

טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל

מרדכי קרמניצר*

א. מבוא. ב. טרור – מהו? ג. חשיבות הפוליטיקה. ד. הסכנות לדמוקרטיה; 1. "מלחמה" ומעבר כוח אל הרשות המבצעת; 2. טרור וזכויות אדם. ה. סכנת הטמעתם של האמצעים הננקטים נגד הטרור בתחומים אחרים. ו. ישראל המתמודדת עם הטרור – סיפור של הצלחה?

א. מבוא

הדמוקרטיה, במובן הרחב של המושג, היא יצור רגיש ופגיע. בהיותה כזו, קיומה אינו מובטח, ומה שמסוכן לא פחות – היא עלולה להתרוקן מתכניה המהותיים, ובעיקר ממחויבותה להגן על זכויות אדם.

הטרור מציב למדינה הדמוקרטית שנגדה הוא פועל אתגר קשה: כיצד להגן ביעילות על חיי התושבים, מבלי לאבד את מהותה הדמוקרטית כמדינה המחויבת לשלטון החוק, להפרדת רשויות ולזכויות אדם.

בשורות הבאות אבקש לעמוד על הבעייתיות המיוחדת שבהתמודדות עם טרור מנקודת ראות דמוקרטית, ואעיר הערות אחדות על הדרכים שנקטה, ועודנה נוקטת, מדינת ישראל במאבקה נגד הטרור. בד בבד אבחן באיזו מידה עומדת ישראל באתגר זה.

ב. טרור – מהו?

מקובל לומר שאף שהטרור הפך לתופעה גלובלית, טרם גובשה בעולם הגדרה אוניברסלית-פורמלית למושג טרור¹. הדברים נוגעים בעיקר להיעדר הגדרה פורמלית של טרור במשפט

* תודתי נתונה לעו"ד לינא סבא על עזרתה. שלמי תודה גם ל־Wissenschaftskolleg zu Berlin ולמכון הישראלי לדמוקרטיה על תמיכתם במחקר מקיף יותר על טרור ודמוקרטיה.

הבין-לאומי². עם זאת, אחרי התקפת הטרור ב-11 בספטמבר 2001, מקובל במדינות העולם לאפיין טרור כשימוש או כאיום בשימוש באלמות קשה נגד אדם או רכוש (לרבות שירותים חיוניים), המבוצעים בכוונה להפחיד את האוכלוסייה או בכוונה לכפות על אדם, על ממשלה או על ארגון לעשות או להימנע מלעשות פעולה כלשהי; או מתוך מניעים פוליטיים, דתיים או אידאולוגיים³.

הגדרות מעין אלה חסרות התייחסות מפורשת ליסוד, אשר יש לו חשיבות רבה בהגדרת המונח "טרור": היעדים לפגיעת הטרור הם (לפחות באופן טיפוסי) אזרחים לא חמושים. עם זאת, אפשר לראות בכך פועל יוצא של האפיון של טרור, הכולל יסוד של כוונה להפחיד את האוכלוסייה או לכפות פעולה על אדם, על ממשלה או על ארגון: חיילים ערוכים ואמורים להיות מוכנים להגן על עצמם מפני התקפה עליהם, אולם אין הדבר כן כאשר מדובר באזרחים שאינם חמושים. לכן אפשר לסבור כי בפגיעה בחיילים אין ככלל פוטנציאל של הפחדת האוכלוסייה או של כפייה לפעולה. גם אם אין הדבר כך, קיימים טעמים טובים להוספת יסוד היעד – אזרחים לא חמושים – להגדרת טרור.

ראשית, יסוד של פגיעה באזרחים יוצר אפיון של הטרור כתופעה שאופייה הבלתי חוקי והמגונה מבחינה מוסרית הנו מובהק וחד-משמעי. ההתייחסות – גם הפנימית וגם הבין-לאומית – להתמודדות עם תופעת הטרור מחייבת שזו תאופיין באופן מובהק וחד, להבדיל מאפיון התופס סוגי התנהגויות שונים זה מזה מבחינה ערכית. רק כך אפשר, למשל, להביא לכך שפעולת טרור תיחשב לפשע נגד האנושות. על כן ראוי שלא לכלול במסגרת הגדרת "טרור" מקרים שבהם לא ברור שהפעולה היא בלתי חוקית או שלפחות אין היא כזו בעליל

1 תשומת לב רבה הוקדשה בספרות המשפטית לניסיונות להגדיר טרור באופן מספק. ראו למשל: George P. Fletcher, *The Indefinable Concept of Terrorism*, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 894 (2006); Thomas Weigend, *The Universal Terrorist*, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 912 (2006); Christian Walter, *Defining Terrorism in National and International Law*, in *TERRORISM AS A CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW: SECURITY VERSUS LIBERTY?* 23 (2004). כמו כן ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 287–291, ובפרט בעמ' 290 (2006).

2 אבל ראו Antonio Cassese, *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 933, 935 (2006). המחבר טוען שאף על פי שאין הגדרה פורמלית של טרור באמנות בין-לאומיות, קיים כלל מנהגי בנוגע לאלמנטים העובדתיים והנפשיים של עברת הטרור בזמן שלום.

3 ראו למשל את ההגדרה האנגלית וההגדרה הקנדית של טרור: באנגליה, טרור מוגדר בס' 1 ל-*Terrorism Act 2000, c II (Eng.)* (ס' 1(1)(b) תוקן בס' 34 ל-*Terrorism Act 2006*). ההגדרה הקנדית של טרור קבועה בס' 83.01(1) לקוד הפלילי: Canadian Criminal Code, R.s.c., Ch. 46 (1985).

ובמובהק, כדוגמת הפגיעה במטרות צבאיות במסגרת של מאבק לשחרור לאומי. שנית, בעניין פגיעה בחיילים, אין סיבה משכנעת להבחין בין מדינה שפותחת בהתקפה לבין כוח מאורגן שפועל לשחרור לאומי. שלישית, לאפיון של טרור הכולל התייחסות ליעד של אזרחים לא כמושים עשויה להיות השפעה על התנהגותם של המבקשים לפעול נגד המדינה: הוא מהווה תמריץ לאחרונים לפעול נגד הכוחות המזוינים של המדינה, ולא נגד אזרחיה. אם מבקשים להגן, בראש ובראשונה, על חסרי הישע – על התושבים – ראוי ליצור תמריץ כזה. לבסוף, היזקקות ליסוד של פגיעה באזרחים היא גם הדרך היחידה להימנע – לעניין עצם האיסור – מהתייחסות לממד הערכי של המטרה או למניע לפעולה, הפוליטיים, הדתיים או האידאולוגיים. היא מאפשרת להבחין בין לוחם גרילה לבין טרוריסט. אם נזקקים ליסוד של פגיעה באזרחים, אין זה מן הנמנע להתייחס גם ל"טרור מטעמה של המדינה".

יצוין כי מדיניותה הרשמית של מדינת ישראל אינה מבחינה, בהקשר של פעילות עוינת חוץ מדינתית, בין פגיעה באזרחים לבין פגיעה במטרות צבאיות. רווחת העמדה שלפיה טרור הוא טרור, ואין מקום להבחין בין סוגים שונים של טרור. טענה זו אינה נראית לי. כדי להתמודד עם הטרור בכלים מתאימים, תוך שמירה על אופייה של המדינה כדמוקרטיה, יש לעשות כמה הפרדות חיוניות, ועל סמך אותן הבחנות – להחליט במי אנו נלחמים: ראשית, יש להבחין בין אלימות פוליטית – אשר מטרת הטרוריסטים המפעילים אותה מקובלת מבחינה מוסרית או לפחות מובנת, ובמיוחד כאשר אין להם שום דרך אחרת להשיג אותה מטרה (דוגמת המטרה של שחרור שטח כבוש שזכויות האדם של תושביו מופרות תדיר, כאשר הניסיון מלמד שאין דרך אחרת להביא את הכובש לשחרור) – לבין אלימות פוליטית אחרת, מסוג האלימות שמפעילים "אל-קאעידה" או גורמי טרור פלסטיניים החותרים להביא לחיסולה של ישראל⁴.

שנית, יש לערוך הבחנה בין טרור פנימי לבין טרור חיצוני. טרור פנימי הוא טרור הבא מתוך מדינה או מתוך שטח הנתון לשליטתה. טרור חיצוני מקורו מחוץ למדינה ומחוץ לשטחים המצויים בשליטתה. בהקשר זה אין כנראה מנוס מלהכיר בכך שבמציאות עשויים להיות שטחים הנתונים במצב של שליטה חלקית⁵. ברור כי בנוגע לטרור פנימי באה בחשבון רק אכיפת חוק. המצב מורכב יותר כאשר מדובר בשטחים המצויים בשליטה חלקית. אז באות בחשבון פעולות לוחמה, אך אלה חייבות להיות מרוסנות על ידי מגבלות

4 את היחס לסוג הטרור הראשון אפשר להמחיש בשינוי היחס לערפאת, בקריאות לשחרורו של ברגותי וביחסה של ישראל לאנשי אצ"ל ולח"י שמעשיהם היו מכוונים כלפי אזרחים. לא למותר להזכיר גם את דברי אהוד ברק כי לו היה פלשתיני, היה חבר ב"אחד הארגונים".

5 דוגמת השטחים שכונו בהסכמי אוסלו "שטחי B" והיו נתונים לשליטה צבאית ישראלית ולשליטה אזרחית פלסטינית.

הנגזרות מקיומה של מידה של שליטה – ובצדה יכולת הפעולה בתחום האכיפה ומידה מוגברת של אחריות – אשר יש למדינה על השטח ועל תושביו.

לבסוף, יש להבחין בין איומי טרור שונים בהתבסס על היקף ועל עצמת הסיכון הנשקפים מכל ארגון או מסגרת טרוריסטיים. אמנם יש חשיבות לקיומה של מטרה טרוריסטית, אך חשובה גם הישימות שלה. כאשר אין כל יכולת מציאותית להגשים את המטרה, אין הצדקה לשימוש באמצעים קיצוניים וחריגים כנגד המבקשים להגשימה, אף אם מדובר במטרה מרחיקת לכת.⁶

שני משתנים קובעים את רמת הפעילות האלימה של ארגון טרור – רמת המוטיבציה ומידת היכולת המבצעית לבצע פעילות אלימה. מרכיב המוטיבציה במשוואת הטרור הוא שילוב של תחושות, רצונות שאיפות נקם וכיוצא באלה, מן הצד אחד, עם חישוב רציונלי של אינטרסים, דרכי פעולה ותוצאות אפשריות, מן הצד האחר. כאשר לארגון אין מוטיבציה לבצע פיגועים, הוא מעדיף להימנע מלבצע גם אם ביכולתו לעשות כן. המשתנה השני הקובע את היקף הפעילות האלימה ומאפייניה הוא היכולת המבצעית של הארגון. במקרים מסוימים ייתכן שארגון טרור ישאף לבצע פיגועים, אולם לא יהיה ביכולתו לבצעם. דומה כי במציאות שבה הנגישות הן למידע והן לאמצעים פוגעניים הנה כמעט בלתי מוגבלת, המשתנה המכריע בין השניים – לטווח ארוך – הוא הראשון.⁷

ג. חשיבות הפוליטיקה

בטרם אפנה אל המשפט, חשוב להבהיר כי בהתמודדות עם טרור שמקורו בשליטה זרה בגורלו של עם, הפוליטיקה חשובה מן המשפט.

התנהגות פוליטית חכמה לא תיצור תנאים של שליטה צבאית הנמשכת זמן ניכר, של שלילת זכויות אדם בסיסיות או של התכחשות להן. היא לא תיצור מציאות של הפליה

6 ועדת לנדוי שאישרה שימוש בכוח פיזי מתון בחקירות חשודים בטרור, התייחסה, באופן לא מדויק לדעתנו, למטרת ארגוני הלוחמים הלא סדירים להשמיד את מדינת ישראל, וזאת מבלי להידרש ליכולתם בפועל להשיג מטרה זו. ראו: דין-וחשבון ועדת-החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (חלק ראשון, 1987) (להלן: "דו"ח לנדוי"). דו"ח לנדוי נדון בכמה מאמרים, שחלקם רוכזו בכרך 23 של Israel Law Review משנת 1989. במסגרת זו נמתחה ביקורת על קביעותיו העובדתיות ומסקנותיו הנורמטיביות של דו"ח לנדוי בכמה סוגיות, ראו: Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report – Was The Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs' of the Security Service?*, 23 Isr. L. Rev. 216 (1989).

7 יובל יועז "מצב חירום. 57 שנים. ולא רואים את הסוף" הארץ 19.6.2005 ב 3.

שיטתית בין בני אדם ותחושות של פחד מפני נישול ודחיקת רגלים, השפלה, חוסר אוניס וייאוש. מצב כלכלי קשה, שיבוש מרחיק לכת של יכולת התנועה ושל ניהול חיים תקינים, היעדר תקווה והיעדר סימנים לפתרון פוליטי ממשי רק מגבירים את תחושת התסכול, האיבה והשנאה כלפי השולט ומגבירים את המוטיבציה אצל האוכלוסייה הנמצאת במצב זה לבצע פעולות טרור. על רקע זה, הבטחות לחיי אושר בעולם הבא ולהטבות שונות למשפחות ה"שהידים", בתוספת אהדת הרחוב הפלסטיני למשפחות המתאבדים, עלולים להכריע את הכף לטובת ביצוע פעולת טרור⁸.

התנהגות פוליטית חכמה קצת פחות תשכיל להקשיב למסר שנשלח, לעתים, על ידי הטרוריסטים, כפי שתואר אותו במאה ה-19 המסית האירי ויליאם אובריין: "violence is the only way of ensuring a hearing for moderation"⁹.

ממשלה כזאת תגיע לפתרון פוליטי תוך נכונות לויתורים הכרוכים בכך, כחלופה עדיפה על פני מצב דברים שבו הויתורים נדרשים אחרי סדרה של מעשי טרור, כך שהקושי לנקטם גובר מאוד משום שיש בכך כניעה לאלימות, והזמנה להמשך האלימות. הנהגה שאינה חכמה, אך שניחנה בפקחות, תוכל, לעתים, להכיל את הסכסוך, בעיקר בדרך של משא ומתן, תוך נטיעת אמונה ותקווה אצל הצד השני, ותוך הבחנה ברורה בין טרוריסטים ובין מי שאינם טרוריסטים – לאמור האוכלוסייה בכללותה, לרבות פעילים

8 לעניין הקשר בין מצב של קיפוח לבין אלימות ראו: דו"ח וועדת החקירה הממלכתית לביורור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 שער ראשון, פרק א' פס' 19 (2003): "אזרחי המדינה הערבים חיים במציאות שבה הם מופלים לרעה כערבים. חוסר השוויון תועד במספר רב של סקרים ומחקרים מקצועיים, הוא אושר בפסקי דין ובהחלטות הממשלה וכן מצא את ביטויו בדו"חות מבקר המדינה ובמסמכים רשמיים אחרים. אף שרמת המודעות להפליה זו בקרב הרוב היהודי היא לעתים קרובות נמוכה למדי, בתחושותיהם ובעמדותיהם של האזרחים הערבים היא תופשת מקום מרכזי. היא מהווה, לדעת רבים, הן במגזר הערבי והן מחוצה לו, כולל בקרב גורמי הערכה רשמיים, גורם מתסיס מרכזי. כך גם לגבי מישורים שונים, בהם לא נעשה די כדי להתמודד עם מצוקותיו וקשייו המיוחדים של המגזר הערבי. לפיכך, יש לראות תופעות אלה כגורמי יסוד העומדים ברקע לחיכוכים ולהתנגשויות שפרצו בין אנשי המגזר הערבי לבין השלטונות". וראו גם הדברים הבאים (פס' 67 לדו"ח): "בסופה של סקירה זו ניתן לומר, כי בשורה של נושאים חש הציבור הערבי על מקופח. בעניינים שונים, הקיפוח הוא תוצאה, בין היתר, של הפליית הציבור הערבי לרעה על ידי רשויות השלטון. כאמור, גורמים ברשויות היו מודעים לקיומן של תחושות הקיפוח וההפליה של המגזר. תחושות אלה תרמו תרומה ממשית לתסיסה במגזר הערבי, אשר אויבה במהלך שנת 2000 בטרם אירועי אוקטובר, ואשר היוותה גורם משמעותי, יחד עם גורמים אחרים לפריצתם של האירועים ולעוצמתם החריגה".

9 HANNAH ARENDT, ON VIOLENCE 79 (1969).

פוליטיים, אפילו הקיצוניים שבהם, כל עוד אין הם משתמשים באלימות או מסיתים לאלימות¹⁰.

ספק אם מדיניותה של ישראל עולה בקנה אחד עם האמור לעיל. מתוך הדוגמאות הרבות לכך, אסתפק באחדות: לאחר הסכמי אוסלו הודיעה ישראל שכל פעולת טרור תגרום להפסקת המשא ומתן עם אש"ף. בכך מסרה ישראל בידי הארגונים הקיצוניים, מתנגדי ההסכם, זכות וטו על המשך התהליך והמריצה אותם לבצע פעולות טרור. לאחר מכן, ישראל גם מימשה את הודעתה. הוא הדין בהכרזה שלפיה אש"ף אינו פרטנר למשא ומתן, שתרמה להתחזקות החמאס (שמלכתחילה נהנה מתמיכת ישראל במגמה להחליש את אש"ף). ואם הולכים לאחור בזמן – ראוי להזכיר את האיסור האבסורדי של עצם המגע של כל ישראלי עם נציג של אש"ף.

ד. הסכנות לדמוקרטיה

טיפול בטרור עלול לסכן את הדמוקרטיה בשני מישורים עיקריים – סיכון המחויבות לזכויות האדם והחשש מהעתקת כוח מהרשות המחוקקת לרשות המבצעת. נתמקד בעיקר בנקודה הראשונה, אך ניגע בקצרה גם בנקודה השנייה.

1. "מלחמה" ומעבר כוח אל הרשות המבצעת

ישנם שני מודלים מתחרים להתמודדות עם טרור: האחד – אכיפת החוק הפלילי, והשני – מלחמה או עימות מזוין שאינו מגיע כדי מלחמה¹¹. המודל הראשון, של אכיפת החוק

¹⁰ במובן זה, ההשקפה המובעת כאן מנוגדת לזו של פרופ' אלן דרשוביץ שהציע מדיניות של היעדר משא ומתן והיעדר ויתורים לארגון טרור. ראו: אלן דרשוביץ עת שלום: כיצד אפשר ליישב את הסכסוך הערבי-ישראלי (2006), וכן דברים שנשא בכנס הרצליה 2003 "להגן מפני טרור במסגרת שלטון החוק": "לא לתגמל טרוריסטים, לעולם לא לקדם את מטרותיהם או להעדיף אותן על פני אחרות, ולמצות את הדין עם כל מי שכן נוהג לתגמל טרור".

¹¹ אפשר גם להתייחס למודל ביניים של צעדים מנהליים-מניעתיים, דוגמת המעצר המנהלי. יש לציין כי ממשלות היו רוצות להתייחס לטרוריסטים כאל מי שאינם נתיני החוק. לפי גישה זו, לוחמים אלה הנם "לוחמים בלתי חוקיים", כפי שכלא גואנטאנאמו נתפס כמקום מחוץ לחוק. מחנה גואנטאנאמו הוקם על ידי צבא ארצות-הברית לאחר מתקפת הטרור של ה-11 בספטמבר והיציאה למבצע "חירות מתמשכת" באפגניסטן. במחנה היו עצורים מאות בני אדם, בני לאומים שונים, שנעצרו באפגניסטן ובמדינות נוספות בחשד שהם עוסקים בפעילות טרור או קשורים לארגון אל-קאעידה. העצורים במחנה נחשבו "לוחמים זרים", אך לא הוגדרו כשבויי מלחמה. לפיכך שללו מהם השלטונות האמריקניים זכויות יסוד המובטחות לשבויי מלחמה באמנת ג'נבה. במשך שנים לא הוגשו נגדם כתבי אישום, וגם לא התקיים הליך

הפלילי, מותיר את מרכז הכובד של ההתמודדות עם טרור בידי המחוקק, המעצב איסורים פליליים שעניינם הפעילות הטרוריסטית והסובב לה (דוגמת מימון טרור או פעולות הכנה אחרות לקראת ביצוע מעשי טרור).

העדפת המודל השני – זה של מלחמה או של עימות מזוין שאינו מגיע לכדי מלחמה – משמעה שהטיפול בטרור עובר באופן כמעט בלעדי לידי הממשלה, שירותי הביטחון והצבא¹². מדובר במהלך מסוכן לדמוקרטיה¹³, וזאת מכמה טעמים.

ראשית, כידוע, אחד המאפיינים המרכזיים של הדמוקרטיה הוא שהחלטות רגישות שבהן נדרש איזון בין חירות לבין ביטחון, יתקבלו דווקא על ידי ציבור האזרחים באמצעות נציגי הנבחרים. השקיפות של תהליך כזה הנה גדולה יותר, וכן ההשפעה שיש לדעת הקהל על עיצוב המדיניות. העברת סמכויות לידי הרשות המבצעת מצמצמת את האפשרות המעשית לביקורת ציבורית. העברת הסמכויות לשלטון, פוגעת, מטבע הדברים, בכוחה של דעת הקהל כגורם מרסן. שנית, מצב של מלחמה או של סכסוך מזוין הנו נוח לשלטון, ולא רק משום שהוא חוסך הזדקקות לחקיקה. יש תביעה, ולעתים קרובות גם היענות לה, למידה גדולה של סודיות¹⁴; מתקיים שיח של נאמנות, פטריוטיזם ובגידה, ובמסגרתו, גיבוי הממשלה מובנה כסימן לנאמנות. מן העבר השני, מודגשים החסרונות בביקורת על

משפטי אחר לביורר מעמדם. הם אינם זכאים לביקורי משפחות, ותקופת מעצורם אינה קצובה. לסקירה בדבר מצבם של העצורים ראו: U.N. Commission on Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights, Civil and Political Rights: Situation of Detainees at Guantanamo Bay (Feb. 15 2006).

12 מודל זה מנחה, במידה לא מבוטלת, את ההתמודדות המניעתית הישראלית עם הטרור, אם כי בישראל מופעל גם המנגנון הפלילי בנוגע לחשודים שנתפסו בחיים (באמצעות בתי משפט צבאיים בדרך כלל). ארצות-הברית שאימצה מודל זה מהווה דוגמה קיצונית לכך. בארצות-הברית, בעת מלחמה, אין בסמכותו של הקונגרס להתערב בכוחו של הנשיא בניהול המלחמה. זאת, מכוח הסעיף בחוקה האמריקנית הקובע את מעמדו של הנשיא כמפקד העליון של צבאות הים והיבשה (U.S. CONST. Article 2, section 2). ראו לעניין זה גם: MARK DANNER, TORTURE AND TRUTH: AMERICA, ABUGAHARIB, AND THE WAR ON TERROR, Appendix I, section B (2004), וכן את המקורות הנזכרים שם.

13 לביקורת על העברת סמכויות מוגזמת לרשות המבצעת בארצות-הברית במסגרת ה-*Patriot Act* ראו: DAVID COLE & JAMES X. DEMPSEY, TERRORISM AND THE CONSTITUTION, esp. p. 148 onwards (2002).

14 לתיאור מקרים של גירוש או של מעצר לתקופות ארוכות על בסיס ראיות חסויות, אשר בחלק מן המקרים התבררו בסופו של יום כמופרכות, ראו: COLE & DEMPSEY, שם, בעמ' 110, 128–140. ראו גם: Matthew Purdy, *A Nation Challenged: The Law; Bush's New Rules to Fight Terror Transform the Legal Landscape*, N.Y. TIMES, N. 25, 2001.

הממשלה, והיא מושווית לבגידה – “שקט יורים”. כך מתאפשרת השתקה של ביקורת כזו, ככל שהיא קיימת.¹⁵

שלישית, עלולה להתפתח בדמיון הציבורי תפיסה מופרות בדבר חומרת הסיכון, כמו גם שאיפה לחיסול טוטלי של¹⁶; מתגבש אמון בגורמי הביטחון כמומחים המסוגלים לפתור את הבעיה (אף שהניסיון והמומחיות בתחום ההתמודדות בטרור אינם דומים כלל לאלה הקיימים בתחום המלחמה הקונבנציונלית), ועלולה להיווצר אמונה ביעילות השימוש בכוח מסיבי – בהשאלה מדברים מפרי עטו של אוסקר ויילד – *nothing succeeds like excess*.¹⁷ לבסוף, ברור שהרגישות הציבורית לאמצעים הננקטים במלחמה או בסכסוך מזוין שהנו סכסוך שעצמתו פחותה מזו של מלחמה. המלחמה מכשירה אמצעים שבהקשר אחר ייחשבו כפסולים בתכלית.

לאור יתרונות אלה לשלטון, יש לחשוש מפני זריזות יתר בהכרזה על מלחמה או על עימות מזוין או מהתנהגות כאילו התקיימו מלחמה או עימות מזוין. הקטגוריה של עימות מזוין היא מפתה במיוחד – מחד גיסא, תנאי הכניסה לקטגוריה הנם מקלים יותר (ואילו היציאה ממנו הנה בעייתית, כפי שמעידה המציאות הישראלית, שבה נמשך המצב של עימות מזוין גם בתקופות לא קצרות של רגיעה יחסית) מאשר תנאי הכניסה למלחמה. הטעם לכך הוא שרמות האיום והסיכון הנדרשות כדי להכריז על “עימות מזוין” הן בהכרח פחותות מהרמות הנדרשות כדי להכריז על מצב מלחמה. מאידך גיסא, אין דינים מיוחדים החלים על סכסוך מזוין שהנו מצב פחות ממלחמה. על כן אפשר למשוך על גבי סכסוך זה את “השמיכה” של דיני המלחמה, אך לא באופן גורף, אלא תוך היזקקות לסמכויות ולכוחות שהם מעניקים מחד גיסא, ותוך גישה מסויגת ומצמצמת כלפי ההגנות שלהן זכאי האויב על פיהן מאידך גיסא.

15 “In legislative time, Congress enacted the PATRIOT Act virtually overnight. Attorney General John Ashcroft, its principal proponent, exerted extraordinary pressure, essentially threatening Congress that the blood of the victims of future terrorist attacks would be on its hands if it did not swiftly enact the Administration’s proposals”

16 על מוגבלות היכולת להעריך באופן רציונלי סיכונים בעתות משבר, ועל מוגבלות היכולת לשקול באופן רציונלי דרכי התמודדות ראויות עמם, ראו: Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Rules Always Be Constitutional?*, 112 YALE L.J. 1011, 1038–1042 (2003). הנטיית שמזכיר המחבר עלולות אך להתעצם בעקבות התייחסות לטרור כאל מלחמה או עימות מזוין.

17 מתוך: Oscar Wilde, *A Woman of No Importance*, in THE COMPLETE STORIES, PLAYS AND POEMS 410, 443 (1994) (“Moderation is a fatal thing, Lady Hunstanton. Nothing succeeds like excess”)

גישה זו באה לידי ביטוי במונח הישראלי "לוחמים בלתי חוקיים" ובתפיסה שמאחוריו, שלפיה לא ניתנת לאותם לוחמים ההגנה הניתנת לחיילים על פי דיני המלחמה. כך, למשל, חוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: "חוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים"), אינו מעניק לכלואים זכויות שונות המוענקות לשבוויי מלחמה על פי אמנת ג'ניבה השלישית, דוגמת הזכות לטיפול רפואי¹⁸, לתזונה הולמת¹⁹, לביגוד הולם²⁰, לתנאים היגייניים²¹, לקיום פולחן דתי²², ליצירת קשר עם החוץ²³ ולשחרור על פי הכללים הקבועים באמנה²⁴. החוק מסתפק בקביעה כי: "כלוא יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו"²⁵, ומותיר את קביעת תנאי הכליאה לשר הביטחון²⁶. החוק אף מאפשר מעצר לפרק זמן בלתי מוגבל – תוך בחינה שיפוטית אחת לשישה חודשים²⁷ – של מי שיש יסוד סביר להניח ששחרורו יפגע בביטחון המדינה. במסגרת הדיון השיפוטי אפשר לסטות מדיני הראיות²⁸, ואף מוקמת חזקה בדבר קיומו של יסוד סביר כאמור בנוגע לכל מי שנמנה עם הכוח המבצע, כל עוד לא תמו פעולות האיבה של הכוח נגד מדינת ישראל. שר הביטחון הוא הקובע אם כוח מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, ומתי תמו אותן פעולות איבה. קביעתו מקימה חזקה ניתנת לסתירה בדיון המשפטי²⁹. ברור גם שקל יותר לעצור אדם במעצר מנהלי מאשר להוכיח את אשמתו הפלילית בפני בית משפט, ושקל יותר להרוג אותו בסיכול ממוקד מאשר לעצרו במעצר מנהלי, הנתון לפיקוח שיפוטי. רלוונטית לעניין זה גם העובדה שהטרוריסטים אינם מיוצגים בשיח המתייחס למערכת הדינים החלים עליהם. מכאן, גדול החשש שזכויותיהם והאינטרסים הלגיטימיים שלהם לא יובאו כלל בחשבון.

- 18 ס' 15, 29–32 לאמנת ג'ניבה בדבר הטיפול בשבוויי מלחמה, כ"א 1, 453 (נחתמה ב-1949) (להלן: "אמנת ג'ניבה השלישית").
- 19 שם, ס' 26.
- 20 שם, ס' 27.
- 21 שם, ס' 29–32.
- 22 ראו שם, בעיקר ס' 34.
- 23 שם, פרק 4 חלק 5.
- 24 שם, ס' 109–121.
- 25 ס' 10 (א) לחוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים.
- 26 שם, ס' 10 (ב).
- 27 שם, ס' 5.
- 28 ס' 5 (ה).
- 29 שם, ס' 7–8. בנוסף, ראו: נייר עמדה 58 של המכון הישראלי לדמוקרטיה, הילי מודריק אבן-חן (בהנחיית מרדכי קרמניצר) "לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? ניתוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (התשס"ב-2002)" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005) www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/PP_58/Publications_Catalog_2058.aspx

ריכוז כוח בידי הרשות המבצעת, המתמודדת עם "עימות מזוין" או עם "מלחמה", אף מוטל בסימן שאלה מבחינת האפקטיביות שלו. בעיה מרכזית היא שהתייחסות לטרור דרך הכוונת של מלחמה רגילה עלולה להיות בלתי מתאימה לחלוטין להתמודדות עם טרור, שה-"*Modus operandi*" המוביל בה צריך להתאפיין בהתמקדות בטרוריסטים, וזאת, בדיוק של מנתח. תגובת יתר תביא לא אחת לתגובת יתר מצד הטרוריסטים, ומכאן לתהליך של הסלמה באלימות³⁰. מה שמסוכן עוד יותר הוא שאם האוכלוסייה שמקרבה באים הטרוריסטים נתפסת בכללה כאויב וההתמודדות בטרור נעשית על גבה ועל גופה, זהו מתכון להפיכתם של מי שאינם אויבים, לאויבים. על מנת להצליח במאבק בטרוריסטים, חיוני לבודד אותם – פיזית ומנטלית – מן האוכלוסייה אשר מקרבה הם באים. כאשר אוכלוסייה זו מקיאה אותם מתוכה, אין להם תקומה. לעומת זאת, כאשר פוגעים בכלל האוכלוסייה או נוקטים כלפי הטרוריסטים ביחס הנתפס על ידה כמעוול, הופכת האוכלוסייה לבית גידול לטרוריסטים נוספים, וגדל בתוכה מעגל של תומכים ומסייעים לטרור. זו, כנראה, שיטת הפעולה של הטרוריסטים המבקשים לגרות את הצד שכנגד לתגובות יתר המשחקות לידיהם.

זאת ועוד, ככל שהתגובות לטרור אינן מוצדקות או שהן מופרזות או שהן פוגעות במי שאינו מעורב בטרור, קטן ההבדל המוסרי בין הטרוריסטים לבין המדינה. אף זו נוקטת עתה גישה שלפיה – "המטרה מכשירה גם אמצעים פסולים" – גישה שהיא עקב האכילס המוסרי של שיטת הטרור. בתרחיש הקיצוני ביותר המדינה עצמה עלולה להפוך למדינה המפעילה טרור. גם בכך היא משחקת לידיהם של הטרוריסטים. צמצום ההבדל המוסרי בין המדינה לבין הטרוריסטים משרת את האינטרס המובהק של הטרוריסטים במאבק על התודעה של האוכלוסייה שממנה הם באים ושהיא הקרבן לפעילותם, ועל תודעת הקהילה הבין-לאומית. ראוי גם להביא בחשבון כי ההכרזה על עימות מזוין מניבה יתרונות לטרוריסטים. היא הופכת אותם – לפחות מבחינתם, לשווי מעמד לכוחות הצבא, שכן אין הם מתרשמים מאותו חלק של ההכרזה המגדיר אותם כ"לוחמים בלתי חוקיים". הם שואבים מן ההכרזה – הן לעצמם והן לאוכלוסייה שמתוכה הם באים – ביטוי להכרה בכוחם ובפוטנציאל ההצלחה של מאבקם. בכך יש כדי לעודדם, לחזק מעמדם ולהציגם כמי שיש טעם לתמוך בו ולסייע בידו. יש לשקול אפוא אם היתרונות שבהכרזה על עימות מזוין עולים על חסרונותיה.

30 מותם ופציעתם של פלסטינים רבים, ובהם פעילי טרור, פעילים פוליטיים ו"סתם" אזרחים, תורמים להתפתחות רגשות נקם אישיים וקבוצתיים, המתורגמים לעתים לנכונות של צעירים וצעירות פלסטינים לבצע פיגועי התאבדות. אפשר להזכיר גם שימוש עודף בנשק באינתיפאדה הראשונה, שהייתה בעיקר אינתיפאדת זריקת אבנים, ושימוש עודף של ישראלים בירי בתחילת האינתיפאדה השנייה.

מטעמים אלה, כאשר הנושא של הכרזה על מצב של מלחמה או של עימות מזוין עולה על הפרק, ובטרם ההכרזה, יש להידרש ולבחון היטב את מידת הסיכון שהמדינה מתמודדת עמו. כדי לענות על שאלה זו – דהיינו מידת הסיכון עמו מתמודדת המדינה – יש לבדוק הן את מספר הטרוריסטים שבהם מדובר (ייתכן שיתברר שמדובר במספר מוגבל³¹) והן את טיב הציוד שנמצא בחזקתם. בנוסף לכך, יש לבחון אם אפשר להפיג את הסיכון הנשקף מהם תוך שימוש באמצעים רגילים.

אם, למרות כל השיקולים הנוגדים, מוחלט על דפוס פעולה של עימות מזוין, יש להקפיד להגדיר את האויב. אי-הבהירות בנקודה זו הוא שאפשר לממשלת ישראל להרחיב את הגדרת המונח "אויב" ולעבור מארגוני הטרור (וגם כאן יש להבחין בין מי שמשותפים בעימות המזוין לבין המספקים שירותים חברתיים, גם כאשר מערך השירותים החברתיים מהווה אף מערך תמיכה והצמחה לטרור³²) לרשות הפלסטינית (הרג שוטרים פלסטינים במהלך האינתיפאדה השנייה) ומשם לאוכלוסייה הפלסטינית בכללותה.

לגישה המרחיבה את הגדרת המונח "אויב", ניתן ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון. המשנה לנשיא בית המשפט העליון דאז מישאל חשין, אישר בדעת רוב חוק המונע מזוגות פלסטינים (כאשר אחד הצדדים הנו ערבי ישראלי והשני פלסטיני מהשטחים) להתגרר ביחד בישראל³³. בפסק דינו כותב המשנה לנשיא: "תושבי האזור הפלסטינים הם בבחינת נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל. רשאית היא אפוא המדינה, להגנת אזרחיה ותושביה, לחוקק חוק האוסר על כניסתם של תושבי האזור – של נתיני האויב – אל המדינה, כל עוד נמשך מצב המלחמה (או המעיין-מלחמה)"³⁴. כלומר גם הפלסטיני או הפלסטינית שאין כלפיהם כל חשד ספציפי, נחשבים לאויב.

31 כיום, אנו יודעים שמספר הטרוריסטים בקנדה וגרמניה (למשל **סיעת הצבא האדום** הידועה גם בכינוי **כנופיית באדר-מינהוף**) היה קטן מאוד.

32 כדוגמה להיעדר הבחנה כאמור אפשר להזכיר את התייחסותה של ישראל לכלל המערך התומך של ארגון החמאס כאל חלק מארגון הטרור. רשימה ארוכה של ארגונים, המכונים "אגודות הצדקה באיר"ש ואזח"ע השייכות לארגון החמאס, ו/או תומכות בו ומחזקות את התשתית של החמאס" הוכרו כהתאחדויות בלתי מותרות. ראו: החלטת שר הביטחון "הכרזה על התאחדות בלתי מותרת" (25.2.2002, פורסמה ברשומות התשס"ב עמ' 1588).
בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006).

33 שם, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. וראו גם שם, פס' 27: "כל עוד נמשך עימות מזוין – מצב של מעין-מלחמה – בין ישראל לבין הפלסטינים: כל עוד ממשיך הטרור הפלסטיני להכות בישראל ולרצוח ישראלים: אין מוטלת על מדינת ישראל חובה משפטית (כלפי אזרחיה) להתיר לתושבי האזור שנישאו לאזרחי המדינה להיכנס לישראל ולשהות בה. תושבי האזור נתיני אויב הם. נאמנותם נתונה לצד הפלסטיני. זיקות רבות קושרות ביניהם לבין הרשות הפלסטינית. וכבעת מלחמה, חזקה עליהם כי מהווים הם קבוצת סיכון לישראל

דוגמה נוספת לגישה זו הנה החוק שבאמצעותו ביקשה ישראל למנוע פיצוי מפלסטינים שנפגעו על ידי כוחות הביטחון ברשלנות, גם שלא במסגרת פעולה צבאית – חוק אשר נפסל על ידי בג"ץ בעניין **עדאללה**³⁵. ההתייחסות לכל התושבים של "אזורי עימות" כאל אויבים ניכרת בדברי ההסבר להצעת החוק. נאמר שם: "מאז יום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000), נמצאת מדינת ישראל בעימות מתמשך בעל אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל, הן בשטח המדינה והן באזורי עימות, המצויים מחוץ לשטחה [...] בשנתיים האחרונות נרצחו מאות רבות של אזרחים וחילים ישראלים, ואלפים נפצעו. מדינת ישראל מבצעת מצדה פעולות רבות שתכליתן מניעת מעשי הטרור והאיבה, ופגיעה בגורמים הלוחמים נגדה ומאיימים על שלום תושביה ואשר במסגרתן נגרמו גם פגיעות בנפש וברכוש לתושבי אזור העימות העלולות לגרום תביעות נזיקין נגד המדינה. מקובל ככלל כי בעת מאבק מזוין בין עמים, על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו"³⁶. ענינו הרואות: ההתייחסות לסכסוך הישראלי-פלסטיני היא כהתייחסות למלחמה בין עמים, תוך התעלמות מהייחוד של הסכסוך המתמשך בין ישראל לפלסטינים, ממעמדה של ישראל לא רק כאויב צבאי אלא גם כמי שמחזיקה בשטחים, וממעמדה של האוכלוסייה האזרחית במצב דברים סבוך זה.

בפסק הדין בעניין **עדאללה** עמד הנשיא ברק על הקושי שבהתייחסות לאוכלוסייה הפלסטינית שנפגעה במהלך פעולות שאינן מלחמתיות, כאל "אויב" שאינו זכאי לפיצוי בנזיקין: "חסינות גורפת מעין זו הניתנת למדינה מכוח סעיף 5ג לתיקון מס' 7 משמעה מתן פטור למדינה מאחריות בנזיקין ביחס לתחומים נרחבים של פעולות שאינן פעולות מלחמתיות גם על-פי הגדרתו הרחבה של ביטוי זה. משמעה הותרת נפגעים רבים, שלא היו מעורבים בכל פעילות עוינת שהיא, ושלא נפגעו אגב פעולות של כוחות הביטחון שנועדו להתמודד עם פעילות עוינת כלשהי, ללא סעד על הפגיעה בחייהם, בגופם וברכושם. פגיעה גורפת זו בזכויות אינה נדרשת על מנת להגשים את התכליות שבבסיס סעיף 5ג לתיקון מס' 7. שלילת האחריות של המדינה בסעיף 5ג אינה 'מתאימה את דיני הנזיקין למצב המלחמה'. היא מוציאה אל מחוץ להיקף תחולתם של דיני הנזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. היא אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, שומרון וחבל

ולאזרחיה. נסכים, כמובן, כי לא כל תושבי האזור מבקשים לפגוע במדינת ישראל, ואולם את המגמה העיקרית, את הרוח הנושבת, מכוונת ההנהגה, ותורתה של זו היא כי יש להכיר את שם ישראל בעמים".

35 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, ס"ח 952. החוק נפסל בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 12.12.2006).

36 מתוך המבוא לדברי ההסבר (ה"ח 3173).

טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל

עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בניזקין³⁷.

2. טרור וזכויות אדם

(א) תגובות מופרזות כלפי סיכונים ביטחוניים

מדינות המתמודדות עם איום ביטחוני נוטות, כמעט באופן אוניברסלי, להגזים בתגובה כנגד אותו איום. זכויות אדם מופרות על ידן ללא הצדקה או באופן מופרז ובלתי מידתי. אפשר להציג דוגמאות רבות, אך אסתפק בדוגמה מובהקת הלקוחה מארצות-הברית³⁸: מעצרו של 110,000 יפנים, תושבי ארצות-הברית, רבים מהם גם אזרחיה שלה, במהלך מלחמת העולם השנייה, וזאת בלי שהונח כנגד מי מהם בסיס עובדתי לפעילות עוינת מצדו כנגד ארצות-הברית³⁹. מוצאם היפני היווה העילה היחידה למעצרו. בתחילה הושמו היפנים במעצר בית לילי ולאחר מכן רוכזו במחנות של עקורים מבתייהם. כליאת היפנים נבעה מהחשש כי היפנים המתגוררים בארצות-הברית עלולים להוות גיס חמישי ולסייע בריגול ובמעשי חבלה למדינת מוצאם, שלאחר התקיפה בפרל הרבור הפכה לאויבת ראשונה במעלה של האמריקנים. זאת ועוד, צו נשיאותי וחקיקת הקונגרס אפשרו לצבא להוציא אזרחים ממוצא יפני מאזורים החשובים לביטחון האומה.

כמה פסקי דין בעניין זה הגיעו לבית המשפט העליון. החשוב שבהם היה פסק דין קורמאטסו⁴⁰. פסק הדין עסק באזרח אמריקני ממוצא יפני, אשר החליט להתנגד לצו

37 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 35, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.
38 דוגמאות להפרת זכויות אדם במסגרת המאבק הישראלי בטרור יוצגו בחלק ה' למאמר. לאמור שם אפשר להוסיף את השימוש שנהגה ישראל לעשות ב"נוהל שכן" בעת פעילות צבאית בשטחים הכבושים, ואשר נפסל על ידי בג"ץ וראו: בג"ץ 3799/02 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).

39 המאמר בוחן את הסוגיה של טרור ודמוקרטיה תוך התמקדות בניסיון הישראלי. עם זאת, מוצגות בו גם דוגמאות מניסיון של מדינות אחרות. זאת, תוך הכרה בייחודה של כל סיטואציה ובייחודו של כל סכסוך, ותוך ניסיון לדלות מהם את המסקנות שהן בעלות אופי כללי.

40 ההרשעה של קורמאטסו בוטלה בשנת 1983 בהליך של *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). הבסיס לביטול ההרשעה היה עובדתי בלבד – הימנעות המדינה מלהציג בבית המשפט את מלוא המידע שעמד בפני הרשויות בעת מתן הצו. גם ועדה שמונתה על ידי הקונגרס בשנת 1980 קבעה כי בית המשפט שהרשיע את קורמאטסו בחר שלא לבחון את הבסיס העובדתי להחלטה הצבאית שנעשתה בזמן המלחמה, ולקבל כפשוטה

הרחקה של הצבא האמריקני, ולהישאר בעיר מגוריו – סן ליאנדרו, מאחר שלא רצה להיפרד מחברתו, שהייתה ממוצא לבן. הוא נעצר והורשע בהפרת הצו. באף אחד מההליכים לא הוטל ספק בנאמנותו לארצות-הברית. בדעת רוב של שישה שופטים מול שלושה, אישרו השופטים את הרשעתו של קורמאטסו בהפרת צו ההרחקה, אחרי שקבעו את חוקיותו של הצו, ותוך התעלמות מהמשמעות הכוללת של ההרחקה שהייתה כרוכה גם בחובת התייצבות במחנה מעצר⁴¹.

(ב) הפרזה שלטונית – מדוע?

בשורות הבאות, אנסה להציע הסבר לתופעת ההפרזה השלטונית. ראשית, מתבקשת תשומת לב לנטיות או להטיות שלטוניות רווחות, שיש להן ביטוי חריף במיוחד בהקשר של ענייני ביטחון, שעלולות להביא לפגיעות בלתי מוצדקות בזכויות אדם:

1. מקבלי ההחלטות מזדהים עם הפונקציה העיקרית המוטלת עליהם – זו שלפי מידת הצלחתם בקידומה הם מוערכים – ומתמסרים לה, תוך דחיקתם לשוליים של שיקולים אחרים.
2. מקבלי ההחלטות נוטים לחשיבה מעשית להבדיל מחשיבה מוסרית. לאמור, שימת דגש על המטרות ועל האמצעים המתאימים להשגתן, תוך התעלמות משאלת הראויות המוסרית של אותם האמצעים. במילים אחרות – המטרה מקדשת את האמצעים.
3. נטייה לפישוט המורכבות של נושא על ידי רדוקציה שלו למאפיינים בודדים, וזאת בשתי דרכים – שימוש בקטגוריות של שחור ולבן לתיאור המציאות שהנה מגוונת הרבה יותר, ושימת דגש על יסודות אובייקטיביים שהם קלים יותר לאיתור, להערכה ולכימות, תוך התעלמות ממרכיבים סובייקטיביים, ובמיוחד ממוטיבציה.
4. מגמה של התמקדות בשיקולים של טווח קצר, תוך דחיקה לשוליים של הפרספקטיבה ארוכת הטווח, הכוללת ראייה רחבה של תהליכים ושל השפעתם המצטברת לאורך זמן על המציאות. כדוגמה אפשר להזכיר את מדיניות הריסת הבתים ביהודה, שומרון וחבל עזה, שהתבססה על הרתעה קצרת טווח, ולא הביאה בחשבון את האפשרות של חיזוק רגשות אנטי-ישראליים בטווח הארוך, באופן שיביא להגברת הטרור.
5. התמקדות הממשל בטיב הסיכון הנשקף מהטרור, תוך התעלמות מסיכויי התרחשותו או תוך מתן משקל מועט לכך שסיכויי ההתרחשות נמוכים; ולעתים, סירוב לאפשר כל

את עמדת הממשל. ראו: Commission on the Wartime Relocation and Internment of Civilians, *Personal Justice Denied* 49–50 (1982).
41. *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. 1406 (N.D. Cal. 1984).

טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל

רמה, אפילו הנמוכה ביותר, של סיכון, תוך הפיכת סירוב זה לגישה אופרטיבית (להבדיל מגישה ערכית-הצהרתית).

6. שאיפת הממשל להשיג עבור עצמו את מרב הסמכויות והכוחות להתמודדות עם בעיה, לרבות האמצעים החריפים והפוגעניים ביותר, יחד עם מינימום של פיקוח ובקרה עליהם, לשם הבטחת מה שנתפס כיצילות מרבית⁴².

7. הצורך של הממשל להצדיק קו פעולה הננקט על ידו, יחד עם הקושי לבחון את השימוש בו מתוך גישה ביקורתית פתוחה. לכך מתווסף קיבעון מחשבתי המניח כי מה שהיה נכון בשלב מסוים ממשיך להיות נכון גם כעבור זמן, כמו גם הקושי הטבעי להודות בטעות.

הטרור כשלעצמו מגדיל את הנטיות הללו של הממשל. פחד, כעס, שנאה, חוסר אונים, הרצון בנקמה ורגשות דומים שהטרור מעורר, מדרבנים את מקבלי ההחלטות לפעול באופן שפוגע בזכויות אדם באופן חמור ולא מוצדק. גורם נוסף בעל השפעה דומה על מקבלי ההחלטות הוא הצורך להוכיח לציבור יכולת התמודדות עם המצב, המניע לנקיטת צעדים שאינם נחוצים או יעילים באמת או שהנם מופרזים. דברים אלה מובילים למסקנה כי יש לפקפק בהבחנה הדיכוטומית הנטענת בין תגובה, גמול, נקם וענישה לבין מניעה, שהיא – לפי הנטען – השיקול היחיד בפעילות נגד הטרור. המוטיבציה היא לעתים מעורבת, ויש גם שהמניע הדומיננטי לפעילות נגד הטרור הוא דווקא זה הצופה פני עבר.

(3) הפרוזה בהסכמת החברה – כיצד ?

כיצד אפשר להסביר את כישלונה של החברה לשמש כבקרה יעילה כלפי אמצעים בלתי מוצדקים או מופרזים ?

ראשית, כפי שהוסבר לעיל, הממשל (ולא רק הוא) תופס ו"משווק" את הטרוריסט לא רק כ"האחר" בה"א הידיעה, אלא גם כמי שאינו יציר אנוש כי אם "שטן". מדובר בקטגוריה משל עצמה, של שפלות ועיוות מוסריים, של הרע האולטימטיבי (שונה בסוגו וגרוע בהרבה מן הרוצח הרגיל), ובה בעת, אויב אבסולוטי של המין האנושי. מדובר במי שמתכחש לערכים הבסיסיים של המין האנושי, ולכן מוציא עצמו מכלל בני האדם והופך ל-"outlaw", למי שמצוי מחוץ להגנת המערכת המשפטית, כמו קין. התוצאה היא שאיש אינו רואה עצמו כמועמד להיחשד כטרוריסט, ולכן השיקול של התגוננות עצמית מפני כוחה של המדינה אינו מהווה גורם מרסן. הדמוניזציה של הטרוריסטים מהווה השמדה מוסרית שלהם, וכך

42 גישת שירות הביטחון הכללי בנוגע לחקירה פיזית מהווה דוגמה לכך. ראו: Kremnitzer, לעיל ה"ש 6, בעמ' 228–232.

מכשירה את הקרקע להשמדתם הפיזית באמצעות המתתם או להשמדת אישיותם באמצעות עינויים. דמוניזציה זו מקרינה גם על האוכלוסייה שממנה הם באים. ביטוי בולט ליחס אל הטרוריסט כאל מי שמצוי מחוץ להגנת המשפט, ובהמשך להבדל ביחס בין אלה הנחשבים כ"משתייכים" לבין אלה הנחשבים "אחרים", היא הגישה השונה של ישראל כלפי טרוריסטים יהודים – הגבלת שיטות החקירה שלהם לעומת העינויים שבהם נהגו להשתמש בחקירת ה"אחרים"⁴³; האמצעים המנהליים המתונים הננקטים כלפיהם – הריסת בתים של יהודים תושבי השטחים אינה כאל כלל בחשבון, לעומת הריסת בתיהם של פלסטינים בשטחים; ורמת הענישה והשימוש בסמכות החנינה שהן שונות בתכלית⁴⁴.

שנית, הממשל נוקט אמצעים אחרים, בעלי תרומה משמעותית בעיצוב דעת הקהל. היות שהממשלות זקוקות לתמיכה ציבורית במאבק נגד הטרור, וחשוב להן שדעת הקהל לא תנסה לרסן את פעולותיהן ומאמציהן, הן דואגות להטות את דעת הקהל ולהשפיע עליה כך שתתיישב עם עמדתן.

דוגמה טובה לכך היא פרשת ההתאבדות של שלושה עצורים בכלא גואנטאנאמו. במקרה זה התאבדו שלושה אסירים בכלא האמריקני שבמפרץ גואנטאנאמו שבקובה בנובמבר 2006, כשתלו את עצמם בעזרת סדינים ובגדים. התאבדותם של השלושה, הביאה לקריאות גינוי נוספות נגד בידוד האסירים בכלא האמריקני⁴⁵. אחרי האירוע תיאר מפקד המחנה את המתאבדים כך:

"I believe this was not an act of desperation, but an act of asymmetrical warfare waged against us"⁴⁶.

43 למשל, הגבלת איום בפרסום על מידע מביך, כפי שהיא עולה מסירובו של ראש הממשלה דאז מנחם בגין לאשר לשירותי הביטחון לאיים על נחקר יהודי, חשוד בפעילות טרור, בפרסום מידע בדבר מערכת יחסים שקיים מחוץ למסגרת הנישואין, כאמצעי לדובב אותו.

44 וראו לאחרונה הצעתו של השר אלי ישי להעניק חנינה גורפת לטרוריסטים יהודים: www.nrg.co.il/online/1/ART1/655/481.html. בהקשר של ענישה מקלה אפשר להזכיר את הסדרי הטיעון שנכרתו עם עשרה מחברי "המחתרת היהודית", אשר במסגרתם נגזרו על הנאשמים עונשים קלים יחסית שלא עלו על שבע שנות מאסר (ראו לעניין זה חגי סגל **אחים יקרים: קורות המחתרת היהודית** (ירושלים, 1987)); ובמיוחד את ההסדר שנכרת עם נחום קורמן, שבמסגרתו נידון הלה לשישה חודשי עבודות שירות בתוספת תשלום פיצויים בסך 70 אלף ש"ח, לאחר שהורשע בהריגתו של הילד הפלסטיני חילמי שושא מתוך קלות דעת (ת"פ (מחוזי י-ם) 202/96 **מדינת ישראל נ' קורמן** (פורסם בנבו, 16.8.1999) וגזר הדין בת"פ (מחוזי י-ם) 202/96 **מדינת ישראל נ' קורמן** (פורסם בנבו, 21.1.2001).

45 www.nfc.co.il/Archive/001-D-102950-00.html?tag=14-09-45

46 news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5068228.stm

נוסף על הדמוניזציה של הטרוריסטים, שהוזכרה לעיל, ההשפעה על דעת הקהל נעשית על ידי הממשלות במגוון דרכים. נמנה חלק מהן:

1. שימוש בלשון נקייה, המעלימה את המשמעות האמיתית של מה שמתואר באמצעותה או ממעטת אותה⁴⁷: בכלל זה בא השימוש בביטויים שונים כתחליף לעיניניים, כגון "חקירה לעומק" או "אמצעים קיצוניים"; שימוש בביטוי "חישוף" – מונח צה"לי שמשמעו "השמדת בתים וצמחייה", המתאר פעולה שבה תואי שטח מנוקה לחלוטין ממכשולים ומעצמים העלולים לחסום את שדה הראייה – לרבות צמחייה, מטעים, פרסים ומבנים⁴⁸; הביטוי "סיכול ממוקד" – שהוא המונח הרשמי לתיאור פעולה צבאית של חיסול מי שחשודים כפעילים פלסטינים המעורבים בטרור⁴⁹. עם תחילת השימוש במונח טענה ישראל כי מדובר בפעולה נגד "פצצה מתקתקת", שמסכלת באופן ברור ומידי פעולת טרור ספציפית. בהמשך הורחב השימוש במושג, וכעת הוא מתאר כל פעולת חיסול של

47 דוגמאות אחרות לשימוש בלשון נקייה כוללות גם: שימוש במונח "טרוריסטים" כאשר מדובר במי שתוקפים מטרות צבאיות; ושימוש במונחים "מלחמה" או "עימות מזויין" כאשר אין הצדקה לכך, על ההשפעה של מונחים אלה על התודעה הציבורית, כפי שתואר לעיל. תמונת ראי לשימוש כזה בלשון נקייה אפשר למצוא אצל הטרוריסטים, בשימוש שהם עושים ב"הגנה עצמית", "מלחמת קודש" או "אויב" כמונח המתייחס גם לאזרחים.

48 על פי דו"ח בצלם, על לא עוול בכפם: הריסת בתים לשם ענישה במהלך אינתיפאדת אל-אקצה (2004), חלק הארי של הריסת הבתים בשטחים מתבצע במסגרת מה שמכנה ישראל "פעולות חישוף". הריסות אלו מבוצעות בשל מה שישראל מגדירה כ"צרכים צבאיים", בעיקר ברצועת עזה. מאז תחילת האינתיפאדה, בספטמבר 2000, ועד נובמבר 2004 הריס צה"ל במסגרת "פעולות חישוף" ברצועת עזה כ-2,540 בתים, שבהם גרו כ-23,900 בני אדם. על פי הדו"ח, במסגרת אינתיפאדת אל-אקצה, ביצע צה"ל פעולות חישוף נרחבות, שבהן נעקרו אלפי דונמים של מטעים ונהרסו אלפי בתים. עיקר פעולות החישוף בוצע ברצועת עזה. סביב ציר כיסופים הריס צה"ל עשרות בתים בחאן יונס. החישוף הנרחב ביותר היה בעיר רפיח הפלסטינית, סביב ציר פילדלפי, שבו, לטענת ארגוני זכויות אדם, הריסו כוחות צה"ל אלפי בתים. מנתוני סוכנות הסעד והסיוע של האו"ם (אונרוו"א) עולה כי מאז תחילת האינתיפאדה ועד ספטמבר 2004 הריס צה"ל במסגרת "פעולות חישוף" ברצועת עזה כ-2,370 בתים, שבהם התגוררו כ-22,800 בני אדם. על פי נתוני בצלם בחודשים ספטמבר-אוקטובר 2004 הריס צה"ל 170 בתים נוספים ברצועת עזה במסגרת "פעולות חישוף", שבהם התגוררו כ-1,100 בני אדם.

49 בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העיניניים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006), ציין בית המשפט כי לפי טענות העותרים, "מאז החלו פעולות אלה ועד סוף שנת 2005 נהרגו קרוב לשלוש מאות פעילים בארגוני טרור בתקיפות אלה. למעלה משלושים ניסיונות סיכול ממוקד נכשלו. כמאה וחמישים אזרחים אשר שהו בקרבת מקום ליעדים של סיכולים ממוקדים נהרגו במהלך פעולות אלה. מאות אחרים נפצעו". לפי נתוני "בצלם", מאז ספטמבר 2000 הרגה ישראל במסגרת פעולות התנקשות 339 פלסטינים. 210 מהם היו יעד להתנקשות ו-129 היו אזרחים עוברי אורח. www.btselem.org/hebrew/Firearms/20061219_Targeted_Killing_Ruling.asp.

פעיל פלסטיני החשוד במעורבות בטרור; "נזק משני או אגבי" הוא המינוח הרשמי המקובל בעולם לפגיעות באזרחים (לרבות הרג של בני אדם) שאינן מכוונות, הנגרמות מפעולת הצבא נגד מטרות צבאיות.

2. שיטה נוספת שבה נעשה שימוש להטיית דעת הקהל מתבטאת בהפיכת שיטות הפעולה שנוקטת המדינה לנושא שבמומחיות מובהקת ובייחוס מומחיות זו למי שמפעילים שיטות אלה. התוצאה המסתברת היא קבלת החלטות שאף על פי שהן שגויות, אין עליהן עוררין בציבור⁵⁰.

3. הימנעות משימוש בביטוי "חשוד", תוך הפיכת כל חשוד למי שיש לגביו ודאות גמורה כי הנו פעיל טרור. כך, כאשר באים להצדיק עינויים, הריסת בית או סיכול ממוקד, מתייחסים אל החשוד כאל מי שהניח פצצה מתקתקת, כמי שמעורב בפיגוע או כאל מי שהנו פעיל בכיר בארגון טרור⁵¹.

4. הפרזה בתיאור הסיכון הנשקף מן הטרור והצגתו כאיום אסטרטגי או אף קיומי⁵², גם במקרים שאינו כזה (ודוק בכך עושות הממשלות את מלאכתם של הטרוריסטים המבקשים להטיל אימה על האוכלוסייה). הציבור הנפחד מוכן להשליך יהבו על מי שמתיימר להחזיר את הביטחון – הממשלה – ולתמוך בכל פעולה האמורה להשיג יעד זה.

5. שימוש נרחב ובלתי זהיר בביטוי "הכרח בל יגונה" – גם כאשר האיום אינו מידי וגם כאשר אין בוחנים כלל את ראויות האמצעי כשלעצמו. כך, למשל, מצוין בדר"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת ("דר"ח לנדוי") כי "רווחת הדעה בקרב כמעט כל העוסקים בנושא שקיים הכרח בל יגונה, לשימוש באמצעי לחץ פסי כלשהם בחקירות של נחקרי פח"ע"⁵³. אין זה ברור על מה מבוססת אמירה זו. תחולתה הגורפת על חקירות כלל הנחשדים בהתנהגות שיש לה קשר לפעילות חבלנית עוינת כלשהי אינה ראויה, והיא מכשירה את דעת הקהל לפגיעה בזכויות אדם.

50 וכאמור, המומחיות בתחום המאבק בטרור היא בעירבון מוגבל. יתרה מכך, חלק מן המומחים עלולים להביא עמם יחס של בוז כלפי היריב בעקבות קשריהם עם משתפי פעולה משורות היריב.

51 בג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד מד(2) 601 (1989).

52 ראו למשל את דבריו של השר אלי ישי מיום 26.08.2007, שעל פיהם המצב בעזה יוצר איום אסטרטגי על מדינת ישראל: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3441908,00.html; או את דבריו של מפכ"ל המשטרה (דאז) רב-ניצב שלמה אהרונישקי מיום 29.01.2002, שלפיהם טרור לאורך זמן יוצר איום אסטרטגי על ישראל: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-1596328,00.html.

53 דר"ח לנדוי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16, פס' 2.20.

6. בית המשפט כ"מטהר כל שרץ" – שיטה נוספת היא השימוש בביקורת שיפוטית כאמצעי להצדקת שיטות פעולה מפוקפקות וכאמצעי להפיכתן, במטה קסם, לחוקיות ולמוסריות. המערכת המשפטית מוצגת כמי שבכוחה לטהר את האמצעים המתועבים ביותר, וזאת מבלי להביא בחשבון את ההליך הננקט לשם כך ואת מידת האפקטיביות והמשמעותיות של הביקורת השיפוטית.

כדוגמה אפשר להזכיר את המעצר המנהלי בישראל לעומת המעצר המנהלי באנגליה. בישראל, הביקורת השיפוטית על המעצר המנהלי מאפשרת להצדיק את השימוש בו לתקופות ארוכות, אף שההליך המתקיים בפני השופט אינו מבטיח בקרה אמיתית (בשל חוסר היכולת של העצור להתגונן מפני חומר חסוי שאין הוא מודע לתוכנו). זאת, לעומת ההעדפה באנגליה של מעצר מנהלי לתקופות קצרות ללא ביקורת שיפוטית, על מנת שלא "לזהם" את הליך השיפוטי במה שאינו יאה להליך כזה⁵⁴. דוגמה נוספת היא הצעתו של דרשוביץ לאפשר עינויים, ובלבד שאושרו מראש בצו של שופט⁵⁵.

7. הגישה שהוזכרה לעיל שלפיה, אופרטיבית, אין מוכנים ליטול סיכון כלשהו שמא יתרחש אירוע טרור, (או במלים אחרות: הגישה שחובת הממשלה היא להגן על אזרחיה ועל תושביה באופן מוחלט מפני טרור), עשויה להצדיק כל פעולה שלטונית, שכן הביטחון המוחלט יכול להיות מושג רק באמצעות השלילה המוחלטת של החירות ושל הפרטיות.

8. ההתייחסות לטרוריסטים כאל מי שנוקטים תמיד בכל האמצעים העומדים לרשותם, כלומר – כאל "פנאטים" המונעים אך ורק על ידי הרצון לפגוע בכל מחיר – הופכת את שאלת המוטיבציה של הטרוריסטים ואת ההשפעה של פעולותינו שלנו עליה לבלתי רלוונטית. התוצאה היא היעדר ביקורת על מדיניות הממשלה ועל מהלכיה, גם כאשר אלה עלולים לעודד טרור במקום לתרום לצמצומו.

The European Court of Human Rights, case no. 5/1992/350/423-424 McBride v. the United Kingdom, para. 32 (Nov. 14 1989): "Decisions to authorize the detention of terrorist suspects for periods beyond 48 hours may be, and often are, taken on the basis of information, the nature and source of which could not be revealed to a suspect or his legal adviser without serious risk to individuals assisting the police or the prospect of further valuable intelligence being lost. Any new procedure which avoided those dangers by allowing the court to make a decision on information not presented to the detainee or his legal adviser would represent a radical departure from the principles which govern judicial proceedings in this country and could seriously affect public trust and confidence in the independence of the judiciary"

Alan M. Dershowitz, *Is There a Torturous Road to Justice?*, L.A. TIMES, November 8, 2001.

9. מתן היתרים לפעולות גבוליות מבחינת מידתיות פגיעתן בזכויות אדם, כרוך בסכנה של הרחבת היתרים אלה ושל הרחבת החריגות מהם. הטענה הנשמעת בדרך כלל היא כי חריגות כאלה הן בגדר "פרות רקובים", ולכן אין להסיק מהם דבר⁵⁶. ואולם דרושה מידה גדולה של היתממות לשם הכחשת הקשר הקיים בין היתר להפשיט עצור לבין התעללות מינית בו, ובין הצגת כלב לשם הפחדה לבין שחרורו לשם איום מוחשי יותר או לשם תקיפה⁵⁷. מידה דומה של היתממות דרושה על מנת שלא לראות את הקשר שבין עיכוב פגישה של עצור עם עורך דינו לבין היותו נתון לשיטות חקירה פסולות⁵⁸; או את הקשר שבין שימוש בתושב מקומי בהסכמתו כדי להזהיר חשודים ותושבים מקומיים בטרם פעולה צבאית לבין שימוש בו כ"מגן אנושי" לכוח הצבאי⁵⁹.

גם בהקשר זה, ההשפעות של העשייה הממשלתית בתחום השיח הציבורי נופלות על קרקע פורייה של כעס, פחד, חוסר אונים, שנאה ורצון בנקמה, ועל כן השפעתה על הרגישות המוסרית של הציבור היא כשל סם מרדים. פחדים יוצרים צורך עז לביטחון וצורך במישהו שיספק את הביטחון. אנשים נפחדים דומים לטובע המוכן להיאחז אפילו בקש. הם מוכנים להיאחז בכל מי שמציע להם ביטחון, ובמקרה שלנו – בשלטון, ובכוחות הביטחון. הסכנה הנשקפת לזכויות האדם בעקבות פעולות הממשלות תוך מאבק בטרור הנה אפוא מוחשית וניכרת. בהערכת הסכנה והשלכותיה יש להביא בחשבון את תפקידה של הממשלה

56 כך כינה הנשיא ברק את השימוש השיטתי בכוח פיזי בחקירות השב"כ שעליו עמדה ועדת לנדוי בד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, 357, פס" 6 לפסק דינו (1988) (כהנמקה לעמדתו שלפיה יש לפרש את הביטוי 'אמרה בכתב שנתן עד' בסעיף 10א לפקודת הראיות פירוש 'ליברלי', תוך הרחבת מגוון האמרות שאפשר להגיש כראיות על פי הסעיף): "עלינו לבנות את דיני הראיות שלנו על בסיס ההנחה שהחקירה מתנהלת כדין והשפיטה מפעילה שיקול דעתה כדין. הנחה זו אינה רק ענין תיאורתי. אני סבור כי היא משקפת את המציאות. הממצאים שהועלו על ידי ועדת החקירה הצביעו לדעתי, על מספר קטן של פירות רקובים בסל מלא פירות בריאים".

57 הטכניקות הללו מוצגות ב- Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy and Operational Considerations (April 4, 2003) (Danner, supra no.16, Appendix I). הדו"ח, שבחן את שיטות החקירה המופעלות על ידי ארצות-הברית, המליץ לאשר אותן לשימוש כלפי חשודים בטרור.

58 ראו למשל ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529 (2002), שם נדחתה אמנם טענתו של העצור כי בעת שנמנעה ממנו פגישה עם עורך דין, הופעלו כנגדו אמצעי חקירה פסולים, אך התקבלה טענתו שלפיה הודאתו נגבתה לאחר 17 שעות חקירה ללא שינה.

59 ראו לעניין זה בג"ץ 3799/02, לעיל ה"ש 38, שם פסל בית המשפט את השימוש ב"נוהל שכן".

טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל

כמחנכת וכמעצבת נורמות חברתיות באמצעות מעשיה. אין להתעלם גם מנטייתה של החברה להצדיק מה שנעשה למענה ובשמה. במצב חירום רגיל אפשר למצוא נחמה בכך שמדובר במצב חריג שהנו זמני מטבעו: ברגע שמצב החירום יפוג, משטר הנורמות הקודם יחזור לתחייה באופן מלא. בניגוד לכך, המאבק בטרור יכול להימשך שנים רבות, ועל כן קיימת אפשרות ממשית שמה שכוון כהסדר נורמטיבי זמני ייהפך להסדר נורמטיבי של קבע. על סכנה זו נעמוד בפירוט בסעיף הבא.

ה. סכנת הטמעתם של האמצעים הננקטים נגד הטרור בתחומים אחרים

אין להתעלם גם מסכנת הנדידה או ההצפה של אמצעים הננקטים נגד טרור להקשרים ולתחומים אחרים. אזכיר דוגמאות אחדות:

1. הצעת השר לביטחון פנים לשעבר צחי הנגבי להרחיב את המעצר המנהלי כך שישמש גם להתמודדות בפשע המאורגן⁶⁰.
2. חלחול של אמצעי חקירה מיוחדים שננקטו ברשות על ידי שב"כ למשטרת ישראל, במיוחד בחקירות של ערבים⁶¹. באופן כללי יותר, משום שמקצת האמצעים מבוססים על דה-הומניזציה של מי שהם ננקטים כלפיו ונקיטתם מגבירה דה-הומניזציה זו, ומשום שהם ננקטים כלפי ערבים, נודעת להם השפעה רעה גם על היחס לערביי ישראל.
3. ביטול זכות השתיקה בבריטניה ב-1994, הוראה שמקורה בחקיקה מיוחדת שהתייחסה למאבק ב-IRA⁶².
4. בארצות-הברית ישנם כמה חוקים שיוחדו תחילה רק לזרים, אך בהמשך הורחבו והוחלו גם על אזרחים. David Cole מפרט בעניין זה:

“[W]hat we are willing to allow our government to do to immigrants creates precedents for how it treats citizens. In 1798, for example,

60 מן הראוי לציין כי שר המשפטים יוסף לפיד לא פסל מהלך זה מיסודו, אלא הסתפק בכך שאמר כי עסקינן באמצעי חריף אשר יש להשתמש בו בזהירות מרבית, ראו: www.ynet.co.il/articales/0.7340.L-2856208.00.html.

61 ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 576/91 מדינת ישראל נ' שמעון (פורסם בנבו, 13.7.1995); ע"פ 6702/95 טרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 607 (1997). לניתוח פסקי הדין ראו: מרדכי קרמניצר וקרן שפירא-אטינגר "פוליטיקה ומשפט: מעורב ירושלמי" פלילים ח 195 (התש"ס).

62 נוסף לטבעו הקבוע של מצב החירום ששרר בצפון אירלנד.

Congress enacted the Enemy Alien Act, which remains on the books to this day and authorizes the President during wartime to detain, deport, or otherwise restrict the liberties of any citizen over 14 years of age of a country with which we are at war, without any individualized showing of disloyalty, criminal conduct, or even suspicion. In World War II, the government extended that logic to intern 110,000 persons of Japanese ancestry, about two-thirds of whom were U.S. citizens. Similarly, while we think of the McCarthy era as beginning in the 1940s, it was in fact preceded by several decades of targeting immigrants for their purportedly subversive political associations using immigration law⁶³.

ו. ישראל המתמודדת עם הטרור – סיפור של הצלחה?

מדינת ישראל נתונה להתקפות טרור מזה שנים רבות, ובתוכן – למשכי זמן לא קצרים. בהתייחסות לטרור לעולם יש להתייחס להקשר: עסקינן במאבק בין מדינה דמוקרטית לבין קבוצות המשתייכות לאוכלוסייה הנמצאת תחת רמות שליטה שונות של מדינת ישראל. מידת השליטה על רצועת עזה, מאז ההתנתקות, היא חלקית, ולא ברור אם היא מגעת לכדי שליטה העושה שטח זה למוחזק צבאית. אשר למטרת המאבק המנוהל נגד מדינת ישראל – חלק מהקבוצות המשתתפות בו שואפות להביא כליה על המדינה, אך אפשר שמטרה זו קשורה במצב שבו המדינה שולטת בגורלם של הפלסטינים; אחרות מבקשות להביא לסיום השליטה הישראלית באוכלוסייה הפלסטינית.

לכאורה, אפשר לצפות שהניסיון העשיר בהתמודדות עם הטרור יעניק למדינת ישראל יתרון בתחום של איזון בין צרכים ביטחוניים לזכויות אדם, זאת לעומת מדינות אחרות שנחשפו לטרור זה מקרוב ולפרק זמן קצר. דברים ברוח זו השמיע השופט ברנן בירושלים. בהרצאה שנשא השופט ברנן ב־1987, הוא ציין כי:

“It may well be Israel, not the United States, that provides the best hope for building a jurisprudence that can protect civil liberties against the demands of national security. For it is Israel that has been facing such threats to its security [...] and seems destined to continue facing such threats in the foreseeable future. The struggle to establish civil liberties

⁶³ David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 959 (2002).

against the backdrop of these security threats, while difficult, promises to build bulwarks of liberty that can endure the fears and frenzy of sudden danger – bulwarks to help guarantee that a nation fighting for its survival does not sacrifice those national values that make the fight worthwhile [...] The nations of the world, faced with sudden threats to their own security, will look to Israel's experience in handling its continuing security crises, and may well find in that experience the expertise to reject the security claims that Israel has exposed as baseless and the courage to preserve the civil liberties that Israel has preserved without detriment to its security"⁶⁴.

ואכן, יש הסוברים כי התמודדותה של מדינת ישראל עם הטרור היא סיפור הצלחה, ואף מודל לחיקוי. לגישתי יש מקום לפקפק בכך. חלק גדול מהאמצעים שבהם עשתה ועושה מדינת ישראל שימוש בהתמודדות עם הטרור הם בלתי חוקיים, מופרזים או מפוקפקים. אפשר להזכיר את הדוגמאות הבאות:

מעשי הגירוש – על פי נתוני ארגון "בצלם", "מתחילת הכיבוש ב-1967 ועד סוף שנת 1992 גירשה ישראל מן השטחים לחו"ל 1,522 פלסטינים. מאז לא גורשו פלסטינים נוספים לחו"ל"⁶⁵. זכור במיוחד גירוש מאות אנשי חמאס לשטחי לבנון ללא מתן זכות שימוע בטרם הגירוש⁶⁶. בנוסף לכך, מאז אוגוסט 2002 גירשה ישראל מהגדה המערבית לרצועת עזה בני המשפחה של חשודים בפעילות אלימה נגד ישראל, וזאת תחת "צו תיחום מקום מגורים"⁶⁷. במסגרת זו גורשו כ-32 פלסטינים⁶⁸.

64 William J. Brennan, *The American Experience: Free Speech and National Security*, in 16 FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY 10, 18–19 (Shimon Shetreet ed., 1991).

65 ראו: www.btselem.org/Hebrew/Deportation/Index.asp וכן ראו: בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 352 (2002). גירוש אסור על פי ס' 49 לאמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נחתמה ב-1949) (להלן: "אמנת ג'ניבה הרביעית"). לפרשנותה של הוראה זו כחלה על הגירושים שמבצעת מדינת ישראל ראו יורם דינשטיין "גירושים משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג 403 (1988). הכותב מבקר בחריפות את עמדת בית המשפט העליון בבג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1 (1998), שלפיה ההוראה אינה חלה על גירושים אינדיבידואליים. ראו בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993).

67 ראו פרשת עגירי, לעיל ה"ש 65.

68 לעיל ה"ש 65.

חטיפה או החזקה של בני ערובה⁶⁹ – זכורים למשל השייח' עבד אלכרים עובייד שנחטף לישראל ב-1989, ומוסטפא דיראני שנחטף לישראל ב-1994 – שניהם הוחזקו כבני ערובה עד שנת 2004.

עינויים⁷⁰ – בעבר נהג שירות הביטחון הכללי (שב"כ), להפעיל כוח פיזי ולחץ נפשי בחקירותיו בהיקף רחב מאוד⁷¹. שיטות החקירה כללו "התשת הנחקר באמצעות חקירות ממושכות וארוכות; מניעת מנוחה ושינה ב'המתנות' שבין החקירות באמצעות הצבת הנחקר בתנוחה מכאיבה, שבה הוא כבול בידיו וברגליו בצורה הדוקה בשבתו על כיסא נמוך מאוד למשך זמן ממושך; כיסוי ראש הנחקר בשק מסריח והשמעת מוסיקה חזקה; טלטולים פיזיים של הנחקר; איומים על פגיעה פיזית בנחקר או בבני-משפחתו ועוד"⁷². בספטמבר 1999 קבע בג"ץ כי חלק משיטות החקירה שנקט השב"כ נגד נחקרים פלסטינים הן בלתי חוקיות⁷³. על פי נתוני ארגון "בצלם", פסק הדין הביא לשינוי משמעותי בהיקף השימוש בעינויים. עם זאת, הארגון מציין כי "מאז ניתנה החלטת בג"ץ הצטברו סימנים רבים המצביעים על כך שהשימוש בעינויים בשב"כ לא נפסק. כך למשל, ביולי 2002 צוטט בעיתון 'הארץ' גורם בכיר בשב"כ שאמר כי מאז פסקת בג"ץ, הוגדרו 90 פלסטינים כ'פצצות מתקתקות', והופעלו נגדם 'אמצעי חקירה חריגים'. בריאיון עם שלושה חוקרי שב"כ, שפורסם ביולי 2004 בעיתון 'מעריב', הודה אחד החוקרים כי השב"כ עושה שימוש 'בכל המניפולציות האפשריות עד טלטולים ומכות'. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל גבה עשרות תצהירים מפלסטינים שנחקרו על-ידי השב"כ ואשר טענו כי הופעלו נגדם שיטות חקירה אלימות"⁷⁴.

עינויים אסורים על פי האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים⁷⁵. האיסור הקבוע באמנה הוא איסור מוחלט. עינויים אסורים גם על פי סעיף 5 להצהרה הכללית על זכויות האדם, הקובע כי: "No one shall be subjected to torture or to

69 ס' 34 לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר לקיחת בני ערובה. ס' 1 לאמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה, International Convention Against the Taking of Hostages Art. 1, Dec. 17, 1979, G.A. Res 146, U.N. GAOR 34th Sess שבהם אדם נחטף או מעוכב על מנת לכפות על צד שלישי לעשות דבר או להימנע מלעשות דבר כתנאי לשחרורו.

70 ראו לעניין זה: Kremnitzer, לעיל ה"ש 6, בעמ' 216–279.

71 ראו: מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" **משפט וממשל** ד 667, 670 (1998).

72 שם, בעמ' 669.

73 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד(4) 817 (1999).

74 www.btselem.org/Hebrew/Torture/Index.asp

75 כ"א 31, 249 (נחתמה ב-1984).

טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל

”cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”⁷⁶; על פי סעיף 7 לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ומדיניות⁷⁷, החוזר על סעיף 5 האמור, ועל פי סעיף 10(1) לאמנה זו הקובע כי “כל בני האדם שנשללה מהם חרותם יזכו ליחס הומני, תוך התחשבות בכבודו של האדם”⁷⁸; ולבסוף, על פי סעיף 3 לאמנה האירופית על זכויות האדם, הקובע: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”⁷⁹.

הריסת בתים – בין השנים 1967 ל-2005 הרסה ישראל בתים של פלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, אשר היו מעורבים, בדרגות שונות של מעורבות, בביצוע פיגועים, או נחשדו במעורבות בביצוע פיגועים. כן נהרסו בתים סמוכים של בני משפחותיהם⁸⁰. הרס הבתים – שפגע גם או בעיקר בבני משפחותיהם של המפגעים או של החשודים – שימש כאמצעי עונשי והרתעתי⁸¹. הריסת בתים כאמצעי עונשי והרתעתי מנוגדת גם היא לכללי המשפט הבין-לאומי. היא אסורה הן על פי סעיף 23 לכללי האג בדבר החוקים והמנהגים של המלחמה ביבשה⁸², והן על פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה⁸³.

שימוש בבית משפט צבאי – אמצעי נוסף שנקטה מדינת ישראל הוא הזדקקות לבית המשפט הצבאי לפי תקנות ההגנה בשטח ישראל, אף שאפשר היה להביא את הנאשמים לדין בפני בתי משפט רגילים, אשר להם עדיפות ברורה מבחינת עצמאות השפיטה, מנטליות השופטים והדינים החלים⁸⁴. כבר נכתב במקום אחר כי פשרה בנוגע לזכויות נאשמים, הכרוכה בשפיטתם בפני טריבונל צבאי, עלולה שלא לעמוד בתנאי המידתיות הקבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, כאשר אפשר להשיג את מטרת הדיון המשפטי באמצעות דיון בפני בית משפט אזרחי (מבחן האמצעי הפוגע במידה הפחותה),

76 The Universal Declaration of Human Rights (1948).

77 כ"א 31, 269 (נחתמה ב-1966).

78 שם.

79 The European Convention for Protection of Human and Fundamental Freedoms (1950).

80 www.btselem.org/Hebrew/Punitive_Demolitions/Index.asp. בין השנים 1998 ו-2001 חלה

הפסקה בשימוש באמצעי זה.

81 שם.

82 ס' 23 לתקנות האג בדבר דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה (1907).

83 ראו דוד קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר

על המשפט הציבורי 305, 315 (1993). לעניין ההתנגשות עם איסור הענישה קולקטיבית ראו

ס' 33 לאמנת ג'נבה הרביעית, ס' 50 לתקנות האג בדבר דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה

(1907), ראו: קרצ'מר, שם, בעמ' 319–327.

84 ראו לעיל ה"ש 77, ס' 14(5).

או להשיג מטרה פחותה במעט (למשל דיון מעט פחות יעיל) אך תוך מתן הגנה מלאה לזכויות היסוד⁸⁵.

לא זו אף זו, התמודדותה של מדינת ישראל עם הטרור התבררה אף כבלתי מוצלחת, כפי שעולה למשל מדברים של היו"ר לשעבר של ועדת החוץ וביטחון של הכנסת, יובל שטייניץ, שנאמרו בשנת 2004: "ישראל נכשלה במלחמתה בטרור. לאחר חמש שנות לחימה, החמאס עדיין נהנה מחופש פעולה ומקובל במדינות ערב גם ברמה המדינית-פוליטית"⁸⁶. דברים אלה נאמרו טרם הבחירות שנערכו ברשות הפלסטינית, שבהן ניצח החמאס וטרם השתלטותו על רצועת עזה.

אמת נכון הדבר שבארבע השנים האחרונות ירד משמעותית מספר פיגועי ההתאבדות ומספר הנפגעים הישראלים. אולם לא ברור לזכות מה יש לזקוף שיפור זה. אין זה מובן מאליו כי ירידה זו היא פועל יוצא של שיטות הפעולה שבהן עושה מדינת ישראל שימוש בלוחמה בטרור. אפשר שבניית הגדר ביהודה ושומרון והנכונות להסדר עם הפלסטינים הן הסיבות לשינוי. מכל מקום, ברור שבמאזן הכולל של הישגים ושל כישלונות, הצלחותיו של החמאס (שיש להן סיבות מגוונות) הן גם כישלון ישראלי. ברור גם שההתנתקות מעזה התפרשה בקרב חלק מהציבור הפלסטיני ובקרב חלק מהעולם הערבי (ובתוכו החיזבאללה) כניצחון של הטרור החמאסי על מדינת ישראל, וכדרך יעילה להשגת יעדים מול ישראל, על ההשלכות הבעייתיות הכרוכות בתפיסה שכזו⁸⁷.

השאלה הניצבת עתה לדיון היא: האם יש דרכים ואמצעים להתמודד עם הבעייתיות שתוארה ברשימה זו. בכך אעסוק בהזדמנות אחרת.

85 ראו: נייר עמדה 16 של המכון הישראלי לדמוקרטיה, מיכל צור (בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר) "תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945" המכון הישראלי לדמוקרטיה (1999) בעמ' 27.

86 www.nfc.co.il/Archive/001-D-91974-00.html?tag=09-18-44

87 בספטמבר 2005 השלימה ישראל את ביצוע "תוכנית ההתנתקות" שאושרה על ידי הממשלה (החלטה 1996 של הממשלה ה-30 "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – המשך הדיון" (6.6.2004)) ועל ידי הכנסת.