI Index MDE 31/006/2003

9 ראו לרונגמה, *Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, including Palestine, Report of the human rights inquiry commission* (E/CN.4/2001/121), 16 Mar. 2001, paras. 53-64 (hereinafter: *Report of the human rights inquiry commission*); *Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967*, 59th

ארצות הברית בתימן ואת 'הסיכולים הממוקדים' של ישראל והגדירו אותם 'הוצאות להורג בלא משפט'.¹⁰ מנגד, המדינות האמורות טוענות כי הסיכולים היו פעולה מלחמתית לגיטימית שבוצעה כחלק מזכותה האינהרנטית של מדינה להגן על עצמה.¹¹ חלק מן הפרשנים באקדמיה תמכו בגישה זו.¹² אף שקשה למצוא תומכים במדיניות הגורפת של ישראל, אפילו בקרב המומחים לזכויות האדם היו שהודו כי במקרים מסוימים ייתכן שסיכול ממוקד יהיה מוצדק משפטית ומוסרית.¹³

- session, 17 Dec. 2002 (E/CN.4/2003/30); Statement of the UN Secretary General, New York, 10 June 2003 - Statement attributable to the Spokesman for the Secretary-General on the Middle East; available at [http://www.un.org/apps/sg/US sgstats.asp?nid=387](http://www.un.org/apps/sg/US%20sgstats.asp?nid=387) (9.2.04).
 Department of State, *Country Reports on Human Rights, 2001, Israel and the Occupied Territories*; available at <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2001/nea/8262.htm#ot> (20.2.04).
 השוודית המגנה את ההתקפה האמריקנית בתימן מצוטטת אצל Dworkin, הערה 1 לעיל.
 10 פרשנים רבים וארגוני זכויות אדם התייחסו גם הם לסיכולים הממוקדים שביצעה ישראל כאל התנקשויות (assassinations); ראו למשל דוחות 'בצלם' ו'אמנסטי אינטרנשיונל', הערות 3 ו-8 לעיל; Gross, M. L. (2003). 'Fighting by Other Means in the Mideast: A Critical Analysis of Israel's Assassination Policy'. *Pol Stud* 51: 350
 שיש להגביל את השימוש במונח 'התנקשות' (assassination) להריגתם המכוונת של מנהיגים פוליטיים, ולא להריגתם של חשודים בפעילות טרור. הרשויות בישראל אינן מפרסמות את הראיות הנוגעות לפעילותם של האנשים שחוסלו, וייתכן מאוד שחלק מן המקרים אכן ראויים להגדרה 'התנקשות' במשמעות האמורה לעיל. וראו Schmitt, M. N. (1992). 'State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law'. *Yale J Int'l L* 17: 609
 הטוען כי כאשר מתקיים סכסוך מזוין, התנקשות היא הריגתו של אדם מסוים (לוחם או אזרח) בערמה.
 11 ראו לדוגמה את הצהרתה של היועצת לביטחון לאומי של ארצות הברית, קונדוליסה רייס, מיום 10 בנובמבר 2002, המצוטטת אצל Dworkin, הערה 1 לעיל; תשובת ממשלת ישראל לעתירה בבג"ץ 769/02, הערה 7 לעיל.
 12 לדוגמה Thwarting Terrorist Acts by Attacking the Perpetrators of their Commanders as an Act of Self-Defence: Human Rights Versus the State's Duty to Protect its Citizens'. *Temp Int'l & Comp LJ* 15: 195; Rivkin, D. B. Jr., Casey, L. A. & Bartram, D. R. (2003). 'A Legal Analysis of the Attacks on Civilians and Infliction of "Collateral Damage" in the Middle East Conflict'. *The Federalist Society for Law and Public Policy Studies*; available at <http://www.fed-soc.org/Laws%20of%20war/collateral%20damage%20white%20paper%20cvr%20pg.pdf> (17.2.04)
 13 על פי דוח MERIP, הכריז מנהל ארגון Human Rights Watch, קנת רות, בריאיון לעיתונות כי ארגונו אינו מתנגד להתקפה בתימן כי הוא רואה בה התקפה על כוח אויב: Middle East Report Online, *Israel, the US and 'Targeted Killings'*; available at

מתן היתר לרשויות של מדינה לחסל את מי שנחשדים בעיניהן כאויביה איננו יכול להתקבל על דעתו של מי שרגיש לזכויות האדם וחושש משימוש לרעה בכוח המדינה. עם זאת, אי-אפשר גם לדחות על הסף את ההקבלה שמבקשות המדינות המעורבות בעניין לערוך בין הריגה לגיטימית של לוחמי אויב במהלכו של סכסוך מזוין לבין חיסולם של חברים פעילים בארגוני טרור אשר הכריזו מלחמה לכל דבר ועניין על אותן מדינות.¹⁴

השוני בגישות בכל הנוגע ל'סיכולים ממוקדים' חושף מחלוקת מהותית לא רק בנוגע לחוקיותם של הסיכולים הללו או למוסריותם,¹⁵ כי אם אף בנוגע למשטר המשפטי שלפיהו חוקיות זו צריכה להישפט. המדינות המעורבות בסיכולים הממוקדים טוענות כי חיסולים כאלה הם אמצעי לגיטימי במסגרת ניהול 'המלחמה בטרור', ומשום כך יש לבחון את חוקיותם לפי הדינים החלים על סכסוך מזוין; לעומתם, המתייגים את החיסולים כ'הוצאות להורג ללא משפט' מסתמכים על מודל אכיפת החוק, המתבסס בעיקרו על אמות המידה של דיני זכויות האדם במשפט הבינ-לאומי.¹⁶

המחלוקת המהותית בדבר המשטר המשפטי הראוי לחול בסוגיה היא רק חלק ממחלוקת רחבה יותר בעניין סיווגם הנכון של האמצעים למלחמה בטרור בין-לאומי או רב-לאומי. האם מדובר ב'מלחמה בטרור', שיש להילחם בה בהתאם לכללי הסכסוכים המזוינים, או במאבק נגד פעילות פלילית אכזרית

<http://www.merip.org/mero/mero021703.html> (last accessed 9.2.04). במאמר המשך הצהיר רות כי אם אל-חאראתי היה אכן בכיר בארגונו של בן-לאדן, ייתכן בהחלט שהשימוש בכללי המלחמה נגדו היה מוצדק, בייחוד כאשר מעצרו לא היה אפשרי: Roth, K. (Jan./ Feb. 2004). 'The Law of War and the War on Terror'. *Concluding Observations of the Human Rights Committee on Report of Israel*, 21.08.03, CCPR/CO/78/ISR. בטקסט המלווה את הערה 38.

14 Statman, D. (2004). 'Targeted Killing'. *Theoretical Inquiries in Law* 5: 179
 15 לדיון בהצדקות המוסריות והמשפטיות לסיכולים הממוקדים שמבצעת ישראל ראו David, S. R. (2003). 'Israel's Policy of Targeted Killing'. *Ethics and International Affairs* 17: 111; Stein, Y. (2003). 'By Any Name Illegal and Immoral'. *ibid.*: 127; David, S. R. (2003). 'If Not Combatants, Certainly Not Civilians'. *ibid.*: 138. לדיון בהצדקה מוסרית לחיסולים ראו סטטמן, הערה 14 לעיל; Kashner, A. and A. Yadlin. (2005). 'Military Ethics of Fighting Terror: Response', 4 *Journal of Military Ethics* 60

16 אחת השאלות הקשות ביותר בדיון במדיניות הישראלית היא אם הנורמות החלות הן אלה החלות על כוח כובש (בעיקר דגם אכיפת החוק המבוסס על המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי) או אלה החלות במצב סכסוך מזוין פעיל. לא אדון בשאלה זו כאן.

ביותר שיש לטפל בה בהתאם לכללי אכיפת החוק?¹⁷ ואולי עלינו להכיר בקיומה של תופעה חדשה שאיננה זוכה למענה אף לא באחד משני המשטרים המשפטיים האמורים ואשר דורשת את כינונו של משטר משפטי חדש, משולב.¹⁸

מוסדות העוסקים בזכויות האדם, פעילים וארגונים בלתי ממשלתיים דוחים על פי רוב את התפיסה שהכללים הקיימים של המשפט הבין-לאומי אינם מתאימים לטיפול בטרור מקומי או רב-לאומי. הם חוששים, ולא בכדי, כי הסכנה הגדולה במצב הנוכחי טמונה בתגובת-יתר של ממשלות לטרור תוך כדי אימוצם של אמצעים הפוגעים בזכויות האדם ואינם הולמים את כללי המשפט ההומניטרי.¹⁹ הם מניחים כי ההגבלות שמציבים הכללים הקיימים על פעולתן של מדינות נגד הטרור אינן פוגעות באפקטיביות של אמצעים נגד טרור, או אף אם הן מפחיתות את היעילות של האמצעים הללו, הסכנה הנשקפת לזכויות האדם מצמצום תחולתם של הכללים הללו חמורה בהרבה מן הסכנה שיש בטרור הבין-לאומי עצמו לזכויות אלה. ראוי לציין עם זאת כי ראש הסניף האמריקני של אחד הארגונים הבין-לאומיים החשובים לזכויות אדם טען לאחרונה כי ארגוני זכויות אדם מפגינים סלקטיביות בדאגתם לקרבנות של הפרות זכויות אדם וכמעט אינם מגלים עניין בקרבנותיהן של מתקפות הטרור.²⁰

מחברים אחרים דנו בסוגיית הסיכולים הממוקדים.²¹ הדיונים השונים

- 17 Slaughter, A. M. & Burke-White, W. (2002). 'An International Constitutional Moment'. *Harv Int'l LJ*. 43: 1; Fitzpatrick, J. (2003). 'Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights'. *EJIL* 14: 241
- 18 Slaughter & Burke-White, supra note 17; Delbrück, J. (2001). 'The Fight Against Global Terrorism: Self-Defense or Collective Security as International Police Action?'. *German Yearbook on Int'l Law* 44:9; Watkin, K. W. (2004). 'Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict'. *AJIL* 98: 1
- 19 ראו למשל הכרזת נציבת האו"ם לזכויות האדם; 'Terrorism and Human Rights'; available at <http://www.unhchr.ch/terrorism/index.html> (last accessed 18.2.04); International Commission of Jurists, 'Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism', 6.9.04; available at http://icj.org/news.php3?id_article=3503?en (28.11.04)
- 20 Schulz, W. F. 'Security Is a Human Right Too'. *NY Times Magazine*, ראו 18.4.04; available at <http://www.amnestyusa.org/about/security.html> (19.6.04) מר שולץ הוא המנהל הכללי של סניף 'אמנסטי אינטרנשיונל' בארצות הברית.
- 21 Gross, supra note 10, p. 350; זו בהקשר הישראלי ראו Ben-Naftali, O. & Michaeli, K. (2003). "We Must Not Make a Scarecrow of the

היחידה שלו, אלא גם אם הוא עושה שימוש שגרתי בטרור כדי להשיג את מטרותיו. לענייננו, אין רלוונטיות לגיטימיות של מטרות אלה. המקרה הטיפוסי שייבחן כאן יהיה חיסולו של חשוד בפעילות טרור שאיננו שוהה בשטחה של המדינה המבצעת את התקיפה. אמנם חלק ניכר מן השאלות מתעורר גם במקרים של טרור פנימי, בייחוד כאשר הגיע המצב לרמת אלימות המצדיקה את הגדרתו כ'סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי', כמוגדר בפרוטוקול הנוסף השני לאמנות ז'נבה, אך מאמר זה לא ידון במצב כזה במישורין.²⁵ אזורחיה של מדינה נתונה היו מטרה למתקפות טרור של ארגון טרור שמרכזו בארצות אחרות. האם אותה מדינה רשאית, במקרה כלשהו, להתנקש בחשודים בחברות באותו הארגון, כאשר אלה אינם בשטחה? ואם כן, באילו מצבים יהיו התנקשויות כאלה לחוקיות?

2. דגם אכיפת החוק

סיווגם של הסיכולים הממוקדים כ'הוצאה להורג ללא משפט' ולא כפשעי מלחמה או כהפרות חמורות של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, מרמז כי הדגם המשפטי המתאים הוא דגם אכיפת החוק, וכי המשטר המשפטי שיש לבחון לפיו את מעשיה של המדינה הוא משטר הדין הבין-לאומי הדין בזכויות אדם.²⁶ במשטר כזה אפשר יהיה להצדיק שימוש מכוון של מדינה בכוח קטלני רק בבמקרים חריגים ביותר. המדינה מחויבת לכבד ולהבטיח את זכויותיו של כל אדם לחיים ולהליך הוגן. שימוש מכוון מצד רשויות המדינה בכוח קטלני, שאיננו מוצדק לפי הסייגים לזכות לחיים, ייחשב מעצם טיבו 'הוצאה להורג ללא משפט'.²⁷

25 יש הבדלים בין סכסוכים שאינם בין-לאומיים על פי סעיף משותף 3 לאמנות ז'נבה לבין כאלה שמדובר בהם בפרוטוקול, מספר שתיים. ראו Moir, L. (2002). *The Law of International Armed Conflict*. ההבדל העיקרי המעניין אותי כאן הוא שלפי הפרוטוקול הנוסף, מספר שתיים, נדרשת שליטה מסוימת על השטח מהצד הלא מדינתי המעורב. תכונה זו היא היכולה להפוך מאבק בארגון טרור בשטחה של מדינה דומה למצב של טרור רב-לאומי.

26 אני מבקש להבהיר כי הדגש הוא בהתנהגותה של המדינה או באחריותה, ולא באחריות פלילית פרטנית. ברור שעם צמיחתו של המשפט הפלילי הבין-לאומי והקמתו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי, סוגיות של אחריות פרטנית של האחראים לביצועם של סיכולים ממוקדים בשם המדינה ידרשו אף הן התייחסות.

27 ברוח על המדיניות הישראלית, הערה 8 לעיל, הגדיר ארגון 'אמנסטי אינטרנשיונל' הוצאה להורג ללא משפט כך: 'הוצאה להורג ללא משפט היא הריגה לא חוקית ומכוונת המבוצעת בהוראתה של ממשלה או בהסכמתה שבשתיקה. הוצאות להורג ללא משפט הן מעשי הרג שאפשר להניח כי הם תוצאה של מדיניות בכל רמת ממשל שהיא, שתכליתה

כאשר בוחנים את החלתם של כללי המשפט הבין-לאומי בדבר זכויות אדם בסוגיית הסיכול הממוקד של טרוריסטים בין-לאומיים, עלינו להתייחס לכמה שאלות:

- א. בהנחה שיש תחולה למשטר של זכויות האדם הבין-לאומיות, האם יש נסיבות שבהן סיכול ממוקד לא ייחשב הפרה של זכות הקרבן לחיים?
- ב. האם משטר זכויות האדם הבין-לאומיות חל על מעשה שביצעה מדינה נתונה בשטחה של מדינה אחרת שבה אין למדינה הנתונה סמכות או שליטה?
- ג. האם משטר זכויות האדם הבין-לאומיות חל במצבים של 'מעין מלחמה', הכרוכים באלימות מתמשכת בין קבוצת טרור בין-לאומית לבין מדינה נתונה?

א. הזכות לחיים במשטר זכויות האדם הבין-לאומיות

כל האמנות הבין-לאומיות העוסקות בזכויות אזרחיות ופוליטיות מגנות על 'הזכות אינהרנטית לחיים'.²⁸ אמנם כל האמנות מגדירות זכות זו כזכות שאיננה ניתנת להפקעה, כלומר זכות שאין לסטות ממנה גם בעתות חירום, אך אף לא אחת מהן מבטיחה לזכות זו הגנה מוחלטת. האמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR), האמנה האמריקנית לזכויות אדם והצ'רט האפריקני לזכויות אדם ולזכויות עמים אוסרים שלילה שרירותית של חיים. כך שהשאלה מתי תיחשב שלילה מכוונת של חיי אדם להפרה של זכותו לחיים, תלויה בפרשנות המונח 'שרירותי'.²⁹ גישתה של האמנה האירופית לזכויות אדם שונה קמעה. סעיף 2 (1) קובע כי אין לשלול את חיי אדם באופן מכוון. אולם בהתאם לסעיף 2 (2), שלילה מכוונת של החיים

לחסל בני אדם מסוימים כחלופה למעצרים ולהבאתם לדין. חיסולים אלה מתבצעים מחוץ לכל מסגרת משפטית שהיא.

28 ראו סעיף 6 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרח וזכויות פוליטיות, 1966. זוהי הזכות היחידה שההתייחסות אליה היא כאל זכות אינהרנטית. נראה כי ההתייחסות לזכות לחיים כאל זכות 'אינהרנטית' מבוססת על התפיסה שזכות זו אינה תלויה בחברה המסוימת או במשטר המשפטי החל, אלא היא נובעת מאנושיותו של כל אדם ואדם באשר הוא. ראו Ramcharan, B. G. (1985). *The Right to Life in International Law* p. 51; Nowak, N. (1993). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, p. 105; Schabas, W. (1997). *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2nd edn.), p. 95

29 ראו סעיף 6 (1) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרח וזכויות פוליטיות, סעיף 4 לאמנה האמריקנית על זכויות אדם וסעיף 4 לצ'רט האפריקני.

לא תיחשב להפרת הזכות לחיים, אם היא נובעת מהפעלתו של כוח שאיננו חורג מן הנחוץ לחלוטין בכל אחד ואחד משלושה מקרים שאחד מהם הוא 'הגנה על כל אדם מפני אלימות בלתי חוקית'.³⁰

בהמשך המאמר אבחן את השאלה אם ייתכנו מקרים שבהם כוח קטלני לא ייחשב לשלילה 'שרירותית' של חיי אדם, כהגדרתו של מונח זה באמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, באמנה האמריקנית או באמנה האפריקנית, גם אם אינם נכללים בחריגים שבסעיף 2 (2) לאמנה האירופית. לעת עתה אתמקד בדגם האירופי, מאחר שמקובל לראות בדגם זה הצגה הוגנת של המקרים שבהם הפעלתו של כוח כזה לא תיחשב שרירותית.³¹ האם ההתנקשות באדם החשוד בשייכות לארגון טרור המנהל 'מלחמת טרור' נגד תושביה של המדינה הנתקפת, יכולה להיחשב שימוש לגיטימי בכוח בהתאם לסעיף 2 לאמנה האירופית?

התשובה לשאלה זו תלויה במשמעותו של מבחן המידתיות שאימץ סעיף 2 (2); כלומר הכוח המופעל הוא המינימום הנחוץ לחלוטין להגנה על בני אדם שחיייהם בסכנה. בית המשפט האירופי לזכויות אדם טרם נדרש לשאלת הסיכולים הממוקדים, אך הוא הבהיר כי המבחן שבו צריכה לעמוד הפעלת כוח קטלני חיוני הוא מבחן צר: הכוח שבו ייעשה שימוש חייב להיות מידתי, כדי להשיג את היעדים האמורים בסעיפי המשנה 2 (א), (ב) ו(ג) שבסעיף 2; (כלומר סעיפים 2 (2) (א) (ב) (ג)).³²

כדי לבחון אם שימוש בכוח קטלני עומד בדרישה שיהיה "נחוץ לחלוטין", יש לרונ בשתי שאלות:
א. אם השימוש בכוח הכרחי לגמרי, או שמא אפשר להפעיל אמצעים אחרים להגנתם של האנשים הנתונים בסכנה?
ב. בהנחה שאמצעים אחרים אינם קיימים, האם חיוני בהחלט שהכוח יהיה קטלני, או שאפשר להשתמש בכוח מצומצם ממנו?

אתמקד בשאלה הראשונה ואניח כי במקרים הקשורים לאנשים החשודים בפעילות טרוריסטית, אם אפשר להצדיק שימוש בכוח על סמך סעיף 2 (2),

30 סעיף 2 (2) לאמנה האירופית לזכויות אדם. המקרים האחרים עוסקים במעצר חוקי או במניעת הימלטותו של אדם שנעצר כחוק ובפעולה חוקית שנועדה לדכא מהומות או הפרות סדר.

31 ראו Nowak, supra note 28, p. 111; Rodley, N. (1999). *The Treatment of Prisoners under International Law* (2nd edn.), p. 183

32 ראו *McCann v. UK*, 21 EHRR (1996) 97, para. 149

חומרת האיום והצורך בסיכול יעיל של האיום יובילו על פי רוב למסקנה שמותר להשתמש גם בכוח קטלני.³³

את החריגים לאיסור על שלילה מכוונת של חיי אדם יש לפרש לאור ההבנה הבסיסית שהמערכת הבין-לאומית להגנה משפטית על זכויות אדם מאמצת דגם של אכיפת חוק המבוסס על עקרונות הליך הוגן. כל אמצעי אכיפת החוק כפופים לעקרונות אלה. חשובים ביותר הם שלושת העקרונות הבאים: (א) כל אדם נהנה מחזקת החפות; (ב) אם אנשים חשודים בתכנון או בביצוע עברות חמורות, יש לעצורם ולחקרם על פי ההליכים הקבועים בחוק; (ג) אם נמצאו ראיות אמינות למעורבותם של אנשים אלה בתכנון, בייזום, בקידום, בסיוע או בעידוד למעשי טרור, יש להעמיד אותם לדין לבפני בית משפט מוסמך ובלתי תלוי, שיכריע באשמתם, ואם ירשיעם, יגזור עליהם עונש שנקבע בחוק. לפי דגם זה, המדינה אינה רשאית למנוע עברות באמצעות חיסולם של העבריינים הפוטנציאליים. מניעת פשעים תושג באמצעות מעצרים של המתכננים והמבצעים אותם ובאמצעות העברתם לטיפולו של המשפט הפלילי. ההרתעה תושג באמצעות איום בסנקציה פלילית ובאכיפת חוקי העונשין נגד המורשעים בהפרת החוק.³⁴

בהתאם לדגם אכיפת החוק, הפעלת כוח לעולם לא תיחשב הכרחית (ובוודאי לא תיחשב נחוצה לחלוטין), אלא אם ברור שאי-אפשר היה להגן על הקרבן המיועד באמצעות מעצרו של העבריין הפוטנציאלי. המקרה הפרדיגמטי שבו אפשר יהיה להצדיק שימוש בכוח הוא מצב שבו סכנת

33 חיזוק להנחה זו אפשר לשאוב מעניין McCann, שם. בעניין זה נידונה הריגתם של שלושה טרוריסטים חברי מחתרת IRA בגיברלטר בידי כוחות בריטיים. בית הדין קבע כי החיילים המעורבים האמינו בתום לב כי ההרוגים התכוונו לפוצץ מכונית תופת אם יתאפשר להם לפעול, לאחר שהבינו כי הם עומדים לפני מעצר. לכן ירו בחשודים פעמים אחדות, ואף וידאו כי הכוח שהופעל היה קטלני. בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי פעולתם של החיילים לא עלתה כדי הפרה של סעיף 2 לאמנה (עם זאת, דעת הרוב קבעה כי בעת תכנון מבצע מעצרים של החשודים לא ניתן משקל מספיק לאמצעים חלופיים שאינם כוללים כוח קטלני וכי בריטניה הפרה את סעיף 2 האמור).

34 ראו Ni Aolain, F. (2000). *The Politics of Force: Conflict Management and State Violence in Northern Ireland*, p. 187. מדינה רשאית לסטות מזכויות מסוימות במצב חירום. לכן למשל, כאשר הנסיבות מחייבות זאת, מדינה רשאית לעשות שימוש במעצר מנהלי, שאיננו עומד בתנאי ההליך ההוגן במשפט הפלילי. עם זאת הזכות הנפגעת במקרים כאלה היא הזכות לחירות אישית. הזכות לחיים, לעומתה, היא זכות שאי-אפשר לסטות ממנה. מדינה איננה רשאית לפגוע בכללי ההליך ההוגן הדרושים לשם הגנה על הזכות הזו. ראו Human Rights Committee, *General Comment No 29 on Article 4 of ICCPR*, 31.8.01, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 15

האלימות נגד האדם הזכאי להגנה כה קרובה, עד שכל ניסיון לעצור את העבריינין ייתן לו שהות להוציא את איומיו מן הכוח אל הפועל. נטען שאין כל מקרה אחר שבו אפשר יהיה לומר שהשימוש בכוח קטלני נחוץ לחלוטין.³⁵ אם נשתמש בהגדרה הקלאסית שהציע מזכיר המדינה של ארצות הברית, דניאל ובסטר, בחילופי איגרות לאחר תקרית אניית 'קרוליינ', באשר לזכותה של מדינה להפעיל כוח מתוך הגנה עצמית, רק כאשר יש איום קרוב ומוחשי, נוכל לומר שמדובר ב'צורך להגנה עצמית, שהוא מידי, מכריע, אינו מאפשר לברור אמצעים ואינו משאיר רגע להרהר'.³⁶

הבעיה בדגם אכיפת החוק בהקשר של הטרור הבינ-לאומי היא שאחת מהנחות היסוד החשובות שלו אינה מתקיימת: ההנחה שהחשוד נמצא בשטח השיפוט של רשויות אכיפת החוק ב'מדינה הנתקפת', ועל כן אפשר לבצע מעצר, אינה מתקיימת. מהו הדין כאשר, כמו במקרה שהצגנו, הטרוריסט נמצא בשטחה של מדינה אחרת? המדינה הנתקפת איננה יכולה לעצור את האדם או לעכב אותו ללא הסיוע הפעיל והתמיכה של המדינה האחרת. אבל מה הדין כאשר אותה מדינה איננה מוכנה או איננה מסוגלת לעצור את החשוד? אם נתעלם לרגע מסוגיות של ריבונות ונתייחס רק לחובתה של המדינה הנתקפת לפי הדין הבינ-לאומי הנוגע לזכויות אדם לכבד את הזכות לחיים, האם אי-אפשר לטעון כי למדינה זו אין בררה אלא להשתמש בכוח נגד החשוד

35 ראו Rodley, supra note 31, pp. 182-188; Nolte, G. (2004). 'Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order'. *Theoretical Inquiries in Law* 5: 111

36 נולטה, שם. לפי גישה זו, סעיף 2 (2) הולך בעקבות דגם סייג ההגנה העצמית במשפט הפלילי. בשיטות משפט רבות סייג זה חל רק כאשר האיום על חייו או על גופו של האדם שנגדו עמדו להפעיל אלימות לא חוקית הוא איום מידי. ראו Bernsman, K. (1996). 'Private Self-Defence and Necessity in German Penal and in the Penal Law Proposal – Some Remarks'. *Israel L R* 30: 171
 במשפט הפלילי, עמ' 185-186. יש לציין כי יש תמיכה מסוימת בטענה שהגנת סעיף 2 (2) תחול גם כאשר הסכנה איננה קרובה. ראו Rodley, הערה 31 לעיל בעמ' 88, המצטט את חוות הדעת של הוועדה האירופית לזכויות אדם בעניין *Kelly v. United Kingdom*, 139 D & R (1993). במקרה זה ירו הרשויות והרגו אדם שניסה להימלט ממחסום דרכים, מאחר שהכוחות במחסום סברו כי הוא טרוריסט. הוועדה קבעה כי התלונה על הפרת סעיף 2 אינה מבוססת. Rodley מעיר כי 'חוות דעתה של הוועדה [...] מתעלמת מכל דרישה למידיות האיום הצפוי כחלק ממבחני הכורח או המידתיות'. חוות דעתה של הוועדה במקרה זה ספגה ביקורת קשה. ראו Joseph, S. (1996). 'Denouement of the Deaths on the Rock: The Right to Life of Terrorists'. *Netherlands QHR* 14: 5, 9; Ni Aolain, supra note 34, pp. 196-198. Also see Smith, J.C. (1994). 'The Right to Life and the Right to Kill in Law'. *New L.J.* 144: 354

כטרוריסט? האם אי-אפשר לטעון כי השימוש בכוח נחוץ לחלוטין כדי להגן על אזרחי המדינה מאלימות בלתי חוקית? אין ספק שלא בכל מקרה תוכל המדינה לטעון זאת. כך למשל ברור שאי-אפשר יהיה לטעון זאת אם מטרתה היחידה של הפעלת הכוח היא להעניש את החשוד כטרוריסט על מעשיו בעבר או להרתיע טרוריסטים פוטנציאליים מפעולה. אבל מהו הדין כאשר למדינה יש ראיות חזקות שאדם החשוד כטרוריסט מוסיף לתכנן מתקפת טרור נגד בני אדם בשטחה, ושאלם לא ייעצר או יחוסל יש סבירות גבוהה שיבצע או יארגן התקפות נוספות? האם לא ייכלל מצב כזה בהגדרה הקלאסית של 'זכות המדינה להגן על עצמה' של השר ובסטר? האם אי-אפשר לראות בכך מצב שבו נחוץ לחלוטין לעשות שימוש בכוח קטלני? לשון אחר: אם הדרישה לסכנה מידית נשענת על קיומם של אמצעים לא קטלניים של אכיפת חוק והליך הוגן כאשר הסכנה איננה מידית, האם דרישת מידיות הסכנה מאבדת מכוחה כאשר אמצעים כאלה אינם בנמצא?

כאמור לעיל, האמנה הבינ-לאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות איננה מציגה מקרים ספציפיים שבהם שימוש מכוון בכוח קטלני איננו נחשב להפרת הזכות לחיים. החשש היה שהצגתם של מקרים כאלה תיחשב להתרת הרג.³⁷ לעומת זאת, סעיף 6 לאמנה מגן על כל אדם מפני שלילה שרירותית של חייו. במקרה שבו יש ראיות כבדות משקל שחשוד בפעילות טרור מתכנן פעולת טרור נגד תושביה של המדינה הנתקפת או מתכוון לבצע אותה, האם מכת מנע תיחשב לשלילה שרירותית של חייו, אם אין כל דרך סבירה אחרת לעצור אותו או למנוע ממנו לממש את זממו? הוועדה לזכויות אדם דנה בשאלה זו כאשר עסקה בדוח התקופתי של ישראל בשנת 2003. בהערות הסיכום שלה, קבעה הוועדה כך:

הוועדה מביעה דאגה לנוכח מה שהמדינה האמורה כינתה 'סיכולים ממוקדים' של בני אדם שנחשדו בידי המדינה האמורה בפעילות טרור בשטחים המוחזקים. נראה שמשתמשים בשיטה זו לפחות בחלקה כגורם מרתיע או אמצעי ענישה, ובכך היא מעלה סוגיות הנובעות מסעיף 6. הוועדה רשמה לפניה את הודעתה של המשלחת בנוגע לשמירה על עקרון המידתיות בכל תגובה לפעילות טרור נגד אזרחים ואת הבטחתה שרק פרטים הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה יהוו מטרה. אך הוועדה מודאגת עדיין בנוגע לאופיין של

Boyle, K. (1985). 'The Concept of the Arbitrary Deprivation of Life'. In: B.G. ראו 37 Ramcharan (ed.), supra note 28, p. 221

תגובות צבא ההגנה לישראל ולהיקפן ביחס להתקפות טרור פלסטיניות.

המדינה האמורה מחויבת להבטיח כי עקרון המידתיות יישמר באופן קפדני בכל תגובה לאיומי טרור ולמעשי טרור. מדיניות המדינה בעניין זה צריכה להיות ברורה ולהגיע בצורה חדה וברורה למפקדים הצבאיים האזרחיים, ותלונות על שימוש בלתי מידתי בכוח טעונות חקירה מידית בידי גוף בלתי תלוי. לפני פנייה לשימוש בכוח קטלני, יש למצות כל אמצעי אפשרי לעצור אדם החשוד שהוא בעיצומו של ביצוע מעשי טרור.³⁸

מחלקה הראשון של הערה זו אפשר להסיק כי הוועדה סבורה שסיכולים ממוקדים של חשודים בפעילות טרור מעלים קשיים לפי סעיף 6 רק כאשר מטרתם להרתיע או להעניש, ולא כאשר הם משמשים כאמצעי מנע מקדים. מצד שני, בהמלצת הוועדה מתייחסת לשימוש בכוח קטלני נגד 'אדם החשוד שהוא בעיצומו של ביצוע מעשי טרור'. אפשר אולי להבין מכך שהוועדה מאמצת את הגישה שהפעלת כוח מונע מותרת רק לנוכח פני מתקפה קרובה שאי-אפשר יהיה למנוע במעצרו של התוקף.

העמיתות בפרשנות המונח 'שרירותיות' בשלילת החיים בהקשר להת- נקשות בטרוריסטים ניכרת גם בדוח שחיברה הוועדה הבין-אמריקנית לזכויות אדם, 'רוח על טרור וזכויות אדם'.³⁹ הוועדה עוסקת בשימוש בכוח קטלני בידי המדינה. היא מציינת כי 'במצבים שבהם אוכלוסייתה של מדינה נתונה לאיומי אלימות, למדינה נתונה הזכות ומוטלת עליה החובה להגן על אוכלוסייתה מפני איומים כאלה, ובמקרים אלה היא רשאית אף לעשות שימוש בכוח קטלני במצבים מסוימים'.⁴⁰ הוועדה מוסיפה ומדגימה בשתי דוגמאות: הראשונה – הגנה על בני אדם מפני איום מוחשי במוות או בפגיעה חמורה, והשנייה – 'שמירה על חוק וסדר במקרים שהשימוש בכוח הוא חיוני ומידתי'.⁴¹ ברור כי הדוגמה השנייה מתייחסת למצבים של מהומות אלימות או התפרעויות אחרות, ולא להתנקשות בפרטים מסוימים. אלא שבניסיון להבהיר את העניין עוד יותר, הצליחה הוועדה לזרוע דווקא בלבול.

Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, supra note 13 38
(emphasis added)

OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, 22 October 2002; available at 39
<http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/exe.htm> (15.2.2004)

Ibid., para. 87 40

Ibid 41

הוועדה הכריזה כי בנסיבות שבהן מותר יהיה לעשות שימוש בכוח, 'המדינה רשאית לעשות שימוש בכוח רק נגד פרטים המאיימים על ביטחון הכלל, ולכן המדינה אינה רשאית להשתמש בכוח נגד אזרחים (civilians) שאינם מהווים איום כאמור. על המדינה להבחין בין אזרחים לבין בני אדם היוצרים את הסיכון האמור'.⁴²

זוהי קביעה מוזרה ביותר, וניכר כי היא מערבת סוגיות מתחום דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי וסוגיות של משפט בין-לאומי הומניטרי.⁴³ סיווגו של אדם כאזרח או כלוחם רלוונטית רק במערכת השנייה. במערכת הראשונה אין קשר בין הפעלת כוח קטלני כלפי אדם לבין מעמדו של אותו אדם; השיקולים היחידים אמורים להיות רמת הסיכון שיוצר אותו אדם וקיומם של אמצעים חלופיים לנטרל את האיום. העניין הולך ומסתבך עוד יותר כאשר הוועדה ממשיכה ומוסיפה את ההכרזה הבאה:

כמו כן, במסגרת ניסיונותיהן לאכוף את החוק, נאסר על המדינות לעשות שימוש בכוח נגד פרטים שאינם מהווים עוד איום כאמור לעיל, דוגמת אנשים שנעצרו בידי הרשויות, שנכנעו או שנפצעו ואינם מוסיפים לבצע מעשי איבה. השימוש בכוח קטלני במקרים כאלה ייחשב להוצאה להורג בלא משפט ויפר את האמור בסעיף 4 לאמנה [...]..⁴⁴

הדוגמאות שניתנו בהכרזה הן ללא דופי. אבל מה בדבר טרוריסטים שלא נעצרו או נפצעו וכאלה שלא נכנעו? האם מותר להפעיל נגדם כוח קטלני אם מעריכים כי הם מהווים 'איום על ביטחון הכללי'?⁴⁵

Ibid., para. 90 42

יש להדגיש שהצהרה זו של הוועדה היא חלק מן הדיון על הגנת הזכות לחיים בדיני זכויות האדם. בחלק אחר של הדוח הוועדה דנה בנושא המשפט ההומניטרי.

Report on Terrorism and Human Rights, supra note 39, para. 91 44

45 בחלק אחר של הדוח הוועדה דנה בזכות לחיים וטרור. בחלק זה משווה הוועדה בין נורמות של דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי ובין המשפט ההומניטרי. לאחר אזכור החובה החלה מכוח המשפט ההומניטרי להבחין בין לוחמים לאזרחים, הוועדה קובעת: 'ברומה לכך, במצבים המתרחשים בעתות שלום, גורמי המדינה חייבים להבחין בין בני אדם המהווים במעשיהם איום קרוב על חייהם של אנשים או על שלומם, או המהווים איום לבצע פשע חמור ביותר הכולל סיכון חיים באופן קיצוני, לבין בני אדם שאינם מהווים איום כאמור, ולהשתמש בכוח רק נגד הראשונים' (שם, בפסקה 111; ההדגשה הוספה). מקטע זה נראה שהוועדה נוקטת עמדה ברורה: כאשר יש איום של פשע חמור ביותר המהווה סכנת חיים חמורה, השימוש בכוח עשוי להיות מוצדק גם אם האיום אינו קרוב.

נראה שהוועדה הבינה כי הניתוח שהציעה מותיר את הדברים עמומים ולא ברורים. במה שנראה כניסיון מגומגם להפחית את העמימות, הוועדה מסיימת את ניתוח סוגיית הזכות לחיים בהכרזה הבאה:

יש להדגיש כי בניגוד למשפט הבין-לאומי ההומניטרי, החל על מצבים שבהם קיים סכסוך מזוין, הנורמות המתאימות מתוך דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי מחייבות את רשויות המדינה לא לעשות שימוש בכוח קטלני לשם התנקשות בפרטים המעורבים בסכסוכים אלימים אלא בנסיבות המפורטות לעיל.⁴⁶

הבעיה היא כמובן ש'הנסיבות המפורטות לעיל' מעורפלות מאוד. השאלה המעניינת אותנו – סיכול ממוקד של טרוריסטים שאינם בשטחה של המדינה – נותרת לוטה בערפל.

לאן מוביל אותנו דיון זה? ברור שלא די בכך שחשוד בפעילות טרור איננו בשטחה של המדינה הנתקפת ושאינן ביכולתן של רשויותיה לעצור אותו כדי לבטל את זכותו לחיים ולהוות הצדקה להתנקשות בחייו. ואולם אפשר לטעון שכאשר יש ראיות מוצקות שהחשוד מתכנן מתקפות טרור נגד המדינה הנתקפת ושאינן כל דרך אפשרית אחרת למנוע את המתקפות הללו באמצעות מעצרו, התנקשות בחייו לא תיחשב בהכרח לשלילה שרירותית של החיים. במקרה מעין זה, האלימות הבלתי חוקית אולי לא תהיה מיידית, אבל הצורך לעשות שימוש בכוח קטלני כדי למנוע את אותה אלימות עלול להידרש מיידית, מאחר שאם לא ייעשה שימוש בכוח עכשיו, ייתכן שאי-אפשר יהיה למנוע את המתקפה בשלב מאוחר יותר.⁴⁷ זה כנראה מה שכונה 'חלון ההזדמנויות האחרון לסיכול מתקפת טרור נוספת'.⁴⁸

ברמה המהותית, טיעון מעין זה עשוי להיות מפתה. אולם יש להעיר כי אפשר להצדיק את דרישת המידיות לא רק בשל היעדר אפשרות להיזקק להליכים של הליך הוגן, כי אם גם בשל טעמים ראיתיים. כאשר מדובר באלימות קרובה ומיידית, אין צורך להוכיח את הכוונה להשתמש באלימות

Ibid., para. 92 46

47 בהתאם לסעיף 34 'לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הגנה עצמית מהווה סייג לאחריות פלילית כאשר מעשה האלימות [...] היה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו'. לפי הוראה זו דרישת המידיות איננה מתייחסת לסכנה, אלא לצורך להשתמש באלימות לסיכולה.

48 Schmitt, M. N. (2002). 'Counter-Terrorism and the Use of Force in 48
International Law'. *Israel Yrbk on HR* (32): 53, at. 110

בלתי חוקית. הראיות עומדות לנגד עינינו.⁴⁹ בהיעדר ראיות מוחשיות כאמור, האם נוכל להסתמך על רשויות אכיפת החוק במדינה הנתקפת ש'ירשיעו' חשודים בתכנון מתקפות טרור? האם אין חשש ש'חריג' מוגבל זה ינוצל לרעה בידי מדינות המבקשות להפוך מאבק בטרור למלחמה שבה כל הכללים בטלים? האם אפשר באמת לקבוע חריג שיחול רק במקרים של נחיצות מוחלטת במשמעות שהצגנו לעיל? הניסיון הישראלי להתיר שימוש בכוח פיזי מתון בחקירתם של חשודים בפעילות טרור מראה, כך נדמה, כי התשובה לכך שלילית. הרעיון המקורי היה שכוח פיזי כאמור ישמש רק כאשר נכשלו כל השיטות האחרות לקבלת מידע חיוני למניעת מתקפות טרור, ואולם נראה כי עם הזמן הפכו כוח פיזי ושיטות חקירה בלתי ראיות אחרות לשיטות חקירה רגילות למדי.⁵⁰

אם כן, מתי תהא מדינה רשאית לעשות שימוש בכוח קטלני נגד חשודים בפעילות טרור? נראה שיש שלוש גישות אפשריות לשאלה זו:
 א. הגבלת החריגים לזכות לחיים (לפי סעיף 2 (2) לאמנה האירופית או לפי החריג בדבר 'שרירותית' באמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות, באמנה האמריקנית ובאמנה האפריקנית) למקרים שבהם כוח קטלני משמש לעצירת מתקפה קרובה ומידית;⁵¹ בהיעדר קרבת זמן כאמור תיחשב התנקשות מוקדמת בחשוד בפעילות טרור כלא נחוצה לחלוטין או כשלילת חיים שרירותית, בלי להתחשב כלל בעצמתן של הראיות שהחשוד מתכנן מתקפות טרור נוספות ובהסתברות הקלושה למצוא הזדמנות נוספת למנוע מתקפות כאלה.

ב. התרת הסיכול הממוקד בנסיבות מוגדרות ומצומצמות שבהן מעצרו של החשוד בפעילות טרור איננו אפשרות בת ביצוע, בתנאי שקיימות ראיות חזקות במיוחד שהחשוד מעורב בכיצוען של מתקפות טרור או בתכנון ובתנאי שקיים חשש מבוסס שאמצעים אחרים למניעת ההתקפה לא יצלחו;⁵² את הקשיים שבגישה זו תיארת כבר. אחזור אליה בהמשך.

49 אני מודה לעמיתתי, מירי גור־אריה, על שהעלתה טיעון זה.

50 בעניין זה דנתי כבר בעבר. ראו Kretzmer, D. (2002). *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, pp. 135-143. כמו כן ראו, חקירת פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, 'לחץ פיסי מתון', או עינויים? בצלם (1991). וכן עינויים כשגרה: שיטות החקירה של השב"כ שם (1998); זמין באתר http://www.btselem.org/Download/199802_Routine_Torture_Heb.doc (2.1.06)

51 זוהי עמדתו של Nolte, הערה 35 לעיל.

52 עמדה זו תואמת את הגישה המקלה שאומצה בעניין *Kelly v. UK*, הערה 36 לעיל, ואפשר ליישבה גם עם ההערות המסכמות של הוועדה לזכויות אדם, הערה 38 לעיל, ועם דוח

ג. אימוצה של תפיסה שדגם אכיפת החוק הנמצא בבסיס הוראותיהן של האמנות בדבר הזכות לחיים איננו מספק תשובה ראויה לסוגיית הטרור הבינלאומי; כאשר הטרור הוא בעל עצמה, רחב-היקף, מאורגן ומתמשך, הדגם המתאים צריך להיות דגם הסכסוך המזוין, שאיננו מבוסס על תפיסות שסכנה מיידית נשקפת מן האדם המסוים שסומן כמטרה, כי אם על תפיסות שהסכנה נשקפת מן הקבוצה שאליה שייך אותו אדם.⁵³ אף בגישה זו ארון בהמשך.

ב. תחום השיפוט והחלתו על נורמות של זכויות האדם

האם משטר זכויות האדם הבינלאומי חל על פעולות של מדינה אחת בשטחה של אחרת? לשון אחר: כלפי אילו פרטים יש למדינה נתונה מחויבות בהתאם לכללים הבינלאומיים של זכויות האדם?⁵⁴ בהתאם לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, מדינה מחויבת לכבד את הזכויות המוקנות באמנה 'לכל בני האדם הנמצאים בשטחה והנתונים לשיפוטה' ולשמור עליהן; ואילו לפי האמנה האירופית והאמנה האמריקנית, החובה מוטלת כלפי כל בני האדם הנתונים לשיפוטה של המדינה.

בעניין בנקוביץ⁵⁵ פירש בית הדין האירופי לזכויות אדם את שאלת סמכות השיפוט פירוש מצמצם כאשר קבע כי על פי רוב מדינה החברה באמנה האירופית מפעילה את סמכות השיפוט שלה אך ורק בשטחה. החריגים לכלל זה הם מקרים שבהם מדינה מפעילה את סמכויות הממשל הציבורי, כולן או

הוועדה הבינלאומית, הערה 39 לעיל. וראו גם כלל 4 במסמך *Basic Principles on the Use of Force and Firearms, adopted by the 8th UN Congress on Prevention of Crime and Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 1990*, הקובע כי 'רשויות אכיפת החוק, בביצוע משימתן, ישתמשו, במידת האפשר, באמצעים לא אלימים לפני שיפנו לשימוש בכוח ובנשק. הן רשאיות לעשות שימוש בכוח ובנשק רק אם אמצעים אחרים אינם יעילים או אינם צפויים להשיג את התוצאה הנדרשת'. אין כל אזכור של דרישת המידיות או של דרישה לניסיון כושל למעצרו של החשוד.

53 להבחנה זו ראו Walzer, M. (2000). *Just and Unjust Wars* (3rd edn.), pp. 144-147
 54 אני מבקש להבהיר כי בשלב זה אינני מתייחס למחויבויות הכלליות של המדינה על פי המשפט הבינלאומי, דוגמת החובה לכבד את ריבונותן ואת הטריטוריה של מדינות אחרות.

55 ראו *Bankovic v. Belgium*, 11 BHRC (2000) 435. על החלת סטנדרטים של זכויות האדם על סכסוכים מזוינים בבית הדין האירופי לזכויות אדם ראו Heintze, H. J. (2002). 'The European Court of Human Rights and the Implementation of Human Rights Standards During Armed Conflict'. *German Ybk on Int'l L* 45: 60

חלקן, בשטחה של מדינה אחרת בהסכמתה של אותה מדינה, לפי הזמנתה או בהסכמה מכללא, או כאשר היא כובשת שטח שבו היא מפעילה שליטה אפקטיבית.⁵⁶ בהפעילו גישה זו קבע בית הדין שכאשר הפציצו כוחות נאט"ו מטורות בסרכיה מן האוויר, תושבי השטחים המופגזים לא היו נתונים לסמכות השיפוט של מדינות נאט"ו. בעקבות פסיקה זו הועלה ספק אם הנורמות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם חלות בנוגע למעשיהן של מדינות נגד טרוריסטים בין-לאומיים מחוץ לגבולותיהן.⁵⁷ גם על ספק זה היו עוררים.⁵⁸ בפירושה לאמנת זכויות אזרחיות ומדיניות, אימצה הוועדה לזכויות האדם גישה דומה לתאוריית 'הסיבה והתוצאה' שבית הדין האירופי דחה.⁵⁹ לפי גישה זו, כל מי שמושפע ישירות ממעשיה של המדינה ייחשב, לעניין האמנה, כנתון לשיפוטה של אותה המדינה.

גם אם נניח שהאמנה האירופית והאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות אינן חלות על בני אדם שאינם נתונים לשיפוטה של המדינה האמורה, בגבולות משמעות המונח שאימץ פסק הדין בעניין בנקוביץ', האם אפשר להסיק מכך שלמדינה אין כל מחויבות לאנשים כאלה מתוקף דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי? תשובה חיובית לשאלה זו תסתור לחלוטין את התפיסה שזכויות האדם הן אוניברסליות, המונחת ביסוד של דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. מחויבותה של מדינה מכוח אמנה שהיא צד בה, נובעת מהוראות התחולה באמנה המסוימת, אבל רבות מן הנורמות המהותיות באמנות זכויות האדם שאושרו בידי רוב מדינות העולם הפכו לנורמות מחייבות של המשפט

56 ראו 513 (1996) 23 EHRR. *Loizidou v Turkey*. במקרה זה קבע בית הדין כי ככוח כובש בצפון קפריסין, לטורקיה יש סמכות שיפוט בחלק זה של האי, ולכן היא תישא באחריות להפרות זכויות אדם לפי האמנה האירופית.

57 ראו *EJIL* (2003). Neuman, G. 'Humanitarian Law and Counter-Terrorist Force'. 14: 283

58 ראו Fitzpatrick, הערה 17 לעיל, עמ' 241. לביקורת מפורטת על פסק דין *Bankovic* ראו Ben-Naftali O. & Shani, Y. (2004). 'Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories'. *Israel Law Review* 37: 17

59 ראו Communication No. 52/1979, *Lopez Burgos v Uruguay*, CCPR/C/OP/1 at 88 (1984); General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. גם הוועדה הבין-אמריקנית לזכויות אדם ומלומדים נוספים נקטו גישה רחבה. ראו Meron, T. (1995). 'Extraterritoriality of Human Rights Treaties'. *AJIL* 89: 78; Fitzpatrick, *supra* note 17, p. 241. But cf. Dennis, M. J. (2005). 'Application of Human Rights Treaties in Times of Armed Conflict: Fuzzy Thinking All Around?'. *AJIL* 99 : 119

הבינ-לאומי המנהגי. החובה לכבד את הזכות לחיים היא ללא ספק אחת מן הנורמות הללו.⁶⁰ חובתה של מדינה לכבד את הזכות לחיים (להבדיל מחובתה להבטיח זכות זו) הולכת בעקבות נציגיה באשר יפעלו. כל גישה אחרת תרמוז שבהיעדר סכסוך מזוין (שבו יחולו כללי המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי) המשפט הבינ-לאומי מתיר למדינה להרוג בני אדם על אדמתה של מדינה אחרת.⁶¹ תוצאה כזו איננה מתקבלת על הדעת, ויש לדחותה.

ג. דינים הבינ-לאומיים לזכויות האדם בסכסוך מזוין

התאוריה השלטת הייתה פעם כי משטר זכויות האדם הבינ-לאומי חל בתוך המדינה פנימה, הן בעת מלחמה הן בעת שלום. הסמכות הנתונה למדינה לגרוע מחלק מהתחייבויותיה בתקופות חירום מופנית כלפי פנים. מנגד, בשדה הקרב, המשטר המשפטי החל הוא דיני המלחמה, לרבות כללי המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי. נראה כי בשנים האחרונות נזנחה תאוריה זו. התאוריה השלטת כיום היא שדיני זכויות האדם הבינ-לאומיים חלים גם כאשר מתנהלים מעשי איבה, אם כי הדין הייחודי (*Lex Specialis*) גובר על מקצת דיני המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי.⁶² בית הדין הבינ-לאומי (ICJ) אימץ את התאוריה הזו בחוות דעתו בנושא הנשק הגרעיני.⁶³ באותו עניין הועלתה הטענה כי השימוש בנשק גרעיני יגרום הפרה בלתי נמנעת של הזכות לחיים, המוגנת

60 דאן Y. Dinstein, (1981). 'The Right to Life, Physical Integrity, and Liberty'. In: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights*, pp. 114, 115; Gormley, W. P. (1985). 'The Right to Life and the Rule of Non-derogability: Peremptory Norms of *Jus Cogens*'. In: Ramcharan (ed.), *supra* note 28, p. 120; Rodley, *supra* note 31, pp. 178-179

61 אפשר לטעון כי כאשר המדינה המסכלת פועלת בשטחה של מדינה אחרת, היא פוגעת בסמכות הטריטוריאלית של אותה מדינה, המוגנת לפי סעיף 2 (4) למגילת האו"ם. גם אם זה המצב, אי-אפשר לראות בסיבה זו את הסיבה היחידה שפעולה כזו היא פעולה לא חוקית לפי המשפט הבינ-לאומי.

62 מרון T. Meron, (2000). 'The Humanization of Humanitarian Law'. *AJIL* 94: 239; דאן & Vité, S. (1993). 'International Humanitarian Law and Human Rights Law'. *IRRC* 293: 94; Provost, R. (1998). 'The (2002). *International Human Rights and Humanitarian Law*; Frowein, J. Abr. Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation'. *Israel Yrbk on HR* 28: 1; Watkin, *supra* note 18. But cf. Dennis, *supra* note 59

63 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996 [1996] ICJ Rep 226 (hereinafter: Nuclear Weapons case)

בסעיף 6 לאמנת זכויות האזרח. בתגובה הועלתה הטענה כי שימוש בנשק גרעיני ייעשה בתנאים של מלחמה, שבהם חלים כללי המשפט ההומניטרי הבין-לאומי ולא הוראות האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות.⁶⁴ לכן אין תחולה, כך נטען, להוראות סעיף 6 לאמנה.

בית הדין דחה את הטענה שלאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות אין תחולה בעת מלחמה. הוא הוסיף כי:

בעיקרון, זכותו של אדם שחייו לא יישללו ממנו באופן שרירותי חלה גם בעת שמעשי איבה מתנהלים. ואולם המבחן שיקבע מהי שלילה שרירותית של החיים יצטרך לנבוע מן הדין הייחודי החל, כלומר הכללים החלים על סכסוך מזוין ושנועדו להסדיר את ניהולם של מעשי האיבה. לכן השאלה אם אבדן חיים מסוימים באמצעות השימוש בנשק מסוים כחלק מן הלחימה, ייחשב לשלילה שרירותית של חיים, המנוגדת לסעיף 6 לאמנה, תוכרע על פי הדין החל בסכסוכים מזוינים ולא תנבע ישירות מתנאי האמנה עצמה.⁶⁵

השלכותיה של תאוריה זו בהקשר הנוכחי ברורות. אם הסיכול הממוקד מתרחש במסגרת סכסוך מזוין בין המדינה הנתקפת לבין ארגון טרור או המדינה המארחת אותו, נידרש לבחון את חוקיותו על סמך כללי המשפט ההומניטרי הבין-לאומי. אם התנקשויות כאלה מותרות על פי כללי המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, הן לא ייחשבו לשלילת חיים שרירותית לפי סעיף 6 לאמנה לזכויות האזרח.⁶⁶ עם זאת אטען להלן כי גם אם זהו המצב בסכסוכים מזוינים בין-לאומיים, בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים הקשר בין דיני זכויות האדם לבין המשפט ההומניטרי מורכב מעט יותר.⁶⁷ מסיבות שאפרט בהמשך, בסכסוכים כאלה אי-אפשר להפריד את שאלת 'הלחימה החוקית' משאלת ההליך הנאות הקבוע בדיני זכויות האדם. אנסה להוכיח כי הדגם

Ibid., para. 24 64

Ibid., para. 25; Also see *Report of the Human Rights Inquiry Commission*, supra 65
note 9, para. 62

אפשר לראות בהם גם חריגה לגיטימית מן הזכות לחיים, על פי סעיף 15 לאמנה האירופית לזכויות אדם, הקובע כך: 'בהתאם להוראה זו לא ניתן יהיה לחרוג מהאמור בסעיף 2, למעט ביחס למקרי מוות הנובעים ממעשי מלחמה חוקיים, או מהאמור בסעיפים 3, 4 (פסקה 1) ו-7 (ההדגשה הוספה).

Gasser, H. (2002). 'International Humanitarian Law and Human Rights Law in 67
Non-international Armed Conflict: Joint Measure or Mutual Exclusion?'. *German
Ybk Int'l L* 45: 149

לסכסוכים כאלה חייב להיות דגם משולב, שיש בו שילוב של כללים מדיניי זכויות האדם ומן המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי.

3. דגם הסכסוך המזוין

א. מתקפות טרור והזכות להגנה עצמית

במאמר זה אתמקד בעיקר ב-*jus in bello*, כלומר במשפט ההומניטרי הבינ-לאומי החל על הצדדים לסכסוך מזוין. אבל חשוב להקדים לדיון סקירה קצרה של נושאים מתחום ה-*jus ad bellum* הרלוונטיים לניתוח.

בחוות הדעת המייעצת האחרונה העוסקת בהשלכות המשפטיות של גדר ההפרדה, קבע בית הדין הבינ-לאומי כי רק התקפה מצד מדינה יכולה להיחשב להתקפה מזוינת שעליה חל סעיף 51 למגילת האו"ם.⁶⁸ שלושה מבין שופטי בית הדין חלקו על עמדת בית הדין בסוגיה זו,⁶⁹ שאינה משקפת את עמדתם של רוב המומחים בנושא.⁷⁰ למרות עמדתו של בית הדין אניח כי מתקפת טרור בין-לאומית או סדרה של מתקפות כאלה בהיקף ובהשפעה ניכרים, עשויות להיחשב מתקפה מזוינת המקימה למדינה זכות להשתמש

68 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 43 ILM (2004) 1009, para. 139 (hereinafter: *Legal Consequences of the Wall*)

69 Ibid., Separate Opinion of Judge Higgins, paras. 33-34; Separate Opinion of Judge Kooijmans, paras. 35-36; Declaration of Judge Buergenthal, paras. 5-6

70 ראו למשל, Dinstein, Y. (2001). *War, Aggression and Self-Defence* (3rd edn.), p. 214; Franck, T. (2001). 'Editorial Comments: Terrorism and the Right of Self-Defence'. *AJIL* 94: 839; Brown, D. (2003). 'Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defence and Other Responses'. *Cardozo J Int'l & Comp L* 11: 1; Stahn, C. (2003). 'Terrorist Acts as "Armed Attack": The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism'. *Fletcher Forum World Aff.* 27: 35; Müllerson, R. (2002). 'Jus Targeted Ad Bellum and International Terrorism' *Israel Yrbk on HR* 32: 1; Schmitt, supra note 48 יכולה להיחשב להתקפה מזוינת בהתאם לסעיף 51 ראו Discussion Forum, *The Attack on the WTC: Legal Responses*, Pellet, 'No, This is Not war'; Gaga, 'In What Sense was there an "Armed Attack"?' Discussion forum of the European Journal of International Law; available at http://www.ejil.org/forum_WTC/index.html (3.2.04). ראו גם Franck לעיל, המציין כי עמדה זו הובעה בכנס שבו השתתפו בעיקר משפטנים גרמניים העוסקים במשפט בין-לאומי.

בכוח כדי להגן על עצמה.⁷¹ גם אם דוחים הנחה זו, ברור כי אם מדינה תומכת בארגון טרור או שולטת בו, ואפילו אם איננה נוקטת אמצעים למניעת ניצול שטחה כבסיס למתקפות טרור על מדינה אחרת, אפשר לראות את המתקפות הללו כאילו הן מתקפותיה של אותה מדינה התומכת או המארחת. במקרה כזה, יכול שהמתקפות תהיינה מן הסוג שהוסדר בסעיף 51.⁷²

זכותה של מדינה להשתמש בכוח בתגובה להתקפה חמושה של טרוריסטים תהיה תלויה ברמת האחריות של המדינה המארחת למתקפה, וייתכן שאף במידת נכונותה או יכולתה לפעול למעצרו של הטרוריסטים ולמניעת המשך המתקפות.⁷³ כל שימוש בכוח של המדינה הנתקפת חייב לעמוד בדרישות הצורך והמידתיות.⁷⁴ לפי עקרון הצורך, המדינה הנתקפת איננה רשאית להגיב

71 לדיון בעצמה הדרושה כדי שמתקפת טרור תהיה מתקפה מזוינת ראו Arend, A. C. & Beck, R. J. (1993). *International Law and the Use of Force*, pp. 159-162 בעניין ניקרגואה הצהיר בית הדין הבין-לאומי ש'איסור המתקפות המזוינות עשוי לחול על שליחת כנופיות חמושות בידי מדינה אחת לשטחה של מדינה אחרת אם מבצע כזה, לאור היקפו והשלכותיו, היה מסווג כמתקפה מזוינת ולא כתקרית גבול אילו בוצע בידי כוח צבאי סדיר': *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States)*, Merits [1986] ICJ Rep 14, para. 195 וראו Schachter, supra note 24, p. 248, המציין כי ההתקפה צריכה להיות 'חמורה דייה כדי לסכן את האינטרסים החיוניים של המדינה בהגנה על אזרחיה ועל הסדר הפוליטי בה' ולהיות 'חלק מ'דפוס של מתקפות המלוות באינדוקציות אמינות לכך שמתוכננות התקפות נוספות בעתיד'. נדמה שזוהי גם עמדתו של Cassese במאמרו 'The International Community's "Legal" Response to Terrorism', *ICLQ* 38: 589 (1989). קאססה טוען שלא זו בלבד שעל המתקפה להיות חמורה, אלא שעליה להיות חלק מ'דפוס עקיב של פעילות טרור אלימה ולא רק מתקפה בודדת או ספוראדית' (שם, עמ' 596).

72 לשאלת אחריותה של מדינה למתקפות טרור ראו Travaglio, G. & Altenburg, J. (2003). 'State Responsibility for Sponsorship of Terrorist and Insurgent Groups: Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force'. *Ch J Int'l L* 4: 97; Jinks, D. (Ibid.). 'State Responsibility for Sponsorship of Terrorist and Insurgent Groups: State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups', p. 83; Brown, supra note 70; Frank, J. & Rehman, J. (2003). 'Assessing the Legality of the Attacks by the International Coalition Against Al-Qaeda and the Taleban in Afghanistan: An Inquiry into the Self-Defense Argument Under Article 51 of the UN Charter'. *J Crim. L* 67: 415; Schmitt, supra note 48

73 ראו Müllerson, supra note 70, and Schmitt, supra note 48. שניהם טוענים שגם אם אי-אפשר לראות במדינה המארחת אחריות לתמיכה בטרור, אם היא איננה מוכנה או איננה מסוגלת למנוע את פעילות הטרוריסטים משטחה, למדינה הנתקפת יש זכות להשתמש בכוח נגד הטרוריסטים.

74 ראו *Nicaragua case*, supra note 71, para. 176; *Nuclear Weapons case*, supra note 74

בכוח למתקפה מזוינת, אלא אם חסרים אמצעים אחרים להגנה עצמית.⁷⁵ זאת ועוד: המטרה שלשמה ייעשה השימוש בכוח חייבת לצפות פני עתיד, כלומר מניעתה של מתקפה או עצירתה. דומה כי כלל זה אוסר התקפות שנועדו להעניש או לנקום על התקפה.⁷⁶ לפי עקרון המידתיות, אין להשתמש בכוח בעצמה גבוהה מזו הדרושה לממש את מטרת השימוש בכוח, כלומר הגנה על המדינה הנתקפת מפני מתקפת טרור נוספת.⁷⁷

בעקבות פיגועי ה-11 בספטמבר בארצות הברית התעורר דיון בשאלה אם המתקפה הקנתה לארצות הברית את הזכות לפעול נגד אפגניסטן.⁷⁸ עם זאת,

63, para. 41, and *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v USA)* 6 Nov. 2003; available at http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopjudgment/iop_ijudgment_20031106.PDF (19.6.04), paras. 73-77. Also see Gray, C. (2004). *International Law and the Use of Force* (2nd edn.), pp. 120-126; Dinstein, supra note 70, pp. 207-213; Schmitt, supra note 48

75 ראו Dinstein, הערה 70 לעיל, עמ' 198, הטוען כי 'הסתמכות המדינה הנתקפת על כוח נגדי מותנית בכך שחיפשה תחילה פתרון של שלום לסכסוך'. ראו גם Cassese, הערה 71 לעיל, עמ' 597.

76 ראו Gray, supra note 74, p. 121; Alexandrov, S. A. (1996). *Self-Defence Against the Use of Force in International Law*, p. 184. בהתבסס על דרישה זו, נטען כי חוקיות ההתקפה של ארצות הברית על אפגניסטן בעקבות אירועי 11 בספטמבר מוטלת בספק, מאחר שלא היה ברור אם ארה"ב חששה ממתקפה נוספת או פשוט ביקשה לנקום: Quigley, J. (2003). 'The Afghanistan War and Self-Defense'. *Valparaiso ULR* 37: Dinstein, supra note 70, at 561; Gray, supra note 74, pp. 167-172; p. 199. הטוען כי מה שהוא מכנה 'תגמול הגנתי מזוין', הצופה פני עתיד ואיננו רק בעל אופי עונשי, עשוי לעמוד בדרישות מבחן הכורח. ראו גם Coll, Alberto R. (1987). 'The Legal and Moral Adequacy of Military Responses to Terrorism'. *Am. Soc'y Int'l Roberts*, *ibid.*, p. 318, and cf. the remarks of *L Proc*. 81: 287, 297 Boyle, *ibid.*, pp. 293-294; Rowles, James P., 'Responses to Terrorism: Substantive and Procedural Constraints in International Law'. *ibid.*, p. 313

77 ראו Schmitt, supra note 48, אך ראו גם Arend & Beck, supra note 71, p. 165, המבחינים בין שלוש גישות ביחס לדרישת המידתיות בהקשר זה: מידתיות נוסח 'מידה כנגד מידה'; מידתיות 'מצטברת' ומידתיות 'מרתיעה'.

78 ראו לדוגמה, Murphy, S. (2002). 'Terrorism and the Concept of "Armed Attack" in Article 51 of the U.N. Charter'. *Harv. Int'l LJ* 43: 41; Bassiouni, C. (2002). 'Legal Control of International Terrorism: A Policy Oriented Assessment'. *Harv Int'l LJ* 43: 83; Beard, Jack M., (2002). 'Military Action against Terrorists under International Law: America's New War on Terror: The Case for Self-Defense under International Law'. *Harv. J L & Pub Pol'y* 25: 559; Byers, M. (2002). 'Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September'. *ICLQ* 51: 401; Quigley, supra note 76; Gray, supra note 74, pp. 167-172

דומה כי בנושא אחד לא הייתה כל מחלוקת: אם ארצות הברית הייתה רשאית להשתמש בכוח נגד אפגניסטן בתגובה למתקפה, היא הייתה רשאית להציב לה למטרה לא רק את אנשי הכוחות המזוינים של אותה מדינה (אנשי הטליבאן), כי אם גם חברים בארגון אל-קאעידה. עובדה זו נראית לכאורה ברורה מאליה. אם ארגון טרור יוזם מתקפה נגד מדינה, נראה בכירור שאותו ארגון מהווה איום שנגדו המדינה הנתקפת זכאית להתגונן. הבעיה היא שכל מעשה של הגנה עצמית חייב לעמוד בנורמות של המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי.⁷⁹ וכדי שמתקפה על חברי ארגון טרור תעמוד בדרישות אלה, עלינו לאמץ תאוריה אחת מבין השתיים:

א. ההתקפה המזוינת הראשונית או התגובה המזוינת אליה מצד המדינה הנתקפת יצרה סכסוך מזוין בין-לאומי בין המדינה הנתקפת לבין המדינה המארחת, ובמסגרת סכסוך זה, הטרוריסטים הם מטרה לגיטימית;
 ב. בין שסכסוך בין-לאומי מזוין קיים בין המדינה הנתקפת לבין המדינה המארחת ובין שאינו קיים, נוצר סכסוך מזוין בין המדינה הנתקפת לבין ארגון הטרור, ובהקשר של סכסוך זה, הטרוריסטים הם מטרה לגיטימית.
 כעת אבחן את תקפותן של התאוריות הללו במשפט ההומניטרי הבינ-לאומי.

ב. המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי

כאשר נעשה שימוש בכוח נגד טרוריסטים במדינה הנחשבת אחראית למתקפה המזוינת, אפשר לטעון לקיומו של סכסוך מזוין בין המדינה הנתקפת לבין המדינה המארחת.⁸⁰ אבל האם יכול לקום סכסוך מזוין בין המדינה הנתקפת לבין ארגון טרור בין-לאומי? ואם כן, איזה מין סכסוך הוא זה?

⁷⁹ ראו Dinstein, supra note 70, p. 195

⁸⁰ בהחלטה בעניין Tadić קבעה ערכאת הערעורים של בית הדין המיוחד ליוגוסלביה לשעבר, כי 'סכסוך מזוין מתקיים כאשר יש פנייה לשימוש בכוח הנשק בין מדינות': *Prosecutor v. Tadić* (Decision on the Defence Motion of Interlocutory Appeal on Jurisdiction), 2 Oct. 1995, App. Ch., IT-94-1-AR72, 35 ILM (1996) 32 (hereinafter: *Tadić, Jurisdiction Appeal*), para. 70. בדומה לכך, קומנטר הוועדה הבינ-לאומית של הצלב האדום לאמנות ז'נבה קובע כי 'כל מחלוקת המתעוררת בין שתי מדינות ומובילה להתערבות של כוחות מזוינים היא סכסוך מזוין כמשמעותו בסעיף 2, גם אם אחד הצדדים מתכחש לקיומו של מצב מלחמה. אין חשיבות לשאלה כמה זמן נמשך הסכסוך, או מהו היקף ההרג': ICRC, *Commentary on Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Geneva, 12 August 1949, at 32

1. סכסוכים מזוינים בין-לאומיים וסכסוכים שאינם בין-לאומיים
 הגישה הרווחת היא שמעצם הגדרתו, סכסוך מזויין בין-לאומי הוא סכסוך בין מדינות.⁸¹ מנגד, הסכסוך המזויין שאינו בין-לאומי, כפי שנתפס במשפט ההומניטרי הבין-לאומי, הוא סכסוך בין רשויותיה של מדינה לבין מתקוממים או מורדים בשטחה. הן סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה הן סעיף 1 (1) לפרוטוקול הנוסף השני לאמנות ז'נבה מתייחסים לסכסוכים המתרחשים בתוך שטחה של מדינה.⁸² מכך אפשר לכאורה להסיק שהכללים והעקרונות הנוגעים לסכסוכים שאינם בין-לאומיים חלים בסכסוכים מזוינים פנימיים ואינם חלים בסכסוכים בין מדינה לבין ארגון טרור הפועל מחוץ לגבולותיה.

יש מחלוקת בספרות אם סכסוך בין מדינה לבין ארגון טרור בין-לאומי עשוי להיחשב סכסוך מזויין לפי המשפט הבין-לאומי.⁸³ המסמכים השונים של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי אינם עוסקים ישירות בסכסוכים מעין אלה,

81 ראו Jinks, D. (2003). 'September 11 and the Law of War'. *Yale J Int'l L.* 28: 20 בעניין Tadic קבעה ערכאת הערעורים של בית הדין המיוחד ליוגוסלביה לשעבר כי 'אין מחלוקת כי סכסוך מזויין הוא בין-לאומי אם הוא מתנהל בין שתי מדינות או יותר. בנוסף, במקרה של סכסוך מזויין פנימי הפורץ בתוך שטחה של מדינה, אפשר שהוא יהפוך לבין-לאומי (או לפי הנסיבות, יהיה בין-לאומי באופיו בנוסף להיותו סכסוך פנימי מזויין), אם (1) מדינה אחרת מתערבת בסכסוך באמצעות כוחותיה, ולחלופין (2) חלק מן המשתתפים בסכסוך הפנימי פועלים בשמה של מדינה אחרת. בחריג האמור בסעיף הכללי מספר 3, שיידון לעיל, ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949 מתייחסות רק לסכסוכים מזוינים בין מדינות שהן צד לאמנות'. *Prosecutor v. Tadic Judgment*, 15 July 1999, App. Ch., IT-94-1-A, at para. 84 (hereinafter: *Tadic, Merits Appeal*)

82 סעיף 3 המשותף לאמנת ז'נבה מתייחס ל'מקרה של סכסוך מזויין שאיננו בין-לאומי המתרחש בשטחה של אחת המדינות המתקשרות [...]'. סעיף 1 (1) לפרוטוקול הנוסף השני קובע כי הפרוטוקול חל רק על סכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים 'אשר מתרחשים בשטחו של צד המתקשר בין כוחותיו המזוינים לבין כוחות מזוינים של מתנגדי משטר או קבוצות מזוינות מאורגנות אחרות אשר, תחת פיקוד אחראי, מקיימים שליטה על חלק משטח המאפשר להם להוציא אל הפועל פעולות צבאיות מתמשכות ומתואמות וליישם פרוטוקול זה'. סף התחולה של סכסוך מזויין שאינו בין-לאומי בהתאם לפרוטוקול הנוסף השני גבוה מזה הנדרש לפי הסעיף המשותף 3, אבל נושא זה אינו מענייננו במאמר זה. Moir, הערה 25 לעיל, דן בהרחבה בהבדלים בין סעיף 3 לבין הפרוטוקול הנוסף השני.

83 ראו למשל, Goldman, R. (2001). 'Certain Legal Questions and Issues Raised by the September 11th Attacks'. *Hum. Rts Brief* 9: 2 Discussion Forum, *The Attack on the WTC: Legal Responses Pellet*, 'No, This is not war' and Gaga, 'In What Sense was there an "Armed Attack"?' both supra note 70, pp. 36-44. Müllerson, supra note 70, העניין יידון בהרחבה בהמשך, בטקסט הצמוד להערות 107-121 להלן.

אבל ההשלכות של תשובה שלילית לשאלה זו – כלומר הקביעה שהצדדים לסכסוך כזה אינם כפופים לכללי המשפט ההומניטרי – צריכות לשכנע אותנו שיש לדחות את התשובה הזו. עלינו לבחור בין שתי אפשרויות: 'מתיחת' ההגדרה של סכסוך בין-לאומי מזוין מעבר להגדרה הצרה של סכסוך בין שתי מדינות, או הרחבת ההגדרה של סכסוך שאינו בין-לאומי כך שיכלול סכסוך מזוין בין מדינה לבין שחקן שאיננו מדינה, גם אם אינו מתנהל בשטחה של אותה מדינה.

2. סכסוכים מזוינים עם טרוריסטים כסכסוכים בין-לאומיים מזוינים
 לפי הדין הבין-לאומי החל על סכסוכים מזוינים, המטרה הלגיטימית היחידה לשימוש בכוח היא החלשת כוחו הצבאי של האויב.⁸⁴ לפי העיקרון הבסיסי של הבחנה, הצדדים נדרשים להבחין בין לוחמים לבין אזרחים ובין מטרות צבאיות לבין מטרות שאינן צבאיות. כדי לאפשר יישום של עיקרון זה, הלוחמים מחויבים לבדל את עצמם מבני אדם אחרים. אלה שאינם עושים כן הופכים ללוחמים 'לא חוקיים' או 'לא מוגנים', המאבדים את זכויותיהם כלוחמים, כפי שיפורטו להלן.⁸⁵ ההבחנה בין 'לוחם' לבין 'אזרח' ברורה: כל מי שאיננו לוחם

84 עיקרון זה, שאומץ במקור בהכרזת סנט פטרסבורג, משנת 1868, מתבטא היום בעיקרון הקובע כי הצדדים לסכסוך מזוין בין-לאומי רשאים להפנות פעולות רק נגד מטרות צבאיות: סעיף 48 לפרוטוקול הנוסף הראשון.

85 מקורו של המונח 'לוחם לא חוקי' הוא בפסק הדין בעניין *Ex Parte Quirin et al.* 317 (1942) US. בעניין זה קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כי ארבעה חיילים גרמנים שנתפסו לאחר שהונחתו בחופי ארצות הברית במהלך מלחמת העולם השנייה והתקדמו לעבר העיר ניו יורק כאשר הם לבושים בבגדים אזרחיים, יעמדו לדין לפני בית דין צבאי באשמת ניסיון לבצע מעשי איבה נגד ארצות הברית. בית המשפט קבע כי משנכנסו לארצות הברית ככוונה לפגוע במטרות צבאיות 'ללא מדים או סמלים אחרים לזיהוי מעמדם כחיילים, או משהשמידו את הסמלים הללו לאחר שחדרו לארצות הברית, הפכו ללוחמים לא חוקיים, הנתונים לשפיטה ולענישה'. השאלה אם יש אכן קטגוריה מיוחדת של 'לוחמים בלתי חוקיים', ואם כן, מה משמעותה, שנויה במחלוקת. עם זאת, המונח לוחם 'לא חוקי' או 'לא מורשה' נמצא בשימוש נרחב. ראו, Report on Terrorism and Human Rights, supra note 39, para. 69; D. Fleck (ed.) (1995). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, para. 302; Dinstein, Y. (2002). 'Unlawful Combatancy'. *Israel Yrbk on HR* 32: 247; Dörmann, K., (2003). 'The Legal Situation of "Unlawful/unprivileged Combatants"'. *IRRC* (849) 85: 45; Col. K.W. Watkin, *Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts in the 21st Century*, HPCR Policy Brief, Jan. 2003; available at <http://www/hsp.harvard.edu/hper> (last accessed 25.2.04) נראה לי שכיום מתייחס מונח זה לאנשים הנוטלים חלק במעשי איבה, אף כי הם אינם כלולים בהגדרת 'לוחמים'. אתייחס לאנשים כאלה להלן, בטקסט המתלווה להערות 122-127 להלן.

הוא אזרח.⁸⁶ לוחמים נהנים מן הזכות להילחם, אך אזרחים אינם רשאים לעשות כן, והם עלולים למצוא את עצמם עומדים לדין ונענשים אם יילחמו. זאת ועוד: אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה מאבדים את חסינותם והופכים למטרות לגיטימיות.⁸⁷

לפי דגם זה, השאלה אם מותר לסמן אדם כמטרה ולהרוג אותו תלויה ככלל במעמדו ולא במעשיו.⁸⁸ אם האדם הוא לוחם, הוא הופך למטרה לגיטימית, בין שהוא מספן אישית את חייהם או את האינטרסים של האנשים בצד האחר לסכסוך ובין שאינו מסכן אותם.⁸⁹ זאת ועוד זאת: מרגע שקיים סכסוך מזוין, אין חובה על צבאו של צד בסכסוך לבחון אם אנשיה של יחידה צבאית של הצד האחר מבקשים להיכנע לפני שיתקפו את היחידה. הנטל מוטל על הצד המבקש להיכנע ולמנוע את ההתקפה להבהיר את רצונו זה.⁹⁰ חוקיותה של התקפה על יחידה צבאית איננה תלויה בסמיכותה בזמן של פעולה צבאית של אותה יחידה נגד המדינה של הצבא התוקף.

המערכת בדגם זה נראית סגורה: אדם יכול שיהיה לוחם או אזרח. איך משתלבים חברים בארגון טרור בדגם זה? בהנחה שיש סכסוך בין-לאומי מזוין בין שתי מדינות או יותר, מהו מעמדם? אפשר לראות בהם לוחמים רק אם הם נכנסים לאחת משתי הקטגוריות הבאות:

- א. הם חלק מן הכוחות המזוינים של מדינה שהיא צד לסכסוך;
- ב. הם חלק מקבוצה חמושה אחרת השייכת למדינה כאמור והממלאת את ארבעת התנאים שנקבעו בסעיף 4 (א) (2) לאמנת ז'נבה השלישית:
 1. נתונים לפיקוד אחראי;
 2. לובשים אמצעי היכר ברור;
 3. נושאים את נשקם בגלוי;
 4. מנהלים את מבצעייהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה.⁹¹

86 ראו Art. 50 of API

87 ראו Art. 51(3) of API

88 החריג לכלל זה הוא של אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. אדון בתופעה זו בפירוט להלן, בטקסט הנלווה להערות 93-103 להלן.

89 ראו Walzer, supra note 53, pp. 144-145

90 ראו סעיף 41 לפרוטוקול הנוסף הראשון, העוסק באנשים הנמצאים מחוץ למערכה. אדם נחשב 'מחוץ למערכה' אם 'הוא מבטא באופן ברור כוונה להיכנע'.

91 ראו Fleck, supra note 85, para. 304. לפי הפרוטוקול הנוסף הראשון, הורחב יישומו של הדין הנוגע לסכסוכים מזוינים בין-לאומיים כך שיחול גם על סכסוכים מזוינים שבהם עמים נלחמים נגד שליטה קולוניאלית, כיבוש זר או משטרים גזעניים, וחברי הקבוצות המזוינות של עמים כאלה נהנים אף הם ממעמד של לוחמים. במאמר זה לא אדון בשאלה

טרוריסטים בין-לאומיים אינם, על פי רוב, חלק מכוחותיה המזוינים של מדינה, וגם אם הם עומדים בחלק מן הדרישות של סעיף 4 (א) (2) של אמנת ז'נבה השלישית, אופי פעולותיהם, כלומר הריגתם המכוונת של אזרחים או פציעתם, פירושו שלעולם לא יעמדו בתנאי הקבוע בסעיף קטן ד לעיל.⁹² לכן הם אינם עומדים בתנאים המאפשרים לראות בהם לוחמים, והם חייבים להיחשב אזרחים.⁹³ ככאלה, אין להפוך אותם מושא להתקפה, 'אלא אם כן הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה, ולמשך אותו הזמן בלבד'.⁹⁴ ואכן, בדיון במעמדם של חשודים בפעילות טרור בשטחים המוחזקים בידי ישראל, בהישענו על ההנחה שמדובר בסכסוך מזוין בין-לאומי, פרופסור אנטוניו קאססה גורס כי חברי ארגון הטרור נחשבים אזרחים, והכלל האמור חל עליהם.⁹⁵

אם נאמן עמדה זו, תישאל מיד השאלה מתי ייחשב טרוריסט כמי שנוטל חלק ישיר במעשי איבה. במענה לשאלה זו, יש להעיר ארבע הערות: א. השאלה אם אזרח מסוים נוטל חלק ישיר במעשי איבה צריכה להיבחן ברמה הפרטנית. לשון אחר: בניגוד להריגתם של לוחמים, המבוססת על מעמדם, באזרחים מותר להתנקש רק בשל פעולותיהם הפרטניות. אין די שאדם שייך לקבוצה המקדמת פעילות טרור או אף מבצעת אותה, כדי להוכיח שהוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה. מכאן נובע שמדינה אינה

מתי יוכלו טרוריסטים להיכנס להגדרה זו, מאחר שההרחבה שמציע הפרוטוקול הנוסף למעמד הלוחמים איננה חלק מן הדין המנהגי, והפרוטוקול לא אושרר בידי כל המדינות החברות באמנת ז'נבה. יש לציין כי רוב המדינות שסירבו לאשרר את הפרוטוקול הנוסף פעלו כך מכיוון שלא היו מוכנות להכיר במעמדם של חברי ארגונים שנלחמו נגדן כלוחמים. חשובה במיוחד לצורך הדיון, העובדה שארצות הברית וישראל לא אשררו את הפרוטוקול הנוסף. לדיון בהיקף מעמד הלוחמים בהתאם לפרוטוקול הנוסף הראשון ראו Greenwood, C. (1989). 'Terrorism and Humanitarian Law: The Debate over Additional Protocol I'. *Israel Yrbk on HR* 19: 187; Dinstein, supra note 85

92 ברוב המקרים הם לא ייחשבו גם לקבוצה השייכת למדינה המעורבת בסכסוך, ולכן לא ייחשבו לוחמים, אפילו יעמדו בכל התנאים האחרים; ראו **התובע הצבאי נ' קאסס ואח'**, פסק דין של בית המשפט הצבאי ברמאללה מיום 13 אפריל 1969, המצוטט אצל Sassoli, M. & Bouvier, A. A. (1999). *How Does Law Protect in War?*, p. 806. על פי רוב הם גם אינם עומדים בדרישות סעיפים קטנים ב ו-ג בסעיף 4 א (2).

93 ראו Brown, supra note 70, pp. 24-25, n. 112; Watkin, supra note 85, p. 10; Dinstein, supra note 70

94 ראו סעיף 51 (3) לפרוטוקול הנוסף הראשון. נראה כי מקובל לראות הוראה זו כחלק מן המשפט המנהגי. אך ראו הערה 99 להלן.

95 ראו חוות הדעת של קאססה, עמ' 16-18.

- רשאית לתקוף חברי ארגון טרור ככאלה; עליה להתרכז תמיד בפגיעה בטרוריסטים ספציפיים.
- ב. מהם 'מעשי איבה'? לפי חברי הפרשנות של הצלב האדום הבין-לאומי לפרוטוקול הנוסף הראשון, 'מעשי איבה צריכים להיות מעשים שמטבעם ולפי תכליתם נועדו לגרום פגיעה ממשית לכוח האדם ולציוד של הכוחות המזוינים'.⁹⁶ הגדרה זו נראית צרה מדי, מכיוון שהיא איננה כוללת מעשי טרור שבהגדרתם נועדו לפגוע באזרחים. עם זאת, בחוות הדעת שהגיש לבית המשפט העליון בישראל בסוגיית הסיכולים הממוקדים, פרופסור אנטוניו קאססה איננו חולק על כך שמתקפות טרור על אזרחים הן מעשי איבה במובנם על פי סעיף 51 (3) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה.
- ג. אילו פעילויות ייחשבו לנטילת חלק ישיר במעשי האיבה? האם תכנונו של פיגוע, ייצור חומרי הנפץ ואספקתם נכללים בהגדרה? ומה בדבר תמיכה ממין אחר? בפסקה שאינה מוסיפה הרבה להבנת המושג, קובעת הפרשנות של הצלב האדום לפרוטוקול הנוסף הראשון כי 'השתתפות "ישירה" פירושה מעשי איבה שמטבעם נועדו לגרום נזק ממשי לכוח האדם ולציוד של צבא האויב'.⁹⁷ מנגד, בפרשנות לתקנות השירותים המשולבים של צבא גרמניה (Bundeswehr) ניתנת למונח פרשנות מרחיבה, והוא כולל 'אזרחים המפעילים מערכות נשק, מפקחים על תפעול כאמור או מספקים שירותים לציוד כזה', וגם 'הכנה למבצע צבאי וכוונה ליטול חלק במבצע כאמור', בתנאי שהם קשורים ישירות למעשי האיבה ו'מהווים איום ישיר על האויב'.⁹⁸
- ד. סעיף 51 (3) מתייחס לזמן שהאזרחים נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. בחוות הדעת שהוזכרה לעיל פרופסור קאססה דורש לתת למונח פרשנות צרה. רק כאשר האדם עוסק בפועל בביצוע מעשי האיבה מותר לראות בו מטרה לגיטימית. ברגע שהשלים את מעשה האיבה, הוא שב ליהנות מאותה ההגנה שממנה נהנים אזרחים אחרים. פרשנות זו נתמכת בפרשנות הצלב האדום לפרוטוקול הנוסף הראשון.⁹⁹

96 ICRC, *Commentary on Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the 'Protection of Victims of International Armed Conflicts'* (Protocol I), 8 June 1977, para. 1942

Ibid., para. 1944 97

Fleck, *supra* note 85, p. 232 98

99 ICRC, *Commentary on Protocol Additional*, *supra* note 96, para. 1944. וכן ראו Watkin, *supra* note 85, pp. 11-12; Behnsen, A. (2003). 'The Status of Mercenaries

אם נקבל את הפרשנות הצרה הזו, ייהנו הטרוריסטים מן הטוב שבשני העולמות: הם יוכלו להישאר אזרחים במשך רוב הזמן ולסכן את ההגנה המוקנית להם רק כאשר הם עוסקים ממש בביצוע פעולות טרור. האם תאוריה זו, שזכתה לכינוי 'תאוריית הדלת המסתובבת',¹⁰⁰ מתקבלת על הדעת? הוועדה הבינ-אמריקנית לזכויות אדם הטילה בכך ספק,¹⁰¹ וכמוהו חלק מן המומחים. יש שטענו כי ההגדרה העדכנית של אזרחים צריכה להתמקד באופיים הבלתי פוגעני, וכי אזרחים 'עלולים לאבד את מעמדם כאזרחים כאשר הם הופכים ל"פוגענים" – כלומר כאשר הם נוקטים פעולה נגד כוחות הצבא או נגד עמיתיהם האזרחים'.¹⁰² טיעון אחר הוא שגישת 'מעין-לוחם' המבוססת על חברות בזרוע הצבאית של ארגון המעורב בפעולות איבה, ולא רק פעולה אישית, צריכה לשמש להכרעה אם מותר לסמן אדם כמטרה.¹⁰³

אם נאמץ את הגישה המוגבלת, שטרוריסטים בין-לאומיים הם אזרחים שמותר לפגוע בהם רק כאשר הם נוטלים חלק פעיל במעשי איבה, עלולה הזכות להגנה עצמית בעקבות מתקפת טרור, המעוגנת בסעיף 51 למגילת האו"ם, להיפך ריקה מתוכן. מאחר שכל פעולה הנעשית להגנה עצמית חייבת לעמוד בכללי המשפט ההומניטרי, היסולם של הטרוריסטים החשודים

and Other Illegal Combatants Under International Humanitarian Law'. *German Ybk of Int'l L* 46: 494, at. 504. בתשובה שהגישה לבית המשפט העליון טוענת ממשלת ישראל כי ההגדרה הרחבה בסעיף 51 (3), הדנה לא רק בנטילת חלק ישיר במעשי האיבה (נוסח הרומה לזה של סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה), אלא גם 'למשך אותו זמן' שבו הם נוטלים חלק במעשי האיבה, איננה משקפת את המשפט הבינ-לאומי המנהגי. תמיכה לטענה זו אפשר למצוא בסעיף 8 (2) (ב) (1) לאמנת רומא ברבר הקמת בית הדין הפלילי הבינ-לאומי, אשר בהגדרה שהוא מציג לפשע שבו כרוכה אלימות נגד אזרחים, הוא משמיט התייחסות לביטוי 'למשך אותו זמן'.

100 ראו, *Air Force LR* 32: 1, Parks, H. W. (1990). 'Air War and the Laws of War'. 118-120; Watkin, supra note 85, p. 12

101 Report on Terrorism and Human Rights, supra note 39, para. 69. בדיונה בסעיף 51 (3) לפרוטוקול הנוסף הראשון, קבעה הוועדה כי אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה מותרים זמנית על חסינותם מפני מתקפה אישית במשך הזמן שבו הם נוטלים תפקיד של לוחמים. הוועדה הוסיפה: 'בהקשר זה ייתכן שמרגע שאדם מוגדר כלוחם, רגיל או לא רגיל, מוגן או לא מוגן, הוא לא יוכל לשוב למעמדו כאזרח או לעבור בין מעמד של אזרח למעמד של לוחם'. וראו 100 Parks, supra note, הטוען כי על פי המשפט הבינ-לאומי המנהגי, אזרח שחצה את הקווים וביצע פעולות לחימה איננו יכול לשוב למעמד אזרח, והוא מהווה מטרה חוקית.

Slaughter & Burke-White, supra note 17, p. 13

Watkin, supra note 18, pp. 16-17

באחריות למתקפה לא תחשב פעולה חוקית, אלא אם בוצע בעודם מבצעים את המתקפה. נראה שבגישה כזו אין היגיון רב. כפי שציינתי לעיל, איש מן המומחים שדנו בתגובתה של ארצות הברית לאירועי 11 בספטמבר לא חלק על כך שיותר היה להשתמש בכוח נגד חברי אל-קאעידה באפגניסטן.

מייקל נ' שמיט (Michael N. Schmitt) מודע לקשיים שמעוררת התאוריה בדבר הגנה עצמית, ההופכת לבלתי חוקית, התקפה דווקא ביחס לאותם האנשים המסכנים את המדינה. כדי להתגבר על קשיים אלה הוא טוען ש'אין למנוע ממדינות לפעול מתוך הגנה עצמית תוך חיסולם של טרוריסטים מסוימים רק משום שהסכסוך מתקיים ברמה שונה'.¹⁰⁴ שמיט גורס כי 'מדינה רשאית, על פי רוב, לפגוע באלה שיש יסוד סביר להאמין כי הם מאיימים עליה ב'אלימות'.¹⁰⁵ הוא מציע ארבעה גורמים שיש לקחתם בחשבון בבחינת סבירותה של ההערכה כי אכן קיים איום כזה:

א. התנהגותו של ארגון הטרור בעבר;

ב. השאלה אם הארגון קבע לעצמו מטרות המרמזות על סכסוך מתמשך עם המדינה הנתקפת;

ג. השאלה אם אירועי התקופה האחרונה העצימו את המתיחות או הרגיעו אותה;

ד. השאלה אם מידע מודיעיני מראה כי קיימות פעולות בשטח המעידות שמתקפת טרור נמצאת בשלבי תכנון.¹⁰⁶

כאשר הסכסוך המזוין האמתי הוא בין מדינות, מובן שיש לראות באנשים שאינם חלק מכוחות הצבא של צדדים לסכסוך, או שאינם בעלי אפיונים של כוחות הצבא האמורים, אזרחים לכל דבר ועניין. במצב כזה יש היגיון בתפיסה שכל מי שאיננו חלק מן הכוחות המזוינים ייחשב אזרח. יתרה מזאת, תפיסה זו חיונית אם ברצוננו לשמור על עקרון ההבחנה. בהקשר זה הגבלת הזכאות לפגוע באזרח הנוטל חלק ישיר בפעולות איבה למועד שהוא עושה זאת בפועל, מוסברת לא רק בצורך לסכל איום מידי, אלא גם ברקע הראייתי שהוסבר לעיל בדיון על דרישת המידיות בדיני זכויות האדם. כאשר אדם נוטל חלק פעיל במעשי איבה, הראיות נמצאות לנגד עינינו, ואיננו נתקלים בקשיים ראייתיים מורכבים, דוגמת שאלת הזיהוי ואמינותם של מקורות מודיעיניים. כאשר הסכסוך המזוין מתנהל בעיקרו בין מדינה לבין ארגון טרור, התאוריה שהטרוריסטים הם אזרחים איננה מתקבלת על הדעת. דגם הסכסוך

Schmitt, supra note 10, p. 648 104

Ibid., p. 649 105

Ibid. Also see Müllerson, supra note 70 106

המזוין (בניגוד לדגם אכיפת החוק) איננו בר יישום אם רק לאחד מן של הצדדים בסכסוך יש לוחמים. אם מניחים, כפי שעושים מומחים רבים, כי אלימות מתמשכת בין ארגון טרור לבין מדינה עלולה להוות סכסוך מזוין שעליו חלים כללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, עלינו למצוא תאוריה אחרת, סבירה יותר. האם יכולה תאוריה זו להיות התייחסות לסכסוך כאל סכסוך שאיננו בין-לאומי?

3. סכסוך מזוין עם ארגוני טרור כסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי

בהתחשב בקשיים הנוגעים להגדרתו של עימות בין מדינה לבין ארגון טרור רב-לאומי כסכסוך מזוין בין-לאומי, יש הטוענים כי עימות מזוין כזה יש לראותו כסכסוך שאיננו בין-לאומי.¹⁰⁷ טיעון זה מעורר שני קשיים.

כאמור לעיל, ההגדרות של סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי, כפי שאומצו בסעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה ובפרוטוקול הנוסף השני, מתייחסות לעימות המתנהל בתוך שטחה של מדינה. לכן גם אם נבקש להתייחס לסכסוך שבין מדינה לבין ארגון טרור רב-לאומי כאל סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי, על סכסוך זה לא יחולו פורמלית הוראות 'הקודקס לסכסוכים שאינם בין-לאומיים'. מובן שאין להסיק מכך שסכסוך בין מדינה לבין ארגון טרור רב-לאומי לא יוכל לעולם להיחשב סכסוך מזוין, או שהוא עשוי להיחשב סכסוך מזוין שעליו לא חלים כללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי. קשה להאמין שמדינות הסכימו להחלת חלק מן הנורמות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי על סכסוכים מזוינים פנימיים, אבל לא על סכסוכים מזוינים רב-לאומיים שאינם מכוסים בדין החל על סכסוכים מזוינים בין-לאומיים.

אין כל סיבה סובסטנטיבית מדוע לא יחולו הנורמות החלות על סכסוך מזוין בין מדינה לבין ארגון טרור המצוי בשטחה, גם על סכסוכים מזוינים כאשר הארגון האמור איננו פועל רק בשטח המדינה. לכן נראה לי שבמידה שהוראות האמנה הנוגעות לסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים כוללות הוראות מתחום המשפט הבינלאומי המנהגי, הוראות אלה יחולו בכל העימותים המזוינים בין מדינה לבין שחקנים שאינם מדינה. המשמעות היא, לכל הפחות, שסעיף 3 המשותף יחול על עימותים כאלה.¹⁰⁸ מעמדו של

¹⁰⁷ ראו לדוגמה, Jinks, supra note 82, p. 38

¹⁰⁸ בעניין ניקרגואה קבע בית הדין הבינלאומי כי סעיף 3 'מגדיר כללים מסוימים שיש להחיל בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים. אין ספק שבמקרה של סכסוך מזוין בין-לאומי, כללים אלה יהיו גם אמת המידה המזערית, בנוסף לכללים הנרחבים יותר החלים בסכסוכים בין-לאומיים; וכללים אלה, לדעתו של בית הדין, משקפים את מה

הפרוטוקול הנוסף השני מורכב יותר, ובהתייחסות אליו נצטרך להיות בררנים מעט יותר, מאחר שלא לכל הוראותיו יש מעמד של דין מנהגי.¹⁰⁹

בעוד השימוש בכוח ביחסים בין מדינות הוא מצב שבו יחולו תמיד כללי המשפט הבינ-לאומי בכלל והמשפט ההומניטרי הבינ-לאומי בפרט,¹¹⁰ ההנחה הכללית היא שאלימות שבה מעורבים שחקנים שאינם מדינות היא בעיקרה עניין של הדין הפנימי, ושהתמודדות אתו מחייבת שימוש בדגם אכיפת החוק. מדינות לא התלהבו 'לבנאם' סכסוכים פנימיים, בהנחה שבנאום כזה יעניק מידה מסוימת של לגיטימציה למורדים בתוכן ושהוא עלול גם להגביל את חירותן בטיפול באלימות פנימית. הפרוטוקול הנוסף השני קובע מפורשות כי 'מצבים של הפרות סדר ומתחים פנימיים, דוגמת מהומות, מעשי אלימות בודדים וספורדיים וכיוצא בזה' אינם נכללים בהגדרתו של 'סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי'.¹¹¹

היקפה ורמתה של האלימות הנדרשת כדי שסכסוך ייחשב לסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי מעולם לא הוגדרו בבירור. מתוך הנחה שסיווגו של סכסוך כסכסוך מזוין ירחיב את ההגנות המשפטיות הניתנות לנפגעים, מציע הצלב האדום רף נמוך להיקפה ורמתה של האלימות הנדרשת.¹¹² בית הדין המיוחד ליוגוסלביה לשעבר קבע שסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי קיים כאשר מתקיימת 'אלימות חמושה ומתמשכת בין רשויות ממשל לבין קבוצות חמושות ומאורגנות'.¹¹³ בית הדין המיוחד לרואנדה הוסיף כי אלימות זו צריכה להיות גם ברמת אינטנסיביות מסוימת.¹¹⁴

בהתחשב בעמימות התנאים המאפשרים לראות בעימות אלים בין מדינה

שכינה בית הדין בשנת 1949 "שיקולים אלמנטריים של אנושיות" (Corfu Channel, Merits ...). *Nicaragua case*, supra note 71, para. 218. Also see *Tadic, Jurisdiction* Appeal, supra note 81, para. 98 שם קבע בית הדין המיוחד ליוגוסלביה לשעבר בצטטו את עניין ניקרגואה, כי סעיף משותף 3 הוא חלק מן המשפט המנהגי.

109 ראו Moir, supra note 25, p. 109

110 ראו supra note 81

111 ראו Art.1(2) of APII. The ICRC, *Commentary on Protocol Additional to the Geneva Conventions*, supra note 96, para. 4378. שם נטען כי ההחלטה להוציא הפרות סדר מתחולת הפרוטוקול נתקבלה מכיוון ש'נושאים אלה מטופלים בדיני זכויות האדם'.

112 ראו Moir, supra note 25, p. 33

113 *Tadic case, Jurisdiction*, supra note 81, para. 70 פרשנות הוועד הבינ-לאומי של הצלב האדום מדגישה את רמת הארגון של השחקנים הלא מדינתיים, ולא את רמת האלימות הכרוכה בסכסוך. ראו ICRC, *Commentary on the Protocol Additional*, supra note 111, para. 4341

114 ראו *The Prosecutor v. Akayesu*, Case ICTR-94-4-T, 2 Sept. 1998, para. 625

לבין שחקנים לא מדינתיים סכסוך מזוין, יהיה מקום לוויכוח אם עימות מסוים בין מדינה לבין קבוצת טרוריסטים רב-לאומית מהווה סכסוך מזוין בכלל.¹¹⁵ במקרה של ישראל, הכריזו הרשויות מיד לאחר פרוץ האלימות בספטמבר 2000 כי היקפה של האלימות ורמתה מצדיקים התייחסות למצב כאל 'סכסוך מזוין שאיננו מלחמה'.¹¹⁶ הגדרה זו איננה מוסכמת על הכול.¹¹⁷ הסיבה לחילוקי הדעות היא ההבנה כי סיווגו של העימות בין ישראל לבין ארגונים פלסטיניים חמושים כסכסוך מזוין, פירושו לא רק שחלולת עליו ההגנות המוכרות במשפט ההומניטרי הבין-לאומי, אלא גם שהמדינה תיהנה מסמ-כויות שמהן לא הייתה נהנית אילו המערכת המשפטית החלה הייתה מבוססת על דיני תפיסה לוחמתית או דיני זכויות האדם.¹¹⁸

סיווגו של סכסוך מזוין עם ארגון טרור רב-לאומי כסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי, אין פירושו שלא ייתכן שיש לצדו גם סכסוך מזוין בין-לאומי. בית הדין הבין-לאומי ובית הדין הפלילי ליוגוסלביה לשעבר קבעו כי בסכסוך נתון ייתכנו היבטים בין-לאומיים והיבטים שאינם בין-לאומיים.¹¹⁹ אם תיחשב מדינה אחרת אחראית למתקפה מזוינת של ארגון טרור, והמדינה הנתקפת תגיב במתקפה על הטרוריסטים בשטחה של המדינה האחראית, יתעורר סכסוך מזוין בין-לאומי בין שתי המדינות. אי לכך כאשר תקפה ארצות הברית את אפגניסטן בתגובה לאירועי 11 בספטמבר בטענה כי המשטר בפועל שכוון הטליבאן במדינה זו תמך בארגון אל-קאעידה, נוצר סכסוך מזוין בין ארצות

115 כפי שנראה להלן, זוהי אחת השאלות השנויות במחלוקת במצב שבין ישראל לפלסטינים.
116 ראו *Sharm el Sheikk Fact-Finding Committee Report (the Mitchell Report)*, citing from statements submitted by the Government of Israel; available at http://www.mideastweb.org/mitchell_report.htm; תשובת המדינה לבג"ץ 769/02 (מצויה בידי המחבר).

117 ראו לדוגמה, 'Legal Consequences of Israel's Construction of a Separation Barrier in the Occupied Territories'. *International Law Opinion* by Oxford Public Interest Lawyers, Feb. 2004 (on file with author), para. 115

118 לכן למשל, מחברי ה-*International Law Opinion* אינם סבורים כי לישראל נתונה הזכות להחרים רכוש ולהשמידו, סמכות המותרת במהלך פעולות איבה, כאשר היא דרושה בהכרח לצורכי מלחמה.

119 בעניין ניקרגואה, קבע בית הדין הבין-לאומי כי הסכסוך בין הקונטראס לבין כוחות הצבא של ניקרגואה היה סכסוך מזוין שאיננו בעל מאפיינים בין-לאומיים, ואילו הסכסוך בין ארצות הברית לניקרגואה היה סכסוך מזוין בין-לאומי: עניין ניקרגואה, הערה 71 לעיל, פסקה 219. בעניין *Tadic* קבע בית הדין המיוחד ליוגוסלביה לשעבר כי ייתכן סכסוך בין-לאומי לצדו של סכסוך פנימי. ראו *Tadic, Merits Appeal*, supra note 82, para. 84

הברית לבין אפגניסטן. אין פירוש הדבר שהעימות עם אל-קאעידה נבלע בעימות עם אפגניסטן וכי האנשים שביצעו את ההתקפה המזוינת והיוו סכנה לארצות הברית שנגדה ביקשה להגן על עצמה הפכו לאזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה בין המדינות המעורבות. המשמעות היא שהסכסוך הפך לסכסוך המשלב היבטים בין-לאומיים ושאינם בין-לאומיים.

כעת נניח שהסכסוך בין מדינה לבין ארגון טרור רב-לאומי הגיע להיקף ולרמה של אלימות הנדרשים לשם סיווג הסכסוך כסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי. סכסוך כזה איננו סכסוך בין שני קולקטיבים, שאמנם בכל אחד ואחד משניהם יש מספר מסוים של לוחמים אבל הם מורכבים ברובם מאזרחים, כי אם בין קולקטיב אחד לבין 'קבוצה חמושה ומאורגנת'.¹²⁰ עם זאת ברור לגמרי שהעיקרון הבסיסי של הבחנה החל בסכסוכים מזוינים בין-לאומיים, חל גם בסכסוכים ממין זה. לכן סעיף 12 (2) לפרוטוקול הנוסף השני קובע מפורשות כי 'האוכלוסייה האזרחית באשר היא, כמו גם אזרחים יחידים, לא יהיו מטרה להתקפה'. סעיף 13 (3) מאמץ את העיקרון שנקבע בסעיף 51 (3) לפרוטוקול הנוסף הראשון, הגורס שאזרחים יהיו מוגנים 'למעט אם וכאשר הם נוטלים חלק ישיר במעשי איבה'. סעיף 8 לאמנת רומא, המגדיר את פשעי המלחמה הנתונים לסמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי, כולל בין הפשעים שאפשר לבצע בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים באופיים 'הפניית מתקפה מכוונת נגד האוכלוסייה האזרחית ככזו או נגד אזרחים מסוימים שאינם נוטלים חלק ישיר במעשי איבה'.¹²¹

השימוש במונח 'אזרחים' בפרוטוקול הנוסף השני ובאמנת רומא מבוסס על ההנחה שקיימים גם כאלה שהם 'לא אזרחים' או לוחמים. ואולם מיהו לוחם בסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי? האמנות הבין-לאומיות אפילו אינן מנסות להשיב לשאלה זו.¹²²

הסיבות לחסר הזה ידועות היטב. מדינות נרתעו בעבר, והן עורן נרתעות, מהענקת מעמד של 'לוחמים' למורדים ולשחקנים לא מדינתיים הנוטלים חלק בסכסוכים שאינם בין-לאומיים, מאחר שהכרה בהם כלוחמים לא רק שתקנה להם מידת מה של לגיטימציה, אלא גם תאפשר להם ליהנות משתי 'הפריבילגיות' שמהן נהנים לוחמים: חסינות מאחריות פלילית בגין לחימה

120 לפי סעיף 3, הסכסוך יכול שיהיה גם סכסוך בין שתי קבוצות לוחמים או יותר.
121 סעיף 8 (ה) (2) (1) לאמנת רומא בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי. פשעי מלחמה בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים כוללים גם 'הריגתו או פציעתו בעורמה של לוחם היריב' (סעיף 8 (ה) (2) (9)); ההדרגשה הוספה.

122 ראו Sassoli & Bouvier, supra note 92, p. 208

ומעמד שבויי מלחמה כאשר ייתפסו.¹²³ אבל האם העובדה שאין אנשים שיש להם מעמד של 'לוחם', פירושה שבסכסוך מעין זה אכן אין בפועל 'לוחמים'? אם לא נשיב לשאלה זו בשלילה, תתרוקן ההגנה הניתנת לאזרחים מכל תוכן. אם אין לוחמים, הרי שכולם אזרחים, ובמקרה כזה אין כל צורך בהוראות מיוחדות להגנתם. לכן כמעט מובן מאליו שבסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים יש הלכה למעשה לוחמים, אשר בהם, בניגוד לאזרחים, רשאי הצד שכנגד לפגוע.

מי הם ה'לוחמים'? התשובה טמונה בזיהוי הצדדים לסכסוך. הפרוטוקול הנוסף השני קובע כי סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי הוא סכסוך בין הכוחות המזוינים של צד לאמנה לבין 'כוחות מזוינים מתנגדי משטר או קבוצות מזוינות מאורגנות אחרות'.¹²⁴ אמנם סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה איננו מצהיר על כך במפורש, אך מוסכם כי כדי שיתקיים סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי שעליו חל הסעיף, חייבת להיות גם קבוצה מאורגנת.¹²⁵

המסקנה ההגיונית מהגדרתו של סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי כסכסוך בין כוחותיה המזוינים של מדינה לבין קבוצה מזוינת מאורגנת, היא שהן חברי הכוחות המזוינים של המדינה הן חברי הקבוצה המזוינת המאורגנת הם 'לוחמים'. אכן לוחמים אלה אינם נהנים מן הזכויות המוקנות ללוחמים בסכסוך בין-לאומי מזוין, אך הצד האחר לסכסוך רשאי לתקוף אותם. זוהי הגישה שאימץ הצלב האדום הבין-לאומי בפרשנותו לפרוטוקול הנוסף השני: 'המשתייכים לכוחות מזוינים או לקבוצות מזוינות עשויים להיות נתונים להתקפה בכל עת'.¹²⁶ לפי תפיסה זו, אם מתקיים סכסוך מזוין בין ארצות, הברית לבין אל-קאעידה, חברים פעילים בארגון אל-קאעידה הם לוחמים,

123 ראו *Commentary on APII*, supra note 111, para. 4441

124 סעיף 1 לפרוטוקול הנוסף השני. כדי שתהיה תחולה לפרוטוקול השני, צריכים להתקיים תנאים נוספים, והם שהארגונים המזוינים יהיו 'תחת פיקוד אחראי ומקימים שליטה כזו על חלק משטחה של המדינה המאפשרת להם להוציא אל הפועל פעולות צבאיות מתמשכות ומתואמות וליישם פרוטוקול זה'.

125 במסגרת הדיון בסכסוכים שאינם בין-לאומיים המכוסים בסעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה, Pictet מכריז כי 'יש להכיר בכך שהסכסוכים האמורים בסעיף 3 הם סכסוכים מזוינים, שבהם יש "כוחות מזוינים" בכל אחד משני הצדדים, והם מנהלים ביניהם "מעשי איבה" – סכסוכים בקצרה, אשר במובנים רבים דומים מאוד למלחמה בין-לאומית, אלא שהם מתרחשים בגבולות שטחה של מדינה אחת'. ICRC, *Commentary on Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva, 12 August 1949, p. 37. וכן ראו *Tadic, Jurisdiction Appeal*, supra note 25, p. 36; note 81, para. 70

126 *Commentary on APII*, supra note 111, para. 4789 (ההרגשה שלי, ד"ק).

ואפשר לקבוע אותם כיעד. בדומה לכך, אם סכסוך מזוין קיים בין ישראל לבין החמאס, הג'יהאד האסלאמי והפנת"ח או התנזים בגדה המערבית וברצועת עזה, חברים הנוטלים חלק פעיל בפעילות המזוינת של ארגונים אלה הם לוחמים, ומותר לתקוף אותם.¹²⁷

ההתייחסות לחברים פעילים בקבוצות מזוינות מאורגנות כאל לוחמים שמותר לתקוף אותם מעלה שאלות מספר. ראשית, כיצד אפשר לזהות לוחמים כאלה? בניגוד לסכסוך מזוין בין-לאומי, שבו נדרשים הלוחמים לשאת 'סימן מקובע ומובחן, שאפשר לזהות ממרחק',¹²⁸ בהיעדר הגדרה ל'לוחמים' בסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי, אין דרישה דומה. כאשר הלוחמים עוסקים בלחימה הלכה למעשה, ייתכן שאין הדבר גורם קשיים מיוחדים. אבל האם אפשר לדרוש מן הצד האחר (על פי רוב המדינה) להילחם נגד לוחמים, רק כאשר הם מבצעים פעולות לחימה? אם נשיב לשאלה זו בחיוב, אין לכאורה כל הבדל בין לוחמים לבין אזרחים, שכן גם האחרונים יכולים להיות מושא להתקפה כאשר הם נוטלים חלק פעיל במעשי איבה.¹²⁹ כפי שהבהרנו לעיל, טשטוש ההבדלים בין לוחמים לבין אזרחים יחליש את העקרונות העוסקים בהגנה על אזרחים, שהם מאבני היסוד של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי.¹³⁰

דרך אפשרית אחת להיחלץ מן הקושי הזה היא לקשור את הגדרת הלוחמים להוראת סעיף 3 לאמנות ז'נבה: בני אדם שאינם נוטלים חלק פעיל במעשי האיבה יהיו מוגנים מאלימות כלפי חייהם וגופם. לוחמים יהיו רק אותם בני אדם הנוטלים חלק פעיל במעשי האיבה.¹³¹ יש להדגיש שאין פירוש הדבר שאנשים כאלה הם לוחמים רק במשך הזמן שהם נוטלים חלק פעיל במעשי האיבה, אלא רק שהשתתפותם במעשי האיבה היא ההופכת אותם ללוחמים,

127 זוהי אכן עמדתן של בן-נפתלי ומיכאלי, הערה 21 לעיל, עמ' 217. ראו גם Ni Aolain, supra note 34, p. 241. במהלך הדיון שהיא עורכת על יישום המשפט ההומניטרי הבין-לאומי בצפון אירלנד ני איילן כותבת: 'השלכת יישום [המשפט ההומניטרי] בצפון אירלנד היא כי אם חברים בארגונים מזוינים מוכרים כמורדים [insurgents], הריגתם איננה בעייתית כל עוד היא נעשית בהתאם לדיני המלחמה. זאת ועוד: עפ"י הכללים אין צורך לתת התראה ללוחם לפני הריגתו'.

Art. 4 A(2) of Geneva Convention III 128

129 סעיף 3 נותן הגנה ל'בני אדם שאינם נוטלים חלק פעיל במעשי האיבה'. סעיף 13 לפרוטוקול הנוסף הראשון אוסר שימוש בכוח נגד אזרחים, 'אלא אם הם נוטלים חלק ישיר במעשי איבה ולמשך אותו זמן'.

Schmitt, M. N. (1999). 'The Principle of Discrimination in 21st Century 130 Warfare'. *Yale HR & Dev L.J.* 2: 143, at pp. 160-161; Dinstein, supra note 85, p. 249

131 נרמה שזוהי גישתו של Rodley, supra note 31, p. 89. ראו גם, Watkin, supra note 85,

ולא חברותם בארגון כלשהו.¹³² המסקנה היא שכל עוד נמשך העימות המזוין, חברים בארגון טרור אשר נטלו חלק פעיל במעשי האיבה ייחשבו לוחמים שמותר לפעול נגדם.¹³³ בני אדם אחרים הם אזרחים, שמותר לפגוע בהם רק 'למשך הזמן שהם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה'.¹³⁴

נראה כי זו הייתה הגישה שנקטה ועדת החקירה של האו"ם לזכויות האדם שהוקמה בידי הנציבות לזכויות האדם מיד לאחר פרוץ האנתיפאדה הנוכחית. ועדת החקירה קבעה שאם מתנהל סכסוך מזוין בין ישראל לבין הארגונים הפלסטיניים המזוינים בשטחים (שאלה שבה התקשתה הוועדה להכריע), הסכסוך הוא סכסוך שאיננו בין-לאומי. הוועדה גם קבעה כי הטענה שהשמיעה ישראל, שהאנשים שבחייהם התנקשה היו לוחמים, איננה משכנעת משתי סיבות קשורות: הם לא השתתפו במעשי האיבה בעת שחוסלו, וישראל לא הציגה ראיות כלשהן שיתמכו בטענתה לתפקיד מלחמתי למרות חזותם האזרחית.¹³⁵ המסקנה המשתמעת היא שאדם הוא מטרה לגיטימית כאשר הוא נוטל חלק פעיל במעשי איבה (בין שהוא לוחם ובין שהוא אזרח), או אם יש ראיות אחרות לתפקידו מלחמתי.

אחד הקשיים הברורים בגישה זו הוא סוג הראיות הדרושות לקביעת התפקיד המלחמתי.¹³⁶ במקרים רבים ראיות כאלה יתבססו על מידע מודיעיני. אבל במקרים אחרים עשויים להיות מעורבים מנהיגיהם של ארגוני טרור אשר לא הסתירו מעולם את תפקידם בפעילויות הטרור של הארגון.¹³⁷ הגדרת לוחמים כחברים בארגון טרור הנוטלים חלק פעיל במעשי האיבה

132 השאלה אלו מאפיינים של מעמד הלוחם הם קבוצתיים ואלו הם אינדיבידואליים נידונה בידי ותקין, שם, עמ' 9-10.

133 ראו Ni Aolain, supra note 34, p. 239, הטוענת כי 'סכסוך מזוין הנכנס למסגרת סעיף 3 המשותף, הריגתו של לוחם בלתי חמוש, אפילו איננו נוטל חלק מידי בפעילות צבאית, איננה בעייתית מבחינה חוקית'.

APII, Art. 13 (3) 134

Report of the Human Rights Inquiry Commission, supra note 9, para. 62 135
136 לא אדון כאן בשאלה אם המדינה מחויבת לספק ראיות כאלה מראש. ייתכן שמדינה תידרש לעשות כן כאשר תבקש ליתן דין וחשבון על מעשיה, אבל אין פירוש הדבר שבמהלכו של עימות מזוין היא חייבת לספק ראיות לכל פעולותיה: ראו Franck, supra note 70, p. 842. בתגובה לטענה שהזכות להגנה עצמית קמה רק כאשר מוצגות ראיות כי הכוח מופעל נגד התוקף עצמו, משיב פרנק כי 'זכותה של מדינה להגן על עצמה נגד התקפות איננה כפופה על פי חוק לדרישה מוקדמת להציג את הראיות שבידה ולהוכיח לשביעות רצונה של מועצת הביטחון כי היא פועלת נגד הגורם האחראי להתקפה. בחוק יש דרישה ראייתית, אך היא מתעוררת לאחר מימוש הזכות להגנה עצמית, ולא לפניו'.

137 ראו לדוגמה את הריאיון עם סאלח שחאדה, ראש 'גדודי עז א-דין אל-קסאם', הזורע הצבאית של החמאס, שנהרג בידי צה"ל ב-23 ביולי 2002. הריאיון פורסם באתר

מחייבת אותנו להבחין בין קבוצות מאורגנות ומזוינות שחבריהן מעורבים כולם במעשי האיבה, בתכנון, בהכוונה או בכיצוע התקפות, לבין ארגונים שבהם יש זרוע צבאית וזרוע מדינית. במקרה השני רק חברי הזרוע הצבאית עשויים להיחשב לוחמים.¹³⁸ סיכול של חברי הזרוע הפוליטית ייחשב התנקשות (assassination), האסורה אפילו במהלכו של עימות מזוין.¹³⁹ קבלת התפיסה שבני אדם המעורבים ישירות בפעילויות טרור של ארגוני טרור בין-לאומיים הם לוחמים בסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, תפתור, כך נראה, את הבעיות הכרוכות בהגדרה המצמצמת ללוחמים בסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי. בעוד שהמדינה הנתקפת לא תצטרך להבטיח לטרוריסטים כאלה מעמד של שבויי מלחמה אם יתפסו, והם אף לא ייהנו מחסינות מפני העמדה לדין פלילי על השתתפות בלחימה, הם ייחשבו מטרות לגיטימיות. מדינות יברכו על מסקנה זו, המאפשרת להן ליהנות משני העולמות. אבל זוהי בדיוק הבעיה. האם נחזור להעניק רישיון להרוג את כל מי שנחשד בחברות בארגון טרור בין-לאומי? איך נוכל להבטיח כי האנשים שסומנו כמטרות הם אכן טרוריסטים? האם הרישיון הזה איננו תמריץ למדינות מותקפות לזנק בהקדם האפשרי מן הדגם של אכיפת החוק לדגם של סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי כדי שיזכו בהיתר להתעלם מכללים של הליך הוגן וליהנות משיקול דעת כמעט מוחלט לעניין פגיעה בחייהם של החשודים כיריביהן? דומני כי קשיים אלה צריכים להוביל אותנו למסקנה שגם דגם הסכסוך המזוין שאיננו בין-לאומי איננו יכול לעמוד לבדו. אחזור לדון בדרך שבה יש למתן אותה המסקנה בהמשך.

4. מידתיות

גם אם חשודים בטרור הם מטרות לגיטימיות, כל שימוש בסיכול ממוקד חייב לעמוד בדרישת המידתיות. סיכול ממוקד של חשוד בטרור ייחשב התקפה חסרת הבחנה, אם 'הוא צפוי לגרום לאבדן חיי אזרחים, לפגיעת אזרחים, לפגיעה באובייקטים אזרחיים או לשילוב ביניהם, שיהיה חמור ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי'.¹⁴⁰ בעוד שאין עוררין על מקומו המרכזי של

האינטרנט 'אסלאם אונליין' ביום 29 במאי 2002, והוא זמין באתר <http://www.islam-online.net/arabic/politics/2002/05/article25.shtml> (19.6.04)

הריאיון נמצא באתר <http://www.bridgesforpeace.com/publications/dispatch/generaltopics/Article-2.html> (19.6.04)

138 ראו 85, p. 16 *supra* note Watkin,

139 *supra* note 15 David,

140 סעיף 51 (5) (ב) לפרוטוקול הנוסף הראשון. אמנם הוראה זו מתייחסת לסכסוכים מזוינים

עיקרון זה בכללי המשפט ההומניטרי, מוסכם כי יישומו בשטח הוא בעייתיות ביותר.¹⁴¹ כפי שהצהירה הוועדה שהוקמה לבחון את הפגזות כוחות נאט"ו ברפובליקה הפדרלית של יוגוסלביה, בדוח שהגישה לתובע בבית הדין הפלילי המיוחד ליוגוסלביה לשעבר:

הבעיה העיקרית בעקרון המידתיות איננה אם הוא קיים, אלא מה משמעותו וכיצד יש להחילו. קל יחסית לקבוע שנדרש יחס סביר בין ההשפעה ההרסנית הלגיטימית לבין ההשפעות הסביבתיות הבלתי רצויות [...] קל בהרבה לקבוע את עקרון המידתיות במונחים כלליים מאשר להחיל אותו על מערכת נסיבות כלשהן, מאחר שההשוואה נעשית לעתים קרובות בין כמויות לא שוות ובין ערכים שונים. אי-אפשר להעריך בנקל את ערכם של חיי אדם חף מפשע לעומת השגתה של מטרה צבאית מסוימת.¹⁴²

כיצד אפשר להעריך את היתרון הצבאי, הקונקרטי והישיר שיושג בחיסולו של חשוד בפעילות טרור? המדינה המעורבת תטען בוודאי כי החיסול מנע התקפות טרור שהיו תובעות את חייהם של אזרחים רבים. האם די בהערכה כזו להוכחת יתרון צבאי קונקרטי וישיר? ובהנחה שהתשובה חיובית, איך אפשר לאזן יתרון זה מול אבדן חיים בקרב עוברי אורח שסביר להניח שיהרגו במסגרת הסיכול הממוקד? והאם יש מקרים, כפי שטוענות הרשויות בישראל, שאפילו ידוע בוודאות כי אזרחים, דוגמת בני משפחה של חשוד בפעילות טרור, ייהרגו בניסיון החיסול, הפעולה עדיין תעמוד במבחן המידתיות? לא אתימר לתת תשובה מלאה לשאלות אלה. נדמה לי שנדרשת הנמקה כבדה ביותר כדי להצדיק התקפה על חשוד בפעילות טרור כאשר הריגתם של אזרחים חפים מפשע היא תוצאה צפויה, וקל וחומר כאשר היא תוצאה בלתי

בין-לאומיים, אך היא משקפת ללא ספק עיקרון של המשפט הבין-לאומי המנהגי החל ככל הסכסוכים המזוינים.

Gardam, J. (1993). 'Proportionality and Force in International Law'. *AJIL* 87: 391; 141 Ben-Naftali & Michaeli, supra note 21, p. 278

Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the 142 NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia; available at <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm> (19.6.04), at para. 48 Colangelo, Anthony J., (2003). לביקורת חריפה על הניתוח המשפטי בדוח זה ראו. 'Manipulating International Criminal Procedure: The Decision of the ICTY Office of the Independent Prosecutor not to Investigate NATO Bombing in the Former Yugoslavia'. *NW ULR* 97: 1393

נמנעת, של אותה התקפה. האם ההערכה שמתקפה על אזרחים עלולה להתבצע גוברת על הסבירות הגבוהה שהמתקפה על החשודים בטרור תגרום למותם ולפציעתם של אזרחים אחרים? נראה כי במתן תשובה לשאלה זו, המידיות של מתקפת הטרור שמבקשים למנוע עשויה להיות גורם מכריע. למעט מקרים שבהם מדובר במתקפה האמורה להתרחש זה עתה, ושהדרך היחידה למנוע אותה היא באמצעות חיסולם של העומדים לבצעה, היתרונות שאפשר להפיק מחיסול חשודים בפעולות טרור מבוססים בעיקרם על ספקולציות. נראה אפוא שבמקרים שבהם אין מדובר במניעת מתקפה קרובה ומידית, קשה להניח כי פגיעה בחשודים בפעילות טרוריסטית בידיעה שאזרחים עלולים להיפגע תעמוד במבחן המידיות.

המידתיות נשפטת על סמך המידע הזמין בזמן המתקפה, ולא על סמך התוצאות הלכה למעשה. עם זאת כאשר בני אדם חפים מפשע נהרגים או נפצעים במתקפה, על המדינה מוטל נטל כבד להוכיח שאי־אפשר היה לצפות את התוצאה הזו, ושאם אפשר היה לצפות אותה, נחיצותה של המתקפה הייתה מספקת להצדיק את הסיכון.

4. הדגם המעורב

הניתוח עד כה התבסס על מצב דיכוטומי: או שחל דגם אכיפת החוק או שחל דגם הסכסוך המזוין. ואולם אף לא אחד מן הדגמים הללו מספק מסגרת מתאימה להתמודדות עם טרור רב־לאומי. דגם אכיפת החוק איננו מתאים כאשר היקף האלימות הגיע לזה של סכסוך מזוין שאיננו בין־לאומי, והטרוריסטים פועלים מתוך שטחה של מדינה שאיננה מוכנה או איננה מסוגלת לשתף פעולה במאמצים לאכיפת החוק. דגם הסכסוך המזוין לא כוון למקרה של הטרור הבין־לאומי. בהתאם לכללים החלים על סכסוך מזוין בין־לאומי, טרוריסטים אינם נחשבים על פי רוב ללוחמים, ולכן אפשר לפגוע בהם רק במשך הזמן שהם נוטלים חלק פעיל במעשי איבה. מסקנה משפטית זו איננה מתקבלת על הדעת כאשר העימות גופו הוא בין המדינה הנתקפת לבין ארגון הטרור הרב־לאומי. מנגד, אם סכסוך מזוין עם ארגון טרור נחשב לסכסוך שאיננו בין־לאומי, המדינה תיהנה מכוח כמעט בלתי מוגבל לחסל את האנשים שלטענתה הם חברים פעילים בארגון, גם אם אין הם מהווים כל סכנה מידית, וגם אם אפשר לעצור אותם ולהעמידם לדין.

הרחבתם של חלק מן הכללים במשפט הבין־לאומי החלים על סכסוכים מזוינים כך שיתאימו גם לסכסוכים מזוינים שאינם בין־לאומיים נועדה להרחיב את ההגנה שמציע המשפט ההומניטרי למקרים שהוא לא חל בהם

באופן מסורתי.¹⁴³ ההנחה הייתה שהרחבה זו נדרשת לא רק כדי שכללים אלה יחולו גם על שחקנים לא מדינתיים, אלא גם מכיוון שללא ההרחבה הייתה דרך הטיפול בסכסוכים כאלה נתונה בלעדית לדינים של המדינה המעורבת בעניין.¹⁴⁴ הנחה זו הייתה מוכנת בזמנו, מאחר שהצעד החשוב הראשון בדרך להכפפתם של סכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים לכללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כלומר אימוצו של סעיף 3 לאמנות ז'נבה משנת 1949, נעשה לפני פיתוחם המפורט של דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי.

בעקבות ההתפתחות הדרמטית בדיני זכויות האדם, אי-אפשר לומר עוד כי אם המשפט ההומניטרי איננו חל על סכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים, מדינות יקבלו 'צ'ק פתוח' להיאבק בסכסוכים כאלה לפי מיטב שיקולן. נהפוך הוא; בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים המוסדרים בסעיף 3 ובפרוטוקול הנוסף השני, חופש הפעולה של המדינה מוגבל בדיני זכויות האדם. המשמעות היא, בין השאר, כי אסור למדינה לשלול מבני אדם את חיייהם או את חירותם האישית באופן שרירותי, ומוטלת עליה חובה לאפשר לכל אדם המואשם בעבירות לעמוד למשפט הוגן לפני בית משפט מוסמך ובלתי תלוי. כל בחינה של המשטר המשפטי החל בסכסוכים מזוינים בכלל, ובייחוד בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים, חייבת להתחשב בכללים אלה.¹⁴⁵

סכסוך מזוין בין מדינה לבין ארגון טרור רב-לאומי איננו סכסוך מזוין בין-לאומי. אבל מאחר שהוא איננו מוגבל לגבולות המדינה המעורבת בו, הוא גם איננו מתאים באופן מלא לדגם הסכסוך המזוין שאיננו בין-לאומי. החלת כללי זכויות האדם על סכסוך כזה נתקלת גם במכשול רציני. מאחר שהחשודים בפעילות טרור אינם בשטח שיפוטה של המדינה הנתקפת, לא מתקיימת אחת מהנחות היסוד שבבסיס המשטרים המשפטיים המוסדרים באמנות זכויות האדם. בעוד שאין אפשרות להתעלם ממכשול זה, אין גם להסיק שאפשר לזנוח את עקרונות זכויות האדם. על עקרונות אלה יש לשמור בכל עת. עם זאת, בהחלטה יש להתחשב במאפיינים המיוחדים של סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי.

143 לתיאור היסטורי של החלת דיני המשפט הבין-לאומי על סכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים ראו Moir, supra note 25, pp. 1-16; *Commentary on Geneva Convention (III)*, supra note 125, pp. 28-35; *Commentary on Protocol II*, supra note 111, paras. 4337-4418

144 UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004), ראו para. 1.33.3

Ben-Naftali & Michaeli, supra note 21; Ben-Naftali & Shani, supra note 58; 145 Watkin, supra note 18

ההצדקה הקבילה היחידה לחיסול חשודים בפעילות טרור היא ההגנה על קרבנות פוטנציאליים של פעולות טרור. לפי העקרונות הרגילים של זכויות האדם, בהתבסס על דגם אכיפת החוק שיש בו ערובות להליך הוגן, השימוש בכוח קטלני להגן על בני אדם מפני אלימות בלתי חוקית מוצדק רק כאשר הוא הכרחי לחלוטין (absolutely necessary). כפי שראינו, התפיסה המקובלת היא שתנאי מבחן זה מתקיימים רק כאשר נעשה שימוש בכוח למניעתה של מתקפה קרובה ומידית. במקרים אחרים על המדינה להשתמש במנגנוני אכיפת החוק. כאשר הטרוריסטים אינם נתונים לסמכות שיפוט של המדינה הנתקפת, ומדובר באלימות בהיקף ובעוצמה המחייבים לראות את המצב כסכסוך מזוין, יש לשוב ולשקול מחדש את הפרמטרים המגדירים את שאלת הכורח. כאשר בוחנים אם הכרחי לחלוטין להשתמש בכוח להגנה על קרבנות פוטנציאליים של מתקפת טרוריסטים הפועלים מחוץ לגבולות המדינה הקרבן, השאלה אם קיימים אמצעים חלופיים לאכיפת החוק היא שאלה מרכזית. מאחר שמטרתו של כוח כאמור לעולם חייבת להיות מניעתן של התקפות נוספות, ולא ענישה או אפילו הרתעה כללית, אני מציע כי ההחלטה אם סיכול ממוקד של חשודים בפעילות טרור יכול להיחשב הכרחי לחלוטין, תישען על התנאים למימוש זכותה האינהרנטית של המדינה להגן על עצמה, זכות המובטחת לה בסעיף 51 למגילת האו"ם. במימוש זכות זו, פעולותיה של המדינה כפופות לדרישות הכורח והמידתיות.¹⁴⁶ לפי עקרון הכורח, מדינה איננה רשאית להפעיל כוח אם עומדים לרשותה אמצעים אחרים להתגונן. בהקשר הנוכחי, המשמעות היא שמדינה איננה רשאית לחסל חשודים בפעילות טרור אם קיימת אפשרות סבירה לעצור אותם ולהעמידם למשפט. השאלה אם מעצר ומשפט מהווים חלופה סבירה תהיה תלויה במידת השליטה שיש למדינה הנתקפת בשטח שפועלים בו הטרוריסטים; ואם אין לה שליטה כזו – בשאלת נכונותו או יכולתו של הכוח השולט בפועל בשטח לעצור ולשפוט את הטרוריסטים, להסגירם או לכל הפחות לנקוט אמצעים יעילים כדי לעצור את פעולותיהם.

בניגוד לכלל הבסיסי החל בסכסוכים מזוינים, שצד לסכסוך רשאי לפגוע בלוחמים של הצד השני גם כאשר אין הם מהווים סכנה מידית, לאור דרישת הכורח מותר לחסל חשוד בפעילות טרור רק במקרים שבהם יש ראיות משכנעות שהמיועדים לסיכול ממוקד נוטלים חלק פעיל בתכנון או בביצוען של פעולות טרור נוספות נגד המדינה הנתקפת, ואין כל אמצעי מבצעי אחר לסיכול המתקפה הצפויה. מאחר שקיים חשש תמידי שהאנשים שיותקפו אינם

146 ראו Schmitt, supra note 48

טרוריסטים למעשה, גם במקרה כזה מותר לעשות שימוש בכוח קטלני נגד החשודים, רק כאשר יש הסתברות גבוהה שאם לא תינקט פעולה מידית, לא תהיה הזדמנות נוספת לסכל את מתקפות הטרור המתוכננות.¹⁴⁷

השימוש בכוח קטלני חייב לעמוד תמיד במבחן המידתיות. בהקשר זה, יש לבסס את המבחן על איזון בין שלושה גורמים: א. הסיכון לחיים הכרוך בהמשך פעולותיהם של הטרוריסטים; ב. הסיכון לחיי אדם שייגרם אם לא ייעצרו מיד פעולותיו של החשוד בטרור; ג. הסכנה להרג אזרחים או לפציעתם בהתקפה על החשוד בטרור. כאמור בדיון על מבחן המידתיות, על המדינה מוטל נטל כבד בבואה להצדיק את הריגתם של אזרחים או את פציעתם של אזרחים במהלך מתקפה על חשודים בפעילות טרור. החזקה היא שאין לפעול לחיסולם של חשודים בטרור כאשר יש סכנה מוחשית להריגתם של אזרחים או לפציעתם של אזרחים במהלך פעולת החיסול.

אין ספק כי התרת השימוש בכוחה של המדינה לסיכול ממוקד של חשודים בפעילות טרור מעוררת סכנה של ממש, שהמדינות יאמצו פרשנות ליברלית לנסיבות אלה ויעשו שימוש באמצעים החריגים הללו כמדיניות כללית. רבים יטענו בוודאי כי הסכנה גדולה כל כך, עד שעלינו להגביל את הזכות לשימוש בכוח למצבים שיש בהם סכנת חיים מיידית. אינני מכחיש כי סכנה כזו אכן קיימת. אבל אני מציע מנגנון מוסדי שיש בו כדי למתן את הסיכון, גם אם לא לבטלו כליל.

בסדרת החלטות קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי כאשר גורמים רשמיים במדינה מעורבים בהפעלת כוח קטלני, שומה על המדינה לערוך חקירה עצמאית כדי לברוק אם הפעולה תאמה את חובתה לכבד את הזכות לחיים ולהבטיחה.¹⁴⁸ מדינה שאיננה עושה כן, מפרה את חובתה זו. החלת סטנדרטים של זכויות אדם במקרים של סכסוך מזוין עם ארגון טרור, פירושה שכל מקרה של סיכול ממוקד חייב להיות נתון לחקירה משפטית מקיפה ואמינה. אם יתברר שנעשה שימוש באמצעי בנסיבות שאינן עומדות בכללי הדין הבין-לאומי, יש לנקוט הליכים משפטיים נגד האחראים לכשל.

5. הערות סיכום

שאלת הטרור הרב-לאומי או הבין-לאומי עוררה דיון נרחב, בייחוד מאז

Ibid, 110 147

148 ראו *McKerr v. United Kingdom* *Hugh Jordan v. United Kingdom*; *Kelley and Others v. United Kingdom*; *Shanaghan v. United Kingdoms*, Judgments of 4 May, 2001, available at <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>

פיגועי 11 בספטמבר בארצות הברית. התפיסות בנושא שונות ומגוונות. מקבלי ההחלטות במדינות שהיו נתונות למתקפות טרור חמורות סבורים כי 'המלחמה בטרור' מצדיקה פעולות שאינן עומדות בכללי זכויות האדם והמשפט ההומניטרי; ארגוני זכויות אדם, גופים בין-לאומיים ופוליטיקאים ממדינות שלא סבלו מטרור נוטים לחשוב כי הסכנה הגדולה טמונה דווקא בתגובת-יתר לטרור, והם מציעים לפעמים פתרונות שזכו לכינוי 'מתכונים נחמדים' [...] שערכם בחיי המעשה הוא דל'.¹⁴⁹

כפי שהבהרתי במבוא, גם אני מאמין שתגובת-יתר של מדינות הפועלות מחוץ לסטנדרטים המקובלים של זכויות אדם ושל המשפט ההומניטרי הבין-לאומי היא סכנה אמיתית. אבל סכנה זו לא תצטמצם בעזרת דברי מוסר והצעות לפעולות ה'נראות עיוורות למציאות ולבחירות שהיא כופה'.¹⁵⁰ המשפט ההומניטרי הבין-לאומי התבסס תמיד על הכרה במציאות הקשה של סכסוכים מזוינים. הוא לא ניסה להציג כללים אוטופיים להתנהגות שאי-אפשר לצפות באופן סביר לכיבודם על ידי צדדים לסכסוך העומדים מול מציאות כזו. נהפוך הוא: המשפט ההומניטרי ניסה בכל כוחו לקבוע כללים המכירים בכוח הצבאי, אבל מיועדים להגן על אלה שאינם נוטלים חלק במעשי האיבה ולהגביל את השימוש בכוח להיקף החיוני להחלשת פוטנציאל הלחימה של האויב.¹⁵¹

מאמר זה יצא מנקודת הנחה שהתייחסות לחשודים בפעילות טרור רב-לאומית כאל אזרחים הנוטלים חלק בפעולות איבה מדי פעם בפעם היא תפיסה בלתי מציאותית של המצב. מנגד, התייחסות אליהם כאל לוחמים, שהם מטרה לגיטימית בכל עת, תפתח פתח להפרות ניכרות של הזכות לחיים בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים. דרך הביניים המוצעת כאן היא לנסות ליצור חלופה מציאותית ריאליסטית שתאפשר למדינות להגן על תושביהן מפני מתקפות טרור בלי לנטוש את המחויבות לכללים של זכויות אדם ולכללי המשפט ההומניטרי. היא מבוססת על התפיסה שאם כללי התנהגות ריאליסטיים אינם קיימים להסדרת סכסוך מזוין של מדינה עם ארגוני טרור, המדינות יפעלו באווירה המזוהמת מפריקת עולו של החוק המאפיינת את הטרור. הסכנה הטמונה בחלל משפטי היא כה גדולה, עד שלמרות פגמיהם של הכללים, הם עדיפים על היעדר כללים.

Müllerson, supra note 70, p. 18 149

Ibid 150

Sassòli & Bouvier, supra note 92, p. 67 ראו 151

ישיבת סיכום ראשונה

**השינויים הנדרשים במשפט
הבין-לאומי**

יום ראשון, כ"ט בכסלו תשס"ה
12 בדצמבר 2004

משתתפים

הילי מודריק-אבן-חן	דן מרידור – יו"ר
חיים פס	נאוה בן אור
עירית קהאן	יוסי דוד
מרדכי קרמניצר	דודי זכריה
דוד קרצ'מר	רות לפידות

דן מרידור: בשלוש ישיבות הסיכום של הפורום 'דמוקרטיה נלחמת בטרור' נגבש מסקנות שייגזרו מן הדיונים שערכנו בשנה החולפת. בכל אחת משלוש הישיבות הללו נציג נושא מרכזי ותת-נושאים הנובעים ממנו. בישיבה זו, הראשונה מבין השלוש, נעסוק ב'שינויים בלחימה בטרור הנדרשים במשפט הבין-לאומי ובמדיניות ישראל'. דיוננו ייסב לא רק על השאלה התאורטית, החשובה כשלעצמה, מה כדאי לשנות במשפט הבין-לאומי, אלא גם על השאלה מה ישראל צריכה לעשות בעניין זה: האם עליה לטמון את ראשה בחול ולפעול הרחק מעין צופייה, או שמא עליה דווקא להציף את הבעיות ואת השאלות, להתלבט בהן ובמסקנות הביצועיות הנגזרות מהן ולעשות זאת בכינוסים פומביים שעין כול רואה ואוזן כול שומעת. ביקשנו מעורכת הדין הילי מודריק-אבן-חן לפתוח ישיבה זו בהערותיה.

הכללים הנוגעים לטרור במשפט הבין-לאומי: תפיסות ובעיות

הילי מודריק-אבן-חן

הרקע

במשפט הבין-לאומי מתקיימות ביחס לטרור שתי תפיסות עיקריות ומנוגדות: תפיסת הטרור כתופעה בתחום הפלילים ותפיסת הטרור כתופעה בתחום דיני המלחמה או המשפט ההומניטרי. בהכללה גסה אפשר לומר שהתפיסה הפלילית מאפיינת את אירופה, ואילו תפיסת הטרור כחלק מעימות מזוין והמשפט ההומניטרי מאפיינת את ארצות הברית וישראל. אבל ברור שבחלוקה גסה זו הן ארצות הברית הן ישראל מבקשות להתמודד עם הטרור גם במסגרת הסדרים פליליים: אפשר לראות זאת בישראל ב'חוק איסור מימון טרור' שחוקק לאחרונה, אשר שואב חלק מן ההסדרים שלו מן האמנה נגד מימון

טרור ומן האמנה הבין-לאומית שהתקבלה לפני שלוש שנים, וכן בחקיקה האמריקנית, שם אפשר למצוא התייחסות לטרור אפילו לפני 11 בספטמבר 2001.

הטיפול בטרור כתופעה פלילית התחיל בשנות השישים, עם הסתמנותן של חטיפות המטוסים כתופעה הולכת ומתרחבת. לנוכח זאת החלה עצרת האו"ם לנסות להתמודד עם התופעה בעיקר באמצעות הוועדה המשפטית שלה לביורר הסיבות לתופעה ולפיתוח כלים להתמודדות אתה. ב-1973 הוקמה ועדה זמנית שתפקידה היה לנסח הגדרה כללית לטרור ואמנה כוללת נגד טרור. משימה זו עלתה בתוהו. מדיווחי הוועדה אפשר היה להבין שהמחלוקות נסבו על שאלות בדבר רמת החופש והקרבנות התמימים ועל השאלה אם יש קשר בין המניעים לפעולת טרור לבין הטיפול הפלילי בהם, ואם יש קשר כזה – מה צריך להיות טיבו. נושאים אלה התבררו כסוגיות במחלוקת כה ניכרת ומשמעותית עד שלא היה אפשר לגשר עליה.

הניסיונות לנסח אמנה כוללת נגד טרור נפסקו בשלב מסוים. ב-1994 הצהירה עצרת האו"ם הצהרה חשובה על האמצעים להתמודדות עם הטרור או למיגורו, ומשנת 1996 נעשים שוב ניסיונות לנסח אמנה כוללת נגד טרור. כיום יש טיוטת אמנה כזאת, והייתה גם התקדמות בפיתוח ההגדרה. אם כן, אי-אפשר לטעון שלא הייתה שום התקדמות בנושא זה, מה גם שעומדות שרירות וקיימות אמנת איסור מימון טרור ואמנת 1997.

נקודה ראשונה: מהי ההגדרה של 'טרור'?

אלה ההגדרות העיקריות לטרור: 'טרור הוא פעולה אלימה נגד חיי אדם ורכוש'; 'טרור הוא פעולה שיטתית ומכוונת'; 'טרור הוא פשע מלחמה'; 'טרור הוא כלל הפעולות שמטרתיהן זריעת פחד בקרב ציבור מסוים או בקרב האוכלוסייה כולה והפעלת לחץ על ממשלה או על ארגון בין-לאומי לעשות מעשה או להימנע מעשייתו'. לא ציינתי את הטרור כפעולה נגד אזרחים, הגם שאפשר לראות זאת במסמכים בין-לאומיים, כי לדעתי רכיב זה איננו מאפיין הכרחי של הטרור.

כאמור, יש קושי להגיע להסכמה באשר להגדרת הטרור. פעילות העצרת וועדותיה התמקדה בניסוח אמנות ספציפיות ביחס לקשיים שהטרור הוא חלק מהם: חטיפת מטוסים, התנקשות בדיפלומטים, לקיחת בני ערובה ומימון הטרור. עד שנות האלפיים נוסחו לא פחות מ-16 אמנות כאלה.

נקודה שנייה: טרור של מדינות כלפי אזרחים

אמנות האו"ם והטיפול המשפטי בטרור לא ניסו לבחון כיצד מדינות נוקטות טרור כלפי אזרחים, משום שהתפיסה השלטת הייתה שטרור הוא פעולות של יחידים או של קבוצות נגד המדינות או המשטרים שלהם, ולא של מדינות נגד יחידים או קבוצות. אשר על כן המאפיין העיקרי של האמנות דלעיל היה תביעה להסגרת הנאשמים בפעילות טרור או להעמדתם לדין במדינות החתומות על האמנות. ואולם באמנות נכללו מאפיינים נוספים, כגון שיתוף פעולה בין-לאומי, עזרה הדדית, העברת אסירים להליכים ואכיפה של פסקי דין זרים.

דרך אגב, אמנת בית הדין הבין-לאומי הפלילי אינה כוללת במפורש את המונח 'טרור', אבל אפשר לומר שחלק מן הפשעים המאוזכרים בה נכנסים לגדר 'מעשי טרור', במיוחד הפשעים תחת הכותרת 'פשעים נגד האנושות' שביצועם איננו רק במהלך מלחמה.

אינני יודעת אילו מדינות התנגדו להכנסת הטרור לאמנת ICC (בית הדין הפלילי הבין-לאומי).

עירית קהאן: דומתני שניטש ויכוח גדול עם מדינות ערב. הן רואות באנשים אלה 'לוחמי חופש'.

דוד קרצ'מר: אין שום מעשה טרור שאיננו מוכל באחת מההגדרות ב-ICC. הטענה הייתה שהדבר אינו נחוץ. הרי הרג מכוון של 'לא-לוחמים' הוא 'פשע מלחמה' או 'פשע נגד האנושות'.

מרדכי קרמניצר: אבל טרור יכול לכלול מעשים שונים, 'סייבר טרור' (אתר דיגיטלי, 'טרור מחשבים') למשל. איך תנהג ב'סייבר טרור'ים? הרי הוא אינו חוסה ב-ICC, לעניות דעתי. עד כמה שאני יודע, אין בטרור מחשבים שום פגיעה פיזית באנשים, אבל הוא הרי יכול לשתק בתי חולים ומוסדות ממשלה.

הילי מודריק-אבן-חן: בתשובה לדברך, פרופ' קרצ'מר, אומר שאפשר לראות טרור כפשעים נגד האנושות, כי הוא עונה על כל הקריטריונים של הגדרתם. אלא שהמדינות מצהירות במפורש, כמו ב-ICC, שהן לא ישתפו פעולה עם גורמים המבקשים להעמיד טרוריסט לדין; כלומר הן לא יעבירו חומר ראייתי ולא יסגירו את המבוקש, כי בעיניהן הוא 'לוחם חופש'. גם אם תבקש לתבוע אותו לדין בגין מעשים אחרים, ישיבו לך שהוא אינו טרוריסט כי אם לוחם חופש, ולכן לא ימציאו לך את הראיות הדרושות.

אני מבינה את טיעוניו של פרופ' קרצ'מר שאינו רוצה הגדרה של טרור: לפי הגדרות של מעשים אסורים של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, האידאולוגיה של האדם איננה רלוונטית לעניין, וכך היה תמיד. זה היתרון של המשפט ההומניטרי, אבל יש להבין שההגדרה נחוצה לשיתוף הפעולה בין המדינות והגורמים: אם יהיה קונסנזוס של הקהילה הבין-לאומית ביחס לטרור, ואם מה שאנו תופסים כ'טרור' ייתפס גם בעיני הכול כ'טרור', לא תהיה בעיה בשיתוף הפעולה.

אני מסכימה אתך שהגדרה מוסכמת לטרור מיותרת, כי טרור מוכל ב'פשעים נגד האנושות'. אלא שהמדינות האחרות אינן מקבלות זאת, ומה שבעינינו הוא 'פשעים', בעיניהן הוא 'לחימה לחירות', ועל כן לא ישתפו אתנו פעולה. ואם כך, לא השגת דבר, ונתרת עם הבעיה.

דן מרידור: זו שאלה נכונה לבית המשפט הבין-לאומי הפלילי, ואילו למדינות הרואות מעשה מסוים לא כ'טרור' אלא כ'מלחמת חופש' מותרת, לגיטימית, השאלה איננה רלוונטית.

הילי מודריק-אבן-חן: עניין זה מתקשר לנקודה השלישית, הנוגעת לקשיי האכיפה של האמנות הבין-לאומיות שנחתמו בין המדינות לאחר דיון בנושאים ספציפיים.

נקודה שלישית: קשיי האכיפה של אמנות בין-לאומיות

שני קשיים עיקריים יש בסוגיית האכיפה: (א) מדינות רבות, ולא רק ערביות, תומכות בטרור, ומדינות רבות לא חוקקו כלל חוקים נגד הטרור, או שחוקקו חוקים, אך הן אינן מעוניינות לאכוף אותם; (ב) בזיקה לדבריו של פרופ' קרצ'מר, קושי נוסף הוא החולשה של מנגנוני האכיפה הבין-לאומיים המבוססים על עקרון שיתוף הפעולה בהסגרה. אמנות אלה, שנחתמו בעניין פשעי טרור, מאפשרות למדינות להעניק מקלט לחשודים בפעילות טרור, אם הן חושדות שבקשת ההסגרה היא מטעמים פוליטיים. כדי להתגבר על קושי זה מוציאים מכלל 'עברה פוליטית' בכל אמנות ההסגרה שראיתי כמעט כל דבר, ולפיכך לא יחשבו 'עברה פוליטית' כל העברות שאפשר להעלות על הדעת. כך אי-אפשר להכניס להגדרת 'עברה פוליטית' את הטרור דווקא. בהקשר זה חשוב אפוא לגבש הגדרה לטרור, ולפיה התעלמות מן המניעים של מבצעי הפשעים רלוונטית לטיפול בטרור. לשון אחר: טרור הוא טרור, יהיו מניעיו אשר יהיו.

כאמור, תהליך הפיתוח של הגדרת הטרור התנהל במהלך שנות התשעים, עת קיבלה העצרת ב־1994 הכרזה חשובה בעלת ארבעה מאפיינים חשובים: (א) פעולות הטרור מוגדרות כפעולות פליליות שמטרתן לזרוע פחד בציבור, והגורמים למעשים אלה (פוליטיים, דתיים וכו') אינם רלוונטיים לעניין ההגדרה של הטרור או להתמודדות עמו; (ב) פעולות הטרור הן חתירה תחת הדמוקרטיה ותחת עקרונות המשפט הבין-לאומי; (ג) העצרת הכירה בכך שפעולות הטרור מסכנות את השלום ואת הביטחון הבין-לאומיים (להכרה זו משמעות יתר בהחלטות מועצת הביטחון); (ד) העצרת מגנה לא רק את מבצעי הטרור, אלא גם את המדינות המביעות תמיכה במעשים אלה והסכמה להם בכך שהן מתירות להוציא לפועל פעולות אלה משטחן.

כאמור, קביעה זו מקבלת משנה משמעות ותוקף בהיותה בגדר החלטות של מועצת הביטחון. מדוע? כי מועצת הביטחון אינה עוסקת בתופעה 'טרור' בהיבט הפלילי, אלא בהיבט הסכנה לשלום ולביטחון העולמיים. למועצה יש סמכות ויכולת לקבל החלטות אופרטיביות מחייבות, והיא נקטה צעדים דומים כבר בשנות השבעים – אז התקבלה החלטה חשובה בעניין לוב והאחריות שלה לפיצוץ מטוס הנוסעים האזרחי מעל לוקרבי בסקוטלנד: לוב תמכה בפעילות טרור, הפרה את עקרון הריבונות של המדינה שהותקפה, ובהפרה זאת קוממה עליה את המדינה המותקפת, וזו זכאית להחיל עתה את זכותה להגנה עצמית.

החלטה זו והחלטות אחרות באותן שנים היו נקודות, ועניינן – בעיות מסוימות של מדינה מסוימת. גם הסנקציות שהוטלו היו זמניות ולא עקרוניות. ואולם אחרי 11 בספטמבר התקבלה באו"ם החלטה 1373, הנחשבת להחלטה עקרונית, נורמטיבית, במשפט הבין-לאומי בדבר הזכות להגנה עצמית. אמנם אחרי פעולות הטרור בטנזניה ובקניה ב־1998 התקבלה החלטה 1267, שהייתה בעלת משמעות רבות: לפי החלטה זו, הוטלו סנקציות כלכליות על אפגניסטן, הוגבלה תנועת המטוסים שלה, והוקמה ועדת סנקציות שתפקח על מימוש הסנקציות האלה. למעשה, בהחלטה זו גובש מעין מנגנון להכנת 'רשימה שחורה' של ארגונים תומכי טרור. אבל משמעות אלה של החלטה 1267 היו מרחיקות לכת פחות מהחלטה 1373. כאמור, החלטה 1373 התקבלה אחרי אירועי 11 בספטמבר, והיא נחשבת להחלטה שאינה ממוקדת באירועים הללו או באפגניסטן, אלא להחלטה מקיפה וכוללת; כך לדוגמה עולה בבידור מן ההחלטה להקים ועדה שמטרתה פיקוח על המדינות לבל יתמכו בטרור או יגלו הסכמה שבשתיקה להקמת בסיסים של ארגון הטרור בשטחן.

החלטה זו היא פריצת דרך בשני מובנים חשובים: המובן האחד הוא הוצאה לפועל של האמנה לאיסור מימון טרור. קודם להחלטה זו אישרו את האמנה

רק ארבע מדינות, ואילו לאחר ההחלטה תמכו בה מדינות נוספות. המועצה גם יכלה עתה לכפות באמצעות החלטותיה את אותם סעיפים שלא יצאו לפועל כי חלק מן המדינות לא רצו לממשם. המובן השני, הרלוונטי לענייננו יותר מן הראשון, הוא זכות ההגנה העצמית, אשר צוינה במבוא להחלטה. אמנם זכות זו כבר הייתה במגילת האו"ם, אך ההסכמה שבשתיקה של המועצה לתקיפה של ארצות הברית באפגניסטן אותתה שהמועצה נותנת הכשר לפעולות הגנה עצמית גם כשמדובר בפעולות נגד ארגונים כגון אל-קאעידה, ולא רק בפעולות נגד מדינות. הרחבה זו של היתר ההגנה העצמית לא הייתה קודם לכן, ואפשר לראות שהיא קיימת לפי ההסכמה בשתיקה לפעולתה של ארצות הברית באפגניסטן.

דוד קרצ'מר: נכון שהדבר עומד בניגוד לעמדת בית הדין הבינלאומי בהאג, כפי שאומרת פרופ' לפידות, אבל זו דעה חריגה מאוד של בית הדין; ובהחלטה של מועצת הביטחון אחרי 11 בספטמבר נאמר מפורשות שלארצות הברית יש זכות להגנה עצמית.

דן מרידור: אינני זוכר את ההחלטה. אני שואל שאלה של מי שאינו יודע: הואיל ואפשר להבין ששתיקה פירושה הסכמה לפעול פעולת הגנה עצמית גם נגד ארגונים ולא רק נגד מדינות, לפי סעיף 51, שאלתי אם מסיקים את ההסכמה במפורש או במשתמע. במקרה זה הסתירה בין עמדת האו"ם לבין עמדת בית הדין הבינלאומי בהאג בולטת פחות. לשון אחר, אמנם בית הדין הבינלאומי אמר דברים חריפים – הגם שהם אינם נכונים לדעתי – אך המועצה לא אמרה את ההפך, אלא מסיקים את ההפך, את העמדות המנוגדות, מן הנסיבות. כך אני מבין את הדברים.

דוד קרצ'מר: היו חילוקי דעות בין האירופים לבין האמריקנים בעניין זה. מן הספרות המקצועית בתחום זה מפרי עטם של גרמנים וצרפתים ובלגים מתברר שהיחידים הטוענים שסעיף 51 חל רק על מדינות הם האירופים.

הילי מורדיק-אבן-חן: משמעות נוספת להחלטה זו היא שגם הסכמה בשתיקה של מדינה להוצאת פעולות טרור משטחה יכולה להיחשב להפרת עקרון הריבונות ולהצדיק פעולה נגדה. יש הטוענים שהמועצה קבעה כלל שלישי המאשר פעולה של הגנה עצמית, אך אינני יודעת על מה זה נסמך. נכון שיש הבדל בין 'פעולת הגנה עצמית' לבין 'פעולת מנע'. פעולת מנע

היא שלב מוקדם בהרבה מפעולת הגנה עצמית. אבל מדוע לומדים מן ההחלטה שיש אישור לפעולה של הגנה עצמית – אינני יודעת.

נקודה רביעית

החלטת מועצת הביטחון משפיעה על שני עקרונות: עקרון ההגנה העצמית ועקרון הזכות לפתיחה במלחמה. כאמור, יכולתה של מועצת הביטחון לנסח כללי משפט או לתרום לפיתוחו של המשפט הבין-לאומי – צריך לראות אותה במגבלותיה, משום שסביר למדי שאפשר להטיל ספק בשאלה אם החלטה כזו הייתה מתקבלת אלמלא הייתה זו ארצות הברית שהותקפה ואלמלא היה לה הכוח שלה במועצה ובאור"ם. בהינתן זאת אנו יכולים לתהות אם מועצת הביטחון אכן יכולה לשקף את האינטרסים של כלל הקהילה הבין-לאומית, ועד כמה היא משקפת את האינטרסים של הכוחות ההגמוניים במועצה ביחס לאחרים.

כאמור, בית הדין קבע שהזכות להגנה עצמית בהחלטה 1373 לא תחול על ישראל בשטחים שיש לה בהם שליטה אפקטיבית. ברור אפוא שבסופו של דבר, המועצה מוגבלת באילוצים – זכות הווטו של המדינות הקבועות ותמיכתן במדינות מסוימות ולפעמים גם המתח בין מועצת הביטחון והחלטותיה לבין העצרת הכללית והחלטותיה. אשר על כן יכולת הפיתוח של המשפט הבין-לאומי באמצעות ההחלטות של מועצת הביטחון מוגבלת.

חיים פס: ועדה שהוקמה לפני שנה בעקבות המלחמה בעיראק אימצה השבוע הגדרה, ולפיה טרור הוא כל פעולה המיועדת לגרום למוות או לפגיעה קשה באזרחים או במי שאינם לוחמים, וכוונתה היא לאיים על אוכלוסייה או לאלץ ממשלה או ארגון בין-לאומי לעשות מעשה או להימנע מעשותו. מטרת הוועדה למצוא פתרונות להתמודדות האו"ם עם האתגרים הביטחוניים של המאה העשרים ואחת, בעיקר טרור, חימוש גרעיני וכו'. הדבר פורסם בשבוע שעבר ב'מעריב'. בוועדה נידונה גם האפשרות למכת מנע וגם להרחבת מועצת הביטחון.

עירית קהאן: בהחלטת מועצת הביטחון 1555, אחרי מעשי הטרור ברוסיה, היה ניסיון להכפיף את הפעולות הללו להגדרת 'טרור'. מי שקרא את ההחלטה יכול היה להסיק ממנה שיש בה ראשית הגדרה. ולדעתי, ההגדרה שפרסמה הוועדה השבוע דומה מאוד להחלטה 1555.

נקודה חמישית

הילי מודריק-אבן-חן: ההתייחסות של דיני המלחמה או המשפט ההומניטרי לטרור היא כאל מעשים המתרחשים בעימות מזוין והננקטים על ידי אחד הצדדים בעימות זה.

אקדים מבוא קצר על עימות מזוין בין-לאומי ועימות מזוין לא בין-לאומי ועל השאלה מה מקום הטרור בהקשרים האלה. החוקים העיקריים הרלוונטיים לעניין זה הם אמנות ז'נבה מ-1949 ושני הפרוטוקולים הנוספים לה: הראשון – בדבר עימות מזוין בין-לאומי, והשני – בדבר עימות מזוין לא בין-לאומי. חלק מן הסעיפים של הפרוטוקולים נחשבים למשפט מנהגי, והם מחייבים גם מדינות שלא אישרו אותם, כמו ישראל וארצות הברית.

לפי המסמכים של המשפט ההומניטרי, 'פעולות טרור' הן הפרות של דיני מלחמה או ביצוע של פשעי מלחמה. לדעתי הדברים אינם מכוונים רק לפעילות נגד אזרחים, כי פשעי מלחמה הם גם 'מעילה באמון', לפי אחד הסעיפים. לדוגמה, התחזות לפצוע או לחולה בעת פעולה אלימה נגד חיילים – איך יש לפרשה? ייתכן שאפשר לראות גם בה 'פעולת טרור', בדיוק כפי שראו כמי שהשתמש בסמלים של הצלב האדום או של ארגון הומניטרי אחר לשם התחזות והטעיה בעת פעולה אלימה. דוגמה דומה היא חיילים המתהלכים בלי מדים.

בשעה שפשעים אלה מבוצעים במסגרת עימות מזוין בין-לאומי, הם נחשבים להפרות חמורות של האמנות ושל הפרוטוקול הראשון, כלומר ל'פשעי מלחמה', ואת מבצעייהם צריך להעמיד לדין במדינותיהם או להעמיד לדין בין-לאומי פלילי לפי האמנה הבינ-לאומית ICC.

מה בין עימות מזוין בין-לאומי ובין עימות מזוין לא בין-לאומי? עימות מזוין בין-לאומי הוא עימות בין שתי מדינות, ויש לו מאפיינים בין-לאומיים, כלומר הוא אינו מתרחש במדינה מסוימת. מנגד, עימות מזוין לא בין-לאומי מתנהל בדרך כלל במדינה נתונה: קבוצות מורדות נלחמות בשלטון במדינה או בינן לבין עצמן.

סיווג זה של העימותים רלוונטי לענייננו, כי עלינו להחליט מה טיבו של העימות המזוין בין ישראל ובין הפלסטינים: בין-לאומי או לא. ושמה עלינו למצוא לו הגדרה אחרת, חדשה, וכבר יש בספרות המקצועית ניסיונות לעשות זאת.

בעניין החלטה 1373 בדבר הגנה עצמית קבע בית הדין הבינ-לאומי שהיא לא תחול בקשר לגדר הפרדה. אמנם הביטוי 'טרור' בפרוטוקול הראשון באמנת ז'נבה הופיע פעם או פעמיים בהקשר של פעולות נגד אזרחים; זאת

אומרת, אסור לנקוט שיטות שיטילו פחד באוכלוסייה האזרחית. אך סעיפים אחרים אינם כוללים התייחסות מפורשת לביטוי 'טרור'. אם כן, אם מקבלים את הגדרת הטרור כביצוע פשעי מלחמה, לרבות שאר המאפיינים שצוינו לעיל, אפשר לראות את כל הסעיפים בדבר איסור הריגת שבויים או פצועים וחולים ובדבר אלימות ועינויים ולקיחה של בני ערובה כאיסורים לבצע פעולות טרור בידי צד מן הצדדים בעימות המזוין.

סעיפים אלה ודומים להם אפשר למצוא גם בפרוטוקול השני, שעניינו פעולות בעימות לא בין-לאומי. הנורמות אפוא דומות מאוד, וההבדל בין ההפרה של האיסורים על פי הפרוטוקול הראשון או על פי אמנת ז'נבה לבין ההפרה שלהם על פי הפרוטוקול השני הוא שהיא נחשבת להפרה חמורה, לפשע מלחמה, שבגינה אפשר להעמיד לדין. אמנם בפרוטוקול אין סעיף מפורש הקובע שההפרות האלה הן פשעי מלחמה, אבל בית הדין הבין-לאומי בדוננו בפשעים שנעשו ביוגוסלביה כבר קבע שעל הפשעים הבוטים שם אפשר להחיל כללים של המשפט הבין-לאומי, כי יש להם מאפיינים של פשעי מלחמה.

אמנם הפעולות במהלך עימותים מזוינים לא בין-לאומיים נתפסו עד כה בעיקר כעימותים בין מדינה לבין קבוצות מורדות בתוכה, אבל היום יש בספרות המקצועית דיון נרחב בשאלת האפשרות להחיל בתחומה של מדינה את דיני המלחמה על העימותים המזוינים שאינם בין-לאומיים בינה ובין ארגוני טרור הפועלים נגדה.

השאלה למה חשוב להבדיל בין סוגי העימותים וההתמודדות אתם בזירה המשפטית נוגעת לעקרון ההדדיות. בעימותים מזוינים בין-לאומיים תלויה מחויבות המדינות להקפיד באיסורים הכלולים באמנות ז'נבה ובפרוטוקול הראשון בהסכמתן הטרומית לקבל עליהן מחויבות זו. אמנות ז'נבה נחשבות היום 'אמנות מנהגיות', 'משפט מנהגי', והפרה של האיסורים לפי הפרוטוקול הראשון תלויה בשאלת קבלתו של הפרוטוקול, באישור הפרוטוקול; כך שאי-אפשר בעצם לכפות את האיסורים האלה על ארגונים שלא קיבלו עליהם את המחויבות לקיים את הוראות הפרוטוקולים. בהיעדר קבלת עול מחויבות זו אין עקרון הדדיות, וכל מה שנותר לעשות הוא לשפוט רק את אזרחי המדינות שכן אישרו את הפרוטוקול.

אם מדינה אשררה את הפרוטוקול, היא חייבת להישמע לכתוב בו בלי קשר להתנהגותו של הצד השני.

דן מרידור: אם כך, זו איננה הדדיות. האיסור אינו חל עליהם, כי הם לא קיבלו אותו. זאת הבעיה; לא ההדדיות.

להדריות יש משמעות התניה: 'אני לא חייב, אם אתה לא חייב; אני חייב, אם אתה חייב'. לא זה המצב פה.

הילי מודריק-אבן-חן: בסכסוכים פנימיים דווקא חל עקרון ההדריות, כי הפרוטוקול השני מחיל את הוראותיו גם על ארגונים ולא רק על מדינות. בהקשר של עימותים מזוינים (בין-לאומיים או לא בין-לאומיים) אולי יש יתרון בהחלה של עקרון העימות המזוין הלא בין-לאומי על העימות עם ארגוני הטרור: אם הם מחויבים גם בסעיפים אלה, כי אז מתקיימת כאן הדריות.

רות לפידות: אם באיסור 'מנהגי' מדובר, כי אז הוא חל גם עליהם. הנה למשל סעיף 3 לאמנות ז'נבה, הסעיף הכללי בדבר סכסוכים פנימיים.

דוד קרצ'מר: אם המדינה היא בעלת המחויבות לאיסורים, ומבחינתה אין הדריות, כדברי עירית קהאן, למה זה חשוב? אמנת ז'נבה כבר הייתה תקפה במלחמת העולם השנייה, ורוסיה לא הייתה חתומה עליה; ואם כך, הרוסים לא היו מחויבים לה, ולפי זה גם הגרמנים לא היו חייבים לקיים את ההוראות בה.

הילי מודריק-אבן-חן: לדעתי, לפי הדין היום, מדינה שקיבלה עליה את הפרוטוקול, הוא חל עליה בלי קשר לצד השני, בין שהוא מדינה ובין שאינו מדינה, בין שהוא מקבל עליו את הפרוטוקול ובין שאינו מקבל, וכך גם בעניין הפרוטוקול הראשון.

דוד קרצ'מר: זה אינו מתקבל על הדעת. לפי הפרוטוקול הראשון, מה חובתה של מדינה בסכסוך בין-לאומי בשעה שהיא חתומה על הפרוטוקול, ואילו יריבתה אינה חתומה עליו? נניח חלילה שתפרוץ מחר מלחמה בינינו לבין בריטניה; אם הבריטים אשררו את הפרוטוקול הראשון, פירושו של דבר שהם מחויבים לו ואנו לא.

עירית קהאן: זה גם חל ב-ICC. גם שם המחויבות חלה רק על מדינות שאשררו את קבלת האמנה.

דוד קרצ'מר: ההדריות קיימת במובן זה שהפרוטוקול חל ביחסים בין מדינות שאשררו אותו. אך אם שתי המדינות אשררו אותו, העובדה שמדינה אחת איננה מקיימת את התחייבויותיה איננה משחררת את המדינה השנייה מקיום התחייבויותיה היא.

כאשר הבריטים אישרו את הפרוטוקול הראשון, הם הגישו הסתייגות מסעיף בפרוטוקול הראשון האוסר בכל מקרה פעולת תגמול נגד אוכלוסייה אזרחית. הבריטים קיבלו עליהם את המחויבות בפרוטוקול, אך שמרו לעצמם את הזכות להפגז אוכלוסייה אזרחית של אויב, אם האויב יפגע באוכלוסייה האזרחית הבריטית, לא ייענה לאזהרות להפסיק את ההפגזות ולא תהיה לבריטים דרך אחרת להפסיקן.

נראה שלפי הפרוטוקול יש להסתייגות זו תוקף, מכיוון שספק אם איסור טוטאלי נגד פעולות תגמול כנגד אוכלוסייה אזרחית הוא חלק מן המשפט הבין-לאומי המנהגי. ואלמלא היו מסתייגים – לא היה לה תוקף. הדבר מוכח אפילו בשחרור שבויים: אם צד אחד אינו משחרר את השבויים, לכאורה כך יפעל או רשאי לפעול גם הצד האחר.

דן מרידור: הדברים מגיעים אפוא לאבסורד שהמציאות אינה נוהגת לפיו. שחרור שבויים הוא סוגיה נפרדת ושונה: אמנם לא טוב היות האדם שבוי, אבל הריגת אדם היא עניין חמור ממנו. אילו חתמה בריטניה על הפרוטוקול בלי הסתייגות מן הסעיף הבעייתי, הייתה מרשיעה את עצמה היסטורית ורטרוספקטיבית במה שעשתה בגרמניה במלחמת העולם השנייה.

אי-אפשר לטעון שהכול היו מבינים שהתנאים השתנו. כי הרי אנגליה הפגיזה את גרמניה בכוונה, ולכן יכול להיות שהסיבה להסתייגותה הייתה הרצון להימנע מהפללת עצמה בדיעבד.

השאלה האמתית היא מה יפסוק הדין הבין-לאומי היום. נניח שבעת מלחמה יירו טילי קסאם על אשקלון, ואנו נפגיז בתגובה עיר מערי התוקפן. וכבר היו דברים מעולם: בזמן ההתשה בבקעת הירדן, נדמה לי שהפגזנו מרכזי אוכלוסייה בירדן. האם לפי המשפט הבין-לאומי נהגנו (וננהג) כדין או שלא כדין?

רות לפידות: הדברים אינם כה פשוטים, ולא ברור שהפעולה אסורה. לפי סעיף 60 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות מ-1969, אתה רשאי להשהות את הפעלת האמנה אם הצד השני הפר אותה באופן חמור.

דוד קרצ'מר: לפי אמנות ז'נבה מדינה איננה יכולה לבטל את הצטרפותה לאמנות אם היא מעורבת בסכסוך מזוין כל עוד הסכסוך נמשך.

דן מרידור: כלומר זו שאלה מרכזית, הגם שהיא אולי איננה נוגעת לשאלה המצומצמת שלנו. אם טרור מתנהל ממדינה אחרת – אם כי בטרור מודרני

פעמים רבות אין לדעת מנין הוא מגיע – והוא מכוון בקביעות נגד אוכלוסייה אזרחית, כי אז אין לתקוף את האוכלוסייה האזרחית של המדינה שממנה יצא הטרור? לדוגמה, האמריקנים בעיראק טוענים שכך בדיוק סוריה עושה; האם הם רשאים להציב אוכלוסייה מול אוכלוסייה? האם אתה אומר 'לא רשאים'?

דוד קרצ'מר: אכן; לא רשאים לפגוע באוכלוסייה אזרחית. העמדה לעומתית כזו קשה גם לזכויות האדם, שכן האזרחים שם אינם אשמים בטרור היוצא ממדינתם.

דן מרידור: כן, אבל זו בעיה יסודית. אני זוכר שבאחד הדיונים על הצבא שהתנהלו במכון לדמוקרטיה, אמרתי דברים דומים לאלו של דוד קרצ'מר: אמרתי שהאיסורים חלים עליי בלי קשר להתנהגותו של הצד השני. ואז רות לפידות אמרה משהו שונה, מעין 'אם האויב מפציץ אוכלוסייה אזרחית בלי הפסקה, לא צריך להתחייב לאי־פגיעה בו'.

רות לפידות: יש סייג לגבי אמנות של זכויות אדם, לא לגבי הזכויות של דיני מלחמה.

דן מרידור: זכויות דיני מלחמה פוגעות בסופו של דבר באנשים.

עירית קהאן: מדינה שאשררה את האמנה אינה חייבת באיסורים שקיבלה עליה בעת מלחמה נגד ארגון.

דוד קרצ'מר: לא, אני חושב שבאשר לארגון מצב הדברים שונה. אמנם אני מבחין בין הפרוטוקול הראשון לשני, אבל מובן מאליו שהאמנה חלה רק בין מדינות שאשררו אותה.

עירית קהאן: אבל אם מדובר בעימות מזוין בין מדינה לבין ארגון, עימות בין־לאומי, האם המחויבות שהמדינה קיבלה עליה לא חלה עליה עוד?

דוד קרצ'מר: יש להבחין בעניין זה בין סכסוכים בין מדינות (סכסוכים בין־לאומיים) לבין סכסוכים פנימיים בין מדינה לבין ארגון מזוין. כאשר מדובר במדינות, האמנות והפרוטוקול הראשון חלים ביחסים בין מדינות שהן צד למסמכים אלה (או שהצהירו שמקבלות עליהן את האמנות ופועלות על פיהן). כך נאמר במפורש בסעיף 2 לאמנת ז'נבה. אשר לסכסוך עם גורם

לא־מדינתית: מדינה חייבת בקיום סעיף 3 לאמנות ז'נבה בכל סכסוך מזוין פנימי – ואין צורך שהצד השני יקבל עליו את האמנה. הוא הדין בפרוטוקול II החל על סכסוכים פנימיים. פרוטוקול I חל (כלפי מדינה שאשררה אותו) בכל מקרה שבו רשות שמייצגת עם הנלחם נגד כיבוש זר או שלטון קולוניאלי מצהירה באופן חד־צדדי שהיא מקבלת עליה לפעול לפי אמנות ז'נבה והפרוטוקול.

רות לפידות: כאשר לסעיף שהזכרת זה עתה, נכון שישראל לא הצטרפה לאמנה, אבל בדיונים שהתקיימו היא הודיעה בפירוש שהיא מתנגדת, וכל זה לא בא אלא כדי למנוע 'מנהג'. המכונה 'מתנגד קיצוני' או 'מתנגד עקיב' – המנהג אינו חל עליו. כך הוא המשפט המנהגי, וההתנגדות גוברת על המשפט המנהגי. בתחילה לא היה משפט מנהגי, אלא אמנה בלבד. כאשר אתה מתנגד בעקיבות למחויבות למסמך, גם אם הוא הופך ל'מנהגי', הוא אינו מחייב אותך.

דוד קרצ'מר: היום יש שינויים מסוימים בגישה כלפי הפרוטוקול הראשון. מבינים שאולי יש יתרון למדינה בכך שהיא מצטרפת. כך, למשל, ברור שאם מדינת ישראל הייתה מצטרפת לפרוטוקול הראשון, לא היה יכול להיות ספק שחברי הארגונים הנלחמים נגדה הם 'לוחמים' שאפשר לפגוע בהם בכל מקום. נכון שיש הסבורים שדין זה חל גם עכשיו, אבל השאלה שנויה במחלוקת עמוקה. על כל פנים, בדיני מלחמה אתה רשאי להרוג לוחם כל עוד הוא לא הניח את נשקו.

רות לפידות: הדברים אינם פשוטים: סעיפים 43, 44 של הפרוטוקול בדבר הזכאות למעמד 'שבוי מלחמה' ומי הם 'לוחמים', אינם כה פשוטים. יש בהם מפרט רחב באשר לשאלה זו.

דן מרידור: פרופ' קרצ'מר מציין את הצד החיובי של העניין, לא השלילי; אם אדם הוא 'לוחם', מוטב לו שיהיה שבוי מאשר הרוג. דיני המלחמה מעניקים לאדם מעמד של 'שבוי' בתנאי שהוא חי. אם לא יהיה חי, לא יהיה שבוי: כלומר. הזכות להרוג אותו מתקיימת בצד זכותו להיות שבוי.

הילי מודריק-אבן־חן: דוד קרצ'מר כבר אמר שבהקשר לפרוטוקול השני, העוסק בעימותים מזוינים בתוך מדינה, בין מדינה לבין מה שהוא אינו מדינה, האיסורים האלה חלים הן על הארגון הן על המדינה.

הטלת מחויבות על ארגון שלא חתם על פרוטוקול זה, בהוראותיו של הפרוטוקול, נובעת מתפיסת הארגון כחלק מן המדינה שחתמה על הפרוטוקול; כלומר המדינה היא מעין נציג רשמי של הארגון שבשטחה הוא פועל. והנה, ארגון לוחמים שאינם חלק מן המדינה שיש לה מחויבות מרצון לפרוטוקול, מעורר את השאלה מתוקף מה אנו מחילים עליו התחייבות זו.

דן מרידור: הרציונל שהצגת פורמליסטי מדי, בעיקר בהינתן האילוץ הקיים באופן סמוי, לפחות בזמן החתימה, שהרוב חותם בשם המיעוט, כשהמיעוט אינו מתכוון כלל לחתום.

הטענה היסודית היא שקביעות אלה הפכו במידה רבה למנהג, ובמקרה זה התחולה שלהן איננה תלויה בחתימה עליהן. אבל אם לא נתהווה מהן משפט מנהגי, כי אז נשאלת השאלה מכוח מה איסורים-קביעות-כללים אלה מוחלים על מי שאינו מעוניין בהם ולא התחייב עליהם.

דוד קרצ'מר: הגישה היא שבחלק גדול מן המדינות שאשררו את האמנה, האמנה הופכת לחלק מן המשפט הפנימי של אותה מדינה, אם מכוח סעיף בחוקה ואם מכוח אימוץ פרלמנטרי; ולכן מכוח סמכותה של המדינה לחוקק ולהחיל את החקיקה שלה על כל אזרחיה הם מחויבים באמנה זאת.

דן מרידור: לא תמיד אישור אמנה מטעם המדינה מחייב את אזרחיה, ולכן טענה זו איננה מלאה. כלומר, המדינה מאשרת את האמנה כלפי המדינה השנייה, אבל היא אינה גוררת בכך את אזרחיה להיות מחויבים לאמנה זו. השאלה היא אם הנורמה חשובה, ראויה, קריטית, חיונית דיה לעניין מלחמה, עד שהיא הופכת למשפט מנהגי, ואז לא חשוב מי חתם עליה ומי לא. התוקף הוא מכוח משפט הטבע, משפט אלוהי, משפט על-מדינתי או כל סוג של משפט החל מכוח הוראות כלליות, ולא מכוח הסכמים.

דוד קרצ'מר: שאלות אלה התעוררו בבית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה, משום שהיוגוסלבים לא חתמו על חלק מן האיסורים שהפרתם גוררת אחריות פלילית. בית הדין נאלץ לברוק בכל מקרה ומקרה אם העברות היו בתחום המשפט המנהגי או לא. הוא הפעיל את האיסור רק לאחר שקבע כי הוא חלק מן המשפט המנהגי.

הילי מורדיק-אבן-חן: אפנה לשתי הנקודות האחרונות, השישית והשביעית.

נקודה שישית

האם אפשר לכפות על מדינות את כללי המשפט ההומניטרי בשעה שהן נלחמות בארגונים?

נקודה שביעית

בהתאם לדבריו של דן מרידור, באילו מקרים אפשר לכפות על ארגוני טרור את כללי המשפט ההומניטרי כשהם אינם מחויבים מרצונם בכללי האמנות האלה?

שתי שאלות אלה נוגעות ישירות למשפט ההומניטרי: ההבחנה בין 'לוחמים' לבין 'אזרחים' קיימת בפרוטוקול הראשון, אך לא במפורש בפרוטוקול השני, אם כי בפרוטוקול השני מוגדר במי אסור לפגוע. הבחנה זו חשובה משתי בחינות: מבחינת האדם שמבקשים לתפסו ולעצרו ומבחינת האדם שרוצים לפגוע בו ולהרגו.

לפני הכול אני רוצה לציין את 'הלוחמים הבלתי-חוקיים', מונח שעלה גם בדיונים כאן ופעמים רבות בשיח הציבורי ובשיח המשפטי, והוא חלק מן החוק הישראלי והאמריקני והבריטי. רשמית אין במשפט הבין-לאומי הקטגוריה 'לוחמים בלתי-חוקיים', כי רציונל ההבחנה בין 'לוחם' לבין 'אזרח' הוא שלאזרחים תהיה הגנה מרבית. מסיבה זו מתקיימת דיכוטומיה חדה בין אזרחים ובין לוחמים, ואין רוצים ליצור קטגוריות ביניים. כלומר, מי שמוגדר 'לוחם' מוגדר בדרך כלל לוחם הזכאי למעמד 'שבוי מלחמה', ולא ייתכן לוחם שלא יהיה זכאי למעמד זה. לפיכך טוענים שלמשפט הבין-לאומי אין פתרון למצב כיום.

דן מרידור: בעבר התנגדתי להצעת החוק של הממשלה בדבר סוג זה של לוחמים. הייתי אז יושב ראש ועדת חוץ וביטחון, ויחד עם חברי ועדה נוספים עצרנו את מהלך האישור. זמן קצר אחרי שעזבתי את תפקידי זה והצטרפתי לממשלה, קיבלה אותו הכנסת בקלות רבה. השאלה שעמדה לדיון הגיעה לנציגות של האיחוד האירופי, וזו הקשתה אם אנו באמת מעלים על דעתנו לחוקק חוק שכזה. במילים חריפות מאוד הם אמרו לי שאנו עושים מעשה שלא ייעשה והגישו לי מחאה דיפלומטית רשמית, צעד חריף ביחסים הבין-לאומיים.

ההצעה הייתה ליצור קטגוריה שהיא קצת מזה וקצת מזה. ואולם האירופים פסלו זאת מכול וכול. אם האדם 'לוחם', כי אז הוא לוחם, והאמנה השלישית

חלה עליו; אם הוא 'אזרח' הפועל נגד הצבא, אפשר לפעול נגדו לפי אמנת ז'נבה הרביעית, אבל אין קטגוריה 'לוחם בלתי-חוקי'.

הדבר מוזכר גם בתקנות הצבא הגרמני וגם במדריך האמריקני. החוק הזה, הורתו והולדתו היו בהטעיה. למעשה, ההצעה הייתה בגדר ניסיון להחזיק את מוסטפא דיראני ואת השיח' עוביד בישראל כקלפי מיקוח תמורת הנווט רון ארד, וכל השאר היה 'סיפורים'. לאמתו של דבר, זו הייתה כוונתו של החוק, ובגלל פסק דין של השופט אורי גורן חששו שבית המשפט לא יסכים להאריך עוד את מעצרו המנהלי. אמנם הדברים הגיעו לדיון נוסף, ומי שהניח את התשתית לחוק זה היה בג"ץ בעצמו, אבל הכול נעשה בהטעיה. הדיון היה כביכול בנושא תאורטי בעימות עתידי (הימים היו ימי טרום ספטמבר 2001), אבל כל בר-דעת הבין שמדובר למעשה בעניין קונקרטי: להחזיק כאן את שני החטופים הלבנונים. זה כל הסיפור.

ההנחה בחוק זה הייתה שעצם היותו של אדם חבר בארגון טרור הופכת אותו למספן את ביטחון המדינה. זה לב העניין, שהרי אי-אפשר להוכיח סיכון אמתי בכך שלפני 15 שנה הוא היה בארגון.

דוד קרצ'מר: המונח 'לוחם בלתי-חוקי' מתאים לסכסוכים בין-לאומיים שבהם יש מעמד של לוחם. אפשר בעצם לומר כי בסכסוך כזה לוחם בלתי-חוקי הוא אזרח המשתתף באופן ישיר בלחימה. בסכסוכים שאינם בין-לאומיים אין מעמד של לוחם, ולכן אין הגדרה של לוחם. עם זאת נראה שיש לוחמים בסכסוכים כאלה. הם אינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה וצפויים לעונש על פי המשפט הפנימי של המדינה בשל הלחימה, אך להבדיל מאזרחים הם מטרה לגיטימית.

ואם כך, מדוע במסמכים הבין-לאומיים הללו (אמנות ופרוטוקולים וכו') מציינים 'אזרחים'? הרי אם אין 'לוחמים', גם אין 'אזרחים', ולכן חייבים להיות 'לוחמים'. המונח 'לוחם בלתי-חוקי' היה נושא למאמר בכתב העת של הצלב האדום הבין-לאומי לפני שנתיים.

דן מרידור: הצלב האדום, למיטב זיכרוני, הביע אף הוא לפני הוועדה עמדה נחרצת נגד הקטגוריה 'לוחמים בלתי-חוקיים'.

הבעיה איננה בהגדרה עצמה, אלא בהשלכות המשפטיות והמעשיות שלה, שכן מי שהוא 'לוחם', חלה עליו שורת כללים. כלומר, בין שייקרא 'לוחם בלתי-חוקי' ובין שלא, השאלה היא מה משמעות ההגדרה הזאת. 'לוחם' הוא גם הטבח של האויב, ו'לוחם בלתי-חוקי' עשוי להיות גם אדם הנראה חשוד והמתהלך לו בחוצות תל אביב, ובשל כך הוא מטרה אפשרית לפגיעה. זה

עלול להביא להתרת הרסן של המדינה עד כדי יצירת מציאות שלא נרצה לחיות בה. הבעיה אפוא איננה בהגדרה, אלא במשמעות המשפטית הנורמטיבית של ההגדרה.

הילי מודריק-אבן-חן: דן מרידור התחיל להתייחס לפן השני של השאלה: מי מטרה לגיטימית ובמי אפשר לירות. לפני כן יש להציג את השאלה את מי אפשר לעצור ומה משמעות המעצר או ההשהיה. 'לוחם' במעמד 'שבוי מלחמה' אינו עומד לדין על עצם הלחימה שלו, ואם הוא נשבה, הוא זכאי להגנות מסוימות. אמנם אפשר להעמידו לדין על פשעי מלחמה, אבל לא על עצם הלחימה. ואם כך, השאלות בקשר למלחמה בטרור הן אם אנו מוכנים להכיר בפעילים של ארגוני טרור כ'לוחמים', על הזכויות ועל החובות הנגזרות מהכרה זו, ואם אנו מוכנים להעניק להם מעמד של 'שבויי מלחמה' ולא לדרון אותם על עצם הלחימה, אבל להעמידם לדין על פשעי מלחמה שביצעו. ולא – האם עלינו להגדירם 'אזרחים'?

דן מרידור: שאלת ההעמדה לדין ושאלת החקירה הן שתי שאלות נפרדות. בעת חקירה אפשר לשאול שבוי לשמו, לדרגתו ולסוג הדם שלו; זהו! ואילו את הטרוריסט יש לחקור אחרת, שהרי הלחימה בטרור צופה פני עתיד, והחקירה נועדה למנוע את המשך הפעילות הטרוריסטית. ואדגיש: אינני מדבר על דרך חקירה לא-לגיטימית, אלא על דרך חקירה לגיטימית: מותר לשאול את החשוד העצור, והוא חייב לענות. החייל (השבוי) אינו חייב לעזור לחוקרו ולספק לו מידע, ואילו הטרוריסט חייב לעזור לחוקרו למנוע מחבריו להוציא לפועל את פעולות הטרור המתוכננות. יש אפוא הבדל עצום בין לוחם לבין טרוריסט, וההבדל איננו באשמה הפלילית שלהם אלא בזכות לחקור אותם.

הילי מודריק-אבן-חן: בסופו של דבר נרצה להעמיד את הטרוריסט לדין פלילי, גם אם זה לא פשע מלחמה, כפי שאומרת עירית קהאן. השאלה השנייה היא שאלת המטרה הלגיטימית לפגיעה: מי יכול להיות מטרה לפגיעה? עקרונית, חיילים הם מטרה לגיטימית לפגיעה בכל עת, אף על פי שיש היום גישה בדבר עירוב דיני זכויות אדם במשפט ההומניטרי. האוחזים בגישה זו סבורים שיש מצבים שבהם גם החיילים צריכים להיות חסונים בפני פגיעה, למשל בעת חופשה בבית. זו איננה עמדה נורמטיבית ופורמלית, אלא פרשנות לנוכח המציאות דהיום. מנגד, ה'אזרח' מוגדר עקרונית כמטרה בלתי-לגיטימית, למעט הזמן שהוא נוטל חלק ישיר בלחימה. השאלות הללו מעוררות כמובן את שאלות המשנה: מי הם האזרחים

המשתתפים באופן ישיר בלחימה? עד איזה גבול אפשר למתוח הגדרה זו? האם גם מי שתפר חגורת נפץ, לדוגמה, השתתף באופן ישיר בלחימה? אפשר ללמוד מן המשפט הפלילי מה הן ההגדרות לאנשים אלה; לפי המשפט הפלילי, הוא שותף ללחימה. ומכל מקום, זה הפן השני של השאלה מתי הם יכולים לשמש מטרה לגיטימית לפגיעה. בניסוח חלופי נשאל כך: האם אנו רוצים להרחיב את הגדרת ה'לוחם' כך שתכנס גם אנשים אלה, ולא בהקשר של דיני מעצר ושבי, אלא בהקשר של מטרה לגיטימית לפגיעה? עוד יש לתהות אם אכן זהו האינטרס שלנו להגדיר אותם 'לוחמים', על כל המשתמע מכך.

דן מרידור: אמנם אנו דנים בהגדרה, אבל אנו יכולים להעמיק את הדיון אל מעבר לשאלת מיהו 'לוחם'. עלינו לראות את הדברים מזווית ראייה אחרת: הרציונל של הדין איננו שמותר לפגוע בחיילים, אלא שאסור להרוג אנשים. זה הדין. החרג מן הדין הוא ההיתר להרוג בעת מלחמה. חריג אחר נמצא בדין הפלילי עצמו, והוא ההיתר להרוג בעת הגנה עצמית, וגם אז לא מכוונה להרוג, אלא כתוצאה: זה הדין גם אם אדם נהרג מתקלה בעת הפעלת כוח סביר כנגדו בעת פעולה לגיטימית של השלטון, כגון מעצר חשוד.

דיני מלחמה הם עולם שונה מן העולם הפלילי, ולרציונל של היתר ההריגה בעת מלחמה יש שתי סיבות: (א) טבע האומות והמדינות הוא שמלחמות ביניהן היו מאז ומתמיד, וכנראה גם תהיינה בעתיד; (ב) הכול רוצים להסדיר את העימותים עד כמה שאפשר, לא מטעמי זכויות הפרט אלא מטעמים אנושיים, בשל הרצון להפחית במידת האפשר את זוועות המלחמה.

עניין אחר לענות בו הוא שאיננו רוצים להחיל את דיני המלחמה על הנעשה בתוך במדינה שלנו. אם חלילה כך יהיה, הממשלה תהיה רשאית להרוג כל מי שנתפס בעיניה 'אויב העם', ואז ניגרר אל הנוראה בסכנות של המשטרים הדיקטטוריים הדורסניים. אנו רוצים למנוע זאת.

בעבר, הדברים היו ברורים: יש מדינה א, ומולה – מדינה ב, והן מתעמתות ביניהן לפי כללי משחק ידועים. ואולם כיום התמונה מסובכת, בוודאי בישראל, כי הטורריסט יכול לחיות בתוכנו: הוא הן 'אזרח' הן 'אויב'. אשר על כן, אל לנו להתווכח אם יש או אין תופעה חדשה. יש תופעה חדשה: יש בישראל אנשים שאינם אזרחים תמימים, אלא אוזחי נשק הנלחמים בנו. משום כך עלינו להגדיר מחדש את דיני המלחמה באזור הזה. הרי זו איננה מלחמה רגילה, ולכן עלינו לחפש קטגוריה אחרת לכלול בה את האנשים הללו, שהם ספק אזרחים ספק לוחמים או גם אזרחים וגם לוחמים. עוד יש להגדיר את

כללי המותר והאסור ביחס אליהם באשר למעצר ולחקירה ולהעמדה לדין וכו'. הסיפור אפוא אינו פשוט.

לפיכך אני מציע שלא להיתפס למילה, להגדרה – 'לוחם' או 'לא-לוחם' – אלא לעסוק בשאלה המהותית ובהשלכותיה המעשיות והמשפטיות. אמרתי זאת גם בדיון אצל האמריקנים, ודבריי התקבלו שם בהסתייגות, משום שדיברתי על זכויות האדם במלחמה, ואילו אצל אלה שנפגשתי אתם 'מלחמה זו מלחמה'.

דוד קרצ'מר: לדעתי יש שאלה מקדמית. לפנינו שני מודלים של המשפט: מודל אכיפת החוק, הרלוונטי למציאות נתונה אך ורק כאשר יש לריבון שליטה בשטח ויכולת החלה של המשפט הפלילי; המודל השני הוא מודל של סכסוך מזוין שבו אתה רשאי לפגוע באויב ואינך מנסה קודם לעצור אותו ולהעמיד אותו לדין.

כשאינן מדובר באויב, חלים הכללים הרגילים של הגנה עצמית. הנה לדוגמה עוזי משולם: כאשר באו שוטרים לנסות לעצור אותו, הוא פתח עליהם באש; במקרה כזה הם רשאים להרוג אותו או לפחות לפצוע אותו.

דן מרידור: המבחן שלנו הוא מבחן השליטה. אויב הכובש חלק ממדינה נתונה מפסיק בכך את שליטתו של הנכבש במדינתו שלו, ובמצב זה רשאי הנכבש ללחום בכובש באמצעים של מלחמה רגילה.

דוד קרצ'מר: במקומות שיש בהם שליטה אפקטיבית אי-אפשר להיזקק לכללים של סכסוך 'רגיל', ולכן יש מקום להניח שצה"ל מקבל זאת עליו, לפחות בתאוריה. בגדה המערבית, למשל, אין שום אפשרות להצדיק פעולה על פי המודל של סכסוך מזוין ופגיעה באנשים שאפשר לעצורם.

הקושי הוא שהמודל של אכיפת חוק נשען על ההנחה שיש היכולת והסמכות לאכוף את המשפט הפלילי. ואולם כאשר מדובר בשטח שהנחה זו איננה תקפה בו, לא מציאותי לקבוע שיש לעצור תמיד את האדם המסכן את ביטחונם של אנשים מחוץ לשטח זה. או אז עומדת הבררה: לשבת בחיבוק ידיים או לפעול. והרי שום בר-דעת לא יאמר שבכל הנסיבות האפשריות, עליו לשבת ולא לעשות כלום.

השאלה היא מה אפשר לעשות ובאילו תנאים, ואיך מגדירים את השטח. הנה לדוגמה סוריה: אנשים יוצאים מסוריה כדי לפגוע בנו, והסורים אינם עושים דבר, או גרוע מכך – עוזרים להם. מבחינת המשפט הבין-לאומי אם הסורים אינם נענים לדרישותינו למנוע את הפעילות העוינת נגדנו, נראה

שמותר לנו להפעיל כוח נגד המפגעים. המצב קשה יותר באשר לעזה, מכיוון שלא מדובר במדינה, ואנו עדיין נחשבים כוח כובש (גם כג"ץ קבע זאת כאשר אישר 'תיחום מגורים' של תושבי הגדה בעזה).

אין להשליך את התשובה לשאלה אם מותר לישראל להרוג חבר בארגון ששם לו למטרה לפגוע בה והוא שוהה בצרפת, במלטה, בתימן על השאלה אם מותר לה להרוג שוהה עוין בעזה. הכול כפוף לתנאי כורח. ומה פירוש 'כורח'? אם האדם נמצא בשטח שנמצא בשליטתי, אני יכול לעצור אותו; אם הוא נמצא במדינה אחרת, (דוגמת צרפת) אני יכול לדרוש ממנה לפעול נגדו או אפילו להסגיר אותו אליי. ברור שבמקרים אלה אסור לי בשום פנים ואופן לפגוע באדם. אני צריך להפעיל את המשפט הפלילי – בעצמי או בעזרת המדינה השנייה. הקושי קיים כאשר האדם נמצא במדינה שידוע מלכתחילה שהיא שותפה לפעילות העוינת של אויבינו והיא לא תסגירו לידינו, כי אז ברור שהיא לא תשתף אתנו פעולה.

בעניין זה לא הייתי מבדיל בין מבוקש שהוא אזרח בישראל ובין מבוקש שהוא אזרח של מדינה אחרת. אבל אינני אומר שאלה הם פני הדברים בכל מקרה, אלא אני מדבר רק על סכסוך מזוין קיים. אני טוען שבסכסוך מזוין בין מדינה לבין גוף לא די בחשד חד-פעמי בדבר ביצוע פעולת טרור או אף בביצוע חד-פעמי שלה כדי לתפוס את הסכסוך בתור שכזה. אבל אם האלימות של אותו ארגון הגיעה לדרגה גבוהה, היא מצדיקה תפיסה של הנסיבה כ'סכסוך מזוין' בין המדינה המותקפת לבין אותו ארגון. למשל, אם אני שומע ב־10 בספטמבר שעומדת להיות תקיפה למחרת, אינני רשאי לפגוע במתכננים; וכך הדבר גם ביחסים בין מדינות.

נהוג להבחין בין תקיפה בעלת זכות קדימה (preemptive strike) לבין תקיפה מקדימה (anticipatory strike). אינני רשאי לתקוף מכיוון שאני מעריך שיתקפו אותי בעתיד, אבל אם ברור לי שנערכים לתקוף אותי בזמן הקרוב ביותר, אני רשאי לתקוף כדי להגן על עצמי. לפי תפיסה זו פעולת ישראל ב־1967 הייתה לגיטימית (גם אם אני מתעלם מפעולת המלחמה שהייתה כרוכה בסגירת מיצרי טיראן), ואם היינו יוצאים להתקפה על המצרים והסורים ב־6 באוקטובר 1973, גם פעולה זו הייתה במסגרת הזכות להגנה עצמית, והיה הבדל בינה לבין סכסוך מזוין.

עירית קהאן: הנה סיטואציה: אדם שאנו יודעים שהוא פעיל בארגון טרור ושהוא כבר הרג כמה מתושבינו, מסתתר בין אזרחים, ואין לנו דרך להוציא אותו מתוכם. כך קרה גם בעבר. לפי הגישה שלך, אם אפשר לתפוס אדם זה, עלינו לעשות הכול כדי לתפוס

ולמעמדו לדין. ואני תוהה אם לדעתך עלינו לעשות כך גם אם הדבר מסכן חיילים שלנו.

דן מרידור: אני מניח שיש מידת סבירות או אם תרצו 'סבירות מידתית' בהעמדת חיילים בסכנה.

כשאתה אומר שיש הגדרת תנאים, כגון שליטה אפקטיבית בשטח, דהיינו שליטה המאפשרת לעצור אנשים, אתה מתכוון שיש למדוד זאת במידה הסבירה של סכנה לחיילינו. אך מה קורה אם כדי להשיג את המטרה, יש להכניס לשטח מאות חיילים ולסכן אותם?

מרדכי קרמניצר: אני מסכים עם נקודת המוצא של דוד קרצ'מר בדבר ההבחנה בין מקומות שלמדינה יש בהם שליטה אפקטיבית לבין מקומות שיש לה בהם ריבונות. אמנם השליטה האפקטיבית היא הנמדדת הלכה למעשה, אבל הריבונות קודמת לה. המקומות ביהודה ובשומרון הם מקרים חריגים, אבל ברור שהדוגמה היא ריבונות דווקא; אם יש ריבונות נורמלית, יש גם אפקטיביות.

דוד קרצ'מר: לפי הפרוטוקול השני, הסכסוך הפנימי מוגדר כסכסוך שבו למורדים יש שליטה בשטח המדינה של הריבון.

מרדכי קרמניצר: אני רוצה לחזור אל מסמך הרקע שהוכן בעבורנו ואשר מעורר שאלה עקרונית: האם בן-לאדן והטרור הפלסטיני באותה קטגוריה? לי יש ספקות כבדים מאוד בסוגיה זו. אמנם מבחינת שיקולי מדיניות החוץ של מדינת ישראל והתעמולה יש יתרונות ברת־ימת עצמנו לעגלה הנלחמת בכך-לאדן, אבל מבחינה עניינית בעייתי הוא הניסיון לכרוך את עצמנו עם ארצות הברית בהתמודדות עם בן-לאדן. בעבודתנו ובהכנת הניירות המסכמים עלינו לשים לב לכך.

סוגיה זו, אפשר לעשותה מורכבת מאוד, ואפשר לעשותה פשוטה מאוד. אתחיל בפשוט: כאשר שטח כבוש תקופה ארוכה, וכאשר לא ברור אם לכובש יש נכונות לסיים את מצב הכיבוש המתמשך, מתהווה מצב נתון מבחינת מעמדם של האנשים החיים בשטח הכבוש והמחליטים להילחם בכיבוש; מצב זה שונה מן המצב שנוצר כאשר ארגון שולח מתאבדים שאינם תחת כיבוש לפוצץ מטוסים בווינגטון או בניו יורק. אני מבדיל בין הטרור הפלסטיני שלפני 1967 לבין זה שאחרי 1967.

ובעניין דינו של ארגון טרור המצהיר שהטעמים לפעולתו אינם השטחים

הכבושים אלא זכות השיבה וחיסול ישראל, כמו חמאס: עלינו לשאול את עצמנו אם המטרה המוצהרת של הטרור עשויה להיות מוצדקת או לפחות מובנת. יש להבחין בין טרור שלגביו התשובה על כך חיובית לבין טרור שלגביו התשובה על כך שלילית.

יש שתי קטגוריות: הקטגוריה הראשונה היא הצדקת המטרה; אני חושב שיהיה קשה מאוד למצוא אנשים רבים שיגידו שהמטרה של בן-לאדן מוצדקת, אם כי יש כאלה...

בעקבות ההערכה שהטרור הפלסטיני שונה מן הטרור של בן-לאדן, יש לתהות אם עלינו לרתום את עצמנו לעגלה הנלחמת בבן-לאדן, או שעלינו להבין שאיננו בעגלה הזאת בדברנו על הסכסוך שלנו. שאלה זו חשובה כנקודת מוצא להערכות, להמלצות. אתן דוגמה אחת: בטרור שבו יש מטרה מוצדקת או מובנת, יש להשקיע חשיבה ומאמץ להתמודדות עם גורמי הטרור, מה שאין טעם לעשות בטרור מהסוג השני.

דן מרידור: כשהתחלנו בדיונינו ניסינו להימנע מדיון בטרור בכלל, כי טרור קיים מאז שקיים האדם, וביכרנו לדון בתופעות הטרור החדשות, במתרחש במרחב הגלובלי החדש. אנשי לח"י, ובהם יצחק שמיר, היו אומרים שיש 'טרור טוב' ו'טרור רע', והיו מיני הערכות מוסריות שונות ביחס למי שניסה להרוג את היטלר וכיוצא באלה. לנוכח זאת העדפנו שלא לעסוק בשאלות אלה, בין השאר מפני שהכללים היו ידועים.

והנה לאחרונה עולות תהיות אם הכללים הישנים תקפים לנוכח הסוג החדש של הטרור ושל האנשים המוציאים אותו אל הפועל. אני מודה שבן-לאדן אינו דומה לערפאת ושאכן יש כללים שונים להתמודדות אתם ועם מה שהם מייצגים ועושים; אבל עיקר עבודתנו היה להדגיש את השינויים שחלו בעולם והמאפשרים היום פעולה בהיקף אחר, שונה מן הטרוריסט של פעם ה'רוצה לעשות צרות'.

אמנם לא כל טרוריסט יוצר בעיה כמו זו שיצר בן-לאדן. כך למשל, התנועה האסלאמית וכתב האישום נגד חלק מחבריה; הרי גם אם האישום נגד האנשים שם יהיה מבוסס, הדברים יתנהלו בפסים רגילים: יעמידו אותם לדין, ישפטו אותם, ואם יצליחו להרשיע אותם, אולי בבוא היום יחוננו אותם, כשם שהיה עם ח'ג'אזי, שהשופט הצבאי יהושע בן ציון גזר עליו מוות, ולימים חננו אותו. ואולם היום ההרגשה היא שכללי המשחק השתנו, שיש 'חוקים' חדשים. לדוגמה, גיוס אזרחים זרים לביצוע מעשי טרור בשם ארגונים פלסטיניים נגד יהודים או ישראלים (כמו קוזו אוקמוטו, המחבל היפני שתקף בשנות השבעים נוסעים בנמל התעופה הבינלאומי של ישראל) ותקיפת בתי כנסת ברחבי

העולם. יש אפוא אירועים שהדינים הרגילים והמוכרים לנו אינם בנויים להתמודד אתם.

מרדכי קרמניצר: אמנם בן-לאדן והבעייתיות שהעלה רלוונטיים לנו, ומיד אפרט זאת, אך נכון שלא צריך להזדרז ולכרוך הכול בכריכה אחת. הפתרון לגלובליות של הטרור ולדוגמאות שהבאת, הוא במסגרת המשפט הפלילי.

נשאלת השאלה בעניין מקרה שהחזבאללה תוקף את שגרירות ישראל בארגנטינה – האם אין לישראל הרשות לחסל את הארגון? הרי בשאלה זו התחבטנו עוד לפני היות הטרור של בן-לאדן.

לפי האינטואיציה שלי, עלינו לחשוב כאן במושגים של המשפט הפלילי. ואם במשפט הפלילי יש חֲסָרִים או רכיבים לא סגורים או לא מפותחים דיים, יש להשלים, לסגור ולפתח אותם. בעניין זה דווקא ישראל פיתחה כלים של המשפט הפלילי, דהיינו עשתה להרחבת התחולה שלו, ויכול להיות שאנו יכולים להציע למדינות אחרות ללמוד מאתנו. אפשר גם שעלינו לחשוב על פתרונות אחרים, אך בשלב זה אין לי רעיון נתון.

עליי עוד להסביר למה בן-לאדן רלוונטי לענייננו. הוא רלוונטי במובן של אפגניסטן, שהיא דוגמה לבעיה שייתכן שניאלץ להתמודד אתה. אמנם אפגניסטן אינה עזה, אבל אני צופה אל היום שאחרי ההסכם עם הפלסטינים: במדינה הפלסטינית מתקיימים ארגוני מחבלים, ואבור-מאזן מצהיר שאין לאל ידו להתמודד עמם ולרסנם.

וכך בדיוק אומר נשיא לבנון על החזבאללה בדרום לבנון. בנקודה זו יש דמיון מסוים בין הטרור של בן-לאדן לבין הטרור שאנו בישראל מתמודדים אתו. יש רמות שונות של טרור המתמקם במדינה מסוימת והיא אינה עושה את מה שהיא צריכה לעשות – להקיא. זו סוגיה קריטית שיש לטפל בה. עלינו להתמקד ולדון בשיטתיות בעמדת המשפט הבין-לאומי ביחס למדינה ולחובותיה וביחס למדינה שאינה עומדת בחובותיה. הן אסור לפגוע באזרחיה של מדינה כזו, וטוב שכך. אבל האם אסור לפעול לערעור המשטר באותה מדינה, בהנחה שהמשטר בה אכן מעודד טרור, מטעמי 'חיסכון' בחיי אדם, כלומר המעטה ככל האפשר של אבדן חיי אדם? ואני מתכוון גם לפעולה כוחנית בנסיבות מסוימות, לא רק באמצעים כלכליים.

אפשרות אחרת עשויה להיות סילוק השליט. כדוגמה קיצונית נניח שהשליט של המדינה הסוררת אינו אומר 'אינני יכול', אלא הוא אומר 'אינני רוצה'; הוא אומר: אדרבה, הטרור היוצא משטח מדינתי מוצדק, וכל תמיכתו

הרוחנית והפיזית נתונה לאנשים המוציאים אותו לפועל. במקרה כזה אפשר להכריז מלחמה על אותה מדינה, וזאת המשפט הבין-לאומי כנראה מתיר. השאלה היא אם המשפט הבין-לאומי מתיר לשלוח מטוס להפציץ את ביתו של המנהיג הזה, בהנחה שיש לו בית פרטי ושהוא גר בו לבדו. אם המשפט הבין-לאומי אינו מתיר להרוג מנהיג זה, נשאלת השאלה אם המשפט הבין-לאומי הגיוני; שהרי החלופה היא מלחמה גדולה ואלפי קרבנות.

דוד קרצ'מר: המשפט הבין-לאומי אינו יכול לקבוע כלל מיוחד למקרה זה, משום שכל גורם בעולם עלול לנסות לעשות בו שימוש שאינו בהכרח לטובת הצדק וההגינות. משום כך אסור לפגוע במנהיגים פוליטיים, גם בזמן מלחמה. אלא מאי? אם המנהיג הפוליטי הוא מפקד הצבא – מותר. למשל, אם ארצות הברית מעורבת בסכסוך מזוין, הנשיא בוש הוא מטרה לגיטימית לאויב. אבל אם ראש המדינה איננו מפקד הצבא או גוף דומה לו, עומדת שאלה בלתי-פתורה.

מותר להיכנס לשטחה של ישות אחרת כדי ללחום בארגון. אבר-מאזן אינו נלחם; הוא מנהיג פוליטי, לפחות מבחינה פורמלית; ואם כך יש ללכת למועצת הביטחון ולבקש ממנה להטיל סנקציות. אם מנהיגי הצד האחד אינם פועלים נגד הטרור, נשמרת לצד השני הזכות להגנה עצמית. לפי סעיף 51 לאמנה, אפשר לטעון להגנה עצמית.

מרדכי קרמניצר: צריך לברר אם המנגנונים הקיימים אכן מבטיחים את זכותה של המדינה שלא לסבול מטרור העלול להפוך אותה לקרבן להתקפות. אם הם אינם מבטיחים זאת, נשאלת השאלה איזו הצעה סבירה ומתקבלת על הדעת נוכל להציע.

דן מרידור: כאמור, חובת המדינה איננה רק להימנע מפגיעה בשכנותיה, אלא גם למנוע יציאה של פעולות טרור משטחה. חובה זו, אולי צריך להבהיר אותה טוב יותר ממה שהיא מובהרת כיום. השאלה היא מה דינה של מדינה הנכשלת במילוי חובתה זו. זה נושא מרכזי שעלינו לפתח בפורום זה.

דוד קרצ'מר: בזמן האחרון חקרתי חלק מן השאלות האלה, ויש לדעת שיש חומר אקדמי ומקצועי עצום בעניינן. לנוכח זאת אני תוהה מה עשויה להיות תרומתנו. מכל מקום, כדי להיכנס לשאלות אלה ברצינות ובכובד ראש, יש לשלוט בחומר, לבל נאמר דברים שכבר נאמרו. חלילה לנו ממהלך כה בלתי-מקצועי.

דן מרידור: אמנם איננו מתכוונים לכתוב צ'רטר חדש לאו"ם, מה גם שהדבר אינו בידנינו, אבל אנו יכולים לדון בשאלות היחסים בין המדינות ובחובת המדינות זו כלפי זו. איננו פונים לאו"ם, אלא פנימה, לממשלת ישראל. ממשלת ישראל צריכה ליזום מסגרת דיון של טובי האנשים שיציעו דרכי פעולה ותגובה לסוגיות הטרור העקרוניות. אין הכוונה להכרעות בדבר חיסול ממוקד פה ושם, אלא לאמנה בין-לאומית. מובן שיש לנהוג במלוא הצניעות והזהירות, אבל זהו המהלך המתבקש בישראל פנימה ובהצגת ישראל כלפי חוץ. כיום המדינה אינה פועלת בכיוון זה, ואנו מציעים לה לשנות ממנהגה זה.

מה שברור בפורום זה הוא שהפתרון לסוגיות הטרור וההתמודדות אתו נעוץ ביחסים בין מדינות. העולם מחולק למדינות, ולכל מדינה ומדינה יש שטח באחריותה, ועליה לוודא שממנו לא תצאנה פעולות שתכליתן לפגוע במדינות אחרות. אם לא תקיים מדינה את חובתה זו, יש לפעול נגדה באמצעות אמנה בין-לאומית, במהלכים בין-לאומיים.

הולכים ונוצרים בעולם מצבים מורכבים בדמות מדינות שבחלק משטחן אין הן שולטות. כך למשל, ב'ארץ החזבאללה' אין למדינה הלבנונית שליטה מלאה; אדרבה, מדינות אחרות משפיעות שם: אירן וסוריה. מתקיים אפוא מצב שלתוקפן אין כתובת ברורה, וייתכן שמצב דברים זה יתקיים גם בעתיד. זהו מעין 'חור שחור' שיש להציע דרכים להתמודד אתו, וְלא – כל מנוולי העולם יוכלו להיכנס למקומות שיש בהם ריק ריבוני, שלא ברור בו מי המדינה ומהו החוק, ולעשות בהם כאוות נפשם. עלינו להסב את תשומת הלב לשאלה זו, כי היא לא הייתה קיימת בעבר.

מדרכי קרמניצר: נכון שפורסמו מאמרים רבים בנושאים אלה בשנים האחרונות, אך בכל מקרה יש לזכור שישראל נתונה במצב מיוחד, כי עליה לסמוך בעיקר על עצמה, שלא כמו מדינות אחרות. מלבד זאת יש מדינות, ארצות הברית לדוגמה, המתירות לעצמן להתעלם משאר העולם; בניגוד לנו, כמובן.

בעבר פגענו תמיד באוכלוסייה אזרחית והפכנו אותה לבת ערובה בכך שיצרנו התניית הדדיות: אם לא יהיה שקט בצד שלנו, לא יהיה שקט בצד שלכם.

וגם מול ירדן זה עבד.

גם אם אנו היושבים סביב שולחן זה חושבים שזו התנהגות לא-נכונה, לא-חוקית, לא-נאותה, עדיין אנו צריכים לנסות לחשוב מה כן נכון, חוקי ונאות. יש לברר איזה מרחב ישראל צריכה לנסות להשיג לעצמה.

דן מרידור: כן, זו נקודה מרכזית, משום שהיא בעיה שלנו. חזבאללה הוא מקרה קלאסי: הנה ארגון שיש מדינה שמקיימת אותו, תומכת בו ומסיתה אותו, אך היא לא לבנון אלא אירן. עיראק עלולה בעתיד, לצערנו, להיות דוגמה נוספת למצב כזה. אם האמריקנים יעזבו את עיראק בלא שלטון חזק ויציב, יכול להיווצר שם תוהו ובוהו. ארגוני טרור יפעלו במדינה ללא שלטון וללא שליט – ללא חוק וללא אוכף חוק. תרחיש זה יכול לקרות לא רק בעיראק, אלא גם בעזה או ביהודה ושומרון. מה צריך אפוא לעשות?

אף על פי שזו שאלה פוליטית, אני מוצא לנכון שנציע דרך או כיוון לפתרון. לגישתי, ישראל איננה צריכה לברוח מן החוק הבין-לאומי, אלא לנסות לחפש בו זירות פעולה. חלילה לנו לומר 'או"ם שמום', כי התייחסות מעין זו בלתי-אפשרית עוד, ובעיקר – בלתי-מועילה.

דודי זכריה: פרופ' קרמניצר, הדילמה במשפט הפלילי ידועה, והיא כבר עלתה לדיון כמה וכמה פעמים: מצד אחד הרצון לאפשר למשפט כלים אפקטיביים ללחימה בטרור ומצד שני הסכנות לגלישה עד כדי פגיעה בזכויות אדם. איפה היית ממקם את נקודת האיזון החדשה? אולי בהרחבה של דיני הראיות או בריכוך נוסף שלהם, אולי בדיני החסיונות, אולי בפרוצדורות ובכל התחומים המשיקים למשפט הפלילי?

דן מרידור: הצעה בעניין זה של עורכת הדין בן אור ועמיתה תיבחן לעומק, ואולי בה או בעקבותיה יהיה שינוי מדיניות. מכל מקום, החברים יציגו טיוטה ראשונית, ומרדכי קרמניצר ואני נקרא ונתחיל את הטיפול בה.

עירית קהאן: סוגיה נוספת היא הכספים. אנו יודעים שהכספים יש להם משמעות אדירה באשר ליזמות טרור ולתחזוקו. ואכן, בעקבות שיתוף פעולה משפטי בלתי-רגיל עם גרמניה בעניין 'קרן אל-אקצה' וקרן שעסקה באיסוף כספים למטרות טרורן התקבלה החלטה של בית המשפט הישראלי לסגור אותה. אמנם הסגירה מנהלית, אבל זהו צעד ראשון בכיוון הנכון. אם כן, באשר לשיתוף פעולה בין מדינות בתחום הכספי יש מקום להצעות לריכוך ולשינוי.

חיים פס: האם אפשר לנסח עיקרון הכולל נקודת איזון חדשה שממנה נוכל לגזור משמעויות למצבים משתנים?

מרדכי קרמניצר: אני מפקפק ביכולת לנסח נקודת איזון תאורטית כללית

חדשה. אציג שתי דוגמאות להצעות שאפשר לקבלן. הדוגמה האחת היא עמדת בג"ץ באשר לשב"כ ולשיטות החקירה שלו: עמדה זו נכונה מבחינת הדין הקיים, ואולם הטענה שהבסיס החוקי לפעולתו של השב"כ הוא כמו זה של המשטרה, אם באמת עבודתו היא עבודת איסוף מודיעין וסיכול, איננה משקפת בהכרח את הדין הרצוי. הנה למשל התחבולות: ברור שבחקירה פלילית לא נרצה שהמדינה תזייף מסמכים ותציג אותם לחשוד, אך אם יש צורך לעשות זאת בחקירה מודיעינית – לא הייתי שולל זאת. התייחסותי היא לסוגיית המניעה בלבד. אם זיוף מסמכים בחקירת מודיעין עשוי לבוא בחשבון, תשובתי היא כן.

דוגמה שנייה היא בתחום החוק הפלילי שלנו.

דודי זכריה: אני מזמין כל אחד ואחד מכם לבית המשפט העליון לדיון בעתירתן של משפחות קרבנות הפיגוע בקו 37 בחיפה נגד המדינה. בפרוצדורה לא מוכרת לחלוטין הן הגישו ערעור על ההחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד השותף בסיוע לעברה, שידע בוודאות על הפיגוע המאיים להתרחש מפיו של מי שהסיע את המחבל, וישב בביתו ולא עשה דבר. לא הגישו נגדו כתב אישום כי הדבר אינו בגדר 'סיוע', אלא הוא בגדר 'אי-מניעת פשע', ודבר זה אינו נחשב שותפות.

מרדכי קרמניצר: בהתייחסותי למשפט הפלילי כוונתי לעמדת החוק הפלילי שלנו למעשים המקדימים את העברות השונות, הנקראים מעשי הכנה. בעברות רכוש הרחיק המחוקק הפלילי לכת עד כדי תפיסת מי שהולך עם כלי פריצה וכדומה כעברייני; ולעומת זאת בעברת הרצח אין בחוק איסור על הכנה לרצח. מדוע לא יהיה איסור כזה כאשר מדובר בדיני נפשות?

נאוה בן אור: צריך לשנות את סיווגה של 'עברת קשירת קשר'. בעיניי, קשירת קשר לרצח היא עברה מסוג אחר לגמרי.

דן מרידור: אציע תאוריה כללית שלפי דעתי אין עליה מחלוקת והיא נקודת מפתח. השאלה היא איך לנסח אותה ומהי הנפקות שלה. וזו התאוריה: לפי פקודת המשטרה, תפקיד המשטרה הוא למנוע עברות ולתפוס עבריינים, כלומר עיקר עבודתה צופה פני עבר; ואילו השב"כ במלחמתו בטרור, עיקר עבודתו צופה פני עתיד. הנה אפוא נקודת איזון תאורטית ראשונה: בפעולות למטרת חקירה, או אפילו ענישה, יש לצפות פני עתיד. ולכן עניין לעצמו הוא מה אומרת הפסיקה על מעצר אדם עד תום ההליכים נגדו, ועניין לעצמו הוא

מעצר אדם האוצר אצלו אינפורמציה ואינו רוצה למסור אותה לחוקריו. השאלה המהותית היא איך מתרגמים את הפסיקה בכל אחד ואחד מן ההליכים האלה.

כיוונים רלוונטיים אחרים הם זכות השתיקה, הנלמדת עתה בעבודת הוועדה, והאזון בין צורכי המלחמה בטרור ובין ההגנה על הזכות לפרטיות, שעליה מרחפת סכנת הפרה באמצעות איסוף אינפורמציה והאזנה לשיחות. באמרי 'פרטיות' אני מתכוון למובנה הרחב ביותר של המילה, כלומר לערכה כאחת מזכויות היסוד של האדם.

כל זאת אמור באשר למשפט הפילי ומידת עזרתו באכיפת החוק במובנה הרחב ובכפוף להנחה שאיסוף אינפורמציה על עבריינים הוא אכן מעשה לגיטימי, שכן אינני יודע בוודאות מה עמדתו המעודכנת של היועץ המשפטי בעניין זה.

נאווה בן אור: אני רואה בהבחנה בין תפקיד המשטרה לתפקיד השב"כ כיוון מתאים לעבודת הוועדה, כי זהו כיוון רלוונטי ומעשי לדיוניה. הכיוונים האחרים תלויים בהבנה האסטרטגית שלפיה אנו רואים באנשים האלה 'עבריינים' ולא 'לוחמים'.

בקשר לשאלה מה מותר לעשות לשם מניעה, להבריל מענישה על מעשה שנעשה: אני שוב מזהירה, מניסיוני, לבל ננקוט תהליך של איסוף מידע על אדם לשם מניעה, ובסופו של דבר נישאר רק עם אינפורמציה ברמה של ראיות מנהליות. כלומר, נקבל עליו מידע מוצק ולפיו הוא ביצע מעשי עברה חמורים, אך לא נוכל לתרגם את המידע שנצבר לראיות קבילות בשל הדרך שהוא הושג. כל מהלך שייבחר יש לו אפוא מחיר, ועלינו להציבו תמיד לנגד עינינו ולהחליט בין החלופות. ומכל מקום, על המהלך להיות קביל וניתן להגנה בפרמטרים של מידתיות.

דן מרידור: השאלה היא אם המהלך צריך להיות קביל, או שיש מקרים שנכון לוותר בהם על העמדה לדין, ובכך להציל חיי אדם.

גם מעצר מנהלי אינו שיטה טובה. הלוא אילו היה פתרון קל, כבר היינו מוצאים אותו. אני טוען שעלינו לחפש איזון חדש בגלל הצורך החדש, בגלל האיום החדש ההולך ומתגבר.

מרדכי קרמניצר: יש לחשוב כיצד לתמרץ את הטרוריסטים להמיר את אפיק הפגיעה באזרחים באפיק לחימה במטרות צבאיות. בהתבוננות טרוספקטיבית, מה עשתה ישראל? בדיוק ההפך הגמור; בשיטתיות דחפנו

אותם לעשות את מה שהם עושים עכשיו, כי ביטלנו כליל את ההבחנה בין המטרות השונות של הטרור, חיילים או אזרחים, והגבנו תמיד באותה תקיפות ובאותו חרון. ביחס זה כיוונו את האנשים האלה לבחור את המטרות הנוחות והאפקטיביות ביותר – אזרחים. עלינו אפוא לחשוב איך לבנות מערכת כללים והתייחסויות שתניע את הטרוריסטים לפעול בכיוון ההפוך. אין לי נוסחה מגובשת, אבל זו בעיניי מגמה רצויה.

סוגיית הגדרת הטרור ומה ישראל יכולה לתרום לה מתקשרת למה שציניתי זה עתה בעניין התמרוץ שיש לתמרץ את מבצעי הטרור לכוון את פעולותיהם למטרות צבאיות ולא אזרחיות. השאלה תהיה אם אנו אכן מצטרפים לכיוון חדש זה, ואם אנו ממליצים למדינה שתאמץ אותו.

דן מרידור: רעיון זה מסובך, משום שאפשר להציגו מן הצד הנגדי: מדאיג יותר שתוקפים שוטר משתוקפים אזרח, כי השוטר הוא חלק מן 'המערכת החיסונית' של הגוף, ואם כך, מדוע יהיה חייל שונה משוטר? הלא גם החייל מגן עליי. אני מסכים אתך שמלחמת גרילה איננה טרור, אבל לא קל לגזור מאסר עולם על הורג אזרח ורק 15 שנה על הורג שוטר.

אני מסכים שיש לזה צדדים לכאן ולכאן. אני רוצה להזכיר שאנו במשפט הבין-לאומי, וגלשנו פה למשפט הפנימי. נחזור אפוא לדיון על היחסים בין מדינות ועל הפעולה בשטחים אפורים. הסוגיה הראשונה שנידונה כאן הייתה כזכור מדינות שאינן משתלטות או אינן רוצות להשתלט או אינן יכולות להשתלט על הטרור היוצא משטחן.

חיים פס: ההגדרה בדבריה של הילי מודריק-אבן-חן מגבילה את הדבר לאזרחים, ולא לגורמי צבא או ביטחון.

הילי מודריק-אבן-חן: נכון לקבל הגדרה זו יותר מאשר לייצר הבחנות במשפט הפלילי הפנימי שלנו בין פגיעה באזרחים לבין פגיעה בחיילים, כי מבחינה ציבורית קשה מאוד לקבל את ההבחנות הללו. מכל מקום, ההגדרה הבין-לאומית אינה עולה בקנה אחד עם ההגדרות של ICC, שלפיהן פשעים נגד חיילים הם פשעי מלחמה.

דן מרידור: סוגיה נוספת בדבריה של הילי מודריק-אבן-חן שיש להגיב עליה היא הדיכוטומיה 'לוחמים אזרחים' או 'עבריינים' והקטגוריה של 'לוחמים בלתי-חוקיים'.

אני מעלה לדיון בעיה מסוג חדש: לפנינו אדם שאיננו פושע פלילי רגיל,

הן מבחינת הטריטוריה הן מבחינת המטרה, כלומר מבחינת עצמת הנזק שהוא יכול להסב לאויביו. אמנם זו מציאות חדשה שיש להתמודד עמה, אך יש גם להישמר מפני מציאות קשה לא פחות, והיא ממשלות ההורגות אנשים ברחובות, כי הן מכנות אותם 'אויבים'. זה מתחיל טוב מאוד ונגמר רע מאוד.

אשר לסוגיה 'סוג חדש של לוחמים: דינם ודרכי הלחימה הלגיטימיות בהם', טענתי שהמילה 'לוחם' איננה הבעיה, ועל כן אין טעם להשחית מילים וזמן בוויכוח על השימוש בה. מה שכן ראוי להתייחסות מפורטת ומעמיקה הוא הדין הקיים; ייתכן שאינו מתאים לנו עוד. גם אם אין הצעה קונקרטית לנוסחה חדשה הפותרת את כל הבעיות, חשוב לנסח את הבעיה ביתר דיוק ולא להסתפק באמירות כלליות. ברור שישראל, באמצעות משרד המשפטים שלה, צריכה לטפל בכך בצורה מסודרת ולהציב זאת בסדר היום הבין-לאומי. אל לנו להחביא את הבעיה, אלא עלינו לדבר עליה בפרהסיה.

עירית קהאן: במאמרים על המשפט הבין-לאומי נטען שוב ושוב שיש חוסר-איזון בלתי-מתקבל-על-הדעת באשר לטרור: המדינה המותקפת גוזרת על עצמה סייגים כאילו היא במלחמה, ואילו הטרור אינו מגביל את עצמו בשום מגבלה. השאלה היא אפוא איך מאזנים בין שתי זוויות הראייה והמעשה המנוגדות הללו.

דן מרידור: במלחמתה בטרור ישראל גורמת לעתים עוולות קשות ביותר. אולי כל מעשיה מוצדקים, ואף הטעויות במסגרתם סבירות, אבל התוצאה קטלנית. עוד ילד ועוד ילדה ועוד ילד; מצב זה אינו פשוט כלל. גם שתי דרכי הענישה – הריסת בתים והגליה – בעייתיות ביותר.

תהיה העמדה בעניין זה אשר תהיה; מה שברור הוא שהמדינות הנלחמות בטרור אינן משותקות במלחמתן זו; כך לדוגמה ארצות הברית וישראל. אמנם אין טוען כאן טענה כלפי החלטה זו או אחרת, גם אני הייתי שותף להחלטות קשות מאוד, אך יש להודות על האמת: איננו יושבים אזוקי ידיים ומוגבלים. אם כן, לנוכח הסוג החדש של עברות ועבריינים – שהאמנות הקיימות אינן מתאימות לטפל בהם מבחינת המעצר, מבחינת החקירה ומבחינת הענישה – יש להציע חידוש משפטי.

הייתי בדעת מיעוט נגד סיכולים ממוקדים, למעט כשמדובר בתנאי הגנה עצמית. זו דעתי והיא ידועה, כי אמרתי אותה בכל מקום אפשרי כבר לפני שנים. היה ביני ובין אריאל שרון ויכוח נוקב בשאלה זו כבר לפני שנים, כשהייתי שר המשפטים. התנגדתי גם להריסת בתים, לא רק משום שזה מעשה

חמור ובלתי-מקובל ופוגע גם במי שאינם מחבלים (בני משפחה ודיירי הבניין), אלא משום שסברתי שבטווח הבינוני והארוך זה מגביר רגשי שנאה ותאוות נקם ויביא ליותר טרור.

עירית קהאן: הדבר בלט מאוד בדבריה של אותה אם שיצאה נגד ההתאבדות של הבן שלה בפעולת טרור. היא הייתה הראשונה שיצאה נגד כל הארגונים הפלסטיניים והטיחה בהם שמנהג זה בלתי-אפשרי. היא הייתה הראשונה שדיברה בזעם על כך שמטילים על ילדים בגיל זה את משימות ההתאבדות. מדוע הרסו את ביתה של אישה זו דווקא? לא הייתי מסוגלת להבין זאת.

חיים פס: היא יצאה בפומבי נגד ההתאבדות משום שהבן שלה היה ילד בן 14 או 15, ולא משום שיש לה התנגדות כללית או עקרונית לכך.

רודי זכריה: על פי רוח 'בצלם' האחרון, הבעיה איננה הריסות בתים מחוץ למשפט הבין-לאומי, אלא הריסות בתים במסגרת המשפט הבין-לאומי ובמסגרת האמצעים של צורך לחימתי. ומדובר בלמעלה מ-90% של הריסות הבתים.

דן מרידור: לדעתי, ואומר אותה בזהירות, זו התחכמות. בסעיף 8 של אחד הבג"צים נטען שההריסה מותרת כשהיא נעשית בתוך לחימה מתוך 'צורך לחימתי', ולכן אין מנוס ממנה. אחר כך נכנסו דרך הפרצה הזו והרסו הרבה מאוד בתים. הריסות בתים היא מעשה לא נכון ולא מועיל, אלא אדרבה – מזיק מאוד לא רק לישראל אלא גם לכלל האוכלוסייה. זהו מעשה שאין עושים. ומה קורה כאשר ארגון הטרור אינו מחויב לאמנות, ומדינת ישראל למשל מחויבת לה? לדעתי, המחויבות שלנו למשפט הבין-לאומי איננה תלויה בהדדיות כלל וכלל. אמנם אני יודע מה זו מלחמה, ואינני רוצה לסכן את החיילים, את הילדים שלנו, בדקויות קטנות, אבל יש מעשים שאסור לעשותם. נקודה. לא נקבל עלינו מגבלות שבאמת אין חובה מוסרית עמוקה או חובה משפטית ברורה לקבל אותן, אבל מה שנקבל – נקבל בהחלט. אם מישהו חושב אחרת – שיכתוב, אבל זו דעתי.

באחת הישיבות שלנו הציגה פרופ' רות גביון דוגמת נגד לרוגמה שלי: אמרתי שהשתתפתי בירי על שטח מצרים שמעבר לתעלה אחרי מלחמת ששת הימים והם ירו גם מתוך שטחים מאוכלסים, ואינני יודע אם מותר היה לנו לעשות זאת אם לאו.

נאוה בן אור: האם אין הכדל בין מדינה שממנה יש ירי לבין שטח שהיא כובשת? לדעתי יש הכדל עקרוני בין השניים.

בספרו של פלטר (George Fletcher, *Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism*), נידונה האחריות המוטלת על אוכלוסייה אזרחית שאיננה מתקוממת נגד הכובש או אף משתפת עמו פעולה, למשל מעשי רדיפה נגד מיעוט המצוי בתוכה. מבחינה מוסרית יש לבחירה של עם משמעות מסוימת. לעומת זאת שונה מצבו של הכובש: בהמשך לדבריו של מרדכי קרמניצר, אינני מקבלת שמותר לכובש לעשות ככל העולה על רוחו, משום שיש לו מחויבות כלפי האוכלוסייה האזרחית הנכבשת ואחריות לפי כללי המשפט הבין-לאומי.

דן מרידור: דנו בקצרה בזכות ההגנה העצמית שהעלה מרדכי קרמניצר. זו שאלה טעונה מאוד וקשה, ואני רוצה להרחיב את אופק הדיון ולכלול בו לא רק אותנו אלא גם את האמריקנים בעיראק או את האמריקנים בגרמניה. הנה שתי דוגמאות לכיבוש הנתפס בעינינו ככיבוש לגיטימי. במקרה מעין זה האם לכל נכבש מותר לפעול בלי מגבלות נגד הכובש? לדעתי לא.

לפי ההשקפה הפוליטית, לכל אחד ואחד מאתנו יש עמדה בעניין הנוכחות שלנו בשטחי עזה ויהודה ושומרון, בין שעמדה זו קיימת מאז ומעולם ובין שהיא השתנתה עם הזמן. הבה נניח שנוכחותנו בשטחים הללו לגיטימית, לפחות כמו שהכיבוש האמריקני היה לגיטימי בגרמניה או הוא לגיטימי בעיראק.

הילי מודריק-אבן-חן: הכיבוש אינו לגיטימי, ואולם אי-אפשר לטעון שאין לכובש זכות להגנה עצמית. טענה כזו נראית לי מרחיקת לכת.

דן מרידור: אכן, יש לכובש זכות להגנה עצמית, אבל אנו בישראל עושים יותר מהגנה עצמית. יתר על כן, אם הכיבוש אינו לגיטימי, מתעצמת ביתר שאת שאלת ההגנה; שהרי מה פירוש 'מותר לו (לנכבש) להילחם בכך (הכובש)'? נכון שיש מלחמה, ובמלחמה עליך לנהוג בהתאם למצב הנתון. אבל אם ביסודו של דבר אינך 'לגיטימי', שכן כבשת לו את הבית ואתה יושב בו והוא איננו יכול להוציא אותך משם בעזרת דיני מקרקעין, הוא יוציא אותך משם בכוח העומד לרשותו. מסיבה זו אני מהסס להיכנס לטריטוריה של הלגיטימיות, כי היא איננה רק משפטית, אלא היא גם פוליטית: מי שחושב שהשטח איננו שטח ערבי, חושב שיש לנו זכות מלאה להיות שם; אמנם בתנאים מסוימים, אבל ללא 'בעיה לכאורית'. ואילו מי שחושב שהשטח היה ערבי, חושב אחרת. אין

טעם להכניס את הפן פוליטי לדיון, כי הוא עלול להוביל אותנו למקומות שאינם מתאימים לנו.

אולי צריך להוסיף לדיון שלנו שאיננו טוענים שטרור הוא טרור, כלומר שהטרור לסוגיו הוא מעור אחד. ועם שיש סוגים שונים, לא נפרטם. ברור לי שזו אמירה שצריך להיזהר ממנה. איננו מחברים מטרה לאמצעי בכוכבית. יש מקרים קיצוניים ביותר לדעת כולי עלמא, אבל הכלל הוא שגם מטרה לגיטימית לא משיגים בצורה לא-לגיטימית בדמות טרור. זו אמירה חשובה: הטרור אינו עוסק במטרות, אלא באמצעים. מטרת הטרור להפחיד אוכלוסייה. השאלה כאן איננה המטרה הסופית, אלא המניע. הטרור פסול. נקודה.

נתבונן לדוגמה במדינה שיש לנו אתה הסכם הסגרה, והיא מסרבת להסגיר לדינו מבוקש. במקרה כזה לא חשובה המטרה של מעשיו (אפילו היא לגיטימית), ולכן דרישת ההסגרה צריכה להיות איתנה.

מדרכי קרמניצר: מתי מותר לפגוע באזרחים? גבולות המותר מושפעים מאופייה הייחודי של המלחמה: אם אתה נלחם במדינה רצחנית, שיש סבירות שאוכלוסייתה תומכת במשטר, כמו גרמניה הנאצית, אז השאלה בדבר גבולות המותר במלחמה צריכה להיות מושפעת מן השיקול שלפיו ראוי לסיים מלחמה נגד התוקף באופן שירתיע אותו מפני תוקפנות עתידית.

חיים פס: בסיכול הממוקד המבחן הוא 'מבחן התועלת הצבאית'. מכה חזקה מן הנדרש היא 'תועלת צבאית', ופירושה להניא את התוקפן מתקיפה שנייה. ובצד זה אתה, עו"ד מרידור, אומר שסיכול ממוקד יש לנקוט רק כאשר הוא אמצעי הלחימה היחיד העומד לרשות המתגונן מפני טרור. הנה דוגמה לא-היפותטית: הפלסטינים שברו את הכלים בפגיעה בנמל אשדוד; במערכת הביטחון הוא נתפס כפגיעה לא-קונבנציונלי. אמרו אז שעליהם 'לשלם מחיר' על כך וחסלו את השיח' יאסין. למה העיקרון המוסרי שהצגת במלחמה עם המצרים אינו יכול להיות ישים גם לסיטואציה הזאת?

דן מרידור: אינני זוכר את כל פרטי הפגיעה, אך בהינתן העובדות האלה לבדן, התשובה היא 'למה לא?'. ועם זאת יש עוד שיקולים שצריך להביא בחשבון. מדינה אינה צריכה לסמן אנשים כדי להרוג. אמנם במלחמה זה אחרת, אני מודה, אך... יש בעיה להסביר את הקושי. לדעתי, מפקד גדוד שריון למשל יוכל למלא במלחמה את משימת החיסול של האויב המבוקש טוב יותר מסיכול ממוקד. זו דעתי, אבל אני מודה שזו איננה מתמטיקה צרופה.

עירית קהאן: במאמרים רבים יש היום קונסנזוס שאחת הדרכים היעילות ביותר למלחמה בטרור היא המודיעין. כוחו של המודיעין טוב מאמצעי התגוננות רבים אחרים, ובעזרתו יש סיכוי גדול בהרבה להימנע מטרור. הדבר תקף לא רק אצלנו אלא גם בעולם.

אתה מותח ביקורת על סיכול ממוקד או הריסות בתים ותומך מאוד בהשקעת מאמצים באיסוף מודיעין, כי לדעתך מאמצי המודיעין אפקטיביים לא פחות, ולמעשה אף יותר, מן הסיכולים.

דן מרידור: לבעיה זו נגיע כשנדרן בשאלות הפנימיות, לא הבין-לאומיות. איסוף מודיעין אינו ייחודי רק לטרור, אלא הוא חל גם על האזרחים שלך; כך צומח לו 'אח גדול', האוסף את כל האינפורמציה עליך, לרבות חדירה לפרטיותך והאזנה לשיחותיך.

עירית קהאן: המודיעין מופיע במשפט הבין-לאומי בסוגיית שיתוף הפעולה. זאת ועוד: הכללים הבסיסיים של המשפט הבין-לאומי הם עזרה והסגרה. יש קונסנזוס בין המדינות שפעולות אלה תהיינה מהירות. המשפט הבין-לאומי מכיר בכך שאי-אפשר להשתמט מן המחויבות לעזרה ולהסגרה בתואנה של פעולה פוליטית. אם כך, צריך לומר שאנו ממליצים לחזק את שיתוף הפעולה בדמות הסגרה ועזרה, כי אלה הכלים הטובים ביותר העומדים לרשות המדינות המתמודדות עם טרור.

מרדכי קרמניצר: אני מבקש לסיים את הרעיון שהתחלתי בו קודם. אני חוזר לדוגמת בן-לאדן, כי אני משוכנע שביחס לבן-לאדן הכול יאותו להתיר את הרצועה הרבה יותר מאשר ביחס לטרור שאינו בין-לאומי; וזאת בגלל פרמטרים שונים, בהם מידת המסוכנות שלו ואופק המטרה שלו. הלוא מטרתו של בן-לאדן היא להרוס את המערב, והיא כה מטורפת עד כי אי-אפשר להצדיק אותה בשום פנים.

דן מרידור: הלוא יש טרור נורא לא פחות מבן-לאדן, כגון שחיטת אנשים מול מצלמות טלוויזיה, או אותם אחים שתכננו להחזיר גז לבתי קולנוע בארץ.

דודי זכריה: לדעתי, הנקודה החסרה בשיתוף הפעולה הבין-לאומי היא פירוט הדרכים לשיתוף פעולה באכיפת החוק, לרבות אכיפת החוק המנהלי. נושא זה צובר תאוצה ניכרת בשנים האחרונות, והוא בא לידי ביטוי בכך שהודאות חשודים בישראל משמשות בבתי המשפט בגרמניה, ולהפך.

גם בחוק המנהלי יש מה ללמוד ומה לפתח, והוא בהחלט מתפתח. למומחים ישראלים אין היום יכולת להעיד במדינות מסוימות, מכיוון שהחיסיון שהמדינה יכולה לתת לדבריהם אינו יכול לחול במדינה זרה בגלל האינטרסים שלה. אנו יכולים להגן על האינטרס שלנו – ביטחון ישראל – ואילו מדינה אחרת אינה יכולה להבטיח לנו זאת בוודאות. לפי חסיון מקורות ישראליים, המומחה לא יהיה מחויב להשיב על חלק מן השאלות, אך לא בכל המדינות יש אותה מערכת חסיונות שיש לנו.

עירית קהאן: ההסכם בינינו ובין האיטלקים, לדוגמה, הוא שהמומחים הישראלים לא יענו על שאלות מסוימות.

במאמרי כתבתי שמאחר שאין הגדרה לטרור בבית הדין הבין-לאומי הפלילי ובהנחה שאולי נצטרף אל בית הדין הבין-לאומי בעתיד, אפשר להעמיד לדין בגין 'פשעי טרור' דרך 'פשעים נגד האנושות'. בית הדין הבין-לאומי עוסק בשלושה נושאים: פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה ופשע השמדת עם. תחולתם של שלושת הפשעים הללו היא תחולה אוניברסלית. הואיל ואין הגדרה מוסכמת לטרור, הנאשמים בפשעים אלה עומדים לדין בבית דין בין-לאומי פלילי, הגם שאפשר עקרונית להעמידם לדין גם בבית דין לאומי. במאמרי התנגדתי לכך, משום שראיתי שלהליך השיפוטי נלווה פן פוליטי.

בבלגיה יש דוגמאות לכך: אחרי הניסיון להעמיד את אריאל שרון למשפט היו שינויי חקיקה; ולא רק בבלגיה, אלא גם בגרמניה. הווה לומד מכאן שהמדינות הגבילו את עצמן מאוד בחקיקה.

מרדכי קרמניצר: לנוכח זאת יש לתהות מה עמדתנו בעניין 'פשעי טרור'. ראוי שבגין פשעי טרור אפשר יהיה לשפוט בכל מקום בהתקיים זיקה מינימלית בין העושה או המעשה לבין המקום שבו הוא מובא לדין, לרבות הימצאותו במקום. אם רוצים ליצור אפקט מרתיע לטרור, הכלל פשוט: הסגר או שפוט. המחוקק צריך להתייחס לסוגיה זו. אולי ראוי לציין שככלל עדיפה הסגרה משפיטה.

עירית קהאן: הייתי מחזקת מאוד את ההסגרה ואת שיתוף הפעולה בין המדינות, אבל זה אינו פתרון קבוע.

כאשר בית הדין עושה את שלו, הוא אינו מסגיר את הנאשם. ובכל זאת לא תמיד אפשר להיות שבעי רצון מן השפיטה, שכן לא תמיד העונש עולה בקנה אחד עם חומרת העברה.

הילי מודריק-אבן-חן: רציתי לשאול את מרדכי קרמניצר על היבט צר מן התחולה האוניברסלית, והוא החקיקה הפנימית הישראלית בדבר האפשרות שלנו לשפוט אנשים בגין פשעים נגד יהודים ברחבי העולם. באילו מקרים אתה מצפה שאנשים יישפטו על מעשים כאלה, ובאילו מקרים אתה מצפה שתהיה תגובה מלחמתית? אמרת שיש מדינות תומכות טרור שאינן מממשות את ההליכים המשפטיים נגד האנשים האלה או אינן מסגירות אותם. לא הבנתי את ההבחנה שערכת בדוגמת אבו־מאזן, שאולי יגיד ביום מן הימים שהוא אינו יכול לרסן את הטרור היוצא מן הרשות הפלסטינית. מדוע לא תהיה שפיטה ישראלית במקרה כזה?

מרדכי קרמניצר: כדי לקיים שפיטה ישראלית הוא צריך להיות כאן, בישראל. אם אבו־מאזן ינהל מדיניות כזו נגדנו, הוא לא יבוא לפה. רק כשאנשים אלה יגיעו הנה מרצונם נוכל לשפוט אותם, ולכן מדובר בעיקר בחקיקה סמלית.

החקיקה הסמלית אינה פותרת את הבעיה, אלא היא צעד מוצדק. בעניין זה ישראל הרחיקה לכת, ולדעתי בצדק, אבל אינני רואה בכך פתרון לבעיה. אם אבו־מאזן מנהל מדיניות...

דן מרידור: לא; זו איננה המדיניות של אבו־מאזן; זו המדיניות המנהלית של חמאס, למשל. איש החמאס נוקט טרור, ואבו־מאזן אינו משתלט עליו, ולפי ההצעה של הילי מודריק-אבן-חן, עלינו להביא אותו הנה ולשפוט אותו פה.

הילי מודריק-אבן-חן: הפתרון של מרדכי קרמניצר לפיצוץ בתי כנסת ברחבי העולם, אחת מדוגמאותיו של דן מרידור, הוא שיפוט. אבל זה אינו אפקטיבי, כי לא נוכל להביא את האנשים האלה לישראל בלי להפר את המשפט הבין־לאומי, כלומר חטיפה.

מרדכי קרמניצר: יש שני מישורים: הטרוריסטים או העבריינים עצמם. אם הם אינם מסכימים להסגרה, שיישפטו. ובכן, יש העבריינים עצמם, ויש ראשי המדינה שאינם מטפלים בטרור.

נותרה שאלתה הפתוחה של הילי מודריק-אבן-חן: מה עושים עם האנשים עצמם? אמנם טרוריסטים הפועלים בסוריה הם מטרה מצוינת לתקיפה, אם הם יושבים במחנה מסוים ומוגדר, אך עדיין שריר ובריר וקיים הקושי: האם אנו רשאים להרוג אותם כשהם בבתייהם בלילה? אם הטרוריסט יושב במחנה, מה פירוש 'פעולה חד־פעמית'? הרי בעצם

שבתו במחנה הוא מכריז קבל עם ועדה שהוא מעמיד את עצמו לרשות הארגון והמטרות שלו.

דן מרידור: השאלה היא אם רשאים לפגוע גם בחברי ארגון טרור שאינם לוחמים. האם יש לנהוג בהם כאילו הם לוחמים ולהרוג אותם? זו שאלה לא פשוטה. לא כל מי שהוא חבר חזבאללה מותר להרגו בכל מקום ובכל זמן, למרות שאין ספק מה הם רצונותיו ומטרותיו. זאת דילמה לא קלה, ואין תשובה קלה לשאלה מה עושים עם שכאלה.

ושאלה נוספת: בדרך כלל מלחמה היא חריגה מנורמה, היא מוגבלת בזמן ובמרחק, ויש לה הכללים שלה. ואולם 56 שנה של הרג הדדי אינן מלחמה מוגבלת.

עירית קהאן: ההגבלה מתחילה בסנקציות של מועצת הביטחון, ואם הסנקציות אינן עוזרות, יש להתאזר בסבלנות; השפעתן איננה מהיום למחר.

דן מרידור: אבל לפעמים מתנהל ויכוח אמתי בשאלה אם אלה 'לוחמי חופש' או 'לוחמי טרור'. הרוסים רואים בצ'צ'נים טרוריסטים אכזריים, ואילו חלק מן העולם רואה בהם אנשים שכל משאלתם אינה אלא חופש. ההתפלגות איננה רק בתפיסות עולם או בגישות אידאולוגיות, אלא גם באינטרסים של מדינות; מדינה מדינה והאינטרסים שלה. העולם אינו מפיגין או מעניק צדק אידאלי. המציאות אינה קלה בלשון המעטה. מסיבה זו לא תמיד מועצת הביטחון תהיה פתרון או מקור ישועה, אפילו צדקו של צד מן הצדדים ברור מעל לכל ספק. אמנם לפי אמנת ז'נבה הרביעית, מותר לתקוף טרוריסטים המסתתרים בקרב אוכלוסייה אזרחית, אך השאלה לעולם עומדת: לשם מה?

ישיבת סיכום שנייה

**השינויים הנדרשים
במשפט הישראלי הפנימי**

יום ראשון, ד' באדר א' תשס"ה
13 בפברואר 2005

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	דודי זכריה
נאוה בן אור	עמנואל סיון
אורי דרומי	דניאל רייזנר
מיכאל היימן	חיים פס
אפרים הלוי	עירית קהאן
דוד ויצטום	מרדכי קרמניצר

דן מרידור: ישיבתנו היום היא השנייה בסדרת שלוש הישיבות המסכמות של הפורום. בישיבה הראשונה דנו במשפט הביין-לאומי באשר למלחמה בטרור, והיום נדון בשינויים הנדרשים לדעתנו במשפט הישראלי. היום אנו מבקשים להמליץ המלצות מפורשות, או למצער ראויות לבחינה ולדיון, בדבר השינויים במצב הקיים.

ברור שבמלחמה בטרור מתקיימים תמיד שני קווים מקבילים ורצויים: הקו האחד הוא הרצון לנצח בה, או לפחות לא להפסיד בה, כי אינני משוכנע שהמילה 'ניצחון' מתאימה להקשר זה, שהרי 'ניצחון' לקוח ממלחמות שיש בהן הכרעה; והקו השני הוא השמירה על מערכת הנורמות של חיינו ושל האתיקה והמשפט שלנו.

להלן נושאים שעלו תוך כדי הדיון ואשר מומלץ לדון בהם דיון מפורט: א. זכות השתיקה: האם הדין הקיים ראוי, או שמא יש טעם לשנותו, ואם כן – כיצד? שאלה זו עולה לא רק אצלנו, אלא גם בארצות אחרות. ב. החקירה: מה צריך להיות אופייה? שאלה זו קשה מאוד, והיא בעלת היבט מוסרי והיבט מעשי. מלבד זאת הבג"ץ הישראלי כבר אמר את דברו בעניין זה, וכך גם האמנה הביין-לאומית האוסרת עינויים או יחס משפיל.

ג. הצעדים המנהליים: האם יש להותירם על כנם כצורתם וכמתכונתם וכמימושם, או שמא כדאי לבחון אותם מחדש? הצעדים המנהליים נטולים מן השלטון הבריטי ומתקנות ההגנה לשעת חירום. החקיקה הישראלית החליפה חלק מתקנות ההגנה, וכיום ישראל נוקטת צעדים אלה לא מכוח החוק הישראלי אלא מכוח היותה כוח לוחם בשטח לחימה, כלומר מכוח היותן של התקנות הללו שריד של המנדט הבריטי. עם הצעדים המנהליים נמנות כידוע הגבלת מקום מגורים והריסת בתים. ד. האיזון בין חופש הביטוי לבין המלחמה בטרור: אמנם

הטרור הערבי טרם הצליח להרוג ראש ממשלה ישראלי, ואולם הטרור היהודי כבר הצליח לעשות זאת. השאלה היא אפוא אם גם במלחמה בטרור היהודי מותר להגביל את חופש הביטוי, ואם כן – היכן למתוח קו גבול זה.

דניאל רייזנר: במשפט הישראלי אין הגדרה אחת ומוסכמת ל'טרור', אלא הגדרות שונות וסותרות בדברי החקיקה השונים; כלומר תקנות ההגנה אינן אחידות, אינן תואמות זו את זו, ואינן מחייבות זו את זו. כך לדוגמה, בחוק העונשין הגדרת טרור מתקשרת לעברות פליליות דווקא. ולכן בתיקוני החקיקה יצטרך המחוקק לא רק להגדיר 'טרור', אלא גם לקבוע על מי הגדרה זו חלה.

יש לנקוט משנה זהירות בשאלה על מי חלה ההגדרה ועל מי לא, מכיוון שלא נכון להגביל זאת לערבים פלסטינים תושבי השטחים בלבד ולהימנע מהחלת ההגדרה גם על יהודים, גם אם לא יהיה חוסר טעם בדבריו של מי שיטען שזכויות יסוד של הדמוקרטיה בישראל מעניקות לאזרח המדינה הגנה רבה יותר מאשר למי שאינו אזרח שלה. דילמות אלה הן מעל לשאלת הסדר ישראלי ייחודי לטרור, ולכן אני מציע להגדיר תחילה את טווח ההחלה של התיקונים והשינויים המוצעים. לדוגמה, השאלה אם פגיעה בחיילים היא 'טרור' היא שאלה קשה מאוד, ולמעשה שום מדינה לא נתנה לה מענה מספק. עלינו לשאול את עצמנו אם יש בדעתנו לגבש ולנסח עברות פליליות בנסיבות מחמירות שהן עברות ייחודיות לטרור. 'נסיבות מחמירות' הן לרוב מטעמים אידאולוגיים, ובהינתן זאת נתבעים מן המחוקק סמכויות רבות לזרועות הביטחון וזמן רב מן הרגיל לעיכוב הנחקרים החשודים בטרור. מכל מקום, אדם המואשם בעברה כזאת אינו רק הטרוריסט, אלא גם המרגל. אני אומר כל זאת כמבוא. יכול להיות שישראל ומדינות אחרות נמנעות מדיון ומחקיקה ייחודית בסוגיה זו בגלל הקושי הגדול להגדיר 'טרור' ואת טווח ההחלה שלו.

דן מרידור: אני מסכים שיש שלושה מישורים שונים: א. השאלה המקדמית היא אם נכון שתהיה הגדרה אחת לטרור; לדעתי, לא. יש התייחסויות שונות להגדרת טרור במשפט הבין-לאומי וביחסים הבין-לאומיים שדנו בהם בקשר לאמנות: משפט מנהגי ומשפט הספמי בין-לאומי; ב. הגדרה אחת לטרור במשפט הישראלי תציף מעל לפני השטח את השאלה מה משמעות היותן של ההגדרות השונות; ג. יש מקום לבחון דיונים בחוקים סגוליים, כגון חוק העונשין או הפקודה למניעת טרור או הלבנת כספים.

דודי זכריה: בחוק איסור מימון טרור יש הגדרה המשקפת ניסיון להגדיר טרור בלי משוא פנים, מעין 'הטרור נגדי הוא טרור רע, ואילו הטרור נגד האחר הוא טרור טוב'. ההגדרה בחוק זה טובה מאוד, אם כי היא איננה מקיפה את כל המצבים האפשריים.

דן מרידור: אם אכן ההגדרה טובה, אפשר לצעוד צעד אחד קדימה ולשקול, אולי ראוי לחוקק חקיקה שתסתמך על הגדרה חדשה ל'טרור'. השאלה היא אם נכון להשאיר את ה'טרור' כהגדרתו כיום או לשנות את ההגדרה; והדברים אמורים לא רק בחוק העונשין. אמנם יש נוחות מסוימת בהגדרה כללית, אבל ברור שלא תמיד היא מתאימה למצבים המשתנים.

דודי זכריה: הפקודה למניעת טרור, ראשיתה בימי מאבקי האצ"ל והלח"י בשלטון הבריטי בכוונה להוציא קבוצות מסוימות מחוץ לחוק. הפקודה הייתה אחד הנושאים לדיון בוועדה, ואינני יודע אם יש מקום לבחון מחדש את הגדרות החוקים האחרים.

מרדכי קרמניצר: עלינו לדון בשאלות עד כמה המאבק בטרור מצדיק אמצעים הפוגעים בפרטיות מעבר למה שהחוק מאפשר ואם יש דרכים חדשות להתמודדות עם טרור, דרכים השונות מאלו הניבטות מן החוק הקיים. לפעמים המחשבה על אודות הדרכים להתמודדות עם הטרור מסתעפת אל חֲסָרִים שאינם קשורים בטרור דווקא. למשל, אני שואל את עצמי אם לא מוצדק שבמדינה דמוקרטית יענישו על הכנה לרצח. אמנם שאלה זו חלה על טרור, אבל בראש ובראשונה היא מחייבת התייחסות לשאלה מה היא 'הכנה'. עוד כדאי לדון בשאלה אם אנו חושבים שנחוץ חוק כולל לטיפול בטרור. כללו של דבר, לא מובן מאליו שאנו נזקקים היום לתקנות ההגנה לשעת חירום בחלק העברות שלהן. אדרבה, תקנות אלה הן כלי העבודה הננקט כיום בעיקר משיקולי נוחות והרגל, הגם שהן מכילות רכיבים מיושנים בחוק העונשין. אם כן, השאלה היא אם לא הגיע הזמן שנתאים אותן לחוק שלנו, ומציון תצא תורה.

נאוה בן אור: אולי באמת עלינו לקיים דיון בשאלה אם אנו רוצים לתקן תיקונים בתחומים ספציפיים, כגון הגבלה על זכות השתיקה ועל זכויות אחרות, ואולם לפני הכול חסר הדיון בראשית השאלה: דיני ראיות מיוחדים והליכים. כלומר, אם אנו רוצים לבנות הקשר סגולי של הליך מיוחד לטיפול בעברות טרור, הקשר שאינו חלק העברות שמרדכי קרמניצר ציין בדבריו ואינו החלק המהותי, עלינו לדון בדיני ראיות מיוחדים ובהליכים, כגון החיסיון בפני

הפלה עצמית, האזנות סתר וזכות הייצוג. או אז תתקבל תמונה רחבה בהרבה מזו הקיימת. הייצוג הוא נושא בסיסי, וככל שדיעתי משגת, בבריטניה פגעו מאוד בזכות זו, ובשל כך היא כיום בפיקוח באופן מסוים בעברות טרור. בארצות הברית הורשעה השבוע עורכת דין שניהלה שיחת טלפון עם אחד מלקוחותיה, מי שניסה לראשונה לפוצץ את מגדלי התאומים; הרשעתה הייתה על יסוד חקיקה שאפשרה האזנה לשיחותיה עם לקוחה. אם כן, יש לדון בשאלות רחבות מן השתיים שהוצגו, אם אכן אנו מבקשים לגבש תפיסה ייחודית לתופעה המכונה 'טרור'.

אפרים הלוי: אעיר הערה כללית: בהתבוננות בנושאים העולים על הפרק חוזרת ועולה השאלה אם אכן הכול שפיט, כלומר אם כל מעשה בזמן לחימה הוא שפיט. בבית המשפט העליון בארצות הברית נכתבו שני פסקי דין הסותרים זה את זה והמעלים את השאלה אם אכן רוצים שבית המשפט העליון ינהל את המלחמה. עניין זה נוגע גם לדברים שסיפר דניאל רייזנר על המבצעים האחרונים בעזה, כאשר בית המשפט העליון הישראלי ליווה את הלחימה תוך כדי התרחשותה; במהלך המשפט המציא רייזנר מטרייה משפטית, ובית המשפט אימץ אותה אחר כך, וכך היה המשפט לטרוראקטיבי. אם כן, השאלה היא אם לא נכון להניח ולהצהיר שתחומים מסוימים בלחימה בטרור אינם שפיטים, אלא הם נתונים בלעדית בידיה של הרשות המבצעת, מראש הממשלה ועד למפקד בשטח, שיהיו חופשיים לנוע במרחב תמרון גדול ולנהל את המלחמה בדרך שמנהלים מלחמה. אפשר אפוא לחוקק חוק שיוציא נושאים אלה מתחום שיפוטו של בית המשפט העליון, שכן אחרי ככלות הכול בית המשפט העליון במדינת ישראל עדיין כפוף לחוק. אם נניח לרגע להומור, נאמר ברצינות שבעניין זה יש תמימות דעים גם בקרב אנשים שאינם מנמים עם הצד הימני של המפה הפוליטית, משום שמפקד אינו יכול לנהל מלחמה כשבית המשפט מנהל את העניין ממקומו 'בזמן אמת'.

דודי זכריה: חסרים במסמך שני נושאים חשובים. הנושא האחד הוא היכולת לפקח על הפעלת הכוח של הצבא והשב"כ בזמן לחימה. אמנם אפרים הלוי ציין שבית המשפט מתערב בזמן הלחימה, אך למעשה אין לבית המשפט יכולת מעשית לפקח על המתרחש. השאלה היא אפוא אם לנוכח המיוחדות והארכנות של המלחמה בטרור אין מקום לבחון פיתוח של כלים טובים יותר של בית המשפט לפקח על הלחימה. הנושא השני, החשוב לא פחות, הוא אופן החקירה והתחקור של הפעילות הצבאית בכלל ושל פעילות הלחימה בטרור בפרט. דווקא משום שלמערכת המשפטית, ובג"ץ בכללה, יש יכולת מוגבלת

מאוד לפקח על הלחימה, יש מקום לבחון מנגנונים אפקטיביים יותר מאלו הקיימים.

עמנואל סיון: שאלה-בקשה של לא-משפטן: היה מועיל לקבל מושג מהי החקיקה או הפרקטיקה של השאלות על הפרק בשלוש-ארבע ארצות מערביות, ולו רק משום שהיינו רוצים להידמות להן.

אחד השינויים הניכרים במדינת ישראל חל בגלל 11 בספטמבר 2001. בעקבות הפיגועים בארצות הברית הטרור כיום הוא בעיה עולמית, ויש הבנה רבה יותר למצוקתה של ישראל הנובעת מן הטרור. הבעיה היא שעל עגלה זו עולים גם אנשים מפוקפקים, כמו נשיא רוסיה פוטין, המנסה לקבל הכשר לאלימות שהוא מפעיל בצ'צ'ניה. אמנם אין אצלו השקיפות התקשורתית שיש אצלנו, אבל אנו בוודאי נהנים ממנה, שכן בדיונים פנימיים הפלסטינים מקוננים שהם אינם יכולים עוד להציג את האלימות שלהם כמלחמה לשחרור לאומי נוסח שנות השבעים, שהייתה לה אהדה אוטומטית, אלא הם מצטיירים בעולם כנגועים בטרור, גם כאשר הם נזהרים מאוד מִקָּשֶׁר, ולו הקלוש ביותר, עם אל-קאעידה. יש אפוא במצב שלנו גם יתרונות מעשיים, ואודה לכם אם תשכילו אותי במצוי במדינות אחרות.

דן מרידור: אמנם השאלה המקדמית היא אם להחיל את כל בעיות הטרור בחוק אחד, אך אני מציע להפוך את השאלה המקדמית לשאלת דיעבד: רק אחרי שנבחן את השינויים הראויים בעינינו, נשאל אם כדאי לכנוס את כולם בכותרת אחת, בגג אחד.

אחזור על העניינים המרכזיים בהערותיכם: הפרטיות, ההכנה לרצח (קרמניצר); חוק כללי לטיפול בטרור, סדרי דין וראיות, חיסיון, ייצוג, האזנה לשיחות עם לקוח (בן אור); השפיטות של לחימה בטרור (הלוי); פיקוח חיצוני על הלחימה בטרור (זכריה). עוד יש לדון בהגדרת הטרור: האם ראוי להגדירו הגדרה כוללת? האם לתקן הגדרות קיימות? איך להגדירו במשפט הפנימי?

אני מציע לפתוח את הדיון בסוגיה 'זכות השתיקה בחקירת חשודי טרור'. בדרך כלל זכות השתיקה מקובלת בשיטת המשפט שלנו. אמנם יש חריגים, אבל ככלל יש לאדם זכות לשתוק בחקירתו. בחקירה יש שתי זכויות נפרדות: זכות לאי-הפללה עצמית, כי אין אדם משים עצמו רשע, וזכות השתיקה, כי בניגוד לעד, החייב למסור עדות, נאשם אינו חייב לענות לשאלות חוקריו, בין שדבריו מפלילים אותו ובין שלא. ואולם מיד צריך לומר שאין זכות שתיקה לעד: אדם שאינו מדבר בחקירה, כופים אותו לדבר; למעשה, הוא עובר עברה בכך שהוא שותק, ובגין עברה זו ננקטות נגדו סנקציות פליליות. שאלת זכות

השתיקה בחקירת טרור עלתה בדיונינו מפני שחקירת טרור, פניה אחורה וקדימה כאחד: מציאת האשם ומניעת מעשה הטרור. בעת החקירה מתנגשים שני ערכים מוסריים: מניעה ופיקוח נפש מכאן והגנה על זכויות הנאשם מכאן.

נאוה בן אור: העליתי לדיון את זכות השתיקה כאשר נשאלה השאלה איך ליישב את זכות השתיקה בחקירה של אדם שאנו יודעים שהוא אוֹצֵר מידע על פצצה מוטמנת.

דוגמה זו איננה תקפה כאשר לאדם הנחשד בהטמנת סמים: אנו יודעים שאיננו יכולים לחייב אותו לדבֵר בחקירה, הגם שאנו מבינים היטב שהסמים הללו יעשו את דרכם ליעדם ויתבעו מאתנו מחירים חברתיים. מחירים אלה, אנו מוכנים לשלמם. מנגד איננו מוכנים לשלם מחיר בחיי אדם, ולכן לא נאמר לחשוד בטרור שהוא אינו חייב להפליל את עצמו, ובכך נניח לפצצה להתפוצץ ולהרוג.

הקושי הוא כמובן נקודת המוצא שלנו: איננו יכולים להרשות עינויים להשגת המידע מפי נחקר. עם זאת אין לי ספק ששימוש בכוח בשל נסיבות שיצרו דרגת חשד וסיכון גבוהה ביותר ובהיעדר דרכים אחרות, לא תיהיה עילה להעמדת חוקר לדיון, משום שתעמוד לו כדיעבד הגנת צורך או הגנה עצמית.

שתי אפשרויות פעולה הוצעו: האפשרות האחת היא הודעה לחשוד ששימוש בזכות השתיקה ישמש נגדו ראיה במשפט. הדבר נכון גם היום, ואין בזה שום חידוש. אדרבה, כיום מודיעים לנאשם שעל פי המשפט שלנו אפשר לעשות שימוש בשתיקתו כדי לחזק את ראיות התביעה. אני מציעה להיסמך על כך ולשקול גיבוש תפיסה של החוק ולקבוע שהשתיקה היא ראִיה עצמאית המצטרפת לתצרף הראיות בתמונה הראייתית. האפשרות השנייה היא קביעה שהשתיקה היא עברה. אפשרות זו אבסורדית, ולכל היותר תשעשע את הנחקר: הלוא הוא מוכן לבצע רצח המוני ולהתאבד. וכי שנתיים מעצר ירתיעו אותו משתיקתו המפלילה?

דן מרידור: טענתך נכונה במקרה הקיצוני של המתאבד, אבל יש אנשים שלא מוכן מאליו שלא ידברו בחקירה, ועל אלה ראוי ללחוץ באמצעות האיום שאם ימשיכו לשתוק, ייאסרו.

נאוה בן אור: בוודאי; זו איננה תפיסה זרה למשפט הישראלי היום. בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה־חיפוש בגוף חשוד), למשל, סירוב לחיפוש של

חשוד בעברת רצח או בעברות המין החמורות הוא עברה שכרוך בה עונש מאסר של שנתיים. רעיון זה קביל אפוא כבר במשפט הקיים.

זאת ועוד זאת: לא הייתי קושרת את הביקורת על זכות השתיקה בסוגיית הטרור. בנייר שהוגש לנו נכתב שהקושי ללקט מן החשודים מידע לסיכול פעולות טרור סיפק לשוללי זכות השתיקה תחמושת נוספת לטיעוניהם, ואולם אני סבורה שאלה שתי סוגיות נפרדות. טיפול בעברייני טרור וזכות השתיקה שלהם הם שאלות מסדר גודל אחר לגמרי מן השאלות המוסריות הקשורות בזכות השתיקה של עבריינים פליליים, כי התכליות שונות והאילוצים שונים. בכלל, יש לי חשש מתמיד שעברייני הסמים ישלמו את המחיר שאנו מבקשים לתבוע מעברייני הטרור דווקא. עלינו להיזהר אפוא מכריכה של שני סוגי העברות.

חיים פס: והרי גם בפשע מאורגן יש קשרים מסוימים לטרור.

נאוה בן אור: אני מציעה להיזהר מזיקה מובנית בין השניים. הבה נטפל בטרור תחילה; לא נכון לכרוך בסוגיה הקשה של 'טרור' סידורים גם באשר לזאב רוזנשטיין. זאת איננה הבעיה שלנו בפורום זה.

דוד ויצטום: לפני כמה חודשים נדון בגרמניה למאסר מפקד משטרה משום שאיים, רק איים, להשתמש בכוח נגד אדם שסירב לגלות למשטרה היכן הסתיר ילד שחטף. אירוע זה עורר ויכוח ציבורי גדול מאוד. אמנם לא הייתה בו 'פצצה מתקתקת', אבל הילד החטוף היה בסכנת מוות.

דן מרידור: בדוננו בטרור אנו דנים גם בעתיד ולא רק בעבר. הווה אומר, עיקר החקירה איננו רק לתפוס את עברייני הטרור לאחר מעשה, אלא גם למנוע ממנו פעולה עתידית. מטבעו הטרוריסט ממשיך במעשיו עד להשגת המטרה, ולכן הרציונל של חקירת עברייני טרור שונה מן הרציונל של חקירת עבריינים פליליים. מתוך שמבקשים למנוע הרג, נזק ופגיעה חמורה באנשים ובחברה, לא הענשת העברייני היא העיקר, אלא המניעה.

מדבריו של חיים פס נובע שגם החבר בפשע המאורגן פועל במוטיבציה ובאוריינטציה דומות כדינמיקה שלהן לאלו של הטרוריסט; דהיינו יש להם אותו רציונל. אדם המייבא מיליוני כדורי אקסטזי, אין רוצים רק להעניש אותו, אלא בעיקר למנוע ממנו לחזור על פעולתו בעתיד. הערה זו לגיטימית, ומולה ניצבת הערתה של נאוה בן אור, המציעה לטפל קודם כול בטרור, שהוא קבוצה פרטית בקבוצה הכוללת, בלי לכרוך בה את העבריינות הפלילית.

עמנואל סיון: האם אפשר לבקש מנאווה בן אור הסבר ללא־משפטן? נניח שבידי הרשויות עצור עברייני מועד הנחשד שהוא יודע על מקום הימצאו של מצבור חגורות נפץ, ומאיימים עליו ששתיקתו תשמש ראיה נגדו במשפט. מה הטעם באיום זה? הלוא גם אם יימצא המצבור בלי עזרתו של החשוד, לא יהיה פשוט להוכיח שהוא ידע על אודותיו. האם האיום באמת אפקטיבי, או שמא יש כאן דקת שאינני קולט?

נאווה בן אור: הכוונה באיום שיגרום לכך שהנחקר יוביל אותך למצבור. אם האיום יהיה אפקטיבי, כך יהיה: הוא יוביל אותנו לחגורת הנפץ. אז אדע שהוא ידע.

השאלה המטרדית את המשפטן הפלילי הקונבנציונלי היא איך להוכיח שההודאה של הנחקר נמסרה מרצונו חופשי. הלוא לכאורה לנוכח איומים הודאתו אינה יכולה להיות 'חופשית'. יש בעניין זה אסכולות שונות: לפי אחת מהן, אפשר לעשות שימוש לא בהודאה עצמה, אלא בעצם הצבעתו על החגורה. נושאים אלה בעייתיים ביותר, וברור שהאיום איננו אפקטיבי מאוד. שאלת המוצא היא השאלה אם אפשר או נכון לבנות מערכת של מלחמה בטורוריסטים, פרוצדורה של משפט פלילי נגד עברייני טרור, המכירה בזכות השתיקה שלהם בחקירתם. זו השאלה: האם דינו של הטרוריסט כדינו של עברייני הסמים? העומדת לו זכות השתיקה, ואיש אינו מתרגש מכך, או לא? בניסוח חלופי השאלה היא אם נכון לגבש תפיסה חברתית דואלית: איננו רוצים שאדם ישם עצמו רשע, וכן עומדת לו חזקת החפות וכו', ובצד זה איננו מוכנים להשלים עם הטרור.

עוד עלתה לדין השאלה אם כדאי להציע לנחקר הסדר הלקוח מן המשפט האמריקני – ואני חושבת שבמקרה זה אין לעשותו – 'חסינות בפני השימוש בראיות', דהיינו 'ספר לנו מה אתה יודע, ולא נעמיד אותך לדין'. ראשית, אני בספק גדול אם עברייני הטרור יקבלו עליהם הסדר זה. שנית, השאלה היא עם מי אנו מדברים: הסייען אולי יאות לכך, אך בכיר ממנו במדרג – ספק גדול, מה גם שאנו מתגמלים איש מסוכן ביותר. חיים פס אף מציע שנהל אתו משא ומתן להשגת התחייבות שלא יחזור לדרך הטרור, והדבר נראה לי בלתי־מציאותי כליל.

חיים פס: יש לבחון זאת בכפיפות לאמינות המידע, לאמינות התגובה וכו'. לשון אחר, אין הכוונה שמישהו יספר לנו בדותות.

נאווה בן אור: בעצם זהו הסכם עד מדינה, והרי אנו כבר עושים זאת. אם אתה

מציע לכונן עם עברייני הטרור הסכמי עד מדינה, איננו זקוקים לחוק; אנו עושים זאת חדשים לבקרים, ואין כאן חידוש גדול. ואולם אם אנו רוצים לכונן מהלך רחב בהרבה, וזה בעיניי בעייתי מאוד, אנו למעשה מכוננים הסדר הדומה לחבר המושבעים הגדול (grand jury) בארצות הברית: המעיד לפני פורום זה נהנה מחסינות אינהרנטית, ועל כן אין מקום למשא ומתן; העד נכנס ל'בועת חיסיון', ובינו ובין הראיות בהליך העדות לפני חבר המושבעים יש קיר הפרדה בלתי־עביר. עד כאן הליך החקירה. אם התביעה רוצה להעמידו לדין, עליה להתכבד ולחפש ראיות אחרות נגדו, ראיות שאינן תלויות כלל במה שאמר בהליך החקירה. בעיניי, הסדר זה בעייתי מאוד, משום שהוא עלול לקסום לאנשים מסוכנים ביותר למסור מידע ולהיפטר מן האשמה בגינו; מה גם שחסינות בגלל עדותם אינה תלויה באמינות המידע שמסרו. בסיכומי של דבר, כל מה שהנחקר יכניס להליך העדות הופך לבלתי־קביל בבית המשפט. זה מסוכן מאוד. אם ההליך יהיה נתון לשיקול דעת התביעה, כלומר הוא יינקט רק אם היא מבקשת, כי אז איננו עושים אלא הסכם עד מדינה. על המאזניים ניצבות אפוא שתי אפשרויות הבררה: ענישת הטרוריסט או הצלת חיי אדם, וכך קורה בהסדר עד מדינה.

דניאל רייזנר: זו דוגמה קלאסית לקושי שמציבה שאלת הגדרת הטרור. נאווה בן אור טוענת, ובצדק, שהיא מעדיפה לצמצם את הדיון לטרור, ואילו אני טוען שצמצום זה קשה מבחינת ההגדרה, כי קשה להגדיר את העברות ואת האנשים שרק לגביהם יכול לחול הליך שונה מזה שמדברים עליו. מלבד זאת לא ברור לגמרי מהי מטרת התיקון הזה – אכיפת חוק או מניעת עברה. אמרת, דן, שמניעת העברה חשובה יותר מן האכיפה או הענישה, כי המניעה צופה פני עתיד. האינטרס הציבורי איננו העמדה לדין, אלא מניעת העברה, ואינני מטיל ספק בכך, כי העמדה לדין לא הוכיחה את עצמה כפתרון אפקטיבי לטרור; לעברות פליליות – אולי, לטרור אידאולוגי – ספק גדול.

אם מטרתנו היא למנוע טרור, למה לנו לדון בשאלה אם אפשר לעשות שימוש בראיות אחרי פעולת הטרור? הרי מה שחשוב לדין זה הוא למצוא דרך לחליץ מידע מן הנחקר לפני הפעולה. אם איום בהעמדה לדין שבנקודת הקצה שלה עונש חמור מאוד, ישל אנשים לדבר, הרעיון חיובי; וְלא – בואו נשכח זאת. אם זו המטרה שלנו, כל השאר אינו רלוונטי לה.

בעיקרו של דבר לא נראה לי כלל וכלל התרחיש המוצע: לפגוע בזכות השתיקה כדי שהנחקר יעמוד לדין, יקבל מאסר שנתיים נוספות בפועל על שלא סייע לחוקריו למנוע את פעולת הטרור, ובינתיים הפיגוע אירע. רעיון זה פשוט אינו נראה לי. אני חייב להודות שנראה לי שבהעלאת הרעיון פגענו

בנורמה חשובה דייה, וכל זאת להשגת מטרה בלתי-רלוונטית לנורמה זו. הנגיעה בזכות השתיקה בדיוננו לא הייתה בזכות עצמה, אלא כמותר ובאסור בחקירת טרוריסט. גלשנו לסוגיית זכות השתיקה רק אחרי שחיברת בין עבריין הטרור לעבריין הפלילי, כי בזירה זו כולנו מרגישים אי-נוחות. והשאלה החשובה עודנה עומדת על תלה: האם בנסיבות מסוימות של חקירת טרוריסט יש פעולה שאנו חושבים אותה ראויה? אם כן, יש לעגן זאת בצורה פוזיטיבית.

נאוה בן אור: בעיניי זה לא הנושא לדיון. לא קביל בעיניי לחוקק חקיקה שבמקרים מוגדרים מותר לעקור ציפורניים.

דניאל רייזנר: השאלה אם אמצעי כפייה על אדם לגלות מידע הצפון אצלו אינם לגיטימיים היא ויכוח נכבד בנושא אחר לחלוטין, ומכל מקום אין בו שאלה-תשובה פשטניות וטריוויאליות.

דן מרידור: לא נאמר שאמצעים אלו לא-לגיטימיים, אלא דובר על אמצעים אלימים. אין הכוונה להפעלת לחץ שאינו פיזי, אלא אך ורק על אלימות אסורה. אמצעי לחץ אחרים טרם נאסרו.

דניאל רייזנר: התכוונתי רק לנגזרת ההצהרה שאתה מתייחס אליה, ושם יש ויכוח אמתי בשאלה מה אנו רוצים לעשות. אם גם בתרחיש שיש בו סכנת חיים איננו מוכנים שיופעלו אמצעי כפייה מסוגים שונים, אין כל משמעות לזכות השתיקה, והעניין עובר למסלול הפלילי הרגיל.

הערה אחרונה: בעיתונים פורסם שמשרד המשפטים דן בשאלה אם לתקן את זכות השתיקה בהקשרים שונים, וזאת בעקבות ההתרחשויות בתיק של גלעד שרון, בנו של ראש הממשלה.

אשר לשאלה אם אין תוקף לטענה שהקביעה באמנה הפכה למושג מנהגי, ולכן כדאי אולי לנסות לחוקק חקיקה כזאת – אין ספק שאם נחוקק חוק האסור על פי האמנה, נספוג ביקורת קשה ביותר. המשפט הבין-לאומי אטום להפליא, ולא רק ביחס לאמנה נגד עינויים. לפיו, בתרחיש מסוימים של מלחמה בטרור צריך להכיר בחריג. מה אפוא הבעיה? הבעיה היא שאין אצלו חריגים.

אורי דרומי: מהי מערכת השיקולים של נחקר בחקירת טרור? מה יגרום לו לשתף פעולה עם חוקריו? לפני שאנו מנסים להתאים את החוק למציאות או

לנסות לתקנו, בהינתן רמזים ששום דבר מאלה לא יתקבל בסופו של דבר, מוטב לשאול במה אפשר לאיים על אדם כזה. רפול (רפאל איתן) אמר בזמנו שאם אדם כזה ידע שמשפחתו תאבד את כל רכושה ותוגלה מעבר לירדן, אולי ידורכן לדבר. דומני שבמלזיה קוברים מתאבד בעור חזיר.

דניאל רייזנר: צה"ל מעולם לא בדק שאלה זו. לראשונה הוקמה לא מזמן ועדה היושבת על המדוכה בעניין זה.

לשאלתנו בדבר קבורה בעור חזיר, נענינו כך: כשם שנקבע בפסק הלכה מוסלמי שהתאבדות בשם האסלאם ובשם הג'האד איננה אסורה, כך ייקבע שקבורת שהיד בעור חזיר בידי היהודים איננה אסורה. הווה אומר, אם אדם 'משוגע' דיו להתאבד, כנראה שום דבר לא יעזור למנוע זאת ממנו.

מרדכי קרמניצר: תחילת הדיון מלמדת שצריך להביא בחשבון תמיד את בעיית התיחום או את היקף החלות של הדין. כלומר, כל הצעה לשינוי הסדר קיים תעורר מיד את השאלה מהו הטווח ששינוי אמור לחול עליו. עלינו להביא בחשבון שאיננו השחקנים היחידים במגרש, וככל שנציע פתרון נוח לרשויות אכיפת החוק, כך נבנה מודל מושך שכל מי שירצה להרחיב את סמכויותיו ירצה להסתופף תחתיו. אשר על כן יש יתרון מסוים ל'חוק טרור', משום שהוא קשה יותר להתפשטות מאשר תיקוני חוק נקודתיים; באלה האחרונים עלולות להתעורר תהיות שונות, מעין 'למה לא להחיל את השינוי על פשע מאורגן?', 'למה לא סמים מסוכנים?' וכו'. יש לזכור זאת כשיקול בהתייחסותנו לשאלה אם לחוקק חוק טרור מיוחד. אני מאמין שהדבר פתיר; וחשוב כמובן שתהיה הגדרה לטרור. זאת ועוד: נאווה בן אור אמרה שהסדרי עד מדינה הם פיתויים מוכרים. אמנם נכון הדבר, אבל הם אינם במערך החשיבה הרגיל על סוג כזה של התמודדות. בסיטואציות שפצצות מעורבות בהן, אין מנהלים משא ומתן עם האנשים האלה.

דן מרידור ודניאל רייזנר מתארים סיטואציה שונה מזו שאני מדבר עליה. לדבריהם, מנהלים משא ומתן, והפרקליטות עובדת כסרט נע: עורך דין המצהיר שלקוחו מוכן לדבר, סוגרים אתו עסקה לאלתר ומוחקים כמה סעיפי אישום.

אני מדבר על מצב שהפרקליטות עודן ישנות ועלינו לעבוד מהר, כי אין לנו זמן להגיע לפרקליטות.

השאלה היא אם במערך החשיבה של השב"כ יש מישוה שבסמכותו לכתוב צ'ק בסך מיליון דולר. זו השאלה. אינני משתכנע במהירות מן התשובה 'כן', כי אני ער לקושי הנובע מכך.

לנוכח זאת אני שואל אם אכן ברור לנו שיש לסרטט מערך של פיתויים שונים ומשמעותיים, כגון כסף רב, נסיעה למקום מרוחק בעולם, החלפת זהות וכו', ולהתכוון לממשם, משום שאי-אפשר לדעת מראש מה ידבר על לבם של הנחקרים השונים, חסרי הפרופיל האחיד, בהקשר של טרור. ייתכן שיש אנשים שפיתויים מעין אלה עשויים למצוא חן בעיניהם.

דניאל רייזנר: אינני סבור כך. כיום בחקירת שב"כ אין לחוקר רשות או סמכות להציע לנחקר מיליון דולר, אלא עליו להיוועץ בפרקליט המדינה וביועץ המשפטי לממשלה ולקבל מהם אישור.

מרדכי קרמניצר: אם באמת רוצים להציל נפשות, והרי רוצים, יש לנסות כל אפשרות מעין זאת.

עניין נוסף הוא ניקיון הדעת. הודעה לנחקר היודע, לפי מיטב המידע, על מקום הימצאה של פצצה והיודע לפיכך שהחוקר יודע שהוא יודע שזכותו לשתוק איננה סבירה. אדרבה, אין זכותו לשתוק בעניין זה. חובתו למסור את המידע לשם מניעת השלמתו של פשע, ומשום כך יש לקבוע קטגוריה נפרדת וייחודית: לאנשים אלה יש זכות שתיקה, אבל היא איננה חלה על מידע שגילוייו יכול להציל חיי אדם מפני סיכון קונקרטי, ובלבד שלא ניתן היה לעשות שימוש במידע בהליך פלילי נגד מאסרו אלא להשתמש בו לצורכי מניעה בלבד.

וכבר אמרתי מראש: זו נקודה של אסתטיקה. אמנם הדבר לא יפתור את הבעיה, אבל לפחות לא יעמיד אותנו במצב מגוחך.

דן מרידור: במשא ומתן בין נחקר לבין חוקריו על גילוי המידע האצור אצלו, עשוי הנחקר לתבוע שלא ישתמשו במידע זה נגדו, וכך מתהווה נסיבת 'תן וקח' לא פשוטה, דילמה בין שני ערכים: הצלת חיי אדם ואי-העמדה לדין של אדם אשם בעליל. נשאלת אפוא השאלה לשם מה לשנות את החוק. לפי החוק היום, נחקר-נאשם רשאי לשתוק אם דבריו עלולים להפלילו, ואפילו שתיקתו מסכנת חיים. תיקון החוק יבטל את זכותו לשתוק, אם שתיקתו מסכנת חיים, ואפילו דבריו יפלילו אותו. זוהי קביעה חוקית חדשה. מלבד זאת הצבת פיתויים לנחקר כדי שיקלו עליו להפר את שתיקתו, יש בה מאזן חדש: לא רק איום אלא גם פיתוי במקרים שיחליט עליהם החוקר. זאת 'שאלה אמריקנית', כמו שאמרתם: חלקה הוא ניקיון הדעת, ההרמוניה והסדר המשפטי, וחלקה הוא המעשה.

עוד אני מזהיר את עצמנו מפני צביעת נחקר בפעילות טרור בצבע אחד

שחור משחור, שכן הנחקרים עשויים להיות בסקלה רחבה מאוד: בקצה האחד שלה נמצא מי שנודע לו במקרה דבר פעילות הטרור, והוא פוחד שאם יודה בכך יגורש, ובקצה הנגדי – האדם הפעיל בפעילות הטרור במישורין או בעקיפין. ייתכן שיש מקום לשקול הבחנה זו במערך השיקולים שלנו כבואנו להציע הצעות לשינוי.

דודי זכריה: לפנינו שתי שאלות: א. האם הסיטואציה שבגינה אנו רוצים לפגוע בזכות השתיקה מתהווה רק כאשר אנו סבורים שהנחקר מסתיר מידע? דומני שלא זו הסיטואציה הבעייתית מבחינתנו, כי ההיבט המוסרי בה ברור ופשוט. הדוקטרינה המשפטית, גם אם היא כאן על כרעי תרנגולת, היא המכתיבה את התנהגות השב"כ, ובמקרה זה השב"כ יוציא מן הנחקר אינפורמציה לשם הצלת חיי אדם; ב. האם הסיטואציה שבגינה אנו רוצים לפגוע בזכות השתיקה מתהווה גם כאשר הנחקר אינו שייך למעגל הראשון של המפגעים? כוונתי לאותם אנשים שהטרור קורה בסביבתם: במגזר, בשכונה, ביישוב, בכפר, במשפחה. אמנם הם יודעים על אודותיו ועל אודות מבצעיו, אך הם אינם מזוהים אתם אידאולוגית, והם אינם סבורים שעליהם לדווח על האירוע למופקדים על הביטחון, מטעמים שונים: הם רוצים להימנע מעימות עם המשפחה, מגירוי מן היישוב והשכנים וכו'. מעגל אנשים זה רחב בהרבה ממעגל הפעילים המעורבים בטרור, וכמות המודיעין שאפשר לקבל מאנשי המעגל הרחב גדולה בהרבה. דומני שזה המעגל שאליו אנו חותרים בדילמות שלנו ושלגביו המשמעויות של ההצעה החדשה שלנו – כלומר חיזוק ההיבט הראייתי במקרה שהוא שותק, או פיתוי לפטור אותו מאחריות למידע במקרה שהוא מדבר – עשויות להיות אפקטיביות, שכן לגביו יש רלוונטיות למקל או לגזר; לא כך הוא הדבר באשר למחבל המתאבד, המחויב עמוקות לדרך הטרור ולמטרותיו. כאן עומדת השאלה המהותית: מהי חובת הנחקר? באילו סיטואציות אנו רוצים לגרום לו להיות חייב לדבר?

השאלה העשויה להיות בעלת משמעות רחבה ואפקטיבית יותר משאלת זכות השתיקה היא שאלת ההיקף של חובת הדיווח של אוכלוסיות רחבות, כלומר של אנשים שאינם בהכרח חשודים.

חובת מניעת הפשע מצומצמת מאוד בהגדרתה. אני רוצה להגדיל אותה, כדי שתגבר חובת הדיווח על זכות השתיקה, ולכנוס בה מעגלים רחבים של אוכלוסיות רחבות.

אינני משוכנע שזה ייחודי לטרור, וודאי שאני יכול לראות זאת גם בהקשרים אחרים. מבחינת האינטרס הציבורי, הדבר רלוונטי גם לאלמות במשפחה ולסחר בסמים, אבל עודני רוצה לראות זאת בטרור. או אז יכול

להיות שהדילמה הספציפית של זכות השתיקה תהיה שולית ביחס לחומרת המקרים שיחייבו חילוץ מידע מאנשים.

אפרים הלוי: שמעתי את הדברים. האמת היא שבאתי לפגישה הזאת 'כראש פתוח', והשתכנעתי שהמאמץ הכרוך בחקיקה בדבר שינוי השיטה אינו שווה לתוצאה. יתרה מזאת: עלולה להיווצר אשליה עצמית שבחקיקה אנו תורמים תרומה ממשית למלחמה נגד טרור, ולא היא. הייתי ממליץ להתרכז באופי החקירה ובנגזרות מכך, ולא בזכות השתיקה. דיון מחודש בזכות השתיקה יעורר גלים ציבוריים, והדיונים יגלשו לכל מיני כיוונים, ולא ודאי שכל זה יועיל למלחמה בטרור ולמניעת הרג אנשים.

מיכאל היימן: במדינות שונות עלו הצעות לבטל את זכות השתיקה של חשודים בביצוע עבירות טרור או להגביל אותה באופן דרמטי. בהרצאה שנשאתי לאחרונה במכון לדמוקרטיה נדונה הצעה לבטל את זכות השתיקה לחשודים בביצוע עבירות טרור ולהקנות במקומה חיסיון בפני הפללה עצמית; הטעם בהצעה זו היה העדפת האינטרס של סיכול פעולות טרור עתידיות ומניעתן, באמצעות איסוף מידע מודיעיני מן החשוד הנחקר, על פני האינטרס של איסוף מלוא הראיות לשם העמדתו של החשוד לדין. בהמשך עבודתנו בצוות המחקר, שההרצאה הייתה חלק ממנה, הגענו למסקנה שאין לשנות את הדין הקיים, או לכל הפחות אין להגביל את השינויים רק לחשודים בביצוע פעולות טרור. אסביר את הטעם לכך.

לדעת רבים, עומדים ביסוד זכות השתיקה שני עקרונות בסיסיים ונבדלים: (א) העיקרון הליברלי-דמוקרטי: הכרה בחזקת החפות של החשוד ובזכותו שלא למסור למדינה מידע העלול להיות מוסב נגדו; (ב) החשש ממתן הודאות כוזבות על ידי חשודים בשל מצב הלחץ שבו הם נמצאים בשעת חקירה. קבלת ההצעה לבטל את זכות השתיקה לחשודים בביצוע פעולות טרור תחולל באופן מעשי אפליה בין קבוצות אוכלוסייה, שכן האוכלוסייה הערבית היא לרוב האוכלוסייה הנחשדת בעבירות טרור. אמנם יש טרור יהודי, אבל הוא בטל בשישים בהשוואה לטרור הערבי. הרוב המוחלט של עבירות טרור הוא עברות שהחשודים בהן נמנים עם האוכלוסייה הערבית. כך יוצא שבפשיעה בעבריינות מסורתית אי-אפשר יהיה להעמיד אדם לדין על שתיתו, ואילו בפשיעה בעבריינות טרור אפשר יהיה להעמידו לדין. הבחנה זו עשויה הייתה להיות מוצדקת אילו הייתה בה תועלת. אולם ספק רב אם האיום של העמדה לדין בשל שתיקה יניע את הנחקרים לשתף פעולה עם הרשויות ולחשוף לפנייהם מידע מודיעיני מסייע.

לגבי ההצעה שהעלית, נאווה בן אור הכנתי שכוונתך לראות בשתיקה סיוע לעברה. בשלב החקירה המשטרית עשויה השתיקה לשמש לחיזוק ראיות קיימות, אך היא אינה יכולה להיות תוספת ראייתית, ואילו בשלב המשפט היא עשויה להיות תוספת ראייתית מסוג חיזוק או סיוע.

הערה לדבריו של פרופ' קרמניצר בקשר לתחושה הקשה הנובעת מאי-העמדתם לדין של חשודים שסירבו לספק מידע מודיעיני מסכל: אמירה זו נכונה לגבי כל פשיעה שיש בה פן צופה פני עתיד, ואין שום סיבה להגבילה לטרור. כל פשיעה שיש בה פן מסכל, נגביל את זכות השתיקה של העבריין, ובמקומה ניתן לו חיסיון בפני הפללה עצמית. בכל מקרה, שינוי כזה בדין לא יהיה מוגבל רק לנחקרים בעברות טרור. בשלב זה נוצרת עוד בעיה: אנו מכירים בזכות השתיקה המוחלטת, להבדיל מחיסיון בפני הפללה עצמית, לא רק משיקולים ליברליים טהורים, אלא גם כדי למנוע החלקה של החשוד או הנאשם שיסבך את עצמו באמירה מפלילה בלי משים. העיקרון הזה עשוי להיפגע אם נשנה את זכות השתיקה לזכות לחיסיון בפני הפללה עצמית.

עירית קהאן: במישור העיוני אני מסכימה עם נאווה בן אור ומרדכי קרמניצר בעניין התפיסה היסודית שאין לתת זכות שתיקה לאדם שיש בידיו מידע העשוי להציל חיים; הדבר יכול להיות שינוי חקיקה קטן, משום שפירושו סיוג זכות השתיקה למקרה סגולי. במישור המעשי יש לקבוע מה מותר לעשות כדי לאלץ אדם כזה למסור את המידע שברשותו. אני תוהה אם מאז פסיקת בג"ץ בנושא העינויים והשינוי באמצעי החקירה בעקבות ועדת לנדוי, לא נרדמנו ביחס לשינוי בחקיקה, דהיינו אם לא נחוצים שינויי חקיקה נוספים.

אינני מדברת על זכות השתיקה בלבד. הלוא הועלו שתי אופציות: חוק טרור או תיקוני חקיקה ביחס לטרור. בדומה להתלבטותנו ב'חוק בית הדין' או בתיקוני חקיקה, רצוי שנזכור שאנו חותרים לשינויים של סדר דין פלילי, והדבר אורך עשר שנים לפחות. הואיל ואנו בעידן טרור, השאלה היא מה עושים כדי לזרז את מיסוד השינויים.

כדי ליצור שינוי מעשי עלינו להמליץ על שינוי בתפיסה שיאותת שאיננו יכולים בשום פנים ואופן להסכין עם מצב שלאדם תעמוד זכות שתיקה במקרים ספציפיים שיש בהם סכנת חיים.

אמנם אמצעים מנהליים הם מהלך בעייתי, אבל המצב בישראל כיום הוא הרע במיעוטו. לשם השוואה בדקנו במחלקה שלנו את 'אקט הפטריוט' בארצות הברית, שאמנם לא נחקק למניעת טרור מלכתחילה, אך גרר ביקורת נוקבת מאוד על הרשויות בארצות הברית בעקבות פגיעתו בזכויות אדם.

דודי זכריה: המציאות המשפטית שנוצרה בעקבות בג"ץ העינויים יוצרת מצב שבו בסיטואציה של פצצה מתקתקת השב"כ יגיע למידע על אפו ועל חמתו ועל שתיקתו של הנחקר. השאלה היא מה צריך להיות הדין לגבי המעגלים הרחבים של המעורבות בטרור.

מרדכי קרמניצר: כאשר למעגל הרחב: בפסק דין של בית המשפט העליון בעניין מרגלית הר שפי נקבע שלא די שאדם חושד שמישהו עומד לבצע פשע, אלא עליו לדעת זאת ידיעה ממשית. ואולם אין בפועל, במציאות, ידיעה ממשית בתחום זה. כתבתי במאמר העתיד להתפרסם ב'המשפט' על השאלה אם עלינו לחכות לפיגוע התאבדות שבו יתברר שהמשפחה חשדה שאחד מבניה עומד לבצע כדי שהלכה זו תשתנה, או אם אפשר לשנות הלכה זו לפני התרחשות כזו.

אני חושב שפסק דין זה, שכתבו השופט חשין, הוא פסק דין לא נכון. רעיון המעגלים הרחוקים רלוונטי לדיון, ודי בחשד מבוסס כדי שהחובה למנוע פשע תחול על האנשים במעגלים אלה.

דודי זכריה: גם בחוק איסור מימון טרור התקיימה דילמה זו. נקבע שחובת דיווח מתקיימת גם אחרי ביצוע הפעולה, אם התברר שהיא נותבה למימון טרור. כך למשל, אם אתה יודע שפעולה בנקאית שביצעת לפני שלושה חודשים מימנה טרור, שומה עליך לדווח על כך, גם אם בזמן המעשה לא ידעת זאת. 'ידעת', ולא 'לא חשדת'. אם אתה יודע, אתה חייב לדווח, אבל אם אתה חושד, אתה צריך לעשות מעשה, ותהיה זכאי להגנה, אם לא יכולת לדווח בזמן אמת. אני מקצר ומפשט את התהליך, כי ההגנה מסובכת, אך בעיקרה היא זכאות להגנה אם היית במצב 'עצימת עיניים' ורק אם לא יכולת לדווח בזמן אמת. זה פתרון פשרה.

דן מרידור: אסכם סיכום ביניים. התחלנו את הדיון בשתי נקודות: הנקודה האחת היא הדרכים (איום או פיתוי) לדרבן נחקר החוסה כיום תחת כנפי זכות השתיקה לשבור את שתיקתו ולמסור מידע מציל חיים, ובכלל זה ביטול זכות השתיקה; והנקודה השנייה היא שאלת הסבירות המוסרית בדבר עצם הענקת זכות שתיקה לאדם האוצר מידע העשוי להציל חיים. מסקנתנו הייתה שבחלק גדול מן המקרים ביטול זכות השתיקה לא יתרום לשבירת השתיקה של הנחקר, ושכן מבחינה מוסרית מערכת המשפט איננה צריכה לאפשר לאדם לשתוק אם בדבריו הוא יכול לסייע להציל חיים, גם אם הוא יודע שדבריו יפילו אותו. אני מסכים עם מרדכי קרמניצר שגם אם אין תועלת גדולה מבחינת

המלחמה בטרור, לא נכון ולא ראוי לקיים מסד בלתי־מוסרי בעצם הקניית הזכות הגורפת לשתוק בחקירת טרור. יש להתאים את החוק לנורמות המוסריות שלנו, והצלת נפשות גוברת על הפללה עצמית.

נשארה פתוחה שאלת האפקטיביות במקרי הביניים. אין הכוונה לאנשים האידאולוגיים, שלא יישברו בגלל ביטול זכות השתיקה או בגלל עינויים, האסורים בכל מקרה; מה גם שבעינויים לא תמיד מחלצים מן הנחקר הודאה, וגם אם מחלצים אותה מפיו, לא תמיד היא האמת. אלא הכוונה היא לאנשי האמצע, שאינם העבריינים העיקריים אבל הם שותפים לדבר עברה, כגון אחותו של פעיל טרור שתפרה את חגורת הנפץ.

קונפליקט דומה היה בחוק פקודת הראיות, המגן על האדם מפני ניסיון הפללה של בן משפחה; כלומר, אין לחייב בן להלשין על אביו ולהפך, בהינתן סיג: אלימות האב כלפי הבן. במקרה זה יכול בן להעיד נגד אביו. (הפסיקה שם הרחיבה את ביטול החיסיון לאלימות גם נגד אנשים אחרים).

ביסודה ניצבת לפנינו שאלת מחקר או הערכה: מה האפקט של צעד כגון ביטול זכות השתיקה? מה האפקט של הסכם עד מדינה או מתן חיסיון לעבריין שאינו הפושע העיקרי אלא איש האמצע? יש לזכור שעל הנחקר מופעלים לחצים מכיוונים שונים: המשטרה; השב"כ; אולי אף בני משפחתו לוחצים עליו לדבר; ומצד שני עורך הדין שלו ואולי אף ארגון הטרור שהוא חבר בו לוחצים עליו לשתוק. מתקיימים פה אפוא מאַזְנִים שלא ודאי שביטול זכות השתיקה הוא חלק מהם.

בשלב זה אני מבקש לגבש מסקנה בדבר מקרי הביניים.

נאוה בן אור: אני חושבת שהשב"כ מעולם לא נתקל בבעיה כה קשה עד כי נזקק לשינוי בחוק. מסיבה זו לא הייתי מציעה שינוי בלי להיוועץ באנשי החקירות של השב"כ.

דוד ויצטום: שאלת תם: לפנינו שתי בעיות – בעיית טרור מול לא־טרור ובעיית עבר מול עתיד. שתי השאלות קשורות במובהק זו בזו, ולכן יש לברר מה המעמד המשפטי של מניעת פשע בכלל. הרי טרור איננו אולטימטיבי, אלא הוא סוג חדש של נשק; היום הטרור משמש להשגת מטרה אידאולוגית, אך מתקבל מאוד על הדעת שהוא יינקט להשגת מטרה פלילית. עובדה היא שירי בין עבריינים ופגיעה בחפים מפשע אגב כך מכונים בציבור 'פיגוע פלילי'.

נניח שבעוד שנים ינקטו אנשים פעולות הנראות כמו פיגוע, אבל למעשה הן יהיו עניין פלילי לכל דבר ועניין. או אז תישאל השאלה מה בין חקירת עבר ובין חקירת עתיד. הנה, למשל, שבויי מלחמה: יש שבויים שסיימו את תפקידם

כחיילים, ויש שבויים שהם בגדר פצצה מתקתקת שטרם סיימו את תפקיד הלחימה שלהם. בגלל הצפי אל העתיד, נוקטים יחס נבדל לשני סוגי השבויים הללו.

דן מרידור: נגעת בשאלת עבר מול עתיד ובטרור מול לא-טרור. במובהק טרור או חקירת טרור, פניהם לעתיד, ובכלל זה הענשה, שיש בה הרתעה, והרתעה לעולם צופה פני עתיד.

טרם מיצינו את הדיון בשינוי המשפט הפנימי. אני רוצה לעבור לשאלה בדבר אופי החקירה והנגזרות ממנה.

אעיר הערה שאני יודע שהיא איננה מקובלת על נאוה בן אור, ולפניה – על בית המשפט העליון: אמנם בכללו בג"ץ העינויים נכון, ואני נלחמתי, בתפקידיי השונים ובעיקר כשר משפטים, נגד שיטות החקירה הפסולות של השב"כ ונגד מערכת השקרים שליוותה אותן. אינני מאמין במערכת משפט המחליטה לרחוץ בניקיון כפיה אגב התעלמות מן המציאות, ואינני חי בשלום עם מסקנת היועץ המשפטי לממשלה: בהתקיים נסיבות מיוחדות, לא יעמידו לדין בדיעבד מי שעבר על המותר בדרך החקירה שלו, אבל אוסרים על היועץ המשפטי לעוץ עצה כזו מראש. בסוגיה זו ניהלתי ויכוחים קשים עם היועץ המשפטי לשעבר, אליקים רובינשטיין.

אתחיל מן הסוף. מבחינה מוסרית צודקת הקביעה בדוח לנדוי שבמקרי אמת של פצצה מתקתקת, כשאין כל דרך אחרת להציל חיים, מותר לנקוט לחץ פיזי. אך יש לסייג זאת למקרים המצומצמים והמובהקים של פצצה מתקתקת במובנה הקלאסי המפורט כאמור. זה הרציונל של סייג ההגנה העצמית במשפט הפלילי. לזה רומז פסק הדין, הקובע, מחד גיסא, איסור גמור על לחץ פיזי, אך מפנה לשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בהחליטו אם להעמיד לדין אם לאו.

מאז קום המדינה המערכת המשפטית העניקה הרבה מאוד כוח, בצדק, ליועץ המשפטי לממשלה ולאנשי הפרקליטות בהציבה אותם בנקודת הקצה של המערכת: בכל שאלה משפטית, כגון הפקעת קרקע, מעצר אדם, הענקת רישיון וכיוצא באלה, נועצים בפרקליטות, ועל פיה יישק דבר. כך נצבר כוח רב במערכת. בצד זאת יש לציין לשבח את הפרקליטות על שנהגה באומץ לב והנחתה את אנשי השב"כ שטרחו ושאלו מה מותר ומה אסור בזמן החקירות. אכן, אין להשאיר את החוקר לבדו ולומר לו שאת ההגנה המשפטית יקבל בדיעבד, אלא יש ללוותו בתהליך ובלבטים, וכך עשו אנשי הפרקליטות.

המצב הנוכחי גרוע יותר, ואינני מוכן להסכין עמו, וכבר ניהלתי מאבקים

בעניין זה: רע מאוד שאין היועץ המשפטי מנחה מראש, כאשר הוא נשאל, מה מותר ומה אסור לחוקר לעשות במקרה קונקרטי. לא טענתי שיש לחוקק חוק כזה, אלא שהמערכת המשפטית צריכה, כשהחוקר שואל אותה מראש, בזמן אמתי (אם נוצרו נסיבות המאפשרות זאת), לתת לו תשובה ולא להשאירו לבדו מול סיכון של העמדה לדין בדיעבד.

בכהני כשר המשפטים שאל אותי ראש השב"כ דאז (הוא ואני ניהלנו מאבקים וויכוחים רבים), באחת מפגישותינו הרבות, אם לדעתי מותר לשירות לנקוט צעד חריג מסוים כלפי נחקר מן החזית העממית שהיה עצור באחד ממתקני השירות. אמרתי לו שדעתי מגובשת, אבל לא היא החשובה, כי אם דעתם של אנשי פרקליטות המדינה. הוא פנה אליהם וקיבל תשובה שלילית.

האם לפרקליטות המדינה היו הכלים שאפשרו לשקול אם כן או לא להשתמש בזריקת אמת? אמנם אין לה כלים, אבל השאלה שעמדה על הפרק הייתה האיוון בין שני קטבים: ראש השב"כ רוצה להוציא אינפורמציה בדרך שייתכן שהיא אסורה על פי החוק, והפרקליטות מופקדת על שמירת החוק. במקרה של רצון לחלץ מן הנחקר מידע אסטרטגי, למשל מידע שיש בו כדי לסייע בחשיפה עתידית של הרשת, ולא מידע טקטי קונקרטי, לא תאושר לחוקר הפעלת אמצעים אסורים על פי החוק. במקרה של סכנה ברורה ומיידית אני אומר שהתשובה לבקשתו הייתה אחרת. אחרי דוח לנדוי נמסר לראש השירות דאז מכתב, ובו הבטחה שמי שיפעל לפי דוח לנדוי לא יעמוד לדין. זו הייתה החלטת היועץ המשפטי לממשלה במגמה לתת לאנשי השב"כ ביטחון בפעולותיהם.

זה היה דבר נכון לעשותו. לא אתייחס לאופן היישום של הדוח, אך אני סבור שהמערכת המשפטית אינה צריכה לנהוג במקרה זה כאילו הוא חריג, ועליה לעמוד איתן מאחורי העצה שהיא עצמה נתנה. זה התיקון היחיד שלי לפרקטיקה שהיועץ המשפטי לשעבר, מר רובינשטיין, הכריז עליה.

דניאל רייזנר: יועץ משפטי צריך להיות אמיץ לב. למען היושר ההיסטורי יש לציין שבנושא אחד היועץ שינה את עמדתו בכוח: במקרים ספציפיים של דיון בסיכול ממוקד של מבוקש, כשלא הייתה בררה, הוא הצטרף לדיון שלפני ההחלטה והביצוע.

דן מרידור: במאמרים שהתפרסמו בשנים שאחרי מלחמת המפרץ הראשונה צוינה מעורבות המשפטנים האמריקנים בפעולות הצבא האמריקני עד לדרגה שלא תיאמן.

מרדכי קרמניצר: ייתכן שהחוקרים אינם זקוקים לשום סיוע מאתנו, ובכל זאת אניח על שולחן דיונים זה נושא המחייב בירור: כבג"ץ העינויים קבע בית המשפט שחקירת השב"כ היא כמו חקירה משטרתית, וקביעה זו לא הייתה המלצה אלא ציון עובדה: זה המצב המשפטי, החוקי. לא נתנו לחוקרי השב"כ סמכויות, למעט בעניינים מסוימים.

דיון בכבוד ראש בחקירת סיכול, שהיא חקירה מניעתית, יעלה שלא מובן מאליו שדינו של השב"כ צריך להיות כדינה של המשטרה. הדוגמה הקלאסית לכך היא התחבולות.

אני חסיד גדול של תחבולות, ובחקירה סיכולית ראוי להתיר שימוש בתחבולות מעבר למה שמותר בחקירה משטרתית. בעצם, אני מתקשה לראות את הגבול של תחבולה, אלא אם התחבולה גולשת להשפלה, למשל אם מביימים הוצאה להורג.

בהנחה שהתחבולה נחוצה, יעילה ומועילה, יש ברמת העיקרון מקום לשינוי בחוק.

דן מרדור: היסוד המשפטי של התחבולה מעניין, כי אתה מבקש צידוק משפטי לעברה שעושים שוטרים או חוקרים. אך גם בהינתן צידוק או הגנת צידוק, יש תחבולות משפילות באמת. הוצאה להורג מדומה איננה משפילה אלא מפחידה, ובצדה יש בוודאי פעולות שאינך רוצה אותן, כגון סיפור בדותות לנחקר בדבר אונס אשתו או בדבר עלילותיה המיניות או השמעת הדמיה של צעקות כאב של נחקר מעונה. בחלק הסודי של הדוח שלו לנדוי אומר דברים מפורשים בעניין זה.

הנה דוגמה אישית: בהיותו אחד מראשי האצ"ל נכלא אבי עליו השלום בבית סוהר בקהיר. בחדר הסמוך שרק פלוני את השריקה המוסכמת בינו לבין אמי כדי לאותת לו שהיא בחדר הקרוב, ואם לא ידבר, יענו אותה. השאלה היא אפוא מה הגבול בתחבולות, או אולי אין גבול לזה.

מרדכי קרמניצר: אני מבקש להבהיר: התחבולה שונה מאמצעי כפייה בכך שאיננה מיוסדת על הפחדה, אלא על הטעיה. כך לדוגמה, עדות או פסק דין מזויפים, המצאות ושקרים – עשויים להיות מוצדקים בחקירה סיכולית נגד טרור, ובלבד שכאמור אין מדובר באיומים והפחדה.

באשר לשיטה של הבטחה־פיתוי שאין מקיימים אחר כך: צריך לשקול הן את מוסריותה הן את יעילותה לטווח ארוך. ובאשר לסכנה שאדם יודה בעברות שלא עשה: במקרה של נחקר המודה ברצח שלא ביצע, כי הבטיחו לו עונש קל, התשובה היא ויתור על העמדה לדין.

דן מרידור: אפרים הלוי חי בעולם של גיוס סוכנים, והוא יודע שבעולם כזה יש מקום לתחבולות ולשימוש במידע אישי, פרטי וחסוי לגיוס אנשים. אבל הרי לא בשאלת גיוס סוכן עסקינן, כי אם בשאלת חקירת חשוד. התחבולות והפעלת הלחצים אינן רלוונטיות לנאשמים, אלא לגיוס סוכנים.

דניאל רייזנר: האמצעים היום כמעט בלתי־מוגבלים, ולכן יש קו שלא צריך לחצותו גם בתחבולות. בחציית קו מסוים, התחבולה איננה שונה מאלימות פיזית.

דן מרידור: אחת התחבולות הידועות של השב"כ היא דיכוב אסיר המגיע לכלא והמשוכנע שכאן הוא חופשי לספר הכול. זו תחבולה קלאסית שהמחבלים מכירים, ורק אצלנו יש מי שחושבים שהם אינם מכירים זאת.

דודי זכריה: ואכן, אנשים עותרים לבג"ץ נגד שיטת חקירה זו בטענה שאלמלא התפארו באוזני הסוכן הסמוי שהם אנשי חזבאללה וכו', היו האסירים האמתיים מחסלים אותם כאילו הם משת"פים. הנה כי כן, תחבולה זו איננה תמימה.

דניאל רייזנר: אספר אנקדוטה בעניין שיטת החקירה. לפני כשבוע אכלתי ארוחת ערב עם שופט בית הדין ללחימה בטרור של צרפת, והצגתי לו את הדילמות המטרידות אותנו. דבריו הדריכו את מנוחתי, כי היו לו כל התשובות שחָסרו לי. לשאלתי איך מתמודדים בצרפת עם הטרור, שָטח לפניי את השיטה הצרפתית: שופט חוקר. לשופט החוקר ולכוחות המיוחדים שלו יש סמכות על כל גופי החקירה, וסמכותם נותנת להם כוחות אדירים, החסרים עד מאוד לגופי החקירה במדינת ישראל.

הביקורת הגדולה שלי על השיטה הצרפתית נובעת בין היתר מן הפגיעה בזכויות האדם. לדוגמה, שאלתיו מה בדבר חומר חסוי בחקירת אדם, והוא ענה לי שחומר חסוי די בו כדי להחזיק אדם במעצר עד תום התהליכים. ואילו אצלנו נתקעים בשאלת החומר החסוי עם המעצר המנהלי ועם האמצעים המדיניים ומעוררים עלינו את חמתו של כל העולם, פנים וחוץ.

זאת ועוד: בצרפת מעצר עד תחילת המשפט אורך בין שנתיים לארבע שנים, ומתחילת המשפט ועד סופו – הרבה יותר. הווה אומר, אדם יודע שרק על סמך חומר חסוי הוא נכלא שלוש שנים וחצי בכלא הצרפתי. בהינתן זאת רבים מן הנחקרים נשברים בחקירה. כלומר, הכליאה טרם משפט בגלל חומר חסוי יעילה מאוד בחקירת חשודים.

הקשבתי לו רוב קשב וחשבתי שבגלל האיזון בין זכויות האדם לבין צורכי החקירה נוצרה השיטה שלהם. מכל מקום, מה שברור הוא שאיננו מבינים דיינו את רעיון השופט החוקר, מכיוון שזו איננה השיטה שלנו.

אחת השאלות המעניינות היא קבילות ראיות חסויות בהליך פלילי. האקסיומה בשיטת המשפט הישראלי אינה ברורה לי. האיזון בין זכות הציבור להגן על עצמו לבין זכות הנאשם לראות את הראיות שיש לפניו אינו נראה לי כה קדוש, עד כי צריך תמיד לשלול את אפשרות הראיה החסויה בהליך הפלילי. עמדתי מאז ומעולם הייתה שבהליכים מסוימים הייתי מרגיש שקט לחלוטין, אילו סנגור ממונה מרשימה סגורה של סנגורים או שופטים בבית הדין הצבאי ושופט שאני סומך עליו, ובלי הנאשם, היו רואים את הראיה החסויה, שעל סמכה מרשיעים אדם. הלב הדמוקרטי שלי לא היה קופץ מחזי בשאגות אבל על אבדן התמימות.

האקסיומה בשיטת המשפט הישראלי – מדינות אחרות בעולם פשוט לא אימצו אותה. אמנם האקסיומה רלוונטית רק להעמדה לדין, והעמדה לדין היא האופציה המעניינת אותי פחות מן הסיכול, כי הוא נראה לי חשוב ממנה; אבל בתחום העמדה לדין הייתי ממליץ על חריג של ראיות. אם במקרה מסוים יש הצדקה אמיתית לחשוף הקלטה, שמטעמים שונים אי־אפשר לחשוף אותה, ובה קולו של הנאשם האומר מפורשות שרצח אנשים מסוימים, והוא אף נוקב בשמותיהם, וכן שפעל להוצאתם לפועל של 27 פיגועים – יש לחשוף אותה לפני השופט, ובלבד שאתה מאזן זאת עם הסנגור.

אפרים הלוי: אחד הנושאים הבאים לידי ביטוי כאן הוא חוסר ההתאמה או חוסר החפיפה בין הראיה המשפטית לבין הראיה הלא־משפטית. זאת אומרת, קבוצת הדיון שלנו עוסקת בין היתר בשאלה איך לשפר לא את מערכת המשפט, אלא את סיכול הטרור בעתיד. בסופו של דבר זאת מטרת הדיון. את הסיכול אפשר להשיג באמצעים משפטיים ובאמצעים מבצעיים. ויש להקדים ולומר: לא כל המבצעים מסתופפים תחת חופת המשפט. בדוגמה שהציג דן מרידור בעניין שאלתו של יעקב פרי בדבר זריקת אמת, שאלתי מה הכלים שיש לפרקליטת המדינה או ליועץ המשפטי לממשלה לשקול שיקולים שאינם רק משפטיים. המשפט איננו היסוד היחיד שיש לשקלו בסיטואציות מסוימות.

שאלת אמצעי החקירה טופלה בוועדת לנדוי, אך המהלך שהובילה הוועדה סוכל על ידי בית המשפט העליון, ובסופו של דבר התחוללה בו רגרסיה. היו לכך שתי סיבות: לא הכול שפיט, ויש שיקולים שהם בתחומה של הרשות המבצעת, קרי ראש ממשלה, ראש שירות וכן הלאה. הם אלה הצריכים לקבל

אחריות אולטימטיבית במצבים ובנושאים מסוימים, ואין השופט או המשפטן, ויהיו החכמים באדם, יכולים לשים עצמם כנעליו של ראש שירות הביטחון, כנעליו של ראש המוסד וכנעליו של המטכ"ל בנושאים רבים ומגוונים. יש להיזהר מאוד מפני זה כמפני אש.

אני חוזר ומפנה את תשומת הלב שלנו למה שקרה בארצות הברית לחוות הדעת שניתנה בידי מי שנתמנה לשר המשפטים. האיש היה היועץ המשפטי של הנשיא בוש, והוא נדרש לשאלות משפטיות ולמתן חוות דעת משפטיות לנשיא ולגורמי ביצוע בממשל בנושאים כאלה. השימוע שלו בסנט היה מעניין, ובסופו אישר הסנט את מינויו ברוב גדול מאוד, הגם שחלק מן הסנטורים הדמוקרטיים הצביעו נגדו. פה מתעוררת בעיה אמיתית ויסודית היכן נעצר המשפט, היכן גבולות המשפט. אמנם אנו עוסקים ללא הרף בשאלה היכן גבולות החקירה, אבל שכחנו לשאול איפה גבולות המשפט. אני חושב שלמשפט יש גבולות.

זאת ועוד: אם חלילה יהיה פיגוע ויפוצצו את מגדלי עזריאלי בתל אביב, הדיון שלנו יהיה שונה. הוא יהיה שונה עוד יותר, אם אחרי הפיגוע בעזריאלי יהיה פיגוע בבניין מרכזי בירושלים, וייספרו בו 500 הרוגים. אינני מאחל זאת לנו חס וחלילה, אך אני יודע שהדיון יהיה שונה. יש לראות דברים בהקשר של המציאות, והמשפט איננו המציאות היחידה. הדברים הללו צריכים אפוא לבוא לידי ביטוי בדיוננו כאן.

וטרם דנו בסוגיית החקירה בידי זרים בטריטוריה זרה. הנה לדוגמה, האמריקנים שלחו עצירים שלהם להיחקר במצרים, ובכך לכאורה הם רוחצים בנדיקון כפיהם. אמנם חוקרים אמריקנים נכחו בחקירות, אבל הדמויות הפעילות היו חוקרים מצרים מיומנים, והם היו 'יעילים' מאוד, שכן בעקבות החקירות נמנעו פיגועים רבים וגדולי ממדים. הסיכול הושג! ובכל זאת נשאלת השאלה אם הדבר תקין מבחינה חוקית.

הנה דוגמה היפותטית אצלנו: נניח שבעוד חצי שנה היחסים ושיתוף הפעולה בינינו לבין הפלסטינים יתפתחו לממדים כאלה שעצור בישראל יישלח להיחקר בידי ג'בריל רג'וב ואנשיו, ובתוך יומיים או בתוך שעתיים הם ייחלצו ממנו כל מה שאנו רוצים לדעת. האם מהלך זה תקין או לא תקין? חוקי או לא חוקי? מותר או אסור?

דן מרידור: זהו נושא מרכזי ורחב, ואינני רוצה לדון בו על רגל אחת. הדיון שלנו נסב על שאלות חקירה, ואילו שאלתך, החשובה כשלעצמה, רחבה מנושא הדיון, כי היא איננה נוגעת רק לחקירה אלא לגבולות ההתערבות המשפטית.

אכן, זו שאלה נכבדה. בדרך כלל לא התרגשו בימין הפוליטי מחקירות השב"כ; כל זאת היה נכון עד המחתרת היהודית. או אז נשמעו זעקות שבר מפי מנהיגי הימין שהטיחו בנו: השתגעתם?! אין פיקוח שיפוטי?! בית המשפט אינו מתערב?!

לנוכח זאת כדאי להבהיר את ההבדלים בין הזרועות המדינתיות. מה ההבדל בין המוסד לשב"כ? המוסד, ובמידה מסוימת אמ"ן עוסקים במודיעין של חוץ לארץ; שם שונה הגדרת האויב, ובוודאי נכון הדבר בעולם הישן, הלא־גלובלי. לעומתם השב"כ עוסק בעיקר באזרחי המדינה, יהודים וערבים. במצב דברים זה הייתי רוצה שלא איש הביטחון יחליט מהו האיזון הנכון בין ביטחון לבין שמירה על החוק. כך לדוגמה גם לא ניתן לבן־גוריון להחליט על האיזון הנכון בין ביטחון ובין חופש הביטוי: השופט יקבע מהו חופש הביטוי, לא שר הביטחון; השופט יקבע מהו האיזון בין חופש הביטוי לבין זכות הציבור לדעת או זכות העיתונות לפרסם וכן הלאה. זו אפוא שאלה קשה, ואנו נדרוּן בה אבל לא עתה, מכיוון שאנו עוסקים בשאלה אחרת, שאלת האיזון בין הביטחון לבין זכויות אדם.

בהערת אגב – שאינה שולית כשהיא לעצמה, אך אינה ממיין הדיון כאן – אוסיף שבשטחי יהודה, שומרון ועזה מתקיים מצב מטושטש מבחינת הדין: הוא אינו פָּנים ואינו חוץ, או הוא גם פנים וגם חוץ.

נאווה בן אור: עוד לעניין דרכי החקירה ובהמשך לדבריו של מרדכי קרמניצר כאשר לתחבולות: אולי כדאי לאמץ את המודל שהוצע בוועדת גולדברג בעניין האיזונים הפנימיים שבין אמצעים ובין התוספת הראייתית הדרושה להודאה. זאת אומרת, ככל שהתחבולה נוגסת בחופשיות של ההודאה, כך צריך להגביר את הדרישות הראייתיות התומכות.

אינני מקבלת את תפיסתו של דניאל רייזנר שהעמדה לדין אינה מעניינת איש פרט לפרקליטות; שמבחינת השב"כ מעצר מנהלי יעיל מהעמדה לדין או מישיבה בכלא. אי־אפשר להחזיק אדם במעצר מנהלי עד אין סוף, ולכן אנשי השב"כ בעצמם מעוניינים באכיפה פלילית. המציאות מלמדת שהם מעוניינים מאוד, ובצדק, בהעמדה לדין; וכמובן – גם בסיכול. גם האכיפה הפלילית חשובה, ולכן יש מקום לחשוב על התחבולות ככלי חקירה.

שינוי אופי החקירה קשור לתיקונים פרוצדורליים. מניסיוני כשמדובר בחקירות טרור, המצב הפרוצדורלי אינו מאפשר חקירה יעילה, לעתים באופן בלתי־מוצדק. למשל, החובה להביא עצור לפני שופט כאשר הוא מגיש ערר, משתמשים בה הנחקרים־החשודים־הנאשמים כדי למנוע חקירת שב"כ יעילה. באחת ההרצאות שנשאתי דיווחתי שלפעמים חוקרי השב"כ נאלצים לפנות

לבית המשפט מאה פעמים בחודש הלוך-ושוב, ובכך כרוכה כמובן גם כל ההיערכות הלוגיסטית של הבאת הנחקרים ונקיטת אמצעי הביטחון. לפי דעתי, צריך לעשות סדר בעניין זה; אין לי ספק שזו בעיה שצריך לטפל בה. פתרון מסוים עשוי להיות צמצום החובה להביא את הנחקרים בחקירות טרור לבית המשפט. לכל תיקון חקיקה כזה נדרש הזמן שלו, ובעיניי טיפול מסודר בכל הבעיות עדיף מהטמנה או הסתרה של סעיף פה סעיף שם.

דן מרידור: אנו רוצים לסכם את הדיון ולגבש המלצות. האם תואילי לנסות, עד הישיבה הבאה, להעלות הצעה קונקרטי, אחת או יותר, מה מומלץ לעשות בנקודה זו שהעלית? בהמלצתך הביאי נא בחשבון את הסכנה: אמנם יש מקום להיווכח בניצול לרעה של זכות עד כדי שיבוש חקירה, אך יש להיזהר מאוד מפני היעדר אפשרות לערער, וחשוב מאוד שלא ליצור מצב נורמטיבי שהחוקרים המעורבים בחקירה יוכלו לעשות ככל העולה על רוחם, כלי שום פיקוח שיפוטי.

אם כן, באשר לחקירות לא הוצעו תיקונים מעשיים סגוליים, אלא מגמה כללית. גם איננו מציעים לתקן את החוק כך שתהיה לחוקרים הזכות להשתמש באלימות כלפי נחקרים, כי די בחוק הקיים, והשאלה היא איך היועץ המשפטי לממשלה משתמש בו. זו אפוא שאלה של יישום ומימוש, ולא שאלה של חוק ועיקרון.

באשר לראיות חסויות: אם דניאל רייזנר יוכל לגבש הצעה קונקרטי עד לישיבה הבאה, נדון גם בכך. בדבריו הקודמים הוא הציע שבמקרים חמורים מאוד ימונה סנגור שאיננו מטעם המדינה ואפילו לא מן הסנגוריה הציבורית, אלא מטעם לשכת עורכי הדין, שאפשר יהיה בביטחון מלא להראות לו את הראיות החסויות. ייתכן שזהו הפתרון שייגבש בהצעתו. הביאנו אלינו – ונדון בו.

דודי זכריה: כבר יש פתרון כזה בחוק, ולא משתמשים בו: סעיף 128. התביעה פשוט אינה משתמשת בו. באחד הדיונים בבית המשפט העליון אמרתי לנשיא ברק: אדוני יראה שיש הסעיף הזה, ואיננו משתמשים. ברק השיב לי בניד יד של ביטול, כלומר 'אני לא מתרגש מכך שאינכם משתמשים בו'.

דן מרידור: הביאו בבקשה הצעה קונקרטי, ונראה. נעבור ברשותכם לסוגיה רחבה וגדולה: צעדים מנהליים. המונח 'צעדים מנהליים' מקיף מגוון צעדים, ואני מבקש להתייחס לחמישה היבטים של היעילות שלהם: עצם היעילות, היקף הפגיעה בחפים מפשע, האיזון הנכון בין זכויות האדם ובין יעילות,

תגובותיה של הקהילה הבינ-לאומית לצעדים אלה ומאזן עלות-תועלת של ישראל בזירה הבינ-לאומית, וכן הכלי המשפטי הנכון.

כאמור, היבט אחד הוא עצם יעילות הצעדים. יש לבחון מחדש את הנחות היסוד של היעילות. כך לדוגמה, לאחרונה הוקמה ועדה לבדיקת היעילות של הפיצוצים והאטימות של בתים. בחלק גדול של הישיבות שנושאייהן היו צעדים מנהליים, התרשמתי שמטרת הצעדים האלה היא לרצות את הציבור בישראל ולגרום לו להרגיש ש'עושים משהו'; אלא שאיש אינו נותן את דעתו בכובד ראש לתכלית העניין. מאז שנות השמונים ביקשתי כמה וכמה פעמים לנהל מחקרים בנושא זה, ודבר לא נעשה. זאת ועוד: אם הצעדים יעילים, יש לברר את יעילותם בטווח הקצר ואת יעילותם בטווח הארוך. לפעמים הצעדים יעילים, אך רק בטווח הקצר, ומזיקים בטווח הארוך. מכל מקום, במלחמה ארוכת שנים יש לבחון אם היעילות קצרת טווח או ארוכת טווח, ולהביא זאת במכלול השיקולים לפני הביצוע.

היבט שני הוא הפגיעה באנשים שאינם יעד הפגיעה. יש שהצעדים המנהליים פוגעים באוכלוסייה שלמה, בעיר שלמה, במשפחה שלמה, משום שהם היקפיים ובלתי-ממוקדים. זהו היבט לא פשוט כלל ועיקר, ויש לבחון אותו בקפידה.

היבט שלישי הוא השאלה הבסיסית בדבר האיזון הנכון בין זכויות האדם ובין היעילות, בהנחה שהצעדים הללו יעילים; אם הם אינם יעילים ביסודם, אין מקום לדון באיזון שבין היעילות לבין העלות במונחי זכויות האדם.

היבט רביעי הוא תגובותיה של הקהילה הבינ-לאומית לצעדים אלה והמאזן עלות-תועלת של ישראל בזירה הבינ-לאומית. עובדה היא שהקהילה הבינ-לאומית והמשפט הבינ-לאומי ודעת הקהל והממשלות הזרות הפכו לרלוונטיות לנעשה אצלנו הרבה יותר מבעבר. ואני שואל: האם ענישת טרוריסט, למשל באמצעות פיצוץ בתים, הגוררת גינוי בין-לאומי לישראל, איננה בגדר הצלחה של הטרוריסט והפסד לנו? בעבר, בהיעדר תקשורת עולמית המשרתת את האירועים בזמן אמת, בעת התרחשותם, איש לא ידע מה אנו עושים. כיום, כשרואים זאת ברחבי העולם, הפעולה השגרתית שלנו כמפוצצי בתים סדרתיים מסכה לנו נזק עצום. כך המחבלים 'הורגים' אותנו בעולם.

היבט חמישי הוא היבט היסטורי, טכני, משפטי, פרוצדורלי: מהו הכלי המשפטי הנכון – בישראל ובנפרד ממנה בשטחים – ללחימה בטרור: תקנות ההגנה לשעת חירום, פקודה למניעת טרור, צעדים מנהליים, חוק המעצרים המנהליים?

דניאל רייזנר: אני מבקש להקדים מילה אפיקורסית. שאלת היעילות איננה כה חשובה כמו שהיא מוצגת. לדעתי, היא התעוררה משום שאיננו משוכנעים שאנו באמת רוצים לנקוט את האמצעים המנהליים, הגם שיש לנו בסיס חקיקתי המסמיך אותנו לנקוט אותם. בבית המשפט טענו בדרך כלל שחרף הבסיס הסטטוטורי, אין לנקוט אמצעי בלתי-אפקטיבי, 'שאינו עושה את העבודה'. טענו שסביר שמדינה אינה צריכה להפעיל אמצעי, אפילו הוא מופיע בספר החוקים, אם הוא אינו אפקטיבי, כלומר אינו מניב את הפרות הרצויים.

דרך אגב, אין דרישה בחוק שאמצעי חוקי יהיה יעיל כדי שיהיה מותר להפעילו. כך לדוגמה, העמדה לדין איננה דרישה סטטוטורית, ובחלק מן התיקים אין לה שום אפקט הרתעה. בהליך המשפטי אין רלוונטיות לשאלה אם האמצעי המסוים ירתיע או לא. העובדה היא שההליך המשפטי מאפשר להעמיד לדין. אני מציג זאת בקיצוניות ככוונה, ובעוד רגע תבינו מדוע.

יש אמצעים מנהליים שאינם פרסונליים אלא כלליים, ומיד אבהיר זאת בדוגמה, אך לפני כן אומר ששאלת היחס בין חוקיות לבין יעילות איננה שאלה טובה, מכיוון שלפתח חטאת רובין: אם אתה מוכן לעשות מעשה לא-חוקי ובלבד שהוא אפקטיבי, אתה חוצה קו אדום. מנגד, אם המעשה חוקי, שאלת היעילות אינה אלא שאלה של שכל ישר.

הנה הדוגמה: הריסת בתים היא לפי תקנה 119, והחרמת רכוש – לפי תקנה 120; אותו פרק. תקנה 119 בגרסתה המנדטורית מאפשרת למפקד הצבאי להחרים בית במקום יישוב שממנו נזרק בקבוק תבערה. ושימו לב: לא צריכה להיות שום זיקה בין הבית לבין מבצע העברה. כך יושמה התקנה בשנות הארבעים והחמישים, לרבות נגד יהודים בחיפה וביפו וכו' ונגד ערבים ברמלה וברמאללה וכו'. אנו הפעלנו זאת רק פעם אחת בפסק דין של בית המשפט העליון בהסתמכות על הגרסה הזאת משנת 1969, כשזרקו בקבוק תבערה בעיר העתיקה, והוחלט בעקבות זאת להרוס בית מסוים. בית המשפט העליון אישר זאת וגנז מיד את פסק הדין לבל יימצא עוד לעולם. מאז שינתה המדינה ממנהגה והחליטה להפעיל את תקנה 119 במתכונת חדשה: הריסת הבית של המחבל. גם אז הסתבכנו, כי הריסת ביתו של המחבל היא ענישה קולקטיבית ולא אישית. רק אז התעוררה במלוא עוזה שאלת היעילות; רק אחרי שניסינו להתאים אמצעי ענישה קולקטיבית מובהק לעולם המשפט הרגיל שלנו. אמנם ניסינו לבזר נזקים, אבל הקושי עודנו עומד.

באופן מדהים השתכנעתי אחרי כמה שנים שהריסות בתים הן יעילות. ראיתי את ההוכחות לכך. ראיתי יותר מדי מקרים שמשפחה הסגירה את הבן שלה מפחד שיהרסו לה את הבית. ראיתי אב שירה לבנו ברגל. יותר ממחבל

אחד היה מוכן לפתוח את הפה ולספר הכול בתנאי שלא יהרסו את בית המשפחה.

כל מה שאני אומר הוא שהיעילות לטווח הקצר הוכחה, לצערי. בניגוד לדעתי הטרומית, השב"כ שכנע אותי שזו ענישה יעילה. אלא מה? חשבת שהיא איננה חוקית; ואם כך היא, אינני מסכים לה. מבחינתי ההבחנה חדה: חוקי – כן, לא־חוקי – לא. במקרים של ספק חוקיות ובלי ספק יעילות הסכמתי ללכת עם השב"כ על סף החוקיות. בני ערובה, לדוגמה, הם ענישה יעילה ביותר, אך היא מעבר לגבול החוק, ולשם אינני מוכן ללכת או להניח לאחרים ללכת.

דן מרידור: אמנת ז'נבה הרביעית אוסרת לקחת אזרחים מקומיים כבני ערובה. זהו פשע מלחמה.

דניאל רייזנר: אילו המטלה הייתה לבקש מן המקומי להצביע על הבית של 'מוחמד', לא הייתה שום בעיה. אבל חיילי יחידת דובדבן מספרים שבמבצע חומת מגן הם לקחו את המקומיים אתם בג'יפים שלושה ימים והאכילו אותם מנות קרב, ואחד המ"פים סיפר לי שפלסטיני נפצע בפעילות מבצעית, כאשר נשלח בראש הסיור באחד הרחובות, ומארב של כוחותינו שראה אותו, באמצע הרחוב, ירה בו. הם לא ידעו שהוא 'בשליחות' של כוח צה"ל. שם היה לי ברור שיש להציב גבולות. שם הודיתי ביני לבין עצמי שהיעילות איננה טובה דייה לבריאות המוסר שלי. יעילות רלוונטית רק לצעדים חוקיים, ובאלה השכל הישר הוא מבחן גדול מהיעילות.

אפרים הלוי: בעיראק משתמשים בהרחבה ב'נוהל שכן'; לידעתכם. בהרחבה, ובלי לדבר על כך.

דן מרידור: בתור משפטן אני מסכים שצריך לאסור את האסור ולהתיר את המותר. אמת היא שהיה צריך להתחיל בשאלת המותר, ובמסגרתה לשאול מה יעיל ומה אינו יעיל. בכל זאת יש קשר בין חוקי לבין יעיל. מהו הקשר? יש מצבים ואירועים ששאלת חוקיותם איננה ברורה, וכדי להחליט מה חוקי ומה לא יש לערוך את מבחן האיזון בין הנזק לבין התועלת; בין המכות שאני מכה את הנחקר לבין הצלתם של אלפי אנשים ממוות. ואולם אם המכות אינן מועילות, אין ספק כלל וכלל שהן אסורות. אם הן יעילות, אולי הן מותרות מוסרית. זהו הקשר. לא תמיד החוקיות ברורה והיעילות נבדקת אחריה; לפעמים היעילות חיונית להחלטה בעניין החוקיות.

דניאל רייזנר: אני מטיל ספק בסיפא של דבריך. יכול להיות שיש הגנה, אבל לא ודאי שהיא חוקית. אני מבחין בין השתיים.

נושא אחר לגמרי הוא הסוגים השונים של אמצעים מנהליים והכיוון המשולב שלהם. יש אמצעים שהם תחליף להליך הפלילי. לדוגמה המעצר המנהלי, מטרתו להכניס אדם לכלא ולהיפטר ממנו, אם אין אפשרות להעמידו לדין. לכאורה הרחקת אדם מסביבת אנשים חופשיים צופה פני עתיד, והעמדה לדין צופה פני העבר, אבל מניסיוננו למדנו שמשתמשים בשתייהן בערכוביה, ולמעשה המעצר המנהלי נהיה תחליף העמדה לדין במקרים שראיות היו חסרות. כך היה באנתיפאדה הקודמת: המעצר המנהלי היה אמצעי בלעדי. עצרנו למעלה מ-20,000 אנשים בשנים 1987-1993 בעילה יחידה: לא היה חומר נגדם, ולא היה זמן לחקור אותם. נקטנו מעצר מנהלי סדרתי בהנחה שאחרי המלחמה נוכל לשבת בנחת ולבחון ביישוב הדעת מה עושים. אני אומר זאת כי הדבר קורה בכל פעם שעלינו להתמודד עם נחקרים רבים; פתרון בררת המחדל של השב"כ הוא מעצר מנהלי.

ובכל זאת אין דומה מעצר מנהלי להריגה. במעצר מנהלי, כמו בצווי פיקוח על הגבלה ובצווי מעצר מנהלי אישי על מעשים אישיים וכו', לעולם יש דילמה – הליך שיפוטי או מעצר מנהלי. ואולם הואיל וההליך השיפוטי חסום בשל ראיות חסרות, נאלצים לבחור בחלופה. בדיוק משום כך הצעתי להציג, בתנאים מסוימים, חומר חסוי בהליך פלילי, ובכך להקטין באורח ניכר את ההליכים במעצר מנהלי. עם זאת אינני מרגיש רע כשנוקטים ערוץ שאיננו עובר דרך עיניו הבוחנות של שופט, ובלבד שאני משוכנע שהחשוד מסוכן ובעל כוונות רעות. אני סבור שלא נעשה לו עוול חברתי.

דן מרידור: מה דינו של ישראלי-יהודי לקראת ההתנתקות או כהניסט או נוער הגבעות הנחשד בכוונות לפגוע בביטחון, ואין ראיות נגדו?

דניאל רייזנר: מי שיראה את חומר הראיות צריך להיות אדם מהימן, שהבקרה עליו איננה רק מטעם גופי הביטחון אלא גם מטעם גופי בקרה חיצונית. תרחיש הפגיעה בזכויות הפרט בגלל חומר לא-גלוי איננה הופכת את בטני. אני מדבר רק על האמצעים הפרסונליים המתייחסים למעשיו של אדם קונקרטי. יש קבוצה שלמה של פעולות, כמו הריסת בתים ספציפיים, שהיא סביבתית ולא אישית. עדיין קיימת חקיקה בריטית בדבר הטלת קנס על יישוב שממנו יצא מחבל, ונקטנו אותה כמה וכמה פעמים בשנות השבעים כענישה קיבוצית. ככלל, ענישה קיבוצית איננה מקובלת עליי. רציתי להגיע אל הסגר. בתרחישים מסוימים סגר ועוצר הם ענישה. ואולם

לא נקטו אותם משום שרצו להעניש את כל הכפר, אלא כבררת מחדל, כפעולה אוטומטית: ברגע שיש פיגוע, מושטים על הערכים כתר וסגר ומחסומים בכבישים, ואין יוצא ואין בא.

ניהלנו דיון מרתק בצבא בשאלה מה בכל זאת אפשר לעשות למעגל התומך של המחבל. סקרנו את כל האמצעים המנהליים ושקלנו אותם מבחינת הסביבה, המשפחה, השכנים, הכפר, העיר, החברים בבית ספר, והגענו למסקנה הבאה: אפשר להזיק לאדם עצמו הרבה יותר ממה שמזיקים לו בענישה דהיום. התובנה החשובה ביותר שצמחה מן הדיון ההוא הייתה ההבחנה בין 'פריבילגיה' לבין 'זכויות': מותר לשלול פריבילגיות במעגל רחב מאוד, אך אסור לשלול זכויות מאדם על סמך מעשיו. לדוגמה, הזכות לתנועה נתונה לאדם הפרטי, ושלייתה צריכה להיות קשורה ישירות בו; לעומת זאת פריבילגיה כמו עבודה בישראל אפשר לשלול מכפר שלם שאחוז המפגעים היוצא ממנו גבוה. במקרה זה התקיימה ענישה קולקטיבית, אבל היא מותרת משום שהיא איננה פגיעה ב'זכות', אלא ב'פריבילגיה'.

ההבחנות הללו בין זכויות לפריבילגיות קשות מאוד. אחרי שצוות בפרקליטת המדינה דאז אישר אותן ואף התחילו ליישמן, קרו אירועים פוליטיים שהורידו זאת מסדר היום.

כל זאת אמרתי מכיוון שיש סוגים שונים של אמצעים הפוגעים בזכויות או בפריבילגיות, וההבחנה ביניהם טעונה יותר ממשפט כוללני אחד. דבר אחד ברור: האמצעים המנהליים, כמו הריסת בתים וגירושים, מפרים בוודאות את המשפט הבין-לאומי גם כשאיננו מקבלים אותו, ולכן אל לנו לחוקק אותם בחקיקה הישראלית.

כשחוקקו ב-1970 את הצו בדבר הוראות ביטחון בשטחים, נכלל בנוסחו המקורי סעיף מפורש: בית המשפט הצבאי יפעל לפי הוראות אמנת ז'נבה. וכבר אז היו שהעירו שיש בצו סתירה, כי הריסת בתים וגירושים סותרים את אמנת ז'נבה. הווה אומר, לא הייתה זו הפתעה מרעישה שהתגלתה רק בשנות השמונים. ידעו זאת כבר בשנות השבעים, ופשוט השאירו זאת מחוץ לצו הוראות הביטחון. הריסת בתים וגירושים חוקקו בצו המנהלי. שיטת פעולה זו מלמדת על הלך הרוח: ידעו שאלה פעולות בעייתיות וקיוו שהשארית החקיקה הבריטית על כנה תשאיר אותן בספר החוקים של ישראל.

אם אנו מבקשים לארגן מחדש את החוקים בלחימה בטרור באמצעות חקיקת חוק טרור, עלינו להמליץ לבטל את כל החקיקה הקיימת בעניין זה; לכתוב אותה מחדש.

הריסת בתים וגירושים הם שתי הסנקציות הספציפיות שהייתי מציע למחוק מספר החוקים שלנו. הגירושים נמחקו ב-1979; אך רק בישראל, לא

בשטחים. כך גם הייתי מציע שייעשה לגבי הריסת בתים ופיצוצים ואטימות, בחריג אחד: צו הגבלה בישראל קיים כפורמט נרחב מזה שבשטחים. שני העונשים היחידים שאני מציע לבטל הם הריסת בתים וגירושים. דרך אגב, צו הגבלה או צו פיקוח מיוחד אינם פוגעים קשות בזכויות אדם, והאיזון שם אינו רע. מכל מקום, המעצרים המנהליים מנפיקים פתרון מסוים למגבלות הקשות שהמציאות שלנו מציבה: הזכות לשתוק, הזכות לייצוג, הזכות לחקירות גלויות בהליך משפטי נגדי, חזקת החפות – כל אלה מקשות מאוד את המלחמה בטרור. באמצעים המנהליים הכול הפוך: אין חזקת חפות, וכל הנטל נופל על כתפיו של החשוד. לפיכך יש לאמצעים המנהליים תפקיד קריטי בלחימה בטרור, ואין לוותר עליהם כליל, אבל גם בהם צריך להיות קו ברור החוצה בין החוקי ללא־חוקי.

עמנואל סיון: שאלה להבהרה: לטענתך בשטחים משתמשים באמצעים מנהליים בלי הגבלה, כי כמויות האירועים גדולות מאוד, ואילו בישראל – בין שמדובר בערבים ובין שמדובר ביהודים – אין מדובר במספרים גדולים, ולכן המעצרים נעשים בשום שכל. האם זו ההנחה שלך?

דניאל רייזנר: כן, המספרים מוכיחים זאת. גם בישראל תהליך הוצאת צו מעצר מנהלי מעיק מאוד על המערכת. מעצר מנהלי הוא חוק ישראלי, אך בהנחיית שר הביטחון המערכת הכניסה מגבלות רבות, ובשל כך המעצרים המנהליים בישראל בשנה הם חד־ספרתיים או דו־ספרתיים קטנים. לעומתם בשטחים, בשנים כמו אלה, הכמות היא ארבע־ספרתית עד חמש־ספרתית.

עמנואל סיון: במחקר שנערך במרכז יפה באוניברסיטת תל אביב על פרופילים של מחבלים, לאו דווקא של מתאבדים, נמצא שהמחבל מונע מנקמה הנובעת מפגיעה גופנית וגם ממאסר או מעצר ללא משפט או מהריסת בית של שכן. כל אלה הציגו את ישראל בעיני המחבל באור של אי־צדק בסיסי. כלומר, היעילות לטווח קצר או לטווח בינוני עלתה במחקר שוב ושוב.

דניאל רייזנר: למעשה, עד לפני חצי שנה המערכת הצבאית לא עסקה כלל בטווח הארוך. מדוע? לא בגלל 'קוצר ידו' של הרמטכ"ל, אלא בגלל הדרישה מכוחות הביטחון 'לכבות שרפות', להמציא מענה מידי לבעיות מיידיות: השב"כ והצבא נדרשו לסכל אירוע של היום, כלילה שלפניו. ואכן, בדיון על הריסת הבתים הכול הבינו את מה שאמרנו בדבר גלי טרור עוקבים – גל שני

ושלישי ורביעי. הם ידעו זאת גם בלי שאמרנו להם, אך לא ידענו איך להפסיק את מעגל השנאה. דרך אגב, יש החושבים שאמצעים מנהליים הם חכמים וחוקיים, אבל גם הם מבינים את המלכוד במעגל הזה.

מדרכי קרמניצר: כאשר שר המשפטים יוסף (טומי) לפיד אמר שהזקנה הפלסטינית הנוכרת בהריסות ביתה שנהרס בידי צה"ל מזכירה לו את סבתא שלו, והדברים שודרו בכל העולם בלוויית התמונות, נגרם לישראל נזק רב בהרבה ממכלול פעולות למיניהן גם יחד.

דניאל רייזנר: משום שהמערכות שלנו אינן בנויות להתמודד עם כגון זה ובגלל הלחצים המופעלים עלינו, האחריות לטווח הארוך צריכה להיות במקום אחר. חסר מערכתי גדול הוא שאין מערכת השוקלת ללא הרף את הנזק לטווח הארוך. מאז ומעולם אמרתי שאם המועצה לביטחון לאומי תעבור כמו גוף אסטרטגי ארוך טווח, היא תכונן בקרה מתמדת על כך. אבל לא כך קורה.

עירית קהאן: כתבתי מכתב חמור מאוד נגד הריסת בתים לפרקליטת המדינה, ואחר כך העברתי אותו ליועץ המשפטי החדש לאחר התמונות, ומאומה לא קרה בעקבות זאת.

הערה בעניין היעילות: היעילות היא משני צדי המתרס. בשעתו פניתי לשב"כ בבקשה לברר את היעילות שבהריסת בתים, ונעניתי שיש לשב"כ הוכחות בדוקות שבתשעים מקרים הוא מנע הרס בתים פעולות חבלה וטרור. הווה לומד מכאן שהשב"כ רואה את היעילות מצד המניעה של הטרור. ואולם היעילות איננה נבחנת רק מבחינה זאת, אלא גם מבחינות אחרות, למשל המשפט הבין-לאומי או השנאה האיומה והנקמנות שתיווצר לאורך ימים. גם אני הייתי יכולה להרוג מישוהו, אילו חלילה הייתי רואה את סבתא שלי בהריסות ביתה. לשון אחר, אפילו את הבעיה של היום איננו פותרים, משום שלאורך ימים אנו מדשנים ומטפחים שנאה תהומית כה גדולה, שסופה מי ישורנו. מה גם שאיש אינו תוקע לכפנו שמאותו בית הרוס לא יצאו שני מחבלים חדשים.

אינני מדברת על ההיתרים להרוס בתים על פי אמנת ז'נבה, שכן אמנת ז'נבה מתירה למפקד לפוצץ בית שממנו יצאה התקפה עליו ועל אנשיו. אני מדברת על הריסת ביתו של מחבל לאחר שהוציא לפועל את מעשה הטרור שלו לא מביתו. כשהייתי בחוץ לארץ שאלו אותי רבות על פיצוץ בתים, ולא על סיכולים ממוקדים, ומזה למדתי שהריסת הבתים היא המקוממת ביותר את

דעת הקהל העולמית. דומתני שבאמת הגיעה השעה לומר אמירה מפורשת: עלינו להפסיק את הריסת הבתים.

דודי זכריה: בעניין הפיקוח על הצבא בזמן לחימה: לפי דוח 'בצלם' – שאינו האורים ותומים בעיניי, אבל יש בסיס מסוים לנתוניו – 97%, ואני מקווה שאני מדייק במספרים, מהריסות הבתים אינן הריסות לפי תקנה 119, אלא הריסות בתים תוך כדי לחימה, ואלה מותרות לכאורה.

דניאל רייזנר: הנתון נכון, רק צריך להבין שבארבע השנים האחרונות ההבדל הוא בין אלפים עד עשרות אלפי בתים לבין מאות עד אלף בתים; זאת אומרת, זו תורת המספרים הגדולים. מספר הבתים שהרסנו בשלוש השנים האחרונות ביהודה ובשומרון, רק לפי תקנה 119, עומד על כ-400; ומספר הבתים שנהרסו במסגרת צורך צבאי הוא אלפים. אין אלה מספרים קטנים.

דודי זכריה: תוך כדי הלחימה או לפי תקנה 119, האדם שביתו נהרס – אחת היא לו אם זה מכוח 119 או מכוח אמנת ז'נבה או מכוח סעיף כבג"ץ. עדיין אין פיקוח אפקטיבי על החלטות המפקדים בנושא זה, ואני אפילו יודע על יותר ממקרה אחד או שניים שבהם בעוד הכב"ץ מתנהל, והנה הודיעו לבג"ץ בטלפון שהבית כבר נהרס 'תוך כדי לחימה'.

דן מרידור: באחד מפסקי הדין של כב"ץ נקבע שאסור להרוס בתים, אבל מותר להרסם בתוך לחימה, כי יש היתר לכך גם באמנת ז'נבה. שוב, ההבחנה שלנו לחוד, והמציאות לחוד, והמציאות גברה על ההבחנה המלומדת והמוקפדת: לָשׁוּ את הסעיף הזה והרחיבו אותו והרסו בחסותו אלפי בתים לא מצורך צבאי אמתי, אלא מכוונה 'ללמד את המחבלים לקח'.

דניאל רייזנר: אבות התזה הזו לא טענו שההריסה 'מלמדת לקח', אלא 'מגנה על האחרים'. לפי ההיגיון הזה, בית שיצא ממנו מפגע, אין שום סיבה שלא יצא מפגע גם מן הבית הסמוך לו.

דן מרידור: מהו תפקידנו בשאלת היעילות? האם זהו תפקיד של הצבא או של מערכת הביטחון?

אנו עוסקים בשאלה איך מונעים פעולת טרור מתוכננת, אך לפני הכול המדינה צריכה לשאול את עצמה מה המוטיבציה לטרור, מניין היא צומחת, ומה מניע אותה. אם ייערכו מחקרים דומים לזה שדיווח עליו עמנואל סיון,

אולי יתברר מה הם שורשיה של ההנעה לטרור. אם יתברר שמעשינו תורמים להנעה או מניעים טרור ומתדלקים ומתחזקים אותו, עלינו להתייחס לכך במלוא הרצינות ולהציב זאת במערך השיקולים שלנו בעת תכנון ההגנה הביטחונית והלחימה בטרור. על הממשלה וזרועות הביטחון שלה לדעת אל נכון מה ההשלכות של התכנונים הביטחוניים באשר להנפקת טרור ולתמרוצו. שאלה זו חשובה, משום שהיא איננה רק מודדת יעילות, אלא גם, ובעיקר, יעילות לעומת נזק. אולי מעשינו מזיקים לנו יותר משהם מועילים.

אפרים הלוי: אני רוצה להפנות את תשומת הלב לכמה דברים. אנו במאה העשרים ואחת, ומלבד מה שקרה אצלנו, היו בה כבר שתי מלחמות ממשיות: המלחמה באפגניסטן והמלחמה בעיראק. המלחמה באפגניסטן התנהלה בחסות החלטה של מועצת הביטחון, והכוחות שפעלו ופועלים שם עד היום, ולא רק אמריקנים, נתונים במסגרת האו"ם. למיטב ידיעתי, מידת ההיצמדות של הכוחות האלה לכללי אמנת ז'נבה מצומצמת מאוד, כלשון המעטה. שום כוח מן הכוחות באפגניסטן אינו פועל לפי כללי אמנת ז'נבה.

הכוחות האמריקניים והכוחות האחרים פועלים באפגניסטן על פי צרכים ושיקולים מבצעיים טהורים, והם אינם דנים או שוקלים או פועלים על פי אמנת ז'נבה, לרבות לקיחת שבויים, חקירות שבויים, זכויות של שבויים וכיוצא בזה. כל זאת משום שלכאורה הכוחות הפועלים נגדם אינם כוחות סדירים. אפגניסטן הייתה מדינה ריבונית, ואנשי הטאלבאן פלשו למדינה והשתלטו עליה. במצב דברים גאופוליטי מסוים, כוחות הטאלבאן היו כוחות של ממשלה חוקית באפגניסטן, ולכן לכאורה אין רשות לנהוג בהם כאילו הם טרוריסטיים. ובכל זאת ארצות הברית נכנסה לשם ועשתה מה שעשתה כרצונה.

במלחמה בעיראק יש לחימה אינטנסיבית באמצעים שונים ובחריגות גדולות מאוד מאמנת ז'נבה, חריגות שהיה להן הד עולמי כשהתפרסמו. בצד האירועים בבית הסוהר של אבו-חארב מתנהלות פעילויות רבות, שאמנם אינן חקירות סוטות, אך הן 'מאתגרות' מאוד את המותר והאסור באמנה. דרך אגב, בצבא האמריקני משרתים לא רק בוגרי הרוורד, פרינסטון או נוער השמנת של ניו אינגלנד, אלא גם נערים קשי יום, והדבר בא לידי ביטוי בהתנהגותם בלחימה.

כשאנו ניגשים לשאלה בדבר הטווח הארוך של הלחימה בטרור, בהנחה שהמלחמה נגד הטרור הבין-לאומי, ולא רק המקומי, תימשך בעשור או שניים הבאים – עלינו לשקול המלצה על חקיקה דינמית ופרוגרסיבית. כלומר עלינו

לנסות לכלול בשיקולינו גם את ההקשר הבין-לאומי החדש שיש לו משמעות גם במשפט הפנימי שלנו. זאת אומרת, צריך למצוא דרך של חקיקה מתפתחת, מכיוון שאנו בתהליך מתפתח. אני מציע לשקול חקיקה ראשית שיש בה אפשרויות מובנות לחקיקות משנה שאפשר יהיה לחוקק אותן מדי פעם בפעם בהתאם לנסיבות, בלי להצטרך להעבירן דרך מסע התלאות הארוך של כל ההליכים בכנסת ובמשלה. יש לשאוף לחקיקה צומחת המתאימה את עצמה למצב משתנה ולאפשר חקיקה משנית שתגדיר קטגוריות של מותר ואסור, על פי צורכי השעה. מהלך זה חיוני, ובלעדיו נתייחס שוב ושוב למה שהיה ולא למה שיהיה.

עוד עניין הוא היבט אחר של טווח ארוך וטווח קצר. צדק דניאל רייזנר בהסבירו מדוע עוסקים בטווח הקצר ולא בטווח ארוך. הדוגמה הטובה ביותר לשאלת הטווח הקצר והטווח הארוך היא גדר ההפרדה, 'הגדר'. בטווח הארוך הגדר היא מכשלה שאין כדוגמתה, ולא מקרה הוא שראש הממשלה אריאל שרון, המחויב לגדר, התנגד התנגדות נמרצת להקמתה. המשמעויות ארוכות הטווח שלה הן פוליטיות ומבצעיות; רשמו את דבריי בפרוטוקול: הגדר הזאת תהפוך ביום מן הימים לאנדרטה לכישלונה של ישראל במלחמתה נגד הטרור. אנשים יגידו: תראו מה היהודים היו צריכים לעשות; הקימו לעצמם גדר. אני טוען שהגדר תהיה כמו קו מז'ינו או קו זיגפריד (במלחמת העולם הראשונה ובמלחמת העולם השנייה), אבל מה? השב"כ הוא שלחם להקמת הגדר, ולא צה"ל, ובזה הוא קבע לא רק עובדה ביטחונית אלא גם עובדה מדינית. השב"כ החזיר למעשה את ישראל לגבולות 1967, כי הגדר וה'משפטיזציה' סביבה הכריעו את הכף באשר לגבולות העתידיים של ישראל. אלמלא הייתה גדר, לא היינו מגיעים למצב זה.

אם אתם זוכרים, היה סיכול פעולת טרור ביקנעם, ואמרו שללא הגדר היה המחבל מגיע ליקנעם והורג 150 או 200 ילדים. אולי המחבל עצמו אמר שנתפס כי נאלץ ללכת מסביב לה. ובכן, אתם יכולים לטעון שלמען מאתיים ילדים היה נכון להקים גדר. אינני אומר שזה לא נכון, ואינני מסוגל לומר את ההפך. המציאות אינה פשוטה, וצריך להבין זאת בשאלות טווח קצר וטווח ארוך.

עניין שלישי הוא השיקול הבין-לאומי וזהותו של מי שצריך לשקול אותו. זה איננו נושא משפטי כלל. לא עניינו של היועץ המשפטי לממשלה להגיד שאל לה לישראל לעשות מעשים מסוימים משום שהדבר יפגע בשמה בעולם. היועץ המשפטי איננו מופקד על שמה הטוב של ישראל בעולם, אלא על קיום החוק במדינת ישראל. אין זה עניינו כלל ועיקר; אדרבה, זה מחוץ לסמכויותיו.

מלבד זאת, הוא אינו כשיר לדעת מה יגידו בבירות העולם, ואין לו שום אמצעים לשקול זאת. מדובר בשיקול פוליטי, בין־לאומי, ציבורי, והוא אינו מנת חלקו המקצועית של היועץ.

בגלל התהליך שעברנו במדינת ישראל, ממשלות ישראל פונות שוב ושוב ליועץ משפטי. אם הממשלה היא ששאלה, למשל בעניין הגדר, טענה בעשותה כך. צריך להפסיק לשאול את דעת היועץ בנושאים שאינם מענייניו; ואם פונים אליו, עליו לענות בנימוס שאין זה עניינו, אלא עניינה של הממשלה.

דן מרידור: הוא צריך לומר מהו המשפט הבין־לאומי, לא מהי דעת הקהל. זה באמת לא עניינו. זה שיקול רלוונטי לישראל, אבל לא ליועץ.

אפרים הלוי: זה שיקול לממשלה. מה שקורה הוא שהממשלה מתערטלת מאחריותה, או שהיא מעבירה אותה ליועץ המשפטי לממשלה, או שהיא מקימה ועדת חקירה ממלכתית, כי היא לא רוצה להציג בעצמה את המסקנות. במקרה האחרון נוצר מצב מגוחך: המלצותיה של ועדת חקירה ממלכתית חייבות להתקבל. זו שטות. אלה רק המלצות, והממשלה רשאית להחליט שהיא איננה מקבלת אותן.

אני אומר את כל הדברים האלה אגב אורחא, משום שאני חושב שבדיון בנושאים המנהליים צריך להשאיר מרחב גדול ככל האפשר למצבים מתפתחים, צריך לסייג את הדברים, צריך להגדיר את עיקרם בחקיקה ראשית ולהשאיר מרחב תמרון גדול לרשות המבצעת, עם כל האחריות הנובעת מכך. לממשלה יש אחריות, ואם טענה או מעדה בצורה מחפירה, עליה לשלם את המחיר – להתפטר.

דן מרידור: אני רוצה לערוך הבחנה, שאיננה כה פורמלית כמו שהיא נשמעת, בין ישראל, שהדין הישראלי חל בה, לבין השטחים, שהדין בהם שונה. הגדר איננה בישראל, ולכן דינה אינם דינים ישראלים. זו שאלה של המשפט הבין־לאומי, של השכל וההיגיון, אך לא של הדין הישראלי.

בדיוננו אנו עוסקים בשיקולי ביטחון בבית פנימה. למשל, במלחמה בטרור אנו מבקשים לברר מה הם המעשים שהממשלה או הזרועות המבצעיות שלה רשאיות לעשות נגד אזרחי המדינה. לעומת זאת המצב בשטחים הוא מין אנדרוגינוס, 'גם וגם' או 'לא ולא'. באשר לאזרחי המדינה נידונה שאלת הסמכות. למשל, האם היית רוצה סמכות להרוס את ביתו של רוצח ראש הממשלה רבין ז"ל, יגאל עמיר, בהרצליה? אני שואל זאת לא כי יהודי שונה

בעיני מערכים, אלא כי התרגלנו, לבושתנו, למראות אלה אצל הערכים. יש פסק דין שהתיר דבר שכזה בירושלים, ואני חושב שזו הייתה טעות.

דניאל רייזנר: אבל יש פסק דין המסביר מדוע לא להרוס בתים של יהודים, והנימוק בו היה שתופעת הטרור היהודי לא הגיעה להיקפים המצריכים נקיטת אמצעים כה חמורים.

דן מרידור: טרור ערבי, על סכנותיו הנוראות, טרם הצליח להרוג ראש ממשלה יהודי; טרור יהודי – כן. לנוכח זאת אינני יודע מה חמור ממה: טרור ערבי או טרור יהודי. אני שואל זאת בעקבות דבריו של אפרים הלוי, שטען שזו בעיה משפטית. אני טוען שהיא גם בעיה חברתית-תרבותית בטווח הארוך. אני תוהה: האם להשאיר לממשלה סמכויות כלליות בחוק לעשות מעשים שלא בדרך הרגילה (העמדה לדין והוכחת אשמה), אלא בדרכים אחרות, מנהליות? האם כדאי להסתפק בהחלטת ממשלה ולא להגביל אותה בחוק? האם רצוי להשאיר בידי הממשלה 'מצבים מתפתחים'? אני מודאג מזה.

אפרים הלוי: אני רוצה לענות על השאלה הזאת: אין אחריות בלי סמכות, ואין סמכות בלי אחריות. אם אנו אומרים שאנו מעבירים את הסמכות בעיני החכימה בטרור לרשות המשפטית, כל פעולה במישור זה מחייבת החלטה ואישור של היועץ המשפטי לממשלה, ובלעדיו אי-אפשר לעשות דבר. כך קרה לפני שבועיים: קם היועץ המשפטי לממשלה והחליט שהוא מבטל החלטת ממשלה, כי קבע שהיא בלתי-חוקית. זו שערורייה: מה פירוש יועץ משפטי פוסל החלטת ממשלה?

דניאל רייזנר: החלטת ממשלה היא מהלך סטטוטורי לפי החוק, ולכן לפי החוק הוא יכול להתמודד אתה.

אפרים הלוי: אם ליועץ המשפטי יש סמכות לבטל החלטת ממשלה, הוא גם אחראי להחלטה שלו. אם ההחלטה להרוס את ביתו של איתמר בן-גביר צריכה להיעשות בהסכמה או בהחלטה של היועץ המשפטי לממשלה, אני מקבל זאת לחלוטין, אבל אם משום שלא הרסו את הבית של איתמר בן-גביר יירצח חלילה ראש ממשלה, יישא היועץ המשפטי באחריות לרצח. אין ליהנות מכל העולמות: בתחום זה יש לו סמכות, ובתחום אחר – אחריות.

דן מרידור: כמו בכל מדינה דמוקרטית גם בישראל הממשלה אחראית לאכוף

את החוק. ובכל זאת הממשלה אינה יכולה להעמיד לדין, אלא רק היועץ. אם בן־גביר לא יעמוד לדין, איש לא יוכל לומר ליועץ שיישא באחריות.

אפרים הלוי: אם איתמר בן־גביר ירצח את ראש הממשלה, דמו של ראש הממשלה בראשו של היועץ המשפטי לממשלה. גם מבחינה חוקית הוא אחראי לכך.

דן מרידור: במדינה רגילה אין אוסרים אדם או הורסים את ביתו בהליך שאינו משפטי. עם כל הכבוד לסמכות, ולמרות שהאחריות היא של הממשלה, היא איננה רשאית לכלוא אותי. את זה בית המשפט יעשה.

אפרים הלוי: לכן אני מציע שתהיה חקיקת משנה, ובמסגרתה יחליטו אנשים בכירים במדרג יורד, כגון שר ביטחון, רמטכ"ל, אלוף פיקוד. אלה אנשים בעלי אחריות; הם אינם אנשים מן הרחוב. אין לטעון שכל האנשים בתחום הביצוע שווים כקליפת השום, ואילו ליועץ המשפטי או לשופט יש נופך מוסרי מיוחד.

יש סמכות ואחריות לרמטכ"ל, יש סמכות ואחריות לשר המשפטים, יש סמכות ואחריות לראש השב"כ, יש סמכות ואחריות לראש המוסד. לשם כך נחוצה חקיקת המשנה. 'בלמים ואיזונים' הם בסופו של דבר התפלגות בין מי שכולם לבין מי שמאזן. אם אתה אומר שהסמכות כולה בידי היועץ המשפטי לממשלה, ערערת את עקרון הבלמים והאיזונים, כי נטלת את האחריות מן התחום המבצעי והענקת אותה למשפטן.

דן מרידור: הסמכות היא בידי כל מי שהחוק נתן לו אותה, אבל היא איננה הסמכות להשיג את המטרה בכל דרך שירצה בה. יש גבולות לסמכות, והם מידת הפגיעה המותרת באזרחים למימוש מדיניות כלכלית או ביטחונית או חברתית. מותר לבעל הסמכות לקבוע את המדיניות, אבל יש להשית עליו בקרה ובלמים לבל יעבור על החוק. המערכת המשפטית עוצרת את הרשות המבצעת בבג"ץ, כאשר היא מנסה לגלוש אל מעבר לתחומי סמכותה, גם אם המדיניות הכלכלית והחברתית והביטחונית שלה נבונה. זה תפקידו של היועץ המשפטי.

אפרים הלוי: אם בעל הסמכות עובר את גבולות הסמכות שלו בצורה הדוקרת את העין באי־סבירותה בעליל, אות הוא שלאיש יש מערכת שיקולים מטרופת. אבל אם הוא פועל במסגרת סבירות, כאדם המקבל החלטות סבירות, יש לתת

לו את הכלים לבצע את החלטותיו. הכלים צריכים להיות בידיו של המבצע, ולא בידיו של יועץ משפטי, שצריך לפנות אליו שוב ושוב לקבלת אישור. זה אבסורד. אינני יודע אם הריסת בתים סבירה או לא. הדבר ראוי לבדיקה. מי שאינו יכול לבדוק זאת הוא גורם משפטי, היועץ המשפטי. הוא האחרון היכול לבדוק דבר כזה.

עמנואל סיון: מטרידה אותי שאלה מתודית. דן מרידור העלה שוב ושוב את הקו החמקמק העובר בין מדינת ישראל לבין השטחים. לדעתי איננו יכולים שלא לעסוק גם בשטחים. אולי במקום להינצל רק בסוגיית הריסת הבתים, עלינו לחשוב גם על היקף המעצרים המנהליים: מה הם ההליכים בפרקליטות צבאית? האם הבדיקות להארכת המעצר ענייניות באמת?

השאלה עלתה בדעתי מסיבה פשוטה: שאלתי אדם מזרועות הביטחון שלנו אם בדקו אי פעם אם אנשים 'עם דם על הידיים' ששוחררו בגיל מבוגר חוזרים לסורם. ענני: מובן שלא. שאלתי: אולי צריך לשחרר חלק מהם? ענה לי: לשם מה? יש מאות עצורים מנהליים שאני אפילו לא בטוח מי הם ומה הם עשו. אני משוכנע שאין לו כוונות זדון ושהמערכת עמוסה כמובן, אבל השאלה היא אם אפשר להציע הליך קונקרטי של בקרה, שהרי מדובר כאן בשלילת חופש ובתוצאות לטווח הבינוני, בהבדל אחד גדול: בניגוד לאפגניסטן ועיראק, אנו כנראה נמשיך לחיות ליד הפלסטינים.

אפרים הלוי: קח אפוא שני רמטכ"לים לשעבר ושני ראשי שב"כ לשעבר ומפכ"ל לשעבר, והקם ועדה של חמישה מזקני המערכת שיבחנו כל זאת. לא אנשים מן המערכת, אלא אנשים ששירתו בה בעבר.

דן מרידור: את שאלת הבדיקה אנו מעלים במסמך שלנו. אני רוצה להסיר אי-בהירות הנובעת מדבריי. אמנם ישראל איננה יכולה להתנער ממה שקורה בשטחים; ישראל שם, ו'שם' איננו מדינה אחרת. אבל אני לא רוצה, וסליחה על הביטוי, לזהם את המערכת שלנו על ידי כך שנתיר בתוך המדינה שלנו את מה שאנו מתירים שם במשטר של שטח המוחזק ב'תפיסה לוחמתית', כהגדרת הנשיא לשעבר שמגר. אמנם גם שם צריכים להיות כללים ברורים, אבל אינני רוצה שנוורמות פעולה יחלחלו משם לכאן. הרי כבר הגענו למצב שערבי בשכם הוא כמו ערבי באבו-גוש; ואינני מקבל זאת, לא כי הוא ערבי, אלא כי הוא בשטח שאין בו דמוקרטיה, בשטח של תפיסה לוחמתית, לא בשטח מדינת ישראל. לכן אני מציע תמיד לזכור את ההפרדה, בלי להתייחס לקו הגבול הסופי.

היום הגבול עובר בגבולות 1967, וכן ירושלים והגולן. זה מה שיש לנו היום, והדין שם שונה מן הדין הישראלי. אין פירוש הדבר שהדין הישראלי אינו חל שם לגמרי, שכן כוחות צה"ל כפופים לו, אבל אלה שתי מטטריות חוק שונות זו מזו. המצב הנורמטיבי הוא כאן, ולא שם.

אפרים הלוי: סיפור חשוב: פגשתי הבוקר אדם מלוכסן עיניים הנמנה עם מאה האנשים העשירים בעולם. הוא סיפר שהגיע ארצה לפני שלושה ימים בטיסת אל-על מהונג קונג, ובשדה תוחקר תחקיר ביטחוני בידי אנשינו. התחקיר ארך שעתים: עם מי ישנת הלילה? באיזה מלון? מה הם הקשרים העסקיים שלך? את מי אתה מכיר בארץ? בנוסף לכך פירקו את המזוודה שלו לגורמים. הבוקר שאל אותי אם יש לי עצה בעבורו. שלוש עצות נתתי לו: (א) החזק את התעודות שלך אצלך; (ב) התהלך בישראל עם שני שומרי ראש, כדי שאם המשטרה תעצור אותך ברחוב, הם יוכלו להעיד שאתה שוהה חוקי; (ג) התקשר לראש הממשלה, הצג את עצמך ובקש ממנו להתערב בנושא.

למה אני מספר זאת? כי אנו חיים בסיטואציה שאיננה משליכה רק על רק ערבים ויהודים. יש בארץ אווירה ביטחונית מסוימת, ובהינתן זאת יש פרופסורים ופרופסוריות שבכל יציאה ויציאה לחוץ לארץ נחקרים למעלה משעתיים בשדה התעופה. למה? משום שאינם יהודים. אנו חיים אפוא בסיטואציה ביטחונית שצריך להבין שהיא איננה משליכה רק על ערבים ויהודים, וסיטואציה זו תישאר עמנו כנראה עוד זמן רב.

נאוה בן אור: השאלה היא אם לא צריך לשים גבולות לדבר כזה. האם אין זה עניין משפטי: הפגיעה בזכויות אזרח, החשש של אדם ההולך לתומו ברחוב שמשטרת ההגירה תעצור אותו רק כי הוא מלוכסן עיניים ותזרוק אותו לכלא?

דן מרידור: אפרים הלוי יכול לספר עוד סיפור מעדותו האישית. הוא ראה בעיניו איך שר ישראלי שהגיע לפגישה מוזמנת בארצות הברית מטעם הממשל האמריקני נלקח אחר כבוד בהגיעו לנמל התעופה בניו יורק לבדיקה. אפרים הלוי, שראה כל זאת, הלך אחרי השר לוודא שאין לוקחים אותו למאסר. אילו היו עושים דבר כזה לשר אמריקני, הם היו מנתקים את היחסים באותו יום. מכל מקום, חקירות ישראלים בנמל התעופה בן-גוריון בכל פעם מחדש, שעות על שעות, הן בעיה קשה.

דוד ויצטום: שאלת תם: הואיל ואינני מתמצא בחקיקה ראשית ובחקיקה משנית, ההצעה של אפרים הלוי נשמעת כמו מצב חירום. מה זה מצב חירום?

פירושו התגוננות מפני אויבים והגדרה מחדש של כללי המשחק. ואם אכן כך הוא הדבר, נוצרת מאליה סתירה בין מצב החירום לבין חוסר הנכונות לבטל את הרציפות בין עבריינות פלילית לעבריינות טרור.

דניאל רייזנר: החוק הישראלי כולל סעיף, שאינו ידוע לכול, המאפשר לממשלה לחוקק בשעת חירום חוקים הגובלים עם החקיקה הזאת.

דן מרידור: באופן פורמלי אנו חיים במשטר זה. על פי החקיקה הישראלית, מאז 1948 יש לממשלה סמכות להתקין תקנות לשעת חירום לשלושה חודשים, הגוברות על כל חוק; ואם רוצים להאריך אותן, צריך חקיקה רגילה. הדבר קיבל חיזוק מחדש בחוק יסוד הממשלה. אך יש בג' צים שצמצמו את הסמכות לא מעט. אגב, יש במדינה חוקים החלים רק בשעת חירום, והם חלים היום.

דוד ויצטום: בעניין גדר ההפרדה: גדר ההפרדה היא שאלה ביטחונית. שמעתי עליה דברים טובים מפי ראש השב"כ אבי דיכטר. בהיבט הפוליטי כמעט 90% מן הציבור הם בעד הגדר. עמדת הממשלה כיום היא נגד הציבור. זו מעין התאבדות פוליטית.

ונקודה נוספת: יש היסטוריונים הסבורים, ולדעתי בצדק, שברגע שהוקמה חומת ברלין ב-1961 היה זה תחילת הסוף של המלחמה הקרה. ובאנלוגיה לנו: ברגע שאנו הישראלים נדע שאנו מדינה שיש לה גבול, נתחיל להיות נורמלים.

דניאל רייזנר: אם אינני טועה, חומת ברלין נפלה, וגרמניה המערבית סיפחה את גרמניה המזרחית.

דוד ויצטום: נכון. אינני אומר שנעצור ציפור הנחה על הגדר ונספח את הגדה. מה שיכול להיות מעניין הוא שברגע שהחומה תהיה מוכנה, מאותו רגע היא כבר תמלא את תפקידה.

דן מרידור: שם החומה הפרידה בין שני חלקים של אותו עם. פה החומה אמורה לנסות להפריד בין שני עמים. אלה מצבים שונים, ואין להשוות ביניהם. החומה היא נועדה למנוע בריחה, והחומה כאן – למנוע חדירה. הכול הפוך.

דוד ויצטום: אני אומר שלמרות הנימוקים האחרים, במקום שלא היה גבול, קם והיה גבול.

דן מרידור: רבותיי, אני רוצה לסכם את הדיון בצעדים המנהליים. בסוגיית הסמכות והאחריות לצעדים מנהליים התגלעה מחלוקת בין אפרים הלוי לבין חלק מאתנו, וכך גם בשאלת האיזון בין הסמכויות הניתנות לממשלה לנקוט צעדים מנהליים לבין ההגנה על זכויות אנשים העלולים להיפגע מצעד זה. השאלות הן אלה: אילו צעדים מותר לנקוט, ומי צריך לשמור על האיזון: בית המשפט או גורם אחר?

נושא אחר בדיון היה הצורך לבדוק את היעילות או את הנזק של הצעדים המנהליים למיניהם, כמו פיצוצי בתים, מעצרים מנהליים, גירושים, וכל זאת לטווחים הקצר והארוך. התגבשה הסכמה שיש לבחון לעומק את השטח מהיבט זה, ולא להסתפק באינטואיציה, כי השכל הישר איננו תמיד הכלי הבלעדי הנכון לשפוט באמצעותו.

נושא שלישי היה התהייה אם נכון לשמר את הכלים החוקיים הקיימים, שאינם כלים ישראליים ברובם אלא מנדטוריים, ולהפוך אותם לחוק ישראלי. דיון זה נסב על החוק שתחולתו בישראל ולא בשטחים. אני מעדיף לבטל חלק מתקנות ההגנה ולכונן במקומן כלים ישראליים מתונים בהרבה, ואת חלקן האחר להפוך לחוקים ישראליים, כמו שעשינו בזמן מנחם בגין עם הגירוש: ביטול הגירוש והפיכת המעצר המנהלי למעצר על פי דין ישראלי, 'חוק המעצרים הישראליים'. עלינו לגבש הצעה מדויקת מה מומלץ לבטל ולהעביר לחקיקה הישראלית ומה מומלץ לשנות.

שאלה נפרדת, מסובכת וקשה היא השטחים. מהו הדין שם? מה משמעות אמנת ז'נבה שם? מה היא אוסרת? מה היא מתירה? עד כמה אנו מחויבים על פי האמנה? מהו משפט מנהגי? מהו משפט הסכמי? גם אם אינני רוצה לתקן את הצו המשפטי שם, בהנחה שהוא זמני, השאלה היא שאלת עלות-תועלת, לרבות השאלה הבין-לאומית רבת החשיבות. אולי היועץ המשפטי אינו צריך להגיד את דעתו בעניין זה, אך בהיעדר מי שיעשה זאת, היועץ המשפטי או מערכת הביטחון מקבלים עליהם את המשימה.

צריך להבין שהטרור נגדנו נועד להשיג מטרות מדיניות, לא טרוריסטיות. הטרור הוא אמצעי מנוול ומזעזע להשיג מטרה מדינית – לחסל את ישראל או להסיג אותה מגבולותיה. המטרה היא מדינית, והאמצעי הוא הרג יהודים ודה-לגיטימציה של ישראל בעולם. למזלנו, נשיא ארצות הברית בוש מאט קמעא את המהלך, אבל בכלל מצבה של ישראל אינו קל בחלק ממדינות אירופה ובחלק מן העולם האקדמי האמריקני. יש אפוא לשקול את הצעדים המנהליים מול העולם במובן הנזק שהם מסבים לנו.

ישיבת סיכום שלישית

**השינויים הנדרשים
במשפט הישראלי**

יום ראשון, ט"ז באדר ב' תשס"ה
27 במרס 2005

משתתפים

דן מרידור – יו"ר	אביעזר יערי
נאוה בן אור	רות לפידות
אריה גוס	חיים פס
מיכאל היימן	מרדכי קרמניצר
דודי זכריה	דוד קרצ'מר

דן מרידור: בישיבות הסיכום הקודמות דנו בצעדים הנדרשים הן במשפט הבין-לאומי הן במשפט הפלילי הישראלי ללחימה בטרור. ישיבה זו נועדה לסכם את המלצותינו ולהשלים את הדיונים בנושאים שטרם מוצו בפורום זה. הצעדים המנהליים, לא הפליליים, שכבר נדונו בישיבה השנייה, יש להם כמה היבטים. ההיבט הראשון הוא ההבחנה בין המשפט הישראלי לבין המשפט בשטחים. אשליה היא שבהקפדה על קיום המשפט הישראלי סוגיה זו תבוא על תיקונה, כי רוב המקרים הקשורים לצעדים המנהליים אינם נידונים כלל לפי הדין החל בישראל, אלא לפי דין "התפיסה הלוחמתית" החלה ביהודה, בשומרון ובעזה. ההיבט השני הוא הצעדים המנהליים והפיקוח עליהם הן בשיטת המשפט בישראל הן בשיטת המשפט בשטחים. ההיבט השלישי הוא היעילות (ביצוע מיטבי, to do the right thing) והאפקטיביות (ביצוע מניב תוצאות, to do the thing right) של הצעדים; הווה אומר: האם צעדים מנהליים אלו הם הדבר הנכון לעשותו? ואם כן, האם אנו עושים זאת נכון? אפקטיביות צריכה להתברר בטווחים שונים: קצר, בינוני וארוך. והנה לאחר עשרים שנה הגענו למסקנה שההריסות והאטימות של הבתים מזיקות לטווחים הארוך והבינוני יותר משהן מועילות. בחישוב עלות-תועלת מדובר במהלך לא-אפקטיבי. ההיבט הרביעי הוא בחינה מחדש של צעדים מנהליים ספציפיים, כגון המעצר המנהלי בחוק הישראלי ובחוק השטחים, הגירוש (שאינו בחוק הישראלי, אלא רק בשטחים), תיחום מקום מגורים או העברה למקום מגורים חלופי בשטחים, וכן צעדים שאינם בהכרח מכוח תקנות ההגנה, כגון עוצר וסגר, שהם אמצעים הפוגעים בתושבים רבים מאוד, גם אם סיבתם או תכליתם מיועדת למנוע מעשים של יחידים.

בדיון בפורום מצומצם בדבר המלצותיהם של אסא כשר ושל עמוס ידלין על ההתנהגות בשטחים, אמר יצחק איתן, לשעבר אלוף פיקוד המרכז, אמירה שהדגימה היטב את הבעיה בעוצר או בסגר: כשיש לי ידיעה ברורה וחדה שחוליה ברמאללה עומדת להיכנס לירושלים לבצע פיגוע, הדרך היחידה למנוע את הגעתה היא להטיל סגר על רמאללה. אמנם מדובר באוכלוסייה של

100 אלף איש בסגר על לא עוול בכפה, אבל אינני רואה בררה אחרת. איתן הציג זאת בכנות ושאל אם יש למי מאתנו הצעות לחלופות. אם כן, הצעדים בעלי ההשלכות הקולקטיביות הניכרות כבר עלו בדיונים.

שאלות אחרות קשורות לחוק הישראלי. למשל, האם יש צורך ליצור איזון חדש בין זכויות שונות של אנשים, כגון הזכות לפרטיות, שהיא למעשה אשכול זכויות (זכותו של אדם לנוע בחופשיות ללא מעקב, לתקשר עם אחרים ללא מעקב וכו'), לבין האפקטיביות של המלחמה בטרור באמצעים כגון האזנות סתר, מעקבים וצבירה ותחזוק של מאגרי מידע? כן דנו בזכות השתיקה בחקירות הטרור, ובעניין זה מתגבש נייר עמדה.

ואולם לא דנו די בסוגיית שיתוף הפעולה הבין-לאומי במלחמה בטרור; ולא רק בין מדינות דמוקרטיות ידידות, כגון ישראל וארצות הברית, אלא גם בין מדינות דמוקרטיות לבין מדינות לא-דמוקרטיות, כגון חקירת עצורים של ארצות הברית במצרים. אם כן, בדילמות של שיתוף הפעולה הבין-לאומי עלינו לומר את דברינו, אם אכן יש לנו מה לומר.

אריה גוס: אינני משפטן, וברוב הישיבות לא השתתפתי, ובכל זאת אני מוטרד מטווח ההחלה של כל הדיון הזה. סוג חדש לגמרי של טרור עומד בפתח, והשאלה היא אם פורום זה דן בכך. כוונתי לאיום מצד היהודים המתנחלים בשטחים או במדינת ישראל (הגבול אינו ברור). עד עכשיו דיברנו על אנשים שעברו על החוק מדי פעם בפעם, אבל מעכשיו צריך להתמודד עם תופעת עוברי החוק, נוקטי פעולות טרור, הקבועים, העקיבים. האם הפורום דן בסוגיה זו? אם לא, יש מקום לדון בה.

דן מרידור: הפורום לא דן בזה, אם כי הנושא עלה פעם או פעמיים, למשל המחתרת היהודית, שהוכרזה בבית המשפט כארגון טרור. לפי דעתי, השאלה איננה אם ראוי לדון בכך בכלל, אלא אם נכון לכלול זאת בנושא נפרד בנושאי הפורום הזה. זו שאלה פתוחה להכרעה.

נושא נוסף, שלא ברור אם ייכלל בדיוני הפורום, הוא טרור ותקשורת. אינני מתכוון לטרור של התקשורת, אלא לטרור בתקשורת, כי לטרור אין קיום בלי תקשורת. השאלות רבות: האם יש כללי התנהגות לתקשורת בנוגע לטרור? מי יקבע אותם? אילו צעדים יינקטו נגד מי שיפר אותם ולפי אילו קריטריונים? האם התקשורת צריכה להגביל את עצמה? ועוד שאלות חשובות.

כבר הזכרתי את עניין הצורך להילחם בבסיס הכלכלי של הטרור ובאמצעים למלחמה זו במסגרת הזכות לפרטיות.

אחרי ספטמבר 2001 נערכו ברחבי העולם, בעקבות האמריקנים בהנהגת

ג'ורג' בוש, שינויים בחוקים; ותכליתם של שינויים אלו הייתה בין היתר לעקוב אחר הכספים המיועדים לטרור. ואולם בדיונינו רק נגענו בכך; לא עסקנו בזה בפירוט. השאלה היא אם עלינו להקדיש לכך דיון נפרד. אני מזכיר שאיננו מתיימרים לפתור את כל בעיות הטרור, אלא להביא לציבור את פרות הדיונים והלבטים.

אביעזר יערי: אם אתה מסייג את נושאי הדיון במלחמה בטרור ותוחם אותם במסגרת המשפטית, לא אתווכח על כך. ואולם עצוב יהיה אם נישאר במישור המשפטי בניסיוננו לפתור את הבעיות הנוגעת ליחסי דמוקרטיה וטרור. ניתנת האמת להיאמר: מזמן סברתי שיש לבטל את הרס הבתים ואת גירוש האזרחים; לבטל לגמרי או לפחות לבטלם בתקופות רגיעה, שעד היום היא לרוב יחסית. אמנם החוק הישראלי נותן פתרונות ללחימה בטרור, אך הוא אינו נותן פתרונות להשלכותיה של לחימה זו. מכל מקום, כתבתי נייר ובו הצעות ראשוניות לשני נושאים שעלינו לתת עליהם את הדעת בתחומי המשפט הישראלי והמשפט הצבאי: הקוד האתי ושאלת מעורבות המשפט הישראלי-האזרחי בשטחים שבהם לא חל החוק הישראלי.

אין לי שום דבר נגד הקוד האתי, בתנאי שאינו חורג מן החוק הרגיל, בתנאי שאינו מפריע ללחימה אפקטיבית, ובתנאי שאינו גולש להרשאה להקל ראש ביחס לחיי אדם. כאשר קיימת הגדרה רחבה יותר מבעבר ל'אויב' ול'סביבת אויב', הקוד האתי שמוצע לעתים נותן הרשאה מקיפה מבעבר להרוג אזרחים, ואני מתנגד לזה התנגדות יסודית. אבל דעתי נחה לאחר שישבו פה אנשי המשפט והוכיחו שיש כלים משפטיים מספקים ובקרה של בית המשפט, של בג"ץ ובית המשפט העליון, והם מלווים את הלחימה בטרור לסוגיה. מלבד זאת יש לשקול היערכויות חדשות, כגון מעצר מנהלי קצר והגבלה על הרס בתים.

זאת ועוד: בנייר שכתבתי הצעתי להתייחס לסוגיה היסודית שהעלה דוד קרצ'מר – חדירת המשפט הישראלי לשטחים ולתחום הכיבוש. אם הבנתי אותו נכון, יש שתי חדירות עיקריות: בתחום הבג"ץ ובתחום הערעור על השיפוט הצבאי, שהוא מבחינת החוק הבין-לאומי השיפוט התקף בשטח כבוש. הן הבג"ץ (כדי להגן על זכויות האדם) הן הזכות לערער לבית הדין העליון הוכנסו לחוק ששרר בשטחים מתוך המשפט הישראלי; ולחוק נוספות השלמות באמצעות פקודות המושל הצבאי.

פרופ' קרצ'מר טוען שאמנם יש התקדמות רבה בשמירה על זכויות האדם בשטחים הודות להתערבותו של המשפט הישראלי, אבל התערבות זו כשלעצמה משמשת כעין אישור לכיבוש ולמעשיו. עלינו להתייחס גם לעניין

זה ולהניח את תשובתנו על השולחן. תרומתי לכך תהיה שיש חשיבות גדולה לחדירה של המשפט הישראלי לשטחים, לא רק בשל זכות הבג"ץ וזכות הערעור על המשפט הצבאי, אלא גם בשל פיתוח אווירה של בקרה עצמית גדולה מבעבר אצל המפקדים ואנשי המערכת המשפטית בשטחים. אני מציע לתת על כך את הדעת, ולו בהערות לקוניות.

אולי ירצה פורום זה להציע להגביל את זכותו של בית המשפט העליון לתת הרשאות בתחום האופרטיבי הצבאי, כגון נוהל שכן וסיכול ממוקד. אני אומר זאת אף שאני תומך בסיכול הממוקד, ולא רק משום שהחוק אינו מפריע לנקוט אותו; אני גם בעד מעצר מנהלי ושאר הפעולות הדרושות ללחימה בטרור. מעצר מנהלי לא נועד להעכיר את מצב רוחו של העצור. מעצר מנהלי נועד לתת תשובה לבעיה שבית המשפט אינו יכול לתת לה תשובה, מכיוון שהמודיעין שמציגים לפניו אי־אפשר להשתמש בו מטעמים שונים. או אז בית המשפט עצמו קובע מעצר מנהלי. אולי אפשר להמליץ להגביל את בית המשפט באשר למעצר מנהלי. בנפרד אני תומך בכך שנתרום מכוחנו מומחיתנו וניסיוננו לעיצוב, שראוי לעיבוד מחדש, של פני החוק הבין־לאומי הנוגע למלחמה בטרור.

עד עתה דיברתי על המכלול המשפטי. ואולם לא רק במשפט תיפדה הדמוקרטיה במלחמתה נגד הטרור. יש בדמוקרטיה ובעמידתה נגד הטרור, בלי לאבד את צלם הדמוקרטיה, רכיבים עמוקים לא פחות מן המשפט, המנהיגות למשל. החל בדרג היחידה הצבאית וכלה בדרג הלאומי, מנהיגות שאיננה מקרינה וסוחפת בתחומים אלו מאפשרת הידרדרות מורלית ומוסרית. המנהיגות הלאומית קובעת את הלך רוחו של העם ואת מצב הרוח הדמוקרטי בישראל ואת מידת עצמת העמידה שלה נגד הטרור הערבי וגם נגד טרור יהודי; ויש מפקדים המצויידים ברצון לשמור על כל אלה ולקיימם, אבל הדבר דורש תחזוקה מתמדת. אמנם אפשר להשאיר את המנהיגות לסוציולוגים, אך חשוב מאוד שצוות זה יאמר את דברו באשר למקומה המרכזי של המנהיגות בלחימה בטרור.

הנושא השני שיש לדעתי להתייחס אליו הוא החינוך. אילו בדק צוות חשיבה של הפורום את החינוך באור הלחימה בטרור, היה רואה עד כמה עמוקה הבעיה, ואולי היה מציע היכן אפשר לשפר את החינוך ולחזק את ערכיו כדי לקיים דמוקרטיה הנאלצת להילחם בטרור ארוך־זמן וקשה. אלא שהעניין לא נבחן כאן, ולדעתי יש להצר על כך.

נושא אחרון שחוג זה יכול היה לתת עליו את הדעת הוא הפעילות הציבורית, כלומר המפגשים האנושיים בין הצדדים והמורל שמקרינים מנהיגי הפעילות הזאת. הדוגמה הבולטת ביותר היא watch group, העומדת

במחסומים ותורמת לקיום הדמוקרטיה ולהאנשה שלה במלחמה בטרור הרבה יותר מנאומים וממאמרים רבים. אולי הסוגיה היא מחוץ למסגרת סדר היום שלנו, אבל אם נתעלם מכך, לא נשלים את המלאכה.

דן מרידור: רוב הנקודות שציינת אכן ראויות לטיפול. אמנם לא ככולן דנו, אך מקובל עליי שיש לומר אותן. מלבד זאת אני מסכים אתך שלא הכול הוא שאלה משפטית.

דוד קרצ'מר: אמנם אני מסכים לכל מילה שאמרת על הקוד האתי, כי גם אני חושש מאוד ממנו, במיוחד לנוכח הבנתי שיש מעשים האסורים על פי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. ואולם יש לי ספק אם הדברים שייכים לדיוננו כאן. לא ניסינו, ובצדק, לטפל במגוון השאלות הנוגעות לדרכי הפעולה של ישראל בשטחים, כי זאת לא הייתה נקודת המוצא שלנו. צה"ל נקט פעולות רבות בשטחים גם כשלא היה טרור, ולכן קשה לומר שהן חלק ממלחמה בטרור. הואיל ונושא הדיון כאן היה המלחמה בטרור, היינו צריכים לנסות לחדד את ההבחנה בין פעולות ספציפיות המיועדות למלחמה בטרור לבין הפעולות שננקטו במשך השנים כדי לנסות לקיים את השליטה של מדינת ישראל בשטחים, גם כאשר האוכלוסייה שם התקוממה נגד שליטתה זו. לפיכך, אינני משוכנע שנושא זה שייך לדיוננו. במקום זאת הייתי מתמקד בצד המהותי, כלומר בנורמות, ולא בצד המוסדי, וכן הייתי מתמקד בשאלה איך משלבים בין השטחים ובין המלחמה בטרור המתנהלת הן במדינת ישראל הן בשטחים.

יש קושי, שעליו העיר מרדכי קרמניצר בישיבה הראשונה, כאשר אפרים הלוי הציג את הגישה הגלובלית למלחמה בטרור: האם אפשר לדבר על טרור כמכלול? האם אין מאפיינים ייחודיים למצבנו ביחס לטרור במקום אחר? האם כל פעולות הטרור כאן הן חלק ממאבק גלובלי? אני מודה ומתוודה שעודני ספקן לגבי היכולת שלנו במסגרת המכובדת הזאת לתרום תרומה של ממש בשאלה הזאת, משום שעל כל אחת ואחת מן השאלות שדנו בהן יש ספרות מקצועית ענפה. על אודות הסיכול הממוקד, לדוגמה, נכתבו עשרות מאמרים, לרבות מאמר שלי, וכך על כל אחד ואחד מנושאי הדיון שלנו. עלינו להיות אפוא צנועים ביחס לשאיפות שלנו לטפל בבעיות שהטרור מציב לפנינו; לצמצם ולא להרחיב.

מרדכי קרמניצר: אולי יש טעם לדון בהיבט מסוים של שתי שאלות מוסריות הקשורות לענייננו: ראשית, מהי עמדתו של המשפטן בשירות המדינה ביחס לאנשי המקצוע בשירות הביטחון והמודיעין? כזכור, שי ניצן אמר בהרצאתו

שדבריהם של הגורמים המקצועיים אינם אלא הערכה לדידו, לא מעבר לכך. ואכן, למרות הקשיים הרבים ולמרות ההנחה, שאמתותה אינה ודאית כלל וכלל, שלמשפט אין כלים לבדוק את המלצות גורמי הביטחון והמודיעין, אני תוהה האומנם ראוי שעולם המשפט יראה בדבריהם של גורמי הביטחון והמודיעין תשתית עובדתית שאין לערער עליה ולהרהר אחריה.

שנית, לפי מודל של חשיבה אחרת, יש להתייחס אל הנתונים המוזרמים ממערכות הביטחון והמודיעין בביקורתיות; ובמפגש בין אנשי הפרקליטות לבין אנשי התחומים הללו – אל להם לאנשי המשפט לקבל את דבריהם של אנשי הביטחון כתורה למשה מסיני, כאמת ודאית ובלתי מעורערת שעליהם 'למכור' אותה הלאה לבית המשפט. הרי אנו יודעים היטב שדבריהם הם בגדר הערכות, רק הערכות, ועלינו להפעיל כללי היגיון ושכל ישר ולשאול שאלות בדבר הבסיס להערכות הללו.

אביעזר יערי: הסוגיה שהעלית, מרכזי קרמניצר, בדבר הבקרה על דברי הגורמים הצבאיים חשובה מאוד. אמנם כבר בימיה של דורית בייניש כפרקליטת המדינה התחילו לשאול שאלות מעמיקות ונברניות יותר בתחומי הביצוע ולהקפיד על טיפול בחריגות מן החוק. אבל שאילת שאלות היא פונקצייה של היכולת לשאול את השאלות הנכונות. אם הפרקליטות הצבאית או היועץ המשפטי ייוועצו בגורם כלשהו, הבקיא כהלכה, אילו שאלות לשאול, יהיה טעם רב יותר לבקרה.

דן מרידור: אני רוצה לעבור אל הקוד האתי. יש בעיה אתית בקוד האתי, ואמרת זאת לאסא כשר בנוכחותו. בעיה נוספת היא שהתחייבנו שלא לפרסם את דבריהם של כשר ושל ידלין ואת הדיון שהתקיים אחר כך בקוד האתי, כי אסא כשר התחייב כלפי הצבא שלא לפרסם את הדברים. מזה גם נובע הקושי שלו לכתוב בעבודתו את דעתנו. מכל מקום, אנו רוצים להעביר לרמטכ"ל, ולו בלבד, את עיקרי הדברים שנדונו בפורום זה בסוגיית הקוד האתי.

הנושא הראשון לסיכום הוא הצעדים המנהליים: פיקוח, תוצאות, מעצר, ענישות, אטימות, גירוש, תיחום מקום מגורים וכו'.

דודי זכריה: לפרקליטות ולבית המשפט העליון קשה לפקח פיקוח אפקטיבי על צעדים מנהליים מעין אלה שנדונו פה, ומכמה טעמים. הטעם האחד הוא חוסר הנכונות של הפרקליטות ושל בית המשפט העליון להתעמת עם הדרג הביטחוני בתחומים אלו, עובדה שהוכחה במחקרים רבים שנעשו בתחום. הטעם השני הוא הקושי לקבל אינפורמציה, וממילא – הקושי לפקח. כולנו

התרשמנו מן ההחלטה של הדרג הצבאי להפסיק לעשות שימוש בתקנה 119, ובדרך אגב שמענו בשיבה הקודמת מדניאל רייזנר ש-97% מהריסות הבתים לא נעשות לפי תקנה 119, ולא מדובר בהריסת בתים כעונש על מעשיו של אחד מבניה של המשפחה.

97% הם פי 30 לפחות מן המספר הנקוב בתקנה 119, המציינת מאות בתים. מדובר כנראה באלפי בתים מאז תחילת האנתיפאדה. אם כן, קיים קושי מבני לפקח באופן אפקטיבי על הצבא בכלים המשפטיים המוכרים לנו, היינו פרקליטות צבאית, פרקליטות אזרחית ובית המשפט.

דן מרידור: הרי לבג"ץ אין כלי משלו שיספק לו את המידע הנחוץ לו להכרעה בצעדים מנהליים, ולפיכך הוא יכול לבדוק רק את מה שבית משפט יכול לבדוק. אפשר גם לקבוע כללים חדים בדבר מותר ואסור. היום יש שטח אפור ועמום גדול, ובכוונה, כגון הריסת בתים לפי תקנה 119 וגם שלא לפי 119, אלא כשהדבר נעשה בזמן לחימה, לפי פסיקת בג"ץ.

דודי זכריה: בהנחה שאלה המגבלות של המערכות הקיימות, שאלה מרכזית היא אם אנו יכולים למצוא פיקוח אפקטיבי יותר מן הקיים. דוגמאות קיצוניות הן בג"ץ מן השנתיים האחרונות שבו נדון שימוש בהריסת בתים במסגרת תקנה 119; והנה בעוד בג"ץ דן בשאלה אם להרוס בית מסוים אם לאו, מודיע הפרקליט שבעת הלחימה בשטח כבר הרס הכוח את הבית במסגרת אמצעי הלחימה. לנוכח זאת אנו יכולים לנסות לחשוב על כלים שאינם תלויים בהכרח בהתדיינות שיפוטית, אך יכולים למנוע מצבים של ניצול דוקטרינה משפטית לרעה. חינוך חיילים או חוקרי שב"כ לשמירה על החוק או קיומו של יועץ משפטי ביחידות השטח הרלוונטיות הם אמצעים היכולים להביא לפיקוח אפקטיבי מאוד.

מנהיגות המפקדים, כפי שאומר אביעזר יערי, היא בוודאי תנאי הכרחי לקביעת קווי הגבול של מותר ושל אסור, אבל לדעתי יש כלים נוספים. אפשר לדוגמה להשוות בין הפיקוח על השב"כ (בהינתן בג"ץ העינויים וועדת לנדוי) לבין הפיקוח על הצבא; דומני שהפיקוח על השב"כ בכל המערכות התפקודיות, המשפטיות והאזרחיות כאחת, טוב מזה שעל הצבא, בין השאר הודות למנגנונים מסוימים המתקיימים בשב"כ, ולא בצבא.

אביעזר יערי: אי-הריסת בתים היא מהלך שרק מפקד יכול לנקוט בזמן לחימה בהשיתו על עצמו איפוק. שאלת ענישת בני משפחה, בייחוד אם סייעו למחבל בן משפחתם, נמצאת בתחום זה – בתנאי שיהויב לקבל אישור מפיקוד בכיר.

דודי זכריה: אמצעי פיקוח נוסף על כוחות הביטחון – שאינו מצומצם למערכות המשפטיות המוגבלות מטבען, ואשר בלט מאוד לדעתי בסוגיית גדר ההפרדה – הוא האפשרות להציג חלופת רציונל לזו שמערכת הביטחון מציגה. אחת הסיבות לכך שבית המשפט היה מוכן ללכת כברת דרך ארוכה מאוד נגד המדינה בסוגיה זו הייתה החלופה שהציגה לו המועצה לשלום ולביטחון באמצעות אנשי המקצוע שלה. חלופה זו אפשרה לבית המשפט לבחור אחת משתיים לאחר שיקול דעת ובחינת המצאי בשתי כפות המאזניים. לפי מאות פסקי הדין בנוגע להריסות בתים ולפי הודאתו המפורשת של בית המשפט עצמו בנוגע לקבלת הקביעות של מערכת הביטחון כלשונן, ברור כשמש הוא הקושי של הפרקליט היחיד לשחות נגד הזרם ולטעון בבית המשפט שהריסת בתים 'איננה מספקת את הסחורה הביטחונית', כלומר היא כִּשְׁלָה כאמצעי הרתעה. עשרות ומאות פסקי הדין כמו מאותתים לו שהטלת הספק בהריסת בתים בהתאם להמלצת מערכת הביטחון, אין לה טעם ותוחלת. אבל כאשר מערכת אזרחית מרכזית בשיח הציבורי ובעלת עצמה מטילה את אותו ספק, יש לכך אפקט שונה על בית המשפט. אולי זה מה שחסר בשיח הציבורי הישראלי בדיון הביטחוני: הצעות אזרחיות חלופיות כנגד ההצעות הצבאיות המקובעות. מאז הביטוי למעורבות אזרחית בכג"ץ אֶלּוֹן מורה ועד לסוגיית גדר ההפרדה גדר ההפרדה הייתה דממה.

דן מרידור: אני מסכים. אמרת שלא משולי המחנה, אלא ממרכזו, צריכה להימתח ביקורת חברתית, לא משפטית. אולי אני טועה, אבל הביקורת על השב"כ מתקבלת באופן דיפרנציאלי: כאשר השב"כ פועל נגד יריבך (יריב ערבי, למשל), אתה מגונן עליו, ואילו כאשר השב"כ פועל נגדך (המחותרת היהודית, למשל), אתה מתקומם ותוהה אם לא הפכנו, בלי משים, למדינת משטרה. אנשים מן הצד הימני של המפה הפוליטית, כגון בני אלון, מתרעמים על פעילותו של השב"כ נגד אנשי הימין ומתריסים 'מה זה, איפה אנחנו חיים?'. כך גם היה קורה לדעתי אילו התכוונו להרוס את ביתו של יגאל עמיר בהרצליה, כי הוא טרוריסט שרצח בדם קר ראש ממשלה מכהן. לשון אחר, כאשר השימוש השרירותי והאלים בסמכויות מופנה נגד יהודים, ולא רק נגד ערבים, נוצרת הסכמה חברתית רחבה נגדו.

מרדכי קרמניצר: ראה את פרשת 'שמפניה', הוא אבישי רביב, סוכן השב"כ. תאר לעצמך כמה 'שמפניות' יש אצל הפלסטינים. איש אינו מתעניין בשיטות ההדחה לדבר עברת טרור שמפעילים אצלם, אבל מה רבה ההזדעקות כאשר נוקטים זאת אצל היהודים.

דן מרידור: נכון. אינני יודע אם הביקורת המשתלחת בשב"כ קשורה למחתרת היהודית בשנים 1984-1985, אך מה שברור הוא שהאנשים הבינו שהשב"כ יכול לפעול גם נגד יהודים, ועם זה קשה להם להסכים.

יש לומר בגלוי שגם הפיקוח אינו מיטבי. אמנם הפרקליטות קיבלה ומקבלת מידע ממשרד השיכון, ממשרד הביטחון וממשרד הפנים, לפי צרכיה, ואולם לא תמיד כל שאלותיה נענות וכל בירוריה מתבררים; לא פעם הייתי עד להטחות בנוסח 'מי שמכם?' נגד הפרקליטות. ובכל זאת, הדברים הלכו והשתנו לאטם: חלק גדול מן המשרדים הפסיקו 'לספר מעשיות' לפרקליטות. אינני יודע אל נכון מה המצב כיום, ומכל מקום הפרקליטות ניצבת תמיד בעין הסערה, בין כוחות מנוגדים: דין מכאן וביטחון מכאן. ואין לי שום תלונה על מצב זה; זה תפקידה של הפרקליטות.

דוד קרצ'מר: אחד מיתרונותיו הבולטים של בג"ץ הוא פעולתו בזמן אמת. אבל זהו גם חיסרון, משום שכאשר אין שום אפשרות לפיקוח בזמן אמת, אין טעם להשתמש במנגנון זה, קרי בג"ץ, ובנקודה זו אני מסכים עם אפרים הלוי.

אני שואל אותך, אביעזר יערי, נקודת התורפה במערכת הצבאית היא התחקירים. אילו נעשתה בדיקה אמינה אחרי כל מקרה ומקרה של הריסת בתים 'מבצעית' (כלומר לא לפי תקנה 119) כדי לוודא שאכן הפעולה הייתה לפי קריטריונים חוקיים ובהתאם לכללים, האם היא הייתה עשויה להיות גורם מרתיע? השאלה היא אם לדעתך הדבר אפשרי, או שמא יש בעיה מוסדית במערכת הצבאית המונעת כל אפשרות של בדיקה אמתית של מה שהתרחש כמעט בכל פעילות מקצועית.

אביעזר יערי: התחקיר המבצעי הוא כלי שתכליתו לאפשר לחיילי היחידה לומר את כל אשר על לבם, ביושר ובלי פחד הפללה, על פרטי המבצע ולהביא לסיכום פיקודי; כלומר שמפקדים יוכלו להפיק לקחים אמתיים ויחויבו לקבל אחריות. מאז ומתמיד יעילותה של שיטת פיקוח זו הייתה בעייתית, אם כי ברוב המקרים הניבה פרות מוצלחים מאוד דווקא; ובלבד שהמפקדים עמדו על כך שלא תיפול שיערה משערות ראשם של חייליהם משום שאמרו אמת, להבדיל מענישה עניינית, ושדבריהם בתחקיר לא ישמשו נגדם בבית המשפט.

אני אומר בפירושי: מפקדים נחרצים היודעים את מלאכתם והמייחסים חשיבות מיוחדת לסוגיות אלו, יכולים להפיק מן התחקיר תועלת מרובה הן מהצד המבצעי הן מצד המגבלות המושתות עליהם ועל חייליהם.

דוד קרצ'מר: כן, אבל כאשר המפקד עצמו הוא בבחינת 'חשוד פוטנציאלי', איך ייתכן תחקיר אמין?

אביעזר יערי: אינני אומר שהתחקיר אמין תמיד. אדרבה, כדי להבטיח את אמינותו כוננו כלים נוספים, כגון תחקירים ברמות גבוהות יותר שנעשים בפרוצדורה של בדיקה מחדש. כך זה עד דרג הרמטכ"ל. צריך לזכור שלצורך טיפול בנושאים המבצעיים שיש בהם חריגה מהחוק, קיים הפצ"ר. אני מציע שנסכים ונסכם שהתחקיר הוא הכלי המבצעי העיקרי למפקדים כדי לברר את האמת. מלבד זאת הוא חשוב מאוד גם להתמודדות טובה בסוגיות שונות של הדמוקרטיה הנלחמת בטרור. אמת היא שיש לזה שוליים של אי-יעילות; אני מסכים אתך, והייתי שמח אילו הצעת כלי מעשי אחר.

דן מרידור: יש שאלות הנוגעות לרוח האדם, ואין ספק שהנורמות אינן בגדר שחור-לבן. החייל יירתע מאוד מן המחיר החברתי של חשיפת אמת, כדברי דוד קרצ'מר: דיווח על חברים לנשק נתפס ביחידה הצבאית כהלשנה, לא כמילוי חובה, והמחיר על כך עלול להיות נידוי. זו תופעה חברתית נתונה, ללא ויכוח. כשרצו דיווח אמת למס הכנסה הקימו מנגנון וכינוהו 'מלשינון', ולא בכדי. אינני שופט זאת לטוב או לרע, אלא מציין שזו תופעה אנושית, והיא בוודאי ניכרת במיוחד בארגון שיש לו 'רוח יחידה'; מי שיוציא מידע 'החוצה' ייקרא 'מויסר', מוסר לשלטונות. הקושי בקבלת מידע אמתי בתחקיר הוא אפוא אינהרנטי.

זאת ועוד: בחלק מן המקרים יש לדעתי התנהגויות המכילות דואליות נורמטיבית: יודעים היטב שיש לפעול בדרך מסוימת, אך פועלים בדרך אחרת אגב קריצת עין. לשון אחר, הלכה לחוד ומעשה לחוד. זו בדיוק הייתה טענתם המפורשת של אנשי השב"כ: דיברו אליהם בכפל לשון – מצד אחד אמרו 'אסור', ומצד שני אמרו 'מותר', ובלבד שלא יינתן לכך פומבי. כך לדוגמה היה עם שני אנשי השב"כ שהורשעו בבית המשפט בירושלים על הריגתו של חאלד שיח' עלי בכלא עזה. את השניים חקר חיים חופי, שהיה מבקר השירות, ובחקירתם אמרו לו: אָמרו לנו דבר אחד, והתכוונו לדבר אחר, וכולנו ידענו שזהו כפל לשון.

אילו הייתה נורמה חדה וברורה בדבר הפעולות האסורות – האסורות ממש! בלי חצי חיוך ובלי העלמת עין – היה הדבר מרחיב את אפשרות הירידה לחקר האמת, כי האנשים היו רואים את עצמם רשאים לדבר. לעומת זה, בהינתן אווירה כפולת נורמות (אסור כלפי חוץ ומותר כלפי פנים), אין לאנשים שום התלבטות: לא מדברים עם 'העולם החיצון'. נקודה. רק אדם אמין מאוד,

וקשה למצוא כאלה, יהיין לשחות נגד הזרם ולנקוט גילוי לב וגילוי אמת נונקונפורמיסטי ביחס לעמיתיו. כפל לשון או כפל נורמות הם עניין למנהיגות צבאית ומדינית, ועל כן היא זו הצריכה לומר דברים חדים וברורים בעניין זה. כשאמרו לאנשים 'אסור ומותר', הם הבינו שהנאמר הוא בקריצת עין.

אביעזר יערי: ובכן, הסבירו לי אנשים המבינים עניין שעם כל הכבוד לתקנות, הם למדו שאם רוצים שההתמודדות עם אנשי חמאס תהיה מוצלחת, צריך לאיים עליהם, לדוגמה בסירוס, עונש נורא באסלאם. זו דוגמה קיצונית לפעולות שנויות במחלוקת. כאשר הנסיבות וטיבו של האויב שלפניך ידועים מראש; מנהיגות או לא מנהיגות, צריך להיות החופש במסגרת החוק, לנקוט אמצעים שמתאימים לאויב שלפניך. ראוי לזכור, אם מדברים על דוגמה זו, שאנשי חמאס קיבלו הכנה לקראת חקירה מפקדיהם, ושלעתים מדובר בפצצה מתקתקת.

דן מרידור: השתת גבולות לצבא היא עניין של מנהיגות, ושום תקנה לא תעזור כשהמנהיגות איננה עומדת כדיבורה.

דודי זכריה: מובן שמנהיגות חשובה, אבל יש עוד כלי פיקוח שאפשר להסדירו – חקירות השב"כ בתוך השב"כ. בשלושת החודשים האחרונים יש לי העונג המפוקפק להיות אחראי לתלונות נגד חוקרי שב"כ, במסגרת גוף בשם מבת"ן. אילו היה בצבא עצמו גוף כזה המפקח על הארגון מתוכו ובתוכו, גוף נגיש לכל המידע בארגון, גוף המדווח פעם בשבוע לפרקליטות על החקירות, על ההתפתחויות, על האירועים החריגים – ייתכן מאוד שרמת הפיקוח על הנעשה בצבא הייתה עולה. האם במקרה כזה יהיה המצב מושלם? לא. אבל אין ספק שמנהיגות לבדה לא תוכל לענות על הכול.

אם כן, אפשר וצריך להרחיב את רפרטואר כלי הפיקוח שאפשר להשית על הצבא: קצין זכויות אדם בכל פלוגה או בכל גדוד; חובה לדווח על כל חייל העובר עברה ועל כל אירוע שלא היה כשורה לרבות אירוע שהמפקד השתתף בו. אלה רק דוגמאות, לא כדי להכריע מה נכון ומה אינו נכון, אלא כדי למקד את הצורך בהרחבת הרפרטואר של כלי הפיקוח בארגונים השונים.

אריה גוס: הימים אחרים. ירי באנשי אויב שלא לצורך במלחמות קודמות היה עניין נורמטיבי, ואילו כיום יש חיילים שהיו מתלוננים על כך. אינני משוכנע שיש היום מנגנון המאפשר לחיילים 'לשבור שתיקה'. רוב החיילים המתלוננים על חריגות בלתי-חוקיות או בלתי-מוסריות משתחררים

מזן הצבא. מדובר לא בהכרח במנגנון חוקר, אלא ב'מנגנון' במובן הכללי של המילה.

אביעזר יערי: המנגנון אינו חוקר כמו בתחקירים; המנגנון החוקר הוא המפקד. הוא היכול לעמוד מול התופעות השליליות.

דן מרידור: נושא זה מרכזי וראוי לדיון, אבל פורום זה אינו יכול לפתור אותו. עניין אחר וחיובי הוא ההתפתחות שחלה בחברה שלנו – מחברה סגורה לחברה פתוחה. החברה הצבאית היום מגוונת מאוד; בגלל המחלוקת הציבורית, הפוליטית המוסרית, כמעט אין יחידות צבאיות בעלות גוון פוליטי אחד. לפיכך, יהיה החייל שמאלני או ימני, דתי או חילוני, עליו לדעת שיש אפשרות שפעולות מסוימות ייוודעו בחוץ, גם אם איש לא ידע מיהו צינור המידע; מניסיוני אני יודע שיש מתלוננים שאינם רוצים להיחשף.

עניין אחר הוא התערבות ההורים בפעולותיהם המבצעיות של ילדיהם החיילים ופתיחותו של הצבא אל ההורים. אינני בעד תופעה זו, המתפתחת ב־15 השנים האחרונות, בניגוד למה שהיה מקובל, שאזרחים אינם מתערבים בצבא. ואולם גם פתיחות זו כלפי ההורים מקשה את הסתרת האמת.

אריה גוס: אנחנו מצטמצמים בדיוננו בצבא, והדבר מכתוב את הפתרונות, אבל עלינו לחשוב חשיבה רחבה בהרבה: על הצבא, על השב"כ, על המוסד וכן על גופים ממשלתיים אחרים.

דן מרידור: אנו פורום דיון, וברור שלא נמצא פתרונות לכל הבעיות שנדונו כאן: רציונל ההריסות והאטימות של הבתים (אופן הביצוע, התוצאות לטווחים השונים, התכליות), הגירושים או ההגליות (אני שב ותובע זה שנים לערוך מחקר ובו השוואה בין כפר שיש בו מגורשים לבין כפר שאין בו מגורשים ולהיווכח מהי ההשלכה שיש לכך על רמת הטרור ועל עצמתו), הפיקוח על הנורמות, דרכי הפיקוח, המנהיגות, החינוך. ואולם גם אם לא נפתור את כל הבעיות, חובתנו לסרוק אותן, למפות אותן, להעלות אותן אל פני השטח, כדי שתהיינה גלויות לעין כול להמשך טיפול.

רות לפידות: אני מטילה ספק בכנותם של הטוענים שהריסת הבתים מופסקת מפני שהיא איננה מהלך אפקטיבי. לדעתי זו איננה הסיבה האמתית. סביר יותר שהסיבה האמתית היא הלחץ הבינ־לאומי. טענת אי־אפקטיביות או אי־יעילות היא טענת סרק מטעמי אי־נעימות.

דן מרידור: אמנם אפשר לנתח כל גורם בנפרד (חוקיות ההריסה לפי הדין הבין-לאומי, יעילותה, האפקט ארוך הטווח שלה וכו'), אבל אני מעריך שבהיעדר הלחץ הקשה על ישראל בגלל תדמיתה הבין-לאומית הירודה, לא הייתה מוקמת ועדה. לנוכח דמותה של ישראל בזירה העולמית, סבר מאן דהוא שכדאי לבדוק יחסי עלות-תועלת.

אריה גוס: מי אמור לבדוק זאת? אם נניח זאת בידי הגוף הפועל עצמו, שיבדוק את עצמו בעצמו, נשוב לנקודת ההתחלה של הבעיה, משום שלעולם יוותר על כנו החשש שמא הגוף מצדיק בדיעבד את פעולות חבריו.

דן מרידור: בעבר הוצע שבחדרי החקירות של השב"כ יותקנו מצלמות וידאו, וכך לא יוכלו חוקרי השב"כ לשקר באשר לטיב חקירותיהם. ואולם הצעה זו לא קרמה עור וגידים, משום שהשב"כ, למיטב זיכרוני, לא הסכים לכך. גם במשטרה מתנגדים לרעיון זה, אף שהחוק ברור באשר למגבלות החקירה ודרכי גביית העדויות. ואם יאלצו אותם לצלם את החקירה, מה יעשו? יחקרו את החשוד בלי לצלמו בווידאו, ואחר כך יחקרוהו לעיני מצלמות הווידאו, והכול יבוא על מקומו בשלום, חוץ מן החשוד.

יש לזכור שבניגוד לשב"כ, הצבא מונה עשרות אלפי חיילים הפזורים בכל הארץ. קשה מאוד אפוא לעקוב אחריהם ואחר מעשיהם בכל רגע ובכל מקום. אילו היה הצבא מעוניין במעקב ובפיקוח של ממש, היה מציב בכל מחסום ומחסום, בעלות לא גבוהה, שלוש מצלמות וידאו לקבלת תמונה מלאה של ההתרחשויות.

מרדכי קרמניצר: במכון הישראלי לדמוקרטיה נכתבת עבודה בעניין המעצר המנהלי בעיקר בישראל, ולא בשטחים, על פי החוק שלנו, חוק המעצרים. אני מניח שביום מן הימים היא תניב פרסום.

יש לי שאלה לאביעזר יערי: אמרת שאתה מקבל את המעצר המנהלי; והרי בחלק מן המקרים המעצר המנהלי נובע מחוסר הרצון או מחוסר היכולת לחשוף סוכן.

אשר לאמצעים טכניים שאין רוצים לחשוף ומשתמשים לכן במישור המנהלי: יש לבחון היש הצדקה לאי-הנכונות לחשוף. האין מדובר באמצעים שהשימוש בהם ידוע?

דן מרידור: הנה דוגמה: נודע לנו דבר מה ממכשיר האזנה המושתל בטלפון של בן-לאדן; האם נוכל לחשוף שברשותנו מכשיר כזה?

מרדכי קרמניצר: יש לבחון הבאת מידע שהופק בעזרת אמצעים טכניים למשפט פלילי ולקבוע סדרי דין מיוחדים ביחס לאמצעי הטכני. אם יש הקלטה של אנשי בן־לאדן, לפי דוגמתך, יש להגיש זאת לבית המשפט, והוא לא יקיים דיון גלוי בשאלת ההתגלגלות של ההקלטה לידי התביעה; הווה אומר, בעניין זה יכולתו של הנאשם להתגונן תהיה מוגבלת אבל עדיין תהיה לו, למשל, האפשרות להראות שאין מדובר בקולו שלו כלל, אלא בקולו של אדם אחר שדיבר מביתו – אפשרות שאינה עומדת למי שנעצר במעצר מנהלי ואינו יודע מהו החומר הראייתי שעליו מבוסס המעצר.

באשר לסוכנים ומעצר מנהלי: במידה רבה זו שאלה של מידת ההשקעה בסוכנים. נדמה כי הפעלת מעצרים מנהליים נגד יהודים היא תוצאה של הפעלה דלה של סוכנים. הפעלה רבת־ממדים של סוכנים הייתה מאפשרת 'לשרוף' את חלקם לטובת דיון משפטי הוגן.

נכון, שום דבר אינו פשוט. כיום מתקיים מצב קפקאי: מתנהל הליך משפטי שאיש מן הצד הנתבע (החשוד ועורך הדין שלו) אינו יודע מה יש נגדו, ועל כן אין לו שום יכולת להתגונן.

דן מרידור: ונניח שברור לכל בר־דעת ש'שמפניה' הוא צרה צרורה, אבל הוא נחנף בתמונה ובשטח כי יש חשש שרוצים להרוג ראש ממשלה.

מרדכי קרמניצר: בדיוק. הסיבה שמפעיל הסוכנים אינו יכול להרשות לעצמו 'לשרוף' אותם היא היעדר תשתית משמעותית של אנשי שטח, כי תשתית כזו הייתה מאפשרת מרחב תמרון, ובכללן 'לשרוף סוכנים'.

אביעזר יערי: מדינה יכולה להגביל את עצמה בכך שבקוד החוקי שלה אין מעצרים מנהליים, ואת הבעיות שהמעצר המנהלי היה אמור לפתור היא יכולה אולי לפתור בדרך אחרת, בהנחה שאפשר למצוא דרכים אחרות. לעצם העניין הייתי מציע ניסוח חלופי: פעמים רבות אי־מתן מידע לשופט האמור לפסוק בדבר מעצר מנהלי אינו נובע מחוסר רצון, אם כי היו גם תופעות כאלה, אלא מחוסר יכולת. זאת משום שהמידע שבידינו איננו יכול לפרנס כתב אישום נגד האיש, הגם שידוע לנו היטב שהוא מסוכן מאוד. הווה לומד מכאן שהשיקול, מוטעה או לא, עודנו בידי השופט. אם מדינה איננה מתכוונת להגביל את עצמה בהגבלה זו, עליה לפחות לכונן מערך פיקוח מוקפד באשר לצווי מעצר מנהלי.

דן מרידור: מהתבוננות רבת שנים אני רואה שנעשה שימוש רב מדי במעצר

מנהלי גם במקרים שהוא לא היה נחוץ, ובעיקר נגד ערבים. כדי להצדיק מעצר מנהלי נחוצות רמה גבוהה מאוד של סכנה ורמה טובה למדי של ודאות. ואולם האצבע הייתה קלה מדי על העט, לא אגיד על ההדק, שחתם על צו המעצר המנהלי. אלא מה? עם הזמן צמצמו זאת מאוד, ובאמת הייתה ירידה ניכרת במספר המעצרים.

עצירת האינפורמציה ואי־העברתה לבית המשפט הן אילוצים טבעיים של מערכת איסוף מידע. מקורות המידע רבים ושונים, והם מגיעים מפנים ומחוץ, ואי־אפשר לחשוף אותם כי בכך משבשים את רציפות העבודה המודיעינית. כך לדוגמה, הייתי עד לפטפט חסר אחריות של אחד השרים שלנו בדבר ידיעה הקשורה לחזבאללה ולתגובתו הנמרצת של החזבאללה בניסיון לאתר את מקורות המידע. כשהיה עזר ויצמן שר בממשלה, הוא נפגש בז'נבה עם נביל רמלאוי, איש אש"ף, בניגוד לחוק שאסר מפגשים מעין אלה. דבר הפגישה הגיע ליצחק שמיר, ראש הממשלה דאז, שהיה זהיר במודיעין כי ביסודו היה איש מודיעין, והדבר עורר בהלה בקרב אנשי אש"ף. הם תהו מניין הישראלים יודעים על המפגש החשאי.

מנגד ייתכן שהבעיה העיקרית בדיון כזה היא חד־צדדיותו: השופט רואה את החומר שהתביעה מגישה לו, אך הדבר נעלם מעיני ההגנה. בעבר הציעו שבנוסף לתובע ולסנגור יהיה במקרים אלו בבית המשפט גם פרקליט מן הסנגוריה הציבורית ובעל כל הסיווגים הביטחוניים, כלומר אדם שלא תהיה שום מניעה לחשוף אותו לכל הסודות. עובדת היותו של איש כזה מחוץ לסנגוריה של הנאשם מונעת ממנו לגלות לנאשם את החומר החסוי נגדו. למעשה, לא כך הוא המצב. גם אם הכלי קיים בחוק, אין עושים בו שימוש.

דוד קרצ'מר: באחת הפעמים השופט ברק ביקש התייחסות לכך, ובזה הסתיים העניין. ייתכן, כפי שאומר דודי זכריה, שהאמריקנים עושים זאת עכשיו, אך אינני רוצה ללמוד כלום מן האמריקנים. אני עוקב אחריהם, וכלום אינני רוצה ללמוד מהם.

דן מרידור: אינני בעד המעצר המנהלי, ואני שמח שבארץ המצב כיום טוב מבעבר, אלא שלמרות שהוא מנוגד לכל השקפתי כמשפטן, לעתים אינני רואה דרך חלופית, ועל כן אני רוצה לשפר את הכלי. אחת הדרכים לשיפור היא שיהיה סנגור ציבורי. למרבה הצער, היום אין פוסלים כמעט שום בקשה להאזנת סתר, ולא רק בענייני ביטחון, בין השאר משום שמחמת מצוקת הזמן השופטים אינם בודקים היטב כל מקרה ומקרה. עלינו לחשוב על דרכים לשיפור המצב הקיים, ונוכחות סנגור ציבורי היא אחת מהן.

אביעזר יערי: אציע הצעה שאני יודע מראש שלא יקבלו אותה פה: בקרה ופיקוח על השופטים, על הבקיאות שלהם ועל היכולת שלהם. כל מה שאמרנו ביחס למעצר מנהלי תלוי היום בשופט היושב בדין. בייחוד חמור הדבר בהינתן העובדה שפעמים רבות מעירים את השופטים בשתיים כלילה ומבקשים מהם לחתום על צווי המעצר בעודם מנומנמים.

דן מרידור: לא פעם מציעים ארגוני זכויות אדם לענייני נשים וילדים מוכים שהשופטים היושבים בדין בסוגיות אלו ילמדו בהשתלמויות מיוחדות. לדעתי אין פה פגיעה בכבוד השופטים, אלא ניסיון להכשירם לקראת עמידתם מול מערכת ביטחון פהגישא להם בקשות למעצר או להאזנת סתר: מה לשאול, מה כדאי לבדוק, איך אפשר להכריע וכו'. איננו מציעים לכוון מנגנון פיקוח על השופטים, כי הם עלולים לאבד מעצמאותם, אלא ללמדם מראש את הוויית יחסי הגומלין בין הביטחון לבין המשפט באמצעות אנשים בעלי ניסיון וידע ומעמד בקהילה המשפטית.

אנו מדברים על החוק בישראל, והשאלה היא מה קורה בשטחים באשר למעצר מנהלי ולהאזנות. הרי שם אין שואלים שאלות, אף שרוב העשייה בתחומים אלו היא שם ועל פי הדין החל שם. כך לדוגמה, אם רוצים להאזין לאדם המתגורר במעלה אדומים, האם צריך להחיל עליו את החוק הישראלי או את החוק בשטחים? כאן גם עולה שאלת השוויון בין התושבים בשטחים, יהודים וערבים; בחברון, למשל, התעורר קושי בשל אי-שוויון בין ערבים ליהודים בשאלת ההגנה על הביטחון האישי. מכל מקום, בחוות הדעת של יהודית קארפ, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, נידונה הדילמה למי צריך להשוות האזנת סתר לישראלים בשטחים – לשכניהם התושבים הערבים או לתושבים החיים בישראל.

האם כדאי למקד סוגיות מסוימות בשאלת הפרטיות והמלחמה בטרור?

אביעזר יערי: אני קורא את החומר על אודות הלבטים בארצות הברית ובבריטניה בדבר המתח בין ההגנה על המדינה ובין זכויות האזרח והאדם. זו סוגיה ממדרגה ראשונה בזירת 'דמוקרטיה נלחמת בטרור', והנה, למרבה הצער, הוויכוח בארצות הברית ובבריטניה על פגיעה בזכויות האזרח בגלל המלחמה בטרור אינו קיים אצלנו.

דן מרידור: הוא קיים בשוליים. לדוגמה, ההליך הפוגעני שחווים הערבים (אך לא רק הם; גם עולים חדשים) בנמל התעופה בן-גוריון נידון במאמרים בארצות הברית. מגיעים אליי סיפורים מזעזעים על היטפלות לאדם רק משום

שהוא שייך לקבוצה המוגדרת 'קבוצת סיכון'. בארצות הברית הדבר חמור לא פחות: די לזכור מה קרה לשר הביטחון מופז בכניסה לארצות הברית, רק משום שהוא יליד אירן. אלה התנהגויות אבסורדיות. ואולם הואיל וארצות הברית ידועה בכיורוקרטיות שלה, אולי אפשר לראות בהתנהגותה כלפי זרים מסוימים התנהגות נורמטיבית. מנגד, אצלנו נוהגים כ-20% מן האזרחים הישראלים כבחשודים תמידיים, והם מקבלים יחס משפיל בשדה התעופה הבין-לאומי של מדינתם שלהם. השאלה היא אם לנו הוא העיסוק בכך.

דוד קרצ'מר: אני שמח שאתה מעלה זאת, כי עלינו לעסוק בזה. עד היום לא הצלחתי להבין את שיטת העבודה של הבודקים הביטחוניים בנמל התעופה בנגוריון. אם אדם חשוד, בדוק אותו מכף רגל עד ראש, אבל לשם מה שואלים שאלות סרות טעם כגון אלה ששואלים שם? ואין מדובר רק בערבים, אלא גם ב'קבוצת סיכון', למשל נשים צעירות מאירופה.

אני מבין שהחשש הוא שאולי יש להן רומן עם אדם המעורב בטרור, ואולי הן אף בלדריות בבלי דעת. ואולם אם זהו החשש, יפתחו נא את מזוודותיהן ויערכו בהן חיפוש מדוקדק. מה לזה ולשאלות החודרניות בדבר הקשרים האינטימיים או האישיים עם אדם מסוים!?

אביעזר יערי: אם נטען שאי-ההתחשבות והפגיעה בזכויות האזרח ובאזרח פוגעות בצורה לא-אחראית בדמוקרטיה או מנגד במלחמה בטרור, כי אז יש לנו עניין בהן כאן, ולא – הדיון בהן חורג מן הגבולות התמימים של הפורום.

דוד קרצ'מר: ייתכן שבדיקת מזוודות איננה יכולה להיות תמיד הכלי היחיד נגד מי שנחשד כמסוכן, אבל לא ברור לי מדוע מתשאלים תשואל כה ארוך ומביך את מי שיוצא מן המדינה; הרי אלה שאלות הראויות למי שנכנס אליה דווקא. כשאני נכנס לארצות הברית, שואלים אותי תמיד אם אני בא לשם לעסוק בסחר בסמים או בזנות; וכי אומר להם 'כן'? בכל אופן, פה שואלים את השאלות הקשות כאשר אתה יוצא מן המדינה. החשש היחיד העשוי להיות מוצדק בתשואל ביטחוני לפני עלייה למטוס הוא סכנת פיגוע במטוס, ואת הבעיה הזאת אפשר לפתור בקלות באמצעות חיפוש.

דן מרידור: אני מכיר אישה שעלתה מרוסיה לבדה, בהשאירה שם את אביה החי ואת אמה שנפטרה, נישאה לישראלי, ובכל יציאה מן הארץ מעכבים אותה בשדה התעופה. היא ישראלית כבר שנים, סיימה את לימודיה האקדמיים בירושלים, בעלה קצין במילואים בצה"ל – והנה ביציאה לחוץ לארץ, כל

הנוסעים עוברים בקלות, ואילו היא נחשבת עדיין ב'קבוצת סיכון'; זה נורא. אבל אני מעוניין להתמקד דווקא בעניין רגיש מזה, בערביי ישראל. זו קבוצה גדולה בעלת בעיה קבועה בקשר לטרור. בעיניי, היחס אל הערבים הישראליים בשדה התעופה הוא חלק מן ההדרה שלהם מן החברה האזרחית. מזל גדול הוא שלא הטרידו את שחקן הכדורגל הערבי שהבקיע אתמול שער, ולא – לא היה נזקף גול לזכות ישראל...

דוד קרצ'מר: עם כל הצער בדבר אני יכול להבין את ההיגיון הביטחוני. מה שטרם הצלחתי להבין הוא את ההיגיון של השאלות האינטימיות.

אביעזר יערי: לא תמיד יש היגיון. הנה, לי, למשל, קרו בארצות הברית שני מקרים קיצוניים ומנוגדים. במקרה האחד תוחקרת ארוכות והופשטתי בידי איש ביקורת הגבולות, בחור יהודי חובש כיפה ודובר עברית, שאף היה בארץ בהשתלמות ושהיה ער לדיעה מי אני. ובמקרה השני, כשכבר נערכתי נפשית לתחקיר ארוך בכניסה לארצות הברית, אישר איש ביקורת גבולות מבוגר את כניסתי ללא שום היסוס וללא שאלה מלבד בחינת הדרכון; הוא אמר לי: כמו שאתה נראה – תיכנס.

מרדכי קרמניצר: לפני האנתיפאדה השנייה הייתה כוונה לפתוח את הנושא הזה לבדיקה מחודשת, והדבר מעיד על כובד המשקל של הבעיה.

אריה גוס: בתורת הלחימה יש ציונים ברורים של הנקודות הראויות לבדיקה ביטחונית, ויש להבדיל בין זה לבין ההתנהגות האישית והרמה האישית של הבודקים הביטחוניים. ככל הנוגע לערביי ישראל, כל ישראלי הוא ראש השב"כ והתופעה הזאת מגיעה גם לאותם אנשים ולאותם בודקים. יום אחד הצטרפתי כעיתונאי למטוס של ראש הממשלה לביקור בן יום אחד במצרים. אתה בא למשימה כזו מצויד בעט ובנייר, ואין מה לבדוק, ואין שום חשש; ובכל זאת, שיגעו את הערבים בתחקיר הביטחוני.

דודי זכריה: כל דיון נורמטיבי בנושא זה צריך להתחיל מנקודת מוצא ברורה: בחינת הרקע החברתי והתרבותי לכך שלא התפתחה פה תרבות שיח על פרטיות ועל אפליית האזרחים בקשר לפרטיות. מצד אחד כולנו רגילים מאוד, עד כי איננו נותנים על כך את הדעת עוד, להפרת הפרטיות שלנו בהניחנו למאבטחים להציץ אל תוך התיקים שלנו בכניסה לקולנוע, לקניון, לבית הקפה, לאוניברסיטה ולכל מקום שנרצה להיכנס אליו. מצד שני כולנו יודעים

שמרבית החדירה לפרטיות אינה ננקטת כלפינו אלא כלפי 'אחרים'. ייתכן שאם נוכל לפרק את מוקשי החדירה לפרטיות, תהיה זו נקודת מוצא לדיון נורמטיבי ולשיח ציבורי רחב על אודות החדירה לפרטיות. לדעתי, החדירה לפרטיות פשוט איננה מעניינת את רוב הציבור.

דן מרידור: גודלה של הקבוצה הערבית בארץ והיחס החשדני כלפיה, בנמל התעופה בן-גוריון למשל, מפקיעים את הבעיה מסוגיית הטרור ומעבירים אותה לשדה בעייתי לא פחות: התהוותה אצלנו נורמה מקובלת ובעייתית, אלא שהנורמליות שלה כה מבוססת, עד כי היא הופכת לתמהוני את מי שמעלה את הבעייתיות שלה אל השיח הציבורי. שוחחתי על כך עם עמי איילון ועם קודמיו לא אחת, משום שהפריע לי מאוד שאנשים נעצרים כך סתם; יהיו עורכי דין, שופטים, רופאים או ירקנים בשוק. הלוא יש דרכים לא פוגעות, כגון אמצעים טכנולוגיים, לבדיקה פיזית של מטענו של נוסע (שיקוף, לדוגמה). מדוע להשפילו בבדיקה בפרהסיה, לעיני כול?

אביעזר יערי: יש לי הצעה: הואיל והשאלה איננה חדירה לרשות הפרט, אלא פגיעה בזכויות הפרט, הייתי מציע לשבת עם אנשי השב"כ או המשטרה ולנסח יחד אתם כללים שעיקרם פגיעה מזערית בנוסע בעת הבידוק הביטחוני.

דן מרידור: קודם כול צריך לבטל את הכלל שכל ערבי חשוד; הדבר אינו קביל לחלוטין. מי ששייך לארגון מסוים, החשוד בענייני טרור, ייבדק בקפידה, ולא – נהג בו כבכל אזרח.

השינויים הנודרשים במשפט הבין-לאומי ובמדיניות ישראל

דן מרידור וחיים פס

ראשית דבר

אין ספק כי אירועי 11 בספטמבר 2001 היו נקודת מפנה בהתייחסות העולמית לטרור. עד להתקפות חסרות תקדים אלה נתפס הטרור כתופעה נסבלת המתרחשת בעיקר ברמה המקומית ושפתרונותיה מקומיים. אמנם העולם היה מודע לתופעה זו, ומדינות רבות אף סבלו ממנה באופן מהותי (לדוגמה, ה־IRA האירי בבריטניה, המחתרת הבסקית בספרד, הבריגדות האדומות באיטליה של שנות השבעים, קבוצת באדר־מיינהוף בגרמניה וארגוני הטרור הפלסטיניים בישראל). ואולם נראה כי עד להתקפות הטרור בארצות הברית בשנת 2001 הרשה העולם לעצמו להתייחס לטרור בעיקר כאל תופעה מקומית, ועל כן הותיר את הטיפול בו למדינה הנפגעת, למעט התייחסות נקודתית (למשל, מקרי חטיפת מטוסים) באמנות ספציפיות.

נראה שמצב עניינים זה השתנה. אפשר להצביע על שלוש תמורות מרכזיות שחלו בעולם בשני העשורים האחרונים ואשר מחייבות בחינה מחודשת של ההתמודדות הבין-לאומית עם תופעת הטרור:

ראשית, במלחמות העבר שדה המערכה היה ברור: מדינה אחת נלחמת במדינה אחרת לפי כללים ידועים. כיום תמונת המצב הפכה למורכבת מאוד. הטרוריסט חי במקרים רבים בתוך האוכלוסייה שבה הוא מפגע. הוא גם 'אזרח' וגם מי שפועל כ'אויב'. הוא איננו לובש מדים ונושא נשק דרך קבע, ולכן קשה לזהותו אלא בעת שהוא בוחר לתקוף, וגם אז לא ברור אם חל עליו דין 'פושע' או דין 'לוחם', כי הוא איננו מקבל עליו חוקים כלשהם. בשל היעדר זיהוי כ'לוחם' מתעורר קושי לראות בו 'אויב'.

זאת ועוד: בדרך כלל, הטרור החדש אינו זרוע של מדינה. הקבוצה הטרוריסטית פועלת באופן עצמאי, ולפיכך הפעילות הסיכולית נגדה הופכת למסובכת יותר.

שנית, ההתפתחות הטכנולוגית המואצת וחדירתם של האינטרנט ושל אמצעי התקשורת כמעט לכל בית בעולם המערבי – ואף לכתים רבים במדינות העולם השלישי – יצרו מצב שבו מידע רב זמין לכל אדם כמעט בכל מקום בעולם. האינטרנט עמוס באתרי הדרכה על חומרי לחימה, הכנתם והשימוש בהם. אמצעים טכנולוגיים מתוחכמים וידע אנושי שבעבר היו נחלתם של ממשלות, של מדענים ושל אוניברסיטאות זמינים היום לכל דורש. גם התקשורת החזותית התפתחה מאוד, ואירועים משודרים מקצה העולם ועד קצהו כמעט מיד לאחר התרחשותם. עצמת הנזק שיכולים היום להסב יחיד או קבוצה היא אפוא גדולה מאוד. ויתרה מזו, העתיד טומן בחובו שימוש באמצעים טכנולוגיים ותקשורתיים לא קונבנציונליים על ידי טרוריסטים.

שלישית, נשחקה משמעות הגבולות בין המדינות כחוסמי סכנה וכמגנים מפני אויב. מעבר של סחורות ואנשים בין מדינות הוא כיום מעשה פשוט, זול, שגרתי ויום-יומי, והוא מעצים באורח ניכר את היכולת להוציא לפועל פעולות טרור בכל מקום בעולם. המפגע במדינה אחת עשוי להיות אדם שגויס זמן קצר קודם לכן במדינה אחרת, והאפשרות להשיג על כך מידע מוגבלת.

תהליך הגלובליזציה הביא לפתיחת הגבולות והגביר את תופעת הזליגה של תרבויות, של ידע ושל סחורות בין מדינות העולם. בעקבות זאת הן המתחים והניגודים הן פוטנציאל הנזק התעצמו מאוד. תופעות אלו, בין היתר, הפכו את הטרור מתופעה מקומית ומוגבלת בעיקרה לתופעה חובקת עולם, בעלת פוטנציאל הצלחה והרס גדולים לאין שיעור מבעבר.

כאמור, הטרור אינו תופעה חדשה. משחר ההיסטוריה אנו עדים לפעולות היכולות להיכלל בהגדרתו של המונח 'טרור'. אולם בעידן החדש חלו שינויים משמעותיים הנוגעים בעיקר לטיבה של פעילות הטרור בעקבות הגלובליזציה והטכנולוגיה. שינויים אלו מובילים, בין היתר, למסקנות האלה:

א. קרבה גאוגרפית איננה עוד תנאי לפעולת טרור ולהצלחתה. אדרבה, פעולות טרור חוצות גבולות, כגון משלוח חומרים מסוכנים במעטפות דואר, טרור ברשתות תקשורת ומחשבים (Cyber Terrorism) ופעולות טרור על ידי מטוסים, היו לתופעות שאת חלקן ראינו ואת חלקן אנו עתידים לראות. פועל יוצא מכך הוא חובת המדינות לפעול נגד טרור היוצא משטחן. חובה זו מוטלת לא רק על המדינות שאתן הן חולקות גבול משותף, אלא אף על כלל מדינות העולם.

ב. לא תמיד האויב הוא מדינה שדרכי הפעולה נגדה מוכרות וידועות מבחינה מבצעית ומבחינת הדין הבין-לאומי. לעתים מדובר בארגונים, חלקם קטנים, הפזורים ברחבי העולם ומונחים על פי הוראות פנימיות. חלקם אינם בוחלים בשימוש בכל סוג של נשק או שיטת פעולה. לעתים ארגונים

אלו אינם מאורגנים בשיטה הייררכית אלא בשיטת רשת, והדבר מקשה עוד יותר את לכידת הנהגת הארגון כדי לנטרל את הקבוצה כולה. עם זאת יש שמדינה מעודדת טרור, תומכת בו ומסייעת לו. במקרה כזה אפשר לפעול נגדה כדרך שפועלים נגד מדינה.

ג. קבוצות טרוריסטיות עושות שימוש הולך וגובר בנשק ההתאבדות. נשק זה הוכח כיעיל הן ביכולתו להתגבר על אמצעי ההגנה והחסימה השונים הן בעצמת הנזק לגוף ולרכוש שהוא מסב. חמושים באמונה, פונדמנטליסטית בדרך כלל, יוצאים מתאבדי הטרור למשימתם, נכונים להקריב את חייהם על מזבח אמונתם.

ד. שימוש בנשק בלתי-קונבנציונלי בידי ארגוני טרור איננו עוד בהכרח סיוט רחוק, וראו לדוגמה את פעולת הטרור ברכבת התחתית ביפן בשנת 1995. כזכור, ארגון טרור יפני קיצוני שחרר לחלל האוויר גז סארין במגמה לפגוע בנוסעים ובעוברי אורח.

הנה כי כן, המלחמה בטרור מן הסוג החדש אינה יכולה להיות קצרה ומקומית, בין השאר משום שקשה מאוד – ולעתים אף בלתי-אפשרי – לאתר את הנהגת הארגון. הטיפול חייב אפוא להיות ארוך טווח וממוקד, אגב גיוס היכולת לעמוד מדי פעם בפעם בהתקפות טרור כואבות. שיתוף פעולה בין-לאומי, הנתמך בשינוי מערכתי וכולל של תפיסה, חיוני במערכה נגד הטרור, שהיא מערכה על חירות החיים הפוליטיים והאזרחיים ברחבי העולם. הטיפול של המשפט הבין-לאומי בטרור והעיסוק בו מתאפיינים בשתי מגמות מנוגדות: תפיסת הטרור כתופעה פלילית – גישה אירופית בעיקרה – לעומת תפיסת הטרור כתופעה הנכללת בהגדרתו של עימות מזוין ושהמסגרת המשפטית והטיפול בה הם דיני המלחמה, ובכללם המשפט ההומניטרי. גישה זו נהוגה בארצות הברית ובישראל, במידה מסוימת לפחות. עם זאת יש לציין כי מתרבות המדינות הסוברות כי מלחמה בטרור מן הסוג החדש איננה מערכה על אכיפת החוק והסדר, אלא היא מלחמה בתחום העימות המזוין.

חרף זאת גם בישראל ובארצות הברית מקובלת הגישה הפלילית, והדבר ניכר בחוקים חדשים, למשל חוק איסור מימון טרור בישראל המבוסס על האמנה הבין-לאומית נגד מימון טרור והחקיקה האמריקנית לפני 11 בספטמבר 2001 ולאחריה.

הטיפול בטרור כתופעה פלילית החל במהלך שנות השישים של המאה העשרים, בעיקר לנוכח התגברות התופעה של חטיפת מטוסים. אמנם התופעה נבחנה בעצרת הכללית של האו"ם, בעיקר בוועדה השישית (המשפטית) של העצרת שהתמקדה בלימוד התופעה והסיבות לה, אך ניסיונות לניסוח הגדרה

מקובלת של המונח 'טרור' עלו בתוהו.¹ בשנת 1973 הוקמה ועדה זמנית לבחינת הטרור הבינלאומי,² ומדיווחיה התברר הקושי לנסח אמנה כוללת נגד טרור. התברר שאי-אפשר להשיג הסכמה בין-לאומית על כמה נושאים מרכזיים, כגון מי הם קרבנות תמימים, מהו מעמדם של לוחמי חופש ושל תנועות לשחרור לאומי, ומה טיבם של מאבקים בשלטונות הכיבוש ושל ההשפעה של הסיבות לפעולתם של ארגוני הטרור על התגובה המשפטית כלפיהם.

משנת 1996, לאחר הכרזה שנתקבלה בעצרת האו"ם בעניין דיכוי הטרור, נעשו ונעשים ניסיונות חדשים לנסח אמנה כוללת נגד טרור והגדרה כוללת למונח זה. בפיתוח ההגדרה חלה התקדמות מסוימת, ובאמנות החדשות העוסקות בפיגועי הטרור ובמימון הטרור אפשר לאתר את המאפיינים של 'פעולת טרור': א. פעולה אלימה נגד חיי אדם ורכוש; ב. פעולה שיטתית ומכוונת; ג. ביצוע פשעי מלחמה; ד. זריעת פחד בקרב האוכלוסייה והפעלת לחץ על ממשלה או על ארגון בין-לאומי לנקיטת מעשה או להימנעות ממנו. בשל הקושי לנסח הגדרה מוסכמת וכללית לטרור התמקדה פעילות העצרת הכללית בניסוח אמנות בין-לאומיות בנושאים ספציפיים הקשורים לפעילות טרור. תכנית האו"ם, שתאמה את השקפתן של מדינות המערב (בהתאם לחלוקה הבינ-גושית ששררה בתקופת המלחמה הקרה עד 1989), הייתה להתמקד בפשעי טרור שמבצעים קבוצות קטנות או יחידים.

דרכים לשיתוף פעולה בין-לאומי

לחימה בטרור, ולמצער חלקים נכבדים ממנה, אינה דומה לשום סוג של לחימה בין מדינות שהורגלו לה המדינות במהלך השנים. הואיל ויש הבדלים מהותיים בין סוגי הלחימה, חייבים להיות הבדלים מהותיים אף בכלים, הן המבצעיים הן המשפטיים-חוקיים, שבהם יש לעשות שימוש בכל סוג של לחימה.

עוד יש לזכור כי על כלים אלה להיות מידתיים, וכי יש להביא לאיזון ראוי בין הצורך להילחם בטרור ולמגררו לבין החובה של מדינה דמוקרטית לשמר את אופייה ואת ערכיה כמדינה המכבדת זכויות אדם.

שיתוף פעולה בין-לאומי יכול לבוא לידי ביטוי בכמה נושאים. להלן נפרט נושאים אלו ונצביע על דרכי פעולה אפשריות. במסגרת ניסיון המדינות לפתח את תחום הלחימה הבינ-לאומית בטרור ובמאפייניו המיוחדים, יש לעשות

1 Report of the Sixth Comm., U.N. Doc. 34/786 (Dec. 1979) ; מצוטט שם, עמ' 767.

2 G.A. Res. 3934 (XXVII), Dec. 18, 1972

מאמץ לניסוחה של אמנה כוללת אשר תכלול בין היתר את חמשת הסעיפים שלהלן:

- א. הגדרה כוללת ל'טרור'.
- ב. התחייבות המדינות לא רק להימנע מטרור, אלא אף לפעול נגדו בכל האמצעים העומדים לרשותן.
- ג. התחייבות לשיתוף פעולה בין המדינות בכל הרמות.
- ד. קביעת דרכים ליישומה של האמנה ויצירת מנגנון סנקציות למדינות אשר לא יפעלו ברוח האמנה.
- ה. הקמת גוף שיובילו אותו ארצות הברית, אירופה ורוסיה ושיבחן הן את יישומה האפקטיבי של האמנה במדינות הן את ההתפתחויות שיחולו בתחום הלחימה בטרור.

א. משפט בין-לאומי

כדי להוציא לפועל מדיניות בין-לאומית אפקטיבית רצוי שיהיה מצע משפטי מוסכם. על המדינות הלוחמות בטרור ליזום מהלך אשר יביא להתאמת הדין הבין-לאומי להתמודדות עם הטרור. אפשר לעשות זאת באמצעות שינויים והתאמות נחוצים בדין הקיים או באמצעות בנייתו של ענף חדש בדין הבין-לאומי שעניינו איום הטרור והמלחמה בו. השינויים נדרשים בגלל העצמת סיכוני הטרור בעידן הגלובליזציה והטכנולוגיה המודרנית. עם זאת הצורך לאפשר התגוננות ולחימה מוצלחות בטרור אסור לו שיפר את האיזון הנכון בין צורכי המלחמה לבין שמירתו של אורח החיים הדמוקרטי. גם בעידן החדש יש לשמר איזון ראוי כזה, אם איננו רוצים שיבוש חמור של אורח החיים של החברה החופשית.

מצע חוקי זה ראוי שיכלול את שמונת הרכיבים האלה:

1. בחינת הצורך בשינוי הגדרות קיימות המתאימות למצבי לחימה רגילים, כגון הגדרת מצב מלחמה, הגדרת אויב והגדרת היחס כלפי קבוצות טרור הנלחמות בתוך המדינה.
2. בחינה מחדש של הסיווגים השונים, כגון לוחם, לוחם בלתי-חוקי, טרוריסט, שבוי, פושע מלחמה; בחינה זו נכונה לצרכים אחדים, כגון המותר והאסור בחקירה, בלחימה ובהפעלת אמצעים מנהליים. כיום החוק הבין-לאומי איננו מכיר בהגדרה שאיננה 'לוחמים' או 'אזרחים'. הבחנה דיכוטומית חדה זו יוצרת מצב בעייתי שבו טרוריסטים שאינם משתייכים לצבא רשמי כלשהו נחשבים אזרחים, אולם למעשה הם מנהלים לחימה טרוריסטית שיטתית נגד מדינות או נגד אזרחים. המדינות אמורות להתגונן מפניהם, אולם הדין הבין-לאומי אינו רואה בהם צד לוחם שמותר לפגוע

- בו כפי שפוגעים בחייל של צבא אויב. מצד אחר סיווגם כלוחמים עלול להתיר פגיעה במי שחשוד כטרוריסט ללא הבאה למשפט.
3. בחינת חקירות טרור. כאשר אנו עוסקים בטרור, יש חשיבות מכרעת לחקירה. בניגוד לחקירת פשע פלילי, חקירת טרור בעיקרה צופה פני עתיד. במסגרתה נעשים מאמצים לדלות כל מידע על הארגון שאליו משתייך הטרוריסט ועל פעולות עתידיות שאותן הוא מתכנן. חקירת חשוד בטרור טומנת בחובה את הדילמה הבסיסית והקשה ביותר באיזון בין הצורך להשיג מידע מציל חיים לבין הצורך להגן על זכויות אדם. שאלות רבות נשאלות: אילו אמצעים כשרים לשמש כלי להשגת מידע מחשודים בטרור? האם יש תנאים שבהם שימוש בלחץ פיזי הוא לגיטימי? אם כן, מהן מגבלותיו? במדינת ישראל למורת הניסיון עלה נושא זה לדיון פעמים רבות גם בוועדת לנדוי,³ שבחנה את העניין, וגם בפסקי דין רבים. פסק הדין המרכזי בעניין היה בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינניים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'. בפסק הדין שללו שופטי בג"ץ את השימוש באמצעים פיזיים כדי להשיג מידע מחשודים, אף שקבעו כי ייתכנו מקרים שבהם אם יועמד חוקר שב"כ לדין פלילי בשל שימוש בשיטות חקירה אסורות, תעמוד לזכותו הגנת הצורך.
4. בחינה של אמצעים מיוחדים במסגרת המותר בחקירה. במסגרת הלחימה בטרור עולות שאלות רבות של גבולות המותר בלחימה: עד היכן מדינה דמוקרטית יכולה להרשות לעצמה לפעול בלי לפגוע בערכיה הדמוקרטיים ובזכויות הפרט? במסגרת דילמה זו אפשר למנות אמצעים מיוחדים המופעלים לעתים נגד טרוריסטים, ובגינם נשאלות שאלות על הסיכול הממוקד, על זכותה של מדינה לבצע פעולות מנע נגד ארגוני טרור בשטחה או בשטח מדינות אחרות שמהן פועלים ארגונים אלה ועל הפעלת מעצרים מנהליים. כידוע, פעמים רבות ממקמים הטרוריסטים את מפקדותיהם בלבה של אוכלוסייה אזרחית כדי להקשות על הכוחות הפועלים נגדם. לחימה נגדם – לרבות בפעולת מנע – מעוררת בעיות הנלוות ללחימה בדרך כלל, כגון פגיעה תוצאתית (לא מכוונת אך אפשרית) בחפים מפשע (דילמה זו עולה גם בנוגע לסיכול הממוקד).
5. ניסוח הגדרה כוללת ומוסכמת למונח 'טרור' לצורך ביצוע מדיניות בין-לאומית משותפת. יש להגדיר מהו 'טרור', מהו 'סיוע לטרור', מהי 'חברות בארגון טרור' ועוד. הגדרה זו נחוצה ליצירת שיתוף

3 ועדת חקירה ממלכתית שעל הקמתה הוחלט ב-31 במאי 1987, ותפקידה היה לבחון את דרכי החקירה בשירות הביטחון הכללי.

פעולה בין-לאומי אפקטיבי במלחמה בטרור. אמנם 'טרור' מוכל בהגדרת 'פשעים נגד האנושות', אולם יש לזכור כי לא כל המדינות תמימות דעים באשר להגדרת 'טרוריסט': בעוד שבמדינה אחת קבוצה מסוימת מוגדרת 'טרוריסטית', במדינה אחרת היא 'לוחמת חופש'. עיקרה של הקביעה צריך להיות שמעשה טרור הוא פסול ללא קשר למטרתו, ושמדובר במעשה שעיקריו הם פגיעה מכוונת באזרחים כדי להטיל עליהם אימים לשם השגת מטרה מסוימת.

6. בחינה מחודשת של דיני ההסגרה. שיתוף פעולה בין המדינות בכל הנוגע להסגרת חשודים במעשי טרור נתקל בקושי מרכזי הנעוץ בסעיף המופיע ברוב האמנות. סעיף זה מאפשר למדינות שלא להסגיר חשודים במקרה שלדעתן מטרת ההעמדה לדין נעוצה בין היתר בעמדתו הפוליטית של המבוקש. כאמור, הגדרה מוסכמת של המונח 'טרור' ושל סוגי המעשים הנכללים בו (וכפועל יוצא הגדרת ארגון 'טרוריסטי') יחד עם הצהרה על אי-הרלוונטיות של הסיבות והמניעים המביאים לביצוע מעשים אלו, תוך כדי קביעה מפורשת שעבריינות טרוריסטית איננה נכללת בגדר החריג של עברה פוליטית, עשויות לנטרל את הרכיב הערכי בשיקולי הסגרה בין מדינות ולכונן שיתוף פעולה טוב מן הקיים בנושא זה.

7. בחינה מחודשת של התחייבות המדינות. ברור שפתרון יעיל לסוגיות הטרור ולהתמודדות אתו קשור ביחסים בין המדינות. מעבר לחובתה של המדינה שלא לפגוע במדינה אחרת, עליה גם לוודא שלא יתקיימו בשטחה התארגנויות טרור ושלא יצאו משטחה פעולות טרור שנועדו לפגוע במדינה אחרת. חובה זו מוטלת לא רק על מדינות שיש להן גבול משותף, אלא גם על כל מדינות העולם. יש ליצור מנגנון אכיפה יעיל אשר יטיל סנקציות של ממש על מדינות שאינן עושות די כדי למנוע יציאה של פעולות כאלו משטחן. בין השאר יש לאפשר למדינה המתגוננת מפני טרור לפעול נגד התארגנויות טרור וטרוריסטים בשטחה של המדינה האדישה בלי שהדבר ייחשב לפגיעה בלתי-חוקית בריבונות של אותה מדינה. יש לראות כפעולה של הגנה עצמית על פי סעיף 51 למגילת האו"ם גם פעולה המופנית כלפי ארגוני טרור וגם כלפי מדינה המאפשרת או מסייעת לפעולות טרור לצאת משטחה.

8. בחינה מחודשת של סמכותו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג. כיום מוסמך בית משפט זה לדון כל אדם, החל במנהיג מדינה וכלה באזרח פשוט, בגין פשע פלילי או פשע מלחמה. אולם במסמך הקמתו של בית דין זה אין כל התייחסות לשיפוט פעולות טרור. במסגרת המאמץ הבין-לאומי יצטרכו אפוא לשקול, בין היתר, את הסמכתו

של בית הדין בהאג – באמצעות פרשנות של הדין הקיים או באמצעות הרחבה של אמנת בית הדין – לשיפוט פעולות טרור, ולחלופין – את הקמתה של אינסטנציה שיפוטית בין-לאומית נפרדת אשר תהיה מוסמכת לדון בפעולות אלו ולשפוט אותן.

ב. המישור המודיעיני

הגלובליזציה ופיתוח הטכנולוגיה יכולים להועיל לא רק לארגוני הטרור, אלא גם למדינות הנלחמות בטרור באמצעות שימוש בטכנולוגיה המודרנית אשר תגביר את שיתוף הפעולה המודיעיני. למרות נטייתם הטבעית של גופי המודיעין להסתגר, שומה על גופי המודיעין השונים של המדינות הנלחמות בטרור להיות נכונים לפתח מנגנונים של העברת מידע ושל שיתוף פעולה קבוע אשר יכול לחולל הצלחות רבות יותר בתחום המודיעיני והמבצעי. שיתוף הפעולה יתבטא כבר בשלבי האיסוף והערכה של המודיעין. נכון שבהעמקת שיתוף הפעולה המודיעיני ביניהן מסתכנות המדינות בחשיפת מקורות ושיטות פעולה, אולם יש לעשות מאמץ למזער סיכונים אלה, משום שהרווח הצפוי משיתוף הפעולה עולה לאין שיעור על הנזק הצפוי.

ג. המישור הצבאי

אין ספק שללא שיתוף פעולה מבצעי בין מדינות, הן בדרג הצבא הן בדרג מודיעין מסכל טרור, המלחמה בטרור תהיה קשה יותר, וסיכויי הצלחתה פחותים. שיתוף פעולה כזה – למשל שיתוף בידע הצבאי המצטבר, ההתקפי וההגנתי – עשוי לייצר הצלחות רבות יותר במיגור הטרור. הטמעת שיטות פעולה יעילות בין הארגונים תצמצם באורח ניכר את היקף פעולות הטרור ותרתיע ארגונים טרוריסטיים. בעידן הגלובלי, שבו הטרור חוצה גבולות, שיתוף הפעולה בין המדינות חיוני להגברת שיעורי ההצלחה בסיכול פעולות טרור.

ד. המישור המדיני והבין-לאומי

כאמור, אפקטיביות של לחימה בין-לאומית בטרור יכולה להגיע למיצויה רק אם יתקיים שיתוף פעולה בין-לאומי נרחב בין המדינות הנלחמות בטרור. חלק ממערך לחימה זה רצוי שיכלול שיתוף פעולה מדיני וכלכלי, כדוגמת הטלת עיצומים כלכליים ומדיניים על מדינות המשתפות פעולה (באופן פעיל או באופן סביל) עם הטרור, הדרה מכינוסים בין-לאומיים, הטלת מגבלות על סחר בין-לאומי והגבלות תנועה של אזרחי מדינות אלה. צעדים אלה, אם יינקטו, יוכלו להגביר את הלחץ על המדינות לפעול למיגורם של ארגונים טרוריסטיים ושל פעילים טרוריסטיים הפועלים בתוך מדינה נתונה וממנה.

מדיניות מדינת ישראל

מדינת ישראל חוותה בשנים האחרונות מתקפת טרור חסרת תקדים העלולה להתחדש בכל רגע ורגע בשל העובדה שהסכסוך טרם הסתיים. בתגובותיה למתקפה זו נוקטת המדינה שיטות פעולה אשר בהן צברה ניסיון במהלך שנים ארוכות של לחימה בטרור. שיטות אלה זוכות לא פעם לגינוי בין-לאומי, ויש עליהן מחלוקת בקרב אנשי ביטחון ומוסר. חלקן מובאות להכרעת בתי המשפט, ולפעמים נטען כלפיהן שהן בבחינת הפרת הדין הבין-לאומי, ואף פשעי מלחמה.

מדינות אחרות, כגון בריטניה, ארצות הברית ורוסיה, ניצבות לא אחת לפני בעיות דומות. עם זאת מעמדה של מדינת ישראל מיוחד, כי בניגוד לחייל או לרמטכ"ל ישראלים, קשה להניח כי חייל או רמטכ"ל אמריקנים יובאו לפני בית הדין הבין-לאומי בהאג. על כן מדינת ישראל אינה רשאית להתעלם מן הבעיה. היא גם חייבת זאת לאזרחיה וללוחמיה.

ראוי אפוא שישראל תפעל להעלאת הבעיות שבהן היא נתקלת בהתמודדותה עם הטרור על סדר היום, הן ברמה הפנימית הן ברמה הבין-לאומית, בדיונים של טובי המומחים. הללו יבחנו את המאפיינים המיוחדים לטרור שעמו היא מתמודדת ויציעו דרכי פעולה ותגובה לסוגיות הטרור העקרוניות. יש רגליים לסברה שדווקא הבאת הבעיות שישראל מתמודדת עמן במלחמתה בטרור בפורומים בין-לאומיים, נכונותה להעלות לדיון שיטות לחימה ומוכנותה לחולל שינויים בדרכי פעולתה עשויות להפחית את הביקורת הבין-לאומית הקשה המוטחת בה בשל פעולותיה נגד הטרור ולסייע לבחינת שינויים נחוצים בדרכי הלחימה בטרור ובדין הבין-לאומי. פיתוח דיון בין-לאומי בנושא הטרור ה'חדש' יכול להניב פתרונות מתאימים יותר לסוג זה של לחימה ולהקטין את עצמת הביקורת הנמתחת על מדינת ישראל בפעולותיה נגד הטרור.

מלחמת המשפט בטרור

עירית קהאן

מדינות רבות בעולם סופגות לאחרונה גל חדש וקשה של מתקפות טרור. ואולם המדינות המותקפות חסרות כלים מבצעיים להתמודדות עם מתקפות אלה ואמצעים משפטיים שישמשו בסיס איתן ללוחמים במערכה. אמנם לא אחת נטען כי כללי המשפט הבין-לאומי, ובהם דיני המלחמה, נתנו מענה למלחמות קונבנציונליות, אבל ברור שאין הם מספקים מענה למצב החדש. מגוחך ככל שהדבר ייראה, עובדה היא שהעולם טרם השכיל להגיע להסכמה באשר להגדרת עברת הטרור, והוא עדיין מתמודד עם סוגיות פוליטיות הקשורות בכך. והרי לכל הדעות, הגדרה משותפת ומוסכמת של איום זה היא תנאי הכרחי כדי לצאת למערכה נגדו.

חרף היעדר ההגדרה המוסכמת לטרור, למדינות המתגוננות מפניו יש צורך עליון לסלול דרכים חדשות אשר תקלנה עליהן להתמודד עמו, ויהי מה! שינויי חקיקה המקלים על השלטונות בחקירה, מעצרים, האזנות, מעקבים ועוד – כל אלה הם פעולות מיידיות שהרשויות נוקטות, בין השאר בגלל לחצייהם של שירותי הביטחון השונים על הדרג המדיני.

לאחר פיגועי 'התאומים' בניו יורק ב־2001 מיהרה ארצות הברית לחוקק חוק חדש, 'חוק הפטריוט'. בן היתר עסק החוק בסמכויות מעקב וחיפוש, שיתוף במידע, הגירה, מעצר, תפיסה וחילוט, הרחבת התחום הפלילי, הלכנת כספים ועוד. ביקורת קשה הטיחו בחוק זה ארגוני זכויות אדם ומשפטנים מן השורה, כי לדעתם החוק פגע פגיעה קשה בזכויות האדם; למשל, בכניסה לארצות הברית אזרחים זרים נדרשים לתת טביעת אצבע במטרה להגדיל את מאגר טביעות האצבע לצורך הקלה בזיהוי מפגעים ונפגעים. פעולה שכזאת לא הייתה מאושרת במדינת ישראל בהתאם לחוק הקיים. חוק זה גם פגע קשות בזכויותיהם של אזרחים אמריקנים. וכך גם בבריטניה: לאחר אירועי הטרור בבריטניה (ביולי 2005) נתבשרנו כי שירותי הביטחון שם דרשו מן הדרג המדיני אישור לחקיקה חדשה, והודגש כי הכוונה היא להשיג הסכמה רחבה במישור הפוליטי באשר לחקיקה אשר אין ספק כי בסופו של דבר תפגע בזכויות האדם. במסגרת הדרישות האמורות יש התייחסות לכמה עברות

חדשות. דוגמה ראשונה לכך היא עברה חדשה המכונה 'פעולות המכינות את הטרור'. עברה זו תאפשר למשטרה לפעול גם כאשר העובדות המדויקות עדיין אינן ידועות; כיום יש בכריטניה 'עברת הקשר', שאינה מאפשרת להתמודד עם עברות אלה. דוגמה שנייה לכך היא בתחום ההסתה, והכוונה להסתה בלתי-ישירה לעברות טרור, כגון הטון שנוקט מי שמצדיק פעולה קיצונית. דוגמה שלישית לכך היא הכוונה להפוך את ההכנות לפעולות טרור, כגון לימוד התפעול של חומרי נפץ, לעברה פלילית. חרף זאת המגמה היא שלא להחיל זאת בדיעבד, כדי שלא לכרוך בזה את סוגיית העימות שבין בריטניה לבין הזרוע הצבאית של ה-IRA; ניכר שיש כוונה ברורה לבדל את המכלול האירי מן הטרור העולמי. נוסף על כך ההצעה לחקיקה חדשה כוללת כמה סעיפים הסוגרים לקונות בחוק הקיים, שבהן אפשר היה להסתייע כדי להימלט מהרשעה. מהלך מעניין נוסף ומרחיק לכת הוא מתן ההיתר לשירותי הביטחון לבקש צווים המסמיכים אותם לפעול מעבר לים; לנושא זה אחזור בהמשך.

ואכן, בסוף יוני 2005 הודיעה ממשלת בריטניה על שורה של אמצעים שיש בהם כדי למנוע מ'לוחמים' להיכנס לארצם ולגרש כאלה שנמצאים בה. על פי הוראה חדשה זו, ייתכן שפלסטיני מלידה הנחשב כקשור לאל-קאעידה, יגורש לירדן. אמצעי זה מזכיר את המונח החדש והשנוי במחלוקת – Rendition, שבא לעולם בימי נשיאותו של נשיא ארצות הברית ביל קלינטון, ואשר בו משתמש ממשל בוש לצורך העברתם של טרוריסטים למקומות שבהם אין מגבלות חקירה כמו המגבלות בארצות הברית. לכאורה אפשר לראות בשיטה חדשנית זו הפרה של האמנה הבין-לאומית נגד עינויים. עם זאת, גם אם השינויים שצוינו יעברו את שלבי החקיקה, לא יהיה אפשר להחילם בתקופה הקרובה ולהדביק את קצב ההתפתחויות המהירות במתקפות הטרור. משום כך יש בכריטניה תביעה גוברת מן המחוקקים שיחילו לאלתר את הסעיפים שעליהם יש הסכמה.

בראשית הדברים ציינו כי למשפט הבין-לאומי אין עדיין מענה למצב הקיים. מה אפשר אפוא לעשות כדי שהלחימה בטרור תהפוך לאפקטיבית יותר ממה שהיא כיום? נראה לי כי הידוק שיתוף הפעולה המשפטי באמצעות קיצור ההליכים בכל מדינה ומדינה יהיה צעד משמעותי בכיוון הרצוי. הן ידוע לכול כי פעולות הטרור מתארעות במקומות שונים בעולם, וללא שיתוף פעולה הדוק בין המדינות קשה להילחם בהן ביעילות ובאפקטיביות. באמרי 'שיתוף פעולה' אין הכוונה לשיתוף פעולה מודיעיני, שכן ככל הידוע לי יש שיתוף פעולה כזה, גם אם לא תמיד הוא משביע רצון. כוונתי היא לשיתוף פעולה משפטי. יש לזכור שאי-אפשר להציג חומר מודיעיני בבית משפט בלי ש'יוכשר' קודם לכן, ומכאן חשיבותו הרבה של שיתוף הפעולה המשפטי.

ניצנים ראשונים לשיתוף פעולה משפטי אזורי אפשר לראות בהליך צו המעצר הקיים באיחוד האירופי והמאפשר הסגרה מהירה בין ארצות האיחוד. שיתוף הפעולה האמור אינו מתייחס אך ורק לטרור, אלא גם לעברות פליליות אחרות, ומכל מקום בצו המעצר האמור יש מעין ויתור על ריבונותן של המדינות הבודדות החברות באיחוד.

זאת ועוד: אמנם ההסגרה האמורה היא רק בין ארצות האיחוד האירופי, ועל כן קשה להאמין שאפשר יהיה להעתיק הליך זה גם אל ארצות אחרות, אך אפשר לחשוב על הקלה בדרישות לביצוע הסגרה בעברות טרור, כמו קיצור ההליך באורח ניכר, וכן אפשר לחשוב על הסכמה שמדינות שאינן מסגירות את אזרחיהן (ואכן מדינות רבות נוהגות כך) תפעלנה אחרת כאשר על הפרק עומדות עברות טרור.

אלה רק דוגמאות לשינויים העשויים להקל את המלחמה הגלובלית בטרור. שינויים אחרים צריכים לבוא לידי ביטוי בניסוח מחדש של אמנות ההסגרה השונות כדי שתענינה במהירות וביעילות על צורכי המלחמה בטרור המיוחד המאתגר את המדינות בעלות התרבות המערבית. לשם כך צריך לקיים סדרת דיונים דחופה בין המדינות הללו במטרה לגבש הסכמה בדבר התפיסות המשפטיות ויישומן הלכה למעשה.

שיתוף פעולה נוסף שמדינות העולם המערבי חייבות לגבש הוא בדבר העברת מידע ביניהן בנושאים שונים המשיקים לטרור, דוגמת העברת מידע באשר לחשבוניות בנקים החשודים במעורבות במה שמכונה 'כספי טרור'. מקובל כיום לחשוב שזהו תחום מכריע בכל הקשור לטרור, ועל כן זירוז ניכר בתחום זה, המכונה 'עזרה משפטית', עשוי אף הוא לסייע במלחמה האמורה. אמנם בנושא זה מטפל גם חוק הלבנת הון, ובארצות רבות, בהן כמובן ישראל, קיימות רשויות למלחמה בהלבנת הון, והן מעבירות זו לזו חומר מודיעיני העשוי להיות בסיס לחקירה. אך פעילות זו אינה באה במקום העזרה המשפטית המצוינת לעיל.

הן בחקיקה המתגבשת במדינות המשמשות מטרה לטרור הן בהצעת לפעול ביתר זריזות להעמקת שיתוף הפעולה הבינלאומי בתחום המשפט, טמונה אפשרות לפגיעה מסוימת בזכויות האדם. מנגד אין לשכוח את קרבנות הטרור, ויש ליכור את הניצול הציני שעושים הטרוריסטים בחוקים השומרים על זכויות האדם. בהינתן שתי הקבוצות הנפגעות הללו מכאן ומכאן, נדרש איזון נכון. על איזון זה אנו שוקדים במדינתנו לא אחת בסיועו של בית המשפט. מבחינה זאת אנו יכולים להיות דוגמה למדינות אחרות, ויש להניח שהן תלכנה בדרך זו.

בראשית דבריי ציינתי שהמשפט הבינלאומי טרם נתן מענה יעיל

ואפקטיבי למלחמה החדשה המתחוללת ברחבי תבל. הייתכן שמילוי החלל האמור יחל דווקא באמצעות חקיקה במדינות השונות? אין ספק שהתקדמות החקיקה בכל מדינה ומדינה והשיח המוצע בין המדינות, לרבות ההתייחסות לחקיקה הפרטנית שלהן, יסללו את ראשית הדרך לכך.

הידוק שיתוף הפעולה בין המדינות וזירוז ההליכים הם רק צעד אחד בסיוע שהמשפט מגיש למלחמה בטרור. נוסף עליו יש שאלות רבות שהמשפט הבין-לאומי צריך לעסוק בהן בדונו במלחמה החדשה. כך היא לדוגמה השאלה אם מדינה המותקפת בפעולות טרור ממדינה אחרת זכאית להיכנס לאותה מדינה לצורך מיגור הטרור בהתקיים תנאים מסוימים. גם אין מנוס מן העיסוק במעמדם של הטרוריסטים 'לוחמים' ומן הצורך להגדיר, בין היתר, את זכויותיהם, ועוד ועוד.

אין בידי להקיף את כל השאלות הטעונות התייחסות כבדת ראש ופרטנית. מכל מקום, ברור שכשם שהטרור מאתגר את הכוחות הלוחמים של המדינות המתגוננות וכופה עליהן לעצב תורות לחימה חדשות, כן הוא מאתגר את המערכת המשפטית ומחייב אותה לפתח חשיבה חדשה ופתרונות יצירתיים, אשר בלעדיהם לא יהיה אפשר לנצח במערכה.

הערות סיכום

אפרים הלוי

רק כשנה עברה מאז אחרון דיוניו של הצוות, וקריאה רטרוספקטיבית של הפרוטוקולים בראי המציאות המתפתחת מחוץ לישראל מעמידה את הוויכוחים המעניינים שהתנהלו אז באור חדש. חלק מן השאלות שהוצגו לדיון, ובהן השאלה אם יש ליזום שינויי חקיקה ניכרים כדי לאפשר לחימה יעילה ומניבת תוצאות בטרור הן במשפט הסובסטנטיבי הן בסדרי הדיון, ראויות לבחינה חדשה לאור הדרך שבה מדינות אירופה, ובראשן בריטניה, מתכוונות להיאבק בטרור האסלאמי הפונדמנטליסטי הבין-לאומי בעקבות הפיגועים הקשים בלונדון ב-7 ביולי 2005. פחות מחודש לאחר האירועים יזם ראש ממשלת בריטניה סדרת מעשי חקיקה שתכליתם לאפשר החזקת חשודים לתקופות מעצר ארוכות טרם הבאתם לדיון, שימוש במידע מודיעיני כראיות קבילות בבית משפט בלי לחשוף את המידע לסנגוריה, אפשרות של כינון בתי דין מיוחדים לשיפוט עברות הקשורות בטרור, ביטול זכות השתיקה של נאשמים וסדרת הגבלות על זכויות האזרח בעתות חרום. ועוד היד נטויה.

אמת, חלקים מיזמות הממשלה נתקלים בהתנגדותם של אנשי משפט וגם של מי מן השופטים, אך נראה שכלה ונחרצה עם הממשלה בלונדון לתת בידי רשויות הביטחון את האמצעים לנהל ביעילות ובאפקטיביות את המערכה שהתגשה עליהם. היועץ המשפטי בבריטניה, שעל פי החוק מכהן כחבר בכיר בממשלה, הוא שותף מלא ליזמות החדשות, ויש להעריך כי במושב החורף של הפרלמנט תושלם החקיקה במהירות ראויה. בתי המשפט בבריטניה מרגישים את הצרכים האמתיים של הרשויות אוכפות החוק ומשתפים פעולה עם המגמות החדשות עוד בטרם נחקקו החוקים החדשים, ובית הדין הגבוה לצדק בלונדון מנמיך את קולו ומאותת שהוא רגיש לצורכי הזמן.

יש יזמות גם במדינות אחרות ביבשת האירופית, ובארצות הברית הממשל

* אפרים הלוי הוסיף את ההערות הללו ביוני 2006, כשנה לאחר תום הדיונים בפורום. הדברים נכתבים על דעתו של המחבר ואינם משקפים בהכרח את דעתם של חברי הפורום.

ממשיך לפתח את הכלים המשפטיים הדרושים לניהול יעיל ואפקטיבי של המאבק נגד הטרור.

על רקע זה נראות ההתלבטויות בצוות הדיונים כשייכות לעולם אחר ולדור קודם של משפטנים, וההיסוסים והעכבות של המערכת המשפטית של ישראל במשך השנים האחרונות, עם הקשיים שהוצבו לפני גורמי הביצוע, מצטיירים באור נוגה. ההוראות שניתנו לגורמי הביטחון, ובכללן ההוראות לפתיחה באש, נותנות מרחב רב לניהול המלחמה בטרור, וגם כאשר קורות תקלות, הן נחקרות בנהלים מיוחדים המגנים על השוטרים הפועלים בחזית.

ארצות הברית פיתחה דרכים מיוחדות להעביר חשודים ממדינה למדינה לצורך חקירה תוך כדי עקיפת כללי ההסגרה הקונבנציונליים. אלה אושרו בצווים חסויים שנחתמו בידי הנשיאים קלינטון ובוש. המונח Rendition אפשר פעילות של גורמי ביטחון אמריקניים במדינות זרות, ובכללן מדינות אירופה, אגב עקיפת כללי הריבונות הטריטוריאלית שהתקדשו במשפט הבין-לאומי במרוצת השנים.

כל הנאמר עד כה הוא בבחינת רשימה חלקית בלבד של צרור האמצעים המשפטיים שהמחוקקים הנאורים בחברה הדמוקרטית המערבית מתכוונים להוסיף לאשפת החצים של הלוחמים בטרור. בקראי את הפרוטוקולים של הדיונים תוהה אני על שום מה היססנו לתפוס את השור בקרניו ולמה הצבנו את אנשי המשפט, ובראשם את שופטי בית המשפט העליון ואת היועץ המשפטי לממשלה, בצומתי החלטה מבצעיים שעה שלא זו אומנותם ולא זו אחריותם. במצב מלחמה תפקיד הייעוץ המשפטי לעצב את הכלים שיאפשרו ללוחמים לבצע את המוטל עליהם במסגרת החוק, ואין זה תפקידו להציב עצמו כדרג מחליט החלטות יום-יומיות על כשירותן של פעולות כלשהן.

לאחרונה העיר נשיא בית המשפט העליון, בפסק דין בנושא גדר ההפרדה, כי ישראל איננה חיה על אי בודד. לנוכח הנאמר לעיל נראה לי כי בשנים האחרונות נכשלה המערכת המשפטית בכך ששימרה את ישראל על אי בודד בקבלה עליה, כביכול, אחריות שאינה שייכת לה בחלוקת האחריות האמתית בין רשויות השלטון, למצער בכל הקשור במלחמה בטרור. הבג"ץ והיועץ המשפטי פלשו לתחום לא להם. המונח 'הכול שפיט' תורגם הלכה למעשה לביטוי 'על פי הבג"ץ והיועץ המשפטי, האזרחי או הצבאי, יישק דבר'. הגיעה העת שאת אשר הבינו בווינגטון, בלונדון ובפריז יבינו גם בירושלים.

פרסומים בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא דמוקרטיה וטרור

איום ביטחוני ומשבר כלכלי: השפעת הטרור על הכלכלה הישראלית, מחקר מדיניות 33, הכנס הכלכלי העשירי: יולי 2002, דן מרידור (ראש צוות), ראובן גרונאו (מנהל הכנס והעורך), 2002

איוון בפעילות המשטרה: טרור וסדר ציבורי – סיכום תקופה ואתגרים לשנים הקרובות, פרויקט משטרה-חברה, גרעון פישמן (עורך), 2005
בין הסכמה למחלוקת: דמוקרטיה, ביטחון ושלום בתודעה הישראלית, יוחנן פרס ואפרים יער-יוכטמן, 1998

האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה, מחקר מדיניות 60 (מהדורה מעודכנת הכוללת רב-שיח בנושא ההריגה המונעת והסיכול הממוקד), מרדכי קרמניצר, 2006

הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה, מחקר מדיניות 3, אריאל צימרמן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2003 (קיים גם באנגלית)

הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור, דן מרידור (יו"ר), חיים פס (עורך), 2006

לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (התשס"ב-2002), מחקר מדיניות 58, הילי מודריק אבן-חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2005

מוסר, אתיקה ומשפט בלחימה, פרויקט צבא-חברה, ברוך נבו ויעל שור, 2003 (קיים גם באנגלית)

תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, מחקר מדיניות 16, מיכל צור, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 1999

مختصر كتاب

معركة القرن إل-21 الديمقراطية تحارب الإرهاب

منتدى المطالعة

رئيس المنتدى: دان مريدور المحرر: حاييم فاس

الإرهاب في العصر الجديد

مع أن الإرهاب ليس ظاهرة جديدة، غير أن خطورته ومخاطره قد ازدادت بشكل متضاعف خلال السنوات الأخيرة، بحيث لا يكون إرهاب العصر الجديد بديلا للإرهاب القديم، بل هو مضاف إليه، ويتميز الإرهاب الجديد بشدة مخاطره ونتائجه، فهو يختلف عنه كثيرا سواء من حيث حجم الأضرار التي يستطيع الأفراد والمنظمات إلحاقها أو من حيث انه لا يقتصر في ساحة عمله على حدود دولة بعينها أو محيطها، بل هو عابر للحدود وشامل للعالم أجمع.

يستطيع الإرهابيون إلحاق أضرار غاية في الخطورة بوسائل عدة: التسليح التقليدي والكيميائي والبيولوجي وقد يكون ذريا، بالإضافة إلى استغلال شبكات الاتصالات والحواسيب في تعطيل الأنظمة التقنية بل وتدميرها كليا.

ومن جراء تدني العراقيل والمعوقات على الحدود الدولية وزيادة إمكانيات أي شخص أو منظمة في الوصول إلى المعلومات والتكنولوجيا والأموال التي كان استخدامها محصورا في الحكومات وإداراتها المختلفة، فقد تحول الإرهاب إلى تهديد أكثر خطورة وعابرا للحدود، وهو تهديد لأنظمة الحماية القديمة حيث تواجه صعوبة في التعامل معه بنجاح.

وأصبح الإرهاب في السنوات الأخيرة ظاهرة تزيد شيوعا عما كانت عليه في أي وقت مضى مصحوبة أحيانا بالإحساس العام بالرسالة الدينية والاستعداد للانتحار؛ وقد زادت بشكل ملحوظ قدرة المنظمات الإرهابية بل وقدرة الأفراد على تنفيذ الأعمال الإرهابية انطلاقا من أي مكان في العالم وإلى أي مكان في العالم، وذلك بفضل إمكانية الوصول إلى المعلومات والتكنولوجيا والأسلحة.

لقد شهد العالم في 11.9.2001 العمل الإرهابي الأشد فتكا الذي عرفه التاريخ، وكان عملا لم يستلزم تنفيذه كما هائلا من الموارد، إذ لم يكن الأمر يتطلب أكثر من بضعة إرهابيين "نائمين" استقلوا ذات يوم طائرات ركاب وهم مسلحون بسكاكين

* الترجمة: يتسحاق شنيويوم

لقطع الورق فقاموا بعملية سريعة ألحقوا من خلالها أضرارا مباشرة بالولايات المتحدة وهي أكبر دولة عظمى في العالم، وأضرارا غير مباشرة بالاقتصاد العالمي حيث لم يعرف العالم فيما مضى مثل جسامه هذه الإضرار.

وإذا كانت الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي قد أنفقتا إبان سني الحرب الباردة مليارات الدولارات على التسلح إلا انه لم يقتل في تلك "الحرب" ولو جندي واحد، مع إن هذه العملية القصيرة وغير المكلفة نسبيا قد تسببت في قتل وجرح الآلاف من البشر في قلب أقوى دولة في العالم ناهيك عن الأضرار الاقتصادية الهائلة التي ألحقتها بها.

إن من بين نتائج عصر العولمة وتفكك الاتحاد السوفيتي هو قدرة المنظمات الإرهابية والأفراد على وضع يدها على وسائل الدمار وأسلحة الإبادة الشاملة، بحيث أصبح في الإمكان الوصول إلى مصادر الخبرة ومستودعات الأسلحة الكيميائية والبيولوجية وحتى الذرية بسهولة أكبر مما كانت عليه فيما مضى؛ وإذا كانت أساليب تطوير مثل هذه الوسائل ملفوفة في السابق بسرية تامة فإنه اليوم يمكن الإبحار السريع في شبكة الانترنت أي شخص من الوصول إلى مواقع تحتوي على معلومات مفصلة حول وسائل اكتساب هذه الوسائل القتالية الخطرة وإنتاجها. فقد تمكنت سابقا منظمة سرية يابانية يطلق عليها "اوم شينريكيو" في عام 1965 من نشر الموت والرعب في قطار الأنفاق بمدينة طوكيو حين أطلقت في الجو غاز السارين، حيث سقط 12 قتلى وآلاف الجرحى بالإضافة إلى إصابة الجماهير اليابانية بالهلع، وهو دون أدنى شك ما يصبو إليه الإرهاب.

وكما ذكر أنفا فإنه قد قلص عصر العولمة والتكنولوجيا بشكل شبه تام أهمية الحدود بين الدول كوسيلة دفاعية، فالحدود اليوم أشبه بغربال يمكن النفاذ من خلال تقو به، إذ يستطيع أي إرهابي مقيم في دولة أسيوية، ومن خلال حاسوبه الشخصي التغلغل في قلب الأنظمة الاقتصادية والأمنية الهامة في الولايات المتحدة أو أي دول أخرى ليحصل على معلومات حساسة أو ليهدم تلك الأنظمة.

ب. المعضلات الأدبية والأخلاقية في الحرب على الإرهاب في العصر الحديث

منذ الحرب العالمية الثانية طرأ تحول على نظرة العالم إلى مفهوم حقوق الإنسان، بحيث بدأ الإنسان الذي كان يُنظر إليه في السابق على أنه جزء من جماعة، يحتل تدريجيا مكانه في وسط الساحة، حين أصبحت تحتل حقوق الإنسان التي تدعو إلى الاستقلالية والخصوصية وحرية التعبير وحق التملك وما شابه مكان الصدارة في

النقاش العام والنقاش القانوني وذلك بصورة تدريجية. وهكذا زادت قوة الفرد بينما انحسرت قوة الدولة.

وأصبح المساس بحقوق الإنسان أمرا شبه مستحيل في عصرنا هذا على اثر إقرار حقوق الإنسان في دساتير الدول.

إلا أن مكافحة الإرهاب تعني حتما بعض المساس بحقوق الإنسان، حيث تبيع الدول الغربية والديمقراطية لنفسها مرارا انتهاك حقوق الإنسان الأساسية في محاولة لحل مشكلة الإرهاب المتفاقمة؛ فقد فعلت ذلك كل من الولايات المتحدة وبريطانيا بإقدامها على سن بعض التشريعات في أعقاب الحادي عشر من أيلول عام 2001، ثم حذت دول أخرى حذوها في الأونة الأخيرة؛ وقد اشتهرت قصة عدد من الإسرائيليين الذين كانوا يمكثون في نيويورك يوم وقعت كارثة مركز التجارة العالمي، حيث انتهت صلاحية تأشيرات الإقامة التابعة لهم، فتم اعتقالهم لعدة شهور لاشتباه السلطات الأمريكية بأنهم ضالعون في الأعمال الإرهابية.

ولم تكن قوة الإرهابيين هي الوحيدة التي تعاضمت بتطور التكنولوجيا؛ بل لقد تعاضمت في المقابل ما تملكه الدولة من قدرة على تضييع الحقوق الفردية خلال تصديها للإرهاب. فقد ازدادت بشكل كبير عمليات تعقب الناس وازدادت القدرة في الإساءة إليهم، حيث يتم نصب الكاميرات في الشوارع ويجري متابعة الحواسيب الشخصية والحسابات المصرفية وتعقب حركات السيارات بل والمشاة من خلال الأقمار الصناعية وما إلى ذلك من قدرات متنوعة يتم استخدامها اليوم أو سيتم إشغالها مستقبلا من قبل العديد من الدول التي وضعت نصب أعينها ملاحقة الإرهاب والقضاء عليه؛ وسوف لا تقتصر المتابعة والتعقب على من تم إدانتهم بالإرهاب من قبل المحاكم، بل ستشمل من تشببه الدولة بأنه إرهابي بالإضافة إلى عمليات المتابعة العامة بحثا عن الإرهابيين، مما قد يجعل أيا منا عرضة للتعقب بهذا الشكل أو ذلك.

ويعني ذلك وبكل وضوح أن ثمة احتمالا معقولا بأن يصبح العديد جدا من الأبرياء في جميع أنحاء العالم إن عاجلا أو آجلا هدفا لعمليات التعقب من قبل السلطات في محاولة لفك رموز الصلات الإرهابية حيث قد تكون غير موجودة أصلا، وهي نظرية "الأخ الأكبر" المتجسدة أمام ناظرينا.

أين يمر الخط الفاصل بين المتطلبات الأمنية المشروعة وتوجيه ضربة قاصمة لحقوق الفرد والقيم الديمقراطية؟ وهل تستطيع إن توفر اليوم الأدوات القانونية التي تملكها الديمقراطيات ما يكفي من الوسائل للرد على تهديدات الإرهاب المتنامي؟ إذا كان الجواب بالنفي، فكيف السبيل إلى تطويرها دون الإسراف في انتهاك الحقوق الفردية؟

تتبادر مثل هذه الأسئلة وغيرها إلى الأذهان ونحن بصدد مكافحة الإرهاب؛ أما الأجوبة فليست دائما سهلة ولا بديهية، فتلزمنا طبيعة هذه الحرب، كما سبق وصفها، بإعادة النظر في الأدوات القانونية التي نملكها، كما إن الفحص المتمعن والدقيق للموازن القائمة بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع. وقد تكون دولة إسرائيل، مع شديد الأسف، أفضل ساحة لدراسة مثل هذه الأدوات وتطورها بما يتلاءم مع المميزات الجديدة التي أصبحت تسم كلمة "الحرب" في أعقاب المستجدات المذكورة أعلاه، وذلك لكثرة ما تراكم في إسرائيل من تجربة وخبرة من خلال مواجهتها اليومية للإرهاب.

نفذ المعهد الإسرائيلي للديمقراطية خلال السنوات الأخيرة دراسة حول تعامل الدول الديمقراطية مع ظاهرة الإرهاب؛ وكان هدف فريق البحث من هذه الدراسة محاولة اقتراح الأساليب التطبيقية الجيدة التي تعبر عن ضرورة شن حرب بلا هواده على الإرهاب، وفي الوقت نفسه السعي إلى تقليص مدى انتهاك حقوق الإنسان من جراء تلك الحرب. وقد ركز الفريق البحثي على التغيرات التي طرأت في السنوات الأخيرة على أساليب الإرهاب وحجم العمليات الإرهابية وعلى الطرق التي تسلكها دول العالم ودولة إسرائيل بوجه خاص وهي تجابه هذه المشكلة؛ وقد اعتنت الدراسة بالأساليب الجديدة المطلوبة للموازنة بين ضرورة مكافحة أخطار الإرهاب الجديدة، والرغبة في مواصلة ممارسة الحياة الديمقراطية والقيم التي تنطوي عليها.

كما تم تشكيل منتدى دائم لخبراء القانون والأمن والاجتماع لمناقشة المسائل التي تطرحها الدراسة؛ وفعلا عقد المنتدى المذكور ثماني دورات اعتبارا من شهر تشرين الثاني من عام 2003 وحتى تشرين الأول من عام 2004، ثم قام بإجمال الاستنتاجات التي خرج بها في ثلاث دورات إجمالية استمرت حتى شهر آذار لعام 2005. وقد تعمق الفريق على امتداد مناقشاته في قضايا "الإحباط المركز" والاعتقال الإداري والتعامل القانوني مع قضايا الإرهاب والمفهوم الاستراتيجي للتهديد الإرهابي وما شابه ذلك.

تم نشر الدراسة الكاملة، بما فيها فحوى جميع جلسات المنتدى الخبراء واستنتاجات الفريق بالإضافة إلى بعض المقالات ذات الصلة على الانترنت في موقع المعهد الإسرائيلي للديمقراطية.*

كما قمنا بإصدار هذا الكتاب لنقدمه للقراء، أملا في أن يتم استخلاص أقصى ما يمكن من هذه الدراسة.

Summary

the role of the media in combating terror, dilemmas in the responsibilities of legislators and decision-makers, and the appropriation of funds.

Israel Democracy Institute's project on *Democracy Fighting Terror* has emerged from the existential need to assess and reassess legal strategies, methods, and means currently used by western democracies to fight terrorism in order to develop new innovative and practical mechanisms to deal with the threat, while developing the means to protect the democratic way of life, as well as principles of human rights.

Summary

Since the turn of the new millennium, the democratic world has witnessed an ongoing attack on its basic values. This continuous attack reached unprecedented levels of horror in the coordinated terrorist attacks of September 11, 2001. Since then, the democratic world has witnessed more vicious attacks in different parts of the globe. This type of threat calls for a new, innovative response. Following September 11, 2001, it has become crystal clear that borders of sovereign countries are no longer a meaningful barrier to terrorism, from the transfer of scientific and technical know-how to the funding. The most dangerous enemies of freedom and the democratic way of life are neither nation-states nor regular armies. Individuals and groups scattered all over the world have acquired unprecedented power and opportunities to cause unprecedented damage. Regular armies are trained to fight armies and conduct their combat on the battlefield; they have never been trained to combat “civilian” terrorists. Among the variety of emerging threatening terrorist phenomena, the suicide terrorists pose a clear example of a relatively new and unique challenge in and of themselves. Unfortunately, Israel – being the prime victim of this method – has acquired abundant experience in this arena. Over the last years, Israel has become a real-time laboratory for analytically inspecting and innovatively developing modes of grappling with the complexities of this issue. These modes include innovative rulings by the Supreme Court, lively debate, and new ideas about

Language Editors (Hebrew): Miri Horvits Bat-Moshe, Raya Cohen
Series and Cover Design: Ron Haran
Layout: Danon Printing Production
Production: Atara Kligman
Printed by Ayalon Print, Jerusalem

ISBN 965-519-023-4

©

Copyright by the Israel Democracy Institute 2006
Printed in Israel

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

Books may be orderd from:

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Tel: (972) 02-5392888; 1-800-20-2222; Fax: 03-5488640

orders@idi.org.il

All Policy Papers and one chapter of each book are now available for free download at www.idi.org.il



THE BATTLE OF THE 21ST CENTURY

Democracy Fighting Terror

Discussion Forum

Chairman: **Dan Meridor**
Editor: **Haim Fass**

THE
DEMOCRACY
LIBRARY