

תפקידו של המשפט במאבק בטרור

ליאורה בילסקי *

In this country, amid the clash of arms, the laws are not silent. They may be changed but they speak the same language in war as in peace.

Lord Atkin, dissenting, in *Liversidge v. Anderson*¹

ברמה הבסיסית ביותר, הטרור הוא התקפה על ההבחנות האנושיות. הטרור אינו מבחין בין אזרח לחייל, בין קטין לבגיר, בין טנק לאמבולנס, בין בית למוצב, מחנה צבאי ומקום קדוש². נהפוך הוא, כל הבחנה מנוצלת לרעה על ידי הטרוריסט, היודע כי הצד האחר ישתדל לכבד אותה ככל שביכולתו. בהתעלמותו מהבחנות אלה, שואף הטרור לערער את ההבחנה החשובה ביותר – ההבחנה בין צבא ובין ארגון טרור – שכן הוא מכריח את הצבא להשיב מלחמה באותם אמצעים ממש. על מנת להיות יעיל, ינסה הצבא להתעלם מההבחנות הקיימות ביני המלחמה³, אולם אם יעשה כן, ילך וידמה בעצמו לארגון טרור. במהלך האינתיפאדה האחרונה היינו עדים להפעלת טקטיקות לחימה חדשות שחוקיותן מוטלת בספק. למשל, צה"ל מבצע חיסולים של פעילי טרור (שישראל מכנה בשם "סיכול ממוקד"), שאינם אלא הוצאה להורג של חשודים ללא משפט. בהתקפות חיסול אלה נפגעים ונהרגים גם אזרחים. כמו כן, עשה צה"ל שימוש באזרחים כ"מגנים אנושיים" שיגנו על החיילים במהלך חיפושיהם אחר מבוקשים. פעולות אלה נבעו מהצורך למצוא אמצעים יעילים למאבק בטרור. כולן, כפי שנראה, נתקפו בבית המשפט. הרושם המתקבל, וזהו רושם מדאיג, הוא שאין כל דרך להיאבק בטרור בצורה יעילה מבלי

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

1 *Liversidge v. Anderson* [1942] A.C. 206, 244

2 ראו בג"ץ 2936/02 רופאים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (3) 3, 4: "במספר אירועים הועברו חומרי-נפץ באמבולנסים ומחבלים מבוקשים מצאו מחסה בתי-חולים".

3 שמירה על ההבחנה בין מלחמת מגן מותרת לשאר המלחמות הייתה אחת ההתפתחויות החשובות מאז מלחמת העולם השנייה, ראו: M. Walzer "The Triumph of Just War Theory (and the Dangers of Success)" 69 *Soc. Resp.* (2002) 925.

להידמות לטרוריסט במוכן בסיסי מאוד – דהיינו מבלי לטשטש הבחנות ולהתעלם מנורמות בסיסיות של המשפט הבינלאומי כגון הגנה על אזרחים בעת מלחמה. מלחמה אמורה להיות מצב חריג – מוגבל בזמן ובמרחב – לשגרת החיים. הטרור, בניגוד לכך, אינו יכול להתקיים מחוץ לחיי השגרה שכן בשדה הקרב חזקה שיובס. לפיכך מטרתו העיקרית היא להפוך את החריג לשגרה, ואת כללי המשחק של מצב החירום – לנורמות הרגילות⁴. אך כאן בדיוק טמונה הסכנה שתוך כדי המאבק בטרור תהיה החברה חייבת לסטות מנורמות בסיסיות אשר הופכות אותה לחברה דמוקרטית. אחת מאותן נורמות בסיס היא ייחוד תחום הענישה הפלילית לבתי המשפט האזרחיים בהתאם לפרוצדורות של הליך הוגן. טשטוש הנורמה נחשף, למשל, באופן שבו התחיל צה"ל להתנהג כמשטרה ולהצדיק את השימוש שהוא עושה בטקטיקות שונות גם במונחים של משפט פלילי. לדוגמה החיסולים, או "הסיכולים הממוקדים", מוצדקים במונחים של משפט פלילי כאמצעי המכוון אך ורק נגד האינדיבידואל האשם, ולכן כרע במיעוטו, שכן במקום להתקיף את הסביבה כולה – העיר או שכונת מגוריו של פעיל הטרור – מתמקדת הפעולה הצבאית רק (או בעיקר) בפעיל עצמו⁵. במילים אחרות, הצבא שוב אינו מתמודד עם "סיכונים" אלא עם אשמים; הוא שואל את לשונו של המשפט הפלילי, שפת האשמה, ומשתמש בה להצדיק את תקיפתם של יחידים מסוימים⁶. לכאורה, זהו שיפור בהשוואה לפעולה קולקטיבית של הצבא נגד קבוצה לא מסוימת של אנשים. ברם, הסכנה נובעת מכך שהצבא אימץ את שפת האשמה של המשפט הפלילי מבלי לאמץ במקביל את דיני הראיות ואת סדר הדין הפלילי ההופכים את השימוש באלימות – במסגרת המשפט הפלילי – ללגיטימי. אין זה משפט פלילי אמיתי שכן בחיסולים אלה ממלא המפקד הצבאי את תפקיד התובע, השופט והמוציא לפועל גם יחד⁷.

כל ניסיון של צבא מאורגן להגיב באופן אפקטיבי לפיגועי טרור לכוד בהכרח בדילמה של יעילות מול לגיטימיות, כלומר ככל שהתגובה יעילה יותר, כן הולכת ומיטשטשת ההבחנה בין פעולות הצבא לפיגועי הטרור. יתרה מזאת, בניסיון

4 ראו: D. Dyzenhaus "The Permanence of Temporary: Can Emergency Powers Be

Normalized?" *The Security of Freedom* (R.J. Daniels et al. eds., 2001) 21

5 *D. Statman "Targeted Killing" 5 Theoretical Inquiries in Law* (2004) 63–82

6 אולם ראו א' כשר וע' דליק "לחיימה מוסרית בטרור" ביטחון לאומי 2 (2003) 5–12, הטוענים כי אין לראות חיסולים אלה כמעשה נקמה או כענישה אלא כדרך למנוע ולמזער סיכונים.

7 אחד המקרים היחידים שבו נעצר החשוד והוכא למשפט הוא משפטו של מרואן ברגותי, ראו תפ"ח 1158/02 מ"י נ' ברגותי (טרם פורסם) (עוזק שמור במערכת, פסק הדין ניתן ביום 20.5.2004). בהקשר זה ראו גם עתירתם לבג"ץ של בצלם ושל האגודה לזכויות האזרח נגד הריגת פלסטינים חפים מפשע. כעתירתם דורשים הארגונים מהפרקליט הצבאי הראשי לפתוח בחקירה צבאית בכל המקרים בהם הרגו חיילי צה"ל אזרחים פלסטינים שלא נטלו חלק בלחימה. בעתירה מפורטות נסיבות מותם של שמונה פלסטינים שנהרגו בידי חיילי צה"ל בין מאי 2002 למאי 2003. לפירוט ראו: [http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=732] (last visited on 20.4.2004)

להעביר את פעולות הצבא תחת שבט הביקורת השיפוטית, המערכת המשפטית עצמה לכודה באותה דילמה ממש, שכן שיקולי יעילות (הבטחת אפקטיביות הפעולה הצבאית) עשויים להוביל את בית המשפט לנכונות לסטות מעקרונות יסוד משפטיים. ברשימה קצרה זו ברצוני לבחון את תגובת בית המשפט העליון למספר עתירות שערערו על חוקיות האמצעים שנקט צה"ל במאבקו בטרור. עתירות אלה מספקות אפשרות ייחודית לבדוק את האופן שבו מחלחל הטרור ללב המערכת המשפטית הנדרשת להתמודד עמו. בדיון שלהלן אבחן את השפעת הטרור על השפה המשפטית ואת התמודדות בית המשפט עם השפעה זו. אטען כי האופן שבו מתמודד בית המשפט עם האיום שמציב הטרור לשפה המשפטית הוא גם המפתח להתמודדות עם השפעתו ההרסנית של הטרור על המערכת הפוליטית. האם יכול המשפט להציע אלטרנטיבה כאשר השחקנים הפוליטיים לכוידים כמעגל אינסופי של דם, הרג ונקמה? מהו כוחה של המילה השיפוטית בזמנים שכאלה?

נהוג להאמין כי "כאשר התותחים רועמים, המוזות שותקות" וכך גם המשפט⁸. בית המשפט העליון הישראלי חלק על קביעה זו פעמים רבות, בטענה כי עליו להגן ביתר שאת על ההפרדה בין החוקי לבלתי חוקי גם במסגרת המאבק בטרור⁹. עם זאת, מאז תחילת הגל האחרון של פיגועי ההתאבדות, נראה כי ההשפעה ההרסנית של הטרור על הפוליטיקה הישראלית מלווה בשתיקה יחסית של מערכת המשפט¹⁰. ב-2002, במהלך מבצע חומת מגן, הגישו ארגוני זכויות אדם לבית המשפט העליון למעלה מעשרים עתירות המערערות על חוקיותן של פעולות צבאיות שונות שביצע צה"ל בג'נין ובסביבותיה. בית המשפט הצהיר על נכונותו לדון בפעולות צה"ל, אולם במרבית המקרים לא לוו החלטותיו בהנמקה נורמטיבית מפורטת. במרבית העתירות אישר בית המשפט, בפסק דין לקוני, את חוקיות פעולות צה"ל, בעודו מדגיש את מחויבות הצבא לדיני המלחמה ההומניטריים¹¹. במקרים בודדים שבהם נכון היה בית המשפט לפסול את חוקיות פעולות צה"ל (כמו בשימוש ב"מגן אנושי"), שינה צה"ל עצמו את פקודותיו טרם קבלת ההחלטה, ובעקבות

- 8 במילותיו של יקירו: "בעת מלחמה מחרישים החוקים" – *"Silent enim leges inter arma"*. ראו: Cicero *Pro Milone* (N.H. Watts trans., 5th ed., 1972) 16.
- 9 A. Barak "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy" 16 *Harv. L. Rev.* (2002) 116. ברך מצטט את פסק דינו בעניין מורקוס: "גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד נגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה", ראו בג"ץ 168/91 מורקוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470–477, ושוב בבג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נון(3) 30 (עתירה הנוגעת למצוקת המזון בקרב הפלסטינים שהתבצרו בכנסיית הקבר בבית לחם, עתירה שנדחתה לגופה).
- 10 לפירוט השפעת הטרור על השדה הפוליטי ראו מאמרי: L. Bilsky "Suicidal Terror, Radical Evil, and the Distortion of Politics and Law" 5 *Theoretical Inquiries in Law* (2004) 131.
- 11 ראו בג"ץ 2936/02 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נון(3) 3; בג"ץ 2117/02 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נון(3) 19.

זאת אישר בית המשפט את השינוי¹². במקרים אחרים סירב בית המשפט להתערב מלכתחילה, שכן העתירה הוגשה בעיצומה של הלחימה¹³. במיעוט המקרים שבהם התערב בית המשפט בפועל, הוא הוסיף בשולי הדיון המשפטי נרטיב המתאר את מציאות הטרור שבמסגרתה נלחם הצבא הישראלי, ומדגיש את הניגוד בין הטרוריסט לבין פעולת הצבא. כך, למשל דחה בית המשפט עתירה לאיתור גופות חללים במחנה הפליטים ג'נין, לזיהוין ולקבורתן (וניסה לקדם הסכם בין הצדדים). בהחלטתו נכללו הרברים הקצרים הבאים המתארים את המגבלות של לחימת צה"ל:

"קרב היה בג'נין – קרב בו נפלו רבים מחיילינו. הצבא נלחם מבית לבית ולא בדרך של הפצצות מן האוויר, וזאת כדי למנוע ככל האפשר פגיעה באזרחים. עשרים ושלושה מחיילי צה"ל קיפחו את חייהם. עשרות חיילים נפצעו. העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם. טבח הוא דבר אחד. קרב קשה הוא דבר אחר"¹⁴.

עתירות אלה, הגם שנודעת להן חשיבות רבה שכן הן מצהירות על נחישותו של בית המשפט להחיל את "שלטון החוק" על מאבקו של צה"ל בטרור, אינן חפות מבעיות. בראש ובראשונה, בעייתי השימוש שעושה בית המשפט בלשון "נקייה", המאמצת את מונחי הצבא מבלי לחשוף את ההסתרה הלשונית שהם מגלמים. למשל, בפסק דינו של השופט מצא בעתירה הראשונה שנגעה לחיסול הממוקד של מי שחשודים כפעילי טרור, המילה "חיסול" אינה מזכרת, והשופט אינו מסגיר ולו ברמז כי החיסול הממוקד הוא הנושא העומד במרכז פסק הדין. בהחלטה לקונית ומעורפלת (בת פסקה אחת בלבד) כותב השופט מצא: "ברירת אמצעי הלחימה,

12 בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז (טרם פורסם) תקדין עליון 2003 (1) 1671 (להלן: עניין עדאלה). עתירה למתן צו מניעה זמני, ראו כאתר ארגון עדאלה: [http://www.adalah.org/eng/inde] (last visited on 22.4.2004) בעקבות זאת, אנו עדים למספר ניסיונות מצד הצבא להרחיב את גבולות האמצעים המותרים.

13 ראו, למשל, בג"ץ 6696/02 עמאר נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 110; בג"ץ 2977/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 6 (עתירה להורות לצה"ל להימנע מהרס בתים ללא אזהרה מוקדמת, ללא שימוע וללא מתן הזדמנות לפנות את הבית מתכולתו ומיושבויו).

14 בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16. מעניין להשוות את הנרטיב הזה עם החלטת בית המשפט בעניין הקרנת הסרט "ג'נין, ג'נין" של הבמאי מוחמד בכרי. ראו בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (להלן: עניין בכרי). בעניין זה, בית המשפט פסל את החלטת הצנזור לאסור על הקרנת הסרט מהטעם של פגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי. בית המשפט הדגיש בפסק דינו שאין זה מתפקידו של הצנזור לספק לציבור גרסה אמיתית יחידה של האירועים (ובמשתמע, שאין זה מתפקידו של הצנזור להכריע מה אכן התרחש בג'נין). עם זאת, זהו כדיוק מה שעושה בית המשפט, בהצהירו כי לא התרחש טבח בג'נין. זאת, אף על פי שקביעה זו היא אינצידנטלית לנושא העיקרי של העתירה, ואינה נשענת על חקירה משפטית יסודית של האירועים. בהקשר זה ראו גם את הנרטיב של בית המשפט בהקדמה לפסק הדין בעניין בכרי.

בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם"¹⁵.

כשל נוסף בפסקי הדין הוא הימנעותו של בית המשפט מביקורת עובדתית מעמיקה, או לצורך העניין, הימנעותו מבחינה פרשנית חדשה של דיני המלחמה תוך ניסיון הפעלתם על צבא הלוחם בארגוני טרור. חריג יחיד לכך עד כה מהוות העתירות שנגעו לשימוש ב"מגן אנושי". במהלך אינתיפאדת אל-אקצה, השתמשו חיילי צה"ל באזרחים פלסטיניים כמגנים אנושיים. במספר מקרים הורו החיילים לפלסטינים להיכנס לבניינים על מנת להבטיח כי אינם ממולכדים או על מנת לפנות את הדיירים. ארגוני זכויות אדם ישראלים ופלסטיניים עתרו לבג"ץ כדי לשים קץ לפרקטיקה זו¹⁶. זמן קצר לאחר הגשת העתירה, הודיע צה"ל לבג"ץ כי הכוחות בשטח יפסיקו מעתה להשתמש באזרחים כ"מגנים חיים" נגד ירי או התקפות מן הצד הפלסטיני. שינוי זה מצד צה"ל ממחיש את חשיבותו של בג"ץ ביצירת דיאלוג (מוגבל ככל שיהיה) בין הצבא ובין האוכלוסייה האזרחית וארגוני זכויות האדם, ואף יותר מכך, את התמריץ שיוצר בג"ץ להגביל את האמצעים שצה"ל משתמש בהם. עם זאת, המדינה טענה כי הוראה לאזרחים פלסטינים להוביל את הצבא לביתו של חשוד, נוהל הידוע בכינויו "נוהל שכן", אינה נופלת בגדר "מגן אנושי" (שאותו, כאמור, זנח הצבא בעקבות העתירה), ואינה מסכנת את אותו אדם. המציאות הוכיחה אחרת. באוגוסט 2002 נהרג אזרח פלסטיני בעקבות הפעלת נוהל זה¹⁷. בעקבות תקרית זו הוציא בג"ץ צו מניעה זמני האוסר על צה"ל להפעיל גם את "נוהל שכן"¹⁸.

על רקע שורת ההחלטות הלקוניות של בית המשפט, בולט פסק דין מרכזי אחד, פסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון¹⁹. תחילת הפרשה בהחלטת צה"ל להפעיל אמצעי תגובה חדש וחרף יותר, לאחר שהריסת בתייהן של משפחות פעילי הטרור לא השיגה את האפקט ההרתעתי הרצוי. הצו החדש הורה על גירוש בני משפחותיהם של פעילי טרור שהיו מעורבים בפגיעה התאבדות מהגדה המערבית לרצועת עזה. לאחר

15 בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1, 1. נושא החיסול הממוקד עדיין תלוי ועומד בבג"ץ, ראו בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) תקדין עליון 2003(3) 856.

16 עניין עדאלה, לעיל הערה 12.

17 לפירוט ראו דו"ח בצלם, מגן אנושי: שימוש באזרחים פלסטיניים כמגנים אנושיים בניגוד לצו בג"ץ (נובמבר 2002). לגרסה מקוונת ראו אתר הבית של בצלם: [http://www.btselem.org] (last visited on 27.5.2004).

18 עניין עדאלה, לעיל הערה 12 (צו מניעה זמני, ניתן ביום 18 באוגוסט 2002. צו מניעה זה עדיין בתוקף).

19 בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 352 (להלן: עניין עג'ורי). רשימה זו נכתבה בטרם ניתנה החלטת בג"ץ בעניין גדר ההפרדה. עתירה זו הולכת באותו הכיוון של הביקורת השיפוטית אשר התווה הנשיא ברק בעניין עג'ורי.

התערבות היועץ המשפטי לממשלה, נוסף לצו תנאי שהגביל את תחולתו רק לבני משפחה שהיו מעורבים באופן ממשי בפעילות הטרור האמורה. נגד צו זה הוגשה עתירה לבג"ץ. פסק הדין בפרשה מרתק ומורכב, אולם ברשימה קצרה זו ברצוני אך להאיר את היחסים בין משפט, שפה וטרור המתגלמים בפסק הדין, שכן אני סבורה כי כאן טמון המפתח להבנת כוחו של בית המשפט ומגבלות תפקידו גם יחד. אתחיל את דיוני בשני פסקי דין מרכזיים אחרים, אשר יחדיו מסמלים את הדרך הייחודית שבג"ץ בחר בה, בראשותו של הנשיא ברק, להגיב לאיום הטרור. שני פסקי הדין אשר סללו את הדרך לפסק הדין בעניין עג'ורי היו בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מ"י²⁰ ודנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון²¹. כמו פסק הדין בעניין עג'ורי, גם שני פסקי דין אלה נכתבו על ידי הנשיא ברק. בכל שלושת פסקי הדין כותן בית המשפט את חוקיותה של מדיניות כוחות הביטחון, ומחליט להתערב בפעילותם. ברם, בשני פסקי הדין המוקדמים המדיניות האמורה מוכרזת כולה כבלתי חוקית וכחורגת מסמכות כוחות הביטחון, ואילו בפסק הדין בעניין עג'ורי אמנם פוסל בית המשפט את הצו לגבי אחד מן העותרים, אולם מגבה את המדיניות הכללית של הצבא על ידי מתן פרשנות חדשה ("דינמית" כהגדרת הנשיא ברק) לסעיף 78 באמנת ג'נבה (הסעיף הדין כתיחום מקום מושבם של אנשים המהווים סיכון בטחוני)²².

ראוי לציין כי בכל שלושת המקרים בית המשפט אינו מבסס את פסק דינו על הנמקה לגליסטית צרה אלא מציג בנוסף נרטיב המצדיק את התערבותו במדיניות כוחות הביטחון. אפשר לתאר את פעולתו הרטורית כ"נרטיב של ניגוד", שכן בית המשפט מבקש ליצור ניגוד חריף בין פעילי הטרור מצד אחד, לפעילותה של מדינת ישראל מצד שני (בכחינת "אנחנו איננו כמוהם"). על בסיס ניגוד זה מבקש בית המשפט להטיל מגבלות משפטיות על פעולות כוחות הביטחון, פעולות אשר כוחות הביטחון סבורים כי הן חיוניות במאבק בטרור. כך, פסק הדין בעניין עג'ורי נפתח במילים הבאות:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה... לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים וכישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם

20 בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מ"י, פ"ד נגד(4) 817 (להלן: "פרשת העינויים").

21 דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (להלן: פרשת פלוניס).

22 אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשכויי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, בע' 559 (להלן: אמנת ג'נבה).

לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט"²³.

נרטיב קצר זה מדגיש את ההבדל בין פעולת הטרוריסט לבין פעולת הצבא במסגרת המגבלות אשר בית המשפט מטיל על פעולתו (במקרה זה המגבלות על גירוש בני משפחותיהם של פעילי הטרור). המגבלות שמטיל בית המשפט מוצגות בהמשך כנובעות באופן הכרחי מאופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, והן מדגישות את ההבחנה בינה לבין אויביה, שאינם כוחלים בכל אמצעי לקידום מטרם. לכאורה, התיאור המפורט של דרכי פעולת ארגוני הטרור יוצרת אצל הקורא נכונות לאמץ כל אמצעי רדיקלי להילחם בו, על רקע זה רק מתחדדת הבחירה "להיות שונים" על ידי קבלה מרצון של הצבא את מגבלות שלטון החוק כפי שבית המשפט מורה לו. נרטיבים דומים של הנגדה נמצאים בפסק הדין בפרשת העינויים²⁴ (שיטות החקירה של השב"כ) ובפסק הדין בעניין פלונים (מעצרים מנהליים של לוחמים בלתי חוקיים, פרשת פלונים)²⁵.

בשלושת פסקי הדין שלעיל, השימוש ב"נרטיב של ניגוד" מכין את הקרקע לבחינה משפטית של הטיעונים וטיעוני הנגד לגבי מדיניות שהייתה עד כה לוטה בערפל מסיבות ביטחוניות. כך למשל בפרשת העינויים, נשען בית המשפט על כוחה של השפה להבחין בין החוקי לבין הבלתי חוקי כדי לבחון את דרכי החקירה של חשודים בפעילות טרור, תחום אשר טרם מתן פסק הדין נשלט על ידי ההיגיון של אלימות ואלימות נגר. בספרה *The Body in Pain*, איליין סקארי (Scarry) בוחנת את ההיגיון העומד בבסיס השימוש בעינויים בחקירות משטרתיות. היא מסבירה כי אף שחקירות אלה אמורות לסמל אמונה בכוחה של המילה, שהלא כל מטרת החקירה היא להשיג מידע בזמן, לאמיתו של דבר תפקידה של השפה בהן הוא שולי ביותר. במקום זאת, ההיגיון המנחה את החקירה הוא גרימת כאב, והאֵלם שכאב זה מביא עמו²⁶. תובנה זו עשויה להאיר את עמדתו של בית המשפט בפסילת השימוש בעינויים (או, כפי שהוא מכנה זאת, "שימוש באמצעים פיסיים" בחקירה).

בפסק דינו בפרשת העינויים פסק בית המשפט העליון כי השימוש בכוח פיזי בחקירות הוא אסור על פי החוק הישראלי, ועל כן אינו בסמכותם של חוקרי השב"כ. בית המשפט לא הגביל את הנמקתו לטיעונים לגליסטיים. במקום זאת, הוא מקדיש חלק גדול מפסק דינו לבחינת השימוש לרעה שעשו חוקרי השב"כ בשפה, ומבקר במיוחד את הנטייה להשתמש במילים המתארות שיטות חקירה

23 עניין עגזירי, לעיל הערה 19.

24 פרשת העינויים, לעיל הערה 20, בע' 844-845.

25 פרשת פלונים, לעיל הערה 21, בע' 743-744.

26 E. Scarry *The Body in Pain* (1987) 28-38.

לגיטימיות כ"כיסוי" לשימוש באמצעי חקירה חריגים ולשימוש בלתי חוקי בכוח. ניתן לזהות את הדגש המרכזי שניתן ברטוריקה של בית המשפט להחזרת השימוש הרגיל בשפה. כך למשל כאשר בית המשפט בוחן את חוקיותו של אמצעי החקירה הידוע בכינויו "תנוחת השבאח". חשוד הנחקר בתנוחה זו ישוב על שרפרף נמוך, ידיו נקשרות באזיקים מאחורי גבו, ראשו מכוסה שק אטום, ובחדר החקירות מושמעת מוסיקה רמה. חשודים מוחזקים בתנוחה זו למשך זמן רב. כאשר הוא בוחן אמצעי חקירה זה בית המשפט מבקר את כוחות הביטחון על "כיבוס" המילים, על כך שאינם משתמשים במילים במשמעותן המקורית, אלא מרחיבים את משמעותן כך שתכלול פעילות לא לגיטימית. כך, בית המשפט מסרב להכיר ב"איווק" הבלתי שגרתי של ידי הנחקר כתכתיב הכרחי הנובע משיקולי בטחון. בית המשפט כותב:

"האיווק נעשה כשידיו של הנחקר כבולות דווקא לאחור. יד אחת מתחת למסעד הכיסא, ויד אחת מעליו. זו תנוחה מעוותת ובלתי טבעית. בכך אין צורך לשם הבטחת ביטחון החוקרים"²⁷.

על הדרך הבלתי שגרית של "הושבת" הנחקר מעיר בית המשפט:

"מקובל עלינו, כי חקירתו של אדם בהיותו יושב, הנה חלק אינהרנטי מחקירה. לא כן כאשר הכיסא עליו יושב הנחקר הוא כסא נמוך מאד המוטה קדימה כלפי מטה, והישיבה עליו היא במשך שעות ארוכות"²⁸.

ועל הדרך הבלתי שגרית של כיסוי העיניים כותב בית המשפט:

"ראשו של הנחקר מכוסה בשק אטום כל זמן שהוא מצוי ב'המתנה' בתנוחת ה'שבאח'. הוצעה בפנינו כי השק הנו אטום לגמרי, באופן הגורם מחנק לנחקר... כל אלה אינם אמצעים אינהרנטיים לחקירתו של אדם... הנה כי כן, כיסוי ראשו של נחקר — בייחוד כיסוי כל ראשו, להבדיל מכיסוי עיניו — במשך זמן ממושך בשק אטום וללא קשר הכרחי למטרה של שמירה על הנחקר או החוקרים, או מניעת קשר בין נחקרים, אינו חלק מחקירה הוגנת. הוא פוגע בנחקר ובצלמו. הוא משפיל אותו. הוא מביא לאבדן תחושת זמן ומקום. הוא גורם מחנק. כל אלה אינם חלק מסמכויות חקירה כלליות"²⁹.

על רקע התעקשותו של בית המשפט כי חוקרי השב"כ ייצמדו למשמעות השגרתית, המקובלת, של המילים, צורמת במיוחד התחמקותו של בית המשפט עצמו מהודאה כי שימוש מופרז בכוח פיזי עשוי להגיע לכדי עינויים אסורים. לאורך פסק הדין

27 פרשת העינויים, לעיל הערה 20, בע' 837.

28 שם, שם.

29 שם, בע' 838.

נמנע בית המשפט משימוש במילה "עינויים", ובמקום זאת נוקט את המונח "אמצעים פסיים". באופן אירוני, המילה "עינויים" נוכחת בכל זאת בפסק הדין, אולם רק בשם של העותרים – הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל³⁰. פסק הדין השני המשמעותי לענייננו, משנת 2001, עסק בשאלת מעצרו המנהלי הבלתי מוגבל של מי שכונו "לוחמים בלתי חוקיים". בית המשפט קבע כי מעצר מנהלי שכזה אינו בסמכות הרשות המבצעת, וכי יש חובה לחוקק חוק מסמך³¹. שלא כמו בפרשת העינויים, בפסק דין זה נדרשו לבית המשפט שני דיונים כדי להגיע לדעת רוב שתפסול את מדיניות מעצרו של העותרים. דעת המיעוט של השופטת דורנר בדיון הראשון, שהתבססה על העיקרון המוסרי שלפיו יש להעניש אדם אך על מעשיו שלו ("איש בחטאו יומת") ואין להשתמש באדם כאמצעי להפעלת לחץ על אחר, הפכה לדעת הרוב בדיון הנוסף בפרשה. דרמטית במיוחד היא הכרעתו של הנשיא ברק, שכן הוא מודה ששינה את דעתו מאז הדיון הראשון, באמרו:

"איוון זה מניח... כי ניתן לאפשר – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה אך 'קלף מיקוח'... המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר 'כמותי'. זהו מעבר 'איכותי'. המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר לא נשקפת ממנו כל סכנה, וכל 'חטאו' בהיותו 'קלף מיקוח'. הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטה בצעד זה"³².

בשני פסקי דין אלה סלל בית המשפט דרך להתערבותו אפילו בנושאים ביטחוניים רגישים במיוחד, אם על הפרק עומדים עקרונות יסוד מוסריים ומשפטיים³³. בית המשפט מציב את הגבול, לדעתי, בנקודה שבה הוא מתבקש לסטות מעקרונות

30 ועם זאת, מעניין לציין כי במאמר שפרסם לאחרונה בארצות-הברית, משתמש הנשיא ברק במילה "עינויים" מספר פעמים לאורך הטקסט. ראו: Barak, *supra* note 9, at p. 28.

31 פרשת פלונים, לעיל הערה 21. העותרים היו אזרחים לבנוניים שהוחזקו בישראל במעצר מנהלי לאחר שסיימו לרצות את עונשם. לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי העותרים עצמם לא היו סכנה לביטחון המדינה, וכי הסיבה היחידה להמשך החזקתם במעצר הייתה לצורך שימוש בהם כ"קלפי מיקוח" במשא ומתן עתידי להשבת החיילים החטופים.

32 שם, בע' 741. ראו לציין כי רק השופט חשין, בדעת מיעוט המאשרת את המשך המעצר, מבקר את השימוש במונח "קלפי מיקוח" לתיאור העצורים. שם, בע' 749.

33 מ' ספרד "ליטיגיגיה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית – תמונת מצב" המשפט 15 (2003) 73.

משפטיים בסיסיים, או במילים אחרות, כפי שמציין ברק, כאשר יש "מעבר איכותי" מאמצעי לגיטימי לבלתי לגיטימי. כזה היה המצב כאשר הצבא ביקש מבית המשפט לאשר את המשך החזקת "הלוחמים הבלתי חוקיים" במעצר, אך ורק כדי שיוכלו לשמש כ"קלפי מיקוח" במשא ומתן עתידי לשחרור השבויים והנעדרים. כך היה גם בפרשת העינויים. הגבול שמשרטט בית המשפט הוא עמום לעתים, שכן בית המשפט אינו קובע כי שיקולי הרתעה או אפילו ענישה קולקטיבית אינם לגיטימיים ככלל (וכך הוא מאשר, למשל, את הריסת בתי משפחותיהם של המחבלים המתאבדים)³⁴. במקום זאת מסתפק בית המשפט בהצבעה על כך שבמקרים אלה התרחש "מעבר איכותי", כלומר, נחצה הגבול שהציב בית המשפט לפעולת כוחות הביטחון. אך לא תמיד ברור היכן בדיוק נמצא גבול זה. עם זאת, החשיבות שבהצבת הגבול בפסקי דין אלה, נובעת מן הצורך להבחין בין השדה המשפטי לבין השדה הפוליטי, וכך להזכיר לציבור כי למשפט דרכים משלו. בראש מעייניהם של הממשלה ושל הצבא צריכה לעמוד הפחתת הסיכון הביטחוני (היגיון ההרתעה), ולעומת זאת, תפקידו המרכזי של בית המשפט הוא לברר את אשמת האדם העומד לפניו (עקרון האשמה). לרוע המזל תפקידים אלה הם לעתים סותרים. היבט חשוב של פסקי הדין הללו, שלא זכה לדעתי לתשומת לב נאותה, הוא הדגש שהם שמים על שימוש בשפה ועל הבחנות משפטיות בפיתוח "תורת משפט של טרור". משמעות התערבותו של בית המשפט בפעילות כוחות הביטחון היא כי מה שהתרחש עד כה תחת מעטה סודיות נחשף לאור היום ועומד לדין ציבורי. בית המשפט דורש כי כוחות הביטחון יציגו נימוקים והצדקות לפעילותם, ומסרב לקבל את נטייתם לשנות את משמעותן של מילים או לטשטש הבחנות חשובות בשם המטרה של השגת ביטחון. התוצאה היא כי בפסקי דין אלה חוזרות המילים למשמעותן הרגילה. יתר על כן, על אף הוראתו העקרונית בלגיטימיות של שיקולי הרתעה ומניעה, בית המשפט מדגיש את טבעו האינדיבידואלי של הליך ההכרעה השיפוטי, את הצורך להטות אוזן לתלונתם של יחידים ולהתאים את תגובת הצבא לפעולותיו של היחיד. חשוב מזאת, בית המשפט מציג את המשפט עצמו כאמנות של הטלת מגבלות, ומאיר מגבלות אלה באור חדש: לא מכשולים גרידא עבור כוחות הביטחון, אלא גם קווים מנחים לעבודתם של כוחות הביטחון במדינה דמוקרטית. במילים אחרות, כוחו של המשפט הוא בהטלת מגבלות על כוחה של המדינה.

פסקי דין חשובים אלה מגלמים את היפוכו המוחלט של המסר שנושאים המחבלים המתאבדים. המחבל המתאבד הופך את גופו שלו לכלי משחית, ובכך מאבד את אנושיותו, ומן הצד שכנגד, בית המשפט מחייב את כוחות הביטחון להמשיך ולכבד את אנושיותם של העצורים בידיהם. בית המשפט מסרב לאפשר

34 ואלום ראו את הודאתו של השופט חשין כי שיקולים כאלה זרים לתחום המשפט. בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד (1) 353.

לכוחות הביטחון להתייחס לעצורים שבידיהם, כעניין שבמדיניות, כאל אמצעי גרידא להשגת מטרה קולקטיבית. השאלה הגדולה היא אם פסקי דין אלה יכולים לשמש קווים מנחים בעתות משבר, בעיצומו של גל פיגועים קשה.

בפסק הדין בעניין עג'ורי החל בית המשפט להתמודד עם השאלה הזו. פסק דין זה, בניגוד לפסק הדין בפרשת העינויים או בפרשת פלוניס, ניתן במהלך אינתיפאדת אל-אקצה, כאשר ישראל הייתה נתונה בעיצומו של גל פיגועי התאבדות. הדילמה הכרוכה בהתערבות בית המשפט התעוררה לפיכך במלוא חריפותה. ניתן להבחין בשני מאפיינים ייחודיים בפסק דין זה: ראשית, בית המשפט בחר לבסס את פסק דינו אך ורק על המשפט הבינלאומי, ולא על הלכות המשפט המנהלי הישראלי. שנית, בית המשפט הכשיר את מדיניות הצבא, אך פסל את יישומה במקרה ספציפי. התוצאה המצטברת היא כי בית המשפט לא יכול היה להמשיך ולהישען על שיקולים פורמליסטיים של היעדר סמכות חוקית, ונאלץ לבחון את שיקול הדעת של המפקד הצבאי במקרה הקונקרטי³⁵.

שני מאפיינים אלה הציבו את בית המשפט בעמדה שונה כלפי המערכת הפוליטית. בהעבירו ביקורת על החלטת המפקד הצבאי, כלומר, בנכונותו להיכנס לתחום שיקול הדעת של המפקד הצבאי בנוגע לשימוש באמצעי הרתעה, סיכן בית המשפט את הלגיטימציה של פסיקתו – שכן סוג כזה של החלטות נחשב בדרך כלל כתחום המומחיות של הצבא. הפעם הסתמך בית המשפט על פרשנות כללי המשפט הבינלאומי כדי לתת תוקף לפעולת הצבא. ואולם בבחירתו להתבסס על המשפט הבינלאומי, הקשה בית המשפט על המחוקק להגיע להכרעה שונה מזו שיוורה עליה בית המשפט (מסלול שהיה אפשרי בפרשת העינויים ובפרשת פלוניס). זאת מאחר שלשם כך ייאלץ המחוקק לחוקק במפורש חוק העומד בסתירה לאמנת ג'נבה שאושררה בישראל, ויש אף הרואים בה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי³⁶. החלטות אלו חושפות את בית המשפט לטענת פוליטיזציה מוגברת, שכן הן מציבות את בית המשפט בעמדה מוערפת הן בנוגע לרשות המבצעת (העברת שיקול דעת בענייני מלחמה וביטחון בשבט הביקורת

35 לדין נוסף בחשיבותם של מאפיינים אלה, ראו: E. Benvenisti "Case Review: Ajuri et.al. v. IDF Commander in the West Bank et al" Unpublished Manuscript (2003) לגרסה מקוונת [http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/articals/Ajuri%20et%20al-I.pdf] (last : ראו : visited on 28.5.04)

36 בית המשפט העליון קבע כי אמנת ג'נבה היא חלק ממשפט בינלאומי הסכמי (להבדיל מאמנת האג) לפיכך אין היא אכיפה בבית המשפט הישראלי. ראו בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4. לגישות ביקורתיות בנוגע להלכת עפו ראו ד' קרצ'מר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כו (תשנ"ה) 49; א' בנבנישתי "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי חוק על תחולת האמנות במשפט הארץ" משפטים כא (תשנ"ב) 221. בעניין עג'ורי, לעיל הערה 23, לא נדרש בית המשפט ישירות לשאלה, והסתפק בהסתמכות על הצהרת המדינה כי היא מחויבת לחלקים ההומניטריים של אמנת ג'נבה. בית המשפט החיל ישירות את סעיף 78 לאמנת ג'נבה תוך פירושו בדרך שתאפשר גירוש בני משפחה כתנאים מסוימים.

השיפוטית) והן בנוגע לרשות המחוקקת (פרשנות נורמות מן המשפט הבינלאומי הגוברות על חקיקה מקומית). מאידך, יש לזכור כי שינויים אלו יש לקרוא לאור התפתחויות בתחום המשפט הבינלאומי. דווקא יצירת ערוצים בינלאומיים חדשים לביקורת שיפוטית יצרו תמריץ לרשויות הצבא לקבל את "חותמת" בג"ץ על כשרות פעולותיהן, זאת על ידי פרשנות של הוראות הדין הבינלאומי הרלוונטיות³⁷. בחינה מקרוב של דרך הביקורת השיפוטית שנקט בג"ץ מגלה כי יש בה, בסופו של יום, כדי לצמצם את הפוליטיזציה של בית המשפט, כפי שאראה בהמשך.

נפנה כעת לבחינת הרוכד הרטורי של החלטת בית המשפט בעניין עג'ורי. מצד אחד, שלא כמו פסקי הדין הלקוניים במרבית עתירות האינתיפאדה, בפסק הדין בעניין עג'ורי נכנס בית המשפט לגוף העניין, בחן את הצווים הקונקרטיים של הצבא, פירש את הסעיפים הרלוונטיים באמנת ג'נבה והראה מדוע גירושם לרצועת עזה של בני משפחה אשר סייעו למחבל המתאבד במודע, יכול להיחשב חוקי לפי הוראות האמנה. עם זאת, החלת סעיף 78 לאמנת ג'נבה (תיחום מקום מגורים) בנסיבות המקרה חייבה את בית המשפט להתייחס לגדה המערבית ולרצועת עזה כיחידה אחת בשליטת צה"ל, אך המציאות בשטח היא, כמובן, מורכבת הרבה יותר³⁸. יתרה מזאת, כאשר הוא מאשר את חוקיות מדיניות הצבא, בית המשפט מקבל למעשה את המונח המשפטי "תיחום מקום מגורים" שבסעיף 78 לאמנה, מונח המסתיר את ההיגיון האמיתי בבסיס הצו הצבאי – השגת הרתעה באמצעות גירוש בפועל של בני משפחה. מצד שני, בכונותו לדון ביישום המדיניות במקרה הקונקרטי ולבחון את גירושם של שלושה בני משפחה, בית המשפט חוזר ומצהיר על מחויבותו לעקרון שלטון החוק. לפיכך, בית המשפט בוחן את המקרים לגופם, ודורש כי הצו יוצא לפועל רק בנוגע ליחידים, בכפוף לאחריותם האישית (ולמידת הסיכון הנשקפת מהם). בדרך זו בית המשפט חוזר ומאשש את עדיפותו של המשפט הפלילי על פני צווים מנהליים, ומפגיע בצבא להשתמש במשפט הפלילי כאשר הדבר אפשרי.

נחזור כעת לשאלת הפוליטיזציה של בית המשפט. ברמה המוסדית ניתן לקרוא את ההחלטה כמחזקת את מעמד בית המשפט בנוגע לרשות המבצעת והמחוקקת, בשל ההסתמכות על המשפט הבינלאומי. ברמה המעשית, בית המשפט נותן הכשר משפטי למדיניות הצבא, על ידי "פרשנות דינמית" של הוראות אמנת ג'נבה. ואולם בחינה מעמיקה יותר מגלה כי החלטה זו מגבילה הלכה למעשה את יכולת הצבא להפעיל ענישה קולקטיבית במסווה של "תיחום מקום מגורים". במילים אחרות, למרות בחירתו של בית המשפט להתבסס על סעיף 78 לאמנת ג'נבה (העוסק,

37 לדיון בתפקיד בג"ץ כמעניק לגיטימציה פוליטית באמצעות פסקי דין מרכזיים, ראו: R. Shamir "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice" 24 *Law & Soc'y Rev.* (1990) 781.

38 *Ibid*, *ibid*. ראו גם א' בן-נפתלי וק' מיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום – בעקבות בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט 15 (2003) 56.

כאמור, בתיחום מקום מגורים), במקום על סעיף 49 לאמנה (העוסק בגירוש) — בחירה שהייתה אמורה לאפשר ענישה קולקטיבית באמצעות גירושם בפועל של בני משפחות מחבלים מבלי לכנות זאת בשם זה — החלטת בית המשפט למעשה משנה את מהות הפעולה. בנכונותו לבחון את שיקול הדעת של המפקד הצבאי בכל מקרה לגופו על מנת לשקול את הראיות למעורבות אינדיבידואלית בפעילות טרור, הפך בית המשפט את מה שאמור היה להיות פעולה מנהלית מהירה של ענישה קולקטיבית, למשפט פלילי בזעיר אנפין. פרשנותו של בית המשפט לסעיף 78 מחייבת את הצבא לבחון את מידת האשמה של כל אדם אשר לגביו מוצא הצו, ובדרך זו מטילה הגבלות משמעותיות על יכולתו של הצבא לפעול במהירות ובאופן קולקטיבי, כפי שהרתעה אמיתית הייתה מחייבת. בית המשפט מחדיר בדרך זו את ההיגיון המשפטי של בחינת אשם אינדיבידואלי לתוך הקונטקסט של הפעולה הצבאית, ובכך יוצר תמריץ שלילי לרשות הפוליטית להשתמש בשירותיו. באופן פרדוקסלי, הנכונות של בית המשפט לבחון את חוקיות הפעולה המנהלית, ולתת הכשר לפעולת הצבא על ידי פרשנות מחודשת של כללי המשפט הבינלאומי, היא זו שגם הופכת את האמצעי שנבחר ללא יעיל עבור הצבא. דווקא החזרת השפה המשפטית, ההיגיון והמושגים המשפטיים — אפילו על מנת לתת הכשר לפעולות הרשות המבצעת — עוזרת לבית המשפט ליצור גדר מהותית בין המשפט לפוליטיקה. במקום להימנע מביקורת שיפוטית כליל (על ידי דוקטרינות של חוסר שפיטות), פסיקת בית המשפט מחייבת את הצבא להתאים את הצווים לרשימות המשפט על מנת לקבל את "הכשר" בג"ץ. במילים אחרות, בית המשפט פותח את שערו, אך בעת ובעונה אחת הוא מראה שבמסגרת המשפטית הפעולה המנהלית תאבד הרבה מעילותה. באופן זה מחזק בית המשפט את ההבחנה המהותית בין השדה המשפטי לפוליטי — הוא מראה כי שני השדות פועלים על פי היגיון שונה במהותו, והפרדה מהותית זו אסור לה שתיטשטש גם במסגרת המאבק בטרור.

סיכום

מהי תרומתו העיקרית של בית המשפט בצומת הדרכים הקריטי שיצרו פיגועי ההתאבדות? טענתי כי אל לנו לצפות מבית המשפט לספק כלים משפטיים שיאפשרו יעילות מקסימלית במאבק בטרור, אך מנגד גם לא לדבוק באופן עיוור בשיקולים לגליסטיים ולהגדיר את תפקידו כעתות מלחמה באופן צר. תפקיד חשוב של בית המשפט, אף על פי שאינו מוערך די צרכו, נעוץ במחויבותו לשימוש "רגיל", לא מעוות, בשפה, במחויבותו לטיעונים נורמטיביים ולהבחנות משפטיות. הרטוריקה והשימוש הנאות בשפה, אשר בשגרה אינם נמצאים במרכז תשומת הלב המשפטית, מקבלים משמעות קריטית בזמנים אפלים שכאלה. ההתעקשות על מציאת הטיעון הנכון, על מתן הסבר, על התייחסות פרטנית לכל מקרה לגופו, היא

בעלת חשיבות מכרעת במשימת שרטוט גבולות הספירות הפוליטית והמשפטית. כוחו של המשפט הוא במגבלות שהוא מטיל על השחקנים הפוליטיים, תוך הבנה של מגבלות המשפט והפוליטיקה גם יחד בהתמודדות עם רוע רדיקלי. תובנה זו לגבי המגבלות האינהרנטיות של המשפט בהתמודדותו עם "רוע רדיקלי" מחזירה אותנו ללקחיה של הפילוסופיה של חנה ארנדט. בהקדמה לספרה *On Revolution* ארנדט מציעה פרשנות ייחודית ליצירת ספרות קלאסית: בילי באד להרמן מלוויל³⁹. ארנדט טוענת כי אפשר לקרוא יצירה זו כביקורת מובלעת על גל הטרור ששטף את צרפת בעקבות המהפכה הצרפתית. בילי באד מייצג את "הטוב המוחלט", המלח הטוב, הנאבק בקלגרט, המייצג את "תכלית הרוע", והורג אותו. עם זאת, הסיפור אינו מסתיים כאן, שכן בילי באד עדיין נאלץ להתייצב בפני החוק ועומד למשפט בפני רב החובל ויר. הדילמה שבפניה ניצב רב החובל ויר נושאת את המסר העמוק של הסיפור. ארנדט רואה בסיפור משל על מגבלות החוק האנושי — הוא אינו יכול להעניש כראוי את הרוע הרדיקלי, אך הוא גם נכשל בזיכוי של התום המוחלט. כלומר, שדה הפעולה של המשפט מוגדר על ידי קטגוריות אנושיות שלעולם אינן מוחלטות (ויהא זה "טוב" או "רע"). כאן מוסיפה ארנדט נקודה חשובה לדיון שלנו — היא טוענת כי מגבלותיו האינהרנטיות של המשפט מאפשרות לו להבטיח מידה מסוימת של המשכיות וכיוון עבור חברה הנמצאת במשבר. במילים אחרות, כוחו של המשפט טמון דווקא במגבלותיו. במילותיה של ארנדט:

"The tragedy is that the law is made for men, and neither for angels nor for devils. Laws and all lasting institutions break down not only under the onslaught of elemental evil but under the impact of absolute innocence as well. The law, moving between crime and virtue, cannot recognize what is beyond it, and while it has no punishment to mete out to elemental evil, it cannot but punish elemental goodness even if the virtuous man, Captain Vere, recognizes that only the violence of this goodness is adequate to the depraved power of evil. The absolute — and to Melville an absolute was incorporated in the Rights of Man — spells doom to everyone when it is introduced into the political realm"⁴⁰.

בהקשר שלנו — שיפוט בצל טרור התאבדותי — האתגר העומד בפני המשפט הוא לא להיכנע להיגיון שמכתיב הטרור, כלומר, להכיר במגבלותיו שלו עצמו ולדבוק בהבחנת שיצר. כוחו של המשפט, בהקשר זה, אינו טמון בתגובה "יעילה"

39 ה' מלוויל בילי באד, מלח (תשס"ג, תורגם על ידי ע' שורר).
40 H. Arendt *On Revolution* (London, 1965) 84

תפקידו של המשפט במאבק בטרור

לרוע רדיקלי (כמו תגובתו של בילי באד) אלא ביצירת מרווח בין אלימותו של המחבל המתאבד ובין התגובה של החברה המאורגנת. על המשפט להישמר משני הקצוות שאליהם נוטה הפוליטיקה לסגת בעתות משבר – אלימות ורחמים. אלה, מסבירה ארנדט:

“shun the drawn-out wearisome processes of persuasion, negotiation, and compromise, which are the process of law and politics, and lend its voice to the suffering itself, which must claim of swift and direct action, that is, of action which the means of violence”⁴¹.

בניגוד לכך, המשפט מבוסס כולו על כוחה של המילה, על החובה להסביר, להצדיק, לשכנע ולהתפשר. כפי שראינו, תרומתו החשובה של המשפט בהתמודדות עם פיגועי ההתאבדות אינה בעיצוב אמצעי תגובה קיצוניים ראויים, אלא דווקא בתזכורת מתמדת של גבולות הדמוקרטיה ושלטון החוק, לבית המשפט עצמו, למערכת הפוליטית ולרשויות הצבא. כך בית המשפט חוזר ויוצר מרווח בין הפעולה ופעולת הנגד – מרחב בו יכולה הפוליטיקה לצמוח מחדש.

Ibid, at p. 86 41